

◎冯晓青 著

知识产权法

ZHISHICHANQUANFA ZHEXUE

哲

学

中国人民公安大学出版社

知识产权法哲学

冯晓青 著

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权法哲学/冯晓青著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2003.3

ISBN 7-81087-237-0

I. 知… II. 冯… III. 知识产权-法哲学 IV. D913.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 011679 号

知识产权法哲学

ZHISHI CHANQUANFA ZHEXUE

冯晓青 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社
地 址: 北京市西城区木樨地南里
邮政编码: 100038
经 销: 新华书店
印 刷: 北京公大印刷厂

版 次: 2003 年 3 月第 1 版
印 次: 2003 年 3 月第 1 次
印 张: 12.75
开 本: 850 毫米 × 1168 毫米 1/32
字 数: 314 千字
印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 7-81087-237-0/D·219

定 价: 23.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83905728

版权所有 翻印必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

内 容 提 要

本书立足于知识产权法的基本制度、原则和规范，从知识产权法律制度的哲学层面，以劳动理论、人格理论、激励理论和平衡理论为视角，深入而系统地论述了知识产权法律制度的理性，特别是这种制度存在的正当性；从法哲学、经济哲学、历史哲学和社会哲学等角度比较全面地透视了知识产权制度的基本内涵和原理，是一部研究知识产权法学的具有较高学术品位的理论专著。同时，该书从法哲学层面剖析和提炼了大量案例与知识产权立法规范， also 具有很强的实用性。该书是法学工作者、政法院系师生和对知识产权感兴趣的人士提升对知识产权制度的理性认识的重要读物。

作者简介

冯晓青，男，1966年生，湖南长沙人，湘潭大学法学院教授、硕士生导师。1990年毕业于中国人民大学法学院知识产权专业，获经济学、法学双学士学位。1999年下学期在北京大学知识产权学院及北京大学法治研究中心作高级访问学者。2000年7月考入北京大学法学院攻读知识产权法研究方向博士学位，将于2003年6月毕业。2001年9月至2002年9月受国家公派，在加拿大不列颠·哥伦比亚大学（UBC）法学院作访问教授。著述并出版的个人学术专著有：《著作权法通论》、《知识产权诉讼研究》、《知识产权法学》、《工业产权法通论》、《企业知识产权战略》、《知识产权法理论与实践》等。在 The Journal of the Copyright Society of the USA, The Journal of World Intellectual Property, Information and Communication Technology Law, Detroit Mercy University Law Review 等国外英文法律专业刊物，以及《法学》、《北大法律评论》、《民商法论丛》、《知识产权》等国内专业刊物上公开发表知识产权研究论文130余篇。主持了湖南省自然科学基金项目、湖南省软科学研究项目、湖南省社会科学规划项目等多项省部级知识产权研究课题。获得湖南省普通高等学校优秀教学成果二等奖、湖南省知识产权研究会优秀成果一等奖、第二届中国“杰出中青年法学家”提名奖等奖励与荣誉称号。

序

知识产权制度是随着科学技术和商品经济的发展而出现的一种法律制度。与传统的财产权制度相比，知识产权法律制度的历史并不算长，只有几百年的历史。在当代，随着科学技术的发展、知识经济的出现，知识产权制度的重要性越来越突出。然而，在当今知识“爆炸”、人类由传统工业社会进入信息社会之际，知识产权的保护却似乎走向了一个困境：一方面，社会的发展使人们对知识产品——知识产权的客体的需求不断加大；另一方面，社会的发展也使传播和利用知识产品的能力与机会大大增强了，传统的知识产权制度似乎难以抵挡住新技术革命的冲击。正是新技术革命，特别是信息网络技术发展的冲击，使一些人甚至包括研究知识产权方面的学者对知识产权制度存在的合理性产生了怀疑。他们惊呼：“网络和信息技术的发展敲响了知识产权制度的丧钟”。在这种情势下，从哲学层面冷静地思考一下知识产权制度这种存在了几百年历史的法律制

度的理性和正当性，就显得尤为必要。

近些年来，知识产权制度的蓬勃发展也为知识产权法的研究提供了广阔的视野。无论是在国外还是国内，对知识产权问题的研究在不断深入。从目前的研究看，除了加强案例研究、法规研究、具体制度研究外，还需要对这种制度的理性进行全面的论证、探讨，从法哲学的角度提升对这种制度的认识。我认为，也只有在对这门学科的法哲学问题进行比较全面的探讨和分析的基础之上，知识产权法学科才称得上是成熟的。正如陈兴良教授在《刑法哲学》前言中所说的一样：“完成从注释刑法学到理论刑法学的转变，这就是我们的结论”。就我国来说，近些年来随着知识产权法制的不断健全，知识产权法的研究也出现了空前繁荣的局面。随着知识产权方面研究的深入，对知识产权这种促进我国经济、科学、文化等事业发展具有重大意义的法律制度进行哲学上的提炼和理性的反思同样显得尤为必要和迫切。

正是基于以上考虑，我们将“知识产权哲学”作为北大知识产权法研究方向博士学位的必修课程。1999年秋季学期，我第一次在北大组织了“知识产权哲学”讨论班，每周讨论一次。当时参加讨论班的有八九个人。除了博士生外，还有两位访问学者，冯晓青教授是其中的一位。在讨论班上，时而激烈争论，时而幽默风趣。这种严肃而和谐的学术气氛促使大家学术思想的碰撞与交流。

冯晓青先生撰著的《知识产权法哲学》一书，也正是适应上述形势的需要而撰写完成的这方面的一部力作。

冯晓青教授长期从事知识产权法方面的教学与研究工作，近些年来在知识产权法研究领域取得了比较突出的成绩。他在国内外专业刊物发表了《抽象物与知识产权的关系》、《从黑格尔法哲学看知识产权的精神》、《我国著作权法对作品权益分配的均衡思想》、《两种复制权的现代冲突、制度选择及其法哲学基础》、《知

识产权的权利冲突及其解决》等中英文知识产权方面的研究论文130余篇，出版了《现代知识产权法》等个人学术专著6部，在法学界产生了良好的社会反响。目前他正在北京大学法学院攻读知识产权法研究方向的博士学位。他在我国第二届中国“杰出中青年法学家”评选中获得了提名，是一名在我国知识产权研究领域迅速成长起来的青年学者。

《知识产权法哲学》一书以知识产权法律制度的重要原理、原则和基本规范为基础，对知识产权制度的理性及其一些重要方面从法哲学的高度作了深入地研究和探讨，该书具有较高的理论水准和重要的学术价值。具体来说，该书的特色和创新主要体现在以下几点：

一是思辨性强、理论性较高。该书对知识产权制度的总体和重要问题的剖析，以较宽广的视野从法哲学等视角作了分析、评论与探索。如知识产权制度的本质、知识共有物、知识产权制度中的公有领域与知识产权制度的正当性、知识产权的人格正当性、知识产权制度中的利益平衡，使读者对知识产权的制度构建的认识提升到了一个更高的层次，有利于更好地掌握知识产权法的精髓。

二是观点新颖、资料翔实，具有鲜明的时代性。该书除了注意吸收国内外关于知识产权法哲学研究的主要成果外，作者对涉及知识产权法哲学思辨的许多问题作了探索性研究，提出了自己的独立见解和思路，给人以思考和启发。作者利用在国外留学的机会，系统研究了国际上关于知识产权法哲学及其相关问题的已有成果和资料，并结合当代信息技术飞速发展的现实，这使得该书具有鲜明的时代性。

三是实用性。该书是一部专门探讨知识产权法哲学的理论专著，但在论证中也评析和探讨了大量的知识产权案例、相关的法律规定和原则，紧密结合了国内外知识产权立法和司法实践问

题，使该书在具有较高的学术品位的同时，也具有较强的实用价值，对知识产权立法和司法实践具有重要参考价值。

另外，该书在撰写上结构严谨，重点突出；在行文上，力图做到了深入浅出，使晦涩的哲学问题变得通俗易懂。

总的来说，《知识产权法哲学》一书在理论和实践上都具有参考价值，并具有相当的学术前沿性，是我国知识产权法领域一部较好的学术专著。我愿意将此书向法学界和对知识产权问题感兴趣的读者推荐。

当然，学无止境。由于我国知识产权法律制度建立的时间还不是很长，有关知识产权方面的很多理论与实践问题都有待于深入探讨，对知识产权哲学问题的探讨更是处于起步阶段。《知识产权法哲学》一书提出的某些观点还有待于继续探讨。但愿作者百尺竿头，更进一步，在知识产权法研究领域有更多的佳作问世。

郑胜利

2003年1月

绪 论

现代社会是一个理性的社会。人们生活在这样的一个社会中，理性地行事和思考问题，远离强制和盲从。现代社会的种种制度，包括政治、经济、法律等无不接受思想家和哲学家等的理性检验。其实也只有合乎理性和正义性的社会制度才能被广泛地接受，并易被人们遵从和理解。

自阶级社会以来，财产制度形成了一个社会的核心。关于财产的思想在形成一个国家的法律方面也起了重要作用。很多世纪以来，人们一直在试图为财产制度提供正当性。人们也一直在探讨财产和财产权的属性。例如，在 18 世纪，Edmund Burke 认为财产使社会稳定，阻止政治和社会的混乱，是来自于纯粹的精英领导秩序的结果。^① Tom Palmer 认为，财产权是“当事人之间相互作用过程的革命性的产品，该产品后来通过法律来规制”。^②根据他的观点，“在财产权出现的核心因素是稀缺性，或者是冲突性使用的可能性”。^③但是，在为财产和财产权提供正当性时，人们发现并不是很容易的。

① E. Burke, *The Influence of French Revolution*, *Edmund Burke Works Part II* (277, 324) (George Bell and Sons Pub. 1905).

② Tom Palmer, *Intellectual Property: A Non - Posnerian Legal and Economic Analysis*, 12 *Hamline Law Review* 261 (1989).

③ Tom Palmer, *Intellectual Property: A Non - Posnerian Legal and Economic Analysis*, 12 *Hamline Law Review* 279 (1989).

财产地位和种类的变化是戏剧性的。随着社会的发展,新的财产形式不断地出现。一个有趣的现象是新的东西不断地被作为财产。同时,人们也看到了有些在历史上被承认过的非典型的财产形式——像知识产权,正变得越来越重要。随着社会的发展,财产地位从“有形”到“无形”的变化日趋明显,大有“无形赶有形”之势。这里提到的知识产权在一个广泛的定义上被认为是一种无形财产权,其价值是建立在一种思想或者某些思想的基础之上。它具有所有财产形式的来源与方位。知识产权最有趣的一点是作为知识产权范畴中的创造物被放置在人们需要控制该创造物免受他人利用的地方。与有形财产权相比,知识产权可以被看成是一种观念客体的权利;然而,知识产权又必须负载于有形客体中。知识产权的不同权利不可避免地要集中于客体的有形方面。“对所有类型的知识产权来说,一个基本的原则是,仅仅是抽象的思想是不能获得专有权的。相反,它们的专有之处仅仅涉及具体的、有形的,或者抽象的有形体现”。^①专利、著作权、商业秘密等知识产权与有形财产相比的复杂性和特殊性使得对这种制度的正当性的探讨更为困难。

有趣的是,从财产和自由的角度佐证,同样来自财产和自由的坚定的支持者,对知识产权制度的认识却得出了迥然不同的结论。例如,早在19世纪,Spooner和William Leggett是对财产和自由的坚定的支持者,但他们从财产和自由的论点出发考察知识产权制度,却得出了完全相反的结论:Spooner认为知识产权具有广泛的正义性,而William Leggett则主张智力产品的利用应该是不受任何限制的。虽然他们得出了不同的结论,各自都认为自己的观点与主张自由、私有财产和自由贸易是一致

① P. D. Rosenberg, *The Foundation of Patent Law*, 1~03 (2D ED, 1985).

的。^①不过，对知识产权的探讨，很大一部分来自于支持财产和自由的思想家和学者。这在本书的研究中可以被清楚地看出。原因在于，支持财产和自由的那些人，对相关的概念更加敏感，他们也会更加方便地使用和关注财产和自由的理论。

如前所述，在从财产和自由的观点出发时，对知识产权制度的探讨却得出了不同的结论。几个世纪以来对知识产权制度一直存在批评，这也就不值得感到奇怪。例如，在 18 世纪晚期，公众对知识产权的争论特别是对专利制度的争论中，知识产权这种起源于国家授予的垄断权并且从这一渊源中获得合法性的制度的合法性曾大大受到动摇。正如 Fritz Machlup 和 Edith Penrose 所说的一样，“那些使用财产这一词与发明相联系的人在脑海中有一个确定的目标：他们要用一个高雅而含蓄的词来替代，以‘特许权’（privilege）来替代‘财产’（property）这样一个不大令人愉快的词”。^②所有这些批评其最后的目的是在于表明，知识产权或者工业产权是保护某些团体的经济利益而不是建立在理性之上的一个制度。另一方面，即使在解释私有财产正当性方面困难不多，仍然有一种主要的倾向认为著作权和专利的性质不是私人拥有的权利而是法律赋予的垄断特权。^③显然，在这样一个氛围中为知识产权制度提供正当性是很敏感的。所幸的是，几个世纪以来的社会理论为我们的法律和社会、经济制度提供了比较完善的

① Spooner, A Letter to Scientists and Inventors, On the Science of Justice, and Their Right of Perpetual Property in Their Discoveries and Inventions, in 3 The Collected Works of Ly-sander Spooner 68 (C. Shively ed. 1971); W. Leggett, Democratic Editorials: Essays in Jacksonian Political Economy 397 ~ 398 (L. White ed. 198).

② Machlup & Penrose, The Patent Controversy in the Nineteenth Century, 10 Journal of Economic History 16 (1950).

③ Horacio M. Spector, An Outline of a Theory Justifying Intellectual Property Rights, 8 European Intellectual Property Review (EIPR) 270 (1989).

分析工具。本书将比较全面地阐述自然法中的财产权劳动学说、源于德国古典哲学的人格理论以及晚近的激励理论为知识产权制度提供的正当性。

自然权利学说特别是其中的财产权劳动学说导源于欧洲的一些传统，但可以在更古老的罗马法时期找到其渊源。自然权利学说本来与知识产权不沾边，因为知识产权制度的建立只是近几个世纪的事，在自然法学家洛克等人的时代还不存在知识产权的完整概念。但是，现代的学者已逐渐发现这种理论对于解释知识产权制度具有很强的合理性和正义性。现代学者还发现对“劳动”的权利的表述比“财产权”的主张更现实。其基本的要点是，智力创造的所有权由创造者享有，正如每一个人对于自己种植的东西有权收获一样，每一个人有权控制其思想和表达的复制，可以对其生产的思想和制作的艺术主张权利，这样做才不会构成对智力创造的偷窃。这种关于知识产权的伦理上的观点与下面将要讨论到的知识产权制度的激励论哲学方面是迥然不同的，因为它独立于制度的任何动机、效果或者经济成本与效益；不过，正如在有的地方所论述的一样，它们在有些方面也存在着相当大的契合性。本书将从自然法的产生与发展出发，着重论述自然法的财产权劳动学说的主要观点——劳动者对于其劳动的果实有权主张^①——在阐述知识产权制度上的合理性，其中特别关注的是洛克的劳动学说。尽管洛克所处的时代还没有现代的完整意义上的知识产权制度这一事实决定了洛克关注的只是有形财产的概念，而不是知识产权问题，他的理论在运用到知识产权制度上却

^① 其实，从马克思主义的观点看，马克思也从来没有否认过劳动者对于其劳动的果实有权主张。“确实，很自然地会认为，马克思对资本主义的剥削的谴责建立在劳动者对于他们的劳动的果实没有权利主张上。”参看 Lawrence Becker, *Property Rights: Philosophic Foundations* (London: Routledge & Kegan Paul, 1977), n2, 121.

是如此地具有魅力，以致可以将他的理论作为知识产权理论分析的重要起点，特别是在论证知识产权的正当性方面。

强调人格的财产权理论也为我们探询知识产权制度的合理性提供了另外一种视角。建立在为发展人格而有必要确立财产权的基础上的人格理论可以说是关于财产权讨论的另外一个传统。也就是说，财产既可以以劳动也可以以人格来解释其正当性。人格正当性被认为是与财产的洛克模式最相匹配的。以人格理论与劳动理论分别阐释知识产权的正当性可以从不同侧面透视知识产权在道德上的可接受性。人格理论将财产看成是自我表达，它源于大陆法哲学。在这里，黑格尔哲学的人格理论将被着重探讨。在黑格尔那里，财产是人格的体现。人格是在与世界的相互作用中发展自身的，而道德责任的发展是建立在一定范围的、我们能够控制的财产的基础上。康德早期关于所有权的讨论和黑格尔的文化进化理论，使以人格为基础的权利理论趋于完善，并最终形成了德国和法国知识产权法特别是著作权法的基础。由于知识产权是由财产权和人格权组成的完整的权利，在特定的知识产权中财产权和人格权具有很密切的联系；因此，运用黑格尔的财产权人格理论佐证知识产权制度是一种可行之法。与上面提到的现代学者发现对“劳动”的权利的表达比“财产权”的主张更现实一样，现代学者也发现对“个人性（权利）”的表达比“财产权”的主张更现实。

激励论观点之所以也可以被用来论证知识产权制度的正当性，是因为知识产权制度设计的很大一部分符合激励论的观念，特别是知识产权制度的一个重要目标是激励创造者投资于创造性的智力产品的生产。由于赋予专有权是促进这种激励的一个最有效的办法，这种建立在对专有权保护基础之上的知识产权制度就具有充分的正当性。另外，知识产权制度本来也是

一种利益^①平衡的机制。知识产权制度应当在创造和传播知识产权方面创造一种适当的平衡。激励论观点也可以用于说明知识产权制度中的利益平衡论。在当代，知识产权越来越成为一个不断扩充所有权的形式，特别是随着所谓知识经济和信息社会的到来，有形商品的制造和运用越来越让位于知识产品的生产和使用，知识产权制度在社会和经济生活中的地位将变得越来越重要。激励论观点对于剖析当代的知识产权制度无疑也提供了一种新的视角。比较而言，激励论的考虑更侧重于知识产权的经济学方面。

以上三种论证知识产权制度正当性的理论，其本身之间也不是完全分开而是具有一定的契合性的，这在本书的分析中可以看出。像某些方面劳动理论与激励论的契合，劳动理论与人格理论的契合等。^②

毋庸指出，没有十全十美的理论。本书将探讨的佐证知识产权制度的这三种理论也是一样。读者将会发现，对知识产权制度正当性的佐证，仍有一些值得完善的地方。然而，我们认为，比较而言，它们在解释知识产权制度的哲学层面的价值仍然是值得充分肯定的。

① 读者将看到，本书很多地方涉及到了“利益”这一术语。由于利益与法律之间具有非常密切的联系，在探讨作为一种分配权利和利益机制的知识产权法律制度的哲学问题时，对与利益有关问题的讨论就不可少。所谓“利益”，它是一个客观的范畴，是人们受社会物质条件所制约的需要和满足需要的手段。利益决定着法的产生、发展和运作，法律则影响着（促进或阻碍）利益的实现程度和发展方向。法律由利益所决定，对社会关系中各种客观现象进行有目的的、有方向的调控，以促进利益的形成和发展。参看孙国华：《论法与利益之关系》，《中国法学》1994年第4期；孙国华、黄金华：《论法律上的利益选择》，《法律科学》1995年第4期。

② 有些学者以为洛克确实赞成这样一个人格理论，在该理论中“把一个人的劳动适用于自然的物体，赋予了与某种既存形式相关的某些特点”。若这样理解洛克，那么洛克和黑格尔之间的差别——在分析知识产权上至少是很小的。

目 录

序	(1)
绪论	(1)

上编 知识产权的劳动理论

第一章 财产权劳动理论概述	(3)
第一节 自然法的罗马法根源及其发展	(5)
第二节 自然法财产权劳动学说的产生与基本内涵	(8)
第二章 财产权劳动学说的不同解读	(24)
第一节 因劳动而值得拥有财产权的理论	(24)
第二节 基于对劳动果实的自然权利论	(28)
第三节 关于价值增加的理论	(30)
第四节 不以损害为前提的财产理论	(33)
第五节 从对劳动产品的自然权利到市民社会权利	(35)
第三章 从对财产权正当性的不同解读中认识知识产权制度的正当性	(38)
第一节 知识产权劳动理论概述	(38)
第二节 因创造性劳动而值得拥有知识产权	(41)

第三节 基于对智力劳动果实的自然权利…………… (47)

第四节 基于增加价值而产生的权利…………… (51)

第五节 不以损害为前提的知识产权理论…………… (64)

第四章 从智力创造中思想与知识共有物的特性解读知

识产权制度的正当性…………… (67)

第一节 智力创造物中与“思想”有关的财产权…………… (68)

第二节 思想的公有与劳动理论“先决条件”的
满足…………… (77)

第三节 知识共有物与知识产权的正当性…………… (81)

第四节 满足先决条件的知识产权制度的具体构建
…………… (97)

第五节 与先决条件相关的知识产权的非浪费问题
…………… (123)

第六节 “隐匿者”的出现——先决条件适用的
例外…………… (124)

第五章 劳动理论与当代的知识产权制度…………… (128)

第一节 劳动理论与当代的知识产权制度概述…………… (128)

第二节 对知识产权劳动理论存在的困惑的解释…………… (131)

第三节 关于知识产权的劳动理论的结论…………… (136)

中编 知识产权的人格理论

第六章 知识产权人格理论概述…………… (141)

第一节 知识产权人格理论概述…………… (141)

第二节 人格理论在欧洲的发展…………… (144)