

Research on Frontier Issues of
Intellectual Property Law
(Vol.2)

知识产权法 前沿问题研究 (第2卷)

冯晓青 主编

中国大百科全书出版社

知识产权法前沿问题研究

(第2卷)

冯晓青 主编



中国大百科全书出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权法前沿问题研究. 第2卷/冯晓青主编. —北京: 中国大百科全书出版社, 2009. 5

ISBN 978-7-5000-8135-7

I. 知… II. 冯… III. 知识产权法—研究 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 071411 号

责任编辑: 余盼兮

封面设计: 北极光视界

版式设计: 王丽荣

责任印制: 张新民

中国大百科全书出版社 出版发行

(北京阜成门北大街 17 号 邮政编码: 100037 电话: 010-68315606)

网址: <http://www.ecph.com.cn>

北京鑫联必升文化发展有限公司排版

北京楠萍印刷有限公司印刷

开本: 787 毫米×1092 毫米 1/16 印张: 20.75 字数: 492 千字

2009 年 5 月第 1 版 2009 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5000-8135-7

定价: 49.00 元

主 编 简 介

冯晓青，男，湖南长沙人。中国政法大学民商经济法学院知识产权法研究所教授，博士生导师，知识产权法重点学科学术带头人，北京大学法学博士，中国人民大学法学博士后。多次赴德国、日本、加拿大等国进行学术交流。主要从事知识产权法教学、研究及相关法律实务工作。先后独立著述《著作权法通论》、《知识产权法学》、《知识产权诉讼研究》、《知识产权法理论与实践》、《企业知识产权战略》（“十一五”国家级规划教材）、《知识产权法哲学》、《知识产权法利益平衡理论》等学术专著 10 部；主编《全球化与知识产权保护》、《知识产权法》（中国政法大学精品系列教材）等著作与教材 10 余部。在 *Journal of the Copyright Society of the USA* (SSCI)、*Journal of World Intellectual Property*、*Journal of Law and Information Science*、《中国法学》、《政法论坛》、《法学》、《法律科学》、《月旦民商法杂志》（中国台湾）等专业刊物上发表知识产权论文 180 余篇，其中被美国、英国、澳大利亚、瑞士等国英文法律专业刊物登载 10 余篇，被《新华文摘》、《中国人民大学复印报刊资料》（民商法学等）、《中国社会科学文摘》、《高等学校文科学术文摘》等转载、摘编 20 余篇。承担国家社会科学基金重大项目、国家自然科学基金重点项目、教育部重大课题攻关项目、教育部人文社会科学重点研究基地重大项目等课题 16 项，其中主持完成省部级以上知识产权研究课题 8 项，正在主持国家自然科学基金课题 1 项。获得“北京大学研究生学术十杰”、中国“杰出中青年法学家”提名奖等学术荣誉。系中国法学会知识产权法研究会理事、中国知识产权研究会理事、中国高校知识产权研究会常务理事、国家知识产权战略专家库成员。另外，从事一定的实务工作，担任兼职律师和仲裁员，承办了若干重大疑难知识产权案件。举办有学术网站“冯晓青知识产权网”（www.fengxiaoqingip.com）。

前 言

Foreword

随着知识经济的凸显，知识产权在国家和社会生活中变得越来越重要，成为国家、企业发展的命脉所在。在我国，制度建设与经济发展齐头并进，作为知识产权制度核心的知识产权法，也成为社会各界密切关注的对象。

知识产权制度建立的历史并不长，但在短短的几百年间已形成较为完备的体系。较之其他法律，由于知识产权法的内容与技术进步、社会发展紧密相关，技术革新、社会变化对其影响也更为重大。例如，P2P技术的出现冲击着著作权法构建的利益体系，数字技术对合理使用制度的正当性提出质疑，立法迅速对此作出应对；传播技术的进步对现代文化的建立产生了重要影响，商标作为现代文化因素也成为知识产权必须均衡的公众和商标权人的利益争夺点，商标合理使用制度的构建已提上日程；专利制度的不断扩张，专利权人利用强大的专利权威胁着公平的市场竞争秩序，规制滥用专利行为进入立法者的视野。立法修法活动的频繁，更需要对相关问题进行深入探讨。知识产权法前沿领域的诸多问题值得我们给予高度关注。

几年前，笔者曾主编《知识产权法前沿问题研究》一书，该书出版后受到读者欢迎。为进一步推动知识产权法前沿问题的研究，决定继续以系列出版物的形式出版在该领域的最新成果。这也就是《知识产权法前沿问题研究》（第2卷）的由来。

本卷以目前知识产权领域的理论前沿、热点问题和实践中新出现的问题为研究对象，涵盖了著作权、专利权、商标权、商业秘密等四个领域。分“理论前沿”、“技术变革与法律”、“热点聚焦”、“立法探讨”、“判解研究”、“域外视窗”六个栏目。本卷既有关于知识产权正当性的经济分析、商业秘密保护的法理基础等理论前沿问题的研究，又有专利法临时禁令制度、生物剽窃的知识产权问题研究等制度问题和热点问题的探讨。在撰写内容和特点方面，既有对现有观点的评述，又有很多学术新观点的提出；既有实证分析，又不乏制度构建；既立足于国内现有知识产权法律和制度，又放眼未来知识产权法的变革和国际趋势。在研究方法上，既运用规范分析与逻辑论证等研究手段，又兼采法哲学、法经济学、法社会学等方法展开论述，以多角度、全方位地透视知识产权法前沿问题。

无疑，知识产权法领域的前沿问题将随着社会变革和知识产权制度的发展而不断涌现，而这需要我们以前瞻性的学术眼光予以关注和思考。我们希望通过出版《知识产权法前沿问题研究》系列出版物而增强在这一领域的研究，为我国知识产权法制建设贡献绵薄之力。

主编 冯晓青

2009年4月

Contents

理论前沿

知识产权正当性的经济分析	冯晓青	3
知识产权权利限制之理论思考		
——立足于知识产权制度的考察	曾礼庆	32
商业秘密保护的法理基础研究	谭 曲	57
对作品独创性的再认识	魏珍妮	79
商标权的限制探析	沈艳阳	103
商标合理使用的法律问题研究	王光宗	130

技术变革与法律

数字环境下私人复制制度之探讨	张峰鹤	159
P2P 著作权问题研究	谭 冰	182

热点聚焦

生物剽窃的知识产权问题研究	刘群峰	207
知识产权质押探析	崔 磊	227



立法探讨

专利法临时禁令制度研究

——以临时禁令制度的滥用为中心 蒋 琳 245

判解研究

解百纳“公、私之争”及其理论启示 冯晓青 271

域外视窗

美国“知识产权人拒绝交易”的豁免制度

及其对我国的启示 胡亚茸 297

附

知识产权学术网站信息 322

理论前沿

知识产权法前沿问题研究

1944

1945

1946

1947

1948

1949

1950

1951

1952

1953

1954

1955

1956

知识产权正当性的经济分析

..... 冯晓青

自知识产权制度产生以来,知识产权的正当性一直是法学家、哲学家等热衷探讨的课题。笔者在近些年研究知识产权法哲学问题时也发现,现代的学者已逐渐认同自然权利学说,特别是其中的财产权劳动学说对于解释知识产权制度具有很强的合理性和正义性。现代学者还发现对“劳动”的权利表达比对“财产权”的主张更现实。其基本要点是,智力创造成果的所有权由创造者享有,就如同每一个人对于自己种植的东西有权收获一样,每一个人有权控制对其思想和表达的复制,这样做才可以防止对其智力创造成果的偷窃。这种关于知识产权伦理上的观点独立于制度的任何动机、效果或经济成本与效益。强调人格的财产权理论也为我们探寻知识产权的合理性提供了另外一种视角。人格理论将财产看成是自我表达,它源于大陆法哲学。康德早期关于所有权的讨论和黑格尔的文化进化理论,使以人格为基础的权利理论趋于完善,并最终形成了德国和法国知识产权法特别是著作权法的哲学基础。^①

不过,这种非经济学理论相对于经济学理论在诠释知识产权的正当性以及相关的知识产权问题上是否更为妥当,法律经济学人士表示了怀疑。兰德斯和波斯纳即对于知识产权的非经济学理论是否具有更强的解释力或规范意义表示质疑。他们认为:“经济学使法律得到很大的简化……经济分析使知识产权法得以被整体把握,存在于不同领域和案件中的许多共同点,就与它们之间的重大差别一起而为人们清晰所见。”^②在今天,法律经济学将经济学作为一种方法论引入法学领域,研究各种法律问题,已成为一种具有重要价值的研究方法和工具。对知识产权的分析也不例外。

基于知识产权保护涉及到不同主体的经济利益,知识产权法事实上也是一个经济问题。在20世纪60年代兴起的现代产权经济学,为了有效配置有限的资源,解决利益冲突,提出了产权界定、变更和安排的理论。从经济学视角研究知识产权法,应当成为认识知识产权法的一种模式。经济学作为一门工具性很强的学科,其宗旨在于优化稀缺资源的配置,从而使资源得到有效利用。通过将经济学方法引入知识产权法领域,对知识产权问题进行法律经济学分析,可以比较全面地认识知识产权的制度理性与维护社会效用最大化的价值。

① 参见冯晓青著:《知识产权法哲学》,中国人民公安大学出版社2003年版,第4~5页。

② 参见[美]威廉·M.兰德斯、理查德·A.波斯纳著:《知识产权法经济结构》,金海军译,北京大学出版社2005年版,第5页,第531页。



事实上,从较早时期看,知识产权的经济分析在古典经济学家亚当·斯密、边沁、密尔等那里即可以见到。例如,边沁、穆勒以专利制度为例,认为由于专利制度确保了知识产权的私人产权,这就使得对知识产权进行私有产权界定具有效率,从而可以激励发明创造。^①他们看到了建立产权制度对知识产品的保障。20世纪的经济学家如陶西格、庇古等在著作权和专利权方面的经济分析也有相关成果问世。经过多年的发展,在知识产权方面已经形成了比较成熟的经济学理论与方法。仅就知识产权正当性而言,有学者即总结了以下几种不同类型的经济学理论:(1)报偿论,即创造者应得到其努力的回报;(2)奖励论,即创造者因其创造性劳动应获得社会的奖励;(3)激励论,即保护知识产权的创造者可以从制度上激励未来的创造性活动;(4)扩大公共知识论,即为知识产品确立私有产权可以鼓励他人的知识创造活动,而这些知识资产在一定时间内又变成了人类公共财富,这就为增加社会知识储存创造了条件;(5)避免危险论,即知识产品被赋予产权,可以避免创造者的成果被公共化而不能收回其成本,从制度上保障其利益;(6)促进经济增长或利益论,即知识产权保护是经济增长的工具之一,经济增长是建立有效保护知识产权的总目标。^②这一概括有其合理性。不过,无论如何,立足于知识产品的信息产品特点,以产权特别是财产权理论为指导,从财产权经济学理论、信息经济学理论等层面探讨知识产权正当性问题,仍然是一种十分重要的方法。

从经济学角度看,知识产权制度担负着有效配置知识资源和促进社会财富不断增长的目标。知识产权制度通过确立创造者、使用者和传播者权利义务的制度安排,建立了激励知识创造、促进知识产品公开和有效利用的法律机制。在知识产权的经济分析方面,特别关注的是效益问题,这与知识产权的非经济学分析关注公正与秩序不同,它强调通过对知识财产赋予产权而对无形资源进行优化配置,促进社会财富的增加。确实,在知识产权的经济分析中,需要高度关注效率问题。例如,通观兰德斯和波斯纳撰写的《知识产权法的经济结构》全书,他们对相关案件、法律规定进行考察的立场是:它们在经济上是否有效率;如果不是,可以如何改变它们,以使之有效率。^③因此,本文关于知识产权正当性的经济分析,也将重点放在效率与相关的效益方面。

本文将以产权经济学(特别是财产权经济学)、制度经济学、信息经济学等经济学理论为指导,从知识产品、财产权经济学理论、信息经济学理论等层面透视知识产权的经济理性。同时,还将对知识产权具体制度的正当性从经济学的角度加以审视,以力图从经济分析的角度对知识产权的正当性进行全景式考察。

一、知识产品理论与知识产权之正当性

(一) 知识产品理论

知识产品,也称智力产品。从它建立在信息的基础之上,也可称为“信息产品”,指

① 参见刘茂林著:《知识产权法的经济分析》,法律出版社1996年版,第73页。

② 同上,第78~79页。

③ [美]威廉·M.兰德斯、理查德·A.波斯纳著:《知识产权法的经济结构》,金海军译,北京大学出版社2005年版,第4页。



的是由知识产权法保护的知识商品。^①知识产品的特性可以从其与有形财产对比的角度来认识。知识产权可以理解为对知识产品赋予的类似于财产权的专有权。这一权利并不是知识创造者的固有权利,而是来源于制定法的创造,是基于社会政治和法律建构的需要而产生的。

知识产品具有以下特征:

1. 非排他性

非排他性是知识产品的首要特征,也是经济学家将其看成是公共产品的重要原因——在经济学意义上,知识产品这种信息是公共产品,因为将信息提供给别人时,并没有削减该信息,并且一旦在公众中传播,几乎没有什么可能阻止他人获悉该信息。

知识产品的非排他性依赖于一定的经济、社会和技术条件。举例而言,保密合同和加密技术可以用来保障信息不被公开,从而在事实上使信息占有者维持对信息的专有。商业秘密法保护的技术信息和经营信息就具有这一特征。知识产权法中涉及的其他知识产品则具有不同特点,主要是信息的公开以及信息最终进入公有领域。就信息的公开而言,知识产权法一般有这样的要求,以确保信息的流动和传播,同时促进信息的广泛利用。就信息进入公有领域而言,它是确保信息产生最大化社会利益的措施。信息最终进入公有领域也是知识产权法重要的制度设计,如知识产权专门法律一开始就包含了使信息进入公有领域的机制。无疑,当信息进入公有领域时,专有财产意义上的信息会很快进入纯粹的公共产品的境地。

2. 非消耗性

有形财产使用的消耗性是显而易见的。知识产品则不同,它不会通过使用而被消耗掉。某一个人的使用不会导致另一个人使用量的减少,也不会影响另一个人的使用,不同的人使用同一个知识产品不会相互剥夺。随着时间的过去或者被更多的人使用,知识产品的影响力反而增加了,特别是一个知识产品被其他人利用可以增加新的知识产品。用经济学的语言来说,将一个知识产品提供给额外的用户使用的边际成本为零。这也与有形财产不同,因为使用者多方面使用没有增加利用知识产品的成本。知识产品的流转虽然有交易成本,现代技术却可以使人们以很低的成本获取知识产品。换言之,尽管知识产品最初的开发有成本甚至成本很高,知识产品的成本分配却是零或者接近于零。基于这一特点,从静态经济学的角度来看,知识产品应当不受限制地为任何可能利用的人打开方便之门。

另外,知识和信息的交换价值能够通过大量的重复性使用来实现。在占有的问题上,知识产品不会出现竞争性和冲突性问题。换言之,从知识产品作为一种非竞争性商品的角度看,准许最大限度地接近信息也是必要的,毕竟就信息商品而言,最少量的使用和大量的使用并不发生冲突。这里所说的信息商品,是比较典型的公共产品。这种公共产品,既可以看成是自由流动的,也可以看成是受限制的 and 稀缺的商品。它由于具有公共产品的特点,这种商品既具有非排他性,也具有非竞争性。在静态模式下,知识产品最适宜的市

^① 关于知识产品,学界有不同看法。有的认为,知识产品是以知识为基础的,主要依靠人的脑力劳动生产出来的,可供人们使用的知识存在的形式;有的认为它是以智力资源投入而经生产得到的产品。参见李富强等著:《知识与知识产品》,科学文献出版社1998年版,第32页、第67页、第74页、第130页。



场价格,在其被推向市场时应当接近于零。很显然,由于知识产品的销售价格接近于零,生产这种知识产品的动力也就不会存在。

3. 通过私人手段难以控制性

现代产权理论发展了公共产品和私人产品理论。较早对公共产品与私人产品作出区分的是美国经济学家保罗·萨缪尔森。这里的公共产品是与私人产品相对而言的。其中私人产品是指在使用和消费上具有个人排他性的产品,它是现代市场机制运行的主要客体。公共产品是在使用和消费上不具有个人排他性的产品。当该类物品被生产出来后,生产者无法决定谁得到它。同时,公共产品也是具有非竞争性的产品。按照经济学通常的划分标准,当符合非竞争性与非排他性这两个标准时,可以认为是纯公共产品。

以知识和信息为附载体的知识产品,是一种比较典型的公共产品,这源于知识产品具有较强的公共性。但是,知识产品与一般的像路灯之类的公共产品却是不同的,因为如前所述,它的使用和消费不仅不存在损耗性,还有利于增加社会无形资源的总量。进一步说,知识产品与其他公共产品的区别还有:知识产品存在信息不对称,因为知识的吸收和消化需要时间,而其确定与理解也具有不确定性,这使得知识产品生产与使用的契约签订和执行的交易费用较高。同时,知识还具有累积性和交互性,一个新的知识产品的形成融合了前人的贡献,每一个增量贡献都得益于人类的知识网络。^①

知识产品的“公共产品”特性决定了其通过私人手段很难控制,即具有难以控制的特性。知识产品的一个重要特点是其创造的成本较高,但知识产品一旦公开,就很难控制他人传播和使用。知识产品被公开后,知识产品的使用者(消费者)由于不用承担开发成本和风险,其获得知识产品后,进一步生产则具有成本优势,这就有可能使其成为最初生产者潜在的竞争对手。当然,知识产品创造者仍然可以通过不公开其知识产品的形式加以保护,这种保密的方式尽管有一定的效果,但却因为社会无从获得而不被承认,从而在相当大的程度上会丧失其社会价值。

前述知识产品的非排他性表明,知识产品一旦被公开,要排除他人不付费用就使用是极端困难的。^②在实践中,要阻止他人擅自使用这些公共产品意义上的知识产品几乎不可能。知识产品的公共产品属性使得在对其进行产权界定时需要在重视效益优先的前提下克服公共产品的外部性和“搭便车”问题。特别是当一个知识产品具有潜在价值,而又比较容易被他人复制、使用时,搭便车问题便出现了,因为很难阻挡人们不付费而消费这种具有公共性和非排他性的公共产品的行为。

(二) 从知识产品看知识产权的正当性

在一般的公共产品意义上,经济学分析得出结论认为,在竞争性市场公共产品会出现供应不足,为此需要通过一定途径解决市场失灵现象。一般认为解决的措施主要有政府直接生产、补贴和规制性垄断,每一种方法都有其各自的成本和适用环境。^③从法律经济学

① 王争:《专利制度的经济学研究综述》,《北京大学学报(哲学社会科学版)》2006年第2期。

② 比较而言,“私人商品”的供应是确定的,如转让某一物品给他人,转让人即失去了对该物品的控制。私人商品有效生产要求消费者所接受的价值逐渐接近私人商品的边际成本。如果私人商品在没有外部性的完全竞争的市场中生产,那么其有效率的产量将会出现,并且此种私人商品的价格将会等于其边际成本。

③ 同①。



的角度看,对知识产品首先必须进行产权界定。产权界定的关键是将知识产品界定为私人产权还是公共所有,何者更具有效率。对此,国外学者达斯古普达与戴维德提出了知识产品资源配置的三种制度安排,它们与公共产品提供方式相关:一是赞助,即政府以成果公开披露为交换条件,以财政补贴、研究基金和税收减免等形式鼓励个人与组织从事研究开发活动。二是采购,即政府与企业或组织订立购买合同,其成果用于公共目的。三是所有权,即知识产权制度,通过向新知识产品的生产者授予一定期限内的专有权,而为原创者提供从其发明中获益的条件。^①上述解决模式实际上可以分为非私有产权模式与私有产权模式。以下将联系知识产品的特性,透析赋予知识产品以私有产权的正当性。

在知识、信息这一无形的知识产品上界定产权,导源于产权经济学上关于公共物品与私人物品的理论。对知识产品赋予私有产权,从经济学上讲,有几个基本的前提或条件。一是知识产品的有用性。知识产品之所以能够成为财产法的保护对象,是因为其具有价值与使用价值,在市场经济条件下能够成为商品。其价值与使用价值表现在知识产品既能够满足人们的精神生活需要,也能够通过与生产要素相结合而转化为物质财富或现实的生产力。二是知识产品具有稀缺性。稀缺性是财产权制度产生的前提。知识产品是稀缺性资源,知识产品的生产过程的复杂性、高成本性等方面决定了这一特性。

知识产品成为知识财产,其关键是进行产权界定。在关于知识产品的产权界定上,根据前述经济学观点,主要有公有和私有之分。一种观点主张公有,也就是不赋予私有产权。如国外学者陶西格和庇古认为,知识产品的生产是自发行为,与法律上的产权无关,如发明即如此,因为专利的保障与发明数量的增长没有关系。^②知识产品的公共产品属性会导致出现外部经济效用,而这将阻碍知识产品生产的动力。他们还依据知识产品的公共产品性质而否认知识产品的私有产权化。例如,阿罗主张,由于知识产品的边际成本为零,知识产品私有化的结果是在边际上增加成本,从而会减少发明的使用或推广,对社会有害。^③不过,这类观点没有认识到知识产品产权界定的核心问题,即知识产品进入市场的交易成本,也没有认识到知识产品产权化的私人收益率问题。应当说,在历史上确实存在没有专利等知识产权制度照样存在知识产品的创造和传播行为,如中国的“四大发明”和春秋战国时期的“百家争鸣”现象。但是,那是在商品经济极不发达之际,知识产品缺乏产权化的经济基础。今天的市场经济则完全不同。在市场经济中,将知识产品界定为纯粹的公共产品这一形式,终究会使其总的社会收益率下降。

在古典经济学家看来,与私人产品不同,公共产品在消费上不具有对抗性和排他性,这决定了可以通过激励理论论证保护公共产品的合理性。就知识产品来说,它在公众需求的公共产品中占有很大的比例,知识产权制度的历史和经验均已证明,这种公共产品由私人生产与提供比起由政府生产与提供更具有效率。新古典经济学派即从知识产品的公共产品性质出发,认为知识产品是在消费上不具有对抗性的公共产品,但其生产却具有成本,

^① Dasgupta, P. and David, P. A. *Priority, Secrecy, Patents and the Economic Organization of Science and Technology*, CEPR Publication NO. 127, Stanford University, 1988. 转引自王争:《专利制度的经济学研究综述》,《北京大学学报(哲学社会科学版)》2006年第2期。

^② 参见刘茂林著:《知识产权法经济分析》,法律出版社1996年版,第73页。

^③ 同上。



并且存在风险,而传播却非常容易,以致知识产品的生产者难以通过销售其知识产品而收回成本,更不用说获得利润。其结果是导致搭便车的现象普遍出现,知识产品创造者的创造热情受到抑制,从而产生信息供应不足的现象。对这种外部经济效用现象,经济学家认为对付的办法是建立一种矫正制度使之内部化。所谓内部化即该物品的消费者支付成本和费用,以消除消费者没有支付成本而享有产品的搭便车行为。现代产权经济学也认为通过建立私人产权进行内部化的途径更有效,“正是农夫能够获得土地作物的财产权,才有诱因使农夫支付并尽可能节约耕种土地所需要的成本;正是创造者能够取得无形财产的垄断权,才有诱因激励其在知识、信息生产方面的投资”。^① 为了解决私人市场的低效率,国家不得不通过提供信息中的财产权来避免这种结果发生,从而获得动态的利益。也就是说,对知识产品宜采取私人产权的形式,确立其知识产权的属性。在这个意义上,知识产权就是知识产品的产权制度设计和安排,体现了知识产品私有的法律性质。也正是在这一意义上,知识产权在法律上被认为是一种“私权”。对这种私权是采取市场机制的产权形式进行界定的。

进一步说,对知识产品这种信息授予财产权,意味着通过知识产权法授予知识产品的生产者以独占权利,排除和控制第三者对该信息的接近,这是对创造更多信息的激励,或者至少能够确保信息创造活动不会因为信息的生产者不能够占有来自这些活动而产生的利益而减少或减弱。通过界定知识产品的产权归属,赋予知识产品所有人以专有权,对于那些对知识产品没有付出的人,权利人可以禁止或者限制其使用,从而可以在消除搭便车行为的基础之上建立起知识产品的激励机制。法律经济学家波斯纳提出的产权制度的效益标准之一即是排除他人无成本使用的专有性或者说排他性。^② 对于由一般经济学意义上的公共产品本身的非排他性产生的自由搭便车问题,解决的办法可以是由公共提供。但这种方式对于知识产品来说则行不通,因为知识产品涉及的大多内容是不能由公共提供的。为此,需要赋予知识产品以私有产权,通过专门立法形式将公共产品转换为私人物品。没有对知识产品专有权的保障,知识产品这种信息产品的生产将会出现严重的生产不足问题。知识产权这种专有权的授予,其目的之一是增加知识产品的数量,以满足社会需要,同时也意味着政府对信息市场的干预。

从知识产品在实践中利用情况看,为知识产品进行产权界定,很重要的一方面是基于产权制度的效率。不同产权制度的效率不同,这已为历史所证明。在知识产品上设立产权的形式,效率的考虑主要是如何激发知识产品创造者的积极性,以及如何使知识产品的增长达到理想状况,以增加社会财富,实现无形资源的优化配置。换言之,建立知识产权制度的经济动因在于“对财产权的法律保护有其创造有效使用资源的诱因”。^③ 确保该产权制度的效率,重点在于确保私人收益率。有学者指出,使收入最大化的激励是私人收益率与社会收益率相等。在经济学上,新知识的获取和使用不存在收益递减,而在发明与创新

① 吴汉东:《科技、经济、法律协调机制中的知识产权法》,《法学研究》2001年第6期。

② 他提出的另外两个标准是各种具有稀缺性的资源皆为人们所有的普遍性,使资源从无价值使用到有价值使用的可转让性。参见理查德·A.波斯纳著:《法律之经济分析》,台湾商务印书馆1987年版,第24~25页。

③ [美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦著:《法和经济学》,张军等译,上海生活·读书·新知三联书店1991年版,第185页。



中几乎总是存在私人收益和社会收益的巨大差异,这是对知识及其在经济活动中运用产权界定的问题之一。投资于知识和发展新技术的盈利性需要在知识和创新方面确立某种程度的产权,否则就不能方便地获得新技术。因此,知识产品的产权私有是由私人收益率决定的。尽管该论点主要是从技术方面加以考虑的,其他知识产品也具有同样的特点。

总的来说,知识产权法将知识产权的客体知识产品定位于具有公共产品和私人产品的双重属性。一方面,知识产品是一种具有很强公共性的公共产品,具有较强的外部效应;另一方面,为了建立激励知识创造的良性机制,实现知识资源的优化配置,提高知识资源的使用效率,在重视知识产品的公共性、公益性的同时,需要确立知识产品的专有性。这具体表现为制定保护知识产权人权利的知识产权法,确认知识产权的私权地位。

二、产权理论与知识产权的正当性

(一) 产权理论视野中的知识产权

1. 产权制度的内涵

产权制度属于制度经济学的范畴,并且是制度安排的核心问题。制度经济学认为,制度可以充分地调动人们的积极性,充分地利用社会的各种资源并使资源达到优化配置的目的。根据制度经济学代表人物诺斯的观点,有效率的经济组织是经济增长的关键,它需要在制度上作出安排和确立所有权,以便造成一种刺激,将个人的经济努力变成私人收益率接近社会收益率的活动。如果社会上个人没有去从事引起经济增长的那些活动,便会导致停顿状态。如果一个社会没有经济增长,那么是因为没有活力为经济创新提供刺激。^①

产权制度的核心是产权的设立和界定。根据被西方广泛引用的德姆塞茨对产权的定义,产权是一种社会工具,其重要性在于事实上它能够帮助一个人形成与其他人进行交易的合理预期。产权的主要功能是引导人们实现将外部性较大地内在化的激励。^② 科斯则认为,产权是一个社会所强制实施的选择一种商品使用的权利,是行动团体对资源的使用权、转让权和收入的享用权;产权揭示了人们对物的使用所引起的相互认可的行为关系。^③ 产权经济学的产生旨在“分析如何从制度安排上降低交易费用,提供使外部性较大内在化激励的产权结构”,而“交易费用理论是产权经济学的基础”。^④ 美国新制度经济学家巴泽尔指出:产权概念与交易成本概念密切相关。我们将交易成本定义为转让、获取和保护产权有关的成本。^⑤ 其出发点是最合理地利用有限的资源并最大化地实现产出,实现效用的

① [美] 道格拉斯·诺斯、罗伯特·托马斯著:《西方世界的兴起——新经济史》,厉以平、蔡磊译,华夏出版社1988年版,第1~2页。这里的私人收益率是指个人从事经济活动获得的净收入,社会收益率是指社会从该经济活动中获得的总收益。社会收益率等于私人收益率加上其他社会成员从事该经济活动获得的净收益。私人收益率与社会收益率之所以不相等,是因为存在第三方未经许可可获得收益的情形,而这是所有权缺位直接带来的结果。

② [美] 德姆塞茨著:《关于产权的理论》,载陈昕主编:《财产权利与制度变迁:产权学派与新制度学派译文集》,上海生活·读书·新知三联书店、上海人民出版社1994年版,第97页。

③ 陈昕主编:《财产权利与制度变迁:产权学派与新制度学派译文集》,上海生活·读书·新知三联书店、上海人民出版社1994年版,第97页。

④ 刘茂林著:《知识产权法经济分析》,法律出版社1996年版,第19页。

⑤ [美] 巴泽尔著:《产权的经济分析》(上),费方域、段毅才译,上海生活·读书·新知三联书店、上海人民出版社1997年版,第3页。



最大化。他主张确立私人产权可以在最大的程度上提升对生产整体的价值,以使商品的生产达到理想水平。

产权和我国法律概念中的财产所有权的概念是一种交叉关系。财产所有权是产权的核心,但产权除了财产所有权外,还包括与财产所有权相关的财产权。就知识产权来说,它是一种重要的产权形式,但其核心仍然是财产所有权。知识产权制度具有重要的市场功能,并且是一种十分重要的产权制度。在知识经济时代,知识产权将成为最重要的财产权之一。

2. 财产权与知识产权制度的效率与效益

在一定意义上,财产的价值来源于法律承认它和保护它。如果人们将财产权定义和解释为社会所承认的处置和使用的经济权利,它具有广泛性、专有性和可转让性的特征。财产权使外部性内在化,能够通过作为一种激励、报偿和有效的控制来影响经济中参加者的行为,并且财产权的设立被认为是有效率的,^①也就是资源进入财产所有人的占有领域比将该资源置于公有状态能够使该财产更好地发挥社会效用,实现社会福利。当财产处于公有状态时,任何人都能够自由地使用它,这样就会为低效率行为提供了“激励”。^②例如,个人可能会为追求实现自己的最大化利益而不顾消耗资源的成本,法律经济学理论提出的过度放牧、环境污染等就是比较典型的例子。相反,当赋予财产以产权时,个人在使用自己的财产而获利时也需要承担使用财产的成本,这就使得其将有动力去尽可能地以有效率的方式使用财产。法律经济学家正是从此方面得出进一步结论,认为财产权具有两个基本的功能:首先,它使成本和利益内在化,有效使用资源的机会增加了。其次,它通过自愿的交易而允许形成市场,允许资源流动到具有最佳效果的使用人手中。^③

如果某人希望一个特定的商品在竞争性市场中被尽量有效率地利用,应当为这些商品创造财产权,这些商品会回过头来使商品的所有者最大限度地获得利润。正如诺贝尔奖获得者道格拉斯·诺斯所指出的:一种包括鼓励创新和能够提供适当刺激的有效的产权制度,是促进经济增长的决定性因素。就作为无形财产权的知识产权来说,虽然它基于公共产品的特点而涉及到特定的市场缺点,以及其他外部性问题,但这些外部性如果建立在有经济价值的信息和知识的基础上则将大大减少。例如,就专利制度和著作权制度的正当性来说,通常或多或少地发展了“报酬理论或激励理论”,虽然这些考虑不能为财产权理论所影响。知识产权保护的经济学上的考量,可以使这些联系变得很清晰。可以认为,知识产权在经济上是以最有效率的方式在市场中被使用的、保护商品的财产权。所有的这些作为财产权,应当最有效率地在市场中使用。经济历史一般地确认了这一经济安排的正当性和知识产权作为财产权保护的资格。^④

效益既是经济学上的一个核心问题,也是法律的重要价值。法应当以效益作为分配权

① 根据理查德·A. 波斯纳的观点,效率是指资源分配达到价值的最大实现。参见 Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, 12 (3th ed. 1986).

② 参见 Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, 32~35 (4th ed. 1992).

③ 同上。

④ 参见 Michael Lehmann, *Property Rights as Restrictions on Competition in Furtherance of Competition*, 20 IIC 2 (1989).