



上海市重点学科规划项目

科技法学研究

THE RESEARCH OF SCIENCE AND TECHNOLOGY LAW

蒋 坡◎主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

- ◇ 科技法学基本理论篇
- ◇ 企业技术创新法制篇
- ◇ 网络与信息法学篇
- ◇ 生命法学篇
- ◇ 知识产权法学篇
- ◇ 科技管理法制篇

上海市重点学科规划项目



科技法学研究

THE RESEARCH OF SCIENCE AND TECHNOLOGY LAW

蒋 坡◎主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

科技法学研究/蒋坡主编. —北京:法律出版社,2007.6
上海市重点学科规划项目
ISBN 978-7-5036-7434-1

I. 科… II. 蒋… III. 科技法学—研究 IV. D912.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第078653号

©法律出版社·中国

责任编辑/卞学琪 郭涛

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/法律出版社上海出版中心
经销/新华书店
责任印制/陶松

开本/A5
版本/2007年6月第1版

印张/14.5 字数/343千
印次/2007年6月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-7434-1

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

放眼当今世界,知识经济的浪潮席卷全球,高新科技及其产业化已经成为世界经济增长最强有力的动力,各国纷纷积极抢占高新技术领域的制高点,凝聚综合竞争的實力,并努力在日趋激烈的国际竞争中赢得先机。面对以科技实力为基础的世界范围内的经济竞争,党中央、国务院站在国家兴亡、民族兴衰的高度,提出了科教兴国这个治国兴邦的重要方略,制定了到2020年建成创新型国家的宏伟目标。

国家创新能力不仅反映为科技的创新能力,而且直接体现为制度的创新水平,而制度创新不仅需要符合科技、经济和社会发展的方针政策,还要形成集中体现国家意志、以国家强制力保障其实施的法律制度,更为重要的是,必须构建包括立法、执法、司法以及社会法治环境等多元素有机整合且高效互动的法治。在国家的法治建设进程中,一部分科技法律应运而生,一大批科技政策相继出台,一系列科技规范投入实施,形成了我国所特有的符合实际国情的科技法律政策制度体系,激励和规范着我

国科技事业的发展。

科技法学作为我国法学体系中的极其重要因而不可或缺的组成部分,伴随着法学学科的发展和国家的法治进程,也蓬勃地发展起来,逐步形成了一个相对独立的法学学科,构建起以科技法学基本理论为基础,包括信息法学、生命法学、知识产权法学、科技管理法学、其他高新技术法学等多个新兴法学、交叉法学、复合法学在内的学科体系,与其他法学学科一起崛起于国家的法治建设,并列于众多法学分支领域。经过十多年努力,科技法学的学科基础越来越夯实,科技法学的研究队伍越来越壮大,科技法学的研究成果也越来越丰硕,科技法学的作用越来越明显。科技法学的研究如火如荼,形成了我国法学学科发展中的一个新兴的亮点,也成为我国高校法学教育和研究的特色,2006年上海市人民政府正式批准将科技法学列为上海市重点学科。

与此同时,科技法学研究的队伍日趋壮大。中国科技法学会成立至今已近二十年;一些地方的法学学术团体也在其中建立了专门的机构,比如上海市、山东省、陕西省等省市的法学会都设立和组建了专门的科技法研究会;国内一些高校相继成立了专门的研究机构,例如上海政法学院早在1993年就成立了科技法研究中心。

为了凝聚科技法学研究的资源和力量,进一步促进我国的科技法学学科建设,上海政法学院科技法研究中心于2002年发起召开“科技法学论坛”。在中国科技法学会、上海市人大教科文卫委员会、上海市科委、上海市法学会等的鼎力支持和共同努力下,每年都在上海政法学院成功地举办,至今已届五年了。每一次会议都收到了许多高质量的学术论文,每一次会议都有来自国家和地方有关立法、行政管理、司法等部门的专家学者以及来自全国各地从事科技法学教学和研究的专家学者,聚集一堂,针对有关科技法学的基础理论、各

个分支的理论与实践问题、科技法制的热点问题、科技法治的焦点问题,等等,一方面交流各自的研究成果,另一方面又就一些专题开展深入的讨论和探索,每每畅所欲言,每每欲罢不能。我们还将与各方面的从事科技法学研究的同仁们紧密携起手来,把“科技法学论坛”继续办下去,继续办得更好,使其真正成为我国科技法学研究的重要平台。

作为上海市重点学科建设的规划项目之一,我们从这几届会议所收到的几百篇学术论文中,经过遴选,将其中部分论文按照科技法学的基本架构编印成册,定名为《科技法学研究》,并交由法律出版社出版发行。

科学技术的进步日新月异、迅猛向前,科技的法律规制方兴未艾、日臻完善,科技法学的研究全面开展、不断深化,科技法治的建设目标明确、任重道远。由于种种原因,我们在遴选和编印的过程中难免会存在这样那样的问题,敬祈原谅。

蒋 坡

2006年11月

目 录 / CATALOGUE

前言

第一篇 科技法学基本理论篇

- 关于科技法在法律体系中定位问题的再思考 曹昌祯 1
- 论科技法的激励原则 倪正茂 21
- 科技法学研究新问题谈
——以人与自然的关系为视角 芦 琦 45
- 科技进步对法律意识和法学理论的影响 曹进新 69

第二篇 企业技术创新法制篇

- 论企业技术创新主体地位及政策环境建设问题 段瑞春 87
- 支持高校提升科研能力与促进企业技术创新 夏 玮 111

第三篇 网络与信息法学篇

- 论网络法学之体系 蒋 坡 122
- 我国政府信息安全管理及法制保障 马治国 乌小强 139
- 论计算机网络信息服务的法律调整 徐澜波 167

• 科教兴市战略下的上海信息化立法框架研究

陈 潜 蔡 航 白云丰 刘新宇 188

第四篇 生命法学篇

- 安乐死立法的时机、步骤与总体原则 倪正茂 204
- 工作场所中“基因歧视”及法律对策研究 王 迁 213

第五篇 知识产权法学篇

- 中国知识产权行政执法体制的理论与实践 陈乃蔚 245
- 专利权的耗尽与专利产品的平行进口
——欧共体法律、实践及相关理论剖析 余 翔 263
- 离职员工和商业秘密保护
——对德国法的实证研究 刘晓海 288
- 航空航天技术与知识产权 孙国瑞 303
- 中医药知识产权保护研究 王 巍 320
- 尊严、激励与利益:知识产权保护制度与创意产业的发展
许为民 潘 瑾 340
- 著作权保护与上海软件产业发展情况分析 赵 靖 359
- 外国反知识产权滥用法律规制研究 石英 陆文龙 赵懿 384

第六篇 科技管理法制篇

- 我国科技成果权归属制度的理性思考 何 敏 398
- 我国国家中长期科技立法趋势 曹昌禛 415
- 世界各国科技立法综论 林俊华 张丽艳 420
- 美国近期科技政策发展走势 蔡岚岚 张丽萍 450

第一篇 科技法学基本理论篇

关于科技法在法律体系中 定位问题的再思考 / 曹昌祯*

一、关于科技法在法律体系中地位问题若干见解的小结

20世纪法律现象新发展的最突出的表现,应当说是经济法、环境与生态保护法、科技法三门新兴法律的长足发展。我国诸多学者对这三门法律的概念、调整对象及其在法律体系中的地位问题做了深入地探讨。其中争议最多的是科技法,一直延续至今。截至2004年年底,我国科技法学界关于科技法在整个法律体系中的地位问题,主要有以下七种观点。

第一,“行政法一部分说”。具体地说,就是认为科技法是行政法的一部分,其依据是科技法规范中大量的甚

* 中国科技法学会副会长、上海市法学会副会长、上海政法学院教授。

至主要是关于科技行政管理的规范。但这种观点无法包容科技法中诸多其他性质的规范,特别是科技基本法律中大量的规定国家行为的宪法性规范和其他科技法律法规中关于科技成果产权归属和利益分享以及科技成果交易的私法规范,还有关于科技人员工作条件与待遇的劳动法规范,等等。

第二,“经济法分支说”。具体地说,就是认为科技法是经济法的一个分支,其依据是科技立法的目的是推动科技为经济建设服务。这一观点不是从法律规范所调整的社会关系分类出发,而是从立法目的出发,自有其道理。但这一观点无法包含科技法的立法目的中还有推动科技为社会发展服务和保护生态环境服务的内容等。

第三,“综合性法律部门说”。持这种观点的依据是科技法的调整对象中包含着性质不同的多种社会关系,在科技法律规范中既有公法规范也有私法规范。持反对意见者则认为“综合性法律部门”这一概念本身存在着不可克服的逻辑矛盾。所谓法律部门就是法律规范按其调整对象所属领域不同和主要调整方法不同所作的分类,除了作为根本法(母法)的宪法以外,任何一个法律部门都不可能是综合性的。或者说,调整对象不具有统一性的法律规范一般不能构成一个独立的部门法。

第四,“领域法说”。具体地说,就是认为科技法既不属于某一个部门法的一部分,也不是独立的部门法,而是一种“领域法”。其依据是科技法的调整对象不是某一种社会关系,而是科技活动领域中的多种社会关系。但“领域法”本身是一个新概念,这一概念的确切含义即“领域”划分的标准、“领域法”在法律体系中的地位及其与部门法的关系等问题均须做出令人信服的论证。如果将调整某一特定领域社会关系的法律规范统称为某种“领域法”的这种观点视为成立的话,则调整民事活动领域、经济宏观调控领域、行政管理领域、卫生领

域、生态环境保护领域、刑事犯罪领域等特定领域社会关系的法律规范总称也都可以称为“领域法”。其结果不过是以“领域法”这一名称代替“部门法”这一名称而已。如果说科技法是公法、私法或社会法等法域之外的一个新法域,则除了有一个新法域名称外,还要有其自身的名称。

第五,“宪法性法律说”。具体地说,就是认为科技法并非一般性的法律,而是宪法性的法律。这是我国台湾地区的一些学者在研究了众多国家的有关科学技术基本法律后,依据这些法律中有很多规范国家行为的条款而得出的观点。例如,我国1993年颁布实施的科学技术进步法中,除了“法律责任”和“附则”之外,60%以上的条款都是规范国家行为的。规范国家行为的法律条款是立法、行政和司法机关均应遵循的,乃至各种社会组织和全体公民都应遵循,而不只是行政机关和行政相对人应当遵循。该法第3条规定,“国家保障科学研究的自由,鼓励科学探索和科技创新,使科学技术达到世界先进水平”;“国家和社会尊重知识、尊重人才、尊重科学技术工作者的创造性劳动,保护知识产权”。这一条款,就不只是针对政府行为的,而是包括立法机关在内的所有国家机关均应遵奉并保障其实施的。从理论上说,除宪法之外,任何部门法包括规范政府部门行为的行政法,都是不能规范国家行为的。而且,科技法中既有公法规范,也有私法规范,这也是除宪法之外的任何部门法所不可能有的。“宪法性规范”除了集中反映在宪法中以外,还有一些附属于宪法的单行法,如国家机关组织法、选举法、国籍法、国旗法、国徽法等。因此,将科技法称为宪法性法律不无道理。但是,宪法之外的宪法性法律一般都是独立的单项法律。而科技法除了有一部关于发展科学技术的基本法律之外,还有很多专门性的科技法律法规,形成了一个庞大的系统,故简单地将科技法称为宪法性法律似乎甚为牵强。

第六,“独立部门法说”。这种观点认为科技法是调整科技活动领域社会关系的独立部门法或是调整“科技社会关系”的独立部门法。持这种观点的科技法学者,在科技法的概念表述上虽有不同,但都以划分部门法的传统理论和否认科技法的调整对象中包含着某些人与自然的关系为前提的。

1. 认为科技法是调整科技活动领域社会关系的法律规范总称

持这种观点的学者在论述科技法的这一概念时申明:科技活动领域是十分广阔的社会活动领域,这一领域中的社会关系,就法律规范体系的调整而言,除了科技法加以调整以外,民法、行政法、劳动法、经济法、刑法等也都参与调整;不能说科技法调整因科技活动引起的全部社会关系。^①

笔者认为,这一申明无疑是反映了客观实际,但也表明了“科技法是调整科技活动领域社会关系的法律规范总称”这一概念是一个不周延的概念,因而也就是一个不能确立的概念。事实上,因实施试管婴儿技术而发生的试管婴儿技术实施者与被实施者之间的关系,试管婴儿技术实施者、被实施者与试管婴儿本体之间的关系,乃至因试管婴儿技术的实施所可能产生的复杂的亲子关系和继承关系上的纠纷,都只能由民法规范,不能由科技法规范。

2. 认为科技法是调整科技社会关系的法律

持这种观点的学者认为,“科技社会关系是指由科学技术活动而发生,为了科学技术的发展,可据以协调科技劳动者、科技劳动组织和科技劳动管理机构内部关系及相互关系的一种社会关系”。并强调这一定义指明了:(1)科技社会关系是一种社会关系,而不是自然

^① 赵震江主编:《科技法学》,北京大学出版社1991年版,第29~30页;1993年第2版,第28~30页。

关系;(2)科技社会关系是由科技活动而发生的;(3)科技社会关系的建立本质上具有促进科学技术进步的目的;或者说科技社会关系的形成机制,在于促进科学技术的发展;(4)科技社会关系的功能在于可据以协调科技管理组织、科技劳动集体、科技劳动者个人内部及其相互之间的关系。还进一步指出了科技社会关系的四个特点,即(1)以科学技术活动为中介;(2)以科技创造权利为本位;(3)以科技劳动者、科技劳动组织与科技劳动管理机构为主体;(4)纵向行政隶属关系与横向民事平等关系的结合。^①

持上述观点的学者提出科技法是调整科技社会关系的法律这一概念并对“科技社会关系”的定义、目的、功能特点详加论述,意图似乎是要弥补“科技法是调整科技活动领域社会关系的法律规范总称”这一概念不周延的问题,并在内容非常广泛的科技活动领域中社会关系里面提炼出一种特定的“科技社会关系”作为科技法的特定调整对象。因此,有关学者特别强调关于“科技社会关系”的研究是科技法学所建立的核心理论——科技社会关系的法律调整理论的基石。^②

笔者对关于“科技社会关系”的理论思之再三,认为实难赞同。

首先,由于科技劳动者、科技劳动组织(或科技劳动集体)和科技劳动管理机构(或科技管理组织)内部及其相互间的关系,本身也是社会关系,甚至就是“科技社会关系”。因此,如果说“科技社会关系”是可据以协调上述关系的一种社会关系,就等于是说,“科技社会关系”是可据以协调社会关系,甚至是可据以协调“科技社会关系”

^① 倪正茂:《科技法学原理》,上海社会科学出版社1998年版,第32~49页;潘宇鹏等:《科技法概论》,上海科学技术文献出版社1992年版,第3~5页。

^② 倪正茂:《科技法学原理》,上海社会科学出版社1998年版,第32页。

本身的一种社会关系。这在理论上和逻辑上都是不能成立的。

其次,有关“科技社会关系”四个特点的论述,均未表明是必须全面具备四个特点的社会关系才是“科技社会关系”,还是只要具备其中一个特点的社会关系即为“科技社会关系”。如果说是前者,则我国科技法绝大多数规范所调整的社会关系都不是“科技社会关系”。如我国1993年颁布实施的科学技术进步法第8条规定,“国务院制定科学技术发展规划,确定科学技术的重大项目,保障科学技术进步与经济建设和社会发展相协调”。这只是规范了国务院的某一行为及其效果要求,谈不上是以科技创造权利为本位。如果说只需具备四个特点之一的社会关系即为“科技社会关系”,则“科技社会关系”的范围比“科技活动领域中的社会关系”的范围还要大。因为“以科技劳动者、科技劳动组织与科技劳动管理机构为主体”的社会关系,涵盖了非科技活动领域中的社会关系。

最后,科技法所调整的社会关系中,既有纵向的行政隶属关系,又有横向的民事平等关系,但除了政府对国有企业(特别是军工企业)和科研机构下达指令性研究开发任务,同时以合同形式确定双方权利义务,具有行政隶属关系与民事平等关系相结合的特征以外,科技法所调整的绝大多数社会关系都不能称为纵向的行政隶属关系与横向的民事平等关系相结合的社会关系,即使企业、事业单位与其员工之间的管理与被管理关系有纵向关系的特征,但也不是行政隶属关系。

第七,“特殊部门法说”。这种观点认为科技法是一个以开拓先进生产力和合理开发利用自然为目的(或出发点)的,而不是以调整社会关系为目的(或出发点)的特殊部门法。笔者即持此观点。这一观点与前述第六种观点相一致的是都认为科技法是一个部门法;不相一致的是,笔者认为:各个传统的部门法都是以确认、维护和发展

一定的社会关系和社会秩序为目的(或出发点)而规范人们的行为及其法律后果。而科技法则以开拓先进的生产力和合理地开发利用自然为目的(或出发点),规范人们在实施科技研究开发及其成果产业化过程中的行为及其法律后果,调整相关的多种社会关系以及具有社会意义的(或社会性的)人与自然的关系,即社会与自然关系的特殊部门法。

笔者在1990年发表的《科技法略论》^①一文,1991年发表的《再论科技法的概念及其调整双重关系的特征》^②一文,1995年1月出版的《科技法教程》,^③1995年10月出版的《科学技术法学原理》,^④1999年10月出版的《中国科技法学》^⑤等著作以及2002年10月在“科技法学论坛”研讨会上所发表的《关于科技法学若干基本理论问题的探讨》^⑥一文及其在分组讨论的发言中,对这一问题相继做了阐述。综合起来说,关于科技法在法律体系中的地位,笔者的基本观点是:

(一)法也能够调整人与自然的关系

法是国家机关制定的行为规范,行为规范一般分为社会规范和技术规范两大类;社会规范是调整社会关系的,技术规范是调整人与自然关系的;而既调整人与自然关系,又调整人与人之间社会关系的技术法规的客观存在,证明了法律规范是横跨这两大类规范领域的;也证明了法既可以通过规范人们的行为调整人与人之间的社会关

① 曹昌桢:“科技法略论”,载《法制论丛》1990年第4期、第6期。

② 曹昌桢:“再论科技法的概念及其调整双重关系的特征”,载《科技进步的法律调节》论文集,专利文献出版社1992年版,第333~342页。

③ 曹昌桢主编:《科技法教程》,中国政法大学出版社1995年版。

④ 曹昌桢:《科学技术法学原理》,上海科学技术出版社1995年版。

⑤ 曹昌桢主编:《中国科技法学》,复旦大学出版社1999年版。

⑥ “科技法学论坛”是中国科技法学会、上海法学会、上海政法学院于2002年开始联合举办(每年)一次的学术研讨会。

系,法也可以通过规范人们的行为来调整人与自然的关系。在人与自然的关系中,合理地开发利用自然是人类与生俱来的、不言而喻的权利,这是人类得以生存、社会得以延续的“天赋人权”。但是人们若不合理、不科学地对待自然,就会遭到自然规律的惩罚,小则导致生活设备、生产设备、科研设备的损坏,使人们的相关活动失败;中则导致个人或相关群体的伤亡;大则导致人类生存条件的恶化。在人们逐步深入地认识这些问题后,便促使国家制定法律法规乃至签订国际公约以调整具有社会意义的(或社会性的),甚至是关系到全人类命运的人与自然的关系。由于在不触犯法律规定的前提下合理地开发利用自然是人们不言而喻的权利,这就决定了法律所规定的人与自然之间的法律关系,无须是双向的法律关系,而是单向的法律关系,即单向地规定人们不得侵害或破坏自然,不得从事可能产生超出人类控制能力的人工自然物的研究实验;必须履行“科学地利用自然(包括人工自然)和科学地量度、把握某些自然现象”等法定技术规范的义务。随着人类的不断繁衍和无止境地消耗物质资料,人类的生活需要与自然资源相对短缺、生态环境恶化的矛盾日益尖锐,人们就进一步促使国家制定法律法规并着力于推动、组织和制导科技研究开发及其成果产业化,开拓先进的生产力,向自然的深度与广度获取物质资源,同时防止生态环境恶化,从正面积极地调整人与自然的关系。由于科技法中不仅有公法规范,也有私法规范;不仅调整多种社会关系(包括纵向关系、横向关系以及国际科技合作关系),还调整在推动、组织与制导科技研究开发及其成果产业化过程中所涉及的社会与自然的关系。因而科技法难以归入任何一个传统的部门法。

(二)开拓先进生产力及调整社会与自然的关系是科技法的本质特性及其价值与社会作用的主要表现

这一观点的依据是:(1)从宏观层面看,人与自然的关系是人类

社会生存的基本关系,生产力所体现的就是人与自然的关系。科技法的立法宗旨及国家促进科技进步的根本目的就是开拓先进生产力。历史唯物主义的一个基本观点是:一切人类生存的第一个前提亦即一切历史的第一个前提就是,人们为了能够“创造历史”(笔者注:即社会的延续),必须能够生活;但为了生活,首先就需要衣、食、住以及其他物品;因此人类的第一个历史活动就是生产满足这些需要的物质资料。^① 这种生产活动,原本是人与自然的关系,生产力就是人们向自然界获取物质资料、制造物质产品的综合能力。由于人类的生产与再生产总是在一定的社会形态中进行的,这就使得社会生产与再生产“表现为双重关系:一方面是自然关系,另一方面是社会关系”。^② 因此,任何社会的上层建筑在调整社会关系的同时,都必然要直接或间接地调整人与自然(包括人工自然)的关系。这是法律保障国家执行社会公共职能的一种重要作用的表现,这也是自古代以来就有“技术法规”(技术规范与法律规范的统一)存在的原因。在现代国际社会,生产力的竞争(包括向自然的深度与广度进取的能力、制造先进民用产品与先进武器的能力的竞争),已成为综合国力竞争中的决定性因素。科学技术是第一生产力。于是在“以调整社会关系为主旨”的传统部门法之外,“以开拓先进生产力、正面积地调整人与自然(社会与自然)关系为主旨”的特殊部门法也就获得了显著的发展。科技法就是这种特殊的部门法。科技法的这种性质,在中、外科技基本法律的内容中可以清楚地看出。例如,美国的《国家科技政策、组织和重点法》中就规定,美国发展科学技术的目的包括:保持、保护和有效地利用国家的自然资源和人才资源;增强和促

① 《马克思恩格斯选集》(第1卷),人民出版社1972年版,第32页。

② 《马克思恩格斯选集》(第1卷),人民出版社1972年版,第34页。