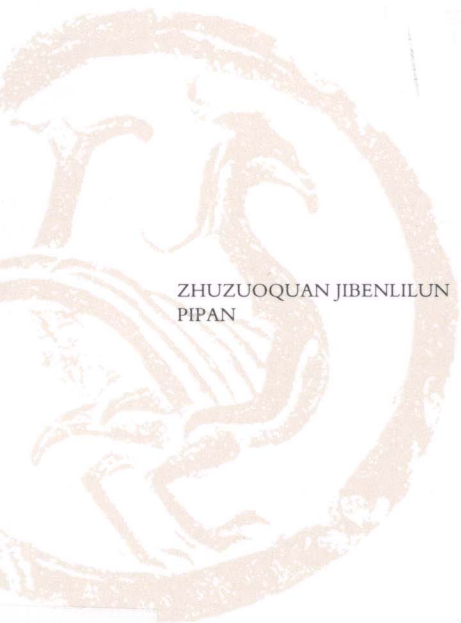




知识产权法



ZHUZUOQUAN JIBENLILUN
PIPAN

著作权基本理论批判



李
琛◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

013050087



知识产权法

D913
95



ZHUZUOQUAN JIBENLILUN
PIPAN



李琛◎著

著作权基本理论批判



北航

C1656764



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

D 913
95

内容提要

本书通过对著作权制度基础预设的还原与审视,对著作权若干基本理论进行了批判性思考,涵盖著作权的正当性、著作权制度的功能与历史范畴、著作权的对象、著作权的性质与内容、著作权的限制等论域。本书的研究目的不仅在于著作权理论批判本身,也意在提示人类文化经验的局限所决定的法律制度局限。

责任编辑:纪萍萍

图书在版编目(CIP)数据

著作权基本理论批判 / 李琛著. —北京:知识产权出版社, 2013. 5

ISBN 978-7-5130-2082-4

I. ①著… II. ①李… III. ①著作权—理论研究
IV. ①D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 113891 号

著作权基本理论批判

李 琛 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

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

责编电话: 010-82000860 转 8387

印 刷: 知识产权出版社电子制印中心

开 本: 880mm×1230mm 1/32

版 次: 2013 年 5 月第 1 版

字 数: 185 千字

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82000860 转 8240

经 销: 各大网络书店、新华书店
及相关销售网点

印 张: 7.375

印 次: 2013 年 5 月第 1 次印刷

定 价: 28.00 元

ISBN 978-7-5130-2082-4

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

目 录

Mu Lu

导言 千江有水千江月	1
第一章 著作权总论批判	4
一、著作权（知识产权）的正当性理论批判	4
二、著作权（知识产权）制度功能之重解	17
三、著作权（知识产权）的正当性与权利实现	41
四、著作权史研究批判	56
五、著作权与法的人文性	84
第二章 著作权对象理论批判	112
一、作品概念批判	112
二、邻接权对象之惑	136
三、著作权制度预设之外的对象：民间文学 艺术作品	145
第三章 著作权的性质与内容理论批判	164
一、著作权性质辨	164
二、修改权存废辨	187

第四章 著作权限制理论批判	195
一、“合理使用”的名与实	195
二、从名到实的借鉴	199
参考文献	213

导言 千江有水千江月

本书是笔者近八年来对著作权理论反思的结果。2005年，笔者出版了《论知识产权法的体系化》一书，^①在此之前，本人关注的重点是知识产权自身的体系化及其在民法体系中的依归。在尊重知识产权民事属性的前提下，要完善知识产权理论本身，就必须摆脱长期以来的“准物权”思路，而直面知识产权对象自身的独立性。用“无体财产”来描述知识产权的对象固然不错，但纯粹的物理差异还未能揭示知识产权的本质特性。在《论知识产权法的体系化》一书中，我同样没有超越从对象的形态来解释知识产权的角度，但由于借用了卡西尔的符号哲学，而卡西尔是从文化哲学的角度分析符号，不同于语言学的角度，由此我逐渐从关注知识产权对象的形态转而关注知识产权对象的文化属性。

作品与物的最大区别，在于作品的存在本身也是文化的建构。判断一个作品的有无，就是作品观。著作权制度分为作者权体系和版权体系，差异性远远大于物权法，因为著作权制度中人为建构的成分远远大于物权法。作品观，即创造观在文学艺术领域的体现，创造观是人对于自身、对于神、

① 李琛：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社2005年版。

对于自己行为产物的看法的总和，它是哲学性的，而非逻辑性的。创造概念曾经只具有神学意义，“人创造了作品”，“人是作者”，“作品反映作者人格”，都不是纯粹的事实，而是观念与诠释。如果说物的存在是事实判断，作品的判断则是价值所建构的事实判断。物权制度“由物及心”，著作权制度则“心物一元”。著作权理论应当对作为制度基础的种种价值建构保持一种自觉，对这些建构与现实的关系作经常性的反思。

本书正是基于这一角度的理论批判。虽然四章涉及著作权理论的不同方面，但基本上都是对制度中隐含的文化预设的揭示与思考，尤其是近代的个人主义作品观。著作权制度的基本架构形成于20世纪以前，对其起着决定性塑成作用的文化力量即近代作品观。任何观念都必然是历史的，“著作权制度属于近代范畴”这一事实，对于理解著作权制度的功能、面貌与局限至关重要。法学理论的基本自觉之一，就是历史性地看待人类如何从自己文化经验出发设计出制度，并承认由文化经验的局限所决定的制度局限。这种反思未必总要颠覆制度，法律概念总是有一定的弹性可供解释，但如何才能作出最好的解释，一定与解释者的价值观相联，这是理论反思的直接现实意义，至少它可以缓解人们作茧自缚地被自己建构的观念所困的境况。美国计算机科学家艾伦·凯说过：“个人拥有的图书是文艺复兴时期个人意识的主要塑造者之一，而广泛使用的联网计算机将来会成为人类的主要塑造者。”^①在新的技术时代，很可能会孕育出新的作品观。

① 转引自[美]凯文·凯利：《失控》，东西文库译，新星出版社2010年版，第41页。

本书的另一个重要立场是：必须在社会合意中理解权利与制度，任何单一的“人与对象”的关系都不能用于解释权利。无论是对自然权利路向的知识产权正当性学说的批判、对知识产权保护与公平促进之关系的分析，还是对民间文学艺术作品“知识产权”和著作人格权的批判，都是从这一立场出发的。

人总是依据自身对世界的理解来设计制度的，正所谓“千江有水千江月”。静心思辨，还一缕澄澈。

第一章

著作权总论批判

一、著作权（知识产权）的正当性理论批判

著作权的正当性解释，是知识产权正当性理论在著作权领域的运用，所以本部分的论述也可视为对知识产权正当性一般理论的批判。知识产权正当性的主流学说可以分为两个基本路向：自然权利论与工具主义论，前者又主要分为劳动财产权说与人格说。劳动财产权说与工具论都建立在“知识产权来自创造（或曰创造性劳动，该学说并不区分劳动与创造）”的前提之上，前者是从“创造者应当支配其劳动成果”的道德应然性推出，后者是从“社会需要创造成果，应对创造者给予激励”的角度推出。正如贾斯汀·休斯所言：“在该（劳动财产权说）命题中，‘应当’是一种道德或者伦理律令，并非基于任何对创设财产权效果的考虑。相比之下，工具主义理由则与这些效果直接相关。它认为，劳动的不快应该用财产来回报，因为必须激励人们去劳动。”^①所以，对

① Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, Georgetown Law Journal, December 1988.

不涉及创造的商业标记权而言，劳动财产说与工具论的适用有一定的障碍。人格说是以“知识产权对象反映人格”为前提的，但至少在规范层面上，著作权是唯一包含人格权的知识产权类型，知识产权对象中被公认为与人格密切相联的，当属作品。能够最完整地验证知识产权正当性理论的领域，唯有著作权。所以，本部分将论域限定为“著作权的正当性”，不仅出于本书论题的统一性，也是使理论批判集中于正当性学说的内核本身，而不受“正当性学说与权利对象不匹配”的困扰。换言之，我们在最大限度地容纳知识产权正当性理论的领域——著作权领域讨论正当性问题，确保批判之前的最大宽容。

1. 自然权利论的困境

在自然权利路向的著作权正当性学说中，劳动财产权说是最有影响的理论之一。劳动财产权说的源头是洛克的财产权理论，洛克假定，在人类的原初状态，一切资源为人类共有，“但是每个人对自己的人身享有一种所有权，除他之外任何人都没有这种权利。……所以只要他使任何东西脱离自然所提供的和那个东西所处的状态，他就已经掺进他的劳动，在这上面参加他自己所有的某些东西，因而使它成为他的财产”。^①西方社会在初建著作权制度时，这一理论成为著作权正当性的重要依据。关于财产权正当性的法哲学中，最

① [英] 洛克：《政府论》（下），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1996年版，第19页。

有影响力的当属格劳秀斯的先占理论和洛克的劳动理论。由于著作权很难通过先占理论来证立，因此洛克的理论就格外受到青睐。当18世纪的英国为著作权的正当性展开辩论时，著作权的支持者正是作了这样的选择。“由此所发生的结果事实上就是，那些支持永久性普通法文学财产权的人不再依赖于先占作为取得财产的基础或者原始模式，而是将注意力集中于以劳动作为财产权的来源。”^①在美国亦然，“早期的立法者把他们的版权法建立在洛克的自然权利理论上。……没有东西比一个人的脑力劳动生产出来的东西更属于自己”^②。劳动财产权说的影响还不限于法哲学层面，也渗透于具体的制度设计之中，尤其是版权体系。例如，英国法在判断独创性时，通常把劳动（labor）、技巧（skill）、判断（judgment）作为考量因素。^③也就是说，劳动有时成为创造性的要素之一。而在邻接权理论中，人们在解释不属于作品（不具有独创性）的对象之上因何可以设定知识产权时，也借助劳动理论。例如在解释表演者权的正当性时，有学者认为：“应当考虑这样一个事实，即演奏或表演首先是艺术家的劳动产品，他们有权要求获得这些产品的全部经济价值。”^④德国学

① [澳] 布拉德·谢尔曼、[英] 莱昂内尔·本特利：《现代知识产权法的演进——1760—1911 英国的历程》，金海军译，北京大学出版社2006年版，第27页。

② [美] 罗纳德·V. 贝蒂格：《版权文化——知识产权的政治经济学》，沈国麟、韩绍伟译，清华大学出版社2009年版，第24页。

③ Cornish, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 3rd Edition, Sweet & Maxwell 1996, p. 334.

④ [西] 德利娅·利普希克：《著作权和邻接权》，联合国教科文组织、中国对外翻译出版公司2000年版，第287页。

者认为,邻接权“以某些人的劳动付出为前提,要求从事这些行业的人们具备科学技术、艺术或者组织方面的能力,但是他们对作品的表现活动却不产生任何具有独创性的智力成果”^①。

在著作权之外的法哲学领域,劳动财产权说已经受到诸多批评。拉德布鲁赫指出,劳动财产权说只能用于解释使用个人生产资料的劳动。首先,在资本与劳动分离的企业中,劳动的成果并不属于劳动者。其次,劳动理论只能回答“谁是所有者?”但没有回答“应该是私有财产吗?”^②这两点反驳都非常有力,尤其是后者。在确定了要将某个对象作为私有财产的前提下,把“劳动”作为归属的依据,是比较合理的,但“劳动”不能论证“为何要在某对象之上设权”。财产权是社会关系的反映,劳动者与劳动成果之间的关系是“人与物”的关系,而不是“人与人”的关系。只有当劳动者之外的其他人认可在劳动成果上设权时,财产关系才能成立。事实上,洛克在论证所有权之前,已经使用了“所有权”概念,即人对其人身享有所有权,这是违反逻辑规则的,因为他将结论先置在前提之中。正如休谟所言:“财产是被社会的法则——即正义的法则确认为可持续占有之物。因此,那些在说明正义的来源之前就使用‘财产’、‘权利’或‘义务’等名词的人,甚或在说明正义来源的过程中就使

① [德] M. 雷炳德:《著作权法》,张恩民译,法律出版社2005年版,第55页。

② [德] G. 拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第138页。

用这些名词的人，都犯了巨大的错误，并且永远无法获得坚实的推理基础。一个人的财产是某种与其有关系的对象。这种关系不是自然的，而是道德的，建立于正义之上。”^①洛克从劳动者与劳动对象之间的关系就简单地推出权利，依然是一种“自然的”思路，而非“道德的”。经济学家斯密德也批判了洛克的观点：“有关产权基础的一个流行观点是约翰·洛克的解释，他把财产看成是一种自然和技术的产物。……毫无疑问，有关财产合法性的思想在一定程度上与对人类努力的认可有关，但是，如同我们已经看到的那样，作为一种被赋予了某种权利的劳动，总是一种社会的选择。反之，就不可能区别清楚鲁塞尔‘拖曳行进’油画中印第安人从牛仔的牛群中掳杀一头牛的劳动。如果这也是劳动，那么行窃或战争也是一种劳动，由此，在森林中采集坚果的劳动与随后把坚果偷走的行窃劳动就不能区分开来。”^②

这些法哲学领域的批判可以在著作权领域中得到更清晰的验证。在资本介入创作的情形下，著作权并不一定属于作者，作者和著作权人可能是分离的，作为“劳动者”的作者并不能取得财产权。诚然，在著作权分配制度中，创作事实是一个重要的分配依据，著作权属于作者是一项分配的基本原则，劳动说对权属制度有一定的解释力。但是，劳动说不

① [英] 大卫·休谟：《人性论》（英文版），中国人民大学出版社2012年版，第541页。

② [美] A. 爱伦·斯密德：《财产、权力和公共选择——对法和经济学的进一步思考》，黄祖辉等译，上海三联书店、上海人民出版社1999年版，第36页。

能论证“为何在作品上设权?”恰恰相反,因为法律对作品设定了独创性的要件,意味着并非所有的劳动都能产生权利,只有当劳动的结果满足某种标准时(这一标准显然是出于社会的需求),劳动者才能取得权利。诺齐克诘问:如果将一罐番茄汁倒进大海,能否拥有整个大海?^①此诘问揭示了洛克理论在解释权利对象方面的无力。正因为著作权根基于符合一定标准的对象,这种标准要求一定的创造性(即异质性),而劳动概念并不强调这种异质性,有学者提出“劳动与创造的区别”^②,从而在根本上质疑了劳动说对于知识产权制度的解释力。

知识产权正当性的人格说通常追溯到黑格尔。不过值得注意的是,黑格尔在《法哲学原理》中论证财产权的必要性时所使用的“人格”概念,是哲学意义而非法学意义的,并不是形而下的作为人格权范畴的人格,而是指人的主体性。黑格尔认为:“所有权所以合乎理性不在于满足需要,而在于扬弃人格的纯粹主观性。”^③作为主体性的人格,只有在与客体的关系中才能转化为现实。黑格尔只是论证了所有权(可以拓展到全部财产权)是合乎理性的,并未讨论在什么样的对象上可以设权。在哲学意义上,黑格尔只是抽象地提

① 卡尔·M. 罗斯等:“财产权的起源与占有”,李慧译,载《私法》第9辑第2卷,华中科技大学出版社2011年版,第243页。

② [美]安守廉:《窃书为雅罪——中华文化中的知识产权法》,李琛译,中译本序(刘春田撰),法律出版社2010年版。

③ [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1995年版,第50页。

出“人有权把他的意志体现在任何物中，因而使该物成为我的东西；人具有这种权利作为他的实体性的目的，因为物在其自身中不具有这种目的，而是从我意志中获得它的规定和灵魂的。这就是人对一切物据为己有的绝对权利。”^①和洛克理论一样，黑格尔只论述了人—物关系，因为他着眼于论证人在对物关系中如何体现了人的自由性与物的非人格性。如果不论证人—人关系，就不可能回答某些对象如何被社会选择为财产权的对象。尤值一提的是，黑格尔笔下哲学意义上的“人格”，被一些学者改造为形而下的“人格”用于论证知识产权，即作为创造成果的知识产权对象，反映创造者的某些人格特质。德拉霍斯敏锐地发现，黑格尔所言的“财产是人格的体现”（embodiment），导致有的观点伪造了黑格尔理论与艺术品之间的联系。^②黑格尔所言的“体现”是指人格扬弃了纯粹主观性之后的具化，在《法哲学原理》的中译文里曾被译为“定在”。确切地说，这里的“人格”是指主体的自由，《法哲学原理》的表述是“财产是自由最初的定在（embodiment）”^③。黑格尔在讨论知识产权时，并没有强调它们与人格的关系，反而是从知识的类物性来论证的：“学问、科学知识、才能等固然是自由精神所特有的，是精神的内在

① [德] 黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆 1995 年版，第 52 页。

② Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth Publishing House 1996, p. 79.

③ [德] 黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆 1995 年版，第 54 页。

的东西，而不是外在的东西，但是精神同样可以通过表达而给它们以外部的定在，而且把它们转让，这样就可把它们归在物的范畴之内了。”^①

把黑格尔法哲学偷换成“财产反映具体人格”，是为了便于证立知识产权，因为智力创造成果通常被认为反映了创造者的人格特质（思想、情感、智慧等）。但这种解释的困境在于：某对象是否反映了人格，只能是一种解读，这种解读很难达成社会共识而作为权利的正当性基础。拉德布鲁赫曾经这样批评歌德的所有权人格理论：所有权人格理论以性情状况为前提，而这种性情状况只在一个很小的范围内有效，比如衣服和住宅、书籍和收藏、工具和作品等。那种理论只适用于手工业者和农民的经济活动领域，而不适用于工厂、银行和大庄园的经济领域。^②哪些对象体现主体的性情，这本身是个解释问题。在知识产权对象中，被立法承认具有人格性的唯有作者权体系的作品而已，可见社会共识之弱。况且如拉德布鲁赫所言，即使在著作权领域也有很多创作不是手工业模式的，例如职务创作、电影创作、受托创作，作品都不完全体现作者本人的思想与情感。

无论是劳动说还是人格说，自然权利论的缺陷是相同的：只从对象与主体的关系上论证权利，而忽略了财产权是一种社会关系。某对象源自甲的劳动，抑或体现甲的人格，

① [德] 黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆 1995 年版，第 52 页。

② [德] G. 拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社 2005 年版，第 141 页。

最多能够论证如果要把该对象设定为私权对象，甲比其他人更有理由成为权利人，而不能论证设权本身的正当性。“财产不单纯是物质的派生物，它也是某一团体选择的反映。这种选择是关于某种努力在人们头脑中形成一种可以被认可的权利的选择。……人们总是从众多可能的努力行为中，选择某些劳动结果，赋予其财产的地位。”^①知识产权的正当性之所以在当今依然成为一个讨论话题，恰恰是因为“缘何在此劳动（此处不讨论劳动与创造的关系）结果（知识）上设权”比物权的证立更困难。物权的历史源远流长，对物使用的天然排他是物权排他性的自然模型，所有权可谓是对占有这一事实状态的法律确认。而知识产权的产生是近代之后的现象，知识产权的对象在事实上可以共享，用哈耶克的话说，知识产权是一种“强制性稀缺”。^②所以，自然权利思路的知识产权正当性理论没能回答权利证立中最核心的问题。

2. 工具论——鼓励创造说的困境

工具论着眼于知识产权制度带来的效果，即知识产权作为工具可以满足某种社会需求，因此在思路更符合法学的特点，至少在逻辑形式上，它回答了某种对象被设定为财产的原因。主流工具论是“鼓励创造说”，认为知识产权的产生是因为人们希望通过法律促进创造活动。如果没有知识产

① [美] A. 爱伦·斯密德：《财产、权力和公共选择——对法和经济学的进一步思考》，黄祖辉等译，上海三联书店、上海人民出版社1999年版，第36页。

② [英] F. A. 哈耶克：《致命的自负》，冯克利、胡晋华等译，中国社会科学出版社2000年版，第37页。