

中国反垄断法应如何对待知识产权问题*

□ 王先林**

摘要: 反垄断法和知识产权保护既存在基本的一致性,又在具体实施过程中存在冲突。这种冲突是由知识产权的不正当行使(滥用)行为而引起的,并违反了各国的竞争政策。中国需要利用正在制定《反垄断法》的契机,建立起对知识产权行使行为加以规制的制度,明确反垄断法律制度适用于滥用知识产权非法限制竞争的行为,并由竞争执法机关根据不同时期的具体情况制定专门的指南或规章解决适用中的具体问题。

关键词: 反垄断法 知识产权 权利行使 权利滥用

一、反垄断法对待知识产权问题的一般态度

本来,反垄断法与知识产权是两个完全不同领域的问题,两者看似毫不相干甚至彼此矛盾,但实际上存在既对立又统一的关系。对于两者关系的认识,有人断言知识产权的垄断“是任何形式的反垄断法都不能干预的”,甚至将知识产权领域也存在反垄断问题的说法斥之为“无知”^[1],但是,最近几年来,学界乃至官方的主流认识已经发生了改变。这种改变不是要用反垄断法来否定知识产权,而是在充分尊重和有效保护知识产权的前提下,使得知识产权行使行为受到应有的约束,以防止和限制知识产权的滥用。

在现代社会,反垄断法是各国为保护和促进市场竞争而实施的一项基本的经济政策和法律制度,其核心目标是确保竞争机制在相关市场发挥作用,从而提高生产效率和资源配置效率,增进消费者福利。知识产权是现代社会的一项重要财产权,知识产权保护也是各国一项基本的经济政策和法律制度,其核心目标是通过授予和保护特定知识产品的创造主体在一定期限的专有权,从

而鼓励创新,促进经济发展。反垄断法与知识产权保护在总体上具有一致性,但在实施过程中又存在冲突的可能性。

反垄断法的基本使命是反对垄断,保护自由公平的竞争,但也有若干例外。而一般认为,知识产权就属于这种例外中的典型情况,知识产权在本质上被视为法律赋予的一种合法垄断。因此,反垄断法与知识产权保护具有相当的一致性。这种一致性,一方面表现为反垄断法与知识产权保护均具有促进竞争和推动创新的基本功能。反垄断法保证企业之间开展正常的竞争以寻求新的创新之路,为创新提供压力(“大棒”),同时防止取得支配地位的企业损害和阻碍创新;而知识产权保护则通过授予和保护重要但有期限的市场支配力(垄断力)来奖励在创新上的投资,为创新提供动力(“胡萝卜”),同时维护公平的市场竞争秩序。另一方面,反垄断法与知识产权保护的一致性也表现为它们均具有保护消费者的目的和功能。反垄断法以保护消费者为目标是不言而喻的,这是通过保护和鼓励竞争来实现的。知识产权保护不仅通过鼓励创新、促进经济发展可以在总体上

* 本文是国家自然科学基金项目(70473001)和上海市“曙光计划”项目(05SG17)中期成果的一部分。

** 作者系上海交通大学法学院教授,博士生导师,经济法研究所所长。



增加消费者福利，而且通过对具体市场上的假冒等侵犯知识产权行为的制止和制裁来使消费者免遭交易中的损害，这都可以达到保护消费者的目的。因此，反垄断法和知识产权保护在促进竞争、推动创新和保护消费者方面存在着一致性，可谓殊途同归。但是，反垄断法和知识产权保护在具体实施过程中往往也会表现出某种程度上的冲突。笼统和抽象地来看，“知识产权在本质上是完全的或有一定限制的垄断的创造物”，“相反，竞争政策都是关于自由的，是反垄断的”^[2]。这种表面上的不一致虽然并不必然带来它们实际上的冲突，但它确实蕴含着这种冲突的可能性。这种冲突主要表现为，知识产权人在行使权利的过程中不适当地扩张其法定垄断权的范围，或者凭借合法垄断进一步谋求非法垄断，这样就与反垄断法保护自由公平竞争的基本目标相抵触。因此，反垄断法与知识产权保护在实施过程中的冲突是由知识产权的行使行为而引起的。知识产权的拥有并不必然导致这种冲突，而且知识产权的正当行使也不会产生反垄断法和知识产权保护的冲突，此时保护知识产权对竞争的一定限制应被视为对创新的激励和实施知识产权制度的必要代价。然而，知识产权的不正当行使则会导致这种冲突。

知识产权的不正当行使，即知识产权的滥用，就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，损害他人利益和社会公共利益的行为。在这里，知识产权的获得与知识产权的行使是两个问题，知识产权的合法获得并不能保证其正当行使或不被滥用。知识产权滥用构成了反垄断法与知识产权之间的连接点。

可见，反垄断法关注的是知识产权的行使问题，而不是知识产权本身。区分知识产权的存在与知识产权的行使构成了反垄断法的原则和基本逻辑。例如，在美国微软垄断案中，微软公司提出的一个重要抗辩就是微软的行为受到美国联邦知识产权法（主要是著作权法）的保护，是合法的知识产权许可交易，微软的这一抗辩未被地区法院所接受。法院指出：著作权人并不能依据著作权以直接威胁竞争的方式获取派生利益；如果销售商利用著作权之类自然的和法律上的优势，将其在某一市场上的支配地位扩展到另一市场上，

就会引起法律责任；在著作权被用作垄断阴谋的一部分时，著作权并不能使权利人免受反托拉斯调查。法院认定微软将版权作为非法垄断的手段，故须适用反托拉斯法。欧盟竞争法在发展中所确立的关于运用知识产权的三大基本原则之一即是知识产权的所有权中“存在权”与“使用权”相区别。

对此，欧洲法院在判例中指出，条约第36条所保护的只是知识产权所有权的“存在”，而对所有权的“使用”，则应受到条约有关禁止性规范的约束^[3]。2004年3月欧盟委员会对微软垄断案的处理决定也表明，微软利用保护知识产权的抗辩同样没有得到该委员会的认可。

知识产权行使行为涉及反垄断法的问题，但它又不同于、甚至也不首先是反垄断法方面的问题。当知识产权的行使违反反垄断法时，必然存在知识产权的滥用，但是，反过来并不一定成立，即有些（甚至多数）滥用并不违反反垄断法。这是因为知识产权滥用原则所体现的公共政策除了竞争政策（反垄断法是其核心内容）外，还包括创新政策和表达自由政策等。不过，由于反垄断法是各国基本的公共政策，而且知识产权本身的垄断性决定了其滥用行为往往会造成对反垄断法的破坏，因此知识产权滥用所体现的反垄断法与知识产权保护的冲突特别受到关注。这也决定了反垄断法对知识产权行使行为的规制是最基本的和最主要的法律规制。

当权利人在行使知识产权超出法定范围，与社会整体利益相冲突时，体现公益目标的反垄断法就应对其进行规制，以对知识产权的行使行为加以必要的限制，而不能仅仅因为知识产权是合法的垄断权就笼统地不予适用。反垄断法规制知识产权行使行为的基本前提和特点在于维护有效竞争，即反垄断法通过维护有效竞争来使得社会个体的知识产权的行使行为不致破坏了社会整体利益——实质公正和社会整体效率。

显然，反垄断法适用于知识产权的行使行为，并不意味着对知识产权本身作为垄断权的基本性质的否定，而是在承认和保护这种权利的同时，防止和控制其被滥用。这是符合法律设定任何权利的目的的，因为任何权利都不可能是绝对的，它都有一条自身正当与合法行使的界限，防止和控



制权利和权力的滥用是法律的重要原则，也是实现法治的必然要求。反垄断法对待知识产权是区分权利存在和权利行使并进而区分权利的正当行使和不正当行使的不同情形进行分析和处理的。

在将反垄断法适用于知识产权行使行为时的一个重要问题是，如何看待知识产权的特殊性。这直接涉及到对相关行为是从严还是从宽适用反垄断法的问题。而这在不同的国家、不同的时期是有不同的分析和处理原则的。总体来看，有关国家和地区在将反垄断法适用于知识产权行使行为时，仍然是将其纳入反垄断法通常的框架下进行的，既不因为知识产权固有的垄断性而对知识产权行使加以特别的约束，也不因为法律保护知识产权而对知识产权行使行为网开一面。

二、中国反垄断法对待知识产权问题应采取的基本立场和具体方式

中国目前尚无完整的反垄断法，还基本上谈不上将反垄断法适用于知识产权行使的问题。但是，在中国有关的法律法规（其中一些带有反垄断法的性质）中对涉及知识产权行使行为作了一些直接或间接的规定，如《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》第43条、《中华人民共和国技术进出口管理条例》第29条、《中华人民共和国合同法》第329条和第334条以及《中华人民共和国反不正当竞争法》和《中华人民共和国对外贸易法》的相关规定。但是，这些规定极为零散、不完整、不明确，主要表现为散见于相关的法律、行政法规之中，不是专门从反垄断法的角度对此做出规范的；而且，现有的多数法律规范是适用于有关对外经济贸易活动中的行为，而不是普遍适用于中国市场上的有关知识产权行使行为，因此其适用范围还极为有限；从其内容来看，它也需要根据目前国际上通行的做法加以更新、完善。

由于相关法律规则的缺位，因此尽管索尼、微软、思科以及DVD专利权人联盟等在中国市场上涉嫌滥用知识产权的垄断行为日益突出，但是其在中国还难以得到有效的规制。为了实现竞争政策所代表的更广泛更重大的社会利益，平衡个体权利人与社会公众的利益，中国在继续加强知识产权保护以鼓励创新和促进科技进步的同时，也

应当对知识产权的行使行为加以必要的规制，防止知识产权被滥用来影响经济竞争秩序。

在这方面，中国首先应当建立起基本的反垄断法律制度，主要是指制定比较完整的、作为法典的反垄断法。这样的一部重要法律在经过十几年的起草、论证，特别是在2006年6月国务院向全国人大常委会提请审议《中华人民共和国反垄断法（草案）》（以下简称“反垄断法草案”）并经过了第一次审议之后，其最终出台已经为时不会太远。

在中国制定反垄断法时应当如何对待知识产权问题，是存在不同意见的。一种意见基于知识产权本身的合法垄断权的性质，主张反垄断法不应该规定知识产权问题，或者仅仅明确知识产权是反垄断法的适用除外领域；另一种意见则认为反垄断法中不仅要规定知识产权问题，而且还要具体规定，甚至要设置知识产权问题专章，以便为行政执法和司法提供明确的规则。本人认为，以上两者看法都有失偏颇，而应当采取一种折衷的立场，即中国制定反垄断法应该涉及知识产权问题，明确禁止滥用知识产权非法垄断或者限制竞争的行为，但不需要规定有关滥用知识产权的垄断行为的专章，因为这方面的问题根据性质分别表现为滥用市场支配地位的行为、联合限制竞争（卡特尔）行为和不正当结合（集中）行为，因此只需要明确反垄断法律制度适用于知识产权领域，即适用于与知识产权有关的垄断或限制竞争行为即可。可以在《反垄断法》中设置专门的条款，既明确将行使知识产权的正当行为作为反垄断法的适用除外，又明确对滥用知识产权的垄断或限制竞争行为加以必要的规制。

从目前“反垄断法草案”的规定来看，其第54条基本上就是这样处理的，即：一方面，明确经营者正当行使（依照有关知识产权的法律、法规规定行使）知识产权的行为不适用反垄断法；另一方面，又明确经营者滥用知识产权实施排除、限制竞争的行为也应适用反垄断法。这就实际上就从原则上明确了在适用反垄断法时，知识产权权利人与其他任何有形和无形财产权利人一样适用相同的原则，知识产权权利人既不特别地免于反托拉斯法的审查，也不特别地受到怀疑，而是应适用统一的标准和法律原则。这既是反垄断法正

确对待知识产权问题的应有原则和立场，也是反垄断法平等适用的一个要求和表现。

在《反垄断法》中，无论对知识产权行使行为加以何种程度的规制，它都不可能完全解决适用中的所有问题，因此需要借鉴美国、欧盟、日本和中国台湾地区等在这方面的经验，由竞争执法机关根据不同时期的具体情况制定专门的指南或规章加以解决。在中国，由于国务院制定或经国务院批准的行政法规也是法院审理案件适用的法律依据，因此反垄断执法机关制定的这种指南如果经国务院批准、从而具有行政法规的性质，这就有利于它不仅能在行政执法中而且也在司法活动中的遵照适用，增强其权威性和执行效力。

在制定专门的规制知识产权行使行为的反垄断指南或规章方面，美国司法部和联邦贸易委员会1995年联合发布的《知识产权许可的反托拉斯指南》和美国联邦贸易委员会2003年发布的《促进创新：竞争和专利法及其政策之间的恰当平衡》的报告、2004年欧共体《对各类技术转让协议适用条约第81条(3)的规章》(EC No772/2004号)(其取代了1996年欧共体委员会《技术转让规章》(EC No240/96))、1999年日本公正交易委员会重新颁布的《专利和技术秘密许可协议中的反垄断法指导方针》以及中国台湾地区“行政院公平交易委员会”2001年制定、2005年修订的“审理技术授权协议案件处理原则”各自都有值得我们结合中国的国情加以借鉴的地方。在借鉴这些国家和地区的立法经验，制定符合中国实际的规制知识产权行使行为的竞争规则时，首先应当比较全面、具体地阐述知识产权与反垄断法之间既一致又冲突的复杂关系，以立法的形式表明政府主管部门在此问题上的基本方针、政策，其核心是平衡和处理好保护知识产权与维护竞争之间的冲突，做到既充分尊重和保护知识产权，发挥其鼓励创新和激励竞争的作用，又切实防范合法垄断权被不正当地利用(即滥用)，使代表社会整体利益的自由

公平竞争秩序不致受到破坏；既充分保护市场竞争，又能实事求是地照顾到合理的暂时限制竞争的商业需要，合理平衡知识产权交易的各方当事人(开发者、生产者、消费者等)之间的利益，以促进中国的科技文化创新和经济竞争并行不悖地发展。

还需要说明的是，反垄断法的一个重要特点是其所规制的垄断或者限制竞争行为多数属于结构性行为，即经营者要具有某种市场支配地位才能实施相应的行为(滥用市场支配地位行为)，或者实施某种行为(结合或者集中行为)后要达到一定的市场规模(结构)才受到控制。因此，尽管反垄断法并不必然反对大企业(往往也是优势知识产权的拥有者)，但是相对来说，大企业或者优势知识产权的拥有者往往要受到更多的约束和控制。由于跨国公司在资金和技术等方面较之中国国内企业占有很大的优势，具有更大的规模和更强的实力，尤其是其知识产权优势明显，从而更容易在中国市场上取得支配地位，并且在事实上也存在一些明显的限制竞争行为，因此中国反垄断法出台后可能会有不少针对外国跨国公司(优势知识产权的拥有者)非法垄断行为的调查和诉讼，这应该属于正常的现象。如果发生这样的现象，那也不能说中国的反垄断法是专门针对外国跨国公司的，也不能说中国反垄断法是专门对付外国知识产权拥有者的，因为那是适用反垄断法同样标准的结果，反垄断法只针对垄断行为，无论其主体是国内还是国外的，也不论其垄断行为是否为基于知识产权的滥用而产生。

注 释：

[1] 参见《经济参考报》1998年7月7日的评论文章。

[2] Tina Hart and Linda Fazzani, *Intellectual Property Law*, Macmillan Press Ltd, London, 1997, p.197.

[3] 参见阮方民著：《欧盟竞争法》，中国政法大学出版社1998年版，第282-283页。