

郭禾:知识产权的滥用及其法律规制 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E9_83_AD_E7_A6_BE__E7_9F_A5_c122_486255.htm

内容提要: 2007年6月14日，郭禾教授应民商法前沿之邀请，为同学们作了题为“知识产权滥用及其法律规制”的讲座。郭禾教授从什么是权利滥用、如何界定知识产权之滥用、滥用知识产权的表现方式和法律规制三个方面就这一问题展开深入细致的讲解。报告由陈龙业博士主持。郭教授认为现在看来“行使权利皆非不法”及权利的滥用是指“行使权利的行为超越了权利的外在边界”两种看法皆不符合形式逻辑。权利行使超越权利的外在边界的现象属于权利的冲突而非权利的滥用。权利滥用的真正含义是权利的行使内在地突破了设定该权利的目的和宗旨。郭教授主张知识产权无体财产权属性派生出的易被侵害与易被滥用的特征使得我们应该同时强调对知识产权的保护和对知识产权滥用行为的规制。与物权不同，知识产权权利范围中有很多“气泡”或者说“公共空间”来对其进行限制，以防其滥用。对知识产权滥用行为的关注基本上是与对民法本位的反思相伴而行的。知识产权滥用的形式具有多样性和变动性。通过欺骗手段获得专利权的行为不属于专利权的滥用。而捆绑（tie-in/out），利用标准这种公共产品包含自己的知识产权，订立合同中约定价格限定条款、价格歧视条款或者回售条款，无正当理由的拒绝许可，恶意诉讼等行为都属于或者可能构成知识产权的滥用。对知识产权滥用行为的规制不应完全寄希望于未来的反垄断法、合同法第329条、反不正当竞争法、对外贸易法等相关法律中都有所涉及

。而且立法上无法做到将知识产权滥用及其规制措施规定得非常具体，应当借鉴《谢尔曼法》及《克莱顿法》维持立法适度的原则性与适应性。最后郭教授还就同学们提问中涉及的信息网络传播权、对流氓软件规制中的证据难题、知识产权滥用与侵权行为的关系等等进行了简洁明晰的解答。民事权利的滥用乃至知识产权的滥用属于民法领域中极为复杂和前沿的问题，郭教授的报告法理精微、透彻精当，使同学们对这一问题有了较为深刻的认识。（摘编：王雷）

演讲人：郭禾 中国人民大学法学院院长助理、教授、博士生导师 中国人民大学法学院知识产权教研室主任 中国人民大学民商事法律科学研究中心知识产权研究所主任 主持人：同学们，大家晚上好，今天晚上“民商法前沿”论坛非常荣幸的邀请到我院知识产权教研室主任郭禾教授，郭老师演讲的题目是《知识产权滥用及其法律规制》。郭老师是咱们院自己的老师，大家都已经非常熟悉了，郭老师是我院知识产权教研室主任，民商事法律科学研究中心知识产权研究所主任，法学院院长助理，是国内知识产权法领域的资深专家，并且在知识产权法的相关的领域拥有很高的造诣，下面让我们以热烈的掌声欢迎郭老师开始精彩的演讲！（掌声）

主讲人：谢谢主持人的介绍，前一段时间一直比较忙，主持人和我联系的时候我也是一直在往后拖延，其实这个报告的题目也就是前几天才确定下来的，之所以确定这个题目是因为最近一段时间我们教研室都一直在做一个课题，这个课题的名称是《国家知识产权战略》，课题是由刘春田老师主持，这个大的课题当中涉及到几个子课题，其中这几个子课题就包括《中国知识产权立法的总体思路》、《标准中的知识产权问题》、《信

息产业发展中的知识产权问题》，这几个子课题都涉及到了有关滥用的问题，由此滥用这个问题就变得尤为突出，所以我们在最近一段时间一直在研究这个课题。这几天我也一直在思考这个问题，应该讲什么，怎么讲，反倒把自己给难住了，觉得这个题目越想问题越多，我们过去所研究的问题现在回过头来看，觉得很多问题还是解释得不是很清楚，我在这里也只是给大家一个初步的框架，至于这个架子搭的是不是结实，或者这个圈画的圆不圆，到时候由大家进行评论。今天晚上我讲三个方面的问题，第一个问题，什么是权利滥用；第二个问题，知识产权滥用的概念；第三个问题，滥用知识产权行为的表现方式。如果最后把滥用知识产权行为的表现方式讲清楚了，也许法律规制就比较好理解了。第一个问题，什么是权利滥用？我们过去讲民法的时候都会谈到一个基本的原则，就是权利不得滥用，包括现在王利明老师、梁慧星老师在他们的民法典学者建议稿当中都谈到了一个原则，叫做权利不得滥用，而且在具体的条文当中还进行了界定，虽然条文的表述不完全一样，但是他们都把以损害他人目的作为构成权利滥用的共同要件，比如梁慧星老师在学者建议稿当中谈到，行使权利的得利和造成损害大小的比较；王利明老师在学者建议稿当中谈到了限制竞争的问题。虽然各自的出发点不尽完全相同，但是以损害他人利益为自的这个构成要件都是谈到的，看上去权利滥用应该是一个老生常谈的问题，好象是一个应该解决的问题，但是如果仔细琢磨一下就会发现，我们从来都没有清楚的界定过什么叫权利滥用。其实在国外也有学者提出过类似的观点，有学者认为，权利滥用这个概念本身就是一个伪命题。罗马法当中有一句

法谚，就是“行使权利皆非不法”，如果把这句法谚做进一步的解释，实际上权利滥用这个概念好象在逻辑上站不住脚，既然这是一项权利，权利的产生从法理学上讲，那就是以法律关系为基础，法律关系产生的前提可以有多种，至少法律行为是创设法律关系的一个原由，这就象我们在民法上区分法律行为和民事行为一样，在被我们称之为权利的东西已经在法律上得到了肯定；反之，如果法律上没有肯定某项权利，我们也不会把它称之为权利。既然法律已经确认了某项权利，那么，哪来的权利滥用呢？由此又产生了一个问题，有人为了解释这个权利滥用，就提出了这样的观点，当你的行为超越了权利范围，你的这种行为就是权利滥用。但如果我们仔细思考一下就会发现，这种一种说法在逻辑上还是站不住脚，超越了权利的范围你也就无权了，没有权利哪里来的权利滥用呢？你用的是什么呢？所以我们还得回到这个概念上来，就是什么是权利滥用，至少我们得先把自己给说服了，否则下面我们再谈权利滥用就根本没有办法解释了。我们当时在做这个课题的时候，曾经查阅过各方面的文献，包括国内和国外的资料，其中李琛老师还专门为这个课题出国进行了考察，他也就此问题咨询过国外的专家，但谈到什么是滥用问题的时候，谁都说得不是很清楚。但是我们现在不得不尝试着要把它说清楚，到底能够不能够说清楚，我觉得我们现在还不是很有把握。谈到权利滥用，刚才谈到有学者认为是超越权利范围，很显然在这有一个概念就是，权利是有边界的，如果说你在权利的边界之外为某种行为，这种行为从理论上讲我认为它还是属于无权的行爲，它不是行使权利的行为。所以，我们不应当把这种行为当作滥用来看待。

当然这只是我们的看法，现实中还有一些学者们持有反对的看法，他们认为，滥用指的就是这一部分内容，只是我们觉得这种解释至少在形式逻辑上站不住脚。如果排除了超越权利范围的行为之外，还有什么行为可能被纳入滥用，有一种解释认为，权利的边界存在着两个方面：一个是外在的边界，我们通过授权规范去确认一项权利所具备的外在的范围；还要一个内在的边界，而这种内在的边界直接反映了设立这种权利的目的、宗旨，它不是通过一种外化的行为表现出来。如果我们是这种界定权利的话，我们觉得滥用可能就是违反了设立这种权利的目的和宗旨的行使权利的行为。这样一种行为它并没有在外在形式上超越授权规范所划定的范围。但是它确在内在边界上突破了我们设立这种权利的目的或者宗旨，也只有在这种意义上，我们认为存在着所谓的权利滥用，否则的话，权利滥用可能在逻辑上原本就是一个站不住脚的概念。这种内在的标准或者界限到底是什么？刚才我们谈到以损害他人为目的，这应当说是法律所规定的一个抽象的原则，违背了这样一种原则的行为，在现实中我们可以认为它是一种滥用权利的行为。例如在法国民法典颁布不久这样的案件就出现了，比如在自己的院子当中把另外一个院落里面的泉脉给挖断了；在比如在自己的房屋上面故意砌上一堵墙，把邻居的阳光给遮挡住了，象这样的行为显然是在行使权利，但是这样的行为的目的损害了他人，这就属于滥用权利的行为。这不同于超越权利范围的那种行为，它仍然是权利的外在边界之内的一种行为。把这个界限划定清楚之后，我们下面就可以分析什么是知识产权的滥用问题了。第二个问题，知识产权滥用的概念 民法在讲物权或者所有权的时

候，虽然也谈到滥用的问题，但是有关物权或者所有权的滥用行为在现代的民法当中应该说规范的很清楚了，自从德国民法典把相邻关系引入之后，我们前面所谈到的行为在法律上就有办法规制了。在知识产权领域很长一段时间我们一直没有重视这块内容，从八十年代中国开始制订知识产权法，我们一直都在强调知识产权保护，但是我们知识产权保护的意识比较淡薄，很少有人提到规制滥用知识产权的行为。为什么会这样？因为大家都觉得知识产权是一直无体财产权，它特别容易被侵害，要保护它很不容易，再加上我们又缺乏这种观念，因为整个知识产权制度就是西化的结果，甚至我们现在整个法律制度也是西化的结果，但是西化未必是一个贬义词，因此我们很长一段时间强调保护知识产权，我觉得这是很自然的现象。但其实我们回过头想一想，这种一种权利或者财产容易被侵害，它的保护方面有难度，是因为这种财产不同于有体财产，但恰恰是因为这样一种属性，导致这种财产比有体财产更容易被滥用。权利人的权利在保护上有难度，反过来，你要去规制权利人行使权利也有难度。所以，这种权利比物权或者所有权更有必要谈滥用和反滥用的问题，更有必要规制滥用行为的出现。对我们来讲，我们现在不能光强调反滥用，引用邓小平同志的一句话，我们双手都要硬，不能放弃其中的任何一个方面，否则就要失衡。所以，这是知识产权法面临的特殊问题。知识产权法与物权法相比较而言，我们会发现，在各国的知识产权法律规范中，通常都会专门有一章规定权利限制，但是我们很少看到民法当中专门有一章谈权利限制，当然我们刚才已经谈到了，相邻关系从这种意义上讲其实就是权利限制。但如果知识产权法

与物权法相比较的话，在知识产权法里面存在着诸多的权利限制规范，比任何一个规范有体财产的法律都要多，为什么会这样？就是我们刚才所谈到的，这种一种财产、权利，行使权利的行为难以控制，稍不留意它就可能对公共利益、对他人的利益构成侵害，所以我们有必须对这种行使权利的行为加以限制。归根到底，就是为了防止滥用出现。如果说我们打一个比方，我们把一个权利看出数学上的一个几何，这个几何的范围也就是权利的内容，拿物权或者所有权来讲，在权利范围中，除了刚才我们谈到的相邻关系，不存在任何的公共空间。也就是说，在权利范围之内，不存在其它的情况。但是我们看一下知识产权，不管是专利权还是著作权，在权利范围里面存在着诸多的公共空间，比如说法律上规定，著作权人享有复制作品的权利，他人未经本人许可不能够随意复制，所有国家的著作权法无一例外的都规定了复制权，但是复制权里面存在着诸多气泡式公共空间，很多人在复制他人作品的时候，没有征得权利人许可和支付任何费用，但是我们的法律并不认为这种行为是侵权，我相信在座的同学都做过这样的事情，我们大家在上小学的时候，老师布置作业的时候会说，回家把某篇课文抄写三遍，这至少是复制了三份，你能说这个课文不是作品吗？回过头来问，你在复制这个课文的时候征得权利人的许可了吗？谁也不会认为这种行为是侵权吧？但是法律确规定了著作权人享有复制权，可见这个所谓复制权划定了这么大的范围，这中间存在着一些他管不着的地方，这就是我刚才说的气泡。再比如，在国际上各国的法律都是这样规定的，为了研究实施他人的专利，或者为了分析、检验某一个方案的技术效果，有的是以非

盈利的目的，为了教学在课堂上为学生演示一种现象，假如这种一种专利方法，法律上不认为这是侵权行为，不管法律上如何规定实施某些专利技术要征得权利人同意，这些我们都是通过限制权利的方式来实现这种目的，如果我们的法律没有这种限制性的规范，这部法律实际上就不能得到完满的实施。知识产权法发展到现在，这些权利限制怎么产生的，到现在这些权利限制的范围是扩大了还是缩小了，没有人给出一个一般性的回答，都是针对不同类型的保护对象，我们得到的结论是不一样的，但是每一个关于限制权利规范的产生，往往此前都伴随着滥用行为的案件的发生，其实不管是专利法还是著作权法都是这样的。到现在应该说，这些限制权利的规范应该还是比较全面了，但是这个世界总是在不断的发展，人们总是在先现有的规范中寻找各种各样还没有被纳入到规范体系的这些事情去做，于是又出现了若干个原来没有规范的问题，后来又不得不在法律上重新把它加以规范，至少在知识产权法领域是这样的。我们回过头来看一下，权利滥用现有的法律理论上它应当是一种什么样的位置？它与周边的概念是一种什么样的关系？我们说，在所有的法律上我们都有这样的规定，行使自己的权利不能侵犯别人的权利，于是有学者在此基础上又往前进行了延伸，权利的边界就是别人的权利，这种说法我觉得可能激进了一些，未必！权利的边界未必就是别人的权利，有的时候它可能会出现权利冲突，但权利冲突与权利滥用又不是一回事，权利冲突对应的可能是突破了权利的外在边界，而权利滥用是内在的，就象刚才谈到的，在权利范围里面它存在的一些公共空间，或者我们把它叫做权利限制。讲到这至少我们可以确定

一点，被叫做权利滥用行为的这样一种行为，它首先必须是行使权利的行为，之所以把它叫做行使权利的行为就是它没有突破权利的外在边界。另一个方面，它突破了或者说违背了设立这种权利的目的和宗旨。谈到这里大家可能又会追问，法律宗旨是什么？设立权利的目的是什么？其实这个问题不是一个新问题，这个问题在我们的民法当中已经解决了，台湾地区学者史尚宽先生的教材就谈到了权利本位、义务本位。知识产权法作为民法中的一个特别制度，它肯定是服从于民法立法宗旨的，它可能有很多专门针对具体问题的特殊规范，但是象立法宗旨这样原则性的规范或者立法的目的是是一致的。所以，对于滥用知识产权在判定过程中可能涉及到的立法目的、立法宗旨，理论上我们说这个不是问题，只是在现实中未必大家都这么看，包括上个星期有一次研讨会，在谈到知识产权立法宗旨的时候还有学者存在不同的看法，这其中包括我们的法官、学者、还有官员，很多人认为，知识产权就是为了保护发明人、保护创作人，也就是说为了保护私权。但如果说我们站在规范外面来看待这个问题，也许比陷在这个里面要看得清楚一些，假如认为知识产权是一种私权，它无论如何在大原则上不可能突破民法的基本规范。但这个问题在民法学界大家都能够认可，但是在知识产权界有相当一部分人不是这么认为，其实我们看一看整个知识产权法的发展历史也能够证明这一点，知识产权法与民法是一样的，例如专利法，专利法在一百多年以前，专利法曾经被认为是恶法，因为这种法律授予的权利是一种垄断性的权利，当时西方有一种说法，凡是垄断的法律都是恶法，既然是恶法，就得给废除了。于是乎在若干个国家专利法就给废

除了，至到十九世纪末二十世纪初，这个时候人们意识到这个法律有它的作用，它至少能够吸引人才，哪些废除了专利法的国家大量的人才流失了，于是当时的技术发展水平就比保留专利制度的国家要落后，所以后来哪些地区或者国家又恢复了专利法，从他们恢复专利法的目的就可以看出，这部法律的目的。恰恰是在十九世纪末二十世纪初，这个时候民法的立法也从原来的权利本位向社会本位发生了移转，这几乎是同步的。从整个法律的发展过程来看，知识产权法的立法宗旨与民法的立法宗旨一样，所以我们说判断滥用知识产权的行为需要解释什么是立法宗旨、什么是设定这个权利的目的。这是我们所要讲的第二个问题，关于滥用知识产权怎么样去界定它。第三个问题，滥用知识产权行为的表现形式现实中很多人谈到滥用知识产权行为的时候罗列了诸多的各种表现形式，我看过一些国内学者写的一些文章，一开始我也没有看懂，比如有人把以欺骗的手段骗得专利权作为滥用权利的一种特定的行为，我就始终没有理解，很多人都把这个看做是一种滥用权利的行为，后来做了一些了解之后才发现，这其实是一位美国学者的文章这样认为的，这位美国学者认为这种行为是滥用专利权的行，于是就有人把它翻译到了自己的文章当中去了。那么，在知识产权里面到底存在着哪些滥用行为呢？我想一般大家所公认的哪些行为我这里没有必要再进行描述，比如前几年微软里面的IE，那是给你捆的是一个正的，另外一个给你捆一个负的，我要求你不能够干什么，这就是（tie-in）和（tie-out）的区别，这都属于滥用。为什么说它是滥用？你要是没有这个权利，你不可能去捆绑，你凭借着你的优势地位，我不得不适用你的

产品，于是你就给我搭一个别的东西，要求一个不合理的条件。比如美国最早出现反滥用的案例就涉及到电影放映机，这个电影放映机是有专利的，你要购买我这个电影放映机，前提是你只能按照我的要求放映我指定规格的胶片，你只有答应了这个条件之后我才卖给你放映机。这就是属于滥用，这是美国第一个关于滥用专利权的案件，从这个案件中让很多美国人知道什么是滥用专利权了。但是现在这些年出现滥用权利的行为更多的集中在利用某种各国产品达到滥用的目的，最典型的的就是标准问题，在这二十年当中，推动整个世界经济发展的最主要的领域就是信息技术，也正是在这个IT行业当中，知识产权问题可以说是层出不穷，这中间大量的问题是如何保护知识产权的问题。但是从最近这十几年来看，除了保护方面的问题，滥用的问题也大量出现，最大的一个问题就是利用技术标准达到滥用权利的目的。怎么样利用技术标准来达到滥用权利的目的或者滥用相关知识产权的目的呢？比如电脑，从一开始到现在，曾经在市场中占有一定份额的电脑有两种：一种就是IBM，还有一种就是apple，刚开始的时候这两类产品还可以说是并驾齐驱，但是很快IBM就超过了apple，到现在apple就可能守着最后那一块阵地，就是图形的处理技术。一旦你选择IBM电脑，接下来一系列问题都受限制，电脑的软件、硬件都要受到限制。当IBM电脑形成了一个公众所接受的客观的、事实上的标准之后，你没有别的选择，你只能用它，即使这中间涉及到专利，你也只能使用它，于是大的商家看到了这样一个营销途径，象商学院上课经常讲的各种各样的案例，利用标准让自己的产品成为这个社会上技术标准的一个主流的标准，但很快这样的案

例就遭到一些质疑的声音，为什么呢？它面临着一个权利滥用的问题。标准不管在那个国家它应该是一个公共产品，它应当是开放的，过去的乃至现在的所有的标准化组织在国际上通常是没有官方背景的，它是一个民间组织，但是在中国是一个特例，它所制定的所有标准都不具有强制力，但只是公众、社会、行业或者产业根据自己的需要去选择，实施标准原本应当是免费的，标准也应当是开放的。但是这些年随着IT技术的发展，带来了一系列的问题。例如我们使用的手机，一种是CDMA的，一种是JSM的，这两类产品实际上是两套标准，CDMA主要是美国的标准，而欧洲更多是采用JSM的，在这个标准中间原来大家都觉得标准里面没有任何私权的，但是现在我们所采用的IT里面的标准，几乎没有完全不包含专利的，因为技术发展到现在它不象过去了，各个厂商几乎把可能实现这种目的的方案全部给申请专利了，八十年代的时候还叫电子工业部，电子工业部当时正在研究高清电视问题，这个课题一直做到九十年代，这个课题做完了以后大家觉得很悲观，觉得外国已经把所有的可能的实现高清电视所有途径都给申请专利了，你已经没有路可走了，虽然说条条道路通罗马，可是每条道路上都设有路障，你不交买路钱是过不去的，这还只是在高清电视一个领域。现在我们所说的无线通讯，同样是这样一种情况，过去的标准化组织都说凡是专利我们都不会写到标准里面来，但是现在你想写一个标准你就不得不把专利写进去。这样带来一个什么结果呢？我通过申请专利可以获得垄断这样一项技术的私权，我通过把我的技术纳入到标准体系，我又可以获得广泛的市场，因为一旦我的技术作为一种标准，这个标准所适用的

所有地区都必须使用我的专利。这种行为现在应该说在国际社会上尤其在各个国家的商务活动中屡屡出现，目前在美国学术界、司法界讨论的最激烈的就是有关Ramber公司涉及到标准的案件，Ramber公司完全是一个技术开发为主业的公司，Ramber公司开放出来了最新的技术，这次案件涉及到的是一个电脑芯片的技术，当初美国的标准化公司准备起草一个关于Rambe的标注，这个标准化组织的若干成员在一起讨论到底要起草一个什么样的标准，我们知道存储器对于电脑的发展影响是非常大的，这个存储器的标准直接影响到电脑芯片后续开发的问题，几乎所有的大厂商都来了，在起草标准的时候，按照标准化组织的章程，凡是被列入到标准中的技术，大家都要看一下，这里面有没有你的专利，如果有你的专利你得声明，按照过去的惯例，有专利通常就不在写进去了，但是现在没有办法，有专利只好写进去，但是这个标准化组织都有自己的知识产权政策，但有一点是统一的，所有的标准化组织都要求它的成员在起草标准的时候，对于标准中已经包含的专利必须要披露，披露以后通常还会要求专利权人你愿意不愿意免费的提供给将来这个标准的实施人免费实施，如果不愿意，你愿意不愿意以合理的价格或者无歧视的提供给标准的实施人，如果这两条你都不答应，那这个标准就没有办法写了，只有大家认可我们刚才所说的两条标准，这个标准才能够继续写下去，才能够顺利实施。

Ramber公司在当初起草标准的时候，它已经有专利提交上去了，但是它没有披露声明，后来到1996年的时候Ramber公司做了一件事情，它推出了标准化组织。在它推出之前它被标准化组织发了一封函，它告诉这个组织它有哪些专利，但是

在这封函里面它并没有明确表示这些专利是一个什么样的内容，以及它可能对哪些标准构成影响。在Ramber公司推出标准化组织之后，它就开始向一些厂商收取费用了，而且已经与七家厂商签订了收取费用的合同书，但是其中有一家德国公司提出了滥用的问题，这家德国公司以滥用专利权作为抗辩。法院在审理这个案件的时候就提到权利人的披露义务来自何方，以及披露到什么程度，都专门作出了审理，这其中两项是已经批准的专利，还有几项是当时正在申请的专利，这中间已经批准的专利它的权利范围是确定的，哪些正在申请的专利它的权利范围还没有完全的固定下来，这个时候它要披露的是什么东西，是它所要求的权利范围，还是仅仅把技术方案提出来，因为到底这个标准在何种程度上涉及到专利权，在这个时候对于正在申请过程中的专利技术它的范围是不确定的，由于专利权的范围不确定，作为权利人披露的义务披露到什么程度就算是已经尽到义务了，这个案件在当时也是一波三折，一审法院认为，Ramber公司有欺诈行为，但二审法院的认定正好与一审的结果相反。但是到现在大家还在Ramber问题，象这样的问题是现在各国都面临的一个问题，我们中国现在也面临着这样的问题，但中国的问题可能更多一些，这个多不是多在知识产权这一块，而是多在标准这一块，因为这个的标准与西方的标准不太一样，中国的标准是以政府的名义发布的，它不是民间机构。从这个意义上讲，这个标准就涉及到法律效力问题，原本西方的标准没有任何的强制效力，即使是那些必须实施的标准，有人称之为强制性标准，它也是通过技术法规来使这个标准得以强制实施，标准本身不具有强制效力。但是我们不一样，我们标

准的发布机构是政府部门，国务院专门有一个标准委，由这个部门发布标准，所以中国的标准可能在这一方面又会出现问题。如果一个政府发布的标准把一个具有私权的专利给包含进去了，我们应该怎样的解释这个标准呢？如果关心这方面的问题的同学都知道，前不久我们曾经想把一个无线局域网的标准（WAPY）申报为国际标准，这实际上是与另外一个标准在竞争，最后这个过程我们失败了。之所以失败了，很大的原因就在于我们不熟悉那一套规则，我们的政府跳到前台来了，很多否定这个标准的组织人员都认为，这个标准背后有政府在支撑，随之而来的问题是，他们认为这里面可能有垄断问题的出现。其实这件事情如果做的稍微好一点，直接把西安铁通推上去，可能不至于这么惨，几乎投票的结果一边倒。当然这里面还有另外一个问题，他们认为我们的WAPY不兼容，但实际这个问题技术上是可以解决的，剩下的问题就是我们政府的角色显得太明显了，如果不是这样结果可能也是不错的。在现实中除了标准这一块，其实还有一些是在订立合同中滥用权利的行为，比如说价格的限定，在知识产权领域最常见的就是回售条款，这就是，我的技术允许你实施，但你不得在这个技术上作出任何的改进，如果有改进你必须把这个技术反馈归我，而且改进技术的权利也应当归我。还有一些比如象拒绝许可，你有实施能力，但考虑到我的市场，我就是不允许你实施，我自己也不实施。例如我觉得我原来的技术价值还没有全部赚回来，我可能不一定马上把我的新技术推上去。假如这个时候有别的厂商想实施这个新技术，我一定不能让它实施。另外，还包括一些恶意诉讼，有时候一场诉讼足以毁掉一家公司，这也是为什么

大量的知识产权案件最后以调解或者和解结案的。去年有几位教授针对DVD的专利提出无效诉讼，而且这个案件还被评为十大知识产权案件，上周我碰到张平，他是提出这个案件最早的一个发起人，我问他结果，他说他们撤诉了，我听了以后就觉得，他们当初想要达到的目的或者起诉案件的意义可能就没有了，因为他在起诉之前曾经找到几个专家一起进行论证，在论证会上，有的专家可能气宇轩昂的说的很多慷慨激昂的话，我记得我和另外一个老师当初就认为，他这个可能就是一个象征意义，七千多项专利里面最后提出无效，它的影响会有多大。但无论如何我觉得象征意义还是有的，但最后他们和解，我说这最后象征意义都没有了，当然这件事也不能怪他，因为他们最后没有能力将诉讼进行下去了，太耗精力了。最后他们和解的条件是飞利浦公司不再主张这个专利了，并且向郑成思基金会捐赠一百万元资金。但回过头来说，其实我们制度还是存在问题，象这种请求专利权无效的案件根本就不应当允许当事人撤诉，为什么设立无效案件？就是为了防止哪些本不应当被授予专利的技术被授予了专利，无效是专利局或者复审委员会代表公众来审理这个案子，它所捍卫的是公共利益，如果你所捍卫的是公共利益，你怎么能够允许他们之间和解呢？因为专利权是一种对世权，它实际上是对公众行为的一种限制，很多国家的专利法就规定，一旦无效诉讼程序启动，那一定就得审理到底。曾经很多年前与专利局的同志谈到这个问题，他们说人手不够，这当然是一个理由，但是我觉得这些年这个问题已经不再是问题了。如果DVD的案件与滥用权利具体的形式来看，这就是一种捆绑，他把一些你不用的东西捆在一起给你，他不允

许你拆分，这就是滥用权利的行为。那么，对这样的行为我们现在有什么样的法律来对它进行规范呢？很多人谈到这个问题的时候认为中国没有反垄断法，其实有了反垄断法同样是现在这种局面，大家如果有兴趣可以在网上找到反垄断法的草案，但是关于滥用知识产权所形成的垄断没有任何的规定，还只是在附则当中有一句话，就是滥用知识产权导致垄断的适用本法，这条等于是一个象征性的条款，它没有任何的可操作性。在判断上美国的那套理论，象谢尔曼法或者是克莱顿法，他们都有自己的原则，一些很明显的滥用行为它适用于一种“当然违法”，有的是按照所谓的“合理原则”来判定，这是专门针对滥用知识产权所规定的。但是在我们自己的法律当中没有这样具体的规范，但并非完全找不到任何法律依据，比如我们的《合同法》就有这样的规定，如果一个合同阻碍了技术进步，这个合同可能是无效的。同样的，在我们的《民法通则》、《反不正当竞争法》也有相应的原则性规范，其实利用这些原则性的规范是可以解决这个问题的。当然我们还有一些行政法或者其他的法律规范，包括司法解释也有类似的规定，例如我们的《对外贸易法》把WTO里面与贸易有关的知识产权协定条款给引进过来了，其中就涉及到滥用知识产权的问题，最高法院针对垄断技术、阻碍技术进步的技术合同问题专门做了一些解释，哪些情况构成非法垄断技术、阻碍技术进步，其中就包括我们刚才谈到的技术回售条款，捆绑销售这样一些行为。实际上我们只要把滥用行为的本质、属性以及表现做一个归纳，这在现有的体制下不是说完全没有办法解决。即使我们反垄断法颁布实施了，我觉得它还是解决不了这类问题，谈到反垄断法

很多人都拿美国的谢尔曼法或者克莱顿法来说事，美国的法律其实也就是十几条，它规定的也是很原则的，凭着这十几条原则性的规定他也都把他的案件给处理了，尤其是这种滥用行为涉及到垄断问题时候，这中间的政策性是非常的强，它不象很多的具体法律问题，它可以用具体的规范给确定下来。而涉及到反垄断的问题，大多数的规定都是非常的原则，而这种原则性的规定包括美国这样的国家，它能够在不同的年代，根据不同的经济政策，可能对同样的案件、同样事实、同样证据的案件作出不同的判决。其实大家看一下微软案件最后的结果，再去看一下此前美国电报、电话怎么给支解了，而微软怎么没给支解，虽然微软最后答应了若干的条件，但按照此前的判决，它所有的条件都满足了，这与它的经济政策，甚至国家利益直接相关。所以我们现在谈知识产权的滥用，没有那一个国家在法律上把滥用描述的非常具体，就象我们刚才谈到的垄断一样，如果滥用与垄断相比较的话，是不是有了反垄断法就不再谈知识产权滥用了，也不是！可能知识产权滥用这个概念比反垄断还要宽泛一些，如果滥用知识产权形成垄断了，我们可以用反垄断法去调整它，但有可能有的滥用行为未必达到了反垄断法所调整的条件。从这个意义上讲，滥用知识产权的行为比垄断行为更为宽泛一些。但从广义的角度讲，我们可以说所有滥用知识产权的行为都可以认定为一种不正当竞争行为，当然这也只是学理上的一种说法，因为在学理上我们可以把所有的专利法、著作权法、商标法认为是反不正当竞争法下面的一个特别法，所有的侵权行为都是一种被具体化的不正当竞争行为，滥用知识产权的行为如果放到反不正当竞争法下面去调整，应

该说也没有问题。由于时间的关系，我就先讲到这里，谢谢大家！（掌声）100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com