

知识产权限制的理论依据辨析

——“内在限制”还是“外在限制”抑或其他

李国英*

〔摘要〕 权利限制的理论依据,在法理层面上有“内在限制”与“外在限制”两大理论之争;在规范层面上有“规范限制”与“原则限制”两大类;在学科层面上有“内部限制”与“外部限制”两大来源。基于知识产权强烈的法定性和知识产权法显著的个人与社会“双重本位”特征,“内在限制”应是知识产权限制的理论依据;“规范限制”是知识产权限制的主要方式;“内部限制”是知识产权限制的主要来源,但与理论依据无涉。

〔关键词〕 知识产权限制;内在理论;外在理论;内部限制;外部限制

“有权利必有限制”,这是学界的基本共识。然而,权利限制的理论依据何在?是“内在限制”还是“外在限制”,抑或其他?学界对此尚无定论。系统梳理相关研究后我们发现,争论并非基于同一语境。我国学界分别在法理意义、规范意义和学科意义三个不同层面上使用内在限制与外在限制、内部限制与外部限制这些概念。虽然之前“我国学者在谈及知识产权限制问题时很少论及权利限制的理论依据问题”^①,此种理论纷争也就很少波及知识产权领域。但是,随着各学科理论研究的不断拓展、深入和相互渗透,知识产权限制的理论依据之争也就开始浮出水面。理论依据既是法价值问题,又与法律制度构建息息相关,基于不同的权利限制理论,会有不同的价值选择和制度安排。因此,非常有必要厘清不同层面上概念的真正内涵,揭示问题的本质,为知识产权限制制度的立法完善寻找正确的理论依据。

一、权利限制的理论之争

所谓理论依据,从不同的层面可以有不同的解读。这里是指权利限制是源自权利自身的内在要求,还是在权利之外法律所施加的额外负担,抑或二者兼而有之?对这个问题的不同回答,形成了多

* 法学博士,南京师范大学法学院副教授,210023。本文受“江苏高校优势学科建设工程资助项目”(PAPD)资助。

① 彭礼堂:《公共利益论域中的知识产权限制》,北京:知识产权出版社,2008年,第61页。

种不同的权利限制理论。

在19世纪末20世纪初的欧洲大陆,伴随着私权绝对理论和制度的衰微和所有权社会化思潮的产生和相关制度的确立,^①在权利限制的理论依据问题上,出现了“内在理论(internal theory)”与“外在理论(external theory)”之争。^②所谓内在理论,即不承认权利先于法律而存在,认为法律规制就是权利边界的基础,权利依法仅享有一个确定的、唯一的内容,权利限制是确定权利的外延或者内容的方法,因而权利必然内含限制(immanent limit),即便基于公共利益、国家法秩序要求对权利的限制,也是从权利的内部进行的必要的限制。例如,德国学者基尔克(O. Gierke)指出,“私的所有仅,依其概念并非绝对,基于公共利益的限制,包括征收的可能性,寓存于所有权本身,源自其最深处的本质。”^③基于“内在理论”下的权利限制,就是法理意义上的“内在限制”。

与此相反,德国学者克莱恩(F. Klein)则反对把限制与权利本身相联系,认为权利是一种先于国家、法律而存在的固有事物,由此固有本性反映出来的权利范围就是权利的边界,国家法律可以在权利外部设置限制,因而权利限制意味着存在两个事物——权利和限制,权利也就存在本义上的没有限制的权利(right in itself)和经限制后而存在的权利(right as limited)之分。这就是所谓的权利限制的“外在理论”。^④尽管该理论承认一般意义上权利应该受到限制,但坚持认为权利本身完全可以以无限制的状态而存在,限制与权利并无必然的联系,只有当要求某个人的权利与其他人的权利或者公共利益和谐相处时,这种联系才凸现出来。基于“外在理论”下的权利限制,就是法理意义上的“外在限制”。

对上述两种权利限制理论,我国学者歧见颇多。首先,在是否有必要区分内在限制与外在限制的问题上,虽然持肯定意见者居多,但也有学者对此持否定态度;^⑤其次,在两种限制理论的是非、优劣问题上,在肯定论者中又存在着激烈的争论,形成了“内在限制”、“外在限制”和“混合限制”三种不同的学说。

例如,公丕祥教授从社会人类学的角度阐述了其“内在限制”的理论倾向。他明确指出,在社会人类学主体性意义上,权利的限制问题更多地应当表现为内在的限制,而不应简单地归之于外在限制。权利本身内在地包含着责任的要素,因而从来就不存在拒绝一定社会责任和义务的抽象的主体权利。^⑥我国台湾学者王泽鉴先生也明确表达了其对“内在理论”的认同。他在阐述所有权概念时指出:依吾人见解,将法令限制及其所产生的义务,纳入所有权的概念,认为所有权蕴含义务,实符合社会经济需要及所有权法秩序的发展。所有权兼括权能和义务,限制及拘束乃所有权的本质内容。此种应受合理规范的所有权将使私的所有权更具存在的依据。^⑦

与之相反,梁慧星教授则明确表达了对“内在限制”的担忧和对“外在限制”的倡导。他把内部限制与外部限制看成是权利限制的两种途径,并定义内部限制为“权利本身包含义务,权利应为社会的目的而行使”;外部限制为“承认权利之不可侵性、权利行使之自由性的前提下,以公法的措施适当限制权利之不可侵性,以民法上的诚实信用原则、权利滥用之禁止原则及公序良俗原则限制权利的自

^①德国1919年《魏玛宪法》第153条第3款规定“所有权负有义务,其行使应同时有益于公共福利”,并为1949年《德国基本法》所沿袭,其第14条第2款有类似规定。

^②R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002, pp. 178-179.

^③Otto v. Gierke, *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts*, 1896, S20. 转引自王泽鉴:《民法物权(1):通则·所有权》,北京:中国政法大学出版社,2001年,第162页。

^④R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, pp. 178-179.

^⑤参见熊谔龙:《私法中的社会公共利益》,王利明、郭明瑞、潘维大主编:《中国民法典基本理论问题研究》,北京:人民法院出版社,2004年,第115页。

^⑥参见公丕祥:《论权利的实现》,《江苏社会科学》1991年第2期。

^⑦参见王泽鉴:《民法物权(1):通则·所有权》,第162页。

由性”。他同时指出,学说上提倡对权利的内部限制,目的在于实践公益优先原则,必要时牺牲个人利益以维护社会利益,但是社会公益有真假之别,内部限制混淆了权利与义务的界限,最后发展为对个人利益和个人权利的彻底否定;而通过对权利的外部限制,可以较好地协调个人利益与社会利益。^①此外,还有学者从权利本位和权利概念科学化的角度论证“外在理论”的合理性,认为“中国民法应坚持权利本位而不应采用社会本位或权利本位兼社会本位,因而应采用外在理论作为权利限制的理论基础。”^②

此外,我国学界还存在同时肯定两种限制理论的“混合限制”学说。基于不同的研究视角,有两种不同的表述:一是从法理层面加以论证,认为用限制理论来指导限制制度建设并不是非此即彼的问题,因此“知识产权应采用内在限制和外在限制相结合的混合限制理论”;^③二是从规范层面加以论证,认为内部限制和外部限制是权利限制的两个有机组成部分,其作用和功能各不相同,不存在谁优谁劣的问题;内部限制以划定权利边界、避免权利冲突为直接目的,外部限制是以实现公共利益、秩序、福利以及良俗美德为直接目的;内部限制是权利限制的常态,外部限制是权利限制的例外,两者是一般和个别的关系。^④

上述学说孰是孰非?不能一概而论。原因在于,它们在使用内在限制或内部限制、外在限制或外部限制这些概念时,并非基于同一语境,因而往往具有不同的内涵与外延。我国学界在谈及内外在限制或内外外部限制时,有的立足于法学理论层面,有的立足于法律规范层面,有的立足于学科分类层面,有的则没有明确的立足点,而是穿梭于理论、规范和学科多个层面之间。缺乏统一的立论基础,争论必然具有一定的虚假性。因此,将概念置于同一语境下,是对上述理论进行分析评价的基本前提。基于此,有必要分别从法理、规范和学科三个层面上进行分析和评价。

二、内在限制:知识产权限制的法理依据

权利限制的内在理论与外在理论,并非一般的概念性或形式上的区别,而是基于重大的理论前提:如果人们持自然权利观,就会主张采用外在理论;若坚持权利法定主义,则会采用内在限制理论;^⑤如果人们坚持国家和社会的个人主义立场,将会倾向于外在限制;如果人们更多地关注个人在国家和社会中的角色,则会倾向于内在限制。^⑥由此可见,自然权利观和个人本位立场是外在限制的理论前提;法定权利观和对法律的社会本位的认同是内在限制的理论前提。尽管作为法律概念,自然权利与法定权利并非必然相互排斥,但作为理论前提或价值观念,二者却是针锋相对的,我们既不可能同时肯定也不能同时否定自然权利与法定权利观念,更不能脱离这些理论前提而凭空争议内在限制与外限限制的是非优劣。因此,同时肯定的“混合限制论”和同时否定的“否定论”,以及各种不涉及任何理论前提,仅在规范或学科层面上进行类型化的所谓“内部限制”和“外部限制”学说,在法理意义上都难以成立。权利限制的法理基础只能在“内在理论”与“外在理论”之间择其之一而从之。比较而言,笔者以为,“内在理论”更具有合理性,知识产权限制应该以“内在限制”为理论依据。理由如下:

①梁慧星:《民法总论》,北京:法律出版社,2001年,第286-287页。

②张平华:《私法视野里的权利限制》,《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2006年第3期。

③彭礼堂:《公共利益论域中的知识产权限制》,第37、60-69页。

④丁文:《权利限制论之疏解》,《法商研究》2007年第2期。

⑤彭礼堂:《公共利益论域中的知识产权限制》,第63页。

⑥R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, p. 179.

（一）“内在限制”是知识产权法定性的内在要求

外在限制理论以“权利是一种先于国家、法律而存在的固有事物”的自然权利观为立论基础,而内在限制理论以“权利内含限制”的权利法定主义为立论基础,因此,内在限制理论与外在限制理论的选择实质上也就转化为对自然权利与法定权利的理论选择。我们究竟应该持自然权利观,还是坚持权利法定主义?答案是显而易见的。由于自然权利缺乏客观实在性,只是一种理想权利的价值追求,因而自始至终均遭到了其他法学派的激烈批评。例如,自然权利学派对权利不证自明的做法,被边沁称作是“没有父亲的孩子”;^①被黑格尔批评为是“没有形式的内容”或“没有内容的形式”。^② 张文显教授对自然法学派的评价更是一言中的:尽管古典自然法学说起过非常积极的革命和建设作用,但由于它们建立在先验的、唯心主义的人性观、理性观、历史观的基础之上,因而存在着无法克服的难题。不要说用马克思主义去击破,就是休谟、边沁、密尔、奥斯汀等分析学家以及萨维尼等历史法学家在这些问题上的发难,就足以摧毁它的哲学基础。^③ 自然权利理论已经完成了其特定时期的历史使命而为权利法定主义所扬弃,外在理论也就失去了其立论的法理基础,而以权利法定主义为立论基础的内在限制论得到了确证。

就知识产权而言,我国学界同样存在知识产权自然权利观念与知识产权法定主义观念之争。前者以洛克的劳动理论为合法性基础,认为劳动是知识产权的直接权源,因而在知识产权法存在类型化不足的情形下,应当由法官通过自由裁量,在利益考量的基础上,为原告创设某种知识产权特别法没有规定的权利;后者认为知识产权是一种由制定法赋予的权利,除了制定法之外,任何人都不能为知识生产者创设特定的权利,知识产权制定法没有明确授予知识生产者的权利,也就是知识产品生产者不能享有的权利。^④

笔者以为,知识产权的法定性比有形财产权更为明显,坚持知识产权法定主义具有更充分的理由。这是因为,一方面,知识产权客体的非物质属性,决定了知识产品使用上的非排他性和非竞争性,离开法律的授权,知识产品生产者难以控制和实现其利益,所谓的知识产权自然权利只能是空中楼阁而已;另一方面,知识产品生产过程中的历史继承性,决定了知识产品的私人属性与社会属性的交织性和知识产品上的利益归属关系的复杂性,知识产权人、作为整体的社会 and 知识产品使用者都对知识产品享有一定的权利或利益,从财产权角度看,“知识产权实际上可以视为一种以价值为对象的权利”,^⑤而非对知识产品的独占权或支配权,因而更需要通过法律来明确界定权利的范围,约束权利的行使,以平衡各方利益。正如曲三强教授所说:“如果一种制度是在劳动理论之下运作,可以预期,它的知识产权主要集中在对知识共有物的财产化和占有上。”^⑥澳大利亚学者彼特·达沃豪斯则从另一个角度表达了对知识产权自然权利观的担忧:“在一个互相依赖的多元社会中,任何个人的劳动都是因他人的劳动而成为可能”,因而严格坚持劳动作为界定知识产权的标准,结果不但维护不了私人财产权的合法性,反而会使知识产权变成一种集体所有的财产权。^⑦ 因此,自然权利作为一种理论假设,仅具有法哲学意义,可以成为法定权利的合理性基础和价值评价的标准之一,但独立于法律的知识产权是不存在的,法律才是知识产权产生的直接依据。对此,吴汉东教授作了精辟的概括:“从权利来源论,它是一种自然权利,创造性活动是知识产权产生的源泉,从权利依据论,它是一种法

①武贤芳:《自然权利与法定权利的争锋》,《理论界》2011年第8期。

②郁建兴:《黑格尔对自然权利的批判》,《复旦学报》(社会科学版)1999年第5期。

③张文显:《权利时代的理论景象》,《法制与社会发展》2005年第5期。

④参见李扬:《重塑以民法为核心的整体性知识产权法》,《法商研究》2006年第6期。

⑤彭学龙:《知识产权:自然权利抑或法定之权》,《电子知识产权》2007年第8期。

⑥转引自李扬:《重塑以民法为核心的整体性知识产权法》,《法商研究》2006年第6期。

⑦P. Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth, 1996, p. 52.

定权利,法律规定是知识产权产生的依据。”^①事实上,知识产权法定性的独特地位,已经为各国立法实践所证实。两大法系在传统领域以是否法典化相区别,但在知识产权领域却出现了例外,无论是大陆法系还是英美法系国家,几乎无一例外地采用了成文法的方式来保护知识产权。知识产权从诞生之日起就表现出强烈的法定主义特征。

(二)“内在限制”是知识产权法“双重本位”价值追求的内在要求

所谓法律本位,就是关于作为整体的法律是以什么为出发点和归属的问题,亦即法律的价值取向问题。对此,学界从不同的研究视角,使用了多种不同的法律本位概念。从权利与义务关系的角度,有权利本位和义务本位之分;从个人与社会关系的角度,存在个人本位与社会本位之说;从个人与国家(或集体)或私权利与公权力关系的角度,有个人本位与国家(或集体)本位或权利本位与权力(或责任)本位之别。同时,法律本位是一个历史范畴,在不同的历史时期,受当时的政治、经济、文化等社会因素的影响,法律具有不同的价值取向。一般认为,人类社会自产生法律以来,法律本位实现了由义务本位向权利本位,进而向社会本位的演变、发展。^②

对于现阶段我国法律究竟以何为本位,学界存在不同看法。一般认为,在我国现阶段应当坚持法律的权利本位。例如,张文显教授将权利本位视为现代法的精神的首要因素,并对我国权利本位论的基本要义进行了精当的总结:“在整个法律体系中,应当以权利为起点、核心和主导。权利本位存在于两种关系中,一是权利与义务关系,另一是权利与权力的关系。在权利与义务的关系中,权利本位的法律精神意味着:权利是目的,义务是手段,法律设定义务的目的在于保障权利的实现;……在权利与权力的关系中,权利本位的法律精神意味着:公民的权利是国家权力的源泉,也是国家权力配置和运作的目的和界限。”^③但主张社会本位或者权利本位与社会本位相结合的学者认为,“众多的以社会为本位的立法的出现,标志着法律的社会本位得以确立”,但同时强调,法律由“权利本位”演进到“社会本位”,也并非要求用一种本位否定或代替另一本位,而是要求二者的结合。^④

笔者以为,法律本位在不同层面上应该有不同的选择。在法哲学层面上,以人本主义为立场,作为整体的法律应该以实现人的自由和全面发展为皈依,因而权利本位应该是现代法律的终极价值目标;在部门法的层面上,法律本位应该具有多元性:私法以保护个人权利和自由为己任,应该以权利为本位;公法以约束公权力、维护社会公共利益为要旨,公法中的国家法应该以职责为本位,其他公法则以社会为本位。在法律社会化背景下,产生了“私法的公法化”倾向:一方面,在公法与私法之外,出现了所谓“第三部门法”,即为防止权利滥用和维护社会公益为目的的经济法和社会法,其天生就具有社会本位的特征;另一方面,在私法内部,出现了大量的具有社会本位特征的限制性规范,因而在对私权的规制上出现了以权利为本位的私法规范与以社会为本位的公法规范并存的现象,产生了“双重本位”价值取向问题。学界的法律社会本位观,大多是强调权利行使的社会义务和责任,对个体权利的滥用进行限制,而不是要否定私法的权利本位。正如吴汉东教授指出的:“现代社会权利、义务双重本位和社会、个人双向本位的价值体系模式,要求人们在主张和行使自己的权利时,注意‘度’的限制和约束,顾及他人利益和社会公共利益。”^⑤因此,认为“众多的以社会为本位的立法的出现,标志着法律的社会本位得以确立”的说法有失精当。事实上,法律本位是价值取向,法律规范是事实概念,授权性规范与限制性或义务性规范的划分,并不直接影响法律的价值定位,我们不能因

^①吴汉东:《关于知识产权本质的多维度解读》,《中国法学》2006年第5期。

^②周晖国:《法律本位论析》,《南京大学法律评论》2006年秋季号。

^③张文显:《市场经济与现代法的精神论略》,《中国法学》1994年第6期。

^④董延林,孙宇:《法律本位之演进略论》,《学习与探索》1998年第2期。

^⑤吴汉东:《著作权合理使用制度研究》,北京:中国政法大学出版社,2005年,第48页。

为法律中限制性规范或义务性规范的多少而改变法律的价值取向。“任何国家,即使其所有的法律都是义务性和禁止性的,但只要它以‘法不禁止即自由’为价值取向,则它就是以权利为本位的;相反,即使所有的法律规范都是授权性的,只要其以‘法不允许即禁止’为原则,则仍不能改变这种法的义务本位性和权力本位性。”^①

从本质上看,私法中以维护社会公益为目的的限制性规范,其本身已经具有了公法性质,属于公法范围,其影响的是私权范围的大小和行使的自由度,而不会对原有的私法规范的权利本位属性产生丝毫影响,更不会改变私权的属性从而产生所谓的“私权公权化”问题。从这个意义上说,私法本身不存在“双重本位”问题,权利本位仍为其唯一的价值取向。所谓法律的“双重本位”,应该是指私法的权利本位与公法(包括经济法和社会法)的社会本位二者并行不悖的问题,这既是划分私法与公法的依据,也是“私法公法化”的基本要义,体现的是个人利益与社会利益外在的矛盾性;作为整体的法律,其法律本位是对各部门法本位的综合体现和再度抽象,^②确立以“权利本位”为法律的终极价值目标,体现的是社会利益与个人利益内在的一致性,即社会利益的最终皈依是人的自由和全面发展。

权利限制的“内在理论”,强调权利的行使应该符合社会目的,关注个人在国家和社会中的作用,反映了现代社会法律发展的基本要求。作为内在理论逻辑起点的“所有权负有义务”的规定,是“用以限制权利行使的、高度抽象的规定”。^③这种抽象的限制性规定既可以具体化为各种限制性制度,也可以成为确立“禁止权利滥用”等限制性原则的宪法依据,从而为法律对私权的限制提供了广泛而坚实的理论基础。在内在限制论者看来,限制权利不是否定权利,而是为了保护和扩大权利,因而在法律的终极目标上,其坚持的是法律的“权利本位”价值观。对此,公丕祥教授作了精辟的阐释:“对权利的限制,究竟是出于维护社会利益,还是为了扩大主体的权利,抑或其它?我的初步看法是:从直接的现实意义上讲,为了防止滥用权利而对权利的实现作出某种限制,主要是出于对社会秩序的维护。……从社会人类学本体论的角度出发,我认为,对权利本身的限制,应当树立崇高的人类意识,即把限制权利看作是防止权利遭到更大侵害的重要环节或条件,看作是使权利的运用获得更多有益性的基本方式,也看作是进一步确证人的价值的可靠途径。”^④可见,法律的权利本位不是内在限制与外在限制的分水岭,认为“中国民法应坚持权利本位,因而应采用外在理论作为权利限制的理论基础”^⑤的论断,是建立在对法律本位和内在理论双重误解的基础上,显然不能成立。

就知识产权法而言,由于知识产品具有来源上的历史继承性和使用中的非排他性等不同于有形财产的特征,使得对知识产品的专有使用权的授予必然产生更为激烈的利益冲突,因而对知识产权施加更多的限制具有内在的合理性和必然性。正如李扬教授所指出的,对知识产权的限制是对“知识产权的持有本身带有很大的不正义色彩”的一种矫正,是“持有不正义的正义”。^⑥因此,对知识产权既保护又限制的利益协调机制是近代以来知识产权立法的主要模式,这既是私权社会化倾向在知识产权保护规则中的体现,更是由知识产权自身所具有的多元属性决定的。知识产权是私权,又具有政策工具属性,还与国际贸易息息相关。相应地,知识产权法不仅是保护私权的法律制度,还是国家公共政策的制度选择,更是国际贸易规则的重要组成部分。因此,众多的限制性规范是知识产权法不同于传统民法的重要特征。尽管我们不能因此而否认其私法本性,而将知识产权法定位为社会

①刘旺洪:《国家与社会:现代法治的基本理论》,哈尔滨:黑龙江人民出版社,2004年,第54页。

②周晖国:《法律本位论析》,《南京大学法律评论》2006年秋季号。

③[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,北京:法律出版社,2000年,第111页。

④公丕祥:《论权利的实现》,《江苏社会科学》1991年第2期。

⑤张平华:《私法视野里的权利限制》,《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2006年第3期。

⑥参见李扬:《重塑以民法为核心的整体性知识产权法》,《法商研究》2006年第6期。

本位法,但与此同时,我们也不能否认其大量的具有社会本位法特征的公法规范存在的事实。基于知识产权法所具有的显著的个人与社会“双重本位”特征,采用“内在理论”的“权利内含限制”来解释对知识产权进行限制所具有的内在合理性和客观必然性,显然具有更强的理论说服力。相反,外在理论虽然也承认法律对权利的合理限制,但其目的在于克服权利存在的外在阻滞因素,“其言外之意在于否认限制”^①,因而外在理论与知识产权法突出的“双重本位”特征格格不入。

(三)“内在限制”不存在混淆权利义务界限、否定个人权利的问题

批评者认为,内在限制存在两个缺陷:一是混淆了权利义务界限;二是会借公共利益之名压缩甚至否定个人权利。但上述主张值得商榷。

首先,认为内在限制会“混淆权利义务界限”是对内在限制理论的误读。例如,有学者批评道:“权利就是权利,义务就是义务,怎么能说权利本身包含义务呢?……所有权本身包含义务这种说法让人感觉到把辩证法运用得有点象变戏法。”^②事实上,内在限制论的“权利内含义务”或“所有权负有义务”中的“义务”,是指权利的行使所应受到的“限制”、权利人对社会所应承担的“责任”,而不是批评者所认为的是某一具体法律关系中作为取得权利的对价而应承担的“义务”。将“权利内含义务”理解成“权利等于义务”或“权利既是权利又是义务”,恰恰是对“内在理论”的误读。

其次,认为内在限制会借公共利益之名压缩甚至否定个人权利的说法,有失公允。在同样的问题上,外在理论也遭到了同样的批评。有学者指出,在外在理论的逻辑中,公共利益是外在于个人利益的法益,又是限制个人利益的理由,这就很容易导致公共利益高于个人利益、公共利益绝对而个人利益相对的认识,因而在二者发生冲突时,在优势的公共利益面前,个人利益的内涵就有被彻底掏空的危险。^③究竟谁是谁非?在这个问题上,两种限制理论没有对错、好坏之分。这是因为:一则,它们均承认公共利益是对权利施加限制的重要依据;二则,公共利益概念和范围的模糊性,以及公共利益容易被公权力滥用来损害私人利益的问题,与采用何种限制理论没有直接的关系,其涉及法制完善、民主监督等诸多方面的问题。正如学者所言:“防止借社会公益之名以剥夺个人权利的危险并非民法所能蕴含的功能,……企图借民法负载起建立这种阻隔机制这一艰巨的使命,实在是民法所不能承受之重。”^④整个民法尚且如此,更何况某种权利限制理论呢?因此,是否会借公共利益之名损害个人权利和利益,不应成为评价内在理论和外在理论是非优劣的标准。

(四)“外在限制是权利概念科学化的必然要求”的论断并不成立

外在限制论者在批评内在限制易于混淆权利义务界限,不利于权利概念科学化的同时,提出了“外在限制是权利概念科学化的必然要求”的论断,理由是:外在限制采用“权利与限制”二分方法界定权利,认为权利边界是权利应当固有的本质属性的体现,权利限制则是对权利固有边界的压缩,权利与权利限制界限清晰,因而有利于权利概念的科学化。^⑤在笔者看来,“权利与限制”二者的分立,貌似泾渭分明,实则面临两个方面的理论困境:一是“权利固有的本质属性”到底是什么?“权利的固有边界”在哪里?论者没有给出明确的回答,也不可能答案。因为权利的界限“是由法律规定的,

^①R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, p. 179.

^②参见余能斌,范中超:《所有权社会化的考察与反思》,《法学》2001年第1期。

^③彭礼堂:《公共利益论域中的知识产权限制》,第58页。

^④熊谕龙:《私法中的社会公共利益》,载王利明、郭明瑞、潘维大主编:《中国民法典基本理论问题研究》,北京:人民法院出版社,2004年,第115页。

^⑤参见张平华:《私法视野里的权利限制》,《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2006年第3期;彭礼堂:《公共利益论域中的知识产权限制》,第67-68页。

正像地界是由界标确定的一样”,^①缺少法律这一“界标”,权利及其界限只是抽象的假设,从内涵到外延都难以琢磨,又如何成为“权利限制”的参考坐标呢?二是将法律对权利的界定均视为是对权利边界的压缩,似乎法律的作用就在于在限制权利,而无视法律对权利的保护功能,这恰恰与外在限制理论的另一个理论前提——个人主义立场下法律的“权利本位”的价值目标相冲突。可见,外在理论界定权利的方法,不仅没有使权利概念科学化,而且还会令其两大理论前提之间产生矛盾。

退一步说,即便基于物的客观实在性,对物的“全面支配”具有某种自然属性(并不否认其社会属性),因而从历史变迁的角度将所有权置于法律之外进行探讨,仍具有一定的方法论意义的话,^②那么,基于知识产品的非物质性和社会性,知识产品生产者无法、也不允许其在自然状态下对知识产品进行所谓的“全面支配”,因而将知识产权置于法律之外进行探讨,其方法论意义也大打折扣了。因此,认为“权利概念科学化亦在一定程度上要求将外在理论作为知识产权限制的理论依据”的推论显然没有那么顺理成章,“以内在理论为主辅之外在理论的混合限制理论是知识产权限制的理论依据”^③的结论,不仅存在前述的理论前提上的逻辑矛盾,而且在方法论意义上也很难立足。

总之,知识产权限制的依据既不是“外在限制”理论,也不是“混合限制”理论,而是单一的“内在限制”理论。

三、规范限制:知识产权限制的主要方式

对内在限制理论的责任还体现在:“权利内含限制”意味着不存在权利滥用问题,因为既然权利本身已经包含限制,怎么会出现权利滥用呢?围绕着权利是否存在滥用的问题,在两种限制理论的支持者之间展开了激烈的争论。肯定者认为,极端的权利,最大的非正义(*summum jus, summa injuria*):法律规范的盲目实施有可能导致极端不公的结果,从而有违法律的正义的本质目标,而防止这一局面的出现的主要手段就是权利滥用理论。^④但是,权利滥用理论本身却遭到了以普拉尼奥尔为代表的学者们的激烈批评。其理由是,“权利止于滥用开始之处”,权利滥用是一个悖论:要么人们行使某一权利,因而此行为是合法的;要么行为是非法的,主体超越了权利的界限。^⑤为了解释“权利之所止,滥用之所始”与权利滥用理论并不矛盾,有学者提出了本文所说的规范意义上的“内部限制”与“外部限制”概念。其论证的基本逻辑就是,法律授予个人以某种特权,具有两个层次的意义:一是权利的“外部”界限,即根据性质或者目的,某种权利被授予,其他的则被拒绝;二是“内部”限制,即法律授予某人的权利并不是绝对的,在行使此种权利时,有一个“度”必须得到遵守。法律完全可以既授权给个人,又限制其行使方式,因而滥用行为并非既符合主观权利,又违反客观法,它实际上完全不符合法律。当法律授权给个人的时候,很少正式表达出此种“内部限制”,因此必须到一般性原则——甚至法律制度的精神——之中去寻找这类限制。^⑥

由此我们可以看出,论者在此使用的“外部”界限和“内部”限制,都是针对法律权利而言,把法律规范对权利范围的明确界定称之为“外部限制”;把法律授权给个人时没有正式表达,而是内含在一般性原则甚至法律制度的精神之中的限制称之为“内部限制”。从这个意义上讲,这里所说的“外部

①《马克思恩格斯全集》第1卷,北京:人民出版社,1956年,第438页。

②转引自王泽鉴:《民法物权(1):通则·所有权》,第162页。

③彭礼堂:《公共利益论域中的知识产权限制》,第67-69页。

④参见[法]雅克·盖斯旦,吉勒·古博:《法国民法总论》,陈鹏等译,法律出版社2004年版,第701页。

⑤[法]雅克·盖斯旦,吉勒·古博:《法国民法总论》,第703页。

⑥[法]雅克·盖斯旦,吉勒·古博:《法国民法总论》,第704-705页。

限制”和“外部限制”其实都是以“内在理论”为基础,是“内在限制”的两种类型,二者不是非此即彼的关系,而是并行不悖,共同构成了确定权利界限的两种基本方式。只有在此时,即肯定“内在理论”的前提之下,同时肯定内部限制与外部限制的“混合限制”才能成立。可惜的是,国内学者的相关理论,并没有设定这样明确的理论前提,致使其结论不可靠。为与类似概念区别,也为概念的准确性起见,本文将规范层面上的“外部限制”和“内部限制”该称为“规范限制”和“原则限制”。

区分规范限制与原则限制,虽然其直接目的在于证明权利滥用理论的正当性,但也从另一个角度证明了“内在理论”的合理性。权利滥用理论的反对者往往是以“外在限制”为依据的,认为一旦立法者授给个人以某种权利,这些个人在此权利范围内行事就不应该再受到任何指责,不承认法律规范以外通过法律原则对权利作进一步限制。而承认抽象的原则对权利的内部限制,恰恰是“权利内含限制”的应有之义,是“内在理论”与“外在理论”的重要区别点。我国学者虽然名义上反对以“内在理论”为理论依据,实际上其“外部限制”概念往往又具有规范层面上的“内部限制”的含义,即承认“以民法上的诚实信用原则、权利滥用之禁止原则及公序良俗原则限制权利的自由性”,^①因而其本质上也是“内在理论”的支持者。将法理上的“外部限制”与规范上的“内部限制”相互交错使用,是我国权利限制理论争议混乱和虚假的主要根源所在。

从规范层面上看,法律的确性要求,决定了“规范限制”是主要的权利限制方式;“原则限制”只是权利限制的补充方式,以弥补法律规定的不足。就知识产权而言,由于其客体的非物质性和来源的历史继承性,使得利益归属具有复杂性。因此,在授权的同时,通过诸如合理使用、法定许可、强制许可、权利穷竭等各种具体的限制性规范来压缩其法定范围,限制其自由行使,以实现知识产品上利益分配的公正性,是知识产权法区别于传统民法的重要特征。传统民法中的原则限制,在知识产权领域则被尽可能地外部化了,使“规范限制”方式在知识产权限制中占据更加突出的地位。当然,由于“权利滥用理论实际上是确定权利界限的一种方式”,^②法律规制的滞后性和有限性,以及权利滥用行为的不可避免性,使得“原则限制”仍是知识产权限制的不可或缺的组成部分。

四、内部限制:知识产权限制的主要来源

在学科层面上,学者们往往把源自本学科内部法律规范和原则对权利的限制称为“内部限制”,而把源自本学科之外法律规范和原则对权利的限制称为“外部限制”。由于限制权利的法律既可以是公法,也可以是私法,而公法和私法又分为若干部门法或子部门法,因此,学科意义上的“内部限制”和“外部限制”具有相对性。比如,就所有权而言,整个私法对所有权的限制都是“内部限制”,而私法之外的公法(包括经济法或社会法)对所有权的限制就是“外部限制”;就知识产权而言,只有源自知识产权法上的限制才是“内部限制”,而源自知识产权法之外的民法、经济法、行政法、宪法等的限制,都是“外部限制”。学科层面上区分内、外部限制,主要是出于限定研究对象或者对权利限制法律规范进行学科分类的需要。由于我国知识产权学界长期以来都是在学科层面上使用“内部限制”与“外部限制”概念,与权利限制的“内在理论”和“外在理论”无涉,因而在学科内部没有产生概念歧义和混用问题。

然而,随着各学科理论研究的不断拓展、深入和相互渗透,法理、规范和学科多层面上不同含义

^①梁慧星:《民法总论》,北京:法律出版社,2001年,第287页。

^②[法]雅克·盖斯坦,吉勒·古博:《法国民法总论》,第704页。

的内、外限制概念开始发生撞车,知识产权限制的理论依据之争也就开始浮出水面。例如,有学者将法理意义上的“内在限制”和“外在限制”与学科层面的“内部限制”和“外部限制”完全等同。他们一方面引用梁慧星教授的法理和规范层面的“内部限制”和“外部限制”概念,另一方面又对其作学科层面的补充解释,认为“当从部门法或学科的角度讨论问题时,按照某一学科领域的原则、规范、制度、方法等对权利进行的限制就是内部限制;在该学科之外对权利进行限制的,就为外部限制。由知识产权法自身规范对知识产权进行的限制就是内部限制,而外部限制则是以民法基本原则、反垄断法、人权法以及来自其他公法部门等的限制。”^①类似的概念混用现象在学界并非少数,因此,揭示概念的真正内涵,是减少和杜绝理论混乱的关键。

五、结语

权利限制既是理论问题,又是规范问题,前者属于价值判断问题,后者涉及事实真伪问题,区分价值与事实这两个截然不同的概念,是厘清当前权利限制理论争议的关键。通过对权利限制理论作价值层面上的法理分析和作事实层面上的规范和学科分析,结合知识产权客体的非物质性和来源的历史继承性等自身特点,本文得出的研究结论是:在法理层面上,“内在限制”是知识产权限制的理论依据;在规范层面上,“规范限制”是知识产权限制的主要方式,“原则限制”是补充方式;在学科层面上,“内部限制”是知识产权限制的主要来源,外部限制是知识产权限制体系的重要组成部分,但这种内、外部限制之分,与知识产权限制的理论依据无涉。

(责任编辑:蔡道通)

Theoretical Basis of Restrictions on Intellectual Property Rights: Internal or External Restrictions or Something Else?

LI Guo-ying

Abstract: Over the theoretical basis of the restrictions on legal rights, there are various controversies: at the jurisprudential level, they are about whether the restrictions are internal or external to the rights; at the normative level, about whether they are normative or principled in nature; and at the disciplinary level, about whether they are from inside or outside sources. Given that the intellectual property rights are defined and established by law and both individually and socially-oriented, they should be regarded as intrinsic in terms of theoretical basis, normative in terms of manner of operation, and internal (but theoretically neutral) in terms of origin.

Key words: restrictions on intellectual property rights; internal theory; external theory; internal restrictions; external restrictions

^①彭礼堂,郝瑁:《知识产权限制问题的法理分析》,《科技进步与对策》2006年第2期。