

## 2 目 录

### 余九仓 知识产权的工具论

——读德拉贺斯的《一种知识产权哲学》····· 379

### 资 料

#### 世界知识产权组织 与贸易有关的知识产权协定

(TRIPS)指南(刘波林译) ······ 391

## 知识产权的理论\*

威廉·费歇尔\*\*著

黄海峰\*\*\*译

“知识产权”这一概念是指规范各种思想和标志使用的一组松散的法律规则。众所周知,版权法保护各种“表达的原创形式”,包括小说、电影、音乐作曲和计算机软件;专利法保护发明和某些发现;商标法保护消费者据以确定商品和服务的生产者或供应者的文字和标记;商业秘密法保护公司不欲为其竞争者所知悉的具有经济价值的信息,如饮料的配方、机密的营销策略等;“公开权”(right of publicity)则保护知名人物对其形象和身份所具有的利益。

这组法律规则在经济和文化上日趋重要。如今,现代社会的商业财富多倚重知识产权;越来越多的法律人士也专门致力于有关知识产权的争议;而且,世界各地的法律制定者也在为修订其知识产权法而忙

\* 本文译自 William Fisher, *Theories of Intellectual Property, New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, S. Munzer ed., Cambridge University Press, 2000。

\*\* 哈佛法学院教授。作者感谢 Charles Fried, Paul Goldstein, Jim Harris, Ned Hettinger, Edmund Kitch, Ed McCaffery, Stephen Munzer, Samuel Oddi, J. E. Penner, John T. Sanders, F. M. Scherer, Seanna Shiffrin, Stewart Sterk 以及许多其他不知名的读者对本书所作的评论。

\*\*\* 中国人民大学法学院博士研究生。感谢费歇尔教授慷慨授权并不厌其烦地联系出版社的授权事宜。翻译过程中,曾就若干难题求教于贝克·麦肯思律师事务所的费翰仁先生,另外蔡素惠小姐也通读了译文的初稿,对他们的热心帮助深表谢意。

碌不已。<sup>[1]</sup>

这种趋势在一定程度上导致近年来这一领域学术热情的高涨。论述知识产权“理论”的文章频频出现于法律评论和各种经济学、哲学杂志。本文旨在梳理这些理论并对其进行评价，在此基础上，审视这些理论在法律制订过程中正在扮演和应当扮演的角色。

## 一 初步的考察

当前有关知识产权的理论文章多是在四种思路之间/中下工夫。首先，最为盛行的便是为人所熟知的效益主义(utilitarian)\* 原则，即立法者在设计财产权利时应以社会福利的最大化为目标。一般认为，在知识产权领域贯彻这一目标，便要求立法者在以排他性权利之力激励发明与艺术作品创造的同时，对这种权利限制公众享用那些创造物的倾向予以控制，并力求在二者之间实现一种最佳平衡。

威廉·兰德思(William Landes)和里查德·波斯纳(Richard Posner)关于版权法的论述便是循着上述思路而展开的。兰德思和波斯纳认为，多数知识产品的突出特征在于它们容易被复制和能为多人同时使用。两大特征相互结合便产生一种危险，使这些知识产品的创造者可能无法收回其“表达成本”(如投入到写作或作曲中的时间和努力、与出版社

[1] 关于美国知识产权法的历史及其日趋重要的可能原因参见拙作“Geistiges Eigentum – ein ausufernder Rechtsbereich: Die Geschichte des Ideenschutzes in den Vereinigten Staaten,” in *Eigentum im internationalen Vergleich* (Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1999)。(英文版可见 [http://www.law.harvard.edu/Academic\\_Affairs/coursepages/tfisher/iphistory.html](http://www.law.harvard.edu/Academic_Affairs/coursepages/tfisher/iphistory.html))

\* 关于 utilitarian 是译为功利主义还是译为效益主义，学界有不同看法。本文采效益主义，原因有二：首先，中文里“功利”二字有贬义；其次，“效益”两字更体现 utilitarian 所强调的效率(efficiency)以及它的目的论(teleology)特性。——译者

或唱片公司的谈判成本等)，因为盗版者只须花费较低的“生产成本”(如生产和销售书籍和 CD 的成本)就能以低廉的价格为消费者提供同样的产品。创造者明了此种危险，就会打消生产具有社会价值产品的念头。然而，通过赋予创造者(在一定期间内)生产其创造物的排他性权利，我们就能避免上述经济上无效率的结果。如此一来，消费者认为是有价值的作品——即使不是，对消费者而言至少也是有吸引力的替代品——的创造者便能向使用其作品的人索取大大超过其在竞争性市场所能获取的价格。兰德思和波斯纳还认为，所有可用来弥补创造人成本的其他替代性方法，由于这样或那样的原因，都将造成社会资源的更大浪费。他们进而认为，效益主义应当是——在很大程度上也已经是——构造这一领域具体规则的理论基础。<sup>[2]</sup>

相关论断也支配着作者对商标法的研究。他们认为，商标在经济上的首要好处在于(1)减少消费者的“找寻成本”。因为从货架上挑选一盒“奇力士”(Cheerios)较从商品包装上一一读其配料表更为轻松，而且，消费者也多依赖其先前对不同食物品牌的经验证来决定其未来的购买对象；(2)激励商家一如既往地提供高品质的产品和服务。因为，他们知道，由于其继续保持高品质而在顾客中产生的良好信誉，他们的竞争者不能通过假冒其标志的方法而搭便车。兰德思和波斯纳还主张，商标还具有一项不寻常的附加社会效果，即提高了我们语言的品质。通过增加名词词汇和“创造具有内在愉悦性和丰富信息量的词语”，这些商标既节省了交流成本又使谈话更为适意。当然，商标有时

[2] William Landes and Richard Posner, “An Economic Analysis of Copyright Law”, *Journal of Legal Studies*, 18 (1989): 325. 这一论断的思想实质上源于 Jeremy Bentham, *A Manual of Political Economy* (New York: Putnam, 1839); John Stuart Mill, *Principles of Political Economy*, 5th ed. (New York: Appleton, 1862); and A. C. Pigou, *The Economics of Welfare*, 2nd ed. (London: Macmillan and Co., 1924).

也有副作用——比如，它使市场的先入者取得特别具有吸引力和信息量的商标而对后来的竞争者不利。兰德思和波斯纳从而认为，对上述利害的了解应当是(也通常是)立法者和法官制定商标法规则的指南；只有当标志对社会有利而非有害时才应当(也通常会)受到保护。<sup>[3]</sup>

当前知识产权理论文献中四种主要思路的第二种是基于以下这一命题而展开的：人们劳作于无主的或“公有”的资源，则对其劳动成果享有自然的财产权利——而且，政府有义务尊重和实现这一权利。这些源于约翰·洛克(John Locke)的思想被广泛认为特别适用于知识产权领域，因为这一领域中有关的原始材料(事实和概念)在某种意义上似乎是“公有”的，而且，劳动似乎也对知识产品的价值贡献甚巨。<sup>[4]</sup>

罗伯特·诺齐克(Robert Nozick)在《无政府主义、国家和乌托邦》一书中关于专利法简要且颇有影响力的论述便足以说明上述观点。<sup>[5]</sup>在表明其与洛克思想的联系后，诺齐克将其注意力转向洛克所提出的著名而又模糊的“限制性条件”——人们将其劳动与公有的资源相结合便能取得财产权利的合法性在于，仍有足够多的和同样好的资源留给了他人公有。<sup>[6]</sup>诺齐克认为对这一条件的正确解释(所谓“正确”是指 a.

[3] William Landes and Richard Posner, "Trademark Law: An Economic Perspective", *Journal of Law and Economics*, 30 (1987): 265. 以相似的概念来论述商标法的文章还包括 Nicholas Economides, "The Economics of Trademarks", *Trademark Reporter*, 78 (1988): 523—539 and Daniel McClure, "Trademarks and Competition: The Recent History", *Law and Contemporary Problems*, 59 (1996): 13—43.

[4] 如参见 Justin Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property", *Georgetown Law Journal*, 77 (1988): 287, at 299—330。上述初步印象在该文第三节以下有详尽的考察。

[5] Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (New York: Basic Books, 1974), pp. 178—182.

[6] John Locke, *Two Treatises of Government* (P. Laslett, ed., Cambridge: Cambridge University Press, 1970), Second Treatise, sec. 27.

与洛克原意相符合；b. 无论如何，须符合“一种适当的正义理论”)是，通过劳动而取得财产权的正当性在于他人并未因此受到损害。此种意义上的损害，包括与不允许通过劳动取得财产权或不允许对可用资源予以限制的制度相比更为糟糕的结果，但是不包括基于首次劳动而获得无主财产机会的减少。诺齐克进而认为，如此解释，则将专利权授予发明人并未违反洛克的限制性条件，因为，尽管他人对某发明的使用由于专利权的授予而受到限制，但是如果发明人的努力，这项发明则根本不会存在。换言之，专利权的授予对消费者有利而非有害。诺齐克还认为，忠实于洛克的理论还须对发明者的权利附加两项限制。首先，其后独立发明该装置的人应当被允许从事生产和销售。否则专利权的授予将使他们的处境更糟。其次，基于同样的理由，专利权的期限一般不应超过具有相同知识和独立发明能力的人发明同一装置可能所需的时间。诺齐克可能没有意识到，如果实行上述第一条限制，将要求对现行专利法进行重大改革——因为专利法不像版权法，没有为具有同一想法的人提供庇护的港湾。

第三种思路的前提性假设是从康德和黑格尔的著述中泛泛地引申而来的，它认为私有财产权利是某些人类基本需要得以满足的关键；因而政策的制定者应努力创设和分配对资源的权利以最大程度上实现人们的需要。基于这一立场，知识产权存在的合理性在于保护那些体现作家或艺术家“意志”(而意志通常被视为“人格”的内核)的作品不被侵占或篡改，或者在于造就有助于创造性智力得以发挥的社会经济条件，从而有益于人类生活的繁荣。<sup>[7]</sup>

查斯丁·休思(Justin Hughes)从黑格尔的《法哲学》中推论出一系列

[7] See Margaret Jane Radin, *Reinterpreting Property* (Chicago: University of Chicago Press, 1993); Jeremy Waldron, *The Right to Private Property* (Oxford: Clarendon, 1988).

原则用以指导知识产权制度的正确设计,可以说是上述这种观点的最充分展开:(1)相对于那些较低表达力的智力活动成果(如基因研究而言,我们应当更倾向于对那些具有高度表达力的智力活动成果(如小说等)予以法律保护。(2)由于个人的“外部形象”——即其“公开形象,包括其身体形貌、个人格调和生活历史等”——是其“人格的重要载体”,从而应当受到法律的宽大保护,尽管它一般并不源于劳动。(3)作者和发明者应当被允许出售或传播其作品的复制品而从公众那里获取尊重、荣誉、羡慕和金钱,但是禁止其放弃阻止他人歪曲作品或篡改其身份的权利。<sup>[8]</sup>

第四种思路奠基于下面这一假设,即一般的财产权利——和特殊的知识产权——的安排,能够并且应当以有助于培育和实现一种公正的和令人向往的文化为目标。持此观点的学者大多从那些折中的政治和法律理论家那里获取灵感,他们包括杰斐逊、早期的马克思、法律实证主义者和古典共和主义(古代的和现代的)的拥护者。<sup>[9]</sup>这种思路在目的论的定位上与效益主义很相似,但它更倾向使用的可欲社会(a desirable society)的观念较之于效益主义使用的“社会福利”(social welfare)概念在内涵上更为丰富。

内尔·内塔拉尔(Neil Netanel)的近文《版权与民主的公民社会》颇具煽动力地阐述了上述观点。内塔拉尔首先描绘了一幅“由社团、教堂、政治和社会运动、城镇和社区的组织、各种思想流派和教育机构所

[8] See Hughes, “Philosophy of Intellectual Property”, at 330—350.

[9] 如参见 James Harrington, *Oceana* (Westport, Conn.: Hyperion Press, 1979); Thomas Jefferson, *Notes on the State of Virginia* (New York: Norton, 1972); Karl Marx, *Economic and Philosophic Manuscripts of 1844* (New York: International Publishers, 1964); Morris Cohen, “Property & Sovereignty”, *Cornell Law Quarterly*, 13 (1927): 8; Frank Michelman, “Law’s Republic”, *Yale Law Journal*, 97 (1988): 1493; William Fisher, Morton Horwitz, and Thomas Reed, eds., *American Legal Realism* (New York: Oxford University Press, 1993)。

构成的健康的、参与性的和多元化的公民社会”的景象。在这一社会里,所有的人都享有一定程度的经济独立,并承担相当的塑造当地社会经济环境的责任。内塔拉尔认为,这种公民社会对民主政治制度的生命力至关重要。然而,这种社会不会自然地生成,而须由政府来培育。版权法则能从下述两个方面有助于这种社会的培育。首先是生产功能:版权激励人们就一系列广泛的政治、社会和审美问题创造性地表达其想法,从而为民主文化和公民集会提供了讨论的基础。其次是结构性的功能:版权为那些创造性的交流活动提供支持,使其不必依赖于国家补助、精英赞助和各级文化机构。

贯彻上述两大目标并不是要求我们毫无原则地保持现有版权制度。相反,内塔拉尔认为,版权法应当按下列要求加以改善:版权的期限应当缩短,以扩大能为他人创造性地使用的“公有领域”的范围;基于同样的理由,应当减少作者在控制他人准备创作其“演绎作品”方面的权利;最后,应当经常运用强制许可制度以保持艺术家和其作品的“消费者”之间的利益平衡。<sup>[10]</sup>

其他从相似的角度来理解知识产权法的学者还包括 Keith Aoki, Rosemary Coombe, Niva Elkin-Koren, Michael Madow 和我自己。<sup>[11]</sup>然而,这第四种思路较之于前三种思路而言尚未得到完全的确立和承认。它

[10] “Copyright and a Democratic Civil Society”, *Yale Law Journal*, 106 (1996): 283. See also idem., “Asserting Copyright’s Democratic Principles in the Global Arena”, *Vanderbilt Law Review*, 51 (1998): 217—329.

[11] 比如参见 Rosemary J. Coombe, “Objects of Property and Subjects of Politics: Intellectual Property Laws and Democratic Dialogue”, *Texas Law Review*, 69 (1991): 1853; Niva Elkin-Koren, “Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway: The Case Against Copyright Liability of Bulletin Board Operators”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 13 (1995): 345; Michael Madow, “Private Ownership of Public Image: Popular Culture and Publicity Rights”, *California Law Review*, 81 (1993): 125; William Fisher, “Reconstructing the Fair Use Doctrine”, *Harvard Law Review*, 101 (1988): 1659—1795, at 1744—1794.

甚至还没有一个为众人所接受的名称。格莱格·亚力山大(Greg Alexander)曾建议使用“普罗主义”理论(proprietary theory)一词来描述土地法研究中与此十分相似的思路<sup>[12]</sup>。而本人却认为“社会规划理论”(social planning theory)的表述更为适当。

## 二 现状的分析

当前知识产权理论研究中占主流的上述四种思路,按其重要性和影响力依次是:效益主义、劳动理论、人格理论和社会规划理论。这四种思路何以有如此的影响呢?大体而言,它们产生于长久以来的有关知识产权的各种法律文件(包括宪法规定、判例汇编和立法说明等)的讨论并能从中获取支持。

理论家多依赖在法官、立法者和律师中形成并流行的思想,这一点在效益主义理论的形成上表现得尤为明显。知识产权的作用在于激励生产对社会有价值的作品,这一说法在美国法中屡见不鲜。比如,作为版权和专利权立法依据的宪法条文即表明,这些法律的目的在于为创造性的智力劳动提供激励以有益于社会的发展。<sup>[13]</sup>美国最高法院在解释版权法与专利法时,也一再坚持认为其首要目的在于促进智力作品的生产与传播。<sup>[14]</sup>而多数下级法院更是唯其马首是瞻。<sup>[15]</sup>

[12] Gregory S. Alexander, *Commodity and Propriety* (Chicago: University of Chicago Press, 1997), p. 1.

[13] 美国宪法第一条第八款第八项授权国会“为促进科学和实用艺术的进步,对作家和发明家的著作和发明,在一定期限内给予专利权的保障”。

[14] 如参见 Fox Film Corp. v. Doyal, 286 U.S. 123, 127—128 (1932); Kendall v. Winsor, 62 U.S. (21 How.) 322, 327—328 (1858)。

[15] 如参见 Hustler Magazine v. Moral Majority, 796 F.2d 1148, 1151 (9th Cir. 1986); Consumers Union of United States v. General Signal Corp., 724 F.2d 1044, 1048 (2d Cir. 1983)。

强调对作者和发明者的劳动给予回报的观点也几乎同样普遍。主张扩大版权和专利权立法保护的学者常作如下类似的论断:“我们美国社会是建立在如下这一原则的基础上,即任何有价值东西的创造者都有权享有其劳动的成果。”<sup>[16]</sup>美国最高法院也常采用与此相似的表达方式。比如,瑞德法官(Justice Reed)在梅泽诉史坦(*Mazer v. Stein*)一案判决的结束语中庄严地宣告:“致力于创造性活动而花费的时光应当得到与其所提供的服务相等的回报。”<sup>[17]</sup>基层法院和上诉法院的判决也经常采纳与此相同的见解。<sup>[18]</sup>

近代以前,人格理论并未被美国法接受。相反,它在欧洲却大行其道。如法国和德国的版权法的面貌即受到康德和黑格尔思想的强烈影响。这种影响尤其表现在这些国家对“精神权利”的慷慨保护上——作者享有控制其作品是否公开的权利、从公开流通中收回其作品的权利、从其创造中获得适当荣誉的权利——和最重要的——保护其作品不被篡改或歪曲的权利等。传统上认为,这些权利存在的合理性在于,艺术作品体现了并有助于实现其创造者的人格或意志。在过去二十年中,“精神权利”概念及其所赖以存在的哲学基础在美国的法律制定者中日渐受到欢迎,这可由各州频频出台的艺术保护法规和最近

[16] Testimony of Elizabeth Janeway, Copyright Law Revision: Hearings on H. R. 4347, 5680, 6831, 6835 Before Subcomm. No. 3 of the House Comm. on the Judiciary, 89th Cong., 1st Sess. (1965), reprinted in George S. Grossman, *Omnibus Copyright Revision Legislative History*, vol. 5 (1976), p. 100.

[17] 347 U.S. 201, 219 (1954).关于专利法中相似的观点可参见 Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Manufacturing Co., 243 U.S. 502 (1917)。

[18] 对相关具体事例的阐述可参见 Stewart E. Sterk, “Rhetoric and Reality in Copyright Law”, *Michigan Law Review*, 94 (1996): 1197; Alfred C. Yen, “Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession”, *Ohio State Law Journal*, 51 (1990): 517; and Weinreb, “Copyright for Functional Expression”, *Lloyd Harvard Law Review*, 111 (1998): 1149—1254, at 1211—1214。

通过的联邦视觉艺术家权利法案(Visual Artists Rights Act)得到明显的证明。<sup>[19]</sup>

最后,在法律的制定和解释时努力推动实现一种公正的和令人向往的文化——此即社会规划理论的立场——在知识产权法几乎所有的领域都有体现。比如,上述目标促使多数法院在将版权法或商标法适用于所谓的低级幽默(scatological humor)时反应较为严厉,而对与此相关的批评、评论和教育却一般都给予优待。此外,在当前有关知识产权在因特网上适用范围的争论中,社会规划理论也大显身手。<sup>[20]</sup>

总之,效益主义、劳动理论、人格理论和社会规划理论在近来理论文献中十分突出,主要源于相似主题在司法判决、成文法规和上诉书中的重要地位。然而,至少有两种情况表明,上述各种讨论和争鸣并不能完全反映当前理论的现状。首先,知识产权法文件中存在的一些重要主题并未得到理论家的回应和详述。例如,许多美国法院在解释版权法或商标法时多努力反映和巩固习惯——一些商业惯例或通常的“诚实信用”与“公平交易”标准。<sup>[21]</sup>这种立场深深根植于一般的普通法和二十世纪初美国法律的现实主义传统中。<sup>[22]</sup>但却很少有知识产权的理

[19] 参见 Thomas Cotter, "Pragmatism, Economics, and the Droit Moral", *North Carolina Law Review*, 76 (1997): 1, at 6—27; Jeri D. Yonover, "The 'Dissing' of Da Vinci: The Imaginary Case of Leonardo v. Duchamp: Moral Rights, Parody, and Fair Use", *Valparaiso University Law Review*, 29 (1995): 935—1004。

[20] 参见 Niva Elkin-Koren, "Cyberlaw and Social Change: A Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace", *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 14 (1996): 215。

[21] *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 563 (1985). See also *Time v. Bernard Geis Associates*, 293 F.Supp. 130, 146 (S.D.N.Y. 1968); *Rosemont Enterprises v. Random House*, 366 F.2d 303, 307 (2d Cir. 1966); *Holdridge v. Knight Publishing Corp.*, 214 F.Supp. 921, 924 (S.D.Cal. 1963).

[22] See Fisher et al., *American Legal Realism*, p. 170.

论学者对习惯予以密切关注。<sup>[23]</sup>与此相同的情况还有对隐私权的关注。长期以来为立法者和法院所密切关注的隐私权保护<sup>[24]</sup>却受到当代美国理论学者的怠慢。

其次,在立法和司法文件中,我们上面所讨论的各种典型的观点都糅和在一起。比如,下文引自康涅狄格州第一个版权法的前言:

然而,保障每一个作者能够获取出售其作品所得的利润十分符合自然的公正和公平原则;如此可以鼓励才学超群之士出版其作品,而这也会使其国家获得荣誉,并使全人类受益……。<sup>[25]</sup>

两百年后,最高法院在 *Harper & Row* 一案中也采取了相似的路线:

我们同意上诉法院所谓的版权旨在增加而不是阻碍知识的丰收,但是我们认为,对版权法中所确立的旨在培育原创性作品以提供这种丰收的种子和果实的设想,第二巡回法院却没有给予足够的尊重。基于版权而产生的各种权利的目的在于确保对知识宝库有所贡献者能获得对其劳动的公平回报。<sup>[26]</sup>

在上述和其他无数的文献中,公平、激励、文化的培育等诸多目标都相互交织在一起。而与此相反,现在的理论著作中,这些主题却被作为典型剥离开来。

对上述知识产权的理论偏离了当前法律文件的现象,应当作何解

[23] But cf. Weinreb, "Fair's Fair: A Comment on the Fair Use Doctrine", *Harvard Law Review*, 103 (1990): 1137—1161.

[24] See *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 564 (1985); *Salinger v. Random House*, 811 F.2d 90, 97 (2d Cir. 1987).

[25] 1783 Conn. Pub. Acts Jan. Sess., reprinted in U.S. *Copyright Office, Copyright Enactments of the United States*, 1783—1906, at 11 (2nd ed., Washington: Government Printing Office, 1906).

[26] *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 545—546 (1985).

释？答案恐怕是，理论家多是通过政治哲学提供的眼镜来看待法律的。在现代哲学争论中，自然法、效益主义和价值论(theories of the good)一般被认为是互不相容的。<sup>[27]</sup>因此，熟悉这些争论的法律理论家会将有关知识产权的思想作相应的分类，也就不足为奇了。

此外，许多现代知识产权学者也参与了与此相似的有关一般财产法应当如何构造的争论。在那一场合已经完全确立了各种相互冲突的分歧学说，如劳动理论、效益主义和人格理论等<sup>[28]</sup>，并且也大部分源于英美的政治哲学。看到它们在知识产权领域被重复讨论，也就不必感到惊讶。

### 三 漏洞、冲突与模棱两可

当前，法律的制定者面临诸多有关如何配置信息支配权利的难题。数据库的创造者能否向该数据库的使用人和盗版者要求赔偿？两种故事情节或两个虚构的人物在多大程度上相似，才有必要认定为构成侵权？计算机软件应当由版权法还是专利法，抑或是一种特别法来规范？对消费品的外观，我们是否应当延伸或限缩知识产权的保护？一方所收集的应时性的信息（如体育比分、新闻、金融信息）是否应当受到版权的保护？还有其他许多相似的问题值得关注。

[27] 相关文献十分丰富。强调文中所述这种分歧重要性的文章有 H. L. A. Hart, "Between Utility and Rights", *Columbia Law Review*-79 (1979): 828; Michael Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* (Cambridge: Cambridge University Press, 1982)。

[28] 对这些学说的讨论和阐述参见 J. Roland Pennock and John W. Chapman, eds., *Property* (Nomos XXII) (New York: New York University Press, 1980); Alan Ryan, *Property and Political Theory* (Oxford: Blackwell, 1984); Waldron, *Right to Private Property*. 可以肯定地说，并非所有的财产权的理论家都倾向于维护自然法、效益主义和价值论的传统边界。一种明显的多元主义理论见之于 Stephen R. Munzer, *A Theory of Property* (Cambridge: Cambridge University Press, 1990)。

上述四种主要知识产权理论的倡导者旨在为法律的制定者提供对上述类似问题的答案，换言之，他们认为，这些理论不仅是要对现有法律规则的产生原因作出系统解释，而且应当能够指导立法者和法官依照新技术的出现和新情况的发生来修订或扩张这些规则。可惜的是，上述四种理论在实践中并未能如其提倡者所声称的那样有用。模棱两可、自相矛盾和脱离实际严重地限制了它们的规范力度。下文的一至四节将考察这些局限性。而第四部分则重申上述理论仍不失有相当的价值。

#### (一)

知识产权效益主义理论的首要任务是将边沁的“最大多数人的最大幸福”的理想具体化为更为精确和更具操作性的标准。为此，多数现代学者或者选择“财富最大化”标准，建议立法者选择一种规则体系以实现社会总福利（这种福利可由消费者的购买能力和购买意愿来衡量）的最大化；<sup>[29]</sup>或者选择“卡尔多—希克斯”（Kaldor-Hicks）标准：依照此种标准，一种状态比另一种状态更为可取，如果从第二种状态转移到第一种状态的过程中，“获利者”能够一次性地补偿“损失者”的效用损失，并且在经济状况上仍然更好。<sup>[30]</sup>

这种初步的分析策略招致了各种批评。首先，财富最大化标准和卡尔多—希克斯标准尽管相似，但不相同，二者必择其一。其次，反对上述两项标准的怀疑论者通常认为它们忽视了效用的不可计量性和其

[29] 对这一标准的更详尽论述参见 Richard Posner, *Economic Analysis of Law* (3rd ed., Boston: Little, Brown, 1986), pp. 11—15。

[30] See Nicholas Kaldor, "Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility", *Economic Journal*, 69 (1939): 549—552.

倾向于富人意愿(富人一般对每一美元较穷人看得更轻)的偏见分析。最后,一些从丰富的效益主义传统中获取思想资源的经济学家和政治理论家也认为,上述两个标准(尤其是第一个标准)对社会福利的理解过于狭隘,从而使其分析框架呈现一种较封闭的倾向。然而,由于这些反对意见不仅限于知识产权领域,而且它们在其他场合已有更充分的讨论,因此本文不拟对其作详细考察。<sup>[31]</sup>

假设我们满足于至少将上述一种标准作为我们的目标,那么,如何将其适用于知识产权法呢?换言之,什么样的规则体系能够最大程度上增加社会福利呢?研究结果表明,我们至少可以从三个方面来试图回答这一问题。<sup>[32]</sup>

### 1. 激励理论

威廉·罗德豪思(William Nordhaus)在其有关专利法的经典论述中对激励理论作了充分的阐述。<sup>[33]</sup>罗德豪思主要关注专利权期限的决定问题,但其分析方法则可适用于一般情况。他认为,专利权期限或效力的每一次增加,都会刺激发明活动的增长。由此而产生的社会福利的收益包括由于更多智力产品的分配而减少的消费者剩余(consumer

[31] 比如,对这些困难的考察可参见 C. Edwin Baker, "Starting Points in Economic Analysis of Law", *Hofstra Law Review* 8 (1980): 939, at 966—972; Duncan Kennedy, "Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique", *Stanford Law Review* 33 (1981): 387; Ronald Dworkin, "Is Wealth a Value?" *Journal of Legal Studies*, 9 (1980): 191; Louis Kaplow and Steven Shavell, "Principles of Fairness versus Human Welfare: On the Evaluation of Legal Policy", John M. Olin Foundation, Discussion Paper No. 277 (2000)。

[32] 对各种经济分析方法的全面考察可见于 Peter Menell, "Intellectual Property: General Theories", *Encyclopedia of Law & Economics* (forthcoming 2000)。

[33] William D. Nordhaus, *Invention, Growth, and Welfare: A Theoretical Treatment of Technological Change* (Cambridge: M.I.T. Press, 1969).

plus)和生产者剩余(producer plus)的现值。另一方面,由于智力产品(即使不增加激励这些智力产品也会被创造出来)的价格上涨致使管理成本增加和无谓损失(deadweight losses)的产生,从而也同时减少了社会福利。理想的状态是,专利权的期限或效力增加到边际效用与边际成本相等之处。<sup>[34]</sup>

### 2. 生产模式最优化

多年以前,赫罗德·德穆塞茨(Harold Demsetz)即认为,版权法和专利法能够使智力产品的潜在生产者了解消费者所需,并且使其生产之努力在最大程度上与消费者福利相一致。<sup>[35]</sup>在过去十年中,越来越多的学者认可上述这一功能并且为版权法与专利法的扩张辩护。用保罗·戈德斯坦(Paul Goldstein)的话说,即是:

只要人们可以从文艺作品中得到快乐和获取价值,那么财产权就

[34] 罗德豪思从其分析中所得出的经验是,"需求弹性较低的商品具有更长的最佳(专利权)期限",和"更多创新(或更容易产生)发明的行业中应当赋予专利权更短的期限",见前揭书,第 79 页。专利法和版权法中的大量论文试图完善或是适用 Nordhaus 所提出的这一思路。例如, Pankaj Tandon, "Optimal Patents with Compulsory Licensing," *Journal of Political Economy*, 90 (1982): 470—486; Richard Gilbert and Carl Shapiro, "Optimal Patent Protection and Breadth", *RAND Journal of Economics*, 21 (1990): 106—112; Paul Klemperer, "How Broad Should the Scope of Patent Protection Be?", *RAND Journal of Economics*, 21 (1990): 113—130; Landes and Posner, "Economic Analysis of Copyright Law"; William Fisher, "Reconstructing the Fair Use Doctrine", at 1698—1744; S. J. Liebowitz, "Copying and Indirect Appropriability: Photocopying of Journals", *Journal of Political Economy*, 93 (1985), 945; A. Samuel Oddi, "Beyond Obviousness: Invention Protection in the Twenty-First Century", *American University Law Review*, 38 (1989): 1097, at 1101—1102, 1114—1116; and Frederic M. Scherer, *Industrial Market Structure and Economic Performance* (2nd ed., Chicago: Rand McNally, 1980), pp. 439—458. 对这一思路的历史考察参见 Gillian K. Hadfield, "The Economics of Copyright: A Historical Perspective", *Copyright Law Symposium (ASCAP)*, 38 (1992): 1—46。

[35] See Harold Demsetz, "Information and Efficiency: Another Viewpoint", *Journal of Law and Economics*, 12 (1969): 1.

有存在的必要；如果没有财产权的存在，从事创作者便无法在得知消费者偏好的情况下去设定投资的方向。<sup>[36]</sup>

采用此种策略是否会阻碍智力产品的公开传播呢？这一思路的倡导者认为根本不会。买卖和许可使用将确保商品流转到那些需要它们并有能力购买它们的人手中去。在极少数情况下交易成本会阻止这种自愿交易，这样就应当通过明确授予的特权（如合理使用制度）或强制许可制度，使知识产权所有人无法绝对支配其作品的使用。<sup>[37]</sup>

### 3. 发明竞赛

这最后一种思路与第二种有关但有显著区别。其目标在于减少知识产权所导致的发明活动的重复或不协调的倾向。这一思路的基础是由以约拉姆·巴泽尔（Yoram Barzel）为首的一批经济学家所奠定的，他们在过去三十年中的详细考察表明，公司间竞争将导致专利制度对发明活动的影响变得更为复杂。<sup>[38]</sup>这些文献使得法学家对发明过程三阶段活动的影响

[36] See Paul Goldstein, *Copyright's Highway* (New York: Hill & Wang, 1994), pp. 178—179.

[37] See Wendy J. Gordon, "An Inquiry into the Merits of Copyright: The Challenges of Consistency, Consent, and Encouragement Theory", *Stanford Law Review* 41 (1989): 1343, at 1439—1449; Robert P. Merges, "Are You Making Fun of Me? —Notes on Market Failure and the Parody Defense in Copyright", *American Intellectual Property Law Association Quarterly Journal*, 21 (1993): 305, at 306—307; Netanel, "Copyright and Democratic Civil Society", at 308—310. 在这些论述中，Robert Merges 主张法律的制定者应当急于建立强制许可制度。像集体权利管理组织这样的私有组织可能优于某种政府强制的管理体制——而且在没有法律制定者的干预的情况下，它们常能自动产生。

[38] 对这些经济学家著述的很好概括参见 Menell, "General Theories", at 7—8。其主要论文分别是：Yoram Barzel, "Optimal Timing of Innovations", *Review of Economic and Statistics*, 50 (1968): 348—355; Partha Dasgupta, "Patents, Priority and Imitation or, The Economics of Races and Waiting Games", *Economics Journal*, 98 (1988): 66, at 74—78; Partha Dasgupta and Joseph Stiglitz, "Uncertainty, Industrial Structure and the

段中发生的经济浪费更为敏感。首先，一项预示着具有潜在商业价值的先进发明专利，可能会吸引大量的人和组织毫无效率地去角逐成为首先发明者。其次，基于相似的理由，竞相改善现有技术以获利将在“第二层次”上产生新一轮的争夺。最后，公司会尽力围绕他人已获专利权的技术进行发明——即开发功能相同但不侵权的技术——这些努力从个别公司来看尽管合理但却代表一种社会资源的浪费。对这些危险的了解促使法学家寻求知识产权法（或相关法律，如反托拉斯法）的可能改革，以减少上述各种情况下的资源浪费。<sup>[39]</sup>

从上述三种思路中选取任何一种来回答具体的法律问题都会遇到严重的困难。激励理论的主要问题在于缺乏必要的信息来应用此种分析方法。某些特殊的智力产品的创造，到底在何种程度上依赖于版权

---

Speed of R & D", *Bell Journal of Economics*, 11 (1980); 1, at 12—13; Drew Fundenberg, Richard Gilbert, Joseph Stiglitz, and Jean Tirole, "Preemption, Leapfrogging, and Competition in Patent Races", *European Economic Review* 77 (1983): 176—183; Michael L. Katz and Carl Shapiro, "R & D Rivalry with Licensing or Imitation", *American Economic Review* 77 (1987): 402; Steven A. Lippman and Kevin F. McCardle, "Dropout Behavior in R & D Races with Learning", *RAND Journal of Economics* 18 (1987): 287; Glenn C. Loury, "Market Structure and Innovation," *Quarterly Journal of Economics*, 93 (1979): 395; Frederic M. Scherer, "Research and Development Resource Allocation Under Rivalry", *Quarterly Journal of Economics*, 81 (1967): 359, at 364—366; Pankaj Tandon, "Rivalry and the Excessive Allocation of Resources to Research", *Bell Journal of Economics*, 14 (1983): 152; Brian D. Wright, "The Resource Allocation Problem in R & D", in *The Economics of R & D Policy* 41, 50 (George S. Tolley, James H. Hodge & James F. Oehmke eds., 1985).

[39] See Louis Kaplow, "The Patent-Antitrust Intersection: A Reappraisal", *Harvard Law Review*, 97 (1984): 1813—1892; Edmund Kitch, "The Nature and Function of the Patent System", *Journal of Law and Economics*, 20 (1977): 265; idem, "Patents, Prospects, and Economic Surplus: A Reply", *Journal of Law and Economics*, 23 (1980): 205; Mark F. Grady & J. I. Alexander, "Patent Law and Rent Dissipation", *Virginia Law Review*, 78 (1992): 305; Robert Merges and Richard Nelson, "On the Complex Economics of Patent Scope", *Columbia Law Review*, 90 (1990): 839—916; Mark Lemley, "The Economics of Improvement in Intellectual Property Law", *Texas Law Review*, 75 (1997): 993—1084.

和专利的保护？在这个问题上，一些评论家认为，在有些领域，这种依赖几乎不存在。这是因为其他物质和非物质的奖励，如得益于销售引导的利润、发明人在为其发明所影响的市场上进行投机的机会、艺术家和科学发明家们所拥有的声誉、终身教职以及对艺术本身的热爱等等，都将足以保持现有的发明和创作水平，即使没有任何知识产权的保护。<sup>[40]</sup>但另有一些评论家们则不同意这一观点。<sup>[41]</sup>事实上，我们根本没有充分的信息来判断谁对谁错。经验研究表明，在鼓励发明和创新方面，专利法在某些领域（如医药和化工产品）比其他领域更有效，但是这并没有回答“激励创新所产生的效益是否大于激励本身的成本”这个根本性的问题。<sup>[42]</sup>此外，对专利保护以外的其他形式的知识产权保护，我们的了解就更少了。

[40] 如参见 Joan Robinson, *The Economics of Imperfect Competition* (London: Macmillan, 1933); Arnold Plant, "The Economic Aspects of Copyright in Books", in *Economica* (n. s.) (1934): 30—51; Jack Hirshleifer, "The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity", *American Economic Review*, 63 (1973): 31—51; Stephen Breyer, "The Uneasy Case for Copyright", *Harvard Law Review*, 87 (1970): 281—351。

[41] 如参见 Barry Tyerman, "The Economic Rationale for Copyright Protection for Published Books: A Reply to Professor Breyer," *UCLA Law Review*, 18 (1971): 1100。

[42] 相关文献包括 John Kay, "The Economics of Intellectual Property Rights", *International Review of Law & Economics*, 13 (1993): 337, at 344—346; R. C. Levin, A. K. Klevorick, R. R. Nelson, and S. G. Winter, "Appropriating the Returns from Industrial Research and Development", *Brookings Papers Economic Activity* (1987): 783—831; Edwin Mansfield, "Patents and Innovation: An Empirical Study", *Management Science*, 32 (1986): 173—181; George L. Priest, "What Economists Can Tell Lawyers About Intellectual Property", *Research in Law and Economics*, vol. 8 (John Palmer, ed., 1986), 19, 21; Antoon A. Quaedvlieg, "The Economic Analysis of Intellectual Property Law", in William F. Korthals Altes et al., eds., *Information Law Towards the 21st Century* (Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992), pp. 379, 393; D. Schwartzmann, *Innovation in the Pharmaceutical Industry* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1976); C. Taylor and Z. Silberston, *The Economic Impact of the Patent System* (London: Cambridge University Press, 1973)。

即使我们能够克服上述这一巨大障碍——并且认为通过向作者和发明家们提供某种形式的特殊奖励，这个社会就会变得更加富足，但是不确定因素的根源仍然存在。知识产权的保护是否是提供这种奖励的最好的方式呢？还是像斯蒂文·夏伟尔(Steven Shavell)和唐贵·冯·伊珀塞勒(Tanguy van Ypersele)最近所建议的那样，由一个政府机构评估每一项创新的社会价值，再从税收中给创新者支付相应的报酬？<sup>[43]</sup>如果这样的话，创造者能够享有多大范围的权利呢？这些权利是否应包括准备“演绎作品”的权利？是否包括禁止“试验性使用”其技术的权利？是否包括禁止披露其发明的权利？一些学者仍在继续收集必要的信息来回答这类问题。而多数人却已经放弃这一工作，并对完全取得所需要的信息感到绝望。<sup>[44]</sup>目前，几乎所有人都认为这样的信息还不在我们的支配之列。而在我们拥有这些信息之前，法律的制定者从上述效益主义的第一条思路（激励理论）中尚不能获得任何指导。

努力追求生产模式最优化的理论家面临的信息问题并不那么严重。但有一点是肯定的，就是在一些问题上他们不得不——常在较少数据的情况下——做出困难的抉择。比如，创造者没有许可他人使用其作品，是由于这些使用给消费者带来的价值低于禁止其使用对创新

[43] 具体言之，Shavell and Ypersele 认为在一项发明商业化以后，由政府利用销售数据和调查评估其社会价值并定期向发明人支付相应的报酬的体制优于专利权制度，尽管这种政府评估存在为人所熟知的困难——而且，发明人有权选择取得传统的专利或获取政府的奖励将当然优于单纯的专利权制度。See "Rewards versus Intellectual Property Rights", *National Bureau of Economic Research*, Working Paper 6956 (February 1999).

[44] 如参见 Robert M. Hurt and Robert M. Schuchman, "The Economic Rationale of Copyright", *American Economic Review*, 56 (1966): 425—426; Jessica Litman, "The Public Domain", *Emory Law Journal*, 34 (1990): 997; Lloyd Weinreb, "Copyright for Functional Expression", at 1232—1236; John Shepard Wiley, Jr., "Bonito Boats: Uninformed but Mandatory Innovation Policy," *Supreme Court Review* (1989), 283。

者的价值(在此种情况下,没有给予许可则是对社会有利的),还是由于极高的交易成本(在此种情况下,就应当在法律上强制创造者免费或以政府决定价给予许可)。当然,对这些问题的思索并不像激励理论的倡导者所面临的问题那样复杂得令人望而却步。然而,循此思路的学者和法律制定者将会面临另一问题:我们试图激励的究竟是哪一些生产活动?由于上述原因,就智力产品而言,最好的法律将是那些慷慨地赋予创造者们较大权利的法律。只有这样,潜在生产者们才能获得关于消费者希望怎样利用哪一些智力产品的准确信息。但是,正如格林·鲁尼(Glynn Lunney)所提出的,如果将我们的参考框架展开,则这一理论设想将变得问题丛生。<sup>[45]</sup>实际上,在任何经济活动中,创造者都无法获得其创新所产生的全部社会价值。不论是发明了一种新的数学教学方法的小学老师,还是发现了如何缓解种族紧张状态的民权人士,抑或是发现一种方法能够将重力力学和量子力学进行整合的物理学家,他们所创造的社会收益都远远超过了他们个人的所得。扩大知识产权享有者的权利会给小说、电影和软件等的创作者们带来关于消费者偏好的准确信息,但是,相对于上述教育、集体行动(*community activism*)和基础研究等领域而言,权利范围的扩大将会导致对娱乐领域严重的过度投资。遗憾的是,鲁尼对这一问题提出的解决办法——减少版权保护,直到娱乐作品的创作者的收益不超过其他领域创造者的收益——很大一部分牺牲了德穆塞茨和戈德斯坦所强调的经济利益。

主张避免重复发明活动的理论家们也有他们自己的问题。最严重的困难在于,在某一个发明阶段减少社会浪费往往会导致另一个阶段社会浪费的增加。例如,爱德孟德·齐渠(Edmund Kitch)指出,应当赋

[45] 参见 Glynn Lunney, Jr., "Reexamining Copyright's Incentives-Access Paradigm", *Vanderbilt Law Review*, 49 (1996): 483.

予最初发明(primary invention)的开发者更广阔的权利空间,使他能够协调随后致力于改善这项发明的研究活动,从而减少第二阶段租金的耗散(the dissipation of rents)。<sup>\*</sup> [46]但是,罗伯特·梅杰斯(Robert Merges)认为,给予这些最初发明更宽泛的专利保护,可能导致更多的人和组织将争先恐后地成为这一发明的开发者,从而造成初始阶段更为严重的租金耗散。为此,马克·格莱迪(Mark Grady)和杰·亚历山大(Jay Alexander)设计了一个精妙的理论,用于判断在具体情况下上述哪些危险更为突出。<sup>[47]</sup>那些仅具有一般社会价值、却“昭示”着巨大改进潜力的最初发明会使潜在的改进者们趋之若鹜。要减少这些人的数量,就要像齐渠所倡导的那样,给予开发者更广泛的专利权利。而对那些具有高度社会价值,却不具备很大改进潜力的最初发明,应当只给予有限范围的专利权——以减少在初级阶段重复研究的风险。最后一点,同样令人惊讶的是,对那些具有社会价值但肯定没有改进余地的最初发明,应当不给予任何形式的专利保护,从而防止在两个阶段的租金耗散。这一分类法,虽然有其新颖之处,但在实际操作和理论上都存在很多问题。首先,很难一开始就确定哪些发明“昭示”着改进的可能性。其次,对于一项具有高度社会价值(从而可能导致第一阶段浪费的危险)、又“昭示”着巨大改进潜力(从而可能导致第二阶段浪费的危险)的最初发明,我们又该如何?最后,罗伯特·梅杰斯和理查德·内尔森(Richard Nelson)指出,通过给予最初发明者(primary inventor)广泛的专利权利的方法来减少第二阶段的浪费可能造成严重的负面经济效应。它不仅不

\* 关于发明竞赛中的租金耗散问题的详细说明,可参见泰勒尔:《产业组织理论》,中国人民大学出版社,1997年,第525—536页。——译者

[46] 参见 Kitch, "The Nature and Function of the Patent System". See also Suzanne Scotchmer, "Protecting Early Innovators: Should Second-Generation Products Be Patentable?" *RAND Journal of Economics* 27 (1996): 322—331.

[47] Grady and Alexander, "Patent Law and Rent Dissipation".

会使最初的发明者有效地协调该项技术的利用,反而可能导致“牺牲”行为,<sup>[48]</sup>从而使以后的研究毫无效率地集中在与最初发明者相关行业的改进上。<sup>[49]</sup>总之,信息的有限和理论上的紧张使得第三种方法实际操作起来和前两种一样地不确定。<sup>[50]</sup>

即使这三种经济学思路各自所面临的困难一一得到解决,还有一个更大的困难摆在我们面前:没有一种一般的理论能把这些思路整合到一起。法律将如何同时实现:(i)在激励创造性和减少伴生的效益损失之间保持最佳平衡,(ii)给予所有潜在生产者关于消费者需求的准确信息,和(iii)使租金耗散最小化?到目前为止,甚至还没有理论试图去回答这个首要问题。而在这个问题被解决之前,效益主义的思路对法律制定者的指导将是十分有限的。<sup>[51]</sup>

## (二)

相似的困难同样困扰着试图将劳动理论应用于知识产权的努力。

[48] 首先由 Herbert A. Simon 所提出的“牺牲”的概念意指,决策者在达到某一最低要求之后便不再继续从事某些活动的行为——就像狮子在猎物已十分丰富时容易表现出懒惰一样。See David Ward et al., “The Role of Satisficing in Foraging Theory”, *Oikos*, 63:2 (1992): 312—317.

[49] Merges and Nelson, “Complex Economics of Patent Scope”.

[50] 有关这些问题的争论参见 Donald G. McFetridge and Douglas A. Smith, “Patents, Prospects, and Economic Surplus: A Comment”, *Journal of Law and Economics*, 23 (1980): 197; A. Samuel Oddi, “Un-Unified Economic Theories of Patents – The Not-Quite-Holy Grail”, *Notre Dame Law Review*, 71 (1996): 267, at 283 (disagreeing with Merges and Nelson); Donald L. Martin, “Reducing Anticipated Rewards from Innovation Through Patents: Or Less is More”, *Virginia Law Review*, 78 (1992): 351, at 356; Robert P. Merges, “Rent Control in the Patent Districts: Observations on the Grady-Alexander Thesis”, *Virginia Law Review*, 78 (1992): 359, at 376—377.

[51] See Oddi, “Un-Unified Economic Theories of Patents.”

首先,像效益主义理论一样,劳动理论是否支持知识产权法尚不明确。这一问题的根源在于洛克最初有关财产权理论基础的论述——而这就是整个劳动理论的渊源——有点模棱两可。究竟为什么施加于某一“公有”资源的劳动竟使得劳动者对这一资源本身拥有了财产权?在洛克《政府论》的第五章(“论财产”)中我们可以找出对这个问题的六个相关而又不相同的解答。

(1)“自然理性”告诉我们,人类享有生存权,而唯一可行的、能使他们生存的方式就是各自占有必要的物资来为自己提供食宿。<sup>[52]</sup>

(2)宗教义务进一步加强了上述观点。上帝把地球给予人类不仅仅是要他们“公有”,而是要他们去征服它——即“为了生活的便利而加以利用”——而要这样做,人类只有对其付诸于劳动并将劳动果实划归己用。<sup>[53]</sup>

(3)关于自我所有(self-ownership)的直觉认识也同样说明了这一问题。每个人都拥有“对他的人身的所有权”,包括“他身体所从事的劳动和他双手所进行的工作”。自然而然地,不论他将其劳动和任何什么东西结合在一起,这些东西也是属于他的。<sup>[54]</sup>

(4)劳动的道德价值也加强了上述观察。上帝把世界给予“勤劳和有理性的人们……不是给予好事、吵闹和纷争的人们来从事巧取豪夺的”。因而前者通过劳动而取得他所劳作的东西是妥当的。<sup>[55]</sup>

(5)比例性和公平的观念也能说明这一问题。多数有用之物的价值并不是源于它所构成的原材料的价值,而是源于它所耗费的劳动。因此,当决定所有权是属于劳动者还是整个社会时,个人“劳动的财产

[52] *Two Treatises of Government*, Sections 25—26.

[53] Ibid., Sections 32, 35.

[54] Ibid., Sections 27, 44.

[55] Ibid., Section 34.

权应当胜于土地的公有状态”就不足为奇了。<sup>[56]</sup>

(6)最后,洛克在整个第五章中都贯穿了一种生产性转换的意象。通过劳动于无主的土地或其他资源,劳动者将它们从野生变为驯养,从原始变为文明,从无序变为有序,从无意义变为有意义。这种转换明显可取,因而劳动者应当获得回报。<sup>[57]</sup>

洛克的劳动理论是否支持知识产权,取决于人们将上述各种理论解释中的哪一种视为首要的。例如,若把论断(4)、(5)视作问题的关键,那么《政府论》将为知识产权的存在提供强大支持。毕竟,多数作者和发明人工作勤奋,他们的智力劳动对其创造物的贡献较之于他们所利用的原材料要重要得多。另一方面,如果强调论断(1)、(2)的话,知识产权存在的合理性则受到挑战。如西娜·徐福林(Seana Shiffrin)所言,这两个论断的重要前提是,只有特定的生活必需物如食物不能公有,因为“其使用在本质上是排他性的”。<sup>[58]</sup>然而,知识产品明显并非如此。对其使用并非生存所必需,而且,它们可以被无数人同时或连续地使用而不耗尽。

因此,洛克理论是否支持知识产权是尚不确定的。它取决于原先洛克理论的哪一方面是决定性的。洛克没有明言,而其作品的解释者也未能给我们提供断定洛克原意的令人信服的解释。<sup>[59]</sup>然而,即使假定我们能在一定程度上克服徐福林所言的障碍,并认为智力劳动确实能产生对其劳动成果的自然权利——国家必须承认和实现这一权利,其他的困难却仍然存在。

[56] Ibid., Sections 38, 40—43.

[57] See Ryan, *Property and Political Theory*, at 22 ff.

[58] See Seana Shiffrin, “Lockean Arguments for Private Intellectual Property”, in this volume.

[59] See Tom Palmer, “Are Patents and Copyrights Morally Justified?” *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 13 (1990): 817—865, at 832.

最难克服的问题可能是:这里所指的“智力劳动”是什么?至少有四项可成立的候选答案:(1)时间和努力(如在实验室的电脑前所耗费的时间);(2)人们不愿从事的活动(人们本来可以去航海但却呆在工作室的时间);(3)有益于社会的活动(劳作于具有社会价值的发明);(4)创造性活动(产生新思想)。第一个选项与洛克原意最接近,但他并不是针对智力劳动。查斯丁·休思通过严格的论证来支持第二项和第三项。劳伦斯·贝克(Lawrence Becker)却提醒我们第四项对于令人尊敬的作者和发明者的形象是多么重要。<sup>[60]</sup>目前尚无明确的根据来引导我们做出选择。

然而,四个选项之间的不同选择常会有很大差别。比如,第三项要求我们在授予专利权或其他知识产权时,坚持认为发现(discovery)也满足“实用性”的要求;而其他三项则不这样认为。第二项反对将法律上的权利授予那些热爱工作的艺术家;其他三项则持相反见解。第四项会建议我们在版权法上增加类似于专利法上“非显而易见性”的要件;其他三项则不然。总而言之,法律的制定者无力做出选择常会使其难称其职。

此外,当我们将洛克的“公有”(the commons)概念应用于知识产权领域时,也会遇到相似的麻烦。属于整个社会所有的、个别劳动者为生产智力产品将其劳动施加其上的那些原始材料究竟是什么?依我之见,至少有七种可能性:

(1) “事实”的世界;<sup>[61]</sup>

[60] Lawrence Becker, “Deserving to Own Intellectual Property”, *Chicago-Kent Law Review*, 68 (1993): 609.

[61] 这第一个选项——在有关版权法的讨论中十分常见——容易招致朴素的柏拉图主义者的批评。如参见 Jessica Litman, “The Public Domain”, *Emory Law Journal*, 39 (1990): 965, at 996; Jane Ginsburg, “Sabotaging and Reconstructing History”, *Bulletin of the Copyright Society*, 29 (1982): 647, at 658.

- (2) 语言——我们用来理解和创作新颖智力产品的词汇和语法；
- (3) 我们的文化遗产——那些我们可以“分享”和给予我们文化意义和凝聚性的文明产物(小说、绘画、音乐作曲、电影等)；
- (4) 当前至少有一个人可以理解但不为任何人所有的思想；
- (5) 当前至少有一个人可以理解的思想；
- (6) 所有可获得的思想——即所有为现代人所掌握的思想；
- (7) 所有“可能的思想”——即所有人们可能想到的思想。<sup>[62]</sup>

当将洛克的理论应用于知识产权时,上述选项之间的不同选择常会有很大差别。比如,选项(3)很难与现代版权法和商标法相调和,依照现代法律,多数文化遗产——如米老鼠、《随风而逝》和可口可乐瓶子的外观——不是由社会公有,而是由个人或组织私有;而选项(1)、(2)则没有上述困难。专利法与选项(4)相一致但与选项(5)相抵触——至少它允许对现存的许多“思想”享有所有权。而版权法(至少在形式上)不允许对任何思想享有所有权(只保护“表达”它们的独创性方式),与选项(4)、(5)都能很好的吻合。如查斯丁·休思所言,如采用选项(6),则能满足洛克所谓的“足量”条件(sufficiency proviso)——因为多数思想的运用能使他人“获得”更大范围的思想,从而扩大了而不是缩小了公有领域的范围。相反,如采用选项(7)——文迪·戈登(Wendy Gordon)和罗伯特·诺齐克倾向如此——则足量条件的实现大大地受到限制(下文将有详细论述)。哪一种思路是正确的?谁又能知道呢?<sup>[63]</sup>

[62] 很明显,这些选项之间并非相互排斥。如对“公有”的一种直觉上貌似合理的解释可能是(1)+(2)+(3)。一些选项重叠在一起,如(4)是(5)的子集,(5)是(6)的子集,(6)是(7)的子集。

[63] 有关“公有”概念的另外一种解释的讨论参见 Yen, “Restoring the Natural Law”; Wendy Gordon, “A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property”, *Yale Law Journal*, 102 (1993): 1533—1609; Hughes, “Philosophy of Intellectual Property”; Shiffrin, “Lockean Arguments”。

假定我们任意地从上述解释中选择一种——如(4),并试图将其纳入洛克的分析框架,则将立即产生三个相关的附带问题。首先,依照现有的任何知识产权法,将劳动施加于公有物的行为并不能像洛克假定的有体物法律那样运作。洛克认为,当人们将其劳动施加于一块处女地时,他不但取得他所耕作的庄稼,而且取得了土地本身。与此相反,当人们将其智力劳动施加于一个现有思想时,它只能取得它所产生的“独创性”或“新颖性”部分的财产权利,而不是起初的思想。其次,人们所取得的权利并不具有洛克明显赋予有体物权利那样的排他性。<sup>[64]</sup>比如,对一种性能良好的捕鼠夹子授予专利可以阻止他人制造这种夹子,但是不能阻止他人阅读这项专利并使用其中的有用信息来制造更好的捕鼠夹子。对一本小说授予版权可以阻止他人复制它,但不能阻止他人阅读、讨论和嘲讽(parody)等。最后,洛克认为,通过劳动于公有资源而取得的财产权利能够和应当永远存在——即可以无限地转让、遗赠和继承。<sup>[65]</sup>与此相反,多数知识产权迟早会到期终止。

人们可能会认为,上述这些观察并不表明将劳动所得理论应用于知识产权是不确定的。它们仅仅表明知识产权法需要做根本的修订,以使其符合洛克的体系。也许如此。但是,需要修改的范围之大实在令人泄气。依照洛克的假设,将“婚姻常毁于不忠诚”这一思想以独特的形式加以表达,就能取得这一思想本身的所有权,这合理吗?一旦将“Nike”注册为商标,就能阻止他人以任何方式使用——包括在有关知识产权的论文中提及,这合理吗?如果不合理,那么何种更有限的权利

[64] 严格而言,有体财产权利也不具有洛克所赋予的排他性,但是这一困难在有关知识产权的领域更为明显。See William Fisher, “Property and Contract on the Internet”, *Chicago-Kent Law Review*, 73 (1998), 1203, at 1207.

[65] 然而,Seana Shiffrin 指出在《政府论》上篇 88—89 节能够找到证据表明洛克认为财产权也更受时间的限制。

安排将使国家更好地承担其“确立”和“实现”自然财产权利的责任？洛克的论述没有涉及相关的线索。

然而遗憾的是，我们尚未穷尽与“足量”条件有关的麻烦。“劳动者应该将足够多的和同样好的留给他享用”(enough and as good left in common for others)的要求，在实现方面困难重重，这一点却为许多评论者所忽视。比如，罗伯特·诺齐克强调指出，知识产权的激励导致思想资源的丰富，在无数方面改善了每个人的命运。如上文所述，诺齐克也看到了“足量”条件的实现在某种程度上更受限制，但他满意地确定了一种构建专利法的方式以避免违反这一条件。与此相反，文迪·戈登将这一条件解释为对知识产权范围的更为严格的限制。她主张，将垄断特权授予智力产品的创造人将有损于而不是有益于公众利益。以“奥林匹克”一词为例。如果这一词汇不存在，我们将会创造其他方式来表达不受意识形态和战争影响而定期举办的国际运动比赛的观念。但是由于该词的存在，我们则变得有点依赖。如今没有其他的单词或词组能更好地把握这一思想。结果，如果我们现在禁止对该词“未经授权”的使用——比如，禁止与“同性恋奥运会”相联系或禁止用在T恤衫上以突显近年来标榜这一理想的伪善方式——这将会给公众带来比该词根本不存在更糟糕的后果。戈登坚持认为，忠于洛克的这一条款（和贯穿洛克全书的更为一般的“无损害”(no-harm)原则），即要求我们取消类似情况下的财产权利。总而言之，对洛克理论的这一条件已有众多的解释，但它们大多在伯仲之间，都难以使人信服。<sup>[66]</sup>

最后，我们来讨论广为人知的比例性(proportionality)问题。诺齐克

[66] 对这些问题的考察参见 Gordon, "Property Right in Self-Expression"; Edwin C. Hettinger, "Justifying Intellectual Property", *Philosophy and Public Affairs*, 18 (1989), 31—52; Sterk, "Rhetoric and Reality"; Weinreb, "Copyright in Functional Expression", at 1218.

曾提出这样的问题：如果我把一罐番茄酱倒进大海里，我就能拥有整个大海吗？相似的问题充斥着知识产权的各个领域。如果我发明了一种治疗阳痿的药物，我就有权向全世界购买使用这种药物的男人收取长达20年的超额利润吗？如果我写了一本关于星球大战的小说，对于那些试图准备将该书改编成动画片，撰写续集，按其中人物角色生产玩具，或选取其中的对话来制作文化衫的人，我都有权请求赔偿吗？简言之，我的权利范围到底能够有多大？洛克理论几乎没有给我们任何指导。<sup>[67]</sup>

### (三)

现代人格理论学者主张，私有财产权利应当确立，当且仅当它们能够保护或助长人类基本需要或利益，从而实现人类生活的繁荣。将这一思路应用于知识产权，首先须确定哪些是人们欲实现的特定需要或利益。正如杰里米·沃顿(Jeremy Waldron)所言，各种大量的利益都可视为是基本的，且它们都可经由财产权制度的推动得到实现。下面即是其中一些：

1. 灵魂的安宁。决定特定资源如何使用的排他性权利可使人们避免一种道德危机——即当他们得知使用公有物的行为将使无数的其他人蒙受不利益时而产生的罪感。<sup>[68]</sup>
2. 隐私。财产权可为人们提供与“一般社会生活相分离的隐蔽之

[67] See Hughes, "Philosophy of Intellectual Property"; Becker, "Deserving Intellectual Property". Cf. James W. Child, "The Moral Foundations of Intangible Property", *The Monist* (1990); Wendy Gordon, "Property Right in Self-Expression".

[68] See Waldron, *The Right to Private Property*, at 295; cf. Charles Fried, *Right and Wrong* (Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press 1978), p. 1.

- 处”——那些或者独居或者与他人亲密的地方。<sup>[69]</sup>
3. 自立。支配特定资源的排他性权利,是人们自立和自我引导(self-direction)的前提。<sup>[70]</sup>
  4. 作为社会存在的自我实现。所有及交易的自由,有助于人们形成其自己的社交圈子和确立其在社会中的位置。<sup>[71]</sup>
  5. 作为个人的自我实现。拥有财产可使人们有能力表达其意志,并且能被他人承认有独立的行为能力。<sup>[72]</sup>
  6. 安全和闲适。支配一定数量的资源可使人们免受生计和“欲望冲动”的压力,因而可使他们从事更高的追求。<sup>[73]</sup>
  7. 责任。经营自有财产的机会和职责,可培养诸如谨慎、自我引导和远见卓识一类的品质。<sup>[74]</sup>
  8. 身份(identity)。自我(selfhood)取决于将持续的生活计划推向未来的能力,而这反过来可由与之相关的财产及其责任来培育。<sup>[75]</sup>
  9. 公民权。拥有一定数量的财产可使人们在经济上和心理上有

[69] See Waldron, *The Right to Private Property*, at 296.

[70] See ibid., at 300—301; cf. Abraham Lincoln, “Address to the Wisconsin State Fair, 1859”, in Richard N. Current, ed., *The Political Thought of Abraham Lincoln* (Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1967), p. 134.

[71] See Waldron, *The Right to Private Property*, pp. 296—297; Carol Rose, *Property and Persuasion* (Boulder, Colo.: Westview Press, 1994), pp. 146—147.

[72] See Waldron, *The Right to Private Property*, pp. 302—303; Margaret Jane Radin, *Reinterpreting Property*.

[73] See Waldron, *The Right to Private Property*, pp. 304—306; cf. George Fitzhugh, *Cannibals All!* (1857) C. Vann Woodward, ed. (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1960) (defending the ownership of slaves on similar grounds).

[74] See Waldron, *The Right to Private Property*, pp. 308—310; Thomas Hill Green, *Lectures on the Principles of Political Obligation* (Ann Arbor: Univ. of Michigan Press, 1967), Lecture N.

[75] See Radin, *Reinterpreting Property*.

效地参与政治。<sup>[76]</sup>

10. 仁善。财产权使人们有能力表达美的想法和实现善的愿望。<sup>[77]</sup>

上述十种判断中的六种——1、3、4、6、7、9——为某些知识产权制度提供了支持,但在决定应承认哪些权利方面却没有给予指导。知识产权具有经济价值,并且能够取得、丧失和转让,从这种意义上说,它们能使权利人避免罪感、实现自我和从事独立的政治活动等。但是个人通过土地上权利或私有公司股权也同样能实现这些价值。结果,上述主张可能说服并激励法律制定者去构建某种资源的私人所有权制度,但是在决定哪些资源可以私有化、哪些资源应留给公有方面毫无帮助。

因而,塑造知识产权的人格理论的指导原则必须从论断2、5、8、10中确立:隐私利益、个人的自我实现、身份和仁善。但是试图从这些论断来回答具体问题的学者却得出各种截然不同的结论。试举以下几例:

(1)作者将其作品公之于众后,该作品是否仍然从属于其人格的范围——从而他有权限制其继续流通?内尔·内塔拉尔在详细考察“自主性”理想的基础上,对此作了肯定的回答。而罗伊德·万乃伯(Lloyd Weinreb)则认为“一旦个人将其表达公开交流,这种表达便获得了‘它自己的生命’……它的继续流通与作者的自主性无关”,从而对此持否定见解。<sup>[78]</sup>

[76] See Hannah Arendt, *On Revolution* (New York: Viking Press, 1965); Alexander, *Commodity and Propriety*, pp. 43—71.

[77] See Green, *Lectures on Political Obligation*, at Section 220.

[78] Neil Netanel, “Copyright Alienability Restrictions and the Enhancement of Author Autonomy: A Normative Evaluation”, *Rutgers Law Review*, 24 (1993): 347; Weinreb, “Copyright for Functional Expression”, at 1221.上述两种立场在当前有关 Gary Larson 说服其影迷不要将其卡通片上载到网站是否合法的争论中都有很好的说明。这一争论的详情参见 <http://stud.unisg.ch/~rportmann/gary.html>。

(2)假设对前一问题的回答是肯定的,那么作者能否转让对其作品的复制权呢?康德认为“作者决定如何及何时表达的权利是其人格不可分离的一部分”,对此采否定见解。黑格尔则认为思想的表达(与这些思想本身有别)是“外在于作者的,因而可以自由转让”,从而持肯定见解。<sup>[79]</sup>

(3)艺术家全身心投入到视觉艺术作品——如绘画或雕塑——的创作,是否有权禁止他人模仿复制其作品?黑格尔认为不然,因为复制品“本质上是复制者自己脑力和技能的结晶”。查斯丁·休思则似乎采相反见解。<sup>[80]</sup>

(4)商业秘密的保护是否是隐私权保护必然结论?爱德文·海廷格(Edwin Hettinger)持否定见解,其理由是多数商业秘密是由公司所有,不具备“隐私权所要保护的个人化特征。”林·夏朴·佩恩(Lynn Sharp Paine)则不同意这一观点。她认为,隐私权包括将信息在朋友和同事的小圈子里披露,而不担心被外人所知的自由——而这一自由正是商业秘密法保护的。<sup>[81]</sup>

(5)知名人物的形象是否是人格个性的重要体现,以至于他人未经允许不能擅自进行商业上的利用?查斯丁·休思持肯定见解,理由是只要个人可由其外部形象来确定,他就与这一形象有人格上的利害关系。米歇尔·麦窦(Michael Madow)的意见却恰恰相反,他坚持认为,在创意(形象塑造)过程中,媒体与观众的创造性(和自主性)作用至少和知名

[79] See Cotter, “*Pragmatism and the Droit Moral*”, at 8—9. For other treatments of the divergence of Kant and Hegel, see Palmer, “Are Patents Morally Justified?” at 837—841; Sterk, “Rhetoric and Reality in Copyright Law”, at 1243.

[80] Hughes, “Philosophy of Intellectual Property”, at 338, 340.

[81] Hettinger, “Justifying Intellectual Property”; Paine, “Trade Secrets and the Justification of Intellectual Property”, *Philosophy & Public Affairs*, 20 (1991): 247, at 251—253.

人物的“人格”同样重要。<sup>[82]</sup>

两个相关问题是造成上述和其他许多分歧的重要原因。首先,作为人格理论化身的“自我”(self)的概念——即我们试图通过知识产权法的调整来培育或保护的“人格”的形象——太过抽象单薄以至于无法回答许多具体的问题。如果我们要给为上述问题所困扰的法律制定者们提供任何指导的话,更为充分和清晰表达的人性观(能够直接回答诸如创造之于精神的重要性等宏大问题)或与特定文化和时代紧密相连的人格的概念似乎很有必要。

其次,人格理论学者尚无法充分地解决玛格丽特·拉丁(Margaret Radin)曾提出的“观念癖问题”(the problem of fetishism)。<sup>[83]</sup>当前美国文化所体现的各种品味,哪些是应该鼓励的,哪些是不应予以鼓励?追求个人主义,还是民主主义,抑或是怀念一种真实的或想象的伦理(或种族)的大同?希望观众对其创造予以尊重,还是渴求十五分钟(或更多一点)的声名大噪?这些渴望或倾向常与知识产权的争议交织在一起。而要解决这些争议,取决于我们支持上述何种立场。

#### (四)

在四种思路的最后一中,可能最容易看到知识产权一般理论在指导意义上的局限性。试图运用社会规划理论的法律制定者必须在两个层次上做出艰难的选择。首先,最明显的困难在于如何构成一种公正的和令人向往的文化的观念。换言之,我们应当通过版权法、专利法

[82] Hughes, “Philosophy of Intellectual Property”, at 340—341; Madow, “Private Ownership of Public Image”, at 182—197 & n. 338.

[83] See Margaret Jane Radin, “Property and Personhood”, *Stanford Law Review*, 34 (1982): 957, at 970.

和商标法的规范来实现何种类型的社会？其可能性实在多得不胜枚举。

我近来的一篇文章在努力运用社会规划理论来回答知识产权法在因特网上的适当范围问题时，对上述可能性做了一些说明。作为分析的基础，我试图描绘一幅令人神往的智识文化的蓝图。对此，简要描述如下：

(1) 消费者福利(*consumer welfare*)。在同等条件下，其成员感到幸福的社会，优于其成员按其自己的认识感到不那么幸福的社会。应用于知识产权领域，这一原则要求我们选择这样一组规则，它们能够在鼓励创造和鼓励传播与使用之间保持最佳平衡以实现消费者福利的最大化。当然，这一目标还须与其他目标相调和。

(2) 信息和思想的丰富。一种令人向往的文化应当是公民能够获得广泛的信息、思想和娱乐形式的文化。其广泛性和多样性可使生活更为刺激和更有活力。能够获取广泛的智力产品对于实现美好生活两个相关条件——即自我主宰和自我表现——至关重要，而这两个条件都是通过为人们提供自我塑造的素材和培育文化多样性的一般条件来实现的。

(3) 丰富的艺术传统。一种文化中所分享的语言越是复杂和相互共鸣，它所给与其成员在交流和思想方面表现创造力和辨别力的机会就越多。基于罗纳德·德沃金(Ronald Dworkin)提出的理由，公地承认上一事实就要求国家政策的设计应使公众获得“丰富的具有解说和可供比较的各种艺术”，和从更一般的意义上说，培育“一种(艺术)创新的传统”。

(4) 分配正义。在可行的最大程度上，所有人都有权获得上面所提到的信息和艺术资源。

(5) 符号民主(*semiotic democracy*)。在一个令人向往的社会里，所

有的人都能参与文化意义的形成过程。他们不仅是他人创造的形象和作品的消极的消费者，而且能够积极推动他们所生活的思想与符号世界的形成和发展。

(6) 社交活动。一个令人向往的社会应当是有着丰富的“团体记忆”(*communities of memory*)的社会。如果人们在“现实”社会能够参加各种各样“建设性”的社团，则他们创造一种有意义的生活的能力会得到加强。

(7) 尊重。自我表达在某种程度上也是一种自我创造的形式，理解这一命题将使人们更懂得尊重他人的作品。<sup>[84]</sup>

上述这种观点明显具有可争议性。其中许多要素——如分配正义的标准——几个世纪以来在政治哲学家中都争论不休。<sup>[85]</sup> 知识产权学者试图在分析版权法和专利法的过程中解决这一范围的争论明显是难以成立的。

然而，与第四种思路相关的困难绝不止于选择一种特定的社会观点。同样严重的问题产生于当人们将这种观点应用于特定的法律问题之时。以嘲讽之作(*parody*)问题为例，取笑其他智力产品的现象越来越普遍：避孕套销售机上的“离家必备”(*Don't leave home without it*)字样是精心模仿美国运通(American Express)卡片的结果；描写米老鼠和唐老鸭的幽默书籍也被用来装点毒品充斥的、乱七八糟的文化；对 John Wayne 的照片改头换面，暗示他是同性恋者，同时辅以“此荡妇乃充作

[84] See Fisher, "Property and Contract on the Internet".

[85] 关于分配正义可参见 Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Book V, Ch. 2; Bruce Ackerman, *Social Justice in the Liberal State* (New Haven: Yale University Press, 1980); Charles Fried, "Distributive Justice", *Social Philosophy & Policy* 1 (1983): 45; John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971); Michael Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* (Cambridge: Cambridge University Press, 1982).

男人的女同性恋者”的说明文字;以及那些滑稽地暗示其他商标的商标(如 Dom Pérignon 爆米花; Lardache 蓝布牛仔裤\*)。这些做法是否应当允许呢?上文所述的社会观点可能会给出不同的回答。一方面,允许甚至鼓励这种类型的嘲讽之作似乎有助于符号的民主。嘲讽之作破坏了强权对文化产品意义的控制,从而扩大了他人进行创造的机会。另一方面,嘲讽之作(特别是当其奏效时)严重地侵害了那些原创这些作品的艺术家合法的人格利益。上述两种关注的焦点,哪一个应当占支配地位取决于对文化背景和个案的思考。而这种社会观点本身并没有给我们提供任何指导。

#### 四 理论的价值

人格理论和社会规划理论的不确定性长期以来为学者所共知。比如,人们普遍谴责这些理论是“非自由主义”的,在某种程度上它们试图运用颇有争议的“价值论”来规范人们的行为——这种事情在自由主义者看来是政府所不应当做的。<sup>[86]</sup>另外一个与此紧密相关并同样普遍的指责是,社会规划理论和人格理论有着“家长制作风”,它们在某种程度上并不顾及人们自己意愿而决定什么是“对其有利的”,从而剥夺了个人的自由。<sup>[87]</sup>与此相反,效益主义和劳动所得理论,尤其是前者,具有一种中立性、客观性,特别是确定性的氛围。正是这些特点使得法院多从经济理论而少从社会规划理论寻求指导以解决他们所遇到的成文

\* Dom Pérignon 乃一种名贵的法国香槟酒; Jordache 则是美国知名的牛仔裤品牌。——译者

[86] 如参见 Ronald Dworkin, “Liberalism”, in *A Matter of Principle* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985), pp. 181—204.

[87] 对这一观点的论述可参见拙作“Fair Use Doctrine”, at 1762—1766.

法的解释难题。本文的任务之一就在于瓦解上述这种认识,进而揭示上述四种理论的规范力度都是十分有限的。

但是这并不意味着这些理论毫无实际用途。<sup>[88]</sup>我认为,这些理论在两个方面仍然具有相当的价值。首先,尽管它们未能实现为知识产权的理想塑造提供全面指导的初衷,但是借助这些理论,人们可能发现那些并非显而易见但却颇为可取的解决特定问题的办法。其次,它们能够鼓励在法律形成过程中的参与各方之间展开有价值的对话。

“公开权”(right of publicity)——知名人物有权禁止他人对其外貌、声音、独特辞令以及特有的姿势等的描述或模仿,并有权对为上述行为者请求损害赔偿——近来发展的历史是知识产权理论的上述第一种价值的绝好佐证。直到最近以前,公开权的保护被美国的法院和评论者们认为是一种“常识”。比如,这一领域的权威学者曾经将公开权描述为“一种不言而喻的法律权利,无需智识理性来论证其存在的合理”。<sup>[89]</sup>这种情感促使各州——通过成文法或普通法——接二连三地承认这一权利,并给其宽泛的保护范围。

在 20 世纪 90 年代,为数不多的评论者开始明确地借助知识产权的理论来对公开权展开批评。他们认为,上述四种主要理论都不支持这一权利。(1)从效益主义的立场来看,这一权利似乎毫无意义,因为促使人们培养一种独特的身份并无必要。这一权利无形中鼓励人们一旦成为知名人物以后,通过签名就轻易地获取收入,而不再继续为公众提供那些使他们得以成名的服务。同时,这又可能导致很多年轻人去

[88] Cf. Weinreb, “Copyright for Functional Expression”, at 1252—1254 (建议法院不再试图通过确定并应用基本政策来解决版权法中的疑难问题,相反,应依靠传统普通法的“类比与隐喻”的解释技巧)。

[89] J. Thomas McCarthy, *The Rights of Publicity and Privacy* (New York: C. Boardman, 1992), Section 1.1[B][2], at 1—5. See also ibid., Section 2.1[B] (“当问及公开权为何应当存在时,其倡导者常常并非毫无逻辑地反问‘为何不呢?’”)。

追逐名誉,从而造成社会资源的浪费。(2)这一权利的合理性也不能从劳动理论中得到解释。名誉常源于运气、变幻的公众口味和他人的吹捧,而不仅仅是源于知名人物自身的努力。无论如何,这些知名人物通过其他方式即可获得对其劳动的足够报酬。(3)如以保护人格利益为目标,公开权对实现这一目标而言也是一种糟糕的手段。这一权利保护知名人物从其外部形象获取金钱的能力——这种能力与人格发展的核心相去甚远——而在禁止他人披露有关知名人物的隐私方面,却毫无用武之地。(4)最后一点,也是很重要的一点,公开权加剧了美国社会中符号权力的集中,进而削弱了大众对“流行文化”的控制。<sup>[90]</sup>

一些颇有力的法院对上述评论已经有所注意。比如,联邦第十巡回上诉法院在近来的一份判决中,明显地依据这些新近涌现的批评性评论,否决了棒球俱乐部协会反对销售嘲讽其球星的棒球卡片的意见。理论的力度在以下段落中表现得尤为明显:

由于知名人物在现代社会中所扮演的角色,对知名人物的嘲讽之作(parody)是一种极有价值的表达方式。正如一位评论者所言,知名人物是成千上万彼此毫无干系的个人所共同谈论的对象,个人通过参与这一中介文化,从而分享了共同经验和集体记忆。体育明星和演艺明星们在媒体上的流行,也就成为特定思想和价值的象征……知名人物因而是我们文化领域中所共享的交流资源的重要组成部分。

由于知名人物是我们公共词汇的重要组成部分,嘲讽之作不仅仅是嘲讽知名人物,同时也暴露了社会中知名人物所象征的思想或

[90] Jane Gaines, Rosemary Coombe and Michael Madow 是提出这些观点的最有影响力的三位学者。See Gaines, *Contested Culture: The Image, the Voice, and the Law* (Chapel Hill, N. C.: University of North Carolina Press, 1991); Coombe, “Objects of Property and Subjects of Politics”; and Madow, “Private Ownership of Public Image”.

价值的弱点。……为了有效地批评社会,嘲讽之作的作者需要使用那些对人们有所价值的公众形象,因而有关知名人物的嘲讽之作是一种宝贵的交流资源。限制人们对知名人物身份的使用也就限制了思想的交流。<sup>[91]</sup>

一个联邦地区法院最近也采用同样的思路,否决了市长鲁道夫·朱力安尼(Rudolf Giuliani)的请求——市长请求法院认定,一份广告将《纽约杂志》称为“可能是纽约市唯一没有被鲁道夫邀功的好东西”,侵犯了其公开权。<sup>[92]</sup>如果这种分析风格为更多的人接受的话,那么法律的思潮将会被扭转过来。

运用理论可为特定的法律问题提供解决思路的另一个佐证,源于我自己的一项工作。是否应当允许智力产品的生产者进行价格歧视——即依据消费者购买能力和购买欲望不同,对不同的消费者确定不同的价格?如果可能的话,生产者将会努力按照这一方针销售其商品。<sup>[93]</sup>现行知识产权法的各种规则都限制(尽管没有当然减少)生产者从事上述行为。比如,某些专利实施许可合同的条款(如约定只能从专利权人那里购买含有专利技术的主要商品),尽管是颇为有效的价格歧视工具,当前却被认为是“专利权的滥用”。

[91] *Cartoons, L. C. v. Major League Baseball Players Association*, 95 F.3d 959, 972—973 (10<sup>th</sup> Cir. 1996).

[92] *New York Magazine v. Metropolitan Transit Authority*, 987 F. Supp. 254, 266 (1997).

[93] See, for example, Patricia M. Danzon, *Pharmaceutical Price Regulation: National Policies versus Global Interests* (Washington, D.C.: AEI Press, 1997) (药品的地域价格歧视); ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996) (全国电话簿销售中区分商业顾客和非商业顾客); Michael Meurer, “Price Discrimination, Personal Use, and Piracy: Copyright Protection of Digital Works”, *Buffalo Law Review*, 45 (1997): 845 (因特网上数字作品的传播).关于价格歧视类型的实用分类方法可参见 Scherer, *Industrial Market Structure*, pp. 315—334.

版权法上的“首次销售”原则使得出卖人无权禁止支付较低价格的消费者向潜在的支付较高价格的消费者再次出售其所购得的复制品，因而限制了出卖人从后者获利的能力。现行商标法在“平行进口”方面并不鼓励商标所有人向使用其产品的穷国索取比富国更低的价格。这些规则，或合同法中的相关原则，是否应当修订呢？

人们最初的反应很可能是否定性的。向市场索要它所能给与的任何东西，是令人讨厌的。它迎合了贪婪，且不能带来任何明显社会利益。这种印象促成了鲁宾逊—帕特曼法案（Robinson-Patman Act）的产生，<sup>[94]</sup>也改变了法院对智力产品销售中价格歧视的态度。

然而，融入知识产权的理论则可能会有不同的回答。本文所考察过的四种理论中至少有两种——效益主义理论和社会规划理论——都表明智力产品销售中的价格歧视行为在某些情况下还是一件好事。要知道，经济理论家的目标之一就是在激励创造性活动的同时减少相关的福利损失。价格歧视——即生产者向亟需的消费者索取更高的价格——使得上述不太可能同时实现的目标成为可能。通过在消费者群体中实行歧视政策，生产者能够增加他们自身的垄断利润，同时减少因漫天要价而被拒于市场之外的消费者的数量。两者相结合就大大提高了激励创造性和福利损失的比率。最后，价格歧视使得最大程度上接近上文第三部分第四小节所简要讨论的分配正义的理想成为可能。通常（尽管并不总是这样），能够和愿意花费大量金钱购买智力产品的消费者较之于只能够和愿意花费很少金钱的消费者更为富有。由于这种情况，价格歧视常使大批较贫穷的消费者能够获取这种智力产品——并且支付较之于富有的消费者更低的价格。广泛地采用这种营销策略，将使我们能够达到为所有的人同等提供智力产品

<sup>[94]</sup> 15 U.S.C. § 13.

的目标。<sup>[95]</sup>

当然，价格歧视在某些情况下也有实质的不利之处。确立和管理价格歧视体制所耗费的资源也是一种社会损失。它至少部分地抵消了前文所述的可能取得的效益。价格歧视有时促使生产者去获取有关潜在消费者的趣味和习性的信息，而收集这种信息可能会侵犯消费者的隐私。在专利权的场合，收集有关被许可人商业活动的信息可能会助长卡特尔的形成。最后，价格歧视政策有时会导致那些有意对智力产品作改造使用的消费者因漫天要价被拒于市场之外。<sup>[96]</sup> 只有通过对特定种类的智力产品的市场进行细致的分析以后，才能断定这些缺点是否超过了上文所述的经济和社会利益。但是，效益主义理论和社会规划理论为价格歧视的扩张提供了一个并非显而易见、但初看起来言之成理的根据。

知识产权理论具有相当的价值的另外一个理由是，它能促成负责法律形成的各类人和组织之间展开有益对话。具体言之，对本文论题展开持续公开的讨论，在三个方面将是十分有益的。首先，将会促进国会、法院和行政机关（特别是专利商标局）的互动。国会在通过或修订知识产权法时，常常难以预料可能出现的法律解释难题。如果法院在解决个案难题时清晰地表达出他们据以做出决策的一般理论，就很可能使得国会在下一次修订相关法律时能够仔细思考以决定赞成还是反对法院的判决。同理，适用于随后可能被上诉到法院的由行政机关所

<sup>[95]</sup> 这一论点的详尽论述可参见拙作“Property and Contract on the Internet”，at 1234—1240。

<sup>[96]</sup> 下面这些文章对价格歧视的弊端作了详细的考察：Julie E. Cohen, “Copyright and the Jurisprudence of Self-Help”, *Berkeley Technology Law Journal*, 13 (1998): 1089—1143; Wendy Gordon, “Intellectual Property as Price Discrimination”, *Chicago-Kent Law Review*, 73 (1998): 1367—1390; Kaplow, “Patent-Antitrust Intersections”。

做出的决定。

其次,明确地依赖知识产权的理论,将促进立法者和其选民之间的交流。为什么版权的期限要从作者一生加五十年延长到作者一生加七十年?额外的期间是鼓励额外的创造所必需的?还是因为作者应当获得对其劳动的更多报酬?抑或是因为像《魏笠汽船》(Steamboat Willie)这样的作品如果进入公共领域则社会文化会变得更糟糕?为什么某一特定品牌的摩托车发出的声音可能被注册为商标——从而禁止他人生产出同样声音的摩托车呢?因为不然的话,消费者将会混淆他们所购买的摩托车的生产厂家?还是因为从远处凭声音即可认识摩托车的文化优于不能这样做的文化?抑或是因为公司的员工应当获得与他们投入到制造这种独特发音的消声器中的努力相称的回报?如果国会(在第一个层次上)或法院(在第二个层次上)能够在每一次法律改革时清晰地表达和捍卫一种理论基础,就能增强大多数公众或相关利益团体批判性地评价这种变化的能力。总之,立法者将会变得更负责任。<sup>[97]</sup>

最后,克服现有理论不足之处的希望,在于学者、立法者、法官、诉讼当事人、国会说客和大多数公众之间的持续对话。基于上述的原因,努力将洛克的劳动理论应用于知识产权而产生的分析困难,可能被证明是不可克服的,但是可能会有其他非洛克的方式来贯彻法律应当对人们的辛勤劳动给予回报这一普通观念。只有持续不断地讨论这种可能性——和努力改造劳动理论使其能够影响实践——我们才有希望取得进步。同理可适用于人格理论的缺陷。当前理论家们所使用的人格

的概念太过单薄和语境化,对法律的制定者解决具体的问题不能提供太多的帮助。但是通过持续的思考和对话,我们也许能够做得更好。

上文所述对知识产权理论展开讨论对话可能不同于过去使用这些理论的方式。不是通过毫无争议的前提和撼之不动的逻辑来强迫读者接受对一项法律原则的改革或解释,相反,学者或法律的制定者应当通过理论的运用拨动其读者理解的心弦。欲获得的反应不是:“我看不出这种观点有何漏洞”,而应当是:“这听起来很有道理。”

[97] 主要由于这一原因,法律现实主义学者敦促法律制定者(包括法官,现实主义者认为法官和立法者同样都是法律的制定者)对据以做出判决的政策基础应采取更为公开的态度。如参见 Felix Cohen, "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", *Columbia Law Review*, 35 (1935): 809。