



XIAMEN UNIVERSITY LAW REVIEW

厦门大学法律评论

厦门大学法律系

- 中国民法典知识产权编条文（专家建议稿）及其讲解
- 从理念到规则：英、德民事上诉制度改革述评
兼论我国上诉制度之重构
- 试论宪法权利

国际行政法庭中的法律适用

论台湾“宪政改革”对“总统”权责地位的影响

- 对建立“二元化”法律解释方法适用模式的研究

第4辑 Vol. 4

厦门大学出版社

厦门大学法律评论

厦门大学法律系

第4辑 Vol. 4

厦 门 大 学 出 版 社

《厦门大学法律评论》编委会

齐树洁 李琦 朱崇实 陈立 柳经纬

徐崇利 徐国栋 曾华群 廖益新

主编：柳经纬

编辑：孙丽岩 李晓龙 钟瑞栋

图书在版编目(CIP)数据

厦门大学法律评论. 第4辑/厦门大学法律系编. —厦门: 厦门大学出版社, 2003. 1

ISBN 7-5615-2011-5

I. 厦… II. 厦… III. 法学-研究-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 109404 号

厦门大学出版社出版发行

(地址: 厦门大学 邮编: 361005)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

福建沙县方圆印刷有限公司印刷

2003 年 2 月第 1 版 2003 年 2 月第 1 次印刷

开本: 635×965 1/16 印张: 30.5 插页: 2

字数: 452 千字 印数: 1-2 500 册

定价: 28.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学法律系简介

厦门大学由爱国华侨领袖陈嘉庚先生于1921年创办，位于福建省厦门市东南，校园依山面海，风光秀丽。现为教育部直属综合性大学，国家跨世纪重点建设一批高水平的大学之一。

厦门大学于1926年创设法律系，是中国较早开办法学教育的学校之一。

1937年，厦门大学由私立改为国立后，法律系一度停办。1940年秋，厦门大学接办福建大学法律系，此为法律系第一次复办。1953年，全国高校院系调整，法律系再次停办。1979年，国家教育部批准厦门大学设立法学专业，法律系第二次复办。

1999年，厦门大学实行院系调整，厦门大学法律系隶属于法学院。复办后，陈朝壁、盛新民、廖益新先后担任系主任。现任系主任：柳经纬教授，副主任：徐崇利教授、丁丽瑛副教授。

厦门大学法律系拥有一支年轻的师资队伍。现有专任教师53人，其中教授16人，副教授14人；具有博士学位、硕士学位的41人。教师在全国性学术团体中担任理事以上学术职务的23人。设有法理学、宪法与行政法、民商法、刑法、经济法、诉讼法、国际法教研室。研究机构有：国际经济法研究所（负责人：曾华群教授）、海洋法研究中心（负责人：傅岷成教授）民商法研究所（负责人：柳经纬教授）、罗马法研究所（负责人：徐国栋教授）。

厦门大学法律系现有一个博士点（国际法学），六个硕士点（宪法与行政法学、民商法学、刑法学、诉讼法学、经济法学、国际法学）。同时，厦门大学法律系也是法律专业硕士学位的试点单位之一。秉承厦门大学“自强不息，止于至善”的校训，坚持以人才培养为本，走“学术建系”的路子，形成了较为明显的教学科研和学科特色。其中，国际法学为国家重点学科，民商法学为福建省重点学科。

由厦门大学法律系教师主办的学术出版物有：《厦门大学法律评论》（主编：柳经纬教授）、《国际经济法论丛》（主编：陈安教授）、《罗马法与现代民法》（主编：徐国栋教授）。

目 录

【立法研究】

中国民法典知识产权编条文(专家建议稿)及其讲解…………… 郑成思(1)

【专论】

从理念到规则:英、德民事上诉制度改革述评

——兼论我国上诉制度之重构…………… 齐树洁(46)

受贿案件若干证据问题研究…………… 郭有评(89)

恶意透支型信用卡诈骗罪若干问题研究…………… 李成 徐敏(128)

物业管理若干法律问题初探…………… 张建军(157)

【专题研究·宪法】

试论宪法权利…………… 郑贤君(191)

基本权利对第三人效力之理论与实践

——兼论该理论对我国宪法司法化的

指导意义…………… 焦洪昌 贾志刚(215)

违宪审查制度的法理基础

——论宪法对立法权的限制和约束…………… 朱福惠(257)

【域外法】

国际行政法庭中的法律适用…………… 邓 烈(274)

从 BOT 到 PFIP

——再论私人投资基础设施及有关立法问题…………… 叶万和(307)

【台湾法】

论台湾“宪政改革”对“总统”权责地位的影响…………… 阎 彤(332)

【学位论文】

对建立“二元化”法律解释方法适用模式的研究…………… 黄 涌(380)

【调查报告】

女工劳动权益保障现状及对策研究…………… 蒋 月(419)

【法规选译】

澳大利亚《电子资金划拨指导法》…………… 周晓刚译、朱崇实校(450)

稿约…………… (481)

Table of Contents

Legislative Research

- The Articles and Commentaries of the Part on Intellectual Property Rights of the Civil Code of China
(Expert Proposal) Zheng Chengsi(1)

Treatises

- From Principle to Rules: Commentaries on the Reforms of the Civil Appeal Systems in the United Kingdom and Germany——Also on the Remaking of China's Civil Appeal System Qi Shujie(46)
- A Study on Several Proof Issues Concerning Cases of Acceptance of Bribes Guo Youping(89)
- A Study on Several Problems about the Crime of Credit Card Fraud of “Malicious Overdraft” Style Li Cheng, Xumin(128)
- A Primary Study on the Law of the Property Management Zhang Jianjun (157)

Specialized Discussions on Constitution Law

- On the Constitutional Rights Zheng Xianjun(191)
- On the Theory and Practice of the Validity about Basic Rights to the Third Person——Also on the Guiding Significance of the Theory on the Judi-

- cialization of China's Constitution ... Jiao Hongchang, Jia Zhigang(215)
- The Jurisprudential Basis of the System of Constitutional Review——On the Limitation and restraint of the Legislative Power by the Constitution Zhu Fuhui(257)

Foreign Law

- The Application of Law in International Administrative Court Deng Lie(274)
- BOT to PFIP——Again on the Private Investment Infrastructure and Its Regulation Ye Wanhe(307)

Law of Taiwan

- The Effect of "Constitutional Reform" on the Power and Liabilities of "President" in Taiwan Yan Tong(332)

Dissertation

- A Study of an Applicable Model about Establishing a Method of "Dualistic" Legal Interpretation Huang Yong(380)

Findings Report

- A Study of the Present Problems and Countermeasures on Protecting Women Workers' Labor Rights and Interests Jiang Yue(419)

Selected Version of Laws and Regulations

- Australia's Electronic Funds Transfer Code of Conduct Translated by Zhou Xiaogang,
Revised by Zhu Chongshi(450)

《厦门大学法律评论》第4辑
厦门大学出版社2002.12版
《中国民法典知识产权编条文(专家建议稿)与讲解》
第1页~第45页

中国民法典知识产权编条文 (专家建议稿)与讲解

郑成思*

目 次

- 一、知识产权法的法典化与我国的选择
- 二、中国民法典知识产权编框架
- 三、对民法典知识产权编“一般规定”的讲解

一、知识产权法的法典化与我国的选择

在20世纪80年代之前的相当长的时间里(大约两到三个世纪),即农业经济与工业经济时代,民事法律的立法重点是有形财产法或物权法。而在今天及今后相当长的时间里,即知识经济时代,这个重点自然地转到了知识产权法。发达国家如法国的《知识产权法典》,发展中国家如菲律宾等国的《知识产权法典》,都可以供我们参考。当然,主要还得根据中国自己的实际,加强研究与立法。“知识经济”既然是与“工业经济”相对比而言的,那么它作为一种生产方式,主要是从生产力角度去定位的。如果它主要从生产关系角度定位,就不可能适用于世界各国的不同制度。事实上,当今世界上的社会主义国家、资本主义国家,都不加任何前置词地谈论着“知识经济”并

* 郑成思:中国社会科学院法学研究所研究员。

发展或准备发展这种经济。我国理论界从未使用过“社会主义知识经济”的提法,证明我们实际上是从生产力角度去谈“知识经济”的。

要发展(或准备发展)“知识经济”,就须有与之相适应的生产关系。马克思认为:生产关系不过是法律上反映出的财产关系(参看《政治经济学批判·序言》)。

与“工业经济”相适应的发达国家,其一二百年来传统的民法体系中,物权法与合同法(其中主要是货物买卖合同)是重点。这是与“工业经济”中,机器、土地、房产等有形的物质资料的投入起关键作用密切联系着的。

为与“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(如新加坡、菲律宾等),已经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。这并不是说,传统的物权法、合同法不再需要了,而是说重点转移了。这是与“知识经济”中,无形资产(如专利、技术秘密、驰名商标)的投入起关键作用密切联系着的。中国并不是不需要补上原来是缺陷的物权法、合同法等等,以适应正在进行的“工业化”。问题是重点应放在何处?这个问题,与经济理论界争论着的一个问题是有联系的:中国是否必须在全面完成“工业经济”之后,才可能向“知识经济”发展?其实,这个问题换一个问法就比较明白了:中国是否必须永远跟在别人后面走?中国科研与企业结合的典型王选,作了否定的回答。他在印刷技术上越过了两代,走在了世界前沿。

中科院开展以“知识创新”为重点的科研,也在事实上对上述问题作了否定的回答。他们认为在填补我国尚欠的“工业经济”之缺的同时,重点应转向发展“知识经济”或发展“知识经济”的准备。法学界、尤其是民法学的研究也是如此。

中国诚然需要《合同法》,但在全世界(包括中国)互联网与网上商务已迅速发展的今天,《合同法》总则中不足二百字的有关电子合同的规范,已显然跟不上实践的需求。在美、英、法、德、日、澳大利亚乃至新加坡等国早已把合同法研究重点转向电子商务时,我们的重点始终在有形物的买卖、保管等方面。可能在几年内,就会在国内外的经济活动中反映出《合同法》的立法意图并不错,但重点(在20世纪末)则错了。

中国诚然需要《物权法》,但国外无形财产所有人盖茨已列首富,国内外被评估价值最高的已大多是无形财产(“可口可乐”600 亿美元、“红塔山”600 亿人民币)。

《证券法》诚然属于无形财产立法(“股权”是重要的无形产权),但“知识经济”中最重要的是知识产权——专利权、商标权、版权、商业秘密等等。

有人可能说:我国不是已经有了各项知识产权专门法吗?确实,我们有。但那只相当于发达国家“工业经济”中、前期的立法,远远不能适应“知识经济”的需要,更不要说推动“知识经济”的发展了。我国的这种“有”,正像《合同法》中“有”的几条关于电子商务的规定。新加坡的一部《版权法》,比我国专利法、版权法(著作权法)、商标法加起来还要长五倍;菲律宾已随着法国把不同知识产权统一在一起而颁布了《知识产权法典》,我国的几部知识产权专门法还在“各行其是”;巴西知识产权法已把数字技术产生的新权利纳入进去,我国还尚未加以考虑;世界知识产权组织已要求 21 世纪初,国际申请全部通过网络(即“无纸化”)进行,我国专利、商标法则仍旧规定着如何填写纸张表格。我国知识产权的立法已远远不能满足国内经济发展与国际经济交往的需要。

在 21 世纪初,我们应当抓住电子商务与知识产权保护这两个民商事立法重点,培养并吸引一批掌握一门以上外语、掌握计算机应用的法学人才,增加财力的投入,目的是使我国 2010 年前完成社会主义市场经济的法制体系时,不要使人们感到其中的民商法结构只与二百年前的《法国民法典》、一百年前的《德意志民法典》相当、或有所进步,而应使人们感到它确实是能够适应电子商务时代(或“知识经济”时代)的法制体系。

2002 年 1 月,立法机关没有参照绝大多数国家立民法典时对知识产权的安排,而是选择了在起草中国民法典时,纳入知识产权编的做法。程序是由我主笔,首先拿出专家建议稿。当年 5 月提交讨论的建议稿及其说明,有助于进入知识产权领域的学生及研究者们了解与“知识产权法总论”有关的一些理论问题。

民法典知识产权编一共起草了六章,力争控制在百条之内。其中第三篇“专利法”部分有些与现行法律有较大不同的条文已经附有说明。

起草《知识产权编》六章的过程中,主要参考了以下条约及法律(六章里部分条文的来源亦即下列条约或法律):

1. 世界贸易组织的 TRIPS 协议(1994);世贸组织多哈会议部长会议声明知识产权部分(2001)

2. 《建立世界知识产权组织公约》(1967)

3. 《世界知识产权组织版权条约》(1996)

4. 巴黎公约(1967)

5. 伯尔尼公约(1972)

6. 世界知识产权组织《反不正当竞争示范法》(1996)、《商标示范法》等

7. 欧盟知识产权指令(2000)包括版权、专利、商标

8. 拉丁美洲安第斯组织 2000 年《知识产权共同规范》

9. 《法国知识产权法典》(1998)

10. 《菲律宾知识产权法典》(1999)

11. 澳大利亚版权法(2001)

12. 德国专利法、商标法、版权法(1998)

13. 瑞士《版权法》(1994)

14. 《西班牙知识产权法》(1998)

15. 美国《版权法》(1998)、《专利法》(2000)

16. 英国《专利法》(1977)

17. 英国《版权法》(1988)

18. 爱尔兰《版权法》(2000)

19. 日本《专利法》(2000)

20. 德国民法典

21. 法国民法典

22. 瑞士民法典

23. 日本民法典

起草初稿后,书面征求了下列专家意见:

1. 世界贸易组织“投资与知识产权部”主任欧登(Otten)

2. 国际知识产权教学与研究促进协会现任主席威尔玛(Verma)

3. 德国马普学会知识产权研究会研究员迪茨(Dietz)

4. 美国华盛顿大学教授盖茨(Jaszi)

5. 美国加利福尼亚大学教授盖勒(Geller)

在参考条约及法条与国外专家的答复中,有一个共同的问题应当引起我们注意。知识产权保护有适用与不适用传统民法一般原则的两个方面(或称“特有的两面性”)。在多数情况下,知识产权保护适用民法的一般原则。由于人们对此不持异议,就不专门引证了。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——这在许多国际条约中有反映,特别在有民法典的国家,其知识产权单行法(或法典)专门作出了明文规定,以防日常行使权利或执法中人们不加分析地硬套,弄出乱子。对这一面,不大参考国际条约及外国法的一部分国内学者常有异议,故在这里列举几个典型,以使人们不致轻易否定上述“两面性”中的另一面,少走弯路。

典型列举:

1. 《法国知识产权法典》:第 L121-9 条;第 L132-15 条, L132-34 条;第 L212-6 条;第 L613-9 条;第 L613-30 条;

2. 德国《版权法》第 28 条;第 102 条(虽原则适用民法典,但须有所改动——这类条文在德国版权法中很多)。

3. 德国《专利法》第 102 条;第 110 条。

4. 瑞士《版权法》第 65 条(这一条包容了知识产权适用及不适用民法典的两面,非常典型)。

我在《版权法》一书中,也曾对这种“两面性”作过一些论述,主要内容如下:

版权中的经济权利可以作为遗产被继承,这是绝大多数建立了版权制度的国家都明文规定在版权法中的。

由于版权在继承活动中的地位,与一般可继承的产权有许多相似之处,所以一部分国家在版权法中有关版权继承的规定十分简单,只是说“按照继承法的通行原则”进行,或“按照继承法中关于动产继承的一般原则”进行。也有的是简单地规定“按遗嘱继承”。

不过,版权毕竟是一种无形产权,又是各种知识产权中情况最复杂的一

种权利。更多的国家并没有简单地援引其他单行法或民法一般原则来处理版权继承问题,而是在版权法中对版权继承作出专门的、具体的规定。有些国家甚至在版权法中特别指出民法中关于继承的某些一般性原则,不能适用于版权继承。在这一类版权法中较典型的,恰恰是在民法典中对继承的规定最为详尽的法国和原联邦德国。

法国版权法具体规定:作者死后,在其死亡当年及其后 70 年内,他(她)的合法继承人应享有作者以各种形式利用作品并取得经济收益的那些专有权。该法又规定:作者的配偶继承版权,不适用《法国民法典》第 765~767 条关于配偶享有的继承份额的规定。在作者无其他法定继承人的情况下,配偶应享有作者尚未处置的作品的版权;在有法定继承人的情况下,则配偶享有的份额可依照《法国民法典》第 915 条所规定的比例有所减少。但如果该配偶再婚,上述原应享有的权利即告灭失。原联邦德国版权法对版权继承作专门规定后指出:《联邦德国民法典》第 2210 条(即民法典中的继承条款)不适用于版权继承。因为,原联邦德国版权法允许作者通过遗嘱将版权的行使转移给遗嘱执行人,这种转移将在整个版权保护期(即作者死后 70 年)有效;而该国民法典的上述条款只承认被继承人对遗嘱执行人的授权在继承开始后 30 年之内有效。

在版权继承中,有两个特殊问题是法律或司法实践应当回答的。

第一,在版权制度建立前即创作出的作品,只是在版权制度实行后才由作品手稿所有人发表,则这种作品是否享有版权及版权应归谁所有?大陆法系国家(如法国)或受大陆法系国家法律影响较大的国家一般认为这种作品发表后应不复享有版权。英美法系国家则一般认为应享有版权,版权归作品手稿所有人。

第二,虽在版权制度建立后创作出的作品,但在“作者有生之年加死后若干年”(即法定的版权保护期)之后才发表,那么这种发表后的作品是否应享有版权,以及应由谁享有。两大法系国家版权法均认为:发表后的作品应享有版权,并由发表人享有版权。不过,对于这种版权的具体内容及享有方式乃至发表形式,两大法系国家的规定就不完全一样了。例如,法国版权法规定:只有在遗著的版权保护期内,遗著被发表的情况下,有关版权才属于

作者的继承人;如果遗著在版权保护期后被发表,则发表后之作品的版权,将属于既是该作品(遗著)之载体(有形物)的合法所有者又是使该作品得以发表之人。这样规定,主要在于鼓励持有未发表的文化成果之人将它们发表出来。法国版权法在同一条中还进一步规定:在一般情况下发表作者的遗著,都必须单独发表,以使人看得出它们是未曾发表过的;只有当某遗著构成作者已经发表的作品中的一个片断(或作者的继承人仍有权行使有关版权,亦即遗著版权期尚未失效时),才可以与已经发表的作品合并发表。

而英国《版权法》第 93 条、澳大利亚《版权法》第 198 条等英美法系国家的有关条款则以另一种方式作出规定:如果未发表的作品作为遗产成为继承人的财产,则除了被继承人在遗嘱中另有意思表示外,该继承人就该作品所享有的版权,应视同被继承人临死前已成为版权所有人而享有的版权。很大一批英联邦国家的版权法对于作者生前未发表的作品,死后作为遗产的版权问题,都是这样规定的。上述行文实际讲了这样几层意思:(1)被继承人生前未发表的作品,死后无论何时发表,均享有版权;(2)版权的所有人,即继承人;(3)这种版权所包含的内容,相当于假设被继承人临死前已发表了该作品的情况下原应享有的全部权利。

二、中国民法典知识产权编框架

第一章 一般规定

第一条 知识产权是私权。

第二条 “知识产权”应包括就下列各项内容所享有的权利:

- (一)文字、艺术、科学作品及其传播;
- (二)商标及其他有关商业标识;
- (三)专利;
- (四)集成电路布图设计;
- (五)商业秘密;
- (六)传统知识;
- (七)生物多样性;(另一方案:将(六)、(七)另外专写于本章末)

(八)其他智力创作成果。

第三条 上一条所称知识产权,已经享有本编专章及单行法专门保护的,并不影响其享有反不正当竞争的附加保护。

第四条 知识产权是专有权,或称对世权。

第五条 知识产权的客体表现为一定的信息,一般不能作为占有的标的,故不适用与占有相关的制度,如取得时效制度等。

第六条 知识产权的许可或转让,除法律或合同另有规定外,不意味着相关信息的有体介质(载体)的转移;相关信息的载体的出租、出售及其他转移,除法律或合同另有规定外,也不意味着知识产权的许可或转让。

第七条 知识产权不属于夫妻共同财产。当事人另有协议的,协议涉及财产权的部分,从协议。在婚姻存续期间,知识产权的收益,属于夫妻共同财产。当事人另有协议的除外。

第八条 从事智力创作,不得侵害他人的在先权利。

第九条 正在实施或者即将实施的侵犯知识产权的行为,应予制止,并可根据情况要求行为实施人承担交出、销毁或封存侵权物品的责任。行为实施人不能证明没有过错的,还应当承担赔偿责任。

第十条 知识产权权利人有证据证明他人正在实施或即将实施侵犯其知识产权的行为,如不及时制止,将会使其合法权益受到难以弥补的损害的,可以在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为和财产保全措施。

第十一条 为制止侵权行为,在证据可能灭失或以后难以取得的情况下,知识产权权利人或利害关系人可以在起诉前向人民法院申请保全证据。

第十二条 知识产权的独占被许可人有权独立地对侵害知识产权的行为起诉、请求赔偿及请求其他法律救济。

第十三条 知识产权的非独占被许可人,依照与许可人订立的合同,也可以享有上一条权利。

如果无合同或合同无明确规定,则只有在被许可人告知权利人或独占被许可人,而被告知者仍不作为、其不作为已经或必将使被许可人遭受损害的情况下,方享有上一条权利。

第十四条 在共同侵害知识产权纠纷中,如果难以直接追究主侵权人

的责任,被侵权人可以向法院请求直接追究协助侵权人或者替代侵权人的责任,而不论是否将主侵权人作为被告。

第十五条 知识产权纠纷中的协助侵权人,只负过错责任。

第十六条 侵犯知识产权的诉讼时效为二年,自权利人或者利害关系人知道或者应当知道侵权行为之日计算。

权利人或者利害关系人超过二年起诉的,如果侵权行为在起诉时仍在继续,在该项权利有效期内,人民法院应当判决被告停止侵权行为及负其他民事责任,但侵权赔偿数额只能自权利人向人民法院起诉之日起向前推算二年计算。

第十七条 权利人或者利害关系人并非由于自己的过失而在诉讼时效内未起诉的,时效过后一年内仍旧有权提请求侵权赔偿及请求其他民事救济的诉讼。

第十八条 在有关知识产权须经授权或注册方可获得的情况下,以符合获得该权利的实质条件为前提,授权或注册程序应当能够保证在合理期限内,以免无保障地缩短保护期。

经任何程序作出的关于确权行政决定,均应接受司法或准司法审查。

并非由行政主管部门依职权启动的知识产权的确权程序引起的诉讼,或因侵权纠纷引起的确权诉讼,应视为维护知识产权的民事诉讼。

第十九条 须行政审批方最终获权利确认的知识产权权利人,依照法律与相关国际条约享有国际优先权。

第二十条 在知识产权保护上,应依照中国与相对国家或地区共同参加或缔结的条约,为相对国家或地区的国民或居民,提供国民待遇及最惠国待遇。

第二十一条 知识产权的保护与权利行使,目的应在于促进技术的革新,知识的创新、技术的转让与知识的传播,以有利于社会及经济的方式去促进技术及其他知识成果的创作者与使用者互利,并促进权利与义务的平衡。

第二十二条 知识产权的权利持有人不得滥用权利,尤其不得借助知识产权在转让中实施不合理的限制贸易行为。