

知识产权的

正当性分析

法理和人权法的视角

胡朝阳 著

知识产权的私权与公权属性分析表明，知识产权兼有鼓励知识创造与促进知识传播、保障知识专有与实现信息共享等两方面人权价值基础。知识产权需要权衡私权与公权并确立其人权价值基础，才能具有实质正当性。知识产权的认同危机及其正当性反思，反映了现行制度运行中形式正当性与实质正当性的背离及其人权价值理念的缺失。对产权制度变迁的法社会学考察表明，近代工业革命以来科技资本化及其全球化的发展，推动了知识产权资本化及其全球化趋势，也引发了知识产权的认同危机及其正当性之形式与实质的背离。

中国作为正在崛起的发展中国家，辩证地看待知识产权资本化及其全球化的影响，加强知识产权保护的制度设计，完备知识产权制度运行的社会基础，改善知识产权合作交流的国际环境，仍是亟待解决知识产权保护的实质正当性及其价值功能实现的现实需要。

Intellectual
Property
Rights

Intellectual
Property
Rights

知识产权的
正当性分析

法理和人权的视角

胡朝阳 著

D913.04
H8



人
民
出
版
社

总 编 纂:周佑勇

责任编辑:王青林

装帧设计:曹 春

责任校对:高 敏

图书在版编目(CIP)数据

知识产权的正当性分析——法理和人权法的视角/胡朝阳著.

-北京:人民出版社,2007.12

ISBN 978-7-01-006764-3

I. 知… II. 胡… III. 发展中国家-社会保障-福利制度-研究

IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 204396 号

知识产权的正当性分析

ZHISHI CHANQUAN DE ZHENGDANGXING FENXI

——法理和人权法的视角

胡朝阳 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京市大兴县新魏印刷厂印刷 新华书店经销

2007 年 12 月第 1 版 2007 年 12 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32

字数:244 千字 印张:9.5

ISBN 978-7-01-006764-3 定价:20.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

总 序

“大学之道，在明明德，在亲民，在止于至善”——“止于至善”四字，正是百年名校东南大学的校训。在历史上，百年名校东南大学曾经赢得“北大以文史哲著称、东大以科学名世”之美誉。而今，东南大学正秉承校训精神，不断追求，锐意进取，力图突破以往在理工科方面所取得的卓越成效，并朝着以工科为特色，多学科协调发展的综合性大学方向奋力前行。1995年，东南大学恢复法学专业、成立法律系；2006年9月，东南大学正式重建法学院。通过创办法学院并大力发展其他人文社会科学，东南大学正不断体现着集中华人文精神与希腊科学精神为一体的“止于至善”校训之理念，不达“至善”境界，永不止步。

东南大学法学院虽然恢复重建时日尚短，然而，东大法学却已历经百年淳厚学术传统之浸润。东大法学肇始于民国时期1928年正式成立的中央大学法学院，首任院长为民国时期著名法学家谢冠生教授。昔日的中大法学院人才荟萃，名流云集，为东南法学一时之冠。学界、政界著名人物韩忠谟、钱端升、杨兆龙、梅仲协、史尚宽、刘克儁、曾劭勋、黄正铭、金国鼎、范馨香、韩德培等，或曾任职于或曾就学于中央大学法学院，缔造了东南大学法学数十年的辉煌。

感念先贤中大法学精神，激励当下东大法学学人。当今中国，政治昌明，民生安定；经济腾飞，法治发达。东大法学如何在此盛世之下为中国的法治建设添薪加火，对当下中国法治与及经

济建设中的重大法律课题作出创造性回应,乃今日东大法学学人所面临的历史使命。“东南大学法学文库”作为肩负这一历史使命而推出的一套法律丛书,以为社会贡献一批有分量的法学作品为己任,以促进法学的繁荣发展为目的,勉力为我国法制现代化建设尽绵薄之力。

通过出版“东南大学法学文库”,亦使社会各界加深对东大法学的了解。当今中国,法学出版物急剧增多,各法学院专业院校纷纷推出了体现自身学术风格的法学丛书。然而,这只表明今日社会文明之昌明和法律文化发展之鼎盛,而不代表法学理论著作的社会需求已经饱和。事实上,与飞速发展的我国政治经济生活相比,我国法学理论研究成果的质量与数量都有待提升。金陵古城作为位于当今中国经济最为发达、市场最为广阔、活力最为强盛的长江三角洲中心之腹地,也要求生于斯长于斯的东大法学在法治经济强劲发展的当下时代发出自己的声音。东大法学文库可谓应时而生!众多法学著述的存在不但使东大法学文库的出版平添了百舸争流的竞争意味,也象征着中国法学事业的锦绣篇章又添繁花。通过出版法学文库,使东大法学的学术风貌能够以一种整体的、持续的方式呈现给大家,使社会各界加深对东南大学法学的了解,使以科学名世的东南大学在法科领域再现奇葩!通过出版文库的方式,也答谢所有曾经关心和支持过东大法学发展的前辈和朋友!毕竟,无论是东大法学学人还是东大法学院本身,都需要社会和学界各方面的关爱和帮助!

本套文库的选题涉及法哲学与法理学、宪法与行政法、民法与商法、经济法、刑法、诉讼法、国际法等法学各个领域。选题范围面向东南大学法学院全体教师征集稿源,重点出版优秀的法学博士毕业论文、省部级以上的课题结项成果以及具有创见性的专题论著。本文库坚持以质取文,拒绝平庸之作,确保该文库的高

品位、高质量。凡纳入本文库出版的著作必须由作者本人提出书面申请,经由编委会就专著内容、学术规范等方面意见综合确定。我们希望,本文库能够成为东大法学高层次理论成果得以稳定持续成长的一方园地,成为集中展现东大法学学术传统与今日法学原创力学术作品的窗口!

“百年难得百家评,郁郁文哉动石城。虎踞龙蟠今胜昔,千秋学术在金陵。”期望东大法学文库的出版能够成为东大法学事业恢复重建的标志,并能延续东大法学的人文传统,超越过往,引领新时代的法治精神!

《东南大学法学文库》编委会

2007年6月26日

绪 言

权利的正当性是一个历久弥新的法理问题。自古希腊“苏格拉底之死”的历史启示到现代西方哈特与富勒有关“恶法亦法”(与“恶法非法”)之论争,人们无不在思考法律上的一个永恒主题,那便是法律的“正当性”与“强制性”之关系问题。其实,现代思想的一个显著特征便是拒绝强权辩护,人们也不再因强权意志而丧失自我。^①正如川岛武宜所言,“从事法学研究或学习的人必须学会一种特殊的技能。这是一种‘发现和说明人类的所有行为都应当有正当理由’的技能”。^②从法律上讲,正当性论说要求论者举出足够理由说服听者,证明自己行为正当并为对方所接受。所谓正当一般是指人的行为方式和愿望等符合社会生活中现行规范和政策的要求,或者符合社会发展的客观规律性和人们的普遍性利益等方面的需要。利益作为一个客观范畴只在经过正当化以后才被视为是正当的。正当化是一定社会主体通过一定社会规范的形式将一定的社会利益关系规范化,规范化是正当化的标志。由于利益资源的有限性与人的需要的无限性存在矛盾,主体之间利益之争带来利益关系的不确定和不明晰,从而要求通过规范化的权威性根据来进行裁断以判明是非。正当化就是对现存社会利益关系的进一步明确化、形式化、抽象化和

① Horacio M. Spector, *An Outline of a Theory Justifying Intellectual and Industrial Property Rights*, *European Intellectual Property Review*, Sweet & Maxwell Limited and Contributors, 1989.

② [日]川岛武宜:《现代化与法》,王志安等译,中国政法大学出版社1994年版,第273页。

普遍化,使应有权利与义务关系转化、提升为具有客观性和现实性的法律上的权利义务关系,并最终内化为主体意识。所以,权利(right)在西方也指称“正当”(legitimate),它是利益经过正当化后在法律上的体现。

权利作为利益在法律上的体现,乃是正当性与强制性的辩证统一。在现代社会,法律作为“理”与“力”的结合,其是否能取得人们的普遍认同,以及其是否能获得有效实施,都是与法律本身之“理”的正当性及其之“力”的正当化密不可分。易言之,在现代社会,法律的有效实施日益依赖于其正当性而非单纯的强制性。即便当年富勒与哈特之论争针锋相对,但双方却都认可法律之核心概念在于“权威”而非“强制”。现代法律的有效性之所以离不开其正当性,乃是因为权利经由国家权力的正当化过程总是需要引入价值判断。对此,M. 韦伯认为,现代“法治国”中强制性的、普遍性的、客观性的形式理性法使暴力披上了正当化外衣,经过正当程序制定的法律无须再为其正当性寻求外在支持。显然,在韦伯看来,正当性被视同形式理性法的强制性。然而,哈贝马斯却分析指出,现代社会人们普遍关注国家权力的“合法性”(legitimacy)问题,即“某种政治秩序被认可的价值”,这是政治系统成功地保证大众的持久忠诚及其成员意志服从的关键;哈氏在此所述“合法性”即指“正当性”。^①关于合法性,让-马克·夸克指出,合法性并不限于法律,合法律性并不足以确立国家权力的正当……合法律性只是合法性的一个指数。^②由于在西方文字中对法的概念存在着自然法与实在法、主观法与客观法等不同理解,所以人们常用法与法律将它们区别开来。法是指永恒的、普

① [德]尤尔根·哈贝马斯:《合法化危机》,刘北成、曹卫东译,上海人民出版社2000年版,第128页。

② [法]让-马克·夸克:《合法性与政治》,中央编译出版社2002年版,第31—32、33页。

遍有效的正义原则和道德公理,而法律则指由国家机关制定和颁布的具体的法律规则。法律是法的(真实或虚假的)表现形式,而法则高于法律并衡量其善恶的价值标准。合法性在广义上包括伦理正当性(合理性)与法律正当性(合法性),因而合法性只是合法性性的一个上位概念,它在西方学者语境中往往是与正当性替换使用的。不过,在西方不同法学派对于正当性(合法性)却又存在不同的解读。

通常,规范法学派认为,国家权力才是权利的正当性根据,法律的有效性根源于国家意志的强制性;自然法学派认为,正义价值观念及其道德基础才是权利的正当性根据,法律的有效性根源于法律与社会通行的伦理道德价值之间的一致性。随着现代法学思想的发展,出现了法社会学(社会法学)、法经济学(经济分析法学)、当代西方新自然法学等不同思想流派,它们对于权利的正当性往往持有不同理解。例如,法社会学往往将法律与社会变迁之间的互动适应性作为判断权利的正当性标准,法经济学将法律运行的效率作为判断权利的正当性标准,新自然法学则将自由与平等的协调尤其是权利安排与利益分配中的公平正义作为判断权利的正当性标准。显然,规范主义法学看到了国家权力在合法化中的作用,却忽视了市民社会所蕴涵的物质基础而误认为国家权力是权利合法性的根据,甚至主张“恶法亦法”。一般来说,正当性(合法性)虽经由国家权力的正当化(合法化)过程,但其最终根据却在于社会物质生活条件下人们的利益要求。在马克思社会结构理论看来,正当性体现了生产关系适应生产力、上层建筑适应经济基础的社会规律性要求。^①笔者认为,权利的正当性势必要经由国家权力的正当化而做出的制度安排,能够充分体现各主体利益关系协调的普遍性、共同性与一贯性要求,全面协调各种利益冲突,恰当平衡各方利益分配,并使之能够体现自由、平等乃至人的尊严等价值目标,从而实现其价值功能。显然,规

① 吕世伦、文正邦:《法哲学论》,中国人民大学出版社1999年第1版,第295页。

范主义法学往往忽视权利主体对于自由与平等的价值诉求,只看到法律的形式价值而忽视其实质价值,甚至导致形式合法性(正当性)与实质合法性(正当性)的背离。

对于实质合法性(正当性)的理解,不同的思想家、不同的法学流派又有不同的解读:在自然法学派那里,实质合法性是指符合理性、正义、自然法的属性;在哲理法学派的学说中,实质合法性就是合乎某种先验的理念、原则和绝对精神;在功利主义法学派看来,实质合法性是指“符合最大多数人的最大幸福”的原则;在结构功能主义者眼里,实质合法性是指法律应当以社会最高价值观为依据。而让-马克·夸克指出,合法性有三大要素或要求:被统治者的首肯,得到社会价值观念和社会认同,与法律的性质与作用相关联。因而实质合法性是对价值的正义性的一种承认,政府通过法律来建立这种价值,它是政治利益的一种表达。因此,合法性也就成了统治权力及其以权力体系形式而组织的政治活动的基础。从法律实施的角度来看,法律如果同广大社会成员所承认的价值不相适应,那么即便是它被制定颁布也无法获得人们的普遍遵守。^① 尽管让-马克·夸克在此所论及的只是政治统治权力的合法性(正当性)而非权利的正当性问题,但如果将其论及的“政治统治权/者”替换为“立法权/者”的话,也不妨据此来分析权利的合法性问题。权利作为经由国家权力而加以正当化的法律形式,如果缺乏社会大众的价值首肯,便会呈现形式合法性(正当性)与实质合法性(正当性)的分歧,从而引发认同危机而得不到大众的普遍遵循。韦伯极力主张形式理性法的现代性,强调价值中立或价值无涉,显然其理论倾向更多表现出对形式合法性的关注。与此相反,哈贝马斯则从晚期资本主义经济的高速增长给自然界和人类社会带来的诸多问题的视角分析了合法性危机,

^① [法]让-马克·夸克:《合法性与政治》,中央编译出版社2002年版,中译本序,第2—3、第36、第47页。

并指出这种合法性危机会导致大众对于经由国家权力正当化的法律的认同危机,显然他通过价值因素的引入而更多地关注实质合法性的重要地位。

知识产权作为一种私权是以限制乃至剥夺社会公众对于相关知识产品的使用与传播的自由为代价的。作为通过限制一部分人自由而赋予另一部分人以特权的制度安排,对其正当性加以追问并探寻其合法性论说乃是极其必要的。“当知识产权法日益被演绎成全球知识产品垄断工具的时候,也使得重新审视和反思它的立法原则成为必须。同时,知识产权保护领域中频繁发生的盗版现象,证明知识产权的正当性没有得到社会公众的普遍认可”。^① 关于知识产权的正当性,目前既有经济学的分析,^②也有自然权利论等文化意义的论说,^③此外还有社会结构论等社会学意义上的论证。^④ 即便如此,知识产权的正当性作为法理问题,仍然众说纷纭,莫衷一是,甚至对于知识产权作为一种制度安排是否是正当的,也存在种种疑问乃至认同危机。例如,以美国的 Anatol Volynets 为代表的“知识产权怀疑论”者认为,知识产权保护不是对社会、经济、文化、教育等产生了促进作用,而是相反地产生了阻碍效应;以美国的 Richard Stallman 为代表的“反知识产权论”者提出,应该限制甚至废除知识产权制度,形成一股反知识产权思潮;以加拿大的 Davis Genius 为代表的“知识产权僵化论”者认为,现行知识产权制度过于僵化,难以适应现实社会尤其是针对传统知识保护的客观需要,需要进行改造。^⑤ 可见,知

① 徐理:《知识产权的正当性——论知识产权法中的对价与衡平》,载《中国社会科学》2003年第4期。

② 刘茂林:《知识产权法经济分析》,法律出版社1996年12月第1版。

③ 易继明:《评财产权劳动学说》,载《法学研究》2000年第3期。

④ 金海军:《知识产权私权论》,中国人民大学出版社2004年12月第1版。

⑤ 曹新明:《知识产权法哲学理论反思——以重构知识产权制度为视角》,载《法制与社会发展》(双月刊)2004年第6期。

知识产权的正当性正在受到不同视角的理论质疑。尽管知识产权制度在赋予权利人以专有权时,也创设适度而必要的权利限制机制,例如法定与强制许可制度、合理使用制度等,以此实现所谓知识产权与公共利益的价值平衡。但是,知识产权作为传播中的财产权,却总是要以社会公众的学习自由权、教育权、信息自由权等基本人权的暂时局部让渡作为成本。“这个成本发生在发达国家与发展中国家之间时,需要以发展中国家牺牲本国人民基本人权为代价;即使在发达国家内部,该成本发生在少数垄断集团和大部分社会公众之间时,它也需要以社会公众牺牲自己宪法上的自由权为代价”。^① 知识产权保护的成本与代价往往使现实的制度运行呈现某种负价值功能,这些负价值功能包括:知识产权保护有强化知识产权人垄断地位的趋势而妨碍科技与经济的可持续发展;知识产权全球一体化强保护作为发达国家及其利益集团谋求知识霸权的工具,导致多数人/国难以分享科技进步的现实利益;发达国家及其利益集团在有关知识产权保护及其国际贸易中推行单边主义和双重标准,限制乃至剥夺发展中国家自主选择其科技经济发展道路的权利等。因此,人们不免要对知识产权产生认同危机并对其正当性发出追问。

面对知识产权的认同危机,人们尤其需要反思一下这样一系列问题:(1)作为私权性的知识产权为何有其制度变迁的历史必然性与制度创新的经济必要性?其私权正当性根据何在?(2)为何要探讨知识产权的价值功能尤其是其负价值功能?其负价值功能有哪些具体表现?(3)当代社会为什么会出现知识产权的认同危机?这种认同危机为何会引起人们对知识产权的正当性追问?其正当性追问的实质是什么?(4)对于知识产权的私权属性人们究竟有着怎样的论争?知识产权的正当性价值目标是什么?如何理解知识产权的人

^① 徐瑾:《知识产权的正当性——论知识产权法中的对价与衡平》,载《中国社会科学》2003年第4期。

权价值属性?作为私权的知识产权与普遍性的基本人权为何会发生冲突?为什么知识产权的私权属性在当代社会得到更多的强调,而其人权价值属性却存在着不同理解甚至种种质疑?当具有国家授予性的知识产权与普遍性的基本人权发生冲突时,主权国家为何具有协调与平衡这种冲突的责任与义务;主权国家应该如何履行这种责任与义务?(5)当代社会的科技经济发展具有哪些特点?它究竟对知识产权及其正当性构成怎样的社会挑战与影响?国际社会该如何回应这种社会挑战与影响?(6)在知识产权正当性的法哲学分析中,洛克等自然权利理论与边沁等功利主义理论在正当性论说上有何不同?马克思劳动价值论能够为当代知识产权的正当性提供怎样的理论反思?(7)伴随全球一体化的市场经济发展,各主权国家(发达国家与发展中国家)在知识产权国际保护领域的利益分配上,为何会呈现形式正当性与实质正当性的背离?要解决知识产权的形式正当性与实质正当性之背离及其价值功能与价值目标之偏差,国际社会应做出怎样的理论与制度选择?(8)在知识产权资本化和知识产权全球化趋势下,发展中国家为确保和维护其本国利益究竟应如何合理寻求其知识产权正当性价值取向及其制度选择?(9)在知识产权保护问题上,国际社会(尤其是发达国家及其垄断利益集团)应该如何协调行动?在主权国家利益实现与基本人权保障等方面,发达国家与发展中国家在这种协调行动中所承担的国际义务有何不同?(10)知识产权全球一体化强保护为何不具有正当性?中国作为发展中国家应如何实现其知识产权制度移植的实质正当性?

知识产权的正当性是一个宏大的理论课题,往往需要来自不同学科领域的对话与交流。就法学视角的分析来看,不同法学流派思想也往往见解不一。随着科技尖端化、经济全球化、政治多极化的社会历史变迁,有关知识产权之正当性所面临的各种现实问题愈发变得层出不穷。不过,通过高屋建瓴的法理探讨必将有益于国际社会形成和谐的对话空间进而趋于共识的达成。事实上,反思知识产权

的认同危机,对知识产权加以正当性追问,并非是要消除这一人类社会数百年来渐趋成熟的法制文明成果。相反,正是通过这种反思与追问,不仅要使得国际知识产权规则更加公正合理,也要使有关知识产权的法治文明精神能够真正深入人心。从而最终能够确保知识产权制度运行合乎“良法之治”的社会理想,既推进人类社群焕发科技创新之活力,又引领人类社会得享科技进步之福祉。因此,本书结合法哲学、法社会学、法经济学等多种分析方法,综合运用价值分析、规范分析和社会分析等多维探讨视角,采取先实证后反思的分析进路,即先从工业革命这一历史现象出发提出知识产权的正价值功能及其私权正当性问题,通过其制度变迁的历史必然性以及制度创新的经济必要性对此加以实证分析,随后才从知识产权的负价值功能出发对其正当性加以反思与追问。在此,借鉴法律功能论与法律价值论等思想成果分析知识产权制度运行中的成本与代价问题,指出知识产权的正当性追问及其私权性论争实乃反映着人类社会的一种共同需要;那便是合理确立知识产权制度运行的正当性价值目标,正确认识知识产权制度实践的人权意义,不断消解知识产权与人权的价值冲突。为拓展知识产权之正当性的论题研究,本书试图将论题放到科技经济一体化及其全球化的大背景下考察其面临的社会挑战,同时还对论题展开法哲学反思,力图揭示其知识产权之法理基础。最后,在比较考察形式正当性与实质正当性这两种正义价值观的基础上,力求阐述主权国家保障知识产权与人权之价值统一以实现其实质正当性之价值目标的必要性,从而强调指出当代中国知识产权制度移植,应在适应全球化趋势下进行恰当制度选择,以确保其知识产权保护中实质正当性之价值目标的实现。

目 录

总 序	1
绪 言	1
 第一章 知识产权的私权属性及其正当性根据	 1
一、从工业革命透析知识产权之私权正当性	1
二、知识产权制度变迁的必然性:历史正当性	21
三、知识产权制度创新的必要性:经济正当性	35
 第二章 知识产权的正当性追问及其人权属性	 55
一、知识产权的负价值功能与正当性反思	55
二、知识产权的正当性追问与私权性论争	73
三、知识产权的正当性价值目标与人权属性	92
 第三章 知识产权正当性面临的社会挑战	 108
一、科技经济发展与产权制度变迁	108
二、科技经济发展对知识产权正当性的挑战	124
三、当代知识产权的制度回应及其实证考察	142
 第四章 知识产权正当性的法哲学反思	 158
一、自然权利理论	159
二、功利主义理论	173

三、马克思劳动价值论	187
四、哈贝马斯交往行动理论	200
第五章 知识产权正当性的价值取向与制度选择	216
一、知识产权正当性与两种正义价值观	216
二、知识产权之正当性实现中的主权与人权	232
三、知识产权之实质正当性及其在中国的实现	249
主要参考文献	271
后 记	287

第一章 知识产权的私权属性 及其正当性根据

近代工业资本主义兴起时期,作为私有财产权的知识产权曾发挥着强大的刺激经济增长与促进科技创新的功能。近代工业革命之所以对近代西方世界兴起及其历史变迁与经济增长产生史无前例的巨大影响,正如经济学家道格拉斯·诺思所分析指出的那样,产权尤其是知识产权制度创新乃是其关键所在。如今,有关知识产权的私权属性已被广为接受,甚至已成为世界贸易组织 TRIPS 协议之各成员国的订约宗旨。正是作为私权的知识产权有其推动社会变迁与促进经济增长的法律功能,才为知识产权的正当性论说不断提供着辩护。

一、从工业革命透析知识产权之私权正当性

(一) 工业革命起源与知识产权制度

大凡研究知识产权制度,一般都无法绕开近代工业革命的起源问题。人类历史上先后经历了始自 18 世纪 60 年代的第一次工业革命,始自 19 世纪 70 年代的第二次工业革命和始自 20 世纪 40 年代的第三次工业革命。本书所涉工业革命,则特指始自 18 世纪中叶英国近代史上特定历史时期的由农业、手工业经济过渡到以工业、机器制造为主导的经济与社会结构变迁,它是一个包括生产工具的改良、劳动组织、工业结构及其经济活动方式的演变,乃至社会整体变革的过程。其历史影响,正如马克思从科技发展社会功能角度所指出的那样,“分工,水力、特别是蒸汽力的利用,机器的应用,这就是从 18