第一编　导　论

需要全本请访问 www.ertongbook.com

第一章　知识产权

教学要点

通过本章的学习，应当能够从语源、理论和法律等不同角度掌握有关知识产权的基本涵义。同时，在分析知识产权与一般私权关系的基础上，理解知识产权的法律特征。应当掌握私权体系与知识产权的关系，其中包括从私法体系中的知识产权、知识产权的权利体系、知识产权与我国民法典的关系等不同角度进行分析。应当正确理解知识产权的制度价值。

第一节　知识产权的涵义与法律特征

一、知识产权的涵义

在现代社会中，“知识”一词是人们使用频率较高的词汇之一，其涵义是指人们通过对客观世界的认识、分析和归纳所产生的经验。

“知识产权”是一个法律上的用语，它是现代私法中一项十分重要的权利。对知识产权的涵义，应当从以下几个方面进行理解：

（一）语源分析与理解

1.“知识产权”的语源

我国法律中所使用的“知识产权”一词，系外来语，据国内有些著作介绍，其最早来源于法语，是17世纪的法国人卡普佐夫提出的❶，可惜这些作品均未标明原文出处。在一些国家中，“知识产权”被分别表述为“Intellectual Property（英语）”、“Geistiges Eigentum（德语）”、“Proprieta' intellettuale（意大利语）”、“无体财产权法（日语）”，在我国台湾，其被称为“智慧财产权法或者智慧所有权法”。

❶ 刘月娥等编著：《市场经济与知识产权保护》，专利文献出版社1995年1月；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3月。

从上述语词分析，该词均由“智慧”与“所有权”或者“财产权”两个词意组合而成。其目的在于强调智力劳动的智慧结晶是创造者享有支配权的财产。尽管大陆法系国家和英美法系国家在知识产权领域中存在着许多不同的看法，然而，在强调知识产权与财产的极为密切联系上，它们却有着明确的共识。

2.知识、知识经济、财产与知识产权

(1) 知识

如前所述，知识系指人们通过对客观世界的认识、分析和归纳所产生的经验。

知识有两种基本类型：直接的亲见和间接的理会。[1] 在间接理会中，需要有概念、判断、思维、辨别等抽象思辨。知识具有如下要素：知道是什么，知道为什么，知道怎么做，知道是谁，知道是多少，知道什么时间和知道什么地点。知识兼有个人性和社会性。个人对事物的认识是知识的个人性。同时，知识由于具有了概念而被相对固定，可以深入到特定个人之外的他人的内心中，遂形成了知识的非个人性，因此，大家需要知识的交流，而交流则促成了知识的社会性的产生。对知识的个人性与社会性的关系，有学者做出了很好的概括：“知识之有社会性乃从知识的本性自然而演进以成的。故把五个概念连接在一起：一是知识，二是生命，三是社会，四是文化，五是价值。……须知知识是为了便利，便利是为了活着，可以说是为了生命。愈求便利当然愈推广其范围，自成为社会，造成文化。这乃是个人生命的放大，愈放大愈有用，即是愈有价值。’[2] 知识是将人们对社会的认识保留下来，同时亦使得永逝不住的东西可以被留住，这就是生命的实际延续。所以，一旦知识与生命结合在一起，知识将使人的生命永存。

(2) 知识经济

把“知识”与“经济”联在一起广泛使用的情形，是自 P·德鲁克在 1994 年出版《后资本主义社会》一书以后发生的。[3] 在国际经济合作与发展组织的报告中则用《以知识为基础的经济》作为标题，人们以此来辅证“知识经济”的说法。[4] 我们对“知识”与“经济”的关系，应当从两方面考虑：一方面，应当肯定知识与经济之间有着密切的联系。日本一个著名学者堺屋太一在 20 世纪 80 年代初提出了“知识价值革命”的观点，他认为，所谓的超工业化社会的重要特征是：“‘知识的

[1] 张东荪著：《知识与文化》，中国广播电视出版社 1995 年版，第 180 页。

[2] 前揭书，第 220～221 页。

[3] 汪丁丁：“知识、经济与自由”，载《自由人的自由联合》，鹭江出版社 2000 年版，第 137 页。

[4] 我国不少学者在有关“知识经济”的论述中，多以国际经济合作与发展组织的报告《以知识为基础的经济》作为论证“知识经济”理论存在的依据之一。

价值’将成为经济增长和资本积累主要源泉”，即“由于技术、资源环境以及人口的变化，将创造出‘知识的价值’成为经济增长和资本积累的知识价值社会”。[1]但是，另一方面，我们应当清醒地认识到，任何社会的经济活动均与知识有关。“把‘知识’简单地与‘经济’相关联，解决不了经济发展问题，因为‘资本积累’始终是经济发展问题的核心内容。知识的运用从来也不曾改变过政治社会文化背景所决定的生产关系的本质……”。[2]

(3) 财产与知识产权

为了便于我们进一步了解财产与知识产权的关系，我们首先需要对“财产”进行考察。

在私法上，对于“财产”一词，有不同层面的理解。

第一层面的理解—— 财产是有体物。这是对财产的最狭义的理解，当财产被定位于有体物时，它仅指人们看得见、摸得着的财产。

第二层面的理解——财产包括有体物与无体物。这是对财产的广义的理解。有体物是指人们摸得着、看得见的财产，无体物则是指人们虽然看不见、摸不着但却实实在在有着财产利益的权利。将财产作广义的理解始于罗马法。古罗马法学家盖尤斯 (Gaius) 在其《法学阶梯》中指出：“有些物是有体物 (res corporales)，另一些是无体物 (res incorporales)。有体物是能触摸到的物，如土地、奴隶、衣服、金、银及数不胜数的其他物；无体物是不能触摸到的物，如权利，比如遗产继承权、用益权及以任何形式设定的债权’[3]。传统私法对财产的理解，并没有局限于对有形财产的关注，反而十分强调对有形财产之外的“隐性财产”的观察与分析。古罗马法学家们的考察、分析与思考充满着理性思维：那些人们看不见、摸不着但却是客观存在的财产权利亦同样是财产的组成部分。

第三层面的理解—— 财产包括积极财产和消极财产。这是对财产的最广义的理解。所谓的“积极财产”是对拉丁文“res solvendo esse ”的一种意译，该拉丁文的原意是“有支付能力的财产”。我们通常所说的有着实在的可交换价值的财产即为积极财产。所谓的“消极财产”同样是对拉丁文“res non solvendo esse”的一种意译，该拉丁文的原意是“无支付能力的财产”。我们通常所称的债务即为消极财产。将积极财产和消极财产统称为财产，是对财产的最

[1] 堺屋太一著：《知识价值革命》，三联书店 1987年版，第 4 页。

[2] 汪丁丁：“知识、经济与自由”，载《自由人的自由联合》，鹭江出版社 2000 年版，第 136 页。

[3] S·斯奇巴尼选编、范怀俊译：《罗马法原始文献选译·物与物权》中国政法大学出版社 1993年版，第 1～2 页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

广义的理解。

知识产权与财产有着极为密切的联系。它们之间的关系包括：

其一，财产是知识产权中一个十分重要的内容和要素。❶ 众所周知，知识产权所涉及的财产不是一般的物，而是满足人们的物质生活和精神生活需要的知识信息，是通过信息的信号集合传达给人们的知识信息。❷ 知识信息的主要特点是传播途径的多样化和迅捷化、极易被复制及一般被有形载体所负载。构成知识产权内容与要素的具有财产性的知识信息，将传统私法上对财产的理解又向前推进了一步。鉴于知识信息的这些特点，对创造知识信息之人的权利给予保护便是法律责无旁贷的义务。

其二，知识产权本身又是广义的财产之一部分。当知识产权被作为财产时，即是从财产的广义角度进行考察的结果。从私法理论上分析，知识产权本身是财产之一部分，且是具有无体性的财产。在学理上，有一种将知识产权称为“无体财产权”的表述方法，对这种表述不应当理解为指“财产权”是“无体”的，因为没有任何权利是有体的。在这里，所谓的“无体”系两个含义：①知识产权是一种财产利益与人格利益并存的权利，该权利是一种客观实在，但是人们无法以感官触摸到它；②知识产权的客体是人们看不见、摸不着的知识信息（或知识产品）.

（二）法律上的解释

“知识产权”一词作为正式的法律用语，被我国立法正式确认于 1986 年的《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）中。但是，迄今为止，在我国现行立法中，对“知识产权”没有明确的立法解释。不过，在我国参加的《建立世界知识产权组织公约》中，对“知识产权”以列举方式进行了解释。该解释可供我们借鉴。该公约第 2 条对“知识产权”的解释是：“知识产权包括有关下列各项：文学艺术和科学作品，表演艺术家、录音和广播的演出，在人类一切活动领域内的发明、科学发现，外观设计，商标、服务标记、商号名称和牌号，制止不正当竞争以及在工业、科学、文学艺术领域内其他一切来自知识活动的权利。”

（三）学理上的涵义

在学术界，学者们对“知识产权”的解释不一。归纳起来主要有：

❶ 当然，按照通行于大陆法系国家的“人格理论学说”，财产不是知识产权的惟一要素，因为人格利益也是知识产权的最基本要素之一。

❷ 有关知识产权客体系信息与信号的统一体的观点，请参阅张俊浩主编的《民法学原理》（下），中国政法大学出版社 2001 年版，第 557 页。

（1）松散规则说。该说主要的观点是，知识产权是规范各种思想和标志使用的一组松散的法律规则的总称。这组松散的法律规则在经济和文化上日趋重要，但是，难以对其进行逻辑上的抽象提炼。因此，从权利的角度而言，知识产权是智力成果的创造人或工商业活动中的标记所有人依法所享有的权利的统称。这种观点在英美法国家比较流行。❶ 在我国知识产权理论界也颇呈主流观点。

（2）支配权说。该说的主要观点是，从知识产权的客体和内容可以归纳出一个逻辑化和体系化的权利群，所谓的知识产权可以被理解为直接支配智慧产品并享受其利益的权利。❷ 笔者亦持此观点。

知识产权系指实施创造性劳动之人对其创造的知识产品享有的直接支配和获取利益的权利。对该涵义可以从如下几点理解：

（1）知识产权的原始主体是从事创造性劳动的人。在这里，所谓的“人”，通常是指自然人，即基于自然规律出生的、有血有肉的、两足直立行走的、具有高度抽象思维能力的高级哺乳动物；所谓“创造性劳动”，通常是指具有创造性的智力劳动。但是，应当注意的是，随着社会经济的发展，创造性劳动的主体范围发生了一些变化。创造性劳动的主体不再局限于直接从事智力劳动的自然人，那些借助于自然人的创造生理能力而在创造性劳动中体现自己整体意志的团体，也开始被视为创造性劳动的主体。这意味着知识产权的初始性权利主体不仅包括自然人，也包括法人和不具备法人资格的其他社会组织。虽然这些法人或者其他社会组织并没有生理思维能力，但是，由于在创造性劳动过程中，法人或者其他社会组织的整体意志直接影响甚至决定了从事智力活动的自然人的思维内容，故而将法人或者其他社会组织亦看作是知识产权原始主体的一部分。当然，虽然我国著作权立法已经确认了这个观点，但是，不应当回避的是，有关没有生理基础的法人和其他社会组织能否成为知识产权的原始性主体，依然是我国法学界正在探讨的一个问题。

（2）知识产权的客体是创造性活动所产生的非物质性产品，即知识产品，其表现为文学艺术作品、科学技术发明、商标等。对知识产品建构理论，有学者提出了“信号学说”，颇有启发。根据该理论，知识产品是以其负载的信号刺激人们的感官，引起心理活动，满足审美、情感以及识别等方面的心理需要

❶ ［美］威廉·费歇尔著、黄海峰译：《知识产权的理论》，载刘春田主编《知识产权评论》（第一卷），商务印书馆 2002 年版，第 1 页；刘春田著《简论知识产权》，载《知识产权研究》（第一卷），中国方正出版社 1996 年 12 月版，第 47 页 郑成思著：《知识产权法》，法律出版社 1997 年版，第 8 页；《知识产权研究》（第二卷）中国方正出版社 1996 年 12 月版，第 7 页。

❷ 张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 457 页。

的。[1] 也就是说，知识产品是负载一定信息的信号集合体。该信息具有完全不同于有体物的特点。知识产权客体的特性决定了知识产权的一系列特征。

(3) 知识产权的内容体现为对知识产品的直接支配和获取利益。所谓“直接支配”，是主体对知识产品享有的依自己意志进行的归属性控制、使用与处分行为；所谓“获取利益”，是主体依自己意志对知识产品进行使用、处分时有权获得的经济对价，在这一点上，它十分类似于物权。

二、知识产权的法律特征

(一) 民事权利性

这是知识产权所具有的十分重要的特征。知识产权在其法律属性上，是民事权利的一部分。民事权利是自然人、法人和其他社会组织享有的实现其特定利益并排除他人干涉与侵害的行为范围。民事权利是民事主体在这个世界上得以生存的基本权利之一部分，它涉及人的人格、尊严、名誉、财产等重要方面。在已经存续了两千余年的罗马法中，早已将这些权利归纳为涉及私人利益的基本权利，称之为“私权”。尽管知识产权的出现较民法中的债权、物权要相对晚了许多年，但是，由于知识产权涉及知识产品创造者的人格利益和财产利益，因而依然具备知识产品创作者的基本权利属性，依然属于民事权利的一部分。特别值得一提的是，近现代民事权利中的人格权研究，实际上是发端于著作人格权研究。1853 年，德国学者 Blutschli 在研究著作权的过程中提出了相当完整的人格权思想，他认为“著作物乃是从个人的个性所生，故著作权应常归属于著作人以之为出发”，他从著作权与著作人格权本质上的关联性出发，把著作权与物的所有权严格划分，并在将著作权与所有权划分开的基础上，“积极地推出著作权之人格权性质”的理论。[2] 在 1885 年，德国学者 Beseler 在其学说中，索性直接将著作权定义为人格权[3]。在我国《民法通则》中，同样将知识产权作为一种十分重要的私权加以规定，在“第五章民事权利”中，知识产权作为一个专节被加以规定。

(二) 法定性

知识产权的法定性系指知识产权的种类和内容均由法律直接给予规定，不允许当事人自由创设。它包括：一是在知识产权的权利类型上不允许当事人自由创设，如著作权、专利权、商标权、制止不正当竞争权等是由法律直接规

[1] 前揭书，同页。

[2] 刘得宽著：“论著作人格权”，载于《民法诸问题与新展望》，台湾版，第 271～272 页。

[3] 前揭书，第 272 页。

定，当事人不得自行约定知识产权的类型；二是在知识产权的权利内容上不允许当事人自行创设，如著作权中的人身权内容，法律直接规定了其包括的权利内容为署名权，作品修改权、发表权等。如果当事人约定了知识产权的权利内容，如著作权的永久出租权，因法律没有规定该权利，故不给予法律上的救济。从 1709 年英国安娜女王法开始，即给予作者和其他版权享有者以法律形式的许可，将行政色彩的特许以法律形式确定为权利。因而，从一开始即否定当事人以约定形式设定权利。在现代各国知识产权立法中，尽管没有明确说明知识产权的法定性，但是在立法内容中均体现了这个立法意图，例如：法国 1957 年的《文学、艺术产权法》、1985 年的《关于著作权和表演者、音像制品制作者、视听传播企业的权利的法律》；德国 1965 年的《著作权法》；意大利 1981 年修改的《著作权法》；日本 1987 年修改的《著作权法》；美国 1976 年修改的《版权法》以及我国 1991 年 6 月 1 日生效的《中华人民共和国著作权法》（以下简称《著作权法》）、《计算机软件保护条例》；德国 1986 年的《实用新型法》；日本的《实用新型法》；奥地利 1990 年的《外观设计保护法》；德国 1986 年修改的《外观设计创造权法》；匈牙利 1978 年的《匈牙利人民共和国主席团关于保护工业品外观设计的法令》、瑞士 1900 年的《工业外观设计法》；英国 1938 年的《商标法》；德国 1979 年修改的《商标法》；挪威 1973 年修改的《商标法》；瑞典 1970 年修改的《商标法》。❶ 上述法律均直接规定了知识

❶ 在著作权法领域：1957 年的《法国文学、艺术产权法》第 1 条、第 6 条、第 19 条、第 21 条、第 26 条；1985 年的《关于著作权和表演者、音像制品制作者、视听传播企业的权利的法律》第 17 条、第 18 条、第 19 条、第 31 条；1965 年的《德国著作权法》第 12 条至第 23 条、第 26 条、第 27 条、第 31 条、第 36 条、第 41 条、第 42 条；1981 年修改的《意大利著作权法》第 12 条至第 24 条，第二编有关唱片和类似录音制品的制作者、广播节目、表演者、舞台布景、摄影作品、工程设计图、作品名称、标题、外观和新闻报道的权利及保护问题，第 142 条、第 144 条；1987 年修改的《日本著作权法》第 18 条至第 28 条、第 91 条至第 100 条；1976 年修改的《美国版权法》明确规定了作者和其他版权所有者对自己享有版权的作品拥有五项专有权利：复制权、演绎作品权、发行权、公开表演权、公开陈列权。因美国法将人身权内容放入宪法保护，故在版权法中没有人身权的内容，但是对财产权的内容作出了明确的规定；1991 年 6 月 1 日生效的我国的《著作权法》第 10 条，《计算机软件保护条例》第 9 条。

在专利法领域：1986 年《德国实用新型法》第 4 条、第 6 条、第 12 条；《日本实用新型法》第 7 条（2）、第 17 条、第 18 条；1990 年的《奥地利外观设计保护法》第 5 条、第 8 条、第 10 条、第 19 条；1986 年修改的《德国外观设计创造权法》第 2 条、第 3 条、第 4 条、第 5 条、第 7 条（3）；1978 年的《匈牙利人民共和国主席团关于保护工业品外观设计的法令》第 2 条至第 4 条；1900 年的《瑞士联邦工业外观设计法》第 4 条、第 5 条。

在商标法领域：1938 年的《英国商标法》第 4 条、第 5 条；1979 年修改的《德国商标法》第 1 条、第 8 条；1973 年修改的《挪威商标法》第 1 条；1970 年修改的《瑞典商标法》第 1 条。

产权的类型和内容。知识产权的法定性与知识产权法律制度设立的目的密切相联。法律对知识产权给予一定的保护，体现了知识的价值及其商品属性，体现着法律给智力创造者以得到对价的机会，以便提高智力创造者的积极性。但同时，对知识产权的过分保护就是对社会的不公平，因为这将有碍于科技的发展，文化艺术的传播，阻碍着社会发展的步伐。故而，确立知识产权法律制度是力求在保护知识产品创造者的权益与满足社会需求之间寻求一个利益的平衡点。

（三）体系的非密封性

知识产权体系的非密封性系指知识产权的内容与类型不是一个封闭的体系，相反，在人类社会发展的进程中，过去尚未被人们认识到的新的知识产权的类型和内容被不断补充进去。不过，这种补充不是通过人们的约定而是通过法律的直接规定进行的。所以,各国在《著作权法》、《专利法》、《商标法》等知识产权立法的修订上，与其他法律相比较，其发生的频率相当高。

（四）人格利益与财产利益的融合性

在知识产权的内容中，既存在着创造性劳动主体的人格利益，又存在着创造性劳动主体的财产利益。从权利角度上，该人格利益和财产利益又被称之为“人格权”和“财产权”。在理论上，这种现象被称为“两权一体性”，与其他民事权利相比较，这是知识产权最突出的一个特点。知识产权因此而成为独立于民事人身权和民事财产权之外且与之并立的民事权利类型。知识产权的“两权一体性”源于知识产品的人格与财产的融合性。当人们对知识产品的财产利益实施支配时，其呈现为财产权。同时，知识产品又具有人格性的一面，故当人们对知识产品的人格利益实施支配时，也会形成人格权。由此，知识产权融人格权与财产权为一体。

（五）排他性

知识产权的排他性系指特定知识产品的创造者是初始性知识产权惟一的享有者，未经权利人的同意，则阻却一切后来者欲获得同一特定知识产品初始性权利并未经许可而利用该权利的任何可能。知识产权的这一特征取决于受法律保护的特定知识产品所具有的独一无二性。在人类社会的生产与生活中，存在着大量的知识产品，如存在着用于满足人类社会提高生活质量需求的作品、音像制品、广播和电视节目等，存在着用于满足人们提高生产效率的发明专利，存在着用于阻却混淆的商事标记等。并且这些知识产品可以被大量复制，可以被众多的人同时利用。但是其所传递的信息并不因为人们的消费行为而消失。人类社会并不需要重复产生同一特定的知识产品，为此，法律仅对特定的知识产品提供一次初始性保护，而知识产品的复制件并不享有知识产品的法律地

位。因此，特定知识产品的独一无二性产生了知识产权的排他性。如果从行为效果上看，知识产权具有排他性的同时也就获得了法定垄断的地位。因为凡未经知识产权初始性权利人的许可，任何他人均不得行使已经获得法律保护的知识产权。

（六）期限性

与一般民事权利相比较，知识产权的期限性十分明显。准确地讲，它具体体现为对知识产权中的财产权的期间限制。法律对知识产权中的财产权存续期间给予明确规定是各国立法的通例。在法定期间内，知识产权受到法律的保护。一旦法定期间届满，知识产权中体现财产利益的权利即告消灭，任何人对作品的自由的、正当的使用不被法律所禁止。

知识产权的财产权期限性体现着法律的公平精神：一方面给智力成果创造者以得到对价的机会，满足其生活和继续进行智力劳动的物质需求，以提高其从事创造性劳动的积极性；另一方面，可以满足社会对科技发展、文化艺术传播的需求。但是，知识产权中的人格权不存在期限性。

除上述知识产权特征外，在我国知识产权理论中，还有一个通说，即知识产权还具有地域性的特征。所谓地域性系指在法律规定的区域内，知识产权受到法律的保护，一旦超越了该区域，法律保护的效力消失。

如果分析这一特点产生的基础，可以理解为：知识产品系信息与信号的结合体，在利用知识产品的过程中，将面临着知识信息的无形性、易扩散性和难以控制性的局面，如果以地域为特点提供法律保护，可以使对知识产品的法律保护得以运作。同时，各国法律对知识产权的保护在保护对象、保护手段、保护期间、权利限制等方面均有所差异，这亦导致了不同国家对知识产权的保护不同，因而产生了不同地域的国度内法律对知识产权的确认与保护不同的感觉。但是，从法学理性上分析，地域性并不是知识产权独有的特征，而是一切国内法所共有的客观表征，因为任何国内法的适用范围均有地域性，均只能在制定该法律的国家内适用。当然，如果处于不同地域的各国共同参加了同一个国际公约或者地区性协约，则法律保护的地域限制对权利确认和保护产生的影响要相对小得多。

第二节　私权体系与知识产权

认识权利的性质、理解权利的价值、掌握权利的功能，均应当从体系上去把握，因为“体系的功能，在于运用和平的和可以理解的方式把孕育和养育它

需要全本请访问 www.ertongbook.com

的那个社会所肯认的正义，实现在人们的共同生活之中。”[1] 故从体系上认识知识产权同样有其重要意义。

一、私权体系中的知识产权

对知识产权的考察与认识，必须要在权利体系中进行，这样方可避免孤立地、片面地认识知识产权。因为，法律对权利的确认与保护，有着一个业经漫长时间检验的、基本符合公平与正义精神的、开放的体系，任何新产生的权利，均应当被置于该体系中，以获得最为充分的法律救济。

（一）私权体系概述

在西方传统的法与权利的理论中，两者之间不是对立的，相反，两者被以同一个词汇表达，这就是拉丁文的“JUS”。在公元前4世纪，古罗马人接受了古希腊人的哲学思想，同时又创造出“JUS”一词，赋予其丰富的理性内涵。拉丁文“JUS”一词，来源于“JUSTITIA”（正义），它的含义同时包括两个内容：法和权利。从法学理性上分析，这意味着法律的目的是为了确定和保护权利。在欧洲大陆国家的法学作品中，这种同一个词既表达为“法”，又表达为“权利”的现象，在理论上被称之为“客观上是法，主观上是权利”的现象。当“JUS”被理解为“法”时，它体现着“法是善良和公正的艺术”[2]，它“给每个人以应有权利的稳定而永恒的意志”，[3]，同时它告诉人们：“法的准则是：诚实生活，不害他人，各得其所”[4]。当“JUS”被理解为“权利”时，法律不仅确认人们享有一系列的权利，如所有权、债权等，而且强调“哪里有权利，哪里就要给予救济”（Vbi jus ibi remedium）。

“法”与“权利”用同一个词，其魅力在于它的理论内涵。欧洲大陆法系国家深受其影响，无论是法语、德语、意大利语、西班牙语、葡萄牙语还是俄语、波兰语和其他斯拉夫语等语言中，均是以同一个单词来表达“法”与“权利”。

私法是一个以权利为中心的规范体系。在该规范体系中，其核心是一个由一系列具体权利所构成的私权体系，私法正是围绕着私权体系而形成其规范体系的。

私权体系中包括人身权、物权、知识产权、债权。私权主体制度，私权发生、变更、消灭的根据（法律行为与代理），私权保护期间与方式等均是为私

[1] 张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社1991年版，第32～33页。

[2] D. 1. 1. 1PR。

[3] D. 1. 1. 10P。

[4] D, 1. 1. 10。

权的主导地位服务的。甚至于私法义务的设置，依然是为私权服务的。因为义务的设置是为实现权利服务的，不是为义务而权利，而是为权利而义务。因此，只有在一方主体享有权利的前提条件下，他方主体承担义务才是必要的；权利主体可以通过抛弃权利的方式来免除义务主体的义务，而义务主体则绝不可能通过免除自己的义务来消灭权利主体的权利。这说明，在权利与义务这个统一体内，是权利决定义务，而不是义务决定权利。❶

（二）知识产权在私权体系中的定位

如前所述，在私权体系中，知识产权被定位于其中。这完全取决于知识产权的私权性质。

但是如何定位，则有其演进过程。在20世纪二、三十年代以前，在一些大陆法系国家中，曾经把知识产权称为“无体财产权”，列入财产权之中，与物权、债权并列。❷ 而在英美法系国家，由于不认为知识产权具有人格利益，当然地将知识产权归属于法律保护的财产权中。

但是，随着社会经济的发展，随着人们对“知识”与“社会经济发展”之间密切关系的关注，在大陆法系国家中，“知识产权”一词的表达开始取代“无体财产权”一词的表达，而且无论是在大陆法系国家还是在英美法系国家，“知识产权”被从财产权中划分出来，与人格权、债权等权利并列，这种情形在世界知识产权组织成立之后表现得极为明显。

在学者的阐述中也可以看到这种现象，如日本学者穗积重远以作为私权内容的利益为标准，将私权分为人格权、物权、能权（得有权）、债权、亲族权、继承权、无体财产权、社员权，其中将物权、债权、无体财产权定性为财产权。德国民法学者拉仑兹也在“私权的各种类型”下面列举了人格权、具人身性的亲属权、对物支配权（物权）、无形财产权、债权、共同实施权（社员权）、形成权、无主物取得权、期待权、权利上的权利、反对权，其中物权、无形财产权、债权被认为是典型的财产权。❸

在一些国家的立法上，也反映了这个特点。如在法国，以法典形式制定的民商事立法，被分别冠名为《民法典》、《商法典》和《知识产权法典》。但是，这几个法典均被作为私法体系的内容。在意大利民法典的体系中，则包容了民、商、知识产权和劳动法的内容。

在我国民法的私权体系中，也将知识产权与财产权并列而置，整个的私权

❶ 江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社2000年版。第90页

❷ 谢怀拭：“论民事权利体系”，载《法学研究》1996年第二期，第68页。

❸ 前揭书，同页。

体系中包括人身权、物权、债权和知识产权。

虽然，由于立法体系有其自身的立法逻辑规则，我们不宜将立法体系直接作为私权体系，但是，立法体系是法学理论研究的成果之一，它从一个侧面告诉我们，知识产权与人格权、财产权均有不同。

二、知识产权的权利体系

在私权体系中，知识产权是该体系中的一个组成部分。同时，知识产权内部也存在着其本身的权利体系。

(一) 知识产权的权利体系构成

对于知识产权中的权利体系构成，各国的立法存在差异，但是在大的框架上基本相同。

在国际上，按照《建立世界知识产权组织公约》第 2 条第 8 项的规定，知识产权中的权利体系由下列内容构成：（1）与文学、艺术及科学作品有关的权利；(2) 与表演艺术家的表演活动、与录音制品及广播有关的权利；（3）与人类创造性活动的一切领域内的发明有关的权利；（4）与科学发现有关的权利；(5) 与工业品外观设计有关的权利；(6) 与商品商标、服务商标、商号及其他商业标记有关的权利；（7）与防止不正当竞争有关的权利；（8）一切其他来自于工业、科学及文学艺术领域的智力创作活动所产生的权利。

在我国，按照《民法通则》及其单行法的规定，知识产权中的权利体系，由著作权、专利权、商标权、发明权、发现权、其他科技成果权和竞争者正当竞争权等一系列权利所构成。

(二) 知识产权权利体系中的权利类型

在理论上，根据知识产权中的权利支配对象不同，将知识产权权利体系的权利内容划分为不同类型。

1. 著作权

著作权，系权利主体直接支配文学、艺术和科学作品并获取其利益的一种知识产权类型。它具体包括著作权本权和著作权之邻接权两个类别。

2. 工业产权

工业产权，系权利主体直接支配科技成果和经济管理成果并获取其利益的一种知识产权类型。工业产权的范围比较宽，主要包括：专利权、商标权、服务标记权、厂商名称权、货源标记权和正当竞争权。在这些工业产权中，值得注意的是竞争者的正当竞争权，它系指市场参与者直接支配其法律不禁止的智慧性商机投入并享受其利益的权利。在现代社会经济生活中，在不违背法律的禁止性规范的前提下，商机是一种十分重要的可用资源，谁抓住了商机，谁就可以抢先占领市场，谁占领了市场，谁就可以获得巨大的经济利益。因此，当

从事民商事活动的主体为商机的获得需要投入具有创造性的劳动时，却往往面临着其他竞争者的不正当的竞争，这将会使该主体应当得到的“机会投入”利益遭受巨大威胁。因此，法律需要对参与市场竞争的自然人、法人和其他主体因其机会投入所享有的利益给予保护，保护方式表现为给予参与市场竞争的主体以制止、排除不正当竞争行为以及主张赔偿的权利。这些权利在《保护工业产权巴黎公约》以及我国的《反不正当竞争法》中均有体现。竞争者的正当竞争权是因其对竞争机会的投入所产生的劳动成果享有的权利，不属于强调前所未有性的专利权，其核心是对机会投入及其利益进行支配的权利，是得以对其他竞争者实施的不正当竞争行为进行抗辩和提出禁止性请求的权利。故在法学理论和立法上，该权利又被称为“禁止不正当竞争的权利”。

三、知识产权与我国民法典

在我国计划起草一部 21 世纪民法典之后，关于知识产权与我国民法典的关系，在学术界一直是个颇有争议的问题。主要有两种观点。

（一）“知识产权独立于民法典”的观点[1]

该观点以法国民法典、德国民法典作为范式法典，并以此为参照系，认为知识产权制度不宜放置于民法典中。其主要理由如下：

从近代民法典分析，作为近代范式民法典的法国民法与德国民法，其编纂活动分别完成于 19 世纪初叶与末期，民法典体系取材于罗马法的《法学阶梯》或《学说汇编》。但是，这些国家的知识产权早在民法典编纂之前大体就绪。专利法、商标法、著作权法等法律规范都是以单行立法的形式出现，没有将各个法律进行整合而编入民法典。这是因为无形财产具有不同于有形财产的性质，故无形财产不能与有形财产置于同一法律体系而只能置于一系列独立的、不同的体系，且无形财产存在于一定期间内。此外，由于民事立法技术的原因，近代立法者也并未像构建物权体系那样，将专利权、著作权、商标权整合成一个概括的、统一的知识产权体系。总之，在近代范式民法典中，知识产权由于难以在传统的体系中与物质化的财产相融，加之立法技术的不能，知识财产终究未能以体系化的权利制度出现在近代社会的范式民法典中。

从现代法典分析，虽然 20 世纪以来知识产权制度有了长足的发展，基本规范不断完善，保护范围不断扩大，一体化、现代化的趋势日益明显，有一些大陆法系国家尝试将知识产权制度纳入本国的民法典，并在 90 年代兴起的第二次民法典编纂运动中形成高潮。例如意大利民法典、荷兰民法典、俄罗斯民

[1] 吴汉东：“知识产权制度不宜编入我国民法典”，载于《中国民商法律网》2002 年 9 月 29 日。

法典等 20 世纪以来的有代表性的民法典，以不同的体例和方式规定了知识产权编。但是，由于知识产权的自身特性和立法技术的诸多困难，民法典难以将知识产权融入其体系之中。如果是从各类知识产权抽象出共同适用规则和若干重要制度规定在民法典中，但同时保留各专门法，这种方式在一定程度上保留了私权立法的纯洁性与形式美，但其实质意义不大，且在适用中多有不便。

此外，还有学者认为，一方面，将知识产权放置于民法典中，世界上对此没有成功的经验，并且知识产权本身已经比较完善，比较成体系了；另一方面，特别是工业产权部分，都是靠行政授予才获得的民事权利，这是它特殊的地方，如果把知识产权放进民法典，就非有一大批行政程序条款进入民法典里不可，这就不成为民法典了。❶

(=) “知识产权放置于民法典”的观点

该观点立足于知识产权是私权的理论基础，认为以知识产权法有其特殊性而拒绝承认它是民法一部分的观点是不能成立的。因为民法中的任何一部分内容均有自己的特殊性，但是在有特殊性的同时又存在着民法性质的共性。鉴于此，应当将知识产权放置于民法典中。

持这种观点的学者比较多。笔者也是持此观点。但是，持此观点的学者在立法技术上有分歧。有学者建议将现有的已经颁行的知识产权法的内容放置于民法典中。也有学者建议应当在民法典中对知识产权的一般性问题进行规定，但是，比较细致的内容由单行法加以规范。笔者认为：第一个建议有一个严重的弊端，即在立法技术的处理上具有不可操作性，因为现在已经颁行的知识产权的单行法比较多，全部放置于民法典中只能导致民法典内部体系的混乱。

笔者是第二种建议的呼吁者之一。主要理由如下：

首先，我们应当对“法典”有一个基本理解。“法典”一词被作为法律术语进行广泛使用是在罗马社会，被当时的人们以拉丁文表达为“CODEX”，其功能是将历代皇帝发布的敕令、批复等汇集在一起。这种汇集性的“法典”对法国法的影响很大。直至德国民法典，这种情况方改观，“CODEX’，不再是汇集性的，而是在法典内部有着严密的立法逻辑。当然，由于当时德国法学理论界对是否制定民法典以及如何制定民法典争议很大，同时，知识产权在当时正处于初始状态，被认为传统民法足以包容。德国学者认为：从立法技术角度而言，在民法典之外的私法被称之为“特别私法”，如商法、经济法、劳动法、知识产权法等。但是，特别私法与民法系同一个完整体系，特别私法本身没有

❶ 郑成思在中国政法大学民商经济法学院举办的《民法典论坛》上的发言，载于 2002 年 12 月 13 日的《法学时评网》.

独立于民法之外的可能，因为特别私法没有自成一体的规则，而且最为主要的原因是将特别私法与民法之间划界缺少一种必要的、体系上的理由。这些特别私法的一些内容没有纳入民法典，完全系历史原因所导致。[1]

在另外一些法典化国家所制定的20世纪民法典内，根据对私权体系的认识，对民法典体系的思考，以及对处于发展中的知识产权的认识，将知识产权放置于民法典中，如1942年的《意大利民法典》、1992年的《荷兰民法典》。[2]

笔者认为，一个国家的民法典的制定，必然反映着该国自己的经济的、文化的、法律的背景。其他国家将知识产权放置于民法典，并不当然导致我们国家的民法典也必须要这样做。反之亦然。其他国家民法典没有将知识产权放置于民法典中，也并不当然导致我们国家的民法典同样不能包括知识产权的内容。最关键的问题是我们自己对知识产权与民法典之间的关系的认识。

其次，我们应当从权利体系上去思考问题。既然我们从私权权利体系上无法将知识产权排除于私权体系之外，那么就应当考虑知识产权必须以某种形式被昭示于世。它是私权之一部分，对知识产权的法律保护，首先是私法的使命，至于刑事责任、行政责任的追究，均必须以知识产权这一私权遭到侵害为前提。

最后，在确定知识产权同样也系民法典应当有的内容这一重要前提下，可以根据民法典的立法技术特点做出安排。也就是说，根据民法典的逻辑和体系，将知识产权的一般规则放置于民法典内，将对知识产权给予详细规制的单行立法内容依然独立于民法典之外，形成民法典与单行法并存之状。

总之，知识产权与民法典有着血水相溶的关系，虽然由于社会经济发展和立法技术的局限性，使得不少法典化国家的立法存在着一个现象，即充满新的法律规范内容的知识产权立法游离于民法典之外。但是，在我国欲制定的21世纪的民法典中，我们应当根据民法典、私权体系与立法逻辑之间的关系，做出我们中华民族自己的判断。

第三节　知识产权的制度价值

一、法律的历史责任

一项法律制度的出现，体现着法律的追求与目的。意大利著名法学家贝卡

[1] 迪特尔·梅迪库斯著，邵建东译：《德国民法总论》，法律出版社2000年版，第16页。

[2] 谢怀拭著：《外国民商法精要》，法律出版社2002年版，第87页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com