

刘春田 主编

中国知识产权评论

第三卷

CHINESE
INTELLECTUAL PROPERTY
REVIEW

VOL.3



商務印書館

中国知识产权评论

第三卷

刘春田 主 编

杨雄文 执行编辑

商务印书馆

2008年·北京

图书在版编目(CIP)数据

中国知识产权评论(第三卷)/刘春田主编. —北京:
商务印书馆, 2008

ISBN 978 - 7 - 100 - 05805 - 6

I. 中… II. 刘… III. 知识产权法 - 研究 - 中国
IV. D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 093615 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

ZHONGGUO ZHISHICHANQUAN PINGLUN

中国知识产权评论

第三卷

刘春田 主 编

杨雄文 执行编辑

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

商 务 印 书 馆 发 行

北 京 民 族 印 刷 厂 印 刷

ISBN 978 - 7 - 100 - 05805 - 6

2008 年 12 月第 1 版

开本 880 × 1230 1/32

2008 年 12 月北京第 1 次印刷

印张 14³/₈

定价: 28.00 元

目 录

余俊 知识产权称谓考	1
杨雄文 知识产权熵论重述	30
蒋万来 信息产权抑或是知识产权?	81
何炼红 信息生态学视野下知识产权保护的观念创新与 机制重组	105
卡拉·A. 赫茜 知识产权的兴起:一个前途未卜的观念 (金海军译)	120
叶坦 宋代的印刷事业与版权保护	151
保罗·L. C. 托尔门斯 作为一项人权的著作权(肖尤丹译)	165
诺特 随风飘逝:改写作品与合理使用(冯晓青、易艳娟译)	191
王迁 论链接提供者的帮助侵权责任	223
尹新天 美国专利政策的新近发展动向	251
王太平 商标本质的结构功能分析	303
谢晓尧 论商誉	327
田村善之 传统知识、遗传资源保护的根据和知识产权 制度(李扬译)	418
大卫·维沃 知识产权的最新状况(李雨峰译)	435

知识产权称谓*考**

余俊***

如果对现有的知识产权理论作一番检视,我们会惊讶地发现,一方面我们不免自满地听到知识产权法学日益被称为“显学”;另一方面,却不得不尴尬地接受“知识产权”称谓^[1]起源这一最基本的问题尚未

* 谈及“称谓”,还有两个名词不得不提——“概念”和“定义”。“称谓,是指人们由于亲属或其他方面的相互关系,以及身份、职业等而得来的名称,如父亲、师傅、厂长等。”“概念,是指思维的基本形式之一,反映客观事物的一般的、本质的特征。人类在认识过程中,把所感觉到的事物的共同特点抽出来,加以概括,就成为概念。比如从白雪、白马、白纸等事物里抽出它们的共同特点,就得出‘白’的概念。”“定义,是指对于一种事物的本质特征或一个概念的内涵和外延的确切而简要的说明;或者指下定义。”以上解释分别参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆,2005年,第170页,第438页,第323页。由此不难看出,称谓主要涉及事物的“名”,而概念和定义均既包括“名”,亦包括“实”。囿于篇幅,本文只讨论知识产权的“名”,因此,取其名曰“知识产权称谓”。

** 考,即考证虚实,寻究追源,剖判隐微。其实,本文已不仅仅局限于“考”,也间或涉及了“辨”,即辨析异同,酌情察理,折中一是。关于考辨的意义及考辨与专论的关系,参见王尔敏著:《史学方法》,广西师范大学出版社,2005年,第251—256页。

*** 作者系中国人民大学法学院博士研究生。感谢所有使本文成为“可能”的人们!

[1] 本文收集了世界范围内“知识产权”这一术语的下列表述:“Intellectual property(英语)”、“Geistiges Eigentum(德语)”、“Propriété intellectuelle(法语)”、“Proprieta intellettuale(意大利语)”、“Propiedad Intelectual(西班牙语)”、“智力产权(香港回归前)”、“智慧财产权、智力财产权或者智慧所有权(中国台湾)”、“知识(知的)所有权(日语)”。日本深受德国法影响,起初将知识产权称为无体财产权。后世学者才改之为“知识(知的)所有权”,但不能就此否认无体财产权的用

弄清的客观事实,有说德国,或说法国,或说瑞士,谁也说服不了谁,俨然已呈三足鼎立之势,雾里看花,难辨真伪。因此,笔者不揣浅陋,欲对此进行考证,希图探源索隐,钩沉辑佚,考异正讹,纠谬质疑,使其本源大白,讹误自明,异说并陈,是非自见。^[2]

一、“知识产权”称谓的源流

(一)国内现存的三种观点及述评

1. 德国说

这种观点以郑成思先生为国内最早的倡导者,他认为:“‘知识产权’这个术语,最早在 18 世纪中叶出现在西方活字印刷术的诞生地德国。^[3]在当时,它主要是指文化领域中作者的创作成果所享有的专有

法。日本著名学者纹谷畅男 1999 年第 8 版的知识产权专著依然沿袭了旧有称谓:“无体财产法概论”。参见郑友德主编:《知识产权法》,高等教育出版社,2004 年,第 20 页。此外,名和小太郎认为:“一般惯称为‘知的所有权’之用语中,所有权含有对于物支配的意义,在作为智慧财产权客体信息(情报)得自由流动之意见愈来愈强的情形下,逐渐采用知的财产权这个用语。”(《知的财产权——ハイテクとビジネスに揺れる制度》第 15 页)转引自赖文智:《智慧财产权与民法的互动——以专利授权契约为主》,台大法律学研究所硕士论文,第 8 页。

[2] 必须预先声明的是,由于现存资料的匮乏、笔者语言能力的限制,文中有些内容考虑未必周全、论证未必准确。但正如胡适先生在《清代学者的治学方法》一文所写的:“清代学者用的方法,总括起来,只是两点:(1)大胆的假设,(2)小心的求证。假设不大胆,不能有新发明。证据不充足,不能使人信仰。”参见郑大华整理:《胡适全集》(第 1 卷)(《胡适文存一集》),安徽教育出版社,2003 年,第 387—388 页。因此,本文不妨借用这一方法,有证据可考的,力求穷尽;证据不明的,不如作一“大胆的假设”。当然,文责自负,错谬之处,敬请方家不吝教正。

[3] 据查,德国人约翰内斯·古腾堡(Johannes Gutenberg〈Gensfleisch zur Lad-

权,亦即我们称为‘版权’或‘著作权’的这种无形产权(现在仍有个别国家如西班牙、菲律宾等沿用‘知识产权’仅表示版权)。”^[4]郑先生最早提出此观点时并未标明出处,但他在后续出版的另一本著作中,加上了这一观点的原始出处,即 Geller 主编:《国际版权的法律与实践》,1996 年,瑞士篇(英文)。^[5]根据上述观点,本文对相关文献进行了梳理和对比。

首先,我们不妨看看这一观点的出处。根据郑先生著作的记载,可知其观点来源于 Geller 主编的《国际版权的法律与实践》(1996 年)(瑞士篇)。^[6]本文查到了该书^[7],并找到了观点的源出之地^[8],经过仔

en zum),又译作“谷登堡”、“古登堡”、“古滕贝格”)(约 1400 年出生于德国美因茨,1468 年 2 月 3 日逝世于美因茨)是西方活字印刷术的发明人,他的发明导致了一次媒介革命,迅速地推动了西方科学和社会的发展。谷登堡印刷的第一本书是《圣经》(1453 年印制),使用拉丁文,每页 42 行,所以也被称为《42 行圣经》或《谷登堡圣经》,第一次印了 200 套,轰动一时。这部《圣经》是西方现存的第一部完整的书籍,也是世界上现存的最早的活字印刷品。见中文维基网:zh.wikipedia.org/wiki/约翰内斯·古腾堡。

[4] 参见郑成思著:《世界贸易组织与贸易有关的知识产权》,中国人民大学出版社,1996 年,第 5 页。参见 Geller 主编:《国际版权的法律与实践》,1996 年,瑞士篇(英文)。笔者对郑成思先生的众多著作按照时间先后进行了纵向比较,基本可以确定这是郑先生第一次提出这一观点,也是整个学界第一次提出这一观点。在郑先生先前的作品当中,例如其第一本专著《知识产权法若干问题》(甘肃人民出版社,1985 年),以及早期的其他独著:《知识产权法通论》(法律出版社,1986 年)、《信息、新型技术与知识产权》(中国人民大学出版社,1986 年)、《知识产权法》(四川人民出版社,1988 年)、《知识产权与国际贸易》(人民出版社,1995 年)和主编的《知识产权法教程》(法律出版社,1993 年)等作品中,郑先生都未曾表达此观点。

[5] 郑成思著:《知识产权法》(“九五”法学教材),法律出版社,1997 年,第 1 页。

[6] 上注教材出第二版时,郑先生对引注也作了更新,即改为“Geller 主编:《国际版权的法律与实践》,Matthew Bender 出版社,旧金山 2002 年版,瑞士篇(英文)”。参见郑成思著:《知识产权法》(第二版),法律出版社,2003 年,第 3 页,脚注③。

[7] See Melville B. Nimmer and Paul Edward Geller, *International Copyright Law*

细阅读,大致厘清了文中的含义,书中介绍说:

1463年,瑞士巴塞尔出现了第一位印刷商。在15世纪和16世纪之交,巴塞尔的印刷商首次被授予特权。1531年10月28日,德语区的市政当局(German-speaking municipalities)公布了一项防止盗版印刷的禁令,矛头直指发生在巴塞尔的未经授权的复制行为。该项禁令在书籍出版后三年内有效。违者受罚100莱茵金币(Rhine florins)^[9]。两个世纪以后^[10],Johann Rudolf Thurneysen^[11]提交的博士论文(doctorate thesis)中向世人介绍了“intellec-

and Practice. Matthew Bender. 1988. 必须声明的是,笔者手头的这个版本是1988年出版的,而郑先生最先引用的是1996年版(后期又改为2002年版,见上注)。由于该书逐年更新,主要分析国际版权的法律与实务,虽然参编的各位作者也经常变化,但瑞士篇迄今为止始终由Francois Dessemont教授撰写,并且,该书之于本文的价值主要涉及史实,因此无论哪个版本都不会对本文的判断造成影响,所以本文主要以该书的1988年版为依据,如有异见,请指正。有关该书的详细介绍,可参见:<http://bookstore.lexis.com/bookstore/product/10440.html>。有关该书编者之一Paul Edward Geller(该书后期系列的唯一编者)的介绍可参见其个人主页:<http://www-bcf.usc.edu/~pgeller/>。

[8] See Melville B. Nimmer and Paul Edward Geller, *International Copyright Law and Practice*. Matthew Bender. 1988. Francois Dessemont【瑞士洛桑大学(University of Lausanne)和弗里堡大学(University of Fribourg)的法学教授】撰写的Switzerland部分,第7—8页。

[9] See Ernst Hefti, “Die geschichtliche Entwicklung des Urheberrechts und die Entwicklung des Urheberrechtsgesetzes von 1883” (*The Historical Development of Copyright Law of 1883*), in 100 Jahre Urg (100 years of Copyright Law), 2 (Berne, 1983) [hereinafter cited as “100 Jahre Urg”]. See, for the text of this law, Alois Troller, *Immaterialgüterrecht (Intellectual Property Rights)*, vol. I (3rd ed.), p. 39, fn 82 with further citation (Basel and Stuttgart, 1983 [vol. I, 3rd ed.], 1971 [vol. II, 2nd ed.], and 1985 [vol. II, 3rd ed.]) (hereinafter cited as “Troller”). 转引自 Melville B. Nimmer and Paul Edward Geller, *International Copyright Law and Practice*. Matthew Bender. 1988, 第7页。

[10] 即18世纪。

[11] 必须注意的是Johann Rudolf Thurneysen是瑞士人,而非德国人。有些学者在书中写道:“Intellectual Property”(知识产权)一词于18世纪由德国人Johann Rudolf Thurneysen提出。参见齐爱民主编:《现代知识产权法学》,苏州大学出版社,2005年,第3页。

tual property”这一概念,即“property in intellectual creations”。他还呼吁在国家间互惠的基础上对文学财产(literary property)提供国际保护,并倡导订立国际条约(比《伯尔尼公约》正式订立的时间早了约150年)。^[12]

以上这段话系移译自 Melville B. Nimmer 和 Paul Edward Geller 主编的《*International Copyright Law and Practice*》一书中 Francois Dessemonter 教授撰写的瑞士部分第7—8页。通览全文,笔者找不出这段话和德国有何关联。如果强拉硬扯,似乎只有“语言”这一突破口。因为巴塞尔城属于瑞士北部的德语区,和德国使用同一种语言。具体到原文,便是原文中的两个脚注(即本文的注9和注12)。因为这两个脚注均引自两本德文著作:Ernst Hefti 的《*Die geschichtliche Entwicklung des Urheberrechts und die Entwicklung des Urheberrechtsgesetzes von 1883*》(大致意思是:1883年版权法的历史演进),另一位是 Alois Troller 的《*Immaterialguterrecht*》(大致意思是:无体财产权)。但需要提醒的是,这两位学者都是瑞士人,而非德国籍,两位学者笔下描述的也是当时发生在瑞士巴塞尔城的情景。另外,由于 Francois Dessemonter 教授撰写的瑞士篇所用语言为英文,而非德文,为了便于读者的认知,在引用德文著作时,文中在德文著作的标题之后加上了英文释义,例如 Ernst Hefti 的著作《*Die geschichtliche Entwicklung des Urheberrechts und die Entwicklung des Urheberrechtsgesetzes von 1883*》,用英文解释是“The Historical Development of Copyright Law of 1883”,Alois Troller 的著作《*Immaterialguterrecht*》,用英文解释是“Intellectual Property Rights”。这一解释给不懂德语的读者带来了极大的便利,但看似这“好意”且“不经意”的翻译,笔

[12] Troller, N. 2 *supra*, at vol. I (3rd ed.), p. 21. 转引自 Melville B. Nimmer and Paul Edward Geller, *International Copyright Law and Practice*. Matthew Bender, 1988, 第8页。

者却从中窥出了一线蛛丝马迹。

Francois Dessemonter 教授在书中将 Alois Troller 的著作《*Immaterialguterrecht*》翻译成英文是“Intellectual Property Rights”,易言之,“Immaterialguterrecht = Intellectual Property Rights”。那么, Johann Rudolf Thurneysen 提交的博士论文中向世人介绍的“intellectual property”^[13]这一概念反译成德文就应当是“Immaterialguterrecht”。但问题也随之而至。众所周知,德文中的“知识产权”表述应当是“Geistiges Eigentum”,而非“Immaterialguterrecht”。在目前的学术界,“Immaterialguterrecht”一词翻译成中文都是“无体财产权”(也有译作“无形财产权”),这已达成共识^[14],而“Intellectual Property Rights”一词无论如何也翻译不出“无体财产权”或者“无形财产权”的含义。可见,“Immaterialguterrecht”和“Intellectual Property Rights”并不是互相对应的关系。在 Francois Dessemonter 教授的理解中,“Immaterialguterrecht”等同于“Intellectual Property Rights”,但这并不同当下学界的通识相一致。所以, Francois Dessemonter 的观点和我们大多数人的认识是有出入的。要之,如果以“知识产权” = “Geistiges Eigentum” = “Intellectual Property (Rights)”为前提,是无法从《*International Copyright Law and Practice*》一书中得出“知识产权一语产生于 18 世纪的德国学者”这一论断的。

其次,从查阅的其他资料来看,德国学者只把“知识产权”视为外来语(知识产权的德文表述为 Geistiges Eigentum)^[15] 根据德国学者

[13] 由于“Intellectual Property”和“Intellectual Property Rights”这两组词语在我国基本上不做区分,事实上《成立世界知识产权组织公约》中也是不做区分的,所以本文也不再区分这两个概念。参见郭寿康主编:《知识产权法》,中共中央党校出版社,2002 年,第 2 页。

[14] 见[德]M. 雷炳德著,张恩民译:《著作权法》(URHEBERRECHT)(2004 年第 13 版),法律出版社,2005 年,第 25—26 页。

[15] See Hubmann/Goetting/Forkel, Gewerblicher Rechtsschutz. Muenchen; C. H.

迪茨(Adolf Dietz)教授的解释,“知识产权的概念在德国法律语言中一直被认为是所谓的非物质财产权或者工业产权加著作权的总称,但是通常很少用。正如德国期刊‘工业产权与著作权’(GRUR)表明的,直到不久前这种双重表述还备受欢迎。”^[16]这种观点也得到了另外一位学者的印证,他在文中认为:“德国法学中并没有‘知识产权法’这一上位概念,而是使用‘工商权利保护法与著作权法’这一组合概念来表示知识产权法。其中,‘工商权利保护’(Gewerblicher Rechtsschutz)相当于其他国家法律以及国际公约中通用的‘工业产权’(英文 Industry Property;法文 propriété industrielle;德文 Gewerblicher Rechtsschutz)。”^[17]

最后,德国著名学者约瑟夫·科勒(Josef Kohler)从1874年起,开始构建以著作权(Urheberrecht)为核心的无形财产权(Immaterialgüterrechts; Unkörperliches Recht)学说。^[18]该学说对奥地利、瑞士等国家的

BECKSCHE, 1998, S. 1 f. 这一观点在我国也不乏支持者,例如有学者在文中写道:“在国内有关著述中还可以看到一种观点,即认为知识产权这一术语产生于18世纪的德国。不过,从作者所查阅的德文资料来看,德国学者却把其视为外来语。”参见韩赤风主编,王莲峰副主编:《知识产权法》,清华大学出版社,2005年,第2页。

[16] 见郑成思主编:《知识产权研究》(第一卷),中国方正出版社,1996年,第6页。

[17] 参见邵建东著:《德国反不正当竞争法研究》,中国人民大学出版社,2001年,第28—29页。

[18] See Vgl Rehbindner, *Urheberrecht*, München: C. H. Beck, 2002, 12. Auflage, S. 18. 转引自:郑友德主编:《知识产权法》,高等教育出版社,2004年,第20页。还可以参见 UFITA, 第123期, 1993年, 第81页;这一理论的综合阐述参见《文字作品的著作权与出版权》,见[德]M. 雷炳德著,张恩民译:《著作权法》(URHEBER-RECHT)(2004年第13版),法律出版社,2005年,第25页。此外,还可参见刘德宽著:《民法诸问题与新展望》,中国政法大学出版社,2002年,第314页。李琛著:《知识产权片论》,中国方正出版社,2004年,第32页。科勒的“无体财产权理论”对“知识产权”(intellectual property)这一概念的整合做出了重大的贡献。See J. H. Reichman, “Charting the Collapse of the Patent-Copyright Dichotomy: Premises for a Restructured International Intellectual Property System”, 13 Cardozo Arts & Ent. L. J. 475, 480 (1995), citing among others, 1 Stephen P. Ladas, *The International Protection of Literary and Artistic Property* 9-10 (1938).

8 中国知识产权评论

无形财产权理论的发展产生了深远影响。然而,此后德国学者将无形财产权大多称为工商业权利保护和著作权(Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht)。直到1978年,德国宪法法院才首先使用与“Intellectual property”有等同意义的“Geistiges Eigentum”(精神或智力所有权)概念。^[19] 尽管Eigentum在德国法中专指有体物的所有权,但上述两种概念作为知识产权的代名词,在德国法学界至今频繁交替使用,并行不悖。^[20] 而原创于德国的无形财产权一词,则“墙内花开墙外香”,目前在瑞士倒十分流行。瑞士知识产权法学者阿洛伊斯·特罗莱尔(Alois Troller)及其子卡门·特罗莱尔(Kamen Troller)著名的知识产权专著通称为无形财产权。^[21]

2. 法国说

国内的这一观点最早由郭寿康先生提出来,他认为:“知识产权一词源于17世纪中叶的法国,主要倡导者是卡普佐夫(Carpzov)。”^[22] 吴

[19] See vgl. Bverfg, 25, 10, 1978, GRUR 1980, 44 (46) – Kirchenmusik. 转引自:郑友德主编:《知识产权法》,高等教育出版社,2004年,第20页。

[20] 即使是认为“知识产权”一语产生于德国的学者,也曾在书中写道:在18世纪产生出“知识产权”这一术语的德国,从20世纪初开始,反倒不大用“知识产权”了,主要原因是“Eigentum”(Property)这一用法容易使局外人将知识产权与有形“财产”相混淆。所以德国开始更多地使用“无形产权”来覆盖原有“知识产权”所覆盖的范围。参见郑成思著:《知识产权论》,法律出版社,1998年,第3页。

[21] See Vgl. Troller Alois, *Immaterialguterrecht*, Basel: 3 ueberarb. Aufl. 1983; Troller Kamen, *Grundzuege des Schweizer-ischen Immaterialguterrechts*, Basel. Genf, Muechen: Helbings & Lichtenhahn, 2001. 转引自:郑友德主编:《知识产权法》,高等教育出版社,2004年,第20页。

[22] 参见佟柔主编,金平、赵中孚副主编:《民法原理》,法律出版社,1983年,第383页,脚注1。根据郭寿康先生在另外一篇文章中的介绍,该书第四编“智力成果权”系由其撰写,并认为这本书的出版标志着国内首部知识产权法教材的问世。参见郭寿康:《改革开放以来知识产权的教学研究——学海片段追忆》,载于刘春田主编:《中国知识产权二十年(1978—1998)》,专利文献出版社,1998年,第

汉东先生则换了一种表述,他认为:“将一切来自知识活动领域的权利概括为‘知识产权’,最早见之于17世纪中叶的法国学者卡普佐夫的著作。后来,这一概念被19世纪比利时法学家皮卡弟^[23]所发展。皮卡弟认为,知识产权是一种特殊的权利范畴,它根本不同于对物的所有权:‘所有权原则上是永恒的,随着物的产生与毁灭而发生与终止;但知识产权却有时间限制。一定对象的产权在每一瞬息时间内只能属于一个(或一定范围的人——共有财产),使用知识产品的权利则不限人数,因为它可以无限地再生。’”^[24]唐德华先生主编的著作中只是认为:

203页。根据笔者对众多采“法国说”教材专著的比较分析,基本可以确定这是国内第一本提出此学说的著作,不过郭先生在提出此观点时并未标明出处。以后的观点,或原分不动地照搬,或略加修饰地沿袭,但实质内容保持不变。

[23] 国内学者一般翻译为“埃德蒙·皮卡尔”(Edmond Picard)(1836—1924),他是比利时的法学家和作家,也是赫赫有名的大律师。主要用法语写作。曾在不同时期担任比利时律师协会的会长和最高法院的法官。写过两本专著探讨法律与艺术的相似之处,分别是:Paradox sur l'avocat (1881)和Le Juré (1887)。他的很多小说都是自传体的,叙述他作为水手和探险家的经历,其中最著名的一本当属L'Amiral (1884)。皮卡尔还写过七部剧本。有关皮卡尔的生平可以参阅百科在线全文检索网:<http://www.dbk2008.com/cp/>。皮卡尔对于法学的一大贡献是首次提出了“知识权利理论”,他制定了法律关系的一般分类法,把著作权连同发明、工业外观设计和商标列在一个特殊的和独立的新类别——知识权利之中,以此来与物权这个传统类别相抗衡。参阅E.皮卡尔的《非应用法律学》,巴黎,弗拉马里翁出版社,1908年,第45、53、54页。转引自德利娅·利普希克著:《著作权和邻接权》,联合国教科文组织和中国对外翻译出版公司,2000年,第13页。皮卡尔的“知识权利理论”对“知识产权”(intellectual property)这一概念的整合也做出了重大的贡献。See J. H. Reichman, "Charting the Collapse of the Patent - Copyright Dichotomy: Premises for a Restructured International Intellectual Property System", 13 Cardozo Arts & Ent. L. J. 475, 480 (1995), citing among others, 1 Stephen P. Ladas, *The International Protection of Literary and Artistic Property* 9 - 10 (1938)。

[24] 参见E. A. 鲍加特赫, B. H. 列夫琴柯(第二作者系本文添加)著:《资本主义国家和发展中国家的专利法》(法律文献出版社1978年出版——本文注),载《国外专利法介绍》(第一册)(册数系本文添加),知识出版社,1981年(原文误作1980年,本文予以修正),第11—12页(原文误作第2页,本文予以修正)。转引自吴汉东主编:《知识产权法学》,北京大学出版社,2000年,第1页。笔者经过确认,有关皮卡弟的这段话引用了两位前苏联作者在文中所表达的含义,并非原文。

“知识产权一语,起源于17世纪中叶的法国。”^[25]具体何人,无从得知。

上述观点在提出“知识产权”这一称谓最早见于卡普佐夫的著作时,均没有指出原文的出处,这给本文的考证带来了极大的困难。为此,笔者向郭先生当面求证。据先生回忆,这一说法源自日本的一本法学词典,可由于年久时长,已经无法找到原出之典,甚为遗憾。但如果结合下文“瑞士说”也是郭先生最早提出的这一事实,我们便不难感受到郭先生观点的转变,即以新的“瑞士说”否定了旧的“法国说”。一般来说,两种观点出自同一人,当采纳最新观点。因为,新观点的提出,要么是对旧观点的否定,要么是对旧观点的否定之否定,否则,不易找出一个合理的理由来解释这种转变。那么,“法国说”的最早提出者既已公开摒弃自己的旧有观点,为何还有那么多人乐此不疲地转载引用,甚至是不加注解地照抄照搬?

此外,本文经过查找了解到,Carpzov(拉丁语为Carpzovius)是一个德国家族的姓。^[26]17—18世纪,这一家族的很多成员都声名显赫,有

原文应该是:著名的比利时法学家皮卡弟(Urbana Mariano Uzcatqrci, Op. cit. 第四十八页——转引自原文)制定的知识权利理论也强调发明人权利的特殊性。依照此项理论,对于文学、艺术、发明创造等成果的权利,其产生是由于这些成果创立的事实本身,而不是由于法律关系所诞生。这是一种特殊的权利范畴。此范畴不像已知的罗马法那样,将民法关系分成物权、债权和人身权。按照皮卡弟的意见,对于发明、外观设计、实用新型、商标、厂商名称等等的财产权利构成“知识产权”,其产权根本不同于对物的所有权。所以,所有权原则上是永恒的,随着物的产生与毁灭而发生与终止;但知识产权却有时间限制。一定对象的产权在每一瞬息时间内只能属于一个(或一定范围的人——共有财产),使用知识产品的权利则不限人数,因为它可以无限地再生。现在知识产权的概念已广为传播,甚至反映到了从事发明、科学、文学、艺术领域的作者权问题的国际组织——“世界知识产权组织”(WIPO)的名称内。

[25] 参见唐德华主编:《民法教程》,法律出版社,1987年,第337页。

[26] 确切地说,Carpzov只是德语中的姓氏,法语中并无Carpzov这一姓氏,只有相对应的Carpzow,而Carpzow同时也属于德语姓氏。See *Grand Larousse encyclopédique*(法国《拉鲁斯百科全书》), de son nom complet *Grand Larousse encyclopédique en dix volumes*, tome deuxième, -2, LIBRAIRIE LAROUSSE and

法学家、神学家以及政治家。该家族的源头可追溯至 Simon Carpzov, 他曾于 16 世纪中期担任德国勃兰登堡州 (Brandenburg, 著名的勃兰登堡门 Brandenburg Gate 即位于该城) 的州长, 他生有两个儿子: 一位名叫 Joachim Carpzov (卒于 1628 年)——曾任丹麦国王克里斯蒂安四世 (Christian IV) (1588—1648 年) 的军需处大将军 (Master-General of Ordnance), 另一位名叫 Benedikt Carpzov (1565—1624 年), 是著名的法学家。^[27] 1595 年 5 月 27 日他的第二个儿子出生: 贝内迪克特·卡普佐夫 (Benedikt Carpzov) (1595—1666 年), 他是德国普通刑法学最著名的代表人物, 其理论在其后的一个世纪支配了德意志刑法学。1612 年 6 月 4 日 Benedikt Carpzov 的第五个儿子降生, 即 August Carpzov (1612—1683 年), 同祖先不同, 他是一位外交家。^[28]

3. 瑞士说

此观点也由郭寿康先生最早提出, 他认为: “历史上, 知识产权这一术语首先是在西欧国家产生和使用的, 我国在实行改革开放政策以后才将知识产权这一用语移置过来。知识产权这一用语, 具体由何国何人第一次提出来, 说法不一。从作者掌握的资料来看, 历史上第一次提出知识产权的, 是瑞士人杜尔奈森 (Johann Rudolf Thuineisen)。他在

Brockhaus Enzyklopädie (德国《布洛克豪斯大百科全书》) in zwanzig Bänden. Siebzehnte (3.) völlig neu bea. Aufl. des Großen Brockhaus. Dritter Band: BLIT - CHOC. Wiesbaden, Brockhaus Verlag, 1967, Halbleder 17. Auflage 1. Auflage.

[27] 参见 Answers 搜索: <http://www.answers.com/topic/carpzov>, 最后访问日期: 2006 年 8 月 3 日。

[28] 参见 Jrank 搜索: <http://www.jrank.org/jrankweb/servlet/jrankweb/template/Index.vm?css=http%3A%2F%2Fencyclopedia.jrank.org%2Fstylesheets%2Fsearch.css&s=0&l=10&ci=280&q=carpzov>, 最后访问日期: 2006 年 8 月 3 日。

1738 年^[29]于巴塞尔城提出的一篇博士学位论文中就探讨了知识产权,称之为“智力创造的财产”。^[30]郭先生在文中紧接着写道,“有人认为‘知识产权’产生于 18 世纪的德国,虽然也间接引用了 Fran ois Dessemontet 的著作,但实际上是误解”。^[31]李琛老师的观点与此基本相同,她认为:“‘Intellectual property’一词,最初是指作者对作品享有的权利。当前可考的最早使用 intellectual property 的文献,是瑞士人 Johann Rudolf Thurneysen 在 1738 年发表的博士论文 International copyright law and practice,该文中的‘知识产权’仅指版权。”^[32]据本文考证,这两种表述均有微疵。

首先,正如上文在分析“德国说”时提到的,Francois Dessemontet 教授将“Immaterialguterrecht”等同于“Intellectual Property Rights”,这和我们当下的认识存在误差。

此外,本文在一位德国学者的著作中也发现了有关瑞士教授的介绍。该文中写道:

在德国和瑞士,关于知识产权的理论也在各种文献中进行了激烈的讨论。对这一理论进行过深入探讨的是巴塞尔教授约翰·鲁道夫·托乃森(Prof. Johann Rudolf Thurneisen)的博士论文:Dis-sertatio juridica inauguralis de recusione librorum furtiva,德语的意思

[29] 在 *International Copyright Law and Practice* 一书中,并没有标明这一日期,但这一日期确真无误,详见下文。

[30] 见 Alois Troller, *Immaterial Guterrecht* (《无体财产权》), 德文第 3 版(1983 年)第一卷,第 21 页;《国际版权法律与实务》(瑞士篇)Fran ois Dessemontet 著,2001 年英文版,第二卷,瑞士篇第 10 页。巴塞尔城早在 1501 年即加入瑞士邦联,现在属于瑞士北部德语区。参见郭寿康主编:《知识产权法》,中共中央党校出版社,2002 年,第 1 页。

[31] 参见郭寿康主编:《知识产权法》,中共中央党校出版社,2002 年,第 1 页。

[32] 参见李琛著:《知识产权法关键词》,法律出版社,2006 年,第 2 页。

是未经许可之图书翻印(1738 年于巴塞尔, 德文译文被收录于《伯尔尼公约 100 周年纪念文集》, 1986 年, 伯尔尼)。在该论文中, 在伯尔尼公约联盟体制建立之前 150 年, 作者就提出了制定一个相关的国际条约的要求, 按照对等原则在不同的国家提供法律保护。按照自然法理论, 托乃森把知识产权理解为永久权利。^[33]

从语义的角度看, “International copyright law and practice” 所表述的意思和 “Dissertatio juridica inauguralis de recusione librorum furtive” 不尽相同; 从语言的角度看, 瑞士一共有四种官方语言: 德语、法语、意大利语和拉丁曼罗语, 并没有英语。所以, 本文认为, 瑞士教授用英语写作博士论文的可能性微乎其微。另外, Thurneisen 于 1738 年在瑞士首先提出的是 “对作者的保护” (Thurneisen forderte 1738 in der Schweiz einen Schutz von Autoren. Erst)^[34]

(二) “Intellectual Property” 的首次使用

本文认为, 世界是一个多语系的世界, 探讨知识产权称谓的起源, 必须置之于特定的语境之下。“intellectual property” 这一术语, 它必然首先出现在英语国家。毫无疑问, “英国” 和 “美国” 的 “嫌疑” 最大。《牛津英语大词典》(*The Oxford English Dictionary*) 介绍说: 现存可考的

[33] 参见[德]M. 雷炳德著, 张恩民译:《著作权法》(*URheberRECHT*) (2004 年第 13 版), 法律出版社, 2005 年, 第 21 页。

[34] See Urheberrechts-Schutz in der Schweiz, Thurneisen forderte 1738 in der Schweiz einen Schutz von Autoren. Erst, einzelne Privilegien für musikalische Kompositionen, technische Neuerungen (Vermischung mit Patentrecht), 参见: <http://72.14.221.104/search?q=cache:i5HTgBSXF9cj:elsaunig.ch/zusammenfassungen/mitschriften/Immaterialgueterrecht/Immaterialgueterrecht.pdf+der+Begriff+Geistiges+Eigentum+1738&hl=de&gl=de&ct=clnk&cd=2>, 最后访问日期: 2006 年 8 月 3 日。