

Introduction To The Basic
Theory of Intellectual Property Law

知识产权法学 基础理论导论

李玉香◎著



法学分卷



中国政法大学出版社

Introduction To The Basic
Theory of Intellectual Property Law

知识产权法学 基础理论导论

李玉香◎著



中国政法大学出版社

2018·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

知识产权法学基础理论导论/李玉香著. —北京:中国政法大学出版社,
2017. 11

ISBN 978-7-5620-7885-2

I. ①知… II. ①李… III. ①知识产权法—研究—中国 IV. ①D923. 404

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第283267号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908437 (编辑室) 58908334 (邮购部)
- 承 印 北京九州迅驰传媒文化有限公司
- 开 本 880mm × 1230mm 1/32
- 印 张 12.750
- 字 数 290 千字
- 版 次 2018 年 3 月第 1 版
- 印 次 2018 年 3 月第 1 次印刷
- 定 价 55.00 元

本书获得中国政法大学知识产权法双一流学科
建设项目资助。



个人简介

李玉香 女，三级教授，法学博士，现任中国政法大学知识产权法研究所副所长，中国政法大学科技法研究中心主任，中国政法大学无形资产管理研究中心副主任。

社会兼职：中国科技法学会常务副会长、华科知识产权司法鉴定中心执行主任、中国知识产权法研究会理事、中国商务部海外维权专家、中国法学会会员。

作者长期从事和关注知识产权法、科技法、竞争法的理论研究和实践活动；曾赴德国、比利时、日本、加拿大等国研习和进修知识产权法，并参与《中华人民共和国科技进步法》《中华人民共和国专利法》《中华人民共和国科技成果转化法》的修订及专家咨询工作，主持并参与国家社科、司法部、科技部、

国家知识产权局、全国工商联以及其他企事业单位的科研项目。

独著或合著《现代企业知识产权类无形资产法律问题》《知识产权法学》《知识产权法》《知识产权法学概论》《防止知识产权滥用法律机制研究》《品牌与企业发展》《企业对外贸易中的知识产权理论与实务研究》《科技成果转化法法律问题研究》等专著，并在专业杂志上发表专业文章 50 余篇。

获奖：曾获中国科技法学会“优秀人才奖”“科技与法律（1991~2011）最佳人物奖”“突出成就奖”“杰出贡献奖”和先进工作者等称号；曾获中国政法大学民商经济法学院先进工作者、“优秀共产党员”、中国政法大学“优秀教学奖”等称号。

序

知识产权法是一门独立的学科吗？如果是，其理论基础和框架体系是什么？与其他学科边界和关系又是什么？其基础理论又包括哪些内容？迄今为止，学术界对这些问题仍无统一的定论，某些焦点问题将持续争论下去。^{〔1〕}

正如中国社会科学的发展具有阶段性、曲折性与后发性一样，知识产权法的发展历史也是渐进、曲折和后发的。知识产权怀疑论、限制知识产权扩张和知识产权改造等理论不绝于耳，然而知识产权法的发展并没有因为存在反对声音而停滞，相反，伴随着知识经济、贸易自由化和经济全球化的进程而不断深入发展，国际范围的知识产权法的发展愈来愈散发出“强保护”的气息^{〔2〕}。同时，知识产权法在法律体系乃至国家经济发展中的作用也愈益重要。我国自 1980 年加入世界知识产权组织以来，业已建立了一整套行之有效的知识产权法律制度和法运行机制，但由于我国知识产权法律制度建立的时间较短，知识产

〔1〕 张勤：“关于建立知识产权科学理论的思考”，载《知识产权》2011 年第 2 期。

〔2〕 从 2015 年 10 月 5 日 12 个谈判国在《跨太平洋伙伴关系协定》（简称 TPP）达成基本协议即可看出来。

权法应用研究的深度大于基础理论研究的深度，知识产权法学基础理论的研究具有薄弱性和滞后性。

笔者从事知识产权法的教学和研究 20 余年，对于知识产权法理论问题的学习和思考也一直持续至今。笔者期待能够将自己多年思考、研究的心得集结成书，为初学者和有兴趣的读者提供些许帮助和研究的入口。在此动意下，笔者于 2009 年在知识产权出版社出版了《知识产权法学概论》一书，当时，由于自己理论功底的不足与时间较紧迫，在书中对很多理论问题均不能酣畅淋漓地进行解析，因此该书的写作定位也只能停留在初级层面上，自 2009 年至今又 7 年有余，知识产权法的各种理论也在不断趋于完善，笔者本人也有了较为深入的体会，因此，笔者愿将新近取得的心得和之前留下的遗憾拿出来进一步与读者分享，以不懈探究知识产权法的基础理论问题。

本书在写作过程中，始终得到我的爱人白希、女儿白鸽及亲友们的鼓励和支持，也不断得到同仁和学生们创新性思维的启发，这是我创作的源泉，也是我能够完成此书的动力，在此谨表心中深深的谢意和感动！

在此衷心地感谢编辑老师认真、负责、辛苦的工作，是她们认真的态度使本书避免了一些不应有的错误。

感谢莫洲同学、冯禄航同学对此书的贡献。

2017 年 11 月于北京

目 录

序 | 001

第一章 知识产权法总论 | 001

第一节 知识产权概述 | 001

一、知识产权的概念 | 001

二、对知识产权概念的理解 | 005

第二节 知识产权的私权性与正当性探讨 | 013

一、“TRIPs 协定”对知识产权的私权定位 | 013

二、知识产权作为私权保护的理论基础 | 014

三、知识产权保护的正当性和现实性思考 | 025

第三节 知识产权的法律特征 | 037

一、无形性 | 037

二、专有性 | 038

三、法定性 | 041

四、地域性 | 042

五、时间性 | 044

六、知识产权的双重性 | 046

第四节 知识产权法律体系的构建和研究 | 046

一、知识产权法律体系的构建 | 046

二、知识产权法在中国法律体系中的地位研究 | 047

三、中国现行知识产权法律体系的法律渊源 | 059

四、我国知识产权法的特点 | 063

五、中国知识产权法立法方向的选择 | 065

第五节 世界范围内知识产权法律制度的发展趋势 | 070

一、知识产权公权化和私法社会化的趋势 | 070

二、大陆法系与英美法系的趋同趋势 | 078

三、知识产权的国家工具性特征日益显现 | 078

第二章 知识产权主体研究 | 081

第一节 著作权主体研究 | 082

一、自然人主体 | 082

二、法人、非法人主体 | 082

三、合作主体（也称共同主体） | 085

四、演绎主体 | 089

五、外国主体 | 090

六、特殊主体 | 091

第二节 商标权主体研究 | 115

一、商标申请主体和商标权主体 | 115

二、商标权的继受主体 | 118

三、共有商标权主体 | 119

四、商标权的共存主体 | 120

五、商标注册前的利益请求权	123
第三节 专利权主体研究	124
一、专利申请权主体	124
二、专利权主体	134
第三章 知识产权客体研究	135
第一节 著作权客体研究	135
一、著作权的客体范围	135
二、作品获得授权的实质条件	138
第二节 商标权客体研究	148
一、商标权的客体范围	148
二、商标权获得授权的实质条件	150
第三节 专利权客体的授权条件研究	161
一、专利权的客体范围	161
二、发明实用新型专利获得授权的实质性条件	163
三、外观设计专利权的授权条件	172
第四章 知识产权的权利内容研究	174
第一节 著作权的权利内容	174
一、著作权的性质	174
二、著作权的内容	177
三、著作邻接权	189
四、数字化著作权	198
第二节 商标权的权利内容	199
一、商标专用权与禁止权	199
二、续展权	200

三、商标权人的义务 | 202

第三节 专利权的权利内容研究 | 203

一、专利权的权利内容 | 203

二、专利权人的义务 | 208

第五章 知识产权程序研究 | 209

第一节 著作权取得程序研究 | 210

一、著作权取得制度的种类 | 210

二、我国著作权的获得 | 214

第二节 商标权取得程序研究 | 215

一、世界各国商标取得制度 | 215

二、商标取得程序中涉及的基本理论问题 | 219

第三节 专利权取得程序研究 | 229

一、世界上现存专利取得制度及评析 | 229

二、我国专利权取得的程序 | 238

第六章 知识产权资本化研究 | 248

第一节 知识产权资本化的法律依据 | 248

第二节 知识产权资本化方式研究 | 250

一、著作权的许可使用 | 250

二、注册商标的许可使用 | 253

三、专利的许可实施 | 255

第二节 知识产权的转让 | 263

一、著作权的转让 | 263

二、注册商标的转让 | 268

三、专利权的转让 | 273

第四节 知识产权融资 | 275

一、知识产权质押 | 275

二、知识产权证券化 | 281

第七章 知识产权的权利限制理论研究 | 284

第一节 知识产权权利限制理论概述 | 284

一、知识产权权利限制的法理学基础 | 284

二、知识产权权利限制的现实基础 | 287

第二节 我国现行知识产权权利限制制度的规定 | 291

一、我国现行知识产权权利限制的法律规定 | 291

二、我国现行知识产权行使的限制 | 292

第三节 著作权权利限制制度 | 293

一、合理使用制度 | 293

二、著作权的法定许可 | 302

三、著作权强制许可使用制度 | 304

四、著作权的平行进口 | 306

五、计算机领域的“避风港原则” | 309

第三节 商标权权利限制制度 | 309

一、商标权的合理使用 | 310

二、商标先用权 | 312

三、商标权平行进口 | 313

第四节 专利权权利限制制度 | 316

一、专利推广应用 | 316

二、专利权的强制许可 | 317

三、专利侵权例外 | 320

第八章 知识产权的管理与保护理论研究 | 329

第一节 知识产权管理研究 | 329

一、知识产权的统一管理 | 329

二、行政管理和司法管理的冲突和协调 | 331

第二节 知识产权侵权理论研究 | 336

一、知识产权侵权归责原则及侵权认定要件 | 336

二、知识产权侵权类型 | 342

三、专利侵权的类型和种类 | 353

第三节 知识产权的法律责任 | 358

一、民事责任 | 358

二、行政责任 | 369

三、刑事责任 | 370

第四节 知识产权请求权与诉讼制度的协调 | 377

一、知识产权请求权的概念和种类 | 377

二、知识产权请求权与诉讼制度的协调 | 383

三、知识产权诉讼中的举证责任 | 384

第五节 知识产权的海关保护 | 386

一、知识产权海关保护法律关系 | 386

二、知识产权边境保护的 mode | 388

三、知识产权的海关刑事保护 | 388

四、临时措施与知识产权海关保护程序的衔接 | 390

五、知识产权海关保护国际发展展望 | 390

第一章

知识产权法总论

第一节 知识产权概述

一、知识产权的概念

美国教授 E. 博登海默曾经指出,概念乃是解决法律问题所必需的工具。没有限定严格的专门概念,我们便不能清楚地和理性地思考问题。^{〔1〕}

知识产权法律制度最早起源于西欧。1791 年法国在制定专利法的过程中,法国人德布单拉提出了“工业产权”的概念。据 A. 特儒勒(Troller)在《无形产权》(1983 年德文版)一书中的考证,“知识产权”一词,直到 18 世纪 30 年代才开始被使用。后来,比利时法学家皮卡第提出“知识产权”理论,他认为,知识产权是一种特殊的权利范畴,它根本不同于对物的所有权^{〔2〕},其将一切基于智力成果的权利均概括为“知识产权”,其包括著作权和工业产权两大部分。经过近 300 年的演变,这

〔1〕〔美〕E. 博登海默:《法理学法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 504 页。

〔2〕〔苏联〕E. A. 鲍加特赫等:《资本主义国家和发展中国家的专利法》,载《国外专利法介绍》,知识产权出版社 1980 年版,第 2 页。

一理论逐渐为各国所接受，知识产权一词逐渐成为对科学技术、文学艺术和产业领域智力成果所拥有的产权的简称，成为国际上有关的国际公约、条约及国际经济贸易中交往中普遍采用的法律用语。

知识产权尽管经过 300 多年的发展，其内涵和外延都有了很强的深化，但学界对知识产权概念的定义却始终未能达成一致。有的学者认为，知识产权是一种智力成果权。例如：陶鑫良、单晓光等学者在对多种不同的知识产权定义进行分析后认为，“知识产权是对特定智力成果的支配权”。^{〔1〕}但也有学者对“智力成果权说”持不同看法，刘春田教授认为，创造性的智力成果权的概念不能覆盖工商业标记权的内容。^{〔2〕}吴汉东教授也认为，在知识产权名义统领下的各项权利，并非都是来自知识领域，亦非都是基于智力成果而产生，“知识”一词似乎是名不副实。从权利本源来看，其主要发生于智力创造活动与工商经营活动；从权利对象来看，其则由创造性知识及商业性标记、信誉所构成。因此，“知识产权”一词在众多无形财产面前已显得力不从心。有鉴于此，吴教授主张，在民法学研究中，建立一个大于知识产权范围的无形财产权体系，以包容一切基于非物质形态（包括知识经验形态、经营标记形态、商业资信形态）所产生的权利。该无形财产权包括创造性成果权、经营性标记权和经营性资信权等三类权利^{〔3〕}。更有学者进一步发展了知识产权概念，认为知识产权与市场竞争有关。例如，日本学者富田

〔1〕 陶鑫良、单晓光：《知识产权法纵论》，知识产权出版社 2004 年版，第 53 页。

〔2〕 刘春田：《知识产权法》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 6 页。

〔3〕 吴汉东、胡开忠等：《走向知识经济时代的知识产权法》，法律出版社 2002 年版，第 15~16 页。

彻男在其《市场竞争中的知识产权》一书中即认为^{〔1〕}，知识产权是保护技术开发、创造、经营等正常进行的一种权利制度。它是和技术开发——产业——消费者组成的市场结构相对应的一种权利。知识产权有许多种类，基本上是指竞争者为阻止其对手销售自己的产品或商品而拥有的垄断顾客的一种权利。

由于知识产权是一个不断发展的和贸易、国家利益的关系日益紧密的概念，同时又是一个复杂的、有时会超越法律范畴的概念。因此，一言以蔽之地简单定义知识产权不是一件容易的事。对于知识产权定义的不统一，学者李琛曾指出：“知识产权法学作为一门显学，面临着一种无法掩饰的尴尬：学界对‘知识产权’这个基本概念远未达成共识。”^{〔2〕}

为了规避定义知识产权的困境，在知识产权理论界一直延续着用“列举法”来界定知识产权的做法。

列举法又分为列举权利法和列举保护对象法，列举权利法是将权利进行归总的方法。例如，知识产权是著作权、专利权、商标权等权利的总称；再如，“国际保护工业产权协会”（即AIPPI），1992年东京大会认为，知识产权分为“创作性成果权利”与“识别性标记权利”两大类。其中，前一类包括七项，即发明专利权、集成电路权、植物新品种权、Know-How权（也称“技术秘密权”）、工业品外观设计权、片权（著作权）、软件权。后一类包括七项，即商标权、商号权（也称“厂商名称权”）、其他与制止不正当竞争有关的识别性标记权。这种划分方法也是一种列举权利的方法。

〔1〕〔日〕富田彻男：《市场竞争中的知识产权》，廖正衡等译，商务印书馆2002年版，第1页。

〔2〕李琛：《知识产权方论》，中国方正出版社2004年版。