

应对知识产权垄断的制度设计

——反垄断法对知识垄断的审视与接入

田文英,陈虹睿

(西安交通大学人文学院,陕西 西安 710061)

摘要:为削减知识产权制度本身所带来的无法避免的弊端影响,基于发展中国家的经济发展水平,以知识产权垄断的法律规制的正当性及可能性为切入点,在保障公共利益的前提下,探讨了应对知识产权垄断的路径选择,并提出了具体的制度设计,以构建适于中国社会主义市场经济特征的、独立于现行知识产权制度之外的知识产权反垄断法体系。

关键词:法定独占;反垄断;“不洁之手”

中图分类号:D923.4

文献标识码:A

文章编号:1001-7348(2005)09-0129-02

0 前言

知识产权与垄断有着天然的联系,知识产权作为一种专有性的民事权利,知识产权制度赋予权利人对智力成果的独占使用,究其本质就是一种垄断。通常来说这种“垄断性”不会损害公共利益,反而激励创新;当知识产权的“垄断性”成为反竞争的市场支配力,既对公众利益造成损害,也阻碍了新的创新,法律必须对这一层次的知识产权的垄断行为(状态)给予规制。

为削减知识产权制度本身所带来的无法避免的弊端影响,在理论上必须澄清以下问题:其一,知识产权的有害垄断不是知识产权制度的必然伴生物,对知识产权垄断的控制和知识产权制度私权保护的价值取向是一致的;其二,现行知识产权制度自身不具备治理当代知识产权垄断的能力和空间,知识产权垄断问题的治理必须在知识产权制度外另辟蹊径,而这条道路如何选择和制度的构建就尤为重要。

1 控制知识产权垄断和知识产权制度的价值取向比较

TRIPS 条约明确指出知识产权是一种“私权”,而对于知识产权的垄断规制是出于保护公共利益的目的,在这个层次上对规制知识产权垄断和保护知识产权必然有所冲突。但是知识产权制度创立肇始就是以公共利益为目标的。价值取向的一致性,提供了在现有的知识产权制度背景下对知识产权的恶性垄断进行规制的可能性。

知识产权制度的价值取向应当通过知识产权作为“权利”的存在进行动因辨别:一方面在知识产权制度所确立的独占权不是洛克的“财产权劳动说”的反映。该学说认为所有的劳动(包含智力劳动)付出都需要以确认知识产权的方式予以补偿,而知识产权的立法者是出于功利的考量,遴选出适宜用产权制度予以保护的客体。另一方面,知识产权制度所确立的独占权也不是国家对创造人“占有”智力成果天然状态的法律确认,因为这种天然的占有状态在知识创造领域是几乎不存在的。各国专利法中的“先申请制度”就是反证之一:先发明人不会由于他人的申报而丧失对于智力成果的占有状态,如果按照该理论,他也有权获得专利权,但是专利法的规定却并非如此。可见知识产权制度所保护的独

占权是国家希望发明人公开智力成果,以便全社会加以利用这些智力成果,而给付相应代价。这也就是卢梭“社会公益”、“社会契约”理论在知识产权领域的应用^[1]。美国《宪法》第一条第八款就证明了知识产权制度存在的价值取向的公益性,该款规定:“美国授权国会通过确保作者和发明者有限的专有权的理由是促进科学和有用艺术的进步。”我国《专利法》第一条也有类似规定。

对权利客体的独占权既然是知识产权制度存在的核心,这就意味着两个层次的垄断(合理垄断与不合理垄断)之间的边界是模糊的。经济学分析更能深入该问题的本质。知识产权人的独占地位用于保障知识创造人收回成本并且赚取合理利润,如果权利人已经收回了成本和合理利润后仍拥有独占的地位,为了维护自身利益和独占地位他任意确定交易的价格和其他条件,就会导致知识产品的消费者的消费成本增加。根据福利经济学中的边际理论^[2],当边际成本大于消费者从消费知识中获得的边际效用时,知识消费者必然会停止消费,任何知识产品的生产都需要消费前人创造的知识,停止了消费就意味着停止了创新。由于市场上新知识的供给减

收稿日期:2005-06-28

作者简介:田文英,西安交通大学人文学院法学系教授;陈虹睿,西安交通大学人文学院法学系硕士研究生。

少,消费者的选择也会受到限制,这会导致知识生产和消费的严重不足,整个社会福利随之减少,政府此时必须对相应的知识垄断进行规制。因此对知识产权领域的垄断进行规制不在于独占性本身,而在于知识产权人凭借市场支配力损害消费者权益和阻碍创新。

知识产权制度虽然是保护“私权”的法律制度,但是这个制度的设立本身是以公共利益为保证,以促进福利最大化为出发点与落脚点,这正好契合了对知识产权领域的垄断进行治理的动因。当这个制度的运行对于公共利益产生侵扰时,不是由于这个制度本身对智力成果设定独占权的原因,而是贯彻这些核心制度的具体措施的不合理和该制度外其它配套制度的缺失

2 应对知识产权垄断的路径选择

治理知识产权垄断有3条可以选择的路径:其一,完善知识产权制度内部利益平衡机制;其二,在司法领域适用权利滥用原则;其三,在私法领域之外建立反垄断法体系。统揽各国的法律制度,几乎无一例外地选择了第3条路径。日本政府发表的《日本知识产权战略大纲》^[1]就是这种解决路径的证明——《反托拉斯法》等法律应该消除竞争中的弊端,必要时还应当进一步加以强化。在美国,《反托拉斯法》也完全适用于知识产权的垄断。这种适用引起的竞争推动了新产业的发展。日本也应该制定出于均衡而适当的对应措施。”各国选择第三条路径并非出于偶然的。

路径一分析:知识产权内部利益平衡机制的完善,是私法领域公权化趋势在知识产权法的体现,但是把对公共利益损害的知识产权的反垄断的主要责任托付于知识产权自身的完善是不现实的。信息社会,知识产权制度扩张、独占权强化,独占权限制手段扩充,但强化步伐却相对迟缓,由此传统的利益平衡机制已然被打破。自19世纪末《德国民法典》标志法律社会化的开端,但怎样变化都不会悖离私权作为这一制度核心。就像私法领域的其他法律制度一样,基于利益驱动而保护私权的知识产权制度是在本法律框架中没有进行垄断控制的功能和空间,立法只能将重点转到该项法律架构以外。

路径二分析:在知识产权司法领域,民法滥用原则(“不洁之手”)的引入只能解决部分知识产权垄断问题。权利滥用原则,在英

美法中也被称作“不洁之手”(unclean hand)。正如美国学者所认为的那样:“‘不洁之手’原则成功用于保护司法程序的公正性免受欺骗、虚伪陈述和欺诈的侵犯”^[2]。由于从知识产权滥用问题的本质来看确实是知识产权权利人超出社会公益平衡的界限对于权利的行使所造成的,滥用原则的引用确实能够解决知识产权领域的部分垄断问题。如果从司法实践角度考察,就会发现该路径所存在的问题。各国的司法领域在各案件中适用权利滥用原则时,他们习惯于寻找欺诈、虚假陈述等显性标志。然而从垄断的表现形式来看,知识产权领域的垄断案件不会提供这样的显性“标志”,在微软差别售价这个典型垄断案例中,尽管买卖双方实质在不平等中开展交易,但终归是建立在自愿的基础上,法官在这场交易中根本就无法找寻到存在欺骗、欺诈和虚假陈述的任何证明,在适用权利滥用原则上必然存在障碍。

路径三分析:以《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)出台为标志,知识产权走出了其传统的领地,深入并且影响到其他领域,如标准化制度、消费者保护制度、产业政策等等。当知识产权保护的触角延伸到传统制度以外,对知识产权独占(垄断)的限制也不能故步自封于知识产权制度之内,而应当扩张,延伸到知识产权制度之外,否则只能是隔靴搔痒。知识产权的独占地位是可能破坏市场经济秩序和资源合理配置的,并降低社会福利,这些恰好又是反垄断法立法的出发点。所以将反垄断法体系的建立应当顺理成章地成为应对知识产权垄断问题的主要路径。

知识产权反垄断法律体系是一个有层次性的多部相关法律(规章)的组合,我国正在紧锣密鼓制定的《反垄断法》只能是这个子法律部门中的基础法律制度,还有诸多其它法律(规章)作为它的补充和细化。我国大部分学者都赞成这种架构模式并各自给予了充分的论证,认为“由于知识产权的特殊性并且属于具体领域的问题,因此在制定我国反垄断法时就不可能对该问题进行详细、完整的规定,而也只能是在反垄断法的基本原则和精神的范围内,由执法机关对其进行具体的规范”^[3]。

3 反垄断法律体系中相关具体条款设计

3.1 反垄断法律体系中的基本法律制度——《反垄断法》具体相关条款的创新设置

3.1.1 《反垄断法》价值定位的扩张及条款设计

具有垄断性质的行为是否违法取决于该行为对公共利益的影响。1981年,负责反垄断事务的美国司法部副部长威廉·巴克斯特尔宣布,“反垄断的唯一目标就是经济效率”^[4],但是当代反垄断法的基本目的正在逐渐向“保护消费者,使消费者的福利最大化”靠拢。

判断消费者福利增加——尤其是长期福利,是一个复杂的过程,不明确的规定会增加案件的不确定性和司法成本。立法中规定明确标准较为可取,但对比美国1890年的《谢尔曼法》和欧盟的1958年《罗马条约》第85、86条,会发现在《罗马条约》中额外增加了“侵害消费者利益的阻止、限制和控制技术开发、投资”的垄断行为也应当受到控制。这项增加的标准是欧盟立法者将知识产权垄断问题与垄断价值目标综合考虑以后,具有前瞻性的巨大的制度创新,它表明:只有新近技术的开发和投资得以保障才能确保消费者的商品选择权利,由此保证消费者长期福利。

我国《反垄断法》一方面应当将消费者福利作为价值目标,即规定“本法旨在维护和促进竞争以最终增进消费者的福利”;同时注重知识产权不在局限于创作人本身的补偿,而且更加趋向于将其用于生产实际的投资主体的投资回报。故借鉴欧盟做法,在保留《反垄断法大纲》其它判断垄断的标准的基础上,增加一个重要的判断标准:“侵害消费者利益的阻止、限制和控制技术开发、投资。”

3.1.2 一般例外条款的扬弃

知识产权制度赋予给权利人垄断权利,因其无害性和合理性,长期处于《反垄断法》的适用例外,《日本禁止垄断法》第23条(目前该法的21条)规定:“该法律规定,不适用于被认为是著作权法、专利权法、实用新型法、外观设计法和商标法所赋予的权利之行为。”当代知识产权垄断行为理所当然不能享有当然的豁免,各国(地区)纷纷将垄断行为的例外限定在知识产权人依法合理行使知识产权的独占行为,但不甚成功。以台湾为例,台湾在2002年2月修订的《中国台湾地区公平交易法》中第45条规定,“依照著

关于江苏省大型科学仪器设备共享服务平台建设方案的研究报告

夏春阳,袁欲彬,王 伟

(江苏省大型仪器协作共用及维修服务指导中心,江苏南京 210042)

摘 要:建设大型科学仪器设备共享服务平台,主要以大型科学仪器设备、分析测试服务、测试方法与标准研究等为对象,充分利用现代信息技术,通过对相关资源进行整合集成、优化配置、合理布局、开放共享,致力于提高仪器设备资源的使用效率,避免仪器设备的重复购置和浪费,保持科学仪器设备的先进性,为科技创新提供支撑,为政府配置仪器设备资源提供决策依据,成为服务创新创业的窗口。着重阐述了共享服务平台指导思想与基本原则、建设内容与主要任务。

关键词:江苏省;科学仪器设备;共享平台;建设方案

中图分类号:G311

文献标识码:A

文章编号:1001-7348(2005)09-0131-02

0 前言

江苏省大型科学仪器设备共享服务平台(以下简称“共享服务平台”)是江苏省科技

作权法、商标法、或专利法行使权利之正当行为,不适用本法”。然后在其他针对知识产权垄断的具体规范中重述三原则,定义何为“正当”行使。这种由下位法来解释上位法的核心词语,在语词逻辑上无疑陷入了死循环的状态,造成这种逻辑混乱的主要原因是该地区的立法背景所决定的,他们初次反垄断法立法时间较早,将知识产权行使作为一种例外,而随着环境的改变必须对知识产权进行反垄断控制,本着法律稳定性原则,立法者只是在原来的例外条款中增加了“正当”限制。而我国现在的立法背景却完全不同,《反垄断法》仍未出台,知识产权垄断必须以治理,所以我们在《反垄断法》制定上不应沿袭上述国家(地区)的做法,应当借鉴《经济合作组织竞争法框架》相关规定,在《反垄断法》适用范围中规定:“本法并不否定直接享有其他保护知识产权法规所授予的保护和

厅正在筹划建设的四大公共服务平台之一。它不同于已建的重点实验室、工程技术研究中心等科技基础设施,这些设施更多地是以支撑高技术研究、工程化开发为主,而共享

特权,如发明权、工业模型权、商标权和著作权。但在运用这类产权方面,有些会导致本法所禁止的反竞争性后果的用法,确之也适用本法”,同时为了避免将知识产权理解局限于“发明权、工业模型权、商标权和著作权”,我们可以在立法列举时适度扩大到商业秘密等其他形式的知识产权。

4 结束语

知识产权制度的核心——对智力成果的独占使用,导致知识产权领域的垄断问题一直处于法律的灰色地带。究其原因:其一,没有区分垄断在知识产权领域里的双层含义;其二,对知识产权制度缺乏理性的思考,误以为知识产权制度的存在就意味必然地姑息了不合理垄断;其三对知识产权领域的垄断问题解决依赖旧有的制度和办法,无法通过制度创新的方法来满足发展的需要。针

服务平台则是面向更广泛的技术创新主体,面向更广阔的技术研究领域,以仪器设备资源共享服务为核心内容的开放型科技基础设施。

对以上3个原因逐一分析后得出结论:知识产权反垄断规制应当主要依托反垄断法律体系的构建。

参考文献:

- [1][美]Jay Drmler, Jr. 知识产权许可[M],王春燕等译,北京:清华大学出版社,2003.
- [2][美]曼昆.经济学[M],梁小民译,上海:三联书店,1999.
- [3]张平.网络法律评论[M],北京:法律出版社,2004.
- [4]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(社会科学版),2003,(2).
- [5]刘宁元,司平平,林燕萍.国际反垄断法[M],上海:上海人民出版社,2002.

(责任编辑:胡俊健)

收稿日期:2004-12-20

作者简介:夏春阳(1956-),男,江苏省生产力促进中心副主任,副研究员,研究方向为科技资源共享共用,自1998年以来一直从事江苏省大型科学仪器协作网运行管理机制研究及其日常管理服务工作。