

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

更多▲

使用大字体察看本文

阅读次数: 923

## 信息产权理论与知识产权制度之正当性

冯晓青

内容提要

知识产权的客体知识产品可以被看成是一种无形的信息。这种信息的生产对社会具有极为重要的意义。从信息产权的理论看, 建立知识产权制度的合理性应当解决新信息的足够生产、信息的消费者(用户)对信息的足够而合理的分享, 以及信息专有与信息自由和分享矛盾的调适等问题。知识产权制度通过一系列制度设计和安排特别是其中的利益平衡机制, 妥善地解决了信息产权理论上信息垄断与信息分享之间的悖论, 从而使其存在和运行具有充分的正当性。

【摘要题】理论探讨

【关键词】信息产权/知识产权/信息专有/信息分享/利益平衡

【正文】

### 一、信息产权视野中的知识产权

当代世界被称为信息时代和信息社会。从信息产权的角度看, 知识产权法保护的作品、发明等知识产品可以看成是信息的一种类型。因此, 知识产权与信息是密切相关的。知识产权这种权利延伸到了特定种类的信息, 包括原创的、再创造的和被发现的信息等。知识产权保护的知产品信息构成了信息社会的重要内容。从信息产权的角度也可以看出知识产权法赋予知识产权人以专有权利的正当性。在理解知识产权正当性的基础之上还可以进一步发现知识产权法的利益平衡机制——在激励信息的生产和对信息的接近之间的平衡。

知识产权保护的知产品作为一种信息, 具有无形性的特征(注: 可一般性参看我国民法典草案关于知识产权方面的条款。)。信息的无形性意味着信息在没有财产权保护的情况下将难以被信息的最初生产者所占有。信息的无形性也使得信息在被生产出来后, 可以由无数人同时使用并获得收益, 而不会给信息的最初生产者带来额外的成本。与有形财产不同, 信息一旦被公开, 即具有事实上的非占有性。知识产权对于“难以占有”这一问题的解决不可避免地信息的自由使用和自由流动中的无形的社会利益相冲突, 因为知识产权的基本特性是使用知产品应当付费。一方面, 信息的无形性使得信息被生产出来后, 使用信息的单位或个人可以从使用中获得利益, 虽然不会增加信息生产者的额外成本, 但对信息生产者的信息市场存在严重影响——在信息的使用不受限制的情况下, 信息的生产者将难以收回开发信息的投资。这样就使得信息生产者为了收回信息中的投资, 不得不主张和利用财产权来使消费者接近他的知产品时要付费。在知产品这种创造的信息中授予财产权可以为知产品创造者的进一步创造活动提供激励, 因为赋予信息的生产者对开发出来的新信息以专有权利, 他就会有动力去从事新信息的生产。它也对为从事相关的创造活动的人在时间、劳动和资源方面相当的投资提供了一定程度的保障。然而, 在信息的生产者要求对信息的使用付费的情况下, 有些信息的使用者不能够分享到信息, 这将使他们比没有财产权时的状况更糟。原因可能是, 信息的专有者对信息产品索取较高的价金以阻止他人的使用, 这就使得一部分消费者无

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

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

法承受而不得不放弃对信息的使用，从而无法实现资源的优化配置。困惑在于，“没有合法垄断就不会有足够的信息被生产出来，但有了合法的垄断又不会有太多的信息被使用”——这就是信息产权和法律经济学分析方面的一个著名“悖论”。为知识产权法赋予知识产权这种专有权提供正当性，需要对这一悖论做出清楚的解释并找出适当解决办法。

## 二、信息产权视野中知识产权制度之正当性

知识产权制度从产生之初至今已有数百年历史。实践证明，这一制度在促进社会经济、科技、文化发展和文明进步方面具有极为重要的意义。几百年来，人们特别是哲学家和法学家们也一直在为这种制度的正当性做出理性的思考，并逐渐形成了知识产权的劳动理论、人格理论、效益（激励）理论等主导性学说（注：可一般性参看冯晓青著：《知识产权法哲学》，中国人民公安大学出版社2003年版。）。这些理论都从一定程度和方面透视了知识产权制度的本质。除此之外，从信息产权理论的角度也可以认识知识产权制度之正当性。具体而言，在信息产权的视野中，知识产权制度之所以具有正当性，是因为它较好地解决了以下问题。

### （一）新信息的足够的生产

赋予信息以产权（注：一般地说，不能基于信息本身是“抽象的”而从物质财产制度推导出将信息作为财产。信息应当自由并没有放弃其他种类的抽象财产。在信息与可以被接受的财产种类之间的区别不是基于抽象物本身。）提供的手段应当是保障对更多信息的创造和传播提供适当的和足够的激励。大多数消费者商品是有形的。信息，由于它是无形的，仅仅延伸有形财产本身的财产权难以为之提供充分的保护。知识产权法律通过赋予个人和公司对创造的信息以销售或者使用的专有权而提供了个人、公司以激励来创造新的信息。赋予知识产品以专有权的知识产权法能够提供的这种激励尽管不容易被测试，并且在实际中有关的经验数据较少，它的实际效果却是不容置疑的。这是因为，从经济学的角度看，每一个人都是“自利”的主体，都希望通过自己的创造性活动获得最佳的利益。或者说，知识产品的创造者像所有的理性人一样，都希望使自己福利达到最大化。赋予人们创造的信息以产权，可以使信息的开发和投资的成本不致因为信息的搭便车者的行为而不能被回收。即使知识产权的授予不能保证一个满意的或甚至是足够的经济上的回报，它仍然提供了一些回报的手段，因为知识产权人仍然能够适当占有第三方当事人的使用而产生的收益。甚至在一些情况下，因知识产权的专有而带来的收益是相当可观的，因为总是有一些成功的作家、艺术家和发明家。

与没有赋予信息的财产权相比，财产权的赋予对利益的保障足以激发创造者从事创造活动的积极性。当然，对信息创造和传播的激励不仅仅只是知识产权法。已有一些学者的经验作品分析人们从事开拓性的创造性活动的原因，以及知识产权保护在促进创造性活动方面的作用。例如，Plant主张，在知识产权中的私有财产权在鼓励新思想创造方面效果有限，而它对于生产者受到的竞争的限制可能会提高知识产品的价格，从而导致在这些商品中使用其包含的思想的低效率。[1] Breyer则从著作权的角度推理著作权以外的激励因素的重要作用。他认为，最初的出版者可能有很多优势，如市场战略，甚至在缺乏知识产权保护的情况下也可能获得较高的利润。他们都看到了知识产权保护在授予出版者和专利权人以过度市场力方面的问题，通过使出版者以自己的努力获得市场力而不是通过国家授予的财产权而获得市场力，可能会使出版者更好地发行自己的作品。确认固有在知识产权中的公共商品问题，他们认为由于过度保护知识产权带来的市场扭曲，不规则而无效率的市场可能会过度地履行政府的规则功能，而影响了知识商品的广泛传播。[2] 还有学者认为，政府直接奖励有同样的效果，并且很多早期的英国发明者通过从国会的直接授予比专利的利用获得了更多的收益。但是，与赋予信息的财产权相比，由政府提供直接的奖励的措施也存在很多弊端。[1]

不过，更多的人认为，在赋予信息创造者创造的信息以产权保护的情况下，这将提供激励并确保这种创造性活动的发生；而在缺乏保护的情况下相当的公共利益将会丧失。另外，如果联系一下对创造性智力成果这一重要信息的保护的经济学上的正当性，可以发现缺乏产权保护时自然权利的讨论（注：自然权利理论中的财产权劳动学说是认知知识产权制度的一大理论。参看冯晓青：《知识产权的劳动理论研究》，《湘潭大学社会科学学报》2003年第5期。）很明显地会主张信息财产值得被赋予财产权。当然，这里所论及的新信息的足够的生产以及对信息生产和传播的激励，仍需要从经济学方面入手。信息产权的赋予克服了创造者最初创造的产品的完全公共商品特征，使其增加了私人商品的含量。这种私人利益的确保就是激发从事新信息生产的动力。

进一步分析缺乏知识产权保护的情形，可以更深刻地理解在促进信息创造方面知识产权制度的正当性。在缺乏对知识产权保护时，创造性表达将可能是生产不足的，也可能是传播不够的，还有可能对知识产品这种信息产品的生产存在严重的保密倾向（注：由于缺乏法律的保护，在私人市场，信息的生产者、占有者会对有价值的信息予以保密，以在私人市场为自己创造额外的经济收益。特别是对稀缺信息的专有

控制已经成为一个战略性步骤。信息的所有人发现，通过保密信息可以使自己在商业活动中处于优势。在缺乏知识产权保护时，由于对信息的接近不受限制，一旦信息的最初开发者将信息公开，信息的开发者欲从信息的流动中获得利益将很难。他们可能失去了一切却什么也没有得到，因为他们无偿地将自己的信息告诉了他人。在缺乏知识产权保护的场合，信息市场被看成是与政策相关的私人性质的，信息被认为是在私人市场的商品的一个结构性因素。)。知识产权法就试图通过对信息的生产者授予专有权的方法来激励和报偿他们，并消除信息供应不足的局面。这也为信息的财产化提供了正当性。不过，也需要指出，通过建立信息产权制度激励信息的生产，只是问题的一方面。信息被生产出来后需要进入流通，这即是问题的另一方面。信息产权制度确保信息的流通同样是不可忽视的。然而，在知识产品这样的信息中设立财产权确保足够的信息被流通，却存在障碍，因为此时信息成为更加昂贵的东西，并且由潜在的稀缺（生产不足方面）变成了现实的稀缺。过去从自由地接近丰富的信息而受益的很多人因为信息要付出成本，可能被排除于使用领域之外。正如前面提到一样，困惑在于没有合法的垄断就不会有足够的信息被生产，而有了合法的垄断却又可能使太少的信息被使用。

这种困惑可以说是知识产权法需要解决的核心问题。在赋予知识产品这种特定信息以专有权时，信息的产权化自然对信息的不受限制的自由流动具有限制甚至阻碍作用。这可能会相应地影响到知识产品这类信息被广泛地使用。根据信息产权的模式，信息的第一位特征是被作为商品来看待的，这被看成是对于信息的生产的必要的激励。但是，作为“商品”，它在市场交易中除了先需要界定产权外，在交易市场中也存在流通的成本。知识产品这种信息商品在被赋予产权后，在限制信息的自由流动中增加了额外的成本。同时，限制信息的自由流动本身可以被看成是赋予信息以产权的一个重要成本。这种成本实际上是一种社会成本，因为社会成员承担了不得擅自使用知识产品这种信息的义务。此外，授予信息产权本身也限制了竞争。从静态的角度看，限制信息的自由流动和限制竞争，都是对社会的损失，因为市场经济社会既需要竞争也需要信息的自由流动。

然而，从平衡的角度看，这只是问题的一方面。与将信息作为纯粹的公共商品即对信息不赋予产权相比，在信息这种公共商品中增加私人商品的含量，即通过设立信息产权的方法，对信息生产的激励的增加，将弥补信息产权限制流通和竞争产生的问题。从限制竞争的角度看，知识产权法可以看成是为了促进竞争而对竞争的限制；从限制信息流通、信息的自由流动的角度看，知识产权法可以看成是为了促使更多的信息被生产出来从而有更多的信息被进入信息流通中而对信息流通的必要限制。实际上，限制信息流通和竞争可以认为是针对为信息的生产者提供足够激励的平衡性因素（注：参看William Landes, Richard Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18J. LEG. STUD.325, 333 (1989)。他们主张，原则上存在平衡这两个竞争性利益的著作权保护水平。他们把著作权描述为在为了刺激作者的创作而授予作者合法保护的利益与为了使未来的创作者合法地接近他们所需要的原材料而对作者的权利进行限制之间的基本的平衡。)。在论证知识产权法的正当性上，这种平衡具有关键意义。可以设想一下，如果在信息中设立产权而导致的限制信息的流通和限制竞争而产生的社会成本超过了因信息产权制度的激励功用而增加的信息生产的社会利益，知识产权法的合理性就值得怀疑。这可能会出现信息世界的贫穷，而这依然更加需要对信息生产的刺激。不过，在限制信息流通的基础之上促进足够信息生产的平衡模式是不容易建立的，即使建立了也容易被打破，因为要查明财产权的水平以实现理想的信息的生产和消费水平。这使得在实践中，“法院和其他政策制定者在将‘无形的手’保护的智力产品作为财产或者是垄断之间是有点摇摆不定的”（注：参看Herbert Rosenthal *Jewelry Corp. v. Kalpakian*, 446F. 2d 738, 742 (9th Cir. 1971)（划分思想与思想表达的界限是维持在体现在专利和著作权法中的竞争和保护之间的平衡。）。无论如何，信息的广泛流动对于社会的发展是重要的，并且知识产权法的建立，“有助于信息的创造和传播”。[3] 像美国《宪法》第一修正案的著作权和专利条款即规定，通过赋予作者和发明者对他们的创造物的有限的专有权来促进科学和有用艺术的进步。可以认为，这一条款旨在对公开的创造性发明和作品授予权利来促进信息和思想的广泛传播。通过授予智力创造物中的财产权，国家对关于这种产品的内容的价值选择私有化，最大限度地刺激这类创造物的生产。

## （二）信息的消费者（用户）对信息的合理分享

从信息产权角度看，赋予信息以产权的制度需要解决的第二个问题是：信息在被生产出来后，需要确保信息的消费者（用户）对信息的合理的分享，手段是使现有的信息能够适当甚至自由地由潜在的使用者获得和使用。

信息的消费者对信息的合理分享可以认为是一种对信息共享的权利，也是实现“个人自治”的重要手段。个人自治的理性是其自我控制。当个人组织和建构自己的生活方式时，他实现了个人自治。自治是个人创造的理想，它是作者、发明者生活的一部分。实现个人自治也是自由民主社会的普遍要求，而个人自治与包括信息自由在内的自由具有密切联系。具体地说，个人自治与自由的复杂关系在于，当自由的境界高于个人自治时，人们为了获得个人自治不需要对每一个事情进行自由的选择。信息自由对实现个人自治的意义在于，获得和使用信息成为现代社会的人从事社会实践活动的基本条件，成为个人独立的重要环境

和保障。自由民主社会需要确保个人自治，就相应地需要建立信息自由和信息合理分享的环境，特别是法律环境。在确保信息自由进而确保个人自治的法律环境中，知识产权制度似乎具有相反的效果。这在于知识产权保护的主体与知识产权法调整的其他人的利益存在一种对立关系。以著作权法而论，作者会主张，他们自我表达的完整性与控制他人对其作品使用有关。复制者则主张他们表达自己自治的能力——像模仿者，就被作者的权利所限制。对复制者而言，特别是，个人自治和原创者之间的哲学上的联系使僵局变得更复杂了。这种联系出现了某种困境。一方面，复制者以个人自由和他们作为自治代理人的名义要求：如果当一种表达对于个人现实很重要时，自由表达和他们对文化物的使用应当被控制观点的提出，他们很难接受。另一方面，这是打破独创性和原创身份的神话，而强调我们总是从别人那里获得了有益的东西，创作物总是建立在别人的成就的基础之上，甚至是我们自己的创造性的部分。他们认为法律应当承认这一点，并相应地去掉对思想与信息的自由流转的限制。但是，他们是通过主张涉及到试图削减的独创性思想和个人创造自治的价值来确保的，这看起来有问题。

信息自由和信息资源共享而产生的教育利益、知识扩散与效用是关系到维持自由民主社会的本质问题。保证充足的信息的自由流动是民主社会健康发展所必需的。国家在建构知识产权法时充分注意到在知识产权政策中这些核心问题非常必要。在以权利为基础的自由民主社会中，信息和私人财产权制度在个人的行为自由与国家的强制力之间需要清楚地划分。私人的个人自治将是稳定的，而公共权利进入私人社区领域是危险的。对信息的接近在构建个人自治领域和民主政策的公共领域之间具有建设性作用。自由民主社会在以信息为基础的世界重视信息的自由流动和交换。信息在个人之间的不平等，需要通过更广泛地接近信息来加以矫正。自由国家也依赖于信息与思想的平等性。在一个国家中，公民是平等的，但限于作为公民的能力，而不是私有的个人。对信息的占有也是如此。当人们进入信息市场时，人们已经占有了通过信息产权化形成的价值（注：通过以信息为中心的思想交换，信息的自由流动是最初获得信息的人在更大的思想市场进行交换的先决条件。这种信息自由又是表达自由的前提。表达自由在实现个人自治和增进自由民主社会的目标方面具有重要价值。第一，表达自由是确保个人实现自我的充分发展的本质性的东西；第二，它是拓展知识和发现真理的本质方法；第三，它是所有社会成员参与决策的本质的东西。）。

信息自由问题与信息的分享是一脉相承的。由于知识产权法本身是对信息自由的直接限制，而信息自由以及在此基础上的信息分享在现代的民主社会中具有关键性的作用，为知识产权法赋予知识产权人的专有权提供正当性，当然还需要说明知识产权法是怎样在限制信息自由和信息分享的基础之上保障信息的合理分享的，并且还需要进一步说明这种给信息以产权但限制信息使用的机制比信息可以自由地使用的机制能够促使更多的信息被产生，并实现最大的社会效用。

在直觉上，信息自由和共享似乎与现行的知识产权法的法律框架不同，因为知识产权法是限制信息自由的。这样一来，在促进信息的自由流动和对信息的专有之间似乎存在一个基本的紧张关系。以专利法为例，在专利保护作为为促进技术公开而提供报偿的手段与促进基本的科学信息的自由流动之间的冲突创制了一个两难问题，因为基础科学界的传统观念是，非财产化的对新信息进行及时的扩散。实际上，从自由的一般含义出发，虽然自由是在法律规定的范围内人们的行为和意志不受限制的权利，法律包括知识产权法律有关自由概念本身已给自由做出了一些限制。当获得自由的途径不能确保自由充分实现时，自由便被认为是构成了一个悖论。这里的信息自由与知识产权保护也似乎如此。“信息自由流动”中的“自由”本身是一种有限制的自由。知识产权法的特殊调整方式和规范，则解决了这一悖论。

另外，信息自由与信息共享的观念与后现代关于知识与信息作为启发性行为的观点相一致。即是个人使用知识和信息的能力来获得财产，而不是保护已经获得了的知识的能力。根据这一观点，获得知识和信息的能力和将知识与信息运用到有用的目的的是一个基本的自由。然而，由于信息的生产者在没有被赋予对信息的专有的情况下，会出现对信息生产不足的现象，这就需要对已经存在的信息进行“公有”和“私有”的划分，以既保障信息的生产者对信息专有的需要，也同时保障信息的消费者对信息使用的需要。实际上，知识产权法以更复杂的方式依赖于对信息的公有和私有的划分。通过在公共和私人领域划分界限，知识产权法律给我们留下的既不是完全的国家状态也不是完全的自然状态。在信息自由的框架下，信息的创造者不能在信息市场中拥有太多的信息，必须给信息的广大消费者留下必要的使用空间。正如自由政治所担心的是受到限制的国家权力侵犯私人领域一样，就信息的自由流动、信息分享而言，对信息市场的威胁不是来自于“私人”市场的主体，而是来自于国家权力的“公共”滥用——知识产权法赋予的专有权利对信息的接近和自由流动构成了妨碍。这种妨碍是不适当地扩大了信息的私人领域的结果。此时，知识产权法对信息自由流动的控制过大，而不是在一个自由社会便利思想的自由流动，这样所带来的社会效用将不是最佳的。基于此，为了便利于信息的自由流动，知识产权要被看成是一个规则性的概念。

### （三）信息专有与信息自由和信息分享矛盾的适当解决

在信息社会，如何合理地调整知识产品这种信息资源共享与信息资源配置、信息资源专有的矛盾，是必须面对的一个现实问题。知识产权保护与信息资源共享的理念似乎是不符的，信息自由及信息的合理分

享与知识产权的专有性看起来也是矛盾的。这种矛盾源于信息的公共性与知识产权的专有性之间的对立（注：有的学者则将这种矛盾归结为知识产权制度的自身的局限性，认为知识产权制度因自身的局限性，致使整个法律体系与社会利益、个别利益存在诸多矛盾，表现出对自由的种种限制。参看邓丹云、易显飞：《自由的悖论——由知识产权制度引发的哲学思考》，《零陵师范高等专科学校学报》2001年第1期。笔者则认为，这种矛盾不应是知识产权制度本身的局限性，而是知识产权制度所要实现的保护知识产权人的专有权和促进信息的广泛扩散的目标使然。）。在信息方面确立产权的经济特征在于该产权都是专有权或者说垄断权。在市场经济中，市场主体是利益最大化的追求者。就知识产权人来说，他可能会通过专有权而获得市场力的优势，寻求“经济学租金”（注：即垄断利润。），力争实现私人利益的最大化。信息的消费者（使用者）则基于信息的消费需求而追求信息的充分自由，以达到信息效用最大化的目的。知识产权人对信息专有的追求和信息使用者对信息自由的追求，直接构成了信息世界中的矛盾。解决这对矛盾仍需要在信息的专有和私有的框架内解决。在知识产品这种信息市场发生的冲突源于我们期望信息的作用和需要的信息的内容。例如对信息的商业性使用和非商业性的使用就是一个原则的界限和区别。这种界限和区别反映了“公共”信息被作为自由流动的信息而“私有”信息被作为受限制的信息的矛盾性模式。使现有的信息能够自由地由潜在的使用者获得和使用，这种对信息的合理分享的实现程度反映了知识产权法分配和使用信息的能力。通过区分当事人或者交易信息的“公有”领域或者“私有”领域，这有助于解决信息自由及信息的合理分享与知识产权的专有性这一复杂的信息分配问题。

对个人所有权建立以“自由”为基础的权利将会创造有形物中的财产基础。然而，对财产权的以自由为基础的讨论，则可能会得出反对知识产权法的结论，因为专利和著作权等知识产权垄断权妨碍了其他人以某种方式占有智力财产的自由，知识产权法限制了信息的自由流动和个人自由。与有形财产权仅仅排除其他人对于该物的控制相比，知识产权是排除了相关行为的全部领域。

确实，从表面看，“自由”和知识产权似乎是不匹配的，因为有形客体中的财产对行为的限制只是及于特定的商品，而“观念客体”的财产限制涉及到没有空间界限的全部范围的限制，涉及到除了被国家授予垄断权以外的人的所有合法占有的智力财产。也就是说，知识产权在限制自由方面与其他财产权的限制不同。有形客体中的财产权根本就不限制自由——它们只是限制行为。以拥有一台电脑为例，甲拥有一台电脑的实质是，在他希望时他可以随意地处置它，而这要求其他人在任何时候需要时却不能拥有它。但这不等于说，除非甲允许，否则其他任何人不能拥有一台电脑。但知识产权则不同，它不只是像对有形财产的所有权控制一样——排除他人对于该物质的控制，而是涉及到人类行为的很多领域，甚至涉及到个人的私人生活领域（注：在著作权领域的合理使用制度中，对“家庭录制”的限制就是一个例子。）。知识产权确实限制自由。有人正是从知识产权限制个人自由的角度认为知识产权由被授予特权的那些人限制了“涉及到合法占有财产的在时间和地点上不受限制的行為的全部”而主张知识产权存在道德上的障碍。这种被限制的自由从信息产权的角度讲，实际上是信息的接近和利用的自由，或简称为信息自由。知识产权和信息自由是否为完全对立的关系，是否确实因为知识产权“是抑制自由的特权”（注：这是Peter Drahos的《知识产权哲学》一书中多次提到的观点。参看Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth Publishing Limited, 1996.）而应该否定这种制度，在这里需要借助于利益平衡原理解决这个疑团。

也就是说，知识产权法限制信息自由和信息分享但又保障了信息的合理分享和传播，需要通过知识产权法特有的平衡机制来实现。认识知识产权限制信息自由，首先需要认识知识产权对一般自由的限制。从一般的角度来说，所有的法律都限制自由。知识产权法律亦不例外。知识产权法在任何特定的意义上是否影响到自由，就设立知识产权制度的道德上的正当性来说，这当然是应当考虑的。应该根据知识产权对于自由的影响来考虑它对自由限制的正当性及其性质。知识产权对自由的限制不能比作像一般的交通法规对人们的出行进行限制一样。就信息自由来说，知识产权限制信息自由，表现为消费者对知识产品的获取、利用受到知识产权人的种种控制，而不能自由地获取与利用。例如，著作权法中存在不经原创作者或者其他著作权人的同意他人不得复制的规定，作者或其他著作权人必然会限制用户的自由。本文的论述则表明，知识产权这种对信息自由的限制是必要的。并且，这种限制的道德上的正当性不是基于这样一种逻辑：为了乙的利益而要禁止对乙的发明、作品等知识产品的利用，它几乎不会妨碍到甲的自由权利。如果没有乙的劳动，他人对该发明或者作品的享用就不会存在。这里强调的是“自然的自由”——这是一个亚当·斯密经常对自由经济的基线定义。在考虑自由与限制自由的正当性时，必须考虑到自由的特定的环境。哪些自由对我们是重要的，哪些不是重要的，必须根据我们周围所处的环境来决定，而不应根据一些最初的状况来决定。讨论知识产权限制信息自由问题也是如此。在知识产权法中，这种特定的环境就是促进更多的信息生产。

从信息本身的非纯粹的公共商品的特性看，对知识产品这种特有信息的使用存在着两种相互对立、相互制约的权利机制：信息创造者对信息的专有权利，以及社会公众对信息的共享权利（即所谓信息共享）。知识产权的客体知识产品与有形财产不同，它一经产生即存在对信息的专有权利和对信息的共享权利的平衡机制。这种平衡机制要求对专有权的保护以不影响对信息的接近、知识与信息的及时和广泛的

扩散为前提。平衡机制的一个重要方面体现为对知识产权这种专有权利的适当限制。这种适当限制保障了在授予知识产品这种信息的财产权时，其他人依然能够接近已经存在的信息，并且通过为个人生产或者原创出信息提供足够的激励，又能够确保知识和信息的储存。从这里可以清楚地看到知识产权的授予涉及到在上述需要促进的两种活动之间的一个重要对价——对信息创造的激励和信息合理分享之间的适当的平衡。知识产权制度是文明社会的标志，是规范知识产品这种信息资源生产与传播的法律制度。建立知识产权保护与信息共享和信息自由的合理的平衡机制，是解决知识与信息的专有权与共享权之间的冲突的根本途径。知识产权法作为对信息的接近与作为对个人智力劳动成果的保护之间的平衡，在专利和著作权法等知识产权专门法中确实是存在的。

笔者主张，知识产权法是一种典型的利益平衡机制。利益平衡机制的构建兼顾了知识产权人的专有权和社会公众的自由接近信息的利益，最终使得知识产权法通过对信息接近的有限的抑制，扩张了信息的总量，为更大程度的信息自由提供了保障。从权利的自由度看，在知识产权领域中，社会在权利界定与分配上实行的是“专有区域”与“自由区域”的分野。所谓专有区域，是指知识产品创造者独占的领域，在专有领域中，他人使用知识产品一般既要征得权利人的同意也要向其付酬；在另外一些情况下（如法定许可、强制许可），虽然不需要征得许可，但要向权利人付酬。所谓自由区域，是指对知识产品的使用，既不需要征得许可，也不需要向权利人付酬。著作权制度中的合理使用原则就是这方面典型的例子。专有区域的设立，可以为智力创造者从事智力产品生产提供足够的激励，在经济学上讲是有效益的。自由区域的设立则在不损害智力创造者的利益的前提下促进的信息的传播和利用也是有效益的。这种专有区域与自由区域的分配，实际上反映了知识产权人和知识产品的使用人利益的平衡问题。

作为信息选择的工具，知识产权通过专有权的保护，为信息的有价值的交换带来了便利，并且达到最大限度地利用和获得福利。另一方面，信息的使用者以不损害信息的交换价值的方式利用信息，这会相应地刺激信息的交换。在信息的生产、交换、流动过程中，从知识产权的角度看，信息的最佳分配关注的是怎样建构一种信息生产和传播的制度，使其最大限度地分配相关的信息给那些最需要使用信息的人，而不是怎样地被公正地分配的问题。这样一来，知识产权法必须考虑一个平衡问题——知识产权法有效地促进信息的选择和分配，而不会损害信息提供者扩散信息的积极性。

知识产权的专有权从信息的角度看是在信息进入公有之前对信息的某些使用和接近的临时的限制。与任何私有财产是以其他每一个人的代价增加个人的自由一样，具有私权性质的知识产权以不同的制度限制了思想与自由（注：如著作权对思想表达的限制、专利对思想使用的限制和商业秘密对思想获得的限制。）。这种被限制的思想与个人自由和个人发展有联系。正如John Stuart Mill所指出的，自由的思想 and 言论对于真正的信任和个人发展是很重要的（注：参看Robert Ladenson, *Ethical Theory and Enterprises*, 2d. Ed. T. Beauchamp and N. Bowie (Englewood Cliffs, N. J. Prentice-Hall, 1983), 162-169.）。对思想使用信息流动的限制不仅抑制了个人的发展，也一般地阻碍了技术革新和人的知识的开发。很显然，在著作权、专利和商业秘密限制思想的自由流动的这些消极影响中，要为知识产权提供正当性是很难的。

现在我们则要跳过这一①：知识产权对信息和思想的自由流动的限制只是问题的一个方面，问题的另一方面是知识产权也确保了思想和信息总流量的增加、确保了思想和信息的公开、确保了信息的专有只是被限制在一定的范围和一定的时期内，从而促进了信息的有效选择和分配，协调了专有权利与公众对信息接近的权利的矛盾，最终实现了对知识产权人利益和社会公共利益的均衡保护。

前面的讨论已经表明，增加智力公有物容量的最佳的办法是通过分配信息的和更广泛的知识产权增加对产生新信息的激励。思想和信息的有效公开，自然是思想与信息自由流动和传播的必要条件。在促进思想和信息的公开方面，知识产权法的作用是非常明显的。知识产权法的一个重要目标就是促进思想的使用和传播。除了商业秘密保护制度比较特殊外，专利、商标制度对于权利的获得、保护都有公开的要求。特别是专利制度，技术公开是其非常重要的特点。专利法律赋予发明者以专利垄断权，排除他人对其发明的某种使用，以换取其发明向社会公开。这种直接激励公开的产权模式甚至被演绎为专利制度的一种重要理论——契约论。即国家以授予发明者专利权为代价，换取发明者将其发明向社会公开，国家和发明者之间就好像是在订立一个契约一样。当代的著作权法虽然一般没有公开的要求，著作权人要实现其权利也必须公开其作品，否则著作权只是处在一个期待权利状态。由于人们学习知识离不开对他人思想成分的吸收，思想与信息向公众公开对满足公众的需要就是不可缺少的。当智力创造者把他们的思想公开时，专利和著作权将会增强而不是限制思想的自由流动，虽然它们仍然限制了思想的广泛使用和自由的传播。

特别是，知识产权法对权利的授予不是绝对的，换言之，其对信息和思想接近的限制只是相对的。这主要表现在知识产权法设计中的权利限制。想反对知识产权法的学者如果看一看权利限制的一面，他们就可能发现他们的主张存在的缺陷。现行的知识产权法确立的像合理使用、权利穷竭、侵权例外、强制许可等限制形式确保了在相当多的场合接近信息不受限制，特别是为个人使用、非赢利性目的和教育目的来使

用专利或者著作权作品。在利益平衡论的层面上，如果限制自由对于知识产权有消极的后果，那么会包括更多的对于所有权的限制。

还应当指出，在上述平衡中，蕴藏了知识产品这种信息产品生产的继承性这样一个独到的特点。在信息世界，很少有信息是完全地源于一个人，很多情况下可能只是来自于对已经在公共领域的东西的整合。甚至可以说，在一个技术进步的社会，没有人能够说他完全地创造了信息；相反，他们可能是革新和整合了信息。他们必须建立在已有的知识储存的基础之上。在一定的意义上，信息的一些方面是人类的共同的继承物。信息可以作为社会化的组分，是社会化的一种重要的组分。确认我们积累的知识和见识应当被看成是共有遗产的因素，这强化了确立著作权和专利的知识产权规则的假定。既然信息具有这种继承性，在赋予信息以产权时，这种产权就应当为信息的自由使用留下合理的空间。这种合理空间在知识产权法上主要表现为对知识产权的限制。它是维系知识产权利益平衡的重要砝码。

### 三、余论

至此，我们可以就前面提到的信息产权理论上的一个悖论略加总结，以从信息产权的角度深刻认识知识产权制度之正当性。

知识产权可以被看成是一种信息产权。单纯从逻辑上和直觉上我们可以很肯定地得出知识产品基于在市场中的交易和流转的性质而应该被赋予产权即知识产权的结论。但联系到知识产权是一种信息产权，或者说是一种观念客体的权利，对这种无形产权正当性的认识还需要克服法律经济学对信息产权分析上的悖论。信息的公共商品属性表明，赋予知识产权对于刺激信息的生产具有关键意义，即通过知识产权这种专有产权的授予，知识产权的创造者就会有强劲的动力去从事智力产品的生产。实际上，通过界定相关产权、保护知识产权人的合法权益来激发知识创造者从事知识创造的积极性，无不是知识产权立法的首选目标。另一方面，垄断“天生”具有一种反竞争的特性。并且作为一般的情况，垄断性产业比竞争性产业缺乏效率。知识产权的垄断的失控会导致对知识产品价格的垄断和阻止他人正当使用，有可能使消费者无法承担费用去使用有关知识和信息，从而难以实现资源优化配置的最佳效益。

然而，本文的分析清楚地表明，知识产权垄断权决不是一种绝对的垄断权，它在保留权利人的专有产权的前提下为社会公众提供了不同形式的使用空间。这些使用空间像授权许可使用、法定许可使用、强制许可使用、合理使用、侵权例外等形式，是知识产权立法上的一种重要的制度选择和安排。用微观经济学的观点来说，这种制度选择和安排在经济上的目标是为了实现效益的最大化。确实，通过这种制度设计，知识产权法克服了法律经济学家在分析信息产权时提到的悖论。在本质上，这种制度设计是一种在利益分享基础之上的利益平衡机制。著作权法、专利法等知识产权法实现作者、发明者等知识产品的创造者的利益与信息自由流动之间的平衡，也是知识产权法重要的价值目标。立法者定义了应当授予作者或者发明者以有限的垄断权，以确保公众适当地接近他们创造的智力产品。这一任务涉及到在作者和发明者控制和利用其创作物与发明中的利益与思想、信息和商业的自由流动的一致与平衡。对这种平衡的追求，是知识产权法永恒的主旋律，也是其被经常修改的一个原因。

#### 【参考文献】

[1]Arnold Plant, The Economy Theory Concerning Patent and Inventions, 1 *Economica* 30 (1934) .

[2]Stephen Breyer, The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies and Computers Programs, 84 *Harvard Law Review* 281 (1970) .

[3]Office of Technology Assessment, U. S. Congress, Intellectual Property Rights in An Age of Electronics and Information 37 (1986) .

来源：中国民商法律网

---

[相关文章：](#)

---

[知识产权法的公共领域理论](#)

[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

