



编辑提示:本刊2016年第1期卷首语“2016《法律适用》将继续在传递司法理性的道路上前行”,阐明了本刊关注审判实践、传递司法理性的办刊方向和编辑方针。十八届三中全会提出制定中国民法典的宏伟规划,民法总则起草工作正如火如荼进行,可望明年年初提交全国人大审议。在中国特色社会主义法律体系初步建成之后,为什么还要制定民法典?我国民法典的制定与人民法院审判工作有何联系?人民法院法官如何在具体案件审判中运用法典化思维?是值得我们思考的问题。一般认为,知识产权审判工作高度重视法律逻辑、崇尚司法理性。《法律适用》在2016年年内先后刊载多篇民法典制定和知识产权审判实务文章的基础上,本期特别约请专家撰文,共议中国民法典制定洪流中的“法典理性与知识产权审判”话题,是对本刊年初卷首语“传递司法理性”宗旨的回应,也是呼吁广大法律实务界和法学理论界同仁共同思考民法典制定与司法审判关系的希冀!

知识产权与民法典的关系 ——以知识产权审判专业化趋势为视角

管育鹰*

摘要 知识产权是民事权利。在信息社会,知识产权日益重要,我国制定统领信息社会经济生活的民法典,须明确对知识产权做出规定。在我国,知识产权诉讼还包括了针对行政执法的司法审查和侵犯知识产权的刑事救济程序,知识产权审判专业化趋势尤为明显。民法典与知识产权法逻辑关系,应当是在拟定的《民法总则》中明确知识产权的概念、基本内容以及不同于物权的主要规则。既彰显知识产权在社会经济中的重要性,又为将来知识产权制度进一步体系化提供索引。

关键词 民法典 知识产权 知识产权审判 民法总则

编纂民法典是我国目前法学界面对的重大任务。作为我国民法典起草过程中引人关注和争论不休的主要议题之一,知识产权相关条款是否制定、如何制定至今仍然是民法典制定中一个绕不过去的难题。早在1986年,《民法通则》即已将知识产权明确为我国民事主体的基本民事权利。经过三十多年的社会主义市场经济建设,特别是国家知识产权战略的制定和实施,我国的知识经济日益壮大,产业形态升级越来越倚重高科技创新;同时,先进文化的建设和市场经济秩序的规范,也离不开知识产权制度所保障的原创力和诚信、正当竞争的商业道德。当前,国家明确了创新驱动发展的战略,在“大众创业、万众创新”作为发展动力之源的政策引领下,知识产权观念及法律规则将更加深层次地嵌入社会经济关系和民众日常生活。民法是民商事法律制度的浓缩,是规范社会经济活动和市民生活的基本法;在信息社会,知识产权无论对权利人还是对整个社会经济、科技、文化的发展都日益重要,我国民法

典的编纂不能回避知识产权问题。

民法典制定中如何看待和处理与知识产权的关系,不仅需要加强理论基础方面的论证,更需要从立法技术方面进行分析并提出方案,本文从知识产权基本属性和知识产权审判专业化趋势的角度对此展开分析。

一、作为民事权利的知识产权及其特殊

(一)知识产权制度基础的理论探讨

知识产权是为知识财产——人的智力创造和经营成果——在法律上设立的财产权利。知识财产是与传统的物(包括动产和不动产)并列的财产类型,其本质是无形的可复制的信息。^[1]

将知识产权视为民事权利是世界各国的主流观点,世界贸易组织的TRIPS协议开宗明义即指出知识产权是“私权”;这一观点的理论基础是将洛克关于财产权的自然权利学说适用于知识产权领域:人对无主物或公共物添附自己的劳动所获得的成果享有天然权

*管育鹰,中国社会科学院法学研究所研究员,博士生导师。

[1]参见世界知识产权组织编:《知识产权纵横谈》,世界知识出版社1992年版,第3-4页。

利,那么,有什么比自己脑力劳动创造成果更应该属于自己的财产呢?当然,知识产权作为财产权的正当性,还在于这一判断不仅符合洛克的自然权利说,也与康德、黑格尔的个人意志论和罗尔斯正义论的哲学框架相容。^[2]不过,即使在引领知识产权制度及其国际化的美国,关于知识产权制度反思和争论一直存在。为应对实践中反对知识产权制度的呼声、解决理论上的疑惑,财产权制度应当促进社会公共利益最大化的功利主义思想逐渐兴盛,而这以思想显然受法律经济分析学派的影响。就知识产权而言,立法者应当寻求保障专有权以激励创新和部分削减其专有性以使公众能够享受这些创新成果的最优平衡。^[3]

可见,知识产权虽然是私权,但其是否如人身权、物权那样属于典型的自然民事权利?答案并非一致。不可否认,相较传统的针对有形物的财产权概念,知识产权具有明显的特殊性,即基于知识产权客体的非物质性,权利人无法阻止他人享受该财产所带来之好处,而且,使用他人的知识财产并不会使该财产在物理上有所减损。从知识产权制度的发展历史来看,在法律未将知识财产加以保护之前,使用他人的创新和经营成果,因为该成果本身实质上并未受消耗和损害,并不能够依据传统民法的侵权行为之规定获得救济。当科技成为第一生产力,商业竞争日益频繁,文化精神生活需求日渐增长,创新和正当经营的智力成果需要得到法律制度的保障。这样,国家选择以赋予这些成果的主人私权主体的地位,使其获得支配性的财产权以作为法律保护的手段、促进知识产权之投资。在这个意义上,知识产权制度的建立和发展,既以自然权利说为理论基础,又综合了功利主义的考量。

我国法学界大多数观点都认为知识产权属于民事权利,强调知识产权的私权是其本源性。比如,吴汉东教授认为劳动价值学说为解释知识产权的合理性提供了必要的理论基础:“知识产品是智力劳动的产物,智力劳动者应对其知识产品享有财产权,即知识产权。”^[4]但同时,在我国知识产权法学界,多数观点也承认知识

产权与一般民事权利相比具有特殊性。比如,郑成思教授指出:“知识产权本身,在当代,是民事权利的一部分……传统民法的大多数原则,适用于知识产权……不过,由于知识产权的依法保护与一般民事权利,尤其与同样属于绝对权(对世权)的物权相比,出现较迟,新问题较多,所以我认为无论从事研究的研究生、学者,还是立法与执法者,既已进入这一研究领域之后,主要精力应放在研究知识产权与传统民事权利的不同,即研究它的特殊性。”^[5]

传统民法的财产权规范主要是针对有形财产设定的,有形财产处于权利人的实际控制和支配之下,所有权人可根据自己的自由意志对所有物行使占有、使用、收益和处分的权利,并得排斥他人对其所有物进行不法侵占、妨害和毁损。从历史上看,无论沿袭于罗马法的大陆法系还是英美法系的普通法有关财产法,都是植根于个人对有形物(不动产和动产)的支配占有而探讨财产权分配的问题。这些既有的有形财产规则在适用到无形知识财产时帮助有限。知识产权是典型的无形财产所有权,其特殊性主要表现在其客体的非物质性;相对于权利保护范围确定的有形财产权,知识产权权利保护范围的界定要困难得多,为此需要法律设计更加复杂灵活的规则加以辅助,比如介入行政机关的专利商标授权确权机制,这些规则对冲突民法来说,的确十分陌生。除此之外,知识产权的客体随着科技的迅猛发展而不断扩展,也给权利保护范围的确定带来了困难,特别是信息时代各种创新知识产品的涌现和多元文化与可持续发展思潮的影响,知识产权客体范围呈现与有形财产权明显不同的扩张性。

在我国历年来关于民法典的讨论中,民法学界不赞成民法典规定知识产权的意见占多数,主要的理由也是知识产权的特殊性使其不容易与民法协调一致、吸收知识产权相关内容会破坏民法典的美观和稳定性:“知识产权法已经长成枝繁叶茂的大树,且有不同于物权法、债法、继承法等传统民法的特色,不要说民法总则无法容纳它,就是民法典分则依逻辑也不适合

[2]Justin Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property," Georgetown Law Journal, 77 (1988): 287, pp 299-330; also. see Merges, R. "Justifying Intellectual Property," Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press(2011), pp289-311.

[3]William Landes & Richard Posner, "An Economic Analysis of Copyright Law," Journal of Legal Studies, Vol.18 No.2(1989), pp325.

[4]吴汉东:“知识产权的私权与人权属性”,载《法学研究》2003年第3期。

[5]郑成思:“民法、民诉法与知识产权”,载《法律适用》2001年第1期。



它。例如,知识产权体现产业政策明显、突出和迅速,知识产权制度中的行政法因素较为浓厚。所有这些,在整个民法典中都难以得到尽如人意的反映。知识产权法若被‘装入’民法典,会处处受制于民法典内在要求的种种‘清规戒律’,难免束手束脚,不利于自己的‘自由’发展,不如依其现状继续存在,效果更佳。”^[6]

(二)知识产权审判专业化的实践探索

如前所述,知识产权客体的本质是无形的可复制的信息,知识财产作为典型的无形物具有不同于有形物的特殊性,而这一特殊性决定了知识产权诉讼在整个知识产权法律体系中举足轻重的作用。以专利法为例,某一发明专利作为一种技术方案,其本身以权利要求等专利文献来描述具高度的抽象性,事关专利法最重要的议题,如是否具有创造性可获专利权、是否构成等同侵权的分析判定等,专利法本身不可能设有具体执行的条文,只有通过法官的判决才能形成具体阐述专利法宗旨和其他抽象法律概念的案例,从而成为指导产业界今后行为准则的具体规范。商标法上的“近似”、“混淆”等概念,也无不需要司法实践提供判断的标准和具体阐释、为今后类型化的行为做出明确的示范。著作权法领域的实质性相似判断、思想与表达的区别、合理使用等重要法律概念也是如此。近些年来的一些经典案例,无论是众说纷纭的三星与苹果手机屏幕设计、或是轮番上演的加多宝和王老吉红罐争夺战,还是公众喜闻乐见的于正与琼瑶电视剧剧情克隆,尤其是那些艰涩难懂的专利确权 and 侵权争议,无不关乎知识产权权利边界的争议。可以说,知识产权法自诞生以来就无可避免地呈现一种动态本质,知识财产的无形性决定了其权利人无法像有形物权利人通过占有、不动产通过占有和四至测量登记一样宣示自己权利的边界范围,也难以让他人清晰认识并避免侵入自己的权利范围。这种知识财产本身具有的静态模糊性和不确定性,需要通过法律规则运用的动态性和个案裁判的终局性来弥补。易言之,若没有丰富多变的案例和法院的个案判决来阐述、演绎和确认,知识产权法的使用寿命无法藉由诉讼所延伸,也就无法顺应现实需求,诉讼对知

识产权制度价值实现的重要性,遵循判例法的英美法系先行者很早就关注到。郑成思教授在介绍知识产权特性的时候指出:“有些英美法系国家,则把它称为‘诉讼中的准物权’。这些不同的表述均反映出知识产权具有不同于其他财产权,尤其不同于有形财产权的特点。”^[7]我们看到,在主导世界知识产权制度的美国,知识产权法律规范虽然以成文法形式颁布,但诉讼形成的判例才是其知识产权法的精髓。

我国知识产权制度建立后,各级人民法院为认真执行各项知识产权法律作出了不懈的努力,在吸收美国等国外审判经验的基础上,审理了一大批知识产权案件。在最高人民法院指导下,1993年7月以来,为了加强对知识产权的保护力度,总结积累审判经验,提高法官的办案水平,依法公正审判知识产权案件,自北京开始,^[8]我国各地陆续在省级高级人民法院和主要地市级中级人民法院设立了独立出一般民事审判庭的知识产权审判庭,集中审理发生在本地地区的涉及专利权、商标权、著作权(版权)、计算机软件著作权以及不正当竞争方面的纠纷案件;1996年10月,最高人民法院正式建立知识产权审判庭,标志着我国法院建立了以高级法院和中级法院为主,最高法院统率的知识产权审判新格局。在知识产权纠纷频发的地区,也陆续建立了专门审理知识产权案件的审判庭,审理中级人民法院专属管辖的专利等技术性案件之外的知识产权纠纷。2000年前后,我国的知识产权专业审判组织的名称从“知识产权审判庭”变更为“民事审判第X庭”(通常简称“民X庭”),^[9]以服从“大民事”格局的机构改革要求。与此同时,1996年上海市浦东新区人民法院首次将涉及知识产权的民事、刑事、行政问题的案件统一由知识产权庭审理,开创了“三审合一”的知识产权案件审判“浦东模式”;2008年的《国家知识产权战略纲要》更明确提出要研究设置统一受理知识产权民事、行政和刑事案件的专业知识产权法庭。此后,这一基于知识产权案件专业性强等特点而提出的“三审合一”模式逐渐在各地法院试点展开;截至2016年7月,全国法院共有6个高级人民法院、95个中级法院和104个基层法院先后开展了知识

[6] 崔建远:“知识产权法之于民法典”,载《交大法学》2016年第1期。

[7] 郑成思主编:《知识产权法教程》,法律出版社1993年版,第4页。

[8] 参见“北京市高、中级人民法院知识产权审判庭简介”,载《法律适用》1993年第11期。

[9] 蒋志培:“我国知识产权庭的设立与发展”,载智慧财产网<http://www.ezhicai.com/news/56073.htm>,2016年10月31日访问。

产权审判“三合一”试点工作,积累了丰富的经验。为此,最高人民法院下发了《关于在全国法院推进知识产权民事、行政和刑事案件审判“三合一”工作的意见》(法发[2016]17号),各级人民法院知识产权审判部门将不再称为“民事审判第X庭”,统一更名为“知识产权审判庭”。

知识产权案件的专业审判组织名称再次回归为“知识产权审判庭”,这一司法体制内的探索实践,回应了知识产权这一民事权利的特殊性:知识产权案件通常表现出较高的专业技术特点,特别是涉及高新技术的专利、商业秘密以及网络传播的复杂案件,其审判难度远高于普通的民事案件;而知识产权案件同时涉及民事、行政、刑事领域,这更是有别于其他的民事纠纷。从“三审合一”的性质看,知识产权庭事实上是一个综合审判庭,其目的是要充分发挥知识产权专业化审判队伍的优势,优化审判资源,整合审判力量,统一裁判标准。

知识产权审判的专业化趋势的增强,更多表现在专门的知识产权法院之建立。在我国,关于知识产权专门法院议题的讨论由来已久。在知识产权法律制度建立之初,学界就建议应当借鉴国际经验,简化知识产权确权程序,设立知识产权专门法院以解决专利、商标侵权诉讼因无效或撤销程序的介入而使案件久拖不决的问题。新世纪以来,建立知识产权专门法院的呼声日高。一方面,国内产业发展模式逐渐由劳动密集和高能耗高污染的粗放型向节能环保的高科技型转化,企业愈加认识到知识产权的运用和保护事关切身利益;另一方面,在全球经济一体化的背景下,涉外知识产权案件往往牵涉重大经济利益,极易引发国际贸易争端,我国知识产权审判工作承受着越来越大的压力。因此,完善知识产权审判体制,优化审判资源配置,简化救济程序,适当集中专利等技术性较强案件的审理管辖权,探索建立知识产权上诉法院等问题逐渐成为共识,并写入了2008年的《国家知识产权战略纲要》。

尽管境外没有我国知识产权行政主管机关查处侵

权假冒的行政执法引起的行政案件,^[10]也少有知识产权刑事案件,但他们的法院与我国的法院同样面对着这样的问题:一方面专利、商标纠纷中本身就有一部分是针对授权与否的争议,另一方面知识产权(尤其是发明专利)侵权民事案件更常常难免与相关的确权争议纠缠在一起。就世界范围来看,与普通民事权利的司法保护不同,各国(地区)的知识产权案件也具有不同于一般民事案件的复杂性和专业性,因此知识产权审判机制也呈现出明显的专业化趋势,典型的表现是知识产权专门法院的建立。值得注意的是,境外的知识产权专门审判机制主要针对专利权而设置,这主要是由于专利权保护客体、特别是发明专利的无形性和权利边界的不确定性带来的复杂、疑难的纠纷,不仅需要提升法官的专业化审判技能,还需要不同于一般民事、行政案件的专门程序和专业技术人员辅助等配套措施来解决。由于法律传统的不同,世界各国(地区)针对知识产权的特殊性设置的司法保护机制也不尽相同。诉讼制度不受公、私法二元论影响的美国等英美法系国家对由同一法院审理专利无效及专利侵权诉讼上诉案件、法院的最后判决即可确定权利的有效与否这一制度设计并无理论上的障碍;但德国等大陆法系国家(地区)则倾向于知识产权的效力判定属于主管行政机关的职能,同时为了简化知识产权确权行政案件程序,可设立专门的相当于高级法院的知识产权专门法院来直接审理不服知识产权行政机关裁决的一审案件。另一方面,在东亚,在“知识产权立国”的战略思想引导下,知识产权专门法院被寄予了更多的期望;相对于德国的专利法院仅审理确权行政诉讼的模式,日本的知识产权专门法院还增加了对技术性民事上诉案件的集中管辖。我国台湾地区更是确立了知识产权案件的“三审合一”模式;其“智慧财产法院”所管辖的案件包括了民事案件一审和二审、行政案件一审、刑事案件二审,以及依法可以管辖的知识产权案件,而且像日本一样,我国台湾地区糅合借鉴了英美法系的经验,允许审理专利侵权民事案件的法院对专利无效抗辩做出裁决以提高审判效力。^[11]

[10]海关边境措施除外:虽然在多数国家作为民事权利的知识产权主要遵循民事权利的私权保护模式,但基于知识产权在国际贸易中的特殊性,各国都建立了海关行政执法制度,以监管有形货物的方式保护无形的知识财产;当然,这些国家的海关执法并不介入当事人之间的民事争议,其强制性执法措施的目的是制止涉嫌侵权的物品流入国内市场,而不是像司法保护那样提供永久禁令和侵权损害赔偿等救济。

[11]管育鹰:“专利无效抗辩引入与知识产权法院建设”,载《法律适用》2016年第6期。



虽然域外针对知识产权的特殊性建立专门审判机构的经验对我国有参考作用,我国的知识产权专门法院也只能依据国情来设置。2014年8月31日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十次会议通过了《关于在北京、上海、广州设立知识产权法院的决定》,随后的2014年11月6日、12月16日、12月29日,北京、广州、上海知识产权法院先后挂牌成立并开始运行。人大常委会《决定》的主要思路,是集中优势审判资源,突破现有省级行政区划内的区域性法院设置体系,将技术性强的复杂知识产权案件一并交由拟设立的相当于中级人民法院层级的知识产权专门法院受理,以保证疑难知识产权案件的审判质量和裁判尺度的统一;《决定》还为这三个专门法院的运行设定了三年试验期。从北上广知识产权法院的建设经验看,北京知识产权法院所进行的审判权运行机制改革、案例指导制度,上海知识产权法院专业化审判组织、审判机制、诉讼制度、审判队伍以及保障支持等方面推进的专业化审判新格局,广州知识产权法院在技术调查官制度、法官遴选制度以及审理者负责等方面的改革均作出了有益尝试;不过,在知识产权案件管辖制度的进一步科学化、技术审查意见的采信、民行交叉案件的审理等方面仍需要深入研究和探索。^[12]

以知识产权审判的专业化为视角审视,我们发现,尽管理论上知识产权作为民事权利的本质没有改变,但由于知识产权相对于其他民事权利、特别是同为财产权的物权有着明显的特殊性,将知识产权、特别是专利等技术性强的案件审判从一般的民事审判中独立出来成为各法域的共同实践经验。这一事实值得我们在讨论民法典与知识产权关系问题时深思。

二、民法典接纳知识产权及一般规则的方式

(一)我国民法典与知识产权法的衔接问题

早在在本世纪初有关中国民法典的讨论中,就有

不少学者认为知识产权法不宜整体放在民法典中,因为现代知识产权法技术性强、变动频繁、国际化趋势显著,其规范内容难以与一般以平稳、可预期为价值取向的民事法律制度规范相协调。正因为此,郑成思教授赞成“法国式的知识产权法典与民法典的分立”,^[13]并对全国人大法工委在2002年1月11日的会上确定由其主持起草中国民法典知识产权篇“确实感到这是一个难题”;不过,他并不反对在民法典中规定对知识产权这一当代重要财产权利形式的保护,指出“于2002年12月23日提交九届全国人大常委会第三十一次会议的《民法》(草案)规定了知识产权的保护范围,同时又没有将‘知识产权’按照原计划作为专篇列入法中,是一个十分令人满意的选择。”^[14]梁慧星教授明确反对在民法典中规定知识产权法,在其主持起草的民法典草案中未列入知识产权一编。^[15]不过,也有观点认为知识产权法可以整体放进民法典,且单独成为一编,如“从理论上讲,知识产权作为无体物,应该被纳入物权编作为无体物规定。因此,我们的民法典草案把知识产权放在紧接物权编的一编加以规定,把它理解为一种特殊的所有权。这样,既可以昭示知识产权与普通物权的联系,也可以揭示两者的不同”。^[16]还有观点认为“知识产权与民法典连接模式,分离式是不可能的,纳入式是不成功的,糅合式是不可取的;惟有链接式,即采取民法典作原则规定与单行法作专门规定的二元立法体系,有可行之处”。^[17]

笔者认为,知识产权在当今社会的民商事活动中扮演着重要角色,已经成为信息社会中民事主体财产权的主要类型,民法典不应对此视而不见;《民法总则》是整个民商法体系的总纲领,不仅应当规定传统民法的基本原则和一般规则,还应建立起与商法、知识产权法等民事特别法的逻辑联系。当然,知识产权法律制度内容庞杂,特别是涉及一些复杂的确权程序、相关规则

[12]参见北京知识产权法院课题组:“关于审判权运行机制改革的思考与探索——以北京知识产权法院为分析样本”,黎淑兰:“论知识产权专业化审判新格局的构建与实现——以上海知识产权法院专业化建设为视角”,林广海:“广州故事:知识产权法院多棱镜”,朱理:“我国知识产权法院诉讼制度革新:评价与展望”;以上文章均载《法律适用》2015年第10期。

[13]郑成思:“从直接走向间接——对现代合同制度再认识的三次升级”,载《国际贸易》1999年第5期。

[14]郑成思:“民法草案与知识产权篇的专家建议稿”,载《政法论坛》2003年第1期。

[15]梁慧星:“中华人民共和国民法典大纲(草案)”,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第13卷),法律出版社1999年版,第800-832页。

[16]徐国栋:“民法典草案的基本结构”,载《法学研究》2000年第1期。

[17]吴汉东:“知识产权‘入典’与民法典‘财产权总则’”,载《法制与社会发展》2015年第4期。

的设立和变迁远比民事一般法律制度快,因此将知识产权法的所有内容都纳入民法典也是不现实的。比较适当的思路是,编纂中的民法典之《民法总则》不能仅仅点到为止的在民事权利客体中提及知识产权,而是应当尽量体现知识产权体系的开放和灵活性,并建立起知识产权法属于民事特别法、凡无特别规定均适用民法一般规则的逻辑关系。就目前阶段而言,拟制定的《民法总则》可以就知识产权的概念、范围、效力、利用、保护、权利限制与禁止滥用等基本内容和一般规则做出概括性的规定。换句话说,知识产权法与民法典的衔接方式主要是通过《民法总则》明确知识产权之民事权利的基本属性;同时,将现有知识产权法的通用规则提取出来做出一般规定,并指明在各知识产权单行法或其他相关法律没有规定的情况下均适用民法典相关规则。

按此思路,目前提交全国人大常委会审议的《中华人民共和国民法总则》(草案)中,仅以第108条规定民事主体依法享有知识产权,并列举知识产权类型是不够的。这一规定虽然比现行《民法通则》更明确、具体、与时俱进,但该草案没有任何其他条款能够建立起民法典与知识产权法的关系,不足以体现知识产权作为信息社会主要财产权的重要性,也无法满足知识产权法进一步体系化的需要。

当然,这一简单化处理的缺憾并非仅针对知识产权这一新型财产权利,事实上这部草案整个民事权利体系的框架设计都不够明晰。民事权利在民法中有着十分重要的作用,这在我国民法学理论界已是通识;比如,有学者指出,“权利是民法的核心概念,民法最基本的职能就在于对民事权利的确认和保护。民法体系的建构以权利为基本的逻辑起点,民法就是一部权利法”;^[18]“民法实际上就是以民事权利为核心而设置的各项制度,就是关于权利人如何取得权利,如何行使权利以及权利受到侵犯时如何进行保护等方面的法律制度”。^[19]就立法实际来看,目前我国涉及民事权利的法律规范分散在各种层级的法律法规中,民法典的制定正好是完善我国民事权利体系的时机;况

且,民事权利本来应当是整部民法典的核心内容,正如该草案的说明指出的:“保护民事权利是民法的核心。按照党的十八届四中全会关于实现公民权利保障法治化的要求,为了凸显对民事权利的尊重,加强对民事权利的保护,同时也为民法典各分编和民商事特别法律具体规定民事权利提供依据,草案继承了民法通则的做法,设专章规定民事权利的种类和内容”。^[20]不过,至少从目前的条文和内容看,此草案对民事权利这一重要的内容却着墨不多,甚至少于现行《民法通则》的相应部分。

笔者认为,制定中的民法典之《民法总则》的主要内容,除了民法基本原则和一般规则外,还应当包括民事主体、民事权利、民事法律行为、代理、时效等民事活动涉及的基本概念和相关规则;其中,民事权利是十分重要的内容,不宜以目前几条简单地罗列民事权利的基本类型,而是应当进一步明确民事权利客体内容和民事权利行使的一般规则。同时,在拟制定的《民法总则》中进一步将现有的分散的关于民事权利的法律规范协调统一,有助于民事主体全面了解自己的权利义务、有助于围绕民事权利义务产生和变动的各类民事活动的顺利开展,有助于分散在各相关法律法规中的民事权利法律规范得到贯彻,也有助于体现国家对所有民事权利的重视与保护。就知识产权而言,可以在“民事权利”中抽象出现有知识产权的概念、列举出现有知识产权客体的种类,并在“民事权利一般规则”中制定专门针对知识产权这一民事权利的通用规则;这样,既可以明确知识产权作为基本财产权利在民法中的地位,又可以初步建立知识产权法与民法的逻辑关系,以《民法总则》的相关规定统领我国知识产权法的下一步体系化。

(二) 民法典可体现知识产权及其一般法律规则

制定民法典的域外经验对于现今我国民法典的编纂固然有重要的参考意义,但是,大陆法系各国的民法典都是在有形物作为主要财产形式时期制定的,到无形财产兴盛时期这些民法典在修订时已到形成相对封闭的体系、难以吸纳规则相对灵活多变的知识产权法

[18]王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年版,第66页。

[19]江平主编:《民法教程》,中国政法大学出版社1988年版,第171页。

[20]参见中国人大网2016年7月5日发布公开征求意见的《中华人民共和国民法总则(草案)》及其说明,网址:http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlyw/node_30514.html,2016年9月25日访问。



律制度(例如荷兰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。^[21]因此,我国制定民法典不宜受德国等大陆法系民法典的固化传统思维所左右。另一方面,从国际知识产权制度的建立和发展来看,尽管知识产权制度发源于欧洲,但由于其与高新技术和先进文化的天然联系,知识产权已然成为美国这一新兴国家的重要财富;没有成文法传统的美国是知识产权法律规则的主要创制者和推广者,其缺乏内在体系化的立法思维模式显然难以为我国民法典中如何写入知识产权提供有效借鉴。

考虑到我国整个民法沿袭了德国等大陆法系、而知识产权制度却深受美国影响的事实,我国民法典如何对待知识产权需要结合中国当下社会经济生活和未来国家发展方向作出制度上的创新,以有效解决目前知识产权法缺乏体系化与知识财产的重要性不符的问题,并搭建知识产权法的基本框架以满足今后创新驱动发展战略实施的需要。

在知识产权与民法典的关系方面,俄罗斯的经验也许值得我们关注。俄罗斯《民法典》将知识产权作为独立一编,并废除了原先六部主要的知识产权单行法,使其《民法典》知识产权编成为知识产权领域的统一法律规范。^[22]但是,这一立法模式是否法典编纂形式、与法律汇编模式的法国《知识产权法典》有何区别、对我国民法典编纂是否有实质借鉴意义?这些问题还需要进一步研究。从体例上看,俄罗斯联邦民法典第四部分第七编(即知识产权编)的标题是“智力活动成果和个性化识别标记的权利”,其中第六十九章对整个知识产权编作了“一般规定”;^[23]如果我国民法典之民法总则中要明确知识产权的概念、内容和一般规则,可以对这些具体条款进一步研究并加以提炼。

制定一部影响深远的民法典,需要社会各界广泛的关注和深入的讨论。在这方面,至少在我国学界,还未形成能够迎接民法典制度创新挑战的合力。新世纪以来,一方面人们认识到知识产权这一民事领域新的

财产形态在社会经济生活中越来越重要,另一方面关于知识产权法与民法的关系这一重要问题,我国学界却鲜有更深入详实的研究。主要的原因,既有观念方面的障碍,也有立法技术上的障碍;目前来看,技术上的障碍带来的困惑更多。在观念方面,本世纪初民法典起草过程中的那场讨论,当时几乎所有民法学界和知识产权法学界的权威学者均已参与、一时难以产生更有深度的创新性学术观点。技术方面的原因,主要是由于新世纪以来我国的知识产权法学界一直处于应对科技、经济和文化领域之快速变化带来的法律规则的制定和完善的状态,无暇顾及对知识产权法与民法的关系问题作进一步研究,从而形成了与传统的民法学研究日益脱离的现状。另一方面民法学界对知识产权这一新兴财产权利的法律规则如何运用民法理论加以抽象、归纳也本能地排斥。对此,曾有学者不无尖锐地指出:“某些民法学者对于超出自己理解能力之外的知识产权所自然具有的排斥心理,以及某些知识产权法学者由于对民法基础理论的欠缺而发生的逃离心理,至少在祖国大陆学术界,民法学者和专攻知识产权法的学者之间,基本上难以建立真正的沟通和交流;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。”^[24]这种知识产权法研究与民法研究之间的关系描述,在一定程度上反映了从理论上将知识产权制度完美地融入民法体系在技术上具有相当的难度。遗憾的是,随着知识产权法律制度的发展,这一隔阂不是日益渐缩、而是越来越明显。本轮中国民法典制定工作的重启,正置国家实施创新驱动发展战略的历史时机,如果民法典不能科学地反映知识产权这一重要财产权的基本保护规则,我们在很大程度上仅仅是步大陆法系民法典的后尘,还未完成即很可能已经过时,更谈不上中国特色民事法律体系的制度创新。

我国民法典的编纂,国家投入了相当大的精力,

[21][荷兰]亚瑟·S·哈特坎普:“荷兰民法典的修订:1947-1992”,汤欣译,谢立新校,载《外国法译评》1998年第1期。

[22]张建文:《俄罗斯知识产权立法法典化研究》,知识产权出版社2011年版,第68页。

[23]俄罗斯联邦民法典第四部分知识产权编于2006年12月18日通过、2008年1月1日实施;根据WIPO网站提供的英文版,知识产权编的题目直译为“智力活动和个性化经营成果的权利”(Rights to the Results of Intellectual Activity and Means of Individualization)，“个性化经营成果”包括商标、字号、地理标记等各类商业标识,参见http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=202567,2016年10月11日访问。

[24]尹田:“论物权与知识产权的关系”,载《法商研究》2002年第5期。

人民抱有相当多的期望;我们所需要的是反映和规范我国21世纪社会经济生活的具有中国特色的民事法律体系,这在世界范围内并无先例可循。因此,制定中国民法典,必须立足现实、面向未来,建立制度创新的自信;当然,这一重任也极具挑战。如何避免“使人们感到其中的民商法结构只有与二百年前的《法国民法典》、一百年前的《德意志民法典》相当、或有所进步,而应使人们感到它确实是能够适应电子商务时代(或‘知识经济’时代)的法制体系”,^[25]还需要聚集各方的智慧和力量。

民法典是统领整个社会民商事活动的母法,在民法典中以适当方式体现对知识产权的保护不仅符合现实的需求,也是完善有中国特色的民事法律体系的制度创新。同时,我国知识产权法本身缺乏体系化,民法典的编纂为消除各知识产权相关立法中的不协调甚至相互矛盾之处、弥补现有知识产权制度的遗漏、以及抽象出并明确知识产权特有的基本法律规则提供了有利的契机。简言之,我国起草民法典应为知识产权法体系化预留制度空间。

三、我国知识产权及其一般规则的设想

(一)明确知识产权是民事权利的一种

不同的学者对民事权利的划分不同,但无论如何,学者们都承认,知识产权是当今社会民事权利的一种。现行《民法通则》的第五章“民事权利”中规定了所有权及相关财产权、债权、知识产权、人身权,其中关于债权和人身权的规定在此次民法典的编纂中存有争议;但是,其中关于知识产权属于民事权利的观念在我国随着《民法通则》的实施已经过30年,至今并无异议,将继续将“知识产权”列为与“所有权及相关财产权”并行的民事权利类型具有可行性。当然,鉴于现行《物权法》已将所有权及相关的财产权包括在内,知识产权内容是否整体纳入民法典也争议较大,拟定的《民法总则》可以适当简化物权法一般规定、增强知识产权法的一般规定,以更灵活的民事权利框架适应今后的发展。总的思路是,将民事权利类型分为人身权和财产权,进而将财

产权再细分为物权和知识产权等其他无形财产权,并对无形财产权分别做出一般性规定。

具体说,建议在拟制定的《民法总则》的“民事权利”一章中,设“民事权利种类”一节,规定“人身权”、“物权”、“知识产权”以及“股权”等其他民事权利类型,并明确“知识产权是指权利人依法就下列客体所享有的权利”(以现草案第108条^[26]为基础):1.作品;2.发明创造;3.产品外观设计;4.商标、商号、特有名称和商业外观等商业性标识;5.地理标志;6.商业秘密;7.集成电路布图设计;8.植物新品种;9.传统知识、遗传资源信息、传统文化表达;10.法律、行政法规规定的其他内容。

以上列举的10项知识产权保护客体与2016年7月全国人大公布的《民法总则》草案征求意见稿第108条稍有不同。笔者分析如下。

关于草案列举的第(二)项为“专利”,笔者认为专利通常指已经经过授权确权程序赋予智力成果权利人的专有权利,不宜以此指保护客体本身;结合我国现行《专利法》保护发明、实用新型、外观设计三种“发明创造”的实际和今后外观设计单独立法的可能性和必要性,可将草案所说的“专利”分解为“发明创造”和“产品外观设计”两类。

关于草案列举的第(三)项“商标”,笔者认为根据我国目前商标法,“商标”一词容易与“注册商标”相等同,这样就有可能遗漏现行《反不正当竞争法》中对未注册商标等知识产权客体进行保护、禁止商业假冒或仿冒不正当竞争行为的内容;因此,应当尽量将“商标”作广义上的解释,可以增加商号、特有名称和商业外观等商业性标识的内容。对于“地理标志”,目前我国虽然对地理标志的管理有并列的几套体系,但“地理标志”一词在TRIPS协议之后基本已经统一,不再采用“原产地标记”而采用“地理标志”。

关于草案列举的第(八)项列举的“数据信息”,笔者认为至今我国民法学界和知识产权法学界均未对此概念的内涵及外延达成理论上的共识,不宜直接明文

[25]郑成思:“中国民法典知识产权编条文(专家建议稿)与讲解”,载柳经纬主编:《厦门大学法律评论》(第4辑),厦门大学出版社2003年版,第3页。

[26]草案第108条规定:民事主体依法享有知识产权。知识产权是指权利人依法就下列客体所享有的权利:(一)作品;(二)专利;(三)商标;(四)地理标记;(五)商业秘密;(六)集成电路布图设计;(七)植物新品种;(八)数据信息;(九)法律、行政法规规定的其他内容。



放在知识产权客体中、而是与虚拟财产一样并列为无形财产的一种。当然,数据信息中反映创新和经营成果的部分,当然可以一一与列举出的知识产权保护客体相对应,也可通过第(十)项弹性条款来实现保护。事实上,知识产权的客体实质虽然可归纳为无形的“信息”、但并不能反过来推演出所有的“信息”或“数据信息”均可成为知识产权客体。可以明确的是,随着信息社会的发展,人们对所有一切有形物质的认识几乎都可以以无形信息的形式体现出来;但这种认识如果并非出自于人们的智力创造或苦心经营,其本身即是具有一定的经济价值,也不是知识产权客体。比如目前个人信息已经无处不在,每个人的一举一动形成的行为轨迹都会以数据信息形式汇集起来、以大数据方式存在于整个网络系统;从某种意义上说,这些数据信息都是有价值的,这与非信息时代的电话号码家庭住址收入等个人信息通常可以买卖一样(尽管这种买卖通常是非法的),尤其是那些花费相应金钱、时间和精力获得的网络游戏操作获得的相关数据信息,更是明显具有经济价值,还有因网络资源稀缺有限性而形成的信息,均可构成虚拟财产而获得民法保护。但是,目前这些个人数据信息仍然没有摆脱传统民法人格权或物权的控制范围,只有采取保密措施的数据信息,才能明确属于知识产权的保护客体;当然,这一客体已经有“商业秘密”(也称“未披露的信息”,包括技术秘密)作为概括。

草案没有列举、而笔者建议列入知识产权客体的第9项为“传统知识、遗传资源信息、传统文化表达”。之所以列举这一特殊客体,是因为我国作为传统资源丰富的大国,这方面积累的创作成果和知识是我国的长项,从知识产权作为国际贸易竞争工具的角度看,我国在这方面有重要的利益;同时,在实践中,创造和保有这些知识成果的我国传统族群也有了私权化的需求,而现行知识产权法在应对方面确不尽人意。尽管知识

产权领域的司法审判对法律规则的演绎之灵活性已远甚于其他民事审判领域,以至于早就有了“法官造法”之嫌,^[27]但过于原则的条文却使知识产权司法的能动性大打折扣。如果说“乌苏里船歌”案尚能给创作和传承民间艺术的族群一点精神安慰的话,“千里走单骑”案则使非物质文化遗产的保留地人民在感情上难以接受。^[28]随着中华文化世界影响力的逐步提高,中医药、传统农产品和食品、传统生态养生知识、传统民间文艺等相关产业需要借助于保真、反假冒的知识产权制度及保质、标准化等现代化管理方式显著提升附加值,并走向国际市场。目前我国在这方面的立法仅有一些宣誓性的、散见于不同法律法规中的条款,在民法典制定过程中,如果在对知识产权客体进行列举时明确对这一优势资源的保护,将对相关立法有推进作用。

(二)民法总则设立知识产权一般规则的方式

首先建议《民法总则》的“民事权利”一章中,除了“民事权利种类”外,再增设民事权利的取得、变更、消灭,民事权利的行使及义务,民事权利的限制与保护等不同小节,规定民事权利的一般问题。在相应小节里,可将知识产权作为主要的权利类型并抽象出其具有特殊性的一般规则做出明文规定。同时,关于知识产权的一般规则应当尽量精炼,仅规定已经通过实践获得共识的特殊规则,以“提取公因式”方式^[29]建构知识产权特别法一般规则优先适用、知识产权法无明确规定则适用民法一般规则的逻辑关系和制度空间。

知识产权的一般规则是由于知识产权的特殊性而专门制定的区别于其他民事权利一般规则的规定,具体可包括以下内容。^[30]

1.关于权利的取得与消灭

知识产权是民事权利,知识产权的权利边界须经一定程序才能确认,具体程序由单行法律规定。经任何行政程序作出的关于知识产权授权确权决定,均应

[27]崔国斌:“知识产权法官造法批判”,载《中国法学》2006年第1期。

[28]“乌苏里船歌”案中,由于作曲者在创作中吸收了两首最具代表性的赫哲族传统民歌曲调,因此,法院判决被告以后在使用《乌苏里船歌》时须标注该歌曲根据赫哲族民歌改编,“千里走单骑”案中,由于原告主张的署名权是针对“安顺地戏”而非《千里走单骑》这一剧目,因此被法院驳回;两案分别参见北京市高级人民法院(2003)高民终字第246号民事判决书,北京市第一中级人民法院(2011)一中民终字第13010号民事判决书。

[29]“提取公因式”的提法参见孙宪忠:“编纂民法典须解决三大问题”,载财新网<http://china.caixin.com/2015-04-21/100801992.html>,2016年10月11日访问。

[30]本部分参考郑成思:“民法典知识产权篇第一章论述”,载《科技与法律》2002年第2期。

接受司法审查。

知识产权包括精神权利和经济权利。若无相反证据,在权利载体或证书上署名的推定为知识产权相关权利的主体。

知识产权的取得和行使必须尊重公序良俗原则,不得侵害他人的在先权利。

知识产权客体的本质是信息,不适用占有、取得时效等针对有形物的物权规则。

须经行政程序获得权利确认的知识产权权利人,依照法律与相关国际条约享有国际优先权。在知识产权保护上,应依照中国与相对国家或地区共同参加或缔结的条约,为相对国家或地区的国民或居民,提供国民待遇及最惠国待遇。

2.关于权利的行使与继承

知识产权的许可或转让,不意味着相关信息的有体介质(载体)的出租、出售及其他转移,反之亦然。知识产权人在他人的有形物上添附自己的权利客体,视为同意对方依法处置该有形物。法律或合同另有规定的除外。

由于知识产权客体的非物质性,其转让或独占性许可的对世效力应当经相应国家主管机构登记备案才能产生。

知识产权不属于夫妻共同财产,但在婚姻存续期间,知识产权的收益属于夫妻共同财产。夫妻关系解除时,知识产权人对对方持有知识产权有形载体并无异议的,视为同意对方在行使该有形载体的物权时不可避免地行使部分知识产权。当事人另有约定的除外。

在权利保护期内,知识产权可以依法继承或继受。

在特定情形下,国家可依法颁发知识产权的强制许可。

3.关于权利的保护与限制

知识产权人有证据证明他人正在实施或即将实施侵犯其知识产权的行为,如不及时制止,将会使其合法权益受到难以弥补的损害的,可以在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为和财产保全的措施。

为制止侵权行为,在证据可能灭失或以后难以取得的情况下,知识产权人或利害关系人可以在起诉前向人民法院申请证据保全。

正在或者即将实施的侵犯知识产权的行为,应予制止,并可根据情况要求行为实施人承担交出、销毁或封存侵权物品的责任。行为实施人不能证明没有过错的,还应当承担赔偿责任。

知识产权的独占被许可人有权独立地对侵犯知识产权的行为起诉、请求赔偿及请求其他法律救济;知识产权的非独占被许可人,依照与许可人订立的合同,也可以享有上一款所述权利;如果无合同或合同无明确规定,则只有在被许可人告知权利人或独占被许可人,而被告知者仍不作为、其不作为已经或必将使被许可人遭受损害的情况下,被许可人方享有第一款所述权利。

在侵犯知识产权纠纷中,如果难以追究直接侵权人的责任,被侵权人可以向法院请求直接追究帮助侵权人或者转承责任人的责任。帮助侵权人只负过错责任,转承责任人因直接侵权人的行为而获利的,应当承担责任。

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行为之日计算;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继续,在该项权利有效期内,人民法院应当判决被告停止侵权及负其他民事责任,但侵权赔偿数额只能自权利人向人民法院起诉之日起向前推算二年计算。

知识产权适用法律规定的权利限制规则。知识产权权利人不得滥用权利,尤其不得借助知识产权在转让和许可中实施不合理的限制竞争行为。

结语

知识产权在本质上是民事权利。民法是保护包括知识产权在内的各项人身权、财产权的基本法,我国编纂民法典应当关注知识产权及其相关规则的纳入问题。不过,知识产权与传统的其他财产权不同,知识产权审判的专业化趋势更是知识产权特殊性的明显体现。就民法典的编纂而言,为体现知识产权法与民法的关系,有必要在拟定的我国《民法总则》中通过搭建民事权利保护的框架,将知识产权的概念、内容及其不同于其他民事权利的一般规则加以明示,从而为我国知识产权法的进一步体系化预留制度空间。本文的建议是在拟制定的《民法总则》之“民事权利”一章中,设“民事权利的种类”“民事权利的取得、变更、消灭”“民事权利的行使”“民事权利的保护与限制”几节,将知识产权的概念和基本内容以及前述几个方面的一般规则分别纳入相应部分。当然,正如前文所述,“民事权利”一章不仅仅关系到知识产权法如何与民法典的衔接问题,还涉及其他民事领域,需要整个法学界共同研究并提出方案。

(责任编辑:罗胜华)