

知识产权合同中的机会主义行为及法律规制*

刘 强,张文思

(中南大学 法学院,湖南 长沙 410083)

摘 要:知识产权合同具有关系合同属性。机会主义行为,特别是隐蔽机会主义行为,对于合同有效履行产生严重的阻碍作用,会导致知识财富的单向流动,产生交易成本的上升和社会财富的消耗等负面影响。交易专用性资产的投入是诱发机会主义行为的重要因素。在知识产权合同订立、变更和履行阶段的机会主义行为需要加以遏制,以促进智力成果的有效实施。

关键词:知识产权;机会主义行为;财富单向流动;新对价

中图分类号:D923.4 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-0598(2014)02-0089-08

一、知识产权合同中的机会主义行为

(一)合同中机会主义行为的危害

机会主义行为是行为人为追求自身利益最大化而实施的偷懒、欺诈、误导等行为。Oliver E. Williamson认为,有限理性的经济人在不完全契约和人的自利动机下必然产生机会主义倾向,而机会主义行为会通过种种手段谋取利益或交易优势并因此提高交易成本^[1]。机会主义行为的危害在于:它会增加交易成本。交易成本是市场主体之间达成交易、履行交易和监督交易活动所需要支付的成本。

机会主义行为增加交易成本的表现:第一,机会主义者行使机会主义行为需要投入大量的成本。例如,为了通过交易攫取利润或者防范风险,知识产权交易合同双方都可能投入很多的时间和

金钱成本,诱使对方在合同订立和履行过程中投入交易专用性资产,从而使得谈判优势地位向本方倾斜,以便为日后利用该优势地位实施机会主义行为获得不正当的利益。第二,交易双方对机会主义行为的防范和反防范成本增加。首先,机会主义行为潜在受害方的防范成本将增加。因为机会主义行为导致财富单向流动(由守约方流向机会主义者),所以合同双方都有动力采取自我保护措施以避免成为机会主义行为的受害方,但是不论他们采取何种防范措施,都将花费巨大^[2]。其次,机会主义行为实施者的反防范成本将增加。机会主义行为实施者并不会因为防范者的防范而放弃实施机会主义行为,相反,他将投入更多的成本来增强机会主义行为的隐蔽性,以使机会主义行为更难被发现和阻止。

* [收稿日期]2013-11-28

[基金项目]湖南省哲学社会科学基金项目(11YBA311);湖南省创新平台开放基金项目(13K009);中南大学中央高校基本科研业务费专项资金

[作者简介]刘强(1978—),男,湖南长沙人;中南大学法学院副教授,中南大学知识产权研究院研究员,法学博士,主要从事知识产权法研究。

张文思(1989—),男,湖南衡阳人;中南大学法学院法学硕士研究生。

更严重的是,机会主义行为的受害方在日后与其他合作者的订约过程中,为了防止再次受到机会主义行为的损害,将投入比上一次更多的防范成本(如:在订约前和订约时,双方会支出更多的时间成本以对潜在缔约方的信用进行更仔细的调查,使拟定的合同条款更细致;在履约过程中,一方支出更多的监督成本实现对另一方履约行为的监督)以防止对方实施机会主义行为,而实施机会主义行为的一方也随之会增加反防范的成本。这样将会形成防范——反防范——再防范的恶性循环,不利于构建稳定的市场交易关系。另外,从资源配置效率的角度看,合同双方为实施或者防范机会主义行为而投入的资源不会对实现合同双方正当的价值目标产生任何效益。反之,若合同双方将节省的这些资源投入生产或者服务,则会增加社会的总财富。

(二) 知识产权合同中发生机会主义行为的原因分析

知识产权合同中的机会主义行为是指在知识产权交易合同的订立和合同履行过程中,合同当事人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^[3]。

机会主义行为之所以在知识产权合同中很常见,主要有以下两个原因:首先,由于知识产权合同标的具有法律效力不稳定性、经济价值不确定性和保护范围的模糊性等特点,使得交易双方当事人对于交易内容的理性有限程度较有形财产更高,交易成本也更高,也更容易诱发机会主义行为。其次,知识产权合同具有典型的关系契约属性^①,与古典契约强调的是交易当事人的分散性和对于交易内容调整的即时性、新古典契约体现在用合同的长期性取代了短期性相比,关系契约则具有“小社会”的特点,由于双方投入了交易专用性资产,因而,在关系契约中更容易发生机会主义行为。

交易专用性资产是指企业针对特定公司或价

值链伙伴所做出的高度专业化的持久性投资,是那些在核心交易关系以外几乎没有价值的资产。交易专用性资产作为诱发机会主义行为的重要因素,在知识产权交易合同中主要体现为三类。一类是由当事人投资购置但仍然掌握所有权的资产,例如被许可人为实施知识产权而购置的专用设备(包括制造的模具)等,此类设备不能转作他用;第二类是当事人履行合同所生产制造并且交付给对方当事人的标的物,如果权利人不支付货款则可能需要花费成本才能索回;第三类是基于知识产权合同多数属于关系合同的属性而在交易关系建立中所花费的成本,如果终止合同转而实施第三人的智力成果则无法实现该资产的价值。由于更多的是由知识产权受让人或者被许可人投资于交易专用性资产,因此其受到机会主义威胁更大。法院在识别和规制机会主义行为时要特别关注交易专用性资产所起的关键性作用。

(三) 知识产权合同中的机会主义行为对法律的影响

知识产权合同中机会主义行为给法律带来重大挑战。与明显的机会主义行为相比,知识产权合同中机会主义行为一般是隐蔽的机会主义行为(subtle opportunism),它很难被发现和阻止。隐蔽的机会主义行为以两种路径呈现:首先,机会主义行为本身很难发现;其次,虽然可以发现,但很容易将其视作合法行为,而且只有付出很高的成本才能鉴别它。

同时,知识产权合同中机会主义行为也为我们立法提供了新的视角:一方面,合同法和知识产权法应当将有利于减少知识产权交易过程中的交易成本作为立法目标。另一方面,可以把合同法和知识产权法规则是否有利于规制知识产权合同中机会主义行为作为是否存在法律漏洞的检验标准。波斯纳指出,契约法的基本功能(至少自霍布斯时代起就被这么认为)是阻止人们对契约的另一方当事人采取机会主义行为,以促进经济活动的最佳时机选择(the optimal timing of economic

① 若按照 Oliver E. Williamson 对于合同的划分,可以根据合同当事人交易的频率、合同内容的不确定程度和交易专用性资产投入的程度将合同分为三种类型,包括古典契约、新古典契约和关系契约。

activity),并使之不必要采取成本昂贵的自我保护措施。^[4]

我们可以从知识产权交易合同订立、变更和履行三个阶段来分析知识产权合同中的机会主义行为,并阐述对其的规制措施。

二、知识产权交易合同订立过程中的机会主义行为

知识产权法赋予权利人在一定时间内对其知识产品享有专有权,在订立知识产权交易合同时,知识产权需求方的谈判能力会被削弱,合同双方具有不平等的议价能力,再加上人的自利倾向,权利人常会自觉地运用这种谈判的优势地位行使机会主义行为,而知识产权需求方对此只能消极防御。特别在法律对机会主义行为规制存在漏洞的情形下,权利人更有动力行使机会主义行为。在知识产权交易合同订立过程中,权利人主要会行使以下四种机会主义行为,以试图攫取超过知识产权经济价值的市场利益。

(一) 转让或者许可明知属于无效的专利权

按照我国《专利法》第 47 条规定,宣告专利无效的决定,对已经履行的专利实施许可合同和专利权转让合同,不具有追溯力。按照此条规定,即使专利许可协议所涉及的专利被宣告无效,被许可人在此前向许可人支付的许可费也一般都不再返还。根据这一规则,专利权人可能利用此法律规定实施机会主义行为。例如,权利人是通过欺诈等不正当的手段取得知识产权,或者明知权利存在瑕疵却仍然进行转让或者许可。为了防范机会主义行为,受让人或者被许可人将不得不花费更多的精力来确保权利的有效性,例如进行更为详尽的专利检索和权利要求的比对。与此同时,权利人可能更为积极地隐藏权利无效的证据,以便实施机会主义行为。这些成本均属于对社会财富的消耗,无助于提供更好的智力成果或者产品、服务。《专利法》第 47 条的但书条款在一定程度上能遏制转让人或者许可人转让或者许可明知属于无效的专利权的机会主义行为,这个例子正好说明了法律应当将遏制机会主义行为作为立法目标之一。

(二) 索取超过智力成果经济价值的许可费

对一般的专利许可协议而言,合同双方通过自愿协商确定许可费。但是在技术标准专利许可合同中,权利人可能利用优势地位,要求被许可人支付“不合理”和具有“差别歧视”性质的专利许可费。这是由于在技术标准制订过程中及颁布以后,潜在的标准实施者对于实施该标准技术已经投入了时间和资金,形成了沉淀成本(sunk cost),因此技术标准专利许可谈判过程和结果可能会被扭曲。专利权人有可能利用标准带来的市场垄断地位,而并非由于专利技术优势所形成的市场优势,向被许可人索要超过专利权技术贡献的经济回报,权利人实施的这种行为正是一种机会主义行为。因此,在技术标准专利许可中,应当引入“合理非歧视”的原则对技术标准的专利权人索要“不合理”和“歧视”性质的许可费的机会主义行为进行规制。在司法实践中,法院应当根据权利人是否遵守了“合理非歧视”的原则来判断技术标准的专利权人是否实施了“不合理”和“歧视”的许可费的机会主义行为。

我国台湾地区公平交易执法机构审理的台湾国硕公司专利强制许可案,是解决由于情势变更导致许可条件不合理的机会主义行为案例^[5]。1997 年,光盘制造企业台湾国硕公司等与飞利浦、新力及太阳诱电三家公司联合签订了一系列专利许可协议。约定的许可费是市场价格的 3% 或者 10 日元两者中较高者。该价格就当时市场环境来说是合适的,因为光盘价格可以维持在 300 日元(约合 2.2 美元)左右。但是随着市场日趋饱和,价格也大幅度下降,2000 年可刻录光盘的价格下降为 35 日元(约合 0.3 美元),专利使用费所占比例也上升到 30%,从而使得生产企业没有利润可言,甚至承担亏损的风险。在飞利浦等公司不接受降低专利许可费的情况下,“公平交易委员会”由此颁发了强制许可。而原因并不在于许可费本身的高低,被许可人如果遭受此类机会主义行为威胁,则有可能不得不在订立合同时花费更多的成本以避免成为受害者。

(三) 许可合同中加入限制性条款

订立知识产权许可合同时,合同双方会遵守

民法中的契约自由原则和意思自治原则确定合同条款,权利人为获得更加强大的竞争优势,可能与被许可人订立基于双方“合意的”限制性条款。限制性条款是指权利方为了限制或者排除市场竞争,运用其优势地位对接受方所施加的、超过法律对其知识产权的保护范围的条款。限制性条款不仅是权利人对知识产权的滥用,还有可能违反反垄断法,而且这些条款为权利人在合同履行过程中实施机会主义行为赋予了“权利”,提供了“合法”的依据,法律应当对其进行规制。

在知识产权许可协议中加入固定价格、搭售其他产品或者技术、强制性回授新开发技术成果的知识产权或者禁止质疑知识产权有效性等限制性条款是权利人实施机会主义行为的常见方式之一。限制性条款是隐蔽的机会主义行为,很难被发现和判定,因此受到权利人的“青睐”。首先,很难认定限制性条款是机会主义行为。因为这些条款虽然对被许可人是不利的(这种不利常表现为被许可人“自愿”接受对某种权利或者利益的限制或者放弃某种权利,如主动放弃质疑知识产权有效性的权利),但没有达到有害的程度。被许可人即使明知这些条款对自己不利,但考虑到拒绝这些条款可能会失去整个协议机会,而“自愿”接受这些不利于自己的条款。其次,对限制性条款的无效性很难进行判定。它是经过“合意的”机会主义行为。这是因为在合同订立的过程中,并不存在权利人欺诈、胁迫被许可人等影响合同效力的情形,因此,很难判定被许可人不是出于真实的意思表示而接受限制性条款。因此,在司法实践中,对限制性条款的效力判定(即机会主义行为的效力判定)存在争议。

美国、欧盟、日本等国根据限制性条款的不同内容按照一定的标准进行了“有色”划分^[6],可以给我国司法实践中判断限制性条款的效力提供一定的借鉴。这种“有色”划分类别为白色条款、黑色条款和灰色条款。法律所允许的白色条款和禁止的垄断性黑色条款的效力是确定(豁免或者非豁免),机会主义行为不能藏身。但是灰色条款的效力是不确定的和可以变化的,最容易隐藏潜在的机会主义行为。在被许可人发现或者提出异

议之前,许可人很容易利用灰色条款实施机会主义行为。

司法实践中,法院对灰色条款的效力不能一概认定为有效或者无效。在司法诉讼中,即使被许可人对灰色条款提出异议,许可人也可以根据契约自由原则和禁止反言原则进行抗辩,灰色条款的效力也很难被认定为无效。这就为许可人实施机会主义行为提供了“合法”的依据。此时,法院应当根据禁止权力滥用原则判断权利人设定灰色条款时的主观动机,对于权利人可能利用灰色条款实施机会主义行为的,法院应当认定此灰色条款无效,如果权利人利用灰色条款实施机会主义行为给另一方造成损失的,应当承担损害赔偿责任。

(四)许可合同中赋予许可方任意解除权的条款

在很多专利许可合同中,许可人出于在合同履行过程中挟制被许可人(如为以后不正当地增加许可费提供筹码)的目的,会利用合同谈判时的优势地位,同被许可人“约定”任意解除权的条款。鉴于许可人可能恶意行使任意解除权而损害被许可人利益,因而许可人行使任意解除权的情形应当受到严格限制,防止许可方行使机会主义行为,给已经投入交易专用性资产的被许可方造成生产中断,并产生损失。

为了限制许可方利用任意解除权行使机会主义行为,在司法诉讼中,法院可以行使自由裁量权将许可人行使任意解除权的情形限定为必要且紧迫,且许可人在行使任意解除权前应当履行告知义务,并给予被许可人合理期限以寻求可替代的知识产权。防止在许可人单方面解除合同后,被许可人因为继续使用知识产权构成侵犯许可人知识产权的情形。否则,许可人应当对被许可人的损失承担损害赔偿责任。

除了以上四种权利人在合同的订立过程中故意为实施机会主义行为提供合意依据的情形外,还可能出现权利人在订立知识产权交易合同时主观上并没有实施机会主义行为的恶意(即主观是善意的),但在履行合同的过程中发现并利用合同的漏洞实施机会主义行为的情形。这是由于人

的有限理性和法律的局限性决定的;当事人订立的知识产权交易合同不可能穷尽权利人实施机会主义行为的所有情形(签订“无遗漏”的合同既不可能,也将耗费大量交易成本),而法律也不可能预见和规制所有的机会主义行为。在出现这种情形时,法院应当援用诚实信用原则来对合同进行补充,防止权利人利用合同漏洞行使机会主义行为。若权利人违反诚实信用原则给另一方造成损失的,应当承担损害赔偿责任。

三、知识产权合同变更过程中的机会主义行为

Richard A. Posner 教授指出,合同履行的相继性(sequential of performance)问题是引发机会主义行为的重要因素。在知识产权交易合同的履行过程中,由于合同双方的不平等的议价能力是变化的,所以当一方居于优势地位时,可能会利用优势地位行使机会主义行为。

在知识产权交易合同履行过程中,合同双方经常会根据新情况和事由变更合同。一般而言,如果合同的变更符合当事人意思自治,法律认可合同变更的效力。但是一方当事人也可能利用变化的优势地位来实施机会主义行为,表面“合法”的合同变更下可能隐藏着机会主义行为。根据 Richard A. Posner 和 Muris 的观点,可以鉴别及规制合同变更过程中的机会主义行为的方法有三个:约因原则、胁迫原则和新的对价原则。

(一)约因原则

Timothy J. Muris 教授在论文《机会主义行为与合同法》中所举的建筑公司与建筑师就工资变更进行谈判的例子值得注意。建筑师可能在熟悉业务以后要求建筑公司提高工资,否则其辞职会给对方造成更大的损失。建筑公司之所以会在不情愿的情况下接受对方要求,经济学上的原因为公司为履行劳务合同投入了交易专用性资产,此类资产用于其他用途的经济价值很低,而该建筑师则利用这一点实施了机会主义行为。该例子如果应用到知识产权合同条款变更,特别是许可费用的变更中同样适用。假设根据一项知识产权 A 签订许可协议,被许可人每年支付的实施许可费

用为 20 万元人民币。然而,在其投入资源准备实施知识产权之际,许可人提出实施知识产权 A 必然会同时实施其拥有的另外一项知识产权 B,而 B 的许可费为 10 万元人民币。如果放弃实施知识产权 A 的经济损失超过 10 万元人民币,则被许可人可能不得不另外支付 10 万元来得以继续履行原合同。

对于合同变更的效力,不能仅从表面上当事人是否同意来加以判断,而应当运用 Richard A. Posner 提出的“约因原则”进行判定。Richard A. Posner 认为,为了使一项允诺具有法律强制性,它必须由约因予以支持。约因原则在防止机会主义行为方面起着重要作用。在阿拉斯加搬运工人协会诉多梅尼科(Alaska Packers' Assn. v. Domenico)一案中,当被告的船到达阿拉斯加水域捞大马哈鱼时,海员以威胁停止作业为手段迫使船主提高工资。被告由于在这短暂的渔汛期内不可能找到其他可替代的帮手,故允诺付给他们更高的工资。当船回到旧金山后,他否认了允诺。于是,海员提起诉讼,然而败诉了。法院给出的其理由是,由于没有新的约因支持,所以契约的修改是不具法律效力的。

如果没有新的约因支持知识产权许可合同变更,权利人提高许可费的要求就是机会主义行为,此合同变更是无效的。判断“约因是否恰当”对于认定隐蔽的机会主义行为显得特别重要。

因为既然法律认可合同双方根据情事变更作出相应的合同变更的效力,那么就很难把一些隐蔽的机会主义行为从合法的合同变更情形中甄别出来。例如,多梅尼科案中的海员,如果他们聪明的话,就会愿意提供每天增加半小时的工作以换取更高的工资。那么“半小时”作为海员要求增加工资的“新约因”是恰当的吗?又假设他们将愿意每月多工作 2 秒钟作为增加工资的理由,此“新约因”引起的合同变更的效力又如何呢?在“建筑师涨薪”案中,如果建筑师知道明显的机会主义行为将导致无效的合同变更,他将实施更隐蔽的机会主义行为,例如以剩余的工作量需要(实际上并不需要)付出更多的时间和精力为涨薪理由而主张变更合同。

从表面上看,以上的合同变更具有“新的约因”(如:以每天增加半小时的工作换取更高的工资),但这些“新的约因”是不合理的,这些合同变更本质上仍然是机会主义行为,只是它们实施得更隐蔽而已。因此,在判断隐蔽的机会主义行为时,还需要法院运用胁迫原则(doctrine of duress)而非约因原则来决定何时需要进行契约修正以及合同变更的效力。不适当的约因通常会为胁迫、错误、诈欺或其他宣布契约无效的理由的潜在证据。波斯纳还指出,契约约因适当性越差,证明利用此契约实施机会主义行为的证据作用就越强。

(二) 胁迫原则

胁迫是契约免除履行的原因之一。但是法律对这一术语没有在含义上作出很好的界定。胁迫也被用作垄断的同义词。从人们认为其中不存在谈判就很容易得出这样的结论,即购买者缺乏自由选择,所以就不应该受负有法律义务的条款约束。波斯纳指出:不平等议价能力(unequal bargaining power)也可能意味着胁迫,但不平等议价能力是否是契约免除履行的原因,即意味着当法院认为约因不当或条件片面是否就可以使契约无效,需要在具体案件中具体分析。

在判断合同变更是否属于机会主义行为时,可以先运用约因原则判断是否存在新的约因引起合同变更,再运用“胁迫原则”判断此受约人是否出于受到胁迫而接受此新的约因,如果受约人受到胁迫,则该新的约因不合理,该合同变更属于机会主义行为,该变更无效。如果约因存在并且该约因是合理的,则合同变更不属于机会主义行为,该变更是有效的,合同双方需要受到此变更的约束。

因为法律关于胁迫的定义没有明显的界定,所以在司法实践中,胁迫原则可操作性不强。尤其在知识产交易合同中,双方议价能力天然地不平等,而且法律允许权利人对知识产权进行合法垄断,因此,很难判断受要约人是否受到胁迫而接受合同的变更。因此,有必要引进 Muris 提出的“新的对价”原则来判断在知识产交易合同中的隐蔽的机会主义行为。

(三) 新的对价原则——以交易专项投资为例

根据 Muris 的观点,可以用“新的对价”(new consideration)标准来区分机会主义与非机会主义合同变更,即判断合同变更是否有效。因为合同变更必然导致双方权利义务发生变动,引起财富由一方当事人流向另一方。一方变化后的权利与原权利之间存在一个差价,另一方变化后的义务与原义务也存在一个差价,如果这两个差价是基于合理的原因对等,即财富在合同双方之间实现了合理的流动,那么法律就认可这个合同变更的效力。如果变更后的权利差价缺乏一个义务差价相对应,就说明一方获得的权利缺乏对价(lack consideration),财富只是单向流动(由受约人流向要约人),那么这个合同变更是无效的。把握这个合同变更的内在属性对于在原则上和实践中区分机会主义与非机会主义合同变更是重要的。

在知识产交易合同领域,经常会出现这种机会主义的合同变更。以交易专项投资为例,知识产权经常会被作为一项交易专项投资,投资方(许可人或者转让人)基于被许可人或者受让人的委托,约定由投资方进行特定的知识产权研发。当投资方开发出专门的知识产权,知识产权的被许可人或者受让人可能基于这种优势地位主张变更合同,主张支付比原合同约定的更少的对价。如果投资方不同意合同的变更,投资方用于对开发知识产权已经投入的成本将无法收回,而已经开发的知识产权也无法转让,为了降低损失,投资方只能接受这种合同的变更,与受让方签订变更合同。如果根据约因原则和胁迫原则很难认定该合同变更是否属于机会主义行为,但是如果根据“新的对价”标准,则很容易判定受让方没有支付新的对价来填补投资方减少的“差价”,在整个过程中财富不是双向流动,而是只由投资人流向了知识产权的被许可人或者受让人。因而,受让方主张的合同变更是无效的。

司法实践中运用“新的对价”标准来判断合同变更是否属于机会主义行为,既直观又容易操作。但应当注意的是,在运用“新的对价”标准来判断合同变更是否属于机会主义行为前,法院也

应当考虑到是否存在情势变更等情形而引起合同变更,避免机械地运用“新的对价”标准而将情势变更原则引起的合同变更认定为无效。Muris 也认为,如果提出变更请求的被许可人遭受了亏损或者达到破产境地,则权利人接受许可可以保证获得部分收益,这属于合理的对价,不认为是受到了机会主义行为的损害,是可以被接受的。当然,受让方一般会以其他的“合理”理由,如情事变更等理由主张变更。如果投资方在交易完成后才主张这种变更无效,法院一般会根据意思自治原则认定此合同变更有效。

四、知识产权合同履行过程中的机会主义行为规制

在合同履行过程中,判断机会主义行为的标准是:机会主义行为会导致财富的单向流动。当一方的履行行为与合同另一方对合同的理解完全相反,但是这种履行行为与合同文本明确约定的条款并不冲突,它将导致财富的单向流动。这就是发生在合同履行过程中的机会主义行为。

(一) 消极履行合同的机会主义行为

由于知识产权交易合同存在较为严重的不完备性,特别是对于合作研发技术合同更是如此,因此需要合同双方积极履行合同约定的义务。如果一方利用消极履行合同,实施机会主义行为,将损害另一方的利益。以合作开发为例,可能出现的机会主义行为是:合同的一方积极投入资金、设备和人员,而另一方则有可能在履行合作协议的过程中通过采取减少对科研的资金和设备投入、裁员等消极方式履行合同。由于一方的消极履行合同行为是秘密的,隐性的,属于企业内部管理,且一般双方没有在合同中约定这种消极履行属于违约行为,但是这种消极履行行为挫伤了对方的积极性,可能延长研发期限,对方需要投入比合同约定更多的研发成本,从而损害了对方的利益。

合作研发中的机会主义行为使各合作成员都不愿将自身所拥有的核心资源与他人共享,最终导致合作成功几率不断降低。合作创新这一关系中,由合作伙伴的机会主义行为所引发的知识产权风险可以划分为以下两个细类:一是合作伙伴非法挪用或占用本企业的知识资源,造成本企业

的知识资源流失,称之为知识产权流失风险,知识产权流失风险主要表现为企业在参与合作创新过程中由于知识共享所导致的知识泄露、无意识的过度知识共享、合作伙伴的恶意窃取及不正当获取和使用本企业的关键知识资源等,最终使得本企业丧失自身的竞争优势。二是合作伙伴并没有向合作创新投入其所承诺的必要的知识资源或传递虚假信息,称之为知识产权投入风险。知识产权投入风险主要表现为企业缩水自己所应投入的知识资源、刻意隐匿相关信息、投入虚假和低价值的知识资源、不完全共享合作所需的必要信息等。^[7]

(二) “搭便车”问题

搭便车的机会主义行为在商标权许可合同中特别常见:试想有一个成功的快餐连锁店,它的商标是一个很有价值的商品,代表着消费者对其食品、服务和清洁的具体的信任。保持商标的价值需要特许经营人对这些特征方面的投资。如果消费者经常光顾连锁店的不同经营者,那么,其中个别的经营者就有动因避免对质量的投资,因为其他的经营者将继续致力于吸引那些愿意为更好的服务买单的顾客。这个降低质量的经营者将从中获利,他却只支付了很少的成本(顾客可能减少)。所以这个提供低质量服务的经营者是以经营权人、更好质量的经营者和顾客的利益为代价而获利的。因此,上述三方不得不投入更多的资源进行监督检查,以免受到机会主义行为的危害。这些资源投入无助于提供更好的服务,只会造成社会财富的损耗。

(三) 规制措施

因为“消极履行”和“搭便车”都是隐蔽的机会主义行为,很难被原告发现,或者原告需要投入大量的诉讼成本(例如:原告需要提供被告以前和现在的原材料进货凭证以证明被告在制造产品时比以前偷工减料。而事实上,原告需要支付大量的诉讼成本以获得被告的原材料进货凭证;原告很难证明被告实施了无正当理由裁员,以此证明被告“消极投入”降低了生产或者服务的质量)。这些高昂的诉讼成本阻止了权利受损方寻求司法救济,客观上助长了机会主义行为。而如果由被告承担证明自己不存在“消极履行”和“搭

便车”行为的举证责任则实现了原告和被告诉讼利益的平衡:一方面预设了被告实施机会主义行为的效果(如果不能证明自己没有实施,则承担败诉的后果),一定程度上能预防“机会主义行为”;另一方面,由被告证明自己不存在机会主义行为所支出的诉讼成本将比由原告证明被告存在此类行为所支出的诉讼成本更低,这将节约诉讼成本,符合法经济学的理念。因此,在“消极履行”和“搭便车”机会主义行为诉讼中,应当实行举证责任倒置,由被告承担证明自己不存在“消极履行”和“搭便车”的行为。

五、小结

知识产权合同是典型的关系合同,更容易受到机会主义行为威胁。机会主义行为增加了交易成本,造成社会财富的无谓消耗,应当受到法律的规制。^[8]

在知识产权交易合同订立、变更和履行的过程中均存在隐蔽的机会主义行为。^[9]在订立合同的过程中,对于权利人可能设定限制性条款实施机会主义行为,立法应当针对限制性条款的类型对其效力分别做出规定。针对合同变更过程中的机会主义行为,根据 Richard A. Posner 和 Muris 的观点,可以运用约因原则、胁迫原则和“新的对价”原则鉴别和规制机会主义行为。其中, Muris 提出的“新的对价”标准既直观又容易操作,值得为我国司法实践借鉴。针对“消极履行”和“搭便车”的机会主义行为,在诉讼过程中,可以实行举

证责任倒置的证明责任,由被告承担证明自己不存在“消极履行”和“搭便车”的行为,以实现规制机会主义行为的法律目标。

[参考文献]

- [1] Oliver E. Williamson. Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations[J]. Journal of Law and Economics. 1979, 22(2): 233-261.
- [2] Muris, Timothy J. Opportunistic Behavior and the Law of Contracts [J]. Minnesota Law Review. 1981, 65(2): 522.
- [3] 刘强.机会主义行为规制与知识产权制度完善[J].知识产权,2013(5):64-69.
- [4] 理查德·A·波斯纳.法律的经济分析[M].蒋兆康,译.中国大百科全书出版社,1996:69.
- [5] 杨崇森.专利法理论与应用[M].台湾三民书局,2007:454.
- [6] 曹新明.专利许可协议中的有色条款功能研究[J].法商研究,2007(1):89-95.
- [7] 张克英,黄瑞华.伙伴机会主义行为引发的知识产权风险分析[J].科学学研究,2007(4):740-744.
- [8] 肖允丹,谢祥.知识产权效率价值的理论渊源[J].重庆理工大学学报(社会科学),2010(1).
- [9] 李红玲.合同法诚信原则之研究[J].四川理工学院学报(社会科学版),2014(1).

(责任编辑:杨睿)

Opportunism Behavior in Intellectual Property Contract and Its Regulation by Law

LIU Qiang, ZHANG Wen-si

(School of Law, Central South University, Changsha 410083, China)

Abstract: Intellectual property contract has relational contract attribute. Opportunism behaviors, especially the implicit ones, produce serious obstructing effect on effective performance of a contract, lead to unidirectional flow of intellectual wealth and cause the negative impact on the rise of transaction cost and social wealth consumption and so on. The input in the specific assets of transaction is an important factor to trigger opportunism behaviors, as a result, the opportunism behaviors in the period of the signing, modifying and performing of intellectual property contracts need to be prevented to boost the effective implementation of intelligent achievements.

Key words: intellectual property right; opportunism behavior; unidirectional flow of wealth; new consideration