

武志孝 著

变革中的知识产权研究

BIANGEZHONG DE
ZHISHICHANQUAN YANJIU



中国政法大学出版社

武志孝 著

变革中的知识产权研究

BIANGEZHONG DE
ZHISHICHANQUAN YANJIU



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

变革中的知识产权研究/武志孝著. —北京:中国政法大学出版社, 2017. 6
ISBN 978-7-5620-7599-8

I. ①变… II. ①武… III. ①知识产权—研究—中国 IV. ①D923. 404

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第132320号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908437(编辑室) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	11.625
字 数	270 千字
版 次	2017 年 6 月第 1 版
印 次	2017 年 6 月第 1 次印刷
定 价	39.00 元

序

当今社会处于变革之中。社会的变革促发了法律制度的变革。在当今法律之中，还没有哪一部法律有如知识产权法那样发展变化如此之快，这体现在知识产权的权利形态和权利内容方面。法律虽然总应当是稳定的，但稳定性并不意味着法律是一成不变的。相反，法律只有适应社会的发展才能保持其稳定性，否则，法律也会被束之高阁从而缺乏实效，达不到原先设定的目的。

知识产权属于无形财产，它的权利形态和权利内容的发展变化在于创造和创新是永无止境的，新的事物各式各样，层出不穷，对此就应当有新的研究思路和理解方式。在研究方法上，我们应当首先从理论层面来研究，然后再从制度层面来研究，或者将两者相结合，找出它们的规律性，使我们能够更加准确地认识和解释它们。正确和准确地认识到知识产权的发展变化是建立适当知识产权法律制度的前提和基础。

不仅体现在当今社会，就是从历史的角度看，知识产权的权利形态和权利内容也处于发展变化之中。知识产权权利是建立在历史发展的过程中的。对于知识产权如何存在和缘何存在这一问题，本书认为它既是历史的也是哲学的，因此应当对它展开历史和哲学追问。通过这样的追问我们就能够认识知识产权的权

利形成史和权利成立的哲学基础并以此追问知识产权存在的正当性，通过这些研究我们能够认识到权利和知识产权的流变。

对知识产权正当性的追问正是我们试图对流变的知识产权进行一种合理的解释。这样做的目的是想通过对知识产权的哲学追问为不成体系的各类知识产权构建一种内在的联系网。而要从历史和哲学的角度认识知识产权，首先就应当从历史和哲学的角度认识权利。因而，本书首先对权利进行了哲学和历史的考察，其次对知识产权进行了哲学和历史的考察，最后讨论了知识产权权利分析方法论。

以上内容是本书“理论篇”所要讨论的内容。

认识到知识产权的发展既是理论的结果，同时也是实践的结果，本书也特别探讨了一些知识产权具体制度，包括专利权客体范围研究、三维复制问题研究、《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)“余量条款”问题研究。其中，专利权客体范围及三维复制问题都属于高新科技发展所必然带来的知识产权变革问题，跨太平洋伙伴关系协定“余量条款”问题则是要解决美国在“废除”该协定后对我国的影响及我国的应对策略问题。为了使读者能够及时了解和研究 TPP 相关的内容，本书以附录的形式对其进行了载入，内容包括 TPP 最终内容表、TPP 协议概要和 TPP 知识产权文本，以供读者从宏观到微观对 TPP 内容进行研究。

以上内容是本书“制度篇”的内容。

本书希望从理论和制度两个层面来探讨变革中的知识产权，以有利于我们在社会变革中认识知识产权的发展与变化。

是为序。

2017 年 3 月作者于蓟门园

目 录

序	I
---------	---

理 论 篇

第一章 权利概念的哲学和历史考察	003
一、古希腊时期	005
二、斯多葛学派	008
三、古罗马时期	010
四、中世纪	013
五、近代法哲学关于权利的理论	016
六、马克思主义关于权利和财产的理论	030
第二章 知识产权正当性再思考	033
一、关于知识产权正当性理论	033
二、对知识产权正当性理论的评论	045
第三章 知识产权的历史考察	048
一、著作权产生于对印刷控制权的争夺	048
二、专利权产生于对王权的限制	055
三、商标权确立于商品经济的发展	058

第四章 知识产权权利分析方法论	061
一、近现代分析法学概述	062
二、对权利概念的实证主义分析	070
三、对霍菲尔德理论的批判	081

制 度 篇

第五章 专利权客体范围研究	085
一、专利权客体范围的特征和影响因素	086
二、专利权客体范围的界定原则	098
三、我国专利权客体范围的法律规定及其存在的问题	105
四、对我国专利权客体范围的调整	110
本章小结	129
第六章 三维复制问题研究	131
一、关于三维打印技术	132
二、问题的提出	134
三、三维复制涉及的专利侵权问题	136
四、三维复制涉及的著作权问题	140
五、三维复制涉及的商标权问题	146
本章小结	149
第七章 《跨太平洋伙伴关系协定》“余量条款” 问题研究	150
一、TPP 的发展历程	152
二、TPP 内容	156

三、奥巴马时期美国加入 TPP 的战略选择及 TPP 对中国知识产权事业的影响	172
四、特朗普时期美国退出 TPP 的原因	190
五、TPP 今后的方向	193
六、中国的应对策略	195
本章小结	209
附录一 TPP 最终内容表 (TPP Final Table of Contents) ...	211
附录二 TPP 协议概要	213
附录三 TPP 知识产权文本	244
参考文献	346

理论篇

第一章

权利概念的哲学和历史考察

现有的知识产权多是由于历史的原因和经验，抑或是由于利益的原因而形成的。但是，要探讨知识产权的发展变革，不得不从历史方面，也同时从法哲学方面进行考察。

要谈论知识产权，不能不首先谈论权利。知识产权和一般的权利一样，其权利因何而来是一个哲学问题，同时也是一个历史问题，有必要从哲学角度和历史角度对其进行考察。

要弄清楚权利是什么并不是件容易的事情，L. W. 萨姆纳 (L. W. Sumner) 曾经谈到人们在理解权利这一含义时的心态，它似明似暗，让人不知所措，似乎抓在手里但又无能为力，经常捉摸不定。^{〔1〕}这充分反映出了人们对于权利的复杂心态。“当

〔1〕 参见〔加〕L. W. 萨姆纳：《权利的道德基础》，李茂森译，中国人民大学出版社2011年版，第7页。该书被西方学术界视为伦理和政治哲学的经典著作，是研究权利理论和功利主义理论的首选著作之一。该书关注当代的权利诉求问题，较为系统地研究了权利的道德基础。它整理了霍菲尔德关于权利研究、分析方面的优势，即自由、要求、权力和豁免，提出了权利分析的三个维度，即范围、内容和力度，借助道义模态和真理模态、保护利益和保护选择、利益概念和选择概念、语用学和语义学、先入为主和预先承诺等术语，深入分析了四种具体的权利理论，即世俗权利、自然权利、契约论权利和结果论权利，批判了权利虚无主义和权利怀疑主义。该书断言结果论不但在理论上支持道德权利和法定权利，而且实际上早就为这些权利提供了最稳固的基础。该书认为道德权利必须具有道德力量，在本质上不是任何权威的司法机构宣布的，而且能够为世俗规则体系提供正义的标准。

绝大多数哲学家细究过权利的概念之后，它似乎很快就萎缩到其他较易驾驭的概念中去了。”^{〔1〕}“某种论点尤其意味着权利话语难以直接利用”，^{〔2〕}这样就有可以导致权利话语的贬值。对于权利，还有一种虚无主义的观点，持这种观点的人认为，世界上没有权利。^{〔3〕}这种权利虚无主义的可能性倾向已经逐渐地表现为现实性了，因此对我们的研究提出了迫切要求。^{〔4〕}但是，这正好能促使我们对权利进行认真的研究。总结起来，正如萨姆纳所认为的，这种主义对权利的挑战是相当严峻的。挑战来自于两个方面，一方面是它认为权利是不可捉摸的、无序而混乱的，另一方面是权利要求本身的错误性。^{〔5〕}针对第一类挑战，我们应当论证权利要求的合理性、权利本身的正当性，这就要求我们必须从哲学高度和道德维度来进行论证，也就是必须论证和构建道德权利的合理概念。针对第二类挑战，我们应当清楚的是，它已经不是一个关于概念性的挑战，而是一个现实性的挑战了，因为权利合理性只是权利正确性的必要条件，但还不是充分条件，这就需要弄清楚，一个权利究竟在什么样的条件下才可以存在。L. W. 萨姆纳认为，验证权利真实性的标准必

〔1〕〔美〕理查德·塔克：《自然权利诸理论：起源与发展》，杨利敏、朱圣刚译，吉林出版集团有限责任公司2014年版，第1页。

〔2〕〔美〕理查德·塔克：《自然权利诸理论：起源与发展》，杨利敏、朱圣刚译，吉林出版集团有限责任公司2014年版，第1页。这种论点指塞缪尔·鲁芬道夫的论点，他认为享有权利仅仅是从他人义务中受惠，所有涉及权利的主张可以径直转化为仅涉及义务的主张——那么，权利话语就是无关紧要的，至少，它使权利话语贬值了。

〔3〕参见〔加〕L. W. 萨姆纳：《权利的道德基础》，李茂森译，中国人民大学出版社2011年版，第8页。

〔4〕参见〔加〕L. W. 萨姆纳：《权利的道德基础》，李茂森译，中国人民大学出版社2011年版，第9页。

〔5〕参见〔加〕L. W. 萨姆纳：《权利的道德基础》，李茂森译，中国人民大学出版社2011年版，第9页。

须包括概念性和现实性这两个条件，^{〔1〕}这就必须回答权利究竟是个什么样的东西这一问题，另外还必须回答权利何以存在这一问题，以便我们能够确定这样的权利究竟是何种权利。这些都涉及权利的哲学问题和权利的历史问题。从具体的表现形式来说，这涉及权利的内容、权利的范围、权利的力度和权利的制定等问题。

一、古希腊时期

古希腊时期出现了权利观念或者说权利法哲学的萌芽，^{〔2〕}但是严格来说，那时还没有“权利”这一概念的完整含义。那时的古希腊哲学家如柏拉图、苏格拉底、亚里士多德所关注的问题还不是“权利”这一问题或者这一概念，他们所关注的是：什么是正当的或者什么是正义的。而正当性或正义性问题，在今天看来只是权利观念的一个方面，远不是权利本身或者权利的全部。因为，古希腊人对自己私事的关心与对公共生活的参与是结合在一起的，他们不可能形成权利的概念，古希腊人所讲的“法”，主要是指“正义”，而不是指“权利”。^{〔3〕}

因此，在古希腊时期，像我们现今一样权利所指代的含义是隐含在“正义”之中的，不仅如此，隐含在正义概念之中的还有诸如各项国家制度、财产制度等。^{〔4〕}柏拉图、亚里士多德都对正义进行过精细的研究。柏拉图在其对话体著作《理想国》

〔1〕 参见〔加〕L. W. 萨姆纳：《权利的道德基础》，李茂森译，中国人民大学出版社2011年版，第10页。

〔2〕 参见杨春福：《权利法哲学研究导论》，南京大学出版社2000年版，第12页。

〔3〕 刘日明：《法哲学》，复旦大学出版社2005年版，第66页。

〔4〕 杨春福：《权利法哲学研究导论》，南京大学出版社2000年版，第6页。

中对正义与利益、正义与秩序等问题进行过深入的探讨。该书开篇就提出了什么是正义这一问题。^{〔1〕}但是柏拉图对正义这一问题的探讨是将个人正义与国家正义问题混合在一起的，亦即柏拉图是将伦理问题和政治问题混合在一起进行研究的。虽然如此，直到今天，这一问题仍然是我们研究权利（包括知识产权）时所面临和必须讨论的问题。另外，理念和事物这两个世界的划分是柏拉图的贡献，这使得理性在自然法哲学中的地位由此而确立。^{〔2〕}

相较于柏拉图，亚里士多德已经将个人正义与国家正义进行了区分，伦理问题与政治问题也不再合二为一地讨论，与之相对应的是其两部著作《政治学》和《伦理学》。^{〔3〕}普遍与个别两个正义的划分是亚里士多德的贡献，这体现了平等分配权利的原则，这种理论是后来权利理论的一个重要的原点。^{〔4〕}亚里士多德认为，正义是一种基础，没有它就不可能有社会秩序，人类社会的礼法等也是由它而衍生的，进而可以

〔1〕〔古希腊〕柏拉图：《理想国》，郭斌和、张竹明译，商务印书馆1986年版，第6页。见苏格拉底与克法洛斯的对话——苏格拉底：克法洛斯，您说得妙极了。不过讲到“正义”嘛，究竟正义是什么呢？难道仅仅有话实说，有债还就计算正义吗？这样做会不会有时是正义的，而有时却不是正义的呢？打个比方吧！譬如说，你有个朋友在头脑清楚的时候，曾经把武器交给你；假如后来他疯了，再跟你要回去；任何人都会说不能还给他。如果竟还给了他，那倒是不正义的。把整个真情实况告诉疯子也是不正义的。克法洛斯：你说得对。——由此展开了关于“正义”的探讨。

〔2〕刘日明：《法哲学》，复旦大学出版社2005年版，第59页。

〔3〕参见吴恩裕：“论亚里士多德的《政治学》”，载〔古希腊〕亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1981年版，第ii页。

〔4〕参见杨春福：《权利法哲学研究导论》，南京大学出版社2000年版，第8~9页。

由它来判断世间的正确与错误。〔1〕“法律或成例就是正义的一种衍生物。”〔2〕对于正义，亚里士多德认为，公正的含义不能脱离平等且主要是因为平等，假如要追求公平并使它平等，就得上升到全体公民的高度。〔3〕至于亚里士多德谈论的财产——财产为今天看来构成权利所必需的东西，亚里士多德认：“如果财产确为人类所由合群并组成团体的目的，则人们分配地邦的职司和荣誉时就应该以他们所贡献的财产为比例。”财产确立了公民公职的资格，因而它是一种担任公职的资格条件，一方面它确定了公民能不能担任公职，另一方面财产也有数额的要求，尽管它可能是要求比较低的。这样，亚里士多德就对数量平等和比值平等进行了探讨，也就是对法律上的正义观念进行了探讨。另外，古希腊的法哲学中也特别重视对主体人的特别关注，关于人作为主体的观念的探讨有利于权利观念的形成，换句话说，对作为主体的人的关注与形成具有道德观念特征的权利是相关的。〔4〕之后，斯多葛学派（the Stoics）将此发扬光大。天赋人权、人生而平等等重要理念被斯多葛学派第一次进行了论证，成为西方人文主义的核心理论。由此，“个人不单是城邦的一分子，而是整个人类的一个单位”〔5〕了，这突破了柏拉图和亚里士多德的理论，个人成了一个个独立的成员，享有平等的权利。对正义观念的探讨，再加上古希腊法哲学中对主体人

〔1〕〔古希腊〕亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第9页。

〔2〕〔古希腊〕亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第17页。

〔3〕〔古希腊〕亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第153页。

〔4〕参见杨春福：《权利法哲学研究导论》，南京大学出版社2000年版，第9页。

〔5〕杨春福：《权利法哲学研究导论》，南京大学出版社2000年版，第11页。

的关注，即对“至善”和终极目标的追求以及相关道德伦理的探讨，这样，人与人之间就越发显得平等了，而且也应该是平等的，这其中的一个转变就是对个人的“权利”要求代替了城邦公民资格的享有。^{〔1〕}个人的“权利”——多么自然的一个权利观念——即自然权利观念的产生就是必然的了。这种观念是一种自然的观念，它也体现了一种新的价值追求。^{〔2〕}

尽管古希腊的哲学家及哲学由于历史和社会发展的限定，没有涉及知识产权的问题，甚至没有“权利”这一概念的明确含义，但古希腊哲学所体现的权利观念的萌芽，所探讨的有关正义和平等等问题，也是我们今天探索知识产权所必然涉及的问题，有着重要的理论意义和指导意义。有学者曾经评论道，古希腊人作出了相当大的贡献，他们的思想是法治文明和法文化的基础，也是一切西方法哲学的基础。^{〔3〕}这样的评价并不为过。

二、斯多葛学派

随着古希腊城邦的衰落，斯多葛学派出现了。古代自然法思想就是由斯多葛学派最终确立的。^{〔4〕}斯多葛学派的自然法思想后来经过古罗马著名政治家、哲学家和法学家西塞罗传入罗马法学家中。西塞罗与斯多葛学派一样认为，在人定法之上，还有一个自然法存在着，它来自于自然，来自于统治宇宙的理性。因而在斯多葛学派的理论框架里，个人是人类这个整体中

〔1〕 参见杨春福：《权利法哲学研究导论》，南京大学出版社2000年版，第11页。

〔2〕 杨春福：《权利法哲学研究导论》，南京大学出版社2000年版，第11页。

〔3〕 刘日明：《法哲学》，复旦大学出版社2005年版，第54页。

〔4〕 参见刘日明：《法哲学》，复旦大学出版社2005年版，第62页。

的一个，人属于自然，不仅仅再是一个分子了，自然法就是理性法，人的主体地位得到了展示，人获得了“世界范围的公民身份”，它将“人”从狭小的城邦中“解放”了出来。

虽然斯多葛学派具有个人主义的特质和倾向，本质上仍然是一种道德的权利，不同于我们当今所讲的权利，但它还是颇具意义的。斯多葛学派关于自然法思想的意义在于：自我人格受到了尊重，强调理性在法中的地位，自然法概念作为一种道德秩序进入世界范围的社会中，从而人与人之间都应该是平等的，斯多葛主义最早、最鲜明又最系统地表达了个人主义观念，体现了对人主体的关注。所有的人都是平等的，这种平等性甚至超越了身份的区分和地域的划分，比如奴隶，比如外邦人。^{〔1〕}

对人和人格的关注，也是我们今天研究知识产权所必须面临的一个问题，它对于研究知识产权的正当性有着重要的意义。

另外，古罗马法学关于有形物与无形物的划分应该就是来自于斯多葛学派。斯多葛学派认为时间、空间、真空和词义是无形的，^{〔2〕}所以，虽然有形与无形这两个词直到神圣罗马帝国时期才出现，但是，这种划分方法是来自于斯多葛学派。^{〔3〕}而有形与无形的分类，使得知识产权的存在成为可能。由此可以说，虽然斯多葛学派哲学对有形物与无形物的区分还没有形成严格的理论，但是它却为后来古罗马法学对有形物 and 无形物的区分

〔1〕 参见刘日明：《法哲学》，复旦大学出版社2005年版，第62页。

〔2〕 See Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Published by ANU eText, Australian National University, 2016, p. 5. See also Print edition, Dartmouth Publishing Company, 1996, p. 16.

〔3〕 See Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Published by ANU eText, Australian National University, 2016, p. 20. See also Print edition, Dartmouth Publishing Company, 1996, p. 16.