

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

更多▲

使用大字体系查看本文
阅读次数: 146

关于权利弱化与利益分享理论之研究 ——一种新的知识产权理论范式

特聘导师

曹新明

内容提要: 自TRIPs实施以来,世界各国对知识产权的重视程度有了显著提高,其突出表现就是知识产权保护力度日趋强劲。与此相伴而生的是近年来西方国家兴起的三股知识产权思潮:知识产权怀疑论、反知识产权论和知识产权僵化论。这种境况导致知识产权在理论研究、制度构建与实务运作诸方面朝着两个相反的方向发展,使其基本理论面临着二难困境。本文认为“权利弱化与利益分享理论”可能是解决知识产权现今所面临的许多问题的一个新的理论模式,它在法哲学和经济学论证中都有其合理性,可以作为建构21世纪知识产权制度的范式理论。

关键词: 知识产权/权利弱化/利益分享/法哲学/经济学

1995年成立的世界贸易组织(World Trade Organization, WTO)是一个由《关贸总协议》、《知识产权协定》(Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPs)和《服务贸易总协定》三大支柱构成的一个超级国际游乐场。在此游乐场中,每一个成员都必须依据共同的游戏规则博弈,而且游戏不相信眼泪。知识产权是其中一个非常重要的游戏规则。为了适应这样的游戏规则,世界许多国家已对其原有的知识产权法律规范作了修订或重建,制定知识产权战略,提高保护水平,加强保护力度,使之向着强劲的方向发展。与此相伴而生的是近年来西方国家兴起的三股知识产权思潮:知识产权怀疑论、反知识产权论和知识产权僵化论。这种境况使知识产权在理论研究、制度构建与实务运作诸方面朝着两个相反的方向发展,使其基本理论面临着两难困境。为了稀释这种困境,本文提出了以“权利弱化与利益分享”作为重构知识产权制度的理论。相对于现有知识产权理论而言,这是一项全新的理论,本文将对该理论进行解读,以为参考。

一、知识产权制度面临的困境

随着科学技术的发展,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。[1](P1)面对如此景况,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,以促进科学技术繁荣与发展。[2]知识经济时代对创新能力的更高要求,导致知识产权保护朝着更高更强的方向演进。近10年来,知识产权制度在理论与实践方面面临着诸多挑战,具体表现如下:

(一)知识产权制度在实践中所面临的困境

新技术革命、互联网、传统知识以及知识产权国际化等因素,对传统知识产权制度产生了深刻影响,迫使许多国家或地区对其知识产权制度进行整合与重构,使之逐渐走向强势。在版权领域,受强势保护理论的影响,许多国家对作品独创性的要求已大大降低,这意味着许多原属公共领域的信息可能进入私有的版权范围。根据“额头出汗”原则,美国法院明确指出:某作品能否获得保护,并不依赖于作者是否收集了含有公共利益的信息,也不依赖于此种信息是否显示了文学性、艺术性或独创性,只需勤奋收集足矣。[3]此种理论对公众来说是一个危险的信号,其原因在于该理论意味着投资者只需投入一定的资金或者代价,就可以把原属于公共领域的信息纳入其版权之中。虽然美国最高法院在Feist Publications Inc. V. Rural Telephone

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年
周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

Service Co.一案中消除了“额头出汗”原则在版权法中的适用,但是,近年来对数据库的保护却仍然遵循该原则。[4](P218)对于本身并不具有创造性的数据库的保护,实际上就演化为一种对投资的保护,使传统知识产权保护的底线被突破。[5]计算机软件的版权保护也日益成为人们关注的重心,其原因在于可版权对象的扩张使得公共资源与私有财产的界线变得愈益模糊。版权技术措施现在也正在成为人们关注的焦点,版权人通过对其作品设置版权技术措施,可以使其权益获得更加有效的保护。一般情况下,未经有关权利人许可,其它人不得擅自规避版权人设置的禁止访问或者使用的版权技术措施,否则就可能构成侵权。[6]这种现象对版权保护只及于思想的表达形式的原则构成冲击,同时版权技术措施的设置和保护对传统版权制度中的合理使用形成某种限制,破坏了原有利益格局。[7](P146-187)在专利领域,一个总的趋势是逐渐模糊发明和发现的界线。Peter Drahos认为,传统专利法在发明和发现之间的区分,不仅有利于将许多特定的智能创作物保留在知识资源中供社会公众使用,也有利于丰富知识资源集合。[8](P209)但强势保护主义者认为此种区分是没有必要的,因为“发现”也是人们花费智慧、金钱、时间和劳动探索出来的,具有相当的商业价值。当前对植物、动物、人类基因、微生物等成果的专利保护,集中体现了强势保护要求及其转向,同时说明知识产权可以延及于太阳下任何人为的事物。[9](P210)另外,对人类基因、疾病诊治方法的保护显然对人类的伦理道德底线造成冲击。对植物新品种的保护则造成产业垄断,与农民权发生冲突,对生物多样性也有一定的负面影响。[10](P188-246)在商标领域,现已表现出三大变化:(1)对驰名商标提供跨种类的保护;(2)将商标的构成要素扩展到色彩、声音、气味以及数字化代码;(3)放宽对商标流转的限制。这些变化标志着在强势主义理论的影响下,商标保护的重心正在由社会本位向私权本位转变。例如,Justin Hughes从财产权人格理论出发,认为以消费者的权利来解释商标权是无力的,商标权是生产者的人格表达权利,而不是消费者接受信息的权利。[11]针对上述理论与实践,Peter Drahos指出,商标法有逐渐迎合那些寻租机会主义者的倾向。[12](P206)

(二)知识产权制度在基础理论上所面临的困境

知识产权制度不仅在实践中面临着上述困难,而且在其基础理论上也面临着困境,不断地受到人们的质疑和困难。洛克的财产权劳动理论曾经是支撑知识产权合理性的主要学说,也是知识产权强势主义者经常引用的理论。对知识产权劳动理论的挑战始于对洛克文本的解读。Peter Drahos认为洛克的财产权劳动理论影响非常大,学者们经常按照自己的需要解读洛克的文本,为自己的学说找到依据。①所以,重要的不是劳动,而是隐藏于劳动背后的观点,那种认为仅凭劳动就可以从知识资源中获得一定权利而不考虑其背后理念的观点是不科学的,也会造成对知识资源的掠夺。[13](P41-47)财产权劳动理论的支持者总是从洛克理论的两个先决条件以及智慧创作物的非消耗性特征出发,来主张其强势主义的保护立场。Peter Drahos指出,智慧创作物虽然可能是无限的,但由于人类的能力所限,任何社会几乎都面临着知识资源在一定程度上的匮乏。[14](P47-51)财产权劳动理论的另一个缺陷是,凭劳动不能有效地界定智慧创作物的边界,比如,诺齐克就曾举例说不能因为一个人将蕃茄汁倒入大海就认为对大海拥有财产权。财产权人格理论在英美法国家的影响力已经有所衰落,对之也有较多的批评,但由于其所具有的自然权利色彩,也颇受强势主义者的青睐,更重要的是,它在大陆法系国家仍是一种颇有影响的学说。财产权人格理论的支持者多以黑格尔的法哲学理论作为其立论的出发点。财产权人格理论常受责难的一点是:依据经验似乎有的财产上体现的人格多一点,有的财产上体现的人格少一点,是不是要给予它们差别保护呢?同是财产中体现的人格,那么这种差别保护的依据又何在呢?黑格尔关于私有财产权是个人人格在世界上实现的主要过程的观点,并没有说某些人格获得特别的资格。[15](P80-82)Justin Hughes认为,对知识产权中各种人格的探寻应该看其因受外在限制而表达的人格,受限制越多,表达的人格越少,重要的是看其专业领域对该人格的认识。[16]这似乎存在着问题,且不说以专业人士对人格的确认来立论似乎于法律的一般性保护不符,按此逻辑如以公共利益为由对知识产权加以限制,它似乎就成了多数人共同人格的体现,此理论也就失去了其意义。财产权人格理论还有两个缺陷之处,第一,它容易导致对知识产权保护条件的过分降低,因为人们可以不断地主张因智慧创作物中包含有其人格而应给予保护;第二,它容易导致个人权力的膨胀,因为在智慧创作物中的人格是不可抹消的,则权利人就有可能依据人格理论来主张其对智慧创作物及其派生物的控制,而他人为实现其人格必须拥有的财产因此受到知识产权所有人的控制,以致妨碍他人人格的发展。经济激励理论因其具有较强的实证主义倾向,而且又有现代经济学理论作支持,对立法和司法实践有较大的影响。[17](P10-18)但由于知识产权强势主义的抬头,经济激励理论也常常陷入自相矛盾的境地。从经济学角度看,由于智慧创作物的公共物品属性以及其所具有的外部性,在智慧创作物的生产上存在着市场失灵,为解决这种市场失灵,国家就在智慧创作物上创造出一定期限的私人财产权,以使市场发挥其在作为一种资源的智能创作物的配置上的基础性作用,使智慧创作物的生产者和投资者能收回其投资,也激励更多的智慧创作物被生产出来与公众分享。但是,由于知识产权具有较强的垄断性,以及智慧创作物的边界模糊性,因此,知识产权所有人能够获得较为优势的竞争地位或者更多的竞争机会。面对激烈的市场竞争,知识产权所有人会利用其禁止权来排挤他人,同时还可能利用智慧创作物边界的不确定性来扩张其控制领域,以获得更大的市场份额或者直接的利益。另一方面,由于智慧创作物具有无形性、可扩散性、易于复制性,通常情况下,知识产权所有人不可能对智慧创作物实行占有和控制,所以,它又具有易受侵犯性。因此,知识产权所有人,一方面要求对智慧创作物给予高水平保护,另一方面也会采取有效措施以排挤其它竞争者。由此产生了一个深刻的内在矛盾,即为了生产更多的智慧创作物并用于传播而授予创作人以权利,但同时授予权利人以专有控制权往往又阻碍了

智慧创作物的传播。[18](P122)经济激励理论还有一个常受诟病的地方在于它所主张的“最大多数人的最大多数利益”常常无从界定,反而在强势保护主义的影响下对知识产权给予了越来越强的保护,使经济激励理论渐渐迷失了自我。

(三)权利弱化与利益分享理论的提出

根据如上分析可知,目前,知识产权在理论和实践两方面都面临着哲学上的二难困境。从实践的角度看,为了促进智慧创作物的创作与传播,需要知识产权制度,为智力劳动者提供必要的保护;另一方面,知识产权制度的强保护趋势导致人们的非议和责难。面对这样的现实,现有的理论明显感到力不从心。这种窘境为新理论的诞生提供了适宜的环境。权利弱化和利益分享理论,则能够在某种程度上解决目前困境。该理论遵循着这样一种科学研究的进路:首先发现和解决具体问题,其次从解决该方法中提取一般性的东西并加以论证,最后再回到实际中去加以验证。因此,我们需要先从对目前知识产权所面临的两大难题——传统知识的保护和互联网环境下版权保护的讨论及解决此两个难题的设想入手。[19]

在上文中,我们已经谈到了知识产权在实践中所面临地诸多挑战,如果说上述挑战多少还能在现行知识产权制度理论框架内得到解决的话,那么传统知识和互联网带来的挑战则具有颠覆性,也是我们必须注意并要能成功解决的。[20]传统知识是“传统的知识、创新和实践”的简称,所包括范围的非常广泛,例如传统农艺知识、与生物多样性有关的知识、医学知识以及传统文化。世界知识产权组织和联合国教科文组织曾对其中的传统文化进行过专门的定义并寻找对其的保护。由于一大批发展中国家的强烈主张,对传统知识的保护已经越来越成为全球关于知识产权和贸易谈判的中心问题,并且对这个问题的争论还将在贸易谈判中持续下去。[21]以传统知识产权架构来保护传统知识的弊端也非常明显,根据现在各国的知识产权法律规定可知,任何一项智慧创作物必须符合法律规定的条件才能取得相应的知识产权:权利客体须具有某种特质;权利主体须适格且确定;权利内容表现为“权限加禁止权”。这样的架构难以适用于民族民间传统文化的保护:首先,民族民间传统文化历经数个世纪的演绎发展并适用本地文化和环境,因袭传统而不断发展变化,基本不符合作为知识产权客体的实质条件。其次,民族民间传统文化的主体为某一群体或某一小区,不具有作为知识产权主体的严密而确定的组织结构,历史上的边界变动、政治区划与文化领域界限的分歧等都使得确认民族民间传统文化的主体出现困难。最后,一种民族民间传统文化可能并非一家独有,授予几个不同的主体以排他性权利,就有违一般的知识产权法理。另一方面,随着互联网技术的迅猛发展,在互联网环境下对数字元作品的复制已呈普遍化的趋势。数字原作品权利人对其作品的控制力以及禁止他人复制其作品的的能力由于技术方面的原因已极大的减弱。正如Gervais所指出的,版权在此种情况下将会逐渐丧失其作为一种禁止或排除他人使用其作品的权利的锐利。[22]传统版权的“权限加禁止权”的模式在此已无法真正适用,因为版权人似乎无从许可,也无从禁止。

正是由于以上的诸多原因和状况,民族民间传统文化和互联网环境下版权的保护问题已成为当前反知识产权思潮的重要论据。在国际范围内,目前至少有三股思潮对知识产权制度提出了严峻挑战:一是以美国的Anatoly Volynets为代表的“知识产权怀疑论”学者,对知识产权制度进行质疑,认为知识产权保护不是对社会、经济、文化、教育等产生了促进作用,而是相反地产生了阻碍效应;二是以美国的Richard Stallman为代表的学者主张限制知识产权的扩张,甚至主张废除之,引起了强烈的社会反响;三是以加拿大的Davis Genius为代表的学者,在研究传统知识保护过程中,认为现在的知识产权制度过于僵化,难以适应现实社会的客观需要,应当对现行知识产权制度进行改造。以上三种理论虽然不能从根本上动摇知识产权制度的根基,但它们所提出的各种质疑和建议也不乏理论借鉴意义,并促使我们反思传统的知识产权理论,以使其具有更强的包容性、灵活性和开放性,使知识产权制度能够从容面对民族民间传统文化、传统知识和互联网的挑战。对此,加拿大学者提出,将传统知识产权改造为知识产权所有人与智能创作物使用者之间的利益分享权,而不是现行法律所创设的“权限加禁止权”模式。例如给传统知识授予一种公共权性质的小区权,实际上就是一种利益分享权。需要利用传统知识进行研究开发的自然人或者法人,首先须获得传统知识小区权人的授权;其次是由此所获得的权利,不仅不能对传统知识所有者产生限制作用,而且还须将其所获得的利益按照一定的标准与传统知识小区权主体进行分享,从而使知识产权制度具有了灵活性,以增加其适应能力。再例如,知识产权所有人通过一揽子形式,将其知识产权授予网络经营商,由网络经营商进行经营管理,然后根据点击率向相应的权利人支付报酬,从而使知识产权人、网络经营者和公众(网络用户)三者的利益都能得到保护。我们将这种范式理论称之为“权利弱化与利益分享”的理论,并以此作为21世纪知识产权法哲学建构的理论基础。“权利弱化与利益分享理论”的基本含义是:除法律另有规定外,知识产权所有人有权从其受法律保护的智慧创作物中取得相应的利益;任何他人未经知识产权所有人许可,擅自以营利目的实施其智能创作物,知识产权所有人有权请求其赔偿损失,并且依法享有请求该侵权行为人以合理的条件与其签订知识产权许可使用合同;只有当该侵权行为人无正当理由拒绝以合理条件与知识产权所有人签订知识产权许可使用合同时,知识产权所有人有权请求其停止侵害行为;但法律另有规定的或者其它特别情形除外。

二、权利弱化与利益分享理论的法哲学论证

(一)自然权利观念的衰落与权利的弱化

1. 自然权利观念与权利弱化理论

近代财产权制度是建立在个人主义和自由主义的理念之上的, [23] (P135) 表现在一些基本模式上即是抽象的人格(每个人至少在法律形式上是平等的)和财产权保护的绝对化, 每个人在其财产范围内都享有绝对的、不受他人干涉的自由。为这种个人主义和自由主义的财产观提供理论依据的, 主要是中世纪以来的自然权利观, 其中尤以洛克的财产权劳动理论最有影响力。[24] (P120-148) 有学者认为, 近代以来洛克的财产权劳动理论主要做出了三个伟大贡献: "其一, 天赋权利的学说倡导一种权利本位, 成为财产个人主义、所有权绝对思想的基石; 其二, 劳动价值学说为财产权找到了合法性基础; 并确立了社会发展的核心价值; 其三, 扩张了人格权(创造物是自己人格的扩张), 使财产权具有人格基础。"[25] 但自19世纪以来, 西方国家的工业化取得了快速发展, 工业化和绝对的自由主义所造成的贫富悬殊和公正的缺失也在19世纪末达到了无以复加的地步, 于是人们展开了反思, 表现在思想上便是对绝对自由主义的批判和各种社会化理论、福利国家思想的兴起; 表现在制度上就是民法本位的变迁: 由抽象人格发展为具体人格, 由对财产权保护的绝对化发展发展到对财产所有权的限制, 由私法自治发展到对私法自治的限制, 由自己责任发展到社会责任。[26] (P20) 德国法学家耶林认为, "没有什么绝对财产, 不存在着可以不考虑公共利益的私的所有权。历史已然向所有民族教导了这一真理。"[27] (P200)

强势主义支持者常常从自然权利观出发, 认为能首先产生经济价值的活动也同时必然会创造出财产权, 不应该有对通过此种活动所指向对象的限制。他们信仰: "所有者能拥有一切, 所有者的特权在共同利益和世界之上, 所有特权的内容是向所有人开放的。"[28] (P202) 所以, 不应该对知识产权客体作太多限制, 也不应该对知识产权内容作太多限制。相反, 应该把尽可能多的智能创作物纳入知识产权保护范围, 尽量降低保护标准, 丰富权利内容, 实现其利益。此种理论有其合理性, 也有其弊端, 不能草率否定, 也不应盲目接受。事实上, 知识产权源于封建时代的垄断特权, 在其产生之初它就受到诸多限制, 以使其在保障权利人利益的同时服务于公共利益。知识产权是一种私权, 但其垄断性使之与其它私权产生许多方面的差异。[29] (P213) 反知识产权论者Stal lman指出: "版权是与公众讨价还价的结果, 而不是一种自然权利。版权政策的焦点在于什么样的协商结果有利于公众, 而不是在于出版者和读者应该有什么样的权利。"[30] 智慧创作物是一种抽象物, 其边界通常是模糊的。虽然人们通常认为界定智慧创作物是一个事实问题, 但实际上它却与社会的、心理的和意识形态的因素等组成的复杂系统有关, 其中包含有价值判断。[31] (P154-155) 由于智慧创作物的此种不易确定性, 又由于其可以将自身体现在众多的有形物上, 所以知识产权所有人往往就拥有极大的潜在权利, 可以借助智慧创作物的不易确定性来控制更多的无形物和有形物, 成为资源的垄断者以寻求其最大的经济利益。[32] (P156-163) 所以法律通常对知识产权创设有一定程度的公共规制, 以防止知识产权所有人个人权利膨胀给社会带来威胁。由此可见, 在智慧创作物上不可能存在着不受限制的绝对的自然权利。因此, 在充分保护知识产权所有人合法利益的同时, 还要考虑公众利益、社会利益, 所以有必要对知识产权加以适当限制, 弱化其过分刚性的禁止权。

2. 自由、正义与权利弱化理论

不管自由财产的辩解者如何努力, 历史演进到今天, 自由财产已无可挽回已走向衰落。魏德士认为: "任何国家法律制度的变化都是以价值观、世界观以及意识形态的变化为基础的。"[33] (P22-24) 因此, 我们有必要从价值论出发对此制度演进作一番思考。从价值论角度看, 自由从来都不是法的唯一价值, 英国法学家彼得·斯坦和约翰·香德认为, 法律制度的三个基本价值就是秩序、公平和个人自由。[34] (P2) 那种以个人自由为唯一价值或最高等级价值的观点是不足取的, 并且自由本身包括两种情况: 不受干预的否定性自由和实现个人能力与社会能力的肯定性自由。自由论者往往片面强调排除外部约束和免受专断控制的消极性自由, 而忽略了追求和实现目的的积极性自由。博登海默指出: "由于个人的发展需要得到文化制度和社会的帮助, 所以增进肯定性自由, 在今天便被公认为属于作为一种普遍福利工具的法律的范围之中, 即使这种可能需要不受限制的否定性权利做出牺牲。"[35] (P204-205) 因此, 那种仅片面主张知识产权所有人享有的消极禁止他人干涉自由的观点是不可取的, 在对知识控制这一层面上, 它会严重危及他人追求科学文化进步、发展自身能力的积极性自由, 也会危及他人所享有的不受干预和控制的消极性自由。[36] (P54-68) 并且, 对自由的极端追求也可能会导致反知识产权的倾向, 因为自由主义者可能要求完全信息自由, 主张废除知识产权以免受其束缚。从法益衡量角度看, 财产性利益在价值位阶上应低于公众的信息自由权。在某些场合为保护知识产权所有人的利益, 可能造成使用者或者社会公众利益的巨大损害, 这样的结果明显不符合利益最大化原则。在这个意义上, 权利弱化与利益分享理论有助于制约过分刚性的禁止权, 同时使社会利益最大化, 使知识产权应有之效用最大化。[37] (P258-286)

现代法理学一般都倾向于认为法律的最高价值是实现正义, 而正义所"赋予个人的自由、平等和安全应当在最大程度上与共同福利相一致。"[38] (P234-235) 然而, 自由论者更愿意突出其中的一个方面, 很少将

这三个基本法律价值作为一个整体加以考虑。“在今日西方社会,这三个基本价值都是不可缺少的,而且,三者之间的平衡十分微妙。”[39](P2)所以,为平衡法律价值之间的关系、实现正义,有必要弱化过分刚性的禁止权。从正义内部的角度看,罗尔斯提出了两个著名的基本正义原则:第一,给予每个人“以一种与所有的人同样的自由体系相一致的最为广泛平等的自由体系的平等权利”,第二,主张像财富或权力的不平等一样,社会和经济的不平等只有在满足下述两个条件时才是正当的:(1)它们所依附的职务和地位在机会均等条件下向所有的人开放;(2)它们必须补偿每个人尤其是社会中受益最少的人的利益。此处的第一条原则被称为平等原则,第二条原则被称为差异原则,平等原则优于差异原则。[40](P596-597)从第二正义原则的角度讲,知识产权所有人依法享有的过分刚性的禁止权可能无法实现使“最不幸者获得最大利益”的目标,因为在无形物上的禁止权与有形物上的排他权不同,后者只是意味着排除他人对某一物的控制,而并不影响他人对同一领域其它物的控制,而前者则由于无形物附着于有形物上的特性,意味着将他人彻底排除出某一领域。从第一正义原则和第二正义原则关系的角度看,在差异原则下赋予知识产权所有人的禁止权,可能会因为智慧创作物的难以界定性而使其拥有过分的权利,也可能会威胁他人在平等原则下所享有的其它基本自由,以至违反第一正义原则。因此,有必要建立一种有效的制度,对知识产权所有人禁止权的行使加以适当限制。

(二)利益分享理论的展开

如上所述,在科学技术高度发达的当今社会,知识产权所有人已不可能完全控制其权利客体,绝对的行使禁止权。既然如此,有两种可选择方案使之加以改进:一是强化知识产权力度,完善其实施禁止权的条件;另一种就是弱化知识产权的禁止权,实现利益共享。从形式上看,这两种选择似乎是矛盾的,但实质上是一致的,其目的都是为了矫正现行知识产权制度存在的某种缺陷,使知识产权所有人的利益受到更加有效的保护,使由知识产权所产生的经济利益与社会利益最大化。传统的知识产权法哲学理论对知识产权制度的创建具有重要的意义,新兴的三股知识产权思潮相当于助推器,将知识产权制度向前推进,而此两种方案则相当于牵引机,将知识产权制度向前拉动。因此,这两种方案的目的是是一致的。尽管如此,两者的区别仍然是明显的。第一种方案侧重于保护知识产权所有人的利益,让知识产权所有人形成更加强势的垄断权,让使用者的利益和社会公众的利益受到较大的限制。第二种方案不仅注意对知识产权所有人利益的保护,同时兼顾使用者和社会公众的利益,使由知识产权可能产生的经济利益和社会利益最大化。这样的价值理念体现在以下方面:

1. 资源本位、强制自治与利益分享

资源本位,是指以人类生活资源为规范之对象,与其对应的是行为本位,即以人类行为为规范之对象。曾世雄指出:以农业为主,简单而纯朴之社会背景所制定之民法,在行为本位与资源本位中,选择行为本位为其规范之基础。[41](P6-9)但现代已远远不是约翰·洛克所处的那个资源无限丰富的时代,现代面临的一个重要问题就是资源的匮乏和短缺。因此,应使资源本位与行为本位具有同等重要的地位,在“制度内之异常利益概括调回”的理念中,因发明专利等形成独占市场而获致之异常利益,民法亦应有节制之规定。[42](P13-14)也许有人持不同见解:人类发展至今,知识资源的积累已经达到了一定的程度,故智能创作物是无限的,对它的使用也不会导致浪费。对此,Drahos认为,抽象物虽然可能是无限的,但人们发掘它的能力却是非常有限的,几乎任何社会都面临着知识资源相对匮乏的状况,并且,抽象物虽然不会因使用而减少,但可能因过分强势的垄断而浪费。[43](P47-51)因此,现代社会的知识资源也是匮乏的,而知识资源对每一个人发展其自身能力并参与社会进步都是不可或缺的,并且智力劳动者用于创作的资源是公共的,创作本身就是对知识资源的利用。由此可见,任何创造、创新或创作都离不开前人的贡献,是人类社会共同投资和开发的结果,所以,建构一种让所有参与知识产权创造和传播的自然人、法人或者其它组织共同分享利益的机制,不仅必要,而且可行。在此种资源本位理念的指导下,利益分享不失为一种好的调整模式。但应当注意,根据私法自治理念,知识产权所有人有权拒绝他人实施其知识产权或请求禁止他人实施,以阻碍他人与其进行利益分享。由此所引发的结果有三种可能:一是形成知识产权滥用,妨碍公平竞争;二是造成有限资源的浪费,使有限的知识资源不能产生最大化的效用;三是引发许多无谓的纠葛,影响社会和谐。面对这样的情况,为了确保让尽可能多的主体参与利益分享,就需要弱化知识产权所有人的禁止请求权,引入一种强制自治的观念。其具体表征就是:迫使当事人双方就某项具体的知识产权,按照合理条件,缔结许可使用协议。此种做法,既不同于当事人意思的完全自治,也不同于政府的管制,有学者将之称为“第三条路”。[44](P61-64)例如,对未经许可擅自使用受知识产权保护之智能创作物者,知识产权所有人不是首行使禁止权,尤其不得草率地提出撤销在后权利的主张,而是行使损害赔偿请求权,继而行使实施许可合同缔结请求权,合同的内容,国家则不予干涉。在当事人双方不能以合理条件达成协议的情况下,知识产权所有人才可以行使停止实施请求权。这种模式不同于法定许可和强制许可,只是对当事人(尤其是对知识产权所有人)私法自治权一定范围的限制,却能达致利益共享的效果,也有利于社会财富的增加。

2. 功利主义、反面功利论与利益分享

功利主义以“最大多数人的最大幸福”作为其目标,也可称为共同福利或共同利益。共同利益是一个极其不确定的概念,著名的社会法学家庞德对此作了深入研究,他将个人利益之外的利益(可称之为共同利益)分成为公共利益和社会利益,并进行了详细探讨,似乎使之有了某种程度的确定性。但是,庞德将法律视为一种社会系统工程,随着时代的前进而变化,因此,共同利益实际上也是一个变量,而非常数。[45]但知识产权强势主义者认为,共同福利就是推动强势保护的工具有效,因为他们确信:强势的知识产权保护,能够确保权利人的利益,能够促进人们的创作热情,丰富创作成果,增加社会利益。反知识产权论者则会以推动社会多数人的利益为口号,将公共利益绝对的凌驾于知识产权私人利益之上,进而限制甚至剥夺其私人利益。因此,法哲学家在使用共同福利或共同利益这些概念时都是小心翼翼加以限定的,比如博登海默对共同福利的概念设下了两个限制:“它不能被等同于个人欲望和个人要求的总和,也不能被视为是政府当局所作的政策决定。”[46](P325-326)基于“最大多数人的最大利益”的不确定性,一些法哲学家提出了反面功利论。考夫曼指出,反面功利论有以下两项基本认识:(1)幸福无法普遍化,除非其意义是空洞的;(2)正面的功利论的利益是对尽可能的多数人幸福,并不在乎少数人的不幸,当对多数人的“幸福”有必要时,就可牺牲少数人。反面功利论的倡导者以为,公益正义必须以此种方式追求:“尽可能消除或减轻现存之苦难,不制造可避免的苦难,减少不可避免的苦难,且尽可能不施加于社会个别成员身上”。[47](P257-258)从反面功利论的立场出发,权利弱化与利益分享理论并不是主张将所谓的“大多数人的信息自由”、“多数人的利益”绝对的凌驾于知识产权所有人个人利益之上,去牺牲知识产权所有人的个人利益以增进公共福利。权利弱化和利益分享的核心在于在资源匮乏和权利人实际上利用了有限公共资源进行创造的前提下,既使知识产权所有人的利益得到充分保障,同时也创造一种由尽可能多的人来分享利益的局面。这样的效果,不论是对知识产权所有人,还是对社会和具体的实施人,都是一种较优的选择,也符合罗尔斯的第二正义原则。

三、权利弱化与利益分享理论的经济学论证

(一)从产权分析理论上看权利弱化与利益分享理论

产权经济分析的两个核心原则就是霍布斯定律和科斯定理。霍布斯认为在市民社会中往往出现意见不一和不能合作,应尽量减少这种损失,但除非有一个强有力的第三方迫使他们同意,否则人们天生的贪婪将引诱他们争吵不休,所以需要建立法律以使私人协议失败造成的损害达到最小。科斯认为,人们在合作中的障碍主要是诸多的交易成本,所以建立法律的一个中心目的是,消除私人谈判的障碍。[48](P345-346)谈判理论是科斯定理细致化的结果,我们可以将谈判理论的内容归结为:1. 自愿合作是实现效率的最佳途径;2. 但实际上存在着诸多阻碍自愿合作的因素;3. 需克服阻碍谈判进行的因素,恢复效率;4. 在恢复效率的诸途径中,又以能够促进当事人自愿合作的安排为最佳。谈判理论具体说明了合作的益处和阻碍合作的交易成本的来源,为建立一种有利于克服阻碍、促进合作的制度提供了理论基础,同时也提供了评价标准。[49]

以谈判理论来分析知识产权,可以得出如下的结论:在智慧创作物的创作和使用上,如果创作者能与其所利用的资源的所有者,智慧创作物的使用者能与其创作者之间通过谈判进行自愿的合作,则为最佳选择。但现实中,他们却很难通过自愿合作来增进效率,因为存在着很多阻碍自愿合作的因素。例如,创作者在使用知识资源时往往意识到其利用的对象具有公共物品属性,存在着搭便车的心理,不愿意去与对方谈判,也不愿意支付较高的代价。而创作者一旦在其智慧创作物上拥有了知识产权,同时也就享有了权限和禁止权,在最大化利益的驱动下,并有禁止权作为支持,创作者也不愿降低交易成本而与使用者合作。因此,克服阻碍谈判进行的因素的首要目标就是明确界定在智慧创作物上的产权,以使双方的权利义务关系得到明晰,让使用者认识到创作者的权利。现有的“权限加禁止权”知识产权保护模式,使得知识产权所有人未授权实施者处于不对等状态,其选择权在知识产权所有人,未授权实施者只能被动地应付。权利弱化和利益分享模式,能够弱化知识产权所有人的禁止权,降低交易成本,促使双方合作,达到利益分享、互利双赢的效果。此种模式的设计和安排也显然符合霍布斯定律的要求。

从产权保护的规则上来看,一般认为,法律主要有二种保护权利的方法:一是财产规则,二是责任规则。财产规则使权利所有者能够禁止他人侵扰,以此方式来保护权利,除非权利人愿意以相互都可以接受的代价放弃权利。责任规则就是使他人(无权者)降低权利的价值,而不管权利人愿意与否,但无权者事后必须补偿因此而减损的价值。[50](P217-218)传统知识产权的“权限加禁止权”模式就是一种类似财产规则的方式。此种方式在明确界定权利人的产权并保护、尊重其产权上当然有其合理性,但是在现实生活中,在知识产权交易上常常存在较高的交易成本,这就导致财产规则很可能是无效率的,因为交易需付出高昂代价。因此,法经济学家指出,在交易成本很高以致大于诉讼成本的地方,可以考虑以责任规则取代财产规则,使能有效利用权利的人在给予赔偿的情况下无交易的取得权利。[51](P64-65)但在知识产权领域还可能存在着交易成本和诉讼成本都比较高,比如版权人在网络环境下面对众多使用者(不论是合法的还是违法的)的情形。对此,David D. Friedman指出:“在一个二者成本皆高的世界里,我们就只好另辟蹊径。”[52](P66)权利弱化与利益分享理论就是在吸收财产规则和责任规则的基础上探索出的一条新的道路:它既克服了财产规则下绝对的行使禁止权所带来的问题,又吸收了其对权利人的权利及其交易自由的尊重,引入了一种强制自治的观念,给当事人以自我谈判调整的空间,既有利于交易成本的降低,也有利于降低诉讼成本,以

(二)从博弈论上看权利弱化与利益分享理论

在使用西方传统的古典经济学来分析知识产权时,常会陷入以下困境:古典经济学认为财产权既设置限制又创造机会,在不同财产权的相互限制中,因为没有任何一种财产权具有绝对的限制力量,所以自由市场总能自动达到最佳状态,即个人理性与集体理性在效果上总能达成一致。但将此项原则适用于知识产权,明显存在着不同,因为智慧创作物的边界具有不易确定性,又因为知识产权所有人享有“权限加禁止权”,再加上知识产权保护的全局化,实际上意味着他们拥有支配全球市场的强势权利。[53](P138-139)传统的经济学理论认为,一方面,存在着最佳的信息分布,但知识产权却往往阻碍了信息的流动;另一方面,存在着充分的市场竞争和贸易自由,但知识产权却为市场进入设置了障碍。这就需要引入博弈论的分析,因为博弈论承认个人理性与集体理性之间的冲突,突破了信息完全和市场充分竞争的假设,将信息成本和对策成本也纳入到了理性选择的影响因素之中。[54]在知识产权实践中,通常的表现形态是一种非合作的博弈,比如在社会和权利人之间,社会授予权利人以垄断性的权利,目的是帮助权利人收回其投资,生产和传播更多的智慧创作物以有益于社会,但权利人的兴趣往往集中于这种垄断性权利之本身,他们发现利用这种垄断性权利可以控制更大的资源,避免激烈的竞争,以使自己攫取更大的利润。比如在权利人和使用人之间,本来双方之间通过降低交易成本进行谈判来达到合作双赢,无疑是最佳的选择,但权利人为追求其利益最大化又自恃有法律赋予的禁止权,往往不愿意降低其交易成本与使用人谈判以分享利益。使用人则一方面面临着较高的交易成本,另一方面又没有利益分享机制驱动其去与权利人合作,虽然面对着权利人的禁止权而有可能在诉讼中付出高成本,但往往怀着法不责众的心态而擅自使用权利人的智慧创作物。其结果是权利人面对众多的非许可使用者不断的行使其禁止权,并在法律上寻求更强的保护以禁止他人。这就陷入了所谓的“囚徒困境”:从利己目的出发,结果损人不利己。从“囚徒困境”中可以悟出一条真理:合作是有利的“利己策略”。但它必须符合以下黄金律:按照你愿意别人对你的方式来对别人,但只有他们也按同样的方式行事才行。[55](P175-176)在知识产权制度中,则表现为权利人想要社会和他人更多的尊重、保护和实现其利益,他也必须尊重社会和他人利益,他在试图获取高额利益的同时,也必须回报社会和他人以利益,如此才能达到此种非合作博弈下的纳什均衡,达到双赢的效果。但此种要求仅靠道德的说教等来实现显然是不现实的,因此需要引入权利弱化和利益分享的机制来促进这种双赢效果的实现。在权利弱化和利益分享模式下,由于权利人禁止权的行使受到限制,再加上法律对他提出的合作的要求,对于权利人来说,最优的选择就是降低交易成本与对方合作分享利益;对使用人来说,由于交易成本的降低以及利益分享机制的驱动,与权利人的合作也就成了其最佳的选择。

(三)帕累托最优的效率模式与权利弱化和利益分享理论

在经济分析法的视野下,往往用效率来判定一项法律制度的制定和实施,知识产权也不例外。在经济学上有两种效率模式可供选择:其一是帕累托最优,是指一种在经济资源既定时,不可能使一个人的福利增加而不减少另一个人的福利的均衡状态。简而言之,就是要使至少一方人受益,而不使其它任何当事人受损的状态。其二是卡尔多---希克斯标准,只要第三者的总损失小于交易所产生的总收益,则社会资源的配置就是有效率的。[56](P54-55)由此可见,卡尔多---希克斯标准很容易被知识产权强势主义支持者所采用。对他们而言,不管知识产权的强势保护给社会和他人带来多大的损失,只要最终知识产权所带来的总收益大于此项损失,就是有效率的。这种观点是值得商榷的,因为不能以任意牺牲他人的利益来换取此等效率,这对正义的观念是一种挑战。根据帕累托最优原则,权利弱化与利益分享理论符合此项效率观,因为依据该理论所建构的制度,首先有利于增加公共利益,并且这种增加不仅不会损害权利人的利益,而且还能使其利益得以增加。由此可见,知识产权权利的弱化,实际上是为了实现利益的最大化,使知识产权所有人、有关当事人与社会公众都能从中分享到由此所增加的利益。

四、结语

如上所述,通过法哲学和经济学分析,已经证明权利弱化与利益分享理论具有其合理性,有利于对现行知识产权制度进行整合与重构。例如,以“权利弱化与利益分享理论”为基础构建的专利制度,应当对专利权的垄断性有所弱化,能够让专利的未授权实施者获得与专利权人进行许可证协商的机会,为其已为的实行为或者已做的实施准备变成合法的授权提供可能。此种制度设计有三个利益面:其一,专利的未授权实施者所作的先期投入不至于不合理的浪费;其二,专利权在获得损害赔偿的前提下,还有在颁发实施许可证后获得应得的使用许可费;其三,社会公众可以有更多的机会享受由新技术带来的利益。更为重要的是,以此理论为基础构建的知识产权制度,可以替代强制许可制度,可以减少许多不必要的争端和麻烦。但同时也应当看到,以此理论为基础构建的知识产权制度,仍然具一些尚不确定的因素有待进一步研究。

①比如Tully和McPherson经过解释洛克的劳动学说得到了截然对立的观点。
②在权利弱化与利益分享理论下,这些规则如何协调使用的问题是一个较复杂的问题,作者将另撰文说明之。

参考文献:

- [1] 李京文. 迎接知识经济新时代[M]. 上海: 上海远东出版社, 1999.
- [2][3] 袁咏. 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.
- [4][8][9][12][13][14][15][18][28][29][31][32][36][43][53] Peter Drahos. A Philosophy of Intellectual Property[M]. Dartmouth Publishing, 1996.
- [5] 袁咏. 版权: 激励创作还是保护投资? [J]. 电子知识产权, 1998, (11): 2-8.
- [6] 中华人民共和国著作权法第四十七条第六项.
- [7][10] 李扬. 知识产权基础理论与前沿问题[M]. 北京: 法律出版社, 2004.
- [11][16] Justin Hughes. The Philosophy of Intellectual Property[J]. 77 Geo. L. J. 287, December, 1988.
- [17] [美] 墨杰斯等. 新技术时代的知识产权法[M]. 齐筠等. 北京: 法律出版社, 2003.
- [19] 曹新明. 知识产权法哲学理论反思[J]. 法制与社会发展, 2004, (6): 60-71.
- [20][21][22] Daniel J. Gervais. The Internationalization of Intellectual Property: New Challenges from the Very Old and the Very New [J]. Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, 2002, Spring.
- [23][24] 肖厚国. 所有权的兴起与衰落[M]. 济南: 山东人民出版社, 2003.
- [25] 易继明. 评财产权劳动说[J]. 法学研究, 2000, (4): 95-107.
- [26] 梁慧星. 从近代民法到现代民法---20世纪民法回顾[A]. 民商法论丛(第7卷)[C]. 北京: 法律出版社, 1997.
- [27] 转引自肖厚国. 所有权的兴起与衰落[M]. 济南: 山东人民出版社, 2003.
- [30] Richard Stallman. Innovation and the Information Environment: Reevaluating Copyright: The Public Must Prevail [EB/OL]. <http://home.worldweb.net/dfc/press.html>, 2005-08-16/2006-04-15.
- [33] [德] 魏德士. 法理学[M]. 吴越, 丁小春. 北京: 法律出版社, 2003.
- [34][39] [英] 彼得·斯坦, 约翰·香德. 西方社会的法律价值[M]. 王献平. 北京: 中国法制出版社, 2004.
- [35][38][40][46] [美] 博登海默. 法理学(修订版)[M]. 邓正来. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- [37] [德] 拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥. 北京: 商务印书馆, 2003.
- [41][42] 曾世雄. 民法总则之现在与未来[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.
- [44] 苏永钦. 走入新世纪的私法自治[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002.
- [45] 转引自张忠利. 庞德的社会法学思想[J]. 吉林大学社会科学学报, 2000, (6): 84-87.

[47] [德]考夫曼. 法律哲学[M]. 刘幸义等. 北京: 法律出版社, 2004.

[48][55]转引自钱弘道. 经济分析法学[M]. 北京: 法律出版社, 2003.

[49]魏建. 理性选择与法经济学的发展[J]. 中国社会科学, 2001, (1): 101-113.

[50]张文显. 二十世纪西方法哲学思潮研究[M]. 北京: 法律出版社, 1996.

[51][52]戴维. D. 弗里德曼. 经济学语境下的法律规则[M]. 杨欣欣. 北京: 法律出版社, 2004.

[54]转引自魏建. 理性选择与法经济学的发展[J]. 中国社会科学, 2001, (1): 101-113.

[56]钱弘道. 经济分析法学[M]. 北京: 法律出版社, 2003.

来源: 中国民商法律网

相关文章:

[知识产权主体制度的演进趋向](#)

[关于知识产权领域不正当竞争行为的研究](#)

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)
