

# 知识产权制度与知识财产 创造者的行为选择

杨 明\*

**摘 要** 知识产权制度为人们提供了一个激励知识财产创造的经济环境,但实际上,任何市场主体都不会仅凭这样一种经济环境而轻率地选择投资于知识财产的创造活动,他们更为关心的是,具体的、不同的知识产权制度形成了怎样的经济环境。对这一问题的回答,需要分别从“知识产权的取得”与“知识产权的保护水平”这两个不同方面进行解析,在此基础上,市场主体才能结合自身情况展开“成本—收益”的理性分析,做出是否从事、以及从事何种知识财产创造活动的行为选择。

**关键词** 激励 知识产权 行为选择

知识产权制度是伴随着工业革命而逐渐发展起来的法律体系,长久以来,人们习惯于将知识产权制度的本旨解释为一种激励机制,不仅在学理层面进行了深入研究,而且国外的一些司法判例也体现了相关理论;〔1〕尤其是在专利和版权领域,以激励机制来解释知识产权制度对知识财产创造活动的促进作用,这一经济分析路径多年来得到了理论界和实务界的广泛支持,学者们在这方面的著述不胜枚举。〔2〕的确,作为激励机制的知识产权制度是知识财产创造活

\* 北京大学法学院副教授。

〔1〕 Merges, Menell & Lemley, *Intellectual Property in the New Technological Age* (4th edition), New York: Aspen Publishers, 2007, p. 11.

〔2〕 自法经济学兴起以来,知识产权法就成为经济分析的主要“战场”,而其中很重要的一个内容,就是将知识产权制度解释为一种“激励机制”,许多知名学者都在这方面有过著述,诸如 Lemley, “The Economics of Improvement in Intellectual Property Law”, *Texas Law Review* 75 (1997): 989 - 1083; Landes & Posner, “The Economic Structure of Intellectual Property Law”, Cambridge: Harvard University Press, 2003; Merges, Menell & Lemley, *Intellectual Property in the New Technological Age* (4th edition), New York: Aspen Publishers, 2007; Menell & Scotchmer, “Intellectual Property”, In *Handbook of Law and Economics*, Vol. 2, Chapter 19, ed. by Polinsky & Shavell, Amsterdam: Elsevier Science Publishing, 2007:1473 - 1570.

动的源动力,然而,市场主体更为关心的问题是,在现有知识产权制度所形成的经济环境中,他们的创造活动的成果是否“能够被培育和转化为商业上可行产品”〔3〕而且,若仅仅从激励创新的角度来看待知识财产创造者的行为选择,我们是难以解释一些违背知识产权制度初衷的现象的,例如在专利制度中,“很多不太重要、没什么价值的发明获得了专利权,相反一些有价值的创新没有获得授权”〔4〕有鉴于此,我们应当认清从“激励机制”来认识问题的局限性,进而立足于知识产权制度本身,借助一定的分析工具来探讨市场主体在面对“是否投资于、以及投资于何种知识财产创造活动”的问题时是如何做出行为选择的。

## 一、作为创造知识财产源动力的“激励”

用激励机制来解释知识产权制度对知识财产创造活动的影响,是经济分析的方法在法学领域、尤其是与产权有关的问题上得到广泛运用之后才逐渐为人们所熟知和接受的。在该理论的影响下,知识产权制度的本旨被解释为:“赋予技术创新者以一种独占性权利、从而保证实现其所追求的经济价值,防止他人随意使用权利人的智力成果,从而不再会有人花费大量的人力、物力去从事同样的技术创新活动;并以此来鼓励人们从事知识创造活动推动科学技术的进步,促进社会财富的增长。”〔5〕很显然,这段话中蕴含了一种功利主义的激励思想,即在他们看来,知识产权制度能够营造出一种知识财产创造成果受到保护的经济环境,从而影响市场主体的行为选择,最终的结果是,知识产权制度的运行将提高公共福利。

正如《美国联邦宪法》第1条第8款第8项所言:“宪法授权国会为了促进科学和实用艺术的进步,在应受尊重的作品和发明上,赋予作者和发明人以一定期限内的排他性权利。”〔6〕设立知识产权制度的宗旨正是在于为创造知识财产提供源动力,从而推动公共福利的不断增长,因此,知识产权与公共福利之间的关系,是探索知识产权制度之“经济维度”的一个重要方面。具言之,知识产权的制度体系主要是围绕两个问题而展开的:一是激励创新,著作权、专利、商业秘密等与智力创造活动有关的内容属于此类;另一是保护完整市场,主要涉及商业标识〔7〕在此基础上,传统的知识产权法经济分析将全部的知识产权议题归结为“激励(incent-

〔3〕 Von Adam B. Jaffe & Josh Lerner, *Innovation and Its Discontents: How Our Broken Patent System Is Endangering Innovation and Progress and What to Do about It*, Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 1.

〔4〕 Grady & Alexander, “Patent Law and Rent Dissipation”, *Virginia Law Review* 78 (1992): 305 - 350, pp. 305 - 306.

〔5〕 John Holyoak & Paul Torremans, *Intellectual Property Law*, London: Butterworths, 1995, pp. 13 - 14.

〔6〕 See “The Constitution of the U. S. ”, Art. 1 Sec. 8 (8), from William Cohen & Jonathan D. Varat, *Constitutional Law: Cases and Materials* (11th edition), New York: Foundation Press, 2001.

〔7〕 Mencil & Scotchmer, “Intellectual Property”, In *Handbook of Law and Economics*, Vol. 2, Chapter R<sub>1</sub>, ed. by Polinsky & Shavell, Amsterdam: Elsevier Science Publishing, 2007, p. 1475.

ive)”与“接触(access)”之间的一种交换,<sup>[8]</sup>其理由在于,知识产权的垄断性是以知识产品的公开性为条件的(商业秘密除外),但这种“公开”给了他人“复制”<sup>[9]</sup>的可能,而如果知识产品的“复制”是免费的,那么复制者制造包含该知识财产的商品的成本就被不合法地大大降低了,由此会破坏创造知识财产的激励。简言之,“激励”表现为赋予知识财产创造者以垄断地位,而其目的是为了向公众提供“接触”(access)的可能。

所以,出于“有知识产权保护”与“缺乏知识产权保护”这两种不同情形下的对应比较,通常认为,用“激励机制”来阐释知识产权制度之于知识财产创造者的意义是恰当的,因为:从市场的角度而言,<sup>[10]</sup>人们从事知识财产创造活动的动力在于,他们能够以一定的价格将相应的产品销售出去,从而在市场中获得竞争优势,那么,在没有知识产权保护时,人们只有努力使其知识财产处于秘密状态,而这样做的成本很高,且产品在中丧失秘密性的风险同样很高,因此人们不会对知识财产创造活动予以投资;而如果立法者进行了知识产权保护的制度设计,虽然市场主体同样会面临风险,但其投资于知识财产创造活动的“期望所得将会超过支出”,<sup>[11]</sup>因此,知识产权制度的正向激励作用就会得到发挥。而且,这种激励也使得社会公众能时时分享不断更新的知识财产所带来的惠益。

很显然,“激励机制”学说无外乎是在告诉我们,市场主体之所以投资于知识财产创造活动,与“知识产权制度的激励”之间是存在内生关系的;而作为法律经济学之重镇的美国,其多年来的一系列司法裁判也都不断地努力宣示这一点——“激励”对于证明知识产权制度的合理性发挥了十分重要的作用,例如:在“*Washing Pub. Co. v. Pearson*”案中,主审法官表达了知识产权保护是“鼓励创造出造福人类的传世之作”<sup>[12]</sup>的基本思想;而美国联邦最高法院法官在经典案例“*Mazer v. Stein*”中也详细地阐释到:“授予国会可以赋予专利和版权的条款背后的经济学原理是,它是通过‘科学和有用技术’领域的作者和发明家的才智提高公共福利的最佳方式。”<sup>[13]</sup>除了司法界,学术界宣扬“知识产权制度的本旨在于‘激励’”的著述更是数见不鲜,尤其是关于专利问题的讨论,例如:Machlup认为专利制度就是被用于“激励人们投资于新技术的研发活动,从而实现专利权人利益与公众享受该专利技术的利益之间的平衡”;<sup>[14]</sup>美国经济学家Solow更是通过对“激励”进行量化的实证分析方法,论证了作为激励机制的知识产

[8] Posner, “Intellectual Property: The Law and Economics Approach”, *The Journal of Economic Perspectives* 19, 2005, p. 57.

[9] 虽然我们通常不以“复制”来描述专利技术的利用,但实际上,以“生产”为基础的专利权的实现过程,从某种意义上来说也是一种“复制”。

[10] 之所以强调市场的角度,主要是为了将纯粹满足行为人之精神诉求的创新活动排除出本文讨论的范畴。

[11] Merges, Menell & Lemley, *Supra* note 1, 2007, p. 11.

[12] 306 U. S. 30, 36, 1939.

[13] 347 U. S. 201, 209, 1954.

[14] Machlup, “An Economic Review of the Patent System”, In *Foundations of Intellectual Property*, ed. by Merges & Ginsburg, New York: Foundation Press, 2004, pp. 55 - 56.

权制度是如何发挥作用的,他得出结论,“就 1909 - 1949 年间的美国经济而言,技术进步和劳动力中人力资本的增长对于年生产力的提高发挥了很大(80% - 90%)的作用”<sup>[15]</sup>。而对于美国一个多世纪以来在工业和技术方面居于全球领先地位,该国国会更是很大程度上归因于激励理论所发挥的作用<sup>[16]</sup>。

不过,并非所有国家都旗帜鲜明地宣告其知识产权制度建立在“激励知识财产创造”的基础之上,例如与美国几乎同时开始知识产权立法的法国,其立法思想就与激励无关,而是以自然权利理论为基础的(受《人权宣言》(1789 年)第 17 条之规定的影晌,<sup>[17]</sup>法国 1791 年的《专利法》所表达出的即是自然权利的思想)<sup>[18]</sup>。但我们也应当看到,由于“知识产权是从市场中产生的,也只能在市场中存在”<sup>[19]</sup>。自然权利理论虽然可以用于解释知识产权的正当性,却无法解释市场中为什么会出现知识财产的创造活动;换言之,自然权利理论只是从静态的角度肯认识识财产的创造成果应予制度化,而将“激励”作为知识产权制度的本旨,则是从动态的角度勾画出该制度缘何为知识财产创造提供了源动力。

知识产权制度首要的、也是最为重要的立论依据,即是激励市场主体投资于知识财产的创造活动。每一个市场主体都以实现自身利益的最大化为目标,这种“经济理性人”的假设是分析知识财产创造行为的基本前提,也是激励机制能够成立的基础。一个行为人是否投身于创造活动,动机无外乎两种,一是纯精神境界的,另一是追求经济回报。前者与市场无关,自无需知识产权法所考虑,而从市场的角度来说,当知识财产创造活动需要一定的资本投入时,经济利益就必然成为行为人考虑的因素——人们进行投资的前提是,这样做的期待值超过支出。知识产权制度所提供的侵权救济,与知识产权的价值之间存在正向关系,这也就使得行为人的“成本—收益”核算成为可能。所以,如果不对知识财产创造成果提供足够的保护,人们就不会有足够的动力从事该项创造活动,从功利的角度考虑,在确保为知识财产提供足够的激励层面上,知识产权确保了市场主体的投资行为能够获得及时、有效的回报。

而站在社会公众的角度来看,知识产权制度更是在为公共福利的增加提供源动力,正是因为有了市场主体投资于知识财产创造的行为选择,整个社会的知识财富才能不断增

[15] Solow, “Technical Change and the Aggregate Production Function”, *Review of Economics and Statistics* 39, 1957:312 - 320, p. 312.

[16] 美国国会曾经在一份报告中总结了专利制度对美国的影响,其中就提及,“激励美国的发明人发明了重要产业的主要部分以及过去 150 年以来的首要发明”。See Dratler, *Licensing of Intellectual Property*, Vol. 2, New York: Law Journal Press, 1994, pp. 6 - 11, Fn. 19

[17] “Declaration of the Rights of Man and of the Citizen”, France, Art. 17: “Property being a sacred to and inviolable right, no one can be deprived of it, unless illegally established public necessity evidently demands it, under the condition of a just and prior indemnity”, from <http://www.historyguide.org/intellect/declaration.html>, 最后访问日期:2010 年 9 月 25 日。

[18] 参见汤宗舜:《专利法教程》,法律出版社 2003 年版,页 9。

[19] Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Vermont: Dartmouth Publishing Company, 1996, p. 199.

加。多少年来的社会发展史已经证明,知识产权制度是通过知识财产创造者的才智来提高公共福利的最佳方式。所以,知识产权制度的设置,蕴含了两个层面的激励:对人们投资于创新活动的激励是第一层次的,对社会公共福利之增长的促进是第二层次的、也才是终极目标,前者可以被看作是后者的前提和手段,而后者是前者的集大成者。也许单个的市场主体并不在意,或许也并没有意识到第二层次的激励,但只要第一层次的激励能够吸引足够多的市场主体做出行为选择,最终必然也会促使社会知识财产的总量增长、从而推动社会进步。很显然,对知识产权与公共福利之间关系进行定位,尤其是将之作为知识产权制度的本旨,这是“激励机制”学说与自然权利理论在思想脉络方面的最根本之差别,后者更多的是阐释知识产权的专有性、排他性的来源,显然无法得出“知识产权制度能够促进公共福利增长”的结论。

另外尚需说明的是,科学技术与文化知识的发展是个逐渐累积、递进的过程,很多时候,“第二发明——技术的改进、细化以及为适应各种用途的改造——对于社会利益的生产与第一发明同样重要”,<sup>[20]</sup>因此,站在社会整体的角度来看,“竞争性和累积性的技术创新概念”<sup>[21]</sup>对于实现公共福利的增长同样非常关键,而这与现代创新经济理论所进行的总结也是一致的——如果科技创新是累积性的,最大的受益者将是将来的创新者,从而促使社会“站在天才的肩膀上”向前发展。<sup>[22]</sup>于是,接下来的问题就是,知识产权制度能否激励累积性创新呢?实际上,前面所讨论的第一层次的“激励”,不仅可以用于解释原创性的创新、也可以用来解释累积性创新,只不过这取决于知识产权制度设置怎样的保护门槛。如果知识产权制度为权利保护所设置的门槛能够使累积性创新成果得以进入,那么,市场主体就有了进行此类知识财产创造的动力。笔者认为,有两方面的因素在保障着知识产权制度对累积性创新的激励:一是知识产权客体的公共属性,这种外部性的存在使得知识财产具有天然的溢出效应,能够为他人所使用,从而成为累积性革新的基础;另一是获得知识产权这一专有权利的前提——“公开性”(商业秘密例外),知识产权制度通过一系列的制度安排,使得社会公众获得接触(access)、使用知识财产创造成果的途径,这不仅是分享科技进步所带来之公共福利的表现,更重要的也是激发市场主体投入累积性创新活动。

## 二、以“激励”来解释知识财产创造者之行为选择的局限性

虽然上文之分析明确了以“激励”来解释知识产权制度对知识财产创造者之行为选择的

[20] Merges, Menell & Lemley, *Supra* note 1, 2007, p. 16.

[21] Scotchmer, *Innovation and Incentives*. Cambridge: MIT Press, 2006, p. 127.

[22] See Scotchmer, “Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law”, *Journal of Economic Perspectives* 5, 1991:29-41, p. 29.

影响具有合理性,但是,我们对这一思想详加审视就不难发现,知识产权制度对于市场主体的影响只是导向性的,即这种影响表现为一种抽象的正相关关系——对知识财产给予知识产权的保护给了市场主体以投资的动力,然而,如果仅仅停留在这一层面上,尚不足以促使市场主体做出实际的行为选择,具言之,“动力”并不必然转化为实际的行为,市场主体必然是立足于知识产权制度所形成的具体经济环境,从“权利的产生、行使与保护”之不同环节进行“成本—收益”的风险分析,才能做出行为选择。也即是说,“激励”是从社会整体的角度而言的,立法者于是围绕“激励更多的知识财产被创造出来”这一目标来进行知识产权的制度设计;而对具体的市场主体来说,其仍然是立足于自身的实际情况,通过分析他在进行知识财产创造时所可能面临的风险和收益,从而做出投资与否的行为选择。此即笔者所谓之以“激励”来解释知识财产创造者之行为选择的局限性。

为了实现对投资于创新活动的激励,知识产权制度必然表现为这样一种制度安排:保障知识财产创造者从投资活动中获得必要的收益,从而避免“因模仿者人数众多导致智力成果带来的经济租的耗竭”<sup>[23]</sup>。因此,知识产权制度首先要赋予创造者以一定的垄断地位来实现这种保障。但如前所述,知识产权制度也要实现对公共福利增长的激励,而即便从功利主义的角度来看,“知识财产创造者的投资”与“公众受益”之间也并不必然是正向相关关系,知识产权的经济激励与限制知识传播是相伴而生的,一旦权利人藉知识产权制度获得了长期的实质性的市场优势,其并不希望看到智力成果低成本(甚至无成本)的传播,因此,知识产权制度上还有一些限制权利人之垄断地位的制度安排,以避免“社会公众无法分享知识财产(缺乏‘接触’的途径(access))、或者阻碍累积性革新”的结果发生。毫无疑问,以上两方面的知识产权制度安排都会对市场主体产生影响,前者提供的是动力,而后者则是一种牵制,市场主体作为理性的投资人,其所做出的行为选择必然是这两方面综合考量的结果。就具体的市场主体而言,通过“公开”而获取知识产权的方式来保护其知识财产创造成果也许并非是最好的选择,甚至,市场主体有时候会有意避开这种“公开”的方式。

我们都很清楚,市场主体的目标是非常明确的——以实现自身利益的最大化为目标,因而在投资于知识财产创造活动之前,其关心的问题只有一个,即他在付出一定的成本创造出知识财产之后能获得怎样的垄断地位——享有哪些权利、受到何种限制。所以,由于立场的不同,市场主体与整个知识产权制度考虑问题的重点是不同的,对于某项具体的知识财产而言,知识产权制度所标榜的“激励”也许在市场主体看来却并非如此。这里我们不妨做一番具体剖析:产权激励不可避免地会以减少公共利益为代价而偏向于为创造者提供更大的金钱上的回报,故而公共福利的增长是有成本的,知识产权制度将这些成本加在社会公众的身上;但同时,知识产权制度又要避免这种障碍(成本)完全抵消了激励创新所带来的收益,因此其在制度安排上会对知识产权做出一定的限制,以确保“私权利益”与“公共利益”之间实现帕累托最优。于

[23] 吴欣望:《专利经济学》,社会科学文献出版社2005年版,页39。

是,知识产权制度在这样的利益衡量中考虑如何证明自己对于整个社会来说是有效率的,而市场主体在这样的环境中考虑是否、以及如何进行知识财产创造。

以“激励”来解释知识财产创造者之行为选择的局限性还表现在,笼统地提“作为激励机制的知识产权制度”,容易使我们忽视原创性知识财产创造与累积性创新在受到的激励方面是存在差别的,即便仅从“为知识财产创造提供源动力”的角度而言,两种激励也是不一样的。很显然,若知识产权制度单纯强调对投资于原创性知识财产创造活动的激励,那么这种保护不仅是阻止他人未经授权的“复制知识财产”以及“销售相关产品”的行为,同时也是对他人改进技术的阻止,这样一来,也许会造成相应之市场竞争更加激烈,从而减缓了整个社会进步的步伐。<sup>[24]</sup>正如很多学者所指出的,由于产权机制的作用,创新活动本身就成了矛盾体,“知识产权机制在激励创新的同时(提供更多的公共产品)也给知识传播和累积性革新带来了潜在的障碍(阻止了更多公共产品的产生)”<sup>[25]</sup>基于这一考虑,为了不与自由市场竞争相冲突,知识产权制度不得不努力消除对累积性创新的潜在障碍,<sup>[26]</sup>并将累积性创新的成果亦纳入知识产权制度的保护范畴,如此,累积性创新才能说是受到知识产权制度的激励。“知识产权制度之经济效率的实现,依赖于努力平衡经济激励与限制知识传播的社会代价之间的利益关系”,<sup>[27]</sup>所以我们看到,除了反垄断法之外,知识产权机制内也确立了诸多制度——如权利范围、保护期间、合理使用等——来限制该项权利,避免其对公众施加过多的社会成本,这些措施在“公开”之外为社会公众提供了更多的接触知识财产的途径(access),从而使对累积性创新的激励得以实现。

此外,在知识产权体系中,有两个领域是无法以“激励”来解释知识财产创造者的行为选择的:

### (一) 商业标识权

这一制度体系解决的是“消费者的搜寻成本”与“权利人的竞争优势”之间的关系问题,商业标识的价值高低只与降低消费者之搜寻成本的能力有关,而无关于创新活动。换言之,市场主体要考虑的是,其所能获得的竞争优势与所要付出的成本之间的比较,这纯粹是一个价值判断,并藉此做出行为选择的过程,行为人不会、也并不可能为社会提供更多的知识产品。即便

[24] See Scherer, *Industrial Market Structure and Economic Performance* (2d ed.), Chicago: Houghton Mifflin Harcourt, 1980, pp. 445-455.

[25] Menell & Scotchmer, *Supra* note 7, p. 1476. 引文中括号内的表述为笔者所加。

[26] 经济制度的基本原则是确保资源的有效率的分配,以避免出现市场失灵的情形(See Samuelson & Nordhaus, *Economics* (18 ed.), Columbus: The McGraw-Hill Company, 2004, p. 5)。就涉及知识产权的情形而言,如果累积性革新受到限制,即表明权利人得以控制其知识财产在此后的运用,因而也就使其具有了限制竞争的市场地位。而这恰恰也是反垄断法所追求的目标,于是,我们也不难理解,为何知识产权会受到反垄断法的规制。

[27] Merges, Menell & Lemley, *Supra* note 1, 2007, p. 13.

是“激励”思想的积极倡导者,也没有看到他们的讨论对象中涉及商业标识权。

## (二) 商业秘密制度

由于技术创新可能涉及商业秘密和专利这两种制度,因此,二者难免会被放在一起进行比较。通常,在以下三种情况中,市场主体都会选择将其技术创造作为商业秘密来保护:一是公开即导致该技术失去价值,二是不能满足获取专利的条件,三是确信在一定时期内都属于领先技术。对于前两种情形,创造者别无选择,只能以商业秘密来保护其技术,但显然也与“激励”无关;而对于第三种情形,如果创造者能建立起这种自信的话,其往往反倒是弃专利、而选择商业秘密(因为寻求这样的保护通常成本更低),这同样是“激励”所解释不了的。但实践中常常有这样一个误解,即认为既然商业秘密法对创造者提供的保护不如专利法所能提供的那么多,因而,如果条件允许的话,技术创造者没有理由不去寻求获得专利,只有在无法获得专利的情况下他才会退而寻求商业秘密法的保护,所以,商业秘密法必然保护的都是一些低水平的技术创造。<sup>[28]</sup>笔者认为,这种误解恰恰与“激励”思想是密不可分的——以为“激励”的存在必然导致专利是市场主体的首选,但事实并非如此,行为人必然还是在两种保护模式之间进行“成本—收益”的衡量之后才做出选择。商业秘密作为一项知识财产在知识产权体系得以建立起来,从而在商业标识权之外又产生了一个新的“激励”思想不能解释的领域,而若市场主体在技术创造即使能够获得专利权的情况下仍然选择以“商业秘密”的方式来保护其利益,这更是“激励”的一个反证。

须说明的是,笔者这里所讨论的以“激励”来解释知识财产创造者的行为选择具有局限性并非想说明其是不合理的,本文的目的在于说明,单纯地强调“激励”容易引起人们对知识产权规则的运行产生误解,也不利于我们正确理解人们如何在市场竞争中做出行为选择。很重要的一点,我们不是在解释知识产权制度的起源,而是在揭示知识产权规则对行为人、对市场所发挥的作用。

## 三、获得知识产权的“成本—收益”分析： 知识财产创造者之行为选择的重要基础

由于知识产权制度是在“能够将知识产品的外部性予以内部化”的基础上建立起来的,所以该制度从诞生伊始就一直体现着私权利益与公共利益之间的博弈,而市场主体在决定是否投资于知识财产创造活动时,对此处所述之博弈是十分清楚的(基于理性经济人之假设)，“激励”的存在只会影响动机,决策的做出仍然表现为市场主体从其自身利益出发而进行的行为选择。有鉴于此,我们接下来不妨分别从专利权、商标权和著作权的角度,看看市场主体如何考虑是否选择投资于知识财产创造活动,以获得某项具体的知识产权。一如通常之经济分析,

[28] See Landes & Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 357.

我们假定每个企业都是理性经济人,而不会出现非理性的投资行为;另外,我们还需要借用经济学上一个经典模型的基本假设,即享益财产的各个主体具有同质性(homogeneity),也就是说他们面临同样的技术条件,因此具有相同的产能与成本。<sup>[29]</sup>

### (一) 是否从事技术研发以及是否申请专利

毋庸置疑,市场主体选择投入技术创造的研发活动,目的在于获得市场竞争优势,而这取决于两个方面:一是市场竞争状况,另一是潜在市场需求(与其所完成的技术创造的价值密切相关)。在完成技术创造之后,行为人再次面临选择——就其技术创造寻求专利权的保护抑或作为商业秘密予以保护。以下分述论之:

#### 1. 是否投资于技术研发的选择

如前所述,知识产权制度给予市场主体的激励,只是为其提供了一条渠道,并不必然导致技术研发活动的实际开展,促使市场主体从事技术研发活动的关键在于其所面临的市场竞争压力、以及关于创新的“成本—收益”分析(包括技术研发的成本、以及成果的价值)。

以下,为了方便论述,我们不妨先作一些设定:

市场竞争状况以同质竞争对手(即潜在的技术研发对手)的数量来表示,记作  $N$ ; 技术研发的成本记作  $C$ ; <sup>[30]</sup> 技术研发成果的价值记作  $R$ 。

分析:企业在什么情况下会投资于技术研发活动呢?首先当然是企业对自身进行的“成本—收益”核算,即要满足  $R > C$  的条件,当然,关于这一点的判断是较为容易的。接下来的问题就是对市场竞争状况的判断了,可以明确的是,对于某一家企业来说,潜在的竞争对手越多,其对预期收益的期望就越高,此即所谓收益与风险相匹配的原则。那么,这个预期收益究竟高到何种程度就值得企业进行投资呢?笔者认为,“技术成果的净价值”是个较好的判断参数,由于技术研发的目的在于获得相较于同质竞争对手的市场优势,因而该参数也可理解为行业净利润;而只有当这个值大于0时,即  $R - (C \times N) > 0$ ,一项技术研发活动才是值得投资的。

我们还可以从另一个角度来理解这个问题:由于我们假设每一个企业都是同质的,因此它们从事技术研发的成功概率也是相同的,记为  $1/N$ ;投资于技术研发活动相当于是一项风险投资,又由于企业成功的概率均为  $1/N$ ,那么,只要企业投资的风险收益(也即预期收益)  $R \times 1/N$  大于  $C$ ,即  $(R \times 1/N) - C > 0$ ,企业就会选择进行投资。这里,我们得到的结果与前述公式  $(R - (C \times N) > 0)$  仍然是一致的。

将公式稍作变形我们就能发现,只要同一市场中从事技术研发活动的企业数量  $N$ (包括进行投资选择的企业自己在内)小于  $R/C$ ,企业就有动力投资于该项创新活动。如果我们从社

[29] See Gordon, “The Economic Theory of a Common Property Resource: The Fishery”, *Journal of Political Economy* 62, 1954: 124 - 142; Steven Cheung(张五常), “The Structure of a Contract and the Theory of a Nonexclusive Resource”, *Journal of Law and Economics* 13, 1970: 49 - 70.

[30] 为了论证的便利,这里所说的研发成本也包括了市场主体的生产和营运成本,即所有的成本合记为  $C$ 。

会公共福利的角度来检验前述之推理结论也能发现,当  $N < R/C$  时,企业投资于技术创新活动是有效率的; $N$  个企业投资于技术研发,所以总成本为  $C \times N$ ,而由于只有一个企业能够获得市场竞争优势,因此总收益为  $R$ ,那么,要想  $N$  个企业的技术研发是有效率的(社会总体利益水平不下降),总收益必须大于总成本,即  $R > C \times N$ (也就是  $N < R/C$ )。

另外,对于成功获得竞争优势的企业来说,其所获得的这一优势包括两部分:一是专利权价值减去成本的净收益,另一是其他竞争失败的企业所付出的研发成本,此为沉淀成本(sunk cost)。<sup>[31]</sup> 这是因为,市场竞争优势是在竞争成功和竞争失败的企业之间来进行衡量的,是一种相对关系,其计算根据为各个企业之间的损益之差。同时,这也就是成功企业所获得的垄断地位的体现。

当然,如果企业不具有同质性,情况会略有不同,但基本的推理仍然一样:我们将其中最具有优势的企业的研发成本记为  $C_1$ ,处于最劣势的企业的成本为  $C_N$ ,其余企业的成本记为  $C_{(N-1)}$ (其中  $N = 3, 4, 5 \dots$ ),显然有  $C_1 < C_2, C_3, C_4 \dots C(N-1) < C_N$ ,<sup>[32]</sup> 于是,企业在选择是否投资进行技术创新时,其判断依据应为自己的风险收益(预期收益)  $R/N$  与研发成本之间的大小,根据前面的假设,我们可以得到  $(R/N - C_1) > (R/N - C_2), \dots (R/N - C_{(N-1)}) > (R/N - C_N)$ ,其中  $(R/N - C_1) > 0$  的可能性最大,因此,该公式也恰好说明了,为什么具有成本优势的企业最有可能投资于技术创新活动。

## 2. 在申请专利与作为商业秘密之间的选择

技术研发的成功,使得创造者紧接着就面临着一个重要选择——专利抑或商业秘密;不过,影响创造者进行选择的因素其实也很明确,即哪种模式能给其带来更大的收益。当然,只是在技术研发成果同时适于专利保护和商业秘密保护的情况下,才存在两种模式的“成本—收益”对比分析。

与上文一样,为了论述的便利,我们先对市场主体在考量模式选择时应当涉及的主要因素作如下设定:

技术创造的价值,记为  $R$ ,其中专利模式下的记为  $R_1$ ,商业秘密模式下的记为  $R_2$ ;取得权利的成本,记为  $C$ ,其中,申请专利的成本记为  $C_1$ ,取得商业秘密保护的成成本记为  $C_2$ ;权利保护水平,记为  $P$ ,其中,专利的保护水平记为  $P_1$ ,商业秘密的保护水平记为  $P_2$ ;权利救济的成本,记为  $K$ ,其中,专利救济的成本为  $K_1$ ,商业秘密的救济成本记为  $K_2$ ;市场主体最终所获得的收益,记为  $V$ ,其中,专利收益记为  $V_1$ ,商业秘密收益记为  $V_2$ 。

[31] 沉淀成本(sunk cost),是指已经付出且不可收回的成本,其并不影响对价格和数量的决定。沉没成本常用来和可变成本作比较,可变成本可以被改变,而沉没成本则不能被改变。来源于“维基百科”<http://zh.wikipedia.org/zh-cn/%E6%B2%89%E6%B2%A1%E6%88%90%E6%9C%AC>,最后访问日期:2010年10月20日。

[32] 为论述之便利,这里的  $C_1, C_2, \dots, C_{(n-1)}, C_n$  分别对应一个企业。实际上,即使有多个企业的研发成本相同,其推理过程也没有什么实质差别。

说明:①很显然,R的高低取决于研发成果的技术优势,对此,我们可凭藉“潜在市场需求”予以客观衡量,原因在于,研发成果的技术优势直接影响了消费者偏好,而消费者偏好又决定了潜在市场需求。②申请专利当然需要一定的成本,这其中包括了申请专利所需付出的时间成本、费用支出、以及每年都需缴纳的专利维持费等。而对于寻求商业秘密的保护来说,虽然其无需专门授权,但采取合理的保密措施是获得商业秘密保护的重要前提条件,这同样是要付出一定成本的。③权利救济的成本与法律所提供的保护水平、以及技术成果的价值直接关联,所以,我们可以将变量K视为变量P和R的函数,即 $K=f(P, R)$ 。④基于上述设定的参数,我们可以将市场主体最终所获得的收益V用“ $R-C-K$ ”来表示,即 $V=R-C-f(P, R)$ 。

分析:第一,在取得权利的成本方面, $C_1$ 显然比 $C_2$ 要大;不过,该成本又会受到R的影响——R越大, $C_2$ 也会越大(因为需要采取的保密措施更复杂),但 $C_1$ 是基本不变的。

第二,就保护水平来说, $P_1$ 明显比 $P_2$ 要高,我们从权利范围、保护期限、侵权救济的力度等方面进行综合考量可以得到这一推论。

第三,关于权利救济的成本K,变量P和R对其的影响可作如下解析:首先,R的高低不会影响到 $K_1$ ,但对 $K_2$ 则有明显影响——R越低 $K_2$ 也越低,反之, $K_2$ 越高。<sup>[33]</sup>其次,通常情况下,P越高则K越低,由于 $P_1$ 大于 $P_2$ ,所以 $K_1$ 小于 $K_2$ ;但是, $K_1$ 是不会无限制的低下去的,它有一个最低值,即无论专利权的保护水平有多高,权利人都要付出一定的 $K_1$ 。而 $K_2$ 则不受 $K_1$ 这个最低值的限制,只要R足够低, $K_2$ 会比 $K_1$ 更低。因此,如果R较高,再加上变量P的作用, $K_1$ 小于 $K_2$ ;但当R低到一定程度时, $K_1$ 会大于 $K_2$ ,也即是说,当达到一定程度时,R降低的差额对K所造成的影响会超过由于 $P_1$ 与 $P_2$ 之间的差别而对K造成的影响。

第四,由于R的值取决于潜在市场需求,因此,只要潜在市场需求是稳定的,R就是确定的,与选择专利模式还是商业秘密模式无关,即 $R_1=R_2$ 。但是,我们在分析潜在市场需求的稳定性时,不能忽视时间因素,即如果研发成果的技术优势足够大,使得其维持消费者偏好的时间能够超过专利的最长保护期限,那么 $R_1$ 小于 $R_2$ 。

在以上分析的基础之上,我们就能对技术研发者选择专利、抑或商业秘密来保护其成果的过程作如下区分描述:

假设情形一,如果R的值低到 $K_1$ 大于 $K_2$ 的程度,由于 $R_1=R_2$ 、 $C_1$ 大于 $C_2$ ,那么根据上述V的计算公式,则有 $V_1$ 小于 $V_2$ ,即技术创造者此时应选择商业秘密模式。而且,由于申请专利需要一定的时间,因此,选择商业秘密的模式,可以帮助技术创造者基于“时间上的领先、学习曲线和商标效应”<sup>[34]</sup>而更早地确立竞争优势,同时还不存在专利模式下的权利可能被宣告

[33] 这是因为,若采用商业秘密模式,技术成果的价值越大,需要投入的维护成本就越多;而在专利模式下,由于专利权是通过公开授权的方式取得,权利救济的成本比较固定,不受技术成果的价值大小的影响。

[34] Landes & Posner, *Supra* note 28, p. 358.

无效的风险(由于此时 $R$ 的值不高,因而这一风险还是较大的)。

假设情形二,如果 $R$ 的值高到 $K_1$ 小于 $K_2$ 的程度,但同时,研发成果的技术优势不足以维持超过专利最长保护期限,此时仍有 $R_1 = R_2$ ,那么技术创造者在选择时所面临的问题就是 $(V_1 - V_2)$ 是否大于零;根据上述公式,问题实际就是 $(f(P_2, R) - f(P_1, R))$ 与 $(C_1 - C_2)$ 何者更大?如果前者更大,即 $V_1 > V_2$ ,技术创造者就应当选择专利模式,反之则应当选择商业秘密模式。我们注意到,在 $R_1 = R_2$ 的情况下, $K_1$ 和 $C_1$ 都不怎么受到 $R$ 的影响,而如果 $R$ 越高, $K_2$ 和 $C_2$ 都会越高,因此,在此情形下, $(f(P_2, R) - f(P_1, R))$ 就越有可能比 $(C_1 - C_2)$ 大,技术创造者理应倾向于专利模式;当然, $R$ 存在一个特定的值点,此时采用专利模式或商业秘密模式无甚差别。不过,技术创造者在选择专利模式时需要防范专利权可能被宣告无效的风险。

假设情形三,如果 $R$ 的值高到技术优势能够维持的时间超过专利最长保护期限,此时 $R_1$ 小于 $R_2$ ,同样,我们根据 $V$ 的计算公式来比较 $V_1$ 与 $V_2$ ,问题就转换为 $(R_2 - R_1)$ 比 $(f(P_2, R) - f(P_1, R))$ 与 $(C_2 - C_1)$ 之和更大还是更小,即采用商业秘密模式所多获得的“技术成果价值”是否超过此模式下所多付出的“取得权利的成本”与“权利救济的成本”之和。如果回答是肯定的,技术创造者就应当选择该模式,否则即应选择专利模式。应当注意,在此情形下虽然 $R$ 越高, $(R_2 - R_1)$ 也越大,但是由于 $K_2$ 与 $C_2$ 同样在增大(同时 $K_1$ 和 $C_1$ 都不怎么受影响),所以,我们不能简单地说,当 $R_2$ 大于 $R_1$ 时就应当选择商业秘密模式,而应当在个案里结合 $K_2$ 与 $C_2$ 具体情况来判断。

综合起来,我们会发现一个有趣的现象,如果技术成果的价值不高或很高,创造者选择商业秘密模式的可能性都会更大,而当技术成果的价值介于这两个极端之间时,创造者选择专利模式的可能性则更大。这一分析与人们的常识也是相吻合的,一如上文所提及的,当创造者确信其技术成果在相当长的时期内都属于领先技术时,他会选择商业秘密模式。

## (二) 商标争夺还是另创新品牌

企业选择是否注册某个商标,其可选择的道路无非有二:①去争夺一个其他企业已经使用的标识;<sup>[35]</sup>②使用一个任何人都没使用过的标识。情况②的发生很容易理解,这也是市场中企业的常态,需要专门讨论的,是情况①在何种情况下会发生。我们都知道,商标注册适用的是“先申请原则”,如果某企业已经抢先注册了某一商标,其他企业是无法再进行争夺的,所以,若要与他人争夺某个标识,抢先注册非常重要。这样,作为企业来讲,似乎其行为选择的依据参数非常简单明确——即“时间”,那这还有讨论的必要吗?实际上,针对利用“第二含义理论”所获得的商标注册,才是本文讨论情况①的原因和基础,这里,企业争夺的是对“共用名称”<sup>[36]</sup>获得产权,其关键是通过使用而获得显著性,因此,我们讨论如何选择是否投入“共用名称”的争夺也才有了意义。

[35] 这里显然要排除该企业实施不正当竞争行为的情况。

[36] 根据我国《商标法》第11条第2款的规定,可以根据“第二含义理论”而获得商标注册的标识有两类,一为商品或服务的通用名称,另一为描述性标识(即表示商品或服务的原材料、功能、用途或其他特点的标识),为便于论述,本文遵循我国理论界和实务界的惯常做法,将二者统称为“共用名称”。

明确了这一前提,我们再来分别讨论此两种情况下企业应如何进行选择:

对于情况①我们假定:每一个企业都可以雇佣一个人来宣传某一标识,从而让一定数量的消费者节省信息搜寻成本(并愿意相应支付更高的商品价格),且每一位消费者能够节省的信息搜寻成本均为10元,同时,该企业需要向每一个进行商标宣传的受雇者支付65元的工资。<sup>[37]</sup>虽然,每位受雇宣传员获得的工资相同,但其究竟能为该标识吸引来多少顾客,则取决于此前的宣传者已经吸引了多数顾客。通常说来,随着宣传者人数的增加,尽管吸引的顾客人数也会增加,但其增加的速度却会放缓,这是因为最容易被吸引的顾客总是被先受雇的宣传者所吸引,而留给在后受雇的宣传员的总是越来越难吸引的顾客,所以,在花费同样的时间和精力,在前的宣传员一般总能比在后的宣传者吸引来更多的顾客。这也就是经济学上所谓的“边际收益递减规律”。基于这样的假设,一如下表所示,<sup>[38]</sup>我们将清楚地看到,随着使用同一商业标识的企业数量的增加,该标识之净价值是如何变化的:

表一

(1) 企业总数 (=宣传员总数)	(2) 吸引顾客总数	(3) 总成本 (=①×65)	(4) 行业总利润 (=②×10)	(5) 行业平均利润 (=④/①)	(6) 标识净价值 (=④-③)
0	0	0	0	-(即不存在)	0
1	10	65	100	100	35
2	19	130	190	95	60
3	27	195	270	90	75
4	34	260	340	85	80
5	40	325	400	80	75
6	45	390	450	75	60
7	49	455	490	70	35
8	52	520	520	65	0

分析:如“表一”所示,对于某一个企业而言,只要使用该标识所需付出的成本(即65元人工费)<sup>[39]</sup>低于由此而带来的收益,其便会选择投资于商标争夺之中去。基于我们所假设的各

[37] 这里所说的宣传,是指包括广告在内的一切市场营销手段。当然,培育商标不仅仅需要做宣传,更需要改进产品质量、提供售后服务,等等,而这一切都要耗费成本,在此,为论证之方便,我们以用于宣传的人工费指代所有成本。

[38] 此表系依据 Anderson & McChesney 主编的“*Property Rights: Cooperation, Conflict, and Law*”一书中的 Table II. 2 (Princeton: Princeton University Press, 2003, p. 64) 修改而成。

[39] 在某标识进入“专有”领域(即获得商标注册)之前,由于任何进入该行业的经营者均可以使用该标识,因而,为使顾客能够购买自己所生产的标注这一标识的商品或服务,每个经营者都必须支付一定的宣传成本,否则,顾客无法知道哪个经营者提供了标注该标识的商品或服务。

企业具有同质性,故他们将均分行业总利润,也就是说,使用该标识给每个企业所带来的收益等于行业平均利润。由上表可知,在此情况下,总共会有 8 家企业投入其中使用该标识,而此时商标的净价值为 0,换言之,只要市场中已经使用该标识的企业少于 7 家(因为还要把进行选择的企业本身计算进去),另外的企业就可以考虑投资进行商标争夺。当然,从社会整体效益的角度而言,我们当然希望标识能产生最大的净价值,因此,最佳状态是恰好雇用 4 名宣传员来培养某一标识,就实践来看,可能是一个企业雇用 4 名宣传员,或者是几个企业总共雇用 4 名宣传员。

如果某个企业雇用的宣传员不止一人,又抑或有企业提供的商品质量低劣,那么标识之净价值达到最大时企业数量不到 4,以及标识之净价值降为 0 时企业数量不到 8。这不过是说明了,若有其他因素的介入,商业标识的净价值会发生更快的变化,但其仍然是遵循“表一”所示之变化规律的。

需说明的是,上面的分析只是说明了企业在情况①之下时如何根据标识净价值的变化进行选择(是否投入争夺),至于能否获得注册的关键因素——显著性——的判断,则不在此分析框架内,换言之,前面的分析只是描述了市场主体在进行投资时所要面对的行为选择的一部分,但这些分析是显著性判断的基础,其足以说明行为选择才是问题的关键。

对于情况②,如果我们仍然做与①相同的前提假设,那么此时商标净价值的变化情况,可借鉴“表一”作如下所示(“表二”):

表二

(1) 企业投入的 宣传员人数	(2) 吸引顾 客总数	(3) 总成本 ( = ① × 65 )	(4) 企业利润 ( = ② × 10 )	(5) 商标净价值 ( = ④ - ③ )
0	0	0	0	0
1	10	65	100	35
2	19	130	190	60
3	27	195	270	75
4	34	260	340	80
5	40	325	400	75
6	45	390	450	60
7	49	455	490	35
8	52	520	520	0

分析:此时情况很明了,该企业要想实现商标净价值的最大化,其应当雇用 4 名宣传员来吸引顾客,其不可能有动机雇用超过 4 名的宣传员来从事这项活动。

通过“表一”和“表二”,我们能够了解到企业分别在情况①和②之中该如何作出选择。当然,我们不免会有个疑问,某一企业(我们称为 A)如何在①和②之间进行选择呢?

我们首先来还原“表一”和“表二”中计算标识净价值的公式:若“吸引的顾客人数”记为  $P$ ,“每一位消费者能够节省的信息搜寻成本”仍为 10(这有利于我们排除驰名商标的情形),“宣传员人数”记为  $N$ ,“付给宣传员的成本”记为  $C$ ,标识的净价值记为  $V$ ,则有  $V = 10 \times P - C$

$\times N$ 。接下来所要进行的比较,实际上就是看,企业分别在情况①和②之下投入相同人数的宣传员时,何者的 $V$ 值更大。很显然,比较的关键在于变量 $P$ 和 $C$ 分别在情况①和②之下时(分别记为 $P_1$ 和 $C_1$ , $P_2$ 和 $C_2$ )的大小关系。

如前所述,情况①之下的标识为“共用名称”,那么即使企业能够成功注册商标,其商标权的排他性也是较弱的,商标法上的“合理使用”等制度对“共用名称”之上的商标权利益范围构成了很大的限制;而与此同时,企业为了获得第二含义的认定所要付出的成本却很高——不难判断,为了通过使用“共用名称”而获得区别于标识原有含义的“第二含义”,行为人所要付出的成本肯定比使用一个具有固有显著性的“新标识”要高得多,即 $C_1 > C_2$ 。另一方面,由于“共用名称”的可识别性较弱,因而该标识吸引顾客的能力也有限,即 $P_1 < P_2$ 。根据前述公式 $V = 10 \times P - C \times N$ ,由于 $C_1 > C_2$ 且 $P_1 < P_2$ ,那么企业可据此推断,在一般情况下标识净价值 $V_1 < V_2$ ,也即是说,比较情况①和②,企业通常应当选择后者进行投资。

例外的情况是,如果企业认为“共用名称”获得注册后足以获得驰名商标的保护(基于“共用名称吸引顾客的能力很强”、“已经具备良好声誉”、“投入使用的企业数量并不多”等因素的作用),由于此时 $P_1$ 可能比 $P_2$ 大得多,而 $C_1$ 与 $C_2$ 之间的差距却并不大,这时企业选择情况①进行投资可能会更有效率。

综上,“已经使用‘共用名称’的企业数量”、“‘共用名称’的叙述性的强弱(即获得商标权后的利益范围)”、“获得第二含义认定的成本”、“企业自身的实力”、“竞争对手构成合理使用的可能性分析”、“适用驰名商标保护的可能性分析”、“侵权救济的难度和成本”(后三者是“商标法所提供的保护水平”的具体表现)等等因素,均为企业决定是否投资于“共用名称”的注册时所应考察的对象,但企业最终如何在情况①和②之间进行选择,是个个案性很强的判断过程,企业应审慎考量以上诸方面、从而作出理性选择。

### (三) 进行作品创作的选择是如何做出的

首先要说明的是,作品的创作行为表面上看起来与技术研发、注册及使用商标的行为都有所不同,创作作品的动机可能是出于精神世界追求,也可能是以市场为导向的,而技术研发和商标方面,则显然都是为了追求经济利益。但是,即使是作者创作作品时不以经济利益为目标,在救济著作权方面,我们仍然是从市场的角度来考虑侵权损害赔偿问题的。因此,无论作品是基于何种目的而被创作出来的,都不影响我们从市场的角度分析作者是如何考虑选择从事作品的创作行为的。

著作权的保护水平与权利人利益实现的大小相关联,如果著作权可得实现的利益能够用一定的经济方法进行分析,人们在选择是否投入作品创作行为时就有了较为可靠的计算依据。至少,对于那些以市场为导向的版权产业来说,经济利益是其首要关注的问题。

分析参数的设定:(1)以 $l$ 表示著作权的保护水平,<sup>[40]</sup>且 $0 \leq l \leq 100\%$ ,其中 $l \geq 0$ 表示存在着著作权的保护,而当 $l = 100\%$ 时,表示著作权受完全的保护、不存在侵权。

[40] 需说明的是,本文这里所说的著作权保护水平,是指作品实际受保护的状态,而不是立法层面为著作权涉及的保护制度。

假设在一定时间内市场对作品复制件的需求量恒定,以  $x$  表示权利人生产之复制件的销售数量,那么,函数  $x(t)$  表示由变量  $t$  所决定的销售数量。因市场对作品复制件的需求量恒定,如果市场中非权利人生产的复制件数量越少,那么  $x$  值就会越高。非权利人生产之复制件的数量,包括两种来源,一是基于著作权限制制度而产生的复制件,另一是由于侵权行为而产生的复制件,前者与变量  $t$  无关,而后者则与变量  $t$  直接挂钩—— $t$  值越高,侵权复制件的数量越小,所以,变量  $t$  与函数  $x(t)$  是成正向关系的。

以  $C$  表示合法生产者的总体成本,由生产成本和侵权防范成本构成,其中,又以  $c$  表示每个合法复制件的生产成本,<sup>[41]</sup> 而侵权防范成本可以用  $f(t)$  表示(这是因为,在不考虑特殊情况的条件下,影响侵权防范成本的变量主要是  $t$ ,所以,该成本可以用函数  $f(t)$  来表示),于是有  $C = c \times x(t) + f(t)$ 。在此, $f(t)$  与  $t$  成相反关系,即  $t$  值越高, $f(t)$  越低。

以  $p$  表示权利人生产之复制件的价格, $V$  表示著作权人的净收益。

根据上面的参数设定,我们就可以得到: $V = p \times x(t) - C$ ,替换  $C$  之后,即有:

$$V = (p - c) \times x(t) - f(t) \quad (\text{以下称“公式一”})$$

(2) 无论是著作权的行使还是侵权,都是以“复制”的形式表现出来的,所以,如果发生侵权行为,直接改变的是市场中作品复制件的数量。如果一定时间内市场对作品复制件的需求总量为  $q$ ,以  $y$  表示侵权复制件的销售数量,那么函数  $y(t)$  则表示的是由变量  $t$  所决定的销售数量,二者成反向关系。再以  $z$  表示基于著作权限制制度而减少的对作品复制件的需求数量,因为著作权限制制度所产生的复制件数量与变量  $t$  无关,所以  $z$  也与之无关,该参数的值取决于著作权限制制度的范围大小。

一如通常之经济分析,我们假定  $q$  恒定,所以有:

$$x(t) = q - y(t) - z \quad (\text{以下称“公式二”})$$

将“公式二”带入“公式一”即可得到:

$$V = (p - c) \times (q - y(t) - z) - f(t) \quad (\text{以下称“公式三”})$$

分析:通过“公式一”我们可以发现,与“著作权收益”有关的几个参数中,最重要的就是著作权的保护水平  $t$ ,如果侵权行为增多,即表明  $t$  值降低,则  $x(t)$  值将减少、 $f(t)$  值增加,从而导致权利人能够实现的经济利益减少。

从理论上讲,“公式三”中的参数  $p$  和  $c$  是会受到变量  $t$  的影响的,这是因为:如果  $t$  值越高,那么非权利人的表达成本也越高,<sup>[42]</sup> 因而权利人完全可以藉此而提高  $p$  的值;但是,生产者购买版权的成本也可能会升高,从而导致  $c$  值上升,所以,  $(p - c)$  值可认为是基本不变的。即使是著作权人自己生产复制件,在  $t$  值升高的时候其似乎可以提高  $p$  值而同时保

[41] 这里,我们以  $c$  来指代除侵权防范成本之外的、合法复制件的所有生产成本,包括原材料、机械设备、购买版权(指生产者不是原始著作权人之情形)、宣传营销等方面的全部成本。

[42] 所谓非权利人的表达成本,是指非权利人利用已有作品进行新的创作而需付出的成本,比如支付许可使用费,即使是不付费的擅自利用,也有个风险成本的问题。如果著作权保护水平提高,那么非权利人的表达成本显然也会升高。See Landes & Posner, *Supra* note 28, p. 69.

持  $c$  值不变,但实际上,在充分竞争的市场中,著作权人不会随意因  $l$  值的提高而增加  $p$  值,因为此时防范侵权的成本  $f(l)$  已降低,为了在市场竞争中获得优势,著作权人通常会保持  $p$  值不变。所以,在一般意义上的经济分析中,参数  $p$  和  $c$  可被认为是基本不变的,不受变量  $l$  的影响。

我们已经明确,权利人的净收益取决于非权利人生产的复制件,而按照如上之分析,该复制件的数量主要受两个参数—— $l$  和  $z$  的影响。其中,就参数  $z$  而言,在著作权利限制制度确定的情况下,其值是确定的,但如果立法改变了著作权利限制制度的范围, $z$  值也会跟着变化(范围扩大, $z$  值变大,反之同变小),并在新的数据上恒定下来。所以,“公式三”非常直观地表达了侵权复制与权利人的净收益之间的关联性,如果能从市场中统计出相应的数据,我们就可以计算出  $l$  的值,这是我们衡量著作权司法和执法状况的重要依据。

于是,作为市场主体来说,在其考量是否选择投资于作品创作活动时,可以根据“公式三”来进行判断。具体过程可作如下描述:首先, $q$  是恒定的, $p$  和  $c$  是可以由市场主体进行成本核算的,剩下的就是由  $l$  所决定的侵权复制件的销售数量  $y(l)$  和侵权防范成本  $f(l)$ 、以及因权利限制制度(如合理使用)而减少的对作品复制件的需求数量  $z$ 。如上所述,市场主体可以通过调研的方式获取相关统计数据,从而计算某个版权产业(例如软件产业)的  $l$  值;而由于变量  $z$  是不受  $l$  的影响,因此市场主体可以采用诸如调查问卷的方式,以抽样统计的方法估算出  $z$  值(虽不一定精确,但足以供决策作为参考)。这样一来,市场主体即可根据“公式三”估算出,如果其从事某类作品的创作行为大致能获得何种水平的经济利益,并以此作为其进行行为选择的重要依据。

#### 四、从禀赋效应的视角看知识产权保护水平对知识财产创造者的影响

市场主体在决策是否投资于知识产品生产活动时,除了进行自身的“成本—收益”计算之外,损失之规避(如果现有知识产权制度所能提供的保护水平有限,包括权利配置和执行两方面,前面的“成本—收益”计算也就没有意义了)也是其考量的重要因素。上文分别在专利法、商标法和著作权法的领域里探讨了知识财产创造者是如何进行行为选择的,从中我们已然看到,知识产权的保护水平对市场主体的“成本—收益”计算产生了很重要的影响;实际上,知识产权的保护水平还会直接影响市场主体之规避损失的心理状态,这就涉及经济学上的一个重要问题——禀赋效应。根据这一经济学理论我们就更能理解,为何市场主体即便根据“成本—收益”计算认为投资于创新活动能够获得收益时,其决策的做出仍然会十分谨慎——出于对知识产权保护水平的审慎考量。

禀赋效应是由美国经济学家 Richard H. Thaler 于 1980 年提出来的,该理论认为,一定量的损失给人们带来的“效用降低”要多过相同的收益给人们带来的“效用增加”<sup>[43]</sup>。通俗来

[43] See Thaler, “Toward a positive theory of consumer choice”, *Journal of Economic Behavior and Organization* 1, 1980: 39-60, p. 40.

讲,就是说当个人一旦拥有某项物品,那么他对该物品价值的评价要比未拥有之前大大增加。<sup>[44]</sup>实际上,禀赋效应对人们极度厌恶损失的一种描述,同等程度的收益和损失相比,损失给人们带来的不快要远大于收益给人们带来的愉悦。因此,与传统经济学理论不同,基于禀赋效应的作用,人们并不认为支付成本和机会成本是一回事。

笔者认为,在市场主体进行是否投资于知识财产创造活动的行为选择时,同样会受禀赋效应的影响。对于行为人来说,其所要考虑的不但是能否成功获得知识产权的问题,还包括现有的知识产权保护水平是否能保障其预期利益得以实现。我们都知道,获得知识产权的投资对于市场主体来说是一个较大的成本,如果付出该成本能够获得知识产权收益,这当然是最佳的效果;但若情况是,虽然能获得知识产权,却由于知识产权保护水平太差而无法实现收益,那么其已付出的成本就成了沉淀成本,禀赋效应告诉我们,行为人对这一损失的估价是远高于知识产权收益的。所以,如果市场主体对知识产权保护水平没有信心——笔者并不是说行为人所获得的知识产权不能给其带来任何收益,而是指远低于其预期收益,他就不会选择进行投资。当然,禀赋效应只是影响人们在知识财产创造活动中进行行为选择的一个方面,能否成功获得知识产权才是基础,而对市场本身的了解(信息的充分性)也是关键。

发生禀赋效应的重要原因是人们厌恶损失,但如何看待一个事实究竟带来的是是否为损失,还依赖于特定的“语境”。换言之,人们在进行行为选择时,除了自身的成本核算,还会考察知识产权的保护现状、以及对这种现状之持续的期待。作为具体判断很重要的一个前提工作,就是选取恰当的时间点作为参照,通常应为两个以上的时间点,而对知识产权保护状况的理解应分别在这些时间点之下展开,并从中观察变化的规律或者趋势。有一些时间点对于分析现状及其持续或是变化趋势是非常有意义的,例如相关法律修订的时间、国家有关政策的出台(例如我国于2008年出台了《国家知识产权战略》),等等。另外,地域的问题也很重要,这其中既有经济发展水平的因素,也有地方政府的激励政策、人们的知识产权保护意识、司法及行政执法的效率等因素,它们都是人们判断知识产权保护状况的重要“语境”。

不过,我们也不能过于夸大禀赋效应所起到的作用,“在真实的市场竞争之中,导致人们从事某项知识产品生产活动与否的关键因素,究竟是禀赋效应的原因、抑或是交易成本过高,有时候是难以区分的”<sup>[45]</sup>。当然,如果交易成本足够小,我们通常就能将人们的行为选择归因于禀赋效应。就知识产权而言,获得著作权和商标权的交易成本是足够低的,只是专利权有些不同。虽然,专利申请的有关费用并不高,但申请人可能面临的时间成本却是较高的——在我国,且不考虑制度寻租的问题,申请专利所要花费的时间动辄就在1年以上,所用时间达到3年的也数见不鲜。而与此同时,很多技术研发成果的实效性却很强,如果申请专利的时间成

[44] 关于禀赋效应 Hammack 和 Brown 曾做过一个很有趣的调查,他们发现,捕猎野鸭者愿意平均每人支付 247 美元的费用以维持适合野鸭生存的湿地环境,但若要求他们放弃在这块湿地捕猎野鸭,他们要求的赔偿却高达平均每人 1044 美元。See Hammack & Brown, *Waterfowl and Wetlands: Toward Bioeconomic Analysis*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1974, p. 95.

[45] 卡尼曼、尼奇、塞勒:《对禀赋效应和科斯定理的实验检验》,载桑斯坦主编:《行为法律经济学》,涂永前、成凡、康娜译,北京大学出版社 2006 年版,页 267。

本过高,是足以影响研发者的选择的。当然,在申请过程中,研发者也可以开始投入生产,从而抵消时间成本的影响,但请注意,由于此时其尚未获得专利权的保护,如果竞争对手很容易破解其中的关键技术,研发者就得不偿失了。另外,我们还应考虑到,申请时间越长,市场主体就越不会忽视机会成本的问题——只要机会成本够大,申请专利所花费的时间够长,禀赋效应的影响就不如机会成本大了。

## 五、结 论

本文很重要的一项工作,就是重新审视了知识产权制度的“激励”作用对知识财产创造者的行为选择的影响,进而回到知识产权制度本身,运用经济分析的方法,分别从专利法、商标法和著作权法的角度,探究知识财产创造者是如何进行行为选择的。笔者认为,“激励”的存在只会影响动机,决策的做出仍然表现为市场主体从其自身利益出发而进行的行为选择。通过分析知识产权制度与知识财产创造者的行为选择之间的关系,可以使我们清楚地看到,作为理性经济人的市场主体,其在进行是否投资于知识财产创造活动的决策时是如何思考的。概括起来,本文得出了以下结论:

1、知识产权制度的“激励”作用为知识财产创造活动提供了“源动力”,但“动力”并不必然转化为实际的行为,市场主体唯一关心的是,他在付出一定的成本创造出知识财产之后能获得怎样的垄断地位——享有哪些权利、受到何种限制。因此,知识产权制度所标榜的“激励”也许在市场主体看来却并非如此。而且,笼统地提“作为激励机制的知识产权制度”,容易使我们忽视原创性知识财产创造与累积性创新在受到激励方面是存在差别的。另外,“激励理论”还有两个不太能够解释的领域——商业标识和商业秘密。

2、市场主体选择投入发明创造的研发活动,目的在于获得市场竞争优势,这取决于两个方面,一是市场竞争状况,另一是潜在市场需求。那么,在什么情况下会投资于技术发明的研发活动呢? 笔者的判断方法是:当  $R - (C \times N) > 0$  时。而在完成技术研发之后,如何在专利模式与商业秘密模式之间进行选择来保护该技术成果? 笔者认为,可以根据公式  $V = R - C - f(P, R)$  来衡量不同模式下技术创造者所能获得的收益。

3、就商标权而言,如果企业想要投资于“共用名称”的争夺,其应当根据标识净价值的变化进行选择——企业须在“可能增加的收益”与“因此而增加的成本”相等这一时间点(即所谓边际收益与边际成本相等)到来之前进入;如果企业要在“争夺共用名称”和“使用新标识”之间进行选择,那么,“吸引顾客的能力”、“培养商标的成本”是重要的考量因素。

4、作为市场主体来说,在其考量是否选择投资于作品创作活动时,可以根据公式  $V = (p - c) \times (q - y(l) - z) - f(l)$  进行考量,其中: $q$  是恒定的, $p$  和  $c$  是可以由市场主体进行成本核算的,变量  $z$  是不受  $l$  的影响,而  $l$  值可以通过市场调研的方式获取相关统计数据来计算。

5、企业在决策是否投资于知识产品生产活动时,除了进行自身的“成本—收益”计算之外,基于实际的知识产权保护水平,禀赋效应的作用也会影响到他的行为选择。

(责任编辑:张双根)