

国际知识产权新趋势

——TRIPS-Plus 知识产权执法研究

廖 丽◎著



中国社会科学出版社

国际知识产权新趋势

——TRIPS-Plus 知识产权执法研究

廖 丽◎著



中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际知识产权新趋势: TRIPS-Plus 知识产权执法研究 / 廖丽著. —北京:
中国社会科学出版社, 2015. 10

ISBN 978-7-5161-3300-2

I. ①国… II. ①廖… III. ①知识产权法-研究-世界 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 224639 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 任 明
责任校对 张玉霞
责任印制 何 艳

出 版 **中国社会科学出版社**
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮 编 100720
网 址 <http://www.csspw.cn>
发 行 部 010-84083685
门 市 部 010-84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京市兴怀印刷厂
版 次 2015 年 10 月第 1 版
印 次 2015 年 10 月第 1 次印刷

开 本 710×1000 1/16
印 张 16.25
插 页 2
字 数 280 千字
定 价 48.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社营销中心联系调换

电话: 010-84083683

版权所有 侵权必究

引 言

当今世界,科技发展突飞猛进,创新创造日新月异,科技竞争在综合国力竞争中的地位更加突出。随着知识经济和经济全球化深入发展,知识产权日益成为国家发展的战略性资源和国际竞争力的核心要素。美国是世界上最大的知识产权贸易国,而欧洲是世界知识产权保护的发源地。自20世纪80年代中期,美国和欧盟联合使用单边施压与从双边到多边场所转移的方式扩大知识产权国际贸易的比较优势,并最终缔结《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS协定)。但自TRIPS协定规定的发展中国家过渡期结束起,美国和欧盟重新在单边、双边、区域和多边层面不断推行更有力的知识产权保护和执法标准,该标准明显超出TRIPS协定所规定的最低标准,而被学者们称为TRIPS-Plus或超TRIPS标准。后TRIPS时期,这种TRIPS-Plus标准在知识产权执法层面表现尤为突出。

由于TRIPS协定在第1条第1款明确规定,“缔约方可以但没有义务对知识产权提供比本协定更为广泛的保护。”因此,TRIPS协定并不禁止TRIPS-Plus标准的实施,该“最低标准”原则成为支持TRIPS-Plus知识产权执法的法律依据。然而,TRIPS协定第1条第1款同样规定,“只要这样的保护不违反本协定的规定”,并且TRIPS协定还规定了一系列强制性条款,这些“最高标准”成为反对TRIPS-Plus知识产权执法的法律依据。除了对TRIPS-Plus知识产权执法的合法性存在争论外,其合理性也因为假冒盗版问题、TRIPS-Plus知识产权执法与经济发展之间的关系以及互惠原则和最惠国待遇原则而饱受争论。

TRIPS-Plus知识产权执法是指知识产权执法措施,包括民事执法、行政执法、刑事执法以及与边境有关的执法措施超过TRIPS协定所规定的执法标准,或减少TRIPS协定所规定的灵活性标准。TRIPS-Plus知识产权

执法标准以美国和欧盟域内的标准为模板，使发展中国家间接地实施与美国和欧盟域内法标准相似的知识产权执法标准。如同 TRIPS 协定谈判时美国和欧盟等发达国家将农业和纺织品置于谈判，最终将 TRIPS 协定纳入到 GATT1994 一样，发达国家重新利用“胡萝卜”的方式诱使发展中国家签订涵盖 TRIPS-Plus 知识产权执法条款的协定，签订这些双边或区域协定的国家要求提供比其他国家更严厉的知识产权执法标准，而交换条件则是获得更多的市场准入或者技术援助或者将科学、技术合作捆绑在一起。

在推行 TRIPS-Plus 知识产权执法战略上，美国和欧盟都采取以单边、双边、区域和多边层面为主的直接方式和以技术援助为主的间接方式相结合的策略方式在全球推行这一战略。单边层面，一方面，美国和欧盟加大国内立法中的知识产权执法条款，并将此执法标准在全世界范围内推广；另一方面，美国和欧盟每年的知识产权评估报告对发展中国家构成了极大的威慑力。双边层面，美欧通过扩大自由贸易协定的涵盖范围，增加自由贸易协定的参与国数量，在知识产权章节中囊括更广泛的知识产权执法条款，扩大投资协定中有关投资的定义等方式加大双边、区域协定中有关知识产权执法的标准。多边层面，发达国家放弃 WTO 和 WIPO 这两个“老牌”知识产权谈判场所，转向一些新的“次佳”场所，比如 WCO、Interpol、UPU 等，并改变之前主要是外交家参与谈判的状况，转向现在主要由海关官员、警署官员、专利审查员等参与涉及“技术”层面的对话。

自加入 WTO，我国知识产权立法已经达到了国际先进水平，知识产权执法也取得了很大的成绩，但我国假冒和盗版的确还泛滥，特别是在知识产权的执法和管理方面，我国还存在着许多不尽如人意的地方，甚至是比较突出的问题，屡遭其他国家的指责。由于美国与欧盟尚未与我国签订双边自由贸易协定，也未与我国签订双边投资协定。因此，以美欧为首的发达国家通过自由贸易协定和投资协定推行 TRIPS-Plus 知识产权执法的策略对中国的影响尚小。但中国作为世界上最大的发展中国家，作为涉嫌侵犯知识产权产品最多的国家，在发达国家推行 TRIPS-Plus 知识产权执法战略的时代，终不会不受影响，因此，我国有必要加大对知识产权执法领域的研究，针对国际知识产权领域的最新趋势，制定一套完善的对内对外战略。

目 录

第一章 知识产权执法概述	(1)
第一节 知识产权的性质	(2)
一 知识产权的私权属性	(2)
二 知识产权的公权化倾向	(3)
三 公法、私法与公权、私权	(5)
四 知识产权为私权的意义	(10)
第二节 知识产权执法概况	(13)
一 TRIPS 协定前知识产权执法概况	(13)
二 TRIPS 协定的产生	(14)
三 TRIPS 协定中有关知识产权执法的规定	(16)
第三节 有关知识产权执法的 WTO 争端案例	(25)
第二章 TRIPS-Plus 知识产权执法	(30)
第一节 TRIPS-Plus 知识产权执法的产生	(30)
一 TRIPS-Plus 知识产权执法的界定	(30)
二 TRIPS-Plus 知识产权执法产生的原因	(33)
第二节 TRIPS-Plus 知识产权执法的本质和特征	(36)
一 TRIPS-Plus 知识产权执法的本质	(36)
二 TRIPS-Plus 知识产权执法的特征	(37)
第三节 TRIPS-Plus 知识产权执法的合法性争论	(39)
一 “最低标准”下的知识产权执法	(39)
二 “最高标准”下的知识产权执法	(41)
第四节 TRIPS-Plus 知识产权执法的合理性争论	(43)

一	假冒盗版的危害与真实性考察	(43)
二	TRIPS-Plus 知识产权执法与经济发展	(48)
三	互惠原则与最惠国待遇原则	(55)
第五节	TRIPS-Plus 知识产权执法的国际实践	(56)
一	支持 TRIPS-Plus 知识产权执法的国际实践	(56)
二	反对 TRIPS-Plus 知识产权执法的国际实践	(60)
第三章	美欧 TRIPS-Plus 知识产权执法	(64)
第一节	美国国内加大知识产权执法的战略	(64)
一	美国国内加大知识产权执法的原因	(64)
二	美国国内知识产权执法战略	(65)
三	《知识产权优化资源和组织法案》(PRO-IP 法案)	(67)
四	“337 条款”和“特殊 301 条款”	(72)
第二节	欧盟内部加大知识产权执法战略	(75)
一	欧盟内部加大知识产权执法的原因	(75)
二	欧盟《知识产权执法指令》(2004/48/EC 指令)	(77)
三	《关于针对嫌疑侵犯特定知识产权的海关执法行为及针对侵权货物的处理措施条例》(1383/2003 号条例)	(86)
四	欧共体内部其他加大知识产权执法的具体表现	(96)
第三节	小结	(99)
第四章	双边和区域协定下的 TRIPS-Plus 知识产权执法	(100)
第一节	双边协定下的 TRIPS-Plus 知识产权执法: 各个击破	(100)
一	双边自由贸易协定 (FTA)	(100)
二	双边投资协定 (BIT)	(107)
三	双边知识产权协定 (BIP)	(111)
四	TRIPS-Plus 知识产权双边途径的影响	(112)
第二节	区域协定下的 TRIPS-Plus 知识产权执法: 分而治之	(114)
一	区域贸易协定大量繁殖的原因性分析	(114)
二	区域协定之 TRIPS-Plus 知识产权执法	(116)
三	TRIPS-Plus 知识产权区域协定的影响	(117)

第五章 多边视角下的 TRIPS-Plus 知识产权执法	(121)
第一节 世界海关组织：“规则制定”下的 TRIPS-Plus 知识 产权执法议程	(123)
一 《公正有效执行 TRIPS 边境措施的国内立法示范 条款》	(123)
二 《关于海关统一知识产权执法的临时标准》 (SECURE)	(131)
第二节 万国邮政联盟：“邮政渠道”下的 TRIPS-Plus 知识 产权执法议程	(136)
一 《40 号决议》的产生	(136)
二 对《40 号决议》的评价	(136)
三 发展中国家的上诉	(137)
第三节 世界卫生组织：“假药名义”下的 TRIPS-Plus 知识 产权执法议程	(139)
第四节 反假冒贸易协定 (ACTA)：“密室”内的 TRIPS-Plus 知识产权执法议程	(141)
一 ACTA 的出台	(141)
二 ACTA 出台的特点	(142)
三 ACTA 中 TRIPS-Plus 执法标准及其主要争论	(145)
四 ACTA 对国际知识产权执法的影响	(150)
第五节 小结	(152)
第六章 TRIPS-Plus 知识产权执法案例研究	(154)
第一节 通用药品案	(154)
一 通用药品案的背景	(154)
二 通用药品案的过程	(155)
三 通用药品案的焦点法律问题	(157)
四 从 TRIPS-Plus 知识产权执法角度看通用药品案	(163)
第二节 转基因大豆粉案	(165)
一 转基因大豆粉案的背景	(165)
二 转基因大豆粉案的过程	(166)
三 转基因大豆粉案的判决	(167)

四 从超 TRIPS 知识产权执法角度看转基因大豆粉案	(171)
第三节 知识产权保护和执法案	(172)
一 知识产权保护和执法案的背景	(172)
二 知识产权保护和执法案的过程	(173)
三 知识产权保护和执法案的焦点法律问题	(174)
四 从 TRIPS-Plus 知识产权执法角度看知识产权保护和 执法案	(179)
第七章 TRIPS-Plus 知识产权执法对中国的影响	(182)
第一节 中国知识产权执法概况	(182)
一 中国知识产权执法现状	(182)
二 影响中国知识产权执法的主要因素	(183)
三 《国家知识产权战略纲要》的出台	(185)
第二节 TRIPS-Plus 知识产权执法在中国国内立法中的表现	(186)
第三节 中国双边和区域协定中的 TRIPS-Plus 知识产权执法	(188)
一 自由贸易协定	(188)
二 投资协定	(189)
三 知识产权协定	(191)
第四节 小结	(192)
第八章 TRIPS-Plus 知识产权执法: 结论及建议	(194)
第一节 TRIPS-Plus 知识产权执法带来的影响	(194)
一 带来潜在的冲突和法律的不确定	(194)
二 扰乱国际合法贸易	(195)
三 破坏 TRIPS 协定所确定的平衡	(196)
四 导致更大的贸易制裁和压力	(198)
第二节 发展中国家的对策研究	(199)
一 “消极接受”、“联合抵制” 还是 “合作博弈”	(199)
二 推动 WIPO 促进发展的目标	(201)
三 充分发挥非政府组织的作用	(203)
四 采取新策略, 争取新话语权	(204)
五 建立知识产权执法的衡量指标体系	(205)

六 采取可持续发展策略	(210)
附录 《与贸易有关的知识产权协定》	(212)
ANNEX Agreement On Trade-Related Aspects Of Intellectual Property Rights	(219)
参考文献	(229)

第一章

知识产权执法概述

知识产权是指基于智力创造性活动所产生的权利。^① 其在不同国家分别表述为“intellectual property（英语）”、“Propriete Intellectuale（法语）”、“Geistiges Eigentum（德语）”、“Prriet intellettuale（意大利语）”。我国大陆基本上以“知识产权”予以概述，在台湾则被称为“智慧财产权或智慧所有权”。从字面上分析，所有的称谓都包含两个组成部分，即“智慧或知识”以及“所有权或财产权”。

对于知识产权的概念，多数国家的专著、法律以及国际条约都未给出一个明确具体的定义，而是采取分类列举式的方式予以划定范围。最具代表性的即是1967年在斯德哥尔摩的外交会上缔结的《建立世界知识产权组织公约》，其第2条第8款对“知识产权”下了定义，即知识产权应包括：（1）与文学，艺术及科学作品有关的权利；（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；（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；（8）一切其他来自工业、科学及文学艺术领域的智力创作活动所产生的权利。

1992年国际保护工业产权协会（AIPPI）东京大会认为，知识产权分为创作性成果权利与识别性标记权利两大类。其中前一类包括7项，即发明专利权、集成电路权、植物新品种权、技术秘密权、工业品外观设计

^① 中国大百科全书出版社编辑部：《中国大百科全书》（法学卷），中国大百科全书出版社1984年版，第751页。

权、版权、软件权,后一类包括3项,即商标权、商号权及其他与制止不正当竞争有关的识别性标记权。

1994年在马拉喀什的关贸总协定乌拉圭回合外交会议上缔结的《建立世界贸易组织协定》中《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS 协定)对知识产权的范围也作了划分,包括:(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)集成电路布图设计权;(7)未披露过的信息专有权;由于 TRIPS 协定是在 WTO 框架内签订的,主要是与贸易有关的知识产权,因此 TRIPS 协定所划的范围比 WIPO 所划范围要狭窄,但也非常明确。

第一节 知识产权的性质

一 知识产权的私权属性

在欧洲,知识产权被认为根源于自然法和自然权利,但在盎格鲁—美利坚普通法体系看来,知识产权的基本原则是实用主义,洛克的财产权劳动理论对于知识产权影响重大,洛克认为,在和平、自由、平等的自然状态下,“有一种为人人所应遵守的自然法对其起着支配作用;而理性,也就是自然法,教导着有意遵从理性的全人类:人们既然都是平等和独立的,任何人不得侵犯他人的生命、健康、自由或财产。”^① 财产权是天赋的,是与生俱来的,人类如何获得财产权呢? 洛克认为“劳动使它们同公共的东西有所区别,劳动在万物之母的自然所已完成的作业上面加上一些东西,这样,它们就成为他的私有的权利了……我的劳动使他们脱离原来所处的共同状态,确定了我对于他们的财产权。”^② 这样,劳动最终成为财产权的来源,财产权劳动理论的内涵包括:(1)上帝将天堂留给了自己,而将地上的一切留给了全人类所共有;(2)每一个人对他自己的人生拥有所有权;(3)每一个人的劳动只属于他自己;(4)当他们将他的劳动与处于共有状态的某个东西混合在一起的时候,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的同样的好东西

① 洛克:《政府论》(下篇),中启芳、翟菊农译,商务印书馆1964年版,第74页。

② 同上书,第20页。

给他人共有,同时,以不造成浪费为限。^①“未经本人同意,不能取去任何人的财产的任何部分”^②,这种财产权劳动理论为知识产权的构建提供了很好的理论基础。

知识产权,虽然客体是无体物,但知识产品却也是人类劳动的产物,该劳动产品只属于劳动者本人,劳动者本人取得该产品的所有权。此时,洛克为财产权甚至无形财产权(知识产权)私人占有的属性进行了理论辩护,这也是现今普遍认为知识产权属于私权的理论来源。另外,从知识产权的历史演进来看,知识产权并非起源于任何一种民事权利,也并非起源于任何一种财产权,它起源于封建社会的“特权”,这种特权,或由君主个人授予,或由封建国家授予,或由代表君主的地方官授予。知识产权正是在这种看起来完全不符合“私权”原则的环境下产生,而逐渐演变为今天绝大多数国家普遍承认的一种私权,一种民事权利。^③从国际条约的条文来看,WTO《知识产权协定》在其序言中明确提出“承认知识产权为私权”,并且“承认保护知识产权的诸国内制度中被强调的保护公共利益的目的,包括发展目的与技术目的”。这体现了在TRIPS协定谈判过程中发达国家与发展中国家的一种平衡,即发达国家意在强化对知识产权的保护,以维护知识财产私有,而发展中国家却淡化知识产权的专有性和排他性,以便于他人实施。^④

二 知识产权的公权化倾向

自20世纪80年代以来,我国教科书及相关著述都肯定知识产权的私权属性,即使后来有学者从国际人权公约的角度出发,也认为知识产权是一种私权。但近年来,有学者认为,“在当代,知识产权的私权性并没有发生变化,但国家介入因素在增强,换言之,知识产权私权的公权化因素在增强,知识产权的公权化表明知识产权已经不是一种纯粹的私权,而是

^① Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth Publishing Company Ltd., 1996, p. 43.

^② 洛克:《政府论》(下篇),中启芳、翟菊农译,商务印书馆1964年版,第86页。

^③ 郑成思:《知识产权论》,法律出版社2007年第三版,第2页。

^④ 吴汉东:《关于知识产权私权属性的再认识——兼评“知识产权公权化”理论》,《社会科学》2005年第10期,第58页。

一种具有公权因素的私权。”^① 另有学者认为,“在现代市场经济和法治社会条件下,知识产权制度的发展已经越来越多地突破传统私法的领域,其‘个性化’表现愈来愈突出,而这明显地表现为国家或政府干预不断强化对知识产权制度的公权力干预,我们将之归结为知识产权制度的公权性质。”^②

综观知识产权公权化理论,首先,知识产权的公权性主要体现在以下几个方面:一是利益平衡性,主张知识产权公权化的学者都认为知识产权制度是一种平衡机制,是平衡知识产权人与社会公众之间利益的调节器。由于知识产品所具有的公共利益特征,国家需要对知识产权人的权利加以必要的限制,这种限制明显地体现于版权法、专利法、商标法中。二是国家授予性,知识产权的产生离不开国家的特定授予,即国家的确权行为。知识产权要获得法律上的确认,就必须符合法律规定的条件,并且由特定的国家行政机关进行审查,并核准登记。三是社会公益性,知识产权的实体权利在市场运作过程中,不能忽视对社会公共利益的保护,知识产权本质上是法律赋予权利人的一种“独占权、专有权”,是一种“合法的垄断”。知识产权所具有的合法垄断性,一旦被不适当使用,就会导致合法垄断权的非法扩张,导致私人权利的过度膨胀,妨碍市场的公平竞争,并违背 TRIPS 协定关于促进技术的革新、转让和传播,以有利于社会及经济福利的方式去促进技术知识的生产者与技术知识使用者互利,并促进权利与义务的平衡的目标,国家对知识产权的行使进行适当规范,有利于整个社会福利和市场的正常运作。四是国家救济性,当今侵犯知识产权的行为时有发生,国家机关的介入越来越多,特别是主动介入的范围日益扩大,我国采取的是“行政处理和司法保护”相结合的“两条途径,协调运作”的方式。这种双轨制的运作机制对于有效保护知识产权起到了关键性的作用,特别是科技迅猛发展,网络知识产权盛行的今天,由于网络所具有的虚拟性以及难以控制性,知识产权被侵犯后,私人往往无法得知侵权人的具体信息,为维护知识产权权利人的利益,国家介入的必要性大大增强,对知识产权权利人的救济更依赖于国家机构的主动介入。

① 冯晓青、刘淑华:《试论知识产权私权属性及其公权化趋向》,《中国法学》2004年第1期,第62页。

② 李永明、吕益林:《论知识产权之公权性质——对“知识产权属于私权”的补充》,《浙江大学学报》(人文社会科学版)2004年7月,第60页。

其次,知识产权公权化理论据以支撑的主要依据有三:^①一是作为理论基础,主张知识产权公权化的学者大多提及私法公法化趋势,认为知识产权私权公权化与私法公法化暗合,或是认为二者互为因果,抑或认为知识产权公权化就是私法公法化的表现形式之一;二是作为理论背景与公权力有关的历史渊源、国际及国内背景,例如,把知识产权产生于作为公权的封建“特权”,作为知识产权公权属性的历史背景或历史渊源;把知识产权保护的国际化和国内外主要是我国的知识产权最新理论或司法动向,作为知识产权公权化的国际背景;把我国当前知识产权战略的国策以及国家加强对知识产权的管理,重视对知识产权的保护作为知识产权公权化的国内背景或者现实背景;三是作为制度表现的权利限制制度及知识产权制度运行中与公权力的密切联系,即把知识产权的权利限制制度以及知识产权与行政权力等公权力的密切关系看作是知识产权公权化的制度表现形式。

再次,主张知识产权公权化趋势的学者并不否认知识产权的私权属性,而是在肯定知识产权私权属性的同时,认可知识产权公权性质,知识产权作为一种私权公权化的权利,兼具有私权属性和公权属性,二者既互相对立又互相融合。知识产权的私权属性是矛盾主要方面,公权属性是矛盾次要方面。^②

总之,赞成知识产权公权化倾向的学者认为现代知识产权具有私权和公权相结合的属性,是兼有私权和公权性质的财产权。

三 公法、私法与公权、私权

公法与私法的划分,自古罗马时期就已存在。罗马法学家乌尔比安首次提出了公法和私法的划分,他在公元3世纪的著作《学说汇纂》中写道:“它们(指法律)有的造福于公共利益,有的造福于私人,公法见之于宗教事务、宗教机构和国家管理机构中。”^③查士丁尼的《法学总

^① 孙海龙、董倚铭:《知识产权公权化理论的解读和反思》,《西北政法学院学报》2007年第5期,第77页。

^② 冯晓青、刘淑华:《试论知识产权私权属性及其公权化趋向》,《中国法学》2004年第1期,第68页。

^③ [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第9页。

论——法学阶梯》进一步肯定了罗马法学家的分类;指出:“法律学习分为两部分,公法与私法,公法涉及罗马帝国的政体,私法则涉及个人利益。”^①关于公法与私法的划分标准的学说,归纳起来大致有如下几类:^②(1)利益说,现代利益说的学者认为,凡是旨在维护公共利益的法是公法,凡是旨在维护私人利益的法为私法。(2)主体说。该学说从法律关系主体出发来划分公法与私法的界限,即规定国家与国家间及国家与私人间的法律关系为公法,规范私人与私人间的法律关系为私法。(3)权力服从说,该学说认为,凡是法律所规定的内容与行使国家权力发生关联,即法律适用的主体彼此不是处于平等地位,而所规定的事项又涉及管理与服从关系的法律为公法,如刑法、行政法。凡是法所规定的为私人之间关系的也即对等者、平权者间的关系为私法,如民法。(4)综合说,这种观点认为,单一根据说无法明确公私界限,随着公私法相互渗透,单一根据说应当被将几种根据结合起来的综合说所取代,如目前多数高校使用的法理学教材认为:“凡涉及到公共权力、公共关系、公共利益和上下服从关系、管理关系、强制关系的法即为公法,而凡是涉及个人利益、个人权利、自由选择、平权关系的法即为私法。”^③但是,正如德国学者拉伦兹所说:“在公法与私法之间,并不能用刀子把它们精确无误地切割开,就像我们用刀子把一个苹果切成两半一样。”^④

公权与私权的划分,则可追溯到罗马法。在古罗马,市民享有一种专属性的权利即“市民权”(status civitatis),其内容包括公权与私权,其中,公权是指市民法规定的,选举权(即参与各种议会制定法律和选举官吏的权利)和被选举权,即被选举为官吏或被选举为议员的权利,私权利包括婚姻权、财产权、遗嘱能力和诉讼权。^⑤公权与私权的划分标准,归纳起来主要包括:(1)利益说,即公权是关于社会公益方面的各

① [罗马]查士丁尼:《法学总论——法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆1995年版,第5—6页。

② 孙国华、杨思斌:《公私法的划分与法的内在结构》,《法制与社会发展》2004年第4期,第102—103页。

③ 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社1999年版,第57页。

④ [德]卡尔·拉伦兹:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第7页。

⑤ 周枬:《罗马法原论》,商务印书馆1994年版,第99—100页。

种权利,私权则是关于私人利益方面的各种权利;(2)关系说,即公权是关于国家和公民之间权利,私权则是关于公民之间的权利;(3)法律说,即公权通常是公法上所确认的权利,私权通常是私法上所确定的权利,^①综合以上有关公法与私法的起源和划分标准,以及公权与私权的起源和划分标准,可以看出,公法、私法与公权、私权之间存在紧密的联系,其内核精神是一致的,即公法和公权与“公”有关,与国家有关,而私法和私权则与“私”有关,与私人有关,其划分标准只是从不同角度,即利益角度,主体角度,关系角度等予以区分。

(一) 私法公法化是否意味着私权的公权化?

有学者指出“私法公法化”在规范性调整方面表现为以国家意志支配当事人意志,在行为模式和权利义务的安排上实行“管制”,排除一定范围内的当事人意思自治,在个别性调整方面表现为行政机构的主动干预,权力大大加强,对于社会生活特别是经济领域的行为,行政机构主动进行监督检查,对违反法律义务直接做出处罚,或者代表公共利益向法院提起公诉。^②

另有学者认为,“私法公法化”指公法对私人活动控制的增强,从而限制了私法原则的效力,如为了公共利益而对私人财产的使用加以限制,对当事人契约自由的限制等,其实质是在“放”的方法中加入了“管”的因素,即“放中有管”,社会经济生活的复杂化和社会问题的多样化要求国家不再仅仅充当“守夜人”的角色,而是要积极主动地介入社会经济活动和其他社会活动,协调各种矛盾和冲突,解决新的社会问题,反映在法律领域,传统私法里被奉为经典的“私法自治”的三个原则——财产所有权神圣,契约自由和过错责任不再是绝对的,不受任何限制的了,对私法领域关系的调整,在“放”的基础上要加入一些“管”的手段,以便更好地、更有效地维护社会公共利益和社会秩序。^③

吴汉东教授也对此作了精辟描述,认为私法的公法化导源于国家对经

^① 吴汉东:《关于知识产权私权属性的再认识——兼评“知识产权公权化”理论》,《社会科学》2005年第10期,第62页。

^② 龚刚强:《法体系基本结构的理性基础——从法经济学视角看公私法划分和私法公法化、公法私法化》,《法学家》2005年第3期,第44—45页。

^③ 孙国华、杨思斌:《公私法的划分与法的内在结构》,《法制与社会发展》2004年第4期,第107—108页。