

法与经济学译丛



知识产权法与经济结构

原著：〔美〕威廉·M. 兰德斯

理查德·A. 波斯纳

译者：金海军

William M. Landes
Richard A. Posner



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法与经济学译丛

知识产权法经济结构

THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW

原著：〔美〕威廉·M·兰德斯

理查德·A·波斯纳

译者：金海军



北京大学出版社

北京·2005年

北京市版权局登记号图字:01-2004-1579号

图书在版编目(CIP)数据

知识产权法在经济结构/(美)兰德斯,波斯纳著;金海军译.——北京:北京大学出版社,2005.5

(法与经济学译丛)

ISBN 7-301-08870-1

I. 知… II. ①兰… ②波… ③金… III. 知识产权法-研究-美国
IV. D971.23

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第025839号

书 名: 知识产权法在经济结构

著作责任者: 威廉·M. 兰德斯 理查德·A. 波斯纳 著 金海军 译

责任编辑: 刘晓春 王 晶

标准书号: ISBN 7-301-08870-1/D·1146

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 三河新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650mm×980mm 16开本 36.75印张 510千字

2005年5月第1版 2005年5月第1次印刷

定 价: 56.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

目 录

导 论	1
第 1 章 财产的经济学理论	14
一、收 益	15
二、成 本	20
三、成本—收益的交换	26
四、纸上所有权与占有性所有权	31
第 2 章 关于著作权的若干思考	46
一、表达性作品的创作和流通	46
二、即使没有著作权法也将对复制构成限制的因素	51
三、侵权、剽窃以及著作权法中独创性 和人格的作用	77
四、著作权保护和表达成本	84
第 3 章 著作权的一个形式模型	90
一、复制件的价格	96
二、著作权保护的福利效果	100
第 4 章 著作权基本原理	107
一、复制还是再创作	107

2 知识产权法的经济结构

二、思想与表达	115
三、思想与表达的合并	123
四、事实与表达	129
五、演绎作品	137
六、合理使用	145
第5章 未发表作品的著作权	157
一、未发表材料的合理使用	158
二、作品的所有权与作品著作权的所有权	160
三、合理使用分析	162
四、对并无最终发表意图的未发表作品给予著作权 保护所产生效果的一个模型	166
五、生产性使用与复制性使用	179
六、意图发表的未发表材料	180
七、案件重评	181
第6章 合理使用、滑稽模仿与嘲讽表演	185
一、著作权问题	188
二、商标的滑稽模仿和对著作权法的启示	202
三、案 件	207
第7章 商标法的经济分析	214
一、商标的经济功能	215
二、语言的若干经济学问题	218
三、商标的社会成本	222
四、商标经济学的一个形式模型	225
五、商标的取得、转让和存续期间	230
六、显著性和通用名称	240
七、功能性	253
八、侵权与混淆	257
九、淡化、模糊与污损：商标的财产化	264

第 8 章 著作权与商标的最佳保护期	269
一、导 言	270
二、著作权有限时间的收益	272
三、允许某些著作权在事实上无限期保留 的社会收益	284
四、实证分析	299
五、商标的续展率	317
第 9 章 后现代艺术的法律保护	322
一、后现代艺术的三大流派	326
二、挪用艺术	330
第 10 章 著作人身权与《视觉艺术家权利法》	344
一、制定法;此中的雇佣作品	345
二、著作人身权的经济学	352
三、案 件	358
四、对州著作人身权法的一个实证分析	367
第 11 章 专利法经济学	374
一、专利与专利法的经济逻辑	374
二、专利法的社会成本合理吗?	394
三、专利法:作为对商业秘密法以及垄断 的一种回应	415
四、关于外观设计专利的一个评论	423
第 12 章 专利法院:一个统计性评价	425
一、专利申请与专利授权	428
二、研究与开发支出	438
三、专利诉讼的数量	441
第 13 章 商业秘密法的经济学	449
一、商业秘密的激励	452
二、允许发明人在专利保护之外选择商业	

4 知识产权法的经济结构

秘密所产生的福利效果	455
三、限制商业秘密法的经济学解释	460
第 14 章 反托拉斯与知识产权	472
一、专利搭售以及其他被禁止的“扩张”	
专利垄断之意图	472
二、其他专利案件	484
三、著作权案件与最终产品使用费协议	489
四、新经济中的反托拉斯与知识产权	494
第 15 章 知识产权法的政治经济学	510
结 语	531
志 谢	537
案例索引	539
作者索引	545
主题索引	553
译后记	573

远早于现代的法与经济学运动之前,人们就已经意识到知识财产提出了独特的经济学问题。我们所谓的“知识财产”(intellectual property),是指那些独立于某一特定物质载体而存在的思想、发明、发现、标记、图像、(言语、视觉、音乐、戏剧)表达性作品(expressive works),或者简言之,任何具有潜在价值的人为产品(广义地说,即“信息”),而无论该产品是否已经在实际被“产权化”(propertized),亦即被纳入一个财产权法律制度之中。我们这里所定义的知识财产,具有古老的渊源;商标在其接近于现代的意义,即作为被交易商品的来源指示而在古罗马得到通常使用。^[1]即便是这样的“现代”观念,即如果要为知识财产的创造提供充分的激励则必须对知识财产予以产权化,也可以追溯到中世纪时期。这一历史进程中的里程碑分别是:1474 年《威尼斯专利法》(Venetian Patent Act)、1624 年英国《垄断法》(Statute of Monopolies)、1643 年英国出版商公会(Stationers' Company)向议会提出的请愿书^[2]、《安妮女王法》(Statute of Anne,即 1710 年英国著作权法)^[3]、1787 年《美国宪法》中的专利与著作权条款^[4]、1790 年美

[1] 参见 Abraham S. Greenberg, “The Ancient Lineage of Trade-Marks”, 33 *Journal of the Patent Office Society* 876, 879—880 (1951)。

[2] 参见 Arnold Plant, “The Economic Aspects of Copyright in Books”, 载 Plant, *Selected Economic Essays and Addresses* 57, 65—67 (1974 [1934])。

[3] 根据当时使用的历法是 1709 年;根据现代历法则是 1710 年。参见 Lyman Ray Patterson, *Copyright in Historical Perspective* 3 (1968)。

[4] 授权国会“对于著作家及发明家保证其作品及发明物于限定期间内之专有权利,以奖励科学与实用的技艺的进步”。U. S. Const., art. I, § 8, cl. 8。

国的专利法和著作权法、1791年《法国专利法》。知识产权的经济分析则可以从亚当·斯密、边沁、密尔以及其他古典经济学家的简要讨论算起,还有20世纪初的一些经济学家,比如庇古(Pigou)、陶西格(Taussig)——还有也许是最出名的阿诺德·普兰特(Arnold Plant),他于20世纪30年代发表了具有开创性的有关专利与著作权的文章。^[5]

不过,一直到20世纪70年代,才开始持续性地发表有关各种形式知识产权的经济分析。自此而后,相关文献激增。^[6]这是一般性的法的经济分析不断壮大的一个反映,是知识产权在国内经济与世界经济中的重要性日益增强的一个反映,也同样反映了在国内与世界范围内要求对该种财产扩张权利的一种强大的运动;这种运动已经导致了在立法、行政执法与司法方面一系列的举措,这些都会本书中讨论。自20世纪70年代历经整个80年代(以及90年代的某些时期)^[7],在美国存在着一种普遍的信念,即国家处于衰落中,或者说它正被其他国家,尤其是日本在竞争中超越,而只有通过重新强调技术创新作为经济增长的刺激才能遏制这种衰落。以1976年国会对著作权进行全面修订为标志,一个法律急速变革的时代开始了。在司法政策方面具有特别重要意义的,是1982年美国联邦巡回上诉法院(U. S. Court of Appeals for the Federal Circuit)的创设,它被授权独家审理专利上诉案件。

以下是一些因强调技术创新和对知识产权不断增长的热情所产生的一般性成果。1985年至2001年间,美国专利商标局年均授

[5] 参见 Plant, 前揭[2], 并 Plant, "The Economic Theory concerning Patents for Inventions", 载同揭书, 第35页。一般性参见 Gillian K. Hadfield, "The Economics of Copyright: An Historical Perspective", 38 *Copyright Law Symposium* 1 (1992)。

[6] 关于一个有益的调查, 参见 Peter S. Menell, "Intellectual Property: General Theories", 载 *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. 2: *Civil Law and Economics* 129, 130—156 (Boudewijn Bouckaert 与 Gerrit De Geest 编, 2000)。

[7] 参见, 例如, Lester Thurow, *Head to Head: The Coming Economic Battle among Japan, Europe, and America* (1992)。

予的专利数量由 111000 件增加到 269000 件。^[8] 在同一时期, 联邦民事案件中涉及知识产权争议的案件比例则翻了 1 倍。^[9] 从 1980 年到 2001 年, 美国律师协会知识产权部的成员从 5526 名增加到 21670 名——而在该时期的最后 5 年中就增加了 39%, 其增速超过了除与之非常相关的“科学与技术”外的其他所有门类。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 种增加到今天的 26 种, 同时, 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以及 1 门知识产权课程, 但现在的这一比例已经是 5 比 5 了。^[10] 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 2000 年则为 235 篇。^[11] 从 1980 年到 2000 年, 美国科学与工程方面就业的年均增长率为 4.9%, 是全部就业年均增长率的 4 倍还要多^[12], 同时, 在 1983 年到 2000 年间, 受雇担任作者的人员数量以每年 8.7% 的比例增长, 而担任设计者的人员数量则以每年 9.2% 的比例增加。^[13] 而且, 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

[8] 参见美国专利商标局, “U. S. Patent Activity 1790-Present”, <http://www.uspto.gov/web/offices/ac/ido/oeip/taf/reports.htm> (仅计实用专利, 且仅计向美国公民授予的专利)。在商标与著作权数量的增长比率上也是相同的。有关更为详细的专利统计(但仍然只限于向美国公民授予的实用专利), 参见第 12 章的表 12.2, 有关著作权的统计, 参见第 8 章的图 8.2。

[9] “United States District Courts—National Judicial Caseload Profile”, 载 Administrative Office of the U. S. Courts, *Federal Court Management Statistics* (1974—2000)。

[10] 芝加哥大学法学院, *Announcements* (1981—2001)。

[11] 从 OCLC FirstSearch 用电脑检索; 在 EconLit. 进一步检索 “Intellectual Property”、“Copyright”、“Patent”与 “Trademark”, <http://newfirstsearch.oclc.org> (2002 年 8 月 12 日访问)。

[12] 参见国家科学基金会, “Science and Engineering Workforce: Profile of the U. S. S&E Workforce”, <http://www.nsf.gov/sbe/srs/seind02/c3/c3sl.htm>。

[13] 美国人口统计局, *Statistical Abstract of the United States; 2000*, 第 416 页, 表 669。

130 亿美元。^[14]

如果按照知识产权是美国最大出口这一通常的说法,这 365 亿美元的数字就不尽全面了。1998 年,美国高技术产品诸如电脑与电子设备的出口额为 1900 亿美元,在全部出口额 6900 亿美元^[15]中占 28%,而著作权相关产业包括电影与电脑软件的出口额在 2001 年就是 890 亿美元。^[16]当然,这些数字中包括了大量的硬件(比如电脑与 CD)以及在硬件中承载或与之一并销售的知识财产。不过很明显的是,知识产权在通常的美国经济中,尤其在美国的对外贸易中,是占有相当大比例并且正在不断增长的一部分。

4 我们自己在知识产权方面的合作作品开始于 20 世纪 80 年代中期,发表了有关商标法与著作权法的经济分析的文章,那时还有必要向法律界——以及许多经济学家与政策制定者们——从经济视角来解释这些法律的正当性。现在就不需要对于主要调整商业关系的法律部门做这样的工作了,而关于知识产权的法律正是属于这样的法律部门。今天,这一点已经得到承认,即对知识产权法的分析与评价是相应地在一个经济框架内进行的,而该经济框架就是要调适法律,以与效率的要求相一致。^[17]贯穿全书,我们对相关案件、法律规定与原则进行考察的立场就是:它们在经济意义上是否有效率;如果不是,可以如何改变它们,以使之有效率。

除经济学角度外,在学术性文献中还可以找到考察知识产权

[14] 国家科学基金会,“Science and Engineering Indicators: 2002”,表 6.1, <http://www.nsf.gov/sbe/srs/seind02/append/c6/at06-01.xls>; 国家科学基金会:“Industry, Technology and the Global Marketplace: U. S. Technology in the Marketplace”,表 6.6, <http://www.nsf.gov/sbe/srs/seind02/c6/c6sl.htm>。所有这些出口数据均按 1997 年美元计算。

[15] 参见同上。

[16] 参见 Stephen E. Siwek, *Copyright Industries in the U. S. Economy: The 2002 Report* 6 (2002)。

[17] 参见,例如, Symposium, “Taking Stock: The Law and Economics of Intellectual Property Rights”, 53 *Vanderbilt Law Review* 1727 (2000)。关于一组有用的论文集,参见 *The Economics of Intellectual Property*, 4 卷本 (Ruth Towse 与 Rudi Holzhauser 编, 2002)。

法的其他视角。^[18] 例如,著作权法与专利法长期以来是通过引用洛克的理论而加以辩护的,即劳动产生了对其成果的一种财产权(entitlement)。但是,既然知识的创造是一个累积的过程(这是本书中一个经常性主题)——每一个“新的”知识财产的创造者都是建立在前人基础上的——而且,既然著作权法,尤其是专利法,对于一个可能在创造新的表达性作品或者新发明的比赛中获胜的人,哪怕只是早了一天,就给予一个相当长期限的财产权,那么,究竟在何种程度上知识产权可以被实际视作其所有人劳动的独占性果实,这一点就不清楚了。^[19]

知识产权法的另一个不同的哲学方法,是建立在黑格尔所强调的观点之上的,即财产的占有是自由人的一个标志。由此而被认为,也许知识产权应当是不可转让的^[20],正如自由本身是不能转让的(亦即,人不得将自己出卖为奴隶)。步此结论之后尘者,包括追续权(*droit de suite*)原理(它赋予某一表达性作品的创作者以一种不可取消的收取作品使用费权利,即使其已转让著作权),我们在第2章中对此进行简要分析,以及著作人身权,我们将在第10章中论及于此。我们在这几章中指出,通过限制某人出售其财产以获取资金用以购买其所更需要或更想要的东西,该人的自由不是被扩大,反而被缩减了。

我们对于知识产权的非经济学理论是否具有更强的解释力或者规范意义表示怀疑,但是我们在本书中对此问题不予深究。现代知识产权以及调整该财产权的制定法与普通法原理,其复杂性与多样性之巨,就连一个综合性的经济分析亦非单独一册书的范

[18] 有关一份精彩的摘要与批评,参见 Robert P. Merges, Peter S. Menell 与 Mark A. Lemley, *Intellectual Property in the New Technological Age* 2—12 (第2版, 2000)。

[19] 参见 Wendy J. Gordon, “A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property”, 102 *Yale Law Journal* 1533 (1993); Alfred C. Yen, “Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession”, 51 *Ohio State Law Journal* 517 (1990)。

[20] 参见 Merges, Menell 与 Lemley, 前揭[18], 第11页。

围所能涵盖。本书将重点特别放在著作权,然后是商标、专利与商业秘密上,偶尔旁及对公众人物形象权的侵权、反对剽窃的社会规范以及从 *INS* 案(参见第4章)引发的有关非法挪用(*misappropriation*)的普通法原理,所有这些都是在实际经济意义上的知识产权保护形式。鉴于最近几十年来,也许是因为复制技术的超常进步,知识产权法中大多数在法律上,尤其是制定法上的酝酿发展都与著作权法相关,我们对著作权的强调就无可避免了。不过,由于我们要在那些主要讨论著作权的章节进行比较,也常常会提到商标、专利与商业秘密,因此,任何偏向于著作权的“不平衡”并没有像章节标题所显示的那么大。要说存在什么不平衡的话,我们对著作权的强调也正是为了扭转在经济文献中的一种不平衡:太多的经济学学术力量放在了专利上而不是在著作权上^[21],而且极少放在商标与商业秘密上。如果考虑到最近以来如此众多的法律发展都是关于著作权的,那么,那种不平衡就真的不合适了。

对本书各章进行一番快速浏览,可以进一步显示我们所强调的重点。第1章分析了一般财产的经济学,从而将知识产权置于一个有关最优财产权的更大理论之中。第2章提出了著作权保护的一个一般性经济理论,而且在第3章中加以模型化。^[22] 考虑到技术的进步,有关创造性这一概念的变化,特别是对于公共领域作为创作新的表达性作品的一种关键性输入资源的作用强调不足,我们强调在确立该保护最佳范围时存在困难。第4章继续分析并考察著作权法的基本原理,包括有关独立创作的构成条件、对思想与事实不予保护、著作权所有人对演绎作品的独占性控制以及合

[21] 有关该悬殊关系之一瞥,参见 Nancy Gallini 与 Suzanne Scotchmer, “Intellectual Property: When Is It the Best Incentive System?” 2 *Innovation Policy and the Economy* 51 (2002)。

[22] 其他若干章也包含了数学模型或者计量经济学的经验性分析,但不懂数学的读者在阅读本书的这些专业部分也不会有任何障碍。事实上,本书除了要求有经济理论或者知识产权法方面的最基本知识外,没有任何的前提要求。我们希望它会吸引那些对知识产权感兴趣的受过教育的一般读者,而不仅仅是专业人士。

理使用的抗辩。第5章转向未发表作品的著作权以及一个有争议的问题,即在何种情况下对该作品的复制应当被认为是一种合理使用。第6章继续讨论合理使用,并探讨了该原则在滑稽模仿和同类体裁(嘲讽表演与讽刺)中的应用,而且还将商标纳入讨论范围,因为在有关滑稽模仿的案件中,涉及商标的比涉及著作权的还要多。

第7章专门集中于商标。我们主张,商标法的首要原理可以被解释为使商标在减少消费者搜寻成本(search costs)方面的价值最优化的努力——即使在那些以原告商标的淡化(dilution)而不是以消费者的混淆(confusion)为依据而指控侵犯商标权的案件中亦然,尽管我们对反淡化理论可能的扩张也表达了某种关注。第8章转而讨论著作权的保护期限,并在结尾这一节涉及商标的保护期限。我们在该章中提出了一个被人忽视的问题,即著作权在阻止表达性作品的“拥塞”(congestion)以及由此导致的在价值减损方面的作用。我们主张回归一种可续展保护期限的体制,以取代1976年《著作权法》所创设的制度,即除了雇佣作品的情况外,它规定了一种单一的不可续展的保护期限,现为作者去世之后70年;雇佣作品的著作权保护期限也是很长的。^[23]

第9章与第10章继续讨论著作权法的其他话题。这些包括著作权保护适用于现代艺术的风格,它所强调的是观念性而不是表达性的东西,比如“挪用艺术”(Appropriation Art);也包括将著作人身权引入美国法,即《视觉艺术家权利法》(Visual Artists Right Act)。第9章强调了这两者之间的紧张关系,一是以著作权法来保护观念艺术,二是著作权法在思想与表达之间的基本区分,即前者不受保护而后者是受保护的。我们也提出这样的一般性问题,即对于那些独一无二的艺术作品,比如绘画与雕塑,著作权是否具有重要意义。在第10章中,除了叙述与评价《视觉艺术家权利

[23] 第8章包含有经验性分析的其中一章,我们相信这些分析具有独立于我们所作的特定分析用途的某种旨趣。

法》，我们还讨论了雇佣作品的原理，并且以我们独有的经验性方法，试图解释为什么知识产权法总是在不断扩张。

第 11 章讨论的是专利。我们将其与商业秘密（第 13 章的主题）紧密联系，并提出了专利保护的最有说服力情形——尽管并不必然支持极具扩张性的可专利（patentability）概念和专利保护期限，正如法律所采纳的那样——亦即，即使有商业秘密法（我们认为不应当被取消，而且在任何情况下也不会被取消），但某种程度的专利保护仍属必需，因为如果发明人没有专利制度可选的话，商业秘密法就会造成社会成本，而专利制度则能够将这种成本最小化。如我们在第 13 章所表明的那样，商业秘密法填补了专利法的某些空隙；实际上，商业秘密法使专利法成为必需，而专利法亦使商业秘密法成为必需。

在这一讨论中，第 12 章考察了 1982 年美国联邦巡回上诉法院的创设对专利法与实践所产生的效果，该法院对专利上诉案件享有专门管辖权，这可能是知识产权领域在过去四分之一世纪最有意义的一项制度创新。

第 14 章检验了由知识产权，特别是专利与著作权所带来的主要的反垄断问题。这些通常用语，例如“专利垄断”与“著作权垄断”，并不只是语言上的修辞用法。虽然大多数的专利与著作权并不为其所有人赋予实质性的垄断势力，但有些却确实如此，而更多的则是被人们担心可能如此。

在第 15 章中，我们论及知识产权法的政治经济学；换言之，我们探讨那些决定知识产权法演变以及目前范围的政治力量，强调利益集团（正如在传统的公共选择分析中那样）与自由市场的意识形态（它可能时常迷恋于它对财产权的富有裨益的热情之中）这两者在近几十年来知识产权扩张中的作用。结语这一部分摘要总结了我们的一些主要观点，并且罗列了一些在我们的分析中所遗留的尚未回答的问题。

尽管本书涵盖诸多方面，但还是有某些重要的主题被省略了，

特别是知识产权的强制许可、外国知识产权法以及知识产权条约。^[24] 有些则没有展开。例如当我们讨论那些与计算机软件相关的知识产权以及互联网对知识产权法的影响这样一些问题时,读者如果相信这些问题是今日法律之中心问题,就会对我们的内容表示失望。遗憾的是,如果我们试图以其应有的理论深度而来包含这些问题,就将不适当地使一本已经很厚的书再增加厚度。

我们时时都在讨论知识产权案件中的法律救济,但除了有关商业秘密部分以外其他都不是系统性的。^[25] 必须牢记于心的一点是,一旦知识财产被“产权化”,亦即被纳入某一个在法律上可强制执行的财产权制度,那么,权利人就应当拥有与有体财产所有人相同的充分救济。例如,若一项专利被他人故意侵权使用,而使用人比专利权人更有效率,因此其从侵权中所获得的利益超过了专利权人的损失,但是应当允许专利权人向侵权人主张其从中的获利。这样通过侵权人不能从侵权行为中获利,法律就迫使该专利的潜在使用人与专利所有人进行谈判,从而以一个市场交易来替代一个法律交易。

当市场交易的费用较低,通常的情况就是当某人认为其能够比财产的所有人更有效地利用该财产时,效率就要求这样的法律救济,从而强迫潜在的使用人去与财产的所有人谈判,而不是直接拿了所有人的财产就用,再由法院来决定他应当为此而强迫支付的价格(损害赔偿金)——后者是一种低效率的资源分配方式。这个关于普通法的经济分析的基本观点^[26] 对于知识产权也是适用的,并且表明了本书的其中一个主题——那些说明与解释财产法的经济学原理同样可以用于指导对知识产权法的思考。知识产权

[24] 参见,例如,Alan S. Gutterman 与 Bentley J. Anderson, *Intellectual Property in Global Markets: A Guide for Foreign Lawyers and Managers* (1997); John F. Duffy, "Harmony and Diversity in Global Patent Law", 17 *Berkeley Technology Law Journal* 685 (2002)。

[25] 关于从一个经济学视角而对知识产权法律救济所作的精细讨论,参见 Roger D. Blair 与 Thomas F. Cotter, "An Economic Analysis of Damages Rules in Intellectual Property Law", 39 *William and Mary Law Review* 1585 (1998)。

[26] 参见,例如 Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 下册(第6版,2003)。

法与物质财产法的主要区别,就在于前者情况下的交易成本可能更高。这一区别支持了这样的主张,对知识财产应当比物质财产更少地被彻底产权化。但是,一旦判定具体的某一“块”知识财产应当为人所有,那么,有关法律救济选择的标准分析就可适用了。

我们大量采用产权经济学,就是为了给我们的分析以统一性,而且正如前面所提到的,也是为了给我们在第1章中专门讨论的那些经济学以统一性。但是,由于在诸如土地之类传统的物质财产与知识财产之间存在着重要的经济性差异,所以,对一般财产权的经济分析就只能作为一个讨论的起点。正如令人尊敬的普兰特(Plant)所指出的,在物质财产的情况下,“私人财产制度有利于稀缺产品的保护,意图(我们在某种可能不那么严谨的意义上说)引导着我们‘对它们作最有效的利用’”,而且它“一般来说也是正确的,即某一特定产品及其易于被替代品的供给的所有权,并不存在于充分的集中(sufficient concentration),从而使得所有人可以控制其所拥有财产的价格。任何一个财产所有人对财产的保留或者处分,一般都不会明显地影响此类商品的价格”^[27]。相反地,“专利或者著作权上的财产权则可能为相应产品制造了一种稀缺,而除此之外这些产品的稀缺是不可能得到维持的……某一产品可能不存在易于获得的替代品,这样就由所有人完全供给而成为受益人”^[28]。

- 9 就知识产权的社会价值而提出重要问题者而言,普兰特并不是该主题惟一身负重任的经济学研究者。^[29] 其他人曾经提议,实

[27] Plant, “The Economic Theory Concerning Patents for Inventions”, 前揭[5],第36页。

[28] 同上。(着重号系原文所加)

[29] 参见一个有趣的讨论,在 Fritz Machlup 与 Edith Penrose, “The Patent Controversy in the Nineteenth Century”, 10 *Journal of Economic History* 1 (1950)。对知识产权法的其他怀疑性分析,参见 Robert M. Hurt 与 Robert M. Schuchman, “The Economic Rationale of Copyright”, 56 *American Economic Review* 421 (1966),该文激发了当代对著作权法经济学的研究兴趣。Stephen Breyer 与 Adam Jaffe 的持怀疑态度的重要论文,在本书第1章中引用。在 Lawrence Lessig, *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World* (2001)中也持有强烈的怀疑主义立场。