对 21 世纪知识产权研究的展望
（代前言）

郑成思

在某一研究领域谈“展望”，有许多困难；在发展极快的知识产权领域，尤其困难。为要避免使所“展望”的内容在下一世纪到来后的实践中化为空谈或笑谈，至少有两点是应力求做到的。一是对国际上的有关信息应掌握得尽量地多（虽不可能“全”），也就是应看得尽量广。“不畏浮云遮望眼，只缘身在最高层”，正是告诉我们如何去“展望”。二是虽要结合身边的现实（即结合“中国的国情”），又不能陷在现实中，而应有“超前”意识。否则为一下世纪所预定的研究项目或规划，就有可能导致重复劳动、走弯路一类的后果，难免如古人所云“时雨降矣，而犹津灌，其于泽也，不亦劳乎。”除了无依据、无理论支持的妄说之外，“超前”并不应被一般地当做“赶时髦”、“脱离实际”的同义语。确有价值的现有科研成果中，许多均是超前的，何况对科研的“展望”。

一个国家知识产权研究的水平与发展状况，经常可以从它的知识产权立法的发展中反映出来。

1997 年及在这之前的几年里，中国与巴西的知识产权立法（包括有关国际条约的加入或缔结）几乎是同步的。两国几乎同时开始了对外国专利的行政保护，几乎同时开始了给计算机软件似特

需要全本请访问 www.ertongbook.com

殊又非特殊的保护，几乎同时开始了对现有版权法修订的考虑。1997 年 3 月，两国不约而同地各自颁布了在各自国家均属第一部的植物新品种保护法规。[1]不过，到 1998 年，情况改变了。1998 年 2 月，巴西通过了修订后的版权法，并于 6 月实施。其中引人瞩目地包含进了世界知识产权组织 1996 年两个新条约的内容，即增加了网络环境下知识产权保护的内容。这比同年 10 月通过的《跨世纪数字化版权法案》[2]的美国还先行了 8 个月。而 1999 年中国新闻媒体通报已初步成形的中国著作权法修订案，则仍旧丝毫没有触及网络环境下知识产权保护的内容。

那么，是巴西立法过于超前了，还是中国落后了？我想可能是后者。因为，网络上“侵权”（依法有些尚不能称侵权）的纠纷，在中国当时已经实实在在地出现了。未经许可的“网络书屋”、未经许可的“音乐节目上网”，等等，[3]已使人感到大大高于书刊盗版、录像制品盗版的威胁摆在中国版权人面前。而我们修订中的法律则对此丝毫无反应。我国的“解密公司”已在报刊上公开刊登广告，收费破解国内从事软件创新开发的任何企业所专有软件的加密措施或其他技术措施，而我们却仍在讨论把“禁止解密”纳入版权是否太“超前”，是否会妨碍国内软件产业发展！当然，这类显然已滞后的问题，本来是应在进入 2000 年之前解决的。已经在立法中将互联网络上的知识产权保护纳入版权法的发展中国家已有一批，如菲律宾、新加坡等，决不止一个巴西。

那么，从我国已滞后的实际出发，结合国际上的发展现状与趋势，在下一世纪（即明年）到来之后，我们在知识产权领域应研究

〔1〕有关巴西 1998 年及此前知识产权立法的发展进程，资料主要来自美国出版的 IPWorld Wide 杂志 1998 年第 2 期。读者可查的网址是： http：www. ipworld wide.com.

〔2〕 Digtal Millenniam Copyright Act of 1998 。读者可查的网址是：http：thomas，loc.gov

〔3〕《北京青年报》，1998年 8 月 7 日第 2 版。

哪些热点及难点问题呢？可能有三个方面的问题。

一、新技术，尤其是数字技术与网络给国内外带来的共有的新问题

这类问题中的多数，对国内外知识产权界都是新的。其中至少包括以下几点。

1. 网络特点与知识产权特点的冲突如何解决

正如 80年代有关“信息社会”论的“热”是由计算机广泛应用带动起来的，目前“知识经济”论之热，则是由计算机网络及数字技术的广泛应用带起来的。当人们谈及传统的农业经济及工业经济的特点是有形资产起决定作用而知识经济则是无形资产起决定作用时，均会想到：知识产权恰恰是无形资产的重要（或最重要）组成部分。

有人认为在知识经济中，商品生产“隐形化”。〔4〕事实上，网络环境还使商品流通的一部分也“隐形化”了。这就是人们常说的“直接电子商务”活动。例如，通过网络出售软件、多媒体、数据库等，均已与传统的市场上出售有形磁盘、光盘等销售活动大相径庭了。

知识经济必然、而且已经带来知识产权保护上全新的问题。而这些新问题，又集中在网络的应用上。

知识产权的特点之一是“专有性”。而网络上应受知识产权保护的信息则多是公开、公知、公用的，很难被权利人控制。

知识产权的特点之一是“地域性”。而网络上知识传输的特点则是‘无国界性”。

上述第一对矛盾，引出了知识产权领域最新的实体法问题。在国际上，有的理论家提出以“淡化”、“弱化”知识产权的专有性，来缓解专有性与公开、公用的矛盾。具有代表性的是日本法学家中

〔4〕《人民论坛》，1998年第 7期文章“知识经济：跨越工业化的新阶段”。

山信弘和美国法学家戈德斯坦。〔5〕而更多学者乃至国际公约，则主张以进一步强化知识产权保护、强化专有性来解决这一矛盾。最典型的例子就是 1996 年 12 月世界知识产权组织主持缔结的两个新的版权条约。其中增加了一大批受保护的客体，增列了一大批过去不属于版权的受保护权利。而美国已经在 1998 年、欧盟国家已准备在 1999 年，即进入 21 世纪之前，修订知识产权法，使之符合新条约的要求。此外，在商标保护方面，强化专有性的趋势则表现为将驰名商标脱离商品以及服务而加以保护。

这种强化知识产权专有性的趋势，应当说对发展中国家未必有利，但目前尚没有发展中国家表示出“坚决抵制”。主要原因是：在知识经济中，强化知识产权保护的趋势是抵制不了的。发展中国家应及早研究自己的对策。

上述第二对矛盾，引出了知识产权保护中最新的程序法问题，亦即在涉外知识产权纠纷中，如何选择诉讼地及适用法律的问题。过去，绝大多数知识产权侵权诉讼，均以被告所在地或侵权行为发生地为诉讼地，并适用诉讼地（法院所在地）法律。但网络上的侵权人，往往难以确认其在何处；在实践中，侵权复制品只要一上了网，全世界任何地点，都可能成为侵权行为发生地。这种状况，主要是由网络的无国界决定的。曾有人提议采取技术措施，限制网络传输的无国界性，以解决上述矛盾。但在实践中困难极大，或根本做不到。于是更多的学者，〔6〕更多的国家及地区，实际上正通过加速各国知识产权法律国际“一体化”的进程，即通过弱化知识产权的地域性，来解决这一矛盾。

〔5〕《电子知识产权》，1998 年第 2 期中山信弘的文章“多媒体与著作权”；1998 年《知识产权研究》第 6 卷，Pual Goldstein 的文章。

〔6〕1998 年《知识产权研究》第 5 卷 Paul Geller 的文章 From Patchwork to Network；其中译本请参看 1998 年《知识产权文丛》第 1 卷。

国际知识产权法律“一体化”，就要有个共同的标准。多少年来，已确认的专有权，一般不可能再被撤销。于是，保护面广、强度高的发达国家法律，在大多数国际谈判场合，实际被当成了“一体化”的标准。发展中国家虽然并不情愿，却又阻止不住。世界贸易组织成立时订立的《与贸易有关的知识产权协议》，就是违背发展中国家意愿，统一知识产权保护，又不得不被广大发展中国家接受的典型一例。

看来在这一问题上，发展中国家也应研究对策。这种研究，可能成为 21 世纪初发展中国家的一个重点。

2. 电子商务中的知识产权保护问题

电子商务影响到的决不仅仅是知识产权法。

它首先影响了各国的合同法及商法， 1995 年，美国最先考虑修改其《统一商法典》，随后提出了《统一电子贸易法》的议案，以适应电子商务的需要。〔7〕1996 年，联合国贸易法委员会发布了《电子商务示范法》、国际商会起草了《电子商务指南》，进一步解释该示范法。此后，不少国家及地区（如欧盟）纷纷开始了相关立法或修法。在发展中国家里，至少新加坡已于 1998 年颁布了它的《电子贸易法》。〔8〕我国立法机关在《合同法》草案中也加进了电子合同的原则性规定。〔9〕但正像 WIPO 的两个新条约只是解决问题的开始一样，电子商务中的合同法及商法问题的全面解决，仍要留给下一世纪。

有人把电子商务分为“直接电子商务”与“间接电子商务”两类。“间接电子商务”即网络上谈判、签合同、订购商品，但商品本身仍需通过有形方式邮寄或送达。“直接电子商务”则是签合同

〔7〕 读者可查的网址是：http: www.law upenn.edu.

〔8〕 读者可查的网址是：http: www.ech.nch.ncb.gov.sg

〔9〕 《人民日报》，1998 年 9 月 7 日第 10 版，第 11 条、第 16 条等条款。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

及最终取得商品，均在网络上完成。可以想见，“直接电子商务”会涉及更多的知识产权问题。

网络传输中既已涉及版权产品的无形销售，就必然产生版权保护的新问题，自不待言。而更值得重视的是，它还必将产生（而且已经产生）在网上的商标及其他商业标识保护、商誉保护、商品化形象保护，乃至商业秘密保护等方面诸多与传统保护有所不同或根本不同的问题。

例如，我国《商标法》将可受保护的标识界定为“文字、图案或其组合”，它只能是“静态”的。而目前已出现把某一动态过程（如小鸡从蛋中破壳而出）作为商标，而且在网上有发展为“时髦”的趋势。这就不仅在版权法领域对于“版权不保护过程”的结论有了明显的反证（说明至少一部分“过程”不应被排除在保护之外），而且改变了传统对商标的认识。可能只有在这种网络上的商业活动，才能使人们感到用“视觉可感知”去界定、比起用“文字、图形”去界定商标更能适合下一世纪商业活动的发展。当然这类纯属形式方面的问题可能还不是最重要的。

正当国内并不鲜见的议论在断言“域名决不会被纳入知识产权保护范围”时，域名已实际上成为商誉、乃至商号的一部分受到了保护，甚至已经作为无形财产被实际交易着。这是无须到下一世纪再去弄清的问题。但域名与在先商标权、在先商号权的冲突如何真正妥善解决，则可能要留给下一世纪了。这是确实存在的（而不是如下文将讲的有意侵权者的辩护人臆想的）权利冲突。

在驰名商标范围内，本世纪已大致解决。一些国家的“反淡化法”及 WIPO 准备缔结的国际条约，均立下了这方面的示范。但对于非驰名商标及商号，其与域名冲突的问题，仍无令人满意的答案。这里矛盾的焦点之一倒是在权利产生的程序上。商标权多经官方行政批准注册产生；域名专用权则多经非官方组织登记产生；商号权（按巴黎公约的要求）却仅仅依实际使用产生。下一世纪如果

在技术上仍找不到解决冲突的出路，那么法学者的研究成果在这方面仍旧将发挥作用。

3. 生物技术与知识产权保护问题

知识产权新问题并非全部与计算机互联网络有关。生物技术对知识产权保护的影响即是基本无关的一个。传统生物技术及其产品(如植物新品种)的保护即使到了 20 世纪末，仍不断在早已实施这种保护的发达国家争论着。例如 1996 年，当欧洲生物学家提出应取消农业生产者对植物新品种的“合理使用”亦即增强其专有权时，欧洲“绿色和平组织”则强烈要求根本取消对植物新品种的专有权。[10]这类争论的余音，下一世纪在发达国家仍旧会听得到，而在中国这样的发展中国家，则争论可能会开始。

生物基因、新生物合成等发明中的知识产权问题，对中国这样的发展中国家可能就更重要了。在生物技术比较发达的澳大利亚，1998年本国两个政府研究机构，在以“自己的”植物新品种申请“准专利”（即“植物品种专有权”）时，被指控为“生物盗版”(biopiracy)。[11] 该纠纷所产生出的这一知识产权新术语，是不应被轻视的。中国（至少在北京）已有过极类似的纠纷，但并未引起注意。原因是生物工程总体在中国的发展还较滞后。待到下一世纪更多国内企业与机构发现这是一个经济效益可能很好的领域，并加快在其中的投入时，中国企业与机构之间、中外相关企业与机构之间的这类冲突，比起 20世纪文化市场上因盗版引起的冲突，不会更少。“生物盗版”与“独立创作”的区分及认定，也会成为使司法界棘手的问题。而 20世纪内，当国外知识产权界已在研究以血样

〔10〕英国 Bio-Science Law Review 杂志，1997 年第 1 期。R.M.C.Nott 的文章，The Biotechnology Directive: Does Europe Need a New Draft.

〔11〕英国 Bio-Science Law Review 杂志，1998 年第 1 期，M Blakeney 的文章 IPR in the Genetic Resources of International Agricultural Research Institutes-Some Recent Problems.

及其他人体标本为基础的新发明中，血样及标本提供者享有什么权利时，[12]中国在生物技术知识产权保护方面的研究还极为薄弱，从事研究的人员也屈指可数。这种状况如果在进入 21 世纪仍无改变，将很难应付届时发生的纠纷，很难保护创新者的权益及保护与促进我国生物工程的发展，也很难跟上国际上民事权利保护的新发展。

二、国际上已基本解决，但中国国内仍须加强研究的特有问题

由于我国在知识产权研究方面起步较晚，又有一部分研究是在封闭状态下（即在未接受国外信息的状态下）进行的，所以有些国际上已基本解决、乃至我国参加的国际条约已有定论的老问题，在我们这里则还有进一步研究的必要。在下一世纪到来之后，更多的国内司法实践及更多的人逐渐打破封闭式研究，都将有助于这些问题在更高的层次上开展讨论，并基本解决。其中至少会涉及下面几个问题：

1. 侵害知识产权的归责原则

中国在 20 世纪 80 年代制定的《民法通则》，从原则上已将包括侵害知识产权在内的绝大多数侵权行为，归入“过错责任”。如果只以解释《民法通则》为限，这个问题是无可讨论的。不过，如果把眼界放开一些，就可以看到：绝大多数已经保护知识产权的国家的立法，均要求侵害知识产权的直接侵权人，负“无过错责任”。[13] 凡在国际上被认可的知识产权学者们（无论美英还是法德这些不同法系国家的学者），也无例外地认为对知识产权直接侵权

〔12〕同上杂志，1998 年第 2 期，H.Newiss 的文章 Rights in Blood and Tissue Samples: Consent Requirements.

〔13〕AIPPI 1996 年年报第 4、5、7 期及 1997 年第 1 期，较全地列出了与会国家知识产权法中采用“无过错责任”的情况，可供研究这一问题的同仁参阅。

的认定，只看客观结果，不看主观有无过错。〔14〕这就需要我们在研究中，不能拘泥于通则的原则。同时，国内知识产权执法的实践，也要求我们重新认识这个问题。

其实，在法理上，侵害知识产权的归责原则，与侵害知识产权的诉讼时效，是非常近似的两个问题。由于知识产权保护的客体可以同时被相互独立的不同主体所利用（注意：这是有形财产权保护的客体所不具备的特点），侵权行为一旦延续超过两年（即我国《民法通则》规定的时效），这“两年”期限将只约束侵害赔偿之诉，不应约束知识产权的财产所有权之诉。而一般侵权诉讼中，这两诉是并存的。对此，我国最高人民法院已在 20 世纪内作了恰当的结论。〔15〕因此时效问题即使在 21 世纪仍有争议，可能只是余音而已。

对直接侵权人的归责问题也是如此。只有支持被侵权人的权利归属及其范围之诉，亦即认定客观上的侵入他人产权范围（即“in” – “fringe”）的事实并加以禁止，才有助于避免侵权物进入流通领域或已进入流通领域后进一步扩散（而这正是《与贸易有关的知识产权协议》所要求的）。至于支持被侵权人的损害赔偿之诉，则确应视侵害者有无主观过错而定了。拿日本学者中岛敏先生的话说，即侵害知识产权的物权之诉只以客观为据，而其债权之诉则应辅之以主观要件。〔16〕当然，在这点上，国外也并非无例外。例如，依照美国法律，直接侵权人即使无过错，有时也须负侵权赔偿责任。美国的这种较少见的规定，经过其乌拉圭回合谈判的讨价还

〔14〕间接引文，可参看《知识产权论》，法律出版社 1998 年版，第 260～271 页。直接材料可参看 W.R.Cornish 著 Intellectual Property ， Sweet and Maxwell 出版公司 1996 年第 3 版，第 44～45 页，第 66～67 页等。

〔15〕1998 年《最高人民法院关于全国部分法院知识产权审判工作座谈会纪要》。

〔16〕1998 年 2 月 20 日在中国贸促会专利商标事务所与魏启学先生及日本通产省知识产权研究所学者座谈时记录。

价，还居然反映在世界贸易组织的协议中。[17]

到目前为止，我国不赞成像多数国家那样在知识产权保护中采用无过错责任原则的一个主要原因，在于不少人误以为知识产权的侵权诉讼中，被侵害人的“请求权”仅仅指对损害赔偿的请求，不包含诸如确认权利人的专有权之类的物上请求权，即认为侵权之诉中只有债权之诉而无物权之诉。于是，他们认为诸如德国版权法第99条的禁令、没收，等等，不属于在确认侵权成立后的民事救济。针对这种误解，我国在90年代后期已有专著作过分析和论述。例如，王利明等所著《合同法新论·总则》，就是其中之一。此外，在《中国法学》1998年第1期魏振瀛的文章中，更进一步论述了“侵权责任”（Liability）与“侵权之债”（Obligation，亦即侵权的损害赔偿）的区别，也有助于我们认识这个问题。应当指出：如果认为“在侵权认定上，不看有无过错；在确定侵权责任上，方看有无过错——无过错即无侵权责任。”这要比根本否认侵害知识产权的无过错责任进了一步。但这种认识必然导致一部分被认定为侵权之人不负侵权责任。这在逻辑上是否有欠缺，还值得进一步研究。

在我国，对于侵害知识产权的无过错责任，只有较少的专著或论文论及它的合理性，而大多数理论界与实际部门的议论，则停留在解释《民法通则》有关条文的合理性，论证应不加更改地一般适用于一切知识产权侵害活动。网络环境下的“在线服务商”作为“特例”,其侵权行为在国外适用‘过错责任’原则,我国包括‘在线服务商”在内的一切侵害知识产权的行为，则作为“通例”在适用着“过错责任”。这一类理论与实践上的差距，这种立法上的差距，是否应予缩小，肯定在21世纪还需要继续讨论。互联网络上的侵权行为，在国内外事实上都已经发生了。而对于互联网络上的侵权责任，国外已经讨论了几年，中国则几乎没有开始。

〔17〕Trips 第45条（2）款。

这个问题，无论在 21 世纪修订几个现有知识产权法之前，还是在制定民法典之前，都应深入讨论。

2. 知识产权的权利冲突问题

不应一般地否认知识产权的权利冲突的存在。无论中、外，两个或两个以上分别享有相同或不同知识产权的权利人，在行使权利中发生冲突的事，并不罕见。许多已有的及拟议中的立法及国际条约，正是为了解决这类冲突。问题在于，在我国，在 20 世纪末叶，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。这些冲突，依照原有的我国知识产权法，本来是可以顺理成章地解决的。而且，有关法院的判决，行政机关的裁决，也大都合理合法，或基本合理合法地解决了。[18] 只是理论界反倒觉得浑浑然，觉得似乎有关的侵权人实际是法律不健全，从而产生出的权利冲突的牺牲品。因此，在 21 世纪修改原有知识产权法时，就会面临这样的问题了：是把已有的原本合理的规定改掉，还是保留原本合理的规定，进而去解决真正的（包括尚未在我国出现的）权利冲突。

例如“先用权”性质的并无排他性的“在先权”，与具有排他性的在先权的根本区别。以未曾向社会扩散方式先发明、先使用某一他人专利保护客体之人，在“注册”制国家，未注册但已在先使用某一商标多年之人，等等，方享有相对应的、在其后获行政批准而握有专利权、商标权的“在后权”权利人。这在大多数国家均是明明白白的（确有部分国家不承认在先使用商标而未注册者有“先用权”——这里另当别论）。而发生在我国的许多议论，则是未经许可而使用了他人已经受知识产权（或其他民事权利，如姓名权、

〔18〕 例如，北京市第一中级人民法院 1997 年终审的“武松打虎图”一案，上海市高级人民法院 1997 年终审的“三毛”形象一案，以及国家工商行政管理局商标评审委员会关于撤销“武松打虎图”及“三毛”商标注册的裁决。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

肖像权）保护的内容，是应当判仅仅为侵权，还是应当认为通过侵权便产生了“在后权”的问题。

这一类听起来很简单的问题，若不在理论上弄清楚（从现有的司法判决看，它们在实践中倒往往是清楚的），对我国下一世纪实施有效的知识产权保护，肯定会有妨碍。

3. 知识产权法律中一些基本概念的含义

作为一门应用法学，知识产权法学并非没有“基础理论”。起步较晚的中国，在下一世纪仍需补其基础理论的课，是毋庸置疑的。但应切记：离开了国际上知识产权理论的发展去闭门补课，则仍旧难免走弯路，乃至进入歧途。以往的事实表明：一些知识产权法律中的概念，正是由于闭门研究才越搞越不清的。

例如，版权法意义上的“委托”（Commissioning）显然不同于民法代理意义上的“委托”（Transfer of Power 或更直接一些：Power of Attorney）但也决不能等同于加工、定作合同意义上的“承揽”（Contracting）。这从律师有权再次使用（并禁止其他律师使用）其代理词的实质性部分，从检测人可能再次使用其检测报告的实质性部分等实例，均可看到。版权意义上的委托合同在无明确规定时，权利归受托人；承揽合同在无明确规定时，成果归定作人。仅从一般法律的对无形知识产权与有形定作物归属作出的这种不同规定，我们就可以看到把委托等同于承揽在实践中会出多大的差错。只有在极少数场合（如广告制作的承揽合同），委托与承揽才发生部分重合。对这些早已发生在实际生活中的整体区别及有限的重合，国际上早已归纳到理论的著述中。[19] 我们则经常以“有限”取代了“整体”,以自己可能较熟悉的有形财产方面的概念,往无形财产上套用着。

〔19〕 Paul Geller 主编的 International Copyright Law and Practice，Metthew Bender 出版公司出版。

4. 国有企业的改革与知识产权保护

这里讲“保护”，主要是指两方面：其一，企业的“自我保护”,亦即 Geller讲的三级保护中的第一级。[20]其二，国家采取措施制止和制裁侵吞国有无形资产的腐败行为(“侵吞”,在这里包括某种国企管理者有意使无形资产流失以换取私利)。

这是为数不多的、确有中国特色的问题。既然在“知识经济”中，无形资产的投入已经起决定作用，不讲究通过怎样的体制改革方能增加这种投入和减少流失，国企就很难有出路。这可能是下一世纪初，我国一个跨学科（知识产权法学、管理学、行政法学、政治学，等等）的研究课题。

三、知识产权法与民法的关系问题

与传统民法若即若离的知识产权法，经常使人们遇到重重难题。在勉强以规范传统民事权利的准则去规范知识产权时，往往是想解决的难题结果却离了题。在下一世纪初，若打算起草出中国自己的“民法典”，就不能不把知识产权与传统民事权利的异同搞清楚。研究二者之“同”，许多人已是感到轻车熟路；对二者之异，许多人则知之甚少，甚至视异为同。因此，研究二者关系的重点，似应放在二者之异上。

1. 知识产权法与民法分立问题

法国 19世纪初的《民法典》,为近、现代普遍的民法法典化之始。法国 20 世纪末、自 1992年起开始制定的《知识产权法典》是否会成为 21 世纪知识产权法与民法分立之始，是值得研究的。

法国《知识产权法典》之所以值得我们重视，首先在于它明确规定了知识产权保护在哪些具体问题上“不适用”现行民商法的条文，就是说，它明确了二者之异在何处（当然，其中也有规定哪些

〔20〕 Paul Geller 的文章 From Patchwork to Network.

问题适用现行民商法的条文）。[21] 其次在于它在行文中，较清楚地反映出一些看上去似与传统民法相同的概念实质上有何不同。这后一方面最典型的，就是该法典第 L.121－1 条。它告诉人们：作者享有独立于其作品的“姓名权”，该权是作者精神权利的一部分而不属于民法中任何人均可享有的那种“姓名权”。

国际上将民法法典化的国家不少，但以民法典包容知识产权的国家则较少；已有的各国民法典在不断修订时增加新内容者不少，但增加规范知识产权内容者则较少。这些现象并非偶然，也值得我们研究。对国际上的现状视而不见，我们就还会走弯路，恰如当年执意将知识产权合同纳入合同法、最终仍不得不拿出一样。

2. 传统民事权利与知识产权似相重叠而实不重叠的问题

我国一些知识产权研究论述，往往把作者的人身权与传统民法中一般人的人身权相混淆。这固然在形式上与我国《著作权法》不适当地使用了“著作权人的人身权”这一来自日本及台湾地区表述有关，[22] 但更有深一层法理上的原因值得探索。

在市场经济已经很发达的现代地位才越来越高的知识产权中，有许多概念并非市场经济尚不发达时即能够形成的。在国际上，有不少后起的发达国家从先起的发达国家、从更加发达的外国引进知识产权保护的特有概念的先例在。我国向市场经济转轨过程中，也可能发生类似的“引进”的必要。我们诚然可以拒绝引进，只要拒绝得有道理。如果认为传统民法中某些固有概念已经可以解决知识产权的特有问题而拒绝引进（或根本不知道国外存在这类可供引进的特有概念），就可能把传统民法中看上去与知识产权中相重叠、

〔21〕《法国知识产权法典》，黄晖译，商务印书馆 1999 年版，第 L.613－30 条，第 L.132－15 条、第 L.321－11 条等。

〔22〕请注意，《法国知识产权法典》在用语上，则不会引起误解。它使用的是“Droitsmoraux”，亦即“精神权利”。参看该法典第二编第一章。

实则不重叠的概念，轻率地下了“等同”的结论。这会不利于解决我国市场中已有表现并即将大量出现的纠纷。

例如，如果认为知识产权项下的“商品化权”（或“形象权”）根本没有存在和加以研究的必要，认为它已经被传统民法中的“姓名权”、“肖像权”等所覆盖，那就很难解释本世纪30年代美国法院对“米老鼠”纠纷、70年代日本法院对“螺江先生”、“阿童木”等纠纷，是如何解决的。当然也就难以处理中国90年代“小龙人”纠纷、“三毛”纠纷，也难处理日后还将大量发生的类似纠纷。很显然，上述这类应受保护的对象，有些不是真正存在的人或法人，因此谈不上享有“姓名权”或“肖像权”。联合国世界知识产权组织在1996年的示范法中，已经把国际上司法实践中承认多年的“商品化权”列为知识产权中的一项。被我们常常去借用民法概念的日本，也在更早就产生了全国范围的“商品化权保护协会”。而我们直到1998年却仍弄不清为什么“三毛”形象即使未合法作为商标使用，仍能够作为知识产权评估出上亿元的价值。

相信在卞一世纪初，这类问题随着我国市场经济的法治化，也随着更多的人意识到它们的重要性，会在我国也被认真研究并弄清 。

3. 与知识产权法及传统民法均密切相关，但在本世纪的研究中未得到应有重视的问题。

这类问题中相当大一部分，应推前文提过的新技术的应用引发的新问题，诸如电子商务、人体基因合成的发明及复制等引发的新问题，这里不再复述。还有一部分则与新技术的应用无关（至少无直接关系）。

例如“信托财产”在法律中的地位。

既难归入“物权”，又难归入“债权”的“信托”，是在很长一段时间里，固守民法物权与债权泾渭分明的一些大陆法系国家所不愿接受的概念。但国际金融业务的发展，已经使这种“不愿接受”

成为历史。

在我国，在信托法草案提出并暂时搁置之前，反倒是知识产权集体管理的实践毫无困难地接受了它，进而又被部分法院的司法实践所接受。[23] 不过，似乎应当承认，信托概念在知识产权领域的合理被接受，从我国的立法角度看，是缺乏支持的；从民法学界研究的进度上看，也缺乏法理的支持。法国在 1992 年即建议把“信托”作为一种合同列入民法典并已列出了具体的建议条文。我国在那之后开始起草的《合同法》，无论在较早的专家建议稿还是在接近尾声的立法机关公布的征求意见稿上，均未出现过“信托”。我国的“物权法”则刚刚在考虑起草。无形财产中知识产权的信托活动却已经在实际进行着。司法机关如果再遇到稍复杂一些的相关知识产权纠纷，必然将面对适用法律乃至寻求法理支持上的困难。在网络环境下，在版权的集体管理在市场经济中显得更加重要的 21 世纪，这种无法律依据的信托活动如何进一步开展，必然成为问题。

本世纪 90 年代末，我国在信托法的研究上，确有优秀的成果问世。例如，沈达明教授的《衡平法初论》就是。衡平法（equity）的重点是信托法。沈教授的专著中，如果删去“禁止翻言”一章，称“信托法初论”也无不可。在涉及间接侵害知识产权的行为时，有人将国外常见的“提供销售”（offer for sale）误译成“为销售而要约”这也属于较典型的对知识产权缺乏了解。

但与知识产权相关联而研究信托，则在我国是极为薄弱的。乃至英美法系国家专利法中“依衡平法享有的权利”，总是被误译成“股权”。

在类似的一些问题的深入研究上，知识产权领域先行一步的实

〔23〕 1998 年 7 月上海法院处理的音乐著作权协会诉张学友演唱会组织者一案正是把该协会当做音乐家版权财产权信托的“受托人”对待的。

践及研究成果，极可能促进我国较完整、较完善的民法体系的形成（虽然我依然赞成法国式的知识产权法典与民法典的分立）。本世纪90年代我国一些专利管理人员对质押问题的研究，我国一些出版管理人员对服务贸易的研究，已经证明了这一点。希望在下一世纪，会有更多的知识产权领域的研究成果，继续证明这一点。

需要全本请访问 www.ertongbook.com