

民

民商法学专题研究书系

ZHISHI CHANQUAN KETI DE
LILUN FANCHOU

知识产权客体的 理论范畴

王太平 著

知识产权出版社

民商法学专题研究书系

本书受湘潭大学学术著作出版资助
本书为湖南省社会科学基金规划项目“知识产权客体的理论范畴”的最终成果

ZHISHI CHANQUAN KETI DE
LILUN FANCHOU

知识产权客体的 理论范畴

知识产权出版社

内容提要

本书的直接目的是建立知识产权理论化和学术法形成的最基本前提的基本概念——知识产权客体的理论范畴，最终目的是推动知识产权的理论化与学术法的形成。本书运用结构功能分析方法，深入地揭示了知识产权客体的一般的、本质的特征，不仅分析了其自然属性，也从法律上建构了知识产权的法律特征，建立了知识产权客体的理论范畴。同时，还有效地将具体的知识产权涵摄于本书所建构的知识产权客体的理论范畴之下。不仅如此，本书还将所建构的知识产权客体的理论范畴与知识产权及其法律制度的特征与类型化联系起来，显示了本书建构的知识产权客体的理论范畴的理论价值和対知识产权法律制度较强的解释力。

读者对象：民商法学教学、研究人员等。

责任编辑：汤腊冬
特约编辑：王爱珍

责任校对：董志英
责任出版：卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

知识产权客体的理论范畴/王太平著. —北京：知识产权出版社，2008.8

ISBN 978-7-80247-002-6

I. 知… II. 王… III. 知识产权—客体—理论研究
IV. D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第079327号

知识产权客体的理论范畴

王太平 著

出版发行：知识产权出版社

社址：北京市海淀区马甸南村1号

邮编：100088

网址：<http://www.ipph.cn>

邮箱：bjb@cnipr.com

发行电话：010-82000893 82000860 转 8101

传真：010-82000893

责任编辑：010-82000889

责编邮箱：tangladong@cnipr.com

印刷：知识产权出版社电子制印中心

经销：新华书店及相关销售网点

开本：880mm×1230mm 1/32

印张：9.375

版次：2008年8月第1版

印次：2008年8月第1次印刷

字数：258千字

定价：25.00元

ISBN 978-7-80247-002-6/D·573

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

摘 要

在民法典制定过程中，尽管学界就知识产权为民事权利已达成共识，然而不论是传统民法学者还是知识产权学者多数却反对将知识产权整体上纳入民法典。学界反对知识产权纳入民法典的理由固然不错，但真正阻碍知识产权法典化的却是知识产权在理论表现形态上迥异于传统民法的非理论化特征和知识产权学术法之阙如。不管知识产权最终是否能纳入民法典，知识产权本身的法典化追求却不能因学界认为知识产权不能纳入民法典而停止脚步。事实上，由于 21 世纪是知识产权法典化的世纪，在继受大陆法系法典化传统的我国，知识产权法典化应该是知识产权研究者追求的重要目标之一。

本书前言知识产权的理论化问题的分析表明，法典化是法的体系化、系统化，是学术研究的产物，学术法是法典化的基本途径与必经之路。知识产权法典化的主要障碍是知识产权学术法的缺乏。而要形成知识产权学术法就必须从知识产权的理论化着手，知识产权的理论化问题并不仅仅关乎“理论”，更关乎知识产权是否应法典化、是否能法典化以及是否应纳入民法典的实践问题。从知识产权理论化的意义和标准来看，知识产权理论化包括形成对知识产权法的基本概念的科学认识，建立知识产权法的概念体系，形成知识产权的原理和规律体系，建立知识产权的原则和规则体系。因此，知识产权基本概念是知识产权理论化和建立知识产权学术法的基本出发点，而在知识产权基本概念中，知识产权客体是知识产权定义的支点，是比知识产权更为基础的概念，因此知识产权客体理论范畴的建构是知识产权理论化和建立知识产权学术法的基本前提和直接出发点。

本书第一章导论首先从哲学、经济学和法学上分析了知识产权客体的地位与功能。分析表明，知识产权客体在知识产权法中的重要地位不仅有哲学上的依据，也具有经济学上的理由，更具有深厚的法学基础。在哲学上，客体是主体赖以生存的客观基础和条件，是主体活动的客观基础和舞台，是主体活动的对象，发挥着主体的“健身器”的作用，制约着主体的活动，决定着主体能力的发展和主体关系的形成，是主体实践活动和认识活动发展的标志，这些在一定意义上均表明了知识产权客体相对于知识产权主体和内容的先在性与基础性。经济学分析则表明，权利客体对于法律关系、权利和法律制度均是非常重要的，它是权利与法律制度系统的外生变量和外部对权利与法律制度系统的输入，是权利与法律制度设计的出发点，是权利与法律制度设计的重要且直接的依据。显然，对于知识产权及其法律制度来说，知识产权客体的地位亦然。在法学上，客体在民事法律关系中同样居于重要的地位，没有客体，主体的权利义务就丧失了客观依据，成了空中楼阁；而且客体不同，也往往会使民事法律关系的性质和内容发生变化。民事权利中的财产权之所以区分为物权、债权和知识产权，正是由于它们各自客体的自然属性即存在方式的差异所致。物权的客体为物，债权的客体是行为，知识产权的客体则是知识。这同样表明了知识产权客体在知识产权理论化和学术法形成中的重要基础地位。

在分析了知识产权客体的地位与功能之后，本书导论第二节对知识产权客体的研究现状进行了梳理。知识产权学界对知识产权客体的分析既有什么是知识产权客体的视角，也有知识产权客体是什么的视角。就知识产权客体是什么而言，学者或直接或间接提出了许多观点，计有“智力的创造性活动”、“智力创造的成果”、“创造性智力成果和工商业标记”、“智力活动创造的成果和经营管理活动中的标记、信誉”、“智慧产品”、“受保护智慧产品、商事标记以及商誉等”、“精神之产物”、“信息”、“信号”、“符号

组合”、“知识财产或知识”、“知识产品”、“形式”等若干种观点。不过除刘春田、吴汉东先生外，大多数学者均只是从知识产权客体所用词语角度而不是从其“一般的、本质的特征”角度揭示知识产权客体的概念。

根据法学方法论，所谓概念是指概念所欲描述之对象的特征，已经被穷尽地列举。而所谓“穷尽地列举”，乃假设概念所包含之特征已经被穷尽地列举，而且它所列举的特征属于在该概念之涵摄上所不可缺少、不可替代的特征。这些特征是将一个具体事项涵摄于某概念下的充分必要条件。不仅如此，所谓“概念”已将其所拟描述或规范对象之特征穷尽列举的设定之存在基础，并不真在于概念的设计者已完全掌握该对象之一切重要的特征，而在于基于概念的设计者已完全掌握该对象之一切重要的特征，而在于基于某种目的性的考虑（规范意旨），就其对该对象所已认知之特征加以取舍，并将保留下来之特征设定为充分而且必要，同时在将事实涵摄于概念之运作中把其余之特征一概视为不重要。因此，本书第二章尽量全面地揭示本体意义上的知识产权客体所包含的一切特征，第三章探讨知识产权客体理论范畴建立之规范意旨，即知识产权法的法律价值，并在此基础上对第二章所揭示的本体意义上的知识产权客体特征进行取舍，从而形成知识产权客体的法律定义。

就本体论意义上的知识产权客体而言，本书认为，学界所提出的各种知识产权客体词语中最为重要的是“信息”、“知识”、“形式”和“符号”。本书的分析表明，信息作为客观事物之属性，它是显示或表述其他属性的属性，其内容是事物（物质）存在的方式或运动的状态。知识在本质上首先是一种信息，不过知识却不仅仅是信息，和信息还不能等同，知识具有某种比信息更丰富的内涵，即知识这种信息是具有公共性形式的信息，这种公共性形式就是符号。因此，从本体论意义上来说，知识产权客体的本质可以概括如下：信息或形式是客观事物存在状态的直接或间接显示，知识是客观事物存在状态的间接显示，这种间接显示是通过符号这种具体的

公共性形式进行的，或者说知识是具有符号这种具体的公共性形式或者以符号这种具体的公共性形式为存在方式的信息或形式，以符号这种具体的公共性形式为存在方式的信息或形式即知识就是知识产权的客体。本体论意义上的知识产权客体具有客观性、公共性、共享性、永不磨损性和永存性、模糊性或不确定性、历史继承性、不可逆和加速度增长等自然属性。

就知识产权客体的规范意旨即知识产权法的法律价值来说，自由、公平和平等、幸福、安全、秩序、社会福利等法律的一般价值同样是知识产权法的基本法律价值，促进社会和谐与团结，促进公共利益和社会福利，是知识产权法法律价值的突出特点。法律上的知识产权客体是储存了知识产权法律价值的，或者说是根据知识产权法的法律价值对本书前述的本体论意义上的知识产权客体的特征进行取舍的结果。取舍的结果是知识产权客体具有以下法律特征：公共性、共享性、永不磨损性、不可被侵犯和永存性、客观性和载体的可替换性、模糊性或不确定性以及历史继承性。根据本书对知识产权客体法律属性的结论，笔者认为，“知识产品”一词作为知识产权客体的词语是精当的。

在建立了知识产权客体概念之后还需要把这种知识产权客体与各种具体知识产权客体联系起来，即解决本书建立的知识产权客体理论范畴对各种具体知识产权客体的涵摄问题。各种具体知识产权客体大体可以被分为三大类，即创造性智力成果、识别性工商业标记以及其他知识产权客体。创造性智力成果主要包括作品、发明、工业品外观设计、集成电路布图设计、计算机软件、植物新品种等；识别性工商业标记主要包括商标、地理标记以及其他识别性工商业标记；其他知识产权客体则是创意和反不正当竞争权的客体。因此，本书第四、五、六章分别解决本书所建立的知识产权客体理论范畴对创造性智力成果、识别性工商业标记以及其他知识产权客体的涵摄问题。

在创造性智力成果中，作品和发明无疑是历史最为悠久、最具

有代表性的两种。就作品来说，最为复杂的是艺术作品，而根据历史唯物论的观点，艺术是人们把握客观世界的方法之一，艺术地把握世界的结果就是艺术作品。这表明作品尤其是艺术作品显然是一种知识，因为人们对客观世界把握的结果当然是一种知识。其他作品和艺术作品没有本质不同，只不过所用符号不同而已。因此作品本质上是一种知识。就发明来说，无论是在日常语言还是科技领域中，发明是一种新技术，而根据技术哲学的认识，技术是一种改造客观事物的知识。因此，无论是作品还是发明它们的本质均是知识。由于工业品外观设计、集成电路布图设计、计算机软件、植物新品种等本质上均是介于作品与发明之间的一种东西，因此在性质上和作品与发明一样，均是知识。

在识别性工商业标记中最为重要的无疑是商标。从商品交易过程来看，商标的经济实质是消除信息不对称的工具，其经济功能是消除厂商与消费者之间的信息不对称。商标之所以是一种消除信息不对称的工具，之所以能消除厂商与消费者之间的信息不对称，是因为商标在本质上是一种商品信息的“代码”或者编码器，商标这种“代码”之所以能够在厂商与消费者之间的通信系统中起到作用，其根本原因便在于它从来就不仅仅是其自身，而从来就是一种“某事物代表某事物”的关系，所以它才能以商标标志这种物理媒介的传送而传送了它实际代表的事物即有关商品的信息。因此商标本质上就是一定的信息，是一种具有一定的公共形式即符号的信息，本质上是一种知识。其他的识别性工商业标记如地理标记、商业名称等在性质和功能上与商标本没有什么差别，所差的无非是它们所识别的对象不同而已。因此它们本质上也是一种知识。

其他知识产权客体主要包括创意和反不正当竞争所保护的客体。从本书对创意的分析来看，创意是传统知识产权客体的雏形，是孕育中的知识产权客体，但创意已经具有了知识产权客体的全部“基因”，差别仅仅在于其具体性上，即创意在具体性上略差于传统的知识产权客体。由于创意是传统知识产权客体的雏形，具有了传

统知识产权客体的全部“基因”，因此它在本质上与传统知识产权客体无异，即本质上是一定的信息。同时，尽管这种信息尚不具备传统知识产权客体的具体的形式，却也不是没有任何形式的，也具备了一定的公共的形式特征，因此可以说是一种知识。就反不正当竞争权客体来说，本书认为，反不正当竞争权所保护的知识产权客体与本书所分析的其他知识产权客体是一种重合的关系，只不过反不正当竞争法和传统知识产权法在法益保护方式上不同而已，传统知识产权法通过设权方式从正面积保护知识产权人的知识产品，而反不正当竞争法则通过禁止不正当的竞争行为的方式从反面消极地保护知识产权人的知识产品。因此，反不正当竞争权的客体在本质上也是一种知识。

当然，本书第四、五、六章的分析中同样简要强调了各种具体知识产权客体需要具备的条件，这些条件使得各种具体知识产权客体均接受了知识产权法的法律价值的“检疫”，从而这些具体知识产权已经是知识产权“法的空间”中的范畴。总之，本书第四、五、六章的分析表明，各种具体知识产权客体均可以有效地涵摄于本书所构建的知识产权客体的理论范畴中。

最后，本书第七章将本书所建构的知识产权客体的理论范畴运用于验证本书对知识产权客体的地位与功能的分析结论，也揭示了本书分析和建构知识产权客体理论范畴的实际意义。分析表明，知识产权及其法律制度的诸多特征皆与知识产权客体的特征有关，而知识产权及其法律制度的类型化也是建立在知识产权客体的类型化基础之上的。

总之，本书的直接目的是建立知识产权理论化和学术法形成的最基本前提的一个基本概念——知识产权客体的理论范畴，最终目的是推动知识产权的理论化与学术法的形成。本书最大的贡献是运用结构功能分析方法，从正面而不是反面深入地揭示了知识产权客体的一般的、本质的特征，不仅分析了其自然属性，更从法律上建构了知识产权的法律特征，建立了知识产权客体的理论范畴，同时

更有效地将具体的知识产权涵摄于本书所建构的知识产权客体的理论范畴之下。不仅如此，本书还将所建构的知识产权客体的理论范畴与知识产权及其法律制度的特征与类型化联系起来，显示了本书建构的知识产权客体的理论范畴的理论价值和知识产权法律制度较强的解释力。

知识产权的理论化问题 （代前言）

在民法典制定过程中，尽管学界就知识产权为民事权利已达成共识，然而不论是传统民法学者还是知识产权学者多数却反对将知识产权整体上纳入民法典。^① 笔者认为，学界反对知识产权纳入民法典的理由固然不错，但真正阻碍知识产权法典化的却是知识产权在理论表现形态上迥异于传统民法的非理论化特征和知识产权学术法之阙如。不管知识产权最终是否能纳入民法典，知识产权本身的法典化追求却不能因学界认为知识产权不能纳入民法典而停止脚步。事实上，由于21世纪是知识产权法典化的世纪，^② 在继受大陆法系法典化传统的我国，知识产权法典化应该是知识产权研究者追求的重要目标之一。法典化是法的体系化、系统化，是学术研究的产物，学术法是法典化的基本途径与必经之路。知识产权法典化的主要障碍是知识产权学术法的缺乏。^③ 而要形成知识产权学术法就必须从知识产权的理论化着手。知识产权的理论化问题并不仅仅关

① 传统民法学界的主流观点是不赞成知识产权在民法典中独立成编，尽管大多数人并不反对在民法典中体现知识产权的内容，如王利明先生（“关于我国民法典体系构建的几个问题”，载《法学》2003年第1期，第30~39页）、梁慧星先生（“制定民法典的设想”，载《现代法学》2001年第2期，第3~6页），甚至专门研究知识产权的学者也基本上对知识产权纳入民法典没有信心，如我国知识产权研究的权威学者郑成思先生2002年11月26日晚在中国政法大学民商经济法学院主办的“中国民法典论坛”第三场中的讲话就表明其对知识产权纳入民法典并没有信心，而郑成思先生的观点在知识产权法学界是很有代表性的。

② 吴汉东：“21世纪将是知识产权法典化的世纪”，见曹新明：《中国知识产权法典化研究》，中国政法大学出版社2005年版。

③ 王太平：“学术法·法典法·知识产权法典化”，载《电子知识产权》2006年第8期，第62~64页。

乎“理论”，更关乎知识产权是否应法典化、是否能法典化以及是否应纳入民法典的实践问题。本书探讨知识产权的理论化问题，以期激起人们对知识产权理论化问题的关注，推动知识产权学术法的形成。

一、知识产权无理论抑或非理论化

诚如学者所言，知识产权学界有“不少人认为‘知识产权无理论’”，^①实际情况也的确如此。因为在法学研究中，总论无疑是最能反映某学科的理论化程度的。而“知识产权法学作为一门学科，虽然相应教材多有形式上的所称总论之部分，但相对于成熟的民法总论及其下位的物权法总论和合同法总论等，现行知识产权法教材的总论部分确系‘盛名之下，其实难副’”。^②和传统民法相比，知识产权在理论表现形态上是非理论化的，最为集中的表现是至今知识产权理论^③甚至没有形成最为基本的概念体系，在许多基本概念上人们的理解相去甚远，理论化的最基本前提无法具备。正如苏珊·朗格所指出的：“在一个条理基本清楚（即使不是完全清楚）思想体系中，新的理论总是替代旧的，而在基本概念含混不清的地方，相互冲突的看法与术语两面夹攻，不断地导致新的冲突与争执。”^④

知识产权理论中最为基础的概念无疑是知识产权及其客体，而对这两个概念，有学者认为，“知识产权目前还不是法学概念”，因

^① 陶鑫良、袁真富：《知识产权法总论》，知识产权出版社2005年版，第457页。在唐广良先生为该书写的序言中也提到了“知识产权无理论”的问题，参见该书序言。

^② 陶鑫良、袁真富：《知识产权法总论》，知识产权出版社2005年版，第457页。陶、袁二先生的《知识产权法总论》志在建立知识产权法的“总论”，然而显然知识产权法的“总论”却非一本书就能实现得了的。

^③ 为了叙述方便这里姑且叫理论，其实本书也承认至今为止知识产权尚“无理论”。

^④ （美）苏珊·朗格：《情感与形式》，刘大基、傅志强、周发祥译，中国社会科学出版社1986年版，第11页。

为迄今为止“知识产权的‘客体一般’并不存在，知识产权难以界定其内涵与外延，不足以成为法学概念，而只能作为指称一组相关权利的语词来使用”。^① 诚如斯言！因为在知识产权学界，知识产权及其客体这两个概念均存在着激烈的学说竞争，这种学说竞争正是这两个概念不成熟的表现。不仅如此，即便是在一些相对比较完整比较成熟的各具体知识产权领域如商标权、著作权、专利权领域，对其中的基础概念人们也存在着不同理解。以商标法为例，刘春田先生就曾指出：“什么是商标，什么是商标权，这本该是毫无争议的问题。但是，由于近年来国内几件涉及商标问题的法律纠纷案发生后，出现了迥然不同的认识，其分歧之大，超出了人们的想象。究其根源，我们发现，问题就出在‘什么是商标’、‘什么是商标权’等最简单、最初始、最基本的概念问题上。”^②

知识产权基础概念的不成熟甚至缺乏使得它不具备理论化的基本条件，因为尽管“任何一门科学在它系统化以前就长期通过经验的途径发展着，而不到它的基本概念获得详尽无遗的定义”，然而无疑“在建立一门科学的体系时，定义是处在最前面，作为前提而出现的”^③。基本概念尤其如此，知识产权连最基本的概念体系都不具备，更遑论其理论化了。

那么，知识产权就应该“无理论”吗？知识产权研究必然是非理论化的吗？对这个问题多数人的回答可能模棱两可。但如果换一种问法，即知识产权研究是否属于科学研究？^④ 则可能少有否定的回答，尤其是对于知识产权研究者来说。然而事实上，这表面上的两个问题实质上就是同一个问题。因为科学的任务就是要对宇宙作

① 张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社2000年修订第三版，第541页。

② 刘春田：“商标与商标权辨析”，载《知识产权》1998年第1期，第10~14页。

③ （德）格·克劳斯：《形式逻辑导论》，金培文、康宏逵译，王德森校，上海译文出版社1981年版，第230页。

④ 本文是在承认法学为科学的前提下提该问题的。

出“有条理的”说明，^① 科学说明是科学研究的主要目的。而为了进行说明，科学家必须构造理论。^② 科学是理论化的知识，是理论的系统或体系。^③ 理论化是科学的基本标志。因此，既然承认知识产权之科学的地位，知识产权无理论或者非理论化也就并非必然，相反，理论化倒应该是作为科学之一分支的知识产权应该追求的目标，因为知识产权理论化具有重要的价值，知识产权理论化不仅能够为知识产权具体制度和问题提供理论依据，更具有重要的实践价值，即推动知识产权“学术法”的形成，为知识产权法典化创造条件。

二、知识产权非理论化的缺陷及原因

（一）知识产权非理论化的缺陷

知识产权非理论化有许多缺陷，主要表现在：

1. 知识产权非理论化混乱了知识产权司法实践

知识产权非理论化的最直接后果是导致知识产权领域出现许多如刘春田先生所说的“假辩论”，严重混乱了知识产权的司法实践。知识产权领域对问题的直接“论战”是法学界所缺乏的，这种“论战”之激烈以“枫叶案”所引发的反向假冒问题的争议为最典型。自“枫叶案”以来，学界关于反向假冒的争议历十年而不衰，甚至也不因2001年商标法修订对该问题的明确规定而偃旗息鼓，2004年《知识产权》杂志第1期还登出两篇针锋相对的论文来继续讨论该问题，其编者按更暗示了学界对该问题的讨论仍不令人满意。知识产权领域为什么会有如此多的“论战”？其性质又如何？笔者认

①（美）鲁德纳：《社会科学哲学》，曲跃厚、林金城译，生活·读书·新知三联书店1988年版，第21页。

②（美）欧内斯特·内格尔：《科学的结构——科学说明的逻辑问题》，徐向东译，上海译文出版社2002年版，译者的话。

③（苏）B. A. 什托夫、柳延廷：《科学认识的方法论问题》，邹珊刚译，柳树滋校，北京自然辩证法研究会编，知识出版社1981年版，第15页。

为，由于在知识产权领域学界就许多基础概念并没有形成一致的认识，因此在此基础上进行的所谓“论战”只能是刘春田先生所说的“假辩论”。因为“尽管人们在研究和讨论某些具体问题时，常常出现意见分歧，甚至各执一词，表面上看，争辩激烈。但是由于各自对赖以认识和分析问题的基本概念，在理解上相去甚远，实际上却是一种‘假辩论’”。^①假辩论和真辩论不同，它是没有任何积极意义的，只会对知识产权研究、学习和知识产权司法实践产生混乱视听的恶果。

2. 知识产权非理论化导致知识产权学术法的阙如，制约了知识产权法典化发展

法律发展的历史实践表明，“在从成文法到法典法的过程中，往往有一个学术法的发展和积淀时期。按照人类思维习惯，从对某一具体案件的命令或告示到对某一类事情进行规范；从各种单行法的颁布到对其相互协调而发现它们的内在机理；尔后，才有可能对某一领域甚至整个人类私人生活进行归纳和总结，从而形成完整的私法法典。这一渐进过程，对人类思维和理性的要求也越来越高”。因此，“法律学术传统及发展程度，成为制约民法法典化成长的第一个直接的因素”。^②尤其是“对于源自罗马法传统的大陆法系国家而言，私法理论的发达程度，在法律家阶层中是否形成‘学术法’，对于编纂民法典具有实质性的影响”^③。而传统大陆法系之所以是法典化的则是因为“大陆法系的学者在拥有法典之前，其学术就已具有体系化特征了。正是他们在使法律体系化方面的成功，才使得现代民法典成为可能。人们无法想象没有多马和波蒂埃的法国民法典

^① 刘春田：“简论知识产权”，见郑成思主编：《知识产权研究（第一卷）》，方正出版社1996年版。

^② 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》，中国政法大学出版社2003年版，第269～270页。

^③ 张生：《中国近代民法法典化研究（1901～1949）》，中国政法大学出版社2004年版，第15页。

或没有潘德克顿法学的德国民法典”^①。因此“《法国民法典》的基本结构是法学理论传统的产物，它甚至可以说成是非自然的”。^②其根本原因在于法典是体系化、系统化的法，而体系化、系统化的法只有仰赖人类的理性能力才能达致。因为“从事实到规则绝不是自动的如河水倒映物体一般，而是蕴涵着人的心智努力从而去更加深入细致地刻画和解释社会生活。规则固然不能脱离事实，但需知在此基础上还有重要的一步，也就是必须能从我们日常生活中分离提升出一个法律世界”。“法律绝不仅仅是生活的简单反映，也是对生活的精心重构。”法律是“一个人为的理性世界”。^③因此，“虽然法典的法律效力的确取决于立法者的认可，但是绝不能因此就认为法典是立法者的作品”。“法典，尤其是私法领域的规模巨大的民法典，一直是而且将来也会是法学家的作品。立法者在此过程中的功能不过是履行形式上的批准手续而已。这样的批准不能改变法典的法学家作品的性质，因此，法典编纂不是一种通常的立法活动，它不是立法者的政治意志的产物，它仍然是法学家活动的产物。法典编纂是通过法学逻辑对于私法领域的法秩序进行整理、规划和改善的活动。因此，法典编纂仍然是不折不扣的学术活动。”^④正由于法

^① 詹姆斯·格德雷：“法典编纂与法律学术”，见：《私法研究》创刊号，中国政法大学出版社2002年版。

^② （美）艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，李静冰、姚新华译，中国政法大学出版社1992年版，第258页。

^③ 张超：“法律：一个理性空间”，载《读书》2005年第3期，第161~163页。

^④ 薛军：“蒂堡对萨维尼的论战及其历史遗产——围绕《德国民法典》编纂而展开的学术论战书评”，见《清华法学（第三辑）》，北京大学出版社2003年版，第125~126页。这里说的实际上是法典编纂的实质内容方面，法典编纂的意义显然不仅如此，法典编纂还是一种权威确立过程。即“法典编纂，在保持了私法规则与法学学说的密切联系的前提下，又在事实上成为一种权威确立机制。法典编纂是理论自发进行的‘定纷止争’的过程，不同的理论在法典编纂的过程之中相互竞争，相互融合，试图被写入法典之中获得权威性的支持”。（薛军：“蒂堡对萨维尼的论战及其历史遗产——围绕《德国民法典》编纂而展开的学术论战书评”，见《清华法学（第三辑）》，北京大学出版社2003年版，第127页。）

典编纂是一种“不折不扣的学术活动”，法典才成为法学家的作品，这就使得法学家的理论构造在法典化过程中的作用举足轻重。知识产权的非理论化的结果是知识产权无理论，知识产权学术法无法形成，知识产权法典化成为空中楼阁。

（二）知识产权非理论化的原因

导致知识产权非理论化的原因是多方面的，概括起来有以下几点：

1. 知识产权本身的性质带来的理论化难题

带来理论化难题的知识产权本身的性质共有以下三点：首先，知识产权本身的抽象性加大了知识产权研究的难度。因为与物质财产权相比，知识产权出自一种非常抽象的财产观念。知识产权法比其他民事法律如侵权法要抽象得多。“就学习侵权法而言，学生们要领会其基本知识还是容易的，就像观看拳击比赛，任何人都能看到拳头打在鼻子上那样。然而，知识产权却与此不同，一下子很难说出这一拳打在哪里，知识产权的力量更像巴克·罗杰的激光枪所射出的射线，难寻踪影。‘专利和版权的保护方法，与任何其他属于法庭辩论的案件类型相比，它们更接近那种可以被称作法律玄学的东西，而区别在于，或至少可以说，它们高深莫测，难以捉摸，有时几乎是稍纵即逝的’。”^①其次，知识产权的技术性特征与今天技术发展的日新月异。知识产权是随着技术的发展而发展的，技术的快速发展使得知识产权法总是处于一种“见招拆招”的情势之中，这使得知识产权几乎无法像传统民法那样有充分的时间思考体系化和基础理论问题。正如我们所知道的，著作权是印刷业之子，邻接权则是随着现代录音等技术的出现而发展起来的，植物新品种的保护则源于基因和遗传技术，集成电路布图设计的保护则是现代信息技术发展的结果。即便是在与人类创造性活动距离相对较远的

^①（美）阿瑟·R. 米勒、迈克尔·H. 戴维斯：《知识产权法概要》，周林等译，中国社会科学出版社1998年版，导言。