

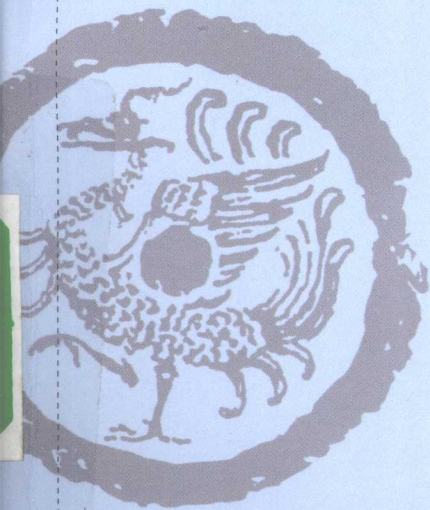
民商法论丛

Civil and Commercial Law Series

知识产权权利属性研究 ——一个政策维度的分析

A STUDY ON THE ATTRIBUTE OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS
An Analysis of Policy Dimension

肖志远 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

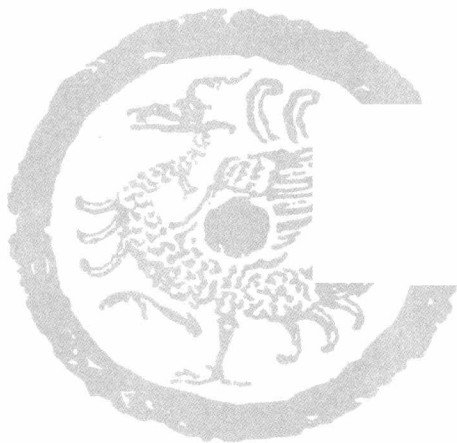
民商法论丛

Civil and Commercial Law Series

知识产权权利属性研究 ——一个政策维度的分析

A STUDY ON THE ATTRIBUTE OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS
An Analysis of Policy Dimension

● 肖志远 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

知识产权权利属性研究/肖志远著. —北京:北京大学出版社, 2009. 12
(民商法论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 16502 - 7

I. 知… II. 肖… III. 知识产权 - 属性 - 研究 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 231008 号

书 名: 知识产权权利属性研究——一个政策维度的分析

著作责任者: 肖志远 著

责任编辑: 邓丽华

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 16502 - 7/D · 2524

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: 北京山润国际印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 16.25 印张 262 千字

2009 年 12 月第 1 版 2009 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 26.00 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

序

权利属性问题是知识产权法学科领域的最基本的理论问题之一,对其加以探讨,有重大理论意义,亦具相当难度。谢怀栻先生曾在《论民事权利体系》(载《法学研究》1996年第2期)一文中指出,知识产权的性质应该重新确定。在制度层面,我国加入的《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)要求成员各方认识到“知识产权是私权”,这在一定程度上限制了理论讨论的空间。

关于知识产权的法律属性问题,我国知识产权学界存在着不同看法。^①已有的讨论主要围绕知识产权的私权属性与公权属性展开,同时开始拓展讨论空间,出现了交叉学科研究的倾向。究其原因,在于知识产权不仅仅是一个法律问题,而是一个糅合了经济学、法学、政治学、社会学等多门学科考量的产物。面对如此复杂的考察对象,单向度的思维无疑是不够的,只有对其加以多视角的分析,才有利于我们从不同的角度理解知识产权与知识产权制度,深化认识、促进共识,推动学科范式的形成。

肖志远博士自硕士阶段学习起即关注知识产权权利属性问题,并在我的指导下撰写硕士学位论文,其博士论文《知识产权权利属性研究——一个政策维度的分析》(中国人民大学,2006年)是对该命题的继续深入研究。如达·芬奇画蛋,视角的更迭往往衍生结论的变化。从政策角度看待知识

^① 代表性的观点主要包括:吴汉东:《知识产权的私权与人权属性——以〈知识产权协议〉与〈世界人权宣言〉为对象》,载《法学研究》2003年第3期;吴汉东:《关于知识产权本质的多维度解读》,载《中国法学》2006年第5期。金海军:《知识产权私权论》,中国人民大学出版社2004年版;冯晓青、刘淑华:《试论知识产权的私权属性及其公权化趋向》,载《中国法学》2004年第1期;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》,载《浙江大学学报(人文社科版)》2004年第4期;周俊强、胡坚:《知识产权的本质及属性探析》,载《知识产权》2005年第2期。

产权法律制度,视角较为独特。通过将《与贸易有关的知识产权协定》关于知识产权性质的界定进行回溯性的文本考察,然后将对早期版权、专利立法的研究结论进行新语境下的验证,对得出的结论放到晚近知识产权类型中进行再次验证,肖志远博士借鉴社会学家波普尔归谬法的研究方法成功地将知识产权权利属性的讨论引向深入。该书颇有创建地提出,西方国家早期的知识产权立法是其国家产业政策与竞争政策的体现,从制度设计之初就蕴含着政策取向,这些取向延续至今,成为理解各国知识产权法律、国际知识产权条约的制定、修改行为的重要线索。学界公认著作权法、专利法的立法目的在于鼓励创新,商标法旨在通过保护商标权人与消费者合法权益来维护竞争秩序。肖志远博士更换视角,从政策角度解读并解构了知识产权制度的政策蕴含,将宽泛意义上的政策进一步分解为国家层面的产业政策、竞争政策与公共利益保护政策,极大地突破了已有的关于知识产权私权属性、公权属性之争的思维定式与讨论框架,主线突出,观点鲜明,是该书的创新之处。

除归谬法之外,该书还运用历史脉络分析与多视角考察相结合的研究方法。作为肖志远同志的硕士论文和博士论文指导教师,我赞赏并鼓励他这种方法上的点滴改进。他阅读广泛,长于宏观思辨与整体把握,运用外语能力较强,与从事同领域研究的国外学者保持密切学术联系,保证了研究成果的前沿性。肖志远博士完成学位论文之后前往日本北海道大学 COE 中心开展合作研究,随日本知识产权专家田村善之教授研习知识产权法政策学并修改博士论文,该书部分内容发表在日本学术刊物《知的财产法政策学研究》上,并被作为北海道大学 COE 项目的代表性研究成果上报日本书部科学省。

全书旁征博引,史料翔实,最终得出的观点建立在每一部分考察的小结基础之上,思维缜密、治学严谨,结论说服力较强。尽管书中部分观点本人持保留意见,但就该书考察角度和最终结论而言,我持肯定态度。我认为,从世界主要国家和地区的知识产权制度实践来看,知识产权问题首先是一个政策问题,也主要是一个政策问题,其次才是一个制度层面的法律问题。我国正在实施国家知识产权战略,这是一项政策性的举措。从效力层级来看,作为实施依据的《国家知识产权战略纲要》是政策性文件。但不应忽视和否认的是,正是这份旨在建设创新型国家的政策性文件,成为我国《专利

法》第三次修正案出台的重要导向。在面对相同的保护权利人,激励创新,鼓励投资,维护竞争秩序等价值目标时,法律成为实施国家政策的一种工具,这在实践层面印证了肖志远博士提出的“知识产权法具有政策工具的属性”的结论。

作为第一读者,欣闻该书在北京大学出版社出版,我期待肖志远博士在这一领域继续研究,同时也期待该书所探讨的问题引起更多学者的关注,将知识产权基础理论的研究引向深入。是为序。



2009年11月18日于武昌文泓楼

前 言

2001年12月11日,中国成为WTO的第143个成员。按照《中国加入世贸组织议定书》的规定,中国必须遵守世界贸易组织包括《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)在内的各项公约。在一揽子谈判的模式下,TRIPS要求全体成员承认知识产权为私权,不得对协定条款作出保留。在一份对主权国家具有约束力的文件中对权利属性进行界定的情形确属少见,但从中国加入WTO这一事实来看,我国实际上已经承认知识产权是私权。由于这一规定出现在TRIPS的序言中,而序言具有与公约的具体规定同等的法律效力。所以从重要程度上来说不容忽视,甚至可以说这一结论对于理解该公约的精神实质具有重要的指导作用。

实证法上的现有规定并不能取代严肃的理论探讨,更非一个终极结论。有学者认为应该重新认识知识产权的性质,例如谢怀栻先生曾撰文表示:“有的权利的性质应该重新确定,如知识产权”^①。对知识产权的权利属性问题,目前学界看法不一。有学者认为“这无疑是知识产权领域中最基本的共识”,“它表明,知识产权本质上是私法上的一种权利。所以,对知识产权的认识应以对权利(私法上的权利)的认识为起点”。但另有学者提出相反的观点,认为知识产权是公权。笔者认为,这一问题应该还原到TRIPS语境下进行考察。TRIPS所使用的表述是“承认知识产权是私权”,而“承认”一词表示的是对一个已经存在的现象或结论的重申。这给了我们一个重要的启示,即从研究方法来看,对知识产权权利属性的研究应该以早期知识产权立法作为出发点。除非进行回溯性研究,否则不能以作为发展结果的现代知识产权法作为分析起点。

① 谢怀栻:《论民事权利体系》,载《法学研究》1996年第2期。

在世界上第一部版权法《安娜法令》和第一部专利法《垄断法规》中,关于权利人权利内容的规定非常有限,但立法者确认了知识产品的创造者对知识产品享有排他性的财产权利,这印证了《与贸易有关的知识产权协定》的知识产权私权属性结论。如果将研究对象再向前推进,追溯这些立法文本产生的历史背景与社会经济生活条件,就能更加全面地看到这一结论产生的现实基础。在这些立法产生之前,主权国家也存在着对社会发挥重要作用的大量文学创作与技术革新活动。与此并存的现象是,在文学领域,封建行会组织垄断了图书的出版与销售权利,并执行着出版审查制度。作为作品创造者的作者并不是真正的版权权利人。在《安娜法令》中作者第一次成为作品的版权权利人,但由于历史的惯性,这一权利的实现极大地依赖出版者。同时颁布这部法律的目的在于鼓励有学问的人创作对社会有用的作品,使得版权法仅仅是一种达到这一政策目的的工具。该法确立了公共领域保留原则,通过创作新作品、有期限的保护、平抑书价和交存图书四项制度体现了早期版权法律制度的政策性工具职能。在技术领域,《垄断法规》颁行之之前存在的专利证书制度被用来鼓励新工业的发展,但后来成为王室增加收入的工具而被滥用。《垄断法规》颁行之后改变了这一局面,但仅仅是将王室授予专利的权利改为依照普通法授予专利权。正如世界知识产权组织的报告所述,这种授权主体的变化并没有改变专利制度作为技术转让和建立新工业工具的制度本质。

早期知识产权的政策性工具的职能提供了分析知识产权私权属性的一个新视角,即不能拘泥于“知识产品的创造者是否是知识产权的权利主体”这一分析模式,而是应该分析:为什么知识产权制度并不是与国家同时出现?为什么同一个国家在不同历史时期的知识产权法规定了不同的权利类型与权利内容?为什么不同的国家在同一历史时期对知识产权的规定存在差异?这些因素对知识产权的权利属性产生了何种影响?从方法论角度来讲,这超越了单纯的制度分析或者理论分析的固有研究路径。作为方法论创新的一个结果,其研究内容也极大地超出了知识产权的私权属性与公权属性之争,同时也有利于深化对知识产权的权利属性的认识。在一个社会中,一项制度的存在并不能孤立地加以理解,因为其作用的发挥并不是单向度的,而是与其他制度一起共同发挥对社会生活进行调节的作用。知识产权问题并不单纯是一个法律问题,同时还具有一个主权国家在特定社会发

展阶段的文化、科技和公共利益维护等政策维度。知识产权的私权论与公权论并没有对这些问题作出回答。

从制度实证的角度出发,笔者选取了数据库和集成电路两项知识产权的新客体进行分析。其中集成电路被1989年的《华盛顿公约》所保护,该公约因美国这一集成电路大国没有加入而形同虚设,该公约也一直没有生效。但后来美国主导的TRIPS却将该公约的主要内容纳入,前后态度差异之大令人深思。数据库的保护历经版权法不保护事实、保护所有付出了劳动的数据库、仅保护内容选择与编排上有独创性的数据库和保护所有进行实质性投资的数据库四个发展阶段,逐步改变了版权立法以往鼓励创新的单一基点,将保护投资者利益纳入考察范围,不难看出推动知识产权制度形成、变迁的主导因素是利益集团。美国出于维护迪斯尼公司利益的考虑,延长版权保护期的立法则进一步证实了版权法中的产业政策维度。在知识产权立法文本中还规定了权利限制条款,这反映了国家对利益集团的诉求和公共利益进行制度平衡的努力。此外,基于教育、科研等目的的合理使用制度、基于传染病、突发事件等公共健康等目的的专利强制许可制度的存在,为知识产权的权利属性贴上了公共政策的标签。

总体来说,知识产权在形式上表现为知识产品的权利人的私权,但实际上是制造者、传播者与使用者三者之间的一个利益平衡结果。利益平衡仅仅是一个手段,知识产权法还有更高的社会政策目的,这使得知识产权法成为鼓励创新、保护投资、维护竞争秩序等公共利益的一种社会治理手段。由于“政策”是一个较为宽泛的词汇,所以应该加以细化分析。笔者认为,探讨知识产权的法律属性,不可脱离政府的知识产权公共政策来孤立求解。将政策问题剖析开来,解读成国家文化政策导向下的鼓励创新的著作权,鼓励传播的邻接权,国家产业政策指引下的鼓励发明和投资的专利权,国家竞争政策调控下的维护竞争秩序、保护凝结于商标中的商誉和保护消费者的商标权,不难发现,每一部法律都有着其自身独特的调整对象和调整方法,有着内在的利益结构与价值层级;在制度层面,有着自己的政策目标以及实现目标的方式手段。知识产权中蕴含的政策之维包括但不限于产业政策、竞争政策与公共利益保护等内容,知识产权的权利属性因为这些因素的存在而具有政策维度,政策的灵活性与时效性为知识产权法的频繁变迁提供了一种比较合理的解释。

目 录

第一章 绪论	(1)
一、研究动机、目的与选题意义	(1)
二、研究范围与内容	(6)
三、研究方法	(9)
第二章 知识产权私权属性的分析框架与初步结论	(15)
一、研究前提:对知识产权概念的限定	(15)
二、知识产权私权属性的分析	(19)
三、对知识产权公权化理论的回应	(23)
第三章 结论验证(一):对第一部版权法的考察	(28)
一、对《安娜法令》之前的版权历史回顾	(29)
二、对《安娜法令》中“版权”的属性分析	(43)
三、小结:从单向度控制到相互依赖——缠绕的 王室宠臣的特权与作者的私权	(49)
第四章 结论验证(二):对第一部专利法的考察	(56)
一、1624 年英国《垄断法规》颁布前的欧洲专利立法与实践	(56)
二、第一部专利权法:对《垄断法规》的评介	(62)
三、对专利配套制度的考察	(65)
四、小结:《垄断法规》距离私权有多远	(68)
第五章 结论验证(三):对晚近知识产权类型的考察 ——数据库制作者权	(71)
一、数据库概述	(71)
二、对数据库主要立法文本和司法判例的解读	(72)

三、对成文法未明确保护数据库情况下的判例考察	(81)
四、对数据库成文法保护的深度挖掘:两种版权 文化传统及其影响评价	(96)
五、结论——版权制度的基点:鼓励创新 + 保护 投资 + 兼顾公益	(100)
第六章 结论验证(四):对晚近知识产权类型的考察	
——集成电路布图设计权	(107)
一、集成电路布图设计权及其法律保护概述	(108)
二、从 1984 年美国《半导体芯片保护法》到 1986 年《美日半 导体协定》——布图设计权中的产业政策取向	(124)
三、从 1989 年《华盛顿公约》到《知识产权协定》中的布图设 计权——发展中国家与发达国家之间的经济利益竞争	(139)
四、《瓦圣那协议》:1996—2003 年——布图设计权中的政治 利益及其展开	(147)
五、划定私权的边界——布图设计权与公共利益的平衡	(156)
六、结论:缠绕的私权、产业与国家利益	(159)
第七章 结论:超越私权	
——知识产权的政策维度	(163)
一、产业政策工具属性	(165)
二、竞争政策维度	(180)
三、公共政策维度	(190)
四、无法停止的思考:糅合于知识产权中的私权与国家政策 ..	(220)
参考文献	(231)
后记	(248)

第一章 绪 论

大多数人的问题并不在于他们不知道什么,而是在于他们所确实知道的事都不是真的。

——马克·吐温

一、研究动机、目的与选题意义

(一) 研究动机与目的

“知识产权”一词对中国人来说并不陌生,自 1989 年开始,中美双方在 1989 年、1991 年、1994 年、1996 年、2004 年进行过 5 次较大规模的知识产权问题谈判,其中几次磋商都濒临谈判破裂、引发贸易战的边缘。知识产权问题已经成为中美双方政府高度关注的问题,“知识产权”也随着大众传媒成为百姓耳熟能详的词汇。作为一个不争的事实,知识产权和知识产权法是本书写作过程中乃至这个时代的热门话题之一。例如,思科诉华为、丰田诉美日、美国教育考试服务中心(ETS)和研究生入学管理委员会(GMAC)诉新东方,以及陈凯歌与胡戈之争等等,无一不是在报章占据相当版面的热点事件。尽管法律和世俗生活之间往往存在着一定的距离,知识产权确非“中国制造”(made in China)这一点也为童叟皆知,但对知识产权究竟是什么性质的权利,却鲜有人深思。

2001 年 12 月 11 日,随着《中国加入世贸组织议定书》正式生效,中国成为 WTO 的第 143 个成员,按照《中国加入世贸组织议定书》的规定,中国必须遵守世界贸易组织包括《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)^①在内

^① 除标题使用之外,以下行文均简称《协定》或“TRIPS”。

的各项公约。《协定》要求全体成员承认知识产权为私权 (recognizing that intellectual property rights are private rights), 并且不允许成员对协定的该条款作出保留。对《协定》的这种表述, 有学者认为“这无疑是知识产权领域中最基本的共识”, “它表明, 知识产权本质上是私法上的一种权利。所以, 对知识产权的认识应以对权利 (私法上的权利) 的认识为起点”。^① 单纯从文本来看, 在一份对主权国家具有约束力的文件里对知识产权进行权利属性界定确属少见。对于风靡全球却并非本土诞生的现代知识产权法律制度, 国人更多需要的是思考: 对知识产权的私权属性界定是何人所为? 意欲何为? 又是基于什么标准?

《协定》是 WTO 的三大支柱之一, 是一个已经在成员方产生实际约束力的国际公约, 知识产权的私权属性是《协定》的一条原则性的共识, 选择其序言中的一句话作为一篇学位论文的研究对象是否过于夸张? 或者说, 作为受国际公约和国内立法保护的对象, 知识产权具有何种权利属性对其已经和将要受到的保护有什么实质影响呢? 一个国际公约的序言是否应该占据如此重要的位置? 当知识产权的权利属性问题出现在中国人民大学和中南财经政法大学两校 2003 年民商法专业博士研究生入学考试试卷中时, 该问题变得更加引人注目。^② 有学者认为, “关于知识产权的私权本性, 是一个需要加以反复论证的命题”。^③ 故本书亦不敢稍有得出一个终极结论之奢望, 仅尝试通过借鉴前人研究成果, 结合自己的分析, 提出个人关于知识产权权利属性问题的一孔之见。

(二) 选题意义

1. 理论意义

知识产权的权利属性是知识产权基础理论领域的一个问题。对该问题进行研究, 其意义首先表现在理论研究层面。借用有的学者的观点, “基于对知识产权权利属性的反思, 关系到知识产权法在民法体系中的相对独立

① 朱谢群、郑成思:《也论知识产权》,载《科技与法律》2003 年第 2 期。

② 这一问题还出现在华中科技大学管理学院 2007 年博士研究生入学试题中,感谢孟奇勋博士提供这一信息。

③ 金海军:《知识产权私权论》,中国人民大学出版社 2005 年版,第 14 页。

地位”。^①从词源学和逻辑学的角度来说,“知识产权”(intellectual property)是“财产权”(property)的一个属概念,当然地具有财产权的一般性质。当然,这是从理论分析层面而言。传统民法理论认为,对财产权进行保护具有定纷止争、促进交易和增进财产利用效率的价值。将财产权置于“市民社会——政治国家”的二元分析框架中,不难发现财产权的稳定存续为主体意志自由和行为自由的发展提供了物质保障。为了保障私域空间实现意志自由与私法自治,并最终达到人的主体性充分实现的目标,市民社会必须具备阻隔公权力的手段,法律对财产权的保护为公民对抗公权力和形成阻隔公权力肆意入侵的壁垒提供了基础。在这个意义上可以说,财产权保护的价值,是指对于财产权进行保护所具有的、对于主体有意义的、可以满足主体需要的功能和属性。^②对知识产权的法律保护也应该具有类似保护其他财产权的法律效果。

早在20世纪90年代,谢怀栻先生就在《法学研究》撰文讨论知识产权的权利属性问题,认为“有的权利的性质应该重新确定,如知识产权”。^③近年来,学界对这一问题给予了一定的关注,但总体来说,重视程度和研究深度较为有限。从已有的研究文献来看,20世纪80年代的教科书及相关著述多将知识产权表述为一体两权,即认为知识产权具有财产权与人身权的双重属性;90年代的知识产权学说,一般从民事权利体系出发,将知识产权区别于财产所有权,对其作出无形财产权的定性分析。上述情形说明,我国学者关于知识产权性质的探讨在不断深化,并趋于理论上的成熟。但是,关于知识产权的这种认知仍是不完整的。^④对此,有学者作了较为中肯的评价:“关于什么是知识产权,知识产权的法律属性,以及知识产权的法律特征等

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

② 董彪:《土地征收、征用中“公共利益”原则初论》,载《中国国土资源经济》2005年第1期。

③ 谢怀栻先生认为知识产权虽然是私权,虽然法律也承认其具有排他的独占性,但因人的智力成果具有高度的公共性,与社会文化和产业的发展有密切关系,不宜为任何人长期独占,所以法律对知识产权规定了很多限制。参见谢怀栻:《论民事权利体系》,载《法学研究》1996年第2期。

④ 吴汉东:《知识产权的私权与人权属性——以〈知识产权协议〉与〈世界人权公约〉为对象》,载《法学研究》2003年第3期。

等,本是这门学科最简单、最初始、最基本的问题。知识产权的科学理论,就是建立在上述这些基本概念的基础上的。但是在我国,这些问题还未形成科学和统一的认识,甚至没有引起研究者对它的足够重视和探索兴趣。”^①

还有学者从知识产权类型化的角度来看待知识产权私权性质的问题,认为“以知识产权为主的无形财产日益重要是社会历史发展的结果,知识产权也是传统财产权的延续,但我们今天不仅面临着知识产权类型化困难问题,而且在自然权利、他人利益和社会正义之间存在着利益平衡的法律难题。正因如此,我们更加需要强调知识产权的私权性质和观念,在司法过程中通过传统民事法律制度实现知识产权立法的目的”。^② 当前,知识产权的研究已经深入到财产权保护、公共政策制定、人权与环境保护、国际经济保护与贸易、国家发展战略等多个领域,但是,诸如知识产权的本质属性、知识产权法的学科定位、知识产权制度的政治蕴涵、知识产权的人权属性、知识产权与经济发展和科技进步的关系等基础理论问题,研究仍然比较薄弱、分散,亟待进行体系化的梳理和多角度的深入阐释。知识产权基础理论研究必须整合现有的分散研究资源,全方位阐释该制度的本体、范畴、制度定位、制度价值。^③ 国外也有学者关注这一问题,大量地引入了哲学、伦理学、经济学、管理学、社会学等其他学科的方法来探讨知识产权制度的有关问题。

由于知识产权是一个舶来品,而且在西方的语境下,知识产权被认为“在很大程度上是一个功利主义的学科”。^④ 这让我们在开阔视野的同时,无形之中增加了学术讨论的深度和理论创新的难度。但借用有的学者的观点,对基础理论的研究可以促成持有不同观点者之间的对话,加深对知识产权的理解,“讨论知识产权保护机制的基本原理也就是基本理论的另外一个重要意义在于:它能促成对话。对基本原理持有不同理解的人可以通过‘有

① 刘春田:《简论知识产权》,载郑成思主编:《知识产权研究》(第一卷),中国方正出版社1996年版,第41页。

② 易继明:《知识产权的观念:类型化及法律适用》,载《法学研究》2005年第3期。

③ 吴汉东教授为杨明《知识产权请求权研究——兼以反不正当竞争为考察对象》一书所作的序,北京大学出版社2005年版。

④ Robert P. Merges, Rent Control in the Patent District: Observations on the Grady-Alexander Thesis, 78 Va. L. Rev. 359.

益的对话’来克服现有理论的不足,进而对具体的制度建设发挥作用”。^①

2. 实践意义

除了理论层面之外,有学者认为,对知识产权权利属性的研究在知识产权法的实现层面 also 具有重要意义,一方面,这有利于民众加深对知识产权的理解和认识。正如罗尔斯所言,“古代人探讨着达到真正幸福或至善的最合理途径,他们探索着合乎德性的行为、作为美德之品格的诸方面——勇敢和节制、智慧和正义,这些本身就是善的美德——如何与至善发生着关系,无论它们是作为手段,是作为组成部分,或者两者都是。而现代人首先要问的问题是,至少在第一种情况下,现代人首先要问的是,他们视什么为正当理性的权威规定,关于理性的这些规定导致了权利、职责和责任。只是在此之后,他们的注意力才转向这些规定允许我们去追求和珍视的善”。^②“对他们(现代道德哲学)来说,问题不在于道德的内容而在于道德的基础:我们如何才能知道它,我们如何才能依照它来行动。”^③从法律实现所需要的法律意识来说,这无疑是非常重要的,因为制度的正当性基础的合法与否与制度的贯彻执行效果有着密切的关联,在一个并无知识产权观念的国度,例如古希腊和古罗马,不可能建立起知识产权法律制度;在一个不认可知识产权制度的国家,很难建立起尊重和保护他人的知识产权的法律意识,无法实现既尊重他人的知识产权,又保护好自己的知识产权不受他人侵犯的知识产权意识与知识产权法律制度之间的良性互动,遑论要求其国民和国家机关自觉保护来自外国的知识产权。另一方面,该项研究有利于明确人民法院与知识产权行政执法部门在知识产权案件上的分工,“在知识产权执法中法院的作用永远居于首位,因为对知识产权这种私权,行政执法的作用无论在国外还是在国内均逐步让位于司法”。^④从司法实践的角度来看,这对于提高解决知识产权纠纷的效率也是有重要意义的。

① 贾邦莲、曹明明:《论知识产权的保护机制——以“社会契约论”为视角》, <http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=24768>, 2009年5月1日访问。

② [美]罗尔斯:《道德哲学史讲义》,张国清译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第4—5页。

③ 同上书,第16页。

④ 游雪晴、杨军辉:《专家论坛:知识产权制度保护谁》,载《科技日报》2004年4月29日。

二、研究范围与内容

本书拟从《协定》序言对知识产权权利属性的界定出发,从《协定》本身寻求对该命题的验证。序言作为文本的一部分,对文本的内容所作出的高度概括应该是来源于其他组成部分,在抽象程度上又高于具体的文本规定。有学者认为:“国际条约是国际法的首要的和最重要的渊源。国际法没有规定条约的必要形式,无论条款内容规定在序文、实质条款、最后条款乃至附件中,都是条约的组成部分。一经订立,都具有同等效力。即使是缺少具体措施的概括性规定,也同样由法律效力。”^①基于此,本书还拟将《协定》放在整个知识产权国际保护体系中进行考察,验证《协定》序言所包含的知识产权各类型是否具有私权属性,以及那些在其他知识产权国际公约中予以了明确规定,但是《协定》却没有作出规定的权利类型是否同样具有私权属性;此外,还拟考察那些不为传统知识产权所包容、首次纳入《协定》保护范围的新型知识产权,分析其成为知识产权权利家族之一或者适用知识产权保护方式的过程,剖析这些过程对其权利属性的影响。

有学者认为,“重大历史事件极少只有一个原因和一种解释”,“历史事件一般是许许多多不同的和独立的发展汇合的结果”。^②借用耶鲁大学德鲁克教授的这一分析框架,《协定》系 20 世纪末期的产物,这就注定了它的历史特征:其并非保护知识产权的第一个国际公约,也不会成为保护知识产权的最后一个公约文本。随着社会生活的车轮滚滚向前,还会有新的知识产权客体和新的知识产权立法涌现。基于此,本书还拟对《协定》生效后的执行效果进行考察,分析文本中的知识产权私权属性是否在实践中得到了司法和行政的救济与保护。

此外,对知识产权问题的分析不可避免地要面对根据不同的研究方法所得出的已有成果,其中就包括知识产权的法律经济学分析。作为当代西

① 刘春田:《关于我国著作权立法的若干思考》,载中国版权研究会编:《版权研究文选》,商务印书馆 1995 年版,第 41 页。

② [美]彼得·德鲁克:《后资本主义社会》,张星岩译,上海译文出版社 1998 年版,第 26 页。