

知识产权滥用 及其法律规制

Study of Abuse of Intellectual
Property Rights and Its Legal
Regulation



王先林 等 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

D913.04/115

2008

知识产权滥用 及其法律规制

Study of Abuse of Intellectual
Property Rights and Its Legal
Regulation

王先林等 著

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权滥用及其法律规制/王先林等著, —北京: 中国法制出版社, 2008. 6

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0581 - 2

I. 知… II. 王… III. 知识产权—研究 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 076633 号

知识产权滥用及其法律规制

ZHISHI CHANQUAN LANYONG JIQI FALV GUIZHI

著者/王先林等

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2008 年 7 月第 1 版

印张/14.25 字数/333 千

2008 年 7 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0581 - 2

定价: 39.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66062738

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

著 者(以撰写章节先后为序):

王先林

潘志成

孙 翀

何 敏

许 丽

徐义刚

王记恒

张 波

黄 松

目 录

	绪 论 制定与实施国家知识产权 战略与规制知识产权滥用
1	一、知识产权：从个体权利、竞争工具到国家战略
21	二、规制知识产权滥用：国家知识产权战略中的一项重要内容
	第一章 知识产权滥用及其法律规制的基本理论
32	一、知识产权滥用的一般分析
40	二、英美法中知识产权滥用原则概述
57	三、知识产权滥用的主要类型
74	四、知识产权滥用的法律规制体系
	第二章 若干法域知识产权领域反垄断执法的最新发展
90	一、美国 2007 年的《反托拉斯执法与知识产权：促进创新和竞争》
109	二、日本 2007 年的《知识产权利用的反垄断法指南》
122	三、欧共体 2004 年的《技术转让协议成批豁免规章》
	第三章 涉及知识产权滥用典型案例的初步观察和分析
142	一、美国和欧盟等地的微软垄断案

2 知识产权滥用及其法律规制

- 151 二、思科与华为知识产权争议中的“私有协议”问题
- 157 三、DVD 专利权人联盟专利收费引发的垄断争议
- 165 四、英特尔与东进之间的版权侵权与技术垄断争议
- 170 五、通用汽车与奇瑞知识产权争议中的权利滥用嫌疑
- 177 六、德先与索尼垄断纠纷案所提出的问题

第四章 专利权滥用及其法律规制

- 189 一、专利权滥用的一般分析
- 202 二、专利权滥用中的特殊问题研究
- 219 三、专利权滥用法律规制的比较法考察
- 231 四、我国专利权滥用法律规制的制度设计

第五章 商标权滥用及其法律规制

- 238 一、商标权滥用的一般分析
- 249 二、商标权滥用行为的若干典型表现
- 257 三、商标权滥用行为的性质与法律规制的基本途径
- 266 四、商标权滥用竞争法规制的特殊问题

第六章 版权滥用及其法律规制

- 279 一、版权滥用的一般分析
- 291 二、版权滥用行为的若干典型表现
- 309 三、版权滥用法律规制的特殊问题

第七章 商业秘密权滥用及其法律规制

- 322 一、商业秘密与商业秘密权滥用的理论分析
- 335 二、商业秘密权滥用反垄断法规制的特殊问题：比较法的视角

351	三、商业秘密权行使行为反垄断法分析的一般方法
-----	------------------------

第八章 专利联营中的权利滥用及其法律规制

363	一、专利联营及其法律规制的一般分析
370	二、专利联营反垄断分析的一般要素
389	三、专利联营涉及的主要垄断行为
404	四、专利联营对我国的影响及对策研究

第九章 版权保护中技术措施滥用及其法律规制

412	一、版权保护中技术措施的一般分析
426	二、技术措施滥用所引发的冲突
436	三、技术措施滥用法律规制的特殊问题

后 记

绪 论

制定与实施国家知识产权战略与规制知识产权滥用

一、知识产权：从个体权利、竞争工具到国家战略

在当今时代，知识产权无疑是国内和国际上的一个热点问题。无论是对拥有知识产权优势的先进企业和发达国家还是对在这方面处于劣势的落后企业和发展中国家，也不论人们对知识产权保护持支持态度还是对其持反对态度，有一点都非常明显，即人们对知识产权问题都非常关注。实际上，在知识经济的背景下，知识产权对个人、企业和国家的重要性都空前提高，无论是主动追求还是被动防御，很少有人能对知识产权完全置身事外。在这种情况下，全面和客观地认识知识产权并采取适当的应对措施就显得非常重要。认识知识产权的本质和功能可以从不

2 知识产权滥用及其法律规制

同的视角进行，按照涉及范围的大小和发生时间的先后，我们可以分别从个体民事权利、市场竞争工具和国家发展战略三个层面对知识产权进行分析。以下就分别从这三个方面进行探讨。

（一）知识产权作为民事权利的界定和保护：实现激励创新和维护公正的重要形式

1. 知识产权的私权属性

虽然对于知识产权的内涵还没有一个完全统一的界定，但一般来说，知识产权是特定的主体（个人或组织）对其创造成果依法所享有的一种专有权，即以特定的智力成果或者知识产品为客体的民事权利。

狭义的或传统意义上的知识产权，包括与产业上的发明创造有关的工业产权（专利权、商标权、商业秘密等）和与文化领域中的创造有关的文学艺术产权（版权或著作权）。但随着科技、经济的发展，二者的界线已有些模糊，出现了一些混合的独特体系，而且，知识产权的范围一直呈现出不断扩张的趋势。1967年《建立世界知识产权组织公约》以列举加兜底条款的方式将一切来自工业、科学或文学艺术领域的智力创作活动所产生的权利都包括在知识产权的范围之内。而现在对国际上知识产权保护发挥重要影响的世界贸易组织《与知识产权有关的知识产权协议》（TRIPS协议）从其“与贸易有关的”这一基本特点与需要出发，将知识产权的范围列举为七个方面，即版权与有关权、商标权、地理标志权、工业品外观设计权、专利权、集成电路布图设计权和未披露过的信息权。总体来说，通常所说的知识产权主要是指专利权、商标权、版权和商业秘密权这四个基本的方面，其他方面的知识产权类型往往可以包括在这些基本方面之中，或者与这些基本方面有着非常密切的关系。

对于知识产权的特点，可以从不同的角度有多种不同的概括。客体的无形性（非物质性）是知识产权区别于有形财产权的一个最

基本的特点,^① 知识产权的其他特点都是由这一基本特点决定的。从总体上来说,知识产权客体的无形性及由其所决定的专有性、地域性和时间性合为整体就足以将传统的知识产权与客体为动产、不动产的有形财产权区分开来。

知识产权在基本性质上属于民事权利,也就是私权,这已经成为国内外的基本共识,并为 TRIPS 协议在序言中所明确强调。这是由于知识产权所反映和调整的社会关系也是平等主体的公民、法人和其他组织之间的财产关系和人身关系,这就具备了民事权利的最本质的特征。尽管作为知识产权一项重要的特点,多数知识产权的产生要经过国家主管机关的审批、注册、登记等依法授予或确认的程序,知识产权保护的行政主导性也较强(至少在包括我国在内的部分国家是这样),但是知识产权本身仍是一种民事权利,通过权利人对侵权行为提起民事诉讼以获取损害赔偿仍然是知识产权法律保护的主要方式。知识产权的这种私权性质也决定了它的专有性。对于知识产权是私权的理解可以从三个方面进行:第一,它是私人的权利,即处于平等地位的民事法律关系主体所享有的权利;第二,它是私有的权利,即为特定民事主体所享有的私人权利;第三,它是私益的权利,即允许追求合法的个人利益的权利。^②

不过,知识产权并非一开始就是属于民事权利、私权范畴的。正如郑成思教授所分析的:“知识产权并非起源于任何一种民事权利,也并非起源于任何一种财产权。它起源于封建社会的‘特权’。这种特权,或由君主个人授予、或由封建国家授予、或由代表君主的地方官授予。”“知识产权正是在这种看起来完全不符合‘私权’

① 有人甚至认为客体的无形性是知识产权的唯一特征。参见程啸:《知识产权法若干基本问题之反思》,《中国人民大学学报》2001年第1期。

② 参见吴汉东:《知识产权本质的多维度解读》,《中国法学》2006年第5期。

原则的环境下产生，而逐渐演变为今天绝大多数国家普遍承认的一种私权，一种民事权利。”^①

虽然知识产权在基本性质上属于私权，但是其与社会公共利益密切相关，有些学者甚至基于此而提出知识产权的公权化趋势或者知识产权具有公权性质。这里涉及公权与私权、公法与私法的划分及其相互之间关系的理解。从本质上说，权利的性质是由其主体的性质决定的，知识产权既然是私人拥有的，那么其基本性质无疑是私权。虽然在现代社会包括知识产权法在内的私法呈现出明显的公法化趋势，但是知识产权本身的性质却不会随之公权化，就像随着民法社会本位的发展而使所有权受到多方面的限制，但所有权本身仍然还是私权一样。在现代社会，知识产权确实要受到较多的限制。TRIPS 协议虽然强调全体成员承认知识产权为私权，但同时也指出全体成员承认知识产权于诸国国内制度中被强调的保护公共利益的目的，包括发展目的与技术目的。知识产权受到的限制主要表现在后文提到的知识产权的平衡机制中。

2. 界定和保护知识产权的基本机制和目标

知识产权作为一种民事权利，其通过法律制度形成了一种内在有机联系的机制，以实现知识产权制度的基本目标。就主要的和典型的形态而言，知识产权机制是指通过知识产权法律制度对人们特定知识产品（智力成果）在一定期限内的专有权利的确认和保护，来鼓励知识产品的生产、传播和利用，从而刺激经济增长的机制。从本质上看，知识产权机制是一种法律机制，并在具体的领域中实现了知识、经济和法律的有机结合。因为，知识产权作为人们就其特定的知识产品依法取得的专有权利，是特定的知识产品、经济利益与法定权利的统一体，其客体主要是知识产品（科技成果、文学艺术成果等），其内容是法定权利，其核心是法律的确认和保护，其目的

^① 郑成思著：《知识产权论》（第三版），法律出版社 2003 年版，第 2 页。

和后果是获得经济利益,促进经济增长和社会发展。

可以用来说明或者论证知识产权合理性的理论有很多,如劳动财产理论、人格权理论、财产权社会契约理论和财产权激励理论等。它们在一定范围内都为知识产权制度的建立提供了正当性的理论依据。但是从现实的和基本的方面来看,知识产权制度界定和保护知识产权主要是要达到激励创新和维护社会公正的目标,也可以说是实现效率与公平的双赢。

激励创新是知识产权机制的最基本、最主要的目的。从现代经济理论来看,知识产权作为特定知识财产创造者所依法获得的一定的垄断权,实际上可以看作是国家通过相应的法律制度来解决知识产品的外部性问题,从而避免出现无偿利用他人智力成果的“搭便车”行为。1993年诺贝尔奖得主、新制度主义经济学代表人物之一的诺思指出,创新活动中存在个人收益与社会收益的巨大差距,这使得个人的积极性大大降低。倘若产权未能得到界定和保护,则创新的积极性只能依赖于一点零星的自发性。因此,诺思认为社会的技术与知识存量决定了产量的上限,而实际产量还要受到制度的制约。我们可以用诺思的这种理论来说明知识产权及其法律制度的作用。

与有形的物质产品一样,无形的知识产品既具有使用价值,又具有价值,具有商品的基本属性,能够成为一种经济资源和生产要素,并且在知识经济时代将成为最重要的经济资源和生产要素。但是,相对于其它经济资源和生产要素来说,知识产品作为财产又具有自己明显的特点:(1)非消耗性,即知识产品可经多次使用而自身并不减少,可以无损使用,而且使用越多,体现的价值越高;(2)可共享性,即知识产品本身不具有排他性,可供许多人同时享有和使用;(3)非稀缺性与稀缺性并存,即知识产品既具有不同于物质资源的绝对减少而相对丰富并能以低成本复制的一面,也具有其本身生产的长期性、复杂性和高成本化以及创造者的数量稀少和价值

珍贵的一面；(4) 易操作性，即知识产品易于传播和处理。从社会利益来看，作为智力创造成果的知识，其使用的人数越多、次数越多，其价值越大，对人类文明贡献越多，在其促使作用下，社会生产力也发展得越快。但是，知识的创造需要巨大的智力和物力投入，并伴随着巨大的风险，尤其是现代高技术的开发需要付出更高的代价，如果其他人可以任意地、无偿地利用知识创造者的智力成果，那么知识创造者的利益就得不到保护，其继续智力创造的积极性就会受到抑制，最终会阻碍科技进步、经济增长和社会发展。正如诺思所说的：“人类在其整个过去都不断发展新技术，但速度很慢，而且时断时续。主要原因在于，发展新技术的刺激偶尔才发生。一般而言，创新都可以毫无代价地被别人模仿，也无需付给发明者或创新者任何报酬。技术变革速度缓慢的主要原因就在于，直到相当晚近都未能就创新发展出一整套所有权。”^①波斯纳也认为，如果生产厂商预见到无法补偿其发明成本，他开始就不会去从事发明：如果他不能收获，他就不会播种。而且，在一个没有专利的世界里，发明活动也严重地偏向于可能被保密的发明，正像完全无财产权会使生产偏向预先投资最小化的产品。^②

知识产权的激励机制就在于，基于知识创造活动的上述特点，知识产权法明确赋予知识创造者以某种专有权，让其对该知识产品享有在一定期限内的独占权，这就以利益驱动机制刺激这种知识创造活动持续地进行，促进技术进步，进而不断地为经济发展提供动力和燃料。知识产权正是依法为在交易中获利以弥补智力支出而设置的一定程度的垄断使用权。例如，作为知识产权基本组成部分的专利权正是国家代表社会以授予发明人在一定时期的独占权为代价

① [美] 道格拉斯·C·诺思著：《经济史上的结构和变革》，厉以平译，商务印书馆1999年版，第161页。

② 参见[美] 理查德·A·波斯纳著：《法律的经济分析》（上），蒋兆康译，中国大百科全书出版社1997年版，第47页。

来换得发明人将其发明创造成果向社会公开的一种权利,其结果正如美国前总统林肯所说的,是“给发明和创造新物品的天才之火添加了利益之油”。激励机制使得知识产权制度成为技术进步、经济增长和社会发展的助燃剂。

知识产权制度除了要实现激励创新的目标外,还要实现维护社会公正的目标,其具体表现为知识产权在界定和保护时要受到某种限制。知识产品本身具有一定的继承性,任何新的知识成果的创造都离不开对前人创造出的知识成果的继承,正像牛顿所言:“如果我能够看得更远,那是因为我站在巨人肩膀上。”并且,知识产品在本质上还带有公共物品的属性,其消费或使用不具有排他性。因此,知识产权作为社会个体对特定的知识产品拥有的垄断权就不应是绝对的、无限制的,而应是有一定限度的,以调节社会个体与社会整体之间的利益平衡。这恰如法律经济学对信息产权提出的一个悖论:“没有合法的垄断就不会有足够的信息生产出来,但是有了合法的垄断又不会有太多的信息被使用。”^①英国知识产权委员会的报告也指出:知识产权保护制度可以激励个人和企业去创造和开发有益于社会的新技术,但是激励制度的作用会因是否具备创造和开发的实力而有所不同。采取的专有权形式会增加受保护技术的消费者和其他用户的成本。在有些情况下,对于无力支付知识产权人要价的潜在消费者和用户,知识产权保护就等于剥夺了他们使用发明创造的权利,但知识产权制度的目的正是为人们提供这些权利。^②

① [美] 罗伯特·考特、托马斯·尤伦著:《法和经济学》,张平等译,上海三联书店、上海人民出版社1994年版,第185页。

② 参见英国知识产权委员会:《知识产权与发展政策相结合》,第5页,伦敦,2002年9月。该报告的中文版本的网址是: http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/Multi_Lingual_Documents/Multi_Lingual_Main_Report/DFID_Main_Report_Chinese_RR.pdf。但这里对照其英文文本,对其中的表述作了必要的调整。其英文版本“Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy”的网址是: http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/CIPRfullfinal.pdf。

为解决这种悖论，知识产权在设定和保护时就应当受到各种限制，以便使社会利益得到体现。正如著名法学家庞德所说：“在社会利益的关照下，权衡占有财产的安全和交换财产的安全中的个人利益时，必须考虑到每个人生活中的社会利益，因此必须限制需求的法律强制，使人类的生存条件和谐统一。”^① 知识产权受到的限制首先表现在时间上，即无论是专利权、商标权还是著作权都有一定的期限，其法定期限届满即不再受保护（仅商标权到期可以依法续展），而是成为社会公有的知识，使知识来源于社会，又最终回归于社会。知识产权受到的限制还表现在效力上，即为了国家利益或者社会公共利益而使知识产权在一定条件下受到限制，如著作权要受到合理使用制度和法定许可制度的限制、专利权要受到强制许可制度的限制以及各类知识产权都要受到经济权利穷竭原则的限制等。知识产权的这些时间、范围等方面的限制，有利于在保护知识创造者利益以促进知识生产的同时，促使知识的广泛传播和有效利用，做到个人利益和社会利益的平衡。调节机制使得知识产权制度成为科技进步、经济增长和社会发展的调节器。

要使知识产权制度实现激励创新和维护公正的功能从而实现效率与公平的目标，知识产权就必须得到合理的界定和适度的保护。如果没有界定和保护知识产权，那么就既没有效率，也没有公平，因为长此以往，就没有人再付出巨大代价去创新，而不付代价就占用别人的智力劳动成果也不符合正义的要求。同样，如果不适当地界定和过度地保护知识产权，这既没有效率，也没有公平，因为那样不仅会阻碍知识的传播、应用和再创新，而且也排除了公众对知识产品的合理使用。鼓励知识生产和促进知识传播与应用两者之间存在着一定的矛盾，知识产权制度应当从兼顾个人利益和社会利益的要求出发，实现这两者之间的平衡，不仅应当考虑到维持企业间

① 转引自吴经熊著：《法律哲学研究》，清华大学出版社2005年版，第294页。

的竞争秩序,而且还要进一步考虑到消费者选择商品的权利,使知识产权的各机制之间保持内在的协调。

当然,知识产权的这些机制对于促进科技进步、经济增长和社会发展的作用只是从它的应然状态来说的,其实际作用的发挥状况要取决于多种因素(其中包括法律制度的设计和执行情况)。而且,就知识产权机制本身来说,它也是有局限性的,要受到其作用范围、调整角度等的限制。^① 知识产权制度只是促进技术进步、经济增长和社会发展的一种保障(尽管是基本保障)机制,它与其它制度都只是在各自的领域内发挥作用。但是,这种情况不能成为从根本上反对知识产权制度的理由,不能够据以否定知识产权及其法律制度的必要性和积极作用,因为知识产权及其法律制度的主要功能不在于解决发明和创新活动及其应用的有无问题,而在于提供适当的制度设计来解决这种发明和创新活动及其应用的促进和推动问题。正如诺思所说的:“发明和创新似乎是人类所固有的癖好。发明活动不是这里的争论之点,这里争论的问题是,什么在决定着历史上发明活动的速度和方向。”^②

(二) 知识产权作为竞争工具的掌握和利用:获取自身优势与打击对手的重要手段

知识产权作为一项民事权利,它当然会作为一项重要的无形资

① 美国是当代最极力主张知识产权保护、相关法律也最严格的国家。但是,过大范围和过高水平的知识产权保护也带来了很多问题,其中之一便是作为专利权人的制造商为无止境地追逐利润,导致一些专利产品(特别是药品)的价格高得惊人。在这种情况下,美国参议员 Sanders 于 2007 年 10 月提出了一项《2007 医药创新奖励基金法案》(the Medical Innovation Prize Fund Act of 2007) (S. 2210),试图改变目前对药品授予专利权的做法,而以政府设立奖励基金的方式来鼓励在研发新药上的投资,以便消费者更容易地得到新药。这个法案提出后,在美国引起了广泛的讨论,从普通消费者到法律、经济等方面的专家都对其给予积极评价,并寄予厚望。这至少说明知识产权不是激励创新和维护公平的惟一机制,其自身也有限制。

② [美]道格拉斯·C·诺思著:《经济史上的结构和变革》,厉以平译,商务印书馆 1999 年版,第 17 页。

产被其主体拥有和利用。在知识经济时代,知识和信息的重要性比在以往任何时代都有了空前的提高,相应地,知识产权在财富中的地位也空前提高,有人甚至断言知识经济时代在一定意义上也就是知识产权的时代。已故的郑成思教授在多年前就指出,自20世纪90年代以来,“知识产权的作用,在许多情况下已经显得比设备、资金更加重要”^①。随着科技进步对经济增长的贡献率越来越高,企业所拥有的知识产权的市场价值越来越大,已经超过了传统有形资产价值,知识产权已经成为企业竞争力的重要源泉和核心要素。在这方面,美国微软公司往往被视为一个典型。微软公司作为信息产业的巨擘,是美国“新经济”的一面旗帜,也是为世界各国广泛关注的“知识经济”的杰出和典型的代表。微软超速成长的一个非常重要的原因是其得益于有效的知识产权保护,而其财富和竞争力也主要表现为知识产权(主要是软件著作权)。

对企业来说,既然知识产权是其竞争力的基础和核心要素,那么知识产权就不仅是单纯的民事权利,而且也是市场竞争的重要工具。随着知识产权的重要性不断提高,其成为市场竞争工具的作用也就越来越明显。在知识产权方面处于优势的跨国公司和大企业都十分重视运用知识产权这一重要的竞争工具来巩固和发展自身的竞争优势,打击竞争对手,并以此为手段抢占市场竞争的制高点。事实上,知识产权已经成为跨国公司争夺世界市场、谋求更大利润的主要工具,特别是随着跨国公司采取以知识产权为基础的“技术—专利—标准”战略以及策略性技术联盟的出现,跨国公司利用知识产权优势谋求市场竞争更大优势的特征更加明显和突出。

知识产权被跨国公司作为市场竞争的工具加以运用是全方位的,体现在知识产权的取得、知识产权的利用和知识产权的诉讼等各个环节。要将知识产权作为竞争工具加以运用,首要前提是取得某项

^① 郑成思著:《知识产权论》(第三版),法律出版社2003年版,第41页。