

刘春田 主编

中国知识产权评论

第五卷

CHINESE
INTELLECTUAL PROPERTY
REVIEW
VOL.5

 商务印书馆

中国知识产权评论

第五卷

刘春田 主编

商务印书馆

2011年·北京

图书在版编目(CIP)数据

中国知识产权评论. 第5卷/刘春田主编. —北京: 商务印书馆, 2010

ISBN 978 - 7 - 100 - 08360 - 7

I. ①中… II. ①刘… III. ①知识产权法—研究—中国 IV. ①D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 092096 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

ZHONGGUO ZHISHICHÄNQUÄN PINGLÜN

中国知识产权评论

第五卷

刘春田 主编

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

印刷厂印刷

ISBN 978 - 7 - 100 - 08360 - 7

2011年 月第1版

开本 880 × 1240 1/32

2011年 月北京第1次印刷

印张

定价: 元

目 录

基 础 研 究

1. 张 勤 知识产权客体之哲学基础 1
2. 李琛 关于“中国古代因何无版权”研究的几点反
思 30
3. 张娜 著作人格权在英国的历史演进 48
4. 杨文彬 上海时期(1927 - 1936)鲁迅版权活动述
论 71
5. 余俊 商标财产权的历史迁变:英国的经验 105

民间文学艺术作品保护专题

6. 宋慧献 民间文学艺术作品保护:全球化背景下的
制度“怪胎”? 151
7. 李冰青 对民间文学艺术作品的法律规制研究的
反思 173
8. 崔国斌 否弃集体作者观:民间文艺版权难题的
终结 228
9. 侯彦洁 论民间文学艺术作品与知识产权的关系 265
10. 廖冰冰 对民间文学艺术直接知识产权化立法模
式之反思——从民间文学艺术和知识产权客体之
比较展开的分析 290

资 料

11. 保护传统文化表现形式/民间文艺表现形式:经修订的目标与原则(世界知识产权组织知识产权与遗传资源、传统知识和民间文学艺术政府间委员会) 309
12. 廖冰冰 广西民间文学艺术、非物质文化遗产法律保护状况之调查研究 380
13. 英国 1623 年垄断法(相靖译) 435

知识产权客体之哲学基础

张 勤

一、与知识产权相关的几个基本称谓

当前知识产权基本理论争论的焦点在于知识产权是针对什么事物而言的。我们首先必须明确这个事物的称谓,然后才能讨论其内容,否则在后面的讨论中极易引起混淆。据笔者所知,许多学者(例如郑成思等)将知识产权所针对之事物(例如技术方案或文化作品)称为“客体”^{〔1〕},即客观存在之物。但另一些学者不赞成(例如刘春田等)。他们认为在法学领域,客体是相对于权利主体而言的,应当是指知识产权所保护之利益,而知识产权针对之事物应称为“对象”^{〔2〕}。

笔者认为,将知识产权所针对之事物与关于该事物的利益分开的确非常重要。但所用之词是否必须是“对象”和“客体”值得商榷。笔者在《知识产权及其制度本质的探讨》^{〔3〕}中采用的称谓是“客体”和

〔1〕 郑成思,《知识产权论(第三版)》,法律出版社,2003年;郑成思,《知识产权法(第二版)》,法律出版社,2003年。

〔2〕 刘春田,“知识产权的对象”,中国知识产权评论第一卷,商务印书馆,2002年;刘春田,《知识产权法(第三版)》,高等教育出版社,2007年。

〔3〕 栗源(张勤笔名),“知识产权及其制度本质的探讨”,《知识产权》,2005年第一期。

2 中国知识产权评论

“标的”。“客体”的涵义与郑成思的相同,即知识产权所针对之客观存在的事物;“标的”则是指打官司所要索取的利益,亦即知识产权保护之利益。本文中,笔者将继续采用“客体”和“标的”或“利益”的称谓,因为普通读者很难意识到“对象”和“客体”的上述区别。尤其在单独使用“客体”一词时,他们往往很难意识到“客体”指的是利益,而非所针对之事物。

关于“对象”一词,据笔者所知,学界迄今对其理解尚无歧义(均指所针对之事物)。所以,本文中的“客体”和“对象”两个称谓可以通用,都指知识产权所针对之事物。如果有人坚持只能用“对象”一词来称谓知识产权所针对之事物,则只需将本文中的“客体”换成“对象”即可。这对阐述本文的观点并无妨碍。但对于利益,笔者建议最好不用“客体”一词,而用“标的”或直接用“利益”一词,以免产生混淆。当然,如果有人坚持非用“客体”的称谓不可,笔者亦不反对,前提是读者能明白“客体”指的是利益。

本文中,“客体”将仅指知识产权所针对之事物,而非其利益。

应当指出,“利益”、“权利”和“权益”是有差别的。“利益”中的“利”和“益”是相同的,就是好处。而“权利”和“权益”则比较复杂。严格说来,知识产权讲的是权,但这个权是用来保障权属者的利益的,此外别无他用。所以“权”和“利”或“益”通常被连在一起,称为“权利”或“权益”。其中“权利”似更强调权,“权益”似更强调利。但在单独使用“权利”或“权益”时,有时指的是权,有时指的是利,并不确定。好在“权”和“利”通常密不可分,我们大可不必规定“权利”和“权益”究竟指的是“权”,还是指的是“利”,因为读者可以通过上下文自然明了。

尽管如此,“权利”和“权益”的概念毕竟存在不确定性。为严谨起见,笔者更愿意采用知识产权保护之“利益”的说法,而不愿意采用知识产权保护之“权利”或“权益”的说法。这是因为:知识产权本身就是

一种权。权保护权自身是说不通的,权只能保护利益或下位的权,而保护下位的权也是为了保护下位权所保护之利。

在知识产权基本理论的研究中,我们研究的固然是权,但本质上却是利,即研究的是这个利的归属和保护,包括知识产权的客体的利益归属、这个权属是怎么产生的、其存在的正当性、权属者应当是谁,以及权属存在的条件、保护的方式和成本,等等。

二、为什么要从哲学上研究知识产权的客体

知识产权的客体是知识产权理论最基本的概念,也是争论最激烈的问题,它是整个知识产权理论和制度构建的基石。弄清了知识产权的客体是什么,人们就能明白为什么专利、商标、版权等不同的知识产权类别被统一到知识产权名下、这些不同类别的知识产权有什么共同的基本属性、为什么知识产权应当成为一门独立的学科或法域,以及知识产权与物权等其他学科或法域的关系。

要弄清知识产权的客体为何物,不得不涉及哲学问题。事实上,关于知识产权的争论主要集中在对其客体是什么的哲学争论上。这是因为知识产权的客体涉及人们对世界本原的认识。

许多学者和文件采用列举的方式来说明知识产权的客体。笔者在《知识产权的哲学、经济学和法学分析》^{〔4〕}一文中将其归纳为三大类:智力创造成果、商业性标识、其他经营性信息。张玉敏教授早在2001年即进行了类似的分类^{〔5〕}。但对知识产权客体的上述归纳并不是严

〔4〕 栗源(张勤笔名),“知识产权的哲学、经济学和法学分析”,《知识产权》,2008年第五期。

〔5〕 张玉敏,“知识产权的概念和法律特征”,《现代法学》,2001年第五期。张玉敏教授在该文中对知识产权的定义为:“知识产权是民事主体支配其智力成果、商业标志和其他具有商业价值的信息,并排斥他人干涉的权利。”

4 中国知识产权评论

格的定义,因为尽管我们也许同意上述三大类涵盖了当前知识产权客体的所有类别,但并没有说明这三者何以作为同一个事物被统一到知识产权名下、三者之间连接为同一法域的共同特征是什么。这正如说“人”包括男人和女人一样,虽然穷尽了“人”的类别,但我们依然不清楚人之何以为人。

按照科学理论的要求,要说清楚知识产权的客体是什么,就必须对知识产权的客体下定义。根据下定义的范式,我们首先必须找到知识产权客体的上位事物,然后说清楚同一上位事物属下的不同事物之间的本质区别。

事实上,关于知识产权客体这一基本概念的争论焦点其实在于知识产权客体的上位事物是什么。据笔者所知,对于这个上位事物,学者们迄今各持己见。郑成思和张玉敏等提出了信息说^{〔6〕},刘春田提出了形式说^{〔7〕}、吴汉东提出了知识产品说^{〔8〕}、张俊浩提出了信号说^{〔9〕}、李琛提出了符号说^{〔10〕}、澳大利亚国立大学的德霍斯(Drahos)则提出了“抽象物”的概念^{〔11〕},等等。笔者认为,要弄清这个问题,不得不从我们大家都同意的最上位的事物说起。这就不得不追溯到世界的本原这个最基本的哲学问题。

〔6〕 张玉敏,“知识产权的概念和法律特征”,《现代法学》,2001年第五期;郑成思,“信息、知识产权与中国知识产权战略若干问题”,《应对与挑战——国家知识产权战略论文集》,知识产权出版社,2007年。

〔7〕 刘春田,“知识产权的对象”,中国知识产权评论第一卷,商务印书馆,2002年;刘春田,《知识产权法(第三版)》,高等教育出版社,2007年。

〔8〕 吴汉东,“财产权客体制度论——以无形财产权客体为主要研究对象”,《法商研究》,2000年第四期。

〔9〕 张俊浩主编,《民法学原理》,中国政法大学出版社,1991年。

〔10〕 李琛,《论知识产权法的体系化》,中国人民大学2003年博士论文。

〔11〕 德霍斯(澳),周林译,《知识产权法哲学》,商务印书馆,2008年。

三、信息是知识产权客体最上位的事物

古希腊哲学家德莫克利特认为世界是由原子构成的。换句话说,原子是构成世界的最基本的物质。后来,俄国科学家门捷列夫发现了元素周期表。人们逐渐明白了原子是由原子核和电子的不同组合构成的。此后,物理学家们进一步发现原子核由中子和质子构成、不同的中子数形成不同的同位素、电子的能级跃迁释放或吸收光子;再后来又发现了夸克、中微子等许多更基本的物质。随着科学研究的深入,科学家对世界的微观构成的研究还在取得各种惊人的进展。但是,有一点是万变不离其宗的。这就是:世界是由客观存在的事物构成的。这是唯物主义的基本观点。

列宁在《唯物主义与经验批判主义》一书中对唯物主义的“物”的解释是“客观实在”,即不以人的主观认识之不同而不同,是独立于认识主体而客观存在的事物,甚至认识主体(人或自我)本身也是客观存在的事物。对这个事物无法下严格的定义,因为唯物主义的“物”是最上位的概念,无法将其放到更上位的概念中去。笔者认为,唯物主义之“物”的存在只能作为公设,是无法(参见休谟的不可知论)也无需证明其存在的人们研究任何问题之最基本的前提。本文无意参与唯物主义和唯心主义的争论。但笔者相信,本文的读者大都同意世界是客观存在的。那么,我们就有了一个讨论问题的共同的前提或基础。剩下的问题是:这个客观存在的世界究竟是由什么构成的。

笔者是学工程物理的。据笔者所知,自然科学家们大概都同意:世界由三种(三元)或两种(二元)客观存在的基本事物构成。按照三元观,世界由质量(在不严格的意义上也被称为物质)、能量和信息构成。但根据爱因斯坦的质能互换定律 $E = MC^2$ (其中 E 为能量、 M 为质量、

C 为光速(常数)),质量和能量不过是同一客观事物(物质)的两种不同的表现形式。于是,我们可以认为世界是二元的,即世界由物质和信息构成。但为通俗起见,本文后面将采用三元论,并用“物质”一词来称呼其中与能量相对应的质量。即:构成世界的最基本的事物是物质、能量和信息。至于时间和空间,则不过是上述基本事物的存在形式、本身并不是独立存在的事物。如果我们同意上述观点,则我们的问题就迎刃而解了。因为知识产权的客体显然不可能是物质(质量),也不可能是能量,剩下的唯一选择就是信息。

事实上,知识产权客体的上位事物还可以是比“信息”更下位的事物,即信息中的一部分。但如果我们说这个客体是信息,显然不会错。这正如有人说“人”的上位事物是动物,另外有人说“人”的上位事物是灵长类动物一样,都是正确的。而且,说得越上位,越无悬念。例如说“人”是一种生物肯定不会错。

根据以上分析,笔者的结论是:**知识产权客体的上位事物是信息。**这个结论的必然推论就是:**知识产权的客体具有信息的一切属性或特征。**我们将在后面讨论与知识产权有关的信息的属性或特征。这里需要说明的是,作为知识产权客体的信息并不包括所有信息,而只是笔者在《知识产权的哲学、经济学和法学分析》一文中关于知识产权的定义里所说的“特定有用”的部分^[12]。至于究竟是哪一部分,则要由法律来界定。这就是笔者在知识产权的定义中使用“特定”一词的涵义。进而,法律依据什么来界定知识产权的客体就成为构建知识产权法律制度的关键。这一点,笔者已在《知识产权的哲学、经济学和法学分析》一文中进行了阐述。这就是:立法主体所代表的本国整体利益最

[12] 笔者在《知识产权的哲学、经济学和法学分析》一文中对知识产权的定义是:“知识产权是民事主体对特定有用信息的法定财产权和天赋精神权。”

大化原则。这一原则是基于知识产权客体的信息属性并结合现代经济学的原理推导出来的。笔者不打算在本文重复上述推导。本文将着力于夯实这一推导的基础,即更深入地论证知识产权客体的信息本质。

如上所述,知识产权客体的上位事物是信息。根据下定义的范式,我们还需要进一步阐明知识产权客体这个信息与其他信息的本质区别。在笔者对知识产权客体的表述中,这个特征既简单又复杂。说其简单,是因为这个特征仅由“特定有用”四个字来表达;说其复杂,是因为很难指出知识产权客体这种信息与其他信息的更多区别。事实上,纳入知识产权客体的信息在不断扩张。其结果就是很难在信息这个“属”概念中划定知识产权客体这个“种”概念的边界。但无论知识产权的客体在怎样扩张,都跑不出信息的范围,而且必定是“有用信息”,因为无用的信息是不可能包含在知识产权客体中的。至于什么是有用、什么是无用,则随人们的需求而定,并无客观或固定的边界。实际上,现代知识产权的涵义已经从其早期的涵义扩大为信息产权的涵义。笔者在《知识产权的哲学、经济学和法学分析》一文中阐述了知识产权实际上已经等同为信息产权的观点,本文不再赘述。

细心的读者可能会发现,上述论证过程有两个基本前提:第一个是物质、能量和信息是人类所知的除客观存在之外最上位的事物;第二个前提是知识产权的客体是客观存在的事物。在这两个前提下,知识产权的客体是信息无懈可击。因为能作为知识产权客体的最上位的事物只有三个,排除了“物质”和“能量”,剩下的唯一选择就是“信息”。鉴于此,有必要对上述两个基本前提进行更深入的讨论。

四、物质、能量和信息是 客观事物中最上位的事物

关于这个问题,有学者认为除物质、能量和信息外,还存在“形式”、“符号”、“信号”、“知识产品”、“抽象物”等其他不属于上述三者的上位事物。此外,时间和空间也曾被学者认为是独立存在的客观事物(德国古典哲学家康德认为时间和空间是先验存在的)。但正如前面所说,时间和空间不过是物质、能量和信息的存在形式,因此可以将其归入对“形式”的讨论中。至于德霍斯所称的“抽象物”则因其无清晰的实体内容,不便深入讨论。其实,德霍斯本人已多次在其著述中将“抽象物”等同为信息。因此,本文对“抽象物”将不再讨论。

笔者不打算就学者们在文献中对“形式”、“符号”、“信号”、“知识产品”等称谓所赋予的特别涵义进行讨论,而只打算就人们对这些用语的通常理解来进行讨论。因为人们在使用这些词语时,不可能始终记得或准确理解这些特别赋予的涵义,而只可能在通常的意义上来理解和使用这些词语。如果我们不从通常的涵义上来讨论这些词语的概念,则天长日久,学术界必定会产生语义混乱。这是我们所不希望看到的。

4.1 关于知识产权的客体是“形式”的讨论

“形式”(form,包括时间和空间)是对客观事物(物质、能量和信息)的基本属性的高度概括和抽象。任何客观事物必定有其存在形式。“形式”包括形状、颜色、疏密、先后、快慢、长短、大小、高低、多少、轻重、强弱、软硬,等等。显然,上述对“形式”的列举也包括了时间和空间(先后、快慢、长短、大小等)。正如刘春田教授指出,“形式”是相

对于“内容”或“质料”而言的。世界上的万事万物(质料)都必定以某种“形式”而存在。世界上不存在没有“形式”的事物。上述对“形式”的列举不过是对客观事物某些属性的高度抽象和概括,并没有跳出物质、能量和信息的框架,“形式”本身并没有脱离物质、能量和信息而独立存在。因此,“形式”并不是可与物质、能量和信息并列的独立存在的客观事物。

如果坚持将“形式”作为知识产权客体的上位事物,必然会出现矛盾。这是因为物质和能量也有存在形式。抽象的形式是物质、能量和信息所具有的共同属性。总不能说知识产权的客体也包括以某种形式而存在的物质或能量吧?从另一个角度看,说知识产权的客体是“形式”等于没有回答问题。这里的关键在于回答知识产权的客体是以什么形式而存在的,或知识产权的客体的存在形式是什么。离开了具体的形式而谈抽象的形式没有意义。

关于知识产权客体的存在形式是什么,笔者的回答是:信息的存在形式就是知识产权客体的存在形式。实际上,这个回答等价于“知识产权的客体是信息”,因为说知识产权客体的存在形式就是信息的存在形式无异于将知识产权的客体界定为信息。可见,形式说归根结底还是要回到信息说上来。

4.2 关于知识产权的客体是“信号”或“符号”的讨论

笔者认为,“信号”或“符号”看似与信息不同,其实不过是信息的子集或同义语。

首先,“信号”(signal)无非是发信号的主体发出的希望受体接受的信息,带有发信号的主体的主动性,有时还隐含着受体已然存在的假设。发信号的主体既可以是人,也可以是其他动物或生物,还可以是机器。在某些情况下,科学家也把星球等自然体自然发出的信息(承载

于电磁波、光子、中微子、引力场等)称为信号。其实,信号与信息的一些微差别或许就在于信号是由主体发出的,而另一些信息只存在于主体中而不被主体发出。可见,信号是信息的子集。

但即使这样,笔者也不赞成“信号”的说法,因为我们总不能把机器或自然体发出的信息作为知识产权的客体吧?此外,知识产权的客体未必是由主体发出的。例如,存在于遗传资源中的遗传信息(DNA)就不是由遗传资源发出,而是被动地存在于遗传资源中的。也许有人会说,遗传信息如果不被人发出(发现并表达出来),就没有任何价值,也不会成为知识产权的客体。笔者认为,遗传资源中的遗传信息未必要被发现和表达出来才能成为知识产权的客体,只要立法者认为其可能有潜在的使用价值,即使该遗传信息是什么并不知道,更谈不上被某主体发出,也可以立法将包含遗传信息的遗传资源纳入知识产权客体的范围(纳入遗传资源实际上是为了纳入遗传信息)。另一个例子是商业秘密。事实上,商业秘密的持有者绝不希望该信息被发出,而只希望自己持有。也许有人认为遗传资源和商业秘密已通过其众所周知的功效而被间接发出。但这些功效等间接信息毕竟是另一种信息,并不是知识产权的客体(遗传信息和商业秘密)本身。所以,用“信号”来界定知识产权的客体并不恰当。当然,如果有人对“信号”的意义作其他解释,则另当别论。但笔者认为无论怎么解释,恐怕也无法超出信息的范围,因为信息是与物质和能量并列的最上位的事物。至少,“信号”说不能证明将信息作为知识产权的客体是错误的。

至于“符号”(symbol),笔者认为其不过是信息的某种表达或存在形式。例如,文字、图像、声音、电磁波、物体形状、物质的疏密程度等,都可以被作为符号。而符号不过是信息的某种载体,且未必一定是人为的符号(遗传资源中的DNA就不是人为的符号)。广义的符号其实就是信息本身,因为信息总要以某种形式(即符号)存在或表达。那么

在通俗易懂的“信息”面前,为何要特别使用“符号”而否定“信息”呢?同样,如果有人对“符号”做出不同于上述的解释,则另当别论。但无论怎样解释,恐怕都难以引申出比“信息”更多的实质内容,也不能否定“信息”是知识产权的客体的正确性。

4.3 关于知识产权的客体是“知识产品”的讨论

将知识产权的客体解释为“知识产品”与将其解释为“形式”有类似的不足,甚至更糟。首先,说知识产权的客体是“知识产品”等于没说。因为研究知识产权的客体就是要说明“知识”这种事物的本质属性究竟是什么。加上“产品”二字并没有增加对“知识”本身的了解,等于没说。

不仅如此,“知识”二字将知识产权的客体仅仅限定于知识,没有概括知识产权的所有客体;而增加的“产品”二字还限定了“知识”的范围,即:将其限定于作为“产品”而存在的知识,排除了非产品而存在的“知识”。这是不恰当的。

关于将知识产权的客体限定于知识。首先,很多知识产权的客体并非知识。例如遗传信息和地理标志就难以被称为“知识”,其他很多商业性的标识也难以被称为知识。它们被纳入知识产权客体只是因为它们是有用信息。例如惠普的商标“HP”是由其两个创办人的名字 Hewlett 和 Packard 的首字母组合而成的,但究竟是“HP”还是“PH”则是通过掷骰子而确定的。总不能说知识是通过掷骰子而产生的吧?又如曾经红极一时的商业标识“秦池古酒”^[13],是通过投入巨资在中央电视台黄金时段打广告而知名的。总不能将打广告而形成的知名品牌也称为智力创造成果或知识吧?如果牵强地把这些有用信息也解释为

[13] “秦池古酒”终因广告支出太多而入不敷出,最后退出了市场。

知识,则无异于把任何有用信息都说成是知识,从而抹杀了知识和有用信息的区别。这既不符合人们的语言习惯,也没有增加我们对知识产权客体的了解,而最终的解释还是不得不回到有用信息上来。其次,知识产权的客体并不包括所有知识。例如爱因斯坦的质能互换定律虽为知识,却因其是科学理论而未纳入知识产权的客体。可见,知识产权的客体并不能简单地用“知识”来界定。

关于将知识产权的客体限定于知识产品。首先,我们必须弄清什么是“产品”。笔者认为,“产品”乃是生产之出品或成品,是人劳动(包括脑力劳动)生产的成果。非劳动生产之成果不能被称为产品。其中劳动生产是以获取成果为目的的人的有意识的付出行为。例如可饮用的溪中之水非劳动成果,不能被称为产品;但若将其灌装成饮料,并运到消费市场,则被称为产品,因为灌装饮料是人的有意识的劳动生产的成果。那么知识是否都是人的劳动生产的成果呢?显然不是。例如人们看见火苗被雨水淋熄而获得了用水灭火的知识,但这种知识显然不是人的有意识的劳动生产的产品,而是在无意的观察中获得的。可见,“知识产品”说排斥了非生产但却有用的知识,不足以包含知识产权客体中应当包含的所有知识。或许有人将这种无意的观察也称为劳动生产,则任何知识都是劳动生产出来的。在这种理解下,将所有知识都称为产品也无不可。但既然所有知识都是产品,“知识”和“知识产品”又有何区别呢?

当然,如果用“知识产品”来强调知识产权客体的主要内容,则无疑是正确的。因为技术方案、文化作品等均是人的智力劳动所产出的成果。但将其用作定义则不合适,因为定义必须严谨、必须涵盖所有属于知识产权客体的情况,并排除所有不属于知识产权客体的情况。