

郑成思

知识产权文集

基本理论卷

朱谢群 编



知识产权出版社

郑成思

知识产权文集

基本理论卷

朱谢群 编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

郑成思知识产权文集. 基本理论卷 / 朱谢群编. —北京: 知识产权出版社, 2017.1

ISBN 978-7-5130-4641-1

I. ①郑… II. ①朱… III. ①知识产权法—中国—文集 IV. ①D923.404-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 291303 号

内容提要

本卷收录了郑成思教授关于知识产权基本理论的主要思想成果, 大致可分为三个“板块”: 第一至三章勾勒出知识产权的发展脉络、独特品格以及扩展方向; 第四至六章阐明了知识产权法与相关法律部门之间的联系与分界; 第七章则是对中国当代知识产权制度的回顾与展望。

责任编辑: 龚卫龙文
装帧设计: 品序

责任校对: 王岩
责任出版: 刘译文

郑成思知识产权文集

《郑成思知识产权文集》编委会

基本理论卷

Jiben Lilun Juan

朱谢群 编

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司 网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区西外太平庄 55 号 邮 编: 100081

责编电话: 010-82000860 转 8120/8123 责编邮箱: gongwei@cnipr.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102 发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

印 刷: 三河市国英印务有限公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 880mm × 1230mm 1/32

印 张: 18.875

版 次: 2017 年 1 月第 1 版

印 次: 2017 年 1 月第 1 次印刷

字 数: 520 千字

定 价: 150.00 元

ISBN 978-7-5130-4641-1

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。



《郑成思知识产权文集》编委会

(以姓氏拼音为序)

总顾问

任建新

顾 问

曹中强 陈美章 河 山 姜 颖 刘春田 沈仁干 王正发
吴汉东 许 超 尹新天 张 勤 张玉敏

编委会主任

李明德

编委会副主任

陈锦川 程永顺 李顺德 刘东威 罗东川 陶鑫良 王范武
杨叶璇 张 平 张玉瑞 周 林

执行主编

黄 晖

执行编委

管育鹰 刘家瑞 刘丽娟 张晓都 朱谢群

编 委

董 涛 董炳和 龚 卫 管荣齐 郭振忠 邵中林 姜艳菊
郎贵梅 李菊丹 李小武 李祖明 林瑞珠 龙 文 马秀荣
孟祥娟 齐爱民 芮松艳 唐广良 文 学 吴伟光 谢冬伟
徐家力 薛 虹 姚洪军 尹锋林 周俊强

编辑体例

《郑成思知识产权文集》共分《基本理论卷》(一册)、《版权及邻接权卷》(两册)、《专利和技术转让卷》(一册)、《商标和反不正当竞争卷》(一册)、《国际公约与外国法卷》(两册)以及《治学卷》(一册),总计六卷八册,基本涵盖郑成思教授各个时期的全部重要著作和文章。

为了便于读者阅读,《郑成思知识产权文集》每卷都是在照顾学科划分的基础上,将之前的各部专著和论文适当集中、重新编排而成;除对个别文字错误有校改以及由编者对因时代发展带来的变化加注外,文集全部保持作品原貌(包括原作注释),按照先著作、后论文的顺序并按发表时间排列。

《郑成思知识产权文集》各卷之间除个别文章具有多元性而有同时收录的情况外,尽量避免内容重复;一卷之中,为了体现郑成思教授学术思想的演进,个别内容会有适当重叠;每一部分著作和论文均由编者注明出处。

为方便读者阅读,《郑成思知识产权文集》每卷均由执行编委撰写本卷导读,介绍汇编的思路,并较为详细地梳理郑成思教授在该领域的学术脉络、特点和贡献。

为便于检索,各卷附有各个主题的关键词索引,可以快速查阅郑成思教授的相关论述。

序

郑成思教授逝世于 2006 年 9 月 10 日。那天是中国的教师节。在纪念他逝世一周年的时候，中国社会科学院知识产权中心委托周林教授汇编出版《不偷懒 不灰心——郑成思纪念文集》，该书收录了诸多友人和学生纪念他的文章。在纪念他逝世三周年的时候，中国社会科学院知识产权中心组织召开学术会议，出版了郑成思教授逝世三周年的纪念文集《〈商标法〉修订中的若干问题》，收录论文 25 篇。在纪念他逝世五周年的时候，中国社会科学院知识产权中心再次组织召开学术会议，出版郑成思教授逝世五周年的纪念文集《实施国家知识产权战略若干问题研究》，收录论文 30 篇。

当郑成思教授逝世 10 周年的纪念日来临的时候，他的家人与几位学生商定，汇编出版《郑成思知识产权文集》，以志纪念。顾名思义，称“知识产权”者，应当是只收录知识产权方面的文字，而不收录其他方面的文字。至于称“文集”而非“全集”者，则是因为很难将先生所有的有关知识产权的文字收集齐全。经过几位汇编者的辛勤劳动，终于有了这部六卷八册的《郑成思知识产权文集》。其中《基本理论卷》一册，《版权及邻接权卷》两册，《专利和技术

转让卷》一册,《商标和反不正当竞争卷》一册,《国际公约与外国法卷》两册,《治学卷》一册,约500万字。再次翻阅那些熟悉的文字,与浮现在字里行间的逝者对话,令人感慨良多。

郑成思教授的文字,反映了他广阔的国际视野。他早年酷爱英文,曾经为相关单位翻译了大量的外文资料,包括有关知识产权的资料。正是在翻译、学习和领悟这些资料的过程中,他逐渐走上了知识产权法学的研究之路。知识产权法学是一门国际性的学问。由于从外文资料入手,他一进入知识产权法学的研究领域,就站在了国际化的制高点上。1982年,他前往英伦三岛,在伦敦经济学院师从著名知识产权法学家柯尼什教授,系统研习了英美和欧洲大陆的知识产权法学。在随后的学术生涯中,他不仅着力向中国的学术界介绍了一系列知识产权保护的国际条约,而且始终站在国际条约和欧美知识产权法学的高度,积极推进中国知识产权制度的建设。

从某种意义上说,中国的知识产权学术界是幸运的。自1979年开始,郑成思教授发表和出版了一系列有关《巴黎公约》《伯尔尼公约》及TRIPS协议等国际公约的论著以及有关欧美各国知识产权法律的论著。正是这一系列论著,不仅使得与他同时代的一些学人,而且也使得在他之后的几代学人,很快就站在了全球知识产权法学的高度上,从而免去了许多探索和弯路,有幸不会成为只见树木不见森林的“井底之蛙”。从某种意义上说,中国的知识产权制度建设也是幸运的。当中国的《商标法》《专利法》《著作权法》和《反不正当竞争法》制定之时,包括这些法律修订之时,以郑成思教授为代表的一批学人,参考国际公约和欧美各国的法律制度,为中国相关法律法规的制定和修改提出了一系列具有建设性的建议。这样,中国的知识产权立法,从一开始就站在了国际化的高度上,并且在短短三十多年的时间里,完成了与国际知识产权制度的接轨。

郑成思教授的文字，体现了他深深的民族情怀。与中国历代的优秀知识产权分子一样，他始终胸怀天下，以自己的学术研究服务于国家和民族的利益。自 1979 年以来，他在着力研究和介绍国外知识产权法学的同时，积极参与了我国《商标法》《专利法》《著作权法》《反不正当竞争法》的制定和修订，参与了上述法律的实施条例和单行条例的制定和修订。在从事学术研究的同时，他还依据国际知识产权制度的最新动向，依据科学技术的最新发展和商业模式的变迁，向国家决策高层提出了一系列调整政策和法律的建议。例如，适时保护植物新品种，积极发展电子商务，重视互联网络安全，编纂中国的知识产权法典，等等。随着研究视角的深入，他并不满足于跟随国外的知识产权法学，而是结合中国和广大发展中国家的需要，积极推动民间文艺、传统知识和遗传资源的保护。他甚至以“源和流”来比喻民间文艺、传统知识和遗传资源与专利、版权的关系，认为在保护“流”的同时，更要注重对于“源”的保护。

或许，最能体现他深深的民族情怀的事情，是他在生命的最后时期，满腔热情地参与了国家知识产权战略的制定。一方面，他是国家知识产权战略制定领导小组的学术顾问，参与了总体方案的设计和每一个重要阶段的工作。另一方面，他又参与了中国社会科学院承担的“改善国家知识产权执法体制”的研究工作，为课题组提出了一系列重要的建议。2006 年 8 月底，在国家知识产权战略制定领导小组向国务院汇报的前夕，他还拖着沉重的病体，逐字审阅了中国社会科学院的汇报提纲。这个提纲所提出的一系列建议，例如知识产权的民事、行政和刑事案件的三审合一，专利复审委员会和商标评审委员会转变为准司法机构，设立知识产权上诉法院等等，最终纳入了 2008 年国务院发布的《国家知识产权战略纲要》之中。仍然是在生命的最后时期，他在 2006 年 5 月 26 日为中共中

央政治局的集体学习讲授“国际知识产权保护”，针对国际知识产权保护和科学技术发展的新动向，提出了我国制定知识产权战略应当注意的一系列问题。党的十七大提出的建设创新型国家的战略，党的十八大提出的创新驱动发展战略，都显示了他所提出的建议的印迹。

郑成思教授的学术研究成果，属于中华民族伟大复兴的时代。中国自1978年推行改革开放的国策，开启了新的历史进程。其中的对外开放，一个很重要的内容就是与国际规则（包括知识产权规则）接轨，对于当时的中国而言，知识产权法学是一个全然陌生的领域。然而，就是在这样一个蛮荒的领域中，郑成思教授辛勤耕耘，一方面将国际上最新的知识产权理论、学说和制度引进中国，另一方面又结合中国知识产权立法、司法的现实需要，撰写了一篇又一篇、一部又一部的学术论著。这些论著的发表和出版，不仅推动了中国知识产权法律制度的建立及其与国际规则的接轨，而且推动了中国知识产权学术研究与国外知识产权学术研究的对话和接轨。特别值得一提的是，郑成思教授不仅将国际上的知识产权理论、学说和制度引入中国，而且还在中国现实需要的沃土之上，创造性地提出了一系列新的理论和学说，例如工业版权和信息产权，反过来贡献给了国际知识产权学术界。

中国的经济社会正处在由传统向现代的转型过程中。随着产业升级和发展模式的转变，“知识产权”四个字已经深入人心，走进了社会的各个层面。人们不再质疑，人的智力活动成果对于社会经济发展发挥着巨大的作用。当我们谈论知识经济的时候，当我们谈论创新型国家建设的时候，当我们谈论创新驱动发展的时候，我们不得不庆幸的是，在以郑成思教授为代表的专家学者的努力之下，我们已经对“知识产权”的许多方面进行了深入而细致的研究，我们

已经在 2001 年加入世界贸易组织之前，建立了符合国际规则的现代知识产权制度。加入世界贸易组织之后，面对一系列我国知识产权保护水平过高、保护知识产权就是保护外国人利益的喧嚣，郑成思教授明确指出，在当今的时代，知识产权保护的水平不是一个孤立的问题，而是与国际贸易密切结合的。如果降低知识产权保护的水平，就意味着中国应当退出世界贸易体系，就意味着中国在国际竞争中的自我淘汰。郑成思教授还特别指出，一个高水平的知识产权保护体系，在短期之内可能对我们有所不利，但是从长远来看，一定会有利于我们自身的发展。这真的是具有穿透时空力量的论断。

郑成思教授的文字，充满了智慧和情感。初读他的文字，深为其中的渊博学识所折服。对于那些深奥的理论和抽象的原则，他总是以形象的案例、事例或者比喻加以阐发，不仅深入浅出，而且令人难以忘怀。阅读他的文字，那充满了智慧的珍珠洒落在字里行间，我们不仅可以随时拾取，而且忘却了什么是空洞的说教和枯燥的理论。初读他的文字，也为那处处流淌的真情实感所吸引。在为国家和民族建言的时候，他大声疾呼，充满了赤子之情。在批评那些似是而非的论调时，他疾言厉色，直指要害并阐明正确的观点。在提携同事和后进的时候，他总是鼓励有加，充满了殷切的期望。毫无疑问，那位中气十足的学者，不仅在演讲时让人感受到人格的魅力和学识的冲击力，而且已经将他的人格魅力和学术生命力倾注在了我们眼前的文字之中。阅读他的文字，我们是在与他进行智慧和情感的对话。

郑成思教授离开我们已经 10 年了。遥想当年，那位身形瘦弱的青年伏案疾书，将一份份有关知识产权的外文资料翻译成中文，并最终走上了知识产权法学的研究之路。遥想当年，那位即将走进中年的“老学生”，专心致志地坐在伦敦经济学院的课堂上，汲取

国际知识产权学术的丰富营养，以备将来报效祖国之用。遥想当年，那位意气风发的中年学者，出入我国知识产权立法、行政和司法部门，以自己扎实的学术研究成果推动了中国知识产权制度的建设和发展。遥想当年，那位刚刚步入花甲之年的学术泰斗，拖着久病的躯体，参与国家知识产权战略的制定，为中共中央政治局的集体学习讲授知识产权的国际保护，并为此而付出了最后的体力。遥想当年，遥想当年，有太多、太多值得我们回顾的场景。

秋日的夜晚，仰望那浩瀚的星空，我们应当以怎样的情怀，来纪念这位平凡而伟大的学者？

李明德

2016年8月

导 读

朱谢群^{*}

作为先行者和历史空白的主要填补者之一，郑成思教授为我国当代知识产权理论与制度的建立、发展作出了开创性和奠基性的贡献，而他关于知识产权基本理论的一系列重大思想成果正是其卓越建树中最为突出的方面之一。

一、关于“知识产权”

(1) 郑成思教授从历史与法律的双重意义上回答了知识产权“从哪里来”。他采用以时间为经、以事件为纬的编年体，描绘出作为一种社会现象的“知识产权”在世界不同地方从萌芽而一步步成长直至走向人类生活舞台中心的轨迹。更可贵的是，郑成思教授还特别考证了知识产权（主要是版权）在我们这个首创了活字印刷术的

^{*} 法学博士，2001年师从郑成思教授，深圳大学法学院教授，深圳大学知识产权研究所所长。

文明古国中的起源。从法律意义上看，郑成思教授通过对英美法系财产权、法国法中的财产权、德国法中的物权之间从语词到语境抽丝剥茧般的对比，激浊扬清，勾勒出财产权体系的基本面貌，由此显示出知识产权在这一体系中独立地位的形成与确立，特别是厘清了知识产权中的“权”、知识产权客体、知识产权客体的载体“物”这三者之间的界限，澄清了不同传统、不同语言之间比较法研究与法律借鉴过程中所产生的诸多误解与曲解。

(2)“来路”既辨之后，解决关于知识产权“我是谁”的问题。郑成思教授首先采用了“外延界定”这一取得国际共识的方法，并特别讨论了在面对知识产权“创作性成果权利”与“识别性标记权利”的分类时如何避免误认与误判，由此引人深思究竟应如何理解知识产权客体的“创造性”；进而转入“内涵”层面时，郑成思教授提炼出知识产权具有无形、专有性、地域性、(法定)时间性和(客体)可复制性五个特点，深入浅出地展现出知识产权的“独特品格”。

知识产权的第一个，也是最重要的特点，就是“无形”。这一特点把它们同一切有形财产及人们就有形财产享有的权利区分开。一台彩电，作为有形财产，其所有人行使权利转卖它，出借它或出租它，标的均是该彩电本身，即该有形物本身。一项专利权，作为无形财产，其所有人行使权利转让它时，标的可能是制造某种专利产品的“制造权”，也可能是销售某种专利产品的“销售权”，却不是专利产品本身。

可以说，中国《著作权法》第18条，是对知识产权这种无形产权的极好描述。

由于无形，使得这种标的所有人之外的使用人，因不慎而侵权的可能性大大高于有形财产的使用人。同时，也使得知识产权权利人有可能“货许三家”或“一女两嫁”。一幢房产的所有人，不可能

把他的财产权标的同时卖给两个分别独立的买主。一项专利权的所有人，则有可能把他的专利权同时卖给两个（乃至两个以上）的不同买主。而只要这些买主在市场上不“碰头”，就可能永远不知道自己花了“买专利”的钱，实际得到的只不过是“非独占许可”。

“无形”这一特点，给知识产权保护、知识产权侵权认定及知识产权贸易，带来了比有形财产在相同情况下复杂得多的问题。

郑成思教授还在知识产权“内部”就不同概念间的关系、权利冲突、权利交叉、权利限制等作出了更深入的探索。他关于形象权、工业版权、权利冲突等等的论述至今仍富有启迪或者警示，例如“一批被炒得沸沸扬扬的‘权利冲突’知识产权案例，实际上并非真正意义上的权利冲突，而是地地道道的权利人与侵权人的冲突”。

（3）郑成思教授提出的作为知识产权扩展方向的“信息产权”，已越来越可以被看作是对知识产权“到哪里去”的一个回答。郑成思教授1985年在世界范围内首次深入阐述了信息化社会中的信息产权及其与知识产权的关系，并于次年出版了专著《信息、新技术与知识产权》。西方国家1990年以后才进入这一领域，相继发表文章并出台相关的国家政策和立法。日本则在2002年发布《知识产权战略大纲》和《知识产权基本法》，明确提出“信息化社会以知识产权立国”的基本国策。随着互联网的兴起，直至当前大数据、云计算的风起云涌，对“信息产权”的关注与重视正在不断上升。正如郑成思教授预言和总结的那样：“信息社会既然已经（或将要）把信息财产作为高于土地、机器等有形财产的主要财产，这种社会的法律就不能不相应地对它加以保护，就是说，不能不产生出一门‘信息产权法’。事实上，这门法律中的主要部分，也是早已有之的（至少是信息社会之前就已存在着的），这就是传统的知识产权法。”“信息产权就包含传统的知识产权以及新的、虽与传统知识产权有关，

但又具有完全不同的受保护主体或客体、完全不同的保护方式的法律。……当然，也可以说知识产权在扩展。”

二、关于“知识产权法”

(1) 知识产权法与民法的关系，不仅是知识产权法学研究中的基础，而且在当今市民社会的生产、生活方式已发生深刻巨变的知识经济背景下，此种关系事实上也已成为民法学研究中无从回避的时代主题。

作为中国民法典编纂史上第一位设计了“知识产权篇”的学者，郑成思教授针对这一充满复杂性挑战的基础课题，提出了系统化的见解。就整体而言，他指出：

首先，“知识产权本身，在当代，是民事权利的一部分……知识产权与一般（传统）民事权利的共同点、知识产权保护程序与一般民事权利保护程序的共同点，是进入知识产权领域首先应当了解的”。

其次，“（知识产权法）是民法中一块极特殊的领地”，“在为数不少（虽不占多数）的重要场合，知识产权保护不适用一般民法原则”。“不加判断与取舍地用人们传统上熟悉的一切已被前人抽象出的民法原理，一成不变地硬往知识产权上套，则恐怕并不可取。这样虽然省时、省力，但可能出较大的谬误。”

最后，“只认识到（或尚未认识到）知识产权的特殊性，说明认识还有待深化，有待把尚未上升到一般性的理论提高一步。只有在民法一般原理中也给知识产权找到一个恰如其分的并非勉强的位置，这种认识的深化过程才能算告一段落”。或者说，“研究其特殊性的目的，是把它们抽象与上升到民法的一般性，即上升为民法原理的一部分。这才是真正学者应有的思维方式”。

在知识产权法与合同法的交叉领域，郑成思教授研究的重点在于知识产权的特殊性对合同法适用的影响以及“合同的辅助保护如何纳入知识产权法的轨道”。例如，“由于版权不像专利权那样只有较短保护期，又不像商标权那样须按时续展，在其漫长的保护期内，就会有‘有限期转让’的问题。……《合同法》总则第12条中的‘履行期限’，是适用于版权转让合同的。‘买卖合同’分则中的绝大多数条款，却不适用于版权转让。”

在知识产权法与侵权法的交叉领域，郑成思教授仔细检视了我国侵权法在借鉴德、法等大陆法系代表国家侵权法时的偏差，兼与英美法上“infringe”与“tort”在责任构成要件、归责原则、责任形式等方面的区别互相佐证，可谓鞭辟入里，同时也找准了制约我国知识产权保护健康发展的“病灶”之一，至今乃至未来一个时期内都仍具有重大现实意义。

（2）如果说知识产权法与民法的关系是知识产权法学研究中的基础，那么知识产权法的“网络化存在”则是知识产权法学研究中的前沿。郑成思教授再次成为突入前沿的先行者之一，而且研究范围更加广阔，覆盖了从作为私法的知识产权法、公私法混合的个人数据保护法直至公法领域的网络安全、网络犯罪等，其思想成果的广度与深度也又一次昭示出他研究的先见性与先进性。他在国内互联网络1.0时代就提出“保障信息网络安全两个关键点”是“对网络服务提供者的规范与管理”和“对认证机构（CA）的规范”，到现在国内互联网络3.0时代不仅依然如此而且更加如此；他关于电子证据立法的呼吁也随着两大诉讼法的修改而初步变为现实。但不无遗憾的是，郑成思教授在国内互联网络兴起之初就已发现的问题，现在仍未完全克服，例如立法层级低、多头管理等；而他提出的“在信息网络立法规划上，应考虑尽早制定一部基本法”等建议，