

刘剑文/主编

知识经济与法律变革

本书是在知识经济这一全新的视野之下，运用跨学科方法对经济与法律的互动问题进行深入研究的一次尝试。全书共分九章，第一章为绪论，其余各章依次论述知识经济中的法理学问题，知识经济与各部门法的互动问题。本书可供国家公务员、教学科研人员、实务工作者、本科生、研究生研究学习之用。

法律出版社

知识经济与法律变革

刘剑文/主编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

知识经济与法律变革/刘剑文主编. —北京:法律出版社, 2000. 10

ISBN 7-5036-3224-0

I. 知… II. 刘… III. 知识经济-影响-法律-中国
IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 70925 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/陶 松

责任校对/杜 进

印刷/北京宏伟胶印厂

开本/880×1230 毫米 1/32

印张/13.125 字数/322 千

版本/2001 年 2 月第 1 版

2001 年 2 月第 1 次印刷

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3224-0/D·2943

定价:24.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

撰 稿 人

- 刘剑文 北京大学法学院教授、博士生导师，
武汉大学法学博士，北京大学法学博士后
- 易继明 北京大学法学博士
- 杜 颖 北京大学法学博士
- 周佑勇 武汉大学法学院副教授，法学博士
- 龚向和 武汉大学法学博士
- 刘中发 北京大学法学博士
- 肖江平 北京大学法学博士
- 傅郁林 中国人民大学法学博士
- 李金泽 武汉大学法学博士
- 熊 伟 武汉大学法学博士
- 杨汉平 中国工运学院副教授、中国政法大学法学
博士

前 言

什么是知识经济呢？这个时下被炒得沸沸扬扬的语汇，各学科为之提供了不同的诠释。按照世界经济合作与发展组织(OECD)在《1996年科学、技术和产业展望》报告中的说法，知识经济是“建立在知识和信息的生产、分配和使用之上的经济”。经济学学者则从这种“新经济”对传统理论的挑战中发现，知识经济主要体现在两个方面：一是将知识作为内生变量纳入了经济分析范畴；一是在知识型企业中用“劳动雇佣资本”的模式替代了传统“资本雇佣劳动”的模式。社会学学者从对社会生产、分配、消费和就业四个环节的考察认为，知识经济有四大特征：(一)创新成为生产的主要内容；(二)知识的占有程度成为分配的主要依据；(三)知识消费成为主导消费；(四)知识劳动者成为社会的主要就业者。这些分析都有一定的道理。我们认为，从宏观上来看，知识经济大致有如下几个特征：第一，知识经济是以知识为基础的经济；第二，知识经济是由创新所推动的经济；第三，知识经济是可持续发展的经济；第四，知识经济是全球化的经济。

然而，以技术为先导的工业革命发展到知识经济时代，已经不单是技术与经济的问题；更多地，它们是与制度、文化和道德等方面密切关联的。正是在此背景之下，第十四届世界社会学大会对知识问题倍加关注。未来学家阿尔温·托夫勒夫妇早就指出，“全球性的竞争至少意味着，我们不可能再回到生产流水线时代的一致性，一律性，回到官僚和体力型的经济。但是，第三次浪潮不仅仅是个技

术和经济学的問題。它涉及到道德、文化、观念,以及体制和政治结构。总之,它意味着人类事务的一场真正的变革。”也许未来学家们有些带有天启般的观点总让人们的认同感有所保留;但毋庸置疑的是,这场以知识经济为先导的变革是整体性的,是一个社会范式的转变。就目前的情况来看,这种转变是以生产物质产品为主导的工业社会范式转变到以生产知识信息为目的和以知识进行生产为主导的“网络社会”或“知识社会”新范式。

这种新的范式转变,大致可以归纳为以下几个方面:(一)生产和劳动将发生两个重大转变:一是从体力劳动向脑力劳动的转变,即从 B(Brawn, 肌肉劳动)到 B(Brains, 脑力劳动)的转变;一是从物质型生产到非物质型生产的转变,即从 A(Atom, 原子, 一切物质的基本单元)向 B(Bit, 即所谓“比特”, 信息传输的基本单元)的转变。(二)世界竞争将会围绕控制信息与知识而展开。(三)从封闭性、地区性向开放性、全球性的转变,即从 I(Isolate, 孤立的)到 G(Globalization, 全球性)的转变。(四)组织管理的巨大变革。与上述变化相适应的,人类将从集中劳动转化为分散式生产,出现了所谓“SOHO”(Small Office and Home Office)、“虚拟公司”、“虚拟社群”等现象。这些现象说明必须要有与之相适应的组织机构和管理形式。而社会范式这几个方面的变化,也必然在法律上有所反映;更为重要的是,法律在适应这种社会发展的同时也肩负着促进经济与社会长足进步和发展的使命。

本书正是在此方面所做的尝试,也在一定程度上填补了法学研究在这一领域里的空白。当然,正是如此,书中错误难免,谨作抛砖引玉之用。

目 录

前 言	(1)
1 绪论	(1)
1.1 导言:迎接知识经济时代	(1)
1.2 实行法律变革,回应知识经济的现实挑战	(6)
1.3 尊重创造性劳动,推动知识经济法治化进程	(11)
1.4 改善国家法律调控功能,营造知识经济发展的 外部环境	(15)
1.5 保护知识产权,强化知识产权法在知识 经济中的作用	(22)
1.6 重视法律的国际协调,适应知识经济全球化 的发展	(26)
2 知识经济中的法理学问题	(30)
2.1 公共政策与法律	(31)
2.2 产业技术政策与市场逻辑	(35)
2.3 以技术创新为核心的法治目标	(42)
2.4 产业技术政策在科技法中的价值体系	(49)
2.5 科技立法与部门法的互动关系	(54)
3 知识经济与行政法	(61)
3.1 知识经济与行政法治观念革新	(62)
3.2 知识经济与行政组织法制建设	(76)
3.3 知识经济与行政立法制度创新	(88)

3.4	知识经济与行政执法方式变革·····	(97)
4	知识经济与刑法·····	(107)
4.1	知识经济与刑法的关系·····	(107)
4.2	知识经济时代犯罪形态的发展趋势·····	(114)
4.3	知识经济时代的犯罪控制方略·····	(121)
4.4	知识经济与知识产权的刑法保护·····	(129)
4.5	知识经济与网络犯罪·····	(136)
5	知识经济与民法·····	(153)
5.1	民法理念的变化·····	(153)
5.2	民法解释方法论的变化·····	(159)
5.3	知识经济时代的展开与民法的课题·····	(161)
5.4	新的团体的出现——网络用户与在线集团·····	(163)
5.5	现代科学技术与家族法·····	(164)
5.6	网络与隐私权保护·····	(166)
5.7	网络对财产权护界的挑战·····	(174)
5.8	网上交易的有关问题·····	(176)
5.9	余论·····	(185)
6	知识经济与知识产权法·····	(187)
6.1	知识经济时代知识产权保护的重要性·····	(187)
6.2	知识经济时代知识产权面临的挑战·····	(194)
6.3	我国高技术产业中知识产权保护现状 及其分析·····	(216)
6.4	我国高技术产业知识产权发展战略·····	(231)
7	知识经济与经济法·····	(238)
7.1	知识经济呼唤经济法的变革·····	(238)
7.2	知识经济与企业法的变革·····	(241)
7.3	知识经济与竞争法的创新——以微软 垄断案为例·····	(264)

7.4	知识经济与金融法和税法的变革	(304)
8	知识经济与程序法	(325)
8.1	知识经济时代与法律反形式主义现象	(325)
8.2	知识经济与司法专业化问题	(333)
8.3	司法过程对科学的依赖与证据法规则的变革 ...	(351)
8.4	纠纷解决机制多元化与诉讼程序分流	(368)
8.5	我国法律变革的模式选择	(376)
9	知识经济与国际法	(381)
9.1	知识经济与国际法新理念	(381)
9.2	知识经济对国际公法的挑战	(394)
9.3	知识经济对国际经济法的影响	(399)
9.4	知识经济与国际私法的发展	(403)
后 记		(409)

1 绪 论

1.1 导言:迎接知识经济时代

人类跨越了几千年的农业经济时代和几百年的工业经济时代之后,正在迈入知识经济时代。^① 知识经济的大潮势必像当年的工业革命一样将地球上的所有国度、所有的种族卷入其中。站在世纪之交的制高点上,我们完全应该有理由和信心预言,21 世纪必将是知识经济的世纪。

知识经济所代表的除了超越工业经济的巨大社会生产力,全球经济的共同飞速发展,物质财富的极其丰富外,更应会促进人类自身心理上和生理上的进一步完善。社会生活的各方面将会在新技术、新材料、新管理方式、新信息流通渠道的影响下发生前所未有的巨大变化。^②

深刻地把握知识经济的发展走势和内在要求,顺应时势地采取各种有力措施促进知识经济在我国的早日实现,适应知识经济所带来的社会变化,及时调整我们的心理、习惯和规则,应当是社会各界和各学科的共同任务。

我们所理解的知识经济是以高度发达的信息通信技术为契机,通过调动人类知识创新的积极性,促进各行业产值和效益中的

① 参见路甬祥主编:《创新与未来》,科学出版社 1998 年版,第 15 页。

② 参见汤宗舜:《知识产权的国际保护》,人民法院出版社 1999 年版,第 287 页。

知识比重的飞速提高,从而在全社会所形成的并不超越和消灭原有的社会分工和产业划分,但却令其发生质的巨变的一种以知识资源作为推动社会发展动力的经济形态的统称。^①正如土地和手工劳作是农业经济的劳动资料和劳动方式,机器和机械化是具有典型性的工业经济所代表的劳动资料和劳动方式一样,电子计算机和自动化则是知识经济时代的代表和象征。正是以计算机及其网络化为表现的现代通信技术和控制技术的发展,才使得各种信息能够被千里之外的人所共享和利用。人类的智力空间得以极大地拓展,信息流通的速度之快更可让地球每个角落的人们连时差都可以忽略不计,因为时间和空间的距离已经无法阻挡计算机网络世界中的信息传播和交流。

只有如此翻天覆地的信息交流速度,才可以使人们摆脱在生产和科技领域闭门造车的家庭作坊式作业,为大规模的合作以及排除盲目性和资源浪费提供条件。无人车间、无人工厂已不再是幻想,只能满足小生产需要的手工劳作逐渐退出大生产的舞台。在科研领域,研究者们借助先进的计算机及网络辅助设备和技术,极大地延伸了自己的思维空间和肢体控制范围,新的信息让人们的创造欲望空前膨胀,技术创新、管理创新、信息创新和教育创新的成果不断地涌现出来。这些新成果又回馈到自己的产业部门,并极大地提高这些产业部门的知识含量。其中的经验,不管是成功的还是失败的,都是整个社会大生产进行创新尝试的成果,构成了社会总体信息的一部分,通过高速的信息传递网络,可以给其他部门提供借鉴和帮助。在这样的良性循环轨道中,生活、科研、教育、管理通过信息的收集和传递自己形成一个不可分割的天然整体,其中每一个行业和部门都有可能以信息技术为纽带分享其他

^① 参见段瑞春:《知识经济、创新体系与科教兴国的内涵及相互关系》,载《科技与法律》1999年第1期,第3~4页。

产业和部门的最新成果。在信息革命的带动下,传统产业尽管从形式上仍然保留其社会分工的职能,但是其投入产出方式以及其知识含量则早已今非昔比了。知识经济的本质要求在于全部产业的知识升级,而不能狭隘地理解为仅限于信息产业而已。^①

不可否认,知识作为一种社会资源存在于任何形态的社会实践中。在人类改造自然和完善自我的过程中,任何今天看来微不足道的进步在当时都可能是惊天动地的伟大之举。只不过历史发展到今天,能够作为知识经济资源基础的“知识”开始超越小生产阶段,并与社会化大生产和现代科学技术紧密联系在一起,它涉及代表先进生产力的生产、科研、教育、管理、信息诸方面,在促进社会进步和财富增长中的作用远远超过其他传统资源,从而成为社会发展的基础性资源。^②

如果以知识的生产、传播、利用、反馈作为划分普通部门的标准,那么知识经济的产业大致也可分为以知识生产和创新为功能的教育科研产业,以知识的扩散和反馈为功能的信息电脑产业和以知识的利用为功能的生产服务产业。^③ 由于教育和科研是知识的源泉,故教育和科研部门脱离公益色彩而实行产业化,由此成为知识经济的基础产业是一大发展趋势。信息产业所负担的是知识的扩散和反馈的职能,新知识由它收集并传递到可能产生效益的部门,而为教育和科研所需并刺激其生产的新信息,也需要由信息产业收集并反馈到知识生产部门,其沟通知识生产和利用的重要职能推进了全社会工作效率的提高,并带动了全部产业的升级换代和知识更新,故可以界定为知识经济的主导产业。至于物质生

① 参见段瑞春:《知识经济、创新体系与科教兴国的内涵及相互关系》,载《科技与法律》1999年第1期,第5~6页。

② 参见郭强等:《知识与经济一体化》,中国经济出版社1999年版,第64~66页。

③ 参见黄顺基主编:《走向知识经济时代》,中国人民大学出版社1998年版,第35页。

产部门和服务部门将不可避免地由工业经济时代的龙头地位退居其次,变成实现知识价值的直接部门。

知识经济虽然只是作为一种经济形态而界定,但是其影响所及早已超越经济生活本身,它所代表的可能是一种以知识经济为中心的社会形态,其所对应的名称可以恰当地以“知识社会”予以呼应。这种知识社会无疑是在知识经济的推动和影响下孕育和形成的,但它同时也是知识经济赖以生存和发展的必要的外部环境。其中,作为社会生产主体和知识载体的人的综合素质必将得到全面提高,特别是在掌握新技术、新信息,从事知识创新的能力方面会有长足的发展,否则知识经济就会成为无源之水,即使有部分精英阶层创造出新知识产品也无法为社会所了解和掌握,难以迅速付诸应用并产生经济效益。随着交通和通信技术的发展,人与人之间的空间距离越来越小,联系越来越紧密,了解和掌握他人信息的机会将会成倍增加。正因为如此,可能也会导致一些负面效应。正如工业化时代所带来的道德滑坡和情感封闭一样,即使是在社会高度发展的知识经济时代,如果我们不注意道德修养,新的社会条件反而可能会助长人们之间的心理隔膜,使人们利用新技术侵犯他人隐私权或者法定专有权的欲望膨胀。网络背景下的匿名交流之所以在出现后即能迅速发展,其隐含的情感互补需求之外的安全因素考虑恐怕是最好的例证。^① 在知识经济条件下,由于社会与人同步发展,人们除了关心身边发生的生活琐事外,更有兴趣和能力关注和参与国家的政治进程和法制建设,传统政治生活中的信息垄断和权力的单向分配将彻底让位于知识社会中的信息公开和权力的双向对流。以往处于受治对象的公民、法人和其他组织将会充分运用各种机制干预和影响政治权力的运作和法律、法规的制定,而位居庙堂之高者又不得不将自身置于公众的监督之

^① 参见沈宗灵主编:《法理学》,高等教育出版社1994年版,第255~262页。

中,随时关心民意动向。故知识社会视野蛮与强权为公敌,民主与开放才是它追求的目标和奉行的标准。^①正是在民众日益高涨的参与热情的推动下,知识社会的政治制度建设必将与经济发展同步,从而促进法律的变革。

当然,知识经济和知识社会是我们基于现实的发展而对未来社会的一种理想描述,但它绝非是乌托邦式的空想。在我们生活的这个地球上,已经有以美国为代表的少数发达国家在知识经济的大道上昂首阔步地前进,并借机享受其资源,而使本已在早些年呈现衰萎迹象的经济肌体奇迹般地重获新生。如果说以蒸汽机代表的英国是工业革命的“领头羊”的话,那么以电脑、软件产业为代表的美国则可以当之无愧地充当知识革命的“排头兵”。我们相信,知识革命的成果必将在人类追求进步和文明的精神深处起到无可比拟的震撼作用,其示范效果和辐射效应迟早会像工业革命的大潮一样将全世界的所有国度卷入其中,^②带动人类走向共同繁荣和富庶。

人类在走向知识经济的时代,社会生活将会发生深刻的变化。这些变化是知识经济得以发展和壮大的客观基础,也是社会为自身促进知识经济的繁荣而发生的变革。在这场史无前例的经济“知识”化过程中,法律如何进行变革是世纪之交的法学理论界和法律实务界必须回答的问题。尽管我们目前尚无法对未来社会的发展按照现时的思维模式作出准确无误的预测,但是根据美国等已经向知识经济过渡国家的经验进行分析,并把握其发展趋势和大致要求还是可能的。正是基于这样的考虑,我们才得以基于前述对知识经济和知识社会的理解,对知识经济时代法律变革在宏

① 参见谢晖:《价值重构与规范选择》,山东人民出版社1998年版,第256~272页。

② 参见郭强等:《知识与经济一体化》,中国经济出版社1999年版,第25~30页。

观上作颇有现实指导意义的分析,尽管难免挂一漏万,但是无论怎样总是一种有益的尝试。总体而言,在没有出现暴风骤雨般的社会变革并因而引起国家经济制度发生翻天覆地变化的情况下,法律总是在渐进中通过改良而维持其相对稳定性。这种稳定性虽然在一定的社会阶段上可能会滞后于社会的发展而起到阻碍作用,但是如果没有这种稳定性,人们对法律后果的合理预测便无法实现,社会秩序只能在朝令夕改、变动不居的法律体制下得以建立。在经济领域,知识经济对工业经济的扬弃是通过社会生产力自身的发展而以经济手段实现的,即使它对社会环境(包括法制环境)有特定的要求,这种要求也只会通过人们在现有的法律体系中有意识的调整而予以实现。现行法律的基本原则、基本制度在知识经济发展的相当长的时间内,仍然可以极大地利用其张力,通过赋予其新的时代精神为知识经济服务。故我们这里所探讨的法律变革并不是你死我活的革命,而完全可以将之描绘成一种继往开来的维新。我们早已熟悉的法律理念并不会因为迎接知识经济的到来而弃之如履,是需要在面对知识社会的发展要求时,以一种开放的姿态积极探索自身的容纳能量。为此,本书所言的法律变革,也是尽可能地在原有的法律框架内挖掘其内涵。

1.2 实行法律变革,回应知识经济的现实挑战

与人类业已存在的其他行为规则不同之处在于,法律作为一种必须强制一体遵循的规则体系总是希望尽可能地在较长的时期内保持自己的稳定性。法律的保守是因为它必须通过其内容和效力的稳定在全体公民、法人和其他组织中树立其权威,起到可预期的导向。这不仅是立法者的意愿,更主要是法律的适用对象对自己所履行的法律义务和享有的法律权利的一种本能的求稳心理需

要。只有维持相对稳定性,法律关系建立后才能达到预期的目的,因为人们可以预测对义务的违反或权利的侵犯都将遭致法律的制裁。然而,随着社会的发展和进步,法律的稳定性必然会面临新问题,应在新挑战的过程中不断被突破,旧的法律体系不断被赋予新的内容,旧的规则甚至完全被抛弃。二千多年来的法治发展史表明,即使排除社会革命时期在外,法律的稳定性仍然是相对的,而进步和发展是法律变革的必然规律。

姑且不论自公元前 6 世纪至公元 7 世纪这长达一千多年的罗马奴隶制法在小商品经济的基础上从身份到契约、从繁琐到科学的发展历程,^① 工业革命以来法律的大致发展脉络,就揭示法律在新背景下的变革历程。

近代民法的奠基者们通过罗马法复兴运动将其合理内核根据新兴资产阶级的利益需要进行改造而吸收到自己的民法体系中,并建立了以平等性和互换性为对社会生活的基础判断,以形式正义为理念、以法的安定性为价值取向、以主体的抽象人格及财产权的绝对保护和私法自治为模式、以概念法学为其指导思想的近代民法。^② 这与当时资本主义经济平稳发展所提出的稳定和秩序的要求是相契合的。而与此形成鲜明对照的是,在动荡不安的 20 世纪,无论是 30 年代席卷西方国家的经济危机,两次世界大战,抑或是美苏两大阵营的“冷战”以及苏东巨变,其中任何一件都对以调整社会生活为己任的法律构成严峻的挑战。与此同时,随着生产力的进步,工业、交通业的发展,两极分化,贫富悬殊,劳动者与企业主对立,生产者与消费者对立,以及交通事故、环境污染、缺陷产品致损等严重的社会问题所引发出来的层出不穷的新型案件一时

^① 参见周树《罗马法原理》,商务印书馆 1994 年版,第 3 页。

^② 参见梁慧星,《从近代民法到现代民法——二十世纪民法回顾》,载《中外法学》1997 年第 2 期,第 19~30 页。

成为法院无法圆满解决的大难题。在学者、法官和立法者们的共同探讨和推动下,法律逐渐改变其机械性,并在一种全新思想的指导下开始制度上的变革,并最终使得近代民法发展演变成现代民法。正是这种变化,使得实质正义取代形式主义,社会妥当性取代社会安定性,劳动者、消费者等特殊主体的人格受到重视,财产权的绝对性有所削弱,私法自治和契约自由受到限制,并强调了企业事故、交通事故、缺陷产品致损和环境污染公害的社会责任,对许多特殊侵权行为排斥过错责任原则的适用,而站在社会利益的角度导入了与民事责任无关的损害赔偿制度。^①

民法中最能反映出法律对现实挑战的高度适应性、极具开放性特征的是知识产权法的诞生。当然,19世纪刑法的现代化革命,行政法的独立和飞速发展,体现可持续发展战略的环境法、外层空间法等法律部门出现也是法律不断变革的力证。

毋庸置疑,法律的进化不是哪一种经济形态特有的现象,然而,可以肯定的是,除非发生社会革命,否则任何一种经济形态下法律变革的频率和幅度都不可能与知识经济下的法律变革相提并论。罗马法从最初具有原始特性的奴隶制法发展成适应小商品经济社会第一部世界性的法律,并使得后人都无法对其进行实质性修改,其间经历了千年之期。罗马法复兴并被接受和改造为近代民法历耗数百年,即使是近代民法向现代民法的转变也是一个世纪以来各种力量此消彼长的结果。

法律的变革与人类的进化发展步伐惊人地保持一致。知识经济作为迄今为止人类所追求的最高理想的经济形态,它虽然不能从内涵上带来社会结构的巨大变化,但是它通过新兴知识密集型产业的带动,并向传统产业注入高科技知识和高效信息管理手段,

^① 参见梁慧星:《从近代民法到现代民法——二十世纪民法回顾》,载《中外法学》1997年第2期,第19~30页。