

# 知识产权法中的公共领域

王太平 杨峰\*

---

**内容提要：**面对着 20 世纪 80 年代以来日益扩张的知识产权，学者提出了知识产权法中的公共领域理论。公共领域是知识产权的效力所不及的知识领域与知识的某些方面，它不仅是对抗知识产权不合理扩张的旗帜和理论武器，也可以解决反对知识产权不合理扩张的社会力量的集体行动问题，还是创造的前提和知识产权制度正常运转的工具。公共领域存在的客观基础是知识的公共性、共享性以及历史继承性。尽管公共领域有独特的价值、功能和存在的客观基础，它也有假设前提虚假、作用范围有限等局限性。公共领域的局限性可以被克服。

**关键词：**知识产权法 公共领域 知识的公共性 公共领域的局限性

---

自 20 世纪 80 年代以来，在知识产权私人部门的推动下，美国知识产权开始不断扩张。不仅如此，美国知识产权私人部门还不断通过其贸易代表运用特殊 301 条款迫使世界上其他国家尤其是发展中国家提高知识产权保护水平，直至推动水平高约束力强的多边知识产权协议 1994 年《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPS 协议）的签署。<sup>〔1〕</sup>TRIPS 协议的签署将全世界推上了知识产权不断扩张的不归之路，它将最惠国待遇原则引入知识产权国际保护协议之中，这对知识产权国际立法产生了极大的影响。TRIPS 协议的最惠国待遇原则和双边自由贸易协议共同形成了一种全球知识产权棘轮（the global intellectual property one-way ratchet）效应，这种棘轮效应推动着国际知识产权保护水平不断提高。<sup>〔2〕</sup>

知识产权的不断扩张引起了人们对知识产权对立面——公共领域<sup>〔3〕</sup>的关注。在 2001 年美国杜克大学法学院主持的世界上第一次关于公共领域的研讨会上，詹姆士·波义耳（James Boyle）指出，“在世界经济最近十五年中不仅能看到知识产权重要性的提高，也能发现知识产权保护强度的加强；知识产权已经在从人类基因到互联网的范围内扩张了，而且还通过法律支持的数字藩篱、

---

\* 王太平，湘潭大学法学院副教授；杨峰，江西财经大学法学院副教授。

本文系吴汉东教授主持的教育部人文社会科学研究重大攻关项目《知识产权制度的变革与发展研究》（项目编号：04JZD0016）的中期成果。

〔1〕 美国知识产权私人部门推动 TRIPS 协议的形成过程参见 Susan K. Sell, *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights*, Cambridge University Press, 2003.

〔2〕 对全球知识产权棘轮的详细阐述参见 Drahos Peter, *Expanding Intellectual Property's Empire: the Role of FTAs*, [http://www.grain.org/rights\\_files/drahos-fta-2003-en.pdf](http://www.grain.org/rights_files/drahos-fta-2003-en.pdf), 2007 年 6 月 14 日访问。

〔3〕 本文的“公共领域”不同于政治哲学研究中的“公共领域”，前者的英文表述是“Public Domain”，而后的英文表述则是“Public Sphere”，二者的涵义也完全不同。本文为叙述简便直接称“知识产权法中的公共领域”为“公共领域”。

延长的著作权期限和增加的处罚加强了”。〔4〕“这种知识产权扩张是对新复制技术的必要反应吗？对于促进投资和创新，它是适当的吗？我们必须私有化公共领域以避免‘公地的悲剧’还是便宜的复制技术和全球性网络的确使得公地池的管理比法律垄断更有效率？”〔5〕这些问题“已经引起对知识产权‘对立面’——公共领域的注意”。〔6〕在美国，尤其是1998年著作权期限延长法的通过引起了人们对知识产权扩张和公共领域萎缩的广泛关注与评论。尽管该法案的争论因2003年埃尔德雷德诉阿什克罗夫特案〔7〕的裁决而尘埃落定，法院也认为1998年著作权期限延长法案并不违宪，然而人们对公共领域的关注却丝毫未减，目前公共领域已经成为西方知识产权学术研究的热点之一。不过，尽管公共领域已经成为研究热点，其研究却仍处于起步阶段，也尚未引起我国学者的足够重视，〔8〕本文愿抛砖引玉，以引起对公共领域研究的重视。

## 一、公共领域的概念和性质

### （一）公共领域观念的产生

尽管有说法认为“公共领域在无法追忆的古老时代就已经存在”，〔9〕然而作为一种知识产权法现象，公共领域的产生是以现代知识产权法的产生为前提的，没有现代知识产权法也就根本谈不上公共领域。一般认为，世界上最早的现代知识产权法是英国1624年的垄断法和1709年的安娜法。伴随着现代知识产权法的产生，公共领域的观念也出现了。世界上第一部知识产权法（专利法）——1624年英国垄断法即确立了英美知识产权法中的公共领域。尽管不是明确规定，该垄断法暗示了两个有关公共领域的命题：第一，在有限期限结束后，任何人都能不受限制地从事这种贸易或发明；第二，任何人都能从事不在有效的专利权客体之下的贸易或发明。〔10〕这一公共领域思想在作为现代著作权法源头的1709年安娜法及其权威解释1769年米勒诉泰勒案（下称米勒案）〔11〕和1774年德纳森诉贝克特（下称德纳森案）〔12〕中同样得到体现。安娜法规定了著作权的有限期限，从而将期限届满的作品置于公共领域；米勒案和德纳森案则不仅明确了制定法著作权和普通法著作权的关系从而将已出版著作的著作权期限限制在法定期限内，而且确立了作为现代著作权法基本公理的思想表现两分原理，从而将著作权保护范围限制在手稿（manuscript）或“作者使

〔4〕 James Boyle, *The Opposite of Property?*, 66 Law & Contemp. Prob. 2.

〔5〕 同上。

〔6〕 同上。

〔7〕 *Eldred v. Ashcroft*, 537 U. S. 186 (2003). 该案中，美国最高法院认为，尽管1998年著作权期限延长法案是不明智的，然而并不违宪，从而支持知识产权的扩张。而在同年作出的德斯塔公司诉20世纪福克斯电影公司案（*Dastar Corporation v. Twentieth Century Fox Film Corporation*, 539 U. S. 23 (2003)）中，美国最高法院区分了著作权法和商标法，拒绝对作品的商标法保护，从而阻止了著作权人在著作权期限届满之后通过商标法保护而使著作权永久化的企图，捍卫了公共领域。因此，尽管在两案中美国最高法院均“设法在著作权所有人的权利和公众使用与改编著作权已经过期从而处于公共领域的作品的权利之间权衡轻重”，然而“德斯塔案的裁决明显与该院在埃尔德雷德案中的裁决持相反立场，在埃尔德雷德案中，法院支持索尼·波诺（Sonny Bono）著作权期限延长法的合宪性，该法将所有著作权的期限均延长20年”。（Kurt M. Saunders, *A Crusade in the Public Domain: The Dastar Decision*, 30 Rutgers Computer & Tech. L. J. 126）对公共领域的关注成为新世纪美国最高法院知识产权判决的重要特点。

〔8〕 我国学者刚刚开始关注这一问题。参见冯晓青：《著作权法中的公共领域》，《湘潭大学学报》（哲学社会科学版），2006年第1期；冯晓青：《知识产权法中的公共领域理论》，《知识产权》2007年第1期。

〔9〕 Tyler T. Ochoa, *Origins and Meanings of the Public Domain*, 28 Dayton L. Rev. 222.

〔10〕 同上文，第222页。

〔11〕 *Millar v. Taylor*, 98 Eng. Rep. 201, 229 (K. B. 1769).

〔12〕 *Donaldson v. Beckett*, 1 Eng. Rep. 837 (H. L. 1774). 关于这两个案件对安娜法权威解释的简短评析，参见王太平：《安娜法的权威解释：英国的米勒案和德纳森案》，《电子知识产权》2006年第4期。

用的表现风格或方式”上，除此之外的作品部分，即便仍在保护期内也不受保护，处于公共领域。

## （二）公共领域的语词

不过尽管主要的现代知识产权法均产生于英国，且英国知识产权法在实质上也早已承认公共领域思想，但英文“公共领域”概念却迟至1886年从法国著作权法中引进《伯尔尼公约》文本第14条才正式出现，美国知识产权法第一次使用“公共领域”概念则更迟至1909年著作权法。在美国历史上，用来指代公共领域的术语包括“公共领域”、“公共财产”（public property）、“共同财产”（common property）、“公有权”（*publici juris*）、“公共领地”（public demesne）等。在美国历史的第一个百年期间，“公共领域”概念尚不存在，这个词到19世纪末都还没有被应用于知识产权，法官和辩护律师最常用的描述不受专利或著作权保护的发明或作品的语词是“公共财产”。“公共财产”的特点是：第一，公众的任何成员都能制造、使用或销售该发明或出版该作品；第二，不可撤销，一旦某种东西已成为公共财产，政府就无权通过授予专利或著作权而将它私人化。另一个常用的语词是“共同财产”，该语词多指在任何情况下都不能受专利或著作权保护的基本思想或原则，有时也用于指不新颖或显而易见的发明及没有申请专利的情况。此外，偶尔法院也会使用拉丁短语“公有权”，该语词是“公共财产”的同义词，意思是“公共权利的”。而所谓“公共领地”实际上就是“公共领域”，因为“领地”（demesne）是“领域”（domain）这个词的诺曼底法语拼法。1896年5月18日，美国最高法院第一次在一个知识产权判例中使用了“公共领域”语词。1945年之后，“公共领域”开始被普遍使用。据统计，自1945年至2002年美国联邦法院共裁决了2079个相关知识产权判例，其中只有104个（5%）使用了“公共财产”一词；93个（4.4%）使用了“共同财产”一词；34个（1.6%）使用了“公有权”一词，而1063个判例均使用了“公共领域”这个词。除此之外，在美国知识产权研究中，人们还常常使用“公地”（commons）一词，强调几个人或者普遍公众对处于公共领域的知识的共有共用。<sup>[13]</sup>

## （三）公共领域的内涵

就公共领域的内涵来说，“现在的趋势是将公共领域中的材料刻画为不能受保护的”、<sup>[14]</sup>“所有人都能无须付出代价而使用”<sup>[15]</sup>的知识或知识的某一部分。不过也有学者提出了稍微不同的意见。杰西卡·利特曼（Jessica Litman）指出：“公共领域不应该被理解为不值得保护的材料的范围，而是通过使作者能有效利用这些创作原材料而允许这个制度的其余部分运转的工具”，“是使创作成为可能的原材料的主要法律保障”。<sup>[16]</sup>爱德华·塞缪尔斯（Edward Samuels）则指出：“‘公共领域’不是一种理论，而是一种思想倾向，在界定是否保护的边界线或解决新案件时，这种思想倾向于不保护。”<sup>[17]</sup>塞缪尔·奥迪（Samuel Oddi）则提出了“作为刺激物的公共领域”命题，指出“公共领域主要作为一种感官刺激的来源而发挥作用（这将被称为‘作为刺激物的公共领域’理论），并且次要地作为某种所有人可以自由利用其内容的‘知识公地’来发挥作用。”<sup>[18]</sup>耶柴·本科勒（Yochai Benkler）则通过与知识产权人所控制的知识领域相对照而提出了一种功能性的公共领域定义，认为“公共领域是任何人都享有的信息的使用范围，是可为无特权的特定人具体利用的不进行个别考虑的事实”；而“被圈占领域是就某人对它有一种排他权的信息的使用范围，他人不可以

[13] 前引〔9〕，Ochoa文，第225—246页。

[14] Jessica Litman, *The Public Domain*, 39 Emory L. J. 967.

[15] 前引〔4〕，Boyle文，第30页。

[16] 前引〔14〕，Litman文，第968、967页。

[17] Edward Samuels, *The Public Domain and Copyright Law*, 41 JCPS 138.

[18] Samuel Oddi, *The Tragicomedy of the Public Domain in Intellectual Property Law*, 25 Hastings Comm. & Ent. L. J. 10.

不进行个别考虑，这预示着需要权利持有人的许可或者给予规定条件下的个别使用的特权”。〔19〕

总的说来，尽管人们的认识尚存分歧，公共领域的含义是基本确定的，也有其确定的价值取向。就其含义来说，公共领域基本上指不受知识产权（包括著作权、专利权、商标权等知识产权）保护的财产或者知识产权的效力所不及的财产的某些方面。它总是和知识产权或者私人财产权相对而言的，即对人类有价值的知识领域可以被分为知识产权保护下的知识领域和公共领域，一项知识或知识的某一方面或者处于知识产权保护之下或者处于公共领域，非此即彼。就公共领域的价值取向来说，波义耳指出，“这里这种变化的核心不是‘拥有’对抗‘自由’。相反，它是个人对抗集中控制，或者有时更令人困惑的是排他个人权利的存在或空缺。如果在现代知识产权著述中有一种单一趋势的话，就是用多变的喜剧公地的可能性来取代普遍使用的哈丁的悲剧公地图像”。〔20〕即知识财产被置于公共领域与物质财产被置于公地的状态是不同的，它是一种喜剧而不是悲剧，因为与属于经济学上的私人物品的物质财产不同，知识财产属于经济学上的公共物品，对于它只存在如何生产出来的问题，而不存在如何消费的问题。因此，已经生产出来的知识处于公共领域中最优的，给予知识产权使知识处于知识产权人的控制之下的目的是解决知识生产问题，是为了丰富公共领域不得不付出的代价。因此，知识产权具有临时性和有限性的特征，具有手段的意味，而公共领域才是永久的，是知识产权存在的最终目的。

#### （四）公共领域的性质

公共领域有两种性质。一是公共领域是一种公众所有权。如前所述，与传统物质财产不同，知识财产只存在生产问题而不存在消费问题。因此，只要已经被生产出来，对知识财产的控制越少就越有利于它被更多更好地利用。本质上，知识财产并不需要“监护人”，并不需要知识产权，知识产权只不过是解决知识财产的生产问题的手段，是权宜之计，这就是知识产权均有保护期限的根本原因。由于知识财产不存在消费问题，将它置于公共领域是配置知识财产的最佳选择，因而可以说在知识产权法中的公共领域不存在所有权，如果勉强说存在的话，所有权人也只能是社会公众。因此，公共领域在性质上是一种公众所有权。

二是公共领域是不可撤销的。在潘诺克案中，法院说：“发明人可以抛弃其发明，而将它交给或奉献给公众。这种没有形成的权利一旦失去，以后就不能随便恢复；因为一旦礼物以这种方式给予了公众，它们就成为绝对的。”〔21〕在汤普森案中，主审法官说，“发明或者发现已经成为公共财产了。我有信心拥护这一点，国会没有授予某已知处于公共使用中的某事物以垄断权的权力……该事物的享用再也不能是独占的、为某个个人所控制的。”〔22〕也就是说，某项材料一旦进入公共领域，政府就不能通过将它从公共领域取消而让渡那个“财产”，〔23〕公共领域是不可撤销的。

## 二、公共领域的价值与功能

公共领域与知识产权相对应，是“不适合于知识产权保护的思想和作品的总体”。〔24〕但显然，在现行知识产权法中已经有大量类似的限制知识产权的制度存在，如各具体知识产权法中的保护期

〔19〕 Yochai Benkler, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, 74 N. Y. U. L. Rev. 362-363.

〔20〕 前引〔4〕，Boyle文，第31页。

〔21〕 *Pennock v. Dialogue*, 27 U. S. 16.

〔22〕 *Thompson v. Haight*, 23 F. Cas. 1047.

〔23〕 前引〔9〕，Ochoa文，第258页。

〔24〕 前引〔9〕，Ochoa文，第217页。

制度、著作权法中的合理使用制度、专利法中的试验侵权例外等等。限制知识产权的制度已经使某些知识财产或者知识财产的某些方面不再处于知识产权的效力之下，从而实质上处于公共领域。既然如此，那为什么还要提出一个公共领域的概念和理论呢？美国惠蒂尔法学院知识产权中心的泰勒·T·奥乔亚（Tyler T. Ochoa）和美国杜克大学法学院詹姆士·波义耳分别回答了这个问题，巧合的是他们都采用了一种类比的方法来对此作答。奥乔亚说：“就象物理学家探求解释全部物理学的‘统一领域学说’那样，这个难懂的问题仍然是，是否有一个公共领域的‘统一领域学说’，能够帮助统一和解释包含在这一命题下的各种完全不同类型的主题。”〔25〕而波义耳则将用“公共领域”来统一现行知识产权法中已经存在的各种分离的知识产权限制制度类比为环保运动中用“环境”、“环境危害”来统一各种分离的环境和环境危害。〔26〕

本文认为，公共领域之所以有必要存在，是因为它有不同于现行知识产权法中已经存在的各种分离的知识产权限制制度的独特价值与功能。

#### （一）公共领域提供了反对知识产权不合理扩张的旗帜和理论武器

学术运用论辩说证，论辩说证则运用措辞。措辞不是纯粹的润饰、摆弄或花招，而是说服论证。〔27〕名不正则言不顺。学术措辞和理论观念在知识产权制度中同样是非常重要的。研究表明，世界知识产权扩张与美国知识产权私人部门的推动有关。〔28〕而美国知识产权私人部门在推动知识产权扩张时就曾采用“权利话语”和理论观念论证的手段。它们不仅资助有关研究人员鼓吹强知识产权保护促进经济发展的论点，主张尊重专利权将会通过鼓励外国和国内在研究方面的投资并使高科技公司在第三世界国家进行技术转让而使第三世界受益，〔29〕而且还将美国长期以来视为“特权”（privilege）的专利权刻画为“权利”（right），这种观念上的变化会产生非常大的道德力量，即将某事物刻画为权利可以使它免于来自实践和思想领域的挑战，超越这种权利的界限就是在“侵犯”权利，是严重犯错误。将某事物定义为权利或多或少也使它免于政治挑战，它即使不被看作是一种自然权利，在道德上被定义为权利也使得该事物有些不可冒犯。在将知识产权定义为权利的同时，美国知识产权私人部门将根据美国标准确定的外国的所谓“知识产权侵权行为”指称为“海盗行为”，指责允许这种所谓“知识产权侵权行为”的国家为海盗的避难所。这种指责的力量也非常强大。“海盗暗喻有效地将政策争论转变为绝对的道德刺激。贼完全是错的，而运用暴力的贼甚至更错误。这使得不存在关于海盗行为优点的政策讨论的余地，也没有与海盗行为妥协的任何空间。”〔30〕美国知识产权私人部门对知识产权与侵权的这种刻画产生了强大的道德力量，以至于没有人能够正面与知识产权这种权利发生冲突而支持所谓的知识产权侵权行为。然而事实上，知识产权本就是一种法定的权利，它可以被“恰当地塑造、限制而最终被制定法取消”。〔31〕是否构成知识产权、是否构成知识产权侵权，必须结合具体国家的法律规定来看，知识产权向来不是绝对的，知识产权并不具备传统所有权的神圣性。根据美国标准确定的所谓知识产权侵权行为在其他国家的法律背景

〔25〕 前引〔9〕，Ochoa文，第222页。

〔26〕 James Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, 66 Law & Contemp. Prob. 71-72.

〔27〕 参见麦克洛斯基等：《社会科学的措辞》，许宝强等译，生活·读书·新知三联书店2000年版，第7页。

〔28〕 前引〔2〕，Sell书。

〔29〕 Richard T. Rapp & Richard P. Rozek, *Benefits and Costs of Intellectual Property Protection in Developing Countries*, 1990 J. OF WORLD TRADE 75, 77-81.（该文讨论了一种美国药品制造业协会（PMA）资助的研究）

〔30〕 Robert Weissman, *A Long, Strange TRIPS: The Pharmaceutical Industry Drive to Harmonize Global Intellectual Property Rules, and the Remaining WTO Legal Alternatives Available to Third World Countries*, 17 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 1086-1089.

〔31〕 Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth: Publishing Company Limited, 1996, p. 28.

下却可能是合法行为，知识产权法必须根据一国国情而制定。

因此，为对抗知识产权的扩张，“如果那些为限制保护而不懈辩论的人感到需要一个战斗口号，或许它就是‘公共领域’。这种术语的使用看来会对这种论点增加道德暗示，以抗衡一再为保护主义者所援用的道德含义丰富的原则”。〔32〕公共领域提供了反驳神圣的知识财产权话语的话语，解决了反对知识产权不合理扩张的旗帜问题。

要抗拒知识产权的不合理扩张不仅需要反对知识产权不合理扩张的旗帜，还需要有与各种为知识产权辩护的理论相抗衡的理论武器，即不保护或限制知识产权的统一的理论根据，公共领域就是这样可选的理论武器。尽管今天知识产权权利限制制度已得到高度重视和一定的理论论证，但现行知识产权法中的各种知识产权限制制度是离散的，统一的理论依据和制度安排也较难形成，至少与统一的公共领域相比是如此。事实上，也正是因为各种知识产权限制制度是离散的，其功能也往往不确定，因而无法抵御知识产权的不合理扩张。以著作权法中的思想表现两分原理为例，该原理在产生之初是用来限制知识产权的，然而现在它却已经转变成扩张知识产权的工具。〔33〕

### （二）公共领域可以解决分散的反对知识产权扩张的力量的集体行动难题

由于知识产权的私人价值和公共领域的私人价值之间的不对称，知识产权人容易被组织起来，而公共领域的利用人即反对知识产权扩张的力量则不容易被组织起来。〔34〕正是在容易组织且已被组织起来的知识产权利益集团的推动下，知识产权保护才日趋强化。因此，为了有效地遏制知识产权的不合理扩张就必须有某种与知识产权利益集团相抗衡的力量，必须把反对知识产权扩张的力量组织起来。

那么如何把反对知识产权扩张的人组织起来呢？英国民主政治学家和公共管理学家帕特里克·敦利威在评析各种利益集团理论的基础上提出了一种解释利益集团的团体认同模型，认为“在给定利益集团种群复杂性的前提下，招募成员的主要困难通常不在于搭便车行为，而在于排除加入团体所受的认知约束和接受约束”。〔35〕因此，“如果团体要用他们所推动的集体收益来吸引人们，他们就需要使潜在成员意识到：他们与其他人共享着一种利益；并且，能够有效迎合这种利益的团体是存在的”。〔36〕由于公共领域能提供反对知识产权不合理扩张的旗帜和理论武器，因此它可以作为反对知识产权扩张的利益集团团体认同的主要工具，且优于现行知识产权法中各种分离的知识产权限制制度。因此，运用公共领域可以解决分散的主张限制知识产权的人的集体行动难题，可以有效地遏制知识产权的不合理扩张。公共领域的这种价值和功能已为研究者所认识到，波义尔指出，“一个新生的公共领域概念能够将当前普遍无大背景感从事个别斗争的群体利益配合在一起。而这种观念又允许人们用很多不同途径来解决集体行动问题，包括其技术专长和游说拉票使广大公众的分散利益能更好地联结在一起的专门组织的创造”。〔37〕

### （三）公共领域是创造的基本前提，是知识产权制度正常运转的工具

知识产权保护具有非常复杂的社会文化后果，这一点在知识产权法产生之初人们就已经认识到了。在17世纪的文学产权争论中，无论是文学产权的支持者还是反对者均认识到了如下事

〔32〕 前引〔26〕，Boyle文，第70页。

〔33〕 参见王太平：《著作权法中的思想表现两分理论》，载吴汉东主编：《知识产权年刊》创刊号，北京大学出版社2005年版。

〔34〕 参见威廉·M·兰德斯、理查德·A·波斯纳：《知识产权法经济结构》，金海军译，北京大学出版社2005年版，第515页。

〔35〕 帕特里克·敦利威：《民主、官僚至于公共选择——政治科学中的经济学阐释》，张庆东译，徐湘林校，中国青年出版社2004年版，第88页。

〔36〕 前引〔35〕，敦利威书，第88页。

〔37〕 前引〔26〕，Boyle文，第73页。

实：当评估文学产权的地位时，法律不得不考虑作品不是孤立存在而是连接作者和读者、作者与作者之间的复杂交流网络的一部分。因此，保护著作权的后果之一是公众可利用的智力资源将减少，新作品的发展、翻译和引用将受到限制。为了支持其保护文学产权的主张，文学产权支持者只好运用思想表现两分原理而将著作权限制在手稿或“作者使用的表现风格或方式”上，除此之外的作品部分，即便在保护期内也不受保护，从而处于公共领域。<sup>[38]</sup>因此，尽管“公共领域是知识产权所不保护的材料”的说法并没有错误，然而仅仅如此理解公共领域却还不够充分。正确的认识是：公共领域是创造的基本前提。也许正因如此，美国网络法律专家、公共领域的主要倡导者之一劳伦斯·莱斯格（Lawrence Lessig）在其《思想的未来》一书中反复强调公共领域对创造的重要意义。他说，“无论何时何地，自由资源对于创新和创作来说都是至关重要的，缺少它们，创作就会被削弱。”<sup>[39]</sup>美国第九巡回上诉法院法官亚历克斯·科津斯基（Alex Kozinski）在范纳·怀特（Vanna White）案的反对意见中也指出，“文化，与科学技术一样，是在积累中发展的，任何作者都是在前人作品的基础上进行创作的”；“没有丰富的公共领域，创作是不可能的”。<sup>[40]</sup>公共领域“是使创作成为可能的原材料的主要法律保障……在有利的公共领域缺乏的情况下，大多数创作将是非法的”。<sup>[41]</sup>没有公共领域，创造将不再可能。而当创造不再可能的情况下，知识产权制度显然也就没有必要存在了。因此，知识产权制度的必要性毋庸置疑，然而其作为手段的地位却决定了它必须服务于最终目的。对知识产权的过弱保护固然有激励不足从而损害社会的长远利益的弊病，然而不能否认的是，对知识产权的过强保护与过弱保护一样有害，过度保护会扼杀本要呵护的创造力。因为在创新过程中，知识产权既是输入，也是输出。因此，知识产权“成本”的增加既会导致生产成本的增加，也会带来生产动力的增加。<sup>[42]</sup>因此，“将公共领域刻画为著作权的交换条件就忽视了它在促进创作事业中的核心价值。公共领域不应该被理解为不值得保护的材料的范围，而应被理解为通过使作者能有效利用这些创作原材料而允许这个制度的其余部分运转的工具”。<sup>[43]</sup>知识产权是促进创造的制度，然而过度的保护对创造却是有害的，将使创造无法进行，知识产权制度也就无法运转。因此公共领域是创造的前提，是知识产权制度正常运转的工具。

尽管公共领域和现行知识产权制度中各种分离的知识产权限制制度具有类似的功能，这些制度既可以促进创造，也能在一定程度上避免知识产权绝对保护的缺陷，然而公共领域优于这些分离的知识产权限制制度。因为现有各种知识产权限制制度对知识产权的限制是模糊的，地位是不确定的。如在著作权法中，原创性是著作权保护的必要条件，不具有原创性的材料不受著作权保护从而处于公共领域。然而“原创性是一种法律虚构，它天生是不能确定的，且不是侵权诉讼真正裁决的战场”，因为“这一原则尽管说起来非常容易，事实上却被证明为无法应用。我们缺乏确定个人灵感来源的能力，因此著作权的界限不可避免地是不确定的”。<sup>[44]</sup>著作权的界限是不清楚的，著作权限制制度对著作权的限制必然也是模糊的。另如前述，著作权法中的思想表现两分原理已从产生之初限制知识产权的工具转变成扩张知识产权的工具。公共领域明确划出了一块知识公地，这块知识公地不仅不受任何人任何类型知识产权的控制，可以为广

[38] See Brad Sherman and Lionel Bently, *The Making of Modern Intellectual Property Law: The British Experience, 1760–1911*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, pp. 28–31.

[39] 劳伦斯·莱斯格：《思想的未来》，李旭译，中信出版社2004年版，第15页。

[40] 前引[39]，莱斯格书，第210页以下。

[41] 前引[14]，Litman文，第967页。

[42] 前引[39]，莱斯格书，第209页以下。

[43] 前引[14]，Litman文，第968页。

[44] 前引[14]，Litman文，第969, 975页。

大公众自由利用，而且也刚性地限制着易受各种利益集团左右的政府的行为，政府无权通过授予专利或著作权而将它私人化。

### 三、公共领域的客观基础

公共领域不仅具有现实价值和实用功能，更有其客观基础，那就是知识产权客体的性质。关于知识产权客体，理论界有不同认识，最具影响力的是信息说和知识说，<sup>〔45〕</sup>而根据信息与知识的关系，知识不过是认识主体以“内在认识图式结合同化认识客体而再现出来的或原则上可以再现出来的被观念化被符号化了的有序信息组合”，<sup>〔46〕</sup>即知识本质上就是信息，是具有公共性形式的信息。鉴于知识产权客体的人工性，显然将其概括为知识比信息更为可取。本文认为，知识产权客体——知识——的性质是公共领域的客观基础，知识的社会属性的公共性、自然属性的共享性及其经济结果即经济属性上的外溢性以及演进上的历史继承性，共同构成了公共领域存在的坚实的客观基础。

#### （一）知识的公共性

哲学研究表明，人们对客体的能动的公共反映就是知识的本质，公共性是知识得以存在的必然条件，为知识不可或缺的维度。<sup>〔47〕</sup>知识的公共性的根本体现是作为知识前提的知识主体的公共性。只有社会的或公共的人才有可能成为知识的主体，作为知识主体的实践者、观察者也是公共的、主体间的。使实践者和观察者成为公共的和主体间的是哲学家所说的“准先验综合陈述”，“准先验综合陈述”是基于作为人类生活实践总体所形成的内稳态的形式化，它包含并存在于以语言为基础的文化条件之中。由于工具的操作和语言符号的运用都必然以一种主体间社会交往为条件，因而人类社会交往自身便天然地具有一种认识论意义。通过社会交往，人类认识活动解决了从纯粹思维形式的可能性或公共性向具有客观有效性的现实知识的过渡问题：首先是通过语言学习进行的社会对个体的思维形式的输入，其次是通过教育和训练使人们习得和强化某一专业或共同体所要求的分辨、注意、分析能力以及把现象和概念符号联系起来的能力。由于这种由人类生活实践总体所决定的“准先验综合陈述”作为一种思维形式或认识图式具有恒定性、公共性，人类个体通过应用或借助于包含“准先验综合陈述”的语言符号使自己的感知觉具有了稳定性、公共性，并将其提升为知识。需要注意的是，“准先验综合陈述”既不是知识本身，也不是作为知识的主体的人本身，而是作为知识主体的人的一个核心层面。“准先验综合陈述”只是提供了知识客观有效性的可能性而非现实性，从而成为个人认识和社会知识之间的中介。<sup>〔48〕</sup>“准先验综合陈述”使个体的人成为社会的或公共的人，是知识主体得以形成的

〔45〕 信息说是目前知识产权客体本质的最强有力学说，它不仅为世界知识产权组织所主张，更为国内外很多权威学者所推崇。前者如世界知识产权组织（参见世界知识产权组织：《知识产权纵横谈》，世界知识出版社1992年版，第4页），后者如美国知识产权法学家 Paul Goldstein（See Paul Goldstein, *Copyright, Patent, Trademark and Related State Doctrines: Cases and Materials on the Law of Intellectual Property*, Westbury, New York: The Foundation Press, Inc., 1990, p. 1）、日本学者中山信弘（参见中山信弘：《多媒体与著作权》，张玉瑞译，专利文献出版社1997年版，第3页）以及我国学者郑成思（参见郑成思：《信息、知识产权与中国知识产权战略若干问题》，《法律适用》2004年第7期）。而知识说则是知识产权客体的另一强有力的学说，当代西方和我国均有许多学者将知识产权客体概括为知识财产或知识（参见吴汉东：《财产权客体制度论——以无形财产权客体为主要研究对象》，《法商研究》2000年第4期；刘春田：《知识财产权解析》，《中国社会科学》2003年第4期，该文将本文所称知识产权客体称为知识产权对象）。

〔46〕 昌家立：《试论知识的本质》，《青海社会科学》1995年第4期。

〔47〕 王维国：《知识的公共性维度》，中国社会科学出版社2003年版，第166页以下。

〔48〕 同上书，第165页以下。

基本依据和前提。

知识主体的公共性不仅是知识的前提，而且也是知识的结果。没有公共性的知识主体就不可能有知识；反过来，公共性的知识主体的核心——“准先验综合陈述”——的形成也必须以公共性的知识为基础，没有公共性的知识作为“原材料”，“准先验综合陈述”显然无法形成，知识主体就无法产生。社会学研究表明，单个的人要组成社会必须经过社会化的过程，而为使一个人成长为合格的社会成员，必须进行系统教育，其基本方法有家庭教育、学校教育、社会群体内部影响和大众传播工具，其基本内容则包括教导有关生产与生活的基本知识和技能、教导社会规范、树立生活目标、确立人生理想和培养社会角色。在今天，人的社会化途径主要是通过学校进行有组织、有计划的科学文化的基础知识教育，以及在就业单位如工厂、企业等不同岗位上接受职业技能训练。<sup>〔49〕</sup>这就意味着，在一定程度上，人类只有仰赖公共性的知识才能存在，没有公共性的知识就没有人类，而反过来，没有了人类，知识也就既没有了可能，也没有了必要。

知识的公共性除体现在知识主体方面外还体现在知识的形式上，即知识具有某种公共性形式。知识只有具备公共性的形式才能够被传达，知识才成为可能。不然，人类个体对客观世界的认识就只能停留在主观思维中而无法客观化和传递，从而也就不成其为知识。哲学研究表明，知识具有公共性的形式，这种公共性的形式就是工具系统。工具系统是人类活动或有效生存的必然条件或环节，包括技术化的生产工具和语言符号化的观念。这种工具系统具有公共性，工具系统的公共性使得人类个体对客观事物的主观认识可传达、可在主体间交流，正是这种传达和主体间交流，人类个体的主观认识才有可能被社会所公共认可、验证，才有可能进一步被广泛地应用于生产和生活中。而人类个体的主观认识只有被社会所公共认可、验证，并被进一步应用于生产和生活中，才能成为完全意义上的知识。<sup>〔50〕</sup>

知识的公共性是知识的社会属性，意味着知识在本质上是社会的而不是个人的。知识的公共性属性在知识产权理论中广为人们所承认。杰斐逊在 1813 年写给艾萨克·麦克弗森的信中谈到专利权特点时说，“有一种称为思想的东西，它是我们思维能力作用的结果，它的天性使它比其他任何事物都难于财产化”；“为了人类的道德教育及相互借鉴，为了生活条件的改善，思想应当在全世界自由地传播。它似乎是大自然专门的、仁慈的设计，像火一样蔓延至整个空间，在任意一点浓度都不降低；又像空气一样，我们可在其中呼吸、活动和生存。它不可被限制，或被独占。因此，发明在性质上无法成为财产权的客体”。<sup>〔51〕</sup>在 18 世纪著名的文学产权之争中，人们反对永久性普通法文学产权的理由就是，一旦作品出版之后，作者不应该能够控制包含在作品之内的情感。出版行为“实质上 and 必然地是一种给予公众的礼物”，这意味着作品“立即和不可避免地成为公共的”。对这一点，甚至文学产权的支持者也是赞成的，因为尽管他们与文学产权反对者在观察权利范围的方法方面有分歧，却均认为对思想和知识进行财产权保护是不合适的。<sup>〔52〕</sup>

## （二）知识自然属性的共享性及经济属性的外溢性

所谓知识的共享性是指某一知识在同一时间内可以由两个或者两个以上的人以同样的方式使用，一个人的使用并不影响另一个人以同样的方式在同样的时空中使用。知识之所以具有共享性是由于它本质上是一种信息。而“信息的特殊本质在于它是一种可以表征物质客体的成分、结构、状态、行为、功能、属性、演化趋势的东西，一种能表征一切物质属性的物质属性”。尤其独特的是

〔49〕 参见《中国大百科全书·社会学》，中国大百科全书出版社 1991 年版，第 303 页，“社会化”词条。

〔50〕 前引〔47〕，王维国书，第 163 页以下。

〔51〕 前引〔39〕，莱斯格书，第 100 页。

〔52〕 前引〔38〕，Sherman and Bently 书，第 28 页。

这种“表征物质客体属性的信息可以同该客体分离开来，固定在叫作载体的其他物质客体上”。〔53〕信息与它所表征的物质客体的这种可分离性使得信息从而知识具有共享性。这是知识最重要的自然属性。

知识的共享性具有重要的经济意义。因为在经济学上，如果资源是竞争性的，那就需要一种控制体系，以确保资源不至于被耗尽——这意味着控制体系必须确保资源既可是生产出来，又不被过度使用；而如果资源是非竞争性的，那么控制体系的唯一任务就是确保资源的生产。因为一旦资源被生产出来，就不必担心会被耗尽。〔54〕知识的共享性使得知识这种资源是非竞争性的，知识的消费具有外部性，即“私人所生产出的知识成果，容易扩散或溢出进入社会公共领域，成为社会所公有的知识的性质”。〔55〕知识的外部性使得知识与物质财产有极大的差别，即在无特别法律保护的情况下，难以阻止他人的不法使用，难以排除搭便车的行为，在发现未经许可的使用方面的难度也更大。因此，知识产权趋向于比物质财产的权利有更大的成本。这给我们提出了两点要求：第一，基于经济效率，知识产权法应努力减少知识产权的成本；第二，法律应对知识产权施加物质财产领域中所没有限制。〔56〕

知识的共享性及其经济后果表明，知识处于公共领域是更为经济的，因为它避免了保护知识的较高成本。通过赋予知识产权来保护知识只不过是一种权宜之计，其目的是促使知识被生产出来，促进公共领域的丰富才是知识产权立法的最终目的。

### （三）知识的历史继承性

从发展上来看，知识具有历史继承性的特点。“任何知识既是最终产品，又可能是中间投入品”，因为“在知识创新过程中，研究人员在其研究中一方面以前人的成果知识作为投入品或者原材料，向前人和他人学习以积累和夯实自己的知识基础，以前人传下来的相关知识作为进一步加深认知水平的前进基石”；“另一方面新学到的相关知识还可能激发研究人员去改变思路、思维方式和方法，创造出新的知识成果”。〔57〕知识产权法中的许多制度显然就是基于知识的历史继承性而设置的，如著作权法中的合理使用制度、专利法中的试验研究使用例外等，这些制度的目的是减少知识产权保护的成本。

概言之，从社会属性来说，公共性是知识的本质，知识天然地适合处于公共领域为人们自由使用，因为人类和知识是互为前提的；从自然属性来说，知识的共享性产生了外溢性的经济效果，使得知识保护具有更大的成本，而处于公共领域则会减少这种成本；从知识发展来看，任何新知识都是站在巨人肩上产生的，新知识的发展需要旧知识作为原材料，这也意味着知识处于公共领域是人类知识进步的必要条件。无论是从知识社会属性的公共性、自然属性的共享性还是从知识发展上的历史继承性来看，处于公共领域是知识的必然选择。

## 四、公共领域的局限性及其克服

### （一）公共领域的局限性

尽管公共领域不仅有独特的价值和功能，其存在也有着坚实的客观基础，然而公共领域并非没

〔53〕 苗东升：《系统科学精要》，中国人民大学出版社1998年版，第263页。

〔54〕 前引〔39〕，莱斯格书，第101页。

〔55〕 夏先良：《知识论：知识产权、知识贸易与经济发展》，对外经济贸易大学出版社2000年版，第36页。

〔56〕 前引〔34〕，兰德斯和波斯纳书，第23—26页。兰德斯和波斯纳在这里所说的知识财产和知识产品，显然指的就是本文所称知识产权客体——知识。

〔57〕 前引〔55〕，夏先良书，第43页。

有局限，公共领域的假设前提是虚假的，其作用范围是有限的。

第一，公共领域假设前提是虚假的。公共领域的假设前提是：所有利用公共领域的人都能够平等地利用公共领域。这显然并不完全符合事实。因为人们对公共领域的利用能力事实上是不平等的，这会导致人们对公共领域利用上的不平衡结果，不管是在一国内部的不同阶层和群体之间还是在不同国家之间，均是如此。不过在一国内部，政府担负着公共责任，它不仅能够而且实际上也在对国内各阶层、群体之间的利益通过分配和再分配进行调整，从而可以相对确保一国内部的公平和公正秩序，纠正上述不平衡结果。如我国著作权法第22条第（11）项“将中国公民、法人或者其他组织已经发表的以汉语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品在国内出版发行”构成合理使用的规定，显然就是出于民族政策而进行的特别立法安排，“目的是促进我国少数民族的教育、文化和科学技术进步”。<sup>〔58〕</sup>其暗含的前提是，少数民族地区和汉族地区的经济文化社会发展水平是不平衡的，为了弥补这一不足，著作权法将以汉语言文字创作的作品放在了少数民族的公共领域之中，从而扩大了少数民族的公共领域，弥补了少数民族对公共领域利用能力上的不足，以促进少数民族地区教育、文化和科学技术的进步。因此对公共领域的平等利用在一国内部基本上是不成问题的。而在国家之间，情况则有所不同。由于不存在一个凌驾于各国之上并承担全球公共责任的超国家权威机构来对国家与国家之间不平衡的利益关系进行调整，因此国家之间因对全球公共领域利用能力不同而产生的对其利用上的不平衡就欠缺强制调整机制，而只能在国家与国家之间通过协商的办法来加以解决。但这种国际协调机制解决问题的效率显然无法与国家处理国内事务的效率相比，其处理结果也难说是公正的。如在传统知识保护上，发达国家和发展中国家之间存在着巨大的冲突，由于发达国家的阻挠，国际层面上对传统知识的承认与保护举步维艰。在国际关系中，发达国家往往左右着国际协调的结果，对发展中国家有利的国际知识产权体制难以建立。

公共领域利用的不平衡结果在全球公共领域方面有着明显的体现。学者就此指出：“吹捧公共领域的现代学术假设一种每个人都能收割在公地中发现的财富的景观。这是公地的浪漫：一种由于根据法律资源对所有人都是开放的，于是资源的确将被所有人平等利用的信念。然而事实上，不同的环境——包括知识、财富、权力、能力——使得某些人比其他人更能够利用公地。”<sup>〔59〕</sup>在全球公共领域的利用上，发展中国家在商业化的地方机会方面是有限的，在研究方面缺乏广阔的公共投资，存在资本约束，对公共领域本身及利用规则也不熟悉。由于这种利用能力上的差别，发达国家和发展中国家对全球公共领域的实际利用结果是显著不平衡的。哈佛商学院生命科学项目的一项研究显示，在基因银行这一全球公地的利用上，从这些数据库下载的总数据中有一半是美国人下载的。除了日本，非洲、拉丁美洲、亚洲没有一个国家下载超过这些信息的1%的数据。甚至在美国内部也存在着明显的不平等，来自.com域名的用户下载了从基因银行下载的全部数据的大约一半。<sup>〔60〕</sup>可见，与平等相反，在全球公地的利用上实际上出现的是巨大的不平等。因此，公共领域的假设前提是虚假的。

第二，公共领域作用范围是有限的。“公共领域仅仅在浪漫的创造者停止向强权者转移财产权之处进行干涉。”<sup>〔61〕</sup>即公共领域的作用和价值主要在于对抗知识霸权和知识强权，对抗知识产权的不合理扩张，除此之外的不恰当利用则可能产生不公正的后果。如运用公共领域理论来理解传统知识和基因资源的地位就属于对该理论的不恰当运用。因为公共领域理论只不过“提供了一种将发展中国家的基因资源和知识置于公共领域的理由：普遍从富足的公共领域中受益”，<sup>〔62〕</sup>其结果是将传统知识“搁

〔58〕 汤宗舜：《著作权法原理》，知识产权出版社2005年版，第101页。

〔59〕 Anupam Chander and Madhavi Sunder, *The Romance of the Public Domain*, 92 Calif. L. Rev. 1332, 1351-1352.

〔60〕 Rodrigo Martinez et al., *The Geography of the Genome*, Wired, June 2003, 160.

〔61〕 前引〔59〕，Chander and Sunder文，第1346页。

〔62〕 前引〔59〕，Chander and Sunder文，第1354页。

在公共领域中，以能在全世界公地中为所有选民所分享”。〔63〕然而由于人们对公共领域利用能力事实上的差别，公共领域在这里所发挥的作用就只是使力量强大的财团对传统知识和基因资源这些重要的全球信息资源的控制合理化，而这对发展中国家显然是非常不公平的。尤其是考虑到知识产权保护毕竟只有短短的几百年，与人类知识的悠久历史远不能比，许多发展中国家对人类知识发展的贡献并不比发达国家小，但他们在知识产权制度产生之前对人类所做的知识贡献未曾得到过保护和补偿，这是不公平的，尤其对发展中国家的传统知识和基因资源不提供任何保护是不公平的。

## （二）公共领域局限性的克服

虽然公共领域具有上述局限性，却不是不能克服的。本文认为，只要我们能够经验地而非抽象地利用公共领域概念，并辅助运用国家利益、族群利益等概念国家民族地考虑问题，就可以最大程度地克服公共领域的上述局限性，正确发挥公共领域的作用。

公共领域之所以有以上局限性，深层的原因在于它忽略了谈论和运用公共领域的具体环境与背景，从而导致公共领域的抽象化与简单化。因此有学者说，“公共领域这样的术语是紧密地与它们的财产权概念及其所暗示的二元方法（公共/私人）相连的，它们事实上是贬低在全球信息政策分析的舞台之内设置知识产权政策的各种多维方法的修辞工具或者解释”。〔64〕事实上，公共领域只是在对抗知识产权不合理扩张方面发挥作用，它与知识产权之间与其说是二元对立的关系，不如说是互相补充的关系，即知识产权是丰富公共领域的手段，公共领域是知识产权的最终目标。同时如前所述，公共领域是创造的前提，是知识产权制度正常运转的工具，如果没有公共领域，我们根本无法忍受知识产权的存在。知识产权不仅仅是一种私权利，而且还涉及到社会发展的许多宏观问题，即“知识产权不仅仅是技术问题，它们不仅越来越涉及到经济利益、竞争和市场竞争力的关键问题，也涉及环境可持续性、人类发展、道德和国际人权的关键问题，我们需要开始利用知识产权去减少和消除饥饿和贫困、保护环境、阻止生物多样性的损失、授予妇女权利以及确保食物和社会安全”。〔65〕也许正因如此，学者对旨在建立全球统一的知识产权保护体制和全球公共领域的 TRIPS 协议提出了批评，指出了简单化地谈论和运用公共领域的消极后果，即 TRIPS 协议“颠覆了全球公共领域中的平衡”，TRIPS 协议下的知识产权体制是一种“明显向发达国家倾斜的国际知识产权体制”，其结果是“发展中世界所掌握智力产品搁在了全球公共领域，而发达世界的智力产品紧紧地掌握在其公司手中”，因此，“就法律断然创造或保留一个公共领域来说，追问公共领域可能服务于谁是合适的”。〔66〕

那么我们应该如何正确对待和运用公共领域并克服其局限性呢？学者开出的药方是：“经验地鉴别公共领域要素”，且注意到它“在论证解释上的不同以及鉴别公共领域的认识和经验中的民族差别”。而要做到这一点，就需要引入国家利益、族群利益等“地方性”的概念，国家地、民族地考虑知识产权和公共领域问题。“在知识产权法发展的背景下，像‘国家利益’这样的概念大概比公共领域概念更实用”，因为“对国家利益的强调恰当地与国际一致同意这一传统方法相吻合”，〔67〕且这种对国家利益、族群利益的考虑能够避免公共领域的抽象化和简单化，使它恰当地发挥积极作用。

## 五、结 论

利益衡平是现代知识产权制度的基本价值观，这种利益衡平主要表现在本权与他权、私益与公

〔63〕 Shubha Ghosh, *Reflections on the Traditional Knowledge Debate*, 11 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 500.

〔64〕 Margaret Ann Wilkinson, *National Treatment, National Interest and the Public Domain*, 1 *UOLTJ* 49.

〔65〕 Rosemary J. Coombe, *The Recognition of Indigenous Peoples' and Community Traditional Knowledge in International Law*, 14 *St. Thomas L. Rev.* 284.

〔66〕 前引〔59〕, Chander and Sunder 文, 第 1348、1353 和 1373 页。

〔67〕 前引〔64〕, Wilkinson 文, 第 48 页。

益之间的平衡。<sup>[68]</sup>但是由于知识产权保护对象——知识——的特殊性质，知识产权制度极易被人操纵，尤其为那些力量强大的跨国公司所操纵。这种危险已为学者所认识到：知识财产的危险就在于市民社会对它的利用。一旦开始认识到知识财产的金钱利益，市民社会将迫使政府建立更完善的知识产权制度，并将其在全球范围内推广这会威胁个人共同体的道德生活。因为知识产权保护的知识位于共同体生活中许多社会关系的中心，市民社会对知识财产中金钱利益的无情追逐产生了共同体分裂的分离关系和力量。<sup>[69]</sup>自 20 世纪 80 年代以来，在知识经济强国和知识产权产业部门的积极推动下，<sup>[70]</sup>全球知识产权保护越来越强，知识产权的强化已经打破了知识产权中原有的平衡，产生了严重的不利后果，尤其是在发展中国家引发了公共健康等社会危机。在知识产权过分扩张且已暴露出缺陷的大背景下，提出公共领域显然是非常必要的，公共领域不仅可以作为知识产权制度的最终目标，还可以作为对抗知识霸权和知识产权过分扩张的旗帜和理论武器。当然，由于公共领域也有其局限性，不是绝对的，我们应该经验地利用公共领域理论。尤其是对于发展中国家而言，公共领域具有两面性，发展中国家在运用公共领域理论时必须谨慎为之：一方面，可以借助公共领域对抗知识产权的不合理扩张，保护社会公共利益；另一方面，在建立知识产权全球公共领域时，发展中国家不能盲目地追随发达国家，不能忘记在利用全球公共领域的能力上与发达国家的差距。因为前一个方面既是一个国内问题，也是一个国家间的问题；而后一方面则基本上是一个国家间的问题，在处理这方面问题时必须考虑国家和民族利益。

[68] 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，第 108 页以下。

[69] 前引 [31]，Drahos 书，第 91 页。

[70] 美国学者苏珊·K·塞尔讲述了一个美国知识产权私人部门推动 TRIPS 协议的谈判和签署的故事，她认为，TRIPS 协议在很大程度上是美国高科技公司推动的结果。见前引 [2]，Sell 书。