

doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2018.06.015

欢迎按以下格式引用:毛翔.市场优先原则在知识产权领域中的应用[J].重庆大学学报(社会科学版),2018(6):157-168.

Citation Format: MAO Xiang.The application of market priority principle in the field of intellectual property[J].Journal of Chongqing University (Social Science Edition),2018(6):157-168.

市场优先原则在知识产权领域中的应用

毛翔

(中南财经政法大学 知识产权研究中心,湖北 武汉 430073)

摘要:市场优先原则是一种处理市场力量与国家干预关系的原则。在这一原则的指导下,国家对于经济活动的干预应当具有谦抑性。国家干预应当以市场失灵为界限和尺度。知识产权制度是一种由国家权力建构的特殊财产权。在知识产权制度的设计过程中,应当以市场优先原则为指导,以便于知识产品的市场交易为原则界定知识产权。在知识产权的行使中,应在最大程度上依靠市场的力量进行知识产权的权利分配。对于知识产权的限制,应当与市场失灵的规模与原因相适应。当国家力量干预知识产权的市场交易时,应基于更有效的判断。

关键词:知识产权;市场优先;国家干预

中图分类号:D023.4;D922.294

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2018)06-0157-12

一、市场优先原则与知识产权的关系

(一)市场优先原则与谦抑干预理论概述

市场经济的本质是将市场力量作为资源配置的决定性力量。在中国经济改革过程中,对国家干预与市场机制之间关系认识的总体变化趋势是提高市场力量在经济发展中的地位。可以说,经济体制改革的演进过程,就是市场力量不断提高的过程,这也是中国经济发展理论与政策认识不断趋于理性化的结果。

在这一背景下,刘大洪教授提出了经济法上的“谦抑干预”理念,以及更加具体化的市场优先原则。这一理论的提出并非仅仅是对国家政策导向的回应,而是在对经济、法律客观规律总结的基础上进行的关于市场力量和国家干预的关系的重新定义。所谓谦抑干预理念,其内涵在于为国家对经济的

修回日期:2018-06-04

作者简介:毛翔(1982—),男,河北卢龙人,中南财经政法大学知识产权研究中心博士研究生,主要从事知识产权法研究,Email:70471778@qq.com。

干预划出一个合理的边界,这一边界将国家干预手段定义为最后的、补充性的手段^[1],其划分原则是最大化地发挥市场的作用,而国家干预的手段,仅限于可证明的市场力量所不及,且有大概率引发无效率的场合。这一理论同时将市场力量能否最大化发挥作为国家干预措施的设计依据,以及衡量国家干预措施是否合理的评价尺度。从这一理念出发,形成了经济法的基本原则——市场优先原则。

市场优先原则被总结为三个子原则^[2]:(1)市场基础原则。这一原则为国家对经济的干预设置了一个入口规则,即国家仅仅在市场失灵的情况下进入对经济的干预。在没有发生市场失灵的情况下,国家不应当主动对经济领域的事务进行干预,而应当充分发挥市场对于资源配置的决定性作用。(2)干预适应原则。这一原则为国家干预手段的设计提供了“技术路线”“势力范围”和评价标准,已发生市场失灵的情况下,国家的干预要与市场失灵相匹配。这一原则可从平面、纵深和时间三个维度上理解。从平面上看,国家的干预措施应当以市场失灵为限度,不可将手段过分扩展到市场驾驭的领域;从纵深上看,国家干预应最大限度地以重塑有效率的市場为目标,而非代替可治愈的市场,直接进行资源配置;从时间维度上看,国家干预应止于市场失灵因素的消失,即在市场失灵效果减轻或消失时,对国家的干预手段和力度也要相应地限缩和停止。(3)市场先行原则。这一原则为国家干预的入口进行了进一步的限定,要求在既有知识和信息无法判断某一领域是否出现市场失灵时,应当假定市场未发生失灵,而非草率地运用国家的干预力量。市场先行原则对于处理知识产权这种体系庞杂的经济现象是一种十分重要的指导原则。

谦抑干预理念与市场优先原则对于市场作用的依赖,并非基于迷信市场力量的“市场原教旨主义”,而是体现在分析市场的角色、国家干预的性质,以及二者关系的基础之上。其基本思维逻辑是一组递进的论点:(1)市场的有效性是可证明的,而政治理性的有效性并无明显证据;(2)国家干预的基点是发挥市场的有效性,而非提供一种超越市场力量的建构性理性工具;(3)国家干预政策应以市场力量的发挥和恢复为目标。市场在资源配置上的有效性论证始于亚当·斯密的《国富论》,即经济人通过自利性的行为,不自觉地使社会资源的配置达到最佳的状态^[3]。对于市场力量与国家干预的全面论述始于哈耶克的“自发秩序原理”,这一原理为经济活动秩序的实现机理提供了解释,其主要内容在于,在经济活动中所运用的大量知识并非集中于单个人脑之中,而是基于经济主体的个体价值判断,因而以分散的形式存在。而稳定秩序化状态,只能通过自由的市场交易形成,而不可能来自个人或某个理性群体的设计^[4]。这一原理将个人的意志自由从自然权利论中抽离出来,证明了分散的自由意志的有效性和单一理性的政府活动的有限性。国家干预的提出源于以市场的无效率为起点,这些观点有些主张以国家干预的手段解决市场的盲目性问题^[5],有些则完全否定了市场有效配置资源的可能性,并主张完全通过外在的理性对市场进行建构^[6]。对于前者,其观点并未否定市场的有效性,反而是更加强调了国家干预应及于市场失灵;而对于后者,虽然完全否定了市场调节的有效性,并将几乎一切经济上的无效率归结于自由的市场,但仍未能以一个可信的逻辑证明理性建构的经济秩序,其效率高于其所否定的自由市场机制形成的市场状态。

(二) 市场优先原则在知识产权领域应用的可能性和必要性

1. 可能性:知识产权的私权性质

市场优先原则作为一种界定市场力量与国家干预之间关系的原则,在知识产权领域有着广泛的适用空间。这首先是由知识产权的私权本质所决定的^[7]。近代知识产权的私权化,使得以特许令状为主要形式的、个别的、人赋的、非制度化的印刷专有权和产品经营权,转化为一种普遍的、“天赋”的、法治

化的权利^[8]。《中华人民共和国民法总则》第123条明确了“民事主体依法享有知识产权”,从而在法律层面确定了知识产权在中国法律体系中的私权地位。知识产权的私权本质,决定了其应当具有民事权利所共同具有的特征,这些特征包括权利的界定、行使和限制。现代知识产权理论以财产的所有权为模版,建立起了以著作权、专利权等为具体形式的知识产权,表现为权利人对作品、发明等智力创造成果的支配与排他权。在通过一系列规则对知识产权的财产权范围进行界定后,权利人得以对这一权利进行占有、使用、收益、处分。虽然这些具体权能的存在方式和行使方式都与传统的,以有体物为客体的财产权不同,但仍不能否认知识产权的私权性质。同时,与传统私权一样,知识产权的行使也受到了一定程度的限制,这种限制往往出于对公共利益考虑,同时也是对各个不同主体之间权利的调和。

知识产权私权性质的确立,使得知识产权作为财产进行平等主体之间的交易成为了可能,知识产权的行使于是被定性为以意思自治为原则的民事行为而受到民事商事法律的调整。这是将市场优先原则适用于知识产权制度的最基本前提。谦抑干预理论,使法律对于经济活动的定性回归其民事法律行为的本质^[9],从而使由平等主体组成的私权利交易市场成为资源配置的决定力量。知识产权的私权化使知识产权可以被纳入这一理论体系,并具有了适用市场优先原则的资格。

2. 必要性:知识产权法的经济法血统

如所有的有关交易的私权一样,知识产权不可避免地将受到国家干预的影响,这就使得以处理市场力量与国家干预之间关系的经济法必然将触角伸向知识产权法律体系。甚至曾一度有观点认为,知识产权法应属于经济法而非民事法律^[10]。与所有的市场行为一样,知识产权交易市场也面临了诸如滥用市场支配地位、经营者串通等影响经济秩序的行为。由于知识产权本身的特殊性,这些问题在知识产权领域可能表现得更加复杂。知识产权法本身是一种自始由国家公权设计并保护的私权,不同于传统的附着于有体物的私有权利,知识产权本身带有浓厚的经济法血统。而知识产权法律体系中的商标法和反不正当竞争法,更是完全属于市场规制法^[11]。

知识产权法的经济法化,体现出经济法谦抑干预理念所反对的“泛干预主义”倾向,即认为“判断是否应将某一领域纳入经济法体系,其标准通常是该领域是否发生了国家对经济的干预”^[9]。公权力对于知识产权制度的设计,虽然达到了传统财产权设计所没有的深度,但仍不能超出以私权为根本、以市场为主要调整手法的范围。知识产权私权的公权化趋向,是由于国家介入因素的加强,使得知识产权已经不再是一种纯粹的私权^[12]。但知识产权的私权形态并不因国家授予而具有公权的特征^[8]。国家介入的过程中,特别要注意“介入”也就是“干预”的程度。根据市场优先原则,国家对于知识产权的干预也必须遵守谦抑原则,以市场失灵为范围和评价尺度。

(三) 市场优先原则在知识产权视角下的特殊问题

从知识产权与知识产权法本身来看,在应用市场优先原则时,面临着一些特殊性,使得市场优先原则在知识产权视角下,应用的前提和方式都与传统市场交易场景不同。

1. 知识产权制度设计以市场失灵为起点

知识产权的特殊性首先体现为“市场失灵”这一角色的特殊性。市场优先理论认为,国家干预应当在出现市场失灵的情况下进入。但从知识产权的角度来看,其产生的起点本身就是市场失灵情况的出现,这使得国家干预必须贯穿知识产权制度始终。对于知识产权的经济学分析,起点是知识产权的公共产品属性造成的正外部性,从而引起供给不足。公共产品具有非竞争性,即对于一件公共产品来说,增加一个使用者的边际成本为零。同时,公共产品具有非排他性,排除特定人对于公共物品的使

用,在技术上无法实现,或排除成本过高^[13]。知识产权作为一种典型的公共产品,具有正外部性的特征。所谓正外部性,指的是一个人的行为对旁观者福利的无补偿的有利影响^[13]。产生正外部性时,产品的社会价值将会高于其给生产者带来的私人价值,相对于私人物品的均衡状态,这一公共产品的社会最佳产量高于通过私人生产和市场调节所决定的均衡产量。也就是说,在没有其他调整方法的前提下,公共的供给量小于社会所需要的产量,即“不足”。这一供给不足的情况在知识产品的视角下,体现为对于搭便车的激励与对创作的负激励。由于知识产品具有较高的排他成本,生产者排除未付费的使用者的成本,可能远远高于排除这一使用者或向这一使用者收费可获得的利益,于是人们有成为搭便车者而非付费使用者的激励。同样知识产品的创作者因预期不能收回所有的收益,因而缺少生产知识产品的激励。这就是知识产品的公共产品属性引起的市场失灵。解决外部性引发的市场失灵的一般方式,是外部收益的内部化,即采用一定的工具,使创作者可以收回这一部分收益,这也是知识产权制度产权的经济学基础。

2. 知识产权是建构的而非自然权利

知识产权制度的经济学起点在于公共产品引发的市场失灵,这就带来了其另一个特殊性,即知识产权的权利范围和内容从起初就是被建构的。私有的知识产权,可以从自然法角度被论证具有正当性^[14],但知识产权作为一种权利被建立起来,仍是国家强制力的产物。对于有形客体的财产权,在法律诞生之前,所有者可基于占有而对其行使权利,法律不过是将这些权利进行归纳和认可,从而使之成为由国家强制力保障和实施的法律权利。这些权利因其物理上的有限性而具有了天然的权利界线。而知识产权作为以无体物为客体的财产权,其范围自始由国家通过法律进行划定。虽然知识产权的客体是一种无体的“物”即知识产品,但知识产权的权利体系并非仅仅围绕这一“物”本身展开,而是及于了他人的行为,也就是说,知识产权法是一种以权利人的创造物为依托,规制他人行为模式的制度^[15]。以专利为例,专利权的获得,使其他任何人无法在未经专利权人许可的情况下实施这一发明,即使其完全独立于专利权人,自主研发了同一技术。所以,专利权自始是一种由国家认可并以国家强制力保证实施的垄断权,而这一垄断权的范围,使知识产权制度在设立之初必须对知识产品所涉及——甚至将来可能涉及的(如未来的独立发明人)——的利益进行分配。

(四) 市场优先原则在知识产权领域中的应用

知识产权制度的设计是从静态和动态两个方面进行的。静态方面是指法律通过权利的界定和初始分配设立私有的知识产权。动态方面是在知识产权设立后,对于知识产权的使用、保护和限制的规定。从这一思路出发,我们可以认为,市场优先原则在知识产权领域中的应用体现在两个方面:一是知识产权在界定时的应用;二是在对知识产权进行分配时的应用。

在知识产权的界定方面,知识产权设置的目标,应当是使知识产品得以充分有效地进行自由的市场交易。这是市场优先原则的“干预适应原则”与知识产权的“市场失灵起点”的契合。由于知识产品的公共产品属性引发的市场失灵问题,使得知识产品的生产和分配无法通过自由竞争的市场有效进行。在这一理论的指导下,知识产权的经济学旨趣就在于,通过对权利的界定和保护,解决知识产品无法占有、处分和交易的状态,而非直接对知识产品进行生产和分配。

在知识产权的分配方面,资源的有效配置应当通过知识产权的自由交易,通过市场进行。知识产权是由国家设计并建立的,并不意味着国家有必要无条件地介入知识产品的界定与分配。权利的初始分配应当给予可使之效用最大化的人。在知识产权场合,可以证明创作者(作者、专利权人)处于决定

如何使用知识产品的最佳位置^[16],所以,使知识产权的创造者拥有知识产权,并基于其意思进行权利的交易,是最有效率的分配方式。如果一种权利的许可或转让不以当事人意思自治为条件(如合理使用、强制许可等),则构成了国家干预。根据市场优先原则,这种权利的强行分配应当以市场失灵为限,且必须可以证明,国家的权利分配是一种更有效的方式。

二、市场优先原则在知识产权界定时的应用

(一) 知识产权的界定应以私权为首选方案

对知识产品进行私权界定,是解决知识产品外部性问题的首选方案。新制度经济学家们使我们相信,虽然理想中的完美市场不存在,交易成本、机会主义和有限理性等问题使得现实的市场偏离了理想市场,但这一偏离可能是一种更有效率的经济状态^[17]。这种情形在知识产权领域十分普遍。以图书的销售为例,图书的供给包括两部分的成本,即表达成本(如创作成本)和复制成本(印刷成本)。在没有知识产权保护的情况下,作者提供的复制件将与盗版者提供的复制件进入同一完全的竞争市场,这将使图书的价格下降到生产单本图书的边际成本,即复制成本,作者的表达成本无法回收,这一预期将使作者在一开始即放弃创作。知识产权以一种垄断权的方式,给予作者以高于单本图书边际成本定价的权利,使作者得以通过这一超额利润回收表达成本^[18]。在这种情况下,垄断造成的对理想市场的偏移就是有效率的。

将知识产权以私权进行界定,符合干预适应原则。而偏离这一原则的极端例子,是由政府直接提供知识产权。解决公共产品的外部性引发市场失灵问题,另一种可选择的方法是由政府直接提供这些产品,如国防和公共基础设施建设等,在大多数国家就是以这种方式提供的^[19]。计划经济时期,采取的是在社会主义改造完成初期建立的以“科学的国家化”为指导的科技发展形式。科技发展的方向和内容由国家规划的方式决定,科技产品的供给决策并非基于市场所提供的供给与需求信息,而是成为了一种“复杂的政治选择过程”,科研成果以计划的形式提供给生产单位。这种模式在当时极端的历史时期对科技的发展起到了一定的推动作用,但同时也导致了科技发展唯意志论和反科学模式的爆发^[20]。政府提供会出现的问题是,如果这些产品在有选择的情况下可以由市场提供,则无法判断政府的提供能否比市场提供更有效,从而更合理地决定哪些东西将被发明出来,并如何在产业中进行分配。在理想的情况下,市场有自发形成最合理价格的机制,其途径是通过供求关系的变化,引发生产者和消费者基于自身的考虑而产生的进入和退出机制进行的,而这些供求关系的变化,也是基于价格变化所提供的信息,这种循环效应最终将形成最优的资源配置。在一些情况下,特别是在一定程度市场失灵的情况下,实际价格可能偏离合理价格,但是——假设合理价格是存在的——无法证明由政府提供这些产品,可以形成更加接近合理价格的定价。若政府定价高于合理价格,则仍会产生与无效率市场(如垄断)相似的无效率;若政府定价低于合理价格,则必然需要政府财政对这些产品的交易提供补贴,这些补贴的来源是税收,而如果这些产品是非普惠性的,则实际上就造成了非使用者通过纳税替使用者付费的情况。所以根据市场先行原则,在无法确定政府与市场何者更加有效时,应首先考虑由市场提供这些产品,以期利用市场力量形成更合理的价格,从而使知识产品的供给和需求达到最佳状态。

(二) 知识产权的界定应当有明确性和可预测性

以市场优先原则为指导,为保证知识产权市场交易充分有效进行,要求在划定知识产权的范围时,应尽量使权利处于被明晰界定的状态。依据科斯定理,在交易成本不为零的情况下,需要通过对权利

的初始界定来进行优化选择。也就是说,科斯定理为权利的设计提供的指导是,通过明确的权利界定,使通过市场的深化解决市场失灵的问题成为可能,其宗旨并不在于权利如何分配,而是强调通过明晰的产权实现外部效应的内部化,从而无须抛弃市场机制,以非政府干预的方式启动有效的市场力量^[21]。以专利为例,专利权利范围以权利要求书为依据进行,权利保护范围的确定有三种方法:一是中心限定法,即权利要求书仅限定了某一发明创造或技术创意,在这一中心周围的一些技术要素也被纳入权利保护范围;二是周边限定法,即将权利要求书的范围作为权利保护的依据之全部,被控侵权行为成立的条件是其技术方案严格重复了权利要求书中的所有技术特征;三是折中方案,即以权利要求书为范围,同时以说明书和附图作为权利要求的解释依据^[22]。可见,中心限定法对于专利权人给予了最大范围的保护,但是,却使权利的范围模糊不清,因而被当前大多数国家放弃。而周边限定法与折中方案,给专利权的权利范围提供了相对明确的界线^①。同时,在划定知识产权范围时,应使当事人在交易时对未来的权利状态有稳定的预期。这种稳定的预期包括权利的存续以及对权利价值的判断。比如专利授权、专利权权力和范围的不确定性,将引发的专利风险,而这些风险将使专利的价值处于不稳定的状态^[23]。这种不稳定的状态可能会大大提高专利交易的成本,专利制度的设计应当尽量增加权利的稳定性以减轻这些内生风险。

(三) 知识产权的界定应与价值的创造相吻合

如上文所述,当一种知识产品可以产生一定的价值时,应首先采用设置为权利的方式,使之参与市场交易。这里可以衍生出另一项权利界定原则,即权利的范围应当与其创造的价值相吻合。从交易的角度讲,为了通过价格机制进行知识产品的市场调节,就必须使价格反映这些知识产品的真实价值。

既然权利的界定是一种国家干预,则这一行为必须满足市场优先原则,其任务应当是治愈现有的市场失灵,同时不可产生新的市场失灵。根据增加价值理论,当劳动产生了增加的价值时,劳动者对物的增加的价值享有某种利益^[24]。从知识生产的角度讲,任何知识的创造都要以以往存在的知识为基础。知识产品的生产者,只能享有自己的劳动为社会智力财富带来增长的那一部分,而不是全部。如果权利范围小于其创造的价值,则正外部性问题并未完全解决,仍面临供给不足的问题;如果权利范围大于其创造的价值,则可能会限制原本处于公共领域的知识,影响公众对知识的使用,从而产生负外部性,导致过多的知识产品被制造出来^②,引发进一步的市场失灵。

其一,知识产权所有者的专有权,不可涵盖原本已经存在的知识产品的价值。以广播组织者权利为例。广播组织权是一种邻接权,邻接权保护的并非对于作品的创作,而是保护对于作品的传播^[25]。从价值增值的角度讲,促进作品的传播是一种使作品价值增值的过程。一般认为,广播组织权的保护对象是广播信号,而非被广播的作品,这也符合权利设定的基本原则,因为只有信号(而非作品)是广播组织对作品价值增加所提供的贡献。广播组织者权是可交易的,广播组织有权许可他人播放或录制、复制发行自己编排、播放的节目。一个有争议的问题是,在广播结束后,被固定下来的信号是否还处于广播组织者权保护之中。由于广播组织者权的保护客体是信号,所以,当信号被固定下来之后——如制作成录音制品——则对这些被固定下来的信号,广播组织者不再享有权利^[26]。这一观点

^①但专利权的范围在诉讼中并非完全依照权利要求书的范围,而是可以依据“等同原则”进行一定程度的扩大,但在等同原则的适用受到严格限制的情况下,专利权的范围仍然是明确的。这也从另一个角度对等同原则的适用提出了要求,即等同原则的适用必须不得破坏专利所应有的权利范围和可预测范围。

^②产业经济学理论证明,在垄断的情况下,过多的产品被创造出来几乎是不可避免的。但这一偏离,如新制度经济学家所述,可能是有效的。

的经济学解释则是,在广播结束后,对于已经固定的信号的进一步使用,如录音制品的再复制,不再是广播组织的价值创造,所以不应当被划入广播组织者权的范围之内。

其二,知识产权所有者的专有权,不可涵盖其尚未创造的价值。比如,“抽象思想例外原则”是专利法理论中关于可专利客体的一项基本原则,即认为如果一种“发明”被定义为一种抽象思想而非技术方案,则这一创造不可被赋予专利权。比如,在美国的“O'Reilly v Morse 案”^③中,Morse 的主要发明是电报机,但其专利请求将其发现的电磁原理也纳入保护范围,法院认为电磁原理为一抽象思想而非技术方案,因而判定此专利无效。同样,中国专利法也规定了,“智力活动的规则和方法”不可授予专利权^④。这一规定有其经济学意义。如果专利可以将某一新发现的自然规律纳入保护,则可能导致专利权人的权利请求所涵盖的范围远大于他实际发明之物,其结果就是,如果某一技术方案与专利权人原本的发明并不同,但运用了同一自然规律,也可能成为一种侵权行为。也就是“Morse 案”法官所说的“将一项他没能描述,甚至根本尚未发明的方法和过程,纳入其专有权的范围”。所以,禁止通过私有的专利权对抽象思想进行保护,是为了防止对后来的创新活动形成阻碍,或为后来的创新带来不必要的过高成本^[27],亦即一种负外部性的产生。假如有人可以对万有引力定律进行垄断,则以后任何以重力存在为前提的机械都将落入这一专利保护的范畴,这无疑是一种荒谬的结果^[28]。在形成具体的技术方案之前,抽象思想并无直接的商业价值,如果向这些抽象思想赋予专利权,则相当于专利权人获得了后续开发者的贡献。

三、市场优先原则在知识产权分配时的应用

(一) 权利分配的国家干预应以市场失灵为界限

知识产权分配中的国家干预,最典型的体现是知识产权的权利限制。知识产权的权利限制是一种非基于意思自治的权利分配。由于知识产权立法秉持保护创造者权益和促进知识传播的二元价值目标,所以不可能将知识产权作为绝对控制的权利予以保护。因此知识产权法律对于知识产权进行了限制,这些限制包括时间、空间的限制和权能的限制。在这些限制下,知识产权所有人并不享有对这些知识的绝对专有权,人们可以在一定条件下,越过知识产权人的控制,使用这些知识^[29]。然而,知识产权作为一种私权利,其传播应当通过交易进行,人们对知识的利用应当通过向知识产权人购买进行,并支付相应的对价。只有当市场无法为公众提供这些交易机会时,亦即发生了市场失灵的情况的时候,才能通过权利的限制,在知识产权所有人的意志之外,对权利进行分配。也就是说,依据市场优先原则,这些限制应当以市场失灵为界限。

以著作权的合理使用制度与著作权技术保护措施冲突为例。合理使用是指允许公众在一定的条件下使用享有著作权的作品,可以不经著作权人的同意,也不必向其支付报酬^[30]。这一制度的设立和适用条件有其经济学解释。如果用户对于作品的利用可以获得更高的价值,在低交易成本的前提下,经济学的一般原理要求其利用的方式是用户向著作权人购买这一作品。合理使用的适用条件是交易成本过高,以至于用户购买作品使用权的交易无法进行,或交易成本高于用户使用作品的可能收益。由于交易成本过高,以至于双方不能通过谈判进行作品的使用授权,这一市场失灵情况的结果是过高

^③美国联邦法院案例[Z].O'Reilly v. Morse, 56 U.S. 62 (1853).

^④《中华人民共和国专利法》第25条第2项。

的交易成本使得双方不可能在这一交易过程中获得收益,著作权人也就不可能获得原本想得到的剩余。此时由法律直接将作品的使用权交给用户,在实现作品的价值增值的同时,并不会对著作权人产生实质性的伤害,从而形成一种更加有效的市场^[31]。此时的国家干预以治愈市场失灵为目的。

著作权的技术保护措施是作者自行采用的限制用户接触和使用作品的手段,一般是一种加密或认证方法。技术措施的引入可能阻碍用户对作品的合理使用,不利于知识的传播,因而对于技术措施的保护饱受批评。有观点认为,应当限制技术措施的使用^⑤。在数字网络时代,获取授权的交易成本大大降低,在这一情况下,合理使用的空间理应受到一定程度的限缩,基于这一前提,技术措施对于合理使用的限制就拥有了正当性。同时,技术措施并不会无限制地扩张使用,因而不会对公共领域产生过多的威胁。因为技术措施的引入,限制了用户对作品的复制或转让的能力,相当于降低了作品的质量。这种质量的降低必然引起对作品需求的减少,从而影响作者的收益,所以市场机制会使作者将技术措施的引入限定在一定的范围^[32]。此时,国家干预就不应当过多地介入权利的分配,而应当力求保证市场机制在调节技术措施的使用中充分发挥作用。

(二) 权利分配的国家干预应充分利用市场的力量

经济法所关注的,是由于行使知识产权而产生的垄断行为。比如“标准必要专利技术的拒绝授权”,就是反垄断法所规制的行为。对于知识产权引发的垄断行为,其规制方法也往往是对知识产权的权能进行限制,也就是以国家干预的方式,在知识产权人的意志之外,对知识产权的权能进行重新分配。然而,这些重新分配不一定是必要的,有时,可以允许当事人通过合同自行创制权利,以实现效用的最大化。这是由于国家的权利分配无法解决效用间人际比较的问题,从而不可能实现绝对的利益平衡。比如作品对于作者的价值在于货币的收入、声望的提高或个人理想的满足,而对于读者的价值则是知识的增长或阅读的愉悦。政府的理性无法对这些效用进行评价比较以做出合理的安排。在权利分配时,牺牲一方的利益将在多大程度上提升另一方的利益无法判断,因而无法评价这些措施是否是一种权利分配的有效改进。新福利经济学放弃了效用的人际比较的可能性,而采用无差别曲线表示个人效用的边际替代,从而确定可能达到的最优状态,即所谓帕累托标准,“无法在不降低其他人境况的情况下实现一部分人境况的改善”。市场交易使得社会可以在不进行效用的人际比较的情况下,实现最优的配置。竞争性均衡是达到这一状况的途径^[33]。

以专利市场中常见的“拒绝授权”为例。在一些特定的情况下,国家可以对拒绝授权的专利人的专利进行强制许可。这也是一种典型的,国家利用强制力,在当事人的自由意志之外对专利实施权进行分配的行为。中国《专利法》规定,“专利权人自专利权被授予之日起满3年,且自提出专利申请之日起满4年,无正当理由未实施或者未充分实施其专利的”和“专利权人行使专利权的行为被依法认定为垄断行为,为消除或者减少该行为对竞争产生的不利影响的”^⑥两种情况下,可以依申请进行强制许可。拒绝授权是反垄断法中“拒绝交易”行为在专利领域中的表现形式之一。专利权是一种私有权利,许可使用是专利权权能的一部分,所以在一般情况下,拒绝授权许可他人实施专利并不涉及反垄断的问题。所以,如果专利权人拒绝授权的行为仍然通过反垄断法进行规制,则必须同时满足反垄断法关于对垄断行为的认定。

⑤对技术措施的保护是通过反规避立法进行的,即禁止对著作权的技术保护措施进行规避,无论规避之后是否有实际的著作权侵权行为。所谓限制技术措施的使用,并非缩小技术措施的使用范围,而是主张不通过立法对规避技术措施的行为进行规制。

⑥《中华人民共和国专利法》第48条。

《专利法》规定的一种强制专利不以构成垄断为要件,而是以一定时期内未实施或未充分实施为要件。然而,如上所述,拒绝交易是一种基于意思自治的权利,因而除非有更强的理由,否则不可剥夺这一权利。强制交易将使权利人无法主张一个合理价格,即使业界已经形成了一个习惯性的价格,因为价格的形成有赖于双方自由讨价还价的能力,这一能力是以交易拒绝权为保障的。所以强制交易可能造成资源配置的无效率。一般情况下,专利权人为了收回开发成本,必然会实施或许可他人实施专利。专利有价值随时间递减的特点,一是因为新技术的诞生可能使专利技术有被替代和淘汰的可能;二是因为专利在有效期届满后将进入公共领域,因而必须在尽可能短的时间内发挥其价值。如果专利权人拒绝授权,则意味着他可以通过自己实施,获得比许可更大的收益。这在有时是很难的,因为专利的实施并不只是需要专利技术本身,还需要有相关配套的设备、人员,以及市场。如一家掌握某种专利技术的美容院,假设每天需要实施某一美容手术的消费者为100人,而此美容院的接诊量每天仅为20人,则医院理性的考虑是将此专利技术许可给其他医院,通过许可费收回其限于自身资源而无法收回的收益^⑦。

专利权人在不实施或不充分实施专利技术的情况下拒绝交易,有些情况是出于不正当竞争的目的,比如以专利诉讼为手段的专利流氓^[34]。还有一些情况,专利权人不实施也不许可一些专利,可能是为了通过保守专利技术以阻止竞争者对相关市场的进入。这种阻止进入,一般被认为是对相关市场的破坏,也是对专利技术的浪费。但在一些情况下,这一类的拒绝授权可能是有效率的。有时,一些企业的专利布局是出于企业整体策略的考虑,而这一布局所创造的价值,可能高于单独实施这些专利的价值。在这种情况下,这些企业所保守的专利往往是一些使用价值不大的技术。如储备型专利布局是一种基于开发前景的专利布局方式^[35]。企业可能对一些目前尚无价值的专利进行储备,其策略是基于对以后的利用价值的乐观预测。极端情况下,企业可能将这些技术保守到其淘汰为止。举例而言,对于某种专利技术A,如果进行实施或许可,可以用于生产具有某种功能的产品,这一产品可能具有较长的折旧时间,但专利权人认为自己可以在专利有效期内开发出改良的技术B实现产品功能的升级。如果在B尚未开发出时,就将A进行实施,可能使A所依附的产品大量铺开,过多事先占用B产品的潜在市场,从而使B技术的产品在专利有效期内无法获得最大的收益,专利权人就可能放弃更佳的B技术的开发。在这种情况下,选择不实施A是出于理性的考虑。由于A的闲置造成的价值浪费(这也是专利权人的机会成本)必然要在B产品的价值中体现出来,此时,不实施专利就是一种更有效的方法。当然,拒绝授权也会使其他人丧失开发改进技术B的可能,但改进现有技术的权利留在原专利权人手中往往更有效率,因为:(1)如果专利权人是原始技术的开发者,则他可能有更充足的技术和设备基础,从而可以更有效率地进行改进技术的开发。即使专利权人不是原始技术的开发者,也往往比其他拥有更多的与原始技术相关的资源。(2)无论专利权人是否是原始技术的开发者,如将技术的改进权分散化,可能引起租值耗散的问题,因而专利权人处于决定是否以及如何对专利技术进行改进的最佳位置。

专利垄断可能引起的另一个问题是专利权人漫天要价。然而,这种超出必要的漫天要价往往并不是出于这一价值本身的货币目的,因为一旦一笔交易形成,被许可人必然认为可以通过专利的实施收

^⑦当然,这一技术的许可可能造成损害专利权人在相关市场上的垄断地拉,引发价格下降,使专利权人无法获得独占使用专利技术并能充分实施时所能获得的最高收益。在这种情况下,医院可以控制专利许可的规模,使竞争引起的收益下降效应与专利许可费引起的收益上升效应相结合,得到一个次高的收益。

回这些成本。当然,这些成本可能转嫁给最终消费者,但这种“转嫁”往往是专利技术的真实价值的体现,因为如前文所述,超额价格正是专利垄断有效性的意义所在。由于漫天要价而失败的交易,往往是商业机密,外界无从获知,所以并无实证资料可供参考。但这些问题并非不可能通过谈判解决。比如关键设备专利的许可障碍往往是因为如下原因:这些专利技术一般是方法专利,其技术是用于新产品的开发过程而非直接用于制造最终产品^[36]。所以关键设备专利的许可价值往往无法从最终产品的价格中得到体现。在这种情况下,可以允许专利权人与使用人在许可协议中加入关于后期产品收益的分配条款,使关键设备专利权人可以分享最终产品的收益^[37]。

综上,在这些因行使知识产权所引发的“垄断”的场合,市场失灵是否真的引发了无效,并不可简单地基于行为可能引发的结果进行判断。根据市场先行原则,国家干预不应贸然介入这些领域,而应当首先考虑充分利用市场的力量。

(三) 权利分配的国家干预的介入应基于更有效的判断

导致市场失灵的情况,也同时可能表现为政府失灵^[38],所以国家干预不仅要基于可证明的市场失灵,还必须基于政府干预比市场调节更有效的判断。

经济租金是与成本无关的收入,所以是一种纯利润。专利产生的经济租金来自对专利技术的垄断^[38],专利权人可收取于高于开发成本的价格,从而获取租值。这一租值的存在,将引起发明竞赛。然而,由于最终只有一个人可以获得这一发明的专利,并收取所有租值,失败的开发者的开发成本就成为了一种浪费,从而使得这些寻租成本耗散了专利技术的社会价值。Mark F. Grady 论述了改进型专利与租值耗散的关系。一项专利被公开后,将产生灯塔效应,即产生“改进信号”引发围绕这一专利技术的改进发明竞赛。如果原专利保护范围较窄,改进发明专利将占有原发明专利的所有租值,其租值及于整个技术方案而非仅仅改进的部分。当原专利的保护可以及于改进专利时,原专利权人将控制所有改进发明,从而避免这些租值耗散^[39]。所以在这种情况下,如果某改进技术覆盖了原专利的所有技术特征,仍应当先取得原专利的授权,否则将承担侵权责任。也就是说,基于避免寻租成本的考虑,应当将专利技术的改进权赋予原专利权人。

但类似的,在著作权的场合,著作权法将演绎作品的著作权赋予了演绎作品的作者,同时允许原作者对演绎作品进行控制^⑧。这是因为,在一部作品产生后,围绕这一作品进行再创作所引发的租值耗散也是存在的。这些寻租成本不如专利权中那么严重。首先,专利的改进方向一般很明确,比如对某个性能的提高,两个人以相同的方式对同一作品进行演绎,会有很大的差异性,作品就相当多样化。所以作品的改进信号并不强,独立的演绎作品不足以取得其他作品以及原作品的租值;其次,专利法不允许多个发明者基于独立开发而分别获得独立的专利权,但著作权允许多个作者基于各自独立创作而获得各自的著作权,所以垄断效应也不那么明显。然而,虽然多个演绎作品以及原作品都有独立的著作权,但在市场上却形成了替代品。当两个作品的交叉需求弹性率大于0时,则必然有一部分产生了效用的替代。在这个范围,收益可能就被寻租成本耗散掉了,是一个社会的净损失。在这种前提下,著作权法就采用了相对中性的权利分配方法。从这两个例子可以看出,对于原知识产品的改进,其权利分配将依据可改进的效率(此处为寻租成本的降低)不同而有不同的规定。国家干预的介入,也应当基于此原则,判断何种权利分配方法,将产生比市场分配更有效的结果。

⑧《中华人民共和国著作权法》第34条、第36条。

综上所述,在市场优先原则的指导下,国家对于经济活动的干预应当具有谦抑性。国家干预仅应在市场失灵业已发生时介入,且必须与市场失灵的度相适应。当无法判断是否产生了市场失灵,或不能确定国家可以提供更有效的资源分配机制时,应优先利用市场机制。知识产权制度与市场优先原则有高度的契合性,在知识产权设计的过程中,要以市场优先原则为指导。在知识产权的界定上,要以知识产权有效、方便、低成本地参与市场交易为目的。国家在当事人的意思自治之外对权利的再分配,应以市场失灵为限,在可能的情况下充分利用市场的力量,其措施和方式应当基于比市场机制更有效的判断。

参考文献:

- [1] 张德森,康兰平.范式与路径的交互映照:中国经济法的理论负重与现实拓宽[J].社会科学战线,2015(9):244-254.
- [2] 刘大洪.论经济法上的市场优先原则:内涵与适用[J].法商研究,2017(2):82-90.
- [3] 亚当·斯密.国民财富的性质和原因的研究[M].郭大力,王亚南,译.北京:商务印书馆,1972.
- [4] 弗里德利希·冯·哈耶克.自由秩序原理[M].邓正来,译.北京:三联书店,1997:10.
- [5] 约翰·梅纳德·凯恩斯.就业、利息和货币通论[M].北京:经济管理出版社,2012:330
- [6] 波兰尼.大转型[M].冯钢,刘阳,译.杭州:浙江人民出版社,2007.
- [7] 中国人民大学知识产权教学与研究中心,中国人民大学知识产权学院.知识产权国际条约集成[M].北京:清华大学出版社,2011.
- [8] 吴汉东.关于知识产权私权属性的再认识——兼评“知识产权公权化”理论[J].社会科学,2005(10):58-64.
- [9] 刘大洪,段宏磊.谦抑性视野中经济法理论体系的重构[J].法商研究,2014(6):45-54.
- [10] 王肃,赵琼颖.民法抑或经济法:知识产权的困惑[J].公民与法(法学),2011(3):38-40.
- [11] 钱玉文.论商标法与反不正当竞争法的适用选择[J].知识产权,2015(9):32-36.
- [12] 冯晓青,刘淑华.试论知识产权的私权属性及其公权化趋向[J].中国法学,2004(1):63-70.
- [13] 程浩,管磊.对公共产品理论的认识[J].河北经贸大学学报,2002(6):10-17.
- [14] 彼得·德霍斯.知识财产法哲学[M].北京:商务印书馆,2008.
- [15] 白巴根.日本现代知识产权法理论[M].北京:法律出版社,2010.
- [16] 威廉.M.兰德斯,理查德.A.波斯纳.知识产权法经济结构[M].北京:北京大学出版社,2005.
- [17] 埃里克·弗鲁博顿,鲁道夫·芮切特.新制度经济学——一个交易费用分析范式[M].上海:上海人民出版社,2012:202.
- [18] 兰德斯,波斯纳.知识产权法经济结构[M].北京:北京大学出版社,2005.
- [19] N.格里高利.曼昆.经济学原理[M].梁小民,译.北京:机械工业出版社,2003:205.
- [20] 李真真.1956:在计划经济体制下科技体制模式的定位[J].自然辩证法通讯,1995(6):35-45.
- [21] 吴玲.排污权交易制度研究的理论基础[J].中国农学通报,2007(4):497-501.
- [22] 李明德.美国专利法中的等同理论——希尔顿化学公司案述评[J].环球法律评论,1999(2):60-77.
- [23] 金泳锋,余翔.专利风险的特征及其影响研究[J].知识产权,2008(6):84-88.
- [24] 冯晓青.知识产权的劳动理论研究[J].湘潭大学社会科学学报,2003(5):24-29.
- [25] 吴汉东.知识产权基本问题研究分论[M].北京:中国人民大学出版社,2009:119
- [26] 王迁.广播组织权的客体——兼析“以信号为基础的方法”[J].法学研究,2017(1):100-122.
- [27] LIDIYA MISHCHENKO. Alice: Through the formalist looking-glass[J]. Journal of the Patent and Trademark Office Society, 2015(2):214-231.
- [28] ALAN L DURHAM. The Paradox of “abstract ideas”[J]. Utah Law Review, 2011, 3:797.
- [29] 吴汉东.试论知识产权限制的法理基础[J].法学杂志,2012(6):1-7.

- [30]冯晓青.著作权法[M].北京:法律出版社,2010:156.
- [31]WENDY J GORDON. Fair US as market failure[J]. Boston University Law Review ,2002(4):1028.
- [32]JOHN A.ROTHCHILD.Economic Analysis of technological protection [J].MeasuresOregon Law Review,2005(2):489-562.
- [33]孙月平,刘俊,谭军.应用福利经济学[M].北京:经济管理出版社,2004.
- [34]张健,梅强,李文元.中小企业与专利流氓专利策略选择的演化博弈研究[J].科学与科学技术管理,2014(5):19-26.
- [35]马天旗.专利布局[M].北京:知识产权出版社,2015.
- [36]田村善之,李杨,白巴根,等.日本现代知识产权法理论[M].北京:法律出版社,2010.
- [37]约瑟夫.E.斯蒂格利茨,吴先明.政府失灵与市场失灵:经济发展战略的两难选择[J].社会科学战线,1998(2):34-36.
- [38]张韵君.专利竞争优势:经济租金视角[J].当代经济管理,2014(3):15-18.
- [39]MARK F GRADY JAY I.Patent law and rent dissipation[J].Virginia Law Review,1992(1):305-350.

The application of market priority principle in the field of intellectual property

MAO Xiang

*(Intellectual Property Research Center, Zhongnan University of
Economics and Law, Wuhan 430073, P. R. China)*

Abstract: Market priority principle is a principle to deal with the relationship between market forces and state intervention. Under the guidance of this principle, the state's intervention in economic activities should be restrained. State intervention should be based on market failure. Intellectual property system is a kind of special property right which is constructed by the state power. In the design process of the intellectual property system, we should take the market priority principle as the instruction, in order to facilitate the intellectual product market transaction as the principle to define intellectual property rights. In the exercise of intellectual property rights, we should rely on market forces to the greatest extent to allocate intellectual property rights. Restrictions on intellectual property rights should be compatible with the size and causes of market failure. When state forces intervene in the market transactions of intellectual property, it should be based on the judgment that the state force is more effective.

Key words: intellectual property; market priority; state intervention

(责任编辑 胡志平)