

普通高等教育知识产权系列教材

GENERAL THEORIES OF
INTELLECTUAL PROPERTY LAW

知识产权法

总论

杨雄文 编著



华南理工大学出版社
SOUTH CHINA UNIVERSITY OF TECHNOLOGY PRESS

普通高等教育知识产权系列教材

GENERAL THEORIES OF
INTELLECTUAL PROPERTY LAW

知识产权法

总论

杨雄文 编著



华南理工大学出版社
SOUTH CHINA UNIVERSITY OF TECHNOLOGY PRESS

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权法总论/杨雄文编著. —广州: 华南理工大学出版社, 2013. 4
ISBN 978 - 7 - 5623 - 3869 - 7

I. ①知… II. ①杨… III. ①知识产权法 - 研究 IV. ①D913. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 030332 号

知识产权法总论

杨雄文 编著

出版人: 韩中伟

出版发行: 华南理工大学出版社

(广州五山华南理工大学 17 号楼, 邮编 510640)

http: //www. scutpress. com. cn E-mail: scute13@scut. edu. cn

营销部电话: 020 - 87113487 87111048 (传真)

策划编辑: 王 磊

责任编辑: 江肖莹 王 磊

印刷者: 广东省农垦总局印刷厂

开 本: 787mm × 960mm 1/16 印张: 13.5 字数: 304 千

版 次: 2013 年 4 月第 1 版 2013 年 4 月第 1 次印刷

印 数: 1 ~ 1000 册

定 价: 28.00 元

版权所有 盗版必究 印装差错 负责调换

前 言

在大陆法系国家和地区，总论是法学的重要组成部分。知识产权法总论是关于知识产权法一般性规则的总结。知识产权法总论体现了知识产权法学的精髓。知识产权法总论的意义主要体现在：一是有助于深刻领悟知识产权法的基本理念、价值、原则。在没有理论的时候，现象永远都是随意的、杂乱无章的。总论对于弘扬知识产权法的基本精神和理念具有重要作用。只有通过对知识产权法总论进行研究，才能对知识产权法各单行法中具体制度的设计及运用有更深切的掌握和领会，才不至于停留在表面，或者错误地理解以至运用这些制度。二是有助于整体把握知识产权法的体系框架。基于体系化的总论思考，才使得知识产权单行法的体系性更强。知识产权法总论应概括出知识产权法的一般规则，并对基础概念做出明晰的界定，以普遍适用于知识产权法各个单行法，充分体现理论对实践的高度指导价值。因此，通过研究总论能够有效地掌握知识产权法的体系，从宏观上把握知识产权法的全貌。三是有助于培养和训练良好的法律思维方法。总论有助于培养归纳演绎、抽象思考方法的能力，同时它也便于运用演绎式教学方法，从一般到具体，循序渐进地传授知识产权法知识。四是有助于应对法律空白与漏洞，促进知识产权法的发展。知识产权法总论是应对知识产权发展变化的重要手段。知识产权的发展日新月异，新生事物层出不穷，此时就有必要通过把握知识产权法总论中的基本原则、制度加以弥补，从而产生出填补法律漏洞与法律空白的新思路。

知识产权法的研究仍处于一个体系基础认同分歧的时代，一大堆极富挑战性的问题悬而未决。本书归纳总结了知识产权基础理论的不同观点，并结合技术、文化、经济和法律的理論分析乃至哲学探究，尽可能提出自己的见解，希望为读者提供一系列富有启发意义的思考指向。

文章千古事，社稷一戎衣。以上既是对于本书作为教材的编写要求，更是笔者撰写本书时的要求。本书是基于四年来笔者在华南理工大学法学院开设的知识产权法总论课程的讲义基础上整理而来的，也是笔者在跟随刘春田教授攻读博士学位以来研习知识产权法基础理论的一个小结，但知识产权法总论的内容博大精深，因笔者学识所限，其中的缺点、错误在所难免，敬请广大读者批评指正。另外，本书试图博采众家之长，吸收和借鉴了学术前辈和同仁的一些研究成果，在这里深表谢意，对所引用的各种论述尽可能一一注明其来源。但旁征博引甚多，难免有所遗漏，敬希有关学者见谅。

在此，笔者要真诚感谢华南理工大学出版社，正是由于编辑们的努力，本书才得以顺利出版。

杨雄文

2012年11月29日



目 录

第一章 绪论	(1)
第一节 知识产权法体系基础认同分歧现状	(1)
第二节 引发体系基础认同分歧的原因	(7)
第二章 知识产权及相关概念	(13)
第一节 知识产权的概念	(13)
第二节 知识产权的特征	(18)
第三节 知识产权法的体系	(19)
第四节 知识产权单行法比较及其与其他法律的关系	(26)
第三章 知识产权的对象	(30)
第一节 对象与客体之争	(30)
第二节 知识产权对象的范围	(32)
第三节 知识产权对象的特征	(35)
第四节 知识产权对象的本质	(37)
第四章 知识产权的主体	(46)
第一节 知识产权的主体范围	(46)
第二节 知识产权主体的特点	(48)
第三节 知识产权主体制度的演进趋向	(50)
第五章 知识产权的属性	(54)
第一节 知识产权属于私权	(54)
第二节 知识产权与人权	(57)
第三节 知识产权的民事权利性质	(60)
第四节 知识产权与其他财产权的关系	(64)





第六章 知识产权制度的产生与发展	(66)
第一节 古代社会知识财产的权利观念	(67)
第二节 近现代社会知识财产的私权化	(73)
第三节 知识产权的国际保护	(78)
第七章 知识产权制度的正义性	(86)
第一节 正义与非正义的系统观理解	(86)
第二节 财产权劳动学说	(88)
第三节 人格理论	(89)
第四节 激励论	(90)
第八章 知识产权的取得与归属	(94)
第一节 知识产权的取得	(94)
第二节 知识产权的归属	(97)
第九章 知识产权的效力	(102)
第一节 知识产权的时间效力	(102)
第二节 知识产权的空间效力与内容效力	(106)
第十章 知识产权的转移	(109)
第一节 知识产权转移概述	(109)
第二节 知识产权转让	(111)
第三节 知识产权许可	(114)
第四节 知识产权的其他转移方式	(119)
第十一章 知识产权的限制	(121)
第一节 知识产权限制概述	(121)
第二节 知识产权权利构成因素的限制	(124)
第三节 知识产权行使的限制	(127)





第十二章 知识产权的权利冲突	(140)
第一节 知识产权权利冲突的内涵	(140)
第二节 知识产权权利冲突的表现	(142)
第三节 解决知识产权权利冲突的原则	(144)
第十三章 知识产权的保护	(148)
第一节 知识产权保护概述	(148)
第二节 知识产权的民事保护	(152)
第三节 知识产权的刑事保护	(163)
第四节 知识产权的行政保护	(169)
第十四章 知识产权的资本化	(180)
第一节 知识产权价值评估基础理论	(180)
第二节 知识产权资本化的条件	(189)
第三节 知识产权资本化的模式	(190)

第一章 绪论

知识产权以制度文明为杠杆，寻求着恰当的利益支点，试图一方面有效地激发人们的创造热情，另一方面把个人的知识财富转化为无尽的社会财富，以高效优质地推动人类物质文明和精神文明的巨大进步。正是知识产权问题凝聚了难以抗拒的时代魅力和理论潜能，自其诞生以来吸引了很多理论领域，特别是法学界的关注。致使当代知识产权法学批评同早期法学著作相分离的，是它涉及范围的特殊性和它的方法、对其他学科领域研究的依赖和借鉴，以及对细节前所未有的注意。

当代知识产权研究繁荣与体系基础认同分歧并存。多学说竞立表象下的中国知识产权缺乏体系化基础的一般性共识，知识产权法体系化不足。^①“到目前为止，知识产权法若作为一个独立的学科尚没有形成自己的完整构架，许多基础性的重大理论课题尚无定论”^②，而“关于知识产权保护的争论变得比以前更加具有争议性”^③。

第一节 知识产权法体系基础认同分歧现状

自20世纪末期开始，由于受到种种政治、经济和文化因素的综合作用，特别是随着中国社会转型，后现代思潮泛起，知识产权法体系化的基础研究呈现如下一种情景：旧的学说尚未消退，新的观点已经凸显，现存的理论正在被盘剥。认同分歧也就成了知识产权法体系基础研究的一个鲜明的问题。

一、认同分歧的总体表现

在法学的视野中，知识产权法体系基础认同是指在现代社会中塑造成的、以体系化为主轴展开和运转中对自我身份的确认，它围绕各种不同的轴心——比如制度正当性、激励论、私权与公权的关系、知识产权管理、公共政策、产业经济发展等进行展开，其中每个轴心都有一个中心的向度，知识产权通过彼此之间的差异而获得归属差异，从而对知识产权的自我身份进行识别，实现知识产权法体系的和谐有序。在这个意义上，当

① 参见李琛：《论知识产权法的体系化》，北京：北京大学出版社，2005年，第38-67页。

② 郭禾：《知识产权法选论》，北京：人民交通出版社，2002年，第3页。

③ Adam Thierer & Wayne Crews. *Copy Fights: The Future of Intellectual Property in the Information Age*. Washington D. C.: Cato institute, 2002: XV.

代知识产权法体系基础认同分歧是一种自我身份感的迷惑，或者说知识产权的归属困难。

（一）正义性的争论——知识产权制度存在是否合理

知识产权制度的合理性，并不在于为私权保护而保护，而在于实现知识创新、社会进步的政策目标。正义性是知识产权制度存在的合法性依据，“知识产权正义论是知识产权制度的设计和运作的前提，同时承担着批判或支持现有制度、构建更合理的新制度的功能”^①。知识产权必须证明自己的正义性，正义是知识产权制度的首要价值。

一般的知识产权正义论是根据一定的正义观对知识产权制度进行的有关正义性的思考。最初的一些中西方学者主张知识产权制度的正义性能够通过洛克、黑格尔、经济分析法学派等思想家或思想流派的理论得到论证。但接下来有学者认为：黑格尔的财产权自由/意志理论、罗尔斯的知识产权正义论等在证明知识产权制度正当性上的尝试是不成功的，知识产权并非具有神圣不可侵犯的正当性。再后来，在对以上反思的再反思基础之上，有学者转向工具主义的态度，将知识产权制度看做是一种实现某一或某些目标的工具或手段，并将知识产权制度置于知识的分配制度这个更大的框架之下来理解其正当性。^②此外，围绕知识产权制度，还形成了三股反知识产权的思潮，即知识产权怀疑论、知识产权废除论和知识产权僵化论。^③

“在经济全球化以及知识产权法律制度趋同化的背景下，知识产权制度立法进程过快也引发了社会公众对知识产权法律‘忠诚’度降低的问题，也就是说知识产权制度在包括中国在内的发展中国家中明显存在着合法性危机问题。”^④孔乙己曾说过一句非常经典的话：读书人的事，窃书能算偷么？这种观点其实在现在依然大有市场。这些带有批判性质的普遍趋向，的确让我们看到了知识产权制度在当下所面临的生存危机正日益凸显。

（二）公权还是私权——知识产权定性的分歧

《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPs)已经指明知识产权属于私权。但是，从以下现象来看，对于这个“私权”的把握已经不是那么清晰而确定了：(1)在学界不时出现否定知识产权私权属性、建立独立的知识产权法律部门的声音，并且还有相当多的弘扬知识产权法公法属性的观点，可以说这些主张在不同程度上否定了知识产权法对民法的归属感。(2)虽然知识产权法不管如何特殊也都属于民法的组成部分，但是在各

① 杨才然：《知识产权正义论》，中国人民大学2006年博士论文，摘要第1页。

② 参见杨才然：《知识产权正义论》，中国人民大学2006年博士论文。

③ “知识产权怀疑论”认为知识产权保护对社会、经济、文化、科技等产生了阻碍效应；以美国学者 Richard Stallman 为代表提出的“知识产权废除论”，主张限制甚至废除知识产权制度；以加拿大学者 Daniel J. Gervais 为代表则提出“知识产权僵化论”，认为现在的知识产权制度过于僵化，应当加以改造（参见曹新明：《知识产权法哲学理论反思——以重构知识产权制度为视角》，载《法制与社会发展》2004年第6期）。

④ 孙祥壮：《知识产权法治构造的理论逻辑》，南京师范大学2007年博士论文，第61页。

国的民法法典化进程中，基本上都在形式上将知识产权法搁置于民法典之外。至于个别国家将知识产权法纳入民法典，其效果也是不尽如人意。而中国在2006年推出《民法典草案知识产权篇（总则）》（专家建议稿）之后，便再无后文了。有学者解释说知识产权法未能纳入民法典的原因是“知识产权法的技术性规定较多，且变化性较大，放在民法典中，与其他民法法律部门的法律规范不协调……会极大地损害民法典的稳定性”^①。其实这种解释仅仅从具体制度设计而言，尚没有触及传统民法与知识产权法在融合上的理论困难。

（三）概念修正——知识产权在民法典中的位置漂浮

一般认为，在民法中，知识产权的位置是与物权、债权并列的，现行的《中华人民共和国民事诉讼法通则》（以下简称《民法通则》）以及《中华人民共和国民法典》（专家建议稿）也是这么安排的。而现在有观点建议采用“信息产权”这一称谓取代“知识产权”^②，其代表性的观点在1984年英国布特沃斯出版社出版的《香港的知识产权与工业产权》一书中得到体现。该书作者把专利解释为“反映发明创造深度的技术信息”，把商标解释为“贸易活动中使人认明产品标识的信息”，而把著作权解释为“信息的固定、长久存在的形式”。

而另有观点建议“采用‘无形财产权’这一术语，并建立一个范围大于知识产权，调整对象以无形财产权为主的无形财产权法律体系”^③。该无形财产权体系大于知识产权范围，包容一切基于非物质形态的精神产品所产生的权利。该无形财产权除了现有的知识产权类型外，还包括特许经营权、特许交易资格、商誉权等。虽然少有其他学者对这两种建议的适当性进行评判，但显然这两种建议也给知识产权在民法典中的位置作出了降级的调整。

二、认同分歧的一般表现

在价值匮乏、意义模糊、秩序无常与权威脆弱等诸因素影响下，认同成了难题。当代知识产权法体系基础认同分歧的表现形式多种多样，而且同样的分歧在不同发展阶段的表现形式和作用的方式上存在差异。

（一）作者死亡——法律原则的异动

一些学者将西方形形色色的哲学文化思潮引进或嫁接过来，建构出种种结论和观点，这其中以后现代思潮的“主体死亡”^④最为明显。作为后现代的典型代表的符号，

① 王利明：《民法总则研究》，北京：中国人民大学出版社，2003年，第69-70页。

② 参见郑成思、朱榭群：《信息与知识产权》，载《西南科技大学学报（哲学社会科学版）》2006年第1期。

③ 参见吴汉东、胡开忠：《无形财产权制度研究》，北京：法律出版社，2005年，第347页。

④ 如多迈尔（Fred R. Dallmayr）的“主体性已迫近黄昏”、福柯（Michel Foucault）的“人将要消失或已经死亡”，以及尼采（F. W. Nietzsche）、海德格尔（Martin Heidegger）和德里达（Jacques Derrida）的相关论述。

解构^①借助于20世纪70年代出现的文学批评方法“接受美学”^②的成果的移植和利用，已经踏入了中国当代知识产权的研究视野，它为学者们提供了一个新的视角、新的反思和学习的素材，丰富了知识产权研究的内容。但是在另一方面，后现代解构言语中心主义的核心是消解“主体”，将符号与指称对象的分裂推广到能指与所指的分裂，用能指的“自由”来抗衡所指的“专制”。能指无穷链接，所指永远滑落，这就是后现代主义描述语言符号的运动情况。作者只是符号组合网上的一个节点、文本中的一个交叉路口，读者通过它可走向四面八方，但设计、实现和控制作品的传统意义上的作者已经死亡。

“作者死亡”这一论断可谓石破天惊，它不但从根本上否定了表达与思想二分法这一保护原则在著作权法上的正确性，而且取消了人格权在知识产权法中的归属资格，同时也在人格理论的论证方面，在一定程度上动摇了知识产权正义性存在的依据。

（二）创造伦理消减——方向感的迷惑

一些研究表现出一种严重的方向迷惑。这其中最明显的趋向就是鼓励创造的理念日渐衰竭和知识的创造价值核心丧失，其大体说来表现为两种形式：一是“阳光下任何人造的东西都应该在专利保护之列”；二是人类区别于动物所具有的创造能力这一最为崇高的本性，成为“分配正义”这一工具理性的“偏房”。

（三）基础概念欠缺认同——体系根基不稳

就那些对知识产权存在和发展有着根本性影响的基础概念而言，也存在着多年争执不休的批评与反批评。

1. 知识产权的概念之争

“法律体系化的根据，在于法律概念及其所储存价值的位阶性。”^③知识产权法体系的立身之本，要求我们必须回答归于“知识产权”名下的权利具有何种共同特征，能

^① 值得说明的是，索绪尔的符号理论属于现代性的结构主义，与德里达的后现代性的解构主义存在着差异。索绪尔的符号理论把符号分成了能指和所指两种。任何一种语言，从单词到句子，都由能指和所指构成基本的意义。索绪尔的能指和所指概念形成了一种寻找语言意义的结构模式，对结构主义思想的兴趣和发展起到了举足轻重的作用。可是，在德里达看来，索绪尔的这种结构主义语言是西方形而上学的逻各斯中心主义（logocentrism）的支脉，必须加以消解。逻各斯中心主义源于希腊语“逻各斯”，意思是“语言”或者“定义”。《圣经·新约》里说，“万物始于词语”，因此语言被提高到一个全部真理的终极本源的中心地位。从语言观的困境上看，结构主义和解构主义似乎是相对峙的，但它们之间在渊源上存在着一定的联系，在文本解读思想上也存在着一定的互补性。（参见曹山柯：《都是为了追寻文本的意义踪迹——结构主义与解构主义文论思想比较研究》，载文化研究网 <http://www.culstudies.com/rendanews/displaynews.asp?id=4279>，2008年2月1日登录）

^② 20世纪70年代国外出现了一种新的文学批评方法——“接受方法”或称“接受美学”。“接受美学”指出了一个确凿的事实，浪漫主义强调作家，形式主义注重作品，但它们都忽略了文学实践的另一个重要因素：作者。它反对单纯从作家作品角度研究文学，主张把读者作为文学研究的重要研究对象。把读者及其接受作为文学研究的一个重要对象，这不能不说是“接受美学”在理论上的一个贡献。

^③ 张俊浩：《民法学原理》，北京：中国政法大学出版社，1997年，第35页。

使它们合适地、合乎逻辑地成为一种独立的权利类型，并由此派生出相应的、合理的法律调整手段。中国知识产权法的建立及知识产权法学研究的开展已经有几十年的时间，但对于支撑知识产权法体系的最重要的基础——知识产权的定义，却一直没有形成统一的认识。

学者们最初定义知识产权的一种方式是采用列举外延的方式，如借鉴《成立世界知识产权组织公约》、《与贸易有关的知识产权协定》的规定，认为“知识产权是对包括著作权、专利权、商标权、发明权、发现权、商业秘密、商号、地理标识等科学技术成果在内的一类民事权利的统称”^①。但大家发现知识产权的外延在不断修正和补充之中，用列举法进行定义不适当，因此转而采用属加种差的归纳法进行定义。应用归纳法得出的知识产权定义有很多种，现在大体以下述定义作为通说：“知识产权是基于创造性的智力成果和工商业标记依法产生的权利的统称。”^②其理由在于创造性智力成果与工商业标记的价值来源明显不同，创造性智力成果不能摄涵工商业标记。但也有学者认为随着知识产权对象的发展，已经产生了既不能归为“创造性”，也难归为“标识性”的保护对象，如商业秘密及数据库。^③而在学者们来不及统一创造性智力成果与工商业标记的时候，信息产权与无形财产权的主张又出现了。

于是，知识产权面临着一个悬而未决的根本性问题：知识产权的诸权利分支是否具有逻辑统一的可能性？

2. 知识产权对象及其本质之争

首先，我国民法学界对于民事权利的客体与对象的认识存在争议，两者是同一概念还是有所区别也难以达成共识。^④这一民法基础理论争论反映到知识产权领域，产生了创造性智力成果与工商业标记是知识产权客体还是知识产权对象的分歧。大部分学者持客体—对象—一体说，即“民事法律关系客体即为民事权利客体，客体为法律保护的特定利益之本体，亦可称权利的标的或权利的对象”^⑤。但也有一些学者坚持客体—对象二分说，“作为对象的知识是‘形式的’、‘结构的’、‘符号的’，属非物质的范畴。知识产权的客体是指在对象上所施加的、能够产生一定利益关系的行为”^⑥。（由于对权利的对象与客体存在争议，为统一起见，对于一体说的“客体”，也一律使用“对象”称谓——至于本书赞同客体—对象二分说的理由，将在后文予以说明）

其次，知识产权对象是什么也有争议，是知识、信息还是符号组合？知识产权对象

① 刘春茂：《中国民法学·知识产权》，北京：中国人民公安大学出版社，1997年，第1页。

② 刘春田：《知识产权法》，北京：中国人民大学出版社，2000年，第1页。

③ W. R. Cornish. *Intellectual Property: Patent, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*. London: Sweet & Maxwell, 1996: 3.

④ 佟柔：《中国民法学·民法总则》，北京：中国人民公安大学出版社，1990年，第55页。

⑤ 梁慧星：《民法总论》，北京：法律出版社，2001年，第51页。

⑥ 刘春田：《知识产权法》，北京：高等教育出版社、北京大学出版社，2010年，第8页。

的本质也存在着争议，大体有以下几种说法：精神之产物^①、精神创造物^②、创造性成果^③、信息^④、非物质性产品（财产）^⑤、形式^⑥等。显然，上述关于知识产权对象本质的分歧不是出于表述的角度差异，它们之间具有实质上的竞争与冲突。^⑦本质是“指事物本身所固有的，决定事物性质、面貌和发展的根本属性”^⑧。而我们现在对知识产权对象的本质存在着不同认识，那么立法和司法如何能通过本质的功能来发挥知识产权对象的指导作用呢？毋庸置疑，知识产权的稳定性及其法律适用，将会因此受到基础性的制约。

（四）功利主义、工具主义和法定主义流行

“知识产权功利论在我国知识产权立法实践中占据着主导地位，其影响力极其广泛……中国从政府到民间对于知识产权制度在观念上更多地接受了知识产权功利论的思想。相对于劳动论、人格论和社会规划论，功利论在中国被接受的难易程度上显然要容易得多。”^⑨面对知识经济的挑战，面对旧制度发展面临的挑战，一些学者把法律视为一种实现功利目标的手段，并运用到知识产权法治中，通过经济激励理论的形式为知识产权法治的正当性提供理论支撑，“从‘激励’智力创造为社会谋福利的角度，看待知识产权的正当性，而且被视为知识产权理论中最有力和最广泛适用的理论”^⑩。

建立在工具主义哲学之上的知识产权法定主义理论与功利主义的激励理论，既有区别也有联系。知识产权法定主义主要解决的问题是，随着知识产权保护一体化之后造成的“知识产权危险论”，必须区分知识产权与知识产权法的关系，不是所有的知识产品都能成为知识产权法律制度调整的对象，知识产权法必须以公共利益作为依归而设立。同时，由于知识产权作为抽象的财产权，其边界不像有形物那样容易划定，边界的模糊性需要由国家把法律作为一种工具对其加以清晰化，保持仍应处于公有领域的知识和信息。功利主义的激励理论主要是通过设立产权，对社会有用信息和知识的创造者和创作者进行经济刺激，目的是在刺激生产更多社会有益知识的基础上，提升社会福利。法定

① 王泽鉴：《民法总论》，北京：中国政法大学出版社，2001年，第204页。

② 梁慧星：《民法总论》，北京：法律出版社，2001年，第51页。

③ 王家福：《关于知识产权的几个问题》，载《法学研究》1991年第1期。

④ 郑胜利、袁泳：《从知识产权到信息产权——知识经济时代财产性信息的保护》，载《知识产权》1999年第4期；郑成思、朱谢群：《信息与知识产权》，载《西南科技大学学报（哲学社会科学版）》2006年第1期。

⑤ 吴汉东：《知识产权法学》，北京：北京大学出版社，2001年，第15页；王春燕：《也论知识产权的属性》，载《中国法学》1996年第3期。

⑥ 刘春田：《知识产权法》，北京：中国人民大学出版社，2000年，第7页。

⑦ 在很多论述中，并没有严格区分对象与对象本质。

⑧ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室：《现代汉语词典》（第5版），北京：商务印书馆，2006年，第65页。

⑨ 饶明辉：《当代西方知识产权理论的哲学反思》，吉林大学2006年博士学位论文，第150页。

⑩ 冯晓青：《知识产权法哲学》，北京：中国人民公安大学出版社，2003年，第103页；孙祥壮：《知识产权法治构造的理论逻辑》，南京师范大学2007年博士论文，第23页。

主义理论主要的落脚点在于国家政策对知识产权权利设立的调控上，即国家授予性的特点。功利主义的经济激励理论主要的方法是通过经济手段，或经济分析法学的方法解释知识产权权利的合理性。两者之间的主要共同之处就是对社会公共利益的关注，均认为社会公共利益是知识产权法治正当性的基础。^①

面对应接不暇的变革和发展、创新与突破，知识产权制度“工具主义”或者“法律政策工具”的结论固然有其道理，但这种“秀才与兵”的实证分析只是指明了分析问题的一个方向，而没有说明存在的实质。“功利主义虽然是立法和司法必须考量的重要因素，但不能代替具体制度的设计。”^②知识产权法发展中的问题不仅仅是一个公共政策或工具主义能够解决的问题，也是一个法学问题。工具主义再好，也只能解决知识产权如何立法的问题，而不可能延伸到对知识产权法的合理性、有效性的追问。而“知识产权的纯粹工具主义，进一步促进了知识产权的商业化进程，使得知识产权制度的正当性问题进一步复杂化，取得知识产权保护成为产生贸易保护主义的根源之一”^③。这是一方面。另一方面，工具性价值乃是所有法律包括政策都具有的基本价值，曾经的“法律工具主义祸害中国久矣”^④。工具主义——尚且不说它在实际应用中是否导出良法或者恶法的问题，至少造成了一种对法律相当不信任的社会文化氛围。我们的社会存在着一种不信任法律的思想倾向，总以为法律是政府官员的工具，常被有些人当成玩弄于股掌之间的小小工具，这导致老百姓对法律建立不起好感或信任感；而老百姓缺乏好感或信任感的对策也符合法律工具主义的看法：既然法律这个工具不力，那么不妨同时也拿起（或及时改换）另一种工具，比如不守法或者是自力救济而导致社会无序。

另外值得注意的是，在深层次，功利只是人类行为的动机之一。功利主义试图以功利来概括和解释知识产权的全部内容，把追求功利当作人生的唯一目标，把功利主义庸俗化和绝对化，不符合现代心理学的研究成果。事实上，“功利主义把人的本质简单化和绝对化了，无法解释复杂多变的社会生活，这也是功利主义法学虽然对西方法律思想产生了重大的影响，但是却没有能够长期占据西方法律思想舞台的重要原因”^⑤。

第二节 引发体系基础认同分歧的原因

“每一个时代都有自己的独特的法律现象或法律问题，各个时代的法学必须针对这

① 孙祥壮：《知识产权法治构造的理论逻辑》，南京师范大学2007年博士论文，第43页。

② 彭贵：《民法总论诸问题之功利主义解读》，载《西南师范大学学报（人文社会科学版）》2006年第2期，第115页。

③ 孙祥壮：《知识产权法治构造的理论逻辑》，南京师范大学2007年博士论文，第93页。

④ 范忠信：《法律工具主义批判》，载 http://www.fatianxia.com/paper_list.asp?id=16844，2008年3月28日。

⑤ 杨思斌：《功利主义法学》，北京：法律出版社，2005年，第213页。

些现象或问题提出新的解释或解决方案；每个时代有每个时代的法学思考者和法律解释者，这些思考者和解释者的经验和知识前提及其依赖的语言和思想情境各有不同，就可能使他们回答问题的方式及运用的话语体系存在差异；每个时代都有不同的法律制度及其制度变种，受时代之制度推动的法学也会随制度的变化而变化，呈现出时代之精神气质和制度气候的特殊印痕。”^①知识产权的生存和发展也不能离开当代社会经济文化环境的推动和制约，因此其体系基础认同分歧就有着其现实的根据。

一、权利文化有待进一步发展和积淀

法作为上层建筑的一种，其产生和发展都是由经济基础所决定的，知识经济发展的需要是知识产权法产生的根本源泉。没有足够的知识产权制度、经济和文化的实践过程作为基础，难以满足知识产权发展对于权利文化环境的需求。

在古代中国，从商和从事手工技艺的人都是没有地位，甚至受歧视，知识财产没有根本的保障。从古代“普天之下，莫非王土”之说，到近现代“大公无私”的道德诉求，私有财产在中国一直缺乏与公有财产平等的地位和保护机制。改革开放以来我国法制和文化建设所取得的成就，为建立新型的现代私法体系奠定了必要的基础。但是，有关私权的制度、经济和文化仍然不够发达，这已成为我国建立知识产权制度文明的绊脚石。《民法通则》或是其他私法所担当的私权文化建立功能，在短短的几十年中的作用也仅限于此，而知识产权法也显然没有能力去改变私权实践不足的问题。

表面上看，有关知识产权公权与私权争论的这些现象反映了对知识产权属性的争论，但同时也潜藏着中国几千年传统文化思想的身影。而从法律实践看，中国知识产权法在现实中存在的诸多问题恰恰正是由于权利文化的积淀不足所造成的。移自西方的知识产权法要在中国实现本土化，有赖于知识产权保护方式的市场化、知识产权保护主体的多元化、民众知识产权意识的普及化、知识产权体系的完整化以及对私权思想精髓的继承和发展。

二、现代新型消费及其相关文化不断冲击

思想多元化的产生和发展除了西学东渐、社会转型之外，另一个重要的原因是来自科技和商业的冲击。科学技术和商品生产是现代和后现代社会的两大基础，它们曾经促成人文精神的解放，又反过来成为阻碍人文精神发展的桎梏。

受前知识产权时代社会生产力发展水平和财产观念的影响，人们接受的是物质财富观念；在消费水平上，人们基本上能够做到的就是物质财富的消费，如房屋、土地。这种消费观念经过传统民法的确认、宣传和示范，成为一种标准的生活方式和消费方式。当知识产权横空出世，人们的传统消费观发生了根本的变化，在很多领域，知识的消费

^① 舒国滢等：《法学方法论问题研究》，北京：中国政法大学出版社，2007年，第1页。

取代了物质财富的消费，执法部门依照与知识产权相关的法律和政策，确认和保护着知识产权。这种翻天覆地的变化，不可避免地会导致消费意愿、目的和后果的异化。人们逐渐模糊了物质消费和知识消费的界限。作为文本上的法律与作为现实社会生活运作的一部分的“活法”之间的非完全平行性，文本上的法律的合法性必然受到质疑。各国存在不同政治制度的选择，同时各国法律文化之间“隔离机制”的存在和各民族价值观的差异等深刻的社会和文化因素，将在不同发展程度的国家设定着知识产权趋同化的限度，并引发着质疑和诘问。老百姓甚至一些学者对知识产权的合法性的追问，也体现了对现代知识消费的强烈的不理解。这不仅因为西方的知识产权法律是伴随着其经济社会发展而发展起来的，而且与其法律传统、法律文化乃至整个社会文明密不可分。而中国的知识产权立法基本上可以说是被动移植的结果，“窃书不算偷”等传统法律思想使对知识的保护在短时间难以得到认同，必然产生西法中移的困惑。

对知识产权的理论建构也经常被当代消费文化观念牵引着而不自觉地迷失了自我。“符号消费”是当今的一个热门词汇，反映着一种现实，暗含着“需求引导供给”向“供给引导需求”的向度转换。但从当代认同的角度来说，这种“符号消费”的转向也体现出了价值取向的真空和价值观的迷惑。现代消费所消费的已不再是传统观念中商品的使用价值，而是更侧重于商品所蕴涵着的符号价值。符号价值被视为使用价值的特殊形式，亦即商品具有各种不同的使用价值，其中之一就是象征社会地位。^①

三、观念和技术的发展超出传统法律的知识储备

知识产权研究困难的缘由，既关涉知识产权自身基础理论的混沌现状，也关涉传统民法理论自身的历史局限性，而且两者在某些方面互为牵制。虽然知识产权是民法的组成部分，且古代罗马法关于无形财产的概念、公有物的理论、无体物的转让和侵害的学说，与知识产权的财产属性、公有领域、产权贸易、无形侵害等法律原则与规则有着源和流的关系，但从权利的形式上看，物权范畴中的物具有天然的“自我封闭”的特性，这为个性化的个人和独一无二的个别物之间的一一对应提供了可能，同时这也使将个别物确权给个人的所有权制度得以具备了形式上的绝对排他性和发展上的渐趋完整性。财产权（主要是所有权）本身在一定程度上也就被视为“确定个人自治范围的尺度”^②。而知识产权保护对象所具有的无体性特征所引发的知识本身的不可控（非直接支配），导致物权的“自我封闭性”基本理念在知识产权中遭遇了“滑铁卢”。

另外，在以法律的名义保护知识的演进过程中，不断有着新的观念突破、新的理论建构和新的制度设计，它们无不孕育着对传统民法制度的冲击和挑战——比如说，知识产权制度促进知识公开的理念，是传统民法所不了解的一个内容，也不是合同法中告知

^① Barton Beebe. *The Semiotic Analysis of Trademark Law*. 51 UCLA L. Rev. 621.

^② [美] 伯纳德·施瓦茨：《美国法律史》，王军等译，北京：中国政法大学出版社，1990年，第25页。