

国家保护知识产权工作研究基地

教育部人文社会科学重点研究基地

中南财经政法大学知识产权研究中心学术刊物

# 知识产权年刊

(2014年号)

Intellectual Property Rights Annual Journal

吴汉东 ©主编

- 知识产权理论的体系化与中国化问题研究 吴汉东
- 建立知识产权法院：法治与国家治理现代化的重要措施 曹新明
- 云计算环境下的著作权制度：挑战、机遇与未来展望 王太平



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

# 知识产权年刊

(2014年号)

Intellectual Property Rights Annual Journal

吴汉东 ©主编



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

知识产权年刊. 2014 年号/吴汉东主编. —北京:北京大学出版社, 2015. 4  
ISBN 978-7-301-25630-5

I. ①知… II. ①吴… III. ①知识产权—2014—年刊 IV. ①D913-54

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 059445 号

- 书 名 知识产权年刊(2014 年号)  
著作责任者 吴汉东 主编  
责任编辑 邓丽华  
标准书号 ISBN 978-7-301-25630-5  
出版发行 北京大学出版社  
地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871  
网 址 <http://www.pup.cn>  
电子信箱 [sdyy\\_2005@126.com](mailto:sdyy_2005@126.com)  
新浪微博 @北京大学出版社  
电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 021—62071998  
印刷者 北京大学印刷厂  
经 销 者 新华书店  
730 毫米×980 毫米 16 开本 16.5 印张 287 千字  
2015 年 4 月第 1 版 2015 年 4 月第 1 次印刷  
定 价 36.00 元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

### 版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: [fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

## 卷 首 语

白驹过隙,日光荏苒,自创刊以来,《知识产权年刊》已经出版发行十年。十年间,本刊秉承推动知识产权学科建设的主旨,既关注理论前沿问题,又立足国本,广聚百家之言,展示大家之作,是思想火花迸发的聚集地。2014年是《国家知识产权战略纲要》自2008年颁布实施以来第一个五年,知识产权战略实施工作取得新的进展和成效,同时2014—2020年行动计划出台,首次提出“建设知识产权强国”,如今知识创新成为时代的主题,知识产权法学体系必然是知识创新发展强有力的保障。

本期共分为五个版块:特稿、著作权研究、专利权研究、商标权研究、知识产权国际保护。编撰本期时正处于《国家知识产权战略纲要》实施第一个五年成果的总结与第二个五年计划的颁布之际,由此在特稿部分刊登了知识产权理论体系与战略实施的三篇大作。中南财经政法大学资深教授吴汉东教授《知识产权理论的体系化与中国化问题研究》为开篇,文章综合阐述了中国特色知识产权理论体系,明确知识产权理论体系中国化的研究意义,认为它是在知识产权问题上对“中国道路”的理论概括,法学理论体系中的“知识版”、知识产权“知识体系”的“综合版”、发展中国家知识产权主张的“示范版”、国际知识产权话语体系中的“中国版”。吴汉东教授从整体化、本土化、科学化的学术规范和实践要求出发概括了体系的主要内容,提出根据知识产权事业建设需要,在系统“中国问题”、“中国经验”、“中国道路”的基础上,形成知识产权理论研究的“中国模式”的建议。

党的十八届三中全会全面深化改革的系统部署中提出探索“建立知识产权法院”的举措,2014年底北京、上海、广州知识产权法院相继成立,知识产权法院开始运作。本刊特稿部分刊出了中南财经政法大学知识产权研究中心曹新明教授《建立知识产权法院:法治与国家治理现代化的重要措施》一文,文章回顾了建立知识产权法院的论证阶段,强调建立知识产权法院是实现法治与国家治理现代化的一项重要措施,分析了建立知识产权法院的原因、数量、层级、审理、

法官的选聘等问题,并提出了相应的建议。

此外,特稿部分还刊出了中南财经政法大学知识产权研究中心马一德教授的《创新驱动发展与知识产权战略实施》,文章指出创新驱动发展战略上升为国家发展战略,知识经济和新一轮科技革命引发的产业革命为我国发展创造了新的战略机遇,应当把知识产权战略向纵深推进,发展知识产权事业。同时马教授也指出了阻碍我国知识产权事业发展的症结是缺乏有效运行机制,加强知识产权的立法、行政执法和司法审判对于知识产权战略的实施起着基础性作用。

著作权研究板块选取了四篇论文,聚焦著作权热点研究。中南财经政法大学知识产权研究中心胡开忠教授《论著作权延伸集体管理制度在我国的构建》一文提出了引入延伸集体管理制度的合理性和可行性,认为其有利于促进作品的利用、保护非会员的利益、解决国外文化产品的利用问题,并对延伸集体管理制度在我国的构建绘制了蓝图,同时建议我国《著作权法》修改草案在移植该制度时应尊重非会员著作权人的意愿,立法上应严格限制实施延伸集体管理的资格条件、适用的权利范围及程序,并完善著作权集体管理制度,积极引导著作权人参与著作权集体管理。中南财经政法大学知识产权研究中心熊琦副教授《音乐著作权制度体系的生成与继受》通过梳理音乐著作权制度生成的产业背景,理解已继受之音乐著作权制度形成的原因和规律,从中正确定位制度价值,为应对网络环境下的新问题建立理论基点,避免因过多关注网络新问题而忽略制度构建源头的缺陷。结合我国音乐产业发展的阶段,分析作为我国继受对象的发达国家在相应立法选择上的调整路径,为我国音乐著作权制度创新提供可行的立法经验和取舍方法,并保持既有制度体系的延续性,避免全盘重构导致的过高制度成本,探寻音乐著作权制度体系转型的未来路径。湘潭大学法学院王太平教授《云计算环境下的著作权制度:挑战、机遇与未来展望》则阐述了云计算对作品的创作和传播、对著作权制度的根本面貌的影响,作品的创作日益呈现出模块化、协作性和用户参与的特征,作品的传播和利用则日益呈现出非复制使用、多租户利用、用户实在化、传播集中化等特征,给著作权制度带来挑战和机遇,并对未来作了重塑著作权的权利体、适用法定许可限制著作权、转变著作权集体管理机构的角色等展望。河北大学政法学院宋慧献教授、苏艳英副教授《教材与教辅著作权之争的反垄断法分析》一文对教材著作权问题进行反垄断法分析,认为教材市场地位和著作权地位特殊,在其授权过程中存在实施限制竞争的行为,我国《反垄断法》可以用来支持针对教材著作权问题的反垄断规制,同时建议我国《著作权法》增设内置的安全阀机制,以非自愿许可制度预防、禁止教材著作权人的限制竞争的行为。

专利权研究板块收录了四篇文章。武汉大学知识产权法研究所宁立志教授和周围《专利许可中差异化许可价格的反垄断法分析》一文从差异化许可价格的视角入手,对专利许可实践中的差别待遇问题进行探讨,提出应细化相关市场的界定方法、完善反垄断法域外适用规则、明确反价格垄断的诸项抗辩事由立法建议,以应对差异化许可价格问题。西北政法大学知识产权学院张爱国副教授《我国外观设计创造性要求之反思与重设》一文以我国《专利法》第23条第2款外观设计的授权条件为切入点,反思专利法对外观设计适用的创造性要求,认为它不切合外观设计的本质属性,而且在认定创造性的判断方法上,可操作性差,极易产生以偏概全的判断失误。与欧盟、美国比较后,建议我国借鉴欧盟先进的立法并结合实际国情,对我国外观设计创造性要求予以重新设定,修订第23条第2款。四川大学法学院袁嘉博士《标准必要专利与经营者集中反垄断审查》在对欧盟委员会在谷歌收购摩托罗拉移动案中所采用的审查分析框架进行分析和总结的基础上,结合中国经营者集中审查实践,对我国与标准必要专利有关的分析框架之建立和完善提出初步建议,即借鉴欧盟三加三审查分析框架模式,宽泛理解交易所特有的竞争影响,对所有相关的候选市场进行审查,最终得出是否排除限制竞争的结论或选择合适的承诺性救济方式。同济大学法学院张韬略博士《“专利流氓”威胁论:先见之明,抑或杞人忧天?》一文针对国内出现“专利流氓”威胁论断,从“专利流氓”的词源及特征入手,分析专利流氓盛行于美国的制度原因即过于宽松的软件专利授权环境催生了大量保护范围宽泛而且模糊的专利,以及在专利侵权诉讼中原告专利权人相对于被告有极为明显的诉讼成本优势,认为在我国目前法律框架下,尽管专利权人诉讼增加,但是美国式的“专利流氓”不会在我国盛行,纯属杞人忧天。

商标权研究板块选登了三篇论文。中南财经政法大学彭学龙教授《信息经济学视角下的商标制度》一文运用信息经济学基本原理和体系化的方法,分析了商标的市场功能和商标法的运行机理,在厘清其与相关法律“分工协作”关系的基础上,澄清模糊认识,合理划分商标法与相关法律的调整对象和适用边界,完善我国商标法乃至整个市场法制。中央民族大学法学院熊文聪博士《商标合理使用:一个概念的检讨与澄清——以美国法的变迁为线索》从考察“商标合理使用”概念产生、演变及遭受质疑的历程出发,借由商标法的基本原理及其追求的目标价值,找出问题的根源,以求澄清误读与混淆。指出“商标合理使用”作为一种侵权抗辩事由,不构成商标侵权并非基于特定利益考量,而是为了强调某些情形不构成商标意义上的使用,以反向列举的方式重申了“商标使用”概念。是否为“商标意义上的使用”是判定侵犯商标权的前提与门槛,相比“混淆

可能规则”有更为明确客观的识别依据,从而降低了诉讼成本,避免了寒蝉效应。西南政法大学民商法学院黄汇副教授《自然权利观念与商标权的正当性——兼对中国〈商标法〉传统理论的澄清与反思》一文以洛克劳动所有权自然正当的理论为视角,充分地质辩和检思对该理论诸多的争议,有利于澄清商标法中许多重大的认识误区。洛克劳动所有权理论对我国注册取得商标权制度之反思、对商标法领域“劳动/创造”二元学说的检讨、对商标权“物权化”现象的批判,以及对消费者“共有”商标权和商标“共存”理论的检省与证立,都具有重要价值,未来我国的《商标法》还需要作改革性尝试以体现“自然正当”理念。

知识产权国际保护板块收录了两篇论文,着眼国际视野下的知识产权问题。西南政法大学知识产权学院张惠彬博士在《后 TRIPS 时代国际知识产权保护新趋势——以〈反假冒贸易协定〉为考察中心》中详细梳理了针对中国的《反假冒贸易协定》(ACTA)的制定历程与发展,总结分析了 ACTA 的成因与影响,认为我国需警惕《反假冒贸易协定》引发的棘轮效应,通过进一步完善自身知识产权保护体系、调整谈判策略和积极收集数据、运用体制转移战略措施积极应对以 ACTA 为代表的国际知识产权保护新趋势。上海对外经贸大学法学院杨鸿副教授《过境货物的知识产权边境措施:TRIPS 协定下的合法性问题》一文指出欧盟对过境货物的知识产权边境措施引发的 WTO 争端暂停,但同类措施在美国继续存在,并在美韩自贸协定与 TPP 等一系列区域协定中继续发展,该趋势对我国影响重大。文章分析过境货物的知识产权边境措施在《TRIPS 协定》下的合法性问题,相关措施不仅与协定确认的地域性原则冲突,而且构成合法贸易的壁垒,未对措施滥用提供保障,故违反协定第 41 条第 1 款。我国应积极利用对相关措施的合法性分析在贸易谈判中维护自身利益,并通过 WTO 争端解决程序遏制该措施,反制发达国家的相关动向,同时我国自贸区相关法规中也应进一步明确对过境货物的特殊程序与措施。

“求道为根,务实为本”的创刊理念贯穿始终,十年既是对过去成果总结的时刻,也是展望未来的起点。这是最好的时代,知识产权事业正在蓬勃发展,理论研究也是硕果累累,可谓百花齐放,百家争鸣,本刊所选登部分仅是繁星中的一点。本刊愿为国内外学者、同仁搭建交流学术的平台,迸发思想碰撞的火花,谱写知识产权事业的篇章。

# 目 录

## 特 稿

- 知识产权理论的体系化与中国化问题研究 ..... 吴汉东 (1)
- 建立知识产权法院:法治与国家治理现代化的重要措施 ..... 曹新明 (17)
- 创新驱动发展与知识产权战略实施 ..... 马一德 (21)

## 著作权研究

- 论著作权延伸集体管理制度在我国的构建 ..... 胡开忠 (41)
- 音乐著作权制度体系的生成与继受 ..... 熊 琦 (57)
- 云计算环境下的著作权制度:挑战、机遇与未来展望 ..... 王太平 (74)
- 教材与教辅著作权之争的反垄断法分析 ..... 宋慧献 苏艳英 (95)

## 专利权研究

- 专利许可中差异化许可价格的反垄断法分析 ..... 宁立志 周 围 (110)
- 我国外观设计创造性要求之反思与重设 ..... 张爱国 (127)
- 标准必要专利与经营者集中反垄断审查 ..... 袁 嘉 (145)
- “专利流氓”威胁论:先见之明,抑或杞人忧天? ..... 张韬略 (153)

## 商标权研究

- 信息经济学视角下的商标制度 ..... 彭学龙 (164)
- 商标合理使用:一个概念的检讨与澄清  
——以美国法的变迁为线索 ..... 熊文聪 (186)
- 自然权利观念与商标权的正当性  
——兼对中国《商标法》传统理论的澄清与反思 ..... 黄 汇 (208)

## 知识产权国际保护

### 后 TRIPS 时代国际知识产权保护新趋势

——以《反假冒贸易协定》为考察中心 ..... 张惠彬 (228)

过境货物的知识产权边境措施:TRIPS 协定下的合法性问题 ... 杨 鸿 (238)

## 知识产权理论的体系化与中国化问题研究

吴汉东\*

**内容提要** 中国特色知识产权理论体系,是在知识产权问题上对“中国道路”的理论概括,它是法学理论体系中的“知识版”、知识产权“知识体系”的“综合版”、发展中国家知识产权主张的“示范版”、国际知识产权话语体系中的“中国版”。从整体化、本土化、科学化的学术规范和实践要求出发,中国特色知识产权理论体系的主要内容,包括本体论、价值论、制度论、政策论、运行论、文化论等。以社会主义法治观、发展观为理论基石,针对知识产权的“中国问题”,总结知识产权事业建设的“中国经验”,推出一大批思想自立和理论自信的成果,包括知识产权的基础理论、制度创新理论、法律本土化理论、保护模式理论、司法改革理论、强国建设理论、产业发展理论、国际战略理论、利益平衡理论、文化建设理论等,以实现知识产权理论的体系化和中国化。

**关键词** 知识产权理论 社会主义法治观与发展观 体系化 中国化

三十余年来,我国知识产权研究在与西方法学思潮的交流和碰撞中,已经从单纯的借鉴和移植走向自立和创新,初步形成具有中国特色的知识产权学说思想,为知识产权的制度建构、政策运行、战略实施提供了重要的思想基础。我国学者致力于知识产权的学理研究和应用研究,取得了长足的进步:对知识产

---

\* 法学博士,中南财经政法大学资深教授,教育部人文社科重点研究基地知识产权研究中心主任。本文系作者主持的国家社科基金重大项目“中国特色知识产权理论体系研究”(11&2D076)的代表性成果之一。

权基础理论的建构,历经 20 世纪 80 年代的初探,90 年代的反思至新世纪初的再认识,已渐趋成熟;对知识产权国际化趋势的关注,聚焦于《知识产权协定》实施所引发的东西方利益失衡、知识产权与人权冲突和传统资源保护带来的制度变革等问题,愈见主动;对知识产权现代化诉求的回应,直面网络技术和基因技术对现行知识产权制度的各种挑战,渐显及时;对知识产权战略化工程的推动,涉及战略制定与实施的各个环节,着力跟进;对中国知识产权制度完善和法律适用,有立法建议,也有学理解释,更是积极参与。中国知识产权理论建设伴随知识产权事业成长,其标志即是知识产权界的理论成熟和理论自信。在这一发展态势下,我们需要立足中国国情,解答中国问题,形成中国话语,对知识产权重大理论问题进行全面、深入探索,形成一套成熟、系统的理论体系,这即是在知识产权问题上对“中国道路”的理论概括,学者们称之为“中国特色知识产权理论体系”。<sup>①</sup>

## 一、知识产权理论体系中国化的学术定位与研究意义

“中国特色知识产权理论体系”研究,是对中国知识产权事业建设实践的内在思想主旨和理论内涵进行全面总结、深入提炼,是对知识产权理论研究中的个别学说和片段思想进行概括整理、逻辑归纳,以此形成一个属于“中国”的“独特”的理论“模型”。这一体系化的知识产权理论具有以下特点:

1. 现代法学理论体系中的“知识版”。知识产权理论体系的研究,有助于推动法学理论体系的形成。当下,在构建“中国特色社会主义理论体系”的号召下,学问家们根据社会实践的需要,努力地进行理论创新。这一理论体系的形成必须以各具体学科的实践经验和思想成果作为理论支撑,法学理论体系即是其中的重要组成部分。基于这一需求,法学界正在构建一套“既标示法学独立知识结构、又具有鲜明的中国特色和社会主义特质的理论体系”。<sup>②</sup> 进言之,知识产权理论体系的完善,是中国法学研究走向繁荣与成熟的重要标志。在现代法学理论体系中,知识产权学说思想是最具科技含量、最多创新要素的“知识版”。知识产权制度基于科技革命而生,由于科技革命而变,其制度史本身就是一个法律制度创新与知识创新(包括科技创新与文化创新)相互作用、相互促进

<sup>①</sup> 董涛:《“中国特色知识产权理论体系”研究论纲》,载《知识产权》2013 年第 5 期。

<sup>②</sup> 刘红臻:《中国特色社会主义法学理论体系的形成过程及其基本标志》,载《法制与社会发展》2013 年第 2 期。

的过程。知识产权制度的现代化特征,表现出这一制度与时俱进的时代先进性。从制度创新的法律本质与知识创新的价值目标出发,对知识产权法的本体构成、内在特性、外部关系和运行规律等进行理论挖掘和思想总结,是中国知识产权学界要面临的重大学术任务。换言之,打造中国法学理论体系中的“知识版”,映象知识创新的法律现象的一切方面和所有过程,表征知识产权独立特性的知识体系,即是知识产权理论的体系构建。

2. 知识产权“知识体系”的“综合版”。知识产权理论体系的建构,其基本任务即是在教义学上形成一种区别于纯粹的政治话语和道德说教的、具有特定逻辑构成的范畴体系和知识体系。范畴是学科理论的基本要素,理论的科学性取决于范畴及其内容的科学性。建构范畴体系是一门科学走向成熟的必由之路。<sup>③</sup>在知识产权基本范畴的理论研究中,主要涉及本体论范畴、价值论范畴、政策论范畴、运行论范畴、制度论范畴、文化论范畴。这些问题主要涉及但不完全限于法学研究。现代知识产权是一个庞大的制度体系,著作权发生在文化创作领域,与文化创新、文化产业息息相关;专利权产生于技术应用领域,与科技创新、科技产业紧密相连;商标权则运作于工商经营领域,涉及商品销售、市场竞争等诸多问题。在知识经济的时代条件下,知识产权制度的实施效果,关系到一国的经济发展、科技进步和文化繁荣;而在经济全球化的国际环境中,知识产权保护又事关国际政治、国际经贸、国际文化和科技的交流与合作。在这种情形下,从法学理论出发研究知识产权,当是题中应有之义,而结合经济学、管理学、政治学、社会学、伦理学以及政策科学等理论,多视角、全方位来考察知识产权制度,也显得非常必要。因此,知识产权的理论范畴不应仅是“法律版”,而是一个“综合版”的知识体系。

3. 发展中国家知识产权主张的“示范版”。西方国家是知识产权制度最早的推行者,也是最大的受益者,相关制度是这些国家当时社会变革和法律变迁的自发性结果。早期的知识产权立法文件,其字里行间无不浸透着自然法学派崇尚权利和个人自由、追求人的理性的价值理念,这即是知识产权法律构造的人文基础和精神主张。<sup>④</sup>对于大多数发展中国家而言,知识产权立法是一种“被动性移植”。其间虽有实行法律变革的内在需求,但在许多情况下却是外国势

<sup>③</sup> 张文显著:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第10页。

<sup>④</sup> 近代知识产权产生的思想基础包括个人主义精神(Individualism)、自由主义精神(Liberalism)、理性主义精神(Rationalism)。参见吴汉东:《知识产权法律构造与移植的文化解释》,载《中国法学》2007年第6期。

力强加所致,因而“制度舶来品”在本土实施缺乏社会认同的文化基础和符合国情的理论解读。质言之,在相当长的时期,发展中国家构建了本土之上的物化法律制度,即知识产权的“硬件”系统,而没有同时植入自主之言的法律精神,即知识产权的“软件”系统。在知识产权制度一体化的今天,世界贸易组织及其《知识产权协定》为各国知识产权保护提供了一体遵行的共同规则,但不同发展程度的国家都有自己对知识产权理解和诠释的自主话语权。从某种意义上说,这也是一个国家和民族知识产权制度安排的“话语权力”。<sup>⑤</sup> 在当代中国,知识产权制度本土化的过程,也是知识产权法治现代化与知识产权发展战略化的过程。就法治现代化而言,前世界知识产权组织总干事鲍格胥曾高度评价:中国用了不到20年的时间,走过了西方国家一两百年才能够完成的知识产权立法进程,这个成就是举世瞩目的。<sup>⑥</sup> 就发展战略化而言,现任知识产权组织总干事高锐给予充分赞赏:中国将知识产权上升为国家战略,其经验值得其他国家特别是发展中国家学习。<sup>⑦</sup> 知识产权是中国建设创新型国家的制度保障和政策支持,其法律和战略的实施,是全社会所进行的一场伟大的制度创新实践。对中国知识产权事业建设进行经验总结和思想概括,构建有本国文化传统支持的知识产权系统诠释理论,对发展中国家在国际社会形成自主理论体系有着引领和示范的作用。

4. 国际知识产权话语体系中的“中国版”。国际知识产权制度迄今只有一百多年的历史,无论是早期的《巴黎公约》、《伯尔尼公约》,还是现今的《知识产权协定》,尽管都是各国合作博弈的结果,但无疑是在西方国家主导下缔结的,秉持了一种西方中心主义的立法范式。与此相应的是,标榜“国际主流学术思想”,即西方国家流行的思维范式、价值理念和理论体系,得以在国际知识产权界大行其道。在“知识产权原教旨主义”的极端看法中,发达国家的知识产权法律是促进发展的唯一途径,盗用知识财产与恐怖主义无异。<sup>⑧</sup> 在知识产权的国际话语体系中,我们需要进行“中国表达”、发出“中国声音”,修正西方中心主义的国际立法倾向,谋求构建更加公正、合理的知识产权国际秩序。知识产权国际保护制度,如同其他法律制度一样,“应是一个各主权国家相互接近、相互认同、相互联结的全球法律机制和国际准则,这是不同国度的社会主体所创造的

⑤ 编者按:《知识产权的共同规则和自主话语》,载《中国社会科学》2011年第5期。

⑥ 参见国家知识产权局:《1994年中国知识产权保护状况》(白皮书)。

⑦ 新华网:《世界知识产权组织总干事:中国国家知识产权战略值得推广》,2011年11月9日。

⑧ Graham Dutfield:《美国和欧洲是“知识产权原教旨主义者”》,载 <http://www.iplaw.pku.edu>。  
转引自曹阳著:《国际知识产权制度:冲突、融合和反思》,法律出版社2011年版,第6页。

调整规则和所积累的调整经验之有机聚合,体现了人类法律实践的普遍性历史定则,反映了人类的法律智慧和对理性的追求”。<sup>⑨</sup> 由此可以认为,国际知识产权保护制度所赖以存在的思想基础,不应是西方中心主义的,当然也不可能是民族沙文主义的。知识产权的国际话语体系的形成,是以人类共信的法律价值理念和法律信仰为基础,同时实现多元法律文化和法律思想的互动发展。中国知识产权界在吸收全球共同的法律文明成果和借鉴外国先进法律理念的时候,更要注重本土理论创新和思想自立,努力探寻适合中国语境和文化背景的知识产权理论,包括法律解释规则和政策适用方法,其最终目的是建构一个发展中大国的知识产权话语体系。对于国际知识产权理论系统而言,它是批判性的,更是建设性的。

寻求知识产权理论体系的中国化,将当代中国众多的知识产权研究成果和实践经验进行整理,使之成为一个有着内在逻辑结构的理论体系,是知识产权界面临的重大学术任务。中国特色知识产权理论体系的形成,其意义是理论上的,也是实践上的;其价值是归于中国的,也是属于世界的。现分述如下:

第一,为知识产权事业发展提供坚实的理论支撑。

知识产权理论体系的建构,已在发达国家知识产权制度的变革与发展过程中得以完成。西方知识产权法治文明经验在于,以私法精神作为私法制度形成的基础,并在私法制度运行中贯彻私法精神的主张,从而达到私法精神与私法制度的契合。质言之,将知识资源私权化,是西方知识产权制度的要义和主旨。对知识产权理论体系化和中国化进行研究,乃是由于我国基本国情所致和创新发展所需。知识产权制度必须与一国的社会与经济发展阶段相适应,才能真正发挥其功能,而建构本国知识产权制度,又需要以符合国情的科学理论为指导。中国知识产权理论建设的基本路径,即是从中国知识产权事业的发展需要出发,探讨本土语境下的制度建设、产业发展、环境治理、文化养成等重大问题,实现知识产权研究多学科、多层次、多角度的协同发展。在当代中国,知识产权已被置于国家创新体系之中。作为建设创新型国家的政策支撑和制度保障,知识产权是摆脱资源耗费型与技术依赖型促进发展方式的战略布局,是实现创新驱动发展的战略安排,是保障我国经济安全、文化主权和科技发展主动权的战略举措。上述情形,使得中国的知识产权研究具有不同于西方国家的理论需求和问题导向。换言之,知识产权理论体系化的中国解读,其意义在于解决中国问题,彰显中国道路,为新世纪的中国创新发展提供理论支撑。

<sup>⑨</sup> 公丕祥:《全球化与中国法制现代化》,载《法学研究》2000年第6期。

第二,为知识产权法治建设提供科学的智力支持。

中国知识产权制度的百年史,是一个从“逼我所用”到“为我所用”的法律变迁史。改革开放以来,中国知识产权事业取得长足的进步,现已成为一个有国际影响的知识产权大国。在这一时期,我国知识产权立法进程明显加快,知识产权司法改革逐步推进,知识产权执法工作不断加强,知识产权文化建设初见成效。在此背景下,知识产权研究也从传统的学术概念和思想理论的引进、诠释,逐步转型为我国知识产权法治进程中新问题的系统思考,为我国立法、司法、执法和守法的社会实践提供理论解读,开始了针对中国现实问题、服务中国发展需要的知识产权理论创新。本世纪的第二个十年,将是我国建设社会主义法治国家和创新型国家的关键时期,知识产权法治建设必将面临更加复杂多变的国际国内形势,必然面对更为繁重、艰巨的改革发展任务,因而需要更加科学、务实的思想理论来引领实践,学术界理应为我国知识产权法治建设提供富有价值的智力支持和必要的理论论证。

第三,为构建知识产权国际软实力提供重要的思想成果。

随着经济全球化程度的进一步提高,西方国家在国际诸领域争端规则制定和国际经贸秩序构建上对我国法治环境提出了挑战,而知识产权则是其中的焦点问题。知识产权是国际化、一体化的法律制度,表现了知识产权保护的基本原则、基本规范在全球范围内的普适性。在国际层面,西方国家往往将知识产权作为其竞争战略的关键内容,不断通过多边、双边甚至单边途径,提高国际知识产权的保护标准和执法水平,其目的是为本国的知识产权密集型产业塑造商业环境,维持竞争优势。在此背景下,我国新世纪知识产权研究应更多地从国际视野出发,深入把握经济全球化时代知识产权制度的发展趋势,一方面合理吸收先进的法律理念和制度,探索符合中国自身需要的发展路径,应对西方国家利用其知识产权话语体系对我国政治、经济、文化、科技政策的挑战,为我国参与全球化合作提供必要的理论准备;另一方面在坚持中国特色法治理念的基础上,积极推出中国知识产权理论和制度的研究成果,努力展示中国知识产权研究的思想贡献,在国际社会提升中国知识产权的软实力。

## 二、知识产权理论体系建构的基本要求和主要内容

在中国特色社会主义法学理论体系中,知识产权理论体系是一个相对独立和比较成型的组成部分。作为专门理论的体系建构,中国特色知识产权理论体系在学术规范和实践需求方面应满足以下三点要求:

一是整体化。体系是指“若干有关事物或某些意识互相联系而构成的一个整体”。<sup>⑩</sup> 知识产权理论体系是与“知识产权”有关的各种学说、思想、观念、经验所构成的有机整体,它不能是“个别的、单独的、碎片化”的理论,而应是一个具有“宏观大模样”的全面性、成型化的整体。<sup>⑪</sup> 在过去的几十年间,我国学者提出并阐述了知识产权“激励自主创新理论”、“国家战略理论”、“利益平衡理论”、“保护体制理论”、“文化传承理论”等,形成了一大批重要理论成果。<sup>⑫</sup> 当下中国知识产权界的学术任务,就是通过对上述思想观点进行整理和发掘,建立起它们相互之间的逻辑联系,围绕着中国知识产权事业建设的重大问题,构建一个内在统一、结构完整的理论研究体系。

二是本土化。属于“中国”的“独特”的知识产权理论模型,需以“本土资源”构成“中国特色”的基本内涵:(1) 以社会主义法治观和发展观为思想支撑。社会主义法治观涵盖了科学立法、严格执法、公正司法、普遍守法的法治要求,蕴含着“尊重和保障人权”、“公平正义”、“诚实信用”、“和谐善治”的法治理念<sup>⑬</sup>,对中国知识产权制度建设和环境治理具有思想引领和行动指南的作用。而社会主义发展观,是统领中国经济社会发展全局的指导思想,它强调“以人为本”、“全面协调”的可持续发展理念,以“发展度”、“协调度”、“持续度”作为中国知识产权事业发展的指导思想和评价标准,与以往的“公平观”、“效益观”、“程序观”不同,它指明了中国知识产权制度的价值取向,是对知识产权领域经济发展模式的中国解读。<sup>⑭</sup> (2) 以中国文化的合理内核为构成元素。发掘知识产权理论体系中的“中国文化元素”,关键在于对传统文化与现代制度的结构要素进行分析、鉴别,或是梳理、整合,选择传统文化的积极之处;或是导入影响意识观念的现代制度,凭借功能机制促进传统文化转型。<sup>⑮</sup> (3) 以中国本土实践经验为特殊

⑩ 中国社会科学院语言研究所:《现代汉语词典》(第5版),商务印书馆2005年版,第1342页。

⑪ 姚建宗、黄文艺:《中国特色社会主义法学理论研究体系》,载《法制与社会发展》2012年第2期。

⑫ 有关理论成果综述,参见王国柱、李建华:《中国特色社会主义知识产权法学理论研究》,载《当代法学》2013年第1期。

⑬ 参见张文显:《社会主义法治理念导言》,载《法学家》2006年第5期。

⑭ 总体而言,知识产权领域的经济发展模式可归结为两类:一是“以自由看待发展”(Development as Freedom),其主要观点是:知识产权对经济发展的贡献,应表现在增强一国的基础性实力,以提高国民生活质量为目标。See Martha C. Nussbaum, Capabilities and Human Rights, 66 Fordham L. Rev. 273 (1997), p. 286. 二是“以增长看待发展”(Development as Growth),其主要观点是:知识产权对经济发展的贡献,应表现在增进贸易自由、增加国际投资和通过技术转让提高发明效率。See Daniel J. Gervais, Intellectual Property, Trade & Development: The State of Play, 74 Fordham L. Rev. 505 (2005), pp. 528—534.

⑮ 参见郭民生:《创新型国家与知识产权文化》,载《中国知识产权报》2006年2月17日。

要素。中国知识产权事业建设是一场伟大的制度创新实践。与西方国家发展的模式、进程不同,知识产权事业建设在中国具有不同于以往大国崛起的国际背景、时代情景和本土背景,这就导致了“中国问题”的存在及其解决的“中国路径”的特殊性。对此,我们既无法依赖西方世界的理论工具作出诠释,也不可能借用他国经验模式进行复制,唯有总结、归纳、挖掘本土实践所蕴含和依凭的发展观念、创新思想和法律意识,才能建构起属于我们自己的知识产权理论体系。

三是科学化。知识产权理论体系的中国化建构,不应是思想、学说片段的无序组合,也不可能是文化元素、实践经验的简单概括,它需要对已有研究成果作出专门化、系统化的学术梳理、理论整合和思想提升。中国特色知识产权理论体系的内容安排,应从科学化的要求出发,体现思想认知和实践导向的双重功用、本土学说与世界文明的空间交汇、传统文化与现代知识的时间承接、宏观样式与微观细部的框架安排。

根据以上学术和实践要求,中国特色知识产权理论体系研究主要包括以下内容:

#### 1. 知识产权本体论

本体论是对知识产权的存在及其本质的认识和概括,是知识产权理论体系研究的逻辑起点。

知识产权本体论主要回答知识产权是什么的问题。它以权利为基本内核,将知识产权的概念、性质、特征、主体、客体、利用、限制、保护、体系等作为研究内容,述及知识产权的构成要素与本质属性、法律关系与运行方式、保护范围与体系框架。无论是西方若干世纪的知识产权理论探索,还是我国知识产权制度引进的三十年理论思考,本体论一直是学术界永恒的研究热点,并产生了不同认识,涌现了各种学说,这尤其表现在对知识产权的基本定义、客体性质、知识产权本质属性的问题上。其中,关于知识产权本质与功能的认识,并不局限于法学研究层面,而且还在其他学科语境中进行探讨,民法学意义上的知识财产、管理学意义上的无形资产、经济学意义上的信息产权、政策科学中的政策工具、国际贸易学中的贸易规则等,都在不同学科层面揭示了知识产权的基本蕴意。对知识产权本体进行研究,名为务虚之学,实为务实之术,有助于达致知识产权法律制定的科学性、适用的准确性以及运行的有效性。但是,知识产权本体论的研究,因其高度的理论性和抽象化,因而在其研究过程中易于脱离社会现象、法律事实而导致研究成果的空洞化、概念化。因此在知识产权本体论的研究中,需要注重对法治现实的关注和制度实践的关照,力图通过理论与实际的结合,提出能够为知识产权事业建设所用的本体论基础。