

知识产权的作用再思考

弗朗西斯·高锐¹

知识产权在现代世界发挥作用的环境，与其产生之时的大不相同。新的环境已经使知识产权在经济和社会中的地位发生了改变。这就同样要求我们改变思考知识产权及其作用的方式。

对知识产权的传统解释

让我首先简要回顾一下对知识产权产生的传统解释。有四个主要原因，它们在不同程度上都适用于我们通常视为知识产权的所有权利。

有一组解释源自于知识与信息的非竞争性实质。知识与信息在生产时是私有产品。它们的创造要耗费人力和财务资源。相比之下，它们在消费时则属公有产品。一旦有可用的知识与信息，其他人都可以使用，且使用时并不减少生产者对它们的享用。六世纪爱尔兰的高隆庞在为自己辩护时，注意到了知识的这个特点。当时芬尼安指控他复制了芬尼安借给他的圣经彩饰画。当国王迪尔梅德召唤高隆庞为盗窃指控申辩时，高隆庞反驳说他未偷盗过任何物品，因为饰画仍为芬尼安所有，而且“芬尼安的书没有因他的复制而有任何损坏”。国王驳回了高隆庞的申辩，宣布“牛犊归母牛，抄本归原作”，由此将版权的概念引入了世界²。

知识产权以专有商业使用权的形式，对本属自由使用的知识和信息设定了政策限制，从而对生产该知识或信息的成本进行补偿。由此形成经济激励，鼓励对知识创造的投资，并为一个想法在从概念到新产品、新服务或新方法的商业实现这一漫长且常常孤独的征途中克服所遭遇的不友善提供了一条安全的通道。专有权实际上使获取本身变成了一项可供出售的商品，并为知识和技术的市场奠定了基础。

这第一组解释适用于涉及新知识³形式的知识产权，即专利、植物品种权、商业秘密权或保密信息权、工业品外观设计和版权。

芬尼安发现彩饰画被复制后表现出了道德上的愤怒，这表明知识产权也具有道德基础。这一点也体现在《世界人权宣言》第二十七条第(二)款中，该款规定“人人对由于他所创作的任何科学、文学或艺术作品而产生的精神的和物质的利益，有享受保护的权力。”知识产权的这个道德基础适用于大多数知识产权。这种道德基础的社会历史由来已久，这在日常语言词汇的负面含义中就有体现，如盗版、作弊或抄袭(或从最后一个词衍生出来的贬义色彩更重的词语，如“抄袭者”)。

需要知识产权的其他原因更具体地针对某些特定的知识产权。除了刺激新知识的创造，需要专利制度的进一步原因是，使新知识得以公开。对专利这项功能的一个极好例证是萨克斯管。萨克斯管是交响乐团中唯一获得过专利的乐器。该专利由阿道夫·萨克斯(Adolphe Sax)于1846年在法国获得。在其后的70多年时间里，另有14项与萨克斯管相关的专利由阿道夫·萨克斯和我们如今称之为竞争者的人获得。由此带来了我们如今所知的吹口、中音萨克斯管、其他不同种类的萨克斯管

¹ 世界知识产权组织(WIPO)总干事。本文中的观点不一定反映WIPO成员国的立场。

² 爱尔兰皇家科学院 MS 24 P 25。手稿页的复制件悬挂在 WIPO。也可参见 Thomas Cahill 的《爱尔兰人如何拯救文明》(How the Irish Saved Civilization)(1995, New York) 170。托马斯·杰弗逊提出了同样的观点，当时他写下这样的想法“……没有人拥有得更多，因为每个人都拥有全部。得到我想法的人，他自己得到了指导，也没有使我所得到的减少；如同就着我的烛光点亮自己蜡烛的人，他自己得到了光，也没有使我变成黑暗。”(《给 Isaac McPherson 的信》(Letter to Isaac McPherson), 1813 年 8 月 13 日)

³ 我是在一种非常广泛的意义上使用“知识”(和“信息”)，以便也包括新的创意表达。

以及萨克斯管自身经过改良的机械构造。这些技术中的大部分如今已在公有领域中公开了百多年之久，任何人都可以制造或使用萨克斯管。与萨克斯管相比，小提琴的演变过程则耐人寻味且发人深省。在十七、十八世纪的意大利克雷莫纳，小提琴的制造技术只在家族中隐秘传承。技术代代相传，秘不外泄。其结果是时至今日，无人知晓斯特拉迪瓦里 (Stradivari)、瓜尔内里 (Guarneri) 和其他人所造的举世名琴究竟如何制造。他们的制造技术随着时间推移，因家族保密及其传递知识的方法而遗失。

萨克斯管相关知识的传递与拨弦乐器制造知识的保存，这二者的对比远非显示专利制度公开功能成功之处的唯一例证。何勒里斯 (Hollerith) 打孔卡、电视、喷气式发动机、聚合催化剂和 iPhone 都是在发明实现商业化数年 (有时是数十年)⁴ 以前就在专利制度中予以公布的主要技术或产品的例证。人类技术得以建立最完整、最系统和最易获得的记录，专利制度功不可没。

在商标、地理标志以及视法域界定的假冒或不正当竞争的方面，市场秩序的维护者主要是政策依据。生产者与企业家和消费者与普通大众之间的信息和信号传递，对于确保正确信息并避免市场上的欺骗和欺诈，都是必不可少的。全球化经济中的分布式市场更是加强了品牌和形象呈现 (商业外观) 的这一作用。

这些对于知识产权目的的传统解释依然完全有效。但与最初定义时相比，许多已在现实中发生了变化。这些变化不会损害传统的解释，但我们应当为此向知识产权的职责描述添加某些其他内容，以便更好地反映出知识产权在现代经济和社会中的地位。让我简要介绍一下这些主要的变化，我认为它包括三项主要的转变——从有形到无形的经济转变、从西方到东方的地缘政治转变以及从国家到非国家的政治转变。

无形资产的崛起

在过去的几十年间，财富创造的核心已经从有形资产或实物资本转向了无形资产或智力资本，或者按经济合作与发展组织 (OECD) 的叫法，转向了知识资本。判断这种转变的依据有很多⁵。它明显见于标普 500 强公司的资产分布：1978 年有形资产和无形资产各占 95% 和 5%，到 2010 年变成各占 20% 和 80%。它明显见于商业投资的走势。在一些发达经济体中，对知识资本的投资高于对实物资本的投资，而且知识资本投资的增长率一直高于实物资本投资的增长率。

自然，这种转变随之带来了竞争焦点的改变。竞争越来越注重从知识资本衍生而来的比较优势。这也是我们最终看到知识资本投资的比例不断上升的原因。由知识资本带来的比较优势被称为创新，人们对创新的理解越来越全面，逐渐覆及融入新产品、新服务或新方法商业化过程的所有科技、设计、组织和市场营销信息。创新是现代世界中的企业、行业和国家通往经济 (以及军事) 成功的钥匙，所有这些参与者也是这样看待创新。这就是我们之所以看到如此强调创新的原因。《华尔街日报》去年对提交给美国证券交易委员会的季报和年报做了一项调查，结果发现在这些前一年的报告中，“创新”一词共使用了 33,528 次⁶。

⁴ 对于 iPhone 是几个月。企业现在倾向于在公布相应的专利申请时 (时间是在首次申请 18 个月后)，同时发布新产品。

⁵ 作为一般性调查，可参见经合组织 (OECD) 两年期项目“增长新源头：知识资本”的相关出版物，尤其是《增长新源头：知识资本：关键分析和政策结论——综合报告》(New Sources of Growth: Knowledge-based Capital: Key Analyses and Policy Conclusions - Synthesis report) (OECD 2013)。

⁶ 《华尔街日报》，2012 年 5 月 23 日。

知识产权能够捕捉并保护创新带来的比较优势。比较优势转化为巨大的价值，而知识产权则是监护人。在美国政府去年公布的一项研究中⁷，2010年估计有5.06万亿增加值(美国GDP的34.8%)以及2,710万个职位(全部就业岗位的18.8%)直接来自于知识产权密集型行业。对知识产权所捕捉价值的意识也使得全世界对知识产权的需求增加。在1995和2011年间，全世界的专利申请量从105万上升至214万，商标申请量从200万上升至420万，外观设计申请量则从约24.5万上升至77.5万。

从西方到东方的地缘政治转变

第二个贯穿于知识产权运作环境的主要转变是从西方到东方的地域转变。经济重心正在转移，而且随之而来的是技术重心的转移。二者发生的速度不同。自然，人们会讨论这场转移会持续多久，最终的中心会在哪里，是否会有一个中心还是会呈其他某种几何分布，凡此种种。但不可否认的是，一场转变正在发生，而且这是我们数百年来从未见过的。同样，判断这个转变的依据也有很多。我在此关切的是知识与技术在生产上的改变。我可以引征其中的三项指标，一项是关于知识生产的投入，另两项是关于其产出。

研究与开发(R&D)是知识生产中的一项主要投入。按绝对值计算，中国是现今世界上研发投入第二多的国家。以绝对值计的第三大国是日本。1999年亚洲国家的研发占全球的24%，但在2009年占到了32%⁸。

按产出计算，亚洲在科学论文产出上的增长显而易见，在21世纪头一个十年，一众亚洲国家在科学产出上的增长速度远超过成熟经济体的增长速度⁹。皇家学会在2011年的一份报告指出，“这些科学联赛表并不仅仅意味着威望——它们是一个国家在国际舞台的竞争能力的晴雨表”¹⁰。技术领域的情況更加突出，这从在专利合作条约(PCT)下提交的专利国际申请数量就能看出来。1994年，日本、中国和大韩民国占全部专利国际申请的7.6%。2012年则占到了38%，超过了欧盟或美国。

对非国家参与者的赋权

最后一个转变是政治权力在全社会的扩散，这是最初由互联网、最近则由其他形式的社交媒体带来的赋权所产生的结果。互联网打破了国家对信息的垄断，从而打破了国家得以树立政策制定权威的一个基础，而且为所有各种可见的网络——社会、政治、经济、文化、科学和技术网络的创造提供了便利。简言之，互联网带来了信息和知识获取途径的转变和为各种目的而使用知识的能力的转变。

政治、经济和社会领域中有许多例证能对这种新近建立的赋权的应用加以阐释。在知识产权领域，过去两年中涌现出了一些主要范例。

⁷ 美国商务部，《知识产权与美国经济：焦点行业》(Intellectual Property and the U.S. Economy: Industries in Focus)(2012年3月)，可见http://www.uspto.gov/news/publications/IP_Report_March_2012.pdf。

⁸ 国际科学委员会，《2012年科学与工程学指标》(Science and Engineering Indicators 2012)，4-5(Arlington, Virginia: National Science Foundation (NSB 12-01))(NSB 12-01)。

⁹ 在此十年期间，科学论文发表数量的增长率平均分别为：美国1%、欧盟1.4%、日本-1.1%，但中国为16.8%、大韩民国10.1%、新加坡8.2%、印度6.9%(National Science Board, op. cit. 5-33)。

¹⁰ 皇家学会，《知识、网络与国家：21世纪的全球科技合作》(Knowledge Networks and Nations. Scientific Collaboration in the 21st Century)(2011年)。

其中之一是 2012 年 1 月 18 日为反对美国通过某些知识产权立法而采取的协调行动。这些立法是《禁止网络盗版法案》(SOPA)和《保护知识产权法》(PIPA)。这些法案在议会中获得了两党的支持,通常而言,法案通过似乎也是必不可免的。但抗议之声最终使得法案被搁置。在抗议活动中,11.5 万个网站完全或大部分关闭了观看网站内容的通道。参与的网站有维基百科(网页全黑)、谷歌(黑掉网站标志)、热提网、推特、汤博乐(Tumblr)。1.62 亿人亲身经历了维基百科封网。1 月 18 日太平洋时间下午 1 点 30 分以前,有 450 万人在谷歌的网络请愿书上署名。1 月 18 日的前 16 个小时内共发布了将近 250 万(240 万)条有关 SOPA 的推文。那一天推特网排名前五的网络热词为“SOPA”、“禁止 SOPA”、“PIPA”、“告诉国会”和“话题#没有维基百科之后的事实(#factswithoutwikipedia)”¹¹。此外(我不是在暗示这在某种意义上是前述协调行动的一部分),黑客组织“匿名者”(Anonymous)声称黑掉了联邦调查局(FBI)、美国司法部和数个娱乐行业的网站,作为对政府和娱乐业推进反盗版的回敬。该组织表示这是“史上最大的一次网络攻击”,有 5,635 人参与。除了司法部和联邦调查局,美国唱片业协会、美国电影协会、环球唱片和百代唱片公司的网站据报道都曾遭到网络攻击¹²。

在知识产权领域,因互联网、社交媒体和网络带来的权力行使的其他例证还有反对《反假冒贸易协议》(ACTA)¹³的抗议活动以及微软对 Xbox One 游戏机的重新配置¹⁴。

上述三个转变已经在全球化的背景下发生,全球化是自由、公开和相互联系的市场和全球价值链的兴起,它的推动力量是贸易壁垒的降低以及交通、电信和通信设备的改进。全球化的复杂现象当然也会带来无数的副产品和结果。出于本文目的,其中最重要的有对消费电子技术的全球性意识和使用(如全世界 68 亿手机用户)、全球时尚趋势以及全球化的文娱消费(截至 2013 年 7 月 28 日,韩国歌手 Psy 的音乐视频《江南 Style》在 YouTube 上的观看次数已经超过了 17.15 亿,超过了该网站最热门的贾斯汀·比伯(Justin Bieber)的音乐视频《宝贝》(“Baby”)的观看次数)。

在所有这些面前,迪尔梅德国王和他的母牛之说是否还有容身之处?如上所言,我相信所有这些发展态势都不会动摇知识产权的传统根基。但我们必须意识到,较之于任何一个单独的根基所可能指示的范围,知识产权的使命要广大、复杂得多。在我看来,它真正关乎于知识与文化在一个经

¹¹ 见 Jenna Wortham,《草根怨声为公众抗议反盗版法案揭幕》(“Public Outcry Over Antipiracy Bills Began as Grass-Roots Grumbling”),《纽约时报》,2012 年 1 月 19 日,<http://www.nytimes.com/2012/01/20/technology/public-outcry-over-antipiracy-bills-began-as-grass-roots-grumbling.html?pagewanted=1&ref=technology>; Jenna Wortham,《推特、封网、示威——互联网在活动肌肉》(“With Twitter, Blackouts and Demonstrations, Web Flexes Its Muscle”),《纽约时报》,2012 年 1 月 18 日,<http://www.nytimes.com/2012/01/19/technology/protests-of-antipiracy-bills-unite-web.html?ref=technology>; Deborah Netburn,《维基百科: SOPA 抗议活动使 800 万人寻求议会答复》(“Wikipedia: SOPA protest led 8 million to look up reps in Congress”),《洛杉矶时报》,2012 年 1 月 19 日,<http://latimesblogs.latimes.com/technology/2012/01/wikipedia-sopa-blackout-congressional-representatives.html>。

¹² Nbcnews.com — <http://www.nbcnews.com/technology/anonymous-says-it-takes-down-fbi-doj-entertainment-sites-117735>。

¹³ 例如,见《150 万人署名网络请愿书呼吁欧洲议会拒绝 ACTA》(“1.5 million signed a web petition calling on the European Parliament to reject ACTA”) (<http://www.nytimes.com/2012/02/06/technology/06iht-acta06.html>)和《2012 年 2 月 11 日的全球抗议活动》(“Global protests on February 11, 2012”) (<http://www.ibtimes.com/anti-acta-day-action-february-11-protest-details-where-when-how-join-worldwide-fight-407660>)。

¹⁴ John Gaudiosi,《微软 Xbox: 破坏已经造成——质疑群众力量?与微软谈谈即可。》(Microsoft Xbox: The damage has been done — Anyone who questions the power of the crowd need only talk to Microsoft”),“财富科技-媒体纵览”,2013 年 6 月 20 日,<http://tech.fortune.cnn.com/2013/06/20/microsoft-xbox-the-damage-has-been-done/>。

济体和社会中的整体的生产、分配和消费方式，而且知识正是这个经济体的财富创造的基础，这个社会正有着技术、文化和娱乐消费的全球习惯。这样的任务陈述要求我们再为知识产权的职责描述额外添加两项职能。

知识产权作为竞争行为的调节器

知识产权的首个附加职能是在知识经济的资源基础方面作为确定公平竞争的机制。由于创新日益成为竞争的战场，且知识产权抓住了创新的竞争优势，知识产权，如中国前总理温家宝所说，将成为未来竞争的基础。

在国家和企业两个层面我们都可以看到这一观点的真实性。越来越多的国家正在采用创新战略或计划，或明确将创新能力作为其工业或技术战略的一部分¹⁵。在构成创新能力的大部分要素方面都充斥着竞争，如承办研发设施、争夺大学排行榜上的名次和吸引人力资源。在美国，马克·扎克伯格(Mark Zuckerberg)今年四月发起了一个名为FWD.us的游说团体，宣扬专门吸引支持创新所需人才的移民政策改革，手段包括简化外国理科毕业生获取居留权的程序以及增加面向有专业技能的临时工作人员的H-1B签证名额。今年H-1B签证的65,000个名额在美国五天就用完了。2007年，微软公司据报道在加拿大的温哥华开办了一个软件开发中心，以安置尚未能录用到其位于雷德蒙德总部的工作人员。美国劳工统计局的数据显示，硅谷中约有一半的科技工程人员出生于外国，相比之下美国其他地方的这一比例为四分之一¹⁶。

国与国之间竞争更为阴暗的一面是间谍活动(当然，这也是企业之间竞争的一个特点)。关于这一问题的言论激烈程度近期已经迅速攀升。美国国家安全局局长兼美国网络司令部司令基思·亚历山大(Keith Alexander)将军把网络间谍活动造成的工业信息和知识产权损失称为“史上最大的财富转移”¹⁷。美国知识产权窃取问题委员会的报告称，“美国知识产权在国际上被窃取的规模……史无前例——每年数以千亿美元计，相当于美国向亚洲出口的规模。”¹⁸该委员会提出的首条建议是，“指定国家安全顾问为主要的政策协调人，负责有关保护美国知识产权的所有行动”。

在企业部门，知识产权同样是竞争关注的中心。和国与国之间的竞争一样，这一竞争也产生了积极和负面的效果。积极的一面是，所有公司在产品和服务的构思、设计、生产和销售各个环节都加大了创新力度，并通过知识产权保护创新带来的优势。负面效果在智能手机的专利战中显而易见。在这个产业中，一切取决于创新。各家公司纷纷打造专利弹药库以取得一席之地。在过去三年中，高调的专利组合收购有所谓的“Rockstar集团”(包括苹果、微软、移动研究和索尼)以45亿美元收购北电网络的6,000项专利组合；谷歌据报道斥资125亿美元收购摩托罗拉移动的17,000项专利组合；柯达以5.25亿美元向12家被许可方组成的联盟出售其数字成像专利组合；微软以

¹⁵ 例如，见美国国家研究委员会的《迎接挑战：美国对于全球经济的创新政策》(Rising to the Challenge: U.S. Innovation Policy for the Global Economy)第5章(National Academies Press, 2012)。

¹⁶ 见Jessica Leber, “硅谷拼抢移民人才”(Silicon Valley Fights for Immigrant Talent), 《MIT技术评论》, 2013年7月26日。

¹⁷ Josh Rogin, “国家安全局局长：网络犯罪构成‘史上最大的财富转移’”(NSA Chief: Cybercrime constitutes the ‘greatest transfer of wealth in history’), *Foreign Policy The Cable*, 2012年7月9日。

¹⁸ 国家亚洲研究局, “美国知识产权窃取问题委员会的报告”(Report of the Commission on the Theft of American Intellectual Property), 2013年5月。另外一个观点是，它相当于“15万亿美元经济体中的化整误差”，见John Reed, “网络间谍活动造成的损失：‘一个化整误差’”(The Cost of Cyber Espionage: ‘A Rounding Error’), 外交政策杂志国家安全简讯(FP National Security), 2013年3月25日，以及战略和国际研究中心, 网络犯罪和网络间谍活动的经济影响(The Economic Impact of Cybercrime and Cyber Espionage), 2013年7月。

5.5 亿美元向Facebook出售 650 项专利；以及惠普以 12 亿美元收购奔迈(Palm)的 1,500 项移动技术专利。这一行为有多种解释。出于本文目的，我只强调竞争行为聚焦于知识产权的程度不断加剧，以及这一行为往往通过诉讼表现出来¹⁹。

在诉讼战中，一个恐怖分子加入了这个行列，招致不分对象的附带损害。这就是专利流氓，更礼貌地叫法是专利主张实体(或非实施主体²⁰)。但问题是，没人知道如何界定这一现象并说清楚拥有广泛且不断发展的有用中介的技术市场的合法演进到哪里为止，以及使创新面临危险的不受欢迎的行为从哪里开始。我们确实知道的是，专利主张实体的共同兴趣是专利带来的专有权，而不是构成其基础的知识。我们还知道，这种实体在市场上的存在正不断扩展。在 2012 年美国新增专利诉讼中，专利主张实体提出的诉讼占 61%，涉及针对 4,351 名被告人的 3,054 起专利侵权案²¹。美国正在就此作出一些政策回应，由美国总统行政办公室发布了《专利主张与美国创新》报告。

知识产权作为在各种相互竞争的利益之间找到平衡的机制

现在我转入知识产权的第二项附加使命。这一使命是随着知识、创意作品和娱乐在我们经济和社会中占据中心地位以及这一中心地位带来的错综复杂的利益应运而生的。在迪尔梅德国王考虑摆在他面前的问题时，情况相对简单——两名争议人和一本手工制作的圣经。他的决定衍生的后果有限。诚然，在某种意义上，其结果影响了构成文化人和负责大多数文学创作的整个修士阶层。但当时在很大程度上仍是文盲社会，读者人数少，影响是局部的。

不妨把上述情况与裁定出版商和谷歌之间就谷歌把全世界所有书籍数字化的计划达成和解的合法性²²或裁定遗传信息的可专利性²³进行对比。可以看到，各个社会和各个经济体之间的相互联系产生的错综复杂性；互联网和技术给媒体和传播带来的透明度、即时性和普遍性；以及知识在经济中的中心地位，要求我们以不同的方式考虑知识产权。这一错综复杂的情形要求知识产权发挥作用，在围绕创新和创造行为的众多且迥异的利益之间找到平衡点。

这些利益包括创新者或创造者的个人利益以及利用创新或享受创造过程的社会利益；生产者的利益和消费者的利益；鼓励投资于新知识生产的利益和分享新知识的社会利益。在凝聚于一项创新或创造周围或声称在其中有切身利益的所有个人、企业、机构、政府和广大公众或民间社会的利益之间必须进行平衡。在今天的世界，所有这些利益凭借互联网或社交媒体的即时性能够在全世界立刻得到表达和传播，因此认为知识产权仅代表某一类利益越来越不合时宜。它是协调各种不同利益的手段，这正是我们在围绕知识产权的活跃公开辩论中所认识到的。

在某种意义上，知识产权一直都扮演着这一角色²⁴。专利制度被看成是发明者和社会之间达成的交易，由社会诱使发明者披露新发明以换取在一段有限期间内商业使用的专有权，在此之后该项

¹⁹ 在美国每年提出的专利诉讼数量自 1991 年以来以 6.4% 的年均复合增长率上升(专利申请也相应地增加)。参见普华永道，2012 年专利诉讼研究(2012 Patent Litigation Study)。

²⁰ 这个词不够恰当，因为大学通常是非实施主体。

²¹ RPX，2012 年非实施主体活动报告(2012 NPE Activity Report)。

<http://www.rpxcorp.com/siteFiles/SiteManager/0BF995E82CF591EE80EFE8AC69259E7.pdf>

²² 作者协会诉谷歌案，编号：05 CV 8881，2005 年 9 月 20 日提起的诉讼，集体诉讼；以及 McGraw-Hill 等诉谷歌案，编号：05 CV 8136，2005 年 10 月 19 日提起的诉讼，五家大型出版商和美国出版商协会发起的民事诉讼。

²³ 例如，见美国分子病理学会诉麦利亚德基因公司案，569 US_ (2013) (2013 年 6 月 13 日)；澳洲癌症之声诉麦利亚德基因公司案 [2013] FCA 65 (2013 年 2 月 15 日)。

²⁴ 《世界人权宣言》第 27 条的两段中承认了利益的对抗以及协调利益的隐含需求：

“1. 人人有权自由参加社会的文化生活，享受艺术，并分享科学进步及其产生的福利。

2. 人人对由于他所创作的任何科学、文学或艺术作品而产生的精神的和物质的利益，有享受保护的权利。”

发明就进入公共领域，供所有人使用。但新的环境要求利益的协调要更加清晰得多，并在比制度本身微观得多的层面上结合一系列的问题和细节加以考虑。

知识产权作为融资机制

我想为知识产权增加第三项新功能，但我更倾向于认为这是知识产权的一种新用途，而不是一项任务陈述。该项功能源于无形资产在经济中获得更多的认可和价值。无形资产增加的价值为有形经济中的活动进行借贷或担保提供了一种渠道，这在以前是不可能的，至少是没有这种做法。我以体育为例对此进行说明。知识产权通过赛事和形象或声誉的机制捕捉体育的商业价值。

没有赛事，就无法吸引任何人的关注。赛事提供了消费体验。但把赛事货币化的方法不再是卖门票。卖门票固然重要，但更重要的或许是创造了适当的氛围，而不是产生金钱收入。赛事通过节目播放实现真正的货币化，而节目播放的价值取决于控制观看的能力，知识产权在这里发挥着守门员的作用。因此，我们发现国际奥林匹克委员会的收入中有 60%来自广播权，这一广播权调动的是全球观众及其带来的广告力。以北京奥运会为例，广播公司据估计支付了 17 亿美元以获取独家播放权。

除了赛事之外，还有形象和声誉，捕捉这部分商机和品牌相关，而品牌受到商标法的保护。运动队现在是老练的身挂广告牌的宣传员，附着履行一些体育功能。他们身上到处是商标，而由佩带这些商标产生的收入通常是体育收入仅次于广播权的第二大收入来源。罗杰·费德勒赢得了 7,700 万美元的赛事奖金，但他的钱大部分来自赞助和代言。去年，他与酩悦香槟签署了一份价值为 3,000 万美元的五年合同。据报道，他还和劳力士、奔驰、耐克、威尔逊、瑞士莲巧克力、汝拉、吉列宝洁、瑞士信贷和奈杰特飞机租赁公司签署了商业协议。

我对体育的分析同样可适用于大多数形式的观赏性活动，包括音乐或戏剧表演或博物馆展览。这里要强调的是，知识产权为有形经济中的所有这些体育和文化形式提供了融资手段。

在尝试着描述知识产权的新作用之后，我想转入最后两组考虑的话题——在新的知识产权世界里我们要专心关注的主导性主题和问题是什么，以及这个新环境正在如何影响着知识产权政策制定的过程？

一些主导性主题和问题

我认为，有三个问题最可能在知识产权的新环境中让我们最为关注。首先应关注的我称之为“应得权利”，这和上述的知识产权发挥调节竞争行为的作用相关。第二个和第三个问题与知识产权在围绕创新或创造的众多利益方面保持社会和经济平衡的功能有关。我称其为“可专用性”和“获取”。上述每个问题都值得进行非常广泛的讨论，我在此只能挂一漏万。我仅略述一些要点，以解释为什么我认为这些问题现在是或将成为知识产权新环境中的主导性问题。

“应得权利”是一个古老的问题。它涉及对芬尼安的彩饰画的所有权或控制权，涉及谁先发明或创造了某件东西，涉及什么是从他人的文学创作或设计中获得合法的灵感和非法模仿或盲目复制之间的边界。这个问题一直都给知识产权领域注入了勃勃生机，但出于三个原因有可能变得更具活力。

第一个原因是涉及的价值由于知识经济的兴起得到了增强。

第二个原因是间谍活动和非法占有商业秘密和机密信息的重要性上升。技术以先前不可能的方式使间谍活动得以广泛开展，这一发展与间谍活动瞄准的无形资产的价值上升相吻合。同时，技术人员在国际范围内从一家企业转投另一家企业现在司空见惯。这不是间谍活动的一种形式，但确实对企业的知识资产带来了潜在的漏洞²⁵。

这些发展突显了知识产权保护机密信息或商业机密这一分支的重要性。在世界范围内，这方面的保护状况堪忧。很少有统一的做法，普通法和民法的传统在司法上以截然不同的方式看待此事。多边规定寥寥无几，现有规定存在于《保护工业产权巴黎公约》²⁶和《与贸易有关的知识产权协定》²⁷中。这个领域亟须关注。但要给予其多关注并不容易。在一个强调透明度的时代，难以兜售促进保密的做法。即便这是一种完全肤浅的看法，这也是人们可以预期的直接反应，因此在奠定国际行动的基础方面需要非常小心。

期待应得权利问题变得更具活力的第三个原因是竞争与合作之间不断悄然增强的张力。我已经概述了在创新和知识产权领域竞争正日趋激烈的原因。与此同时，开放式创新已经成为创新中越来越重要的行为模式。开放式创新有丰富的含义，但大体上是描述公司把目光投向自身以外以寻求合作伙伴关系及协作来满足其创新需求的趋势，而不是纯粹依赖内部的进程实现创新。已有人指出，合作的优势在增强²⁸。竞争与合作之间的张力在今后几十年中将是一个决定性的问题，并且知识产权将是解决这一张力的手段。出于这一原因，IBM前总裁兼首席执行官萨缪尔·帕米沙诺(Samuel Palmisano)说过，“知识产权将成为二十一世纪的重大地缘政治议题之一”²⁹。

第二组议题和问题将围绕“可专用性”展开——当然，这个词不存在。我用它来描述两件事情——某物是否应该是知识产权的主体，以及某物是否可以成为知识产权的主体。

某物是否应该成为知识产权的主体提出的问题是，什么可以从流通中拿出来并放置于私有财产领域。从理论上来说，立场是明确的。知识产权只涉及新的、原创的和与众不同的东西。它保护的主体先前并不存在，因此不涉及从公共领域减去任何东西。但在实践中，这一立场就没那么清晰了。划分科学和技术，或者说发现与发明之间的边界越来越困难，对于律师来说尤为如此，这一点在立法和司法界近期给予基因专利的关注中已经得到体现³⁰。什么应该得到专用的问题并不局限于科学

²⁵ 《上海日报》2013年8月3日报道，“上海的一家法院昨天发出中国首份商业秘密传播禁令，这是依照中国法律保护知识产权向前迈出的的一大步。上海第一中级人民法院禁止美国制药企业礼来公司的一名前员工使用和传播商业秘密。”见 http://www.china.org.cn/china/2013-08/03/content_29613779.htm

²⁶ 第10条之二和第10条之三。

²⁷ 第39条。

²⁸ Ellen Enkel、Oliver Gassmann 和 Henry Chesbrough，“开放式研发与开放式创新现象探索”(Open R&D and Open innovation: Exploring the Phenomenon)(2009)，《研究和开发管理》(R&D Management)第39卷第4期。

²⁹ Samuel J. Palmisano，“全球整合的企业”(“The Globally Integrated Enterprise”)，2006年，《外交事务》(Foreign Affairs)。该段的下文写道：“幸运的是，一些前景看好的新做法正在进行测试。重点已经从保护知识产权，即要求限制使用，转向了在共享所有权、投资和资本化的基础上使智力资本最大化。”

³⁰ 可参见：

澳大利亚知识产权局，“可授予专利的客体，关于目标条款和可专利性排除的磋商”(Patentable Subject Matter, Consultation on an Objects Clause and an Exclusion from Patentability)(2013年7月)；

澳大利亚国际经济中心，“孤立人类基因专利的经济分析：最终报告”(Economic Analysis of the Impact of Isolated Human Gene Patents: Final Report)(2013年5月)；

澳大利亚政府，“对参议院公众事务咨询委员会基因专利报告的回应：(Response to Senate Community Affairs References Committee Gene Patents Report)(2011年11月)；

澳大利亚政府知识产权咨询委员会，“可授予专利的客体，最终报告”(Patentable Subject Matter, Final Report)(2010年12月)；

澳大利亚国会公众事务参议院常设委员会，“探究基因专利”(Inquiry into Gene Patents)(2010年)；

澳大利亚法律改革委员会，“基因与独创性：基因专利和人类健康”(Genes and Ingenuity: Gene

的进步。通过商标法，文字、标志和符号的专用问题也同样出现。例如，颜色应该作为一家企业的专有领域吗？

对于知识产权来说这方面的一项重大挑战是不要脱离广大公众。如上所述，出于各种原因，对知识产权的社会关注和聚焦提高了。如果知识产权通过立法抑或司法机关就可专用性做出的决定与广大公众的感受不一致，那么就会丧失所有良好的管理赖以立足的社会公信力。

某物是否能够被专用是一个完全不同的问题，这一问题随着完美和高效的仿造技术，尤其是生命科学和数码技术的到来而出现。这里的问题是生产成本与复制成本之间的落差。就一种新药而言，行业概算的生产成本在十亿美元左右，并要耗费数年心血。然而一旦制成并披露后，这种新药可由一名称职的研究生在三个月时间内用相对微薄的经费复制出来。制作一部故事片可能要花两年时间，数百人参加，耗资数亿美元。但一旦制作出来后，可在几秒钟之内并且接近零成本的情况下将其以完美的保真度复制。这些发展对知识产权构成了巨大的挑战，同样值得进行非常广泛深入的分析，我在此无法赘述。

在新的环境下我们要关注的第三个问题是获取。如上所述，知识产权所做的就是让获取成为一种可售商品。尽管这扶持了技术市场，但在获取价格和缺乏获取渠道方面造成了社会张力。在获取医药和生物医学技术、互联网内容以及气候变化应对技术方面，我们已经看到了这一张力逐渐发生影响，虽然在最后一个领域更多地是理论辩论，而不是攫取了公众关注的全面政治参与。

这一围绕获取的张力不大可能会消退。对于政策制定者而言，挑战将是如何尽量协调知情和合理的公共辩论。对于公司来说，挑战将是如何在保持竞争力并获得投资财务回报以及管理公众潜在的敌对回应之间达成平衡。当然，这里涉及到一个悖论。似乎没人在意有人从新的社交网络或媒体技术中赚得盆满钵满，但对有人从救命的新药中大发其财则存在着广泛的社会不安。我们在创新制度中希望实现的是那种结果呢？

在新环境中的政策制定

和知识产权面对的新环境一样，制定知识产权政策的环境在过去二十年中发生了显著改变。政策制定者面临的挑战是，紧跟技术变化带来的问题提供答案。在全世界各个层面——国家、双边、诸边、地区和多边上都有非常活跃的知识产权政策议程。所有这些怎么结合在一起呢？

如果有一个宏伟的设计就太美妙了。遗憾的是，我认为现实是更为机会主义的。我们已经从一个多边的世界转入了一个多速的世界。鉴于其对特别是发达经济体的竞争重要性，并鉴于对可专用性和获取问题的社会聚焦程度，知识产权在每个现有的领域都受到所有认为在其中有利益的人的追逐，这意味着政府、业界、研究界和其他所有有关的非国家行为者。这种机会主义中蕴藏着风险，我在此应指出三种风险。

首先是在如此众多的交叉进程中保持政策的连贯性。理想情况是，层级之间应该像俄罗斯套娃那样层层相套（多边层面想必是最大的套娃，不是因为它最重要，而是因为其他层面应该和它相符）。实际情况是，在任何时刻，多个进程在多个层面上同时发生。在这样的状况下，一个进程（如跨太

Patenting and Human Health), 第 99 号报告(2004 年);
美国分子病理学会诉麦利亚德基因公司案, 569 US_ (2013) (2013 年 6 月 13 日);
澳洲癌症之声诉麦利亚德基因公司案[2013] FCA 65 (2013 年 2 月 15 日)。

平洋伙伴关系会谈这样的诸边进程)中的讨论有阻碍另一个层面(如多边进程)讨论的风险,因为在第一个进程中尚未准备好就一个议题做出决定,而在第二个进程却在得出结论³¹。

第二个风险也源于管理在多个层面上发生且涉及众多不同利益的政策进程的复杂性。这就是无法交付的风险,后果是私有部门的行动自动形成政策,并且法院被要求作出立法机构未能做出的决定。这方面最好的例证就是有关谷歌图书和解协议的诉讼,在这起诉讼中,纽约南区地方法院审理的一起私法案件成为国际政策的论坛,主权国家法国和德国提出了异议,以努力保持它们认为是国际公认原则的利益³²。

最后的风险是,政策反应的能力与问题的规模不匹配。我们看到这一局面更普遍地在多边事务中发生。国际社会达成一致的能力有限,而世界面临的问题和挑战的规模与日俱增,其中如因人员、货物、武器、细菌、污染或文化内容的流动而产生的大部分问题和挑战,需要国际合作提供适当的政策反应。

在世界知识产权组织(WIPO),成员国在过去两年中逆势而进,缔结了两部条约。第一部是《北京条约》³³,旨在把演员和视听表演纳入版权的国际法律框架;第二部是《马拉喀什条约》³⁴,旨在帮助盲人、视力障碍者或印刷品阅读障碍者更好地获取已出版作品。我相信有一些原因³⁵促成了在这两部条约上达成一致,但一个突出的原因是,它们涉及特定的技术问题,谈判也限于这些问题本身,没有和更广泛的知识产权或多边议程中的利益产生联系。这两部新条约对演员、视障者、知识产权、WIPO以及多边主义来说是令人欢欣的胜利。但它们也表明,根据新环境调整知识产权政策是一条漫漫长途,需要通过多种特定的技术解决方案进行建设。但我们内心深处知道,这个世界在飞快地变化,沿途抛出各种重大的问题,需要我们竭尽全力去找到解决方案。

这就是我想传递给各位的想法。如果我们现在身处十八世纪或十九世纪初期,新的财富正通过物质资本和工业化过程,以新的方式和相当庞大的规模得以创造。工业化催生了伟大的意识形态辩论和阵营分野,从而塑造了后面两百年的世界,不管是资本主义、马克思主义、共产主义还是社会主义,它们的中心都是财产、财产的控制及国家和公民对财产的使用。在今天的二十一世纪初期,新的财富正通过智力资本和虚拟化,以新的方式和相当庞大的规模得以创造。这就是在我已经描述的内容中可以看出的——在可预见的未来将塑造我们世界的意识形态新战线的轮廓。

³¹ 另一个例子是,一个单边措施据称对多边和其他外部议程产生影响,参见 James Politi 和 Richard Waters,“苹果进口否决冒着损害推行专利保护的风险”(“Apple Import Veto Risks Undermining Patent Protection Push”),《金融时报》，2013年8月4日。

³² 作者协会诉谷歌案,编号:05 CV 8881,2005年9月20日提起的诉讼,集体诉讼;以及 McGraw-Hill 等诉谷歌案,编号:05 CV 8136,2005年10月19日提起的诉讼,五家大型出版商和美国出版商协会发起的民事诉讼。

³³ 《视听表演北京条约》

³⁴ 《关于为盲人、视力障碍者或其他印刷品阅读障碍者获得已出版作品提供便利的马拉喀什条约》

³⁵ 要了解对这些原因的分析,请见我在马拉喀什外交会议上的闭幕致辞,见 http://www.wipo.int/about-wipo/zh/dgo/speeches/dg_dc2013_closing.html。