



中国知识产权文库 | 刘春田 主编

知识产权法学方法论

王 坤 著



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>



中国知识产权文库 | 刘春田 主编

知识产权法学方法论

王 坤 著



华中科技大学出版社
<http://www.hustp.com>

中国·武汉

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权法学方法论/王坤著. —武汉: 华中科技大学出版社, 2016. 3
ISBN 978-7-5680-1376-5

I. ①知… II. ①王… III. ①知识产权法学-方法论-中国 IV. ①D923.401

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 272412 号

知识产权法学方法论
Zhishichanquanfaxue Fangfalun

王 坤 著

策划编辑: 王京图

责任编辑: 李 娜

封面设计: 傅瑞学

责任校对: 九万里文字工作室

责任监印: 周治超

出版发行: 华中科技大学出版社 (中国·武汉)

武汉喻家山 邮编: 430074 电话: (027) 81321913

录 排: 北京楠竹文化发展有限公司

印 刷: 北京科信印刷有限公司

开 本: 710mm×1000mm 1/16

印 张: 13 插页: 2

字 数: 211 千字

版 次: 2016 年 3 月第 1 版第 1 次印刷

定 价: 46.00 元



华中出版

本书若有印装质量问题, 请向出版社营销中心调换
全国免费服务热线: 400-6679-118, 竭诚为您服务
版权所有 侵权必究

本书为浙江省哲学社会科学规划课题成果
(编号：15NDJC216YB)

从经验到理论

——《中国知识产权文库》总序

经过几年的努力，《中国知识产权文库》（以下简称《文库》）终于问世。《文库》力图反映中国人在知识产权问题上所达到的精神境界，汇集中国知识产权的经验总结、理论研究与学科建设的重要文献，为逐步构建中国的知识产权法律理论与科学体系打下坚实的基础。《文库》也为中国，乃至世界法律文化的积淀，注入丰富的内涵。

知识产权制度起源于西方创立的工业文明。几百年来，作为一种制度创新，对它功能利弊的褒贬，从其出现伊始，就争议不断。今天，人类已进入新经济时代。无论发达国家，还是发展中国家，都普遍采用了数字技术。当前，技术创新、文化创新、制度创新和知识产权保护，已成为人类进步的基本手段。历史证明，知识产权制度有效地推动了生产力的进步和经济的发展。作为一种复杂的社会现象，它借助于机构、制度的力量，已成为将生产力、经济基础和上层建筑融为一体的系统机制，对它的技术、文化、经济和法律理论分析、历史探究，乃至哲学思考，一再吸引着科学、技术、经济和法律学人的目光。在中国，自晚清起，百余年来，也引起矢志复兴民族，力图融入现代文明的志士仁人对其本质的追问与思考，和对其社会功能的得失权衡。中国的知识产权制度是世界知识产权体系的一部分。中国知识产权的理论，是以国门开启和不断改革开放、渐进融入世界为背景，在传统与现代接续，西学与国情结合的条件下，以中国乃至世界知识产权的表达与实践为研究对象的产物。遗憾的是，由于历史的原因，尤其受论者心胸狭隘和眼界偏执的局限，对从清末到国民政府时期的情况我们知之甚少，遑论研究，基本没有

概念。更无脉络可循，没有资格作任何评断。这是我们必须补上的一课。否则，数典忘祖，没有资格谈论今天。本文暂且略去既往的历史，以新中国改革开放为起点，我以为，中国的知识产权研究，30年间，大体经历了从主要是制度诠释和转入理论建设的两个阶段，其中，前15年大体为第一阶段，第二阶段还处于初期。

第一阶段：理论空白与经验贫瘠背景下的制度诠释。1979年《中美科技合作协定》和《中美贸易协定》的签订，为中国重建知识产权制度奠定了法律基础。随后，知识产权法制建设和研究同步开展。在漫长的知识产权诸法律的初创阶段，中国的法学家集中其学识与智慧，一边学习和引进西方的制度，包括法律文本的研究和实地考察，一边比照变动不居的国情，从知识产权法的指导思想、价值取向、体系设计、制度安排、对外关系等基础问题，乃至具体规范的推敲、条文的表述，作出尽可能合理的表述，为我国知识产权法律建设，奠定了重要的基础。这种贡献难能可贵。但是，由于知识产权理论的空白，又缺乏民法精神、理论与制度的涵养，既没有系统的法律体系可以依循，也没有自己的实践经验可供总结。国门初开，计划经济时代的学者，面对西方工业社会的法律制度，囿于学识与眼界，既陌生，又新奇。既无足够的条件深刻理解西方已历时数百年的成熟制度，也难以把握举棋不定、变革中的中国社会走向。早期的知识产权研究，在无理论基础、无历史传统、无实践经验的条件下，既不能对知识产权一般问题进行思考，也难以对具体制度深入研究。所有资讯，咸自西方舶来。所谓研究，不啻学步。主要是按照西方的思维，对国际条约和外国法律制度进行文本介绍，以及对墨迹未干的中国法律文件的粗浅说明。知识产权法的出版物，基本上以各种各样的“解说”、“概论”为主，照猫画虎，生吞活剥、囫圇吞枣。严格地讲，只知其然，不知其所以然，甚至不清楚什么是理论。在学理上，知识产权法既无逻辑起点，又找不到理论归宿，就像离群索居的孤雁，几成法学理论的孤儿。

第二阶段，从制度诠释到理论建设。首先要正视一个事实：中国人不是超人。在知识产权法制建设上，西方二百年的路，中国人并非二十年走过，

而是断断续续地走了一百年。遗憾的是，正是这中断的几十年，造成了理论上的真空。因此，无论制度构造，还是理论建设，咸自基本概念开始，从头做起，扎扎实实，一步一跬，才是唯一的出路。20世纪90年代后期，随着我国知识产权法律构架的完成，尤其是向市场经济的过渡，经济与社会生活的逐渐转变，对外交流的繁荣，利益冲突与法律纠纷的频仍，导致实践的召唤和理论供给短缺这一矛盾日趋尖锐。恰是这一矛盾，成了一个突破口，把知识产权研究推进了新的阶段。这阶段的研究逐渐突破了旧有模式的藩篱，摆脱亦步亦趋、鹦鹉学舌的窘境；开始探讨如何运用科学的方法，对知识产权法的问题进行理论思考。在这方面，较为突出的是知识产权的高等教育。以中国人民大学为例，已毕业的40多位攻读知识产权法学的博士和博士后研究人员中，半数以上的论文选题或出站报告属于基础理论研究。他们分别对知识产权的基本概念、法律属性、对象与客体、法律体系建构、价值评估、侵权赔偿、归责原则、专门制度、历史梳理、文化价值乃至哲学基础等知识产权和与知识产权最密切联系的基本范畴问题，进行了探讨。在北京大学、中国政法大学、西南政法大学、中南财经政法大学、华东政法大学、社会科学院法学所等诸多的学术机构，有越来越多的博士论文选择基础问题研究。其他学者，也有更多的人把目光投向知识产权的纵深，产生了一批有价值的成果。这一时期，和相对粗陋的制度诠释相比，青出于蓝，胜于蓝，是一个质的飞跃。知识产权的研究进入了理论建设的阶段。今天，经过15年左右的积累，知识产权的研究，百花齐放，蔚然成风。这种局面，为《中国知识产权文库》的萌发，提供了肥沃的土壤。

中国的知识产权研究，应当不断进步，从经验走向理论，从感性走向理性，走向科学。目前的研究，大体呈现两条路径：一条主要表现为对理论和制度表达的研究与参悟。面对外部世界，中国人有如婴儿吮吸母乳，贪婪地学习西方的理论和经验。这类主要是文本研究，多出于博士论文。另一条则偏重司法实践中对概念的诠释和具体制度的运用。面对司法实践，深入生活，尽其可能，找到事物的本质，力求为社会纠纷提供合理的解决方案。这类研究基本属于经验总结，主要表现为法官的办案体验。这两类成果，都有相当

的建树。所缺者，是从经验到理论，能将两条路径连接起来，形成从实践到经验，再从经验升华为理论，又服务于实践的逻辑链条的成果。这是更接近事物发展的客观规律的知识。知识产权理论，源自社会实践，源自对实践的经验总结。经验是可贵的，在强调经验时，论者常以霍姆斯的观点为据：法律的生命是经验而不是逻辑。又：“历史研究之一页当抵逻辑分析之一卷”（转引自：黄海峰：中国人民大学博士学位论文《知识产权的表达与实践：版权、专利与商标的历史考察》第1页）。但是，简单比较经验与知识的优劣是片面的。“体验和知识是根本不同的概念”。（〔德〕M. 石里克：《普通认识论》商务印书馆，2005年，第110页）“谁要是接近事物，参与事物活动的方法和运作，他就是在从事生命活动而不是从事认知活动；对他来说，事物展示的是其价值方面，而不是其本质”（同前书，第106—107页）。经验还只是感性认识，只是走向理性认识的一个阶段。“经验使我们得以融入事物或事物得以融进我们之中的直观，但它仍然不构成知识。我们不能通过直观来理解或解释任何东西。通过直观的方式我们能获得的只是对事物的体验而不是对事物的理解。而只有对事物的理解才是我们在科学和哲学中追求知识所要达到的目标”（同前书，第110页）。经验唯有纳入科学思维的体系，才能上升为理性。中西传统，各有所长。与霍姆斯同时代的晚清大儒沈家本持论更显全面、公允，他认为：“大抵中说多出于经验，西学多本于学理。不明学理，则经验者无以会其通；不习经验，则学理亦无从证其是。经验与学理，正两相需也”（沈家本：《历代刑法考》，第四集，2217页）。可见，经验和理论，二者更像“术”和“道”，是辩证的关系，是一个硬币的两个方面，不分伯仲。两厢不宜做价值比较和优劣评断。

在源归民法理论本土的基础上，对知识产权而言，更为重要的研究，或称核心问题，是“寻找自己”。所谓“自己”：

（一）在保持私法基因的前提下，划清与物权法、债权法、人格权法的界限，进入知识产权的自我世界、独有空间，寻找一个特殊的自身。知识产权作为绝对权利，和人格权、物权有相通之处；作为财产权利，则与物权“似曾相识”，均属于“对世权”等，但毕竟“知识”不是“物”，对知识产权的

研究应当围绕着“知识”进行。参照物权理论对知识产权研究无疑是有益的，但是，知识产权并非“准物权”。以物权类比知识产权，用“准物权”的思维去套用“知识产权”是否可取，值得商榷。人类既可基于对“知识”的支配带来利益，也可基于对“物”的支配带来利益。但是产生利益的途径，无论范围、方式、手段，都不可同日而语。作为另类的财产形态，论者应当考虑再辟蹊径，寻找知识产权自身的本质与规律。

（二）回到原点，全方位认识知识产权。知识创造是资本主义生产方式的先导。“知识产权是资本主义核心规范的一部分”（〔美〕苏珊·K. 塞尔著：《私权、公法——知识产权的全球化》，中国人民大学出版社，2008，第24页）私权是知识产权法律性质的基石，但它只是问题的一个剖面。“知识”在其创造、保存、扩散、管理、经营过程中，会发生比其他传统财产权复杂得多的社会关系，这些关系是如何发生、变动和消灭的，由此产生的一系列的知识产权制度是如何构建，又是如何实践的，都值得深入研究。“资本家的企业需要国家为其聚集提供政治和社会条件”（同前书，第41页）。发达国家几百年的经验告诉我们，围绕知识产权问题所建立的体系、机构、制度，远比中国人有限的体验和由此激发的想象要复杂得多。对其中任何一个问题的研究，都不可能一蹴而就，都需要以积极的精神，从容、淡定的态度，全身心地投入。要全方位地认识知识产权，必须回到原点，从头做起。这是知识产权学者的长期任务。

（三）在坚实的基础上，运用科学的方法，构建知识产权法的理论体系。用逐渐丰富的理论的营养，反哺与时俱进的制度。与此相对应，还需建立一套理性、科学的知识产权法的知识体系。因此，当代知识产权学人将面临无法穷尽的挑战和永不完结的任务。这正是知识产权理论的魅力所在，也是《中国知识产权文库》不竭的资源所在。

（四）厘清普遍真理和具体实践的关系，从中国的社会实践中找到自我。一方面，我们应当承认，人类世界存在着普世价值。这是大家可以相互理解、相互交流，共同生活在一个星球上的理由。当今我们生存的这个星球上，任何一种独特生活方式，都不是单一的，都是多种元素的组合。每种元素，都

可能来自不同的地区、国家、种族。所谓独特，不过是特定的组合。另一方面，“世界上没有放之四海和古今皆准的绝对、普适真理。任何理论都有它一定的历史和社会背景，都得通过当时的环境来理解”（黄宗智：《经验与理论》，中国人民大学出版社，2007，第527页）。我们还有各自的历史、文化和传统，还有基于传统、现实、交流和全球化背景而形成的各自生活方式。中国人必须在自己的社会生活中找到特殊之处，找到它特殊的质、特殊的生成及其运动规律。

文章千古事，社稷一戎衣。中国的知识产权研究，总体上讲，恰似少年。正因为年轻，才蛰伏着无穷的潜力，蕴藏着无限的生机与希望。希望《文库》，以及一切有益的成果，成为中国知识产权理论建设的历史写照。

《文库》欢迎优秀的知识产权学术成果加盟，同时也吁请学界同仁，尽其所能，整理优秀的历史成果，再现给学界与社会。相信，从历史中走过的中国的知识产权研究，必有辉煌的未来。

最后，我特别要感谢华中科技大学出版社，感谢他们的眼界、识见、大度和包容。众所周知，科学研究不图回报，是学者推崇的风范。但是，对出版者而言，营利是它名正言顺、天经地义的企业道德。当代，不计回报，倾力扶助学术的出版社，已不多见。在华中科技大学出版社身上，我看到了张元济辈中国传统出版家的影子。法律分社王京图社长对待《文库》，彰显了出版家的情怀。他心态平和，目光悠远，看到的不是眼前的数字码洋、营业业绩，而是学术的未来。与他合作，十分愉快。

刘春田

2010年9月28日于人大明德楼

提 要

知识产权法学研究存在着三种缺陷：一是上下脱节。总论部分与分论部分脱节，总论部分不能够深入到各种知识产权制度内部，系统地指导各部门法的研究。二是左右不通。也就是说，分论部分研究彼此之间缺少有机的关联。三是内外失调。对内，不能对知识产权概念进行科学定义。对外，主要是与民法之间的关系失调。总体上看，知识产权法学尚处于前范式阶段，没有形成协调一致、贯彻始终的理论体系。

方法是理论的出处，在理论出现问题的地方需要进行方法论上的反思。本书将知识产权对象设定为“知识”，知识产权法学有着特有的方法论，这就是知识分析方法论。具体研究路径是：首先运用符号学、信息学、系统论方面的理论成果，建构一个科学的、仅仅适合知识产权法特点和要求的“知识”概念，以此作为各种知识产权共同的对象。在此基础上，通过知识功能分析论证各种知识产权之间的本质区别，通过知识要素分析研究知识产权成立和保护的一般规律，使得知识产权真正地成为知识产权。由此，知识概念分析、知识功能分析以及知识要素分析共同构成知识分析方法，并成为知识产权法学特有的研究方法。

根据上述理论架构，本书共分为以下四个部分：

导论主要包括三节：第一节主要论述了知识产权法学方法论的意义，知识产权法学方法论之所以存在主要是因为：知识产权法学是一种病态的学科，没有值得一提的理论体系，因而需要从方法论层面上进行反思；第二节主要是论述了知识产权法学方法论概念界定和地位，认为知识产权法学方法论属于知识产权法哲学的组成部分。不过，本书所指的知识产权法学方法论是一

种狭义的方法论，特指知识分析方法论；第三节主要是论述知识产权法学方法论和知识产权法体系化之间的关系，认为知识产权法学方法论研究是实现知识产权法体系化的具体路径。

第一章是知识概念分析法。首先通过符号学、信息学、系统论建构科学的知识概念，认为在知识产权法上，知识是一种符号组合，包括符号形式和符号信息两个层次。接着，认为知识产权法上的知识应当具有创新性和系统性，这两个特征使得知识具有可支配性、商业价值性，从而能够成为知识产权的对象。本章的最后部分集中论述了知识概念的科学建构对于知识产权法的意义。

第二章是知识功能分析法。首先论述知识功能分析的概念，再分别研究作品功能、商标功能、专利功能与相应的知识产权权能体系之间的关系，论证知识功能是知识产权权能体系建构的核心和灵魂。本章的最后部分集中论述了知识功能分析对于知识产权法的意义。

第三章是知识要素分析法。本章首先论述各种知识，包括作品、商标和专利都不是混沌直观的整体，而是由符号形式和符号信息两个层次上的各种要素构成。根据来源的不同，这些要素可以区分为存量要素和增量要素两种。接着简要描述了知识要素的分类，探讨知识要素分析的正当性基础，研究知识要素分析法在知识产权法上的理论渊源和实践应用情况，最后集中论述知识要素分析对于知识产权法的意义。

目 录

导论 为什么是知识产权法学方法论	1
第一节 知识产权法学方法论研究的意义	1
一、知识产权法学研究现状	1
二、知识产权法学方法论研究的必要性	5
第二节 知识产权法学方法论研究的基本内容	8
一、知识产权法学方法论概念与研究对象	8
二、知识产权法学方法论的法律地位	10
三、知识产权法学方法论研究的渊源	14
第三节 知识产权法学方法论与知识产权法体系化	16
一、知识产权法体系化的分歧	16
二、“不拘派”述评	17
三、“建构派”述评	19
四、方法论研究对知识产权法体系化面临的三个重大问题的解决	21
第一章 知识概念分析法	24
第一节 知识概念分析法概述	24
一、建构科学的概念体系的必要性	24
二、现行知识产权法学概念体系存在的缺陷	26
三、“知识”概念的科学建构	28
第二节 知识概念的要素之一——符号	30
一、符号概念	30

二、符号分类及其对知识产权法的意义	33
三、符号特点及其对知识产权法的意义	38
第三节 知识概念的要素之二——信息	44
一、信息概念	44
二、信息和符号之间的关系	47
第四节 知识概念的要素之三——系统性、创新性	49
一、系统性	49
二、创新性	51
第五节 知识概念分析对知识产权法的意义	53
一、有助于初步建构作品、商标、专利等概念	53
二、有助于确定知识产权概念	59
三、有助于界定著作权（知识产权）与传播者权（邻接权） 之间的关系	62
四、有助于确定表演者权的性质	64
五、有助于实现知识产权制度的价值理念	69
六、有助于研究知识产权的特征	72
七、小结	74
第二章 知识功能分析法	86
第一节 知识功能分析概述	86
一、功能概述	86
二、知识功能	88
第二节 作品功能与著作权权能体系	92
一、作品的精神功能	92
二、作品功能与著作权权能体系的建构	93
第三节 商标功能与商标权权能体系	98
一、商标的实用销售功能	98
二、商标功能与商标权权能体系的建构	99
第四节 专利功能与专利权权能体系	105

一、专利的实用技术功能	105
二、专利权权能体系	105
三、禁止平行进口能否成为专利权的权能	106
第五节 知识功能分析对知识产权法的意义	107
一、有助于作品、商标、专利等概念的深度建构	108
二、有助于区分知识产权对象和客体，明晰各种知识产权 之间的本质区别	110
三、有助于判断知识产权能否成立	112
四、有助于判断知识产权保护的範圍	116
五、有助于解释知识产权法上的一些疑难问题	120
六、小结	124
第三章 知识要素分析法	125
第一节 知识要素分析概述	125
一、知识要素分析的可能性	126
二、知识要素的实证分析	127
三、与相关概念的区别	135
第二节 知识要素分类	136
一、存量要素的分类	136
二、增量要素的分类	137
第三节 知识要素分析法的正当性	140
一、基于劳动说的分析	140
二、基于激励说的分析	142
三、基于社会规划说的分析	145
四、基于人格说的分析	146
五、小结	147
第四节 知识要素分析法的渊源	148
一、学界对知识要素分析法的论述	148
二、知识要素分析法在实务中的应用	151

第五节 知识要素分析对知识产权法的意义	153
一、衡量是否授予知识产权	153
二、确定知识产权保护范围	161
三、分析知识产权对象相互之间的关系	167
四、小结	172
结语 为知识产权法体系化而奋斗	173
参考文献	177
基础文献	186
后 记	187

导论 为什么是知识产权法学方法论

西天取经路上，孙悟空火眼金睛，一眼就能看出对方是不是妖怪，但搞不清楚是何方妖怪，仅凭自身的力量很难除之。如来佛更为厉害，能够算出妖怪的出处，因而降妖除魔的法力更为强大。在社会科学中，方法就是理论的出处，理论上的辩驳往往也需要上升到方法的层面上。一旦上升到方法论层面上，很多“假理论”就如妖孽一样现出了原形。

第一节 知识产权法学方法论研究的意义

一、知识产权法学研究现状

在知识产权法研究领域，我们看到的是这样一幅奇特的画面：

首先，上下脱节。在总论部分，有着众多观点分歧，智力成果权说、无形财产权说、信息产权说、符号产权说等，不一而足。但这些观点往往高高在上，与分论部分脱节，不能够深入到各种知识产权制度内部，系统地指导各部门法的研究。

其次，左右不通。也就是说，分论部分研究彼此之间缺少有机的关联。比如，商标显著性、作品独创性、专利新颖性彼此之间有无关联？商标和作品、专