



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

作者授权 本网首发

更多 ▲

特聘专家

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十年
周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

知识经济社会里的知识产权

——中国“入世”、知识经济、与我们面临的三个层面问题

郑成思

阅读次数: 4235

使用大字体察看本文

中国“入世”前后,立法、司法、行政机关乃至许多企业都忙很了一阵,有的还会再忙相当一段时期,以修改、废止与世贸组织的要求相冲突的法律、法规、规章乃至司法解释等等,企业则不断研究着对策。法学研究与“入世”似乎还没有这样直接的关系。不过“入世”对立法、司法、法学研究(包括立法及司法解释过程中不可缺少的法学研究)的影响的长度及深度,可能将超过上述国家机关与企业。因为法学研究不能停留在了解和解释修改、废止与世贸组织的要求相冲突的法律、法规、规章及司法解释上,这仅仅是第一层面的东西。中国知识产权的几部主要法律都在“入世”前夕作了较大修改,目的也正是解决这第一层面的问题。由于对这三法进行修改(以及其他许多法律的修改),大都是因为“入世”谈判中其他成员提出我们的法律与世贸相关条文的明显差距(或者叫“不接轨”之处),以及因为我们自己发现了我们的法律与世贸相关条文的不接轨之处,所以我认为对应当深入下去的法学研究来说,这些只是第一层面的问题。

“入世”对立法、司法及法学研究提出的第二层面问题又是什么呢?

有些重大的理论问题如果不解决就会影响到我们的立法,会影响到我们的司法实践。大家知道,大陆法系和英美法系这两个法系传统上有不同的理论、不同的法律制度,甚至法律用语也不同,这种差异在历史上一直延续了很久。但是从20世纪80年代之后,国际上出现了一种经济全球化的趋势,包括知识产权保护在内的商事法律制度也是如此。经济的全球化以及知识产权法律制度以及其他一些民商事法律制度的趋同化,已经使得英美法系和大陆法系中许多过去不相容的制度逐渐趋于一致。世界贸易组织的各个协议实际上就是这两个具有不同法律传统的法系相互融合而趋于一致的结果。在这种背景下,如果我们的研究仍旧盯在过去的大陆法系,特别是盯在也是从欧洲大陆法系国家舶来的我国台湾和日本法律,我们就会自己给自己造成一个误区,甚至停留在上世纪八十年代之前。我们加入WTO可以说给我国带来了一种全新的法律体系,我们作为立法者和司法者,我们的思想也应该有所更新。

这里仅商业秘密为例作一些说明。大陆法系国家的立法过去把物权和债权分得很清楚,但两者有时是很难分清楚的,有时是可以相互替换的,有时则是会互相转化的。这在大陆法系的过去的法学理论中是完全不能接受的,但是现在则已经接受,原因是TRIPS协议已经把它们融合起来了。上世纪八十年代初,德国一位律师在其著作中将商业秘密定义为不属于知识产权的技术秘密,即把它从知识产权排除出去了。当时的美国有些州也有类似的看法,认为商业秘密只是合同法或侵权法(也就是大陆法系中的债权法)规范的内容。依据这些法产生的权利只是一种对人权,只对某一个或几个的特定对象有效力,不是对世权。换

句话说，商业秘密既不是大陆法系理论中的物权，也不是英美法系理论中的财产权，而是一种依合同或侵权行为而产生的债权。但是，世贸组织已经把它作为七项知识产权中的一项放在与贸易有关的知识产权协议里。这就表明，商业秘密已经无可争辩地变成大陆法系中的权利物权，或者英美法系中的无形财产权，商业秘密权已经成为一种对世权，不再是对人权了。对于两大法系国家来说，商业秘密的权利属性经历了从债权到物权的转变过程。从美国的判例法来看，这种变化是非常清晰的。在上世纪七十年代末以前，美国的法院几乎没有任何争论地认为商业秘密仅仅是对人权，而不是财产权（对世权）。这种认识在法院审理有关杜邦公司诉克里斯托夫的案件时产生了较大的争议，这个案件的判决导致了后来美国的“反不正当竞争法重述”的改变，有关的立法也改变了。这个案件的判决说得很清楚，如果只把商业秘密作为一种因合同产生的权利或因侵权法产生的权利来保护，在有的情况下就没有办法保护。

其实，类似这种的法学理论上的突破早就有过。过去我说过服务有时也是财产。当然，我讲的财产不是我国有些民法学者所谓物权与债权之上位概念的财产，而是说它有时候具有物权的性质，能够产生对世权。这个话也不是我杜撰出来的。早在19世纪，英国就有这样的判例。这个判例说的是有一个剧院曾经雇了一个名演员演出，并签了合同，合同约定他在这段时间就不能到别的地方演出了，这样，该剧院的票就可以买高价了。但是，另一个剧院用更高的工资把这个演员挖过去了，这个演员同时在两个剧院演出。这时候原来的剧院因票卖不出高价而起诉到法院。法院说，剧院可以依照合同告演员，但是这样的话就捞不回失去的东西。另一个选择是告后一个剧院的老板，但他们之间没有合同怎么告。法院的解释是，演员提供给剧院的服务在有些情况下是对世权。这个案例出现在英国学者劳森的《财产法》当中，但有的认为这是妨害或侵害债权的案例，倒是最高法院的法官孔祥俊博士翻译该书时讲清楚了，说这时服务已经成为对世权了。这是债权转换成物权的第一个案例。第二个才是美国的杜邦公司的那个案例。当然，到了世界贸易组织成立，这个转换过程结束了，虽然在理论上有些人仍然认为商业秘密不是一种对世权，但现在在实践中则没有什么可争论的了。

不仅物权和债权可以互相转换，而且物权请求与债权请求也可以相互替换，现在实践中已经习以为常了。只是在一般民法学家看来，民事诉讼中的两种诉求是必须分清楚的，一是主张物权之诉，另一是主张债权之诉。主张物权之诉无需被诉人存在任何过错，而主张债权之诉一般必须有过错。实际上，我国过去的司法实践、司法解释和行政管理里已经打破过这种认识。比如，最高人民法院参照多年前国家科委的有关规章起草的合同法技术合同分则的司法解释里有这样的规定：如果第三人通过合同善意地取得了某人的商业秘密，该第三人有权继续使用，但需要向权利人支付报酬。就是说，以赔偿代替了禁令。这也就是把人家的物权诉求去掉了，而代之以债权之诉。无论它取得的报酬是什么，是不当得利也好，是侵权所得也好，都得给人家。但是，禁令则不同，禁令是与物权之诉相对应的。要保护财产权首先是要求有禁令，而禁令则不管是否有主观过错。善意的第三者一般是没有过错的，没有过错反倒要人家赔偿，让人家承担债权之诉而不是物权之诉，按照民法的逻辑似乎是讲不通的。但实际上我们就是这么做的，也是合理的。这就是物权之诉和债权之诉的相互替换的体现。

讲到世贸组织的知识产权协议，还有一个条款大家应该注意，那就是第62条第5款。在世贸组织也好，在其他国家也好，知识产权并不全都是投入智力劳动后就自动能依法产生权利。除美国等极少数国家外（美国的专利法实行“发明在先”原则），至少专利权和商标权在大多数国家必须经过行政批准后才产生相应的权利。在WTO知识产权协议里地理标志也要经过行政批准。这种依行政批准或注册而产生的权利就比较特殊，在诉讼中就会产生比较特殊的问题。知识产权侵权诉讼的原告一般说是权利人，被告一般是侵权人或者被指控侵权的人。对于专利、商标或地理标志这些依行政批准或注册而产生效力的知识产权来说（版权是自动产生的权利，产生类似问题的情况比较少），被控侵权的被告在多数情况下并不作自己没有侵权的辩解，而是会主张权利人的权利无效，从而达到认定自己不存在侵权行为的目的。这个时候，侵权之诉就转变成为确权之诉，并与确权之诉交织在一起。

有的知识产权存在一部分模糊区，特别是专利和商标更是如此。无论是行政裁决，还是司法裁决，说权利存在或不存在，或者说侵权或不侵权有时候都可能不为错。这样的话，不同的机关，甚至同一个法院里的不同的审判庭或不同的法官作出的裁决就会大相径庭。知识产权诉讼，或者至少是侵权诉讼中反诉知识产权无效的案件还是由原审侵权的审判庭一直审下来，不要把它中断或中间交给其他庭来审理为好。虽然专利权和商标权的效力是由行政审批机关确定，但针对这一确权决定的诉讼与一般行政诉讼毕竟不是一个领域的问题。这里也就涉及对WTO知识产权协议第62条第5款的理解的问题，即：知识产权确权诉讼不同于一般的行政诉讼，不能理解为一般的民告官，他要确定自己的某一项权利。因此，为了保持涉及知识产权侵权和确权两个问题的诉讼的一致性，特别是专利权和商标权涉及原先行政审查机关裁决的问题，应由同一个法庭来审理这两个问题，以尽量避免出现同一法院不同法庭相互矛盾的裁与判。

与行政庭、民三庭机械分工相联系的又一个问题是：2000年修正后的《专利法》第57条与2001年修正后的《商标法》第53条都有相同的规定，即侵权认定可由行政机关作裁决；而同样的行政机关却仅仅有权对侵权赔偿额作调解，只有法院才有权确定侵权赔偿额。于是知识产权侵权纠纷的当事人如果对行政裁决

不满，则必须去同一法院的行政庭与民三庭分别起诉——在行政庭请求撤销行政裁决，在民三庭请求赔偿。这样一是对当事人极为不便，二是非常可能出现一庭认定不侵权而另一庭则确定了侵权赔偿额的冲突判决。这对知识产权的有效保护也是极为不利的。

我们对世贸组织协议条文再作进一步研究，可以暴露出我们过去研究成果中的一些有待深入的问题，所以我把这当作第二层面。如果不限与研究世贸组织协议的具体条文，而从宏观上对世协议的产生与发展趋势再作一些研究，我们才有可能接触到第三层面。

第三个层面的问题则是：我们的立法、司法与研究怎样才能在总体上不落后？

在中国“入世”前后，关于如何转变政府职能、关于如何修改与世贸组织的要求有差距的国内法、关于如何使行政裁决均能受到司法审查，等等，人们关心得较多，报刊上讲得较多，立法与行政机关围绕这些问题采取的相应措施也较多。应当说，这都是对的，都是使“入世”后的中国市场能够在世贸组织要求的法律框架中参加进国际市场的运行所必需的。

作为立法机关，以及为立法机关的法律起草而从事立法研究的人们，恐怕就不能停止在仅仅关注上述第一层面乃至第二层面问题上了。

仅以有形商品贸易为支柱的原“关贸总协定”演化成“世界贸易组织”，最明显的变化就是增加了服务贸易与知识产权保护两根支柱。这种变化的实质究竟是什么？如何在立法方面跟上这种变化？这些更重要的问题，却不是所有应当思考它们的人都在思考。

与中国争取“入世”的进程几乎同步的，是“知识经济”、“信息网络化”等等越来越被人们提起和关注的问题。这些，与上述国际贸易活动及规范的发展趋势又有什么内在联系，也不是所有应当思考它们的人们都在思考。

这样看来，我们与发展着的世界贸易法律规范之间的差距还有可能拉大。原因是我们对现象已有了足够的重视并采取了相应的措施，对实质却还缺乏思考，更不消说深入研究了。

我们如果认真分析一下，就不难看到：

第一，世贸组织时代与“关贸总协定”时代相比，无体财产的重要性大大提高了；从而规范无体的服务、无形的知识产权的国际规则显得十分重要了。

第二，从两个方面看，可以说是“知识产权保护”在今天是世界贸易组织的三根支柱中起最重要作用的。

一方面，在商品贸易与服务贸易两项内容中，实际上也充满了知识产权保护问题。

就商品贸易而言，一切来自合法渠道的商品，都有自身商标的保护问题。商品的包装、装潢设计、促销商品的广告（包括广告画、广告词、广告影视等）都有版权保护问题。销售渠道较畅通的新商品，一般都有专利或商业秘密的含量作支撑。来自非法渠道的商品则大都有假冒商标及盗版等问题。在服务贸易中，服务商标的保护及为提供服务所作广告的版权问题，与商品贸易是相同的。不同的是：在跨境服务中，特别是在计算机网络服务中，一个企业在本国作广告，可能侵害外国企业在外国享有的商标权。因为网络的特点是跨国界传播。商标权的特点却是地域性。版权及专利领域也会出现类似的纠纷。这种特别的侵权纠纷，在有形货物买卖中是不可能出现的。

另一方面，从世界正在向知识经济发展的方向看，知识产权保护的作用也应当是居首位的。

发达国家在20世纪末之前的一、二百年中，以其传统民事法律中物权法（即有形财产法）与货物买卖合同法为重点。原因是在工业经济中，机器、土地、房产等有形资产的投入起关键作用。20世纪八、九十年代以来，与知识经济的发展相适应，发达国家及一批发展中国家（如新加坡、菲律宾、印度等等），在民事立法领域，逐步转变为以知识产权法、电子商务法为重点。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。原因是：在知识经济中，专利发明、商业秘密、不断更新的计算机程序等无形资产在起关键作用。随着生产方式的变动，上层建筑中的立法重点的必然变更。一批尚未走完工业经济进程的发展中国家，已经意识到在当代，仍旧靠“出大力、流大汗”，仍旧把注意力盯在有形资产的积累上，其经济实力将永远赶不上发达国家。必须以无形资产的积累（其中主要指“自主知识产权”的开发）促进有形资产的积累，才有可能赶上发达国家。这也不是说人类可以不再依赖有形财产去生存，只是说有形财产

的积累和有形市场的发展，在当代要靠无形财产的积累和无形市场的发展去推动。

美国从1996年开始，版权产业中的核心产业（即软件业、影视业等等）的产品出口额，已经超过了农业、机器制造业（即飞机制造、汽车制造等等）的产品出口额。美国知识产权协会把这当作美国已进入“知识经济”发展时期的重要标志。我国从2000年起，信息产业已经成为第一支柱产业。

中国在生产力的发展上，已经提出必须“以信息化促工业化”。但是，围绕着社会主义市场经济的发展，我们的立法、司法以及相应的法学研究至今依然几乎是把全力放在有形财产与有形市场的规范上，而这与生产力领域的“信息化促工业化”已经不相适应，当然也跟不上世贸组织出现后所展示的发展趋势了。

我感到，这才是中国“入世”后，中国的知识产权权利人、产业界、立法者面临的真正挑战，是我们应当认真思考和深入研究的。

（第二届世界知识产权组织创造力与发明国际论坛 2002-07-09）

相关文章：

[《合同法》与知识产权法的相互作用](#)

[学术小传](#)

[国际知识产权保护和我国面临的挑战与机遇](#)

[知识产权法律制度](#)

[知识产权制度保护谁？](#)

[有形资产积累要靠无形知识产权推动](#)

[析网上盗版者非法牟利的新托辞](#)

[中国知识产权保护现状如何定位](#)

[民族复兴需要牵动知识产权这个牛鼻子](#)

[中国的知识产权保护远远不够](#)

[更多>>](#)

网络版权：中国法学网www.iolaw.org.cn “学者专栏”

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720

[RSS](#)