

IP 知识产权专题研究书系

LUN ZHUZUOQUAN DE ZHENGDANGXING

论著作权的正当性

陈杰 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

国家知识产权出版社

—IP— 知识产权专题研究书系

LUN ZHUZUOQUAN DE ZHENGQIANGXING

论著作权的正当性

陈杰 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

论著作权的正当性 / 陈杰著. —北京: 知识产权出版社,

2016. 5

(知识产权专题研究书系)

ISBN 978 - 7 - 5130 - 4154 - 6

I. ①论… II. ①陈… III. ①著作权—研究—中国

IV. ①D923. 414

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 078731 号

责任编辑: 邓莹
封面设计: SUN 工作室

责任校对: 韩秀天
责任出版: 刘译文

论著作权的正当性

Lun Zhuzuoquan de Zhengdangxing

陈杰 著

出版发行: 知识产权出版社 有限责任公司 网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区西外太平庄 55 号 邮 编: 100081

责编电话: 010 - 82000860 转 8346 责编邮箱: dengying@cnipr.com

发行电话: 010 - 82000860 转 8101/8102 发行传真: 010 - 82000893/82005070/82000270

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司 经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 720mm × 960mm 1/16 印 张: 15

版 次: 2016 年 5 月第一版 印 次: 2016 年 5 月第一次印刷

字 数: 220 千字 定 价: 46.00 元

ISBN 978 - 7 - 5130 - 4154 - 6

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

序：从玄学到科学

哲学包括“世界图景”“价值规范”和“思维方式”三重内涵，也就是我们通常所谓的世界观、价值观和方法论。^①的确，在理论体系化的道路上，“是什么”“为什么”“如何认识”的问题一直处于核心地带。对知识产权法的学习和研究亦是如此。现代社会知识产权法日益发达、研究日益丰富，可谓问题多如毛、解答多如沙，但我们仍可以对其进行大致的分类——形而下，解答具体问题，谓之“知识产权法科学”；形而上，研究“知识产权是什么”“为什么要保护知识产权”“如何认识知识产权”等非具体问题的，玄之又玄，谓之“知识产权法哲学”。如果我们把知识产权法科学简称为“知识产权法学”，知识产权法哲学就可以简称为“知识产权玄学”。知识产权法哲学一般包含以下三个内容。

其一，知识产权是什么？即知识产权世界观。这是人们对知识产权的根本观点，如知识产权的概念界定问题、知识产权的私权属性问题、知识产权的人权意义问题、知识产权的特征问题，等等。对知识产权世界观问题的解答往往既难以完全证实，也难以彻底证伪。以知识产权的概念界定为例，到底商业标识算不算是知识产权的一部分呢？支持者会坚持商业标识与创造成果的共性，如可复制传播、禁止“搭便车”等，同时列举巴黎公约、TRIPS 协议等诸多规定；反对者会坚持商业标识与创造成果的区别，诸如期限、价值来源等，同时会认为商业标识只不过恰好在工商业活动中出现而恰好进入巴黎公约，巴黎公约管理局和伯尔尼公约管理局又恰好合

① 孙正聿：《哲学导论》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 11 页。

并为世界知识产权组织——商业标识作为木马进入了智力成果权，然而这一切毫无体系可言，仅仅是历史的偶然。

其二，为什么要保护知识产权？即知识产权价值观，也就是知识产权的正当性问题。主流理论为劳动说、人格说、激励说和刘春田教授新近提出的“创造说”。^①近年来对知识产权正当性的研究可谓“过江之鲫”，观点也各有不同。与其说，一种观点能把另一种观点从根本上驳倒，不如说萝卜青菜，各有所爱。但知识产权的正当性问题的解答会最终反映到知识产权制度的构建上。例如采纳人格理论的《德国著作权法》认为，著作权首先是人格权，所以著作权只能由自然人作者原始取得，同时不得转让、不得放弃，只能许可；而采纳激励理论的版权体系中，法人作者可以原始取得著作权，转让放弃也无较多限制。

其三，如何认识知识产权？即知识产权方法论。这是人们研究知识产权问题的出发点，也是一种知识产权元理论，包括知识产权理论各要素之间的关系、前提假设、理论模型等。拙著《知识产权法学方法论》是知识产权法学领域中第一本方法论专著，对现有的各种研究方法进行反思，并提出知识概念分析法、知识功能分析法、知识要素分析法三大分析方法作为探究各种知识产权问题的基本视角，^②为知识产权领域中的方法论研究开了一个头。但尚属肤浅，自不待言，只是抛砖引玉而已。

知识产权法哲学的研究虽然不以直接解决某项具体问题为目标，却是建构知识产权法科学大厦的脚手架和奠基石，是知识产权理论演进的开路先锋，直接关系到知识产权法学理论的大厦能否建构起来，以及建构起来以后的稳固性如何。知识产权法哲学和知识产权法科学之间就是一种“道”和“技”的关系。王安石《登飞来峰》诗中云：“飞来山上千寻塔，闻说鸡鸣见日升。不畏浮云遮望眼，只缘身在最高层。”研究知识产权法哲学，掌握了“知识产权之道”，就能够身处理论体系的最高峰，自然就不

① 刘春田：“知识产权制度是创造者获取经济独立的权利宪章”，载《知识产权》2010年第6期，第18页。

② 王坤：《知识产权法学方法论》，华中科技大学出版社2016年版，第22页。

畏浮云遮眼，不为各种层出不穷的知识产权现象烦恼。反之，不能掌握知识产权之道，只知晓一些“技”，长期在山脚山腰处徘徊，跟着感觉走，看到一点新事物就感到困惑，总会有浮云蔽日、长安不见的惆怅。

世界观、价值观和方法论占据着知识产权法哲学问题的核心。当我们踏入知识产权法哲学的领域，会发现太多争议和不同，甚至对一个问题理解也各有差异，而要寻求一个具有共识性的答案则难上加难。即使如此，近年来仍有不少学人“前仆后继”地踏入这个领域。究其原因，主要是由于这些问题属于知识产权之道，是一些理论制高点，也是确立理论范式的前奏，只有关注和研究知识产权法哲学，才能够使得整个知识产权法学成为一种“学问”，脱离实践，超越经验，成为理论，形成体系。由此，知识产权法哲学研究对每个心怀“体系化情结”的学人都具有难以抗拒的“魔力”。

而在世界观、价值观和方法论三个内容中，学界研究最多、成果最多、结论最杂的部分当属价值观，即知识产权正当性的理论。为什么要保护知识产权的问题？经常是知识产权初学者和知识产权普法首先解答的疑惑。只要知识产权理论体系一天没有建构起来，只要整个知识产权法学还处于上下脱节、左右不通、内外失调的阶段，知识产权价值观研究就不会过时。

细细数来，目前，对知识产权价值观问题的解答能有数十种之多，一人一把号，各吹各的调，但并没有任何一种结论能够完成体系建构的历史使命。如何得出一个与众不同的结论？这是个很有难度的问题。不过好在不论是劳动理论、人格理论还是激励理论都有令人不满之处，这为陈杰博士的探索留下了空间。如果将所有知识产权价值观的理论区分为自然权利和功利主义两大类别，我们会发现陈杰博士采纳了折中说，对看起来完全不可能折中的两类观点“执两用中”。这是一个非常聪明的做法。瞎子摸象，得出的结论各具有片面的真理性。所谓“横看成岭侧成峰，远近高低各不同”，看的是同一座庐山，只是所处的位置不同，看到的结果或为岭，或为峰，如此而已。因此，“岭派”不能否定“峰派”，“峰派”也无需排

斥“岭派”。视角不同，得到的结果自然不同。^①倘若能够将看到的不同结果综合起来，即使身处庐山之中，窥到庐山真面也并非难事。

方法是理论的出处。陈杰博士在本书中列举的研究方法可谓五花八门，有历史—逻辑、陌生化—境遇、隐喻—模型、去概念、经济分析、知识进化论、美学—文论等。博士论文申请答辩时有教授评价为“显摆”，可谓“一语中的”。不过，知识产权法学到目前为止，仍然是一门没啥学问的学科，还处于前科学时代，没有形成理论范式。既然如此，我们就无法在大师们的羽翼下以收敛式思维从事常规科学的解谜工作，就只能以更为冒险的心态，勇于提出新问题、采用新方法、搜集新材料、提出新观点，向不可能的事物挑战，明知其不可为而为之，不怕标新立异，不畏必然失败的命运，宁可因新颖而荒谬，绝不因循而守旧。由此而论，本书采纳的方法以及由此对于著作权价值观问题的解答，言他人所未言，多有独到之处。

作为一个同样有着浓重“体系化情结”的人，能够为陈杰博士的这本书作序，也是荣幸。希望本书的出版能对著作权相关问题的理论研究、对知识产权法哲学的理论研究有所裨益。另外，从理论自身存在状态上看，一定要脱离常识，超越经验，否则就不成其为理论。但从理论的效用上看，则需要能够联系现实，指导实践，产生效果。换句话说，理论研究要先上天，成为玄学，而后再入地，演化为科学。作为师兄，看到陈杰博士的研究已经严重脱离实践，已经飞上天，也是欣喜。希望他能够从知识产权法哲学领域踏入知识产权法科学领域，从玄学到科学，尽快入地，用本书建构的价值论系统地阐释著作权法上的各种制度和现象，最终发挥理论指导实践的功效。

浙江省社会科学院研究员

王 坤

2016年1月5日于杭州

① 易中天曾提及，他讲先秦诸子百家争鸣，每次讲完，都会有人问，请问你今天讲的，哪一种最好？易中天认为，这就是典型的“执”。执于迷不悟，各种学说都有道理，因为看问题的立场、方法、角度不同。易中天：《中国智慧》，上海文艺出版社2011年版，第192页。

摘要

知识产权法哲学的核心问题是知识产权的正当性。不同类型的知识产权是否具有相同的正当性事由是需要证明的。其在未证明之前只能被默认为不同。目前现有的知识产权正当性理论所隐喻的是著作权的正当性。

现有的著作权的正当性理论主要有劳动理论、人格理论和功利主义三类。劳动理论可以细分为洛克理论的直接适用、劳动报酬说、增量说和创造说等几种；人格理论可以细分为康德的主体行为说、拉丁（Radin）的人格观点、人格权说和自由意志说等观点；功利主义则可以细分为经济激励理论和社会规划理论。各种著作权的正当性理论都可以成功解释一部分知识产权的问题，但又各有缺陷。

不同的著作权正当性的理论存在相互竞争的关系，通过证伪的方式可以进行优胜劣汰。全文提出两种证伪的方法，一为作品的属性；一为著作权的“古近之问”。

作品的属性即作品观，可以包括摹仿说、表现说、再现说、文本说、读者说、产品说等诸多观点。著作权是基于作品而产生的权利，其选择了一定的作品观。著作权所选择的作品观只能是表达说和产品说。通过什么依据在不同的作品观中进行选择和取舍呢？劳动理论和人格理论等著作权正当性的理论都不能回答这种选择的依据问题。

作品自古即有，著作权却是近代社会的产物。这说明，著作权的存在必定和古代社会与近代社会的区别有着密切的关系。但是，目前各种著作权正当性的理论是超越时代、超越民族而论述的。这意味着，依据目前的

各种理论，不论古代社会还是近代社会都应当存在著作权。这种理论的假设与实然矛盾。所以，目前各种著作权正当性的理论都基本不能回答著作权的“古近之问”。

通过作品观和“古近之问”也可以寻找著作权法正当性的解答路径。著作权对作品属性的选择并不是基于作品本身，而是基于作品上利益的分配的需要。所以，著作权正当性问题的基础不在于作品本身的属性，而在于对作品上利益的分配。作品上的利益可以分为法律所关心的和法律所不问的。就法律所关心的利益又可以进行人格与财产二分。作品上的核心利益是作品上待分配的财产利益，其可以细分为权利、交易和金钱三个层次。

对著作权的“古近之问”的回答，需要从著作权产生、演变的历史中去寻求著作权正当性的依据。而对历史事件的分析则需要假设模型来认知。著作权的历史模型是在历史环境下对作品上可分配的财产利益进行的分析。该模型假设了两个自变量——谷登堡印刷术和出版自由。由于谷登堡印刷术的出现，作品上待分配的财产利益激增从而出现了出版特权制度。由于出版自由的出现，出版特权制度走向灭亡，带来产业秩序的混乱，出现替代性的制度即著作权法律制度。所以，著作权产生之初的正当性在于对产业秩序的维系。

著作权的正当性可以细分为著作权“有无”的正当性与著作权“强弱”的正当性。目前对著作权乃至知识产权正当性的讨论，所隐喻的都只是“有无”的正当性，并试图通过“有无”的正当性来说明目前著作权乃至知识产权“强弱”的问题。这二者应当区分对待。在著作权产生之初只存在有无的正当性问题，目前面临更多的是“强弱”的正当性问题。

著作权“强弱”的正当性可以细分为期限、权项和限制等几个方面。对于这几个方面的强弱的恰当程度的判断不能一概而论，而应该具体问题具体分析。不过大致而言存在以下判断的方法。首先，著作权须强到足以保证产业秩序。其次，著作权带来了社会负担，造成经济剩余的减少，是一种必要的恶。对其强度的维系，仅在其必须范围内。最后，如果著作权

的减弱只能有效减少作者收入,而不能有效增加经济剩余,那么制度设计则应更倾向于作者利益的保障。

我国目前处于社会主义初级阶段,此阶段行政权力过大、出版审查严格。大致而言,在该阶段,著作权的正当性也会受到一定程度的削弱。

Abstract

The article discusses the relationship between the weakening of the author's income and the economic surplus. It argues that if the weakening of the author's income can only effectively reduce the author's income and cannot effectively increase the economic surplus, then the institutional design should be more inclined to protect the interests of the author.

The article also discusses the current stage of China, which is in the primary stage of socialism. It points out that in this stage, administrative power is too large and the publishing review is strict. Generally speaking, in this stage, the legitimacy of copyright will also be weakened to a certain extent.

The article further discusses the relationship between the weakening of the author's income and the economic surplus. It argues that if the weakening of the author's income can only effectively reduce the author's income and cannot effectively increase the economic surplus, then the institutional design should be more inclined to protect the interests of the author.

The article also discusses the current stage of China, which is in the primary stage of socialism. It points out that in this stage, administrative power is too large and the publishing review is strict. Generally speaking, in this stage, the legitimacy of copyright will also be weakened to a certain extent.

Abstract

The core issue of intellectual property legal philosophy is the justification of intellectual property. Whether different types of intellectual property rights have the same justification reason is needed to be proved. Before it's proved, its answer must be considered to be different. Today, the metaphor of the justification of intellectual property is the justification of the copyright.

The popular justifications of the copyright include three categories: labor theories, personhood theories and utilitarianisms. In the labor theories, there is the application of Locke's theory, labor-desert, addition theory, creation theory, etc. In the personhood theories, there is Kant's Behavior theory, Radin's theory on personhood, Personality Rights' theory and free will theory, etc. In the utilitarianisms, there is economic incentives theory and social planning theory. Economic incentive theory and social planning theory can be classified into utilitarianisms. All kinds of the justifications can successfully explain parts of the intellectual property rights, while they have their own flaws.

There is competitive relationship between all kinds of the justifications on copyright. They will be survival of the fittest. The way of the fittest is falsification. There are two methods of falsification, the characteristic of works; the copyright Ancient-modern problem.

The characteristic of works and the view of works is a mean. It includes "Imitation", "Expression", "Reappearance", "Text", "Reader" and "Product". Copyright is based on the characteristic of works. The copyright law selects

“Expression” and “Product”, while others are abandoned. What is the basis of the selection? Labor theories and personhood theories have no answers.

The works exist since the ancient society, while copyright is a product of the modern society. This shows that the existence of the copyright must have a close relationship with the difference between ancient society and modern society. However, the various copyright justifications ignore times and nationalism. That means: according to the popular theories, copyright should exist in both ancient society and modern society. The assumptions of theories is inconsistent with the copyright history. All kinds of justifications can not answer the copyright Ancient-modern problem.

Via the characteristic of works and the copyright Ancient-modern problem, we can find the way to the justification. The selection of the works' characteristic by copyright law is not based on works themselves, but the needs of benefits' distribution on works. Therefore, the basis of the justification does not lie in the characteristic of works, but the allocation of interest on works. The interests on works can be divided into two categories: the interests regulated by law & the interests ignored by law. The interests regulated by law can be also divided into two categories: property & non-property. The core interests on works is property interests on which is waiting for the allocation. The property interests can be divided into three levels: right, transactions and money.

To solve the copyright Ancient-modern problem, we should inspect the copyright history, such as the generation of copyright, the evolution of copyright, and so on. We should assume historical model to analyze the historical events. The copyright historical model in this article is the analysis of the waiting-for-allocation property interests on works in specific historical environment. In this historical model, there are two Independent variables: Gutenberg's printing & freedom of the press. Because of the Gutenberg's printing, the waiting-for-allocation property interests on works increased sharply, and we entered into the privilege peri-

od. Due to the emergence of freedom of the press, the privilege period's dying brought the chaos of the industrial order. Copyright appeared as a substitute. Therefore, at the time copyright appeared, its justification is based on maintaining industrial order.

In this article, the justification of copyright is divided into two parts: choosing between existence and non-existence & choosing between strong protection and weak protection. The metaphor of copyright's justification today is the former one. And the answer to the former is often applied to the latter. This distinction should be made between the two parts. at the time copyright appeared, its justification which based on maintaining industrial order, is only the answer to the former question. While currently what we face more is the latter question.

The latter question can be also divided into several parts: duration, claims, limitations, and so on. The answer to these questions may be different. Generally speaking, there are following ways for judgment. First, copyright must be strong enough to ensure the order of the industry. Second, copyright has brought social burden, resulting in a reduction in economic surplus. It is a necessary evil. So it only woks in the necessary range. Finally, if the weakening of the copyright can only be effective in reducing the income of authors, but not effectively increase the economic surplus, the design of the law should be more inclined to the protection of the interests of the authors.

China is currently in the primary stage of socialism. At this stage, administrative power is too large, and the publication is strictly censored. Broadly speaking, the justification of copyright in china will be weaken in a certain degree.

目 录

导 论	(1)
第一节 选 题	(1)
第二节 研究现状	(7)
第三节 研究方法	(9)
第一章 著作权正当性的现有理论	(25)
第一节 著作权的正当性与知识产权的正当性	(25)
第二节 劳动理论类	(27)
第三节 人格理论类	(41)
第四节 功利主义类	(53)
第五节 否认正当性的观点	(58)
第六节 其他观点	(61)
第二章 证伪方式一：作品的属性	(66)
第一节 作品观	(68)
第二节 作品与作品观	(82)
第三节 作品的属性	(85)
第四节 关于著作权法的其他学科基础	(95)
第五节 来自作品属性的证伪	(96)
第三章 证伪方式二：著作权的“古近之问”	(101)
第一节 中国古代的著作权问题	(102)
第二节 著作权“古近之问”的含义	(112)
第三节 来自“古近之问”的证伪	(114)

第四章 正当性的路径：作品上的利益	(119)
第一节 路径的提出	(119)
第二节 需求与利益	(120)
第三节 作品上的财产性利益	(124)
第四节 作品上的非财产性利益	(131)
第五节 作者与作品上的利益	(136)
第五章 著作权“有无”的正当性	(139)
第一节 著作权正当性的具体化	(139)
第二节 著作权“有无”正当性的历史依托	(141)
第三节 历史模型中变量的选取	(144)
第四节 “秩序说”的证成	(148)
第五节 “秩序说”的证伪	(163)
第六节 自然权利与功利主义之间	(165)
第六章 著作权“强弱”的正当性	(169)
第一节 “秩序说”的适用	(169)
第二节 两种解答路径	(170)
第三节 著作权的期限	(173)
第四节 著作权的权项	(184)
第五节 著作权的限制	(189)
第七章 余论：著作权正当性问题与中国	(196)
第一节 中国著作权法的修改与正当性问题	(196)
第二节 行政权力与著作权的正当性	(197)
第三节 出版审查与著作权的正当性	(200)
参考文献	(204)
后 记	(220)

导 论

二二得四，正确无误，可就是太空泛也太陈腐，我要找到一条线索，通向还不了解的问题之路。

——布施

第一节 选 题

一、选题的内容

著作权正当性的选题属于知识产权法哲学的范围。如同法哲学的核心问题是正当性的问题，知识产权法哲学的核心问题是知识产权的正当性问题，即究竟知识产权这一项法律制度是否具有正当性；如果具有正当性，正当性是什么。著作权法是整个知识产权法中的一部分，其正当性问题也可以视为整个知识产权法哲学的一部分。

纵观法哲学与知识产权法哲学，二者似乎是毫无关系并行着的理论。法哲学的主要内容涉及自然法、实证主义以及第三条道路等。^①而知识产

① 详情可参见〔德〕拉德布鲁赫著，王朴译：《法哲学》，法律出版社2005年版；〔德〕阿图尔·考夫曼著，刘幸义等译：《法律哲学》，法律出版社2004年版，第17页；〔德〕阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编，郑永流译：《当代法哲学和法律理论导论》，法律出版社2002年版，第51页；〔德〕霍恩著，罗莉译：《法律科学与法哲学导论》，法律出版社2005年版，第157页。

权法哲学则围绕着劳动理论、人格理论和功利主义三者展开。^① 知识产权法哲学的称呼中包含“法哲学”三个字，但是与法哲学相联系，则会发现其中大有问题。虽然知识产权法哲学中通常也将劳动理论和人格理论合称为自然权利理论，但是与自然法的理论相比还是有较大的差距。作为自然权利，我们可以认为知识产权是权利人本身所应得，这与自然法的结果近似。但是通过辨析其中的论证过程就知道大大不同。例如，理性自然法的代表人康德，其从人的自由意志得出其法哲学的体系；但在著作权部分却是相对独立的。康德认为作品是作者向读者说的话，出版商是代理作者向读者说话，故盗版之所以不正当在于无权代理。^② 此种正当性的理论跟其自由意志的法哲学理论虽不能说完全无关，但也关系不大。同时，自然法的思想走向了死胡同，由于其内容无法确定，故仅从形式上苛求正义，这样就出现了“内容不断变化的自然法”。^③ 由于实证主义彻底否定正义的理论，认为不应当考虑正义，则与自然法形成对立。在现代法哲学中为了跳出自然法——实证主义的二元道路，出现了通过程序探求正义的方法，甚至认为程序本身就是正义。在德国学者考夫曼看来，此类观点以罗尔斯和哈贝马斯为代表。^④ 这样正义就彻底成了无内容的形式，只要符合程序即正义。知识产权法哲学却时刻保留着内容。如果仅从形式和程序来探讨正义，因为知识产权没有任何特殊性，那么就不可能存在所谓的知识产权法哲学，只会留下探讨形式和程序正义的法哲学。法哲学的发展就这样否定了知识产权法哲学本身的探讨。同样，知识产权法哲学则因为内容的具体

① 参见〔澳〕彼得·德霍斯著，周林译：《知识产权法哲学》，商务印书馆2008年版；〔美〕罗伯特·P. 墨杰斯著，齐筠等译：《新技术时代的知识产权法》，中国政法大学出版社2003年版；冯晓青：《知识产权法哲学》，中国人民公安大学出版社2003年版。

② Immanuel Kant, *Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*, erstmals erschienen in *Berlinische Monatsschrift* 5 (1785), Seiten 403 bis 417. 中译本可参考李秋零主编：《康德著作全集（第八卷）》，中国人民大学出版社2010年版，第83页以下。

③ 〔德〕拉德布鲁赫著，王朴译：《法哲学》，法律出版社2005年版，第18页。

④ 〔德〕阿图尔·考夫曼著，刘幸义等译：《法律哲学》，法律出版社2004年版，第379页以下。