

知识产权导论

第一节 知识产权概述

一、知识产权的概念与范围

（一）引论

据 2008 年 7 月 6 日《重庆晚报》报道,生活在泰国丛林的 7 岁大象彼得经过主人的数年训练后,居然能用鼻子为同伴画出一幅惟妙惟肖的“肖像”,还卖出了 10 万美元的天价。若将此画视为著作权法保护的美术作品,那么谁是著作权主体?

画家甲创作了一幅油画,广告商乙购得该画后,拟用它作为商业广告背景,乙的计划一旦实施,会引发侵犯著作权之争吗?

按照著作权法的基本原理,唯有人才是著作权的主体,人以外的其他物,包括低等动物,皆为著作权的客体,故我们不能“反客为主”。虽然大象彼得的“肖像”画可被一些人视为作品,但著作权主体并非大象彼得,而是大象的主人。大象绘画的鼻子只能看作其主人画笔的延伸。人们可能会对此疑惑不解,分明是彼得用鼻子创作了同伴的“肖像”,为何大象不是著作权主体?

画家甲创作的油画系著作权客体——美术作品,其所附着的载体或画布则属于有体物的所有权客体。因此,如果甲的油画著作权未转让给乙,则乙购得的仅是油画画布或所有权客体。他若擅自将油画用作广告背景,将会侵犯甲的油画作品的著作权。

同理,我们买了某书不等于享有该书的著作权;而将某书稿寄给出版社后,我们对该书稿享有著作权但未必能拥有其所有权。

上述举例均涉及著作权或知识产权。对于惯于把产权与有体物,诸如土地、房屋、机器等相联系的人来说,知识产权简直是一个充满玄机、令人费解的神秘领域。

故欲探索知识产权的奥秘,须先考察知识产权的来源,然后弄清楚其概念与范围。

(二) 知识产权的缘起及历史演进

人类的发展史,过去是,现在也是人类的发明史。人类利用发明成功地启动了对人类进化的直接影响,最终导致知识产权制度在全球从萌芽走向勃兴。知识产权源自中世纪后期封建君主授予的特权(privilege),其后通过向垄断权(monopoly)的演变,在自然权利说和解释哲学(Naturrechtslehr und Philosophie der Aufklaerung)的基础上,逐次发展成现在的知识产权(intellectual property)或智力所有权理论。

意大利伟大的物理学家和天文学家,近代实验科学的奠基者之一伽利略(Galilei)在向威尼斯市政府递交的申请中,要求对其发明的水泵授予特权。他表示:“这项发明是我的财产,它花费了我大量的努力和许多费用,不得让他人使用。否则是不合适的。”^①

尽管欧洲某些国家很早就产生了调整知识产权的若干法律原则,但直到19世纪,知识产权才作为一个统一的法律概念被使用。

“intellectual property”最早出现在1845年10月美国马萨诸塞巡回法院审理的Davoll et al. v. Brown专利侵权案中。法官Woodbury指出:“我们只能按这种方式保护知识产权(intellectual property),即如同某人栽培的小麦和饲养的家畜一样,保护其拥有的心智劳动、成果和利益。”^②此前则有“发现是……财产权”的表述。《法国1791年法》第1款规定:“所有发现是创作者的财产权,为保障发明人对其发现的财产权和临时享有,应授予它5年、10年或15年的专利。”法国人Nion在1846年出版的《作者、艺术家和发明人的民事权利》一书中提及了“propriété intellectuelle”(知识产权)。^③

汉语“知识产权”系英语intellectual property(简称IP)或intellectual property rights(简称IPR)的意译。虽然这种表达在国内学界尚存异议,但它作为一个约定俗成的概念,已为国内相关法律、法规和规范性文件以及学界所接受。知识产权在德国和瑞士(德语区)称为geistiges Eigentum、Rechte des geistigen Eigentums(智力所有权)抑或Immaterialgueterrechte(无体财产权)。德语geistiges Eigentum译自英语intellectual property。^④虽然德国著名学者Kohler从1874年起,开始构建了以著作权(Urheberrecht)为核心的“无体财产权”(Immaterialgueterrechte; unkoerperliches Recht)学说^⑤,该学说曾对奥地利、瑞士、法国等国家的知识产权理论的发展产生过深远影响。^⑥但直至20世纪70年代中后期以前,德国人把知识产权大多称为gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht(工商业权利保护和著作权)。知识产权在法国称为propriété intellectuelle。在日本称为知的(知识)财产权或无体财产权。我国台湾地区学者称其为智慧财产权。

按照欧洲大陆的旧习,知识产权原本仅涉及著作权的保护,几乎与商标权无关。^⑦但是

① HUBMANN Vgl. H, GOETTING H P. Gewerblicher Rechtsschutz[M]. Muechen: Beck, 2002: 12-20.

② 1 Woodb. & M. 53, 3 West. L. J. 151, 7 F. Cas. 197, No. 3662, 2 Robb. Pat. Cas. 303, Merw. Pat. Inv. 414.

③ http://en.wikipedia.org/wiki/Intellectual_property[2008-09-21].

④ GOETTING H P. Der Begriff des Geistigen Eigentums[J]. GRUR, 2006, (5): 354.

⑤ REHBINDER Vgl. M. Urheberrecht[M]. Muechen: Beck, 2002: 18.

⑥ 郑友德. 知识产权法[M]. 北京: 高等教育出版社, 2004: 20.

⑦ CORNISH W R. Intellectual Property: Patent, Copyright, Trade Marks and Allied Rights[M]. 3rd Edition. London: Sweet and Maxwell, 1999: 3.

它作为著作权、专利权、商标权与反不正当竞争保护的上位法律概念,现已获得世界知识产权组织(World International Property Organization, WIPO)和世界贸易组织(World Trade Organization, WTO)等国际组织以及各国学者的普遍认可。随着信息社会和知识经济社会的发展,知识产权也作为一个普通用语,得到越来越广泛的传播。

(三) 知识产权的概念与基本范畴

何谓知识产权?由于它涉及经济、管理、科技和法律等不同领域,故不同行业对此有不同理解。

财会人员认为,知识产权是无形资产(intangible asset)的一种形式。除专利权、商标权、特许经营权等知识产权或知识财产外,无形资产还包括商誉(goodwill)、非专利技术以及土地使用权等。它说明一个企业的无形资产或“软资产”的价值远高于诸如其拥有的现金、厂房、设备等“硬资产”的价值。在世界经济正进入“知识重于资本、文化重于物质、品牌重于产品、无形重于有形”的时代,高度重视优化配置无形资产,是提高经济增长的质量与效益,转变经济发展模式的一条重要途径。

在企业经营管理人员看来,知识产权是通过确认并获取新知识的方式,将人力资本(human capital)转化成价值的一种管理工具。^① 知识产权属于创新资本(除知识产权外,还包括关键知识与技术、创新投入和创新文化)的范畴,后者和人力资本(含经营团队、专业技能和向心力与创造力)、流程资本(含营运流程、创新流程、知识管理和组织弹性)、关系资本(顾客规模、顾客忠诚、策略伙伴和声誉)共同构成智力资本(intellectual capital)。^② 知识产权是企业智力资本的法定保护形式。

按照科技界人士的观点,知识产权是与科技创新紧密联系的。科技创新需要巨大的智力投入和资金投入,知识产权是对科技创新主体“投智”与“投资”的一种保护和回报。知识产权是对发明、计算机软件、集成电路布图设计等与科技创新相关的智力成果提供保护的一种工具。

法律界目前对知识产权尚无定论。WIPO 往往采取典型列举和典型列举加概括的方式对知识产权加以分类(详见本节“三、知识产权的类型化”);国内外学者则通过概括法进行定义。

WIPO 专家指出:知识产权是指在工业、科学、文学和艺术领域智力活动产生的法定权利^③;知识产权涉及心智创造(creations of the mind),包括发明、文艺作品、符号、名字、形象和商业设计。^④

除郑成思教授外,我国学者对知识产权的界定大多类似日本学者。^⑤

① GOLLIN M A. Driving Innovation: Intellectual Property Strategies for a Dynamic World[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2008: 23.

② 阙光威. 智慧资本的法律定性与智慧财产证券化的可行性分析研究[J]. 政大智慧财产评论, 2004, 2(1): 103.

③ WIPO. Introduction to Intellectual Property: Theory and Practice[M]. Boston: Kluwer Law, 1997: 3.

④ [http://www.wipo.int/about-ip/en\[2008-10-10\]](http://www.wipo.int/about-ip/en[2008-10-10]).

⑤ 我国学者郑成思认为,知识产权是人们就其智力创造的成果依法享有的专有权利。(参见:郑成思. 知识产权法教程[M]. 北京:法律出版社, 1995: 1.) 刘春田认为,知识产权是基于创造性智力成果和工商业标记依法产生的权利的统称。(参见:刘春田. 知识产权法[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2000: 3.) 吴汉东将知识产权定义为人们基于自己的智力活动创造的成果和经营管理活动中的标记、信誉而依法享有的权利。(参见:吴汉东. 知识产权法学[M]. 北京:北京大学出版社, 2000: 1-3.)

我们认为,知识产权是人们对于科技和文艺领域的智力创新成果和工商业领域的投资成果享有的法定权益。该权利或法益一种是基于人的智力投入即“投智”所产生的;另一种是对基于资金投入即“投资”所产生的。前者如发明创造和文艺创作等“投智”成果依法产生的智力成果权;后者如对商标和数据库等“投资”成果依法产生的工商业成果权。例如,商标注册与否不取决于新颖性,无须发明、发现或任何脑力劳动,不依赖于人的天赋。商标权仅授予在先申请注册商标的人。传统上,《商标法》并无鼓励发明创造的愿望。没有政策明确鼓励创作更多商标。《商标法》的基本原则是制止侵占商标权人的信誉的侵权行为和欺骗消费者的侵权行为。《商标法》显然是为了保护三种投资形式:①商标创作投资;②与商标有关的商品的广告宣传投资;③与产品有关的其他投资。^①

二、知识产权的客体

要搞清知识产权客体,须先明确权利客体这一概念。依权利本质的通说,权利是由特定利益与法律上之力两个要素构成的,本质上是受法律保护的特定利益。此特定利益的本体,即权利的客体,也可称为权利的标的或权利的对象。^② 概括而言,知识产权的客体是无体物、智力物(geistiges Gut)抑或抽象物(abstract object)^③,而非有体物(physical object, koerperliches Gut),这与其客体为有体物的物权有本质区别。由于智力物的无体性,故其可与创造或利用它的人彼此相分离,但保护效果可延伸到作为其载体的有体物上。

关于知识产权的客体,主要由法学者抽象概括,各表不一。

1. 智力成果说

按照我国法学界的主流观点,知识产权的客体,是人们从事智力活动所取得的成果,是不受任何有体物限制,但需借助一定的有体物加以体现的人类“智慧”的结晶。^④ 该学说的弊端在于,它未能很好地囊括商标,而后者正是知识产权的重要组成部分。如前所述,商标选择、设计虽然可能涉及一定的智力活动,但是其标志功能却与这种创作无必然联系,这从法律对通过使用建立起识别力的标志的保护中即可看出。^⑤

2. 知识产品说

另有学者表示,知识产权的客体,是人们在科学、技术、文化等知识形态领域中所创造的精神产品,即知识产品。知识产品是与物质产品相并存的一种民事权利客体,其具体分为三类:创造性成果、经营性标记和经营性资信。^⑥ 此说直接借用了知识产权中的“知识”一词,似可当然地涵盖知识产权的全部客体。问题在于“知识产权”本身在我国也是一个颇受争议的词语,而争议的关键就在于商标权与“知识”的不同。商标何以成为“知识”产品? 不仅如

① [美]MERGES, et al. 新技术时代的知识产权法[M]. 乔筠,等,译. 北京:中国政法大学出版社,2003: 438-441.

② 梁慧星. 民法总论[M]. 北京:法律出版社,2001: 63.

③ DRAHOS P. The Universality of Intellectual Property Rights: Origins and Development[R]. Intellectual Property and Human Rights. A Panel Discussion to Commemorate the 50 Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights, Geneva, 9 November 1998. WIPO, Geneva/1999.

④ 郭明瑞,唐广良,房绍坤. 民商法原理(二)[M]. 北京:中国人民大学出版社,1999: 431-432.

⑤ 韦之. 知识产权客体的统一称谓之我见[J]. 电子知识产权,2006,(4): 59.

⑥ 吴汉东. 知识产权法学[M]. 北京:中国政法大学出版社,2002: 12-14.

此,在法学文献中,一般较少用“产品”一词,而多用“财产”“物”和“成果”等更抽象一些的词语。即使有时用到产品,也更多指有体产品,即物质方面的成果。故假若“知识”一词尚可,则“财产”或“成果”应该是比“产品”更可取的后缀。^①

3. 信息说

WIPO 专家认为:与动产和不动产相比,知识产权的客体是人的心智、人的智力创造,是与信息(information)有关的财产,这种信息能够同时包含在全球任何地方无限数量复制件的有形物中。这些财产并非指这些复制件,而是指这些复制件中所含的信息。^②

日本学者中山信弘指出,知识财产的客体,是指禁止不正当模仿所保护的信息。^③

我国学者进一步提出了“智能信息”说,认为其是在具体的法律中以某种外在的“知识形态”表现出来从而可以为外界所察知,如专利的技术、发明、方法、标注及各种识别性标记,商业秘密的各种技术、方法、配方、参数、技能、智慧、经验,著作权法中的各种作品及表演艺术家的录音和广播的演出,还有商誉、地理标志、外观设计、集成电路布图设计、动植物品种、计算机软件等。^④

作者基本认同信息说。但应指出的是,这种信息既非物理学上具有一定能量的光电信息,亦非物权法空间权中不具能量的空间信息,该信息本质上属于一种具有独立商业价值的科技、文艺和商誉信息。从这种意义上讲,知识产权也是信息开发利用权。

信息作为公共产品,具有共享性、非损耗性和永续性,它可以为许多人在不同时空、以多种方式同时使用,且不因使用过多而降低其价值,也不会自然灭失。但是,共享性只是知识产权客体的属性,而知识产权本身却是专有的、排他的。就该信息上每一项具体的知识产权本身而言,其权益归属乃单一的特定权利主体。知识产权法保护权利人及其被许可人等对这种信息的合法共享,制止他人对这种信息的不当模仿和擅自使用。换言之,知识产权是一种“客体共享、权利排他”的权利。

三、知识产权的类型化

所谓类型化,是按一定的标准,根据对象的共同点和差异性,将对象划分为不同类别的逻辑方法。人类的思维对现实世界的把握就是从对现实世界的分类开始的,所以德国学者 Kaufmann 强调“对事物的本质的思考是一种类型学的思考”。^⑤“类型化能帮助人们了解法律概念,并能提高法律适用上的正确性,进而有助于建立完整的法律体系。”^⑥

1. 国际知识产权公约和国际保护知识产权协会的分类

事实上,对知识产权类型化的努力早在签订《保护工业产权巴黎公约》(以下简称《巴黎公约》)时就开始了。该公约将知识产权二分为著作权和工业产权,后者包括专利权、商标权

① 韦之. 知识产权客体的统一称谓之我见[J]. 电子知识产权, 2006, (4): 59.

② WIPO. Background Reading Material on Intellectual Property[M]. 1988: 3.

③ [日]中山信弘. 多媒体与著作权[M]. 张玉瑞, 译. 北京: 专利文献出版社, 1997: 1.

④ 徐喧. 智慧的财产权构建如何可能? ——以现代自然法为分析方法对 WTO 框架下“知识产权”的解读[M]//郑胜利. 北大知识产权评论(第2卷). 北京: 法律出版社, 2004: 72.

⑤ 王涌. 私权的分析与建构——民法的分析法学基础[EB/OL]. [2010-11-20]. <http://www.chinalawinfo.com>.

⑥ 谢铭洋. 智慧财产权之概念与法律体系[M]//刘春田. 中国知识产权评论(第1卷). 北京: 商务印书馆, 2002: 143.

和反不正当竞争。

依据《建立世界知识产权组织公约》中第二条的规定,知识产权涉及:①文学、艺术及科学作品;②表演艺术家的表演、录音制品与广播;③人类活动的所有领域内的发明;④科学发现;⑤工业品外观设计;⑥商品商标、服务标记、商号及其他商业标志;⑦反不正当竞争;⑧一切来自工业、科学及文学艺术领域的智力活动成果所产生的其他权利。

以上通过列举加概括的方式虽然提供了广义知识产权的范围,但各列举项之间缺乏内在的联系。其列举内容并非各国知识产权法都提供保护。例如,“科学发现”在我国不受知识产权法保护,仅依行政法规规章提供奖励。

《与贸易有关的知识产权协议》(简称 TRIPs)将知识产权的范围列举如下:①著作权与邻接权;②商标权;③地理标志权;④工业品外观设计权;⑤专利权;⑥集成电路布图(拓扑图)设计权;⑦未披露的信息专有权(商业秘密);⑧对许可合同中限制竞争行为的控制。

与上述 WIPO 公约相比,TRIPs 仅对与贸易相关的知识产权进行了列举,实用新型发明权未纳入其范畴。第⑧点通常属于反垄断法的调整范畴。

国际保护知识产权协会(AIPPI)1992 年东京大会也采取单纯列举的二分法,把知识产权分为创作性成果权和识别性标记权两大类。创作性成果权利包括:①发明专利权;②集成电路权;③植物新品种权;④技术秘密权;⑤工业品外观设计权;⑥著作权;⑦软件权。识别性标记权利包括:①商标权;②商号权;③其他与制止不正当竞争有关的识别性权利。

2. 国家立法的分类

依据《中华人民共和国民法通则》第九十四条至第九十七条的规定,知识产权有著作权或版权、专利权、商标权、发现权、发明权、其他科技成果权之分。

《法国知识产权法典》则把知识产权二分为文学和艺术产权(propriété littéraire et artistique)与工业产权(propriété industrielle)。^①

3. 法学者的分类

按照不同的标准,可对知识产权作以下分类。

(1) 按知识产权的客体不同,可细分为以下三类:①以科技创意信息为客体的专利权;②以文艺表达信息为客体的著作权;③以商誉信息为客体的商标权和反不正当竞争保护。

(2) 以知识产权的取得形式不同,可分为形式知识产权(formelle Rechte)和实体知识产权(sachliche Rechte)。^②前者如须履行申请注册等法定形式方可授予的专利权和商标权;后者如无须履行任何形式而依法自动取得的著作权。

(3) 按知识产权的独占性强弱,可分为强知识产权与弱知识产权,抑或完全独占权(vollkommene Ausschliesslichkeitsrecht)与不完全独占权(unvollkommene Ausschliesslichkeitsrecht)。前者如专利权、商标权和著作权;后者如商业秘密、未注册知名或驰名商标以及数据库等的相关权益。

^① 黄晖,译.法国知识产权法典[M].北京:商务印书馆,1999:3-149.

^② EISENMANN Vgl. H. Grundriss gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht[M]. Heide Iberg; Mueller, 1985: 6.

第二节 知识产权的特性

关于知识产权的特性和性质,除日本学者外,其他国家的学者着墨不多,国内学者则有诸多论述。郑成思教授将知识产权的特点概括为无形性、专有性、地域性、时间性和可复制性。^① 刘春田提出知识产权的保护对象——智力成果具有无形性;知识产权的客体是依法对智力成果和工商业信誉的支配权利,而非智力成果或工商业信誉本身;知识产权具有严格地域性;知识产权是受公共利益限制的权利。^② 吴汉东教授认为,知识产权具有国家授予性、专有性、地域性和时间性。^③ 张玉敏教授强调要构成知识产权的特征,必须满足两个条件:一是必须是所有知识产权都具有的特点;二是不能是所有民事权利的共有的特点。她据此提出,知识产权具有如下特点:知识产权的保护对象是信息;知识产权是对世权、支配权;知识产权可分地域取得和行使;知识产权的权能可分别授予多人行使。^④

我们认为,知识产权与物权有共性之处。但由于知识产权在客体、效力、期间等方面的特殊性,故知识产权与物权相比也存在诸多不同。就知识产权体系中的专利权、商标权和著作权而言,它们虽然统称知识产权,但在我们归纳其共性时,又发现各自间存在明显的个性。因此,我们很难概括出所谓的知识产权整体上的特性,因为除专利权、商标权、著作权在呈现交叉重叠共性的同时又彰显个别特征之外,知识产权也与物权同异共存,所以,本节我们以物权为参照,另从知识产权的客体——信息这一公共产品的经济属性来分析知识产权的基本性质。

一、私权性

知识产权主要是特定主体享有的财产权,属于民事权利,本身是一种私权,这在多数国家的法律中很久以来就得到承认。根据 TRIPs“引言”的规定,成员国或成员地区应承认知识产权为私权。所以 TRIPs 开宗明义地如此重申,是因为知识产权是由中世纪后期的“特权”(privilege)演化而来的,并非一开始就是私权。过去许多国家不像对待普通私权那样对待知识产权。因此,TRIPs 强调知识产权是私权,是表明知识产权不能由于权利主体或客体不同而有任何歧视。不管这种歧视是基于国籍或居所,还是基于技术领域或技术产生地,也不管这种歧视是基于产品是本国生产抑或外国进口,均是不许可的。^⑤ 为了维护知识产权持有人的合法权益,保障作为私权的知识产权得到有效行使,根据 TRIPs 第四十一条至第六十一条的规定,成员国或成员地区应采取有效措施制止任何侵犯本协议所包括的知识产权的行为,侵权者应承担民事、行政和刑事责任。

① 郑成思. 知识产权法[M]. 北京: 法律出版社, 1997: 11-23.

② 刘春田. 知识产权教程[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1995: 5-8.

③ 吴汉东. 知识产权法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: 5-7.

④ 张玉敏. 知识产权法学[M]. 北京: 法律出版社, 2002: 19-26.

⑤ 郑成思. WTO 知识产权协议逐条讲解[M]. 北京: 中国方正出版社, 2001: 3; 汤宗舜. 专利法教程[M]. 北京: 法律出版社, 2003: 276.

二、客体的无体性

知识产权的客体是一种信息,呈现无体性,“它并不是以诸如土地、空气、野生动物的形式存在……这种财产,从最严格的意义上说,是一种创造”。^① 知识产权法上的无体物(immaterialguete)广泛地涵盖发明、文艺作品、电脑程序、商业秘密以及各类标识。它们都具有智力创造的特性,在概念上和法律技术上既不同于有体物也有别于现有的给付。其与客体为有体物的财产权的区别如下:

(1) 有体物的财产权的客体与载体通常相统一,知识产权的客体与载体(其形式多样)相分离。例如,当某人收到他人信件时,信件作为有体物归收信人所有,而存在于信件上的著作权(如发表权、复制权等)仍归写信人享有。相应地,知识产权人向他人许可或转让权利时也无须提供具体的有体载体。而有体财产权的行使,比如房屋转让,房主须将房屋转交受让人,否则受让人一无所有。^②

(2) 鉴于知识产权的客体是特定的,而其所附着的有体载体是非特定的,故知识产权持有人对无数个不同有体载体中所承载的同一知识产权客体仅享有一个专有权;对于有体财产权客体而言,即使出现了完全一样的两个有体物,该两物之上存在的亦是两个独立的物权或所有权。

(3) 在一定的时空条件下,同一知识产权客体可以被多个主体共用,不受时间、空间和数量的限制,能在任何地方重复使用而不像有体物那样降低其质量,而且可以随时随地凭借可视性标识再现和再利用,因此具有极高的经济价值。

(4) 作为知识产权客体的信息属于公共产品,具有研发成本高、复制成本低、在消费上非自然排他性的特点。它一旦被生产出来,生产者无法决定谁来得到它,无法排斥那些不为此产品付费的人,其复制成本几近于零,潜在利润极高。知识产权客体的这种外部性(external effects, externality)的存在,会导致智力成果的创造者缺乏创新激励和活力,从而使智力资源供应不足,这就需要政府依法对智力成果授予独占权,以使知识产权客体的外部性内部化,减少其收益的外溢。不过,知识产权保护并不是越强越好,在减少其正外部性,即保护知识产权持有人的合法权益的同时,如果一味强化知识产权的保护,也可能引起其负外部性,即知识产权的过度保护会损害社会公共利益,使社会成本(包括技术垄断引起的福利损失)超过私人承担的成本。^③ 基于这种考虑,现代知识产权制度设计中作了“权利限制”“合理使用”的规定,以平衡知识产权持有人与消费者和公众之间的利益,使智力成果使用的社会效益最大化。

^① SHERMAN B, BENTLY L. The Making of Modern Intellectual Property Law[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 1999: 44.

^② 江滢,郑友德. 知识产权特征新论——兼析知识产权与有形财产权的区别[J]. 华中科技大学学报: 社会科学版, 2001, (4): 17.

^③ 吴欣望. 知识产权——经济、规则与政策[M]. 北京: 经济科学出版社, 2007: 56.

三、独占性

信息作为公共产品或公共财产,在消费量方面具有非竞争性的特征和非独占性的特点。所谓非独占性或非排他性(non-excludability),是指公共产品的生产者如果要排除他人未经许可对其的使用,将会非常困难或者费用昂贵。一般私有产品,如机器等有体物,一旦被人占有,实质上不能再被第三人占有。所以,有体物的占有是天然排他的,如果法律要保护权利人对有体物的排他性支配权,只要保护其占有状态即可。相反,信息的占有纯粹是非排他性的,权利人即使自己正在占有并使用着某种信息,任何他人也完全有可能同时占有并使用同一信息。所以,信息的占有是天然排他的,如果法律要保护权利人对信息的排他性支配权,仅保护权利人的占有状态还不够,法律必须更艰难地拟制出一种排他效力,强制排除任何未经权利人许可而对信息的占有和使用。

知识产权的独占性与有体产权的独占性不同。后者的独占性表现为对特定客体——有体物本身的支配和控制,有体产权也因此由保障特定主体排他实现特定客体上的利益的权利,演变为保障该主体排他支配、控制该客体本身的权利。基于知识产权客体的共享性,知识产权的独占性建立在对“客体”与“客体上利益”进行区分的基础上,非权利人可以掌握某特定智力成果(客体本身),但不能实现该特定智力成果所生的利益(除非获得权利人的使用许可),该智力成果上的利益由法律认可的特定主体凭借“法律上之力”专有。同理,非权利人掌握了权利人的特定智力成果(客体)后,权利人并不因此失去该智力成果,因而仍然可以排他地实现其上的利益。可见,有体产权通过“客体排他”以实现“权利专有”,知识产权则是“客体共有,权利排他”。^①

我国《专利法》第九条规定,同样的发明创造只能授予一项专利权。两个以上的申请人分别就同样的发明创造申请专利的,专利权授予最先申请的人。因此,一发明若授予专利权,则对其他同样的“平行发明”(parallelerfindung)具有绝对的“阻断效果”(speerwirkung)。^②对商标权而言,我国《商标法》第二十九条规定:“两个或两个以上的商标注册申请人,在同一种商品或者类似的商品上,以相同或者近似的商标申请注册的,初步审定并公告申请在先的商标;同一天申请的,初步审定并公告使用在先的商标,驳回其他人的申请,不予公告。”故在同种商品或类似商品上在先申请注册的商标,排斥在后申请注册的相同商标和相似商标。不过,只要不是驰名商标,同一商标可以在不同类型的商品上申请注册商标。比如,“长城”文字商标在我国已分别在香烟、电视机等上注册使用,并行不悖。就著作权来说,由于著作权无须履行任何形式依法自动取得,即便理论上会出现两人同时同地独立地创作出几近雷同的两件相同作品的特例,只要两者不是抄袭他人,满足著作权法原创性的要求,也不会相互排斥,同样能够作为独立的作品分别受到著作权法保护。故专利权的独占性最强,商标权次之,著作权最弱。

^① 郑成思,朱谢群. 信息与知识产权[J]. 西南科技大学学报,2006,(1): 5.

^② BERNHARDT Vgl. W, KRASSER R. Lehrbuch des Patentrechts[M]. Muechen: Beck, 1986: 5-6.

四、时空上的有限性

1. 时限性

有体财产权以有体物的存在为前提,有体物一旦灭失,所有人的权利也随之丧失。作为知识产权客体的信息则具有非损耗性和永续性的特征。然而,为了鼓励知识产权信息的广泛传播与交流,从而促进科技、经济、文化发展和社会全面进步,知识产权法硬性规定了知识产权的存续期限。知识产权只在法定期限内有效,期限届满,权利归于消灭。

从经济学角度看,“通过给予思想的生产者以垄断权,该生产者就有一种强有力的刺激去发现新的思想,然而垄断者对产品索取高价将阻止该产品的使用。简而言之,这一问题的困惑在于,没有合法的垄断权就不会有足够的信息生产出来,但是有了合法的垄断又不会有太多的信息被使用”。^① 解决这一两难困境的法律途径,就是在时间上限制知识产权的效力,使知识产权仅在法定时间内受到保护,期限届满外则为社会共享。这样知识信息就具有了双重性,既是私有产品又是公共产品。作为私有产品,必须保证私人收益与社会收益尽可能一致;而作为公共产品,则必须让社会普遍受益,使知识信息最终成为共享资源。^②

对于保护期间,因为著作权是相对的排他性,旨在调整作者的个人利益与发展文化的关系,因此,其有效期较长,原则上为作者终生及其死亡后五十年。对发明专利和实用新型专利而言,主要考虑随着时代的发展,技术发展水平是不断提高的。对于外观设计专利,则考虑其流行性较强。此外,还考虑这些权利具有很强的排他性。因此,较之著作权,前三种工业产权的有效期要短。商标权的排他性最强,《商标法》所保护的标识,只要其正在使用,有实际识别作用,能对顾客产生吸引力,就具有财产价值,同时也有利于维持产业秩序。因此,以其使用为前提,其有效期应当是无限的。但是,为了淘汰实际上不使用的商标,《商标法》规定,商标权的有效期为注册之日起十年,如其继续使用,可以续展。从此意义上说,商标权的有效期限比著作权的有效期要长。^③

知识产权效力的时限性,通常针对知识产权中的财产权而言。按照我国著作权法的规定,著作财产权的效力有时限;除发表权以外,其他著作人身权的效力皆无时限。

2. 属地性

学者也把这一特征概括为知识产权的“地域性”。从知识产权的起源看,原始知识产权是以封建君主授予的特权形式出现的,因而其法律效力只能局限在君主权力所及的地域内。到了现代,知识产权的这一特征仍然存在。知识产权的效力在地域或空间上的有限性,在《巴黎公约》第四条所规定的专利独立性原则中得到了充分体现。按照独立性原则的要求,一个成员国批准或驳回一项专利,并不决定其他成员国是否对同一发明的申请案批准专利;同样,一个成员国撤销了一项专利或宣布它无效,也并不影响其他成员国就同一发明已经批准的专利继续有效,且各国知识产权保护的实体内容和保护范围均是相互独立的。

知识产权客体具有共享性,不同国家、地区可彼此独立地在同一时间,基于各自立法对

① [美]罗伯特·考特,托马斯·尤伦.法和经济学[M].上海:上海三联书店,1994:185.

② 高德步.产权与增长:论法律制度的效率[M].北京:中国人民大学出版社,1998:124.

③ [日]半田正夫,纹谷畅男.著作权法50讲[M].魏启学,译.北京:法律出版社,1990:25.

同一智力成果设定不同内容或不同类别的知识产权,该智力成果上的知识产权必须分别单独适用各具体的“权利登记地法”或“权利主张地法”,同一智力成果上的知识产权在同一时间因地域不同而呈不同样态。知识产权的地域性作为一种权利特征不能混同于法律的地域效力——各国物权法也有相应的地域效力,但物权却没有地域性的特点,因为任何有体物都不具有共享性,不同国家、地区不可能同一时间对同一个有体物设定物权。^①

随着经济的全球化和知识产权制度的国际化,知识产权发生域外效力已经成为可能。例如,美国《商标法》可以在美国领土之外适用。该法授予人们对任何国家依法管理的商业活动中不当使用注册商标者提起民事诉讼的权利。^② 美国还通过《1974 年贸易法》第三百零一条和“特别 301 条款”,将贸易与知识产权挂钩,使其行政部门能够通过单方面贸易报复的威胁来调整完全发生在美国领土之外的行为。另外,一系列保护知识产权国际公约的签订,也使得知识产权的立法日益呈现出一体化趋势。《TRIPs 协议》被认为是世界上第一个规定了有关保护知识产权国际义务的条约。《专利合作条约》(PCT)中则明确规定了“地区专利”的存在,该专利由若干缔约国组织的政府间机关授予,能在一个以上的缔约国发生效力。^③

虽然各国的文化或信息传播方法各异,但各国的利益对立不太严重,因此,有些国际条约对著作权的成立、效力等作了统一的实质性规定。从此意义上讲,著作权的属地性不强。而对竞争色彩极浓的工业产权来说,各国的利益对立严重,与国家发展产业的政策有密切联系,因此,对特别是在产业活动中有着强排他性的专利权,各国都严格采取属地原则。至于商标权,与反不正当竞争法一样,是维护产业秩序的,各国的利益冲突不太严重,所以其属地原则已部分修改或减弱。^④ 因此,就属地性而言,专利权最强,商标权其次,著作权最弱。

五、法定性

按照国内学者的观点,知识产权法定(numerus clausus),是指知识产权的种类、内容、获得要件、限制乃至救济制度等关键内容,须由法明文确定,除立法者在法律中特别授权外,任何人不得根据自己的意愿在法律之外创设知识产权。由此推定,知识产权法定的观念反对法官行使自由裁量权,以免在制定法之外为智力成果创造者创设某种权益。为克服知识产权法定导致知识产权法律制度的僵化,可对知识产权法律制度适时修订。此外,立法者可通过法律的授权,给行政和司法机关留下可活动的适当空间。我国著作权的立法和司法已有这方面的先例。^⑤

知识产权是特有的法定财产权(legal property rights),而非知识客体或无体客体本身。按照知识产权法定原则,只有依法将某一知识客体授予某一具体的人,使其作为权利客体可供该人支配时,始构成知识产权。故诸如创意、科学发现、某些科技成果以及某些发明创造

① 郑成思,朱谢群.信息与知识产权[J].西南科技大学学报,2006,(1):6.

② [美]依莉萨白·钱—黑尔.美国知识产权的域外保护[J].毕小青,译.外国法译评,1999,(3):38.

③ 汤宗舜.知识产权的国际保护[M].北京:人民法院出版社,1999:251-252.

④ [日]半田正夫,纹谷畅男.著作权法 50 讲[M].魏启学,译.北京:法律出版社,1990:25.

⑤ 郑胜利.论知识产权法定主义[J].中国发展,2006,(3):54;李扬.智慧财产法中的几个基本理论问题[J].科技与法律,2008,(2):45.

等,尽管它们同属于知识,但原则上不受知识产权法保护,因为它们通常不满足知识产权法的法定保护要件。另一方面,若将这些非法定的知识扩入知识产权法的保护范围,势必侵蚀“公有领域”,危及社会公共利益,导致知识产权扩张和滥用。

我们认为,知识产权法定主要指知识产权应依法律和司法创设。而依法律和司法创设知识产权,必然涉及权利的获得要件、类型、内容、数量、限制和保护等,似无必要做更多的具体列举。应该强调的是,知识产权首先应依知识产权专门法,比如专利法、商标法、著作权法和反不正当竞争法创设。其次,应依知识产权专门法中的概括性条款和最高人民法院的相关司法解释,由法官“依法创权”。例如,我国《著作权法》第十条除对各项著作权进行了具体列举,但还预留“应当由著作权人享有的其他权利”这样的概括权。1999年,在王蒙等六位作家诉世纪互联通信技术有限公司侵犯其著作权的案件中,北京市海淀区人民法院(一审)和北京市第一中级人民法院(二审)就是依我国现行的《著作权法》第十条对使用权和获得报酬权的规定,判决被告侵犯六位作家的著作权。^① 法院的判决依据是,我国《著作权法》(1990年)第十条第(五)款所明确的作品使用方式中,并没有穷尽使用作品的其他方式存在的可能。这属于对“使用方式”的扩大解释。

六、财产权与人格权的统一性

知识产权具有财产权与人格权的双重属性,知识产权持有人有时能通过知识产权的行使来享受财产利益和人格利益。

财产权和人格权的统一性,在著作权中表现最为明显。所谓“文如其人”,则意味着作品是作者人格的延伸。例如,我国《著作权法》第十条规定的著作权包括四项人身权(发表权、署名权、修改权、保护作品完整权)和十二项财产权(复制权、发行权、出租权、展览权、表演权、放映权、广播权、信息网络传播权、摄制权、改编权、翻译权、汇编权)。

作为财产权的专利权的人格权属性不甚明显。发明是发明者的创作,发明者享有名誉权,这是不属于专利权但与专利权相关联的人格权。按照《巴黎公约》第四条第(三)款的规定,发明人有权要求在专利上记载自己是发明人,此规定,通常称发明人的精神权利。根据这类规定,对于职务发明,企业若在专利申请上不记载作为雇员的发明者的姓名,在日本会被判决侵害发明者的名誉权。^② 专利权除赋予权利人制造、销售、使用等可据以取得经济利益的财产权外,对于雇佣关系以及出资聘人研究开发的情形,也明文规定受雇人与受聘人享有姓名表示权。我国《专利法》第十七条规定:“发明人或者设计人有权在专利文件中写明自己是发明人或者设计人,专利权人有权在其专利产品或者该产品的包装上标明专利标识。”

商标权的人格权属性不甚明显,但若申请人用其姓名或肖像申请商标注册并获得授权时,则商标权便具有较强的人格权属性。就受法律保护的商业秘密而言,由于其是秘密占有人创作的保密知识,如同创作的作品,因而也具有人格权属性。

^① 郑胜利.论知识产权法定主义[J].中国发展,2006,(3):54.

^② 大阪地判平14.5.23,判时1825号116页,有用元素回收事件。

七、非稳定性

对有体财产所有权而言,有体物是处于权利人的实际控制和支配之下,所有人可根据自己的自由意志对所有物行使占有、使用、收益和处分的权利并且排斥非所有人对其所有物进行不法侵占、妨害和毁损,因而可以说,有体财产所有权的权利保护范围是确定的。相比之下,对知识产权权利保护范围的界定就要困难得多。以下分别从专利权、商标权和著作权方面加以论述。

首先,对发明和实用新型,各国法律都承认权利要求书是界定其权利范围的主要法律依据。我国《专利法》第六十条规定:“发明或者实用新型专利权的保护范围以其权利要求的内容为准,说明书及附图可以用于解释权利要求的内容。外观设计专利权的保护范围以表示在图片或者照片中的该产品的外观设计为准,简要说明可以用于解释图片或者照片所表示的该产品的外观设计。”然而发明人在申请专利时往往无法准确预测将来可能出现的所有侵权行为,很难将权利要求书写得滴水不漏,这就使得如何理解和解释权利要求书的含义成为了确定发明或实用新型专利权范围的关键。各国目前存在两种做法,即“中心限定”和“周边限定”。“周边限定”的方法由于要求严格按权利要求书的字面含义来解释,因而不利于对发明人权益的充分保护;而采用“中心限定”法固然有利于专利权人,但在对权利要求书作扩大解释时会由于人为因素使权利保护范围的边界处于模糊状态。

其次,我国对商标实行注册制度,商标权以核准注册的商标和核定使用的商品为限。申请人在提起商标注册申请时,必须按商品分类表准确填写该申请注册商标所要使用的商品类别和商品名称,商标局以此为依据来具体核定商标权的保护范围。然而随着高速公路的发展,信息新产品与服务不断涌现,致使《尼斯协议》中规定的商品和服务国际分类表已不堪使用。^①另外,按照我国《商标法》第三条第(一)款的规定,他人未经商标所有人许可,在核定使用的相同商品或者类似商品上使用与核准注册商标相同或者类似的商标,即构成侵权。但如何判断同种或类似商品?与核准注册商标相同或者近似的标准是什么?很显然,这又给商标权权利保护范围带来了很大的不确定性。

最后,著作权理论中“只保护思想的表达形式,而不延及思想或内容本身”的原则,在数字化技术的冲击下难以为继。新型信息作品的形式与内容往往融为一体,难以界定。例如,美国上诉法院1986年8月就Whelau公司诉Jaslow公司一案所作的判决宣称:在关系到计算机程序作品时,思想与其表达的划分应以作品本身所追求的目标来确定。在其他作品中通常被认为是“形式”范畴的作品的“结构、顺序和组织”,在计算机程序作品中则是内容的有机组成部分,应同样受著作权法保护。^②计算机信息空间的数据通常不具备传统作品所要求的特定形式,不同作品均可通过数字技术转换成二进制数码进行存储和传输。

此外,知识产权的客体随着科技的发展而不断扩展也给权利保护范围的确定带来了困

^① 郑友德. 信息高速公路中知识产权保护的若干问题[J]. 法学研究, 1997, (4): 50.

^② 郑友德. 计算机信息网络知识产权若干问题探析[J]. 法商研究, 1999, (3): 61.

难,正如一些学者所言,“知识产权是一项发展中的权利”。今天人类已经进入了信息大爆炸的时代,信息的更替日新月异,各种知识产品喷薄而出。例如,电子货币就已经在美国、欧洲和澳大利亚获得了专利。近年来,商标开始出现在大米、水果等农产品以及螃蟹等水产品上,纳米材料也被冠以商标。另外,诸如微生物、DNA 重组技术、蛋白质结构甚至人类基因也已被或正在被授予专利。与此同时,知识产权的内容不断丰富和细化,相应的侵权方式也不断“推陈出新”,这一切都使得知识产权的权利保护范围呈现出了不确定性。因而在进行知识产权保护的立法时,应与科技的发展密切相连,同时考虑到知识产权客体的特殊性,对知识产权的各项权能及时地给予界定、扩展或限制,以有利于知识产权人更好地保护自己的智力成果,同时使知识产权的立法宗旨——既保护智力成果创造者的合法权益,又促进科技、文化的广泛传播——得到贯彻实施。

第三节 知识产权法概述

一、知识产权法的概念与体系

知识产权法是就人类智力投入成果及工商业投资成果的确权、利用、保护进行规范的法

的总称。广义的知识产权法不仅包括知识产权的专门法律法规,还涉及与知识产权相关的法律规范。具体而言,其不仅包括著作权法、商标法、专利法、反不正当竞争法以及有关的条例,如计算机软件保护条例、海关知识产权保护条例、集成电路保护条例等,还包括一些并非专门的单行法律,如宪法、刑法、民法通则中涉及与知识产权有关的法律规范。本书对知识产权法的介绍,以专门的知识产权法为主。

二、中国知识产权法的构成

除宪法、刑法、民法通则中的相关规定外,我国知识产权法主要由法律、行政法规和规章、最高人民法院的司法解释构成。

(一) 法律

- (1) 中华人民共和国专利法;
- (2) 中华人民共和国商标法;
- (3) 中华人民共和国著作权法;
- (4) 中华人民共和国反不正当竞争法。

以上四种法律的主要内容见表 1.1。

(二) 行政法规和规章

- (1) 中华人民共和国专利法实施细则;
- (2) 中华人民共和国商标法实施细则;

表 1.1 中国知识产权法一览

项 目	专 利 法	商 标 法	著 作 权 法	反不正当竞争法
立法目的	保护专利权人的合法权益,鼓励发明创造,推动发明创造的应用,提高创新能力,促进科技进步和经济社会发展。(《专利法》第一条)	保护商标专用权,促使生产、经营者保证商品和服务质量,维护商标信誉,以保障消费者和生产、经营者的利益,促进社会主义市场经济的发展。(《商标法》第一条)	保护文学、艺术和科学作品作者的著作权,以及与著作权有关的权益,鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播,促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣。(《著作权法》第一条)	保障社会主义市场经济健康发展,鼓励和保护公平竞争,制止不正当竞争行为,保护经营者和消费者的合法权益。(《反不正当竞争法》第一条)
保护客体	发明:对产品、方法或者其改进所提出的新的技术方案。 实用新型:对产品的形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案。 外观设计:对产品的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所作出的富有美感并适于工业应用的新设计	商标:具有显著性的文字、图形、字母、数字、三维标志和颜色组合,以及上述要素组合的可视性标志	作品:文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果	工商业成果:不受左侧三部知识产权特别法保护的具有显著性的未注册商标、域名和商业秘密等
权益的内容	实施(制造、自用、许可他人使用、许诺销售、销售、进口、转让等行为)独占权	核定使用商品上核准注册商标与服务的使用(自用、许可他人使用、转让等行为)独占权或专用权	著作人身权(发表权、署名权、修改权、保护作品完整权)与著作财产权(复制权、发行权、出租权、展览权、表演权、放映权、广播权、信息网络传播权、摄制权、改编权、翻译权、汇编权等)	具有显著性的未注册商标、域名、商号、地理标记、商业秘密的相对使用(自用、许可他人使用等行为)独占权益或相对专用权益

续表

项 目	专 利 法	商 标 法	著 作 权 法	反不正当竞争法
权益的效力	以经营为目的,对相同发明或实用新型专利的实施独占或类似外观设计专利的实施独占	以经营为目的,对相同商品与服务上相同注册商标的(积极效力);以经营为目的,禁止他人擅自在相同或近似商品上使用相同或近似注册商标(消极效力)	对作品模仿的相对独占	以竞争为目的,对相同商品与服务上相同未注册商标等(积极效力);以竞争为目的,禁止他人擅自在相同或类似商品与服务上使用相同或近似未注册商标等(消极效力);以及对相同商业秘密的相对实施独占
权益的取得	登记	注册	创作	基于制止不正当竞争行为反射或间接取得
独立创造(设计、创作)的处理	先申请主义	先申请主义	独立创作的抗辩	在先使用或(商业秘密)独立创造的抗辩
审查	发明:实质审查,满足新颖性、创造性和实用性者予以登记。采用申请早期公开和延迟审查制度。 实用新型和外观设计:初步审查,满足实用新型和外观设计登记要件者予以登记。为防他人模仿,申请仅在授权后才予公开	实质审查,满足显著性要求者予以注册	不审查。作品登记对抗第三人	不审查

- (3) 中华人民共和国著作权法实施细则;
- (4) 中华人民共和国计算机软件保护条例;
- (5) 中华人民共和国植物新品种保护条例;
- (6) 中华人民共和国集成电路布图设计保护条例;
- (7) 中华人民共和国奥林匹克标志保护条例;
- (8) 中华人民共和国知识产权海关保护条例;
- (9) 中华人民共和国植物新品种保护条例实施细则(农业部分)(2007);
- (10) 中华人民共和国植物新品种保护条例实施细则(林业部分)(1999)。

(三) 最高人民法院的司法解释

- (1) 最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体适用法律若干问题的解释(一)(2004);
- (2) 最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体适用法律若干问题的解释(二)(2007);
- (3) 最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件的司法解释(2002);
- (4) 最高人民法院关于进一步加强知识产权司法保护工作的通知(2004);
- (5) 最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释(2001);
- (6) 最高人民法院关于修改《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》的决定(2003);
- (7) 最高人民法院关于对诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定(2001);
- (8) 最高人民法院关于人民法院对注册商标权进行财产保全的解释(2001);
- (9) 最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件的司法解释(2002);
- (10) 最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定(2001);
- (11) 最高人民法院关于审理植物新品种纠纷案件若干问题的解释(2001);
- (12) 最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释(2007);
- (13) 最高人民法院关于审理注册商标、企业名称与在先权利冲突的民事纠纷案件若干问题的规定(2008)。

第四节 知识产权制度的功能

知识产权制度是近代商品经济发展的产物,是知识社会经济文化发展的需要。一是保护人类智力投入(投智)和人力、物力、财力投入(投资)需要。就发明专利和作品而言,主要是直接保护投智;就商标与不正当竞争、数据库而言,主要是直接保护投资。知识产权制度对智力投入和资金投入的保护,激励了人们进一步投资和投智的积极性与热情,从而推动人类的进步与文明。二是改革开放,建立市场经济的需要。我国的知识产权制度萌芽、发轫于改革开放初期,其演变、发展过程勾勒出了我国从计划经济向社会主义市场经济逐步演化的轨道。知识产权制度的构建大大推动了我国经济结构的转型和市场的开放,也为我国经济

体制改革的深化和政治体制改革的萌动奠定了坚实的基础。三是建设物质文明、精神文明和生态文明的需要。知识产权制度的建立,增强了个人、企业乃至全社会尊重知识、尊重人才、诚实信用的思想意识,净化了市场,保障了我国市场朝着开放、自由、公平方向前进,促进了我国物质文明、精神文明和生态文明的建设。四是知识产权制度的确立,推动了技术创新,使我国知识产权朝着激励创造、有效运用、依法保护和科学管理的目标进行生态循环,为我国建设创新型国家夯实了基础。总体而言,从各国知识产权法的立法宗旨看,知识产权制度具有促进文学、艺术、科学、技术和贸易的进步与发展的功能。

以下分别对专利制度、著作权制度、商标制度与反不正当竞争制度进行论述。

一、专利制度的功能

根据我国《专利法》第一条的规定,专利制度有鼓励发明创造、提升技术水准、推动发明创造的应用,提高创新能力,促进科技进步和经济社会发展的功能。

(一) 鼓励研究开发新技术的功能

林肯用他最朴素的语言将专利制度喻为“利益之油”和“科学、技术和经济发展的催化剂”。^① 1860年2月22日,林肯总统曾讲授“发现、发明与改良”(discoveries, inventions and improvements)。其中提到,在没有专利制度之前,人们常常利用他人发明创作的内容,而发明人并未能由自己的发明得到特别利益。但是专利制度改变了这一情况,它确保发明人,在一定期间内可以独占地利用他的发明。因此,他更进一步认为专利制度可以“为天才之火添加利益(interest)之油,以鼓励新而有事物之发现与生产”。^② 此一名言道破了专利制度鼓励发明,促进生产的伟大功能。

罗斯福总统对专利制度的评价是:“专利制度为技术之钥,技术为生产之钥,生产为胜利之钥,此意为专利制度鼓励创作,提升技术,促进生产,足使人民致富,国家富强。”^③ 日本发明人协会会长丰泽丰雄语重心长地呼吁以人力资源开发战胜资源的不足。渠谓:“要使土地狭窄,资源贫乏之日本,变成一个富裕的国家,除了从每一个日本人的脑海里榨取创意之外,再也没有别的方法了。”此言引发了无数对发明创作感兴趣的人。人力充分开发与利用的结果是,日本人几乎每天都有大小发明问世,每一种发明都变成独占商品,输出国外,赚取外汇,使缺乏资源的日本,终变成富裕的经济大国。^④ 专利制度给予发明人一定期间合法的垄断与保障,发明人或其被授权的人均可安心投资设厂以制造专利产品,故专利制度也是鼓励投资的良策,同时也是鼓励公平竞争的制度。“其与经济发展有极密切之关系,诚不容否认。”^⑤

智力成果一旦以信息形式公之于众,便失去了私人财产的特点。它与有形物品不同,技

① IDRIS K. Intellectual Property: A Power Tool For Economic Growth[M]. WIPO Publication No. 888: 78.

② ROSENBERG. Patent Law Fundamentals, 1975: 5. 转引自曾陈明汝. 两岸暨欧美专利法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2007: 19.

③ 曾陈明汝. 两岸暨欧美专利法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2007: 18.

④ 曾陈明汝. 两岸暨欧美专利法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2007: 18.

⑤ 曾陈明汝. 两岸暨欧美专利法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2007: 20.

术能被许多人使用而不会对发明人造成损耗,新的使用者无须再花投资去重新研究开发。如此,就不会有人愿意花费投资去开发新技术。专利制度为防止“搭便车”行为,根据发明人的请求,给予其一种排他权,任何人未经权利人许可,都不得使用这种成果。发明人有了这种权利,便可以收回投资并获取利润,为进一步的研究开发积累资金。给发明人以排他性的独占权,这是鼓励发明的最简单、最便宜、最有效的手段。

(二) 导向功能

“公开性”是专利制度的重要特征和优点之一。“公开性”体现在专利文献向公众披露。专利制度的导向功能是通过公布的专利文献来实现的。专利文献主要是指各国专利局的正式出版物,具有内容广泛、详尽,出版报道速度快,技术涵盖面广等特点。世界知识产权组织的研究结果表明,全世界最新的发明创新信息 90% 以上首先都是通过专利文献反映出来的。^①

专利文献中常常包含一些情报,特定技术问题的科研人员通过对这些情报的查阅、检索,可以了解现有技术,扩展研究方向,选准未来主攻技术。这样能避免重复他人已完成的工作,从而可以节省时间、资金和人力。^② 这有助于研发机构谨慎投资,避免资源浪费。同时,通过查阅专利文献,可以开阔视野,启迪科研人员的创造性思维,有利于从已有的专利夹缝中寻找技术空白点来进行新的发明创造。

(三) 促进技术转移

首先,通过专利文献的介绍,有利于促进技术的转移。经过分类的专利说明书和专利申请文件所包含的技术信息,是今日世界上任何人都可以得到的、唯一最有价值和最全面的技术来源。专利当中对发明有详细说明,可以据以对技术进行评估,此外还记载了专利权人或者申请人以及发明人的姓名或名称及地址,这就为找到技术的所有人指明了途径,便于进行联系,洽谈技术转移事宜。

其次,专利制度对专利权人提供保障,创造一种有利于技术转移的环境。从技术接受人方面来说,与没有专利保护的技术相比较,他自然更乐意接受有专利保护的技术。从技术供应人方面来说,如果转移的技术没有专利保护,技术供应人就只能依靠合同来要求技术接受人提供不公开其技术秘密、不让第三人使用其发明的保证。对技术供应人来说,依靠合同的保护有商业上的风险。如果转移的技术是有专利保护的,则风险要小得多。此外,转移有专利保护的技术时,技术接受人可以通过专利说明书了解技术的内容,对技术的价值进行评估。如果不是专利保护的技术,技术供应人必须先有保密合同才能提供技术的内容,这样又会造成技术泄露给第三人的风险。此外,由于有专利法的规定,在转移有专利保护的技术时,双方的谈判和专利许可合同的拟定都简单得多。^③

(四) 吸引外资

外国投资是一个国家借以开发其资源的一个重要手段。鼓励、吸引外国投资,涉及许多

^① 陈慕. 企业技术创新与专利文献的利用[J]. 安徽科技, 2007, (7): 39.

^② 世界知识产权组织. 知识产权法教程[M]. 北京: 专利文献出版社, 1988: 23.

^③ 汤宗舜. 专利法教程[M]. 北京: 法律出版社, 2003: 16.

因素。从总体来说,一个国家具备有效的专利制度是使外国人做出投资决定时考虑的因素之一。因此,专利制度为鼓励、吸引外国投资提供了制度化的环境。作为影响外国投资决定的因素之一,专利制度的影响力还在很大程度上取决于投资的领域。如果外国资本投向的是竞争激烈的技术密集领域,那么专利制度对外国人做出投资决定是有重大影响的。

(五) 鼓励信息公开,促进技术信息的交流

专利制度保护发明人,禁止别人仿制或冒充,防止发明被保密起来。换言之,即授予发明人以专利权这种排他性的独占权,以此鼓励发明人将其发明公开,通过公开,更有效地传播技术情报。并在此基础上,促进产业技术进一步发展。授予专利权这种排他性的独占权,是公开发明的一种代价。但是现在专利制度究竟在鼓励发明公开方面起多大作用,仍是疑问的。^①

由于专利权的取得须公开发明信息,所以可以使产业与研发机构较容易地取得外国最新与最重要发明的信息。且信息对本国多数人较易了解与消化,因此外国人专利申请须以本国文字提出。尤其随着专利文献的利用愈益便利,各国间技术信息更可交流互通,从而有助于提升各国技术水准。^②

二、著作权制度的功能

根据我国《著作权法》第一条的规定,著作权制度在保护文学、艺术和科学作品作者的著作权,以及与著作权有关的权益(邻接权)时,注意适当保护公众利益,进而有利于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播,促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣。其主要功能如下。

(一) 保护和开发国内的智力资源,促进国际间的科学文化交流

现代社会经济的发展和竞争,说到底科学文化的竞争,是人才的竞争。保护和开发智力资源,就是要尊重知识、爱惜人才,以积极而有效的政策去调动广大作者的创作积极性,以鼓励他们创作出更多更好的作品,为社会经济的发展、为丰富广大人民群众的精神文化生活服务。尤其是对于发展中的国家来说,保护和开发国内的智力资源更为重要。如果国内作家的创作热情受到著作权法的保护,就有可能激发他们的民族自尊心和创造性。这对于建立本国的作者队伍,减少人才外流和对于外国作品的依赖程度,促进国际科学文化交流,提高本国在世界上的文化地位尤为重要。

^① 各国的专利法都不是在发明公开的同时授予排他性独占权。现在有一种倾向,把研究出来的发明不公开,作为技术秘密使用,因为这样不怕别人仿制或冒充,况且别人研究同一发明的可能性很小。此外,还有一种倾向,从专利的实际工作来看,在专利说明书中公开发明时,往往公开得不充分,因为如果完全公开,则意味着下一阶段的发明可能被人抢走。因此,专利制度反而有使发明人将其研究过程中的发明藏起来的后果。参见:[日]纹谷畅男,专利法50讲[M],魏启学,译.北京:法律出版社,1984:12.

^② 杨崇森,专利法理论与应用[M].台北:三民书局,2007:7.