

内容摘要

知识产权起源于欧洲,我国自1986年《中华人民共和国民法通则》颁布后,开始正式采用“知识产权”的称谓。知识产权是一种通过智力成果创造出来的无体财产权,它的发展可以推动整个国民经济素质和国际竞争力的提高。相对于有形财产权,它更容易被侵害,同时权利也容易被他人予以滥用。

知识产权法和反垄断法的共同目的,就是促进创新、增进消费者福利。前者是通过鼓励创新来实现这一目标,后者是通过鼓励竞争来实现这一目标。我国已经加入了世界贸易组织,进入了经济发展的新阶段;同时,在新世纪我国提出了以知识产权战略方针为核心的经济发展格局。而实际经济生活中一些国家以及跨国企业对于我国有关知识产权领域的指责与发难屡屡出现,给我国经济发展造成一定的影响,在某些环节中甚至出现了垄断现象。随着我国《反垄断法》的颁布与实施,知识产权滥用的反垄断法规制也受到广泛重视。

研究知识产权滥用的反垄断法规制问题,不能仅局限于知识产权法与反垄断法视野之内来探究,文章写作之思路建立在将经济学、社会学、法哲学等多维学科角度运用到对知识产权滥用的反垄断法规制的理论分析之中,拓宽研究视野,从而表明反垄断法在规制知识产权滥用行为的重要性与利益平衡的协调性;通过实证与归纳分析相结合的方法,以不同因素为切入点,对国外在反垄断法框架下规制知识产权滥用行为进行个别概要性分析,进而在此基础上从异同角度归纳出国外知识产权滥用的反垄断法规制的经验,以找出对我国建立法律规制的启示;运用汉语组词的方法,以“求”字为核心,得出我国在完善知识产权滥用的反垄断法规制体系的建议。

知识产权已成为现代经济发展的重要财富,知识经济全球化时代要求有一个规范的市场竞争环境,知识产权领域的反垄断问题也日益成为我国急需解决的焦点问题之一,构建知识产权滥用的反垄断法规制框架时,要最大限度地协调好知识产权与反垄断法的关系,既充分尊重和保护知识产权,又切实对限制竞争的知识产权垄断行为进行规制,力求创新与竞争的平衡发展。因此,在我国建立一套完善的有关知识产权滥用的反垄断法律体系是必要而且迫切的。

关键词: 知识产权滥用; 反垄断法; 规制; 完善

Abstract

Intellectual property rights (refers to as IPR hereinafter) originated in Europe, after the " General Principles of Civil Law of People's Republic of China" enacted in 1986, "intellectual property" had been adopted as a formal term in China. Intellectual property is a non-physical property rights which are created by intellectual production, it can promote the development of national-economy quality and international competitiveness. Compared with tangible property rights, it is more vulnerable and more easily to be abused.

The common purpose of Intellectual Property Law and the Anti-Monopoly Law is to promote innovation and enhance consumer welfare. To achieve this goal, the former encourages innovation and the latter encourages competition. China has joined the World Trade Organization, and has entered into a new stage of economic development; at the same time, in the new century, China puts forward an economic development pattern focused on the strategic of IPR. However, in the real economic life, some countries and multinational corporations repeatedly accuse and attack China's intellectual property status, which economic development of the country to some extent affects, and even causes monopoly in some sectors. Along with the promulgation and implementation of Anti-Monopoly Law of China, the anti-monopoly regulating on IPR abuse has also drawn extensive attention.

The research of anti-monopoly regulating on IPR abuse shall not limited to the scope of Intellectual Property Law and Anti- Monopoly Law. This dissertation applies multi-disciplinary perspective including economics, sociology, philosophy of law, etc. to the theoretical analysis of anti-monopoly regulating on IPR abuse, broadens the research range, and then demonstrates the importance and interests coordination of the Anti-Monopoly Law in the regulating the IPR abuse; through a combined research methods of empirical and inductive analysis from different points of view, summarily analyzes the regulating of IPR abuse of foreign anti-monopoly law system, whereafter summarize the foreign experiences of anti-monopoly regulating on IPR abuse from the sight of similarities and differences, and find out the ideas of legislation for China;

using the wording methods of Chinese language, making the word "seeking" as the core characters, gives suggestions on the improvement of China's legislation of anti-monopoly regulating on IPR abuse.

IPR has become an important wealth of modern economic development, the era of knowledge-based economy globalization requires a normalized market competition environment, the anti-trust issues in the field of intellectual property is increasingly becoming one of China's urgent issues that need to be solved, when establishing the legal system of anti-monopoly law in regulating on IPR abuse, it is necessary to coordinate the relationship between intellectual property and anti-monopoly law as much as possible, fully respect and protect IPR, meanwhile effectively regulate the conducts of intellectual property monopoly which restricts competition, and achieve the balanced development of innovation and competition. Therefore, it is necessary and urgent to establish a developed anti-monopoly legal system regarding the abuse of IPR.

**Key words: Abuse of Intellectual Property Rights; Anti-Monopoly Law;
Regulating; Improvement**

独创性声明

本人声明所呈交的学位论文是本人在导师指导下进行的研究工作及取得的研究成果。据我所知，除了文中特别加以标注和致谢的地方外，论文中不包含其他人已经发表或撰写过的研究成果，也不包含为获得天津财经大学或其他教育机构的学位或证书而使用过的材料。与我一同工作的同志对本研究所做的任何贡献均已在论文中作了明确的说明并表示谢意。

学位论文作者签名：霍炳军 签字日期：2009年06月12日

学位论文版权使用授权书

本学位论文作者完全了解天津财经大学有关保留、使用学位论文的规定，有权保留并向国家有关部门或机构送交论文的复印件和磁盘，允许论文被查阅和借阅。本人授权天津财经大学可以将学位论文的全部或部分内容编入有关数据库进行检索，可以采用影印、缩印或扫描等复制手段保存、汇编学位论文，

(保密的学位论文在解密后适用本授权书)

学位论文作者签名：霍炳军 导师签名：马永红
签字日期：2009年06月12日 签字日期：2009年6月15日

学位论文作者毕业后去向：天津

工作单位：天津财经大学

电话：88186602

通讯地址：天津市河西区珠江道25号 邮编：300222

第1章 导论

1.1 课题研究目的、意义、国内外研究概况

1.1.1 课题研究目的

知识产权是一种通过智力成果创造出来的无体财产权，它的发展可以推动整个国民经济素质和国际竞争力的提高。相对于有形财产权，它更容易被侵害，同时权利也容易被他人予以滥用。随着经济全球化与知识经济的不断发展，知识产权已被认为是一件市场竞争的有力武器，为了谋求更多的经济利益和优势统治地位，拥有权利一方通过所谓“知识产权战略”，通过无形方式来对权利他方予以控制，从而形成垄断地位，妨碍、限制或者歪曲市场的有效竞争。

知识产权法和反垄断法的共同目的，就是促进创新，增进消费者福利。前者是通过鼓励创新来实现这一目标，后者是通过鼓励竞争来实现这一目标。我国加入WTO组织后，对于我国有关知识产权领域的指责与发难屡屡出现，给我国经济发展造成一定的影响。随着我国《反垄断法》的颁布与实施，知识产权滥用的反垄断法规制也受到广泛重视。研究知识产权滥用的反垄断法规制，并不是要阻碍知识产权权利的实施，而是要确保知识产权这一专有权的行使遵循法律所设定给它的基本宗旨。同时，通过对外国相关成熟经验地积极借鉴，结合我国自身的特点，建立一套合理的知识产权反垄断法规制制度，有效地保护我国知识产权的行使，并规范外国公司利用其知识产权在我国市场上进行的非法垄断行为，为我国知识经济健康可持续地发展做好法律上的保驾护航之作用。正是出于上述考虑，笔者拟对知识产权滥用的反垄断法规制进行研究。

1.1.2 课题研究的意义

本课题研究的法律上的意义主要体现在：美国、欧盟和日本是当今世界经济、科技和知识产权领域内的领军国家，通过对上述国家及组织关于知识产权滥用法律规范的研究，借鉴其先进的法律规制理念与体系，完善我国知识产权滥用法律规制体系，形成对知识产权滥用的配套法律规制，增强规制法律法规在实际生活中的可操作性。

本课题研究的实践上的意义主要体现在：知识产权的权利人在现实中会利用许可合同或者拒绝许可他人利用其知识产权等形式，来限制被授权人可以从事的正当行为，排挤对手，从而在市场中形成支配地位，获取垄断利益，损害被授权

人的合法利益，歪曲了市场的有效竞争，所以有必要建立起一套完整的知识产权滥用反垄断规制体系。

1.1.3 国内外研究概况

(1) 国内外有关知识产权滥用的法律规制

美国未对知识产权滥用做专门的法律规制，但其司法部和联邦贸易委员会于1995年发布的《知识产权许可的反托拉斯法指导意见》列举了执法机关追究反竞争行为的一般因素和尺度。2007年4月该司法部和联邦贸易委员会又联合发布了《反托拉斯执法与知识产权：促进创新和竞争》的报告，其目的是为了更好地了解在知识经济时代如何在知识产权保护与反托拉斯执法之间求得平衡，以保证知识产权制度和反托拉斯能达到“鼓励创新、勤勉和竞争”的共同目标。

欧盟委员会于1996年颁布的第240号条例，将涉及专利技术秘密的使用统一加以规定，分为可豁免和不可豁免。2004年4月又颁布了新的《772/2004号规章》，与美国在知识产权领域的反托拉斯法执法指南进一步融合，同时采用了“安全港规则”，进一步促进技术的研发和传播，达到竞争与技术创新的平衡，而且也使得美国和欧盟在技术创新政策和竞争政策上形式统一，有利于技术在国际范围内的传播。

日本为了协调《禁止垄断法》与知识产权法的关系，分别于1968年、1987年和1999年颁布了有关知识产权许可的反垄断法律规范。目前适用的是1999年的《专利和技术秘密许可协议中的不公正交易方法的指导方针》。《方针》采用了与欧盟《240/96号条例》相类似的“类选法”做法。其公正交易委员会于2007年9月经过广泛征求意见颁布了《知识产权利用的反垄断法指南》，它是对《禁止垄断法》第21条适用除外条款所作的理解和适用。

我国对知识产权滥用的规制没有统一的专门法律，散见于《专利法》、《合同法》、《反不正当竞争法》和《对外贸易法》中，上述法律法规从现实竞争行为、技术成果许可合同、贸易往来行业规制等角度来规制知识产权权利行使，而新颁布的《反垄断法》中也没有专章、专节对知识产权滥用规制进行相关规定，而只是从总则、垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中等角度原则性地规定了知识产权滥用限制竞争的垄断行为，这些在立法的时代性与体系性上略显不足。

(2) 国内关于知识产权滥用法律问题的相关著作与论文

随着我国加入世界贸易组织，尤以举办奥运会为契机，对知识产权的保护日

益受到重视。由于以往长期使用国外享有知识产权的相关技术，给我国经济发展造成一定制约，某些带有特殊企图的组织常常滥用知识产权权利，以打压我国经济的发展。自《反垄断法》实施后，关于知识产权滥用的反垄断法规制问题也成为关注的热点问题，相关著作、论文也呈多元化的研究方向。安徽大学法学院王先林教授对此问题有多方面的著作包括《知识产权滥用的反垄断问题研究》这是我国知识产权法与反垄断法交叉领域的第一本专著，该书在对知识产权与反垄断法做出一般分析并对知识产权领域反垄断问题进行宏观考察和探讨之后，结合反垄断法实体制度的三大支柱——禁止滥用市场支配地位制度、禁止联合限制竞争制度和控制企业结合制度分别讨论了在知识产权行使、许可和取得过程中的知识产权滥用行为。另外还著有《知识产权与反垄断法：知识产权滥用的反垄断问题研究》、《知识产权滥用及其法律规制》、《若干国家和地区对知识产权滥用的反垄断控制》等论文来探究对知识产权滥用的反垄断法规制的应然实质；中国政法大学民商经济法学院知识产权法研究所教授冯晓青的《反知识产权滥用的基础——知识产权权利限制之研究》、《知识产权法利益平衡理论》等论著从价值判断的角度来平衡知识产权的利益，防止知识产权滥用的垄断行为对经济造成不良影响，同时指导知识产权立法、司法和管理实践；北京大学法学院教授、法学博士、法学博士后刘剑文主编的《TRIPS 视野下的中国知识产权制度研究》和北京大学法学教授郑成思《WTO 知识产权协议逐条讲解》，从我国参加的组织和相关条约的角度来阐述我国知识产权实施与保护的法律效力；另外，国家知识产权局知识产权发展研究中心组织也编写了《规制知识产权的权利行使》，主要论述我国进入 WTO 后所凸现的知识产权问题，从而分析我国制约知识产权滥用的不足与差距。

（3）国外关于知识产权滥用法律问题的相关著作与论文

国外的相关著作与论文主要有美国联邦贸易委员会主席 Pitofsky, Robert 所著的《Antitrust and Intellectual Property: unresolved issues at the Heart of the New Economy》；W. R. Cornishi 的《Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights》；Clay Shirky 的《The Abuse of Intellectual Property Law》；Tom Wukard K and Joshua A Newberg 所著的《Antitrust and Intellectual Property: From Separate Spheres to Unified Field》和日本著名知识产权家富田彻男的《市场竞争中的知识产权》，上述学者从不同的角度对知识产权的保护、权利滥用的法律规制等作出了相关论

述。

综上所述关于知识产权滥用反垄断法规制的论著，角度不同，但根本目的都在于确保合法的知识产权不被滥用，确保知识产权领域的正常竞争不被非法限制，从而从反垄断法的角度保证有关主体的权利义务的平衡，兼顾对创新的刺激和对竞争的维护，并最终统一于保护消费者的合法权益，促进社会经济发展。笔者通过多学科理论的运用，综合性地分析在我国建立知识产权滥用的反垄断法规制的学理依据，结合哲学方法、实证分析方法、归纳分析方法于一体，在国外相关经验的基础上，诠释知识产权滥用的反垄断法规制重要性，设想建立一套合理的知识产权反垄断法规制制度，有效地保护我国知识产权的行使，并规范外国公司利用其知识产权在我国市场上进行的非法垄断行为。

1.2 课题的研究内容

第一部分从知识产权行为向垄断行为转化分析，进而从法学理论的基础性因素入手，阐述知识产权滥用的概念，以在整体上对知识产权滥用予以把握；在分析知识产权滥用表现时，学术界通常从反垄断法规制类型不同的角度来列举式进行分析阐述，笔者用横向竞争利益、纵向交易利益及伪自我权利保护的角度来归纳分析其表现，从而在结构上做出具有新颖性的分析。

第二部分从经济学、社会学、法哲学及人性学等多学科理论角度对知识产权滥用的反垄断法规制进行学理依据分析，进而以哲学的矛盾统一性理论，归纳分析出知识产权法与反垄断法在规制知识产权滥用中的重要性及利益平衡的协调性，进而得出用反垄断法来对知识产权滥用行为进行规制，才能促进市场竞争，使得经济秩序得到良性发展的结论。

第三部分通过实证与归纳分析相结合的方法，以不同因素为切入点，对国外在反垄断法框架下规制知识产权滥用行为进行个别概要性分析，进而在此基础上从异同角度归纳出国外知识产权滥用的反垄断法规制的经验。

第四部分以完善作为中心思想，通过对现有法律规范的阐释，寻找我国知识产权滥用的反垄断法规制的不足之处，以“求”字为中心，通过汉语组词的方法，从六方面提出对于完善我国知识产权滥用的反垄断法规制的想法，既充分尊重和
保护知识产权，又切实对限制竞争的知识产权垄断行为进行规制，力求创新与竞争的平衡发展，从而形成我国在知识产权等相关领域的竞争文化。

最后，通过对知识产权滥用的反垄断法规制的法律与实践意义的概述，得出

在我国建立一套完善的有关知识产权滥用的反垄断法律体系是必要而且迫切的结论。

1.3 课题采用的研究方法与创新之处

1.3.1 课题的研究方法

文章在总结、吸收国内外知识产权滥用的反垄断法规制的理论研究成果与实践经验的基础上，采用了以下研究方法：

(1) 多学科结合分析方法

将经济法学、社会学、法哲学、人性学等学科理论运用到知识产权滥用的反垄断法规制学理研究中，拓宽研究视野，探讨出在反垄断法视野下规制知识产权滥用，不是意图将知识产权专有性削弱，而是更好的从个人利益与社会公共利益两方面，保护知识产权权利的运用，最终促进我国知识经济的健康、快速、和谐的发展。同时，对于文章中相关问题的阐述，多学科结合分析的方法也多次运用。

(2) 实证与归纳分析方法

实证分析方法通过对各国反垄断法框架下对知识产权滥用行业的规制，在广泛考察各国知识产权滥用的反垄断法规制司法体系后，从个别现象推及一般原理，以归纳分析方法推导出法律规制上的异同点，进而为我国知识产权滥用的反垄断规制框架的完善得出必要的启示。

1.3.2 课题的创新之处

(1) 在对知识产权滥用的反垄断法规制学理探讨中，首次将人性学方法引入，通过人性欲望的角度分析产生知识产权滥用的潜意识性，由此得出对知识产权滥用行为进行反垄断法规制正是人性学中自我利益调节体现的结论。

(2) 结构上的创新性。文章在对知识产权滥用的表现进行分析时，并未采用以往逐条列举的方法，而是将其划分为横向、纵向与伪自我权利保护三个角度进行归类，并以价格、协议、合并、许可、瓶颈等要素进行细化性分析，从而在结构上具有新颖性。

(3) 形式上的创新性。在对我国知识产权滥用的反垄断法规制机制完善的分析中，以“求”字为中心，通过汉语组词的方法，从六方面提出对于完善我国知识产权滥用的反垄断法规制的想法，既充分尊重和保护知识产权，又切实对限制竞争的知识产权垄断行为进行规制，力求创新与竞争的平衡发展，从而形成我国在知识产权等相关领域的竞争文化。

第2章 知识产权滥用一般分析

知识产权起源于欧洲,我国自1986年《中华人民共和国民法通则》颁布后,开始正式采用“知识产权”的称谓,其涵义为公民或法人等主体依据法律的规定,对其从事智力创作或创新活动所产生的知识产品所享有的专有权利。知识产品是与物质产品相对应存在的客体范畴,是人类在改造自然和社会的实践中为了满足社会的需要,通过付出脑力劳动,依靠知识、智力等要素进行创造性活动的成果,并以一定形式表现出来的一种自然科学、社会科学的成就^①。日本学者将之描述为:“知识产权是为了不让竞争对手销售自己的产品或商品而拥有的一种垄断顾客的权利。”^②

2.1 知识产权行为向垄断行为转化分析

法律赋予权利主体多种权利,但不是每一种权利都会受到反垄断法的“特别”关照或规制。然而知识产权却应受到反垄断法的规制,其根本原因在于知识产权的一个特性——专有性。正是由于它的存在,才产生了知识产权和反垄断法的“恩怨”。

2.1.1 知识产权专有性的概念分析

知识产权专有性又称为知识产权的独占性、排他性。知识产权的专有性包括两层含义:(1)知识产权具有排他性,在权利的有效期内,未经知识产权所有者的许可,在规定的地域内,任何人不得利用此项权利。(2)对于一项智力成果,国家所授予的某一类型知识产权应是唯一的,不能再对同一智力成果授予他人同一类型的知识产权。

2.1.2 知识产权专有性的价值分析

从法律价值角度看,知识产权的专有性体现为法律价值上的私权性,知识产权是一种无体财产权,属于民事权利的范畴,需要法律予以保护,通过赋予知识产品创造者的私权使其利益得到必要保障,从而使知识产权权利人获得激励和鼓舞,促进知识创造和创新,以增进社会福利的最大化,体现了知识产权权利人的个人利益和社会公共利益在根本上的一致。

从经济学价值角度看,知识产权具有财产性,它是知识产权人对智力成果和

^①李扬等著.《知识产权基础理论和前沿问题》[M],2004年第1版,法律出版社:90

^②[日]富田彻男.《市场竞争中的知识产权》[M],廖正衡、金路、张明国、徐书绅译,北京,2000年12月第1版,商务印书馆:13

相关技术相结合的创造性产物。由于其产生需要长时期的探索、连续性的劳动、高成本的支出来开发完成，是市场竞争“博弈”的结果，具有不确定性与风险性，可以实现知识产权人预期的市场份额，实现财产价值，赋予知识产权合理性的垄断符合作为经济运行支撑的劳动创造价值的理论基础。

从社会价值角度看，奥地利经济学家熊彼特认为，创新并非是技术发明本身而是其首次商业化运用，随后还有一个创新者私人利益向社会利益转化的技术扩散过程^①，每一项知识产权产品的诞生就表明社会财富价值的新高度，这种新价值是通过艰辛的脑力劳动、巨大的物力投入和成败的高风险而实现的社会高科技技术的开发，新知识产权技术的开发成功会增进人类技术知识和信息的公共储存，带来巨大的社会价值利益。但知识产权具有无形性特点，致使其存在易传播、易窃取、他人无偿利用的特点，如果不给予知识产权人合理的专有权，势必阻碍知识的创造者继续智力创造的积极性，最终会阻碍科技进步、经济水平提高、社会整体价值的增加。

2.1.3 知识产权专有性向垄断行为转化分析

(1) 知识产权专有性与垄断行为关系分析

知识产权专有性是一种不考虑相关市场的独占；也是不考虑是否会确实带来限制竞争后果的独占；更是即使一方面可能限制竞争同时另一方面却也会促进竞争而未作权衡的独占，它只是一种事实判断。由于知识产权专有性的特点，往往能够促使知识产权人处于垄断状态并促成知识产权人在相关市场上形成市场支配地位，并利用法律对知识产权的保护来维持其支配地位，进而滥用支配地位。如此一来使得权利主体对知识产权的享有和行使方式有可能受到反垄断法的限制和规制。

(2) 知识产权的行为向垄断行为转化的推动因素

① 知识产权客体自身特点对专有性的影响

知识产权的专有性直接来自于法律的规定或国家的授予，这是知识产权人利用知识产品的法律前提。专有的重心来自于对知识产品利用的控制。由于知识产权的无形性，对知识产权的客体——知识产品的利用需要借助于知识产权法律明确界定知识产权人行使权利的特定范围，这种行使权利的特定范围就是知识产权的“专有领域”。正是由于知识产权权利主体能获得法定垄断利益，才使知识产

^①[美]约瑟夫·熊彼特.《经济发展理论》[M],商务印书馆,1990年版:73

权制度具有激励功能,促使人们不断开发和创造新的智力成果,推动技术的进步和社会的发展。正因为如此,知识产权专有性促成行使知识产权的行为向垄断行为的转变。

②知识经济时代对专有性的影响

步入知识经济时代,以高科技技术为代表的知识密集型产业逐步取代粗放型的劳动密集型产业成为经济的主导产业和创造社会财富的主要形式。无形知识创新能力在要素组合中起决定性作用,知识作为生产函数的内生变量服务于其他变量、优化其它变量,从而使生产函数整体目标最优,由此增大了知识产权发挥作用的空間,也就带动了专有性作用的扩张,最终会导致向垄断行为转化。

③法律保护范围的扩大

对于知识产权保护的范围经历了有小到大的发展过程,现在保护的範圍已经达到了历史的最高点。随着新技术、新知识的快速发展,知识产权的新类别相继出现,现代知识产权的保护范围已从传统的专利、商标、版权扩展到包括计算机软件、集成电路、植物品种、商业秘密、生物技术等在内的多元对象。这些多元因素,使得拥有该知识产权的权利人,为了获得更多的利益,违反诚实信用原则,把知识产权作为垄断手段以限制竞争,损害社会公共利益,同样是促成知识产权专有性向垄断转化的因素。

综上所述,知识产权创制了“市场力”,限制了新的知识被尽量广泛使用,限制了自然竞争,抬高了价格并阻止了新思想的完全利用。知识产权这种垄断权利也经常用于强化已经获得的强力地位。在某种程度上,知识产权的专有性使个人主义目标的这种形式变得更自然。由此产生了知识产权行为向垄断行为转化的问题,由此使得知识产权权利行使上增加了政治、道德和经济方面的复杂问题。

2.2 知识产权滥用一般理论分析

2.2.1 知识产权滥用的内涵

美国学者埃尔曼曾经指出:“大多数法律制度都在试图对不受约束的个人主义表现加以控制,控制的方式是通过立法判决或立法发展出一种广泛而略雅致地称作‘权利滥用’的概念,这种概念认为一项权利即使是被合理取得,也不能够用来满足与其原始目的相悖的目的。”^①知识产权是法律赋予的一种专有控制知识产品的权利,而知识产权权利人往往把这种获得权上的保护制度过度使用到行使

^①[美]埃尔曼著.《比较法律文化》[M],贺卫方、高鸿钧译,三联书店,1990年版:76

权利的过程中,造成权利的滥用,使得知识资源正常的流动和传播受到一定的约束,同时有损于他人的利益和社会公共行为。

王先林教授对知识产权滥用的界定已得到普遍公认,即:知识产权滥用,是相对于知识产权的正当行使而言的,它是指知识产权的权利人在行使其权利时超出了法律所允许的范围或者正当的界限,导致对该权利的不正当利用,损害他人利益和社会公共利益的情形^①。

鉴于知识产权滥用的含义,我们可以从法律行为构成要素角度来对其内涵加以分析:

(1) 有依法取得的知识产权存在,这是知识产权滥用行使的前提。现实中存在各种权利,构成知识产权滥用资格的权利,正是被知识产权法所依法确认的权利,否则应被视为其他民事权利滥用。

(2) 从主体角度看,行使该行为的是法律赋予其合法权利且依法可以行使权利,并且可以许可他人一定范围内行使该权利的人。

(3) 从客体角度看,知识产权滥用行为损害了社会的、国家的、集体的或其他公民合法的自由和权利。这是界定知识产权滥用行为的客观评价标准。

(4) 从主观方面看,知识产权权利人有故意行为存在,这是界定知识产权滥用社会危害性的评价标准。这种故意既有积极作为行为,如一揽子许可行为,也有消极不作为行为,如拒绝许可,从而损害他人和社会公共利益。

(5) 从客观方面看,权利人在行使其权利时超出了法律所允许的范围或者正当的界限,这是确认知识产权滥用的关键。

2.2.2 知识产权滥用的形成因素

唯物辩证法指出事物变化发展是内因和外因共同起作用的结果;内因是事物变化发展的根据;外因是事物变化发展的条件;外因通过内因起作用。知识产权权利人滥用权利行为,正是这两种因素相互影响成为其形成的作用机理。

(1) 专有性因素的影响

知识产权的专有性是知识产权滥用的内因这一点毋庸置疑,知识产权专有性是促成知识产权滥用行为的形成,并最终向垄断行为转变的重要因素。知识产权自身有着自我强化的机制,W·马兰·阿瑟把保罗·大卫所提出的“路径依赖”

^①王先林,《知识产权与反垄断法——知识产权滥用的反垄断问题研究》[M],法律出版社,2001年:92

理论^①引入到知识产权领域，先发展起来的技术通常可以凭借先占的优势，利用规模巨大促成单位成本降低、普遍流行导致学习效应提高、行为者采取相同技术产生协调效应、促使人们相信它会进一步流行，实现自我增强的良性循环，从而在竞争中战胜自己的对手。知识产权权利人为了维护自己这种经济上优势地位，对于在其后更优良的技术采取种种限制行为，形成知识产权的滥用，使更新技术不能获得足够追随者而陷入困境，造成恶性循环的被动状态。

当今世界已不再是纯人力经济时代，高新技术产业正在引领世界经济发展的潮流，知识创新已成为具有支配地位的生产变量，使得知识产权权利发挥的空间大大提升，为了在日益激烈的市场利益博弈中独领风骚，知识产权权利人会不由自主地扩张自己的权利，促使知识产权无形之中被滥用。

（2）标准化因素的影响

通过制定、发布和实施标准，进而达到统一是标准化的实质；获得最佳秩序和社会效益是标准化的目的；标准化给社会带来了诸多的积极效果。创新性的技术总是引领技术标准的不断提升，随着知识产权人自我保护意识的不断增强，该领域出现了技术标准化、标准专利化、专利垄断化的态势，标准化中蕴含着知识产权内容，该知识产权的专有性借助于标准的普遍适用性以及标准在一定意义上的必须采用性，增强了权利主体因该知识产权对相关市场支配能力的主动性，在这种个别性的技术标准被普遍化后，该技术标准的创造者在日后的利益博弈中就会占据主导者地位，标准与专利结合在一起时权利人就会不适当地滥用其依法享有的权利，目的在于限制市场竞争，获得并维护市场垄断地位。

（3）功能价值因素的影响

符号不是静态的标记，它可以通过人们有意识的组合活动而被赋予新的意义。一项新的知识产权的诞生，正是这种意义的体现。知识产权作为一项创造性智力成果总是包含了不同程度的独特性、不可替代性，“知识产权首先是国家激励发明创造，鼓励创新产品传播的工具，同时也是鼓励文化本身发展，为社会整体利益维护科学、文学和艺术产品完整性的工具。”^②这种知识产权的功能价值，使得其与社会利益关联度变大，权利之中孕育诚信、公共利益等重要因素，权利

^①路径依赖问题首先由保罗·大卫在1985年提出，尔后W·马兰·阿瑟在此基础上进一步发展，形成了技术演进中的路径依赖的系统思想。所谓路径依赖又译为路径依赖性，它的特定含义是指人类社会中的技术演进或制度变迁均有类似于物理学中的惯性，即一旦进入某一路径（无论是“好”还是“坏”）就可能对这种路径产生依赖。

^②摘选自联合国经社理事会经济、社会和文化权利委员会《一般性评论第17号（2005）》

的行使方式也直接影响权利的社会目的,增大了知识产权的权利人滥用权利的几率。

2.2.3 知识产权滥用的表现形式

知识产权日益成为知识经济时代最重要的产权。知识产权人依仗其法律所赋予的专有性地位,利用合法形式掩盖非法目的,超越法度滥用知识产权权利。目前,学术界通常采用从反垄断法规制类型不同的角度来对知识产权滥用行为予以分类,其优点在于完全从反垄断法自身出发,针对具体行为分门别类予以划分,充分体现了反垄断法在控制知识产权滥用行为中所具有的必要性,弥补了从知识产权法角度和从权利人行使权利角度分类所产生的不同。本文在探讨知识产权滥用行为表现时从横向竞争利益、纵向交易利益、伪自我权利保护角度三个角度来对知识产权滥用行为进行分析。

(1) 横向竞争利益角度

知识产权被认为是具有私权性质的权利,其拥有者可以通过其获得一定的经济利益。知识产权权利人对权利授予人可以利用制定协议的方式,使自身具有市场支配地位;通过价格因素、企业合并因素等方式滥用知识产权权利限制竞争,以达到控制同类知识产权权利的状态,从而获得最大的利益、影响竞争秩序。

①横向价格表现:价格是利益的驱动器,知识产权权利人可以通过横向的价格因素来排挤竞争对手。掠夺性定价就是权利人滥用知识产权权利所使用的价格手段,指具有市场支配地位的企业为排挤竞争对手或独占市场,凭借其优势,以明显低于成本的价格销售商品,扰乱正常的竞争秩序,损害公共利益的行为。通过这种手段,知识产权权利人以一时之痛,换来的是其日后的独自优势地位,使市场缺乏竞争的存在,最终获得独占利益,损害社会公平利益。

②横向协议表现:生产或者销售过程处于同一阶段的行为人之间拟定限制竞争协议,以操纵价格、划分市场、限制进入等方式,变向取消竞争行为,使固定的市场服务于固定的知识产权权利人,这种知识产权滥用行为,影响了技术创新的动力性,使得社会技术不能快速提升,损害社会整体价值的提升。

③横向合并表现:在企业结合的形式中,合并是最重要的形式,而横向合并又是最典型的表现形式。横向合并可以导致多种因素的出现,诸如:市场集中度、市场份额、市场进入障碍、经济效率、对消费者利益影响等等。处于相同位阶的企业在知识产权领域合并中,如果滥用其知识产权权利,参与合并的一方或各方

拥有某项知识产权独占性许可证的情况下或拥有关键的知识产权的企业之间的合并，会给同类企业进入同一市场制造障碍，使得合并后的企业具有市场支配地位，从而影响市场竞争秩序。

④横向许可表现：拒绝许可是知识产权权利人滥用横向许可表现中最常出现的一种，即知识产权人利用自己对知识产权所拥有的专有权，拒绝授予其竞争对手合理使用许可，从而排除他人的竞争，巩固和加强自己垄断地位的行为^①。知识产权人滥用知识产权权利行为的目的是排除附属市场的所有竞争来为自己保留该市场。

⑤横向瓶颈表现：具有知识产权市场支配地位的主体，通过自身能动性不适当的扩大权利范围，一方面通过利用其所掌握的知识产权技术等瓶颈式市场因素来扼制其他同业竞争者的行为；另一方面，借助技术专利化、专利标准化，瓶颈式的给竞争对手设置了一道技术壁垒，人为地增加了对手进入市场的成本，以达到维护自身市场利益的目的。

（2）纵向交易利益角度

①纵向价格表现：知识产权人不单纯限于自身使用知识产权产品，还可以将其授予他人予以利用，从而通过这种无形资产获得更高的利润收益。在这种情况下，作为技术供方的权利人就有机会滥用其权利，操纵价格因素达到谋取利益的企图。通常采用价格歧视、维持转售价格等方法。前者是指拥有市场支配地位的供方就同一种标的物不适当地要求不同的受方支付不同价款的行为，其之所以可以滥用此权利是鉴于知识产权的独占性与不可替代性所造成的；后者则表现为知识产权人将含有知识产权的商品转售后，仍然限制购买人转售该商品价格的行为，该行为表现了知识产权权利人滥用权利将具体交易中具有相对性的权利加以延伸的行为，从而对价格予以控制，扰乱市场秩序。

②纵向协议表现：纵向知识产权协议对于市场竞争、市场效率和消费者福利有着多方面的影响，往往呈叠加和交错状态，可以推动价格卡特尔的实现。纵向知识协议可以使得知识产权权利让与时采用较低的价格，而对于其所制造的产品高价销售，阻碍价格竞争行为，损害消费者的合法利益，而无论是知识产权权利供方或受方，都能通过这种知识产权权利滥用行为维护高额的利益，对社会的发展产生不利的后果。

^①王先林.《知识产权与反垄断法》[M], 法律出版社, 2001年版: 224

③纵向合并表现：纵向合并是指生产的产品或提供的服务具有内在联系的企业间的合并，亦称垂直式合并。其初衷在于将市场行为内部化，即通过纵向合并将不同企业的交易化为同一企业内部或同一企业集团内部的交易，从而减少价格资料收集、签约、收取货款、广告等方面的支出并降低生产协调成本。然而，合并行为涉及到知识产权权利时，会阻碍其他同类权利人进入该领域，使知识产权创新的竞争性降低甚至消失，使消费者的利益受到损害，影响社会整体的技术进步。

④纵向许可表现：限制独占返授，即供方要求受方在许可技术上所进行的任何改进和创新所形成的知识产权都必须且只能许可给供方，这种知识产权人滥用权利会打击受方创新的积极性，阻碍了技术的进步与发展。

搭售行为，即知识产权权利人要求受方在被许可使用其某种知识产权权利的同时，必须接受那些受方并不需要的技术，从而抢占市场份额，巩固其知识产权优势地位，继续开发下游产品，限制消费者的选择权，阻挡其他竞争者的加入，其目的在于延伸其市场的占有优势，确保自身利益的最大化。

知识产权权利人还会在签订许可协议时单方面增加不竞争条款，即供方要求受方不得购买或使用与受让技术相竞争的技术或技术产品。这种条款明显超出知识产权权利人的权利范围，更进一步来说，会阻碍受方采用更为先进的技术，从而限制了新技术发挥市场竞争能动性的价值，不利于社会整体技术水平的提升。

⑤纵向瓶颈表现：地区、渠道、使用领域、出口等是知识产权权利人在纵向角度滥用权利所通常考虑使用的因素。地区限制是知识产权人固有的权利，但知识产权权利人往往采取伪自我保护方式，将其权利范围延伸到那些其权利不受知识产权保护范围的领域，给受方加上不合理范围的负担，从而损害受方的利益；知识产权是一种独自生效的权利，知识产权的受方可以根据自己的实际情况，对权利以外的产品、设备及原材料等自由购买，但知识产权人滥用其权利限制受方的这些权利，也是纵向权利滥用的表现；供方滥用知识产权权利还会涉及到受方的内部自主行为，包括强制给受方使用其转让的知识产权所制造的产品定价、强求受方将产品授予供方指定的人专卖，限定出口地区、知识产权转让协议期满仍施加种种限制等行为，损害受方的合法利益。

（3）伪自我权利保护角度

知识产权权利人故意声称自己的知识产权遭到了侵犯以弱者身份利用司法

程序进行自我保护，实际上妨碍竞争对手的正当商业行动；或者假借自己知识产权被他人侵犯提出侵权诉讼，以抵毁竞争对手的商业名誉，从而排挤掉同类竞争对手，损害知识产权的法的社会价值利益。

知识产权人还通过超前知识产权保护行为，在实施知识产权前以宽泛的权利内容描述来申请保护，而实际上能会实施的只是其中极少的一部分知识产权权利，其目的是限制竞争对手技术创新空间，阻碍竞争对手技术创新速度，破坏社会技术创新体系和知识产权战略发展，以期达到自我扩张利益的保护，超出法律所赋予其知识产权权利专有性的范围。

上述知识产权人的自我权利保护，实际上是借合法权利保护之名，施知识产权权利滥用之时，为谋取自我利益，限制竞争对手实施知识产权行为，阻碍科技进步、经济水平提高、社会整体价值的增加。

第3章 知识产权滥用的反垄断法规制一般原理

3.1 知识产权滥用的负面效应与反垄断法规制的现实需要

3.1.1 知识产权滥用的负面效应

任何垄断行为的形成其背后目的都是体现利益的博弈,其带来的后果则是限制或取消竞争,最终损害的是社会整体利益,给社会发展带来消极的影响。

(1) 利益平衡机制带来危机

满足社会对知识产品生产的需求和社会公众对知识产品使用和传播的需求之间的平衡,是法律对知识产权利益结构平衡保护的目。利益的获得会提高权利人创造的积极性,社会利益也会随之增加。当今,世界各国对知识产权保护的高标准及注重保护权利人的复合因素,致使权利人以此为据,使社会公众在使用知识产权时受到了过多的限制,剥夺了被授权人和消费者的选择权以及开发同类技术企业的自由竞争权,使得他们丧失了可期待的自由竞争所能带来的利益,影响了利益平衡机制。

(2) 市场竞争秩序造成冲击

竞争是社会发展的动力源泉,同时竞争也是社会平稳有序发展的重要保障。完全竞争的市场可以促使微观经济运行保持高速度、促进生产效率的提高、增进社会利益、提高资源的配置效率,有利于消费者及消费需求满足的最大化。现代经济的增长越来越依赖于知识含量的增加,知识在现代社会价值创造中的功效已远远高于人、财、物等传统生产要素,成为所有创造价值要素中最基本的要素。知识产权已经成为新时代市场竞争有力的武器,知识产权人滥用其权利不适当限制其他竞争者对技术的创新与改进,对于知识经济的发展前景来说具有极大的危害性,同时对正常的市场竞争秩序造成冲击。

(3) 法的社会价值无情亵渎

权利与秩序、安全、公平、正义等法的社会价值共同构成了人类生存和发展所必须具备的基础。知识产权受到保护,并赋予其一定合理专有性,目的就在于安全、公平、正义,维护新技术在市场开发、提高社会价值性中所不可缺少的作用。知识产权权利人出于自身的谋利益性,会扩张自身权利,超出法律应允之范围,产生了对社会秩序、社会安全、人们自由、公平正义的破坏的风险,此时权

利与法的社会价值出现了不一致，引发冲突，导致对法的社会价值的破坏，使得其价值性难以实现。

(4) 人类自由信念受到威胁

黄亚钧教授所著的《知识经济论》指出，随着知识经济的到来，知识成为生产力要素中最重要的组成部分，拥有先进知识的国家将成为国际分工体系中的“大脑”，而知识落后或缺乏知识的国家就成为这个分工体系中的“手脚”。而今，世界仍然是多级化的体系，发达国家和发展中国家对知识产权保护力度上存在着巨大的差距，在知识产权的垄断利益与社会公共公平利益上，发达国家将平衡点偏向于垄断利益一方，因其更有利于实现国家利益；同时，发达国家凭借其在经济与技术上的优势，实施贸易壁垒，并以知识产权为明，频频向发展中国家发难，干涉他国立法、执法等国家主权行为的实施，从而使人类对自由的信念受到威胁。

3.1.2 知识产权滥用的反垄断法规制现实需要

(1) 消费者与企业发展的需要

从理论上我们可以看出知识产权滥用对社会经济生活有着巨大的危害，其实这种行为在现实中小到对消费者生活，大到对国家经济秩序，影响无处不在。2008年10月微软公司为了保护其知识产权推出了盗版认证计划，对于盗版软件将实行每小时黑屏一次，并发出“您可能是盗版软件的受害者”等信息。虽然此举是知识产权权利人的自我保护，但其明显超出了合法范围，造成知识产权的滥用，损害了消费者的福利，依法对其进行规制是十分必要的。

知识产权滥用行为损害消费者权益只是现实规制必要性的一方面。伴随经济全球化的日益加深，知识产权已成为国际经济贸易的重要组成部分，一些发达国家以保护知识产权为借口，滥用知识产权权利，与发展中国家经常发生贸易冲突，产生严重分歧，知识产权策略已被国家用来作为推进其自身经济利益的工具，自我国加入WTO组织后，传统的关税壁垒和非关税壁垒逐步淡化，技术壁垒的力量日益凸显。国外知识产权权利人常常以保护知识产权权利为名，频繁在知识产权领域超出正当行使界限滥用权利，意图从我国与之竞争的市场中多分一杯羹，通过提高知识产权使用费用，削弱中国企业的成本优势，保卫自己的原有市场，以伪知识产权自我保护名义，损害中国企业的信誉，降低中国产品的可信度，最终将我国企业排挤出市场。由此，知识产权滥用的反垄断法规制可以保护我国企业的合法权益，同时也有利于国际技术贸易的发展，确保知识产权领域的正常竞争

不被非法限制，保障知识产权的创新与发展，为企业的快速发展所必需。

(2) 公共利益与技术发展的需要

知识产权权利的行使与保护，目的在于促进技术的革新、转让与传播，以有利于社会及经济福利的方式去促进技术知识的生产者与使用者互利，并促进权利与义务的平衡。知识产权滥用情况严重阻碍了科学技术的创新，如不对其加以反垄断法规制，就无法发挥知识产权制度设计之初的目的。

知识产权制度在赋予权利人对其智力成果享有专有权的同时，也涉及到了公众的利益，赋予公众一定的合理使用权是各国法律共同的做法，但这种制度尚不能够制止知识产权所有人滥用知识产权，制定限制知识产权滥用的反垄断法律制度就显得尤为必要，从而有利于保护社会公共利益，协调知识产权权利人与社会公共利益的平衡。

3.2 知识产权滥用的反垄断法规制必要性

3.2.1 知识产权法规制知识产权滥用的局限性

知识产权法作为民法的特别法，其私法性质决定其在规制知识产权滥用方面存在个体的局限性。私法是以鼓励竞争为导向的，发挥作用的前提和基础都是建立在主体平等与自由的假定之下，其具有的“所有权绝对”和“意思自治”原则，强化了知识产权权利人对个人利益的谋求，在“物竞天择，适者生存”法则的作用下，导致产生优胜劣汰的效果，使得社会资源向优势主体集中，最终可能造成垄断局面的出现。知识产权权利人滥用其权利正是基于这种思想，是私法发展过程中异化的结果，是遵循私法规则所必然导致的后果，故在知识产权法范围内规制知识产权滥用是十分困难的。

知识产权法的基本任务是确认和保护知识产权权利人的合法专有权，间接立法目的是基于私法自治的理念来对社会利益进行维护，虽然当今有知识产权法公法化的趋向，但从根本性质来看，仍然反对国家公权力直接干预私人的经济生活，所以其调整范围只存在于微观层面，而无法从社会的全局性角度来进行调节，无力排除垄断和限制竞争的市场障碍。

知识产权从另一角度可以说是一种张扬性权利，伴随科学技术的不断创新与应用，知识经济全球化快速发展，使得知识产权地域性受到冲击，其保护客体范围亦不断拓宽。由此，传统的知识产权权利限制体系受到了相当大的影响，权利限制手段发展也极为缓慢，知识产权法很难担当起利益平衡机制的重任，对于知

知识产权滥用的规制也很难起到根本性的作用。

综观上述分析，为了能够对知识产权滥用进行有效的规制，我们必须跳出传统的私法框架，以更宽广的视角来审视知识产权滥用的法律规制问题。

3.2.2 反垄断法规制知识产权滥用的必要性

反垄断法规制知识产权的基点在于知识产权专有性权利的滥用，将知识产权纳入到反垄断法的调控之下，主要是体现了反垄断法通过维护有效竞争使得社会个体的知识产权行使行为不致破坏社会整体利益。

(1) 维护良性竞争之所在

知识产权权利人为追求更多的利益，会将合法的专有权非法扩张，这种知识产权合法垄断的非法外溢性，表现在现实中就是滥用知识产权的权利，权利人利用自己知识产权权利的优势地位，最终会走向垄断地位，妨碍市场上的自由竞争。反垄断法的落脚点就在于对竞争秩序的维护，对于知识产权滥用的规制也着力于对自由竞争的保障，知识产权权利地行使只要实质性地限制了竞争，就要受到反垄断法的规制，这一角度摆脱了从权利本身来判断知识产权行使违反竞争的局限性，即保护了知识产权权利人的合法专有权，同时又切实使社会公众利益得到保护，使得反垄断法在规制知识产权滥用行为时有其施展的空间。

(2) 着眼社会本位之所在

如前文所述，知识产权法的私权性决定了其需以个人本位来规制知识产权行为。然而，社会非一人之社会，是由公众的整体利益所构成，这就需要有公权力来进行掌控，从而维护社会的整体效率与公平性。反垄断法对限制竞争的知识产权滥用采取以国家干预为主导的方式，立足于社会整体利益，对不法行为的惩罚，不单纯出于对个人利益的维护，而是从更深层次的目的来维护公平竞争的市场秩序，这种方式来规制知识产权滥用具有更大的主动性、权威性和强制力，弥补了知识产权法只从微观层面来规制的不足。

(3) 实现经济政策之所在

相对于其他部门法来说，作为经济法组成部分的反垄断法具有较强的政策性，这是知识产权法所不具备的。反垄断法在规制知识产权滥用行为时，会从国家的经济政策角度出发，通过具有针对性和适应性的法律规范，灵活地制裁知识产权滥用行为，从而保护社会整体利益的平衡性，保护知识经济的健康良性发展。

综上所述，知识产权法对知识产权的限制主要体现在公序良俗等基本原则运

行的约束,具有较强的原则性和指导性,但对于知识产权滥用行为规制上却缺乏可操作性。反垄断法被誉为“经济宪法”,在排除限制竞争效果及保障消费者利益上具有较强的作用,知识产权滥用这种妨碍社会经济竞争秩序的行为受到反垄断法规制已成为一种必然,通过维护有效竞争使得社会个体的知识产权行使行为不致破坏社会整体利益和实质公平,这种更高层次的解决知识产权滥用的法律规制就显得十分必要。

3.3 知识产权滥用的反垄断法规制的学理依据

法律创造自由竞争、公平竞争的市场环境,从而保证市场中的每一个主体都有可能通过自己的努力取得成功。法律必须保证社会财富的公平分配,主要是保证社会弱势群体在优胜劣汰的市场机制下仍然能够公平地享受自己的权益。故,对于知识产权滥用进行反垄断法规制是保护市场竞争机制所必须的。

3.3.1 知识产权滥用的反垄断法规制经济法学依据

社会公共利益是知识产权滥用的反垄断法规制的经济法学根源。经济法的立法目的是为了克服市场失灵和维护社会公共利益的需要而存在的,对社会公共利益的保护与追求,构成了经济法的法本位思想。经济法所追求的社会公共利益,并不是一般而言的经济成果最大化,而是将宏观经济成果、长远经济利益以及社会福利、人文和自然环境、人的自由和自身价值等诸多因素的优化和发展及微观经济成果的优化和发展相统一的社会公共利益。为了保护社会公共利益,必然要求选择最优的资源配置手段,并力求最优的配置效果。知识产权滥用实际上是对这种资源最优配置的一种损害性行为,权利人为满足个人利益的最大化,通过排挤、阻碍、滥用自我权利保护等形式,对他人合法使用知识产权行为横加干涉,严重影响了经济法本位观之和谐、竞争观之和谐、分配观之和谐、发展观之和谐以及形式观之和谐。经济法这种社会公共利益涉及公平、自由竞争的秩序、消费者保护和经济宏观运行环境或秩序等内容,它是通过公平而非功利的不平等所实现。因此,在经济生活中,知识产权权利的行使事关整个社会公众的利益,如果不对知识产权滥用加以限制,将会阻碍科技的进步和社会的发展,浪费大量的社会资源,从根本上违反经济法对社会公共利益的保护与追求。因此,对知识产权滥用的反垄断法规制是实现经济法学的法本位思想所必需的。

3.3.2 知识产权滥用的反垄断法规制经济学依据

私人性和社会性并存是知识产权滥用的反垄断法规制的经济学根源。“没有

合法的垄断就不会有足够的信息产生出来,但是有了合法的垄断又不会有太多的信息被使用”^①。知识产权滥用的规制源于市场经济自身的内在矛盾性,现代市场经济既要求经济上的自由交易和竞争,又要求秩序和机会均等,并以此为前提和目的;既追求效率和效益,又要求考虑社会公平和公正,并以此为经济活动的合法界限;既强调规模经济,又要求民主公开的市场气氛^②。对知识产权滥用的反垄断法规制是提高市场资源配置效率,维护合理市场结构,防止市场力量过度集中,营造和谐社会竞争发展秩序所必须的。

3.3.3 知识产权滥用的反垄断法规制社会学依据

利益平衡是知识产权滥用的反垄断法规制的社会学根源。利益是社会学的核心范畴,法律规范人的行为主要通过平衡人与人之间的利益关系。知识产权保护与权利行使的目的在于促进技术的革新、技术的转让和传播,以有利于社会经济和福利的方式去促进技术知识的传播;生产者、使用者互利,促进权利与义务平衡。知识产权是一种具有很强的公共利益性质的私权,知识产权人滥用其权利势必会造成社会政治、经济、文化等多方面的利益,美国学者在考察该国《宪法》修正案时曾经说过:私人权利,尽管它们是用一些表面上绝对性的术语来表达的,但也可能服从人民所代表的公共利益,至少要服从于那些非服从不可的公共利益^③。对知识产权滥用的反垄断法规制正是要达到利益各方在质方面的相互统一性和量方面的相互适应性,从而实现公平与效率的利益平衡。

3.3.4 知识产权滥用的反垄断法规制法理学依据

私法公法化趋势、“禁止权利滥用”是知识产权滥用的反垄断法规制的法理学根源。罗马法学家乌尔比安提出了公法与私法的概念,其目的是要维护国家的稳定、为个人利益确定条件和限度,从而为社会发展提供保障。随着知识经济时代的到来,同一知识产品上体现着权利人和社会公众的双重利益,反垄断法规制的目的就在于平衡知识产权人与社会公众之间的利益平衡。我国台湾省学者史尚宽先生指出:“个别利益之主张,惟于与公共利益一致之限度内为正当”。随着当今社会知识产权公权化的发展趋势,知识产权权利人行使其权利超越合法范围造成滥用时,国家公权力会主动介入到知识产权领域做出适当调整,在充分保障知识产权权利人利益的同时,平衡和协调在接近知识和信息的一般社会公众利益基

^①[美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦.《法和经济学》[M],上海人民出版社、三联书店,1994年版:185

^②焦海涛.《论现代反垄断法的程序依赖性》[J],《现代法学》,2008年第1版:53-54

^③[美]路易斯·亨金等编著,郑戈等译.《宪政与权利》[M],三联书店,1996年版:6

础之上的更广泛的社会公共利益，实现社会效用最大化，最终体现法理学的“禁止权利滥用”原则。

3.3.5 知识产权滥用的反垄断法规制法哲学依据

社会本位思想是规制知识产权滥用的反垄断法规制的法哲学根源。传统法哲学从个人本位出发，个体的自由自治和私人的财产神圣不可侵犯；现代法哲学从社会本位出发，对普通社会行为以及特定经济行为加以社会引导和控制。对知识产权滥用的反垄断法规制正是两种法哲学思想的体现。在法律允许的范围内，知识产权权利人的合法权利是神圣不可侵犯的，这种保护有利于社会技术的不断创新、发展与进步，但其个人主义本性的不断扩张，只顾自己的欲望和要求，不惜牺牲他人的利益来设法满足这些欲望与要求，从而形成知识产权滥用，造成社会价值的损害。对这种滥用行为必须用法律手段来制止和引导，从社会本位出发，协调知识产权所有人与社会公共利益的平衡，促进社会的可持续发展，以实现法的社会价值，因此对知识产权滥用进行反垄断法规制是十分必要的。

3.3.6 知识产权滥用的反垄断法规制人性学依据

自我利益调节是知识产权滥用的反垄断法规制的人性学根源。人都是活在自我意识之中的，意识是存在着欲望性的，这种欲望性在现实里则集中表现为人去付出，对于付出是要求有回报的。知识产权权利的形成过程就是一种人付出的过程，这种付出通过知识产权法对知识产权专有性的保护，使权利人得到了应有回报。但是，从人性学角度来分析，人的潜意识中对于欲望的要求则是无限度和遏制不住的，当个体意识认为自己的付出与回报严重不成比例时，就会对自己享有的权利超越限度实施，以满足利益回报比例的欲望性。在知识产权领域就表现为知识产权权利人因个人利益欲的扩张，滥用其权利，以不平等的竞争行为达到获得超额回报之目的，损害他人与社会的整体利益性。消除人们这种潜意识中的欲望性是不现实的，有欲望不见得会产生邪恶，付出终有回报是符合社会整体发展利益的，人性学存在的基础就是假定所有人都是理性人，假定所有人都是自利的，人的自利性说明人是有欲望的，有欲望人类才会进步，关键是要注意调节自己的欲望。因此，对知识产权滥用进行反垄断法规制正是人性学中自我利益调节的体现。

3.4 知识产权法与反垄断法规制的矛盾统一性

3.4.1 知识产权法与反垄断法的立法目的

(1) 知识产权法的立法目的

知识产权法是确认、规范和保护知识产权权利的一类法律的总称。知识产权法具有私人权利价值与社会公共利益价值二元目标性，即：保护知识产权创造者的合理权益价值和保障知识产品的利用与传播，以期实现社会公共利益目标价值，它是通过以激励机制为基础、以利益平衡的调节机制为手段加以实现的。知识产权法肩负的是效率与公平统一和均衡的重任，其实质就是要求利益平衡，协调好知识产权法中不同主体之间的利益冲突，实现知识产权法律制度的公平、正义等价值目标；通过分配权利义务确立知识产品资源分配的正义标准、正义模式和正义秩序；充分利用各种资源，以达到无形财产资源的有效配置，实现知识产权保护制度的最佳社会效益；通过产权制度最佳地刺激知识和信息财富的增长，同时确保公众对知识和信息的必要接近^①。

(2) 反垄断法的立法目的

反垄断法是市场经济发展到一定高度的产物，具有“经济宪法”的地位，其任务就是保护公平竞争，鼓励创新发展，形成和谐有序的竞争环境，防止滥用市场优势地位。实现社会整体效益和实质公平是反垄断法的固有目标，社会实质公平是反垄断法所追求的基本目标，维护自由竞争的市场机制和促进经济效益的提高是反垄断法的基本出发点。社会整体效益是反垄断法的根本价值，属于最高层次的价值；竞争秩序是反垄断法的基本价值；自由、效率、公平是细化价值属于反垄断法的具体价值。

3.4.2 知识产权法与反垄断法规制的矛盾性

(1) 制度设计上的矛盾性

知识产权法着力于对知识产权人一种合理垄断的保护，基于权利的私权性，其根本目的在于对创造性的一种激励，使得社会整体的利益性得以提升，哲学家把这种保护称之为“社会契约”，意寓每个人在为社会创造财富时可以享受到更大的安全；反垄断法则着力反对权利人凭借优势地位限制竞争，反对因个人利益追求最大化影响社会总体利益，破坏竞争秩序，任何形式的垄断行为都是反垄断法制度所不允许的。

(2) 权利性质上的矛盾性

知识产权的专有性“是一种知识资源的自由流动和传播时的人力障碍，并且

^①冯晓青.《知识产权法的价值构造：知识产权法利益平衡机制研究》[A]，《中国法学》，2007年1期：68

在一定条件下知识产权这种法律意义上的垄断可能会构成经济垄断的重要因素，甚至关键因素。”^①知识产权法权利性质具有社会公共利益性，但最终目标是对私权的一种保护，是民事权利；反垄断法是以社会本位为基础的，其性质是公权属性，目的在于对社会整体利益的维护，直接反对个人利益的膨胀损害社会整体利益。

（3）权利行使上的矛盾性

知识产权法对权利人合理垄断的保护，是基于对权利人因创造新技术所付出巨大代价的一种回报，基于权利人通过知识产品的社会利用获得合理利益的维护，但知识产权人极易会在这种合法外衣的掩盖下，挑战社会公平诚信和公序良俗，滥用权利从而获得利益的极至，权利人一旦超越法律允许范围，就会阻碍知识和信息的流通与传播，从而对市场发展起到阻碍作用。这时，反垄断法就会行使其作用，通过专门方式对这种行为进行控制，以保证市场的自由竞争，使得社会协调、稳定地发展。

3.4.3 知识产权法与反垄断法规制的统一性

（1）价值上的统一性

知识产权法与反垄断法在保护功能上都表现为促进竞争和推动创新。知识产权法表面上通过赋予权利人专有权排除了智力成果使用上的竞争，但其却在智力成果创造领域中激励了竞争，正是这种合理垄断的保护，才使得人们去开发更多的新成果，从而使社会整体利益性得到大幅提升；反垄断法的内在精神源泉就是维护平等竞争秩序，其归宿在于促进有效竞争和经济发展。二者功能一致性可以用形象的比喻来说明：反垄断法用竞争性市场的“大棒”来促进鼓励初始创新的市场结构，知识产权法则用有限性及由此产生利益的“胡萝卜”来鼓励初始创新；两者在促进创新的共同目的上是“同一枚硬币的两面”^②。

（2）目标上的统一性

弱势群体保护是法律目标之一，知识产权法与反垄断法在保护消费者这一弱势群体的目标上的一致性也是不言而喻的。知识产权法通过激励创新，使得智力产品创造者有了更大的积极性，增加了社会产品与服务的种类，使得消费者有更

^①[美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦著，《法和经济学》[M]，张军等译，上海三联书店、上海人民出版社1994年版：132

^②王先林，《反垄断法与知识产权》[A]，选自《中国知识产权蓝皮书》，北京大学出版社，2007年2月第1版：324

大可选择性；同时，通过对侵犯知识产权行为的有力制止和制裁，为不具备专业素养的消费者提供安全的交易环境，免受损害。反垄断法在保护消费者的目标上也是十分鲜明，通过对企业垄断行为的打击，避免不适当的价格策略、不合理的交易条件、不公平的排挤行为、不正当的壁垒措施，从而维护有序的市场份额与竞争秩序，为消费者提供最大限度的选择权。

3.4.4 知识产权法与反垄断法规制的协调

知识产权法与反垄断法虽然规制的侧重点各有不同，前者是为了私益目标，后者则以社会为本位，体现了社会公益目标。二者的协调实际上就是“私权服从于公权，私法让位于公法”原则的实践。协调好二者之间的关系，更好的发挥联动作用关键在于为二者寻求适当的连接点，“范围”与“利益平衡”就是将二者有利联系的关键点。

任何权利的行使都不可能是绝对的，它都有一条自身正当与合法行使的界限，超越了合法的界限就属于滥用权利的行为，是法律所不允许的，这一点就充分体现了范围在知识产权法与反垄断法间的联动性。各国的反垄断法对于知识产权法所赋予的合理垄断权给予豁免，但并不是置之不理，当知识产权权利人私欲极度扩张时，必然会实施种种行为来阻碍知识的创新与使用，损害社会整体利益。但知识产权法属于事后救济法律，自身权利受害的当事人如果不寻求法律的保护，则公权不会自行干扰，这样势必纵容知识产权权利滥用者的行为。这时，反垄断法的联动性就得以体现，作为公法性质的法律此时就会主动出击，秉承法的社会价值与“禁止权利滥用”原则，既要保护竞争活力以抵制非法垄断的“停滞性”，也要利用合法垄断的组织性来克服过度竞争的无序性，从而维护社会整体利益。

美国总统林肯在谈到专利制度理性时指出，专利制度是天才之火添上了利益的柴薪，可见包括专利法在内的知识产权法，与利益存在着天然的联系，知识产权法是在对私权保护的基础上，更大程度的保护社会整体利益，推动社会的进步。而反垄断法中公共利益是其核心理念，体现实质公平利益和社会整体经济效率利益。个人在追求自身利益时，总难免与社会整体的公共利益发生矛盾。公共利益是社会凝聚力之根本，没有公共利益的保护，个人利益的保护终将难以实现。这一方面也揭示了知识产权法与反垄断法协调连接的重要性，只有二者良好的衔接才能最终保护社会整体利益性，才能实现效率与公平的法的社会价值。

总之,知识产权法的目的是保护无形财产权,为发明者和作者提供安全保障;而反垄断法旨在维护一定程度的市场竞争环境,即一定程度的个人自由。两者相互交织、相得益彰,殊途同归。

第4章 国外知识产权滥用的反垄断法规制探讨

它山之石，可以攻玉。发达国家由于其拥有先进的科学技术水平，雄厚的科研资金支持，使得他们成为知识产权领域里的巨人，对于知识产权滥用领域的反垄断问题也颇为重视，相关知识产权和反垄断法理论研究也处于前沿水平，特别是美国、欧盟等国家和组织在该领域已积累了丰富的立法经验，形成了较为成熟的法律体系，使得我国在反垄断法领域中规制知识产权滥用有了可以借鉴的外来经验，通过结合我国的国情与实际，形成中国特色的知识产权滥用的反垄断法规制体系，有助于我国的自主科学研究与创新，也可以从正面避免发达国家以知识产权权利为借口来阻碍我国知识经济的发展。

4.1 国外知识产权滥用的反垄断法规制概要

4.1.1 国外反垄断法对知识产权滥用主体的规制

国外在对知识产权滥用主体的反垄断法规制上并未以列举等方式明示规定，而是通过对知识产权滥用的规定，从不同切入点以质和量的形式予以体现。

(1) 国外反垄断法从量的角度对知识产权滥用主体的规制

作为反垄断法创立鼻祖的美国，在其1890年制定的《谢尔曼法》中就通过“旨在限制州际或对外贸易的任何合约、以托拉斯或其他形式的联合、共谋都是违法的”^①和“任何人垄断或试图垄断，或者与其他人联合或共谋垄断州际或对外贸易，属于重罪”^②两项条款在反对联合行为中以量的方式规制了滥用主体。

《欧共体条约》第82条规定，禁止一个或多个企业在共同市场的实质部分滥用市场优势地位。该条规定了行为主体的构成要素，即由单个或数个市场主体一致做出。

从上述法律规定我们可以看出，对于知识产权滥用主体的规制并不局限于单一性，而是具有多项性，是与现实生活中权利滥用造成的垄断竞争往往并非单一主体所为相联系的，存在着横向与纵向的联合性因素。

(2) 国外反垄断法从质的角度对知识产权滥用主体的规制

根据垄断行业的特点，可以实施知识产权滥用行为的主体，是在某一知识产权领域具有突出规模和优势实力地位的主体，才有能力通过单独或一致的知识产权滥用行为阻碍其他竞争者进入该领域，制约正当的竞争，这就为反垄断法规制

^① 1890年美国《谢尔曼法》第1条

^② 1890年美国《谢尔曼法》第2条

的主体从质上给予界定。

长期以来，美国反托拉斯法以惩治垄断性市场行为、保护经济竞争为己任，联邦法院在 1917 年提出了“专利权滥用”原则，该原则指出知识产权权利人凭借其优势地位行使权利违反公共利益，就不能要求法院保护其权利。

欧盟委员会于 2004 年 5 月 1 日开始实施的《技术转让协议集体适用欧共体条约第 81 条第 3 款的 772/2004 号条例》中，在质的层面规制了主体的类别，从而在签订知识产权技术转让协议时，规定了相关比例的范围，提出了“合理性原则”，以此来判断该协议是否排除、限制了竞争，进而决定其能否得到豁免。

4.1.2 国外反垄断法对知识产权滥用行为的规制

对于知识产权滥用行为的规制是国外反垄断法的核心与重点。无论是英美法系的根据判例来分析知识产权滥用行为，还是大陆法系成文法中采用列举方式来予以禁止，都对知识产权滥用行为的类别做出了明确的规定。下面根据所不同的划分标准来对其进行探析。

(1) 以知识产权权利内容为划分标准的滥用行为规制

① 知识产权许可协议中限制竞争行为的反垄断法规制

美国对知识产权滥用的反垄断规制不是一开始就有的，也经历了一个较长时间的发展过程。

第一，20 世纪 30 年代至 80 年代：在 80 年代之前，反托拉斯法对知识产权的态度十分严厉，在加强反垄断执法的同时，弱化了对知识产权的保护，其中以“九不”^①原则最具代表性，该原则用缜密的手段阻止专利持有人将其在专利上享有的专有权扩张或撬动到专利以外的任何范围，美国司法部依据这些原则对许多涉及知识产权的限制竞争行为提出了指控，在一些知识产权纠纷中往往存在知识产权被确认无效的境地，致使美国最高法院的一位法官说到：“惟一有效的知识产权是最高法院还没有对其插手的知识产权”，这种法律保护的混乱状况和不确定性严重影响了知识产权研发的积极性；到 80 年代后期，受芝加哥学派影响，

^①“九不”具体内容是：①要求被转让人从转让人处购买与专利无关的材料；②要求被转让人向转让人转让许可证协议生效后取得的所有专利；③限制专利产品销售中的买主；④限制被转让人就专利之外的产品或者服务的交易自由；⑤未经被转让人同意，转让人不得向其他任何人授予许可；⑥要求被转让人订立一揽子许可协议；⑦要求被转让人对所有产品的销售，包括与专利无关的产品销售支付转让费；⑧限制工序专利被转让人销售由这种工序生产的产品。⑨要求被许可人按照固定价格或最低价格销售相关产品。选自 Section of antitrust Law. American Bar Association. The 1995 Federal Antitrust Guidelines for the licensing of Intellectual Property, Commentary and text, P.5.

在司法部 1988 年的《国际经营活动中的反托拉斯实施指南》中就已经基本放弃了“九不”原则。

第二，20 世纪 90 年代：伴随着知识经济的不断发展，知识产权得到了重视，反托拉斯法被要求与新经济结构相适应，为适应高新技术产业发展的需求，美国政府开始实施强化知识产权保护的战略，芝加哥学派学者们也提出要求对反托拉斯法进行全面的重新审视，使得知识产权与反垄断关系发生了新的变化，二者间继续寻找平衡点。在这一阶段，最集中反映美国在知识产权领域内发生垄断的丰富经验和最新发展动向的是美国司法部和联邦贸易委员会于 1995 年 4 月 6 日联合发布的《知识产权许可的反托拉斯指南》（以下简称《指南》）。《指南》在明确了知识产权法与反垄断法关系的同时，提高了知识产权的地位，扩大了知识产权所有者的权利范围，并加重了反垄断执行机构的举证责任。

欧盟委员会 1996 年制定的《技术转让协议集体适用欧共同体条例第 85 条第 3 款的第 240/96 号条例》，该条例明确对知识产权许可协议中的豁免限制进行了规定，其最为鲜明的特征就是三色条款的规定：“白色条款”是可以得到豁免的限制竞争，其主要包括排他性约束、地域限制、商品标识限制、生产数量限制等，根据该条款，一般认为是不限制竞争的许可合同条款；而“黑色条款”则表明的是不能得到集体豁免待遇的限制竞争，其主要是价格约束、禁止竞争协议、禁止出口、限制用户、限制特定的销售形式、限制数量、在超出规定的豁免期限后仍限制地域的等；“灰色条款”表明的则是是否得到豁免要具体情况具体分析，一般适用通知异议程序。

日本公正交易委员会在 1989 年和 1999 年先后两次颁布了《关于管制专利和技术秘密许可协议中的不公正交易方法的指导方针》，说明了在专利和技术秘密转让活动中适用禁止反垄断法的问题；阐述了对于专利许可协议与禁止反垄断法的关系；阐明了其会从不合理贸易和私人垄断角度、不公正交易方法角度对规制有关专利或技术秘密许可协议行为的观点。

第三，21 世纪：西方发达国家更加注重对知识产权的保护及其权利滥用的控制，美国司法部和联邦贸易委员会 2007 年 4 月出台了《反托拉斯执法与知识产权：促进创新和竞争报告》（以下简称《报告》）。该《报告》在吸收近期经济学理论成果以及广泛听取各方面意见的基础上，提出在反托拉斯法与知识产权保护的交叉领域，将继续以合理原则指导反托拉斯执法，确保在保护竞争的同时，

维护知识产权保护对创新的激励。《报告》进一步阐明，知识产权保护与反托拉斯法对于创新和竞争的保护具有互补性，两者协同作用，以更低的价格给消费者带来更新的和更好的技术、产品和服务，最终以达到反托拉斯执法与知识产权保护之间的平衡为目的。

②著作权滥用行为的反垄断法规制。

在著作权领域，权利人往往以维护自我权益为由，置社会公众及其他合法使用人于不顾，从而损害他人的合法利益。在此领域规制中，最具代表性的当属欧盟的玛吉尔案，电视公司排他性的刊登电视节目表，并以知识产权的独占权单纯利用而滥用其权利，欧盟法院确认欧盟委员会有权通过实施强制性著作权许可来处理滥用拒绝许可的行为。同时，欧盟法院还裁定《欧共体条约》中的竞争规则可以被用作防止知识产权人取得拥有相似技术的竞争对手公司、运用掠夺性的折扣和价格策略以及产品捆绑的基础。

③再包装产品平行进口的反垄断法规制

产品的再包装是指进口商合法购买某种商标产品后，经过对产品的重新包装，向另一个成员国出口的行为^①。商标权权利人的禁止再包装商标产品平行进口行为之所以属于知识产权滥用，是因为面对进出口国家同一商标产品价格存在的重大差异，一定地域的商标权权利人不再像过去那样对商标产品的生产和销售进行大规模的投资，其直接结果是减少了商标产品的生产数量和市场供给，扰乱了市场竞争秩序。

(2) 以知识产权行使行为的形式为划分标准的滥用行为规制

①知识产权协议垄断行为反垄断法的规制

前文中在对知识产权滥用行为分类时笔者从横向和纵向角度进行了分析，国外在对知识产权协议滥用权利行为规制时，也是从这两个方向来进行规定的。美国、欧盟、韩国等国家在相关反垄断法律中都通过价格、地域等因素来着手防止其知识产权权利被滥用。

②知识产权权利人滥用市场优势地位行为的规制

市场优势地位是最易造成知识产权权利人滥用权利的诱因之一，这种优势地位造成的知识产权滥用现象，存在于横向竞争利益领域，为了获得更多利益，拥

^①国家知识产权局知识产权发展研究中心.《规制知识产权的权利行使》[M],北京,知识产权出版社,2004版:277

有优势地位的知识产权权利人通过利用价格、协议、瓶颈等因素的影响，最终易形成某一知识产品领域的垄断地位。各国对该项行为的规制也是比较重视的，规范的行为可以促进市场的有序竞争。

最具代表性的案例当属 1992 年美国最高法院柯达案^①，确立了企业不得利用某些产品的专利权而搭售维修服务。

③基于垄断目的的取得行为规制

两个或两个以上的市场主体通过组织形式的合并、技术吸收、独占许可等方式，排斥、限制或妨碍竞争的行为^②是对基于垄断目的的取得行为最好的表述。

日本公正交易委员会于 1991 年 4 月发布了《关于公共开发研究的禁止反垄断法上的指针》（以下简称《指针》），《指针》明确了在判断一项共同开发研究活动中是否实质性地限制了市场竞争时，应当考察 4 个基本因素，即参加者数量、市场占有率等项指标；研究的性质；共同化必要；研究开发对象范围和期限等^③。

4.1.3 国外反垄断法规制知识产权滥用的执法机构

国外在对知识产权滥用行为进行反垄断法规制时，均设有专门的机构来执行，但各机构在性质与权限上各具特点。

美国反托拉斯执法机构为司法部反托拉斯局和联邦贸易委员会。前者是政府行政系统的一个重要组成部分，有权向涉嫌违反反托拉斯法的公司和“非当事人”签发“民事调查令”^④；后者是一个独立的执法机构，具有执法和准司法的功能。这两个机构的职责就是要密切注视公司企业的商业经营行为，对于出现的知识产权滥用行为主动予以调查与制裁，以维护市场的竞争秩序。在执法的同时，这两个机构也进行指导性行为，定期发布执法指南等规范性的意见，以使相关企业可以自省其身，从而降低触犯反托拉斯法的风险值。

德国的反垄断主管机关是联邦卡特尔局、联邦经济部和反垄断委员会。联邦卡特尔局从属于联邦经济部，其中心任务是围绕反对不公平竞争、加强监控和执法行为。当发生知识产权滥用行为导致诉讼案件时，卡特尔局将就案成立联合委员会进行裁决；联邦经济部属于联邦一级的反限制竞争法主管机关，管辖个别

^①柯达公司在美国具有了一定的产品知名度和市场优势地位后，对其机器零配件的销售进行了特定的限制，即只是出售其机器零配件给那些利用其维修服务的设备购买者。美国多家相关机器维修店对柯达的行为非常不满，认为其行为是市场优势地位的滥用，遂提起诉讼。

^②林远超。《知识产权滥用行为的反垄断法规制》[J]，《财经政法资讯》，2006 年第 3 期：21

^③国家知识产权局知识产权发展研究中心。《规制知识产权的权利行使》，北京，知识产权出版社，2004 年：291

^④李艳、赵芸平。《知识产权的滥用与反垄断法的规制》[J]，《知识产权》，2005 年 90（15）：31

案件且有条件限制；德国的反垄断委员会，属于咨询性机构，其出具的鉴定、咨询意见虽然没有法律效力，仅供卡特尔局参考，但往往会对案件的裁决结果产生重大影响，甚至还可能影响联邦政府的经济政策。

日本反垄断执法机构是总理府下设的公正贸易委员会，其职责为执行竞争法规、维护竞争秩序，具有行政、准司法、准立法的权限，当发生知识产权滥用行为时，其可以主动进行调查，制定案件处理程序等行为。

4.1.4 国外反垄断法对知识产权滥用的法律责任规定

美国在对知识产权滥用的法律责任方面的规定，散见于相关法律规范中，从责令停止违法行为、按标准进行处罚等民事责任外，亦在刑事责任中规定了具体的量刑标准；欧盟的法律责任规定仅存在于罚款等民事责任领域；日韩以课征金等形式让知识产权权利滥用者承担法律责任。

各国在对知识产权滥用反垄断法下的法律责任虽各有特点，但其根本目的都在于知识产权的合理使用，正常的竞争秩序不被阻碍，从而使得知识产权与反垄断之间找到平衡点，在创新与竞争中促进社会的整体发展，保护消费者合法权益。

4.2 国外知识产权滥用的反垄断法规制比较

前文笔着对各国知识产权滥用的反垄断法规制进行了概括性描述，从中可以发现一些相似与不同，现就相关因素来进行归纳比较，以求对我国在建立相关法律规制体系时起到启示性作用。

4.2.1 相同点

(1) 立法价值取向相同

无论是美国的反托拉斯法、欧盟的竞争法，还是日本禁止垄断法其在规制知识产权滥用的问题上，都是侧重于反非法垄断行为，目的在于维护社会公众的利益，保护和谐自由的市场竞争秩序，最终以消费者的合法利益为归宿点。

(2) 立法规制视角相同

知识产权滥用行为之所以存在，其根本原因在于权利人拥有优势地位，凭借强有力的知识产权来获取最大限度的利益，然其以超越法律范围的方式来为己谋利益，阻碍社会技术的进步，甚至造成在某一领域的垄断地位，极不利于该领域技术的创新与发展，也不利于其他借助该领域技术的知识产权行为进一步发展。从各国对知识产权滥用规制来看，其立法视角都将知识产权滥用纳入了反垄断法律规制的范围内。

（3）立法规制形式相同

美国、日本及欧盟在立法的具体形式上，都采取了概括加列举的模式，在原则性规定下列举了知识产权滥用的主要形式。

（4）立法规制方法相同

结构主义规制、行为主义规制和准结构主义规制（即介于行为主义与结构主义之间）是反垄断法立法规制三种方法。美国在对知识产权滥用等反垄断领域的规制以 20 世纪 70 年代作为分水岭，之前以准结构主义作为规制方法，但随着知识经济全球化的日益影响，70 年代后以行为主义作为指导方法。日本虽是结构主义的代表，但该国于 2007 年新修订的《知识产权利用的反垄断法指南》中行为主义也成为其规制的制度选择。

之所以各国侧重于行为主义作为规制知识产权滥用的反垄断法的方法，就在于该方法针对竞争机制中的扭曲行为、独占地位的维持与滥用行为、获得平等发展机会的环境可以有的放矢的予以规范，从使为营造公平交易和消费者福祉起到催化的作用，也代表了现代反垄断法的发展趋势，为各国立法规制中所采用。

4.2.2 不同点

尽管知识经济全球化使得知识产权权利人的足迹遍及世界各地，规制知识产权滥用的规范也有趋同的迹象，但由于各国知识产权保护的发展水平，以及法理基础的不同，各国间对知识产权反垄断法规制也是有一定不同的。

（1）调控规制时间不同

调控规制上学界将其归纳为“效果调控式”和“申报豁免与效果结合式”^①。美国采用的是“效果调控式”，其被喻为消极补救处理机制，其效果就在于公权力较少的介入到经济生活领域，保证了以市场为导向的竞争机制，促进了经济活动的效率性，但由于其是在出现了阻碍甚至垄断效果后执法部门才介入调控，其不可逆的经济效果已难以弥补。日本和欧盟在知识产权领域采取的是“申报豁免与效果结合式”，此种规定采用的是事前积极控制与事后补救相结合的措施，在合同订立之时双方事人就可以将异议事项提请反垄断部门审核，此种安排使得相关部门可以随时了解和掌握经济活动的进程，有效的控制知识产权滥用及垄断行为。

（2）确定性透明度不同

^①刘剑文主编，《Trips 视野下的中国知识产权制度研究》[M]，人民出版社，2003 年 2 月版：383

作为英美法系代表性国家的美国，其司法体系以判例法为基础，赋予法官以“合理原则”为基础的自由裁量权利，这就为案件的判决结果带来了诸多可变系数与不便性，从而使知识产权交易中的风险系数加大，对知识产权滥用的规制也存在诸多不确定和不透明因素。在这方面，大陆法系国家以其法规确定性的优势，使市场主体更具透明操作性，对于知识产权滥用造成的损害所应承担的责任也具有确定性，不存在法官意志不确定因素。

（3）立法具体内容不同

美国通过“本身违法”和“合理原则”等原则性规定制定一套相应的方法和评估原则来进行审查；而欧盟和日本的反垄断法则将法律条文区分为不同程度来进行控制。

（4）执法力度程度不同

各国的反垄断立法，都是从本国实际情况出发，顺应本国经济发展水平、企业的规模以及竞争状况等因素而制定的，且根据各自的经济结构、国内流通和对外贸易的需要，在不同历史时期有不同的立法重点，并适时进行修改。相对于欧盟和日本的执法力度，美国则显得相对缓和，纵然在美国反垄断法实施之初，对知识产权滥用行为极度严格，但随着知识经济时代的特性，逐渐理性地看待知识产权权利行使中的垄断性行为的规制，态度有所缓和；而欧盟和日本由于国家利益的驱动，执法力度相对严厉，起到为其经济发展和公众利益服务的法律保障作用。

第5章 我国知识产权滥用的反垄断立法的完善

5.1 我国知识产权滥用规制的法律规范现状

5.1.1 我国相关法律对知识产权滥用的规制

我国对知识产权滥用行为的相关法律规制散见于《民法通则》、《专利法》及其实施规则、《反不正当竞争法》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国对外贸易法》等法律规范之中。

(1) “个体知识产权的行使，不仅与有效竞争的理念存在冲突，而且也极易与民法上的公平、诚信和公序良俗等基本原则发生背离”^①，因此，知识产权的私权属性决定了其应受到民法的规制，根据我国现行民法立法，对知识产权滥用的规制主要集中在《民法通则》诚实信用原则与公平原则之中，这些原则的确立为知识产权滥用的限制提供了民法上的依据，也为从宏观上限制知识产权的滥用行为提供了法理支持。

(2) 1984年3月12日通过，1992年9月4日、2000年8月25日修订的《中华人民共和国专利法》第48至55条规定了专利强制许可的申请、审查、批准等有关规定。强制许可是对知识产权滥用行为的禁止和校正，同时也是从知识产权法自身内部对知识产权滥用的规制，为强制许可提供了法律依据，此外，该条规定也可作为限制外国专利申请者在我国取得专利权之后拒绝合理许可的权利滥用行为的法律依据。我国的“平行进口”现象已为数不少，但相关立法仍落后于实践，仅限于在理论上的探讨，且只在专利领域有明确的规定。

(3) 1990年9月7日通过，2001年10月27日修订的《著作权法》第四条第二款规定“著作权人行使著作权，不得违反宪法和法律，不得损害社会公共利益。”这条规定是我国《著作权法》对知识产权滥用作出的唯一禁止性立法，其作用在于搭建一个对著作权滥用行为进行规制的法律框架，这一框架也为执法者利用其他法律对著作权权利滥用行为规制提供了有限的法律适用上的指引。

(4) 1993年9月2日通过的《反不正当竞争法》有关条款虽然不是专门针对知识产权领域行为的，但同样也可以适用于涉及知识产权的有关行为。该法第12条规定：“经营者销售商品，不得违背购买者的意愿搭售商品或者附加其他不合理的条件。”第15条规定：“投标者不得串通投标，抬高标价或者压低标价。

^①保罗·A·萨缪尔森. 经济学(中册)[M], 上海, 商务印书馆, 1982年版: 212

投标者和招标者不得相互勾结，以排挤竞争对手的公平竞争。”以上规定虽然不是专门针对知识产权领域有关行为的，但该法关于规制搭售、串通招投标以及附加不合理条件等限制竞争行为的规定，可以理解为亦可适用于涉及知识产权滥用的有关行为。

(5) 1994年5月12日制定，2004年4月6日修订，2004年7月1日施行的《中华人民共和国对外贸易法》第五章“与对外贸易有关的知识产权保护”中第30条规定“知识产权权利人有阻止被许可人对许可合同中的知识产权的有效性提出质疑、进行强制性一揽子许可、在许可合同中规定排他性返授条件等行为之一，并危害对外贸易公平竞争秩序的，国务院对外贸易主管部门可以采取必要的措施消除危害”。从法律规制角度来看，该条的规制对象范围更为广大，以“知识产权权利人”作为法律关系的主体，突破了其他相关立法中主体范围过于狭隘的局限，使得本法的使用范围更广；从法理学的角度来看，该法属特别法范畴，根据“特别法优于普通法”原则，该法的强制性程度更高，同时，还特别规定了控制知识产权滥用行为的内容，有利于在对外贸易领域对知识产权滥用行为进行法律规制，

(6) 1999年10月1日开始实施的《合同法》第329条规定“非法垄断技术、妨碍技术进步或者侵害他人技术成果的技术转让无效”；《合同法》第343条“技术转让合同不得限制技术竞争和技术发展”；《合同法》第355条“法律、行政法规对技术进出口合同或专利、专利申请合同另有规定的，依照其规定。”第355条的规定，使技术引进合同中的有关规定得以适用。

5.1.2 我国《反垄断法》对知识产权滥用的规制

《反垄断法》第55条规定，“经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为，不适用本法；但是，经营者滥用知识产权，排除、限制竞争的行为，适用本法”。

王先林教授将这一规定评价为一种合理的规定，它正确地把握和处理了反垄断法与知识产权之间的关系；这又是一种比较明确的规定，因为一些国家和地区的相关条文需要作所谓的“反面理解”才能得出后一方面的结论来，而本条则直接作出了正反两方面的规定。这一法律规定的背景在于，伴随经济知识全球化的加速发展，也鉴于跨国公司在知识产权领域享有绝对优势，其进军中国市场最为有力的“武器”之一便是“知识产权保护”。国内很多学者认为，为防止跨国公

司滥用知识产权制约中国企业的发展，中国立法部门应该加强对知识产权滥用的反垄断规制。

纵观《反垄断法》第 55 条并未列举出反垄断法规制视角下的知识产权滥用行为，仅作出了原则性的考量，并通过总则、垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中、滥用行政权力排除、限制竞争、法律责任等角度辅以规定相关知识产权滥用行为，从而以反垄断法来限制不正当竞争及影响消费者利益和社会公共利益的知识产权滥用行为。

5.2 我国知识产权滥用的反垄断法规制的不足之处

5.2.1 法律规范零散不系统，缺乏可操作性

我国知识产权滥用的反垄断法规制还处于初级阶段，虽然在《反垄断法》条文中对这种行为的规制作出了正反两方面的原则性和概括性的规定，但多数关于知识产权滥用的规定散见于相关的法律、行政法规中，分散零乱、缺乏系统性和完整性，不是专门从反垄断法角度对此作出的规范，不能普遍适用于与知识产权有关的滥用行为；在适用范围上，相关规定只涉及涉外技术贸易领域和外商投资活动，对于跨国公司利用中国改革开放的政策，投资中国后成为中国法人，利用其在知识产权的优势和我国在自主创新方面的不足，滥用知识产权掠夺中国市场份额以及国内在知识产权领域具有领军地位的企业滥用优势地位等问题上出现了空白点，成为法律规制的无本之源；具体条文内容上未能说明在执法中采取的一般态度、分析方法和法律适用原则，指导性不强，有待更新之处较多，需要根据目前国际上通行的做法结合我国实际情况加以更新、完善；司法审判过程中，在知识产权滥用的法律责任制裁与承担方面，需要法官予以变通与解释，但基于我国法律体系的特点，法官的自由裁量权是极为有限的，在一定程度上加大了司法审判的难度，不利于知识产权制度的发展，降低了知识产品在经济发展中的价值，阻碍了社会整体效率的提升。

5.2.2 缺乏衡量知识产权滥用行为的技术性内容

知识产权权利具有特殊性，它既不能完全排除反垄断法的适用，也不能适用本身违法原则一概反之，要视具体行为是否超越法律的合理范围以至限制竞争而确定其是否滥用权利。区分滥用知识产权行为与正当行使知识产权行为是一项复杂的工程性任务，然而我国反垄断法对知识产权滥用行为条文十分简单与概括，虽然在立法上无宜是一种进步，但具体技术性标准的规定太过原则，容易增加法

律的不确定性,这种可操作性的缺失也是不可忽视的,究其原因在于《反垄断法》还很年轻,与之相配套的司法解释也尚未公布。因而魔鬼就在细节之中,当务之急是确定构成知识产权滥用行为的技术标准及基本行为样态的技术性指标,使得反垄断法第 55 条得以有效实施。

5.2.3 知识产权滥用的反垄断法规制配套法规完善程度不足

纵观世界各国知识产权滥用的反垄断法规制实践,与法律规范相配套的行动指南性质的规范性文件对于帮助执法者操作和市场主体约束自我行为是十分有益的。反观我国,与反垄断法相配套的制度建设和司法实践还是相对欠缺的,已有的规范并未明确知识产权滥用行为的基本样态,从而使市场主体无法预测自己的行为是否会违法,增加了行为人的法律成本和法律风险。因此,我国目前急需制定反垄断法框架下的知识产权滥用规制指导性规范,以表明我国对此类行为的态度和政策。

中国共产党十六届四中全会之后,我国以知识产权为主题确立了今后的经济发展方向。在我国加入 WTO 组织后,跨国公司在资金和技术方面较我国国内企业占有很大的优势,且常常以知识产权伪自我保护为借口,滥用知识产权权利,对我国正常的市场竞争秩序造成不利影响,给我国民族经济带来严重冲击,阻碍了我国知识经济的发展进程,但反垄断法对于此类行为的规制仍亟待加强,相关配套的法律法规也需要予以更新与完善,只有这样才能满足我国“和谐”的知识产权发展战略需求。

5.2.4 反垄断执法机关未予以明确规定

《反垄断法》第 10 条规定,国务院规定的承担反垄断执法职责的机构依照本法规定,负责反垄断执法工作。解读此条规定,我们不难看出我国在包括知识产权滥用的反垄断法规制在内的执法工作将会维持现有几家分头执行的局面,虽然按照国务院法制办的解释,第 10 条的规定为反垄断执法机构今后的调整和变化留有余地,但多家政府机构分头执法需要建立起有效的合作机制和相互配合的氛围,如果协调不好毫无疑问将会影响反垄断法的效力和权威。

5.2.5 反垄断规制模式缺乏科学性

在具体的反垄断案件中,执法的行政机构不仅有权对案件进行调查和审理,

而且有权对案件作出裁决并可给予行政制裁^①。由于我国的监管机制尚不健全，对于知识产权滥用行为的技术性规范也有所欠缺，反垄断法在规制模式上侧重行政模式，容易导致行政权力的滥用，不利于我国知识经济的发展。

与行政色彩浓厚相比，刑事责任的规制显得有所不足。无论从《反垄断法》中，还是《刑法》中有关垄断行业导致严重后果的刑事责任承担规定比较少，未像有些国家在反垄断法典中规定具体的垄断犯罪及刑罚，而且一反我国的立法惯例，连“构成犯罪的，依法追究刑事责任”这类原则规定也未写入^②。

5.2.6 与国际通行法律制度匹配性的欠缺

王先林教授曾鲜明的指出，为了提高我国的软实力，知识产权的相关法律着重强调对知识产权的保护是必要的，但是强调权利的行使而没有确立相应的约束机制，就会导致权利滥用情形的出现。建立反垄断法是约束知识产权行使的一个非常重要的方面。“在与 TRIPS 协议中有关强化知识产权保护的规定相比，我国知识产权法律存在着不少差距；与 TRIPS 协议中有关对限制知识产权不正当竞争的规定相比，我国的法律也存在着差距。前一种差距，如果我们不设法弥补就会导致发达国家的指责，有可能因此而产生纠纷，遭受报复；后一种差距，即使我们不做任何法律的完善，外国人也不会有什么意见。”^③

5.2.7 反垄断法实施的文化底蕴亟待创建与发展

竞争文化的缺失制约着知识产权滥用的反垄断法规制的实施。中国传统文化中的“和合”性使得竞争缺乏文化支撑，竞争文化及其所对应的反垄断法实施的目标定位、诉讼文化及其所对应的反垄断法实施的模式选择、权利文化及其所对应的反垄断法实施的权利保障^④亟待创建与发展。梁治平教授指出要考虑法治在整个社会转型、文化重建过程中的位置，考虑法治与社会发展和制度变革其他方面的相互关系。从反垄断法角度来规制知识产权滥用也应注重对文化底蕴的创建与发展，在这一方面我国还是有所不足的。

5.3 我国知识产权滥用的反垄断法规制机制的完善

纵观世界各国知识产权滥用的反垄断法规制，其共同的目的都在于确保本身合法的知识产权不被滥用，确保知识产权领域的正常竞争秩序不被非法限制，进

^① 王晓晔.《竞争法学》[M], 社会科学文献出版社, 2007年1月版: 399

^② 时建中.《我国〈反垄断法〉的特色制度、亮点制度及重大不足》[J],《法学家》, 2008年第1期

^③ 尹新天.《TRIPS协议与制止知识产权滥用》[J],《专利工作动态》, 2000年第11期

^④ 黄勇、江山.《反垄断法实施的文化维度论纲——以竞争文化、诉讼文化与权利文化为中心》[J], 江西社会科学, 2008年第7期: 13

而从反垄断法角度保证有关主体的权利义务平衡,兼顾对创新的刺激和对竞争的维护,并最终统一于对消费者利益的保护和对经济发展的促进上。

虽然各国存在立法时间先后、执法宽严力度等方面的不同之处,但从总体上来看对于在构建知识产权滥用的反垄断法规制总体框架做法上是向趋同方向发展的,都有各自的执法部门依照以反垄断法为基础的配套法律规范体系来规制知识产权滥用行为,确保经济秩序的平稳运行,是平衡处理好知识产权与竞争要求之间的冲突的有效手段。从国外法律规范的经验来看,反垄断法所确立的不是针对特定领域、特定行为的特殊性规则,而是确立覆盖整个经济活动领域、针对所有市场行为的一般性规则。基于知识产权本身的特性,即一种法定专有权,权利人行使知识产权的行为一般被认为是反垄断法的豁免范围,一旦行为超出了正当行使权利的界限,构成了知识产权的滥用行为,并对市场竞争构成实质性限制时,适用反垄断法。基于上述启示,笔者对我国知识产权滥用的反垄断法规制机制的完善提出如下建议:

5.3.1 立法理论探求平衡

有人主张取消智力成果的私有产权,使之成为公共产品,这样它的专有性不存在了,自然就不存在转化为垄断的可能,这样反垄断法在知识产权领域也就无用武之地了。如果这一前提成立,则一切问题都迎刃而解;但如果这种假设真的成立,新技术的创新与发展将无人问津,而所谓的全球性知识经济也就无从谈起,所以这种假设是没有现实可能性的。王晓晔教授在分析反垄断法保护竞争和知识产权法保护知识产权之间寻找平衡点时,一方面要保护知识产权的激励机制,使其充分发挥为竞争之火添加燃料的功能,以最终丰富公共财产和提高社会福祉;另一方面为了维护市场的竞争性,将知识产权领域的限制竞争限于激励创新的范围之内。顺着这一分析,我们可以推导出一个结论反垄断法对知识产权滥用规制并不是将知识产权专有性取消,而是在于将这种可能导致权利滥用的行为弱化,这种弱化就是在立法上的平衡,通过当代反垄断法发展趋势的行为主义论,在立法上对知识产权权利行使的后果审查,从而对知识产权滥用行为进行反垄断法框架下的法律规制。

5.3.2 司法框架追求完善

2008年6月5日,国务院发布了《国家知识产权战略纲要》(以下简称《纲要》),这是我国首次从国家总体发展的战略高度就知识产权问题作出战略部署,

明确了要将我国建设成为知识产权创造、运用、保护和管理水平较高的国家目标。其核心内容蕴含进一步完善知识产权法律法规，健全知识产权执法和管理体制，强化知识产权在经济、文化和社会政策中的导向作用等战略重点。在此背景下，新一轮知识产权领域新法律法规制定和已有法律法规的修订工作将提速，这也为知识产权滥用的反垄断法规制提供了良好的契机。

（1）实体法的完善

前文笔者已经提到我国知识产权滥用的法律规范零散不系统，如今以《反垄断法》颁布实施为源头，以国家知识产权战略规划为契机，加大对知识滥用实体法体系的完善力度。

从经济实体法看，在现有的《反垄断法》下，加快出台知识产权滥用的反垄断法规制实施细则，从横向、纵向及伪自我保护的反垄断法规制角度着手进行，提出有可操作性的配套法律规制方法；在对《反不正当竞争法》修正中，应具有与时俱进性，除原先规定的不正当竞争行为外，应增加关于知识产权滥用所造成的不正当行为条款，加大对知识产权滥用责任实质性承担的条款，使之与《反垄断法》相配套；同时，在该法中对知识产权滥用涉外因素的责任承担，明确管辖原则和引用的准据法，明确运用权利穷竭原则，以维护社会整体利益的自由、公正、公平之竞争秩序。

从民事实体法看，在知识产权现有法律中明确规定禁止知识产权滥用原则，在现有的专利法强制许可规定的模式下，对版权、商标等知识产权滥用也应明确加以限制，特别是在与知识产权有关的平行进口领域，在确保合法知识产权不受侵害的情况下，适度放宽权利的限制，从而避免产生不必要的知识产权滥用行为。由于知识产权的滥用主要表现在产权交易领域，且多数行为都是通过合同形式予以出现，故在《合同法》的法律规范中还应增加妨碍、扭曲或限制竞争的条款，为知识产权滥用的反垄断法规制提供技术性的判断标准。

从刑事实体法看，我国反垄断法第 52 条和第 54 条设置了刑事责任，但针对的是执法双方在某些行为过当时应当承担的刑事责任，而非针对经营者的垄断行为作出的规制。自我国加入 WTO 组织后，融入到经济全球化的趋势日益凸现，由于反垄断法没有向其他国家那样设置非常严厉的行政责任与民事责任，加之刑事责任承担条款的缺失，会使得知识产权滥用者在追求超额利润的意志下，更加肆无忌惮、无所顾忌的实施滥用行为。增加对知识产权滥用者关于刑事责任承担的

条款,可以震慑知识产权滥用人的行为,降低产生不可逆性损害的发生,加强反垄断法有效预防的可能性,也使得《反垄断法》的责任机制得到完善。对于刑事犯罪与刑罚的规定,不应直接体现于《反垄断法》中,而应在《刑法》的具体条款中增加明确的刑事犯罪规定。

(2) 程序法的完善

对于知识产权权利人通过滥发警告函或滥用诉权的伪自我保护行为,利用知识产权法和诉讼法的规定进行规制,在个案中对双方当事人利益进行平衡和对案件进行公正裁决。在现有民事侵权之诉基础上,增加伪权利之诉,完善有关知识产权诉前财产保全的审查制度,规定滥诉反赔的民事责任承担方式,从程序上为因知识产权滥用行为遭成损害的当事人提供救济渠道。

知识产权滥用行为有时是间接的、潜在的,会使社会公众行使权利造成困难;有时则表现对个人损害微乎其微,而总量损害却是无法估算的。这些特点使得因知识产权滥用所导致的公益损害欲施救济,却找不到有力武器的局面。小岛武司说:“权利主张的放弃增多,不能完全归究于权利主体的法律意识低下,应从法律制度方面反省权利实现机制是否存在问题。”^①从这一侧面表明,我国对于公共利益的诉讼机制有所欠缺,应尽快构建公益诉讼法律制度,防止知识产权滥用对社会整体利益的任意损害,确保公众利益的最大化。

在上述民事诉讼行为的基础上,可以构建反垄断委员会下的仲裁模式与民事诉讼行为并行,当事人可以选择有利于维护其利益的程序来保护自身的合法权益。之所以构建知识产权滥用的反垄断法框架下的仲裁程序,也与知识产权的文化内涵相结合,仲裁体现了我国儒家的“中庸”思想,运用仲裁手段,在诚信、友爱、宽松、和睦、快捷的和谐环境下公正、及时解决知识产权滥用所产生的纠纷、化解利益矛盾,从而平衡市场主体的合法利益,保障知识经济下社会主义市场经济健康发展。

5.3.3 执法机制寻求得力

《纲要》中明确提出,要健全知识产权执法和管理体制,具体包括:加强司法保护体系和行政执法体系建设,发挥司法保护知识产权的主导作用,提高执法效率和水平,强化公共服务。

^①[日]小岛武司.《作为私的制度的损害赔偿——谋求民事诉讼机能的提高》[J],《法学讲座》,1972年第2期

由于知识产权滥用造成的损害涉及整个国家的经济发展利益，故对于该行为的规制应由国家来直接掌控。我国应当成立一个有权威性和高度独立性的反垄断法的专门执行机构，对包括知识产权滥用的反垄断法规制在内的各种反垄断法行为予以治理，这个机构可称为“反垄断委员会”，赋予该机构以审查与执法之职，并可依据国家与政府的立法制订相应的反垄断工作准则、技术性指标及应用指南。该机关的运行可以将现有中国特色的双轨制知识产权管理模式与仲裁委员会模式予以整合，使其兼具执法与裁决的双重职责。裁决上，由公正廉明的法学家和经济学家、统计学家等组成仲裁员，内部实行民主表决制，以多数人意见为准来处理相关案件；另外，在仲裁案件的同时，可以根据经济发展的现实情况进行学术上的评析，为反垄断委员会发布指导性规范提供可行的建议；在执法上享有绝对独立性，完全依照相关法律法规进行包括知识产权滥用在内的反垄断执法行为；机构设置上还可在直辖市和省、自治区人民政府所在地的市设立反垄断委员会，实行直接管理制，以保证其独立性。

5.3.4 反馈体系力求及时

建立及时的反馈体系，有利于知识产权滥用的反垄断法规制有针对性，尽可能在最前沿解决权利滥用所带来的竞争秩序的负面影响，及时的反馈体系应该从司法、实践与学术三方面综合构建，有效推动法律和经济朝着有利于公众的方向发展。

从司法角度来看，美国司法部门在审理有关知识产权滥用的反垄断案件后，法官都会向人们公布判决理由，作为判例法国家的代表，法官们的裁量理由都会得到相关司法工作人员评论，这种相互交流可以促进美国的反垄断法规制的向前发展。我国也应借鉴这种做法，在司法体系中构建交流机制，结合我国历史、文化、人文这些因素的特点，有针对性地开展知识产权滥用的司法审判经验交流活动，对于一些疑难问题，最高人民法院可以发布指导性意见，从而提高司法审判实践的质量，也有益于知识产权滥用的反垄断法条文及配套法规完善与协调。

从执法角度来看，执法机构可以建立知识产权滥用预警机制，根据经济发展的现象情况，通过对有关知识产权信息情报进行检索和分析，整合相关政府机构、企业、中介机构有关资源，及时掌握世界上有关行业知识产权发展状况，及时提供有关知识产权动态信息和数据库性的量化指标分析，及时向社会反馈信息，以保护相关领域人员的合法权益免受伤害；同时，还要加强对国际上知识产权政策

或者制度变化调整的跟踪、了解，并及时向企业和相关单位提供有关动态信息，使相关知识产权权利人规范权利行使行为，以避免无意识状态下造成知识产权的滥用。

从实践角度来看，知识产权滥用遍及价格、销售量、市场份额、市场集中度等具体的数量指标中。在反垄断法框架下有效监管知识产权滥用，建立及时的量化性市场数据库予以支持，包括审查经营者集中的因素、市场细分下的市场份额标准、经济模型分析标准下的垄断市场份额、市场集中度的数据等量化标准。通过这种技术性、量化性、操作性的指标为《反垄断法》的司法解释及修改提供鲜活的实践依据，增强《反垄断法》的时效性与可操作性。

从学术角度来看，国外反垄断法学术研究是十分发达的，不仅在法学领域，诸如商学院的反垄断行为理论研究；经济顾问对知识产权滥用的反垄断研究；对于审理完结的案件，法学家、经济学家等都会从不同的角度来分析、评价，这些学术性的行为对完备《反垄断法》的学理基础，提高法律规范的实际应用性都是有所裨益的。我国关于知识产权滥用反垄断法规制领域的学术性研究多数局限于法学界，多维角度的研究需要各学科学者们积极参与和共同剖析，这样才有助于将实践与理论紧密结合，使知识产权滥用的反垄断法规制得以有的放矢地开展，为我国知识经济的健康发展营造和谐氛围。

从涉外角度来看，国家应尽快建立海外知识产权维权信息的通报机制，以及在政府职责范围内提供相关的法律服务，以驻外经商机构工作资源为依托，建立政府、企业、行业中介组织、研究机构以及相关法律服务部门，多方面联合协作，实现主体之间信息迅速共享。同时，在适当时候，利用政府资源与境外相关的政府部门进行交涉、沟通，为企业维权创造一个公平的环境^①。

5.3.5 国际合作追求协调

随着经济全球化步伐的加快，全球范围内知识产权滥用的限制竞争行为也日趋增多，妨碍了贸易与投资自由化进程的推进。由于国际上尚未达成规制企业国际性知识产权滥用限制竞争行为的统一的规则，绝大多数国家通过其反垄断法的域外适用加以管制；但如果其他国家都通过反垄断法的域外适用来处理有关案件，则很可能会侵犯行为发生地国的司法主权，导致国家间的司法纠纷，不利于处理

^①选自商务部条法司副司长李成钢在2008年6月13日上午，国务院新闻办联合国家知识产权局、国家工商总局、国家版权局等相关部门，就《国家知识产权战略纲要》举行新闻发布会的发言。

跨国的知识产权滥用。实践中，我国已经积极与英国、欧盟等相关国家与组织签署双边合作协议，协调知识产权领域与经济发展、竞争秩序的双边关系，今后还要进一步加强相关协议签署的力度，协调好知识产权的双边关系。

另外，双边协议不足以解决全球范围内的私人跨国限制竞争等问题，世界上一些组织和国家也已经注意到了在 WTO 内建立多边知识产权滥用的反垄断框架以完善 WTO 反垄断机制的重要性。世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPS 协议）第 40 条第 2 款规定：本协议中无任何规定阻止成员方在其立法中详细载明在特定情况下可能构成对有关市场中的竞争具有不利影响的知识产权滥用的专利权使用作法或条件。如上述所规定，一成员方可按照本协议的其他规定，根据国内有关法律和规定采取适当措施阻止或控制此种作法。作为 WTO 组织成员之一，为实现我国在新世纪提出的在知识产权战略方针的经济发展格局，立足与全球经济伙伴共同探讨制定多边知识产权协议，携手审理知识产权滥用行为所造成的扰乱正常竞争秩序的案件，共同规制跨国公司的知识产权“霸权”行为，维护全球经济健康、良好、高速发展的态势已成为一个不可回避的现实，同时，通过此行为也进一步彰显出建立一个自由、公平的全球反垄断协调机制是全球经济发展的必然需要。

5.3.6 竞争文化渴求实现

知识经济时代里知识产品不仅是一国软实力的体现，也是在科学竞争过程中一种文化氛围的体现。这种氛围是由法律素养和文化所形成的。在知识产权滥用的反垄断法规制过程中，由于其规制对象的知识性，形成一种竞争文化更是必不可少的。出于我国传统文化的考虑，虽然国人对竞争意识较以往有所提高，但长期的计划经济体制使得这种与市场竞争相匹配的文化理念还有所欠缺，实现竞争文化显得尤为重要。

知识产权滥用现实过程中体现为竞争、权利、诉权等文化符号。然，我国竞争文化的实现也应从这几方面来加强。在竞争文化方面，要从消费者的观念、企业的行为及政府的职能上定位，从市场主体交流的思维方式、商事交易规则的理解运用，乃至经济法律的颁布实施，每一个细节都应潜移默化地在竞争文化形成中起作用。知识产权滥用的形成实际上也是一种竞争的结果，是一种变形的竞争。“反垄断法保护的是竞争格局，而非竞争者。”该规则旨在通过对竞争格局的保护来实现经济效益的最大化和保护消费者等目标，我国的《反垄断法》的基本

出发点也与此理念相吻合。

经济市场化、政治民主化和社会现代化，也是一种竞争文化的表现，这种表现所体现出的是一种权利本位的思想，张文显教授曾指出，在权利本位范式中，权力来源于权利，权力服务于权利，权力应以权利为界限，权力必须由权利制约。在这种文化的实现过程中，恰恰是角色转化思想的过程，有助于反垄断法实施。政府要扮演好市场竞争监督者和维护者的角色；经营者应当主动承担市场自由竞争的压力，注重自身竞争能力的建设；消费者要学会加深对利益最大化的认识，渴求竞争文化的实现，同时应清醒地认识到知识产权滥用行为所造成的限制竞争对自身利益的损害。

提高竞争文化的认识不仅在于对于竞争行为的清醒认知，更重要的是在丰富自我文化素养上，运用诉讼武器来保护自我的合法权益。这也是知识产权滥用反垄断法框架下实施模式中路径依赖的一种重要因素。我国《反垄断法》第 50 条规定：“经营者实施垄断行为，给他人造成损失的，依法承担民事责任。”该条为依据反垄断法提起民事诉讼的行为打开了一条通道，但没有确定反垄断法实施的模式。应该借鉴与我国文化有近缘性国家的经验，适当地将行政救济和民事救济衔接起来，节省诉讼资源与成本，为当事人提供一种获得司法救济的合理的可预见的选择。

总之，竞争文化的实现，对于知识产权滥用的反垄断法规制是一种助燃剂，有利于推动以法治国的理论，对我国以知识产权为主题的经济方针及减少国外以知识产权为借口妨碍我国自主知识产权创建的进程，全面提升我国的知识经济竞争力起到应然作用。

结语

知识产权是现代经济发展的重要财富，也是知识社会的工具。知识产权的设立是为了保护知识产权人的智力成果，在经济全球化和知识经济到来的新形势下，世界范围内的经济联系不断加强，在知识产权财产性利益的驱动下，知识产权权利人超越法律规定的合理范围滥用权利，为获取超额利润，甚至以知识产权作为“武器”来阻碍竞争对手的发展，都会对全球经济的发展产生消极的影响。通过对知识产权专有性和知识产权滥用的初步认识，可以看出仅从知识产权法本身或者民事法律制度来对知识产权滥用行为进行规制是远远不够的，必须要通过反垄断法律来对知识产权滥用进行相应的规制，才能促进市场竞争，使得经济秩序得到良性发展。

我国已经加入了世界贸易组织，进入了经济发展的新阶段，要求有一个规范的市场竞争环境，知识产权领域的反垄断问题也日益成为我国急需解决的焦点问题之一，这关系到我国入世之后民族产业的发展以及我国整个市场经济安全。构建知识产权滥用的反垄断法规制框架时，要最大限度地协调好知识产权与反垄断法的关系，既充分尊重和保护知识产权，又切实对限制竞争的知识产权垄断行为进行规制，力求创新与竞争的平衡发展。因此，在我国建立一套完善的有关知识产权滥用的反垄断法律体系是必要而且迫切的。

参考文献

- [01]郑成思. 知识产权论(修订本)[M], 北京:法律出版社, 2001年
- [02]王先林. 知识产权与反垄断法—知识产权滥用的反垄断问题研究[M], 北京:法律出版社, 2001年
- [03]各国反垄断法汇编[M], 北京:人民法院出版社, 2001年
- [04]刘剑文. TRIPS 视野下的中国知识产权制度研究[M], 北京:人民出版社 2003年
- [05]吴汉东. 知识产权法[M], 北京:中国政法大学出版社, 2004年
- [06]王传辉. 反垄断的经济学分析[M], 北京:中国人民大学出版社, 2004年
- [07]王艳林. 竞争法评论第一卷[M], 北京:中国政法大学出版社, 2005年
- [08]吴汉东. 知识产权基本问题研究[M], 北京:中国人民大学出版社, 2005年
- [09]王晓晔. 经济全球化下竞争法的新发展[M], 北京:社会科学文献出版社, 2005年
- [10]马晓. 标准化与知识产权战略[M], 北京:知识产权出版社, 2005年
- [11]吴志攀. 经济法学家[M], 北京:北京大学出版社, 2006年.
- [12]冯晓青. 知识产权利益平衡原理[M], 北京:中国政法大学出版社, 2006年
- [13]王黎明、沈君. 垄断:从国别走向世界[M], 山东:山东人民出版社. 2006年
- [14]冯晓青. 知识产权法利益平衡理论[M], 北京:中国政法大学出版社, 2006年
- [15]徐士英等著. 竞争法新论[M], 北京:北京大学出版社, 2006年
- [16]王晓晔. 竞争法学[M], 北京:社会科学文献出版社, 2007年
- [17]杨紫恒. 经济法研究[M], 北京:北京大学出版社, 2007年
- [18]杨春福. 权利法哲学研究导论[M], 南京:南京大学出版社, 2006年
- [19][法]孟德斯鸠. 论法的精神[M], 北京:商务印书馆, 1982年
- [20][美]博登海默. 法理学——法律哲学与法律方法[M], 邓正来译, 北京:中国政法大学出版社, 1999年
- [21][日]富田彻男. 市场竞争中的知识产权[M], 廖正衡译, 北京:商务印书馆, 2000年
- [22][美]马歇尔·霍华德. 美国反托拉斯法与贸易法规[M], 孙南申译, 北京:中国社会科学出版社, 1991年

- [23]理查德·A·波斯纳.反托拉斯法(第二版)[M],孙秋宁译,北京:中国政法大学出版社,2000年
- [24]马克思、恩格斯.马克思恩格斯选集第3卷[M],北京:人民出版社,1995年
- [25]王晓晔.欧共体竞争法中的知识产权[J]环球法律评论,2001年第2期
- [26]冯晓青.知识产权、竞争与反垄断之关系探析[J],法学,2003年第3期
- [27]吴汉东.知识产权的私权与人权属性[J]法学研究,2003年第3期
- [28]王先林.若干国家和地区对知识产权滥用的反垄断控制[J],武汉大学学报,2003年第2期
- [29]冯晓青.试论以利益平衡理论为基础的知识产权制度[J],中国民法,2004年第1期
- [30]王晓晔.知识产权行使行为的法律规制[J],法学,2004年第3期
- [31]沈木珠、解薇薇.中国知识产权领域的反垄断立法思考——从中国企业面临的知识产权危机谈起[J],西北政法学院学报,2005年第3期
- [32]蔡伟.滥用知识产权也能形成垄断[J],中国外资,2005年第1期
- [33]王晓晔.理应高度关注的问题——与对外贸易相关的知识产权保护[J],国际贸易,2005年第3期
- [34]冯晓青.知识产权[J],学术论坛,第2006年第5期
- [35]王瑞华、贾继峰.对我国限制知识产权滥用问题的思考[J],北京电子科技学院学报,2006年第9期
- [36]石晶玉.探究知识产权滥用的根源[J],时代潮,2006年第3期
- [37]张志新.知识产权保护权利滥用——国际贸易自由化的新障碍[J],贵州财经学院学报,2006年第3期
- [38]黄勇.知识产权与反垄断法的基本关系[J],知识产权,2007年第7期
- [39]徐士英.行业协会限制竞争行为的法律调整[J],法学,2007年第12期
- [40]刘友华.我国知识产权公益诉讼制度之构建[J],知识产权,2007年第2期
- [41]冯晓青.知识产权的公共领域理论[J],知识产权,2007年第3期
- [42]颜运秋、周晓明.知识产权滥用的公益诉讼制度之构想[J],知识产权,2007年第3期

- [43]冯晓青. 知识产权法的价值构造——知识产权法利益平衡机制研究[J], 中国法学, 2007 年第 1 期
- [44]王先林. 知识产权行使行为的反垄断法规制——《反垄断法》第 55 条的理解与适用[J], 法学家, 2008 年第 1 期
- [45]薛克鹏. 中国反垄断法个性及其机理当议[J], 中国流通经济, 2008 年第 1 期
- [46]赵晓光. 反垄断法对滥用市场支配地位的规制[J], 工商行政管, 2008 年第 2 期
- [47]时建中. 我国《反垄断法》的特色制度、亮点制度及重大不足[J], 法学家, 2008 年第 1 期
- [48]史际春. 《反垄断法》与社会主义市场经济[J], 法学家, 2008 年第 1 期
- [49]王艳林. 中国反垄断法的规制对象及其确立方法[J], 法学杂志, 2008 年第 1 期
- [50]肖剑. 反垄断法对行使知识产权行为的规制[D]
- [51]高敏. 知识产权领域的反垄断问题研究[D]
- [52]姬广亮. 关于我国知识产权领域反垄断法律体系的完善与思考[D]
- [53]季丰. 知识产权滥用的反垄断法规制研究[D]
- [54]唐平. 知识产权滥用规制问题研究[D]
- [55]吴静. 知识产权滥用的反垄断法律规制研究[D]
- [56]杨艳. 论知识产权滥用的反垄断法律规制[D]
- [57]Asif Qureshi. International Economic Law[M], London: Sweet&Maxweel, 1999
- [58]Steven D. Anderman. EC Competition Law and Intellectual Property Rights[M], Clarendon Press Oxford, 1998
- [59]Divid J. Verber. Freedom, Law and Competition[M], Oxford University Press, 1998
- [60]Kevin C. Kennedy. Global Trade Issues in the New Millennium Direct Investment and Competition Policy at the World Foreign Trade Organization, George Washington International Law Review, Vol. 33,

2001

- [61]Alexandre S. GREWLICP. Globalization and Conflict in Competition Law Elements of Possible Solutions, World Competition 24, 2001
- [62]International Antitrust Code Will be Studied by GATT Members, 65 Antitrust&Trade Reg. Rep. (BNA) 259, 1993
- [63]Competition rules for the 21th century. Principles from America' s experiences, law international, 2003
- [64]Seung Woo Son Can Black Dot (Shink Warp) License Override Federal Reverse Engineering Right The Relationship Between Copyright , Contract And Antitrust Law[J], The Tulane Journary Of Technology And Intellectual Property, Spring 2004
- [65]Section of antitrust Law, American Bar Association, The 1995 Federal Antitrust Guidelines for the licensing of Intellectual Property, Commentary and text
- [66] Robert Pitofsky. Antitrust and Intellectual Property, March 2, 2001.
- [67]D. G. Goyder. EC Competition Law in practice[M], Blackstone Press Limited 1999
- [68]Pat EIPR. 2004 Treacy Thomas Heide, The New EC Technology Transfer Block Exemption Regulation (9)
- [69]Steven D. Anderman. EU Competition Law and Intellectual Property Rights law, Clarendon Press Oxford, 1998.
- [70] Edwin J. Hughes. The Left Side of Antitrust: What Fairness Means and Why It Mutters,, 1994

后记

在键盘上敲下论文的最后一个句号，拖动鼠标，看着自己写下的文字飞快闪过，回想硕士论文撰写的全过程，琐碎而平淡的工作，但需要重视文章的每一处细节，以及每一处的字斟句酌。本以为文稿的完成会使自己内心的满足与喜悦之情跃然而生，可现实中却是心间掠起了几丝遗憾、几许失落与几分感激。

遗憾之感源于论文本身，诚然文章反映的是我三年硕士研究生学习期间对知识产权滥用的反垄断法规制领域问题的一些思考，但由于在法学专业理论素养和社会实践经验上的欠缺，以及社会经济生活中运用反垄断法规制知识产权领域问题的宏大与复杂，使得本文研究的深度和力度有很多不尽人意的地方，留待今后作进一步的努力和完善。

失落之情则是对学生时代的恋恋不舍，毕业后我会继续留在学校这一方热土上，为学校的和谐发展贡献自己的微薄之力。可是，物是人非，共同学习生活的同学们都已奔向各自的事业，存留的只是荡漾在心间对往昔纯真友情的涟漪。

每个人一生中时时刻刻都得到他人的关心和帮助，因此，感激并不是一种俗套，而是内心最诚挚的情感。

首先，要感激的是我的导师马兆瑞老师，正是您在学术上的严谨与睿智，对理论和实践的宏观把握和微观深入，以及对论文的精心批改，才使得我原本颇觉艰难的毕业论文选题有了清晰的思路，才使得我原本单调的论文内容变得日益丰满与完整，才使得我原本普通的论文结构有了创新与特色。

同时，还要感激开题答辩中各位法学院老师对我论文在结构与内容上不足的指点，且诸位老师之教诲，在撰写论文过程中时常萦绕于心脑。

最后，深情的感激要献给我的父母。在求学过程中从无论是一名中专生，再到高自考的求学之路，乃至研究生学业的顺利完成，他们没有过多的烦人碎语，没有过多的精神压力，有的只是在我身后默默给予的支持与鼓励。

写完这篇后记意味着自己真的要告别难舍的学生时代了，但理论与实践仿佛是学术世界的两只眼睛，或许彼此看不到对方的存在，需要进一步的沟通，但必将比一只眼睛看得清楚。在学术的路上，我永远都只是个蹒跚学步的孩童，即使迷茫仍睁大双眼，在实践中累积理论，不断向前。