

# 最优化论与社会总值效益论在侵权案审判中的比较研究

——以知识产权侵权为视角

李建勇\*

---

**内容摘要:**根据帕累托的最优化原则,在审判知识产权侵权争议案件过程中,一旦法庭认定一方侵权,那么侵权一方就必须停止侵权;侵权人向被侵权人公开赔礼道歉;并且赔偿被侵权人的损失。通过对帕累托的最优化原则即道德—效益论和卡尔多—希克斯的社会总值效益论的比较研究,对四种主要的侵权行为进行了法经济学的比较和分析,如果侵权(再创)一方比被侵权(原创)一方能够带来更大的社会总值并足够弥补被侵权人受损的利益部分,法律(或法院)支持这种侵权行为,从而更快速增大社会总值,并更快更大范围地推动知识产权在我国的普及和运用。这个新思想新方法为我国未来法院审判再创与原创之间的知识产权侵权案件时,提出了一种完全区别于传统审判思维的崭新思路。

**关键词:**侵权责任 帕累托优化论 社会总值效益论

---

## 一、引言

效率问题是经济学要研究的首要问题,即如何有效利用资源增加社会财富总量。法律经济学研究的最大目的就是要确立和突出法律的经济分析中的“效率”标准,即以效率为标准来研究如何制定和实施能够使社会财富最大化的法律问题。从具体的效率标准来看,法律经济学在研究中所运用的经济效率标准,主要有“帕累托优化论”和卡尔多—希克斯的“社会总值效益论”。帕累托(V.Pareto, 1848—1923,意大利经济学家、社会学家)的优化论是指当某种行为实施后一方的境况变好,而没有人因此境况变糟时的效率状态。<sup>[1]</sup>帕累托在其优化论基础上提出了他的最优化论:即当一个人采取了某种行为使自己的利益(或效益)上升时,对方或其他人的利益不仅没有受损,而且也同时受益,各方境况都变得更好。<sup>[2]</sup>其实帕累托的优化论是强调了以道德为前提的效益论,也即追求效益要讲究其合理性,而合理性的基础就在于是否符合利己不损人的基本道德标准。他把利己又利人的行为视为最优效益的理想状态,也即符合最优道德标准。因此,笔者在本文中把帕累托的优化论也称为道德—效益论,即人们沿着帕累托优化的效率概念寻找到的社会财富最大值更具道德基础。但是帕累托优化论在推动社会财富最大化和知识产权不断再创的过程中显示出明显的局限性。因为现实中以道德为

\*上海大学法学院教授。

[1][2]Robin paul Malloy, *law and Economics*, West Publishing Co.1990, p39.

前提的效益论在一定的情况下可能会阻碍或延缓社会财富的积累。恰恰在这一点上,能够弥补帕累托优化论理论不足的是两位英国经济学家尼古拉·卡尔多(Nicholas Kaldor, 1908—1984)和约翰·希克斯(John R. Hicks, 1904—1989),简称为卡—希,他们提出社会总值效益论(society's aggregate efficiency)。<sup>[3]</sup>按照这一效率标准,在社会的资源配置过程中,如果那些从资源重新配置过程中获得利益的人,只要其所增加的利益足以补偿(并不要求必须实际补偿)在同一资源重新配置过程中受到损失的人的利益,那么,这种资源配置就是有效率的。卡—希的社会总值效益论强调以价值最大化的方式来分配和使用资源,或者说财富极大化是法的宗旨。所有的法律活动和全部的法律制度都要以有效地利用自然资源、最大限度地增加社会财富为目的。

需要指出的是,在将财富最大化的过程中,卡—希的理论超越了帕累托优化论的禁锢,也就是说当一种行为使得一个人或一部分人的境况得以改善的同时可以以其他人的情况变得更糟为代价,只要这种行为符合社会总值最大化效益。在这种情况下,财富最大化就意味着如果牺牲少数人的利益能够促进多数人利益的提升,或一方财富的增加能够足以弥补受损一方的损失,即带来更大的社会财富,或使得社会财富积累的速度更快,那么牺牲少数人的利益也是可行的。这在根本上动摇了基于道德基础上的帕累托优化效益论,更与传统知识产权保护的概念背道而驰,因而也自然会遭到许多人的反对。但如果,这个因一方获大利而致社会总值增大,相对利益受损的一方最终能够得到足够的补偿的话,就是帕累托优化效益论的再现,尽管该理论并没有要求产生获益的一方对受损的一方实际的补偿。从社会利益最大化的角度看卡—希的效益标准是有意义的,因为采取卡—希的效益标准有利于社会福利最大化增加,也有助于再创过程的不断循环上升。

## 二、帕累托的“优化论”与卡—希的“社会总值效益论”比较

笔者在这里将通过四种图形即四种主要情况来比较和分析这两种效益论的异同,从而为我国今后的知识产权原创和再创案件的审判提供一个全新的分析思路和判断标准。

(一)帕累托理论和卡—希理论双方鼓励型的行为(即道德标准与效益标准的一致)

图1中,甲方利益用Y值来表示,乙方利益用X值来表示。该图形中共有两种情形。其中第一种为单赢情形。指从A点值向B或C两点值的方向位移。帕累托认为,这属于一方的利益升值(效益提高)以不损害另一方的利益(道德基础)为前提的位移,即对甲方来说,从A点(Y为4分值)位移到C点(Y为6分值),Y从4分值上升到6分值(效益提高),而乙方的利益值并未受损,X仍然是4分值,符合道德原则;对于乙方来说,从A点移到B点,X升值了4分值(效益提高),而甲方的利益值未受损失,Y仍然是4分值,这也符合道德原则。因此法律可以肯定这种位移行为合法;而卡—希认为,从A点向B或C两点的位移使得总体利益值(即面积值S)得以提高,即从SA点( $4*4=16$ )上升到SC点( $4*6=24$ ),或上升到SB点( $8*4=32$ ),总体效益分别比原SA点总值提高8分值(C点)或16分值(B点),因此法律应该肯定和鼓励这种位移行为。其中第二种为双赢情形。即通过从A点向D点的位移,不仅双方的利益值都有增值,甲方从A点(Y为4分值)移到D点(Y为8分值),增加了4分值;而乙方同时从A点(X为4分值)移到D点(X为12分值),增加了8分值,既符合道德原则,又符合效益原则。而总体利益值(即利益总面积值S)大大增加了,即从SA点( $4*4=16$ )位移到SD点( $12*8=96$ )(D点比原A点大大增加了80个分值),这种位移为帕累托的理想型位移,也符合卡—希总体效益的提高和社会总值增大原则,因此双方均认为法律应该肯定和鼓励这种位移。

[3]前引[1],p40。

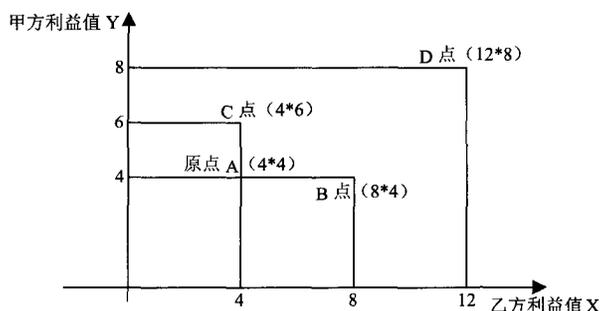


图1 双方鼓励型

(二)帕累托理论和卡—希理论双方禁止型的行为

图2中共有三种情形。其中第一种类型为既损人又害己的行为(包括主观害别人、客观害自己的行为),如图形中从原点A位移到B点的行为。理性人理论<sup>[4]</sup>假设每个人都是理性人,他的行为都是在追求个人自身利益最大化或以不损害自己的利益为前提的针对对方的恶意竞争,因此在主观上没有一个理性人会作出一种明知有害自己仍然一意孤行的损人害己的行为(除非此人精神上异常)。但不排除有些理性人以主观上害别人开始,以客观上害自己告终。有些恶意竞争的行为不仅使竞争对方的利益受损,最后也使自己的利益受损。从帕累托的观点看,这种行为首先是不道德的,因为它损害了他人的利益,其次也是低效益的,因此法律上必须加以禁止;从卡—希的观点看,这种行为不仅没有带来任何一方利益的提高,相反,还使总体利益值下降,因此对于这种行为法律必须加以禁止。第二种类型为损人不利己的行为。图形中从原A点移到D点,对乙方来说,他所采取的行为给甲方带来了利益受损,甲方从原A点4分值降到B点2分值,损失2分值,但乙方的行为并没有给自己带来利益增值,仍然从A点4分值移到D点4值,如许多恶意竞争或没有创新的盗版侵权行为。这种行为即违背了帕累托的道德—效益论原则,也违背了卡—希的社会总值增大效益原则,因为从原A点(4\*4=16)值位移到D点(4\*2=8)值,社会总体效益值减少了一半(SA-SD=8分值),因此,无论是根据帕累托的理论还是根据卡—希的理论,这种位移的行为也都应该被法律所禁止的。第三种类型为损人利己且总体效益值下降的行为,即甲方所采取的行为使得自己的利益得以提高,从原A点(Y=4分值)上升到C点(Y=5分值),但是乙方的利益因此受损,从原A点(X=4分值)下降到C点(X=1分值)。如某条河流由于上游工厂出于自己利益的需要,擅自截断上游河流,使得中下游地区以至整个流域的企业整体效益大大受损。根据帕累托理论,法律必须禁止这种行为,因为这种行为损人利己,从而违背了道德—效益论原则。根据卡—希理论,也认为法律必须禁止甲方的这种行为,尽管甲方的利益有些上升,从原A点(Y=4分值)上升到C点(Y=5分值),但是社会总值从原SA点(4\*4=)16分值,变成了SC点(1\*5=)5分值,社会总体效益值由于甲方的行为下降了11分值(SA-SC=11分值)。因此法律也必须禁止这类行为。

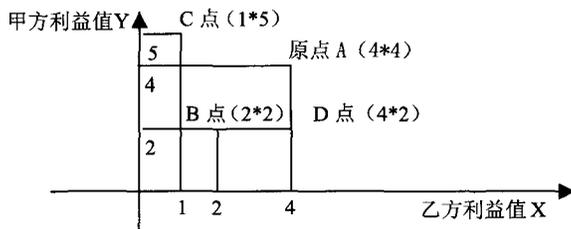


图2 双方禁止型

(三)帕累托理论禁止型的、卡—希理论不支持的行为

图3说明从原A点移到B点或C点,对于社会总值而言没有变化。但从A点移到B点,对于乙方来说,

[4]前引[1],p15。

他的行为使自己的利益增加了4分值(X从4分值增加到8分值),但甲方却因此受损了(Y从4分下降到2分值);从原A点移到C点,对于甲方来说,他的行为使自己的利益也增加了(Y从4分值增加到8分值),但乙方的利益值却因此损失了2分值(X从4分值减少到2分值)。根据帕累托的优化论,法律上必须禁止这种单方面的利己行为,因为这种行为损害了他人的利益而不道德。卡—希理论对于这种位移的行为,虽然没有明确的表示,但根据其理论关于社会总值增加的部分要足够弥补另一方损失的部分,由于这种位移并没有导致社会总值的任何上升。因此对这种位移,卡—希理论也并不会鼓励。因此这种一方提升自己的利益但并不增加社会总值的行为,双方都不会支持。

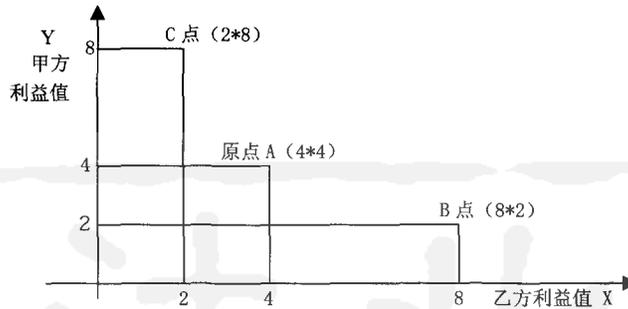


图3 帕累托理论的禁止型、卡—希理论的不支持型

#### (四)帕累托理论禁止型、卡—希理论鼓励型的行为

根据上述三种图形可以得出一个结论:当一种行为既违反道德原则,即自己利益增殖的同时导致对方利益的损失,又同时带来总体效益下降时,帕累托和卡—希理论对此均持反对的态度,并主张法律应该禁止这种行为的发生;当一种行为既符合(或不违反)道德原则,即一种行为使得一方利益上升的同时并没有损害其他任何相关方的利益,又同时能够带来不仅是双方个人的,而且是社会总体效益价值的提高时,帕累托和卡—希理论对此均持赞成态度,并主张法律应该保护这种行为,或鼓励这种行为的发生;当一种行为不带来社会总值的任何变化时,卡—希理论不支持,而帕累托理论则主张如果有一方的利益受损,法律就必须加以禁止。那么,如果一方的行为带来了另一方利益的损失,但这种行为同时能够带来社会总体利益的更大的上升,这两种理论的态度就会截然不同。那么我们在司法审判中应该采用哪种效益理论才能更合理更有效地推进社会总值的增大和再创的积极性呢?如图4所示。

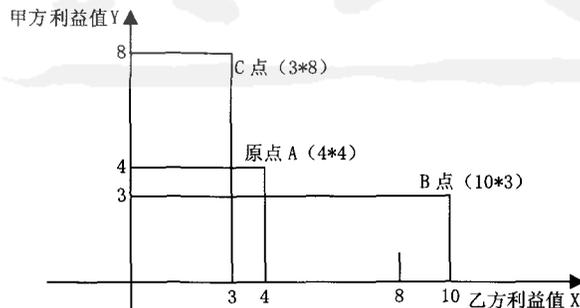


图4 帕累托理论的禁止型,卡—希理论的鼓励型

图4中出现两种情形,一种是当甲方采取了某种行为使得原点A移到C点,甲方的利益值Y因此从原4分值上升到8分值,但同时乙方的利益X值从4分值下降到3分值;同样如果乙方采取了某种行为使得原点A移到B点,乙方的利益值X从4分值上升到10分值,但同时甲方的利益值Y从4分值下降到3分值。无疑甲乙两方的这种行为违背了帕累托的道德—效益原则,因而根据帕累托的理论,这种单方面利益上升导致另一方利益受损的行为法律必须禁止。然而,卡—希理论并不这样认为。这种理论认为法律上是否禁止一种利己的行为,关键是看这种行为带来的总值的增加是否能足以弥补另一方的利

益损失并有结余。那么,在图4上可知,图中甲乙双方的单方面的行为最终导致了总体利益总值的上升并足以能够弥补另一方的利益的损失,乙方采取的行为使得总体利益值从原SA点的(4\*4=)16分值上升到SB点(10\*3=)30值,比位移前增加了14分值,而甲方采取的行为使得总体利益值从原SA点(16分值)上升到SC点的(3\*8=)24分值,也比位移前上升了8分值。乙方增加的14分值或甲方增加的8分值,足以弥补给对方带来的利益损失部分,因此对于这种行为的发生,法律不仅不能禁止,而应该保护和鼓励。

在这里,卡-希理论强调了一种行为带来的总体利益值的提高要足以弥补另一相关方的利益损失部分,否则这种行为难以得到法律的保护或支持。譬如,假如乙方采取的单方面的行为只是从原A点值(4\*4=16)位移到B点值(2.5\*6.5)(见下图5),乙方的利益值比原A点4个分值增加了2.5个分值(6.5),且总体利益值也因此上升到(2.5\*6.5=)16.25点值,比原A点总值(16)高出0.25个点值。由于增加的总体利益值部分(0.25个点值)还不足以弥补同时给甲方的利益带来的损失部分(X值从4位移到2.5),减少了1.5个点值,故这种行为不属于卡-希理论支持的范围。

因此卡-希理论支持的侵权行为的前提是:首先侵权的一方因侵权带来的社会总值的增大部分必须能足够弥补因此利益受损一方的全部损失;其二,弥补之后还要有结余,即侵权后应该能够带来社会总值的增大,否则这种侵权就既无道德,又无总体效益。但根据卡-希理论,侵权方可以自愿弥补被侵权方的损失,但法院不应该要求或强制获利一方去补偿受损一方的利益损失,如果受到侵权的一方没有得到有效的补偿,那么受侵权一方可以在增大社会总值的前提下采取相同的措施来促使社会总值的增大和再创的升级。

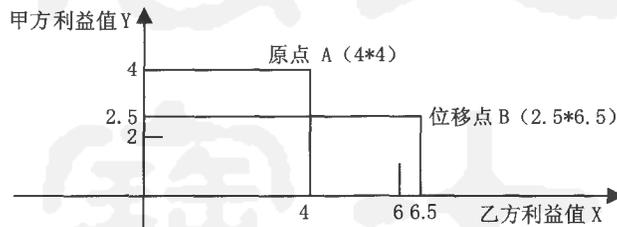


图5 社会增值部分不足以弥补他方利益损失部分的情形

(五)两种理论的主要异同比较

上述五种情形和图表可以用下表归纳。

		卡尔多-希克斯社会总值论				
类型		强烈支持型	支持型*	不支持型	反对型	强烈反对型
帕累托优化论	强烈支持型	利己又利人 (最优化即双赢论)				
	支持型	利己不损人				
	反对型*		侵权导致社会总值的增加可足以弥补受损部分	侵权后社会总值未增加或不足以弥补受损部分	侵权后社会总值增值部分小于他人受损部分	既损人又不利己的侵权行为

从表中的比较可以看出,帕累托的优化论与卡-希的社会总值论都支持双赢结果,但两者最大的区别就在于表中的\*号部分,帕累托的优化论注重的是各方的利益不能受损的基础上一方或双方利益的增加,而卡-希的社会总值论关注的不是单个方面的利益,而是一个行为发生后(哪怕是侵权行为),社会的总值是否增大了,且足够增大到能够足以弥补另一方同时受到的损失。对于侵权一方利益是否带来更大的社会总值的增殖且增殖部分能否足以能够补偿受损一方的利益损失部分,不管这种情况结果如何,帕累托的理论总是持反对态度;而如果结果“是”,则卡-希理论持支持态度。

### 三、在侵权案件审判中的适用研究

现在让我们考察一下帕累托优化论的反对型与卡—希理论和卡—希理论的支持型在审判原创与再创的侵权案件中的不同结果。

在这里,首先我们要明确侵权的含义。侵权行为是指:“当事人一方(侵害人)非法侵害他方(受害人)民事权利的行为。构成的要件为:(1)有侵害事实存在;(2)行为本身违反法律或社会公共道德;(3)行为与损害事实之间有因果联系;(4)行为人有责任能力;(5)行为人出于故意或过失。”<sup>[5]</sup>根据构成要素(2)和(5),侵权行为可以是违反法律的,也可以是违反社会公共道德的行为,行为人可能出于故意,也可能出于过失。因此,侵权是指民事法律关系中不同于违约的违法行为,也即无任何合同关系的当事人因为一方的过失或故意,其行为造成了对他人的损害。一旦法院认定侵权,侵权人就必须承担法律责任:停止侵权、道歉和赔偿损失。侵权行为的前提是被侵权人享有一定的权利,而侵权者没有履行相应的义务。<sup>[6]</sup>

案例分析:甲方通过自己多年的研究,终于发明并研制了一种杯子,并申请了专利,在市场上每只杯子售价为10元,销路不错。这种杯子的成本费(包括材料费、人工费和广告费合计平均每个杯子是3元),即甲方每卖出一只杯子,就为社会带来7元的利益总值。乙方在市场上花了10元钱买了这个杯子,经过一番研究,对杯子的结构和功能进行了适当的改进,生产出一种与甲方的杯子外形和体积雷同,但结构和功能上有较大区别的杯子,成本费平均每只也是3元,但售价每个却为20元。销路也不错。甲方发现市场上有人出售和自己生产的杯子相似的杯子,认为乙方侵权,于是就把乙方厂家告上法院。法庭在受理此案后,组成了专家组,专家组经过研究和分析认定乙方厂家虽有再创的内容部分,但对甲方厂家的原创构成了专利侵权,符合侵权的前提:即侵权人未经被侵权人的同意,对被侵权人的权利构成了侵害。专利侵权的含义包括“未经专利权人的许可,实施从专利权内容中直接推导出来的发明创造的,亦属侵权行为”<sup>[7]</sup>。根据知识产权案件审判的惯例,只要法庭认定一方侵权,不管是部分侵权还是全部侵权,那么就是三步曲:一是侵权一方必须停止侵权(即停止生产和销售侵权产品);二是侵权人向被侵权人公开赔礼道歉(一般通过口头或书面的或媒体的形式道歉);三是赔偿被侵权人的损失,既包括由于乙方新型杯子的问世导致甲方旧杯子的滞销所带来的损失,也包括对乙方侵权的惩罚所要求支付的赔偿。这是基于帕累托的道德—效益论的原理的判决。这里就会产生两个问题,一个是如果法律只看重乙方获利的同时是否侵犯了甲方的利益,而不顾乙方的再创行为是否比甲方原创带来更大的社会总值的增殖,这样是否会延缓社会财富的积累和增值的速度?第二个问题是本案件中乙方虽有侵权行为,但乙方再创所新增的价值远远大于甲方原创所创造的价值,这就提出了法律对甲方原创行为的保护的适度标准问题,是否为了保护甲方的原创而扼杀了乙方再创的价值和意义?这样是否会与知识产权保护的最终目的——促进人们的创造力和社会总值的最大化相违背?

在这样的案件审判中,笔者主张要运用卡—希的社会总价值论进行分析更为合适。假如乙方完全模仿了甲方的原创没有自己的再创,即乙方生产的杯子在样式、结构、功能和体积上不具有任何新颖之处。那么,乙方的杯子不可能卖到超过甲方杯子的价钱,因为市场经济规律总是驱使消费者以较少的价钱去购买较好的产品(包括款式、结构、功能和体积),没有人会花较多的钱去购买同样的产品,除非市场信息不对称或消费者是傻瓜,因此它生产的杯子不可能卖到20元甚至与甲方产品同样的价

[5]夏征农主编:《辞海》,上海辞书出版社1989年版,第282页。

[6]参见张乃根:《经济学分析法学》,上海三联书店1995年版,第149—150页。

[7]杨金路、赵丞津主编:《知识产权法律全书》,中国检察出版社1992年版,第504页。

钱——10元,这样乙方很快就会被淘汰出市场。这种行为不仅没有带来社会总值的增加,而且还使社会总值变小,因此卡-希理论是会坚决反对这种侵权的行为;问题是如果乙方的确花了与甲方同样的成本费用——3元,研制的杯子的确有模仿甲方杯子原创的成分,但专家不否认乙方的杯子在结构和功能上有自己的再创的成分,结果是乙方的杯子的确以每只20元的价钱卖出,而且销路很好。这就是说,乙方的再创部分加上甲方的原创部分带来的利益总值是17元。用同样的成本费用,甲方为社会带来了7元的增值,而乙方在甲方再创的基础上为社会带来了(17-7=)10元的新增值,这个新增值足以弥补甲方的所有损失的利益(即乙方单独为社会新增的利益值减去甲方单独为社会带来的利益值)还有结余。因此无论从社会总值最大化论的角度看还是从对原创专利的推广和使用看,法院不能支持甲方的诉求。

本案中,假设侵权行为发生前双方的状况如图6中原点所示,甲方处于比乙方要好得多的状态,即代表甲方利益值的Y1值比代表乙方利益值的X1值明显高得多;然而乙方实施具有再创性质和成分的侵权行为后,双方的利益值发生了变化,乙方的利益值从原先的很小的X1值移动上升到较大的X2值,而甲方的利益值由于乙方的侵权行为,从原先较大的Y1值移动下降到较小的Y2值。根据帕累托的道德—效益论的原则,一方状况的改善不应该使另一方的状况变得更糟,否则这种行为必须叫停。因此本案中,根据帕累托理论的观点,乙方的行为必须停止。然而图6也同样显示了移动点的总值面积要远远大于移动前原点的面积,移动点所带来的面积增值部分明显足够弥补损失的原点的面积值,根据卡-希社会总值论,乙方的这种行为必须鼓励和支持,因为它带来了社会总值的增大部分足以能够弥补甲方利益值的损失部分。

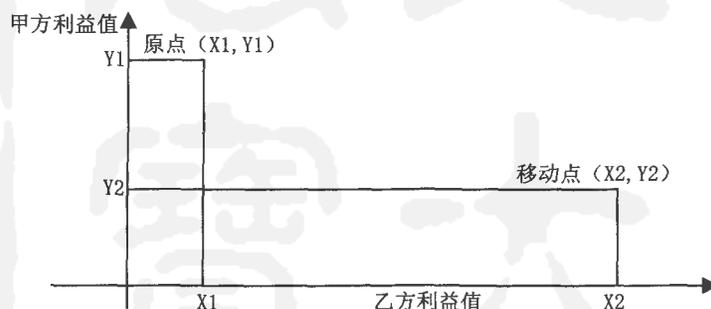


图6 侵权前后双方的利益值点状况

有人会问,如果乙方的侵权行为不具有再创成分,它也能够得到卡-希理论的鼓励和支持吗?答案自然是否定的。因为假如乙方的行为不具有再创成分,就意味着乙方完全复制或抄袭甲方的产品,那么他的产品就是复制品或盗版,市场上没有一个消费者会花更高价钱去买比原版还要贵的盗版产品,乙方的这种侵权行为也就不可能带来任何社会总值的增大,而只会带来社会总值的减少。因此,没有再创成分的侵权行为不仅得不到卡-希理论的鼓励和支持,只能遭到卡-希理论的反和禁止。

那么上述案件的判决对甲方是否不公平呢?表面上看的确如此,因为由于乙方的侵权,甲方的原创专利不仅得不到保护,而且甲方的产品开始滞销,甲方的利益明显受损。那么怎样才能有效的保护甲方的利益而又有利于社会总值的不断增大呢?根据卡-希理论,对社会总值的增加而言,只要乙方再创所带来的新增值能够足以弥补甲方因此遭受的损失,就是利大于弊,因为这样做是最大限度地增加了社会总值,甲方的受损利益,法院并不要求乙方去赔偿。这是因为甲方也可在市场上用20元的价格把乙方的经过再创的侵权杯子买回去,如果甲方经过新的再创研究,在乙方杯子的基础上花同样或接近原来成本的费用,研制了另外一种再创型的杯子,并以每只杯子40元的价格在市场上卖出,且销路很好,那么,法院就应该支持甲方的再创行为。如果具有再创性质的侵权行为不能够带来任何社会总值的增加,那么就意味着这个产品的被再创的可能已经达到极限,这最终也会迫使厂家(或生

产者)研制新的产品。正因为如此,根据卡—希理论的观点,法律应该保护乙方的这种再创行为。当然法院并不阻止甲乙双方通过私了途径解决他们的纠纷或乙方自愿对甲方的利益损失进行相应的补偿。上述案件中,法院之所以不要求乙方对甲方的侵权行为进行任何赔偿,这是因为首先如果法院要求乙方对甲方的侵权行为进行赔偿,那么,这也会加大乙方再创的成本,在一定程度上会遏制乙方再创的动力,从而也会多少遏制或阻碍社会总值的增加速度。其二因为鼓励原创并不意味着要抹杀再创,关键是要看原创和再创,哪一方更能够带来更大的社会总值的增加。如果遏制这样的侵权行为,则不利于知识产权中再创的不断更新。因而这种专利侵权案件的审判原理与传统的审判思路将完全不同。

因此,知识产权保护法要打击的是那种完全复制的盗版行为,或再创带来的社会总值的增加部分少于对原创一方而造成利益损失的部分;保护的宗旨是鼓励人们用更少的社会成本带来更大的社会总值的增加了的行为,而不管这种行为是原创或再创。

如果卡—希的社会总值最大化论一旦在我国的司法审判中得以承认和适当运用,那么一方面,这不仅会冲击和改变法院审判侵权案件的传统观念和思路,带来知识产权案件审判的重大变革和转折,通过对发明和再创的不断激励,知识产权的使用会得到不断推广;另一方面,这也会极大地推动我国知识产权不断再创的滚动速度和社会财富迅速增加的速度,人类社会的文明程度也因此将会更快速地提高。其意义可谓深远和重大。

