

技术文化输入国的知识产权 立法分析

从历史与逻辑的视角

王宏军^{*}

摘 要 在支持和反对知识产权立法强化的学术争鸣中,既有的价值判断与实证研究都存在一定的局限性,有必要引入历史与逻辑的分析视角。通过回顾历史上技术文化输入国的立法实践,可以看出:“技术文化输入国,知识产权立法适度保护”的历史经验是客观存在的。通过对该条经验进行逻辑分析,可以看出其主要蕴含能有效减少技术文化输入国与输出国之间知识控制力差距的制度理性。在理论意义上,这样的分析与结论可能会加强反对知识产权立法强化一方的观点,进而也可能会推动对我国知识产权立法实践的反思。

关键词 技术文化输入国 知识产权立法经验 历史分析 逻辑分析

一、问题的提出

在我国知识产权学界,尽管存在支持和反对知识产权立法强化的理论争论,^[1]但或许双

^{*} 天津商业大学法学院副教授。本文为笔者主持的教育部人文社会科学研究青年基金项目(10YJC820107)的阶段成果;教育部人文社会科学研究规划基金项目(11YJA820055)也为本文提供了一定资助。尤其感谢《中外法学》的匿名评审专家对本文初稿所提出的研究方法上的宝贵建议。

[1] 无疑,全面描述该理论争论几乎是不可能的,笔者试着指出以下几条线索:第一,著名学者吴汉东先生认为,对于中国知识产权立法保护水平的判断,在政界、商界、学术界都存在广泛的争议。第二,在立法问题上,有相当数量的学者致力于如何强化知识产权的立法保护,而另有一部分学者对此立法强化提出了明显不同的观点。第三,在司法问题上,尽管知识产权法定主义与司法能动主义之间的理论争论并未过多针对立法问题,但从深层次上看,可以说受制于立法保护水平高低的问题能否得到澄清。第四,放大来看,国际学术界也存在相同性质的理论争论,尤其是那些对强化知识产权立法保护持明确批评态度的学者如 Peter Drahos,或是对此持较为谨慎态度的学者如波斯纳,受到一部分国内学者的高度重视。

方对以下两个基本事实可以达成共识:一是我国至今仍是或至少还主要是一个技术文化输入国。^{〔2〕} 根据吴汉东先生的评价,在专利领域,现在依然是“技不如人”;在商标领域,可以说是“貌不迷人”;在版权领域,较长时期是“文不惊人”。综合来看,我国还远不是一个知识产权强国。^{〔3〕} 二是我国的知识产权立法保护水平不低。有学者通过实证研究指出,从立法保护水平上看,早在1993年我国就已超过部分发达国家,至2001年已超过绝大多数发达国家,仅仅略逊于美国。^{〔4〕} 然而在某种意义上,这个共识的存在并未成为双方理论接近的基础,相反却成了彼此理论分离的根源,因为支持立法强化一方认为,正是由于我国的知识产权实力还很弱小,才更需要从立法上不断加强知识产权保护,以减少与西方大国的差距;^{〔5〕} 而反对立法强化一方认为,也正是由于我国的知识产权实力还很弱小,知识产权的立法高速度产生了民族利益损失、国有无形资产流失等不利后果。^{〔6〕}

也许经济学家会认为,法学家争论来、争论去的价值判断终究不具最终的说服力,还是让实证数据来说话,但实际上,诉求于实证也存在诸多问题。且不说在这么大的国家收集相关足够的数据、确定精确的理论模型并非易事,也不说所收集到的数据是否真实可信,即便这些条件全都满足了,或许仍然难以说清问题。因为在严格的经济学意义上,就强化知识产权立法保护的实际效果而论,除了要说明如此立法给经济带来了多少正增长之外,还要说明如此立法究竟增加了多少“输入成本”。^{〔7〕} 只有这两者都计算清楚了,经济学家的实证研究才可能具有最终的说服力,但后者相对于前者,无疑更难计算,甚至能否计算清楚也不无疑问。有鉴于此,波斯纳等学者才主张,即便是像美国这样的科技文化强国及知识产权立法强保护国,其经济“最终”是否获得了“净”收益,这点尚不明确。^{〔8〕} 当然,反过来,就降低知识产权立法保护的实际效果而论,主张实证研究的经济学家也会遇到类似的计算难题。

既然价值判断和实证研究都存在一定的局限性,那么该如何对前述理论争论的得失进行判断?或许应该予以承认的是,在学术意义上,任何判断方法皆不完美,人们所能做的,只能是像“盲人摸象”那样,先从各个角度去进行摸索,进而通过开展充分的学术争鸣,最后才有可能获得一个趋近于客观、公平的“整全”判断。^{〔9〕} 这样说来,考虑到我国仍主要是一个技术文化

〔2〕 参见冯象:《木腿正义》,北京大学出版社2007年版,页86、94。

〔3〕 参见吴汉东:“中国知识产权法制建设的评价与反思”,《中国法学》2009年第1期。

〔4〕 参见韩玉雄、李怀祖:“关于中国知识产权保护水平的定量分析”,《科学学研究》2005年第3期;许春明、陈敏:“中国知识产权保护强度的测定及验证”,《知识产权》2008年第1期。

〔5〕 参见郑成思:“中国入世与知识产权保护”,《法学》2002年第4期。

〔6〕 参见袁泳:“知识产权法与技术、文化创新”,《北京大学学报》1997年第5期。

〔7〕 波斯纳等学者认为,知识财产的扩张实际上可能减少了新知识财产的数量,因为新知识财产的一项重要重要输入就是现有的这些财产,这样就在新知识财产的创造中提高了创造者的输入成本。参见(美)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,页533。

〔8〕 同上注,页526。

〔9〕 参见汪丁丁:“中国社会科学学术传统的重建问题”,《社会科学战线》2004年第4期。

输入国的基本国情,对历史上同属技术文化输入国的知识产权立法实践作一番历史与逻辑的考察,从小处说,符合人们的常识性理解;从大处说,应不失为具有一定的学术合法性。并且,虽然上述支持方和反对方都提供了各自的理由,但如果适当拉开一些“焦距”,或可看作都是基于有限事实的一种学理“预测”,因为通过短短 20 余年间的相关实践来评判一部深受国际法制约的国内法的利弊,恐怕过于仓促。在这个意义上,这些预测也只能说仅具有有限的说服力,无疑尚需接受更长时间的、更大范围的中国实践的检验。而历史上为数众多的技术文化输入国,在长达两个多世纪的历史跨度内,采用了何种相关立法,又收获了什么,却是一种客观的既定事实,历史事实相对于学理“预测”无疑更具说服力。最后,这样的考察还暗含着另外一种意味,即不论是因为国际因素对我国立法的深刻影响,还是可能存在其它更为复杂的国内原因,^[10]我国的知识产权立法保护一直在不断地强化。又因为对我国而言,知识产权法无疑是一个舶来品,事实上,我们自己并没有从容地实践及体验过。在立法上强化保护或适度保护究竟哪个更为有利,由于历史上的技术文化输入国一般运用的是适度保护的立法,这也可以在一定程度上丰富我们自身经验的不足。出于这些考虑,在本文中,笔者将首先从历史的视角,对技术文化输入国的相关立法经验进行理论总结,进而重点从逻辑上考察这些立法经验是否蕴含着某些共通的制度理性,最后指出这样的研究对判断上述学理争论的得失,以及在更大的范围内对我们而言具有如何的学术意义。

二、历史的经验

在 18、19 世纪,英、法、德三国是最主要的技术文化输出国,近代知识产权法自这些国家起源并得到了长足发展,^[11]它们也成为了历史上最开始出现的知识产权强国,而欧洲其它国家以及美国、日本等,相比而言,则属于技术文化输入国及知识产权立法移植国。在 20 世纪,美国、西欧、日本取代了 18、19 世纪的英、法、德三国,成为新的知识产权强势国家和地区,而包括我国在内的广大第三世界国家,相比而言,则成为了下一轮次的技术文化输入国及知识产权立法移植国。不难发现,凡是历史上的技术文化输出国,其国内的知识产权立法保护水平,都要高过同一时期的技术文化输入国,并且,前者也会积极推动在国际上强化对知识产权的立法保

^[10] 以软件为例,软件权利人自然从打击盗版行动中获得收益,为了获得这一收益,愿意与司法人员分享这一收益;另一方面,执行打击盗版行动的人员,为分摊行动成本或收取对这一代价的足够补偿,倾向于让立法者把保护知识产权的法律制订得格外严厉,从而得到政府各部门的重视。这样,执法者和产权所有者就很可能联合起来,努力制订更加严格的知识产权保护法。参见汪丁丁:《盘旋的思想》,三联书店出版社 2009 年版,页 106—107。

^[11] 近代的知识产权法创立于 17—19 世纪。一般认为,英国于 1623 年制定了世界上第一部专利法,于 1709 年制定了世界上第一部版权法,法国于 1857 年制定了世界上第一部商标法。参见吴汉东等:《知识产权基本问题研究》,中国人民大学出版社 2005 年版,页 64。

护,如 19 世纪法、德两国推动制定《巴黎公约》、《伯尔尼公约》,^[12]20 世纪以美国为首的发达国家推动制定的 TRIPs 协议。因此,在技术文化输出国与知识产权立法强保护之间,可以说总是存在某种“稳定”的历史联系。而另一方面,作为历史上的技术文化输入国,又是如何安排自己的知识产权立法的?是否在此二者之间也存在某种“稳定”的历史联系?这些问题值得进一步探讨。以下,笔者选择国内、国际各一个代表性文本,对东西方的技术文化输入国在 19、20 世纪的相关立法实践,予以简要地回顾与说明。

文本 1:我国学者文希凯以专利法为例对相关历史的概要性说明。荷兰 1869 年废除了其 1809 年专利法,直至 1912 年才重新施行专利制度;瑞士的专利法多次被公民投票否决,直至 19 世纪末才得以通过;在化学物质专利的问题上,德国直至 1967 年,北欧四国直至 1968 年,日本直至 1976 年,瑞士直至 1978 年,才对化学物质授予专利权;在对药品给予专利保护的问题上,德国和法国直至 1967 年,意大利直至 1979 年,而西班牙直至 1992 年才修改法律授予专利权。^[13]

文本 2:英国知识产权委员会的《知识产权与发展政策相结合》报告对相关历史的综括式说明。一是现在的发达国家大多在 19 世纪严格限制药品、食品等生活必需品的专利权保护;二是关于知识产权特别是专利权,一直存在广泛而激烈的政治争议,荷兰和瑞士甚至在较长的一段时间内放弃了专利法;三是在 20 世纪 60—80 年代,亚洲的韩国、印度等国曾广泛地运用知识产权的适度保护模式,以满足其经济追赶阶段的特定需要;四是作为最具代表性的美国,在其经济追赶阶段,采用了对本国限制权利授予、对外国人执行明显歧视的知识产权政策。例如在 1790—1836 年期间,美国作为当时的技术净进口国,一直限制对其公民的专利权授予;即使到了 1836 年,外国人的专利申请费也高出美国公民的九倍;直到 1891 年,美国的著作权保护仍仅限于美国公民,外国著作权在美国仍受到各种各样的限制等。^[14]

通过分析上述两个文本,可以看出以下三点推论。

首先,历史上欧美各主要国家知识产权立法的演变,并非是“共时性”的,而是“历时性的”,^[15]甚至在局部还出现过“历史的倒退”。如果说在英、法、德三个知识产权制度起源地国家,对知识产权的立法保护从未中断,保护水平也在不断提升,那么在欧美其它主要国家,则往往要根据自己依然是技术文化输入国,还是已转变为技术文化输出国,不断地调整自己的知识产权国内法,某些调整甚至会精细到只针对某一类或某几类重要的技术文化产品,比如在对药

[12] 《保护工业产权巴黎公约》和《保护文学作品伯尔尼公约》相继制订于 1883 年和 1886 年。对这两个条约的详细制订过程,参见古祖雪:《国际知识产权法》,法律出版社 2002 年版,页 28—33。

[13] 转引自袁泳,见前注[6],页 102。

[14] 英国知识产权委员会:《知识产权与发展政策相结合》,页 17—18。英国知识产权委员会网:http://www.iprcommission.org/graphic/Chinese_Intro.htm,2012 年 8 月 21 日访问。

[15] 有学者认为,中国知识产权的协调发展仍然面临着一个“历时性问题、共时性解决”的基本问题。参见饶明辉:《当代西方知识产权理论的哲学反思》,科学出版社 2008 年版,页 205—206。对“历时性”、“共时性”这两个术语,尽管笔者与饶明辉博士使用的“场合”不同,但对其本意的理解应该说是一致的,并且正好可以构成理论上的相互支撑。

品、食品的专利保护问题上;而另一些调整甚至关系到某项知识产权制度的存废,比如瑞士和荷兰,都曾经在 19 世纪的一段很长时间内,基本上就废弃了专利法。因此,就相关历史事实而言,并不能说一进入到了近代的工业革命时期,这些国家就确立了大体一致的知识产权法。实际上,知识产权的制度演化史充满了“历史的丰富”。

其次,决定技术文化输入国立法安排的,与其说取决于应在多大程度上保护智力劳动,毋宁说受制于能否最大程度地实现以下两个社会功利性目标,即降低本国企业的知识引进及创新成本,以及满足国民基本社会福利的紧迫需求。从这些立法指导思想出发,即便是对本国的创新者,技术文化输入国在授权时都会比较谨慎,更不要说去主动地保护来自国外创新者的智力劳动。以美国为例,其在 1836 年之前一直限制对其本国公民授予专利权;再比如,人们也很难想象,历史上的美国立法者“并不知道”英国小说中有需要保护的创造性劳动。实际上,尽管在整个 18 世纪和 19 世纪上半叶,智力劳动在知识产权法的诸多方面起到了枢纽作用,但之后,即便是作为当时知识产权强国的英国的立法,也已转向了一条功利主义的制度演化路径。^[16]或许可以说,就知识产权法“服从”于功利主义这一点而言,^[17]自 19 世纪下半叶始,技术文化输入国与输出国的立法并不存在本质的不同。

再次,对历史上的技术文化输入国而言,它们的知识产权立法模式,“同样”具有很大的相似性或者说稳定性。在总体的制度安排上,主要表现为:对来自外国的权利人,虽然程度不同,但往往要设置带有明显歧视性的各种权利限制;对本国的权利人,从一般情形来看,事实上也并没有追求立法保护越强越好,而是强调了立法保护要适度。有些国家甚至走的更远,除了前面提到的瑞士、荷兰废弃专利法的例子外,处于经济追赶阶段的韩国,不但在立法上坚持采最低标准,而且在法的实施上还必须做到更加宽松。^[18]尤为值得注意的是,这样的一种立法模式,并非可以解释为历史的偶然。恰恰相反,该模式在这些国家得到了广泛地、积极地运用,并横跨了 19、20 两个世纪,因此具有被总结成一种历史经验的理论可能?在本文中,笔者将该经验概括为“技术文化输入国知识产权立法适度保护”。

那么,是什么导致了现阶段的技术文化输入国不能重走“历史的老路”?这显然是因为,随着 TRIPs 协议时代的到来,大部分的自由被取消。对比《伯尔尼公约》与《巴黎公约》,虽然也对知识产权的国际保护进行了协调,但还是将立法上的“设计自由”留给了各个成员国。^[19]

[16] 参见(澳)布拉德·谢尔曼、(英)莱昂内尔·本特利:《现代知识产权法的演进》,金海军译,北京大学出版社 2006 年版,页 206—210。

[17] 国内学界一般认为,如果侧重于强调对智力劳动的保护和对知识创新者私权的维护,那么其最初的理论根源可以追溯到洛克的劳动自然权学说;如果侧重于强调知识产权保护只是手段,维护相关的社会公共利益才是最终目的,那么其最初的理论根源可以追溯到休谟与边沁的功利主义财产权学说。参见易继明:“知识产权的观念:类型化及法律适用”,《法学研究》2005 年第 3 期;崔国斌:“知识产权法官造法批判”,《中国法学》2006 年第 1 期;李扬:“知识产权法定主义的缺陷及其克服——兼与梁慧星、易继明教授商榷”,《法学研究》2006 年第 2 期等代表性论文。

[18] 参见张平:“国家发展与知识产权战略”,《河南社会科学》,2007 年第 4 期。

[19] 英国知识产权委员会,见前注[14],页 19。

“今天的发达国家,在他们当初的发展过程中享受了这种设计自由,而这种自由对它们的经济发展做出过积极贡献——这是一个不争的历史事实”。〔20〕然而,TRIPs 协议的实施,实质性地改变了这一切。在此值得注意的是,TRIPs 协议是否以及在多大程度上削弱了成员国的“设计自由”,更多的属于一个事实判断,通过比较加入前后某国所享有的“设计自由”的多少,就可以计算清楚,并不能说“加入”就可以证成自由的存在,因为即便是加入行为本身也更多的是一种“不得不加入”。否则,某些技术文化输入国就有可能被淘汰出局。〔21〕

三、逻辑的解读

对历史上的技术文化输入国而言,为了降低知识引进及创新成本,满足民众的基本福利需求,从功利主义出发,普遍采用了知识产权适度保护的立法模式,主要表现为以下四种情形,即在立法上明显内外有别,放弃专利法,国内立法保护水平较低,在法的实施环节降低保护。值得提出的是,在这些立法模式中,是否蕴含着某些共通的制度理性?笔者试着从逻辑的视角对此予以分析。〔22〕

在知识产权的分类研究中,有一种做法是将一国所授予的知识产权划分为自主与非自主知识产权两类:前者主要是指由该国国民及民族企业所控制的知识产权,后者主要是指由来自外方的权利人在该国所控制的知识产权。与此分类相对应,在一个国家内部,也应该细致区分该国知识产权综合实力与外方知识产权综合实力。由于从现实来看,知识产权综合实力不过是该国以及外方在该国内部对于无法在事实层面实现“占有”的、具有“公共物品”基本属性的特定知识,在法律干预下所获得的排他性控制力,因此,在讨论相关问题时,应该可以使用“知识控制力”这个术语用于指称知识产权综合实力。此外,这样做的深层理由是,后一个术语由于是以知识产权作为限定,看似预先假定了不论是该国知识产权综合实力还是外方知识产权综合实力,也包括双方实力的此消彼长等纷繁变化,都在一定程度上具有“法定”的正当性,这很有可能会构成一种对反思的束缚;而使用前一个术语,由于将关注的焦点集中于知识及其控制力这两个基本要素本身,更有利于展开“就事论事”意义上的学术探讨。

由此,前述该国与外方知识产权综合实力的分类就可以被重新表述为该国与外方知识控制力的分类。进而,为了能够从理论上对双方知识控制力之间的互动式影响予以把握,笔者又引入了“知识控制力差距”这个核心术语,期望通过该术语的组织,能确立起一个基本的理论分析框架,以实现对该国知识控制力、外方知识控制力与该国相关立法(尤其是知识产权法)三者之间的复杂关系,进行最为简要的逻辑分析。该分析主要分为以下两个步骤:首先,在一般意义上,在某国内部,由于相关立法对待各类知识的“态度”不同,该国与外方之间的知识控制力

〔20〕 (澳)彼得·德霍斯:《知识财产法哲学》,周林译,商务印书馆 2008 年版,页 6。

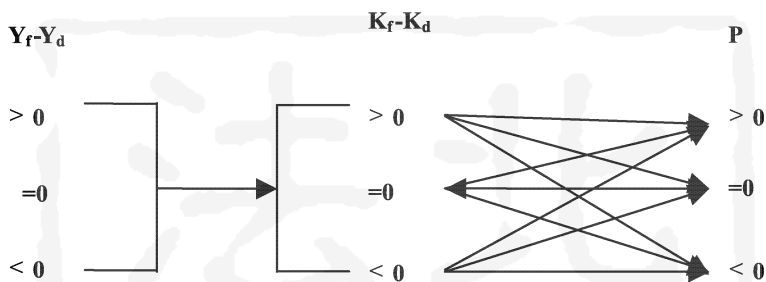
〔21〕 参见郑成思:《知识产权——应用法学与基本理论》,人民出版社 2005 年第 1 版,页 1—2。

〔22〕 之所以要使用逻辑分析,是因为笔者坚信,所谓“学术”研究,无非就是用符合逻辑的方式说实话而已。

差距会发生如何的变化;其次,就技术文化输入国而言,随着相关立法尤其是知识产权立法保护水平的调整,该国与外方之间的知识控制力差距会发生如何的变化。

(一)一般理论模型

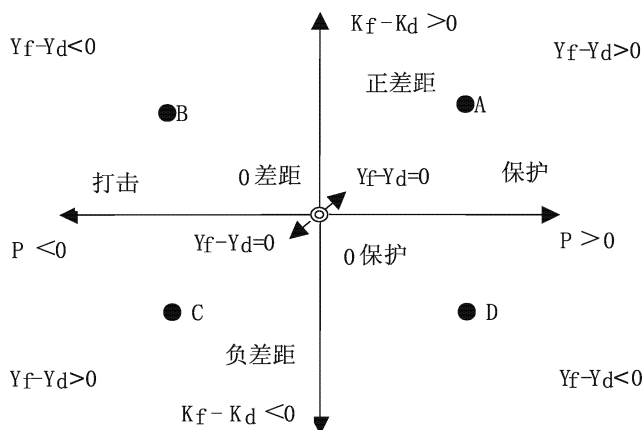
理论假定:①知识控制力用 Y 来表示,其数值变化取决于以下两个变量的数值变化,即受法律影响的知识 K ,以及法律的影响力度 P ,三者的关系可以用 $Y=f(K, P)$ 的公式来表示;②该国的知识控制力被表示为 $Y_d=f(k_d, P)$,在该国的外方的知识控制力被表示为 $Y_f=f(k_f, P)$,该国与外方的知识控制力差距的计算公式为 $Y_f-Y_d=f(K_f-K_d, P)$;③该国立法不但对该国的知识以及来自外方的知识实行“非歧视”调整,而且这些立法能够得到很好的落实。



在逻辑意义上, $Y_f - Y_d$ 只存在三种情形,即 > 0 , < 0 , 或 $= 0$, 同样, $K_f - K_d$ 也只有三种情形,即 > 0 , < 0 , 或 $= 0$, P 也只有三种情形,即 > 0 , < 0 , 或 $= 0$, 而 $Y_f - Y_d$ 具体表现为哪种情形,取决于 $K_f - K_d$ 的三种情形与 P 的三种情形之间的不同组合,一共存在九种情形。请参见上图。

这九种情形,总体上可以分为两类:一种是当 $K_f - K_d$ 和 P 这两者中有一个为 0, 以及这两者都为 0 时的情形,共存在五种情形;另外一种当 $K_f - K_d$ 和 P 这两者任一都不为 0 时,共有四种情形。这九种情形可以用下面的坐标图予以更为直观的展现。

通过观察该坐标图,可以对前述两类区分做进一步的分析。



①当 $K_f - K_d = 0$ 时,或者当 $P=0$ 时,或者当此两项变量都为 0 时, $Y_f - Y_d = 0$ 。具体而言,当双方的知识拥有量是等同的,不论立法的情形如何,或者当法律对于双方知识差距的评价为 0 时(如对外方研发的、该国国民所急需的药品制造知识,不提供保护),不论双方的知识差距如何,双方的知识控制力差距都为 0,或者说,双方不存在知识控制力的差距。具体包括以下五种情形:

当 $K_f - K_d = 0, P < 0$ 时, $Y_f - Y_d = 0$;

当 $K_f - K_d = 0, P > 0$ 时, $Y_f - Y_d = 0$;

当 $K_f - K_d = 0, P = 0$ 时, $Y_f - Y_d = 0$;

当 $K_f - K_d > 0, P = 0$ 时, $Y_f - Y_d = 0$;

当 $K_f - K_d < 0, P = 0$ 时, $Y_f - Y_d = 0$ 。

由于现实中 $K_f - K_d = 0$ 很难成立,因此后两种情形值得特别关注。不难理解的是,当 $K_f - K_d > 0$ 时,即当外方的知识多于该国时,其会反对 $P = 0$,但是,当 $K_f - K_d < 0$ 时,即当外方的知识少于该国时,其会支持 $P = 0$;而对该国而言,情形正好相反。但是,不论外方与该国的知识拥有量相比具体情形如何,也不论双方是赞成还是反对 $P = 0$,只要是该国确立了 $P = 0$,双方的知识控制力差距就都为 0,因此, $P = 0$ 可以说具有十分重要的制度价值。

②当 $K_f - K_d$ 和 P 这两者任一都不为 0 时,共有上述坐标图中的 A 点、B 点、C 点、D 点四种情形:

在 A 点时,由于 $K_f - K_d > 0, P > 0$,会出现 $Y_f - Y_d > 0$;

在 B 点时,由于 $K_f - K_d > 0, P < 0$,会出现 $Y_f - Y_d < 0$;

在 C 点时,由于 $K_f - K_d < 0, P < 0$,会出现 $Y_f - Y_d > 0$;

在 D 点时,由于 $K_f - K_d < 0, P > 0$,会出现 $Y_f - Y_d < 0$ 。

具体而言,在 A 点时,外方所拥有的知识(如受知识产权法所保护的各类知识)多于该国,法律对这些知识予以肯定性评价即提供保护,外方多出几项便获得几项正利益,相对于虽然 $K_f - K_d > 0$ 、但因 $P = 0$ 致使 $Y_f - Y_d = 0$ 的情形,双方的知识控制力差距必然会 > 0 ,可概括为“外方好的知识多于该国‘有功’,进而,知识越多越有功”。显然,外方会支持这样的立法,而该国则会反对。

在 B 点时,外方所拥有的知识(如被知识产权法尤其是刑法及反垄断法中的公法性规范所禁止传播的知识,或者知识的某些不当利用方式等)多于该国,法律对这些知识予以否定性评价即进行打击,外方多出几项便获得几项正利益,相对于虽然 $K_f - K_d > 0$ 、但因 $P = 0$ 致使 $Y_f - Y_d = 0$ 的情形,双方的知识控制力差距必然会 < 0 ,可概括为“外方坏的知识多于该国‘有过’,进而,知识越多越反动”。显然,外方会反对这样的立法,而该国则会支持。

在 C 点时,外方所拥有的知识(同 B 点)少于该国,法律对这些知识予以否定性评价即进行打击,外方少了几项便获得几项正利益,相对于虽然 $K_f - K_d < 0$ 、但因 $P = 0$ 致使 $Y_f - Y_d = 0$ 的情形,双方的知识控制力差距必然会 > 0 ,可概括为“外方坏的知识少于该国‘有功’,

进而,知识越少越有功”。显然,外方会支持这样的立法,而该国则会反对。

在D点时,外方所拥有的知识(同A点)少于该国,法律对这些知识予以肯定性评价即提供保护,外方少了几项便获得几项不利益,相对于虽然 $K_f - K_d < 0$ 、但因 $P = 0$ 致使 $Y_f - Y_d = 0$ 的情形,双方的知识控制力差距必然会 < 0 ,可概括为“外方好的知识少于该国‘有过’,进而,知识越少越有过”。显然,外方会反对这样的立法,而该国则会支持。

(二)技术文化输入国的理论模型

通过构建前述的一般理论模型,笔者已经将 $Y_f - Y_d = f(K_f - K_d, P)$ 所包含的九种可能进行了较为全面的分析。由于技术文化输入国最一般的国情是其所掌控的知识要少于输出国,也就是 $K_f - K_d > 0$,因此,在前面的分析中,与技术文化输入国有关的主要是当 $K_f - K_d > 0$ 时与P的三种组合情形,分别是:

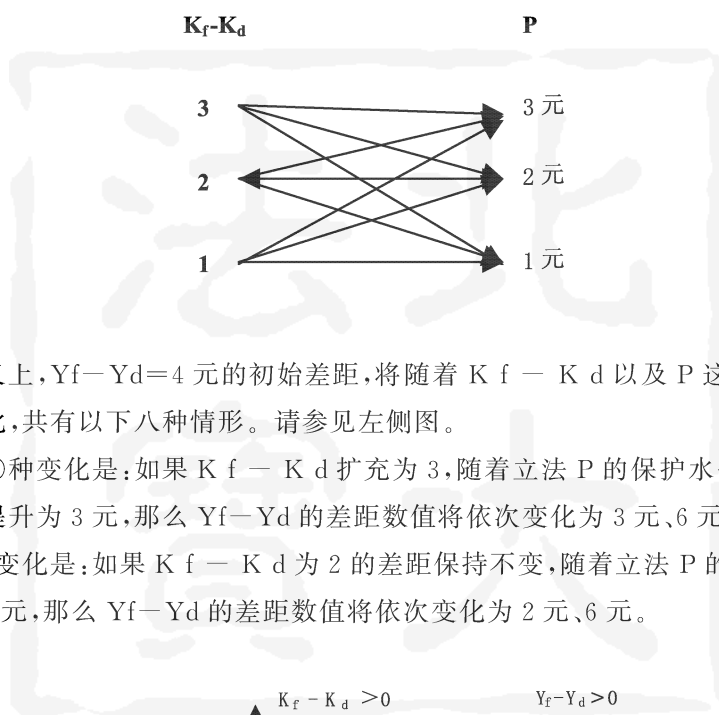
- ①当 $K_f - K_d > 0, P < 0$ 时, $Y_f - Y_d < 0$,也就是B点的情形;
- ②当 $K_f - K_d > 0, P = 0$ 时, $Y_f - Y_d = 0$;
- ③当 $K_f - K_d > 0, P > 0$ 时, $Y_f - Y_d > 0$,也就是A点的情形。

对于技术文化输入国而言,毋庸置疑,其肯定希望 $Y_f - Y_d$ 的差距能变得越小越好,但由于基本事实是 $K_f - K_d > 0$,因此,其追求该目标的手段无外乎有以下两个:一是在知识创新上,通过不懈地努力,使 $K_f - K_d$ 的差距不至于放的更大;二是通过立法即P的制度调整,使 $Y_f - Y_d$ 的差距被尽可能地缩小。

从第二种手段即制度调整的措施来看,在第①种情形中,由于 $P < 0$ 的否定性评价,使得 $K_f - K_d > 0$ 的差距不但没有积极意义,而且还产生了反方向的不利益,致使在局部出现了 $Y_f - Y_d < 0$ 的积极效果。这也就意味着,如果技术文化输入国强化了知识产权法自身的各类限制制度,尤其是加大了刑法及反垄断法对于违禁知识、知识的不当利用方式等的打击力度,那么 $Y_f - Y_d$ 的差距有望获得实质性的缩小,或者说根本性的扭转,因此可以说, $P < 0$ 在立法上实占据着一定的战略性位置。在第②种情形中,由于 $P = 0$ 的中性评价,使得 $K_f - K_d > 0$ 的差距几乎没有积极意义,也就是说,不论这样的知识差距有多大,都不会转化为现实中的知识控制力差距。实际上,这种立法使得所涉及的那部分 K_f 及 K_d ,都成为了未被独占的公共知识资源。当然,外方的“贡献”更大些。不论这样的立法能否成为现实,但在逻辑意义上,其无疑是使 $Y_f - Y_d$ 的差距缩小甚至不存在的最重要举措之一。此外,由于在 $K_f - K_d > 0$ 的前提下,当 $P < 0$ 时, $Y_f - Y_d < 0$,而当 $P > 0$ 时, $Y_f - Y_d > 0$,也就是说, $Y_f - Y_d$ 为负、为正,恰是以 $P = 0$ 作为分界点和起始点的,因此还可以说, $P = 0$ 在立法上无疑是一个十分重要的“关键点”。在第③种情形中,由于 $P > 0$ 的肯定性评价,使得 $K_f - K_d > 0$ 的差距有了积极意义,也就是说,该知识差距可以凭借法律的落实转化为现实中的知识控制力差距。然而,这仅是指出了当 $K_f - K_d > 0$ 和 $P > 0$ 两个条件满足时,会出现 $Y_f - Y_d > 0$ 的后果,却并未进一步明确 $Y_f - Y_d$ 自身是“正多”还是“正少”的问题。在可能的情况下,应该说,技术文化输入国没有理由不去通过制度调整,以实现 $Y_f - Y_d$ 尽可能地“正少”而非“正多”的目标。实际上,

这也就意味着,在 $Y_f - Y_d > 0$ 的大背景下,还需要对前述坐标图中 A 点的变动可能性进行进一步的逻辑说明。

为便于分析,在前文理论假定的基础上,有必要新增以下两项:①技术文化输入国的知识产权法不但对该国及来自外方的知识实行“非歧视”调整,而且这些立法能够得到很好的落实;②假定输出国与输入国之间存在两项知识差距,即 $K_f - K_d = 2$,并假定在既有的知识产权法的保护下,每项知识的使用费用为 2 元,即 $P = 2$ 元,那么 $Y_f - Y_d = 4$ 元,也就是说,此处假定了 A 点或者说双方的“初始”的知识控制力差距为 4 元。



在逻辑意义上, $Y_f - Y_d = 4$ 元的初始差距,将随着 $K_f - K_d$ 以及 P 这两个变量的变化发生相应的变化,共有以下八种情形。请参见左侧图。

第①、②、③种变化是:如果 $K_f - K_d$ 扩充为 3,随着立法 P 的保护水平缩小至 1 元、保持 2 元不变或提升为 3 元,那么 $Y_f - Y_d$ 的差距数值将依次变化为 3 元、6 元、9 元。

第④、⑤种变化是:如果 $K_f - K_d$ 为 2 的差距保持不变,随着立法 P 的保护水平缩小至 1 元或提升为 3 元,那么 $Y_f - Y_d$ 的差距数值将依次变化为 2 元、6 元。

第⑥、⑦、⑧种变化是:如果 $K_f - K_d$ 缩减至 1,随着立法 P 的保护水平缩小至 1 元、保持 2 元不变或提升为 3 元,那么 $Y_f - Y_d$ 的差距数值将依次变化为 1 元、2 元、3 元。

这八种情形可以用左侧的坐标图予以更为直观的展现。

通过观察该坐标图,可以发现,相对于 $Y_f - Y_d = 4$ 元的初始差距,在 $K_f - K_d$ 与 P 这两个变量的错综作用下, $Y_f - Y_d$ 最少可以减少至 1 元,即 $Y_f - Y_d = 1$ 元。无疑,这应是技术文化输入国所追求的最理想目标。为了实现该目标,应该同时满足的两个条件是 $K_f - K_d = 1$,以及 $P = 1$ 元。

笔者首先分析第一个条件,所提出的问题是:在初始知识差距 $K_f - K_d = 2$,以及 $P > 0$ 的总体制度背景和前提下,更可能会出现 $K_f - K_d = 1$,还是 $K_f - K_d = 3$? 从“常识”来看,由于技术文化输出国是“过来者”,在对知识的理解、运用,以及知识创新的经验等方面,相对于输入国而言,无疑应该更具优势,因此,在 $P > 0$ 的制度背景下,输出国很有可能使得 $K_f - K_d = 3$ 的情形出现。退一步而言,即便是该情形并未出现,看似也可以设想输出国应该有能力使得 $K_f - K_d = 2$ 的初始知识差距在一段较长的时间内得以维持。虽然这样的分析看似依赖常识且有些简单化,但或许也应承认,该分析并不比假定作为“后来者”的输入国在 $P > 0$ 的制度背景下就恰好会实现 $K_f - K_d = 1$ 更为荒唐或更不可信。这里,笔者可以再假想一个老师和学生的例子。诚然,可以观察到,学生一般比老师更有好奇心、更利于学习新知识,但是老师变得越来越“止步不前”,恐怕需要做更为全面地理解。如果老师无需因为年长而承担那么多的家庭、工作等社会责任,而是像学生那样也有一个无忧无虑的学习环境,那么,很难否认的是,老师应该比学生更容易理解和创造新知识。当然,笔者也并不否认,如果这个学生恰好有爱因斯坦式的天才,那么老师变得止步不前确实很难避免;但另一方面,如果假定大多数的学生都是爱因斯坦,恐怕也很难成立。因此,笔者认为,相对而言, $K_f - K_d = 1$ 的出现几率应该会远低于很可能会出现 $K_f - K_d = 3$,至少会远低于能在一段较长时间内维持现状的 $K_f - K_d = 2$ 。

如果这样的分析能够成立,那么即便是为追求 $Y_f - Y_d = 1$ 元的另外一个条件即 $P = 1$ 元可以满足,技术文化输入国希望将知识控制力差距缩小为 1 元的目标也很难实现。那么接下来,其应该追求的目标就转变为 $Y_f - Y_d = 2$ 元,该目标有可能通过两种方式实现,即 $K_f - K_d = 1, P = 2$ 元,或者 $K_f - K_d = 2, P = 1$ 元。由于前者仍然要求 $K_f - K_d = 1$ 的满足,致使该方式实现的可能性同样较低,因此只剩下后者这种可能的组合。也就是说,如果通过技术文化输入国的努力,维持了 $K_f - K_d = 2$,即知识差距并未扩大,那么在 $P = 1$ 元的制度条件下,其可以实现将既有的 $Y_f - Y_d$ 从 4 元缩小至 2 元的较为理想的目标。但是,如前一段所分析的,这里的 $K_f - K_d = 2$ 的假定仍然较为强烈,如果不幸的是出现了 $K_f - K_d = 3$ 的情形,那么技术文化输入国又该如何选择? 可以肯定的是,此时,确立 $P = 1$ 元的制度条件仍然不失为一种理性的选择,因为虽然 $K_f - K_d = 3$,但在 $P = 1$ 元时, $Y_f - Y_d$ 将最多为 3 元,相对于 $Y_f - Y_d = 4$ 元的初始差距,仍然出现了 $Y_f - Y_d$ 缩小的积极变化。因此,可以看出,相对于 $Y_f - Y_d = 4$ 元的初始差距而言,只要满足了 $P = 1$ 元的条件,就可以实现 $Y_f - Y_d$ 必然会缩小的积极效果。因为在以前的论述中,笔者已经将 $P = 0$ 称作技术文化输入国立法上的“关键点”,那么可以将 $P = 1$ 元

抽象为是“P 向关键点 0 的趋近”。

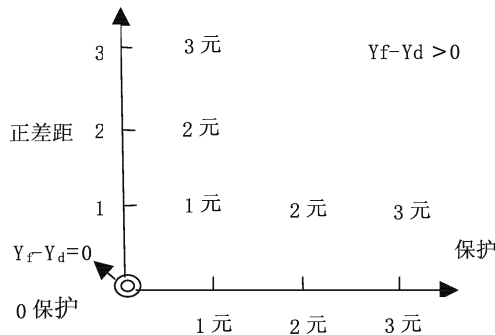
接下来考察,如果将 P 扩充至 3 元,对于技术文化输入国而言, $Y_f - Y_d$ 又将发生如何的变化。通过观察上面的坐标图,可以发现,当 P 扩充至 3 元,的确也存在 $Y_f - Y_d$ 缩小的唯一可能,条件是当 $K_f - K_d = 1$ 出现时。但是,如果假定上文的相关分析可以成立,那么这个条件的满足不能不说是较为苛刻的,或者说是很难实现的。退一步而言,即便是技术文化输入国经过发愤图强使得 $K_f - K_d = 1$ 的情形出现,此时会产生 $Y_f - Y_d = 3$ 元的差距,该差距与前述在 $K_f - K_d = 3, P = 1$ 元时的 $Y_f - Y_d = 3$ 元相等同,但需要注意的是,此时的 3 元是可能出现的“最小”差距,而前述的 3 元却是可能出现的“最大”差距,孰重孰轻,一目了然。换个角度来看,在 $P = 3$ 元时,如果出现了 $K_f - K_d = 1$ 的最理想情形,那么相对于 $Y_f - Y_d = 4$ 元的初始差距,也只是减少了 1 元,而该减少几乎是在 $P = 3$ 元时技术文化输入国所能够取得的最大成功;而对比前述当 $P = 1$ 元时的情形,如果同时满足了 $K_f - K_d = 1$ 的条件,那么 $Y_f - Y_d$ 却将缩小 3 元之多,也即达成了其所能追求的最理想目标。

进而,如果当 $P = 3$ 元时, $K_f - K_d = 1$ 并未实现,那么将会出现另外两种情形:一是 $K_f - K_d = 2$,此时将会产生新增差距 2 元, $Y_f - Y_d = 6$ 元;二是 $K_f - K_d = 3$,此时将会产生新增差距 5 元, $Y_f - Y_d = 9$ 元。在这两种情形下,相对于 $Y_f - Y_d = 4$ 元的初始差距, $Y_f - Y_d$ 无疑都得到了扩充,尤其是在后者的情形下,该差距达到了 9 元,出现了技术文化输出国所追求的最理想目标。因此,可以看出,相对于 $Y_f - Y_d = 4$ 元的初始差距而言,如果在制度上确立了 $P = 3$ 元,那么就很难实现 $Y_f - Y_d$ 能够缩小的积极效果。此外,不难理解的是,如果技术文化输入国不能实现 $P = 1$ 元的立法,其也会选择 $P = 2$ 元的立法即维持立法不变,而不会确立 $P = 3$ 元的立法。当然,这也可以被理解成是“P 向关键点 0 的趋近”的表现,只是在程度上有所不同,但基本的立法逻辑并无二致。

概括前面的分析,可以看出,相对于 $Y_f - Y_d = 4$ 元的初始差距而言,在 $P = 1$ 元时, $Y_f - Y_d$ 的差距“必然”会缩小;而在 $P = 3$ 元时,该差距则“很难”实现缩小。之所以会出现这样的明显差异,原因主要是基于 P 的如下两个制度功能:

首先,制度的“防御”功能。考虑到阳光底下无新鲜事,不论对于输出国还是输入国而言,知识创新都并非易事。但是,对于输入国而言,只要确立了 $P = 1$ 元的制度条件,即便是该国的知识创新进展的不太顺利,并未催生出 $K_f - K_d = 1$ 的理想情形,甚至出现了反方向的 $K_f - K_d = 3, Y_f - Y_d$ 的最大差距也仅是 3 元,相对于 $Y_f - Y_d = 4$ 元的初始差距,仍然是缩小的。反之,对于输出国而言,只要输入国确立了 $P = 3$ 元的制度条件,那么其就会变得十分主动,因为唯一可以使 $Y_f - Y_d$ 缩小的条件,即 $K_f - K_d = 1$ 事实上很难实现,即使输出国并未实现 $K_f - K_d = 3$,但只要能维持住 $K_f - K_d = 2$ 的既有知识差距,那么 $Y_f - Y_d$ 就会扩大,而这一点或许并不太难。总之,即便输入国并未能做出更多的知识创新,仅是通过将既有保护水平缩减至 $P = 1$ 元,就可以实现减少经济负担,尤其是能够摆脱更多的行为控制。同理但是情形恰好相反,即便输出国并未做出更多的知识创新,仅是通过输入国将立法保护水平扩张至

$P = 3$ 元,就可以实现在更大范围和程度上进行“寻租”。^[23]



其次,制度对知识效用的“增减”功能。先来看左侧的经过简化的坐标图,可以发现,在两种情况下,会出现 $Yf - Yd = 3$ 元的相同结果:一是当 $Kf - Kd = 1$ 与 $P = 3$ 元实现组合;二是当 $Kf - Kd = 3$ 与 $P = 1$ 元实现组合。这样,就可以得出一个如下的等值关系,即 $Yf - Yd = (Kf - Kd = 3, P = 1 \text{ 元}) = (Kf - Kd = 1, P = 3 \text{ 元}) = 3 \text{ 元}$ 。对该等值关系的解释是:在 $P = 1$ 元时, $Kf - Kd = 3$ 对 $Yf - Yd = 3$ 元的贡献,与在 $P = 3$ 元时, $Kf - Kd = 1$ 的贡献是等值的;进而,为使 $Yf - Yd = 3$ 元出现,在 $P = 1$ 元时,输出国需要多提供三项新知识,但在 $P = 3$ 元时,只要多提供一项新知识就够了。因此可以看出,恰是因为制度条件的不同,使得知识在前一种情形下看似发生了“贬值”,三项知识只能相当于后者的一项知识;而在后一种情形下却看似发生了“升值”,一项知识就能相当于前者的三项知识。由此,也可以进一步理解前述的制度的防御功能。于在 $P = 1$ 元时,三项知识仅能发挥一项知识的功用,这样的立法无疑能更好的为输入国进行防御;反之,在 $P = 3$ 元时,一项知识就可以发挥三项知识的功用,这样的立法无疑能更好为输出国进行防御。

综合上述分析,笔者所得出的总体性逻辑结论是:①在方法上,可以使用 $Yf - Yd = f(Kf - Kd, P)$ 的理论模型,对于在一国内部因该国相关立法(尤其是知识产权法)的调整所引发

[23] 虽然一方面,由于知识的“公共物品”属性,以及对知识无法通过“占有”进行控制,致使侵权的发生“事实”上很难避免,比如微软公司很难控制甚至也很难知晓购买者是否将其正版软件借给他人拷贝或进行了盗版;但另一方面,如果在立法上对知识确立了较强的保护且该法能够得到较好落实的话,那么由于知识及其载体的无限可复制性,致使知识的控制力也将达到几乎是无限的程度。比如,原则上凡是未经许可在商业活动中使用微软软件的用户,不论处于哪个国家、数量上有多少,都是该公司可以“依法”进行求偿的被告。可见,相对于有形财产而言,知识财产的控制力体现出“至柔”与“至刚”兼于一身的鲜明特征。从现实来看,由于高水平保护的 TRIPs 协议的全球性实施,使得知识财产的控制力正不断趋向于“至刚”的一端。对此趋势的可能后果,著名学者 Peter Drahos 曾作过如下的预测,即一旦知识财产的全球保护系统形成,那些少数国家可能就会利用全球财产系统来获得控制其他国家的某种永久优势或霸权,并且,允许对经济上的重要抽象物的所有权存在的全球保护制度会带来产生超级霸权国家的危险,进而,不仅仅是对经济上重要客体的霸权,而且,至少潜在地还包括对当地文化客体的霸权。最后,实力雄厚的跨国公司可能会试图通过劝说一个超国家机构提高已经存在的抽象物的保护程度这样简单的策略,来提高自己的收益。参见德霍斯,见前注[20],页200—201。因此,现阶段的技术文化输入国在确定知识产权立法保护水平高低的问题上,绝不能忽视外方对知识“依法”进行控制所可能造成的严重后果。

的该国与外方之间的知识控制力差距的变化进行逻辑分析。^②对于技术文化输入国而言,为实现 $Y_f - Y_d$ 尽可能缩小的目标,从 $K_f - K_d > 0$ 的基本国情出发,在立法调整上, $P < 0$ 具有一定的战略意义, $P = 0$ 被视为一个关键点,在不得不确立 $P > 0$ 时,选择“P 向关键点 0 的趋近”的立法体现了制度理性。

至此,上述的分析尽管可能已略显拖沓,但也只是提供了一个最为简约的逻辑分析。尤其是,为了追求理论上的简约,对作为核心术语的“知识控制力差距”的概念基础即“知识控制力”部分,仅是明确了构成要素,却并未加以具体化。而如果进一步展开该概念基础,去“现实”地考察在一个技术文化输入国内部该国以及外方企业的真实情况,比如双方所拥有的知识产权的数量尤其是“质量”,有关知识产权申请、经营、诉讼等方面的知识与经验,企业的经济实力及国际市场经验等,以至于考察双方企业所在国家的政治运行过程,市场成熟程度,教育尤其是大学的创新能力,民族文化是否崇尚创新等,那么,上述逻辑推理中所“简约”化的各数量关系就会发生很大变化。但不论数量关系如何变化,笔者所给出的大胆预测是:在不得不适用非歧视性立法保护的制约下,或许技术文化输入国更应努力实现对知识产权的适度保护。原因是,假如进行了上述的现实考察,技术文化输出国的知识控制力很可能会有更优良的表现,也因此,即便是技术文化输入国切实落实了立法上的适度保护,其能否最终实现缩小与输出国之间的知识控制力差距,也仍留有很大疑问。

(三)理论的验证及其不足

在前文,笔者曾经提出这样一个问题,即历史上的技术文化输入国普遍采用了知识产权适度保护的立法模式,这样做是否蕴含着某些共通的制度理性?通过上述逻辑分析,笔者可以给出肯定的回答。概括而言,在适度保护的四种情形中,前两种“在立法上明显内外有别”与“放弃专利法”,可以说恰好对应着 $P = 0$ 的立法选择;而后两种“国内立法保护水平较低”与“在法的实施环节降低保护”,可以说恰好对应着“P 向关键点 0 的趋近”的立法选择。而不论是 $P = 0$ 还是“P 向关键点 0 的趋近”,在逻辑意义上,都能够实现减少技术文化输入国与输出国之间既存的 $Y_f - Y_d$ 的积极效果。笔者认为,这正是四种立法模式所蕴含的共通的制度理性。而正如前文历史部分所述,这些立法模式对 19、20 世纪的技术文化输入国的经济发展也都无可否认地做出了积极的制度贡献。

但是,随着 TRIPs 协议时代的到来,现阶段的技术文化输入国已很能再重走“历史的老路”,这些国家的知识产权立法基本上实现了与该协议的接轨,有的甚至已经超出了该协议的保护水平,或者说在逻辑意义上形成了相反方向的“P 向关键点 0 的趋远”的局面。结果是,这些国家与技术文化输出国之间的 $Y_f - Y_d$ 不但很难缩小,反而有可能进一步扩大。例如,据世界银行估计,随着 TRIPs 协议的通过,仅仅技术许可费用一项的增加,就要发展中国家每年额外付出 450 亿美元。^[24] 但另一方面,在 2001 年,美国的知识产权交易的净盈余却已经从 1991 年的 140 亿美元增长到了 220 亿美元。^[25] 这里需注意的是,美国知识产权收益的增长与发展中国家知识产权保护水平的提升密不可分。相关研究表明,这些国家专利指标上涨一

[24] 转引自(英)张夏准:《富国的伪善》,严荣译,社会科学文献出版社 2009 年版,页 133。

[25] 英国知识产权委员会,见前注[14],页 22。

个单位,会使美国跨国公司资产股份增长大约平均资产股份的 16%。^[26] 这与前文的逻辑分析恰好可以形成对应,因为当输入国将 P 设置为 3 元即 $P=3$ 元时,输出国在输入国所投入的原有知识会因立法保护加强而发生“增值”,一项知识就可以发挥三项知识的相同效用。当然,这些立法并非仅使美国的跨国公司受益,其它发达国家的跨国公司也会从中各分一杯羹。但是,如果输入国的公司所赚取的利润还抵不上所交的知识产权许可费时,独立生产便无法进行下去,最典型者莫过于我国 DVD 出口企业的遭遇。^[27]

进一步来看,在技术文化输入国确立“ P 向关键点 0 的趋远”的立法,并非仅仅大幅提升了该国民族企业有关知识产权的生产成本,其深层问题在于很可能会对这些企业的知识创新投资行为产生较大的负面影响。以我国的情形为例,来自经济学界的研究表明,虽然入世后我国企业更愿意申请专利,但从深层次上看,企业研发投入的积极性却由于知识产权保护的增强而减少了。其主要原因是,中国在当前及今后的一段较长时间内,研发支出主要是模仿创新导向型的,而随着立法保护水平的不断提升,企业模仿创新被认定侵权并被查处的概率也将增加,理性的厂商将选择减少研发支出。^[28] 这与前文的逻辑分析也可以形成对应,因为当 $P=3$ 元时,制度可以更好地为输出国提供“防御”,不但可以使其即便在创新有所停滞时也能扩大 Y_f-Y_d 的差距,“更可怕的是,跨国公司会利用知识产权制度安排来限制中国内资企业的自主研发”。^[29] 如果我国民族企业所经常面对的是一方面向跨国公司支付的知识产权费用不断上升,另一方面更令人担心的是自己的研发支出又在下降,那么这些企业何以能够与来自外国的竞争者相抗衡? 或者使用本文的逻辑语言,又如何能够切实地减少因 $P>0$ 时所产生的“初始”的 Y_f-Y_d ,以及进一步当“ P 向关键点 0 的趋远”时所产生的“新增”的 Y_f-Y_d 呢?^[30]

虽然通过前文的论述,针对历史上技术文化输入国的知识产权立法,笔者进行了较为细致的逻辑分析,并进一步联系(主要是我国的)实际,对相关逻辑结论进行了简要的验证,但是,前文的分析还是存在以下几点主要不足:一是在前述两个理论模型的理论假定部分都假定了技术文化输入国的相关立法能够得到很好的落实,但毋庸置疑,在这些国家,尤其是处于当前的

[26] 同上注,页 20。

[27] 由于 6C、3C 等国际专利联盟收取“天价”许可费,例如,中国企业出口一台售价为 32 美元的 DVD 只能赚取 1 美元利润,而交给这些跨国公司的许可费却超过零售价的 50%,致使我国曾红火一时的 DVD 行业全面陷入窘境,许多企业或被迫转产,或只能去做贴牌加工生产。参见彭心倩:“后 TRIPs 时代我国知识产权反垄断的立法价值选择”,《河北法学》2010 年第 12 期。

[28] 参见吴欣望、陶世隆、刘京军:“强化专利保护影响技术创新的实证分析”,《经济评论》2006 年第 5 期;代中强:“实际知识产权保护、模仿创新与自主创新”,《经济评论》2010 年第 6 期。

[29] 代中强,见前注[28]。

[30] 实际上,如果能够进一步放开视野,可以发现,目前的知识产权立法强保护不但在国际层面加剧了南北之间的或者说知识强者与弱者之间的既有知识控制力差距,而且类似的趋势在一国内部也很难避免。例如,在美国,由于专利获得越来越容易以致出现了专利爆炸,由于越来越“偏袒”既存的专利持有人,以及专利诉讼越来越昂贵,以致所涉公司尤其是中小型创新公司不胜诉累,美国的专利系统在美国的发展车轮中正逐渐从“润滑剂”演化为“沙子”,最严重的危害实为目前的制度极大地增加了对创新投资的不确定性。参见(美)亚当·杰夫·乔西·勒纳:《创新及其不满:专利体系对创新与进步的危害及对策》,罗建平、兰花译,中国人民大学出版社 2007 年版,页 15—22、156—158。

信息时代,各类侵犯知识产权的行为事实上很难杜绝。因此,在计算输入国与输出国的 $Y_f - Y_d$ 变化的推理中,还应增加“侵权”这个变量。如果用 I 来表示,那么更为准确的公式应为 $Y_f - Y_d = f(K_f - K_d, P, I)$ 。二是在第二个理论模型的分析中,存在一个重要的推理基础,即在初始知识差距 $K_f - K_d = 2$ 以及制度为 $P > 0$ 的前提下,笔者认为 $K_f - K_d = 1$ 事实上很难实现,而这关键的一点无疑需要翔实的数据支撑。三是对现阶段的技术文化输入国而言,由于确立了知识产权立法强保护,使得这些国家得以成功入世,并有可能充分利用欧美大市场,促进本国的对外贸易及经济发展,即实现所谓的“以保护换市场”。但在上述分析中,并没有充分考虑和恰当处理这些非知识产权方面的收益。^[31] 四是前文的理论验证在方法论上存在一定的不足,因为通过例证或者归纳法,在波普尔哲学的意义上,并不能得出一个真理性的全称判断,所以通过这些验证并无法从根本上证明上述逻辑结论的成立。当然,笔者也并没有过于强调这些结论的真理性,而只是试图清楚表达笔者的“一种”看法,同时,笔者也真诚地欢迎所有对这一看法的学术批评。

四、对我们的意义

在前文中,笔者的分析主要覆盖了两个问题:一是历史上技术文化输入国的知识产权立法经验有哪些;二是如果从逻辑的视角审视,这些历史经验是否蕴含着某种制度理性。所得出的结论主要有以下四点,即就技术文化输入国的知识产权立法而言,其演变过程充满了历史的丰富,其奉行功利主义的指导思想,其创造出一条适度保护的立法经验,其主要蕴含着能切实减少技术文化输入国与输出国之间知识控制力差距的制度理性。当然,如前文所表达的,这只是笔者的“一家之言”,或者说仅是笔者对相关历史问题的一个角度的“盲人摸象”。不论是对文本的选择、推论的得出,还是对历史经验的逻辑解读,尽管笔者力求客观,但难免会存在诸多问题。在此,笔者只是先假定这些分析与结论暂时可以成立,那么对我们而言,又具有如何的意义? 这些意义可简要概括为以下四点:

第一,证据的意义。就前文所提到的支持和反对知识产权立法强化的理论争论,如果双方对我国仍为一个技术文化输入国可以达成共识,如果双方也认可本文的历史与逻辑考察具有学术上的合法性,那么上述的分析与结论确有可能会加强反对立法强化一方的观点,但这并不是说就必然会弱化另一方的主张,因为后者当然可以提出自己的学术批评,指出上述对历史的

^[31] 虽然说入世成就了我们的“世界工厂”地位,但或许也应承认的是,任何制度选择都不是没有代价的。就与入世有关的知识产权问题而言,由于 TRIPs 协议对我国立法的制约,我们也就无法像历史上的技术文化输入国那样,可以自由而又“合法”地、较低成本地利用国外的领先知识并进行创造性转化,以至于形成“自己的”核心竞争力的时间被拖延。在国际市场的竞争中,总体上看,我们吃苦耐劳的民族性优势得到了充分地发挥,但擅长模仿创新的民族性优势以及知识创新的后发优势却遭受了极大地抑制。通俗来说,到目前为止,我们从国际市场上赚的主要是“辛苦钱”。对此境遇,有著名学者曾指出,虽然我们貌似“世界工厂”,但实际上,至今仍然处于全球生产链条中一个受盘剥的下游位置。参见郝雨凡:“中国外交需要大战略”,《南风窗》2010年第6期。或许,明智的做法是,应该通过知识产权法以及所涉刑法、反垄断法等制度的调整,尽可能地使这种制度选择的代价降到最低点,当然前提是要能承认、正视并计算出这种代价。

分析存在哪些事实错误,或者存在哪些逻辑错误。总之,虽然理论探索在某种意义上类似于“盲人摸象”,但只要既能尊重历史,又能遵循逻辑,那么针对理论争论的得失就有希望获得一个趋近于“整全”的判断。

第二,检讨的意义。在我国知识产权学界,有一些理论观点的影响很大,比如“决定论”的历史观认为知识产权法在西方发达国家的发展是科技、经济、法律三者互动的必然产物;再比如,“主要对我有利”的保护观认为立法强化保护的主要受益者是国内企业,因为就像软件盗版所揭示的,其主要受害者是国内企业而并非微软等跨国公司。或许,这些观点不无可商榷的余地,因为“至少”这种历史观并没有全面展现历史上曾经作为技术文化输入国的那部分发达国家的“另类”立法实践,这种保护观或许也并没有真正厘清技术文化输入国的立法强保护究竟是“主要”对谁有利。

第三,反思的意义。虽说我国的知识产权立法要与国际接轨,甚至是不得不与国际接轨,但由于我国仍主要是一个技术文化输入国,也亟需降低知识创新成本,满足民众基本福利需求。至少在历史与逻辑的意义上,应不至于否认,如果没有 TRIPs 协议,我们更应该与历史上的技术文化输入国的立法经验去接轨。有人可能会反驳,即便“历史与逻辑上”是这样,但从“现实”出发,恰是因为有该协议的制约,我们又怎能去实行这样的接轨?实际上,这种反驳并非全对,因为该协议尽管在很大程度上削弱了我们的设计自由,但并非真的一点自由的空间都没有留下。^[32]关键的问题是,如果连历史与逻辑上是这样,都得不到承认,TRIPs 协议即使存在自由,又怎能被发现?

第四,提示的意义。就如文章一开始所谈及的,我国知识产权立法的保护水平不低,但今天我们仍主要是一个技术文化输入国,这样的一种“组合”显然和历史上的技术文化输入国的立法经验并不相符。虽然由此并不能证明我们这样做就不会成功,但是说我们这样做就会成功,恐怕也有些为时尚早。因此,也许真正重要的不是要急于得出或坚守某种定论,而是要允许对任何定论试图作证伪的学术努力。当然,笔者自知并无这样的才学。实际上,通过本文笔者真正想表达的不过是:在走前人没有走过的路时,或许多一些谨慎总归是好的。

(责任编辑:张双根)

^[32] 仅以专利法问题为例,在《知识产权与发展政策相结合》的报告中,专家们建议,尽管存在 TRIPs 协议的强制,但发展中国家仍可进行专利法改革,即可确立“亲竞争”的专利法,重点是要对专利权的保护范围进行“体系化”的限制,并提出了十多项具体的应对措施。而且,报告中还提到,“尽管 TRIPs 协议减少了专利立法者的可供选择余地,但仍有许多可以利用的方法……迄今为止已经出现了无数阐述在 TRIPs 协议下可供利用的选择方案的书籍和文章”。参见英国知识产权委员会,见前注[14],页 104—111。