

知识产权法律译丛

Translation of a Collection of Classic Works
on IP and Competition Law

创造无界限： 促进创新中的 自由与竞争

Creation Without Restraint:
Promoting Liberty
and Rivalry in Innovation

[美]克里斯蒂娜·博翰楠 (Christina Bohannon)

著

[美]赫伯特·霍温坎普 (Herbert Hovenkamp)

兰磊 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

创造无羁限： 促进创新中的 自由与竞争

Creation Without Restraint:
Promoting Liberty
and Rivalry in Innovation

[美]克里斯蒂娜·博翰楠 (Christina Bohannon) 著
[美]赫伯特·霍温坎普 (Herbert Hovenkamp) 译
兰磊

图书在版编目(CIP)数据

创造无羁限:促进创新中的自由与竞争 / (美)博翰楠(Bohannon, C.), (美)霍温坎普(Hovenkamp, H.) 著; 兰磊译. —北京:法律出版社, 2016. 4

(知识产权法律译丛)

书名原文: Creation Without Restraint: Promoting Liberty and Rivalry in Innovation

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9376 - 5

I. ①创… II. ①博…②霍…③兰… III. ①知识产权法—研究—美国 IV. ①D971. 23

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第075786号

创造无羁限:促进创新中的
自由与竞争

克里斯蒂娜·博翰楠 主编
赫伯特·霍温坎普
兰磊译

责任编辑 韩满春
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2016年7月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 32.75 字数 486千

印次 2016年7月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9376-5

定价:96.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

“Creation without Restraint: Promoting Liberty and Rivalry in Innovation, 1st edition”
was originally published in English in 2012. This translation is published by
arrangement with Oxford University Press.
© Christina Bohannon and Herbert Hovenkamp, 2014

著作权合同登记号
图字：01-2015-4941

译丛总序

翻译外文著作,在盛行学术“创新与创造之风”的当下,被普遍认为是吃力不讨好的活儿,其主要原因在于,翻译作品尚未纳入现有学术贡献评价标准。然而,知识产权与竞争法因其舶来属性,制度移植前少不了要研究外国较为成熟的制度、理论和经验,因而翻译外文作品就成了必需的手段。

当今较为盛行的学术之风,就是以最快速度获取外文资料,并将其悄然转化为自己的作品。这种学术路径,多半是少数人在介绍国外的现象,而不是由多数人进行比较研究。

我们着手开始的知识产权与竞争法经典作品翻译之事,旨在满足译者自身学习欲望的同时,向各位同仁尽可能提供“原汁原味”的资料,以便各位同仁能够借用这些资料共同参与比较研究。成为各位同仁在思考有关问题时的案头资料,乃是本译丛作者们共同努力的目标。若各位同仁能够推荐几本外国经典作品,我们由衷感激。

各位同仁有任何意见和建议,请通过邮箱 iipe@ecupl.edu.cn 联系,我们叩首期盼。

黄武双

2015年6月18日

序

知识产权与反垄断的历史联系源远流长,在当代的联系更为紧密。这主要是因为创新已成为当代经济发展的重要主题,知识产权保护和反垄断均以促进创新为目标,促进创新是连接二者关系的重要纽带。我曾从事过反垄断行政执法、司法和理论研究,当然更多的时候是职司知识产权保护,这种特殊经历使我深知二者关系的密切,因而在我国《反垄断法》施行之时,我曾力争将反垄断案件归入知识产权审判庭审理,在该法施行前后也曾积极推动一些重要司法措施的出台。这些经历使我与知识产权和反垄断法均结下深缘,也一直密切关注二者之间的交叉研究和国内外动态。正像本书作者所说,在美国“一个名为‘知识产权与反垄断法’的新兴学科已经形成,涌现出多部教材和遍布多个法学院和商学院的相关课程,以及一大批丰富而又不断成长的学术成果。”在我国,二者交叉的领域,如标准必要专利反垄断等问题,已成为近年来我国学界和实务界颇为关注的热点,有关方面也取得了一定的研究成果。但总体上说,由于尚无比较丰富的实践素材,加上当前学界多少有点乐于走马灯式捕捉和谈论热点,而疏于严谨务实地展开深度研究的风气,这方面的研究还比较初步,有分量的成果还相对较少。相比之下,在大洋彼岸的美国,这

方面的实践和理论研究均已比较丰富和深入。兰磊博士翻译的本书就是很能体现这方面研究状况的一部力作，也是这个领域的一部很有影响的代表作。值反垄断与知识产权保护交叉问题在我国渐成热点之际，这本译著的推出无疑恰逢其时。

创新在促进社会福利中的地位从来都是举足轻重。多年前开始的金融危机和全球经济衰退，又使创新受到了新一轮的空前关注。诚如本书作者所说，“眼下是创新政策发展的关键期和机遇期。”而且，当代的创新又极富有时代特色。如本书所说，“创新现在比历史上任何时候都更加依赖信息和‘更软’的技术形式，例如数字媒体。还比任何时候更加依赖‘互操作性’或技术兼容性以及共享接入。”这些特色为创新理论和法律政策的研究不断提出新课题和新挑战。本书以促进创新为立足点，以实践中的突出问题为导向，重点运用法经济学和法政策学方法，对于反垄断法和知识产权法的相关规则进行了深度审视，既有对于历史经验教训的总结分析，又有对于现实问题的准确把握和热点问题的深刻剖析；既分析探讨反垄断和知识产权保护各自在促进创新中的内在机制，又在两种法律制度之间相互借鉴，尤其是关于在知识产权保护中借鉴反垄断改革经验问题；既探讨问题，又提出对策建议，视野开阔，视角新颖独到，读后常常令人耳目一新。例如，经过几十年来的探索，美国反垄断法在促进竞争和创新的合目的性适用及改革完善方面走在了前面，积累了经验教训，本书对于这些经验教训在知识产权保护中的借鉴问题做了很好的分析，其中如关于在借鉴“反垄断法上的损害”的基础上引进“知识产权法损害”，就很值得思考。本书从促进创新的角度有针对性地重点分析了专利法和版权法中的制度完善，既可以让我们理解问题的背景和症结，又可以看到其改革的方向。本书对于知识产权滥用问题进行了详细论述，可以帮助我们丰富和加深对于知识产权滥用的理解和认识。本书对创新与排斥效应、创新公地等创新问题进行了理论和实证的分析，这种直奔创新主题的研究殊为难得。可以说，本书涉及的前沿和热点问题很多，我们可以从中比较系统全面地了解当今美国在反垄断法和知识产权法及创新问题上的前沿动态。此外，我读过为数不少的美国法学论著，感到学者们既有理论上的专长，但又不脱离实践，理论与实践似乎都能实现无缝连接，其论述多资料详实、理论厚实和言之有物。读完

本书的感觉尤其如此。

当前我国正在实施创新驱动发展战略,正在使创新成为引领发展的第一动力,并全面推进科技创新、制度创新、管理创新、商业模式创新、业态创新和文化创新。反垄断法和知识产权法作为以促进创新为重要或者根本目的的法律,在我国创新驱动发展中必将发挥更大的作用。首先,我们需要以创新的目标取向认真审视现有的法律和法律执行,使法律建构和法律施行更好地符合创新需求和促进创新。例如,我国反垄断法和知识产权法的历史虽然还不太长,但仍承袭了由以有形产品为明显特征的时代发展而来的制度,需要进一步契合网络型创新经济的新特点和新机制,有效解决当前创新中的突出问题。滥用知识产权的反垄断问题在我国已受到较多提及和关注,但更多是一般性的时髦说法和仅当作一个热词,真正的具体实践还很少,理论研究还不够深入。我国知识产权法律相对而言体系比较完善和规则较为具体,与此相应的司法更多是就事论事,法律的执行有时存在与创新目标等制度初衷相背离的现象和做法。本书立足于实证资料,对于网络型创新经济、滥用知识产权和专利版权法律施行中的创新考量等问题的研究,对我们很有针对性的借鉴意义。其次,我们需要正视促进创新中的世界性难题。诚如本书作者所言,“事实证明,通过实施恰如其分的法律规则来促进创新极其困难,并且分歧不止于细节。”“单就知识产权而言,理性和学识渊博之人就根本问题存在着分歧,而且这种分歧广泛存在。例如,他们无法就专利或版权保护的最优范围和期限达成共识,某些人甚至认为如果没有知识产权法我们的情况可能会更好些。分歧也绝不限于学术界。”“知识产权从来没有发展出一套连贯有用的关于知识产权适当期限和范围的理论。”“确定知识产权的最优保护量是一项极其困难的工作。”“知识产权法‘顶多’是一套基于一系列直觉的法律,这些直觉关涉如下问题,即哪些类型的市场和创新需要保护,或者什么情况下采用市场导向的方式(如先发优势或保密)能够改进我们的处境。即便我们确实要给予保护,围绕什么是最优期限和最优范围仍然存在着大量不确定性。”这些看法确实有助于我们正视反垄断和知识产权保护中的一些认识和实践问题。例如,知识产权保护“度”与创新直接关联,“过”与“不足”均与促进创新的目标不合。但是,如何准确把握“度”,确实是一个世界性难题。即

便像知识产权法最为发达的美国,这些问题也没有彻底解决。近年来我国也一直在探索知识产权保护“度”的问题,虽有一定的成就,但仍有很多问题需要解决。尤其是,当前仍存在把加强保护作为标签化和教条化理解的倾向,不太注意具体情形的把握,实践中仍存在走极端的现象,这样就可能背离制度初衷。如本书所说,“反垄断法以促进竞争为主要目的。然而,在知识产权法和反垄断法存在的大部分时期内,它们都曾因为保护过度而削弱了创新和竞争。反垄断政策经常反映出对竞争损害的夸大担忧,并因此发展出一些具有过度保护性的规则,以消费者为代价使无效率的企业免于竞争压力。同样,知识产权授予的权利也经常远远超过适当创新激励所需的程度,从而削弱而非促进创新。在需要以他人成果为创新基础的市场上,知识产权法经常徒增创新成本,但却没有换取到多少利益。”这些话非常深刻。我也感到,从事知识产权保护的法官等专业技术人员往往偏好于权利的扩张和过度保护,有意无意地以此显示其工作的重要性,这在一定程度上是一种职业通病。对此应该有足够的警惕,一定注意知识产权保护的平衡性,否则会与促进创新的制度初衷相背离。再次,我们需要更加理性地认清国外制度的局限和缺陷。无论是学界还是实务界,言必称美欧、将美欧制度理想化对待甚至简单当作评判我国制度优劣的标准,这些现象并不罕见。但是,深入研究美国的反垄断和知识产权保护制度就可以看到,美国制度也有其发展完善和曲曲折折的过程,也有美国利益集团游说、历史上把握不适当等种种问题的存在。因此,参考借鉴美国的有益制度很必要,但一定要研究透彻并把握准确,真正做到择善而从,要多一些视角,多了解一些真相,而不是简单美化和盲从,不简单作为标本和科学。例如,美国的专利制度曾深陷过度授权、过度保护和过度诉讼的多重危机,美国立法和司法陆续开展了应对。如本书所说,“知识产权法的目前状况跟1960年代反垄断政策所处的状况极其相似。知识产权法已经脱离了促进创新这一核心关切。诉讼和诉讼威胁对市场造成深度干预,总体而言,这种干预以牺牲消费者为代价使权利人受益。”在我国此类现象虽然没有如此严重,但值得警惕,尤其是一些苗头性的东西要防微杜渐和未雨绸缪。美国在实践和制度方面可能是先行者,但它们今天的情形或许是我们明天可能遇到的情形,美国的情形有助于我们把握方向和展望前景。

在美国制度的发展完善中,学者具有特殊使命和独立的思想,并作出了独特贡献。例如,如本书所说,“反垄断法改革的源头是学术著作,它们主要针对联邦最高法院 1940 年代至 1970 年代初期作出的一系列判决进行批判和反思。”“反垄断法改革基本上始于学术文献,随后得到政府执法机构和法院的响应。”同样,“美国专利制度正身陷危机,受到所有政治派别异口同声的严厉批评。这些批评最初主要来源于学术文献,但随后得到联邦最高法院以及下级法院的响应,甚至还在一定程度上得到国会的回应。”这些足以说明学术研究和批判对于反垄断法和知识产权法的改革和完善的重要性。学术研究应当具有独立精神,不能只做实务部门的应声虫和诠释者,不能仅以能够被聘到头衔、获取课题等现实利益,忘记自己的独立担当和责任。学者应当通过高质量的研究成果和独立自主的批评精神,为推进制度创新贡献自己的独特力量和智慧。我国学者在这方面做得还不够,在创新事业中仍大有可为和任重道远。

我在国家图书馆看到过本书的英文原版,觉得确系一本好处,正准备仔细研读,恰好收到兰磊博士发给我的中文译本,这使我异常惊喜。兰磊博士是青年才俊,多年以来专心于反垄断法和知识产权法的研究,笔耕不辍,成果颇多。兰磊博士现将该书译成中文,可谓眼光独到。我深知译事不易,看似对于原文的语言转化,实则有大量的创造性劳动。该译本语言流畅,翻译准确,质量很高,充分展示了译者较高的专业和语言素养。像本书这样的著作目前我国是稀缺的,相信本书的出版将对我国该领域的研究产生积极影响。值本书付梓之际,兰磊博士嘱我作序,我觉得不能敷衍了事,所以通读了译文,在此基础上写下了上面的文字,虽然不一定准确到位,但藉此聊表我对本书作者慨允译成中文及兰磊博士辛勤劳作之敬意和谢意,也权作向读者的推荐之意。

是为序。

孔祥俊

二零一六年六月三日

中文版序言

We are very grateful to see our book *Creation Without Restraint: Promoting Liberty and Rivalry in Innovation*, so capably translated by our friend and scholar Dr. Lan Lei. This book was a joy for us to write. It has been quite influential in the United States and has been cited by both the United States Supreme Court and the federal patent court, which is the United States Court of Appeals for the Federal Circuit. While protecting the incentives to innovate through intellectual property law is important, it is also important to keep the channels of innovation open and competitive. To that end, intellectual property law and competition law face unique problems of mutual engagement and balance. We offer this book in the humble hope that it will be of some benefit to the Chinese legal communities in intellectual property law and competition law as well.

Christina Bohannon

Herbert Hovenkamp

Oct. 7, 2015

非常感谢我们的朋友、学者兰磊博士把我们的著作《创造无界限：促进创新中的自由与竞争》高质量地译成了中文。写作本书的过程对我们而言是一大乐事。它在美国产生了相当大的影响，联邦最高法院和联邦专利法院——美国联邦巡回区上诉法院——均已引证过本书。虽然通过知识产权法保护创新激励是一项重要的工作，但保障创新渠道的开放和竞争也同样重要。为实现这一目标，围绕如何相互接触与平衡，知识产权法和竞争法面临着一系列独特的问题。我们将本书呈现给中国读者，并谦恭地希望它也能对中国知识产权法和竞争法领域的法律各界有所裨益。

克里斯蒂娜·博翰楠
赫伯特·霍温坎普
2015年10月7日

前 言

ix

在促进社会福利方面,少有什么能超过创新带来的贡献。然而,事实证明,通过实施恰如其分的法律规则来促进创新极其困难,并且分歧并不止于细节。单就知识产权而言,理性和学识渊博之人就根本问题存在分歧,而且这种分歧广泛存在。例如,他们无法就专利或版权保护的最优范围和期限达成共识,且某些人甚至认为如果没有知识产权法我们的情况可能会更好。^①分歧也绝不限于学术界。不同市场和产业想要不同数量和类型的保护。一个市场上的最佳方案在其他市场未必适用。因此,不足为奇的是,知识产权制定法是由服务不同特殊利益集团的各种保护制度构成的大杂烩。反垄断法反映的特殊利益集团压力要小很多,但关于它在创新政策中应该扮演什么样的角色也并非完全没有争议。

本书中,“创新”是指任何人类的想法,只要它在已

^① 关于专利, see Michele Boldrin & David K. Levine, *Against Intellectual Monopoly* (2008); 关于版权, 参见美国联邦最高法院斯蒂芬·布雷尔大法官的论文 Stephen Breyer, *The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs*, 84 *Harv. L. Rev.* 281 (1970).

x 有成果的基础上增加了一些重要内容。创新可以是某种物品、方法或表达。创新的价值向来都是递增的，即它是在现有成果基础之上的增量成果。本书中“创新政策”是指鼓励以创新促进进步的一整套政策。创新政策包括知识产权法，也包括反垄断法（借助它对于维护竞争的明确关切），且针对具体市场的监管政策（如电信、能源和医药），偶尔也包括侵权法。创新政策当然还包括各州的商业秘密法，但我们的研究对象集中在根据联邦宪法知识产权条款* 制定的联邦法——专利法和版权法——以及联邦反垄断法。

美国联邦宪法知识产权条款要求专利和版权法通过创设“有限时间”的权利“促进”各自领域的“进步”。这一条款为知识产权设定了基于经济激励而非其他理论（如自然权利）的理论根据。^② 关于以此作为知识产权保护的理据是否正确存在争论，本书无意参与其中。^③ 诚然，人们有时会为了非经济动机而谱曲、作诗甚至发明新产品，但它们在以法律鼓励创新的机制中并没有扮演特别重要的角色。理由如下：第一，尽管不乏车库发明家的传奇故事，但如今大多数发明都诞生于以追求利润为主要目的的商业企业。即便大学的创新成果也多半是以许可赢利为目标。版权领域同样如此。事实上，而且令人不安的是，如今版权诉讼中已经基本上看不到艺术家、作者或者作曲家的身影了。主要的利益持有人是出版商、电影或音乐制作者以及其他媒体公司，而他们的动机几乎无一例外是为了获得金钱回报。第二，尽管非经济激励因素可以较好地解释人们从事某些创新活动的动机，但并不能解释他们为何要申请并随后强制执行法定排他权。诚然，版权法会遇到杰罗姆·大卫·塞林格(J. D. Salinger)**那样的人，无论别人开价多高，他都不愿意让其复制

* 即下文脚注^②所引的条文。——译者注

② 参见《联邦宪法》第1条第8款第8项(U. S. Constitution, Article 1, Section 8, Clause 8)，宣布国会拥有“为促进科学和实用艺术的进步而授予作者和发明人就其各自作品和发现享有有限时间的排他权利”。

③ 对此争论的杰出介绍，see Robert P. Merges, *Justifying Intellectual Property* (2011)。

** 杰罗姆·大卫·塞林格(J. D. Salinger, 1919~2010)，美国作家，最著名的作品是《麦田里的守望者》(1951年)，此外还有《弗兰尼与卓埃》(1961年)、《木匠们，把屋梁升高》、《西摩：一个介绍》(1963年)以及收录他短篇故事的《九故事》(1953年)等。塞林格后来变得性格孤僻，虽不断创作，但很少发表。——译者注

自己未曾发表的信函。^④但隐士般的书信作者并不是任何版权法重大制度的背后驱动力量。总体而言,版权法跟专利法一样,其根基都是要打造一套激励私人创新的制度。

基于私人激励的创新政策需要平衡两项互相对立的权利:一项是通过创新新事物参与竞争的权利;另一项是获取创新成果部分价值的权利。健康的创新需要两个最为重要的前提条件:一是存在一个庞大的公有思想领域;二是保护持续丰富我们知识存量的那些重大的增量创新。保护公有领域至关重要。创新步伐最快的社会都为创新者在前人成果基础上继续前行提供了可观的自由。^⑤每一项创新都立基于前人的成果之上,其中一些前人的贡献得到了承认,另外一些则默默无闻。正如阿列克斯·考辛斯基(Alex Kozinski)法官指出,

xi

知识产权保护过度跟保护不力一样有害。没有丰富的公有领域,创造性无从谈起。如今,或许人类驯服火种以来,没有一样东西是真正全新的事物。文化,跟科学技术一样,在累积中增长,每一个新的创造者都踏着前人的成果前行。保护过度会遏制它本来想要培育的创造力量。^⑥

健康创新的第二个前提条件——保护新发明和新表达——也很重要。然而,不同情况下的保护必要性以及所需的保护程度差异很大。另外,非常关键的是,正如联邦宪法所要求的那样,这种保护只能是“有限时间”的保护。受保护的发明和表达必须进入公有领域才能进一步激励不受羁束的创新。但是,受保护产品必须在还有一定剩余经济生命的时候进入公有领域才会有意义。

问题在于,公有领域的规模与知识产权的保护范围呈现此消彼长的关系。每授予一项知识产权就会缩减公有领域的规模,知识产权的范围越大公有领域的缩减程度也越大。知识产权政策必须努力找到一个平衡点,将排他权的增加扣除公有领域缩减造成的社会价值损失所得的净收益最大化,还必须考虑运作知识产权制度带来的巨大管理和诉讼成本

^④ See *Salinger v. Random House, Inc.*, 811 F.2d 90(2d Cir. 1987).

^⑤ See, eg., Jared M. Diamond, *Guns, Germs, and Steel: The Fates of Human Societies* 244-45 (1998).

^⑥ *White v. Samsung Electronics America, Inc.*, 989 F.2d 1512, 1513(9th Cir. 1993) [考辛斯基法官(Kozinski),异议意见].

及其发生严重差错的可能性。

反垄断政策也扮演着重要角色。反垄断法以促进竞争为主要目的。然而,在知识产权法和反垄断法存在的大部分时期内,它们都曾因为保护过度而削弱了创新和竞争。反垄断政策经常反映出对竞争损害的夸大担忧,并因此发展出一些具有过度保护性的规则,以消费者利益为代价使无效率的企业免于竞争压力。同样,知识产权法授予的权利也经常远远超过创造适当创新激励所需的程度,从而削弱而非促进创新。在需要以他人成果为创新基础的市场上,知识产权法经常徒增创新成本,但却没有换取到多少利益。

一、决定创新的可控因素

xii 现在,大多数经济学家都认为创新对经济进步的贡献度远大于单纯为创造和维护竞争性市场所作的努力。与此同时,一个社会中经济竞争的强度与其产生的创新量之间呈现出强烈的相关性。另外,创新是私人努力和公共努力共同作用下的结果。目标精确的政府政策毫无疑问有助于形成创新激励。

然而,在资本主义制度下,私人决策和政府激励往往是一个硬币的两面。大多数创新激励都源于市场及其创造的利润诱导并得到法律激励结构的支持。针对特定市场的不计其数的法律、法规和政府机构调整着具体经济领域的竞争和创新,例如能源、电信和计算机技术、医药和医疗设备、运输等等。它们之上还存在两套综合性的规范,即知识产权法和反垄断法,它们调整着几乎每一个经济和创新活动领域。

反垄断法和知识产权法的逻辑起点都是这样一个前提,即如果引导得当,私人激励可以促进竞争和创新。在反垄断法领域,这通常意味着政府只需高度一般性地界定财产权利和合同权利,然后放手企业进行自我管理即可,只有在为了限制反竞争行为需要公共纠正时才进行干预。知识产权的问题更为复杂,因为在确定政府保护权利的范围时就需要明确考虑创设创新激励的问题了。

然而,并非任何诱导创新的因素都能通过政府政策加以控制,某些

因素的形成需要非常漫长的时间,因此很难预测具体结果。例如,也许最为重要的创新因素是公民拥有的才智、创造性和资源禀赋。父母的言传身教以及各个层面的教育长期内当然会对创新带来强大的影响。

影响创新的因素还有基本不受政府有效控制的人工的或天然的市场特征,包括市场上的实际和最优企业数量,以及它们的规模、产品差异化程度、成本结构,新企业进入的难易程度,小企业存活率,“先发”优势的价值,技术的商业生命周期,生产活动要求向公众进行技术披露的程度。例如,技术方面的约束因素决定了生产飞机或汽车的企业必须拥有很大的规模,但餐饮或小说写作这样的市场上却不存在类似的约束。在某些市场,如软饮料制造,技术性质决定了制造过程或配方可以无限期保密,使得专利保护基本失去了存在的必要。在其他市场,例如图书印刷或数字权利,即便是相当缺乏技能的人都可以立即复制创新成果,这意味着除非有可强制执行的知识产权提供帮助,创新者得到的保护寥寥无几。一般而言,购买者通常可以直接查看产品改进,因此它比方法改进更容易复制。虽然不同方法可能有所差异,但通常而言,人们并不能通过查看最终产品获知多少关于方法本身的信息,而且方法通常都是在不对公众开放的制造商工厂之中实施的。

xiii

无论反垄断政策还是专利政策都不会直接对如下市场特征提出正面要求,即市场中的应然企业数量、企业之间的产品差异化程度、新企业进入的难易程度、复制的难易程度。它们主要由消费者需求和市场的自然特征决定。然而,如果企业试图以危害竞争的方式操纵市场特征,政府政策就将进行干预。例如,并购政策约束私人主体减少市场上的企业数量。调整联合抵制、独家交易和掠夺性定价的反垄断规则有助于约束“人为”限制新企业进入市场的行为。虽然反垄断法很少干预单一企业独立设计产品的行为,但却更加频繁地干预竞争对手就产品设计加以约定的行为。

在某些市场,特别是信息技术,创新的过时速度极快,专利制度只会带来成本高昂的困扰。^⑦而在其他市场,例如医药,产品的商业生命周期非常长并且很容易复制,相应地,专利具有非常巨大的价值。版权法同样如此。个别图书的市场生命可能非常长,但大多数则远远短于版权

^⑦ 参见第四、五章; see also Richard Gilbert, *The Rising Tide of Patent Damages, Concurrences* (February 2010)。