



2010

青春与版权同行

——第三届全国大学生版权征文获奖作品选

中国版权杂志社 编

 中国人民大学出版社



2010

青春与版权同行

——第三届全国大学生版权征文获奖作品选

中国版权杂志社 编

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

2010 青春与版权同行——第三届全国大学生版权征文获奖作品选/中国版权杂志社编. —北京: 中国人民大学出版社, 2011. 5

ISBN 978-7-300-13562-5

I. ① 2… II. ① 中… III. ① 版权 - 保护 - 中国 - 文集
IV. ① D923. 414 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 048690 号

2010 青春与版权同行

——第三届全国大学生版权征文获奖作品选

中国版权杂志社 编

2010 Qingchun yu Banquan Tongxing

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京东君印刷有限公司

规 格 170 mm × 250 mm 16 开本

版 次 2011 年 5 月第 1 版

印 张 21.75 插页 2

印 次 2011 年 5 月第 1 次印刷

字 数 424 000

定 价 58.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

序

阎晓宏

2006年，我和中国版权代表团访问日本。访问期间，日本学者梅田久送我一本新出版的关于知识产权方面的专著，并特别告诉我，书中提出了这样的观点：“20世纪是专利的时代，21世纪是版权的时代”。这个观点并不是说版权对经济和社会的作用超越了专利，更不是说版权将要替代专利，而是基于一种潮流、一种态势的判断。

以下几点是值得我们重视的：

（一）21世纪的版权，具有最广泛使用的特征

从版权制度诞生这一天起，作品就摆脱了狭小手工传抄的藩篱，从个别贵族文人才享有的精神文化需求逐渐扩展开来，这个过程已达三百年。在三百年间，不间断的创新，使作品的种类不断繁衍增多，使作品的权利不断增多，使社会提供公众精神文化产品的方式和数量不断增多。而从唯物主义的角度看，这些因版权而复制的文化产品品种、形式、数量的增多又是在不断产生的社会需求的刺激下才能成为可能。如同社会发展是由缓慢行驶到不断提速进入快速发展一样，著作权发展的前两百多年也是较为缓慢的，进入20世纪开始提速发力。因新的复制技术和新的传播技术的发明，出现了更多介质的文化产品，如电影、电视、音像、软件以及互联网传播等。可以说，21世纪的版权既拥有最为广泛的创作者、权利人，也拥有最为广泛的使用者（这里指终端消费者）。

（二）21世纪的版权，具有显著的产业特征

版权制度产生于工业社会之初，当时虽然版权的财富属性已经显现，但它在经济与社会中的权重很低。当时，推进社会发展特别是推动经济发展的，主要是机器的力量，这也是工业社会的基本特质。到了后工业社会时期，推动社会进步、经济发展的驱动力量发生了转变，从依靠机器变成了依靠创新以及对创新成果的使用。在这个背景下，知识经济应运而生，知识产权的创造、使用、管理与保护成为潮流。而版权也不再是文质彬彬，人们发现版权在满足文化需求的同时，也具有很强的财富属性。一本书、一部电影不仅给人们带来精神欢愉，也为出版商、制片商带来巨大的利润。版权的产业特性不断凸现。美国最早提出了“版权产业”的概念，按照美国国际知识产权联盟的最新统计数据，美国总体版权产业增加值占美国GDP的11.05%，核心版权产业增加值占GDP的6.44%。

与此同时，世界知识产权组织从 2002 年起也着手开展版权产业的经济贡献的调研，相继对英国、新西兰、荷兰、德国、奥地利等多个国家的版权产业进行了近十年的跟踪分析，得出的结论是：版权产业在经济和社会发展中的贡献率远远高于其他传统产业的贡献率，在所调研的国家中，版权产业的增长率几乎是各该国 GDP 增长率的 2 倍。中国国家版权局和世界知识产权组织联合进行了一项为期 3 年的调研，调研采用了国际通用的方法和指标体系。这项调研的结论是，2006 年我国的版权产业的增加值占全国 GDP 的 6.4%。不仅如此，版权产业基于对受版权保护的智力成果的运用，具有绿色、低碳、减排的特征，这在我国坚持科学发展、大力转变发展方式的当今，更是具有重要的现实意义。

（三）21 世纪的版权，将成为文化发展的制高点

先要讲一下文化和版权的关系。英国的著名学者霍金斯因最早提出“创意产业”的概念而被称为创意产业之父。在 2009 年北京国际版权博览会期间，我和他曾讨论过版权与文化的关系。他当时在黑板上画了一个洋葱，并解释说，洋葱代表文化，而版权就是洋葱的内核。这个比喻很形象。文化先于版权，已存在了几千年，而版权却只有三百年的历史，为何说版权是文化的内核呢？因为版权诞生以后，任何文化产品都不可避免地打上了版权的烙印，当作品创作出来以后，创作者享有版权，使用者需得到授权方可复制他人作品，方可销售以任何方式复制、传播他人作品的各类文化产品。没有脱离了版权的文化产业。任何一个文化企业，只有在依法获得了最好的版权作品、版权资源后，才能获得最大的市场，才能实现最好的发展。我国是文化大国，但还不是文化强国。如何实现由文化大国向文化强国的转变？主要是两个途径：一是要把我国最为丰富的文化资源、具有潜在价值的版权资源挖掘出来；二是要有能力把优秀的作品依靠市场原则最大限度地传播出去。任何一个国家，只有把文化资源通过创作转化为可支配控制的版权资源，只有在广泛拥有最具价值的版权作品、版权资源的基础上，才能占领文化发展的制高点，实现文化的繁荣发展。

（四）21 世纪的版权，将更加体现国家意志

版权是私权，但它的广泛使用和传播所产生的经济意义和社会影响远远超越权利人和使用者的民事关系范畴。当我们一些学者不断强调版权的私权特征时，我们发现美欧等发达国家和地区却赋予了版权更多的国家意志。在关贸总协定演变为 WTO 的过程中，知识产权被纳入其中就淋漓尽致地表达了发达国家的意愿。现在，美欧等发达国家和地区在知识产权特别是版权问题上毫不让步，不断诉诸多边、双边条约，以维护其在知识产权领域的优势。与之比较，我们尚不够主动从容。对此，我们必须大力加强知识产权法制建设、管理体制建设和队伍建设，必须在遵守国际规则的前提下，以维护国家利益为出发点，以国家意志、国家力量对待知识产权问题，冷静妥善处理各类国际、国内版权纠纷，把握国际版权发展的新动向、新态势，积极主动地参与国际版权规则的讨论与制定，发挥我国作为经济大国、文化大国的应有作用。

本届全国大学生版权征文活动以“创新·发展·未来”为主题，参与活动的很多论文视野宽阔、法理清晰、论证比较充分，具备了较高的专业水准，研究的问题贴近现实，涉及版权理论与实践面临的一些重要问题、前沿问题，从一个侧面反映了我国高校版权教学的成果。征文活动很短暂，但对同学们知识产权观念的形成的影响将是长远的。有的同学说，征文活动铸就了一生的版权情结。期待更多的大学生关注版权，研究思考版权，投身到版权事业之中！

目 录

研究生

一等奖

反思知识产权领域“利益平衡”	王玉凯 3
对苹果 iTunes 网上音乐商店版权模式的反思	
——以版权法中的利益平衡为视角	严国琼 11
论著作权多元化纠纷解决机制的构建	张少帅 17
反垄断法应审慎适用于著作权拒绝许可行为	肖 维 23
网络著作权侵权的演化博弈分析	陈秀云 28
版权法中独创性认定探析	周 强 34
浅析违禁作品的内涵与保护	金 耀 39
试析作品财产权的权利体系之架构	
——完全作品财产权的角度	高 逸 44
版权扩张及版权正当性的反思	程 艳 52
论著作权法定许可声明制度的存与废	谢 波 58

研究生

二等奖

P2P 网络技术与版权的摩擦及出路	刘 琳 65
版权的未来：以“传播权”为中心的版权制度之构想	吕炳斌 70
我国著作权犯罪刑事立法模式之选择	何伟龙 75
TRIPs-plus 条款中的版权保护标准及其启示	张正怡 80
民间文学艺术作品与基于民间文学的一般著作权作品的保护	
——兼评壮族舞剧《妈勒访天边》案	邵 星 85
合理使用的改造性使用研究	
——兼论对我国合理使用制度的启发	陈惠敏 90
网络著作权侵权纠纷的司法管辖	林 蕾 96
数字时代版权私力救济与公力控制之间的结构矛盾分析	
——以版权技术保护措施（TPMs）为视角	赵丽莉 100

通知删除制度的滥用及完善	郝 喜 106
复制权的扩张趋势	
——云计算的视角	徐 凯 112
论著作权法上的“通知—删除”制度	郭 威 118
论录像制品在我国著作权法中的重新定位	曹 博 123
浅议 P2P 技术侵权之应对措施	黄海玲 128
论信息网络传播权补偿金制度的具体构建	
——以音乐作品为研究对象	彭宏洁 134
地质资料著作权保护的几点思考	蒋瑞雪 142
电视节目模板的版权法保护	谢国敏 147
论我国著作权转让公示制度的建构	熊 星 153
民间文学艺术作品的法律保护中应解决的若干问题	
——以著作权法保护模式为视角	蔡立猛 158
论著作权集体管理制度的定位及监管	
——以利益平衡为视角	谭乃文 163

本 科 生

一等奖

浅析漫画语言的著作权保护	
——朱德庸《关于上班这件事》一案引发的思考	王 旭 171
电影作品的属性研究	
——以我国《著作权法》第 15 条修改为背景	申耘宇 176
司法实践中民间文艺衍生作品的保护及限制	任 丽 181
浅议博客著作权及对其保护问题	庄小茜 187
视频网站侵权判定的实证分析及完善探究	
——以信息网络传播权为研究对象	许健聪 192
从评论性角度切入阐述戏仿	冷玲霞 201
论版权法中技术措施的合理规避	
——兼评“苹果皮”侵权	张 龙 206
对 P2P 网络著作权侵权案例的实证分析	张 莹 212
论著作权法客体的完善	
——实用艺术作品以独立客体形式划归著作权法保护	陈 娟 219
著作权保险管窥	
——浅谈著作权保险的特征、风险及其防范	翁 婕 224

本 科 生

二等奖

知识产权架构下的我国民间文学艺术保护	丁文妃 233
有保护才有发展	
——对民间文学艺术著作权保护的思考	王 帆 238
从“超女”到达人	
——对真人秀版权利益的保护与促进	史鸿鹏 243
著作权法不宜保护你	
——作品标题	叶优子 246
初探作品出租权	叶 雯 250
重庆市土家族民间文学艺术的保护问题研究	田 丽 255
传统期刊数字版权邀约的法律效力论析	刘 晗 264
浅析合理使用与抄袭	孙祺舒 268
浅谈未来著作权的转让	闫筱婷 273
网页快照著作权问题探究	
——美国的司法实践及其借鉴	阮开欣 277
网页快照的著作权侵权判定及对策	余菁华 282
网络版权损害赔偿问题的实证分析	
——以北京、上海、浙江、广东四地法院判决为例	宋慧婷 286
中国会展版权保护问题研究	张 亮 294
剖析第三方插件的法律风险	
——以珊瑚虫版 QQ 案为视角	张晓宇 300
初探短信息著作权之保护	范庆荣 306
民间文学艺术作品权利主体的探讨	柳卓利 311
“法人作品”若干问题研究	倪俊豪 318
“法人作品”的合理性辨析	
——以署名权对作者身份的标识作用为视角	柴耀田 324
电视节目模板的著作权保护问题研究	曹丹婷 329
中文期刊数字化后的引用图表版权问题探讨	蔡臣臣 335
后 记	340

研 究 生

一 等 奖

反思知识产权领域“利益平衡”

王玉凯

“利益平衡”，被称作知识产权制度的基石。在具体制度不断细化而基础理论始终孱弱的知识产权领域，其被赋予至高无上之地位，版权领域尤其如此。但任何理论或制度都很难自洽，利益平衡理念亦如此。本文试在总结现有研究成果的基础上，对这一理念在知识产权领域的地位和作用略作反思，以为众鉴。

一、“利益平衡”之基本范畴

(一)“利益平衡”的内涵

尽管对“利益平衡”多有征引，但既有论述中对其进行定义的观点却不多。这或是因为其非常通俗易懂，无用多作解释。大家对这一概念的理解，多是从“利益”与“平衡”这两个要素入手，在此基础上对“利益平衡”这一概念整体作出解释，得到类似“利益平衡是在一定的利益格局和体系下出现的利益体系相对和平共处、相对均势的状态”之类结论。^①对利益平衡这一概念本身大家并无争议。

对于这一理念在知识产权领域的具体内涵，则存在一定差异。历史地看，利益平衡这一理念所关注的利益内容或曰平衡对象，主要是社会公益和权利人之利益。此后，这一理念被扩大化到权利人相互之间冲突的解决乃至不同国家之间利益格局的调整。^②另一方面，面对实际案例或者理论难点，学者多习惯从这一原则出发进行说理，实现中庸和谐的解释。再者，利益平衡理论被当作知识产权领域各种具体制度的理论基础，尤其知识产权的权利限制和反限制问题。从法律运作的角度描述，学者试图将利益平衡理念贯彻到立法、执法、司法的整个过程，并以此统率整个知识产权理论。^③

(二)“利益平衡”在知识产权领域的发展

为客观呈示利益平衡理念在知识产权领域的发展，笔者利用统计工具对近年以来国内正式学术期刊上以“利益平衡”为题的论文进行了统计，各领域各年份论文篇数统计结果图示如下^④：

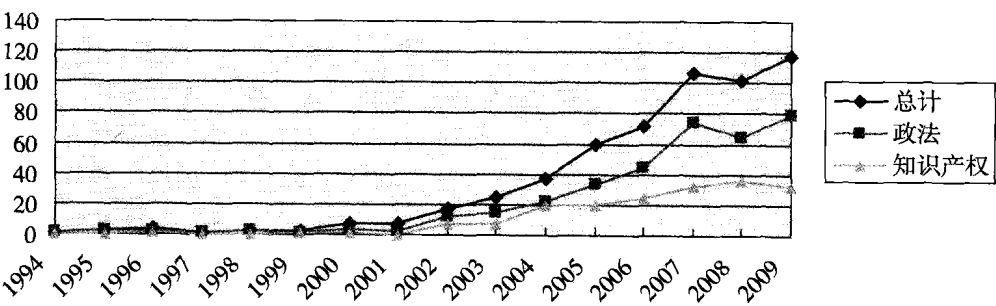
年份 领域	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
总计	1	2	3	1	2	2	5	2	20	23	42	53	70	106	106	111
政法	1	2	2	1	2	1	4	2	12	15	22	33	45	74	64	79

续前表

年份 领域	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
知识产权	0	0	1	0	0	1	1	0	8	7	20	20	25	32	36	32
总论	0	0	1	0	0	1	0	0	3	3	9	5	13	11	8	7
著作权	0	0	0	0	0	0	1	0	3	3	7	8	8	15	15	10
商标	0	0	0	0	0	0	0	0	1	1	2	3	1	3	7	10
专利	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	1	4	2	1	3	2
其他	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	1	2	3	3

图表1 部分年份以“利益平衡”为题之论文数统计表（单位：篇）

我们可以用两个线形图更直观地展示以上统计结果：



图表2 部分年份以“利益平衡”为题之论文数线形统计（单位：篇）

从以上统计数据我们可以管窥利益平衡方面的研究现状：其一，伴随市场经济的发展和民主政治的进步，利益平衡这一理念被学界认识并重视，尤其进入21世纪以来相关论文数量逐年上升；其二，在涵盖了理工和人文方向的所有以“利益平衡”为论题的成果中，知识产权相关论文占据了1/3，仅就政法领域来看，其可占1/2左右，数量可观；其三，从知识产权法学内部看，总论、著作权、商标、专利和其他部分论文数量大致都在波动中上升，尤其以著作权领域为众。^⑤

（三）“利益平衡”的学术渊源

知识产权利益平衡理念并非空穴来风。知识产权制度作为近现代技术进步和法治发展的产物，其必然受到中外各种相对成熟的理论与制度的影响，我们至少可以寻找与其相连的一些理论或制度。

1. 法理学方面

我国传统文化向来避讳谈利，所谓“存天理，灭人欲”^⑥。相较而言，西方对于人的利益诉求的认识和评价则比较中肯，并形成许多以此为立论根基的学派。比较为既往研究所关注的典型例子是洛克的劳动财产理论、耶林的目的法学

理论等。但对利益在法律运行机制中的重要性予以充分认识的,还有功利法学派和近代的法经济学派,且此二者存在一定的学术承继关系。^⑦总结西方法理学相关成果,我们可以充分认识到利益分配之于维系社会稳定、提高劳动效率、促进文化繁荣等方面的意义。知识产权领域利益分配理念的重视,与此是一脉相承的。

2. 民法方面

尽管在体系归属上学者比较一致地认为知识产权是民事权利,但民法与知识产权法历史形成的发展时序上的差别以及现实造就的研究格局的疏离,造成学者相对关注知识产权与传统民事权利的不同而非寻求知识产权的民法化。^⑧但利益平衡机制实际上久为民法体系采纳,民法原则或制度无不遵循分配利益以博平衡的这样一种内在机理。尤其是,学者所谓利益平衡原则与民法的公平原则存在很大共性,只是传统上公平原则一般被用来处理债权等民事法律关系,而与其他民法基本原则一样不甚为知识产权研究所重视。公平原则含义有二,一是立法者和裁判者在立法和司法的过程中应维持民事主体之间的利益均衡,二是民事主体应依据社会公认的公平观念从事活动,以维持当事人之间的利益均衡。^⑨而利益平衡理念之含义与此相类。^⑩

二、“利益平衡”之称谓考察

知识产权领域的“利益平衡”应如何定位?从既有表述看,利益平衡被广泛称作知识产权法的基本原则。此外,又有“利益平衡理念”、“利益平衡理论”、“利益平衡方法”等不同表述。笔者较接受“利益平衡理念”的说法。解释如下:

(一)“利益平衡原则”之质疑

各部门法的立法实践和法学研究无一不将法律原则作为重点,即便难以统一立法的行政法,其理论层面的基本原则亦广受重视。在素来讲究逻辑严谨、体系清晰、层次分明的民法领域,原则更是重中之重。但在知识产权法学界,原则研究受到冷遇。这既是知识产权法学研究程度不深的结果,亦是这一学科远未成熟的反映。但冷遇的大环境下,“利益平衡原则”却受到追捧。在有限的对知识产权法原则进行总结的论述中,大家几乎一致认可“利益平衡”为知识产权法基本原则。^⑪此外,不论知识产权法基本原则整体,而单提“利益平衡原则”的观点更不胜枚举。^⑫

笔者不将利益平衡定性为知识产权法基本原则,并不意味着笔者不认可其对知识产权法学和法制的积极意义,更非以后绝口不提利益平衡,这未免过于不尊重知识产权法学现状。^⑬不赞成“利益平衡”的知识产权法原则属性,最主要的是基于法律体系的考量。“利益平衡”中,“利益”实际上是权利的本质,所谓权利不过是受到法律定型保护的利益,而“平衡”乃是法之作用和价值所在。故“利益平衡”乃法理学而非仅知识产权层面的命题。其之所以在知识产权研

究中格外受重视,乃因知识产权法目前处于基础理论极度匮乏阶段,又存在与民法基本理论的疏离,不得不借助于上一位阶更抽象的原则来弥补本部门法基本原则欠缺造成的理论和实践漏洞。承认“利益平衡原则”,势必造成其在知识产权法中的一支独大,因其高度抽象,可以用来推演出任何其他原则,从而使其他原则即便存在也形同虚设。即便我们将其定性为知识产权法唯一的原则,问题依然存在,因为利益平衡原则的抽象性和概括性超过任何民法原则,这必然导致知识产权法原则的自给自足,将知识产权法纳入民法体系再无必要。再者,原则是相对的,知识产权法作为现代民法的子法,其需要的是“物权法定”似的在本领域具有概括性但又比民法一般原则更具体的原则,以指导本部门的法律运作。而利益平衡中隐含的价值认知和比较,使其难以实现具体指导,也不可能单独承载解释功能,必然依赖对“利益”和“平衡”的不确定的个案认知。最后,从司法实践角度看,我国暂时不会制定统一的知识产权法,也不会民法典中生成知识产权编,单行的“知识产权法通则”似的规定也未有耳闻,所以,即便理论上承认利益平衡原则,实践中法官或当事人也只能将其作为一种说理的方法而非依据。相反地,《民法通则》和将来民法典中的总则性规定则可直接引为裁判的依据,这其中当然包括民法基本原则。故承认知识产权法利益平衡原则,依然无法阻却民法原则的适用,且民法原则配以竞争法足以解决知识产权领域的可能困境,故没有必要设定“利益平衡原则”。

(二) 利益平衡理念的确认

否定“利益平衡原则”后,来看“理念”和“理论”的取舍。二者与原则不一样,“法律原则”在法学领域内是有既定概念和体系的,不宜任意扩大其适用。但“理念”和“理论”则没有,故此处区别未免咬文嚼字。但从字面上,“理念”和“理论”的区别在于前者是概念性的而后者是体系性的,只在内容丰富并且条理清晰的情况下才可能形成“理论”^⑧。而知识产权领域内利益平衡所体现的,仅是几组利益的博弈,其个性化的理论体系并不庞杂。具体适用中,这一理念是直接转化为立法或裁判的,其间之思维路径和博弈过程无法用抽象语言进行描述和总结,故赞成“理念”的称谓。至于“利益平衡方法”^⑨,从法律解释的角度,它是诸种方法中起兜底作用的一种,且这种方法要求法官作价值判断时“以社会通念为务”,足见其非规范性。^⑩从广义的法学方法的角度,则其应当主要属于价值分析和社会学方法。但价值分析主要是围绕法促进的价值进行,而非利益平衡所体现的法本身的价值^⑪;而社会学方法强调实证,这一点知识产权领域的“利益平衡”尚不具备。故“利益平衡”这一解释力强而指导性差的理念,欲成为知识产权领域之方法,还有待规范和实证的研究,不能泛泛而谈。此外,一种方法不足以成为知识产权体系的基础,毕竟指导和统率一个部门法的不是技术层面的方法,而是价值层面的理念。

三、“利益平衡”之客观评价

如前,对知识产权领域“利益平衡”的研究热潮,笔者持冷静态度。从积

极方面说,首先,利益平衡理念恰当地解释了知识产权制度的内在机理^⑧,这一点其比民法平等、公平等原则还要具有针对性。从立法看,著作权法、商标法和专利法等所表达的立法宗旨中无不体现了利益平衡的内涵。其次,在概念不明、体系不清的知识产权领域,这一理念实现了最初的协调,可谓聊胜于无。^⑨最后,在方法层面,利益平衡成为知识产权法制运作的尽管模糊但却基本的指导,亦为学者阐释理论问题时惯用的思维模式和论证路径。^⑩

但利益平衡理念在知识产权领域广受重视,与其说是这一理念的光荣,毋宁说是知识产权法的悲哀,它所反映的恰是知识产权法学理论基础的极度孱弱。究其原因,首先是知识产权发展历史较晚,知识产权制度成型时期民法理论已经比较成熟,故民法学者将知识产权纳入民法理论面临传统民法松动乃至重构的困难,而知识产权学者则依靠利益平衡这一抽象原则,摆脱了对民法原则的依赖^⑪;其次,各国知识产权制度的创建带有浓厚的实践色彩,且知识产权制度本土化与国际化如影随形,国际条约对知识产权法制建设起到了重要的乃至决定性作用,使知识产权制度建设不依赖理论之成熟^⑫;再次,在技术革命冲击下,知识产权现有制度不断出现新问题^⑬,知识产权领域的热点一直在围绕这些新问题进行,而不是进行基础理论构建;最后,相较于从艰深晦涩的民法理论汲取理论营养,引用利益平衡理念进行说教远来得轻松,这是学者本身取向的问题。所以,我们肯定利益平衡的重要价值的同时必须承认,利益平衡这一“捷径”实在是造成知识产权理论发展和体系建设的重要阻碍,它圆滑地绕过了很多基础命题,却未能解决之。不经规范和严格的体系构建而后破茧成蝶,知识产权法学就难以走向成熟。

故笔者以为,我们要充分认识利益平衡理念之历史意义和现实价值,尤其充分发挥其理论解释和方法导向的作用,但从体系化和规范化的角度出发,要从利益内容和平衡方法两个维度对其进行深化,尤其注重实证和历史、比较研究;另外,我们应当努力促进民法基本理论在知识产权领域的延伸,至少要在学术上探讨有无必要用民法基本原则取代利益平衡原则,并通过知识产权领域具体原则等建设,实现知识产权之民法化和体系化。^⑭

结 语

尽管本文是对利益平衡这一热研究的冷思考,笔者却不能否定利益平衡是知识产权领域“永恒的话题”这一说法。这既是知识产权研究现状和历史的造就,更因“利益”乃法关注的内容,“平衡”乃法功能的体现,“利益平衡”乃法追求的目标,故利益平衡理念命题本身就是深刻而隽永的。但我们更要在知识产权的民法化和体系化上着力。如此未免有守成乃至僵化的嫌疑,但如笔者主张慎用“原则”一样,尊重既有成果而非动辄另辟蹊径,此乃一定范围的知识赖以成为一门学科乃至一种科学的基础,知识产权法学亦循此理。

注释:

①参见冯晓青:《知识产权法利益平衡理论》,1~14页,北京,中国政法大学出版社,2006。

②参见陶鑫良、袁真富:《知识产权总论》,14~19页,北京,知识产权出版社,2005;另参见刘春茂主编:《知识产权原理》,18~19页,北京,知识产权出版社,2002。

③理解利益平衡理论,必须对其所处的知识产权领域概念不明、体系不清的现状有所认识。对于知识产权的理解,经过长期争论,至少相当一部分学者已经比较认可两分的定义方法,即将知识产权定义为“人们对其创造性的智力成果和商业标记依法享有的专有权利”。在此基础上,笔者对知识产权基本问题的态度是:其一,知识产权理论研究和制度建设应当主动向民法靠拢,在概念、体系等方面尊重民法基本理论,尽量避免自说自话;其二,对于知识产权,鉴于其绝对权和支配权的属性,应当采狭义定义,即在其权利类型和内容上严格遵守法定原则;对于知识产权法定带来的滞后性等问题,可以借鉴“民事利益”的概念,利用民法通则、反不正当竞争法等对知识性质的民事利益(或曰“知识利益”)进行保护。以下笔者对于利益平衡理念的认识系在此基础上展开。

④具体方法是,在中国知网选择以“利益平衡”为题名的模糊化查找方式,逐年、逐类进行统计,最终统计标准时间:2010-11-03。笔者的这种统计方式不尽完善,但数据基本可靠,仅作参考。

⑤以上图表未能反映出的几个细节是:其一,版权方向论文之所以数量比较多,乃因其不仅为知识产权方向期刊所收录,图书馆学等方向也有部分成果;其二,在版权方向论文内部,以网络为背景的论文数量可观;其三,就专利而言,其2008年、2009年的波峰之出现,与新专利法的修订密切相关,鲜明反映出利益平衡理念之于知识产权立法的意义。此外,在非政法领域,1990年、1991年各有三篇论文,基于论题,图表未予显示。

⑥除近年随着改革开放人们思想的解放以及对私权的认识,我国学者对“利”这一人的本性中客观存在的因素及其对于制度设计之价值的把握,大概要上溯到前儒家化时代的春秋战国。诸子中法家一派尤其韩非特别强调这一点,甚至将人性极端化为“好利恶害”。可以断言的是,传统中国尤其知识分子阶层尚义而淡利的整体风气是造成包括著作权等在内的个人利益不被弘扬和制度化的原因之一。

⑦参见吕世伦:《西方法律思潮源流论》,386页,北京,中国人民大学出版社,2008。当然,事实上耶林的目的法学所讲的社会目的也是功利法学所谓“功利”的另一种表述。所以,在笔者视域内,利益平衡观念的最重要的思想渊源即是功利法学。

⑧参见李琛:《论知识产权法的体系化》,79页,北京,北京大学出版社,2005。

⑨参见王利明主编:《民法》,35~36页,北京,中国人民大学出版社,2008。

⑩笔者个人认为,利益平衡原则是公平原则在知识产权法领域内的另一种表述,是民法基本原则在知识产权法中具体化的结果。当然,笔者也承认,这种观点是规范分析而非历史考察的结果,而且从知识产权法学者对“利益平衡”的表述和推崇来看,其在知识产权领域的内涵和意义已非民法上公平原则所能囊括。

⑪在笔者视域内,对知识产权法基本原则作出总结的专著和论文十分有限,列举如下:张玉敏认为是知识产权法基本原则是“充分保护知识产权”、“反对不正当竞争”和“利益平衡”,陶鑫良认为是“诚实信用”、“公序良俗”、“利益平衡”和“合理保护”,刘春茂认为是“鼓励和保护智力创造活动”、“促进智力成果推广应用”、“遵守国家法律和社会公德”、“本国法与参加的国际条约相一致”,唐超华认为是“鼓励创造活动,保护智力劳动者正当权益的