



知识产权学院
Peking University Intellectual Property School

北大知识产权评论

Peking University Intellectual Property Review

(2014/2015年卷)

刘银良◎主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



知識產權學院

Peking University Intellectual Property School

北大知识产权评论

Peking University Intellectual Property Review

(2014/2015年卷)

刘银良◎主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

北大知识产权评论. 2014、2015 年卷/刘银良主编. —北京:北京大学出版社, 2015. 12
ISBN 978 - 7 - 301 - 26873 - 5

I. ①北… II. ①刘… III. ①知识产权—研究—文集 IV. ①D913.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 016935 号

- 书 名 北大知识产权评论(2014/2015 年卷)
BEIDA ZHISHICHANQUAN PINGLUN
- 著作责任者 刘银良 主编
- 责任编辑 孙战营
- 标准书号 ISBN 978 - 7 - 301 - 26873 - 5
- 出版发行 北京大学出版社
- 地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址 <http://www.pup.cn>
- 电子信箱 law@pup.pku.edu.cn
- 新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
- 印刷者 北京大学印刷厂
- 经 销 者 新华书店
- 730 毫米×980 毫米 16 开本 15.75 印张 313 千字
- 2015 年 12 月第 1 版 2015 年 12 月第 1 次印刷
- 定 价 35.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

知识产权制度的艰难历程(代序)

在当前历史阶段,中国正致力于经济转型,希望从资源依赖型经济转向知识依赖型经济即知识经济。从财富体现方式和贸易交易对象看,知识经济就是知识产权经济(IP economy)。引领消费潮流且不断更新的IT产品、个性化的APP软件、方便的在线支付、各领风骚的影视作品、高效的生物医药、新鲜多样的蔬菜或水果、遍布世界的商标许可经营、无时不在发生的技术转移等,皆属当今国内贸易和国际贸易的重要客体 and 形式,其背后都少不了知识产权的支撑,其中包括专利、商标、著作权、植物新品种或集成电路布图设计等。美国知识经济发展历史表明,持续的科技创新、合理的专利等知识产权制度和良好的法治体系皆属必不可少的社会要素。但在当今时代,中国社会仍面临重重的经济与社会问题,不仅高水平的科技创新难以保障,良好的法治体系更是阙如,似乎仍处于历史的“三峡”穿越时期(参见刘银良:《美国专利制度演化掠影——1980 年纪略》,《北大法律评论》2013 年第 2 辑)。作为知识产权共同体的成员,我们需要关注知识产权制度的构建。这是重要的,因为如果没有合理且可行的知识产权制度作为基础,中国的经济仍可能长期在低端徘徊。

然而一个符合制度理性的知识产权制度的构建与运行却又谈何容易!众所周知,知识产权制度运行涉及知识产权的创造、运用、保护和管理等诸多方面,它们互为依存,而尤以知识产权运用为关键,因为只有知识产品(包括产品、作品、制品或服务等)进入市场,为消费者广泛接受,知识产权的财产及产业价值才能够得以体现,从而实现“从产权到产业”的转化。这继而有利于促进知识产权制度运行的良性循环,使知识产权创造更具动力,也使知识产权管理与保护具有明确目标。这意味着,只有通过市场交换,知识产权的财产价值与市场价值才能够得以体现和实现,知识产权制度才可能发挥有效的社会功能,成为现代社会不可缺少的无形财产权制度。否则,如果仅为拥有知识产权(专利、商标或其他)而拥有知识产权,就仅属制度、法律或“政绩”的游戏(如设定某区域将于某年达到每万人多少发明专利等规划目标,就基本属此类游戏),

因为此类行为不仅可能不创造社会价值,反而还可能带来严重的社会成本,并进而反噬知识产权制度的合理基础。

历史地看,自20世纪80年代初至今,历经30多年快速发展,中国的知识产权制度已成为现代社会的基本财产权制度,在今后它理应逐步走向成熟的理性发展时期,立法者、管理者、产业界和社会公众亦需要更为理性地对待知识产权及其制度建构。然而现阶段就知识产权制度涉及的众多环节而言,从微观到宏观,如下问题仍普遍存在:重数量而轻质量;重申请而轻管理;重“产权”而轻应用;重研发而轻产业;重“政绩”而轻市场;重“活动”(如各种专项活动)而轻制度;重宣传而轻法律。这些行为或可拔苗助长,造成知识产权产出量与拥有量中的泡沫,从而带来知识产权制度运行的低效率与高成本,知识产权制度的理性基础亦可被侵蚀。无论是在企业层次、产业层次、区域层次或国家层次,知识产权制度运行皆需较高成本,当知识产权不能与其产业价值或市场价值相关联时,其存在就不仅失去了合理性基础,还将带来畸形的社会成本。理性知识产权制度的运行,应该防止“为知识产权而知识产权”的功利主义政策,以保证知识产权的市场价值和知识产权制度的本来涵义。如果知识产权仅是温室植物,需要管理者格外照顾才可生存,那么它将不再有存在的价值,知识产权制度也会走向异化。

这意味着,当前中国知识产权制度建设已发展到需更为谨慎与理性的阶段,以免欲速不达,反而阻碍社会进步和经济发展。在促进创新与维护合理的知识产权保护中,不可避免地会有市场失灵现象,此时政府(此处为包括立法、执法和司法的广义政府)可以介入解决市场失灵问题,但如果政府走得太远,对于市场干预过多,就不仅难以有效促进知识产权制度的良性发展,还可能带来不利后果,须知在市场失灵处,政府也未必能够做得更好。如何合理把握政府和市场的边界因而是一个重要问题,对于转型期的社会而言尤为困难,因为这至少需要同时防止政府消极不作为和过度介入而致干扰市场两方面的问题。政府作为社会治理者应当树立市场经济的有效性理念,充分发挥市场在调整 and 解决经济与社会问题方面的功能。政府应依法行政,采取正当的经济和法律手段,维护知识产权制度的理性转型,而对看似能够产生快捷效果的行政干预手段可能损及知识产权制度目标的消极后果保持警醒。

由于知识产权制度建设和运行是复杂的社会工程,它需要立法机构、行政机构、司法机构、产业界和研究者等共同努力。应该认识到,无论是在科学研究领域,或是在高新技术研发和产业化方面,中国尽管已经取得非凡成就,但与世界主要发达国家如美国相比,总体而言仍处于“发展中阶段”,管理者尤其是高层管理者对此应有清醒认识,不应仅看到充满泡沫的知识产权拥有量已居世界领先地位就沾沾自喜,“以天下之美为尽在己”。认识到差距,找出问题所在,脚踏实地,通过理性的知识产权制度,才能够

真正有助于高新技术产业发展和经济转型。

在此错综复杂的艰难历史进程中,中国知识产权共同体的价值与使命将得以显现。与知识产权制度运行相关的各界知识产权人士,包括发明人、作者、表演者、产业界人士、产业投资者、知识产权代理人、律师、专利或商标或植物新品种审查员、知识产权行政官员、法官、检察官、立法者、知识产权法学者等以及它们所属的机构,已构成广泛的知识产权共同体(IP community)。中国 30 多年知识产权制度的不断完善既见证了知识产权共同体的不断壮大,其理性发展和运行亦成为知识产权共同体新的历史使命。在此历史进程中,知识产权共同体尽管可能有不同的视角或认识,或有部门利益的局限或地方利益的束缚,亦或有不得不达成的暂时妥协,但其目标却应该是一致的,即构建中国理性的知识产权制度并维护其正当运行。

刘银良

2015. 12. 25

目 录

“知识产权合理性”语境下权利学说的适用与修正 ——以“财产权劳动学说”与“自由意志学说”为中心	蔡元臻 001
“转换性使用”规则在版权法中的演变与启示 ——由谷歌数字图书馆案引发的思考	邵 燕 018
手机视频聚合平台服务提供者侵犯著作权问题研究 ——以预备合并诉讼及服务器标准的适用 为视角	张玲玲 031
我国延伸性著作权集体管理适用条件的立法 限定	李颖怡 辛 野 044
商标法不良影响条款扩大适用的争议及其解决	钟 鸣 056
从“为为网诉苹果公司案”论 App 名称的商标侵权 及其赔偿	王莲峰 066
论专利侵权的惩罚性赔偿制度	黄雨婷 076
权利要求技术特征的字面范围支持问题研究	姜 宁 098
以方法特征限定的产品权利要求之侵权判定 ——美国的规则及实践	周 倩 110
论《专利法》第 65 条的序位问题 ——以不当得利制度为视角	盛星宇 120

美国商业方法专利适格性审查标准的发展	
——基于 Alice v. CLS Bank 案	徐楠楠 135
请求人选择权视角下专利复审程序改革研究	刘 蕾 149
美国商业外观与外观设计专利的功能性判定	
——以苹果公司诉三星公司的智能手机纠纷案	
为视角	高 阳 159
专利默示许可:责任规则的新类型	陈 瑜 171
技术调查官在知识产权审判中的职能定位与体系协调	
——兼论“四位一体”技术事实调查认定体系的	
构建	黎淑兰 陈惠珍 凌宗亮 180
美、日、韩知识产权法院比较研究	金珉徽 190
贵州少数民族医药的知识产权保护研究	王 琳 210
东方人文精神与知识产权的社会功能	邵 科 235

编后语	陈泽宇 244
-----------	---------

“知识产权合理性”语境下权利学说的适用与修正

——以“财产权劳动学说”与“自由意志学说”为中心

蔡元臻*

【摘要】 现代知识产权制度以客体类型化扩张与保护力度增强为主要发展趋势,但同时也引起了有关知识产权保护合理性的争议。知识产权制度的合理性可以从法哲学理论中挖掘,就自然权利学说来说,主要包括洛克的财产权劳动学说与黑格尔的自由意志学说。但是,知识产权客体在本质上与有体物存在差别,两种学说在无形产权语境中的适用也因此遭受诸多质疑。鉴于此,有必要针对二者的知识产权适用进行反思,并对此作出解释性的修正。

【关键词】 知识产权合理性;洛克;劳动学说;黑格尔;意志学说

自现代知识产权制度建立以降,其合理性基础便是学界关注的热点问题之一。关于该问题的研究,在追问知识产权源泉的过程中具有重要的理论意义,在知识产权相关立法和司法的过程中也有着巨大的影响和推动作用。从法哲学到经济学,再到人权与道德,多年来,学者尝试着从不同学科与理论出发,为知识产权制度寻找一个坚实的法理基础。本文的目的在于通过阐述自然权利学说之精神,来论证知识产权制度的合理性,同时,破除针对该学说的一些代表性批判和质疑,对二者在知识产权语境中的适用提出修正性意见。现代学者认为,知识产权制度蕴涵了高超的政治智慧^①,体现了一

* 蔡元臻,北京大学法学院 2013 级法学博士。

① 参见徐瑄:“视阈融合下的知识产权诠释”,载《中国社会科学》2011 年第 5 期,页 46。

种“政治理想和目的”,从某种程度上讲,它包含了更多市场经济方面的考量,而这个制度的生成,更是建立在以法治和政治手段来辅助市场运作的愿望上的。但是,今天的知识产权制度恰逢类型化持续扩张与保护力度不断增强的历史发展节点,日渐强势的知识产权似是时势发展之必然,但又不免使人困惑。此时,我们更应当回到制度及权利的本源,回顾其中的法哲学内涵,对知识产权保护的本质进行更为透彻的认识。这种源泉的探寻具有超出哲学本身的现实价值,因为“满足正当性条件的财产法才会被人们认可,否则就不会成为人们自觉遵守的行为规范”^②;而且,知识产权的合理性在整个知识产权的平衡机制中也能起到极为重要的调节作用。

一、“合理性”与“合法性”之区分

“合法性”“合理性”以及“正当性”概念的整合与辨析,在学界早有研究。一种观点认为,“正当”的狭义理解即为“合法”,二者虽然在现代法制体系中的表现基本趋同,但形式上的契合并不必然导致概念的等同。^③也有观点认为,法律信仰的本质包括正当性和权威性,二者构成了合法性法律基础的全部内涵。^④笔者认为,“正当性”与“合法性”在法律实践中往往存在一种转化关系,即“正当的就是合法的”,反之亦然。但是在法理语境下并非如此。人们应当警惕将“正当性”与“合法性”等同的观念,作为颁布法律的主体,国家行为的正当性固然因为其向法律提供了必要的组织化保护而有所强化,但并不能仅因为国家是一个有效力的组织就必然拥有正当性。法律的正当与否,“必须首先被理解为伦理性的基本法律原则”^⑤。因此,“正当性”与“合法性”的区分和串联,不能仅以国家权威为基础展开,而应当更多地考虑其“合道德性”(康德)和“实践理性”(哈贝马斯)。“合法性”至多只是“正当性”的充分条件,甚至如一些学者所说,二者之间可能会存在冲突。“正当性”作为一项法哲学上的上位概念,包含了“合理性”与“合法性”,这一概念上的对立统一关系,同样可以运用到知识产权法学中。

除此以外,我们还需厘清“合理性”与“合法性”之间的区别。在近年来探讨知识产权合法性基础的文献中,上述两项概念在中国知识产权学界中并未得到足够清晰的

^② 徐瑄:“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,页144。

^③ 参见刘杨:“正当性与合法性概念辨析”,载《法制与社会发展》2008年第3期,页14—15。

^④ 参见严存生:“法的合法性问题研究”,载《法律科学》2002年第3期。关于这些概念的有益探讨,参见孙国东:“基于合道德性的合法性”,载《法学评论》2010年第4期;吴丙新:“司法的真相——在法律解释的合法性与妥当性之间”,载《法制与社会发展》2006年第2期;唐丰鹤:“通过合法性的正当性——实证主义法学的正当性思想研究”,载《北方法学》2013年第1期。

^⑤ [加]大卫·戴岑豪斯:《合法性与正当性》,刘毅译,商务印书馆2013年版,页214。

界定,甚至出现了交替使用的现象。《现代汉语词典》对“合法”一词的定义是“符合法律规定”,对“合法性”的定义是“合法的性质或状态”;同时,对“合理”的定义是“合乎道理或事理”,而“合理性”则为“合理的性质或状态”。“合理性”在《牛津英语词典》中为“Legitimacy”,意为“The condition of being in accordance with law or principle; conformity to rule or principle”;而“合法性”则为“legal basis”或“legality”,意为“Attachment to or observance of law or rule; the quality of being legal or in conformity with the law”。

由此可见二者之区别:(1)二者起源不同:合法性主要来自于成文法中的法律规则,而合理性则更依赖于人类社会中普遍适用的道德准则和情理;(2)表现方式不同:合理性问题随着国家立法进程的推进,有可能上升到合法性层面。易言之,某个事实问题在成文确定前是合理性问题,在成文法确定后才是合法性问题了;(3)标准的不同:合法性的标准是现行法律规范,而合理性的标准则是道德和情理,当然也可以衍生到人权,这就与自然法更为契合。这就涉及一个疑问,即“合法性”中的“法”是否可以理解为自然法?

国外大多数有关法哲学的经典著作的中译本将“Legitimacy”译为“合法性”,将“Legality”译为“合法律性”。前者的译法主要受到对国家权威性进行理论上正当化的影响,流露出一种“合法即合理”的价值倾向。但是从法律思想史的角度来考察,“Legitimacy”的概念大致是与所谓的自然法思想相始终的^⑥,这显然不仅仅是现行法律框架内的分析,而是对某种法律或者秩序的本源是否合理作出评价。有学者认为,知识产权作为私有财产,其创设并不是以国家法律的形式对受到自然法支持的私有财产权作出确认,而是完全通过立法创设的。知识产权没有自然法基础,其合法性也无从于自然法谈起。^⑦这种理解是值得商榷的。自然法昭示的是物权天赋,其私有财产属性在成文法创立之前就已经存在,法律规范更多地是对其加以认可和规制。^⑧事实上,从法理基础的视角去分析知识产权,我们很快会发现它能够同时涉及“法律规范”和“自然法”两个概念。对于“合法性”一词的分析,还是从“自然法”的定义入手更为恰当。

自然法一般指在自然状态中固有的正义法则,或者在解决冲突的自然过程中显现的规律(具体化为习惯法),泛指一切作为制定法基础的、关于正义的原则。自然法不是法律规范,而是正义、理性的法则或规则。若将“Legitimacy”译为“合法性”,其“法”必定指自然法而非现行法律规定。但此译法显然与人们的一般理解路径相悖。近年

⑥ 刘毅:“‘合法性’与‘正当性’译词辨”,载《博览群书》2007年第3期,页57;同上注,页215。

⑦ 参见粟源:“知识产权的哲学、经济学和法学分析”,载《知识产权》2008年第5期,页9。

⑧ 参见[美]杰里米·瓦德荣:“洛克论‘财产权’”,翟小波译,http://www.iolaw.org.cn/shownews.aspx?id=2861,2015年4月4日最后访问。

来关于知识产权合法性的文章中,针对合法性问题的研究对象多以现行法律规范为主^⑨,但是也存在着以法哲学理论和经济学理论作为研究对象的情况,这在一定程度上还是暴露了我国知识产权学界在概念上界定不清晰的问题。^⑩

“Legality”是在现行法律规定下对某种制度进行确认,即其是否符合法律规定,因此译为“合法性”并无不妥。笔者认同一些学者提出的将“Legitimacy”译为“正当性”的建议,但如前文所述,“正当性”在法哲学中可以被视为“合法性”与“合理性”合并后的上位概念。结合辞书的理解,笔者在此将上述概念进行梳理和简化,将“Legitimacy”译为“合理性”,仅从合道德性与自然法角度对某种制度展开分析,同时将“Legality”译为“合法性”,考察制度是否符合具体的现行法律规定。本文拟从自然权利学说出发,论析知识产权制度的合理性,是对知识产权制度存在是否合理的法哲学探索,由此看来,上述译法与国外著述之间也不存在冲突。

二、洛克的财产权劳动学说

(一) 主要内容

近代法律思想史中出现了一系列的包含财产权法哲学分析的学说,从历史上看,早期的此类学说大都源自于自然法思想,其中最负盛名的就是洛克的财产权劳动学说。任何有关财产权的法哲学分析,几乎都会涉及该理论。约翰·洛克生于17世纪英国封建专制的时代之下,当时的市民阶级正处于上升时期,提倡追求私有财产的最大化和个人自由之需,洛克的学说是时代的产物,充满了对封建专制合理性的驳斥,蕴含了财产私有原则和自由主义原则的精神,这种蕴意在18、19世纪休谟和萨维尼等人的理论中得到了提升。^⑪ 洛克在其学说中提出,个体的生存权和通过劳动获得私有财产的权利属于天赋人权,这一观点带有浓厚的自然法学理论色彩。他认为,上帝赐给人类地上的一切,由人类通过某种划拨私有的方式将原本属于全人类的共有物进行占有,并赖以生存。而划拨私有的正确方式就是劳动,洛克借助劳动,“完成了身体所有

^⑨ 也有学者将历史中一些古代民法(如罗马法)作为研究对象,从中挖掘有关无形财产的规定,并以此来说明今天知识产权保护的合法性。我们可以将此类研究归于知识产权合法性研究,但事实上,该类研究也未跳出合理性的框架,因为罗马法中并没有知识产品的相关定义,也缺乏对知识产品的明确保护,知识产品的罗马法渊源,一般仅限于物的分类。

^⑩ 参见梁志文:“反思知识产权之合法性基础——以正义论为视角的分析”,载《电子知识产权》2007年第9期。诚然,在分析论证知识产权的合理性时,也可以考虑使用其他一些词汇,诸如“法理基础”“本质”等等,皆无不可。

^⑪ See David Hume, *The Philosophical Works of David Hume* 253—273 (1826); 又参见[英]弗里德里希·奥古斯特·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,页35。

权到外界所有权的转变,从而使外界的万物都成为所有权的对象。”^⑫洛克在《政府论》中对能够换来财产权的劳动行为的定义,也正是他劳动理论的内涵,即只要人使任何东西脱离自然所提供的和那个东西所处的状态,他就已经掺进他的劳动,在上面参加了自己的某些东西,因而使物成为他的财产,并排斥了其他人的权利。^⑬澳大利亚学者彼得·德霍斯对洛克劳动学说的核心立场进行了如下归纳:“(1)上帝将世界赐予人类共有;(2)每一个人都拥有对其自己人身的财产;(3)每一个人的劳动属于他自己;(4)当一个人把他的劳动掺入属于共有的某物时,他便使该物成为他的财产;(5)财产权的条件是一个人将足够多且同样好的东西留给其他人所共有;(6)一个人不能从共有物中取走超出其能够充分利用的那部分。”^⑭该核心立场实际上就是学说中所有权的取得条件——进行有价值的劳动,而价值的评判标准,就是使物脱离原始状态。但与此同时,仍需要保证世界上仍然留有足量而同质的东西给他人,这是为了保证他人也能享有同样的生存机会。另外,每个人占有的物的量不能过多,因为过多会导致浪费,从而间接剥夺他人的生存权。上述六点也是对洛克劳动价值观的一个概括。

细究上述所有权取得条件,可知,虽然学说是以有体物作为主要对象,但是同样能适用于脑力劳动产生的知识产品。脑力劳动也属于劳动,只是更依赖于智慧而非体力。在此过程中,通过对“已知”信息转化、提升,使之脱离本来状态,从而创造出新的知识,便可以获得这项知识产品的所有权。引哲学家罗伯特·诺齐克所言:“对某物的劳动改善了它,使它更有价值;任何人都有权占有一个他创造了其价值的东西。”^⑮洛克笔下的“物”并未受到有形框架的限制,其概念上的弹性赋予了它强大的解释力,使其在无形知识产品的体系中依然富有活力。

洛克学说倡导的是一种权利本位^⑯,这和他所生活的时代背景有关,他呼唤的是一种“以人为本”“以人民的权利为中心”的精神,这种价值追求也大量地体现在他的学说之中。“人将自己的某种东西和物混合在一起”,指的就是人的意志和人格,劳动使人和客观的物质世界联系起来,使人获得了意志自由。他的学说扩张了人格权,使财产权拥有了人格基础。洛克“劳动产生权利”的逻辑不但普遍得到了人们的道德认同,也在今天的知识产权制度中得以体现——即对劳动的尊重。

(二) 对洛克学说的批判及反驳

因受时代所限,洛克学说在用于解释知识产权法律制度时,仅从自然权利出发,还

⑫ 李扬:“再评洛克财产权劳动理论——兼与易继明博士商榷”,载《现代法学》2004年第1期,页171。

⑬ 参见[英]洛克:《政府论》,叶启芳、翟菊农译,商务印书馆1964年版,页18。

⑭ [澳]彼得·德霍斯:《知识财产法哲学》,周林译,商务印书馆2008年版,页54。

⑮ [美]罗伯特·诺齐克:《无政府、国家与乌托邦》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1991年版,页179。

⑯ 参见易继明:“评财产权劳动学说”,载《法学研究》2000年第3期,页104。

是存有一些缺憾,也引发了后世学者的一系列批判,直至今日也没有停止。但笔者认为,由于洛克学说在本质上几近完美地契合了自然法的精神,符合普世价值观和道德标准,因此便具备了顽强的生命力。此外,学说中的哲学化阐述又使其具备了强大的解释性。就目前看来,暂时还难有某种观点可以从根本上否定洛克“劳动产生权利”的逻辑——纵在将来也难以产生,因为观念一旦崩析,也就否定了劳动本身,亦即否定了我们生存之方式。劳动是整个人类生活的首要条件,正如恩格斯所说:“劳动创造了人本身”^①。笔者在此列举出几项较为典型的批判观点,同时为洛克学说作出辩护,通过弹性解释,说明其在现代知识产权制度的语境中,仍然具有不可磨灭的适用性。

1. 劳动的价值

洛克学说中“劳动带来天赋权利”这一逻辑背后所倡导的,实为他的劳动价值理论。“既然劳动是劳动者的无可争议的所有物,那么对于这一有所增益的东西,除他以外就没有人能够享有权利”^②,然而,劳动作为财产权的决定性因素这一理论在许多后世学者看来,缺乏足够的说服力。随着时代的前进,对劳动所产生的价值,也就是在产品价值判定这一问题上,产生了一系列的新的理论。“劳动根本不能成为一个决定性的或完整的论证财产合理性的基点”^③,取而代之的是市场价值理论、剩余价值理论、物化劳动价值理论和综合各种因素的价值理论等。^④上述理论在提出新的价值因素的同时,弱化了劳动作为价值来源所占的比重。作为呼应,德霍斯提出了知识的“历史继承性”,认为“在一个相互依存、千差万别的社会中,任何个人的劳动必然要依赖于他人的劳动。如果我们要确定劳动的直接贡献,那种导致某一抽象物产生的贡献,就不得不承认这样一个事实:许多表面上看来由个人拥有的抽象物,实际上是因共同劳动而被集体拥有的”^⑤。如此,就意味着知识是集体劳动的结果,因为我们难以对整个劳动队伍中最后一人的劳动价值予以评判,而且如果以劳动作为确权的唯一条件,那知识产权会演变为一种集体权利。然而,后世对于劳动价值的判断标准之所以不同,首先与时代背景和价值追求的巨变有关。为了倡导个人自由和财产权的私有化,洛克将个

^① [德]恩格斯:《劳动在从猿到人转变过程中的作用》,曹葆华、于光远译,人民出版社1951年第4版,页1。

^② [英]洛克,见前注^⑬,页18。

^③ [澳]彼得·德霍斯,见前注^⑭,页59。

^④ 在新型价值理论中,产品价值的来源可以来自于产品在市场上的活跃期限(市场价值理论)、计算机软件、大型数据库、技术、资金、自然力等等。关于知识产权的市场价值理论,see Edwin C. Hettinger, Justifying Intellectual Property, 18 PHIL. & PUB. AFF. 31 (1989). 有关其他的价值理论,见[法]萨伊:《政治经济学概论》,陈福生、陈振骅译,商务印书馆1963年版;郭小鲁:“对马克思劳动价值论的再思考”,载《经济动态》2001年第7期。

^⑤ [澳]彼得·德霍斯,见前注^⑭,页64。

人劳动的价值提升到了一个前所未有的高度,这显然糅合了他个人的政治理想在内。而后世学者在经历资产阶级革命以后,将劳动以外的贡献因素纳入考虑范围,并不足以为奇。况且,上述一切质疑并未对人为劳动的价值作出全盘否定,更多的,只是体现了知识产权“所包含的多元化价值目标”和“理论方面统和”的需要。^②易言之,有关价值产生方式的新理论的探讨,应当被视为劳动价值的外部性因素,与“劳动创造了社会发展的核心价值”之阐述无悖,不会动摇学说之根本。事实上,这些修正性观点在现代知识产权制度中的体现也很有限。

2. 知识产权的无形性问题

有关无形知识的适用性问题,由于学说本身并非为知识产权所特设,因此当知识产品普及后,学说适用性确实存在某些不足。有学者继而提出“对物的绝对占有在无形的知识上很难实现”以及“洛克学说中的占有不需要申请、审查和公示”两种批判观点,试图借此否定学说的知识产权适用。应该说,该结论的引申过程稍显草率。首先,绝对占有的实现困难可以通过立法、司法和行政上的规制手段进行后期修正而得到保障,其具体表现便是知识产权保护。其次,有体物的占有通常不需要经过申请、审查或公示,因而在一些学者看来,对知识产品设定上述程序,不但违背洛克本人的思想^③,而且有剥夺正当权利人权利之嫌^④。但是,之所以对知识产品设定这些程序,是为了在其之上创造一个类似于有体物世界中的监管体系。审查程序旨在是为了更有效地识别权利人的脑力劳动的成果是否具有“摆脱自然状态”的先进性^⑤,从而由行政机关决定是否授予知识产权;而公示的作用则是为了保证权利人能够顺利实现先占,私人途径的宣传和告知,绝非一些学者所臆想的,能够起到和公示同样的告知效果。这就表明,知识产品的无形性特征虽使得对其的占有和保护不如有形财产般绝对,但是通过后期修正,我们仍可以使用规制有形财产的方法来保障知识产品上的权利。

3. 劳动与物的边界

洛克对于劳动概念本身的内涵和外延,虽如德霍斯所总结的,作出了某种程度的界定,但如今再看,无论是在劳动的概念还是占有物的边界,在其著述中都缺少详尽的描述,从而导致其学说在实践上的某些困难。质疑随之产生——盗版、假冒和仿冒等

② 参见易继明:“知识产权的观念:类型化及法律适用”,载《法学研究》2005年第3期,页121。

③ 参见李扬,见前注⑫,页173。

④ 如一些学者所提出的,在专利制度中,先申请原则的设立使得某些先发明人由于申请程序上的滞后而最终失去专利权的保护,学者们由此认为洛克学说在现行知识产权制度中未能得到体现,更无法解释这些现象。参见栗源,见前注⑦,页8;〔日〕田村善之:“特许权的行使和独占禁止法”,载《市场·自由·知的财产》,有斐阁2003年版,页143—144。

⑤ 易继明,见前注⑩,页100。

非法行为是否同样能够作为一种劳动而成为知识产权的合法借口?^{②⑥} 后世学者在批判黑格尔的自由意志学说时也持有相类似的观点。但事实上洛克学说中权利的取得条件并未纳入上述暴力取得行为,因为首先该行为不能改变行为对象的原有状态。以著作权为例,无论抄袭或是非法复制都不会改变他人创作成果中的内容。其次,洛克的学说是自然法理论的成果,也体现着自然法的精神。自然法语境中的理性人必须通过自身劳动正当地取得财产权。因此劳动产生权利也就意味着不劳动抑或不道德的、违法的劳动不能产生权利,这符合人们普遍认同的道德准则和情理。今天民法中的公序良俗原则,同样适用于知识产权领域,知识产权法中也有类似的规定,可将其视为对洛克学说的补充。

美国学者诺齐克针对学说中财产边界确认的不足作出了著名的“清扫火星”与“茄汁入海”的讽刺。^{②⑦} 如同德霍斯的疑问:“劳动能够准确表明它所引发的权利客体吗?”^{②⑧} 笔者认为,后人在重述洛克学说时,往往未能充分揣摩其真实财产观念,以至于过早地否定了整个学说。正如某学者所言,应该严格看待洛克所说的“使任何东西脱离自然所提供的和那个东西所处的状态,他就已经掺进他的劳动”这一要件,通过强调“自然状态”的改变来确定客体的边界。^{②⑨} 但同时我们也不得不承认,即使添加了这一考量因素,也未必能够彻底解决概念上的模糊不清所带来的问题。英国学者沃尔夫在为洛克进行辩解时认为诺齐克没有完全地领会到洛克论证中的精神^{③①},但同时亦指出该论证本身存在漏洞,其中就包括了自由主义概念上的自相矛盾^{③②},日本学者田村善之也持相似意见。

幸运的是,这一问题在知识产权的语境下反而得到消解。有体物的物理性固然会有边界难以确定的问题,但对知识产品来说,其抽象性和无形性恰恰使其容易和公有领域中的知识分开。^{③③} 诺齐克曾指出:“现在尚没有设计出一种可行的或前后一贯的有关增加价值的所有权理论体系”^{③④},但这恰到好处地说明了上文中知识产权审查程

^{②⑥} 参见[美]爱伦·斯密德:《财产、权力和公共选择》,黄祖辉等译,上海三联书店、上海人民出版社1999年版,页36。

^{②⑦} [美]罗伯特·诺齐克,见前注⑮,页179。

^{②⑧} [澳]彼得·德霍斯,见前注⑭,页63。

^{②⑨} 参见张勤:“论知识产权的道德基础”,载《知识产权》2012年第1期,页7。

^{③①} 沃尔夫推测,洛克学说中财产边界的确认也许借用了以下标准:(1)劳动应当使物变得更有价值,至少更有用;(2)以开垦荒地为例,一个人在占有物之后,其给予他人的应当远多于摄取的;(3)与劳动所增加的价值相比,物的原有价值微不足道。如予采纳,“火星”和“茄汁”的难题也就迎刃而解了。参见[英]沃尔夫:《诺齐克》,王天成、张颖译,黑龙江人民出版社1999年版,页116—119。

^{③②} 同上注,页118—119。

^{③③} 参见朱谢群,见前注⑩,页4。

^{③④} [美]罗伯特·诺齐克,见前注⑮,页180。

序的重要意义。

4. 无形知识足量而同质

洛克认为财产正当占有的另一个必要条件是在占有财产的同时,为他人留下“足量而同质”的东西。这一前提的直接目的是要保证“没有任何一个人的条件应该因另一个人从公共资源中占有而变坏”^{③④},从而所有人均能享有足够和平等的生存权。对此沃尔夫认为,在资源(物)稀缺的情况下,即使施加劳动也不能再取得所有权,比如沙漠中的水井^{③⑤},因为基于洛克学说的推导,这样的独占一定有悖于整个社会的福祉,因此让资源重新归于自然状态,反而是更加正义的分配模式,这在有形物质上体现得尤为充分,但对于取之不尽的知识而言(虽然这一观点也没有得到学者们的一致认同),“足量且同质”要件却不存在上述适用困难。^{③⑥}

5. 理性人与对自由的限制

诚然,洛克并不怀有“所有人都是富有理性的勤劳个体”的奢望,也未对人们设定某种崇高但不现实的道德标准,因此财产权是上帝对勤奋劳作之人的一种“合理报酬”。个体理性与制度效率在实践中的保证固然困难(例如专利蟑螂),但诚如学者所言,知识产权制度中的某些设定,很难用正当性进行完美解释,知识产权制度是基于社会公众的整体利益而建立的,因此,只能“具有尽可能多的正当性,而难以具有绝对的正当性”^{③⑦},并在个人利益和社会秩序无法兼顾之时,牺牲前者而保全后者。“这是我们为制度基础的缺乏及利益的平衡所付出的必要代价。”^{③⑧}有人由此立论——知识产权的合理性是建立在社会整体利益之上,而不是“在道德范畴的正当性的基础之上”。^{③⑨}如森村进所指出,既然洛克在其学说中极力倡导人身的自由以及个人对其自身的绝对享有和控制,那么如何去解释知识产权这种权利本身所具有的对他人自由的限制性呢?^{④①}

这样的质问实乃补强洛克学说的又一契机。在这里,洛克所谓的“个人对其自身

^{③④} [英]沃尔夫,见前注^{③①},页121—122。

^{③⑤} 参见[英]沃尔夫,见前注^{③①},页124。

^{③⑥} 有学者以专利和商标领域为例,认为某项专利和某个商标享有的排他保护在排除他人权利的同时,也就背离了洛克“足够多且同样好”的权利取得要件,这样的理解值得商榷。因为知识产品之间在内容和表现形式上的不同,其实是印证了“世界上没有两个完全相同的鸡蛋”这一定理。如果将“同样好”这一概念理解得太绝对,那显然会将洛克学说排斥于物权体系之外。易言之,应当将“同样好”理解为“同质”而非“同等”。知识产品固然能像有体物一样分出平庸和先进,但是本质并无贵贱之分。有关讨论,参见李扬主编:《知识产权的合理性、危机及其未来模式》,法律出版社2003年版,页37。

^{③⑦} 栗源:“知识产权及其制度本质的探讨”,载《知识产权》2005年第1期,页8。

^{③⑧} 易继明,见前注^{③①},页101。

^{③⑨} 栗源,见前注^{③⑦},页8。

^{④①} 参见[日]森村进:《洛克所有权论的再生》,有斐阁1997年版,页121、241—261。