

法大知识产权评论

(第一卷) Vol. first

Law Review of
Intellectual Property Rights

冯晓青 / 主编



中国政法大学出版社

法大知识产权评论

(第一卷) Vol. first



冯晓青 / 主编



Law Review of
Intellectual Property Rights



中国政法大学出版社

2017 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

法大知识产权评论. 第1卷 / 冯晓青主编. —北京：中国政法大学出版社，2016. 11

ISBN 978-7-5620-7161-7

I. ①法… II. ①冯… III. ①知识产权—文集 IV. ① D913.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第271568号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908437(编辑室) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	720mm×960mm 1/16
印 张	25
字 数	400 千字
版 次	2017 年 2 月第 1 版
印 次	2017 年 2 月第 1 次印刷
定 价	69.00 元

前 言 PREFACE

《法大知识产权评论》创刊号终于要问世了，在欣喜之余，也倍感来之不易。

编辑出版《法大知识产权评论》一直是中国政法大学知识产权法研究所努力希望完成的一项工作。在当前知识产权地位日益提升、知识产权制度在经济社会发展中的作用日益凸显的新形势下，作为我国知识产权法学国家重点学科之一和我国知识产权法高级人才培养的重镇，中国政法大学知识产权法研究所希望借助于《法大知识产权评论》这一学术平台，促进国内外知识产权界之间、知识产权理论界与实务界之间的学术交流与合作，推进知识产权法制事业的进步。

《法大知识产权评论》是一个开放性的学术平台，力图海纳百川，凝聚知识产权界的智慧和智识。无论是知识产权法理论、实务，还是知识产权立法、政策，抑或知识产权战略与管理等方面的作品，都将受到欢迎。不过，每一卷都希望具有一定的特色。鉴于当前我国知识产权法制实践问题较多，本卷较多地集中于知识产权审判实务方面的研讨。本卷内容包括研究性论文、案例研究和调研报告。

在当前类似于《法大知识产权评论》系列出版物具有多种版本的情况下，作为“后来者”，希望业界关心和支持本评论系列

出版物的发展,也希望本评论系列出版物成为未来我国知识产权学术研究的重要平台之一。

由于水平有限,加之时间紧迫,本卷难免存在错漏之处,敬请读者批评指正。

冯晓青

2016年8月28日

目 录 CONTENTS

前 言	1
-----------	---

专题探讨

◆ 民法典制定与知识产权制度 ——兼论两部民法典总则建议稿及民法总则（草案）征求意见稿 / 冯晓青 武志孝	3
◆ 知识产权排他性及其限制 / 陈 健	28
◆ 商品化名称的法律保护——以独创性为视角 / 刘 瑛	45
◆ 合作之路：网络环境下的版权治理新模式 / 孙 阳	63
◆ 聚合型平台深层链接侵权问题探析 / 何 琼	83
◆ 引领互联网时代知识产权司法保护新常态 / 应向健 陈 为 ...	93
◆ 知识产权诉讼中停止侵害责任问题探讨 / 王 磊	115
◆ 专利侵权案件中销售者合法来源抗辩问题的审视 ——以已查明被诉侵权产品的制造者为切入点 / 王黎明 ...	126
◆ 论证据保全措施在商业秘密侵权案件中的 适用及完善 / 郭 伟	139
◆ 揭开“秘密”的面纱 ——商业秘密刑事司法鉴定的功能定位与完善 / 张万江	153

◆ 论《商标法》第63条的理解与适用 / 蔡卓森	166
◆ 涉外定牌加工商标侵权纠纷法律问题探讨 / 罗晓霞	178
◆ 涉外定牌加工商标侵权问题的法律思考 / 傅 蕾 徐承云 ...	196
◆ 辨识商标“四体”及其意义 / 胡进功	207
◆ 商标描述性合理使用与混淆可能性关系之审查 ——基于美国相关判例的思考 / 颜 峰	219

案例研究

◆ 最高人民法院指导案例55号柏万清诉成都难寻物品营销中心 等侵害实用新型专利权纠纷案评析 / 杜微科 张 楠	235
◆ 实用艺术品的认定与保护范围 / 陈惠珍	246
◆ 影视作品授权许可协议中合同解释规则的适用 / 刘义军	257
◆ 现有技术抗辩的判定方法 / 秦善奎 单明璞	273

调研报告

◆ 广东近年专利审判态势和热点 案件分析 / 陈国进 欧丽华 陈晓亮	285
◆ 四川省科研院校科技成果转化及保护的 调研报告 / 四川高院课题组	347
◆ 侵权3.0时代的互联网产业法律问题 研究报告 / 刘政操 张钦坤	382

附 录 中国政法大学知识产权法研究所及知识产权法 国家重点学科简介	388
--	-----

专题探讨 ■



民法典制定与知识产权制度

——兼论两部民法典总则建议稿及民法总则（草案）

征求意见稿

冯晓青 武志孝*

摘 要：知识产权内容能否纳入民法典取决于民法典编纂所采用的体例结构。将知识产权的内容进行法典化，无论是纳入民法典还是制定单独的知识产权法典，都可以规范知识产权单行法之间对同一性质内容的规定标准不同一、甚至相矛盾等问题。在我国当前正在进行如火如荼的民法典编纂工作之时，应当纳入相关的知识产权内容。中国社会科学院和中国法学会民法典研究小组分别撰写的民法典总则专家建议稿对涉及知识产权方面的民事权利客体的规定各有优点，同时也都体现出不足，需要整合完善。《民法总则（草案）》（征求意见稿）对知识产权方面规定过于简单，并且本身存在一些缺陷，需要进一步加以完善。

关键词：知识产权；民法典编纂；民法典总则专家建议稿；《民法总则（草案）》（征求意见稿）

我国进行民法典的编纂这一重要工作被明确列入《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中，这意味着我国民法典编纂工作这一重大任务已经重新启动并且预示着对已经存在的民

* 冯晓青，中国政法大学知识产权法研究所所长、教授、博士生导师、法学博士；武志孝，山西师范大学政法系讲师。

事法律到了最后的整合、集成的冲刺阶段。随着当今科技与经济的发展,知识产权制度在经济社会发展中的地位与作用日益重要,在民法典编纂过程中,如何凸显知识产权制度的地位、如何规范知识产权制度,因而也显得非常重要。知识产权法应否法典化、如何法典化、知识产权制度方面的规定是否纳入民法典之中及如何纳入、是否应制定独立的知识产权法典也需要认真研究。本文从当今世界主要国家知识产权法典化概况入手,在对中国社会科学院和中国法学会的民法典总则专家建议稿进行剖析的基础之上,结合《中华人民共和国民法总则(草案)》(征求意见稿)的规定,探讨在民法典编纂过程中应当如何处理知识产权的问题。

一、当今世界主要国家知识产权法典化概况及学界关于知识产权法典化的观点

(一) 当今世界主要国家知识产权法典化概况

英美法系国家,无论在英国还是在美国,抑或从整体上来看,形成了自己独有特色的区别于大陆法系国家的民事法律传统,谈不上民法典的存在,有实质而不强调形式。因而这些国家中知识产权法也并不涉及民法典编纂的问题。独立而存在是这些国家知识产权法律制度的特征。

主要大陆法系国家中,无论是法国、德国民法典还是日本民法典,也都未系统规定知识产权制度,知识产权方面的立法也是独立而存在的,体现为单行法的形式,是独立于民法典之外的。在大陆法系国家,最早的以法典的形式规定知识产权法律制度的是1942年颁布的意大利民法典。此外,越南民法典设立了知识产权编,可谓有它自己的特色,其涉及的内容有著作权、工业所有权及技术转让等,条目有81条。1992年,荷兰民法典颁布,总共有十编,其中第九编规定了知识产权。荷兰民法典因吸收了最新的研究成果,被认为代表了新民法典编纂的方向,处于高级别水平。俄罗斯民法典编纂先后经历了13年的时间,跨度从1994年直到2006年,其在第四部分规定了知识产权,于2008年1月1日起生效。俄罗斯民法典四个部分生效的时间也不相同,其他三个部分生效的时间分别是:

1994年颁布的一般规定,1995年生效的关于义务法律方面的法律,2002年生效的继承方面的法律,这体现了制定民法典的艰辛。俄罗斯民法典的特点是将知识产权法作为与物权法、债权法并行的法律。蒙古也制定了民法典,不过蒙古民法典是将知识产权的内容进行分化,然后糅合进了民法典的不同篇章中。

另外,斯里兰卡、法国、菲律宾等国家则是颁布了知识产权法典,越南则是在制定民法典之外又制定了知识产权法典。

(二) 学界关于知识产权法典化的观点

学界关于知识产权是否应当法典化的学说主要包括民事特别法说、知识产权法典说、民法典组成部分说、时机条件不成熟说、反对纳入民法典说等。主张知识产权法典化的学者中又分为知识产权制度应当完全民法典化、知识产权主要制度部分民法典化、知识产权制度应当非民法典化而应当自身法典化。因此总结起来学界对知识产权法律规范应否纳入民法典的态度不尽相同,主要有以下几种观点:应当将知识产权法律规范整体地纳入民法典中;将知识产权法律规范部分地纳入民法典中;反对将知识产权法律规范纳入民法典中。

徐国栋教授主张“把知识产权制度作为民法典独立的一编完全纳入民法典”,他认为:“在知识产权重要的当代,民法典中不能不包括知识产权,再让它游离于民法典之外已经不合时宜。”^[1]知识产权法律规范体现在民法典的内容中,“既可以昭示知识产权与普通物权的联系,也可以揭示两者的不同”。^[2]

王利明教授主张“将知识产权部分地纳入民法典,我国未来的民法典应包含知识产权的内容”。^[3]他认为:“不应在民法典中对知识产权作为独立的一编进行规定,仅应当对知识产权的共同规则做出规定或者将其作为民事权利的客体进行确认,因为将知识产权全部放入民法典是困难的,将各部知识产权单行法收入民法典,会妨

[1] 徐国栋:“民法典草案的基本结构——以民法的调整对象理论为中心”,载《法学研究》2000年第1期。

[2] 徐国栋:“民法典草案的基本结构——以民法的调整对象理论为中心”,载《法学研究》2000年第1期。

[3] 王利明:“论中国民法典的制订”,载《政法论坛》1998年第5期。

害民法典体系的和谐。”^{〔1〕}同时他也认为对知识产权的类型和内容有必要“在我国制定的民法典中予以概括性、原则性的规定，用以确认和界定知识产权的共同规则”。^{〔2〕}除此之外还有一些与这种观点基本相同的观点。^{〔3〕}

吴汉东教授曾提出“知识产权制度不宜编入我国民法典”。^{〔4〕}之后吴教授又认为，我国的知识产权制度有我国自己的特色，“可以在民法典中对知识产权进行原则性规定，以抽象出涉及知识产权的概括性条款，然后在民法典之外单独编纂知识产权法典原则，但同时保留民事特别法的体例”。^{〔5〕}2015年，吴汉东教授在《法制与社会发展》期刊发表题为《知识产权“入典”与民法典“财产权总则”》的文章，认为有必要在民法典中设立“财产权总则”，以期对包括知识产权、商事财产权在内的财产权制度做出统领性、整合性规定。^{〔6〕}

郑成思先生是不赞成将知识产权制度整体纳入民法典的知识产权学者之一。在接受全国人大法律工作委员会委托起草中国民法典中的知识产权这一编之前，郑成思先生就认为，在民法典内整合完全的关于知识产权法的规范，是“知其不可为而为之”。^{〔7〕}因此郑成思先生在开始的时候对将知识产权全部纳入民法典是持不赞成态度的。但全国人大法律工作委员会在2002年1月11日的会议上决定由其作为主持人主持编纂起草中国民法典中的知识产权编时，这

〔1〕 王利明：“关于我国民法典体系构建的几个问题”，载《法学》2003年第1期。

〔2〕 王利明：“法律体系形成后的民法典制定”，载《广东社会科学》2012年第1期。

〔3〕 参见韦贵红：“论知识产权立法体例与民法典的制定”，载《法律适用》2004年第5期。另参见杨代雄：“我国未来民法典中知识产权规范的立法模式”，载《上海商学院学报》2012年第4期。

〔4〕 吴汉东：“知识产权制度不宜编入我国民法典”，载《法制日报》2002年9月29日。

〔5〕 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。

〔6〕 吴汉东：“知识产权‘入典’与民法典‘财产权总则’”，载《法制与社会发展》2015年第4期。

〔7〕 郑成思：“民法草案中知识产权篇（总则）的专家建议稿及说明（上）”，载《电子知识产权》2003年第4期。

种客观现实使其改变了原先所持的立场,在2002年1月他同意了主持起草民法典中的知识产权编。后郑先生编纂了中国民法典知识产权编,框架为:知识产权一般规定、作者权与传播者权、专利权、商标权、商业秘密、反不正当竞争保护。这种方法是在知识产权编内不设总则而设一般规定,再分别规定各种知识产权类型。

梁慧星先生主张知识产权制度不纳入民法典,^[1]他认为知识产权法没有规定在民法典中的必要,“因为我国已有专利法、商标法和著作权法等单行特别法规,这些单行法已构成了一个相对独立的知识产权法体”,^[2]因此他建议不应再在民法典中设立知识产权编,这种态度在其主持起草、2003年出版的《中国民法典草案建议稿》中并未列知识产权一编可以得到验证。

傅纲先生从知识产权保护对象的稳定性、判断标准的确定性、内在逻辑的统一性、话语体系的严整性、财产保护原则的明晰性、权利的性质等方面对知识产权的特性进行了分析,认为知识产权法典化这一问题确实应当放缓它的步伐了。^[3]袁真富先生认为“知识产权法不宜纳入目前正在制定的中国民法典之中”,主要原因是“知识产权方面的立法是变动不居的,不利于民法典的安定性;知识产权法的内容是自成一体的,有与传统民法并驾齐驱的趋势;知识产权法包含大量公法规范,与民法私法自治理念不相协调;对于知识产权理论的研究尚不充分,还不足以以此来制定法典总则;如果知识产权法强行纳入民法典之中,将有损于民法典的安定性,使其朝令夕改”。^[4]

曹新明教授主张编纂知识产权法典,但同时认为可以在民法典中对知识产权做概括性、原则性的规定,这样在民事权利体系中可以使民法典和知识产权法典相链接。^[5]

[1] 参见梁慧星主编:《民商法论丛》,法律出版社2002年版,第542页。

[2] 梁慧星:“当前关于民法典编纂的三条思路”,载《律师世界》2003年第4期。

[3] 参见傅纲:“知识产权法典化应当缓行”,载《中华商标》2003年第6期。

[4] 袁真富:“论知识产权法的独立性”,载《中国知识产权报》2002年10月30日。

[5] 参见曹新明:“知识产权与民法典连接模式之选择——以《知识产权法典》的编纂为视角”,载《法商研究》2005年第1期。

李雨峰教授建议在法典化还未成熟的情况下制定知识产权法通则，^{〔1〕}这实际上是一种介于法典化与非典化之间的折中方案。

二、知识产权法典化的主要问题

（一）理论准备是否充足

在法典编纂的过程中，常遇到的一个主要问题是我们的理论准备是否充足。下文具体分析这一问题。

从法典的角度说，世界法典的集大成者非法国民法典和德国民法典莫属，世界上其他国家的民法典多为参考或者直接按照这两部民法典的经典模式所制定。法国民法典导源于《法学阶梯》，体系为三编制模式，也即人、物、诉讼体系。这一体系在罗马史上经过了长期的发展并最终形成。法国民法典在《法学阶梯》体系上有所发展，除总则性规定外，形成了人法、财产及对所权的各种限制（物法）、取得所有权的各种方法三编，同时将诉讼独立了出来。德国民法典是以潘德克顿法学为理论基础而制定的，是潘德克顿法学的直接产物。德国民法典的制定得益于温德海得（Windscheid）的《潘德克顿教科书》。该书确立了民法学五编制体系，它导源于罗马《学说汇纂》。所以潘德克顿学派理论体系和概念术语的历史基础是《学说汇纂》。事实上，潘德克顿法学理论本身就是在德国法典编纂过程中形成的。潘德克顿法学的理论源头也是罗马法，其之所以能发展成为体大思精的德国民法学派也是不断实践并创新的结果。德国民法典在篇章编制体例、法条结构采纳、概念规范规定、语言思维表达等方面，都完全是潘德克顿法学的直接体现，但是，德国民法典制定之时，德国之内的法律也是处于分散的状态的。^{〔2〕}有意思的是，德国制定民法典时，也发生了诸如我们今天所争论的问题：理论准备是否充足、有没有必要制定、能否制定、如何制定、制定什

〔1〕 参见李雨峰：“知识产权立法的另类模式”，载《电子知识产权》2005年第8期。

〔2〕 自1871年德意志帝国成立时直到1900年1月1日《德国民法典》施行之日，全国有四个法域：普鲁士邦法的适用地域、法国民法适用地域、撒克逊民法适用地域以及普通法适用地域。

么样的民法典这些问题。我们知道制定后的德国民法典最终按照总则、债的关系法、物权法、亲属法、继承法五编制的方式排列。其中“总则”就是从人法与物法两部分里抽象出来的共同概念——“法律行为”而形成的共同规则。可见这种理论也是德国在尝试制定民法典实践的过程中创立的。

因此，无论是法国民法典编纂时的理论创新还是德国民法典编纂时的理论创新，理论总是根据社会的实际需要而创立并发展的。我们有理由相信，随着社会的发展以及民法典编纂的实践，也会不断出现新的理论来支持我国民法典的编纂。

（二）知识产权法律能否满足法典内在的严密的逻辑性要求

不可否认的是知识产权是分散的，而且也是不断发展变化的。而法典的第一要求便是严密的逻辑性。但是，如果知识产权本身是非常严密且符合逻辑需要的，那么它还有法典化的必要吗？法典化的目的，就是要使分散的法律变得逻辑严密而有体系。这也正如德国在制定民法典时的状况，当时德国全国有四个法域的法律存在，分散状况可想而知。而我们现在要做的只是统一我国一个法域内的知识产权而已，本身难度要小于当时德国的情况。一百年前德国要统一人身权和财产权这两类性质差别如此之大的权利尚且可行，我们没有理由为现在所面临的困难所吓倒。从德国民法典的编纂经验可知，民法典是否有严密的逻辑性也在于理论创新特别是立法技术和立法体例的采用，而这在上面一点已经论述过。

（三）如何解决法典的稳定性及系统性与知识产权保护对象的多元化、善变性之间的矛盾

社会是丰富多彩的，新的权利类型会不断产生，但时代总是向前发展的，而且已经存在的知识产权权利如专利权、商标权、著作权等知识产权是定了型的。我们所说的知识产权的保护对象的多元化和善变性，其实说的是新的知识产权客体会不断增多、新的权利会不断产生的问题，但是已经存在的知识产权权利总是相对稳定的。对于已知的知识产权权利类型，可以采用抽象归纳的方法找出它们的共性，并进而凝结成能共同适用的相应规则和原则；对于有可能增加的知识产权客体和权利，则可以采用预留空间的方式解决。这

就像在一个教室里预留了位置,专等这个班的学生到来一样——这不但不会破坏这个班的整体性和完整性,相反这些同学是这个班的应有之人。法典也是如此,预留的空间就是为未来有可能出现的客体和权利而设置的,它不会破坏法典的逻辑性和体系完整性。

可以肯定的是,学界对民法典中应当规定最基本的知识产权内容,态度是一致的,即使不赞成将知识产权内容整体纳入民法典的学者,也不反对民法典中对知识产权权利及其性质进行确认以及对其客体进行规定。例如梁慧星教授和王利明教授都不赞成将知识产权内容全部纳入民法典中,但是在他们各自撰写的《民法典总则专家建议稿》中、在对民事权利客体的规定中都有涉及知识产权方面的民事客体。^[1]

所以现在所要讨论的主要问题已经发生了变化,根本问题已经不再是知识产权要不要法典化的问题,而是要不要将知识产权纳入民法典或者制定独立的知识产权法典问题。鉴于当前正在制定民法典的实际情况,目前最重要的任务是知识产权应当如何体现在民法典中,即在民法典中应当规定知识产权的哪些内容,应当如何规定的问题。

三、两部民法典总则建议稿中涉及知识产权规定的比较

2016年3月1日,中国社会科学院民法典立法研究课题组在中国社会科学院法学研究所发布了其最新研究成果《中华人民共和国民法典·民法总则(建议稿)》(以下简称《社科院建议稿》)。2015年4月20日,中国法学会民法典编纂项目领导小组发布了其《民法

[1] 《社科院建议稿》第117条对权利客体的规定中有知识产权的内容。该条第1款规定:“民事权利的客体包括:物、人格利益、智力成果等”。该条第2款规定:“民事权利也可以成为民事权利的客体”;第119条关于智力成果、无形财产的内容规定:“精神产品等智力劳动的成果,依其性质和范围明确肯定为界,可以作为民事权利的客体。商业信誉等无形财产,可以作为民事权利的客体。智力成果、无形财产,占有、使用、收益以及处分的,在特别法规定之外,可以适用本法的规定。”《中国法学会建议稿》第108条对网络虚拟财产规定:“网络虚拟财产视为物,受法律保护”;第114条对智力成果、商业标记和信息规定:“发明、实用新型、外观设计、作品、商标、商业秘密等智力成果、商业标记和信息得成为民事权利客体”。