

# 知识产权法的形式理性

胡波

〔摘要〕 知识产权法的形式理性命题基于法律之内的教义学视角，着眼于法的安定性价值，强调合逻辑性的约束。形式理性化程度较低为知识产权法相较于传统民法的主要差距所在。实现知识产权法的形式理性化，路径在于法典化、回归民法和单行法的结构合理化。

〔关键词〕 知识产权；形式理性；民法典

〔中图分类号〕 D913.4 〔文献标识码〕 A 〔文章编号〕 1000-4769(2018)01-0106-13

知识产权法的形式理性是尚待证立的命题。从笔者与同行交流的情况来看，不少人对此命题抱有如下疑问：其一，知识产权法律领域是否存在形式理性的问题？其二，知识产权法的形式理性究竟为何含义？它较之法的形式理性的一般命题有何特殊规定性？其三，讨论知识产权法的形式理性有无意义？这一课题对于我国法律实践有无价值？本文将围绕上述问题展开讨论。

## 一、知识产权法形式理性命题的确立

形式理性是现代法共通的特征。以此推论，知识产权法欲实现现代化，则须具备形式理性的品质。韦伯的相关论证，虽不限于私法，但其讨论常以欧陆民法为范例展开。依学界通说，“知识产权是私权”，“知识产权法属于民法的范畴”。<sup>〔1〕</sup>以此观之，民法的形式理性亦应体现于知识产权法律领域。上述由一般及于特殊的推论自有其道理，但我们的讨论不能停留于此。知识产权法有其特殊性，对形式理性命题持怀疑态度者也多强调知识产权法与一般民法之区别。欲去除

此类疑虑，则须梳理知识产权法与民法典、形式理性与实质理性两对范畴之间缠杂不清的关系。

形式理性并非法典法独有的性格。虽然韦伯常以法德等欧陆国家的民法典为形式理性法的注脚，但这并不意味着只有法典法才具备形式理性，或者只有采用民法典的立法形态才能体现民法的形式理性。我们应区分形式理性法与法的形式理性两个不同范畴。形式理性法为虚构的“理念型”，它剔除了一切实质性考虑的“赘肉”，是完全以形式合理性标准取舍结构的无血无肉的骨架。此种“理念型”纯为观念上之构造，没有任何实定法能够完全满足形式理性法的要求，法国民法典和德国民法典也只是与其较为接近而已。法的形式理性则不然。历史上出现过的法律包含理性的因素，也包含非理性的因素；有形式理性的面向，也有实质理性的面向。法律人——立法者、司法者或者法律学者——总是会倾向于以一种更有概括力、更为体系化和更能体现逻辑自洽性的方式来组织法律材料和展开法律思维。形式理性可谓一切法律的内在诉求。

对于业已存在的各种法律形态，无论是单行

〔基金项目〕 国家社会科学基金项目“未来模式中知识产权与知识共享的关系研究”（14BFX182）

〔作者简介〕 胡波，暨南大学人文学院副教授，博士，广东 珠海 519000。

法还是法典法，也无论是制定法还是判例法，或多或少都体现出某些形式理性的品格，只不过韦伯认为法典为法律逻辑形式理性的最高形式。对于历史上曾经历的不同法律阶段，无论是罗马法还是教会法，也无论是盎格鲁-撒克逊法还是近代欧陆法律，或多或少都体现出某些“形式主义”的特征，只不过近代欧陆法律将此种形式合理性的追求演绎到了极致。因此，那种将形式理性与法典法划等号的想法是不能成立的。在民法典之外的民事单行法中同样存在形式合理性的诉求，并且也包含形式合理性的因素。

知识产权法是否纳入民法典，与其是否具备形式理性，为两个不同的命题。民法典要不要规定以及如何规定知识产权，系我国民法典制定体系之争中的焦点问题。就此已积累了不少研究文献，学者提出了不同的主张和建议。按照张玉敏教授的概括，处理知识产权与民法典的结构关系，存在三种可能的方案：其一是链接式，即在民法典总则中以概括性规定确认知识产权为民事权利之一种，知识产权法律规范则作为民事特别法存在于民法典之外，或保留专利、商标、著作权等单行法形式，或编纂统一的知识产权法典，或制定知识产权基本法。其二是纳入式，在民法典分则中与物权、债权等相对应设专编对知识产权加以规定，专利法、商标法、著作权法等主要知识产权法律中的实体权利义务规范全部整合至民法典中。其三是双重立法模式，“即主张在民法典中规定知识产权的共同规则，同时保留民法典外的知识产权特别法”。<sup>(2)</sup>

上述编纂体例之争事关重大，以笔者浅薄学识不敢妄加评论。但依愚见，如果说有什么动因推动学者不断思考知识产权纳入民法典的问题，其实就是一种内在的对法律形式理性化的追求和冲动。“民法典供使用者便于检索的信息统合功能，基本上已经不大，因为历史经验告诉我们完整法典只是神话，而现代越来越普及的各种电子数据库也已经可以充分满足快速检索的需求”。<sup>(3)</sup>以当代信息技术条件，传统纸质传播媒介中将法律融汇一炉以便利查询的需求已经淡化。即便知识产权法分散于各种单行法，“找法”也未见太

多困难。此种情况下我们仍孜孜以求探讨知识产权进入民法典的可能性，主要系基于民法典体系完整性的考虑。“民法典虽然不能也不必囊括一切民事法律规范，但潘德克吞体系的基本思维模式却要求民法典对基本的民事权利做出无遗漏的规定。既然肯认知识产权为基本的民事权利类型，将其纳入民法典，并独立成编就是必然的结论。诚如梁慧星先生所言‘民法典的结构和编排，只能以逻辑性、体系性为标准’。那么知识产权在民法典中取得独立成编的地位正是合乎逻辑和民法发展方向的安排。”<sup>(4)</sup>

对知识产权与民法典之间关系的理解可谓见仁见智，但知识产权的法典化并非讨论其形式理性的前提。即便民法典中不规定知识产权，知识产权法仍然包含形式理性化的诉求。除了上世纪个别国家有过知识产权法典化的尝试，过去的数百年间知识产权法律一直以民法典之外的单行法形态出现。这并未消解专利、商标、著作权等法律不断提升其形式理性程度的努力。虽然知识产权法有区别于一般民法的特殊性，但其发展历史同样印证了韦伯所揭示的规律“以形式合理性的不断增长为特征的法律理性化过程”。<sup>(5)</sup>依照谢尔曼和本特利的研究，真正现代意义上的知识产权法出现于19世纪50年代左右的英国。即便在这个被韦伯认为“私法的理性化仍然十分落后”的国家<sup>(6)</sup>，专利和版权等知识产权法律也正是凭借一种“形式主义”的技术和方法大幅提升其理性化程度，实现从前现代法向现代法的转换。

以知识产权法的发展历史观之，法律的关注点从哲学基础向形式结构的转变——这一过程被本特利称为“闭合化”——也是“不得不然”的选择。从18世纪下半叶“关于文学财产的争论”开始直至今日<sup>①</sup>，对于知识产权保护对象本质的探讨从未停歇。尽管无数的聪明才智之士殚精竭虑，就此问题贡献远见卓识，但歧见纷呈的现象并未改变，没有什么学说能成为一锤定音、令人信服的共识。以至于两个世纪前辩论的问题、提出的见解，在今时今日又经改头换面，被重新提起。<sup>②</sup>知识产权法甚至因此被称为“玄学”。<sup>(7)</sup>如果我们将法律建筑于此种形而上学的基础之上，

① 关于“文学财产的争论”，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》，北京：北京大学出版社，2006年，11页以下。

② 例如，“巴洛关于数字化财产而提出的问题，其中许多就与18世纪针对文学财产提出的问题是相似的”。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》，北京：北京大学出版社，2006年，6页。

等待关于无形财产本质的哲学认识获得澄清后再及于具体规范,那么知识产权法可能至今还止步不前,处于原始蒙昧的状态。专利、版权等法律能达成从前现代法到现代法的跃进,恰恰是因为其关注点从权利的哲学基础转移至权利的取得程序、记载方法以及法律的组织方式等形式问题,通过法技术巧妙回避了“法律在授予无体物以财产地位时所面临的根本性、并且在许多方面看来难以克服的问题”。<sup>[8]</sup>具言之,知识产权法能完成此种现代性转型,端赖其下述方面的形式理性化:

其一,表述性登记制度的建立。所谓表述性登记(representative registration),是指用图示或文字方式表现保护对象,而不是提交实物或模型,据此在官方机构登记以明确其要求保护的权利要求范围。当代的专利和商标申请程序采用的都是表述性登记方式。历史上首先引入此种制度则可追溯至1839年6月14日英国通过的《外观设计登记法》。法律给予任何制造品的外形和结构以12个月至3年不等期限的保护,条件是申请人必须向登记机关交存其外观设计的三个复制件或者三幅图片。<sup>[9]</sup>

较之既往做法,表述性登记的特点在于:(1)以文字表述或图片替代了实物;(2)由行会登记转为公共资金支持的政府集中登记;(3)登记成为取得权利的条件。这不仅带来了便利信息存储和传输的优点;更重要的是,它让申请人自己陈述“权利要求保护的是什么”,并以此确定其保护范围。奇妙之处在于,法律竟以此种程序方法在一定程度上解释了知识财产的本质和边界这一难题。“根据19世纪知识产权法而形成的由公共资金支持的集中登记制度,变成了一个重要场所,许多由无体财产所产生的问题在那里得到了排遣。特别是,就登记制度要求申请人交存其创作物的表述而非该创作物本身(这是以往的通常情形)而言,确认财产所有人以及财产边界的任务就以官僚方式(bureaucratically)获得了解决。重要的是,这些变化虽然强化了财产的封闭性,抑制了法律的创造性,但它们让法律避免了确认被保护财产的本质这个艰难的任务”。<sup>[10]</sup>

其二,立法从具体到抽象。1839年之前的相关法律是按照琐细的行业领域划分,以一种条件反射式的方式直接映射需要调整的生活事实和具体问题,如1735年的《雕工法》、1787年的《白棉布印花工法》,甚至有为绸缎式样或花边式样专门提出的法案。当这种立法累积到一定数量,自然会产生合并、整理、归纳的理性化诉求。亚

麻布、棉布或者平纹细布式样上的权利为何不能扩展至羊毛制品、丝织品、地毯甚至金属制品?难道我们准备为每一种制品的式样都各自制定一部法律?1839年的《外观设计著作权法》和《外观设计登记法》的出现正是基于下述推论:适用于任何制造品的新式样均应予以保护。立法方式在此发生质的变化:以更加体系化和规则化的法律制度来“替代那些形成普通法的粗俗、不适宜和虚伪的杂陈混合和制定法的混杂的经验主义”。“前现代法对诸如白棉布、平纹细布和亚麻布外观设计的印染这样的东西给予保护,所以它的保护是按对象而具体化的(subject specific),是回应性的(reactive)。亦即,它趋向于对当时向法律所提出的特定问题做出回应。相反地,现代知识产权法倾向于更为抽象(abstract)和具有前瞻性(forward looking)。特别是,前现代法的形态在很大程度上是对法律的运行环境作出被动回应而确定的,而在现代法的立法起草过程中,则不仅考虑到其所调整的对象,而且也关注在实现这些任务时自身所采取的形态”。<sup>[11]</sup>

其三,法律范畴趋于明晰。直至19世纪前期,知识产权领域还充斥着各种混乱的概念。专利、商标和著作权这些基本的范畴并未得到清晰的划分,各种权利的边界具有不确定性和开放性。下述今天听来令人费解的说法在当时却常常出现于法律专业人士之口“发明上的著作权”“艺术品的专利”“商标的著作权”“著作权或者式样的专利”。就立法而言,迟至1835年,英国也没有出现所谓“版权法”“专利法”或者“商标法”。以专利为例,我们现在所理解的专利法的内容,大多包含于名为《技术和制造品法》和《形式法》(Law of Form)的两部法律之中。专利权甚至被理解成一种复制权(copy-right)。<sup>[12]</sup>这说明知识产权法的组织结构和表达方式当时尚未定型,各种概念和规范不能以一种统一协调的思想为纽带结为体系。

“法律教科书的发展、进行立法改革的意图以及不断增强的对一种更理性和更有组织的法律制度的期望”等因素促成了法律范畴固定化的努力。至19世纪50年代,专利、版权和外观设计三个法律领域逐渐分流,并且“被看作知识产权法这个更为一般性标题之下的组成要素”。<sup>[13]</sup>商标法则在19世纪下半叶被承认为独立的法律部门。其调整范围原来交叉、重叠、杂混的部分逐渐得到梳理和澄清。不仅知识产权法的范畴逐渐固定化,而且这些范畴的组织方法也发生变化。前现

代的法律将理解无体财产的核心放在“智力劳动”和“创造性”概念之上，因此总是纠结于保护对象的本质这样的哲学思辨，而现代法经历了“从创造到对象”的转换<sup>[14]</sup>，转而关心知识产权保护的对象本身，考虑表述此种对象的语汇和逻辑，以及不同对象之间的区际和联系。到19世纪80年代，工业产权/文学产权的二分法渐被接受，并成为统领和支撑上述各种知识产权法律的架构。英国在主要领域进行的法典化努力形成了下述立法成果：1852年的《专利法修订法》、1883年的《专利、外观设计和商标法》、1862年的《商品标记法》和1911年的《版权法》。

从谢尔曼和本特利对英国知识产权法律发达史的研究可以看出，形式理性化是知识产权法发展过程中客观存在的规律和趋势，并且构成专利、版权和商标等法律现代化的主要驱动力。这也从另一个角度印证了下述观点：知识产权法必然包含了形式理性的因素，该领域的立法和司法活动同样应考虑形式理性的诉求。

## 二、知识产权法形式理性命题的内涵

“法的形式理性是指法律制度通过形式化特征的强化和法技术的发展——如规则的抽象化、规则群的体系化、司法推理的演绎逻辑化，从而获得相对于道德、政治、宗教、舆论等领域的自主性，求得法的安定性价值，避免道德审判、神权裁判等的不确定性，最大限度地实现法律裁判结果的可预测性”。这一定义当然可以套用于知识产权法。形式理性对于知识产权法的要求同样包含了立法的一般化、体系化和司法的合逻辑性等内容。

在《专利法的伦理基础》一书中，笔者从实质、形式和程序三个面向考察专利法的正当性问题，并以“形式伦理性”这一概念概括法律形式正当性的要求。“所谓专利法的形式伦理，是指专利法形式方面的道德要求，表现为作为实在法的专利法规的形式品格。”“法律上之形式，强调系统化的法律条文，与法律规范设定权利义务的实质内容恰相对应。专利法的形式伦理，即撇开专利法中分配权利义务的实体正义不论，专注于其形式系统的正当性”。<sup>[15]</sup>“形式伦理性”与本文所讨论的“形式理性”为两个不同概念，也存在关联。二者都针对法律的表达、结构、组织与逻辑这些形式面向，但各有其立论的角度。

形式伦理性脱胎于富勒“法律内在道德”学

说，设定此范畴是为了解释专利法的正当性问题。按照笔者的看法，法的正当性归结为伦理正当性，它意味着以法律之外的某种伦理原则或道德观念为标准对法律做出的正面评价。依此推论，“所谓专利法的正当性是以伦理哲学提供的可普遍化的原则体系为标准，对专利法律制度整体或某一具体专利法律规范所做的道德评价，并基于此种道德评价在公共领域完成其价值证成，获得公众的道德认同”。“实证性和规范性是专利法的基本面向，形式伦理则为专利法正当化的必要条件”。专利法的形式正当性包括逻辑一致性、清晰性、严密性、体系化和稳定性五项要求，核心在于“忠实于法律”。上述形式品格是法律内在的德性，为“法律成之为法律”的前提；对立法者与司法者而言，则为附着于其职务之上的一种特殊角色道德。<sup>[16]</sup>

形式理性的观念来源于马克思·韦伯，其着眼点在于法的合理性问题。合理性是基于“理性”派生的概念。所谓合理性，指合乎规律、合乎科学的原理。<sup>[17]</sup>黑格尔说，“合理性一般是普遍性和单一性相互渗透的统一。具体地说，这里合理性按其内容是客观自由（即普遍的实体意志）与主观自由（即个人知识和他追求特殊目的的意志）两者的统一；因此，合理性按其形式就是根据被思考的即普遍的规律和原则而规定自己的行动”。<sup>[18]</sup>形式理性对法律形式面向的考察系基于其是否合乎理性的判断标准展开，即立法和司法的思维活动是否符合科学的认知规律，是否能为人的理智所认识和把握。“韦伯说的合理性意味着人排除了神秘感和盲目性，摆脱了迷信和愚昧，一切经过认真思考和计算，可以清楚地预测结果和理智地控制客观事物”。<sup>[19]</sup>虽然形式伦理和形式理性均指向法律规范的结构和体系等形式特征，回避实体权利义务的分配正义问题，但前者以正当性立论，后者则专注于合理性。正当性的判断标准须诉诸实在法之外的伦理、宗教等领域，而韦伯从法制史中爬梳出形式理性法概念，其基点即在于强调法律“不受任何外在实质价值（政治、伦理或宗教规范）的干扰”。<sup>[20]</sup>在此意义上，甚至可以说法的形式伦理与法的形式理性两个范畴存在一种内在的背反性。

虽然上述两个范畴的渊源迥异、意义有别，但殊途同归，它们的外在表征——即体现于法治实践中的具体要求——却是大体重叠的。笔者所归纳的专利法形式正当性的五项要求，既体现了其形式伦理，也包含于专利法形式理性的规定之

中。逻辑一致性意味着法律规范之间不能自相矛盾；清晰性要求规范构成清晰明确，避免语意含混模糊的情况；严密性意在尽量避免法律漏洞；体系化要求法律条文“经由一致的脉络形成整体”；稳定性反对法律变动不居。<sup>(21)</sup>上述内容都可以涵摄至前文所述法律形式理性对于立法的一般化和体系化要求之中。

特别是作为法律形式伦理核心的所谓“忠实于法律”的原则，本身就意味着法律形式理性要求对于立法和司法活动的一种逻辑有效性约束：“立法者制定法律时不能任性而为。也并非立法者打声哈欠，或发声叹息都可以称为法律。他必须使其立法符合一般性、逻辑一致性和清晰性的形式要求，在响应时代变迁要求的同时尽力保持法律的稳定性。他还须受制于既有法律体系，不破坏基本的逻辑结构。法律一旦颁布，司法者或执法者则严格把一般法律规定运用于特殊情形下的具体事实，形式上完全循从专利法自身的逻辑推演过程。即便引入主观道德判断，也是在实在法的结构框架之下进行”。<sup>(22)</sup>

总之，知识产权法的形式理性和笔者在《专利法的伦理基础》一书中讨论的形式伦理落实到法制实践层面，其规定性大多是重合的，要害都在于体系化的法律作为相对闭合的系统对于自身演变产生的限制和约束——“通过精心的体系化，使法的概念和原则成为有序的、不可任意更动的整体，是约束立法者与司法者恣意擅断的利器”。<sup>(23)</sup>区别只不过在于，前者从理性的角度，而后者从道德的角度理解这种法律的形式规定性。虽然韦伯“形式理性法”概念从其研究所采用的方法论的角度来看秉持“价值无涉”立场，但它自身内含法的安定性的价值诉求。富勒所提出的“法的内在道德”概念从其道德义务的渊源讲可追溯至立法者与司法者的角色道德，但就其对于法治实践的意义而言同样可归结于法的安定性价值。在此意义上，二者之间不仅不存在背反关系，而且在价值诉求上具有内在的耦合性。

理解“知识产权法的形式理性”这一概念，关键在于韦伯关于法律形式和实质的区分。形式是指法律体系内在的标准。<sup>①</sup>形式理性的思维方式主要受到法律体系产生的逻辑一致性的约束。它判断法律问题是从法律自身的体系和逻辑出发，

考虑其与法律概念、法律原则、法律规范以及整个法律体系的协调性。所谓“实质”则是指法律之外的伦理、宗教、政治等判断标准。实质理性的思维方式关注点在于，法律决定与这些外在标准是否吻合。实质和形式的区分为理论上的构造，实际上“我们所看到的都是混合体”<sup>(24)</sup>，完全不受实质因素影响的形式主义并不存在；但是我们仍然可以在观念上清晰辨别以形式合理性为主导或者以实质合理性为主导的两种不同思维方式。知识产权法亦莫能外。不妨以计算机程序的著作权保护为例，加以说明。

计算机程序是否应该赋予著作权？这是曾引起广泛争论的现实法律问题。一种思考的路径是考虑影响这一问题的外部因素：可以追溯根源，立法层面为什么要提出软件著作权保护的问题？主要动力来源于美国软件企业的利益诉求。1972年联邦最高法院的 *Gottschalk v. Benson* 案判决否定了计算机程序的可专利性，软件产业转而寻求版权保护。<sup>(25)</sup>版权自动发生和较长保护期限的特点符合软件企业的利益。美国政府响应企业的利益诉求，利用其在全球知识产权体系的主导地位，通过双边或多边途径施压其他国家，最终使软件的著作权保护成为各国普遍采纳的模式。

也可以讨论软件著作权的正当性问题。此种立法是否会造成较高的软件使用成本，给公众获取和利用信息技术造成障碍，甚至加深“信息鸿沟”？它固然满足了软件产业的法律需求，但对于其他关联产业有何种影响？在国际贸易格局中，又会产生怎样的分配效应？进而言之，在法理层面论证著作权正当性的传统理论——如人格学说、劳动理论、激励论——能够移用以说明赋予计算机程序著作权的正当性吗？这些问题都可以归入韦伯所说的法律实质合理性的论题范畴。其所关注者为该当立法模式之经济、社会效果，所评价者为该当立法模式是否符合某种实质正义标准，所利用之研究资源则常涉及法伦理、法经济或者法律史。

此种研究自有其意义。现实立法也须包含此类评价过程。但严格地讲，这种思路并不能归属于狭义的法律论证。法律思维的核心是所谓“法教义学”的思考方式。其论证前提严格限定于法律体系之内，论证方法则严格遵循逻辑有效性的

<sup>①</sup> Trube 指出，“‘形式性’是指做出决定所使用的标准内在于法律体系之中，因而可以体系自主性的程度”。参见 程苗《韦伯形式理性法理论之评析——兼论建构充分理性的中国法》，长春：吉林大学，2011年博士毕业论文，11-12页。

约束。“只要在此等体系界限内，如何为適切评价的问题将被如何为适当涵摄的问题所排斥。形式逻辑将取代目的论及法伦理学的地位。”<sup>[26]</sup>按照此种“法律思维”路径，论证理据限于法律上的概念。于是，软件是否应该取得著作权保护的命题在法律体系内思考，最终可以简单地归结为下列问题：计算机程序是否为著作权法上的“作品”？换言之，依照著作权法的规定或者按照既有著作权法的理论，计算机程序是否为著作权适格之客体？无论实际立法进程在多大程度上受到产业利益等外部因素的影响，法律问题还得以法律方式回答，软件的著作权保护须转化为著作权法体系内部的命题。

立法者和司法者只能在法律概念铺就的思维轨道上行进。即便其潜意识不可避免会考虑所做决定的社会效果，最终呈现的材料也只能是以法律概念为前提、遵循形式逻辑的法律论证过程。这种法律论证方式使本来与政治、经济方面的各种社会因素复杂勾连的软件著作权问题回复和简化为法律上的概念问题——计算机程序是否能为著作权法上的作品概念所涵摄？实践中各国法律必然遵循此种思路，在著作权法（或版权法）的体系结构内为计算机程序找到立足点。此立足点之根基是逻辑，而非经验。其评价标准为形式合理性，即是否能归属于法律体系内部的某一范畴，是否与体系中的其他范畴协调一致。所谓“以无缝入有间”，软件这一新的创造形态顺应传统著作权法自身的纹路和脉络进入其中，而非以经济等方面的正当性理由强行切入。如德国著作权法认为计算机程序是一种特殊的语言作品，据此给予其著作权保护。除适用语言作品之一般规定，又设一节对其有别于一般文字作品的特殊问题专门加以规定。<sup>①</sup>这就使其在经年累月长成的著作权法的大树上找到了适当的生长点，自然生发出新的枝条。它与整棵大树是有机的系统，能够接受树根和树干的营养输送。我国1990年著作权法也是通过明确规定计算机软件为作品，将其纳入著作权法保护范围。但与德国法相比不足之处在于，我国在著作权法之外另起炉灶以《计算机软件保护条例》具体规定软件著作权的规则，对于计算机程序何者适用作品著作权保护的一般规定，

何者不适用的问题并未加以梳理。虽然名义上也为“软件著作权”，但其法律规则并未实现与著作权法的有机融合，因此其形式理性化程度较德国法为低。

除了前述法律形式理性的一般规律，知识产权的形式理性也呈现出一些独特的问题。这个领域法律的体系化程度较之传统民法明显为低。知识产权立法的现状用“一盘散沙”来形容也不为过。在多数国家不仅没有整合各种知识产权类型的统一法典，未能归纳合并专利、商标、著作权等的共通性规定，而且立法上很少考虑不同知识产权法律之间的协调性。即便《法国知识产权法典》也只不过徒具法典形式，“不仅没有任何总则条款，甚至没有知识产权的定义”，不过是法规汇编而已。<sup>[27]</sup>

实在法的状况与理论认识水平相关联。在观念上，一些学者认为专利、商标、著作权等不同法律之间个性大于共性，将其归入“知识产权”的名下只是为了称谓的方便。“各种各样的东西多了，总得找个房子把它们装起来”。<sup>[28]</sup>在理论上，虽然有一些学者提出“无形财产”“知识产品”“信息”“抽象物”等各种概念和范畴，试图对作品、发明、商业标记等知识产权对象的哲学本质做出统一的解释，寻找建构知识产权法的“基本粒子”，但这种研究的主要价值体现于“认识论”上，对于知识产权法的形式理性化还未见贡献。学术上提取“公因式”，归纳一般性的概念和规则，将专利、商标、著作权甚至植物品种权、集成电路布图设计专有权等其他新类型权利整合一体，形成真正意义上的“知识产权法总论”的工作并未完成。民法那种由总及分、层层递进的体系结构尚未见之于知识产权法律领域。如李琛所言，“基础理论极为贫弱，细节研究却异常繁荣，多数学者都沉醉于技术发展、国际协调带来的热点问题。我们看不到知识产权法学的存在，只有知识产权法。”<sup>[29]</sup>总之，无论从法律实践还是从学理研究的角度考虑，知识产权法的形式理性化程度较低。这并非意味着知识产权法不存在形式理性问题；相反，恰恰反映出其“短板”所在，说明该法律领域的形式理性化任务更为紧迫和更加困难。

<sup>①</sup> 《德国著作权法与邻接权法》第2条“(1)属于本法保护的文学、科学、艺术作品的特别是指：①语言作品，如语言文字作品、演讲和计算机程序”。另外参见该法第一章第八节“关于计算机程序的特殊规定”第69a条至第69g条。参见〔德〕雷炳德《著作权法》，张恩民译，北京：法律出版社，2005年，710页以下。

### 三、知识产权法形式理性化的路径

笔者认为,较之其他法律部门,知识产权法的形式理性化需要研究下述几项特殊问题:

#### (一) 知识产权法典化

无论是否纳入民法典,知识产权法自身存在是否法典化的问题。法国和菲律宾已经制定《知识产权法典》。越南、蒙古和俄罗斯在民法典中以专编归集了知识产权法的部分规定。虽然这些立法上的创新被有些学者认为是“不成功的尝试”<sup>(30)</sup>,但是并不能由此得出“知识产权法不应该法典化”的结论。技术上的困难是反对知识产权法典化和知识产权纳入民法典的主要理由。但是“能不能做到”和“应不应该做”是两回事情,前者属于实然的范畴,后者属于应然的范畴。知识产权法典化缺少成熟的经验可资借鉴,文学产权与工业产权、智力创造成果与工商业标识之间权利属性其实存在差异,专利法和商标法中糅合了大量行政程序规定。特别是理论准备不足,法学研究者对于知识产权的认识本身还未能达成体系化,知识产权的一般性概念缺乏涵射能力,专利、商标、著作权等不同法律间的共通制度尚待总结归纳。在现阶段完成知识产权法典化的工作不仅对我国,对西方国家而言也非易事,但我们不能据此否认知识产权法典化的必要性。

法典化是一个动态的过程。此过程本身就包含了对现有法律规范的梳理、对法律概念和原则的提炼、对知识产权法体系结构的建构、对共通性制度的归纳整理和对各类知识产权共性和个性的认识深化。知识产权的法典化不是将现有的各种单行法简单汇总,而是寻找贯彻始终的脉络和沟通连接的关节,去除重复的“赘肉”,疏通淤塞和矛盾,将其再造成为有机的生命体。虽然最终成果表现为立法上的举措——“知识产权法典”或者民法典中“知识产权编”的颁布,但立法体系以学理体系为基础,而知识产权法学理体系的建构,包含下述过程“发现个别规范、规整之间,及其与法秩序主导原则间的意义脉络,并以得以概观的方式,质言之,以体系的方式将之表现出来”。其中既包括作为体系基石的抽象概念之整理“由具体事务中分离出来,将规定

具体事务的诸要素个别化”,以此构造能将各种知识产权类型中的不同概念统摄于麾下的抽象程度较高的上位概念;也包括作为体系化手段的所谓“构想”程式“将法律中发现的一项规整,或交易中发展出来的一种契约模式(而不是某具体个别的契约),如此地安排入(部分)体系之中,借以产生一种无矛盾的脉络关联,并使之能与其他规整相互比较,以清楚显示其异同之处。”<sup>(31)</sup>此种法典化过程意味着法规范与法理论同时实现抽象化和体系化,它必定会极大地提升知识产权法的形式理性水平。概念、规范、原则之间逻辑关系的梳理毕其功于一役。<sup>①</sup>可以说,法典化是知识产权法形式理性化的最优路径。

对于知识产权法典化问题,我国已经有不少研究成果,如曹新明的专著《中国知识产权法典化研究》、吴汉东的论文《知识产权立法体例与民法典编纂》、张玉敏的论文《论我国民法典设置知识产权编的理由及基本构想——以概括式立法为目标模式》等。<sup>(32)</sup>但“功夫在诗外”,单纯从立法技术和体例角度展开的研究并非关键所在。现在草草拟就一部“知识产权法典”也操之过急。法典化所欠缺的条件,最重要者为知识产权法理论的体系化。在专利法、商标法、著作权法等法律领域各有其独立的概念和结构,彼此间几乎没有“共同语言”的情况下,即便将它们糅合到一起,各编章也“形聚而神散”,不过是自说自语,有法典之名无法典之实。形式理性法为“学者法”,制定知识产权法典有赖于学者对理论研究的升华为其奠基。此种基石不能立足于知识产权对象的本质之类的哲学问题,而应聚焦于法律的形式面向——在不同知识产权法律之间提取制度的“公因式”;为专利、商标、著作权等设计共通的表达语汇;消除和弥合不同规范之间的不协调甚至矛盾之处;寻找能沟通各种知识产权类型并能在各种知识产权法律内部贯穿始终的脉络线索,以此形成逻辑层次分明的体系结构。

#### (二) 回归民法

虽然“知识产权是私权”的规定已载入TRIPS协定,多数学者也同意“知识产权法属于私法”的结论,但是无论从立法和司法实践中所体现的法律思维方式,还是从知识产权法理论研究的总体倾向来看,在我国知识产权法其实游离

<sup>①</sup> 也有学者认为,知识产权法的此种体系化是不可能完成的工作。“无形财产具有不同性质,他们不能置于同一法律体系而只能置于一系列独立的、不同的体系”。参见黄勤南主编《新编知识产权法教程》,北京:中国政法大学出版社,2005年,263页。

于民法之外，与民法的体例、结构、方法和语汇存在较大隔阂。<sup>①</sup> 学者往往过分强调知识产权法的特殊性，似乎它是民法大陆之外的一个孤岛。民法的概念、原则和思维方式并没有贯彻至专利法等法律领域；看起来知识产权法不仅自成体系，而且自有其独特的表达方式。知识产权与物权等其他民事权利在制度上的异同分合也没有得到系统的梳理；专利法、商标法和著作权法未充分考虑其与既有民法体系的联系，几乎是另起炉灶、各自为政。<sup>②</sup> 李扬就此指出，“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，没有自觉地利用或者没有很好地利用民法中契约、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>③</sup>

知识产权法与民法脱节带来的弊病已为一些学者所关注。刘春田教授形象地描述为，“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”。<sup>④</sup> 他结合具体制度指出知识产权的各单行立法“各行其是”的缺陷。“比如，商标法、专利法、著作权法没有考虑我国《民法通则》的统一规定，曾经长期自设民事主体，直至2001年商标法和著作权法才对此有所修正，专利法则至今我行我素，特立独行；再比如，知识产权合同在实践中普遍适用合同法，但在1999年订立统一合同法、纠正三个合同法并存的失误的同时，犯了一个与三个合同法并存的指导思想同样的错误：片面强调知识产权的特别之处，将知识产权合同排斥于合同法之外。凡此种种，既阻碍了知识产权法与民法的整合，也不利于它自身的系统化。”<sup>⑤</sup> 李琛认为知识产权法与民法的隔离导致理论研究的过度分化现象，“忽视体系建构，一味偏重局部的、技术的问题”。<sup>⑥</sup> 李扬则指出，“民法观念的缺失导致的恶果不仅是研究方法上的问题化，更为重要的是使知识产权立法和理论研究成了无源之水、无本之木，立法和研究都显得非常孤立、

零碎，不能在民法的统一指导下形成完整而协调的存在”。<sup>⑦</sup> 总言之，孤悬于民法体系之外，使我国知识产权法呈现一种“碎片化”的状态，立法的抽象化和系统化程度较低，司法推论中的逻辑约束性也较弱，无论就理论还是实务而言该法律领域的形式合理性都尚待提高。

回归民法是知识产权法形式理性化的必由之路。李扬提出“重塑以民法为核心的整体知识产权观念”，尝试理顺民法、反不正当竞争法与知识产权单行法之间的关系，认为在司法上民法——而不是反不正当竞争法——为专利等知识产权提供了兜底保护。法律适用方面优先适用知识产权单行法的特别规定。在不符专利法等单行法律规范构成时，考虑适用反不正当竞争法的可能性。在二者均付之阙如的情况下，则可考虑民法上侵权制度之一般规定为“最后适用手段”。但此时民法所保护者为市场先行利益，请求权基础为债权请求权，而非物权请求权。<sup>⑧</sup> 无论是否认同李扬教授的上述观点，他所反思的民法与知识产权法的关系问题确需立法与司法部门认真对待。

笔者认为知识产权回归民法主要涉及下述几方面的问题：

第一，知识产权真正进入传统民法体系。如前所述，知识产权有私权之名，却无私权之实，其实游离于私法体系之外。一句轻飘飘的话语“知识产权有特殊性”，使其几成民法之弃儿。这种状况不仅妨碍知识产权法形式理性之提高，也使得新时代之民法典留下瑕疵一体系欠缺足够的包容性。既然承认知识产权为基本的民事权利类型，却又任其委身私法体系之外，民法典何以称为“民事权利的圣经”？“凡此种种，既阻碍了知识产权法与民法的整合，也不利于它自身的系统化”。<sup>⑨</sup>

知识产权法要真正进入民法体系，则有进入的路径问题。学者尤须研究知识产权在传统民法体系中的定位，为其找到安身立命之所。我们不仅应考虑知识产权与传统民事权利的差异，梳篦

① 尹田描述了民法学者与知识产权法学者之间的隔阂“至少在祖国大陆学术界，民法学者和专攻知识产权法的学者之间，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，通常以不研究知识产权为特征；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”。参见尹田《论物权与知识产权的关系》，《法商研究》2000年第5期。

② 刘春田指出，“在我国，由于法律初建时期过分强调这种差异，对其共性研究不够，影响了它们与大体同步建设的民法制度的共融性，导致中国各知识产权法的单行法游离于民法体系之外，是在各相关政府业务部门起草的基础上分别制定的”。参见刘春田主编《知识产权法》，北京：中国人民大学出版社，2009年，24页。



出其作为无形财产权的特殊规则；更应研究专利权、商标权、著作权与物权等其他私权之间的共性，提炼出能涵盖二者的上位概念，为知识产权在民事权利的框架中确定坐标。

一种思路是回避或者否认著作权中的人格权内容，将知识产权理解为纯粹的财产权，由此与物权、债权并列作为财产法规范，与调整人身关系的法律相对称。<sup>①</sup>徐国栋教授尤其强调人身关系与财产关系的二元结构在民法体系中的基础地位。<sup>④①</sup>另一种思路以知识产权的绝对权属性切入，与人格权和物权并列，与以债权为代表的相对权对峙而立。甚至有学者主张以此种绝对权与相对权的二元结构为脉络组织民法典。这样，在总则之下民法典分则先规定人格权、物权和知识产权三种具对世效力的民事权利，继之以对人效力的债权，最后是兼具对世和对人效力的亲属和继承。<sup>④①</sup>无论从何种角度理解知识产权的属性，理论研究都须顾及我国民法继受德国法的历史传统，使知识产权能够进入潘德克吞体系之内，修正总则、债权、物权、亲属、继承的五编制体例，为知识产权寻得合乎逻辑的立足点。

当然，理论体系上的融合最好伴以立法上的对应举措。从提高知识产权法和民法的形式理性角度来讲，在未来的民法典中设立专编系统地规定知识产权制度为最优选择。此种法典制定目标作为龙头，可以牵引知识产权法甚至民法从理论到实践大幅度提升其概括性、体系性、逻辑性和协调性，逼迫法律工作者对各种知识产权相互之间以及知识产权法与民法之间的关系加以梳理。如此在完成民法典的制定工作时，基本上也实现了知识产权法的体系化。

第二，知识产权法自觉运用民法的概念和方法。在民法有可资援引的概念时，专利、商标、著作权等法律的立法和司法措辞以直接使用与民法一致的概念为宜，没有必要另外杜撰一些词汇。以知识产权的特殊性为理由，置传统民法既有的话语体系于不顾，重新构造自己的概念和语法，这既是不经济的浪费之举，也会造成不必要的思维混乱。以对权利主体的称谓为例，我国1990年

通过的《著作权法》所使用的术语是“公民、法人或者非法人单位”，现行《著作权法》改为“公民、法人或者其他组织”。《专利法》则表述为“单位或者个人”。1992年通过的《商标法》称之为“企业、事业单位和个体工商业者”，2001年修改《商标法》时才改正为“自然人、法人或者其他组织”。民法理论将民事权利主体归纳为自然人、法人、其他组织三种类型，并对其内涵和外延都有详细的界定。知识产权法律自应借重民法既有的概念，以自然人、法人、其他组织表述知识产权主体。《著作权法》和《专利法》随意使用公民、单位、个人等名词，造成的结果是“术语滥用、逻辑混乱、彼此矛盾”。<sup>②</sup>既不统一，也不严谨。

较之概念，更为重要的是使用民法的思维方法。如果说援引民法概念使知识产权法律表达更为清晰和规范，那么使用民法的思维方法、遵循民法的思维程式则令知识产权法律规范的制定和适用更为严谨和科学。请求权基础为蕴含民法精义的重要思维方法。<sup>④②</sup>近年来，也有学者沿袭这一民法方法，在理论上尝试构建知识产权请求权制度。按照有些学者的理解，知识产权请求权是比照物权请求权设定的范畴。“它是指受侵害或受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停止、并消除已经存在的妨害或预防妨害发生的请求权。”<sup>④③</sup>“知识产权请求权是对停止侵害、妨害预防等保护手段的抽象。”我们可以“以这一概念为基础对知识产权的各种防卫性手段进行统一认识，从而使之与知识产权的进取性保护手段（损害赔偿请求权、不当得利返还请求权）对应起来，共同构成知识产权的二元保护模式”。<sup>④④</sup>

将请求权概念引渡至专利法等法律领域，并非什么怪异的构想，它是德国法系民法传统在知识产权法中合乎思维规律的自然延伸。知识产权请求权在德国和日本也已发展为现实的法律规范。例如德国专利法第139条第1款所规定的停止侵害请求权和预防性的不作为请求权，该法第140a

① 认为“知识产权是财产权”的观点的，如刘春田《知识产权辨析》，《中国社会科学》2003年第4期；李琛《论知识产权法的体系化》，北京：北京大学出版社，2005年，174页以下。李琛进而认为，“知识产权的本质是财产权，人格权之渗入纯系偶然。这个结论的得出落实了知识产权的体系归属”。前引李琛书，191页。

② 曹新民和胡潇潇对知识产权主体称谓的不规范现象有细致的分析，并主张将权利主体的称谓统一为“自然人、法人或其他组织”。曹新民、胡潇潇《知识产权主体称谓规范化之我见——以完善知识产权法律体系为视角》，吴汉东主编《知识产权年刊（2009年号）》，北京：北京大学出版社，2010年，27页以下。

条规定的销毁、召回及清除请求权，该法第 140b 条规定的信息提供请求权，以及该法第 140c 条规定的出示与检查请求权，结合该法第 139 条第 2 款所规定的具有债权请求权性质的损害赔偿请求权，构成完整的专利侵权救济制度。<sup>(45)</sup>

第三，研究民法上的各项制度适用于知识产权的可能性。民法上的法规范和法制度能否适用于知识产权案件？刘春田教授认为，“知识产权作为私权法，客观上必然受到民法的规制。民法的主体、客体、权利内容、法律行为、代理、时效、法律责任、诉讼程序等一系列制度，都顺理成章地适用于知识产权”。<sup>(46)</sup>郑成思教授则指出，知识产权保护有适用与不适用传统民法一般规则的“两面性”。多数情况下，知识产权保护适用民法一般原则；但有些民法规则不能适用于知识产权领域。<sup>(47)</sup>我们可以肯定地说，并非民法上的一切规则在知识产权案件中都有适用的可能性。民法总则中的制度基本上可以涵盖知识产权法律领域，如权利主体、法律行为、代理、时效等。对于此类问题，“没有哪个国家会愚钝到在民法之外重复设计一套专供知识产权使用的民法规则”。<sup>(48)</sup>就我国法律而言，我们应该理解为，《民法总则》的一般性规定，没有特别排除者即可以适用于知识产权案件。

由于保护对象的差异，物权法上的制度从原则上讲不适用于专利、商标和著作权，但是我们可以以类比的方法思考物权法上的个别制度或原则是否有移植至知识产权领域或类推适用的可能性。例如我国《专利法》第十条第三款规定，“转让专利申请权或者专利权的，当事人应当订立书面合同，并向国务院专利行政部门登记，由国务院专利行政部门予以公告。专利申请权或者专利权的转让自登记之日起生效。”那么，在签订专利权转让合同而未做登记的情形下，对转让合同的效力应如何认定？这里就可以比照物权法上的区分理论加以解释。专利法规定的是，“专利申请权或者专利权的转让自登记之日起生效”，而不是转让合同自登记之日起生效。按照权利转让合同和权利移转的区分理论（即通常所说的债权行为和物权行为区分理论），转让合同和专利

权的转移是两个紧密联系但性质不同的行为，前者是债权合同（负担行为），在当事人之间产生合同约定的权利义务关系；后者属于处分行为，是让与人履行其合同义务，将专利权移转于受让人的行为，产生专利权转移的法律效果。未办理登记手续不影响转让合同的效力，只是专利权未移转，但是，受让人可以依据合同要求其履行登记义务或者承担违约责任。<sup>①</sup> 笔者的上述分析，就是将物权法上的处分行为和负担行为之区分移用于专利转让合同的例证。对于物权法上的许多规范和原则，我们都可以做类似的思考：能否在知识产权法律领域设立对应的制度？原因为何？例如我国专利法、商标法和著作权法都规定了权利的共有，此种共有究竟是共同共有还是按份共有，可否类推适用物权法上的相应规定？立法技术上妥当的做法是，如果可以应用物权法的某项规则，则立法者在知识产权法律中明确规定“准予适用”该当规则。

债法上的制度能否适用于知识产权案件，则须分别而论。合同法总则关于合同的一般规定，关涉合同的订立、效力、履行、变更、转让、权利义务终止、违约责任以及合同的解释、时效等，均适用于专利、商标、著作权、植物新品种权和集成电路布图设计专有权的转让和许可合同纠纷。就我国合同法而言，专利实施许可合同和专利转让合同系合同法分则规定的有名合同（技术转让合同），《合同法》为调整这两类合同当事人之间法律关系的主要法律渊源。除此之外，《合同法》分则关于其他有名合同类型的具体规定——如第九章关于买卖合同的规定——均不能直接适用于知识产权合同。<sup>②</sup>

侵犯知识产权亦为侵权行为之一种，因此侵权行为法适用于此类案件，应为题中之义。我国《侵权责任法》明示该法保护的民事权益包括著作权、专利权、商标专用权和发现权。大陆法系其他国家的立法方式大多也是如此。对于侵权责任法与专利法等单行法的关系宜做如下理解：专利法、商标法、著作权法关于侵犯专利权、商标权和著作权民事责任的规定为特别法，应优先适用；就其未规定的事项，则适用侵权责任法之一

① 进言之，无因原则是否适用于专利权转让？在民法典采无因原则的德国，专利权的转让适用无因原则，并无争议。即“区分签订转让合同与转移专利权两种行为，前者为义务行为，后者为处分行为，处分行为不管理务行为是否有效而自行发生效力”。参见范长军《德国专利法研究》，北京：科学出版社，2010年，150页。

② 德国专利法将专利权的转让视为买卖合同对待，因此也适用民法典关于买卖合同的相关规定。参见范长军《德国专利法研究》，北京：科学出版社，2010年，152页。

般规定。

不当得利制度也有适用于知识产权案件的余地。1976年德国联邦最高法院的判决确认专利权人对侵权人享有不当得利返还请求权。“侵害人以侵害专利权的方式使专利权人受损而自己取得利益，并且无为科学研究目的、先实施权或强制许可等法律上的原因，而侵害其专利权的方式属于‘他人的给付’之外的‘其他方式’，因而符合不当得利的构成要件。”<sup>①</sup>此外，在德国法上，专利宣告无效后已经履行侵权赔偿判决者可以以不当得利请求专利权人返还赔偿金。<sup>(49)</sup>有学者批评我国专利法关于专利无效后果的规定之所以含混不清，原因即在于未与民法原理衔接，认为立法也应明确此种情形下的不当得利返还请求权。<sup>(50)</sup>至于债法上关于无因管理的规定，“未受委任、并无义务，而为他人管理事务”<sup>(51)</sup>，此等事务未尝不可包含无形财产方面的事项，因此相关制度也有适用于知识产权的可能性。德国的司法判例曾在侵害专利权案件中类推适用民法典第687条无因管理之规定，认定侵权人应向专利权人返还所获利润。<sup>(52)</sup>

民法上亲属和继承的一般规则未必适用于知识产权。郑成思教授曾特别强调离婚财产分割和遗产继承涉及版权时不能直接适用婚姻法和继承法的一般规定。“更多的国家没有简单地援引其他单行法或民法一般原则来处理版权继承问题，而是在版权法中对版权继承作出专门的、具体的规定。有些国家甚至在版权法中特别指出民法关于继承的某些一般性原则，不能适用于版权继承。”他甚至认为，处理离婚案件时不能视版权为夫妻共同财产。<sup>(53)</sup>因此，立法宜于婚姻法、继承法中对涉及知识产权的继承或夫妻财产分割做出特别规定。

### (三) 知识产权单行法的内部结构合理化

即便不考虑知识产权法与民法的关系，也不考虑各种知识产权法之间的相互关系，专利法、商标法、著作权法等单行法也各自存在体系化的任务。就我国的知识产权单行法而言，由于立法技术不成熟和法律的起草大多由行政部门牵头组织等原因，制定法律时注意力主要集中于其实质合理性方面的问题，对于法律的结构、用语等法

技术层面的问题研究不充分；注重对于外国法律和国际公约个别条款的借鉴，却忽视不同条文之间的层次和逻辑。《著作权法》等现行法律给人的印象是“想到哪写到哪”，立法者对于概念、规范、章节之间的关系似乎并没有清晰的认识，也不能呈现出组织法律材料的思路和脉络。不同条款之间虽不至于彼此矛盾，但多重叠和疏漏。这种粗糙的法律表达方式与德国等先进国家的知识产权法律形成鲜明对比，与形式理性法的要求相距甚远。其结果不仅不利于法学教育的开展，也给法律适用带来困难。这方面的例子可谓比比皆是。

例如现行《著作权法》第十条列举12项著作财产权，包括复制权、发行权、出租权、展览权、表演权、放映权、广播权、信息网络传播权、摄制权、改编权、翻译权和汇编权等。法律的创制者就其所能想到的作品的各种具体使用方式，一一对应，分别设定不同的权利。这是理性化程度较低的“条件反射式的立法方式”。过于具象化的思维不具备形式理性法的抽象性品质。过度细分、简单对应的权项设置造成的结果是，一方面语言张力不足，其语意不能涵摄某些新的作品利用方式，逼迫司法者不得求助于兜底条款或做扩张解释；另一方面各权项之间叠屋架梁、界限不清、关系不明，必有重复之处。更重要的是，十余项权利近乎随机排列，不显逻辑关联，对阅读者来说如同一团乱麻，难以掌握。教授法律者只有做归纳整理、分门别类的工作，寻找不同权项之间的联系，提炼更具概括力的上位概念，揭示著作财产权的体系结构，才能满足受众的理性思维需求，也才能为司法者准确理解法律提供帮助。

反观德国著作权法第四节对“著作权内容”的规定，先以一总则性条款概括规定“著作权保护著作人与著作之间的精神及人身关系并保护著作人对其著作的利用”；然后分三小节规定著作人人身权、使用权和著作人的其他权利。在与我国著作权法上著作财产权相对应的使用权部分，该法又先以一总则条款清晰呈现使用权的体系结构——包括两种类别：即以实体形式使用其著作的专有和以非实体形式公开再现其著作的专有

<sup>①</sup> 德国民法典第812条，“无法律上的原因，因他人的给付或以其他方式使他人蒙受损失而自己取得利益的人，对该他人负有返还的义务”。适用此条款产生的不当得利请求权被认为是“在损害赔偿请求权之外可以独立行使的请求权，而且不以过错为要件，因而具有重要的实践意义”。参见范长军《德国专利法研究》，北京：科学出版社，2010年，131页。

权。前者例举复制权、传播权和展览权，后者例举四项内容：朗诵、表演和放映权、广播权、通过音响或图像载体再现的权利和通过电台发射再现的权利。随后的六个条款则对前述复制权等各项权利一一加以界定。此种立法形式结构清晰、层次井然，遵从了德国民法典由总及分的体例，以一般性定义结合例举式宣示，既能把对作品的各种利用方式所产生的价值概括性保留于作者<sup>①</sup>，又界定了当今社会中对作品各种实际利用形态所产生的利益关系，其法律语言极为严谨，对照我国著作权法的相应条款可谓高下立判！此种差别不在于著作权的保护强度之类的实质性问题，而在于法律的形式合理性程度。很多时候，也许正是形式面向——而并非所包含的价值判断的差异——造成了法律进步与落后的差距。

我国学者已注意到制定法对著作财产权规定的不合理处，对其多有批评之词，并尝试提出各种思路重构著作财产权体系。<sup>[54]</sup>这种所谓“重构”，在相当程度上就是对实定法上既有的各种权利归纳合并整理，厘清其逻辑关系的过程。现行《著作权法》还存在不少其他形式瑕疵，《专利法》《商标法》等其他知识产权法律也未能避免体系结构不合理、逻辑关系不清晰、语言表述不严谨等形式问题。上述法律都已进入新一轮的修订程序，此次修法应将更多注意力投射到知识产权法的形式合理性上。除了考虑外国法的变化趋势、本国的公共政策需求等因素，笔者认为更为重要的是消弭法律的疏漏和矛盾、提升法律的体系化程度。在既往修法中往往被忽视的形式面向的问题应该获得更多关注。

#### （参考文献）

- (1) 吴汉东，主编。知识产权法学（M）。北京：北京大学出版社，2005：25。
- (2) 张玉敏，王智斌。论我国民法典设置知识产权编的理由及基本构想——以概括式立法为目标模式（J）。甘肃社会科学，2005（5）。
- (3) 苏永钦。民事立法与公私法的接轨（M）。北京：北京大学出版社，2005：11-12。
- (4) [41] 胡波。中国民法典编纂体例之我见——以绝对权与相对权的二元结构为中心（J）。河北法学，2004（7）。
- (5) 程苗。韦伯形式理性法理论之评析——兼论建构充分理性的中国法（D）。长春：吉林大学，2011：内容摘要II。
- (6) [德] 马克斯·韦伯。新教伦理与资本主义精神（M）。北京：生活·读书·新知三联书店，1987：56。
- (7) 张玉敏，易健雄。知识产权对象解析（M）//刘春田主编。中国知识产权评论：第4卷。北京：商务印书馆，2011：104。
- (8) [9] [10] [11] [12] [13] [14] [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（M）。北京：北京大学出版社，2006：10；79，84；6；88，87，4；116，121；133，117；206。
- (15) [16] [21] [22] 胡波。专利法的伦理基础（M）。武汉：华中科技大学出版社，2011：134；48，134；134-143；143。
- (17) [19] 周世中。法的合理性研究（M）。济南：山东人民出版社，2004：13，14。
- (18) [德] 黑格尔。法哲学原理（M）。北京：商务印书馆，1961：254。
- (20) 陈聪福。韦伯论形式理性之法律（EB/OL）。[2006-06-02]（2013-06-25）[http://www.chinalawedu.com/news/16900/178/2006/2/ma94272050441526002155600\\_182912.htm](http://www.chinalawedu.com/news/16900/178/2006/2/ma94272050441526002155600_182912.htm)。
- (23) [27] [29] [36] 李琛。论知识产权法的体系化（M）。北京：北京大学出版社，2005：24，167，前言第1页，78。
- (24) [德] 马克思·莱因斯坦。导论（M）//马克思·韦伯。论经济与社会中的法律。张乃根，译。北京：中国大百科全书出版社，1998：12。
- (25) 曹伟。计算机软件版权保护的反思与超越（M）。北京：法律出版社，2010：19-30。
- (26) [31] [德] 卡尔·拉伦茨。法学方法论（M）。陈爱娥，译。北京：商务印书馆，2003：317；316，138，320。
- (28) 钟瑞栋。知识产权法的形式理性（J）。未刊稿。
- (30) 吴汉东。知识产权立法体例与民法典编纂（J）。中国法学，2003（1）。

<sup>①</sup> “现行《著作权法》在第15条设立了一项一般财产权，该一般财产权赋予作者一项综合性的绝对权，这种绝对权不仅把目前已经存在的所有作品利用形式、还把将来将要出现的利用形式都保留在作者手中”。参见（德）M·雷炳德《著作权法》，张恩民译，北京：法律出版社，2004年，214页。

- (32) 曹新明. 中国知识产权法典化研究 (M). 北京: 中国政法大学出版社, 2005: 11; 吴汉东. 知识产权立法体例与民法典编纂 (J). 中国法学, 2003 (1); 张玉敏, 王智斌. 论我国民法典设置知识产权编的理由及基本构想——以概括式立法为目标模式 (J). 甘肃社会科学, 2005 (5).
- (33) [37] [38] 李扬. 重塑以民法为核心的整体性知识产权法 (J). 法商研究, 2006 (6).
- (34) 刘春田. 从经验到理论 《中国知识产权文库》总序 (M) //胡波. 专利法的伦理基础. 武汉: 华中科技大学出版社, 2011: 2.
- (35) [39] [46] [48] 刘春田主编. 知识产权法 (M). 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 24, 24, 24, 24.
- (40) 徐国栋. 民法典草案的基本结构——以民法的调整对象理论为中心 (J). 法学研究, 2000 (1).
- (42) 王泽鉴. 法律思维与民法实例: 请求权基础理论体系 (M). 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 51.
- (43) 杨明. 知识产权请求权研究——兼以反不正当竞争为考察对象 (M). 北京: 北京大学出版社, 2005: 207; 吴汉东. 试论知识产权的“物上请求权”与侵权赔偿请求权 (J). 法商研究, 2001 (5); 唐昭红. 论人格权请求权与知识产权请求权的确立 (J). 法商研究, 2002 (2).
- (44) 吴汉东. 序 (M) //杨明. 知识产权请求权研究——兼以反不正当竞争为考察对象. 北京: 北京大学出版社, 2005: 2.
- (45) [49] [52] 范长军. 德国专利法研究 (M). 北京: 科学出版社, 2010: 124-135, 113, 130.
- (47) [53] 郑成思. 知识产权法 (M). 北京: 法律出版社, 2003: 108, 109.
- (50) 李杨. 重塑整体性知识产权法——以民法为核心 (J). 科技与法律, 2006 (3).
- (51) 郑玉波. 民法债编总论 (M). 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 71.
- (54) 张今, 郭斯伦. 著作财产权体系的反思与重构 (J). 法商研究, 2012 (4); 张玉敏, 陈加胜. 重构著作权财产体系若干问题的思考 (EB/OL). (2011-12-31) (2013-06-10) <http://www.xinanipr.com/content.php?id=293>.

(责任编辑: 周中举)