



JiNan  
University

暨南大学  
法学文库

徐 瑄 著

# 知识产权的对价理论



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

本书为国家社会科学基金特别委托项目“贯彻科学  
实施知识产权战略研究”(08@ZH003)的课题成果



JiNan  
University  
暨南大学  
法学文库

# 知识产权的对价理论

徐 瑄 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

知识产权的对价理论 / 徐瑄著. —北京:法律出版社,2013.12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5917 - 4

I. ①知… II. ①徐… III. ①知识产权法—研究—中国 IV. ①D923.404

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第009431号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈慧

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/固安华明印刷厂

责任印制/沙磊

开本/A5

印张/12 字数/264千

版本/2013年12月第1版

印次/2013年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5917 - 4

定价:35.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

仅以此书献给践行法律真理的人们

请谨记：任何制度改造不应使现状变得更糟

## 前 言

关于知识产权对价,我都说了些什么

—

我对从事对价研究的微妙性、复杂性、变易性和隐蔽于其中的危险性有着清醒的认识。

我所定义的对价就是一个交互允诺。它也是人类社会元组织、元关系结构冲突关系博弈达成和谐的最小关系模式和逻辑实体。作为一个允诺机制,对价包含强制允诺和不可强制允诺的交互允诺。对任何一个交互允诺,强制和不可强制允诺之间的选择博弈都决定了允诺的效力和后果。在对价一个交互允诺时,任何组织都存在可强制允诺和不可强制允诺之间成本和受益的理性考虑及结构和比例上的博弈选择,这个博弈选择过程非常玄妙,因而博弈结果也非常复杂多变。理想的对价只有一个,不理想的对价博弈各不相同。但只要强制允诺保证有效就能使各自允诺有效履行。法律是交互对价中的可强制允诺。对价解释了法律起源与不可强制允诺之间道义对价关系。道德、法律和宗教,都

是为保证交互允诺支付对价的社会控制手段。

我把对价提升为一种方法论,诠释为一个设计得非常精巧的利益平衡机制的博弈思考过程,再把对价抽象为进行制度设计和制度安排时集理性、科学和人文为一体的实践智慧体的立法原则,使均衡对价社会系统尽可能的体现人类精神并具有可控性。同时,对价作为一种具有实践诉求的观念形态,可以作为处理任何一种组织机构利益冲突关系的步骤和方法。只要冲突各方对价博弈时同时支付等同对价,就能找到缓解冲突妥协方案使冲突各方趋向利益最大化。当然,对价作为精神形态还具有更宏大的法律价值。

我一直在追问人类初始的交互允诺到底是什么。从历史角度我断定,人类起源之初,一定选择了“彼此相爱、起码无害,如若违反、愿受惩罚”的对价原则并从此开始了人类文明史。否则,历史起不动。那么,从对价的角度说,人类建设美好的社会不应该太难:只要强制性允诺有效,彼此相爱的社会就应该能建成。换句话说,只要法律有效,道德就会畅行。宗教则肩负着守候一颗人类博爱心灵的职责。

我耗费了十几年的时间和非常大的精力才能把对价略微地描述出来。这是对人类精神的探险历程。为了化解隐蔽于其中的危险性,我经过近十年研究思考后,灵机一动画了一个椭圆形内公私价值二分的博弈动态图形表达一个相对稳定的文明社会,我用均衡对价体的平衡对价关系来表征它的稳定性和运动规律。这个椭圆形内公私价值二分的博弈动态对价图形,简略的表征了人类起源之初权力和权利之间、公私之间均衡对价的结构和比例及博弈过程对价平衡形成的平衡机制。人类文明史记载的都是

在这个均衡对价体上寻求博弈平衡的动态发展过程，政治家所做的一切努力，都不过努力维护这个均衡对价体的平衡。它也是一种立体结构、多元视角的均衡对价法治思维下对价与平衡的法律思维的图示集合体。通过直观图示的方式把我们“既定”的社会结构和“注定”要生活在其中的利益格局和竞争关系及其中的交互博弈关系尽可能展示出来，以此提醒人们个人命运的含义，及个体的价值、整体的意义、竞争的含义、阶层的形成和固化等，以此提示人们反思自身、守住个体、立定整体、关注公平竞争的外部政治环境、从事公平的自由竞争、提高和发展个人权利和自由。

这个椭圆变易价值图示也试图提供稳定国家的某种启示。抛开外力侵略，一个国家的稳定应该来自价值均衡对价的开放性、多元性的基本定位而不是武力威胁和暴力维护。价值均衡对价多元而开放、核心价值的选择和共识价值认同，才是一个国家稳定的价值基础。从对价方法论角度，一个共同体只要初始基本价值定位均衡对价多元，进一步价值安排不破坏均衡多元，再一步价值安排不使各方价值现状更坏，就可以通过均衡价值对价多元来稳定任何一个共同体，国家、家庭、企业、社会，甚至个人，都遵循价值对价原理。任何一个共同体，只要初始价值选定“彼此相爱，起码无害”的原则，不同利益和价值的博弈对价的过程坚持不破坏这些基础价值和原则，进一步利益分配不使现状更糟，就一定能建设一个良性运行的组织。

人们在既定条件下开始的生产和生活犹如在一个均衡对价的固定价值体定位中选择价值。每个人在当下社会对价机制（社会结构和利益结构）中所处的地位、所在的位置、所从事的社会分工和职责所在都包含了特定时空中的责任和负担及利益所在，它先

于我们而存在了,这个事实“别无选择”。人们必须承担起这一先在的责任和负担才能有所成就获得和保有这有限的既得利益。进而,也就在专注一点利益时把自己局部利益当成唯一诉求,看不到局部利益之后最大利益的存在了。我提供的均衡对价体中平衡对价机制的图示,寄希望于改善我们狭窄又偏执的极端法律思维,使每个人在反思自身的同时,都立定自身又超越自己的立场、视角和利益的局限,心怀大志大愿,在局部利益的对价博弈中启发智慧,寻找冲突各方都能实现最大利益进而实现共同利益最大化的方法,进而去创造更多的利益和自由。因为,任何个人利益最大化的那点都是共同体利益最大化的临界值。个体是整体的真理。或者说,个人利益最大化的最高成就一定是共同体利益最大化的临界点。反过来说,任何一个国家、机构、组织和利益群体都只能通过个人利益最大化来实现共同体利益最大化的目的。

因此,我把对价提升为个人面对和处理任何竞争性冲突时寻找最佳解决方案的一种实践智慧。对价让人们确信任何竞争性冲突只要找到妥协方案并及时补偿就能使各自利益都实现进而实现互利共赢的最好结果,可以缓解和改善人们利益争斗的竞争压力。对价尝试唤醒在个体思维中偏执的人去努力寻求共同价值的共识,培养他们在竞争中寻找互利共赢办法的责任和意识。因此,对价也就有了唤醒人们面对冲突追求各自利益最大化的生命激情和潜能的功效。

每个人都有价值对价的平衡机制,正所谓“每人心中一杆秤”。建设一个安全稳定的国家和社会,应该从建设稳定安全的个人开始。



## 二

知识产权的对价理论是用对价原理、方法和实践分析知识经济和知识行为，为知识产权的分配正义而提出的一种方法论，是对价法律思维和法律方法在知识产权制度研究中的一个应用。我发现，知识产权制度恰好是用对价解决知识产权和人权冲突时寻求互利共赢成功的一个实施例。用对价原理、方法和实践，可以恰到好处的理解和诠释现行知识产权制度的历史和起源。

严格意义上说，我提出的知识产权的对价理论是平衡知识产权利益的对价理论。我尝试挖掘出知识产权法平衡的对价条件，进而建构一个从知识产权起源探讨知识产权本质、知识产权激励、知识产权发展和繁荣的平衡的对价条件学说。我力图把知识产权制度运行作为一个激励动力系统或追求智慧表达的“激励机制”，并寻找这个激励动力机制的“动力源”、“发动机”、“内部机理”，及该动力机制的均衡结构和平衡激励机之间的交互对价关系，揭示其均衡条件和激励条件及该激励机制如何配置、结构和要素如何匹配、匹配达成什么约束条件才能维持平衡、发展和繁荣。

我发现，近代知识产权制度之所有成为制度发明，并激励了人类科学技术文化产业的全面发展和繁荣，其根本原因就在于立法者按照对价精神提供了激励机制的机理和运行对价条件。根据人类知识活动的规律来立法保护知识产权，并实现了知识产权分配的激励平衡和机制均衡。知识产权是建立在交互允诺之上的拟制占有的财产权制度。知识产权法就是解决智慧稀缺、落实智慧生产责任对价过程中同时交付交互允诺制度产生的平衡点

的“指令”。知识产权是建立在智慧稀缺上的智慧产权制度,它遵循“不承认不激励表达、不保护不激励传播”的基本激励条件,不允诺保护就不表达,不允诺保护就不激励传播。知识产权是表达自由的发动机和财产自由的推进器。只要强制允诺有效,就会表达传播激励最大。交互允诺效力的落实情况直接决定了知识产权激励状况。知识产权制度同时也强调知识资源供需均衡配置。遵循“充分供给才能并一定能激励创造”的供需均衡规律。供给水平不同,创造水平一定不同。在供需均衡前提下配置知识产权激励再激励法律,一定能促进科学技术发展和繁荣。近代国家从根本上落实了知识产权供给和激励之间的均衡是根本原因,而灵活高效的司法体制适时调整了知识产权激励机制的平衡,是近代文明繁荣的另一个原因。当然,在充分供给的过程中如何尊重知识产权、保护知识产权不受侵害,是知识产权立法者必须具备的立法技巧。现代知识产权制度缺乏适时调整全球知识产权政策体系的机构和配置,才出现全球范围知识产权供给和激励的失衡。

我致力建构的知识产权对价理论,强调主权国家对知识产权的立法责任和知识产权对价的宪政根据,可为中国进一步完善知识产权体系、使知识产权制度符合中国经济社会发展的对价提供理论依据。知识产权对价理论强调尊重知识产权作为自然法的前提和知识产权“政策空间”的立法责任。尊重知识产权自然法,充分利用知识产权政策空间,制定中国知识产权动态平衡系统,使知识产权法成为“多赢机制”,可以促进科学技术文化产业的繁荣。同时,中国目前可以利用知识产权对价政策与发达国家竞争,争取发展中国家的发展空间,用低成本引进高技术,促进国家

建设的发展和繁荣。当然，前提是必须首先承认和保护知识产权作为自然私权，必须限制和规范权力滥用。

### 三

我深究对价本源真义的过程中，梳理了人类法律思想史和哲学史，制度发展史和文明史。发现不同时代的法律家、法律思想家都对对价问题有所涉猎。理想的正义制度一直都是政治家的理想。但真正把它变成思想体系的，只有共产主义发明人卡尔·马克思。因在本科和研究生阶段都是学哲学的，对马克思主义哲学有过专业学习的经历，因此，我用对价的视角重新审视了马克思主义。我发现，作为一个整体的马克思主义，实际上揭示了人类自由意志行为交互对价的历史辩证法和历史唯物论。人类理想社会是一个政治对价、经济对价、法律对价、文化对价及一切交往和交换行为同时支付等同对价的制度安排。物质对价和精神对价双重满意，才能促进人类的发展和繁荣。这就是马克思主义的发展原理和精髓。

马克思全部思想体系是产权对价的逻辑和历史、理念和现实、抽象和具体的发展规律和历史过程的庞大思想体系的叙述。本书第五章对价本源考证，笔者提供了对价本源来自马克思主义的考证。对价本源考证，通过揭示马克思究竟发现了什么的庞大论述，揭示了马克思实际上早就发现了对价。而和科斯比较的研究，也想说明，实际上，现代经济学家所从事的一切研究，都是在针对现实具体问题，深化和细化了对价的各种条件而已。

## 四

以此,本书并不是一部真正意义上的专著,内中的文字多是已经发表在不同刊物的文章。十几年来,不论何时何地,思考和研究什么问题,我都是针对对价尤其是知识产权对价、对价与马克思主义等问题而思、而想、而表达、而发表,因此,汇集成一部从追问、求解到立论、求证、对价本源及知识产权宪政基础、顶层设计共七个篇章的完整的研究成果,也符合一部严肃的学术专著的逻辑结构和逻辑要求。尤其在最近研究的知识产权的顶层设计、对价与马克思主义及建立以产权对价为核心的马克思主义体系的思考,也为我这些年一直寻找的对价理论目标找到了明确的现实意义。找到了实际应用领域,也找到了法律制度改革的目标。这样,我便完成了构建知识产权系统诠释理论,为构建为一种新的对价法学方法论奠定了基础,更为马克思主义研究者提供了一个“产权对价为核心的马克思主义体系”的全新的视角。这使本书无论内容还是形式,都符合一部严肃的学术专著的逻辑要求。

## 五

本书也是应读者要求而做。常常遇到读者,抱怨读不全甚至读不懂我在不同刊物分别发表的大小文章,怪责我没有提供整个研究过程和研究结论的一部专著。故今先把我知识产权对价的研究历程按照我从事知识产权对价研究的框架和对马克思主义对价思考进程的成果整理出来,以专著出版。书中所使用的我的文章,有些内容做了删改,在难懂的地方补上了注释和说明,对不

同章节有些观点也做了补充修正。第二章第三节是我和袁泳博士共同完成的对美国 *Eldred v. Ashcroft* 诉讼案的分析。第四章第二节是我和我的博士生吴雨辉共同完成的在著作人格权中对价求证的研究成果，第六章知识产权制度安排及第七章的内容都是我承担国家社科基金重大课题《贯彻科学发展观实施知识产权战略研究》的阶段性成果。马克思主义对价论研究本是一个更庞大的主题，但我是因对价而思考研究，在此也一并提供给读者。我用一个对价范畴将这些沉重的重大问题凝聚成一个成果，凝聚成一本《知识产权的对价理论》。较之之前发表的文字，本书阐释对价的整体性、系统性、逻辑性及阐述对价的知识能力、表达水平及语言风格都是浑然一体的。

## 六

因为我一直探究自由冲突前提下自由最大化的对价激励条件，每次对价的表达都有自由激励最大对价条件的新发现，而每次表达都必须使用已经说过的自由对价的“话”，才能继续表达新内容并进一步深入的思考和追问。因此，本书中有一些文字在不同的章节中可能有些重复。在这方面，我希望读者原谅我很像一个啰唆的老人，有时会反反复复的就说那几句话。其实，在不同语境中重复，它的含义是不一样的。我这里就不做大的删改，当作研究过程的一个记录了。

# 目 录

前言:关于知识产权对价,我都说了些什么	001
导 论	001
一、中国应创建自己的知识产权系统诠释理论	001
二、全球化背景下知识产权立法的合法性	003
三、知识产权须经“对价”才能“衡平”	005
四、构建产权对价为核心的马克思主义思想体系	007
第一章 追问	013
第一节 知识产权这棵大树该“修剪”了	013
第二节 专利权垄断性的法哲学分析	020
第三节 从 Eldred v. Ashcroft 诉讼案看美国版权法价值 转向	
——美国两百年来首次对“版权扩张”法案 进行违宪审查	033

第四节 知识产权与财产法一体化构建	054
第五节 关于知识产权的几个深层理论问题	069
本章小结:知识产权是一棵结满果实的大树	088
<b>第二章 求解</b>	<b>090</b>
第一节 智慧的财产权构建如何可能? ——以现代自然法为分析方法对 WTO 框架 下知识产权的解读	090
第二节 知识产权的正当性 ——兼论知识产权法中的对价与衡平	125
本章小结:现代国家应重塑知识产权对价与平衡	148
<b>第三章 立论</b>	<b>149</b>
第一节 平衡点:关于知识产权的“对价理论”	149
第二节 知识产权对价理论的理论框架	161
本章小结:从宪政的视角看知识产权	193
<b>第四章 求证</b>	<b>202</b>
第一节 为版权立法的对价技艺	202
第二节 著作人格权的对价	227
本章小结:新媒体时代的版权问题	254
<b>第五章 对价本源的考证</b>	<b>258</b>
第一节 产权分析框架:从亚当·斯密的国富原理说起	260

第二节	财产(权):交互条件定律及对价前提 ——卡尔·马克思发现了什么?	269
第三节	国家共同体的性质:国家和个人互利共赢的 “交互对价条件”	281
第四节	市场经济体的前提条件及创新国家的必要交互 条件	288
第五节	中国社会主义市场经济建设:进一步产权改革 的路径	294
	本章小结:马克思主义与现代启蒙	297
<b>第六章</b>	<b>宪政基础</b>	300
第一节	对价是法治国家的治理术	300
第二节	美国知识产权宪政机制与中国战略对策	308
第三节	知识产权教育:让心智与知识和财富一起增长	314
	本章小结:法治国家需要一种大实践智慧	322
<b>第七章</b>	<b>顶层设计</b>	323
第一节	为知识产权立法的政治智慧	324
第二节	从顶层设计的视角看国家知识产权战略	345
第三节	完善国家知识产权战略的几点思考	350
	本章小结:推进国家知识产权战略实施的对策建议研究	354
<b>附 录</b>	<b>徐瑄和她的“均衡对价”法治思维</b>	357
<b>后 记</b>		363



## 导 论

### 一、中国应创建自己的知识产权系统诠释理论

知识产权虽是自然权利,但知识产权法中多是行政机关习惯用语、技术行业用语和法律俗语等容易引起歧义的不规范用语。完善中国知识产权保护体系,最迫切的问题是整合两大法系的思维传统、法律语言习惯、创建符合大陆法系思维传统、符合现行知识产权制度事实也符合中国等发展中国家立场的知识产权系统诠释理论。

“知识产权是私权”被写进世贸组织的 TRIPS 协议后,知识产权作为民事权利被世界各个国家接受,淡化了这样一个事实:知识产权(特别是版权、专利权)是传播中产生的财产权,“无传播则无权利”,这样,知识产权就与社会公众学习权、教育权、信息自由权等“互为成本”——知识产权保护程度越高,社会公众的学习权、教育权、信息自由权的限制就越多、成本就越大。“学习需要支付成本”,是知识产权的合理性基础。但知识产权不适当的扩张则必然会侵害社会公众的教育权、学习权、信息自由权甚至思