

# 知识产权实证分析

[ I ]

创新、司法与公众意识

**Empirical IP Studies**

| 金海军 著 |



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

# 知识产权实证分析

[ I ]

创新、司法与公众意识

**Empirical IP Studies**

| 金海军 著 |



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

## 图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权实证分析[ I ]: 创新、司法与公众意识/金海军著. —北京: 知识产权出版社, 2015. 10

ISBN 978-7-5130-3853-9

I. ①知… II. ①金… III. ①知识产权—研究—中国 IV. ①D923. 404

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 246151 号

## 内容提要

本书以知识产权的实证分析为题, 按专利、商标、著作权、司法与案例、公众调查等分类排列。在专利部分, 重点在于专利制度与创新激励之间的关系; 在商标部分, 则集中在消费者调查与统计方法在商标法实践中的应用; 著作权部分的三章全部是从国内发生的三起案件出发, 借助实证与比较的研究, 提出案件处理或立法改进的不同视角与结论; 在司法案例的部分, 分别以中国《最高人民法院公报》的知识产权案例和美国联邦最高法院的知识产权判例为研究对象, 通过统计数据与实例分析, 试图从实证的角度认识中、美两国在知识产权司法领域的共性与差别; 最后一章是通过问卷调查的方式, 探求中国社会公众的知识产权认知程度与意识水平, 并与作者在十年前的同类调查进行比较, 观察中国社会在这方面的变化。

责任编辑: 倪江云

责任校对: 孙婷婷

封面设计: 品序

责任出版: 卢运霞

## 知识产权实证分析[ I ]

——创新、司法与公众意识

金海军 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号 (邮编: 100088) 天猫旗舰店: <http://zscqchs.tmall.com>

责编电话: 010-82000887/82000860 转 8335

责编邮箱: [nijiangyun@cnipr.com](mailto:nijiangyun@cnipr.com)

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

印 刷: 北京科信印刷有限公司

经 销: 各大网络书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 720mm×1000mm 1/16

印 张: 20.75

版 次: 2015 年 10 月第 1 版

印 次: 2015 年 10 月第 1 次印刷

字 数: 385 千字

定 价: 69.00 元

ISBN 978-7-5130-3853-9

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

# 从规范到实证的方法论意义

(代总序)

我们一切知识都在经验里扎根基，知识归根结蒂由经验而来。

—— [英] 洛克《人类理解论》

## 一、何为实证研究

实证研究 (empirical research 或 empirical study) 是指以直接或间接的观察或者经验而获取知识的一种方法。实证研究的哲学基础是由自然科学领域产生的经验主义 (empiricism)。两者在构词上同源，均出自古希腊语  $\mu\pi\epsilon\rho\iota\alpha$  一词，翻译成拉丁文即 *experientia*。该词在英文中的对译即 *experience* [经验]，并由此产生派生词 *experiment* [实验]。<sup>①</sup> 经验主义与唯理主义 (*rationalism*，一译“理性主义”) 相对，两者构成近代哲学的主要流派。<sup>②</sup>

在探讨人类知识来源这一问题上，自古希腊以来，人们已经尝试采用多种方法，而只是在近代欧洲科学与哲学发展过程中，才形成了关于唯理主义与经验主义的区分。近代哲学按照它们以理性或经验为知识的泉源或准则而划分为唯理主义或经验主义。<sup>③</sup> 通常认为，唯理主义是建立在承认

① 参考《不列颠大百科》(*Encyclopedia Britannica*) 在线版，“*empiricism*”条目：<http://global.britannica.com/EBchecked/topic/186146/empiricism>；以及《维基百科》的“*empiricism*”条目：<http://en.wikipedia.org/wiki/Empiricism>。

② 同上注，并“*rationalism*”条目。

③ 梯利. 西方哲学史 [M]. 葛力, 译. 北京: 商务印书馆, 1995: 283.

人的理性可以作为知识来源的理论基础上的一种方法,认为理性高于并且独立于感官感知,其代表人物是笛卡尔、斯宾诺莎和莱布尼茨。所谓经验主义即这样一种学说:我们的全部知识(逻辑和数学或许除外)都是由经验来的。<sup>①</sup>经验主义通常相信现代科学方法,认为理论应建立于对事物的观察,而不是直觉和迷信,通过实验研究而进行的理论归纳优于单纯的逻辑推理,其代表人物是洛克、培根和休谟。<sup>②</sup>从两派的代表人物看,显然,唯理主义盛行于欧洲大陆,故又被称为欧洲理性主义或大陆唯理主义,相应地,另一派则被称为不列颠经验主义或英国经验主义。<sup>③</sup>经验主义与唯理主义的区分,实际已经超越自然科学领域。例如,在法律领域,大陆法系与普通法系的区别,就可以从唯理主义与经验主义那里找到思想来源与哲学基础。

经验主义与唯理主义虽然在方法论上各有侧重,但并非互为沟壑。例如,典型的唯理主义者如斯宾诺莎以及莱布尼茨都认为,人类首先本能地掌握一些基本原则,例如几何公理,然后可以依据这些推理出其余知识,因此,从理论上讲,所有知识(包括科学知识)可以通过单纯的推理得到,但他们也承认,现实中除了数学之外人类不能做到单纯用推理得到别的信息。康德在早期是典型的唯理主义者,但波普尔在其《论科学与形而上学的地位》的演讲中,却将康德与经验逻辑相提并论,认为休谟之于康德的影响,就是将他从“教条主义的沉睡中唤醒”。<sup>④</sup>康德最终成为唯理主义与经验主义的综合体。而在经验主义者那里,也强调必须遵循逻辑,注重规则的推导。在法学领域,霍姆斯提出“法律的生命在于经验而不是逻辑”,<sup>⑤</sup>成为法学名言,传诵至今。但是,霍姆斯并没有说出来的是,当经验沉默无语时不应当忽视逻辑,如果没有足够的理由,我们就必须符合逻

---

① 参见:罗素.西方哲学史(上卷)[M].何兆武,李约瑟,译.北京:商务印书馆,1963:139.洛克的论证是:“我们且设想心灵比如说是白纸,没有一切文字、不带任何观念;它何以装备上了这些东西呢?人的忙碌而广大无际的想象力几乎以无穷的样式在那张白纸上描绘了的庞大蓄积是从何处得来的?它从哪里获得全部的推理材料和知识?对此我用一语回答:从经验,我们一切知识都在经验里扎根基,知识归根结蒂由经验而来。”(《人类理解论》第二卷,第1章第2节)。另参见:洛克.人类理解论(上册)[M].关文运,译.北京:商务印书馆,1959:168.

② 洛克.人类理解论(上册)[M].关文运,译.北京:商务印书馆,1959:168.

③ 例如,梯利所著的《西方哲学史》一书中第三编第一篇的篇名就是“英国经验主义”,第二篇的篇名则为“大陆的唯理主义”。

④ 卡尔·波普尔.猜想与反驳[M].沈恩明,编.杭州:浙江人民出版社,1989:263.

⑤ OLIVER WENDELL HOLMES, JR. *The Common Law* (1881), pl. “The life of the law has not been logic; it has been experience ... The law embodies the story of a nation’s development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics.”

辑,并且要以逻辑这一类东西作为基础。<sup>①</sup>事实上,法律是非常注重逻辑的,否则,纷繁复杂的原则、规则与判例法则如何建构与适用呢?代表美国立法精神的《独立宣言》,开篇提出“我们认为这些真理是自明的”,其本身即脱胎于欧几里得。18世纪的天赋人权学说,就是一种在政治方面追求欧几里得式的公理。<sup>②</sup>因此,法学的基础也应当是理性与经验的综合体。

实证研究与实证主义之间,特别是法律实证研究与实证法学派之间的关系,因其在中文语境中有着相似的表述,而容易引起混淆。从词源上分析,经验主义与实证主义这两者存在关联。实证主义(positivism)一词源于法文 positivisme,后者又是由动词 positif 派生出来,该动词的意思是“通过经验而形成认识”(imposed on the mind by experience)。<sup>③</sup>实证主义这一术语是法国哲学家孔德在19世纪中期提出来的,<sup>④</sup>他也被视作社会学的开创者,因此,这一概念更多地用于社会科学领域。实证法学派,亦即法学领域的实证主义,<sup>⑤</sup>同样是在19世纪中叶出现的一种法学思潮,它反对先验的思辨,并力图将自身限定在经验材料的范围之内。由于当时自然科学领域取得了巨大的成功,因此,实证主义就是要把自然科学所运用的方法用于社会科学领域,而仔细观察经验事实与感觉材料正是自然科学的主要方法之一。<sup>⑥</sup>实证法学派(legal positivism)与法律实证研究(empirical legal research)这两个术语尽管在中文都译作“实证……”,但两者是存在区别的。前者是法理学上的“实证主义法学”,属于哲学上的本体论范畴,主要针对法学研究的对象问题,即研究“法律是什么”,与此相对应的是价值分析法学或规范法学。后者则是以经验为基础的法学研究方法,该方法运用社会学和经济学等社会科学的方法研究现实社会中的法律,关注法律与社会的互动关系,特别是揭示法律的实施情况,其核心问题是“现实中的法律是什么”。<sup>⑦</sup>

实证研究的方法随着经验主义、实证主义而从自然科学领域延伸至社会科学与人文学科,典型的如经济学、社会学、历史学等。在此情形中,

① 本杰明·卡多佐. 司法过程的性质 [M]. 苏力,译. 北京:商务印书馆,2002:18.

② 罗素. 西方哲学史(上卷) [M]. 何兆武,李约瑟,译. 北京:商务印书馆,1963:64.

③ 参考《维基百科》的“positivism”条目: <http://en.wikipedia.org/wiki/Positivism>。与此相关的另一术语 positive law,通常称为“实在法”,也是同源构词。

④ 同上注。另参见:奥古斯特·孔德. 论实证精神 [M]. 黄建华,译. 北京:商务印书馆,1999. 该书法文原版的标题即 *Discours Sur L'esprit Positif*。

⑤ Positivism 有时就直接指 legal positivism. [EB/OL]. [2014-10-14]. <http://dictionary.reference.com/browse/positivism?s=t>.

⑥ 博登海默. 法理学、法律哲学与法律方法 [M]. 邓正来,译. 北京:中国政法大学出版社,1999:115.

⑦ 黄辉. 法学实证研究方法及其在中国的运用 [J]. 法学研究,2013(6).

同样存在实证研究方法与相应的实证科学之间的关系。弗里德曼于1953年发表其论文《实证经济学的方法论》(Methodology of Positive Economics)<sup>①</sup>时,开篇引用凯恩斯关于实证科学与规范科学的区分:“一门实证科学(positive science)……是关于什么是(what is)这一类问题的系统的知识体系;而一门规范或管理科学(normative or regulative science)……是关于什么应该是(what ought to be)这一类问题的标准的系统的知识体系……是一门艺术(art)……是为达到某一特定目标而设立的原则体系。”<sup>②</sup>弗里德曼这里所提出的实证经济学,尽管被其他经济学家如萨缪尔森认为“所发议论如此陈旧,似乎简直就是陈词滥调”,<sup>③</sup>但是,其影响却相当深远。弗里德曼认为,从原则上说,实证经济学是独立于任何特别的伦理观念或规范判断的。它的任务是提供一套一般化体系,这个一般化体系可以被用来对环境发生变化所产生的影响作出正确的预测。这一体系的运行状况可以通过它所取得的预测与实际情况相比的精确度、覆盖率及一致性等指标来加以考察。简言之,实证经济学是,或者说可以是一门“客观的”科学,这里“客观”一词的含义完全等同于任一自然科学上的定义。尽管经济学(和其他社会科学)所涉及的是人与人之间的关系,而且调查研究者本身就是被调查研究的事物的一部分,但这些都不是社会科学与自然科学之间的根本差异之所在。<sup>④</sup>张五常1983年在香港大学经济学教授就职演说中提到,当代经济学的潮流已经转向经济解释,也就是经济学的实证方法。“经济学中出现的令人着迷的趋势,简单地说就是:在过去,大多数经济学家往往根据应该是什么来分析,这是一种旨在提供政策建议的规范方法。但是,近年来情况已经开始发生变化。许多经济学家现在开始试图解释事情为什么像现在这样,这是一种立足于推导和检验假说的实证方法。”<sup>⑤</sup>这一陈述同样体现了实证经济学与经济学的实证研究方法之间的关

① MILTON FRIEDMAN. The Methodology of Positive Economics [G]// Essays In Positive Economics. Chicago: University of Chicago Press, 1966: 3-43. 中译本参见:密尔顿·弗里德曼·弗里德曼文萃[M]. 高榕, 范恒山, 译. 北京: 北京经济学院出版社, 1991: 191-238.

② JOHN NEVILLE KEYNES. Scope and Method of Political Economy [M]. London: Macmillan 4 Co., 189: 34-35. 转引自: 前注弗里德曼书, 第191页。

③ 萨缪尔森. 我的人生哲学: 政策信条和工作方式 [G] // 迈克尔·曾伯格. 经济学大师的人生哲学. 侯玲, 欧阳俊, 王荣军, 译. 北京: 商务印书馆, 2001: 336. 萨缪尔森提到, “不管逻辑实证主义在科学上总体犯过多少错误, 多么粗浅, 因为与密尔顿·弗里德曼特有的实证经济学混在一起, 它获得了一个本不应获得的恶名。”

④ 密尔顿·弗里德曼·弗里德曼文萃[M]. 高榕, 范恒山, 译. 北京: 北京经济学院出版社, 1991: 192.

⑤ 张五常. 经济解释: 张五常经济论文选 [M]. 北京: 商务印书馆, 2001: 2. 原文于1983年发表。

系。而在法学领域，实证法学派已经与自然法学派、社会法学派等鼎足而立，那么，当代法学领域的潮流，是否也将转向法律解释与法律的实证研究方法呢？

## 二、法律的实证研究及其发展

法学因其研究对象是作为社会规范的法律，故常被误认为在研究方法上也应当以规范研究为主流。但是，正如前面所阐明的，法学作为社会科学之一，不可能自外于实证研究在该领域的影响。事实上，从法律实证研究（empirical legal scholarship/ELS）最为活跃的美国的情况看，实证研究方法在法学各个领域的发展已是如火如荼。耶鲁大学法学院 Robert Ellickson 教授在 2000 年的一项研究中发现，美国法学刊物中法律实证研究的文章从 1982 年到 1996 年几乎翻了一倍。<sup>①</sup> Tracey E. George 教授继续考察此后十年（1994~2005 年）的法律实证研究状况，发现这一增长趋势仍在继续并且增幅不减。他把 Westlaw 数据库中所包含的美国法学期刊按照特定关键词——例如“实证”（empiric!）、“定量”（quantitat!）、“统计意义”（statistic! significan!）、“表 1”（Table 1）——进行检索、统计，再将所获得数据加以整理分析，得到表 1 的数据。<sup>②</sup>

表 1 美国法律期刊中涉及法律实证研究的文献数量

单位：篇

|                        | 1994~1996 | 1997~1999 | 2000~2002 | 2003~6/2005 |
|------------------------|-----------|-----------|-----------|-------------|
| empiric!               | 9 003     | 10 188    | 11 245    | 9 689       |
| quantitat!             | 3 462     | 3 734     | 4 177     | 3 531       |
| statistic! significan! | 1 363     | 1 613     | 1 825     | 1 532       |
| Table 1                | 2 031     | 2 237     | 2 788     | 2 384       |

注：检索关键词最后所带的“!”符号表示省略值，可以指代任何字符。

实证研究方法在我国法学领域刚刚开始，但似乎从一开始就陷入被怀疑甚至质疑的氛围之中。在引入新的研究方法之际，法学界就首先展开了

① ROBERT C. ELLICKSON. Trends in Legal Scholarship: A Statistical Study [J]. J. Legal Stud., 2000 (29): 517.

② TRACEY E. GEORGE. An Empirical Study of Empirical Legal Scholarship: The Top Law Schools [J]. Ind. L. J., 2006 (81): 141, 147.

关于“主义与问题”之争,认为需要思考这样一个问题:对于法律实证研究的热衷,究竟是一场风尚的追逐,还是我国法学界对于法学方法论认真思考之后的选择?<sup>①</sup> 2009年举办的“科学发展观与法律实证研究方法”研讨会上,学者们意识到,对于一个学科来讲,学科的发生在于研究对象的相对独立,当研究中厘清了对象,也就形成了学科,但是学科的成熟在于其方法,所以方法的自觉就标志着一种成熟状态,在法学领域,道理也是一样。<sup>②</sup> 因此,法学作为一门学科,必有其特定的研究对象,但其品质如何、是否成熟,却在于其是否能够自觉地运用适当的研究方法。<sup>③</sup>

我国法律实证研究的实际状况如何呢?从《中国知网》CSCD 期刊 1992~2012 年所收录文章的检索与统计数据看,在这 20 年间,我国法律实证研究的文章共计 815 篇,其中,1992~2002 年,每年为 0 篇或仅为个位数,在此后十年间才逐年有所增加,且增幅较大:2003 年 11 篇、2004 年 19 篇、2005 年 30 篇、2006 年 56 篇、2007 年 80 篇、2008 年 98 篇、2009 年 107 篇、2010 年 118 篇、2011 年 159 篇、2012 年 146 篇。从这些论文在不同部门法的分布来看,数量最多的是诉讼法与司法制度(393 篇),其次是行政法及地方法制(126 篇)、刑法(90 篇)、法理与法史(79 篇)、经济法(66 篇)、民商法(60 篇)、国际法(19 篇)和宪法(18 篇)。<sup>④</sup> 有学者对行政法领域的实证研究情况进行统计分析,得出了类似的结论:在主流法学期刊上所刊发的行政法学文章的研究方法,定性研究的比重过重,法解释研究方法、比较法研究方法、法实证的研究方法等在整体研究中比例过低。该学者据此断言,这一状况体现了行政法研究的落后性。<sup>⑤</sup> 如果按照前一项统计数据,在法律实证研究论文数量的部门法分布上,行政法尚在其中名列第二,那么这是否可以说,至少从研究方法的角度上,其他许多部门法的研究更是大大落后了。

或许是为了因应目前这种落后状况,《法学》和《法学研究》杂志在 2013 年先后开设研究专栏<sup>⑥</sup>,专题讨论法律实证研究问题。从学者所持观点看,支持并鼓励法律实证研究者似乎较多,但反对派或中立派也不少。在法学中引入实证研究之际,法学界就在警示人们,不可过分迷信方法;有人认为,很多人是在发现自己没有思想时才开始重视方法,并且引用萨

① 黄辉. 法学实证研究方法及其在中国的运用 [J]. 法学研究, 2013 (6).

②③ 郭云忠. 法律实证研究方法研讨会综述 [J]. 国家检察官学院学报, 2009 (4).

④ 赵骏. 中国法律实证研究的回归与超越 [J]. 政法论坛, 2013 (2): 表 3.

⑤ 例如,黄辉. 中国主流法学期刊刊发行政法学文章探讨:以 2007~2011 年十五大法学类期刊为样本 [J]. 社会科学家, 2013 (11).

⑥ 例如,《法学》2013 年第 4 期的专栏是“强化问题意识,推进法律实证”,《法学研究》2013 年第 6 期的专栏是“法学研究方法的理论与实践”。

缪尔森的话“能做研究的都做着科研;那些不能做科研的就胡扯其方法论”来支持其看法。<sup>①</sup>也有人引用拉德布鲁赫的话:“就像因自我观察而受折磨的人多数是病人一样,有理由去为本身的方法论费心忙碌的科学,也常常成为病态的科学,健康的人和健康的科学并不如此操心去知晓自身。”<sup>②</sup>这些洋权威的引语,似乎就为法律实证研究方法的应用打上了低等的标签,然而这对于我国法学方法的创新特别是实证研究的发展,是非常不利的。事实上,这些引语的语境很值得注意,片言只语只会误用乃至误导。比如,如果仔细查阅萨缪尔森的这句话,可以发现它其实是借用萧伯纳的说法,而萨缪尔森本人紧接着这段话的,同样在强调自己的方法论。<sup>③</sup>萨缪尔森在其风行一时的著名教材《经济学》中,第1章就专门讨论“经济学的方法论”,其中包括实证研究方法。<sup>④</sup>而且不要忘记了,萧伯纳自己就曾经说过:“一个真正受过教育的人的标志是他能深深地被统计数字打动。”<sup>⑤</sup>

### 三、知识产权的实证分析

知识产权的实证分析在很大程度上是从法律与经济学相交叉的地方开始的。知识产权实证研究有其自身独特的演进路径(empirical IP studies have followed their own distinctive evolutionary path),最早的研究成果是经济学家弗林茨·马克卢普(Fritz Machlup)1952年向美国参议院司法委员会所提交的研究报告《专利制度的经济评论》(*An Economic Review of the Patent System*)。<sup>⑥</sup>该报告的结论是,基于目前的实证性知识(empirical knowledge)状况,从经济学上讲,无法知道这一制度从整体上而言究竟是好还是坏,“就目前的知识而言,任何经济学家都无法肯定地回答,目前

① 苏力. 好的研究与实证研究[J]. 法学, 2013(4).

② 拉德布鲁赫. 法学导论[M]. 米健, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1997: 169.

③ “从崇高的哲学道德领域转到世俗的科学方法论领域令我感到轻松一些。但我在讨论时宁可 not 将方法论的首字母 M 大写。可以用另一句话来表达萧伯纳的看法: 那些能做研究的, 就做科学研究; 那些不能做的则胡扯其方法论。当然, 我不能否认自己也有方法论。”萨缪尔森. 我的人生哲学: 政策信条和工作方式[G] // 迈克尔·曾伯格. 经济学大师的人生哲学. 侯玲, 欧阳俊, 王荣军, 译. 北京: 商务印书馆, 2001: 334.

④ 保罗·A. 萨缪尔森, 威廉·D. 诺德豪斯. 经济学(上册)[M]. 12版. 高鸿业, 等, 译. 北京: 中国发展出版社, 1992: 11(及以下).

⑤ 转引自: 曼昆. 经济学原理(宏观经济分册)[M]. 4版. 梁小民, 译. 北京: 北京大学出版社, 2006: 47.

⑥ JOHN M. GOLDEN, ROBERT P. MERGES, PAMELA SAMUELSON. The Path of IP Studies: Growth, Diversification, and Hope[J]. Texas L. Rev., 2014(92): 1757, 1761-1762.

运行的专利制度为社会带来的是净收益还是净损失。”<sup>①</sup> 他也指出, 如果想要就这一制度的具体改革得出较为确信的结论, 还需要各种事实性数据 (factual data)。然而, 在此后几十年间, 为回答知识产权整体有益性和具体制度改革问题所必需的数据收集, 仍是进展不大, 而且其研究成果绝大部分是由法学之外尤其是经济学的研究者所完成。知识产权实证研究偏少的原因在于: 其一, 所涉及领域的的数据收集困难; 其二, 在知识产权实证研究方面的投入不足。<sup>②</sup>

到了 20 世纪 90 年代, 美国法学界开始形成一批知识产权的实证研究成果。<sup>③</sup> 知识产权法的研究也开始进入一个新的时期, 即注重实证性学术研究的时期, 从而可以较以往提供更准确和细致的政策分析。<sup>④</sup> 进入 21 世纪以来, 法学研究者所取得的知识产权实证研究成果数量大增, 并且包括了专利、著作权、商标等各个部门,<sup>⑤</sup> 而在研究领域和研究手段上也均有广泛拓展。研究的问题包括诸如专利授权数量与一国 GDP 之间的关系, 主

---

① STAFF OF SUBCOMM. On Patents, Trademarks, & Copyrights [ R ]. S. Comm. on the Judiciary, 85th Cong., *An Economic Review of the Patent System*, 79 (Comm. Print 1958).

② JOHN M. GOLDEN, ROBERT P. MERGES, PAMELA SAMUELSON. The Path of IP Studies: Growth, Diversification, and Hope [ J ]. *Texas L. Rev.*, 2014 (92): 1757, 1758.

③ 例如, JOHN R. ALLISON, MARK A. LEMLEY. Empirical Evidence on the Validity of Litigated Patents [ J ]. *AIPLA Q. J.*, 1998 (26): 185; ALEXANDER E. SILVERMAN. Myth, Empiricism, and America's Competitive Edge: The Intellectual Property Antitrust Protection Act [ J ]. *Stan. L. Rev.*, 1991 (43): 1417; DONALD S. CHISUM. Normative and Empirical Territoriality in Intellectual Property: Lessons from Patent Law [ J ]. *Va. J. Int'l L.*, 1997 (37): 603. 从其研究领域看, 以专利法为主。

④ JOHN M. GOLDEN, ROBERT P. MERGES, PAMELA SAMUELSON. The Path of IP Studies: Growth, Diversification, and Hope [ J ]. *Texas L. Rev.*, 2014 (92): 1757, 1759.

⑤ 例如, 涉及知识产权一般问题的有: WILLIAM M. LANDES. An Empirical Analysis of Intellectual Property Litigation: Some Preliminary Results [ J ]. *Hous. L. Rev.*, 2004 (41): 749; MATTHEW SAG, TONJA JACOBI, MAXIM SYTCH. Ideology and Exceptionalism in Intellectual Property: An Empirical Study [ J ]. *Cal. L. Rev.*, 2009 (97): 801. 涉及专利法的有: COLLEEN V. CHIEN. Patently Protectionist? An Empirical Analysis on Patent Cases at the International Trade Commission [ J ]. *Wm. & Mary L. Rev.*, 2008-2009 (50): 63; MICHAEL SCHUSTER. Claim Construction and Technical Training: An Empirical Study of the Reversal Rate of Technically Trained Judges in Patent Claim Construction Cases [ J ]. *Quinnipiac L. Rev.*, 2011 (29): 887. 涉及商标法的有: BARTON BEEBE. An Empirical Study of the Multi-factor Tests for Trademark Infringement [ J ]. *Cal. L. Rev.*, 2006 (94): 1581; ROBERT C. BIRD, JOEL H. STECKEL. The Role of Consumer Surveys in Trademark Infringement: Empirical Evidence from the Federal Courts [ J ]. *U. Pa. J. Bus. L.*, 2012 (14): 1013. 涉及著作权法的有: BARTON BEEBE. An Empirical Study of U. S. Copyright Fair Use Opinions: 1978-2005 [ J ]. *U. Pa. L. Rev.*, 2007-2008 (156): 549; DEBORAH R. GERHARDT. Copyright Publication: An Empirical Study [ J ]. *Notre Dame L. Rev.*, 2011-2012 (87): 135; JIARUI LIU. Copyright Injunctions after eBay: An Empirical Study [ J ]. *Lewis & Clark L. Rev.*, 2012 (16): 215; ERIC ROGERS. Substantially Unfair: An Empirical Examination of Copyright Substantial Similarity Analysis among the Federal Circuits [ J ]. *Mich. St. L. Rev.*, 2013 (2013): 893.

要国家专利局的专利申请以及处理状况的比较,不同技术领域的知识产权数据及其对比等。在收集与分析数据方面,采用了包括公众调查、问卷调查、直接访谈、电子数据挖掘、系统化实验等手段。信息时代的大数据也为知识产权法律实证研究提供便利,例如美国经济研究局(National Bureau of Economic Research)建立的“美国专利引证数据库”。<sup>①</sup>

知识产权的实证研究往往跨越法学、经济学、统计学、社会学等领域,需要不同学科之间的合作。例如,法和经济学的兴起,对知识产权的实证分析助益良多,两者的发展也几乎是同步的。知识产权的经济分析虽然可以从古典经济学家如斯密、边沁、穆勒等的相关论述算起,发展到20世纪初,也出现了一些经济学家,比如庇古(Pigou)、陶西格(Taussig),以及20世纪30年代的阿诺德·普兰特(Arnold Plant),<sup>②</sup>但是,这一领域的研究仍然属于个别性的,主要是经济学家的额外工作。一直要到20世纪70年代,知识产权的经济分析才开始成为一种持续增长的现象。例如,美国有关知识产权、技术与艺术的专门性法律期刊,其数量由1980年的2种<sup>③</sup>增加到21世纪初的26种;美国法学院大量开设知识产权法相关课程,比如芝加哥大学法学院在1981年开设有7门税收方面的课程或者研讨班,只有1门是知识产权课程,但到21世纪初,两者的比例已经是五五开了。1982年,经济类杂志所发表文章中只有5篇的标题包含了表示知识产权的术语,而到2000年则为235篇。<sup>④</sup> Towse和Holzhauer在21世纪初合编过一套《知识产权经济学》(*The Economics of Intellectual Property*)论文集,其中收录自20世纪30~90年代以英语发表的论文89篇,根据发表时间先后,依次为20世纪30年代(2篇)、50年代(3篇)、60年代(1篇)、70年代(6篇)、80年代(38篇)和90年代(39篇)。<sup>⑤</sup>这也反映出,从20世纪80年代开始,知识产权的经济分析进入黄金时代,历经90年代直至今日方兴未艾。而这一时期,恰恰也是知识产权法律实证研究的蓬勃发展期。在互联网兴起之后,在《社会科学研究网》(*Social Science Research Network/SSRN*)上还为知识产权的实证研究(*Intellectual Property: Empirical*

① JOHN M. GOLDEN, ROBERT P. MERGES, PAMELA SAMUELSON. The Path of IP Studies: Growth, Diversification, and Hope [J]. *Texas L. Rev.*, 2014(92):1757, 1763-1764.

② 威廉·兰德斯, 理查德·波斯纳. 知识产权法与经济结构[M]. 金海军, 译. 北京: 北京大学出版社, 2005: 导言.

③ 即 *Bulletin of the Copyright Society of the U. S. A.* 和 *Journal of the Patent Office Society*, 均由专业协会主办, 偏重于实务问题.

④ 威廉·兰德斯, 理查德·波斯纳. 知识产权法与经济结构[M]. 金海军, 译. 北京: 北京大学出版社, 2005: 导言.

⑤ RUTH TOWSE, RUDI HOLZHAUER ed., *The Economics of Intellectual Property*, (2002).

Studies e-Journal, SSRN) 设立专门子集, 收录与此类研究相关的论文。<sup>①</sup>

我国知识产权实证研究的状况又如何? 虽然前一项对于 CSSCI 论文的统计未将知识产权法单列, 无法确知其数量与比例, 但是, 因为知识产权法的研究成果通常就包含在民商法当中, 而民商法实证研究的整体排名靠后 (倒数第三)。可见, 知识产权法律实证研究的状况也不容乐观。

同样, 我们以《中国知网》CSSCI 期刊所收录的“哲学人文、社会科学、信息科技、经济管理科学”类论文为统计对象, 也可以检验有关知识产权实证研究的状况。通过在主题一栏中分别以“知识产权”“专利”“著作权”“商标”与“实证”进行组合检索, 可得结果如图 1 所示。

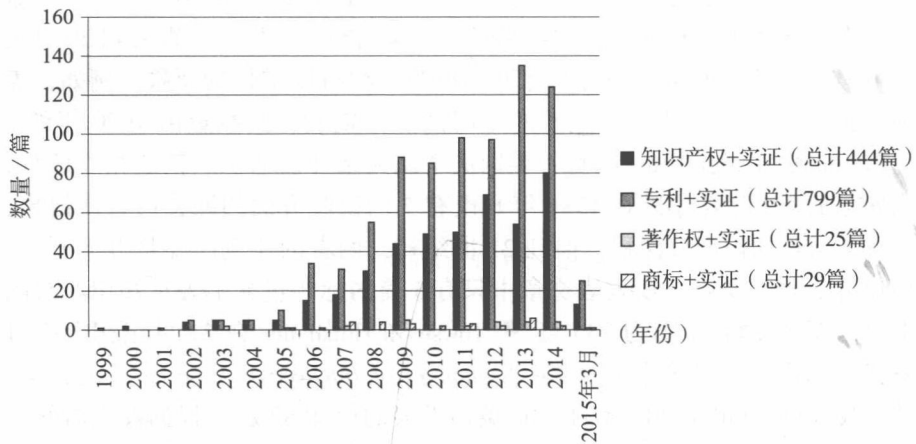


图 1 《中国知网》CSSCI 期刊收录知识产权实证研究论文统计

从图 1 的年度分布看, 我国对知识产权进行实证研究始于 21 世纪初, 并且在 2005 年之前的数量仍不超过每年 10 篇, 但在此之后则有较大增长, 尽管主要是在专利领域。从收录的期刊来看, 主要集中在科学技术管理类杂志。例如, “知识产权+实证”的检索结果前三名是:《科技进步与对策》30 篇、《科技管理研究》27 篇、《科学学研究》22 篇; “专利+实证”的检索结果前三名是:《科学学研究》67 篇、《科技进步与对策》63 篇、《情报杂志》63 篇。但这些研究成果基本上不是这里所要讨论的知识产权实证分析。因此, 我们将检索范围进一步缩小为法学/知识产权类期刊, 则数量骤减 (见表 2)。

① [EB/OL]. [2015-04-06]. <http://www.ssrn.com/link/Intellectual-Property-Empirical-Studies.html>. 截至目前已收录论文 658 篇。

表2 中国知网 CSSCI 收录知识产权实证  
研究论文的法学/知识产权期刊（1999~2015年3月）

| 期刊排名    | 第1名          | 第2名          | 第3名                            |
|---------|--------------|--------------|--------------------------------|
| 知识产权+实证 | 《知识产权》/17篇   | 《电子知识产权》/12篇 | 《科技与法律》/3篇<br>《法学》/2篇          |
| 专利+实证   | 《电子知识产权》/15篇 | 《知识产权》/12篇   | 《中南财经政法大学学报》/5篇                |
| 著作权+实证  | 《法学》/2篇      | 《知识产权》/2篇    | 《现代法学》《法律科学》《法学论坛》《中国刑事法杂志》各1篇 |
| 商标+实证   | 《知识产权》/6篇    | 《电子知识产权》/3篇  | 《中国刑事法杂志》/1篇                   |

以上检索结果虽属于原始数据，但其中足以反映我国在知识产权领域实证研究的基本状况：（1）检索结果的总量虽然较大，但其中绝大部分属于科学、技术、管理、情报等领域的研究成果；（2）即使就知识产权领域的研究而言，目前绝大部分集中在专利问题上，而著作权、商标方面的实证研究则偏少；（3）从所收录的期刊性质看，此类研究成果在知识产权类期刊上刊登较多，而在法学期刊，特别是法学类核心期刊上数量过少。

如何改进目前知识产权实证研究不足的现状呢？

首先，放下在方法上的“主义与问题”之争，而致力于找到真正的问题，采用不同的研究方法，从多角度加以解释与解决。应当承认，我国现阶段的法律实证研究还处于简单、初级、原始的阶段，“最大的问题在于方法本身的粗疏，还只是一种数据化的研究而非数理化的研究，离成熟、精致的实证研究还有很大的距离。”<sup>①</sup>但是，研究者不能因此裹足不前，而是应当勇于尝试，并且在适用法律实证研究方法的过程中，不断加以检讨、调整和提高。

其次，应当认识到在法律实证研究上也存在不同的层次与种类，可以由低到高，逐步深入。按照法律实证研究在文章中由深至浅的介入程度，Diamond与Mueller将其分为不同风格的三类，以便廓清法律实证研究的边界：第一类，是最纯粹的法律实证研究，从调查到收集数据，再到数据分析处理和结果的报告；第二类，法律实证研究介入程度略少一些，主要是

① 左卫民：法学实证研究的价值与未来发展[J]，法学研究，2013（6）。

较为深入系统地运用了数据并对其进行分析;第三类,法律实证研究介入程度最浅,仅是引用一些经验数据而已。<sup>①</sup> 康奈尔大学法学院实证研究中心主任 Theodore Eisenberg 将法律实证研究归为三个分支:其一,诉讼参与人通过使用科学的实证分析以期实现胜诉;其二,在具体案件中对于社会科学方面的实证研究的运用;其三,通过运用实证研究的方法来刻画法律体系的运作。<sup>②</sup> 在知识产权领域,以上三种层次、三个分支都有许多问题可以进行实证研究。例如,在商标案件中,诉讼当事人通过消费者调查方法来证明混淆可能性;专利申请数量变化与 GDP、R&D 增长之间的关系研究,等等。

最后,知识产权的实证分析并不排斥其他研究方法。从知识产权法学的角度而言,法学研究的传统方法并未过时,更不应全盘抛弃,但是,在法学研究中借鉴经济学、统计学等的实证研究方法,从而形成法学与经济学、统计学、管理学、科学学等其他学科的相互交叉与融合。这样既可以起到互相印证的作用,也可以通过对某些具体问题形成不同的分析视角与结果,丰富法学研究的视野。

金海军

2015 年 4 月

---

① SHARI SEIDMAN DIAMOND, PAM MUELLER. Empirical Legal Scholarship in Law Reviews [J]. 6 Annu. Rev. Law Soc. Sci., 2010(6):581-99.

② THEODORE EISENBERG. Empirical Methods and the Law [J]. Journal of the American Statistical Association, 665 2000 (95):665. 转引自:赵骏. 中国法律实证研究的回归与超越 [J]. 政法论坛, 2013 (2).

# 前 言

本书是知识产权实证分析系列的第一册，以“创新、司法与公众意识”为主题，阐述以下三个方面的问题：（一）知识产权之于创新的作用或影响；（二）知识产权法律制度的形成、解释与实施的过程，特别是以司法统计与典型案例为依据，剖析中外法院对于知识产权案件的司法裁判；（三）知识产权制度的社会基础，重点是社会公众对于知识产权制度的认知与意识。全书虽然从研究对象与内容构成上看，各章之间较为分散，但它们在本质上都属于不同层次的实证研究，故此可将其归为一册；同时，各章依据研究主题而可进行相应归类。

全书共分12章，按照专利、商标、著作权、司法活动、社会公众调查等研究主题而依次划分为5个部分。在各部分当中，再以问题为中心，形成相对集中的论述。

## （1）专利制度与创新激励。

这一部分由前三章组成。它们结合中国的专利实践，从专利活动的国际比较、雇员发明制度、专利政策与中小企业等不同方面，阐述专利制度与创新激励之间的关系。

第1章运用大量的统计数据，从宏观角度为中国在全球知识产权与技术创新版图中进行定位。专利数量是衡量一国知识产权活动与技术创新水平的重要标志。无论是纵向对比还是与其他国家的横向比较，近十年来的专利增长数据表明，中国无疑已成世界知识产权大国，并且出现了若干具有国际水平的创新型企业，但是，与西方发达国家相比，中国的企业、大学和科研机构尚未形成规模化创新集群。

第2章研究的是雇员发明制度。除中国外，还包括了对德国、美国、日本、韩国等世界专利大国的对比分析。根据这些国家在雇员发明的权利

归属和激励措施上的不同规则与实践,可以将它们的雇员发明制度归纳为几种模式:契约自由式(美国)、企业福利式(德国)、政府管制式(中国)、政府倡导式(日本、韩国)。一项法律制度的设计,既要借鉴先进国家的经验,也需要考虑本国经济发展水平与企业文化的不同特点。这同样适用于我国职务发明制度的改进。

第3章探讨专利资助政策对于中小企业创新活动的影响。上自中央政府,下到各级地方政府,我国近年来颁布了一系列专利资助政策。问题是,它们是否达到了鼓励创新的目标,特别是对中小企业的创新激励?从专利申请数量、专利授权数量以及企业研发投入等指标上看,专利资助政策与中小企业创新之间存在一定的正相关关系。同时,统计数据和案例分析也表明,政府的某些专利资助政策也存在弊端。假如不能找到更有效的替代方案,现实的做法是采取其他的配套控制措施,让该政策发挥积极效果,而尽量避免消极影响。

## (2) 商标纠纷案件的科学证据。

商标是否具有混淆之可能,以及商标与通用名称的认定,都是商标纠纷案件的关键性问题。第4、5章讨论了在我国商标纠纷案件中引入消费者调查方法以及相应之科学证据的必要性与可行性。

第4章旨在分析调查统计方法在商标诉讼案件中的应用现状与前景。我国《商标法》(2001年)第52条规定存在不足之处,即在认定侵犯商标权时,不应仅以商标近似与商品类似作为标准,而应当增设以相关公众的混淆可能性作为最终标准。2013年修改后的《商标法》第57条尽管弥补了这一不足,改采以相关公众的混淆可能性作为认定侵犯商标权的标准,但是,法院在审理商标案件时,仍然倾向于将消费者调查统计而获得的证据,一概排除。基于混淆可能性之标准在司法认定上的复杂性,应当考虑消费者调查证据的效力,并相应确立此类证据的采信标准。

第5章提出,商标的显著性是一个动态概念。显著性的得丧多寡与标识使用的时间、方式等密切相关。我国商标法承认通用名称可由长期使用获得显著性而成为商标,但长期未规定商标可能因丧失显著性而成为通用名称。然而,我国已经出现不少案件,要求对涉案名称为商标还是通用名称作出司法认定,其中涉及不少疑难问题。中、美两国在商标与通用名称认定的标准、方法上存在差异,特别是在消费者调查方法作为证据应用的可能性以及相关的实践上。随着2013年《商标法》的修改,尽管相关规则有所完善,但是,消费者调查方法实践仍付阙如。美国司法实践中关于通用名称认定的“热水瓶调查”与“特富龙调查”方法,值得我们关注与借鉴。