

民商法文库

吴汉东 总纂

中国知识产权 法典化研究

曹新明 著

中国政法大学出版社

中国知识产权 法典化研究

曹新明 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国知识产权法典化研究/曹新明著. —北京:中国政法大学出版社, 2005.4

(民商法文库)

ISBN 7-5620-2740-4

I. 中... II. 曹... III. 知识产权法-法典-研究-中国 IV. D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 036654 号

* * * * *

- 书 名 中国知识产权法典化研究
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 17.5
字 数 405 千字
版 本 2005 年 5 月第 1 版 2005 年 5 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2740-4/D·2700
定 价 36.00 元
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)
电子信箱 z5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

- 声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

总 序

法律是由一系列制度规则组成的逻辑严密的自足体系，它通过国家强制力确认人们在社会生活中的角色和地位，借以定纷止争，调整社会关系，使社会秩序达到法治的理想境界。故法谚云：有社会之处必有法（ubi societas ibi ius）。法律是社会关系的调节器。而法学在近世亦成为显学，私法又成为整个法学的精髓。欲治法学必先治私法，私法在法学体系中具有母法的地位，其他部门法均是从不同角度对民事法律关系进行的充实完善或纠偏。不仅如此，作为规范私人生活的基本法律，私法与人类生活联系最为密切，关涉衣、食、住、行等日常生活的方方面面，堪称生活的百科全书；私法规范还明确规定了市场准入规则、市场交易规则、市场竞争规则、市场退出规则等经济规则，以法律的形式保障经济生活条件，促进经济发展；而贯穿私法始终的自由平等、公平正义理念以及尊重人、关怀人、以人为本的人文传统更是人类社会文明的重要体现。私法在社会生活中地位如此显赫，依靠的并非是强权的理性而是理性的强权。

从人类的历史长河来看，社会生活的法律化也是始于私法，早在两千多年前，智慧的罗马人就开始琢磨关于公平正义的各种

2 总 序

规则，创造了倍受各国推崇的简单商品经济的世界性法律，并发展出一套相当完善的私法体系与私法理念。虽然在中世纪，私法曾遭受到封建神权和专制王权的双重压迫，沦为神权与王权膝下的婢女，但随着罗马法的复兴及自然法思想衍生的私权观念的勃兴，为捍卫私权而进行的斗争也从来就没有停止过。降至近代，中西欧各国继受罗马法先后制定了内容形式更臻完善的私法制度，私法在市民社会中基础性地位最终得以确立，私法规范亦成为世俗社会秩序的基础本身。在我国古代社会，法律的社会作用遭到轻视，礼治与人治代替法治，追求道德正义和法律非规范化的古代法律徒具形式意义，其实质为伦理法，且重刑轻民，私权观念十分薄弱，私法的发展命途多舛。直至 20 世纪初叶，随着西学东渐，现代理性主义的私法观念才在我国生根发芽。建国以后，特别自 20 世纪 80 年代以来，经过几代学人的不断努力，我国私法学界成果丰硕，英才辈出，大量茹古涵今、体大思微、慎思明辨的著作层出不穷，令人振奋。

私法理论博大精深，义理精微，常令学者产生穷白首而不能尽一感的感慨。私法理论的推进与发展离不开深层次的理论探讨和学说创新，离不开一批批法律学人的不断努力。中南财经政法大学汇集了一批勤勤恳恳、兢兢业业在私法领域辛勤耕耘的专家学者，为了广泛吸收借鉴国外先进立法经验，把握私法理论的发展趋势，解决司法实践中的实际问题，提升私法理论的研究水平，我们已创办了《私法研究》刊物，开通了“中国私法网”([http://www. privatelaw. com. cn](http://www.privatelaw.com.cn))，现又推出《私法研究文

库》系列丛书。该丛书将收录我校学者的重点学术专著和优秀博士学位论文，并计划每年出版四至六册。我们希望以《私法研究文库》作为思想传播的媒介，学术交流的窗口，对话互动的平台，并在此基础上形成自由平等的学术氛围，建立自察自省的学术共同体，通过严肃认真的学术讨论和学术批评，推动私法研究的理论创新。

该丛书收录论文著作若干，就私法领域而言，仅为沧海一粟。庙廊之才，非一木之枝，希望能与学界同仁相濡相闻，砥砺共进。

是为序。



2003 年 6 月

内 容 简 介

本文以 WIPO 和 WTO 为研究平台，以法国和菲律宾的知识产权法典为范例，以我国现行知识产权单行法为基础，以我国经济发展现状和国情为支点，以多维度和多视角为研究方法，以编纂中国知识产权法典为中心，以提高中国知识产权保护水平为目标，从八个方面展开研究。

首先，以我国正在进行的第四次《民法典》编纂为切入点，以外国经典民法典范例和本国的主导学说为基础，就知识产权法与民事基本法的交互关系进行了梳理，提炼出两者关系的“分离交融”四种连接模式，展示了一幅清晰的连接关系图，并采用比较分析与实证分析法论证了以“链接方式”将知识产权与民事基本法（《民法典》）连接为最具有效益的选择。紧接着围绕知识产权制度的表现形式进行逻辑论证，用历史研究和归纳论证方式阐释了制度变迁对知识产权制度模式选择的决定性影响，充分肯定了在市场经济、知识经济和经济全球化、一体化时代，知识产权法典是一种首选，法国和菲律宾作了率先垂范。根据我国经济发展现状和知识产权单行法实际情况，分析了我国知识产权法典化的目标取向为“五化”：化虚为实，使虚在之法实在

2 内 容 简 介

化；积零为整，使知识产权法系统化；内外兼顾，使知识产权国际化和本土化；与时俱进，使知识产权法现代化；和谐均衡，使知识产权法协调化。目标确立后，便以法律经济方法和实证研究方法对知识产权法典化进行了经济分析和实效分析，同时对与知识产权法典化有关的问题进行了辩证分析。完成这些基本研究后，最后就知识产权法典之范式进行了比较研究和选择，并以此为基础，草拟了一部《知识产权法典》。

本著作对❶知识产权法典编纂与知识产权法典化的理念；❷知识产权法与民事基本法的交互关系；❸知识产权法典化的目标取向；❹知识产权法典的范式选择等学术难题的解决有很重要的借鉴意义。

21 世纪将是知识产权法典化的世纪

——以为《中国知识产权法典化》序

在璀璨的历史长河中，真正能天长地久的是作品；在浩瀚的作品海洋中，真正能万古常青的是智慧；在经典的智慧宝库中，真正与日月齐辉的是思想。当你将其思想、智慧、观点、见解等以作品要素织造成一部宏篇巨著抑或精悍小文呈现于世时，无论是收获赞誉还是饱受斥责，终归是让公众将他们的目光投向了
你，使你成为某个瞬间的聚焦对象，因此而酣畅爽然。然而，要
达此目的，既需恒心与毅力共舞，亦需灵气与运气同行。另一方面，著述立说也是一件苦差，往往历经“十年寒窗苦，数载板凳凉”，也未必能有建树，说不定只是为社会制造了一堆文字粪土，既可能污染读者的视觉，也可能污染受众的精神，其归属为垃圾箱而已。当今时下，甘耐清苦与寂寞，矢志于学海耕耘者，实属不易，本书作者则属于其中之一。

自 20 世纪 60 年代以来，第三次民事立法浪潮于欧洲兴起，现正处于峰高浪急之际，并已波及世界各地；本世纪初，我国的最高立法机关顺应这股潮流，正式将《民法典》的编纂工作提

2 21 世纪将是知识产权法典化的世纪

到了立法日程，并于 2002 年 12 月中旬对《民法典》草案进行了第一次审议。因此，可以预测，在未来几年内，完成《民法典》的编纂将是立法者的头等大事。这股新民事立法浪潮所拍击的不只是《民法典》之堤岸，而且还有与之密不可分的知识产权法律制度。当今国际上，法国和菲律宾率先对其知识产权制度进行了整合与重构，相继于 1992 年和 1997 年完成了知识产权法典的编纂，为知识产权法典化的理论研究和立法实践树立了范例。其他国家虽然所采用的仍然是知识产权单行法模式，但随着知识产权近几年在国际经贸领域所地位的日益提高，对国家综合竞争力影响的愈加强盛，美国于 2001 年发表《21 世纪战略计划》（知识产权战略是其中的重要内容）、日本于 2002 年提出“知识产权立国”战略并积极加以实施。此间，我国在知识产权方面发生了一系列重大变化：不仅建立知识产权制度，而且对它们进行了修改完善；2001 年 12 月 11 日，我国正式成为 WTO 成员，《知识产权协议》开始对我国生效。如此诸多的因素诱引着作者对中国知识产权法典化进行研究。正是在这样的背景下，作者以其敏锐的学术眼光，拟定《中国知识产权法典化研究》为其博士论文选题。作为他的导师，我认为该选题不仅可为，而且大有可为。作者经过不懈努力，充分、合理地利用其作为国家公派高级访问学者赴美访问的时间，精心创作了《中国知识产权法典化研究》一书。

我认为，《中国知识产权法典化研究》是一部难得的力作，取得了一些开拓性的研究成果。她不仅让我将携带已久的重负释

然，更让我看到了我国未来知识产权法典的希望。①该书明确地告诉我们，知识产权法典化是一个过程，是一个站在 WIPO 与 WTO 两大国际平台上审视我国现行知识产权法律体系利弊缺失的过程，而不是简单地强调编纂知识产权法典的急迫与重要；②该书以国外的经典范例和我国学术理论作支撑，首创性地将知识产权法律体系与民事基本法的关系提炼为“分离式”、“纳入式”、“糅合式”和“链接式”，并充分地论证了以“链接式”将知识产权法与民法典相连接的可行性、合理性和实效性；③该书以历史唯物主义和现实主义相结合的观点，精辟阐释了制度变迁与知识产权法律模式的关系，肯定了在建设社会主义法治国家的前提下进行知识产权法典化研究的必要性和重要性；④该书以严谨的逻辑推理方法，多视角、全方位、立体式地论证了知识产权法典化的价值目标为“化虚为实，使知识产权法实在化”、“积零为整，使知识产权法一体化”、“内外兼顾，使知识产权法国际化与本土化”、“与时俱进，使知识产权法现代化”以及“和谐均衡，使知识产权法协调化”；⑤该书对我国知识产权法典的范式进行了构架选择，并草拟了一部《知识产权法典》，为我国《知识产权法典》的编纂作了理论和实践准备。该书得到了知识产权专家刘春田、陶鑫良、陈传夫和朱雪忠等教授的高度评价。

这部作品充分展示了作者深厚的法学理论功底，填补了我国知识产权法典化研究的空白，是近年来的精品之作。作为本书作者的博士导师，我为有如此优秀的著作诞生而感到高兴。到目前

4 21 世纪将是知识产权法典化的世纪

为止，尽管还只有两部《知识产权法典》问世，但我相信 21 世纪将是知识产权法典化的世纪，本著作将因此而成为一个闪亮的开场序曲。我希望该书作者百尺竿头，为我国的知识产权法典化和法典编纂做出更辉煌的成绩。

吴汉东

2004 年 8 月

前 言

知识产权是私权，属于民事权利范畴，与物权、债权和人身权等民事权利相比，还非常年轻。到目前为止，知识产权学者一直在为建立一套属于知识产权自己的系统理论而努力，包括许多最基本的理论。例如，“知识产权”是该学科的基本概念，其内涵、外延和客体等看似非常简单的问题，但直到现在也未找到令人满意的答案。随着知识产权保护的快速发展，情形变得愈来愈复杂。

尽管如此，知识产权的特殊地位和重要作用，在国际国内都得到了普遍的承认。在国际层面，1967年缔结的《建立世界知识产权组织公约》^{〔1〕} 为一个重要标志；《知识产权协议》^{〔2〕} 成为了世界贸易组织的三大支柱之一，受到了国际社会的普遍关

〔1〕 截止到2003年底，WIPO已有成员国179个。资料来源于：<http://www.wipo.int/about-wipo/en/members/index.html>。

〔2〕 世界贸易组织（World Trade Organization——WTO）成立于1995年1月1日，是最年轻的国际组织之一，其前身是成立于1948年的《关税及贸易总协定》（General Agreement on Tariffs and Trade——GATT）。截止到2003年4月，其成员已达140多个。资料来源于：http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm。

2 前 言

注,则是另一个更为重要的标志。在国内层面,知识产权对经济、文化、社会的繁荣与发展所具有的杠杆作用基本达成共识,其具体表征有:①从立法角度看,知识产权法的“立、改、废”工程日益频繁,相应的法律规范,不仅数量渐多,而且质量越高,除商业秘密等少数法律规范尚在酝酿未完成之外,知识产权保护其他应有之法已基本制定齐备;②从执法角度看,经过适当调整、改革之后,知识产权执法逐渐走向规范,力度愈益增强,尤其是中级以上法院差不多都设有民事审判第三庭,专门负责审理知识产权民事案件;③从法学教育角度看,教育部规定的高等院校法学专业十四门重点核心课程中,知识产权法学是惟一的一门三级学科课程(法学-民事法学-知识产权法学),其余的十三门均为二级学科课程;另一方面,我国现有高等院校中从事知识产权法学教育的有校、院、系,且数量多达三百余所,教学层次有本科、第二学士、硕士和博士等全套结构;④从实务角度看,越来越多的公司企业设立了专门从事知识产权保护战略研究和实务的工作机构,为提升其综合竞争力打下了良好的基础。

众所周知,知识产权理论博大精深,实务运作千头万绪,仿佛一座精湛与微妙的迷宫。我以《中国知识产权法典化研究》作博士论文,缘由如此:

1. 自新中国成立以来,我国曾于上个世纪的50年代、60年代和80年代三次进行过民法典编纂工作,皆因条件未成就,终归流产。进入21世纪后,民法典的编纂再次提上议事日程,并于2002年12月将《民法典草案》提交全国人大常委会讨论。

尽管该草案具体内容受到的批评多于赞赏,但其意义则是得到了几乎一致的肯定。民法典编纂是一项浩瀚工程,涉及到无以数计的理论与现实问题,其原因在于民法典是一部直接关系到全体市民权利的基本法,是一部市民权利宣言书。在此诸多的理论与现实问题中,知识产权与民法典的关系,不仅引起了知识产权学者的浓厚兴趣,而且也引起了民法学者的深切关注。由于关注者众,因此见解良多,其中最主要的有:①将知识产权整体纳入民法典,与物权、债权、侵权行为和人身权等并列,作为民法典中的一个独立编;②民法典仅对知识产权作概括性规定,然后制定单独的知识产权法典;③民法典仅对知识产权作概括性规定,并维持现有知识产权单行法模式不变。从国际范围来看,此三种模式都有范例,而且各自都有其优劣与缺憾。

2. 我国现行知识产权单行法模式,始创于20世纪70年代末80年代初,^[1]成型于80年代末90年代初,^[2]完善于90年

[1] 1982年8月23日,第五届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过的《中华人民共和国商标法》,1984年3月12日,第六届全国人民代表大会常务委员会第四次会议通过的《中华人民共和国专利法》等,作为我国现行知识产权法律体系始创的标志。

[2] 1990年9月7日,第七届全国人民代表大会常务委员会通过了《中华人民共和国著作权法》,并于1992年9月4日第七届全国人民代表大会常务委员会第二十七次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国专利法〉的决定》,对《专利法》作了第一次修正;1993年2月22日,第七届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国商标法〉的决定》,对《商标法》作了第一次修正;1993年通过了《中华人民共和国反不正当竞争法》。至此,我国知识产权法律体系基本成型。

代末至现在。^{〔1〕}从某种意义上说,知识产权单行法的制定和完善,是我国知识产权制度一步一个脚印前进的真实写照。这些脚印既刻下了我们向繁荣富强迈进的决心,同时也刻下了我们前进的艰辛。在当时的历史条件下,知识产权法典的编纂,不仅不可为,甚至连想都不敢想。然而,随着我国经济、法制和文化事业的发展,知识产权单行法的弊端显得越来越突出,导致了知识产权民事案件的审期过长、成本过巨、效率过低、管理过滥的许多不合理现象。另一方面,知识产权各单行法不仅使内部法律关系难于协调,而且与其他相关法律体系之间的关系也变得非常复杂。在知识产权法学的教学过程中,由于知识产权法各组成部分总是以自成一体的形式出现,导致学生难以对知识产权形成整体概念,从而错误地认为知识产权法学是一门高深莫测之学,或称玄学。^{〔2〕}进行知识产权法典化,对现有的单行法进行整合,使之完整化、一体化,上述诸问题有望得到解决。

3. 2001年12月11日,我国正式加入世界贸易组织,成为

〔1〕 根据我国的实际情况和Trips协议的要求,2000年8月25日,全国人大常委会对《专利法》作了第二次修正,2001年10月27日,对《商标法》作了第二次修正,对《著作权法》作了第一次修正。此外,我国还分别于1997年10月1日和2001年10月1日开始实施《植物新品种保护条例》、《集成电路布图设计保护条例》。这是我国知识产权法律体系基本完善的标志。

〔2〕 2003年11月至2004年4月,我在美国密西根州立大学的College of Law进行了为期6个月的高级访问。在此期间,我的合作伙伴是Peter Yu教授。Peter Yu教授是华人(香港),很早就到美国求学,并在美国从事法学教育,其所研究的领域是知识产权国际保护与信息法,在知识产权领域颇有造诣。在他的课堂上,我不仅听了他美妙的授课,而且还与他的学生进行了交谈。通过交谈,我了解到,美国学知识产权法的学生对知识产权的整个印象也很差。

它的第一百四十三三个成员。WTO 由货物贸易、服务贸易和知识产权协议三个部分组成。如果将 WTO 比作一个贸易平台,各成员比作在该平台上的游戏者,那么,货物贸易、服务贸易和知识产权协议就是该平台的三大支柱。换言之,知识产权保护是各成员必须履行的义务,而且其保护标准不得低于《知识产权协议》。该《协议》与其他知识产权国际条约不同:以往的条约所保护的对象仅仅是知识产权中的某一类或几类权利,^[1]而该《协议》对与贸易有关的七类权利提供了保护。^[2]因此,有人将《知识产权协议》比作国际知识产权法典。^[3]另外,1992 年法国编纂了世界上第一部《知识产权法典》;紧随其后,菲律宾于 1997 年完成了《知识产权法典》的编纂,并于 1998 年 1 月 1 日实施。在我国,不仅编纂《知识产权法典》的呼声很高,而且积极进行着理论准备工作。在这样的情况下,进行知识产权法

-
- [1] 1883 年 3 月 20 日在法国首都巴黎缔结的《保护工业产权巴黎公约》相对其他知识产权国际保护条约而言,其保护范围宽一些,包括专利权、商标权、商号权、服务标记、驰名商标、原产地名称等,但这些对象同属于工业产权,仍然不如《知识产权协议》所保护的范围宽阔。
- [2] 《知识产权协议》保护的对象包括:版权与相关权、工业品外观设计权、商标权、地理标志权、集成电路布图设计权、发明专利权和未披露信息。参见《知识产权协议》第二部分的规定。
- [3] 傅钢:“知识产权法典化的可行性分析”,资料来源于中国知识产权网 <http://www.cnipr.com>。该文指出:“世界贸易组织(WTO)1994 年缔结的《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS 协议)也第一次将发明、实用新型、外观设计、作品、计算机程序、数据库、商标、地理标志、未披露信息(商业秘密)、集成电路布图设计、植物新品种等大部分知识产权保护对象,集中在一部国际条约中进行规范,相当于一部法典化的国际条约。”