

## 知识产权类型化不足与司法困境

### 摘要

在法学方法论意义上，类型化是指以事物的共同意义为核心，将具有共同外部特征的事物归为一类并形成规范类型。通过规范类型与社会生活事实的对比，将具有相似特征和意义的事实归类于该规范类型，并受同一规制。类型化思维相对于概念思维的僵化性、封闭性，具有开放性。在立法和司法中，类型化思维有着重要意义。

由于知识产权法发展的历史过程中体系化不足，以及在经济全球化背景下，知识产权国际协调中强势利益集团的作用所导致的学术理性的匮乏，知识产权法存在着严重的类型化不足问题。这一问题直接导致了两方面的司法困境：一是在司法实践中存在着知识产权法定主义和自然权利主义两种司法理念的对立；二是由于知识产权类型化不足，司法中类推适用方法缺失，法官往往倾向于通过对法律原则的滥用来解决案件。

解决这样的司法困境，知识产权法研究应向民法回归，借鉴民法理论，特别是民法方法论理论，在理论和立法上完善知识产权类型。同时，

在民法整体视野下，建立知识产权请求权和针对不法行为的债权请求权（包括侵害知识性利益的债权请求权）制度，并通过和周边民法制度配合，达到既对知识产权及应受保护的知识性利益周密保护，又不随意扩张知识产权客体或权能之目的。

关键词：知识产权类型化，知识产权法定主义，知识产权自然权利主义，类推适用，侵害知识性利益的不法行为请求权

**THE INSUFFICIENCY OF TYPOLOGY IN  
INTELLECTURE PROPERTY RIGHTS AND THE  
DILEMMA IN JUSTICE**

**ABSTRACT**

Typology refers to a method by which different things will be treated as criterion type according to their common meaning and external character. By comparing the facts in social life with the criterion type, those facts which have the same meaning and external character shall be included in such criterion type and be governed by the same rules. The typological thinking has the character of no-limitation comparing with the character of conception thinking. Typological thinking has important functions in legislation and justice.

In intellectual property rights, the insufficiency of typology is a serious problem caused by the insufficiency of systematism during the history of intellectual property rights and the lack of sense in academic

research effected by powerful interested group in international cooperation , which leads to two dilemmas in justice: firstly, there is a contradiction between the statutory principle and the natural rights principle; secondly, China courts tend to abuse the principle to judge the cases because of the lack of justice method: the application of analogy.

To solve these dilemmas and to achieve the aims of protecting the intellectual property rights and the intellectual property interests without extending the objects and contents, the academic research of intellectual property law should return to methodology of civil law. The intellectual property rights claim and the claim of infringing the intellectual property interests should be formulated, and the cooperation of related civil law system should be emphasized, under the integrity view of civil law.

**KEY WORDS:** the typology of intellectual property rights, the statutory principle, the natural rights principle, the claim to infringing the intellectual property interests

# 上海交通大学

## 学位论文原创性声明

本人郑重声明：所呈交的学位论文，是本人在导师的指导下，独立进行研究工作所取得的成果。除文中已经注明引用的内容外，本论文不包含任何其他个人或集体已经发表或撰写过的作品成果。对本文的研究做出重要贡献的个人和集体，均已在文中以明确方式标明。本人完全意识到本声明的法律结果由本人承担。

学位论文作者签名：融天明

日期：2007 年 12 月 29 日

# 上海交通大学

## 学位论文版权使用授权书

本学位论文作者完全了解学校有关保留、使用学位论文的规定，同意学校保留并向国家有关部门或机构送交论文的复印件和电子版，允许论文被查阅和借阅。本人授权上海交通大学可以将本学位论文的全部或部分内容编入有关数据库进行检索，可以采用影印、缩印或扫描等复制手段保存和汇编本学位论文。

**保密**，在\_\_\_年解密后适用本授权书。

本学位论文属于

**不保密**。

(请在以上方框内打“ ”)

学位论文作者签名：融天明

指导教师签名：寿步

日期：2007年12月29日

日期：2007年12月29日

## 第一章 类型与类型化思维

类型,不论是在日常生活中,还是在学术研究中,是使用频率较高的一个词汇。在日常生活中,例如我们会说,这是“典型”的川菜;或者说,这是新“型”的汽车;此时,我们已经有意或无意识地使用了“类型”这个概念。但是,这并不意味着我们对“类型”这个词的含义有清晰的认识。尤其当从方法论的观点分析这个词在法学研究中使用情况时,我们会发现,尽管“在作为专门术语的使用上,类型则几乎已变成为各学科领域内的中心概念……甚至在比较法领域,几乎成了时髦的流行语”,<sup>1</sup>但是,这种使用很多仅仅在分类的意义上使用它;很多具体法律制度的研究文章提到了“类型化”问题,关于知识产权也有文章注意到了知识产权“类型化不足”问题,然而,仔细研读,不难发现,这些文章也仅仅从分类的角度界定类型,并没有注意到,作为一种方法论,类型有着更深刻的内涵和意义。所以,从方法论的角度,并以此作为分析工具对知识产权具体法律制度和司法实践进行考察,也许会给我们带来一些有益的启示。<sup>2</sup>

### 第一节 方法论意义上类型的涵义和特征

类型一词源自古希腊词 *typos*。原意指单纯的击打、锤击,后来又指因击打所造成的结果:如硬币、印章的铸刻、痕迹、标记,最后则根本指锤击金属或雕刻石头所做成的艺术品:如雕(铸、塑)像、图像。到了中世纪,在柏拉图与亚里士多德哲学体系的影响下,“类型”一词具有了哲学方法论的意义,柏拉图使用的“类型”(typos)一词,意旨事物或存在本质的概括表现,也就是其理念理论中的“理念”;而亚里斯多德则用这个词表示其本质论中的“形相”。所以,在亚里斯多

<sup>1</sup> 吴从周:《论法学上“类型”思维》,载《法理学论丛——纪念杨日然教授学术论文集》,台湾月旦出版社1997年版,第294页。

<sup>2</sup> 关于类型和类型化思维的理论是十分复杂的,限于主题和篇幅,本文对此只做简单介绍,详细了解可参考[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2005年版;林立:《法学方法论与德沃金》,中国政法大学出版社2002年版;[德]亚图·考夫曼:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版;吴从周:《论法学上之类型化思维》,载《法理学论丛——纪念杨日然教授学术论文集》,台湾月旦出版社1997年版等著作。

德和柏拉图类型思想影响下，类型不仅表示多数个别（特殊）对象的典范，而且也表示多数现象所共同拥有的基本形式。这两种意义至今仍是类型一词的主要含义，在百科全书中对类型的解释便是“典范”与“基本形式”。<sup>3</sup>

从本质上而言，类型仍是一个由重复出现的个体所抽象出的普遍的思维产物。由此我们马上会想到同样在日常生活和学术研究中熟知并习惯加以运用的抽象概念，它同样是事物的普遍形式，同样是思维的产物，那么类型和抽象概念有何不同呢？要从方法论意义上对类型本质意义以及特征的把握上，我们只有通过于抽象概念的比较才能达到。

### 一、类型具有不可定义性

抽象概念是通过穷尽地列举所欲描述之对象的特征的方式来进行定义。<sup>4</sup>例如，某事物具有 a, b, c, 于是我们将 a, b, c 抽出来做如此定义：一切 X, 而且只有 X 具有 a, b, c 三项特征。于是，这里的 X 便成为抽象概念，可以指称世上一切具有 a, b, c 三项特征之物；而一切可称之为 X 之物者都具有 a, b, c 三项特征。

但是，类型却不同，它不能被定义，只能被描述，类型的核心意义并非由固定必要特征所组成。类型是在虽拥有一个“意义”，但却容许形形色色的特征组合，即形形色色的特征组合都可能呈现出这种意义，所以对“类型”无法采用定义、无法列举出（物理）特征项目之相同。而仅能是诉诸一种“整体性的关照”，在这种关照下，“直觉”到一事物整体所显现的图像是“已经足以算是具有”某种意义，因而评价判定其属于某一类型，所以类型是“一种须以整体性的方式被认知理解的普遍事物”。<sup>5</sup>

### 二、类型具有开放性

如上例，事物 X 具有 a, b, c, 才能称之为 X；而 X 亦只能具有 a, b, c 三项特征。所以，抽象概念是一个单一的、封闭体系。而类型是一个开放的体系。类型的开放性是指某一个别类型之特征具有可舍弃之特性，并非绝对不可欠缺。而这一特征系以类型之层级性为基础。类型的开放性表现在三个方面：第一，从类型作为特征之有机组合来看，类型的层级性，使得各种特征的组合形态可能出现。因此，

<sup>3</sup> 以上参见吴从周：《论法学上“类型”思维》，载《法理学论丛——纪念杨日然教授学术论文集》，台湾月旦出版社 1997 年版，第 299—301 页。

<sup>4</sup> 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 39 页。

<sup>5</sup> 林立：《法学方法论与德沃金》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 131 页。



类型并非由固定特征综合所形成，相反，它是一种具有弹性的特征之有机组合。第二，从对象范围来看，被归列于类型的对象不仅相互连接，而且相互流动。因此，一种类型相较于其它类型，界限是暂时的、相对的。通过不同的重点强调和特征的变化，一种类型便转化为另一种类型，类型间就具有了流动性和过渡性。类型间的过渡是流动的，学说上都以类型间的“流动过渡”来形容这种现象。通过“流动过渡”形成一种次序排列状态，一种由不同的混合形态或中间形态构成的类型序列，因此类型又被称为如上所述的具有层级性的次序概念。第三，从具体对象的归类程序来看，某一对象是否应归类于某一类型中，并非根据该对象是否含了所有无法放弃的特征来加以决定，而是取决于是否被视为典型的重要特征以某种数目与强度存在，使得该对象在“整体上”符合类型的外表图像。<sup>6</sup>

### 三、类型的“或多或少”的归类模式

如前所述，概念通过穷尽地列举其所有特征来加以严格地定义，每一个具体对象都必须充分满足这些特征，才能将该具体对象涵摄于该概念之下；因此，这些特征是“强制性的最低要求”。<sup>7</sup>换言之，具体对象或者可以涵摄到该概念之下，或者不可以，没有第三种选择的可能性，即要求该具体对象与概念之间具有同一性。

但是，类型与抽象概念不同，类型具有不同强度之层级性并通过这种层级性的特征把某一特性以或多或少的程度来归给某一对象，并籍由该在系争特征出现强度不同，形成一排序，以确定其他对象在该秩序中的地位。因此，类型要求的不是以具备所有特征为前提的严格的涵摄，而是视具体对象具备该特征之多少的程度来判断其是否符合该类型之直观的整体面貌，以将其归入该类型之中。也就是说，这是一种比较的程度关系，有无数的第三种可能。它要求的是对象与类型特征之间具有大致相同的类似性。

### 四、类型的直观性

恩吉施指出，现代关于类型的所有见解，以及所有将类型与一般概念相对立看待的想法，都是以这样的想法为基础的，即“类型或者以此种方式，或者以彼种方

<sup>6</sup> 吴从周：《论法学上“类型”思维》，载《法理学论丛——纪念杨日然教授学术论文集》，台湾月旦出版社 1997 年版，第 321 页。

<sup>7</sup> 吴从周：《论法学上“类型”思维》，载《法理学论丛——纪念杨日然教授学术论文集》，台湾月旦出版社 1997 年版，第 328 页。

式，或者同时以此种及彼种方式，较概念为具体”。<sup>8</sup>在概念思考中，这些特征被确定为孤立的要素，通过对这些要素的筛选，并一再地放弃某些要素，从而构建出愈来愈一般的概念。类型的建构从本质上看也是一个抽象过程，正是这个过程将类型提升为较高的类型作为上位类型，并掌握下位类型的共同点。但两者不同在于，概念在抽象过程中逐渐远离了直观性，类型建构的抽象作用仍将类型坚持在直观的范围。它将内容丰富的特征组合一个直观而普遍的图象，对类型的理解只能在直观的观念的形态中发生。类型的直观性是从类型的个别特征之间相互联结而构成一个有意义的统一的整体图像的角度上理解的。

## 五、类型的意义性

由类型的开放性可知，类型并不具有固定的、绝对必要的或者不可放弃的特征，而是不同特征的弹性组合，其中某个特征可能完全欠缺时，那么什么是联结类型作为不同特征组合的因素？由类型的层级性可知，不同类型之间具有“流动过渡”情况，那么，是什么界定了这些类型对象的范围？而由类型的整体性可知，我们是以整体的方式来直观地感受类型的存在，那么是什么建构了类型的“整体面貌”，使得某一事物或现象被终局地决定归类于该类型？对这些问题，许多学者的回答是：建构类型的因素是某种重要性观点或评价性观点。在判断某一或多或少具有类型特征的现象是否应归类于该类型时，就取决于在建构该类型的评价观点之下，二者是否同类或是否具有类似性。Leenen 进一步指出，法律类型系由总括法律上“有同等意义的”现象构建而成。<sup>9</sup>

由此可知，类型的“意义性”是指：考虑到作为构建因素的重要性或评价观点，以连接具同等意义性之事物的特性。<sup>10</sup>类型这种意义性特征，在法学上具有无与伦比的重要性。在判断某一或多或少具有类型之特征的现象是否应归属于该类型时，就取决于两者是否在构建该类型的评价观点之下，两者是否具有同类或类似性。

当然，法律概念也是“应目的而生”，<sup>11</sup>并且负载某种评价。但这和类型的意义性有所不同。Leenen 认为，类型是以“评价观点”为其建构因素，概念却以“评价观点”来表达该概念特征的语言符号的“可能的意义范围”为其建构因素。也就是

<sup>8</sup> [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2005 年版，第 345 页。

<sup>9</sup> 吴从周：《论法学上“类型”思维》，载《法理学论丛——纪念杨日然教授学术论文集》，台湾月旦出版社 1997 年版，第 323 页。

<sup>10</sup> 吴从周：《论法学上“类型”思维》，载《法理学论丛——纪念杨日然教授学术论文集》，台湾月旦出版社 1997 年版，第 323 页。

<sup>11</sup> 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 45 页。

说，虽然概念特征是在评价观点之下被挑选出来的，然而，概念在对具体的对象进行涵摄时，并不考虑这一评价观点，概念特征的存在就已经代表了评价观点的存在。所以，概念的适用有“诱引自价值剥离”之危险。<sup>12</sup>但类型在构建和归类时，这种“评价观点”却是始终如一地贯彻。

## 第二节 类型化思维的方法论意义

### 一、类型化思维的特点及其对概念思维缺陷的克服

建立在类型特征基础之上的类型思维和概念思维显有不同。所谓类型思维是指对贴近生活事实的研究对象予以归纳、抽象，将其共同性方面整构成一个类型或者对接近于一般法理念和非确定的法概念的研究对象进行具体化，使其丰满成一体性类型；并将具备或多或少这些特征的事物归类入这一类型，并受同样对待的思维方式。

与概念思维的僵化性、封闭性相比，类型思维具有开放性，因为它并不需要被归入该类型的具体事物具备类型的全部特征，构成类型的特征本身也是可变的，没有哪个特征是必不可少的。由于类型不要求其内涵与所指称客体的特征完全符合，它尽可能多地保留了事物的个别特征，所以类型较之抽象概念更接近于生活事实，同时又与具体的、个别的社会现象保持距离，从而使其具有相对的确定性。从这个意义上说，类型思维是一种归类思维模式，而概念思维是一种分类的思维方式。<sup>13</sup>与概念思维的抽象性相比，类型思维具有具体性，“与抽象概念相反，作为思考形式的类型之认识价值在于：其能够清楚显现——并维持彼此有意义地相互结合的——包含于类型中的丰盈的个别特征。‘事物的本质’正反映在丰盈的个别特征之中。”<sup>14</sup>

同时，类型化思维是以事物意义核心为导向，对事物外部特征进行比较的思维方式，而概念思维具有过度抽象化倾向。虽然概念抽象程度越高，对我们提纲挈领把握法的体系越有帮助，然而这些概念的抽象程度越高，内容就越空洞，概念所负担的价值越有被忽略、剥离的危险，所以，“为提纲挈领所付出的代价是：由——作为规整基础的——价值标准与法律原则所生意义脉络不复可见，而其正系理解规

<sup>12</sup> 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社2001年版，第60页。

<sup>13</sup> 参见李可：《类型化思维及其法学方法论意义——以传统法律思维为参照》，载《金陵法律评论》2003年秋季卷，第112页。

<sup>14</sup> [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2005年版，第347页。

整所必要者”<sup>15</sup>

## 二、类型化思维的法学方法论意义

类型化是人类思维的方式之一。如数学上的比例计算涉及的类似性数理计算，生物学上的同类属性体态的比较，物理学上类似实验模型的建立，地形学上地理形成类似性的研究，地质学上地质层结构类似态的探讨，语言学上类似语言、语法的探讨等，均具有重要地位。<sup>16</sup>在法律领域，类型化思维同样有着不容忽视的意义。

### （一）类型思维与立法

由于类型是连接抽象与具体的中间点，所以，在抽象的法律规范形成过程中，立法者考虑的不是过度空洞的法律理念，也不是过度繁复的生活事实，而是一幅类型的图像。基于此，考夫曼认为，立法者的任务便是去描述各种类型。透过类型，立法者将法律理念中所内涵的价值转变成为制定法，藉以实现到具体生活中。<sup>17</sup>例如，如各种合同，每一种合同都是一种类型。以买卖合同为例，有即时买卖、非即时买卖、分期付款买卖以及进一步发展形成的访问买卖、样品买卖、租卖、期货买卖、网上购物等，总体上均属于买卖合同类型，但不同种类的买卖又各有不同特征，即使同类型的买卖，某一具体合同关系也各有不同的特征，但因其主要特征相同，在立法上均归为一个类型，而买卖合同的一般规定，对于今后出现的新种类的买卖合同仍可适用。

但是，如前所述，类型具有开放性，所以在制定成文法时，企图将类型特征完全而详尽地描述出来，在法律条文的有限性制约下，我们在立法技术上不可能如此精确掌握该类型的程度。加上法律安定性的要求，为使法律具有明确性和可预测性，在立法的外观形式上我们必须借助具有明确性、封闭性的抽象的逻辑概念来形成构成要件。在立法上，采取的“类型概念化”方式。但无论如何，如拉伦茨所指出的那样，“事实上，法律概念性规定的后面，经常还是类型。”<sup>18</sup>

### （二）类型思维与司法

如上所述，类型借助抽象概念的形式体现在法律规范之中，但完全将类型概念化的立法目标不可能达到。因此，司法者在具体的法律发现，即适用法律时便不断

<sup>15</sup> [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2005年版，第332页。

<sup>16</sup> 参见黄建辉：《法律阐释论》，新学林出版股份有限公司2005年版，第28页；转引自刘土国：《类型化与民法解释》，载《法学研究》2006年第6期，第11页。

<sup>17</sup> 参见吴从周：《论法学上“类型”思维》，载《法理学论丛——纪念杨日然教授学术论文集》，台湾月旦出版社1997年版，第323页。

<sup>18</sup> [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2005年版，第182页。

地去探求隐藏在制定法（也就是抽象的法律概念）背后的类型，去回溯到作为制定法基础的模范观念，根据该类型来做解释，而不应拘泥于抽象概念的文字表面上。这就是类型和类型思维在司法上重要的方法论意义。

在司法中，类型化思维与概念思维有显著的不同。18世纪概念法学把法律推理看成逻辑三段论的运用，即法律规定被视为大前提，某一案件事实被视为小前提，法院判决或某一法律问题的解决方案被视为结论。这种法律适用中的推理模式可以刻画为：

T R(具备 T 构成要件适用 R 法律效果)

S=T(待决案件事实符合 T 构成要件)

S R(该待决案件事实适用 R 法律效果)

类推适用不同于这种形式逻辑推理，它是在类型的逻辑特征基础上进行的推理。在类型思维之下，传统的司法三段论大前提被看作了对特定类型行为及其处理类型的规范陈述，司法三段论推理的小前提被视为是对案件事实行为的类型归类，行为类型在司法三段论推理中具有中介的意义。法律适用过程实质就是将生活事实类型化并将其归类于规范类型中的司法归类活动。这种司法中的归类就是对所确认的案件事实进行法律意义上的评价，舍弃其中不具有法律意义的特征，对其中具有法律意义的特征加以抽象和概括，并使之类型化，从而使其于法律规范中被假定（预见到）的法律构成要件具有可比性，最后将已确认的案件事实归属到某一特定的法律构成要件中去。

以类型化理论为基础的类推适用不同于一般法学上的类推。一般法学上的类推适用指一种将两件事实相比较，其中一件是可以毫无疑问地归属于法定构成要件之下的事实，另一件事实则似乎没有被规范，假使两者之间有充分的类似性，则后者在法律效果上与前者作相同处理。这两件事实关系的“类似性”便正当化其效果的相同处理，即是法学上一般类推。相反，考夫曼所说的“法学上的类推思考”所指的并非两件事实关系的比较，而是案件事实与规范的构成要件之间的比较，他关心的是：规范所意指的意义内容与案件所表现的意义内涵是否一致。类推是一种价值取向的思考方式。这种类推思维关键之处，在于比较点，或者说相似性的确定，即考夫曼所说的“规范所意指的意义内容与案件所表现的意义内涵是否一致。”<sup>19</sup>关于这个问题，在下文将会结合具体知识产权案例进一步论述。

<sup>19</sup> 参见[德]亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，台湾学林文化事业有限公司1996年版，第19页。

## 第二章 知识产权类型化之现状

### 第一节 类型化思维与知识产权类型化

#### 一、类型化思维对知识产权法的意义

作为一种重要的法学分析和司法思维的工具，类型和类型化思维已经在法学的其他学科中发挥了重要作用并成功地得到运用。例如，有学者指出，刑法学体系在类型化标准的规整下变得条理谨然，面目一新；<sup>20</sup>在侵权行为法研究中，杨立新教授在构思我国《民法典·侵权行为法》的立法模式时提出，制定我国的侵权行为法要将一般化立法和类型化立法相结合。<sup>21</sup>但类型思维在知识产权领域中的运用，包括研究、立法、司法中，都未受到应有的重视。

类型化有利于对知识产权具体制度进行规整。传统知识产权法中，基本类型化已经比较成熟，形成了著作权、专利权、商标权三大类型，但是，经过科技发展的冲击，当我们审视知识产权法体系时，却失望地发现，目前的知识产权法正面临着如伯尔曼对 20 世纪的法律描述的境地，“越来越不被看作一个连贯一致的整体、一个体系和一个法令大全了，而越来越被视为一盘大杂烩。一大堆只是由共同的‘技术’连接起来的支离破碎的特殊判决和彼此冲突的规则。”<sup>22</sup>而运用类型化思维对知识产权制度进行规整，是改变这一状况的良好进路。

在所有的法律部门中，知识产权法是和科学技术联系最紧密的部门，也是制度变迁最快的部门。所以，在知识产权法中构建相对稳定的概念体系是十分困难的，且不说面对日新月异的客体扩张，在理论是是否能提炼出一个概念体系，即使有这样一个概念体系，其封闭性和僵化性也会导致其在适用中捉襟见肘。而类型的开放性和类型思维的归类性，可以使社会生活中的事实通过归类于规范类型而受到调整，从而使法律的稳定性和社会生活的变化性得到统一。

类型化以事物意义为核心，在知识产权类型化的过程中，这一点有助于完善知识产权法的价值体系。在司法实践中，由于对知识产权价值体系不足或对其意义缺

<sup>20</sup> 参见张文、杜宇：《刑法视域中“类型化”方法的初步考察》，载《中外法学》，2000年第4期，第24页。

<sup>21</sup> 参见杨立新：《论侵权行为一般化和类型化及其我国侵权行为法立法模式的选择》，载《河南政法干部管理学院学报》，2003年1期，第1页。

<sup>22</sup> [美]哈罗德·J·伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方、高鸿钧等译，中国大百科全书出版社1993年版，第44页。

乏认识，从而出现了对知识产权重叠保护问题，而知识产权类型化可以有效解决这个问题。瑞士英特莱格公司诉可高（天津）玩具有限公司是知识产权重叠保护的典型案例。本案中，瑞士英特莱格公司拥有乐高产品的知识产权，并与1986年11月至1988年11月间获得我国专利局的六项外观设计专利权。1999年，英特莱格公司发现天津可高公司生产的玩具积木中，有一些积木块看起来和乐高的产品十分相似。英特莱格公司认为可高的117件玩具的设计是对其实用艺术品著作权的侵犯，从而向法院提起诉讼。北京市第一中级人民法院确认了英特莱格公司对33种乐高玩具的著作权，并确认天津乐高的产品与之有实质性相似，从而判天津乐高侵权。该案的核心问题是，英特莱格公司拥有的外观设计专利保护期结束后，对其是否享有实用艺术品著作权。

仅仅从外观设计和著作权特征而言，某一作品既可以归类于外观设计专利权客体，亦可以归类于著作权客体，这取决于意义指向。当该作品用于工业或商业用途时，应归类于外观设计专利；当该作品在人类的精神生活中发挥作用时，应受著作权保护。<sup>23</sup>依类型化意义为出发点，不难看出，本案中玩具产品使用于工业领域，并已经获得可外观设计的保护，对此再要求著作权保护，已经违背了类型化之意义。

知识产权类型化的完善，不仅对于解决实践中知识产权重叠保护问题有意义，而且可以缓和司法理念冲突；同时，类型化思维指导下的类推适用亦可以丰富司法技术，这两点也是本文讨论重点。

## 二、知识产权类型化的涵义

在知识产权法体系化研究中，在本来就不多的研究成果中，研究者基本上就概念、原则和规范的体系化问题进行了探讨，几乎没有学者自觉地运用类型理论，对知识产权类型化问题进行研究；即使涉及到类型问题，也只将类型作为一种分类的手段，认为，“人们对知识产权外延的一致认同，可以解释为‘知识产权已经形成了稳定的类型’……知识产权类型化是具有法律意义的归类……”<sup>24</sup>且不说目前对知识产权的外延是不是达到了一致认同的程度，这种认为类型仅仅具有“分类”（尽管文中使用的用语是“归类”）意义的看法，显然是对类型理论的浅层次的看法。

根据在本文第一章介绍的类型化思维理论，笔者将知识产权类型化的涵义作以下表述：以知识产权法的意义或价值为核心，依据知识产权的客体或权利的特征，

<sup>23</sup> 当然，在著作权保护客体中也有工业领域的客体，如我国著作权法第3条第7款和第8款所指的客体。但这只是例外，而且这些客体无法获得外观设计或在其他法律框架中获得保护。将其归类于著作权客体，实质是从其外部特征进行的“归类”。

<sup>24</sup> 参见李琛：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社2005年版，第125—126页。

将具有某些特征的客体或者权利归为一类，并形成规范类型；并将具体行为类型的特征和规范类型从外观特征和意义上进行比较，从而决定是否将该行为类型归入规范类型，从而依据该规范类型的处理方式进行处理。知识产权类型化的内容包括以下两个方面，一是权利类型的类型化，二是客体的类型化。从知识产权类型化方式而言，也包括两个方面，一是立法上的类型化，二是司法中的类型化问题。

### 三、知识产权类型化一般现状

从知识产权权利类型的类型化来看，知识产权法是直到 19 世纪中叶才作为一个独立的法律领域而出现的，在此之前并没有就该法律应当如何以何种方式组织起来的问题达成任何共识，前现代知识产权法则倾向于按照具体的对象来规定人和动物外形的雕塑以及棉布、亚麻布、平纹细布和白棉布的外观设计，并对个人实施某些行为授予独占性特权。<sup>25</sup>随着智力劳动成为这些具体的、个别的权利的“公约数”，知识产权法借助这个一般性的概念对其范围进行了限制，并将知识产权权利类型的范围逐渐固定到著作权、专利权、商标权三大类型上。这个过程，实际上就是一个类型化的过程。因为，“当一种新的情况要把财产权保护扩张至一个新的对象时，它一般是通过与先前存在的保护模式进行类比而做到的。更具体地说，这是通过显示新的对象与那些已经获得保护的客体之间具有相似的特征而完成的。”<sup>26</sup>类型化过程是一个开放的过程，所以，目前知识产权权利类型是否已经终结了在新技术时代出现新的知识产权权利的类型可能性从而使知识产权法呈现出封闭性是值得怀疑的。

知识产权权能的类型化也是权利类型化应有之义。但是，相对于权利类型的类型化的相对完善，权能类型化不足显得尤为突出，我们甚至无法把握某些权能的特征。知识产权法中类型化不足的显著一个例子就是知识产权中的“使用权”问题。在物权法中，使用权是所有权的权能之一。但是物的使用方式是由物的自然属性决定，法律并不关心物的具体使用方式，对各种具体的使用形态给予忽略，例如，对于一个苹果而言，所有权人可以将苹果吃掉，也可以榨汁或做馅饼。但是，由于在知识产权法中，权利的客体并没有直观的物理属性，所以，对于著作权、商标权、专利权中的使用权，立法上总是尽量将具体的使用形态给予列举。例如。著作权法中的复制、发行、传播、表演等等；专利法中的制造、销售、进口等；商标法中的

<sup>25</sup> 参见[澳]布拉德·谢尔曼、[英]莱昂内尔·本特利：《现代知识产权法的演进——1760—1911 英国的历程》，金海军译，北京大学出版社 2006 年版，第 20 页。

<sup>26</sup> [澳]布拉德·谢尔曼、[英]莱昂内尔·本特利：《现代知识产权法的演进——1760—1911 英国的历程》，金海军译，北京大学出版社 2006 年版，第 21 页。



“在特定的商品或服务上使用特定的商标”。从立法的角度看，对这些使用形态进行具体列举并类型化，减轻了在司法中的思维负担，但是，对于“使用权”却缺乏类型化的手段，所以，在物权法中，“使用权”这一类型化结果，使其有足够的弹性，当对物在事实上的利用增加了新的方式时，不会引起什么争议。但是，在知识产权法中，由于对“使用权”的类型化不足，当在知识产权的客体上多了一种被利用的方式时，该利用是否为法律上的“使用”，又会成为问题，在立法确定网络传播权之前，就作品网络传播问题产生的争论和对立，就是一个明显的例子。

就知识产权客体类型化而言，“知识产权的权利对象具有非直观性，使得制度的构建缺乏可以用感官直接获得的描摹素材，从而使思维的抽象愈加困难。”<sup>27</sup>这使得对知识产权客体进行类型化更加具有必要性。但是，恰恰是这一点，在知识产权立法和研究中存在严重不足，对一些案件的争议频频发生。

以著作权法中的作品为例，在著作权法第3条列举了种种受保护的作品形式，但是，在社会生活是不断发展的，运用列举的方法，显然不能够穷尽不断涌现出来的新的作品类型；于是在《著作权法实施条例》第2条中规定，著作权法所称作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。从方法论上而言，这是一种类型化方法的运用，为“可版权性”的作品类型设定了两个要件：一是独创性，二是可复制。但是，问题在于，运用“独创性”这样一个抽象概念来描述“作品”，只能引起更大的争议，因为何谓“独创性”本身就是一个需要界定的问题。在“以商业版权说”为其法哲学基础的英美法系国家较为注重对著作权人财产利益的保护，同时也十分注意通过刺激人们对作品创作的投资来促进新作品的产生和传播。在这种思想指导下，在英美法中，“独创性”的标准较为简单，只要作品符合法定的作品种类，并且由权利主张者创作完成，其受著作权保护就不应该存在任何障碍（美国法对独创性的要求是：（1）作品应当是作者独立完成；还有（2）作品应当具有最低限度的创造性）。但在大陆法系国家，以人格价值观作为其立法的哲学基础，因而大陆法系国家的著作权法更加作者的精神权利，例如，在德国的学说中认为创造性应包括以下特征：一，必须有产生作品的创造性劳动；二，作品中应体现人的智力，思想情感必须通过作品传达出来；三，作品应体现作者的个性，打上作者个性智力的烙印；四，作品应具有一定的创作高度，这是著作权保护的下限。<sup>28</sup>但是在我国，这个问题却缺乏类型化的标准，以至于有学者认为，“在中国版权制度中，独创性是一个模糊的概念……在版权司法中，这

<sup>27</sup> 李琛：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社2005年版，第70页。

<sup>28</sup> 参见吴汉东、胡开忠等：《知识产权基本问题研究》，中国人民大学出版社2004年版，第196页。

个问题表现为法院在确定版权作品和判定版权侵权时的盲目性和任意性。”<sup>29</sup>

从根本上而言，知识产权权利类型取决于权利客体，但是在现代背景下，越来越多的知识性客体企图跻身于知识产权法，给知识产权客体类型化带来了困难。而知识产权在各个领域的扩张在不断动摇这其固有领域的原则和价值。同时在经济全球化背景下，知识产权法中鼓励创造的基本原则和价值也受到了严重挑战，各种利益群体的博弈使知识产权的价值体系呈现出前所未有的迷茫状态，这进一步加剧了知识产权客体类型化的困难。

## 第二节 知识产权客体类型化的困难

### 一、知识产权客体概观

法律客体的扩张是法律发展过程中一个总的趋势。专利权、著作权、商标权是传统知识产权三大分支。早期的专利制度，其专利权的客体仅限于产品专利，随着科技、经济和文化的进步，发明专利的客体由产品发明扩展到方法发明，由少数领域的产品发明拓展到植物新品种、食品、饮料、化学物质等新领域并呈逐步扩展趋势；而商标权的保护范围不仅仅局限于注册商标，也扩展到原产地标志、商品装潢、域名；著作权的客体也不仅仅局限于传统的作品，计算机软件、数据库也被纳入其保护范围之内。但是，发生变化的不仅仅是这三大分支的内部扩展，在知识产权制度的发展过程中，经过多次的国际协调和多种利益的博弈，知识产权的客体已经膨胀到远非这三大分支所能容纳的地步。

1967年，在斯德哥尔摩的外交会议上，缔结了《建立世界知识产权组织公约》，在该公约的第二条，划定了知识产权的范围，依据这一范围，知识产权的客体应包括以下方面：

- (1) 与文学、艺术及科学作品有关的权利，即版权。
- (2) 与表演艺术家的表演活动、与录音制品及广播有关的权利，即邻接权。
- (3) 与人类创造性活动的一切领域内的发明有关的权利。
- (4) 与科学发现有关的权利。
- (5) 与工业品外观设计有关的权利。
- (6) 与商品商标、服务商标、商号及其他商业标记有关的权利。
- (7) 与防止不正当竞争有关的权利。

<sup>29</sup> 刘春田：《著作权法实践中独创性判断》，载《著作权》，1994年第4期，第21页。

(8) 一切其他来自工业、科学及文学艺术领域的智力创造活动所产生的权利。

1994年4月,在马拉加什结束的结束关贸总协定乌拉圭回合的外交会议上,缔结了《建立世界贸易组织协定》,在世界贸易组织的文件中,有一份《于贸易有关的知识产权协定》,即Trips协议。该协议的第一部分第1条,划出了协议所包含的知识产权范围:

- (1) 版权与邻接权
- (2) 商标权
- (3) 地理标志权
- (4) 工业品外观设计权
- (5) 专利权
- (6) 集成电路布图设计(拓扑图)权
- (7) 未披露过的信息专用权

但是要注意的是,这个协议所涉及的知识产权既非人们通常理解的狭义的知识产权,也非WIPO所定义的广义知识产权,而是“根据国际贸易实践中的需要(更确切地说,是由某个或某些经济大国在对外贸易中保护本国利益的实际需要)而决定的”,<sup>30</sup>所以,广义的知识产权中的科学发现权、与民间文学有关的权利等以及狭义知识产权中的实用技术专利权,由于与国际贸易关系不大,所以在这个协议中被排除。<sup>31</sup>

目前最有争议的是如何对传统知识和遗传资源进行保护,是在现有的知识产权框架中寻找保护的方式,例如版权或专利权,还是在知识产权之外的其他权利寻找保护的途径,抑或是创设一种新的特殊权利(sui generis)。在这个问题上,发展中国家和发达国家有着巨大分歧。

西方大公司在全球范围内搜寻包括生物资源与文化资源,并在此基础上取得以专利权和著作权为核心的知识产权,以此向发展中国家输出其商业化产品。例如,美国好莱坞利用我国民间文学题材制作的动画片“花木兰”,在全球上映获得高达5亿美元的票房收入;澳大利亚利用植物Smokebush开发治疗Aids的药品,其可行性是以土著医药知识为理论基础;美国孟山都公司从中国野大豆中获得基因并用于大豆品种改良获得专利,向包括中国在内的种植者收取专利费……所有这些均使知识来源地的群体遭受不公平待遇的表现;在利益的冲击下,使发展中国家认识到传

<sup>30</sup> 郑成思:《知识产权法论》,法律出版社2003年版,第57页。

<sup>31</sup> 有研究者认为,WIPO文件和Trips协议比较来看,表明了随着知识产权制度的完善,人们对知识产权到底应该保护智力成果的哪些内容有了更加理性的认识(参见刘华:《知识产权制度的理性与绩效分析》,中国社会科学出版社2004年版,第50页);其实,这显然是一种不太正确的观点。

统知识和遗传资源日益彰显的巨大价值。于是，针对该资源的法律保护问题即凸显出来。

在我国学者中，建议将传统知识纳入知识产权的保护范围，大多持肯定意见。已故著名知识产权专家郑成思教授将此上升到国家知识产权的战略高度。郑成思教授认为，目前，中国在知识产权、特别是“自主知识产权”的拥有及利用上，从总体看不占优势，而生物多样性和传统知识，在中国都是长项，如果我们只是在发达国家推动下对他们的长项（专利、驰名商标等等）加强保护，对自己的长项则根本不保护，那么在国策上将是一个重大失误。<sup>32</sup>有学者指出了传统知识的可知识产权性在理论上的困难，但是却主张，知识产权作为开放性的法律制度，应当突破现有规范的某些局限，创制一种新的机制，以保护传统知识这类新的客体。<sup>33</sup>

关于遗传资源的保护，国际社会做出了重大努力。2003年，世界知识产权组织召开会议，提出《关于遗传资源和传统知识有关的公开要求问题的技术研究报告草案》，明确指出：“生物技术日益重要，与生物技术相关的发明和专利授权数量不断增加，由此可见，遗传资源及相关传统知识队某些生物技术发明具有潜在价值。”1992年《生物多样性公约》和2001年《粮食和农业植物遗传资源国际公约》提出“遗传资源权”和“农民权”两种保护形态，表明遗传资源法律框架的建构取得了一定进展。但是，上述权利具有何种属性，应归类于何种制度体系，国际上并未达成共识。

如果利益集团博弈的结果是将传统文化和遗传资源纳入知识产权保护体系，那么，这种扩张对于知识产权体系化来说，是不是理性扩张，是值得怀疑的，也就是说，学术上面临的问题是，这些庞杂的客体是否可以在知识产权基本价值和特征的整合下成为一个有机的体系。

## 二、客体类型化之努力

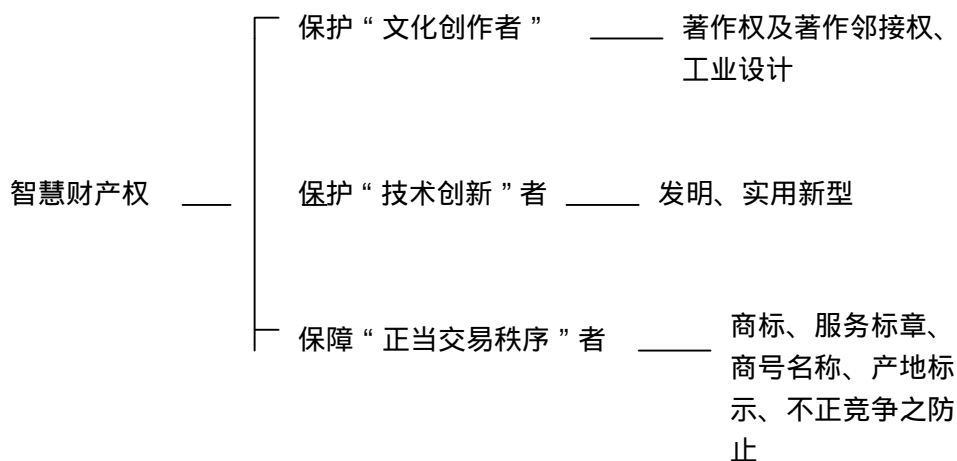
如果将WIPO文件和TRIPS协议所包含的知识产权客体范围和上面尚处于争议状态的传统知识和遗传资源聚合在一起作为知识产权客体的概貌的话，对这些客体的特征进行抽象和分类，是知识产权客体类型化的第一步。事实上，在知识产权国际立法中，这种努力早在签订《保护工业产权巴黎公约》时就开始了，该公约将知识产权分为版权和工业产权，试图以适用的领域为标准对知识产权作二分法的划分；国际保护工业产权协会1992年东京大会把知识产权分为创作性成果权利和知

<sup>32</sup> 管育鹰：《知识产权视野中的民间文艺保护》，法律出版社2005年版，序言部分。

<sup>33</sup> 参见古祖雪：《论传统知识的可知识产权性》，载《厦门大学学报（哲社版）》，2006年第2期。

别性标记权利两类；创作性成果权利包括：1 发明专利权；2 集成电路权，即拓扑图；3 植物新品种权；4 技术秘密权；5 工业品外观设计权；6 版权；7 软件权。识别性标记权利包括：1 商标权；2 商号权(或称厂商名称权)；3 其他与制止不正当竞争有关的识别性权利。

在学术研究上，亦有学者对知识产权客体类型化意义有正确认识并做出有益的尝试。谢铭洋教授指出，“类型化能帮助吾人对于法律概念之了解，并能提高法律适用上之正确性，进而有助于建立完整之法律体系。”在分析了传统的以“历史因素”为标准化之类型化之不足后，<sup>34</sup>谢铭洋教授提出了以法律之“规范目的”为标准的类型化方法。具体如下图：



其中，以保护“文化创作”为目的者，其共同特征之在于：所保护之对象均属文化面精神创作，其与人类之文化生活、文化发展有密切联系，法律亦因该类精神创作有助于促进人类文化之进步而赋予其权利之保护。保护“技术创新”为目的者共同特征在于所保护对象属于技术方面之精神创作。保护“正当交易秩序”为目的者之特征在于其所保护的对象与人类之精神创作无关，而是法律基于维护正当交易秩序之考虑，始给予保护。<sup>35</sup>

德国学者则依据保护标的不同将知识产权分为：一，技术成果获发明成果，包

<sup>34</sup> 谢铭洋教授认为，“这种分类方式之优点在于使吾人对于智慧财产权概念之形成能够有所认识，特别是对于何以一些与产业竞争秩序有关而与人类精神创作无关之保护事项亦被纳入智慧财产权之范围之内之原因，能够有所理解。”但是，“这种以历史因素为标准之类型化方式，不仅不能让吾人对于各种智慧财产权之特征与内容有进一步之了解，而且严格言之，这种分类方式在现今已经不适宜”。参见谢铭洋：《智慧财产权之概念与法律体系》，载刘春田主编：《中国知识产权评论》，第1卷，商务印书馆2002年版，第143页。

<sup>35</sup> 参见谢铭洋：《智慧财产权之概念与法律体系》，载刘春田主编：《中国知识产权评论》，第1卷，商务印书馆2002年版，第144—146页。

括专利权和实用新型权；二，美术——工商业成果，主要指外观设计权；三是个人智力创作成果，指著作权；四是广告成果，指商标权；企业法成果，指反不正当竞争法标的。<sup>36</sup>

上述的类型化思路是否科学虽值得商榷，却显示了这个问题的棘手与难度。于是，“知识产权法学面临着一个悬而未决的根本问题，知识产权的诸权利分支是否具有逻辑统一的可能性”。<sup>37</sup>知识产权类型化困难问题集中反映在其学科基础概念的巨大分歧上。目前为止，形成共识的知识产权的概念并没有形成，各种概念范式处于“竞争”状态。就笔者的总结，目前相互竞争的知识产权概念至少有下面几种：

(1) 知识产权是人们对其智力成果或智慧成果所享有的权利。世界知识产权组织出版的《知识产权阅读资料》认为：“知识产权广义而言，意味着智力活动在工业、科学、文学和艺术领域所产生的合法权利”<sup>38</sup>；这种观点深刻地影响着我国的学者，我国大部分知识产权教科书一般采用此观点。但是，这种观点，在解释商标如何为智力成果的时候，遇到了障碍而为很多学者所诟病。可以说，“商标权的出现，瓦解了智力劳动对知识产权的统一功能”<sup>39</sup>，但是，商标的非智力特征没有阻碍商标权在制度上与智力成果的统一，众所周知的是，至少在19世纪80年代，商标法已经被公认为知识产权法的组成部分。当然，也有学者不遗余力地维护这个观点，试图用“创造性”劳动成果来对智力成果进行阐述，认为创造性的劳动成果，是一种创造性的人类认识的表达方式，可以表现为某一种具体的作品或技术成果，也可以表现为事物之间创设某种联系的方案，前一种即著作权和专利权，后一种即商标权。<sup>40</sup>

(2) 知识产权是基于创造性智力成果和工商业标记依法产生的权利。这种概括，考虑到商标、地理标志等工商业标记在运用智力成果解释上的障碍，采取了两分法来表述。<sup>41</sup>但是，简单的两分法并不能解决问题，因为它既不能解决在创造性成果和标识性成果之上为二者找到一个共同的归宿，也不能解决后来出现的数据库、地理标志、遗传资源等即非创造性成果也非标志性成果的客体为何也纳入知识产权保护范围的问题。

(3) “知识产权是因知识发生的财产权，知识产权最恰当的描述方式，就是它

<sup>36</sup> 参见易继明：《知识产权法的观念：类型化及法律适用》，载《法学研究》2005年第3期，第118页，脚注28。

<sup>37</sup> 李琛：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社2005年版，第45页。

<sup>38</sup> 参见郭寿康主编：《知识产权法》，中共中央党校出版社2002年版，第5页。

<sup>39</sup> 李琛：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社2005年版，第59页。

<sup>40</sup> 参见阳平：《论侵害知识产权的民事责任》，中国人民大学出版社2005年版。

<sup>41</sup> 参见刘春田主编：《知识产权法》，中国人民大学出版社，第3页。

自己”，这种观点认为，知识产权的对象就是知识，知识的本质在于形式。<sup>42</sup>沿着这个思路，有学者进一步论证指出，仅用“形式”还不足以揭示知识产权对象作为人工物的特性，认为，作为知识的形式，是由符号构建的形式，从而揭示了形式构成的具体元素，即符号，而且也突出了作为知识产权对象的形式是人工形式，因为符号是人造物。<sup>43</sup>这个思路，似乎做到了从哲学上统一了知识产权的客体，但是，却无法转换为法律语言，即在立法上如何表述这个抽象的统一体。

(4) 知识产权是基于信息产生的权利，这种概括源自日本学者，他们把知识产权的客体称为“知识财产”，认为，所谓“知识财产，是指禁止不正当模仿所保护的信息”，<sup>44</sup>或者认为，“信息与知识产权具有同质性”。<sup>45</sup>这种概括有两种路径，一种认为，知识产权的保护对象是非物质的信息，<sup>46</sup>并给知识产权下如下定义：“知识产权是民事主体依据法律的规定享有的，支配其所有的蕴涵人的创造并具有商业价值的信息，享受其利益并排斥他人干涉的权利。”<sup>47</sup>另外一种认为知识产权的对象是知识，数据库、商标、地理标志等虽然并非主体智力建构的结果，只是主体一般性劳动的结晶，但它们在本质上是一种存在性的知识，<sup>48</sup>但是这种观点和第(3)中观点的区别在于，第三种观点认为知识的本质就是形式，并以此为逻辑起点论证知识产权的特征；而这种观点将知识的本质归结于信息，认为，“从信息产权角度来看，知识产权法保护的作品、发明等知识产品可以看作是信息的一种类型”，<sup>49</sup>试图构架一个信息产权的上位概念来统率信息成果，因为，“当冠之以‘知识’的面貌出现时，它极易导致人们认识上的意识形态化，认为只有与人类的知识活动有关、体现为人类某种智力上的信息成果时，它才能成其为知识产权的建构对象……因此，如果我们恪守‘知识产权这一概念范式的话，其结果必将使许多不体现创造性的信息客体失去规范依据和建构前提，从而使其不能承受引领信息社会之重’”<sup>50</sup>但是，这种观点受到来自主张观点(3)的学者的有力批判。他们指出，信息是客观存在，知识是人造创造“物”；信息是无限的，知识是有限的；信息是客观实在，无真假之分，而知识是认识产物，可以造假；信息不具有传递性，知识可以传递；并认为，

<sup>42</sup> 刘春田：《知识财产权解析》，载《中国社会科学》2003年第4期，第110页。

<sup>43</sup> 参见李琛：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社2005年版，第127页。

<sup>44</sup> [日]中山信弘：《多媒体与著作权》，张玉瑞译，专利文献出版社1997年版，转引自李琛：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社2005年版，第45页。

<sup>45</sup> [日]北川善太郎：《著作权市场的模式》，王福珍译，载《著作权》1999年第4期，转引自李琛：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社2005年版，第45页。

<sup>46</sup> 参见张玉敏：《知识产权的概念和法律特征》，载《现代法学》2001年第5期，第105页。

<sup>47</sup> 张玉敏主编：《知识产权法》，法律出版社2005年版，第18页

<sup>48</sup> 参见黄汇：《解释与转型：知识产权去“智力化”的阐明》，载《知识产权》2007年第1期，第14页。

<sup>49</sup> 冯晓青：《信息产权理论与知识产权理论之正当性》，载《法律科学》2005年第4期，第103页。

<sup>50</sup> 参见黄汇：《解释与转型：知识产权去“智力化”的阐明》，载《知识产权》2007年第1期，第14页。

信息说在论证中偷换概念，将信息的载体“信号”等同于信息本身，而信号是属于知识范畴。<sup>51</sup>

(6) 知识产权是基于无形财产享有的权利。美国学者米勒和戴维斯在其所著的《知识产权法概要》中指出，“也许有人要问，为什么一本书要包括（专利、商标、版权）三个性质不同的科目。他们的共同之处是，它们都具有一种无形的特点，而且都出自一种非常抽象的财产概念”<sup>52</sup>，我国著名知识产权学家吴汉东也指出，知识产权一词在众多的非物质财产面前已力不从心，面临着窘境，主张建立一个和传统物权相对应的无形财产权体系，而这个无形财产体系将传统知识产权客体和现代知识产权客体以及商事上的权利进行了重新“洗牌”，分为创造性成果权（包括著作权、专利权、集成电路布图设计权、商业秘密权、植物新品种权）、经营性表记权（包括商标权、原产地名称权、商号权、域名权）、经营性资信权（包括形象权、商誉权、信用权、特许经营权）。<sup>53</sup>这种构想同样遭到抨击。反对的观点认为，无体财产与有体财产，是根据权利对象的形态差异所做的粗略分类，仅凭“无体”这一个共性，囊括许多法律特征各异的权利，权利之间即难以适用统一的规则，“体系”自身也无法适用统一的价值原则，对象能在多大程度上被连接成整体，是令人怀疑的；所以，无体财产权缺乏构成体系的意义与可能性。<sup>54</sup>

通过上述的分析，我们可以看到，试图纳入知识产权的客体范围过于庞杂，既包含智力成果，也包含着非智力成果；既有行为，又有无形财产；既有商业秘密，也有公开的成果；既有集体权利，也有个体权利，这些客体之间，矛盾、冲突交织在一起，从而使对其类型化，并在此基础上形成知识产权法最上位概念几乎成为不可能。所以，比较激进的观点甚至认为知识产权目前还不是法学概念，指出，“概念有其内涵和外延。然而迄今为止，法学连知识产权的客体一般都尚未搞清楚……知识产权的客体一般并不存在，知识产权难以界定其内涵和外延，不足以成为法学概念，而只能作为指称一组相关权利的词语来使用。”<sup>55</sup>知识产权这一核心概念的分歧，也许是理论上的无奈。这暗示着，在如此庞杂的客体上提炼出一个最为抽象的概念也许是无望的努力；反思之，将如此多的客体由知识产权法调整，是否超出了

<sup>51</sup> 参见刘春田：《知识财产权解析》，载《中国社会科学》2003年第4期，第110页。

<sup>52</sup> [美]米勒、戴维斯《知识产权法概要》，周林译，中国社会科学出版社1998年版，导论部分。

<sup>53</sup> 参见吴汉东：《从知识产权到无形财产》，载《法制日报》，2002年5月19日第3版；吴汉东、胡开忠：《无形财产权研究（修订版）》，法律出版社2002年版。但是，通过对比吴汉东教授的观点，我们不难发现，其观点也是摇摆不定的，在他主编的《知识产权法教材》中，又用“知识产权”来概括“无形财产权”的范围，认为“知识产权”是人们对自已的智力活动创造的成果和经营管理活动中的标记、信誉依法享有的权利，参见吴汉东、刘剑文等：《知识产权法学》，北京大学出版社2005年版，第1页。

<sup>54</sup> 参见李琛：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社2005年版，第120—121页。

<sup>55</sup> 张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社1997年版，第457—459页。



知识产权法的承受能力，使其不能承受之重？如有学者在谈到传统知识的保护时指出，“改造知识产权制度以满足保护传统知识的需要有巨大的困难。具有三百年历史的知识产权法律是工业时代的产物。经过不断的修补，已经成为一部服务于现代社会，信息社会的法律机器，其制度上的秉性决定了它不能成为保护传统知识的主要手段”<sup>56</sup>

由此，对知识产权法学而言，也许要面临着艰难的选择，是摒弃那些仅仅纯粹是利益博弈的产物而又难以整合的客体，从而保持知识产权涵义和外延的纯粹性，还是迎合现实的需要，将这些之间几乎没有联系的客体“强扭”在一起，并在理论上“自说自话”。对此，笔者认为，经过利益集团博弈从而披上知识产权“外衣”的一些客体，很难具有知识产权的属性，与其说是法律自然延伸的结果，不如说是策略的需要。从理论的纯粹性角度看，盲目接受这种安排，并为这种安排“制造”理论依据，无疑泯灭了学术理论的独立性，对立法和司法而言，也未必是一件好事。所以，从这个角度来看，目前知识产权客体类型化之困难也许并不是一个问题，只要我们从知识产权客体的最纯粹的内涵为标准对这些客体给予甄别。所谓知识产权客体最纯粹的内涵，笔者认为包括两个方面：第一，应坚持智力成果说，知识产权的客体应是智力劳动成果，而不是其他，任何包含智力劳动的客体均不可以成为知识产权的客体；第二，知识产权是私权，所以，做为知识产权的客体，应是私权的客体，既不可以成为公权的客体，也不可以成为抽象主体的权利对象。不符合这两点者，皆是知识产权客体的非理性扩张。唯有坚持这两项原则，知识产权客体的类型化才有望完善。另外，知识产权客体的类型化之完善，似乎也不必要固守专利、作品、商标三大类型，试图将符合上述原则的客体硬套入这三种类型之列。在三种传统类型之外，根据知识产权客体发展之需要之特点，创设新的客体类型，是完善知识产权类型化的重要一步。例如，计算机软件已经成为构建信息化时代之基础，重要性不言而喻，而其在物理属性和法律属性上既不同于专利，也不同于作品，在权利设定上其实没有必要依赖于专利权或著作权，完全可以对计算机软件单独设权（至于如何找到一个恰当的名称，另当别论），从而使其与专利、作品、商标并列为知识产权客体。

<sup>56</sup> 韦之、凌桦：《传统知识保护的若干基本思路》，载郑成思主编：《知识产权文丛》，第8卷，中国方正出版社，2002年，第166页。

### 第三节 知识产权类型化核心意义之不足

无视知识产权基本内涵，将知识产权客体进行非理性扩张的另一个后果是，类型化核心意义的无序和混乱。例如，可专利主题的扩张至计算机软件、商业方法、基因，很大程度上动摇了专利法固有的原则和观念；著作权主题的扩张，涵盖了各种功能性作品，包括实用新型、计算机软件、数据库，打破了文学艺术保护和实用产业的界限；而商标权的扩张，使商标从标示商品来源功能转变为商品本身。这样，缺少核心意义的凝聚，知识产权类型化的完善不啻于“水中望月”。

根据类型理论，“建构类型的因素是某种重要性观点，或评价观点……法律类型系由总括法律上‘有同等意义’现象构建而成。”<sup>57</sup>所以，法律上意义或者说价值对于构建类型而言具有十分重要意义，乃至有学者认为“意义之相同性为类推适用之枢纽”。<sup>58</sup>这里的意义或者说评价观点，从根本上说，取决于该法律领域的基本价值以及在此基础上形成的价值体系，构建具体类型中的意义或者说评价观点，不过是这个基本价值的延伸或体现，而不可能违反这个基本价值，否则就破坏了该法律领域的整体性。所以，特定法律领域基本价值观念的明确和稳定对于构架法律类型而言有着基础性的意义。但是，在知识产权法领域，我们却正经历着价值迷失的困惑。

#### 一、传统激励原则的悖论

在目前比较系统的知识产权成文法中，包括专利法、商标法、著作权法，鼓励创造是其法定的立法目的，也是体现在法律中的知识产权法的价值和原则。我国的著作权法和专利法第1条均体现了这一原则。美国宪法中的专利和著作权条款中，指出，国会授权创制知识产权的法律，旨在“促进科学和有用艺术的进步”。在知识产权的概念范式上，“智力成果说”仍然有着重要影响，在上述的立法中，其基本原则的选定也是在这一范式之下，从而“以‘鼓励创造’为核心的价值原则使得知识产权具有一种及其高贵的色彩”。<sup>59</sup>但是，已经有学者指出，隐藏在这层高贵的色彩下知识产权法的真实的、并不“高贵”的面貌。

首先，仔细分析知识产权制度，会发现，知识产权制度鼓励的不单纯是创造，

<sup>57</sup> 吴从周：《论法学上“类型”思维》，载《法理学论丛——纪念杨日然教授学术论文集》，台湾月旦出版社1997年版，第322—323页。

<sup>58</sup> 林立：《德沃金与法学方法论》，中国政法大学出版社2002年版，第90页。

<sup>59</sup> 李琛：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社2005年版，第62页。

而是那些能够转化为产业的创造，所以，“知识产权法关心的不是创造行为，而是作为财产形态的结果，哪些创作结果具备财产属性，知识产权法就调整他们”，<sup>60</sup>那些伟大的发现、思想、原理等重大智力成果从来没有进入过知识产权的视野；由此看来，知识产权“高贵的色彩”下面是浓重的世俗气息。

其次，激励原则也不能解释在知识产权制度出现以前的人类的创造行为。创造是人类的天性，创造行为本身是不需要利益刺激的，特别是在文学艺术领域，灵感、悟性和自由往往比物质利益的刺激会起更大作用。所以，就智力成果的产生而言，知识产权制度的影响是有的，但是有限的；更多的是，它对智力成果的利益分配产生着影响。

再次，在利用知识产权制度进行利益分配的环节中，智力成果的创造者并不是在“生物链”的最上端，而是在最下端。市场经济的规律是，谁控制着市场，谁就是最大的赢家；谁掌握着资本，谁就有发言权；谁离市场就近，谁就能获得更大的利益。以图书为例，在一本书的定价中，分配给作者版权费用的只占书价的5%到10%，大部分利润被出版商和销售商瓜分；而在文艺市场中，这种现象更为明显，写词谱曲者收入远远不及表演者，而表演者的收入恐怕也只是唱片公司的一个零头。在泛市场经济环境下，大量的著作权掌握在出版商、唱片公司、影视公司手中，成为他们牟取利益的工具。

在专利权领域，通过历史分析我们发现，专利制度自开始起，单纯的发明人往往并未从其发明中获得多少财产利益，反而非发明人获益良多，相反，他们不是默默无闻，就是因债务缠身而破产。瓦特是发明人中其中成功的典范，但是，其成功的秘密在于和资本的结合。<sup>61</sup>贝尔纳早在1939年就发现，“专利制度鼓励创造”的设想是不成立的，许多重大的发明必须找到资本的资助，即风险投资才能实施，因此，大部分的重要专利是由企业持有，并且只有企业才有能力保住专利不受侵害。<sup>62</sup>所以，在资本时代，知识产权制度与其说是鼓励创新，不如说是鼓励资本参与创新和参与分配利益。

如果说著作权领域和专利权领域中，鼓励创造是制度设计的基本出发点，但就商标权而言，似乎从来和智力成果没有关系，其被纳入知识产权法领域，完全是知识产权财产化的结果。从实质意义上，商标权鼓励的完全是垄断，而不是创造。

所以，虽然从立法层面上鼓励创造似乎是知识产权基本意义，但是，在实际效

<sup>60</sup> 李琛：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社2005年版，第63页。

<sup>61</sup> 参见金海军：《16—18世纪英国知识产权的历史与功能：一种社会结构整体观》，载刘春田主编：《中国知识产权评论》，第1卷，商务印书馆2002年版，第110页—114页。

<sup>62</sup> 参见J.D.贝尔纳：《科学的社会功能》，陈体芳译，商务印书馆1995年版，第220页

果上却充满着悖论。

## 二、经济全球化背景下激励原则被颠覆之危险

“正是因为知识产权的主要受益者并不是创造者……取得智力成果的市场交易者只想努力维持自己的市场优势，尽量减少竞争，获取最大利益”，<sup>63</sup>于是，知识产权法律制度正在演变成资本，特别是大资本获得垄断地位和利润的工具，而不是鼓励创造的工具。目前，知识产权战略正成为跨国公司等大资本全球战略的重要组成部分。他们在全世界范围大规模进行专利申请，对同行业的小企业，形成专利包围之势，使其难以绕开自己精心布置的专利地雷阵，从而可以在特定市场上，压制、排斥甚至消灭这些实力薄弱的竞争对手；另一方面，跨国公司不但自己申请专利，而且通过购买专利，将专利束之高阁，只是为了防止被他人利用，对自己的产品构成替代性竞争；有时，跨国公司还凭借收购、合资等方式，取得或控制他人的商标权，并永不叙用，消灭既存的商业竞争，这在我国是个惨痛的教训，很多著名商标在合资后销声匿迹，在合资结束后，能做到的只能是继续出资使用外方的商标。更为严重的是，跨国公司通过利用行业标准或事实标准，形成行业垄断，阻碍新兴厂商的发展。

专利权人有时纵容他人侵权利用，放水养鱼，一旦时机成熟再收网捕鱼。或者收取苛刻的使用费，当侵权产品已成为侵权企业的主打产品时，别人不得不乖乖就范；或者阻止他人继续使用，轻松占领侵权企业为自己开创的巨大市场。日本、美国等跨国公司在中国厂家把 DVD 的行业规模做到了全球最大之时，才纷纷前来收取专利费，给中国 DVD 行业致命打击，就是其例。<sup>64</sup>在知识产权诉讼中，司法成了商业竞争的有效策略。有的企业发动知识产权诉讼的目的，就是透过诉讼来打击竞争对手，消耗其财力，损害其信誉，挫伤其客户以及合作伙伴的信心；但是，面对这种以知识产权诉讼为伎俩的商业竞争，被指控者往往无可奈何。2002年2月28日，Robert Barr 在美国贸易联邦委员会的一次会议上指出：“诉讼的高昂花费使他们（即知识产权人，笔者注）得益，因为他们可以提出少于诉讼花费的许可费，寄希望于人们付钱，即使对方没有侵权，但是由于惧怕昂贵的诉讼有可能不得不妥协……”。<sup>65</sup>

<sup>63</sup> 李琛：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社 2005 年版，第 62 页。

<sup>64</sup> 在笔者参加的一次讲座中，一位名律师曾经也指出，微软在以前对中国的盗版现象不闻不问，而近些年，却大张旗鼓指责中国并施加压力，其实也是采取的这种策略，等大家使用盗版软件顺手后，都离不开微软操作系统时，再挟知识产权之威获取巨大利益。

<sup>65</sup> 转引自袁真富：《知识产权——从权利到工具》，载《电子知识产权》2003 年第 12 期，第 55 页。

可以说，在现在，贝尔纳的预言已经完全演变成了赤裸裸的现实，“有些人占有专利并不是想应用，而是想阻挠别人使用某些生产方法。这就像利用专利来向社会敲竹杠一样，是另一种常见弊病。在药品方面，这种做法又为恶毒。因为，在药品领域，有人可以利用专利扼杀科研工作，因而，真正有价值的药品的价格可以维持多年不变。这实际上是把贫穷的病人判处死刑。”<sup>66</sup>西方学者 Forman 和 Julia David 尖锐地指出，现阶段专利权几乎发展成为权利人的“猎人执照（hunting license）”。

67

尤其值得注意的一个情况是，在知识产权制度发生根本性变迁的情况下，基本原则的迷失，使部分学者感到迷惘、困惑，乃至出现了价值虚无主义的态度，认为知识产权只是一种策略，但是这种态度只会加剧知识产权法的非体系化，使知识产权研究彻底地处于无根基、无对话的状态。<sup>68</sup>

知识产权核心价值的危机及来自外部环境也来自知识产权法内部变迁。外部的市场竞争和经济全球化背景使知识产权由鼓励创新之工具演变为竞争的手段和策略；而在知识产权法内部，原则和实际效果之间的悖论以及客体的不断扩张，动摇着知识产权法各个部门的基本原则和规则，这些都制约着知识产权类型化。

<sup>66</sup> 参见 J.D.贝尔纳：《科学的社会功能》，陈体芳译，商务印书馆 1995 年版，第 220 页。

<sup>67</sup> Forman & Julia David, A Timing Perspective On The Utility Requirement In Biotechnology Patent Application, 12 AIAb. LJ. Sci. & Tech. 647,666.2002.

<sup>68</sup> 参见李琛：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社 2005 年版，第 66 页。

### 第三章 知识产权类型化不足之成因分析

“知识产权似乎又到了一个危机时刻。既陷于与数字化革命的创造与实践的包围之中，对基因变种的职务或动物授予专利所引起的伦理问题尚悬而未决，又即将被有机计算抓住错误的把柄。”<sup>69</sup>谢尔曼和本特利两位学者敏锐地感觉到知识产权体系化方面所面临的危机。但是，在这个危机的形成中，科学技术的发展仅仅是外在原因，更深层次的原因还在于，知识产权法“先天不足，后天失调”所导致的体系化不足使其难以通过体系化的方式对这些新的发展给予归纳和消化，所以，实际上，“它可以被看作是一个持续变化中的病理问题”。<sup>70</sup>

#### 第一节 从知识产权法历史发展看知识产权类型化不足

知识产权类型化不足问题，是知识产权法体系化不足的一个方面，它并不是随着科学技术发展对知识产权法的冲击而产生的新问题，科学技术发展所起的作用仅仅是使这个问题凸现，并且使知识产权法呈现出某种形式的危机。如果从历史发展的角度分析知识产权体系化问题，我们发现，在体系化方面，知识产权法存在“先天不足”。如果把谢尔曼和本特利两位学者的研究成果《现代知识产权法的演进——1760—1911 英国的历程》和沃森的著作《民法法系的演变与形成》进行对照，也许不难得出这个结论。

可以说，现代民法的体系仍然没有超出古罗马时期构建的民法体系范围，大木雅夫甚至认为，法学是一门视野狭窄的学问，始终没有脱离《民法大全》的窠臼，没有走出古希腊、罗马的世界。<sup>71</sup>罗马法的生命力和魅力在学界已是不争之事实。艾伦·沃森曾经这样描述罗马法的魅力：罗马法的灵活性既是区域的又是历史的，它们可以运用在完全不同形态的社会里和不同自然环境的国度中。<sup>72</sup>而罗马法的生命力正是源于其体系化的成功。早在盖尤斯的《法学阶梯》中就法的体系就作出简洁的构建，认为“我们所使用的一切法，或者涉及人、或者涉及物、或者涉及诉讼”，<sup>73</sup>这个果断、简洁的结论，使我们“感受到体系化魅力不亚于一个简约的数学公式”；

<sup>69</sup> [澳]布拉德·谢尔曼、[英]莱昂内尔·本特利：《现代知识产权法的演进——1760—1911 英国的历程》，金海军译，北京大学出版社 2006 年版，第 1 页。

<sup>70</sup> [澳]布拉德·谢尔曼、[英]莱昂内尔·本特利：《现代知识产权法的演进——1760—1911 英国的历程》，金海军译，北京大学出版社 2006 年版，第 1 页。

<sup>71</sup> [日]大木雅夫：《比较法》，范瑜译，法律出版社 1999 年版，第 3 页。

<sup>72</sup> 参见艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，李静冰、姚新华译，中国法制出版社 2005 年版，第 20 页。

<sup>73</sup> [古罗马]盖尤斯：《法学阶梯》，黄风译，法律出版社 2000 年版，第 46 页。

<sup>74</sup>而且,罗马法不仅在整体上具有系统性,在内部形成了具有内在联系的规范群;“罗马法的传播,往往是个别规范群的传播,而非整体性传播。规范群是移植的重要单位,对继受性制度产生影响的是规范群,而非个别法律条文。”同时,在罗马法的制度单元之间,形成了和谐整体,这被艾伦·沃森称之为“体效应”。罗马法在全世界的传播和移植,主要归功于这种“体效应”的作用,其体系化的成功,也说明,“只有合理的体系化成果,作为成熟的人类智识经验而传播,才能在不同的社会文化中扎根成长。”<sup>75</sup>罗马法体系中的概念和理念为其在后世的发展提供了完备的分析工具,以至于在当代,我们在研究法律问题时,亦是“言必称罗马”;正是这个原因,罗马法在后世的延续,充满着逻辑性和必然性。

但是,在知识产权法的演变中,我们却看不到这样的体系构建,我们所看到的,只是支离破碎的具体制度,和充满偶然性的制度形成过程。谢尔曼和本特利将知识产权法的演进划分为前现代法阶段和现代法阶段,并指出,在前现代法阶段,法律是回应性的,它趋向于对于向当时法律所提出的特定问题作出回应。例如,法律对文学作品、白棉布、平纹细布和亚麻布外观设计的印染等具有个别性这样的东西给予保护,这样它的保护是按照对象而具体化的。所以,尽管当前形态的知识产权法的一般性范畴:专利、外观设计、商标、著作权和相关权利等子范畴,那时几乎普遍被人认为视若当然,但并不存在任何诸如该法律如何进行编排之类的明确共识:没有任何一个思维方法开始占据优势而成为组织模式。相反,那时存在着许多相互对抗的,并且从我们现代眼光看来彼此格格不入的组织形式。这样的结果是,至少一直到19世纪50年代之前,并不存在任何的著作权法、专利法、外观设计法或者商标法,当然也没有任何知识产权法。但这并不意味着,在那些个别性的保护对象中,不存在共同的东西,至少,“智力劳动或者创造性劳动、脑力劳动贡献而非体力支出,就担当着公约数的角色,它把那些习惯上被当做知识产权法组成部分的法律领域连接起来了。”而且,就它影响到知识产权最终所呈现出来的形态以及确定各种法律权利的期限和范围的方法而言,智力劳动在知识产权法的许多方面起到了枢纽作用。虽然创造性劳动在前现代知识产权法中发挥了卓越作用,然而,这种体系化的倾向却在现代知识产权法中被颠覆,构成前现代知识产权法的基础的智力劳动却被忽略,现代法把注意力从保护对象所体现的劳动那里转移了,转而更多地集中于其对象本身,即法律将其注意力从保护对象上所体现的劳动价值那里,转移到了该对象本身的价值上:转移到了该特定对象为读者公众、经济等所做的贡献上。

<sup>74</sup> 李琛:《论知识产权法的体系化》,北京大学出版社2005年版,第10页。

<sup>75</sup> 李琛:《论知识产权法的体系化》,北京大学出版社2005年版,第29页。

这种倾向反映在法律处理被保护对象时所采用方法的变化上，前现代利用的是古典法理学的语言、概念和问题，而现代知识产权法则利用政治经济学和功利主义的资源。<sup>76</sup>例如，商标在前现代法中，就已经认为，其和智力劳动、创造性等并无关联，应排除在知识产权范围之内；但是，正是这种逻辑上转向，商标逐渐开始被人们看作一种财产，从而其被纳入知识产权范围的难题得到了解决。在当代知识产权法的变化中，这种功利主义倾向进一步得到了加强，在软件保护中，将其纳入著作权保护，也是这种实用主义理念的结果。

在知识产权法的演进中，由于对法律哲学思维、概念的摈弃，表明这些法律范畴的历史偶然性，而且更加地明确突出知识产权法的非自然性、非哲学的本质特性。<sup>77</sup>这使知识产权法的组合具有浓厚的功利主义色彩，与传统民法学的思辨性、逻辑性具有鲜明区别。所以，从历史发展上看，知识产权法的体系化具有“先天不足”。而在知识产权问题成为一个国际问题时，国际间的协调又使这一问题“后天失调”。

## 第二节 国际经济政治格局对学术理性的抑制

可以说，在财产法领域，没有任何其他领域的法律制度象知识产权法一样受到国际经济政治格局如此大的影响。而这种影响的结果，并不是象在其他的财产法领域中，例如合同法、票据法等有助于对学术成果的整理和法律体系得构建，而是相反，它抑制了学术理性，助长了知识产权非体系化倾向。

在 20 世纪 80 年代之前，知识产权的国际保护更多地具有文化合作的性质，旨在鼓励智力创造活动，推动整个社会文化的发展。但是，随着在发达国家技术主导型产业结构的建立和信息社会演进，知识产权在社会经济中的地位越来越重要，其在扩大出口、增加税收、提供就业方面逐渐成为推动经济发展的主导力量。<sup>78</sup>所以，发达国家政府开始谋求本国知识产权在国外获得保护，而且是“一致”地保护。这正是 TRIPS 协议产生的背景。由于发达国家和发展中国家在政治经济实力上的巨大悬殊，发展中国家往往迫于压力而修改本国的知识产权法满足国家条约的要求。可

<sup>76</sup> [澳]布拉德·谢尔曼、[英]莱昂内尔·本特利：《现代知识产权法的演进——1760—1911 英国的历程》，金海军译，北京大学出版社 2006 年版，第 207 页。

<sup>77</sup> [澳]布拉德·谢尔曼、[英]莱昂内尔·本特利：《现代知识产权法的演进——1760—1911 英国的历程》，金海军译，北京大学出版社 2006 年版，第 169 页。

<sup>78</sup> 例如，1998 年美国版权产业民间组织“国际知识产权联盟”发布的《美国经济中的版权产业：1998 年度报告》中指出，1996 年美国核心版权产业（以享有版权的作品为主的行业，包括影视业、音乐录制业、软件制作业、图书出版业等）创造的价值达 2784 亿美元，占国民生产总值的 3.65%；核心版权产业的出口和对外销售达 601.8 亿美元；在核心版权产业的就业人数为 350 万，占美国就业人数的 2.8%。



以说，当前知识产权法的面貌很大程度上是取决于利益的角逐，尤其是发达国家利益的角逐。在赤裸裸的利益介入下，条约的内容只与利益的获取、保障有关，而与逻辑无关，与概念无关。可以说，“条约的利益导向与体系化合理性导向，存在这深刻的矛盾。”<sup>79</sup>

其中，最明显的例子就是对软件的知识产权保护问题。在对著作权和专利权进行区分时，“实用——非实用二分原则”曾经被视为专利权对象和著作权对象的区分标准，是知识产权法的基本原理之一。把软件作为作品，显然与这个原理相抵触，但是这个矛盾并没有妨碍国际公约将软件视为作品，并进而影响大部分国家的立法。其实，以著作权法保护软件，并不是理性分析的结果，而是作为软件大国美国强制推行自己主张的结果，美国认为运用著作权机制对软件保护更有利，因为著作权自动产生可以免去向各国行政机关申请而获得保护，同时著作权保护期限也较长。在 80 年代中期，曾有国家例如日本、巴西、法国等试图针对计算机特点为之设计特别的保护模式，结果在美国的压力和影响下，也纷纷对计算机软件采取版权保护模式。<sup>80</sup>

但是，将计算机软件作为作品纳入版权保护范畴，版权内部体系和谐性遭受致命打击。因为，版权法保护的是表达，其主要内容是禁止他人非经权利人许可而复制、抄袭、剽窃其作品；但计算机软件不同于文学作品，它虽然也有文字、数字等表现形式，也可以用一定的媒介加以固定，但是它是一种功能性的产品，功能性是软件真正价值之所在。但是，著作权无法提供对功能性的保护。

但是，考察美国国内司法实践对软件保护的做法，我们却发现，运用专利法对软件保护在的做法正成为一种趋势。这是因为，软件开发者不仅希望禁止他人复制其软件，而且也希望禁止他人对其“创造性”进行模仿；但版权法只保护表达而不保护思想，对软件保护难免不力。显然，专利法对计算机的保护远较著作权法保护程度高，因为专利保护具有强烈的独占性、垄断性，一旦计算机软件被授予专利后，其他相同或相似的软件就再也不能取得专利权。巨大的商业利益不断斥巨资申请软件专利，在软件行业处于主导地位的美国也不断降低专利审查标准，对软件专利打开方便之门。1996 年 2 月美国专利商标局修正了《与计算机有关的发明专利申请指南》，承认了计算机软件的可专利性；而联邦最高法院通过一系列重要计算机软件案确立了对计算机软件可专利性案件的指导原则。<sup>81</sup>

<sup>79</sup> 李琛：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社 2005 年版，第 88 页。

<sup>80</sup> 韦之：《欧共体计算机程序保护指令评介》，载《中外法学》1998 年第 6 期，第 49—54 页。

<sup>81</sup> 参见李阳、肖志远等：《知识产权基础理论和前沿问题》，法律出版社 2004 年版，第 240—241 页。

如上所述，计算机软件被纳入版权保护范围，冲击了著作权法内部的和谐；而运用专利法对一定条件下计算机程序进行保护，虽然这种互补性作用强化了计算机软件的保护，却又混淆了专利法和著作权法的界限。从而使知识产权法的体系破碎不堪。

所以，在国际经济政治格局下的知识产权保护的利益博弈，使知识产权制度的形成与学术理性无关，而这种学术理性的缺失加剧了知识产权非理性构建，使其类型化和体系化举步维艰；同时，“国际条约提供的方案会抑制理论追寻的热情，助长思维惰性”，<sup>82</sup>这直接导致了在学术研究上对知识产权类型化研究缺乏热情，学者们更多是迎合经济政治的需要而论证某种制度设计的合理性，却对知识产权制度非理性成份较少进行深刻反思。

---

<sup>82</sup> 李琛：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社 2005 年版，第 70 页。

## 第四章 知识产权类型化不足背景下的司法困境

知识产权类型化问题，不仅仅是一个抽象的理论问题。完善的法的类型体系，可以为法的适用提供法律解释的框架，增强司法说理能力，弥补法律漏洞；而法的类型体系的残缺，往往会使司法陷入困境之中。这正是知识产权司法目前面临的局面。我们知道，在解决法律问题时，如果法律规定可以涵摄所涉及的事实，那么，法官所要做的，就是在探明事实后，对事实和法律作出解释，将该事实涵摄在法条之下，从而运用三段论得出适用法的结论。在此情况下，司法并无困境存在。但是，立法局限性和社会生活的演变总会终结这种“司法无困境”的梦想。也就是说，在司法中，总会出现超出现行法律法规涵盖范围的事实问题，这是不可避免的。问题在于，在出现了这种情况之后，司法如何应对。在民法等体系成熟的部门法中，这个问题并不会成其为问题，因为在体系之下，运用法律解释、类推、法律原则等等有效的方式，完全可以达到弥补法律漏洞，有效司法之目的。但是，在目前知识产权法体系严重不足的情况下，当出现现行法律没有有效涵盖的事实时，困境便随之出现，因为缺乏体系的框架，司法中的法律解释或类推、以及法律原则的运用都成为无根之木，无源之水，显得苍白无力。

### 第一节 司法理念之困境

如果说理念是主导和塑造行动的灵魂，那么司法理念则是指导法官裁判的灵魂。特别是在面临法律漏洞而法官必须对案件作出裁判时，司法理念的指导起着根本性的决定作用，不同司法理念往往导致不同的裁判结果。例如，在传统民法中，“私法自治”是基本理念，这个理念不仅表现在民法各种制度上，如所有权自由、遗嘱自由、契约自由等等，<sup>83</sup>而且在司法中有着重要的指导作用：如果当事人创设的交易方式在法律中没有明文规定，但不违反法律强制性规定时，法官应依据一定的法律适用方法对其纠纷进行裁决，而不能宣告其无效。共同司法理念的缺失，将使司法裁判在遇到法律漏洞时无所适从，或者使同类案件的判决出现极大差异，从而影响法之安定性；同时，裁判本身由于缺乏共同理念的指导而会丧失说服力。

在知识产权类型化不足的背景下，当现有知识产权法律制度不足以涵盖所有应给予保护的知识性产品或智力劳动成果时，司法理念的运用在司法裁判中就显得尤

<sup>83</sup> 梁慧星：《民法总论》，法律出版社 1996 年版，第 33 页。

为重要。目前，知识产权法的基本理念或者说观念在学说上存在两个对立的形态：知识产权法定主义和知识产权自然权利主义。两种形态的学说都有充分的理由和富有逻辑性的论证，而选择不同的形态的学说作为知识产权法的基本司法理念，对于司法实践来说意味着截然不同的结果。而立法目前对之并未表明态度，以至于在司法实践中，总是争议迭起，司法困境昭然若示。

## 一、自然权利主义与知识产权司法困境

### （一）自然权利主义的基本论证

发生在 18 世纪英国的文学财产的论战中，关于文学财产的正当性解释问题，支持者们开始运用财产产生方式中的先占理论来为普通法永久性文学财产进行辩护，但是，“他们没有对于这个反驳提供任何可以让人接受的答案：你怎么能够占有某个不具有任何物质存在的东西呢？”<sup>84</sup>后来，洛克的劳动财产权理论得到了运用，使支持者们最终在这个问题上占据了上风。至此，洛克的劳动财产权理论一直是阐述知识产权合理性的基本理论依据之一。

在洛克的自然法学说中，财产权是一种与生俱来的天赋人权，任何社会及其法律必须为其提供保护，政治社会及其法律之所以获得合法性存在，唯一的前提和基础也就在于此；以这种自然权利理论为前提，洛克进一步论证了劳动使人获得私有财产的合理性，具体而言，洛克的劳动财产权理论内涵包括：

- （1）上帝将天堂留给了自己，而将地上的一切赐给了全人类所共有；
- （2）每个人对自己的人身拥有所有权；
- （3）每个人的劳动只属于他自己；
- （4）当人们将他的劳动与处于共有状态的某个东西混合在一起时，他就取得了该东西的所有权；
- （5）但人们在取得财产权时必须留有足够多同样好的东西给他人共有，同时亦不造成浪费为限。

洛克的劳动财产权理论虽然在前体上具有宗教色彩，但其逻辑上是通畅的，而且和人们朴素的直觉观念相吻合，所以，其理论上的说服力延续至今。

### （二）自然权利主义对我国知识产权司法的影响

从我国的司法实践来看，很多法官自觉或不自觉的接受了劳动自然权学说的指导，在没有法律明确规定的情况下，法院习惯于将劳动创作活动作为确认创作者对

<sup>84</sup> [澳]布拉德·谢尔曼、[英]莱昂内尔·本特利：《现代知识产权法的演进——1760—1911 英国的历程》，金海军译，北京大学出版社 2006 年版，第 25 页。

其成果享有财产权或获得法律保护的基础。在这一司法理念的指导下，我国法官广泛地运用民法基本原则对法律进行补充、解释，或者频频使用《反不正当竞争法》第二条之规定，对没有明确落入现行知识产权规定范围的客体进行保护，或者对知识产权之权能进行扩大。

例如，在 1989 年莒县酒厂诉文登酿酒厂案中，被告制造与原告瓶贴装潢相似瓶贴装潢使用在自己生产的白酒上，一审法院认为，被告侵犯了原告的注册商标权；山东省高级人民法院纠正了这一观点，认为，被上诉人山东省莒县酒厂在本厂生产的白酒上使用的圆圈图形喜凰牌注册商标，属商标专用权的保护范围。除此之外，被上诉人瓶贴装潢上的图案、文字、颜色等，不属注册商标专用权保护之列。上诉人山东省文登酿酒厂仿照被上诉人的瓶贴装潢，制作了与被上诉人相近似的瓶贴装潢，使用在自己生产的白酒上，原审判决把这种行为认定为侵害商标专用权，是适用法律不当。但是，二审法院依据《民法通则》第四、五条、七条等原则性规定，认为一审被告这一行为损害了原告的“合法民事权益”，从而认定被告行为是“不正当竞争行为”。当时，距离《反不正当竞争法》出台还有四年时间，最高人民法院也没有出台保护知名商品包装装潢规定。<sup>85</sup>因此，“本案被视为中国法院适用法律原则保护商品装潢的开创性案例”。<sup>86</sup>

而首开对没有创造性的“事实作品”进行法律保护案例是广西广播电视报社诉广西煤炭工人报社案。该案中，原告广西广播电视报通过支付报酬的方式，向中央电视台和广西电视台取得刊登其节目预告的权利，而被告广西煤炭工人报未经原告允许，从其报纸上摘登上述节目预告。一审法院认为，节目预告表属于时事新闻，原告对此不享有著作权，故不支持原告的侵权之诉；虽然终审法院亦认为“电视节目预告表不具有著作权意义上的独创性，不宜适用著作权法保护，但是终审法院经审理认为，电视节目预告表是电视台通过复杂的专业技术性劳动制作完成的，电视台对其劳动成果，应享有一定的民事权利，……原告通过协议方式有偿取得的广西电视台和《中国电视报》一周电视节目预告，在广西地区以报纸形式向公众传播的使用权，应予以保护。被告未经许可，擅自无偿摘登原告一周电视节目预告表，而有偿地提供给公众，不符合民法通则的有关原则，故支持了原告诉讼请求。<sup>87</sup>这一案件的审判在学界影响很大，很多著名学者参与了这场论战，甚至延续到至今。<sup>88</sup>与

<sup>85</sup> 参见《最高人民法院公报》1990年第3期，第26页。

<sup>86</sup> 崔国斌：《知识产权法官造法批判》，载《中国法学》2006年第6期，第146页。

<sup>87</sup> 参见《最高人民法院公报》1996年第1期，第25页。

<sup>88</sup> 参见梁慧星：《电视节目预告表法律保护与利益衡量》，载《法学研究》1995年第2期，第81页；孟勤国：《也论电视节目预告表法律保护与利益衡量》，载《法学研究》1996年第2期，第151页；李扬：《知识产权法定主义及其适用——兼与梁慧星、易继明教授商榷》，在《法学研究》2006年第2期，第3页。

之类似的案例还有“王继明诉王强华、中国大百科全书出版社著作权侵权案”。法院亦认为原告编辑的《出版发行名录》中所收集的邮政编码、单位名称、地址、联系人电话等单项要素，其排列的顺序和形式也是有限的、可穷尽的，不是著作权法所称的具有独创性的智力创作，不能构成著作权。在该案中，法官考虑了原告对《出版发行名录》享有的劳动获益权，法官依据《民法通则》判决被告承担一般的民事侵权责任。<sup>89</sup>有学者认为，这是法院在缺乏数据库保护专门立法的情况下，主动将知识产权的保护客体延伸到数据库的代表性的案例之一。<sup>90</sup>

关于商业标记的法律保护，在我国并未规定，但是，司法实践中法官认为，“在一定条件下，餐厅的装饰风格的确能够成为知识产权的保护对象”，<sup>91</sup>在宋维河诉东北菜风味饺子馆不正当竞争一案中，一审和二审法院均认为，设计师设计的对外公开的饭店整体风格属智力劳动成果，而且认定被告在主观上有搭成功经营者便车的意图，有为公平诚实信用原则。<sup>92</sup>

另外，在自然权利观念中，法律不是创设涉权利，而是对既定权利的一种确认；那么，关于法律的溯及力问题在自然权利主义下就不是一个问题，所以，即使在著作权法颁行前产生的作品，作者享有的依然是著作权，正是在这个思想指导下，法院审理了很多建国后产生的作品著作权纠纷案，具有代表性的就是一系列的“红色经典”著作权纠纷案。

### （三）自然权利主义下的司法困境

自然权利主义和人们朴素劳动观念相吻合而具有道德上的感召力，从而使我国大部分知识产权法官自觉或不自觉接受其作为知识产权司法理念，在逻辑上并不奇怪。问题在于，这种理念是否能在司法上能保持一致性？是否颠覆了知识产权法的立法目的？

考察在司法实践中的案例，我们不难发现，自然权利主义的理念至少在商业秘密保护方面，并不是都被接受的。在1995年北京仪表机床厂诉北京汉威机电有限公司案中，一审法院明确指出原告“仪表厂主张的商业秘密未能满足法律规定商业秘密必备的要件，都不能作为商业秘密给予保护。”但是，法院依然认为被告雇佣其雇员并获取相关技术知识的行为违背民法的基本原则和不正当竞争法第2条。法院认为被告聘用仪表厂员工，利用其掌握的同类产品的信息为自己服务，减少了自

<sup>89</sup> 参见张平：《中美数据库著作权保护的司法比较》，载《知识产权》1998年第5期，第5页。

<sup>90</sup> 崔国斌：《知识产权法官造法批判》，载《中国法学》2006年第6期，第146页。

<sup>91</sup> 陶凯元：《冲突与平衡——广东法院知识产权审判十年巡礼》，法律出版社2006年版，第280页。

<sup>92</sup> 参见广东省最高人民法院民事判决书（2001）粤高法知终字第63号，载《辉煌历程——广东省知识产权司法十年》，第399页。

己在寻找、取舍、确定制造专用生产设备厂家和外协加工单位所应付出的劳动，节省了时间。这些行为违背公认的商业道德，违背诚实信用、公平原则，应当受到法律的规范和制裁。”但是二审法院认为，“由于仪表厂自身的失误使其拥有的风阀生产技术进入公有领域，现仪表厂就风阀生产技术作为商业秘密请求保护，于法无据”。<sup>93</sup>这至少说明，在智力成果不符合法律规定的客体时，是否给予保护，在实践中标准并不一致，自然权利主义作为司法理念并没有贯彻。这样，“对法官而言，这些抽象的原则同样是漫无边际的。”<sup>94</sup>在不同的司法理念指导下，不同的法官在构成要件相似的案件中对法律原则条款的解释大相径庭，裁判结果完全相反，严重损害了知识产权法的统一性和可预见性。

更尖锐的问题是，既然法官可以运用民法一般性原则条款和对《反不正当竞争法》第二条的适用达到保护智力劳动成果的效果，那么知识产权特别立法的意义何在？有学者早就注意到，因为任其滥用《反不正当竞争法》第二条的话就会影响到知识产权制度体系本身，即它会使得特殊的专有权利成为多余，成果所有人就会放弃保护成本太大的特别权利，例如专利保护需要支付申请费和维持费等。<sup>95</sup>

尽管法律制度的设计都离不开对各方利益的权衡和考量，但是，没有比知识产权法更注重利益平衡问题了。这是因为，知识产权的客体具有私人产品和公共产品双重属性，故利益平衡机制在知识产权法中尤为重要，“整个知识产权法在价值构造上表现为一系列的平衡模式和与此相适应的制度安排。”<sup>96</sup>知识产权法的每一个制度，从专有权利的期限到权能的设计，多关系到这种利益平衡。而司法实践中的自然权利主义倾向会不会打破这种制度设计的平衡是一个值得忧虑的问题。

在“王蒙等人诉世纪互联通讯技术有限公司侵犯著作权案”中<sup>97</sup>，被告未经原告许可在网站上传了原告作品。当时著作权法并没有象 2001 年修正后的著作权法那样规定“信息网络传输权”，于是一审和二审法院均“开创性”地解释法条中的“等”字，认为“随着科学技术的发展，新的作品载体的出现，作品的使用范围得到了扩张。因此，应当认定作品在国际互联网上传播是使用作品的一种方式。”<sup>98</sup>从而确认了“网络传输权”是著作权的一项权能。与之类似的案件还有在“北京京工

<sup>93</sup> 参见罗东川、马来客主编：《知识产权名案评析》，经济日报出版社 2001 年版，第 287—294 页。

<sup>94</sup> 崔国斌：《知识产权法官造法批判》，载《中国法学》2006 年第 6 期，第 157—158 页。

<sup>95</sup> 参见韦之：《论不正当竞争法和知识产权法的关系》，载《北京大学学报》，哲社版，1999 年第 6 期，第 32 页。

<sup>96</sup> 冯晓青：《知识产权法的价值构造：知识产权法利益平衡机制研究》，载《中国法学》2007 年第 1 期，第 68 页。

<sup>97</sup> 以下简称王蒙等人著作权案。

<sup>98</sup> 参见北京市海淀区人民法院民事判决书（1999）海知初字第 57 号，载《最高人民法院公报》第 期，第 页。

服装工业集团服装一厂诉北京百盛轻工发展有限公司等侵犯注册商标权案”中，法院实质上为商标权人创设的新的权能——未经许可不得揭掉商标标识的积极权利。<sup>99</sup>但是，我们必须注意的是，知识产权的每一个权能均代表着知识产权人权利扩张和对公众利益的限制，所以，其设定代表了在创造者私人利益和更广泛的公共利益的平衡。学者对法院是否有能力进行这样的利益衡量持深刻的怀疑态度，认为法院不能像立法机构那样在知识产权立法过程中，调查、收集和研究各个利益群体的意见，难以对每一类客体所牵涉的权利人、社会公众、国家产业乃至国际竞争利益等问题全盘考虑以确立平衡的法律制度。<sup>100</sup>同时，“知识产权法能否有效贯彻利益平衡原则，即能否维持对知识创造的激励与知识传播和利用之间的平衡，维持知识产权人的利益和公共利益之间的平衡，将决定其在现代社会生活中夺得地位。”<sup>101</sup>

与之形成对照的是，美国知识产权司法实践中，很多判例认识到了保护知识产权与适当限制知识产权在知识产权法中同等重要，清晰地划分知识产权法中专有领域与公共领域的边界，并注重在知识产权范围之外存留公共领域。美国法院在解决新技术引起的著作权问题时，总体上显得比较稳健和谨慎，往往会将问题留给立法者解决，而不是自行其事。例如，在 *White Smith Publishing Co. v. Apollo Co.* 案中，最高法院基于当时著作权法未规定将乐谱上的音乐表达记载在打孔德自动钢琴卷上或刻录在留声机的唱片中是否侵犯复制权，最终判决被告没有侵犯著作权；<sup>102</sup>在著名的 *Sony* 案中，最高法院指出，当重大的技术变革改变了著作权作品的市场时，历史以及良好的政策支持我们对国会的一贯尊重。国会有宪法上的权利和制度上的能力来全面调整隐含在新技术中不可避免的、互不相让的各种利益的变化。<sup>103</sup>

## 二、知识产权法定主义与司法困境

### （一）知识产权法定主义的基本论证

在对我国司法实践中自然权利主义倾向的批判基础上，并以知识产权特性为出发点，部分学者提出了知识产权法定主义的理念。<sup>104</sup>所谓法定主义，依照郑胜利教

<sup>99</sup> 参见崔国斌：《知识产权法官造法批判》，载《中国法学》2006年第6期，第146页。

<sup>100</sup> Monica Y., Case Note: Neither Intellectual nor Property National Basketball Ass'n v. Motorola, Inc., 107 Yale L.J. 267, 272, (1997); Dennis S. Karjala, Misappropriation As A Third Intellectual Property Paradigm, 94 Colum. L. Rev. 2594, 2606 (1994), 转引自崔国斌：《知识产权法官造法批判》，载《中国法学》2006年第6期，第156页。

<sup>101</sup> 冯晓青：《知识产权法的价值构造：知识产权法利益平衡机制研究》，载《中国法学》2007年第1期，第68页。

<sup>102</sup> *White Smith Publishing Co. v. Apollo Co.*, 209 U.S. 1 (1908)

<sup>103</sup> *Sony Corp. of American. v. Universal City Studio Inc.*, 464 U.S. 417 (1984)

<sup>104</sup> 知识产权法定主义在中国学界由北大知识产权学院郑胜利教授倡导，李扬、崔建国等学者进一步阐发。具体文献参见：郑胜利：《论知识产权法定主义》，载《中国发展》2006年第3期，第49页；李扬：《知识产



授的观点,是指“知识产权的种类,权利的内容以及诸如获得权利的要件及保护期限等关键内容必须由成文法确定,除立法者在法律中特别授权外,任何机构不得在法律之外创设知识知识产权。”<sup>105</sup>在知识产权立法和司法中,之所以要采取法定主义,支持者提出了以下几个理由:

第一,从历史起源上看,不论是成文法系还是判例法系,在知识产权方面,无一例外都是通过立法即制定法来保护知识产权。就专利法而言,英国1623年的《垄断法》,明确规定法律赋予发明者的专利权是法律法律赋予的特权而不是自然权利,这是由于专利这种垄断对社会的极端重要性以及对国王滥用这种权利的顾虑,立法者不愿意将专利以自然权利的用语加以规定。在著作权法领域,英国1709年《安娜女王法》是否取代了作者普通法上永久版权曾引起了广泛争议,但是,贵族院通过 *Donaldson v. Becket* 案的审理,否定了这种普通法上权利,这场论战最终以制定法取代了普通法的特权,作者权利的来源由天赋人权的自然权利转到了功利主义方向上,以制定法作为作者权利的来源。

第二,作为自然权利主义理论基础的财产权劳动说,具有内在的危险和实践上的困难。在洛克的理论中,劳动基本上是一个抽象的存在,没有具体的尺度,这样当劳动的价值与共有物本身的价值差异悬殊时,可能会得出荒唐的结论,例如,诺奇克就曾经指出,不能因为宇航员个人在火星上打扫一块干净地方就能够使他占有整个火星甚至整个宇宙,也不能因为我将一瓶蕃茄汁倒进大海而主张对大海拥有所有权。<sup>106</sup>,所以根据劳动财产权理论来确定劳动所增加的价值与产品原有价值的界限和数量是不可能的,难以为具体财产权的划定提供操作指南;而当这种困难和模糊性遇到知识产品时,则彻底丧失了理论上的解释力。

劳动财产权理论的内在的危险则表现在,为无限的扩大知识产权提供了正当性的依据,在这种理论下,凡是通过劳动所创造的智力成果都有取得财产所有权的合理性和可能性,反映在立法上,立法者会尽可能地承认实践中出现的各种知识产品的权利,规定各种之似乎知识产权的新类型;在司法实践中,法院在处理知识产品案件时,会把注意力集中到是否存在劳动的事实上,从而使知识产品无限财产化的

---

权法定主义及其适用——兼与梁慧星、易继明教授商榷》,载《法学研究》,2006年第2期,第3页;崔国斌:《知识产权法官造法批判》,载《中国法学》2006年第6期,第144页。李扬:《略论知识产权法定原则》,载《电子知识产权》2004年第8期,第17页;朱理:《劳动补偿冲动、类型化补充限制与知识产权的边界》,载《科技与法律》2005年第4期,第39页;朱理:《知识产权法定主义——一种新的认知模式》,载李扬、肖志远等主编:《知识产权基础理论和前沿问题》,法律出版社2004年版,第123页。

<sup>105</sup> 郑胜利:《论知识产权法定主义》,载《中国发展》2006年第3期,第49页,文章摘要部分。

<sup>106</sup> 参见[美]罗伯特·诺奇克:《无政府、国家与乌托邦》,何怀宏译,中国社会科学出版社1991年版,第197页。

危险被扩大了。

第三，知识产权法定主义的物质基础是知识产品的内在特性。物质产品在占有上具有排他性，但是知识产品在消费上具有非排他性、非竞争性和扩散性。有形物的物理边界和占有排他性使得人们有可能通过占有来表彰权利，通过私力维护权利；而知识产权没有这样一种物理边界，所以确定抽象客体的权利边界时困难和复杂的，只有制定法才有可能完成这样的任务。

第四，知识产品的公共性、社会性与知识产品产生的个人性的矛盾和利益平衡需要知识产权法定。

在主张知识产权法定主义的学者中，就法定主义严格程度而言，其实可以分为两派：一派可以称之为严格法定主义，这种观点主张，在知识产权司法中，彻底否定劳动学说的支配地位，确立功利主义财产观；其次，严格限制民法和不正当竞争法等法律原则条款的兜底适用，坚持知识产权法的独占适用。<sup>107</sup>其理由为，在知识产权法没有规定对某种形式智力成果进行保护或授予某种知识产权某种权能时，应视为法律已经实现了某种平衡，司法不应打破这种平衡。在严格法定主义下，民法和反不正当竞争法在知识产权司法中没有适用的余地。另一派可以称之为缓和法定主义，这种观点承认在绝大多数情况下，知识产权制定法应将劳动作为知识产权配置的一个抽象基础（虽然不是唯一标准）；在司法实践中出现了某种现行知识产权制度无法涵盖的知识产品时，只能理解为是不符合现行知识产权特别法规规定要件而不成其为知识产权上的知识产品；在这种情况下，如果知识产品生产者根据现行知识产权特别法起诉他人侵权，那么依据知识产权法定原则，无一例外都应当判决败诉，但是允许知识产品生产者依据其他法律，如合同法、反不正当竞争法、不当得利等规定起诉。<sup>108</sup>

（二）知识产权法定主义：是解决前一个困境，还是陷入另一个困境？

可以说，如果知识产权法定主义成为知识产权法的基本原则或司法实践中的主导理念，困扰前述的在自然权利主义理念下的司法困境问题似乎得到了简单明了的解决，所谓疑难案件在这把“利器”之下也不再成为疑难问题，法官很容易得出结论。但是，单纯的知识产权法定主义似乎仍然会让司法陷入另外一个困境。这个困境涉及两个问题：一，知识产权法和民法之间关系；二，对没有进入知识产权法视线的智力劳动成果是否不需要保护？如何进行保护？

<sup>107</sup> 崔国斌：《知识产权法官造法批判》，载《中国法学》2006年第6期，第164页。

<sup>108</sup> 参见李扬：《知识产权法定主义及其适用——兼与梁慧星、易继明教授商榷》，载《法学研究》，2006年第2期，第16页。

就第一个问题而言，知识产权为私权，是民事权利体系构成部分，目前在法学界已基本是共识。既然知识产权是民事权利体系的构成部分，那么，作为民事法律最抽象、效力最高的基本原则在知识产权立法和司法中应有贯彻的可能性和必要性。但是，在知识产权法定主义下，特别是严格的知识产权法定主义，完全拒绝了民法基本原则在知识产权司法中的适用余地。那么，在这种理念下，知识产权是否可以和其他民法制度构成一个和谐整体，是有疑问的。

当然，在民事权利体系中，并非不存在权利法定主义之现象，其典型便是物权法定主义，所以，并非权利法定主义就必然和民法基本原则相违背，而破坏民法体系的和谐。但是，在民法中，物权法定主义和债权自由主义相呼应的制度，这意味着，虽然物权的类型和内容必须由法律规定，但是交易主体可以通过合同的安排来达到类似于物权的效果，基于私法自治原则，法律须承认这种安排的效力；所以，债权自由主义在很大程度上缓和了物权法定主义的刚性。但是，当事人是否可以通过合同的安排达到知识产权法上的效果呢？从权利效力上看，物权和知识产权都是对世权，但是由于知识产权客体的无形性、非消费性、易扩散性使得在合同中对这种权利作出安排是不可能的，而物权客体具有物理边界，权利人只要占有了该客体，不论其上享有的物权还是债权，均可以在事实上控制该客体，从而达到公示的效果。但是，知识产权客体的特点决定了单纯依靠合同安排无法达到使知识产权取得“对世权”的效果。知识产权法定主义缺乏相应的民法制度的支撑，就会形成一个封闭的、僵化的体系，与民法基本精神格格不入。

关于第二个问题，在严格的知识产权法定主义下，答案很简单，那就是坚决反对通过适用民法基本原则或扩大解释反不正当竞争法的方式给予保护；但是，在缓和的知识产权法定主义下，这些智力劳动成果可以通过合同法、侵权法、不当得利等民法制度得到保护，如果说双方当事人已经形成了合同上的关系，运用合同制度解决对该智力劳动成果保护问题，并不直接涉及到对该成果的定性问题。但是，如果允许智力劳动成果生产者根据侵权法要求保护，实际上就赋予了该智力劳动成果绝对权的地位，因为我们知道，侵权法的保护对象就是人身权、物权、知识产权等绝对权，只有在例外的情况下才对债权进行保护。虽然在这种情况下，“也仅仅是一种市场先行利益的保护……此时民法等禁止的只是侵权人的行为样态，但是这种行为样态的禁止并不意味着知识产品的生产者就享有知识产权特别法上某种特定的知识产权或知识产权特别法之外某种不特定的知识产权。”<sup>109</sup>但是，不容否认的是，

<sup>109</sup> 参见李扬：《知识产权法定主义及其适用——兼与梁慧星、易继明教授商榷》，载《法学研究》2006年第2期，第16页。

这种保护的效果使这种知识产品生产者的法律地位与知识产权人的法律地位相差无几，从而似乎使知识产权法定主义形同虚设。下面一个典型的案例，给了我们一个极好的说明这个困境的样本。<sup>110</sup>

2001年1月，武汉大学工程师叶晓明等人用新的检测方法，发现上海索佳公司在中国生产与销售的全站仪存在偏差，低于仪器本身标称精度。1月18日，叶晓明等给日本索佳上海代表处发一封电传，称：我们发现你公司生产的全站仪存在先天设计问题，这一问题足以认定该系列产品为劣质不合格产品，请你们尽快：1. 与我们直接联系掌握事实真相；2. 停止仪器在我国的销售，返厂处理后再销售；3. 向我方支付合理的咨询费用；4. 调查出现错误的事实真相，当天下午，日本索佳公司上海代表处派员当叶晓明等人工作处了解和协商电传情况。双方在未签订技术咨询合同情况下，叶晓明等利用新的检测方法进行了演示，告知了该全站仪存在的设计错误，并提出了改进方案。索佳公司在谈判中了解到新的检测方法，并发现了其产品确实存在内在缺陷与改进方案。2月11日，叶等人向国家技术监督局举报。在国家技术监督局监督下，索佳公司根据叶晓明等人的建议进行了技术改进，召回原产品，并为用户免费更换新ROM芯片。但是，日本索佳公司没有就叶晓明等人提出的支付技术咨询费要求作明确答复，也没有支付任何费用。2001年9月1日，叶等人以日本索佳公司侵害其技术成果权为由提起诉讼，要求判令索佳公司停止侵权并赔礼道歉和赔偿经济损失1000万元人民币。

一审法院认为，叶晓明等的发现可以视为一项技术信息。在此之前，其他人未曾作出仪器存在设计错误的断言。但原告的技术信息的实用性受到索佳公司产品的限制。它依附于全站仪产品本身，不能脱离该产品而单独使用这项技术信息并产生价值。原告要使这项技术信息具有商业价值，须以全站仪产品用户或者索佳公司需要原告提供该技术信息服务为前提。该项技术信息尽管存在着此前提下可为原告带来经济利益的机会，但要使其成为技术秘密，还应采取保密措施并不得对外披露该项信息，即以技术秘密的方式进行自我保护。但是，原告在2000年1月18日下午与索佳公司的接触中，在无任何约定的情况下，将这一技术信息主动告知索佳公司，使索佳公司注意到仪器错误之所在。可见，原告为将这一技术信息以技术秘密对待。这一技术信息不具备构成技术秘密的法定条件。因此，原告对该项技术信息不享有法律保护的技术成果权。所以，也不存在索佳公司的行为侵犯了原告的技术成果权问题。据此，一审法院驳回原告的诉讼请求。

<sup>110</sup> 以下案情介绍及一审、二审判决均参见易继明：《知识产权的观念：类型化及法律适用》，载《法学研究》2005年第3期，第110页，本文有删减。

这里，我们暂时不对一审和二审法院的判决做出分析。先就此案情假设不同的情景。

第一，如果叶晓明等告知了索佳公司其产品上存在设计上的缺陷之事实并要求支付技术咨询费，索佳公司或其他用户并未与叶晓明等联系，而是自己通过技术攻关，通过同样的技术手段修正了该缺陷，在这种情况下，叶晓明等人的先行利益是否可以得到法律保护？

第二，如果叶晓明等和索佳公司之间并未形成事实上合同关系，没有将该技术信息公开，但也没有刻意采取保密措施，索佳公司获其他用户通过各种方式，获得该技术信息并加以运用，在此等情况下，叶晓明等人利益是否可以获得法律保护？

第三，如果叶晓明等将该技术成果发表，同时申明未经许可，不得使用该项技术信息，但是索佳公司或其他用户根据其发表的成果，适用该项技术对其产品进行了改进，叶晓明等是否可以以侵权法起诉获得保护？

此三种情形，依照严格法定主义，叶晓明等人的利益并无获得保护的可能，但是，这是否就实现了严格法定主义所言的，不予保护就实现了利益的平衡呢？如果这样，对于技术改进者而言，最好的保护自己利益方式就是保持沉默，这种沉默的最大代价不是技术改进者自己，而是整个社会的技术进步，同时，产品生产者也会受到损失，至少不会因为这种沉默获益。所以，严格法定主义者所宣称的，对某种智力产品不予法律上的保护就意味着实现了利益平衡的观点是值得怀疑的。在缓和的法定主义并不排斥上述情形依照民法其他制度获得保护的可能性，尽管其否认这是对特定的或不特定的知识产权的保护，只是对市场现行利益的保护。<sup>111</sup>这其实和自然权利主义很接近了，因为，自然权利主义主张，“即使现行法律很难为某种类型的智慧成果提供保护……也可以在知识产权法之外寻求一种法律保护方式，以实现知识产权制度设计的要旨。”<sup>112</sup>于是，在司法实践中贯彻知识产权严格法定主义就维持或获得了利益平衡是一个有疑问论证；而缓和的法定主义又难免与自然权利主义走向一致。这样，在知识产权法定主义下，不但没有解决自然权利主义下的司法困境，反而又陷入另一个困境。

综上所述，由于知识产权类型化的不足，在司法实践中，存在着知识产权法定主义和自然权利主义两种司法理念的对立。但是，通过分析我们发现，不论是采用

<sup>111</sup> 参见李扬：《知识产权法定主义及其适用——兼与梁慧星、易继明教授商榷》，载《法学研究》2006年第2期，第16页。

<sup>112</sup> 易继明：《知识产权的观念：类型化及法律适用》，载《法学研究》2005年第3期，第125页。

自然权利主义的主张还是法定主义的主张，司法困境总是会出现。何谓合理的知识产权观念，现在双方观点仍然是对峙的。尽管有学者试图协调这种对峙，认为，“知识产权乃是建立在自然权利基础之上的法定权利”，<sup>113</sup>但这种模棱两可的协调，对于司法实践而言并没有太大实际价值。问题的解决似乎需要立法者表明自己的态度。当然，立法者的态度明朗化尚需依赖于学界进一步的研究。

## 第二节 知识产权类型化不足与裁判方法的贫乏

由于知识产权类型化的不足，使我国知识产权司法中的困境不仅表现在司法理念层面，而且在技术层面也呈现出某种意义上的困境，这个困境体现在两个方面，一是在裁判中对法律原则的过分依赖，二是在司法推理中，类推适用的缺失。而这个困境，使知识产权判决存在说理不足、推理空洞化现象。

### 一、司法中对法律原则的过分依赖

由于法律规则的刚性和社会的变迁性、多维性之间的矛盾，使法律漏洞不可避免地存在。所以在私法领域，运用法律原则以济法律规则之不足，弥补法律漏洞是普遍运用的方法。但是，问题在于，由于法律原则的内涵具有宽泛性和不确定性，使其可以成为解决一切法律问题的出发点，从而使法官有对法律原则过度依赖，出现“向一般条款逃逸”的倾向；同时，法律原则具有高度抽象性，如何结合具体案件将其具体化，使蕴含在法律原则中的道德评价和利益衡量在具体案件中得到体现，从而增强法律原则适用的说理能力，亦是法律原则运用中需要注意的问题。

由于知识产权法涉及现代社会中最具变迁性的领域——科学技术，所以制定法在应对这种变迁时，往往有捉襟见肘的感觉。这使知识产权法官往往有更多的机会检验其对法律原则的把握能力，但是，通过对司法判决的分析，我们发现，在知识产权司法中，法律原则几乎成了解决一切难题的“法宝”；而且，使用这一“法宝”时，给人以说理空洞化，有些甚至“霸道”的感觉。

以前述的莒县酒厂诉文登酒厂不正当纠纷案为例，二审判决虽然认定被告文登酿酒厂没有侵犯原告莒县酒厂的注册商标权，但是，却以民法通则中的基本原则条款认定被告的行为为不正当竞争行为。此案的判决发生在《反不正当竞争法》颁布之前，可以说，这是首例运用民法基本原则条款对不正当竞争行为进行认定和制裁的

<sup>113</sup> 彭学龙：《知识产权：自然权利抑或是法定权利》，载《电子知识产权》2007年第8期，第17页。

案件。但是，这样一个具有判例性质的案件，在二审判决中，紧紧寥寥数句进行说理：“上诉人的上述行为，不仅违反了民法通则第四条规定的公民、法人在民事活动中，应当遵循诚实、信用的原则，而且违反了第五条的规定，侵害了被上诉人合法的民事权益。依照民法通则第七条的规定，上诉人的这种行为，还损害了社会公共利益，扰乱了社会经济秩序，是不正当的竞争行为，必须予以制止。被上诉人由此遭受的经济损失，必须由上诉人赔偿。”虽然学者对这一判决大加赞赏，认为，“此案最重要的意义在于在《反不正当竞争法》颁布以前，依据《民法通则》的有关规定处理不正当竞争案件，充分说明不正当竞争行为实际上是一种违反《民法通则》规定的诚实信用原则的行为。另外法官对于法律解释的运用也是值得我们借鉴的。”<sup>114</sup>但是，这些赞赏却忽略了法律原则运用上的问题。

法律原则作为法律的有机构成要素，其应具有司法适用性这是没有疑义的。但是，问题在于，法律原则和法律规则有显著的不同，它并不设定一定的行为模式，也没有设定一定法律后果，所以，它无法直接作为法律推理的大前提。“它要借助个案依价值判断、利益衡量进行具体化后得出结论。”<sup>115</sup>因此，“若要适用法律原则，必须经过特别的理性对话程序”，<sup>116</sup>也就是说，法律原则只有在例外的情况下才能被适用，而且，在适用时，必须有一套符合事理的、逻辑严密的说理程序，而不是武断地直接运用法律原则得出结论。

以法的基本理念及所涉及社会关系的性质为基础的法律原则，其内容具有不确定性，因此一般说来必须针对特定案件的具体事实，经由当时对法的一般认识的媒介才能获得其具体的内容。也就是说，在法律原则适用中，必须经由说理性解释。换言之，藉由可以“将抽象具体化”、“将具体抽象化”的类型，由上而下地将相关的“一般法律原则”具体化为下位的、不同事例中的具体法律原则，以对接事实；同时，由下而上地将具体个案中的事实评价，向具体法律原则进行归纳，以等置规范。<sup>117</sup>如果法律原则的适用脱离了事实关系而不受限制，它要么沦为空洞的口号，要么变成指鹿为马式的强词夺理，司法过程就会如同脱缰的野马肆意横行。此外，法官在法律原则具体化时，必须以充分的说理正当化他作出的价值判断。不管法院的法定地位和职权如何，最终的权威是建立在充分说理的基础上的。而且充分的说理既是说服当事人、律师和同僚，也是检讨自己裁判思路的过程。因此，法官所说

<sup>114</sup> 姚欢庆：《莒县酒厂诉文登酿酒厂不正当竞争案》，载 <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=9956>，最后访问日期：2007年8月20日

<sup>115</sup> 庞凌：《法律原则的识别和适用》，载《法学》2004年第10期，第40页。

<sup>116</sup> 葛洪义：《法律原则在法律推理中的地位与作用》，载《法学研究》2002年第6期，第14页。

<sup>117</sup> 参见黄茂荣：《法学方法论与现代民法》，中国政法大学出版社，2001年版，第389页以下。

的以及他怎么说的同他的判决结果一样重要。但是，这一点，在目前知识产权司法中是最欠缺的。不论是上述的莒县酒厂诉文登酿酒厂不正当竞争案还是后来的宋维和诉东北风味饺子馆不正当竞争案，都存在着这样的问题。

由于法律原则的灵活性、涵义的宽泛性使其可以成为解决一切法律问题的依据。但是，对于依法律原则的裁判，应给予限制，而不是鼓励，否则，就会出现法官任意使用自由裁量权、肆意解释法律原则的司法灾难。著名的四川“张学英诉蒋伦芳案财产遗赠案”充分说明了这一点。<sup>118</sup>所以，法律原则的适用，必须是司法最后依赖的手段，必须是在穷尽一切法律规则之后的手段、也必须是在穷尽一切法律适用方法之后的手段。

在裁判某一具体案件时，如果已有法律规则明文规定，或者适用该规则与运用法律原则，均能获得同一结论时，应先行适用该法律的具体规定，不得置法律规定于不顾而直接运用原则。这在法律方法上被称作“禁止向一般条款逃逸”。因为，从法理上讲，立法者是依据法律原则，斟酌各种典型事态进行利益衡量和价值判断，来厘定法律规则的构成要件和法律后果的，由此，现行法律的具体规定是法律原则精神的产物和体现，比之原则更确定、更具针对性；而且法官运用具体规则时的价值判断比运用原则时更清楚可查。因此，为了得出可行、务实的解决方案，法官必须避免宽泛、抽象的原则推理，尽可能用确定的规则，避免大是大非的问题和价值观念问题。具体法律规定应当成为司法适用的首先依据，只有在穷尽其解释及类推适用仍不能解决问题时，才能诉诸原则。径自适用原则将伤害法的安定和权威，助长司法者的任意性。另外，优先适用法律规则也是法官职责要求。法律原则作为联结道德和法律的桥梁，往往使法官有基于维护道德的冲动而直接适用法律原则，这显然违背了法官的角色要求，因为法官是法律的适用者，而不是道德的守护者。

适用法律原则的基本作用在于弥补法律漏洞，但是，这并不意味着为这规则体系一旦有漏洞，裁判者就可以径行适用法律原则。所谓法律漏洞，是指“法律体系上之违反计划的不圆满状态”。<sup>119</sup>在法律漏洞存在形态上，有“真正漏洞”和“不真正漏洞之分”。所谓“真正法律漏洞”是指法律规则体系对于应该规范之案型根本未加规范；“不真正的漏洞”是指法律规则体系对于应予规范之案型从规则字面上

<sup>118</sup> 本案案情如下：1994年黄永彬与张学英相识，于1996年底公开以夫妻名义租房同居。2001年2月，黄永彬被确诊为肝癌晚期，住院治疗期间，张学英不顾他人嘲笑和挖苦，俨然以妻子身份陪侍在黄的病床前。2001年4月，黄立下公证遗嘱，将其去世后的住房补贴、公积金和原住房售价的一半赠给张学英。黄去世后，由于其妻蒋伦芳拒绝执行该遗嘱，张学英诉至法院。2002年，四川泸州区、市两审法院均以原告与被告丈夫间的婚外情为由，认定被告丈夫所立的的遗赠财产给原告的协议违背我国民法的“社会公德(善良风俗)”原则而宣告无效。法院事后的解释是支持原告的诉讼请求也就滋长了第三者、包二奶等不良社会风气。

<sup>119</sup> 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社2001年版，第293页



看似乎未作规范，或者规范过于一般，但是可以通过法律解释的方法或者类推方法达到规范该案型之目的。所以，在法律存在“不真正漏洞情况”下，不可以径直援引法律原则弥补法律漏洞，只有在穷尽法律适用的方法后仍得不到答案情况下，方可考虑法律原则的适用问题。

尽管知识产权法与社会经济活动密切相关，而不同于婚姻法、继承法等具社会伦理性的法律，但知识产权法官仍然在某些情况下基于公平正义等道德因素的考虑而置已有的法律规则不顾，径直援引法律原则判案。例如在 1995 年北京仪表机床厂诉北京汉威机电有限公司案中，一审法院明确指出原告“仪表厂主张的商业秘密未能满足法律规定商业秘密必备的要件，都不能作为商业秘密给予保护。”但是，法院依然认为被告雇佣其雇员并获取相关技术知识的行为违背民法的基本原则和不正当竞争法第 2 条。法院认为被告聘用仪表厂员工，利用其掌握的同类产品的信息为自己服务，减少了自己在寻找、取舍、确定制造专用生产设备厂家和外协加工单位所应付出的劳动，节省了时间。这些行为违背公认的商业道德，违背诚实信用、公平原则，应当受到法律的规范和制裁。”由此看来，在知识产权司法中对市场竞争中道德失范的情况进行法律上的救济的冲动仍然是存在的。

## 二、类推方法的缺失——以王蒙等人著作权案为批判对象

通过对知识产权典型案例的考察，我们发现，在出现法律漏洞的时候，法官除了倾向于径直依赖法律原则外，弥补法律漏洞的法律解释的方法也会被法官运用。但是，但是这种法律解释方法大多仅限于由于知识产权类型化的不足，使法官不能或没有意识将新出现的案型归于某种类型之下，从而运用类推的方法在类型的范畴中解决问题，而是使用扩大解释的方法，对法律例示性规定作出扩张解释，从而为知识产权创设新的权能。这方面最为典型的案例就是王蒙等人著作权案。

本案中，被告未经原告许可，将原告的作品放在互联网上供社会公众下载或浏览。而当时，我国著作权法并未规定著作权人的网络传播权，《信息网络传播权》也没有出台。但是，一审法院认为，原告著作权，包括著作权法第 10 条规定的使用权和获得报酬权。其中的“使用权和获得报酬权”是指“以复制、表演、播放、展览、发行、摄制电影、电视、录像或者改编、翻译、注释、编辑等方式使用作品的权利；以及许可他人以上述方式使用作品，并由此获得报酬的权利。”随着科学技术的发展，作品的使用方式必将越来越新颖多样。立法者在立法时，只能列举常见的使用方式，不可能穷尽所有使用方式。作品在国际互联网上的传播，与出版、发行、公开表演、播放等传播方式有不同之处，但是在本质上它们都是使社会公众

了解作品内容的手段。因此,不能因传播方式不同而影响著作权人应有的合法权益。二审法院亦认为,北京市第一中级人民法院审理认为,……我国现行著作权法的核心在于保护作者对其作品享有的专有使用权。在网络上使用他人作品,也是作品的使用方式之一,使用者应征得著作权人的许可。若著作权人无权控制作品在网络上的使用,那么其享有的著作权在网络环境下将形同虚设。因此,著作权法第 10 条第 5 项所列举的使用方式仅指传统的使用方式,不包括国际互联网上的使用,这样的主张没有法律依据,故支持了一审判决。

本案的核心在于,将原告享有著作权的作品存储到计算机系统内并在国际互联网上传播,是不是使用作品的一种方式?如果是,是否侵害了著作权法上的使用权?如果进一步简化,以上的问题也就是,我国 1991 年著作权法第 10 条第 1 款第 5 项的“等”字应如何解释?

结合汉语语法规则,从立法技术上看,带“等”字法条实际上有两种,一种是列举规定,另一种是例示性规定。当“等”字用在句后表示列举未尽时,该法条为列举性规定;当“等”字用在句后表示列举后煞尾时,该法条为例示性规定。从语法规则上看,“等”字作为“列举后煞尾”时是以在“等”字后有数量词作为标志的。由此看来,1991 年著作权法第 10 条第 1 款第 5 项是例示性规定,即是例示加概括的法条。对于例示性规定,解释的基本规则为:第一,法律规范在列举其适用的典型事项后,又以“等”、“其他”等词语进行表述的,属于不完全列举的例示性规定;第二,概括事项与例示事项应具有同质性。<sup>120</sup>就 1991 年著作权法第 10 条第 1 款第 5 项的性质而言,该案判决的解释并没有问题。但是,如何说明该案型具有该款项列举事例具有同质性,这涉及到类推方法的使用,在这方面,本案的判决存在着严重不足。

如本文前述,所谓类推适用,“系指将法律明文之规定,适用到非该法律规定所直接加以规定,但其法律之重要特征与该规定所明文规定者相同之案型。”<sup>121</sup>类推适用和类推解释有所不同。法律对于某种事项,虽无明文直接规定,唯对于其他类似事件已有规定,则应用其规定类似事项之法律,以为解释,是为类推解释,其性质是狭义的法律解释。而类推适用是指对于法律未规定的事项比附援引适用法律有规定的事项,其性质属填补法律漏洞的方法。二者最主要的区别在于是否超过法律的“可能的文义”。对于类推解释来说,它的运用没有超过法律的可能文义,即通到对法律条文的文义进行理解,可以得出结论。而对于类推适用来说,它适用的

<sup>120</sup> 参见孔祥俊:《司法理念与裁判方法》,法律出版社 2005 年版,第 161 页。

<sup>121</sup> 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 393 页。

前提必须是法律出现漏洞，即通过对法律条文可能文义的分析，得不出结论，其超出了法律解释的范畴，属填补法律漏洞的方法。

类推适用是建立在类型和类型思维基础之上。其关键之处在于，确定具体事实类型与立法上规范类型的“比较点”。“比较点”之所以关键，因为它决定了一个对象是否归属与某一类型。例如，已知纳粹种族法与民法、刑法、商法……具有共同属性：都是立法者公布而形式上正确的规范。如果根据实证法的规则：所有立法者公布而形式上正确的规范都是法律，就得出纳粹种族法也是法律的结论。如果调换一个比较点，例如：只有内容上正当或者非绝对不正当的法律，才具有法律的品格，则可以得出相反的结论。

在类型化理论中，最疑难的问题莫过于对这个“比较点”或“类似性”的认定。这种认定，有两个方面标准。一是形式上的标准，在学说上为构成要件类似说。此说认为，如果法定案型与待决案件在主要的几个特征方面相同，即几个特征在法律评价上对两案均具有重大意义，则可认定两案具有“类似性”。二是价值判断标准，对此学说上尚有争议。其中的学说包括：实质一致说、同一思想基础说、共同意义说。其实，这些学说主要观点是相互联系的，因为对案型主要特征的认定也是一个价值判断问题，不能不考虑两案的共同意义；而在价值判断中也不能完全忽视每一案件主要特征与次要特征的联系。因此，类型的认定标准应是两案具有类似的构成要件与共同意义。<sup>122</sup>

从以上建立在类型化思维基础上的类推适用理论出发，我们可以重新审视一下王蒙案的判决。面对著作权人的作品在网络上传播的案型，法官首先认识到，这是法律规则未予规范的法律漏洞，这是不能通过对例示性规范进行扩张解释能够弥补的，否则，“法院可以依据同样的逻辑将著作权的内容扩张到所谓的出租权、进口权、作品形象的商业化权、作品标题的控制权等等”。<sup>123</sup>正确的思路似乎应该是，对著作权法（1991年）第十条关于著作财产权以及其中的使用权能进行类型化处理。这个类型化处理包括两个方面：一是找出设定著作财产权和使用权的意义；二是概括出著作财产权和使用权的类型特征。然后，对本案出现的案型，即作品在网络上传播的意义和特征进行分析。最后，将规范的类型特征、价值与个案的特征、意义进行对比，以判断是否属于规范类型。如是，则根据侵权责任判令被告承担责任；如不属于规范类型，则可以断定本案型属于“法外空间”，法律基于某种考虑，不予规范。

<sup>122</sup> 参见刘士国：《类型化与民法解释》，载《法学研究》2006年第6期，第16页。

<sup>123</sup> 崔国斌：《知识产权法官造法批判》，载《中国法学》2006年第6期，第156页。

其实, 在我国的民事司法实践已在自觉或不自觉地运用类型化的理论。比如, 法院确认了一输血致感染病毒案, 此后不管遇到输血感染其他何种病毒, 均会仿照此进行判决。最早出现的是感染艾滋病毒案, 以后出现感染甲肝、丙肝病毒案, 均判决血站赔偿, 就是因为它们的主要特征或构成要件均为: 1. 患者在医院输血; 2. 感染病毒并发生该种疾病; 3. 医院使用了血站供应的血液; 4. 血站未尽必要的检测义务; 5. 患者感染病毒与血站未尽检测义务有因果关系。不同的特征构成要件是, 先例感染的是艾滋病毒, 后例感染的是肝病毒。两案的共同意义是, 血站必须供应合格的血液以保证患者的健康, 否则, 应承担赔偿责任。从这两方面考虑, 就可以认定后例与先例为同一类型, 可按先例判决。关于输血感染病毒, 实践中当事人双方多有是否属于产品责任的争议, 受害一方主张血液是产品, 应适用产品责任追究医院的产品责任, 其理由是, 血液经采集、检测、提取、包装, 属产品责任条件中的“加工制作”; 患者是接受医疗服务的消费者, 医院是服务者; 医院使用血液是销售产品的销售者。因此, 患者可依消费者保护法追究医院销售不合格血液产品的责任, 至于医院如何追究血站的责任, 则属加害方的关系, 患者享有选择医院或血站首先承担责任的权力。医院一方则以不属产品责任抗辩, 其理由是; 对血液的检验, 是血库的义务, 检验不能保证所有的血液合格, 允许一定不合格率的存在(5%以内); 患者感染病毒, 不是医务人员的过失所致, 医院不应承担责任。现有法院判决中均否认血液是产品, 因为通常所说的产品是人体之外的劳动成果, 血液不是劳动的成果, 我国实行无偿献血, 包装、提取并不是产生血液的工作; 另一方面, 产品是作为商品在市场上有偿出售的, 血液的主要特征与产品有别, 除血站未尽注意义务外, 医院、血站均不对此承担责任, 而如血站未尽检测义务, 由血站承担责任, 医院不承担责任。归根到底, 法院上述认定的实质是血液不属于产品类型, 这正是一种类型化的思维方式。

在我国还有一种类型化的司法判决, 如护路树因虫蛀遇风折断致人死亡, 公路管理段承担责任的判决, 其实质也是一种类型化的思维。因为我国民法通则第 126 条规定了无生物的工作物责任, 护路树也是工作物, 也有所有人或管理人, 所有人或管理人也应当承担管理义务以保证不致他人损害, 其主要特征中的大部分特征相同, 因此, 法院就比照民法通则第 126 条规定的无生物工作物责任判决管理人承担赔偿责任。可见, 类型化是一种客观解释规则, 即使人们主观上尚没有充分认识到它也会在现实中不自觉地加以运用, 而在其上升到理性认识之后, 将能动地对一部分司法判决做出科学的说明, 为审判实践提供一种科学的理论指导。<sup>124</sup>但是, 相对

<sup>124</sup> 以上参见刘士国:《类型化与民法解释》, 载《法学研究》2006年第6期, 第17页。

于民事司法中类推适用的娴熟，知识产权司法对这种裁判技术是相当陌生的。在立法上和理论构建上知识产权类型化的不足是产生这种陌生的根本原因。

当然，这种思路，也会遭到法定主义的反对。因为倘若个案案型被涵盖在规范类型之列，那么，从效果上看，仍然对依法定主义不应保护的客体进行了保护或者属于“自由”范畴的行为进行了惩罚，这是与知识产权法定主义相违背的。但是，在这里，知识产权法定主义有一个致命的弱点，即不承认法律有漏洞，或者说，法律漏洞和“法外空间”有所区别。在知识产权法定主义看来，法律没有规定的，即是“法外空间”，否则，就会打破知识产权法设定好的平衡。这种过于极端的观点当然会对类推适用持反对态度。

其实在实行法定主义的法律领域，例如刑法领域和物权法领域，并不反对类推适用。在考夫曼看来，“罪刑法定主义”的“法定”之意义、之立界，并不是由“字义”来“定”，而是由法律的“目的”、“意义来决定”；即法官应回到立法原初的“（不法）生活类型”，所以，“禁止类推适用”决不应是受缚于文字的字义而造成“以辞害义”，反而使作奸犯科者轻易逍遥法外；这样不但没有实现公平正义，反而是戕害了公平正义。<sup>125</sup>考夫曼以当时联邦德国著名的“盐酸案”来说明这个问题。<sup>126</sup>

在本案中，联邦法院是怎样将盐酸与武器等同处置的呢？照字面及可能的字义是不行的。体系的因素也得不出这种结论，因为法律秩序中（武器法）没有任何一处将化学药品视为武器。主观（历史）解释同样也提不出历史的立法者有这种想法。事实上，联邦法院作出盐酸是武器的结论正是通过类推获得的：从抽象普遍的武器概念作为一种以攻击或防御为目的的技术工具可知，“武器”的类型是“武器本身有一些带来危险的成分”。然后，确定两个事实 F1：步枪、手枪、大炮都是危险的，它们都是武器；F2：盐酸以这种方式使用是危险的，但它是否是一种武器尚有疑问；再在 F1 和 F2 的往返比较中，确立一个比较点 R：所有的武器都是危险的：最后得出结论：盐酸在这种使用情况下是武器。<sup>127</sup>

由是观之，类推适用强调的是规范类型和个案事实之间在意义和构成要件上的相似性，而非拘泥于法律规则的文字表面含义。如果某一案型在意义上和构成特征上属于法律规范类型，则其属于本应受到规范之“法律漏洞”，应给予弥补，这种

<sup>125</sup> 参见林立：《德沃金与法学方法论》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 145 页。

<sup>126</sup> 案件的大致内容是：X 携带盐酸泼洒在一名女会计的脸上，进而抢走她的钱包。在联邦法院的判决中，所涉及的问题是：X 是否犯了加重抢劫罪。根据行为当时有效的德国刑法第 250 条规定，加重抢劫罪的构成是：“当行为人……携带武器实施强盗行为，而以武力或以武力胁迫，防止或压制他人反抗时”。因而，必须判断该案中使用的盐酸是否是一种武器。联邦法院肯定了这一点，并且引起了广泛的争议，直到后来立法者将刑法第 250 条修订为“携带武器或其他器械或方法实施强盗行为……”。

<sup>127</sup> 参见[德]考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社 2004 年版，第 109 页。

弥补并不违反法定主义之本意。相反，如果某一案型在在意义上和规范类型并不相通，且其特征也并不和规范类型具有相似性，则这一案型不属于法律漏洞，而属于“法外空间”，法官不可运用职权对此加以调整。所以，类推适用是调和知识产权法定主义和自然权利主义较为理想的法律适用方法。在前面所述的“鳄鱼案”其实也可以使用这种类推方法得到具有说服力的解决。

谢尔曼和本特利两位学者指出，早期的知识产权法发展中，当一种新的情况要把财产权保护扩张至一个新的对象时，它一般是通过与先前存在的保护模式进行类比而做到的。更具体地说，这是通过显示新的对象与那些已经获得保护的對象之间具有相似的特征而完成的。同样地，那些主张给予保护者的任务，就是在已经获得财产地位的智力劳动种类与手头的特定情形之间，发现一个共同的连接纽带。<sup>128</sup>从类型化理论的视角可以看到，这里的“先前存在保护模式”正是类型化思维中的“规范类型”；而“相似的特征”正是存在之事实和规范类型之间外部特征相似性；“共同的连接纽带”正是构成类型之“评价观点”，这说明在早期知识产权类型化不足的情况下，知识产权保护客体的扩张过程实际上是一个法律类推适用发挥作用的过程。

当然，在这里对某些案件的判决进行批判似乎显得对法官过于苛刻，因为司法上的困境其实源于理论的贫乏，理论界对类型思维的研究不够深入，未能为司法提供更多的方法论的支持，是导致知识产权司法中存在这些问题的重要原因。<sup>129</sup>

<sup>128</sup> [澳]布拉德·谢尔曼、[英]莱昂内尔·本特利：《现代知识产权法的演进——1760—1911 英国的历程》，金海军译，北京大学出版社 2006 年版，第 20 页。

<sup>129</sup> 当然，也有学者较早就注意到知识产权类型化问题，但和类型化思维理论相去甚远。例如有学者指出，“在今天，使用权已依技术手段类型化了。这为各种类型使用权的流转化，奠定了法律技术前提。”参见张俊浩等：《民法学原理》，下册，中国政法大学出版社 2000 年版，第 565 页。

## 第五章 走出困境——向民法体系的回归

目前，知识产权类型化不足是一个客观现象，由这种现象所导致的司法理念的矛盾之焦点在于：未涵盖在知识产权法上权利客体中的智力劳动成果是否需要保护以及如何保护？知识产权法定主义和自然权利主义的争论其实是在民法体系之外的争论。这在逻辑上就造成了一个悖论：一方面，知识产权是私权在理论上已是普遍接受的观点，即使是持知识产权法定主义观点的学者也不会轻易反对；另一方面，在讨论知识产权问题时，却往往脱离民法体系。造成这一现象的背景是，在知识产权领域，技术问题越来越多地渗入法律领域，技术话语、技术思考逐渐多于法律思考，从而造成了知识产权法学与民法学的相互分离的研究格局。<sup>130</sup>正如尹田教授指出的那样：“至少在祖国大陆学界，民法学者和专攻知识产权的学者之间，基本上难以建立真正的沟通和交流；但凡自称为民法学者的学者，通常以不研究民法为特征；而凡自称为知识产权法学者的学者，则大都不会同时认为自己是民法学者。”<sup>131</sup>

其实，就未涵盖在知识产权法上权利客体中的智力劳动成果是否需要保护以及如何保护这个问题而言，在民法整体的视野下，也许并不是一个问题，而且在民法体系下解决这个问题，似乎和知识产权法定主义也并不矛盾。所以，建立以民法为核心的整体性的知识产权法，是解决当前目前知识产权类型化不足，甚至体系化不足所导致的司法困境的有效进路。

### 第一节 知识产权请求权、知识产权侵权损害赔偿请求权和侵犯知识性利益的不法行为债权请求权<sup>132</sup>

#### 一、知识产权请求权与知识产权侵权请求权

民法中，请求权是权利保护之依据。从方法论的角度而言，民法上的请求权构

<sup>130</sup> 显的例证是，在司法实践、学术研究领域不约而同地认为，知识产权理论研究或司法实务应由具有技术背景的人员进行。例如，最高人民法院制定的《加强知识产权审判工作，为创建创新型国家提供司法保障》这一文件中指出知识产权法官而各个大学招收法学硕士研究生或博士生时，对具有技术背景的考生也是青睐有加；同时，在学术教育中，知识产权专业也日益呈现出独立化趋势，例如设置单独得知识产权学院，这都使知识产权研究共同体的知识结构与民法学距离日远。

<sup>131</sup> 尹田：《论物权与知识产权的关系》，载《法商研究》2000年第5期，第16页。

<sup>132</sup> 本部分内容写作借鉴了李扬教授文章的部分观点和关于日本民法典的资料，参见李扬：《重塑以知识产权法为核心的整体性的知识产权法》，载《法商研究》2006年第6期，第17页。

成一个体系，法律实践中最重要的任务就是寻找请求权的规范基础，也就是说，法律实务的核心在于“谁得向谁，依据何种法律规范，主张何种权利”。<sup>133</sup>民法归根到底是权利本位法，所以，将所有的权利分为不同的性质，再分别规定权利的发生根据来确定当事人之间的权利义务，找出救济的方法。这样，不仅可以在思考中避免权利的遗漏，而且有利于自我判断权利实现的可能性。所以，实体法上请求权思考方法是重要的法律思维方式。<sup>134</sup>

传统民法的请求权体系包括债权请求权、物上请求权、人身权请求权。随着知识产权制度的建立，将知识产权纳入民法权利体系已经是共识，理论界和司法界也越来越认识到在立法和理论上完善知识产权请求权的必要性。<sup>135</sup>所以，通说认为，目前完整的民法请求权体系应包括知识产权请求权。所谓知识产权请求权是指“受到到侵害或有受到到侵害之虞的知识产权人或知识产权许可使用人，在侵害行为或违法状态持续或有实施、发生之虞时，得向侵权人或有侵害之虞的人主张、并消除已经存在的妨害或预防妨害发生的请求权”。<sup>136</sup>就其权利内容而言，具体包括：停止侵害请求权、妨害预防请求权、废弃请求权、赔礼道歉、消除影响请求权。<sup>137</sup>从性质上说，知识产权请求权是不作为请求权。<sup>138</sup>这种请求权是基于知识产权的绝对性、专有性而产生。类似于物权中的物上请求权。基于知识产权之上的请求权还有知识产权侵权请求权，是基于侵权之债而产生，是侵权责任制度的表现。

## 二、知识性利益侵权请求权

以上基于知识产权的两种请求权，构成了知识产权保护中完整的权利救济体系，但问题在于，当争议的知识性利益在请求权体系中找不到相关请求权基础时，是不是得不到法律的保护呢？在以往的民事司法实践中，曾经存在着司法机械主义的倾向，即仅仅以法定的权利为请求权的唯一基础，而这种倾向使民事司法中曾经面临着困惑。例如，曾经引起广泛关注和争论的“追悼权”纠纷、<sup>139</sup>“亲吻权”纠

<sup>133</sup> 王泽鉴：《法律思维与民法实例》，中国政法大学出版社2001年版，第50页。

<sup>134</sup> 参见李永军：《民法总论》，法律出版社2006年版，第124页。

<sup>135</sup> 相关文献参考吴汉东：《试论知识产权的“物上请求权”与侵权赔偿请求权》，载《法商研究》2001年第5期、唐昭红：《论人格请求权与知识产权请求权大地确立》，载《法商研究》2002年第2期、蒋志培：《我国立法和司法确认的知识产权请求权》，载《中国律师》，2001年第10期、王笑冰：《论知识产权上的请求权和侵权损害赔偿赔偿责任》，载《政法论丛》2003年第2期、陈锦川：《试论我国知识产权请求权的初步确立》，载《人民司法》2002年第10期。

<sup>136</sup> 杨明：《知识产权请求权研究——兼以反不正当竞争法为考察对象》，北京大学出版社2005年版，第106页。

<sup>137</sup> 参见杨明：《知识产权请求权研究——兼以反不正当竞争法为考察对象》，北京大学出版社2005年版，第115—120页。

<sup>138</sup> 参见王笑冰：《论知识产权上的请求权和侵权损害赔偿赔偿责任》，载《政法论丛》2003年第2期，第67页。

<sup>139</sup> 2003年10月28日，北京西城法院受理了一起哥哥不让妹妹悼念家母而引发的悼念权纠纷案件。原告白女



纷，<sup>140</sup>正反映了这一状况。通过理论上的澄清，人们已经认识到，在民事司法中，以法定权利为中心的同时，必须注重对法益的个案界定和保护，在条件成熟时，将这种法益上升为法律上的权利。而如今，在知识产权法领域，在知识产权类型化不足的背景下，这一问题又通过知识产权法定主义和自然权利主义的论战凸现出来。

其实，在民事立法中，《民法通则》对于民法保护的主体已经做了权利和法益的区分。《民法通则》第5条规定：“公民、法人的合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。”如果将知识产权整合在民法体系之中，知识产权特别法没有创设为权利的知识性利益显然也应当在《民法通则》的保护范围内，否则就会出现上述司法机械主义错误。但是，对于严格的知识产权法定主义这来说，这是不能容忍的，因为，这样的话，利益的享有者事实上就会享有和权利的享有者一样的请求权人的地位，使知识性利益转化为知识性权利，从而打破知识产权法建立的利益平衡机制。就此，笔者认为，这个担心的产生源于对权利和“法益”的区分缺乏认识。

依法理通说，法律保护者，乃利益也。而这种利益在法律中有两种表现形式，一为权利，故权利的本质为特定利益加法律之力，特定利益是权利的内容，法律之力是权利之外形；而另一种形式为“法益”，所谓“法益”是指一个社会的法观念认为应予保护的利益，但这种受法律保护的利益乃是一种概括的、不确定的利益，不具有具体的权利形态。因此，我们按照受法律保护力度的不同可对利益做三个层次的界分，也就是所谓一般利益、法益、权利。三种利益形态受法律保护的力度渐次加强。一项具体的利益在利益结构中的位置并非一成不变，经济技术的发展以及社会文化观念的变迁都可能引起它在利益结构中位置的变化。一般认为，从一般利益、法益再到权利，其间是一个将利益类型化的立法技术处理过程。<sup>141</sup>基于此，“法益”和权利在法律表现形式、保护程度、保护方法等方面均有所不同。

第一，基于权利上的请求权的基础是已经类型化的权利，对于权利的构成要件

---

士与被告白先生是兄妹，其母于2003年6月去世，之后，白先生和其他兄妹背着白女士将母亲安葬于一座天主教堂墓地，但一直没有将安葬的具体地点告诉白女士。从其他亲属那里得知母亲墓地的详细地址后，白女士才得以去祭奠。白女士认为其兄长严重侵犯了自己作为儿女悼念父母的权利，故将其兄长诉诸法庭。而在此之前，有关“悼念权”的官司已经打了不止一起。情形大致相同，判决却有输有赢。

<sup>140</sup> 2001年6月1日，陶女士被吴某驾驶的一辆奥拓汽车撞伤。经医生诊断“车祸造成上嘴唇裂伤”。陶女士认为，由于嘴唇的原因，她再与丈夫亲吻时常常感到害怕；作为人母，她也不能像往常一样满足女儿的“索吻”，遂向法院起诉，请求判令吴某赔偿其身体权、亲吻权、健康权、财产权等损失3.9万元人民币。法院经审理认为，嘴唇裂伤，亲吻成为一种痛苦的心理经历，属情感上的利益损失；但现行法律法规无亲吻权之规定，原告“亲吻权”赔偿之请求于法无据。法院判决司机吴某赔偿受害人5134元，驳回了原告的其他诉讼请求。

<sup>141</sup> 参见熊请龙：《权利，抑或是法益——一般人格权本质的再讨论》，载《中外法学》2005年第2期，第52页。

在法律上往往有明确的认识；而基于合法利益的损害赔偿之债请求权基础是“法益”，而我们对这个“法益”的认识往往是出于模糊阶段，而“法益”需要衡量，在法律上未予规定，需要结合个案情况进行判断。

第二，从受保护的程度上而言，法律上权利受到周延的、最有力之保护；而“法益”虽为法律所创设，受法律承认，但在法律上无其名分，其受保护程度较弱，而且其是否受法律保护，取决于个案判断，并没有统一标准。

第三，就保护方法而言，如上所属，对于具有绝对权性质的权利，如物权、人身权、知识产权，在其上可产生两种请求权，一种为基于其绝对性或专有性产生的物上请求权、人身权请求权或知识产权请求权、另一种是基于侵权行为之债产生的债权请求权。但是，对于基于“法益”上的请求权，由于“法益”并不具备绝对权之公示性、对世性，所以其只能是债法上的请求权，即侵权损害赔偿请求权。

第四，从裁判方法上而言，由于权利的范围和构成要件十分明确，法官在裁判之时，可以径直援引相关法律条文；但是，对于基于法益上债权请求权是否支持，法官须援引法律中公共利益、公序良俗等一般原则，结合案件事实并对之进行具体化处理。

所以，即使在司法中对某种知识性的利益进行了保护，这也并不意味着这种知识性的利益上升为法定的知识产权。因为法律赋予这种知识性利益的保护是有限的。

第一，仅仅是侵权损害赔偿之债请求权，不能享有知识产权请求权，即不能享有上述的停止侵害请求权、妨害预防请求权、废弃请求权、赔礼道歉、消除影响等请求权权能。

第二，即使同为损害赔偿之债请求权，基于“法益”之上的损害赔偿之债请求权和基于知识产权之上的侵权损害赔偿之债请求权也有不同。这种不同表现在：首先，基于知识产权之上的侵权损害赔偿之债请求权的基础权利在法律上有明确标准，对法官而言，判断请求权成立与否较为简单，而法律上权利必受保护（法律规定限制除外），法官无自由裁量之余地。在裁判方法上，直接援引法律条文即可；而基于“法益”之上的损害赔偿之债请求权较为复杂，其请求权是否成立，取决于法官的个案衡量，但是由于法官的知识水平等主观因素影响，这种请求权并不必然会受到支持。

第三，从主观要件上看，由于法定权利的类型化本身可以起到一种公示的效果，人们在实施某种行为时，应当可以合理预见到其行为会损害他人利益，所以即使基于加害人过失造成权利人的损害，基于知识产权之上的侵权损害赔偿之债请求权仍

可受到支持。但是，对于尚没有形成权利的利益，常常是在发生纠纷以后，由法官事后来判断，因此，如果对这种侵害合法利益的行为没有限制，那么，人们就不知道其实施某种行为是否会侵害他人的合法利益，这必然会妨碍人们的行为自由。<sup>142</sup>所以，只有在加害人故意侵害利益享有者的合法利益情况下，基于“法益”之上的损害赔偿之债请求权才有可能得到支持。

所以，在立法上和理论上我们必须区分类型化的知识产权和知识性利益的不同，尤其要区分基于知识性利益的损害赔偿请求权和基于知识产权的知识产权请求权及知识产权侵权损害赔偿请求权。如果对此不加区分，就会使知识性利益的保护演变为知识性权利的保护。知识产权立法也就没有必要对保护的客体进行立法选择，而直接根据洛克的财产权劳动理论将一切知识性劳动的成果都规定为权利进行保护就可以了。<sup>143</sup>由于知识产权特别法从其立法宗旨来说，保护的只能是权利，因此，知识性利益的保护只能交给反不正当竞争法和民法进行。但是，在目前的《民法通则》中，虽然在第1章第5条区分了对权利和利益的保护，但是在民事责任中，却没有针对侵害合法利益的民事责任专门作出区分和规定。从《民法通则》第6章第1节的“一般规定”和第3节的“侵权的民事责任”的规定看，《民法通则》所使用的“侵权”概念明显没有包括侵害他人合法利益的行为。这容易使人们造成误读，认为两者在责任形式上是一致的；而这种误读，将导致知识性利益保护的权利化倾向，知识产权法定主义所担心的事实将变成现实。因为，既然《民法通则》第5条规定了合法利益应当受到保护，那么在发生侵害知识产权特别法没有规定或者不能适用知识产权特别法规定的利益时，就可以直接通过选择适用《民法通则》第134条的规定，追究行为人的损害赔偿责任。但是，由于民事责任方式的选择权在原告而不是法院，既然《民法通则》规定了停止侵害、赔偿损失等责任方式，而且这些责任方式可以合并使用，原告自然会既选择要求赔偿损失又选择要求停止侵害。这样的话，利益的享有者事实上就会享有和权利的享有者一样的请求人的地位，从而使知识性利益转化为知识性权利。所以，在立法上对此区分，是十分必要的。就此，在我国制定民法典时，可以借鉴日本民法上“不法行为”的概念。

### 三、日本民法上的“不法行为”

在《日本民法典》中使用了“不法行为”的概念，其含义要广于我国《民法通则》第6章第3节“侵权的民事责任”中的“侵权”概念，包括不法的侵害权利的

<sup>142</sup> 参见王利明：《侵权行为法研究》，上册，中国人民大学出版社2004年版，第75页。

<sup>143</sup> 参见李扬：《重塑以知识产权法为核心的整体性的知识产权法》，载《法商研究》2006年第6期，第24页。

行为和不法的侵害他人利益的行为。相比之下，这个概念显然要比《民法通则》中所使用的“侵权”概念科学、准确和全面。所以，我国未来的民法典在规规定不法行为的民事责任时，应当借鉴《日本民法典》第5章所使用的“不法行为”的概念，与《民法通则》第5条的规定相适应，将利益也涵盖到不法行为侵害的对象中去。

从具体的立法技术上看，《日本民法典》第5章第709条只是规定了行为人因为故意或者过失侵害他人权利或者合法利益的行为应当承担损害赔偿责任，而没有规定行为人应当停止侵权的责任，但这并不说明在日本侵害权利的行为不应当承担停止侵权行为的责任。因为《日本民法典》只是作出一个最基本的规定，侵害某种具体权利的不法行为的责任，包括停止侵权行为的责任都规定在了各个特别法当中。根据特别法和普通法适用关系的一般原理，一旦发生某种侵害权利的不法行为，应当优先适用特别法的规定，不法行为人必须根据各个特别法的规定承担停止侵权行为的责任。《日本民法典》这样规定的好处是，一旦发生了各个特别法没有规定的针对某种利益的不法侵害行为，被侵害者就可以直接利用其第709条的规定请求损害赔偿。这样就将利益的保护和权利的保护无形当中进行了区别对待，利益的享有者所能够享有的，也就只能是债权请求权性质的损害赔偿请求权。

在知识产权类型化不足的背景下，对知识性利益或智力性劳动成果通过法律上判断是否为“法益”并运用“不法行为”的法律责任来进行保护，并不会导致法官运用自由裁量权对知识产权或知识产权权能进行扩张，如果这种利益经判断为法律上应受保护之利益，这种利益就应获得保护，但是，这种保护仅仅限于债权请求权。所以，知识产权法定主义者的担心是没有必要的。区分类型化的知识产权和知识性“法益”、知识产权请求权和知识产权侵权请求权以及知识性利益请求权并在制度上进行相应的设计，是调和知识产权法定主义和自然权利主义的理想途径。

至此，尚有最后一个问题，也是最关键和最难以解决的问题是，如何判断某种知识性利益是应受法律保护的“法益”？这个问题涉及方面甚多，由于本文主题和篇幅的局限，对此问题无法深入探讨。但是，笔者倾向性的基本观点是，当对某种知识性利益是否为“法益”无法判断时，宜不予保护。这是因为，由于知识产权兼具公共性和私人性，这两者之间是彼消此长的关系，而社会公众利益不可轻易被限制。

## 第二节 知识产权法和周边民法制度的配合

在解决知识产权类型化不足给司法带来的困境时，除了在裁判方法上运用类推

适用、确立侵害“法益”的债权请求权之外，在可能的情况下，运用相关的民法制度解决问题似乎也是一条途径；而这个途径不仅可以回避确定“法益”的困难，而且也可以回避知识产权法定主义和自然权利主义之间对立。

### 一、合同责任

现代社会是一个契约性的社会。在这样的社会中，人们在社会分工条件下的各种需求，是通过契约得到满足，著名法学家庞德指出“在商业时代，财富多半是由一系列的允诺构成的。”<sup>144</sup>所以，合同对于一个社会而言有着极其重要的意义。从促进交易，繁荣社会经济目的宏观角度和尊重当事人意志的微观角度出发，合同自由是合同法的基本原则。所以，在物权法领域，对于有形财产，根据物权法定原则，如果当事人约定了法律明确规定之外的物权类型，“虽不发生创设物权之效果，仍可具有债的效力。”那么，在知识产权法领域，对于智力成果，这一处理原则是否同样有效呢？

从法律性质上说，知识产权和物权具有相似性，虽然知识产权的专有性和物权的支配性虽有不同，但两者均为绝对权或者说对世权，即可以对抗除权利人外的所有人。所以，和物权法定原则一样，当事人之间创设的可以对抗第三人知识产权是无效的，因为这种对世权只有法律才能创设而具有公示效力。但是，当事人之间的约定仍可以产生合同上效力。因此，如果一种智力成果位于知识产权的边界之外，当事人依然能够通过合同的约定，给合同相对方设定一定的义务，对之给予保护。从这个意义上讲，只有合同约定才能完全抛开法律的明文规定，不论该智力成果是否属于知识产权的权利类型以及是否属于不正当竞争法保护的商业秘密，都可以在法律明文规定之外为智力成果提供保护。这一点也是合同自由的应有之义。

尚有争议的是，是否所有的智力成果都可以受到合同的保护？有研究者认为，一种智力成果要成为合同的客体，必须具备两个条件：新颖性和具体性。此处的新颖性不是指专利法上的新颖性，而是一种程度比较低的新颖性，是指基于合同关系所提供的智力成果，必须是新的、不同于常见的和人人皆知的构思、创意或建议。在合同关系中，新颖性的判断应该以合同相对方的主观判断为标准，只要对于相对方而言具有新颖性即可。当然如果一种智力成果是如此不具有独创性或缺乏新颖性，在法律上可以认为相对方早已获得了该智力成果。因为如果该智力成果是普通公众可以轻易获知的，提供方就无法证明相对方利用的智力成果是自己提供的。具

<sup>144</sup> [英]P.S.阿蒂瓦：《合同法概论》，程正康译，出版社年版，第3页，转引自王利明：《合同法研究》，第一卷，中国人民大学出版社2002年版，第189页。

体性是指作为合同标的的智力成果必须具体、明确,成熟到足以在商业活动中实施。如果仅仅是一种抽象的或者不成熟的思想,在实施之前必须做大量的调查、研究和设计工作,需要实施人创造性地进行运用,那么就不符合具体性的要求。<sup>145</sup>并且,这种看法引用了美国判例 *Dawney v Gerneral Foods Corp.* 中法官的观点“当某人向他人提供某一思想观念时,并不意味着接受者已经承诺在使用之后支付报酬。如果缺乏新颖性和独创性,即使协议已经达成也不得实施。”<sup>146</sup>

但是,笔者认为,这种看法是草率的。依据合同自由原则的内涵,合同的客体也得双方自由约定(法律明文限制除外)。对于合同当事人而言,均为法律上推定之理性主体,对于自己的需要和利益有明确认识才会签订合同。所以,尽管作为合同客体之智力成果缺乏上述的新颖性,但是只要提供方没有使用欺诈、胁迫等手段,该合同即为有效。这是因为,如果这个智力成果是人人包括需求方皆知的,那么对于需求方而言就没有必要签订这个合同;其签订这个合同本身就说明他对于这方面的智力成果是无知的而且是有需求的。况且,在一个海量信息社会,很难说某个知识信息是社会人人皆知的,而交易就在就在于这样的信息不对称情况下才能发生。所以对于这样的新颖性是难以判断的。判断合同无效或者可撤销只能依据合同法规定,而不能根据智力成果的特点另设规则。至于具体性,这取决于合同义务的设计,同样不是判断合同有无效力或者可否撤销的判断依据。

## 二、缔约过失责任

缔约过失责任是以诚实信用原则所要求的先合同义务为前提,赋予合同当事人对商业秘密、保密信息等予以保密并不得泄漏和不当使用的义务。这种义务的法律基础通常是默示保密义务。基于信息的公共性,以缔约过失责任保护知识性利益或智力劳动成果也必须以该智力成果的确定性为前提,在法律中表现为要求该信息以保密的性质提供,即属于商业秘密。这种要求不论在国际商业惯例和我国法律都得到体现:在《国际商事合同通则》2.16条中,保密义务的前提必须是“在谈判过程中,一方当事人以保密性质提供的信息”;在我国《合同法》第54条中,则要求属于“当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密”。由此可见,缔约过失责任保护的主体和反不正当竞争法一样,是针对商业秘密进行保护,所以对于无法纳入具体知识产权权利客体的智力成果是否能够适用缔约过失责任,与能否适用反不正当竞争

<sup>145</sup> 参见朱理:《劳动补偿冲动、类型化补充限制与知识产权的边界》,载《科技与法律》2005年第4期,第47页。

<sup>146</sup> *Dawney v Gerneral Foods Corp.* 31N. Y. 2d56.

法一样,需要以该智力成果属于“商业秘密”为条件,不能径直适用缔约过失责任。

### 三、不当得利制度

现代民法制度中,不当得利是指没有法律规定或约定的原因而获得利益并使他人受有损失,从而在受益人和受害人之间产生的债权债务关系,其旨在规范私法上无法律原因的财产变动。不当得利制度源于罗马法,理论依据是衡平思想。但是现代以来,不当得利请求权借助于衡平思想成为一项法律制度以后,“业经制度化的不当得利,已臻成熟,有其一定的构成要件及法律效果,正义和公平应该功成身退。”<sup>147</sup>因此,在适用不当得利制度处理具体案件时,应该以法律的明确规定之要件为依据。

不当得利可以大体区分为给付不当得利和非给付不当得利两种类型,后者又可以进一步细分为权益侵害不当得利、求偿不当得利和支出费用不当得利。对于知识产权而言,经常发生的是权益侵害不当得利。它以侵害法秩序上应归属于他人的权益内容判断为基准,据以认定受利益,致他人受损害,是否无法律上原因或合同上原因,而应负返还义务。但是,如上所述,“法益”没有类型化,其认定较为困难,诚如王泽鉴先生所言,“权益归属内容有待于具体化,涉及不同权益的保护,竞争秩序及社会经济活动,应审慎认定之”。<sup>148</sup>可见,成立不当得利的前提是受益人侵害法秩序上应归属于他人的权益。就智力成果而言,其前提就是该智力成果属于他人的合法权益。这一前提的判断标准就是法律规定属于他人的知识产权或者其他权益。就此而言,受不当得利保护的智力成果或知识性利益也必须符合基于侵害知识性利益的债权请求权中“法益”的判断标准,只不过这是两种不同的保护手段。

在此,继续运用本文第四章中介绍的案例说明上述观点。<sup>149</sup>通过对原被告法律关系的分析,结合上述知识产权法和相关民法制度的关系,我们发现,除了一审的侵权思路外,通过合同责任、缔约过失责任、不当得利等制度解决问题也是可能的裁判思路。当然,各种思路需要论证的侧重点是不同的。

在适用缔约过失责任时,对于原告而言,仍需证明其向被告透露的技术信息是技术秘密,否则,缔约过失责任仍不能成立。

在运用不当得利制度时,本案被告无合法依据获得了利益,这是没有问题的。但是,原告还需要说明原告的损失和被告获利之间存在因果关系。原告受有损失的

<sup>147</sup> 王泽鉴:《不当得利》,中国政法大学出版社2002年版,第19页。

<sup>148</sup> 王泽鉴:《不当得利》,中国政法大学出版社2002年版,第138页。

<sup>149</sup> 案情见本文第四章第二节。以下分析亦参考了易继明教授观点,参见易继明:《知识产权的观念:类型化及法律适用》,载《法学研究》2005年第3期,第122页以下。

情况包括两个方面：一是对设备进行检测、分析、查询等直接的经济投入；二是该项技术的发现与运用可能给原告带来的收益。如果运用这个思路解决问题，需要对后者的技术特征进行分析；但是，由于如一审判决所认定的那样，原告的技术发现和运用依附于被告产品，所以，考察原告的间接损失成为这种司法路径的难点。

就本案情况而言，以合同责任来理解，是一种更为简便、明了的方法。从原告的意思表示而言，原告向被告发出邀请，意图就是想与被告建立技术咨询合同关系，该邀请可视为要约；而被告应邀前来洽谈，正是承诺，双方合同关系即已成立。虽然双方并没有书面合同形式，但是，除法律明确要求外，合同形式以不要式为原则，所以书面形式的缺乏，不妨碍合同成立和生效。在此等情况下，合同虽然缺乏一些主要条款，例如报酬支付等，但是这可以通过合同解释的方法给予补充，故亦不影响合同的成立和生效。这个思路也正是二审法院的裁判思路。

二审法院审理后认为：上诉人叶晓明等与被上诉人索佳公司的磋商谈判行为形成事实上的技术咨询合同关系；上诉人要求认定本案所涉信息为技术秘密的主张成立；咨询合同涉及技术秘密，作为咨询人的被上诉人本应负有保守秘密的合同义务，但由于上诉人把该技术秘密的内容告知被上诉人，并在被上诉人向其客户公开后的合理期限内仅要求支付咨询费而没有提出异议，故应视为该公开行为得到上诉人同意，并且此后上诉人也自行将该技术秘密予以公开；因此本案所涉技术秘密已为公众所知悉，不能也无法再作为技术秘密予以保护。故此判决：撤销一审判决；改判索佳公司赔偿叶晓明等 50 万元；驳回叶晓明等的其他诉讼请求。

二审判决运用了合同义务进行判决，回避了是否认定叶晓明等对该技术信息是否享有专有权这个两难问题。而在此情形下，知识产权法定主义和自然权利主义的冲突得到了解决。

民法司法方法中，并不存在绝对的法定主义和绝对的自然权利主义，有的只是两者的协调和各种制度的配合。所以，在民法整体视野中，知识产权法定主义和自然权利主义的冲突可以说并不存在，因为民法基本制度和方法本身已经提供了解决问题的路径：当社会中的知识性利益冲突提交到司法程序解决时，法官应首先判断所冲突的利益是否可以被法定的知识产权上权利所“涵摄”，如果可以，则依法裁断；如果所冲突的利益不可以“涵摄”在法定知识产权中，那么，法官应根据案件具体情形判断冲突双方之间是否存在合同上关系或是否有不当得利情形，如有，可依相关制度裁断；如果不存在上述法律关系，法官应判断这种利益是否为应受法律保护之“法益”，是否有侵犯这种“法益”之不法行为存在。如果存在这种“法益”并且有不法行为存在，则应依据不法行为所产生的债法上责任来对这种利益进行保



护；如果这种利益不属于“法益”之列，则不予保护。这样，既使应受保护的知识产权性利益得到了应有的保护，又不至于将这种“法益”扩大为绝对权利，从而使司法承担“扩张知识产权”之恶名。脱离民法体系的知识产权法，由于缺乏方法论的“滋养”和相关制度配合，再加之类型化的不足，很容易产生司法理念的冲突和司法方法的“贫血”现象。知识产权法向民法的回归，不仅是理论研究的需要，也是司法实践的呼唤。

## 结 语

解决知识产权类型化不足带来的司法困境，除了加强知识产权类型化努力外，树立以民法为核心的整体性知识产权法观念也是解决目前司法困境的基本途径。正如有学者指出，“目前的困境在于我国现有知识产权立法者、司法者和学者根本缺失民法观念或者忽视民法在知识产权制度中的基础地位，没有认真去研究知识产权法和民法的关系，没有自觉利用或者没有很好地利用民法中的契约、侵权行为、不当得利等基本制度，并且形成了既有的封闭而自足的立法格局和观念。”<sup>150</sup>可以说，这种立法格局和观念，正是造成目前知识产权类型化不足背景下司法困境的重要根源，走出困境，也有赖于这种状况的改变。

---

<sup>150</sup> 李扬：《重塑以知识产权法为核心的整体性的知识产权法》，载《法商研究》2006年第6期，第23—24页。

## 参考文献

- [1] 吴从周, 论法学上“类型”思维, 见法理学论丛——纪念杨日然教授学术论文集, 台湾月旦出版社, 1997年
- [2] 黄茂荣, 法学方法与现代民法, 中国政法大学出版社, 2001年
- [3] 林立, 法学方法论与德沃金, 中国政法大学出版社, 2002年
- [4] [德]卡尔·拉伦茨, 陈爱娥译, 法学方法论, 商务印书馆, 2005年
- [5] 李可, 类型化思维及其法学方法论意义——以传统法律思维为参照, 金陵法律评论, 2003年秋季卷
- [6] 黄建辉, 法律阐释论, 新学林出版股份有限公司, 2005年
- [7] [德]亚图·考夫曼, 吴从周译, 类推与“事物本质”——兼论类型理论, 台湾学林文化事业有限公司, 1996年
- [8] 张文, 杜宇, 刑法视域中“类型化”方法的初步考察, 中外法学, 2000年第4期
- [9] 杨立新, 论侵权行为一般化和类型化及其我国侵权行为法立法模式的选择, 河南政法干部管理学院学报, 2003年1期
- [10] [美]哈罗德·J·伯尔曼, 贺卫方, 高鸿钧等译, 法律与革命——西方法律传统的形成, 中国大百科全书出版社, 1993年
- [11] 李琛, 论知识产权法的体系化, 北京大学出版社, 2005年
- [12] [澳]布拉德·谢尔曼, 金海军译, [英]莱昂内尔·本特利, 现代知识产权法的演进——1760—1911英国的历程, 金海军译, 北京大学出版社, 2006年
- [13] 吴汉东, 胡开忠等, 知识产权基本问题研究, 中国人民大学出版社, 2004年
- [14] 刘春田, 作权法实践中独创性判断, 著作权, 1994年第4期
- [15] 郑成思, 知识产权法论, 法律出版社, 2003年
- [16] 管育鹰, 知识产权视野中的民间文艺保护, 法律出版社, 2005年
- [17] 古祖雪, 论传统知识的可知识产权性, 厦门大学学报(哲社版), 2006年第2期
- [18] 谢铭洋, 智慧财产权之概念与法律体系, 见刘春田主编, 中国知识产权评论, 第1卷, 商务印书馆, 2002年
- [19] 易继明, 知识产权法的观念, 类型化及法律适用, 法学研究, 2005年第3期
- [20] 郭寿康, 知识产权法, 中共中央党校出版社, 2002年
- [21] 阳平, 论侵害知识产权的民事责任, 中国人民大学出版社, 2005年
- [22] 刘春田, 知识产权法, 中国人民大学出版社, 2000年
- [23] 刘春田, 知识财产权解析, 中国社会科学, 2003年第4期
- [24] 张玉敏, 知识产权的概念和法律特征, 现代法学, 2001年第5期
- [25] 张玉敏, 知识产权法, 法律出版社, 2005年
- [26] 黄汇, 解释与转型, 知识产权去“智力化”的阐明, 知识产权, 2007年第1期

- [27] 冯晓青, 信息产权理论与知识产权理论之正当性, 法律科学, 2005 年第 4 期
- [28] [美]米勒, 周林译, 戴维斯知识产权法概要, 周林译, 中国社会科学出版社, 1998 年
- [29] 吴汉东, 从知识产权到无形财产, 法制日报, 2002 年 5 月 19 日第 3 版
- [30] 吴汉东, 刘剑文等, 知识产权法学, 北京大学出版社, 2005 年
- [31] 张俊浩, 民法学原理, 下册, 中国政法大学出版社, 1997 年
- [32] 韦之, 凌桦, 传统知识保护的若干基本思路, 见郑成思, 知识产权文丛, 第 8 卷, 中国方正出版社, 2002 年
- [33] 金海军, 16—18 世纪英国知识产权的历史与功能: 一种社会结构整体观, 见刘春田, 中国知识产权评论, 第 1 卷, 商务印书馆, 2002 年
- [34] J.D.贝尔纳, 陈体芳译, 科学的社会功能, 商务印书馆, 1995 年
- [35] 袁真富, 知识产权——从权利到工具, 电子知识产权, 2003 年第 12 期
- [36] Forman & Julia David, A Timing Perspective On The Utility Requirement In Biotechnology Patent Application, 12 AIAb. LJ. Sci. & Tech. 647,666.2002.
- [37] [日]大木雅夫, 范瑜译, 比较法, 法律出版社, 1999 年
- [38] 艾伦·沃森, 李静冰, 姚新华译, 民法法系的演变及形成, 中国法制出版社, 2005 年
- [39] [古罗马]盖尤斯, 黄风译, 法学阶梯, 法律出版社, 2000 年
- [40] 韦之, 欧共体计算机程序保护指令评介, 中外法学, 1998 年第 6 期
- [41] 李阳, 肖志远等, 知识产权基础理论和前沿问题, 法律出版社, 2004 年版
- [42] 梁慧星, 民法总论, 法律出版社, 1996 年
- [43] 崔国斌, 知识产权法官造法批判, 中国法学, 2006 年第 6 期
- [44] 梁慧星, 电视节目预告表法律保护与利益衡量, 法学研究, 1995 年第 2 期
- [45] 孟勤国, 也论电视节目预告表法律保护与利益衡量, 法学研究, 1996 年第 2 期
- [46] 李扬, 知识产权法定主义及其适用——兼与梁慧星, 易继明教授商榷, 在法学研究, 2006 年第 2 期
- [47] 张平, 中美数据库作权保护的司法比较, 知识产权, 1998 年第 5 期
- [48] 陶凯元, 冲突与平衡——广东法院知识产权审判十年巡礼, 法律出版社, 2006 年
- [49] 罗东川, 马来客, 知识产权名案评析, 经济日报出版社, 2001 年
- [50] 韦之, 论不正当竞争法和知识产权法的关系, 北京大学学报, 哲社版, 1999 年第 6 期
- [51] 冯晓青, 知识产权法的价值构造, 知识产权法利益平衡机制研究, 中国法学, 2007 年第 1 期
- [52] 郑胜利, 论知识产权法定主义, 中国发展, 2006 年第 3 期
- [53] [美]罗伯特·诺奇克, 何怀宏译, 无政府、国家与乌托邦, 中国社会科学出版社, 1991 年
- [54] 姚欢庆, 莒县酒厂诉文登酿酒厂不正当竞争, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=9956>, 最后访问日期, 2007 年 8 月 20 日
- [55] 彭学龙, 知识产权: 自然权利抑或是法定权利, 电子知识产权, 2007 年第 8 期
- [56] 庞凌, 法律原则的识别和适用, 法学, 2004 年第 10 期
- [57] 葛洪义, 法律原则在法律推理中的地位和作用, 法学研究, 2002 年第 6 期

- [58] 孔祥俊, 司法理念与裁判方法, 法律出版社, 2005 年
- [59] 刘士国, 类型化与民法解释, 法学研究, 2006 年第 6 期
- [60] [德]考夫曼, 刘幸义等译, 法律哲学, 法律出版社, 2004 年
- [61] 尹田, 论物权与知识产权的关系, 法商研究, 2000 年第 5 期
- [62] 李扬, 重塑以知识产权法为核心的整体性的知识产权法, 法商研究, 2006 年第 6 期
- [63] 王泽鉴, 法律思维与民法实例, 中国政法大学出版社, 2001 年
- [64] 李永军, 民法总论, 法律出版社, 2006 年
- [65] 杨明, 知识产权请求权研究——兼以反不正当竞争法为考察对象, 北京大学出版社, 2005 年
- [66] 王笑冰, 论知识产权上的请求权和侵权损害赔偿责任, 政法论丛, 2003 年第 2 期
- [67] 熊谓龙, 权利, 抑或是法益——一般人格权本质的再讨论, 中外法学, 2005 年第 2 期
- [68] 王利明, 侵权行为法研究, 上册, 中国人民大学出版社, 2004 年
- [69] 王利明, 合同法研究, 第一卷, 人民大学出版社, 2002 年
- [70] 朱理, 劳动补偿冲动, 类型化补充限制与知识产权的边界, 科技与法律, 2005 年第 4 期
- [71] 王泽鉴, 不当得利, 中国政法大学出版社, 2002 年

## 致谢

经过两年多的学习、积累和数月的集中写作，终于完成了这篇对我而言有着特殊意义的论文：也许我可以说，我现在已经是一个法律人，而不再是“半途出家的和尚”。在这个转型的过程中，我首先要感谢导师寿步教授两年多年来对我的指导。寿步老师的指导，不仅为我打开了知识产权法学的理论大门，而且极大提高了自己的法律实务水平。同时，寿步老师的严谨、细致工作作风也深刻地影响、甚至改变着我，这些都将使我受益终身。

在交大法学院两年半的学习中，我尤其要感谢王福华老师在学术上对我的指导和帮助，使我能够在国内权威学术刊物上留下自己的痕迹。当然，从法学院其他老师那里，我也是获益匪浅：叶必丰老师的开阔、韩长印老师的睿智、顾祝轩老师的渊博、其木提老师的严密……，这些老师在学识上不同的风格对我法学理论素养的提高有着莫大的帮助。

还有一些同学和朋友是必须要感谢的。我的挚友，中国人民大学社会学系朱正强博士，不辞夏日劳苦到国家图书馆为我复印台湾学术资料，并快递给我，没有他的帮助，这篇论文将会逊色很多。同宿舍的陈贺明、张玉标等同学，虽然年龄比我小不少，但同他们的讨论仍给我不少启迪。借此机会，我一并表示感谢。

当然，这篇论文的完成和万勇老师的辛苦审阅和中肯的意见是分不开的，没有他的意见，这篇论文离定稿也许还有很远的距离。在此，我对万勇老师表示特别的感谢。

最后，我还想说，感谢交大，感谢法学院，给予了我们这样一个学习和提高的机会。没有这个机会，可以肯定地说，我们生命的意义将会暗淡很多。

## 攻读学位期间发表的学术论文目录

- [1] 王福华，融天明，民事发回重审制度之检讨，法学研究（CSSCI），2007（01），第 3—16 页，第二作者
- [2] 王福华，融天明，审限制度的存与废，法律科学（CSSCI），2007（04），第 95—103 页，第二作者
- [3] 寿步，徐彦冰，融天明，对非正常途径制作销售虚拟装备不应定罪处罚，电子知识产权，（CSSCI），2007（11），第 49—52 页，第三作者
- [4] 融天明，也论典权存废，鄱阳师范高等专科学校学报，2007（02），第 90—95 页，独撰