

反垄断法不能成为阻碍创新的壁垒

李 扬

□ 知识产权是一种稀缺资源，是创新者对知识的利用享有的排他权利。获得知识产权本身就是公平竞争的结果。对知识的排他利用，并不等同于市场独占，也不必然会导致市场独占。

□ 反垄断法属于市场干预法。只有市场失灵需要国家干预时，国家才能以市场干预法进行干预。知识产权领域是否已经出现严重市场失灵，需要大量实证数据，结合经济学研究成果，进行深入分析研究才能得出结论。

□ 我国面临的创新形势，要求现阶段采取强保护知识产权的政策，相应弱化知识产权领域的反垄断执法，维持知识产权人的议价能力，将监管重心放在不正当竞争行为上。

创新是天才之火，是社会发展和人们美好生活的源动力，知识产权是利益之油，是创新的直接催化剂，为创新保驾护航。没有知识产权，或者知识产权保护不力，天才之火将无法熊熊燃烧，创新将成为无源之水无本之木。近年来，理论界开始呼吁加大知识产权滥用行为的反垄断法规制力度，监管机构陆续出台专门针对知识产权滥用行为进行反垄断规制的各种文件。但我国面临的创新形势要求，现阶段应采取强保护知识产权的政策，相应弱化知识产权领域的反垄断执法。

创新者对知识的利用天然排他

知识产权是一种稀缺资源，是创新者对知识的利用享有的排他权利，知识产权的行使对竞争者和公众的行动自由天然具有一定的限制和妨碍作用。立法者之所以以竞争者和公众的行动自由为代价，创设和保护知识产权，不仅仅是因为创新者投入了劳动和资金能够获得人们普遍的情感认同，更是因为知识产权可以通过激励创新而促进科技进步、文化繁荣、产业发展、增加整个社会的福利。

创新是对未知领域的探索，投资巨大，结果充满不确定性。创新带有强烈的首效性，最先获得创新成果的人，将拥有因创新带来的物质和精神方面的一切利益，后来者将一无所有。获得知识产权本身就是公平竞争的结果。对知识的排他利用，并不等同于市场独占，也不必然会导致市场独占。

当今技术发展日新月异,尤其是作为辅助创新工具的 AI 的利用,更加快了创新及其利用的速度。任何一个领域的知识的创新及其利用,都面临着相同领域具有同样或者更好效果的知识的创新及其利用的激烈竞争。退一万步说,即使因为创新知识的排他利用导致了市场独占,也是创新及其成果利用的正当结果,本身并无原罪。反垄断法的诸种价值目标中,创新效率应当始终优先于配置效率。

正是基于上述逻辑,在知识产权行使过程中,立法者才会首先通过禁令的威慑力,提高创新者的议价能力,以确保其收回投资,并获得进一步创新所需的资本,而不是相反,首先假定拥有知识产权就拥有市场独占地位,行使知识产权就等同于滥用知识产权,排除、限制竞争的行为,动辄开动反垄断的国家

机器。

尚未达到非用反垄断法
不可的地步

然而,近年来,国内外形势发生了巨变,反垄断法的政治性和政策性不断被强化,各种轻视乃至无视知识产权的观点和做法开始冒头。理论界开始呼吁加大知识产权滥用行为的反垄断法规制力度,监管机构陆续出台专门针对知识产权滥用行为进行反垄断规制的各种文件,大有山雨欲来风满楼之势。

不可否认,由于各种主客观因素、内外因素的综合作用,知识产权的行使,确实存在导致市场独占地位且无正当理由由滥用该种地位排除或者限制竞争的可能,也可能会存在达成垄断协议排除或者限制竞争等现象,适当监管确有必要。但要注意的是,这些结果和现象不独行使知识产权时存在,任何市场竞争行为均可能存在。

不仅如此，从实务上看，至今为止，并未有任何实证数据证明，滥用知识产权排除限制竞争的现象繁多后果严重，已经到了非动用反垄断法不可的地步。反垄断监管机构单挑知识产权领域专门出台反垄断规范性文件，给人知识产权行使过程中滥用现象频繁，危害竞争后果严重的错觉，无疑是在创新者和知识产权人头顶上架设了一把锋利的屠刀，必将导致创新者在创新路上畏手畏脚，裹足不前，或者相反，导致出现各种弄虚作假或自我设限的创新者。

TRIPS 协议开明宗义表明, 知识产权是私权。因私权发生的纠纷, 原则上应由私法、以私法手段解决。所有权神圣、合同自由、自己责任是私法三大基本原则。《民法典》是私人生产生活领域的基本私法, 各知识产权单行法是知识产权生产生活领域的特别私法。因知识产权发生的纠纷, 不管是合同纠纷还是侵权纠纷, 首先应由知识产权单行法和《民法典》解决。

2020年5月29日，中央政治局就“切实实施民法典”举行第二十次集体学习，习近平总书记强调，“对同民法典规定和原则不一致的国家有关规定，要抓紧清理，该修改的修改，该废止的废止。”高屋建瓴地对立法、司法、执法工作提出了如下要求：对与民法典基本精神或法律规范相违背的有关规定，应及时修改或者废止，尤其不得新制定与民法典基本精神相违背的规范性文件。

反垄断法属于市场干预法。市场干预法的目的在于克服市场失灵和维护社会公共利益。只有市场失灵需要国家干预时,国家才能以市场干预法进行干预。知识产权领域是否已经出现严重市场失灵,需要大量实证数据,结合经济学研究成果,进行深入分析研究才能得

出结论。否则,将严重伤害创新市场,与党中央提出的以市场为中心配置资源的政策背道而驰。

激励创新应让反垄断法
缓行

纵观世界各国反垄断执法历史可以发现, 执法的宽严度无不与其政治经济形势与创新政策和水平相适应, 具有鲜明的政治性、政策性、时代性、灵活性。在创新水平不高, 需要强保护知识产权以激励创新时, 相应就会弱化知识产权领域中的反垄断执法。相反, 在创新水平达到一定高度, 知识产权的行使反过来严重排除、限制竞争, 阻碍创新时, 相应就会强化知识产权领域中的反垄断执法。

当前,我国知识产权数量虽多,但品质参差不齐,泥沙混杂,大国重器甚少,核心竞争力尚不如人意,在国际竞争舞台上动辄被人卡脖子。我国的法律和监管,要解决的是中国的实际问题。我国面临的创新形势,要求现阶段采取强保护知识产权的政策,相应弱化知识产权领域的反垄断执法,维持知识产权人的议价能力,将监管重心放在不正当竞争行为上。

不顾我国创新形势，不找准我国垄断的真正来源，不弄清究竟谁在滥用垄断地位危害市场经济，不搞清楚我国知识产权领域存在的究竟是保护不力还是使用过度的问题，一概把反垄断执法的矛头对准知识产权行使行为，创新企业将心有余而力不足，大搞精力将用于合规，不敢越雷池半步。如此怎么可能出现像马斯克这样勇于创新善于创新的企业家，又何谈抵达世界一流创新标准，成为世界一流科技强国？

近些年我国遭遇的外国卡脖子情况，确实让我们深深体会到了什么是屈辱。要洗刷这种屈辱，匍匐在地不行，病急乱投医更不行。政治问题要法律化，国际问题要国内化。法律规则有时要讲究粗线条，留有余地。解决国际问题的反垄断规则，越具体反而越束缚手脚。

无论如何，解决创新和竞争问题，最根本最有效的做法还是创新，而创新得有自由和平等的创新环境。不管哪种权威，从反垄断角度看，当下支持创新的最好做法，就是无为而治，或者是雷声大雨点小，让市场的回归市场，让私法的回归私法，让反垄断法的回归反垄断法，切忌将本应和知识产权单行法、民法典一样扮演创新催化剂角色的反垄断法，变成阻碍创新的壁垒。

(作者系中国政法大学民商经济法学院教授、博导, 中国知识产权法学研究会副会长, 最高人民法院第五届特邀咨询员, 最高人民检察院听证员)

《地方立法研究》 精华推荐

(2023 年第 4 期)

主办单位：中山大学
广东省立法研究所

【数字法治】

个人信息泄露侵权的证明责任问题

作者：吴泽勇（华东师范大学法学院教授、
博士生导师）

摘要: 在不明第三人利用平台掌握的个人信息进行侵权的案件中,如果权利人向个人信息处理者追责,就需要证明是后者泄露了其个人信息。就此存在一定的证明困境,但不需要通过证明责任倒置或者证明标准降低来缓解。经由“权利人进行可期待的初步举证—法官形成临时心证—平台进行可期待的反证—法官形成终颗心证”这一路径,法官仍然可以对待证事实形成内心确信。

至于被告提出还存在其他个人信息控制者的主张,在性质上属于对其不当个人信息处理行为与权利人损害之因果关系的否认,主张者应当对此进行必要的证明。如果被告证明第三方平台同样有可能泄露权利人个人信息,则案件转而适用共同危险行为责任,权利人有权申请追加该第三方平台作为共同被告。

而案件的证据调查进程,并不会因此受到实质性影响。这一分析表明,即使对于网络时代的新型案件,经典证明责任原理也仍有用武之地。

网络服务提供者的侵权责任

作者：叶名怡（上海财经大学法学院教授、博士生导师）

摘要: 根据民法典的相关规定, 网络服务提供者的网络侵权责任, 其归责原则通常为一般过错责任。但不以损害赔偿为目的的侵权预防责任, 不以过错为条件。同时, 当网络侵权叠加数据侵权时, 归责原则也可能是无过错责任和过错推定责任。

通知删除规则对网络服务提供者而言固然构成一种免责抗辩,同时看似也构成一种过错推定规则,然而通知者的初步证据提供义务本身表明,网络服务提供者在收到异议通知后需要独立审慎判断是否存在侵权,亦即需要根据一般理性人标准去判定其有无过错;反通知规则亦然。

在间接侵权中,网络服务提供者与直接侵权人的责任形态通常是帮助共同侵权,前者成立过失帮助侵权人。在数据泄露场合,网络服务提供者通常承担违反安全保障义务的补充责任。

【立法与治理】

地方立法权扩容背景下的法律体系融贯

作者：侯学勇（山东政法学院法学院教授）

摘要: 融贯是法律体系有效存在的必要条件。实践中的命题体系既能够以相互支持力度大的高度融贯状态存在,也能够以相互支持力度小的低度融贯状态存在。对融贯的不断追求,是法律体系发展与完善的基本方式。

《立法法》授予设区的市立法权后,地方立法权扩容,地方法律规范在整个法律体系中的比重逐步增加。地方立法权扩大有助于法律体系发展完善,但也会导致不同层次、不同区域的法律规范抵触,产生立法割据立法碎片化的风险,削弱法律体系的整体融贯程度。

法律体系的融贯,既有赖于科学的立法活动,也有赖于高质量的司法裁判活动。在立法层面构建融贯的法律体系,应在坚持宪法至上原则的基础上重视备案审查工作,建设良好的地方立法质量提升机制。单纯依赖立法者并不足以完成法律体系融贯重构的重任,法律体系的融贯化,还依赖司法过程中法官的理性裁判。法官积极援引并建构性地解释地方法律规范,有助于法律体系融贯程度的提高。

