

知识产权法与民法的体系定位

熊 琦

摘 要 我国知识产权入典和成典所引发的争议,根源在于未能清晰地梳理知识产权法与民法的体系逻辑。回溯两者的立法传统可以发现,知识产权法与民法彼此独立发展的史实在现有研究中未被重视。再观权利属性的类型衔接,知识产权、私权、财产权的概念边界不明,最终造成片面的为了制度创新和特色而忽视体系科学的现状。历史上知识产权法的变革与发展,很大程度上体现的是商法自治性和超国家的发展特色,因而以民法与商法的关系来类比民法与知识产权法的关系更为科学。鉴于无体物与有体物财产权在规则设计上不可忽略的差异以及知识产权法内部各权利类型无法提取公因式的实际现状,立法上应该保留著作权法、专利法和商标法单独立法,避免出现为法典化而法典化导致的例外远多于一般的窘境。

关键词 知识产权法典;民法典编纂;商法;法典化;体系化

中图分类号 D923.4 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2019)02-0128-11

基金项目 司法部法治与法学理论研究项目(14SFB30027)

现代知识产权的私权定位,拉近了知识产权法与民法的关系,知识产权是否和如何入典也因此成为历次民法典编纂的重要议题之一。我国关于知识产权法典化讨论,是在进入 21 世纪后伴随机典编纂最近的两次编纂而出现的^①。首次对知识产权法典化的集中研究,发生于我国第四次民法典编纂时期,但当时仅停留于知识产权学人的学理分析和立法设想,民法典草案并无知识产权编^② [P55]。在政治力量的强力推动下,第五次民法典编纂的时间表迅速确定,无论理论和经验积累情况如何,民法典都计划于 2020 年完成。随着民法典分则进入起草阶段,知识产权是否入典以及能否成典的法典化问题再次成为学界关注的热点。所以,与历经五次起草的民法典相比,知识产权法典化的集中研究主要与最近两次的民法典编纂相联系,知识产权学人希望借助制定民法典的契机完成知识产权法体系化的目标^③ [P24-39] [P48-58]。

然而,与民法学界全力投入的民法典编纂相比,知识产权法典化问题的研讨始终无法形成一致意见,甚至在 2002 年前后已有第一次充分讨论的基础上,十余年后第二轮法典化研究也未能有实质性的突破。从论点的分布看,民法学者始终将知识产权法排除于分则设计之外,而主张入典的仅为部分知识

① 迄今为止,1949 年后共有五次民法典编纂的尝试,前三次都因种种原因未能进入立法程序而搁浅。进入 21 世纪后,第四次编纂形成的《中华人民共和国民法(草案)》(2002),也因反对意见过大而未能进入审议程序。直到 2014 年 10 月党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中明确提出“编纂民法典”的要求,民法典才成为不可动摇的立法任务。

② 当时郑成思教授曾领衔起草“知识产权编”,但郑教授本人并不认为知识产权适合“入典”,并指出,“知识产权不纳入民法典是各国知识产权专家已经达成的共识”,“没有将知识产权按照原计划作为专篇列入草案是一个十分令人满意的选择”。

③ 吴汉东教授在前后两篇论文中对法典化的态度发生过转变。2003 年吴汉东教授曾认为知识产权法坚持民事特别法的体例较为适宜,2016 年时已转变为“两步走”策略,即先入典设立知识产权编,待时机成熟时再将这一编从民法典抽出来制定单独的知识产权法典。

产权法学者,最终形成且无法突破民法界和知识产权界各说各话的尴尬局面^①[4](P87-96)。这种泾渭分明的隔阂,与我国民法学和知识产权法学研究在历史上缺乏交集、彼此画地为牢的传统有很大关系^②[5](P13-16)。从法典化的理论支撑来看,无论是支持还是反对,前后两次知识产权法典化研究的基本观点并没有实质性的发展。同时,2018年8月召开的十三届全国人大常委会五次会议上审议的民法典各分编草案,知识产权编并未列入^③。这一安排再次引发了争论,但在论据基本相同的情况下,知识产权法典化的赞成和反对方却各自得出了相反的结论,而且这种对立延续了十余年之久,尚无新的论据或论点提供更有说服力的解释。这种法典化上的观点对立和研究停滞,其障碍本质上来自我们仍然未能明晰地界定知识产权法与民法的关系。两者之间体系逻辑的梳理,是为了在立法上明晰制度衔接方法,在解释上明晰法源位阶。民法与知识产权法学界仅有的共识,仅仅为知识产权作为私权的权利属性以及对知识产权从特权到私权的看法转变^④[6]。显而易见的是,仅仅依靠上述两点共识,肯定无法构建知识产权法与民法之间的体系逻辑,这不但给我国知识产权的立法走向带来困扰,更重要的是会导致解释知识产权法时在“如何处理与民法规则的关系”上充满变数。知识产权法律的有效适用离不开民法规则的补充和类推。在立法上,民法的基本原则能否指导知识产权立法,知识产权法的权利客体、权利主体和权利内容设定如何与民法衔接;在解释上,知识产权法能否将民法规则作为体系解释和补充解释的法源,都需要确认知识产权法与民法的体系逻辑。

有鉴于此,对知识产权法与民法体系的梳理,仍然需要在上述两个共识的基础上推进。第一,在历史变革上,需要探寻知识产权法与民法的演进是否存在交集。法律制度的变革无法脱离其传统而任意构造,因此,知识产权法与民法体系逻辑的梳理,不能仅局限于知识产权制度内部从特权到私权的演变,而应放宽视界来回溯知识产权法在兴起阶段与民法的关联。第二,在权利属性上,知识产权属于私权(private right),早已不能满足信息社会私法体系进一步科学化的需求,在如今高度细分的私权类型中,知识产权属于私权绝不意味着知识产权就直接等同于民事权利(civil right),而是需要从客体特征的无形性和客体范畴的变动性上精细界定其私权类型,方能找到知识产权法与民法衔接的路径。

一、罗马法与商人法之别:体系衔接上的制度演进差异

知识产权法与民法的关系名为法典编纂争议,实为体系逻辑问题。而梳理体系逻辑需要回归制度起源,厘清知识产权法与民法是在何种历史阶段因何种原因与何种方式形成交集。从历史的视角出发,笼统地考察知识产权制度变革其实并不科学,因为作为知识产权主要构成的著作权、专利权和商标权,乃是在不同历史阶段的不同国家出现。知识产权一词成为受各国广泛认可的概念其实时间相当短,只能追溯到1967年《成立世界知识产权组织条约》(Convention Establishing the World Intellectual Property Organization)。在此之前,知识产权这一称谓在不同国家有不同用法,著作权、专利权和商标权事实上处于独立发展的状态。在某种程度上,与源于罗马法的民法相比,知识产权法在历史渊源上就自始缺乏体系化基因。更重要的是,从知识产权制度演进的历史与现实出发,知识产权法从始至终都走着一条有别于民法的变革路径,不但在立法体例、调整手段和价值基础上特征明显,而且最终形成了今天超越民族国家和全球一体化的法律格局。

① 在第四次民法典编纂过程中,无论是代表民法学界主流的中国社科院民法典专家意见稿和中国人民大学民法典专家建议稿,还是代表官方的人大法工委《中华人民共和国民法(草案)》,都没有纳入知识产权编。从第五次民法典编纂的现有规划看,民法学界仍然没有设立知识产权编的意图。已完成的中国知识产权法学研究会《“中华人民共和国民法典知识产权编”学者建议稿》,至今尚未获得民法界的回应。民法学者也始终认为知识产权不适合入典。

② 早有学者形象地指出,“但凡自称为民法学者的学者,通常以不研究知识产权为特征;而凡自称为知识产权法学者的学者,则大都不会同时认为自己是民法学者”。

③ 已提交审议的《民法典各分编(草案)》包括六编,按顺序分别是物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编、侵权责任编,共1034条。可见我国采取的乃是一种实用主义的法律汇编,而非潘德克顿式严格按照概念逻辑进行的法典编纂。

④ 知识产权是私权得到世界各国普遍认可的标志,世贸组织《与贸易相关的知识产权协议》(TRIPs)的序言中明确表明知识产权是私权。

知识产权是私权这一仅有共识,成为众多支持知识产权法入典和成典论断的立论基础,但在私法体系下,除了一般性和基础性的民法之外,还有作为特别私法的商法。从产生至今,无论是民商合一还是民商分立的立法体例,商法都有着不同于民法的价值定位和历史走向,商法所规制的诸多商业行为,即使在秉承民商合一传统的国家,也不可能全面纳入民法体系中,而需要以特别法进行专门规定^[7]。以知识产权是私权作为民法与知识产权法立法一体化的理由,忽略了历史上知识产权法的特征与演进更接近商法的事实^[8]。根据主流商法研究文献,现代商法源自欧洲中世纪的商人习惯法,随着商业贸易的兴起,逐渐经历了从商人习惯法到成文法的变迁,在产生之初乃是为规制特定阶层主体和特定领域行为所设的法律^[9](P225-226)^[10](P39)。商法产生与发展的动力来自本土特色法律与跨区域经济行为规制之间的差异,后者要求商事法律必须超越本土政治架构,转而依靠以经济运作为架构的体系来构建。

从历史变革规律看,商法建立在贸易利益和商人驱动的基础上,商法的产生与变革一方面与贸易发展密不可分,而且始终以商事习惯为重要法源^[11](P343-347);另一方面则借助政府公权力的支持,将习惯法上升为法律和裁判依据,使得商法成为混合了商事习惯、公法和程序规则的成文法,逐步获得了稳定性,并为更广泛的阶层所认可和适用。历史上商法之所以呈现出商人自治与国家强制相结合的状态,乃是因为其主要服务于商事交易这一特定目标,无论是吸收习惯法还是创设新规则,制度安排始终围绕交易效率和交易安全^[12](P1636)。由于调整对象和调整目标都是为了满足商人的营利性需求,与社会体制和政治目标并不直接相关,因此,商人法能够在罗马法遭遇泯灭、宗教势力控制国家机器的中世纪里完成从习惯法到成文法的转型,并未受到欧洲社会巨变的影响,而且随后能继续在商品经济发达和罗马法复兴的时代发挥作用,形成相对独立的自治性规则^[13](P646-651)。国家公权力在商事立法和适用上的介入,则是以往商法历史研究所忽略的部分^①^[10](P42)。出于对贸易活动的支持,欧洲国家秉承“重商主义”思想,也希望商事法律能够以增加本国出口的方式增强国家经济实力^②^[14](P660-664)。例如行会注册、账簿置备、书面合同、合同登记、避免破产欺诈等诸多义务被国家机器纳入成文法,使商法呈现出一定的公法化倾向^[15](P49-63)。事实上,如果没有国家公权力的介入和推动,商法不可能完成从习惯法到成文法的转型,并最终成为今天最早全球化的法律规则^③^[16](P687-694)^[17](P27-29)。相比之下,源于罗马法的民法,由于价值目标在于塑造市民生活的基本规则,因此,无论是立法体例还是价值基础,更多基于技术中立而设,其概念、原理、原则、规则与制度超越时空、地域、民族、国体与政体、主权者意志的品质^[18](P98-116,206)。所以,即使在宗教势力支配国家的中世纪里,罗马法被日耳曼习惯法取代,但在中世纪末期资本主义发展到一定阶段后又能被重新启用。

知识产权制度的历史发展路径,事实上基本接近于商法而非民法,同样是商人自治和国家“重商主义”思维共同作用的产物。历史上的知识产权法无论是国内发展还是国际变革,其立法动力来源始终是为私人或者国家争取竞争优势。

第一,知识产权制度的萌芽来自商人的驱动。根据已有历史研究文献,具有商业价值的无形财产上存在“所有权”已经在商业习惯上得到认可^[19](P875)。上述习惯法的产生和适用同样源自中世纪欧洲城邦中的行会,对使用销售相关工艺及其成品的特权被行会商人所控制。与其他商事习惯的产生相同,商人致力于控制知识,仍是基于新技术和新产业有利可图。15世纪中后期活字印刷术在欧洲传播后,图

① 商法与国家的关系一直为传统商法研究所忽视。以往的研究过于强调商法的自治性和商人阶层的独立性,未能深入发掘国家的支持在商法产生和变革中的重要作用。

② 例如16至17世纪英国各层法院先后采纳商事习惯作为裁判的法律依据,就是由于商人阶层在英国的迅速扩大,急需现成的规则来处理日益增多的商事争议,但商事习惯中的概念由于缺乏精确界定,同时基于国家重商主义政策的需要,商事习惯逐步被视为普通法的一部分,并被法院普遍适用于包括商人在内的所有主体。

③ 新的法史研究结果表明,商人法其实并不是如罗马法一般通过法学家充分解释形成且逻辑自治的法律体系,也并非完全独立于国家的自治法。反之,商人法的产生在很大程度上与欧洲国家的国内法有很大关联。商人法并非如大众所认知的那样,是商人仅依靠仲裁和自治的商人法庭就可实现运作,而是更多需要公共法律和机构的支持。

书复制成本大幅降低使其从贵族享有的奢侈品变成平民的日常消费品,图书市场价格与印刷成本之间出现了获利空间。英国王室希望借此增加税收,因此鼓励出版产业的发展。同时由于出版行业又涉及新思想的传播,与王室尊崇天主教存在冲突,所以出版业又是被重点监控的对象。鉴于上述原因,英国王室采用了和技术领域相同的做法,于1557年授予了伦敦出版商行会以特许出版权来垄断英国图书出版业务。特许令还包含了行会查收销毁盗版和违禁图书的执法权,如图书内容或出版行为存在违规,行会有权直接没收或毁损。基于行会的上述特权,王室既可以从出版行业中获得可观税收,又能借助行会的力量禁止不当言论的传播,而行会则以此从图书贸易中获得垄断收益^[20](P92-112)。商标制度也有着相似的产生路径,行会在取得王室授予的特许经营权后,即通过行会规约强制要求行会内的生产者在商品上使用特定标志,一方面防止生产者降低生产质量或服务标准,另一方面排除非行会成员的商品进入市场,借此实现市场垄断^[21](P552)。

第二,知识产权的普及来自国家争取竞争优势的需要。在某种程度上,国家与商人在保护新技术和新产品上需求的共同性,甚至大于商法领域对营利性的追求。从国家层面出发,保护知识的目标乃是增强国力和增加税收。欧洲国家最早保护新技术的目标,乃是以赋予专有特权的方式把国外的先进技术引入本国,使带入该技术的主体享有专有实施该项技术的特权^[22](P46)。因此,垄断特许权的授予对象最早针对的是掌握先进技术的外国人,以达到通过引进新技术增强本国经济的目标^[23](P293)。最早采用政府授予特许权来引进新技术的是威尼斯城邦,并且因威尼斯商人走向欧洲其它国家而使得此制度被广泛效仿^[24](P144)。后来英国在经历从原材料生产国到工业国家的转型时,同样以授予垄断权为手段,吸引特定产业的技术工人到英国^①^[25]。需要注意的是,无论是威尼斯城邦还是英国,授予的都是一中垄断性质的特权,并非以私权为基础的知识产权,没有法定的审查机制或标准而全凭王室喜好,最后甚至成为王室和特定商人分享垄断利益的途径,与激励创新和促进技术发展并无直接关联。

由此可见,早期对知识的保护被涵盖在涉及社会方方面面的垄断特许权内。无论是技术领域还是出版行业的行会和商人,都是借助这种特许权来对抗其他的市场竞争者。出版行业商人所获得的特许权,与掌握新技术的商人所取得的特许权并无本质差异。换言之,著作权在早期作为一种特权,并非是对作品,而是更多表现为对印刷设备的垄断。即使后来随着王室控制力的衰落和议会权力的提升,特许权的授予被施加种种限制直至消失,商人仍然以私权的方式掌握着对知识的控制。知识产权逐步从特许权转变为私权,也并非是基于所谓的自然权利或自然法作为理论基础,而是在新技术的普及过程中,商业行会极力争取的结果。因为王室权力的逐步丧失,商人转而以“不可剥夺”的私权来树立知识产权的正当性。被视为现代知识产权法起源的《垄断法案》(1623年)和《安妮法案》(1710年),事实上都是相关行会商人从王室手中夺取特许令颁布权的产物。前者旨在限制王权颁布特许令的任意性^②^[26],同时构建了较为稳定和明晰的授权标准^[27](P18-19);后者则以保护作者为名让作者将著作权自由转让给控制印刷设备的出版商。无论是早期借助王室获取特许权,还是后期利用法律确立私权,都是商人驱动制度变革的结果,所以历史上的知识产权法在本质上其实更应该归属于商人法范畴,两者都缘起于维护商人在相关领域垄断地位和特权的法律。

相比之下,来源于罗马私法的民法则更多建立在“法学家造法”的基础上,早期“十二表法”也是贵族和平民阶层斗争妥协的结果,目的在于梳理市民社会的基本规范,而非商人与政府为追逐经济收益合谋的产物。因此从体系性的角度出发,早期知识产权制度中无论是特权还是私权,其实体规则和程序规

① 需要注意的是,英国王室所采取的特许令,并非专门针对新技术,而是广泛地适用于土地、经营权、荣誉称号等几乎所有领域,所以当时对知识产权的保护方式与其它对象相比,并无特殊之处可言。

② 《垄断法案》将限制王权随意授予垄断特权的判决落实到了成文法中。法案将保护对象限定为未曾在国内被使用过的产品或工艺,并要求将专利授予真正的技术发明人,而非那些他国技术的引进者或老技术的启用者。这保证了法案对创新行为而非单纯垄断行为的激励,并成为现代专利法要求产品或技术方案具备“新颖性”要件的雏形。

则混合的法源形态也更为接近商法,一切规则都是建立在回应商业领域和模式需要的基础上,并无实现设计的学理框架和体系逻辑。而罗马私法在早期即已经由法学家构建起了科学的概念体系,并未被后世所继承和发扬。与同根同源于罗马私法的民法相比,现代知识产权法所涵盖的著作权法、专利法和商标法则生成于不同原因,产生于不同时期,形成于不同国家。因此早有学者指出:“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。”^[28](P263)自产生之初开始,知识产权就从未被纳入罗马私法的权利类别中,而是以与商法相同的方式独立于罗马法体系之外演变和发展。与此同时,历史上法典编纂所具有的“以重构法律的方式统一国家”的目标,亦不适用于超越政治体制和民族国家的商法和知识产权法^①^[29](P13-36)。所以,今天国内一些学者所尝试构建的总则或总论,更多是理论上的创新而非历史经验的总结。知识产权法纳入民法典或订立独立的法典,诚然对宣扬知识产权的私权属性有益,但鉴于几部法律之间例外远多于一般的情形,法典化后对如今的知识产权法律适用究竟有多大的帮助,现在尚无法得知。显然,由商人发起和驱动立法这一共性既无法归入立法目的上的统一,也无法视为制度设计上的一致,只是制度变革路径上的相通,而无法成为关联民法和知识产权法甚至统摄知识产权内部体系的支撑。

进入20世纪后,知识产权法与商法相同,也经历了从国内法到国际法的扩张,逐步突破了特定对象、特定领域和特定地域的限制,成为一项全面适用于所有主体的普适性规则,并在全球化的21世纪展现出了商法的超国家属性^②^[30](P177-188),从“伯尔尼公约”和“巴黎公约”的区域化时代进入了全球化时代。特别对于发展中国家而言,其国内知识产权立法需要满足相关国际公约的最低标准,保护规则以实现实体到程序的一体化。知识产权国际化和一体化的根本原因,仍然延续着其产生以来商人和国家合作驱动的路径。由于技术更新的加快,高新技术企业的生产成本迅速攀升,企业要想收回成本已经不能只依赖国内市场,跨国公司成为经济全球化的代言人和既得利益者,从而直接导致了各国竞争性国家战略的出台,上述战略不约而同地将知识产权作为战略核心,并被跨国公司代表组成的各类国际组织和联盟以强制性和统一化的方式在全球范围内推广。

综上所述,知识产权的兴起和发展,是因为创新被作为一种民族国家之间的经济竞争手段而被重视。为了保护 and 激励创新,使本国在国家竞争中获得优势,经过长期的制度试错,知识产权在和其他制度的比较适用中被证明是保护创新的最优工具,之后即被一直沿用至今。虽然与保护创新和知识产权萌芽相关的重商主义已成为历史,但当年鼓吹和策动欧洲大陆重商主义的商人,仍然以企业家的身份推进世界经济发展,全球化贸易的践行者变成了规模更大、能力更强的跨国公司,与政府共同推进知识产权制度全球化的手段在本质上并无差异。从这个历史的视角出发可以发现,每当新的元素成为竞争利器时,就会出现是否将其纳入知识产权范畴的讨论,集成电路布图设计、商业秘密、商业信誉、商品装潢、植物新品种、游戏画面等,都曾或正在经历这样的争议。正是由于市场竞争手段的层出不穷,导致知识产权范畴的变动不居,最终造成了知识产权成为私权体系中最不稳定的一环,历史上所有将其纳入民法典的努力皆告失败,因为知识产权客体和权利范畴,需要根据时代和技术的发展不断变化,与法典化所追求的稳定性和抽象性正好相反,更不同于民法作为一般私法提供市民社会基本规则的制度变革路径。

所以知识产权法作为特别私法,更类似于商法,是由商人们在商事交易实践中发现和创造的,而不是体系逻辑推演的结果,所以更应该参照商法的立法体例存在于私法体系中。关于民法和商法的关系,学界已经基本达成共识,即由民法规定私法领域的基本制度,同为私法的商法则在民法基本规则之上形

① 从历史功能的角度看,法典编纂旨在产生一部适用于整个国家并建立在个人自由和法律面前人人平等的观念基础上的民法典,乃是一个完整统一国家的一种强有力的象征。

② 超国家属性一直是伴随商法发展始终的重要特征之一,有学者将商法的发展划分为三个阶段,其中第一阶段为中世纪欧洲城邦之间通用的商事习惯和规则;第二阶段为20世纪全球化进程中商法在软法层面的国际化和一体化进程;第三阶段则为今天广泛涵盖各个商事领域的体系化国际条约和示范法。

成独特的商法规范体系^[31] (P126-134)。那么正如我国无法也不应将全部商法纳入民法典一样,知识产权法基于其历史变革特征也同样应该独立于民法典而个别立法。

二、知识产权与财产权:类型细分中的制度构造新论

即使知识产权法与民法体系并不具有历史共通性,也不妨碍法典编纂将两者纳入统一体系。也正是基于对体系化立法建构的自信,借我国编纂 21 世纪范式的民法典之机,应构建一个“开放式财产法体系”,将有形财产和无形财产以一体化的方式呈现^[32] (P140-162)。然而,20 世纪中叶以来知识产权是私权这一全球化时代的基本共识,其实掩盖了私权体系下各类财产权类型不适合被“提取公因式”的客观事实。回顾财产权制度变革的历史可以发现,现代私法体系下的财产权制度,无论是概念还是规则都基本借鉴自不动产所有权^[33] (P71)。但鉴于历史原因,不动产所有权体系在构建之时,知识产权客体的特殊性在制度设计时无法得到体现,这也是知识产权法始终在私法体系中独立的重要原因。与此同时,将财产权的价值立场和制度安排移植于知识产权之上又为各国理论和立法所认可。在特权向私权的转变过程中,由商人驱动的知识产权制度变革特征,是将私人财产权作为从封建君主手中夺取无形财产支配力的口号和工具,知识产权成为围绕商人自治构建的商法,其与财产权的关联也自此形成并日趋稳固^① [34] (P7-8) [35] (P49),并在立法上确立了类推适用财产法中关于动产的诸多规则^② [36] [37]。

一方面商人以财产权之名完成知识产权现代化转型,另一方面传统财产权体系则由于历史局限难以提供契合无形财产的规则设计,致使知识产权必须在私权体系中另起炉灶构建相对独立的范式,知识产权与传统财产权之间的体系关联,更多是主体平等、行为自治和目的私益这三个制度原则层面的融通,以私权价值维持商人(产业)集团对知识产权的控制,对内能够以私人自治为基础抵制国家的干预或限制,对外可以作为普适性规则要求国际社会统一保护标准。而在制度安排和适用层面,则应维持一般法与特别法各自独立发展的现状。

基于财产权制度变革的历史,知识产权并非唯一相对独立于民事权利体系的私权类型。财产权类型的丰富是以新类型客体不断出现为前提,并在人类社会不同阶段分别出现。财产权制度的意义在于定分止争和激励对资源的有效利用。当财产权赋予权利人排他性的支配力时,即是使用产生的成本与收益“内部化”由权利人承担,权利人会努力使财产以最小的成本发挥最大的效益,也解决了因外部性造成的公共产品悲剧^[38] (P350-354)。随着社会经济模式的变化,有价值的稀缺性资源不断呈现,新的财产权类型也就当然产生。然而,不同历史阶段产生的财产权类型,都是基于不同特性的客体所建构,彼此之间的共性更多体现在排他性这一基本权利属性上,具体的制度安排则因客体差异存在诸多不同,最终导致法典化和体系化所需的“提取公因式”无法实现。换言之,除历史发展隔阂之外,源自客体无形性的权利设计差异也使得知识产权法与民法无法以单一法典的方式共存。

现代财产权体系的基本概念和框架,仍然来源于不动产财产权^[39] (P5)。初始阶段的财产权制度之所以围绕不动产展开,原因在于土地和自然资源的分配乃维系农业社会的基石。物权制度中将客体设定为有体物,以占有为权利表征,并以登记作为不动产物权以任何法律行为方式发生权利变动的要件,都是基于有体物的特性所进行的制度安排。此后“物必有体”的局限虽然被瑞士民法典等所突破,但“性质上可移动的物以及法律上可支配的不属于土地的自然力”,仍然被归为动产而类推适用既有物权规则。有体物具有明晰的物理边界,所以法律上所需的界权成本很低,权力规则只要建立在该物理特性的基础上,就既无需对客体范畴做过多界定,也无需对权利范畴做过多阐释。有体物自带的竞争性和排他性,形

① 虽然知识产权这一用语直到 20 世纪中叶才被广泛适用于指代著作权、专利权和商标权等,但上述类型的知识产权被视为财产权的历史却可以追溯到 18 世纪。当时英国商人曾以财产权为口号限制国王的垄断特权,逐步将著作权和专利权转化为能够不受特许令影响且为自己所独立控制的对象。

② 美国版权法和专利法中即有专门条文提出这种类推适用。

成了一物一权的基本原则、所有权的全面支配力权能以及通过移转占有和变更登记实现权利变动的制度构造。然而,根据有体物的物理属性来设定的权利,却难以涵盖超出有体物范围的对象。随着工业革命的到来和经济形态的日趋复杂,财产与有体物之间的关系被打破:证券化的财产代表了各类客体的集合,罗马法时代围绕自然人所构建的权利体系,已难以应对法人孕育下的新兴财产类型。特别是公司法中的股东权利,完全区别于传统物权以所有权为核心的权利体系,以“权利束”的方式存在,且具有开放性和多层性,不但包括以公司资产为客体的经营权,还涵盖了决策和管理方面的权利。因此,在权能上只能体现为一种复合型的权利或法律地位,而且权利范畴需要通过法律拟制而非物理边界来划定,极高的界权成本使其完全脱离了物债二元体系的语境,也不符合民法个人主义和意思自治的核心原则^① [40] (P138-154)。正因为立法价值上的团体法属性,权利构造上的所有权与经营权分离,股东权利超越了一物一权等物权原则在公司资产权利变动和权利行使上的局限,所以,即使是倡导民商合一的国家,股东权利也从未在民法典中出现,否则将破坏民法典的整个逻辑体系。

知识产权法的产生时间虽然早于公司法,但与公司法中的“权利束”相比,知识产权与围绕不动产展开的权利体系更疏远。知识产权所涉的无体物,不但要通过抽象的判定方法和公权力的介入方可成为受保护的作品、技术方案和商业标志等,而且无法如同针对不动产和动产那样通过占有的方式宣示客体边界和权利归属。因此,无论是保护范围大小还是保护水平高低,完全有赖于法律的拟制,这不但导致包括界权成本在内的交易成本极高,还让知识产权法学成为差异化正当性理论数量最多的私权类型之一。

首先,从客体认定看,不同程度的创造性要求,使得法律对客体范畴的判断需要额外增加复杂的实体和程序规范。知识产权被视为不同于土地、空气或动物这些客体上的财产权,其客体的认定需要建立在认可附加创造性劳动的基础上^[41] (P44)。这造成了在保护要件上著作权、专利权和商标权创造的定义差异极大。作品的独创性,技术方案的新颖性、创造性和实用性以及商标的显著性,都需要审查机关或司法机关在个案中根据抽象规则来具体认定,而且容易受到国际和国内知识产权政策的影响。著作权法对作品独创性的要求,仅要求作者未抄袭他人并体现自己的个性即可,即使作品内容恰巧与前人作品类似,也不会因此不受保护^[42]。同时,著作权法在国际惯例上采取的是自动保护原则,程序上并无事前认定客体的需要。相比之下,专利法要求的新颖性则更为严格,申请专利的技术只要在申请日前与已公开的技术相同即被视为丧失新颖性而无法获得专利。事实上,即使在专利法内部,发明、实用新型和外观设计三者的保护要件和申请程序也存在重大差异,发明专利不但全面涵盖有体的产品和无形的方法,而且对创造性的要求更高,体现在审查程序上,则是发明专利必须经过实质审查,而实用新型和外观设计只需要形式审查。更重要的是,专利保护范围甚至在某种程度上取决于申请人权利要求书的内容,专利申请的专业程度对专利权客体的界定具有决定性作用。

无论是与民事权利客体相比,还是知识产权内部的权利客体互比,客体属性和范畴的显著差异都造成了围绕有体物构建的民法物权体系难以在缺乏大量例外的基础上直接涵盖知识产权。物权规则仅需在权利类型和变动等处区分不动产与动产即可,而知识产权不但需要设定详细繁杂的客体认定规则,而且连内部著作权、专利权和商标权的客体都无法施以统一判定方法。正因为如此,中国知识产权法学研究会主导起草的《“中华人民共和国民法典知识产权编”学者建议稿》中,大量条文都被分割成三款,以分别对应著作权、专利权与商标权的特殊安排。这显然说明,三类法律在立法目的和客体属性上的差异,使其难以通过立法技术提取出通行于所有类型知识产权法的共同点,更无法在客体上与有体物统筹构建财产权通则或总则。

其次,从权利范畴看,著作权、专利权与商标权法定权利类型设定各有特点。客体范畴的变动不居,直接影响了知识产权权利构造的制度安排。无形财产意味着客体的创造成本要显著高于传播成本,客

^① 有学者指出,物权和债权揭示了彼此独立的私法人之间的财产关系,它适合于表示私法人在个人法语境下的权利,却难以周延地解释团体法语境下的股东权利。

体外延完全依赖法定权利的拟制,因此,与有体物相比,更需要财产权的介入来实现保护^[43](P7)。然而,无形财产带来的交易成本差异,使知识产权的权利构造要明显不同于物权。物权法采取了“以物设权”的方式,所有类型的物权皆具有排他性和专有性,而且存在一个具有最高效力位阶的所有权。所有权并非占有、使用、收益和处分权能的简单相加,而是一种一般性的、完全性的支配权。同时,物权法恪守一物一权原则,自物权与他物权之间的效力位阶分明,任何相冲突的物权类型皆不能存在于同一物之上。物权法之所以可以选择上述设权方式,原因在于有体物的界权成本低,无需财产权帮助其划定边界,任何“过界”行为都是客观可见的,所以围绕客体全面设定排他性即可清晰地划定权利边界,在交易中不会因设权上的问题出现权属不明的情形。

相比之下,知识产权保护的无形财产则面临很高的界权成本,在缺乏客观客体边界的情况下,需要财产权设计更为精确和更易判断的权利边界,方能在交易中明晰权利归属和责任。因此,著作权法选择了典型的“以用设权”立法模式,以客体的使用方式来设定权利类型,所有权利类型以“权利束”的方式存在,彼此之间没有效力位阶差异,也没有物权法中具有整体性和最高效力的所有权。“以用设权”的立法安排是基于对边际效益的考量来设计权利。立法者在边际上考量一种新利用方式可能产生的成本与收益,并以此决定是否设定权利与如何设定权利^[44](P36-47)。作为无体物,作品的使用方式并非一次产生,而是因技术发展导致交易成本变化而逐步呈现。当新技术改变利用客体的边际成本与效益时,著作财产权的权能会做相应调整,或增加新的权利类型,或调整既有权利范畴,因此出现了不同作品类型上财产权范畴不同的情况。事实上,从知识产权内部体系看,著作权、专利权与商标权之间就已经存在无法一体化的障碍。与需要权利说明书和审查机构个案判断的技术方案相比,作品的界权成本更低,所以专利法难以如著作权法一般详尽地在权利类型中列举作品使用方式,而只能以更接近物权法的方式笼统地将权利类型概括为禁止他人实施专利的权利,其中实施行为又被列举为制造、使用、许诺销售、销售和进口。商标在客体上的界权成本处于作品和技术方案之间,因此,商标专用权又类似于著作权法那样对商标使用行为进行了列举。2017年的《民法总则》在权利类型一章中将知识产权定义为专有权而非排他权,某种程度上就是因为知识产权各类客体的特殊性而难以如物权那样具备完整全面的排他属性。

再次,从权利许可看,知识产权许可与物权变动存在显著差异。知识产权客体的非竞争性和非排他性使得多人同时使用成为可能,因而客体效用的最大化无需如有体物那样通过转让实现,许可无疑在知识产权领域承担了更为重要的作用,制度设计也颇为不同。第一,知识产权许可承载着继续界定和分配权利的功能。特别是在著作权领域,随着传播技术的发展,著作权交易在范围和频率上都远超以往。为应对传播效率的提高,著作权许可也由简单的许可合同转变为涉及多方利益的复杂授权机制。一方面借助许可合同重新设定权利范畴,让使用者承担超越法定著作权范畴的额外义务,使权利人在更大程度上控制作品^[45](P469);另一方面仍然是通过许可合同在不同程度上放弃著作财产权,让使用者得以自由利用作品^[46](P391-394)。无论是扩张权利还是释放权利,目的都是基于不同的商业模式下寻求最有利于发挥客体效用的方式。第二,知识产权许可已被作为重新构建新客体的制度工具。无形财产的另一个特点,在于其可以重新组合成新的客体集合,其典型就是通过专利交叉许可或集中许可安排形成的“专利池”,能够有效降低交易成本和减少侵权纠纷,同时提升研发效率。在此背景下,知识产权许可的意义更多是一种在产业或行业内通过组建集合式客体群来形成竞争优势的竞争工具,而非单纯实现权利变动的法律制度。知识产权法为了避免相关专利主体滥用因专利池获得的市场支配力,在法律规制上配以大量反垄断规则来制衡,形成了诸多民事法律无法涵盖的制度和政策,要求专利池管理机构不得实施专有许可,专利权人亦保有单独许可入池专利的权利,并以“公平、合理和非歧视”原则(FRAND)在准入要求和许可条件等方面对合同内容加以全面限制^[47](P19)。在著作权领域,集体管理作为大规模许可制度,也承载着相同的功能。另需注意的是,无论是上述集体管理抑或专利联盟,都需要知识产权中介

组织的参与方可实现,因此知识产权许可制度中还专门有对中介组织的规制。

反观有体物财产权体系,无论是在正当性证明还是客体范畴的设定上,有体物明显相对简单和直接,其客体本身的竞争性和排他性物理属性,就已经决定了权利许可这种方式在适用上的局限性,不可能出现许可制度体现在无形财产上的权利切割和客体整合功能,更无从涉及反垄断法和反不正当竞争法的介入问题。另外,各类知识产权许可无法直接类推适用合同法中相关有名合同的规定,专有许可和非专有许可中是否存在处分行为,其中被许可人在能否取得对抗第三人的权利,在知识产权法上并无明文规定,理论上也争议重重,因此,既无法在专有许可上类推买卖合同的规定,也无法在非专有许可上参照租赁合同的条款,只能根据“知识产权许可能够根据权利内容、期限、地域和方式同时许可给多数人”的特点,设计新的有名合同类型。

综上可知,现代知识产权借财产权之名完成转型,并以财产权之体实现定纷止争和激励创新,显然已成为不争之史实。但至今为止,知识产权与传统民事权利中的财产权彼此体系独立,而且知识产权立法的先行国家鲜有将两者纳入统一体系的尝试和先例,说明在现有私权体系下,仍然是此财产权非彼财产权。从细化后的私权类型特征出发,不但知识产权与物权难以在民法典中实现统筹,连知识产权内部的著作权、专利权和商标权都难以“提取公因式”的方式独立形成法典。因此,知识产权无论是入典还是成典,绝非如已有观点所说的那样与权利属性无关而只是技术原因,相反,权利属性上的不可通约性只会使强行一体化或法典化出现抽象性的缺失和规则上的特殊增多等消极后果。

三、结论:知识产权的去法典化立场

知识产权法与商法同作为商人阶层创制的法律,既在各自领域经历了从特权到私权的变迁,也始终以独立的形态和自治的方式发展。与民法相比,知识产权法的产生与变革更接近于商法,立法目的旨在回应新技术带来的新商业模式,因此生成了一套独立运行于民法的法源体系。虽然随着历史发展,商人阶层的独立性和特权逐渐丧失,商法脱离了王室控制,成为商人独立推动的规则,并和民法一起被统摄到私法体系之下,成为特别法和一般法的关系,但商事立法更多回应商业实践而较少拘泥于体系逻辑的特征一直存在。同理,知识产权法发展至今也遵循着相同的立法思路,所以知识产权虽是私权,但知识产权法更应该划入商法体系而非民法体系,这意味着知识产权法与民法之间的关系并非部分与整体,而是特殊与一般。尤其是在特别私法勃兴,且“解法典化”思潮日益成为解释关键性私法独立存在理由的今天,民法典编纂的意义更多是梳理法源体系和阐释市场经济基本价值,而非成为百科全书式的私法规范。无论是商法还是知识产权法,其独立的历史变革路径和特殊的概念归纳方法都无法以科学的方式在民法典中得到体现。

我国法典编撰所考虑的知识产权入典与成典,都是以民法体系来拟制知识产权法体系,最终形成一个形式上或实质上的一体化法律文本。但事实证明,无论是知识产权法与民法还是知识产权法内部,相关知识产权类型都是难以体系化的,知识产权这一用语只能作为一个外延不明显的统称存在,无法构成法典化中需要被精确界定的概念。所以,我们应该打破知识产权重要与知识产权法典化之间的既有逻辑,不应为体系而法典或为特色而法典;从体系设计上看,知识产权三部主要法律上的一般规则,已经在民法中体现,不存在也不需要再次提炼的问题。极少数将知识产权纳入民法典的做法,其实都是以汇编代替编纂,已经不是潘德克顿体系意义上的法典编纂了。基于当今的社会现状,无论是入典还是成典,其象征意义和政治意义已经远胜于纯粹的法律技术和适用意义。解决我国民事法律领域司法解释重要性大于立法的问题,无论是民法还是知识产权法,都在事实上构成了离开司法解释难以裁判的情况。鉴于知识产权法与民法的演变路径和权利构造差异,保持著作权法、专利法和商标法独立,并在制度安排和法律解释上注重与民法的衔接才是最科学的立法选择。

(文章构思得到了王玉凯、范长军博士的启发,博士生朱若含在中文资料收集上提供了很多帮助,特此致谢!)

参考文献

- [1] 郑成思. 知识产权论. 北京: 法律出版社, 2007.
- [2] 吴汉东. 民法法典化运动中的知识产权法. 中国法学, 2016, (4).
- [3] 吴汉东. 知识产权立法体例与民法典编纂. 中国法学, 2003, (1).
- [4] 崔建远. 知识产权法之于民法典. 交大法学, 2016, (1).
- [5] 尹田. 论物权与知识产权的关系. 法商研究, 2002, (5).
- [6] Susan Sell, Christopher May. Moments in Law: Contestation and Settlement in the History of Intellectual Property. *Review of International Political Economy*, 2001, 8(3).
- [7] 扬·彼得·施密特. 单一法典. 殷安军译//王洪亮, 田士永, 朱庆育等. 中德私法研究: 第15卷. 北京: 北京大学出版社, 2017.
- [8] 黄海峰. 知识产权的话语与现实. 武汉: 华中科技大学出版社, 2011.
- [9] Harold J. Berman & Colin Kaufman. The Law of International Commercial Transactions. *Harvard International Law Journal*, 1978, 19(1).
- [10] Emily Kadens. Order within Law, Variety within Custom: The Character of the Medieval Merchant Law. *Chicago Journal of International Law*, 2004, 5(1).
- [11] Harold J. Berman. *Law and Revolution: The Formation of Western Legal Tradition*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.
- [12] Enrique Lalaguna Domínguez. The Interaction of Civil Law and Commercial Law. *Louisiana Law Review*, 1982, 42(5).
- [13] Bruce L. Benson. The Spontaneous Evolution of Commercial Law. *Southern Economic Journal*, 1989, 55(3).
- [14] Theodore F. T. Plucknett. *Concise History of the Common Law*. Boston: Little Brown & Company Co., 1956.
- [15] 夏小雄. 商行为的体系定位和结构转换——历史维度的再考察. 环球法律评论, 2017, (1).
- [16] Stephen E. Sachs. From St. Ives to Cyberspace: The Modern Distortion of the Medieval “Law Merchant”. *American University of International Law Review*, 2005, 21(5).
- [17] Charles Donahue. Medieval and Early Modern Lex Mercatoria: An Attempt at the Probatio Diabolica. *Chicago Journal of International Law*, 2004, 5(1).
- [18] 谢鸿飞. 民法典与特别民法关系的建构. 中国社会科学, 2013, (2).
- [19] Pamela O. Long. Invention, Authorship, Intellectual Property and the Origin of Patents: Notes toward a Conceptual History. *Technology and Culture*, 1991, 32(4).
- [20] L. Ray. Patterson. *Copyright in Historical Perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968.
- [21] Benjamin C. Paster. Trademark: Their Early History. *Trademark Reporter*, 1969, 59(8).
- [22] P. A. David. Intellectual Property Institutions and the Panda’s Thumb: Patents, Copyrights and Trade Secrets in Economic Theory and History//M. B. Wallerstein, M.E.Mogee, R.A. Schoen, et al.(eds.) *Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology*. Washington: National Academy Press, 1993.
- [23] P. J. Federico. Origin and Early History of Patents. *Journal of the Patent Office Society*, 1929, 11(7).
- [24] M. Frumkin. The origin of patents. *Journal of the Patent Office Society*, 1945, 27(3).
- [25] Adam Mossoff. Rethinking the Development of Patents: An Intellectual History 1550-1800. *Hastings Law Journal*, 2006, 52(6).
- [26] Jacob Corre. The Argument, Decision, and Report of Darcy V. Allen. *Emory Law Journal*, 1996, 45(4).
- [27] Christine MacLeod. *Inventing the Industrial Revolution: The English Patent System, 1660-1800*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- [28] 黄勤南. 新编知识产权法教程. 北京: 中国政法大学出版社, 1995.
- [29] 莱因哈德·齐默尔曼. 法典编纂的历史与当代意义. 朱淼译. 北航法律评论, 2012, (1).
- [30] Nikitas Hatzimihail. The Many Lives-And Faces-of Lex Mercatoria: An Essay on the Genealogy of International Business

- Law. *Law and contemporary problems*, 2008, 71(3).
- [31] 范健. 民法体例中商法规则的编内与编外安排. 环球法律评论, 2016, (6).
- [32] 王卫国. 现代财产法的理论建构. 中国社会科学, 2012, (1).
- [33] Thomas C. Grey. *The Disintegration of Property*. Nomos: Property, 1980.
- [34] Mark Rose. Copyright and Its Metaphors. *UCLA Law Review*, 2002, 50(1).
- [35] *Arkwright v. Nightingale*, 1 Carp. P. C. 38 (C. P. 1785).
- [36] 35 U.S.C. § 261 (August 31, 2017).
- [37] 35 U.S.C. § 201 (August 31, 2017).
- [38] Harold Demsetz, Toward a Theory of Property Rights. *American Economic Review*, 1967, 57(2).
- [39] Julie E. Cohen. Property as Institutions for Resources: Lessons from and for IP. *Texas Law Review*, 2014, 94(1).
- [40] 叶林. 私法权利的转型——一个团体法视角的观察. 法学家, 2010, (4).
- [41] Brad Sherman & Lionel Bently. *The Making of Modern Intellectual Property Law: The British Experience, 1760-1911*. London: Cambridge University Press, 1999.
- [42] *Feist Publication, Inc. v. Rural Telephone Service*, 499 U. S. 340 (1991).
- [43] Paul Goldstein. *Cases and Materials on the Law of Intellectual Property*. New York: Foundation Press, 2002.
- [44] 熊琦. 著作权的法经济分析范式——兼评知识产权利益平衡理论. 法制与社会发展, 2011, (4).
- [45] Mark A. Lemley. Terms of Use. *Minnesota Law Review*, 2006, 91(2).
- [46] Zachary Katz. Pitfalls of Open Licensing: An Analysis of Creative Commons Licensing. *Idea*, 2006, 46(3).
- [47] Christopher B. Hockett, Rosanna G. Lipscomb. Best FRANDs Forever: Standard Setting Antitrust Enforcement in the U. S. and the E. U. Special Features Standard Setting. *Antitrust Magazine*, 2009, 23(3).

Intellectual Property Law and Civil Law in Legal System

Xiong Qi (Huazhong University of Science and Technology)

Abstract Controversies over the codification of intellectual property is essentially an issue of defining the relationship between intellectual property law and civil law. By tracing back to the origin of both laws, we discovered our ignorance of the fact that intellectual property law and civil law were legislated in different ways and backgrounds. Based on the nature of private right, intellectual property, private right, property right have not been clearly defined and classified, which leads to the unscientific codification. When reviewing the history of intellectual property, it can be found that the legislation of intellectual property law was more like Merchant Law, whose nature is autonomous and supranational, so the relationship between intellectual property law and civil law is more like that between commercial law and civil law. Additionally, considering the intangible nature of the subject of intellectual property, property rules are obviously different compared with real property. The different nature of the subject of copyright, patent and trademark also forced us to avoid an unified intellectual property code.

Key words intellectual property code; civil law codification; commercial law; codification; legal systematization

■ 收稿日期 2018-08-28

■ 作者简介 熊琦, 法学博士, 华中科技大学法学院教授、博士生导师、副院长, 最高人民法院知识产权司法保护理论研究基地研究员, 国家版权局国际版权研究基地研究员; 湖北 武汉 430074。

■ 责任编辑 李媛