

# 国际变革大势与中国发展 大局中的知识产权制度

吴汉东\*

---

**内容提要：**经济全球化与知识革命的出现给知识产权制度带来了深刻的影响。现代各国的知识产权制度建设，在复杂的国际背景中表现出了鲜明的时代特征，既有促进经济与社会发展的战略政策考量，也有追求法律规范体系化的理性制度安排。中国知识产权制度应立足本土，因循国际变化和时代潮流，步入国际化、现代化、战略化与法典化的发展道路。

**关键词：**知识产权制度 国际化 现代化 战略化 法典化

---

## 导 言

知识产权是当今国际社会关注的焦点问题，也是知识经济时代的主要制度基础。在国际上，随着各国间交往在经济、科技、文化领域的广泛展开，知识产权保护成为一个具有普遍约束力的游戏规则。世界贸易组织《知识产权协定》(TRIPs)的生效，使知识产权从智力创造领域直接融入国际经贸领域，并标志着知识产权制度进入统一标准的新阶段。尽管《知识产权协定》已经通过并实施，且被认为是“20世纪最重要的知识产权协定”，但它同时也是“最受争议的国际公约”。〔1〕进入后TRIPs时代的东西方国家，基于各自的立场，对于知识产权利益的协调与分享提出了新的要求；而当代“知识革命”的出现，使得法律领域发生了重要变化，其中影响最深、冲击最烈，首推知识产权法。“新的国家创造的财产权是智力的而不是物质的”，新技术、新知识引发了知识产权扩张的“第二次圈地运动”。〔2〕对此，各国立法者不得不“修纲变法”，以回应“知识革命”对知识产权的新挑战。与此同时，伴随着第二次民事立法浪潮，知识产权体系化、法典化活动也初见端倪。知识产权作为一种新问题、新关系、新制度受到立法者的高度重视，一些国家或编入民法典，或编撰专门法典，试图在知识产权法律体系化方面作出新的努力。面对上述经济、技术、法律的新发展，自上个世纪末以来，发达国家以及新型的工业化国家在其知识产权政策

---

\* 中南财经政法大学知识产权研究中心教授。

本文系作者主持的教育部人文社会科学重大攻关项目(04JZD0016)“知识产权制度变革与发展研究”之最终成果的导言。

〔1〕 Peter Drahos and John Braithwaite, *Economics, Politics, Law and Health: Intellectual Property, Corporate Strategy, Globalisation; TRIPS in Context*, 20 Wis. Int'l L. J. 452.

〔2〕 Jame Boyle, *The Public Domain: The Second Enclosure Movement and Construction of the Public Domain*, 66 Law & Contemp. Prob. 38.

中,竞相确定了符合本国实际和服务国家利益的战略目标。在国家层面上,知识产权既是授予私人的“经济特权”,更是实现“更大的公共利益”这一政策目标的手段。<sup>[3]</sup>一些国家致力于运用知识产权制度维护其技术优势,保持其国际核心竞争力,在发展战略中进行了新的政策抉择。

笔者认为,以一种全局性、战略性、前瞻性的思维方法,解读知识产权制度国际化趋势中的重大问题,分析知识产权制度现代化进程中的立法设计,探讨本国知识产权制度战略化的政策选择和知识产权体系化的法典模式,从而把握知识产权法发展变革的规律和趋势,对于作为传统发展中国家和正在建设创新型国家的中国而言,具有重要的现实意义。

## 一、全球趋势:知识产权制度的国际化

经济全球化的出现和新的国际贸易体制的形成,是20世纪下半叶世界经济的重要潮流。这一潮流深刻地影响到21世纪的格局。<sup>[4]</sup>在推动经济全球化进程方面,关贸总协定及世界贸易组织扮演着重要角色。与以往国际组织与国际公约不同,世界贸易组织及其《知识产权协定》将知识产权保护纳入国际贸易体制之中,知识产权制度一体化、国际化呈现出新的发展趋势。

知识产权法的国际化,寓意着知识产权保护的基本原则与标准范围的普适性。这一现象虽始自今日,但当代知识产权制度的国际化有着自己的显著特征:(1)以国际贸易体制为框架,推行高水平的知识产权保护。国际公约所规定的“最低保护标准”原则,其实质意义在于保证各缔约方关于知识产权保护标准的一致性,与知识产权保护水平的高低并无关联。和知识产权国际保护制度的草创阶段不同,以《知识产权协定》为核心的当代国际公约所确定的“最低保护标准”,体现了权利的高度扩张和权利的高水平保护,更多地顾及和参照了发达国家的要求和做法。质言之,现今的最低保护标准即立法一致性标准,在很多方面超越了发展中国家科技、经济和社会发展的阶段。应该看到,由于知识产权保护制度与国际经贸体制的一体化,国际上已经形成一种有效防止保护领域和保护程度下降的“棘齿机制”。<sup>[5]</sup>在这种情况下,发展中国家必须以承认高水平的知识产权保护规则为代价,来换取世界贸易组织提供的最惠国待遇。(2)以执行机制与争端解决机制为后盾,推行高效率的知识产权保护。以往的国际公约较少涉及知识产权的保护程序,尤其缺乏必要的执法措施和争端解决机制,以至于一些国际公约成为没有足够法律约束力的“软法”。<sup>[6]</sup>《知识产权协定》改变了以往注重协调的传统,首次将原本属于国内立法的知识产权保护的程序措施,转化为公约规定的国际规则,使它与实体规范一起成为各缔约方必须严格遵守的国际义务。这一变化,使以往难以实施的国际知识产权规则具备了一定的可操作性,有学者形象地称《知识产权协定》为知识产权保护“安上了WTO争端解决机制的牙齿”。<sup>[7]</sup>

自《知识产权协定》正式生效以来,知识产权国际保护制度进入了后TRIPs时代。TRIPs在各缔约方普遍实施而引起的利益失衡,TRIPs在实施过程中与国际人权的对抗冲突,传统资源保护所引发的知识产权制度的变革发展,是这一时期存在的主要问题。

第一,《知识产权协定》的制度缺陷及实施效果。该协定作为世界贸易组织的基本法律文件,

[3] 英国知识产权委员会:《知识产权与发展政策相结合委员会关于知识产权的报告》,第6页, [http://www.iprcommission.org/graphic/chinese\\_intro.htm](http://www.iprcommission.org/graphic/chinese_intro.htm), 最后访问时间为2007年7月20日。

[4] 许明主编:《关键时刻——当代中国亟待解决的27个问题》,中国福利会出版社2000年版,第11页。

[5] 参见蒙启红:《论知识产权国际保护的棘齿机制》,《经济理论研究》2007年第1期。

[6] 参见孙皓琛:《WTO与WIPO:TRIPS协议框架中的冲突性因素与合作契机之探讨》,《比较法研究》2002年第2期。

[7] Tuan N. Samahon, *TRIPS Copyright Dispute Settlement After the Transition and Moratorium: Nonviolation and Situation Complaints Against Developing Countries*, 31 Law & Pol'y Int'l Bus. 1055.

对知识产权国际保护作了新的制度安排，是迄今为止知识产权保护范围最广、保护标准最高的国际公约，堪称“知识产权保护的法典”。〔8〕但是在《知识产权协定》的制定及推行过程中也存在种种不足，争议的焦点即是其合理性和适当性问题。其一，一揽子协议立法模式没有解决东西方利益失衡问题。按照多边谈判方式的说法，一揽子协议立法模式为发达国家和发展中国家提供了一种各取所需、交换利益的场所与机会。在这种利益交换模式下，发展中国家因知识产权保护标准提高而导致进口知识产权的利益损失，可以被他们在世界贸易组织其他协议中所获取的利益所弥补。但在实际协商过程中，拥有较大市场份额的国家对决策有重要影响，他们可被称为实质上的决策制定者，而那些市场份额较小的国家只是决策接受者。〔9〕因此，在《知识产权协定》的谈判及签署过程中，发达国家的绝对主导地位是非常明显的，由此形成的规则显然不平等。正如有学者所指出的，《知识产权协定》是一种明显向发达国家倾斜的国际知识产权体制，其结果是发展中世界的智力产品搁在了公共领域，而发达世界的智力产品被紧紧掌握在私人公司手中。〔10〕

其二，《知识产权协定》的实体规则明显偏袒知识产权大国（发达国家），发展中国家实施协定存在诸多困难。2002年，总部设在英国的知识产权委员会发布研究报告，对协定不考虑不同国家经济环境和发展水平的差异而一概要求所有缔约方采用相同的知识产权保护标准提出了尖锐的批评。报告指出，适合于发达国家的知识产权保护标准可能给发展中国家带来的成本大大超过可能获得的利益，因为这些国家严重依赖含有其他国家知识产权的技术、知识产品来满足自身的基本需求和发展需要。〔11〕2003年，联合国发展计划委员会发布关于世界贸易体制的报告，对《知识产权协定》的适当性提出怀疑，呼吁发展中国家就替代性知识产权规则取代《知识产权协定》开始对话，在新条约出来之前，各国可修改有关协定的解释和执行方法。笔者认为，国际知识产权秩序是国际政治经济力量博弈的结果，尽管不能否认《知识产权协定》经国际立法程序而制定的合法性，但是没有理由将其神圣化，而应该理性地进行规范分析，努力推动制度完善。

第二，《知识产权协定》与国际人权的冲突。自进入后TRIPs时代以来，国际社会十分关注知识产权与基本人权的关系问题，从多哈会议通过的《知识产权协定与公共健康的宣言》，到坎昆会议前夕达成的关于该宣言第6段的实施决定，表明《知识产权协定》的法律框架在不断发展和完善，其推动力主要是知识产权与人权的冲突及其平衡。对《知识产权协定》实施过程中的人权问题的关注，首先来自于国际人权组织。2000年，联合国人权促进与保护小组委员会通过了《知识产权与人权》的决议，审查了《知识产权协定》对国际人权带来的影响，宣称“由于《知识产权协定》的履行没有充分反映所有人权的基本性质和整体性，包括人人享有获得科学进步及其产生利益的权利，享受卫生保健的权利、享受食物的权利和自我决策的权利，所以《知识产权协定》中的知识产权制度作为一方与另一方的国际人权法之间存在着明显的冲突”。〔12〕联合国经社理事会促进和保护人权大会也作出专题报告，指出知识产权与人权之间有着“现实存在的或可能存在的冲突”，“TRIPs所包含的知识产权措施与国际人权是冲突的”。〔13〕依照国际人权标准，知识产权国际保护制度存在明显或潜在的冲突，如表现自由与严格规制知识产权限制的冲突，隐

〔8〕 曹建明等：《世界贸易组织》，法律出版社1999年版，第312页。

〔9〕 参见〔美〕戴维·赫尔德、安东尼·麦克格鲁：《治理全球化：权力、权威与全球治理》，曹荣湘等译，社会科学文献出版社2004年版，第12页。

〔10〕 Anupam Chander & Madhavi Sunder, *The Romance of the Public Domain*, 92 Calif. L. Rev. 1348—1353.

〔11〕 参见刘笋：《知识产权国际造法新趋势》，《法学研究》2006年第3期。

〔12〕 UN Commission in Human Rights, *Intellectual Property and Human Rights*, 2000, E/CN.4/Sub.2/2000/7.

〔13〕 Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *Intellectual Property Rights*, Fifty-Second Session, agenda item 4, E/CN.4/Sub.2/2000.7.

私权与信息数据库权利扩张的冲突,等等。<sup>[14]</sup>以健康问题为焦点,相关国际组织开始了针对《知识产权协定》的软法造法活动。世界卫生组织及诸多非政府组织积极参与公共健康的维权活动,它们敦促国际社会关注《知识产权协定》的消极影响,重视健康和药品获取权;<sup>[15]</sup>鼓励各国尽可能利用《知识产权协定》的弹性条款和开放性条款,在协定的“总轮廓之内型塑权利和权力的结构”,“以满足缔约方政治的、社会的、经济的和其他改革目标”。<sup>[16]</sup>应该看到,国际人权组织以及其他国家组织对公共健康等人权问题的关注,尽管是一种批评与警示,或是一种“软法”造法活动,但是对后 TRIPs 时代国际知识产权制度的改革将会产生深远的影响。

第三,传统知识与知识产权制度变革。传统知识、遗传资源等新型财产权制度的出现,对国际知识产权制度的发展起到了巨大的推动作用。知识产权的保护范围从智力成果本身发展到智力成果的源泉,使发展中国家在知识产权资源的国际竞争中有可能改变其劣势地位。2000年,世界知识产权组织成立了“知识产权与遗传资源、传统知识和民间文学艺术”的政府间专门委员会,着手探索有利于现代知识产权制度的传统知识保护问题。对于这一问题,世界贸易组织也给予了高度重视。2001年多哈会议部长声明的第18—19条已将传统知识问题列为下一次多边谈判的议题。除此之外,在有关人权、文化、贸易、粮农、土著权利、劳工标准、可持续发展、土地、环境等问题的国际论坛上,诸如联合国教科文组织、联合国环境计划署、联合国粮农组织、联合国贸易与发展会议、联合国开发计划署、世界卫生组织、世界粮食计划署等国际机构对传统知识、遗传资源的保护问题也进行了广泛的讨论。<sup>[17]</sup>更为重要的是,国际社会对传统知识保护的制度安排进行了有益的探讨,发动了超越世界贸易组织体制的“软法”造法活动。其中,2001年联合国粮农组织“粮食和农业植物遗传资源委员会”大会通过的《粮食和农业植物遗传资源国际条约》与2005年联合国教科文组织大会通过的《保护和促进文化表现形式多样化公约》,即是针对《知识产权协定》的不足与缺憾而缔结的两个重要国际公约。对传统知识、遗传资源的保护,国际社会正在酝酿一种与“传统”信息及信息材料相关联并和文化与生物多样性目标相一致但与“现代”知识产权相区别的“传统资源权制度”。传统资源权是一种保护“传统知识”(即智力创造源泉)的新制度。这种财产权与现有的知识产权有关但又有区别,可采取专门管理(公法)与权利保护(私法)相结合的法律模式。<sup>[18]</sup>传统知识的保护既涉及一国自身利益的考量,又事关国际协调机制的运作,不仅反映了一种新的利益格局的形成,同时也昭示着后 TRIPs 时代知识产权国际保护制度的发展方向。

上述问题在知识产权制度的一体化进程中并没有得到解决,相反,这些问题的化解方式与结果决定着知识产权制度国际化的未来走向。从中国立场出发,应对国际知识产权制度变革大势,有如下几个问题值得关注:

一是知识产权制度国际化的必然性与偶然性。言其必然,即是知识产权国际立法是经济全球化和知识经济发展的内在要求,“国际贸易的知识化”与知识产权的国际化相联系而存在。言其偶然,是指由于知识产权客体的不确定性,其规则的制定较之其他法律易于受到操纵,因此知识产权国际立法产生的具体时间和具体结果并不是确定的。就相互关系而言,偶然性大大高于必然

[14] 参见吴汉东:《知识产权 vs. 人权:冲突、交叉与协调》,台湾《法令月刊》2003年8月号。

[15] Ellen't Hoen, *TRIPs, Pharmaceutical Patents, and Access to Essential Medicines: Along Way from Seattle to Doha*, 3 Chicago Journal of International Law 27.

[16] Shubba Ghosh, *Reflections on the Traditional Knowledge Debate*, 11 Cardozo J. Int'l and Comp. L. 501—502.

[17] 参见朱雪忠:《传统知识的法律保护初探》,《华中师范大学学报》(社科版)2004年第3期。

[18] 参见龙文:《论传统知识产权的实现形式》,载国家知识产权局法规司主编:《专利法研究》2004年卷,知识产权出版社2004年版。

性。德拉霍斯教授 (Peter Drahose) 认为, 知识产权的风险来自于市民社会 (私人) 对它的利用, 一旦其经济利益得到认识, 市民社会将迫使政府建立更加完善的知识产权制度, 并在全球范围内推广。<sup>[19]</sup> 正如斯言, 知识产权制度的国际化一直在发达国家利益集团的干预下演进, 其过程及结果具有很大的偶然性。发展中国家在经济相对落后和科技水平不高的情况下, 接受知识产权国际保护体系, 究竟是被动接受的无奈之举, 还是战略筹谋的合作博弈, 对此有相当的弹性空间。在经济全球化的潮流中, 发展中国家势必进入国际贸易体系和知识产权国际保护体制, 这是必然性使然; 但是在国际立法谈判中, 发展中国家如何利用知识产权国际协调机制谋求自身利益的最大化, 则存在偶然性。

二是知识产权国际立法机制的主导性与多元化。应该承认, 发达国家在当今国际政治经济领域具有主导性地位, 为其控制的世界贸易组织和世界知识产权组织在知识产权国际立法中将继续发挥主导作用, 两大国际组织之间的分工合作机制<sup>[20]</sup> 在当今乃至未来知识产权国际规则的制定方面扮演着最重要的角色。作为这种主导体制的补充, 其他诸多国际组织和国际立法机构也十分关注知识产权问题, 由此产生了一个多元的立法机制, 即知识产权国际立法的“两个中心, 多种渠道, 南北对弈, 趋向平衡”格局。<sup>[21]</sup> 应该承认, 这种格局是健康的、有益的, 它能够多方面、多角度地反映各主权国家、各非国家实体、知识产权所有人以及社会大众在知识产权领域的不同立场、观点和利益诉求, 防止国际知识产权制度进程偏袒某些发达国家及其知识产权所有人的利益以及忽视知识产权保护对公权力、社会公共利益、国际人权等方面的消极影响。对于发展中国家而言, 既要在世界贸易组织、世界知识产权组织这些主导机制中谋求话语权, 也要在多元立法机制和场所中掌握主动权。

三是国际知识产权保护适用领域的唯一性与多样性。《知识产权协定》不同于传统的国际公约, 其本身即是当代国际贸易体制的重要组成部分, 并以推进经济全球化和立法一体化为目标。正是在这个意义上, 该协定被称为“与贸易有关的知识产权协定”。在这一体制下, 知识产权保护既是发展中国家平等地参与国际贸易的先决条件, 又是发达国家维护其贸易优势的法律工具。需要注意的是, 进入后 TRIPs 时代以来, 知识产权国际立法不再仅仅局限于贸易领域, 而是在生物多样性、文化多样性、粮食和农业植物、遗传资源、公共健康以及国际人权等多个领域齐头并进。例如, 在食品和农业基因资源的国际论坛上, 在联合国人权委员会的重要专家议题中, 知识产权逐渐成为其中的核心问题。<sup>[22]</sup> 因此, 发展中国家应该争取在上述领域的国际立法中赢得主动乃至优势, 以扭转其在知识产权制度国际化过程中的不利局面。在多样性领域谋求知识产权立法, 可以导致新公约的制定、现行协议的重新解释以及新的非约束性宣言的产生, 从而以“软法”规则弥补《知识产权协定》等“硬法”规则的不足。

## 二、时代诉求：知识产权制度的现代化

人类社会已经进入知识经济时代。知识经济以知识劳动为源泉, 以知识创新为动力, 即“以知识为基础的经济”。<sup>[23]</sup> 发端于 20 世纪 80 年代直至现在席卷全球的“知识革命”是新技术革命

[19] Peter Drahose, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth Publishing Company Limited, 1996, p. 91.

[20] 1995 年, 世界贸易组织与世界知识产权组织就知识产权问题的一系列合作事宜达成共识, 并形成协议。

[21] 参见前引 [11], 刘笋文。

[22] Laurence R. Helfer, *Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking*, 29 *Yale J. Int'l L.* 27-52.

[23] See OECD, *Knowledge-based Economy*, [www://OECD.org](http://www.oecd.org), visited on Dec. 10, 2006.

的继续和发展,其中最具代表、最具影响力的时代技术当数网络技术和基因技术。新技术不但改变了人类的生存方式,而且给现行知识产权法律提出了挑战。知识产权制度是科技、经济和法律相结合的产物,它在实质上解决“知识”作为资源的归属问题,是一种激励和调节的利益机制。从这个意义上说,新的世纪是知识经济的时代,也是知识产权的时代。知识革命呼唤着知识产权制度的现代化。

知识产权制度的现代化表现出这一制度与时俱进的时代性。知识产权作为“制度文明的典范”,<sup>[24]</sup>对于激发人类发明创造的潜力,推动科学技术的进步和文化的繁荣具有重要作用。在创新体系中,技术创新和制度创新是两个有机组成部分,其中制度创新居于基础和保障地位。科技创新立足于科技、经济一体化目标,是一种为促进经济发展而进行的新技术应用与商业化活动,离不开相应制度的保障、规范和约束。<sup>[25]</sup>知识产权是私权法律制度创新与变迁的结果,同时也是直接保护科技创新活动的法律工具。知识产权从其兴起到现在只有三四百年的时间,但历经从工业革命到知识革命的不同时期,可以说是基于科技革命而生,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科技创新相互作用、相互促进的过程。在当代,知识产权已经成为各国高新技术发展的制度基础和政策依托。对于具有创新能力和产业基础的国家而言,知识产权制度必须保持其时代先进性,即通过法律制度的现代化推动科学技术的现代化。

知识革命的出现,不仅创造了新的知识产品,而且提供了知识产品新的利用方式,不仅极大地丰富了知识产权法的内容,也给知识产权法带来了诸多新问题。其一,新的知识形式扩展了传统知识产权的客体。这主要表现为知识产品形式的变化和知识产权客体范围的扩大。著作权客体经历了从传统“印刷作品”到现代“模拟作品”、“电子作品”再到当代“数字作品”与“网络作品”的不断演进;专利权客体从以往的微生物、动植物品种发展到今天的基因技术;域名作为数字化经营标记,则成为商业标记领域的最新保护对象。其二,新的知识财产突破了传统知识产权的范围。这既表现为既有权利内容的拓展,如著作权领域出现的信息网络传播权、数据库著作权,也表现为新的财产权利的增加,如介乎著作权与工业产权之间的集成电路布图设计权、具有准专利性质的植物新品种权。其三,新的知识利用方式改变了传统知识产权规则。新技术不仅带来知识产品利用的新途径,同时也要求制定相应的新规则。在网络版权领域,对保密技术措施的正当性、合理性考量,对网络作品传播者、消费者的责任界定,无一不是法律难题。而在网络商标领域,法律则面临商标权地域性与因特网国际性的冲突以及商标分类保护与网上商标权排他效力的矛盾。其四,新的知识权利观念动摇了传统知识产权制度。生物技术的出现,使发现与发明的界限变得模糊,“专利只能授予发明而不能授予发现”的传统理论遭到了质疑。<sup>[26]</sup>而“传统资源权”概念的出现,使人们在关注现有智力成果权利的同时,也要考虑传统智力资源的保护。

上述诸多问题,主要表现在数字版权、网络商标、基因专利等方面,给知识产权传统观念、传统制度带来了巨大冲击。为此,世界各国特别是发达国家围绕高新技术进行了大规模的修法活动。在著作权领域,美国先后推出了1998年数字千禧年著作权法案、2005年家庭娱乐与著作权法案等,欧盟则出台了《数据库法律保护指令》(1996年)、《关于协调信息社会著作权和邻接权某些方面的指令》(2001年)。在专利权领域,欧盟通过《1998年生物技术保护指令》推动了

[24] 刘春田主编:《知识产权法》,高等教育出版社2000年版,第19页。

[25] 在发展理论中,经济增长与科技进步、法制保障是一个相互作用、相互促进的协调机制。在科技、经济、法律的协调发展机制中,经济处于中轴地位,科技与法律为之进行曲线偏向摆动。其中,科技进步是经济增长的动力机制,法制建设则是经济增长的保障机制。参见吴汉东:《科技、经济、法律协调机制中的知识产权法》,《法学研究》2001年第6期。

[26] Joseph M. Reisman, *Physicians and Surgeons as Inventors: Reconciling Medical Process Patent and Medical Ethics*, 10 High Tech. L. J. 355, 634 (1995).

《欧洲专利公约》及欧盟成员国专利法的修订工作，<sup>[27]</sup>美国则启动了2005年专利改革法案，对专利权取得方式、专利侵权制裁、专利侵权异议程序等作了重大修改。<sup>[28]</sup>在商标权领域，根据世界知识产权组织成员国大会通过的《关于在因特网上保护商标权以及各种标志的其他工业产权的规定的联合建议》（2001年），一些国家或通过立法活动（如美国1999年制止网上占地消费者保护法），或在司法实践中（如欧洲法院以及欧盟各成员国法院的判例）对网络商标权保护问题作出回应。<sup>[29]</sup>

知识产权制度的现代化过程实质上是科学技术成果受到法律保护的过程，其制度变革与创新主要涉及以下几个方面：（1）计算机软件的知识产权保护。计算机软件具有复杂的两面性，即文本特征和功能特征。基于前者，各国普遍使用软件版权保护；基于后者，一些国家尝试采取专利保护。无论如何，确定最新的软件产权模式，或是修改目前的软件保护模式，都将是软件知识产权面临的重大问题。<sup>[30]</sup>（2）集成电路的知识产权保护。集成电路是一种综合性技术成果，包括布图设计和工艺技术。集成电路布图设计在国外有“功能作品”之称，既不同于专利法所保护的外观设计，也不属于著作权意义上的图形作品，各国主要采取“工业版权”即布图设计专有权利的保护模式。（3）生物技术的知识产权保护。现代生物技术又称为基因技术，主要是技术发明，也涉及科学发现。生物技术的知识产权保护涵盖专利权、商业秘密权以及新植物品种权，其中生物技术专利是最重要的知识产权保护模式。（4）技术标准与知识产权保护。技术标准是特定技术领域发展的规则和基本依据，本应属于公共领域，供相关行业及企业参照执行，以求得产品规格或功能的统一性。近年来，发达国家以知识产权保护为手段，强化技术标准的专利垄断，力图形成技术性贸易壁垒，达到阻止发展中国家的产品进入其市场的战略目的。<sup>[31]</sup>（5）网络环境下的知识产权保护。这主要涉及网络著作权、网络商标权、网络域名权以及网络不正当竞争等问题。

知识产权制度的现代化，是一国的政策安排和战略选择，其基础是国情。从历史上看，知识产权制度的产生与出现，正是近代科学技术和商品经济发展的产物；而知识产权制度的发展与完善，也是现代科技强国和经济大国推动的结果。根据国家不同发展阶段的不同发展需求对知识产权保护作出有选择性的制度安排，是西方国家的普遍做法。美国1790年版权法奉行的是低水平保护政策，游离于伯尔尼公约之外长达102年之久，其后美国随着文化创新能力的不断提高而逐步强化其版权保护水平。<sup>[32]</sup>日本在明治维新后于1885年公布了专利法，但长期排除药品及化学物质专利，直到1975年修正案才得以改变。<sup>[33]</sup>这说明，发达国家在知识产权保护方面都有一个从“选择保护”到“全面保护”，从“弱保护”到“强保护”的渐进发展过程。因此，知识产权制度的现代化不能一蹴而就，立法者必须从本国国情出发，对这一进程的速度、力度作出审慎的考虑。

中国知识产权立法始终关注现代科学技术的发展，逐步加快其制度现代化的进程。就整个立法活动而言，始于20世纪80年代，完善于20世纪90年代，变革于21世纪初年。在短短20年的时间内，经过几次修订，我国基本上实现了符合现代化要求的制度创新，基本构建起较为完整的知识产权法律制度。为应对现代科学技术的挑战，立法机构通过修改基本法律、制定专门法

[27] 参见吴汉东等：《走向知识经济时代的知识产权法》，法律出版社2002年版，第60页以下。

[28] Christopher L. Logan, *Patent Reform 2005: HP2795 and the Road to Post-Grant Opposition*, 74 UMKC Law Review 975 (2006).

[29] 参见杨红军：《商标国际保护的现状和发展趋势》，载吴汉东主编：《知识产权国际保护制度研究》，知识产权出版社2007年版，第316页以下。

[30] 参见唐昭红：《美国软件专利保护法律制度研究》，中南财经政法大学知识产权研究中心2007年博士论文。

[31] 李顺德：《知识产权概论》，知识产权出版社2004年版，第126页。

[32] 参见吴汉东：《知识产权制度运作：他国经验分析与中国路径探索》，《中国版权》2007年第2期。

[33] 参见张韬略：《英美和东亚专利制度历史及其启示》，《科技与法律》2003年第1期。

规、规章,司法部门采取司法解释等方式解决了新技术条件下的知识产权保护问题,充分体现了我国知识产权制度对高新技术的反应能力。现在,我国基本形成了以著作权法、专利法、商标法、反不正当竞争法、反垄断法等基本法律为主导,以计算机软件保护条例、植物新品种保护条例、集成电路布图设计保护条例、信息网络传播权保护条例等行政法规为主体,以司法解释和政府规章为补充的以网络、基因等新技术为保护对象的知识产权制度体系。

目前,国际社会对新技术条件下的知识产权保护问题非常关注,正在尝试进行这方面的国际立法,我国应积极主动地参与这些活动,并作为发展中国家的代表力争在制定规则时拥有更多的主动权。必须看到,知识产权虽然是一种保护私人知识财产利益的产权制度,但同时也是当今国际经贸领域通行的法律准则,其规则所代表的不仅是私人权利主体的利益,更与国家利益、社会群体利益有关。新技术知识产权的保护水平及其制度实施对发展中国家的经济与社会发展也有影响,一方面,技术标准与知识产权制度相结合,会形成以合法形式存在的技术垄断和市场垄断,从而影响发展中国家相关产业发展以及国家经济安全;另一方面,发达国家通过加强对智力创新成果的知识产权保护,利用知识产权维护其技术优势和市场竞争力,置发展中国家于不利地位。因此,我国在推动知识产权制度现代化的过程中,既要从小观上考虑新技术的知识产权保护,也要从宏观上考虑其对本国经济与社会发展的影响;既要保护私人技术创新,又要谋求国家整体利益,这样才能形成科学、合理的现代化知识产权制度。

我国知识产权制度的现代化还应以基本国情为基础。根据2005年联合国报告所援引的千年项目专家意见,在遵守国际公约最低保护标准的基础上,发展中国家可以根据自己的不同阶段,选择不同保护水平的知识产权制度。<sup>[34]</sup>高水平的知识产权保护并不利于发展水平较低的国家,因为在这种制度框架下,他们难以获得所需要的知识、技术。但是,发展中国家“有不同社会、经济环境和科技能力”,不能一概而论。<sup>[35]</sup>对于进入到工业化阶段的发展中国家来说,加强知识产权保护对于激励科技创新、促进文化繁荣、实现经济发展是有益的。对此,英国知识产权委员会认为:“从长远的观点来看,在发展中国家,如果能使文化产业成果的其他条件得到满足,更强的私权保护将有助于当地的文化产业”。<sup>[36]</sup>这说明,传统的发展中国家要走新兴的工业化、现代化发展道路,应该通过知识产权保护为本国经济、社会发展提供持久动力,在国际竞争中争取主动。在我国,加强知识产权保护,有效利用知识产权制度,是实现跨越式发展的战略抉择,是实现创新型国家建设目标的战略支撑。

### 三、发展决策:知识产权制度的战略化

知识产权制度是政府公共政策的重要组成部分。在近代社会,知识产权制度是欧美国家促进经济发展,推动科技进步,繁荣文化和教育的政策工具。在当代社会,知识产权制度则成为创新型国家维系技术优势,保护贸易利益,提高国际竞争力的战略决策。知识产权具有多重属性。从私人层面看,知识产权是知识财产私有的权利形式,世界贸易组织《知识产权协定》在其序言中宣示“知识产权为私权”,即以私权名义强调了知识财产私有的法律性质。而从国家层面看,知识产权是政府公共政策的制度选择。是否保护知识产权,对哪些知识赋予私人产权,采取什么水准保护知识产权,是一个国家根据现实发展状况和未来发展需要而作出的公共政策选择和安排。

[34] UN, *Innovation: Applying Knowledge in Development*. 转引自李延成等主编:《世界高等教育:改革与发展趋势》第三辑,国家教育行政学院2006年印刷。

[35] 前引[3],英国知识产权委员会报告,第1页。

[36] 英国知识产权委员会:《知识产权与发展政策的整合》,国家知识产权局条法司编译,第109页。

关于知识产权两种属性的关系，英国知识产权委员会认为，无论怎样称呼知识产权，最好将它视作公共政策的一种手段，通过授予个人或机构一些经济特权，实现更大的公共利益，而这些特权只是一种实现目标的手段，其本身并非目标。<sup>〔37〕</sup>在政策科学领域里，知识产权制度亦是一项知识产权政策，即政府以国家的名义，通过制度配置和政策安排对于私人知识资源的创造、归属、利用以及管理进行指导和规制，“通常表现为一系列的法令、条例、规章、规划、计划、措施、项目等”。<sup>〔38〕</sup>因此，知识产权不仅是一种私权，它更与一国的公共政策密切相关。

知识产权战略是知识产权制度作为政府公共政策工具的具体体现。知识产权制度的战略化，即是主体通过规划、执行、评估等战略举措，为谋求战略目标实现而采取的全局性、整体性的谋略和行动安排。因此，知识产权战略是一个具有活性的动态系统，包括战略规划、战略执行、战略评估；同时它也是一个服务特定战略目标，发挥知识产权制度正效应的公共政策体系。较之其他私权，国家之所以提出知识产权战略而不是“物权战略”、“债权战略”，关键在于知识产权具有某种超越私人本位的公共政策属性。知识产权制度、政策、战略三者的关系体现在以下诸方面。

第一，知识产权制度是知识产权公共政策的重要组成部分。美国学者伍得罗·威尔逊认为，“公共政策是由政治家，即具有立法权者制定的，而由行政人员执行的法律和法规。”<sup>〔39〕</sup>在公共政策体系中，知识产权制度只是一种政策工具，与知识产权制度相关的公共政策还有文化教育政策、产业经济政策、科学技术政策、对外贸易政策等。作为政策主体的政府，其任务是发挥知识产权的政策导向作用，建立促进知识创新与利用的政策体系。

第二，知识产权政策是国家为实现社会发展目标而制定的知识产权行动准则。威廉·詹姆斯认为，“政策是由政治主体或行动主体、团体在特定的情境中制定的一组相关的决策，包括目标选择、实现目标的手段”。<sup>〔40〕</sup>知识产权政策表现了国家一定历史时期对待知识产权事务的基本态度，国家通过制定法律、法规，提供实施条件与手段，建立相应政策体系等政策活动，实现有关社会发展的总政策目标。

第三，知识产权战略是推行知识产权政策，实施知识产权制度的基本纲领。这种战略应是一国处理知识产权事务的基本出发点，是促进知识产权事业健康发展的思想灵魂。知识产权战略是关于知识产权问题的整体性谋略和全局性安排，它是关于战略目标、战略任务、战略措施的政策制度体系。知识产权战略的实施状况是考量知识产权政策目标实现与法律适用成效的最终尺度。

各国对知识产权制度的选择与考量，表现了强烈的国家利益本位和政策立场。一般认为，国家利益是受客观规律制约、满足或能够满足国家赖以生存和发展之各项客观需要的利益，是整体上有利于国家这一主体生存和发展的利益。对于作为内国法的知识产权制度而言，国家利益包含了国家系统内存在的产业利益、企业利益、个体利益。国家既强调对特定主体的利益保护，又注重对不同主体的利益平衡，这种法律价值追求，反映了私人产权制度中的国家利益立场。同时，国家利益也与社会公共利益相联系，公共利益就意味着多数人的利益优先于个人利益。社会的进步与发展是国家赖以存在和发展的基本需求，而体现这一诉求的公共利益则是国家利益的应有构成。总之，国家利益以公共政策为表现方式，在知识产权制度的构建和实施中发挥着重要作用。对于作为国际法的知识产权制度而言，国家利益在国际化的知识产权体系中分化为多样化的本国利益，即在知识产权制度一体化的过程中，实用主义的国家利益始终是各国政策立场的客观依

〔37〕 前引〔3〕，英国知识产权委员会报告，第6页。

〔38〕 吴鸣：《公共政策的经济学分析》，湖南人民出版社2004年版，第4页。

〔39〕 转引自伍启元：《公共政策》上册，台湾商务印书馆1985年版，第4页。

〔40〕 转引自〔美〕迈克尔·豪利特、M·拉米尔：《公共政策研究：政策循环与政策子系统》，庞诗等译，三联书店2006年版，第8页。

归。当代国际知识产权冲突,主要表现为发展中国家与发达国家在知识产权的享有与利用方面的利益冲突。发展中国家希望通过知识产权制度融入到国际经济、法律秩序之中,并充分享受世界文明和科技发展带来的收益。但发达国家基于对其优势地位的维护,更多是利用知识产权的现有规则体系控制知识产权资源,限制和排除发展中国家的利益诉求。在经济全球化的今天,各国势必融入国际贸易体制之中,虽然拥有一个大一统的国际知识产权制度体系,但不可能有一个各国共同奉行的知识产权政策立场。

对于当代世界各国而言,知识产权战略既是对知识经济时代发展趋势的回应,也是解决社会重大发展问题的举措,其目的无一不是通过知识产权制度来提升知识创新能力,形成核心竞争力,实现社会经济跨越式发展。对此,世界知识产权总干事卡米尔·伊德里斯(Kamil Idris)认为,知识产权是经济发展的强有力的武器。<sup>[41]</sup>自上世纪末以来,发达国家以及新型工业化国家在其知识产权政策中竞相确定符合本国实际和服务国家利益的战略目标。美国作为世界上“科技领先型国家”,强调知识产权是美国知识创新政策的基石。<sup>[42]</sup>通过实施专利商标局的“21世纪战略纲要”,美国建立了体系完善的知识产权制度,同时强调知识产权制度与相关政策联动,扶持“芯片、计算机、通信、生物制药”等朝阳产业,发展“软件、唱片、电影”等文化产业,使美国在国际上形成专利大国、品牌大国、版权大国的知识产权优势。在“技术赶超型国家”中,日本于2002年率先制定了“知识产权战略大纲”,出台了知识产权基本法,确立了“推进实施创造、保护、利用知识产权的政策措施、振兴科学技术、强化国际竞争力”的战略推进目标。<sup>[43]</sup>韩国是“引进创新型国家”的典型代表,2004年即在内阁成立了“知识产权保护政策协议会”,负责协调所有知识产权国家政策,致力于推进韩国知识产权制度的现代化和经济、科技、文化的快速发展。韩国知识产权组织(KIPO)在2004年制定的“知识产权行政展望与目标”中强调,“韩国资源缺乏,目前内需不足,只有学习发达国家,通过技术创新来提高产品的附加值和优化产业结构,才能迈入发达国家行列;将知识产权作为韩国的发展战略是提高韩国核心竞争力的必然选择”。<sup>[44]</sup>谓为“金砖四国”<sup>[45]</sup>之一的印度,属于“发展调整型”的国家,于2000年提出建设“知识大国”的主张,并颁布了“知识大国的社会转型战略”,其知识产权政策包括对软件、生物技术、医药等优势产业的“发展战略”,对文化自治、文化多样性的“生存战略”以及对生物多样性、传统知识的“进攻性战略”。

在我国,国家知识产权战略纲要已于2008年6月正式公布实施,这是中国知识产权法制建设30年来最为重要的成就。以此为标志,中国知识产权事业步入一个新的重要历史时期。中国知识产权战略借鉴了上述有关国家战略发展的有益经验,但更多是基于自己社会经济发展需要而作出的战略考量。世界银行用以衡量各国经济发展水平的基本指标(以GNI为基本指标,以人均GNP或GDP平均增长率为参考指标)表明,中国经济发展水平尚低,经济结构较为落后;瑞士洛桑国际管理开发研究院2002年发布的《国际竞争力年度报告》显示,我国科技水平总体较

[41] See Kamil Idris, *Intellectual Property: A Power Tool for Economic Growth*, [http://www.wipo.int/about-wipo/en/dgo/wipo\\_pub\\_888/index\\_wipo\\_pub\\_888.html](http://www.wipo.int/about-wipo/en/dgo/wipo_pub_888/index_wipo_pub_888.html), visited on Sep. 14, 2008.

[42] 2004年美国政府工作报告宣称:“从美国立国基础来看,保护知识产权始终是一项创新的支柱。” See *Innovate America: Thriving in a World of Challenge and Change*, National Innovation Initiative Interim Report, Council on Competitiveness, 2004, 7. 转引自前引[34], 李延成等主编书。

[43] 日本政府第三期科学技术基本计划(2006—2010年)(第三章),转引自前引[34], 李延成等主编书。

[44] 有关韩国知识产权战略的新发展,可参见马先征等编:《知识产权战略研究》,知识产权出版社2008年版,第356页以下。

[45] 美国高盛公司全球首席经济学家吉姆·奥尼尔于2001年首次提出“金砖四国”的概念。巴西、俄罗斯、印度、中国四国的英文首写字母为“BRICK”(砖头)。奥尼尔对“金砖四国”在21世纪的发展潜力给予了高度评价。

低,科技竞争力在国际上基本处于中等地位;根据联合国开发计划署公布的《2004年人文发展报告》,中国人文发展指数(由预期寿命指数、教育指数和GDP指数构成)居世界中等人文发展水平。<sup>[46]</sup>上述资料说明,中国仍属于发展中国家,基本达到世界中等或中等偏下的发展水平。但是,在经济、科技和社会发展的某些领域、某些方面,中国已经取得明显进步,有些甚至达到世界先进水平。社会发展情况说明,我国对知识产权制度已有较大需求,对知识产权保护也具备一定调适能力,这是制定知识产权战略的国情基础。同时,我国知识产权的战略调整最终是由建设创新型国家的总政策目标决定的。我国要实现可持续发展的战略目标,有一个发展模式选择问题。国际发展大势和自身基本国情告诉我们,既不能走资源耗费型的发展道路,又不能走技术依赖型发展道路。中国资源有限,人均淡水、耕地只有世界平均水平的25%、33%,石油、天然气这两类最重要能源的占有量只有世界平均水平的18%和13%,此外有50种主要矿产资源只有世界平均水平的40—50%,<sup>[47]</sup>因此不能靠牺牲环境、耗费资源、提供廉价劳动力来参加国际分工与协作。同时,中国对外技术依存度达到50%以上,不管是考虑西方国家维护其技术优势、限制高技术转让的基本立场,还是考虑自身经济安全、文化主权和科技发展的需要,中国都只能走提高知识创新能力、建设创新型国家的发展道路。这是实施知识产权战略的政策目标取向。

中国知识产权战略的制定与实施是一个系统工程。从战略主体来看,战略体系可包括国家知识产权战略、地区知识产权战略、行业知识产权战略、企业知识产权战略四个方面。关于四者的关系,要做到国家的宏观战略与企业的微观战略相结合,行业间的战略与地区间的战略相协调。国家战略是对地区战略、行业战略和企业战略的指导,企业战略是对国家战略、地区战略、行业战略的最终落实,而行业、地区战略则是联系或指导其他战略的桥梁和纽带。就国家战略而言,国家在知识产权领域虽不能成为市场的参与者,但应是政策的制定者、市场的监督者和全局的指挥者。因为知识产权不仅是一项私权,更与一国的公共政策密切相关,特别是进入新经济时代后,国家早已由不作为的“守夜人”转变为积极的干预者。

从战略内容来讲,知识产权战略应该包括创造战略、保护战略、管理战略与运用战略四大方面。知识产权战略应是一种以创造、运用、保护和管理为重要内容的整体战略,这不仅仅是法律问题,而更多的与国家的科技政策、产业政策、文化政策、教育政策等公共政策相关联。在创造战略方面,主要是建立起激励和保障自主创新的法律和政策机制,引导和支持企业通过各种技术创新活动形成自主知识产权,实现经济发展方式的根本转变。在保护战略方面,要坚决打击“盗版”、“假冒”等各种侵权行为,建立和完善有关权益保障的维权机制、预警应急机制和争端解决机制等。这是支持社会主义市场经济健康运行的必要条件,也是改善投资环境、维护良好的市场经济秩序的重要保障。在管理战略方面,要加强知识产权行政管理,建立健全管理体制,提高知识产权公共服务水平。同时,也要注重知识产权企业管理,完善管理制度,规范管理行为,提升知识产权管理的效益。最后,在运用战略方面,应大力促进自主创新成果的知识产权化、商品化、产业化,引导企业采取转让、许可、质押等方式充分实现知识产权的市场价值。<sup>[48]</sup>

当前,中国知识产权战略的实施出现了一个更为复杂的国际背景。在这种特殊环境下,要充分认清传统发展模式之“危”,更要清醒看到科学发展方式之“机”。在化“危机”为“胜机”的过程中,要特别强调知识产权战略实施的质量和效益。中国现在是专利申请大国和商标申请大

[46] 有关资料参见任建民:《中国科技追上世界脚步》,《中国科技奖励》2002年第3期;《我国人文发展指数居世界中等发展水平》, <http://www.sts.org.cn/nwdt/gwdt/document/007.htm>。

[47] 参见梅永红:《自主创新与国家利益》,《求是》2006年第10期。

[48] 有关知识产权的创造、运用、保护和管理,国家知识产权战略纲要的“战略目标、战略重点”中已有明确的阐述。参见《国家知识产权战略纲要》,知识产权出版社2008年版。

国,但远远不是专利强国,更不是品牌强国。因此,要特别强调知识产权战略实施的政策目标,更多地自主知识产权的质量上下功夫。一是提高专利技术的转化率和产业化率。目前我国企业对专利技术的产业化重视不够,应用水平不高。不少行业和企业存在着有技术无专利、有专利无应用、有应用无产业的现象。资料表明,我国技术成果的市场转化率仅为10%—15%,远低于发达国家70%—80%的水平。<sup>[49]</sup>二是提高国际知名品牌的创建率。与驰名商标这一法律概念不同,国际知名品牌是一个经济概念,它要求具备相应的条件和标准。我国的商标申请量逐年飙升,但是真正称得上国际知名品牌的商标依然很少。在世界品牌实验室评选出的2008年世界品牌500强中,美国有243个,法国42个,日本42个,英国38个,而中国仅15个,且主要是中国移动、中央电视台、中国工商银行、中国石化这些“国字”号品牌。<sup>[50]</sup>三是提高版权产业对经济发展的贡献率。发展文化创意产业,提高文化产品在国际市场的竞争力,不仅是经济上必须考量的问题,而且事关文化主权和文化安全,涉及国家的软实力。中国是工业品出口大国,2007年有172种产品产量位居全球第一,而在文化领域却出现“版权贸易逆差”,2004年以前版权贸易进出口比例高达10:1,2005年虽下降到6.5:1,但依然是文化产品的进口大国。2006年,我国包括软件、音像、图书、报刊在内的核心版权业产值仅占当年国民生产总值的3.2%,低于发达国家的一般水平。<sup>[51]</sup>

我国知识产权战略刚刚实施,知识产权制度运行总体来说是健康的,但其对经济与社会发展的贡献率还有待提高,知识产权有效运用的能力仍需进一步增强。应该看到,知识产权战略是我国21世纪为推动经济和社会发展而作出的重大战略决策,也是协调、配合科教兴国战略、人才强国战略和可持续发展战略而作出的重要战略安排。知识产权战略制定和实施的成功与否将决定21世纪中国社会发展的最终走向。

#### 四、立法前瞻:知识产权制度的法典化

体系化、法典化是立法者对知识财产进行法律构造的基本任务,作为一种动态的立法过程,它既是以往制度变迁的历史活动,也是当代法律发展的未来举措。体系化,是指知识产权向有机联系的整体转化和进化的制度构建过程。知识产权体系表现了私的知识产权制度的内部结构,无论其外部形式多么零乱、繁杂,都是分成不同部分而又相互联系的统一的系统和整体。必须看到,非物质性的财产利益属性决定了各种知识产权的共同指向,<sup>[52]</sup>它既是不同知识产权之间联系的纽带,又是知识产权制度一体化构建的基础。立法者有目的、有意识地将制度价值相似、权利类型相关、发展脉络相连的知识产权类型进行系统的整合,从而形成现代知识产权制度相对稳定的部门法特色。应对知识产权体系化的法律变革,知识产权制度模式经历了从单行立法、编入民法典到专门编纂法典的过程。

法典化是大陆法系的传统理念。大陆法系最显著的特征可以归纳为法律规范的成文法典化、高度抽象化和概括化。<sup>[53]</sup>知识产权法典化是一个复杂而重要的系统工程,从立法任务来看,它

[49] 参见吴辛望:《专利经济学》,社会科学文献出版社2005年版,第175页。

[50] 相关数据参见世界品牌实验室网站:<http://brand.icxo.com/summit/2008world500/brand.htm>。

[51] 相关数据参见《经济参考报》,2008年10月30日。

[52] 笔者认为,知识产品财产化是罗马法以来私权领域中一场深刻的制度创新与法律变革。正如有学者所言,知识财产是一种新的财产,它不是以往对物进行绝对支配的财产,而是“非物质化的和受到限制的财产”。参见[美]肯尼斯·万德威尔德:《19世纪的新财产:现代财产权概念的发展》,王战强译,《社会经济体制比较研究》1995年第1期。

[53] 靳宝兰:《比较民法》,中国人民公安大学出版社1995年版,第24页以下。

是对现有知识产权规范进行抽象化和系统化的过程；从法治目标来看，它是对现有知识产权规范进行价值判断、内部整合、重组执法体系、重构理论体系，实现法律体系现代化和法律制度权威性的过程。自 20 世纪以来，知识产权制度有了长足的发展，基本规范不断完善，保护范围不断扩大，一体化、现代化趋势日益明显。与此同时，大陆法系一些国家尝试将知识产权制度编入本国民法典。法国在法典化道路上更是独树一帜，率先制定了第一部知识产权法典。对于前者，我国有学者将其称为民法典编纂的巨大进步，弥补了近代范式民法典的一大缺憾。<sup>〔54〕</sup>对于后者，有专家作出预测，法国知识产权法典“有可能成为 21 世纪知识产权法与民法普遍分立之典型”。<sup>〔55〕</sup>这一情形表现了知识产权制度法典化的发展趋势。

知识产权法典化追随近现代民事立法浪潮而产生。17 世纪中叶到 19 世纪是近代知识产权制度兴起的时期，专利法、著作权法、商标法在西方国家陆续产生。上述法律尚未以知识产权的名义实现体系化，都以单行法的形式出现，既没有统一的知识产权法典，也没有将各个法律进行整合而编入民法典。伴随着近现代民法法典化的浪潮，知识产权制度的法典化运动开始兴起。在以法国、德国民法典为代表的第一次法典化高潮中，一些国家尝试推行的是工业产权制度的法典化。例如，葡萄牙于 1867 年颁布第一部民法典，而后于 1926 年制定了工业产权法典。巴西于 1912 年颁布第一部民法典，而后于 1971 年制定了第一部工业产权法典。而在以荷兰、俄罗斯民法典为代表的第二次法典化运动中，一些国家着力编纂的是知识产权法典，如法国 1992 年知识产权法典、菲律宾 1997 年知识产权法典、越南 2005 年知识产权法典等。

知识产权法典化有着复杂的社会动因和国际背景。第一，追求统一的知识产权法律体系。在制定知识产权法典之前，各国都曾深受知识产权法律体系凌乱之苦，这种凌乱主要表现在立法层次不统一、法律之间相互冲突。法国知识产权法典颁布之前，在法国一共存在着 20 多部与知识产权有关的单行法律法规，而且许多法院判例也在发挥效力。<sup>〔56〕</sup>1995 年越南民法典虽然将以往制定的知识产权法律统统废除，但由于其本身对知识产权的规定过于笼统且不利于操作，所以此后越南国会、政府、相关各部和其他法定机关又陆续颁布了许多与知识产权有关的法律文件。到 2005 年止，越南保护知识产权的法律包括民法典、刑法典、海关法在内一共有 40 多部，这些法律之间存在诸多交叉重叠、法律漏洞和不协调。菲律宾 1947 年专利法和商标、服务商标和商号法是由菲律宾议会制定、以共和国法案的形式出现的，而调整著作权关系的 1972 年知识产权令却以总统令的形式出现，菲律宾此后的知识产权法律也包括了共和国法案、总统令、执行令和部门管理条例等形式，数量达数十部之多。<sup>〔57〕</sup>这种凌乱的 legal system 严重影响了法律的权威性和可操作性。有鉴于此，各国都以制定知识产权法典为契机，宣布废除此前的各知识产权法律，统一知识产权法律体系，消除法律冲突和法律漏洞，从而增强了法律的可操作性，树立了知识产权法律的权威性。

第二，强化知识产权管理与保护。在制定知识产权法典之前，各国关于知识产权管理的规定大都分散于各单行法律之中，专利权、商标权、著作权等管理部门多处于各自为政的局面。这种管理体制分散的局面也直接导致了知识产权保护的不力，因而各国在制定知识产权法典时，都将强化知识产权管理作为立法重点。斯里兰卡知识产权法典的第一编为“管理”，规定斯里兰卡国家知识产权局为斯里兰卡商业贸易部的下属机构，是唯一有权受理工业设计、专利、商标或其他事务的注册及知识产权管理的机构，并对知识产权局的局长任命、权力及职责等内容进行了详细

〔54〕 参见徐国栋主编：《绿色民法典草案》，社会科学文献出版社 2004 年版。

〔55〕 参见《法国知识产权法典》（法律部分），黄晖译，商务印书馆 1999 年版，郑成思所作“序”。

〔56〕 参见上引书，“译者序”。

〔57〕 参见何华：《知识产权法典化研究》，中南财经政法大学知识产权研究中心 2008 年博士论文。

的规定。菲律宾知识产权法典的第一编为“知识产权局”，规定知识产权局为菲律宾唯一的知识产权行政管理部门，然后用长达15条的篇幅对知识产权局的职能、组织机构、下属各部门、经费、人员组成等内容进行了详细的规定。越南和法国虽然没有设立统一的知识产权管理部门而是保留以往总体分散、适当集中的知识产权管理体系，但它们在知识产权法典中也就各行政管理部门的职责范围作出了明确的规定与划分，相比于单行法的分散规定而言，这种做法也具有一定的比较优势。

第三，应对来自发达国家的压力。发展中国家知识产权法典的制定，或多或少受到发达国家的的影响。美国和菲律宾于1993年4月达成了《美国—菲律宾知识产权保护备忘录》；美国与斯里兰卡于1991年9月签订了《美国—斯里兰卡知识产权双边保护协定》；美国与越南于2001年7月签署了《美国—越南双边贸易协定》，协定第二部分即为“知识产权”。这三部双边协定都为签字国在知识产权保护方面设定了较高的国家义务。在美国贸易代表每年发布的“特别301报告”中，美国多次敦促菲律宾与越南加强知识产权保护，否则会给予经济制裁。由此可见，上述国家知识产权法典的制定，在一定程度上也是为了应对外来的压力。

中国经过近30年的努力，也建立起了知识产权法律制度。法律制度是否完善有两个基本判断标准：一是知识产权法律制度的合理化，二是知识产权法律制度的体系化。前者是制度完善的实质条件，是法的实质理性；后者是制度完善的形式条件，是法的形式理性。法的形式理性属于法的外在的技术品质。就法律规则的具体形式而言，“法典是法的形式最高阶段”，因为比之其他法的形式和制度形式，法典历来是固化和记录一定的统治秩序、社会秩序和社会改革成果的更有效形式。<sup>[58]</sup>知识产权法律体系化、法典化的过程，应表现为理性的制度安排和科学的立法技术的运用。只有这样，知识产权制度在法的形式上才可以被称为“制度文明的典范”。

现阶段，我国知识产权法律框架基本形成，但体系化程度有待提高。一方面，一些知识产权法律规定比较分散，尚无统一的法律规范。例如，关于商业秘密的保护，散见于民法通则、合同法、反不正当竞争法和刑法中，尚无商业秘密保护法；关于商号权的保护，分别规定在民法通则、企业名称登记管理规定、公司登记管理条例、产品质量法以及反不正当竞争法中，目前没有制定商号法；关于地理标志的保护，或作为证明商标、集体商标规定在商标法中，或作为专门产品标志见于《地理标志产品保护规定》，其法律冲突显而易见。另一方面，一些知识产权法律、法规相互冲突、抵触，亟待加以整理和协调。我国单行立法，有的是全国人大常委会通过的法律，如著作权法、专利法、商标法等；有些则是国务院颁布的法规，如植物新品种保护条例、集成电路布图设计保护条例等。各单行法律、法规由立法者依职权而制定，彼此间本应具有相对的一致性和协调性，但是，由于法律文件的起草者不同以及制定的时间不同，其调整的法律关系又具有相对独立性，因此某些规定存在着不合时宜、不相协调的问题。

中国知识产权的法典化问题，是由于90年代末启动的民法典起草工作而引起的。对于知识产权“入典”，无论是立法者还是多数学者并无异议。这是因为，知识产权是私权，其基本属性与财产所有权无异，将该类权利规定于民法典之中，有助于形成完整、系统的财产权利体系。并且，知识产权是受民法保护的權利，知识产权法虽含有若干公法、程序法规定，但依然是以实体法为基础的私法制度，隶属于民法部门。同时，知识产权已在我国民事基本法即民法通则中作出原则规定，此先例可以援引。但是，对于知识产权如何“入典”，则意见纷呈。有学者将其归纳为四种模式：（1）分离式，即知识产权法典与民法典相分离（如1992年法国知识产权法典）；

[58] 周旺生：《法典在制度文明中的位置——〈法典编纂论〉序》，载封丽霞主编：《法典编纂论》，清华大学出版社2002年版，第26页。

(2) 纳入式, 即知识产权在民法典中独立成编 (如 1995 年越南民法典); (3) 链接式, 即民法典对知识产权仅作原则性规定, 然后单独制定知识产权法 (如 1994 年俄罗斯民法典); (4) 糅合式, 即将知识产权与所有权合成一体, 规定在民法典中 (如 1995 年蒙古民法典)。〔59〕笔者认为, 将知识产权法整体移植或整合移植于民法典都是不可取的。事实上, 凡是“范式”民法典, 都没有规定知识产权编; 凡是编入知识产权的民法典, 都不是“范式”。WIPO 的专家也声称, WIPO 并不赞成在民法典中详细规定知识产权问题, 但对其作出一般规定是可以的, 也是有益的。〔60〕

从我国知识产权制度的发展趋势分析, 我国知识产权制度的法典化可以分两步走。第一步, 民法典仅对知识产权作一般规定, 单行法依然保留。如此立法, 在适用法律方面较为方便, 也不会破坏民法典的审美要求, 此外也有利于知识产权法律体系的系统化, 减少其内部矛盾。第二步, 在民法典之下编纂知识产权法典。民法典中关于知识产权的一般性规定, 涉及知识产权的性质、范围、效力、利用、保护、与其他法的关系等原则性条款, 可作为知识产权法典的总则, 此外, 可整合、汇集各知识产权单行法规, 将上述具体制度作为知识产权法典的各个专章。总之, 知识产权制度的法典化, 不仅是法律传统的偏好, 更是法制建设的需要, 它还受制于一定的社会、政治、经济、科技等因素。基于各国立法例的历史考察与现状分析, 可以认为, 无论何时采取何种途径, 法典化将是中国知识产权立法的必由之路。

## 结 语

国际化、现代化、战略化、法典化, 是对当代知识产权制度发展与变革状况的概括与描述。就世界范围而言, 知识产权制度的现代化与国际化紧密相联, 即应对新技术的知识产权制度创新, 往往通过国际公约的运作而成为普世规则, 战略化当是各国应对上述发展变革而采取的知识产权政策抉择, 法典化则是为实现战略目标而对知识产权法律模式的理性追求。总之, 知识产权制度发展与变革的各种态势并不是孤立和隔绝的, 而是相互联系、相互作用在国际大势与中国大局之中。目前, 中国知识产权事业正处于一个新的重要的历史时期。就知识产权制度建设而言, 中国进入了一个战略主动期, 应“统筹国内国际两个大局”, 从本国经济与社会发展的需要出发, 加强立法工作, 将知识产权法律作为建设创新型国家的制度支撑。而就知识产权制度运作而言, 中国进入了一个关键发展期, 知识产权法作为公共政策的组成部分, 能否充分发挥其促进知识创新、推动社会发展的功能, 不仅取决于立法的完善, 更决定于用“法”的成效。中国知识产权制度应立足于本土当前和未来需要, 因循国际变化和时代潮流, 步入国际化、现代化、战略化与法典化的发展道路。

---

**Abstract:** Economic globalization and knowledge revolution have great influence upon the system of intellectual property right (IPR). From an international view, IPR has become a set of game rules with universal binding force. In the meantime, the systematization and codification of IPR have also shown some indications. In the complicated international background, the construction of IPR system of modern countries has vivid characteristics of this time, that is, not only with the strategic policy consideration of facilitating economic and social development, but also with the ra-

---

〔59〕 参见曹新明:《知识产权与民法典连接模式之选择》,《法商研究》2005年第1期。

〔60〕 参见吴汉东:《知识产权立法体例与民法典编纂》,《中国法学》2003年第1期。

tional arrangement of pursuing the systematization of legal norms.

From the view of the whole world, the modernization and internationalization of IPR are full harmonized, which means that the innovations of IPR system coping with new technologies are usually widely accepted by many countries through the mechanism of international conventions. To cope with such development, modern countries have set up domestic strategies of IPR as their policy selection. And to realize their strategic aim, modern countries also take codification of IPR as the rational pursuit of legislation model. In one word, the different aspects of the development and change of IPR system are not isolated or separated, but relate to and act on each other under the international and domestic background.

For the present, Chinese IPR enterprise lies in a new and important historic period. As to the construction of IPR system, China has entered into a strategic positive period. To satisfy the request of domestic economic and social development, China should reinforce its legislation work, so as to provide the institutional foundation for the construction of an innovation-typed country. As to the operation of IPR system, China has entered into a pivotal development period. IPR Law is a component part of public policy. Whether IPR Law can fully exert its function of promoting knowledge innovation and propelling social development or not lies not only on the soundness of legislation, but also on the real effect of law application. We can believe that, standing on the indigenous actuality and future needs, Chinese IPR system should follow international change and time's trend, and step on the way of internationalization, modernization, strategy and codification.

**Key Words:** intellectual property right system, internationalization, modernization, strategy, codification

---