



知识产权制度
变革与发展丛书
总主编 吴汉东

知识产权制度 法典化问题研究

**Research on Codification
of Intellectual Property Rights**

本书从体系化的角度，深入分析了法典化在知识产权制度中的可行性，梳理了他国在知识产权法典化进程中的得失，并设定了我国知识产权法典化的目标与路径。

曹新明 张建华 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



知识产权制度
变革与发展丛书
总主编 吴汉东

Research on Codification
of Intellectual Property Rights

知识产权制度 法典化问题研究



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

知识产权制度法典化问题研究/曹新明,张建华主编. —北京:北京大学出版社,2010.11

(知识产权制度变革与发展丛书)

ISBN 978-7-301-17969-7

I. ①知… II. ①曹… ②张… III. ①知识产权法-法典-研究
IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 205547 号

书 名: 知识产权制度法典化问题研究

著作责任者: 曹新明 张建华 主编

责任编辑: 邓丽华 周素梅

标准书号: ISBN 978-7-301-17969-7/D·2713

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 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京大学印刷厂

经销者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 26.75 印张 485 千字

2010 年 11 月第 1 版 2010 年 11 月第 1 次印刷

定 价: 50.00 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 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

本卷撰稿人

导 论:吴汉东

第一编:曹新明 张建华 胡淑珠 何 华

第二编:曹新明 何 华

第三编:曹新明 赵家仪 张耀明 何 华 卢海君

作者简介

(以撰写章节顺序)

吴汉东:法学博士,中南财经政法大学知识产权研究中心教授,博士生导师

曹新明:法学博士,中南财经政法大学知识产权研究中心教授,博士生导师

张建华:国务院法制办科教文卫司司长

胡淑珠:法学博士,江西省高级人民法院副院长

何 华:法学博士,中南财经政法大学知识产权研究中心讲师

赵家仪:法学博士,中南财经政法大学知识产权研究中心教授

张耀明:法学博士,国务院法制办科教文卫司副司长

卢海君:法学博士,对外经贸大学法学院讲师

总 序

呈现在读者面前的这四卷作品,是教育部人文社会科学重大攻关项目《知识产权制度的变革与发展》的最终成果。丛书虽已定稿,即将付梓,本人作为项目首席专家却心潮难平,与课题组成员同甘共苦的日日夜夜依然历历在目。

新千年伊始,本人尝试在知识产权的国际化、现代化、法典化和战略化等方面进行探索,相关论文也忝列于国内外核心刊物。2004年,我将多年思考升华为“知识产权制度的变革与发展”这一选题,申报了教育部人文社会科学重大攻关项目,并有幸获得批准。此课题是我所在的中南财经政法大学知识产权研究中心被教育部授予人文社会科学重点研究基地后的第一个重大攻关项目。研究中心全体同事上下一心,积极准备,制定了科学、合理的研究框架和研究思路。同时,本课题还邀请到了国内外顶尖的知识产权专家加盟:国际方面的专家有德国马普知识产权研究所前主任 Straus 教授、德国汉堡大学 Ulrich Karpen 教授、日本北海道大学田村善之教授、日本国立东北大学工学院科技管理系长平彰夫教授、美国密歇根大学 Peter K. Yu 教授;国内方面的专家有我国已故著名知识产权专家郑成思教授、中国人民大学郭寿康教授、台湾地区知名法学专家王泽鉴教授、潘维大教授、刘江彬教授、谢哲胜教授、林宇光教授等。他们或亲自贡献研究成果,或担任子项目主持人,或出任课题组顾问,使本课题具备了跨学科、跨院系、跨学校、跨地区、跨国家的优势,为课题的顺利进行打下了坚实基础。

从2004年立项到2008年结项,课题进程历经四载。其间中国知识产权事业高潮迭起,我国于2004年、2005年分别成立了“国家保护知识产权工作组”和“国家知识产权战略制定工作领导小组”;2006年1月,胡锦涛总书记在全国科学技术大会上提出建设创新型国家的战略目标;同年5月,胡锦涛总书记在中央政治局集体学习时强调:“加强知识产权制度建设,提高知识产权创造、运用、保护与管理能力,是增强自主创新能力,建设创新型国家的迫切需要”;2008年6月,国务院发布《国家知识产权战略纲要》。为了顺利实现纲要所确定的战略目标,我国进入到新一轮立法、修法时期,《专利法》第三次修订刚刚完成,《商

标法》、《著作权法》的修订工作正在进行,民间文学艺术、传统知识以及遗传资源保护的立法工作有序展开。面对我国如火如荼的知识产权制度发展进程,课题研究并没有局限在“形而上”的层面,而是将实证研究与理论研究结合起来,将服务社会与高端咨询结合起来,以积极主动的态度参与其中。在课题组全体成员的努力下,课题研究立足基础理论,紧扣具体制度,总结他国经验,回应本国问题,无论是在知识产权战略制定和实施中,还是在相关立法和修法进程中,课题组结合相关内容推出了多样化的阶段性成果。其中既有在权威期刊上发表的学术论文,也有向相关政府机关提交的咨询报告。课题组提交的《国家知识产权战略纲要》(专家建议稿)、《信息网络传播权条例》(建议稿)、《专利法修正案》(建议稿)、《商标法修正案》(建议稿)等,也都体现在了相关立法文件中。2006年5月26日的中共中央政治局进行第三十一次集体学习,本人有幸作为主讲人之一,就本课题涉及的研究成果向党和国家领导人做了汇报,对我国知识产权制度建设和国际知识产权制度现状和趋势进行了系统梳理,并从学者的角度向我国最高决策层面提出了应对方略建议。胡锦涛总书记对于相关内容作了充分肯定并发表了重要讲话,将中国的知识产权事业推上了又一个新台阶。

课题组成员所付出的辛勤劳动得到了知识产权界的认可,本课题在2006年的中期检查中广受好评,同年《中国教育报》关于教育部重点研究基地“十五”建设成就以及高校“十五”哲学社会科学成就的报道中,专门肯定了课题组成员在咨询决策和服务社会方面的成绩。2008年,课题组完成了以下预定的工作计划:筹建“知识产权制度变革与发展”数据库;推出各种形式的阶段性研究成果,其中,在《法学研究》、《中国法学》等权威或核心刊物上发表学术论文48篇,向国家保护知识产权工作组、国务院法制办、司法部等部门提交咨询报告8篇;提交最终研究成果,即48万字的最终成果“知识产权制度变革与发展研究”和4个子课题成果,共计160余万字的《知识产权制度国际化问题研究》、《知识产权制度现代化问题研究》、《知识产权制度法典化问题研究》和《知识产权制度战略化问题研究》。在此基础上,课题以优秀等级结项。课题结项后,为反映国内外最新研究成果,本书在送交出版前又结合新问题作了增补。课题的结束绝不意味着对知识产权理论和实践的探索停止,我们全体课题组成员会将其视为一个新的起点,为中国的知识产权事业继续贡献力量!

吴汉东

2009年盛夏于武昌晓南湖畔

目 录

第一编 知识产权制度法典化基本问题

第一章 知识产权制度法典化概述	3
一、法典概述	3
二、法典化	9
三、知识产权制度法典化	15
第二章 知识产权制度法典化的历史过程	19
一、知识产权制度法典化的历史发展	19
二、知识产权制度法典化的前提、基础与诱因	24
第三章 知识产权制度法典化的模式选择	36
一、知识产权法在法律体系中的地位	36
二、知识产权法与民事基本法的连接方式	40
三、对各连接方式的分析	42

第二编 外国知识产权制度法典化研究

第四章 法国知识产权制度法典化研究	55
一、法国知识产权法的历史发展	55
二、《法国知识产权法典》的结构与基本特点	61
三、《法国知识产权法典》的基本内容	68
四、对《法国知识产权法典》的再认识	74
第五章 斯里兰卡知识产权制度法典化研究	78
一、斯里兰卡知识产权法的历史沿革	78
二、斯里兰卡 1979 年《知识产权法典》	79
三、斯里兰卡《知识产权法典》的结构及形成原因	81
四、斯里兰卡 2003 年《知识产权法典》的基本内容	85
第六章 菲律宾知识产权制度法典化研究	93
一、菲律宾知识产权法的历史沿革	93

二、《菲律宾知识产权法典》制定的历史背景	96
三、菲律宾《知识产权法典》的总体结构及其形成原因	98
四、菲律宾《知识产权法典》的基本内容	101
第七章 越南知识产权制度法典化研究	110
一、越南知识产权法的历史沿革	110
二、《越南知识产权法》制定的历史背景	114
三、《越南知识产权法》的结构和基本特点	116
四、《越南知识产权法》的基本内容	123
第八章 外国知识产权制度法典化的总结	131
一、外国知识产权制度法典化启动原因	131
二、外国知识产权法典的结构形成模式	133
三、外国知识产权法典的具体实施效果	133
四、外国知识产权法典面临的困难与应对措施	139
第九章 外国知识产权制度法典化的社会背景	143
一、民法法典化浪潮中的知识产权制度法典化	143
二、解法典化背景下的知识产权制度法典化	151
三、知识经济背景下的知识产权制度法典化	160
 第三编 中国知识产权制度法典化研究	
第十章 中国知识产权制度法典化的必要性分析	173
一、我国知识产权保护的现状和存在的主要问题	173
二、从经济学角度看知识产权制度法典化的必要性	177
第十一章 中国知识产权制度法典化的目标	194
一、知识产权制度法典化的实在化与现代化目标	194
二、知识产权制度法典化的一体化与协调化目标	202
三、知识产权制度法典化的国际化与本土化目标	213
四、中国知识产权制度法典化的战略部署和障碍	217
第十二章 未来中国知识产权法典的基本结构	226
一、法典结构编排遵循的原则	226
二、未来知识产权法典的结构编排	231
三、知识产权法典各分编的编排	239

四、未来民法典中知识产权的编排模式	244
第十三章 中国知识产权制度法典化效果的具体落实	254
一、知识产权制度法典化的过程与实效分析	254
二、知识产权法院与法典化效果的具体落实	261
三、统一的行政管理体制与法典化效果的具体落实	274
附:《知识产权法典》建议稿	282
参考文献	413

第一编

知识产权制度法典化 基本问题

第一章

知识产权制度法典化概述

一、法典概述

(一) 法

东汉许慎所著《说文解字》解析,“法”的古体字是“灋”。具而言之,“灋,刑也;平之如水,从水;廌所以触者不直者去之,从去也。”可见,古代有“法”和比它出现得更早的“刑”(罪罚也,从井从刀)是通用的,表示“法”包含着惩罚的含义。“法”以水作偏旁,比如平之如水,代表公平,是衡量人之行为是否符合“公平”之准绳。“灋”字中的“廌”,传说中是一种头长独角,秉性公正的奇兽(也作“豸”、“獬豸”),故而“古者决讼,令触不直”。这不仅反映了古时盛行的神明裁判,同时也表明当时的人们相信法是正直、正义的准则。因此,“法”之词义就是“公平”地裁判行为之是非,决定所罚之依据。^①

在我国古代文献中,“法”除了与“刑”通用外,还与“律”通用。据我国《尔雅·释诂》记载,在秦汉时期,“法”与“律”二字已同义,都有常规、均布、划一的语义。《唐律疏议》更明确地规定:“法亦律也,故谓之律。”^②

在其他国家的词汇中,有与“法”相对应含义的词,也有比“法”更宽含义的词,如英语中的“Law”,与汉语中广义的“法”和狭义的“法律”相对应,但应视具体情况而定。欧洲大陆国家大多以两个词分别表示广义的“法”和狭义的“法律”,如拉丁文的“Jus”和“Lex”,法语中的“Droit”和“Loi”,德语中的“Techt”和“Desetz”,俄语中的“право”和“закон”等,它们同汉语中的“法”一样都具有公平、正义或正直的意思。另一方面,西文中的“法”或者“法律”的词义中兼含有“权利”的意思,而我国的“法”却没有这个含义,只好另外创造“权利”这个词。^③

① 卢云主编:《法理学》,四川人民出版社1993年版,第25页。

② 徐显明主编:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社1993年版,第28页。

③ 卢云主编:《法理学》,四川人民出版社1993年版,第27页。

现在,我们所说的“法”,实际上就是法律规范。具而言之,法是由国家制定或认可的、由国家强制力保证实施的、规定人们权利和义务、用以调整人们行为的规范。^① 因此,法具有这样几个基本特征:第一,法是一种调整人们行为的规范性文件;第二,法不仅规定人们不可为之行为,同时还规定人们可为之行为,即既规定了人们应当履行的义务,也规定了人们应当享受的权利;第三,法是由国家制定或者认可的,所以,它是一种具有普遍约束力的规范;第四,法是由国家强制力保证实施的规范,即不论是谁,只要违反法律的规定,就要依法承担相应的法律责任。

知识产权法,是国家制订或者认可的法律规范,授予自然人、法人或者其他组织对其智慧创作物享有独占性的权利;其他任何人,未经知识产权所有人许可,不得擅自实施其智慧创作物。^② 它所调整的对象就是由智慧创作物所产生的各种社会关系,所保护的客体是智慧劳动者独立创作的智慧创作物。

(二) 法典

法典不是单一的法律,也不是法律的简单汇编,而是对同一部门法律规范进行科学系统编纂的成果,是对法学和法律的提炼与综合。从纯语义的角度看,法典,即法律典章,是指经过整理而形成的比较完备、系统的某一类法律的总称。^③ 与“法典”一词相对应的英文是 code,是法律规范的系统编排与综合汇编之义,与之相对应的拉丁文是 Codex。该词的最初含义与“书(libro)”的相同,其所演变为“法典”之义的过程是:

在羊皮纸尚未被广泛使用时,地中海沿岸国家的人们主要以纸莎草制成的纸卷作为记录载体,但阅读此种纸卷所记载的东西十分不便。为了找到书写在纸卷上的某一内容,就要将纸卷反复地展开、卷起。另外,纸莎草制成的纸卷,其柔韧性较差,使用时易卷边、断裂或破损。为避免对它们造成损坏,运输时须将其装进特制的小夹子里,而这些小夹子的容量又非常有限,无法满足人们的正常需要。为了克服这些缺点,人们后来就改用羊皮纸,将羊皮纸折叠起来缝

① 沈宗灵主编:《法学基础理论》,北京大学出版社1994年版,第32页。

② 众所周知,知识产权具有两个方面的权利:一是其消极权利,一是其积极权利。知识产权的消极权利就是禁止他人未经许可,擅自以营利目的实施其知识产权。知识产权中的积极权利,则是授权他人实施其知识产权的权利。随着传统知识保护问题的提出和网络时代对知识产权产生的影响,西方许多学者认为,知识产权中的消极权利可能会逐渐转化一种利益分配权。该项权利的基本含义是:知识产权所有人不必对他人实施其知识产权的行为行使禁止权,而只是通过一个集体管理组织收取相应的使用费,由知识产权所有人参与分配即可。但是,对于现实空间中的传统知识产权种类,是否会发生这样的变化,则有待研究。

③ [意]桑德罗·斯奇巴尼:《法典化及其立法手段》,丁玫译,载《中外法学》2002年第1期。

制的“书”使用起来就很方便。也就是说,这样的书翻动起来很容易,即使阅读一篇内容较长、相关要点较多而诸要点彼此相距又较远的文章,也不像以前那样麻烦了。书合起来时,变得既紧密且坚实,易于搬运;此外,这种书的装帧本身对书就具有良好的保护作用。至公元2世纪末,羊皮纸被广泛采用,用这种纸制作成的书也就成了“书”的主流。公元3世纪至公元4世纪,地中海沿岸国家的出版业得到了极大的发展,文学、哲学、法学、历史和科学等著述被抄到了“书”上再版。这时,“codex”的含义就是书。

公元4世纪至公元5世纪,法学家们开始了编纂皇帝宪令的尝试。首次被编纂成册的宪令汇编是以“书”的方式出版的,它们就是“艾尔莫折尼亚诺法典”(Codice Ermogeniano)和“格来高利亚诺法典”(Codice Gregoriano)。公元5世纪,狄奥多西皇帝制定了一个编制一部完整、系统的皇帝宪令和法学家著作的官方汇编的庞大计划。然而,狄奥多西皇帝的计划只完成了第一部分,即皇帝宪令——狄奥多西法典(Codice Teodosiano,公元438年)的编纂工作。公元5世纪时,语言学上“Codice”一词,除了一般意义上的“书”的含义以外,又增加了一个新的、特殊的含义——“完整、系统的法律汇编”。

公元6世纪,优士丁尼主持编纂了《优士丁尼法典》(codex)、《优士丁尼学说汇纂》(digesta)和《优士丁尼法学阶梯》(institutiones)三部完整的法律汇编,也被称为“Codice”,由此确定了“Codice”在罗马法系中法律术语的含义——法典。^①

从罗马法开始,“法典”一词就在广义和狭义上被使用。狭义上的法典以《优士丁尼法学阶梯》为源头,是一种“编纂”意义上的法典,而广义上的法典除了“法典编纂”外,还包括了“法律汇编”的意思。一般来说英美法系的大多数学者是在宽泛意义上对法典进行定义的。《美国法律辞典》就认为“法典是法律和法规的集成,即把某一类法律全部集中起来构成单一的全集,也就是法律法规的大汇编”。^②而大陆法系的法学家则大多从“法典编纂”的意义上对法典进行定义。近现代意义上的“法典”概念是由英国人边沁最早确立的。边沁将法典定义为“一套内容十分完整、具有严格的逻辑顺序并且用语精确的综合性法律规定的总和”。他认为,真正称得上法典的法律文件至少必须具备两个条件:(1)必须使用严格一致的术语,结构严谨,各部分内容不能相互冲突。(2)对一切有可能发生的案件都应该作出明确规定,内容十分完整以至于无需

① [意]桑德罗·斯奇巴尼:《法典化及其立法手段》,丁玫译,载《中外法学》2002年第1期。

② [美]彼德·G.伦斯特洛姆:《美国法律辞典》,贺卫方等译,中国政法大学出版社1998年版,第10页。

用注释或判例的形式加以补充。^①此后,大陆法系各国法学家大都是在边沁的基础上来表达自己对“法典”这一概念的看法。

综合各家观点,可以大致认为现代法典具有以下一些特征:

1. 现代法典是理性的体现,具有体系完备、逻辑推理严密、概念清晰的特点

“西方的法典原是为信奉理性主义的社会制定的,法典的抽象性结构是西方笛卡尔主义思想的产物”^②。理性主义认为,人类凭借理性能够发现一个确定的、永恒的规则体系,在这个体系的基础上通过纯粹的逻辑运算构建出一个包罗万象的、每个细条都完美无缺的社会秩序来。不管是自然科学,还是道德、法律,都可以通过这种方式经由人类的刻意思考而被设计出来,立法者的任务就是用法典的形式推广这种理论。^③法典编纂理论甚至认为,只要通过理性的努力,法学家们就能塑造出一部作为最高立法智慧而由法官机械运用的完美无缺的法典。^④

在法典逻辑推理的构造中,主要运用的是演绎法,此时概念的重要性就显现出来。因为要实现精确的法律推理,法律概念是前提和核心,法律概念的内涵大小决定了这一推理适用的范围大小。“位于金字塔的顶端的是法的概念。从其往下人们能够推导出公理以及工具,之后推导出具体的权利(即法律制度),最后用演绎的方法得出具体的法律规则。……从最高级别的法律概念到主观权利及其规范之间都存在必然的逻辑链条……法律规范不过是对概念进行的‘科学推论的产物’。”^⑤出于这种思想的指导,法典编纂者都十分注重法律概念的精确性,这种重视在《德国民法典》上达到了顶峰。

2. 现代法典具有普遍性

理性主义者在考察事物时,习惯于从众多各异的事物中寻求它们背后共同的本质(“多”——“一”),或是从变幻莫测的运动变化中寻求永恒不变的东西(“动”——“静”)。法典要想实现对社会的全面调整和控制,从理论上讲可以采用两种方法。第一种方法为列举法,即针对每个具体的问题进行一一列举,将所有可能的情况全部罗列出来。但世界是丰富多彩的,与之相比,立法者的思维能力是有限的,不太可能考虑到所有的细微情况,采用这种方法将会使法典成为一个因法律条文的简单堆积而形成的大杂烩,人们的找法和用法工作都

① Postema G.J. Bentham and the Common Law Tradition. Oxford Clar-endon Press, 1986, p. 423.

② [法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第505页。

③ [美]罗斯科·庞德:《普通法的精神》,唐前宏等译,法律出版社2001年版,第101—102页。

④ [美]罗斯科·庞德:《法律史解释》,曹玉堂等译,华夏出版社1989年版,第13页。

⑤ [德]伯恩·魏得士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第209页。

会遇到很大的困难。同时每一种新情况的出现都会使得法典进行频繁修改,法典的制定将会失去实际意义。因而就必须采取另外一种方法,即归纳和演绎法,首先从各种复杂情况中归纳出它们本质性的东西,确立高度概括的概念和原则,而后通过演绎方法将这些概念和原则运用到具体情况中去。理性主义者充满自信地认为,立法者可以从所有个别的、具体的事物中总结出一般性的规律和原则,世界上各种特殊的、突发性的情况都可以通过这种方法得到解决。

3. 现代法典专门调整某一部门的法律关系

古代法律一般都是采用诸法合体的形式,希望能够在—部法律里解决所有领域的问题。以《优士丁尼法典》为例,它是一部涉及法的各个领域的法典。它在形式上未整编为—部法典,而是由《优士丁尼·法典》、《优士丁尼·学说汇纂》和《优士丁尼·法学阶梯》三部分组成。它不是按照学科而是按照收集的内容(宪令或学说)和时间顺序进行分类编排的。《优士丁尼法典》是一部统一的法律大全。^①但在近现代法典化过程中,随着对各类法律关系特殊性认识的逐步深入,立法者逐渐放弃了这种“大一统”的努力。1794年的《普鲁士总法典》是最后一部包括所有部门法的法典。而以1756年的《巴伐利亚民法典》为开端,开始了多元法典的时代。立法者按照不同的法律部门分别编纂法典,如民法典、刑法典、诉讼法典等。将总法典按照法律部门划分为不同种类的法典并不意味着,也不应当意味着割裂法,因为法典化的目的是制定—部统一法或保持这种统一,而不是相反。按照不同的法律部门进行法典的编纂是立法技术的需要,是更好地体现不同法律部门基本原则特殊性的需要。^②

4. 现代法典是国家权威性和学理性的结合体

法典作为法律的渊源之一,其本身就存在着—个“合法性”的问题,即这部法典必须要被国家立法机关所接受,然后再以国家的名义向全国颁布,由全体国民无条件地遵守。与此同时,由于法典不是法律规范的简单集合,而是形式理性的体现,那么如何从纷繁复杂的事物中进行抽象概念的把握和构造,完成由法律概念至法律原则、由法律原则到法律制度、再由法律制度到法律规范的逻辑推理过程,必须由经过专门训练、具备专业素质的人员来完成,这就决定了法典的制定工作只能以法学家为主来进行。萨维尼曾把法律的发展分为三个阶段:第一阶段是自然法或习惯法,存在于民族的共同意识之中;第二阶段是学术法,通过法学家的意识而体现出来,具有双重性,即它既是民族生活的一部分,又是法学家的一门特殊科学;第三阶段是法典编纂。^③可见在萨维尼那里,学术

① [意]桑德罗·斯奇巴尼:《法典化及其立法手段》,丁玫译,载《中外法学》2002年第1期。

② 同上。

③ 王哲:《西方政治法律学说史》,北京大学出版社1998年版,第410页。