

导 论 ◯ INTRODUCTION

一、研究缘起：从对著作权法激励理论的批判谈起

知识产权的正当性论证，特别是对著作权的正当性论证，主流的观点主要有劳动价值论、人格权论以及激励理论等。对于劳动价值论和人格权论在著作权正当性解释上的不足，学界给予了很大的包容。然而，对于激励理论的解释，始终有着激烈的争论。

学界对著作权法激励理论的批判与认可，欠缺一定的融合性，若有更多的针对性、交锋性论断，则更能够起到“真理越辩越明”的效果。特别是当今时代，在著作权法面临着各种技术挑战、著作权法相关主体利益冲突凸显的场合下，应当有更为广泛的讨论。另外，在很多情况下，人们还乐于将著作权与专利甚至是商标结合在一起，作为知识产权整体来论证知识产权法激励理论。不过，应注意到，专利、商标和著作权之间具有重大的价值取向差异，著作权法担当的社会“重任”亦有很大的特殊性。因此，不宜将其混在一起进行论证而忽略著作权的特殊之处。这里的特殊，最为重要的是其包含的伦理、心理诉求和社会价值的不同，这也决定了对知识产权法激励理论分别进行论证的必要性。正因如此，笔者认为，对著作权法的激励理论遭到的批判进行一个客观的回应，是较好的研究方向。

通过探讨,本书意在对著作权法激励理论进行理论上的逻辑论证,给予其一个名副其实的地位,对其真正的内涵、应有的发展予以解释,并最终回归实践,寻求其实施路径。

二、现有研究评述

激励理论作为著作权法最重要的核心内容之一,一直饱受争议。学者们专门对激励理论进行的研究也并不多见。国内较早对之进行专门研究的是冯晓青教授,其早在2003年《知识产权法哲学》中就该问题给予了较充分的论述,后来专门就著作权法的激励理论发表了相关论文,如《著作权法之激励理论研究——以经济学、社会福利理论与后现代主义为视角》。^{〔1〕}为著作权法激励理论的研究奠基了重要基础。在该研究成果中,作者从经济学角度对著作权法经济激励结构进行了论证,并从社会福利及后现代主义视角为著作权法的激励理论进行了辩护,指出在著作权法中激励机制是十分必要的。对之进行专门研究的成果比较重要的还有熊琦博士的《著作权法激励机制的法律构造》^{〔2〕}一书,作者通过对“信息为何产权化”和“信息如何产权化”的设问和解答,论证了著作权激励机制的构造路径——权利配置的边界和权利限制的制度设计。这些研究可以视为对著作权法激励理论的正面论述,通过激励理论论证了著作权的正当性。除此之外,何敏教授在《知识产权基本理论》^{〔3〕}一书中简要论及了“知识产权法律的激励认识观”,认为“我们需要建立科学的制度性激励机制,使两方面利益(指的是创造者的

〔1〕 冯晓青:“著作权法之激励理论研究——以经济学、社会福利理论与后现代主义为视角”,载《法律科学(西北政法大学学报)》2006年第6期。

〔2〕 熊琦:《著作权法激励机制的法律构造》,中国人民大学出版社2011年版。

〔3〕 何敏:《知识产权基本理论》,法律出版社2011年版。

利益和社会公共利益)都能得到最大程度的保障”,这在一定程度上也是对知识产权法激励理论的一种认可。许辉猛教授《著作权基本原理》^[1]一书在论述作者享有权利的正当性时提及了激励理论,认为“维持作品创作和消费的现有格局,虽然也存在对作者的鼓励,但是这种鼓励是极其有限的”,同样表达了对激励理论的认可。如此零散的论述在很多著作中可以找到踪迹。

同时,学界也不乏对著作权法激励理论进行“讨伐”的声音,这也正反映了著作权法激励理论争论的紧张局面。反对著作权法激励理论的论著成果零星散见于各类著作权法或者知识产权法的研究中。如李琛教授在《著作权基本理论批判》^[2]一书中的“著作权(知识产权)正当性理论批判”部分提到了“工具论——鼓励创造说的困境”,其认为“除非我们能够证明知识产权制度以外的因素无法提供足够的创造力劳动,否则鼓励创造说很难解释知识产权制度存在的必然性”,并认为“鼓励创造说在解释知识产权的功能方面并不具有逻辑优势”。

国内对著作权法激励理论的研究,更多的是基于国内的实际情况,而国外的研究还有更大的探讨空间。另外,从分析的角度来讲,国内研究大多是从激励著作权人的创作角度来进行探讨的,而对著作权人的利益和社会公众利益的平衡、在新技术时代文化产业的激励等方面的探讨尚显单薄。^[3]与此同时,我们发现国外学者在著作权法激励理论方面的研究是比较活跃的。波斯纳(Richard A. Posner)在其《知识产权法经济结构》一书中,似乎对激励理论并不完全赞成,其表示“……对

[1] 许辉猛:《著作权基本原理》,知识产权出版社2011年版。

[2] 李琛:《著作权基本理论批判》,知识产权出版社2013年版。

[3] 冯晓青教授在其专著《知识产权法利益平衡理论》中,有专门对之进行探讨与研究。参见冯晓青:《知识产权法利益平衡理论》,中国政法大学出版社2006年版,第378~419页,第92~109页。

著作权的唯一正当性是产生出创作新作品的激励……但是这一考虑可能是错误的”，^{〔1〕}并通过对社会收益等的考察予以说明。其在《法律的经济分析》中似乎接受了“鼓励创造说”，但是在《法律与文学》中表示，“如果没有版权保护，写成的书也许会更多”。^{〔2〕}波斯纳对激励理论的不完全认可表明，其对激励理论只是局部地进行论证，而且这里的“激励”主要针对的是著作权法中的经济利益方面的激励。哈耶克（Friedrich August von Hayek）《致命的自负》一书也涉及该理论，其表明：知识产权法使知识变得人为的稀缺，但是这种强制性的稀缺是不是激励人类创造最有效的方法，并不是那么显而易见。^{〔3〕}彼得·德霍斯（Peter Drahos）在其《知识财产法哲学》的最后一章认为知识财产中所谈到的权利应当被特权取代，并认为对知识财产中的特权要附加义务从而构成对特权的必要限制，最终得出的结论是，知识财产——主张工具论，反对独占论。^{〔4〕}这是对知识产权法激励理论间接的最强有力的论证。还有罗纳德·A. 卡斯（Ronald A. Cass）和凯思·N. 希尔顿（Keith N. Hylton）在 *Laws of Creation: Property Rights in the World of Ideas* 一书中对激励相关内容的通力论证。在论文方面，很多学者对激励理论进行了深入、广泛的论证，从整体的理论架构到具体制度的设置，从利益平衡理论到经济学分析，从理论探讨到司法实践，都有

〔1〕〔美〕威廉·M. 兰德斯、理查德·A. 波斯纳：《知识产权法的经济架构》，金海军译，北京大学出版社2005年版，第284页。

〔2〕〔美〕理查德·A. 波斯纳：《法律与文学》，李国庆译，中国政法大学出版社2002年版，第527页。

〔3〕〔英〕F. A. 哈耶克：《致命的自负》，冯克利、胡晋华等译，中国社会科学出版社2000年版，第37页。

〔4〕〔澳〕彼得·德霍斯：《知识财产法哲学》，周林译，商务印书馆2008年版，第208~230页。

相关的探讨作品。^{〔1〕}这些作品无疑为我们研究著作权法激励理论提供了更多可借鉴的切入点。

关于著作权法激励理论的研究,从现有研究成果来看,主流的观点基本上分为两派,一派是对之予以赞同支持,另一派是对之进行批判否定。赞同者认为赋予创作者经济权利能激励其创作,提升社会整体福利,并认为对之批判的理由都不够充

〔1〕 总体概括类,如 Glynn S. Lunney, Jr., “Reexamining Copyright’s Incentives-access Paradigm”, 49 *Vand. L. Rev.* 483 (1996); Elissa D. Hecker, “Comment; Understand and Respect the Copyright Law: Keep the Incentive to Create”, 53 *Case W. Res. L. Rev.* 741 (2003); Sara K. Stadler, “Incentive and Expectation In Copyright”, 58 *Hastings L. J.* 433 (2007). 具体制度、特殊种类作品中的激励机制,如 Peter Dicola, “Money from Music: Survey Evidence on Musicians’ Revenue and Lessons about Copyright Incentives”, 55 *Ariz. L. Rev.* 301 (2013); Stuart K. Kauffman, “Motion Pictures, Moral Rights, and the Incentive Theory of Copyright: The Independent Film Producer as ‘Author’”, 17 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 749 (1999); Sami J. Valkonen & Lawrence J. White, “An Economic Model for the Incentive/Access Paradigm of Copyright Propertization: An Argument in Support of the Orphan Works Act”, 29 *Hastings Comm. & Ent. L. J.* 359 (2007); Avishalom Tor & Dotan Oliar, “Incentives to Create Under a ‘Lifetime-Plus-Years’ Copyright Duration: Lessons from a Behavioral Economic Analysis for Elderd V. Ahcroft”, 36 *Loy. L. A. L. Rev.* 437 (2002); Elizabeth G. Lowry, “Copyright Protection for Computer Languages: Creative Incentive or Technological Threat?”, 39 *Emory L. J.* 1293 (1990). 司法相关的著作权激励机制如 Stephen P. Anway, “Mediation in Copyright Disputes: From Compromise Created Incentives to Incentive Created Compromises”, 18 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 439 (2003). 著作权激励机制的实证研究,如 Samuel E. Trosow, “Copyright Protection for Federally Funded Research: Necessary Incentive or Double Subsidy?”, 22 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 613 (2004); Thomas P. Arden, “The Questionable Utility of Copyright Notice: Statutory and Nonlegal Incentive in the Post-Berne Era”, 24 *Loy. U. Chi. L. J.* 259 (1993); Carey R. Ramos, “The Betamax Case: Accommodating Public Access and Economic Incentive in Copyright Law”, 31 *Stan. L. Rev.* 243 (1979). 经济学角度来探讨著作权法激励机制,如 Steven Hetcher, “Desire Without Hierarchy: The Behavioral Economics of Copyright Incentives”, 48 *U. Louisville L. Rev.* 817 (2010). 利益平衡角度的探讨,如 Matt Kellogg, “The Problem of Fictional Facts: Idea, Expression, and Copyright’s Balance Between Author Incentive and Public Interest”, 58 *J. Copyright Soc’y U. S. A.* 549 (2011).

分,因为当他们对激励理论的理解依然停留在经济激励层面上时,激励理论已经得以发展了,而批判者的理解仅仅停留在激励创作这个层面上,忽视了理论的发展性。对著作权法激励理论的认可,可以从宏观上进行理论论证,也可以从微观上对某些制度进行分析,但是目前的研究成果不能直面批判,难以对相关论题进行有效证伪。所以,对著作权法激励理论的研究还有很大的挖掘空间。实际上,激励理论具有丰富的待挖掘的内涵,特别是结合新技术时代著作权的发展变革,这些变革促进了相应的著作权法新变化。如果我们不将之纳入理论研究的框架,而仍然仅根据几百年前的传统理论进行论证,不免会使研究严重缺乏新的内涵和意义。

三、研究立场的确定

从最开始的以功利主义为开端的激励理论到现有的著作权法激励理论的研究,我们可以看到激励理论的重点甚至是唯一论点都停留在经济激励角度,将人假设为“经济人”,认为人们的第一追求是经济利益,这会严重限制激励理论的发展和适用,从而导致大量对激励理论的批判。笔者认为,之所以对著作权法的激励理论存在着持续的批判,原因大概有以下几点:一是,对激励理论的认识不够深刻,将激励理论仅仅限定为经济利益的激励,甚至仅仅认定为对创造新作品的激励;二是,对激励理论所蕴含的经济学分析虽然有了一部分论述,但是可以进一步深入,并将相关内容进行综合衡量,综合分析。

劳动理论和人格理论各自从不同的角度为著作权进行论证,但对法人或者投资者作为知识产权主体的正当性问题,两者均无法予以完善、周全的论证,而著作权法激励理论却能为之提供一条全新的论证路径。另外,学界对“人们对激励理论批判

的原因”进行探索的研究也极为少见。

笔者意欲以对激励理论的批判作为源头,探索人们批判激励理论的真正原因,并对激励理论的界限以及价值进行解释,从而发掘其在著作权法中的真正内涵。由此,以激励理论对著作权法进行解释。在对激励理论进行证伪的同时,笔者主张:激励理论所追求的并不是单一的经济激励,所谓的经济利益并不是文明社会人们创作的唯一动因,真正的激励来自于人们内心对被尊重、被认可的一种荣誉上的需求,而这种需求并非不可量化。著作权法的激励虽然以经济利益的激励为中心,但是也不能够忽视精神上的激励。在新技术时代,新技术对著作权法发展产生了重大的影响,著作权的扩张、信息传播方式的变革等这些变化决定了著作权法必须作出变革,而从这些变革中我们可以寻求激励理论在其中发挥重要作用的客观事实。在著作权法中,权利的分配、权利的限制、著作权集体管理、侵权判定及惩罚性赔偿等都包含着激励的本质。从著作权法的立法目的来看,激励理论仍然是一个可持续、具有优越适用性的著作权法理论,而且以其为中心理论,能够使著作权法的制度设置更符合时代的发展要求,更容易实现其立法宗旨。

四、研究方法

著作权法激励理论是一个看似宏大而实际同样具有微观探索价值的主题。对之如何拿捏,如何周延论证又不致落入“大而不当”的险境,是笔者构思阶段重点考虑的一个问题。笔者力求从理论出发,对提出的论题进行充分论证,并结合实践,对之进行一个很好的具象回归,以防就理论而理论的“天马行空”式论证,也避免就实际谈实际的“蹩脚式”呻吟。从实际问题中提炼出论题,进行理论的论证,这是归纳法;从理论的

论证结果对实践问题进行分析，这是演绎法。本书对相关内容的研究将结合归纳法和演绎法。

著作权法激励理论的研究仍然是一个相对庞大的研究体系，对之如何驾驭，研究方法起着决定性的作用。在本书相关的论证中，主要运用了以下几种研究方法：

第一，法经济学分析方法。著作权法中的基础关系，比如创造者和知识消费者形成市场关系，从根本上讲就是一个供需关系。知识产品所产生的外部效应使我们必须考虑如何将之内部化。对于这些抽象的知识产权法律关系，用法经济学分析不仅能够直接反映出著作权法中存在的问题，抽取最为精简的经济学模型，而且能够通过法经济学对之进行整体的审视，发现最为重要的矛盾冲突并为著作权法激励理论的证伪找到充分的证据。著作权法客观存在的激励需求是社会生活的体现，著作权法的价值应当与这种社会需求相适应，应当发挥其促进整个社会福利提高的最终发展目标。

第二，实证分析方法。著作权法激励理论是否能够站得住脚，不仅需要理论上的逻辑分析，更需要实证研究。笔者根据著作权法的具体制度，对激励理论进行了论证分析。在一些地方引入了相关立法和司法实践实例，以证实激励理论不仅是理论上的一种客观诉求和论证，更是实践中的客观需求和适宜路径。尤其是在新技术环境下，激励理论的宜适用性已经不证自明。通过这一系列的实证分析可得出以下结论：著作权法的激励理论比其他解释理论具有全面、细致、贴切的优势，著作权法激励理论具有更为丰富的内涵和更为强大的发展潜力。

第三，历史分析方法。著作权法的发展历史及激励理论的发展历史能够表明，著作权法激励理论在进化过程中虽饱受批评，但也不乏赞同之声，从中可以挖掘出相关的精彩内容。从

历史长河中获取的内容，不仅能够从微观上反映问题，还能够为研究提供一个更为宏观的视角。

第四，心理学分析方法。著作权法激励理论争议产生的原因之一就是激励方式的理解问题。创作者的需求已经不再仅仅是一种经济利益的回报了。人们更为关注的是一种心理上的尊重感。心理上的需求已经成为激励理论的一个新视角。从而，激励理论的发展方向应当从经济利益稍微偏向人文诉求，对“人”不能够再简单认为是“经济人”，而应当结合人们内心的诉求，将“人”认定为“社会人”或者“复杂人”。从心理学角度对创作者进行探析，能够发现著作权法激励理论发展的新天地。

五、主要内容

著作权法激励理论是著作权法理论中最有争议的理论之一。在著作权法领域，激励理论在历史上已经被证明存在着其积极的一面，其对著作权法的发展起到了重要的引导作用。然而，近年来，随着技术的发展、人们生活水平的提高，人们对著作权法所体现的激励有了更进一步的认识。激励著作权人的创作这一论证，已经不能够完全满足人们的需求，而人们日益丰富的人权意识、表达自由、文化进步等相关社会概念也让人们对公众领域有了更进一步的诉求。实际上，传统的激励理论发展至今已经受到了严重挑战。同时，技术的发展使得盗版等侵犯著作权的行为更加普遍，著作权人的防范手段也受到限制。在作品的创作和传播之间，在著作权人、传播者和使用者之间，如何进行平衡，是我们在激励理论中需要重点研究的问题。著作权相关立法和司法状况也是考察激励理论在实践中运行情况的基础。因此，对著作权法激励理论进行研究具有必要性和重

要意义,期望通过对之进行研究,得出满足相关的现实需求和实现权利配置的最有效手段。本书一共分为五章,以下为各章主要内容。

第一章为著作权法激励理论范畴论。本章从知识产权法激励理论着手,探寻著作权法发展史中的激励理论,从而得出传统著作权法中激励理论的内涵。通过对劳动价值论、人格权论与激励理论的比较分析以及对著作权法激励理论批判的梳理,探寻修正意义上的著作权法激励理论。从历史缩影到当今时代,从争论不休到修正理论的提出,本章力图勾勒出著作权法激励理论的发展脉络、范畴与基本框架。

第二章为著作权法激励理论诠释论。本章主要通过法经济学分析方法,对著作权法激励理论的正当性进行论证分析,给著作权法激励理论一个客观、科学、全面的诠释。本章首先对法经济学分析方法的适用性做了论证,说明了法经济学适用于著作权法激励理论研究的必要性与合理性;然后从供求理论、外部性和边际效应、成本与收益、效率与个人和社会福利等方面对著作权法激励理论进行了分析论证,从而得出著作权法激励理论是对著作权法的一种法经济学的诠释方法,进而得出了对著作权法激励理论进一步修正的观点。

第三章为著作权法激励理论发展论。本章从历史回归至新技术时代,阐述当下著作权法激励理论的发展状况,并力图破解当今著作权法激励理论的适用瓶颈。从新技术时代的社会变化到著作权法面临的挑战,探索出著作权法立法在新技术时代所发生的“变”与“不变”;对知识产权法及著作权法相关的政策进行研究,探索出相关政策中著作权法激励理论之精神和内容。著作权法面临的环境变化对激励理论的影响意味着其要作出一定的变革,但是同时应当坚持一定的原则,保持著作权

法激励理论之核心目标与精神。本章最后借助立法比例原则、利益平衡等视角，为著作权法激励理论提出了调整方向建议。

第四章为著作权法激励理论适用论。著作权法激励理论服务于著作权法激励机制的设置，通过激励机制的设置实现著作权法激励理论的应用。本章从著作权法激励理论的探讨回归到实践探讨，意图借助著作权法激励理论探索在著作权法制度设置及适用中，更好地实现著作权法立法目的、优化著作权法激励理论实践路径、提升著作权法的社会价值等内容。本部分主要从著作权立法及司法、著作权法权利配置（包括权利限制）、著作权许可制度、著作权集体管理、著作权侵权判定及惩罚性赔偿、以避风港原则为代表的互联网时代著作权法激励机制等角度对著作权法的激励机制设置进行了探讨。

第五章为著作权法激励理论使命论。任何理论均有优势与劣势，在不同的经济环境下，不同理论发挥作用的空间亦有差异，著作权法激励理论也是如此。著作权法激励理论有一定的局限性，但是其局限性并不是致命的，因为著作权法激励理论具有其他方案不可替代的使命。本章认为，应当端正对著作权法激励理论使命的认识，不应当过分期待著作权法激励理论能够解决所有问题，应当基于发展的目光充分发挥著作权法激励理论的价值，实现著作权法之使命，提升社会福利。

第一章 CHAPTER 01

著作权法激励理论范畴论

意大利著名历史学家戴托·克罗齐（Benedetto Croce）曾经说过“一切历史都是当代史”，^{〔1〕}历史研究的意义不言自明。对著作权法及知识产权发展的历史进行考察，并从中找出激励理论的内在发展规律，^{〔2〕}是对该理论的最大尊重。著作权法激励理论历史路径解析势必能够清晰化其范畴及本质，为著作权法激励理论这一解释方法正名。

财产（property）是一个大家都十分熟悉的词，但知识产权（intellectual property）却不是。作家、制片人、歌唱家、演员等用他们的才华创作书、电影、音乐供我们享受。^{〔3〕}著作权法激

〔1〕〔意〕贝奈戴托·克罗齐：《历史学的理论和实际》，傅任敢译，商务印书馆1982年版，第5页。

〔2〕这一种对历史考察的分析方法，在陈瑞华教授的《论法学研究方法》中有论述：“所谓的历史考察要注重古代制度对今天的影响，对之进行必要的分析具有重要的理论价值。……要避免成为历史史料重砌者，就必须拥有法哲学家的头脑和智慧。透过历史去寻找那些具有长久生命力的法律精神和理念，从而解释今天的制度为什么成为今天的样子，历史上有哪些因素发挥了什么样的作用。”笔者比较赞同，甚为受益。

〔3〕Ronald A. Cass & Keith N. Hylton, *Laws of Creation: Property Rights in the World of Ideas*, Harvard University Press, 2013, p. 32.

励理论是对著作权法正当性^{〔1〕}的一种解释,是一种诠释方法。对著作权法激励理论的论述,很多时候可以从知识产权法激励理论中找寻根基。来自功利主义的激励理论,是否就像有些人批判的那样“无用”?其背后存在质疑的原因是什么?为何其发展到今天却遭受事实上的“拒绝”甚至是“声讨”?本部分通过对著作权法激励理论历史发展的考察,揭开当今时代人们对其存在的误解,并通过将其他理论如劳动价值论、人格权论等与激励理论的解释力进行对比,对激励理论及其存在的客观性和强劲的生命力予以探讨和解释。

著作权法激励理论是知识产权法及著作权法研究中一个基础性的理论问题,并几乎涉及著作权法的所有制度,其具有一定的隐蔽性和复杂性。笔者欲从一条主线和一条辅线两个方面对之予以探索:主线是著作权法与激励理论的动态互动关系,辅线是著作权法中激励理论的修正。以下拟结合主线与辅线进行逐一递进式研究。

第一节 著作权法中的激励理论

知识产权法激励理论来自于功利主义(Utilitarianism)学说。^{〔2〕}功利主义学说的历史十分长远。18世纪末19世纪初英国学者边沁(Jeremy Bentham)及后继者约翰·斯图亚特·穆勒(John Stuart Mill)的思想被视为是功利主义作为完整的法学流派存在的开端,其主要的思想是人类的一切事情源自人性,人

〔1〕 著作权法正当性包括著作权正当性在内,但是其范围要远远大于著作权正当性,因为在著作权法制度所涵盖的内容中,著作权制度设计只是一部分。

〔2〕 功利主义(Utilitarianism)也称“功用主义”或“乐利主义”,是一种关于道德标准的伦理学说。

性的规律就是趋乐避苦，人性支配着人的一切行为。从伊壁鸠鲁（Epicurus）到边沁，每位倡导功利主义的思想家都认为功利并非用来区别于快乐的某种东西，而就是快乐本身，同样是为了避免痛苦。^{〔1〕}功利主义原理实际上就是最大幸福原理。知识产权功利论可以从两个角度去理解：一个角度是激励论（Incentive Theory），此角度认为知识产权的目的是通过激励创造来促进学习、创新和知识等公共利益；^{〔2〕}另一个是新古典经济学证成（Neo-classical Economic Justification），此角度分析认为，从经济视角来看，财产权制度的最基本目标是确保社会资源能使其价值得到较高水平的分配和使用，从知识产权角度来看，市场将知识产权引导至其最高价值的使用时，知识产权便提供了对知识产品的恰当性保护制度。^{〔3〕}两个角度均以知识产权“激励”之策作为解释目标，但是从路径上来看，激励理论是要在知识产品的使用与对相关方的激励之间进行平衡，而新古典经济学证成则是要创造并完善关于知识产品的所有潜在市场。^{〔4〕}两者虽有不同，但是具有同一目标方向，也算“殊途同归”。正因如此，知识产权制度的存在才更加“戏剧化”^{〔5〕}，一方面，知识产权制度的产生具有历史使命，另一方面，知识产权制度的

〔1〕〔英〕约翰·斯图亚特·穆勒：《功利主义》，叶建新译，中国社会科学出版社2009年版，第10页。

〔2〕Adam D. Moore, *Intellectual property & information control*, Transaction Publisher (2001), New Brunswick (U. S. A) and London (U. K.).

〔3〕Maureen Ryan, “Cyberspace as Public Space: A Public Trust Paradigm for Copyright in Digital World”, 79 *Or. L. Rev.* 647 (2000).

〔4〕Maureen Ryan, “Cyberspace as Public Space: A Public Trust Paradigm for Copyright in Digital World”, 79 *Or. L. Rev.* 647 (2000).

〔5〕此处之所以说“戏剧化”，是因为有人认为知识产权制度的产生是为封建行政效力，而非为了激励创新。但实际上，在政府行政管理及权力控制之余，知识产权制度的存在说明知识产权制度的产生是社会需求，其延续说明知识产权制度给人们带来的“利益”等激励效果得到了现实的支持。

存在又有着强烈的逻辑自洽，有着理论的支撑和实践的需求。这是包括著作权法在内的知识产权制度产生、存在、发展、延续的动力。

一、知识产权正当性的解释工具——激励理论的优越性

对知识产权正当性的论证，主流解释理论有三个：劳动价值论、人格权论和激励理论。劳动价值论和人格权论存在着不可弥补的缺陷，激励理论的相对周全性则初步决定了其存在的价值和意义。

（一）劳动价值论及人格权论在解释知识产权正当性方面的缺陷

1. 劳动价值论

从洛克（John Locke）到亚当·斯密（Adam Smith）再到马克思（Karl Heinrich Marx），劳动价值理论从开始针对的有体物慢慢被套用到知识产权这一无形财产的解释上来。甚至大多数人谈到知识产权的正当性就要提及洛克的劳动价值论。知识产权经历了从最初的封建特许权到资本主义的财产权的嬗变历程，已经从庞大的财产体系中脱离出来，作为最为典型的无形财产权散发着独具特色的私权基本属性光辉。洛克认为，人们对其身体所从事的劳动和他的双手所进行的工作，属于自己；在还留有足够的同样好的东西给其他人所共有的情形下，对因自己的劳动所增益的东西享有权利。^{〔1〕}洛克这一观点意味着，财产权来源于人们的劳动。后来的李嘉图（David Ricardo）、亚当·斯密等古典政治经济学家赞同洛克的观点，认为劳动者的劳动产品归属于劳动者自己。但是对劳动者的劳动产品所产生的财

〔1〕〔英〕洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1964年版，第18页。

产权是怎样一个财产权，是否应当有所区分？因为人们可以在自然存在的事物上或者前人劳动的基础上稍做一些变动，构成“新的”不同于（可能稍微不同于）原来的劳动成果的成果，这一过程也是劳动。这里的“劳动成果”的产权归属应当如何划分成了问题，特别是在知识产权这一无形财产范围内，更是如此。当用洛克的劳动价值论解释知识产权时，会发现洛克的劳动价值论仅仅存在于特别理想的状态，以致多数情况不能直接用洛克的劳动价值论进行一一对应、恰到好处的解释，且洛克的劳动价值论在知识产权精神权利的解释上有缺陷。可能有人认为这种理论模式是可以部分借鉴的，这一点不可否认，但同时不能否认以此理论解释知识产权正当性也是存在缺陷的。

亚当·斯密在《国富论》中认为“劳动是一切商品交换价值的真实尺度……一切物的真实价值，即欲得此物的真实费用，亦即获得此物的辛勤劳动”。^{〔1〕}在亚当·斯密的观点中，劳动是一切消费品的源泉，劳动是价值唯一、普遍、精确的尺度，劳动是衡量价值的不变尺度。^{〔2〕}亚当·斯密的劳动价值论在知识产权的价值方面或许可以提供一定的参考，他认为某一书商在若干年内单独（并阻止他人）贩卖一种书的权利为专业权，是一种民法上的、有时是自然法上的权利。^{〔3〕}在知识产权中由创作而来的这种价值是否能够直接反映知识产权的价值？知识产

〔1〕〔英〕亚当·斯密：《国富论》（上），郭大力、王亚南译，上海三联书店2009年版，第23~24页。

〔2〕参见亚当·斯密的《国富论》（上）第五章“论商品的真实价值与名义价值或其他劳动价格与货币价格”及第八章“劳动工资论”。〔英〕亚当·斯密：《国富论》（上），郭大力、王亚南译，上海三联书店2009年版，第23~35页，第50~67页。

〔3〕参见〔英〕坎南编：《亚当·斯密关于法律、警察、岁入及军备的演讲》，陈福生、陈振骅译，商务印书馆1962年版，第34页。

权中劳动的交换价值能否体现知识产权本身的价值？这些问题可以结合马克思的剩余价值理论进行探索^{〔1〕}。

马克思的经济学说受到李嘉图、弗朗斯瓦·魁奈（Francois Quesnay）等人的影响，其与当时及稍晚一些时候的理论家们都趋向于以价值理论作为理论结构的基石。^{〔2〕}马克思的整个学说是围绕劳动解放展开的，其目的是实现劳动统治社会。^{〔3〕}马克思将劳动进行了分类，提出了劳动二重性学说，认为商品的价值是由劳动创造的；商品价值量由生产该商品的社会必要劳动时间决定；商品交换以价值量为基础实行等价交换。马克思提出了劳动本体论及劳动异化。劳动异化的根本特征是劳动对象为别人所有，因而只有附着于劳动对象才能存在的劳动也就从劳动者那里异化出去，成为从属于别人的东西，而这也就是私有制的本质。^{〔4〕}劳动者创造了价值，价值就应当归属于劳动者，除了不创造价值的生产因素外，其他的归劳动者进行分配。但事实是这种不应当归劳动者进行分配的部分占有的数量却很大，这被认为是对劳动者的剥夺。马克思得出结论：必须剥夺剥夺者。结果，一方面，马克思和洛克一样，否定了资本及高新技术及其他物化劳动在价值创造过程中的必要作用；另一方面，他比洛克走得更远，通过按劳分配和共产主义对异化的劳动以

〔1〕 有人认为，知识产权中的“创作”不是劳动价值论中的“劳动”，知识不是商品，知识的价值是知识产权的价格，知识的交易是知识产权的交易，并认为知识产权的价值并不是由“劳动”计算的，而是应当通过马克思的剩余价值来计算。参见杨源哲：“劳动价值论视角下的知识和创造”，载《知识产权》2015年第2期。

〔2〕 〔美〕约瑟夫·熊彼特：《从马克思到凯恩斯的十大经济学家》，狐咪咪译，电子工业出版社2013年版，第23~24页。

〔3〕 沙占华：“马克思劳动价值论的精神实质及其实践价值”，载《石家庄经济学院学报》2012年第5期。

〔4〕 桂翔：“超越经济学——马克思《1844年经济学哲学手稿》劳动本体论思想试析”，载《安徽大学学报（哲学社会科学版）》1995年第5期。