

学校编码: 10384

分类号 \_\_\_\_\_ 密级 \_\_\_\_\_

学号: 13620081150815

UDC \_\_\_\_\_

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

法律维度的“山寨”现象分析

Analysis on the Legal Dimensions  
of "SHANZHAI" Phenomenon

李科研

指导教师姓名: 李 琦 教 授

专 业 名 称: 法 律 硕 士

论文提交日期: 2011 年 4 月

论文答辩时间: 2011 年 月

学位授予日期: 2011 年 月

答辩委员会主席: \_\_\_\_\_

评 阅 人: \_\_\_\_\_

2011 年 4 月

厦门大学博硕士学位论文摘要库

## 厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为( )课题(组)的研究成果,获得( )课题(组)经费或实验室的资助,在( )实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日:

## 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，  
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月

---

## 内 容 摘 要

“山寨”现象已经潜隐在社会的众多层面。理论界对于“山寨”的面相存在着多元解读，诸说纷陈。但对于何谓“山寨”一直缺乏体系地梳理，对于“山寨”关涉的理论问题缺乏系统化的思考，对于“山寨”风行的原因缺乏理性地省思，对于问题解决路径的讨论也甚为稀少。进行法律维度分析的前提应该是先在一个相对准确的奠立于大量具体事物归纳而来的抽象概念。但“山寨”这一语词并非一个精准的法律概念，包涉范围的不断扩充，附加意义的不时变动，都使得它很大程度上难于被界定和把握，这也是造成理论研究难以拓展的一个重要原因。

职是之故，在本文的第一章试图对“山寨”的概念进行详致地厘定，描述了大众视野里的“山寨”现象，并从一个全新的视角对“山寨”进行划分归类，完成对概念内涵的叙述，进而从背后探源究委，对“山寨”现象做了发生学意义的思考。

在本文的第二章，在前文的分类的基础上，结合我国的社会现状，探讨了“山寨”所涉及的理论问题，从经济民主、权利位阶、自由边界、规律使然四个方面做了提升意义上的梳理。作为法律人的我们应该怎么面对“山寨”？如何为创新提供一种长效的制度保障？

本文第三章首先论证了制度设计何以正当？从哈耶克的两种理性主义取向区分入手，讨论了建构理性主义制度变迁理论和演化理性主义变迁理论、诺斯早期建构理性主义取向及后来的理论转向和两种理性主义倾向的趋同姿态及其对当下的启示。然后通过观念更新和利益的均衡来讨论了制度设计何以有效？最后对制度设计从宏观角度提出解决的路径，期间夹杂了对典型“山寨”现象的建议探讨。本文有着理论与现实意义，尤其是对于选择了法治作为臻达民族复兴之路径的现时中国来说。

**关键词：**山寨；制度路径；建议

---

## ABSTRACT

In recent years, “SHANZHAI” Phenomenon was appeared, and hiddened in many of social aspects..Anybody cannot ignore the possibility of “SHANZHAI” in future world orientation. There are many ideas about it in theory, but lack of systemly explain what is “SHANZHAI” ,and lack of problem solving path for “SHANZHAI”.

So, in the first part of it, I tried to explain the concept of “SHANZHAI”in detailed, and categorize it in new method,and discuss the essence of the concept, and analyse its causes.

In chapter2, according to the classification and combining with China's social status, probes into the involved theory of “SHANZHAI”. Analyse the economic democracy, right-hierarchy, free boundary, natural law, etc.How should we deal with“SHANZHAI”? How to provide a long-term institutional guarantee for innovation?

There are three parts in chapter3 of the article. Analyse the rationalism of Hayek orientation distinguish, and discussed the constructive rationalism and evolution of the theory of system vicissitude.North early constructive rationalism orientation and later the theoretical steering,and two kinds of rationalism tendency and the convergence of the current stance enlightenment. Then through the renewing and the balance of interests analysis, and discuss how effective design of the institution. Finaly provide the recommendations that perfect the institution in macro Suggestions. This thinking has theoretical and practical significance, especially in terms of China who is in the proecess of legislations.

**Key Words:**“SHANZHAI”; The Path of Institution; Recommendations

厦门大学博硕士学位论文摘要库

## 目 录

|                                       |           |
|---------------------------------------|-----------|
| 绪 言.....                              | 1         |
| <b>第一章 “山寨”现象的梳理 .....</b>            | <b>5</b>  |
| <b>第一节 “山寨”概念解读 .....</b>             | <b>5</b>  |
| 一、假冒伪劣.....                           | 5         |
| 二、模仿克隆.....                           | 6         |
| 三、草根话语的“形象代言” .....                   | 6         |
| <b>第二节 “山寨”现象的创新分类 .....</b>          | <b>7</b>  |
| 一、分梳标准的确立.....                        | 7         |
| 二、涉及商业的实体部分——假冒伪劣.....                | 8         |
| 三、涉及商业的实体部分——非假冒伪劣.....               | 9         |
| 四、涉及商业的虚拟部分.....                      | 10        |
| 五、不涉及商业的实体部分.....                     | 11        |
| 六、不涉及商业的虚拟部分.....                     | 12        |
| <b>第三节 “山寨”现象的省思 .....</b>            | <b>12</b> |
| 一、宏观场景.....                           | 13        |
| 二、技术条件.....                           | 14        |
| 三、意识爆发.....                           | 14        |
| <b>第二章 “山寨”现象理论解读——四个实质问题的讨论.....</b> | <b>17</b> |
| <b>第一节 经济民主 .....</b>                 | <b>17</b> |
| <b>第二节 权利位阶 .....</b>                 | <b>18</b> |
| <b>第三节 自由边界 .....</b>                 | <b>19</b> |
| <b>第四节 规律使然 .....</b>                 | <b>21</b> |



---

|                                       |           |
|---------------------------------------|-----------|
| <b>第三章 解决的路径——一种关于制度设计的思路尝试</b> ..... | <b>23</b> |
| <b>第一节 制度设计是否可能</b> .....             | <b>23</b> |
| 一、哈耶克对理性主义的认识预设分殊在制度领域的两种映照.....      | 23        |
| 二、诺斯早期建构理性主义取向及后来的理论转向.....           | 25        |
| 三、两种理性主义倾向的趋同姿态及其对当下的启示.....          | 26        |
| <b>第二节 制度设计何以有效</b> .....             | <b>27</b> |
| 一、观念的更新.....                          | 27        |
| 二、利益的均衡.....                          | 29        |
| <b>第三节 制度路径思考——从宏观设计的角度</b> .....     | <b>30</b> |
| 一、对“山寨”侵权的惩治与预防.....                  | 31        |
| 二、在立法层面及时有效地制度完善.....                 | 32        |
| 三、为创新品质的发挥和延续构建适宜的制度空间.....           | 35        |
| <b>结语——不能回避的局限</b> .....              | <b>37</b> |
| <b>参考文献</b> .....                     | <b>38</b> |
| <b>致谢</b> .....                       | <b>43</b> |

---

## CONTENTS

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Preface</b> .....   | <b>1</b>  |
| <b>Chapter 1 Overview of“SHANZHAI” Phenomenon</b> .....                            | <b>5</b>  |
| <b>Subchapter1 The Concept of “SHANZHAI”</b> .....                                 | <b>5</b>  |
| Section 1 The Fake.....  | 5         |
| Section 2 The Imitate and Cloning .....  | 6         |
| Section 3 The "Image Speak"of Grass Root.....                                      | 6         |
| <b>Subchapter 2 New Classification of “SHANZHAI”</b> .....                         | <b>7</b>  |
| Section 1 The Criteria for the Classification of “SHANZHAI” .....                  | 7         |
| Section 2 Entity Business-related Parts——Fake.....                                 | 8         |
| Section 3 Entity Business-related Parts——Not Fake.....                             | 9         |
| Section 4 Virtual Business-related Parts.....                                      | 10        |
| Section5 Entity Parts without Business .....                                       | 11        |
| Section6 Virtual Parts without Business.....                                       | 12        |
| <b>Subchapter 3 Reflection of“SHANZHAI”</b> .....                                  | <b>12</b> |
| Section 1 Social Background.....   | 13        |
| Section 2 Technology Conditions.....   | 14        |
| Section 3 Consciousness Outbreak .....   | 14        |
| <b>Chapter 2 “SHANZHAI” Theoretical Analysis——Four<br/>Substantive Issue</b> ..... | <b>17</b> |
| <b>Subchapter 1 Economic Democracy</b> .....                                       | <b>17</b> |
| <b>Subchapter 2 Right-hierarchy</b> .....  | <b>18</b> |
| <b>Subchapter 3 Free Boundary</b> .....  | <b>19</b> |
| <b>Subchapter 4 Objective Laws</b> .....   | <b>21</b> |
| <b>Chapter 3 Solution Method——About a Institution Design Ideas</b> ...             | <b>23</b> |

---

|                     |  |           |
|---------------------|--|-----------|
| <b>Subchapter 1</b> | <b>The Possibility of Institution Design.....</b>  | <b>23</b> |
| Section 1           | Two Field Response of Hayek on Rationalism Understanding of....                                | 23        |
| Spiritual           | Preset Points in the Institution.....  | 25        |
| Section 2           | North Early Constructive Rationalism Orientation and Later the<br>Theoretical Steering.....    | 26        |
| <b>Subchapter 2</b> | <b>The Effectiveness of the Institution Design.....</b>  | <b>27</b> |
| Section 1           | Update Idea .....  | 27        |
| Section 2           | Balanced Interests .....   | 29        |
| <b>Subchapter 3</b> | <b>The Path of Institution Thinking——Macroscopic Perspective.</b>                              | <b>30</b> |
| Section 1           | Punishing and Prevent the Piracy of“SHANZHAI”.....   | 31        |
| Section 2           | In Legislative Layer Timely and Effectively Institution<br>Consummation .....                  | 32        |
| Section 3           | For Innovation Quality Play and Continue the Constructing the<br>Proper Institution Space..... | 35        |
| <b>Conclusion</b>   | .....  | <b>37</b> |
| <b>Bibliography</b> | .....  | <b>38</b> |
| <b>Afterword</b>    | .....  | <b>43</b> |

## 绪言

近年来，“山寨”现象风生水起，在席卷了这个工商社会物质层面的同时，也冲击着国民固有的价值观念。谁也无法忽视“山寨”对未来世界的可能性导向，毕竟你我皆“深深地嵌在这个世界之中”。在网络媒体助推中的主流与非主流的多元解读下，“山寨”被附加了强烈的现实意义、审美喜感乃至草根情怀。心怀怵惕者惊呼这是中国民众法律意识淡薄和社会创新能力缺位所导致的病态扭曲，应该及时“封杀”。鼓吹宣喻者则认为这是中国社会草根阶层对精英体制主流霸权的一场无意识反叛，是 Web2.0 时代的民主狂欢。<sup>①</sup>该善待还是扼杀“山寨”，这样的利益论争此起彼伏，甚嚣尘上。苏力教授说：“不是所有的争论都是有意义，有成效的；道不同的争论不会有智识的结论，而实践的结论则必须留待时间和历史。”<sup>②</sup>透过众声喧哗，我们应该知道“人之所以有理由个别地或集体地对其中任何分子的行动自由进行干涉的唯一目的，乃是自行保护。这就是说，对于文明群体中的任一成员，之所以能够施用权力以反对其意志而不失为正当，其唯一的目的就在于防止危害他人。然而，仅仅是自己的利益，不论是物质上的还是道德上的私利。都不构成采取这种干涉措施的充足理由。”<sup>③</sup>利益的殊异造成了立场的分野甚至严格对立，“山寨”始终伴随着关于侵犯知识产权、名誉权等法律问题的诸多诘难。如何抛开“傲慢与偏见”，中立而理性地看待“山寨”现象？法律意义上的“山寨”概念如何叙述？应当以一种怎样的姿态对“山寨”进行引导和规制？本文将顺序展开。

绵延几千年的自耕农经济随着封建社会的倒塌成为了历史的记忆。新中国成立后，中国经济模式的探索在不断的试错中艰难前行，从计划经济向市场经济无畏转折的路上，筚路蓝缕。改革开放的三十多年来，中国经济高速腾飞，被世界誉为“一个经济奇迹”。我们可能欣慰的发现中国已

<sup>①</sup> Web2.0 是相对 Web1.0 的新的一类互联网应用的统称。它的更新升级侧面反映着一个时代的变革。相比互联网 web1.0 时代的精英把关、传者言说模式，Web2.0 使文化创作真正进了一个全民言说的时代，它更强调人是灵魂、交互表达和个性展现。

<sup>②</sup> 苏力著.制度是如何形成的（增订版）[M]>北京：北京大学出版社,2007.80.

<sup>③</sup> [美]E·博登海默.法理学—法律哲学与法律方法,邓正来译,中国政法大学出版社,1999.108.

经成为世界制造大国，但我们同时不能回避的事实：“中国制造”附加值低，缺乏核心竞争力，始终徘徊在价值链的最底端。2008年9月，温家宝总理与美国经济金融界人士座谈时曾说：我们用5000万件衬衫才能换一架波音747飞机，这是我们的宿命。这句让人动容的比方，意味更多的是时代赋予我们的责任：中国必须由制造大国向制造强国转变，实现由中国制造向中国智造转型，这个“转身”注定不会华丽。

许多或好或坏的新鲜事物伴随着这个转型时代的特殊性，纷至沓来，这其中包括了“山寨”。也许它的出现并不在社会的预设或预期里，只是一个迫于生计的无奈选择，“山寨”一路坎坷却始终野蛮生长。国家工业和信息化部发布的2009年电子信息产业经济运行公报指出，“山寨产品”已成为行业发展不容忽视的力量。2010年11月30日工信部副部长杨学山在国新办新闻发布会上表示，“……如果说它使用了别人的知识产权，那么他应该给拥有这个知识产权的制造商或者专利权人支付相应的费用。如果说他这个模仿没有侵犯到专利权人所声称的权利保护的对象，那么我们还是支持这样的生产，因为模仿也是一种创新，也是一种发展。这也是我们看待‘山寨’现象的一个基本原则”。“山寨”从最初的制造业迅速铺展开来，从技术到商业模式以及文化领域全方位拓疆僻壤。工信部的官方“力挺”，更让我们看到了“山寨”的存在和发展，不容小觑。

对于“山寨”的各种关注大异其趣。在“山寨”有着极高的关注度映衬下，理论研究显得捉襟见肘。在法律论域之下的研究成果，从国内外的研究现状来看，也是数量不少，质量有限的。

“山寨”是个极具中国特色的语词，滋长于本土民间，但在大洋彼岸亦有着美国版本的对应，只是与本土的相比，范围要狭窄的多，而且相对本土“山寨”大多集中在诉求经济效益，美国版“山寨”则更多体现了想象力和讽刺精神，山寨的对象不是名流就是权威。而且不论是幽默诙谐还是恶搞反讽，都饱含着创作者绞尽脑汁，突破框架和限制的努力。比如“金酸莓奖”<sup>①</sup>、“搞笑诺贝尔奖”。<sup>①</sup>另外著名的《Scary Movie》系列、《Meet

<sup>①</sup> 金酸莓奖（Golden Raspberry Awards）是模仿奥斯卡金像奖的颁奖典礼，每年都抢先在奥斯卡颁奖之前揭晓，藉以向被受传媒批评的劣片致敬。现时金酸莓奖已经举行过25届，比较著名的奖项包括金酸莓奖、

the Spartans》、《Epic Movie》等都是恶搞大片的上乘之作。

如果说国外对于“山寨”也有研究，则主要集中在相关数据收集上，它并不是作为研究目的出现，而是作为工具意义上的存在。关注者甚至也将通过以互联网为代表的数字技术所带来的民众参与，作为观测中国民主进程的一个角度。遗憾的是在的本文研究意义上，并无国外直接文献可资借鉴。

国内对“山寨”的研究，相关的专著并不多，如《山寨革命》<sup>②</sup>描述了山寨的起源、影响，以及山寨社会的特点。《有一种模式叫山寨（弱者的强势生存法则）》，<sup>③</sup>则提出了山寨精神的终极目标的同时，认为山寨不是偶然，而是必然。《山寨来了》<sup>④</sup>是 CCTV《中国财经报道》栏目组所撰写的，最主要的也是描述了山寨环境下中国的制造业如何突围，并聚焦了中国制造未来在哪里。相关论文散落于“山寨”在各学科领域的渗透，如经济学、政治学、社会学、美学、伦理学、管理学、认知语言学、哲学等。这方面的文献资料有代表性的可参详赵勇刚的《山寨文化的两种经济模式探析——兼谈对待“山寨”的理性态度》、白晋湘的《山寨经济发展：因素、模式、障碍及对策》、周汝江、高钊翔的《话语的张力：政治信任流失——从“山寨文化”说起》、方旭东的《山寨文化：从经济学到社会学的导入》、孙青青的《山寨文化的美学审视与前景思考》、孙彬锋的《社会主义市场经济伦理构建的必由之路——对“山寨”现象的伦理学解读》、谷颖、汪玲玲的《析“山寨”的词义衍化现象》、刘坛孝、董维山的《当代汉语新词语义模糊性的体验哲学思辨——以“山寨 x”词串构式为例》等。诸多学人在各自的专业领域对“山寨”做出了有益的探讨。

“山寨”在我国法律论域之探讨，如王传干、张方勇《“山寨文化”的法哲学思考》、龙颖的《山寨文化的知识产权法解读》、樊蓉的《山寨

---

最差成就奖和主席奖。

<sup>①</sup> 搞笑诺贝尔奖 (the Ig Nobel Prizes) 是对诺贝尔奖的有趣模仿。其名称来自 Ignoble (不名誉的) 和 Nobel Prize (诺贝尔奖) 的结合。主办方为科学幽默杂志 (Annals of Improbable Research, AIR)，评委中有些是真正的诺贝尔奖得主。其目的是选出那些“乍看之下令人发笑，之后发人深省”的研究。

<sup>②</sup> 阿甘著,山寨革命[M].北京:中信出版社,2009.7.

<sup>③</sup> 钟殿州著.有一种模式叫山寨（弱者的强势生存法则）[M]武汉:武汉大学出版社,2009.6

<sup>④</sup> 中央电视台《中国财经报道》栏目组编：山寨来了[M],北京:机械工业出版社,2009.4.

文化的法律思考》等，然已有的研究较为散乱，讨论的不够深入，并不能构成体系。专家学人大多从好与坏、模仿与创新二元对立角度来分析“山寨”，综合程度和深度仍然值得挖掘。从学理上进行深入分析的学者偏少，部分甚至对于“山寨”本身的认识亦龃龉不入。

依据生活经验，借助现有的语言中介，总是能对所要论述的对象给予适当的理解和表达。但“山寨”现象不拘于形式，对“可能性”尽情演绎，其中亦蕴含了隐蔽的自由精神追求。这种隐蔽的高度自由指向不确定性、可能性、模糊性、超越性的总和。<sup>①</sup>其本身的暧昧以及被网络零碎诠释的复杂化，使得准确定义的努力有些艰难。客观而言，从法律的角度对“山寨”现象进行评价亦有一定难度，因为法律评价的前提就是精确的概念以及延伸的具体事物，而“山寨”现象涉及面的宽泛以及花样的翻新，不利于法律评价的针对性。<sup>②</sup>国内现有的研究分析还不够明朗。

中国社会处于积极的建构和变迁的历史进程中，大众文化凸显，个体主义倾向加剧。“山寨”生长于这样的环境之中，并已经渗透到百姓的日常生活乃至国家(政府)的宏阔层面。“山寨”本身的构成是内容复杂的，甚至其中蕴含了中国现实社会运行逻辑、状态和未来发展方向的预示，可以说，对其进行必要的探讨有着理论与现实意义。

本文主要采用了定性研究中的文献研究法，期间收集、整理了大量关于“山寨”的相关报道、评论以及文献资料，论文分析中交贯运用了社会学、经济学和法理分析等学科相关知识，以比较方法、规范实证方法、价值分析方法等手段进行架构贯穿。从“山寨”概念的分析梳理开始，进而细化“山寨”的分类，探讨了“山寨”关涉的理论问题，对“山寨”进行了较深层面原因的考察，其后论述了制度设计的可能及可行，最后在如何完善制度，为“山寨”提供好的制度空间，进行了进一步的思考。

<sup>①</sup> 方旭东. “山寨文化”的后现代性指涉[J]. 渤海大学学报 2010(2)

<sup>②</sup> 赵静, 赵海燕. “山寨文化”游走在法律边缘[J]. 法庭内外. 2009,(02)7

## 第一章 “山寨”现象的梳理

### 第一节 “山寨”概念解读

历史跌宕，时空流转，“山寨”语意从最初的表示绿林好汉盘踞的山中营寨，发展为今天的略带“江湖味”的草根代言。这个语词始终保留着偏僻、脱离中心的隐含含义，并经过词义的转喻显出了对主流话语的反叛与背离意味。

当下意义上的“山寨”崛起于广东的IT业，“山寨”产品是以极低的成本模仿主流品牌产品的外观/功能，并加以一定程度创新的一种现象。它的衍生物和副产品在相关行业引发了结构性震荡。这种新的社会现象颠覆了传统的行业潜规则，建立了以“山寨”为基础的价值序列。从“山寨”的实际性质和演变来看，它既是时下对正统、主流市场规则和文化生产方式的“不同构”，又是一种草根思潮与实践；既是学术性的探讨，又是一些人日常生活的实际行为方式；既是语言论述，又是策略性的技艺和符号游戏；既涉及到现实的因素，又关系到可能的领域；既是可以表达出来的语言论述，又是不可表达的各种不稳定象征结构。<sup>①</sup>但在一般意义上，“山寨”现象在公众视野中，有以下几层涵义：

#### 一、假冒伪劣

依据《中华人民共和国产品质量法》第五条之禁止性规定，可以大致看出法律对假冒伪劣的定义：以假充真，伪造劣质。即产品冒用其它牌名进行伪造，以质量残次品冒充正品。<sup>②</sup>社会上被普遍误认并错误地归类为“山寨”的傍名牌产品，如斯大舒胃药、康师傅方便面、NLKE 运动鞋……这些近似、仿冒的产品，借用了“山寨”的名义，在集体狂欢之中，

<sup>①</sup> 方旭东.“山寨文化”的后现代性指涉[J].渤海大学学报,2010(2).

<sup>②</sup> 1993年2月22日通过，2000年7月8日修正的《中华人民共和国产品质量法》第一章第五条：禁止伪造或者冒用认证标志等质量标志；禁止伪造产品的产地，伪造或者冒用他人的厂名、厂址；禁止在生产、销售的产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好。



Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库