

## ■ 民法典编纂与知识产权立法



主持人易继明

自2014年10月《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中提出“编纂民法典”,新一轮的民法典编纂工作成为一项政治任务,备受瞩目。按照全国人大常委会的立法规划,2017年3月《中华人民共和国民法总则》出台之后,民法典编纂工作进入分编起草阶段,并计划在2018年上半年一并提交全国人大常委会审议,最终于2020年3月一起提交全国人大审议通过,从而形成一部中华人民共和国民法典。

客观地讲,从现有民法典编纂组织形式和立法能力来看,在剩下一年有余的时间之内,全国人大常委会似乎只能够对现有的《婚姻法》《收养法》《继承法》《合同法》《物权法》《侵权责任法》各单行法加以整合或者修订,以此形成民法典分编,再与《民法总则》汇编成典。不过,关于知识产权立法在民法典编纂中如何体现,或者说知识产权法是否能够未来的民法典中成为单独的一编,学术界依然充满热情,讨论热烈。在上一轮民法典编纂工作中,知识产权法独立成编的设想和立法探索,即尝试及其失败——2002年12月29日第九届全国人大常委会第31次会议审议的《中华人民共和国民法草案》并没有将知识产权法整合成单独的一编,还深深地印刻在立法者的脑海里,似乎在让人知难而退。不过,立法上的探索却始终激励着一代又一代的学者,让他们试图透过知识产权法进入民法典的方式,探索民法典的现代化。

本期设“民法典编纂与知识产权立法”专栏,邀集三位学者分陈己见,代表了三种不同的观点。第一种观点,改造和整合知识产权领域各单行法,将知识产权法整体纳入民法典单独成编;第二种观点,在知识产权领域提取公因式,形成知识产权法的一般规定,以此为基础形成单独一编在民法典中体现,而大量的知识产权法律规范则游离于民法典之外;第三种观点,知识产权法在民法典中不需要,也不能单独成编,知识产权领域各单行法性质迥异,务使诸法林立,以尽显特色。立法既是一个技术活儿,也是一项劳心又劳力的劳务细碎,更是一种政治性极强的工作。然则体谅立法之余,评头论足亦学术之本分。各位读者,自是见仁见智也。

# 中国民法典制定背景下知识产权立法的选择<sup>①</sup>

易继明

(北京大学法学院,北京100871)

**摘要:** 2017年3月《中华人民共和国民法总则》通过,与物权、债权、继承等一样,其对知识产权也进行了概括性规定。对于民法典编纂而言,知识产权与民法典之间采取分离式、纳入式、链接式或者糅合式等4种连接方式的选择,归根到底就是知识产权法整体纳入民法典“入典”独立成编或者是制定专门知识产权法典单独“成典”这两种立法模式的选择。囿于历史和时代局限,近代自然法运动的法典成就在现代社会出现了危机。因应这一危机,需要回归自然理性的法典传统,循着私人生活的形式理性主义建立起统一的私法典。“入典”与“成典”之间,没有第三条道路。知识产权法整体纳入式的“入典”模式,既是知识产权制度自身的体系化,也是现代民法典不断自我完善的过程。

**关键词:** 民法典; 知识产权法典 “入典”模式 “成典”模式; 立法选择

**中图分类号:** D923; D923.4 **文献标识码:** A **文章编号:** 1672-4283(2017)02-0005-15

**收稿日期:** 2016-12-21

**作者简介:** 易继明,男,湖北荆州人,法学博士,北京大学法学院教授、国际知识产权研究中心主任,博士研究生导师。

<sup>①</sup> 北京大学法学院民商法学专业法学博士研究生施刚、法学硕士研究生秦洋协助收集本文的资料,特别致谢。

## 一、引言

2014年10月,《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中提出要“加强市场法律制度建设,编纂民法典”<sup>[1][2]</sup>。嗣后,全国人大法工委会同有关方面研究,确立民法典编纂工作按照“两步走”的思路进行:第一步,编纂民法典总则编(即《中华人民共和国民法总则》),经全国人大常委会审议后,拟提请2017年3月召开的十二届全国人大五次会议审议通过;第二步,编纂民法典各分编,拟于2018年上半年整体提请全国人大常委会审议,经全国人大常委会分阶段审议后,拟于2020年3月将民法典各分编一并提请全国人大审议通过,从而形成统一的民法典。2016年12月25日,十二届全国人大常委会第二十五次会议决定将民法总则草案提请十二届全国人大五次会议审议。2017年3月,《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)通过,民法典编纂“两步走”的制定工作,“第一步”即告完成。

知识产权是一种私权,而民法典编纂工作是一场统一私法的法典编纂活动。随着知识经济的纵深发展和知识社会的逐步降临,知识产权日益显在于人们的日常生活之中,并成为民事主体之财产、人格及身份的重要体现。我们今天的衣食住行,无一不是被嵌以专利、商标、著作权、商业秘密、地理标志、原产地等符号的产品或者服务所包围,而这些产品或者服务所裹挟的各类知识产权,业已成为企业长足发展的命脉所在。随着国民财富向知识产权领域集聚和争夺,从国家战略层面也越来越意识到知识产权对于国计民生的重要性。从2008年国家知识产权战略实施以来,“知识产权强则国强”的社会意识逐渐形成、深入并得以强化。<sup>①</sup>在这种时代背景之下,知识产权立法如何选择,是民法典制定过程中不能回避的重要议题。

## 二、知识产权与民法典的连接方式

知识产权的法典化问题,是知识产权法律规范自身的体系化构建,最大限度地体现为知识产权的一种形式理性。吴汉东总结知识产权学界的

观点,认为知识产权法典化大抵有两个含义:一是知识产权制度的体系,即编纂知识产权法典;二是知识产权制度与民法典的连接,即在民法典中对知识产权进行制度安排。<sup>[2]</sup>其实,这两种含义的核心问题就是,在民法典编纂背景下,知识产权立法是要单独制定一部知识产权法典,还是直接纳入民法典框架之中,从而成为其中的重要组成部分。诚然,单独制定知识产权法典,就涉及如何与民法典之间加以衔接的问题。另外一种思路就是,知识产权分散立法即各单行法的立法模式就很好,并不需要什么知识产权的法典化。总括这些思路,曹新明归纳成分离式、纳入式、链接式和糅合式这4种模式。<sup>[3]</sup>吴汉东又进一步细化,将链接式细分为分散链接模式与集中链接模式、“点”的链接模式与“面”的链接模式。<sup>[4]</sup>

### (一) 分离式

所谓分离式,即将知识产权与民法典相分离,在民法典中不对知识产权进行规定和制度安排。这一思路,其立论基础着眼于知识产权的特殊性,认为知识产权的个性特征显著且已自成体系,难以与其他传统民事权利(如物权、债权、人身权等)相融合。分离式的优势在于:一方面,其不会破坏传统的民法结构和体系;另一方面,其可保持知识产权制度的完整性和独立性;同时,使知识产权独立于民法典亦将大大降低民法典编纂的难度。但分离式不利于知识产权私权属性的彰显,这也是该模式饱受争议之处。

分离式的典型范例是《法国民法典》和《德国民法典》。吴汉东曾考察了知识产权制度在近代范式民法典中缺失的立法动因,从3个方面对此加以解释:其一,近代知识产权制度源于封建特许权,以适应封建统治者禁锢思想文化、控制经济利益的需要。直到资产阶级革命时期,知识产权作为一种私人享有的无形财产权才实现由特权向私权的转变。不同于传统财产权法所生存的私法环

<sup>①</sup> 国务院2008年6月5日《关于印发〈国家知识产权战略纲要〉的通知》(国发[2008]18号)开始实施国家知识产权战略。至2015年12月22日,国务院又发布了《关于新形势下加快知识产权强国建设的若干意见》(国发[2015]71号),从国家层面开始知识产权“由大而强”的推进工作。

境,知识产权制度所根源的特殊社会背景使得近代立法者在法律体系的设计上采取了不同的方法;其二,无论是采用“法学阶梯体系”的法国民法典,抑或是采用“学说汇编体系”的德国民法典,均是在罗马私法体系的基础上加以改造完成的。而罗马法对财产的认识仅限于有体物,知识产权制度的建立是罗马法以来财产“非物化革命”的结果,因而知识产权作为近代新兴的财产权制度并未进入传统民法的体系范围;其三,在近代法时期,就立法技术而言,对各项具体的知识产权类型进行体系化整合并作为民法典的组成部分,无疑难度较高。<sup>[5]</sup>由此观之,分离式的立法选择有其特定的历史背景,其能否契合现代知识产权制度的发展,亦不无疑问。

## (二) 纳入式

所谓纳入式,即将知识产权全部纳入民法典之中并单独成编,使之与物权、债权、人身权等平行,而在民法典之外不再保留单行法,亦不再编纂知识产权法典。与分离式不同,尽管注意到知识产权所具有的独特的个性,但纳入式强调其与其他种类民事权利的共性,尤其关注知识产权的私权属性。纳入式立法的典型代表是 1995 年《越南民法典》和 2006 年《俄罗斯联邦民法典》。本人持纳入式的主张,提出了“民法九章”的编制体例,其中知识产权法独立成编,位于物权法编之后、合同法编之前。<sup>[6]</sup>

纳入式的优点主要包括以下三方面:第一,将知识产权全部纳入民法典,是对知识产权私权属性的确认。如果说近代民法典对知识产权制度的遗漏尚因受制于特定的历史条件而无可非议,那么现代民法典再将知识产权制度拒之门外,则不免令人对知识产权的私权性产生怀疑。世界贸易组织的 TRIPS 协定在序言中明确宣示“知识产权为私权”。<sup>[7]384-422</sup>而民法典作为私权宣言书就应当为知识产权提供保护,纳入式的立法模式选择恰好有助于该目标的实现;第二,纳入式有助于协调知识产权制度内部相应规范之间的关系,消除彼此矛盾之处。目前,知识产权制度运行中存在的部分问题(如商标与商号保护的冲突),就是由于法律体系内部各单行法之间缺乏相互协调与整合造成的。而在将知识产权纳入民法典的过程

中,对知识产权各项具体权利类型进行体系化整合,则可消除不同法律规范彼此之间的矛盾之处;第三,纳入式可以彰显民法典的时代性,体现立法者的创新精神。

但纳入式亦具有较难克服的弊端:其一,将知识产权整体纳入,将导致民法典中包含大量公法和程序法规范,会破坏民法典的私法纯粹性。知识产权的取得尤其是专利权、商标权等工业产权的取得,大抵均须经过国家行政机关的审批授权。如若将知识产权整体纳入民法典,就必须对行政审批授权程序等作出规定,从而破坏民法典的私法纯洁性;其二,将知识产权整体纳入,将破坏民法典的稳定性。知识经济的快速发展意味着知识产权具体权利类型的日益丰富。而根据知识产权法定主义的要求,“知识产权的种类、权利的内容以及诸如获得权利的要件、保护期限等关键内容必须由法律统一确定,除立法者在法律中特别授权外,任何人不得在法律之外创设知识产权”<sup>[8]</sup>。这就要求知识产权法必须经由频繁的修改以适应社会生活的不断变迁,因而若将知识产权整体纳入民法典,无疑将极大破坏民法典的稳定性;其三,将知识产权整体纳入可能淹没知识产权的个性特征,造成知识产权的保护力度被削弱。知识产权权利客体的非物质性,使得知识产权在独占性、地域性和时间性等方面均明显有别于传统物权。“将知识产权整体纳入民法典时,如果迁就知识产权的独特个性,必然使民法典变形走样;如果保持传统民法典的优美架构形态,则难以表现知识产权的这种独特个性。”<sup>[3]</sup>其四,将知识产权整体纳入民法典,就不得不面对知识产权与传统财产权的融合、知识产权制度自身的体系化整合等问题,从而大大增加了民法典编纂的难度。

## (三) 链接式

所谓链接式,即在民法典中对知识产权进行原则性规定,而后单独编纂知识产权法典或者保留知识产权单行法,使知识产权制度与民法典成链接状。在某种意义上讲,链接式是对分离式和纳入式的折中。该模式的主要依据为:一方面,将知识产权排除在民法典之外,无异于对知识产权私权性的否定,故而有失妥当;另一方面,将知识产权全面纳入民法典,又难以展现知识产权独特

的个性特征,并可能造成民法典的扭曲变形。由于链接式的折中性质,两端之间的中间幅度较宽,所以按照是否设置单独的知识产权编为标准,又可将链接式进一步细分为分散链接模式和集中链接模式。前者,以1942年《意大利民法典》为代表;后者,以1995年《越南社会主义共和国民法典》(2005年大幅度修订)<sup>①</sup>为代表。

在分散链接模式下,民法典中不设置单独的知识产权编。以1942年《意大利民法典》为例,该法典将知识产权制度分散规定在劳动编的各章之中。<sup>②</sup>其第5编虽名为“劳动”,但实际上包含劳动、公司、企业、知识产权、竞争与垄断等诸多内容。《意大利民法典》中所囊括的知识产权权利类型包括商号权、商标权、著作权和专利权。其中,经营性标记权规定在第8章《企业》中,其第1、2、3节分别对总则、商号和商标进行了规定;创造性成果权规定在第9章《智力作品权和工业发明权》中,其第1、2、3节分别对著作权、发明专利权、实用新型和外观设计专利权作出了规定。《意大利民法典》此种体例设计,将知识产权分为经营性标记权和创造性成果权两大部分,因而未能从整体上对知识产权制度的共性进行归纳和总结。

在集中链接模式下,民法典中设置单独的知识产权编,以对知识产权制度作出一般性规定。以2005年新的《越南社会主义民法典》为例,该法典第6编《智慧所有权与技术转让》编对知识产权制度作出了原则性规定。该编包括第34章《著作权与邻接权》、第35章《工业所有权与种子权》、第36章《技术转让》,共计22个条文。<sup>[9]183-189</sup>此种模式与1995年《越南社会主义共和国民法典》制定之初的情形不同,因为修改过程中,越南国会已有制定《智慧所有权法》和《技术转让法》的立法计划,不少人主张在新修订的民法典中不再规定上述内容。但新民法典仍旧保留原第6编,对知识产权制度高度概括,并予以原则性规定,主要是“为了保证民法典的稳定性”<sup>[10]25-26</sup>。但是,该编条文数量和篇幅,已大幅度减少:由1995年民法典原来的81个条文缩减为现在的22个条文。

关于知识产权是否应在民法典中独立成编,理论界亦存在分歧。梁慧星认为,“知识产权为重要民事权利,现行民法通则第5章第3节作了规

定,但考虑到专利法、商标法和著作权法已构成一个相对独立的知识产权法体系,因此建议民法典不设知识产权编,而以专利法、商标法和著作权法作为民法典外的民事特别法”<sup>[11]</sup>。这种观点,主要是建立知识产权与民法典的“点”的链接模式。费安玲主张在“点”的链接基础上,进一步地主张“面”的链接,即将知识产权的一般规则放入民法典中。费安玲认为,将现有的知识产权法全部纳入民法典,在立法技术上很难操作,且只能导致民法典内部体系的混乱,因此她主张“将知识产权一般规则放在民法典中,而具体规则可以放在单行法中加以规定”。<sup>[12-13]</sup>吴汉东主张采取“点”与“面”结合的链接模式,并支持知识产权在民法典中独立成编,进而制定专门的知识产权法典。他主张知识产权法典化道路分“两步走”:第一步,在民法典中设置“知识产权编”;第二步,制定知识产权法专门法典。其所谓的“面”的链接模式,就是在民法典中独立设置“知识产权编”,从各单行法中抽象出共同适用的规则加以规定,但不包括有关权利的取得、变动、管理程序等特别规范。<sup>[4]</sup>

链接式的优点体现在3个方面:第一,无论知识产权是否独立成编,在民法典中对知识产权制度作出一般性规定,肯定知识产权法是民法典的组成部分,是对知识产权私权属性的明确宣示;第二,链接式对传统民法典体例、结构的冲击较小,亦可保持知识产权法律体系自身的完整性;第三,链接式可在维持民法典应有的稳定性的同时,兼顾知识产权法固有的变动性。但链接式易引发争议之处在于:在“一般规则+知识产权法典”或“一般规则+单行法”的体例设计中,一般规则本身几乎不具备司法适用性。此种做法,可能导致民法

<sup>①</sup>《越南社会主义共和国民法典》1995年制定出台,经历10年之后,于2005年进行了大幅度的修改。前后两个民法典,分别参见徐国栋《1995年越南社会主义共和国民法典》,吴尚芝译,卢蔚秋校,中国法制出版社2002年版;《2005年越南社会主义共和国民法典》,吴远富译,厦门大学出版社2007年版。

<sup>②</sup>关于《意大利民法典》文本的中译本,这里参酌的两个译本是《意大利民法典》(费安玲等译,中国政法大学出版社2004年版)、《意大利民法典》(陈国柱译,中国人民大学出版社2010年版)。

典中的一般性规则失去意义,最终可能退入“点”的链接。同时,民法典中的一般规则大抵都需要在知识产权法典或者各单行法中再行规定,而重复规定徒增立法成本,还可能导致法律规范间的矛盾与冲突。

#### (四) 糅合式

所谓糅合式,即将知识产权视为一种无形物权,与一般物权进行整合。糅合式与纳入式相同,均将知识产权法整体放入民法典中。二者的区别在于,糅合式下,知识产权法并非单独成编,而是被传统财产权制度所吸收,导致“只见知识产权之神韵,不见知识产权之身影”<sup>[3]</sup>的局面。

糅合式的典型代表为《蒙古国民法典》。《蒙古国民法典》共 7 编,分别为《总则》《所有权》《债的通则》《合同责任》《非合同责任》《继承权》和《涉外民事关系》。乍看起来,该民法典似未囊括知识产权法,但其关于知识产权的规定实际上散见于总则编和所有权编。例如,根据总则编第 3 条的规定,创作智力成果是民事权利义务关系发生的根据之一,该规定为后续编章中知识产权与一般物权的糅合奠定了基础。又如,所有权编第 76 条规定,“物、智力成果以及法律明文规定的某些财产权,都可成为所有权的客体”。该条明确将智力成果列为所有权的客体之一,与传统有体物同等对待。再如,所有权编第 86、136、159 条分别对智力成果、智力成果所有权的产生、智力成果所有权的保障和保护作出了规定。<sup>[14]1-6 31 33 54</sup>单就“智力成果所有权”这一概念,就可看出《蒙古国民法典》已将知识产权完全融入传统财产权制度。

糅合式是对知识产权法典化立法体例的大胆创新。不过,糅合式如何能够将知识产权与民法进行深度融合,一方面保持民法典的稳定性和传统物权制度的结构,另一方面形成知识产权自身体系及个性特征,需要深入的理论研究。否则,其对知识产权制度所进行的解构性处理,可能会瓦解知识产权制度的固有体系和价值;同时,将“物”的范围扩大,类似于财富或者财产之类的广义上的物,又可能导致传统民法典基本概念的重构,导致近代民法体系的坍塌。

显然,分离式并非知识产权法典化的思路,甚至可以说是一种反法典化的立法模式。尽管这一

思路是历史形成的,但其无视知识产权的学术繁荣和统一私法典的重构趋势,让我们有理由认为这是一种碌碌无为的懒汉模式。糅合式事实上是另一种形式的纳入式,只不过其将知识产权规范融入传统民法体系之中。可见,目前就民法典编纂与知识产权立法的选择来看,学术界对知识产权与民法典制定应该建立某种连接或者联系,已经达成了共识。只不过,大家对于二者建立某种联系之后的知识产权法是单独制定统一的知识产权法典,还是知识产权法整体纳入民法典,尚存在分歧。也就是,采取完全的纳入式,还是采取“点”“面”或者“点面结合”的链接式?如果采取完全的纳入式,是采取“总分模式”(总则+分编),即民法总则中进行概括性规范,然后知识产权单独成编,还是将知识产权规范融入传统民法体系之中,即所谓的糅合式?如果采取某种形式的链接式,那实际上就是一个链接的深度问题,即吴汉东所说的“点”与“面”的问题。其实,最深度的链接,又无过于类似糅合式的立法模式:将知识产权实体性的私权规范统统融入民法典,只是将那些程序性、行政性或者政策性的规范排除在外。但问题是,就目前的理论与实践来看,我们能够做到这一种最深度的全面糅合式的链接吗?

## 二、统一私法典运动与知识产权的法典化

### (一) 传统民法典的危机

从宽泛意义上讲,世界范围内有两种意义上的法典化:一为实质意义上的法典化,一为形式意义上的法典化。前者是大陆法系国家的一种主要立法模式,即就特定调整对象,制定系统的、创新性的成文规则体系,以奠定特定法律领域的逻辑基础;后者多见于普通法系国家,法典更多表现为一种“汇编”或者“重述”。<sup>[6]</sup>统一私法典运动是一种实质意义上的法典化过程,它起源于 16—18 世纪的自然法运动。近代自然法运动引起了人们对法典编纂的极大兴趣,认为法典是保存民法体系之系统性、遵循自然法之理性的最佳方式。不过,由于人类智识的天然缺陷,自然理性与人定法之间总是存在着需要不断逾越的横沟。

事实上,法典化自其产生之日起,就受制于自

身固有的局限性。以1804年《法国民法典》为例,该部法典渗透着浓重的自然法理性以及国家主义的哲学和政治思想,其意在通过对人性的推定以发现真正的法律原则。<sup>[15]4-14</sup>“立法者所欲完成这样一部法典:他们力图把法律的调节之手伸进社会生活的每一角落,追求详尽具体、无微不至的规定以使法官无论遇到多复杂的情况都能在庞大的法典中像查字典一样检索到现成的解决方案的‘决疑式’的法典。”<sup>[16]60</sup>然而,自然法理性存在一个最大的内在缺陷,集中体现在两个隐含的命题之中:其一,从根本上讲人类生活本身就是非理性的;其二,我们生活的这个世界始终处于发展与变化之中,而我们只能对既有的市民生活规律进行总结,至多也只能对未来的生活进行有限地预测。<sup>[17]106</sup>这表明,意图用自然理性的完美形式——法典来统摄人类生活,是极为困难的。而对知识产权法“入典”方式的设计,实则为“最古老的与最现代的法律规则之融合模式的选择”<sup>[12]</sup>。

人类智识的天然缺陷、最古老与最现代规则之间的历史横沟,使得在近代法典化的完美形式之下,其实蕴含着历史发展的现代危机。就知识产权而言,它是科技进步和工商业发展到一定程度以后的产物;当传统民法典取得自己的理论成就之际,知识产权才刚刚孕育而生,尚不能完全纳入传统民法“物权+债权”的二元体系,更无法为传统民法中人身与财产“两分法”所肢解。“在变化的现代社会中,近代法典化运动所成就的那些民法典,它们既不能开放地面对社会生活,又没有能够保持对市民生活的整体性关照(即完整性缺失)。例如,民法典之外发展起来的大量侵权行为法和知识产权单行法‘找不到家’似的讨论,从某种意义上完全可以看成为民法典及其理论的失败;因为完全以人们正面行为为基础的训导式规范和以‘有体物’为主、将‘无体物’拟制有体物甚至排斥无体物而进行的制度设计,已经无法弥补我们不时受到的侵扰,也无法适应知识社会以信息和知识为基础并通过创新推动的社会发展进程。于是乎,诸如《法国民法典》《德国民法典》和《瑞士民法典》等都出现了大规模的修订;彼此独立甚至相互冲突的单行法层出不穷;行政指令和部门规章对私法干预性规制不断涌现;对法律条

文扩张性解释也屡见不鲜;而判例法不知不觉成为了大陆法炙手可热的话题。这些现象实际上在向我们昭示:民法法典化危机出现了!”<sup>[17]115</sup>

与此类似的分析,谢鸿飞从消费关系和劳动关系的角度分析说“因特别民法的侵入和蚕食,民法典一统天下的风光难继,沦为‘剩余法’或补充法,民法成了民法典与特别民法的混合物”<sup>[18]</sup>。吴汉东分析知识产权早期立法认为,虽然那时存在一些单行的立法,但知识产权是一个虚设的词汇“质言之,各项知识产权法并未在立法文件中实现体系化”<sup>[4]</sup>。

## (二) 法典重构中的知识产权

面对传统民法典的危机,各国有两种不同的因应之道:一是“法典解构”(de-codification),传统民法典固守自封,偏安一隅,任由特别民法在外部滋生和蔓延;二是“法典重构”(re-codification),以私权理念统合特别民法,遵循民法典作为私人生活统一法典的核心价值。“立法者在法典解构与法典重构之间何去何从,是一个艰难的选择。两相比较,法典重构比解构难得多,且不论诸多特别法撼动民法典的教义学基础,单是法律规范的表达就足以让立法者却步。”<sup>[18]</sup>

尽管如此,因循历史路径,法典化存在着不可或缺的价值。“通过对条文的清楚规定及对法律规范的妥当排列等立法手段以实现法律的明晰性、确定性以及可预测性,以至于法律人可以借助法典知悉其意欲找寻的相关规则。”<sup>[19]193</sup>换言之,为法官提供司法裁判的准确依据,为私法主体就其行为的法律评价提供稳定的预期,正是法典化的意义之所在。诚然,是否有必要通过法典化的形式来表述市民生活,很大程度上取决于一个民族的思维习惯和方式,但结合中国语境和国情,法典化的具有现实性。“虽然较之欧陆哲学,中国古典哲学注重人生感悟而不讲求逻辑,但中国人较为重视提炼而致‘纲举目张’;而且集权体制的金字塔也容易形成人们通过‘大一统’的方式思考问题”<sup>[17]124</sup>。

不过,从成文法到法典法是一个不断的学术积累过程,甚至可以说存在一个“学术法”时期。吴汉东分析称,“自19世纪下半叶始,知识产权在类型化的基础上开始体系化。专利权与商标权被

合称为工业产权,与著作权类分,并为当时国际立法文件所认可,1883年缔结的《保护工业产权巴黎公约》和1886年缔结的《保护文学艺术作品伯尔尼公约》即为其代表。20世纪以来,以知识产权名义概括智力创造领域的各类权利,从理论研究走向国际立法活动。1967年《成立世界知识产权组织公约》的缔结使知识产权成为国际上通行的法律概念<sup>[4]</sup>。知识产权体系化是知识产权法典化前期的学术积累,它能够克服内部体系的分化,也是消弭各具体类型知识产权权利形态冲突并加以调和的基础。

### (三) 知识产权法典化的两个范式

目前世界范围来看,知识产权法典化的两个典范:一是法国1992年7月1日颁布92—597号法律,将当时23个与知识产权有关的单行法编制而成的《知识产权法典》(法律部分)<sup>①</sup>;二是2006年12月18日俄罗斯总统普京签署第230号联邦法律,宣布通过《俄罗斯联邦民法典》第4部分(第7编《智力活动成果和个性化标识权》),即知识产权作为民法典的独立一编,与物权、债权同等重要,成为民事基本法的重要组成部分。<sup>②</sup>前一个典范(法国知识产权法典),是法国人继近代民法典(1804年《拿破仑法典》)的荣光之后,又树立起的现代知识产权单独“成典”的新范式;后一个典范《俄罗斯联邦民法典》,则成就了私法复兴时代俄罗斯人的伟大梦想,其知识产权“入典”模式,足以垂范于世。<sup>③</sup>

世纪之交,相差近15年先后出台的知识产权法典化模式即“成典”与“入典”模式,是否预示着未来知识产权规范体系之形式理性的某种走向呢?现在下结论,还为时尚早。不过,从法典中所体现的知识产权类型化的发展趋势,“入典”模式所体现出现代特征,较为明显。《法国知识产权法典》坚持了传统的文艺著作权与工业产权的分类,分别为第1部分和第2部分;《俄罗斯联邦民法典》知识产权编则没有了这两种理论分类,径行按照具体的权利类型加以规定。《俄罗斯联邦民法典》之第7编《智力活动成果和个性化标识权》分9章327条,各章依次为:一般规定(第69章),著作权(第70章),邻接权(第71章),专利权(第72章),育种成就权(第73章),集成电路布图设计权

(第74章),技术秘密权(第75章),法人、商品、工作、服务和企业个性化标识权(第76章),统一技术构成中的智力活动成果权(第77章)。事实上,法国法的分类是近代知识产权起源后的两种基本分类,即区分为工业产权和著作权。这种划分源于1883年缔结的《保护工业产权巴黎公约》和1886年缔结的《保护文学艺术作品伯尔尼公约》,由此也形成了工业产权和著作权两大知识产权保护体系。但是,随着科学技术、文学艺术与工商业活动的交叉和渗透,这种分类已经不适合时宜了。因此,在著作权领域,有的学者提出了“文艺著作权”和“工业著作权”的区分。<sup>[20]74</sup>这种划分尽管在名称上比较好理解,但实际生活中我们却很难区分文艺著作权和工业著作权,也很难对此提出不同的保护标准或者形式。学理上的新的分类,以“文艺创作”“技术创新”和“正当交易秩序”(市场秩序维护)这三类规范目的之不同而加以区分,符合法益之所旨,也区分了不同的保护形式。<sup>[21]</sup>俄罗斯法中关于“个性化标识权”(也有翻译为“个别化手段的权利”),旨在透过保护商业标识来维护正当交易秩序。

同时,从私权理念分析,《法国知识产权法典》杂糅了一些程序性、行政性乃至刑事规范,未坚守民事立法的纯粹性。而《俄罗斯联邦民法典》将知识产权纳入式规范,将知识产权规范较好地融入了民事体系之中。例如《法国知识产权法典》第1部分《文学和艺术产权》之第3卷《关于著作权、邻接权及数据库作者权的通则》中,第3编规定了《程序及处罚》,其中还包括刑事方面的规定,共1章(第5章)10条(第L.335-1条至第L.335-10条),包括相关的程序性规则及刑事处罚的具体规

① 见《法国知识产权法典(法律部分)》,黄晖译,郑成思审校,商务印书馆1999年版。

② 见《俄罗斯知识产权法——《俄罗斯联邦民法典》第四部分》,张建文译,知识产权出版社2012年版。

③ 鄢一美认为,《俄罗斯联邦民法典》第4部分即第7编(知识产权编)“将知识产权以总则和分则的形式纳入民法典中,使知识产权法成为物权法、债法、继承法并列的民法典内容,这在目前已颁行的各国民法典中,尚属首例”。见鄢一美《俄罗斯社会转型与民法法典化》,《比较法研究》2015年第3期。

范。其第2部分《工业产权》之第4卷《行政及职业组织》和第5卷《工业品外观设计》至第2编《纠纷》,也是以行政性和程序性规范为主。这些规范杂糅于知识产权法典之中,虽有违私权理念,但从知识产权单独立法来说,倒也是一种简便易行的方式。

与《法国知识产权法典》不同,《俄罗斯联邦民法典》中的知识产权规范,除了其第4部分即第7编规定之外,总则编和债法编对此也有些相关规定。总则编之第1分编《基本规定》中,第1章《民事立法》之第2条第1款即开宗明义,规定民法典的调整范围包括物权、债权、“智力活动成果的专属性(知识产权)产生的根据和实现的程序”,以及由此所产生的财产关系和与之相联系的人身非财产关系。而总则编之第3分编《民事权利客体》中,第6章《一般规定》开篇就规定了民事权利客体的种类,其概括性规定中明确包括了“智力活动成果的专属性”(知识产权)(第128条)。第138条界定知识产权为“在本法典和其他法律文件规定的情况下和依照本法典及其他法律文件规定的程序,确认公民或法人对智力活动成果和与之相当的使法人个别化,使产品、所完成工程和服务特定化的手段(商业名称、商标、服务标志等等)的专属性(知识产权)。”接下来,第139条对“职务秘密和商业秘密”进行了界定。而在第8章《非物质利益及其保护》中,也包括了与知识产权相关的非物质利益如人格利益、商业信誉等(第150条)。<sup>[22]35 86 88 93</sup>

《俄罗斯联邦民法典》关于债法部分采取总分结合方式规定,分《债法总则》和《债的种类》两编。债法总则编对债的一般规定,同样适用于智力活动成果及其创造、移转、使用和许可使用等产生的债。债的种类编中,第38章《完成科学研究工作、试验设计和工艺工作》中,第771条规定了合同标的为信息资料的保密义务,而第772条则规定了合同双方对相应的工作成果所享有的权利。第54章《商业特许》中所规定的商业特许合同,包括了商标权、服务标志权、商业信息等许可使用的情形(第1027条和第1039条)。<sup>[22]352 356</sup>另外,根据2014年3月12日第35号联邦法律《关于对俄罗斯联邦民法典第一、二、四部分和俄罗斯

联邦个别法案进行修订的联邦法律》第1条的规定,知识产权作为担保客体,适用于该法关于特许经营合同的规定(第334—356条)以及专有权转让合同和许可证(可转让许可证)合同中的担保条款(第358.1—358.8条)。《俄罗斯联邦民法典》在总则、债法中规定有关知识产权的内容,是有关知识产权私权规范进一步融入传统民法体系的过程,也是传统民法典不断创新、吸纳新型民事权利的过程,是民法现代化过程中的有益探索。

原有时代的局限性,加之法典模式的封闭性,现代社会中出现了传统民法典的危机。不过,近代民法典中知识产权的缺位已经引起了人们的高度关注。知识产权单独“成典”模式,与知识产权纳入民法典的“入典”模式,是基于两种理念的不同选择。“成典”模式较为简单,也不拘于私法规范的纯粹性,具有某种汇编性质。“入典”模式则较为复杂,一方面需要进行更深入的理论提炼,另一方面要设计好法典之外的知识产权程序性和行政性规范方法。从民法典制定背景来看,《俄罗斯联邦民法典》是迄今为止关于知识产权规定最为完整的一部民法典。该部民法典真正实现了将知识产权整体纳入民法典的结构设计,并且民法典中关于知识产权部分的“总则+分则”体例设计也完成了知识产权制度自身的体系化。诚然,民法典中知识产权体系的完善,同样是一个永无止境的道路,如该法典关于知识产权客体的规定(第69章《一般规定》之第1225条),采取了封闭式的列举方式规定了16项权利客体,没有为后续的新兴权利类型留下弹性空间。<sup>[23]</sup>

### 三、“入典”:知识产权法典化模式的艰难选择

#### (一)“入典”与“成典”之外没有第三条道路

法典化背景下知识产权立法模式的选择,纳入式、糅合式或链接式,无外乎就是“入典”与“成典”的两种选择。两者择其一,没有第三条道路。刘春田在民法典与知识产权立法的研讨会上说过,知识产权法与民法的关系,不是特别法与普通法的关系,而是部分与整体的关系。李琛在刘春田主编的教材中,找到这一说法的文献出处。<sup>[24]25</sup>李琛认为,“部分”如何设计是技术问题,而没有



‘部分’就没有‘整体’,这是本质缺陷”。<sup>[25]201</sup>从这个角度说,将知识产权置于民法典之外,是民法典制定工作本身的缺陷;对于知识产权而言,最多只是一个遗憾而已。

诚然,承认历史对于近代民法的解构,较之深入研究之后的重构现代民法,要容易得多。分离式的懒汉思想,与历史的惰性在这里会以某种形式结合,演绎出知识产权单行法至上的观念。如此一来,民法典制定工作倒是容易了许多:在总则编中宣示知识产权作为一种民事权利,在物权法编中规定相关的权利质押,在合同法编中对于涉及的知识产权内容(如商业秘密、技术开发、权利转让或者许可等)予以适当规定,有关知识产权侵权规则适用侵权责任法编,在继承法编中对涉及知识产权继承问题加以必要的规定。这些规范,在现有的立法中都有一定的基础,稍加修订和整编,似乎即可完成民法典对于知识产权的“阳光普照”。若如斯,借鉴吴汉东“点”与“面”链接的说法,这就是一个多点链接的模式而已。

而且,否定知识产权法整体进入民法典的理由中,最为核心的就是对传统法典的纯粹性的破坏。俄罗斯联邦共和国知识产权科学研究院院长、法学博士洛巴金分析知识产权立法完全法典化的诸多缺陷,其中最为重要的就是认为知识产权进入民法典会破坏民法典自身的逻辑体系。他认为,俄罗斯立法传统遵循部门法典和综合法典相区隔的模式,民法典制定专门的知识产权编之后,民法典就从部门法典变成了综合法典。放弃知识产权单行法模式,将会导致《俄罗斯联邦民法典》纳入大量的极不相称的不属于民法的规范群;剥夺立法者颁布涉及某些种类的知识产权单行法的可能性且实质性地造成对蓬勃发展的知识产权关系的知识产权关系的调整进行技术性修改的困难;在相当长的时间内破坏法律适用实践,并可能使之倒退数年。<sup>[26]234-241</sup>好在这种反对知识产权法典化的立场并未占据主导地位,《俄罗斯联邦民法典》最终实现了一种最为新型的权利及其规则与最为古老的大陆法系传统的融合,成为了一个历史的标杆,甚或会成为知识产权之形式理性主义演进的分水岭。事实上,洛巴金对于知识产权“入典”模式导致的民法典由部门法典变成综合法典

的论调,本身就在曲解大陆法系法典化的逻辑体系。综合了私法与公法,杂糅了程序法与实体法,由此出现的综合法典并不符合大陆法系的法典传统,它更多地类似以问题为导向的美国式的法典汇编。进入民法典的知识产权部分,不可能不改造就将具有混合法特征的各个单行法汇编进入,更不可能改变民法典规范私人生活即私权的根本属性。

吴汉东试图在“入典”与“成典”之间进行调和。如前提及,他所设计的知识产权法典化方案是分两步走:第一步,在民法典中设“知识产权编”实现知识产权作为私权的理性回归;第二步,制定知识产权专门法典,实现知识产权一体化、体系化的理性安排。进一步,他认为民法典之知识产权编与知识产权专门法典之“一般规定”可以重合。“‘一般规定’可作为民法典‘知识产权编’的主要构成,亦可作为知识产权法典的‘总则’。”为此,拟定了其所建议的民法典之知识产权编的 35 个条款。<sup>[4]</sup>但仔细分析这 35 个条款,除了其中关于知识产权权利及其客体的规定之外,多数条款属于宣示性、附属性或者重复性规范,甚至有些条款(如关于权利变动原则的规定)不合时宜。如此设计出的民法典之知识产权编,与民法典中的物权法编、合同法编、侵权责任法编、继承法编等显得极不协调,最终会让知识产权与民法典的关系沦入一种低度的链接式立法思路。

链接式立法思路必然导致民法典的分解和自我孤立。知识产权专门法典独立于民法典而存在,不仅导致民法典体系解释功能的边缘化,也动摇了民法典建构私法领域话语体系的基础与核心地位。而特别法的兴起,必然倾向于采纳其自身界定的专门的话语体系以应对特殊领域的调整需求,由此导致对法典的系统分析和对特别法的文本分析之间的差异。这种差异,有可能导致某种文化的分裂,进而导致研究方法的分裂,以致民法典的自我孤立。<sup>[19]49</sup>诚然,自我孤立之后的民法典还可以“孤芳自赏”,但随着知识产权法典相对于民法典的优先适用性,可能使民法典由一般法沦为“浑身打上诸多马赛克的剩余法”<sup>[27]98</sup>,亦可能通过稀释民法典的规范性价值甚至削弱民法典的既有权威。“这种失去了包容性的民法典也将失

去对社会生活的普遍关怀,也就失去了作为私法一般法的意义;而随着知识经济影响进一步深入,民法典也将偏安一隅,最终会失去自己。”<sup>[17]113-114</sup>与此同时,民法典之外的知识产权专门法典如果成为混合公私法的综合法典,那这种立法模式所颠覆的就不仅仅是知识产权的私权观念,而是大陆法系演化至今的历史传统和价值。

## (二) “入典”契合(后)社会主义的传统

知识产权“入典”模式是社会主义或者“后社会主义”的一种传统吗?《民法通则》在《民事权利》一章(第5章)将知识产权与物权、债权、人身权并列,似乎是一种隐喻。而2006年《俄罗斯联邦民法典》的创制,其实也不是没有先例的创造:1995年11月9日越南社会主义共和国主席黎德英签署主席令所发布《越南社会主义共和国民法典》,其中第6编《智慧产权与技术转让》就是知识产权“入典”模式。“传统社会主义民法家族”是否具有此种家族的相似性,需要更多的文本分析。不过,社会主义建设秉承马克思主义社会进化理论,对先进的科学、技术、文化等总是抱有积极的态度。<sup>[6]</sup>

“将知识产权法纳入民法典中统一规定是俄罗斯民事立法的传统。”<sup>[28]219</sup>《俄罗斯联邦民法典》主要起草人之一、莫斯科大学法律系民法教研室主任、法学博士E. A. 苏哈诺夫主编的《俄罗斯民法》中,认为民法调整对象中财产关系占据主导地位,而知识产权是现代社会的—种重要财产。“在发达的市场经济中,智力创作的成果(科学、文学和艺术作品、发明、外观设计、计算机程序,等等)以及商品及其生产者的个别化手段(商标、商业名称、商品产地名称,等等)均具有商品性质。这些客体具有非物质(非物)的性质,它们是思想、外观、象征,虽然它们也以一定的物质形式表现出来(技术装置、书籍、磁盘或计算机记录、商品上的标识或标签,等等)。其中一些客体,如外观设计或商业名称,脱离商品流通是完全没有意义的。”<sup>[29]25</sup>这种认识表明,无论是从科技进步、文艺创造的角度,还是从发达的市场经济角度,对知识产权创造与运用所产生的法律关系的调整,是现代民法的重要使命。本人认为,这种认识不仅与社会主义先进文化论的观点有某种暗合,也是早

期社会主义民法在剥离家庭法和劳动法之后——即私法分化之后的必然结果。

《俄罗斯联邦民法典》之前的1995年《越南社会主义共和国民法典》第6编《智慧产权与技术转让》与《法国知识产权法典》中对知识产权的分类相同,建立在著作权与工业产权二元分类结构上。比较有特色的地方是,《越南社会主义共和国民法典》除了规定权利本身之外,还设专章《技术转让》,突出强调了知识产权的运用。《越南社会主义共和国民法典》包括3章共81条《著作权》35条(第1章)、《工业产权》26条(第2章)和《技术转让》20条(第3章)。由于废除了《工业产权保护法令》(1989)、《著作权保护法令》(1994)和《从外国向越南引进技术法令》(1988),故而知识产权的法律保护完全依赖于民法典中的相关规定。<sup>[30]12</sup>第1章关于著作权的规定较为详细,规定了著作权的主体、客体、权利内容、权利限制、作品使用合同及邻接权制度等。第2章关于工业产权的内容虽然包括专利权、商标权以及地理标记权等,但其规定较为简略,仅仅规定了工业产权的标的、成立条件、主体、权利限制及对权利的保护。第3章专门规定技术转让,规定了技术转让的标的、技术转让权以及技术转让合同。有关工业产权、技术秘密的转让,均适用该章的规定。<sup>[30]193-217</sup>如前所述,这种著作权与工业产权的二元分类不仅存在时代的局限性,而且缺乏对新兴的知识产权类型的回应。同时,条文过于简略而缺乏可操作性,尤其是对工业产权的规定,难以满足社会实践的需求。因此,原法典颁布10年之后,2005年新法典出台,扩大了客体范围,在明确植物新品种的基础上,增加商业秘密、地理标志、商业名称、集成电路布图设计及反不正当竞争等。只不过,新法典改变了知识产权法整体纳入民法典的“入典”模式,改为“面”的链接:虽设知识产权专编,但篇幅缩减,仅对知识产权的基本原则性问题加以规定;有关具体规范,则交给了《智慧所有权法》和《技术转让法》等单行法。事实上,这种“面”的链接发展下去,最终会导致民法典删除专编,转而在“点”上进行某种链接。据悉,2015年最新修订、2017施行的越南民法典,只剩下27章689个条

文,已经删除了《智慧所有权与技术转让》专编。<sup>①</sup> 尽管越南民法典制定在现代民法典演化进程中谈不上是一个典范,但其修订动向,也应令人有所警醒: 是一步之退,以致步步皆退,还是在民法典之外的另起炉灶的“成典”模式产生了知识产权的“去民法化”倾向? 这一现象,耐人寻味!

### (三) “成典”模式会导致叠床架屋困境

吴汉东是主张单独制定知识产权法典即“成典”模式的代表人物之一。他主张民法典在知识产权问题上采取“点”和“面”的结合模式加以连接,在链接式基础上再单独制定知识产权专门法典。“关于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。”<sup>[2]</sup> 在“点”的链接上,主要是通过民法总则进行基础性或者原则性规定。<sup>[3]</sup> 而在“面”的链接上,吴汉东前后有不同的主张: 2015年,他主张民法典重构财产权体系,设置“财产权总则”,在“财产权总则”编中设“知识产权一般规定”一章,与“物权”“债权”“其他财产权”等平行规范<sup>[2]</sup>; 2016年,他主张将“知识产权一般规定”作为单独的一编,即前文提到的知识产权编 35 个条款<sup>[4]</sup>。这种转变,多少是因为此前关于民法典中设置“财产权总则编”的意见在本轮立法进程中已然无望,转而强调作为独立的“知识产权编”所具有的“面”上的建设性。<sup>②</sup> 但如前所述,如果其建议的由 35 个条文组成的“知识产权编”能够独立支撑民法典中的一编,且能够保持与物权、合同、侵权、继承、婚姻家庭、涉外民事关系诸编的结构平衡的话,那么,该编关于知识产权的一般规定,又作为知识产权专门法典的总则部分,这显然是一种叠床架屋的模式。

事实上,知识产权“成典”模式的最大困惑就是,要么在公私混合法域下形成综合法典,要么在私法纯粹化之后与民法典形成叠床架屋的关系。吴汉东说“从诸法典的位阶来看,知识产权法典作为专门法典,并没有改变其作为民事特别法的原本地位。”<sup>[4]</sup> 他将知识产权法典作为民法典的特别法,是法典之外的法典。所以他认为,“在私法多元制中,民法典是作为民事普通法或基本法存

在的,它规定的是私权的一般问题;而知识产权法典则属于特别法,它对知识财产问题作出专门规定。将两部法典作出上述区分的意义在于: 在知识财产问题的法律适用方面,知识产权法典的适用应优先于民法典”<sup>[5]</sup>。吴汉东的这种思路,如果建立在“解法典化”背景下制定一部原则性或者通则性的民法典的话,倒不失为一种较为可行的方法(诚然,这种原则性法典潜在的风险是可能导致民法典模式本身的分崩离析)。不过,本轮民法典编纂显然强调了法典的规范意义,使之兼具行为规范和裁判规范的功能。

如果按照吴汉东的思路,结合民法典和知识产权法典的架构,从全国人大及其常委会制定的法律层面分析,知识产权法律规范包括以下四个位阶:

第一位阶 民法典总则编: 关于知识产权概括性规定

第二位阶 民法典知识产权法编: 关于知识产权一般规定

(民法典其他各编如物权法编、合同法编、侵权责任法编、继承法编、涉外民事关系法编等: 涉及知识产权的相关规定)

第三位阶 知识产权法典: 关于知识产权一般规定 + 其他各编(章)(如著作权、专利

<sup>①</sup> 如前文所述,2005年越南新民法典第6编即知识产权编,只剩下22个原则性条文了。随着《智慧所有权法》和《技术转让法》的颁布,这些原则性条文存在的价值令人质疑。据悉,2015年修订的越南民法典已删除知识产权专编,经由“面”的链接,转入了“点”的链接,只有几个相关的条文在民法典中规定知识产权的内容。见中国商务部驻越南经商参处《越南民法典等6部法律修订案将于2017年生效》,商务部网站,2017-01-13, <http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyjl/j/201701/20170102501386.shtml>。

<sup>②</sup> 客观地说,21世纪民法典制定的时代使命之一,就是构建包括知识产权在内的现代财产权体系。从这个角度来说,透过“财产权”话语体系解构传统民法典中的“物权+债权”的二元结构,是民法典之现代性的一种体现,也能够反映出现代民法典的开放性特征。只不过,法典化的路径依赖和立法的现实紧迫性,让这一构想一时难以实现。关于现代财产权体系整合知识产权的论述,参见易继明《民法典的不朽——兼论我国民法典制定面临的时代挑战》,《中国法学》2004年第5期。

权、商标权、植物新品种权……)

第四位阶 知识产权单行法: 未能及时纳入知识产权法典或者民法典的相关立法

列出这4个位阶,我们就能够清晰地发现第二位阶与第三位阶会出现叠床架屋的现象。事实上,如果知识产权法典能够恪守纯粹的私法性质,那么将其整体纳入民法典是一种符合民法体系同时又符合知识产权自身逻辑的选择。而如果知识产权法典仍然是公私法混合法域下的综合法典,那么其对于民法典而言,它就只是一个关涉私权部分的附属性法律;在此种情形之下,倒不如扩大第四位阶的单行法,形成知识产权领域单行法诸法林立的局面,可能是更为妥当的一种方式。由此可见,知识产权法典与民法典的相对分隔,既有碍于知识产权自身的体系化,也实则是对民法典的一种解构。

#### (四) “入典”模式的理论根源

本轮民法典制定过程中,本人主张知识产权整体“入典”模式,即统一私法典应该回归启蒙时期法典的自然理性传统,将知识产权法作为独立的一编,整体纳入民法典。“在自然法法典的理念之下,法典应是完整的,它覆盖市民社会全部领域;法典应是理性的,是从不证自明的预设条件中自然推演出来的;法典也是普适的,甚至可以适用于所有时间、地点发生的一切人际关系和交易。法典的来源只有一个:普适而不变的实证法的基础,即自然理性。”<sup>[6]</sup>在这种观念之下,本人提出了九编制(又称“民法九章”)的设想,知识产权法编在民法典中单独成编,并置于物权法编之后、合同法编之前。这样,可先通过物权法编阐明财产权之一般规则,以指导知识产权法律规范的设计和适用;而在明确界定产权后,通过合同法编中关于产权流转的规定来规范知识产权的利用。<sup>[6]</sup>

与本人提出的这种自然理性之法典观类似,谢鸿飞提出了“新民事自然法”观点,但他关注的重心在于消费关系和劳动关系,并未回答民法典中知识产权是否独立成编的问题。<sup>[18]</sup>就知识产权是否独立成编,刘春田和李琛同样持肯定的态度。如前所述,他们认为知识产权法与民法并非“特别法”与“普通法”的关系,而是“部分”与“整体”的关系。“部分”缺失,“整体”就不完整,这才是本质

的缺陷。这种认识,也是他们与吴汉东所持“特别法”与“普通法”的根本分歧所在。刘春田认为,知识产权与物权是同一位阶的民事权利,知识产权法是民法不可分割的一部分,现代民法中知识产权应该作为第一财产权利。他甚至不无夸张地说,“知识产权作为第一财产权利是民法学上的一个发现”,以此建议我国民事立法要转变财产观念,在民法总则中将知识产权列为“首要的财产权利”。本人赞同刘春田对于现代财产体系中知识产权重要性的认识,但知识产权从一开始就兼具人身与财产双重属性,并非改造物权体系中“物”的观念之后,可以一揽子吸纳和解决的。不仅著作权与特定人智慧关联,商业标识本身具有身份属性,就是科学技术领域的发明创造、动植物新品种等,也同样是一种具有人格利益的财产。<sup>[32]</sup>这也是吴汉东所提出的所谓“财产权总则”编实质上很难将知识产权完全纳入的原因之一。

李琛进一步强调了法典的体系化功能和价值。她认为法典乃是体系化思维在立法中的外化,民法典及知识产权“入典”,可以充分发挥法典的说服、普及功能,并在司法审判中形成体系化的思维。她以“避风港规则”为例,认为有些法官视其为一项独立的法律原则,就是一个错误的认识,因为这一规则“本身不具有侵权判定规则的功能和作用”。她说,具有体系化思维的法官就会意识到,“避风港”只是一个免责条款而已。<sup>[33]</sup>事实上,法典的自然理性传统从原初权利出发,强调法律的基础价值和法典内在的逻辑体系。“入典”模式不仅是知识产权制度自身的体系化,也是现代民法制度的体系化,更是近代法以来统一私法典模式的自我完善。而从知识产权的角度来说,在权利爆炸的时代,在知识产权类型化不足时借助民法典的整合能力,透过民法基本原则或者具体的合同、侵权等规则,就可以为民事主体涉及知识产权的合法利益提供适当的保护。<sup>[21]</sup>这种一体化思维倾向,与“成典”模式、分离式等去中心化或者“离散”思维,是截然不同的。

事实上,对“入典”模式持反对意见的,重点在于强调知识产权所具有的个性特征。较为常见的观点认为,“知识产权制度的法律规范具有其特殊性,不同于传统的民事制度,很难用普通的民事规

范予以调整”<sup>[34]</sup>。此种观点似乎表明,知识产权的特殊性是其完整纳入民法典的不可逾越的障碍。实际上,民事生活千姿百态,民法中的任何一类权利均有自己独特的个性特征,但同时基于其所具有的共性,这些多样化的权利仍然能够和平共处于民法典之中。基于私人生活的自然理性,基于形式理性主义的大陆法立法传统,统一的私法典完全有能力将兼具人身与财产属性的知识产权纳入其麾下,使之独立成编,并能够借助知识产权规则丰富自身,实现其自我完善。

#### 四、结语:中国的选择

“入典”与“成典”之间,没有第三条道路。“成典”模式背后,其实是暂时缓解了立法的困难,但实质是在肢解大陆法系以来的法典形式理性主义的传统。在“入典”与“成典”之间,纳入式的“入典”诚然会增加民法典制定工作的难度,如“入典”模式必然面临知识产权与传统财产权的融合、各种类型知识产权的整合、知识产权制度自身的体系化等问题。但是,纳入式的“入典”模式坚守了自然理性主义的法典传统。正如李琛所言“法典化的价值追求之一就是法的体系化,体系化的本质是多中求一,以简驭繁,在多变之现象中归纳出不变的规律。所以,越是庞杂、变幻的规范领域,其体系化的价值越高。如果以技术难度为由放弃体系化,则法典化的必要性在整体上都被质疑了。”<sup>[25]187</sup>事实上,从立法技术上的角度分析,对于人们担心较多的两个问题解决起来倒并不困难。

第一,是否会导致民法典中掺入大量的有关知识产权的公法和程序性规范?事实上,知识产权法整体纳入民法典较为难处理的地方,是其中所涉及的具有行政性质的复议(如专利复审委员会、商标评审委员会所进行的行政复议)如何剥离并契合民法典的问题。<sup>[6]</sup>显然,“入典”模式并非要将与知识产权有关的所有法律规范均置于民法典中,这涉及规范的属性、层次及融合度的问题。例如,关于专利审查授权事项,很大一部分可交由《专利法实施细则》和《专利审查指南》加以规定,而无需放入民法典中。并且将此类公法、程序性规范排除在民法典之外,并不会破坏知识产权的

整体结构。关于这一点可类比物权法,单独规定不动产登记条例并未对物权法的体系化造成任何影响。目前一个比较好的现象就是,“知识产权事务已逐渐脱离国家法框架下的行政治理(或称外部治理),其产生、确认、保护等更多地体现为企业按照自然法原则所进行的行业协会治理(或称内部治理)”<sup>[6]</sup>。从这一点出发,我国知识产权法典化的立法实践可为正在进行中的知识产权体制改革提供契机。

第二,如何应对知识产权法“入典”给民法典稳定性带来的冲击?将知识产权整体纳入民法典,的确可能导致民法典修改频率的增加。“民法法典化方法的局限性可能从根本上来来自于知识社会中法律的‘回应性’特征凸显。”<sup>[35]266</sup>这一方面是法典在保持其完整性的条件下如何开放地面对社会生活的问题,另一方面也是法典修订模式、立法能力等方面加以跟进的过程。这一问题,虽然知识产权领域较为突出,但更多的是我们应对民法法典化危机中所不得不面对的难题。也就是说,这一问题,这并不意味着要全然否定法典化的意义和价值;相反,这需要民法典制定中保持法典本身的开放性,同时提高我们“废”“改”“立”的立法能力,在民法典的完整性与开放性之间保持适度的平衡。也许,这也是我们社会演进本身的价值与历史逻辑。

2017年3月十二届全国人大第5次会议通过的《民法总则》,从权利及其客体角度对知识产权进行概括性的规定;这种规定,带有定义性质,与其对物权、债权、继承权等规定如出一辙。《民法总则》第123条第1款规定,“民事主体享有知识产权”。紧接着,该条第2款列举了权利所指向的几种客体“知识产权是指权利人依法就下列客体所享有的专属的和支配的权利:(1)作品;(2)发明、实用新型、外观设计;(3)商标;(4)地理标志;(5)商业秘密;(6)集成电路布图设计;(7)植物新品种;(8)法律规定的其他客体”。从学理分类上,可以将其概括为文艺创作、技术创新、市场秩序维护这3种类型的权利,具体包括有著作权、专利权、集成电路布图设计权、植物新品种权、商标专用权以及反不正当竞争法所保护的商业秘密权利等。也许,这一规定对于知识产权类型来

说,是相对封闭的:一者坚持了知识产权的法定主义;二则留下了“法律规定的其他客体”(第123条第2款第8项)这一开放性空间。这一空间,我们既可以认为是留给未来的专门的知识产权法典的,也可以认为是留给民法典及其知识产权法编之外关于知识产权单行法的立法空间。

客观上,从全国人大法工委制定的立法规划来看,并未出现知识产权法不纳入民法典独立成编的明确的意见。就立法进程而言,对于2018年上半年将民法典分编整体提交全国人大常委会审议的立法规划来说,这一年多的时间虽不长,但也不短。也许,相对于其他各分编(如婚姻家庭法编、继承法编、物权法编、合同法编、侵权责任法编)而言,新型的知识产权法编的起草要困难一些,但2002年民法草案之前的尝试以及其后的研究,又有了一定的基础。本轮民法典制定工作,政治任务性强,组织紧凑,但也应该体现出一定的时代性和未来性;否则,它将无以承载依法治国和中华文化伟大复兴的梦想。民法典的编纂,实际上也表现为一种文化竞争。李雨峰戏曰“对于采纳了法典的国家或者地区而言,法典的完成与在世界级的运动会上多得了几块金牌一样,给这个国家的国民带来的是一种自信,尽管有时这种自信是盲目的。”<sup>[36]</sup>抛开戏谑成分,对于一个国家而言,“一部宪法,一部民法典,都是能够在一定意义上具有‘永恒’或‘不朽’意义的可能性的载体。惟其如此,政治家们的激情与改革家们的冲动经常会体现于其中,甚至会将他们的触角伸得更长、更深入”<sup>[37]</sup>。我们可以想象,缺乏了知识产权法编,2020年出台的民法典更多的是体现了近代法上的法典成就,不可避免地会带着酸腐的味道,也让一部所谓的现代民法典一出台就给人以残破不堪的形象。如此一来,一部本可成为历史丰碑的中国民法典,岂不是弄巧成拙地变成了政治的“急就章”?令人唏嘘不已!

#### 【参 考 文 献】

- [1] 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》辅导读本编写组.《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》辅导读本[M].北京:人民出版社,2014.
- [2] 吴汉东.知识产权“入典”与民法典“财产法总

则”[J].法制与社会发展,2015(4).

- [3] 曹新明.知识产权与民法典连接模式之选择——以《知识产权法典》的编纂为视角[J].法商研究,2005(1).
- [4] 吴汉东.民法法典化运动中的知识产权法[J].中国法学,2016(4).
- [5] 吴汉东.知识产权立法体例与民法典编纂[J].中国法学,2003(1).
- [6] 易继明.历史视域中的私法统一与民法典的未来[J].中国社会科学,2014(5).
- [7] TRIPS 协定(即《与贸易有关的知识产权协定》)中译本[M]//石广生.中国加入世界贸易组织知识读本(二):乌拉圭回合多边贸易谈判结果法律文本.北京:人民出版社,2002.
- [8] 郑胜利.论知识产权法定主义[J].中国发展,2006(3).
- [9] 越南社会主义共和国民法典[M].吴远富,译.厦门大学出版社,2007.
- [10] 阮通晓.2005年版《越南民法典》介绍[M]//徐国栋.越南社会主义共和国民法典.吴远富,译.厦门大学出版社,2007.
- [11] 梁慧星.关于制定中国民法典的思考[N].人民法院报,2000-02-12(3).
- [12] 费安玲.论我国民法典编纂活动中的四个关系[J].法制与社会发展,2015(5).
- [13] 费安玲.论知识产权与民法典的互动——以立法形式为分析视角[J].陕西师范大学学报:哲学社会科学版,2017(2).
- [14] 蒙古国民法典[M].海棠,吴振平,译.北京:中国法制出版社,2002.
- [15] 谢怀栻.大陆法国家民法典研究[M]//易继明.私法:第1辑第1卷(总第1卷).北京:北京大学出版社,2001.
- [16] 魏磊杰,王明锁.民法法典化、法典解构化及法典重构化——二百年民法典发展历程述评[M]//易继明.私法:第5辑第2卷(总第10卷).北京:北京大学出版社,2005.
- [17] 易继明.民法法典化及其限制[M]//易继明.私法:第2辑第1卷(总第3卷).北京:北京大学出版社,2002.
- [18] 谢鸿飞.民法典与特别民法关系的建构[J].中国社会科学,2013(2).
- [19] 魏磊杰.比较视野下的民法典重构研究:聚焦法典编纂的最新趋势[M].北京:法律出版社,2016.
- [20] 沈仁干.郑成思版权文集:第1卷[M].北京:中国人

- 民大学出版社, 2008.
- [21] 易继明. 知识产权的观念: 类型化及法律适用[J]. 法学研究, 2005(3).
- [22] 俄罗斯联邦民法典[M]. 黄道秀, 译. 北京: 北京大学出版社, 2007.
- [23] 王志华. 论俄罗斯知识产权法的民法典化[J]. 环球法律评论, 2009(6).
- [24] 刘春田. 知识产权法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2010.
- [25] 李琛. 论中国民法典设立知识产权编的必要性[M]// 梁慧星 等. 民法典编纂论. 北京: 商务印书馆, 2016.
- [26] В Н ЛОПАТИН. Особенности Кодификации Законодательства об Интеллектуальной Собственности в Российской Федерации[M]. М., Издание Совета Федерации, 2007.
- [27] 那塔利诺·伊尔蒂. 解法典的时代. 薛军, 译[M]// 徐国栋. 罗马法与现代民法: 第4卷. 北京: 中国人民大学出版社, 2004.
- [28] 施刚. 俄罗斯民法典的编纂与知识产权立法法典化问题研究[M]// 张平. 网络法律评论: 第17卷. 北京: 北京大学出版社, 2015.
- [29] E. A. 苏哈诺夫. 俄罗斯民法: 第1册[M]. 黄道秀, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2011.
- [30] 徐国栋. 越南社会主义共和国民法典[M]. 吴尚芝, 译; 卢蔚秋 校. 北京: 中国法制出版社, 2002.
- [31] 吴汉东. 知识产权应在未来民法典中独立成编[J]. 知识产权, 2016(12).
- [32] 易继明, 周琼. 具有人格利益的财产[J]. 法学研究, 2008(1).
- [33] 李琛. 从知识产权司法需求论我国民法典的编纂[J]. 法律适用, 2016(12).
- [34] 胡开忠. 知识产权法典化的现实与我国未来的立法选择[J]. 法学, 2003(2).
- [35] 易继明. 私法精神与制度选择——大陆法私法古典模式的历史含义[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003.
- [36] 李雨峰. 知识产权法典化论证质评[J]. 现代法学, 2005(6).
- [37] 易继明. 民法典的不朽——兼论我国民法典制定面临的时代挑战[J]. 中国法学, 2004(5).

[责任编辑 蒋万胜]

## The Choice of Intellectual Property Legislation in the Background of the Chinese Civil Code

YI Ji-ming

(Law School, Peking University, Beijing 100871)

**Abstract:** In March 2017, “General Principles of the Civil Law of the People’s Republic of China” passed into law which provided general rules for intellectual property rights, just like property right, creditor’s rights, inheritance and so on. For the codification of civil law, the choice of four connection modes between intellectual property and civil code including separation type, take-in type, linking type and blending type, in the final analysis, is the choice of two legislative models: one makes intellectual property law as a whole incorporated into the Civil Code as a single part, while another develops specialized intellectual property code. Confined to the limitations of history and the times, the achievements of the modern natural law movement encounters crisis in the modern society. In response to this crisis, we need to return to the natural rationality of the tradition of codification, in order to establish a unified private code following the formal rationalism of private life. There is no third way between “into the code” mode and the “codification” mode. However, bringing intellectual property law as a whole into the civil code, the “into the code” model can realize both the systematization of intellectual property itself, but also the continuous improvement of a modern civil code.

**Key Words:** Civil Code; intellectual property code; “Into the Code” mode; “Codification” mode; legislative choice