

国家保护知识产权工作研究基地
教育部人文社会科学重点研究基地
中南财经政法大学知识产权研究中心学术刊物

知识产权年刊

(2009年号)

Intellectual Property Rights Annual Journal

吴汉东 ©主编

- 论非物质产品与文化遗产法律保护的基本原理 瑞托·赫尔提
- 知识产权主体称谓规范化之我见 曹新明 胡潇潇
- 论专利奖赏制度 王太平
- “规则主义”下使用作品的“合理性”判断 丁丽瑛



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

知识产权年刊

(2009年号)

Intellectual Property Rights Annual Journal

吴汉东 ◎主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

知识产权年刊. 2009 年号/吴汉东主编. —北京:北京大学出版社, 2010. 4
ISBN 978-7-301-17076-2

I. 知… II. 吴… III. 知识产权-2009-年刊 IV. D913-54

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 052465 号

书 名: 知识产权年刊(2009 年号)

著作责任者: 吴汉东 主编

责任编辑: 邓丽华

标准书号: ISBN 978-7-301-17076-2/D · 2570

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京飞达印刷有限责任公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 17 印张 296 千字

2010 年 4 月第 1 版 2010 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 32.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

卷首语

花开四时,田野常收。2009年,我国的知识产权事业获得了长足的发展,各地政府根据《国家知识产权战略纲要》的要求积极制定适合本地的知识产权战略或者战略推进计划,企事业单位也正积极策划自己的知识产权管理战略。在此背景下,将一年来我国知识产权事业发展中的成绩和不足进行梳理和总结,是本刊物所追求的一个目标。

本期主要收录了中南财经政法大学知识产权研究中心于2009年在广州大学城华南理工大学校园召开的“国家知识产权战略实施策略与绩效评价国际研讨会”的部分论文及有关学者惠寄的大作,其内容主要涉及国际知识产权前沿问题、国家知识产权战略的实施、我国知识产权制度的完善等问题。

本期主要包括学科前瞻、热点聚焦、学术争鸣、域外法制、调研报告五个栏目,共17篇中外学者的论文。

“学科前瞻”栏目对于知识产权法中的前沿问题进行了探讨。德国马克斯—普朗克知识产权、竞争法和税法研究所的瑞托·赫尔提教授的论文《论非物质产品与文化遗产法律保护的基本原理》基于知识产权制度的哲学基础,探讨了医药、食物、艺术等领域内非物质文化遗产的保护方式。他认为应通过国际立法提供可能的法律救济,改善发展中国家的文化遗产保护状况,使那些拥有相关资源和传统知识的民族部落或共同体学会如何在国际市场上开发其资源,但也要避免过宽的保护。从该文我们可以看到发达国家的学者对于非物质文化遗产保护的看法,这些观念对于完善我国的非物质文化遗产立法无疑具有非常重要的参考价值。中南财经政法大学知识产权研究中心的曹新明教授及博士研究生胡潇潇的《知识产权主体称谓规范化之我见》一文针对我国知识产权立法中有关权利主体称谓不一致的问题进行了分析,讨论了产生这种现状的历史原因,揭示了因其多样化而导致的矛盾与混乱,提出了统一主体称谓,以促进我国知识产权法律制度的体系化和规范化的相关建议,这些建议有利于完善我国的知识产权立法。湘潭大学王太平教授的《论专利奖赏制度》一文对专利制度

的缺陷进行了分析,并在此基础之上对专利奖赏制度进行了论述,这一建议对于保护发明人的利益,促进新技术的研发具有一定的积极意义。厦门大学丁丽瑛教授的《“规则主义”下使用作品的“合理性”判断》一文对“规则主义”下使用作品“合理性”判断的意义和规则进行了探讨,作者认为“规则主义”立法模式下使用作品的“合理性”判断具有法律意义和实践价值,“合理性”判断应当体现公平、正义的价值观,实现利益平衡制度功能,适当地彰显特定作品的“公共物品”属性,并充分考虑作品使用或衍生使用结果的决定性作用。

知识产权法哲学研究一直以来困扰着无数的研究者,并且常论常新。为此,本期的“热点聚焦”栏目围绕知识产权制度的正当性进行了研讨。澳大利亚 Murdoch 大学邵科博士在《历史的偶然:知识产权强权理论之诞生》一文中首先对自然财产权理论的历史根源及与知识产权制度设计不相容之处作了详细论证,认为西方知识产权主流学界对知识产权之过度保护戕害了发展中国家的利益。其次,国际知识产权之争的本质都不是文化问题,而是经济和政治问题。这些观点对于正确看待中国的知识产权保护水平并确定合适的战略措施无疑有着重要的参考价值。日本北海道大学的田村善之教授在“A Japanese Perspective on Intellectual Property Law and Policy”一文中,从知识产权制度的哲学基础出发,讨论了知识产权法律和政策制定的“过程导向”理论及其适用。他认为知识产权的正当性最终取决于采取每种措施的过程的正当性,如立法中的民主决策程序等。然而,政策制定往往更容易反映大公司的有组织的、整体的利益,忽视分散的个人的利益。在这种情况下,有必要在政策制定过程中尽量寻求纠正这种偏差的监督机制,如发展中国家专利局之间的合作或者知识共享许可协议等。这些观点对于知识产权政策的制定和实施有一定的参考价值。英国利兹大学的 Graham Dutfield 教授在“Towards Optimal Intellectual Property Rulemaking”一文中认为,知识产权对经济和社会发展的影响特别是其长期影响很难预测,对发展中国家而言尤其如此。在制定知识产权政策,参与国际谈判时,应采取“发展影响评估机制”,这样的主张无疑对于促进发展中国家的经济和社会进步具有积极意义。

本期的“学术争鸣”栏目主要集中于近年来知识产权领域出现的一些新问题。中国政法大学的张今教授及研究生棋其格在《论邻接权制度的立法完善——以录音制品的二次使用为视角》中建议,在充分考虑录音制品的功能及各方利益分配的基础上,参考借鉴国外的成功经验,在我国《著作权法》修改时更新录音制作者的权利,为表演者与录音制作者规定二次使用获酬权。同济大学的周洪涛博士和单晓光教授合著的《第三方插件与软件著作权保护——以

“珊瑚虫版 QQ 案”为视角》一文从实际发生的著名案例出发,对第三方插件与软件著作权保护问题进行了研究。北京印刷学院周艳敏副教授和《中国版权》杂志社的宋慧献副编审在《解决“孤儿作品”的版权问题》一文中认为,“孤儿作品”(orphan work)是指享有版权但很难、甚至不能找到其版权主体的作品。我国法律没有规定孤儿作品如何认定的程序,也没有规定权利人复出的表见性孤儿作品的版权清偿与责任承担问题,因此建议通过立法的修改来完善我国的孤儿作品保护制度。此外,武汉大学王清博士的《关于著名与知名商标行政特殊保护制度的冷思考》一文对当前我国各地纷纷出台的著名商标或者知名商标认定与保护法规进行了剖析;中南大学法学院何炼红教授及湖南师范大学法学院研究生何文桃在《论声音商标的法律保护》中考察了声音商标的界定和保护情况;华中农业大学程宇光讲师的《美国法中农民留种权相关法律问题研究——农业传统、种子特性与知识产权保护衡平》一文对美国法中农民留种权相关法律问题进行了研究。上述这些观点对于完善我国的知识产权法很有参考意义。

“域外法制”栏目一直是我們了解境外知识产权制度的一个窗口。湖北大学的陈娜博士在《评议〈WIPO 保护广播组织条约草案〉实质性内容规定》一文中,介绍了 2006 年形成的《世界知识产权组织保护广播组织条约草案》的基本内容,认为《罗马公约》已不能保障新时代下广播组织的发展与运作,制定新条约应是广播组织权保护国际立法的改革思路,也是各国对广播组织权利妥协的基础上达成的认识。中南财经政法大学何华博士在《欧盟专利保险机制的完善及其对我国的启示》一文中检视了欧盟的专利保险机制,并对我国已有的科技保险制度进行了探讨,提出了完善我国专利保险制度的建议。印度国立法律大学的阿玛尔·辛教授在“Protection of Communities IPR in Biodiversities and Traditional Knowledge: Indian Experience”一文中从发展中国家的立场出发,介绍了印度在保护生物多样性和传统知识方面的经验,为其他发展中国家保护遗传资源和传统知识提供了借鉴。

知识产权制度是理论和实践的统一。为此,本期特刊登了湖北省高级人民法院民事审判第三庭的《湖北省知识产权审判三合一新机制探讨》的研究报告。该报告对我国现行的知识产权审判模式及运作模式进行了分析,认为这一模式由于自身存在的一系列缺陷已经不能有效满足当前知识产权审判工作的需要。该文结合湖北省及武汉市的具体情况和经验,提出了将知识产权民事、刑事和行政审判三合一的设想,并对模式运行的具体构架进行了设计。与本期的其他文章相比,本文最大的特点在于其是一篇调研型的论文,由长期工作在知识产权审判第一线的法官撰写,为我们了解知识产权审判制度提供了一个新视角。

总之,近年来是我国知识产权法律频频修订的时期,国家知识产权战略的实施及知识产权的保护任重而道远,为此,本刊将继续关注理论和实务中的前沿问题,为国内外学者搭建一个学术平台,为实务界提供智力支持。

编者

2009年12月

《知识产权年刊》2009 年号说明

《知识产权年刊》2009 年号由国家保护知识产权工作研究基地、教育部人文社会科学重点研究基地——中南财经政法大学知识产权研究中心承办,知名专家吴汉东教授担任主编。本刊特别聘请了德国马克斯—普朗克知识产权法、竞争法和税法研究所所长约瑟夫·施特劳斯教授(Prof. Dr. Dr. h. c. Joseph Straus)及中国人民大学郭寿康教授担任学术顾问。

2009 年号刊登了国内外学者关于知识产权制度理论和实践中的问题的研究文章。它们既有对知识产权制度合理性的反思,也有关于非物质文化遗产保护的研究,还有对于著作权法、专利法、商标法等法律中的热点问题的分析。特别是本期对于民间文学艺术的保护立法和著作权法的修订问题作了深入探讨,这对于完善我国的知识产权立法具有重要的参考价值。此外,本期还以研究报告的形式对我国知识产权审判体制问题进行了研究,有利于促进我国的知识产权审判建设。

目 录

学科前瞻

论非物质产品与文化遗产法律保护的基本原理

..... 瑞托·赫尔提 译者 郑俊杰 马 利 (1)

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 曹新明 胡潇潇 (27)

论专利奖赏制度 王太平 (37)

“规则主义”下使用作品的“合理性”判断 丁丽瑛 (53)

热点聚焦

历史的偶然：知识产权强权理论之诞生 邵 科 (66)

日本视角下的知识产权法律和政策 田村善之 (80)

知识产权政策制定的最佳进路 格莱汉姆·杜费尔德 (93)

学术争鸣

论邻接权制度的立法完善

——以录音制品的二次使用为视角 张 今 棋其格 (114)

第三方插件与软件著作权保护

——以“珊瑚虫版 QQ 案”为视角 周洪涛 单晓光 (127)

解决“孤儿作品”的版权问题 周艳敏 宋慧献 (135)

关于著名与知名商标行政特殊保护制度的冷思考 王 清 (145)

论声音商标的法律保护 何炼红 何文桃 (157)

美国法中农民留种权相关法律问题研究

——农业传统、种子特性与知识产权保护平衡 程宇光 (175)

✎ 域外法制

评议《WIPO 保护广播组织条约草案》实质性内容规定 陈 娜 (196)

欧盟专利保险机制的完善及其对我国的启示 何 华 (219)

生物多样性和传统知识的知识产权保护:印度的经验 阿玛尔·辛 (235)

✎ 调研报告

湖北省知识产权审判三合一新机制探讨

..... 湖北省高级人民法院民事审判第三庭 (240)

CONTENT

🔗 Academic Prospects

- On the Basic Principle of the Legal Protection on Intangible
Products and Cultural Heritage Reto Hilty (1)
- Opinions on the Normalization of the Name of the Right-Holder of IP
..... Cao Xinming, Hu Xiaoxiao (27)
- On the Patent Reward System Wang Taiping (37)
- Judging the “Reasonability” concerning the Use of Works under the
Doctrine of Rules Ding Liying (53)

🔗 Hot Issues

- Historical Accident: Birth of the IP Power Theory Shao Ke (66)
- A Japanese Perspective on Intellectual Property Law
and Policy Yoshiyuki TAMURA (80)
- Towards Optimal Intellectual Property Rulemaking
..... Graham Dutfield (93)

🔗 Academic Arguments

- On Improving the Legislation on the Neighbouring Right System
..... Zhang Jin, Qi Qige (114)
- Study on the Third-Party Plug-ins and Software Copyright
Protection Zhou Hongtao, Shan Xiaoguang (127)

Solving the Copyright Issues concerning “Orphan Works”	Zhou Yanmin, Song Huixian (135)
Considerations on the Special Administrative Protection System with Respect to the Famous and Well-known Trademarks	Wang Qing (145)
Studies on the Legal Protection of the Sound Trademark	He Lianhong, He Wentao (157)
Studies on the Related Legal Issues concerning the Farmer’s Right to Keep Seeds in the Context of American Law—Balance of Agricultural Tradition, Seed Characteristics and IP Protection	Cheng Yuguang (175)

🔗 Foreign Legislation and Justice

Comments on the Draft of the WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations	Chen Na (196)
On the Improvement of the EU Patent Insurance Mechanism and the Enlightenment to China	He Hua (219)
Protection of Communities IPR in Biodiversity and Traditional Knowledge: Indian Experience	Amar Singh (235)

🔗 Investigation Reports

Probe into the New Mechanism of Integrity of the IPR Case Trial in Hubei Province	The 3rd Civil Tribunal of the Higher People’s Court of Hubei Province (240)
--	--



论非物质产品与文化遗产法律保护的基本原理^{*}

瑞托·赫尔提^{**}

译者 郑俊杰 马 利^{***}

一、引 言

有关文化遗产(cultural heritage)和传统知识(traditional knowledge)^①法

* 作者感谢牛津大学文学硕士,哥伦比亚大学法学硕士,慕尼黑大学法学硕士,马克斯-普朗克知识产权法、竞争法和税法研究所奖学金获得者 Andrea Wechsler,学生助手 Stefan Bauer 和 Florian Glatz 对本文写作和整理的大力支持。

** 瑞托·赫尔提,法学博士,德国慕尼黑马普知识产权法、竞争法和税法研究所执行所长,苏黎士大学法学教授,中南财经政法大学名誉教授。

*** 译者均为中南财经政法大学知识产权学院硕士研究生。

① 关于这些不同的术语没有标准化的定义, see for instance de Carvalho, “From the Shaman’s Hut to the Patent Office: A Road under Construction”, in: Mcmanis (ed.), “Biodiversity & the Law” 242 *et seq.* (2007), Antons, “Traditional Knowledge, Biological Resources and Intellectual Property Rights in Asia: The Example of the Philippines”, 34 *Forum of International Development Studies* 2 *et seq.* (Mar. 2007), with further references; Fikentscher & Ramsauer, “Traditionelles Wissen—Tummelplatz immaterialgüterrechtlicher Prinzipien”, in: Ganea, Heath & Schricker (eds.), “Urheberrecht gestern, heute morgen, Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag” 30 *et seq.* (2001); Wendland, “Intellectual Property, Traditional Knowledge and Folklore: WIPO’s Exploratory Program”, 33 *IIC* 488 *et seq.* (2002); Dutfield, “Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge” 91 *et seq.* (2004)。如果下文在论述不同问题时对这些术语有不同的称谓,并非有意作特别的区分。

律保护问题的讨论始于大约四十年前,从某种程度上看,人们对该问题的关注发端于在国际公法上给予土著居民(indigenous peoples)以及传统和其他文化共同体(cultural communities)法律保护的认识。^② 从那以后,人们认识到文化遗产本身应当得到法律保护。然而,文化遗产可能包含的客体范围非常之广泛。它既包括有关艺术的、文学的以及口头的对文化的表达,又包括歌曲、符号或装潢;甚至还扩展至植物、与医药或农业相关的知识,以及有关生物多样性或者环境的知识。

在这四十年里,国际层面上取得了一些立法方面的成就,包括但不限于^③:

(1)《保护民间文学艺术表达、防止不正当利用及其他损害性行为国内示范条款》^④(Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions,联合国教科文组织与世界知识产权组织,1982);

(2)《生物多样性公约》^⑤(Convention on Biological Diversity,联合国,1992);

(3)《传统知识和文化表达的地区框架》^⑥(Regional Framework for the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture,太平洋共同体秘书处,2002);

(4)《保护非物质文化遗产国际公约》^⑦(Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage,联合国,2003);

^② 关于这些术语, see for instance Antons, *supra* note 1, at 5; Fikentscher & Ramsauer, *supra* note 1, at 38 *et seq.*; Stoll & Von Hahn, "Indigenous Peoples, Indigenous Knowledge and Indigenous Resources in International Law", in: Von Lewinski (ed.), "Indigenous Heritage and Intellectual Property. Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore" 10 *et seq.* (2nd ed. 2008)。

^③ 关于以下法律文件的发展和进一步的法律保护措施, see e. g. Antons, "The International Debate about Traditional Knowledge, Traditional Cultural Expressions and Intellectual Property", in: Antons (ed.), "Traditional Knowledge, Traditional Cultural Expressions and Intellectual Property Law in the Asia Pacific Region" 37 *et seq.* (2009); Taubman & Leistner, "Analysis of Different Areas of Indigenous Resources", in: Von Lewinski (ed.), *supra* note 2, at 156 *et seq.*; Dutfield, *supra* note 1, at 127 *et seq.*

^④ www.wipo.int/tk/en/documents/pdf/1982-folklore-model-provisions.pdf (本文出现的网址的访问时间均为2009年8月)。

^⑤ www.biodiv.org/convention/convention.shtml; 对该公约的概述和分析, see for instance Straus, "The Rio Biodiversity Convention and Intellectual Property", 24 IIC 602 *et seq.* (1993)。

^⑥ www.wipo.int/tk/en/laws/pdf/spc_framework.pdf。

^⑦ <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540e.pdf>。

(5)《粮食与农业植物遗传资源国际条约》^⑧(The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, 2001 年通过, 2004 年生效)。

这些努力无疑是十分重要的。但是,尤其是在论及上述的最后两个公约时,我们不应高估它们的影响。这两个公约证明了人们逐渐意识到特定自然资源的唯一性,同时也证明获取基本文化资源的重要性;因此,为了保存这些客体,给予它们法律保护是有价值的。当然,这种普遍的利益只是硬币的一面。这一面已经得到了相对广泛的认同并在当今得到了良好发展,尤其是得益于上述公约。

然而,硬币的另一面源于文化遗产具有可观的经济价值这一事实。^⑨存在大量的个人利益,希望通过对文化遗产进行商品化而获利。不言而喻,尤其是发达国家的产业界已经发现了新的商业机遇;而发展中国家——那些通常作为文化遗产继承人的国家——正面临着本国的资源被外国开发和利用却束手无策的现实。^⑩

硬币的这一面也已经在过去几十年中被广泛地探讨过。然而,在国际层面上并没有取得实质性进展。《生物多样性公约》似乎包含一些条款,涉及发展中国家关心的一些问题(尽管这些条款几乎没有真正地保护发展中国家的特殊利益,而是以一种非常概括的方式着重关注合作和参与),《保护非物质文化遗产国际公约》仅仅关注对其涉及的客体的保存。在此背景下,为保护相关发展中国家的利益,给予其可能的法律救济的探讨仍在继续。这种探讨一方面关注可能的国际规制,另一方面则着眼于一些国内立法的独立尝试。

有趣的是,近来的探讨几乎没有涉及更为基础的问题——尤其是从根本上是否需要保护的问题^⑪;取而代之的是转向详细分析这样的保护应当如何建立的问题。目前,大致可以考察探讨这一问题的三种模式^⑫:

(1) 防御权模式(defensive right approach)。例如,阻止对非物质产品(in-

⑧ <http://ftp.fao.org/ag/cgrfa/it/ITPGRRe.pdf>; 所谓的“育种者权”(farmers rights)。

⑨ de Carvalho, *supra* note 1, at 246; Dutfield, *supra* note 1, at 18 *et seq.*; concerning the value of folklore see Lucas-Schloetter, “Folklore”, in: Von Lewinski (ed.), *supra* note 2, at 340 *et seq.*

⑩ Dutfield, *supra* note 1, at 18 *et seq.*; Wendland, *supra* note 1, at 499; Von Lewinski, “Introduction”, in: Von Lewinski (ed.), *supra* note 2, at 2.

⑪ See nevertheless e. g. de Carvalho, *supra* note 1, at 244 *et seq.*; Dutfield, *supra* note 1, at 97 *et seq.*; Olubukola Egunjobi, “Harnessing Traditional Knowledge for Development: An Intellectual Property Perspective” 21 *et seq.* (2005).

⑫ de Carvalho, *supra* note 1, at 241; Kongolo, “Unsettled International Intellectual Property Issues” 35 *et seq.* (2008).

tangible goods)的占有或对特定民族部落(ethnic groups)、文化共同体的完整性的损害。

(2) 补偿权模式(remuneration rights approach),该模式以现有知识产权制度为基础进行保护,主要包括:地理标志(有时作超出通常法律保护范围的广义使用);著作权法的相关保护;专利法的相关保护。

(3) 特殊权利模式(sui generis rights approach),其焦点通常不够明确(防御或补偿模式),有时聚焦于与西方(个人)财产权的观念不同的习惯法的模式。

毫无疑问,个人维护的立场不同,所持观点也大相径庭。基于这一点,对于保护相关国家文化遗产开发利用的利益,人们对能否在一个合理的期限内制定具有约束力和可实施性的国际规则的怀疑并非不切实际。鉴于此种情况,诸如表明特定的立场,并仅仅解释“欧洲”观点的做法看起来并不会有很大的帮助。这样的“欧洲”观点并不存在,尽管很难忽略欧洲国家——或者更确切地说其产业——可能与发展中国家的利益不同。

相反,我们可以退一步向这样的法律保护的基本原理提出质疑。考察对非物质产品一般的——通过专利法或著作权法的——法律保护,我们愈发意识到对权利人的过度保护会产生特定负面影响,这种影响可能被证明不利于整体的利益。有鉴于此,我们应当审视现有法律保护制度的适当性。从这个角度来看,在有关文化遗产的客体利用上,如果不提出相似的问题就会缺乏一致性。对于这些客体的特定法律保护制度,忽略其所可能带来的负面影响也许是有害的——不仅仅对于发达国家,尤其对于发展中国家。因此,在通过法律条款之前,我们首先应当探讨当前的法律保护体系,并在此基础上力图论证对以非物质产品为客体的文化遗产给予法律保护的基本原理。

二、对一般非物质产品给予法律保护的基本原理

本质上,有两个基本原理解释为什么非物质(即智力)产品应当受到法律保护:其中一个原理根植于众所周知的“启蒙时代”,产生于17世纪和18世纪,尤其是在一些欧洲大陆国家,例如法国。与个人和集体的解放进程相一致,启蒙运动主要关注人类的理性和不依赖权威的智力独立。另一个原理则偏重经济学基础,它与第一个原理始于相似的时代。但是,它的根基更可能从美国找到。因此,该原理的发展在某种程度上与美国经济的发展紧密相连。

当今,两种原理似乎产生了比较相似的结果。实际上,对于非物质产品的不同的法律保护不再有实质性的差异了。然而,至少在理论上,这些基本原理



仍然大相径庭。如果希望仔细审视对诸如本土资源或传统知识等潜在的新客体的法律保护所适用的原理,那么研究这两种基本理论的差异就大有必要。下文将继续阐述这两个基本原理,尤其是对这两种原理作为法律保护理论依据的适当性提出挑战。

(一)“启蒙时代”的知识产权基本原理

在“启蒙时代”,对社会习俗的解释需要全新的理念和崭新的视角。^⑬ 虽然启蒙时代的理论在今天的西方世界看起来是明显易懂的,但在当时,它们极大地改变了对“人”本身的理解。这些新的观念和其他因素一道,已经对智力成果性质的概念产生了根本的影响。根本的考虑是,每一个人都拥有他们自己的人格。一方面,这样的人本身被视为应当受到法律对其人格的保护。另一方面,对于一个人人格的法律保护被延伸到包括这个人的智力成果。这种延伸根本上是基于智力成果来源于创造者人格的考虑。^⑭ 特别地,这种考虑导致了传统的欧洲大陆著作权法的保护模式,这一模式从根本上主导性地关注精神权利(moral right),而经济利益似乎显得相对次要。

(二)基于经济学视角的知识产权基本原理

在美国 1787 年《宪法》中,我们可以找到有关知识产权经济解释的一个非常早的例子。在这部宪法中,著名的“专利和著作权条款”(Patent and Copyright Clause)已经以非常清楚的方式解释了授予知识产权的理论基础:“……为促进科学和实用艺术的进步”^⑮。换言之,知识产权应该被设计成为发明和创造非物质产品提供激励的制度。因而,该模式的一个非常重要的关注点是使那些乐于从事发明从而创造这些产品的竞争者们获得经济优势。

^⑬ 18 世纪兴起的哲学启蒙运动深受当时许多著名思想家的影响,他们将自然科学系统性的思考方式引入到了社会科学研究领域。在那个时代,著名的哲学家主要包括 René Descartes, Thomas Hobbes, Baruch Spinoza, John Locke, David Hume, Jean-Jacques Rousseau, François-Marie Arouet (Voltaire), see Kopper, “Einführung in die Philosophie der Aufklärung” (3rd ed. 1996); Kopper, “Ethik der Aufklärung” (1983); Kaufmann & Hassemer (eds.), “Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart” 56 et seq. (6th ed. 1994)。

^⑭ 更多详情, see Schack, “Urheber- und Urhebervertragsrecht” 56 (2007)。

^⑮ 第 1 条第 8 款——国会的权力:“国会享有权利……通过赋予作者和发明者对他们的作品和发明有限的独占权利,促进科技和实用工艺的进步。”