

Basic Theory of Intellectual Property Right



知识产权基本原理

关于知识产权的科学理论 / 知识产权20问 / 知识产权客体的哲学基础 / 知识产权之财产权的经济学基础 / 创设知识产权之财产权的基本原则 / 知识产权之精神权 / 知识产权的道德基础 / 推荐的知识产权定义 / 知识产权规则国际化 / 自主创新与自主知识产权

张 勤◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

The Basic Theory of Intellectual Property Right



知识产权基本原理

关于知识产权的科学理论 / 知识产权20问 / 知识产权客体的哲学基础 / 知识产权之财产权的经济学基础 / 创设知识产权之财产权的基本原则 / 知识产权之精神权 / 知识产权的道德基础 / 推荐的知识
产权定义 / 知识产权规则国际化 / 自主创新与自主知识产权

张 勤◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

内容提要

本书分 10 章, 从哲学、法学、经济学、管理学、伦理学和自然科学诸多领域入手, 分别从关于知识产权的科学理论、知识产权 20 问、知识产权客体的哲学基础、知识产权之财产权的经济学基础、创设知识产权之财产权的基本原则、知识产权之精神权、知识产权的道德基础、推荐的知识产权定义、知识产权规则国际化、自主创新与自主知识产权等方面全方位系统分析论述了知识产权的基础理论, 是一本具有很高理论水准的学术著作。

读者对象: 知识产权领域的从业人员及关注知识产权发展的其他专业人员、社会公众。

责任编辑: 李琳 卢海鹰

责任校对: 董志英

装帧设计: 卢海鹰

责任出版: 卢运霞

特邀编辑: 王祝兰

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权基本原理 / 张勤著. —北京: 知识产权出版社, 2012. 4

ISBN 978-7-5130-1152-5

I. ①知… II. ①张… III. ①知识产权 - 研究
IV. ①D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 038184 号

知识产权基本原理

ZHISHICHANQUAN JIBEN YUANLI

张勤 著

出版发行: 知识产权出版社

社址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

责任编辑: 010-82000860 转 8122

印刷: 知识产权出版社电子制印中心

开 本: 720mm × 960mm 1/16

版 次: 2012 年 4 月第 1 版

字 数: 240 千字

ISBN 978-7-5130-1152-5/D · 1430 (4024)

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82005070/82000893

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 18.5

印 次: 2012 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 50.00 元

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

2004年下半年,温家宝总理对制定国家知识产权战略作出了明确批示。国家知识产权局随即启动了国家知识产权战略制定工作。此项工作由笔者具体负责。此后,笔者开始集中精力系统思考制定国家知识产权战略究竟应当回答什么问题。结论是问题很多。例如纳入战略的知识产权类别,制定战略的国内外背景,战略的内容,知识产权战略与国家的其他战略^①的关系,制定和实施战略的意义(阐明制定和实施战略对国家经济社会发展的重要性、紧迫性等),现在制定战略所具备的条件(可行性)^②,涉及哪些部门的哪些工作,我国知识产权各领域工作的成绩是什么,主要问题是什么,战略的定位,战略应当确定的基本原则,战略的指导方针,战略目标,战略重点,作为国家战略组成部分的各项子战略,战略称谓,阶段划分,指标体系,立法机关、司法机关、政府和社会各界在实施战略中所应扮演的角色,战略的主要措施,实施战略的体制和支撑保障条件,战略出台的规格和形式,战略文件的功效,战略文件的结构,研究课题的设置,各课题的研究内容、形式、任务和责任的分解、技术路线、组织体系、时间进度、管理方式和规章制度、课题验收,参与研究的人员、宣传策略、经费筹措和分配、人员和资料的数据库建设和共享,组建领导小组办公室,协调中央33个部门有序工作等等。但始终萦绕在笔者心头、耗费笔者大部分时间和精力并至今挥之不去的却是另一个问题:我们对知识产权及其制度究竟应当持什么样的理念?因为这决定着国家知识产权战略的价值取向。

① 例如科教兴国战略、人才强国战略、可持续发展战略和科学发展观等。

② 有些问题的答案是在笔者起草的建议国务院制定和实施国家知识产权战略的报告中即已思考和陈述,但在接受任务后,这些问题还是有必要再次深入思考和回答。

笔者曾问过清华大学一位学生：“制定国家知识产权战略，首先要回答什么问题？”同样的问题在战略纲要颁布^①后笔者也曾问过国家知识产权局团委来采访的两位年轻人。除一人回答“什么是知识产权战略”外，另外两人的回答相同：“什么是知识产权”。这个问题看似简单，其实非常深奥。在受命具体负责制定国家知识产权战略之前，笔者与许多人一样，未曾认真想过这个问题。受命后，笔者才开始认真思考这个问题。笔者认为，这个问题是国家知识产权战略不能也不应当回避的最基本的问题，也是最重要的问题，是决定方向的问题。于是，笔者开始大量翻阅国内外资料，进行调研。本以为这个问题在任何一本教科书或词典中都能找到标准答案，但调研的结果却令笔者大吃一惊：几乎每本书或文件的说法都不一样。多数国际文件干脆不予涉及，只列举专利、商标、著作权等知识产权的具体类别，且不同的文件列举也不一样。

结合我国知识产权工作的实际情况，笔者感到我国社会各界（包括专家学者和政府官员）对知识产权的认识非常模糊，并且常常陷入一对矛盾而难以自拔：一方面认为知识的创造需要大量的投入和高智商的艰苦劳动，其成果应当受到严格的知识产权保护。例如笔者曾接触一家国内某行业领军企业的老总，该企业的一项发明专利技术已成为业内事实上的标准，但其周边侵权企业达 40 多家，打击侵权难度很大，因为这些企业太多，地址和法人等信息模糊不清、且时常更换、难以取证。于是这家企业只好采取优质低价的策略将这些侵权企业挤出市场。本应获得高额回报的发明专利却成了无用的摆设；另一方面我国却面临着来自国外权利人的

① 《国家知识产权战略纲要》于 2008 年 6 月 5 日由国务院正式颁布。

大量知识产权纠纷，这些纠纷对我国经济社会发展乃至自主创新构成了严重威胁。例如 DVD 播放器的知识产权纠纷使深圳在一年内大约 3/4 的 DVD 企业停产、转产或破产，我国能够在全中国合法生产和销售 DVD 的企业每生产一台，其出厂价（约 32 美元）的大约 60%（约 18 美元）要作为知识产权费缴纳给国外权利人，在扣除约 13 美元的廉价成本后（这是中国廉价劳动力和财政优惠政策的贡献），我国企业只能赚 1 美元。我国许多自主创新的成果由于外国专利申请在先而不能合法产业化，除非获得国外权利人的许可并缴纳巨额专利使用费。作为中国负责知识产权立法、政策制定和行政管理的公务员，我们的授权来自何处？我们究竟在干什么？该干什么？该怎么干？直觉告诉笔者，我们必须对知识产权的基本原理有一个清醒的认识，否则我国的知识产权工作和战略将迷失方向。于是，笔者在战略制定之初即开始了对知识产权基本原理的系统思考和探索。

本书名为“知识产权基本原理”，是笔者这些年学习、思考，特别是向前辈、国内外专家、同事们学习、请教、讨论甚至争论而得的一点体会。笔者不打算因循守旧，安全稳妥地综述他人已有的观点，再发表一些评论，而是试图按照科学理论自身的脉络、遵循事物本来具有的逻辑来研究和阐述笔者对这一问题的看法。具体而言，本书试图沿着阐述知识产权的定义以及构成定义的各个要素这条主线，来阐述笔者对知识产权基本原理的理解。这些理解也许与传统的观念大相径庭。但笔者自认为不是别出心裁或咬文嚼字，也不是“无谓的学术争论”，而是事关知识产权实际工作和国家经济社会发展全局的根本性的大事。另一方面，本书的目的在于说清楚理论问题，而不在于旁征博引、阐述知识产权发展的历史沿革和集他人研究成果之大成；也不打算在技术细节

上下工夫——这可以留给其他学者运用本书所阐述的知识产权基本原理并结合具体问题来研究。因而本书在内容上，以能够形成严密和完整的理论体系为限；在用语上，将尽量采用通俗易懂的词汇，避免使用那些只在很小的圈子里的人才明白的玄奥用语（其实，笔者时常怀疑那些使用玄奥用语的人自己是否真的明了这些用语的确切含义）。当然，这并不意味着本书一定通俗易懂，因为本书不得不涉及哲学、法学、经济学、管理学、伦理学和自然科学等诸多内容。对于不熟悉哲学、经济学或自然科学的读者来说，理解本书也许会有一些困难。但如果跳过这些章节的某些细节，只了解其结论，是无碍理解全书基本内容的。

本书的主要内容取自笔者 2005 年以来在《知识产权》杂志上发表的 11 篇论文：《知识产权及其制度本质的探讨》^①《论知识产权的财产性和稀缺性》^②《知识产权的哲学、经济学和法学分析》^③《知识产权客体的哲学基础》^④《论知识产权之财产权的经济学基础》^⑤《论自主创新与自主知识产权》^⑥《关于建立知识产权科学理论的思考》^⑦《简析知识、信息与知识产权对象》^⑧《知识产权二十问》^⑨《析知识产权

① 栗源. 知识产权及其制度本质的探讨 [J]. 知识产权, 2005 (1). ——栗源为笔者张勤的笔名, 谐音溯源。

② 栗源. 论知识产权的财产性和稀缺性 [J]. 知识产权, 2005 (5).

③ 栗源. 知识产权的哲学、经济学和法学分析 [J]. 知识产权, 2008 (5).

④ 张勤. 知识产权客体的哲学基础 [J]. 知识产权, 2010 (2).

⑤ 张勤. 知识产权之财产权的经济学基础 [J]. 知识产权, 2010 (3).

⑥ 张勤. 论自主创新与自主知识产权 [J]. 知识产权, 2010 (5).

⑦ 张勤. 关于建立知识产权科学理论的思考 [J]. 知识产权, 2011 (2).

⑧ 张勤. 简析知识、信息与知识产权对象 [J]. 知识产权, 2011 (3).

⑨ 张勤. 知识产权二十问 [J]. 知识产权, 2011 (4).

规则国际化》^①《论知识产权的道德基础》^②。其中前两篇是2005年发表的，一些用语尚不确切；后面各篇是在前两篇基础上进一步的扩展和深化，更准确和完整地表达了笔者的思想，但亦未能令人满意。且限于篇幅和发表的时间顺序，这些文章亦未能按照理论的脉络进行有序表达。本书除尽可能完整、系统和有序地将这些已发表论文的内容组织起来和修改完善外，还加进了笔者的一些此前未曾发表的文字，以使读者能够比较完整和准确地理解笔者所力图构建的关于知识产权的科学理论体系。

本书在展开知识产权基本原理的理论体系之前，首先对理论、概念、定义、理论的功利性和科学性等问题进行了一般性的讨论，以便为笔者提出的知识产权基本原理的理论科学性提供判据。然后，本书对知识产权的客体或对象进行了深入讨论。知识产权的客体或对象是知识产权理论最基本、也是争议颇大的问题。笔者详细论证了为什么知识是信息的子集，为什么特定有用信息是知识产权的客体或对象。在此基础上，笔者根据现代经济学的基本理论——边际效用价值论，从对资源、财富、财产、商品、价值等基本概念的梳理中，论证了为什么信息只能是公共产品，而不能成为财产；指出了创造知识或有用信息的公地悲剧问题；论证了知识产权之财产权的客体——财产——并非特定有用信息或知识，而是一类可在市场上估价和交易的特许权。换句话说，知识产权之财产权的直接客体——财产——并不是知识或有用信息，而是关于知识或有用信息的特许用益权，其间接客体是特许用益行为，终极客体才是知识或有用信息本身。知识产

① 张勤. 析知识产权规则国际化 [J]. 知识产权, 2011 (11).

② 张勤. 论知识产权的道德基础 [J]. 知识产权, 2012 (1).

权法律制度只保护特许权，不保护知识。相反，知识产权法律制度的本意是鼓励知识的公开、传播、学习和应用。同时，笔者指出知识产权之财产权和财产权的直接客体——财产——的具体称谓都是“知识产权”。正是这一由于历史原因所造成的用语混淆，即不同的概念（财产和财产权）采用了相同的称谓（知识产权），导致了知识产权学术界和经济学界对知识产权之财产和财产权概念解释的长期混乱。这一混乱在物权领域并不存在，因为在物权领域，财产（物）和财产权（物权）的关系简单明了，经济学和法学之间并不存在争议。在知识产权领域，人们受此思维的惯性影响，错误地将知识产权中的知识也放在了物权中物的位置，导致知识产权领域法学和经济学的长期分隔。这也是知识产权学术界长期混乱的主要原因。进而，笔者指出知识产权除财产权外，还包括精神权。财产权是法定的（法律拟制或创设的），精神权是天赋的（依照事实而确定的）。财产权法定的依据是国家整体利益最大化，这由立法主体仅代表本国整体利益最大化的根本属性决定。精神权有广义和狭义之分。狭义的精神权与财产权密切相关，是“知识产权”这个概念所包含的必要和重要的内容，不宜也不可能将其从知识产权概念中剔除出去。精神权是天赋人权，与立法主体无关，因而是跨国界的，且无时间限制。它与财产权一起，构成知识产权的完整内容。

最后，笔者对知识产权的道德基础或正当性进行了深入分析，指出知识产权之财产权既不适用“谁创造谁所有”的天理道德，也不适用“先占先得”和“诚信所得”的人类社会约定俗成的契约道德，而是依照立法主体的意志确定的。由于立法主体仅代表本国人民或本国的利益，因此国家整体利益最大化就成为知识产权领域事实上（通常非口头

上)存在和被普遍遵守的基本原则,古今中外,概莫能外。在许多情况下,国家整体利益最大化原则与“谁创造谁所有”和“先占先得”、“诚信所得”的道德观相一致。但这只是幸运的吻合而已。一旦不吻合,国家整体利益最大化就是最终的决策依据。表现在知识产权法律中,即有知识产权的时间性、地域性、各种强制实施许可、例外或不适用等人为规定。与之相反,知识产权之精神权则完全符合上述道德规范。

有人认为笔者上述之国家整体利益最大化原则并非知识产权之财产权所独有,而是任何财产权都普遍遵循的基本原则。这种观点看似有理,实则不然。事实上,普通财产权的立法基础是公平正义等人类社会共同遵守的道德规范,只是在特殊情况下(例如战争)才有例外。这个例外是因为如果国家不保,任何人的正当财产权都无法获得保障,因而这个例外本质上仍然是以公平正义的道德规范为基础的。然而知识产权却在常态下就不以人类社会的道德规范为基础。因为按照公平正义的道德规范,人生而平等,财产的归属依据“谁创造谁所有”的公平正义原则来划定,任何人不得剥夺他人同等的权利。但专利权尽管基于在先申请原则,却剥夺了他人在后发明并使用同样专利技术的权利。这与人类社会的历史的长河中认同并普遍遵守的“谁创造谁所有”的天理道德规范相悖。更为重要的是,如果按照“谁创造谁所有”的原则来划定知识的归属,我们这个社会将无法正常运转,人类社会也不可能进步。因为从历史上看,人类社会正是在前人和他人所创造的知识公共积累和无偿使用的基础上发展进步的。如果“四大发明”仅属于中国,或牛顿力学仅属于英国,则我们现在这个世界将无法存在。此外,物权领域的所谓公平正义,是指任何人不得无端攫取他人的财

产。但就知识来说，并不具有财产属性，因为知识可无限复制，不具有稀缺性，其边际效用价值为零。也就是说，知识是公共产品而不是财产。既然是公共产品，也就不存在对知识的“先占先得”问题，他人无偿获取知识就不违反人类的道德规范。郑胜利教授指出：“知识的本质决定其公共性，而知识的公共性又决定了公有领域存在的合理性基础，公有领域是一种消极社区模式（negative community），任何人使用公有领域的知识或信息无须征得其他成员同意”。^①换句话说，在知识产权之财产权的意义上，“盗窃他人智力成果”实际上是一个伪命题，因为知识或智力成果本来就是公共产品，不存在盗窃问题。知识产权侵权只是一个违法的问题，取决于法律如何设定。这里所谓侵权就是侵犯了他人的特许用益权，这个特许用益权是无法被偷盗而只能被侵犯的。可见，知识产权问题并不能用人类社会的道德规范来解释，其法理基础仅仅是国家整体利益最大化，其形成机理与人类社会关于物的财产权的形成机理是完全不同的。本书将着重阐明这种不同及其成因。

此外，本书还涉及知识产权规则国际化、自主创新和自主知识产权等知识产权领域频繁使用的概念，力图澄清存在于其中的一些模糊甚至是错误的认识。

① 郑胜利. 论知识产权法定主义 [G] // 郑胜利. 北大知识产权评论 (第2卷). 北京: 法律出版社, 2004.

CONTENTS

目录

第1章 关于知识产权的科学理论	(1)
1.1 关于理论和概念	(1)
1.2 关于定义	(5)
1.3 关于理论的功利性和科学性	(8)
1.4 研究知识产权基本理论的意义	(15)
1.5 我国构建知识产权基本理论的需求和条件	(16)
第2章 知识产权 20 问	(18)
2.1 Gurry 的两张地图	(18)
2.2 美国 NBC 和版权界的质疑	(19)
2.3 加强知识产权保护是要面子、丢银子?	(20)
2.4 自主创新成果产业化违法?	(20)
2.5 专利“圈地”的正当性	(21)
2.6 侵权就是“搭便车”?	(22)
2.7 “搭便车”就是盗窃?	(22)
2.8 与“先进”的知识产权制度接轨?	(23)
2.9 知识产权弱保护是享受发达国家的施舍?	(25)
2.10 国际知识产权规则是人类道德规范的体现?	(26)
2.11 国家知识产权权力机关应当为谁服务?	(27)
2.12 中国古代发明为何没有直接给中国带来 财富?	(27)
2.13 各国的知识产权制度为何大不相同?	(28)

2.14	知识产权的保护期限根据什么确定?	(29)
2.15	侵权产品是劣质产品?	(30)
2.16	专利保护的对象是否存在客观边界?	(31)
2.17	收取专利维持费的依据是什么?	(32)
2.18	用行政执法来保护知识产权是否合理?	(33)
2.19	知识产权是激励创新的唯一途径、越多越好?	(34)
2.20	知识产权法律制度是否应有更多的动态适应性?	(35)
第3章	知识产权客体的哲学基础	(37)
3.1	与知识产权相关的几个基本称谓	(37)
3.2	知识产权客体的研究现状	(39)
3.3	信息是知识产权客体最上位的事物	(44)
3.4	物质、能量和信息是客观事物中最上位的事物 ...	(47)
3.4.1	关于知识产权的客体是“形式”的讨论	(48)
3.4.2	关于知识产权的客体是“信号”或“符号”的讨论	(49)
3.4.3	关于知识产权的客体是“知识产品”的讨论	(50)
3.5	知识产权的客体是客观事物	(52)
3.6	信息的本质	(56)
3.7	知识是有用信息的子集	(61)
3.8	知识或信息在大脑中的输入、存储和输出	(63)
3.9	信息的基本属性	(66)
3.10	知识、信息与知识产权对象	(70)
3.10.1	关于信息的概念	(70)

3. 10. 2	关于信息与知识的关系	(86)
3. 10. 3	关于信息产权的正当性	(92)
3. 10. 4	结 语	(97)
3. 11	附 录	(97)
3. 11. 1	郑成思论知识产权的信息本质	(97)
3. 11. 2	笔者对郑成思先生的悼文	(98)
3. 11. 3	2002 年 7 月《日本知识产权战略大纲》 (选摘)	(101)
第 4 章	知识产权之财产权的经济学基础	(102)
4. 1	知识产权之财产权的研究现状	(102)
4. 2	资源、财富、财产、商品、价值、财产权	(105)
4. 2. 1	资 源	(106)
4. 2. 2	财 富	(108)
4. 2. 3	财 产	(114)
4. 2. 4	商 品	(119)
4. 2. 5	价 值	(120)
4. 2. 6	财产权	(123)
4. 3	知识产权客体的稀缺性	(131)
4. 4	知识创造的公地悲剧问题	(137)
4. 5	知识产权之财产权的法定属性	(139)
4. 6	知识产权之财产权与物权的比较	(144)
4. 7	关于知识产权之财产权法定的讨论	(145)
4. 8	关于商业秘密的讨论	(149)
4. 9	关于财产和财产权的统一性	(153)
4. 10	附录：价值论辨析	(155)
4. 10. 1	不同的经济学体系源自要解决不同的	

问题	(155)
4.10.2 不同经济学体系的不适当应用将带来 困惑	(158)
4.10.3 用再分配手段来抑制剥削	(162)
第5章 创设知识产权之财产权的基本原则	(163)
5.1 关于国家整体利益最大化原则的讨论	(163)
5.2 国家整体利益最大化的各分项原则	(166)
5.2.1 综合利益原则	(166)
5.2.2 阶段适应原则	(167)
5.2.3 利益平衡原则	(167)
5.2.4 创引结合原则	(168)
5.2.5 差别统筹原则	(168)
5.2.6 互惠互利原则	(169)
5.3 国家整体利益最大化的动态演进特征	(169)
5.4 知识产权的显规则和潜规则	(170)
5.5 附录：外国知识产权政策制定及对中国的 启示（节选）	(172)
5.5.1 美 国	(173)
5.5.2 瑞 士	(174)
5.5.3 日 本	(175)
5.5.4 韩 国	(176)
5.5.5 印 度	(177)
5.5.6 结 论	(177)
第6章 知识产权之精神权	(179)
6.1 什么是知识产权之精神权	(179)
6.2 知识产权之精神权的属性	(180)

6.3	精神权的权利主体	(181)
6.4	精神权的权利客体	(182)
6.5	精神权的存在形式	(183)
6.6	关于知识产权之精神权的一般讨论	(184)
6.7	关于精神权是否应纳入知识产权的讨论	(185)
第7章	知识产权的道德基础	(191)
7.1	关于道德研究的现状	(192)
7.1.1	关于道德概念的引述	(192)
7.1.2	与道德相关的其他概念	(194)
7.2	道德的主要特征和内容	(196)
7.3	知识产权的道德分析	(198)
7.3.1	天理道德的内容	(199)
7.3.2	知识产权的天理道德分析	(203)
7.3.3	知识产权的社会契约道德分析	(207)
7.3.4	分析知识产权之财产权道德的基本前提	(213)
7.4	关于知识产权道德问题的延伸讨论	(215)
7.5	结 论	(224)
第8章	推荐的知识产权定义	(227)
8.1	关于定义的范式	(227)
8.2	定义对知识产权客体的表述	(228)
8.3	关于知识产权的主体	(231)
第9章	知识产权规则国际化	(236)
9.1	知识产权规则国际化的成因分析	(236)
9.2	我国加入 TRIPS 后存在的主要问题	(242)
9.3	我们应当如何理解 TRIPS	(244)
第10章	自主创新与自主知识产权	(247)
10.1	引 言	(247)

10.2	自主创新	(248)
10.3	自主知识产权	(255)
10.3.1	自主知识产权必须是有效的知识产权	(256)
10.3.2	自主知识产权的权利主体	(258)
10.3.3	自主知识产权中“自主”的含义	(260)
10.3.4	知识产权的运用	(267)
10.3.5	自主创新、自主知识产权与市场竞争力 ...	(269)
后 记		(275)