

知识产权的合理性、危机 及其未来模式

主编/李扬



法律出版社
LAW PRESS

知识产权的合理性、危机 及其未来模式

主编/李扬



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

知识产权的合理性、危机及其未来模式/李扬主编.
北京:法律出版社,2003.6
ISBN 7-5036-4257-2

I. 知… II. 李… III. 知识产权—研究
IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 029609 号

法律出版社·中国

责任编辑/刘伟俊

装帧设计/孙宇

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版中心

总发行/中国法律图书公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/陶松

开本/A5

印张/11.375 字数/299 千

版本/2003 年 7 月第 1 版

印次/2003 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939686 63939687 传真/010-63939701

中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

销售热线/010-63939792

网址/www.Chinalaw-book.com

010-63939778

书号:ISBN 7-5036-4257-2/D·3975

定价:25.00 元

前 言

信息经济社会的到来意味着知识产权在社会生活中变得越来越重要,中国入世带来的所谓规则统一化则更加将人们的目光集聚到知识产权上来。在这样的大背景下,人们不禁要追问:知识产权的合理性何在?在科技日益发达的当代社会,知识产权的合理性遇到了什么样的挑战?面对这种挑战,法律又是如何应对的?未来社会的知识产权保护应当采取什么样的模式?正是对这些问题的追问和回答,我们才有了摆在作者面前的这本书。

知识产权从产生之日起,就受到了各种责难,但它不但没有从人们的生活中消失,反而变得愈来愈发达,这究竟是为为什么呢?这与知识产权存在的深刻的人性、经济以及社会基础关系密切。关于这种密切关系,历史上就有过各种思索。但由于知识产权在人们的生活中占据重要位置时间上大大晚于有形财产,所以这些思考还是零碎的、间接的(比如洛克、卢梭、康德)。但自黑格尔以来,关于知识产权合理性的思考不但变得直截了当,而且变得前所未有的深刻、宽广(比如黑格尔、现代经济学派)。不管是直接的还是间接的,历史上的这些思考都给我们留下了大量宝贵的资源。为了给知识产权找到深厚的生存土壤,本书选取洛克、黑格尔、卢梭、康德、经济学派,在一个有限的范围内对这些资源进行了挖掘、整理和评析。细心的读者将会发现,我们的工作是十分有意义的。

知识产权的合理性并不是永恒的,作为现代文明翅膀之一的科技飞得越高,就给知识产权蒙上越厚的阴影。现代复制技术的发展、基因技术的空前进步、信息传播技术的日新月异等等,都对原来天经地义的知识产权法律制度提出了严峻的挑战。多元主义哲学的盛行

也对带有自然垄断性质的知识产权发出了质问。这些挑战和质问究竟带给人们什么思考?从这些挑战和质问中,我们可以得出什么样的结论,以便为建立更加完善合理的知识产权制度提供思想基础?这些问题就是本书第二编所着重关注的。

实际上,知识产权制度就是在不断应对高科技带来的挑战中变得逐步完善和合理的。理论应当具有前瞻性。为了给人们提供一个富有思考价值的角度,也为了探寻未来世界知识产权保护制度的一些基本立场和态势,本书第三编在第一编和第二编的基础上,以实证分析作为前提,对知识产权保护的一些未来模式进行了预示性探讨,以便揭示出知识产权未来保护模式的一些规律性东西。

由于时间的仓促和学识的欠缺,本书难免存在这样那样的缺点真至错误,恳请学术前辈们和后进批评指正。

李 扬

2003年6月1日

目 录

第一编 知识产权的合理性

第一章 绪论:知识产权对传统财产权的挑战	(2)
第一节 知识产权不同于传统财产权的性质	(2)
第二节 知识产权对传统财产权的挑战	(8)
第二章 洛克财产权劳动理论与知识产权观念	(16)
第一节 洛克财产权劳动理论与知识产权的合理性	(17)
第二节 洛克财产权劳动理论与马克思劳动价值理论	(25)
第三节 洛克财产权劳动理论解释知识产权合理性 存在的问题和原因	(33)
第四节 制度设计——对财产权劳动理论的修正	(41)
第三章 黑格尔财产权自由意志理论与知识产权观念	(50)
第一节 黑格尔的财产权自由意志理论的主要内容	(50)
第二节 黑格尔财产权自由意志理论与知识产权观念	(54)
第四章 卢梭、康德的财产权社会契约理论与知识产权观念	(65)

2 知识产权的合理性、危机及其未来模式

第一节	卢梭财产权社会契约理论的主要内容·····	(65)
第二节	康德财产权社会契约理论的主要内容·····	(70)
第三节	财产权社会契约理论与知识产权观念·····	(75)
第五章	知识产权合理性的经济学分析·····	(78)
第一节	前言——经济分析的合理性·····	(79)
第二节	经济分析的前提——知识产品的经济性质 及生产特点·····	(82)
第三节	知识产品法律制度选择的合理性的经济分 析·····	(93)
第四节	知识产品私有产权具体权利界定的经济分 析·····	(108)
小 结	·····	(116)

第二编 知识产权的危机 ——高科技对知识产权的挑战

第六章	复制技术的变革对版权的影响·····	(118)
第一节	版权制度的历史与复制技术的关系·····	(118)
第二节	复制技术的革命对版权法的影响·····	(125)
第七章	技术措施的版权保护及其对版权的挑战·····	(131)
第一节	技术措施的含义和分类·····	(131)
第二节	技术措施的版权法保护·····	(135)
第三节	技术措施的版权保护对版权法的挑战·····	(148)
第八章	自由软件:实用理性主义对版权法的挑战 ·····	(160)
第一节	自由软件的含义·····	(160)
第二节	自由软件引发的版权危机·····	(162)
第三节	copyleft 对 copyright 的启示 ·····	(167)
第九章	道德底线的呼声:生物技术的专利保护与再思考 ···	(171)

第一节	概论	(171)
第二节	人体基因的专利性及其引发的问题	(178)
第三节	植物品种的可专利性以及引发的问题	(186)
第四节	生物技术专利的再思考	(196)
第十章	软件专利和商业方法专利的震荡	(207)
第一节	软件的专利保护	(207)
第二节	商业方法的专利保护	(218)
第三节	软件专利和商业方法专利的震荡	(220)
第十一章	知识产权标准化引发的合法性危机	(228)
第一节	科技发展与垄断	(228)
第二节	标准、知识产权的结合与垄断	(234)

第三编 知识产权的未来模式

第十二章	知识产权的未来模式(总论一)	(248)
第一节	命题的提出	(248)
第二节	知识产权未来模式中的主要问题——从制度史开始谈起	(251)
第三节	未来模式问题的初步提出——关于本文主要内容与方法的交待	(257)
第十三章	知识产权的未来模式(总论二)	(262)
第一节	著作权未来模式若干问题探讨	(262)
第二节	商标权未来模式若干问题探讨	(273)
第三节	专利权未来模式若干问题探讨	(283)
第十四章	关于未来模式的实证分析——以知识产权新制度为主要考察对象	(296)
第一节	前言	(296)
第二节	工业版权模式——集成电路布图设计权制度	(301)

4 知识产权的合理性、危机及其未来模式

第三节	经营性标记权模式下的空间扩张——域名权·····	(318)
第四节	准专利模式——植物新品种权·····	(333)
第五节	对于自我保护的法律保护模式——以商业 秘密为主要考察对象·····	(342)
余 论	·····	(348)
寻找光明(后记)	·····	(351)

第一编 知识产权的合理性

知识产权整体上作为一种私权的合理性问题是一个十分复杂的问题,涉及到每一个具体国家的政治、经济、文化以及社会本身的具体状况。围绕着包括知识产权在内的财产权的合理性问题,历史上出现过各种理论论证,但最有代表性的还要数洛克的财产权劳动理论、黑格尔的财产权自由意志理论、卢梭和康德的社会契约理论(社会公认理论)以及 20 世纪下半叶出现的法律经济分析理论。本编就以这几种理论作为背景,分析知识产权的合理性问题,以加深人们对知识产权的认识,同时也期望为立法者在进行知识经济时代的知识产权立法时提供一定的理论上的参考价值。

第一章 绪论：知识产权对传统 财产权的挑战

第一节 知识产权不同于传统 财产权的性质

知识产权是近代商品经济和科学技术发展相结合的产物,指的是人们对其智力创造的以知识产品形态表现的成果依法应当享有的民事权利,它不同于传统的财产所有权,因此很难通过自罗马法以来的物权理论加以论证。

罗马法将物分为两种:有体物和无体物。查士丁尼说,“有些物是有形体的,有些物是没有形体的。”并区分了这两种物,“(1)按其性质能被触觉到的东西是有体物,例如土地、奴隶、衣服、金银以及无数其他东西。(2)不能被触觉到的东西是无体物,这些物是由权利组成的,例如遗产继承权、用益权、使用权、不论用何种方式缔结的债权等。”^①由此可见,古罗马的物权客体具有以下几个特征:将人本身即奴隶视为物;区分了有体物和无体物,并且有体物仅指有外在形体的物。那些虽然可以通过人的感觉器官感觉到但肉眼看不到的没有

① [古罗马]查士丁尼:《法学阶梯》,商务印书馆 1989 年版,第 59 页。

外在形体的物,比如电力、瓦斯等,罗马人并没有将它们作为物权的客体对待。在无体物方面,则以可以用金钱衡量的利益为条件,家长权、夫权、自由权等没有直接财产内容的权利,罗马人没有将它们作为无体物对待。^①

据考证,古罗马时期,西塞罗等人已经从自己的演讲和写作中获得报酬,“剽窃”一词也是公元一世纪伟大的罗马讽刺诗人马歇尔创造的。为了解决诱使奴隶出卖雇主商业秘密的普遍社会问题,罗马法还发展出了对抗诈骗商业秘密第三人的诉讼请求制度。^②这说明,古罗马时代的人们已经比较深刻地意识到了文学、艺术创作者权益的重要性。但正如有的学者指出的,在古罗马,“文学盗窃行为只是受到道义上的谴责,并不产生法律上的后果”。对于古罗马保护商业秘密的规定,也“仅是从规范商业道德角度所给予的零星规定,大量的商业秘密仍处于无财产意义的自然状态,是当事人持有的一种法外利益。”^③

然而,近代社会,随着商品经济的发展和科学技术的进步,财产权的客体发生了人们意想不到的变化。仓单、提单等有价证券成为一种抽象化的可以买卖的特殊动产,能为人力所控制的光、电、热能、频道、磁场等没有实物形态的自然力也一反罗马人的传统,进入有体物的行列。但最令人惊异的变化是,随着资本主义社会生产的科学技术化和科学技术成果的市场化,知识产品变成了财产权客体家族中崭新的成员,相应地也就产生了以保护知识产品为己任的知识产权法律制度。

知识产品进入财产权的客体范畴后,由于既不同于罗马法意义

① 参见[意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,中国政法大学出版社1992年版,第185页。

② 参见唐昭红:《商业秘密研究》,载《民商法论丛》第6卷,法律出版社1996年版,第723页。

③ 参见吴汉东:《财产权客体制度论》,载中国人民大学复印资料《民商法学》2000年第10期,第25—26页。

上的有体物和无体物,也不同于近代社会中新产生的有形物品抽象化的有价证券,以及没有实物形态但依靠人的感觉器官可以直接感知的光、电等自然力,因此很快使理论家们困惑不解,并且寻求解决的方案。高明的黑格尔在哲理地论述所有权的客体时,就表达出了这种困惑。黑格尔认为,“人为了作为理念而存在,必须给它的自由以外部的领域。”这种外部的领域首先就是“某种不自由的、无人格的以及无权的東西”,也就是“物”。尽管黑格尔主张,学问、科学知识、才能等自由精神所固有的内在的东西可以通过精神的中介加以表达,从而“给它们外部的定在”,并将之纳入“物”的范畴使之成为契约的对象,进行转让,但是,“艺术家和学者等等是否在法律上占有着他的艺术、科学知识以及传道说教和诵读弥撒的能力等等,即诸如此类的对象是否也是物,却是一个问题。如果把这类技能、知识和能力等都称为物,我们不免有所踌躇,因一方面关于诸如此类的占有固然可以像物那样进行交易并缔结契约,但是另一方面它是内部的精神的东西,所以理智对于它的法律上性质可能感到困惑……”。^① 正如吴汉东先生指出的,黑格尔的困惑给了我们三点启示:“第一,知识形态的精神产品不同于一般意义上的物,但同物一样可以成为交换的标的;第二,精神产品是精神内在的东西,但可以通过一定形式的表达而取得外部的定在,即精神产品可以有‘直接性’和‘外在’的载体;第三,依照物与精神相分离的理论,精神产品属于内部的精神的东西,不能简单地归类于属于‘定在’的外部领域的物。”^②

知识产品的财产化不但使 19 世纪的黑格尔感到困惑,也使 20 世纪的许多法学者感到困惑。这种困惑从如何称谓这种抽象的财产也得到了很好的反映。前苏联民法学者为了将精神产品与物区分开

① 参见[德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆 1961 年版,第 50—52 页。

② 参见吴汉东:《关于知识产权本体、主体与客体的重新认识》,载《法学评论》2000 年第 5 期。

来,将与精神产品权利有关的客体称之为“创作活动的成果”,相应的权利也称之为“创作活动的成果权”,并分为两大类:一类是对科学、文学和艺术作品的权利;另一类是对发现、发明和合理化建议的权利。^①在日本,有的学者将这类财产称之为无形财产和无形财产权,比如小岛庸和,他认为知识财产与无形财产是同一个概念,并且强调该类无形财产与有形财产以及其他的无形财产(如光、电)相比具有自身的特殊性。^②但另一个日本学者北川善太郎认为,与日本民法第85条所限定的有体物比较,“无形物”的说法在语感上似乎不妥当,因此提出了“知识财产”的概念。^③英国学者则往往将与精神产品有关的权利称之为“抽象物的权利”。^④目前西方大多数学者将这种权利称之为“知识产权”,这种称谓已经得到国际社会的公认。我国20世纪80年代初期的许多学者将关于精神财富所享有的权利称之为“智力成果权”,并将相应的权利客体称之为“智力成果”,强调其价值不能用货币加以衡量。^⑤我国1986年颁布的民法通则则从国际上的普遍做法,正式将相关权利称之为知识产权,以取代“智力成果权”的传统称谓。总之,这些称谓的不同反映出的是这样一个事实:传统的物权已经无法容纳以知识产品为保护对象的知识产权,知识产权已经对传统的物权提出了深刻的挑战,二者之间存在根本的分野。

这种分野反映在立法上,就是制定了民法典的国家并没有将知识产品纳入到物权法的调整范围,而是对各种不同性质和特征的知

① 参见[苏]格里巴诺夫等主编:《苏联民法》(上),法律出版社1984年版,第177—178页。

② 参见[日]小岛庸和:《无形财产权》,日本创造社1998年版序言,第2页。

③ 参见[日]北川善太郎:《技术革新与知识产权法制》,国家科技部1998年印,第3页。

④ 参见佟柔主编:《中国民法学·民法总则》,中国人民公安大学出版社1990年版,第203页。

⑤ 参见统编教材:《民法原理》,法律出版社1983年版,第383页。

知识产权进行单独立法,规定特殊的保护措施。

比如,《德国民法典》第90条和《日本民法典》第85条都严格坚持了“物为有体物”的原则。《德国民事诉讼法》第265条所称的物虽然包括有体物和无体物,但无体物主要指权利。《拿破仑法典》对物作出了广义的解释,不但包括有体物,也包括无体物。但《拿破仑法典》第529条规定,“以请求偿还到期款项或动产为目的之债权及诉权,金融、商业或产业公司的股份及持份,即使隶属此等公司的企业拥有不动产,均依法律规定为动产。此种股份与持份,当公司存续中,对每一股东而言,视为动产。”并且,“对国家或个人所有永久定期金或终身定期金收授权,依法律规定亦为动产。”同时,第536条规定,“房屋连同屋内物件出卖或赠与时,不包括保管于屋内的现金、债权及其他权利的证券;一切其他动产包括在内。”这表明,在法国,无体物专指具有财产内容的权利,而且这些权利是被作为动产对待的。^①有人甚至走得更远,认为尽管各国立法中已经将可让与的权利,比如债权、土地使用权、版权、专利和股权等规定为担保物权,但“立法理念和立法政策历来是将其作为普通质权(动产质权)或普通抵押权的规定,故属于准物权范畴。可见,绝不能因权利质权、权利抵押权之客体为权利,而就因此曰物权的客体不以物为限,而还包括所谓权利。”^②

我国尚未制定物权法,学理上大多数学者都认为物为有体物,而认为无体物的使用多“在教研中”,认为“将权利称为无形物,莫如称之为无形财产。”^③因此,我国民法通则第五章使用了“财产所有权”和“与财产所有权有关的财产权”的概念,而且在担保法中将担保物权的客体定位为“财产”。这种做法虽然回避了由物的争议而引发的

① 亦可参见法国《拉鲁斯大百科全书》第3卷,载“国外法译丛”《民法》,知识出版社1987年版,第168页。

② 陈华彬:《物权法原理》,国家行政学院出版社1998年版。

③ 佟柔:《中国民法学·民法总则》,中国人民公安大学出版社1990年版,第193页。

矛盾,但可以预计,我国将来的物权法不会将作品等无形知识产品规定为物权的客体。

根据学者们的研究,历史上,法学家与立法者也曾作过以传统所有权制度涵盖非物质形态的精神产品的努力。早在封建时期,就出现过“出版所有权”论。尔后,经过文艺复兴和资产阶级革命,天赋人权的思想深入人心,“出版所有权”理论也就被“精神所有权”学说取代。^① 在法国,所有权的客体扩展到知识产权领域,用以“适应其标的和其表现的法律关系及各种各样彼此间完全不同的大量的支配权类别。”精神所有权被理解作为一种排他的、可对抗一切人的权利,是所有权的一种。^② 但据学者们研究,这种理论上的概括存在难以解决的两个缺陷。第一个缺陷是,将所有权的概念应用在对非物质财富的权利上,“使它远远超出在技术上对它作准确理解的内容的范围”。^③ 第二个缺陷是,“从所有权的原来含义来讲,上述权利并非真正的所有权”。^④ 精神所有权的客体不同于传统所有权的有形物质客体,属于智力创造的非物质形态的知识产品。这两个特征决定有必要“从单个人的简单物品所有权的财产权概念的束缚中解放出来”,“产生出与有形对象十分疏远的权利形式”。^⑤ 这种权利形式就是知识产权。从权利对象形式上的不同区分有体财产权和无体财产权已经得到了法国知识产权法典的确认。法国的知识产权法典第L111—3条严格区别了对作品原件即物的有体财产权和对作品的无

① 参见[美]L. Ray Patterson, Stanley W. Lindberg: “The Nature of Copyright: A Law of Users’ Right”, The University of Georgia Press, 1991; 吴汉东:《著作权合理使用制度研究》,中国政法大学出版社1996年版,第4页;吴汉东:《关于知识产权本体、主体与客体的重新认识》,载《法学评论》2000年第5期。

② 尹田:《法国物权法》,法律出版社1998年版,第122页。

③ [法]茹利欧·莫兰杰尔:《法国民法教程》,载《外国民法资料选编》,法律出版社1983年版,第231页;吴汉东:《关于知识产权本体、主体与客体的重新认识》,载《法学评论》2000年第5期。

④ 尹田:《法国物权法》,法律出版社1998年版,第122页。

⑤ [美]格雷:《论财产权的解体》,载《经济社会体制比较》1994年第5期。

形财产权。同时第 L111—1 条还明确规定,对作品的无形财产权除了包括经济权利外,还包括精神和智力权利。有学者对此作出了解释,法语中的 *propriete* 主要是指有体物的所有权且不因时效而消灭,如果不加解释就用于无体物,则既不贴切也不恰当。这也说明,即使在法国,试图将一个具有特定内涵和外延的概念 *propriete* 用于其他财产客体尤其是无体财产,则可能会出现困难。^①“最直观的事实是:所有权的权能及其行使方式无法圆满地用于价值形态的财产或无形财产”。^②

综上所述,我们反对有的学者将所有权的客体扩张到智力成果领域的观点,^③而赞成有的学者的见解,“精神领域里的智力成果不能成为传统所有权制度的调整对象,而只能归属于新型财产权利客体范畴。知识产权的客体,是一种没有实物形体的知识财富。客体的非物质性是知识产权的本质属性所在,也是该项权利与传统意义上的所有权的最根本的区别。”^④知识产权本质上是一种无形财产权。

第二节 知识产权对传统财产权的挑战

那么,知识产权究竟对传统财产权造成了哪些冲击呢?在论述这个问题之前,首先应当弄清楚知识产权不同于传统财产权的特征,因为知识产权对传统财产权的冲击建立在这些特征之上。

知识产权界的绝大多数学者认为,知识产权的本质特征是其无

① 黄晖:《法国民法中的财产权概念》,载《民商法学》2001年第12期。

② 顾培东:《法学与经济学的探索》,中国人民公安大学出版社1994年版,第104页。

③ 杨紫煊:《财产所有权客体新论》,载《中外法学》1996年第3期。

④ 吴汉东:《关于知识产权本体、主体与客体的重新认识》,载《法学评论》2000年第5期。