

论《民法总则》知识产权条款中的“专有”

李琛

内容提要：《民法总则》第123条将知识产权定义为“专有的”权利，本意是彰显知识产权的特征，尤其是区分物权与知识产权。该立法表述既源自“专有性是知识产权的特征”这一理论通说，也源自对知识财产保护中专有权模式与制止不正当竞争模式二者关系的忽视。“专有性是知识产权的特征”在逻辑上无法证立。出于法教义学的目的，此条的“专有的”限定只能被解释为一种语言习惯，既不意味着在实质上肯定了专有性是知识产权的特点，也不意味着排除了制止不正当竞争保护。

关键词：《民法总则》 专有性 知识产权的特征 制止不正当竞争

Abstract: Article 123 of the General Principles of Civil Law describes intellectual property as “exclusive right”, intending to express the feature of intellectual property right, especially compared with real right. Such expression originates the popular doctrine that exclusiveness is one particularity of intellectual property, and also due to the ignorance about distinction between exclusive right model and anti-unfair competition model for the protection of intellectual property. “Exclusiveness is particularity of intellectual property” cannot be justified logically. In the sense of legal dogmatic, “exclusive right” herein should be interpreted just as a wording custom. It cannot be understood that “exclusiveness is particularity of intellectual property”, neither as the exclusion of anti-unfair competition.

Key Words: the General Principles of Civil Law; exclusiveness; particularity of intellectual property; anti-unfair competition

《民法总则》第123条将知识产权定义为“权利人依法就下列客体享有的专有的权利……”法学界对这个定义的讨论大都是围绕着客体的范围^①，而对“专有”这一限定的关注不多。在全国人大法工委公布的《民法总则》草案征求意见稿中，采用的表述是：“知识产权是指权利人依法就下列客体所享有的权利……”，并无“专有的”这一定语。另根据立法参与者的介绍，《民法总则》三次审议稿曾将知识产权规定为“专属的和支配的权利”，后来修改为“专有的”。^②由此看来，“专有”一词是立法者特意选用以描述知识产权特征的。如果要为这一立法

表述寻找理论依据，当然要追溯到“专有性是知识产权的特点”这一流行学说。^③但事实上，学界对“专有性”的理解并不一致，专有性是不是知识产权的特征也存在争议。因此，有必要首先对立立法表述依据的理论做一番探究；其次，既然《民法总则》已经采用了“专有”限定，出于法教义学的目的，究竟应采用哪种解释，也需要对不同的学说进行梳理与比较。

一、关于专有性的不同解释

（一）专有性是指权利效力的排他性

大多数观点都认为，专有性就是排他性。王迁教授指出，“专有性又称排他性”。^④刘春田

作者简介：李琛，中国人民大学法学院教授，博士生导师

本成果受到中国人民大学“统筹推进世界一流大学和一流学科建设”专项经费的支持（项目批准号：15XNLG06）。

① 关于客体的定义、客体与对象的区别，法学界存在重大争议。为了集中论点，本文对此不予讨论，也不引入“对象”的表述。本文中的“客体”指权利主体所支配的、权利包含的利益所赖以产生的事物，相当于某些学者主张的“对象”。本文作此处理，仅出于讨论方便之需。

② 张荣顺主编：《中华人民共和国民法总则解读》，中国法制出版社2017年版，第407页。

③ 参见郑成思主编：《知识产权法》（第二版），法律出版社2003年版，第12页。冯晓青：《论知识产权的专有性——以“垄断”为视角》，载《知识产权》2006年第5期。

④ 王迁著：《知识产权法教程》（第三版），中国人民大学出版社2012年版，第7页。

教授认为，“所谓专有，在法律意义上是指专有其利益。”^⑤利益专为某一主体享有，即意味着排除其他主体享有，专有必排他。吴汉东教授也认为，“专有性即排他性和绝对性”。^⑥

（二）专有性是指客体的不可替代性

张俊浩教授主编的《民法学原理》认为，权利的专有性只能出于两种原因：一是主体的唯一性或者特权地位；二是客体的唯一性和不可替代性。知识产权的专有性源于后者。“正是由于知识产权客体的排后性和‘独生子女’性，受保护的智慧产品均系唯一的不可替代‘物’，从而客体相同的知识产权便只能有一项，于是权利也就不能不专有。……在物权，虽然也有不替代物，而且有唯一性的不替代物，但后者只是例外现象，可替代物才是事理之常。”^⑦郑成思教授解释工业产权的专有性何以不同于物权的排他性时，举出的例子也表达了类似的意思：两个人可以互不干扰地对两栋相同的房屋行使物权，而两个人独立地作出两个相同的发明，只有申请在先者获得专利权。^⑧这个例子暗含的逻辑是：相同的物上可以有多个物权，相同的技术方案上只能有一个专利权。反推了不同物权的客体可以是“相同的”，可替代的。

二、关于“专有性是否为知识产权特征”的不同观点

为了使读者更清楚地看出不同立场所依据的前提，在梳理这一争议时，本文不是简单地分为赞成说与反对说，而是与上述对专有性的不同解释相结合，分为以下几类观点：

（一）专有性即排他性，专有性不是知识产权的特点

刘春田教授认为，知识产权、物权、人身权都具有专有性，专有性不是知识产权的特点。^⑨

李锡鹤教授甚至认为，债权也具有排他性，权利的排他性是权利的本质属性。^⑩

而且，鉴于知识产权中有专门的限制制度，与物权相比，非权利人可以依法行使知识产权的情况更多，所以知识产权的专有性弱于物权，更不宜把专有性作为知识产权的特点。^⑪

（二）专有性即排他性，专有性是知识产权的特点

这种观点虽然承认专有性即排他性、排他性不是知识产权特有的，但强调知识产权的排他性有其自身的特点，所以依然把专有性作为知识产权的特点。例如有学者主动提出疑问：既然所有权和知识产权都具专有性，为什么专有性是知识产权的特点呢？然后自己给出答案：“所有权和知识产权在专有性的表现上确实是相同的。……但是，所有权的专有性和知识产权的专有性在其他方面仍然是存在区别的。”^⑫《民法总则》的立法表述主要是基于这个理由。按照立法参与者的说明，“知识产权最重要的特征是排他性，所有权虽也有排他性，但是在所有权人直接支配所有物基础上的排他，是基于所有物自然属性的排他，而知识产权的排他，是法律人为创设的排他。”^⑬

（三）专有性是指客体的不可替代性，专有性是知识产权相对于物权的特征

此观点认为，因为物通常是可替代的，所以物权并无专有性。知识产权的专有性，是相对于同属支配权的物权而言的。但同时也承认，人身权的客体也具有唯一性和不可替代性，如果相对于人身权，专有性并不是知识产权的特点。^⑭

三、对“专有性是否为知识产权特征”的逻辑分析

在前述观点中，以“专有性即排他性”推出“专有性不是知识产权的特征”，在逻辑上是圆

⑤ 刘春田：《知识产权解析》，载《中国社会科学》2003年第4期。

⑥ 吴汉东：《关于知识产权本体、主体与客体的重新认识》，载《中国知识产权评论》第1卷，商务印书馆2002年版。

⑦ 张俊浩主编：《民法学原理》（修订第三版），中国政法大学出版社2000年版，第544-545页。

⑧ 郑成思主编：《知识产权法》（第二版），法律出版社2003年版，第12页。

⑨ 同注释⑤。

⑩ 李锡鹤：《民法原理论稿》，法律出版社2009年版，第252页。

⑪ 刘春田主编：《知识产权法》（第四版），中国人民大学出版社2009年版，第22页。

⑫ 同注释④，第8页。

⑬ 同注释②，第407页。

⑭ 同注释⑦，第545页。

满的。暂且搁置李锡鹤教授提出的“债权也有排他性”这一非主流观点，至少所有的绝对权都是排他的，既然是多种权利所共享的属性，就不能称之为特点。

以“专有性即排他性”，加上“知识产权的专有性不同于物权的专有性”两个前提，进而推出“专有性是知识产权的特点”，在逻辑上不成立。多个权利共享属性的具体表现不同，不能改变属性本身的共通性。假如我们先抱以“同情的理解”，不难发现，提出这一表述的很多论点其实意欲表达的是另外的意思，主要包括：

（一）避讳与所有权定义相同的表述，以区别所有权与知识产权

立法参与者在解释《民法总则》为何不采用“专属的和支配的”表述时，指出：“通过界定所有权的方式界定知识产权，容易让人按照理解所有权的方式理解知识产权，难以让人准确把握知识产权的本质和特征。”⁽¹⁵⁾

“专属的”这一表述显然是不妥当的，但其不妥当性并非是因为这是所有权的描述方式，而是因为“专属的”只能用于描述人身权。“专属权是指只能由其主体享有或者行使的权利，例如，人身权是典型的专属权。”⁽¹⁶⁾“专属”是强调权利对象与主体的不可分离性，权利只能属于某个特定主体，具体表现是不可转让、不可放弃、不可继承。专属性（又称一身专属性）在民法理论中历来都是作为人身权特征的描述。知识产权中除了著作人身权（还有一个特例是追续权），皆无专属性。

物权、知识产权、人身权都是支配权，在民法理论中没有争议。民事权利依据作用划分为支配权、请求权、抗辩权和形成权，知识产权当然不是抗辩权或形成权，知识产权人可直接支配其权利客体，无须通过请求实现其利益。权利的区别并不仅仅是依据利益的实现方式，更要依据权利的客体。把人身权表述为支配权，并不会因此就无法区分人身权与物权。因为“支配”是表述所有权的，如果用于表述知识产权就会导致所有权与知识产权难以区分，这一推论完全不合逻辑。

如果“专有性”的表述只是为了避讳，刻意避开排他性、支配性等描述所有权的词语，同时又承认专有性就是排他性，那就只能认为“专有性”与知识产权联结不过是一种语言习惯，也推不出专有性是知识产权的特征。如同用“丰满”描述较胖的女性，用“肥硕”描述较胖的男性，仅仅是习惯而已，如果丰满与肥硕都是较胖的意思，自然无法论证“丰满”是女性的特质”。

（二）强调知识产权在事实上不可专有，只能在法律上专有

王家福教授指出，“知识产权有法律上的专有性”。他在专有性之前加上了“法律上的”限定。理由是：“无形财产与物质财产有不同的本质属性。如它的非物质性、无形体，可以同时被多数人占有、使用，并且容易溢出所有人的占有，因此用通常所有权制度不能保护无形财产。”⁽¹⁷⁾这一观点的意思是知识产权的客体不可在事实上专有，只能通过法律保障其专有。但是，用专有性表述知识产权特征并没有准确地传达这层意思。首先，专有性作为权利的特征，都是法律上的特征，而不是事实特征。能通过事实占有来控制的客体，主要是动产和物质性人身要素。不动产、符号性人身要素（肖像、姓名等）也不能事实专有。即便是动产，也有脱离权利人管领或是被侵夺的状态，如果权利都可以完全通过事实专有，法律就没必要干预了。其次，如果要强调知识产权客体的不可占有性，就应当直接将知识产权的特点表述为“客体的不可占有或不可事实专有”，而不应表述为“法律上的专有”。这一表述错位，混淆了事实特征与法律特征。有观点之所以得出“知识产权人无法支配其权利客体”这一错误结论，违反“知识产权是支配权”这一民法学常识，就是因为分不清事实支配与法律支配，把“无法凭借物理力量占有”等同为无法在法律上支配。⁽¹⁸⁾

（三）为了强调知识产权不是自用权

王迁教授在论述了“专有性是知识产权的特点”之后，专门讨论了知识产权有无“自用权”。他指出：知识产权就是“专有权

(15) 同注释②。

(16) 江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社2007年版，第39页。

(17) 顾昂然、王家福、江平等著：《中华人民共和国民法通则讲座》，中国法制出版社2000年版，第195页。

(18) 同注释②。

利”/“排他权利”/“禁止权”，也即禁止他人实施某种行为的权利，而与“自用权”无关。⁽¹⁹⁾暂且搁置“知识产权有无自用权”这一争议本身，如果专有性的含义是指“知识产权就是禁止权”，在逻辑上比用“知识产权的专有性与物权的专有性不同”来论证“专有性是知识产权的特点”要好。也就是说，“专有性”论者的真正用心是试图揭示知识产权利用方式的不同。王家福教授也曾指出：“专有权的性质是什么？凡是未经知识产权所有者同意，任何人都不得使用它的无形财产。”⁽²⁰⁾根据“同情理解”原则，这句话的重心当然不太可能是说其他人未经所有权人同意，可以使用权利人的物，而是强调知识产权的利益实现不是通过占有、使用、收益、处分，主要是通过禁止他人的擅用。

但问题在于，“专有性”本身的含义不等于“非自用性”或“唯禁用性”，必须额外满足两个条件才能证立“专有性是知识产权的特点”：1.法学界重构专有性的含义；2.证明知识产权是“唯禁用权”。我们先假设学界同意，“专有性”包含“非自用性”的含义，只对“知识产权是不是唯禁用权”进行分析。这个观点不是否定知识产权人可以自己利用其权利客体，而是认为仅为了“自用”，根本不必赋予知识产权。王迁教授举例说明，假如作者要复制和翻译自己的作品，当然是可以的，自行复印和翻译作品本来就是宪法赋予公民的自由。只有当法律规定了著作权时，作者才能阻止其他人利用作品。⁽²¹⁾从利益的实现方式而言，知识产权主要依靠“他用”（即许可等权利交易）而非“自用”，对此本文是认同的。但从权利创设的必要性而言，单纯自用无须仰仗法律，并不是知识产权的特点，物权也一样。对于自己劳动得来或先占的物可以利用，乃是一种先于法律的事实，是一种自然权利。试想，一个人种了一棵苹果树，收获苹果自用，也不需要法律赋权。因为苹果有被侵占的可能或有交易的需求，才需要法律给予排除他人干涉的物权。自用只涉及人与客体的关系，而权利反映的是人与人的关系。自用需求不是权利产生的依据，这一点不是知识产权独有的。如果我们进一步遵循“同情理解”原则，应当肯定知识产权与物权的一个区别：如果不创设物权，自用

都无法保证，因为物可能被侵夺。而不创设知识产权，自用是不受影响的。这一点应当是“知识产权无自用权”论者的真正意思。可是这一层意思无非还是指知识产权客体的利用在事实上不排他，他用不碍自用。这依然是事实描述。事实上的“他用不碍自用”，推不出法律上没有“自用权”。事实上的利用不是权利，法律上的自用不仅反映为事实上权利主体可支配其客体，也反映出“唯主体可自用，他人皆不可”这一社会关系状态。权利是主体为特定行为的可能性，权利人居然没有自用的自由，不合逻辑。法律上的自用权，即“唯主体自用的行为可能”，与排除他用是一体两面。但是，如果把知识产权表述为禁用权，也就是从限制他人行为的角度来表述。禁用，强调的是为他人设定的义务。义务不能作为民事法律关系的起点。法律不能平白地限制行为自由，义务只能从权利中推导出来。禁止他人利用的正当性，只能源自法律确保权利主体独占利用的必要性，而不能颠倒顺序。

综上，如果认为专有性即排他性，无论如何同情地理解论者的真实意图，“专有性是知识产权的特征”均无从证立。

如果把专有性理解为“客体的不可替代性”，进而认为知识产权具有专有性，在自治性上比基于“专有性即排他性”的推理要好。但这一理论在整体上仍有很多缺陷。首先，这种对专有性的解释完全是缺乏共识基础的，属于纯然自限前提。假设法学界同意重构“专有性”的含义，依然存在两个问题：其一，“物权的客体是可替代的”，这是一种事实描述。根据物权理论，作为物权客体的物是特定的。《民法总则》第114条对物权的定义为：“物权是权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利”。借用前面提到的郑成思教授举过的例子，认为两栋房子是“相同的”，是一种物理判断，在法律上，作为特定权利客体的房子，也是特定的、唯一的。如果专有性是法律描述，认为物权不具有专有性，同样混淆了事实描述与法律描述。假如客体的唯一性是指事实描述，知识产权恰恰更容易出现不同权利并存于同一客体的情况，最典型的当属著作权。首先是法律允许基于偶合导致相同的作品上平等地产生多个著作权，尽管这一现

(19) 同注释④，第9页。

(20) 同注释(17)。

(21) 同注释(19)。

象的发生概率极低。其次,著作财产权中互不冲突的权项可以分别转让,同一作品上可能会存在多个不同的著作权。只要对法律描述或事实描述一以贯之,不任意切换,就得出“客体的不可替代性是知识产权的特点”。其二,即便不质疑这一理论的前提,推导出来的“专有性是知识产权特征”的结论存在过多例外,难以成为一般性原理。除了前面提到的人身权也有专有性之外,该论点的持有者自己也承认,“如果说到与反不正当竞争有关的权利,那么,专有性是无从谈起的。因而,上述关于知识产权专有性的归纳并不适用于知识产权客体的全体,尽管被适用者为大多数。”⁽²²⁾也就是说,专有性不仅难以区分知识产权与其他权利,甚至难以概括知识产权本身。

四、如何解释《民法总则》知识产权条款中的“专有”

通过以上分析,可以得出两个基本结论:

1.法学理论界把专有性作为知识产权的特征,违反形式逻辑。2.立法者意图在《民法总则》中采用一种区别于物权定义的表达来界定知识产权,由于对通说未加认真审视,选用了一种逻辑不严谨的表述。在知识产权定义中引入了“专有”限定,除了有词不达意的弊病之外,还有一个缺陷。在知识产权理论中,“专有权”有时是与“法益”相对的一个概念,区别于仅受反不正当竞争保护的知识产权利益。广义的知识产权包括专有性绝对权和知识产权法益。“虽然大多数的保护,是由法律赋予一种专属的、排他的权利,然而有些保护,法律并未赋予专属排他的权利,例如有关营业秘密的保护,以及不正当竞争的规范,这些都是属于法律基于维护竞争秩序之必要而为之规范,而未真正赋予受保护者一个专属排他的权利地位。”⁽²²⁾所以,引入“专有”限定,在文义上还会生出另一重争议:该条款是否仅为知识财产的设权保护依据,而不是反不正当竞争保护的依据?

因此,仅从理论批判角度而言,《民法总则》知识产权条款不宜引入“专有”限定,征求意见稿中的“知识产权是指权利人依法就下列客

体所享有的权利”这一表述更优。但从法教义学的需求出发,既然《民法总则》已经公布,在立法修订之前,必须尊重法律,学术界只能通过给出一个较好的解释来弥补立法的缺陷。李锡鹤先生在批评民法理论现状时曾言:“现有的民法规定虽然通常是公正的,但学界提出的立法理由通常是违背逻辑的。因此,需要修正的通常并非规定本身,而是违背逻辑的理由。”⁽²⁴⁾可以肯定的是,学者绝不能提供违背逻辑的解释。将来的教科书也不能反过来以法条为据,支持违反逻辑的理论。为此,本文建议如下:

1.知识产权条款中的“专有”限定只能解释为是一种语言习惯,也就是说,法学界习惯于用“专有”修饰知识产权,并不意味着专有性是知识产权的特点。

2.“专有”限定不能解释为立法者将此条仅作为设权性保护依据、而有意排除与知识财产有关的制止不正当竞争。

某些立法参与者指出,“权利人对商业秘密享有专有权……对商业秘密专有权利的保护分散规定在反不正当竞争法、合同法等法律中”。⁽²⁵⁾这说明某些立法者对于商业秘密保护的性质、专有权与制止不正当竞争的区分等知识产权原理是不清晰的,这进一步证明了“专有”限定只是法学口头禅。因此,没有必要揣度所谓的立法意图,而应当根据条款本身来解释。在知识产权列举的客体中,包含了商业秘密,商业秘密不是专有权的客体,法律只能禁止恶意地获取或泄露商业秘密。知识产权条款还列举了地理标志,地理标志如果没有注册为集体商标或证明商标,只能通过反不正当竞争法的保护。只要正当、诚信地使用地理标志,法律均应允许,并无专有的地理标志权。知识产权条款列举了“商标”,但并未限定为注册商标,在文义上可以涵盖未注册商标,而后者也不能产生专有权。

因此,如果把知识产权条款中的“专有的权利”解读为排除法益,条款内部会发生矛盾。有民法学者认为,《民法总则》的知识产权条款并非裁判规则,主要功能在于确认知识产权属于民事权利。⁽²⁶⁾既然如此,让知识产权条款提供的具体立法空间最大化,是最优的解释选择。■

(22) 同注释(14)。

(23) 谢铭洋著:《智慧财产法》,元照出版公司2008年版,第3页。

(24) 李锡鹤著:《物权论稿》,中国政法大学出版社2016年版,第858页。

(25) 同注释(2),第405页。

(26) 张新宝著:《中华人民共和国民法总则释义》,中国人民大学出版社2017年版,第244页。