



中国知识产权文库 | 刘春田 主编

专利权的财产权属性

——技术私权化路径研究

张新锋 著



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>



中国知识产权文库 | 刘春田 主编

专利权的财产权属性

——技术私权化路径研究

张新锋 著



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

中国·武汉

图书在版编目 (CIP) 数据

专利权的财产权属性：技术私权化路径研究/张新锋著. —武汉：华中科技大学出版社，2011.1

(中国知识产权文库)

ISBN 978-7-5609-6755-4

I. ①专… II. ①张… III. ①专利权法-财产-所有权-属性-研究-中国 IV. ①D923.424

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 236800 号

专利权的财产权属性——技术私权化路径研究

张新锋 著

策划编辑：王京图

责任编辑：余良

封面设计：傅瑞学

责任校对：北京书林瀚海文化发展有限公司

责任监印：周治超

出版发行：华中科技大学出版社（中国·武汉）

武汉喻家山 邮编：430074 电话：(027) 87557437

录 排：北京星河博文文化发展有限公司

印 刷：湖北新华印务有限公司

开 本：710mm×1000mm 1/16

印 张：13 插页：2

字 数：213 千字

版 次：2011 年 1 月第 1 版第 1 次印刷

定 价：25.00 元



本书若有印装质量问题，请向出版社营销中心调换

全国免费服务热线：400-6679-118，竭诚为您服务

版权所有 侵权必究

从经验到理论

《中国知识产权文库》总序

经过几年的努力,《中国知识产权文库》终于问世。《文库》力图反映中国人在知识产权问题上所达到的精神境界,汇集中国知识产权的经验总结、理论与研究与学科建设的重要文献,为逐步构建中国的知识产权法律理论与科学体系打下坚实的基础。《文库》也为中国,乃至世界法律文化的积淀,注入丰富的内涵。

知识产权制度起源于西方创立的工业文明。几百年来,作为一种制度创新,对它功能利弊的褒贬,从其出现伊始,就争议不断。今天,人类已进入新经济时代。无论发达国家,还是发展中国家,都普遍采用了数字技术。当前,技术创新、文化创新、制度创新和知识产权保护,已成为人类进步的基本手段。历史证明,知识产权制度有效地推动了生产力的进步和经济的发展。作为一种复杂的社会现象,它借助于机构、制度的力量,已成为将生产力、经济基础和上层建筑融为一体的系统机制,对它的技术、文化、经济和法律理论分析、历史探究,乃至哲学思考,一再吸引着科学、技术、经济和法律学人的目光。在中国,自晚清起,百余年来,也引起矢志复兴民族,力图融入现代文明的志士仁人对其本质的追问与思考 and 对其社会功能的得失权衡。中国的知识产权制度是世界知识产权体系的一部分。中国知识产权的理论,是以国门开启和不断改革开放、渐进融入世界为背景,在传统与现代接续,西学与国情结合的条件下,以中国乃至世界知识产权的表达与实践为研究对象的产物。遗憾的是,由于历史的原因,尤其受论者心胸狭隘和眼界偏执的局限,对从清末到国民政府时期的情况我们知之甚少,遑论研究,基本没有概念。更无脉络可循,没有资格作任何评断。这是我们必须补上的一课。否则,数典忘宗,没有资格谈论今天。本文暂且略去既往的历史,以新中国改革开放为起点,我以为,中国的知识产权研究,30年间,大体经历了从主要是制度诠释和转入理论建设的两个阶段,其中,前15年大体为第一阶段,第二阶段还处于初期。

第一阶段:理论空白与经验贫瘠背景下的制度诠释。1979年《中美科技合

作协定》和《中美贸易协定》的签订，为中国重建知识产权制度奠定了法律基础。随后，知识产权法制建设和研究同步开展。在漫长的知识产权诸法律的初创阶段，中国的法学家集中其学识与智慧，一边学习和引进西方的制度，包括法律文本的研究和实地考察，一边比照变动不居的国情，从知识产权法的指导思想、价值取向、体系设计、制度安排、对外关系等基础问题，乃至具体规范的推敲、条文的表述，作出尽可能合理的表述，为我国知识产权法律建设，奠定了重要的基础。这种贡献难能可贵。但是，由于知识产权理论的空白，又缺乏民法精神、理论与制度的涵养，既没有系统的法律体系可以依循，也没有自己的实践经验可供总结。国门初开，计划经济时代的学者，面对西方工业社会的法律制度，囿于学识与眼界，既陌生，又新奇。既无足够的条件深刻理解西方已历时数百年的成熟制度，也难以把握举棋不定、变革中的中国社会走向。早期的知识产权研究，在无理论基础，无历史传统，无实践经验的条件下，既不能对知识产权一般问题进行思考，也难以对具体制度深入研究。所有资讯，咸自西方舶来。所谓研究，不啻学步。主要是按照西方的思维，对国际条约和外国法律制度进行文本介绍，以及对墨迹未干的中国法律文件的粗浅说明。知识产权法的出版物，基本上以各种各样的“解说”、“概论”为主，照猫画虎，生吞活剥、囫圇吞枣。严格的讲，只知其然，不知其所以然，甚至不清楚什么是理论。在学理上，知识产权法既无逻辑起点，又找不到理论归宿，就像离群索居的孤雁，几成法学理论的孤儿。

第二阶段，从制度诠释到理论建设。首先要正视一个事实：中国人不是超人。在知识产权法制建设上，西方二百年的路，中国人并非二十年走过，而是断断续续的走了一百年。遗憾的是，正是这中断的几十年，造成了理论上的真空。因此，无论制度构造，还是理论建设，咸自基本概念开始，从头做起，扎扎实实，一步一跬，才是唯一的出路。上世纪90年代后期，随着我国知识产权法律构架的完成，尤其是向市场经济的过渡，经济与社会生活的逐渐转变，对外交流的繁荣，利益冲突与法律纠纷的频仍，导致实践的召唤和理论供给短缺这一矛盾日趋尖锐。恰是这一矛盾，成了一个突破口，把知识产权研究推进了新的阶段。这阶段的研究逐渐突破了旧有模式的藩篱，摆脱亦步亦趋、鹦鹉学舌的窘境；开始探讨如何运用科学的方法，对知识产权法的问题进行理论思考。在这方面，较为突出的是知识产权的高等教育。以中国人民大学为例：已毕业的40多位攻读知识产权法学的博士和博士后研究人员中，半数以上的论文选题或出站报告属于

基础理论研究。他们分别对知识产权的基本概念、法律属性、对象与客体、法律体系建构、价值评估、侵权赔偿、归责原则、专门制度、历史梳理、文化价值乃至哲学基础等知识产权和与知识产权最密切联系的基本范畴问题，进行了探讨。在北京大学、中国政法大学、西南政法大学、中南财经政法大学、华东政法大学、中国社会科学院法学所等诸多的学术机构，有越来越多的博士论文选择基础问题研究。其他学者，也有更多的人把目光投向知识产权的纵深，产生了一批有价值的成果。这一时期，和相对粗陋的制度诠释相比，青出于蓝胜于蓝，是一个质的飞跃。知识产权的研究进入了理论建设的阶段。今天，经过 15 年左右的积累，知识产权的研究，百花齐放，蔚然成风。这种局面，为《中国知识产权文库》的萌发，提供了肥沃的土壤。

中国的知识产权研究，应当不断进步，从经验走向理论，从感性走向理性，走向科学。目前的研究，大体呈现两条路径：一条主要表现为对理论和制度表达的研究与参悟。面对外部世界，中国人有如婴儿吮吸母乳，贪婪的学习西方的理论和经验。这类主要是文本研究，多出于博士论文。另一条则偏重司法实践中对概念的诠释和具体制度的运用。面对司法实践，深入生活，尽其可能，找到事物的本质，力求为社会纠纷提供合理的解决方案。这类研究基本属于经验总结，主要表现为法官的办案体验。这两类成果，都有相当的建树。所缺者，是从经验到理论，能将两条路径连接起来，形成从实践到经验，再从经验升华为理论，又服务于实践的逻辑链条的成果。这是更接近事物发展的客观规律的知识。知识产权理论，源自社会实践，源自对实践的经验总结。经验是可贵的，在强调经验时，论者常以霍姆斯的观点为据：法律的生命是经验而不是逻辑。又：“历史研究之一页当抵逻辑分析之一卷”（转引自：黄海峰：中国人民大学博士学位论文《知识产权的表达与实践：版权、专利与商标的历史考察》第 1 页）。但是，简单比较经验与知识的优劣是片面的。“体验和知识是根本不同的概念”。（【德】M. 石里克：《普通认识论》，商务印书馆 2005 年版，第 110 页）“谁要是接近事物，参与事物活动的方法和运作，他就是在从事生命活动而不是从事认知活动；对他来说，事物展示的是其价值方面，而不是其本质”（同前书，第 106-107 页）。经验还只是感性认识，只是走向理性认识的一个阶段。“经验使我们得以融入事物或事物得以融进我们之中的直观，但它仍然不构成知识。我们不能通过直观来理解或解释任何东西。通过直观的方式我们能获得的只是对事物的体验而不是对事物的理解。而只有对事物的理解才是我们在科学和哲学中追求知识所要达到的目

标”（同前书，第110页）。经验唯有纳入科学思维的体系，才能上升为理性。中西传统，各有所长。与霍姆斯同时代的晚清大儒沈家本持论更显全面、公允，他认为：“大抵中说多出于经验，西学多本于学理。不明学理，则经验者无以会其通；不习经验，则学理亦无从证其是。经验与学理，正两相需也”（沈家本：《历代刑法考》，第四集，2217页）。可见，经验和理论，二者更像“术”和“道”，是辩证的关系，是一个硬币的两个方面，不分伯仲，两厢不宜做价值比较和优劣评断。

在源归民法理论本土的基础上，对知识产权而言，更为重要的研究，或称核心问题，是“寻找自己”。所谓“自己”：

一、在保持私法基因的前提下，划清与物权法、债权法、人格权法的界限，进入知识产权的自我世界、独有空间，寻找一个特殊的自身。知识产权作为绝对权利，和人格权、物权有相通之处；作为财产权利，则与物权“似曾相识”，均属于“对世权”等，但毕竟“知识”不是“物”，对知识产权的研究应当围绕着“知识”进行。参照物权理论对知识产权研究无疑是有益的，但是，知识产权并非“准物权”。以物权类比知识产权，用“准物权”的思维，去套用“知识产权”，是否可取，值得商榷。人类既可基于对“知识”的支配带来的利益，也可基于对“物”的支配带来利益。但是产生利益的途径，无论范围、方式、手段，都不可同日而语。作为另类的财产形态，论者应当考虑再辟蹊径，寻找知识产权自身的本质与规律。

二、回到原点，全方位认识知识产权。知识创造是资本主义生产方式的先导。“知识产权是资本主义核心规范的一部分”（【美】苏珊·k.塞尔著：《私权、公法——知识产权的全球化》，中国人民大学出版社2008年版，第24页）私权是知识产权法律性质的基石，但它只是问题的一个剖面。“知识”在其创造、保存、扩散、管理、经营过程中，会发生比其他传统财产权复杂得多的社会关系，这些关系是如何发生、变动和消灭的，由此产生的一系列的知识产权制度是如何构建，又是如何实践的，都值得深入研究。“资本家的企业需要国家为其聚集提供政治和社会条件”（同前书，第41页）。发达国家几百年的经验告诉我们，围绕知识产权问题所建立的体系、机构、制度，远比中国人有限的体验和由此激发的想象要复杂得多。对其中任何一个问题的研究，都不可能一蹴而就，都需要以积极的精神，从容、淡定的态度，全身心的投入。要全方位的认识知识产权，必须回到原点，从头做起。这是知识产权学者的长期任务；

三、在坚实的基础上，运用科学的方法，构建知识产权法的理论体系。用逐渐丰富的理论的营养，反哺与时俱进的制度。与此相对应，还需建立一套理性、科学的知识产权法知识体系。因此，当代知识产权学人将面临无法穷尽的挑战和永不完结的任务。这正是知识产权理论的魅力所在，也是《中国知识产权文库》不竭的资源所在。

四、厘清普遍真理和具体实践的关系，从中国的社会实践中找到自我。一方面，我们应当承认，人类世界存在着普世价值。这是大家可以相互理解、相互交通，共同生活在一个星球上的理由。当今我们生存的这个星球上，任何一种独特生活方式，都不是单一的，都是多种元素的组合。每种元素，都可能来自不同的地区、国家、种族。所谓独特，不过是特定的组合。另一方面，“世界上没有放之四海和古今皆准的绝对、普适真理。任何理论都有它一定的历史和社会背景，都得通过当时的环境来理解”（黄宗智：《经验与理论》，中国人民大学出版社2007年版，第527页）。我们还有各自的历史、文化和传统，还有基于传统、现实、交流和全球化背景而形成的各自生活方式。中国人必须在自己的社会生活中找到特殊之处，找到它特殊的质、特殊的生成及其运动规律。

文章千古事，社稷一戎衣。中国的知识产权研究，总体上讲，恰似少年。正因为年轻，才蛰伏着无穷的潜力，蕴藏着无限的生机与希望。希望《文库》，以及一切有益的成果，成为中国知识产权理论建设的历史写照。

《文库》欢迎优秀的知识产权学术成果加盟，同时也吁请学界同仁，尽其所能，整理优秀的历史成果，再现给学界与社会。相信，从历史中走过的中国的知识产权研究，必有辉煌的未来。

最后，我特别要感谢华中科技大学出版社，感谢他们的眼界、识见、大度和包容。众所周知，科学研究不图回报，是学者推崇的风范。但是，对出版者而言，营利是它名正言顺、天经地义的企业道德。当代，不计回报，倾力扶助学术的出版社，已不多见。在华科社身上，我看到了张元济辈中国传统出版家的影子。法律分社王京图社长对待《文库》，彰显了出版家的情怀。他心态平和，目光悠远，看到的不是眼前的数字码洋、营利业绩，而是学术的未来。与他合作，十分愉快。

刘春田

2010年9月28日于人大明德楼

序

近年来，中国经济的突飞猛进，尤其是在世界性的金融危机爆发后中国仍然保持着全球最高的经济增长率，引得所有人都关注中国。然而在这种关注之下，无论是国际大环境，还是国内小环境都对中国的经济发展模式提出了新的要求。国际上“低碳”、“减排”的口号已经喊得震天动地，这对作为全球能耗超级大户的中国可谓影响重大。欧洲已经承诺未来将减排 30%，美国承诺的指标不到 20%。中国则根据自己的国情提出了降低 40% 的碳排放强度的指标，这一指标与欧美的直接减排显然不同，它与单位 GDP 产出直接相关，这直接标志了耗能的效率问题。换言之，这一指标所要解决的是如何消耗更少的能量，创造更多的财富。尽管指标参数的不同反映了发达国家和发展中国家的价值标准的差异，但“低碳”、“减排”已经成为中国这样的能源消耗大国不能不考虑的重大战略因素。在国内，中央提出“科学发展观”已经多年。“科学发展”命题的提出，显然是因为过去 30 年里存在诸多不科学的发展模式。为实现科学发展，近几年里“可持续发展战略”、“创新型国家战略”、“知识产权战略”等在国家层面上的宏观工程逐一开始实施。而这些战略的实施无一不围绕着如何提高能源的利用效率，而提高效率的手段和方法，除了有赖于管理水平所反映的软环境的改善外，则是技术水平所反映的硬环境水平提高了。技术在当今社会，无论对世界还是对中国，无疑具有举足轻重的作用。可见中国迫切地需要有一个能够有利于技术创新和技术应用的总体环境。在法律上确立技术的私权对象地位则是构建这一环境的最底层的工作。

技术在中国的传统文化中，属“巫医百工”之流。士大夫们在儒学的影响下都追求着“齐家治国平天下”的宏图大略。偶有少数知识分子潜心于技术研究，也多为依附在前述主流价值观之下的客串行为。中国历史上个别的君主对发明创造感兴趣或者沉溺于艺术创作，均在史上被贴了个“昏庸无能”的标签。至于利用技术如何挣钱，更是主流价值观之外的旁门左道。“君子”与“小人”的区别

主要体现在对待“义”和“利”二字的态度上。在这样的国度，即使是市场经济不发达的年代，也有可能造就一批思想大家，也偶有科学技术巨匠诞生。但无论如何都不可能以市场经济为基础的工业化社会中所激发出的全民的创造力相提并论。这就是为什么中国在近代总是处于被动挨打地位的真正原因。“科学救国”的口号已经喊了一百多年了。中国第一部专利法——1944年《专利法》的诞生过程即是这一思想的外在反映。然而，“科学救国”实际上还是“中学为体，西学为用”的翻版。这是中国近代中国知识分子受中国传统文化思想的束缚，无法突破整个社会政治、经济大格局的一种表现。近代中国科学技术落后只是表象，其根本的原因还在于中国的制度落后于西方，即市场经济没有在中国生根发芽，从法律制度上解释就是中国没有在整个上确立完整的私权制度。

由此观之，研究法学，尤其是研究如知识产权法之类的应用法学，不应当仅仅停留于具体法律规范或立法技术层面上的问题，而应当从制度构建机理的角度，将一个具体制度置于整个社会政治和经济制度中，从整体上加以审视。《技术私权化路径研究》一书便是这一设想的具体实施例之一。

技术作为私权的对象，本以为在市场经济已经得到中国社会普遍认同的今天，在全球化热潮正汹涌澎湃的今天，在WTO已经在其具体规范中加以明确的今天，似乎已不是什么新问题。然而，当今中国的诸多案例或事例仍然不断地在告诫我们，市场经济的观念并未真正深入人心。知识产权领域的问题则更为突出。追究到底，还是我们对于私权作为一个制度的基础性概念的理解存在问题。研究技术是如何演变成为私权对象的过程，较之研究物权的形成过程，对于深入地领会市场经济的根本价值取向，在当今中国有着更为重要的意义。

中国数千年领先世界的文明，为什么在市场经济面前枯萎了，以致中国没能进入工业化国家？这一问题是值得深思的。《技术私权化路径研究》一书的研究探索对于这一问题的回答有重要意义。这种探索开辟了一种在应用法学领域普遍适用的以小见大的研究思路。表面上看，这是一本知识产权法论著，但该书尝试回答的则是关系当今社会制度和国家发展的宏观问题，即在全球化环境下，中国如何才能找到一个鼓励技术创新，进而为实现可持续发展提供支撑的战略路径。很显然，中央已经提出的一系列战略目标，其基础无不有赖于先进技术的支撑。而弄清楚保护技术的法律和社会环境，无疑是造就创新型国家的最基本的条件。

具体到法学研究层面，《技术私权化路径研究》实质上提出了一个法学理论上的基本问题，即什么是私权。这似乎是老生常谈的问题。但在本书中，作者对

前辈有关私权的属性和特点的论述进行了充分归纳和分析，在此基础上对财产权与私权在主体层面上作了更为细致的划分，并结合西方国家物权与专利权的产生过程，进行了比较研究。最终论证了作为私权的专利权与物权在法律层面上的诞生是同一时代的事情。本书经过分析提出了以动产和不动产为主要对象的近代私权，在法律制度上所奠定的财产权体系实际上是一个开放的体系。该体系的核心并不在于财产对象的自然属性，而在于构筑这一体系的基本原则，即财产的社会属性或法律属性。对这一问题的探讨绝对不仅仅关系到专利权乃至知识产权在民事权利体系中的地位，更为重要的是，这直接关系到民法理论中对民事权利制度构造的解释和理解。对这一问题的回答将在法理层面上产生影响。同样地，也将会对我国现实立法产生影响。比如，我国民法典中能否容纳知识产权的问题即可以这一理论假说来详加论证。所以，本书当属名符其实的民法学著作。

新锋在校苦读数年，博览大量中外文献，彻底完成了从自然科学及工程技术研究人员向法学学者的转变。这在其论文中的内容中已经得到充分反映。新锋原本是生物学专业毕业，后曾参与了一些生物制药等方面的研究。但在其学位论文的选题上，他并未走捷径，去选取一个与生物、化工、制药等相关的知识产权保护问题，而是从一个纯粹的法学问题着手，并在规定的时间内如期完成，实难能可贵。凭借扎实的法学功底，加上其原有的理工学科基础，相信新锋定能在未来取得更大的成绩。作为其导师，本人由衷地祝福他有一个美好的前程。

郭 禾

2010年8月16日

前 言

私权是近代思想和法学体系的基本概念，也是现代性的关键词之一。但是私权一般不是法律规范上的概念。在传统私法理论中，私权作为范式近乎公理，但是在知识产权法理论中，却不得不强调“知识产权是私权”。

专利权属于私权，但是这个判断比起其他类似判断——如物权是私权显得脆弱，专利权的行政和公法色彩已经超出了私权的社会化限度。究其症结，在于专利权与物权的关系，或者说技术发明与物之私权化路径的异同。

从历史上看，不是所有的物都成为物权的客体，也不是所有的技术都成为专利权的对象，资本主义工商业只会选取作为资本载体的商品来构建财产所有权体系。我们应当从历史的轨迹来寻找物和技术成为财产所有权客体的路径和决定因素。

所以本书研究沿纵向和横向两条线索进行，纵向以历史发展为方向，选取专利权历史发展过程中，尤其是技术的私权化历史上的关键时期、法律和事件。横向则以财产权为归宿，讨论技术私权化的经济诱因、技术条件——这里既包括技术本身发展的条件，又包括对技术传播本身控制的技术条件。在历史因素对技术与物的私权化的影响进行比较的基础上，抽象规则创设和生长的约束因素，进而探寻这些因素之间的相互作用。

本书运用了一些可能被有意无意地忽视的方法，对于专利权的财产权属性做了新的解释，并对于财产权的生长、物权和专利权的关系中涉及的约束因素及其关系进行分析，勾画出专利权可能的发展轨迹，在历史轨迹的基础上说明技术的私权化路径。具体而言有以下几点：

一、近代私权理论以哲学上人与物、主体与客体的对立为基础，离开主体性来谈私权没有意义。在专利权的问题上这一点还没有被发现，所以传统理论认为物权早于专利权在财产权体系中产生，其实物权和专利权是同时期发生的事件。

二、本书在比较物与技术私权化路径的约束因素之后，认为以物为基础构建的财产归属及交易规则是私权的一个重要原则，而不动产尤其是土地的私权化在

资本主义产生初期的核心地位，导致了近代财产权体系以物为对象进行规范设计，而略早于物权法产生的专利法被民法典抛弃。所有的财产进入私权范畴后，作为财产权整体性构建，其关键不在于同一性，而在于原则，其他所有的财产都模仿物权的规则，形成一个以物权规范为核心，以其他财产权法律规范为衍生体的财产权体系。这是一个建立在原则基础上的开放的生长体系，而不可能单纯逻辑抽象为无形物和有形物。

三、技术和物之私权化遵循大致相同的约束条件和演进方向。私权是在主体性基础上的产权。所以物和技术都经历了一个先产权化，继而私权化的历史轨迹，而且其私权化都发生在 14—18 世纪的资本主义形成时期。他们的共同约束条件是在基于客体特性的基础上的四个因素：人及其类似主体对客体利益的欲望，来满足理性的舒适生活和功利要求；客体本身成为利益载体的技术条件；支配客体利益的技术条件；承认私权的观念之生成与相应规范设计。新的物和技术也遵循这些约束条件而进入私权的门槛，我们将这些约束因素构成的门径称为私权化路径。

四、相对于物而言，技术的特性决定了专利权的性质及其在民事权利体系中的地位。从技术哲学和技术史看，技术兼具主体人身性和客体独立性，但是这种独立性从中世纪末期才开始凸现出来。中技术时代后，技术进入物质利益的客体视野，作为对于商业秘密的回应，专利制度产生。所以专利制度是技术利益分配机制、技术信息扩散机制、合法的市场垄断机制以及修正的私法调整机制。

五、技术的私权化路径与资本主义工商业者的利益诉求和制度的移花接木联系在一起，它从市场垄断的专营制度蜕变而来。技术的抽象性导致专利权的抽象性，专利权的效力强化了专利权载体的市场占有能力。因此专利权的商业工具化的倾向从一开始就存在，这是路径依赖的结果。

本书尝试以历史性的因果关系分析为基础，对规则生长、演化的制约因素作整体性分析，但是又不过分追求线性的闭合对应关系。力图通过抽象出技术和物作为私权客体的共同特征和演化路径，为专利制度的发展做出有说服力的解释，并为新问题如生物技术专利、生命体专利、商业方法专利等提供一个解释的模型，预测其方向。

张新锋

2010 年 9 月 1 日

目 录

第一章 引 论	1
第一节 问题与背景	1
第二节 思路与方法	5
一、思路	5
二、目的	7
三、方法	10
第二章 专利权的私权属性及其正当性	15
第一节 专利制度的特征	15
一、技术与发明	15
二、技术利益分配机制	18
三、技术信息扩散机制	19
四、合法的市场垄断机制	21
五、修正的私法调整机制	23
第二节 专利权的性质	24
一、专利权的概念	24
二、私权	26
三、财产权	27
四、受人权和公共利益制约的财产权	28
第三节 专利权作为私权的正当性	30
一、正当性的理论解释	30
二、理论的简析与追问	35

第三章 私权、权利和财产所有权的同源性	38
第一节 权利、私权和财产所有权同源的基础：人的主体性	39
一、财产所有权相关概念辨析	39
二、权利、私权和财产所有权概念的关系	43
三、权利、私权和财产所有权概念的范式：人的主体性	45
第二节 权利概念	48
一、权利概念的解释	48
二、权利概念的辞源	51
三、权利概念的内涵	56
第三节 私权与私法	61
一、私法与公法的区分及意义	61
二、私权的概念	64
第四节 私权的类型	69
一、私权的分类	69
二、财产权在私权中的地位	72
第四章 财产权的构建：以物为核心	74
第一节 财产权的当代结构	74
一、当代财产法体系	74
二、财产权的类型	78
第二节 财产权构建的基础	79
一、物权与绝对财产权	80
二、财产所有权的内涵	83
第三节 占有与登记：从技术事实到法律抽象	86
一、占有和所有权的关系	86
二、登记与主观所有权	94
第四节 物私权化的路径	98
一、物的客体属性	98
二、物的产权化	101
三、物的私权化	105
第五节 财产权的生长	110
一、财产权生长的规律	110

二、财产权生长的模型	112
第五章 技术私权化的路径：以物为参照	114
第一节 技术的产权化	116
一、技术的人身性与相对独立性	116
二、技术产权化的历程	118
三、专利制度的孕育	121
第二节 技术的私权化历程	128
一、技术私权的优势：商业秘密与专利的比较	128
二、专利制度的诞生	132
三、专利制度的完善	141
第三节 物与技术在近代私法形成中的功能比较	150
一、专利制度移花接木式的羽化	150
二、以智力劳动论证私权神圣	157
三、技术私权对于物权的依附性	161
四、物和技术异曲同工的私权化路径	166
参考文献	172
后 记	188

第一章 引 论

第一节 问题与背景

当下的知识产权法和知识产权研究，俨然是一门显学。人们从不同的角度撕扯知识产权，法律、管理、经济无不研究之。就知识产权法学而言，其理论却又相当薄弱，既无力回应理论和国际趋势的挑战，也没有实实在在对于中国的实际问题谋得良策。从理论和实践两个层面看待知识产权研究，林林总总，以下几个问题应当是焦点所在。

首先，是知识产权法与民法的关系，这个焦点问题又可以分解为知识产权的权利属性及其与物权的关系。虽然《与贸易有关的知识产权协议》（以下简称TRIPs协议）明确知识产权为私权，知识产权多数学者从来都坚持知识产权的民事权利属性，但是司法实践中也存在一些不可解释的问题。

在实务中，就立法层面，知识产权学者希望知识产权搭民法典便车的愿望之实现仍然是任重道远，尽管学者们很早就认为知识产权就是民事权利的一种，甚至认为知识产权法代表了民事立法的方向。^①但是，在物权法制定过程中，经过郑成思教授和梁慧星教授2001年的争论，^②2002年，民法典一度决定纳入知识

① “商标法等知识产权法虽是民法之局部，但它们所奉行的原则和理念，却恰是当代民事立法的精髓。在某种意义上，商标法等知识产权法事实上是旧的计划体制的薄弱环节，是摧垮计划体制的突破口。我国正在筹划民法典的工作，商标法等知识产权法，应是民事立法的范本”。刘春田：《商标法代表了我国民事立法的方向》，载《中华商标》2002年第8期。

② 郑成思教授认为：设立“财产法”而非“物权法”。其根本理由在于，“物”在财产中的比重已经很小，“物”又是一个缺乏弹性和延伸性的概念。如果以“物权”为起点立法，就会造成调整社会财富关系的基本法律制度将社会财富的主要部分排除在外的结果。郑成思：《关于制定“财产法”而不是“物权法”的建议》，载中国社会科学院《要报：信息专版》2001年第62期。来源于：中国民商法律网，2008年12月12日访问。