

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

(2013年号)

Intellectual Property Rights Annual Journal

吴汉东 ◎主编

- 知识产权的多元属性及其研究范式 吴汉东
- 论出版合同的法律规制 胡开忠
- 社交网络与Web 2.0时代的著作权法 熊琦
- 美国知识产权国际保护发展路径 何艳



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

知识产权年刊

(2013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. 2013 年号/吴汉东主编. —北京:北京大学出版社, 2014. 4
ISBN 978-7-301-10628-0

I. ①知… II. ①吴… III. ①知识产权-2013-年刊 IV. ①D913-54

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 055810 号

书 名: 知识产权年刊(2013 年号)

著作责任者: 吴汉东 主编

责任编辑: 邓丽华

标准书号: ISBN 978-7-301-10628-0/D · 3543

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>

新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

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

印 刷 者: 三河市博文印刷厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 10 印张 179 千字

2014 年 4 月第 1 版 2014 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 22.00 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 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn



主 管 教育部

主 办 中南财经政法大学

承 办 中南财经政法大学知识产权研究中心

学 术 顾 问 Joseph Straus 郭寿康

编委会委员 (以姓氏笔画为序)

刘江彬 刘春田 朱雪忠 李明德 张 今

张 平 张玉敏 郑友德 郑胜利 赵家仪

郭寿康 陶鑫良 曾令良 田村善之 Peter K. Yu

主 编 吴汉东

副 主 编 曹新明 胡开忠

执 行 编 辑 熊 琦

卷 首 语

在知识经济时代,知识产权各领域的发展日新月异,不断出现新的问题为传统知识产权法律体系所不能解决。本期《知识产权年刊》即精选其中针对个别代表性问题的研究成果,以期与各位同仁共同探讨。

在特稿栏目中,本刊非常荣幸地刊出了吴汉东教授《知识产权的多元属性及其研究范式》一文的完整版。吴汉东教授对知识产权的属性这一知识产权理论界的基础问题提出了一种新的思路。吴教授从民法学理论出发,结合了人权理论、经济学、管理学以及政策科学,多视角、全方位来考察知识产权功能。这些理论分析,有助于在不同学科层面揭示知识产权的基本蕴意,保持知识产权研究中的问题导向及其方法上的开放性。

在论文栏目中,由于篇幅的限制,我们只精选了对著作权、专利权、知识产权国际保护和知识产权与反垄断法之间的关系等知识产权的前沿问题研究的优秀成果。胡开忠教授在其《论出版合同的法律规制》一文中指出,我国现行法律、法规有关出版合同的规定存在诸多不足,并从出版合同当事人之间的权利和义务、作品的二次使用权、约稿合同、支付报酬、合同变更等方面提出了补充和完善的建议。王坤在其《著作人格权制度的反思与重构》一文中提出的“将署名权、完整权、发表权等权利从民法人格权制度框架中解放出来,从经验出发,通过考察这些权利的实际功能,将其界定为专属于作者的各种辅助性权能,重新建构作者专属辅助权制度体系”观点,为我国著作人格权研究填补了空白。在专利法领域最有代表性的问题正如李晓秋教授在《弃入之间:惩罚性赔偿在〈专利法〉中的理性选择》中指出的一样,专利侵权惩罚性赔偿中国化阻滞了侵权损害救济之伦理回归、缩小了补偿性赔偿之功能、僵化借鉴惩罚性赔偿之既有实践、恣意促成专利行政机关职能之递增、欠缺专利立法之可操作性。因此,李教授在其论文中提出《专利法》第四次修改应摒弃专利侵权惩罚性赔偿。在知识产权的国际保护方面,美国的相应策略最具有研究的价值。何艳博士的《美国知识产权国际保护发展路径》一文对美国的知识产权国际保护进行了系

统的研究。她认为,在美国知识产权贸易政策的指引下,美国知识产权国际保护形成了保护主阵地从 WIPO 到 WTO 的转移、由单边制裁、多边体制、区域和双边安排构成的知识产权保护网络、由国际贸易领域到国际投资领域的保护扩展、保护水平从 TRIPS 标准到超 TRIPS 标准的提高以及争端解决的双轨制。知识产权制度自诞生以来就一直与反垄断息息相关。致力于知识产权制度研究的学者们也不断探索着知识产权各领域与反垄断之间的关系。正如代高洁博士在《和知识产权许可有关的数量限制条款的反垄断分析》中所表达的那样,知识产权许可中的数量限制条款既有可能促进竞争,也有可能限制竞争。正是因为数量限制条款和反垄断法执法的复杂关系,各国的竞争当局一般采取了合理分析的方法。

本期的评论栏目中,詹映副教授《〈反假冒贸易协定〉(ACTA)对我国的可能影响及其对策研究》基于 ACTA 最终文本(2010 年 12 月 3 日)及其相关资料,就其出台背景、主要内容及其与 TRIPS 和我国国内法的比较,以及 ACTA 对我国的出口贸易、知识产权立法、执法的可能影响诸方面展开初步探讨,并提出我国相应的对策建议。郑伦幸博士在《专利权行政保护的理论思考与立法完善》中对《专利法》第四次修改是否要保留专利权的行政保护发表了自己的观点。郑博士认为我国有必要进一步理清专利权行政保护的理论基础,检视专利权行政保护发展中存在的问题,选择一条适合我国专利行政保护发展的科学路径。张颖在《网络时代著作权补偿金制度的适用与选择》一文中对著作权补偿金制度是否能被引入网络时代,解决网络环境下私人复制问题,提出了自己独到的见解。她认为,我国《著作权法》目前未对补偿金制度作出规定,著作权人因私人复制行为而遭受的经济损失无法得到合理补偿。因此,在我国《著作权法》进入第三次修改的时期,我们应根据实际情况对补偿金制度作出相应规定。夏壮壮硕士《论 SaaS 模式下软件的著作权保护》一文对 SaaS 模式下,软件の利用方式的巨大变化进行了详细的介绍。他认为软件利用方式的变化,对软件著作权人的利益带来了重大的影响,而现有的保护软件的著作权中,无论是复制权、出租权,还是信息网络传播权都难以完全将这种模式下的软件利用行为涵盖进去。为了实现著作权法激励创新之目的,有必要对相关权利进行调整和完善,以便更加全面地维护软件著作权人的利益,进而促进软件产业的发展。

在演讲栏目中,我们收录了熊琦副教授在腾讯互联网大讲坛第六讲发表的《社交网络与 Web 2.0 时代的著作权法》演讲。熊琦副教授在本次演讲中将社交网络和 Web 2.0 放入到整个著作权法的发展变动这样一个大的历史背景中,向我们介绍了著作权法从产生到互联网产生所涉及的各种利益以及这些利益

之间的平衡。在此基础上结合社交网络的一些具体事例,讨论了他自己对社交网络一些具体问题的看法。

尽管上述文章只涉及知识产权近年来研究热点的一小部分,但通过这些论文仍然能使我们了解到知识产权研究的热点和方向。我们期望本期的文章能对各位同仁有所裨益,并在知识产权研究的热土中碰撞出美丽的火花。

编 者

2013 年 12 月

目 录

特 稿

知识产权的多元属性及其研究范式	吴汉东 (1)
-----------------------	---------

论 文

论出版合同的法律规制	胡开忠 (18)
弃入之间:惩罚性赔偿在《专利法》中的理性选择	李晓秋 (30)
美国知识产权国际保护发展路径 ——以美国贸易政策为视角的研究	何 艳 (47)
著作人格权制度的反思与重构	王 坤 (62)
和知识产权许可有关的数量限制条款的反垄断分析	代高洁 (79)

评 论

《反假冒贸易协定》(ACTA)对我国的可能影响及其对策研究 ...	詹 映 (86)
专利权行政保护的理论与立法完善 ——兼评《专利法》第四次修改草案	郑伦幸 (94)
网络时代著作权补偿金制度的适用与选择 ——基于《著作权法》第三次修改的思考	张 颖 (103)
论 SaaS 模式下软件的著作权保护	夏壮壮 (115)

演 讲

社交网络与 Web 2.0 时代的著作权法	熊 琦 (126)
-----------------------------	-----------

知识产权的多元属性及其研究范式*

吴汉东**

在诸多民事权利制度中,唯有知识产权最具科技含量,最多知识要素。一般认为:著作权发生在文化创作领域,与文化创新、文化产业息息相关;专利权产生于技术应用领域,与科技创新、科技产业紧密相连;商标权则运作于工商经营领域,涉及商品销售、市场贸易等诸多问题。在知识经济的时代条件下,知识产权的制度实施效果,关系到一国的经济发展、科技进步、文化与教育的繁荣;而在经济全球化的国际背景中,知识产权保护又事关国际政治、国际经贸、国际文化与科技的交流与合作。在这种情势下,从民法学理论出发研究知识产权属性,当是题中应有之义;而结合人权理论、经济学、管理学以及政策科学,多视角、全方位来考察知识产权功能,也显得非常必要。这些理论分析,有助于在不同学科层面揭示知识产权的基本蕴意,保持知识产权研究中的问题导向及其方法上的开放性。

一、私人财产权:知识产权的民法理论分析

知识产权为私权,是民法学界对知识产权属性的基本认识。知识产权是一

* 原载《中国社会科学》2011年第5期,本次刊载的是完整版,已将因版面问题删减的内容恢复,以最大程度地介绍知识产权属性的多元性。

** 法学博士,中南财经政法大学知识产权研究中心主任、教授、博士生导师。

种有别于动产与不动产所有权的知识财产所有权。民法所规定的基本原则和一般规范,应适用于各项私权制度,当然包括知识产权制度。离开了民事权利体系,知识产权就会成为无源之水、无本之木,无法找到其应有的法律归属。

公权与私权的划分,是我们识别知识产权民法属性的理论工具。关于公权与私权的划分,可以追溯到罗马法。在古罗马,市民享有一种专属性的权利即“市民权”(status civitatis),其内容包括公权和私权。其中,公权是指市民法所规定的选举权(即参与议会制定法律和选举官吏的权利)和被选举权(即被选举为官吏或议员的权利);私权则包括婚姻权、财产权、遗嘱能力和诉讼权。^①后世学者关于公权与私权的划分导源于罗马法理论,但其分类标准不一。其主要观点有:(1)利益说,即公权是关于社会公益的各种权利,私权则是关于私人利益的各种权利。(2)关系说,即公权是关于国家与公民之间的权利,私权则是公民相互之间的权利。(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认的权利。^②知识产权归类于私权,在于它具备私权的一般确认标准:第一,它是私人的权利。这里的私人,特指民事法律关系的主体,即处于平等地位的人(即使国家在某种情况下参与民事法律关系,亦为平等主体)。知识产权是“关于平等主体相互之间的权利”。第二,它是私有的权利,私权是特定主体享有的私人权利,而不是一切人同享的公共权利。知识产权是“关于私人利益方面的各种权利”。第三,它是私法上的权利。根据私法的原则,允许“个人根据自己的意愿形成相互之间的经济关系和其他关系”^③,追求合法的私权。知识产权是“私法上所确认的权利”。

知识财产私权化,是罗马法以来财产领域“非物质化”革命的结果。在古罗马法中,罗马人以“物”作为客体范畴,并以此为基础设计了以动产和不动产为保护对象的物权制度。罗马法的物与物权制度是一个物质化的财产结构。有体物即为客观实在之物,自不待言;即便无体物,也具有强烈的“似物性”。^④罗马法的物化财产结构,缺乏包容非物质财富的权利形态和制度空间,具有不可避免的历史局限性。但是,罗马法留给后代的最大财富是罗马人的私法观念和原则,他们所创制的“无形财产”学说为近代的“财产非物质化革命”提供了关键

① 周枏著:《罗马法原论》,商务印书馆1994年版,第99—100页。

② 参见《中华实用法学辞典》,吉林大学出版社1988年版,第326页;《北京大学法学百科全书》(宪法学 行政法学卷),北京大学出版社1999年版,第149页。

③ [德]米·科斯特:《私法自治及其限制》,载《中德经济法研究所年刊》1994年第5期。

④ 所谓“似物性”,即“thing likeness”,意指与实体性财产和物质化财产的相似性,参见 Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth Publishing Company Limited, 1990。

性的概念工具和思想资料。^⑤ 知识财产作为知识产权的客体,不同于物权所保护的“物”(即动产和不动产)。近代德国哲学家黑格尔曾说,诸如精神技能、科学知识、艺术以及发明都可以像物那样进行交易并缔结契约,但它又是内部的精神的东西,所以理智上对于它的法律性质感到困惑。^⑥ 黑格尔之惑给我们以下启示:第一,知识财产是区别于有形财产的另类客体,将其归类于物的范畴似有不当,这也正是黑格尔的“踌躇之处”。但是,知识财产同有形财产一样可以成为交换的标的,这也正是黑格尔的理智之见。第二,知识财产是精神内在的东西,但可以通过一定形式的“表达”而取得外部的定在,即精神的东西可以有“直接性”或“外在”的表现。在这里,黑格尔揭示了知识财产的非物质性与其表现形式的客观性。根据民事客体理论,客观性是权利标的一般特征,知识财产概莫能外。有形财产(物)的客观性表现为客观化的物质实体;知识财产的客观性则应理解为客观化的知识体系。在知识产权学说中,即是可认知性、可复制性。就珀普所言,客观知识表明关于世界的真理独立于人们的主观世界。到目前为止,知识财产被描绘成一种全球性的资源,是由人类的集体劳动在整个过去的时间内完成的。^⑦ 非物质性是知识财产区别于有形财产(物)的本质特征,即知识财产的存在,不具有一定的物质形态,不占有一定的空间。我们必须认识到,客体的差异性,是划分权利类型的基础。知识产权区别于其他财产权利,就在于其客体的非物质性。对此,我国台湾学者曾世雄先生有相同看法:财产权之有形或无形,并非指权利而言,而系权利控有之生活资源,即客体究竟有无外形。例如,房屋所有权的权利本身并无有形无形之说,问题在于房屋系有体物;作为著作权,亦不产生有形无形问题,关键在于作品为非物质形态。^⑧

对知识产权作出私权界定,其意义在于弘扬知识产权法所应有的民法精神。现代知识产权法的宗旨,在于保护创造者的合法权益,促进知识信息的广泛传播。从民法精神出发,知识产权法应确立两个基本法律观:一是私权神圣。这一私法理念强调,包括知识产权在内的各种私人权利受国家法律的特别尊重和充分保护。知识产权法的建构,深刻地体现了下列私法理念:(1) 以私权领域

^⑤ 关于罗马法与知识产权制度之关系,可参见 Russ Versteeg, *The Roman Law Roots of Copyright*, *Maryland Law Review*, 2000, USA.; 吴汉东:《罗马法的“无体物”理论与知识产权制度的学理基础》,载《江西社会科学》2005年第7期。

^⑥ [德]黑格尔著:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1982年版,第43节附译。

^⑦ K. R. Popper, *Objective Knowledge*, Oxford, 1972, Chapter III. 转引自曲三强:《传统财产权理论与知识产权观念》,载《知识产权研究》,西安交通大学出版社2001年版,第126页。

^⑧ 曾世雄著:《民法总则之现在与未来》,台湾三民书局1983年版,第151页。

为依归。知识产权是知识类财产的权利形态,其基本属性与物权无异,都应归类于民事权利范畴。(2)以权利制度为体系。知识产权法虽含有程序法、公法的规定,但仍然是以实体法为基础的私权制度。诸如权利的取得程序、变动程序、管理程序、救济程序等,无一不是以创造者权利为中心。(3)以权利中心为本位。在知识产权法中,是权利决定义务,而不是义务决定权利,即是以权利为本位,在规范方法上以授权性规范为主要内容,在立法重心上以保护创造者权利为首要。二是利益平衡。依民法精神要求,当事人之间、权利义务主体之间、个人与社会之间的利益应当符合公平的价值理念。知识产权法所强调的利益平衡,实际上是同一定形态的权利限制、权利利用制度相联系的。在这里,私权神圣,强调的是权利保护;利益平衡,主张的是权利限制。两者的关系并非是绝对对立的,而是共存于知识产权的制度设计中。

关于知识产权为私权的民法分析,是一种将知识产权回归私法体系的努力。在过去一段时间,有的学者在肯定知识产权私权属性的同时,提出了“知识产权公权化”的命题,意图说明“知识产权兼具私权属性和公权属性”。^⑨亦有学者针锋相对提出批判,认为“知识产权是纯粹私权”,“国家对知识产权的干预,不可能使其从本质上变成私权和公权的混合体”。^⑩笔者认为,现代私法发展变革的一个重要趋势,即是传统私法的权利本位理念有所动摇,私法自治原则有所限制。但是,国家对知识产权领域的干预,具体表现为知识产权在权能范围、效力范围等方面受到某些限制,但不可能改变知识产权的基本属性。事实上,知识产权法从其产生之初直至发展到今天,相关权利无时不在保护与限制的法律调整之中。正如有的民法学者在分析所有权限制即国家对所有权制度干预这一现象时指出的,“所有权被限制后的是一种具体的权利形态,具有独立性和同质性”。^⑪同理,知识产权受到限制后,依然保留着私权的独立性和同质性。

二、特别人权:知识产权的人权理论分析

知识产权的人权蕴意,是对知识产权属性的一种理论假设。在学术界,关于知识产权本身是否为一项人权存有广泛争议,但学者们对于知识产权具有人

^⑨ 代表性著述有冯晓青等:《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;李永明等:《论知识产权之公权性质》,载《浙江大学学报》(人文社科版)2004年第4期。

^⑩ 代表性著述有吴汉东:《关于知识产权私权属性的再认识》,载《社会科学》2005年第10期;孙海龙等:《知识产权公权化理论的解读和反思》,载《法律科学》2007年第5期。

^⑪ 梅夏英著:《财产权构造的基础分析》,人民法院出版社2002年版,第72页。

权意义并不否认。在人权理论的语境中解释知识产权,体现了尊重知识创造活动和智力成果价值的人文主义精神。启蒙思想家以此批判封建特许权,为近代知识产权制度的建构进行辩护;当代人权学者以此审视国际知识产权制度的缺陷,为建立公正、合理知识产权国际秩序提供理论依据。

人权定义、人权标准及国际人权公约规定,是分析知识产权人权问题的理论工具和法律依据。在国际人权社会,“定义人权是困难的,一般来说,人权指的是那些人之生存所必需的、基本的、不可剥夺的权利,但这些权利应当包含哪些内容,人们还未形成共识。对人权的解释也随着特定经济、社会和文化的变化而有所不同”。^⑫ 何种权利属于人权,不同历史阶段的不同法律文件有着不同的选择。关于人权是天赋的、不可剥夺的这一点上,美国《人权宣言》将生命、自由和对幸福的追求视为首要权利;而法国《人权宣言》却钟情于自由、财产和安全。^⑬ 这里的财产包括通过人们劳动而产生的物质财产和知识财产。在国际人权文件中,并没有明确将知识产权视为人权,但其中的财产权条款和文化权利条款,使得知识产权具有某种人权意义。《世界人权宣言》第 17 条规定:“(1) 人人得有单独的财产所有权以及同他人合有的所有权;(2) 任何人的财产不得任意剥夺。”但是该条款在起草过程中一直存有争议,曾有人建议将财产权排除在人权范围之外。尽管如此,财产权条款经常被视为对知识产权进行人权保护的国际法依据。此外,《世界人权宣言》第 27 条规定:“(1) 人人有权自由参加社会的文化活动,享受艺术,并分享科学进步及其产生的福利;(2) 人人对由于他创作的任何科学及文化或艺术作品而产生的精神的和物质的利益,有享受保护的权力。”此后《经济、社会及文化权利国际公约》也规定了参加社会文化生活、享受科学进步及其产生利益的权利,对自己的智力成果享有法律保护的权利。关于知识产权的人权地位在公约起草中也是受到质疑的。主张者认为,联合国需要以道义和权威来保护各种形式的劳动成果,与有形财产一样,知识产权也需要得到保护;反对者则认为社会公众享有文化和科学进步的利益与个人对知识的垄断权利不能混为一谈,这种权利有可能约束社会公众对智力成果的分享。知识产权条款最终为国际人权公约所接受,主要考虑其有助于实现其他人权,而创造者权利的保护是社会公众实现文化自由以及获得科学进步利益的基本

⑫ 国际人权法教程项目组:《国际人权法教程》(第一卷),中国政法大学出版社 2002 年版,第 11 页。

⑬ 同上书,第 10 页。

前提。^⑭

在人权的视野中研究知识产权,主要涉及以下三个问题:

是否将知识产权视为人权。主张者的人权主张虽然相同,但其论点不尽一致。有人认为,启蒙思想家关于财产权与人权关系的阐述,是知识产权蕴含人权寓意的重要思想渊源。根据劳动财产权理论,作为人权的知识产权是“不可剥夺的”、是“普遍权利要求”,从而将资本主义式的财产权与封建特许权区别开来。这种人权观构成了近代知识产权制度正当性的基础。^⑮ 有的认为,对知识产权的人权属性,应该切入财产权的视角。只要《世界人权宣言》第 17 条没有被废除,“将知识产权作为人权保护,完全是天经地义的事”。但是作为人权看待的知识产权完全是与表现自由有关的著作权,而不包含具有强烈经济色彩的专利权、商标权。^⑯ 有的进一步认为,“与其说知识产权是私权、财产权,毋宁说知识产权是一项人权,具有‘发展权’的属性”。“知识产权制度终极目的应当是‘发展’——个人的发展、社会的发展、国家的发展以及全人类社会的共同发展。”^⑰ 反对者的人权悖论及其论点表现为惊人的一致。即从新人权观点出发,将人权解释为基本性和普遍性、道德性和终极性的权利,而知识产权具有国家授予性和可让与性、经济性和工具性。^⑱ 还有的进一步认为,创造者权利应当区分为两类:一类是作为财产权的知识产权,一类是作为文化权利的对知识财产的人权。国际人权文件的知识产权条款应为对后者之规定。^⑲

如何认识知识产权的人权意义。在人权理论中,知识产权制度功能有着更为全面而崇高的诠释。首先,按照普遍人权的社會要求,在一国范围内,任何人都可以凭借创造性劳动而取得权利,一切知识产权主体平等地受到保护;在国际社会中,注重对一切民族、种族的智力成果给予平等的保护,促进各国科学、技术与文化的发展。其次,从至高无上的道德权利出发,对创造者权利的保护,其本身表现了对人类尊严、人类智慧的尊重。正如美国人权学者所言,“创造性作品、文化遗产和科学知识被转化为财产,这种作为具有重

^⑭ 相关资料参见〔美〕奥德丽·R. 查普曼:《将知识产权视为人权:与第 15 条第 1 款第 3 项有关的义务》,刘跃伟译,载国家版权局主办:《版权公约》2001 年第 3 期。

^⑮ 参见吴汉东:《知识产权的私权与人权属性》,载《法学研究》2003 年第 3 期。

^⑯ 参见张乃根:《论 TRIPS 协议框架下知识产权与人权的关系》,载《法学家》2004 年第 4 期。

^⑰ 参见吴峰:《知识产权、人权、发展》,载《上海理工大学学报(社会科学版)》2005 年第 3 期。

^⑱ 代表性著述参见宋慧献:《冲突与平衡:知识产权的人权视野》,载《知识产权》2004 年第 2 期;郑万青:《知识产权与人权的关联辨析》,载《法学家》2007 年第 5 期。

^⑲ 郑万青:《知识产权与人权的关联辨析》,载《法学家》2007 年第 5 期。

要的人权含义”。^②再次,知识产权的保护模式和水准,应有助于其他人权的实现。根据人权公约要求,创造者的权利应与“参加文化生活”的权利和“享受科学进步利益”的权利保持一致,这一人权因素应高于“操纵知识产权法的简单经济运作”。^③

如何解决知识产权与其他人权的冲突。自进入后 TRIPS 时代以来,国际社会十分关注知识产权与基本人权的关系问题。按照国际人权组织的说法,《知识产权协定》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着明显的冲突。^④这些冲突包括:表现自由与严格规范知识产权限制的冲突,隐私权与信息数据库权利扩张的冲突,公共健康权与药品专利实施限制性条件的冲突。^⑤如何处理知识产权与基本人权的关系,有两个问题必须加以考量:一是关于权利的冲突,应奉行“法益优先保护”的原则。国际公约承认的基本人权,或是人作为主体存在所不可欠缺的自由,或是人之生存与发展的必需条件。相对于知识产权这一财产权利而言,上述人权应当具有优越地位,即应看作是具有优先性的法价值。实行“法益优先保护”原则,意味着现代知识产权制度不仅要符合国际知识产权公约的规定,而且不应与国际人权标准相冲突。立法者在为知识产权提供法律保护时,应符合其必须遵守的国际人权义务。二是关于权利的协调,应实行“利益衡平”的原则。其实,知识产权与上述各种人权在本质上可以达到一致。就人权体系而言,包括知识产权在内的私人财产就是人权的基础性权利。这是我们实现权利协调的一个重要条件。“利益衡平”是民法精神和社会公德的要求,也是“人权思想和公共利益原则”的反映。它要求当事人之间、权利与义务主体之间、个人与社会之间的利益应当符合公平的价值理念。^⑥这就是说,出于公共利益目标,出于对基本人权的尊重,在一定情况下应对知识产权进行必要限制,以保证社会公众对于知识产品的合理利用。这些都是正当合理的,其本身也是国际人权公约所要求的。

^② 同注⑬。

^③ 同上。

^④ UN Commission in Human Rights: Intellectual Property and Human Rights, 2000, E/CN.1. 4\sub. 2/2000/7.

^⑤ 参见吴汉东:《知识产权 VS 人权:冲突、交叉与协调》,载台湾《法令月刊》2003 年 8 月;杨明等:《知识产权与人权:后 TRIPS 时代的知识产权国际保护》,载《法律科学》2005 年第 5 期。

^⑥ 同注⑬。

三、信息产权：知识产权的经济学分析

在经济学理论的视角中，知识产权是对信息产品这一公共产品的产权界定。在经济学家看来，选择何种产权，必须考虑信息这一公共产品的“负外部效应”（即采用损害他人利益的方法来增加自己的利益）和“搭便车”（即不支付任何成本而从他人或社会获得利益）的问题，并以效益最优为原则。对法律制度的经济问题的探讨，可以揭示知识产权的经济品格，评价知识产权的效益功能，推动知识产权的制度创新。^⑤

在知识、信息等无形资源上界定产权，导源于经济学家关于公共产品与私人产品的理论。这种产品的分类是依据其消费状态和使用情况进行的，即以物品是否构成个人排他性的使用为标准。信息经济学理论认为，知识信息是一种特殊商品，具有公共产品的某种属性：（1）知识产品的生产者很难控制知识创新的成果。如果创造者将其知识产品隐藏起来，那么他的创新活动就不会被承认，从而失去社会意义。如果创造者将知识产品公之于众，他对信息这一无形资源事实上又难以有效控制。（2）知识产品的个人消费并不影响他人的消费，无数个人可以共享某一公开的信息资源。无形的知识产品以有形的载体形式公开，即构成经济学意义上的“公用性”。（3）知识产品是一种易逝性资产。信息的生产是有代价的，而信息的传递费用相对较小。一旦生产者将其信息出售给某一消费者，那个消费者就会变为原生产者的潜在竞争对手，或是其他消费者成为该信息的“搭便车者”。（4）知识产品的消费与其他公共产品不同，它的使用不仅不会产生有形损耗，反而可能扩张社会的无形类资源总量。但是，由于“外部性”原因，生产者提供的信息往往被消费者自由使用，其结果虽然是知识产品带来的社会效益大大高于创造者个人取得的效益，但同时导致知识产品生产难以通过出售信息来收回成本。因此社会有必要建立相应的产权制度，调整信息产品生产的成本与收益关系，防止信息产品的无偿使用或消费的情形发生。一般认为，知识产权制度赖以产生的条件是：知识产品所有人将自己的作品、发明创造等公布出来，使公众能看到、了解到、得到其中的专门知识，而公众则承认作者、发明创造者在一定时期内有独占使用、制造其知识产品的专有

^⑤ 法律经济学自 20 世纪 60 年代问世于美国，以后迅速传播于各国，它不仅带来法学研究方法的变革，而且成为一些国家创制法律的考量依据。美国里根政府曾以 12291 号总统令，要求对所有新制定的规章进行成本—收益分析。

权利。知识产品是公开的(公共产品属性),但知识产权是垄断的(私人产权属性)。西方法学家将这一现象解释为社会契约关系。^⑤而按照经济学家的观点,建立知识产权制度的经济动因,在于“对财产权的法律保护有其创造有效使用资源的诱因”。^⑥正是农夫能够获得土地作物的财产权,才有诱因促使农夫支付并尽可能节约耕种土地所需要的成本;正是创造者能够取得无形财产的垄断权,才有诱因激励其在知识、信息的生产方面投资。

法律经济学理论,为人们认识、评价、运用知识产权提供了新的思维方式。我国学者 20 世纪 90 年代以来尝试对知识产权问题进行经济分析^⑦,其理论兴趣主要集中在以下几个方面:

产权模式选择问题。产权界定的实质是回答知识财产应为私有还是公有。信息产品是人们在科学、技术、文化等精神领域的创造性产品的总称,其类别具有多样性,因此不宜简单采取单一的产权形式。其中,科学发现和某些技术成果采取的是非市场机制的产权形式。关于科学成果的非市场机制的报酬系统,在经济学家那里被称为优先权(priority)报酬系统。^⑧这是一种与优先权有关的各类报酬的奖励制度:首先是科学发现或技术发明的命名权,即在某项科学成果上以完成该项发现或发明的科学家来命名。其次是科学奖金的获得权,即从政府或其他社会组织那里领取奖励发现或发明的科学奖金。优先权报酬系统的实质是确立发现者或发明者拿走的只是“命名”与奖金的报酬,作为这种收益的对价支出,社会获得了对该项科学成果的公有产权。正是在这个意义上,笔者以及一些学者曾认为,发现权、发明权制度不是私人专有财产的知识产权制度,而是一种科技奖励制度。经济分析表明:对信息产品以产权私有(即知识产权)为主,兼采以奖励为对价的公有产权(即发现权、发明权),符合“相对优势

^⑤ 参见中国科学技术情报所专利馆编译:《国外专利法介绍》(第 1 册),知识出版社 1981 年版,第 12 页。

^⑥ [美]罗伯特·考特、托罗斯·尤伦著:《法和经济学》,张军等译,上海三联书店 1991 年版,第 185 页。

^⑦ 主要著述有:吴汉东:《合理使用制度的经济学分析》,载《法商研究》1996 年第 2 期;刘茂林:《知识产权法经济分析》,法律出版社 1996 年版;谭忠东:《知识产权保护的经济分析》,载《知识产权》1999 年第 4 期;吴汉东:《关于知识产权基本制度的经济学思考》,载《法学》2000 年第 4 期;陈昌柏:《知识产权经济学》,北京大学出版社 2003 年版;蔡岳勋、胡心兰:《从法律与经济学的角度分析美国著作权法之科技保护措施及合理使用原则》,载台湾《中原财经法学》2005 年第 14 期。

^⑧ 袁志刚:《论知识的生产与消费》,载《经济研究》1999 年第 6 期。