

【知识产权】

知识产权的边界:以客体可控性为线索

易继明 李春晖

【摘要】权利边界的设定及新型权益的涌现,需要进一步把握权利的客体要素。客体是权利理论中的基础概念,应当具有客观事实上的中立性,不应存储有关设权的价值判断。客体上之所以能够设置权利,取决于客体的可欲性、可控性和充足性。就知识产权而言,信息的流动性和外部性,使得其正当性解释须考虑整个自然法理论:先占即控制是自然权利的来源,劳动是权利归属的依据。自力控制的客体之上,产生一般知识产权;法律之力控制的客体之上,属于类型化的法定权利。一般性权利偏于自然权利,需要提高保护强度,但不能再由法律之力强化其控制。类型化的法定权利基于功利主义设权,一方面要严格遵守权利法定的边界,对于涵摄到的客体和权能要严格保护,另一方面保护强度要低于一般性权利。

【关键词】知识产权边界;民事权利客体;信息;可控性;知识产权正当性

【作者简介】易继明,北京大学法学院教授(北京 100871);李春晖,天津大学法学院副教授(天津 300072)。

【原文出处】《中国社会科学》(京),2022.4.120~139

一、问题的提出

当前,知识产权保护领域出现了一些矛盾现象和理论困惑。首先,权利难以得到有效保护和权利人过度主张权利同时存在。如专利权,司法裁判中诸如全面覆盖原则、等同原则、捐献原则、反向等同原则、^①间接侵权原则、“多主体实施方法之侵权判定”的“控制或指导理论”^②等决定着专利权的具体边界。诚然,这些原则或者理论不乏争论,尤其是后三者有违背权利公示原则、过于偏向权利人而丧失平衡之虞。其次,知识产权意识不足,与专利蟑螂、^③版权蟑螂、^④商标蟑螂^⑤大量出现的现象同时存在。如商标囤积和抢注成风,甚至堂而皇之成为产业,而诚实使用人和注册申请人要想维护或获得应属自己的权利却困难重重。再次,专利的海量增长,与向商业秘密保护的回归同时存在。2020年,我国发明专利、实用新型专利、外观设计专利这三类专利存量达1219万件,当年新增364万件。^⑥同时,众多国内外权利人愈来愈回归商业秘密保护,已出现对商业秘密单独立法的观点。而经典理论告诉我们,知识产

权制度应鼓励信息公开与流通,出现与此相反的动力,部分原因应系现有专利制度难以提供充分的保护。最后,知识产权新兴客体的保护诉求对现有知识产权保护制度提出挑战。如在凤凰网赛事转播案中,对体育赛事直播画面是否构成类电作品(视听作品),法院认为应考虑固定性及独创性要件。^⑦但作品独创性与专利法上的创造性一样充满主观性——如果在已有作品类别中以独创性排除对某些作品的保护是合理的,那么以独创性理由决定新型客体保护与否,其主观性使得其难以担此重任。

以上种种矛盾,都指向一个问题:知识产权边界为何?通说认为,权利由特定利益和法律上之力两要素构成。利益之所在,即为客体。知识产权边界的首要问题,是客体的边界。一是立法设权的边界,即哪些客体上不能、可以或应当设立何种知识产权;二是个案司法裁判中的边界,即对权利人所获取的具体知识产权的边界——具体客体及其上的行为如何理解和阐释。

需要特别说明,在《民法总则》明确界定知识产

权“客体”之后,权利的“客体”与“对象”属同一范畴的观点成为主流。本文采此观点,用客体一词。简言之,本文之客体系指与物权之物、著作权之作品等地位相当者。

二、民事权利客体之事实中立性:概念与原则之分

时至今日,用一个统一的语汇准确地描述知识产权客体仍然困难重重。“知识”还是“信息”,抑或“符号”或其他语汇是否能够准确涵摄与对应,人们不无疑惑。基本概念是理论体系的基石。法律概念是指“对各种法律事实进行概括,抽象出它们的公共特征而形成的权威性范畴”。^④法律规则(规范)是法律的主体,其往往是比较明确和刚性的,是“具体规定权利和义务以及具体法律后果的准则,或者说是对于一个事实状态赋予一种确定的具体后果的各种指示和规定”。^⑤法律规则具体如何确定,则取决于法律原则,即“可以作为规则的基础或本源的综合性的、稳定性原理和准则”。^⑥法律原则的一个重要功能,是克服法律概念和法律规则的刚性缺陷,令法律具有开放性,其通常体现为一般性条款,“起了一个安全阀的作用,防止了……僵硬但却精确的文体被社会的压力所冲破”。^⑦法律原则之所以能起到这种作用,乃因其力图反映某一领域法的基本指导思想和价值判断。故可认为,反映和描述事实的法律概念是质料,反映指导思想和价值判断的法律原则是精神,才成就了由规则构成的活的法律。概念是原则的基础和前提。^⑧

诚然,没有绝对的事实中立,事实与价值具有互异性。^⑨因此一些概念难免与原则一样成为储存价值的容器。只是概念间接地、仿佛是“编成密码”似地包含评价;而“原则明白地作出评价”“比较适宜复述法秩序评价的一致性”。^⑩因此,从体系的妥当转看,应尽量让价值判断储存于原则中,概念应尽量剥离价值,具有中立性。退一步,若概念中已储存某种价值,其应体现在概念的明确定义中,而非依靠语言的魔术“编成密码”隐藏在背后;否则,可能因概念的模糊导致虚假的议题或实践的荒唐。与社会和历史相适应的弹性和价值判断,体现在原则指导下的

规则包括其例外的制定当中,而非在概念中暗度陈仓。

即便概念不可避免地包含一些原则和价值判断,但在科学理论体系中,越基础的概念越应具有客观事实上的中立性,越少价值的判断。客体(包括其内涵和外延)即为法的一般理论中最基础的概念,是法学世界与现实世界之间的桥梁,因此,其应具有最充分的中立性,反映现实世界的真实。“科学必须就其对象实际上是什么进行叙述,而非从特定的价值判断出发来规定它应该如何或不应该如何”。^⑪

基础概念是法律科学的基石,应尽量描述事实而不包含价值判断,并具有超越性:超越特定部门法知识而适用于整个法律体系,甚至超越特定国家法律体系。^⑫而价值判断(及其所决定的具体法律规范)常因部门法而不同,亦因时因地而异,具有多变性,若将其暗度陈仓到基本概念当中,将使“基本概念”不再“基本”,进而令整个法学理论的基础虚弱不牢。

对于知识产权,设权在很多情况下是功利性的工具论的需要,而此类考量很有可能时过境迁。权利法定并不意味着实定法设权的是“亘古不变”的客体,进而试图构建与一切实定法完美吻合的客体概念。由于对知识产权工具的功利性选择,以及对权利的各种条件设置和例外限制,若要按实定法所确定的权利反过来确定完美契合的知识产权客体,无疑要以失败告终。以此逻辑,要获得物权客体之“物”的概念也是不可能的,因为并非所有物上的权利都是以相同的标准或原则设立。

事实与价值之分在客体、权利上的表现,即为客体与设权原则之分,或曰潜在权利(利益)与是否或如何设权之分。若不加区分,直接将具有变动性的设权原则中的价值性判断,隐藏到对客体的定义当中,则可能导致价值判断以事实的假象,形成对客体亦即潜在权益的固化认识,削减法律和权利对变动的现实的及时回应,导致法律制度一定程度的僵化。

权利客体在外延上只应是类型,^⑬或曰类型式概念或不确定概念,^⑭即只能描绘各种权利的客体是何类型。而属于这些类型的对象究竟是否或能否成为某种权利的客体,则要在包含了价值判断、利益衡量

的原则指导下进行,这种判断和指导,既在立法层面发生(即成文法认可设定哪些权利以及获得这些权利的条件),也在执法层面发生(行政机关和法院要对具体的实例进行判断)。这样,“通过类型(亦称类型式概念)的使用虽不能逻辑地控制推论结果,但由于类型观察法已忠实地承认人们对其所欲处理对象之了解的不完全性,因此在立场上便不会涉及强不知以为知的虚假假定,因而可以开放地随着知识经验的累积或甚至随着所欲处理对象之变迁而演进,从而具有处理千变万化之法律现象所需要的规范弹性。或谓这种弹性将降低法的安定性;但它却提高了法律对事实之真正的适应性。至于概念所提供之绝对的法之安定性却常常必须以‘恶法亦法’为代价牺牲真正的公平。”^⑨

因此,对整个知识产权客体,可以称为“信息”——这并不意味着所有信息都必然成为特定知识产权客体。在此,笔者不欲讨论有关知识产权客体的各种学说,如知识说、符号说等;而想强调,无论哪个术语,均须明确其在外延意义上只是类型式概念,从而不必纠结其是否与实定法的设权现实百分之百对应。相反,必须承认其不是百分之百对应的,从而令实定法在保持其客体开放性的同时具有规范弹性。但在回到权利层面时不能就此忘记了客体,而应考察在设权过程中的各种考量与作为类型的客体的特性有何关联,即研究客体的差异性对设权的影响,包括是否设权以及如何设权,从而捋清从客体视角究竟应如何掌握知识产权的边界。而不是在现实的知识产权客体已经确定的前提下,倒过来研究其特征——而实际上我们欠缺关于该现实客体的确切边界。

三、潜在客体权利化的条件

客体外延的(类型式)概念并不解决特定客体是否受权利保护的问题。那么,潜在客体及其上的利益,在何种条件下会权利化?

笼统来看,所述条件丰富多彩:各种功利主义、实用主义的考量,各种利益集团的斗争。但万变不离其宗,一切利益皆来自客体本身,因此一切衡量必然建基于客体本身的属性。各种具体的客体自然千

差万别,作为对知识产权边界的总体性研究,则要考虑知识产权客体这一总类型在宏观上的特征。

进一步,对任何概念(类型)的考察,必须在更大背景下展开。因为概念(类型)本质上是从更大的集合中挑选的具有某种共性之元素的子集。若非了解母集,则子集无从说起。这或许正是当下知识产权客体研究鲜有进展的原因:虽然所有人都宣称知识产权是一种私权,但民法教义学体系下的知识产权研究尚未充分展开;相反,大量研究总是有意无意地体现甚至强调知识产权的差异化,而非整合性。其实,研究知识产权客体须先将其置于整个民事权利客体特征之下,再重新回到知识产权的特殊性,由此来认识知识产权的边界。

同时,要理解客体之间的差异以及权利如何选择客体,须有动态而非静态的眼光。客体是权利所保护的利益之所在,是客体决定了权利,是客体的发展决定了权利的发展。而客体的发展是人们对客体的需求及认知的变化。权利与客体发展的不匹配,随着人类社会的发展而愈发显著,法律和法学理论需要越来越快地调整,即显现出明显的回应性特征。^⑩从客体与人类社会互动的角度来考察,客体具有可欲性、可控性和充足性。

(一)客体的可欲性

可欲性(desirability)在当代政治哲学文献中意指某种对象如社会制度是否令人向往,是否值得追求。本文借用来表示作为主体的人对客体的需求。“被需要事物的特征就是需要者对其在某方面的可欲”。^⑪作为主体的人必须认识到自己对某种利益的需求,相应的权利才有现实基础。这包括两个层次:客体本身的发现;客体上利益的发现。

随着人类活动的不断扩展,越来越多的客体被发现,从而变成作为主体的人所认识的客体。如认识到各种新物质的存在,认识到电力等能量形式,并创造出可为人服务的、各种性能越来越优异的工具。而在计算机出现后,人的思维能力得以大幅扩展,波普尔“第三世界”^⑫中新的存在形式不断涌现,如网页、域名、计算机游戏(以至游戏直播)、海量数据的汇集等。自然,新发现或新产生的客体上可附着

人的利益。

另一方面,在早已存在、司空见惯的客体上,也会产生新利益。如从种植庄稼的土地变为出产矿物的矿场,从作为自然现象的电变为可被利用的能源,从作为食物的动植物变为携带遗传信息的载体,个人信息从仅仅事关荣誉和尊严的隐私,汇集之后变成隐含更丰富信息的“矿藏”(数据),等等。

不断产生或发现的新客体及其上的新利益,或旧客体上的新利益,产生新的权利需求,促使国家法律调整其“权利”供给。

(二)客体的可控性

任何权利终须得到法律认可(至少在大陆法系),即权利为以法律之力对客体的支配/控制,从而实现权利人的利益。^③但权利最初来源于自然权利,法律之力是对主体自然之力的补充。从人的觉醒过程看,人首先意识到的是自己的身体,然后是可自力占有的那些身外之物,最后才是那些自力无法控制的对象。与此顺序相应,权利首先光顾的是那些已被主体自力占有和控制,或有潜力予以自力占有和控制的客体,而无法以主体之自力占有和控制的客体,则须法律额外照顾,方能以法律之力建立权利秩序。

1. 天然控制的客体

作为主体的人天然控制的客体即为其身体及其劳动。人天然对其身体享有一切权利,此即物质性人格权之最终来源。劳动则系身体的自然延伸,这正是洛克财产权劳动学说(理论)的前提。

2. 有自力控制可能的客体

在主体身体之外,触手可及之有形物,可能成为主体依靠自力予以控制的对象。自力控制可分三个层次。

第一层次是直接的自力控制。最直接的控制是对可移动之物的随身携带,令其时刻处于主体控制范围之内,如可随身携带的钱财。只是直接控制是严格意义上的或狭义的自力控制。

第二层次的控制或多或少需依赖习惯。如对居所及置于居所内之物品的权利,及居所周围一定范围内物品的权利,既有可能是居所主人的控制结果(如同肉食动物对领地的控制),也有可能是社区习惯

上对主人之控制的承认。在这一层次上,所有有形之物均有自力控制的可能。

非仅有形物才能被自力控制。如在尚未发表和传播之前,权利人通过控制原稿即可控制作品。又如,通过技术手段对作品的控制,如作品的加密措施、地区码等,也是对作品传播的自力控制。

第三层次是最广义的自力控制。随社会发展,凡利用主体自然之力和/或已有权利形式(法律之力),维护新生客体或利益的,皆可视为自力控制范畴。对此类自力控制法律同样应予尊重。这也包括通过意思自治的合同控制。如商业秘密有关权利可视为基于对信息的自力控制,其维护有两个层面的要求:一是物理上的保密措施,如加密、物理隔离等,系对主体自然之力的利用;二是制度上的保密措施,如公司规章制度,与员工个体、交易伙伴的保密协议等,系对已有法律制度,亦即已有权利形式和法律之力的利用。

3. 无法自力控制的客体

无法以纯粹自力控制,也无法借助于现有法律之力予以控制者,即为无法自力控制的客体。

所有信息,一旦离开原始载体或原始控制者开始传播,一般就不再可依靠自力加以控制。无论作品抑或技术,若非依靠著作权法、专利法等法律之力,完全无法阻止其传播和利用。并非所有物质性客体皆可自力控制。例如,在相应技术发展起来之前,对于能量形态如热、电、风能、太阳能等,皆无法自力控制。

随科技的进步,原来无法自力控制的客体可转变为能够自力控制。例如很多无定形形态的物或根本无形态的能量变得可约束、生产、计量和控制,如水坝、气体和液体管道、热电厂等,从而使得它们变为上文第2类有自力控制可能的客体,进而有机会成为物权客体。

4. 法律之力的控制

对于完全不可能自力控制的客体,可由法律之力建立控制,即纯粹的法定权利,但这不属于客体自身可控性的范畴。之所以说纯粹,是因与下文具有部分自力控制基础的法定权利相比。

对于在主体控制范围内的客体,法律可承认其效力(如关于占有的制度)。法律之力也可对自力控制予以额外的辅助(即加强),因为单纯承认自力控制的效力可能不够。力量有强弱,完全依靠自力控制不可避免形成丛林社会。但在法律之力介入过程中,主体自然之力能达到的控制程度,是法律之力考虑是否介入、如何介入的基础。越容易、越早在主体自力控制范围内的事物,越早成为法定权利的客体,即法律亦越早承认自力控制的有效性和可救济性。法律也可对过于强大或相互冲突的自然权利予以节制。

(三)客体之充足性

当客体的量并不充足时,权利的设立即应十分谨慎。或者,本身充足的客体,可能因设权而变得不充足——随意设立各种权利,可能导致权利的拥挤和冲突,包括私人利益之间的冲突,以及私人利益与公共利益的冲突。因此,洛克的财产权劳动理论就对通过劳动将共有的物品拨归私用附加了至关重要的条件:“还留有足够的同样好的东西给其他人所共有”。^③

进一步,德霍斯在其《知识财产法哲学》中,针对客体的充足性,讨论了积极共有与消极共有两种不同情形。^④消极共有物不归任何人私有,而且对私人通过劳动予以先占是开放的,不需经其他人的同意,即洛克所述情形。而积极共有物系归全体共有人所有,某个私人欲占有它而排斥其他人,须所有其他人同意。区分共有物的另一角度是包容性和排他性共有。前者是指全人类共有,后者则指仅为人的某个集合所共有。两个维度的结合共产生四种类型的共有形态。

依赖人之思维的信息,是从人类的共有知识中拿出来的(从而可能是有限的),还是无中生有创造出来的(从而可能是无限的)?答案看起来似为后者,实则不然。若仅在依靠自力可控制的信息上设立权利,则并不妨碍其他信息的自由流动。但若在自力控制之外以法律之力额外控制,则将构成对他人创造和生产自由的限制。跟产品的生产必有材料一样,人类的所有进步都必然始于某个现有起点。若

始于该起点状态的知识产权足够多、足够密,则所有路径都有可能被堵塞,公众将丧失创新和生产的自由——这正是专利丛林可能导致的情况。因此,基于法律之力实现垄断的现有知识产权制度的逻辑衍生的仍是积极共有,需要妥善管理:权利需要限制,法律需要妥善规划各种权利的边界——这正是知识产权制度中各种微妙规则的缘由。

四、信息的流动性与知识产权正当性

(一)财产权劳动理论及其修正

洛克的财产权劳动学说认为,“每人对他自己的”人身”,进而“他的身体所从事的劳动”享有所有权,因此人对掺进了自己劳动的物享有财产权。^⑤虽然洛克在提出该学说时未必虑及知识产权(例如那时已产生的专利权),但财产权劳动学说也被用来证明知识产权的合理性:知识产权的客体——信息,是人付出脑力劳动的成果,无论全新的,抑或在旧有成果上加以改进(两者通过劳动混合起来)。唯此处的劳动主要非体力劳动,而系智力的劳动;与有体物相比,信息之基于劳动的价值更为彰显,其创造性凸显了劳动的投入。

反对者认为财产权劳动理论会产生两个后果:其一,劳动难以界定,故有人们仅因微不足道的劳动而攫取过大所有权之虞,如哲学家罗伯特·诺齐克提出的清扫火星疑问。^⑥其二,所有信息皆为人的劳动成果,故所有信息皆会置于某人的权利之下,导致严重的“反公地悲剧”。此外,人之天赋、能力各异,若放任自然权利之自然生长,这种差异加上马太效应,可能最终走向多数人的反面,导致自然权利成为奴役他人的权利来源。

为应对前者的担忧,黑廷格提出比例原则,^⑦对财产权劳动学说构成重大修正。原始财产权劳动学说适合于理想化的前政治社会自然状态,而修正后的财产权劳动学说适合财产权已很丰富的政治社会——无主的共有物已基本上不存在,所有的物都被附加了劳动和财产权。因此,有必要将自己的劳动及产生的价值与已存在的劳动价值区分开。如此修正之后的财产权劳动学说更加适用于知识产权,因为与有体物相比,知识产权客体更加具有继承性

和延续性,其价值的混合更为常态。

对后者的担忧则呼应了知识产权法定主义的主张:财产权劳动学说下的知识产权注定会野蛮生长,因此唯知识产权法定主义方能加以约束,避免反公地悲剧——因此知识产权法定主义体现的是限权的功效。^⑨显然,以限权为目标的知识产权法定主义看起来缺乏道德上的合理性,因为其限制的是自然权利。对于人的自由价值来说,本来拥有的权利被限制,与本来不拥有权利而创设权利,显然有所分别。

事实上,马克思主义劳动价值论的基础就是劳动,认为劳动不仅创造了财富,还创造了人本身。“劳动是一切财富的源泉。其实,劳动和自然界在一起才是一切财富的源泉,自然界为劳动提供材料,劳动把材料转变为财富。……劳动是整个人类生活的第一个基本条件……以致我们在某种意义上不得不说:劳动创造了人本身。”^⑩相反,如果我们担心劳动权界不清晰、权利“野蛮生长”等,从而否定了劳动的基础价值,那么可能会出现劳动的“异化”;如此一来,“劳动所生产的对象,即劳动的产品,作为一种异己的存在物,作为不依赖于生产者的力量,同劳动相对立。”^⑪正是从这种劳动的基础价值出发,笔者重申了以人为中心的劳动价值,肯定了包括知识产权在内的财产权劳动学说。^⑫

(二)自然权利理论对信息流动性的检视

知识产权客体信息具有流动性和外部性,这也是财产权劳动理论不得不面对的。与通过属于自己的身体付出(哪怕一丁点儿)劳动而取得尚未归于私有的共有物的“自然方式”相比,对于信息等无体物,是不是也应尊重其具有流动性和外部性的“自然状态”?杰斐逊在1813年写给麦克弗森的信对此作了形象的阐释。^⑬其实,这种尊重本来也蕴含于洛克财产权劳动理论自身当中。一方面,洛克同时提出的“不浪费”原则意味着必须尊重信息天然具有的流动性和外部性。若将本来可自由流动的信息权利化,无疑让本来能为全体人类利用的信息,至少在相当长的时间内只能为少数人所利用,从而违背不浪费原则。

另一方面,洛克要求劳动“使任何东西脱离自然

所提供的和那个东西所处的状态”,那个东西才能成为拨归给个人的财产。^⑭这句话其实不很契合信息的特点,因为信息仅被有限地积极占有(自己可以利用),而不存在排他的消极占有(除了控制载体本身外,无法实现禁止他人学习和利用)。^⑮

实际上,洛克的财产权劳动理论并非自然权利理论的全部。鉴于洛克的理论是对格劳秀斯和普芬道夫的发展,洛克所称“脱离自然状态”,即为格劳秀斯的“先占”。先占理论与财产权劳动理论一样,作为财产权的来源已受到各种挑战。但无论先占抑或劳动,仍可为确立财产权的必要条件,并为权利提供正当性理由。而先占与劳动相比,先占更适合作为财产权来源。劳动不一定导致先占(脱离自然状态),但先占必然意味着劳动。当权利发生冲突时,先占/控制为优先,因为其更接近权利的本性——权利即为支配。而对于信息,其一旦公开,尽管人人无法排他地消极占有,但能积极占有,这种积极占有亦为一种自然权利。

如此,若承认信息自然状态的话,诺齐克的担心至少在知识产权领域并无根据:自然人若不凭借法律的额外规定产生的“法律之力”,断不可能将全部信息据为己有而他人不可使用。只有在法律帮助确立垄断权的情况下,才有可能考虑是垄断整个火星还是整个宇宙的问题。如此,对自然权利泛滥的担忧,立即转换为自然权利不足的尴尬。显然,设若尊重历史,断不能将数千年来没有知识产权制度下信息的自然流通,说成是信息创造者自然权利的缺失;相反,毋宁说这是人类享有信息自由流通的自然权利。

但人们确实可以想办法令某些信息脱离自然状态得以控制,如古今中外对祖传秘方、工艺诀窍的控制,途径例如对载体的物理控制、对知晓范围的控制等。此即如今的商业秘密。但理论家们充分地注意到了绝大多数信息的流动性和外部性,因而自动放弃了先占理论对知识产权正当性的支持,而转向财产权劳动理论(更不用说功利主义和工具论等),却未能认识到(或忘记或忽视了)即便对于信息,仍存在可控制和先占的情形。这种认知上的误区,导致未能

清晰认识知识产权与物权之间以及各种具体类型的知识产权之间,何以存在那些差别。

然而,即便是符合自然法理论的商业秘密,对其控制似仍违背了信息的本性——自由。人们发现,“恰恰是实际上最富有成效的研究成果最难以政治的公众社会所利用”,因为“工业上有使用价值的信息,由于私人经济竞争的原因,被加以保密,或者被保护起来……战略上具有重大意义的研究成果,其发明的时间到公布的时间,其间至少拖延三年,多数长达十多年。”^⑧因此,知识产权的功能论/工具论是对自然权利论的补充(相对于对某些信息已有的自力控制及基于自力控制而享有的权利而言)或者反抗(相对于对自由流通的信息的自由享用而言),但总体上并非对信息首创者的自然权利的限制,即便作为对不利于信息流通的商业秘密制度的平衡,专利制度也是鼓励发明人公开自己的发明,而非强迫其公开。

这样,在不仅考虑劳动,也考虑占有和控制的自然权利论下,诺齐克的担忧并不存在,反公地悲剧也不存在,可能存在的只是公地悲剧。知识产权正当性的功能论/工具论便在此时粉墨登场。

(三)功能论的后果:自然权利基础的偏废

现代知识产权制度是功能论/工具论对自然权利论加以修正的结果。一方面,在认可劳动者对劳动成果的自力控制的基础上,进一步创造了“垄断”这个工具来借助于法律之力实现主体(未必是狭义的劳动者)对劳动成果的超出自力的控制,从而一定程度上既剥夺其他对本来自由流动信息的使用权利,也有可能剥夺他人对其独立劳动成果的权利;另一方面,也完全可以基于功能论/工具论的理由,对本来的自然权利加以限缩。

因此,实定法中的具体制度,都是人们同时基于自然权利的思维和功能性/工具性的考量而确定的。例如,对各种解决方案,基本上所有专利法目前都只保护技术性解决方案,而不涉及管理方法等,是因为后者具有更普遍的适用性和信息自由流动的要求。即便对真正的技术方案,各国因各种政策原因、价值判断,在不同时期有不同取舍,例如中国1992年

《专利法》仅保护食品、饮料、调味品、药品和用化学方法获得的物质,仅保护植物品种的生产方法,等等。

权利/权力都具有自我扩张的正反馈性。“法律之力介入”的潘多拉魔盒一旦打开,则在理论上一项权利是否具有自然权利基础便不再重要,功能论/工具论将不限于“帮助”劳动者控制其劳动成果,利益相关者完全可以借此纳入各种因素加以考量,使得知识产权不仅仅是纯粹意义上的私权,从而具有明显的规制性质,^⑨是对权力(而非权利)的重新分配。至此,自然权利基础似乎只是对具体法定权利合理性起到锦上添花之效。

这样的结果,导致自然权利论理由与功能论/工具论理由本身界限的模糊。一方面,总体而言功能论/工具论理由事实上起决定性作用,已很难追溯根源到真正的自然权利理由(如信息的自由);另一方面,在本为功能论/工具论所决定的权利上,人们又会或多或少地运用其自然权利思维,或曰功能论/工具论上的利益诉求会伪装为自然权利出现,即人们会把本来基于功能论/工具论而设定的法定权利误认为是自然权利(尤其是基于劳动的自然权利),从而使得功能性/工具性的法定权利不断扩张,却披着自然权利论正当理由的外衣。有时,这是暗度陈仓;也有时,功能论/工具论的论证会导致同样的结果,只不过自然权利论用起来更加简便易行了。

五、知识产权边界:以信息可控性为线索

在现行实定法和现有法学理论中,虽然具体知识产权客体琳琅满目,看似个性丰富,却耽于“异常繁荣的细节研究”,^⑩缺乏对设权及保护原则的宏观规律把握。作为自然权利的知识产权具有一般性权利的性质;作为法定权利的知识产权必然是某种类型化权利——成文法意味着权利的类型化。如前文所述,自然权利会不断得到成文法的确认,可能具有法定权利、类型化权利的表象。与此同时,类型化法定权利不仅包括以法律之力克服客体的不可控性,也包括以法律之力改变自力控制客体上设置的权利。

(一)自力控制的客体:一般知识产权

一般知识产权的正当性基础来自主体的自力控制,而无涉其他(但劳动因素会进一步加强其正当性)。基于此,在立法和司法中处理一般知识产权时,应遵循以下原则。

1.立法上应及时承认一般性权利,并赋予相适应的保护强度

与类型化的法定权利相比,一般性权利是最早、最根本、最原始的权利,故在立法上应首先获得承认。同时,由于一般性权利的基础是对客体的自力控制,所依赖的手段是更基础性的权利,因此应得到更为基础性(从而意味着更强或足够强)的保护。

商业秘密有关权利是一般知识产权的活化石,现有法律有关商业秘密规定的本质是对自力控制手段的认可。但不能因此表象而认为对商业秘密的保护只是行为规制法下的法益,从而忽视其重要性,弱化保护力度。事实上,若认识到其自然权利性质,则其刑事上的强责任相比于作为法定权利的专利权,便有其合理性。

2.在没有明确立法的情况下,司法上要尽量基于现有法律法规保护一般性权利,并尊重自力控制,对客体具有最大包容性

自力控制的一般知识产权存在多种形式,如商业秘密,以及防拷贝、防反向工程、禁止运行或播放等技术措施所保护的客体上权益。基于合意对权利义务的约定也属自力控制,相关权利属一般性权利。此外,与标记有关的权利也属一般性权利,因为标记与人的身份具有强关联,具有一定程度先占性。一般性权利作为自然权利,对客体本无特别要求,因其基础在于对客体的控制。只不过当客体是信息时,便可将其归入一般知识产权范畴。

例如,对商业秘密保护的适格客体标准亦可相应降低。虽然有关信息可能是公开渠道可得的,但侵权人以破坏权利人自力控制措施的方式取得该信息,即为侵权。又如,在视觉中国事件中,数据库所有者将数据库中其并未享有著作权的一些图片标价出售,如出售“黑洞”照片。^⑨若其并未谎称拥有相关图片的版权(否则系误导消费者),不是将价金作为

“著作权许可费”,而仅仅是作为数据库所有者的角色收取数据库意义或服务意义上的对价,则在其本身并不侵犯他人著作权的情况下,仅仅对“提供”公有领域的图片这种服务收费,并不一定构成问题。此即对“公有”(但用户尚未“积极占有”)的信息的积极占有和买卖。

3.立法和司法一般不得减损自力控制客体上的一般性权利;若有减损,须出于压倒性的公共利益,或一般性权利相互冲突时的利益衡量

基于对客体的自力控制的一般性自然权利并非毫无限制。法定权利往往强化某些自然权利,同时侵蚀另一些自然权利。但若认识到某种一般性权利的存在,则在设定其他法定权利时,就要留意是否减损该一般性权利及减损是否具有正当性。一般而言,对自然权利的减损,须出于压倒性的公共利益,或一般性权利相互冲突时的利益衡量。例如,专利法在进行利益衡量时的主要价值取向是鼓励创新和信息公开。又如TRIPS协定规定了“为保护公众利益所必需”是禁止公开保密信息的例外。权利冲突时的利益衡量对商业秘密权益的限制主要体现在对劳动者自由流动的考量,因为相比于人的劳动自由(人的另一种自然权利),法人的商业秘密权反而偏于法定权利,因为法人本身是制度建构的结果,是非自然的。因此当将自然人之任何自然权利(如商业秘密制度)移植于法人时,仅具有相对而非绝对的自然性。

4.在与类型化法定权利的关系上,同一客体上的类型化权利一般不应削弱基于自力控制的一般性权利

即使存在针对某种客体类型的类型化权利,若该客体类型中的某个具体客体未受该类型化权利保护,或保护终止,不能当然否认该具体客体在一般性权利下获得保护。其原理在于,即便法律之力从未存在或已消失,自力控制可能继续存在,只是已进入公有领域,但获取这些信息仍比较困难,如存在检索成本,而原权利人仍掌握这些信息(即“积极占有”),只不过无排他权(即不存在“消极占有”)而已。曾被批评的包含无效专利在内的一揽子专利许可交易中,只要许可人未有欺骗行为,则此类一揽子许可交

易并无不妥。甚至,可承认对客体保护的约定有一定的外溢效果。例如在“凤凰网转播案”中,若双方当事人均有完整合同链条溯源到中国足球协会的原初控制权,可认为原初的权利构成合同链条上所有当事人的“法律”。源于同一权利主体的合同,其联合作用的效果相当于某一组织的章程,根本不必考虑涉案赛事直播画面是否构成著作权客体,而只需作为一般知识产权客体在各方的合同语境下来考虑。

5.一般性权利需要强大的司法保护力度,但不等于将自然权利扩大、强化为超越自力控制的法律之力控制,否则须以法定权利的标准重新进行利益衡量

各种知识产权保护形式内部的保护范围和保护强度的斟酌,与不同知识产权制度之间的选择与协同相关联。在本文框架下,这种斟酌与选择有一新维度:作为一般知识产权,商业秘密的存续是基于自力控制。因此,商业秘密制度的设计,在于对自力控制措施的支持和保护——正因为自力控制措施和商业秘密存续能力的脆弱,才存在例如对商业秘密被侵害的刑事救济(而专利制度无刑事救济)。但若超出对自力控制措施的支持和保护,如加重其他相对人的保密义务及不使用义务,从而使得商业秘密的存续开始借助于法律之力,则将脱离一般性自然权利的范畴,而进入法定权利的地界,则例如刑事责任的强保护将失去正当性,而且就法律之力的介入而言,则应开始考虑同样是法律之力介入的专利制度所应考虑的那些因素,谨慎评估该法定权利的设立是否恰当。例如,法定权利化的商业秘密将构成专利法的有效竞争,因为权利人既可获得稳固的独占权利,又不必公开信息,从而使专利法鼓励信息公开和流通的立法目的落空。

(二)法律之力控制的客体:类型化的法定知识产权

1.在本应处于公有领域的客体上设立法定权利或扩充此类权利须基于压倒性公共利益

法定权利是在自力控制之外以法律之力创设的权利,故系从“公有领域”拿走了东西,必然减损现有

权利和自由(包括前一部分所讨论的自然权利)。对现有权利和自由的限制,唯一理由是压倒性公共利益,例如功能论、工具论所欲实现的科技文化进步和社会经济发展。压倒性的含义是,所考虑的利益及为实现或确保所述利益的手段,不是可有可无的、可选择的,而是本质性的、必需的。

因此,应牢记通过法律之力设立的知识产权只是政府手中“向个人或者机构赋予经济特权的公共政策工具,其唯一的目的是贡献更多的公共产品”。^⑩就像其他的政府授予的垄断一样,知识产权可能是危险的工具,仅当为推进某些明确的公共利益而绝对必要的时候,才能使用这个工具。^⑪若将知识产权简单化为因为劳动而理所当然地享有自然的财产权利,进而基于财产权的神圣性和自由市场理论不顾一切地去推动设立更多(更强)这种权利的话,则已忘记了知识产权法所赋予的特权应为“为实现目的的手段,而非目的本身”。^⑫

2.因为是法定权利而非自然权利,其在客体上的边界完全由法律界定而非由不可控制的客体本身界定,故应确保法律对边界界定清晰

出于法律本身的规范功能,权利边界的清晰是必然要求。对照而言,由于具有实体,客体上的边界对于物简单得多,而信息则不然。知识产权的复杂之处即在于此:客体本身飘忽不定。在宏观立法层面,概念的内涵、外延是否准确常存疑问。在微观的个案权利范围方面,既仰赖对客体本身的理解和解读,又仰赖各种法律原则的适用,结果很不确定。因此,对于知识产权法,其中的概念(类型)和原则都应明晰,使得对具体知识产权范围的解释不至于出现大的波动和不确定性,既满足权利法定原则,又满足权利公示原则。这就要尽量避免概念(类型)和原则的模糊性,以及尽量不要有概念(类型)和原则的例外,甚至例外的例外。权利边界的不清晰,会损及公众行动自由,从而在特定领域导致或加剧客体的不充足性。

专利制度中的权利要求解释原则是一个不好的范例,其中确定权利边界的机制,系以说明书加以支撑的权利要求书,加上全面覆盖原则。但在利益团

体和律师在各国各种案件中的努力下,从最开始的等同原则,又发展出反向等同原则、间接侵权、“多主体实施方法之侵权判定”的“控制或指导理论”等,令专利权边界越来越模糊,违反权利公示原则。对知识产权的另一种功能论解释是从产权经济学角度降低交易成本——那么,这些五花八门的模糊边界的“原则”,亦有悖于该价值目标。

3. 因为是法定权利,法律的解释和适用须严守立法、司法分际

既然是一般性权利之外的法定权利,其一切正当性来自法定及背后的功利性和工具性考量,且为各种利益之权衡的结果。故司法不能轻易变更之,任何变更都需经立法机关重新权衡。对于法定权利保护之法律适用,全为“涵摄”^⑧的技术和过程,亦即法律上的概念或类型,与司法实务中的具体客体及客体上的行为的对比。该过程须把握精细的平衡:既不能把概念或类型之外的客体及行为涵摄进来,亦不能有所遗漏。

4. 自然权利理论仍构成对法定权利的有效限制

作为对法定权利的一种限制,仍要考虑权利人以及第三人(社会公众)本来的自然权利为何。如专利法中等同原则适用时间节点问题。既然知识产权正当性源自功能论对自然权利论的修正和强化,且认识到发展之均衡的重要性,则应尽量确保已有自然权利不被减损。由此角度,答案便不言自明:自然法理论倾向于令权利人只能针对其实际创造和控制的信息享有权利。尽管专利制度借助于法律之力解决了技术方案信息的排他/消极占有问题,权利人的权利应限于其在获取权利时“积极占有”的客体,即其已经掌握的信息。因此等同原则应限于在发明时已存在(从而发明人才有可能已掌握)的技术手段,而非被控侵权行为发生时才存在的技术手段。甚至字面侵权中的概念解释也应如此。循此思路,则法律的重点应在于制止抄袭,非抄袭的创新不应被任何知识产权或制度所阻碍,因此应强化对申请人自己公开行为的豁免,使新颖性宽限期制度尽量宽松,等等。

事实上,先用权便是自然权利对法定权利的限制。

按自然法思想,主体权利及于其控制范围——那么知晓和利用信息的主体的自然权利范围即为:能利用该信息,但不能限制他人知晓和利用。此即专利法之先用权的基础。法定权利若限制这种在先形成的自然权利,须进行利益衡量。当前的实定法,先用权受到在后产生的法定权利一定的限制,如只能在原实施规模和范围之内,一般不可许可与转让等,以实现鼓励及早公开发明的价值目标。

自然权利在商标制度中具有更重要意义。目前,我国商标囤积和抢注成风,根源在于先注册制(而不是使用制)占主导。使用中形成的商标权是一种自然权利;相反,注册商标是一种完全依靠法律之力形成的垄断权。不过,商标的使用跟技术信息的使用(积极的先占)有所不同的是,商标不能单靠一次使用(或简单地注册)而形成主体对商标信息的积极占有,必须通过不断地、越来越大范围的使用,其积极占有程度与其使用程度成正比。在本文理论框架之下,商标应以使用制为主,注册制为辅。

(三)劳动在权利法定中的角色

如前所述,以自然权利为参照,权利法定有两个方向:减损自然权利,或扩充自然权利,甚至以法律之力建立本不存在的对客体的控制。这些做法,均有各种功能论或工具论的理由。而一旦引入功能论、工具论,其他理由即似不再重要,甚至承认“法律乃主权者命令”即可。但自然法意义上的理由,无疑能够强化合理性基础,至少可以锦上添花。

物和信息的可控性不同,劳动系从不同角度发挥作用。对于信息,劳动是为设立依赖法律之力的控制和占有增加正当性基础。而对于物,劳动是要为得到承认(亦即在法定权利框架下被保留)的自力控制和占有增加正当性基础。

对基于先占的自然法理论的批评,乃因对物之占有/控制之简单易行导致了人们对巧取豪夺的担忧。一是“豪夺”——一方面行窃和抢劫也会形成控制和占有,另一方面其亦可视为劳动,只不过对于恃有强力者,这样的劳动比辛苦创造财富的劳动显然简单得多,从而违背公平原则,因此如前文所述,这种“劳动”或者控制与占有在原则与规则层面并不被

承认(价值判断)。或换个角度,作为所有权之正当性理由,所谓先占/控制实指让劳动对象首次脱离自然状态的先占/控制,而非指在人类社会中对已有他人占有/控制之对象的控制之转移。二是巧取——由于人类社会的复杂性,存在各种隐蔽但不公平的转移占有的形式,但没有行窃和抢劫如此明确的“恶性”。在此情况下,劳动即可用来辅助衡量占有/控制(包括其隐蔽的转移)之合理性,并需加上黑廷格的比例原则(比例原则也能解释“豪夺”的情形:行窃和抢劫付出的劳动远远少于创造财富本身)。但这并不意味着在权利法定的正当性论证中,劳动就优先于占有/控制,例如在物权法中仍有自力控制和占有制度一定的空间。可以看到,此处讨论的实际上是权利的转移和分配,而非权利本身的正当性。与其说财产权劳动理论是财产权正当性的基础,毋宁说其是在存在多方权利冲突时的财产分配原则。^④即便对劳动的考量似乎表现为对基于占有/控制的自然权利的削弱,其体现的实际上是权利人与其他人或社会公众之间的权利分配。

对于信息,则情形有所不同。由于信息是主体意识认识和改造物质世界的成果,因此其必为劳动的成果。但信息与物之不同在于,信息具有天然的流动性和外部性。一般来说,人虽然无法进行消极的控制和占有(排他性占有),但能进行积极的占有和利用。因此,若认为财产权劳动理论也是权利正当性基础的话,则存在基于劳动的自然权利与基于(积极)占有/控制的自然权利的冲突。从自然法理论来看,积极占有和控制,才是能自由利用信息的人们的“更为自然”的权利。因此,劳动只能为设立知识产权的功利性、工具性考量添加一些自然权利论辅助理由,而不能将法定权利的性质转变为自然权利。其更重要的角色,在于与前述物的情形一样,是权利分配的依据(之一)——无论对于自然权利,还是完全依赖法律之力建立控制的法定权利。

结语

回归知识产权客体的本质及其最基本的属性——可控性,则本文开头所提问题之肯綮和解决之道均已明朗:一般知识产权应得到保护,但限于当事

人自力控制包括意思自治所及范围;在此范围之外,则是类型化知识产权权利法定的范畴。法官对基于客体的自力控制的一般知识产权的充分尊重和保护,不属“能动司法”,更不属“法官造法”,而是为所当为,并且不能以类型化知识产权的法定条件来对当事人自力控制和意思自治加以干预,否定本应尊重的一般性自然权利。而面对法定的类型化知识产权,法官所做的只能是如何将具体个案中的客体和行为,涵摄到类型化知识产权的客体及针对具体客体的权能之下,因此无论立法还是具体的获权实例,都要求边界清晰,以回应对法律稳定性和产权清晰化的预期。

对一般性权利(自然权利)的保护和对类型化法定权利的保护有不同特点,并植根于权利人对客体的不同控制方式:自力控制抑或法律之力的控制。二者均既有需要充分保护的侧面,又有需要保持谦抑的侧面。其诀窍在于,一般性权利偏于自然权利,因此需要高保护强度,但不能再由法律之力强化其控制(否则就转变为法定权利了);类型化法定权利由于是功利性、工具性权利,一方面要严格遵守法定客体、权能等“涵摄”的规则,另一方面对于涵摄到的客体和权能要严格保护,但保护强度低于一般性权利。

对于司法实践中发现的既无法涵摄到一般知识产权之下,又无法涵摄到类型化知识产权的客体和权能之下的客体及行为,立法机关一方面可参考司法实践经验,从自然权利论和功能论/工具论两个角度考察,决定是否针对所谓新的客体形式和新的权能形式正式立法,创设新的类型化法定权利;另一方面,对于具有设权正当性的客体和权能,要追索知识产权的本质和精神以创制更具通用性的知识产权法律制度,从而在令其边界清晰而不至于在未来纳入不具保护正当性之新兴客体/权能的同时,确立其对未来具有保护合理性之新兴客体/权能的包容性,避免权利和权能的类型化碎片,提高法律的稳定性而非为应付急剧变化的技术、经济和社会而疲于奔命。对于以法律之力控制的客体的立法,要考察客体及其上的利益的一般性和特殊性,以决定立法是止于具体客体(和/或行为)的列举,还是涵盖一般性

客体(和/或行为)。

若要设立依靠法律之力加以控制的任何类型化法定知识产权,包括反不正当竞争法中的权利(权益),或以法律之力削弱已有自然权利,应结合客体特点从功利、工具层面仔细权衡法定权利和自然权利相互之间以及各自内部的利益冲突,明确设权的原则。其中,要牢记自然权利所要考虑的要素不仅是劳动的付出,也包括客体本身的性质(如信息的自由流动及其可控性)和利益攸关方的控制力。不只知识产权,任何新类型权利的设立或限制,均涉及旧有利益的重新分配或新兴利益的分配。随着技术、经济、社会的发展新产生的额外利益,或旧有利益的变动,其来源可有各种追溯方式,因此该利益如何分配不存在某种理所当然的方案。相反,利益分配的实质是权力分配。“一个社会分裂成为社会经济的阶级,是建筑在社会集团对某些当时重要的生产资料的特殊的分配基础上,而这种特殊的分配又归结为社会权力关系的制度化。”^⑤利益分配亦即经济社会之治理。

客体边界理论,对于当下立法和司法实践意义重大。立法上,有助于衡量商业秘密、商标、专利等保护中的各种利益,如商业秘密要强保护,但不能强到变成通过法律之力控制的权力,并要平衡雇员和雇主的利益;商标、专利制度应赋予使用以更大权重。司法上,有助于厘清保护边界和方式,如基于合同而保护的信息(如凤凰网体育赛事转播案中,双方事实上与权利的源头中超公司签有合同,从而产生双方之间的权利义务——尽管没有双方之间直接的合同)以及客体涵摄的妥当性等。

注释:

①参见李春晖:《概括性语言在专利审查和侵权救济程序中的解释》,《科技与法律》2016年第4期;李春晖:《等同原则对功能性特征的适用》,《知识产权》2016年第9期。

②深圳敦骏诉深圳吉祥腾达等“一种简易访问网络运营商门户网站的方法”发明专利侵权纠纷案(最高人民法院(2019)最高法知民终147号民事判决书)事实上参考了美国司法实践中的“控制或指导理论”。关于该理论,参见BMC Re-

sources, Inc. v. Paymentech, L. P., 498 F. 3d 1373(Fed. Cir. 2007); Akamai Techs., Inc. v. Limelight Networks, Inc., 797 F. 3d 1020(Fed. Cir. 2015)。

③又称专利流氓(patent troll)。这种现象在19世纪就有学者指出,例如Michel Chevalier, Les Brevets d'Inventions, Paris: Guillaumin, 1878。专利流氓这个词的出现,则与计算机软件专利导致的专利流氓现象再次泛滥有关,据报道其较早出现于1993年福布斯杂志("When Intel Doesn't Sue," Forbes, March 29, 1993),参见Patent Troll, <https://www.wordspy.com/index.php?word=patent-troll>, 2022年2月1日。

④参见易继明、蔡元臻:《版权蟑螂现象的法律治理——网络版权市场中的利益平衡机制》,《法学论坛》2018年第2期。

⑤参见蒋志培:《谈涉及网络域名的商标权纠纷》,《人民司法》1999年第11期;Anna B. Folgers, "The Seventh Circuit's Approach to Deterring the Trademark Troll: Say Goodbye to Your Registration and Pay the Costs of Litigation," Seventh Circuit Review, vol. 3, no. 1, 2007, p. 452。

⑥数据根据国家知识产权局战略规划司《知识产权统计简报》2021年第1期统计。

⑦北京新浪互联诉北京天盈九州凤凰网赛事转播案(北京知识产权法院(2015)京知民终字第1818号民事判决书)。

⑧张文显:《法哲学范畴研究》,北京:中国政法大学出版社,2001年,第57页。

⑨张文显:《规则·概念·原则——论法的模式》,《现代法学》1989年第3期。

⑩张文显:《法哲学范畴研究》,第53-54页;张文显:《规则·概念·原则——论法的模式》,《现代法学》1989年第3期。

⑪K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,贵阳:贵州人民出版社,1992年,第280页。

⑫原则是构成体系的真正要素——但这并不意味着形成概念一事是多余无用的,作为涵摄的预备工作,它还是不可或缺的。参见卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,北京:商务印书馆,2003年,第43-46页。

⑬陈爱华:《科技伦理的形上维度》,《哲学研究》2005年第11期。

⑭Claus-Wilhelm Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1983, S. 50. 转引自卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,第46页。

⑮汉斯·凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,北京:商务印书馆,2013年,第20页。

⑯参见雷磊:《法理论:历史形成、学科属性及其中国化》,

《法学研究》2020年第2期。

①卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,第337-348页。

⑧许中缘:《论民法典与我国私法的发展》,《私法》第8卷,北京:北京大学出版社,2004年,第86页。

⑨黄茂荣:《法学方法与现代民法》,北京:中国政法大学出版社,2001年,第241页。

⑩易继明:《知识社会中法律的回应力特征》,《法商研究》2001年第4期。

⑪E.J. 邦德:《论对可欲性事物的欲望》,白永平、郑平译,《世界哲学》1990年第3期。

⑫卡尔·波普尔:《客观的知识:一个进化论的研究》,舒炜光等译,北京:中国美术学院出版社,2003年,第109-193页。

⑬参见王泽鉴:《民法物权》,北京:北京大学出版社,2010年,第30-31页。

⑭洛克:《政府论——论政府的真正起源、范围和目的》下篇,叶启芳、瞿菊农译,北京:商务印书馆,1964年,第18页。

⑮参见彼得·德霍斯:《知识产权法哲学》,周林译,北京:商务印书馆,2017年,第85-103页。积极共有、消极共有的概念,最早由普芬道夫提出。Baron Pufendorf, Of the Law of Nature and Nations: Eight Books, trans. Basil Kennett, London: Printed for J. Walthoe, R. Wilkin, J. and J. Bonwicke, S. Birt, T. Ward, and T. Osborne, 1729, Book IV, Chap. IV, Sect. 2-5, pp. 362-367.

⑯洛克:《政府论——论政府的真正起源、范围和目的》下篇,第18页。

⑰罗伯特·诺奇克:《无政府、国家和乌托邦》,姚大志译,北京:中国社会科学出版社,2008年,第208页。

⑱Edwin C. Hettinger, "Justifying Intellectual Property," Philosophy & Public Affairs, vol. 18, no. 1, 1989, pp. 31-52, 37, 41-42.

⑲参见李扬:《知识产权法定主义及其适用——兼与梁慧星、易继明教授商榷》,《法学研究》2006年第2期。

⑳《马克思恩格斯文集》第9卷,北京:人民出版社,2009年,第550页。

㉑《马克思恩格斯文集》第1卷,北京:人民出版社,2009年,第156页。

㉒参见易继明:《评财产权劳动学说》,《法学研究》2000年第3期。

㉓"Thomas Jefferson to Isaac McPherson, 13 August 1813," in J. Jefferson Looney, ed., The Papers of Thomas Jefferson, Re-

tirement Series, vol. 6, 11 March to 27 November 1813, Princeton: Princeton University Press, 2009, pp. 379-386.

㉔洛克:《政府论——论政府的真正起源、范围和目的》下篇,第18页。

㉕积极占有与消极占有之谓易导致混淆。一种是,可将主体意识真正掌握和/或加以利用的信息称为被该主体积极占有,与之相应,该主体未必真正了解和利用该信息却拥有排他的权利,称为消极占有。另一种是,鉴于排他权的进攻性,可将其称为积极占有,而将非进攻性的、仅仅自己掌握和利用的方式称为消极占有。本文采前一种用法。

㉖尤尔根·哈贝马斯:《作为“意识形态”的技术和科学》,李黎、郭官义译,上海:学林出版社,1999年,第111页。

㉗Mark A. Lemley, "The Regulatory Turn in IP," Harvard Journal of Law & Public Policy, vol. 36, no. 1, 2012, pp. 109-115; Mark A. Lemley, "Taking the Regulatory Nature of IP Seriously," Texas Law Review, vol. 92, 2014, pp. 68-80; Shubha Ghosh, "Patents and the Regulatory State: Rethinking the Patent Bargain Metaphor After Eldred," Berkeley Technology Law Journal, vol. 19, no. 4, 2004, pp. 1315-1388.

㉘参见李琛:《论知识产权法的体系化》,北京:北京大学出版社,2005年,第1页。

㉙参见彭桂兵:《透视“视觉中国”事件的两个视角》,《青年记者》2019年第13期。

㉚British Commission on Intellectual Property Rights, Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy, London, 2002, p. 6.

㉛William W. Fisher, "Geistiges Eigentum—ein ausufernder Rechtsbereich: Die Geschichte des Ideenschutzes in den Vereinigten Staaten," in Hannes Siegrist und David Sugarman(Hg.), Eigentum im internationalen Vergleich, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1999, S. 265-291.

㉜British Commission on Intellectual Property Rights, Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy, p. 6.

㉝卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,第330页。

㉞参见G. 拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,北京:法律出版社,2005年,第138页。

㉟尤尔根·哈贝马斯:《作为“意识形态”的技术和科学》,第54页。