

法学高等教育研究生教学用书

知识产权法专论

丁丽璞 著

本书受福建省高等学校新世纪优秀人才支持计划资助

科学出版社

北京

内 容 简 介

在知识经济时代,知识产权制度作为调整知识创造、利用和传播中所形成的社会关系的工具,已经构成社会政策的一部分。知识产权对象所具有的非物质性和发展性特征,使得知识产权法律制度在特定的理论基础之上积累了丰富的实践经验,并不断创新和发展着。在社会变动发展中谋求知识独占与分享冲突中的利益平衡,从而保障知识的流动性、有用性和生产力转化成为知识产权法的重要任务和目标。本书本着发展、创新的观点来审视知识产权制度的理念与实践,着重讨论了目前知识产权法学界关注的若干重大理论与实务问题,通过对相关专题所涉及的法律政策形成背景评述、法律关系及权利保护规则分析、理论基础归纳、典型判例研究以及制度变革与创新,以期为读者提供一个得以深入观察知识产权法的路径。

本书适合作为高等教育法学硕士生和法律硕士生的教材,也可作为知识产权法学教学和研究的参考书,同时也有助于拓展和启发知识产权保护实务思路。

图书在版编目(CIP)数据

知识产权法专论/丁丽瑛著. —北京:科学出版社,2008

(法学高等教育研究生教学用书)

ISBN 978-7-03-020168-3

I. 知… II. 丁… III. 知识产权法-中国-研究生-教材 IV. D923.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 027372 号

责任编辑:徐蕊 李俊峰/责任校对:李奕莹

责任印制:张克忠/封面设计:耕者设计工作室

科 学 出 版 社 出 版

北京东黄城根北街16号

邮政编码:100717

http://www.sciencep.com

印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2008年3月第一版 开本:B5(720×1000)

2008年3月第一次印刷 印张:21 1/2

印数:1—3 000 字数:412 000

定价:36.00元

(如有印装质量问题,我社负责调换〈科印〉)

总 序

法治建设离不开法学教育和法律人才培养。法学硕士研究生（含法律硕士研究生）的教育是高层次的法律专业人才培养。曾有人将法学院的使命赋予为培养阐释法律的法学家与培养从事法律解释的法律人。简而言之，法学院培养目标为两类人才：一是学者型、研究型的法学家；二是应用型、操作型的法律职业人。由此，联想到法学硕士研究生的培养制度改革，我们更倾向于将法学硕士研究生的培养目标定位，由培养单纯的学者型、理论型法学研究人才转向培养具有更为深厚扎实的知识基础和较强的实践创新工作能力的应用型人才，培养发展的人才类型亦由单一型向复合型方向转换。

基于上述这样的考虑，我们提供给法学研究生用于汲取理论营养、维系知识命脉的教材也应该顺应培养目标的要求，体现出复合型的特色：即不仅告诉读者法律应当是什么，同时，又启发学生在实践中如何去做。与此目标相对应，我们尝试将这套研究生教学用书定位于专著性质的教材，旨在不仅能够反映学科领域理论研究和实践发展动态，使其在具有较为鲜明的学术品位的同时，也能成为法学硕士研究生专业学位课程或选修课程的教材或主要参考用书。

如果说衡量研究生是否得到社会的肯定取决于能否顺应社会经济和法治建设发展的需要，那么，这套硕士研究生教学用书是否成功，则主要取决于撰写人员对于专著性质教学用书如何适应研究生教学培养需要的规划设计。有鉴于此，我们对于这套教学用书的设计努力突出以下几点特色：

➤ 具有相当的知识含量。本套硕士研究生教学用书撰写的内容有别于以基本知识、基本概念的介绍为主要内容的本科教材，而是以专题的方式较为深入地探讨所涉学科领域近年来若干主要、重要或前沿性的理论或实务问题。虽然其中不乏对基本概念的阐述，但力求简练、准确，并对有分歧的概念和观点进行了梳理和甄别，使读者对所探讨的专题有比较系统、深刻的理解和把握。

➤ 具有相当的应用价值。无论法学院培养的是学者型的人才还是实务界的精英，都需要明确实践理性的价值目标。因此，本套教材在取材和内容安排上突出实用性和应用性，尽可能避免“纯学术”的艰涩探讨，而是注重理论在实践中的运用。在展示“应然”的知识与“实然”的状态之间的摩擦与契合，权衡与取舍的同时，更偏重于对“实然”知识的阐释、分析和实际运用的把握上，力求以案例和实际问题的分析引领和贯穿全书。

➤ 具有相当的学术品格。无论是法学硕士研究生还是法律硕士研究生，都

应该具备相当的法学理论基础和一定的学术鉴别能力。因此，本套教学用书的内容力求具有较高的学术水准，所选择论述的各个专题应该是作者基于对某一学科的深刻领悟，具有独到见解，反映学科领域理论研究和实践发展最新动态的重要问题。争取为读者提供的不仅是解决温饱的快餐，而是值得回味的盛宴，使读者从中能够考量作者的学术路径，在阅读中产生耳目一新的学术感应与共鸣。

总之，本套硕士研究生教学用书兼具学术性、知识性和应用性的特点，以培养具有法律基础知识和综合素质的高层次人才为指导思想，力求让不同层面的读者都能够从中受益，成为开启法学理论研究兴趣和指导法律实务操作大门的一把钥匙。

非常巧合的是，厦门大学法学院与科学出版社签订出版这套研究生教学用书的协议的那一天，正值厦门大学 85 周年隆重的校庆；而第一批出版的教学用书又刚好迎来了法学院 80 周年的华诞。在这热烈吉祥的氛围中，我们更增加了信心和动力，期待着厦门大学法学院以深厚的学术资源和文化底蕴为后盾，经过不断探索与改进，竭尽全力使这套丛书成为法学硕士研究生教学用书中的精品，为推进我院法学硕士研究生的教学水平和课程建设，促进法学教育的改革作出应有的贡献。

当然，不容回避的是，由于我们是第一次尝试组织撰写硕士研究生教学用书，参与撰写的作者研究水平各有高低，学术风格迥异，书中的疏漏和不足恐在所难免。欢迎各位读者能够批评指正，以使我们这套丛书再版时能更臻于完善。

最后，衷心感谢各位作者为本套丛书的问世奋笔疾书，献计献策，也衷心感谢科学出版社对厦门大学法学院法学教育事业的热诚支持和鼎力相助！

厦门大学法学院编委会

2006 年 8 月 28 日

编审委员会名单

主 任 廖益新

委 员(以姓氏笔画为序)

卢炯星 朱福惠 齐树洁 李兰英 宋方青

陈晓明 徐国栋 徐崇利 蒋 月 曾华群

目 录

总序	
第一章 知识产权法律制度的特性分析	1
第一节 知识产权法律制度的特性与变革	1
第二节 知识产权法的体系和地位	13
第三节 知识产权的正当性理论基础	22
第二章 知识创造、利用及传播中的矛盾与和谐	33
第一节 知识产品的商品属性分析	33
第二节 知识的独占与分享的对立矛盾	39
第三节 知识创造、利用及传播之和谐秩序的构建	44
第三章 知识产权战略视野下的典型立法和实践	54
第一节 知识产权战略与发展政策的结合	54
第二节 美国“337 调查”及相关知识产权应对战略与策略	71
第三节 专利技术标准化的知识产权垄断	89
第四节 传统知识保护中的知识产权战略	97
第四章 知识产权国际保护体制的变化与发展	112
第一节 知识产权国际保护体制的建立	112
第二节 知识产权国际保护体制的发展	124
第三节 新经济和新技术对知识产权国际保护体制的影响	132
第四节 后 TRIPs 时代知识产权国际保护体制的变革	146
第五章 作品著作权保护的理论与实务	152
第一节 著作权、作品概念的理解	152
第二节 著作权保护对象范围的确定	155
第三节 作品著作权取得原则的评述和适用	171
第四节 作品著作权保护条件的理解和认定	175
第五节 著作权合理使用限制的运用	180
第六节 侵犯作品著作权行为的认定	186
第六章 专利侵权判定的理论与实务	194
第一节 专利权保护范围的界定和理解	194
第二节 侵犯专利权行为的构成要件及实践认定	205
第三节 侵犯专利权的相同侵权和等同侵权判定	218

第四节	侵犯专利权的直接侵权和间接侵权形态·····	231
第五节	不构成侵犯专利权的抗辩·····	237
第七章	商标权保护的基础与实践·····	247
第一节	商标与商标权的概念分析·····	247
第二节	注册商标的显著性与禁止混淆·····	266
第三节	驰名商标的表彰性与禁止淡化·····	279
第八章	反不正当竞争法在知识产权保护中的适用·····	290
第一节	反不正当竞争法在知识产权保护中的地位和适用·····	290
第二节	不正当竞争行为的认定·····	295
第三节	商业秘密的法律保护·····	302
第四节	知名商品或服务特有商业外观的法律保护·····	323

第一章 知识产权法律制度的特性分析

在现代社会中，知识产权作为一种私权在各国普遍获得了确认和保护，知识产权制度作为划分知识产品公共属性与私人属性界线并调整知识创造、利用和传播中所形成的社会关系的工具已在各国普遍确立，并随着科学技术和商品经济的发展而不断地拓展、丰富和完善。从起源于封建社会的“特许权”到摆脱封建特许权的束缚并确认智力创造者对其创新成果的财产利益和人身利益，从被认为是世界上最早的专利法、著作权法和商标法的1624年英国《垄断法规》、1710年英国《安娜女王法令》和1857年法国《关于以使用原则和不审查原则为内容的制造标记和商标的法律》到各国现行的知识产权法律制度，从1883年签署的《保护工业产权巴黎公约》及1886年签署的《保护文学艺术作品伯尔尼公约》到1994年世界贸易组织（简称WTO，其前身为关贸总协定）框架下的《与贸易有关的知识产权协议》（简称《知识产权协议》或TRIPs协议）以及1996年签署、2002年正式生效的世界知识产权组织框架下的《版权条约》和《表演和录音制品条约》，不同的历史时期甚至相同历史时期的不同阶段，知识产权的合理性不断地被思考、论证和发展，知识产权保护制度也在回应现代科技飞速发展所提出的各种冲击和挑战中不断地调整和完善，从而充分地体现了人类在制度设计上的智慧与创新，也折射出不同利益群体的利益抗争以及私人利益与公众利益间的动态平衡。

20世纪下半叶，经济全球化的出现、新的国际贸易体制的形成以及世界经济朝着知识经济方向的发展成为深刻影响21世纪各国政治、经济、文化制度与格局的重要因素。知识产权制度也不例外，知识产权保护显现了其特有的甚至是开拓性的发展特点。关注这些发展与变化，分析其形成的内在动力与外在影响，无疑是有助于知识产权法学学科的学习与研究的。

第一节 知识产权法律制度的特性与变革

一、知识产权对象的非物质性、广泛性、发展性及交叉性可能导致知识产权保护规则的模糊性认知

从整体而言，知识产权是以“知识”为对象的。在否定知识怀疑论后，知识被认为是“认识主体对外在事物正确把握后形成的信念”^①。这是从哲学上对

^① 胡军：《知识论》，北京大学出版社，2006年，第45页。

“什么是知识”这一问题的一种解答。而在法学领域，人们通常是从“对象化”的角度来解答知识的概念和属性，因为单纯的“信念”是无法成为权利的对象，这些“信念”须以一定的表述或描述形式来体现才得以纳入法律的保护范围。从法律意义出发，我们可以肯定知识是自然人通过创造性劳动所取得的精神成果，是人类认识自然和社会而形成的可以交流和传承的信息。

知识产权是一个法律上的概念。法律制度作为一种工具，其介入知识创造、利用和传播活动，并调整在这活动中所形成的各种社会关系，其实现的是知识产权化的目的。产权是指所有权人依法支配其财产的权利，知识产权被认为是“人们基于自己的智力活动创造的成果或经营管理活动的经验、知识而依法享有的权利”^①。通过法律使知识成为产权的对象，其目的在于强化和保障知识或信息创造者对该知识或信息的使用及传播的排他性专有。同时，在通过法律的手段将知识纳入法律的调整，使其成为权利的对象而得以为特定的主体所有或支配时，我们无法回避或忽视知识信息作为权利对象所具有的非物质性，即使在可知识产权性的法律要求上存在“可感知性”、“可复制性”、“实用性”、“显著性”等条件，或须满足能以某种特定的载体固定为人们所认知的形式条件，知识产权对象的非物质属性是得到普遍肯定和认可的，并因此决定了知识产权制度设计上不同于有形财产权保护制度的独特规则。“知识产权客体的这种非物质属性不但决定了它和有形财产权的区别，而且决定了知识产权其他一切形式上的特征。”这种对象“没有长、宽、高等三维立体空间特征，人们通过感官并不能直接感受它的存在，而必须通过抽象思维才能加以感受和消费”^②。因而，在对这些对象主张、行使权利或实施保护时必然存在概念上的模糊和认知上的分歧，权利对象的确定、对象的可知识产权性、权利所及的行为范围往往并不清晰和确定，并因此成为争议的焦点而成为必须在个案中进行论证的问题。

除了非物质性外，知识产权保护的特殊性和复杂性还与知识产权对象的广泛性、发展性及交叉性有关。知识产权是一个综合性概念，无论是学理研究还是立法规定，知识产权的权利主张和救济均体现为具体的著作权、专利权、商标权等权利类型，并以特定的信息为对象。事实上，知识产权的范围便是知识产权法律制度提供保护的客体范围，但即使在知识产权制度法典化编纂的国家，知识产权法典也非提供知识产权保护的唯一依据。知识产权对象根据著作权法、专利法、商标法、反不正当竞争法等一系列被纳入知识产权法律制度的单行法律、法规分别确定并划分了不同的保护范畴。就总体而言，知识产权的对象范围一直是处于开放性的动态发展中的，科学技术与社会经济发展过程中产生的创造性智力成果

① 曲三强：《知识产权原理》，中国检察出版社，2004年，第4页。

② 李扬：《知识产权的合理性、危机及其未来模式》，法律出版社，2003年，第11页。

和识别性经营标记都可能基于法律的调整而成为知识产权的对象，从这一意义上说，知识产权的对象范围是十分广泛的。就个体而言，无论是著作权、专利权等创造性智力成果权，还是商标权、商号权、知名商品特有包装或装潢权等识别性经营成果权，其权利对象的确定往往应对了当前科学技术发展的现状及社会经济发展的需要并不断地拓展和丰富。从科学技术发展现实下法律保护之社会需求的提出，到修订和变革现行知识产权法，往往要经历一定时间的思考、讨论和定夺，而这过程也恰恰反映了从模糊到成熟的思辨的历程。

知识信息根据不同的范畴而纳入不同类型的知识产权权利对象。其中，作为著作权对象的作品是指属于文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以有形形式复制的智力成果；作为专利权对象的发明创造在我国包括发明、实用新型和外观设计，它是可以在工农业生产中实施运用的技术方案；作为商标权对象的商标是一种识别或表彰特定商品或服务信息及其关联性的标记，它属于商业经营领域。著作权法等各个单行法在提供知识产权保护的同时，明确划定了权利对象范畴，并根据该权利对象的特性确定具体的保护规则。但是，知识信息的表现形态并不单纯和单一，而是具有交叉性的，就同一信息载体可能存在两个以上的信息形态并因此被同时纳入两个以上的法律调整和成为两个以上的知识产权对象。例如，工业品外观就是一个典型的对象。工业产品因其独特的外观设计而成为实用艺术品，兼具实用性和艺术性，就其艺术表达，在满足作品独创性条件下可以被视为美术作品而纳入著作权保护；就其工业制造和实用性，在满足新颖性条件下可以被授予外观设计专利权；就其外观的商业经营标识性，在符合显著性要求下可以获得立体商标注册，在属于知名商品的特有包装或装潢时，可以获得反不正当竞争法提供的知识商品特有包装或装潢权保护。又如，一个平面图形造型可以被认为是著作权的对象即作品，也可以被作为商品或服务商标使用和注册，还可以构成商品的特有包装或装潢而获得制止其他经营者不正当竞争行为的保护。知识信息的交叉性及其表现形式和传播手段的多样性，一方面导致了类似工业品外观设计著作权、集成电路布图设计权等交叉性知识产权的出现，另一方面导致了知识产权保护中权利冲突的频繁出现，确定解决权利冲突的规则和具体方案成为破解困惑、解决纷争的重要和根本所在。

二、法律的滞后性与原则性所导致的灰色区域的推导 与判断是围绕着独占与分享冲突中的价值 取向与利益平衡这一核心进行的

知识产权对象的特殊性决定了知识产权制度一直是处于应对科技进步与发展挑战的状态中，相对于科技的飞速发展以及因此带来的社会关系的复杂化和多样化发展，知识产权法不可避免地存在这样或那样的缺陷，其规则设计上的原则性

往往随时都会遭受到“滞后性”批判。事实上知识产权制度既是知识创造、利用及传播中知识创造者、使用者及传播者等各方利益的平衡工具，也是在特定历史条件下利益平衡的结果。当新经济、新技术下产生的新的社会关系冲击了现行制度，使原有的利益平衡被破坏而显现利益失衡状态，社会就提出了制度调整和变革的要求。

权利对象的广泛性、发展性决定了知识产权保护规则原则性的相对滞后性，表现在具体的法律适用中就是存在着若干的灰色或模糊区域，该灰色或模糊区域往往成为不同利益方在个案中努力抗争的问题。人类的生存与发展对知识的需求决定了知识创造成果所应当具有的公共性、社会性和承续性。另一方面，在知识产权制度设计中，知识产权被普遍认为是一种私权，作为知识产权对象的知识属于私人物品，它的使用和传播属于权利人垄断性私权的支配领域。知识产权保护必须反映知识产权对象兼具公共物品和私人物品的属性，法律在对知识创造者提供私权保护的同时，也必须基于公共利益的需要而划定某一特定的公共领域来保障公众为个人生存和发展需要而自由接近、使用和传播私人知识信息的权利。“公众使用公有物的自由甚至在很强的意义上是财产的一种，因为作为一种自由的权利，它应当是稳定的受保障的权利。”^①从经济学上分析，知识产权制度是根据效益原则分配知识资源的工具；从社会学上分析，知识产权制度是平衡社会需求，解决知识独占与分享的矛盾与冲突的手段；从法学上分析，知识产权制度是提供知识产权化界定和保护规则的社会规范。不可否认，知识的独占与分享是知识创造、利用和传播中诸多矛盾和冲突的核心所在，并始终贯穿于知识产权保护的各项制度设计中。从知识创造者的利益出发，其谋求的是借助知识产权保护保障知识创造者对其所创造的知识或信息的垄断性独占；从知识使用者和传播者的利益出发，其谋求的是依赖知识产权权利限制获得更多的公平、正当、自由、免费地获取、使用和传播知识或信息的机会。在动态的发展中维护社会的公平与正义往往成为社会管理者进行利益平衡的价值取向，也成为解释灰色或模糊区域中法律适用的正当理由。然而，这些意识形态领域的公平、正义等价值取向仅是提供了概念性的描述，其认定标准仍然是模糊的。

从模糊到模糊，人们似乎难以在成文法中找寻到可以直接套用于个案的清晰规则，更多地需要结合实际争议来解释法律。所以，判例法国家在解决知识产权纠纷、明析知识产权保护规则上具有制度上的优越性，典型判例往往成为弥补、丰富和解释法律的重要渊源。而在长期沿革大陆法系法律传统的我国，在通过个案审理而总结和积累起来的审判经验的基础上形成的司法解释对法律的适用和解释起了重要的指导作用。虽然对于这些司法解释条文的合法性和合理性，理论上

^① 冯晓青：《知识产权法哲学》，中国人民公安大学出版社，2003年，第87页。

存在着若干的质疑，但它们对于切实地解决实际纠纷、定分止争起了十分重要的作用。模糊区域的存在也意味着受诉法院法官自由裁量权的存在，为了避免在未来的纠纷中因法律规定的不明确而导致处于被动或不利的地位，权利保留及合同约定的补救作用获得了彰显。为了增加法律调整社会关系的柔韧性或弹性，在知识产权保护规则的条款设计上应当更多的吸纳类似“当事人另有约定的，依其约定”或权利人“另有声明的除外”的规定。

三、确认知识产权的私权属性但并不否定知识产权 保护模式的多样性选择和变革性演进

知识产权具有私权属性，这是世界贸易组织在《与贸易有关的知识产权协议》序言中明确予以确认的。知识产权的私权性质意味着该权利的取得、行使和请求救济均是由权利人自行决定的，贯彻的是意思自治原则，但这并不因此意味着该权利保障与保护仅与私人利益有关。当知识信息的创造、使用和传播涉及公共利益或社会利益时，公共权力的介入就具有正当性和必要性。因此，知识产权制度的构建并不仅是包括私法的内容，还包括了公法的内容。知识产权保护包括了司法保护、行政保护及行政管理，侵犯知识产权的法律责任包括了民事责任、行政责任和刑事责任。长期以来，由于我国知识产权保护起步晚，立法、行政、司法经验不足，社会上保护知识产权的意识较弱，并受制于美国等国家的外来压力，我国对知识产权采取了司法和行政双轨制保护，^① 并一再强化行政保护的力度。在现行法律下，我国的知识产权行政管理机关不仅承担着专利授权、商标注册核准、著作权登记等行政管理职能，而且承担着知识产权纠纷的民事调处和行政查处任务。在这种体制下，特别是诸如专利权、商标权的确权程序规则在实际运行中产生了许多困惑和制约，导致行政资源和司法资源的浪费，社会成本的付出过高。^② 理论上的困惑和实践问题的提出，使正确认识我国知识产权保护双轨制“特色”和改革我国知识产权执法体制提上议事日程，专利复审委员会、商

① 按照我国现行的《著作权法》、《专利法》、《商标法》和《反不正当竞争法》的规定，因侵犯著作权、专利权、商标权及不正当竞争而引起纠纷的，由当事人协商解决；不愿协商或协商不成的，知识产权人或者利害关系人可以向人民法院起诉，也可以请求相应的行政管理部门处理。

② 单就专利权或商标权的确权问题，相关行政机构涉入其中的环节包括：第一，专利申请、商标注册申请的受理、审查（包括异议审查）和作出肯定性授予或核准或否定性驳回的决定；第二，对前述决定行为不服而提出的行政复议并作出复审决定；第三，对权利授予或核准后因权利冲突或侵权纠纷而引发的权利有效性质疑的审查并作出认定；第四，就相关当事人不服前述复审机构所作出的决定而提起的行政诉讼进行应诉，并可能历经一审和二审程序方得以结案。其中，第一项工作由专利行政部门或商标局承担；第二、三、四项工作由专利复审委员会或商标评审委员会承担。这无疑使知识产权行政部门背负过重的负担，并因在第四项工作中成为行政诉讼的被告而处境尴尬。

标评审委员会改制为“准司法机构”的方案提出,并被认为是势在必行的。^①

四、借鉴外国法的理论研究、司法实践经验的积累和总结、国际条约的引入以及适应市场经济需要的目标推动我国知识产权制度的理性化发展

众所周知,我国的知识产权保护起步是较晚的。中华人民共和国成立后相当长的一段时期,我国未将知识产权保护纳入立法范畴,仅是颁布一些零散的行政法规或部门规章作为行政管理的根据。从1978年中国共产党十一届三中全会确定将工作重点转到社会主义现代化建设上来以后,我国开始进入改革开放的年代,并为实现我国经济现代化和保障经济建设的顺利进行,开始制定一系列保护知识产权的法律、法规,其中包括《商标法》及其实施细则、《专利法》及其实施细则、《著作权法》及其实施条例。《商标法》、《专利法》、《著作权法》的颁布和施行标志着我国知识产权法律制度体系的建立。此后,随着改革开放的深入,为了适应市场经济对知识产权保护的需要,并逐步向国际惯例靠拢,1992年和1993年我国分别对专利法和商标法进行了修订,在这一时期,《反不正当竞争法》、《知识产权海关保护条例》、《植物新品种保护条例》也陆续开始施行。可见,我国在改革开放后相当短的时间内,在知识产权保护方面做了大量的工作,取得了令人瞩目的成果,知识产权法律体系也趋于合理、完备。

在邓小平南巡讲话的指引下,党的十四大确定了建立社会主义市场经济体制的改革目标,我国在政治、经济、文化、科技等各方面都发生了深刻的变化。第一,我国从计划经济体制向市场经济体制的转变,不仅许多传统的观念被摒弃,相关的许多经济体制也发生了变化,需要建立有利于社会主义市场经济建立和发展、有利于公平竞争的法律环境。“市场经济对塑造平等竞争主体的强调和对主体私有产权的尊重,极大地焕发了知识创造者的创新精神。知识产权法作为激励创造性智力生产和应用的重要手段,也必然随科技进步、对外开放和市场经济的发展而需要不断补充完善。”^② 第二,中国参与国际政治活动和世界经济大循环的积极态度,要求提供相配合的、适宜的、符合国际贸易规则和知识产权国际公约的知识产权法律,特别是中国加入世界贸易组织的努力,客观上也要求按照《知识产权协议》的规定全面修改、调整我国的相关知识产权立法。第三,科学技术的迅速发展虽未根本性地改变我国知识产权法律制度基础,但在很大程度上使原有的知识产权法律关系变得更加复杂和多样。在数字化技术、光纤通信技

^① 张献勇:《专利复审委员会的诉讼地位》,载《知识产权》,2005年,第5期;侯淑雯:《商标评审委员会的准司法性》,载《知识产权》,2005年,第2期。

^② 柳经纬:《我国民事立法的回顾与展望》,人民法院出版社,2004年,第302页。

术、基因技术等新技术运用所带来的冲击与挑战下，原有的知识产权保护制度显得力不从心、举步维艰。为适应上述经济、科技发展的变化，也为了为我国加入世界贸易组织铺平道路，20世纪90年代末，我国致力于对包括专利法、著作权法和商标法在内的知识产权法的修订工作。

2000年、2001年我国先后对《专利法》、《商标法》、《著作权法》及其实施细则或实施条例进行了修订。第一，专利法的修订。专利法的修订是为适应国际形势中世界经济全球化和科学技术突飞猛进对专利制度在整个国际社会中的地位和作用产生的深刻影响，以及国内形势中社会主义市场经济体制的建立和科技进步、技术创新重要性日益凸现所带来的新情况、新问题的解决需要而提出的，在充分考虑知识产权国际条约的规定和我国的具体国情下，本着“从实际出发，科学、合理地规定公民、法人和其他组织的权利与义务、国家机关的权力与责任”的立法本意和法治精神，对于明显不符合我国社会主义市场经济体制建设的内容所进行的修改和调整。专利法这次修订的内容主要涉及：修改与国有企业改革、行政管理体制改革精神不相适应的有关规定；进一步加大专利保护力度，完善司法和行政执法；简化、完善专利审批和维权的有关程序，维护当事人的合法权益等。第二，著作权法的修订。修订后的著作权法在不改变原著作权法基本框架的前提下，既反映了从社会主义计划经济体制向社会主义市场经济体制的转变，维护社会主义市场经济体制的建立和鼓励公平竞争，又反映了在新的技术条件下，平衡著作权人权益与社会公众利益的法律选择，鼓励作者的创作劳动和创新精神，并且适应我国对外开放的进一步扩大以及国际著作权保护趋势的变化，采用拓宽法律制度瓶颈的方式，使现有的著作权法律制度适用于网络传播下的新的社会环境。著作权法这次修订的内容主要涉及：明确并扩大著作权法的保护对象；增加和规范著作权人的权利内容；完善作品合理使用制度；明确著作权集体管理组织的法律地位；完善邻接权制度；强化对著作权的具体民事保护措施；加重对损害社会公共利益的侵权行为的行政处罚等。第三，商标法的修订。修订后的商标法适应市场经济体制下市场主体的多样性发展，增加商标注册申请人的范围和允许商标权共有的规定；贯彻原则性与灵活性相结合的原则，尽可能为商标注册、管理、保护提供更加具体、全面的规范，确立商标权益司法审查终审的原则，建立商标权保护的诉前停止侵权行为和财产保全以及证据保全的措施；注重商标法律制度与国际条约和国际惯例的接轨，放宽商标注册的条件，明确商标的种类，完善商标权取得原则；强化对侵犯商标专用权行为的查处，规范侵权行为的识别和法律责任的承担等。

除了修改、完善我国的专利法、著作权法、商标法外，国务院2001年3月发布了《集成电路布图设计保护条例》（自2001年10月1日起施行），2001年12月修订了《计算机软件保护条例》（自2002年1月1日起施行）。2001年12

月 11 日,我国正式加入世界贸易组织,成为该组织的第 143 个成员。可以说,在此之前我国所进行的知识产权法修订工作一方面为中国入世扫平了障碍,另一方面也为中国入世后迅速融入国际经济大循环铺平了道路。审视我国现行的知识产权法,我们有理由认为,我国目前的知识产权法律制度已基本同世界保持同步水平。

无论是宏观还是微观考察我国知识产权制度建立与完善的历程,我们有理由认为中国的知识产权立法水平获得了长足的进步,中国的知识产权保护标准已达到世界水平。在考察我国知识产权制度变革中的立法指导思想以及在价值取向上所持的立场和态度时,以下几点是值得提及的。

第一,在知识产权立法上,法律传统不再被简单地坚持,现代立法中大陆法系与英美法系之间的制度互渗与同化同样影响了知识产权制度变革,立法完善的价值取向上更多地倾向于理性应对现实发展对制度变革提出的调整需要,追求理性、公正、合理、变通的制度设计,而不是固守僵化的法律传统。正如世界贸易组织《知识产权协议》第 1 条关于“义务的性质和范围”规定所指出的,“各成员应实施本协议的规定。各成员可以但并无义务在其法律中实施比本协议要求更广泛的保护,只要此种保护不违反本协议的规定。各成员有权在其各自的法律制度和实践中确定实施本协议规定的适当方法。”据此,在对同一对象提供知识产权保护的问题上,各国往往会遵循其特有的法律传统和考虑其特定的社会背景,因此而产生不同的立法模式和保护原则。例如,在对发明创造提供专利保护上,存在发明在先和申请在先两种不同的专利权取得原则;在商标权取得原则上,存在使用原则和注册原则;在著作权制度基础上存在以作者人格利益保护为核心的作者权体系和以作品经济利益保护为核心的版权体系。这些不同的法律传统决定性地影响了各国不同的制度设计,但在不断强化的国际交往以及随之而来的知识产权保护国际化、统一化趋势下,各国立法的相互合理借鉴和吸收、不同制度的互补已成为法律制度完善的一种重要方法。例如,在采用申请在先或注册在先的原则下,增加或强化了在先权的保护。

第二,在具体制度设计上,呆板的从一而终的道德约束被淡化,法律的一刀切机械适用获得纠正,市场竞争中各方利益得失及平衡被更多地考虑,利益平衡理论被重视和运用。知识产权保护对象的特殊性和多样化存在和运动形态要求对其提供保护的具体规则也应当具有原则性下的灵活性。因此,我们有必要在遵循侵犯知识产权的民事责任成立的无过错归责原则下强调侵权人承担赔偿责任责任的过错条件,我们也有必要在较为稳定的作品合理使用制度框架下不断适应新经济、新技术条件下作品创作者、使用者和传播者利益冲突与平衡情势的改变而调整“合理性”的判断标准。我们相信,法律作为组织社会的一种工具,应当是用来解决问题而不是制造问题的,因此它必须向着更加理性和灵性的方向发展,而

其中，立法变动中的正当性评估就成为关键的制约因素。在服务社会主义市场经济体制的建立与发展的指导思想下，相关各方的利益得失和平衡成为我们制度设计和变革的前提和目标。

第三，司法经验的积累和总结成为我们完善知识产权立法的重要途径。随着我国知识产权法律制度的完善、知识产权保护意识的提高、科技成果应用和交易增多以及市场经济的繁荣与发展，知识产权纠纷也呈上升的趋势。为了配合我国知识产权法的修订、正确适用法律和审理知识产权纠纷案件，最高人民法院在总结知识产权司法审判经验的基础上，分别于2001年6月5日通过《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》、于2001年6月19日通过《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》、于2001年6月26日通过《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》、于2002年10月12日通过《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》、《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》、于2003年12月23日通过《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》、分别于2006年12月25日和2006年12月30日通过《最高人民法院关于审理侵犯植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定》、《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》（二者均自2007年2月1日起施行）。^① 这些司法解释的制定和施行，对我国知识产权司法审判中遇到的法律适用问题进行了进一步的解释，从而统一了各地法院审理各类知识产权案件的认识，有助于我国知识产权保护制度的完善。

第四，面对经济全球化和知识化发展趋势，我国知识产权保护面临两难选择，并努力谋求从被动应对向积极应对的转变。世界政治和经济格局的变化以及中国入世时所作的承诺，使中国在知识产权保护水平的提高和知识产权制度的完善上持积极的态度，并确实做出了许多力求与知识产权国际保护体制保持一致的改进工作。知识产权制度作为对创新成果提供垄断权保护的工具有，在整体上更多的是体现对知识创造者的利益保护，它对于知识消费者而言在某种意义上是一把“双刃剑”。因此，可以说，在知识产权保护上，经济发达、科技领先的发达国家占优势地位，而发展中国家则处于被动“付费”的角色地位。随着发展中国家经济的崛起以及发展中国家参与国际事务的积极性的提高，发展中国家在国际政治中的地位也不断提高，保障发展中国家的利益已成为变革知识产权国际保护体制的一项重要内容。变革知识产权理念、改造知识产权制度以及拓宽制度瓶颈，使

^① 目前《最高人民法院关于审理涉及知识产权权利冲突民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》在公开征求意见后尚未正式通过和公布。

知识产权制度成为促进我国自主创新和提升我国综合国际竞争力的重要保障,已成为迫切的任务和积极的目标。

五、以知识产权战略推进知识产权制度的强化与完善

在我国,2005年1月国务院办公厅正式发文成立国家知识产权战略制定工作领导小组,开始着手制定国家知识产权战略,不久的将来该战略将公布和实施。同时,为了适应国际和国内知识产权保护形势的变化,我国于近年又颁布或修订了一些法律、法规或部门规章。

(1) 完善和强化对外贸易中的知识产权保护。2003年12月2日国务院公布修订后的《中华人民共和国知识产权海关保护条例》(2004年3月1日起施行),强化了海关调查的权力和责任,减少了知识产权权利人申请海关保护的限制并减轻其经济负担,解决了有关部门之间在处理侵权争议中的权力冲突问题,并在知情权等规定上与世界贸易组织规则保持一致。新修订的条例的实施将有助于推动我国知识产权保护事业的发展,使国际社会对我国恪守加入世界贸易组织的国际义务充满信心,并促进了我国对外贸易发展。2004年4月6日全国人大常委会修订了已施行10年的《中华人民共和国对外贸易法》(2004年7月1日起施行)。与原法律相比,新修订的对外贸易法增加了三章内容和26个新条款,其中新增加的三章内容包括与贸易有关的知识产权保护,从而有助于我国能更好地应对加入世界贸易组织的新形势,有利于对外贸易的“持续、协调和健康”发展。

(2) 重视知识产权保护领域的反垄断规制。为规范实施发明专利或者实用新型专利的强制许可的给予、费用裁决和终止程序,2003年6月13日国家知识产权局公布《专利实施强制许可办法》(2003年7月15日起施行)。此后,为解决我国面临的公共健康问题,并帮助有关国家、地区解决其面临的公共健康问题,落实世界贸易组织多哈部长会议《关于TRIPs协议与公共健康的宣言》和世界贸易组织总理事会《关于实施TRIPs协议与公共健康的多哈宣言第6段的决议》,^①2005年11月29日国家知识产权局又公布了《涉及公共健康问题的专利实施强制许可办法》(2006年1月1日起施行)。规范和强化专利实施强制许可制度,在一定条件下限制专利权人对特定专利技术方案的独占性实施垄断权,是以知识产权制度维持知识产权人利益与社会公共利益的平衡的重要举措。同时,2006年5月24日国家知识产权局公布新的《专利审查指南》(2006),该审查指南自2006年7月1日起施行,2001年10月18日公布的审查指南及其后公布的

^① 2005年12月6日世界贸易组织发表公报说,该组织当日通过协议,将实施专利药品强制许可制度文件以永久修正形式纳入TRIPs协议。

审查指南公报同时废止。

(3) 应对数字化技术应用和互联网的迅速发展,加强数字化制品传播及互联网络信息传播和服务活动的管理和域名、著作权等正当权益保护。其一,规范和强化网络环境下的著作权保护。1999年12月9日国家版权局发布《国家版权局关于制作数字化制品的著作权规定》(2000年3月21日起施行,2003年12月3日国家版权局4号令废止)。为规范对互联网信息服务活动中信息网络传播权的行政保护和行政执法行为,2005年4月30日国家版权局、信息产业部联合发布《互联网著作权行政保护办法》(2005年5月30日起施行)。为加强对著作权人、表演者、录音录像制作者的信息网络传播权的保护,2006年5月18日国务院公布《信息网络传播权保护条例》(2006年7月1日起施行)。其二,为适应我国知识产权事业的发展,完善著作权集体管理制度。为了规范著作权集体管理活动,便于著作权人和与著作权人有关的权利人行使权利和使用者使用作品,2004年12月28日国务院公布《著作权集体管理条例》(2005年3月1日起施行)。其三,规范互联网络域名管理及争议解决办法。2002年8月1日信息产业部发布《中国互联网络域名管理办法》(2002年9月30日起施行),为配合实施该管理办法,2002年9月25日中国互联网络信息中心制定了《中国互联网络信息中心域名注册实施细则》、《中国互联网络信息中心域名争议解决办法》、《中国互联网络信息中心域名争议解决办法程序规则》(均自2002年9月30日起施行),2006年2月14日中国互联网络信息中心再次制定《中国互联网络信息中心域名争议解决办法》(2006年3月17日起施行),2002年9月30日施行的原《中国互联网络信息中心域名争议解决办法》同时废止。这些管理办法有助于我国互联网络的健康发展和解决互联网络域名争议,保障互联网络域名系统安全、可靠地运行。2006年12月29日我国第十届全国人民代表大会常务委员第二十五次会议表决通过了《关于加入〈世界知识产权组织版权条约〉和〈世界知识产权组织表演和录音制品条约〉的决定》,我国由此正式加入这两个条约。这意味着我国将着力提升互联网版权保护水平,促进我国互联网产业的迅速发展。

(4) 规范和完善识别性标记保护,维护市场竞争行为的有序进行。为配合实施我国商标法修订中对驰名商标、地理标志的保护规定,2003年4月17日国家工商行政管理总局颁布《驰名商标认定和保护规定》(2003年6月1日起施行),原《驰名商标认定和管理暂行规定》同时废止,2005年6月7日国家质量监督检验检疫总局公布《地理标志产品保护规定》(2005年7月15日起施行),为有效保护我国的地理标志产品,规范地理标志产品名称和专用标志的使用,保证地理标志产品的质量和特色发挥了重要作用。此外,2005年9月26日国家工商行政管理总局第二次修订了《商标评审规则》,对商标评审委员会负责的商标评审案件的处理进行了完善和改革。

(5) 着手进行遗传资源、传统知识、民间民族文学艺术及非物质文化遗产的法律保护工作。遗传资源、传统知识、民间民族文学艺术及非物质文化遗产是人类文明社会的一个重要组成部分,并在许多国家特别是包括中国在内的发展中国家已经并且将继续发挥重要的作用。目前,生物多样性和文化多样性保护问题已在许多国家被提升到与健康权、发展权等基本人权相关的层面。随着地方性或民族性特别是具有土著性的传统生活方式、知识技能和生态资源的商业价值被日益认识和挖掘,并被作为财产进行流通的时候,“传统资源权”的概念被提出并被引入地区法、国内法和国际法等不同层次的立法中。^①

1992年6月5日联合国环境与发展大会在里约热内卢签署了《生物多样性公约》,我国在当年批准加入该公约,^②但至今尚未将公约内容有效地转化为国内法,也未对“遗传资源”作出权威和规范的定义,仅是以《宪法》以及《种子法》、《野生动物保护法》、《森林法》的相关条文为我国管制遗传资源获取与惠益分享提供了一个包括遗传资源的所有权制度、采集制度、交易制度和外国人准入制度在内的制度框架。对此,学者建议我国应当参考大多数国家的做法,制定一项包括知识产权安排以及传统知识保护在内的关于遗传资源获取与惠益分享的专门性行政法规。^③在传统知识、民间文学艺术保护上,2004年8月28日经第十届全国人大常委会批准,我国正式加入《保护非物质文化遗产公约》,并积极开展申报世界非物质文化遗产工作。目前,中国昆曲艺术、古琴艺术、新疆维吾尔木卡姆和蒙古族长调民歌(中国、蒙古国联合申报)已经列入世界“人类口述和非物质遗产代表作”名录。1998年以来,文化部与全国人大教科文卫委员会组织起草《中华人民共和国民族民间传统文化保护法》(草案),后变更为《中华人民共和国非物质文化遗产保护法》,目前该法尚未公布和施行。2005年3月国务院办公厅发布《关于加强非物质文化遗产保护工作的意见》(国办发[2005]18号),建立非物质文化遗产保护工作部际联席会议制度,并于2005年6月开始进行第一批国家级非物质文化遗产代表作申报工作。2006年2月,国务院下发《关于加强文化遗产保护工作的通知》,要求进一步加强物质文化遗产和非物质文化遗产的保护,并将每年6月第二个星期六定为我国的“文化遗产日”。《通知》

① Darrell A. Posey, Graham Dutfield: *Beyond Intellectual Property—Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*, 转引自贾月:《知识产权的制度选择与利益分享——评〈超越知识产权〉》,载刘春田:《中国知识产权评论》(第1卷),商务印书馆,2002年,第363、364页。

② 《生物多样性公约》于1992年6月5日签署,并于1993年12月29日生效。截止于2003年8月1日,该公约缔约方达187个,其中WTO成员有140个,包括中国在内的大多数缔约方都是在缔约当年即批准该公约。

③ 秦天宝:《遗传资源获取与惠益分享的法律问题研究》,武汉大学出版社,2006年,第590~653页。

要求以开展非物质文化遗产普查工作、制定非物质文化遗产保护规划、抢救珍贵非物质文化遗产、建立非物质文化遗产名录体系、加强少数民族文化遗产和文化生态区的保护等措施来积极推进非物质文化遗产保护工作。2006年6月国务院公布第一批国家级非物质文化遗产名录。2006年10月文化部颁布《国家级非物质文化遗产保护与管理暂行办法》。2007年6月文化部公布了第一批国家级非物质文化遗产项目代表性传承人名单。在全国性相关法律、法规颁布之前,云南、贵州、福建、广西四省率先颁布了本省的民族民间传统文化保护条例,江苏省则制定了我国第一个保护非物质文化遗产的地方性法规。^① 这些信息和立法动态表明我国已根据国际形势的变化与发展,着手进行遗传资源、传统知识、民间民族文学艺术及非物质文化遗产保护和制度化规制。

第二节 知识产权法的体系和地位

一、知识产权法的概念、体系

知识产权依法产生和受保护,从这一意义上说,知识产权法是调整知识产权取得、行使和保护的法律规范。知识产权是近代科学技术发展和商品经济发达的产物,知识产权法被认为是17世纪以后出现的新的法律部门。^② 与其他部门法一样,知识产权法同样是法律调整一定社会关系的结果,是调整因创造性智力成果或识别性工商业标记而产生的各种社会关系的法律规范的总和。

知识产权法的体系,是指知识产权法所调整的社会关系的范畴。知识产权法的调整对象涉及智力创造活动的一切领域,包括文学、艺术、科学、技术以及工业生产、商业经营等诸多领域。就知识产权法提供保护的智力成果的形态而言,其调整对象主要包括:因文学、艺术、科学作品的创作与传播而产生的著作权及其相关权关系;因发明创造而产生的发明权、专利权关系;因商业性识别标记而产生的商标权、反不正当竞争权关系;因非专利的技术信息或经营信息而产生的商业秘密权关系;以及因其他科技成果而产生的关系。

受传统的《保护工业产权巴黎公约》和《保护文学艺术作品伯尔尼公约》的影响,各国知识产权法的保护范围普遍包括著作权以及与著作权相关的邻接权、专利权、商标权。因此,著作权法、专利法、商标法以及与知识产权保护有关的

^① 2000年9月1日起云南省开始施行《云南省民族民间传统文化保护条例》;2003年1月1日起贵州省开始施行《贵州省民族民间文化保护条例》;2005年1月1日起福建省开始施行《福建省民族民间文化保护条例》;2006年1月1日起广西壮族自治区开始施行《广西壮族自治区民族民间传统文化保护条例》;2006年11月1日起江苏省开始施行《江苏省非物质文化遗产保护条例》。

^② 张平:《知识产权法详论》,北京大学出版社,1994年,第7页。

反不正当竞争法构成了知识产权法的主要组成部分。

从广义上说,任何一个国家的知识产权法都是由众多的法律、法规、规章和判例等共同构成的。这些法律、法规、规章和判例等之间的不同,主要在于所提供保护的对象或所调整的社会关系所属的具体领域的不同,但立法框架内容的构成是大致相同的。一般认为,知识产权法在立法框架上应包括以下基本制度:①知识产权的主体制度;②知识产权的客体制度;③知识产权的权项制度;④知识产权的利用制度;⑤知识产权的保护制度;⑥知识产权的管理制度。^①但是,到目前为止,除法国和菲律宾有了以“知识产权法”命名的法典外,知识产权法在其他国家都只不过是一个学科概念,并不是一部具体的制定法。

二、知识产权法的地位和体例

知识产权法的地位,是指知识产权法在整个法律体系中所处的地位。关于知识产权法的地位的理论研究,主要体现为知识产权法是否为一类独立的法律部门或是归入哪一类法律部门的解答。世界范围来看,知识产权法基本上采用单行法的立法体例。英美法系国家因其判例法的传统,少有法典编纂,即使制定成文法律,也为各自独立的立法。大陆法系许多国家有法典编纂之历史传统,但由于知识产权立法为晚且为近代科技发展和文化交流的产物,未能在传统的民法典编纂中得到体现,所以,作为民法典之典范的《法国民法典》、《德国民法典》以及随之出现的《日本民法典》均未将知识产权法纳入法典。直至今日,我们仍无法在这些民法典中的财产权项下找到知识产权的内容,但这并不妨碍绝大多数国家在立法和司法中将知识产权作为一项重要的民事权利并予以保护。

意大利是少数将知识产权列入民法典的国家之一。1865年7月,随着新的统一的意大利王国的诞生,意大利颁布了适用于整个国家的新民法典。该民法典于1866年1月1日起生效。就该法典第二编的内容而言,与其他统一前的意大利诸民法典一样,维持了对法国民法典的忠诚,仅作了有限的补充。在这些补充中,包括对1837年的阿尔贝尔蒂诺法典已规定的知识产权的承认。^②1942年3月16日通过的《意大利民法典》将知识产权保护纳入第五编即“劳动”编中。其中,“商号和标识”、“商标”列入该编的第八章“企业”中;“文学作品和艺术作品著作权”、“工业发明专利权”以及“实用新型和外观设计专利”列入第九章“智力作品和工业发明权”中;与知识产权保护有关的不正当竞争行为的禁止则

① 吴汉东:《知识产权法》,中国政法大学出版社,1999年,第23页。

② 阿尔多·贝特鲁奇:《意大利统一前诸小国的民法典制定与1865年意大利民法典》,徐国栋译,载徐国栋:《罗马法与现代民法》(第1卷)(2000年号),中国法制出版社,2000年,第96、97页。

列入第十章“竞争规则和康采恩”中的第一节“竞争规则”中的第二分节“不正当竞争”中。1942年的《意大利民法典》在罗马法系的法典化历史中是一个重要的里程碑。在其生效后的50多年中，它一直在意大利法律制度中保持着中心地位，并且成为其他罗马法系国家的一种参照，对《秘鲁民法典》（1984年）和其他一些民法典的改革方案也施加着影响。^①《意大利民法典》关于知识产权的这种立法体例，实质上是将因创造性智力劳动成果而产生的社会关系纳入劳动关系这一总的框架且作为劳动法律关系的重要组成部分。但是我们也应当看到，《意大利民法典》关于知识产权的规定，仅是关于知识产权的主体、客体以及权利的取得、内容和行使等的一般性规定。其在相关部分之后大多规定有“特别法”或“特别法的适用”，规定更为详细的有关知识产权的授予、行使和权利保护等由特别法规定。^②因而，可以认为，意大利的知识产权法律体系是由《意大利民法典》的相关规定以及相应的特别法共同构成的。

《越南民法典》、《俄罗斯民法典》、《蒙古民法典》、《荷兰民法典》是新近制定的民法典的代表，它们都试图利用民法典的制定这一契机，寻找知识产权法律制度与民法典的结合点，从而构建一个新时代背景下的包容知识产权在内的更多民事权利调整的民法体系。1995年10月28日通过的《越南民法典》将知识产权法纳入民法典的范围，认为民法典所调整的财产关系应当包括知识产权中的财产关系。该法典第六编为“知识产权和技术转让”，规定了著作权（包括著作权和邻接权）、工业所有权（包括发明专利权、实用新型专利权、外观设计专利权、商标权、原产地标记及其他权利）和技术秘密权。在民法典生效的同时，越南原《工业所有权保护法令》、《著作权保护法令》废止。《俄罗斯民法典》分三部分起草，其中第一部分“总则及所有权”和第二部分“债权、不当得利、继承、涉外”分别于1994年10月21日和1995年10月22日通过。1995年1月1日起施行的第一部分“总则及所有权”第128条规定，民事权利的客体包括：物，其中包括金钱和有价证券；其他财产，其中包括财产权利；工作和服务；信息；智力活动成果，其中包括智力活动成果的专属权（知识产权）；非物质利益。第三部分原拟为“知识产权编”，但后来由于世界知识产权组织总干事 Kamil Idris 认为这一做法可能产生潜在的负面效果，强烈要求俄罗斯政府考虑这一做法所具有的深刻意义，并建议民法典对知识产权应尽可能作抽象和宽泛的规定，保持知识产权法律现在这种独立的地位，因而，原计划的《俄罗斯民法典》的“知识产权

① 费安玲、丁玫译：《意大利民法典》，中国政法大学出版社，1997年，前言之第1页。

② 例如，《意大利民法典》第2574条规定：“商标注册的条件、转让商标文件的注册条件及注册效力，由特别法规定。”第2583条规定：“本节所涉及的权利（著作权及邻接权）的行使及其存续期间由特别法规定。”第2591条和第2594条也规定，有关授予专利权的条件和方式、权利的行使及其存续期间由特别法规定。

编”至今仍未见世。^①此外,1992年的《荷兰民法典》原拟采用九编制编纂方法,将智力成果法(law of products of the mind)列为第九编。但由于欧洲法律统一化进程的加快,统一的欧洲专利法、商标法以及有关实用新型、外观设计、数据库保护规则纷纷正在起草或起草未完成或已通过或初具规模,从而引发了荷兰无形财产权制度与欧盟法的统一和协调的问题;另外,无形财产权自身的特殊性也使立法者心力交瘁,认为包括知识产权在内的无形财产权法律制度很难融入新法典的体系之中,这样原先设计的简单化及更好地和民法典相衔接的目标就不能达到。最终,荷兰由于技术上的困难而不得不放弃了智力成果法这一编。^②但是其试图“整合知识产权于民法典的思想”被我国有些学者认为仍是值得借鉴的,并在“绿色民法典”的编纂中知识产权被列为民法典的单独一编。^③此外,1994年11月1日通过颁布并于1995年1月1日起施行的《蒙古民法典》也规定了知识产权制度。该民法典将智力成果与物平行对待,在所有权编规定了知识产权,然后再将知识产权与其他物之所有权等同地进行规定。^④《蒙古民法典》在处理知识产权与民法典的关系问题上做了大胆的创新,试图将知识产权与普通物权相“糅合”,给人以耳目一新的感觉,甚至有一种强烈的震撼力。但由于这种创意所遇到的难以克服的观念障碍、理论障碍、结构障碍等困难,它对知识产权的糅合缺乏自然性,人为痕迹太抢眼,使法典应有的美感荡然无存,特别是对知识产权客体的无形性缺乏应有的认识,且对知识产权进行了粉碎性处理,使本来就缺乏坚固体系的知识产权变得更加零碎了。^⑤他国新近民法典的起草表明,民法典的编纂已经突破了传统的民法典的内容体系,立法者已经开始将知识产权法纳入民法典的尝试。

21世纪是知识经济的时代,技术创新将是社会进步与经济最为主要的动力,以保护智力创造成果为立法目的和任务的知识产权法的地位也将不断得到重视和提高。有学者认为,为了与知识经济相适应,20世纪末,一大批发达国家及一部分发展中国家已经将以知识产权法取代物权法、以电子商务合同取代货物买卖合同作为现代民法的重点。^⑥因而,我们有理由认为,知识产权法应当在未来的民法典中占有一席之地。同时,我们也注意到,知识产权虽是一种民事权利,但由于其权利体系具有开放性和不完整性的特点,且其权利的取得、行

① 曹新明:《中国知识产权法典化研究》,中国政法大学出版社,2005年,第57页。

② 吴汉东、胡开忠:《无形财产权制度研究》,法律出版社,2005年,第161、162页。

③ 徐国栋:《民法典草案的基本结构》,载《法学研究》,2000年,第1期;徐国栋:《绿色民法典草案》,社会科学出版社,2004年,第397页。

④ 徐国栋:《蒙古国民法典》,海棠、吴振平译,中国法制出版社,2002年。

⑤ 曹新明:《中国知识产权法典化研究》,中国政法大学出版社,2005年,第54~57页。

⑥ 郑成思:《20世纪知识产权法学研究回顾》,载《知识产权》,1999年,第5期。

使、管理、保护等涉及诸多行政关系，将知识产权法全部纳入民法典的体例在我国并不可行。民法典以外的《著作权法》、《专利法》、《商标法》等民事特别法仍有其独立存在的意义和价值。

值得一提的是，虽然 1804 年的《法国民法典》未将知识产权法纳入民法典的组成部分，但 1992 年 7 月 1 日法国颁布的 92—597 号法律将当时 23 个与知识产权有关的单行立法汇编整理成统一的《知识产权法典》，从而形成世界上知识产权保护领域的第一个法典，并意在“使知识产权规范平起平坐地与《法国民法典》相独立而成为另一部法典”。^①在此后的六年里，为贯彻欧盟近年来颁布的一系列有关知识产权的条例以及世界贸易组织《知识产权协议》，法国先后 12 次对《知识产权法典》进行了修改和增补，所涉及条目达 112 条，占总条目的四分之一，从而使其知识产权立法始终处于世界各国的前列。《知识产权法典》一方面汇集了法国大革命以来 200 多年积累的知识产权立法成果，另一方面在制定以后又随着经济和技术的发展不断进行调整和更新，因此是一部既先进成熟而又充满生机的法典。^②该法典仍以创造性智力成果权及识别性标志权关系的调整为核心内容，但其调整范围已远远超过世界知识产权组织在《世界知识产权组织公约》中所确定的传统知识产权法调整对象范围，将新技术革命的产物，如数据库制作者权、计算机软件创作者权、半导体制品权、植物新品种权等权利纳入该法典的调整范围。对于该法典，有学者评价认为，“由于该法典囿于对知识产权二分法的局限，其他一些无形财产权如商誉权、企业名称权、特许经营权等权利尚游离于这一保护体系之外，因此我们可以说，《法国知识产权法典》所构建的无形财产权保护体系尚需完善”^③。并且，有学者认为，《法国知识产权法典》不能称为真正意义上的法典，充其量是一部法规汇编，因为它没有一个总则凌驾于专利权、版权、商标权等具体的知识产权法之上，只是将相关的法律松散地汇集在一起，法典化的意义更多的体现并停留于形式上。^④

随着《越南民法典》的颁布，越南政府于 1996 年颁了第 63/CP 和 76/CP 法令作为民法典对工业产权和著作权规定的实施细则，2000 年颁布了第 54/2000/ND-CP 号法令，对商业秘密、地理标志、商号、不正当竞争进行具体保护或调整，2001 年颁布第 13/2001/ND-CP 号法令对植物新品种提供了保护，2003 年颁布第 42/2003/ND-CP 号法令对集成电路布图设计提供保护。这导致了当时越南

① 郑成思：《知识产权论》，法律出版社，2003 年，第 36 页。

② 黄晖译，郑成思审校：《法国知识产权法典》（法律部分）之“译者序”，商务印书馆，1999 年，第 8 页。

③ 吴汉东、胡开忠：《无形财产权制度研究》，法律出版社，2005 年，第 160 页。

④ 袁真富：《试论知识产权法的法典化》，<http://www.fengxiaqingip.com/ipluntan/luntan2/lt2dianhua/lt2ipdh/215720906.html>，访问日期：2007 年 5 月 29 日。

知识产权法律体系的一个突出问题,即法律法规的立法层次不统一,各项法律之间相互冲突现象严重,整个法律体系不协调。正如越南政府为了顺利加入世界贸易组织和履行《美国-越南双边贸易协定》而制定的行动计划中所指出的,“当前越南知识产权法律体系最重大的缺点就在于其结构的不合理”,而统一的《知识产权法》的制定和《越南民法典》第六编“知识产权与技术转让”的修订就是这一行动计划的最终成果。^① 2005年11月19日,越南国会颁了一部统一的《知识产权法》。该法于2006年7月1日起施行,它对以前的各项知识产权法律进行了清理,将它们纳入一部统一的法律之中,保证了知识产权法律体系的协调统一。该法分为六编,分别是总则、著作权及相关权、工业产权、植物新品种权、知识产权保护、附则,共18章222条。越南《知识产权法》成为越南知识产权法律发展历程中的里程碑,它标志着越南知识产权法律体系的成熟。而且,在越南制定《知识产权法》的时候,其新的《民法典》也获得颁布,并于2006年1月1日起开始施行,新《民法典》第六编“知识产权与技术转让”也对知识产权的相关内容进行了规定。此外,菲律宾也于1996年完成了《知识产权法典》的编纂,并于1998年1月1日开始施行。

由于我国《民法通则》的立法内容早已将知识产权与财产所有权、债权、人身权一并列入民事权利的范围,并作为民法调整的社会关系所涉及的内容,这就从立法上确立了知识产权法归入民法这一大类的“定论”。从知识产权调整对象所涉及的社会关系的性质来看,平等的民事主体之间因知识产权的行使、转让和许可使用等而产生的财产关系和人身关系属于民事法律关系的范畴,适用民法的基本原则和调整手段;知识产权的取得、保护又涉及行政审批或者核准、行政管理和行政处罚等行政关系,这使知识产权法又包含有行政法性质的规范;对于侵犯知识产权构成犯罪的,知识产权法也规定予以刑事处罚,这又使知识产权法包含有刑法性质的规范。因而,我国有学者认为,知识产权法既包含民法性质的规范,又包含行政法性质和刑法性质的规范,是一种综合性的法律规范。也有学者认为,行政法性质和刑法性质的规范在知识产权法中所占的比例很小,应按其主要部分来定其归属于哪一部门。知识产权法所调整的社会关系和调整手段,基本上都属于民法范畴,并没有独特的、仅属于它自己所有的调整对象和调整手段,因而仍应将知识产权法归入民法的范畴,知识产权法尚不具备成为独立的法律部门的条件。^②

笔者同意后一种看法,认为在法律体系的确定上,仍应当将知识产权法纳入

^① 何华:《越南知识产权法的新发展》,载《知识产权》,2007年,第1期。

^② 刘春茂:《中国民法学·知识产权》,中国人民公安大学出版社,1997年,第13页;吴汉东:《知识产权法》,中国政法大学出版社,1999年,第25、26页。

民法的范畴。目前,我国民法典的起草工作正在进行,关于我国民法典结构问题的讨论议题之一即为知识产权法在中国民法典中的地位。理论上的探讨主要有两种思路:一是将知识产权法作为民事特别法继续留在民法典之外,但在总则编的民事权利一节中,对原来民法通则第五章所规定的包括发明权、发现权等权利的知识产权体系,作列举性规定;二是在民法典上专设一编规定知识产权。具体的立法方式又有两种方案:一种方案为将原有的关于著作权、专利、商标的规则全部纳入民法典的知识产权编,即原封不动地将三部法律搬入民法典中;另一种方案为从著作权法、专利法和商标法中抽象出若干条重要的原则和共同的规则规定在民法典中,同时保留原有的著作权法、专利法和商标法。^①对于第一种思路,有学者持这样的看法:民法的重要组成部分与编入民法典是两个不同的概念。不把知识产权归入民法典,其原因在于,民法典是基本法,要保持一定的稳定性,不能朝令夕改,这决定了其规则应当具有普遍适用和相对抽象的特点。而知识产权法的技术性规定较多,且变化性较大,放在民法典中,与其他民法法律部门的法律规范不协调。相对于其他民事权利而言,知识产权制度受社会文化、经济发展、新技术革命影响更大,总处于不断修订、更迭的状态中。因此,若将此频频变动的法律置于相对稳定、系统化的民法典中,无疑会极大地损害民法典的稳定性。^②另有学者认为,基于知识产权私权公权化的属性,知识产权对传统民法存在着很大的背离和叛逆,其与传统民法的私权神圣和私法自治的理论已完全不吻合,因而知识产权法不宜纳入我国民法典草案中,知识产权法仍应当保持其相对的独立性。^③

还有学者在对多数国家的民法典进行比较研究后认为,在知识产权越来越重要的当代社会里,再让它游离于民法典之外,已经不合时宜。从理论上讲,知识产权作为无体物,应该被纳入物权编作为无体物加以规定。因此,在民法典草案设计中,把知识产权放在紧接着物权编的一编加以规定,把它理解为一种特殊的所有权,以昭示知识产权与普通物权的联系,并以此揭示两者的不同。^④

此外,有少数学者提出一种更具创新的设计方案,即在维持民法典确立有形财产权法律体系的情况下,另外建立一个范围大于知识产权,调整对象以非物质性财产为主的无形财产权的法律体系,具体包括创造性成果权法律体系、识别性标记权法律体系和经营性资信权法律体系。^⑤

① 梁慧星:《关于制定中国民法典的思考(下)》,载《人民法院报》,2000年2月12日。

② 王利明:《中国民法典的体系》,载《现代法学》,2001年,第4期。

③ 冯晓青、刘淑华:《试论知识产权的私权属性及其公权化趋向》,载《中国法学》,2004年,第1期。

④ 徐国栋:《民法典草案的基本结构》,载《法学研究》,2000年,第1期。

⑤ 吴汉东、胡开忠:《无形财产权制度研究》,法律出版社,2001年,第214页。

中国民法典起草思路论战已经演变成了具体的各式各样的草案稿。这些草案稿在知识产权与民法典连接模式选择问题上存在以下几种基本模式：

第一种模式是以简单的条文对知识产权作概括性规定，从而在维持现有知识产权单行法模式不变的条件下实现知识产权与民法典的连接。在这种模式下又有几种立法方案：一是 2002 年 12 月 23 日提交全国人大常委会审议讨论的《中华人民共和国民法（草案）》第一编总则之第六章民事权利第 89 条规定“自然人、法人依法享有知识产权”，并具体规定知识产权所及的对象内容；二是梁慧星教授负责的中国民法典立法研究课题组完成的《中国民法典草案建议稿》仅在第一编总则之第四章权利客体中在关于民事权利的客体范围的规定中包括“智力成果”；^① 三是不将知识产权设为独立的一编，仅在总则中规定知识产权的共同规则或仅在民事权利的客体中确认知识产权；^② 四是在民法典中设“知识产权编”，但仅对知识产权作一般性规定即从各项知识产权制度中抽象出来且共同适用的一般性条款，并且不因此而影响相关民事特别法的独立存在，“知识产权编”仅设八条，着力描述知识产权制度与其他民事权利制度不同的特性，具体包括知识产权的性质、范围、效力、利用、与在先权利的关系、权利保护、禁止权利滥用及与民事特别法的关系。^③ 这种模式被认为优点非常突出而为我国许多知识产权学者和民法学者建议采用，因为它首先肯定了知识产权作为一种私权在民事权利体系中的地位，肯定了知识产权法是民事法律规范的一个组成部分；其次，它对传统的民法典体例或者结构基本没有影响，既不会破坏传统民法典优美的结构体例，又不会损害知识产权法律体系自身的结构体例，同时又将知识产权法与民法典进行了有效的链接；最后，它既不会影响民法典应有的稳定性，又不妨碍知识产权法固有的多变性。^④

第二种模式是将知识产权作为一编纳入民法典。在这种模式下又分为两种不同的立法方案：一是将知识产权法作为财产关系法下与物权法和债权法平行的一个分编纳入民法典中，在知识产权独立成编的同时，将知识产权各单行法的主要内容纳入民法典的范围，但未言明该编与原特别法的关系；^⑤ 二是在民法典中纳入知识产权编，分六章并将条文控制在百条之内规定知识产权保护的一般规定以及从《著作权法》、《专利法》、《商标法》及《反不正当竞争法》中抽象、提炼出

① 中国民法典立法研究课题组（课题组负责人为梁慧星）：《中国民法典草案建议稿附理由（总则编）》，法律出版社，2004 年，第 124 页。

② 王利明：《关于我国民法典的体系的再思考》，载王利明、郭明瑞、潘维大：《中国民法典基本理论问题研究》，人民法院出版社，2004 年，第 13 页。

③ 吴汉东：《知识产权立法体例与民法典编纂》，载《中国法学》，2003 年，第 1 期。

④ 曹新明：《中国知识产权法典化研究》，中国政法大学出版社，2005 年，第 58、59 页。

⑤ 徐国栋：《绿色民法典草案》，社会科学出版社，2004 年，第 397～456 页。

的作者权与传播者权、专利权、商标权、商业秘密及反不正当竞争保护的知识产权保护基本规则，同时仍保留民法典以外的知识产权法各单行法。^① 这种模式将知识产权纳入民法典，使长期游离于民法典的知识产权有了回家的感觉，凸显立法者的创新精神以及《民法典》与时俱进的特色，表明民法典古而不老，固而不封，但第一种方案可能破坏《民法典》整体的协调性和严谨性，可能泯灭知识产权的独特个性，削弱知识产权的保护力度。^②

第三种模式是民法典仅对知识产权作概括性规定，在具备法典化理论储备基础后，参考和借鉴知识产权保护国际规则以及现在仅有的《法国知识产权法典》和《菲律宾知识产权法典》，另制定《知识产权法典》，实现知识产权制定法的法典化。^③

笔者同意前述第二种思路的第二种设计方案。主要理由为：①知识产权具有财产的属性。从经济学的角度分析，属于智力创造领域的知识产品也是一种资源；从法律的角度分析，知识产品经过法律上的产权界定而具有财产的属性，因此可以产生财产利益。②随着商品经济的日益发达、科学技术的迅猛发展，知识产权保护在信息化社会的财产法中占据越来越重要的地位。民法是调整平等主体之间的人身关系和财产关系的法律规范的总和，是以法律的形式表现社会的经济生活条件。因而，在信息化社会中产生的一系列新的经济关系应当成为我国民法关注的焦点。目前，我们设计的是 21 世纪适应我国社会主义市场经济的民法典，其结构体系自不应当再固守于与 200 年前的《法国民法典》或 100 年前的《德意志民法典》保持相同或相当，而应当是确实能够适应知识经济时代的法律体系。未来的中国民法典如果不能体现对知识产权的整体保护原则和规则，则这种立法体系很难被认为是完整的。当然，知识产权法所包含的内容的特殊性，以及其立法沿革中所体现的相对独立性和不断更迭性，使得知识产权法律规范无法全部纳入民法典的范畴。在民法典以外，仍然有必要保留著作权法、专利法、商标法等单行法，并协调这些特别法与民法典中有关知识产权保护的关系。这种创新模式在具体制度设计中可能会遇到立法技术上的困难，主要是如何把握将哪些规则放入民法典中。这可能是一个考验我们制度创新与立法技术的问题，但也应当是目前最适合我国本土需要的，既能体现知识产权在民法典中应有地位又能维护知识产权单行法独立存在之必要的最佳选择。

① 郑成思：《中国民法典知识产权编条文（专家建议稿）及其讲解》，载《厦门大学法律评论》（第 4 辑），厦门大学出版社，2003 年，第 1～45 页。

② 曹新明：《中国知识产权法典化研究》，中国政法大学出版社，2005 年，第 49～51 页。

③ 曹新明：《〈中华人民共和国知识产权法典〉模拟稿》，载曹新明：《中国知识产权法典化研究》之附件，中国政法大学出版社，2005 年，第 309～502 页。

第三节 知识产权的正当性理论基础

传统的财产权保护理论认为，财产权出现的核心因素是稀缺性，或者是冲突性使用的可能性。^①但是，就自然状态而言，知识资产的占有和使用却在很大程度上具有非排他性事实，并不存在对一种构思的过度使用或过度散布，不存在争夺使用的危险，人人都能使用这个构思，并不会使它贬值。这就意味着有形财产权的传统经济学理论并不能完全适用于知识产权。^②学者因此求助于其他理论以证明知识产权制度的合理性和正当性，提出了众多的理论，其中最具典型代表和有影响的理论包括自然权利理论、人格理论、经济激励理论及利益平衡理论。

一、自然权利理论

财产权的自然法根源可以追溯到罗马法，传统民商法中的许多概念和制度都可以从古代罗马法中找到雏型，同样的罗马法关于有体物原始取得的自然方式对后世的知识产权理论具有相当的影响，具体主要表现在先占理论和添附理论两方面。

英国的约翰·洛克（John Locke）被认为是继罗马法之后试图认真回答所有权问题的第一人，并被视为财产自然权利观的主要代表。^③洛克在其17世纪出版的《政府论》中提出劳动学说，为有形财产权提供了理论根据。洛克对于财产权的解释似乎有些简单。洛克认为：“虽然土地和一切低等动物属于人类公有，但是，人对自己的身体却有排他性的财产权。人的身体进行的劳动和人的手进行的工作，正是属于他自己的。那么，只要他使某个物品脱离其自然存在状态，这个物品里就渗透了他的劳动，包含了他自己的财产，所以，这个物品就是他的财产了。他使这个物品脱离自然存在状态，就已经通过劳动使这个物品附加了一些东西，因此就排斥了别人的共有权。因为劳动是劳动者不容置疑的财产，所以，只有他有权享有渗透着他的劳动的物品，至少在还有足够的、同样好的物品供别人共有时，应当这样。”^④洛克还举例解释，“当有人拾起橡树下的橡果，摘下苹

① 冯晓青：《知识产权法哲学》，中国人民公安大学出版社，2003年，第1页。

② Robert P. Merges, Peter S. Menell, Mark A. Lemley: *Intellectual Property in the New Technological Age* (Second Edition), Published by Aspen Law & Business, A Division of Aspen Publishers, Inc., 2000, p. 2.

③ 曲三强：《知识产权原理》，中国检察出版社，2004年，第19页。

④ [英] 洛克：《政府论》（下篇），牛新春、罗养正译，载州长治：《西方四大政治名著》，天津人民出版社，1998年，第247页。

果树上的苹果，吃到自己肚里时，他就是把这些东西据为己有了。人人都得承认，他吃下去的东西是他的。……劳动把这些东西同公有物品区别开来。劳动在自然这个造物主创造的物品上又增加了点东西，这些物品就成为人的私有财产了。”^①

洛克将财产定义为“物化”的劳动，从而为财产的专有提供了正当性基础。尽管由于洛克生活时代的局限，其财产权理论是针对有形物质财产而言的，但他的学说为后世学者阐述智力劳动与知识产权的关系提供了有益的思路。其关于劳动为财产权保护提供了正当性的观点被顺理成章地延伸到智力创造领域。这就是说，个人有权就其智力创造性劳动成果主张权利。“洛克的劳动理论深深地影响到了知识产权领域，以致当代学者和实务界人士都乐意运用劳动理论透视知识产权问题。”^②在西方法学理论中，每个人都拥有对其劳动的所有权。由于实在法不能清楚地解释人们是否应该对他们自己所创造或发现的抽象物主张权利，所以相形之下，自然法显得更为有力。^③例如，美国著名的著作权学者 Nimmer 指出，作者的劳动的果实似乎不会比其他劳动者创造有形物的努力包含的要少，因此更应给予财产的地位和专有权。没有什么能够证明著作权在服务于公共利益方面不如其他种类的个人财产。^④

按照自然法理论，一个从事智力创造活动的人基于其创造性劳动而获得劳动成果即知识产品，则该劳动者就有权就该知识产品获得财产权。这种自然权利理论无疑为知识产权制度的正当性提供了自然理论基础。同时，我们还看到，以洛克为代表的劳动学说在论证从劳动到财产的自然演化中，也设立了限制条件，即要求“一个人在取得财产所有权时应该留下足够好、同样多的东西给他人”，并以“不造成浪费为限”。但是，其更多的是强调个人对其劳动成果所享有的自然权利，并未明确地涉及和分析基于劳动产品而产生的个人利益与社会利益的矛盾与平衡，也未考虑劳动产品的人格性内容。

二、人格理论

解析财产权的另一个传统的法哲学思想是关于财产权的人格理论。人格理论的前提是要获得适当的个人发展，即成为一个人，这就需要对外部环境中的某些

① [英] 洛克：《政府论》（下篇），牛新春、罗养正译，载州长治：《西方四大政治名著》，天津人民出版社，1998年，第247页。

② 冯晓青：《知识产权法哲学》，中国人民公安大学出版社，2003年，第128页。

③ 曲三强：《知识产权原理》，中国检察出版社，2004年，第20页。

④ Melville B. Nimmer: *Nimmer on Copyright* (3rd), 1985, pp. 1~30, 转引自冯晓青：《知识产权法哲学》，中国人民公安大学出版社，2003年，第128页。