

网络知识产权保护中的利益平衡与争议解决机制研究

WANG LUO ZHI SHI CHAN QUAN BAO HU ZHONG DE LI YI PING HENG YU ZHENG YI JIE JUE JI ZHI YAN JIU

曹世华
著



合肥工业大学出版社
HEFEI UNIVERSITY OF TECHNOLOGY PRESS

教育部人文社会科学规划基金项目成果
(批准号:07JA820033)

网络知识产权保护中的利益 平衡与争议解决机制研究

曹世华 著

合肥工业大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

网络知识产权保护中的利益平衡与争议解决机制研究/曹世华著. —合肥:合肥工业大学出版社,2011.4

ISBN 978-7-5650-0468-1

I. ①网… II. ①曹… III. ①计算机网络—知识产权—研究—中国
IV. ①D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 045462 号

网络知识产权保护中的利益平衡与争议解决机制研究

曹世华 著

责任编辑 朱移山 郭娟娟 霍俊樟

出 版	合肥工业大学出版社	版 次	2011 年 4 月第 1 版
地 址	合肥市屯溪路 193 号	印 次	2011 年 5 月第 1 次印刷
邮 编	230009	开 本	710 毫米×1000 毫米 1/16
电 话	总编室:0551-2903038	印 张	28
	发行部:0551-2903198	字 数	487 千字
网 址	www.hfutpress.com.cn	印 刷	安徽江淮印务有限责任公司
E-mail	press@hfutpress.com.cn	发 行	全国新华书店

ISBN 978-7-5650-0468-1

定价:48.00 元

如果有影响阅读的印装质量问题,请与出版社发行部联系调换。



前 言

20 世纪 90 年代以降,随着因特网的快速普及和数字技术的进步,网络不仅成为风行全球的,融信息技术、通讯技术和计算机技术于一体的全球性传播媒体,也成为世界性的知识产权研究的热点。研究机构和人员之众多,涉及学科领域之广泛,前所未有;有关的研究文献更是汗牛充栋,不计其数。概言之,国外网络知识产权保护^①研究可分为三个阶段:

20 世纪 90 年代中期以前为第一阶段,这一阶段的研究重点是数字网络技术发展对于传统版权制度的冲击,焦点是“数字网络环境下知识产权制度的存废”问题。以巴洛(John Perry Barlow)、布瑞尔(Stephen Breyer)、施拉特(Eric Schlachter)、尼葛洛庞蒂(Nicholas Negroponte)等学者的观点最为激进,他们认为面临新技术挑战的版权法应被削弱甚至取消,版权人有足够的能力进行自我保护和反击盗版^②。然而这些主张并没有被主流学术界所接受,并且遭到强有力的反驳。美国商务部的研究报告认为:新出现的电子网络不可否认对现存知识产权制度带来了压力,版权法必须加以调整以适应以因特网为代表的新技术环境^③。许多独立的研究人员得出了这样的结论^④。加拿大、澳大利亚等国家的研究报告也得出基本相同的结论。此外,

① “网络知识产权”简而言之就是与网络有关的知识产权。在国外文献中,“网络知识产权保护”通常有三种涵义:一是互联网上的信息本身构成知识产权法保护的客体;二是指互联网作为一种媒体或技术而出现在知识产权贸易和保护过程中;三是指互联网技术作为一种技术创新,其本身的许多微观的技术创新也正在成为知识产权的保护对象。此三种涵义在本著中往往被交替使用,并无严格区分。

② Yong-Chan Kim. Copyright and Internet: Social Claims and Government's Intervention. URL: <http://www.msu.edu/user/kimvonu2/copy.htm> Barlow, John Perry. The Economy of Ideas: A Framework for Rethinking Patents and Copyright. Wired, 1994 (84). Negroponte, N. Being Digital. New York: Vintage Books, 1996.

③ U. S. Dep't of Commerce, Information Infrastructure Task Force, Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property 10-11 (1995).

④ Ken Kay & Steve Metalitz, Copyright Act Needs Digital Expansion. LEGAL TIMES, Apr. 8, 1996. <http://www.cic.org/clips.htm>.



西方国家的议会,甚至议员个人也组织一些研究机构,出版研究报告,在促进与指导法律修改方面,起到了重要作用。^①

从20世纪90年代中期到本世纪初为第二阶段。在这一阶段,随着世界知识产权组织(WIPO)的两个“因特网条约”,即版权条约(WCT)和邻接权条约(WPPT)的订立和生效,以及各国版权法的纷纷修订,研究的重点开始转到版权人与公众利益的矛盾与平衡问题上,并且出现了“高度保护主义”和“低度保护主义”之间的冲突。高度保护主义派和低度保护主义派的分歧点在于版权保护的程度深浅和范围大小,至于提供版权保护以鼓励作品的创作和传播的必要性和重要意义,两大阵营并无不同。以美国的“白皮书”(即《知识产权和国家信息基础设施》)和欧盟的《信息社会版权与相关权利绿皮书》为代表的高度保护主义,将版权人的利益放在首位,主张对版权人的利益损失予以最大限度的补偿,认为对版权的损害越大,对使用者的利益的损害程度也越大^②;以美国斯坦福大学法学院教授劳伦斯·莱斯格(Lawrence Lessig)为代表的低度保护主义者则将使用者利益放在相对重要的位置,强调对版权保护的程度和范围进行严格限制,他们甚至认为“现行的知识产权法律在网络时代已经沦为特定利益集团的牟利工具,必须对之加以改革以恢复其促进创新的本来目的”。这些分歧意见还体现在诸如“暂时复制和数字传输的性质认定”、“网络环境合理使用的性质和范围”“增加新权利(如网络传播权、技术措施权等)”、“原有权利的适用范围(如数字传输)”、“对网上侵权行为的制裁”、“网络环境下版权集体管理”、“数据库和多媒体的保护”,以及“网络环境下版权人精神权利的保护”等具体问题的讨论上。此外,有关“自由软件”(free software)和“开放源代码”(open source software)问题、域名的性质及其与商标的冲突问题、与互联网相关的专利问题(如软件和商业方法的可专利性)、互联网中未披露信息的法律问题(如互联网中言论自由与商业秘密保护的冲突)等也在这一阶段得到学术界较多的关注和讨论。

最近5年为第三阶段。由于计算机和网络技术的飞速发展,特别是电脑处理器速度的大幅度提高和网络频宽的扩增,导致网络传输能力的大幅度提高,以及网上数字产品交换的新商业模式的兴起,在此背景之下,发达国家关于网络知识产权保护的研究呈现如下趋势:一方面,上述第二阶段的诸多问题不仅依然存在,并且更加复杂;另一方面,很多专家学者开始关注由传统版权法适用到网络新科技及新商业模式所引发的知识产权争议,^③研究

① Goldstein, Paul: Copyright's highway, Hill and Wang, New York 1994 pp 24,25.

② 参见 US white paper, 第7页; E. U. Green paper, 第19页。

③ Ian C. Ballon: E-commerce and Internet Law, published by Glasser Legal Work (2003 Supplement), pp 8,10.



的热点主要集中在:(1)电子邮件(E-mail)、上传及下载(Uploading and Downloading)、快取(Catching)等网络传输方式引发的版权问题;(2)网页超联结(Hyperlinks)、窗口联结(Framing)中的版权侵权问题;(3)网站内容集成(Content Aggregation/Bots)中的版权、商标侵权和不正当竞争问题;(4)网站跳出式(Pop-up)广告的版权、商标侵权和不正当竞争问题;(5)P2P(Peer-to-Peer)服务提供者、网络服务提供商(ISP)的侵权责任问题;(6)网上拍卖侵权物品的查缉问题。此外,有关网络知识产权的“公共领域(public domain)”问题的研究也有了新进展,目前关注的热点有:网络版权的“创用共享”(Creative Commons)机制、“开放使用资料库”(Information Commons-Pool)、“开放式课程计划”(Open Course Ware)的版权问题。随着三网(电信网、广播电视网和互联网)融合时代的到来,以及基于 Web2.0 和网络融合的各种新商业模式的兴起。一些新的研究领域开始出现:(1)网络广播(Webcasting)、网络电视(IPTV)、3G 智能手机(smart phones)等新业务对现有网络知识产权制度的冲击;(2)三网融合涉及的版权保护、版权授权、版权滥用和消费者权益问题;(3)以苹果 iPhone“越狱”(开放用户的操作权限)事件为典型的网络融合条件下版权技术保护措施与产业政策及公众利益的矛盾问题。此外,在研究思路方面,出现了新的研究动向:不少学者开始关注知识产权争议解决机构,例如 WIPO 的仲裁暨调解中心、德国的知识产权仲裁处、美国的“同意判决”(Consent Decree)和版税仲裁小组、英国的版权法庭,以及在线争议解决程序(Online Dispute Resolution)等对于缓解网络知识产权利益冲突的作用,而不再拘泥于网络知识产权实体法的调整。

近年来,国内学术界关于网络知识产权的研究十分活跃,一方面,能够密切跟踪国外最新研究和立法动态,国际上网络知识产权领域有所讨论的大多数问题在我国都进行了相应的讨论或研究,例如,数字网络技术对版权制度的影响问题;数字化作品、多媒体和数据库的保护问题;加强版权人专有权和权利管理制度重要性的问题;ISP 的版权问题;电子商务中的知识产权问题;网络域名、商标、企业名称的冲突与协调问题等。另一方面,也是更珍贵的,能够提出自己的独立见解,并根据我国的具体情况提出具体的法律对策和立法建议。例如:在基础理论研究中,吴汉东、袁泳等学者的“利益平衡”论、徐瑾的“对价”论、张今的“动态保护”论等,反映了我国学术界关于网络知识产权保护的基本理念和价值取向;在具体制度的改革和构想中,吴汉东教授提出的网络时代合理使用的“合理性”判断标准,陶鑫良教授提出的扩大法定许可的范围、强化集体管理的作用,以及建立特许性法定许可制度及引进延伸性集体管理制度,王迁博士提出的间接侵权及其规则的法定化,李扬博士提出的技术措施权人和合理使用人的相互义务等,都是有益的探索。



纵观国内外的研究现状,网络知识产权研究的脉络与数字网络技术的发展及相关的司法实践密切相关,研究热点分布广泛且不停转换,相关的研究文献散见于法学、管理学、经济学、社会学等多个学科领域,亟待整合和系统化;代表不同利益群体的学者之间的价值立场和基本观点存在尖锐而深刻的分歧和对立,在如何提高网络知识产权保护的有效性,以及如何解决网络环境下知识产权保护与社会公共利益的平衡问题上至今没有达成基本共识;以美国为代表的西方发达国家不仅是网络知识产权法律实践的先行者,也是网络知识产权理论研究的策源地,然而在如何考虑发展中国的实际情况和利益关切方面还存在理论上的盲区。

国内相关研究则存在如下不足之处:(1)对国外的理论、制度和案例的介绍较多,结合本国实际的有创新特色研究相对较少;(2)受网络化水平和司法实践的制约,国内目前的研究还存在一些空白点,如网络侵权新形式的特点和影响、网络对于专利权的影响、网络侵权行为涉及多个国家时的法律适用问题等;(3)理论研究的高度不够,对于纷繁复杂的现象和观点,缺乏总体上的利益分析和理论概括;(4)研究方法比较单一,基本上只限于法律上的规范研究,实证分析相对较少,更鲜见多学科的交叉研究。

上述研究现状亦成为写作本著的诱因和形成写作思路的依据。随着我国互联网人口的快速增长、网络技术和基础设施以及相关产业的长足进步,特别是三网融合的加快推进,我国的互联网正在发生深刻变革,既有的知识产权制度中的利益平衡机制正受到前所未有的挑战,相关的矛盾纠纷日趋尖锐。因此,开展本课题研究对于我国实施知识产权战略、建设创新型国家,对于促进我国相关产业的健康发展,对于有效化解社会矛盾、构建社会主义和谐社会都具有重要的现实意义。

有鉴于现有研究的不足,本著拟以科学发展观和构建社会主义和谐社会为指导思想,以提高网络知识产权保护的有效性与社会公共利益的平衡为出发点和归宿;通过对网络知识产权利益平衡机制的历史回顾、国别比较、博弈分析和实证研究,探讨在互联网变革中维持知识产权利益平衡机制的必要性和可行性;论证以实体法维护各方利益平衡的有限性,进而提出从建立健全网络知识产权争议解决机制的角度缓解各方利益矛盾的新思路。由于本著扬弃了我国学术界长期以来只注重以实体法的修改来调整网络知识产权利益关系的研究进路,探索从建立健全争议解决机制的角度推动各方利益平衡的重建,因此这一全新的研究思路,将有助于我国网络知识产权研究的进一步深入和拓展。另外,本著遵循的“总体把握与具体分析”、“有效保护与利益平衡”、“实体法与解纷机制”相结合的研究进路,以及多学科交叉融合的研究方法,对于相关领域研究的深入也有一定的借鉴和参考价值。

目 录

前 言	(001)
第一章 网络知识产权保护的法理基础和基本原则	(001)
一、网络时代知识产权制度的合法性	(001)
二、网络知识产权保护的基本原则	(048)
第二章 网络知识产权保护的历史沿革和比较分析	(054)
一、网络环境概述	(054)
二、国际上因应数字网络科技的修法过程	(064)
三、中国的网络发展与立法因应	(092)
四、比较与分析	(097)
第三章 网络知识产权保护的效率和博弈分析	(104)
一、法经济学概述	(105)
二、网络知识产权保护的效率分析	(112)
三、网络知识产权侵权行为的博弈论分析	(147)
第四章 网络知识产权具体制度的立法检讨	(166)
一、信息网络传播权的保护与限制	(166)
二、数字时代反规避权立法的比较与反思	(187)
三、私人使用的危机与重建	(226)
四、数字网络中的教育性复制	(248)



第五章 网络知识产权侵权的新形式及其法律应对	(300)
一、新型 P2P 侵权问题	(301)
二、搜索引擎的侵权问题	(321)
三、IPTV 的著作权问题	(350)
第六章 网络知识产权争议解决机制及其构建	(363)
一、数字网络环境下著作权补偿金制度的导入	(363)
二、著作权集体管理的优化	(378)
三、网络知识产权纠纷解决机制的重塑	(402)
参考文献	(415)
后 记	(440)



第一章 网络知识产权保护的 法理基础和基本原则

知识产权问世以来,对于知识产权的支持声与反对声便一直此起彼伏、不相上下。当人类社会步入信息网络时代以后,知识产权的地位愈加凸显,知识产权业已成为西方世界的主流话语之一。知识产权在西方世界乃至全球的扩张道路正在不断地延伸。然而,知识产权的强势保护,在给知识产权事业带来兴旺的同时,也给社会造成了日趋严重的负面影响。也许正是因为知识产权的无原则扩张,才让西方理论家们感到了警醒。他们开始对于知识产权的合法性或者说正当性问题为代表的知识产权理论问题进行反思。经过三十余年的论争,当代西方知识产权理论阵营内部形成了由功利论、劳动论、人格论和社会规划论所主导的理论格局。知识产权理论与财产权理论、当代西方政治哲学乃至当代西方世界的价值观和意识形态之间的关联等广泛议题,为我们打开了一个个认识和理解知识产权和当代西方知识产权理论的窗口。然而,关于知识产权合法性的四种主要证成路径实际上都存在着局部性的甚至是重大的缺陷^①。和西方相比,我国学界对于当代西方知识产权理论的研究比较匮乏。有鉴于此,本章将在梳理制度(法律)合法性理论的基础上,论证知识产权制度、进而网络知识产权保护的合法性,以及基于网络知识产权保护的正确价值取向所必须遵循的原则。

一、网络时代知识产权制度的合法性

(一)合法性的概念

在我国目前的学术界,合法性问题的重要性得到了比较普遍的承认,这从论著、期刊、网络媒体(包括法学、文艺理论在内)等频繁使用合法性这个概念就可以看出来。哈贝马斯认为,虽然“合法性”这个概念的明确提出是

^① Peter Drahos, Intellectual Property, Dartmouth Publishing Company Limited (1999), Introduction, XXV ii.



西方近代以来的事情,但是“在欧洲,如果不是从梭伦开始,那么至迟也是从亚里士多德开始,政治学理论就从事于合法化统治兴衰存亡的研究”^①。至于他所提出的只有政治才可以使用合法性这个概念的观点^②,则“无人喝彩”。夸克就认为:“合法性问题,虽然是政治中的核心问题,但却并非为某一学科的排他性特性。哲学、政治学、法学、社会学、政治人类学也同样将合法性作为其优先研究对象。有关的图书资料之丰富已足以证明这一点。”^③

然而,对于合法性所存在的“不少模糊认识甚至是错误认识”^④依然存在。正如让-马克·夸克所说的那样:“目前有关合法性这一问题的研究情况非常混乱:合法性概念的重要性已被承认,并已被这一事实所证明:所有的政治生活观察家都情不自禁地引用它;但与此同时,在谈论政治判断这一问题时(他们)保持缄默。”^⑤在进行应用分析的时候,或将合法性仅仅理解为“合乎法律”,或将合法性看做是统治者的自我论证,将有效性视为合法性,或者认为合法性就是正当性,或将公众对国家、制度和个人的支持混为一谈,等等,不一而足。在缺乏对合法性这个概念进行深入、细致的解析这一点上,则是共同的。^⑥学者们从不同的角度去界定合法性的内涵,这就给把握这一概念带来一定难度。国内的一些研究者认为:“虽然‘合法性’一词广泛为人们所使用,而且人们使用这一概念时也具有相通之处,但从学理意义上说,并非存在着简单划一的看法。不仅许多名家见仁见智,而且经验的观点与规范的观点之间有着深刻分歧,从中也可折射出合法性这一概念的丰富内涵。”^⑦有鉴于此,本著将对一些有代表性的解释进行梳理,并在此基础上对本著中的合法性概念的使用进行必要的界定和说明。

1. 西方学者的合法性概念

一是从合法性的来源角度认识合法性。李普塞特认为:“合法性是指政治系统使人们产生和坚持现存政治制度是社会的最适宜制度之信仰的能力。当代民主政治系统的合法程度,主要取决于解决造成社会历史性分裂

① 哈贝马斯:《交往与社会进化》,重庆出版社,1989年版,第186—187页。

② 哈贝马斯:《历史唯物主义的重建》,郭官义译,社会科学文献出版社,2000年版,第262页:“不能随随便便地来使用合法性的概念。只有政治制度才拥有或者才可能失去合法性;只有它才需要合法性。”第263页:“只有在谈到政治制度时,我们才能谈合法性。”

③ 让-马克·夸克:《合法性与政治》,佟心平、王远飞译,中央编译出版社,2002年版,第2页。

④ 胡伟:《在经验与规范之间:合法性理论的二元取向及意义》,《学术月刊》1999年12期。

⑤ 《合法性与政治》,第12页。

⑥ 参见虞维华、张洪根:《社会转型时期的合法性研究》,中国科技大学出版社2004年版,第27—28页。

⑦ 胡伟:《合法性问题研究:政治学研究的新视角》,《政治学研究》,1996年第1期。



的关键问题的途径”。^①与李普塞特不同,阿尔蒙德认为:“如果某一社会中的公民都愿意遵守当权者制定和实施的法规,而且还不仅仅是因为若不遵守就会受到惩处,而是因为他们确信遵守是应该的,那么,这个政治权威就是合法的。”^②阿尔蒙德和李普塞特的观点,是在公民与当权者的关系中,分别强调了当权者和公民两极。

二是从合法性的评价标准和评价主体的角度认识合法性,分为以韦伯为代表的经验合法性概念和以哈贝马斯为代表的规范合法性概念。韦伯从价值中立的原则出发,认为社会行动的前提就是承认存在着最低限度的“合法秩序”。所以合法性就是指既定统治秩序的有效性,也就是人们对握有权力的人的地位的确认和对其命令的服从。为了获得大众的服从,国家机器或政治统治运用法律的、意识形态的、道德伦理的权威为自己的统治进行合法化论证。^③哈贝马斯认为:“合法性意味着某种政治秩序被认可的价值。”^④与韦伯的经验合法性观点不同,哈贝马斯等人以价值判断分析合法性问题,它与经验合法性观点的不同之处在于,社会普遍认同未必就具有合法性,要进一步对这种认同进行价值追问,即要看“应不应该”、“值不值得”认同。哈贝马斯指出:“合法性意味着,对于某种要求作为正确的和公正的存在物而被认可的政治秩序来说,存在着一些好的根据。一个合法的秩序应该得到承认。合法性意味着某种政治秩序被认可的价值——这个定义强调了合法性乃是某种可争论的有效性要求,统治秩序的稳定性也依赖于自身(至少)在事实上被承认。”^⑤在哈贝马斯关于合法性的这个定义中,他力图将经验主义和规范主义结合起来,强调的是符合价值规范基础上的支持和忠诚。

2. 国内学者的合法性概念

20世纪80年代以后,中国学者开始关注并探讨合法性问题。中国学者对合法性问题的研究集中在两个层面:其一,基础理论的引进与探讨;其二,运用合法性这一概念对包括中国在内的发展中国家的政治发展问题进行研究。在合法性的概念上,学者们的观点不一而足,但认定合法性指“社会公众在合乎理性选择的基础上,对政治系统的自愿认可、服从与支持状况”^⑥的观点基本上代表了中国学者的理论见解。总体上看,中国学者对合法性问题的理论认识处于韦伯的“影响领域”之内。虽然也有学者研究哈贝马斯的

① 李普塞特:《政治人——政治的社会基础》,张绍宗译,上海人民出版社1997年版,第55页。

② 阿尔蒙德等:《比较政治学》,曹沛霖译,上海译文出版社1987年版,第35—36页。

③ 苏国勋:《理性化及其限制——韦伯引论》,上海人民出版社1988年版,第190—191页。

④ 《交往与社会进化》,第185页。

⑤ 《交往与社会进化》,第211页。

⑥ 杨宏山:《经济全球化与政治发展》,黑龙江人民出版社2003年版,第61页。



合法性理论,并试图在哈贝马斯的基础上进行合法性理论的重建,但总体效果不佳。尤其重要的是,中国学者在研究合法性问题时,基本上游弋于韦伯与哈贝马斯之间,没有用马克思主义的立场、观点和方法解剖既有的合法性理论,并应用于类似于中国这样的社会主义国家政治发展的研究。^①

3. 合法性的要素

鉴于上述合法性概念的多义性,本著无意也无力给出“一言以蔽之”的结论。为了讨论的方便和本章切入的角度,这里我们不想遵从某一种学术观点,而是取各家的“公约数”。事实上,各家关于合法性概念的分歧也不是绝对的,合法性这个概念始终体现着“规范”与“经验”的统一性。不论是韦伯抑或是哈贝马斯,当他们从规范或经验的角度探讨合法性问题的时候,他们的理论实质上既是规范性的,同时又是经验性的。没有对合法性问题的经验性认识,这些理论家不可能提出和论证任何合法性理论;同样,任何旨在从经验角度探讨合法性问题的理论家如果没有特定政治规范的指导也不可能提出和论证任何合法性理论。尽管合法性的内涵见仁见智,但以下几个要素则是必备的:

(1)有效性。有效性又谓“绩效”,这是合法性的经验维度。在追求最大程度上的有效性这一点上,任何时期的任何国家都是相同的,差别在于具体的内容有所不同罢了。在当代,经济与社会发展、政治稳定与政治发展、国家安全等,是有效性的核心内容。有效性对于合法性是如此重要,以至于产生了一种所谓的“绩效的合法性”^②类型。将有效性视为合法性的前提,这意味着,如果不具备起码的经验上的有效性,则任何政治秩序都不可能具备它所渴望的被统治者的服从、支持和忠诚即合法性。只有建立在充分的有效性的基础上的合法性才是巩固的合法性,离开了有效性支持的合法性是抽象的,因而也是不合逻辑的,是欺人之谈。

^① 王庆利:《经济全球化背景下中国政治权力合法化路径研究》,清华大学马克思主义理论与思想政治教育专业博士论文,2004年4月,第54页。

^② 自亨廷顿以来,建立在绩效基础上的合法性——所谓的“绩效的合法性”——备受批判。其核心假设是:只有“民主国家”才有可能长期有效地得到经济与社会的真正的发展;非“民主国家”与真正的发展之间在本质是不相容的,非“民主国家”中的发展——如果有的话——是短暂的、是不可持久的;国家性质的非“民主”的本质会毁掉发展成果,即使短期内有发展,从长期来看,这种发展也不会巩固非“民主国家”的政治秩序,相反,会破坏其政治秩序直到它实现“民主化”为止。这是在西方中心主义指导下建构的现代化理论的基本结论。即使撇开其价值观上的偏见不谈,其逻辑上的缺陷在于将多种复杂因素所导致的西方的繁荣仅仅归结为西方制度的优越性这个单一的原因。从合法性的视野上看,将西方的政治合法性归结为其制度的优越性,然后将西方的发展与繁荣——即有效性——又归结为其制度的结果,恰恰是一种颠倒了逻辑的结果。正确的逻辑应该是:是西方的繁荣与发展支撑了西方的优越性与合法性,而不是相反。



有效性虽然并不直接等同于合法性,但是,没有有效性就不可能有任何合法性。从历史经验上看,纯粹的由于价值观上的危机而导致的政权崩溃是极为罕见的,更加常见的是由有效性危机而引发合法性危机并最终导致政权的解体。苏东事件就是典型的历史例证。对于中国历史来说,我们经常看到的是由有效性危机而导致的王朝的兴衰成败,大一统的政治及社会秩序的合法性却未受到根本的冲击。即从逻辑上说,有效性危机未必导致合法性危机,但是合法性危机却必然是由有效性危机而引发的。^①

(2)规范性。在合乎规范的意义上,合法性主要体现为“与法律相一致”,这是合法性的题中应有之意。对于法治比较发达的西方国家来说,在一般情况下,强调政府行为必须“与法律相一致”是没有意义的;但是,在非常时期的非常事件中——例如“9·11事件”以及随后的阿富汗战争、伊拉克战争——强调政府行为必须符合法律也具有重要的政治意义。对于当代中国来说,强调政府的政治与行政行为必须合法并非多余。某些西方人说合法性与法律无关或合法性不是合乎法律,是有其特定的条件的。当然,这里还有另外一个问题,即法律本身——包括立法(立宪)过程、法的精神、法的内容、法的形式、法的执行等——的正当性或道德性或合宪性问题。^②在神权思想衰败后,现代立宪主义的发展和成长中的法律理性主义,促进了成文法所起的作用和在合法性的发展过程中法定性(Legality)准则的重要性。的确,法律实证主义倾向于将法定的统治(legaldomination)等同于合法的统治(Legitimatedomination)。合法性不局限于法律而法定性对于建立治权是不充分的,这一点也被法律不能单独引起对合法性的信仰的事实所证明。我们不能理所当然地归因于法定性本身,形式上正确的法律本身并不能担保它将被遵守。^③

(3)正当性。在汉语学术界,“正当性”有时被当做“合法性”的同义语^④,尽管我国港台地区普遍使用的“正当性”这个词,其含义虽然也很丰富,但是,“正当性”与“合法性”的差别还是很大的。“正当性”意味着统治的资格、道德、正统性等层面的含意,而“合法性”(legitimacy)的含义非止于此。“正当性”之所以不能取代“合法性”,主要是因为前者只能体现后者一个方面的涵义。政治的正当性通常被归结为统治得以维系与巩固的心理条件,也就是

① 参见前引虞维华、张洪根著,第44页。

② 参见前引虞维华、张洪根著,第46页。

③ 让-马克·思古德:《什么是政治的合法性?》,王雪梅译,《外国法译评》,1997年第2期。

④ 对于 legitimacy 这个英文单词,各类词典上大致有两种翻译:一是译为“合法性”,二是译为“正当性”;前者在我国内地占主导地位,后者是我国港台地区学术界的首选。港台地区学术界一般是将 legality 翻译为“合法性”,是指政府行为、权力运作等与实在法(positive law)的相符程度。



被归结为价值层面上的信仰。只要被统治者相信统治者是正确的、公正的,并且相信统治秩序是适宜的或最好的,等等,就意味着政治正当性的确立。

前现代国家的正当性往往是同神话、宇宙论、新自然法的社会规范相联系的。古代文明帝国取代早期的家族统治,现代国家取代古代帝国,都伴随着国家的正当性的基础的更迭。“被取代阶段的合法化,不管其内容如何,在向后一个较高阶段的合法化过渡时,都会发生‘贬值’,并不是这一种或那一种理智,而是这种类型的理智不再被信奉。这种整个传统的合法化潜能的贬值,在文明的时代是伴随着神话思维的萎缩而发生的;在现代则是伴随着宇宙论的、宗教的、本体论的思维的萎缩而发生的。”^①“对于现时代的合法性问题来说,具有决定意义的是证明水平已成为反思性的。现在,证明的程序和假设前提本身是合法化之有效性立于其上的合法性基础。某种协议——这种协议乃是在作为自由的平等的全体涉及者中间产生——的观念决定着现代合法性的程序类型。”^②哈贝马斯认为,现代国家的合法性的程序化类型是由卢梭创立的。《社会契约论》提出了社会的新的行为调整原则,它表明正义通过什么途径能够实现,当每个人把自己的所有自然权利整个地交给共同体时,就形成了“总意志”,这个总意志能够合法地表达公共利益。在社会政治领导尊重社会成员的权利和完成他们的特殊责任的情况下,个人同意为了政治体制的利益放弃一些他们的行为资格。换句话说,他们认可这种体制的治理权利。只要存在承诺,就存在权力和法律的认同。承诺一旦消失,政治的合法性就随之失去了它的可靠性。因此,承诺是治权的必要条件但不是充分条件。^③

(二)制度(法律)^④的合法性

1. 学说史角度的考察

(1)西方自然法传统对法律合法性的论述

自然法是西方法律思想史上最为古老,亦最为争论不止的法律思潮,其

① 《交往与社会进化》,第181页。

② 《交往与社会进化》,第191页。

③ 让-马克·思古德:《什么是政治的合法性?》,王雪梅译,《外国法译评》,1997年第2期。

④ 在日常生活中,“制度”不仅在语义上是多元的、模糊的,在使用上也是混乱的,其言语的含混不清和对“制度”的“误用”、“滥用”是很普遍的;即便在学术研究中,不同学派和时代的社会科学家们赋予这个词以如此之多可供选择的含义,以至于除了将它笼统地与行为规则联系在一起外,已不可能给出一个普适的定义来(参见柯武刚、史漫飞:《制度经济学》,商务印书馆,2000年版,第32页)。由于在现代社会,绝大多数行为规则都是法定的,而且法律成为了现代社会制度的最高和最主要形态,所以,在以下讨论中,“制度”与“法律”并未作严格的区分,亦即制度的合法性就是法律(实在法)的合法性。



源远流长、几经波折,一直延续至今,屈指数来历时几千余载。在西方,法律合法性问题的演化大致可分为古代、中世纪、近代和现代四个历史阶段,由此大体形成了古代自然法学说、中世纪自然法学说、近代自然法学说和现代自然法学说。

在西方法律思想史上,古希腊哲人最先使用“自然法”这个术语,并确定了法律合法性的基调和方法论。苏格拉底、柏拉图、亚里士多德等均确信存在着实在法的某些不变标准,并断言经由理性的拷问,可以发现实在法合法性的根据,找到这些“不变的标准”。亚里士多德的法治理论最早论及了法律的合法性和法治之间的关系,是法律实质合法性理论的渊源。亚氏认为:“法治应当包含两重意义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。”^①亚里士多德的“良法”论,提出了法律的价值判断问题,揭示了法律的实质合法性。如果说亚里士多德把法律分为“自然法”和“人定法”,那么可以说斯多葛学派则完成了在法学中引进自然法概念的任务,且对自然法概念作了多层面的阐述。斯多葛学派认为自然法就是理性法,自然法是现实法合法性的根据,是法律正义的基础。他们还主张,一切人均是平等的,纵然人们在地位、天赋和财富等方面不可避免地存在着差别,但人人至少都有要求维护人的尊严的起码权利,正义要求法律认可并保护这些权利。^②这种将希腊哲学法理化、人文化的观念构成了西方法律传统之活力的基因。

在罗马人那里,自然法对制定法的合法性根据依然是不容置疑的,罗马法学家把法学分为自然法、市民法、万民法三种便是一个例证。他们认为自然法便是正义,是最根本的法。西塞罗认为,实在法的合法性来源于自然法,而自然法是普遍存在的,是一种至高无上的法则。他说:“法律并非是人的思想的产物,也不是各民族的任何立法,而是一些永恒的东西,以其在指令和禁令中的。智慧统治整个宇宙。因此这些智慧者一直习惯说,法律是神的首要的和最终的心灵,其理性以强迫或制约而指导万物。为此,公神给予人类的法律一直受到正当的赞美,因为法律是适用于指令和禁令的聪明的立法者的理性和心灵。”^③虽然西塞罗自然法理论具有某种神秘主义的色彩,但是他认为法律必须符合自然法的理性,法律必须符合永恒的正义,从而把理性和正义作为法律实质合法性的评价标准,是对法律合法性理论的

① 亚里士多德:《政治学》,商务印书馆1965年版,第199页。

② E·博登海默:《法理学—法哲学及其方法》,邓正来译,华夏出版社1987年版,第13页。

③ 西塞罗:《国家篇法律篇》,商务印书馆1999年版,第180—182页。



一大推动。

中世纪自然法理论最显著的特征,在于它是绝对的神学主义的自然法,质朴的、直观的自然概念在法学中荡然无存。人间一切法律的合法性均必须追溯至基督教教义那里。神学主义自然法的集大成者托马斯·阿奎那,把法律划分为四种类型:永恒法、自然法、神法和人法。托马斯以上帝为唯一的自在的实体,万事万物都由这个唯一的自在的实体推动即由上帝创造的。因此世间法以及一切伦理法则、道德规范皆渊源于上帝。他把《圣经》中上帝向摩西宣谕的“十诫”概括为诸如“避恶行善”、“保全自己的生命”等几项基本原则,并视为天经地义的公理,认为这些均是理性人所具有的与生俱来的观念,不会受制于时空的限制而获得了某种普适性。托马斯·阿奎那也认为实在法的合法性必须符合自然法,而理性是自然法的来源,所以理性是法的基础,而“理性的第一个法规就是自然法。由此可见,一切由人所制定的法律只要来自自然法,就都和理性相一致。如果一种人法在任何一点与自然法相矛盾,它就不再是合法的,而宁可说是法律的一种污损了。”^①

古典自然法理论^②认为,自然法是对实在法进行合法性评价的依据,实在法不具有当然的法律效力,其效力取决于实在法的道德性。相对于以前的自然法理论,古典自然法理论对合法性的探讨有了更为确切的内容。例如,洛克将自然法的内容归纳为:人们有保护自己的生命、健康、自由、和财产不受侵犯的权利。但是古典自然法依然没有摆脱从实质合法性的角度来讨论实在法,在逻辑上,其自身也存在着一些不易证明的理论性难题。所以,尽管自然法学说在西方历史进程中发挥了巨大而又积极的建设性作用,但自19世纪中期至20世纪初,自然法理论在西方大多数文明国家一直处于低潮,很大程度上已经被历史法学派的进化论解释和法律实证主义取而代之。

由盛而衰的自然法哲学,以帝国主义战争造成的世界性的浩劫为契机,终于在19世纪末20世纪初,又逐渐复兴。^③自然法的复兴运动大致可分为两个时期,即19世纪末至20世纪初为第一个时期,第二次世界大战以后为

① 《阿奎那政治著作选》,商务印书馆1982年版,第116页。

② 伴随着文艺复兴、宗教改革运动和商品经济进一步发展,自然法成为了政治革命的强大理论武器。格劳秀斯、霍布斯、普芬道夫、斯宾诺莎、洛克、孟德斯鸠、卢梭等启蒙思想家高举“自然法”和“自然权利”的旗帜,参与资产阶级推翻封建统治的伟大斗争。为了与古代和现代自然法学说相区别,人们称这个时期的自然法学说为“古典自然法理论”(Classical Natural Law Theory或natural law of the classical era)。

③ 由于它是在自然法“复兴”的口号下进行的,所以称之为复兴自然法,亦有学人称之为新自然法(相对于古典自然法而言)。