

第一章 全球化里的东方

作为全球化的主角，“野性的资本主义”把持着全球治理的话语权。活力四射的西方文化在其中或奔竞或抗议，博大包容的中国文化，却长期只是一个受人鄙夷的角色。改变这种历史的新时代，已经来临。¹

—— 本书作者

50年前，美国学者列文森（Joseph Levenson）嗟叹道，儒家在西方现代性的冲击下，已变成了没有现实意义的博物馆陈设。² 列文

-
- 1 野性的资本主义一语，出自剑桥大学教授彼得·诺兰：Peter Nolan, *Crossroads: The End of Wild Capitalism and the Future of Humanity*, 伦敦：Marshall Cavendish, 2009年。为有利中国读者查览，本书所引英文文献，一律采用中英混合形式。——作者注
- 2 Joseph R. Levenson, *Confucian China and its Modern Fate: A Trilogy*, 伯克利：加州大学出版社，1968年。



森一定想不到，在现代化程度有增无减的今天，中国人的心灵、生活喜好乃至治国之道，正自信地追溯两千年的文化传统。当然，数百年来频遭异变与摧灭的中国文化，其复兴之象，尚处于“大地阳和、万物苏萌”的初始阶段。为此，相关的研究必定是先关注当下一些棘手的内部问题，比如中国自身发展所产生的制度的、伦理的压力，或是西方现代性对中国当代社会转型的挑战。¹可是，在这中国文化复兴至大至重的“内向视角”之余，亦另须展开一个关怀中国国际环境的“外向视角”。纷繁复杂的全球化进程，时刻左右着各国及其人民的生活和心理。中国未来的生存条件和文化命运，乃至人类社会的迁变方向，都将受制于中国文化之能否改变长期受西方鄙夷的角色，并进而在全球化进程中真息、自如、和而不同地展现出参与全球治理革新的“建构实力”。

笼罩我们的西方全球化模式，具有何种根本特征？全球化带来了自由贸易、人口流动、文化交流和环境挑战，但这些只是表象。2000年，剑桥大学出版社出版了西方著名法学家彼得·达沃豪斯（Peter Drahos）和约翰·布莱特怀特（John Braithwaite）合著的《全球商业规则》一书，乃是采访500个国际政治与商业领袖之后写成。两位

1 比如，近年大陆新儒家的一些思潮。秋风：《儒家式现代秩序》，桂林，广西师范大学出版社，2013。方朝晖：《为“三纲”正名》，上海，华东师范大学出版社，2014。干春松：《重回王道——儒家与世界秩序》，上海，华东师范大学出版社，2012。蒋庆：《政治儒学》，福州，福建教育出版社，2014。任锋：《道统与治体》，北京，中央编译出版社，2014。曾亦、郭晓东：《何谓普世？谁之价值》，上海，华东师范大学出版社，2014。

学者的考察表明，当代全球化的根本特征，可以诠释为发达国家的政策制定者、顶级律师和商业领袖主导下的资本主义规则（式范、标准、准则和法规）的全球化，包括西方企业行为模式的全球化。¹换言之，这些全球治理的主角们，从几百年的全球资本主义贸易主导地位中汲取了大量技巧，为他们自己不断建造庞大、复杂的理论话语、国际条约、商业模式及风险转嫁机制。这些有形与无形规则的全球化，构成了西方主导下的全球治理。



西方文明对人类贡献极钜，当前西方规则主导下的全球治理，断非全然是“失道”的。但是，在过去 30 年新自由主义的驱动下，这些规则不乏新儒家第三期代表人物、前哈佛大学教授杜维明所批评的西方现代性中工具理性的冷酷和利己主义的霸道。² 2011 年，美国金融危机调查委员会公布了 600 多页的全球金融危机调查报告。报告承认，导致了許多大型金融机构垮塌和主要发达国家大规模经济衰退的金融危机，不是不可避免，而是“人为的”重大治理失效（governance failure）。期间，“主管金融的统帅和政府管家们”无视各种警告，导致了“道德和公信力的全面崩溃”。³ 普天之下的各国百姓，从来都

1 John Braithwaite & Peter Drahos, *Global Business Regulation*, 剑桥: 剑桥大学出版社, 2000 年, p. 10; pp. 27-30.

2 杜维明:《二十一世纪的儒学》导言, 15 页, 北京, 中华书局, 2014。关于新自由主义结构性弊端 (structural crisis) 入木三分的分析, 参见 David M. Kotz, *The Rise and Fall of Neoliberal Capitalism*, 麻省剑桥: 哈佛大学出版社, 2015 年。

3 The U.S. Financial Crisis Inquiry Commission 美国金融危机调查委员会, *The Financial Crisis Inquiry Report 2011*, p. xxii; p. xvii.

不是这些全球金融规则的主导者，但作为全球治理下的广大人口，他们却得慢慢消化金融危机的苦果。为此，大家别无选择，只好忍受着失业、不安、经济下滑、房价及股市动荡等各种物质与精神的巨大压力。

我将上述的全球治理现象，称为“西方规则之谬”。发展中国家等弱势群体，是全球既定治理规则的“迫受者”，他们的声音与权益很少获得重视。达沃豪斯和布莱特怀特提出，苟要改变此种现象，不能总是等到全球治理规则祸乱相寻之时，再仓皇应对，而是需要全球公民“主动介入”（proactive action），即由各种理性的文化、声音、理论及方案，在全球规则制定的场合和强大的决策主导群体互动，使之兼听则明。¹ 这种旨在促进全球治理范式转换（norm-shifting）的建构式参与，在法理上具有普世的正义性。21世纪初，英国著名法学家威廉·特文宁（William Twining）就提出了普遍法理学（general jurisprudence），认为全球化并不意味着建构集权化、同一化、西方化的全球规则，而应当邀请各种文化、国家和地区平等参与。²

为审慎起见，中国文化应先自何种层面参与全球治理中的规则建

1 Braithwaite & Drahos, *Global Business Regulation*, pp. 32-33. Peter Drahos, 'Regulatory Capitalism, Globalization and the End of History', RegNet Working Paper, No. 33, Regulatory Institutions Network (2014).

2 William Twining, *Globalization and Legal Theory*, 剑桥: 剑桥大学出版社, 2000年, p. 5; p. 55; p. 254.

构？现实表明，全球规则理论的“思维方式”是很好的切入点。今日全球规则的决策及商业习惯之推行，非藉武力定夺，而多是通过理论上精致的推演论证（reasoning）来以理服人。比如，本书用以求证中国文化参与全球治理之大用的一个具体事例——居于全球治理中心地位却矛盾重重、危机四伏的全球知识治理体系，就是以洛克的自然财产权理论和效益主义这两种西方经典哲学为其立法与司法的精魄。这两种哲学给全球知识治理注入了一元、强势财产权的特性，其渊源虽异，但“思维方式”却颇类同，均是认为智力成果应当（或需要）取得财产权。虽然存在一些利益平衡机制，但在其思维深处则永远是那些凛然、堂皇却昏聩的（fatuous）“绝对主义意识形态”——拥有智力成果“就好比地主拥有土地”。¹通过道德、哲学、政治和法律上的不断加冕，这一“因为智力成果，所以拥有财产权”的思维方式，自18世纪以来被西方的法律和商业模式不断固化，最终形成了今日广遭非议的全球知识治理体系。²

-
- 1 绝对主义意识形态（absolutist ideology）一词，出自 Peter S. Menell, ‘Intellectual Property and the Property Rights Movement’, 30 *Regulation* (2007), p. 41. 昏聩（fatuous）一词，出自牛津大学法学教授戴维·弗福尔，见 David Vaver 主编，*Intellectual Property Rights: Critical Concepts in Law* 第1卷，伦敦：Routledge, 2006年，p. 3. 土地所有权的比喻，引自加拿大众议院 Standing Committee on Communications and Culture, *Report of the Sub-Committee on the Revision of Copyright: A Charter of Rights for Creators*, 1985年，p. 9.
 - 2 关于这一欧洲历史渊源的经典之作，参见 Brad Sherman & Lionel Bently, *The Making of Modern Intellectual Property Law: The British Experience, 1760-1911*, 剑桥：剑桥大学出版社，1999年。





本书设定的读者群，不限于关注中国文化或世界大势的中国人，更包括全球治理的主角，亦即是发达国家的政策制定者、顶级律师和商业领袖。正是在此一“实学”层面上，中国文化的“外向视角”亟须彰显。然而，在国际政治、法律及商务领域叱咤风云的西方精英们，可能会觉得此类诉求有些突然。若是请他们略谈对中国文化的印象，则恐怕除了关系、服从权威、家庭观念之外，普遍只是勤劳、舞狮子、餐馆或中国结之类罢了。这些元素和中国文化的根本特质相去甚远，但却是西方精英的直观体验。正如本书将深入指出的，百年来国人闻见的中国文化，很多是17—20世纪中国特定时空的投射和想象，早已扭曲、凋败和碎片化。它们如影随形，构成了我们心灵习性和应事观物的潜在本源，并远播外国，复又被西方夸大丑化。在此种背景下，西方精英们传承着西方中心主义对中国文化的深深误解，同时又担负着全球规则制定或对华合作谈判的重任。

在中国引领世界经济的新时代，中国的改革成就日益受到西方的看重，但我们传统的博大精深，却远未广为人知。由之，春寒乍暖的中国文化研究和实践，需要切实地、创造性地探索一种体证传统、实现复兴的根本门径。这即是本书关注的终极话题，我称之为“参悟全景、走出染惑、昭明雅境”的次第方法。这一次第方法须是有效可行的，比如能在中国文化参与全球治理这种重大议题中充分运用。哈佛大学出版社发行的美国大汉学家包弼德（Peter Bol）的近著《历史上

的理学》，其封面图片，用的竟然是某个破败的中国乡村里堆满破碗和香灰的老屋。¹如果在哲学、制度、文学等抽象层面论证出的精深的中国文化，在大用上只不过是浅陋之象，那它自然跳不出西方中心论设定的中国文化低西方一等的前提。在提到西方传统之时，我们眼前映显的多不只是西方的思想，而是西方文化的“全景”（panorama），就好比站在伦敦街头，感受到的装束举止、品味修养、经济与科技的活力、社会与法律的秩序，以及建筑、艺术与绿化的风格、色彩和声响。因此，参与全球治理、复兴中国文化，首当走出这数百年中国文化图景的染惑，即从跨学科的角度来全景地昭明作为吾国传统根本特质的、早已湮隳的斯文典雅、人文化成的大美雅境，方能令世人会通人文、心生敬意。此实乃本书所倡文化复兴之道的大本大宗。



西方规则之谬：典型事例

综观当前的全球治理，颇能体现“西方规则之谬”的典型事例，是占据全球化中心地位的、高度政治化及意识形态化的、以一元、强势知识产权为特征的全球知识治理体系（global knowledge

1 Peter K. Bol, *Neo-Confucianism in History*, 麻省剑桥：哈佛大学亚洲中心，2008年。



governance)。¹ 本书即以之作为中国文化参与全球治理的一个可行视角。达沃豪斯和布莱特怀特指出，在世界体系中，西方规则全球化的矛盾在知识产权领域十分尖锐，因为弱肉强食在根本上需要凭借控制、利用知识的“知识优势”。² 过去 20 年间，全球经济的特性日益转向知识经济。对很多中国人来说，知识产权突然变成了热门的财富话题，但他们不知道，掌控知识和信息的全球治理的主角们，决定着全球财富和权力的分配。³ 达沃豪斯、苏珊·赛尔（Susan Sell）等领军学者的权威研究充分表明，这些全球治理的主角是大型跨国公司及其利益代表，他们通过主导由世贸组织（WTO）等国际机构管辖的、贯彻到世界各国立法与行政中的大量国际规则来追逐自身利益的最大化，并通过西方的政府、外交官员及商业与法律渠道，在世界各地进行各类赞助、游说、诉讼、政治施压、贸易制裁和区域扩张。⁴

令人诧异的是，对世界影响至巨的知识产权，在国际法上却没有统一之定义。由 WTO 管辖的强势知识产权国际条约《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPS 协议），亦只是罗列了一些知识产权的既定门

1 关于全球知识产权体制高度政治化的深入研究，参见 Sebastian Haunss, *Conflicts in the Knowledge Society: The Contentious Politics of Intellectual Property*, 剑桥：剑桥大学出版社，2013 年。

2 Braithwaite & Drahos, *Global Business Regulation*, p. 5.

3 Jack Balkin, ‘What is Access to Knowledge?’，在 2006 年耶鲁大学信息社会项目之接触知识学术会议上的致辞。

4 Peter Drahos with John Braithwaite, *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?*, 伦敦：Earthscan, 2002 年。Susan K. Sell, *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights*, 剑桥：剑桥大学出版社，2003 年。

类，比如版权和专利。¹ 不过，其内在机制并无二致，均是由全球规则来确立由强势财产权主导的、一元化的知识治理体系，以使知识产权的“富户”——目前主要是发达国家的跨国公司——能就知识产品的生产、定价、销售、进口、许可、转让和使用权限等享有全球话语权，从而有可能在全球产业链中实现利益最大化，并扼制他方的利益。这种知识治理体系和教育、医疗、公共健康、环境危机、气候变暖、生物多样性、粮食安全、永续创新及人类发展等全球重大议题产生了深刻的冲突。² 世界各地支持或反对现行全球知识治理制度的各类地方及国际群体，将自己组织起来，遂变成了知识产权军阀、说客、商业律师、政府或非政府组织、科研团体、公民运动、人道主义斗士或是知识产权的废除主义者。



这就是占据全球治理中心地位的、高度政治化的全球知识治理，它统辖着人类文明最令人惊叹的现象——全世界的大脑产生的无尽创造力，却因“西方规则之谬”而矛盾重重。由之，20多年来，在西方的法学、哲学、史学、文学、政治学、经济学、国际关系学及科技诸领域，“全球知识产权大论辩”从未停止，且有愈演愈烈之势。全

1 关于知识产权不明确的特性，参见 Alexandra George, *Constructing Intellectual Property*, 剑桥：剑桥大学出版社，2012年。

2 有关知识产权制造全球冲突的研究汗牛充栋，如可参见 Tzen Wong & Graham Dutfield 主编，*Intellectual Property and Human Development: Current Trends and Future Scenarios*, 纽约：剑桥大学出版社，2011年。Ruth L. Okediji 等主编，*Intellectual Property Rights: Legal and Economic Challenges for Development*, 牛津：牛津大学出版社，2014年。



球知识治理三大诸侯之一的欧洲专利局（EPO），就深深感受到了种种矛盾和争议带来的压力。2007年，它公布了一份历时三年完成的调查报告，深度窥测了现行全球知识治理制度危机四伏、令人难以捉摸的未来。这本名为《未来之剧情》（*Scenarios for the Future*）的“奥义书”如同好莱坞大片一般扣人心弦，是欧洲专利局采访了全球商业、政治、科技、法学等领域100多位权威人物之后的大成之作。它共编出四集剧情，分别由跨国公司、地缘政治、公民运动及技术突破主演，对强势财产权模式及其思维方式制造全球冲突的生动细节，刻画得鞭辟入里。¹

最为激烈的剧情是民怨沸腾、揭竿而起的西方公民运动，他们彻底废除了版权、专利这些现行知识治理体系在大多数行业的合法性，并代之以开放的、合作的创新模式。欧洲专利局指出，西方的公众群体普遍认为，现行的版权和专利制度不能激发优质创新，是以公众利益为代价的中饱私囊和知识公域的“圈地运动”。²这支力量绝不可小觑。自由软件、开放源代码、创作共享（Creative Commons）、科学共享（Science Commons）等在美国兴起的、经詹姆士·波义尔（James Boyle）、劳伦斯·莱斯格（Lawrence Lessig）等哈佛、耶鲁的法学教授力倡的公民运动，主张公众以合理的成本享受自主使用、改造智力成果的自由。这些公民运动刺激了广大网民、科学家、消费者及患者

1 European Patent Office 欧洲专利局, *Scenarios for the Future*, 慕尼黑:欧洲专利组织, 2007年。

2 欧洲专利局, *Scenarios for the Future*, pp. 70-81.

群体等公众阵营对知识产权的反感，而全球金融危机又加剧了他们对西方大公司工具理性和利己主义的不信任。正如一名受访专家所说，“公众已经冲到桌子前了”。¹我也不得不提醒一句——他们不见得耐得住性子。

第二种剧情由地缘政治诱发。欧洲专利局预测道，一元、强势模式将被分崩离析的区域多元模式取代。虽然全球治理的主角们不会善罢甘休，但全球金融危机在北美、西欧导致的经济衰退和高失业率，将使这些发达国家由联盟转为各寻出路，从而瓦解他们维持现行全球知识治理制度的忠诚。²这一剧情已经开始发生。哪怕是较保守的经济学研究也表明，一元、强势的知识产权模式不具有普世性。³因此，一味推行这种模式，势必在许多国家的公共健康、医疗、环境保护、生物资源、创新能力等方面造成发展瓶颈。

经过十多年的“为知识而战”（fight for ideas），非洲、南美的发展中国家现在要求建立政府出资搭建的共有平台，以经营其丰沃的生物资源和原住民知识，并禁止跨国公司盗取这些资源。⁴印度一直是

1 欧洲专利局, *Scenarios for the Future*, p. 70.

2 欧洲专利局, *Scenarios for the Future*, pp. 49-63.

3 较保守的研究参见 Carsten Fink & Keith E. Maskus 主编, *Intellectual Property and Development: Lessons from Recent Economic Research*, 牛津: 牛津大学出版社, 2005 年, p. 13.

4 “为知识而战”一词, 引自 Carolyn Deere, *The Implementation Game: The TRIPS Agreement and the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing Countries*, 牛津: 牛津大学出版社, 2009 年, p. 1.





反对跨国公司药品专利霸权的主力，中国则致力于建设宏大的国家创新体系，以突破中国经济对西方技术的依赖，并解决国内巨大的环境、社会和就业压力。¹ 而像新加坡、澳大利亚、新西兰这样的小型发达国家，几乎是欧美日韩知识产权的“净进口国”，所以主张寻求自己独特的知识产权模式。² 可以想见，随着中国在“一带一路”、亚洲基础设施投资银行等宏远倡议中领导地位的日益巩固，各国在通过知识创新来实现自我发展、区域贸易和全球秩序变革的憧憬将更加个性化。一元、强势的全球知识治理体系，以一己之利为根本出发点，实在无法满足这些共赢的期待。

然而，上述两集剧情，却显现出一种跌宕纷纭的气象。公民运动主张自由，无可厚非。但对许多国家而言，知识产权依旧是振兴实业的驱动力。地缘政治则可能导致群雄逐鹿的复杂化。为了反击地缘政治，美国近年来一直在规避 WTO 的多边框架，试图在区域贸易协议谈判中设定高于 TRIPS 现行义务的或将其原本有限的灵活性变为强制义务的条款，比如旨在和中国竞争的、广遭非议的《跨太平洋伙伴关系协定》(*The Trans-Pacific Partnership*)，就是这类策略的典型反映。³

1 关于中国依赖外国技术的现状及相关应对措施的正当性，参见 Seamus Grimes & Yutao Sun, ‘Implications of China’s On-going Dependence on Foreign Technology’, 54 *Geoforum* (2014), pp. 59-69.

2 Susy Frankel, *Test Tubes for Global Intellectual Property Issues: Small Market Economies*, 剑桥：剑桥大学出版社，2015 年，pp. 13-14.

3 李向阳：《跨太平洋伙伴关系协定：中国崛起过程中的重大挑战》，载《国际经济评论》，2012 年第 2 期，17-18 页。

此外，当一些新兴国家上升为全球知识创新的领袖时，它们可能会要求重建某种有利于自己的一元模式。这甚至可能引发“翻转效应”(role reversal)，即某些新兴国家变成了现行强势规则的拥戴者，不但让衰退中的美日欧等吞下“以其人之道还治其人之身”的大苦果，也可能妨害其他发展中国家的多元利益诉求。¹

相比之下，欧洲专利局预测的第三种剧情令人振奋。这一“王道”模式将在气候变暖领域率先破冰。在这一集剧情中，面对巨大环境压力和生存危机的人类社会，在开发最上乘的洁能(clean energy)技术方面达成了坚定的共识。这必然要求驱逐“西方知识产权意识形态的幽灵”，并废除现行的一元、强势知识治理体系。²这是因为，当今科技创新已经发展到学科交叉的阶段，只能在高效的科技流通、合作创新及宽容的专利立法中生长。一个产品可能包含大量不同行业的专利，但只要一个专利人拒绝许可授权，它就无法面市。因之，将出现由义务强制授权、税收激励、创造性共有、开放代码、付费免授权等多元模式共存的“温和知识产权架构”。³这集剧情名为“青天”，它代表着某种合理、多元、活力充沛的全球知识治理体系。

1 有关翻转效应的讨论，参见 Peter K. Yu, 'The Rise and Decline of the Intellectual Property Powers', 34 *Campbell Law Review* 坎贝尔法律评论 (2012), p. 555.

2 “知识产权意识形态的幽灵”一说，引自 Peter Drahos, 'The China-US Relationship on Climate Change, Intellectual Property and CCS: Requiem for a Species?', 1 *The WIPO Journal* 世界知识产权组织学刊 (2009), p. 126.

3 欧洲专利局, *Scenarios for the Future*, pp. 82-101.





只是我们先莫要载欣载奔，因为还有第四种剧情。这是一个“共输”的困局，期间跨国公司继续威掌权柄，对其他群体的强烈诉求置若罔闻。对此，欧洲专利局预测道，哪怕公民运动、地缘政治或技术突破无法改变现状，则现行全球知识治理制度的鲁莽、贪婪和超负荷，也终将使之自行垮台。这一预言恐非儿戏。人为造成的全球金融危机，弦犹在耳。达沃豪斯的最新研究进一步指出，在全球治理的主角们主导的国际专利领域，数量竞赛、垃圾专利、全球圈地以及放任的审批程序，使得各色专利四处泛滥。¹ 根据世界知识产权组织（WIPO）的统计，2015年全球专利年申请量已膨胀至近300万件。这些数量惊人的专利引发了对妨碍创新的广泛忧虑。² 但它们却是可交易的金融资产，并在风行全球的并购业务中成为上市公司博弈的筹码。欧洲专利局预测道，这些充斥股票市场的知识产权金融产品，最终变成了泡沫。和全球金融危机的诱因一样，欺诈和无赖的手段最终导致股市崩盘，只留下数以千计的破产公司，守着一文不值的垃圾专利和几十亿美元的债务。³ 这个结局把我们带回了本书的开头——普天之下的各国百姓，将又一次别无选择地忍受失业、动荡和节衣缩食。

1 Peter Drahos, *The Global Governance of Knowledge: Patent Offices and their Clients*, 剑桥：剑桥大学出版社，2010年。中译本为[澳]彼得·达沃豪斯著：《知识的全球化治理》，邵科、张南译，北京，知识产权出版社，2013。

2 世界知识产权组织 WIPO, *World Intellectual Property Indicators 2016*, p. 7. 世界知识产权组织 WIPO, *World Intellectual Property Report: Breakthrough Innovation and Economic Growth*, 2015, p. 15.

3 欧洲专利局, *Scenarios for the Future*, pp. 33-45.

西方思维方式的困境

吾人应知，危机四伏的全球知识治理，其规则之谬，实肇自“因为智力成果，所以拥有财产权”这种一元、强势的思维方式。它将智力成果视为和土地一样的财产，使得跨国公司这些知识产权的富户，像房地产市场的投资者一样，只关心产权的取得、扩张和战略布局。他们因之很难接受全面的制度更化，比如欧洲专利局期待的“青天”剧情——合理、多元、活力充沛的全球知识治理体系。¹ 穷极究本，我们应当将这一切“归功”于洛克自然财产权理论，但却不可责备约翰·洛克（1632—1704）本人。这位伟大的英国哲学家生活的时代充满垄断，使他对阻碍知识流通的做法深恶痛绝。² 欧洲文学、出版史权威马克·诺斯（Mark Rose）等一众学者的微观史学考证表明，在17世纪末英、法等国出版业严苛的政治及宗教审查面临瓦解之时，垄断商、议员、作者及法学家们在立场冲突中达成了思想及立法上的某种一致，即均认为代表新时代风尚的洛克自然财产权论是对智力成



1 关于知识产权最大化主义（maximalism）的倾向，参见 Linda R. Cohen & Roger G. Noll, ‘Intellectual Property, Antitrust and the New Economy’, 62 *U. Pitt. L. Rev.* (2001), p. 456.

2 Lord Peter King, *The Life and Letters of John Locke*, 伦敦: Bell & Daldy, 1864年, p. 208.

果最佳的诠释。¹ 洛克论显然没有对出版商不利，它甚至和当时流行的其他荒诞的思维方式并不无本质不同——比如，将作者与其智力成果的关系视为父权或地权关系。² 不论何种说辞，都意在拥戴强势的财产权。

在其不朽名著《政府论》中，洛克写道：



尽管土地及一切低等动物为一切人所共有，但每个人对他自己本人享有所有权，除他以外任何人都没有这种权利。……只要他使任何东西脱离自然所提供或导致的状态，他就已经掺入了他的劳动，并已在此物上增加了他个人的东西，从而使之成为他的财产。……相应的劳动是劳动者无可争议的所有物，所以在公域（common）之内，只要给他人留下足够且良好的资源，则对于这一有所增益的东西，除他以外的任何人便不得对之享有权利。³

洛克的这番陈词的确令人肃然起敬，其思维方式也显得天经地义：当我们为他人留下足够资源的同时，为了维持自己的生存而主张一些

1 Mark Rose, *Authors and Owners: The Invention of Copyright*, 麻省剑桥：哈佛大学出版社，1993年。John Feather, *Publishing, Piracy and Politics: An Historical Study of Copyright in Britain*, 伦敦：Mansell, 1994年。Carla Hesse, *Publishing and Cultural Politics in Revolutionary Paris, 1789-1810*, 伯克利：加州大学出版社，1991年。Joseph Loewenstein, *The Author's Due: Printing and the Prehistory of Copyright*, 芝加哥：芝加哥大学出版社，2002年。

2 Rose, *Authors and Owners*, p. 41.

3 John Locke, 'Second Treatise of Government', 见 Peter Laslett 主编, *Two Treatises of Government*, 伦敦, 1821年, pp. 209-210.

通过劳动产生的私有财产，是再正当不过的事了。洛克的这个“为他人着想”的前提不难满足，因为他假设原始公域（common）如山川江流一般资源充盈，大家可以彼此相安无事地将各自的诚实劳动转化为私有财产。¹ 因此，洛克思维的论证重心，便是“意在沛公”——只要不违反上述前提，便没有任何理由不授予财产权。² 洛克论似乎很适合有形财产，但却忽略了知识创造的本质是累积性的，不但会用到原始的甚至过时的知识公域，也会用到最新的知识私域，比如专利。它没有认识到，累积创新之目的，不是为了在现行知识公域内“给其他人留下足够且良好的资源”，而是为了通过增加新知来推动人类福祉。³ 它更无力说明何以知识产权比其他奖励创造的方式更具正当性。⁴ 洛克论的强财产权特性，很快就和其他强权观念一拍即合，比如将知识产权定义为“人类自然的需要”（natural need）、“永恒的观念”（eternal idea）或一种基本人权。⁵



-
- 1 Locke, 'Second Treatise of Government', p. 214.
 - 2 Justin Hughes, 'The Philosophy of Intellectual Property', 77 *The Georgetown Law Journal* 乔治城法律学刊 (1988), p. 298.
 - 3 Ken Shao 邵科, 'From Lockean Theory to Intellectual Property: Marriage by Mistake and its Incompatibility with Knowledge Creativity and Dissemination', 39 *Hong Kong Law Journal* 香港法律学刊 (2009), pp. 407-410.
 - 4 Stephen Breyer, 'The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs', 84 *Harvard Law Review* 哈佛法律评论 (1970), p. 286.
 - 5 引文分别出自 Harold C. Streibich, 'The Moral Right of Ownership to Intellectual Property: Part I - from the Beginning to the Age of Printing', 6 *Memphis State University Law Review* (1975), p. 2; Frank D. Prager, 'The Early Growth and Influence of Intellectual Property', 34 *Journal of the Patent Office Society* (1952), p. 106.



在洛克论之外，另有效益主义（utilitarianism）。这一经济学理论认为，知识是无形的，故而具有非竞争性（non-rivalry）和非排他性（non-excludability）。非竞争性是指知识可由无数人同时使用，而不会使他人的使用价值受到干扰。比如，一本书可以印行数百万册，由数百万人同时阅读。这就可能导致非排他性，即很难从技术上禁止他人复制知识的行为。比如，人们可以通过影印或抄写来复制书籍。据此，效益主义认为，知识的非竞争性和非排他性会导致搭便车的行为，因为盗版者付出的复制成本比知识投资者低。由之，效益主义强调，如果法律不禁止未经授权的复制行为，那么畏于市场失效的风险，人们就失去了创造、投资知识产品的激励动力。¹

第五、六两章将会提到，效益主义的确说明了商业环境中以排他权来保障创新投资的某种必要性。但我们在此关注的不是这一经济学原理，而是其思维方式。和洛克论一样，效益主义的思维重心也在财产权。根据美国宪法，授予知识产权的前提，是为了通过激发新知来推动公众福祉。但效益主义者似乎理所当然地认为，如果某人创造了新知并达到现行法律的要求，那么就应当授予他财产权。在这一思维中，财产权是唯一结果，没有考虑人们创新的多元动机，甚至没有洛

1 Edwin C. Hettinger, 'Justifying Intellectual Property', 18 *Philosophy & Public Affairs* (1989), pp. 34-35; Mark A. Lemley, 'Property, Intellectual Property, and Free Riding', 83 *Texas Law Review* 得克萨斯法律评论 (2005), p. 1032.

克论“为他人着想”这种约束机制。¹ 效益主义者也想当然地认为，只要授予了知识产权，新知就会不断增加，公众福祉就自然实现。至于这些新知对公众而言是否昂贵、是否有效传播等关键问题，他们竟然从不关心。² 因此，在效益主义的思维里，知识产权具有天然正当性，而且“多多益善”。³

洛克论和效益主义，是盛行于西方的经典知识治理哲学。两者源流虽异，却存在微妙的历史交集，更经常在司法及商业中混用。⁴ 其思维方式如出一辙，均是“因为智力成果，所以拥有财产权”这种一元、强势的思维。“心智的财产”（property of the mind）这种措辞究竟错在哪里？哈佛大学著名法学家威廉·费歇尔（William Fisher）教授指出，这种措辞让人们觉得知识产权“是和土地或其他有形私人财



-
- 1 关于创新的动机不限于财富，参见 Jessica Silbey, *The Eureka Myth: Creators, Innovators, and Everyday Intellectual Property*, 斯坦福：斯坦福大学出版社，2015年，pp. 1-6.
 - 2 Ruth Gana Okediji, ‘Perspectives on Globalization from Developing States: Copyright and Public Welfare in Global Perspective’, 7 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 印第安纳全球法学研究学刊 (1999), p. 155. 马哈薇·桑德（Madhavi Sunder）指出，效益主义的根本错误在于它对知识传播（distribution）的忽视。Madhavi Sunder, ‘IP3’, 59 *Stanford Law Review* 斯坦福法律评论 (2006), p. 284.
 - 3 英国知识产权委员会, *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy – Report of the Commission on Intellectual Property Rights*, 伦敦，2002年，p. iii.
 - 4 关于其历史交集，参见 Adam Mossoff, ‘Rethinking the Development of Patents: An Intellectual History, 1550-1800’, 52 *Hastings Law Journal* (2001), p. 1297. 关于混用，参见 William Fisher, ‘Theories of Intellectual Property’, 见 Stephen R. Munzer 主编, *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, 剑桥：剑桥大学出版社，2001年，pp. 173-174.



产一样的权利，因而需要用同样的全副法律盔甲来保卫”。¹在这种思维方式的熏陶下，西方的政府、法院和企业，长期将版权和专利解读为“不应受到任何限制的绝对财产权”。²渐渐地，区分洛克论或效益主义，对于全球知识治理的实践已不再重要，因为效益主义不过是为“洛克道德剧”外加的一个“鱼钩”罢了。³两相结合，他们造就了全球知识治理一元、强势的个性，而全球社会关系（social relation）中大量他方利益的诉求，只好顾影自怜。⁴

在西方，强势财产权的思维方式并非唯一的传统，社会关系的视角同样历史悠久。比如，在19世纪的英国，大量的舆论认为版权对教育和书籍流通是有害的。⁵美国第三任总统、开国国父托马斯·杰斐逊（Thomas Jefferson, 1743—1826）在讨论专利权时认为，社会可以承认或拒绝智力成果上的“利益独占权”，一切“以社会的意愿与福祉为前提”。⁶但是，杰斐逊时代的美国，却和欧洲一样流行着洛克

1 William Fisher, 'The Growth of Intellectual Property: A History of the Ownership of Ideas in the United States', 见 Vaver 主编, *Intellectual Property Rights: Critical Concepts in Law* 第1卷, p. 85.

2 Michael A. Carrier, 'Cabining Intellectual Property through a Property Paradigm', 54 *Duke Law Journal* 杜克法律学刊(2004), p. 4.

3 James Boyle, *Shamans, Software, and Spleens: Law and the Construction of the Information Society*, 麻省剑桥: 哈佛大学出版社, 1996年, p. 123.

4 关于社会关系论, 参见 Sunder, 'IP3', p. 315.

5 Catherine Seville, *Literary Copyright Reform in Early Victorian England: The Framing of the 1842 Copyright Act*, 剑桥: 剑桥大学出版社, 1999年, pp. 1-2.

6 'Letter from Thomas Jefferson to Isaac McPherson' (Aug. 13, 1813), 见 Andrew A. Lipscomb 主编, *The Writings of Thomas Jefferson* 第13卷, 华盛顿, 1903年, pp. 334-335.