

· 上海政法学院学术文库 ·

知识产权滥用的 法律规制

谢可训·著



上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

知识产权滥用的法律规制/谢可训著. —上海:
上海社会科学院出版社, 2011
ISBN 978-7-80745-819-7

I. ①知… II. ①谢… III. ①知识产权-研究
IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 023825 号

知识产权滥用的法律规制

作 者: 谢可训

责任编辑: 张晓栋

封面设计: 闵 敏

出版发行: 上海社会科学院出版社

上海淮海中路 622 弄 7 号 电话 63875741 邮编 200020

<http://www.sassp.com> E-mail: sassp@sass.org.cn

经 销: 新华书店

印 刷: 上海信老印刷厂

开 本: 787×960 毫米 1/16 开

印 张: 12.75

插 页: 2

字 数: 240 千字

版 次: 2011 年 6 月第 1 版 2011 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-80745-819-7/D · 154 定价: 35.00 元

版权所有 翻印必究

《上海政法学院学术文库》

总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统，两千年前儒家经典《大学》即倡言“大学之道，在明明德，在亲民，在止于至善”。其意即蕴含着彰扬学术、探索真理。而《中庸》论道：“博学之、审问之、慎思之、明辨之、笃行之。”则阐释了学术研究的治学精神以及达到真实无妄境界的必由之路。因此，从对世界历史进程的审视与洞察，社会发展、科学昌明、思想进步，从来离不开学术科研力量与成就的滋养与推动。

大学是国家与社会发展中一个不可或缺的重要力量，而科学研究的水平则又体现了大学的办学水平和综合实力，是一所现代大学重要的标志。因此，一个大学的学术气氛，不仅在很大程度上影响和引导着学校的科研状态，而且渗透和浸润着这个大学追求真理的精神信念。这正如英国教育思想家纽曼所言，大学是一切知识和科学、事实和原理、探索与发展、实验与思索的高级力量，它态度自由中立，传授普遍知识，描绘理智疆域，但决不屈服于任何一方。

大学的使命应是人才培养、科学研究和服务社会；高等教育发展的核心是学术和人才。因此，大学应成为理论创新、知识创新和科技创新的重要基地，在国家创新体系中应具有十分重要的地位和意义。上海政法学院是一所正在迅速兴起的大学，学院注重内涵建设和综合协调发展，现已有法学、政治学、社会学、经济学、管理学、语言学等学科专业。学院以“刻苦、求实、开拓、创新”为校训。这既是学校办学理念集中的体现，也是学术精神的象征。这一校训，不仅大力倡导复合型人才培养，注重充分发挥个性特色与

自我价值实现,提供自由选择学习机会,努力使学子们于学业感悟中启迪思想、升华精神、与时俱进,而且积极提倡拓展学术创新空间,注重交叉学科、边缘学科的研究,致力对富有挑战性的哲学社会科学问题的思考与批评,探求科学与人文的交融与整合。《上海政法学院学术文库》正是在这一精神理念引领下出版问世的。

《上海政法学院学术文库》的出版,不仅是《上海政法学院教育事业“十一五”发展规划》的起跑点,而且是上海政法学院教师展示学术风采、呈现富有创造性思想成果的科学平台。古代大家云:“一代文章万代稀,山川赖尔亦增辉”;“惟有文章烂日星,气凌山岳常峥嵘”。我相信《学术文库》的出版,不仅反映了上海政法学院的学术风格和特色,而且将体现上海政法学院教师的学术思想的精粹、气魄和境界。

法国著名史学家、巴黎高等社会科学学院院长雅克·勒戈夫曾言,大学成员和知识分子应该在理性背后有对正义的激情,在科学背后有对真理的渴求,在批判背后有对更美好事物的憧憬。我相信《学术文库》将凝聚上政人的思想智慧,人们将从这里看到上政人奋发向上的激情和攀登思想高峰的胆识与艰辛,上政人的学术事业将从这里升华!

祝愿《上海政法学院学术文库》精神,薪火传承,代代相继!

金国华

(作者系上海政法学院院长)

引 言

全球经济的增长正越来越依赖于创新。在以网络信息技术为基础的知识经济(knowledge-based economy)^①时代,知识产品在整个财产体系中由附属地位向主导地位转化,并逐渐成为社会的主要财富。从经济学的角度看,知识是一种极端重要的经济资源和生产要素,随着知识经济时代的来临,知识作为生产要素的地位大为提高,正如美国学者彼得·F. 德鲁克所言:“知识是今天唯一意义深远的资源,传统的生产要素——土地、劳动和资本没有消失,但已变为第二位的,……知识创造了新的经济动力。”经济发展需要对现有技术成果和各种投入要素等资源进行有效配置,以最大限度减少宏观经济浪费和实现社会福利最大化,在知识经济条件下,知识和资源的有机结合显得尤为重要,运用知识可以有效地节约、充分地改造和利用资源。特别是在经济全球化背景下,随着关税壁垒的逐步拆除和世界统一市场的逐步形成,在高度竞争性的全球市场中生存越来越依赖于最先进技术的开发和使用。为知识和技术提供保护的知识产权也就成为优化资源配置、促进知识经济发展、释放知识经济能量的一种重要手段。

知识产权制度是知识生产提供激励的动力引擎,正如林肯所言,知识产权“给天才之火添加了利益之油”。从市场竞争、产业秩序的角度看,知识产权又是一种维护产业竞争公平秩序、获取市场竞争优势的法宝。知识产品的市场化的前提是知识产品市场上的公平竞争秩序,知识产权制度正是维护这种公平竞争秩序的重要手段。可以说,知识产权与社会经济发展息息相关,知识产权在世界经济中的重要性也日益增强。据统计,仅仅从1987年到1999年的12年间,美国每年从知识产权对外贸易中的收入就从100亿美元增加到365亿美元,与之相对的,1999年美国向外国知识产权所有人支付的则只是130亿美元。

知识产权保护是知识经济运转的基础,没有知识产权的保护,就没有知识经济的发展。但随着知识产权保护的不断强化,知识产权的“双刃剑”效应也愈益凸显,知识产权的过度保护和行使问题在国内和国际层面都有所反映,并引起有识之士的担忧,诸多实例都证实了这一担忧并非空穴来风。本书拟从法学及经济学的角度对知识产权的滥用及其规制问题进行一些理性思考。

① 根据经合组织(OECD)的报告,知识经济是建立在知识和信息的生产、分配与使用之上的经济。

目 录

引 言	1
第一章 知识产权制度的基本理论	1
第一节 知识及其产权制度	1
第二节 知识产权的一般理论	19
第三节 知识产权制度的基本原则	30
第四节 知识产权制度的正当性与适当性	38
第五节 知识产权的滥用与限制	46
第二章 知识产权权利限制的比较研究	54
第一节 美国的相关实践	54
第二节 日本的相关实践	60
第三节 欧盟的相关实践	62
第四节 国际组织的有关实践	70
第三章 知识产权法与竞争法的一般分析	76
第一节 知识产权法与竞争法的关系	76
第二节 知识产权效用的反垄断分析工具	90
第四章 市场竞争中的知识产权	101
第一节 知识产权的市场竞争力	101
第二节 滥用知识产权的反竞争行为	105
第五章 专利权的权利限制	116
第一节 专利权的保护	116
第二节 专利权的内部限制	123

第三节 专利权的外部限制	137
第六章 著作权的权利限制	147
第一节 著作权的保护	147
第二节 著作权的权利限制	150
第七章 商标权的权利限制	157
第一节 商标权的保护	157
第二节 商标权的权利限制	163
第八章 商业秘密权的权利限制	170
第一节 商业秘密权的保护	170
第二节 商业秘密权的权利限制	174
第九章 中国的知识产权保护及其法律规制	178
第一节 中国知识产权保护的现状	178
第二节 中国知识产权保护的战略选择	183
第十章 构建知识产权限制的法律体系	185
第一节 与知识产权有关的竞争立法	185
第二节 对我国知识产权滥用法制的思考和评析	187
参考文献	192

第一章 知识产权制度的基本理论

第一节 知识及其产权制度

一、知识的概念、类别和特点

(一) 知识的概念

知识实质上是一种无形信息,是一种经过人脑思维加工的特定的优化信息,是人类在认识和改造客观世界过程中对客观世界本质性、规律性的概括和把握,或者说是人脑通过对各种自然存在的信息进行思维加工而产生的创造性智力成果。信息作为知识的来源,如美国数学家仙农(Shannon)所说,是用来减少随机不确定性的东西。知识作为一种优化的特定信息,具有信息的一切属性和表现形态,知识是对客观世界本质性、规律性的反映,与其他信息相比,最能够减少或消除人类对客观世界认识上的不确定性,是人类社会中最重要、最可靠的信息。这是从价值意义上对知识和信息之间关系的理解。另外,还可以从工具意义上理解两者的关系,即信息是所有知识传播的工具,是所有能够使其他人(或多或少范围的公众)知道、感觉某一事物的手段,如广播、电视、报道、文章、报告、书本、电脑磁盘、电子邮件、国际互联网络等等。达斯古普塔和大卫(Dasgupta and David)认为,知识是科学研究和技术开发的结果,信息是知识中可以“译成电码(codification)”的部分,虽然知识包括了信息,但是信息不能包括全部知识,只是知识的一部分。^①有些知识是无法以信息的方式清晰地予以传递的,即所谓“只可意会,不可言传”,这部分不能言传的知识(tacit knowledge),是不能译成电码的,只有通过自己的研究和学习经历才能摸索到。

知识是推动社会发展和进步的动力,人类在与客观世界相互作用过程中,随着反映真理的创新知识从开始的初露端倪到最终的全面普及,社会的进步也不断得以实现。正如 Thomas Babington Macaulay 在《英国史》中所生动表述的那样:智者犹如群山之巅,首先瞥见曙光映照四方。山巅一片灿烂,而水平线下依然一片黑暗。可是不久,起初仅仅照射到巍然高耸的峰巅的光芒,俯射到了平原,延伸到了

^① 参见袁志刚:《知识经济学导论》,上海人民出版社1999年版,第45—46页。

渊深幽谷。起先初露端倪,随后是系统的片断,继而是有缺陷的系统,最后是完整和谐的系统。合理的见解,一度由一个有胆识的沉思者所持有,渐渐变成为数不多的少数派的见解,变成坚定的少数派的见解,变成人类多数人的见解。这样一来,伟大的进步才能不断向前。^①

(二) 知识的分类

从内容上看,我们可以把知识分为科学技术知识和文学艺术知识两类。其中前者又可分为以认识客观世界为主要目标的科学知识和以改造客观世界为主要目标的技术知识。科学知识可以在某个广泛的、迅速发展的范围内得到应用,科学知识是知识中不应被某个个体或社会集团所独占,而应被广泛传播的部分。因此,大部分科学知识属于“公共物品(public goods)”的范畴,只要社会财富足够支撑科学研究,任何想要分享科学知识的人都应能够分享他人的效用。技术知识更多地来源于将科学知识应用于解决实际问题的过程之中,特定的技术知识只能在特定的领域中得到应用。这类知识的生产者通常是为了自身的利益目标,才去生产某一知识的。因此,技术知识大部分属于“私人物品”的范畴。为了获取某一或某类商业利益,个人或组织就需要投入资源来生产自己所需要的技术知识,并有效地保护自己所生产的知识的“私人利益”。

从所有制属性上分,知识可分为公共知识和私有知识,应为后者而不是前者提供私人产权保护即赋予其知识产权。作为一种生产要素,不同种类的知识信息也有一个所有制属性问题存在。公众信息要实行公有制和计划管理,而私有信息自然是归属私人所有。如此一来,公众信息的不公开就是一种不公正的行为,比如侵犯公众知情权;而私有信息的公开却是一种侵犯私有资产的行为,比如盗窃商业情报。基本的科学知识也是一种公众信息,是一种公有的生产要素。由于信息是人对客观事物的认识、分析的结果,往往直接产生于自己的大脑之中,属于真正的劳动产物,因此,信息的私有化特点往往十分明显,而且这种私有权的不可侵犯性和私有化的合理性更容易得到他人认可。这种分类成为知识产权设定保护对象的重要依据。应厘清公共知识和私有知识的界限,并在一般情况下避免不合理的“化公为私”和“化私为公”这两种倾向,平衡知识生产中的个人收益率(私益)与社会收益率(公益),实现创造者个人和社会的双赢。

从时间上看,知识还可以分为存量知识和增量知识,前者是指人类出现以来所累积的知识,后者是指当前所增加的知识。基于知识和智力成果的同质关系,

^① 参见杨自伍编译:《英语诵读精读(研究生卷)》,上海交通大学出版社1998年版,第200页。

可以认为,智力成果也相应地分为两大类,一是积存的智力成果,二是创新性智力成果。根据人的智力活动的规律,任何创新性智力成果的取得都是建立在已有智力成果基础之上的,缺少乃至离开已有的智力成果,创新性智力成果无异于无本之木、无源之水。同时,历史已反复表明,智力活动具有随机性、突发性的特点,因此只有让更多的人了解、掌握积存智力成果(即存量知识),才能增加创新性智力成果(增量知识)出现的概率,或者说才能催生更多的智力成果。^①但另一方面,庞杂的存量知识就意味着巨大的搜寻成本,这对于创新而言可能是一种负担甚至障碍。所以,推动创新的关键不单在于增加增量知识,更在于提高存量知识的转化和利用率。

将知识作不同分类的意义在于考察为其提供产权保护的可能性,以及可能提供的不同保护方式。现代知识产权制度并不对所有信息提供保护,如对于具有公共性的科学知识就不予保护,一般也不为非创新性的知识提供强范式的保护,而就可予产权保护的知识而言,给予保护的条件和水平也是不尽相同的。

(三) 知识的特点

一般来说,知识是一种难于生产而易于复制的公共物品,它具有如下主要特点:

1. 无形性

知识作为一种信息,其无形性是显而易见的,但知识信息本身虽然是抽象无形的,却通常能够以某种特定的有形载体予以记录、复制和传播,从而在传播上表现为可以无限复制,在消费上体现为可以被不同主体同时共享,从而体现出公共产品的特征。可复制性在现代科学技术迅速发展的条件下,日益呈现出廉价和便捷的趋势。知识的载体越来越丰富多样,知识的复制和传播成本越来越低,知识扩散的速度也越来越快,所以对已公开知识的有效控制也就越来越难。共享性指的是知识产品的占有并不排除另一个人的同时占有,不能天然地排除他人分享,这是物质、能量所没有的一个特别重要的特性。

有形财产——无论是土地还是动产——在任何特定时间内只能占据一个地方,因而具有物理上的排斥性,如果被某人拥有,其他人就不能同时拥有。西方财产概念的核心就在于将权利给予某件物品或某块土地的所有人就排斥了其他人对它的特定使用。明确土地或物品的所有权,不仅能防止在谁能怎样使用财产问题上的争议,也能防止在人人可以使用的情况下对财产的过度使用。不过,思想不具

^① 参见朱谢群:《创新性智力成果与知识产权》,法律出版社2004年版,第78—80页。

有这种排他的特性。如果一个人将他知道的特定信息告诉他人,他本人并没有失去该信息。准确地说,两者都拥有信息。就思想而言,不存在过度使用或传播的危险,在自然状态下也不会产生“归谁使用”的纠纷。一个人对知识产品的消费不会妨碍其他人的同时消费,每个人都能使用思想而不减损其价值。^①

比如说,一个人戴手表就意味着他人不能同时戴同一块手表,但一个人把一个数学定理传授给另外一个人,他自己还能继续使用这一定理,而不因将知识传授给他人而使自己的知识减少。知识不仅不会因不同主体间共享的使用而减损其价值。恰恰相反,经过这种共享的使用,不同知识的拥有者通过互通有无和互相启发,反而容易激发碰撞出新的知识火花,实现知识的增值。对此,英国大文豪萧伯纳的话可以作为最好的注释:“你有一个苹果,我有一个苹果,交换之后,还是一人一个苹果。你有一个主意,我有一个主意,交换以后,我们每人就都有两个主意。”从这个意义上说,知识是一种公共产品。^②

对信息的占有和使用基本上是“非竞争性”的事实对于知识财产的理论至关重要,因为它意味着有形财产合理性的传统理论不适用于知识财产。知识的无形性和共享性导致知识产权保护上的如下问题:一是产权界定和保护上的困难,进而导致更高的交易成本。对于没有以任何载体记录的信息,如不能言传的知识,就不能予以界定和保护。对那些可以以有形载体体现的知识产品,产权保护的方式也只能给予粗略的类型化保护,而不可能像对物质财产的保护那样,依其自身物理特性来给予差别化的具体保护。二是传播成本低使得知识产品的固定成本回收困难,导致知识生产的激励不足。知识的传播越是方便,其外部性就越明显,知识生产者的个人收益率就越低,他就越缺乏投入知识生产的动力,这正是知识产权保护的必要性问题愈益突出的根本原因。换句话说,当复制相对于固定成本来说是很昂贵时,搭便车行为就可能得以消除,因而知识产权的价值将是有限的;知识生产者就无须这些权利来保护其免于被复制,而现在的复制是如此快捷和便宜,以至于阻碍了他们收回其在知识生产上投入的固定成本。三是知识在国际范围内的共享会带来更多问题,知识的流动性与知识产权保护的地域性会产生冲突。在不考虑国际交往因素的情况下,为了鼓励本国的知识生产,很少有国家会采取纵容盗版而不保

① 参见 Mark A. Lemley, A New Balance Between IP and Antitrust (April 2007), <http://ssrn.com/abstract=980045>.

② 福利经济学认为,公共物品相对于私人物品的主要区别在于有无“非竞争性”和“非排他性”,前者指每个人对这种物品的消费都不会导致其他人消费的减少。后者指一旦某一物品提供给某一个人,它就不能或要花很大成本才能阻止他人从中受益。

护知识产权的立场。但因为知识跨越国界的自然流动性,在国际交往之中,知识生产能力不同的国家在对他国知识的保护的态度上,则依据自身利益而持更为微妙的立场。一般来说,知识强国会主张强保护,而知识弱国则倾向于弱保护。前者实质上是要求在其本国生产的知识在国外受到强保护,后者实质上是主张别国生产的知识在其国内受弱保护甚至不受保护。

2. 传承性

知识产品具有创造性,^①同时也具有继承性,因为任何知识都是“站在巨人的肩膀上”创造出来的。知识的创造是一个累积的过程,任何新知识都是在已有知识的历史联系中产生的。当一个人面临新问题时,他首先要从先辈留下来的知识宝库中寻找可能的答案,或者从中获得富有启发性的思路,进而提出新的创造性的解决方案。如果没有已有知识的积累,新知识产品也无从产生。^②另一方面,新知识产品又是未来社会文化的进一步发展所必需的,新的知识最终将进入人类知识库的“公共贮藏”,成为社会公共财富的一部分为全人类共同享有。这就体现出发明过程中的互惠对等性因素,即每个信息生产者同时也是信息的消费者。信息生产中的一个基本输入,就是其他的信息。从事前角度看,每一个信息生产者都想接触其竞争对手的信息,而同时保护自己的信息。^③知识的传承性提出了知识产权保护的范围和程度问题,反映出在知识产权保护中的一种激励(incentive)和接触(access)之间的平衡关系,即既要为知识产品提供保护以保持对知识生产的激励,又要保证他人能够以合理的成本接触和使用该知识产品以维持后续创新的可能。一种范围较广的专利保护就具有双刃剑的效应:它增加了对最先发明人的回报,从而鼓励了发明,但也增加了其后继者的发明成本,从而抑制了发明。同样,著作权的保护范围越宽,后来创作性表达的成本就變得越高。^④

3. 外部性或溢出性

知识产品的外部性是指知识产品的社会效益要大大高于知识产品给生产者个人带来的效益,即所谓“一人创造、百人受益”。这是由于信息的无形性和可复制性,以及知识扩散的媒体的存在,导致科学知识和技术知识都会发生扩散现象,知

① 知识产品是从其作为知识生产的终端产品这一意义上对知识进行的描述,两者并无实质差别,因而本书在不同的场合根据行文的需要对两者作交替的使用。

② 参见李扬主编:《知识产权的合理性、危机及其未来模式》,法律出版社2003年版,第87—88页。

③ 参见威廉·M. 兰德斯、理查德·A. 波斯纳:《知识产权法与经济结构》,金海军译,北京大学出版社2005年版,第462页。

④ 同上,第414页。

识扩散、转移的本质是知识价值的溢出,知识的外溢效应是其外部性的主要体现。^①对于社会而言,知识的外溢产生一种外部正效应。知识产品的这种正效应在生产和消费两个方面都有所体现:从生产上来说,知识产品的生产会给他人带来积极影响。例如,一个人完成了一项新的发现或者发明,并由此而产生更大的生产力时,整个社会都会为此获得利益。从消费上来说,知识产品在消费过程中也会产生对于其他人的有利影响。当一个人掌握了更多的知识时,一般而言他的创造力和文明程度就会相应提高,会为社会提供更多更好的服务。正是由于知识产品存在着外部正效应,所以在知识产品的生产和消费上社会收益一般会远远大于私人收益。^②但这种外部正效应导致的私人收益与社会收益之间明显的不对称,意味着知识生产者负担成本,而他人免费受益。这就会挫伤知识生产的积极性,导致知识生产的供应不足。

知识产权制度的建立正是要通过将创新带来的外部收益的内部化(internalize),来克服这种知识生产和分配中的私人收益与社会收益的明显不一致现象。但这种内部化不可能是完全彻底的内部化,知识自其产生之日起即具有本质意义上的社会功能。^③这种内部化的制度设计的一般原理是:以保证私人收益为手段,以激励知识生产为途径,以实现最终的社会收益最大化为终极目的。

如果说上述特征更多反映的是知识产品公共性的一面,知识产品还具有竞争性和排他性的一面,具有作为私人产品的某些属性。首先,如果知识的生产者乐于“孤芳自赏”而不企求社会承认的话,他可以用把知识留存在自己的头脑中的极端方式来独占其智力成果,但这对社会而言是一种净损失。正如19世纪的美国学者斯波纳(Spooner)所指出的那样,思想是个人所创造的,而仅仅是个人对它们享有权利。就其本质和本性而言,没有什么东西比一个思想在专有的占有方面更甚。思想起源于单个的人,他只是在其意志容忍的范围内离开他的头脑。如果他这样选择的话,思想将随着他的死去而终止。^④其次,知识生产者还可以选择在其可控制

① 根据萨缪尔森的定义:当生产或消费对他人产生附带的成本或效益时,外部经济效应就产生了。

② 参见李扬主编:《知识产权的合理性、危机及其未来模式》,第87页。

③ 正如阿罗(Arrow)所言:“信息的任何富有成效的使用方式都必然要求披露信息,至少是部分披露。公司之间的人才流动提供了一种信息传播的方式。法律赋予之产权仅形成部分障碍,因为要清晰地界定一条信息并将它与类似传播介质(sounding items)进行区分明显存在巨大困难。”K. Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention In The Rate and Direction of Inventive Activity; Economic and Social Factors*. 1962. Princeton University Press.

④ Prager, The Early Growth and Influence of Intellectual Property, 34 *Journal of Patent Office Society* 106, p. 106(1952).

的范围内将知识作有限的公开或利用,比如通过某项技术的自然性质做到有效保密,像技术秘密或商业秘密等,以减少知识的外溢效应对其带来的不利影响。再者,即使知识被完全公开,这也只为知识的公共消费提供了一种理论上的可能性,知识消费还取决于消费者基于其知识存量的储备而具有的理解和吸收能力,一个不具备相关基础知识的人是难以对特定的知识进行有效利用的。最后,由于某些文化心理因素的影响,也使知识产品的消费呈现出某种竞争性。比如说,特定服装设计价值与穿这种衣服的人的数量成反比。同样,商标一般也不是公共产品,消费者倾向于对限量发售的品牌商品作出高度评价。

由此可知,知识产品既不是纯粹的公共产品,也不是纯粹的私人物品,而是介于纯公共物品和纯私人物品间的“混合品”。笔者认为,对知识产品的这种双重属性可作如下理解:在自然状态下,知识产品不被作为财产加以保护,新的知识一旦产生并被公开,即被自由传播并无偿使用,因而具有公共物品的特性;但在新知识未被公开之前,可以为知识拥有者独立控制,因而具有私人物品的特性。处于自然状态下的知识一旦公开就会丧失对它的控制,但不公开就难以从知识的利用中受益,此时知识的双重属性是对立的,或为纯私人物品,或为纯公共物品,这就给新知识的创造和保护带来了困难,并产生了需要法律介入和调整的必要。在法治状态下,知识产品被产权化,新知识被公开后权利人仍可依法对其实施一定的私权控制,知识的私人属性与公共属性两者得以和谐统一,既为私人所有又能被公众利用。但从根本上说,知识作为一种无形信息是易于扩散和适于传承与共享的,任何新创造的增量知识也都将成为既存知识,并最终成为纯粹的公共物品。所以,知识产权法只为作为私人物品的增量知识提供有限的保护,以激励创新知识的产生,并推动创新知识从私人物品向公共物品的顺利过渡。知识产权制度的功能在于为创新知识从私有走向公有的进程创制一个中间过渡阶段,在此过渡阶段中,创新知识的私有属性和公共属性并存,既作为私有产权存在,又能够有条件地被社会公众接触和共享。这样,知识财产就成为一种具有可排他性的公共产品,能够以付款作为接触它们的条件。^①

总之,知识产品兼具私人属性和公共属性。在一定时期内给予知识以产权保护主要是适应知识的私人产品属性,通过缩小私人收益率与社会收益率的差距来促进知识的生产;但基于知识产权的公共物品属性,在保护期满后知识即进入公共领域,可被自由传播和使用,最终成为全人类的共享资源。

① 威廉·M. 兰德斯、理查德·A. 波斯纳:《知识产权法经济结构》,第17页。

二、知识保护的制度选择

从科技发展史可以看到,许多科学家不是为了利润,而是使命感、爱好、兴趣、好奇心等(我们称为精神利益驱动)来从事研究活动。许多文艺作品的创造者之所以愿意不计回报地从事创作活动,也是为了满足表达和实现自己的精神上的需要。但这并不能否认对知识产品提供保护的制度需求。显而易见,在精神利益驱动的创造活动中,个人收益率往往小于社会收益率。正如诺思所正确指出的那样,创新活动中存在个人收益与社会收益的巨大差距,会使得个人的积极性大大降低。倘若产权未能得到界定和保护,则创新的积极性只能依赖于一点零星的自发性。而在工业时代,追逐利润(物质利益驱动)是经济发展的动力。^①知识的研发活动越来越成为一项复杂的系统工程,需要投入大量的资金、人力和物力,又因为知识生产的产出具有不确定性,使得知识生产日益成为一种风险投资活动,仅靠一点零星的自发性难以实现知识大规模的生产,必须通过制度化的安排来为知识生产提供一种激励和报偿机制。

制度是一种行为规则,通过制度的约束性及其对确定性的可预期的提供,可以减少机会主义行为,降低社会的不确定性程度,并进而为提高创新的效率提供一种具有相对稳定的秩序和社会环境。保护知识产品的有关制度安排必须能解决或缓解知识信息的溢出性引起的个人收益大大小于社会收益的问题,实现外部经济效益的内部化,这样才能对创新主体的投资和努力给予适当的补偿,并保证创新知识的有效供给,维护社会的长期和可持续发展。

克服知识生产外部性,^②为知识生产提供激励,包括非市场化和市场化的两种不同的激励机制。

(一) 非市场化的激励机制

对公共性强、无法直接商品化的基础研究^③成果,很难通过市场机制来获取报偿,一般只能采取非市场机制来提供对知识生产的激励。因为真正的基础研究成

① 参见张守一主编:《知识经济讲座》,人民出版社1998年版,第28页。

② 根据诺思的观点,克服外部性的方法有两种:一是给予补贴,二是确定产权。前者是属于非市场化机制,后者属于市场化机制。

③ 基础研究(basic research)与应用研究(applied research)相对应,前者一般在大学进行,后者是产品导向的,一般由公司实施。但生物科技(biotechnology)的出现改变了这种传统划分,以前被认为具有严格学术性质的基础科学信息如今在赋予学术声誉的同时也能带来重大的经济价值。因此,生物技术行业和非营利性机构对同一类型的信息具有同样的兴趣(事实上一些生物科技公司就以大学的研究为源头),在就其发现取得专利方面也同样积极。况且,越来越多的基础技术方面的专利获得授权,使得整个研究领域均为专利所控制。

果严格说来是没有任何直接或者可预见的商业应用性的,所以对基础研究的激励必须从商业性产品与服务市场以外的地方去寻求。它们通常来自于学术薪水以及在成功的科学家和其他学者身上所积累起来的声望。^①知识的非市场机制主要有以下两种:

(1) 优先权报酬系统。优先权报酬制度主要是针对公共性强的科学理论知识而设置的,因为科学理论知识只能以抽象的理论形态存在,不能直接转化为生产力,无法直接表现在具体的有形物品上,作为一种纯粹的思想,它具有非竞争性、非排他性、不可消耗性、扩散性,更多的接近公共物品。从报酬机制上看,科学理论知识不能直接体现在具体的有形物上,无法直接商品化,不能给其生产者带来直接的经济利益,因此也难以通过市场机制为其生产者提供激励。优先权报酬制度通过非市场运作的方式使第一个生产出这种知识的创造者获得一切利益,而其他将失去优先权报酬的可能性。这种赢家通吃(winner-take-all)的制度为首先完成科研成果的科学家授予各种奖金或名誉,以此激励科学家勤奋工作,争先恐后夺取第一。但赢家通吃就意味着一切荣誉和奖金都属于第一人所有,对于第二流、第三流的科学家而言,由于成为第一人的可能性很小,他们无法通过这种途径获得报酬,因此就可能退出科研领域,导致科研力量的不足。因此完整的优先权报酬系统还包括针对一般科学家的国家补贴制度,即由国家为研发活动提供一定的资金,以保障每一位从事科学基础理论研究的科学家拿到一份稳定的、大大高于社会平均工资水平的工资,保证他们安心于科研领域,保证科研力量的充足。^②

(2) 政府购买制度。政府购买制度通常为那些不能市场化或不能完全市场化但对社会的作用重大的知识产品的生产提供激励,以实现政府对知识的直接提供。与普遍适用于基础研究的优先权报酬系统相比较,政府购买制度一般只是针对特定的需要解决的问题。政府购买制度一般通过招标制度和价值评估制度实施,在知识生产者取得某种物质或精神上的奖励后,知识的所有权属于国家,实际上进入公有领域,成为任何人均可无偿使用的公有财产。如工业革命前欧洲采用的科技发明悬赏即是适例。

政府购买制度与政府采购制度是两种不同的制度,虽然两者都具有激励知识产品生产的目。前者是指政府出面买断知识的所有权的制度,旨在避免重大知识产品的私人所有;而后者是在承认私人知识产权的前提下进行的,一般是指政府

① 威廉·M·兰德斯、理查德·A·波斯纳:《知识产权法与经济结构》,第122页。

② 参见李扬主编:《知识产权的合理性、危机及其未来模式》,第95—105页。

部门出于鼓励本国创新的目的,采购自主创新产品的制度。国际资料表明,一个国家的政府采购规模一般占年度国民总产值的 10% 以上,规模如此巨大的政府采购,对实现社会和经济政策目标发挥着重大的导向作用。利用政府采购政策推动技术创新、产品创新和产业结构升级,是各国的普遍做法。2007 年 12 月 29 日第十届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议修订的《中华人民共和国科学技术进步法》第 25 条规定:对境内公民、法人或者其他组织自主创新的产品、服务或者国家需要重点扶持的产品、服务,在性能、技术等指标能够满足政府采购需求的条件下,政府采购应当购买;首次投放市场的,政府采购应当率先购买。政府采购的产品尚待研究开发的,采购人应当运用招标方式确定科学技术研究开发机构、高等学校或者企业进行研究开发,并予以订购。

(二) 市场化的激励机制

较之针对基础研究上的优先权制度和针对个别问题的政府购买制度而言,应用性研究则是通过对符合条件的创造赋予知识产权来加以激励的。对于能够商品化的应用性知识产品而言,赋予创新者以私有产权,使其可以利用市场机制获得足够报酬,可能是一种最优的选择。这—是因为市场可以更有效地评估知识产品的重要性,市场化往往带来远远超过政府出资的巨大激励,而创新者的个人收益率也更接近社会收益率,从而产生更充分的创新激励。二是因为与不确定的(具有偶然性)和不普遍的(数量极少)政府购买制度相比,产权激励可以更广泛地为各种创新活动提供更稳定的保障。三是可以避免政府出资而增加的财政负担。但市场机制发挥作用的前提是私人产权的确立,通过为特定知识提供产权保护,知识财产的拥有者才能获得—种参与市场竞争的公平机会。否则的话,由于知识的易逝性和易受侵害性,在没有对知识产品予以保护的 legal 制度和相应的制裁措施的情况下,将知识财产推进市场就会导致其无偿的扩散和转移,这对于知识财产的所有者无疑将是沉重的打击。要为知识生产者提供有效的市场化激励机制,就必须建立起—套完善的知识产权保护制度。

在以市场为基础的制度安排中,知识的外部性对其产权制度设计具有决定性的作用。知识产品的外部性越强,则个人收益与社会收益差距越大,对知识的保护就越显重要。

首先,知识生产的外部性的加强使赋予知识以产权保护的必要性增强。在以手工业为主的社会里,因为知识的传播速度受到了限制,知识生产者的外部经济效应并不太大。但是,在大机器生产社会里,—方面要求不断产生出新的知识,而另—方面,规模经济使知识生产的外部性大大加强,市场的扩大化使克服知识生产上的外部经济效应的要求越来越强烈。于是,提供产权保护的必要性就大大增加了。