

民法法典化运动中的知识产权法

吴汉东*

内容提要 知识产权法法典化是现代民法法典化运动的重要组成部分。前者的基本任务,一是实现知识产权法与民法典的连接,二是在民法典之外再设专门法典,概称为“入典”和“成典”问题。近代大陆法系国家是以“物权—债权”的物质化财产权结构作为民法典编纂的“范式”;进入20世纪以来,经历了体系化、现代化改造的知识产权法“入典”,成为“范式”民法典的历史坐标。与此同时,知识产权立法从单行法到法典法,已成为法律现代化的一个重要趋向,并表现为先民法典后知识产权法典(或工业产权法典)的法现象特征。中国知识产权法的法典化道路,宜采取“两步走”的方略:第一步,在民法典中实现对知识产权法的“点、面”链接,满足知识产权作为私权的理性回归;第二步,制定专门法典,实行知识产权法一体化、体系化的理性安排。

关键词 知识产权法 民法典“知识产权编” 知识产权法典

民法典编纂的历史进程,亦是知识产权法法典化的运动过程,它既表现了体系化的知识产权法与现代民法典的结合,也趋向为知识产权专门法典对民法法典化的追随。在当下中国知识产权学界,法典化运动大抵有两个含义:一是实现知识产权法与民法典的连接,即在民法典的民事权利框架中对知识产权进行制度安排,是一个知识产权法“入典”问题;二是实现知识产权法律体系化,即在民法典之外再设专门法典,是一个知识产权法“成典”问题。无论是“入典”还是“成典”,都需要对知识产权法律进行价值判断、规范整合和体系构造,其法典化的过程即是知识产权法律发展与制度创新的过程。

一、近现代民法典编纂与知识产权法“入典”

知识产权法是近代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年制定了世界上第一部专利法《垄断法规》,于1709年制定了第一部著作权法《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

* 中南财经政法大学资深教授,教育部人文社科重点研究基地知识产权研究中心主任。本文系作者主持的国家社科基金重大项目“中国特色知识产权理论体系研究”(项目批准号:11&ZD076)的阶段性成果。

法》,即《安娜法令》),法国于1857年制定了第一部商标法《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》。这是具有近代意义的知识产权制度的开端。在近代欧洲,知识产权法经历了从英国创始到大陆法系移植的发展轨迹,两大法系对知识产权立法体例有着不同的选择。

英国是近代知识产权法的发祥地。英美法系国家有着自己的法律传统,不存在形式意义上的民法即民法典。英国学者在学术上将私法分为财产法(包括有形财产与知识财产)、信托法、合同法、侵权法等部分。在立法体例上,如专利法、版权法、商标法都表现为制定法的形式,历来是一种独立的财产法律制度,并不涉及民法典编纂问题。同时,英国也没有欧洲大陆国家那样的民法理论话语体系,知识产权往往被视为“无形动产”或“诉体动产”。英国学者劳森和拉登在其所著的《财产法》一书中,将专利、版权归入“无形动产”,其原因在于这些权利和利益“具有价值,人们愿意购买它们”,“它们是人的意志的创造物,可以根据用途任意选择其类型,其功能可以相互结合”。^①在性质上,“无形动产”又被称为“诉讼中的动产”,即“诉体动产”,因为其存在往往只能通过诉讼表现出来。^②在类别上,英国财产法将“工业及知识产权”与商业证券、作为财产的合同权、债券和股票等都列为“诉体财产”,该立法方法也为美国法所吸取。^③从历史的真实情况出发,我们可以认为,英国法肇始的知识财产化,实为财产非物质化革命的制度创新,而并非传统民法学的理论发现。与古罗马法所构造的以物为核心的财产权体系不同,英国法对财产权客体进行新的概括和抽象。在很多情况下,私权保护的对象不是有形的物件,而是无形的利益,财产权被定义为“对价值的权利而非对物的权利”^④。英国法对知识财产的确认,标志着财产观从具体到抽象的转变,从而产生了与传统财产权不同的非物质化财产权,即知识产权。

近代欧洲大陆国家以“物权-债权”的物质化财产权结构作为民法典编纂的“范式”。在19世纪展开的第一次民法典编纂运动中,无论是“法学阶梯体系”的《法国民法典》(1804年),还是“学说汇编体系”的《德国民法典》(1896年),都是在罗马法编纂体系的基础上所作出的法律构造,即以物为客体范畴,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、债权为主要内容的财产权体系。从立法的时间节点而言,法国1793年《作者权法》、1791年《专利法》在《法国民法典》产生之前即以单行法名义存在;而德国1837年《著作权法》、1877年《专利法》也早于后来的《德国民法典》。这些法律不仅是独立存在的制定法,而且也是互不相涉的单行法。在近代法时期,“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

① 参见[英]F. H·劳森、B·拉登《财产论》施天涛等译,中国大百科全书出版社1998年版。

② 在英国法的“诉体物”理论中,该类动产的存在只有通过诉讼才能充分体现出来。知识产权由于其客体的非物质性,往往需要通过诉讼请求,才能划清“社会财产”与“我的财产”、“合法使用财产”与“非法使用财产”的界限。

③ [美]彼得·哈依《美国法律概论》沈宗灵译,北京大学出版社1997年版,第84页。

④ 参见[美]肯尼斯·万德威尔德《21世纪的新财产:现代财产权概念的发展》,载《社会经济体制比较》1995年第1期。

种理论概括”^⑤。质言之,各项知识产权法并未在立法文件中实现体系化。

近代知识产权的出现,是罗马法以来财产权领域的重大制度创新和法律变革。早期的知识产权制度,经历了一个从封建特许权到资本主义财产权嬗变的历史过程,当时的市民阶级主张对知识产品产生一种新的权利,即“特许所有权”,是为财产所有权的一种。^⑥无论如何,知识产权是一种新型的财产权,是一种有别于传统所有权的无形财产权。实现知识产权的私权归类,不仅对传统财产权体系产生了具有革新意义的改造,而且为知识产权进入民法典提供了必要的理论基础。在传统上,财产权包括物权和债权两大类。^⑦知识产权是后世出现的新型财产权,由于其标的是无形体的精神产品,因而亦称为无形财产权。其中,以财产利益的物质性与非物质性为标准,支配性财产权可以分为对动产、不动产之所有权和对精神财产之知识产权或无形财产权。对于后者的权利客体,法国学者雅克和古勒将其概称为“创见、思想和抽象创造”,基于该无形物所生之权利,可产生对第三人的对抗力。^⑧德国学者拉伦茨则将此类财产称为第一顺位的权利客体,即支配权或利用权的标的。在拉伦茨看来,第一顺位的权利客体是不依法律规定而事实存在的标的物,包括有体物与无体的精神产品,前者如动产和不动产,后者如作品和发明。^⑨

现代民法典编纂是实现法律现代化的重要途径,经历了体系化、现代化改造的知识产权法“入典”,成为“范式”民法典的历史坐标。自20世纪以来,知识产权法有了长足的发展:基本规范不断完善,保护范围逐渐扩大,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法编入民法典,并在90年代兴起的第二次民法典编纂运动中形成高潮。关于民法典对知识产权法的接纳,立法者和学问家似乎无多争议,但问题在于知识产权法以何种方式“入典”。从民法典编纂体例来说,有以下几种:

一是纳入式。即将知识产权法全部纳入民法典之中,使其与物权、债权、继承权等平行成为独立一编,其立法例为《俄罗斯民法典》。1994年《俄罗斯民法典》是后社会主义国家民法典的重要代表。该法典在前三编生效多年之后,于2006年专编规定了知识产权,即“智力活动成果和个性化标识权”。该编在2008年生效时,包括《著作权与邻接权法》、《专利法》、《商标、服务标记和原产地名称法》等在内的六部法律被宣布废止。在《俄罗斯民法典》中,总则编在“民事权利的客体”一节中对“智力活动成果”和“智力活动成果权”作为权利客体作了原则规定。其“知识产权编”包括“一般规定”、“著作

⑤ 参见黄勤南主编《新编知识产权法教程》,中国政法大学出版社1995年版。

⑥ See L. Ray Patterson, Stanley W. Lindberg, *The Nature of Copyright: A Law of Users Right*, The University of Georgia Press, 1991.

⑦ 有学者将以无形资格为标的的权利,如渔业权、矿业权;以权利总和之遗产为标的的权利,即继承权,都归类于准物权。

⑧ 参见[法]雅克·盖斯、古勒·古博《法国民法总论》陈鹏等译,法律出版社2004年版,第177页。

⑨ 参见[德]卡尔·拉伦茨《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第377-378页。

权’、‘邻接权’、‘专利权’、‘育种成就权’、‘集成电路权’、‘技术秘密权’、‘法人、商品、工作、服务和企业个性化标识权’、‘统一技术构成中的智力活动成果权’等,共9章。^⑩《俄罗斯民法典》在知识产权法“入典”体例上颇具代表性,是至今为止关于知识产权规定最为集中与完整的一部民法典,有学者将其称为“完全民法典化的模式”。2015年12月,俄罗斯著名法学家、莫斯科大学法律系教授塞尼·伊万·阿列克谢萨德诺维奇来中南财经政法大学知识产权研究中心作了题为“俄罗斯知识产权法典化的经验及其对中国的建议”的演讲,言道:根据俄罗斯宪法第44条关于知识产权的规定,知识产权法编入民法典有宪法依据。总体说来,整体移植知识产权法“入典”,其意义在于改革了传统民法典的编纂体系,推动了知识产权法体系化的形成。但是学术界对知识产权法所有规范“入典”并未形成共识。对俄罗斯民法典的不足,有中国学者给予了评价:纳入式接受了大量不属于私法范畴的法律规范,使得作为部门法的民法典变成了“综合法典”,并“剥夺了立法者颁布某类知识产权单行法的可能”^⑪。1993年《越南民法典》在“知识产权编”的立法体例上,最初采取的亦是“纳入式”,即专编系统地规定了知识产权,并在民法典于1996年生效之时,同时废止了《工业所有权保护法》、《著作权保护法》、《引进外国技术法》等。该法典虽然整体移植了知识产权有关规范,但实际仅规定了几种主要知识产权类型,而对新兴知识产权没有予以回应。2005年,越南颁布新的民法典,其“知识产权编”有所变化,“一些行政管理性质的规定从民法典中删除”,“一些内容归入民事特别法”^⑫。严格来讲,《越南民法典》关于知识产权的立法体例已由纳入式转向链接式。

二是糅合式。即将知识产权视为一种无形物权,与一般物权进行整合,规定在“所有权编”,其立法例为《蒙古民法典》。从法典编纂体系而言,糅合式与纳入式一样,都将知识产权法整体置入民法典;但就编章结构而言,知识产权法并非独立成编,而是被传统财产权利制度所吸收。1995年实施的《蒙古民法典》共七编,依次为“总则”、“所有权”、“债的总则”、“合同责任”、“非合同责任”、“继承权”和“涉外民事关系”。该法典未赋予知识产权独立成编之地位,而是将其作为一般民事权利融入其体系之中。该法典“总则”规定,“创作智力成果”是为民事法律关系发生的依据,得以与其他法律事实平行编排。“所有权编”规定,智力成果是所有权的客体,与实体物和其他一些财产权同等对待;智力成果所有权自成果创作完成之时产生,但法律另有规定的除外。^⑬《蒙古民法典》在法律事实、所有权客体、所有权取得等方面,将知识产权(无形财产所有权)与所有权(有形财产所有权)作了同化处理,在不改变民法典外观样式的情况下,赋予了

^⑩ 参见《俄罗斯知识产权法》张建文译,知识产权出版社2012年版。

^⑪ 参见张建文《俄罗斯知识产权法完全法典化进程与特点》,载《科技与法律》2009年第1期;鄢一美《俄罗斯知识产权立法与民法典编纂》,载《知识产权》2006年第3期;王志军《俄罗斯知识产权法综论》,载国家知识产权局条法司编《专利法研究》(2008),知识产权出版社2008年版。

^⑫ 米良《越南民法典的历史沿革及其特点》,载《学术探索》2008年第5期。

^⑬ 参见《蒙古国民法典》,海棠、吴振平译,中国法制出版社2002年版。

传统财产权体系以新的内容。但是,糅合式对知识产权进行解构性处理,并使其直接适用于民法规范,这样既瓦解了知识产权制度的自有体系,也破坏了传统物权制度的基本框架。^⑭

三是链接式。即民法典对知识产权作出概括性、原则性规定,知识产权仍保留有单独立法(专门法典或单行法),其立法例为1942年《意大利民法典》、2005年《越南民法典》和2003年《乌克兰民法典》。1942年《意大利民法典》在法典化运动中较早将知识产权“入典”,不仅成为其他欧洲大陆国家民事立法的参照系,而且对一些美洲国家民法典改革方案产生了影响。在该法典中,知识产权作为一种新问题、新关系、新制度,规定在“劳动编”之中。其所涉知识产权为著作权、专利权、商标权、商号权,分为标记性权利与“智力作品权和工业发明权”两大部分。《意大利民法典》以链接式肯定了知识产权的私权地位,其内容是为一般性的私法规范;但其不足在于,知识产权未作整体性编排,其所涉权利类型缺乏包容性。1995年《越南民法典》本来采取纳入式,即在废除各知识产权单行法的基础上,将其整体移入民法典之中。鉴于上述立法模式的缺陷,越南于2005年又判定新《民法典》并颁布了《知识产权法典》,采取了法典化的“二元模式”:一方面,民法典对知识产权进行原则规定,另一方面又由专门法典对知识产权作出具体规定。与原民法典不同,2005年《越南民法典》按照国际公约的精神,系统地规定了知识产权类型,但只是就著作权及相关权、工业产权、植物品种权等权利的主体、客体、内容、保护期、转让等作了原则性规定。2003年《乌克兰民法典》与知识产权法也是链接式的。该法典第四编“知识产权”以12章的篇幅涵盖了各类知识产权的私法条款。其中,专章规定“知识产权一般规定”,共计15个条款,涉及知识产权概念、与财产权的关系、客体、主体、取得、转让、侵权责任等;另外,以11章的篇幅,分别规定了“文学、艺术和其他作品的知识产权(著作权)”。“表演、录音、录像、广播组织的知识产权(相关权)”。“基于发现的知识产权”。“发明、实用新型、工业设计的知识产权”。“集成电路布图设计权”。“改进建议的知识产权”。“植物、动物品种的知识产权”。“商号的知识产权”。“商标的知识产权”。“地理标志的知识产权”。“商业秘密的知识产权”等。

现代民法典尝试编入知识产权法,表明民法典与社会发展同步,古而不老、固而不封,体现了民法典编纂的时代胸怀和创新精神;同时,彰显知识产权的私权本位,完整地构造了民事权利体系,使得民法典真正成为“市民权利宣言书”和“社会生活的百科全书”^⑮。

二、知识产权体系化与知识产权法“成典”

知识产权体系是得以称之为“知识产权”的各种财产权所构成的有机整体,表现为

^⑭ 参见曹新明《知识产权与民法典连接模式之选择》,载《法商研究》2005年第1期。

^⑮ 参见谢鸿飞《中国民法典的生活世界、价值体系与立法表达》,载《清华法学》2014年第6期。

相关立法和实践的制度体系。知识产权体系化是一个动态发展的过程:自17、18世纪以来,在社会财产构成中,出现了抽象化、非物质化的财产权类型;在文学艺术创作领域出现了著作权;在科学技术发明领域出现了专利权,在商品生产交换领域出现了商标权。自19世纪下半叶始,知识产权在类型化的基础上开始体系化。专利权与商标权被合称为工业产权,与著作权类分,并为当时国际立法文件所认可,1883年缔结的《保护工业产权巴黎公约》和1886年缔结的《保护文学艺术作品伯尔尼公约》即为其代表。20世纪以来,以知识产权名义概括智力创造领域的各类权利,从理论研究走向国际立法活动。1967年《成立世界知识产权组织公约》的缔结使知识产权成为国际上通行的法律概念。

知识产权体系化,不仅是一种理论分析工具,而且也是法典编纂的制度基础,换言之,知识产权体系化表现为理论体系与法律体系两个层面。建构上述体系,涉及两个基本问题:一是知识产权在财产权体系中的地位,特别是知识产权与所有权的关系。财产权体系表现了私有财产制度的内部结构,是分成不同部分而又相互联系的一个统一的系统或整体。这就是说,不应把财产权理解为是各式各样财产权的简单总和。必须看到,财产利益基本属性的同一性决定了各种财产权的共同指向,它既是财产制度之间联系的纽带,也是财产法一体化构建的基础;同时,财产利益表现形态的差异性,既是我们划分不同财产权类型的标准,也是新的财产制度赖以建立的依据。概言之,财产是构建财产权体系的始点。自罗马法以来,人们基于财产的主要构成限于有体物的认识,设定了物质化的财产权制度。随着科学技术和商品经济的发展,各种抽象化、非物质化的财产不断涌现,人们对财产的概念有了新的认识。“财产利益”是一切财产权的共同指向,它包含了不同的财产形态,并由此产生了不同的财产类型。财产概念的整合是财产权制度一体化的基础,由此我们可以认为,在财产权体系中,知识产权是与所有权有别的财产权。二是知识产权自身体系的形成,主要涉及“各个权利分支存在着逻辑统一的可能性”^{①⑥}。在知识产权的名义上进行体系化构造,其基础是财产利益的非物质化,或者说客体的非物质性。诸如著作权、专利权和商标权,都是知识产权传统经典类型,理论界一般以这些原始类型为模板来界定知识产权所应当具有的特性,即专有性、地域性和时间性。随着科技和社会的不断发展,一些新兴的非物质性利益需要获得法律保护,例如计算机软件、集成电路布图设计、植物新品种等。知识产权所保护的法益都具有客体的非物质性这一根本属性,但知识产权的诸多类型并不一定全部具备传统知识产权所具有的基本特征。我们将著作权、专利权、商标权等类型化为知识产权的基本依据,是这些权利的客体都具有非物质性这一本质属性,而不一定具备专有性、地域性和时间性的全部特征,例如,地理标志权不具有完整意义的专有性,商号权的地域性有着特殊的规定,商业秘密权不受时间性限制等。概言之,非物质性财产权的基本属性,是知识产权赖以体系化构造的基础。^{①⑦}

^{①⑥} 李琛《论知识产权法的体系论》,北京大学出版社2005年版,第45页。

^{①⑦} 参见吴汉东《无形财产权基本问题研究》(第3版),中国人民大学出版社2013年版,第151-153页。

在知识产权领域,从理论体系化到制度体系化,亦是从法学到法典的历史过程。在大陆法系国家,知识产权法多为单行立法,是民事基本法即民法典之下的民事特别法;但不容忽视的是,知识产权立法从单行法到法典法,已然成为现代法典化运动的重要趋向。19世纪的葡萄牙曾先后颁布《发明专利法》(1837年)和《商标法》(1883年),自1884年加入《保护工业产权巴黎公约》后,随即在国内立法中作出法典化调整,1896年颁布的《工业产权法典》为世界上第一个工业产权法典。此后,同样位于伊比利亚半岛的西班牙于1926年也颁布了《工业产权法典》。在葡、西两国的影响下,拉丁美洲诸国,如墨西哥、巴西、巴拿马、秘鲁以及阿尔巴尼亚、波兰、肯尼亚等非拉丁语系国家也采取了这种专门法典模式。最新一部工业产权法典,由意大利于2005年颁布。工业产权法典的出现,使得专利、商标等工业产权得到一体化保护,并在知识产权领域形成了“工业产权法典+著作权法”的立法模式。自20世纪下半叶以来,在《成立世界知识产权组织公约》的指引下,亚欧一些国家,如斯里兰卡(1979年)、法国(1992年)、菲律宾(1997年)、越南(2005年)先后在立法中将各类知识产权进行系统化、体系化整合,从而形成一股知识产权法法典化的潮流。1979年《斯里兰卡知识产权法典》是世界上第一部知识产权专门法典,后经多次修改,适用至今。从立法技术而言,1979年《斯里兰卡知识产权法典》是“拿来主义”的产物,在很大程度上是以世界知识产权组织为发展中国家提供的“示范法”为蓝本,以此作为本国法典的体系框架。该法典于2003年修订时,新增地理标志和集成电路两种保护制度,在“示范法”中无例援引的情况下,基本采用了世界知识产权组织、世界贸易组织相关国际条约的有关规定。1992年《法国知识产权法典》是20世纪最为重要、最有影响的专门法典。该法典采用了专门法律系统化的特殊形式,它不是已有规范性文件的简单汇总,而是将各单行立法进行整理和加工,实现了法典编纂的基本要求。该法典在立法技术上有两个优点:一是位阶明确,体系完整。立法者在“知识产权”这一概念之下设立了“文学和艺术产权”和“工业产权”这两个属概念。在“文学和艺术产权”这一属概念之下设立了“外观设计”、“实用新型”、“发明”、“技术知识”、“商业标识”等目概念。此外,在“技术知识”这一目概念下设立了“制造秘密”、“半导体布图设计”和“植物新品种”等纲概念。正是通过这种概念之间的位阶层次设置,知识产权的体系化得到了明显的表达。二是内容协调、规范一致。该法典较好地处理了各知识产权法的内部关系,避免了原单行立法出现的种种冲突。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,等等。需要指出的是,《法国知识产权法典》缺乏各项知识产权共同适用的“总则”。其原因在于:一是沿袭《法国民法典》的传统,其专门法典没有规定“总则”,甚至没有保留《法国民法典》那样的“序编”;二是秉持一个开放的体系,将各分则置于平行的位置,避免“总则”对新型权利的进入造成妨碍。尽管如此,在该法典引入中国后,仍有学者对其“总

则”的缺失提出质疑。^⑮

知识产权专门法典化,虽然表现了立法者对制度理性的理想追求,但更多出于本土国情和国际潮流的复杂动因。从国内情形看,一是旨在统一知识产权法律体系。在制定专门法典之前,相关国家苦于知识产权法律体系凌乱,各种单行法立法层次不一,法律相互冲突多见。例如,《法国知识产权法典》在颁布之前,该国共有相关法律、法规达20多部,而且法院的许多判例也在发挥作用;在菲律宾,专利法和商标法由议会制定,著作权法则以总统令出现。该国知识产权法包括了共和国法案、总统令、执行令和部门管理条例等,数量达数十部之多。专门法典的制定,提高了知识产权立法层次,消除了各种法律的自身漏洞和相互冲突。二是意图强化知识产权的集中管理。在制定专门法典之前,相关国家知识产权管理体制分散,存在各自为政局面。在各国专门法典中,强化知识产权的集中管理是立法重点。《斯里兰卡知识产权法典》规定,国家知识产权局为该国商业贸易部下属机构,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关。法国和越南没有设立统一的知识产权管理部门,而是保留以往相对集中的管理体制,其专门法典对各行政管理部门的职责范围进行了明确的规定。上述做法,避免了单行法的分散规定,在强化知识产权统一管理方面有可取之处。从国际情形来看,知识产权专门法典化亦是WTO《知识产权协定》影响的结果,这对于发展中国家而言尤其如此。菲律宾与斯里兰卡作为上述协议的签字国,在五年过渡期内必须使其本国知识产权法的各项规定达到协议的要求。为此,菲律宾制定了《知识产权法典》,斯里兰卡推出全新的《知识产权法典》;而越南制定本国的《知识产权法典》,也时逢该国进行入世谈判进程之中。可以认为,知识产权的法典化与知识产权保护的一体化相伴而行。

在近四百年知识产权法律发展的历史过程中,法典化既是以往法律进步的一个标杆,更是现代制度创新的一股潮流。^⑯在这里,民法典与知识产权法典始终保持着一种先后关系、主从关系的法现象。从法典化的历程来看,知识产权法法典化总是与民法法典化相伴而行。19世纪工业产权法典的编纂,是伴随第一次民法法典化运动进行的;20世纪知识产权法的法典化,则是在第二次民法典编纂浪潮中得以形成的。这种现象具体到特定的国家而言,一般是民法典制定在前,知识产权法典颁布在后。^⑰例如,葡萄牙于1867年制定民法典,后于1896年制定工业产权法典;西班牙先于1889年颁布民法典,再于1926年颁布工业产权法典;菲律宾有了1949年民法典后,始于1997年出了知识产权法典;越南则于1995年制定民法典后,又于2005年颁布知识产权法典。从诸法典的位阶来看,知识产权法典作为专门法典,并没有改变其作为民事特别法的原本地

^⑮ 袁真富《试论知识产权法的法典化》,载 http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtml/Article_20308.shtml,最后访问时间:2016年4月6日。

^⑯ 郑成思教授曾誉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。引自黄晖《法国知识产权法典》,译者序,商务印书馆1999年版。

^⑰ 参见何华《知识产权法典化基本问题研究》,吉林出版集团有限责任公司2010年版,第95-97页。

位。1804年《法国民法典》颁布时,并未对知识产权作专门规定,以后的知识产权单行法和法典,十分注重处理其与民法典的关系,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。除了上述例外规定,作为民法典的基本法所规定的普遍原则仍然是适用的。^{②1}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,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,应优先适用于其规范;无特别规定的,则应适用基本法规则。

三、中国知识产权法法典化的“两步走”: 从“入典”到“成典”

法典编纂是制度理性的立法体现。理性主义是现代法律文化的重要内容和特征,它既是价值理性,又是工具理性。理性主义强调法律的统一性,并把法律统一的基础归结为正义、平等、自由、尊严、幸福权利等。我们看到,近现代的法学家和法律改革家,正是通过这种理性的力量才得以发现一个理想的法律体系,并力图将各种各样的自然法规则和原则纳入一部法典之中。^{②2}可以说,理性主义是法律体系化、法典化的重要思想基础。知识产权立法的制度理性,体现在“入典”和“成典”的法典化过程之中。关于制度理性的判断有两个标准:一是法律制度安排的合理性、妥当性,是为法的实质理性;二是法律制度编纂的系统性、整体性,是为法的形式理性。前者是制度完善或者说制度理性实现的实质条件,后者则是表现法律理性主义的形式条件。法的形式理性,属于法的外在技术品质,主要“表现为经由诸如程序公正、法律推理、法律论证以及各种具体部门法的一系列智性制度安排和种种法律技术”^{②3}。就法律规则的具体形式而言,“法典是法的形式最高阶段”,因为较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。^{②4}

中国知识产权法的法典化问题,是由于20世纪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”,立法者及多数学者并无异议。这是因为:第一,知识

^{②1} 参见前引^{①9},黄晖书。

^{②2} [美]E·博登海默著《法理学——法哲学及其方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第64页。

^{②3} 许章润《法律的实质理性——兼论法律从业者的职业伦理》,载《中国社会科学》2003年第1期。

^{②4} 参见周旺生《法典在制度文明中的位置——〈法典编纂论〉序》,载封立霞主编《法典编纂论》,清华大学出版社2002年版,第26页。

产权是私权,其基本属性与财产所有权无异。第二,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。第三,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。对于知识产权如何“入典”,则意见纷呈。在2002年10月全国人大法制工作委员会召开的专家讨论会上,本人的意见认为,将知识产权法整体移植或整合移植于民法典是不可取的。同年年底在上海举行的知识产权论坛上,来自WIPO的专家声称: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。2002年全国人大常委会第31次会议审议的民法草案,知识产权没有成编,仅作出一个条款的原则性规定。这是一种极其简单的“点”式链接,并不能完全满足知识产权法的“入典”要求,有民法与知识产权法分割之嫌。笔者认为,我国知识产权法的法典化道路,宜采取“两步走”:

第一步,在民法典中设“知识产权编”,实现知识产权作为私权的理性回归。法典化的灵魂在于体系性,从形式体系而言,法典化融合了形式的一致性、内容的完备性以及逻辑的自足性。民法典对知识产权的接纳,满足了私权体系所具备的全面性和一致性要求。“知识产权为私权”已在《知识产权协议》中得以明确宣示。知识产权虽是知识类的无形财产权形态,但其基本属性与财产所有权无异。民法典应构建一个含有有形财产权与无形财产权的完整财产权体系,质言之,知识产权法在民法典中不能“缺位”。从本土立法资源来看,我国民法典不仅是对外来“范式”民法典模式的制度重现,还应是根植于本土社会生活和法律文化的法律再造,即将法典化与法律本土化结合起来。1986年《民法通则》第五章第三节专门规定了知识产权,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以及人身权合为民事权利专章,这在当时被称为民事立法上的创举。考虑到立法例的传承性,未来民法典对知识产权作出独立安排,以此与其他民事权利并列,其“入典”的重要性和可行性不言而喻。

第二步,制定知识产权法专门法典,实现知识产权一体化、体系化的理性安排。编纂专门法典是知识产权法法典化的最高追求。知识产权法典编纂的过程,应表现为理性的制度安排和科学的立法技术运用,只有这样,知识产权法在法的形式理性上才可以被称为“制度文明的典范”。目前我们知识产权法领域仍然存在着法律体系无序、立法层次不统一、行政管理体制分散和社会观念薄弱等诸多问题,严重阻碍了知识产权法功能的有效发挥。与各知识产权单行法相比而言,体系化的知识产权法典具有更高的价值体现和更多的功能优势。它不仅是“固化和记录一定的统治秩序、社会秩序和社会改革成果的有效形式”^⑤,而且能够更好地发挥知识产权法的整体效应,“从而达到重组相应的司法执法体系,重构相应的法学理论体系,提高相应的法律权威。”^⑥在中国,知识产权法法典化运动是一个长期的过程,当下“入典”是一项紧迫而重要的立法任务,而“成

⑤ 参见周旺生《法典在制度文明中的位置》,载《法学论坛》2002年第4期。

⑥ 曹新明《中国知识产权法典化研究》,中国政法大学出版社2005年版,第29页。

典”将成为未来崇高而伟大的立法目标。

关于知识产权法与民法典的链接模式,如前所述:整体的纳入式是不成功的,解构的糅合式是不可取的;惟有链接式,即采取民法典作原则性规定与特别法(单行法或专门法典)作专门规定的二元立法体例,有可取之处。在这里,笔者主张采取“点、面”相结合的链接模式,解决知识产权法的“入典”问题。所谓“点”的链接模式,即在民法典“总则”的相关章节中对知识产权做出原则性规定。“点”的链接模式在立法技术上难度较小,且能缓解由于知识产权特性而导致传统民法理论对其产生的疏离感,有利于在不同意见的立法者之间达成妥协性。但是“点”的链接模式绝不能仅是“总则”中的“宣示性”条款,而应在“总则”基本章节中都有所反映,例如在基本原则、保护对象、权利范围、法律事实、诉讼时效等方面对知识产权作出特别规定。所谓“面”的链接模式,即在民法典中独立设置“知识产权编”。“面”的链接将知识产权与物权、债权、继承权等民事权利置于同等的位阶,最大程度地凸显出知识产权在私权制度体系中的重要地位,实现民法典的现代化、时代化的制度转型;同时,这种“面”的链接不是知识产权法的平行移植,而是一般性规范的抽象和概括:应从诸如著作权、专利权、商标权等各项知识产权制度中抽象出共同适用的规则,有关权利的取得程序、变动程序、管理程序等特别规范不宜列入“知识产权编”;同时,应着力描述知识产权与其他财产权的不同之处以及相互关系,即基于知识产权特性的一般规范。这些规范表现的是私权性内容,但属于知识产权法特有的内容,其条款主要由“权利的性质—主体—客体—内容—产生—利用—限制—保护”等构成。^{②7}“面”的链接模式无疑有立法技术的困难并会引起不同意见的纷争,但在制度理性的选择过程中,其思想结果无疑会促进知识产权的法律进步和法学繁荣,并在事实上成为一种权威确立机制。

知识产权法从“入典”到“成典”是一种制度理性选择,也是一种法治理想追求,其目标实现须把握好以下几个关系:一是基本法与专门法的关系。民法典与知识产权法典是为基本法典与专门法典的关系。先民法典后知识产权法典,是法典化的逻辑过程。民法法典化不仅对知识产权法典的制定提供“示范效应”和理论储备,更能对后者内容设定和结构安排产生重要影响。在内容上,民法典将在诉讼时效、夫妻共同财产、继承、合同、质押等多方面涉及知识产权,并就这些内容与知识产权产生交叉。为避免规范内容的重叠或冲突,需要民法典提供一个明确的立法指导。在结构上,民法典的“总则”及“知识产权编”决定了知识产权法典的基本结构。质言之,知识产权法典是否需要作为一般规定的“总则”,或其“总则”是否需要与民法典“知识产权编”保持一致,对于这些问题的回答必须以民法典的出台为前提。二是实质法与形式法的关系。民法有实质民法与形式民法之分,前者为部门法意义上的民法,指所有调整平等主体财产关系和人身关系的民法规范的总称,包括民法典以及其他民事法律、法规,这是从法律规范

^{②7} 由吴汉东教授主持,肖志远副教授、何华副教授、锁福涛博士参与的国家知识产权局委托研究项目《知识产权基本法问题研究》,其最终成果草拟了《民法典》“知识产权编”专家建议稿,计30个条款。

内容性质来识别民法的。后者指按照一定体系编纂,并以法典方式命名的民法典,这是从法律表现形式来认识民法的。与民法的存在不同,自知识产权法律产生以来的相当长时期,“知识产权法”并不是一部有具体表现形式的部门法,而是关于著作权法、专利法、商标法以及其他相关法律的总称。就法律规范性文件而言,有诸多“属概念”的单行法,但尚无“种概念”的上位法、专门法,换言之,在知识产权法典出现之前,在形式上没有名为“知识产权法”的立法文件。知识产权法典编纂的目标之一,就是将虚拟的法实在化。“知识产权法”的实在化,在立法上有助于明确法律渊源,在法律适用上有便于查找法律规范,在行政执法上有利于改变分离状态、推进统一管理。三是法学与法典的关系。法典编纂以法学为理论基础,以法典为立法成果。知识产权法典是体系化、系统化的法。体系化、系统化乃法典之灵魂,知识产权法典编纂的主要任务,就是将各种知识产权单行法进行整合,“使之成为基于某些共同原则、内容协调一致、有机联系的统一法律”^{②⑧}。欲使知识产权成文法演绎为法典法,需要法学家提供法学作为法典的思想基础。我国知识产权法法典化的现实障碍之一,在于知识产权法的非理论化、非体系化,即法学尚不成熟。因此,法学家的当前学术使命,就是建立知识产权法基本范畴,完善知识产权法基础理论,建立知识产权法学术体系,为未来的知识产权法典提供学术法支撑。

知识产权法实现民法典编纂的“入典”(民法典“知识产权编”)与专门法典编纂的“成典”(知识产权法典“总则”),在民事立法上表现为知识产权法领域的“一般规定”,它既是从诸如著作权、专利权、商标权等各项知识产权制度中抽象出来共同适用的规范,也是知识产权法区别于其他财产法但具有私权属性的特别规范。笔者认为,“一般规定”可作为民法典“知识产权编”的主要构成,亦可作为知识产权法典的“总则”。

试拟条款如下:^{②⑨}

第一条 【立法目的和依据】

为保护知识产权人的合法权益,鼓励知识产权创造、传播和运用,促进我国文化繁荣、科技进步和经济社会发展,依据宪法制定本编。

第二条 【权利性质】

知识产权属于民事权利。

第三条 【调整范围】

因知识产权的取得、归属和利用而产生的民事关系,适用本编规定。

第四条 【权利法定原则】

知识产权的类型及其内容由法律规定。

第五条 【权利变动原则】

知识产权的变动应采取法律规定的方式公之于众。

^{②⑧} 参见《中国大百科全书》(法学卷,“法典条”,中国大百科全书出版社2006年版。

^{②⑨} 相关资料有: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;郑成思《知识产权论》,法律出版社2003年版,第81-83页;前引^{②⑧}曹新明书,第309-313页;前引^{②⑧}何华书,第263-268页。

第六条 【禁止权利滥用原则】

知识产权人不得滥用其知识产权损害社会公共利益和经营者的合法权益。

第七条 【权利主体】

中华人民共和国自然人、法人和非法人组织依据法律在中华人民共和国取得的知识产权受本编保护。

外国人依据其所属国与中华人民共和国共同缔结或者参加的国际条约或者互惠原则在中华人民共和国取得的知识产权受本编保护。

无国籍人依据其惯常居住地与中华人民共和国共同缔结或者参加的国际条约或者互惠原则在中华人民共和国取得的知识产权受本编保护。

香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区居民依据法律在中国大陆取得的知识产权受本编保护。

第八条 【权利客体】

知识产权保护下列智力成果：

- (一) 文学、艺术、科学等作品及其传播；
- (二) 商标、商号、地理标志及其他商业标记；
- (三) 发明、实用新型、外观设计等专利；
- (四) 商业秘密；
- (五) 集成电路布图设计；
- (六) 植物新品种；
- (七) 法律规定的其他智力成果。

第九条 【权利类型】

知识产权包括以下权利：

- (一) 著作权和相关权；
- (二) 专利权；
- (三) 商标权；
- (四) 商号权；
- (五) 地理标志权；
- (六) 商业秘密权；
- (七) 集成电路布图设计权；
- (八) 植物新品种权；
- (九) 其他知识产权。

第十条 【反不正当竞争法保护】

知识产权以及与知识产权有关的法益，享有反不正当竞争法的补充保护。

第十一条 【权利内容】

知识产权为专有权。知识产权的权利内容因权利类型不同，或是单一财产权利，或是人身权利和财产权利的集合。

第十二条 【权利效力】

知识产权的权利内容及其限制和例外、保护期限、地域效力依据法律而确定。

第十三条 【权利产生】

知识产权依据法律规定的条件产生。

法律规定需要登记或注册的,必须由相关行政机关依照法定程序审查批准予以登记或注册后始能产生。

第十四条 【权利归属】

知识产权属于智力成果的创造者,法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

知识产权不属于夫妻共同财产,但是知识产权的收益属于夫妻共同财产,当事人另有约定的除外。

第十五条 【权利共有】

民事主体可以共同享有和行使知识产权。知识产权共有,适用知识产权法的特别规定;知识产权法无特别规定的,适用民法典物权编关于共有的规定。

第十六条 【权利利用】

知识产权人可以转让、许可他人使用其知识产权,或者以知识产权为标的设定质权。

知识产权的利用应遵循法律和行政法规的规定。

第十七条 【权利客体与载体的关系】

知识产权的利用不意味着相关载体所有权的转移,反之亦然,法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

第十八条 【与在先权利的关系】

享有及行使知识产权,不得侵犯他人的在先权利。

第十九条 【权利期限】

知识产权人享有的人身权利的保护不受时间限制,法律另有规定的除外。

知识产权人享有的财产权利在法律规定的期限内受保护。

第二十条 【权利终止或撤销】

知识产权在保护期限届满之前,可以因下列情形终止或撤销:

- (一) 权利人书面声明放弃权利;
- (二) 权利人未按照规定缴纳相关费用;
- (三) 法律规定的其他情形。

知识产权的终止或者撤销应按照法律法规的规定办理相关手续。

第二十一条 【权利无效】

经国务院知识产权行政部门授予的知识产权,自公告之时起,任何单位或者个人认为该权利的授予不符合法律有关规定的,可以请求相关部门宣告该权利无效。

知识产权无效宣告程序依法律法规的相关规定进行。

被宣告无效的知识产权视为自始不存在。

第二十二条 【权利确认】

因知识产权归属、内容发生争议的,利害关系人可以请求国家知识产权行政部门和人民法院确认权利。

第二十三条 【司法审查】

相关当事人对知识产权的权利确认、权利无效的行政决定或裁定不服的,可以自收到通知之日起,在法律法规规定的期间内向人民法院起诉。

第二十四条 【权利限制】

基于公共利益的目的,法律法规可以对知识产权人的权利行使予以合理、适当的限制。

知识产权限制的情形应由法律法规明确规定。

第二十五条 【权利保护】

国家保护依据法律法规取得的知识产权,任何单位和个人不得侵犯知识产权人的合法权益。

国家设立专门的知识产权行政部门,负责管理知识产权事务。该部门的组成和职权由专门法律规定。

国家设立专门的知识产权法院和知识产权审判机构,负责知识产权案件审判。该法院和审判机构的组成和职权由专门法律规定。

第二十六条 【权利纠纷处理】

知识产权纠纷,可以通过和解、调解、仲裁、诉讼等方式处理。

第二十七条 【侵权责任构成】

行为人因过错侵犯他人知识产权,应当承担侵权责任。

行为人侵犯他人知识产权,不论行为人有无过错,法律规定应当承担侵权责任的,依其规定。

教唆、帮助他人实施侵犯知识产权行为的,应当与行为人承担连带责任。

第二十八条 【侵权责任方式】

承担侵犯知识产权的民事责任方式主要有:

- (一) 停止侵害;
- (二) 消除影响;
- (三) 赔礼道歉;
- (四) 赔偿损失。

以上承担侵权责任的方式,可以单独适用,也可以合并适用。

第二十九条 【行政和刑事责任】

侵犯知识产权,除承担民事责任外,违反行政管理规定的,依法承担行政责任;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第三十条 【损害赔偿】

侵犯知识产权的赔偿数额,按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定,或者按照侵权人因侵权所获得的利益确定,或者参照知识产权许可费的倍数合理确定。

权利人的损失或者侵权人获得的利益以及按照知识产权许可费的倍数难以确定赔

偿数额的,人民法院根据侵权行为情节,判决给予五百万以下的赔偿。

对恶意侵犯知识产权,情节严重的,可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权所支付的合理费用。

第三十一条 【诉讼时效】

侵犯知识产权的诉讼时效为二年,自权利人或者利害关系人知道或者应当知道侵权之日起计算。

权利人或者利害关系人超过二年起诉的,如果侵权行为在起诉时仍在持续,在该权利有效期限内,人民法院应当判决侵权人停止侵权行为;侵权损害赔偿数额应当自权利人或者利害关系人向人民法院起诉之日起向前推两年计算。

第三十二条 【与民事特别法的关系】

涉及知识产权的其他规范由民事特别法规定。

第三十三条 【与民法典关系】

本编以及特别法未规定的知识产权事项,适用民法典的基本原则和相关规定。

第三十四条 【国际条约的适用】

中华人民共和国缔结或者参加的知识产权国际条约与本编和特别法有不同规定的,适用国际条约的规定,中华人民共和国声明保留的条款除外。

第三十五条 【涉外案件的法律适用】

知识产权涉外案件的法律适用,参照《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》的相关规定。

Abstract: The codification of intellectual property law is an important part of the modern civil law codification campaign. The basic tasks of the former include: firstly, realizing the connection between intellectual property law and the civil code and secondly, adding special code besides the civil code, which is generally called as the “editing” and “codification”. In modern civil law countries, the “normal form” of the civil code compiling is the “property right-creditor’s right” materialization property right structure; since the 20th Century, the “editing” of intellectual property law has experienced the systematization and modernization stage and it has become a historical coordinate of the “normal formed” civil code. At the same time, the legislation of intellectual property law has transformed from single law to code law, and it has become an important trend of modernization of laws and also a law phenomenon of the intellectual property law (or the industrial property law) after the civil code. The codification of China’s intellectual property law should adopt the “two-step” strategy: the first step is to realize the “point and surface” connection of the intellectual law in the civil code and realize the rational return of the intellectual property law as a private right; the second step is to formulate special code and conduct a rational arrangement of the integration and systematization of intellectual property law.
