

论我国民法典设置知识产权编的理由及基本构想以概括式立法为目标模式 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文 [https://www.100test.com/kao\\_ti2020/486/2021\\_2022\\_\\_E8\\_AE\\_BA\\_E6\\_88\\_91\\_E5\\_9B\\_BD\\_E6\\_c122\\_486337.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E8_AE_BA_E6_88_91_E5_9B_BD_E6_c122_486337.htm) 张玉敏 西南政法大学 教授 内容提要: 民法典是否设置知识产权编是民法典体系之争的焦点问题之一。本文从知识产权与民法典关系的历史发展、知识产权与民法典各自的重要意义方面论述了知识产权在民法典中独立成编的必要性,从法典体系化的角度分析了民法典知识产权编在体例上采取概括式立法的理由,并在此基础上提出了立法内容的基本构想。引言“知识产权是否独立成编”是民法典体系之争的焦点问题之一[1]。对此,先后有许多学者发表了精辟的见解,在分析外国立法经验的基础上,结合我国实际,提出了关于知识产权在民法典中的定位及立法体例的多种思路。从目前的讨论情况看,大致有三种主张:一是链接式,即在民法典中不(宜)设知识产权编,仅以个别条文规定知识产权,作为民法典与知识产权的链接点。与此相应,知识产权法存在于民法典外,对其立法体例,又有三种主张:一是单行立法;二是制定知识产权法典[2];三是制定知识产权基本法,并保留各单行法[3]。目前持此主张的学者大多认为单行立法更为可取“ ,考虑到现行专利法、商标法和著作权法已构成一个相对独立的知识产权法体系,因此,建议民法典不设知识产权编,而以专利法、商标法和著作权法作为民法典外的民事特别法。” [4]在具体立法方案上,学者梁慧星、王利明各自提出的民法典草案建议稿都仅以一个条文在民事权利客体中确认了知识产权[5]。目前提请全国人大常委会审议的民法典草案也采用了这种模式。二是纳入式,即设专编把知识产权全部或主

体部分纳入民法典,民法典外不再保留知识产权单行法,或仅存少量规定一些非主要知识产权或行政性规范的知识产权单行法。在立法建议上,学者徐国栋将知识产权法编入了其民法典建议稿的财产关系法中[6];学者吕甲木认为可以把知识产权法的主体??版权法、专利法和商标法纳入民法典,反不正当竞争、商业秘密、营业标记、域名等其他知识产权制度可以规定在相关法律或单行法中[7];学者韦之主张通过剥离或简化知识产权法中的非民事实体规范后将知识产权制度纳入民法典[8]。三是双重立法模式,即主张在民法典中规定知识产权的共同规则,同时保留民法典外的知识产权特别法。王家福[9]、郑成思[10]、吴汉东 [11]、马俊驹 [12]等学者基于不同的理由赞成民法典对知识产权作出一般性的规定。链接式中的知识产权基本法模式与此主张思路相似,提出在制定知识产权法典的条件尚不成熟的情形下,可以先制定一部知识产权基本法“ ,对具有共通性的基本原则与基本制度之中业已成熟的部分予以提炼升华” ,以起到“ 承上启下、承前启后” 的作用 [13]。在单独规定知识产权的一般性规定与保留知识产权单行法的格局上,两者可谓异曲同工,但归途殊异。在知识产权与民法典的关系上,上述诸模式既有理论支撑,又有相应的立法范例,各有其合理性。就作为两极的链接式与纳入式而言“ ,采用链接模式,将知识产权法与民法典相链接,既保证知识产权法与民法典的连接关系,又保持了知识产权法的独立性;在民法典的编纂过程中,既能保持民法典应有的传统体例,又能保证知识产权法对民法典的隶属关系” [14]。而在知识产权日益重要的当代,纳入模式解决了民法典与知识产权的分离问题,强调了知识产权在我国民法典中的地位,使民事权利体系在理论上和

立法上更为完满。然而,两者也都存在一些不足,较为显著的是,链接式不能很好地突出知识产权的私权性质,充分协调知识产权法和整个民法体系的关系;纳入式在保持民法典的整体协调性和稳定性与顾全知识产权的独特性与多变性之间难以两全。双重立法模式既肯定了知识产权法是民事法律规范的一个组成部分,又保持了民法典私法的纯洁性和法典的形式美,同时可以较好地解决民法典的稳定性与知识产权法的多变性的矛盾。但对于这种模式,论者有的是在讨论其他问题时附带提到的,往往简要带过;有的则是出于对我国当前知识产权立法形势的权宜考虑,将其作为暂时不能制定知识产权法典舍而求其次的替代方案或促进知识产权法典化的一个步骤。因此,对其意义和理由缺乏深入的论证。在一般规定是否独立成编以及该编的体例安排和具体内容上,或者没有提出明确的意见 [15],或者建议内容差异甚大,如受立法者委托起草知识产权编的郑成思教授在“知其不可为而为之”的情形下,提出了具有总分结构的草案,该编共6章84条(可称为总分式立法) [16],吴汉东教授则草拟出了8条一般规定(可称为概括式立法) [17]。综上所述,双重立法模式作为折衷方案,尽管能够直观地得出一些比较优势,但还远未得到广泛认同。本文认为,对各种方案的讨论是基于这样一种认识,即如何才能取得立法的最大效益,它包括对政治的、经济的和文化的,法的形式合理性与实质合理性,立法成本及技术以及法的效益等诸多方面的权衡和考量。如果只追求法对社会关系的实际调整作用,那就只需要研究、修改和完善现有法律法规的具体规定。正是基于这样的考虑,本文赞成双重立法模式,并试图从历史与现实、理论与实践出发,探寻民法典设立知识产权编的意义,比较双重立法

模式与知识产权基本法模式的优劣,分析民法典知识产权编概括式与总分式立法的良拙,提出相应的立法构想。我们期望本文的探讨能为知识产权法和民法学界集思广益促成民法典以科学合理的方式接纳知识产权法抛砖引玉,为立法者提供参考。

一、历史维度:21世纪民法典与知识产权 新世纪之交,我们选择了制定民法典的事业,制定一部真正面向21世纪的民法典成为众多法学家的共识。21世纪的民法典应该是现代化的,符合时代潮流的,符合社会发展规律的,符合人类文明共同发展规律的。知识产权归属于民法典正是这样一个潮流和规律。

(一) 历史的局限:传统民法典与知识产权的分离从法历史角度看,民法渊源于罗马法,以《查士丁尼民法大全》为标志。此后,1804年的《法国民法典》和1900年的《德国民法典》承继罗马法,为大陆法系民法典之典范。在知识产权法方面,一般认为,1623年的英国《垄断法规》是世界上第一部专利法;1709年的英国《安娜法令》是世界上第一部著作权法;1785年法国的《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》是世界上第一部商标法。18世纪末,以美国、法国等主要西方国家颁布的专利法、版权法、商标法为标志,知识产权制度逐步形成。因此,在诞生时间上,可以说作为单独立法的知识产权法律制度晚于古罗马的法典编纂,又早于近代法、德民法典的编纂。但即便如此,法、德民法典都未对知识产权作只言片语的规定。根据法典编纂应当具备的条件来分析,我们认为这种分离主要是以下原因造成的:第一,从社会经济生活状况来看,在法、德民法典的编纂时期,有形财产的生产和占有以及有体物贸易仍然是经济生活的主宰,无形财产对于社会生活中的重要性还不能与20世纪之后相比,知识产权尚不能与物

权、债权平起平坐。第二,从法典编纂的目的来看,法国编纂民法典的主要动机不是为了全面保护市民私权利,而是确认革命成果、废除旧法制、推进民族和法律的统一;《德国民法典》制定的主要目的是实现德意志民法的统一,它是总结性的,不是前瞻性的。在这些立法目的之下,新兴的知识产权不可能进入法典编纂者的视野。第三,从法典编纂的体例来看,法、德民法典的编纂者分别师承古罗马法中的《法学阶梯》和《学说汇纂》体例,而罗马法的财产体系是以物质化的有形财产为中心的。况且,当时这些知识产权制度又多为英国的“舶来品”。因此,知识产权与近代范式民法典表现为体系不兼容。第四,从知识产权制度及理论本身的成熟度来看,在《法国民法典》编纂时期,知识产权还未成为一项成熟的制度,法典编纂者对知识产权的认识刚刚起步,对其整体样态缺乏足够充分地了解。《德国民法典》的制定虽然比前者晚近百年,知识产权制度有了较大发展,但其刚刚为一些主要的资本主义国家接受,正在向国际保护发展起步,其整体架构及法律性质还不确定;并且,德国当时的知识产权保护水平非常低,无法形成统一的概念、标准和模式。相反,两部民法典已经具备法典编纂所需的政治、经济、民事法律规范基础、理论准备以及实务界的支持等诸多条件,并且这些条件在知识产权的形成时期就已大体就绪。由此可见,知识产权与近代民法典失之交臂的根本原因在于社会经济生活状况的局限,与有形财产占主导地位的社会经济生活状况相适应,20世纪之前的民法典只能以物权和债权作为“创造素材”;罗马法对近代民法典的“体效应” [18]也直接导致了知识产权难以与物质化的传统财产体系相融。其结果,诚如曾世雄先生对法、德民法典的评价,法国“

无体之财产权在民法上几成弃婴”，而德国“对于法国民法所忽视之事项，亦多遗忘” [19]。（二）时代的潮流：当代民法典与知识产权的交汇 近几十年来，世界科学技术的迅猛发展和扩张，改变了世界经济形态和发展进程。人类从传统的以资本、劳动力、土地等为生产要素的工业经济时代，开始走向了新兴的以知识为核心要素的第三次经济革命的时代——知识经济时代。在知识经济时代，以知识产品为核心的无形财产取得日益重要的地位，这要求包括民法典在内的法律部门作出回应。随着知识产权制度在社会生活中的地位日渐突出，现代制定民法典的国家纷纷尝试将知识产权制度纳入民法典。1942年的意大利民法典、1960年的埃塞俄比亚民法典、1964年的苏俄民法典、1994年的蒙古国民法典、1995年的越南民法典等，都以不同的方式规定了知识产权 [20]。1992年的荷兰新民法典计划把第九编定为智力成果法（后来受欧盟法律一体化的影响，该编被取消）；1994年开始陆续颁布的《俄罗斯联邦民法典》计划把第五编定为“著作权和发明权”。尽管有学者对此种尝试的效果给予了否定评价，但是这种尝试本身就反映了现代国家将知识产权制度整合于民法典的趋势。可以说，在知识经济时代制定民法典，必须考虑知识产权制度对民法典体系结构的影响。将知识产权归属于民法典应是时代的潮流。（三）小结：设置知识产权编是21世纪民法典的必然要求 民法典在二千多年的演进历程中，始终与时代同发展，与社会共进步。由于历史条件的限制，诞生于19世纪初和20世纪初的《法国民法典》《德国民法典》没有对知识产权制度作出规定。“明者因时而变，知者随世而制”，现代民法典将知识产权法纳入民法典的尝试，凸显了立法者的创新精神和民法典的时代特色，表明民

法典古而不老,固而不封,生命力常青。“最伟大的法典总是对应于重大的政治、社会或技术变革” [21]。21世纪是信息社会,是知识经济时代,将知识产权独立成编纳入民法典正是对这一鲜明的时代特征的回应。知识产权法作为现代民法的重要组成部分,理应在我国未来民法典中有一席之地(不是一两个条文!)。追随既有的陈例只能使我们的民法典成为20世纪的尾声,只有顺应时代潮流,推陈出新,才能使我们的民法典成为反映时代需要、真正面向21世纪的民法典。

## 二、价值取向:民事基本法与知识产权

民法典是国家的基本法律 [22],是市民社会的基本法律,是民事权利宣言书。知识产权作为一种民事权利,其重要性日益突出。民法典以专门篇章对知识产权作出基本规定,是知识产权的重要性和民法典的地位与历史使命决定的。

### (一) 知识产权意义之重大

今天,知识产权已经成为全球范围、举国上下一个十分重要的论题。随着知识经济、信息时代的到来,知识产权与市民生活的联系越来越紧密,“在实践层面,它改变着人们的生活方式;在理念层面,它置换着人们的生存感受” [23]。知识产权早已不仅仅是科学家、作家和企业家的事,如果说以保护“技术”为对象的专利权离大多数人的生活还有点远,那么以保护“商业标记”为对象的商标权,以保护传统和新兴的“作品”为对象的著作权,以及保护以各式各样有声有色的方式传播作品的著作邻接权,则已经渗透到了五彩缤纷的社会和个人生活的方方面面。例如,在网络世界里,人们的每一次点击都在与知识产权打交道;在消费世界里,人们既被商标所吸引也被商标“围追堵截”,甚至,盗版的计算机软件、电影及音像制品、畅销书籍、仿冒的名牌体育制品也十分“畅销”。概而言之,在市民社会的结构方面,知识

产权正无声而迅速地改变着社会的财富构成和市场形态。与农业经济乃至工业经济时代相比,在知识经济时代,知识产权日益成为现代民事主体愈来愈重要的财产形式,对某些主体而言,其重要性甚至已超过了有形物的价值。与公路、铁路乃至航空网络时代相比,在信息网络化时代,无形市场(网络市场)已经开始在促进有形市场的发展上起到关键作用。可以预见,规范无形财产的知识产权法将在市场规范中发挥越来越重要的作用,甚至关键作用。在国家层面上,由于知识产权在国际经济竞争与贸易往来中的地位得到历史性的提升,知识产权成为影响以至决定一个国家的社会发展和经济安全的最重要的因素之一,许多国家都明确提出了自己的知识产权战略,把它作为振兴本国经济、增强国际竞争能力的重大措施。日本更明确提出了“知识产权立国”的口号。可以预见,在全球范围内,围绕知识产权的争夺将更加激烈。当前,我国正在全面建设小康社会、走新型工业化道路,为了应对国际知识产权竞争的挑战,促进国民经济快速和可持续发展,国务院正在组织制定国家知识产权战略。综上所述,无论在市民社会的层面还是国家的层面上,知识产权都无可置疑地成为一个关乎生存发展的基本的、重要的问题。作为“生活的百科全书”,调整民事关系和规范市场经济的基本法,民法典应当反映市民生活和社会经济结构的重大变化,对知识产权作出一般规定。这样才能发挥民法典在社会生活中的巨大作用。如果民法典置社会的发展变化于不顾,以种种理由(甚至是很充分的理由)抱残守缺,那么,这样的民法典将在很大程度上失去其作为调整民事关系基本法的地位和作用。

(二) 民法典权利宣示之重 从某种意义上说,我国的整个改革是以私权解放为主轴的,民法典作为权利宣

言书,在这场社会大变局中具有根本性的作用。明确将知识产权作为私权载入民法典,具有重大的历史意义和现实意义。1. 理论争议与实践问题要求民法典明确知识产权是私权 近年来,我国学界对“知识产权的私权性”进行了专门研究,把知识产权归于私权之下 [24]。中国加入TRIPs协议后,接受了“知识产权是私权”的原则。“知识产权是私权”的理论和原则,成为我国当前知识产权制度改进的背景和方向:《著作权法》中增加了有关著作财产权转让的规定、原来商标专利行政复议的终局性规定被修改、知识产权行政管理机关责令赔偿的权力被限制,修正后的《商标法》加强了对未注册商标的保护、改变了行政机关的评定是认定驰名商标的惟一途径。这些或删或改的修订内容都是对知识产权私权本性的回应。然而,对知识产权是私权的命题,在知识产权理论、立法、司法和行政执法中,还存在各种问题。理论方面,尽管知识产权是私权已成为主流观点,但是“至今国内仍有一部分人认为知识产权中的工业产权,部分系公权利” [25] ;知识产权私权公权化,知识产权法私法公法化的论调似乎一浪高过一浪。立法方面,法律的体系化要求整个法律体系统一协调,知识产权是私权不仅应体现在知识产权单行法律中,其他相关法律也应一以贯之。而在这方面我国其他相关法律仍存在不少问题。例如《,合同法》只规定了技术合同,未规定其他知识产权合同,例如著作权使用许可合同和转让合同;《公司法》关于有限责任公司和股份有限公司中发起人可用于出资的财产中,规定了知识产权中的“工业产权”和“非专利技术”,但未规定著作权,这就为财产所有人的投资设置了法律障碍,例如计算机软件的著作权人即无法以其著作权出资。再如《,刑法》将侵犯知识产权的犯罪规

定在“破坏社会主义市场经济秩序罪”中,而不是在“侵犯财产罪”中。在行政执法领域,对侵权行为打击不力的状况一直存在,其中一个重要原因就是有关行政机关对侵犯知识产权行为的侵“权”性质认识不足。这些问题的存在,表明对知识产权是私权在认识上还不统一,实践中也未得到完全贯彻。反映理论研究的认知成果,具体化国际条约的原则要求,将知识产权是私权以法典的形式固定下来,对知识产权的各项权利在民法典中一一宣告,有利于从根本上澄清理论上的混乱,避免认识上的错误,也有利于在实践中促进法制的完善、约束公权的干预、强化知识产权的保护。

## 2. 知识产权独立成编有利于突出知识产权是私权

各国制定民法典都有其独特的时代使命,这一使命是与该国的社会历史及现实条件相联系的。民法典的制定对于我们这样一个长期浸染于官僚体制、权利意识淡薄、忽视民法作用甚至不知民法为何物的社会来说,其现实意义至为重要。中国民法应当建构在权利本位的基础上,在民事领域权利是核心,权利是目的,权利是动力 [26]。在私权的培育和成长与对公共权力的制约上,包括对各种立法的制约方面,民法典都将是一面旗帜。对于私权性质仍不够鲜明,行政干预仍然过于强大的知识产权法,以专门的篇章规定回归于民法典,其意义尤为重大。在处理民法典与知识产权法的关系时,不少学者认为,尽管知识产权是私权,但为维护民法典私法的纯洁性和应有的稳定性,知识产权不宜纳入民法典。同时,为宣示知识产权为民事权利,最合理、最有效的做法就是将知识产权法与民法典进行链接。本文认为,链接式立法不能充分反映知识产权在当代社会生活中的地位和作用。既然我们已经进入知识经济时代,既然知识财富已经成为最重要的财富,既然知识产权已经与

我们的生活须臾不可分离,以调整平等主体之间的财产关系为己任的民法典理应让知识产权登堂入室,与物权、债权等传统民事权利平起平坐。只有将知识产权独立为一编,与物权、债权、人格权、继承权并列,才能直观而鲜明地昭示知识产权是私权,才能构建一个完整的民事权利体系,充分发挥制度的“体效应”,使民法典真正负载起权利宣言书的历史使命。值得一提的是,我国在二十多年前制定《民法通则》时就将知识产权作为独立一节加以规定,如果现在制定民法典反而将知识产权排除,不啻于一种倒退。

(三)小结:设置知识产权编是民法典作为基本法的必然要求 民法典的权利体系应当以已经发展成熟、为社会生活所广泛接受或迫切需要的权利为基础来构建。“随着高新技术的迅速发展,知识产权在国民经济发展中的作用日益受到各方面的重视” [27]。知识产权已经是现代社会所普遍认可的一项基本民事权利,是民事主体参与正常的社会生活和经济交往所必备的权利,而且其内涵大都比较成熟。因此,有必要通过民法典而非单行法来确认,并且其规定应当为未来新的权利成长提供足够的法律空间。民法典作为国家的基本法律和民事基本法律,在法律分类上具有更高的权威和位阶。在民法典中将知识产权独立成编,对知识产权的各项权利作出基本规定,有助于彰显知识产权的神圣不可侵犯性,让知识产权意识更广泛地渗透到社会大众的心里;也有利于国家从战略高度建立和完善知识产权制度,充分发挥知识产权制度对国民经济和社会发展的作用。正是在民事基本法的意义上,将知识产权一般规定纳入民法典优越于制定单行的知识产权基本法,因为知识产权基本法是相对于知识产权单行法而言,相对于民法典,它仍然是特别法、单行法,其地位与作用不可与民

法典同日而语。三、逻辑视角:法典的体系化与知识产权体系化是法典的生命。它要求法典具有科学的内涵,严密的逻辑,和谐的结构。法典编纂既是立法指导思想的体现,也是科学的立法技术的体现。法典体系各国通过对以前法典编纂经验的总结,无论是编纂宪法典、民法典,还是刑法典,都形成了一些最基本的规律和方法,那就是坚持重要性标准和逻辑性标准。知识产权在民法典中的定位及其内容也应以此为标准来设定框架。

(一) 基于重要性标准之衡量 现代法典作为一个国家同一法律部门具有最高权威性和统一性的特殊成文法形式,它通常是就这一法律部门的基本事项和事关全局的问题作出一般性、概括性的规定。法典并不能包容同一法律部门的所有内容,还需要其他各种法律形式的补充 [28]。这主要是为了应对日趋复杂的社会生活,避免法典过于庞杂冗长,又有利于法制的发展。所谓重要性标准就是指何种制度应规定于法典中,何种制度应规定于单行法、特别法中;何种制度规定在先,何种制度规定在后,应进行价值衡量。相较而言,具有重要价值之制度较次要价值之制度优先规定于基本法中,于同一部法典中具有重要价值的制度在编章顺序上较次要价值制度为先。例如,构成我国宪法这一部门法体系的,除宪法典外,还有立法法、组织法、选举法、代表法等多个附属法律文件,宪法只规定了事关整个国家全局的根本性问题;再如,现行宪法把“公民基本权利和义务”一章规定在“总纲”之后“国家机构”之前,显示了对公民权利的重视 [29]。重要性标准在刑法典的编纂中也有明显体现,如刑法中各类犯罪及各类犯罪中的具体犯罪大体上都是根据社会危害程度的大小排列的 [30]。民法典之争中“民法典编撰体例到底应取人法前置,还是物法前置” [31]

的问题就表现为重要性标准的衡量。1.知识产权宜采双重立法模式 在强调知识产权重要性的语境下,不少学者将制定知识产权法典作为推动知识产权发展的立法目标。在体系化的意义上,制定知识产权法典与将知识产权纳入民法典都属于知识产权的法典化。与此相对,链接式下的单行立法是完全的非法典化,双重立法模式与知识产权基本法模式则介于两者之间,是不完全的法典化。诚然,知识产权法典化具有诸多优点,例如能够提高立法层级、协调知识产权各项制度、解决既有立法中的矛盾、便于法律适用等等。但是,正如学者们经常强调的,知识产权法深受科技发展和国际关系的影响,保护对象多元、善变,是一类“正在形成中的权利”,在其类型、内容、保护方式等问题上,尚未完全达成一致,今后的发展变化也难以确定。对于这样一种法律制度,如果将其全部迁入民法典,必然会影响民法典的稳定。而民法典作为市民社会生活的最高准则,频繁变动势必降低法典的权威性和民众的法感情,综合成本非常高。另一方面,法典结构的稳固性和修改程序的复杂性又会制约知识产权法的发展。纳入式存在的知识产权对民法典稳定性的冲击或者说民法典稳定性对知识产权法发展的制约问题,同样存在于制定知识产权法典之中。从根本上说,完全法典化的最大问题,不在于因学理准备不足而导致的所谓现实性问题,也不在于立法成本的高昂,而在于当今时代知识产权自身特征所决定的非法典化倾向,即面对科技的迅猛发展和国际形势的风云变幻,越是要促进知识产权发展,就越不宜将其具体制度以法典的形式固化。这也是迄今为止,世界上大多数国家的知识产权法都是单行立法的原因所在。当然,这并不排除今后人类社会在政治、科技、法律观念和立法技术方面的发展与变迁,能

够形成知识产权完全法典化的环境。在民法典与知识产权的关系上,至少在当代,知识产权的法典化有其不可取之处,链接式下的单行立法又有权重含量不足的弊端。相比之下,双重立法模式基于重要性标准,将知识产权的一般规定在民法典中予以体系化,将具体制度留给能够适应时代发展和形势变化的单行法。这一策略既符合我国民法典立法的指导思想,又符合法典编纂的科学要求,能够保持立法良好的开放性,为知识产权制度自身的发展留下空间。并且,这一模式无需对全部的知识产权制度进行体系化,立法成本低于法典化;从强调知识产权的重要性和更好地协调知识产权与民法典的关系上论,制度效益又胜于单纯的单行立法和知识产权基本法模式,因而是一条可行的务实道路。

### 2. 民法典知识产权编重要性标准之取舍

民法典作为整个国家民事立法体系中最普通、最基础的一般法,它不能包括全部的民事法律规范。基于重要性标准,在民法典的制度进入上,纳入民法典的应当是市民社会生活中普遍适用的、基本的、具有稳定性的、私法领域的实体性规则。知识产权法是民事法律规范的一个重要组成部分,应当由民法典统辖,民法典一定要将知识产权纳入其中。但这并不意味着知识产权的全部规范都要规定在民法典中。基于重要性标准,在知识产权制度进入上,纳入民法典知识产权编的应当是知识产权中最重要、最基本的规定。根据知识产权的权利属性,这些规定应当是有关知识产权各类权利的规定,包括权利的种类、权利的效力、权利的取得以及权利限制等内容。

### 3. 概括式知识产权编有利于协调主法与从法的关系

在民事部门法中,民法典可称作主法,单行法可称作从法。学界通常认为,知识产权法相对独立,自成体系,它包括专利法、著作权法、商标法、集成电路

布图设计保护条例、植物新品种保护条例等多个法律领域；各单行法中民事与行政乃至刑事规定、实体性与程序性的规定、强制性与任意性规定、国内法规范与涉外规定并存,这些规定在各单行法中往往相互依存,难以分割。双重立法模式注意到了知识产权法的特殊性,主张在民法典中对知识产权作一般性规定,民法典外仍保留知识产权各单行法。双重立法模式有总分式和概括式立法之分。总分式立法,即在知识产权编总则之后,再分章对各项知识产权进行一般性的规定,由于从各知识产权单行法中抽取纳入民法典的条款较多,不可避免地会产生以下两类问题:或者是为了照顾法律理解和适用的便利,以致民法典与单行法重复立法;或者是为了避免重复立法,不得不将同一法律制度人为割裂,从而损害知识产权单行法自身的体系结构,造成法律适用的不便。同样,剥离知识产权单行法中的非民事实体规范,只把民事实体规范纳入民法典的作法,也会使知识产权单行法失去其体系性。因此,为协调好主法与从法的关系,兼顾从法自身的完整性和法律适用的便利,民法典知识产权编应当采取概括式立法,不设总则??分则结构,仅以若干条文对知识产权各项权利的基本内容作高度概括性的规定,民法典外的知识产权单行法的基本形态保持不变。这样,既能实现双重立法模式的若干优越性,又避免了链接式和纳入式所人为的割裂和实际运用不便问题。

4.知识产权编应当位于物权编之后 依据制度价值的重要性安排法典的编章顺序,也是重要性标准要解决的问题之一。在民法典中,这体现为对民事权利如何进行排列,从而合乎民法典体系的逻辑性。我们认为,在确立知识产权在民法典分则编的顺序时,应着眼于以下思路:首先,知识产权是一种独立的权利体系,尤其独立于物权。传统意义

上的物权对象限于有体物,物权制度也是在此基础上构建的。而知识产权是以信息为保护对象的独立的权利体系,不是物权的下位概念。因此,知识产权与物权位于同一位阶。其次,知识产权是财产权,其位置应与物权与债权靠近。第三,知识产权是对受保护的信息的支配权,属于支配性财产权。“知识产权是权利人对作为其权利保护对象的信息可以进行商业利用,也可以不利用,可以用法律许可的任何方式利用,也可以按自己的意志进行处分。他人未经许可,不得进行商业性使用。在这方面,知识产权与物权没有什么区别,因此,知识产权被称为‘准物权’” [32]。物权是与知识产权最接近的财产权。作为传统的支配权,物权已经形成了完善的制度体系,其中必然包含了支配性财产权的共性,物权制度是知识产权制度建构的最直接的借鉴资源。对一些已为人们接受和熟悉的物权法原理、概念和体系,例如权利法定原则、公示公信原则、对善意第三人的保护以及条文的逻辑顺序等的借鉴和运用,可以方便对法律的学习和适用。因此,在民法典分则中知识产权编应当位于物权编之后,以利于借鉴物权编中适用于一切支配性财产权的因素。

(二) 基于逻辑性标准之结构 所谓逻辑性标准,就是在法典编纂中,运用分析和综合、归纳和演绎、抽象和具体、一般和特殊等逻辑思维方法来认识客观对象,并将概念、原则、制度等立法材料按一定的逻辑思路确定为法典中编章结构及其顺序之标准。民法典中知识产权基于逻辑性标准的结构,就是指将应当纳入民法典的知识产权各项具体内容按一定的逻辑进行组织并实现与民法典的整体协调。

1. 权利位阶是知识产权独立成编的逻辑基础 体系化的思维寻求最合理的联结因素将知识组织成整体。“权利”是将民法典分则组织成整体的联结

因素。“自法典化运动以来,权利是民法无可争辩的核心概念。没有这个概念,将会引起很多困难,对此人们的意见是一致的” [33]。事实上,各国民法典无不以权利为线索来进行体系建构。对于分则部分各编,很多外国立法习惯冠以“××权”之名,以突出权利的中心地位。作为一种权利立法结构,民法典分则中某项权利的横向位置和纵向层次取决于权利概念的位阶。知识产权是不同于物权的一项独立的民事权利,与物权、债权、人格权、继承权处于同一位阶。因此,如果物权、债权、人格权、继承权独立成编,知识产权也应当独立成编并与之并列。至于物权、债权、知识产权之上是否以财产权统领,或者物权、知识产权之上是否再设财产请求权,不影响知识产权独立为与物权、债权并列的单元。应当明确的是,民法典分则中权利编是否成立,不取决于条文数量的多寡。因为,相较于法典的逻辑性和科学性而言,篇幅问题不是重要的问题,形式上的美感毕竟应当服从内容的需要。

## 2. 共同规则不是知识产权独立成编的决定性因素

按照立法者起草民法典的体系规划,知识产权编也要设立适用于各个章节的一般规定,即知识产权编的总则。不少学者以及立法机关的有关人士认为,知识产权纳入民法典的关键问题在于如何按照“总分”结构,像物权总则、债权总则那样提炼出知识产权法的总则。然而,由于知识产权各类权利差别大,国际上还没有为知识产权制度设定一般规定的先例,国内知识产权理论研究又相对薄弱,难以归纳出适用于各类权利的共同规则,无法形成一个知识产权编的总则。因此,知识产权不能独立成编纳入民法典。本文认为,民法典知识产权编的必要性在于权利宣示,对知识产权各类权利的界定是其主要内容。而共同规则提炼,是一个纯立法技术问题。例如,德

国民法典用“提取公因式”的方式,形成了一个多层次的总则??分则模式,居于整个体系最上端的即为民法典总则。人们认为这种方法“可以提高法律的逻辑完整性和内涵经济性,从而避免冗赘的重复。” [34]而实际上,在法学史上历来就存在排斥总则作用的“总则无用论” [35],而且从法典编纂的实践来看,《瑞士民法典》《荷兰民法典》等举世公认的优秀民法典就没有设置总则。并且“ ,瑞士在差不多50年的法律进程中,无论在理论上抑或在实践中至今还未感到没有总则部分是一缺陷” [36]。因此“ ,提取公因式”方式是立法的技术性逻辑,而不是立法的实体性逻辑,它可以是有关规定(共同性规则)进入民法典的依据,但绝不能成为有关实体内容是否纳入民法典、是否独立成编的决定性因素。在知识产权领域,出于立法的经济和节约,根据目前的认知能力,运用“提取公因式”的逻辑构造方法,将能够提炼的共同规则纳入民法典是必要的。例如,知识产权法的立法原则,解决知识产权的权利冲突、权利限制和权利保护等问题的共同规定,是能够而且必要的。但是,即使一条共同规则也抽象不出来,也不应成为反对和否定知识产权独立成编的理由,因为这些规则毕竟只是法的“技术性因素”,而不是“法的政治因素”和“法的法学因素” [37]。在提炼知识产权共同规则中,还应当注意区分共同规则的性质。正如郑成思教授在其知识产权编专家建议稿的说明中所指出“ ,日后如果发现建议稿中大部分‘一般条款’不是能收入民法典总则,就是能收入民诉法,而真正属于‘知识产权一般规定’的并不多,起草工作也没有白做。” [38]尽管民事性质的一般条款是否都能收入民法典总则还值得斟酌,但事实上,目前能够从各项知识产权制度中提炼的共同规则有相当部分是民事诉

讼法的内容,例如财产保全、证据保全、被许可人的诉讼地位、对知识产权管辖的特别规定等。这些规则本来属于民事诉讼法的规定,只是由于目前我国知识产权法和民事诉讼法的一些欠缺,有的规定在了知识产权单行法中,有的应当一致而没有一致,还有的尚未规定。尽管如此,根据民法典实体法的性质,这些问题还是应当通过修改和完善民事诉讼法来解决,属于民事诉讼的共同规则不宜纳入民法典知识产权编。

(三) 知识产权编的主要内容及与民法典的整体协调

1. 知识产权编的主要内容 根据重要性标准的衡量和逻辑性标准的结构,民法典知识产权编的主要内容为知识产权各项权利的基本规定和适用于各类知识产权制度的共同规则。根据我们的初步规划,该编的规模在30条左右。具体而言,民法典知识产权编主要包括以下内容:知识产权的立法目的,知识产权的定义,著作权、专利权、商标权、集成电路布图设计、植物新品种等各项知识产权权利内容的逐条规定、知识产权各项权利的取得方式、知识产权的公示原则、知识产权与信息载体所有权的相互独立及其例外、知识产权不得侵犯在先权利的原则及其例外、知识产权权利不得滥用原则、知识产权的反不正当竞争保护、知识产权的物权保护方法、对民事特别法的授权等等。这些内容是知识产权制度中最根本、最重要或者具有共性的规定,将其纳入民法典,能够促进知识产权法价值目标和制度规范之间的协调,增强民法典的宏观调控能力,并由此形成民法典与单行法之间的和谐体系。

2. 民法典相应部分协调 知识产权独立成编纳入民法典后,民法典的相应部分也必须随之调整。总的原则应当是,民法典各相关部分原则性地规定知识产权的特殊性问题、具体的问题,如侵害知识产权的各种具体类型和表现

形式,则应当让诸单行法规定;知识产权与其他民事权利的共同性问题、不必特别规定,例如,侵害知识产权的损害赔偿应当适用一般的归责原则,即过错原则 [39],在侵权行为编即不必针对知识产权作特别规定,而只需明确除法律另有明确规定者外,侵权损害赔偿均适用过错责任原则即可。这样既可以彰显知识产权作为私权与其他民事权利的共同性,增强知识产权纳入民法典的合理性、科学性;又可以发挥民法典的体系化功能,节约篇幅,体现民法典的结构之美。知识产权的特殊性问题,应当原则性地体现在民法典相关部分的大致有:第一,总则编应当在权利客体部分明确规定知识产权的保护对象;时效部分应增加侵害知识产权时效期间计算的特别规定。第二,亲属编应当增加关于知识产权作为夫妻共同财产的特殊规定,规定不仅夫妻关系存续期间的知识产权收益属于夫妻共同财产;而且,在夫妻关系存续期间取得的知识产权,在离婚后一定期间内取得的收益,应当在作者与原配偶之间进行分配。以此体现对配偶为家务所作贡献的补偿,并制止规避法律的行为。第三,继承编中应有知识产权作为遗产继承的特殊规定,主要是对著作权的继承作出专门规定。第四,在物权编中,规定知识产权质权。第五,在债权编中规定知识产权合同,主要增加对著作权许可使用合同和转让合同以及商标许可使用和转让合同的规定。第六,在侵权行为编中,应当增加对知识产权侵权行为的特殊规定,例如知识产权侵权损害赔偿额的计算方法等。这些内容主要体现知识产权“特有的两面性”问题(即知识产权保护既有适用民法一般原则的一面,又有不适用的一面) [40],尤其是将不适用民法典中有关规定的一面强调出来,这有利于在实践中准确地理解和适用法律。至于民法典其他编

章中知识产权的规定是否设立为单独的章节,取决于该部分知识产权有关规定的特殊性程度。知识产权与民法典其他各部分的协调是一项复杂的工作。在链接模式中,只需要将民法典与知识产权法作简单连接,立法者不必在协调知识产权制度与民法典的关系上花费心思,立法成本更低。但是,正是通过透析知识产权与民法典各部分的关系,可以使知识产权制度与民法典各组成部分有机地衔接起来,使知识产权融入民法典体系,加强民法典对知识产权法的原则指导和逻辑支持作用,同时,促进民法典的体系更加合理,内容更加完善。在这一意义上,双重立法模式较链接式有更大的制度效益。

结论 知识产权是一项重要的民事权利,将知识产权纳入民法典并独立成编是制定21世纪的民法典,完善民事权利体系,发挥民法典作为民事基本法作用的必然要求。综上所述,在知识产权与民法典关系的几种立法体例中,链接式、纳入式和总分式双重立法模式都各有所长,亦有其短。比较而言,概括式的双重立法模式有更多的优势:在突出知识产权的重要性和更好地协调知识产权与民法典的关系上优于链接式,在保持民法典的纯洁性和稳定性上胜于纳入式,在立法的开放性和低成本上强于知识产权的法典化,在兼顾知识产权单行法自身的完整性和便于法律适用上好于总分式的知识产权编。因此,这一模式是我国构建民法典与知识产权关系的优选模式。在具体的立法建议上,本文对概括式双重立法模式的基本构想是:在民法典分则中设知识产权编,位置紧随物权编;该编不设总则,主要内容为知识产权权利的一般规定和共同规则;民法典相应编章对知识产权的特殊问题作出原则性规定,民法典外知识产权单行法的基本形态保持不变。限于篇幅及主旨,本文未展开对知识产权编具体条文及立法理由

的逐条论述,这些内容将另行撰文进行阐释。 注释:[1] 另有“知识产权是否入民法典”为争议焦点的提法,对此,本文认为,民法学界对民法典应当体现知识产权制度没有异议,分歧在于民法典中知识产权是否应当独立成编。 [2] 参见曹新明:《知识产权与民法典的连接模式选择》,载中国私法网:<http://privatelaw.cn/new2004/shtml/20050307-125635.htm>,最后访问时间2005年4月22日11:02。 [3] 参见焦红涛、高岚:《中国知识产权立法体系化的三种备选模式》,载经法网:<http://www.economy-and-law.com/111-42.htm>,最后访问时间2005年4月22日11:05。 [4] 梁慧星:《当前关于民法典编纂的三条思路》,载徐国栋主编:《中国民法典起草思路论战》,中国政法大学出版社2001年1版,第15页;另参见[2]。 [5] 参见梁慧星:《中国民法典草案建议稿附理由-总则编》,法律出版社2004年版,第124页;王利明主编:《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版,第23页。 [6] 参见徐国栋:《绿色民法典草案》,社会科学文献出版社2004年版,第397~455页。 [7] 参见吕甲木:《构建21世纪的中国民法典体系》,载北大法律信息网:<http://www.chinalawinfo.com/research/academy/details.asp?lid=3462>,最后访问时间2005年4月22日11:00。 [8] 参见彭声、韦之:《论知识产权制度纳入未来民法典的理由》,载《电子知识产权》2004年,第6期,第13页。 [9] 参见王家福、郑成思、费宗:《物权法、知识产权与中国民法典》,载法学时评网:<http://www.iolaw.org.cn/shownews.asp?id=39>,最后访问时间2005年4月22日11:05。 [10] 参见王家福、郑成思、费宗:《物权法、知识产权与中国民法典》,载法学时评

网:<http://www.iolaw.org.cn/shownews.asp?id=39>,最后访问时间2005年4月22日11:05。 [11] 参见吴汉东:《知识产权立法体例与民法典编纂》,载《中国法学》2003年,第1期,第55~56、56~58页。 [12] 参见马俊驹:《对我国民法典制定中几个焦点问题的看法》,载马俊驹主编:《民法典探索与展望》,中国民主法制出版社2005年版,第385~389页。 [13] 参见焦红涛、高岚:《中国知识产权立法体系化的三种备选模式》,载经法网:<http://www.economy-and-law.com/111-42.htm>,最后访问时间2005年4月22日11:05。 [14] 参见曹新明:《知识产权与民法典的连接模式选择》,载中国私法网:<http://privatelaw.cn/new2004/shtml/20050307-125635.htm>,最后访问时间2005年4月22日11:02。 [15] 例如,学者马俊驹认为,知识产权的一般规定是否独立成编取决于该编的条文规模,如果条文足够多就设为独立的编章,如果条文较少就安排放入民法典总则或其设计的财产法总则之中,而知识产权一般规定的具体条文有赖于知识产权界学者的研究。 [16] 参见郑成思:《民法草案与知识产权专家建议稿》,载《政法论坛》2003年,第1期,第42~49页。 [17] 参见吴汉东:《知识产权立法体例与民法典编纂》,载《中国法学》2003年,第1期,第55~56、56~58页。 [18] [美]艾伦#8226.中国法与民法法典化》,中国政法大学出版社1995年版,第6页。 [27] 张玉敏:《知识产权的概念和法律特征》,载《现代法学》2001年,第5期,第103页。 [28] 参见封丽霞:《法典编纂论》,清华大学出版社2002年版,第256~258页。 [29] 参见许崇德主编:《中国宪法》,中国人民大学出版社1996年版,第14、107页。 [30] 参见赵秉志主编:《新刑法教程》,中国人民大学出版社1997年版,第408页。 [31] 参见徐国

栋编:《中国民法典起草思路论战》,中国政法大学出版社2001年版;刘凯湘:《中国民法的现代化》,载《中国民法百年回顾与前瞻学术研讨会文集》,法律出版社2003年版,第208~210页;马俊驹:《漫谈民法走势和我国民法典的制定》,载法学时评网:<http://www.qddx.gov.cn/library/detail.asp?itemid=139>,最后访问时间2005年4月22日11:10。[32]参见许崇德主编:《中国宪法》,中国人民大学出版社1996年版,第14、107页。[33][德]拉伦茨:《德国民法总论》(上册),王晓晔译,法律出版社2003年版,第276页。[34][德]K#8226.克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版,第221、258页。[35][日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第206页。[36][德]K#8226.克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版,第221、258页。[37]参见[德]霍尔斯特#8226.雅科布斯:《十九世纪德国民法科学与方法》,王娜译,法律出版社2003年版,序言。[38]郑成思:注17引文,第39页。[39]参见张玉敏:《侵害知识产权民事责任归责原则研究》,载《法学论坛》2003年第3期,第22~28页。[40]郑成思:注17引文,第37页。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)