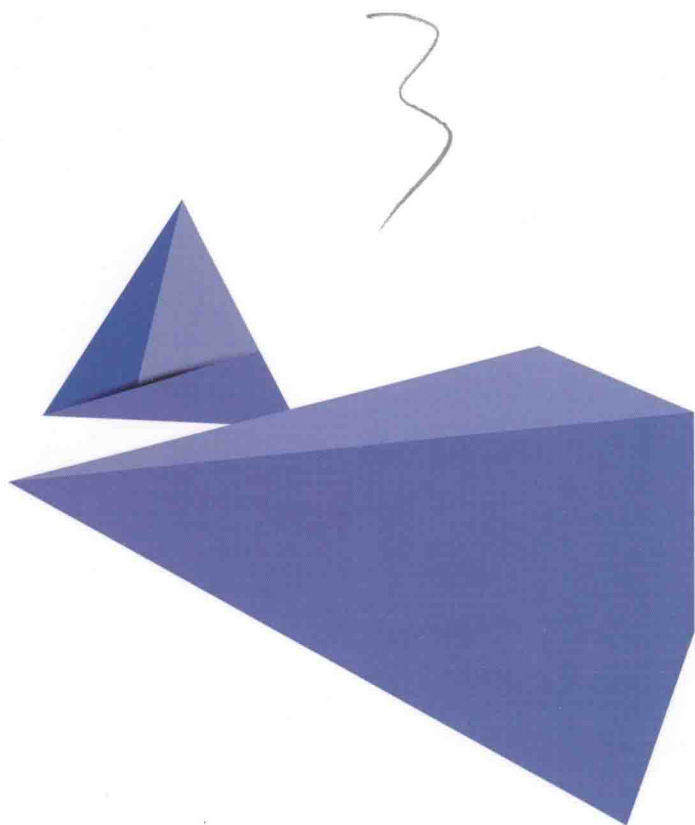


知识产权保护 与信息自由的冲突与协调

蔡祖国 著

ZHISHICHANQUAN BAOHU

YU XINXI ZIYOU DE CHONGTU YU XIETIAO



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

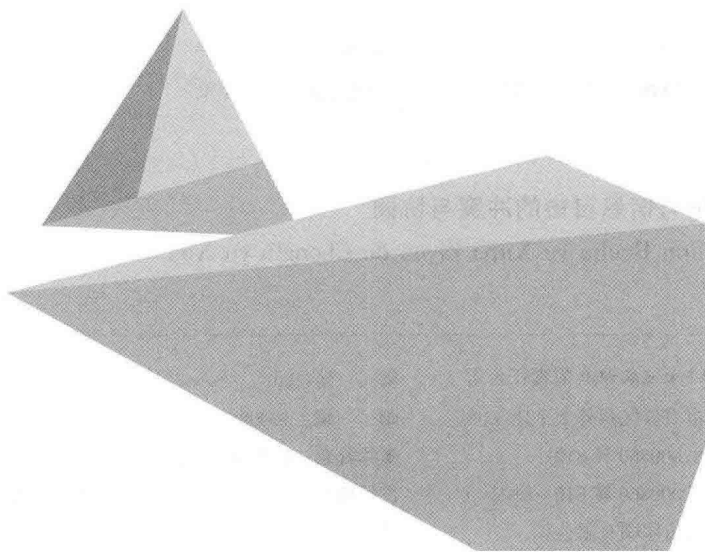
湖北省社会科学基金项目

知识产权保护 与信息自由的冲突与协调

蔡祖国 著

ZHISHICHANQUAN BAOHU

YU XINXI ZIYOU DE CHONGTU YU XIETIAO



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权保护与信息自由的冲突与协调/蔡祖国著. —北京: 知识产权出版社, 2016. 5
ISBN 978-7-5130-4217-8

I. ①知… II. ①蔡… III. ①知识产权保护—研究 ②信息学—研究 IV. ①D913.04
②G201

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 117619 号

内容提要

无论是从价值层面、规范层面还是从历史层面来看, 知识产权保护与信息自由之间难以避免地存在矛盾和冲突。随着技术的发展以及资本的深度介入, 知识产权保护与信息自由之间的冲突愈显突出, 传统上通过知识产权内部规范予以平衡的制度安排已不能有效地协调二者间的冲突关系, 有必要在内部规范平衡的基础上, 将知识产权保护纳入宪法审查的范畴, 建立起内部协调与外部协调相统一的平衡机制。

责任编辑: 崔 玲

责任校对: 谷 洋

装帧设计: sun 工作室 韩建文

责任出版: 刘译文

知识产权保护与信息自由的冲突与协调

Zhishi Chanquan Baohu yu Xinxi Ziyou de Chongtu yu Xietiao

蔡祖国 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区西外太平庄 55 号

邮 编: 100081

责编电话: 010-82000860 转 8121

责编邮箱: cuiling@cnipr.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

印 刷: 北京科信印刷有限公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 720mm×1000mm 1/16

印 张: 16

版 次: 2016 年 5 月第 1 版

印 次: 2016 年 5 月第 1 次印刷

字 数: 280 千字

定 价: 48.00 元

ISBN 978-7-5130-4217-8

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

摘 要

具有抽象性的知识信息一旦财产权化，很可能会导致知识产权不断扩张。劳动财产理论、人格财产理论和工具论为知识财产化的产生和发展提供了理论论证，但被忽略了前提的劳动财产理论、人格财产理论和被曲解了的工具论支持知识产权不断扩张，导致了知识信息的垄断，威胁到信息自由的实现，呈现出信息自由与知识产权保护之间的冲突，其主要表现为版权的客体范围、权利内容、保护期限和保护强度与信息自由的冲突，不同类型的商标与商业信息自由的冲突以及反不正当竞争规制与商业信息自由的冲突。知识产权保护与信息自由的冲突源于价值冲突，是一种私人利益与公共利益的矛盾和冲突。平衡知识产权保护与信息自由的权利冲突，要奉行法益优先原则；平衡知识产权保护与信息自由的价值冲突，要遵循利益衡量原则。

技术的发展历史实际上就是版权的扩展史，从《安娜法案》到 TRIPs，版权在客体范围、权利类型、权利内容、保护期限上全方位扩张，而版权的扩展史也就是其与信息自由发生冲突的历史，随版权扩张而发展起来的版权限制制度在数字时代到来后，并不能有效平衡版权保护与信息自由的冲突。商标权保护扩张到反淡化保护，导致了商标权限制制度难以有效平衡其与信息自由的冲突。反不正当竞争规制一般条款的设置及其规制范围过宽导致了反不正当竞争规制与商业信息自由的冲突。

为了保持知识产权保护与信息自由的平衡，版权法中设置了思想与表达二分法、合理使用等限制制度，商标法中设置了各种合理使用及例外。这些限制仅具有有限的平衡冲突的作用，必须要运用宪法上的信息自由权利来对版权保护和商标权保护进行审查。应完善我国版权法上的合理使用制度和建立商标法上的指示性合理使用制度。

运用宪法司法化来审查因知识产权保护所导致的信息自由限制，具有十分重要的意义。宪法司法化的双轨理论强调，对针对言论内容的管制，采用严格审查的标准；对非针对言论内容的管制，采用中度审查标准。宪法司法化的双阶理论强调，对高价值言论采用严格的审查标准，而对低价值言论采用中度的审查标准。运用双轨理论和双阶理论进行审查，既可以对信息自由提供有效保障，同时也可以对知识产权扩张进行约束。借鉴双轨理论和双阶理论，建立我国公共利益检验标准。将言论类型分为政治性言论、艺术性言论、商业性言论和不受保护的言论。对限制政治性言论和艺术性言论适用严格审查标准，对限制商业性言论适用中度审查标准。

因此，应重塑知识产权理念，强调知识产权保护必须符合其价值目标。应重塑版权合理使用制度、商标权合理使用制度，对知识产权保护进行有效的平衡。建立平衡知识产权保护与信息自由的冲突的外部协调机制。

关键词：知识产权 信息自由 冲突 协调

Abstract

Once the abstract knowledge information is considered as a kind of property rights, it would lead to continuous expansion of intellectual property. Although Labor Property Theory, Personality Theory and Organon provide theoretical evidences to the emergence and development of knowledge as property, the continuous expansion of intellectual property supported by Labor Property Theory and Personality Theory with ignored premises and by distorted Organon, leads to a monopoly of knowledge information and thus threatens the realization of information freedom. The emerging conflicts among fundamental rights mainly include those between the object scope of copyright, right contents, term of protection and protection intensity and information freedom; those between various trademarks and the commercial information freedom; as well as those between anti-unfair-competition regulation and the commercial information freedom. The conflict between intellectual property protection and information freedom originates from value conflicts and it is a kind of contradiction and conflict between individual interests and public interests. In order to balance the right conflicts between intellectual property protection and information freedom, priority should be given to legal interest. And also in order to balance the value conflicts between them, the benefit balance principal shall be followed.

Actually, the history of technology is one of copyright expansion. From *the Statute of Anne* to *the TRIPs Agreement*, the copyright realized the expansion in an all-round way from the object scope, right types, right contents and term of protection. However, the history of copyright expansion has been accompanied by its consistent conflicts with information freedom. The copyright restriction system originating from

copyright expansion failed to effectively balance copyright protection and information freedom in digital era. The development from trademarks protection to anti-dilution protection evokes difficulties for the trademark limitation system in effectively balancing the conflicts between trademarks and information freedom. The setting-up of general terms and conditions of anti-unfair-competition regulation as well as its excessive regulation scope also contribute to the conflicts between anti-unfair-competition regulation and commercial information freedom.

In order to maintain the balance between intellectual property protection and information freedom, limitation systems such as dichotomy of ideas and expression, fair use etc. are specified in copyright law. Also in trademarks law, various fair uses and exceptions are specified. The capability of limitation systems to balance conflicts is confined and it necessarily resorts to constitutional information freedom rights for the review of copyright and trademark rights protection. Thus it is urgent to perfect fair use system of copyright law in China and establish an indicative fair use system of trademark law.

It is of great importance to review the limitation on information freedom, which is caused by the intellectual property protection, with constitutional judicature. The two-track theory of constitutional judicature stresses that rigid review standards should be adopted to control speeches, while moderate review standards should be applied to control non-speeches. The two-level theory of constitutional judicature stresses that rigid review standards should be applied to high-value speeches while moderate review standards applied to low-value speeches. Reviewing with two-track and two-level theories can effectively guarantee the information freedom and constrict the expansion of intellectual property right at the same time. The establishment of inspection standards on domestic public interest should take two-track and two-level theories into consideration.

Therefore, the concept of intellectual property should be rebuilt, underlining that the protection for intellectual property right should be accorded with its value goal. Fair use systems of copyright and trademark should also to rebuild to effectively balance intellectual property. Finally, a coordination mechanism should be set up to balance the conflicts between intellectual property protection and information freedom.

Keywords: Intellectual Property, Information Freedom, Conflict, Coordination

目 录

1. 绪 论	1
1.1 研究缘由与研究意义	3
1.2 基本概念的界定	9
1.3 文献综述	18
1.4 研究方法	31
1.5 主要研究内容	32
1.6 研究思路	33
2. 知识产权保护与信息自由冲突的法哲学分析	35
2.1 知识产权的正当性与信息自由	37
2.2 知识产权保护与信息自由的权利冲突论	53
2.3 知识产权保护与信息自由的价值冲突论	91
2.4 知识产权保护与信息自由的冲突的协调论	102
2.5 小 结	104
3. 知识产权保护与信息自由冲突的历史分析	107
3.1 版权保护与信息自由冲突的历史分析	110
3.2 商标保护与言论自由冲突的历史分析	156
3.3 不正当竞争规制与信息自由冲突的历史分析	166
3.4 小 结	173

4. 知识产权保护与信息自由冲突的内部协调	175
4.1 版权法内部的协调	178
4.2 商标法内部的协调	189
4.3 小 结	197
5. 知识产权保护与信息自由冲突的外部协调	199
5.1 双轨理论及其协调运用	202
5.2 双阶理论及其协调运用	208
5.3 我国公共利益检验标准的确立	217
5.4 小 结	219
6. 结论与展望：重塑知识产权制度与建立外部之约束机制	221
6.1 重塑知识产权制度	223
6.2 建立知识产权外部之约束制度	224
参考文献	226
后 记	245

绪 论

1.1 研究缘由与研究意义

1.1.1 研究缘由

1.1.1.1 基于现实问题的思考

财产的非物质化革命，即由有体物扩大到不具备外在形态的知识财产，产生了知识产权制度。^①自知识产权产生发展的几百年来，尤其是近几十年来的科学技术的快速发展，使得以知识财产为代表的无形财产已取代了有形财产（物质财产）的传统统治地位而跃居整个财产版图的中央。^②而且当代世界经济比以往任何时候都更加依赖于知识的创造、保护、扩散和应用。^③在此背景下，知识产权制度的反应非常灵敏。起源于封建垄断特权、成长于商品经济环境以及成熟于科技发展的知识产权制度通过保护智力劳动者的合法利益，以促进科学技术的繁荣与发展。^④知识经济时代对创新能力的更高要求，促使知识产权保护制度朝着更高更强的方向发展。随着知识产权向人类社会机体的广泛渗透，人们仿佛已生活在一个知识产权编

① 吴汉东. 财产的非物质化革命与革命的非物质财产法 [J]. 中国社会科学, 2005 (4): 125.

② 饶明辉. 当代西方知识产权理论的哲学反思 [M]. 北京: 科学出版社, 2008: 1.

③ 李京文. 迎接知识经济新时代 [M]. 上海: 上海远东出版社, 1999: 1.

④ 袁泳. 知识产权法与技术、文化创新 [J]. 北京大学学报: 哲社版, 1997 (5): 99-107.

织的世界。^① 知识产权正呈现出日益加强的扩张趋势。

这种扩张趋势，一方面加强了对知识产权和知识信息产品的保护；另一方面，也造成了知识产权保护与其他权利和法律制度的冲突。对知识产权的扩张性保护，不仅造成了知识产权与物权、债权的冲突，更是威胁到公民基本权利的实现。这突出表现在：对专利权的扩张性保护，已经影响到第三世界国家和地区人们的公共健康权的实现；对知识产权的扩张性保护，也恶化了全球环境，影响到整个世界民众环境权利的实现；对知识产权的扩张性保护，造成更多国家和地区的贫穷和落后，影响到第三世界国家和地区民众发展权的实现；对知识产权的扩张性保护，导致越来越多的信息表达涉及侵犯知识产权问题，影响到人们宪法上信息自由权利的实现。这种对公民基本权利的冲击，特别是对信息自由的冲击，正在各国，特别是发达国家日益引发出越来越多的司法纠纷，也已引起各国学界和立法、司法界以及国际组织的广泛关注。

而随着以互联网为标志的信息时代的来临，虽然世界各国加快了有关信息高速公路立法的进程，但技术的变化，尤其是数字技术的发展以及资本极大地介入知识产权，正在改变着传统知识产权法律已达到的平衡，这更凸显了知识产权保护与信息自由，特别是版权与言论自由之间的紧张关系。如何解决知识产权的这种扩张性保护对信息自由权利实现的冲击和影响，已成为各国以及各国际组织急需解决的现实问题。

在我国，知识产权保护与信息自由的冲突也并非一个遥远的话题。2006年年初，数码信息技术的业余爱好者胡戈，采取改组和拼贴各种现成的影像资料的方式制作了一部网络视频搞笑剧《一个馒头引发的血案》（以下简称《馒头案》）。内容基本上出自模仿，以20分钟的通俗小品，解构了电影《无极》以120分钟演绎的哲理叙说，赋予完全不同的含义，其中巧妙的情节以及戏谑、滑稽的镜头搭配和画外音不时令人捧腹大笑。随后，《无极》导演陈凯歌宣称要提起诉讼，彻底追究其侵权责任。这一现象立刻引起了法律界的注意，一些专家的论述集中在著作权法的条文技术解释和技术性推理方面，侧重于知识产权保护程度的斟酌，但更多的学者把推敲的层次提升到宪法原则的高度，

① 饶明辉. 当代西方知识产权理论的哲学反思 [M]. 北京: 科学出版社, 2008: 1.

主张信息自由应该具有价值排序上的优越性。^① 由于该争议最终未付诸司法而失去了一次明确界定该争议所涉及的版权保护与信息自由权利的关系的机会。但由此,我国法律学界开始关注知识产权保护与信息自由的冲突问题,或通过关注人权与知识产权的关系来关注知识产权与信息自由权的关系问题,^② 并力图寻求合理的解决路径。

1.1.1.2 基于现行政策、法律和研究现状的反思

现实世界存在的冲突,也反映在政策、法律层面上。而对此的研究还存在诸多不足。

就国际层面而言,有关信息自由权的国际公约与知识产权的国际公约之间存在冲突。

《世界人权宣言》第19条^③、《公民权利和政治权利公约》第19条^④、《经济、社会、文化权利国际公约》第15条^⑤均规定了人们享有信息自由的权利。但这种信息自由的精神或价值并没有在相关的国际知识产权公约或条约中得到体现。对此,促进和保护人权小组委员会指出:由于《与贸易有关的知识产权协议》(以下简称 TRIPs)的履行没有充分反映所有人权的基本性质和整体性……所以,TRIPs 中的知识产权制度作为一方与另一方的国际人权法之间存在明显的冲突。^⑥

① 蔡定剑教授在《新京报》2006年3月4日上发表的评论《“馒头血案”的宪法视角》很典型,出处: <http://ent.sina.com.cn/r/m/2006-03-04/09351004880.html>。张翔:《馒头案中的基本权利冲突问题》, <http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=25486> 等。《中国法学》2006年第3期专门组织发表了苏力的《戏仿的法律保护和限制——从〈一个馒头引发的血案〉切入》和季卫东的《网络化社会的戏仿与公平竞争——关于著作权制度设计的比较分析》对这一问题作了更深的分析。

② 吴汉东. 知识产权 V. S. 冲突、交叉与协调 [N]. 中国知识产权报, 2004-01-06. 郑万青. 全球化条件下的知识产权与人权 [M]. 北京: 知识产权出版社, 2006: 190-217. 等。

③ 《世界人权宣言》第2条规定:“人人有权享有主张和发表意见的自由;此项权利包括持有主张而不受干涉的自由;通过任何媒介和不论国界寻求、接受和传递信息和思想的自由。”

④ 《公民权利和政治权利公约》第19条规定:“人人有权持有主张,不受干涉。人人有自由发表意见的权利;此项权利包括寻求、接受和传递各种信息和思想的自由,而不论国界,也不论口头的、书写的、印刷的、采取艺术形式的或通过他所选择的任何其他媒介。但应受到某些限制:尊重他人的权利或名誉;保障国家安全或公共秩序或公共卫生或道德。”

⑤ 《经济、社会、文化权利国际公约》第15条规定:“本公约缔约国承认人人有权参加文化生活;享受科学进步及其应用所产生的利益。”

⑥ 《知识产权和人权》,促进和保护人权小组委员会,第52次会议,议程项目4, E/CN.4/Sub.2/2000/7, 2000年8月17日通过。

从欧美各国来看,知识产权保护与信息自由之间也存在明显的冲突,而且正在不断地诉诸司法。美国宪法第一修正案^①、《欧洲人权公约》第10条^②均规定了人人皆有言论、信息自由的权利,但这种信息自由的权利也未能在知识产权法律中得到充分体现。或者说随着知识产权日益扩张,知识产权法未能更好地协调知识产权保护与信息自由的矛盾或冲突,这使得在欧美发达国家不断地引发司法纠纷。对此,欧美不仅依据二者的价值和地位来平衡二者的冲突,同时也依据个案裁决来处理,而不同的裁决又有不同之处。理论界也对二者的冲突及协调展开了较为深入的研究,但迄今未有统一的看法。

在我国,也存在知识产权保护与信息自由的冲突。首先,我国已经加入TRIPs等国际知识产权公约,同世界其他国家一样,我国也接受了对知识产权实行扩张性保护,这种保护甚至超过发达国家对知识产权的保护水平。^③因而在其他国家存在的问题,在我国也难以避免。其次,相对于其他国家对信息自由权的立法与实践,虽然我国《宪法》第35条明确规定:“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”但实践中,由于我国尚未确立违宪审查制度或宪法诉讼制度,对知识产权的扩张性保护对信息自由所造成的冲击难以得到有效的约束或规范。进言之,相对于欧美其他国家,这一冲突问题可能在我国更加突出。

总之,目前国际与国内的知识产权法与宪法上信息自由之间缺乏有机的对接与整合,国内外关于此论题的研究也多有不足(详见文献综述部分)。故对其进行研究有一定现实针对性和创新空间,避免“无的放矢”和“重复建设”。

1.1.2 研究意义

长期以来,各国立法者和学界特别重视知识产权对参与国际竞争、鼓励投资、推动经济发展的激励作用。而对于知识产权与基本权利的关系,特别是对

① 美国宪法第一修正案规定,“国会不得制定法律……剥夺人民的言论或出版自由……”

② 《欧洲人权公约》第10条规定:“人人皆有表达自由权。此权利应当包括持有意见的自由、接受和输出信息和观念的自由,不受公权干涉,不受疆界影响。该条不应当妨碍国家要求广播、电视或影视实业获得许可证。行使这些自由伴随一定的义务和责任,故应当受制于一定的形式、条件、限制或刑罚。此类约束应该为法律所规定,为民主社会所必需,并且有利于国家安定、领土完整或公共安全,服务于防止秩序混乱或犯罪、维护健康或道德、保障其他人的名誉或权利、防止披露保密获得的信息或者维护司法的权威和公正无偏”。

③ 强世功,等. 知识产权与法律移植 [J]. 读书, 2004 (8): 13.

知识产权保护与信息自由的冲突并未引起足够的注意。当前,在知识产权在经济生活中发挥着越来越重要的作用时,将其与信息自由联系起来或以信息自由的视角审视现行制度,显然具有积极的理论和实践意义。

1.1.2.1 理论意义

在知识产权理论方面,传统的研究思路显然不能完全说明现行知识产权制度安排的合理性,使知识产权的基础性研究难以继续深入。虽然现有研究思路有其合理性,但对任何一个问题的研究都需要多维度的综合研究。从基本权利特别是言论、信息自由的角度审视知识产权,分析二者之间的关系,可以为知识产权理论研究提供一个新的正当性视角,或许会开辟出一条新路。正如博登海默所指出的:“任何人都不能根据某个单一的、绝对的因素或原因去解释法律制度。一系列社会的、经济的、心理的、历史的和文化的因素以及一系列价值判断,都在影响着和决定着立法和司法。”^①虽然知识产权制度的产生可能是基于历史上经济、文化、社会方面的某些因素,但随着社会、经济、文化的变迁,许多新的因素都将会影响知识产权制度本身。其中,作为基本权利和人权的信息自由因素,是分析和评价法律制度无法回避的。言论、信息自由属于宪法权利,也是最基本的人权之一,也是“构成民主社会的根基之一,构成社会进步和每个人的发展的基本条件之一”。^②相对于其他知识产权研究进路,信息自由视角所涉及的价值因素更具基础性,更符合现代人类的心理需求和时代潮流。运用信息自由因素分析知识产权,是知识产权研究的一个重要方面,也是分析和评价现行制度不可或缺的工具。

与传统的单一知识产权研究进路相比,知识产权的信息自由因素涉及知识产权法、宪法、人权和政策诸多方面,其研究进路具有综合性、交叉性。而且从宪法视角来观察知识产权保护与信息自由的冲突与协调,更具针对性乃至正当性。这无疑会拓展和丰富知识产权的研究领域,为知识产权与相关学科的跨领域研究提供新的理论增长点。

1.1.2.2 现实意义

从知识产权法和宪法的双重视角来分析知识产权的信息自由定位具有十分

① [美] E. 博登海默. 法理学——法律哲学与法律方法 [M]. 邓正来, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: 199.

② Handyside v. The United Kingdom Judgement, 07/12/1976, A24, para. 49.

重要的现实意义。一方面，它可能影响到知识产权制度的变迁，使知识产权制度的设计越来越关注言论、信息自由权利，关注人的基本权利，使其不断符合不断发展的人类正义价值观；另一方面，它还可以为解决实践中存在的问题提供可行的方法，在两种存在冲突的利益之间作出选择时，必须权衡轻重。

首先，知识产权的信息自由定位，有助于在获取知识利益上实现真正的平等。知识产权的言论、信息自由定位的意义在于：知识产权权利人的对知识财产的排他性占有不是绝对的，知识产权法对这种排他性权利的行使规定了诸多的例外，如著作权法中的合理使用制度、商标法中的合理使用制度，这些例外无疑为人们获取知识产权所保护的专有知识或信息提供了便利。但从严格意义上讲，这些例外仅构成对知识产权的有限的内部限制，这些例外本身也属于知识产权保护范畴，仅在有限的情况下可以例外。因而这种除外规定并不能有效地防止知识产权制度的扩张。而知识产权的言论、信息自由定位表明，该言论或者信息本身就属于表达者的基本权利，而不仅仅是知识产权保护范畴，它是从边界上来划定知识产权的界限，是从外部来构建一种限制。仅有内部限制不足以保障人们获取知识利益上的平等。与内部限制结合在一起的外部限制更有利于其他人来获取知识和信息，从而实现一种真正意义上的平等。

其次，知识产权的言论、信息自由定位，有助于实现利益的平衡。任何制度都应体现个体权利与社会公众利益的平衡，知识产权制度更应如此。知识产权的客体是作品、专利、商标、数据库等知识产品，它们本身具有公共产品与私人产品的双重属性，不仅它们的产生源于人类的知识积累，而且它们也将为人类知识的不断更新和社会的不断发展灌注源源不断的动力。但事实上，知识产权的扩张却正在逐渐打破这种利益平衡，在实践中引发了一系列权利冲突，对包括言论、信息权利在内的一些基本权利带来了不利的影响。知识产权制度的目的是促进科技、文化进步，使社会公众从科技、文化的发展中受益，就应当让全社会共享知识创造成果，实现共同的繁荣与发展。以言论、信息自由的视角来审视知识产权制度，有助于消除知识产权与信息自由权利的冲突，给知识产权与信息自由的平衡增加“砝码”。

最后，知识产权的言论、信息自由定位，对于反思我国知识产权保护与信息自由的实现具有双重的现实意义。正如前文所述，一方面，我国正在逐步加强对知识产权的保护力度；另一方面，我国宪法虽然规定人们享有言论自由的权利，但我国宪法的一大遗憾是宪法实施力度不够，尚未确立宪法诉讼制度或违宪审查制度，在其他权利冲击或者影响宪法权利实现时，不能很好地协调二