

知识产权法的 辩证法思考

肖 光 肖霏桦 刘伟元 著

广东省出版集团 花城出版社

知识产权法的 辩证法思考

广东省出版集团 花城出版社

中国·广州

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权法的辩证法思考 / 肖光, 肖需桦, 刘伟元著.
广州: 花城出版社, 2009.5
ISBN 978-7-5360-5679-4

I. 知… II. ①肖…②肖…③刘… III. 知识产权法—研究 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 072072 号

责任编辑: 温文认
技术编辑: 易 平
平面设计: 苏家杰

出版发行 花城出版社
(广州市环市东路水荫路 11 号)
经 销 全国新华书店
印 刷 广东广彩印务有限公司
(广东省佛山市南海区盐步河东中心路)
开 本 787×1092 (毫米) 16 开
印 张 14 1 插页
字 数 280,000 字
版 次 2009 年 5 月第 1 版 2009 年 5 月第 1 次印刷
印 数 1-3,000 册
定 价 29.00 元

如发现印装质量问题, 请直接与印刷厂联系调换。

购书热线: 020-37604658 37602819

欢迎登陆花城出版社网站: <http://www.fcph.com.cn>

谨以此书，献给

北京大学法学院院长、博士生导师朱苏力恩师！

北京大学法学院博士生导师朱启超恩师！

中国人民解放军国防大学干部部原部长自成福大校！

中共江西省委党校巡视员、副校长陈泽水恩师！

我们所有深深敬爱的授业恩师们！

我们所有虔诚热爱的同窗好友们！

我们所有的父老乡亲 and 戚友长辈们！

序

朱槿红

2008年7月5日温家宝总理在苏州考察高新技术企业时指出，企业竞争力的核心在知识产权，企业有了知识产权就有了核心竞争力。我们要充分重视知识产权战略与建设，积极推动国民经济又好又快发展。

2008年7月8日，国家知识产权局在宁夏回族自治区首府银川市召开全国知识产权局局长会议，会议就进一步学习贯彻《国家知识产权战略纲要》进行了讨论，国家知识产权局田力普局长、张勤副局长出席了会议。田力普局长指出，大力实施知识产权战略，有效开发和利用智力资源，是关系国际前途和民族未来的伟业，对于我国提高自主创新能力，推进产业结构优化升级，克服资源环境限制，实现又好又快社会发展具有重大的战略意义。

当前，我国的国民经济发展遇到了比较多的严重自然灾害和新的不易克服的不利因素问题，在这样的经济环境和社会条件压力下，我们不难看到，知识产权日益成为我国经济发展的战略性资源和市场竞争力的核心要素，知识产权法的理论领域研究的水平高低，正成为企业自主创新发展和社会总体经济形势突破的瓶颈，从知识产权法理论的结构上来看，知识产权法的粗放式理论研究还比较缺乏，一系列知识产权法的辩证性理论推进政策无疑还有很大的空间。

在此情形下,《知识产权法的辩证法思考》在这方面率先作了有益的尝试。《知识产权法的辩证法思考》今由肖光、肖需桦、刘伟元创作出来,虽说是一家之言却已形成一定的体系,给人一种朴实厚重之感,实属难得,是知识产权理论界的一件喜事。《知识产权法的辩证法思考》这部论著,从哲学的角度着手,写得比较直观公正而不失独树一帜,写得比较明细客观而不失深奥,慢慢品味,令人读了时不时地能从书中领悟到作者观点的一些奇妙之所和拍案叫绝之处,令人读了时不时地能从文字中体会到它的一种痛快淋漓的情愫。

十多年来,我国的知识产权粗放式理论研究不断地在发展,建设扎实的社会主义市场经济知识产权法理论体系的工作不断地也在进步,看到这样健康的滋长趋势,《知识产权法的辩证法思考》论著的出世,随便哪个读者捧着,读着思之,都能感觉得到有股似醉似迷的欣喜在肚子里欢腾。这部充满活力和智慧的书稿,对我国知识产权学术理论界的重要意义,只要多看看书市上别人写的理论和作品之后,回过头来再来估量这部《知识产权法的辩证法思考》,它的“神来之价值”,便可以让读者清晰地从普遍性知识产权法律的哲学原理中合乎逻辑地领悟出来,清楚得多了。《知识产权法的辩证法思考》论著中直抒己见的层次和方法、成果和经验、精神和价值,对于我这样一位普通的理论工作者来说,我是体验到了,并且极是愿意十二分地去赞美它们的。

是为序!

2009年2月9日

目录

序 朱槿红

第一编 著作权法的辩证法思考

- 第一节 著作权法的研究对象 2
- 第二节 著作权法的产生是法律科学中的革命 11
- 第三节 著作权保护和著作权发展的规律 24
- 第四节 著作权的规律性和著作权人的法律活动。
邻接和强制性 33
- 第五节 著作权法的原则性 41
- 第六节 创作关系对创作力的依赖性 53
- 第七节 创作关系对创作力发展的作用 57
- 第八节 社会主义制度下创作力和创作关系之间的矛
盾的发展 63
- 第九节 改革开放政策下创作力和创作关系的相互联
系 71

第二编 专利权法的辩证法思考

- 第一节 实用新型和外观设计在专利权制度中的作用 83
- 第二节 法律环境和专利发展 87

- 第三节 经济的增长对专利发展的意义 94
- 第四节 专利的申请和审批制度。新颖性和创造性与实用性 106
- 第五节 专利方式在市场经济形式变化中的重要作用 114
- 第六节 专利权制度，专利权制度的形成及其在专利历史上的意义 119
- 第七节 我国的专利权制度同其他国家的专利权制度的差异。我国的专利权制度和我国的经济建设 127
- 第八节 社会主义市场经济条件下的专利权制度与专利权保护 134

第三编 商标法的辩证法思考

- 第一节 商标意识是商标存在的反映。商标体系的经济性 142
- 第二节 商标意识的各种形式 150
- 第三节 商标心理和商标思想体系。商标意识和商品意识 157
- 第四节 商标制度发展的相对独立性 162
- 第五节 商标的基础和商标制度的概念。商标的基础对商标制度的决定作用 168
- 第六节 商标的基础和商标制度的发展 174
- 第七节 商标制度的积极作用 180

第四编 其他知识产权法的辩证法思考

- 第一节 从反不正当竞争到正当竞争的法律体系 186
- 第二节 集成电路载体上的布图设计和工艺技术 192
- 第三节 商业秘密是财产权形式中的积极力量 198
- 第四节 植物新品种权同社会主义市场经济的共处和
植物新品种受国家经济市场保护的必然性 205

后 记 213

第一编

著作权法的辩证法思考

知识产权是社会主义法律科学体系中不可分割的组成部分。要完整地掌握社会主义法律科学体系，不仅要研究社会主义宪法、社会主义行政法、社会主义民法和社会主义刑法，而且要研究社会主义知识产权法。知识产权是指依法享有智力成果的创造人或民事主体，对其在智力活动和经营生产中产生的精神财产所享有支配权利的总称。与其他法律学科一样，社会主义知识产权法也是有其自身的内在结构和逻辑联系的。要学习和研究这门学科，必须首先对知识产权具体的一些法律规定和知识产权的相关一些构造原理，有一个概略的了解。现在，我们先来探讨一下著作权法相关的一些哲学原理问题。著作权法相关的一些哲学原理是社会主义法制发展到一定阶段的最需求最普遍的具有科学发展规律的一门学说，是社会主义法学理论体系的一个有着自己独特的特征和本质的科学。

第一节 著作权法的研究对象

社会主义法制社会是社会主义社会文明发展到一定阶段的产物，是社会主义社会的法学理论体系形成的一个文明标志。著作权法的哲学原理的规律和范畴适用于社会主义法制社会。社会主义法制社会是法律理论体系发展的一个特殊阶段，它和自然社会的理论体系形成有本质的不同。著作权法的哲学原理的规律和范畴在这里以法律理论体系所独有的特殊形式表现出来。

我们在研究任何一个法律意识领域时，仅仅了解著作权法的一般原理是不够的。有责任的法学理论家应该根据对一般原理的了解，阐明这些原理在法律理论倡立、贯彻、实践过程这一不同阶段领域的特殊表现形式，而立法学者也应该根据这种了解阐明这些原理在立法过程这一初始阶段领域的特殊表现形式。要了解著作权法的发展过程，就应该知道著作权法的哲学原理在社会应用领域的特殊表现形式，并根据这些原理发现和归纳著作权法在社会所特有的发展规律和发展动力。

人类社会五千年的文明史，著作权法的产生过程是经历了漫漫不同的历史阶段发展才拥有的。著作权法是人类社会高度文明生活中的法制现象的增强性因素，复杂程度、涉及范围十分广泛。在生产水平极其低下的原始社会，能够调整人们之间的相互关系的，大多是以维护氏族公社的整体生存利益的传统习俗为主的。当人类阶级社会出现后，才形成了对立的阶段利益。为了维护执政阶级的利益，为了调整社会各阶层之间的社会秩序，统治阶级除了凭借他们手中掌握的政治、军队、监狱等优势手段来加强他们的统治外，统治阶级还利用法律来调整人们的相互关系，但这类法律也只是朴素的具有一般民法性质概念和刑法性质概念的强制行为规范而已，并还没有发达到产生过著作权法这类深藏一定经济关系的行为规范产物，更不可能发达到产生过诸如著作权法的哲学理论这类为著作权法研究提供一般科学的方

法论的学说。

在著作权法的哲学理论观形成时,社会的经济、文化、政治、思想、宗教等社会文明现象,已是发展到相当历史高度的自然属性和人们理念赋予的相当历史表现的一种程度。在形成著作权法的哲学理论观时,思路敏捷的法学家必须解决一个著作的标的权属的问题,这是著作权法的一个根本现象问题,即什么情形下对于科学揭示著作权法哲学原理研究领域的矛盾特殊性所具有的优先性:是反映和体现复杂社会现象中的创作人或民事主体的创作作品性质的本身内涵重要?还是著作中所揭示的利益关系的特有矛盾及其发展演变所形成的标的权属的外延重要?是先有反映和体现复杂社会现象中的创作人或民事主体的产生的著作性质的本身内涵问题,后有著作中所揭示的利益关系的特殊矛盾及其发展演变所形成的标的权属的外延问题;还是先有后者后有前者?这是一个不仅仅在理论上极其重要的能把著作权法研究的特殊领域的社会实践现象归结为哲学一般原理的例证,而且在作为社会实践现象的表现(诸如著作权法的哲学风貌、著作权法的哲学觉悟,著作权法的哲学品质等现象的表现)本身,同著作权法思想、著作权法制度等社会意识现象的表现都是有着千丝万缕的联系,渗透到社会主义社会人们的各种法律社会生活的活动中。而在建立关于著作权法的社会主义的法律的制度时,则人们必须首先要解决这样一个由著作性质的本身内涵而产生的精神的利益和物质的利益的问题,而后才能成为解决著作权法利益思想体系问题的一个基本哲学理论,并一直贯穿于著作权利益思想体系的发展始终及其保护民事主体权利的过程始终。即什么情形下是表现为著作权法中规定的涉及著作性质本身内涵利益的优先的问题,什么情形下是表现为著作权法中规定的揭示著作中的利益关系的特殊矛盾及其发展演变所形成的标的权属外延优先的问题;是著作利益享有存在重要,还是著作利益标的权属意识重要?著作权法在社会法律科学发展史上不同于社会其他学科如自然、物理、化学等,其所表现的最重要的学科特征之一首先在于:在著作权的发展史上起决定作用的是具有著作权意识、著作权意志和著作权目的的人,是具有著作权标的权属意识、著作权标的权属意志和

著作权标的权属目的的人，而在社会其他学科领域中起决定作用的则是试验性的具有盲目性质成分的、证实性的具有有意识思想的一种混杂力量。换句话说，社会领域其他学科的研究活动也是人们试验性的具有盲目性质成分的、证实性的具有有意识思想的一种混杂力量的活动的产物。因此，要研究著作权法的强制规定以调整人们的社会活动需求，仅以著作权法的哲学原理所研究的“法律内容规定”这个一般的范畴是不够的，还必须研究“社会法律内容需求”这个一般范畴，并解决社会著作权法意识与社会著作权法存在这样一个有着密切的相互作用的统一性关系的问题

著作权法制度是一个具有国家强制力的特殊的实践性质领域的意识形态体系，是一个比较晚时间发展起来的充满人道色彩的实践性领域的意识形态体系。正如社会其他学科及其其他学科多种多样的社会学术研究现象和社会学术研究过程一样，它们是由许多复杂的学术理论概论积累而成的，并由人们不断地研究发展和持续地进行学术充实总结而逐渐完善其体系的。著作权法制度和各种著作权法哲学现象的研究，也是由许多复杂的法学技术理论概括不断地积累充实而形成的，并要由人们运用各种学术科学现象继续加以知识研究和论证的。如果说法学是研究各种制度形式下的国家和社会与法产生和发展及演变的规律的科学总称，那么著作权法就是研究各种制度形式下的国家和社会与著作权法制度产生和发展及演变的规律的一门专门性的科学称谓。著作权法的哲学原理则是研究著作权在国家和社会制度下的某一种或某一方面的社会的关系、过程和现象的发展中的最一般的历史发展规律的科学。

那么，什么是著作权法的哲学呢？简单地说，著作权法的哲学就是关于著作权思想的法律观的一门学问，是关于著作权思想的一种理论化、系统化的法律观。所谓法律观，是指人们对于整个法学体系包括宪法、刑法、行政法、民法和知识产权法等学科的根本看法。人们在生产和社会实践中，用脑力劳动从事各项社会实践，创造出世界上的包括自然科学、社会科学和艺术成果的各种事物，这些事物由于创造者是通过智力因素或智力材料借助一定的方式表现出来的，且被人

们所认识和接受，并在经济上、在社会上、在文化上不同程度的产生了效益，其中有的创作者得到了精神上或经济上的回报，有的创作者没有得到精神上或经济上的回报，他们就欲借助政府强制力来对利益加以保护，慢慢地积累了不少希冀用一种潜在强制力来保护这种回报预期的思想，这样就逐渐地形成了一种对世界上那些著作权利事物的一些带有哲理性的看法，随着这种对带有哲理性的著作权利实践的深入，和这种对带有哲理性的著作权利认识的进一步扩大和进一步提高，人们对于著作权的本质、著作权利各种因素之间的联系以及创作人同周围社会的关系等，形成的一个总的根本的看法，这便形成了著作权思想的那种法律观。这种著作权思想的法律观也是世界观的一种，是指人们对于整个著作权利的根本看法。

著作权法在这许多的法律科学中间到底占有什么地位？仁者见仁，智者见智。著作权法不同于别的法律学科，它不是研究社会关系或社会现象的普遍具有法律效力的那种表现，不是研究创作人进行民事诉讼时通常所应遵循的适用程序的那种方式，而是研究社会现实中的各种文学、艺术和科学领域具有独创性的各种有形形式方面、各种有形形式关系、各种有形形式过程的总和。其内部联系和相互作用中所保护的创作人的专有权利、文学与艺术和自然与社会及工程科学成果的发展、全部社会活动的权利等，与其他专门社会学科（如环境保护学科）比较是有不同的，著作权法研究的不是经济环境过程、政治环境过程或思想环境过程发展中的局部的或特殊的规律，而是研究智力成果创作人或智力成果民事主体在文学、艺术和科学领域内，将具有独创性的某种有形形式复制，以带有自己的某种思想或情感成果传达给社会或社会不特定的某类群体，并获得社会或社会不特定的某类群体的认可，是具最一般的社会发展规律的专门性科学特点。

中国社会法学家的很多数认为，著作权法是智力成果的创作人或民事主体基于智力作品而发生的民事权利的一种强制性保护的制度。中国著作权法立法界则有人认为，著作权法只是法律给予著作权的主体成分和客体成分两者之间的一种法律权利，这种权利被引入到社会公共领域后加以被保护的总称。中国的《著作权法》自1991年9月

7 日由第七届全国人民代表大会常务委员会通过，自 1991 年 6 月 1 日起施行，后又于 2001 年 10 月 27 日修正，是一部专门规范和保护著作权有关的权益的一部法律。

中国高等法律院校有些著作权法学理论工作者认为，著作权是以人们之间的文学、艺术和自然科学、社会科学、工程技术的智力成果的生产为联系的，即著作权是以科学领域中的智力成果权利关系和特殊的社会意识形态体的综合为基础的。著作权法是由人们的客观社会活动利益需要通过国家立法机关制定和颁布的，同时参与制定和颁布著作权法的法学家和政治家本身既是社会利益关系的产物，又是社会作品法律关系表现的产物；立法工作者只有是在与社会群众发生交往时，才能从社会群众中分离出来，才成为著作权法的立法工作者。

普遍社会群众与著作权法立法工作者的本质区别：在于他们是否参与著作权法律的创建活动，在于他们对著作权法律理论和渊源的洞察或研究。他们将法律倡立者的思想和著作权法的著作权理论相结合在一起的联系特点：在于这种联系首先是一种著作的权益立法关系。在立法过程中形成的关系（包括立法者的著作权法律思想关系和不特定群众客体的法律权益政治联系），是著作权法律思想构建的基础。

马克思说过：“生产关系总合起来，就构成为所谓社会关系，构成为所谓社会，并且是构成一个处于一定历史发展阶段上的社会，具有其独特的特征的社会。”（马克思恩格斯：《马克思恩格斯全集》第 25 卷，第 993 页，人民出版社 1975 年版）著作权法从哲学的角度而言，也是一种生产关系，是一种法律规范形式的生产关系，是一种创作者基于作品依法所享有的以人身利益为内容的权利的著作人身生产关系，是一种著作权人依法通过各种方式表现其作品的权利的著作财产生产关系，是一个具有一定的思想或情感、被赋予某种固定物质形式的、处于特定历史发展阶段的社会生产关系。这种著作财产生产关系和著作人身生产关系的先决存在条件，是内容和形式在特定历史发展阶段中存在的社会产物。譬如古代奴隶社会还没有发展到特定历史发展的阶段，譬如原始氏族公社社会也没有发展到特定历史发展的阶段，所以，那个社会时代所具有的生产关系，是不可能存在著作人身生产关

系和著作财产生产关系的条件的，因此，也就不具有著作权法存在的社会形态基础的。

我国社会的一些法学理论学者在研究我国社会主义著作权法问题时，对著作权的社会生产关系的理解，很多考量因素都愿意把它们放在社会经济形态发展的方面，而忽略了一个社会基本事实，即在我国社会主义社会中国的非经济社会形态的本质和基础以及国家的日常生活和法律关系对抗现象的社会表现。譬如原始氏族公社社会、古代奴隶社会、封建社会经济形态发展的方面的狭隘落后，固然是作为考量著作权法生产成为构造阻碍的因素，但它们的构造著作权法体系标鉴的根本缺陷，就在于特定历史阶段的法学发展本质是不能发现社会这一物质的法律形态和决定性的著作权思想基础的。历朝历代的古代执政阶级没有能够了解社会发展的非经济形态的本质和基础，没有能够了解国家的日常生活和法律关系对抗现象的社会表现，所以也就无法认识社会发展的法律形态规律和法律关系对抗现象的根本驱动力，以及决定社会政治体系中精神现象的载体基础。

也有一些著作权法学者认为，社会主义的著作权益、社会主义的著作权形态是不断地在发展着的活的机体，其中包括相互间具有内部联系的经济著作权关系、政治著作权关系和精神著作权关系。持这种意境的著作权法学者发现和提出了关于著作权资料的物质方式是著作权法权利的基础的这一观点。早在1710年4月英国议会通过了《安娜女王法案》时，这部人类历史上第一部保护作者的著作权利的法律，第一次揭开了著作权法的立法宗旨，在著作权法的发展历史上，《安娜女王法案》第一次揭示出了著作者创作文化作品这一复杂认识的、充满以著作人为本位、以著作品为可转让财产的、具有严格里程碑意义规律的过程制度。

正如著作权法既涵有法律哲学观又涵有别的科学的方法论观和认识论观一样，著作权法既是国家以法治国的历程发展的科学结果，同时又是其他法律学科的研究方法论，是一种将著作权法中的著作权利主体和著作权利性质这两个本质问题，具体转变成社会生活的基础和社会发展的方法。我们在肯定社会主义著作权法是科学的理论学说的

同时，也强调把著作权法作为一种研究明确的著作人格权现象和著作财产权事实及著作期限过程的方法，以及作为一种研究社会主义社会不特定的著作民事主体在进行着的智力成果活动的方法，都具有重要的意义。不管是立法学家，还是政治家，或者是法学理论学者，如果他们尚还不掌握著作权法发展形态的方法，便也不能深度地去研究多种多样的复杂的著作权利争端现象和著作权利保护事件。著作权内容和著作权形式的相互作用构成了著作权利的矛盾运动，在运动中，只有著作权法能够给智力成果的所有创作者和例证法官提供（研究和理解各种著作权历史争端和保护过程及其变化现象和发展规律的）启迪。

在著作权法研究中，著作权理论和著作权方法的关系发展是怎样的呢？著作权理论和著作权方法是著作权法的两个彼此有着不可分割的联系方面。著作权法对于著作权科学的基本问题（著作权存在和著作权意识的关系问题）作了清晰的、也就是法律哲学理论意义上的解答，它提供了关于著作者权益和社会公众权利的协调一致的最一般的发展规律的知识，因此，它是一部内容广博的符合社会的发展的法律学科，是科学。同时，正因为著作权法提供了关于著作者权益保护属性的具一般发展规律的理论，所以，著作权法又是一部研究一切著作权利现象、著作权益事实、著作权例证事件、著作权利纷争的过程和现象的科学制度。

而笔者的观点，对著作权法的倡立者、实施者、维护者、研究者的首要的、根本的态度，不是思想上承让，而是理论上能够正确地运用著作权法的明确规定来分析著作权的事实。笔者在接触一起有关著作权法案例时，曾经理性地认识到这样一种现状：

即“通常而言，对于社会主义初级阶段的许多法学理论家来说，‘著作者权益’这个词语，不过是一个著作理论术语，倘若他们只用这个理论术语去套现其他各种著作例证事件，却不去花点思想去对其他各种著作例证事件的内涵和外延事物作进一步的研究，也就是说，他们一把‘著作者权益’这个理论术语用起来，就以为著作者的一切权利都落实了，这是不太合适的，不太确切的。我们的法律哲学观应