



中国知识产权文库 | 刘春田 主编

事实与价值二分： 知识产权法的逻辑与修辞

熊文聪 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

事实与价值二分： 知识产权法的逻辑与修辞

熊文聪 著



华中科技大学出版社
<http://www.hustp.com>

图书在版编目 (CIP) 数据

事实与价值二分：知识产权法的逻辑与修辞/熊文聪著. —武汉：华中科技大学出版社，2016. 7

ISBN 978-7-5680-1851-7

I. ①事… II. ①熊… III. ①知识产权法-研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 125281 号

事实与价值二分：知识产权法的逻辑与修辞

熊文聪 著

Shishi yu Jiazhi Erfen: Zhishi Chanquanfa de Luoji yu Xiuci

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）

武昌喻家山 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：14.5 插页：2

字数：236 千字

版次：2016 年 7 月第 1 版第 1 次印刷

定价：49.00 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



本书受中央民族大学法学院建设一流学科经费资助

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，以及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，对从清末到民国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，没有资格进行任何评断。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，三十多年间，大体经历了制度诠释和转入理论建设的两个阶段，其中，前十五年大体为第一阶段，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。一九七九年《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。二十世纪九十年代后期，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，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到新的阶段。这阶段的研究逐渐突破了旧有模式的樊篱，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，四十多位攻读知识产权法学的已毕业的博士和出站的博士后研究人员中，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、中国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理论研究。其他学者中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，青出于蓝而胜于蓝，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《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，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，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，才能上升为理论。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，是一个硬币的两面，不分伯仲，两者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：《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无完结的任务。这正是知识产权理论的魅力所在，也是《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——中国社会、经济与法律的实践历史研究》，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，同时也吁请学界同人，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、营利业绩，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

序

文聪再三邀我为其博士论文出版作序，而本人生性懒惰，加之笔下原本生涩，故一再推脱。但最终没能拗过文聪的执着。在这件事情上，再度反映了文聪的韧性。

认识文聪是因其考入中国人民大学攻读知识产权法第二学士学位。那时的文聪还只是一个刚刚大学毕业的翩翩少年，充满了活力。毕业后，他去了北京市公安局。过了些时候，听说他辞职回江西老家教书去了，据说还在武大读了个硕士。本以为他会在老家安居乐业，不想在人大的博士招生考场上又见到了他。在笔试过关后，因文聪把国内知识产权学术界的观点摸得烂熟，顺利地通过了口试，回到人大。攻读博士学位期间的文聪在各个方面表现得都比大学毕业时成熟不少。在治学方面尤其擅长以其独特的表达方式把一个简单的问题及其答案都表述得很有学术味；在人际交往方面，虽依旧保持既往的无畏风格，但已经开始有把握进退的意识了。

文聪的博士论文以事实与价值为题，阐释的却是知识产权的法律问题。事实判断或价值判断在哲学上有其特殊意义，它们各自与被判断事物的自然属性和社会属性直接相关，因而可作为衡量事物的一个视角或一把尺子。日常生活中，同样可以用这把尺子来丈量家长里短。只是事实判断相对客观，比较容易达成一致，而价值判断则因价值观的差异存在见仁见智的问题。

文聪的论文就是用事实和价值二分法的尺子重新丈量了知识产权法中的若干理论与概念，这一过程无疑为准确把握知识产权法律概念提供了新的参照。在论文中，文聪分别就知识产权的“多重”保护、商标的“合理使用”等诸多时下流行的说法逐一进行了分析讨论，并给出了相应的解释。这些解

释反映了知识产权法作为一个新兴学科在基本概念界定以及对概念间关系把握的一种方法。了解这种方法对理解知识产权理论中概念设定的内在逻辑大有裨益。注重基本概念研究当是人大学派的一个突出的风格。文聪在这方面把人大各位老师对知识产权领域的不同想法尽数收入囊中，再根据自己的需要将其化作批评的武器，进而确立自己的观点。

作为文聪攻读博士学位期间的导师，我并不赞同其在本书中的全部观点，比如关于稀缺性问题就存在可以讨论的空间。在我看来这里存在概念理解上的错位问题，即批评者和被批评者各自对同一概念的理解上存在错位。然而，作为社会科学之一的法学，其研究对象是人类的行为规范。这种以人类自身的认识能力来考察人类自身行为的所谓研究，真的能做到绝对客观吗？这不禁让人想到物理学中的“自举”，即人能够自己把自己举起来吗？基于对“自举”能否借助器械的不同理解，人们得出不同的答案。

回到前面这个具体问题，学术研究能否简单地以对错论英雄成败？这个问题在本质上是科学研究中的“学术自由”原则能否贯彻的问题。在科学研究中，我们应当对那些我们现在认为不对的研究结论采取容忍的态度。这里所称“容忍”并不是无条件的，而是在摆明逻辑、事理的前提下对其存在的容忍。纵观历史，诸多现在被我们奉为真理的研究在第一次被表述出来时，都被世人认为是荒诞不堪的奇谈怪论。

今天的文聪依旧充满活力、精力旺盛。或许他觉得在大学教书还不够忙，又去上海交大找了份博士后的研究工作。前些时候他又告诉我正准备去太平洋东岸的一所叫做伯克利的大学去呆上一年。趁着年轻干更多的事情或体验不同的环境，对文聪的未来学术发展无疑是大有益处的。我由衷地希望他能在专业中做出些名堂来。

郭 禾

2016年6月3日于北京

摘 要

和其他部门法一样，知识产权法由很多特定术语和概念构成。在对这些概念进行解读时，学界总是习惯于从科技、文艺或政治层面入手，却单单忽视甚至是漠视法学的一般原理和方法，如此便人为造成知识产权法难以融入整个法律体系之表象。一方面，传统的民法学者或法理学家因所谓“技术门槛”而对知识产权法望而却步或怠于研究；另一方面，学界自说自话，知识产权法所谓的特殊性又被过分放大，以至于大量伪命题、假辩论充斥其中，这不仅浪费了学术资源，更阻碍了法律实践的发展与进步。

针对这一现象，本书提出：知识产权法研究目前最迫切的不是提出什么创见，而是要回归最基本的原理和方法。事实与价值二分法就是一把解读知识产权法的逻辑与构造的钥匙，其哲学内涵是，事实与价值之间不存在逻辑推理之必然，价值不是对事实的描述，而是对事实的评价与取舍，如何评价与取舍，完全依赖人的主观意愿和经验直觉。借此原理和方法，会发现知识产权法中的一些伪命题，如重叠保护、署名权的转让、知识的公共性等皆源于将事实与价值相混淆之谬误。创设什么样的权利，创设多大的权利均属于价值判断问题，事实之自然属性并不影响私权之构建。

知识产权法研究中之所以存在诸多将事实与价值相混淆之谬误，一个主要根源在于人们没能对知识产权对象这一基本事实有透彻清晰的认识。例如，有人认为同一对象可以获得多种知识产权保护，且这是权利非理性扩张的表现。这一错误便在于没能认识到不同类型的知识产权之对象虽形态相似，却有着显著差异。又比如，有人认为商标合理使用是存在的，且是对私权的正当限制，这同样是没能真正理解何为商标而导致的谬见。商标是指示特定商

品的标记,如果没有指示该商品,而是另有所指,则不构成商标意义上的使用,连用都没用,何来合理使用?申言之,之所以不能清晰把握知识产权对象这一基本事实,是因为它自身的“非实体性”不符合人类具象思维之惯习,但这并不表示它不能被科学认知并加以表述。近代以来的信息论、语言学及符号学均对其做了翔实细致的探究,知识产权法学者理应吸纳这些丰硕的研究成果,避免因事实认识不清而得出错误的法理命题。与此同时,只有充分认识到不同类型的知识产权对象之间的共性与差异,我们才能对知识产权法内在体系构建之逻辑加以理解与把握,而知识产权作为一个独立自治的法律概念也才得以证成。

基于事实与价值二分法,我们还应认识到,即使知识产权法的事实范畴(如权利对象)存在特别之处,知识产权法的价值范畴也并不由此变得特别。相反,在利益衡量的价值层面,知识产权法毫无特殊性可言,法理中通用的直觉判断、经济分析及解释技艺均适用于知识产权法中的价值命题。这恰恰说明了知识产权法的私法属性,它既不是科技法也不是公法,而是与其他民事立法一样,调整的是平等主体之间的人身关系与财产关系。但在法律规范的建构过程中,立法者为了更好地说服他人,简化论证上的烦琐,常常借助自然法、拟制、隐喻等修辞术,把价值命题说成事实命题。而一些研究者没能发现其中的微妙,对此修辞信以为真,从而导出知识产权法的价值命题有其特殊性,不能运用民法之一般原理加以合理解释之错误结论,并把这一特殊性归咎于知识产权法事实范畴的特殊性,诸如思想不能被垄断是因为它是抽象之存在、权利冲突可以发生在两种不同类型的知识产权对象之间、作者身份是发明的而不是固有的等。

区分事实描述与价值判断,也有助于我们重新看待知识产权的正当性问题。一直以来,知识产权都被视为将本属于公有领域的知识交由私人控制而备受批判。但知识本身并不具有公共性,通过控制知识之利用从而促进知识之生产才是知识产权之旨意。实际上,以私权激励知识生产的后果并不是知识变得更少了,而是知识的爆炸,信息的过剩。信息的本质在于差异,强调知识产权就是强调差异,其后果不是无信息而选,而是信息太多我们不知道

该选哪个。知识产权带给我们精彩纷呈的“知识”，却没有教会我们化繁为简的“智慧”，其伦理要害也正在于此。

价值取决于情境，而情境是变化的。包括知识产权法在内的任一法律部门都不可能只保护其中一种价值。多元且冲突之价值隐藏在不同规范之中，法官在裁判案件时，总是先作价值判断而后才寻找法条来支持该判断，有时不得不创造新的规范。因此，体系不是万能的，它不是法律的全部。制度是为了包容不同价值而存在的，不是概念体系决定了制度选择，而是制度选择决定了这些概念的构造。

目 录

导 言	1
第一章 事实与价值二分：一种方法的引入	7
第一节 事实与价值二分的哲学由来	7
第二节 事实与价值二分的法学演绎	15
第三节 司法三段论：法律推理的逻辑	20
第四节 被剪裁的事实：法的第二性原理	26
第二章 知识产权对象：一个基本事实问题	34
第一节 学问之用：探讨权利对象的意义	34
第二节 名分之辩：取“对象”而舍“客体”	37
一、对象与客体之大不同	37
二、财产不是物而是观念	44
第三节 本体之思：知识产权对象是什么	51
一、智力成果说	52
二、信息说	55
三、知识说	60
四、符号说	62
五、统一之可能	65
第四节 属性之察：知识产权对象的特征	68
一、非实体性	69
二、可复制性	71
三、意义与边界的不确定性	77

四、对“公共性”或“稀缺性”之批判	81
第三章 符号功能：区分知识产权对象的依据	83
第一节 知识产权类型化不足问题	83
第二节 符号功能：区分知识产权的内在机理	85
一、作品：符号的认知功能和审美功能	87
二、技术方案：符号的构造功能和实用功能	88
三、商业标志：符号的指代功能和区分功能	90
四、外观设计：符号的表彰功能和广告功能	97
第三节 重叠保护：逻辑混淆的假命题	102
第四节 权利冲突：事实问题还是价值问题	107
第四章 创造性：从事实描述到价值取舍	113
第一节 差异：创造的事实前提	113
第二节 模仿与创造：对立与统一	128
第三节 私权化：公共选择的结果	132
第四节 自然权利 v. 法定权利	137
第五章 作者人格权：本质的还是建构的	145
第一节 作者人格权的体系之谜	145
第二节 署名权转让：法律的模糊地带	148
第三节 权利建构：对心理偏好的遵从	153
第四节 拟制：将法人“视为”作者	160
第六章 思想/表达二分法：法律中的修辞	167
第一节 被误读的“思想/表达二分法”	167
第二节 “思想”不受保护的经济理性	176
第三节 修辞：法官的说服技巧	180
第四节 经验地理解法官	184
结 语	190
参考文献	197
致 谢	212