

创新思维法学教材

Legal Textbooks of Creative Thinking



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

The Original Theory and Cases of
Intellectual Property Law

知识产权法原论与案例

邓社民 ▶ 编著



创新思维法学教材
Legal Textbooks of Creative Thinking

知识产权法原论与案例

The Original Theory and Cases of Intellectual Property Law

邓社民 编著



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

知识产权法原论与案例/邓社民编著. —武汉:武汉大学出版社,2019.4
创新思维法学教材
ISBN 978-7-307-20535-2

I.知… II.邓… III. 知识产权法—中国—高等学校—教材
IV.D923.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 211147 号

责任编辑:田红恩

责任校对:李孟潇

版式设计:汪冰滢

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮箱:cbs22@whu.edu.cn 网址:www.wdp.com.cn)

印刷:北京虎彩文化传播有限公司

开本:787×1092 1/16 印张:25 字数:593千字 插页:1

版次:2019年4月第1版 2019年4月第1次印刷

ISBN 978-7-307-20535-2 定价:58.00元

版权所有,不得翻印;凡购买我社的图书,如有质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

第一版序言

根据我国民法典编纂“两步走”的思路，已经颁布的《中华人民共和国民法总则》，在第123条规定了知识产权的概念和范围，实现了知识产权纳入我国民法典编纂的第一步。但在民法典编纂的第二步中，目前只考虑物权编、合同编、继承编、婚姻家庭编和侵权责任编独立成编，而对于知识产权是否作为民法典独立的一编，目前学界对此争论比较大。

我们认为，在全球化的今天，人类迎来了知识经济时代。数字和互联网技术催生了新的业态和新的财产类型，需要知识产权法规制，更需要民法予以回应。因为，在知识经济时代，经济发展方式的重点由物的制造，转向以知识产权客体的创造和服务为主的高附加值的生产方式，物仅是知识产权客体的载体，知识产权客体的创造已经成为世界经济发展的主要目标和发展模式。创新驱动发展是我国现阶段和今后长时期的战略目标。知识产权法是保护创新、激励人们将其创新成果转化为社会财富，为创新驱动发展保驾护航的法律制度。习近平说：“回顾近代以来世界发展历程，可以清楚看到，一个国家和民族的创新能力，从根本上影响甚至决定国家和民族前途命运。”^①

中国特色社会主义“五位一体”总体布局、“四个全面”、“四个自信”和新发展理念为知识产权法独立成编提供了理论指导。党的十八大和三中、四中、五中全会的召开吹响了中华民族伟大复兴长征路的号角，提出了坚持和发展中国特色社会主义的“五位一体”总体布局、“四个全面”战略布局和“创新发展、协调发展、绿色发展、开放发展、共享发展”的新发展理念以及推进国家治理体系和治理能力现代化的举措，为我国在新的历史条件下走好新的长征路绘制了宏伟的法治蓝图。2016年11月4日中共中央国务院发布的《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》提出产权制度是社会主义市场经济的基石，要求推进产权保护法治化，加快推进民法典编纂工作，全面保护物权、债权、股权和知识产权及其他各种无形财产权。特别是将加大知识产权保护单独作为一条进行规定，提出加强知识产权保护的立法、司法和行政执法等具体措施。这说明我们党和国家将产权保护，尤其是知识产权保护提到了一个新的历史高度，要求以民法典编纂为契机，加强各种财产权保护，特别是知识产权的保护。因为民法典是市场经济的基本法，是民事领域法律规范系统化、体系化的完美形态，也是推进国家治理体系和治理能力现代化的基础性法律。因此，在民法典分则的编纂中抓紧编纂知识产权编，既是民法典编纂肩负的历史使命，也是我国建设创新型国家目标的要求。

^① 习近平：《在省部级主要领导干部学习贯彻党的十八届五中全会精神专题研讨班上的讲话》，2016年1月18日。中国网，http://www.china.com.cn/cppcc/2015-10/30/content_36932828.htm。2017年4月13日访问。

在当今世界民法典编纂运动中，独联体国家民法典编纂运动中，2003年独联体国家议会间大会通过的《独联体国家示范民法典》、2006年通过的《俄罗斯民法典》将知识产权作为民法典独立的一编或者一部分，并废除了知识产权法单行法。随后，独联体国家的白俄罗斯、哈萨克斯坦、塔吉克斯坦、土库曼斯坦、吉尔吉斯斯坦、乌兹别克斯坦、亚美尼亚、乌克兰分别在2003年至2016年间制定和修改其民法典时，不仅在总则中规定了知识产权，而且编纂了独立的知识产权编，有些国家废除了知识产权单行法。特别是2003年颁布2016年修改的《乌克兰民法典》第四部分知识产权编不仅规定了一般规定，还规定了包括著作权、专利权和商标权等知识产权专有权，并在第五部分债的种类中专门规定了知识产权合同，使知识产权与民法典完全融合，对我国编纂知识产权编提供了有益的立法经验。

因此，我国民法典编纂应适应时代发展的要求，将知识产权独立成编，将知识产权单行法中私权规范纳入民法典。知识产权编应分为一般规定和知识产权专有权。一般规定主要规定知识产权一般规则，知识产权专有权部分主要规定著作权，包括著作权与邻接权、计算机程序、数据库和民间文学艺术；专利权，包括专利权、商业秘密、集成电路布图设计权、植物新品种权；商业标识权，包括商号、商标、地理标志和域名等。另外，整合现行合同法中的技术合同在合同编专章规定知识产权合同；在继承编规定知识产权的继承和继受；在侵权责任编，专章规定知识产权侵权责任；在涉外民事法律适用编，专章规定涉外知识产权纠纷案件的管辖和准据法的适用。将知识产权各单行法中的程序性和管理性规范作为单行法另行规定。

基于此立法构想，本书突破了以往知识产权法教材的体例，创新性地提出了五编制的新体系。本书共包括五部分：(1)知识产权本体论，主要讨论知识产权的概念、特征和范围、知识产权取得制度、知识产权的限制制度、知识产权变动制度、知识产权代理制度、知识产权时效制度和知识产权保护制度等；(2)知识产权专有权论，主要讨论著作权、专利权和商标权的取得、权利内容和权利限制；(3)知识产权合同论，主要讨论知识产权的实现或者行使，包括著作权合同、专利权合同、商业标识权合同和知识产权质押合同等；(4)知识产权继承和继受论，主要讨论知识产权的继承和因企业分立、合并等的继受问题；(5)知识产权侵权责任论，主要讨论著作权、专利权和商业标识权侵权责任问题。

邓社民

2017年11月12日于新疆大学博士后公寓2号楼2单元402

前言

2017年3月15日第十二届全国人民代表大会第五次会议通过了《中华人民共和国民法典总则》(以下简称《民法总则》),其中第123条规定了知识产权的概念和范围,将其作为民事权利纳入了民法典,实现了我国知识产权入典的第一步,^①为我国民法典编纂中知识产权是否入典以及以何种方式入典的学术争论暂时画上了句号。但在民法典分则的编纂中,目前物权编、合同编、继承编、婚姻家庭编和侵权责任编按照立法规划正在紧锣密鼓地进行着编纂,而是否编纂知识产权分则,如何编纂知识产权分则编,目前还存在着争论,需要进一步探讨。因此,本书建议在我国民法典分则编纂中,应当编纂知识产权分则,使知识产权独立成编并完全融入民法典,使我国民法典编纂能够突出中国特色、反映时代特征,制定具有世界水准的民法典,以引领世界民法典编纂的潮流。

一、我国民法典分则编纂中知识产权立法的必要性

第一,在知识经济条件下,知识产权已成为重要的社会财富之一。“如果从财富标志的历史变化来看,财富的象征在人类社会发展的不同阶段也发生着改变。在奴隶社会,奴隶是社会财富的象征;在封建社会,土地是社会财富的象征;在资本主义社会,资本是社会财富的象征;在知识经济时代,知识产权是社会财富的象征或重要资源。”^②在知识经济时代,经济发展方式的重点由物的制造,转向以知识产权创造和服务为主的高附加值的生产方式,物仅是知识产权的载体,知识产权创造已经成为世界经济发展的主要目标和发展模式。创新驱动发展是我国现阶段和今后长时期的战略目标,将知识产权纳入民法典是我国建设创新型国家目标的要求。目前我国经济发展正在由资源消耗型、劳动力密集型经济形态向着创新型经济形态转变,法律规制的重点也应当由物、行为向知识财产倾斜,以反映财产形态的变化,民法典编纂也应适应经济形态的发展变化,重点关注知识产权在民法

^① 根据2016年7月5日全国人大常委会法律工作委员会公布的《关于中华人民共和国民法总则(草案)》的说明,其中提到民法典将由总则编和分则编组成,分则目前考虑分为合同编、物权编、侵权责任编、婚姻家庭编和继承编等。同时,提出了民法典编纂“两步走”的思路,即首先编纂民法总则编,经过深入研究,报请全国人大常委会审议,力争于2017年3月召开的十二届全国人大第五次会议审议并通过;第二步,分组编纂各分则编,并于2018年上半年全部提请全国人大常委会分阶段审议,力争于2020年3月由全国人民代表大会会议审议,制定出一部具有中国特色的民法典。参见关于《中华人民共和国民法总则(草案)》的说明,中国人大网, http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rljw/2016-07/05/content_1993422.htm。2016年7月5日访问。

^② 邓社民:《知识产权服务业发展支撑体系研究》,中国社会科学出版社2014年版,第1页。

典中的立法设计。^①我国民法典编纂处于知识经济时代,不同于《法国民法典》和《德国民法典》以物权和债权二元结构体系为重点所处的自然经济和工业经济时代。因此,我国民法典的编纂应该适应时代发展的潮流,对知识产权作出回应是其肩负的历史使命。

第二,现代财产的非物质化,使知识产权跃升为重要的财产。现代财产概念的发展,财产不再只是支配物的权利,而是支配有价值的利益的权利。财产的非物质化,使财产法的适用范围不断拓宽,任何有价值的利益都可能成为财产权的潜在对象。非物质性客体不是物,而是具有附加值的发明创造、作品和商业标识,而支配这些非物质客体的权利就成为新的财产权——知识产权,并受到一定的限制。^②但物权法的客体——物是法国民法典和德国民法典立法时的重要生活资源,随着社会发展,人类通过创新,创造出许多重要生活资源,而对于这些新的生活资源,民法典并未作出及时的回应。因此,民法典应对知识产权的客体——非物质性财产予以反映,因为知识产权是近代以来人们不断创新并逐渐获得重视的生活资源。^③而知识产权法的调整对象正是非物质的知识财产,在民法典编纂时,吸纳重要的新型财产,整合财产权体系或者补漏财产的新类型是知识经济条件下的必然要求。所以,我国民法典编纂应转变财产观念,编纂知识产权分则编,使知识产权具有与物权、债权、继承权同样的法律地位,将知识产权完全融入民法典,并分散规定在民法典各分则编中,打造具有世界水准的民法典。

第三,知识产权独立成编并融入民法典是知识产权回归民法的理性选择。知识产权是民事主体通过事实行为创作或创造的民事权利,并不是知识产权行政管理部门授予的。知识产权之所以需要向相关行政管理部门申请核准或登记,主要是因为知识产权客体的非物质性,不能通过交付发生权利变动,不能通过占有公示,为了确定知识产权的归属和保障交易安全只能通过行政管理部门予以确认。知识产权法作为补充型特别民法,“不违反民法典的价值取向与基本原则……虽然经常涉及国家权力,但国家只是提供行政服务,并不干预私人关系,如不动产登记其实是国家的信用背书,目的是降低交易成本与风险。市场自发调节的功能再好,国家也始终是市场的伙伴,它至少要持续提供货币和信用,解决交易纠纷,甚至还要培育有德性的公民,以减少市场中的机会主义与背德行为”。^④因此,知识产权独立成编并融入民法典,与物权、债权并列,不仅可以突出知识产权的私权属性,更重要的是防止知识产权公权化。知识产权确权程序因行政机关的介入,把知识产权登记或注册视为行政授权,导致知识产权的私权属性被淡化。并且我国行政主管部门一直主导知识产权立法,其借此扩大公权力,一直为人诟病。知识产权行政执法更是被作为中国特色宣扬,更加剧了知识产权公权化。如果在民法典中设立知识产权编,不仅可以彰显知识产权的民事权利属性,而且在整合民事权利救济时,剔除与民事权利本性不合的知识

^① 参见李琛:《论中国民法典设立知识产权编的必要性》,载《苏州大学学报(法学版)》2015年第4期。

^② 参见[美]肯尼斯·万德威尔德:《十九世纪的新财产:现代财产概念的发展》,王战强译,载《经济社会体制比较》1995年第1期。

^③ 参见曾世雄:《民法总则之现代与未来》,中国政法大学出版社2001年版,第134页。

^④ 谢鸿飞:《民法典与特别民法关系的建构》,载《中国社会科学》2013年第2期。

产权救济方式,以便约束公权力的任意扩张,还原知识产权的私权本性。^①

二、我国民法典分则编纂中知识产权立法的学说及其评价

《民法总则》颁布后,在民法典分则的编纂中关于知识产权立法的问题,目前学术界有三种观点:

一是否定说,该观点基于知识产权的特殊性和自成体系以及多变的特点;传统民法理论无法适用于新型财产权;将知识产权纳入民法典,将会使民法理论体系面临全面解体的危险等,认为不应设知识产权编,只在《民法总则》中概括规定知识产权,保留知识产权单行法,或者在民法典之外另行制定知识产权法典,作为民法典的特别法。^②

否定说过于夸大知识产权的特殊性和多变性以及体系的自洽性,忽视了知识产权与物权、债权等私权的共性以及现行知识产权之间、知识产权与民事权利之间的冲突:(1)物权、债权和继承权作为基本的民事权利在民法典分则独立成编是因为其权利对象的不同。知识产权私权属性已经成为国际社会的共识,作为私权的知识产权特殊性是其对象的非物质性,与物权和债权的对象有很大的差异,当然可以在民法典分则中独立成编,并不会影响民法典的逻辑体系。(2)知识产权法的多变性并不是影响民法典稳定性的主要因素。法典的稳定性只是相对于多变的现实生活而言的,并不是一劳永逸的。任何法典都必须反映不断发展变化的社会现实,随着社会生活的变化而变化,否则就不能适应社会生活,变成僵化的教条,阻碍社会的发展。而且,现今在互联网+时代,社会生活快速地发展变化,需要民法典不断修改以适应社会发展的现实。任何以民法典的稳定性为由否定知识产权独立成编实际上无视时代发展的潮流和我国民法单行法不断被修改的现实。同时,“多变”的其实是知识产权的具体规则而非其“私权本质”。^③(3)知识产权法的内容并非自成一

① 参见李琛:《论中国民法典设立知识产权编的必要性》,载《苏州大学学报(法学版)》2015年第4期。

② 参见费安铃:《论我国民法典编纂活动中的四个关系》,载《法制与社会发展》2015年第5期;张玉敏:《论我国民法典设置知识产权编的理由及基本构想——以概括式立法为目标方式》,载《甘肃社会科学》2005年第5期;马俊驹、梅夏英:《我国未来民法典中设置财产权总则编的理由和基本构想》,载《中国法学》2004年第4期;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;徐国栋主编:《中国民法典起草思路论战——世界民法典编纂史上的第四次大论战》,中国政法大学出版社2001年版,第105~133页;齐爱民:《论知识产权法的性质和立法方式》,载《社会科学家》2006年第5期;王崇敏、张丽娜:《论我国民法典总则中的知识产权保护规则》,载《吉林大学社会科学学报》2008年第3期;杨代雄:《我国未来民法典中知识产权规范的立法方式》,载《上海商学院学报》2012年第4期;滕锐、罗婷:《知识产权与民法典关系的思考》,载《科技与法律》2005年第3期;浩然、麻锐:《知识产权的结构与我国民法典立法体例结构》,载《河南社会科学》2014年第5期;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3期;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13页;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;胡开忠:《知识产权法典化的现实与我国未来的立法选择》,载《法学》2003年第2期;袁真富:《知识产权法不宜编入我国民法典》,载《法制日报》2002年10月31日。

③ 参见朱谢群:《也论民法典与知识产权》,载《知识产权》2015年第1期。

体,而是存在着权利冲突。在知识产权法中始终存在着知识产权之间以及知识产权与其他民事权利的冲突,如著作权法中第48条第八项分明是侵犯姓名权,而在《著作权法》中被规定为侵犯署名权;商号作为企业的个性化标志,本来属于广义商标法的范畴,而在民商法理论中将其作为法人人格权讨论;著作权法中将出版者与著作权人的出版合同行为作为邻接权规定,有违反合同相对性原则之嫌等。同时,在知识产权法及其司法解释中还有着相似规则的重复、分散和遗漏。如商标临时措施有诉前停止侵害和诉前证据保全;^①专利权临时措施只规定了诉前停止侵害,没有规定证据保全;^②而在著作权方面根本就没有颁布有关诉前临时措施的司法解释。(4)传统民法中有关适用于物权和债权的概念和原则完全可以适用于知识产权,知识产权独立成编不可能使民法体系面临全面解体的危险。因为知识产权的私权属性决定了其法律体系也是通过民法学基本概念和原理,诸如人、法律行为、债权、请求权等建立的。但与物权的客体——物不同,知识产权客体——知识财产的非物质性只是决定了知识产权变动不能像动产一样通过交付变动,通过占有公示或者不能进行事实处分而已。而不动产权利变动规则完全可以适用于知识产权,即登记或者公告后权利才发生变动。如专利权或者专利申请权与商标权的转让自登记或者公告之日发生变动,^③这完全符合物权法中不动产物权变动规则。由于我国《著作权法》没有规定著作权变动的规则,导致在实务中发生了一个著作权同时转让给两个受让人的现象^④。因此,知识产权独立成编不仅可以使知识产权权利变动遵循民法规范,还可以完善知识产权制度。(5)尽管物权—债权财产权制度结构,已成为近代民法典编纂的“范式”,但并不排斥知识产权成为民法典财产权制度中的一个独立部分。任何国家的立法都与国际发展环境和本国社会现实紧密联系,没有可以照搬的固定模式,只能作为参考,因为各国民法典编纂所处的时代背景和各自的国情不同。知识产权作为知识经济条件下重要的财产权,物的价值主要由知识产权构成,除不动产外,动产成为知识产权的载体,物的价值实质上是知识产权价值的外在表现而已,物权呈现出知识产权化倾向。现代民法典编纂回应财产的非物质化时代特征,是民事立法的进步和创新。因此,在我国民法典编纂过程中,立法者必须转变财产权观念,认识到知识产权已成为重要的财产权利,将知识产权作为民事权利独立成编,这既是立法创新的必然要求,也是对当今世界民法典编纂的超越。

二是提取公因式并保留单行法说,此说认为将知识产权与其他民事权利的共性部分提取,分散规定在民法典的相关制度中,使知识产权作为民事权利融入民法典。在没有公因式可提取之时,必须坚决维护知识产权自身的个性。朱谢群教授认为,在《民法总则》中

① 2002年1月22日施行的《最高人民法院关于诉前停止侵犯注册商标专用权行为和保全证据适用法律问题的解释》(法释〔2002〕年第2号)。

② 2001年6月5日公布的《最高人民法院关于对诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定》(法释〔2001〕20号)。

③ 我国现行《专利法》第10条第2款规定,转让专利申请权或者专利权的,当事人应当订立书面合同,并向国务院专利行政部门登记,由国务院专利行政部门予以公告。专利申请权或者专利权的转让自登记之日起生效。《商标法》第42条第3款规定,转让注册商标经核准后,予以公告。受让人自公告之日起享有商标专用权。

④ 参见北京市第一中级人民法院民事裁定书(2006)一中民终字第2500号。

直接给知识产权作出定义或者界定知识产权的外延,在诉讼时效制度中,明确规定知识产权有关请求权不适用诉讼时效;在人格权中规定著作人身权;在财产权编,设立物权和知识产权通则;在债权部分对知识产权许可合同予以规定,并对因知识产权而引起的无因管理、不当得利等债的原因进行规定;在继承编对自然人商标权的继承作出规定。^①其理由主要是独立成编式会在一定程度上影响民法典的体系构建,使之“难以消化”,而且也面临着如何与知识产权各单行法相互衔接的难题。

此观点主张不设知识产权编,“只在《民法总则》民事权利客体部分通过定义性条文确认识产权,并在民法典各部分规定知识产权的特殊规则等。这种模式立法技术简单,但难以集中体现知识产权的特殊性”。^②因为知识产权对象的非物质性决定了知识产权是一种专有权,而非所有权。专有权的客体不能被占有,也不能交付,只能通过法律行为方式确权 and 发生权利变动。因此,该观点提出在财产权编,设立物权和知识产权通则的观点,忽视了知识产权客体的非物质性与物权、债权的客体不同,难以提炼出它们的共性。但该观点提出的,在债权部分对知识产权许可合同予以规定,并对因知识产权而引起的无因管理、不当得利等债的原因进行规定;在继承编对自然人商标权的继承作出规定契合了我国民法立法的逻辑体系,值得肯定。

三是知识产权独立成编,即在民法典中设立知识产权编。但知识产权编规定什么内容,又有三种观点:一种观点认为,将知识产权法整体平移到民法典中,作为一个独立部分,并为知识产权特别法规定一个接口条款,废除知识产权单行法。苏永钦教授认为,基于体系逻辑,应当将知识产权法纳入民法典,而且应独立成编,因为知识产权是物权法定主义缓和^③之后唯一种类法定的财产权。民法典在设立财产权总则的前提下,应由八编构成。第一编财产法通则;第二编合同法;第三编知识产权法;第四编人法通则;第五编亲属法;第六编继承法;第七编侵权责任法;第八编涉外民事关系的法律适用。^④徐国栋教授起草的《绿色民法典草案》建议未来民法典设立人身关系法和财产关系法两编,在第二编财产关系法编下设立第四分编知识产权法。^⑤李琛教授认为,在民法典中设立知识产权编,并在立法技术上为知识产权部分设“特别法”接口条款,以便处理知识产权法的特殊问题。

另一种观点认为在民法典分则中设立知识产权编,规定知识产权私法规范,将行政法规规范保留在单行法中或者将知识产权一般规则或通则作为知识产权编的内容,在民法典之外保留知识产权单行法,实现知识产权作为私权的理性回归。谢鸿飞教授认为,“知识产

① 参见朱谢群:《也论民法典与知识产权》,载《知识产权》2015年第1期。

② 谢鸿飞:《民法典与特别民法关系的建构》,载《中国社会科学》2013年第2期。

③ 随着科技发展和社会经济的进步,登记因电子化成本大幅降低和登记制度的不断完善,物权法定主义逐渐成为市场交易的阻碍,如果物权可以因登记而自由创设,将会适应不断变化的社会发展趋势。

④ 参见苏永钦:《民法典的时代意义》,载《寻找新民法》,北京大学出版社2012年版,第25~26页。

⑤ 参见徐国栋:《民法典草案的基本结构——以民法的调整对象理论为中心》,载《法学研究》2000年第1期。

权的私权性质、重要性和普遍性,使其完全具有升堂入室的资格。设立知识产权编,纳入知识产权制度中的民事规范,如权利的种类、效力、取得及权利等,行政性规定则保留在各单行法中,这不伤害民法典的技术中立,又可保障民法典的地位,更为可取”。^① 吴汉东教授认为:“知识产权‘入典’成编是20世纪90年代以来民法法典化运动的‘历史坐标’。对当下中国而言,这是回应知识产权经济发展、完善民事权利体系、承继《民法通则》立法传统的制度需求。在立法模式上,民法典对知识产权宜采用‘点·面’结合模式,即在‘总则’中对知识产权做出一般性规定,实现知识产权与民法典‘总则’之间‘点’的结合;同时,选择知识产权规范的整体移植或是其中私法规范的一般链接作为知识产权编的‘面’的结合。上述立法活动存有技术障碍和观念障碍,其解决之道即是推动学术研究和发展和成熟,形塑全社会知识产权理念,以此作为法典化的学理基础和思想认识基础。”^② 易继明教授认为,“知识产权立法较多地属于授权性的技术性立法,在民法典设立知识产权编,并不会妨碍其他具体实施细则及技术性指南的颁布施行”。^③ 李雨峰教授认为,“在中国语境下,与‘特别立法’模式相比,‘法典化’具有一种比较优势,但它不具有现实性。比较说来,中国当前应当制定一部《知识产权法通则》”^④。安雪梅教授认为,“知识产权法典化的具体立法方案可以是在民法典中单设一单元,可以是单独一编,其位置应当在债权之后;也可以在民事权利部分单设一节。具体立法技术上,可以借鉴德国民法典‘提取公因式’的方式将知识产权制度的一般规则纳入民法典。这些一般规则主要包括知识产权的概念、范围、主体、客体、时效以及侵犯知识产权的归责原则等条款。至于在民法典之外,是仍然存在作为民法特别法的知识产权单行法还是将各单行法编纂为知识产权法典则是另外一个问题”。^⑤

第三种观点认为,在民法典分则中应设立财产权总则或通则,在财产权总则中规定知识产权、物权、债权的一般规则,民法典之外知识产权单行法作为民事特别法存在。马俊驹教授认为,“为了体现财产权制度的同一性,在财产权总则中除规定物权和债权外,也应规定知识产权或者其他无形财产的一般规则”。^⑥

关于知识产权独立成编的观点,认识到知识产权的私权属性和知识产权客体的非物质性特点,知识产权法是保障我国走可持续发展道路的重要法律依据,知识产权在民法典中不可或缺等,虽然科学合理,有一定的参考价值。但独立成编的知识产权是一般规定独立成编,并保留单行法,还是知识产权法整体平移独立成编,废除现行单行法,抑或只是将知识产权的私法规范独立成编,在民法典之外保留知识产权单行法,目前仍然存在着争论。如果将知识产权的一般规则独立成编,并保留知识产权单行法,这种独立成编只有宣

① 谢鸿飞:《民法典与特别民法关系的建构》,载《中国社会科学》2013年第2期。

② 吴汉东:《知识产权应在未来民法典中独立成编》,载《知识产权》2016年第12期;吴汉东:《民法法典化运动中的知识产权法》,载《中国法学》2016年第4期。

③ 易继明:《历史视域中的私法统一与民法典的未来》,载《中国社会科学》2014年第5期。

④ 李雨峰:《知识产权法典化论证质评》,载《现代法学》2005年第6期。

⑤ 安雪梅:《现代民法典对知识产权制度的接纳》,载《法学论坛》2009年第1期。

⑥ 参见马俊驹、梅夏英:《我国未来民法典中设置财产权总则编的理由和基本构想》,载《中国法学》2004年第4期。

示性,而没有裁判性,不符合民法典编纂的目的,法典化的目的之一是方便司法裁判者适用法律。如果将知识产权规范整体移植独立成编,并废除单行法,立法技术上简单方便,但这样的独立成编不能消除知识产权与其他民事权利之间的冲突,也会造成知识产权管理规范与民法典的私权规范不协调,并且知识产权编内容庞杂,影响民法典整体上的协调,达不到知识产权回归民法典的目的。如果将知识产权的私法规范独立成编,在民法典之外保留知识产权行政法规范单行法的话,是将知识产权私法规范一般规则独立成编,还是将知识产权所有权私法规范独立成编,目前还没有明确的立法建议方案。因此,关于我国民法典编纂中知识产权独立成编的问题还需要做进一步的研究。

三、我国民法典分则编纂中知识产权立法的理论基础和立法构想

(一) 民法典分则编纂中知识产权立法的理论基础

知识产权单行法游离于民法典的立法模式使知识产权法与民法典渐行渐远,同时,已为晚近民法典编纂所逐渐抛弃。因此,我们认为我国民法典编纂应该从我国实际出发,吸收域外知识产权立法的经验和教训,反映21世纪财产权发展趋势,采取独立成编加融合式立法,将知识产权融入民法典,并废弃知识产权单行法。这是我国民法典编纂的现实选择,也是对其他国家民法典的超越,使其成为21世纪民法典编纂的代表之作。

第一,根据2016年7月5日全国人大法工委提出的编纂民法典工作步骤,民法典总则已经概括规定了知识产权,目前民法典各分编——合同编、物权编、婚姻家庭编和继承编、侵权责任编正在紧锣密鼓地进行编纂,而唯独缺失了知识产权分编的编纂规划。在中国民法典编纂过程中,知识产权法独立成编是检验中国民法典是否符合时代精神、中国特色和世界水准的标志,也是我国加强产权保护迫切需要解决的重大理论和实践问题。

第二,我国民事立法的确权、权利实现、权利保护的具有东方智慧的独特民法逻辑体系为知识产权独立成编提供了本土立法资源。1986年的《民法通则》将民事责任从债法中独立出来,形成了我国民法确权、权利实现和权利保护的立法体系模式,是具有中国特色的制度创新和中国特有的民事立法思维方式。在《民法通则》中,除了规定民法总则中的主体、行为外,按照确权、权利的实现和权利的保护的逻辑顺序构建民法体系。首先规定所有权及与所有权有关权利,确认自然人和法人对物享有的权利,紧接着规定债权,通过债权实现物权的利益或者规范交易行为,保障交易安全,然后规定民事责任实现对物权和债权以及人身权的保护。特别是民事责任的独立,实现了民法更好地保护民事权利的目的。“民事责任问题,是《民法通则》中非常重要的内容,这也是我国民法典的独创。世界各国关于民事责任的规定,都是分散在各个章节里,没有一个国家把民事责任专门作为一章来规定。通过承担民事责任,使公民、法人受到侵犯的民事权利得到恢复或补偿,以此达到保护公民和法人合法民事权利的目的。如果光讲保护民事权利,没有民事责任。保护是空的。”^①

第三,《民法通则》将知识产权与物权、债权和人身权一体规定在民事权利章的制度

^① 顾昂然、王家福、江平等:《中华人民共和国民法通则讲座》,中国法制出版社2000年版,第40页。

创新和立法传统为民法典编纂中知识产权独立成编奠定了制度基础。1980年我国第三次^①启动民法起草工作，但因立法难度太大，只好在1986年制定了《民法通则》，其中第五章民事权利中第一节是财产所有权和与财产所有权有关的财产权，第二节是债权，第三节是知识产权，包括著作权、专利权、商标权和发现权。《民法通则》将知识产权与物权、债权和人身权并列，使知识产权与《民法通则》融为一体，是中国民法立法的创新。把知识产权“作为法律制度写入民法典中，中国是第一个，其他国家都没有把知识产权正式规定在民法典里。我国的《民法通则》第一次在民法这一基本法中规定了知识产权，这是《民法通则》具有中国特色的体现”。^②今天民法典的编纂当然要传承《民法通则》的立法传统，将知识产权独立成编并融入民法典中，突破大陆法系物权与债权二元结构，使知识产权与物权、债权并列作为财产权，传承我国民事立法的特色，顺应知识经济时代财产非物质化的时代特征，为大陆法系民事立法开创新的立法模式。

第四，知识产权独立成编已成为当今世界民法典编纂发展的潮流。从大陆法系民法典编纂历史来看，知识产权立法经历了单行法、单行法和知识产权法典并存，再到知识产权成为民法典独立的一部分或者一编发展的过程。19世纪以《法国民法典》和《德国民法典》为代表的第一次民法典编纂，因知识产权在财产中的地位并不突出，民法典编纂重点是规范以物为客体的法律关系，构建物权和债权二元体系，知识产权法以单行法形式存在。但随着技术的发展，知识产权法所规范的客体——非物质财产在社会财富中的比例不断上升，客体范围不断扩大，知识产权法体系化和现代化趋势日益受到重视。20世纪以来，第二次民法典编纂运动，出现了将知识产权法编入民法典的高潮。此时民法典编纂运动中的知识产权法立法模式，出现了概括式、分离式、独立成编式和融合式四种模式。1922年《苏俄民法典》和1964年《苏联民法典》、1942年《意大利民法典》、1992年《荷兰民法典》等大陆法系国家法典采取概括式立法模式，即在民法典总则中对知识产权进行原则性规定，保留知识产权单行法作为民法的特别法；1979年《斯里兰卡知识产权法典》、1992

① 自中华人民共和国成立以来，我国先后四次启动民法起草工作。第一次是1954宪法制定后，提出起草民法，但因反右中止。第二次是毛主席1962年指示制定刑法、民法，后因64年反四旧运动中中止。第三次是1980年全国人大常委会法制委员会民法起草小组出台了民法草案征求意见稿，经过修改，最终于1986年颁布了《民法通则》，《民法通则》在第五章第三节专门规定了知识产权。第四次是1997年中共十五大提出依法治国，2010年建成社会主义法律体系，全国人大着手起草民法典。先后形成了四个民法典草案，即2002年12月九届人大常委会第31次会议提出的汇编式草案——《中华人民共和国民法典草案》；梁慧星主导的社科院草案，建议中国民法典设七编：第一编总则、第二编物权、第三编债权总则、第四编合同、第五编侵权行为、第六编亲属、第七编继承；王利明主导的中国人民大学草案，以法律关系为中心构建民法典，包括总则、人格权、亲属法、继承法、物权、债权总则和合同法、侵权责任法等八编；厦门大学徐国栋起草的草案，即以法国式三编制（人、财产、财产的取得方法）为基础，以重要性为标准编纂民法典，第一编人身关系法：第一分编“自然人法”、第二分编亲属法、第三分编“法人法”、第四分编继承法，第二编财产关系法：第一分编物权法、第二分编债权法总则、第三分编各种合同、第四分编知识产权法。另外，在法典开头设一个序编，规定法律行为、代理、时效等。在法典后面设一个附编，规定国际私法。

② 顾昂然、王家福、江平等：《中华人民共和国民法通则讲座》，中国法制出版社2000年版，第194页。

年《法国知识产权法典》、1997年《菲律宾知识产权法典》和2005年《越南知识产权法典》等在民法典之外制定知识产权法典，将知识产权法与民法典完全分离；21世纪世界民法典编纂运动中知识产权基本上在民法典中作为独立的一编和一部分。2003年独联体国家议会间大会通过的《独联体国家示范民法典》^①、2006年《俄罗斯民法典》将知识产权作为民法典独立的一编或者一部分进行规定，废除了知识产权法单行法；特别是独联体国家（白俄罗斯、哈萨克斯坦、塔吉克斯坦、土库曼斯坦、吉尔吉斯斯坦、乌兹别克斯坦、亚美尼亚、乌克兰）分别在2003年至2016年间制定和修改其民法典时，不仅在总则中规定了知识产权，在分编中将知识产权作为其民法典的独立一部分或者独立的一编，大部分国家也废除了知识产权单行法，知识产权完全融入民法典之中。^②特别是2003年颁布2016年修改的《乌克兰民法典》将知识产权专有权作为其第四部分，并在第五部分债权中专门规定了知识产权合同，采取了独立成编加融合式立法模式。^③可见，随着知识产权在财产中的地位日益重要，世界民法典编纂运动中，知识产权回归民法典，并成为民法典分则中的独立一编已经成为当代民法典编纂的潮流，为我国知识产权分则编纂提供了有益的经验。

① 2003年6月16日独联体国家议会间第21次全体会议通过了示范民法典第四部分《示范民法典第五编知识产权》（№21-7决议）。http://iacis.ru/structure/komissii_mpa/. 2017年2月5日访问。

② 如《白俄罗斯民法典》1998年10月1日主席团通过，2016年1月5日修改，共1153条，由八编构成：第一编总则；第二编所有权和其他物权；第三编债权总则；第四编债的种类；第五编知识产权；第六编继承权；第七编国际私法；第八编最后条款。哈萨克斯坦《民法典》1994年12月27日颁布，2011年—2016年4月21日多次修改，共1124条，由总则（第一编总则；第二编所有权和其他物权；第三编债权）和分则（第四编债的种类；第五编知识产权；第六编继承权；第七编国际私法）七编构成。《塔吉克斯坦民法典》分为三部分七编，共1234条。第一部分1999年6月30日颁布，2016年7月23日修改，第一编总则、第二编所有权和其他物权、第三编债权；第二部分1999年12月11日颁布，2012年7月3日修改，第四编债的种类；第三部分2005年3月1日颁布，2012年7月3日修改，第五编知识产权、第六编继承权、第七编国际私法。《土库曼斯坦民法典》1998年7月17日颁布，2012年12月22日修改，由五部分构成：第一部分总则；第二部分物（财产）权；第三部分债权；第四部分知识产权；第五部分继承权。《乌克兰民法典》2003年1月16日颁布，2016年6月14日修改，共1308条，由六部分构成：第一部分总则；第二部分自然人的人身权；第三部分所有权和其他物权；第四部分知识产权；第五部分债权；第六部分继承权。《乌兹别克斯坦民法典》1995年12月21日颁布，2015年8月2日修改，共1199条，由两部分七编构成。第一部分（第一编总则；第二编所有权和其他物权；第三编债权）；第二部分（第四编债的种类；第五编知识产权；第六编继承权；第七编国际私法）。《吉尔吉斯斯坦民法典》1996年3月8日颁布，2016年7月23日修改，共1208条，由两部分七编构成。第一部分（第一编总则；第二编所有权和其他物权；第三编债法总则）；第二部分（第四编债的种类；第五编知识产权；第六编继承权；第七编国际私法）。《亚美尼亚民法典》1998年7月28日颁布，2015年12月3日修改，共1183条，由十二编构成。第一编总则；第二编人（民事权利主体）；第三编民事权利客体；第四编所有权和其他物权；第五编法律行为、代理、期限、诉讼时效；第六编债权总则；第七编合同之债；第八编单方行为之债；第九编损害之债；第十编知识产权；第十一编继承权；第十二编国际私法。

③ Гражданский кодекс Украины от 16 января 2003 года № 435-IV (с изменениями и дополнениями по состоянию на 18.02.2016 г.). 2003年1月16日颁布的《乌克兰民法典》，№ 435-IV，（2016年6月14日修改，№ 1414-VIII）。

第五,我国近年来知识产权纠纷案件井喷式增长的现实要求编纂知识产权编,统一司法裁判尺度。2016年,地方各级人民法院共新收和审结知识产权民事一审案件136534件和131813件,分别比2015年上升24.82%和30.09%。其中,新收专利案件12357件,同比上升6.46%;商标案件27185件,同比上升12.48%;著作权案件86989件,同比上升30.44%;技术合同案件2401件,同比上升62.23%;其他知识产权民事纠纷案件5316件,同比上升71.87%。全年共审结涉外知识产权民事一审案件1667件,同比上升25.62%;审结涉港澳台知识产权民事一审案件1130件,同比上升291.99%。^①

(二)我国民法典分则编纂中知识产权的立法构想

第一,知识产权独立成编并融入民法典是实现民法典编纂体系化、逻辑化的必然要求。法典化是大陆法系的传统,而法典化必须以体系化为表现形式,体系化不仅便于立法和法学教育功能的实现,而且便于帮助找法和法律适用。“被归类于知识产权的单行法,其权利的同构型(即同一范畴——笔者加注)明显高于商法,鉴于传统民法典在人身权、债权、物权等权利类型外,并无此类具有绝对效力的智慧财产权,将其共同规则纳入民法典应该是较为适当的体系化选择。”^②同时,现行知识产权单行法与民事基本法存在着诸多冲突和不合理的规定,导致司法者不得不在法律适用中不断出台各种司法解释,司法者既是裁判者又是立法者。因此,知识产权独立成编,有利于实现立法科学化和民法法源体系的重构,避免立法、司法解释的不协调乃至冲突。“中国民法典编纂所要实现的最主要愿景有两个:第一,经由民法典编纂,实现中国民事立法的科学化,消除既存民事立法中存在的冲突、不协调,废除不合理的规定,补充立法上的明显缺漏。第二,重构中国民法的法源体系,厘定立法与司法的边界,建立一个分工合理,规范有序的法律发展模式,抛弃目前存在的立法者与裁判者错位的现象,让最高法院回归其裁判者角色。”^③同时,民事权利独立成编的标准是其权利客体的不同。知识产权客体——非物质性知识财产与物权的客体——物,债权的客体——行为具有明显的区别,其独立成编符合民法典分则各编独立的标准。

第二,民法典的编纂应当继承德国潘德克顿体系,并扬弃其僵化的缺陷,接纳新的财产类型,使其具有开放性。我国民法典的编纂应传承《民法通则》的中国特色和传统,同时顺应现代社会中私法的扩张,克服德国潘德克顿体系的僵化,以《民法通则》作为民事基本法,在遵循大陆法系财产权二分法——物权和债权的前提下采取独立成编加融合式立法实现知识产权法典化,即将静态的知识产权等专有权规定在物权编后独立成编,将动态的知识产权流转规定在债法中,^④将知识产权继承规定在继承编中,将知识产权侵权规定在侵权责任法中,最终形成统一的、开放的、结构严谨的具有中国特色,反映时代精神和世界水准的中国民法典。

① 2016年中国法院知识产权司法保护状况,载《人民法院报》,2017年4月27日。

② 参见苏永钦:《民法典的时代意义》,载《寻找新民法》,北京大学出版社2012年版,第82页。

③ 薛军:《中国民法典编纂观念、愿景与思路》,载《中国法学》2015年第4期。

④ И. А. Зенин. Проблемы российского права интеллектуальной собственности(избранные труды). М.: Статут, 2015. с. 118-119.

第三,知识产权独立成编的构想。我国未来民法典应由总则、物权、知识产权、债权、继承权、侵权责任和涉外民事法律适用七编组成。在物权编后规定知识产权编,包括著作权、专利权和商业标识权等,将知识产权合同在合同法总则和分则中予以规定,在继承编规定知识产权的继承问题,将知识产权侵权责任规定在侵权责任编。这样的立法体例既符合我国重视知识产权的立法传统,又顺应了知识产权作为重要民事权利的时代发展潮流,也是对各国民法典的一个超越。“由于知识产权仍以智力成果的所有权为基础,应先透过《物权法》阐明财产权之一般规则,再规范知识产权为宜,特别是知识产权权利变动完全可以适用不动产权利变动规则。因此,《知识产权法》编置于《物权法》编之后是最佳选择。另外,在《物权法》编和《知识产权法》编界定产权之后,设以财产权流转为主要内容的《合同法》一编。”^①具体来说,知识产权法在未来民法典中应这样设计:第一编民法典总则对知识产权已有规定,不再赘述。第二编物权。第三编知识产权,分为两部分,即总则,包括权利属性、权利客体、权利的取得的类型、权利效力、禁止权利滥用等和分则,包括著作权与邻接权、计算机程序、数据库和民间文学艺术;专利权、集成电路布图设计权、植物新品种权;商业标识权,包括商号、商标、地理标志和域名等。第四编合同法,将知识产权合同作为专章规定,并与现行合同法中的技术转让合同整合。第五编继承法,在继承法中规定有关知识产权的继承。第六编侵权责任法,专章规定知识产权侵权行为及其责任。第七编涉外民事法律适用,专章规定涉外知识产权纠纷案件的管辖和准据法的适用。另外,将知识产权单行法中的确权审查程序性和管理性规范作为行政单行条例。民法典中只规定知识产权私权规范。

因此,本书按照上述构想,采取新的编排体例,以适应民法典知识产权编编纂的需要。本书将知识产权法原理分为知识产权本体论、知识产权专有权论、知识产权合同论、知识产权继承和继受论、知识产权侵权责任论五大部分,以知识产权私权规范为主要内容构建知识产权法的体系。

^① 易继明:《历史视域中的私法统一与民法典的未来》,载《中国社会科学》2014年第5期。

目 录

第一编 知识产权本体论

第一章 知识产权法概述.....	3
第一节 知识产权法的概念和特征.....	3
第二节 知识产权与所有权	10
第三节 知识产权的主体与客体制度	12
第二章 知识产权取得制度	27
第一节 知识产权取得原则	27
第二节 知识产权取得的方法	28
第三节 知识产权的性质——专有权	29
第三章 知识产权的限制制度	32
第一节 知识产权限制制度意义	32
第二节 知识产权限制制度	33
第四章 知识产权变动制度	46
第一节 知识产权变动制度的意义	46
第二节 知识产权变动制度的内容	46
第五章 知识产权代理制度	50
第一节 知识产权代理制度的意义	50
第二节 知识产权代理制度的内容	51
第六章 知识产权时效制度	53
第一节 知识产权时效制度的意义	53
第二节 知识产权时效制度的内容	54
第七章 知识产权保护制度	57
第一节 知识产权保护的哲学基础	57