

市场经济与中国法制建设论丛

知识产权许可与反垄断

惠从冰 著

海南出版社

责任编辑 丁桂芳
封面设计 任国杰

ISBN 7-5443-1877-X



9 787544 318778 >

ISBN 7-5443-1877-X/D·63

定价：155.00元（全套四册）

市场经济与中国法制建设论丛

知识产权许可与反垄断

惠从冰 著

海南出版社

图书在版编目(CIP)数据

知识产权许可与反垄断/惠从冰著. —海口:海南出版社,
2006.11

(市场经济与中国法制建设论丛)

ISBN 7-5443-1877-X

I.知... II.惠... III.①知识产权—研究—中国②反托拉斯法—研究—中国 IV.①D923.404②D922.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 133976 号

市场经济与中国法制建设论丛 知识产权许可与反垄断

惠从冰 著

责任编辑 丁桂芳

责任校对 雷冬元

※

海南出版社出版发行

(570216 海口市金盘开发区建设三横路 2 号)

海口晚报印刷厂印刷

2006 年 11 月第 1 版 2006 年 11 月第 1 次印刷

开本:889×1194 毫米 1/32 印张:12.5

字数:300 千字

ISBN 7-5443-1877-X/D·63

定价:155 元 (全套四册)

自序

三年苦读,完成了自己的博士论文;在论文基础上再加工,成就了这本小书。

从某种意义上说,世界未来的竞争就是知识产权的竞争,我们必须依靠知识产权这一武器才能赢得竞争的胜利,所以我们以前所未有的力度加大了对知识产权的保护。但是,我国知识产权的形势非常严峻。一方面,我国发明专利数量偏低;另一方面,我国在一些核心领域缺少自主知识产权。此外,我国真正拥有自主知识产权的数量偏少,而且多是改进性发明,缺少基础性、原创性的发明。我们若想以知识产权立国,那么在较长的时间内,需要大量吸收和引进他人的先进技术。吸收和引进的基本方式,就是通过知识产权许可。

发达国家越来越重视知识产权对于巩固和提高其国际上经济地位的作用,大的跨国公司也将知识产权战略作为扩张和发展的手段。到目前为止,我国的知识产权制度集中在对知识产权的保护方面,限制知识产权滥用的制度还没有得到应有的重视。这种状况对我们显然是不利的。知识产权保护所带来的弊端日益显露,如何限制不正当行使知识产权,自然引起了人们的极大关注。

知识产权滥用主要体现在知识产权许可过程中,而规制知识产权滥用的制度主要是竞争法律制度,以此制度来对知识产权的行使进行外部限制。刚好,我国的反垄断立法呼之欲出。本书研究

的目的,就是运用竞争法律制度(反垄断法),规制知识产权许可中的知识产权滥用。

根据我的有限所知,目前就知识产权许可的反垄断规制进行比较系统的研究,本书是第一本。无奈自己才疏学浅,错漏肯定不止一二。此书出版,虽恰逢其时,却也只奢望有引玉之效。

感谢我的导师沈四宝教授,他的言传身教促成了这本小书问世;感谢黄勇教授,为本书中的一些观点进行了校正;感谢我的朋友闫文军博士,为本书的资料收集和立论提供了很大帮助;感谢我的同学张韵声博士,为本书的出版做了很多的工作;感谢师妹邱薇卿、董亚琳,为本书进行了细心的编辑。

此序!

惠从冰

2006年8月9日

前言 从知识产权保护 到知识产权规制

近二十年来,我国知识产权制度从无到有,知识产权的种类从少到多,知识产权保护的力度从弱到强,使我国知识产权保护的水平很快达到了国际标准。随着知识经济时代的来临,知识产权在经济发展中的作用越来越强,知识产权对于企业生存和发展的意义越来越重要。无论是知识产权创造人还是使用人,都越来越重视知识产权许可的作用。知识产权人往往利用知识产权作为杠杆,实现其技术和经济优势。在这种情况下,如何保证知识产权不被用于限制竞争的目的就显得尤为重要。

一、我国知识产权保护取得了有目共睹的重大进展

近年来,知识产权的立法和执法一直是我国法律领域的热点。“在过去短短二十几年时间里,中国政府为保护知识产权付出了艰苦的努力,中国的知识产权保护取得了有目共睹的重大进展,走过了发达国家通常需要几十年甚至逾百年的历程。”^[1]中国知识产权保护的发展表现在以下几个方面:

——建立健全了符合国际通行规则、门类比较齐全的法律法

[1] 见2005年4月21日国务院新闻办公室发布的《中国知识产权保护的新进展》白皮书。

规体系。上个世纪 80 年代以来,国家颁布实施了《中华人民共和国专利法》、《中华人民共和国商标法》、《中华人民共和国著作权法》和《计算机软件保护条例》、《集成电路布图设计保护条例》、《著作权集体管理条例》、《音像制品管理条例》、《植物新品种保护条例》、《知识产权海关保护条例》、《特殊标志管理条例》、《奥林匹克标志保护条例》等涵盖知识产权保护主要内容的法律法规,并颁布一系列相关的实施细则和司法解释,使中国知识产权保护的法律法规体系不断趋于完善。为对知识产权实行切实有效的法律保护,2001 年中国加入世界贸易组织前后,对知识产权保护的相关法律法规和司法解释进行了全面修改,在立法精神、权利内容、保护标准、法律救济手段等方面,更加突出促进科技进步与创新的同时,做到了与世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协议》以及其他知识产权保护的国际规则相一致。

——知识产权的保护范围不断扩大。近些年来,我国知识产权法律的每一次修改的过程,都是对知识产权保护范围扩大的过程。例如,我国专利法 1992 年的修改,将“药品和用化学方法获得的物质”规定为可授予专利权的对象;将发明专利的保护期限从 15 年延长为 20 年,实用新型和外观设计的保护期限从 5 年延长到 10 年;增加了专利产品的进口保护;将对方法专利的保护延及到依该方法直接获得的产品。专利法 2000 年的修改,将“许诺销售”规定为专利侵权行为。同时,这两次专利法的修改,都将专利强制许可的条件进一步严格。我国商标法 2001 年的修改,增加了可以注册为商标的标志的种类,增加了对驰名商标的保护,增加了对地理标志的保护。我国著作权法 2001 年的修改,增加了对信息网络传播权和对软件、电影作品出租权的保护;增加了对保护作品的技术措施及权利管理电子信息保护;减少了合理使用的范围,严格了合理使用的条件,等。可见,知识产权法的修改过程,是扩大和加强对

知识产权的保护,而减少了对知识产权干预的过程。

——建立健全了协调、高效的工作体系和执法机制。在知识产权保护实践中,中国形成了行政保护和司法保护“两条途径、并行运作”的知识产权保护模式。在中国,有多个部门分别履行保护知识产权的职能,主要包括国家知识产权局、国家工商行政管理总局、新闻出版总署、国家版权局、文化部、农业部、国家林业局、公安部、海关总署、最高人民法院、最高人民检察院等。多年来,这些部门在各自领域开展了卓有成效的工作,通过日常监管与专项治理相结合,加大知识产权保护的行政执法力度。截至2004年底,全国各地专利管理部门共受理专利侵权、专利纠纷案件12058件,结案10411件。2001年至2004年,全国各级工商行政管理机关共查处各类商标违法案件16.96万件,其中商标一般违法案件5.66万件,商标侵权假冒案件11.3万件。1995年至2004年,各级版权行政管理部门共收缴侵权盗版复制品3.5亿件,受理侵权案件51368起,结案49983起。1996年至2004年,全国海关共查获各类进出口侵权案件4361起。2000年至2004年,全国公安机关共破获侵犯知识产权犯罪案件5305起。自1981年开始受理技术合同纠纷案件以来,中国法院不断拓宽知识产权审判领域,相继开展了著作权、商标、专利、不正当竞争、计算机软件、植物新品种、集成电路布图设计等各类知识产权案件的审判工作,确立了知识产权的审判地位。1998年至2004年,全国法院共审结知识产权民事一审案件38228件,审结知识产权犯罪一审案件2057件。

——积极履行知识产权国际保护义务。中国积极参加国际保护知识产权的主要公约和条约。自1980年加入世界知识产权组织后,中国相继加入《保护工业产权巴黎公约》、《专利合作条约》、《国际承认用于专利程序的微生物菌种保藏布达佩斯条约》、《工业品外观设计国际分类洛迦诺协定》、《商标国际注册马德里协定》、《商

标注册用商品和服务国际分类尼斯协定》、《商标国际注册马德里协定有关议定书》、《与贸易有关的知识产权协议》、《国际植物新品种保护公约》、《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》、《世界版权公约》和《保护录音制品制作者防止未经许可复制其录音制品公约》等 10 多个国际公约、条约、协定或议定书。

可见,从立法方面看,我国知识产权法律体系迅速完善,知识产权的保护范围有所扩大,对知识产权的干预有所减少;从执法方面看,对知识产权保护的力量在加强;从国际范围看,我国的知识产权制度与世界知识产权保护制度逐步接轨,并且达到了有关国际公约要求的保护标准。知识产权制度的完善和保护力度的加强,使智力成果可以得到承认和受到保护,保证了知识产权权利人可以正当行使其权利。

二、知识经济中知识产权的重要性明显突出

人们经常把当代的技术革命称为“信息革命”,而把未来的经济模式称为“知识经济”。这里的“信息”和“知识”都与知识产权有着密切的联系。“对于这些信息,只有它们的创作者本人(或经其授权之人)才有权以某些特定的工、商业方式去使用,以获得经济上的收益。使用这类信息的权利,就是我们要讲的知识产权。”^[1]

1996年,西方国家组成的“经济合作与发展组织”(OECD)发表了《以知识为基础的经济》报告,第一次对这种新型经济下了定义:建立在知识和信息的生产、分配和使用基础之上的经济。换言之,知识经济时代是“以知识(智力)资源的占有、配置、生产、分配、使用(消费)为最重要因素的经济时代”,即“科学技术是第一生产力”的时代。或者说,知识经济是建立在知识、信息的生产、分配和使用

[1] 郑成思:《知识产权论(第三版)》,法律出版社2003年10月版,第37页。

基础上的经济。知识、信息是经济长期增长的首要因素,对经济发展具有决定性的先导作用。正如美国社会学家托夫勒(Alvin Toffler)在《经济与前提》一书中所言:“在第一次浪潮的社会中,土地是最重要的财产;在第二次浪潮的社会中,机器取代了土地,成为最重要的财产;在第三次浪潮的社会中,我们仍然需要土地、机器这些有形财产,但主要财产已经变成了信息。”^[1]

现在依靠知识和信息发展经济的例子已经比比皆是。从国家层面上看,自然资源最丰富的国家不一定再是强大的国家,像日本这样资源贫乏的国家也可以依靠先进的技术成为经济大国;从企业层面上讲,资金和财产雄厚的企业不一定再是发展势头良好的企业,像美国高通公司那样只依据许可技术和标准的企业也可以成为最有发展潜力的企业;从个人层面上讲,拥有大量有形资产的人不一定再是经济实力最强的人,像比尔·盖茨那样凭借知识产权创业的人也可以很快成为世界的首富。在这种情况下,不管是国家还是私人,对研究和创作知识成果的投资日益增加。随着科学技术的最新发展,特别是生物技术和信息通讯技术的发展,知识作为企业、国家获取竞争优势的主要源泉作用远胜以前。

在知识经济时代,保护知识产权的重要性已经被越来越多的人所认识到。“可以说,在知识经济时代,科学技术是一个越来越重要的因素。经济的增长,离不开科学技术的进步。从熊彼特开始,经济学家逐渐认同了技术进步对经济增长的广泛作用。技术进步依据的是科学研究、发明和技术创新。而要推动科学研究、发明和技术创新,需要相关的制度来保障,这个制度就是知识产权制度。”^[2]有的学者指出,知识产权法律制度是发展知识经济的重要法律保障,是知识经济时

[1] 转引自郑成思,前引书,第51页。

[2] 李晓西 董念清:《知识经济时代的知识产权保护战略》,载《中国社会科学院研究生院学报》2003年第3期。

代将智力资源作为第一要素进行资源配置的法律条件,是知识经济实现资产投入无形化的基础,是发展高新技术产业的催化剂和助推器。因此,知识经济的本质和特征决定了必须加强知识产权保护。^[1]

由于知识在知识经济中的作用越来越大,我们有必要通过知识产权制度来保护知识,鼓励创新。但是同时,也正是由于知识在知识经济中的作用越来越大,如何保证这种知识用于促进经济的发展和社会的公共利益,而不是成为经济发展的阻碍或有损于社会公共利益,也应该受到充分的关注。在农业经济社会中,由于土地资源的重要性,产生了所有权绝对的原则;而正是由于土地资源的重要性,也随即产生了对土地所有权限制的制度和权利禁止滥用的原则,如土地所有人容许他人合法侵入,不得损害他人利益和公共利益等。在工业经济社会中,出于对机器和产品自由流转的需要,产生了契约自由原则;而正是机器和产品对于社会的重要性,使契约自由受到多方面的限制,包括竞争法对交易的规制,民法诚实信用原则、公序良俗原则对私法自治或契约自由的限制,以及由法律直接规定某些契约条款无效等。在知识经济社会中,保护知识产权是首先应确立的原则。知识产权保护制度确立后,规制知识产权行使的制度应成为关注的中心。现有的限制物权和限制契约自由的原则能否适用于对知识产权的限制,是知识经济社会需要解决的问题。因此,有学者提出,知识经济要求我国反垄断立法在规制知识产权保护制度的同时,创设对滥用知识产权限制竞争的垄断行为实行有效监督和制裁的新制度。^[2]

[1] 参见李顺德:《WTO、知识经济与知识产权》,载郑成思主编《知识产权文丛》第四卷,中国政法大学出版社2000年版,第335页。

[2] 黄欣:《WTO、经济全球化、知识经济与我国反垄断立法关系研究》,载徐杰主编:《经济论丛》第3卷,法律出版社2002年版,第70-77页。

三、知识产权制度协调化和经济全球化要求我们进一步完善知识产权规制制度

尽管从世界范围看各国经济发展水平还存在相当大的差距,但知识产权制度已经迅速协调化,世界经济正走向全球化。在这种大背景下,完善有关法律制度应考虑到本国所处的位置和对本国经济和社会发展的影响。

近十几年来,世界知识产权法律制度以惊人的速度在向协调化方面迅速发展。不同的国家由于经济发展水平的差异和法律传统的不同,法律制度千差万别。但在知识产权制度方面,这种差异远小于其他法律部门。这主要是因为世界发达国家通过施加压力等办法,推动其他国家的知识产权立法,督促国际公约的加入和执行。我国知识产权制度的迅速完善就是明显的例证。我国知识产权法律制度的完善当然是出于我国经济发展的需要,但不容否认自始至终无不承受着发达国家所施加的压力,这些压力甚至成为了我们立法和修改法律的主要原因。从1979年中美《高能物理协议》、《中美贸易协定》中的知识产权条款到历次中美知识产权谈判,从中国1982年第一部商标法、1984年第一部《专利法》、1990年第一部著作权法的颁布,到2000年至2001年前后中国知识产权法的全面修改;从20世纪80年代后中国加入《世界知识产权组织条约》、《保护工业产权巴黎公约》、《保护文学艺术作品伯尔尼公约》等一系列国际条约所体现的知识产权国际保护体系,到2001年11月正式加入《与贸易有关的知识产权协议》,中国更多的是在顶着巨大压力的情况下与发达国家斗争、谈判,最后才初步建立了自己的知识产权法体系。^[1]《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS协议)使世界贸易组织成员的知

[1] 参见朱玲娣:《从麻将规则的本土性看我国知识产权法的移植》,载2004年12月2日《法制日报》。

知识产权保护有了最低的标准,虽曾遭到发展中国家的反对,但最终被所有世界贸易组织国家所接受。英国知识产权委员会(Commission on Intellectual Property Rights)在《知识产权与发展政策相结合》的报告中指出,发展中国家之所以接受 TRIPS 协议,原因不是采取知识产权保护是其当务之急,部分原因是它们认为,包括发达国家减少贸易保护在内的一揽子计划可以使它们受益。^[1]

近 30 年来,经济全球化的进程加快,各国经济相互渗透、相互依存。在经济全球化的过程中,跨国公司的影响尤为引人注目。据联合国《2000 年世界投资报告》,到 1999 年底,跨国公司的数量达到 6.3 万家,而分布在世界各地的附属公司高达 69 万家,几乎覆盖了世界上的每个国家,控制着世界生产的 40%,国际贸易的 2/3,国际技术贸易的 60%—70%和对外直接投资的 90%。^[2]经济全球化给我国经济发展注入了活力,但同时也带来了严峻的挑战。全球经济一体化使得国际竞争空前激烈,任何一个国家缺乏竞争力的企业和产业,总避免不了最终被淘汰的命运。在“经济全球化”中,南北经济发展越来越失去平衡,南北贸易发展也越来越失去平衡,其中知识产权保护在《与贸易有关的知识产权协议》达成时,尤其是多哈会议后,在国际上显现的南北失衡更是有目共睹的。例如,专利对医药的保护与发展中国家公共健康之间的失衡等。这些问题,引起许多人对知识产权制度进行反思。^[3]在经济全球化下的知识产权制度,使拥有强大知识产权企业的讨价还价能力增强,而技术落后的企业不但生产成本上升,而且经常面对他人提出的苛刻条件,有时他人知识产权形成的障碍使其无法进入某一领域。

[1] <http://www.iprcommission.org>,英国知识产权委员会由英国政府成立,目的在于研究知识产权如何更有益于穷人和发展中国家,该委员会在 2001 年 5 月召开了第一次会议,并于 2002 年 9 月公布了其报告《知识产权与发展政策相结合》。

[2] 转引自宝胜:《跨国公司全球战略及其对中国经济的影响》,载《中国科技论坛》,2004 年第 1 期。

[3] 参见郑成思:《中国知识产权保护现状如何定位》,载《人民法院报》2005 年 3 月 7 日。

在上述背景下,知识产权保护所带来的弊端日益显露,如何限制不正当行使知识产权引起人们的关注。例如,在英国知识产权委员会的《知识产权与发展政策相结合》报告中指出,有的发达国家的研究报告证实,知识产权制度导致了一定的公用悲剧,即公共资源由于没有相应的使用规范而被滥用,并且具有阻碍竞争的效果。该报告专门对发展中国家提出建议:“有关知识产权对美国和其他发达国家产生的影响的问题对发展中国家也同样重要。唯一的区别是,发展中国家的知识产权制度因为‘失误’要付出的代价很可能远比发达国家大,因为大多数发达国家都具备完善的竞争调节机制,可以保证任何垄断权利不会过度影响公共利益。例如在美国和欧盟,这些制度尤其强硬和完善,而大多数发展中国家却远非如此,后者极易受到不良知识产权制度的损害。我们认为,发展中国家可以通过学习发达国家的经验教训来改进自己的知识产权制度,使之适于其具体的法律制度和经济形势。”该报告还提出,发达国家在竞争体制的背景下已经推出更有力的知识产权保护制度和其它确保知识产权不会损害公共利益的管理制度。特别是在美国,同样在其他发达国家,反托拉斯法律将有利于竞争的知识产权规范和对相关限制性商业实践的进行控制的规范作为主要内容,并通常由法院、竞争机构和其他相应政府机构实施。然而,在大多数发展中国家,旨在控制限制性经营实践或知识产权滥用的机制是薄弱的,甚至根本不存在。因此,该委员会得出结论是,发展中国家应该更加重视加强竞争政策。

英国知识产权委员会的建议,对我国完善有关法律制度具有借鉴意义。我国作为一个发展中国家,在经济全球化的今天,某些情况下知识产权对于公共利益和市场竞争的负面影响日益明显,而我国限制知识产权行使的竞争制度又是相当薄弱。因此,完善有关知识产权的竞争制度,对我国具有重要意义。

四、我国的经济和知识产权现状要求我们重视对知识产权许可的规制

从经济发展水平看,我国还属于发展中国家。中国科学院发布的《中国现代化报告 2005》显示,2002年,中国的经济现代化水平只相当于1858年的英国,1892年的美国,1957年的日本和1976年的韩国,差距年数分别为143年、109年、44年和25年。^[1]从知识产权状况看,虽然我国知识产权的绝对数量很大,但我国是“知识产权大国而远非知识产权强国”。我国知识产权形势非常严峻。一方面,我国发明专利偏低;另一方面,我国在一些核心领域缺少自主知识产权。此外,我国拥有自主知识产权的数量偏少,而且多是改进性发明,缺少基础性、原创性的发明专利。发明专利是技术含量最高的专利,我们国内所占比例却很少。截至2004年年底,我们的发明专利累计授权量国内仅占35.9%,2004年也仅占37%。在生物技术、信息技术、新材料等高新技术领域,仍然为跨国公司所垄断。目前我国国内拥有自主知识产权的企业仅2000多家,占企业的0.3%,99%的企业没有申请专利。拥有自己商标的企业仅为40%,而且驰名商标很少。^[2]

我们必须缩小与发达国家的经济差距,参与世界竞争。正如温家宝总理在所指出的,世界未来的竞争就是知识产权的竞争。我们必须依靠知识产权这一武器才能赢得竞争的胜利。在这种情况下,发展自主知识产权是我们的必由之路。但是,发展自主知识产权并不是闭门造车,很多情况下,我们只有在吸收消化先进技术的基础上才能创造自己的知识产权。正如国务委员陈至立在中国科协

[1] 谢湘:《客观看待中美经济差距》,载2005年2月25日《环球时报》。

[2] 刑胜才:《我国高新技术产业知识产权现状》,http://www.hqew.com/info/newshtm/200566135111862379.htm。

2005年年会的讲话中所指出的,“改革开放以来,我国通过引进、消化和吸收国外先进技术,开展广泛的对外科学技术合作与交流,带动了国民经济的快速发展和科学技术的进步。今后,我们应该在加大更深层次的技术引进以及开辟更广泛的科技合作与交流基础上,完善引进技术的消化吸收和再创新机制”。^[1]

引进技术并不是无偿的,引进技术的主要形式就是知识产权许可。在知识产权许可过程中,知识产权人有时会利用其经济和技术优势,限制被许可人技术和经济的发展,以图取得或保持自己的垄断地位。因此,知识产权许可中的知识产权人的限制竞争行为引起了人们的重视,我们必须完善控制知识产权人的限制竞争行为的法律制度。从其他国家和地区的经验看,这一制度主要是竞争法律制度。

五、本文思路和主要内容

随着知识经济时代的来临和知识产权制度协调化、经济全球化的发展,限制知识产权滥用与保护知识产权具有同等的重要性。在保护知识产权法律制度建立的过程中,也应同时完善限制知识产权滥用的法律制度。到目前为止,我国的知识产权制度集中在对知识产权的保护方面,限制知识产权滥用的制度还没有得到应有的重视。知识产权滥用主要体现在知识产权许可过程中,而规制知识产权滥用的制度主要是竞争法律制度。因此,本文以“知识产权许可中的竞争法问题研究”为题,探讨如何运用竞争法规制知识产权许可中的知识产权滥用行为。

规制知识产权许可中的知识产权滥用是本文的目的所在。知

[1] 陈至立:《加强自主创新 促进可持续发展——在中国科协2005年学术年会上的讲话摘要》, <http://www.cast.org.cn/yaowen/neirong/112467143721.shtml>。