

知识产权的正当性^{*}

——论知识产权法中的对价与衡平

徐 瑄

当前，知识产权法出现了合法性危机。原因在于人们对WTO框架下知识产权法的误解：将保护一切“知识活动”的权利诠释为保护“知识”的权利。本文认为，知识产权法保护对象具有双重结构，其本质内容是智慧信息，其外在形式是知识形态。从衡平原则出发，知识产权法仅仅提供了确认秘密和鼓励公开两种衡平机制。其中，鼓励公开的机制是近代国家“创制”的、需经对价才能衡平并实现多赢的衡平机制。文章强调，违反对价与衡平条件的知识产权扩张会侵害社会公众的基本人权。对价与衡平、实现多赢的至善目标是现代国家的法定职责。在信息技术环境下，知识产权应在全球范围内体现对价与衡平，促进人类共同发展。

关键词 知识产权 对价 衡平 多赢机制 正当理由

作者徐瑄，女，1962年生，法学博士，暨南大学知识产权研究中心副教授（广州 510632）。

在现代国家，财产秩序的建立必须具有充分的理由：符合法治原则和精神，符合财产权构建的理念并维持财产法规则系统的逻辑一致性。满足正当性条件的财产法才会被人们认可，否则就不会成为人们自觉遵守的行为规范。在知识产权法领域，一方面，它的特殊性给人们对其认识带来困难：财产法发展史上从不曾出现保护对象没有确定的边界、全赖定义进行指称的“财产”；另一方面，当知识产权法日益被演绎成全球知识产品垄断工具的时候，也使得重新审视和反思它的立法原则成为必须。同时，知识产权保护领域中频繁发生的盗版现象，证明知识产权的正当性没有得到社会公众的普遍认可。

本文试图重新演绎对“知识产权”的“知识”的诠释，并将这一问题放在知识产权基本理论问题中讨论，以寻求支持知识产权正当性的哲学根基和法律框架。

一、知识产权法是人类知识活动规律在法律上的再现

WTO框架下的“知识产权”和“知识产权法”并不是严格的法律概念，而是法律俗语，因此人们对它们的理解，仅仅源自学理上对“知识”的诠释。然而，人们对知识产权中“知识”

* 袁泳博士为本文提供了很多最新资料并参加了本文相关问题的讨论，谨此致谢。

的传统诠释是片面的，其主要表现是将《成立世界知识产权组织公约》中关于“知识活动”^①的权利，诠释为关于“知识”的权利。将知识活动“过程的”权利诠释成“结果的”权利，导致知识产权法致力于已经公开的个人知识成果的高度保护，而忽视知识活动的本质要求。

人类知识活动的本质是什么^②？简略地说，知识活动演绎的是智慧、知识、信息之间的关系。个人的知识活动就是知识活动的主体追求智慧、获得知识、通过信息进行传输的过程。它也是知识活动主体对智慧、知识、信息之间相互关系的揭示。从智慧、知识、信息之间的关系中，应该能够描述知识产权法保护对象的本质和结构。知识活动的主体是有生命和心灵、追求意义和价值的个人。知识活动的客体是知识活动主体追逐的智慧。知识活动的本质是表达智慧。同时，个体知识活动是在信息传输水平上进行的。个人表达智慧获得的只能是包含意义和价值的“智慧信息”——本体论上的智慧是人类永恒追逐的目标，个人只能获得有限的智慧信息。个人通过表达行为，借助特定的表达符号形成具有外部特征的“知识形态”，借助信息进行复制和传输。个人知识活动获得的智力成果就是各种“知识形态”，其本质是“智慧信息”。它反映了智慧、知识、信息之间表达被表达、认识被认识、传播被传播之间的关系。知识产权法参与个人知识活动过程中的表达、复制、传播、使用的整个过程，并提供产权保护。作品、技能、智能、技术、经验、配方、参数等，都是各种知识形态，其本质内容则包含各种意义和价值的“智慧信息”。

此外，个人智慧表达和控制的特定性，是知识产权作为财产权构建的前提。人类共同的智慧活动，是通过个人活动来完成的。个人之间的能力不同，决定了个人感受智慧信息中的意义和价值的差别和竞争。因此，形成了人们真实的智力差别。相同的符号形式可以因不同的主体理解能力而有不同的内容。人们之间真正的竞争是理解各种符号中意义和价值的竞争。个人付出不同，大脑处理客观世界的信息不同，个人获得的智慧信息就不同；个人的“具象”水平和定性能力（辨别能力）不同，对各种符号中的意义理解和接受的能力也不同。同时，个人的表达能力不同，使用表达工具不同，特定性表达外化的知识形态也不同。这样，个人知识活动成为特定知识水平、特定具象能力和信息处理能力、特定表达能力和特定表达形式追求多样化意义和价值的特定性表达活动。这种“特定性”使人与人的共同知识活动之间的个性化区分成为可能。任何个人可以自由控制自己特定性的表达，包括表达不表达、何种方式的表达、对谁表达、是否传输等。因此，个人对抗他人的财产权构建也就成为事实。整部知识产权法的构建技术，都是在区分和辨别各种知识形态的“特定性”，以准确地“确权”。

但是，不能将知识产权立法宗旨理解成保护个人对自己特定知识形态的控制权。从人类共同知识生活的角度来看，人们知识活动是为追求智慧——永无止境的意义和价值，而不是为获得可被个人控制的、永不磨损的知识形式或“指代符号”，被指代的意义、价值才是人类致力追求的真正的目标。从促进知识活动发展的角度来说，在知识活动中形成的人与人之间真实的竞争，不是对知识形态占有的冲突和竞争，而是发现新内容、新价值、新意义、新功能并提高智慧和表达能力的冲突和竞争——担心自己丧失新知识获取能力而为学习支付成本；担心自

① 1967年7月14日在斯德哥尔摩签订的《成立世界知识产权组织公约》第2条规定：“知识产权包括有关下列项目的权利：文学艺术和科学作品；表演艺术家、录音和广播的演出；在人类一切领域内的发明；科学发现；外观设计；商标服务标记、商号名称和牌号；制止不正当竞争；以及在工业、科学、文化或艺术领域内其他一切来自知识活动的权利（And all other rights resulting from intellectual activity in the industrial, scientific, literary or artistic fields）。”

② 关于人类知识活动的本质及其于理解知识产权的意义，将于另文详尽论述。此处限于篇幅，只是简述。

己因为无知而付出代价；担心别人先于自己披露新发明而丧失竞争优势。而对人类社会来说，会因为稀缺新意义、新价值而失去发展的动力和目标。不断追寻的意义和价值才是人类真正的稀缺资源，不断增长的创造力才是个人的竞争目标。鼓励发明、激励创造因此才成为知识产权法的立法宗旨和法律价值。将知识产权理解为“创造性权利”^①是正确的。它不过是个人的“表达智慧”的别称而已。

这样，知识产权法保护的对象就具有内容和形式的双重结构。智慧信息是内容，知识形态是外在形式。知识产权法通过保护外在形式而保护内容，刺激个人的智慧表达，促进个人乃至人类知识活动的发展。知识产权法的构建技术，也是通过确定对外部知识形态的时间性和地域性的限制和保护来刺激个人智慧表达，以实现个人对人类知识活动的贡献和个人全面发展。所以，《成立世界知识产权公约》保护“一切来自知识活动的权利”，是为了促进个人乃至人类知识活动的发展。如果片面理解双重结构的保护对象，一方面，过分强调智慧的无形性，会出现“无客体”的财产权；另一方面，过分强调其外在的知识形态，会出现将保护知识活动“过程的”权利理解为保护“结果的”权利，知识产权法就会被演绎成对已经创造的知识形式的占有冲突和竞争，也就将鼓励创新——即鼓励生产新知识——的知识产权立法宗旨，诠释成对已有知识形式、智力成果的保护。这将无法实现促进创新的法律价值。

所以，严格意义上的知识产权，是符合法律规定保护条件的智慧表达权和对知识形态复制、传播、使用的许可权。通过规范知识形态而保护智慧信息，是知识产权法特殊的规范形式。它表现在专利法中，就是通过保护专利而刺激发明、激励创造；在著作权法中，就是通过保护作品而促进创作；在商标法中，就是通过保护商标及识别性标记而保护商誉、促进商品流通，等等。将专利法理解成保护对“专利技术”的专有控制权并不断延长专利控制权的期限，将著作权法理解成保护作品的控制权而不断延长版权保护期，将商标法理解成保护商标和识别性标记而保护“抢注”，不能实现“促进科学、文化、艺术的发展和繁荣”、“促进工业领域正常发展”的法律价值，是违反人类知识活动的规律和知识产权法的立法本意的。

二、知识产权法是衡平机制：相对知识产权与绝对知识产权的衡平条件

从智慧信息及其外化的知识形态符合法律规定的保护条件出发，知识产权法只提供了一个不同知识活动领域、不同智慧信息及其知识形态、不同保护条件的衡平机制。它没有规定任何具体的权利客体，而仅仅规定了智慧信息及其知识形态获得法律保护的条件：具体权利客体授权行政机关按照法律规定的条件进行审查许可。知识产权法保护对象的双重结构确定了审查机关“二分法”的审查原则：对知识形态的形式审查和对智慧信息的实质审查。因此，从不同保护条件出发，可以对知识产权的权利属性及保护条件的衡平性做进一步分析。

从保护条件的“衡平性”角度来看，严格意义上的知识产权可以进一步划分为自然权利和特别权利。在现行商标法、著作权法、反不正当竞争法及其他知识产权单行保护条例中，都同时规定了“自然权利的知识产权”和“特别权利的知识产权”。比如，在著作权法中，作者是

^① “Intellectual Property” 被 Robert M. Sherwood 理解为“创造性成果”（权利）。本文认为，这个理解是最准确的，符合知识产权法的原则。参见 Robert M. Sherwood *Intellectual Property and Economic Development*, Westview Press 1990, pp. 12-13, 转引自刘茂林《知识产权经济分析》第 3 页。

自然权利，而出版商的版权是独立的特别权利^①；在商标法中，注册商标人和非注册识别性标记人之间的权利也是自然权利和特别权利的区别；反不正当竞争法则保护一切智慧信息外化的各种知识形态，比如技术、配方、数据、经验信息等，只要作者愿意保密，甚至作品也可以适用反不正当竞争法调整，因此，它实际上是最普遍的自然权利的知识产权法典^②。通过自然权利和特别权利的区别，可以发现两种属性知识产权保护的不同平衡条件和法律价值。

对于自然权利的知识产权，法律提供了确认保密的、自然平衡的保护机制，它具有相对财产权属性。对于特别权利的知识产权，法律提供了鼓励公开的、经过对价平衡的保护制，它具有绝对财产权属性。因为它们的平衡条件不同，保护原则不同，法律价值也不同，——如果知识产权法仅仅规定了一个平衡机制，那么，“平衡性”就是其合法性审查的标准。

按照洛克的自然权利学说和劳动创造价值理论，个人既然对自己的身体和造物享有自然权利，那么个人对自己智慧信息的表达也享有自然权利，因为那也是个人付出足够的智力、心力、精力后获得的，因此个人也获得了与他人平等的对自己智慧信息的自由披露和使用权。在传统权利体系中，个人的言论自由、出版自由等宪法权利，以及民法中的隐私权，都是根据自然权利创设的。在自然状态下，个人对智慧信息的自然权利能够这样行使：一方面，个人对自己获得的智慧信息如果不愿意披露，这个世界上没有人有权要求他一定披露；个人只要选择了表达，也没有任何人有权利限制他的表达自由，只要他没有滥用自己的表达自由；在自然条件下，“我说的”就具有对抗他人的效力；表达的同时，人格权发生。另一方面，个人对自己获得的智慧信息可以在秘密状态控制使用。因为，智慧作为智能、智力、方法、技术，可以运用在商品生产中，提高竞争优势，促进财产的增加。这样，个人因自己的智慧信息的有用性而拥有秘密使用权。在自然状态下，个人对知识形态的财产权只有两种类型：一种是智能形式的知识产权（包括技能、技术诀窍、经验等），它们可以在秘密状态下使用；另一种是知识形式的知识产权（比如各种形式的作品等），它们可以公开传播，满足人们的需要而享有有限披露范围内的收益权。当然，在自然状态下，上述财产权是建立在披露义务人的保密承诺上的，否则无法获得保障，因为财产对象的双重结构使个人仅能控制外在形式而无法控制内在的智慧。智慧的本质是共享的。智慧信息的本质是流动的、变动不居的、“不可被把捉的”。人们在自然状态下无法对其享有公示而有对抗性的财产权。

知识产权法保护的各种发明人、作者的权利，就是近代国家通过颁布法律确认自然权利人在自然保密状态下的知识产权。因此可以称其为“确认保密”的自然权利机制。这种自然权利机制是自然平衡的，其财产权具有相对性——你有，不能排斥他人拥有，除非你能证明他人使用了不正当的手段从你这里获得；而且，既然你的技术秘密建立在你成功的保密状态下，你不能限制他人反向工程破解该技术；你也不能限制他人独立开发获得同样的技术；你更无权限制他人合法获得。对作者权来说，你可以选择表达或不表达，也可以选择在你信任的范围内披露。但你一旦公开表达就进入公有领域；秘密的报答取决保护责任的承担。如果对方违反承诺的披露，你要承担披露的后果；法律不惩罚道德义务。从相对财产权角度看，一项技术可以同他人的技术相同、相似，只要能证明自己是合法获得，包括反向工程破解而得或独立开发；一个作

① “出版自由权”到底是自然权利还是特别权利，目前法学界还有争论。本文认为，作者的出版自由权和出版商的出版权的法律属性是不同的。关于作者权与版权各自独立的含义在英美国家版权史上的详细资料，请参看吴汉东《著作权合理使用制度研究》（中国政法大学出版社，1996年）第12页。

② 本文理解，因为反不正当竞争法中保护的自然权利知识产权具有最低标准和最广泛的权利范围，因此，反不正当竞争法才被郑成思教授等理解为具有“兜底功能”。

品,也可以同他人相同、相似,只要你能证明自己不是抄袭:在同一时间、同一地点、用同一种照相机,不同的权利人可以取同一个景色而同时享有该摄影的著作权。在自然权利的知识产权中,表现了自然状态下个人自然权利和社会公共利益之间的“衡平”:如果个人对获得的智慧信息不愿共享而选择控制使用,法律应该允许他有控制使用的自由,因此法律默认了某些技术秘密使用人对他人的保密义务要求;但不能因此限制他人合法获得同样的技术信息,也无权限制他人披露或使用同样的信息,只要他人合法获得;如果一个作者不愿意公开他的作品,或选择自己愿意披露的范围,法律不强迫他一定对公众公开,但不能限制他人写出同样的作品,也无权限制他人的披露自由。当然,不披露或因他人创作出同样的作品而使自己的作品丧失新颖性的后果也由个人承担。这样,自然权利的知识产权严格限制在私权自治的范围,遵循传统民法中诚实信用、等价有偿、权利不得滥用的基本原则。它体现了尊重个人表达自由和权利自治原则的“衡平的机制”。实际上,如果按照自然权利的知识产权的保护模式,不会出现目前人们恐惧、担忧的垄断权或“全球霸权”。自然状态下,不同的技术秘密权利人处在对技术、配方、参数等智慧信息同时使用但又不为他人所知的自由使用状态。比如,可口可乐的配方与其他各种饮料配方的关系就处在这种状态。

但专利权、商标权、版权的创设,却必须打破这个自然衡平机制。

从衡平的立场来理解专利权、商标权、版权等特别权利的知识产权,对财产法研究具有重要的意义。实际上,罗马法的财产权构建技术并没有给专利权等权利的正当性提供现成的理由。因为罗马法的财产权是建立在个别人对个别物的占有的冲突上。因为个性化的个人和独一无二的个别物之间的特定性,使法律将个别物确权给个别人的财产权具有形式上的绝对排他性。物权的对世性也根源于此。传统财产法的形式原则也就是这样设立的。劳动价值论只需解决“你创造的,因此属于你”,个人的绝对排他性的物的所有权就能构建。而知识产权保护对象没有占有的冲突,它是建立在个人对智慧信息自由披露的前提下的。个人之间对智慧信息没有占有的冲突,只有创造性表达的冲突。对智慧信息建立绝对排他性的绝对权如何可能?它又如何实现私法的理念和衡平精神?特别是,按照传统财产权构建理论,“财产本身被认为是确定个人自治范围的尺度”^①。超出个人自治范围,进入公共信息传播领域的个人财产权构建,具有什么正当理由,因而不违反权利不能滥用的民法基本原则?

理解特别权利的知识产权,应该回到欧洲文艺复兴和思想解放运动。正是在当时背景下,才产生近代国家对人类知识活动、文明发展的责任。1790年法国《人权宣言》宣称,“自由交流思想和意见是最珍贵的人权之一,因此所有公民除在规定的情况下对滥用自由应负责任外,都可以自由地发表言论、写作和出版”。近代国家如果要实现发展人类文明的责任,必须打破知识活动的自然衡平状态——在这种状态下,表达与不表达仅仅是一种无法控制的博弈:宪法中的“表达自由”也包括不表达的自由——并建立以促进公开表达为目的的新衡平,以促进文学、艺术传播。在自然权利状态下,个人自然权利虽然都获得尊重,但知识的进步、文明的传播是缓慢的,无法实现近代国家的发展目标。罗马法财产权构建技术成功地构建了财产权刺激机制,释放了人类历史上从没有过的创造力,使得近代国家得以按照同样衡平的标准构建一种刺激机制,以促进文学、艺术、科学的进步和繁荣;如果更多的人行使不表达的自由,各自保密会制造封闭的社会的话,那么,只有鼓励公开才能建设一个自由、民主的开放社会。因此,近代国家“创制”了符合罗马法财产权构建的衡平条件的、绝对排他性的版权、专利权等。本文所谓

^① 伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,王军等译,中国政法大学出版社,1990年,第25页。

“创制”是指，对不能通过占有而排他地实现财产权的智慧信息，国家依其职责，比照罗马法的物权构建技术，设定一种“准占有”的状态，借此确认个人在智慧信息公开后的控制权，以实现绝对排他的财产权状态；通过个人将智慧信息公开披露后不丧失其控制权并获得绝对排他性对世权的许诺，鼓励个人公开和披露个人的智慧信息。在这里，体现了近代国家特殊的立法原则：对价，并通过对价而实现新衡平。专利法、版权法就是在这样的理念下创制出来。“衡平精神”^①应该是创制版权、专利权的理念和精神。

对价并通过对价实现新衡平，是传统专利法、著作权法、商标法中分配自然权利和特别权利的立法原则和最明显的制度特征。“对价”（Consideration）是早期英国最推崇的衡平交易原则，并且现在还是英美国家重要的衡平原则。对价就是充分考量、周密计算，让度自身利益来换取他人做某事的承诺并使各方获得补偿。因该补偿不是一定要其付出金钱等，所以，对价其实是以“机会”为标的的公平交易：某人获得某个机会是因为他人的让度而以机会作为相应的回报和补偿。因为知识产权是“传播中产生的财产权”，必然超出传统财产权个人自治的领域而违反传统民法“权利不能滥用”的原则。只有经过对价——一部分人让度自己的自然权利，以保证另一部分人的特别权利并获得相应的机会补偿，才能满足其私权正当性的条件和理由。

以1709年英国《安娜法案》为例，其中的版权并不纯粹是作者的自然权利。因为在自然状态下，个人披露的后果并不能被个人完全控制。版权是经过周密的思考和精巧的对价而创制的，处处体现了近代国家创制过程的理性和衡平精神。在《安娜法案》以前，作者权已经存在了几千年，而出版商版权也已经存在了两个世纪^②。那时，出版商版权没有期限限制。《安娜法案》是资产阶级国家以宪政理念颁布的版权法。该法的宗旨不是为了刺激作者创作——因为当时历史事实是，作者的创作并没有因为缺少钱币的刺激而停止——而是为了促进作品的传播，限制出版商的垄断权。对出版商权14年保护期的期限限制就是证明。在这个期限中包含了近代国家在作者权、出版商垄断权和社会公众自由信息权之间充分的对价：一方面，作者在致力创作，他的目的是创造最好的作品，他的最大价值是获得读者的好评，即人格权高于财产权；出版商热衷钱币，如果一个好的作品能够让每个需要的人得到，就可以向每个需要的人收费，财产是他追求的最大目标；作为参与对价第三方的社会公众（支付学习成本的人）需要更多的作品。另一方面，如果对出版商的垄断权没有期限的限制，会增加学习成本，产生出版商的垄断。垄断是自由经济的天敌，不利于文学艺术、科学和商业的发展^③。“主持对价”的近代国家有责任

① 关于著作权法中的衡平精神，参看《平衡精神：合理使用制度的立法动因》（载吴汉东《著作权合理使用制度研究》第9—10页）。本文的“对价与衡平原则”不是该书“平衡精神”之意，强调对价与衡平作为立法原则是一个立法过程，而“平衡”是一个结果；对价与衡平是公法的责任，而不是民法的原则，不能完全依靠民法调整。对价与衡平是立法者不断进行利益考量以确定具体保护对象的过程。而且，本文的创意在于：理性国家在知识产权对价过程中，许可给垄断权人的仅仅是对潜在市场的垄断的“承诺”——并没有许可给申请人可消费的财产或货币。仅仅承诺：如果你促进了作品传播，你就可以获得有期限的垄断作品市场的机会；如果你公开了技术方案，让大家自由学习你的技术，你就可以获得垄断专利产品市场的机会。否则，你不会从近代国家的承诺中获得任何可消费的财产。这种“对价”过程中表现出的近代国家的理性和“智慧”与其他国家对公共责任的行使是非常不同的。它同时刺激了商人创造社会财富的欲望。这些丰富的衡平内容不是传统意义上的平衡精神或知识产权研究中常用的“利益平衡”理论能够表达的。

② 参见 Patterson, L. Ray & Linberg, Stanley W., *The Nature of Copyright, A Law of Users' Right*, 第21页，转引自袁泳的博士论文（未刊）第131页。

③ 吴汉东博士在此处讨论普通法系的著作权法构建的价值观。参见《著作权合理使用制度研究》第6页。

促进文学艺术、科学的进步，这是宪法上的职责^①。按照当时英国的对价原则，版权法的框架应该是这样一个衡平：1. 14 年“有期限”的限制，就是对作者、出版商、社会公众的对价空间——除非给版权人 14 年期限的绝对垄断权保护，否则，作品就不能得到很快的传播；出版商的推销行为会失去刺激；社会公众就不会及时得到自己需要的作品。版权垄断当然会形成读者获取作品的限制，成为作者和社会公众之间的屏障，并且出版商的垄断权会增加版费从而增加学习成本，但该自由的让度（暂时的让度）最终会换取更多的学习自由：作品会增加，学习的机会会得到更大的补偿；况且，为学习支付成本也是学习者的义务；而过长的垄断期会使学习成本超出学习者支付的能力。2. 对教育、科学活动的合理使用空间的预留。因为，英国国王清楚出版商仅仅关心他们赚的钱，而人类需要有人专心从事科学活动、教育活动，对这些人来说，钱币也不是他们的激励目标；况且，人类为了共同的知识积累需要一个独立群体，国王需要为他们的宁静和自由保留空间；3. 出版商获得有期限的绝对排他性垄断权：对作品的垄断版权具有巨大的暴利空间，就像“覆水可收”，也类似向享受阳光的人收取使用费。国王通过法令给了强制保护的承诺。4. 近代国家因此促进了版权业的发展，从而保证了国家的税收和国库的供给。这样一来，各方经过充分对价实现了这样一个新的衡平：出版商获得有期限的垄断权；创作者、教育者、科学活动者保留合理使用空间，保障了自由学习和创造；社会公众获得更多作品，实现了更大的学习自由；作者在自然权利下的出版权自由有了保障，增加了与出版商讨价还价的空间；出版商得到国家承诺强制保护的图书垄断销售的版权；近代国家最终实现了宪政目标：实现作品的传播，促进文学艺术、科学的发展。本文理解，版权法的法律价值从来不在于片面地服务于某个利益群体，而是推重衡平的、“多赢”的机制，以同时实现作者、出版商、社会公众和国家的多重目标。偏废任何一方，都会破坏该机制的衡平性，使知识产权缺乏正当性。

传统专利法也是一个“衡平对价”的信息交换系统：如果一项技术长期处于保密状态对社会发展不利的话，那么，国家以技术发明人“公开”技术信息为交换条件，以获得有期限的对该技术的垄断权为承诺，牺牲后续发明人的自然权利，保证有期限的垄断权的绝对排他性的刺激功能，最终促进整个社会的技术进步和技术信息的快速流通。Patent 被翻译成专利，其实本意是“公开”，证明了近代国家在“专利”（Patent）和“商业秘密”（secret）保护模式之间功能比较和对价的过程。因此，专利法是一个经过了国家、技术发明人、后续发明人及社会公众的全面对价的、“鼓励公开”的衡平机制^②；专利法中体现了近代国家促进技术进步、鼓励发明、激励创造的宪政目标。这样，技术信息公开后，对该技术的自由学习权也应该是经过对价后，后续发明人、同业竞争者及社会公众获得的正当权利。技术公开后对该技术的“自由学习权”应该是专利法为社会公众预留的自由特权，它们共同构成一个衡平，目的是为了促进整个社会技术进步、劳动者技能提高、全体社会成员智能全面发展。

这样，按照传统版权法的衡平标准，近代国家并没有要求每个使用者都付费。合理的自由使用制度给了学习者、教育者、科学活动者不需付费的复制权、使用权等学习自由；版权法也没有剥夺每个人自由学习知识的权利，对自由学习、获取作品的限制是为了获得更多的作品、获取更大的学习自由；专利法也没有给全球垄断提供机会。早期专利法严格限制在生产领域，

① 美国宪法的知识产权条款中，也明确了国会有权“通过为作者和发明者，向各自的著作和发明提供‘有期限’的独占性权利，以促进科学和实用技艺的进步”。

② 参见徐瑾《专利权垄断性的法哲学分析》，载《中国法学》2002 年第 4 期。本文分析了专利法与商业秘密法之间的“对价”及专利权的垄断性与衡平性。

对物质资料进行改造，同业竞争者之间对“物性技术”、“物性方法”^①的改造，以及提高劳动生产率的竞争，目的是为了创造社会财富。传统专利法将专利技术严格限制在生产领域和劳动工具的改造范围，并不会产生全球垄断的事实。其衡平性标准保证了激励机制的刺激功能，促进了人类文明的快速发展。在衡平的条件下，知识产权的正当性也就毋庸置疑。

版权正当性问题的出现，在于现代版权扩张法案打破了传统版权法的衡平性而没有使社会公众获得补偿。在“私权神圣”理念的支持下，出版商的垄断权不断得到财产权增加的刺激，不断冲击传统版权法的衡平性。在数字化发展的技术条件下，私权扩张使著作权的合理使用范围几乎被吞没^②，版权的扩张限制了合理使用制度下教育、科学、文学等创作者合法获得作品的自由。版权保护期延长、合理使用制度不断被限制、作品的创造性要求不断降低、软件作品强化版权保护——现代版权法失去了传统版权法上的衡平，“扩张”的过程并没有经过合理对价，社会公众因没有获得相应的补偿而使基本人权受到限制。

现代专利权扩张出现的衡平问题，源于专利审查在保护对象的“适格性”上没有限制，以及在审查标准方面“技术性”被“有用性”替代等^③。特别是全球信息技术背景下，发达国家的信息技术专利没有经过全球对价，也没有使发展中国家的公众获得相应补偿；如果承认知识活动既是个人的又是人类的，智慧信息传播空间是全球性的，知识活动遵循认识活动的规律的话，等于承认随着专利保护对象的发展，对象的法律属性也在发生改变——私人性越来越小，公共性越来越大。物质生产领域的技术改造越来越深入到物质世界的内核，技术审查的新颖性、实用性、价值性的标准随着技术的发展而发展，“专利”越来越趋向远离载体的“技术思想”、“技术构思”、“技术理念”，使传统专利法不保护“抽象概念、规则、方法”的原则无法坚守；因特网更使信息的物质载体变成一个全球范围内的平台，一切信息技术创造都是理性进行分辨的观念、思想、构思，因特网平台已经发展成全球共享的“思想空间、理念空间”。因此，现代专利法要维护衡平，必须在全球范围内做新的对价和调整。但司法实践中，英美国家的专利保护并没有停止扩张的脚步。特别是扩张到公共信息领域的时候，专利权的保护范围超过主权国家的限制而扩张到全球范围。少数发达国家参与制造了全球垄断霸权，导致信息技术专利威胁到整个人类的思想自由、信息自由等基本人权，这已是不争的事实。

三、现代国家的法定职责：对价与衡平的立法原则和正当理由

事实上，我们今天重申传统专利法、版权法、商标法的立法宗旨，可以更清楚地理解现代国家的职责：必须在知识产权扩张法案中对价，并通过対价实现法律上的新衡平。这些立法原则事实上早已写入近代英美国家的宪法中，因此，应该属于宪法中知识产权法的立法原则。正因为如此，近代国家创制专利权、版权、商标权才具有合法性、正当性的条件和理由。根据现代国家的衡平原则，重新修正日益扩张的知识产权制度，是现代国家的法定职责。这个法定职

① 本文所谓“物性技术”、“物性方法”专指智慧方法附着的载体是“物质材料”或“有体物载体”，而不是复制成本为零的非有体物载体，比如，信息传输平台、纸张等。因特网作为信息传输平台的“复制”仅仅是“点击”，而没有任何成本。建议专利法的限制以载体可复制性作为一种考量。

② 该书在此部分分析了英美国家著作权（版权）扩张的制度事实。参见吴汉东、胡开忠《无形财产权制度研究》（法律出版社，2001年）第153—163页。

③ 参见 United States Court of Appeals for the Federal Circuit 96—1327, STATE STREET BANK & TRUST CO., Plaintiff-Appellee, v. SIGNATURE FINANCIAL GROUP, INC.

责恰恰被现代国家忽视了。

美国法学界和知识产权界关注“知识公有领域”，实际上是发现知识产权法已经偏离了公平^①。美国建国以来私权至上原则的运用，导致版权不断扩张，忽视了现代国家的公共职责。美国 200 多年版权法的历史，就是版权不断扩张的历史，“私有产权助长了一个人的以牺牲他人的自由为代价的自由。”^② 美国专利局不断地修改专利审查指南，将软件商予以专利法保护，创造了微软等世界霸权，也制造了全球知识产权战争的恐慌局面。

因此，本文认为，必须重新明确被近代国家表达在宪法知识产权条款中的对价原则，明确“在对价中实现衡平”的精神。既然近代国家经过周密的考虑、充分的权衡才创制出绝对排他性的专利权、商标权、版权，现代国家及其授权机关就要对它的衡平性负责。经过对价后的衡平应体现在每个知识产权的立法法案中。授权行政机关只能严格执行国家的对价条件，无权修改对价条件和衡平原则。否则，就是法律上的“越权”。特别是在信息社会，任何国家也无权对全球范围内的信息专利权作出只有利于本国利益的立法。因为知识产权作为传播中产生的财产权，毕竟是建立在社会公众的学习自由权、教育权、信息自由权等基本人权之上的。这个成本发生在发达国家与发展中国家之间时，需要以发展中国家牺牲本国人民基本人权为代价；即使在发达国家内部，该成本发生在少数垄断集团和大部分社会公众之间时，它也需要以社会公众牺牲自己宪法上的自由权为代价。这就违背了知识产权创制的对价条件：社会公众暂时让度的承诺，并没有出卖自己的自由，而是为了实现每个人的自由。除非为了人类的共同发展，否则，版权、专利权向社会公共信息垄断的扩张就没有正当性；如果现代国家坚守“鼓励创新、鼓励表达、鼓励新知识的创造”、促进人类文明传播与科学繁荣的宪法职责，就必须在知识产权与公共知识资源、共享性智慧信息、社会公共利益与个人私权之间重新进行对价与衡平，目的是为了支持真正自由民主的现代社会和现代法治国家。

其次，国家不干预私法自治的原则，不应该成为现代国家放任知识产权扩张的理由。对价与衡平作为知识产权立法原则，应该属于现代国家的宪政原则，并与私权神圣的理念并存。因为知识产权是制定现行宪法的近代国家“创制”的。近代国家在“不得不”的情境中参与知识产权的创制，但它仅提供以“机会”为标的的公平机制，目的是打破平等主体之间的封闭状态或制衡状态，求得各方共同发展，并没有违反私法自治的原则。这是近代国家参与制造的、促进人类文明发展的“多赢机制”，没有干预私法自由。类似一家三兄弟，只有一个上学机会，为公平起见，三个人不能获得平等的机会就不能进行选择；三人中任何人都没有权利要求别人让度自己的机会；但三个人都不让步就都失去了上学机会。这是一个封闭的僵持和制衡，在这种情况下，母亲有权“主持公道”并“发布命令”，让兄长上学。其他兄弟承诺暂时让度，是为共同获得新的机会，并没有放弃自己读书的权利。兄长获得增加知识和技能的机会，同时产生帮助和照顾兄弟、为他们带来更大发展机会的责任。否则，母亲“总有责任”对兄长提出补偿兄弟的要求（母亲因此成就了家族共同发展的梦想）——如果你的权利建立在他人限制自由的承

① 2001 年 11 月杜克大学法学院主办“公有领域论坛”，James Boyle 教授总结了其他 5 位学者的观察结果，将目前美国知识产权扩张，缩减公有领域的过程（相应立法包括数字千年版权法、反电子盗窃法、版权保护期限延长法），称为第二次圈地运动，与 15 世纪英国的圈地运动相比较，认为两者有惊人的相似性；两者的不同，主要是有形财产（土地）和无形财产（知识、信息）的区别。

② Edwin C. Hettinger, *Justifying Intellectual Property*, *Intellectual Property Moral, Legal, and International Dilemmas*. Edited by Adam D. Moore, ROWMAN & LITTLEFIELD PUBLISHERS, INC. Lanham Boulder New York Oxford p. 21.

诺下，他人的让度应该表达为你的责任，使大家共同获益，否则就不公平；对让度人来说，暂时让度自己的自然权利，是为了自己真正实现自然权利。这就要求在知识产权对价中，国家必须满足“至善”的衡平条件，实现“多赢”的目标，否则，就会出现社会公众暂时的让度超过可以忍受的限度，使宪法上的言论自由、思想自由、表达自由等权利受到侵害的情况。因此，疯狂扩张的知识产权特权人应该受到现代国家更多的监管和限制，现代国家理性维持衡平的责任应该在宪法中重申并被确定下来。

为避免社会公众的宪法基本权利受到侵害，现代国家必须恢复或重建公共利益的空间以恢复传统衡平：第一，必须继续并保留知识产权法中为社会公众保留的、具有权利保障性质的衡平空间：比如，版权法中的合理使用制度、保护期限限制等，专利法中的强制许可制度、不能许可专利的主题等。这些衡平空间作为社会公众基本人权的保障，也是社会公众神圣不可侵犯的公共利益。如果版权的扩张最终限制了作者获取创作素材和创作的自由，并最终因为自由的限制而丧失作品的自由创作，就会造成一个新型的、现代的封闭社会^①。第二，现代国家主持的对价，必须由国家依据理性原则来掌握衡平，不能被少数垄断权人控制。如果少数人的垄断权建立在社会公众的支付成本基础上的话，国家有权站在衡平的立场，让社会公众暂时让度宪法上的权利而使自己宪法权利在更高程度上实现。否则，现代国家就会成为少数垄断权人控制社会公众基本需求的工具。第三，现代国家重新建立对价条件，必须拥有实现衡平的正当理由。比如，在传统专利法的框架下，专利权人的绝对排他性权利是以牺牲后续发明人的自然权利为代价的话，那么，近代国家有“正当的理由”这样做：1. 后续发明人可以在公开技术基础上继续发明创造，这个权利对任何人都平等存在；2. 专利权人的绝对排他性权利是“有期限”的权利，而“有期限”中的衡平是保证技术发明人能够正当地收回其技术投资的成本，并获得相应的投资回报；3. 有期限垄断的许诺最后是为了社会公众的信息自由、技术普及和整个社会的技术进步；4. 国家保留强制许可制度，允许公共利益与私权冲突时，国家行使特殊的衡平职责。

再其次，对价与衡平在具体领域和具体对象的知识特权审查许可中，应该成为政策性立法的基本原则。人类知识活动的领域不同，目的和追求的意义不同。因此，不同的知识领域的智慧信息对人们的稀缺程度是有差别的。比如，建立在“为公开传播的智慧信息”上的版权与“为保密而秘密使用的智慧信息”上的专利权的对价条件是不同的。将为了公开目的的智慧信息（包括作品、软件作品等）适用专利法来许可专利，就混淆了不同对象的不同对价条件和衡平要求。专利权应该仅限在技术改造领域而不能扩张到公共信息领域。专利保护的“适格性”应限制在可“物化”的技术领域，否则，就会出现将公共性日趋增强的智慧信息许可给某个人垄断的情况。在生物技术领域的衡平也需要经过重新对价：基因技术已经接近了人类的本质，揭开人类的生命奥秘，这些是人类共同的智慧结晶，也是人类共同的资源。如果将其不加区分地许可给某个人专利，就会让某个人控制人类的生命奥秘，形成对人类生命的垄断权。因此，现代专利法必须经过严格的适格性审查和限制、提高创新审查标准，并在为人类共同发展的至善目标下，重建新的对价与衡平。

最后，对价允许不同主权国家掌握自己的“衡平空间”。对价和衡平应该是各个主权国家宪政的权力和内容。对价应该允许各个主权国家制定自己的知识产权政策以建立本国的衡平机制，促进本国的文明技术发展。因为不同国家的技术发展程度有极大的差异。人类知识活动应该求

^① 关于因特网中知识产权扩张制造的新型封闭社会，参阅 Lawrence Lessig, *Future of Ideas*, Random House, 2002.

得全球共同发展的至善目标。依据对价的立法原则，应该允许不同国家、不同文化背景、不同道德观念、不同经济发展程度的国家，制定符合本民族、本地区、本国家的知识活动发展程度的对价与衡平机制，就像允许每个母亲有权来衡平自己儿子读书的机会。1709 年英国安娜法案保护版权 14 年，是当时的英国政治、经济、文化水平和发展状况的对价；美国 1909 年的版权保护也不过 28 年，并长期不保护外国作品^①。为什么世界贸易组织要求全世界的发展中国家，包括中国在内的著作权保护期一定不少于 50 年，否则就以不许入关相威胁？

结论：我们看到，几百年前近代国家创制的知识产权制度，不过是为我们提供了一个保护知识活动、追求智慧生活的“衡平的机制”。具体的权利客体的获得条件需要立法者、司法者、授权行政机关，根据人类知识活动的特点，经过特别的对价来确定应不应该保护和用什么样的对价条件来保护，以实现知识活动过程中不同责任分配，促进知识活动的发展。各国知识产权立法都应体现私法的衡平并实现公法上多赢的目标。衡平性是它的合法性标准，对价是实现衡平的技术手段。多赢是它的至善目标。而且，这个衡平的机制作为有法律效力的立法原则，给我们留下足够的知识产权与共享智慧之间的衡平空间或政策性调整空间，来使这个多赢的机制继续为人类创造科学技术与文学艺术的繁荣。因为它不仅创造了近代文明，也创造了我们今天的信息社会。肯定知识产权正当性，维护知识产权这个对价机制的衡平，实现多赢的至善目标，是人类社会共同的责任。知识产权法中的衡平空间，也是现代国家的对知识产权扩张进行调整的“责任空间”。知识产权法应该重塑现代国家的衡平责任。这应该成为现代法治国家宪政的主题乃至国际社会宪政的主题。

[本文责任编辑：王好立 程金华]

① 关于知识产权扩张在全球范围内出现的“衡平”问题，参见英国知识产权委员会报告《知识产权与发展政策的整合》（*Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*, Report of the Commission on Intellectual Property Rights, London September, 2002）。该报告论证了不同国家对知识产权制度的政策性空间，并认为不同国家有权力建立自己国家的知识产权衡平政策。来自网站：http://www.iprcommission.org/graphic/documents/final_report.htm

incorporeal property rights, so as to provide useful theoretical preparation for renewal of conceptual and institutional arrangements for this new type of property.

(11) Information Sharing and the Exclusiveness of Intellectual Property Rights

Zhu Xiequn °134 °

We propose firstly that it is “object-derived interests” rather than “objects *per se*” that rights, as conceptual tools in law, distribute. The content of a right, particularly exclusiveness, varies with the different attributes of objects, though all rights should be protected against trespass. The subject matter of intellectual property rights-intellectual products as a certain kind of information-are examined in the context of information science, and distinctions made between intellectual property rights and *jus in re* in terms of their content design, corporeality vs. non-corporeality, the status of possession rules, alienation, origin of the rights, exploitation rules, and violation of rights. They also discuss the similar exclusive power in these two sorts of exclusive rights.

(12) Justification of Intellectual Property: Also on Consideration and Equity in the Law of Intellectual Property

Xu Xuan °144 °

A crisis concerning the legitimacy of the law of intellectual property has arisen, due to a misunderstanding that protecting the rights of “all intellectual activities” under the WTO framework means to protect the rights of “all knowledge.” The object of the law of intellectual property has a dual structure; it takes intellectual information as its substantive content and typology of knowledge as its form. According to the principle of equity, the law of intellectual property provides two mechanisms for consideration; one which confirms confidentiality and one which encourages open access. The latter is an equity mechanism created only in modern states and in need of consideration as regards the effects of equity and gain by all. An expansion of intellectual property against the condition of equity and consideration could violate fundamental human rights. A modern state is hence deemed to bear the responsibilities to achieve the optimal goal of consideration, equity and realization of gain by all. In a time of information science, intellectual property should embed consideration and equity in all parts of the world and promote human development.

(13) Chinese Theater in the 20th Century: Its Modernization and Localization

Fu Jin °155 °

Dramatic changes took place in the Chinese theater in the 20th century, with modernization emerging as the dynamics for development. We explore the relations between modernization and enlightenment, in between modernization and localization, in an attempt to show that the fundamental elements of Chinese theater should be taken as the starting point for any understanding and research. In other words, more attention should be paid to the modernization of the art itself, including its growing autonomy and growing affirmation of artistic tastes of ordinary people. All these changes unfolded themselves in two major dimensions; on the one hand,