

商业寻租与专利制度:经济社会规划策略研究

○ 张体锐

(西南政法大学 民商法学院, 重庆 401120)

[摘要]当前,各国专利制度基本上以功利主义经济论为立法基础。功利主义经济论追求的是一种经济理性,以效率和财富最大化为价值目标,过分保护专利权人利益,忽略了社会公平与消费者福利。专利寻租行为的产生正是源于专利制度这种功利主义立法旨趣。“社会规划论”追求的是一种社会理性,以民主、公正、平等为价值目标,试图构建一种政治民主、分配正义、文化多元的理想知识帝国,却带有浓厚的家长制色彩与不自由性,忽略了市场对资源配置的合理性。而“经济社会规划论”秉承经济理性与社会理性双重价值,可以兼顾效率与公平,应当成为专利保护的正当性基础。以“经济社会规划论”为立法基础的专利制度,既不能任由专利寻租主体肆意妄为,也不能对专利寻租行为一味地打击,而是应致力于解决专利寻租引发的公平与效率失衡问题。

[关键词]功利主义经济论;社会规划论;经济社会规划论;专利寻租

“创造力、思路、创新和发明已经开始取代黄金、殖民地和原材料,成为一个国家新的财富形式。”^[1]知识财产不同于一般的有形财产,具有与载体的可分离性、可复制性与可共享性特征。^[2]对这种特殊的知识资源究竟应如何分配,成为知识产权制度需要解决的关键性问题。当前,各国知识产权制度基本上以功利主义经济论作为知识资源分配的指导思想,侧重保护知识产权所有人利益。具体到专利制度领域,因专利权的授予需要具备实用性特征,因此专利制度的功利主义色彩更为鲜明。功利主义经济论追求的是一种经济理性,以效率和效益为基本价值目标,具有一定的合理性,但是弱化了对社会公平与消费者福利的关注,导致专利市场中寻租活动愈演愈烈。功利主义经济论无法独立证成专利制

度的正当性,同时需要一种公共的道德规则即社会规划论加以引导,才能消解专利寻租所引发的效率与公平失衡问题。

一、功利主义经济论:专利寻租滋生的温床

边沁是系统的功利主义学说的创始人。边沁认为,人的一切所言、所思、所行,都避苦求乐、求福避祸,只有能够增进当事人幸福与利益最大化的行为才是正确的。正所谓“夫凡人之情,见利莫能勿就,见害莫能勿避”,趋利避害乃人之常情。^[3]功利原则承认人类受这种苦乐观的统治,并且以这种统治为其体系的基础,这种体系的目的在于凭借“理性”和“法律”之手以建树福利的体系。^[4]边沁认为,理智地从事最大程度促进幸福并减少痛苦的行为,既符合个人伦理又适用于立法。若法律符合最大多数人的最大幸福,该项法律就是正义的。^[5]由此可知,边沁的功利原则包含两方面内容:个人幸福以及最大多数人的最大幸福。个人幸福即个人利益,最大多数人的最大幸福即社会利益。在现实的个人利益与抽象的社会利益之间,边沁认为,社会利益就是个人利益的简单相加,同时,社会利益不能独立于或对抗个人利益。^[6]“社会利益是在伦理词汇中可能出现的普遍词汇之一。这就难怪它的意义常常把握不准了。如果它还有意义的话,那就是这样:社会是一种虚构的团体,由被认作其成员的个人所组成。那么社会利益又是什么呢?它就是组成社会之所有单个成员的利益之总和。”^[7]边沁认为,对个人利益的认知与承认才是关键。“不了解个人利益是什么,而奢谈社会利益,是无意的。一事物如果趋于增大某个人的快乐之总和,或者减少他的痛苦之总和,那么我们就说它是增进那个人的利益或者有补于那个人的利益的。”^[8]边沁采用了一种由个体推演至社会的逻辑思维,但本质上奉行的是个人利益至上。在经济方面,功利论鼓吹自由放任主义,追求财富最大化。国家法律只限于保护个人活动自由和私有财产安全之必要。“私有财产是个人自由以其最初级的形式对个人自由的体现,而市场自由则是个人基本自由不可分割的组成部分。”^[9]当私有财产安全与公平正义等自然权利相冲突时,公平正义必须作出让步。

(一) 当下专利制度的功利主义经济论基础

我国专利法第一条开宗明义,“为了保护专利权人的合法权益,鼓励发明创造,推动发明创造的应用,提高创新能力,促进科学技术进步和经济社会发展,制定本法。”《TRIPS 协定》第七条规定:“知识产权的保护与权利行使,应该致力于促进技术的革新、技术的转让与技术的传播,以有利于社会及经济福利的方式促进技术知识的生产者与技术知识使用者互利,并促进权利与义务的平衡。”美国宪法序言第一条第八款也规定:“国会有关保障作者和发明者对各自作品和发明在一定期限内的专有权利,以促进科学和工艺的进步。”这些立法目的均表明了专利制度的功利性旨趣。在知识产权领域,功利论又称为经济激励论。专利制度设立的目的就是通过赋予专利权人一定期限的垄断权,鼓励发明创新,“为

天才之火添加利益之薪”。^[10]专利制度给发明者设置了一种“回报预期”,鼓励人们放心地将时间、资金和精力投入到智力创造性活动中。^[11]而发明人为了获得这种回报,必须向社会公开其发明。事实上,早在1474年世界上第一部专利法即《威尼斯专利法》中就确立了这种激励理论。威尼斯共和国政府为了鼓励发明创造,首次承认发明的财产权属性,并赋予发明人十年的垄断期。作为一种对价,发明人需要向威尼斯政府进行专利登记并公开专利技术。^[12]经过几个世纪的演绎,专利技术已经成为一国经济不可或缺的知识生产力。知识经济的发展与经济全球化进程的加快,促使知识产权尤其是专利权成为国家发展的战略性资源和国际竞争的核心要素。因此,各国纷纷加大对本国知识产权尤其是专利权的创新激励与保护,以增强其在国际社会的竞争力。这样,以功利主义原则为导向的专利权呈现扩张趋势,专利权的私有化及商品化属性日益明显。

(二)功利主义经济论与“专利寻租”现象的滋生

随着专利市场的深入发展,专利寻租活动日益猖獗。经济学家巴格瓦蒂认为,寻租行为就是一种通过无直接产出活动而获利的方法。^[13]专利市场中正活跃着这样一类主体:他们单纯的拥有专利技术,但是与依靠生产专利产品或提供专利服务的传统获利方式不同,这些主体并不从事生产性活动,主要是通过对生产性企业进行专利许可或提起专利侵权诉讼的方式攫取高额许可使用费或巨额损害赔偿金。为了表达对这些主体的厌恶心理,人们形象地称这些主体为“专利流氓”或“专利海盗”。“专利流氓”从诞生之初,就一直背负着寻租与投机的骂名。经济学家布坎南认为,寻租行为源于一切经济人追求利益最大化的基本动机,实现的途径是利用政府政策形成垄断地位,而寻租行为的后果则是造成社会浪费而非社会剩余。^[14]专利寻租现象源于专利制度的缺陷,而最根本的原因就在于专利制度的功利主义立法宗旨。专利制度在运行过程中,侧重追求经济效率与财富最大化,忽略了对社会公众及其他竞争者利益的保护,有失公允。专利流氓的寻租行为,不仅增加了生产性企业成本,同时也降低了消费者福利,因为生产企业增加的成本最终将以增加的产品价格方式转嫁到消费者身上。

二、社会规划论:专利寻租非难性的省思

“社会规划论(Social Planning Theory)”是新进论证知识产权制度正当性的一种理论,最初由威廉费舍尔教授提出。^[15]费舍尔教授倡导一种公平、自由、民主、有吸引力的知识文化观,认为以提供优良生活为目标的理想社会应当偏重文化多样性的构建。激励机制的发挥应同时兼顾知识创造、知识传播和知识使用,使多方利益达到最优平衡,实现消费者福利最大化。^[16]社会规划论追求的价值目标是民主、公正、平等,其所希望部署的“理想社会”比功利主义经济论所部署的“社会福利”内涵更为丰富,其中包括很多新的内涵如“分配正义”和“消费者福利”等。“分配正义”是人类在分配物质财富、幸福、发展机会、权利、义务等社会资源的活动中致力于实现的最高价值目标,意指社会资源在社会成员中间的

分配应该最大限度地体现公正性。^[17]功利主义与社会规划论中的分配正义存在的根本差异在于,功利主义可以接受不公平,认可损人利己的制度安排,只要达到财富最大化目的就是正当的。而社会规划论同时保障消费公众及竞争者利益,不仅仅是将消费者福利作为效率福利的附庸,旨在形成一种兼顾多方利益的平衡机制。在社会规划论所勾勒的知识帝国美好蓝图中,知识虽身处市场,但并不隶属于市场,褪去了金钱激励的铅华,知识产权制度主要发挥着民主政治功能与文化多样性功能,知识的创造更多来源于个人的求知欲望,而知识的产出主要纳入公有领域范畴,社会公众可以自由分享与使用。^[18]

(一) 社会规划论对专利寻租的质疑

知识之所以成为一项财产,离不开对社会集体性的依赖。因此,专利制度的设立不能一味追求经济效益与财富最大化,同时应该考虑专利制度对社会关系的构建和影响。专利权作为一种经济运行中与经济资源及其配置相关的权利,必然涉及公正问题。效率是专利权制度的灵魂,公正则是专利权制度的保障。专利制度所催生的经济效率必须以公正的社会环境为保障。^[19]而专利寻租主体并不是以促进技术创新为己任,而是寻租市场的寄生虫。虽然一些赞成论者认为专利流氓可以将专利市场从具有很多买方与卖方的“搜索市场”转变成具有中间人的“集中市场”,降低了专利买方市场与卖方市场信息的不对称性,提高了专利市场的流通效率。^[20]但是,这种高市场效率是以损害消费者福利及竞争者利益为代价的。专利寻租主体收购的专利主要是弱专利或即将进入公有领域的专利,这些游走于公共产品与私有权利边缘的专利,本应该尽早进入公有领域供社会公众免费使用,但是专利寻租主体却从这种灰色地带中坐收渔利。他们通常从事潜水专利战术,往往待生产企业投入不可逆资金后再发起诉讼攻势。而且专利寻租主体并不生产专利产品,被诉的生产性企业很难对其提起反诉或进行交叉许可使用,因此难逃“待宰羔羊”的命运。生产性企业要么支付高额的许可使用费继续生产专利产品,最终将这种增加的成本以提高产品价格的方式转嫁给消费者,降低消费者福利;要么面临被判侵权的风险,形成沉没投资并支付巨额损害赔偿金。此时,因专利寻租主体并不生产专利产品,消费者无法从专利技术中享受实惠,同样降低消费者福利。专利寻租主体的权利行使方式也具有可非难性。依据减损规则,受害人具有防止损害进一步扩大的义务。^[21]但是,被侵权的专利寻租主体恰恰等待侵权人的侵权行为大规模发生才行使其权利,这种投机许可与诉讼突袭行为背离了诚实信用与公平正义的价值理念。

(二) 社会规划论的理论缺陷

虽然社会规划论关注“消费者福利”与竞争者利益,但是该理论构建带有明显的目的论指向和家长制色彩,是“非自由主义”的。^[22]社会规划论的愿景是一种乌托邦式理想社会,追求的是一种以和谐、共享为基本价值目标的社会理性,忽略市场对资源配置的合理性与高效率。然而,这种社会理性的构建难以超越经济基础而独立存在,需要以社会经济的发展为保障。此外,虽然政府的“福利

规划”在一定程度上可以补充市场和常规经济政策的不足,但是由于人的有限理性,政府规划难以预料到市场经济中遇到的所有问题。而且“社会规划论”作为一种抽象的思想或宏观的指导原则,具有不确定性,难以用来解决知识经济发展过程中的具体问题。

三、经济社会规划论:专利寻租问题的消解

从本质上说,功利主义经济论追求的是一种经济理性。亚当·斯密在《国富论》一书中,最早提出了理性“经济人”的假设,他认为人都是自利性的个体,而人的自利性恰是社会进步和一切经济行为的原动力。继斯密之后,穆勒进一步剖析了理性经济人的特性,认为人们总是趋利避害,能够通过成本收益判断实现自身利益最大化,而这种自利性活动最终增加社会福利。^[23]与之相对,社会规划论追求的是一种社会理性,关注的是社会成员之间的公平、分配正义及消费者福利。虽然经济理性与社会理性追求目标不同,但二者并非不可调和,相反,只有将二者相结合才能发挥最优的效果。

(一) 专利制度之经济社会规划论正当性基础

若经济理性越界社会理性,用纯粹的经济尺度衡量社会关系的合理性,则难以维系社会公平与和谐;若社会理性越界经济理性,用纯粹的社会公平取代经济效率,则难以保障市场的高效运行。因此,经济理性与社会理性需要互相融合,协调发展。经济理性的实现需要社会和谐稳定,而社会理性的实现需要经济的发展。^[24]事实上,在国家经济发展初期,经济理性可以优于社会理性,把立足点放在市场效率的提高上,当公平与效率相互矛盾时,社会公平必须服从市场效率,如“以经济建设为中心”、“发展才是硬道理”。然而,随着国家经济的深入发展,经济理性的主导地位引发了越来越多的社会问题,社会理性的重要性日益凸显,经济理性与社会理性应“两手都要抓,两手都要硬”。只有当社会商品极大丰富,各种资源不再稀缺时,社会理性才能成为唯一的价值目标。

随着我国社会主义市场经济的深入发展,国家法律、政策的制定应恰当地体现经济理性与社会理性双重价值目标。专利市场作为市场经济的重要组成部分,理应妥善协调经济发展与社会公平之间的关系。功利主义经济论侧重保护专利权人利益,忽略了对消费公众及其他竞争者利益的保护;而社会规划论虽倡导社会公平及消费者福利,却导致市场经济发展的不自由,干预色彩浓厚。因此,功利主义经济论与社会规划论都不能单独证成专利制度设立的合理性,只有将市场的自由调节与规划的理性指导相结合,以“经济社会规划论”才能作为专利制度的正当性基础。

(二) 专利寻租主体的角色定位及问题消解

毋庸置疑,专利制度应当鼓励发明创造,对于“首创至巧者,赏以自专其利”,^[25]但是激励发明创造并不是专利制度设立的最终目标。发明创造的终极意义在于应用,形成一种知识生产力,促进科学技术的进步与经济社会的繁荣发

展。《国家知识产权战略纲要》指出,“促进自主创新成果的知识产权化、商品化、产业化,引导企业采取知识产权转让、许可、质押等方式实现知识产权的市场价值。”既要“引导和支持市场主体创造和运用知识产权”,又要“合理界定知识产权的界限,防止知识产权滥用,维护公平的市场竞争秩序和公众合法权益”。

一方面,专利寻租现象是功利主义经济论引导下的专利商业化发展的必然结果。专利技术本身蕴含的巨大商业价值促使专利权的商品属性和私权属性日益突出。专利寻租主体正是基于这一点,开始脱离专利生产环节,疯狂地聚敛专利,通常以诉讼手段相威胁主动“寻觅”生产性企业对其进行专利许可,并以此作为一种获利工具。实际上,专利市场分工的细化、专利许可行为从被动到主动的转变,都是专利商业化、私有化自然进化的产物。一项专利技术从研发到成功推向市场,需要投入大量的时间、金钱与精力,依靠单独的企业个体尤其是中小企业的力量很难完成商业化进程。不仅如此,专利商业化所面临的市场风险高,一些专利主体不愿意冒失败的风险或者商业化失败后无力回收成本,只能将相关专利转让给他人以补偿其已投入的成本。而专利寻租主体介于“专利创造”与“专利应用”之间,在某种程度上担负了市场交易中间商的角色,提高了专利市场运行的效率,促进了专利商业化的进程。因此,一些学者积极为专利寻租主体进行辩护。^[26]另一方面,专利寻租主体的投机行为确实引发了很多的社会问题,其以“专利潜水战术”劫持生产性企业,不但违反诚实信用原则与公平原则,而且降低了消费者福利。在这个意义上说,专利寻租主体从事的是一种专利权滥用行为,因此又饱受骂名。^[27]

总之,专利寻租虽具有可非难性,但同时又具有客观必然性。以“经济社会规划论”为立法基础的专利制度,既不能任由专利寻租主体肆意妄为,又不能对专利寻租行为一味地打击,而是应通过具体的专利制度解决专利寻租主体引发的公平与效率失衡问题。我国专利法自1984年颁布以来,历经1992年第一次修改、2000年第二次修改以及2008年第三次修改,基本上都是以激励发明创造、加强专利权保护为基本立足点。值专利法第四次修改之际,我国专利法改革首先应转换这种以经济理性为主导的功利主义立法思维,改变社会理性在专利保护制度中的附庸地位,秉承“经济社会规划论”立法思想,真正做到兼顾专利权人、社会公众及其他竞争者利益。

注释:

[1] Fred Warshofsky, *The patent wars: the battle to own the world's technology*, 1994, p. 3.

[2] 张玉敏、易建雄:《主观与客观之间——知识产权“信息说”的重新审视》,《现代法学》2009年第1期。

[3] 谢浩范、朱迎平译注:《管子全译》,贵州:贵州人民出版社,1996年,第657页。

[4] [7][8] 周辅成:《西方伦理学名著选集》,北京:商务印书馆,1987年,第219、220、221页。

[5] [德] H·科殷:《法哲学》,林荣远译,北京:华夏出版社,2002年,第36页。

[6] [美] E·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,北京:中国政法大学出版社,2004

年,第110页。

[9][英]约翰·格雷:《自由主义》,曹海军等译,吉林:吉林人民出版社,2005年,第88页。

[10]美国总统林肯1859年的经典名言,原句为“The patent system . . . added the fuel of interest to the fire of genius”。

[11]曹新明:《知识产权法哲学理论反思——以重构知识产权制度为视角》,《法制与社会发展》2004年第6期。

[12]汤宗舜:《专利法教程》,北京:法律出版社,2003年,第7页。

[13][14]刘启君:《寻租行为定义的再认识》,《湖北社会科学》2005年第3期。

[15]William W. Fisher, Theories of Intellectual Property, <http://cyber.law.harvard.edu/people/ffisher/ip-theory.pdf>.

[16]洪洪波:《中国知识产权刑法保护理论研究》,北京:中国社会科学出版社,2012年,第12页。

[17]向玉乔:《社会制度实现分配正义的基本原则和价值维度》,《中国社会科学》2013年第3期。

[18]李士林:《重新审视商标法的哲学基础》,《云南大学学报》2013年第1期。

[19]何建华:《分配正义:构建和谐社会的伦理之维》,《毛泽东邓小平理论研究》2005年第3期。

[20]James F. McDonough III, The Myth of the Patent Troll: An Alternative View of the Function of Patent Dealers in an Idea Economy, 56 Emory L. J. ,2006, p. 213.

[21]“减损规则”是现代契约法上一项重要规则,主要用于合同违约救济领域。例如,我国《民法通则》第114条及《合同法》第119条规定,当事人一方因另一方违反合同受到损失的,应当及时采取措施防止损失的扩大,没有及时采取措施致使损失扩大的,无权就扩大的损失获得赔偿。虽然在侵权责任领域,相关法律并未明确规定减损规则,但是从诚实信用、公平价值理念看,减损原理应同样适用侵权责任法领域。

[22]饶明辉:《当代西方知识产权理论的哲学反思》,北京:科学出版社,2008年,第112页。

[23]王西华:《大变革与新概念大思维》,黑龙江:黑龙江人民出版社,2011年,第252页。

[24]常建:《效率、公平、稳定与政府责任》,北京:中国社会科学出版社,2010年,第140页。

[25]此用语摘自洪仁玕的《资政新篇》,首次提出了我国法律意义上的专利保护制度建议。其中,在“兴舟楫之利”条文中规定,“或用火、用气、用风,任乎智者自创,首创至巧者,赏以自专其利,限满准他人仿做”。

[26]Sannu K. Shrestha, Trolls or Market - Makers? An Empirical Analysis of Non - practicing Entities, COLUM. L. REV. ,2010, p. 114.

[27]Ashley Chuang, Fixing the Failures of Software Patent Protection: Detering Patent Trolling by Applying Industry - Specific Patentability Standards, 16 S. Cal. Interdisc. L. J. ,2006, pp. 232 - 235.

[责任编辑:禾平]