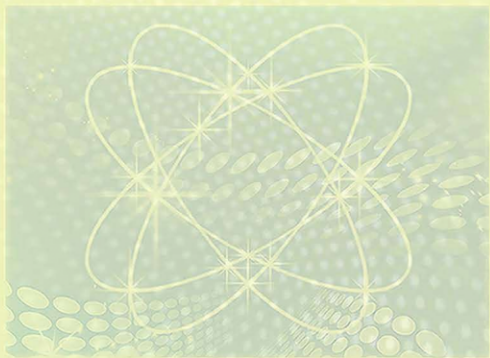


机会主义行为与知识
产权制度研究
——新制度经济学的视角

刘强 著



中南大学出版社

机会主义行为与知识 产权制度研究

——新制度经济学的视角

刘 强 著



中南大学出版社
www.csupress.com.cn

湖南·长沙

图书在版编目(CIP) 数据

机会主义行为与知识产权制度研究/刘强著.

—长沙: 中南大学出版社, 2016. 3

ISBN 978 - 7 - 5487 - 2198 - 7

I. 机... II. 刘... III. 知识产权制度 - 研究

IV. D913. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016) 第 064303 号

机会主义行为与知识产权制度研究

JIHUIZHUYI XINGWEI YU ZHISHI CHANQUAN ZHIDU YANJIU

刘 强 著

☐责任编辑 沈常阳

☐责任印制 易建国

☐出版发行 中南大学出版社

社址: 长沙市麓山南路

邮编: 410083

发行科电话: 0731-88876770

传真: 0731-88710482

☐印 装 湖南雅嘉彩色印刷有限公司

☐开 本 880 × 1230 1/32 ☐印张 10. 25 ☐字数 252 千字

☐版 次 2016 年 3 月第 1 版 ☐印次 2016 年 3 月第 1 次印刷

☐书 号 ISBN 978 - 7 - 5487 - 2198 - 7

☐定 价 35. 00 元

图书出现印装问题, 请与经销商调换

作者简介

刘强：1978年生，男，湖南长沙人，中南大学法学院副教授。

所获学位：南京大学物理学学士、中国科学院生物物理学硕士、华东政法学院法律硕士和复旦大学法学博士。

学术兼职：中南大学知识产权研究院研究员，湖南省法学会民商法学研究会常务理事兼副秘书长，湖南省知识产权协会理事，复旦大学知识产权研究中心特聘研究员；入选国家知识产权局专利信息师资人才，受聘担任湖南省工业领域知识产权专家咨询组成员、柳州市人民政府专利特派员。

主讲课程：知识产权法、国际知识产权法、专利法、创新创业与专利法、专利信息检索与利用、商法等。

科研课题：主持国家社会科学基金一般项目“3D打印知识产权法律问题研究”，以及司法部国家法治与法学理论研究项目、湖南省教育科学规划资助课题、湖南省哲学社会科学基金一般项目等部省级课题。

科研成果：在《法商研究》《法学评论》《知识产权》《中南大学学报(社会科学版)》《湖南大学学报(社会科学版)》《武汉体育学院学报》《北方法学》《电子知识产权》《科技与法律》等核心刊物发表论文50余篇。出版专著《交易成本视野下的专利强制许可》《奥林匹克知识产权保护》和译著《胜诉》等。

序

正当性问题是知识产权制度构建的基本理论问题，并且伴随着知识产权制度的发展历史，其已成为知识产权研究中的永恒主题。对于该制度的正当性加以合理论证，不仅涉及智力成果独占性保护制度能否得以建立，还将影响对该制度边界的合理划定和对制度的有效运行问题。洛克、卢梭、康德、黑格尔、扎霍斯等法哲学家，尤其是知识产权法学家对于知识产权制度的正当性从不同角度进行了论证。这些学说观点为知识产权制度得以承认、建立和发展起到了重要的理论支撑作用。在中国知识产权学界，很多学者对此进行了有益的探讨。20年前，我在本人的博士论文《论合理使用》中，尝试运用法哲学的“法律正义”理论与制度经济学的“经济效益”理论，论证了合理使用规则的正当性、合理性，其中一些观点涉及本书中所提到的交易成本理论。

近日，喜读刘强博士新著文稿《机会主义行为与知识产权制度研究》，他在本书中试图以经济学、尤其是新制度经济学作为思想来源对知识产权制度正当性加以论证，为我们提供了新的研究视角。以机会主义行为假设和交易成本理论为核心的新制度经济学，能够为论证该制度的正当性提供不同于以往的理论武器。根据该学说的创立者、诺贝尔经济学奖得主罗纳德·科斯所提出的理论，如果交易成本为零，那么财产权的初始权属分配将不会影响资源以最优效率进行配置，因为人们可以不受阻碍地通过交易使得资源向最有效率的使用者那里进行流转。此时，逆向选择、搭便车、权利寻租、滥用垄断地位等机会主义行为也将无藏身之地。应用到智力成果领域，如果创作者、生产者、销售者、消费者之间能够在无交易成本的情况进行交易，那么不论法律将

该成果的原始产权分配给谁，均不会影响资源效率的最大化。然而，正如另一位诺贝尔经济学奖得主奥利弗·威廉姆森所指出的，物理世界没有绝对的无摩擦真空，同样地，现实交易也必然存在交易成本。因此，知识产权制度的重要使命应当是尽可能地减少交易成本和抑制机会主义行为，以及在无法进一步降低时对于智力成果资源向更有效率的一方进行实体性的分配。

应当说，知识产权制度始终徘徊在伦理道德与经济效率之间。依据伦理观念，智力成果是创作者劳动或者精神的延伸，应当将其初始分配给创作者，并决定和支配使用行为的内容和范围。与此相对应，效率原则要求将资源配置给最有效率的主体，该主体可能是经过许可甚至是未经许可的使用者，否则可能造成效率的损失。美国联邦最高法院在2006年 **eBay** 案中依据衡平原则而不是自动颁发原则给予禁止令救济，意味着可能会允许“有效率的未经许可使用”。目前关于专利制度的经济学分析多数集中在其对于宏观经济层面的拉动作用，本书则主要聚焦微观交易行为，尤其是在智力成果交易成本较高的情况下促进交易的制度安排。随着产业链条的日益延长和社会分工的愈发细化，由创作者对智力成果加以使用的效率可能不高，就连通过许可由他人实施的效率可能也无法达至最优。经济学家吴敬琏曾经论道，虽然国内的产品生产成本较低，但是“中国企业的交易成本过高”。无形财产领域的交易成本比有形财产更高，使得智力成果向更有效率的地方流动所遇到经济障碍更多，而机会主义行为也将更为盛行。因此，如何通过知识产权制度降低交易成本并克服机会主义行为所带来威胁将是该制度的重要价值取向，也将成为该制度正当性的重要来源。

在对知识产权制度正当性加以论证的基础上，本书在行文时还将机会主义行为假设和交易成本理论应用于知识产权审判、诉讼、侵权和合同行为，并且对于知识产权许可（尤其是默示许可、强制许可等）中所面临的机会主义行为威胁加以分析，对于制度

文化和文化产业中的机会主义现象进行了剖析，并从交易成本角度提出了应对之策。利用该理论，有助于厘清制度的合理边界，对法律介入智力成果交易的限度予以澄清，以便有助于遭到扭曲的市场交易机制得到恢复，而不是走向相反的方向。由此，本书比较全面地阐释了该理论适用于具体制度与规则的途径与方式。

刘强博士本科毕业于南京大学物理学系，在中国科学院生物物理研究所获得理学硕士学位，并在华东政法学院和复旦大学分别获得法律硕士和法学博士学位，也曾在德国慕尼黑马普知识产权法和竞争法研究所访问交流。目前他已在中南大学法学院从事知识产权研究与教学工作六年多。他将理工科知识背景较好地与知识产权法学研究相结合，取得了显著的研究成果。他在博士论文当中就将交易成本理论应用于对专利强制许可制度的论证和解读，较好地解释了制度发展与变迁的历程。近年来，他获得了国家社会科学基金项目“3D 打印知识产权法律问题研究”以及司法部研究项目等国家级、省部级课题，并且在《法商研究》《法学评论》《知识产权》《西部法学评论》《北方法学》等多个学术刊物上发表了论文。此外，他还连续参加了知识产权南湖论坛和中国知识产权法学研究会年会，并就 3D 打印知识产权法律问题、机会主义行为与知识产权制度、专利侵权损害赔偿制度实证研究等主题多次作专题发言，取得了较好的反响。

值此本专著即将付梓之际，特提笔聊表数语，以此推荐青年学人，并表达祝福之意。希望他再接再厉，加强理论问题研究，取得更多成果。

吴汉东

2015 年 11 月

（序者为中南财经政法大学文澜资深教授，教育部社会科学委员会法学学部委员）

前 言

机会主义行为是新制度经济学的基本假设。在知识产权领域，由于交易成本较之有形财产显著提高，所以机会主义行为也更为盛行。因此，有效地规制机会主义行为并克服由此带来的交易成本问题将成为知识产权制度正当性的重要理论基础。从研究视角而言，在对于知识产权制度促进宏观经济增长关注较多的情况下，有必要研究其在微观层面促进智力成果交易的作用。知识产权制度的交易成本存在于成果独占性保护、许可合同谈判、司法审判及诉讼等多个层面，除客观因素以外，机会主义行为及其对交易当事人所造成的威胁是推升交易成本的重要因素，从而产生效率的损失并危及知识产权制度的正当性。

知识产权制度设计了若干权利限制或曰利益平衡规则，但是对于知识产权人、使用者和社会公众之间进行“精确”的利益平衡其实是在“走钢丝”。若不采用法律现实主义思维，注重知识产权创造、运用和保护制度的实际运作，将使得该制度在促进智力成果创作和传播方面所产生的效益被制度运行成本所吞噬。由于机会主义行为的存在，市场主体不仅在知识产权许可问题上左右为难，而且对智力成果的正常开发和利用处处受到机会主义诉讼和侵权行为的威胁，也使得司法审判资源更多地被消耗在无谓的争讼当中。这些负面情况均影响了知识产权参与者和社会公众对制度合理性和有效性的态度与立场。

为此，有必要对于知识产权领域的机会主义行为进行解读，比较其与有形财产交易领域的异同，重新定位知识产权制度的正当性及功能，梳理在知识产权诉讼、合同、许可等领域机会主义行为的主要类型和表现形式，分析其对于知识产权制度及其面临

的交易成本问题的影响与危害，并从知识产权文化角度探求对其进行规制的合理手段和途径，从而推动知识产权制度在更高层次上得到发展和完善。

国务院于2015年12月印发的《关于新形势下加快知识产权强国建设的若干意见》提出建设“知识产权强国”的要求，其中到2020年的建设目标之一是“基本实现知识产权治理体系和治理能力现代化”。深刻领会知识产权制度经济学意义和价值，对于知识产权体制机制的健全、对于知识产权制度在各个层面的良性运行以及我国知识产权强国的建设将起到至为关键的作用。

目 录

第一篇 理论篇

第一章 知识产权领域的机会主义行为概述	(3)
一、基本内涵	(3)
二、主要表现	(4)
三、产生原因	(9)
四、挑战和机遇	(12)
五、应对原则	(16)
六、小 结	(20)
第二章 机会主义行为、交易成本与知识产权制度正当性 ...	(21)
一、“两朵乌云”现象	(21)
二、现有主流理论批判	(22)
三、理论贡献之一：机会主义行为	(27)
四、理论贡献之二：交易成本	(34)
五、知识产权正当性理论的重构	(41)
六、“两朵乌云”的解构	(46)
第三章 法律拟制、机会主义行为与知识产权制度	(48)
一、知识产权法律拟制的法理基础	(48)
二、知识产权法中的拟制	(51)
三、知识产权领域法律拟制与机会主义行为的互动 ...	(57)
四、通过法律拟制完善知识产权制度	(62)

第四章 机会主义行为规制与公民基本自由和权利 (67)

- 一、知识产权交易垄断行为的主要表现形式 (67)
- 二、以市场效率价值作为规制目标的缺失 (69)
- 三、对公民基本自由和权利的影响 (72)
- 四、宪法司法化与文化传统 (80)
- 五、小 结 (81)

第二篇 行为篇

第五章 机会主义知识产权司法审判行为 (85)

- 一、表现形式 (85)
- 二、产生原因 (86)
- 三、危害后果 (93)
- 四、约束机制 (95)

第六章 机会主义知识产权诉讼行为及其规制 (101)

- 一、含义及表现 (101)
- 二、产生原因及其危害 (106)
- 三、机会主义诉讼的约束机制 (109)
- 四、应对措施的激励机制 (112)
- 五、小 结 (116)

第七章 机会主义知识产权侵权行为及其规制 (118)

- 一、行为界定、危害和交易成本问题 (118)
- 二、机会因素 (121)
- 三、法律局限 (126)
- 四、制度完善 (128)
- 五、小 结 (132)

第八章 知识产权合同中的机会主义行为及其规制	(133)
一、产生原因及危害	(133)
二、合同订立与机会主义行为	(136)
三、合同变更与机会主义行为	(141)
四、合同履行与机会主义行为	(146)
五、小 结	(149)

第三篇 许可篇

第九章 机会主义行为与知识产权默示许可	(153)
一、机会主义行为与默示许可的法理分析	(153)
二、机会主义行为与默示许可的互动	(159)
三、默示许可规则的合理构建	(164)
四、小 结	(167)
第十章 机会主义行为与网络著作权默示许可	(169)
一、国内外的立法与司法实践	(170)
二、法律性质和制度价值	(174)
三、我国的制度完善	(178)
四、小 结	(182)
第十一章 机会主义行为、专利阻遏与专利强制许可	(184)
一、含义、特征和产生原因	(185)
二、司法型专利强制许可	(197)
三、专利强制许可与遏制专利阻遏	(203)
四、我国的制度完善	(213)

第十二章 机会主义行为、专利许可费与合理非歧视原则

.....	(216)
一、机会主义行为与合理非歧视原则.....	(216)
二、“合理”的专利许可费	(219)
三、“非歧视性”的专利许可费	(227)
四、专利许可费的形成机制.....	(230)
五、小 结.....	(234)

第四篇 文化篇

第十三章 人文精神、知识产权教育与机会主义行为规制

.....	(239)
一、机会主义行为与人文精神的缺失.....	(240)
二、重构人文精神的作用.....	(245)
三、人文精神培养的路径.....	(250)
四、小 结.....	(255)

第十四章 传统儒家义利观、知识产权与机会主义行为规制

.....	(256)
一、知识产权领域弘扬传统儒家义利观的必要性.....	(256)
二、传统儒家义利观的知识产权解读.....	(259)
三、知识产权领域传统儒家义利观的价值理念.....	(263)
四、知识产权领域传统儒家义利观的制度实践.....	(266)
五、小 结.....	(271)

第十五章 机会主义行为、网络“恶搞”与表达自由

一、网络“恶搞”的特点、原因和影响	(272)
二、网络“恶搞”的法律性质	(275)

三、网络“恶搞”与民事侵权	(277)
四、网络“恶搞”与言论自由	(281)
五、应对措施.....	(285)
六、小 结.....	(287)
参考文献	(288)
作者已发表之相关论文	(307)
后记	(309)

第一篇 理论篇

机会主义行为(opportunism behavior) 是新制度经济学家所提出的假设, 主要指行为人为了追求自身利益不惜损害其他人利益、不顾一切追求其利益最大化。此类行为不仅涉及道德问题, 更已经上升到法律层面。在知识产权领域, 机会主义行为是为实现自身利益最大化而损害制度价值和目标的行为。其产生的原因包括人的理性有限性、信息不对称和交易成本等因素, 并且造成破坏诚信原则、推升知识产权交易成本、知识财富逆向流动和司法工具化等危害。规制机会主义行为要遵循匡正市场价值取向、强化诚实信用原则的法律适用, 实行司法有限介入、充分发挥市场功能、依法保障当事人应对机会主义行为的合理措施, 强化信息披露义务等原则。

机会主义行为假设对于论证知识产权制度正当性, 以及划定知识产权制度的合理边界具有重要理论支撑作用。知识产权制度存在“两朵乌云”现象, 而现有的知识产权正当性主流理论均存在不可克服的缺陷。新制度经济学重点关注交易结构问题, 其中的机会主义行为假设和交易成本理论可以作为知识产权制度正当性的理论来源。根据本篇的论证, 知识产权制度的正当性应当被定位为对机会主义行为的有效规制, 以及减少和克服交易成本所带

来的阻碍。应当围绕该价值目标对智力成果设定产权制度，合理规划其适用边界，着力对市场机制予以恢复和完善。

机会主义行为假设对于知识产权领域的法律拟制现象具有较强的解释能力。法律拟制乃基于价值上的考量对两类不同事实赋予相同的法律效果的决断性虚构，通过创造法律事实，实现协调法律稳定性与社会变动性之间矛盾的目标，并推动制度发展。知识产权制度基于对客体的法律拟制得以构建，并在权利主体和内容方面也采用此立法技术。从制度经济学角度而言，法律拟制既能抑制机会主义行为，又可能诱发新的机会主义行为，二者又与知识产权制度呈现耦合发展的三角关系。基于法律拟制理论，知识产权应当属于法定权利而非自然权利，应将规制机会主义行为作为知识产权制度的首要价值目标，并借助法律拟制推动该制度的进一步发展。

知识产权领域机会主义行为所威胁的不仅是具体的法律规范所保护的利益，单纯从市场利益角度对其合法性进行判断已不足以应对其负面影响，而有必要上升到宪法层面考察其对公民基本权利和自由的损害。以知识产权交易中的垄断行为为例，它已经危害了我国公民应当享有的言论自由、科学技术开发的自由、就业自由和平等的自由权。我国的法律传统更为倾向于法律的道德属性，而宪法的司法化为在知识产权领域保护公民基本权利和自由，抑制机会主义行为威胁提供了契机。

第一章 知识产权领域的机会主义行为概述

一、基本内涵

机会主义行为是新制度经济学的概念。经济学家奥利弗·威廉姆森认为,机会主义行为是为追求自身利益最大化而实施的偷懒、欺骗、误导等行为^①。笔者认为,在知识产权领域,机会主义行为主要是指权利人或者其竞争对手在知识产权权利取得、运用和保护过程中通过欺诈性手段谋取自身最大利益,而不顾及并损害其他利益相关方合理期望和利益的行为。

机会主义行为与通过合理正当的途径、在法律框架和合同约定下追求自身利益最大化的自利行为有明显区别。两者的区别主要在于,自利行为服从和遵守法律的规定并受信用的约束,而机会主义不受制度规范和合同约定。例如,机会主义者可能对于信息蓄意进行不完整或歪曲披露,造成道德风险和逆向选择行为。机会主义行为有时掩盖在合法外衣之下,但是其对商业道德、法律秩序和经济效率的损害可能比无过错侵权(例如将自主开发的科技成果实施却构成对他人专利的侵犯^②)更为严重,需要进行有效规制。

机会主义行为对于知识产权制度价值与目标形成冲击,特别

① Oliver E. Williamson, Markets and hierarchies, analysis and antitrust implications: A study in the economics of internal organization, Free Press, 1975: 51.

② 张勤. 知识产权二十问[J]. 知识产权, 2011(7).