

新世纪学术文丛

知识产权法 哲学初论

龙文懋 著

人民出版社

新世纪学术文丛

知识产权法 哲学初论

龙文懋 著

人 民 大 学 出 版 社

责任编辑：刘彦青 张维训

封面设计：徐 晖

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权法哲学初论/龙文懋著

ZHISHI CHANQUANFA ZHIXUE CHULUN

北京：人民出版社，2003.8

ISBN 7—01—003954—2

I. 知…

II. 龙…

III. 知识产权—法哲学

IV. D913.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (03) 第 046439 号

人民出版社 出版发行

100706 北京朝阳门内大街 166 号

天津市蓟县宏图印务有限公司印刷 新华书店经销

开本：850×1168 毫米 1/32 印张：7.375 字数：185 千字

版次：2003 年 8 月第 1 版 2003 年 8 月北京第 1 次印刷

书号：ISBN 7—01—003954—2

定价：14.00 元

知识产权法哲学初论

龙文懋 著

人民出版社

序

经历了农业经济和工业经济之后，人类社会正在步入一个崭新的知识经济时代。培根那句“知识就是力量”的名言从未像今天这样得到如此淋漓尽致的体现。以信息科学、基因技术等高科技为内容的新知识体系不仅影响着我们日常的衣食住行，而且影响着世界经济和政治的分合变幻，甚至在一定程度向人类自身的价值和存在提出挑战。知识不仅仅是“力量”，而且已经成为“资本”，甚至有可能成为“霸权”。犹如土地于农耕社会，工场和原料于工业社会，知识于信息社会乃关乎人类生存和社会发展之维系，其至关重要性不容低估。

知识既然如此关键，规范和调整有关创造、拥有、利用和保护知识的活动和权利的法律规范——知识产权法，也自然成为知识经济时代的主要法律部门之一。但是人们常常感觉或认识不到知识产权法的重要性。这里除了有我国现阶段知识经济尚不发达、知识产权法律制度有待完善等原因外，我国知识产权法的基本理论研究不足且不深入也是一个主要原因。诚如本书作者所言，现有的知识产权法书籍多为现行制度和规则的介绍，深入探讨知识产权法基本理论的专著较少。为了弥补这一领域中的不足，龙文懋博士经过几年的努力，为我们提供了凝聚着作者心血的《知识产权法哲学初论》一书。

作者在该部专著中参考和运用了大量中外资料，首先由表及里、由浅入深，如层层剥笋，用明晰的笔触为读者清楚地分析了财产这一基本概念在法律上的界定，指出财产是“能够获取经济收益，并且具有一般等价性的权利”，并以此为出发点，进而分析了财产的必要属性，即有用性、稀缺性和可界定性。在这一基

基础上，作者对知识产权的界定、性质及其独特的属性进行了分析和论述，对于传统的“知识产权是无形财产权”的说法提出了质疑，认为知识产权在本质上“是对知识产品的垄断性经营权”，在内容上“是没有权利客体”的“权利型财产”，在形式上是具有收益可能的“准财产”，在运行中具有“知识产的流失指的是稀缺性的降低”的特点等等新的提法和观点。在厘清了知识产权与物权的区别的基础上，作者还提出知识产权制度与物权制度具有本质区别。这些提法和观点尽管有待商榷之处，但显然在总结前人观点的基础上，为知识产权提供了一个较为系统的新的理论基础，从而使知识产权在知识经济中的独特作用得以凸显。此外，作者还通过对洛克和亚当·斯密关于财产权和契约自由理论的分析，借鉴其中的合理部分，论述了知识产权的正当性和合理性；同时通过对知识产权的公益性和私益性、意思自治和社会利益等内在矛盾的分析，指出了传统理论的局限性，提出了对于“财产自由”为核心的财产权进行必要和适当限制的合理性，采纳制度经济学和经济分析的方法，为我国建立现代知识产权制度提供了一个相对完整的理论框架。

值得一提的是，作者还对知识产权与人权之间的关系进行了分析，指出“它不仅会影响人的经济状况，也直接关系到人的整体生存质量。知识产权将带来人的权利的全面变动和社会面貌、人们的意识及观念的深刻变化。知识产不是简单地满足人的某种生产、生活需要，而是会改造人们的生活样态和发展人们的生活模式。”通过对美国微软案件和我国关于软件保护引发的争论的实际案例进行分析，着重从知识产权与隐私权、生命权、发展权的关系，透过现行国际知识产权制度造成的弱势群体权益受损、资本扩张、国际知识产权格局失衡等现象，作者尖锐地指出知识产权制度与人的自由全面的发展存在种种矛盾之处，提出“既要重视知识产权对于社会发展和人类进步的积极意义，也要看到它可能带来的消极后果”，在积极建立知识产权制度和大力加强对

知识产权保护的进程中，也要对知识产权制度的不足之处努力进行补救。从人权的高度审查知识产权制度，是作者匠心独具之处，也为我国知识产权法的研究提供了一个新的视角。

作为法学研究领域中的一个新人，龙文懋博士的此部专著视野宽广，立意深远，思路清晰，分析透彻，称得上是一部有创意的专著。此书中采用的把法理学与部门法学紧密结合的做法更是一种值得大力提倡的趋势。新人、新作、新视角，清新之风通篇可见。故在此部专著付梓之际，赘述如上，一则为自抒感想，二则为鼓励祝贺。

王晨光

2003年3月16日

于清华大学法学院

目 录

序.....	王晨光 (1)
绪论 制度及其相容性：知识产权法律制度的哲学	
文化考察	(1)
第一章 财产概念辨析	(24)
第一节 财产与物	(25)
一、四个“财产”概念	(25)
二、财产与拟制之物	(27)
三、财产概念对物的扬弃	(29)
第二节 财产与权利	(30)
一、“对物的权利”与“对人的权利”	(30)
二、“物质上的所有权”与“法律上的所有权”	(32)
三、财产的获利预期与物理属性	(35)
第三节 财产的其他定义	(38)
一、制度经济学家关于财产的定义	(38)
二、洛克的财产定义	(40)
第四节 财产概念综述	(43)
一、财产与权利	(43)
二、财产与物	(46)
第五节 财产的属性	(47)
一、财产的要素：有用性与稀缺性	(47)
二、财产的可界定性	(50)
小 结	(54)
第二章 知识产及知识产权法律制度的特殊性	(56)
第一节 财产的种类	(56)

一、权利型财产与有体型财产	(56)
二、既定财产与准财产	(60)
第二节 知识产的性质	(63)
一、知识产权的权利性质	(65)
二、知识产是无形准财产	(69)
三、知识产的稀缺性	(70)
第三节 知识的特殊性和知识产权法律制度的	
特殊性	(74)
一、知识财产制度的历史变迁	(74)
二、知识产权与物权的区别	(78)
三、知识产权权利关系原则的特殊性	(84)
小 结	(85)
第三章 财产权制度的理论基础	(87)
第一节 财产及财产自由的来源：财产权的劳动说	(87)
一、人对自身的财产权是人权的基础	(88)
二、天赋人权是财产权的基础	(91)
第二节 财产自由的政治意义	(92)
一、保守派的“君权神授”理论	(93)
二、天赋人权及政治自由	(95)
第三节 财产自由与经济自由主义理论	(97)
第四节 财产自由理念的局限性	(100)
一、劳动的竞争性与财产权	(101)
二、意思自治与社会利益	(102)
小 结	(108)
第四章 知识产权法律制度的理论基础	(109)
第一节 知识产权的权利来源	(110)
一、知识产权与天赋权利	(110)
二、知识产权与劳动、竞争	(112)
三、知识产权与知识成果	(114)

第二节 知识产权制度的公益性和私益性	(116)
一、公益与私益的辩证关系	(117)
二、知识产权法律制度的公益性	(119)
三、知识产权的私益性及其限制	(123)
第三节 知识产权法律制度的经济分析	(125)
一、知识产权法律制度与经济理性	(125)
二、知识产权形成的条件	(127)
小 结	(130)
第五章 知识产权与人权	(132)
第一节 知识产权与知识霸权：两个个案的分析	(132)
一、微软垄断案	(132)
二、有关软件保护水平的争论	(136)
三、知识与知识的权利——笔者的思考	(148)
第二节 知识产权与人权	(155)
一、知识产权与人的发展	(155)
二、知识产权权利关系原则质疑	(161)
第三节 教育权与著作权的竞争与平衡	(165)
一、著作权合理使用权的性质及其理论依据	(166)
二、教育权对著作权的限制及其反限制	(172)
三、我国著作权合理使用制度评析	(179)
小 结	(183)
第六章 财产权理念及制度的发展	(185)
第一节 传统的财产自由理念	(185)
一、财产权的绝对性	(185)
二、绝对的契约自由和意思自治	(187)
三、财产自由与社会正义	(189)
第二节 财产权理念的发展：从财产自由到社会 利益	(191)
一、财产权与人的权利的多样性	(192)

二、平等观的变化	(193)
三、政府职能的转变	(195)
四、正义新论	(197)
第三节 法律价值的发展：从财产自由到保护人权	(198)
一、人权理论的发展及发展权的提出	(198)
二、发展权的涵义及意义	(200)
三、发展权的提出对于财产权理论的影响	(204)
第四节 知识经济时代法律的人文价值	(206)
一、知识经济及其人文意义	(207)
二、知识经济时代法律的人文价值	(212)
小 结	(217)
主要参考文献	(218)
后 记	(222)

绪论 制度及其相容性： 知识产权法律制度的 哲学文化考察

知识产权法哲学的研究对象是知识产权法特有的理念、原则、理论基础等等。20 世纪 80 年代开始，中国主要是通过借鉴西方的经验，建立了知识产权法律制度。虽然起步较晚，但是国内的知识产权法学研究十分活跃，近年来随着知识经济的提出和中国加入 WTO，有关研究更是成为热点，取得了大量成果。但是，现有研究成果主要是以知识产权法律制度的介绍和引进为目的、着重于在现有知识产权法律框架下进行一般的规则研究，这是远远不够的。诚如识者所言，知识产权作为一种财产权，它的出现和发展有着深刻的政治、经济、文化与哲学的背景，尤其是与西方特定时期的特定文化与哲学理念分不开。不管这些西方的理念是不是充满着“欧洲中心论”或殖民主义的色彩，我们都必须努力去了解它，因为只有透彻地理解知识产权法律制度背后的哲学与文化理念，我们才能够理解类似的制度在中国的现实状况，以及它的发展趋势，对中国知识产权法律制度的发展方向有符合中国国情的看法，而不总是步西方社会的后尘。^① 我们认为，制度的绩效取决于它自身内部的一致性以及与它外部环境的一致性，知识产权法律制度的相容性是关乎它在中国的现状及发展趋势的关键所在，因而知识产权的法哲学研究、亦即对于知识产权法律制度的理念及其哲学文化背景的研究是十分重要的。

① 郑胜利：《北大知识产权评论》（第三辑）主编语，法律出版社 2002 年版。

一、一致性理论的内涵

“一致性”或“相容性”是诺贝尔经济学奖获得者阿瑟·刘易斯在其名著《经济增长理论》中提出的，即“制度、观念或环境与经济增长相一致”^①。一致性包括三个方面：制度与经济增长的一致性，制度体系自身的一致性，以及制度与其他经济、政治环境的一致性。其中制度与经济增长的一致性指的是“制度对经济增长的促进取决于制度把努力与报酬联系起来的程度，取决于制度为专业化和贸易所提供的范围，以及制度允许寻求并抓住经济机会的自由。”^②而制度体系自身的一致性指的是影响经济发展的制度是一个完整的体系，除最核心的宪法、一般法律、政令等表现为正式约束的“硬”制度外，还包括宗教、伦理和家庭等“软”制度，以及价值信念、道德观念、风俗习惯和意识形态等“软”制度。种种制度间形成复杂的相互耦合，并能适应于其他政治、经济环境，从而可促进经济发展，则我们认为存在制度相容性。此时作为一个整体的制度体系可充分发挥功能，与制度效率正相关。反之，各种制度不但不能同时共存、相互促进反而相互掣肘，或即使相互适应、相互促进但不能适应于其他经济、政治环境，则制度相容性很低，制度的整体功能就要大打折扣。制度相容性的意义在于它是影响制度效率的重要因素，是制度变迁成功与否的决定性因素。

对于知识产权法律制度的后发国家，制度的相容性问题尤其值得重视，因为这些国家实行的知识产权法律制度大多是“政府推进型”而不是“需求诱发型”的，而发达国家的知识产权法律制度则是“需求诱发型”的。在这些国家，不但习惯、道德等非

①② [英] W. 阿瑟·刘易斯：《经济增长理论》，上海三联书店、上海人民出版社1994年版，第5、176页。

约束性制度是需求诱发型的，即使是约束性的正式制度也是需求诱发型的，是某些人为了响应获利机会而自发倡导、组织和实行的，政府很少主导其变迁过程，而是为诱发型制度创新提供条件，把其中行之有效的创新确定为正式的制度。政府的作用主要表现为创造创新的环境和对创新的确认，是创新的“调速器”。这和由政府通过命令或法律强制推行的制度变迁完全不同。需求诱发型制度有较高的相容性，国家法律、政令、伦理道德、风俗习惯和意识形态之间有较高的一致性，制度的绩效比较高，而政府推进型制度的相容性则比较低，法律、政令等“硬”制度与宗教、伦理和家庭等“软”制度以及价值信念、道德观念、风俗习惯和意识形态等等思想层面的“软”制度之间往往存在牴牾，法律制度难以发挥实际的作用，制度运行的成本偏高，法律失效的情况比较突出。

那么知识产权法律制度后发国家能否自发地“长入”新的制度呢？亦即它们是否有可能通过需求诱发创生知识产权法律制度呢？答案是否定的。以中国为例。制度创新是多种条件共同孕育的结果，除需求冲动的刺激外，还包括政治、经济、文化等等多种因素。在中国，存在多种对知识产权制度创造的不利条件。首先，受传统文化和所有权制度等等的的影响，诱发制度变迁的获利冲动相对不足。儒家伦理提倡重义轻利、知足常乐，受其影响，社会群体普遍缺乏无止境地追求物质利益的冲动。而根据马克思·韦伯的研究，永不满足地追求物质利益的冲动，对享乐倾向的鄙视，以及以精确的算计为基础的理性，是发展资本主义的精神动因。马克思·韦伯曾指出，注重“勤勉”、“苦行”的新教伦理观念是导致“资本主义精神”产生的一个重要因素。他认为，新教徒为了证明自己是上帝的“选民”，便努力从事世俗商业活动以获得财富，因为一个人拥有财富的多寡是他是否被上帝“选中”的标志。于是，新教徒们打着“为增加上帝的荣耀”的旗号而不知疲倦地、争分夺秒地辛勤工作，不断地去赚钱和积累财

富。正如美国早期资产阶级的著名代表人物、被马克斯·韦伯称为“浑身上下渗透着资本主义精神”的本杰明·富兰克林所说：“切记，时间就是金钱。假如一个人凭自己的劳动一天能挣十先令，那么，他这天外出或闲坐半天，即使这期间只花了六便士，也不能认为这就是他全部的耗费，他其实花掉了或应该说是白扔了另外五个先令。”^① 马克斯·韦伯认为，这种为了追求金钱而争分夺秒地劳动的精神正是一种“典型的资本主义精神”，而这种精神显然与注重勤勉、苦行的新教伦理有着某种内在的联系。马克斯·韦伯指出，“你须为上帝而辛勤致富”这句话，在新教徒那里被视为上帝的“圣训”。在他们看来，“圣徒永远安息是在彼岸世界，而在尘世生活里，人为了确保他蒙承神恩的殊遇，他必得完成主所指派于他的工作，直至白昼隐退。按照主之意志的明确昭示，惟有劳作而非悠闲享乐方可增益上帝的荣耀。”^② 马克斯·韦伯把无休止地追求物质财富、惜时如金、辛勤工作的精神当成资本主义精神的一个重要内容，而这种精神来源于新教伦理。而中国传统文化中恰恰缺乏这种不知疲倦地追求财富的冲动。其次，行政权力的过度膨胀为超经济的剥削创造了条件，这使得人们更多地会利用权力而不是通过理性的算计来获利。在古代中国，“财富跟着权力走”，攫取权力是致富最为便捷、可靠的途径（“三年清知府，十万雪花银”——类似的证据俯拾即是），加之长期重农抑商，“万般皆下品，惟有读书高”、“学而优则仕”，人们获利的冲动更多地是通过非经济的手段得到满足，而难以从中诱导出经济理性行为。而由于官商勾结等等，商人往往借助官府的力量聚敛财富，其经济活动也并不完全遵循目的——工具理性。

不但古代中国缺乏内生知识产权法律制度的条件，在当代中

^{①②} [德] 马克斯·韦伯：《新教伦理与资本主义精神》，三联书店 1987 年版，第 33、123 页。

国以及其他发展中国家，制度变迁也缺乏必要的条件。新制度经济学家认为，发展中国家和地区不仅缺乏资本、技术和高素质劳动力，更缺乏有效的制度，一种能优化资源配置、降低交易费用和迅速启动经济增长的制度安排，因此创新更有效的制度即进行制度变迁十分必要。但对需求诱发性制度变迁具有至关重要影响的市场主体力量相当弱小，无力响应国内外市场条件的变化；激励机制本身的缺陷使企业缺乏自发倡导、组织和实行诱发型制度变迁以响应新的获利机会的动力。因此，对市场扩张和新制度安排的要求并不迫切，关于经济开放的需求诱发型制度安排，必须有外部力量强制性地地进行制度创新以刺激市场发育和对现代经济制度的需求，把制度推进新的轨道。政府作为惟一能涵盖全社会的强大政治、经济组织，拥有很大的资源支配能力，能用政治、经济和法律等手段支配和约束非政府主体的行为，因而成为责无旁贷的主要制度供给者。“在一定的宪法制度和行为的伦理道德规范下，权力中心提供新的制度安排的能力和意愿是决定制度变迁的主导因素。”^①

然而制度变迁存在明显的“路径依赖”，亦即制度变迁在改变原有制度轨迹的同时又受原有制度的制约，需要制度体系中创新的部分与其他部分间保持协调。在政府推进型制度变迁中，易于由政府主导强制变迁的法律和政令等制度与变迁慢且政府不易主导的非约束性制度间的相容性问题十分突出，政府主导变迁的法律和政令间也存在相容性问题。国家法律、政令、伦理道德、风俗习惯和意识形态间是处于互相适应还是互相矛盾的状态，以及制度是否适应于国内国外环境，是制度移植国家面临的重大问题。

① 杨瑞龙：《论制度供给》，《经济研究》1995年第8期。

二、知识产权法律制度在中国

中国曾经历了两次大的知识产权法移植过程，一次发生在清末和民国时期，另一次从 20 世纪 80 年代开始，迄今仍在进行。两次移植过程都遇到了许多矛盾，其中第一次移植几乎完全是失败的，第二次移植取得了一些成效，但仍面临许多问题。个中原因美国哈佛大学教授安守廉在其《偷书不算偷：中华文明中的知识产权法》^①一书中曾经作了分析。他指出，首先，古代、清末和民国时期的中国都不具备接受知识产权制度的条件和环境。没有工业化的大规模生产，文盲占大多数，加上战乱和改朝换代，使得知识的传播有限，知识产权的侵权情况也就不足以使中国百姓感到有法律保护的需要。而中华人民共和国成立之后，特别是近 20 年来，虽然具备了大规模生产知识的条件，非文盲人口也大大增加，但意识形态和所有制观念与现代知识产权的概念还有相当距离。另外，“述而不作，信而好古”的传统儒家思想与知识产权保护的宗旨背道而驰。中国士大夫以“偷”书和被“偷”书为荣，新中国文化工作者是为国家和人民而写作，哪里会为“产权”而对簿公堂呢？他认为植出国家强行灌输、植入国家盲目照搬也是使知识产权法不能适应中国特殊时代和环境而夭折的原因之一。

知识产权法律制度在中国确实面临一些尴尬。首先，价值观、文化与知识产权法律制度的相容性是一个重要问题。在古代中国，不但“偷”书不算“偷”，偷者和被偷者都或多或少地以“窃书”为荣，而且中国人还常常利用“反向假冒”来扩大自己的著作的影响。与将他人的著作据为己有或擅自印行相反，古代

^① William Alford, *To Steal a Book is an Elegant Offense*, Stanford University Press, Stanford, California, 1995.