

【郑成思】：《合同法》与知识产权法的相互作用 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E3\\_80\\_90\\_E9\\_83\\_91\\_E6\\_88\\_90\\_E6\\_c122\\_485935.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E3_80_90_E9_83_91_E6_88_90_E6_c122_485935.htm)

一、知识产权研究与中国合同法的起草 (一)《合同法》分则中的知识产权合同。

《合同法》颁布后，起草参加者及知识产权主管与研究机构之外的人们，曾吃惊地发现：“分则”部分中，在技术合同之外几乎排除了其他知识产权合同。而无论1995年3月出台的合同法“专家建议稿”，还是1995年7月出台的全国人大法工委的合同法“试拟稿”，都包容了一大部分版权合同、商标合同分则。同一时期的报刊上的专家论述，也多是希望尽可能地把各种知识产权合同统统收入分则。1从这一变化，可以反映出中国的知识产权界对《合同法》起草的参与，以及中国知识产权研究成果对《合同法》形成的影响。从1995年下半年起，直到1999年2月，知识产权界学者以论文形式、知识产权主管机关以专题报告形式，不断指出原有各种草案中，因对知识产权缺乏深入研究而反映出的滞后2、概念性错误3等等，希望能够在日后深入研究的基础上，由专门法去规范这类合同4。这些意见不仅大部分被《合同法》起草过程所采纳，而且反映在九届人大二次会议关于《合同法》的说明中。按“说明”所述，《合同法》中第123条对一大部分知识产权合同应由什么法去规范，作了原则性规定。只是在专利领域，“不纳入合同法分则”的呼声及专利合同的特殊性问题，反映到立法机关过迟，已很难把它们在短时间从“技术合同”分则中摘出。不过，《合同法》第355条，已经作了补救，即极特殊地规定了其他法律乃至“行政法规”如果对专

利合同、专利申请合同的规定与《合同法》不一致，则依照那些法律及行政法规。这实际上仍旧等于把专利合同从分则中又摘了出去。

(二)权利与载体的可分性??知识产权在有形货物买卖中应予注意之点一方面，《合同法》中基本摘除了知识产权合同分则；另一方面，《合同法》又并未完全置知识产权于不顾。因为，在并非知识产权的交易中，有时会涉及知识产权问题。《合同法》第137条规定：“出卖具有知识产权的计算机软件等标的物的，除法律另有规定或者当事人另有约定的以外，该标的物的知识产权不属于买受人。”在较早的“专家建议稿”及“试拟稿”中，并无这一条；在1998年9月7日公布征求意见的草案中，虽有这一条，但没有两个逗号中间的那半句话。经知识产权界的建议而最后形成的这个条文，既明确了知识产权之“权”在通常情况下不随物转移，又照顾到诸如我国《著作权法》第18条的特例及当事人自愿权随物转的情况。这一条仍旧存在的缺点是：以“软件”为例不够典型。因为“软件”在现代恰恰是本身可以没有可转移之载体的网络传输作品之一(亦即“直接电子商务”的买卖标的)。如果以“艺术作品原件”之类为例，也许更有利于说明问题。这个意见并非知识产权界未曾提出。只是由于更多、更重大的对《合同法》草案加以修改的其他意见在同一时期过于引人瞩目，这类枝节性意见则未被顾及了。

(三)商业秘密的特殊保护如果说在《合同法》“技术合同”分则之外，有什么直接与知识产权有关的条款的话，那么除了上述第137条外，就只有第43条了。这条规定“当事人在订立合同过程中知悉商业秘密，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用。泄露或者不正当地使用该商业秘密给对方造

成损失的，应当承担损害赔偿责任。”合同未成立，仍旧须依《合同法》承担损害赔偿责任，这在一般人看来是说不通的，因而在直至1998年12月之前的诸草案中，也并无此说。但毕竟国际上多年的贸易活动(尤其是技术秘密的贸易活动)已把这种责任作为惯例。这种惯例多年前已见于国外专著及国际组织文件中<sup>5</sup>，并被介绍到中国<sup>6</sup>。所以《合同法》最后接受了这种看似违背常理，却又是保护商业秘密所必不可少的规定。

(四)电子商务与知识产权 国际与国内的电子商务活动，均不是首先在知识产权产业(哪怕是“知识产权核心产业”如软件产业)中开展起来的。但在国际组织中，它却是首先在世界知识产权组织中受到高度重视，并被列为其缔约准备项目之一。在国内的科研领域，又首先是知识产权界开始这方面研究的。原因是无论间接电子商务中的网络广告(也可理解为网络上的“要约邀请”)、网络上的合同谈判与签约，还是直接电子商务中的影视作品、录音作品乃至文学作品的销售，均会广泛涉及商标权、版权等传统知识产权的保护，及域名权等新兴知识产权的保护，以及不同权利之间的冲突。知识产权界已经走在前面的对电子商务研究，发现了较早《合同法》草案完全未顾及电子合同的法律地位，可能使该法在这一领域滞后的问题，促使《合同法》增加了这部分内容。当然，发达国家如德国，发展中国家如新加坡等国的电子商务立法来看，我国《合同法》中现有的几条对电子合同的规定，是远不够用的。今后可能会增加“电子合同”分则，或另立电子合同法规。但《合同法》总则中的现有规定，毕竟有利于鼓励有条件的企业进入这一“知识经济”的贸易领域，也有利于将来更细化的法规(或分则)的出台。

(五)“合

同”的定义与知识产权的变更 究竟在合同的定义条款(亦即《合同法》第2条)把合同界定在“债权债务关系”之内，还是界定在“民事权利义务关系”之内，在《合同法》整个立法过程中一直存在争论。《合同法》最终选择了后者，并不意味着坚持德国“形式主义”理论的学派占了上风。虽然定义下得宽些，比定义下得窄些更不易出偏差，但认为将原草案的“债权债务关系”修改为“民事权利义务关系”并非实质性修改<sup>7</sup>，确是有一定道理的。从实践中知识产权变更(即转让)的情况来看，无论法国的“意思主义”(按这种理论，应把“合同”界定在“债权债务”范围内)、还是德国的“形式主义”(按这种理论，则应界定在“民事权利义务”之内)，在知识产权的变更面前，都有不可逾越的障碍。按照法国的“意思主义”，债权合同覆盖了整个物的交易过程；物权变更是债权合同的结果，在债权合同之外，不存在直接引起物权变更的其他合同；无论“交付”行为还是“登记”行为，都不过是对抗第三方的条件。但是，法国“意思主义”论者忘记了(或不了解)专利权或商标权的转让登记，决不仅仅是“对抗第三方的条件”而已。一部汽车在一个时间里只可能有一个人在驾驶，一项专利则在同一时间可能有上百人在分别独立地使用。专利的转让如果缺少了登记(及其后必然结果的“公告”)，则无人知晓，也极难推断这百人中谁是权利的“所有人”，谁是权利的“被许可人。于是进一步的社会活动就无从开展了。这是无形的知识产权与有形物的财产权完全不同的地方。按照德国的“形式主义”，则物权变更除债权合同的“意思”之外，另有“外在形式”；这种理论认为不动产的变更须有债权合同的“意思”加登记行为，动产的

变更须有债权合同的“意思”加交付行为，亦即债权合同之外，另有物权合同，二者相加，财产权的变更方能完成。但德国的“形式主义”论者论到这里却忘记了：版权转让中，既无任何可交付之物，又无需任何登记。该转让合同一旦签字，有关财产权就自然地变更了。这里不能说“形式主义”论者不了解实践中的这一特例。因为这些论者在自己的专著中明明把“著作权”(即版权)称为“权利物权”。就是说，在述及物权变更时本应想到它，而不仅仅想到“动产”与“不动产”。这样看来，知识产权研究的成果，有可能促进我国民法有关债权及物权的研究，指出其尚待深化的问题，并有可能回答其中的部分问题。

## 二、《合同法》总则与知识产权合同

### (一)一般规定

《合同法》中虽未包含多数知识产权合同(而且将来即使补充充分则，也未必补入)，但《合同法》总则中的大多数原则(即除去显然只适用于有形物交易或服务贸易的外)，仍然适用于知识产权合同。尤其是以下几条一般规定：第123条，其他法律对合同另有规定的，依照其规定。第124条，本法分则或者其他法律没有明文规定的合同，适用本法总则的规定，并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定。第125条，当事人对合同条款的理解有争议的，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思。合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的，对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致的，应当根据合同的目的予以解释。第128条，当事人可以通过和解或者调解解决合同争议。当事人不愿和解、调解或者和解、调解不成的，可以根据仲裁协议向仲裁机构申请仲裁

。涉外合同的当事人可以根据仲裁协议向中国仲裁机构或者其他仲裁机构申请仲裁。当事人没有订立仲裁协议或者仲裁协议无效的，可以向人民法院起诉。当事人应当履行发生法律效力的判决、仲裁裁决、调解书；拒不履行的，对方可以请求人民法院执行。在这几条里，应特别注意，第123条是其他几条及全部总则适用于知识产权合同时的总前提。对于专利合同及专利申请合同，由第355条增加了其他“行政法规”另有规定的情况，则可能在实践中比版权合同、商标合同更“自由”一些。

(二)合同订立条款中，弱势一方可依靠的内容。在知识产权合同中，尤其是版权合同类下的出版合同中，创作者在大多数情况下处于弱势。《合同法》第12条在起草后期增加了“当事人可以参考各类合同的示范文本”一句，即含有从某一侧面扶助弱势一方的意义。国家版权局是国内较早的提供示范合同的行政主管机关。它于1992年1月颁布的《图书出版合同》等示范合同，条款均比较合理，并无对创作者不利的内容。但至今国内大多数出版社自定的“格式合同”，则幅度不同地改变了版权局示范合同的原样而有利出版社。多数创作者面临这类格式合同，又往往不知是否可改回版权局示范合同的原样，或不知怎样改才合理，或不敢提出更改格式合同的建议。总之，结果大都是创作者不情愿地“接受”了有关格式合同。在现有的《合同法》总则中，至少有三条可以为处于弱势一方的创作者撑腰了。首先，如果合同尚未签订，创作者可以要求把对方的格式合同修改得更公平一些。这时可援引的是《合同法》第3条，即“合同当事人的法律地位平等，一方不得将自己的意志强加给另一方”。而实践中往往是合同并未按创作者的意愿签订，履行中

创作者越想越“堵心”。例如，如果出版社按国家规定的稿酬标准付费，仅仅能成为“专有出版权”许可或有限期转让的“对价”(Consideration)。许多出版社却在格式合同中约定了自己按国家标准支付稿费之后，创作者的出版权、在全世界各语种的翻译权、改编权、乃至广播权等等，统统归了出版社。这种合同签订之后，创作者若感到对自己不公，就可以援引《合同法》第54条，即：下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：(一)因重大误解订立的；(二)在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。如果对方提供的格式合同既未在谈判时修改，也未在履行中变更或撤销，则在合同发生争议时，创作者切勿忘记了《合同法》第41条：对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。(三)合同成立与生效的要件《合同法》总则申明：凡是法律、行政法规规定应采用书面形式的合同，均须采用书面形式(第10条)。这一规定几乎适用于所有知识产权转让及许可。《著作权法实施条例》(行政法规)第32条，规定了版权合同均须采用书面形式。《专利法》第10条、第12条，也都明文规定了专利合同、专利申请合同须采用书面形式。《商标法》第25条、26条、《商标法实施细则》第21条、35条，也均明文规定或暗示了商标合同均须采用书面形式。至于《合同法》第36条怎样对知识产权

合同适用，将来在司法或仲裁程序中可能会遇到问题。这一条规定：法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。这可能在实践中部分修正了《合同法》第10条及上述知识产权专门法中有关书面形式的强制性要求。但这种修正，即使可以让没有采用书面形式的知识产权合同“成立”，其成立的意义对专利与商标合同究竟有多大，也是一个问号。因为，《合同法》第44条又规定：如果法律、行政法规要求书面合同履行批准、登记等手续，则在这些手续履行的前提下，合同方能生效。专利、商标的转让合同，都要求申请及批准；专利、商标的许可合同，又都要求备案。无书面形式，是无法报批或备案的。至于“备案”与“登记”有何区别，不备案是否影响合同效力，专门法及行政法规中无明文规定。不过在许多外文中“备案”与“登记”是一个词。至少，转让合同，不采取书面形式，即使符合《合同法》第36条，其“成立”并无太大意义，因为它毕竟将是无效的。《合同法》第10条、36条及44条的制订及其在知识产权合同上的交互作用，已经要求至少《专利法》及《商标法》修订时，必须将“备案”的法律后果，加以明文规定了。

(四)合同的撤销、变更、无效(或部分无效)及转让

《合同法》中的下列三条，在知识产权合同的订立及履行中，也会常遇到适用的场合：第56条，无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。第57条，合同无效、被撤销或者终止的，不影响合同中独立存在的有关解释争议方法的条款的效力。第76条，合同生效后，当事人不得因姓名



、名称的变更或者法定代表人、负责人、承办人的变动而不履行合同义务。在《合同法》通过的前三天，即在1999年3月12日，参加九届人大二次会议代表们手头的《合同法》草案上，第76条原是“情势变更”条款。“情势变更”是大陆法系从“事出之因”的角度来讲的。英美法系国家虽然也有类似的表述(如FundamentalChangeofSituation)，但常用的表述则是从“事出的结果”角度去讲的，即“合同落空”(Frustration)。把这项制度在法律通过前夕拿掉，主要原因是两点。一是本世纪80年代后的国际条约、国际组织文件乃至新制订的民法典(如俄罗斯民法典、越南民法典等等)已很少用它；二是我们对它的研究还很不够，不宜贸然采用。在《合同法》通过前的多次讨论中，有人认为它是“最新发展”的合同制度之一。而实际上，英美法系的第一个有关判例早在1878年就产生了。在罗马法的适用中，还可追溯得更早。事实它并不新。还有人认为它指的是社会的经济形势、国家的经济发生重大变化的情况。而事实上，知识产权界一位法官曾提到的一例才最类型：甲委托乙开发一项技术并因此签订了委托开发合同。在开发尚未完成之际，丙独立地开发出了该技术并申请了专利。这是实实在在的“情势变更”。乙如果继续履约，不仅是无意义的重复劳动，而且会构成侵害他人专利权(甲也可能成为“共同侵权人”)。而这种“情势变更”与社会经济形势、国家经济政策的变化毫无关系。正相反，国家经常实施的一些价格调节政策之类，大都不能被认定为“情势变更”，即不能作为一方不履约的口实。从国内讨论中反映出的认识水平来看，把它写入《合同法》至少是不成熟的。因此，删除了原第76条的决定是正确的。此

外，《合同法》第79条、84条、88条、93条、94条等等关于合同权利、义务转移的规定，也会适用于知识产权合同，这里就不再一一叙说了。(五)违约责任 《合同法》“违约责任”一章中的绝大多数条款，都适用于知识产权合同。这里面要着重论述的，是该章的最后两条。第121条规定当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。在1998年9月7日登在报上征求意见的《合同法》草案中，这一条(当时的125条)原是这样表述的：第三人明知当事人之间的债权债务关系，采用不正当手段，故意阻碍债务人履行义务，侵害债权人权利的，应当向债权人承担损害赔偿责任”。《合同法》最后文本的这一修改，可以被看作是起草过程中对“侵害债权”理论的否定。这一理论在台湾地区学者及大陆的部分学者中，论述比较多<sup>8</sup>。这一理论有几点缺陷。第一，在论“侵害”某种“债”时，忽略了除合同之债以外的债。合同之债固然属于债，此外还有侵权之债等等。如果论者把“侵害合同之债”再进一步论及“侵害侵权之债”，就会发现自己已经进入了逻辑上的怪圈。第二，要在合同法中规定，以合同为依据，追究并非合同当事人的第三方的责任，在法理上有难以逾越的障碍，在司法实践中也难以操作。第三，所谓追究侵害合同之债的责任，实际上是混淆了依合同享有的权利与通过合同获得的或将获得的权利。前者是债权，后者则可能是债权，也可能是物权或其他权(“其他权”在德国民法学者看来可能说不通，这里暂不深论)。第四，这种理论还可能混淆违约责任、侵权责任与禁止不正当竞争等不同法律关系。甚至可能把侵权与不侵权相混淆。在知

识产权领域，并非“被许可人的第三方的“平行进口”行为，最能说明这一问题。在“平行进口”中，究竟是第三方“侵害债权”，还是权利人重复授权，有时是根本说不清的。至于其他问题，下文将专题论述。因此，《合同法》最后文本对原有草案这一条的修改，是应当予以肯定的。《合同法》第122条规定：因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。这一条在1998年9月7日报刊发表的征求意见稿中表述为：“因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受害人有权请求赔偿”。原表述中的缺陷与上一条相近，即给人的印象似乎可以依《合同法》请求得到“侵权赔偿”。这是说不通的。不过这一原有表达，比起过去个别知识产权法学者不懂得违约与侵权有时会“竞合”，仍应算是个进步。例如出版合同中约定了某书只能出中文本，结果出版社未经作者许可，也未修改合同或另订合同，就出了英文本。则该出版社显然是违约了。而从“未经许可”使用了作品的“翻译权”角度看，出版社的行为又属于典型的侵犯版权。这种例子在有形财产或无形财产方面均很多。绝不象有人机械地看问题所下的结论：违约与侵权截然不同，凡构成违约的行为，不可能被视为侵权。但违约与侵权竞合时，受损害一方无权同时要求对方承担两种责任；他只有权自行选择要对方承担对自己较有利的两种责任中的一种。如果他要求对方承担侵权责任，那么所依据的法律将不再是这部《合同法》。只是他面临竞合时“选择”的权利，才依据了《合同法》。

### 三、《合同法》与知识产权保护中特殊的合同问题

(一) 权利人、独占被许可

人的权利范围与“平行进口”、“权利穷竭”等问题“平行进口”是近年在世界范围内知识产权保护问题中的一个热点。它指的是知识产权的权利人或独占被许可人有无权利禁止合法生产的产品从国外进口的问题。如果进口的产品本身是侵权产品，例如，未经专利权人许可而仿制的专利产品、未经商标权人许可而用其注册商标的“冒牌货”、未经版权人许可而复制成的盗版制品等等，权利人或独占被许可人均有权禁止其进口，是不言而喻的。但如果境外的独占被许可人或第三方，把本来应当在境外销售的带有合法附贴的正式注册商标的货物，进口到权利人所在国销售，该商品在国外价位较低，进口后以低价位的合法制作的商品，冲击了本来由权利人自己经销着的、价位较高的相同商品的市场无疑会给权利人带来一定经济损失。但这时商品本身却又不是冒牌货。应如何处理这种情况呢？专利、版权领域，也都存在同样问题。这个问题与原合同法草案中所谓“第三人侵害债权”及“权利穷竭”原则联系在一起。按照“权利穷竭”原则，凡是经权利人许可，而将有关商品投放市场后，有关商品无论涉及受保护的专利、商标还是版权，权利人无权对商品的“再销售”进行控制。就是说，权利人知识产权中的“销售权”（或与之相应的如“发行权”之类）行使了一次就“穷竭”了，不能再行使。按照知识产权具有地域特点的基本理论，“权利穷竭”原则也应具有地域性。例如，北大方正集团作为“方正”商标所有人、“高分辨率数字发生器”专利所有人及“中文之星”软件的版权所有人，它许可一泰国厂家在泰国销售贴有“方正”商标的录音器、激光照排印刷机专利产品及有关软件，其在泰国的销售权便一次用尽了。如果“

用尽”原则也受地域限制，这就并不妨碍方正集团在中国仍旧享有上述三种商品的销售权；未经许可将本来在泰国销售的商品进口到中国来，方正集团应有权禁止。但事实并非如此。WTO成立时缔结的Trips协议，只认定了专利权的权利人有禁止他人“平行进口”的权利。就是说，仅仅在专利领域，承认了“权利穷竭”（或称“销售权一次用尽”）原则的地域性。从我国现有的立法看，也仅仅在《专利法》中赋予了权利人以进口权<sup>9</sup>，同时又承认“权利穷竭”原则<sup>10</sup>。Trips协议第6条允许各国自己决定如何对待与商标、版权有关的“权利穷竭”问题。我国《商标法》及《著作权法》则对此未置可否。这样一来，上文的北大方正一例中，方正集团可能依法禁止印刷机进口（因为它是专利产品），却未必有权禁止录音机或软盘进口了。如果是方正集团的泰国被许可厂家向中国出口这两样商品。方正尚可以依据合同予以禁止。如果是第三方在泰国合法购买了这两样商品向中国出口，则其行为显然不构成违约；是否构成侵犯知识产权或其他不正当竞争，那可就不是一句话可以说清的问题了。瑞士最高法院在1996年及1998年的两个判决中，明白无误地申明了“平行进口”行为不会导致侵犯商标或版权，就贴有有关商标的商品及享有版权的有关作品的复制品而言，也不构成不正当竞争。原因是“平行进口”一般均是商品从低价位国家流向高价位国家，其结果总是对消费者有利，又不发生盗版或假冒问题。两个判决中，1998年7月判决任天堂公司的电子游戏软件的版权并不因第三方“平行进口”受到侵犯，是更加引人注目的<sup>?</sup>。在美国，以往的判例几无例外地宣布一切“平行进口”均构成侵权。因为美国始终是个高价位市场，任何从低

价位国家的“平行进口”，均会给美国知识产权权利人或独占被许可人造成损失。但1998年3月，美国最高法院在一例美国制做的产品出口马耳他(低价位国)又被返运美国、由第三者在美销售的“平行进口”纠纷中，却判了这类“平行进口”至少不构成侵犯版权?。这说明“平行进口在美国均构成侵权”已不再是其司法机关的唯一结论了。在欧州，欧州自由贸易区(EFTA)法院与欧盟(EEA)法院在大致同一时间判决情况几乎相同的商标“平行进口”案时，结论却完全相反。前一法院认为不侵权的，后一法院认为侵权。这两案的案情唯一不同处，又正在于后一案也是原在欧盟国家奥地利生产的商品出口低价位的保加利亚、又由第三方返销售奥地利?。我国过去一直是低价位市场，极少发生“平行进口”纠纷。原因很简单，相同产品从高价国进口我国，肯定卖不出去。但自从1997年亚州金融危机后，一大批国家货币贬值，而人民币则一直坚挺。中国与一些周边国家比，成了明显的高价位市场。于是在1998年，“平行进口”纠纷在我国就大量发生了。由于除在《专利法》外，很难找到直接禁止“平行进口”的法律依据，许多人就开始建议借助“独占被许可人”依合同取得的权利?。而这又正如《合同法》1998年草案稿“侵害债权”条款起草者犯的同样的错误，即混淆了依合同可享有的权利与通过合同所获得的权利。独占被许可人通过合同固然获得了可诉侵权的权利。但应注意，法律未明文规定对原始权利人本人构成侵权的行为，也就不可能成为独占被许可人有权禁止的行为。如果境外的权利人自己向中国的独占被许可人所占的地盘搞“平行进口”，被许可人有权依合同制止他。但对那些在境外合法地从权利人或其他被许可人

那里购买商品后再从事“平行进口”活动的第三者，独占被许可人有权依哪条法律去制止，则依然很难回答。至于是否应当如有人所建议的那样：干脆在中国的《商标法》等法律中明文禁止“平行进口”，那就更值得研究了。一是谁能保证中国今后一直处于高价位的地位，二是国外这样立法的例子(尤其发展中国家)极少，案例结论不一。反倒是新西兰等国家在1998年之后，有明文规定允许“平行进口”的立法。这是个全世界仍在研究中的问题，我们切不可因一时的纠纷增多就贸然迈出不可收回的一步。最后，应当注意到：由于美国开发的某些软件(如Windows)在国际市场上实际的垄断地位，其售价无论在低价国(如中国)还是在高价国(如美国)，均比在美国本国市场高。(二)《合同法》与版权的有限期转让由于版权不象专利权那样只有较短保护期，又不象商标权那样须按时续展，在其漫长的保护期内，就会有“有限期转让”的问题。在已有版权制度多年的国家，这不会成为问题。国外实践中的例子也很多。只是版权制度建立时间较短的我国有的人对此还不理解。《合同法》总则第12条中的“履行期限”，是适用于版权转让合同的。“买卖合同”分则中的绝大多数条款，却不适用于版权转让。但把无形财产转让等同于有形货物买卖，恰恰是一些学者的主要失误。由于笔者在《版权法》一书中对此已有专门的论述，这里只想再增加一个案例加以说明。早年的论述中引证过瑞士等欧陆国家、加拿大、美国等英美法系国家的例子。但直接涉此问题的法院判决，还没有过较典型的。1997年9月，日本东京法院就一家荷兰公司诉《朝日新闻》所作的判决，可以说是较典型的。荷兰公司戴马特(DemartProAltePv)与萨尔瓦多艺术家达

利(Dali)在1986年签订了一项版权转让合同(Copyright Assignment Contract)，约定在1986年到2004年期间，达利的四幅画在全世界的版权转让给该荷兰公司。1990年，《朝日新闻》在印制一份展览会目录及说明的小册子上，使用了这四幅画。小册子印制了8000册，并由第二被告大丸公司(Daimarukk)出售了7374册。于是荷兰公司诉《朝日新闻》及大丸公司侵犯其版权。东京法院在判决书中，专门就日本《著作权法》第61条(1)款中所称“版权可全部转让，也可部分转让”作了解释，说明“部分转让”中的“部分”，既包括有限的时间(有限期)例如只转让8年、10年，而后权利回归，也包括有限的空间(有限地域，例如只转让作品的日本版权，不转让作品的美国版权)。法院判决被告的行为构成对荷兰公司版权的侵犯，被告应按日本《著作权法》第114条(2)款负赔偿责任。这不仅为我国仍不了解知识产权特点的人们进一步研究，提供了参考，而且为司法机关外理类似纠纷，也提供了极有价值的参考。

(三)合同的辅助保护如何纳入知识产权法的轨道??哥德斯坦(Paul Goldstein)提出的问题 在数字技术与网络广泛应用的现代，网络传输的无国界性、网络上数字化信息的公开性，与传统知识产权的地域及专有性发生了冲突。盖勒(Paul Goldstein)曾提到：知识产权法的立法在这种冲突面前已显得滞后与无力，必须回到历史上曾经历过的借助合同保护及技术保护的辅助。哥德斯坦则认为，只有把合同保护及技术保护纳入了知识产权法的轨道，其辅助作用才可能发挥，甚至可能变成起主导的作用。把技术保护纳入知识产权法的轨道，世界知识产权组织已通过1996年的两个公约去做了，而且已有一部分国家跟了上去。但如何把合同保



护纳入这一轨道，还仅仅是哥德斯坦提出的一个尚无答案的问题。不过，在中国《合同法》既然已经留给知识产权单行法以较大的制订知识产权合同规范的余地，我们还是大有文章可作的。首先，我们需要补上现有法中未必专门针对网络问题的、已经发现的不足。不少国家在奉行“合同自由”、“意思自治”原则的同时，在知识产权法的合同章中，专门作了有利创作者或其他原始权利人的规定。例如，在“出版合同”的规范中，虽允许当事人自定付酬幅度，但不得低于国家法定最低标准。而我国《著作权法》正相反，第10条虽规定了“获酬权”、第27条虽规定了国家标准，却允许“合同另有约定”除外。这样一来，作者的“获酬权”在多数场合实际落空了。其次，可否否认合同约束力的延伸，管住一部分“平行进口”。例如，权利人虽不能直接依合同约束第三方，但可否要求其被许可人的再销售活动中，合同依次约定不得在权利人享有知识产权的地域内再销售，以便发生“平行进口”后，依次追究违约责任。再者，所谓“合同保护不仅仅作为版权保护的辅助，而应纳入版权法的轨道”？，实际主要指的是因网络应用发展起来后而发展的“电子合同”。而对“电子合同”本身的规范，尚且是我国法律中较薄弱的一环，且不要说将其纳入版权法的轨道了。这如果真被证实了是一项必须完成的任务，那么对我们讲确实是“任重而道远”了。目前，已有的国家在其“示范法”性质的法律文件中，试着把曾经仅仅适用于计算机软件产品的“启封许可证合同”推而广之于更多受版权保护的文化产品？。不过尚难看出这是否会成为一种新的“版权保护”趋势。注：1 参看《法学研究》1995年第5期；《法制日报》1994年5月2日第2版等。

2 例如“出版”中不包含音像出版，更不包括电子出版，仅仅包括20世纪60年代前的图书出版。3 例如分不清“手稿丢失”与“作品丢失”的区别，分不清公有领域中的技术与技术秘密的区别。4 较具代表性的论文，可参看《中国专利与商标》杂志1996年第2期的文章《版权合同与合同法》。5 参看Melville著EntellectualPropertyLicensing一书，1982年出版。WIPO Model Law (Know?How部分)，1980年第 卷。6 参看《国际技术转让法通论》，北京中国展望出版社，1986年出版。7 参看《人大工作通讯》，1999年第8期第17页。8 参看《法学》杂志，华东政法学院出版，1997年第6期《论侵害债权制度》。9 见《中华人民共和国专利法》第11条。10 见《中华人民共和国专利法》第62条第1款。11 参看EIPR1997年第11期及1999年第4期。12 参看NO.96 - 1470,1998 U.S.LEXIS1606 (Mar.9.1998) 13 参看International Trade (伦敦出版)1999年第1期。14 参看《中华商标》1998年第6期。15 参看《版权法》(修订本)，中国人民大学出版社，1997年版第303?320页。欧陆法系国家及英美法系国家的实例，见《著作权》杂志1995年第3期第3?7页。16 转引自EIPR1999年第3期。该案的评论系由日本著名知识产权法与民法学家土井辉生撰写。其评论中特别强调了“有限期的版权转让应属有效”。17 参看《知识产权文丛》第一卷，中国政法大学出版社，1999年1月出版。18 参看《知识产权研究》第六卷，中国方正出版社，1998年12月出版。19 参看《国际贸易》杂志1999年第五期《21世纪知识产权研究展望》，《著作权》杂志1999年第1期《两个新的版权条约初探》等文章。20 参考注?，这里哥德斯坦在其论文中的主张。21

参看为适应数字技术与网络而增加的《统一商法典》第2B条(草案)。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)