

# 知识产权 片论

- 在这样一本碎片风格的著作中，作者也未能舍弃体系化情怀
- 对民法典的热问题作者给出了冷回答：什么样的民法典？
- 从《红楼梦》看到著作权，既“不伦不类”，也“蛮有意思”



中国方正出版社



李琛 著

华北水利水电学院图书馆



207109644

D836.05

L135

# 知识产权论

◎ 李琛 著



0A1584/02



中国方正出版社

710964

## 图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权片论/李琛著. —北京: 中国方正出版社, 2004.2

ISBN 7-80107-472-6

I. 知… II. 李… III. 学术研究—知识产权—问题思索 IV. D836.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 032173 号

## 知识产权片论

李琛 著

---

责任编辑: 王相国 向晓静

责任校对: 张 蓉

---

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66124758 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 63099854 出版部: (010) 66510958

网址: [www.fzpress.com](http://www.fzpress.com)

责编 E-mail: [xxj@fzpress.com](mailto:xxj@fzpress.com)

经 销: 新华书店

刷: 北京昌平长城印刷厂

---

开 本: 890 毫米×1240 毫米 1/32

印 张: 7.625

字 数: 181 千字

版 次: 2004 年 2 月第 1 版 2004 年 2 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

---

ISBN 7-80107-472-6

定价: 16.00 元

---

(本书如有印装质量问题, 请与本社发行部联系退换)

# 前 言

十年前，我开始师从刘春田教授研习知识产权法。十年中的片思断想，像一个孩童在河边玩耍时收集的石子。这些石子能用来做什么呢？我将它们整齐地摆放在一处，奉于读者之手。我曾以《论知识产权法的体系化》作为博士论文的选题，体系化是一个梦，我有的只是碎片，思想的碎片，故曰“片论”。

李 琛

2004年春于人民大学

# 目 录

## 概念篇

知识产权的诸种分支权利基于何种逻辑联系点集结为一个独立法域呢？这是对知识产权法存在的本体追问，如同人对于人生意义的终极追问。

- 003 · 法的第二性原理与知识产权概念
- 017 · 对智力成果权范式的一种历史分析

## 性质篇

在探索知识产权性质的途中，作者深切地感到法作为人造之物的本性。偏见、情感、偶然，尽在其中。

- 031 · 论著作人格权的性质
- 089 · 质疑知识产权之“人格财产一体性”

## 体系篇

法的体系化不是为了给法学争得科学之名,而是因为我们找不到比体系化更好的研究方法。在这样一本碎片风格的著作中,作者也未能舍弃体系化情怀。

- 113 · 知识产权研究格局对知识产权体系化的阻滞
- 120 · 画面与笔墨:法典化的变革功能与民法典的设计

## 判解篇

知识,即解释。好的判决,即特定条件下对立法做出的最能说服公众的一种解释。

- 137 · 对“蛇票案”判决的推理分析
- 150 · 著作权的停止使用请求权与权利滥用之禁止
- 159 · 对一起“首唱权”纠纷判决的质疑

- 167 · 商标权利瑕疵的矫正与经济分析——再谈  
《武松打虎》案
- 173 · 关于民事判决书撰写技术的若干浅见
- 182 · 简评“六作家诉世纪互联公司案”判决的  
解释技术
- 186 · 权利的限制与解释的限制——评《受戒》案中  
的司法解释技术

## 制 度 篇

法律制度是人造之物，因此应当不断地检  
视之、修正之、完善之。

- 197 · 市场统一中的人文失落——欧盟法与欧洲  
大陆著作权观念的冲突
- 211 · 论知识产权冲突的直接司法救济
- 223 · 评法国著作权法对作品标题的保护

---

### 闲 墨 篇

从《红楼梦》看到著作权,既“不伦不类”,也  
“蛮有意思”。

229 · 昔雅女论画大观园,今凡夫别裁著作权

232 · 斗米斤鸡与武松打虎

# 概念篇

如果我们试图摒弃概念，那么整个法律大厦就将会化为灰烬。

——博登海默《法理学——法哲学及其方法》

**【导读】**知识产权法学作为一门显学，面临着一种无法掩饰的尴尬：学界对“知识产权”这个基本概念远未达成共识。知识产权的诸种分支权利基于何种逻辑联系点集结为一个独立法域呢？这是对知识产权法存在的本体追问，如同人对于人生意义的终极追问。面对着层出不穷的实际问题，这种形而上的追问似乎为人忽略。但是，一个无法阐明自身独立存在依据的学科是多么悲哀！本篇分别从逻辑与历史的角度踏上求索之途。



# 法的第二性原理与知识产权概念

## 一、知识产权概念的现状：激烈的学说竞争

知识产权法学是一门体系化程度比较贫弱的学科，借用库恩的理论来评价，知识产权法学仍处于未成熟的阶段，即范式前状态。根据库恩的描述，范式前阶段的学科对于“何为本学科的研究对象”仍有分歧、同时存在许多相互竞争的流派、学科成员之间缺乏沟通。<sup>①</sup>这正是知识产权法学现状的写照，在这个貌似繁荣的新兴学科中，连“知识产权”这个最基本的概念，都存在严重的分歧。根据笔者有限的阅读经验，至少有如下几种互相竞争的知识产权概念：

1. 知识产权是人们对其智力创造成果所享有的权利。如世界知识产权组织出版的《知识产权阅读资料》认为：“知识产权广而言之，意味着智力活动在工业、科学、文学和艺术领域所产生的合法权利。”<sup>②</sup>

2. 知识产权是基于创造性智力成果和工商业标记依法产生的权利。这种表述考虑到“智力成果权”用以解释工商业标记权

---

① 斯坦因·U. 拉尔森著，任晓译：《社会科学理论与方法》，上海人民出版社 2002 年版，第 45 页。

② 郭寿康主编：《知识产权法》，中央党校出版社 2002 年版，第 5 页。

存在障碍，故刻意区分智力成果权与工商业标记权。<sup>①</sup>

3. 知识产权是基于信息产生的权利。如中山信弘和北川善太郎都把知识产权的对象称为“知识财产”。中山信弘认为“所谓知识财产，是指禁止不正当模仿所保护的信息”；<sup>②</sup> 北川善太郎则指出“信息与知识产权具有同质性。”<sup>③</sup>

4. 知识产权是直接支配智慧产品并享受其利益的权利。这个概念与概念1的区别在于：以“智慧产品”取代“智力成果”，智慧产品未必达到“成果”的创造性高度，以此解释商标权等非智力成果权。这个概念也不同于概念3，此处的智慧产品指负载了一定信息的信号集合，故知识产权的对象是信号，而非信息。<sup>④</sup>

5. 知识产权是基于无形财产享有的权利。美国学者米勒和戴维斯所著的《知识产权法概要》在导论部分指出，“也许有人要问，为什么一本书要包括（专利、商标、版权）三个性质不同的科目。它们的共同之处是，它们都具有一种无形的特点，而且都出自一种非常抽象的财产概念。”<sup>⑤</sup>

6. 知识产权是对形式进行支配的权利，知识产权赋予形式的设计人对形式的控制、利用和支配权来实现对其利益的保护。这种观点特别地向“知识产权是无形财产权”的观点提出了挑战。<sup>⑥</sup>

---

① 刘春田主编：《知识产权法》，中国人民大学出版社2000年版，第5页。

② 中山信弘著，张玉瑞译：《多媒体与著作权》，专利文献出版社1997年版，第1页。

③ 北川善太郎：《著作权市场的模式》，载《著作权》1999年第4期。

④ 张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社1997年版，第457—459页。

⑤ 米勒、戴维斯，周林等译：《知识产权法概要》，中国社会科学出版社1997年版。

⑥ 刘春田：《知识产权的对象》，载《中国知识产权评论》第1卷。

显然,这些概念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,包括智力成果权能否涵盖商业标记权的争议、信息权与信号权的冲突、无形财产权与形式财产权的冲突。因此,知识产权的体系基础极度暧昧,人们无从知晓将知识产权诸分支联结为整体的逻辑依据究竟何在。“分歧极大的派别之间的交流肯定是不完全的”,<sup>①</sup>结论取决于角度,当每种学说都坚持从自己的角度解释知识产权时,我们永远也无法评说各种理论的高下。但是,我们可以找到一个共识起点:法学论域之内的知识产权概念是一个法权概念,其最终目的是为了引导法律规范的设计。因此,我们在第一性上可以无拘无束地探讨知识产权的本质,但法学上的知识产权概念必须具有规范意义。逻辑圆满不是法学概念的唯一追求,法学概念须担负规范功能,“因此在法律概念的构成上‘必须’考虑拟借助该法律概念来达到的目的,或实现的价值。”<sup>②</sup>无论何等繁复的法律概念都可以通过一个至为单纯的标准检视:概念能否最完美地体现规范功能?本文欲传达一个基本观点:只有让概念设定的目的与意义来统辖我们的论争,才有可能得出结论。只有结合法的第二性,在逻辑评价中融入功能考量,才能评说知识产权概念诸学说的高下。

## 二、法的第二性原理与财产权概念

法以社会现实为调整对象,社会现实是第一性的,法是第二性的。法的第二性导出两个结论:1.法不能无视第一性的社会现实,法的调整技术不能从根本上与社会现实形成冲突。譬如,著作权法保护表达、不保护思想,不仅仅是因为在法律技术上思

---

① 斯坦因, U. 拉尔森, 任晓译:《社会科学理论与方法》, 上海人民出版社 2002 年版, 第 50 页。

② 黄茂荣:《法学方法论与现代民法》, 中国政法大学出版社 2001 年版, 第 46 页。

想无法被保护，也是因为作为审美对象的作品在第一性上的本质就是表达，人们欣赏的对象不是抽象的思想，而是“思想如何被展现”。换言之，思想——表达二分法有美学上的依据。2. 法是根据人的需要来建构的，法只选择它能够调整的事物、采用它能够实现的手段进行调整，而不是社会现实的简单描摹。因此，法如同一部作品，源于生活，又高于生活，正如法国学者 Francois Terré 论述法与美学的关系时指出的那样，“可以说，如果法是科学，法也是艺术。”<sup>①</sup>当人们对事物的第一性本质苦苦追问时，法律只从规范的目的出发对该事物进行界定。譬如，人们可以在美学上对“独创性”的含义争论不休，但在著作权法上，只要作品系作者独立完成、且能反映出作者的选择与安排，即满足法律上的独创性。著作权法之所以确立了“不问作品艺术价值原则”，乃因为作品的艺术价值已经超出了法的判断能力，亦违背了法的确定性与可操作性。著作权法的规范目的，仅在于鼓励作品的“独”，鼓励创作者尽力不与他人雷同。至于作品的优劣，只能交给“自然选择”，蹩脚的作品自然无人愿意使用，侵权的可能性也大大降低，但在法律面前，优秀作品与蹩脚作品无差别地受到保护。当然，著作权法的设计原理中也暗含了一个推定：只要每个作者都极力展现自己的个性，好作品诞生的可能性便大大增加。只有结合著作权法的规范目的，才能理解法律上的独创性的内涵。人们尽可以在美学上无休止地解释独创性，但所有无规范价值的解释都不会进入法学的论域。

概念，是对事物本质特征的抽象表述。但何谓“本质特征”，并不是一个无须限定前提的客观判断。“所谓‘概念’已将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

---

① Francois Terré: 《Introduction générale au droit》, . Dalloz, 1998 年版, 第 24 页。

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）……”<sup>①</sup>依据法的第二性原理，法律概念只选择那些具有规范意义的特征予以反映，而其他特征一概予以舍弃。譬如“人”的概念，柏拉图所言“两足无毛动物”、或是卡西尔所言“符号动物”，都是第一性上的解释，不能成为民法上的定义。民法规定“人”，是为了确定从事民事行为的主体资格。从此规范目的出发，完全民事行为能力人的特征与长相、地位、聪愚无关，法律只关心两个特征：1. 年龄；2. 精神是否健全。只要达到一定年龄、无精神障碍者，便可对自己的行为后果承担责任，这就是与法的规范功能相关的人的特征，因此，法律上的“人”的概念是围绕着规范目的而建构的。在发育较成熟的物权与债权理论中，我们可以看到完美的财产权概念所具有的规范功能。

依民法通说，物权系排他地直接支配物的权利，债权系请求特定人为特定行为的权利。这两个概念皆突出了两个特征：1. 权利对象（财产）的具体形态；2. 利用财产的行为方式。债权的对象形态为“特定行为”（给付）、行使方式是“请求”；物权的对象形态是“物”、行使方式为“直接支配”。为何突显这两大特征？法是行为规范，自然首先关注利用财产的行为方式，而利用财产的行为方式归根结底是由财产自身的形态决定的。对物可以直接“支配”，对他人的给付则只能“请求”。并且，对象形态与行使方式能够充分地决定规范的设计。例如“给付”依赖于特定人，因此债权具有相对性；债权的相对性又决定了债权无公示之必要，债权的非公示性决定了债权效力不得及于第三人。物的利用往往以占有为前提，不同主体在同一时空对物的利用必将

<sup>①</sup> 黄茂荣：《法学方法论与现代民法》，中国政法大学出版社2001年版，第39页。

导致冲突，因此物权具有排他性；物权的排他性又派生出物权法定与物权公示的必要性。因此，财产权概念中应当突显的特征是财产形态与权利行使的方式，其中财产形态是核心，因为财产形态决定权利行使的方式。譬如，对“给付”不可支配，我们不可能支配他人的行为。

综上，我们从法的第二性原理得出了财产权概念构造的基本思路：具有规范意义的概念必须突显财产的具体形态和权利行使的方式。

### 三、以法的第二性原理检视知识产权概念

根据法的第二性原理，我们可以“哪种概念最具规范功能”为据来评价现有的诸种知识产权定义，最具规范功能的知识产权概念必定最完美地揭示了财产形态与权利行使的方式。知识产权被公认为支配权，因此，各种知识产权概念对权利的行使方式——支配并无歧见。所以，检视知识产权概念的核心任务是：哪种概念最准确地描述了知识产权所支配的财产的形态。由于“无体财产权说”与“智力成果权说”是知识产权法学中最有影响的理论，因此本文重点评说这两大理论。

#### （一）诉诸感官的无体（无形）财产说

把知识产权的对象称为无体财产，在诸学说中历史最为悠久。早在18世纪中叶的英国，反对版权保护者就以作品的无体特征为据，质疑版权的合理性。当时的Yates法官明确指出：“任何没有物质实体（corporeal substance）者皆不得成为财产权的标的。”<sup>①</sup>把知识产权的对象概括为无体财产或无形财产（我国法学界在相同意义上使用这两个词，皆对应于英文的intangible

<sup>①</sup> Brad Sherman、Lionel Bently:《The making of modern intellectual property—the British experience, 1760—1911》，Cambridge University Press, 1999年版，第20页。

property, 有学者指出“无体财产”之表述更为准确),<sup>①</sup>很容易从思维特性上得到解释。概念形成的基本顺序是:从直观表象到前科学概念,最后到达科学概念。最初形成的概念总是与直观对象的具象最贴近的概括。无体或无形,就是一种朴素的感官描述,人们在司空见惯的物之外初次接触到作品之类的对象时,得出这样的结论是非常自然的。这个概念在法律发展史上的进步意义是不能否认的。“无体——有体”尽管是以感官为依据的区分,但无体财产正因其不可触摸性(intangible),在认识上需要一定的抽象能力。洛伊在1928年发表了《在原始社会的无形财产》一文,他反对在法制史中滥用“无形财产”的概念,“因为原始人缺乏那种程度的思维能力,因而这个概念是虚假的。”<sup>②</sup>在罗马法关于物的分类中,出现了无体物(res incorporales)的概念,一些学者认为,这反映了古代法学家的法律思维有进一步抽象化的趋势。Peter Drahos 则指出,不管这种推测是否有理,至少无体物的概念为后来的财产观念抽象化发展提供了可能性。<sup>③</sup>

但是,无体财产的概念从产生之日起就是一个与有体财产相对的泛概念。在罗马法上,无体物指所有权之外的财产权:“无体物是不能触摸到的物,如权利,比如遗产继承权、用益权及以任何形式设定的债权。……被称为役权的城市和乡村土地上的权利也属于无体物。”<sup>④</sup>在英国法上,无体动产是债务、商业证券、

① 刘春田:《知识产权的对象》,载《中国知识产权评论》第1卷。

② 霍贝尔:《原始人的法》,贵州人民出版社1992年版,第52页。

③ Peter Drahos:《A Philosophy of Intellectual Property》, Dartmouth Publishing Company Limited, 1996年版,第19页。

④ 桑德罗·斯奇巴尼,范怀俊译:《物与物权》,中国政法大学出版社1993年版,第2页。