

宁波大学法学文丛

总主编◎郑孟状

知识产权与 民法关系之研究

蒋万来/著

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权与民法关系之研究 / 蒋万来著. —北京: 中国社会科学出版社, 2010. 3

ISBN 978 - 7 - 5004 - 7788 - 4

I. 知… II. 蒋… III. 知识产权—关系—民法—研究
IV. D913. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 076314 号

策划编辑 冯春风
责任编辑 张晓秦
责任校对 王兰馨
封面设计 回归线视觉传达
版式设计 王炳图

出版发行 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010—84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京君升印刷有限公司 装 订 广增装订厂

版 次 2010 年 3 月第 1 版 印 次 2010 年 3 月第 1 次印刷

开 本 710 × 980 1/16

印 张 15.75 插 页 3

字 数 230 千字

定 价 32.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换

版权所有 侵权必究

目 录

导 言	(1)
第一章 物权、知识产权与市场竞争	(9)
第一节 知识产权和物权的制度缘起	(9)
一 知识产权制度产生的社会基础	(9)
二 罗马法上的无体物、物权	(15)
第二节 知识产权指向的利益	(19)
一 知识产权的私权利益——市场潜在份额	(19)
二 对市场潜在份额的合法垄断	(21)
三 知识产权的文化价值	(25)
第三节 市场竞争中的财产权公示	(27)
一 物权的公示	(27)
二 知识产权的占有和公示	(32)
第四节 知识产权的原始取得	(38)
一 行政授权的疑问	(38)
二 国家行政审批的原因——社会控制成本	(41)
第二章 知识产权对象的扩张及其概念的抽象化	(43)
第一节 知识产权对象的扩张	(43)
一 技术进步和知识产权对象的扩张	(43)
二 国际公约对知识产权的概括	(53)

第二节 知识产权对象的概念抽象	(56)
一 概念抽象的方法论	(56)
二 哲学上的“知识”	(61)
三 知识产权法上的“知识”	(65)
四 知识产权对象与“信息”	(69)
 第三章 十九世纪法典化运动背景下的知识产权	(77)
第一节 大陆法系的形成	(77)
一 一元的西方法律传统	(77)
二 大陆法系的形成	(80)
第二节 大陆法系的民法法典化编纂	(84)
一 《国法大全》的编纂及其影响	(84)
二 大革命和《法国民法典》	(88)
三 宪政改革和《德国民法典》	(93)
四 美、日等国的法典化运动	(98)
第三节 被民法典遗忘的知识产权	(100)
一 知识产权的近代立法	(100)
二 对学者见解的评析	(102)
三 知识产权未纳入民法典编纂的历史分析	(107)
四 知识产权的权利族群问题	(117)
 第四章 知识产权和民法的融合与共生	(124)
第一节 民法上的人和知识产权主体	(124)
一 民法中的人	(124)
二 知识产权主体	(131)
第二节 知识产权的民法理论——静态意义上的考察	(138)
一 近现代物权体系概述	(138)
二 物权理论体系对知识产权的影响	(144)

三 知识产权的权利结构体系	(146)
四 知识产权的基本原则	(153)
五 知识产权的效力	(155)
第三节 债法对知识产权的适用——动态意义上的考察	(163)
一 合同法对知识产权的适用	(163)
二 侵权法对知识产权的适用	(169)
 第五章 知识产权与民法理念的分裂倾向	(174)
第一节 民法对公平的追求	(174)
一 关于正义的争论	(174)
二 民法自由平等的理念	(178)
三 民法公平的困境和出路	(181)
第二节 知识产权的反公平性	(186)
一 知识产权的社会达尔文主义倾向	(186)
二 知识产权的马太效应	(189)
三 知识产权对知识弱势阶层的歧视	(195)
四 知识产权对社会公共利益的侵蚀	(200)
第三节 知识产权公平的实现	(209)
一 民法公平的宪政基础	(209)
二 知识产权公平对教育权平等的依赖	(212)
三 知识产权的限制	(215)
四 知识产权的南北关系	(219)
 第六章 知识产权与民法典的关系	(223)
第一节 知识产权立法模式的争论	(223)
一 国际上的知识产权立法成例	(223)
二 我国知识产权立法模式的争论	(226)
第二节 作者的结论	(229)

一 对争论的评判和模式的取舍	(229)
二 尾声	(232)

主要参考书目	(234)
--------------	-------

后记（一）	(245)
-------------	-------

后记（二）	(247)
-------------	-------

导 言

一 本书的研究主题

人世间，各种关系错综复杂。“关系”一词所表示的内涵极为丰富而生动，它至少可以包括以下几种意思：（一）事物之间的相互作用，相互影响的状态；（二）人和人或人和事物之间的某种性质的联系；（三）对事物影响的重要性；（四）泛指原因、条件，等等。^① 黄仁宇以历史学家的眼光观察“关系”时说：“关系可能表示不期而然的影响。”^② 他认为在各种关系中，生存的关系、性的关系和经济的关系是人类最重要的三种关系，19世纪三大思想家达尔文、弗洛伊德和马克思都曾以他们各自的学说对这三种关系作过详尽的解释。检阅中外的文学作品，这三种关系也构成了基本的题材。但是，铺陈关系，各有其层次和场面，文学家叙述到不同的关系时，即已勾画出来侧后的社会背景。^③ 显然，此处主要论述的是人与人之间的关系。

本书的研究主题，知识产权和民法的关系，属于法律现象或制度之间的关系，其主旨在于两者相互作用，相互影响的状态，或者是性质上的联系。因为法律本身即是调整人与人之间关系的产物，所以，这种关系与纯粹的事物之间的关系有所不同，它们的关系说到底，最后还是可以归结到人与人之间的关系。铺陈法律上的各种关系，也各有层次和场面，我们叙述各种法律现象的出现，各种法律理论和制度的创立或演进，只要愿意做

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆1986年版，第407页。

② 黄仁宇：《关系千万重》，三联书店2001年版，第1页。

③ 同上书，第1~8页。

一些考证和分析，实际上其侧后的社会背景，大多也可勾画得如镜像般历历在目，偶有历史的尘封，其本来的面目却至少也隐约可见。这些考证和分析有助于我们理解知识产权与民法的关系，但是关系千万重，本书实无可能一一细究。本书主要围绕知识产权的产生与发展，以及它和传统民法融合的轨迹，先后按章节顺序展开以下几个主题：

第一，知识产权作为晚近诞生的民事权利，是基于何种理由创立，背后有怎样的因缘，其历史的背景究竟是什么？

第二，知识产权在其发展的历史上，如何结集成一个法律上的概念？

第三，知识产权本质上为私权的属性，必定使其不可能脱离传统民法的影响，然而 19 世纪的民法法典编纂运动是如何进行的？为何遗失了知识产权？

第四，近现代的民法制度如何具体地影响了知识产权制度自身的形成和发展？

第五，知识产权日渐显露的反公平倾向和民法追求公平的基本理念之间内在的矛盾，应该如何调和？

第六，强调逻辑和体系完整的民法典与历来缺乏体系性的知识产权，在其立法模式的相互关系上，我们将有如何作为？

二 本书的逻辑结构

本书的逻辑结构，基于如下的思路设计：通过对知识产权产生的背景和发展过程中纵深的透视，抽象出其对象的共性。借助于法律上的登记等公示措施，知识产权可以达到与物权类似的法律效果，即它可以被民事主体独占地支配控制以获得私法意义上的利益。近代民法典虽未将知识产权编入其内，但近现代的民法原则和制度与知识产权天然地发生着紧密的联系。详而言之：

民法是规范市场经济的基本法，而知识产权恰恰是与市场关系最为密切的一种财产权利。一项传统的有体物，其所有权的确认，仅仅为该物自身进入市场流通提供了前提和可能性。事实上，原始取得（如生产）该

物的所有权人并不一定以其作为交易对象使其参与市场流转。知识产权权利人，虽然也未必将其权利许可他人使用或将其作为买卖标的而参与市场流转，但是法律对知识产权权利的确认本身即是出于对合法垄断市场的需要。如果将一项发明或者一件作品纯粹作为创作发明人本人自娱自乐的工具，切断它与市场上垄断的经济利益的联系，那么，将不可能产生专利权和著作权。商标权更不必提，它本身天然地与商品联系在一起。由此，本书第一章即论述了知识产权与市场竞争的关系，提出了知识产权所指向的利益关系是潜在的市场份额的命题。在与市场竞争有关的私权利益关系上，知识产权寻到了与民法发生关系的最初的切入点。

知识产权的对象是无体物，随着人们对这种与市场竞争有关的无体物认识的深化，知识产权从最初的专利、商标和著作权逐步扩大到计算机软件、基因技术、植物新品种、集成电路布图、商业秘密等等。这一切为何被聚集一起并被称之为知识产权？是本书必然难以回避的问题。所以，本书第二章先是历史地考察了知识产权对象的扩张现象，然后从力图抽象这些零散的各种权利对象的共性，认为知识产权的对象就是知识，其表现为一种形式或结构，但是这种知识并非等同于一般意义上的知识。

民法的历史源远流长，其基本的原则和规范几乎均可上溯至古罗马法时期，罗马法此后虽随着476年西罗马的灭亡而一度衰落，但对后世的民法产生了深远的影响。经过17、18世纪的发展，至19世纪，近代民法的轮廓逐渐清晰，欧洲各国编纂民法典的活动也蓬勃开展。差不多也正是近代民法的形成时期，知识产权制度开始登上历史舞台，它随着科学技术的发展而一路高歌猛进，其重要性也被日益重视，各国知识产权立法活动也都比较活跃，可以说，知识产权作为新生的私权，和民法已经发生了不可避免的联系，但是，它却都未曾和近代民法典的编纂活动发生历史的机缘。在第二章已经获得知识产权对象的确定性之后，本书第三章主要以法、德两国的民法典编纂活动为解剖样本，具体分析了在当时的历史条件下，为何会出现这种情况。

知识产权在民法典中的缺位，并不意味着它与民法的疏远，由于它的

思想、原则和制度无不受到了传统民法的深刻影响，它在民法典中的缺位，反而说明了民法典在追求形式理性中未臻成熟和完美。本书第四章即详细论证了知识产权的权利主体和民法中的人的关系；知识产权在静态意义上，其权利结构形态、原则、效力及其保护方法等等与物权的相似性；而在动态的权属流转意义上，知识产权作为交易标的物与合同法的关系，等等。汇总各类关系，无不是在揭示，知识产权在民法制度的框架里似乎天生适合，它的孕育生长只是发展壮大而不是破坏肢解传统的民法体系。

虽然，传统民法制度给知识产权提供了几乎现成的运行框架，但是，值得警惕的是，知识产权作为知识阶层或集团的工具，在社会利益关系上显示出了霸权主义的色彩。这种色彩在社会利益关系的调色板上不断被加重，导致民法历来崇奉的公平理念受到了严峻的挑战。或许，严格来说，知识产权和民法在理念上分裂的说法未必十分确切，因为，也必须认识到，民法的公平理念实际上也更多的只在于形式，其实质的公平仍需公法规范的适当介入，不过，不同的是，知识产权的公平性问题的解决，则比传统民法更需要公法的强烈介入。知识产权的运用，正如它的产生，它天然地和公法的关系更为密切。显然，本书的第五章，认识到了此两者之间存在的细微区别。正是这种细微区别昭示我们一个危险的信号。为此，针对这种危险信号的防范和救济措施自然成了本章应予以关注的对象。

19 世纪初期以来的两百多年中，知识产权和民法在制度上的融合和在理念上的分裂，似乎构成了一幅概括性的图景。然后，从更远处看，并且展望其未来，这不应该是一幅静止不变的图景。其关系的演绎，也不仅仅是科技、文化和市场竞争等等各种因素的机械推动。基于这些因素之上的人类智慧和人性张力可能是更为重要的因素。所以，本书的第六章，就知识产权和民法典立法模式的关系上，考察了几种典型的观念之后，提出：立法模式的优劣，基于不同的认知视角，可能有不同的评判。何种模式其实并不是最为重要，重要的是，立法应有助于理论的完善，更应该有助于公平正义的实现。知识产权，抑或是民法，甚至整个的法律体系，从

某种意义上，与其说是人类智慧的结晶，毋宁说是人性的回应，或者进取，或者有所不为。

三 本书的研究方法

本书力图以历史研究方法，比较研究方法和辩证研究方法探索知识产权和民法关系上的相关问题，其中辩证研究方法又主要分为两种：以从具体分析到抽象归纳和对立统一。

（一）历史研究方法

本书的主题既然是知识产权和民法的关系，则其双方之关系也即双方之相互影响、作用或性质的联系，皆源出于历史。知识产权在人们经济生活中的影响，从星星之火渐成燎原之势，必然有个发展的历史过程。本书之所以重视这个过程，意义不在为历史而重述历史，而是通过把握其生成和发展的历史，拨开它遮眼的迷障，发现其深藏于背后的真相。知识产权如何产生和发展？其社会基础究竟是什么？本书无不是在历史中寻找原因。在分析 19 世纪民法典编纂运动时，本书同样以历史的眼光审视各国当时不同的时代背景。立法者纵然有综括百代的才华、兼济天下的胸怀，但是其活动的范围是他们当时的社会，接触的事物也无逾其所在的时代。理解此点，对我们解读 19 世纪民法典编纂运动为何缺失了知识产权将有一定的意义。在民法的历史长河里，知识产权只是一条后发的支流，它们之间的关系无不是在历史中进行，在历史中演进。西方工业革命之后，近代私法制度蓬勃兴起，而我国直至清末被迫变法，引进了包括知识产权制度在内的西方法律制度，但是知识产权保护真正得到重视的是我国改革开放以来的最近二三十年时间。这二三十年的短短时期见证了我国现实社会的巨大变革，一切让人欣喜和神往，但也更促人思考和奋进，虽然现实不可不顾，但历史也同样不可遗忘。放宽历史的视界，溯本清源，不仅应该有利于理顺各种错综复杂的关系，也应该为未来前行的道路指明方向。

（二）比较研究方法

有比较方有鉴别，有鉴别方知事物间的异或同、相容或抵牾。在民法

的财产权体系中，与知识产权最具有可比性的无疑是物权，但物权的对象即传统的有体物直接明了，可被人们现实地支配。建立在有体物概念上的一系列关于物权的理论、制度经过长期的发展，特别是经过德国潘德克吞法学的凝练和《德国民法典》的确立，已经相当成熟，其体系之严密堪称人类理性思辨在法律上的典范。知识产权的对象却是无体物，不过，这种无体物和罗马法上的无体物完全不同，因为后者所谓的无体物其对象本身即是诸如债和用益权等权利。未经甄别而以本不相同的无体物错误地作为一个共同的平台，将知识产权的源头不当地从罗马法的物中寻求依据，曾是一些学者的观点。对此，本书都曾进行了认真的比较，并提出了不同的看法。在短暂的历史里呈现出爆炸性分散发展的态势，知识产权显示了与物权不同的特点。知识产权与物权虽然不同，但是，它借助于登记的法律技术措施，构成财产权体系中与物权相对应的另一类重要的支配性权利。它们之间呈现出来的和而不同的特点耐人寻味。在近现代的财产权体系中，尤其是动产，物的价值主要由其技术含量或品牌的附加值决定，这也是说，专利和商标等知识产权的价值和其所依附的物本身密不可分。主要调整平等主体之间财产关系的民法，显然已经不能无视知识产权的存在，它们在制度上的融合姑且不论，立法的选择上，不论采取何种模式，民法典也宜对此作出回应。尽管在民法典的编撰历史上，19 世纪初《法国民法典》和世纪末《德国民法典》均未将知识产权编入，本书对此分析时也运用了比较研究的方法，指出其中的原因并不相同。但是，比较不是简单地铺陈事实排比异同，而在于揭示本质，本质的认识，则必然有助于理论的提升和立法的完善。所以，比较的研究方法常常有意无意地贯彻本书的整个脉络之中，直至本书的最后部分，针对我国民法典的编纂将对知识产权采取何种态度，也大量采用了比较研究方法，以辅论证。

（三）从具体分析到抽象归纳的研究方法

前面所述的历史研究方法和比较研究方面的运用，都涉及具体的分析，分析的着眼点既在于知识产权和民法在其各自不同时期的史料细节，也在于知识产权与其他民事权利（如物权）比较的细节。然而，本书处

理许多细节的具体分析，却同时刻意避免迷失在细节的追寻之中。细节的具体分析必须走向反思，这就是抽象归纳的方法，也是辩证的认识论。本书运用抽象归纳的研究方法，是为了进一步透视这些细节的具体分析呈现出来的现象背后所隐藏的共同规律。分析知识产权的独特性，其实从更深刻的地方说，莫不是归纳它的一般性。这种一般性，就是知识产权自其诞生之日起，虽历尽变幻，时至今日，然逮其本质终究不过只是一种民事权利；逮其对象也无非是一种形式或结构。本书的作者面对各种纷繁复杂的具体，凝结为抽象，主要在第二章着力进行了这项工作。当然，抽象之后，仍需指导或者回归到具体。抽象指导具体的一个重要枢纽，正是在于富有成效的科学立法。所以说，本书的最后部分，关于知识产权的立法模式问题的研究，实际上也可以说是一项抽象的工作。总之，具体分析体现了本书作者的初始关注角度和切入基础，但抽象归纳则蕴涵了作者对把握全局的努力和欲所追求的结果，尽管这种努力和结果并不一定具有强劲的力量。

（四）对立统一的研究方法

知识产权和民法的关系，概而言之，本应该是部分和整体的关系，而非并列的或同位的关系，但在本书中，却将它们主要作为一对相对的概念范畴进行研究。这一对范畴是对立又统一并相互促进的矛盾体。譬如，知识产权和民法在制度上的融合，可视为它们统一性的明显表征，但是这种表征的背后，其理念上的分裂倾向则似乎可说是其对立的体现。又譬如，同作为支配性的财产权，知识产权和物权既有共性，也各有个性。再往细微处看，各种知识产权内部之间，也同样是共性和个性并存。诚然，如本书的逻辑部分已经交代的，严格说来，知识产权和民法在理念上分裂的说法未必十分确切，但是，辩证法的常识告诉我们，既然它们在制度方面有融合的统一性，也应该有其他方面的某种对立性，对这个未知的其他方面的某种对立性的探索，主要在本书第五章里进行。

四 本书的研究目标

本书的研究目标，直接地说，就是试图回答研究主题中提出的几个问

题，但是，为什么提出这几个问题则是作者的最终目标所在。知识产权近三四百年来的发展历史，展示给人们更多的是一个其对象不断扩张的现象，法学家和立法者对这种对象扩张现象的把握，最终都只是被散落在形而下的操作上，理论上的概括提炼既陈年阙如，立法中的体系化更是无从谈起。而知识产权由其自身本质决定，正是一种民事权利。在英美法上，知识产权虽然也不免与私法中其他部门法律诸如合同法、财产法或侵权法等发生联系，但这种联系绝非在讲究体系化的大陆法中它和民法的关系可以比拟。这样一种民事权利长期游离于民法的理论和制度视野之外，未被系统地思考它和民法的关系，作者身为一个以研习知识产权法和民法为职业的人，实深感遗憾。

知识产权与民法的关系，其题目虽然可能过于宏大，也非作者之学力可足以担当解决所有这方面的问题，但是作者努力地试图探讨其中的某些问题，弥补某些遗憾。或许，这些努力的成果是微小的，却也应该是令人欣喜的。因为，它让作者本人有所心得，对知识产权法的基础理论研究有着绵薄的贡献，也让我们的法学界同行有所启发，这正是本书的目标所在。

第一章 物权、知识产权与市场竞争

第一节 知识产权和物权的制度缘起

一 知识产权制度产生的社会基础

知识产权一词流传到我国后，本义厥而不传，伪说滋漫，虚妄无稽。譬如知识产权中最基本的问题，知识的含义，就充满了争论。

一般地说，知识一词首先会让人联想到文字，事实上也正是和文字关系最为密切。传说上古仓颉作书，而“天雨粟，鬼夜哭。”^①古人认为这是因为造化秘密，从此发泄尽了。但这也毕竟只是古人的传说而已。古往今来，圣贤传经讲道，其思想和智慧都无不是靠文字传承，从此三教流传，同于三光。文字所表现出来的，一般意义上都可以说是属于知识的范畴。但是知识并非仅仅局限在文字的表现范围之内，没有文字之前的结绳记事也可以是知识。

在今天，各种知识本身和人们关于知识的认识，都已经变得更为广阔和复杂。其实，早在战国时代的庄子也就早已认识到了知识的无限性，而作为个体的人的有限性，一旦比附于外在事物的无限性，则凸显人自身无能和脆弱的悲观主义难免由此而生。庄子感慨道：“吾生也有涯，而知也无涯。以有涯随无涯，殆已；已而为知者，殆而已矣。”^②尽管如此，庄子的另一句话却被后世转借别解而赋予了另一种积极的新含义：“指穷于

① 《淮南子卷八·本经训》

② 《庄子内篇·养生主第三》。

为薪，火传也，不知其尽也。”^①以现在的观点看，知识虽然无限，造化秘密也不可能发泄得尽，学术却是可以薪火相传的，各种学科的知识 and 关于知识本身的知识论，都无不如此。

知识可以从各种学科不同的门类进行分类，也可以总体地就其本身这一范畴作为研究对象。关于知识的知识一般被称为哲学，但是哲学因为太过思辨，如高天流云般超拔无羁，其价值也常常并非直接指导现实的工作，而是拓展人们的精神空间，呈示着思想的标高。在现实的生活中，以经济学和法学等的视角审视知识，似乎对多数人而言，更具有实际的意义。经济学上的知识被作为一种商品或资源，以物质资源条件为坐标而相比较存在。通常物质资源条件给定的前提下，知识存量决定经济所达的水平，知识增加的速度决定经济发展的快慢，知识差距是引起生产力、生产关系和收入分配差距拉大的主要因素。^②经济学关心的是效益和效率，但是法学则更侧重于公平和正义。知识在被作为商品资源在市场上买卖之前，必须解决知识私有和知识的公共属性的分离问题。将知识从原本所属的社会公共领域划归为私人财产时，明确其程序方法内容和范围等，建立起一整套的规则，这就是知识产权法的任务。

世界上最早对发明创造给予专利保护的法规是1474年在威尼斯制定的。当时的威尼斯，是近代科学技术的发祥地和欧洲文艺复兴的中心，又是东西方经济文化的交会地。同时，它又仰仗罗马法的法律传统文化悠久的历史背景，这种内外部条件促成了知识产权制度萌芽的产生。其后，较系统的近代意义的专利制度则以英国的1624年的垄断法为先河。^③以专利为起始和主导的知识产权，到了近现代之后，却大体上包括了下列的内容：首先，与科学技术有关的专利及与商品和服务有关的商标，此两者皆是与工业相对应的权利，故又称工业产权。随着时代的发展，其保护对象

① 《庄子内篇·养生主第三》。

② 夏先良：《知识论——知识产权、知识贸易与经济发展》，对外经济贸易大学出版社2000年版，序言第12页。

③ 刘春田主编：《知识产权法》，中国人民大学出版社2002年第2版，第30页。