

法治化营商环境文库

知识产权法哲学新论

胡波 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法治化

知识产权法哲学新论

胡波 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

知识产权法哲学新论 / 胡波著. —北京: 法律出版社, 2016. 12

(法治化营商环境文库)

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0346 - 2

I. ①知… II. ①胡… III. ①知识产权—法哲学
IV. ①D913.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 304861 号

知识产权法哲学新论

胡 波 著

编辑统筹 财经出版分社

策划编辑 刘文科

责任编辑 刘文科

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 吕亚莉

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 12.25

字数 213 千

版本 2017 年 1 月第 1 版

印次 2017 年 1 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0346 - 2

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

引论 知识产权法哲学的论域	1
第一章 知识产权法的未来模式	16
第一节 知识共享模式的伦理系统属性	22
第二节 伦理系统与法律系统的区隔性	26
第三节 对“替代模式说”之批评	30
第四节 知识产权未来模式的展开	36
第二章 知识产权法的形式理性	42
第一节 形式理性法范畴的展开及其中国意义	42
第二节 知识产权法形式理性的含义及其实践价值	65
第三节 知识产权司法的形式理性	93
第三章 知识产权法的价值论	120
第一节 知识产权法律价值之论题	120
第二节 知识产权法律价值论的研究理路	137
第三节 知识产权法的三重法律价值	145
第四节 知识产权法律价值间的优先规则	155

第四章 知识产权法的司法论证	163
第一节 既有理论中的四种论证模型	164
第二节 法律论证的镜面模型	170
第三节 镜面模型的约束条件	175
第四节 镜面模型的适用例:贴牌加工	180
后记	191

引论 知识产权法哲学的论域

虽然以“知识产权法哲学”为题的论文与著作已不鲜见,但论者多直奔正题,对于我们使用的“知识产权法哲学”这个概念本身未见交代。究竟何为知识产权法哲学?它研究什么问题?与一般的知识产权法学研究有什么差异?对该范畴的内涵和外延似有梳理和反思的必要。另外,本书名为“知识产权法哲学新论”,作者多少怀抱一点推陈出新的“野心”。与此领域既有研究文献的一项区别即在于,本书尝试拓宽论题范围——除了正当性问题,亦将关于知识产权未来模式的讨论和价值论纳入知识产权法哲学研究视野,另外引入“知识产权法的形式理性”、“知识产权案件的法律论证”等新的命题。由此看来,笔者对于“知识产权法哲学”的理解宽于既有文献使用该词汇的含义。因此,引论需要对知识产权法哲学论域的此种变化加以说明。

一、部门法哲学

知识产权法哲学属于部门法哲学之一种。追溯根源,我们需要考察部门法哲学的性质。对其属性的理解大体有三种思路:其一,部门法哲学是法哲学向部门法领域的延伸,属于法哲学的分支。其理由在于,“部门法哲学研究,无论是法理学者进行的研究,还是法律学家进行的研究,其理论资源、研究方法、研

究范式和理论关怀,主要是法哲学的或来自法哲学”。^①

其二,部门法哲学是部门法研究上探至法哲学甚或哲学层面所获得的结果,其性质为部门法学的升华和发展。如陈兴良教授认为,“刑法哲学是对刑法所蕴含的法理提升到哲学高度进行研究的一门学科,是刑法学的基础理论”。^② 以此推论,刑法哲学当然归于刑法的学科体系。形象地讲,前述第一种看法将部门法哲学视为法哲学的特殊区域,而第二种看法将其视为部门法的特殊区域。

存在介乎二者之间的第三种表述。它将部门法哲学描述为法哲学与部门法的交叉领域。如徐国栋教授提出,“部门法哲学,尤其是民法哲学的崛起构成打破部门法与法哲学之间隔阂的中介,它既是部门法的,又是法哲学的”。^③ 或者如宋显忠所说,“部门法哲学作为一种跨学科的交叉研究,其中既有部门法学跨法哲学的交叉研究,也存在法哲学跨部门法学的交叉研究。成果分散于法哲学和部门法学的各科当中。按照现在习惯的做法,前者还是归入相关的部门法学科,后者依旧归入法哲学的学科”。^④ 笔者倾向于此种理解。所谓部门法哲学并非新的学科门类,而是对于体现相同研究范式或者采纳相似研究方法因而具有“家族相似性”的一系列法学研究成果的概括。^⑤ 其主要的方法论意义即在于突破理论法学与部门法学之间的学科藩篱,在二者之间探寻交叉研究的可能性。

从既有的研究成果来看,被大家一致贴上部门法哲学标签的作品,大多出自部门法学者之手,如陈兴良所著《刑法哲学》、徐国栋所著《民法哲学》、宋功德所著《行政法哲学》、江国华所著《宪法哲学》。^⑥ 上述专著直接以某某法哲

① 张文显著:《部门法哲学》,法律出版社2011年版,第4页。

② 陈兴良著:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1992年版,第1页。

③ 徐国栋著:《民法哲学》,中国法制出版社2009年版,第18页。

④ 宋显忠:“什么是部门法哲学?”,载《法制与社会发展》2009年第4期。

⑤ “家族相似性”一语出自维特根斯坦。有些概念,它所指涉的各种事物并非全部具有共同一致的某种特征,也就是说并不具有“共相”,而是两两相似。这种现象,维特根斯坦称之为“家族相似性”,如同一个家族的人,甲与乙眼睛相像,乙和丙鼻子相像,丙和甲嘴巴相像,但甲乙丙之间并没有什么共同的特征。参见[奥]维特根斯坦:《哲学研究》,李步楼译,商务印书馆2004年版,第48页。

⑥ 陈兴良著:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1992年版;徐国栋著:《民法哲学》,中国法制出版社2009年版;宋功德著:《行政法哲学》,法律出版社2000年版;江国华著:《宪法哲学》,商务印书馆2007年版。

学为题,可以视为作者的一种宣示;其研究内容或研究思路不同于本领域的一般法教义学研究文献。但题目显然不是界定部门法哲学范围的依据。拙著《专利法的伦理基础》探讨专利法的伦理正当性问题,引介罗尔斯的“正义论”论述专利法的实质正当性,引介富勒所谓“法的内在道德性”概念论述专利法的形式正当性,引介哈贝马斯的“话语伦理”论述专利法的程序正当性,无论就所研究的问题还是就其所呈现的理论旨趣来看,名为“知识产权法哲学研究”亦无不可。^① 其他的例子,如胡启忠所著《契约正义论》、张智辉所著《刑法理性论》、岳彩申所著《论经济法的形式理性》,都可以归入部门法哲学之列。^②

其实,在部门法哲学与一般法哲学或者一般部门法研究之间并不能划出清晰的界限。如前所述,它是对突破既有的概念法学或法教义学研究范式,在研究对象和研究方法上表现出某种相似性的一系列研究成果的概括和总结。一般而言,部门法哲学研究的选题为部门法的基础理论,尤其涉及法的价值、目的、理性等命题,具有理论性和抽象性,超脱于具体的法律制度或法律规范,不针对立法或司法中的特定问题;但其生长点仍在于部门法,由此区别于法的一般理论。如笔者所著《专利法的伦理基础》也讨论法律与道德的关系问题,但所思所想主要局限于专利法范围,是对此一般性命题所做的部门法视角的特殊性考察。

部门法哲学研究的特殊性更表现在其研究方法。张文显和宋显忠认为,理论可以区分为建构和反思两种不同的思维方式。传统的部门法学体现为以概念界定为基础的知识建构过程,而部门法哲学则是对部门法学既有知识架构的反思、批判甚至颠覆。反思性的研究视角正是部门法哲学区别于一般部门法研究的主要特点。^③ 徐国栋提出,民法哲学和传统民法学研究之间的区别如同理科与工科之分。^④ 这一比喻隐含下述判断:前者的理论基调是形而上、追本溯源型;后者的研究格局则是形而下、解决问题型。依笔者理解,部门法的概念和规范仅仅是形式上自治的体系,对其实质合理性和伦理正当性的慎思和质疑并不能在部门法学内部甚至不能在法学范畴内部得到证成或证

① 胡波著:《专利法的伦理基础》,华中科技大学出版社2011年版。

② 胡启忠著:《契约正义论》,法律出版社2007年版;张智辉著:《刑法理性论》,北京大学出版社2006年版;岳彩申著:《论经济法的形式理性》,法律出版社2004年版。

③ 张文显著:《部门法哲学》,法律出版社2011年版,第5页;宋显忠:“什么是部门法哲学?”,载《法制与社会发展》2009年第4期。

④ 徐国栋著:《民法哲学》,中国法制出版社2009年版,第11页。

伪。局限于传统的概念法学或比较法学的方法,对此类本源性问题的追问往往陷入循环论证,不能在应然层面给出有说服力的解释。如果学者尝试对法律的价值、目的、正当性和合理性之类的问题做出实质性判断,那么他就必须突破民法或刑法的概念体系,借重伦理学、政治哲学、语言哲学、法哲学的观念、原理或方法。部门法哲学正是循从此种思路,对作为部门法基础的一些理论问题的哲学化研究。其研究方法大多呈现为学科交叉的状态:部门法和法哲学的交叉研究、部门法和伦理学的交叉研究、部门法和哲学的交叉研究等。

依此理解,部门法学研究大体可以划分为三个层次:第一个层次是作为主体的法教义学。它以实证法为研究对象,以该部门法传统形成的概念体系为依归,着眼于法律规范的解释,主要标准在于合逻辑性,力求形成与实证法互为表里的自治的解释系统。第二个层次是比较法的研究。研究者的工作任务在于搜集外国法的详细资料,为该部门法的发展提供镜鉴。如果说前述两类研究主要限于部门法范围之内。第三个层次的工作则突破此种界限,在部门法之外寻找理论资源。由于所关注者不再拘泥于静态的法律概念和法律条文,其研究视野立刻呈现开阔的局面:法伦理学、法社会学、法经济学都可以为我们深化对部门法的理解提供助力。研究者或者采纳其他学科的方法——如社会学的方法——作为其研究工具,或者引入其他学科的学说理论——如伦理学的原理——作为论证的依据,在进路上都表现出与传统部门法研究的明显区别。部门法哲学也属于上述第三个层次的研究,但仅为其中一部分,它特指以伦理学、美学、逻辑学、分析哲学、语言哲学、法哲学等哲学的概念、原理、方法为线索展开的对部门法基本问题的研究。依法社会学或法经济学进路形成的研究成果并不适合划入部门法哲学的范畴。

二、民法哲学

每个法律部类都可能产生其部门法哲学。但国内此类研究成果最令人瞩目者,为刑法哲学和民法哲学。就民法领域而言,经徐国栋等人的“鼓与呼”,手持民法问题,刨根问底,追溯至哲学经典寻找根据,已经成为一些学者的理论自觉。国内代表性作品首推李锡鹤的《民法哲学论稿》和徐国栋的《民法哲学》。^①其他如肖厚国和周清林主编的《民法哲学研究》论文集,迄今已推出

^① 李锡鹤著:《民法哲学论稿》,复旦大学出版社2009年版;徐国栋著:《民法哲学》,中国法制出版社2009年版。

四辑。

其实,所谓“民法哲学”并非民法学者的专利,在西方国家的学术史上更是源远流长。如黑格尔的《法哲学原理》、凯尔森的《纯粹法学》,虽然目的在于讨论涵摄所有法律领域的一般性理论,但潜意识常常以民法为背景,关键词是财产、契约、婚姻、侵权行为等民法术语,所以被徐国栋称为“民法型的法哲学”。^①另外为我们所熟知的例子是,拉德布鲁赫的《法哲学》分为总论与个论两部分,其个论即包括民法哲学,举凡第十七章至第二十一章讨论人、所有权、契约、婚姻和继承,已构成颇为完备的民法哲学体系。^②

上述可以归入民法哲学的作品,所讨论的内容却各有侧重。徐国栋的《民法哲学》涉及民法的词源和流变、民法的调整对象、民法的平等观、权利能力和行为能力、出生与死亡、民法的认识论基础和人性论前提、民法公平观中蕴含的价格——价值理论、民法与环境生态的关系。李锡鹤的《民法哲学论稿》则纵贯民法总论之全部,但凡民事主体、民事能力、民事关系、民事权利、法律行为、民事责任,乃至民法的调整对象、民法的原则、民法的精神和民法的本位,都在该书目录中赫然可见。肖厚国和周清林所编《民法哲学研究》收录的论文更是五花八门。以其第2辑为例,既有以“自然人观念在中国的变迁”“意思表示概念的哲学基础”“德意志私法的抽象性”为题者,堪称纯正的民法哲学论文;也有讨论梭伦立法、盖尤斯的《法学阶梯》或者日耳曼古法谚者,似乎归入法制史或法律思想史的范围更为适宜;甚至还有文章写“冲突法的本体论”,则应算作“国际私法的法哲学”。^③

民法哲学和一般民法研究的区别,主要不在于论题,而在于研究方法。之所以称为“民法哲学”,是因为其研究民法问题时不局限于法律条文,而是立足于哲学的观察视角,或者引入法哲学的理论资源,由此超越了传统概念法学的思路方法,形成新的民法研究范式。我们不妨将拉德布鲁赫《法哲学》第十八章和王利明所著《物权法教程》第七章加以比较:二者讨论的对象都是民法上的所有权,但读后却立刻使人感受到其反差。^④这是因为它们的视角不一样,前者所关注者为赖以支持或反对俗世所有权制度的各种哲学观点,而后者

① 徐国栋著:《民法哲学》,中国法制出版社2009年版,第17页。

② [德]拉德布鲁赫著:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版。

③ 肖厚国主编:《民法哲学研究》(第2辑),法律出版社2010年版。

④ [德]拉德布鲁赫著:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第137页以下;王利明著:《物权法教程》,中国政法大学出版社2003年版,第121页以下。

意在说明实证法上的所有权如何界定。由此导致其论据也不相同,前者所引证者为教皇的通令和歌德的学说,而后者使用的资料主要是我国法律和德法等国的民法典。甚至二者的文风也产生差异,前者上下求索、晦涩难懂,后者简洁明了、清晰朴实。概言之,后者是典型的法教义学文献,为民法学研究之正统;而前者为代表性的民法哲学论文,其产生的原因在于,学者对民法学上的命题不满足于法教义学框架下的形式化论证,从而深入哲学领域寻找论证理据。所以论著能否称之为“民法哲学”,主要考察其论证理路和论证方法,看其是否引入法哲学或哲学的理论资源。

对于民法哲学研究的意义,徐国栋推崇备至。他认为民法哲学应为法学之主体,由民法哲学可发展出“一种普遍的法哲学”,“民法哲学的长足发展是未来中国法哲学发展的希望”。在民法领域此种理论研究较之对于具体民事制度的研究也更具价值。他甚至说,后一类研究者欲载入法学史册,“比骆驼穿过针眼还难”。^①笔者倒不认为民法哲学具有此等优越地位。它与传统上的法教义学只存在研究视角和研究方法的差异,并无高低贵贱之分。民法哲学不过是民法研究者思维深化的自然结果,是对民法的本源问题不断追问必然形成的研究路径。

以前述民法上的所有权为例,在法教义学层面只能说明规范意旨——现行法律对所有权如何规定?此种规定之立法理由如何说明?进而,所有权概念如何与物权法乃至民法上其他概念构结为逻辑上融贯的体系?但如果我们的思维继续深入,考虑所有权制度的正当理据——取得所有权的依据是什么?规定某种所有权的正当性何在?城镇土地所有权为什么归国家所有?——此类问题已超越法教义学所能解答的界限,需要进入哲学、政治学的领域才能获得更清楚的认识。此时,关于物权法的一种法哲学的研究就成为很自然的选择。所以,民法哲学可谓法学家对于民法命题不止步于“是什么”的设问,不断追问“为什么”,最终不得不突破法教义学的研究框架,在哲学范畴寻找解释的一种思维本能倾向的体现。其主要优势在于为民法提供价值论和正当性的论证。但不能据此贬低传统的法教义学的研究。实际上,民法教义学才是民法学的主体,法教义学的方法也才是民法典型的研究方法。借用贺卫方教授的话,民法哲学是民法之外的民法研究路径,而传统的法教义学研究则执着于民法体系之内。“法内与法外两种偏向的法学研究很难说有高下之别;毋

^① 徐国栋著:《民法哲学》,中国法制出版社2009年版,第11、17页。

宁说,两个侧面的均衡发展乃是一国法学成熟的标志。”^①

三、知识产权法哲学

知识产权法是民法的组成部分,^②知识产权法哲学当然属于民法哲学的范畴。徐国栋将其称为“亚部门法哲学”,即关于民法的某一个分支的哲学。^③依此考虑,前文关于民法哲学的种种讨论也可适用于知识产权法律。但知识产权法哲学可以安身立命自有其特殊的理由。德霍斯说:“知识产权法的对象为抽象物。抽象物不同于有形物。比如说,它们没有明显的边界。基于此种原因,值得对知识产权做独立的哲学考察。”^④因为在很长的历史时期里财产权主要存在于有形物之上,所以学者对财产权哲学的论述大多以有形物上的财产权为预设背景。无论以何种名词概括知识产权的对象,无可否认的是,它在物理形态、生产模式和控制方式上都与作为物权保护对象的“物”相去甚远。因此,财产权哲学的论证理路在多大程度上可以移植至知识产权领域,是颇有疑问的。^⑤正是在这种与民法哲学欲拒还迎、分合离异的微妙关系中,知识产权法哲学获得了自己的生长点。

另一方面,哲学虽以抽象思辨见长,未必直接针对具体问题,但哲学理论的演进和发展又在一定程度上源于哲学家对那些重要社会现实问题的关注和对那些带有根本意义的社会思潮的回应。哲学并非脱离实际。它虽不置身其中,却在远处向生活行注目礼。部门法哲学亦是如此。它不是停留在法技术层面研究某一法律规范的解释和适用,也并非与法律实践全无关联。部门法哲学的萌生和发育在一定程度上恰恰基于此种诱因:希望在更深刻的层面回应部门法所面对的现实课题。知识产权法哲学在当代的复兴也是因为知识产

① 贺卫方教授的原话为“法律之内与法律之外两种法学家”“法内与法外两种偏向的法学研究”。笔者将其变化为“民法之内与民法之外两种民法学研究路径”。参见贺卫方:“逍遥法外”,资料来源:<http://www.infzm.com/content/94814>,最后访问时间:2013年10月8日。

② 刘春田主编:《知识产权法》,中国人民大学出版社2009年版,第23页。

③ 徐国栋著:《民法哲学》,中国法制出版社2009年版,第8页。

④ Peter Dharos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth Publishing Company Limited, 1996, XI.

⑤ 德霍斯指出,抽象物上的财产权形态使私人权力进一步膨胀。“个体的消极自由、不被干涉的权利都会面临更大的危险”。“因此,我们至少有理由考虑下述问题:现有的关于财产权的一般理论能否包容知识产权?或者我们是否需要发展一种独立的知识产权的理论?” See Peter Dharos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth Publishing Company Limited, 1996, p. 1.

权法治实践遭遇困境,知识产权的正当性遭到质疑,学者试图追根溯源,为其提供某种正当性论证的结果。

知识产权作为法权形态存在的历史不过数百年,但当版权法和专利法诞生之时即出现关于其本质或哲学基础的探讨。例如,《安妮法》颁布后,英国发生了一场“关于普通法文学财产地位”的争论。争论的问题表面上是,作者或者其受让人对其创作的文学作品是否享有普通法上的永久财产权,其实质则涉及对作品等知识产品享有财产权的正当理据。争论双方的论证思路在1769年的“米勒诉泰勒”和1774年的“唐纳逊诉贝凯特”两个案件的判决书中得到集中呈现。法官在说明版权保护的依据时不得不进入哲学领域。他们“运用了格劳秀斯、普芬道夫和洛克的理论”,沿袭了英国古老的自然法传统,提出了公正观念、激励机制和劳动应得等今天已为我们熟知的论证理路。^①

19世纪至20世纪上半叶知识产权制度逐渐定型,主要西方国家都已制定专利法、商标法和版权法(著作权法),各国甚至向知识产权法律制度国际一体化的方向努力。关于知识产权哲学基础的讨论似乎趋于沉寂。^②直到20世纪后期,随着转基因技术和计算机、互联网技术的突破,此轮技术革命给专利法、版权法和商标法带来全新的技术背景。主要基于产业利益集团的推动,各国法律不断拓宽知识产权保护范围,以使其能包容新技术形态和知识形态;并不断强化知识产权保护力度,以使其能涵盖新传播方式和使用方式。

知识产权的此种扩张带来一系列负面效应,如药品专利抬高药品价格,阻碍没有支付能力的贫困患者获取药品,因为艾滋病等流行性疾病患者无力购买昂贵的专利药品,面临死亡危险,甚至在非洲国家造成“公共健康危机”。知识产权的扩张也引发一些社会争论。例如,授予转基因动物和人体基因序列以专利权的政策,遭到包括教皇在内的宗教人士和绿色和平组织等社会团体的激烈反对,甚至有人称其为“现代奴隶制度”。^③知识产权问题不再局限于法律圈内的学术探讨,而是成为媒体关注的公共话题。这一制度本身的正当性根基受到质疑。

① [澳]彼得·德霍斯著:《知识财产法哲学》,周林译,商务印书馆2008年版,第36页。对英国文学财产争论的介绍,参见[澳]布拉德·谢尔曼、[英]莱昂内尔·本特利:《现代知识产权法的演进:英国的历程(1760~1911)》,北京大学出版社2006年版,第11页以下。

② 这只是就笔者所接触的文献得出的印象。因为笔者阅读的文献范围有限,这一说法也可能有误。希望读者给予指正。

③ 胡波著:《专利法的伦理基础》,华中科技大学出版社2011年版,第62页以下。

为什么要保护知识产权?知识产权保护的究竟是什么?谁有资格享有知识产权?此类在版权和专利制度诞生之初即被讨论过的问题,在新的技术条件和新的信息生态下又再次被提交到学者的台面。正是源于此种现实需求的推动,关于知识产权法哲学的研究在20世纪后期出现了一个新的高潮。仅就英文文献而言,美国、英国和澳大利亚涌现了一批以知识产权哲学或知识产权法哲学为题的专著或论文。其中的代表性作品包括彼得·德霍斯的专著《知识产权哲学》、威廉·费歇尔(William F. Fisher)的论文《知识产权的理论》、埃德温·C. 赫廷格的论文《知识产权的正当性》、贾斯汀·休斯的论文《知识产权哲学》等。^①受其影响,国内在20世纪后期以来也出现这方面的研究成果,如冯晓青的专著《知识产权法哲学》、龙文懋的专著《知识产权法哲学初论》、饶明辉的专著《当代西方知识产权理论的哲学反思》、胡朝阳的专著《知识产权的正当性分析:法理和人权法的视角》、胡波的专著《专利法的伦理基础》、徐瑄的论文《知识产权的正当性——论知识产权法中的对价与衡平》等。^②

既往文献中以“知识产权法哲学”为题者,大多讨论知识产权的正当性问题。上文所列举的国内外论著无一例外,其主题都聚焦于此。知识产权法哲学的论域包括了知识产权的正当性课题,自无疑问。但知识产权法哲学是否就只局限于此,不能涉猎其他问题?或者说是否知识产权法哲学的全部研究对象即为知识产权的正当性?似乎没有理由支持此种看法。正当性命题之所以占据知识产权法哲学的核心位置,只是形势使然。如前所述,在20世纪后期,知识产权法遭遇了一种“正当性危机”。怎样正本清源,从理论上阐明这一在其发展史上本来就未完全澄清的问题?现实境遇迫使学者将其精力倾注于此争点,但这并不意味着正当性问题即等同于知识产权法哲学之全部。

依笔者之见,举凡以哲学理论、哲学方法或哲学视角研究知识产权法律领

^① Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth Publishing Company, England, 1996; Edwin C. Hettinger, "Justifying Intellectual Property", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 18, No. 1. (Winter, 1989); Justin Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property", 77 *Geo. L. J.*, 1988, p. 315; [美]威廉·费歇尔著:《知识产权的理论》,黄海峰译,载刘春田主编:《中国知识产权评论》(第1卷),商务印书馆2002年版。

^② 冯晓青:《知识产权法哲学》,中国人民公安大学出版社2003年版;龙文懋:《知识产权法哲学初论》,人民出版社2003年版;饶明辉:《当代西方知识产权理论的哲学反思》,科学出版社2008年版;胡朝阳:《知识产权的正当性分析:法理和人权法的视角》,人民出版社2007年版;胡波:《专利法的伦理基础》,华中科技大学出版社2011年版;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。

域基本理论问题所形成的研究成果,都可以归入知识产权法哲学的范畴。依此界定,其研究对象为知识产权法的基础理论。“知识产权制度基础理论,是知识产权研究中最抽象、最一般的理论概括和总结,其内容包含知识产权法律的基本范畴、基本功能、基本原则、基本原理等”。^① 知识产权法哲学研究的课题不是具体的法律技术问题,而是版权法、商标法和专利法等法律制度得以展开的理论前提、价值基点和逻辑脉络,或者是从各种知识产权法律提炼出的共通性的“总论”命题。正当性固然为关乎知识产权法律制度存在理据的根本问题,但仅为知识产权法基础理论中的一项命题。其他如知识产权的对象,也受到我国学者关注并吸引了大量研究资源,同样是知识产权法哲学的研究课题。如张玉敏和易健雄的论文《知识产权对象解析》,引证信息论和控制论中的信息概念阐释知识产权对象,即为知识产权法哲学的力作。^②

另一方面,并非任何知识产权法基础理论方面的研究都可以称为“知识产权法哲学”。后者可以理解为前者的子范畴。其区别性特征在于知识产权法哲学对基本理论问题的研究采纳了哲学(或法哲学)视角或哲学(或法哲学)进路。按照蒙塔古的划分,哲学包括认识论、形而上学和价值论,价值论又包含了伦理学和美学。因此,以认识论、形而上学、伦理学、美学或者法哲学的进路研究知识产权者,皆可归入知识产权法哲学的范围。

知识产权的对象、本质、客体之类的问题,若深入思考,无法回避物质、意识、存在、知识、信息这样一些哲学范畴,它既可能触及认识论,也可能涉及本体论。在这一问题域上,英文文献倒不多见,我国却积累了不少论文。代表性的作品,如刘春田教授的《知识财产权解析》。该文不仅提出“知识产权是基于特定的知识而产生的权利”,而且对信息与知识、知识与载体、构思与表现等一系列的范畴详细界分,极富思辨性。作为知识产权法方面的论文,其所讨论的却是形而上学的命题,为知识产权法哲学研究之典范。^③

知识产权法学研究大体有具体制度和基础理论两个走向。二者其实各有其价值,不可偏废。但研究现状却呈现“细节研究异常繁荣、基础理论极为贫

① 吴汉东著:《知识产权制度基础理论研究》,知识产权出版社2009年版,序言第1页。

② 张玉敏、易健雄:“知识产权对象”,载刘春田主编:《中国知识产权评论》(第4卷),商务印书馆2011年版,第71页以下。

③ 刘春田:“知识财产权解析”,载《中国社会科学》2003年第4期。

弱”的局面。^①知识产权法哲学为基础理论研究之一种,其意义在于:

第一,对知识产权法的一些基本概念不断追问,最后必然触及哲学或法哲学上的命题。此时限定在法教义学或比较法学的范围内已无法提供有力的解释,只能跨过部门法学甚至法学的边界,向哲学或法哲学求教。例如,关于知识产权的对象,如果我们只满足于在外延上涵盖现有的各种知识产权类型,则以智力成果和商业标识概括即已周延。若进一步思考:统一智力成果和商业标识的上位概念是什么?我们或可以无形财产、知识产品甚至抽象物概括。若再做追问:无形财产、知识产品、抽象物的本质又是什么?知识产权究竟保护什么?则有知识、信息、信号、形式、符号等各种表述异彩纷呈。至此,法学本身已无法提供洞识。此类概念纯为哲学上的范畴,在法学范围内讨论简直是隔靴搔痒,诉诸哲学上的学说和见解是研究深入不得不采纳的路径。

第二,知识产权法哲学为知识产权基础理论研究注入了新的理论资源。“问泉那得清如许,为有源头活水来”。知识产权法学研究不可自我封闭,也需以开放的态度对待外部知识,如此才能引入“源头活水”,使本学科的知识体系激浊扬清、推陈出新。知识产权法哲学恰如一座桥梁,一端连接知识产权法学,一端连接哲学或者法哲学。哲学上的各种理论学说可以通过这一通道源源不断地输入知识产权法学领域,为其提供新视野、新思路和新方法。例如,拙著《专利法的伦理基础》讨论专利法的正当性问题,由于采纳了制度伦理的研究进路,“此种研究方法很自然地引导其承接罗尔斯和哈贝马斯等大家关于制度正义的经典学说”。^②制度的正当性本来就是制度伦理的中心议题,在伦理学上已积累了大量有价值的文献,在这一论题上当代更是名家和经典辈出。沿着此种伦理分析的进路研究专利法律制度的正当性问题,“使专利法研究领域引入《正义论》等伦理学经典的原理与分析理路成为可能”。“伦理学几千年的理论积淀,特别是当代伦理学关于社会伦理的深入思考,为

① “呈现在我面前的知识产权法学是这样一门奇怪的学科:充斥着有关基础概念的争议,甚至连‘知识产权’本身的定义都众说纷纭;知识产权的民事权利身份得到承认,却一直游离于民法学的研究视野之外;基础理论极为贫弱,细节研究却异常繁荣,多数学者都沉醉于技术发展、国际协调带来的热点问题。”参见李琛著:《论知识产权法的体系化》,北京大学出版社2005年版,前言第1页。近年来,我国知识产权法学界有关基础理论的研究其实有所发展。这方面的文献在逐渐累积。如吴汉东教授主编的《知识产权制度基础理论研究》,刘春田教授主编的《中国知识产权评论》和《中国知识产权文库》偏爱基础理论研究的倾向也很明显。李琛教授《论知识产权法的体系化》一书本身也是基础理论研究的力作。

② 胡波著:《专利法的伦理基础》,华中科技大学出版社2011年版,张玉敏序第Ⅱ页。

论证具体法律制度的正当性问题提供了有力的理论支撑和知识背景”。^① 伦理分析为知识产权法哲学研究的一种走向,其优势即在于能承接伦理学的各种理论学说。近年来国内外已出现一些知识产权法与伦理学交叉研究的论文或著作,如 Lionel Bently 和 Spyros M. Maniatis 编辑的论文集《知识产权与伦理》,彭立静的博士学位论文《伦理视野中的知识产权》等。^②

第三,知识产权法哲学也有其现实关切。如前所述,无论是在版权和专利制度诞生之初发生的关于其哲学理据的争论,还是当代围绕知识产权正当性问题的再研究,都是基于此法律部门面临的现实问题而发生。知识产权法哲学绝非空穴来风。它所思所想的问题——如知识产权的正当性或者知识产权的对象——为知识产权法律制度之根基和命门所在。这些问题在该制度萌生之时即在一系列的标志性案件中与法官的司法论证过程正面遭遇,又在当代新技术条件所造成的新的利益格局中被再次拷问。对这些问题的回应,既为知识产权法理论体系构建之所需,也为知识产权制度现实走向取舍之所系。例如,知识产权与信息自由、知识共享的关系,对知识产权而言是带有“原罪”烙印的命题。由于对其保护对象的认识还未深化,这一问题在版权、专利和商标法律诞生之初并未得到广泛讨论。但在当代互联网技术条件下,随着各种知识共享模式的兴起,它已经成为知识产权法学不得不直面的哲学课题。一些学者已以信息自由为理据提出知识产权制度的各种替代或补充模式。因此,对这一问题的回答或多或少将影响知识产权制度的未来改革取向。

四、本书的结构

知识产权法哲学所讨论者不必以知识产权的正当性问题为限。如前文所述,诸如知识产权的对象、知识产权与信息自由的关系等命题,都可以纳入其论域范围。知识产权法哲学其实为开放的概念,就论题而言并无固定的边界。举凡知识产权法基础理论方面的问题,只要其研究的论点或论据触及哲学或法哲学元素者,皆可以“知识产权法哲学”名之。因此,知识产权法哲学与知识产权法基础理论、知识产权法总论,乃至具体制度研究之间,既无可能也无必要划出确定无疑的界限。

① 胡波著:《专利法的伦理基础》,华中科技大学出版社2011年版,第13~14页。

② Lionel Bently & Spyros M. Maniatis: *Intellectual Property and Ethics*, London, Sweet & Maxwell Limited, 1998; 彭立静著:《伦理视野中的知识产权》,知识产权出版社2010年版。