

论反垄断法在知识产权领域内的适用

卢明纯

(中南大学商学院, 湖南长沙, 410083)

摘要: 如何在知识产权领域内适用反垄断法, 是当今各国共同面临的问题。反垄断法在知识产权领域适用的一般性是: 知识产权与有形财产平等适用; 行为主义规制模式; 自身违法原则与合理原则。反垄断法在知识产权领域适用的特殊性主要有: 反映知识产权的特征; 基本适用合理原则; 充分考虑技术创新的需要。在当前, 我国应明确特殊性优先于一般性, 采用“三步法”分析模式, 尽快制定专门的执法指南。

关键词: 反垄断法; 知识产权; 知识产权法; 执法

中图分类号: DF414

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2010)02-0021-05

虽然反垄断法与知识产权保护在基本功能和目标上具有一致性已是广泛共识, 但在实际实施过程中可能会发生冲突。“当企业采取知识产权保护本身所预计之外的方式、以反竞争的手法来使用知识产权, 就会引起大量的问题。在这种情形下, 挑战在于, 在减少反竞争影响的同时, 要尊重知识产权的存在和知识产权意图促进的公共目标。”“在发达国家, 人们普遍认为, 只有当知识产权制度得到有效竞争政策体制的补充时, 它才能达到预计的目标。”^[1]而“知识经济条件下, 以凭借知识产权优势排除或限制竞争为核心特点的知识产权垄断在实践中的危害日益严重, 迫切需要反垄断法予以规制。产生并发展于工业经济时代的反垄断法, 并无针对知识产权垄断的具体规则, 世界各国普遍尝试通过延伸法律解释与类推适用的方法, 将已有反垄断规则适用于知识产权垄断。但无论在理论上还是在实践上都遇到了严重的法律困惑和障碍。”^[2]2008 年 8 月 1 日施行的《中华人民共和国反垄断法》规定:“经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为, 不适用本法; 但是, 经营者滥用知识产权, 排除、限制竞争的行为, 适用本法。”这仅是非常原则和笼统的规定。具体如何在知识产权保护和反垄断执法当中把握好适当的度, 做到协调执法, 使得知识产权法和反垄断法真正相互补充、

殊途同归, 亦即如何在知识产权领域内适用反垄断法, 不仅是我国, 也是当今各国共同面临的问题。

一、反垄断法在知识产权领域适用的一般性

(一) 反垄断法适用的基础——知识产权与有形财产平等适用

在决定某项反竞争行为是否违反反垄断法时所适用的标准, 能否同样适用涉及知识产权的相关案例, 还是制定一套不同的规范? 这是一个有争议的问题。知识产权有不同于有形财产的特殊性, 但是也有相同之处: 第一, 两者都具备权利拥有的基础。有形财产以所有权观念为基础; 无形财产理论上无法占有, 却通过产权理论建立了对知识产权的权利基础。第二, 两者皆具有排他专属权限。有形物具有对世效力的物权; 知识产权因独占可以禁止他人未经许可使用。第三, 两者都可以通过对第三人提供财产的让与或使用, 发挥经济上的效益。有关知识产权或其产品的交易行为适用民法的一般原则, 知识产权领域的反竞争行为的表现与在有形财产领域的基本相同, 因此, 适用反垄断法的基本原则与一般财产相同, 没有必要另立标准。有学者甚至提出知识产权本身不需要赋予垄断的

权利，仅仅是要求一种权利可以排除他人抄袭这一特殊的工艺、产品或设计。这一排除的权利是与“其他财产权没有任何区别的排他性”权利。这样，知识产权就毫无疑问地与其他财产权平等适用反垄断法的原则。美国司法部和联邦贸易委员会 1995 年 4 月颁布的《知识产权许可的反托拉斯指南》和 2007 年 4 月发布的《反托拉斯执法与知识产权 促进创新和竞争》、2007 年 9 月日本公正交易委员会发布的《知识产权利用的反垄断法指南》以及我国台湾地区的相关立法中均明确规定，在确认知识产权行为是否触犯反垄断法时，将知识产权与其他财产同等对待。既不因为知识产权的垄断性而使在行使知识产权过程中某些超越权利界限、破坏公平竞争的行为受到放纵，也不因为知识产权容易限制竞争的特点而对其更加严格，从而使知识产权的正常行使受到不必要的限制。平等适用反垄断法是基本的前提，并不意味着完全忽视知识产权的特性，而需要在实践中结合具体案情和特定市场情况加以考虑。

（二）反垄断法适用的模式——行为主义规制模式

结构主义和行为主义是反垄断法规制的两种模式。结构主义认为市场结构对市场行为和市场绩效具有决定性作用，市场上必须保持足够的竞争主体数量，以维持竞争性的市场结构。结构主义强调对状态的规制，行为主义认为市场支配地位(力)本身不违法，只有对市场支配地位加以滥用的行为才应受到反垄断法的规范。结构主义理论由于其经济理论的不足，不能适应经济全球化和高新技术发展的客观要求。在现代反垄断政策上，行为主义占支配地位，结构主义只在个别情况下适用。

在知识产权领域，19 世纪 80 年代之前，美国法院往往推定只要具有著作权、专利权的产品便具有市场支配力，知识产权许可行为受到反垄断执行机构严格的审查。随着人们对知识产权与反垄断法关系认识的不断深入，在有关财产获得专利或著作权时，市场替代品的考虑取代了市场支配力的假设，法院不再将拥有知识产权等同于拥有市场支配地位。知识产权所有人就专利产品或者著作权等享有法律赋予的排他性权利，如果实际上仍然有其他足够的替代产品，知识产权人难以支配市场。这一观点在美国 1995 年《知识产权许可的反托拉斯指南》中有所体现。欧盟法院在判例中曾指出拥有知识产权并不自动就获得市场支配地位，但是也从来没有排除知识产权的拥有和行使确实存在构成市场支配地位的可能性。

拥有和行使知识产权的企业是否具有市场支配地位，往往还得遵循一般的规则。首先是市场份额。尽管多少市场份额就构成市场支配地位在各国反垄断法中规定不一，不同类型市场，其标准也不一样，但是除特定情形外，高市场份额是市场支配地位的证据。例如，微软的市场地位源于它的知识产权，但是，美国联邦地区法院认定微软具有市场支配地位却不是直接基于它拥有的著作权本身，而是其在全球个人电脑操作系统产品上所有的 95% 的市场份额。^[3]其次是市场进入壁垒。市场份额大小是否实际反映了市场支配力，往往还要取决于企业在市场面临实际竞争和竞争者进入市场的难易程度。知识产权保护所产生的专有性是一个加强市场支配地位的进入障碍。最后是对价格因素的控制。联邦地区法院认定微软具有市场支配地位的另两个因素是微软的市场份额受到进入操作系统时的高壁垒的保护；微软用户没有商业上的可行的视窗操作系统的替代品，微软有足够的价格控制能力。可以说，知识产权的拥有对支配地位的认定是次要的，直接衡量的标准是市场经济实力，即企业能否不顾及市场其他竞争者和消费者影响作出定价和其他决策。即使知识产权确使权利主体拥有市场支配力，这种支配力本身不违反反垄断法，关键还是是否滥用这种支配力。知识产权的排他性利用在包含该知识产权的特定产品市场上是可以接受的，而企业将知识产权的排他性扩展到其他的相关市场，阻碍新竞争者进入或排挤现有竞争时，就会受到反垄断法中滥用市场支配地位的规制。

（三）反垄断法适用的原则——自身违法原则与合理原则

自身违法原则和合理原则是确定是否违反反垄断法的两项司法原则。它们在美国反垄断实践中形成，后被各国所采用。自身违法原则是只要发生特定的行为即构成违法，而不考虑行为的目的和后果。纳入自身违法范围的行为是对竞争有非常明确损害的行为，一般说有四种基本类型，即固定价格协议、划分市场协议、集团联合抵制以及搭售。^[4]在“合理原则”之下，某项行为是否合法，主要在于其是否促进竞争或者妨碍竞争。往往必须同时考虑下列各因素：受影响的产业本身的特殊状况；在相关行为发生前与发生后，相关产业的变化；行为人的目的；是否有其他限制较少的行为也可以产生相同的效果。所有不适用自身违法原则的案件便可以适用合理原则。

在涉及知识产权反竞争行为中，那些被判定为自身违法的限制包括价格的显而易见限定、产量限制、横向竞争者瓜分市场、联合抵制特定的群体以及转售

价格维持。除此而外的行为则按照合理原则进行评估。^[5]依据合理原则进行知识产权相关案件的分析时，首先，判断协议是否具有促进竞争的目的，限制必须具有达到目的的合理必要性。主观目的的判定通常是比较难的，实践中采纳了比较的方法，即将限制竞争的形式与协议的良性目的进行比较。如果与能够用于达到该目的的其他类型的限制相比，其限制过大，该协议具有限制竞争的非法目的。其次，判断协议中的限制是否具有限制竞争效果。如果分析发现其有此种效果，再评估该项限制是否为创造足以超过此种不良效果之加强竞争效益的必要手段。进行知识产权反竞争效果的分析时，应该注意市场结构和当事人的特点。当协议双方为横向关系时，其中限制倾向于造成强化设定价格、限制产量、取得或维护垄断力，触犯反垄断法的危险性较大；但如果双方为垂直关系，则限制条款产生的反竞争效果可能因为有利于知识产权利用而得到抗辩。再次，还应当考量经济效益与正当理由。某项限制条款是否具有经济效益，这一限制是否为达成该项效益所必要的手段，以及可否采用其他也可达成相同的效果却有较少反竞争性的限制手段，能够给消费者带来福利。综合各方面的分析，如果知识产权涉及的限制竞争行为带来的积极效果超过反竞争的后果，该行为是合理的；如果反竞争的后果超过其带来的好处，则被认定为不合理的限制而被认为非法。

二、反垄断法在知识产权领域适用的特殊性

知识产权的无形性，决定了其具有不同于有形财产的法律特征，确定知识产权反垄断法规制原则应该考虑两者的差异。首先，有形财产的取得、占有、处分、收益一般不直接涉及法律程序，更多情况下是在所有权受到侵犯时寻求法律保护；而知识产权不仅有受法律保护的问题，其存在的前提还需要法律的确权。因此，法律对知识产权的控制更有前置性。有形财产领域的垄断是经营者在竞争过程中逐步形成的，法律只对垄断状态或垄断行为进行必要的调控；而知识产权垄断的前提是法律直接授予的，知识产权法直接对这一权利加以一定的限制，现有反垄断法对这一垄断前提没有特殊对待。其次，知识产权易受侵害，交易安全性较弱。知识产权人在许可他人使用时提出一些限制条件，如限制使用人的方式、使用规模甚至指定购买其专有的设备等有其合理的一面，不能完全适用有形财产的限制竞争标准。第三，知识产权的价格机

制十分复杂。知识产权是独占性商品，缺乏相同因素的比较，特别是技术性产品的开发成本高，生产的边际成本低，无法适用有形财产的成本定价方式。知识产权垄断高价如何确定，是否违法等问题在各国标准不一。因此，反垄断法所确立的竞争规则在适用于知识产权领域时，必然呈现一定的特殊性。

（一）知识产权领域竞争规则的特点

整体上，知识产权适用于反垄断法的一般原则与规则。鉴于知识产权与有形财产的差异，有效的竞争规则应该在一定程度上反映知识产权的特征。第一，知识产权领域竞争规则的原则性。法律的预见性和可操作性要求规则的确定性，但在知识产权领域，新的智力成果不断涌现，围绕知识产权的竞争关系层出不穷。因此，无论对知识产权的保护还是限制，作为法律层面的竞争规则不可能作到“文件夹”式的列举，原则性的条款较多；只能靠竞争执法机构发布较为确定的竞争行为指南。第二，竞争规则的宽容。知识产权源于法律的授权，尽管以它为标的的贸易活动不可避免地带有限制竞争的因素，反垄断法要对行使知识产权所产生的限制竞争后果给予一定程度的宽容，明确对知识产权的一般豁免。同时，知识产权易受侵害，某些在有形财产领域中违法的排他性限制，在知识产权领域可以基于正当理由而合法地采用。知识经济对知识的依赖对知识的“法律垄断”提出了挑战。在相当程度上，知识的法律垄断将由于权利者自我保护能力的增强而减弱，相应地，经济上的垄断由于知识更新的加速、权利者自我保护的加强，其权力滥用也将受到限制。^[6]与此相适应，反垄断法对知识产权的保护加强了对知识产权的垄断宽容，规制的是与知识产权相关的不正当竞争行为和严重限制竞争行为。第三，竞争规则的分散性。知识产权的范围很广，绝大多数国家对专利权、著作权、商标权和商业秘密等知识产权通过专门立法保护，知识产权法的限制本身就属于竞争规则的一部分。不同权利客体排他性程度和对技术创新的作用有所不同，保护和限制的力度有所差别。如分析有关技术秘密许可协议时，考虑技术秘密具有技术范围的不确定性、弱的专有性以及保护期的不确定性特点，以确定对市场竞争的影响。知识产权领域的反竞争行为主要发生在知识产权许可时，调整交易的合同法也含有一部分竞争规则。可以说，竞争规则在知识产权领域具有分散性，不仅体现在以“竞争”命名的法律法规，还包含于知识产权法、合同法、贸易法等规范中。

（二）基本适用合理原则

尽管自身违法原则和合理原则都适用于知识产权

领域，但是实践中，在确定知识产权行为是否违反反垄断法时基本上适用合理原则。原因在于，知识产权对竞争具有双重作用，某一知识产权行为是否对竞争造成实质限制并非一目了然，具体到个案时往往有特殊情况。而自身违法原则具有确定性，在行为的竞争后果具有多面性的情况下，不进行具体分析而对号入座，可能抑制有利于竞争的行为。合理原则实质上是权衡原则，它充分考虑知识产权行为的双重性特征，强调对各种因素进行比较分析，从经济事实的比较中找出知识产权行为的合法性因素，在具体案例中协调知识产权权利人的利益与竞争带来的社会利益。

许多在传统反垄断法中属于自身违法范围的行为，涉及知识产权领域则通常适用合理原则，如限制转售价格和搭售。在通用电气案中，^[7]法院认为既然通用公司在许可他人生产和销售该项产品之前有权，并且在事实上控制了该项产品的售价，在许可他人使用该技术时，要求他人保持某种售价没有超出权利的范围。但是在线材公司案中^[7]，美国最高法院认为，数个专利产权就售价达成一致，限制产品的转售价格严重限制了市场竞争，属于违法行为。对于搭售，美国司法中认为“授权契约中之‘搭售’限制，可能有助于市场竞争，因此，惟有在下述状况下，才会被判定为不法限制：在搭售的产品市场中具有足够的市场支配力量，足以限制被搭售产品市场之竞争；对于被搭售产品的市场造成反竞争效果；以及 搭售行为可能产生的经济效果低于其反竞争效果。”^[8]对于限制地区和交易对象行为也由适用自身违法原则转向适用合理原则分析。美国在 20 世纪 60 年代认为，一旦商标所有人将货物售与经销商之后，任何限制其销售区域和销售对象的行为，均为“自身违法”之行为。70 年代中期后，美国又推翻了这一判决，法院认为这种限制不当然具有反竞争性，而应当适用合理原则。^[8]

（三）充分考虑技术创新的需要

回应知识产权技术创新作用对反垄断法的挑战，反垄断法在知识产权领域开始充分考虑技术创新的需要。技术产品的研究开发决定着自主知识产权能力，保持研究开发领域的竞争至关重要。美国在对知识产权领域进行反垄断分析、评估可能影响的市场领域时，提出不同于一般的有形财产的三种市场类型：产品市场、技术市场和创新市场。产品市场是许可技术生产的中间产品或最终产品市场。技术市场的范围包括被许可使用、予以转让或购买取得的知识产权，以及与该知识产权密切相关的其他技术和知识。如果相关信息不易取得，无法界定“技术市场”的范围，美国司法

者会分析许可协议对于各项相关产品的影响。创新市场是引入的新概念，指企业就某一领域中未来新技术或新产品的研究开发进行竞争所形成的市场。创新市场用于判断许可合同是否会带来明显减少用于研究开发的投资的影响。一项许可合同即使不会带来产品市场和技术市场的不利影响，但是如果会影响对研究开发进行投资的积极性，也会受到反垄断执法部门的关注。在明确了创新市场后，执法机构再根据每个参加者占有的技术创新所需要的资本的市场份额、占有研究和发展的支出份额、占有相关产品的份额等因素进行界定，针对不同情况具体分析。近来，美国在评估制药和医疗技术领域的活动时广泛地运用创新市场。^[9]我国台湾地区在审查技术许可协议时，也着重协议对这三个市场可能或真正所产生的限制竞争或不公平竞争的影响。

从鼓励技术创新的角度看，知识产权许可可以更好地发掘知识产权的效用，通过降低生产成本，推动技术创新，通过对知识产权预期利润增加的期望，许可协议可以刺激权利人的再创造力，进而促使在研究和发展中投入更多的人力和物力资本。因此，知识产权许可协议中的某些限制条款，原则上不违反反垄断法。如一揽子许可或指定技术来源，可能是为了使多项技术限制进行最佳配合，达到最佳的技术指标。技术创新是确定知识产权领域反竞争行为是否违法时，需要充分考虑的合理因素。

三、我国反垄断法在知识产权领域的具体适用

我国《反垄断法》第 55 条指明了知识产权与反垄断法适用的契合点。但迄至目前，现行的与知识产权相关的反垄断法规还存在诸多问题，^[10]尤其是具体如何适用值得进一步研究和明确。

（一）明确特殊性优先于一般性

对于一般性抑或特殊性的优先考量，涉及对滥用知识产权，排除、限制竞争的行为是从严还是从宽适用反垄断法的问题。这在不同国家、不同时期因其科技、经济、社会发展水平及公共政策目标而有明显的倾向性。基于我国已处于工业化阶段，对知识产权制度已有较大需求，对知识产权保护也具备一定调适能力，国家将实施知识产权战略作为实现跨越式发展，建设创新型国家的政策抉择，但同时存在知识产权保护意识不强、执法效果有所不足、守法问题比较严重的情况，当前我们应更多地关注知识产权的保护。

(二) 采用“三步法”分析模式

因既有反垄断分析的一般问题，也有涉及知识产权时的特殊问题，反垄断法适用于知识产权领域的竞争性分析可分三步展开：第一步，界定涉及知识产权的相关市场并判定知识产权权利人的市场力量；第二步，分析行使知识产权行为对竞争产生的影响；第三步，对不利影响与有利影响进行评估比较。如果存在基本的反竞争后果，且这种后果超过了知识产权促进竞争的效果，则以反垄断法规制该行为。

(三) 制定专门的执法指南

我国的反垄断法执法尚处于起步阶段，而反垄断法在知识产权领域的具体适用又非常复杂。国务院反垄断委员会应借鉴有关国家和地区的经验，以行政法规或政策性文件的形式尽快制定专门的执法指南。指南可按反垄断法规制的三种类型“垄断行为”，采用列举加例释的方法，明确什么是“知识产权垄断协议”、“知识产权权利人滥用支配地位”、“涉及知识产权的具有或者可能具有排除限制竞争效果的经营者集中”。以便于反垄断执法机构的统一执行，也为知识产权权利人提供较为清晰、确定的指导。

注释：

the Executive Summary in OECD, Competition Policy and Intellectual Property Right,1998 (supra, n.1),p.7.

原文可以在相关网站查阅。中文介绍可以参阅 王先林等：《知识产权滥用及其法律规制》，中国法制出版社，2008年7月第1版，第89—141页。

该指南认为“知识产权作为垄断权本身并不导致其权利人拥有市场支配力的结论。”“即使某项专利或其他形式的知识产权的的确使其权利主体拥有市场支配力的，这种市场支配力的存在本身也不构成违法。”参见国家知识产权局知识产权研究中心组织编写：《规制知识产权的权利行使》，知识产权出版社，2004年4月第1版，第392页。

参考文献：

- [1] 英国知识产权委员会. 知识产权与发展政策相结合 [EB/OL].[2009-12-20].<http://www.iprcommission.org/graphic/Chinese-Intro.htm>. 148.
- [2] 吕明瑜. 知识产权垄断呼唤反垄断法制度创新[J]. 中国法学, 2009, (4): 16-33.
- [3] 郭建安. 微软讼案[M]. 北京: 法律出版社, 2000: 2.
- [4] 孔祥俊. 反垄断法原理[M]. 北京: 中国法制出版社, 2001: 389.
- [5] Steven Anderman. EC Competition Law and Intellectual Property Rights [M]. Clarendon Press Oxford, 1998: 276-303.
- [6] 沈敏荣. 法律的不确定性——反垄断法规则分析[M]. 北京: 法律出版社, 2001: 91.
- [7] 张瑞萍. 反垄断法应如何对待知识产权[J]. 清华大学学报(哲学社会科学版), 2001, 16(4): 30-34.
- [8] 陈家骏, 罗怡德. 公平交易法与智慧财产权——以专利追索为中心[M]. 台北: 五南图书出版公司, 1999:227.
- [9] 王先林. 知识产权与反垄断[M]. 北京: 法律出版社, 2008: 108.
- [10] 王晓晔. 滥用知识产权限竞争的法律问题[J]. 中国社会科学, 2007, (4): 130-144.

On the Applicability of Anti-monopoly Laws in the Field of Intellectual Property

LU Mingchun

(Business School of Central South University, Changsha 410083, China)

Abstract: How to apply anti-monopoly laws in the field of intellectual property is a common problem faced by all countries nowadays. The main generalities of its application are as follows: the equal application of intellectual property and tangible property; behaviorism regulating object; the rule of *per se* illegal and the rule of reason. The main particularities of its application are: reflecting the characteristics of intellectual property; basically following the rule of reason; fully taking the needs of technological innovation into consideration. We should follow the principle of particular priority over the general, adopt the “three step method” and draw up the special guidelines.

Key Words: anti-monopoly laws; intellectual property; intellectual property; law enforcement

[编辑：苏慧]