

知识产权的私权与人权属性

——以《知识产权协议》与《世界人权公约》为对象

吴 汉 东*

内容提要:《知识产权协议》明确界定知识产权的本质属性,以私权的名义强调了知识财产私有的法律形式;《世界人权公约》赋予知识产权的人权意义,揭示了现代知识产权制度关于专有权利保护与知识财产利益分享的均衡思想。在私权与人权的统一范畴中把握与认知知识产权法,有助于我们考察这一法律制度的价值理念和社会功能。

关键词:知识产权 私权 人权 《知识产权协议》与《世界人权公约》

关于知识产权的基本属性问题,我国理论界一直未予足够的关注。上个世纪 80 年代的教科书及相关著述,多将知识产权表述为一体两权,即认为知识产权具有财产权与人身权的双重属性;90 年代的知识产权学说,一般从民事权利体系出发,将知识产权区别于财产所有权,对其作出无形财产权的定性分析。上述情形说明,我国学者关于知识产权性质的探讨在不断深化,并趋于理论上的成熟。但是,关于知识产权的这种认知仍是不完整的。本文试以《知识产权协议》与《世界人权公约》为依据,以经典学说观点为参照,从历史考察与现状分析的角度,探讨知识产权的私权与人权属性,希冀为把握这一法律制度的价值理念和社会功能提供有益的思想资料。

一、知识产权的私权本质

世界贸易组织的《知识产权协议》在序言中宣示“知识产权为私权”。在诸多知识产权国际公约中,《知识产权协议》第一次明确界定了知识产权的本质属性,即以私权名义强调知识财产私有的法律形式。这一规定不仅说明了知识产权在私法领域中的地位,而且厘清了知识产权与相关法律制度的差异。

“知识产权为私权”是近代社会法律革命与制度变迁的结果。知识产权制度的形成,经历了一个由封建特许权向资本主义财产权嬗变的历史过程。封建特许权包括印刷专有权和

* 中南财经政法大学教授。

产品专营权,它以君主敕令或政府令状的形式,授予印刷商以出版独占许可证或赋予经营者进行制造、销售某种产品的权利。特许权的保护是一种“钦定”的行政庇护,而不是法定的权利保护。在中世纪欧洲的许多国家,特许权并没有制度化、法律化,换言之,特许令状仅限于个别保护、局部保护。17世纪时期,由于封建诸侯分立割据,一些国家的王室所赋予的特许权在许多地方失去效力。这说明,特许权不是基于智力创造性行为,依靠国家法律而授予的一般意义上的私人财产权。尔后,由于封建王朝的衰落与私权观念的进化,市民阶级主张对印刷品、专营品应产生一种新的权利,即“精神所有权”。在英国,出版商试图以自然法思想为基础,对自己的专有出版权赋予新的理论光环,即出版物的垄断性保护不应由国王授予特权才产生,而应基于作者精神所有权的转让而取得。“精神所有权”理论认为,作者与出版商对作品以及将该作品物化的书籍均享有所有权,因而将这种权利视为所有权的一种。^①在法国,所有权的绝对概念自1789年大革命时期得以确认后,其意义一直有扩大的趋势。这种概念扩张首先表现在知识产权领域,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”。在这里,“精神所有权被理解为一种排他的、可对抗一切人的权利,是所有权的一种”。^②对于私权制度构建而言,所有权广义论或是“精神所有权论”不是一种制度创新,而是一种简单的概念模仿,其理论存在有明显的缺陷:第一,将所有权的概念应用在非物质财富的权利形态上,导致“使它远远超出在技术上对它作准确理解的内容的范围”。^③尽管所有权与有关精神产品的权利具有某些共同特征,但后者具有不同的性质,即非物质化的财产权利遵从的应是有别于所有权制度的其他法律规定。第二,从所有权的原来含义来讲,知识财产所有权并非传统意义上的所有权。它未设定于物之上,而是植根于创造性的知识产品,后者是非物质性的另类客体。因此,我们有必要“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”。^④这一权利形式就是知识产权。知识产权制度的确立,完成了非物质财产的权利形态从特许之权到法定之权的制度变革,变革的结果使得知识产权嬗变为一种新型的私人财产权。

“知识产权为私权”,是以智力劳动为“源泉”,以法律确认为“根据”。在近代思想家的著述中,从洛克、斯密到马克思都建立了自己的“劳动价值学说”,这就为我们解释知识产权的合理性提供了必要的理论基础。洛克基于自然权利的理论,阐述了劳动是获得私人财产权的重要途径以及劳动使人们获得私人财产权的合理性。^⑤正如有的学者所指出的那样,洛克财产权劳动学说的思想贡献表现在:其一,天赋权利的学说倡导一种权利本质,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合理性基础,并确立社会发展的核心价值;其三,扩张了人格权(造物物是自己人格的扩张),使财产权具有了人权

① See L. Ray Patterson, Stanley W. Lindberg, *The Nature of Copyright: A Law of Users' Right*, The University of Georgia Press, 1991; [日]阿部浩二:《各国著作权法的异同及其原因》,《法学译丛》1992年第1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。

④ [美]格雷:《论财产权的解体》,《经济社会体制比较》1994年第5期。

⑤ 洛克关于“劳动——财产”的论述,包含有“劳动且劳动者所有”、“财产是一种物化的劳动”的重要观点。参见[英]洛克:《政府论》下篇,叶企芳等译,商务印书馆1964年版,第19页。

基础。^⑥ 马克思的经典劳动价值论则进一步揭示了生产者运用生产资料在生产劳动中形成商品价值并导致资本增殖的奥秘,即商品价值论包括物化劳动将生产资料转移到商品上的价值,也包括活劳动新创造的价值。马克思的劳动价值论,虽然是从生产劳动创造有形商品分析中产生的,但其基本观点有广泛的适用性。^⑦ 上述思想家的理论具有不同的社会意义,但都正确地说明劳动创造价值、劳动产物属于劳动者的重要意义。应该说,今天所主张的知识价值论,是近代劳动价值学说的新发展。对这一学说我们可以作出如下新的阐释:社会劳动既包括体力劳动,又包括智力劳动;生产商品不仅是物质生产中的实物形态的商品,还包括精神生产中的非物质形态商品(如知识产品);活劳动不仅创造物化商品价值,而且创造知识产品价值。根据上述理论,我们不难得出以下结论:知识产品是智力劳动的产物,智力劳动者应对其知识产品享有财产权,即知识产权。强调知识财产的本源性,是对关于知识产权产生的传统理论的一种修正和补充。在 20 世纪 80 年代中国早期的知识产权著述中,许多学者(包括笔者本人)都把“国家授予性”或“法律确认性”作为知识产权的基本特征之一。这种说法是必要的,但却是有缺陷的。知识产权需要主管机关依法授予或确认而产生,缘由于其客体的非物质性:第一,知识产品不具有传统财产的外部有形性特征,“诸如申请、审查、登记等程序能够发挥公示作用,可以使得知识产品的权利形态取得公信力”,即智力劳动者对无形的精神产品在法律庇护下也能享有财产权利;第二,知识产品并不当然就是知识产权的客体,确权程序在于判断“知识产品是否为创造,而有别于纯粹自然状态的东西”。^⑧ 换言之,只有具备法律保护条件的知识产品,才能成为知识产权的客体;第三,知识产品容易溢出智力劳动者的实际控制而为他人利用,在知识产品不能象有形物品那样进行管领的情况下,它有赖于国家法律的特别保护,即通过法定程序授予智力劳动者以独占性权利,排除其他人对知识产品的非法利用。在知识产权取得的过程中,“国家授予”或“法律确认”是必要的,这是因为知识产权的独占性特征,靠智力劳动本身是无法产生的,这恰恰是法律制度设计的结果。但是,将“国家授予”或“法律确认”看作是知识产权产生的直接原因是不科学的,它忽视了智力劳动对知识财产的本源性意义。为弥补这一理论疏漏,笔者近年来提出知识产权产生法律事实构成理论,即知识产权的原始取得,包括智力劳动者的创造性行为(事实行为)与主管机关的确权行为(法律行为)。^⑨ 这一说法似可从国外学者的相关著述中得到印证。美国版权专家 Patterson 等人在阐述著作权的产生时,将智力创造称之为权利产生的“源泉”(source),而将法律规定概括为权利取得的“根据”(origin)。^⑩ 这种解释对于我们探讨知识产权作为私权的本源性与合理性是大有裨益的。

“知识产权为私权”,在制度层面上为私人提供了获取财产的新方式,这一财产权即是无形财产权。从古代罗马法到近代民法典,所创设的财产权利制度概以物为中心展开。在罗马私法体系中,罗马人以物作为客体范畴(主要是有形的物质客体——有体物,也包括无形的制度产物——无体物),在此基础上设计出以所有权形式为核心的“物权”制度,建立了以

⑥ 参见易继明:《评财产权劳动学说》,《法学研究》2000 年第 3 期。

⑦ 参见李京文:《迎接知识经济新时代》,上海远东出版社 1999 年版,第 39 页。

⑧ 参见前引 ⑥,易继明文。

⑨ 参见吴汉东、胡开忠:《无形财产权制度研究》,法律出版社 2001 年版。

⑩ supra. note 1.

物权、债权为主要内容的“物法”体系。1804 年的法国民法典与 1896 年的德国民法典,或承认无体物,但专指具有财产内容的抽象权利;或以有体物为限,没有无体财产的概念。上述物权制度都没有涉及以知识产品为对象的无形财产。这就是说,知识产品及其权利形态,是无法进入到罗马法以来所建构的物与物权的体系之中。换言之,知识产品是独立于传统意义上的物的另类客体,以知识产品作为保护对象的知识产权是与有形财产所有权相区别的崭新财产法律制度。马克思在叙述经济与法律的关系时说道:“每当工业和商业的发展创造出新的交往形式……,法便不得不承认它们是获得财产的新方式”。^⑪ 无需讳言,正是由于商品经济和科学技术的发展与推动,才产生了一种与有形财产不同的新型财产形式。这一制度,最先为近代资本主义国家所承认,尔后为现代各国普遍接受。我们说,知识产权是私权,这种私权实际上是一种无形财产权。将知识产权理解为无形财产权,对于我们准确把握知识产权的体系范围是有重要意义的,这主要涉及发现权、发明权的归属问题。有的学者主张将一切智力创造活动所产生的权利列入知识产权,包括发现权、发明权,其理由是《成立世界知识产权组织公约》已有规定,且我国民法通则明确对上述权利给予保护。^⑫ 有的学者甚至认为,不应简单地将知识产权定义为无形财产权,它应该包括无形财产权的知识产权与精神权利的知识产权。发现权、发明权即属于后者。^⑬ 也有学者持相反意见:有的认为,科学发现不宜作为知识产权的保护对象,世界上绝大多数国家的法律及国际公约都没有对科学发现授予私权性质的财产权利。^⑭ 有的进而认为,诸如发现权、发明权以及其他科技成果权并非是对智力成果的专有使用权,而是一种取得荣誉及获取奖励的权利,该项制度应归类于科技法。^⑮ 笔者认为,私权是财产私有的法律形态,从知识产权的本义而言,应属于此类知识财产私有的权利。^⑯ 知识产品是人类在科学、技术、文化等精神领域的创造性产品的总称,并非采取整齐划一的私人产权形式。就科技成果与某些技术成果(即发现与发明)而言,它们概为非市场机制的产权形式。发现权、发明权制度即是通过科学成果或某些技术成果所产生的社会效益或经济效益进行评价,由国家给予奖励,即颁发发现、发明荣誉证书、奖章和奖金。与此相对应的是发现、发明成果的所有权名义上属于国家,但实际上任何人可以无偿使用。这即是以非市场机制的奖励制度来换取社会对科学成果的公有产权,如果将发现权、发明权等公有产权纳入知识产权体系,那么知识产权的私权属性、知识产权的独占性特征、知识产权的无形财产意义等将不复存在,这一制度架构及其学理基础也就面目全非了。

《知识产权协议》宣称知识产权为私权,强化了发达国家对知识财产进行私权保护的主张,但同时又兼顾了发展中国家提出的知识产权的公共政策目标。在西方国家,私权神圣是

⑪ 《马克思恩格斯全集》第 3 卷,第 72 页。

⑫ 参见刘春茂主编:《中国民法学 知识产权》,中国人民公安大学出版社 1997 年版,第 2 页。

⑬ 参见郭庆存:《知识产权的属性、范围及有关问题的哲学思考》,载《北大知识产权评论》第 1 卷,经济出版社 2002 年版。

⑭ 参见刘春田主编:《知识产权法教程》,中国人民大学出版社 1995 年版,第 3 页。

⑮ 参见吴汉东主编:《知识产权法学》,北京大学出版社 2000 年版,第 2 页。

⑯ 在“知识产权”的语义中,英文“Intellectual Property”,法文“Propriete Intellectuale”,德文“Gestiges Eigentum”等,如果不失原意翻译的话,应为“知识(财产)所有权”,即私人对知识财产享有的所有权。

一项基本的法律原则。承认知识产权为私权,意味着知识产权与其他有形财产所有权一样都处于同样的私权地位,从而在理念和制度上可以为知识产权提供可靠的法律保障。^① 提高知识产权保护的标准和水平是知识经济条件下促进技术创新和文化创新的需要和必然结果,但以发达国家为主导的这种知识财产私权化在国内法与国际法领域的扩张也可能造成难以预料的后果。一方面,知识财产私权化在国内法领域的拓展,必然导致原来人们所共有的生产、技术、市场知识和技能开始划归私人领域,知识财富的公有领域相对地缩小,从而造成知识创造者的个人利益与知识利用者的公众利益之间的冲突。^② 另一方面,知识财产私权化在国际法领域的加强,迫使经济、技术、文化处于落后地位的发展中国家不得不接受以扩大私权保护范围、提高私权保护标准为发展方向的国际知识产权新体制,这势必造成他们与发达国家之间的不平衡。因此,《知识产权协议》在强调“知识产权为私权”的同时,也“认识到各国知识产权保护制度的基本公共政策目标,包括发展目标和技术目标”;“还认识到最不发达国家成员在国内实施法律和管理方面特别需要最大的灵活性,以便他们能够创造一个良好的和可行的技术基础”。^③ 但是,与高水平的知识产权私权保护相比,《知识产权协议》对于相关公共政策目标所给予的关注是不够的。国际人权组织认为,由于履行《知识产权协议》与实现经济、社会和文化权利之间存在的冲突,因此,各国政府在进行相关立法时,应注意保护知识产权的社会作用符合其国际人权义务。

二、知识产权的人权定义

从《美洲人类权利和义务宣言》到《世界人权宣言》,主要国际人权公约都赋予了知识产权的人权意义。^④ 这种权利包括两个方面的内容,首先是创造者对自己的智力创造成果所享有的权利,其次是社会公众分享智力创造活动所带来利益的权利。这两项权利紧密联系在一起,都是国际社会承认的基本人权。这一规定揭示了知识产权制度的均衡保护思想,即知识财产独占权的保护与知识财产利益的合理分享,构成了现代知识产权法的完整内容。

近代启蒙思想家关于财产权与人权关系的阐述,是知识产权寓含人权蕴义的重要思想渊源。洛克在自然法的基础上,强调了财产权在天赋人权中的核心地位。他认为:财产作为人们生命和自由权的基础,既不是来源于君主的赋予,也不是来源于人们的协议,而是在劳动基础上产生的;财产权是神圣不可侵犯的,政府的重大的和主要的目的就是保护他们的财产,政府未经人民的同意不得取去人民财产的任何部分。^⑤ 在洛克的理论世界里,财产权是一种与生俱来的天赋人权,政治社会及法律制度继续存在的理由在于保护这种权利。卢梭尽管反对私有制,但他根据社会契约的理论,提出了私有财产权的主张,他认为,按照自然法的原则,人们要在完全平等的基础上自愿结合,建立国家,制定法律,以便保护每个人的天赋权利——自由、生命和财产。在卢梭看来,“财产权的确是所有公民权中最神圣的权利,它在某

① 参见孔祥俊:《WTO 知识产权协定及其国内适用》,法律出版社 2002 年版,第 72 页。

② 参见袁泳:《知识产权法与技术、文化创新》,《北京大学学报(哲社版)》1997 年第 5 期。

③ 参见《知识产权协议》序言。

④ 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》,国家版权局主办:《版权公报》2001 年第 3 期。

⑤ 参见前引 5,洛克书。

些方面,甚至比自由还更重要,”^{②②} 因为“财产是政治社会的真正基础,是公民订约的真正保障”。^{②③} 启蒙思想家将财产权置入天赋人权的理论框架内,并赋予其独立、核心的重要地位。这一思想的主要特点是:第一,它是建立在抽象的人性论的基础之上的,是人的本质的体现,因而把人权看成是超时代、超社会的普遍权利,是永恒的不可剥夺的权利;第二,它强调的是个人权利,把个人与社会、国家对立起来。因此,按照启蒙学者的理解,“人权,就是个人针对国家的权力”,或者说“天赋人权主要是用来对付国家的”,^{②④} 第三,它将财产权视为天赋人权的核心内容,强调维护个人利益,“只有利己主义的个人才是现实的人”和“有感觉的、有个性的、直接存在的人。”^{②⑤} 一言以蔽之:天赋人权就是利己主义的权利,就是私有财产神圣不可侵犯的权利。^{②⑥} 在历史上,这种天赋人权理论,对于诠释知识产权的基本属性是有意义的:首先,作为人权的知识产权是“天赋”的,即“与生俱来”的,它不应由国家特许而产生;其次,作为人权的知识产权是“普世”的,即为一种“普遍权利要求”,它不可能是个别或局部的行政保护。概言之,它是资本主义式的财产权,而不是封建特许权。但是,以天赋人权来解说知识产权也有明显的缺陷:知识产权的人权意义,不仅在于知识财产的私人权利保护,而且应考虑知识财产利益的合理分享。仅仅强调前者是不完整的,这是因为,精神生产是以依靠前人积累的知识为劳动资料、以抽象的知识产品为劳动对象的生产活动,劳动者的知识拥有量与创造性思维在劳动过程中紧密结合。^{②⑦} 因此,知识产品既是创造者的个人财富,同时又是社会财富的一部分;换言之,知识财产只是在一定条件下、一定范围内才作为独占权利为个人所享有,受到法律限制的利益则是整个社会的共同财富。

不同历史时期的不同法律文件,以不同的立法取向对知识产权的人权蕴意作出了说明。在西方国家,宪法性文件所规定的公民基本权利和自由,即是以实定法的名义反映了自然权利,^{②⑧} 从而使得知识产权制度本身具有了人权意义。1789 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,因此所有公民除在法律规定的情况下对滥用自由应负责外,都可以自由地发表言论、写作和出版。”这无疑将著作权提高到基本人权的崇高位置。美国宪法的制定者创造了“推广知识、公共领域保留、保护创造者权利”三项知识产权政策,^{②⑨} 其宪法修正案有两个重要条款:一方面规定国家不得制定有关法律以剥夺人民言论出版的自由以及其他自由权利,另一方面又授权国家制定法律对作者或发明人的专有权利赋予一定期限的保护。加拿大的权利法案作为议会通过的普通法案,最初仅具有政治宣言性质,尔后最高法院赋予其准宪法地位,以此作为保护公民权利的最高法律依据。权利法案有两条涉及基本人权的规定:一是每个人都拥有自由参加社会文化生活的权利,以享受艺术与分享科学进步的利益;二是每个作者都有权维护其科学、文学及艺术作品所产生的精神利益和物质利

②② [法]卢梭:《论政治经济学》,王运成译,商务印书馆 1962 年版,第 25 页。

②③ 卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆 1962 年版,第 31 页。

②④ 参见前引 5],洛克书;上引卢梭书。

②⑤ 《马克思恩格斯全集》第 1 卷,第 443 页。

②⑥ 关于天赋人权理论的特征描述,可参见郑杭生等主编:《人权史话》,北京出版社 1994 年版,第 96 页。

②⑦ 关于知识产品的社会属性,可参见张和生:《知识经济学》,辽宁人民出版社 1992 年版。

②⑧ 参见胡锦涛、韩大元:《当代人权保障制度》,中国政法大学出版社 1993 年版,第 1 页。

②⑨ 美国学者认为,上述三项政策中隐含有第四项政策,即“进入权”(the right of access)政策,即社会一般成员在一定条件下有权使用著作权作品。参见 supra. note 1.

益。^{③①}在普遍人权的视野中,公民基本权利在知识财产范畴主要有两类,首先是创造者对其知识产品的专有权,即知识产权;其次是社会公众对他人知识产品的利用权,即公众对知识产权专用领域的“进入权”(美国宪法),分享社会精神财富的“参入权”(加拿大权利宣言)。

在20世纪以前,人权问题均由一国权利宣言和宪法加以确定。知识产权保护与知识利益分享的问题,往往依据国家政治、经济、文化等制度的具体情形,以宪法性文件加以规定,是为国内人权。进入20世纪以后,以《联合国宪章》为开端,制定了一系列国际性、地区性的人权宪章,使人权成为国际法的调整对象之一,知识产权的相关问题自此具有了国际人权意义。1948年通过的《世界人权宣言》和1976年生效的《经济、社会和文化权利国际公约》,秉承联合国建立的人权原则和标准,参照《美洲人类权利和义务宣言》,提出了知识产权意义上的三项人权,即参加社会文化生活的权利、享受科学进步及其产生的利益的利益的权利、对自己的智力成果享有法律保护的权利。据外国学者对两大公约起草历史的回顾,“社会文化与科学进步”的人权条款被各国普遍接受,但对知识产权是否作为基本人权,则各国立场不一。后经一系列讨论和辩论,创造者权利条款才写进了两大人权公约。这一历史过程表明:知识产权的人权地位曾经受到质疑。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,知识财产也需要得到保护;反对者则认为社会公众享受文化与科学进步的利益与个人对知识的垄断权利不能成为一谈,这种权利有可能约束社会公众对智力成果利益的分享。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,即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前提。^{③②}应该指出的是,国际人权公约关于知识产权的三个条款是紧密联系、不可分割的。知识产权制度必须保证创造者的知识产权得到保护,同时还要保证这种权利应该促进而不是约束社会公众参与文化生活与分享科学进步的利益。换言之,创造者的权利与社会公众的权利相互依存,并非相互排斥,尊重创造者的权利,将保证社会公众获得更为丰富的智力成果。国际人权公约对三者关系的描述是宣言性的、概括性的,并未对创造者的权利的范围和社会公众的利益分享作出具体规定,但就制度层面而言,这一问题在相关立法中即表现为知识产权的保护与限制。

在人权社会的语境中,知识产权的概念与制度功能有着更为全面而崇高的解释。首先,知识产权被定位为一项普遍的人权。这说明,知识产权不是中世纪的特许之权,而是文明社会的普世之权。平等精神即是知识产权制度人权属性的直接反映。知识产权法中的平等,是一种从事创造性活动的自由选择,是一种取得创造者权利的机会均等,社会有责任向人们提供同等的机会。法律形式上的平等,即是机会的平等,至于人们从事何种创造性活动,取得何种结果,那是由人们的天赋、才能、机遇去决定的事情,应该允许存在差别。^{③③}知识产权作为普遍人权的社會要求是: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;在涉外知识财产关系中,根据共同参加的国际公约或按照对等原则,对外国人实行“国民待遇”的平等保护;在知识产权国际保护机制中,注重对一切民族、种族的智力成果给予平等保护,促进各国科学、技术与文化的发展。必须看到,在国际

^{③①} A. A. Reyes: *Copyright And Fair Dealing In Canada, Fair Use And Free Inquiry*, Ablex Publishing Co. 1980. p213.

^{③②} 相关资料参见前引[20],查普曼文。

^{③③} 参见彭万林主编:《民法学》,中国政法大学出版社1994年版,第34页。

知识产权领域里,西方国家的现代技术与文化受到知识产权的严格保护,而发展中国家的传统文化则很少得到相关法律的认可。为此,1976年联合国教科文组织和世界知识产权组织为发展中国家制定了《突尼斯样板版权法》,其中专门规定了关于“本国民间创作的作品”的保护条款;1993年联合国专门会议通过的《土著居民权利宣言草案》呼吁,“土著居民有权获得承认,他们完全拥有、控制和保护自己的文化权利和知识产权”。时至今日,采取知识产权保护传统文化的只有少数发展中国家。可以说,传统文化与现代科技文化是人类社会过去与现在的智慧结晶,国际社会如不给予一体保护,知识产权的普遍人权意义将会黯然失色。其次,知识产权的保护对象是体现人类尊严和价值的智力成果。根据人权理论,诸如文学、艺术、科技等知识产品可以成为商品,但首先不是商品。^{③③}知识产品是智力创造者从事精神生产的思想结晶,它体现了个人的创造精神,又吸取了前人已有的创造成果;知识产品作为某一领域的系统知识,是以一定形式表现出来的某种自然科学、社会科学的成就,在商品经济的条件下,大多还具有商品的一般属性。^{③④}这表明,知识产品只是在一定的条件下才能成为知识产权客体,换言之,法律应限制知识产权的保护范围,有些知识产品应列入私权客体的排除领域。例如:违反社会公共利益与公序良俗的知识产品,不受知识产权保护;不具有商品基本属性,或是采用非市场机制保护的知识产品,不能作为私权意义上的知识财产;法定期间届满,享有专有权的知识产品即成为社会公共财富。关于知识产品获取保护的条件的规定是具体的、可操作性的。以知识产品的创造性条件为例,著作权客体要求是独创性,专利权客体表述为首创性,商标权客体具像为可区别性。而人权公约则为知识产权客体构建了一种概括的、抽象的条件,要求受法律保护知识产品,应符合人类尊严原则与社会公共利益原则,这即是知识产权客体的人权定位。最后,知识产权的保护模式和水准,应有助于其他人权的实现。就制度功能而言,人权公约要求创造者的权利与“参加文化生活”的权利和“享受科学进步及其产生的利益”的权利保持协调一致,这一人权因素应高于“操纵知识产权法的简单经济运作”。^{③⑤}从这一理念出发,知识产权法的价值应体现二元取向的要求。就立法目的来说,即是促进科技、文化事业发展与保护创造者利益并重;就专有权利来说,即是“保护”与“限制”两者不能偏废。笔者曾将平衡原则概括为现代知识产权法的基本精神。^{③⑥}这种平衡包括知识产权所有人权利与义务之间的平衡,创造者、传播者、使用者三者之间关系的平衡,公共利益与个人利益的平衡。借用美国学者的相关论述,应在保护专有权利的基础上考虑社会精神财富的合理分享,一部现代知识产权法即是协调创造者、传播者、使用者三者权利的平衡法。^{③⑦}

三、私权与人权统一范畴中的知识产权

私权与人权在本质上是统一的。就人权体系而言,私人财产权即是人权的基础权利;就

^{③③} 参见前引[20],查普曼文。

^{③④} 参见张和生:《知识经济学》,辽宁人民出版社1992年版,第294页。

^{③⑤} 参见前引[20],查普曼文。

^{③⑥} 参见拙著:《著作权合理使用制度研究》,中国政法大学生出版社1996年版,第9页以下。

^{③⑦} *supra*, note 1. at. 2.

知识产权本身而言,它既具有私权属性,同时又直接构成基本人权的内容。在私权与人权的统一范畴中理性地把握与认识知识产权,有助于我们全面考察现代知识产权制度的价值理念和社会功能。基于此,笔者以为应当确立以下两个基本法律观:

一是私权神圣。私权是与公权即国家权力相对应的一个概念,指的是私人、个人(包括自然人与法人)所享有的各种民事权利。私权神圣,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。私权神圣是人权主义思想的必然反映。“所谓人权主义即是21世纪的人文主义,是指以人权保障为最高理念,体现以人为本位,以权利为本位的价值观念,将私人权利作为人权的基础权利”。^{③⑧}具言之,知识产权制度的建构是以下列思想原则为基础:第一,以私权领域为依归。知识产权是知识类无形财产的权利形态,其基本属性与财产所有权无异,都应归类于民事权利的范畴。人权保障的任务首先在于全面维系人的各项私权,私权保护是政治权利、社会权利等其他人权实现的基础。第二,以权利制度为体系。知识产权总会有若干程序法、公法的规定,但依然是以实体法为基础的私权制度。诸如权利取得程序、权利变动程序、权利管理程序、权利救济程序等,概以创造者权利为中心,从而形成私权领域中的独特的法律规范体系。第三,以权利中心为本位。所谓法律本位,是针对权利义务之关系而言的。就知识产权制度而言,在权利义务这个统一体内,是权利决定义务,而不是义务决定权利。质言之,知识产权制度是以权利为本位,在规范方法上是以授权性规范为主要内容,在立法重心上是以保护创造者权利为首要。

二是利益衡平。利益衡平是指当事人之间、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。“利益衡平是民法精神和社会公德的要求”,^{③⑨}也是“人权思想和公共利益原则的反映”。^{④①}权利的基本要素首先是利益,利益既是权利的基础和根本内容,又是权利的目标指向,是人们设定该项法律制度所要达到的目的(起始动机)之所在。因此,知识产权法所强调的利益衡平,实质上是同一定形态的权利限制、权利利用制度相联系。从人权主义的角度来说,知识产权制度所追求的利益衡平精神主要表现在以下两个方面:第一,本权与他权。创造者的权利即知识产权应为本权,是对知识财产依法进行全面支配的权利;传播者、利用者的权利则为他权,是根据法律规定或本权人的意思对他人知识财产进行有限支配的权利。根据利益衡平原则,本权与他权的关系表现为:主体之间公平相待,交换应该是有偿互利的,但合理使用除外;知识财产利益合理分享,在法定范围内应该兼顾各方当事人的利益,这具像为创造者权利、传播者权利、利用者权利三者之间的协调。第二,私益与公益。出于公共利益目标,对创造者的专有权利进行必要的限制,以保证社会公众对知识产品的合理利用。利用他人知识产品,或是基于表现自由的目的,或是基于公共教育的需求,或是基于社会公共卫生与生活的必要,这些都是正当的、合理的,其本身都是人权公约所要求的。按照国际知识产权组织的一位高级官员的解释是:“公共利益这种良好愿望本身包含着这样一种含义,多数人的利益高于个人的利益,任何一个公民都应该为了全社会的共同利益而放弃个人私利。”^{④②}

对知识产权进行私权定性与人权定位,并将其建构在统一的法律价值体系中,不仅是理

③⑧ 参见屈茂辉:《中国民法典的基本理念》,《求索》2002年第5期。

③⑨ 参见上引文。

④① 参见前引[20],查普曼文。

④② 杰利恩·达维斯:《权利集体管理中的公共利益》,《版权参考资料》1990年第2期。

论上的偏好,更重要的是现实社会发展的需要。国际人权组织注意到:知识产权几乎成为一切经济生活领域的中心。这意味着,涉及知识产权的国际条约、国家法典和司法裁决,对保护和促进人权都有着重大的影响。人权公约所规定的经济、社会、文化权利更是如此。^{④2} 这种影响有时是负面的,即作为知识产权的人权与作为社会、经济权利的其他人权存在着实际或潜在的冲突。

冲突成因之一:新技术革命对人权的影响。1968年国际人权会议发表了《德黑兰宣言》,专题讨论了现代科学技术对人权的影响。宣言指出:“当近来的科学发现与技术进展为经济、社会和文化进一步打开广阔的前景时,这些发展却也可能危及个人权利和自由,并需要持续不断地对其予以关注”。德黑兰会议建议联合国组织研究下列问题:(1)鉴于录音技术,对隐私的尊重。(2)鉴于生物、医学和生物化学的进步,对人格及身心健康的保护。(3)某些可能影响人们权利的电子产品的使用,及其在民主社会使用,应当设定的限制。(4)更一般性的是在科学和技术发展与人类的智力、精神、文化和道德进步之间应建立的平衡。^{④3} 科学技术的发展,直接对人格尊严、表现自由、教育权、生命健康权、环境权等产生影响,这些都是国际社会广泛承认的人权,而录音技术、生物技术、电子产品等,又无一不是知识产权保护的对象。审查上述科学技术所带来的积极影响与消极影响,处理各项权利之间的冲突,也就成为人权主义者与各国立法者所共同关注的问题。

冲突成因之二:新国际贸易体制对人权的影响。1994年世界贸易组织的成立和1995年《知识产权协议》的生效,进一步强化了全球性的知识产权保护机构。在世界贸易组织的制度框架下,各国立法者不得不按照《知识产权协议》的标准修改其本国法,知识产权保护融入到新的国际贸易体制之中。2000年联合国人权促进保护小组委员会发表了《知识产权与人权》的决议,审查了《知识产权协议》对国际人权带来的影响,宣称:“由于《知识产权协议》的履行没有充分反映所有人权的基本性质和整体性,包括人人享有获得科学进步及其产生利益的权利、享受卫生保健的权利、享受食物的权利和自我决策的权利,所以,《知识产权协议》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。”^{④4} 对于人权社会而言,创造者的权利应视为人权,不论他们是个人、群体还是社团;另一人权问题是,知识产权保护应与维护人类尊严和实现其他人权相一致。人权义务的位阶应高于一切经济政策与协议,具言之,国际知识产权公约的履行,应全面考虑国际人权公约所规定的义务;各国立法保护知识产权,其社会作用应符合国际人权义务。

依照国际人权标准,国际知识产权保护制度存在的主要问题是:

1. 对创造者权利保护不完整。

承认创造者通过智力劳动而获得精神利益和物质利益的权利,这是将知识产权视为人权的重要考量标准。《知识产权协议》满足了美国版权制度的一贯主张,将作者的精神权利排除在协议之外。这意味着,《知识产权协议》缔约方兼为《伯尔尼公约》成员国有义务保护

^{④2} 参见前引[20],查普曼文。

^{④3} 联合国:《国际人权会议的最后行动》,转引自[斯里兰卡]C. G. 威拉曼特里编:《人权与科学技术发展》,知识出版社1997年版,第2页。

^{④4} 联合国促进和保护人权小组委员会:《知识产权与人权》(第52次会议决议,2000年8月17日)。转引自前引[20],查普曼文。

精神权利,但非公约成员国而仅为《知识产权协议》缔约方却没有义务遵守这一条款。其后果是,违反该条规定并对精神权利造成损害时,不得提交世贸组织争端解决机制解决。

2. 对传统文化保护不重视。

建立与本国文化传统的实践与复兴相一致的知识产权制度,这是人权公约所主张的“参与文化生活权利”的重要实现途径。由于现行知识产权制度建立在独创性或首创性要求的基础之上,传统或土著居民的知识或艺术形式,包括考古遗址、古迹、手工艺品、传统设计、民族礼仪、民间传说及地方视听表演艺术等,无法采用著作权或专利权的保护方式。《知识产权协议》对此未予足够重视,这就忽视了对文化与知识多样性保护的原则,导致一些国家或地区、一些民族或种族群体应有权利的丧失。

3. 对公众利益保护不理想。

保证社会成员享有生命健康的权利与适当生活标准的权利,这是知识产权制度所必须考虑的人权问题之一。《知识产权协议》规定了公共利益原则,允许违约方在制定或修改其国内法时,可以采取必要措施:(1)保护公共健康和营养;(2)促进对其社会经济和技术发展至关重要的部门的公共利益。这一原则体现了基于公共利益所给予的人道主义关怀。但是,对于许多缺乏技术与生产能力的发展中国家和最不发达国家而言,不能适用强制许可、合理使用等措施而获得急需的有专有权的产品时,《知识产权协议》并没有象制裁侵犯知识产权行为那样,为非权利人利用知识产品提供一个有效的措施。

4. 对发展中国家利益考量不充分。

政治、经济、文化的自决权,经济与社会发展的权利,参与及分配人类共同遗产的权利以及要求健康与环境平衡的权利等,是第三代人权即集体人权的重要内容,反映了第三世界民族主义的出现以及它对权力、财富以及其他重要资源在全球范围内分配的要求。^④乌拉圭回合谈判及《知识产权协议》给发展中国家与最不发达国家提供了协议遵守的过渡期,满足了这些国家的一些诉求,但协议对发达国家的好处是显而易见的。《知识产权协议》的形成,实现了发达国家在发起谈判时意图保护药品业、电影业、通信业的战略目标,在全球范围内建立了一个较高标准与有力保障体系的知识产权制度,从而使得发达国家在国际贸易中继续保持了技术优势,一个以知识产权为后盾的技术优势。据统计,在全球经济中,工业化国家当前拥有全部专利的97%,另外70%的版权和许可证费收入为发达国家的跨国公司所获得。^⑤美国作为世界头号科技经济强国,既是世界的专利大国,其每年的专利申请量约占全世界总量的五分之一左右;同时也是世界级的品牌大国,全球10大驰名商标有9个名归其下。这意味着,在知识产权高水平保护的条件下,主要受益者将是外国的跨国公司,而不会刺激当地的研究和革新。此外,由于发展中国家往往缺乏利用先进技术的设施和力量,无力充分地分享科学技术进步带来的利益,从而在社会发展问题上总是处于不利的地位。

上述问题涉及知识财产领域个人利益与社会利益的调整,就制度设计而言,直接关系到知识产权的保护与限制。知识产权法对专有权利的保护并对其设定必要的限制,体现了法律对涉及知识产品的各种利益予以认识并加以协调,即是对社会关系的各种客观利益现象

^④ 参见夏旭东等主编:《世界人权纵横》,时事出版社1993年版,第116页。

^⑤ 联合国开发计划署:《1999年人类发展报告》。转引自前引[20],查普曼文。

进行有目的、有方向的调控,以促进利益的形成和发展。^{④7} 这种制度的平衡、协调功能主要表现在以下几个方面:

第一,绝对性权利与再创造自由。知识产权所有人的权利不应成为社会公众从事智力创造活动的障碍。精神生产与智力活动是一个绵绵不断的历史过程,今人的创造动机受惠于前人智力成果的启示,现实的知识产品往往是对前人思想结晶的借鉴,这些使用的自由意味着对绝对性权利的必要限制。为此,各国立法者创造了多种制度来维系后人的再创造权。例如,著作权法允许后来作者对前人的著作权作品的适当引用,专利法承认为科学研究或实验目的而使用他人专利技术不构成侵权等。

第二,垄断权利与言论自由。知识产品创造者的权利垄断不应危及公民言论自由的宪法权利。从广义上讲,言论自由也是创造者的自由,它包括创作自由、学术自由、艺术自由以及出版自由等各项政治性权利。知识产权授予创造者以专有权利,使其愿意生产、传播知识产品,从而保障了这种自由的实现;同时,言论自由也意味着广大使用者交流思想、传播信息资料的自由,美国最高法院将这种权利与自由概括为“说”、“读”、“听”、“印”。^{④8} 知识产权限制的各项制度,在最大的程度上保障了为公共利益而设立的言论自由。

第三,个人权利与公共教育政策。发展教育事业,为公民受教育提供必要的设施、途径和条件,是各国普遍推行的公共政策。受教育权是宪法规定的公民基本权利,因此知识产权不能妨碍基于教育目的而对知识产品的使用。如果对个人权利不加限制,则会产生创造者及其子孙后代的个人权利与社会公众获取人类文明权利之间的冲突。^{④9} 各国立法明确规定,可以为教学目的而自由使用有专有权利的知识产品,但这种使用不得出于营利目的。

第四,专有权利与经济发展。利用新的科学技术以促进社会经济的发展,不仅是一国人民的共同愿望,也是国际人权中发展权的集中体现。为了推动经济成长,社会总希望能应用最新最先进的技术,而这些技术往往受到专有权的保护。为了解决这一冲突,各国立法一般规定了强制许可使用、合理使用、紧急状态下自由使用等制度,确保国家基于经济发展对科技成果的吸收和应用。

第五,独占权利与贸易自由。知识产权的独占性品质,使得权利人可以控制知识产品的应用,其控制范围的大小、控制力度的强弱,直接影响知识产品流通的环节与地域。为防止知识产权人滥用权利,阻滞知识产品的流通与传播,各国立法者采取了包括“权利穷竭”制度的各种措施。“权利穷竭”制度允许知识产权人仅在含有知识产品的商品首次销售时享有控制权,即权利人无权控制该商品以合法方式销售或分发出后的自由流转,从而限制了独占权利的垄断,有利于贸易的自由往来。

在一国范围内,知识财产领域各方利益的平衡与协调,是通过知识产权的保护与限制制度来实现的。各国立法者基于本国的社会发展现状,从其经济、文化、教育、科技政策出发,某一时期或注重于保护,或某一时期强调其限制,这些制度设计在不违反国际公约的前提下是不难做到的。问题在于,当今知识产权国际公约本身,是否充分考量知识的创造者与使用

^{④7} 参见孙国华等:《论法律上的利益选择》,《法律科学》1995年第4期。

^{④8} 参见[美]托马斯·埃默森:《论当代社会人民的了解权》,《法学译丛》1979年第2期。

^{④9} 参见曹新明:《试论“均衡原理”对著作权法律制度的作用》,《著作权》1996年第2期。

者之间的相互利益,是否有助于社会和经济以及权利与义务的平衡,则是值得思索的。必须看到,在国际贸易体系中,知识产权已经成为发达国家维护技术垄断地位、保护贸易利益、强化国家竞争优势的强大武器。^{⑤0} 世界贸易组织制度框架下的《知识产权协议》,更多地反映了发达国家的利益和要求,结果造成了发达国家与发展中国家之间权利义务的不平衡。

近年来,围绕着知识产权与公共健康问题上的争端,在第三世界力争下,世界贸易组织部长级会议于 2001 年 11 月在多哈通过了《关于知识产权协议与公共健康问题的宣言》。在多哈会议上,以南非为代表的发展中国家关于尊重人的生命权、健康权、维护公共利益的呼吁,得到发达国家在知识产权领域的善意回应。多哈宣言确认困扰许多发展中国家和最不发达国家遭受痛苦的公共健康问题的严重性;强调知识产权保护对于新药品开发的重要意义,也承认这种保护对价格的影响所产生的忧虑;同意《知识产权协议》不应成为成员国采取行动保护公众健康的障碍,这些行动包括每一成员国享有“强制许可”的权利,认定何种情况构成“国家处于紧急状态或其他极端紧急的情况”的权利,构建自己的“权利穷竭”制度的权利。

多哈宣言的诞生是国际知识产权领域发生的重大事件。首先,它是一个重要的标志,反映了发达国家与发展中国家之间的利益冲突与协调,使得公共健康这一基本人权在知识产权领域得到重视,在一定程度上促使知识产权国际保护更多地考虑经济技术落后国家的利益;同时,它也是一个良好的开端,昭示着发展中国家的立场、观点在现行的国际知识产权体系下作为主流意识加以体现,这就进一步引发出传统知识、生物多样性、地理标志等更为广泛的权利保护与利益协调的制度空间。

总之,在私权与人权的统一范畴内,进行一国知识产权的制度安排,以至构建整个国际知识产权保护体系,是非常重要而且必须的。我们有理由相信:私权与人权共融的法律之光,既是保障知识创造者利益、促进精神财富增长的智慧之光,也是维系社会公众利益、推动知识技术传播的理性之光。

Abstract : While the TRIPs clearly defines the intellectual property rights as private right and emphasizes the legal system of private ownership of intellectual property, the International Bill of Human Rights emphasized the human rights aspects of intellectual property right and reveals the idea in the modern intellectual property right system of balance between the protection of exclusive rights and sharing of the benefit of intellectual property. Looking at intellectual property right both as a private right and as a human right will help us to understand the value concepts and social functions of modern intellectual property right system.

^{⑤0} 参见高胜:《正义是社会制度的首要价值》,《中国对外贸易》2002 年第 4 期。