



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文  
阅读次数: 1431

## 知识产权立法体例与民法典编纂

吴汉东

[内容提要] 近代民法典的结构是在罗马法体系基础上的改造,知识产权立法与近代民法典未能发生历史的机缘;现代民法典编纂运动尝试接纳知识产权制度,但至今尚无成功的立法例。当代知识产权法是一个综合性、开放式且最具创新活力的法律规范体系,不宜将其全部植入民法典。我国知识产权制度宜在民法典中作原则规定,但同时保留民事特别法的体例。

[关键词] 民法典编纂、知识产权立法、民事特别法

### 目次

- 一、失之交臂:近代民法典编纂与知识产权制度产生
  - 二、并非范式:现代民法典体例对知识产权制度的接纳
  - 三、民事特别法:当代知识产权立法的通行体例
  - 四、我国立法选择:民法典一般性规定与民事特别法专门规定
- 结语

关于知识产权制度与未来民法典之关系,一直是个颇有争议的问题。不少民法学者主张在民法典的框架内,整合一个包括知识产权在内的财产权体系,其理由是:知识产权的保护手段基本是民事性质的,应将这一权利与其他财产权等同看待,并纳入民法典进行规范;国外已有民法典规定知识产权之立法例,我国民法通则则在“民事权利”中,亦专节规定了各类知识产权,因此这一制度应成为民法典的组成部分。[1]笔者对此有不同看法,本文试以范式民法典为参照系,从历史考察与现状分析相结合的角度,探讨知识产权立法体例与民法典编纂之关系,希冀为我国民法典体系的设计提供些许有益的思想资料。

### 一、失之交臂:近代民法典编纂与知识产权制度产生

知识产权制度是近代法制史上的新页,[2]是科学技术与商品经济发展到一定阶段的产物。一般认为,英国于1623年制定世界上第一部专利法(即《垄断法规》),1709年制定第一部著作权法(《为鼓励知识创作而授予作者及购买者就其已印刷成册的图书在一定时期之权利法》,即《安娜法令》),法国于1857年制定第一部商标法(即《关于使用原则和不审查原则为内容的制造标记和商标的法律》),是为具有近代意义的知识产权制度的开端。

随着资本主义制度在西方的确立,各主要资本主义国家自18、19世纪以来都先后开始了知识产权的立法活动。其中最有代表性的立法例有:美国1790年《联邦版权法》、法国1793年《作者权法》、德国1837年《保护科学和艺术作品的所有人反对复制或仿制法》、日本1899年《著作权法》;美国于1790年、法国于1791年、德国于1877年、日本于1885年先后制定的专利法;英国于1875年、美国于1870年、德国于1874年、日本于1884年先后颁布的商标法。上述知识产权立法与近代民法典编纂都未发生历史的机缘。

更多▲

### 特聘导师

#### 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](#)

[法律与非典论坛](#)

英美法系国家有着自己的法律传统,没有形式意义上的民法即民法典的存在。英美学者在学术上将私法分为合同法、侵权行为法、财产法、信托法、家庭法等部分,上述规范在法律形式上以判例法或制定法的形式存在。无论在英国还是美国,知识产权法都表现为制定法的形式,历来都是一种独立的财产法律制度,并不涉及民法典编纂的问题。大陆法系国家承受了古罗马法典化的传统。作为近代范式民法典的法国民法与德国民法,其编纂活动分别完成于19世纪初叶与末期,他们的民法典体系取材于罗马法的《法学阶梯》或《学说汇编》;其知识产权立法早在民法典编纂之前大体就绪,且这些新兴的财产权制度又多为英国的“舶来品”。因此近代欧洲大陆的范式民法典未能将知识产权制度纳入其体系之中。关于其立法动因,似可从以下几个方面加以解释:

### 1、近代知识产权制度是从特权到私权嬗变的产物

近代知识产权法的孕育,经历了封建特许权制度近三百年的长期阵痛。与保护精神产品相关的封建特许权,包括印刷专有权和产品专营权,它以敕令或令状的形式,授予印刷商以出版独占许可证或赋予经营者专门制造、销售某种产品的权利。这种封建特许制度的受益者主要是印刷商、企业主以及颁发许可证的统治者,而不是从事智力创造活动的作者、发明者。这一制度不仅适应了封建统治者禁锢思想文化、控制经济利益的需要,[3]而且决定了原始知识产权的地域性特点。封建特许权的存在意义在于它同近代知识产权制度的产生具有某种历史连接作用。在欧洲,出版特权或专营权授之于封建君主的有限地域,且往往有一定的期限,因而酿成了被许可人的排他的权利意识。他们认为对于印刷品、专营品应产生一种新的所有权,而不仅仅是行政庇护的特权。尔后,由于封建王朝的衰落与市民阶级私权观念的进化,他们开始主张这种印刷专有权、产品专营权不应由国王特许才产生,而应基于创造者“精神所有权”的转让而取得。“精神所有权”的理论认为,对于其创造者的思想以及基于思想所产生的物化产品都享有所有权,这种精神产品的权利也是所有权一种。十分明显,“精神所有权”已具有近代知识产权的基本含义了。知识产权作为一种私人享有的无形财产权,是为法定之权而不是特许之权,直到资产阶级革命时期才得以形成,1789年法国的“人权宣言”将思想作为精神财产,称之为“自然和不可废除的人权”,并确认自由传达思想和意见是人类最宝贵的权利之一。近代资产阶级国家立法使知识产权由公法领域进入私法领域,由特权转变为私权。法律制度在发生质的转变的同时,也保留了某种历史的惯性,即多数知识产权具有国家授予的特征。这种权利取得的国家授予性与权利产生的本性并不是矛盾的。美国学者认为,创造性活动是知识产权产生的“源泉”(source),而国家法律规定则是知识产权成立的“依据”(origin),[4]因此知识产权是一种法定的有限制的独占权利。知识产权制度产生的社会背景有别于传统财产法所生存的私法环境,因而近代立法者在法律体系的设计与安排方面采取了不同的方法。从特权到私权,反映了近代知识产权的属性变化,但并非表明知识产权与其他财产权采用相同的立法形式。

### 2、近代知识产权制度是私权领域中财产“非物化革命”的结果

在罗马私法体系中,财产权制度是一个物质化的权利结构体系。罗马人基于财产的主要构成限于有体物的认识,构建了物与物权制度。他们以物为客体范畴(主要是有形的物质客体——有体物,也包括无形的制度产物,即除所有权以外的财产权利——无体物),并在此基础上,设计出以所有权形式为核心的“物权”制度,建立了以物权、债权为主要内容的“物法”体系。随着近代商品经济的发展,在社会财产构成中,出现了所谓抽象化、非物质化的财产类型。以知识、技术、信息为主要内容的“知识财产”,有别于以往物质形态的动产、不动产,是不同于传统意义上的另类客体。黑格尔在《法哲学原理》一书中写道:诸如精神技能、科学知识、艺术以及发明等,都可以成为契约的对象,而与买卖中所承认的物同一视之。此类占有虽然可以像物那样进行交易并缔结契约,但它又是内部的精神的东西。[5]十分明显,传统的物化财产权结构是无法包容抽象化、非物质化的知识财产的。1804年法国民法典继承并发展了罗马法的传统,将客体物分为有体物与无体物,同时扩充了无体物的范围。后者专指具有财产内容的权利,其中,除了民法典所规定的债权、股权外,还包括新兴的知识产权。知识产权本归为动产物,以后又被划归到更具重要价值的不动产类别中。[6]1896年德国民法典在继承罗马法传统方面,形成了自己的德意志民族风格。其立法文件不承认无体物,所谓物仅涉及有体物的概念。但在学说中,知识产品可以称为“无体物”,但它不能归类于物权的客体物范畴,而仅是知识产权法规范的客体。[7]

概言之,知识产权制度的建立,是罗马法以来财产权领域中一场深刻的制度创新与变革。无论“法学阶梯体系”(法国法)还是“学说汇编体系”(德国法),都只是在罗马法编纂基础上的改造,知识产权这一新兴财产权制度未能进入传统民法典的体系范围。

### 3、近代知识产权制度尚未形成一个体系化的财产权利族群

知识产权是人们基于自己的智力活动创造的成果和经营管理活动中的标记、信誉而依法享有的权利,是一个属于民法范畴但又相对独立的财产权制度体系。将一切来自知识活动领域的权利概括为“知识产

权”，最早见之于17世纪中叶法国学者卡普佐夫，后至19世纪比利时法学家皮卡第所发展。皮卡第认为，知识产权是一种特殊的权利范畴，它根本不同于对物的所有权。[8]在近代法时期，以知识产权的名义实现权利制度的体系化，并未在立法活动中得以实现。换言之，“知识产权法是对专利法、商标法、著作权法等法律规范的一个总称，这一称法是虚设的，是一种理论概括”。[9]从17世纪中叶到19世纪，是近代欧洲知识产权制度兴起的时期，专利法、著作权、商标法在西方国家陆续产生。毫无例外，上述法律都是以单行立法的形式出现，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。1804年法国民法典明确肯定商标权应与其他财产权同样受到保护。这一规定不过是对商标权即为财产权的民法定位，并无在民法典中独立成编的立法意义。正是在民法典这一基本法的指引下，法国于1857年颁布了具有历史意义和国际影响的商标法。毋庸讳言，对各项知识产权进行体系化整合并作为民法典的组成部分，无疑在立法技术方面存有困难。对此，法国学者指出，“多数情况下，有形财产整体性地置于单一法律规则的体系内加以调整。例如，所有权在涉及到有形不动产或动产时，总是具有同样的内容。诚然，两种不同财产的地位并不总是相同，但这并不能否认内容丰富的有形财产所有权的一些一般规则的存在”；“相反，无形财产具有不同性质，它们不能置于同一的法律体系而只能置于一系列独立的、不同的体系，存在于一定的期间。”[10]可以说，由于民事立法技术的原因，近代立法者并未像构建物权体系那样，将专利权、著作权、商标权整合成一个概括的、统一的知识产权法律体系。

近代民法典的编纂，自是“言必称罗马”，诸如物权、债权、继承权等财产权都可以从罗马私法体系中找到它的雏型，而知识产权难以在传统的体系中与物质化的财产相融。基于罗马法以来法典化的传统，加之立法技术的不能，知识财产终究未能以体系化的权利制度出现在近代社会的范式民法典中。

## 二、并非范式：现代民法典体例对知识产权制度的接纳

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、现代化的趋势日益明显。与此同时，大陆法系的一些国家尝试将知识产权制度编入本国的民法典，并在90年代兴起的第二次民法典编纂运动中形成高潮。我国有的学者将其称之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。还有的学者以此立法例为范式，主张在未来的民法典中规定一个包括知识产权在内的大一统的财产权体系。笔者对上述观点持有疑虑，现试就几个“范式”立法例作出具体分析：

意大利民法典。1942年意大利民法典在大陆体系的法典化历史中占有重要地位，它不仅成为其他欧洲大陆国家的一种参照系，而且对秘鲁1984年民法典及其他美洲国家的民法典的改革方案产生了影响。在此之前的1865年意大利民法典主要效仿的是法国模式，1942年民法典在部分保留原法典痕迹的同时，有了新的突破和发展，规定了工业化进程中在企业和劳动关系方面出现的新问题。[11]知识产权作为一种新问题、新关系、新制度，就规定在民法典的“劳动”编中。该法典第六编冠名为“劳动”，实际是关于劳动关系、公司（合伙）、合作化、企业、知识产权、竞争与垄断等规范的混合编。意大利民法典所涉及的知识产权主要为著作权、专利权、商标权、商号权。其中，标记性权利规定在名为“企业”的第八章，包括第一节“一般规定”、第二节“商号和标识”、第三节“商标”；创造性权利规定在题为“智力作品权和工业发明权”的第九章，包括第一节“文学作品和艺术作品著作权”、第二节“工业发明专利权”、第三节“实用新型和外观设计专利”。意大利民法典关于知识产权的规定有两个缺陷：第一，该类规范是关于知识产权制度的原则性规定。即主要规定各类知识产权的性质、对象、内容、主体、转让等，即具有私法内容的规范性条款。民法典强调有关权利的取得、行使及其存续期间由特别法加以规定。实际上，在民法典的相关规定之外，各种知识产权专门法依然存在。知识产权在民法典中的规定，是象征性、宣言性的，缺乏实际操作的意义；第二，知识产权在民法典中的制度安排，分设为“企业”与“作品权和发明权”两章，此类体例设计无疑割裂了知识产权的完整体系。同时，现代知识产权法已成为门类众多、权项庞杂的规范体系，民法典仅规定了四类知识产权，显见其体系的包容性不足。由上可见，意大利1942年民法典很难说是一个关于知识产权立法的范式民法典。

荷兰民法典。荷兰是新民法典编纂运动的杰出代表。早期荷兰的私法体系基本上是法国法的翻版，自19世纪末开始受到德国法的影响，至20世纪在糅合“法学阶梯体系”与“潘得克吞体系”的基础上形成了具有独特风格的荷兰民法典结构。1992年荷兰民法典分为10编，包含传统的民法、商法，以及消费者权益保护法和其他私法法规，并把具有重要价值的判例也编入其中。[12]该法典第九编是为“智力成果权”。根据立法计划，“智力成果权”即知识产权，包括当时拟定的专利、商标、版权、商号等。其中，具有私法性质的条文纳入第九编，那些具有行政、程序法和刑法性质的条文则另置他处。民法典中关于知识产权编的设计，后来由于立法技术上的困难而被取消。[13]另一重要原因是，自《马斯特里赫特条约》签订之后，欧盟一直致力于制定一个适用所有成员国的“欧共体法”。人们认为，“欧共体法”不是国际法，它与相关国际公约不同，是一个超国家的法。自荷兰民法典颁布后，欧共体先后制定了统一商标法、专利法以及其他知识产权条例，所有的成员国需要与其保持一致，而不能进行补充和修订。[14]荷兰学者认为，在这种情况下，将上述法律搬到新民法典第九编是不合适的，因为它们不仅仅包含私法的内容，而且各类知识

俄罗斯民法典。1922年苏俄民法典有关财产权各编分别是所有权、债权、继承权，没有涉及知识产权。1961年的苏联民事立法纲要及后来的俄罗斯加盟共和国民法典既弥补了以往的不足，同时也带来了新的缺憾，具言之：该民事立法纲要及民法典在第四编、第五编、第六编中分别规定了著作权、发现权和发明权，上述制度列入民法典之中的限于是调整有关平等主体的财产关系和人身非财产关系的规范[16]。这一体例设计是对1922年民法典体系的重大突破，但这三编并没有总括为“知识产权”编，同时它将包括专利权、商标权在内的工业产权排除在外，其有限的内容也不可能概称为知识产权。1991年的苏联民事立法纲要推动俄罗斯民事立法模式的发展进入一个新的阶段。新民事立法纲要的基本结构是总则、物权、债权、著作权、在生产中利用发明的其他创作成果的权利、继承权、国际私法规则，共7编。其中，除著作权以外的“创作成果的权利”包括专利权、外观设计权、商标权、商号权、合理化建议作者权、商业秘密权、植物新品种权。[17]1994年俄罗斯联邦民法典[18]不完整地再现了这一纲要所设计的模式，拟定的知识产权编为第五编，冠名为著作权和发明权，没有包括专利权和商标权。事实上，1992年9月，该国已经以特别法的形式颁布了“专利法”和“商业标记法”。这部被称为独联体国家的“示范民法典”尚未完成世人关注的“知识产权编”，但其总则在“民事权利的客体”一节中已涉及到知识产权的有关问题。立法者将“信息；智力活动成果，其中包括智力活动成果的专属权（知识产权）”与物、工作和服务、非物质利益等同列为权利的客体。新的俄罗斯民法典关于知识产权的规范有两点值得检讨：首先，总则拓宽了权利客体的范围，一是承认作为财产权利的无体物，将知识产权本身也作为客体；二是将信息及智力活动成果作为另类客体，以区别于一般意义上的物。但是总则关于“智力活动成果，其中包括智力活动成果的专属权（知识产权）”的规定，将两类客体混为一谈，令人费解；其次，民法典拟定的知识产权编限于是著作权和发明权，其他知识产权则以特别法形式出现，这就肢解了完整的知识产权体系，与1991年民事立法纲要的初衷相去甚远。

越南民法典。1995年越南民法典是后社会主义国家民法典编纂运动的产物，其体系结构在相当程度上受到1991年的苏联民事立法纲要和1994年俄罗斯民法典的影响。越南民法典专编系统地规定了知识产权，在法典于1996年生效之时，同时废止了1989年“工业所有权保护法”、1994年“著作权保护法”、1988年“引进外国技术法”。越南没有象意大利、俄罗斯那样采取基本法与特别法并用的方法来规定知识产权，这在世界立法例中是不多见的。越南民法典第六编名为“知识产权和技术转让权”，含“著作权”、“工业所有权”、“技术转让”三章。其中：第一章“著作权”，计35条，规定了作者与著作权人、受保护作品、著作权内容、作品使用合同、邻接权等，几乎是将一部著作权法移植入民法典之中；第二章“工业所有权”，规定了主要的工业产权，包括专利权、商标权、地理标记权。该章计26条，规定了工业产权的标的、工业产权的确立、工业产权的主体、对工业产权的限制、工业产权的保护。从上述规范内容来看，第二章多为工业产权的私法规范，关于专利与注册商标的申请、审查、异议、复审、核准、管理等均未涉及。这些程序性规范显然无法包容在民法典之中，而只能以条例、规章的形式另行加以规定。第三章“技术转让”，计17条，规定了技术转让的标的、技术转让权以及技术转让合同。专利权、商标权以及技术秘密权的转让，均可以适用上述规范。应该说，越南民法典在知识产权立法体例上颇具代表性，是至今为止关于知识产权的规定最为集中与完善的一部民法典，但它的示范作用也是有限的。该法典仅仅规定了传统的主要知识产权类型，而对新兴的知识产权制度没有予以回应；同时，该法典似乎像其他民法典一样，无力解决实体法与程序法的关系问题，有关知识产权的程序性规范、行政法与刑法规范只能交由单行条例或其他法律部门来完成。[19]

20世纪以来，几个有代表性的民法典对传统的财产权体系进行了改造与突破，以不同的体例和方式规定了知识产权编，这无疑是民法典编纂活动中的一种制度创新。这一变革缘于人们对知识产权本质属性的认识。在历史上，知识产权经历了一个“封建特许权——精神所有权——无形财产权”的发展过程；在今天，知识产权则已成为世界各国所普遍承认的私权，一种新型的民事权利。[20]笔者以为，知识产权是民法对知识形态的无形财产予以权利化、制度化的产权形态。客体的非物质性是知识产权的本质特性，但其私权的基本属性与物权、债权等并无实质性差别。在这个意义上说，立法者将知识产权与其他民事权利同置于民法典，其动因是无可厚非的。问题是，由于知识产权的自身特性和立法技术的诸多困难，民法典难以将知识产权制度融入其体系之中。上述民法典的起草者采取了两种方式：一是将知识产权的相关规则全部纳入民法典，这无疑是法律规范的位置平移。由于涉及诸多公法规范的处理，这一方式难以适用于所有的知识产权制度（如越南法）；二是从各类知识产权抽象出共同适用规则和若干重要制度规定在民法典中，但同时保留各专门法。此类方式在一定程度上保留了私权立法的纯洁性与形式美，但其实质意义不大，且在适用中多有不便（如意大利法）。总体说来，现代民法典对知识产权制度的接纳，是具有历史意义的，但却不是足效法的。

### 三、民事特别法：当代知识产权立法的通行体例

单行立法是目前世界上绝大多数国家知识产权立法的通行做法，这一体例在英美法系国家是以专门法

律制度的形式出现的，在大陆法系国家则是民事基本法之下的民事特别法。

20世纪末，采取知识产权单行立法传统的法国将23个与知识产权有关的单行法律法规整理汇编成统一的法典，这即是1992年法国知识产权法典。有学者认为，该法典是世界上知识产权保护领域的第一部法典，有可能成为21世纪知识产权法与民法普遍分立之典型。[21]法国知识产权法典既是法国大革命以来二百多年相关立法经验之结晶，也是回应当代经济、技术发展进行制度创新之成果，其立法成就是值得重视的。但是，该法典并没有改变其作为民事特别法的基本地位和本质属性，其理由可从以下两个方面分析：

首先，在法国，知识产权法与民法、商法依然是基本法与特别法的关系。《法国知识产权法典》的译者黄晖博士对此写道：1804年法国民法典颁布时，知识产权的重要性没有现在这么突出，民法典也没有针对知识产权的专门规定。因此，法国决定对知识产权采取单独立法的方式后，十分注重处理其与民法、商法等一般法的关系问题，并取得较好的效果。例如：知识产权是一种无形财产权，民法典关于有形财产权的很多规定不能直接适用于知识产权；为保护作者权益免遭损害，对契约自由进行大量限制；有关智力创作的劳动合同不影响作者享有精神权利和思想权利；有关著作权与婚姻和继承的关系也存在不同于一般法的特别规定。除上述例外规定外，作为民法典的基本法所规定的普遍原则仍然是适用的。[22]这说明，法国知识产权法典与法国民法典是体系分立的两部法典，但并非是地位平行的两部法典，它们仍是一种基本法与特别法的关系。在私法多元体制中，民法典是作为民事普通法或基本法存在的，它规定的是私权的一般问题；而知识产权法典则属于特别法，它对知识财产的特别问题作出专门规定。将两部法典作出上述区分的意义在于：在知识财产问题的法律适用方面，知识产权法典的适用应优先于民法典。前者有专门规定的，应优先适用其规范；无特别规定的，则应适用基本法规范。可以说，知识产权法典虽冠名为法典，但并没有改变其民事特别法的基本地位。

其次，法国知识产权法典是专门法规系统化的特殊形式。一般意义的法典，不是已有规范性文件的简单汇总，而是在原有法律规范基础上经过加工、整理而成的系统化的法律文件。法国立法者将知识产权的各种单行立法进行整合、编修，实现了法典编纂的基本要求。法国知识产权法典在立法技术上有两个优点：一是体系完整。该法典共分三个部分，第一部分为文学和艺术产权，规定有著作权、邻接权、数据库作者权等；第二部分为工业产权，规定有外观设计权、发明专利权、技术秘密权、集成电路布图设计权、植物新品种权、商标权以及其他标记权等；第三部分为在海外领地及马约尔属地的适用。就其基本制度来说，法典几乎囊括了现代知识产权的全部内容。二是内容谐调。该法典较好地处理各项知识产权制度的内部关系，避免了原单行立法出现的各种冲突。例如计算机程序应受著作权保护而不得授予专利；对数据库制作人的保护独立于著作权对数据库或其组成部分的保护；植物新品种不受专利保护而取得专门权利；有关著作权、外观设计权、人身权、地理标记权、商号权等在先权利的标记不得作为商标使用注册等。但是法国知识产权法典显然遗漏了法典编纂的一个要素，即缺乏各项知识产权制度共同适用的原则和规则，立法者未能也许不可能设计出一个与民法典相同的总则。正如译者黄晖博士所指出的那样，“1992年颁布法典时只是将当时的知识产权各部门法汇集到一起，体例上仍然保持相互独立，1994年为加强反假冒力度修改法典时也只有遵循这一体例”。[23]由此可见，在立法技术上，法国知识产权法典是各类法律法规的汇集，是专门法的系统化，它没有改变知识产权制度作为民事特别法的根本属性。

以法典形式出现的法国知识产权制度，在相关立法体例上并没有走出多远，从世界范围来说，民事特别法仍然是大陆法系国家知识产权立法的首选模式。笔者以为，作出以上选择，主要是出于以下几点理由：

第一，现代知识产权法是一个综合性的法律规范体系。知识产权制度从其产生之初，即是以综合性法律规范、多样性法律制裁措施为其主要特征的专门法律，它与作为民法典的民事基本法有着显著的差别。知识产权制度本为保护创造者权利之实体法，但在立法中一般规定有权利取得程序、权利变动程序、权利管理程序、权利救济程序等，即在实体法中规定了程序法的内容，程序法依附实体法而存在；知识产权制度本为规范个人知识财产权利之私法，但在立法中多设有行政管理、行政处罚及刑事制裁等公法规范，[24]在立法技术上具有私法与公法规范相结合的特点。诚然，知识产权法律规范的特殊性，并不影响其作为民法体系组成部分的本质属性，但是从知识产权规范的特殊性出发，则需要民法典之外对这种综合性法律单独立法[25]。如果将知识产权制度全部纳入民法典，则大量存在的程序性规范和公法规范将会使民法典在体系上难以协调，相关条文在性质上将难以兼容，民法典也就无法实现其形式上的“审美要求”；如果将知识产权制度根据其规范性质不同，分别纳入民法典和进行单独立法，则会造成同一法律制度被人为割裂的状况，徒增法律运用的不便。

第二，现代知识产权法是一个开放式的法律规范体系。与近代法所涵盖的著作权、专利权、商标权相比，现代知识产权已是一个十分庞大的法律体系，借用《成立世界知识产权组织公约》的规定来表述，它是一切在工业、科学、文学或艺术领域由于智力活动所产生的权利制度的总和。[26]自新技术革命从20世

纪中叶兴起,知识经济不仅孕育了“知识=财富”的新的财产观,而且促生了新的知识财产制度。这主要表现在两个方面:一是“边缘保护法”,即采用专利权和著作权的若干规则,创设了一种新的制度即“工业版权”,集成电路布图设计专有权即属此类;二是“单独保护法”,即为特殊的知识产品设定“准专利”或类似其他知识产权的保护。植物新品种权与域名权即属此类。在新的知识产权制度继续出现的同时,旧的相关制度也逐渐演变成为知识产权法律体系的新成员,其中最具意义的就是商业秘密与反不正当竞争。商业秘密是一种无形的信息财产,它与专利技术不同,其权利不具有严格意义上的独立性,也不受地域和时间的限制,权利的效力完全取决于商业秘密的保密程度。正是由于这一特性,大陆法系国家长期采取合同法或侵权法的保护方法,商业秘密不包括在传统的知识产权体系之中。自上世纪60年代以来,国际商会(ICC)率先赋予商业秘密以产权属性,世界知识产权组织在其成立公约中亦暗示商业秘密可以包括在知识产权之中。至90年代,《知识产权协议》专门规定“未公开信息”的保护问题,确认商业秘密属于知识产权范畴。此外,反不正当竞争亦与知识产权有密切关系。最初,竞争法对于知识产权仅是一种补充保护,意在为各类知识产权制度的交叉领域或真空地带提供兜底保护。而在现代社会,反不正当竞争已归类于知识产权法领域。《保护工业产权巴黎公约》1967年斯德哥尔摩文本将专利技术、经营标记与制止不正当竞争同列为工业产权的对象,1967年《成立世界知识产权组织公约》将反不正当竞争的权利纳入知识产权范围,1993年《知识产权协议》强调缔约方遵守《巴黎公约》的有关条款,即确认反不正当竞争作为知识产权组成部分的规定。上述情况表明,现代知识产权法正处于不断发展、变革的过程之中,其权利制度是一个动态的、开放的法律体系。如将这种频频变动的法律置于一个需要相对稳定的民法典,显然是不合适的。

第三,现代知识产权是一个不断创新的法律规范体系。现代化、一体化是知识产权立法的两大趋势,前者动因于现代科学技术的发展,后者受制于新国际经济秩序的形成。知识产权法从其兴起到现在具有三四百年的时间,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科技创新与制度创新相互作用、相互促进的过程。在这个意义上说,知识产权制度无疑是“制度文明的典范”。[27]自20世纪下半叶至今相继出现的新技术革命与信息革命(或称为知识革命),使得现代知识产权法总是处于剧烈变动的状态。著作权法告别19世纪的“印刷版权”时代,走过20世纪的“电子版权”时期,继而开始“网络版权”的新纪元。这一进程使得传统的著作权保护范围在不断扩大,新的著作权权项陆续产生,著作权效力在虚拟空间逐步拓展;专利法大大缩小非专利对象的范围,着力保护化学物质和药品专利,增加微生物品种及方法专利。这一最具“科技含量”的法律制度,在实现立法现代化的目标之后,又面临着21世纪基因技术专利问题的挑战;商标法在网络空间里,不仅涉及到传统商标制度的变革(例如商标权地域性与因特网国际性的冲突、商标分类保护与网上商标权排他性效力的矛盾、网上商标侵权形式的变化与侵权责任的认定等),而且必须考虑域名保护制度的创新(例如域名的登记与审查、域名权的性质与内容、域名权与其他在先权利的冲突、域名权的保护与域名纠纷的处理等)。知识产权法不仅要通过制度创新实现立法现代化,而且要在全球范围建立新的知识产权保护机制,即通过制度改革实现立法的一体化。在国际社会里,知识产权保护与国际经济、贸易有着密切的联系。通过乌拉圭回合的一揽子谈判,在世界贸易组织框架内形成了《货物贸易协议》、《服务贸易协议》与《知识产权协议》三大主体制度。由于世界贸易组织与上述公约的有效运作,知识产权保护已成为国际经贸体制的组成部分。从国际范围看,知识产权制度进入了一个统一标准的新阶段。在这一背景下,各国立法者不得不“修纲变法”,按照国际公约的相关要求重新审视本国知识产权制度。正是基于上述情况,自20世纪70年代以来,知识产权法处于频频修订之中。据资料记载,发达国家的著作权法平均不到10年即修改一次[28]。法国知识产权法典颁布后的6年间先后12次进行修改和增补[29]。中国商标法、专利法自制定后分别于90年代初和新千年伊始进行两次重大修改。需要说明的是,这些法律修改活动都是在专门法的形式下完成的,而具有系统化、稳定性特征的民法典,则不具备上述便利。

#### 四:我国立法选择:民法典一般性规定与民事特别法专门规定

我国民法典草案目前正处于法案草拟、专家认证阶段,对知识产权制度作如何处理,当是不容回避之重大问题。民法典是否接纳知识产权制度,赞成派与反对派的意见各执一端。在过去较长的时间里,笔者与一些民法学者、知识产权学者反对将知识产权制度纳入民法典。比较各国立法例,本人得出以下结论:凡是范式民法典都无知识产权编,凡是编入知识产权的民法典都不是范式。为此,我以《知识产权制度不宜编入我国民法典》为题在2002年9月29日的《法制日报》阐述了自己的观点。[30]同年10月,笔者参加了全国人大法工委召开的民法典草案的专家讨论会,聆听了起草者及各位学者的意见,进而调整了我对这一问题的立场。从最初提交讨论的民法典草案来看,知识产权已被列为专门一编,含有一般规定、各项权利规定、其他规定共100多条款项。可以说,该类法律制度是平行移植到民法典而成为“知识产权编”。在这次会议上,本人对此提出异议(其理由参见本文第二、三部分),但同时提出修正案,即民法典仅对知识产权制度作一般规定,其单行法依然保留。笔者作出上述修正,主要是出于以下考虑:第一,知识产权是私权。对此世界贸易组织的《知识产权协议》在其前言中已作明确宣示。知识产权虽是知识类无形财产的权利形态,但其基本属性与财产所有权无异,都应归类于民事权利的范畴。将无形财产权在民法典中作出反映,有助于与有形财产权形成完整的、丰富的财产权利体系;第二,知识产权是受民法典保护的权

利。知识产权法虽含有若干程序法、公法性的规定，但依然是以实体法为基础的私法制度，隶属于民法这一法律部门。民法典作为民事基本法，在法律分类上具有更高的位阶和权威。在民法典中对知识产权进行明确定位，有助于维系这一权利的神圣不可侵犯性。第三，知识产权已在我国民事基本法中作出原则规定。1986年《民法通则》第五章第三节专门规定了知识产权，仅为著作权、商标权、专利权及其他科技成果权的列举性、宣示性条款，无其他实体性规定内容。《民法通则》集中而概括地描述了知识产权基本制度，并将其与其他财产权及人身权合为民事权利专章，在当时被称为是民事立法上的创举。考虑到立法体例的传承性，未来中国民法典对知识产权作出一般性规定，并无不可。

关于知识产权的新的立法体例，即民法典作一般规定和特别法作专门规定之立法方法，与他国民法典的知识产权编是有所不同的。意大利民法将各种知识产权制度的私法规范编入法典，但相关专门法律照样存在，徒增法律适用之不便；越南民法将知识产权法律规范全部纳入法典，但其权利种类顾此失彼，公法规范不能进入，更难言有可取之处。日前在上海举行的中国知识产权论坛上，来自世界知识产权组织

(WIPO)的权威人士称：WIPO并不赞成在民法典中详细规定知识产权问题，作出此类立法例的国家如意大利、俄罗斯、越南等正在反思这个问题。但是WIPO认为，在民法典中就知识产权问题作出一般规定是可以的，也是有益的。

民法典中的“知识产权编”，仅是一般性规定，其相关条款的规定应考虑遵循以下规则：首先，民法典所规定的基本原则与一般制度，应适用于各项权利制度，包括知识产权制度。基于上述规范的普遍适用性，“知识产权编”不另作规定；其次，“知识产权编”所规定的一般性条款，应是从各项知识产权制度中抽象出来且共同适用的，该编并不影响相关民事特别法的独立存在；再次，“知识产权编”着力描述的应是该类制度与其他民事权利制度的不同之处，即基于知识产权制度特性所体现的一般性规范。具体说来，可包括知识产权的性质、范围、效力、利用、保护等。

笔者试拟条款如下：

#### 第一条[知识产权的性质]

知识产权属于民事权利。

说明：本条旨在阐明知识产权的本质属性。知识产权是民法对知识形态财产进行法律调整的结果，是从传统所有权中分离出来的新的独立的财产形态。尽管知识产权具有自身的法律特征，但是在“私权”这一本质属性方面，与其他民事权利并无二致。这一条款是对《知识产权协议》关于“知识产权为私权”的立法回应，是对知识产权在私法领域中地位的明确肯定。

#### 第二条[知识产权的范围]

知识产权包括以下权利：

- (一) 著作权和与著作权有关的权利；
- (二) 专利权；
- (三) 商标权；
- (四) 商号权；
- (五) 原产地标记权；
- (六) 商业秘密权；
- (七) 集成电路布图设计权；
- (八) 植物新品种权；
- (九) 反不正当竞争权；
- (十) 其他知识产权。

说明：本条旨在概括知识产权的体系范围。以我国参加的《成立世界知识产权组织公约》、《知识产权协议》等主要国际公约为基础，以我国现行知识产权制度为依据，将知识产权体系界定为著作权、专利权、商标权三大主体制度和其他知识产权制度。特别需要说明的是：第一，有关商事主体的名称权宣称之为商号权，企业名称权的说法有失精确。在国际公约中，商事主体的名称，多称为商号或厂商名称。我国相关立法文件习称为企业名称。其实，企业不是生产经营者的唯一主体形式。《民法通则》规定，“法人、个体工商户、个人合伙享有名称权”。因此，商号权是一切商事主体所享有的专用标记权，较之企业名称权有更大的包容性。第二，发明权、发现权不是具有私人性质的知识产权，该类权利只是取得荣誉及获取奖励的权利，相关智力成果的权利是为国家所有，即归属于公有产权。除《成立世界知识产权组织公约》及少数公有制国家外，绝大多数国家的法律与国际公约都没有承认发现权、发明权的私法性质。该项制度似可归类科技法，“知识产权编”不宜规定。[31]第三，《保护工业产权巴黎公约》斯德哥尔摩文本与《成立世界知识产权组织公约》均将反不正当竞争的权利纳入知识产权的范围。《知识产权协议》强调缔约方应遵守《巴黎公约》的有关条款，应理解为承认反不正当竞争的知识产权属性。“知识产权编”作出相应规定，有助于对各知识产权制度之间产生的交叉部分、空白地带给予补充保护，如对商品假冒、欺骗性宣传、商业诽谤、滥用工业产权专有权等行为进行制裁。第四，“其他知识产权”是一个“兜底条款”，以弥补上述权利列举性规定之不足。鉴于知识产权体系的开放性、动态性特征，作出这一规定是适宜的。诸如传统知识的保护、数据库的保护、生物多样性的保护、网络域名的保护等，相关权利制度的建立正在探讨之中，倘若有关单行立法正式出台，依照该项条款亦可纳入“知识产权编”中。

### 第三条[知识产权的效力]

知识产权的权利内容及其限制和例外、保护期限、地域效力等根据有关法律、法规确定。

说明：本条旨在界定知识产权的效力范围。这是与财产所有权的主要区别所在，有必要专门规定。知识产权的效力包括权项内容及权利限制两大部分。前者涉及知识产权的使用权、禁止权等权利行使问题，后者涉及权能限定、时间限定、地域限定等权利限制问题，其具体内容有专门法律、法规加以规定。

### 第四条[知识产权的利用]

知识产权的权利人可以转让或者许可他人使用其知识产权，法律、行政法规另有规定的除外。

知识产权的转让或者许可使用，除法律或合同另有规定之外，不意味着相关信息的有体介质（载体）所有权的转移。反之亦然。

说明：本条旨在说明知识产权的利用方式及法律后果。第一款说明知识产权的利用方式，主要是转让与许可使用。转让意味着知识产权的财产权利的全部让渡，即知识产权主体的变更。许可使用只是表明知识产权中的一个或几个权项的有条件利用，即形成同一客体为不同主体同时使用的情形。这是与有形财产使用的不同之处。第二款说明知识产权利用的法律后果，即在转让与使用中知识产权与所有权的关系。具言之，智力成果所体现的知识产权与智力成果之有形载体所体现的所有权，是两种不同的财产权利，除有特别规定或者约定之外，转让或者许可使用其中一种权利，并不意味着涉及另外一种权利。

### 第五条[与在先权利的关系]

从事智力创造活动，享有及行使知识产权不得侵犯他人的在先权利。

说明：本条旨在说明知识产权与在先权利的关系。在先权利是指先行合法存在并得到保护的其他民事权利。相对某一知识产权来说，在先权利可以是其他知识产权，也可以是其他民事权利。知识产权不得对抗在先存在的其他民事权利。关于各项知识产权及与相关权利的冲突，国际公约及国内立法都规定有尊重在先权利的基本原则，知识产权不得对抗在先存在的其他民事权利，例如，不得擅自将他人的美术作品用作申请外观设计专利、不得将他人的肖像、姓名作为注册商标的标记等。这一规则是其他民事权利制度所不具有的，“知识产权编”应特别作出规定。

### 第六条[知识产权的保护]

国家保护依照法律、法规取得的知识产权。

侵犯知识产权的，应当依法承担损害赔偿等民事责任。

侵犯知识产权构成对行政管理秩序侵害的，应当依法承担行政责任；构成犯罪的，应当依法承担刑事

责任。

说明：本条旨在规定知识产权的法律保护及侵权责任。在各类知识产权中，除著作权、商业秘密权外，大多数知识产权须经国家机关的确认。尽管创造性活动是知识产权产生的本源，但国家机关的授权行为是该项权利得以成立的必经程序。国家法律保护的是依法取得的知识产权。侵犯知识产权的法律责任主要是包括损害赔偿在内的民事责任，但在侵权行为构成对行为管理秩序侵害或情节严重、构成犯罪时，还须承担行政责任或者刑事责任。

#### 第七条[禁止知识产权滥用]

知识产权权利人不得滥用其知识产权损害社会公共利益和竞争者的合法利益。

滥用知识产权损害社会公共利益的，国家有关行政机关可依法给予行政处罚，给竞争者造成损害的，应承担损害赔偿或者其他民事责任。

说明：本条旨在规定知识产权滥用的禁止及其法律后果。“权利不得滥用”本为民法的一项基本原则，本条的规定使得该项基本原则得以具体化，同时与《知识产权协议》的原则精神相一致。[32]

#### 第八条[与民事特别法的关系]

本编涉及知识产权的其他具体规范由特别法规定。

说明：本条旨在说明民法典“知识产权编”与相关民事特别法的关系，即知识产权立法采取民法典作一般规定、特别法作具体规定的体例。在各项知识产权法有具体规定时，得适用该特别法，该法律、法规无规定时，则可直接适用民法典的有关规定。

#### 结 语

立法体例的选择，不仅是一种法律传统、法律文化的偏好，而且涉及立法技巧、立法规则的运用，进而言之，还应受制于一定社会政治、经济、科技等因素的影响。基于以上历史考察与现状分析，笔者有理由认为，我国的知识产权制度，宜在民法典作原则规定，但同时保留民事特别法的体例。

(原载于《中国法学》2003年第1期)

[1]有关观点参见翟云岭等《中国法学会民法经济法研究会1999年年会综述》，载《中国法学》1999年第6期；赵中孚等：《1999年民商法研究的回顾与展望》，载《法学家》2000年第1期。

[2]段瑞春：《关于知识产权的几点认识》，载《求是》1999年第4期。

[3]参见[美]安守廉：《知识产权还是思想控制：对中国古代法的文化透视》，引自梁治平编：《法律的文化解释》，北京三联书店1994年版；[日]阿部浩二：《各国著作权法的异同及其原因》，载《法学译丛》1992年第1期。

[4] See L. Ray. Patterson, Stanley W. Lindberg: The Nature of Copyright: A Law of Users' Right, The University of Georgia Press, 1991.

[5] [德]黑格尔著：《法哲学原理》，商务印书馆1982年版，第43节附译。

[6]尹田著：《法国物权法》，法律出版社1998年版，第71—72页。

[7]参见[德]迪特尔·梅迪库斯著：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第875-876页；孙宪忠著：《德国当代物权法》，法律出版社1997年版，第2页。

[8] [苏]B. A. 鲍加特赫等著：《资本主义国家和发展中国家的专利法》，引自《国外专利法介绍》，知识出版社1980年版，第12页。

[9]黄勤南主编：《新编知识产权法教程》，中国政法大学出版社1995年版，第263页。

[10]尹田著：《法国物权法》，法律出版社1998年版，第65—66页。

[11] [意] 桑德罗·斯奇巴尼为意大利民法典中译本所作的前言。引自费安玲、丁玫译：《意大利民法典》，中国政法大学出版社1997年版。

[12] [荷兰]亚瑟·S·哈特坎普：《荷兰民法典的修订：1947-1992》，载《外国法译评》1998年第1期。

[13]徐国栋：《民法典草案的基本结构》，载《法学研究》2000年第1期。

[14]参见吴汉东等著《西方诸国著作权制度研究》，中国政法大学出版社1998年版，第333—335页。

[15] [荷兰]亚瑟·S·哈特坎普：《荷兰民法典的修订：1947—1992》，载《外国法译评》1998年第1期。

[16] [苏]B·II·格里巴诺夫等主编：《苏联民法》（下），法律出版社1986年版，第449页。

[17]参见余先予主编：《俄罗斯民商法与冲突法》，世界图书出版公司1995年版，第124页。

[18]俄罗斯联邦民法典第一部分1994年通过，1995年生效；第二部分1996年通过，同年生效。第三部分涉及知识产权，正在起草之中。

[19]有关越南民法典的规范及越南立法概况，可参见米良译：《越南民法典》，云南大学出版社1998年版；徐中起主编：《越南法研究》，云南大学出版社1997年版。

[20]有关知识产权在民事权利体系中的地位，可参见谢怀栻：《论民事权利体系》，载《法学研究》1996年第2期。

[21]参见郑成思为法国知识产权法典中译本所著的“序”。引自《法国知识产权法典》（法律部分），黄晖译，商务印书馆1999年版。

[22]参见黄晖为法国知识产权法典中译本所著的“译者序”。引自《法国知识产权法典》（法律部分），商务印书馆1999年版。

[23]参见黄晖为法国知识产权法典法中译本所著的“译者序”。引自《法国知识产权法典》（法律部分），商务印书馆1999年版。

[24]参见刘春茂主编：《知识产权》，中国人民公安大学出版社1997年版，第13页。

[25]在立法通例中，单行法往往含有多种类型的法律规范。例如我国专利法（2000年修正案）第三章、第四章、第七章（部分条款）以及附则，基本上属于程序性以及行政法、刑法规范，约占全部条款的三分之一以上。我国商标法（2001年修正案）第二章、第三章、第五章、第六章以及第七章的部分条款，即近二分之一的条款，都不是私法意义上的规范内容。

[26]几个主要国际公约对知识产权的范围有不同表述。概括起来，可以分为两类：一是创造性成果权，包括著作权、邻接权、数据库作者权、专利权、外观设计权、集成电路布图设计权、商业秘密权、植物新品种权；二是经营性标记权，包括商标权、商号权、地理标记权、域名权。此外，反不正当竞争、商誉权、商品化形象权也被归类于知识产权范畴。至于发明权、发现权是否属于知识产权，我国学术界尚有争议。

[27]刘春田主编：《知识产权法》，高等教育出版社2000年版，第19页。

[28]参见吴汉东等著：《西方诸国著作权制度研究》，中国政法大学出版社1998年版，第27页。

[29]参见黄晖为《法国知识产权法典》中译本所作的“译者序”，引自《法国知识产权法典》（法律

部分)，商务印书馆1999年版。

[30]相同观点还可参见本人主编：《知识产权法》（高等政法院校法学主干课程教材），中国政法大学出版社2002年版；《知识产权法学》（21世纪法学系列教材），北京大学出版社2002年版。

[31]有关论述，可参见刘春田主编：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社1995年版，第3页；吴汉东主编：《知识产权法》（修订版），中国政法大学出版社2002年版，第2页；张玉敏主编：《知识产权法教程》，西南政法大学2001年发行，第14页。

[32] 《知识产权协议》第8条规定：1. 在制定或者修改法律规则时，成员可以采取必要措施保护公共健康和营养，以及促进对其社会经济和技术进步至关紧要的部门的公共利益，但此类措施应当与本协议的规定相一致。2. 只要与本协议的规定相一致，为防止权利人滥用知识产权，对采取不合理地限制贸易或者对国际转让造成不利影响的行为，在必要时可以采取适当的措施。

来源：中国民商法律网

作者系中南财经政法大学校长、教授、博士研究生导师

---

### 相关文章：

---

[追忆郑成思教授](#)

[WTO与中国知识产权的保护](#)

[中国传统文化与著作权制度略论](#)

[试论法律专业教育与素质教育的关系](#)

[从知识产权到无形财产权——关于非物质财富的权利形态的探讨](#)

[形象的商品化与商品化的形象权](#)

[美国著作权法中合理使用的“合理性”判断标准](#)

[美国著作权法中合理使用的“合理性”判断标准](#)

[古罗马法对知识产权的理论贡献](#)

[财产的非物质化革命与革命的非物质财产法](#)

[国际化、现代化与法典化：中国知识产权制度的发展道路](#)

[合理使用制度的法律价值分析](#)

[法哲学家对知识产权法的哲学解读](#)

[论特殊侵权行为的民事责任](#)

[关于知识产权的民法定位分析与立法建议](#)

[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](#)

---