

专利法的公共政策研究

On the
Public Policy Mechanism of
Patent Law

康添雄 著



华中·元照 中青年法律科学文库



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

华中·元照 中青年法律科学文库

专利法的公共政策研究

On the
Public Policy Mechanism of
Patent Law

康添雄 著



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

中国·武汉

图书在版编目 (CIP) 数据

专利法的公共政策研究 / 康添雄著 .—武汉: 华中科技大学出版社, 2019.3
(华中元照中青年法律科学文库)
ISBN 978-7-5680-5039-5

I . ①专… II . ①康… III . ①专利权法 - 研究 IV . ① D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 039004 号

专利法的公共政策研究

康添雄 著

Zhuanlifa de Gonggong Zhengce Yanjiu

策划编辑: 王京图

责任编辑: 王京图

封面设计: 傅瑞学

责任校对: 梁大钧

责任监印: 徐 露

出版发行: 华中科技大学出版社 (中国 · 武汉) 电话: (027) 81321913
武汉市东湖新技术开发区华工科技园 邮编: 430223

录 排: 北京雅盈中佳图文设计制作有限公司

印 刷: 北京富泰印刷有限责任公司

开 本: 710mm × 1000mm 1/16

印 张: 31

字 数: 417 千字

版 次: 2019 年 3 月第 1 版第 1 次印刷

定 价: 118.00 元



华中出版

本书若有印装质量问题, 请向出版社营销中心调换
全国免费服务热线: 400-6679-118, 竭诚为您服务
版权所有 侵权必究

摘 要

从公共政策角度解读专利法，是一种新的理论可能。常见的系统论述多由私权观入手，并从“知识产权是私权”推导“专利权是私权”。这一论证进路熟悉而可信，但是否正确或全面？这是可疑的，因为生活本身，甚至现有规范设计呈现了与此类结论不符的实在模样。我们不能怀疑生活，而只能怀疑理论，这是我们坚持的基本方法。因此，所谓的理论都应当从生活出发。根据这样的原则，对专利法的理解，就有理由不拘束于而应超越私权利的“权利义务配置”法律规范框架。从技术本身的社会公共产品特性出发，公共政策的视角将专利法置于社会公共事务治理和解决的框架之中，从而获得专利法重构或修正的“指导性思想”。专利法以社会为立场，或者说是公共精神贯穿于公共政策实现的整一过程。公共精神及社会性，要求专利法的制度设计必须以当下及未来社会作为考量基础。之所以更偏向于“公共政策”的表述，是因为较之于“公共利益”“社会性”等概念，“公共政策”最为准确地表达了专利权的参与性过程。

除解题外，全书凡五章。第一章从命题角度阐释公共政策在本书的理论蕴涵，搭建专利法公共政策研究的基本框架，创造本命题在哲学基础上的理论可能。第二章从公共政策参与主体的角度进行论述，以社会应被重新发现为中心，论述应有的主体三元结构，以此回应技术生活中社会缺位的现实。第三章是本书的重点，论述了专利法作为公共政策如

何实现的过程。将专利过程作为公共事务是可能的，该部分对专利权从产生到实现过程进行讨论并在权利评价过程中引入公共事务民主治理的理论可能，以制度作为证据证明权利实现过程中公共政策考量的存在。第四章论述将专利法作为公共政策运行时，如何评判其制度效果。常见的专利法效果评价理论往往忽视专利制度作为公共政策的本质，强调利益而少有社会责任之思考。对此，该部分在批判现有理论的基础上，提出应以社会责任的承受作为评价标准的观点。第五章是全书的归结。该部分阐释了公共政策作为思想和方法对专利法未来可能的影响，论述过程饱含对技术利益共享的展望。

各章内容简述如下：

第一章 专利法的公共政策构造及逻辑展开

讨论专利法与公共政策的关系，回答专利法为何与公共政策发生关联。这一讨论遵循如此分析进路：从一般意义上的私权入手，分析私权与公共政策在理论上产生交融的可能性，并由此引出对专利权构造的讨论。认为基于专利法本身具有的公共精神，公共政策作为一种方法或分析框架，能够适用于专利法的研究，作为专利法公共政策研究的基本框架。该部分提出了专利法中最大的问题，即科技将人类相连，而权利却有意隔绝。在分析技术作为知识与私权观之间存在内在矛盾、考察专利权的历史发展脉络、研判技术的社会公共性之后，强调专利权问题有着比私权更为重要的属性，即公共政策属性。以如此认识为基础，进而讨论公共政策如何在专利权上展开，或者说，专利权如何展示公共政策性质。这里的讨论包括对权利类别、请求权基础、时间特质及权利不确定性的辨识，回应了现实生活中的相关现象和问题，抽象出专利法中的公共精神。最后以之为指导性原则，提出了专利法公共政策研究的基本理论框架。

第二章 公共政策主体：从专利立法到解释、适用

理论分析框架的构建，必须基于某种思考单元，并将讨论对象放置其中，进而分析其所形成的各种关系和某种目标的实现过程。根据认识

论的要求,该部分以“公”(国家)、“私”(个人)、“公共”(社会)作为思考单元,试图突破传统法学理论上“公私”的二元论,形成自己—他者之间的多层相互联动,实现“活私开公—公私共创—幸福共创”的公共政策分析过程。这里的“活私开公”,指的是“活泼每一个人使民众的公共得到开启,使政府之公得到尽可能地开放”。个人或社会曾经在许多公共政策理论中都被认为是客体,国家或政府是主体。这一理论完全漠视了现代社会“人”及“社会”本身的能动作用及公共政策的根本宗旨。专利法作为公共政策进行制定或施行时,国家、社会及个人互动的过程,是笔者感兴趣的也是值得讨论的部分。一般而言,公共政策的制定沿着问题—社会问题—公共问题—公共政策问题这一路线发展演化。那么,各类主体是如何运用专利法应对创新技术所引发的社会问题?当然,讨论主体必然要考虑客体。将创新技术作为公共事务对待并处置涉及了两种利益,即个人利益与社会公共福利,而这两种利益恰好符合专利法的多元价值取向。主体的多元化也呼应了现实法律制度的特征:纯粹公共的和纯粹私有的制度是极少存在的。因为“在现实场景中,公共的和私有的制度经常是相互啮合和相互依存的,而不是存在于相互隔绝的世界里”。

第三章 公共政策的实现过程:专利作为公共事物的治理之道

讨论公共政策在专利法上的实现过程。这是一个动态过程,公共政策如何在规则上获得以实现和运作是笔者重点关注的。规则是法学研究独特而重要的对象,生活和社会治理的经验必须通过规则才能实现决策层与适用群体之间的对话和协商。在奥斯特罗姆看来,政策科学的核心在于对规则的研究,包括对现实场景中复杂事物的抽象概括,并将其确定为作为观察事物复杂性的基础,以及对各个观察事物之间的关系作细致分析。最能表现专利法实现的动态过程的莫过于专利权从产生到消灭的历程,公共政策属性则贯穿始终。专利权的产生遵循先申请原则,就公平理念而言,这一原则暂时性地屏蔽了对于劳动正义的道德性考虑,而后无论是先用权的设计还是无效宣告程序的安排,都属于对该授权原

则的政治性矫正,在某种程度上这也构建了对先申请原则所引发的“发明”与“申请”之间紧张矛盾关系进行缓和的机制。之所以称无效程序为一种政治性矫正,是因为这里引入了向公众开放的民主机制,这在民事法律中是独一无二的。公众参与专利权的选择与淘汰无疑符合奥斯特罗姆所倡导的“公共事物的治理之道”,在这位诺贝尔奖得主看来,与公共相关事物的治理及经营并非一定要遵循“国家控制”或“私人化”的产权模式,社会组织自主治理事实上更能实现有效且长久地经营。当然,在概念和问题界定上,专利技术如何成为公共事物,或者说,在多大的程度上创新技术与公共事物能够重叠,这些都需要进一步讨论。专利无效程序也展示了以操作层面的制度弥补专利认识论不确定性这一重大缺陷的努力,在专利有效性得到完全确立之前,可能被动地接受法律诉讼或行政程序的检验或再检验。

与专利权无效过程同样重要的,还有循着专利权运转轨迹进入司法环节进行的考察。在对公共政策于专利法上的实现过程进行考察时,专利侵权环节时常为论者所忽略。该部分主要讨论了两项内容,一是停止侵害的“容忍限度论”,二是专利侵权非罪化。侵犯专利权的民事责任,主要由停止侵害和赔偿损失构成。至于赔礼道歉的民事责任,司法实践一般认为其仅适用于侵犯人身权的场合,专利权被认为是纯粹的财产权,侵犯专利权的行为据此应当不适用赔礼道歉。在理论解释中,侵害他人权利而使自己获利,后果必然是停止侵权。在司法实践中,法院在侵权行为判定成立之后通常会给予“停止侵权”的判决。可以看出,无论是理论还是实践,专利侵权的“停止侵害”都依循着传统物权理论。我们已经提出了专利权具有公共性倾向的观点,如果亦步亦趋地沿袭物权这一私权理论,那么专利侵权相关理论将固步自封。法官们似乎已经察觉到这一问题,在近年来的案件中自觉或不自觉地突破“侵权行为成立,则必须停止侵权”的认知模式,制造了“即使侵权,也可不停止”的适用场合。为了更充分说明如此行为的合理性,日本学者加藤一郎所提出的公害侵权“容忍限度论”值得在理论上加以借鉴。在他看来,在一定

受害程度范围内,受害人只能行使损害赔偿请求权,直到超过了这个限度才能享有停止侵害的请求权,这就是所谓的“违法性阶段说”。

第四章 公共政策的效果评价:专利法的社会责任

讨论专利法作为公共政策的效果评价。这一讨论从对现有专利法效果评价理论的批判入手,分别就现有专利法理论中较为流行的“激励论”和“利益平衡说”展开批判,由于公共政策在专利法上的展开,进而提出有必要以社会福利作为制度评价标准。与此同时,社会福利也是检视和评价公共政策在专利法上运行效果的标准。可以说,现行的专利法效果评价理论往往忽视公共政策作为专利制度的本质,强调利益而少有社会责任之思考。如此的担忧构成本章论述所及批判的起点,也是尝试着建设的开始。社会责任在专利制度上的提出既是学术倡导,也理应成为生活运用的准则。既然我们将专利视为公共政策工具,那么就必须有“工具为了什么”的讨论,方可能有理论的圆满。这里蕴涵了由目的而结果评价的推理,而公共政策评价则被认为是公共政策过程的关键环节。只有通过科学的政策评价,人们才能判定一项政策是否达到了其预期的目标,并由此决定这项政策应该是延续、调整,还是终止。就其目的而言,戴伊认为:“政策评估就是了解公共政策所产生的效果的过程,就是试图判断这些效果是否是所预期的效果的过程,就是判断这些效果与政策的成本是否符合的过程。”政策效果是公共政策评价的核心,一般可以看成是公共政策实施对客体及环境所产生的影响或效果。威廉·邓恩把公共政策的评价标准分为六类:效益(effectiveness)、效率(efficiency)、充足性(adequacy)、公平性(equity)、回应性(responsiveness)和适宜性(appropriateness)。如此开列理论项目,显示了进一步分类论说和补充细节的必要。因此,我们提出“幸福”作为专利法社会责任具体化的关键词。以幸福解释专利法,这符合公共政策的本意,但远不是什么新鲜意见,值得关注的问题在于如何解释,或者说,在于解释的过程。要尽力避免的,就是以一种抽象或模糊替代另一种抽象及模糊的写法。因此,具体化和生活化是本章论证所倡导的思想阐释形式和学术言说姿态。

第五章 公共政策对未来的影响：专利法的相对消亡

讨论公共政策作为一种思想和实现手段对专利法未来的影响。从公共政策角度分析专利法，就必须依循公共政策学的规则。公共政策以解决直接关系到社会公众生存条件和人类社会未来发展的的问题，并对未来发展趋势进行分析为主要目的，其手段在于以政治社会组织对行为进行权威性的规范，以此分配和调节社会利益。专利的私权观必须改造，主张权利更多意味着竞争和分立，公共政策的命题则主张合作。我们应该致力于创造未来，而不是死死抓住关于过去的命题不放。科学技术发展及市场发达孕育了专利法：以科技文献记载并描述的权利范围为基本构建，进而以市场交易环节为依据分配权利内容。既然能够孕育，那么科技及市场是否有消灭专利法的可能呢？科学技术知识影响了社会科学知识，包括对人类精神与信仰的影响，或者说，不同类型的知识之间产生相互影响。技术生活决定了人们的精神与观念，公共政策研究正是来源于技术本身的特质，而这正是一种基于现在而关怀未来的思考方式。

如果为专利法的公共政策研究进行哲学抽象，我愿意引入这样的表述：创造可能真实。具体而言，在强调专利权作为私权的当今，我们试图创造另一种理论真实，即私权仅仅只是技术的法律过程，而共享技术进步并获致幸福才是我们最终的理想所在。“可能真实”以莱布尼兹的“可能世界”（possible worlds）和赵汀阳的“可能生活”（possible lives）为概念背景，认为如果一种理论透过人类行动能力能够获得实现，那么就是一种理论的可能真实。显然，创造更多的可能真实意味着更加丰富的实践可能。

因此，可以说，技术共享之于专利法，是理想，更是思想。

目 录

解 题	1
第一章 专利法的公共政策构造及逻辑展开	7
一、法律语义上的公共政策	7
(一)“公共政策”的命题界定	7
(二)公共政策的系统及分析框架	20
(三)私权的公共政策阐述	24
二、公共政策视角下的专利权	30
(一)专利权：法律私权问题，抑或公共政策问题	33
(二)专利权的构造：公共政策的法律形式及逻辑展开	63
(三)公共政策：专利法的公共精神	104
三、公共政策研究的基本框架及哲学基础	112
(一)专利法公共政策研究的基本框架	113
(二)专利法公共性的哲学思考：“公共哲学”的统摄	119
第二章 公共政策主体：从专利立法到解释、适用	126
一、何谓公共政策主体	129
二、“公的存在”：国家的行政与司法	138
(一)行政机构的辨析	138
(二)司法机构的分析	150

三、“私的存在”：市场主体的个人与企业	163
(一) 从权利主体到公共政策主体：何以可能？	163
(二) 个人公共政策主体的实践：立法参与及其他的可能 ...	171
四、“公共的存在”：社会组织	176
(一) 社会与专利技术：在公共精神上的契合	177
(二) 穷人的专利：改造技术坏世界的可能	183
(三) 社会作为公共政策主体的实证： 从经济到政治的具体样态	185
小 结	194
 第三章 公共政策的实现过程：专利作为公共事物的治理之道.....	196
一、专利权如何产生：公权宰制及其变革？	197
(一) 专利授权：性质及法律效力的讨论	198
(二) 公权宰制的具体化：专利权客体排除规则	212
(三) 先申请原则的“不公”及其缓和	231
二、专利权无效及民主引进：作为公共事物的治理之道	246
(一) 专利权凭什么无效：有效的假定与推翻	247
(二) 专利作为技术公共事物的治理之道： 民主在无效宣告中的引入	264
(三) 无效之后的法律处置：“治/乱”的政治选择	301
三、专利侵权及其限制：公共政策考量的制度证明	312
(一) 侵权责任“容忍限度论”：侵权无需停止	312
(二) 基于社会危害性和专利公共性综合检视的结论： 专利侵权无罪	329
(三) 作为权利限制的强制许可	349
 第四章 公共政策的效果评价：专利法的社会责任.....	369
一、既有评价理论的批判	371

(一) 激励论的批判：效率失灵	372
(二) 利益平衡说的批判：虚幻	388
二、专利法的社会责任：幸福作为评价准则	394
(一) 社会责任从何而来？	396
(二) 立基于社会责任的评估准则：由利益而幸福	410
三、小结：必须有“社会幸福”的考虑	421
 第五章 公共政策对未来的影响：专利法的相对消亡	423
一、生活现实：专利法相对消亡的端倪与现象	425
(一) 法令的失效：消亡现象的描述	426
(二) 相对消亡：科技及社会的自然选择	441
二、理论想象：从相对消亡到绝对消亡？	447
(一) 超越规则：实现过程的分析	447
(二) 走向共享：并非道德空想	450
三、小结：私权过程与共享理想	455
 参考文献	456
 后记	480

解 题

科技将人类相连，而权利却有意隔绝。

——自题

科技展示自然智慧，专利法则关乎科技治理的社会智慧，亦即智慧的智慧。

既然是“智慧的智慧”或“双重智慧”，其重要性可想而知。具体而言，专利法试图展现技术领域中社会秩序维系的智慧，这种智慧在法令规范上化身为控制技巧和方法。既然如此，以专利法方式进行技术秩序控制，这种高明的人类方式能够获得专利权吗？根据其自身所拟定的标准，思维技术不纳入专利主题范围。

那么，为何不可呢？专利法规范本身并不提供答案。技术财产化，只是一种客观或者可见的法律存在形式，但存在不一定合理，质疑技术的财产形态诚然不能从财产概念体系去寻找批判的理论基点，就如彼得·德霍斯所言：“一旦财产概念延伸到抽象物，就会发生许多危险。”^①既然旧路子会有思想上的危险，何不妨另寻他途，或者说只是将观察的凳子挪一位置，换个角度再看看这一似乎非常熟悉的专利制度，不奢求获致新知，但期待看出新意。

在法律世界中，“知识”与“产权”结合而成的术语似乎已成固定

① [澳]彼得·德霍斯：《知识财产法哲学》，周林译，商务印书馆2008年版，第11页。

表达方式，进而形成思维模式的定型。^①路径依赖确实可以节约“思想生产”的成本，但不一定能产生思想。因为“不同”是“思想”的题中之意，惰性使然的路径依赖看不到或者拒绝看到新方向，所以说路径依赖在思想领域中是值得批判的也是可以批判的。既然路径依赖不是思想产生的必经之路，那么“知识”与“产权”的法律观之路，似乎可以试着绕开。所谓的绕开，并不是推翻、批判原来的路子，毕竟对路径依赖的批判与对路径的批判根本是两回事。在找到新方向之前——之所以是方向而非路径，是因为思想新路在思维行动之前事实上并不存在——旧的路径仍然是有用的，这种有用体现在其所定义的理论空间位置。新的方向在理论空间中如果没有参照系，则很容易丧失方向感而成为迷思。恰好，旧路径的存在成为这一新方向的参照物。

那么，新方向或新路径在哪里？这才是问题的根本所在。

实际上这里拟就的新路径与专利法相关，但探讨的仍然是一个法律老问题——法律是什么，应当如何。做一种思维的替换游戏，那么就是：专利法是什么，应当如何。从这个问题出发，便获得了新路径的起点或者说构筑思想的基点，没有基点的讨论是不可靠的。专利法广泛地被视为“技术规范”，准确的表述应该是“有关科学技术的规范”，而不是“关

^① 知识有产权——逻辑上讲，这是一个荒谬的命题。在中文的大语境中，按照“实践与认知”的知识论结构，“知识”是人类在改造世界的实践中所获得的认识和经验的总和。人之所以成为“人”，很大程度上取决于知识的历代传递与共享，知识本身也具备如此的功能。这一理论框架，决定了知识在外观上必然是整体性而非局部的，在内部则必定是聚合而非分散、个体的；而产权，则是一个以分散、个体性为基础的法律描述。如此，命题的谬误可见一斑。英语世界、我国台湾地区以“智慧财产权”（intellectual property）命名，即使柯尼什（Cornish）批评该术语听起来相当大言不惭（grandiloquence），但确实更为准确，只有新的创造才能算得上是智慧，没有创造而只是继承前代的智慧，那只能退化为知识，如前所述，知识不能获得个体性的法律调整。智慧在创造的过程中不断地产生，也不断地退化，于是，智慧既是永恒的也是暂时的。产权是智慧的暂时性所致的产物，因此也必然是暂时的。值得注意的是，这一结论与“私有制必将灭亡”的口号不是一回事。柯尼什对 intellectual property 的描述，参见 W.R.Cornish, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, 3 (3rd ed., 1996), Sweet & Maxwell.

于具体法律制度实现的操作规范”^①。在“技术规范”中,技术作为权利的客体而存在,而技术所致的人类关系以被调整对象的形式存在着。这就是我们今天在法律话语中看到的最为常见的“专利法是什么”的大体模样。技术在其中似乎与道德伦理、意识形态无关,但技术所致的人类关系并非如此。

庞德对法律在观念中的模样如此描述:“我们的关于‘应当是什么’的各种观念,只有在我们各人的思想体系中才是有效的,它们对于任何其他人都不能加以证实。在法律和道德之间以及在政治上组织起来的社会所实现的社会控制和正义之间,都存在着一种不可调和的矛盾。”^②既然观念是个体有效,而且实现政治上社会控制的法律与理想正义有恒久不可调和的矛盾,那么,矛盾调和成为“专利法应当如何”的构想主线。当然,调和矛盾仅仅只是意味着缓和而绝不是消灭,消灭技术所致的利益不平衡的念头实际上就是一种妄想,如果就此形成法律,那么将是一部不切实际的专利法。

在探索新方向及路径之前,有必要先看看旧路子。既然是法律,那么专利法当然是以权利义务配置为基本结构,但如前所述,这一结构本身不能提供何以如此的答案。权利义务模式当然是一种可靠而基本的法

① 技术规范的表述并不适合外观设计,因此本书的讨论并不打算将外观设计专利权纳入其中。虽然外观设计也强调工业应用,但实际上更多的是商业销售策略,吸引眼球是其本质所在。因此,对表达趣味性的追求才是其本质所在,这不同于技术对有用的重视。我国专利法的构造囊括了外观设计,即便事实如此,也不能证明在逻辑上成立,而仅仅只能说明就目前状况来看,这样的立法便车搭得还算顺利。我国台湾地区现行所谓“专利法”自最早于1944年公布迄今,一直将专利权分为三种:发明专利权、新型专利权和新式样专利权。在美国,工业品外观设计主要由专利法予以保护。保罗·戈尔斯斯坦认为,将外观设计的保护纳入专利法中,而非纳入版权法或者专门的外观设计法中,多少带有一些偶然的因素。参见 Paul Goldstein, Copyright, Patent, Trademark and Related State Doctrines, 1997, pp.935-936. 与此相反的是欧洲专利公约的做法,根据该公约第52(1)条的规定,获得欧洲专利授权的,必须是具备专利三性(新颖性、创造性和实用性)的发明而不包括外观设计。一些具有大陆法系背景的国家则强调将设计作为实用艺术品给予版权保护,但英国否认工业品设计的版权保护而给予特别权的保护。参见 Guy Tritton etc. Intellectual Property in Europe (Third Edition), Sweet & Maxwell, 2008, p.552. 日本对外观设计也采取单独立法形式,有《意匠法》。

② [美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵译,商务印书馆1984年版,第19页。

律分析模型，权利的分配与义务的承担，构成了分析的基本元素。技术所致的权利，被定义为一种私权，可进入商业社会进行交易，利益的承担者是私人。与此相对的，社会成为是义务的承担者，必须尊重和容忍权利人享受其利益的行为。这就构成了专利私权观的主要内容，并为一个经典而响亮的口号提供理论注脚：“知识产权是私权。”TRIPs 协议序言中的“知识产权是私权”被普遍认为是学理论断和法律认定，但是否还兼具宣传口号的功能呢？

这是值得怀疑的，因为生活里常见的是，口号的力量并非来自逻辑，而在于本身够不够响亮。口号喊得久了，就成了常态，甚至开始疲软。原因与口号本身无关，而是以私权为中心的权利义务模式所倚赖的社会结构发生变化，“私权社会化”的概念被创造出来。美浓部达吉细致地观察着私权（以所有权为例）的这一趋势，认为私权的社会化可分三方面观察：“第一是使所有人负担为社会公共福利而利用所有权的义务，第二是国家或公共团体征收所有权而将之利用于社会公共福利的目的，第三是国家为着公共福利而限制所有权的行使自由。”^①

私权主体的社会义务、国家征收及权利限制，构成了私权社会化的三个观察面，其核心在于社会公共福利。美浓部达吉的观察独具匠心，在权利义务模式中将权利义务主体调了位置、换了视角，从社会的角度来解读私权。这是社会的进步，是文明的进步。按照这里所展开的逻辑和上述的普遍认同，大致可以得到这样的推理过程及结论——专利权无疑是知识产权中最为重要的一种，而知识产权是私权，私权要被社会化，于是专利权同样具有社会化的趋势。

这难道就是要提出的所谓的新路径吗？虽然私权的社会化解读具有现代文明社会的特征，但实际上仍然没有超越权利义务的结构，即便是将权利义务主体在一定程度上换位，也不能从根本上改变这种思考模式。在认识论过程上，私权社会化的观念仅仅停留在认识或认知的层面，至

① [日]美浓部达吉：《公法与私法》，黄冯明译，中国政法大学出版社2003年版，第238页。

于这种理念如何在法律世界中加以实现，私权社会化观念本身并没有实践的规划。于是，私权社会化不能也无能力成为新的路子，但是，这至少提供了一个方向性启迪。如果能够超越权利义务框架，从社会改进的角度解读甚至解构现有专利制度，并提出社会化实践的规划，那么这将会是一个全新的尝试。

于是，“公共性”就可以顺理成章地被表达出来，进而做合理性论证以及可行性方案的设计。方案的设计则离不开多种社会主体的参与，社会方案的设计通常被认为是政策方面或公共事物的范畴。但事实上，这种理论划分并不具有现实的绝对意义，因为包括科技问题在内的社会问题是以问题本身的逻辑而存在，而不是以理论的划分或学科的逻辑而存在。因此，公共政策的框架可以成为这一新路径的概括性表述。

这里所谓的“新”，仅仅是一种与私权观的比较，而不是也不敢言是发前人之所未发。劳伦斯·莱西格曾口号式地喊过：“知识产权乃最重要之公共政策问题，而大多数政策制定者未有察觉。知识产权是美国最重要的出口，并且对社会与经济生活带来了持续广泛的影响。”^①之所以称其为口号式，是因为莱西格的论断与“知识产权是私权”一样，共同遵循了一种名词思维而缺乏动词思维。动词表达着我们所要做的事情，蕴涵了“做什么”及“怎么做”的问题，而名词仅仅表达了“是什么”或“有什么”。简单地讲，就是莱西格只有论断而没有进一步的论证。但一如前述，口号的意义和力量在于足够响亮而非逻辑。当然，口号也可以很有逻辑。

① 参见莱西格对威廉·M. 兰德斯、理查德·A. 波斯纳《知识产权法的经济结构》一书的评论，见该书（英文版）。Intellectual property is the most important public policy issue that most policymakers don't yet get. It is America's most important export, and affects an increasingly wide range of social and economic life. In this extraordinary work, two of America's leading scholars in the law and economics movement test the pretensions of intellectual property law against the rationality of economics. Their conclusions will surprise advocates from both sides of this increasingly contentious debate. Their analysis will help move the debate beyond the simplistic ideas that now tend to dominate. — Lawrence Lessig, Stanford Law School, author of *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*