

学校代号 10532

学 号 B03141014

分 类 号



湖南大学  
HUNAN UNIVERSITY

## 博士学位论文

# 知识产权许可的反垄断立法规制

学位申请人姓名 罗 静

培 养 单 位 法 学 院

导师姓名及职称 李 步 云 教 授

学 科 专 业 经 济 法 学

研 究 方 向 竞 争 法

论文提交日期 2008 年 12 月 10 日

学校代号：10532

学 号：B03141014

湖南大学博士学位论文

## 知识产权许可的反垄断立法规制

学位申请人姓名：                    罗 静                    

导师姓名及职称：                    李 步 云 教 授                    

培 养 单 位：                    法 学 院                    

专 业 名 称：                    经 济 法 学                    

论文提交日期：                    2008 年 12 月 10 日                    

论文答辩日期：                    2008 年 12 月 14 日                    

答辩委员会主席：                    王全兴教授

Legislation Regulation of Antimonopoly Law on Intellectual Property  
License

by

LUO jing

B.L.(Xiangtan University)1996

M.L.(Hunan Normal University)2003

A dissertation submitted in partial satisfaction of the

Requirements for the degree of

Doctor of Law

in

Economic Law in the

Graduate School

of

Hunan University

Supervisor


Professor Libuyun

October, 2008

# 湖南大学

## 学位论文原创性声明

本人郑重声明：所呈交的论文是本人在导师的指导下独立进行研究所取得的研究成果。除了文中特别加以标注引用的内容外，本论文不包含任何其他个人或集体已经发表或撰写的成果作品。对本文的研究做出重要贡献的个人和集体，均已在文中以明确方式标明。本人完全意识到本声明的法律后果由本人承担。

作者签名：

日期：2008年12月15日

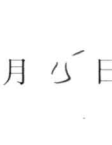
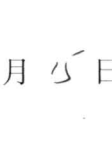
## 学位论文授权使用授权书

本学位论文作者完全了解学校有关保留、使用学位论文的规定，同意学校保留并向国家有关部门或机构送交论文的复印件和电子版，允许论文被查阅和借阅。本人授权湖南大学可以将本学位论文的全部或部分内 容编入有关数据库进行检索，可以采用影印、缩印或扫描等复制手段保存和汇编本学位论文。

本学位论文属于

- 1、保密□，在\_\_\_\_\_年解密后适用本授权书。
- 2、不保密。

(请在以上相应方框内打“√”)

作者签名：  
导师签名：

日期：2008年12月15日

日期：2008年12月15日

## 摘 要

知识产权表现为一种法定垄断状态，而且在一定条件下这种法定垄断权可能转化成反垄断法所关注的经济垄断。在对外许可时，知识产权人有可能通过知识产权所带来的优势，在知识产权许可协议的谈判过程中从事限制竞争的行为，有必要对此进行反垄断法规制。由于知识产权制度和反垄断法共享创新、效率、竞争等目标价值，所以，对知识产权许可行为的反垄断法规制亦以上述基本范畴为衡量标准。同时，反垄断法作为以公共利益为出发点调整市场经济秩序的法律部门，保护消费者福利是其正义性的体现。由此，对知识产权许可行为的反垄断法规制应遵循如下原则：（1）许可行为对竞争有阻碍，但可以实现显著的创新效率从而提高社会整体福利，而且这些行为是实现这些效率所必不可少的，在各种可能的选择中，对消费者福利产生的损害最少，在这些前提下，该许可行为应被允许；（2）如果某种行为对创新效率的效果是中性或不确定的，则以其对消费者福利的影响来判断是否允许；（3）无论如何，该行为不能导致永久性、全面性的消除竞争。以上原则对于新经济产业同样适用。

中国目前技术上属于技术后发国，要实现经济、技术上的后发优势，提高自己的综合国力，除了自主创新，技术引进是必由之路。从这一点来说，知识产权许可往往意味着我国企业作为技术引进方，发达国家的知识产权人作为许可人，就某个技术进行授权使用、销售等达成协议。同时，发达国家越来越重视知识产权对于巩固和提高其在国际上经济地位的作用，大的跨国公司也将知识产权战略作为扩张和发展的手段。基于以上理论分析，参考和借鉴其他国家和地区的成功经验，结合我国目前的现状，我国当前对知识产权许可反垄断法规制应以维护市场的开放、公平竞争为首要目标，通过对竞争环境的保护，促进我国自主创新战略的实施，保护国家利益，提升国家经济实力和竞争力。

在反垄断法语境下，知识产权人在知识产权许可协议中从事限制竞争的行为，可分为滥用优势地位和限制竞争协议两大类：前者包括搭售、拒绝许可、价格歧视、效力质疑等，对于该类知识产权许可中的限制条款，一般都体现为拥有优势地位的行为人通过知识产权的独占性，来排斥相关行业的竞争，或是损害被许可人的创新积极性，维持自己的垄断地位；后者包括回授、产量限制、价格限制、排他许可和地域限制、使用领域限制等，这类行为往往体现为双方通过协议在一定程度上减少竞争，因此，必须从许可协议双方是否是竞争者的角度进行分类，并分别予以不同的反垄断法规制。此外，技术联营和标准化组织也可能对竞争产生危害，技术联营与技术标准中既涉及滥用支配地位行为，也包括限制竞争协议

行为，而且在新经济产业中，尤为凸显了技术标准的支配地位，反垄断法对此须严格关注。当前，美国、欧盟、日本等对知识产权许可的反垄断法规制程度趋向宽松，持有利于知识产权人的立场，这是符合这些国家和地区自身利益的一种变化，但我国在以上具体问题上应结合国情作出略微从紧的的规制。

**关键词：**知识产权许可；反垄断法；效率；创新；消费者福利；立法规制

## Abstract

Behaved as an legal monopoly, under certain circumstance intellectual property rights might transform into economic monopoly that antimonopoly law would regulate. In external license, the intellectual property rights holders might restrict the competition in the negotiation of intellectual property rights license protocol by the advantage of intellectual property rights. IP system and antimonopoly law sharing the same goal of innovation, efficiency and competition, therefore the antimonopoly regulation of IP license contracts should regard those concepts as criterion. Furthermore, being an legal branch of protecting public interest, the antimonopoly regulation to IP license contracts should comply the model as following:(1)Doing harm to competition, the licenses can realize the innovation efficiency and improve the whole welfare of society. In the mean while, the license is absolutely necessary to realize the efficiency and does the least damage to consumer welfare. Under these premises, the license should be permitted.(2)If certain license is neutral or dubious to innovation efficiency, the antimonopoly judgement of it should based on consumer welfare.(3)In no case, the license should banish competition permanently and entirely. The above model can also apply to new economy.

The technical level of China is lower than that of the developed countries. At present, in order to improve our comprehensive strength, we need to get license from the IP holders in developed countries besides independent innovation. From this point of view, the Chinese enterprises are the licencees and the IP holders in developed countries are the licensors. At the same time, the developed countries pay more and more attention to the function of IP in consolidating and advancing their super position in technology and economy. The big multinational companies use IP strategy as means to enlargement and development as well. Grounding on the above theory model, referencing of successful experiences of else countries and areas, combining the actuality of China, the openness of market and equal competition should be the most important goal in our current antimonopoly regulation. Our economic and competitive strength should be advanced through competitive environment protection, independent innovation strategic promotion and national interest protection.

In term of antimonopoly law , it can be divided into two categories of which the former is the abuse of preponderant position including articles on tying, price

discrimination and challenging the validity of IP, For licensing of intellectual property rights in such restrictive clauses, generally have a dominant position as reflected in the behavior of people through the exclusive intellectual property rights, to exclude competition in the industry, or damage to the licensee's innovative initiative to maintain its monopoly status ;the latter is monopoly agreement (i. e. Cartel) including grant back, restriction on output, price, terrain and usage field. Such behavior is often reflected in the agreement between the two sides to a certain extent, reduce competition and, therefore, must begin with the license agreement the two sides is whether to classify the perspective of competitors, respectively, and anti-monopoly law be different regulations. In addition, IP pools and integration of IP to technical standards can also bring new restrictive problems of competition, it is not only related to abuses of dominant positions, including restrictions on competition agreement, but in the new economy industries, particularly highlighted the dominance of technical standards, strict anti-monopoly law to be concerned about this.so antimonopoly law must regulate all of these behaves. currently, America, Europe Union (EU) and Japan have relax the regulation of IP license and hold the standpoint in favor of the licensors according with the benefits of those counties and districts,but China must carry out the tighter regulation considering the situation of a country.

**Key Words: intellectual property license ; antimonopoly law ; efficiency ; innovation; consumer welfare; legislation regulation**

# 目 录

摘 要	I
Abstract	II
第 1 章 导 论	1
1.1 研究背景和意义	1
1.1.1 研究背景	1
1.1.2 研究意义	2
1.2 国内外研究现状	3
1.2.1 国外研究现状	3
1.2.2 国内研究现状	7
1.3 基本概念与主要研究内容	9
1.3.1 基本概念界定	9
1.3.2 主要研究内容	9
1.4 研究方法和创新点	10
1.4.1 研究方法	10
1.4.2 创新点	11
第 2 章 知识产权许可反垄断法规制的一般理论	13
2.1 技术创新与法律制度	13
2.1.1 技术创新与法律制度的一般关系	13
2.1.2 知识产权及其对技术的激励机制	16
2.1.3 反垄断法与技术创新	19
2.2 知识产权许可中反垄断法规制的理论分析	21
2.2.1 经济学中的效率解读	21
2.2.2 反垄断法中的效率权衡与消费者福利	24
2.2.3 知识产权许可反垄断法规制的基本原则	29
2.2.4 知识产权许可反垄断法规制的市场界定	32
2.3 新经济中知识产权许可反垄断法规制的特殊性	35
2.3.1 新经济的概念及特点	35
2.3.2 有关新经济与反垄断法的理论争议	39
2.3.3 新经济背景下的知识产权市场支配力与反垄断法规制	42
第 3 章 中国知识产权许可反垄断法规制的宏观分析	46
3.1 中国知识产权许可的背景与现状	46

3.1.1 当前中国知识产权许可的经济背景.....	46
3.1.2 当前中国知识产权许可的法律背景.....	48
3.1.3 我国当前知识产权许可的现状及对相关立法的挑战.....	53
3.2 TRIPs 框架下中国知识产权许可反垄断法规制的基本价值与目标体系.....	56
3.2.1 TRIPs 与中国知识产权许可的反垄断法规制.....	56
3.2.2 中国知识产权许可反垄断法规制的基本价值.....	58
3.2.3 中国知识产权许可反垄断法规制的目标体系.....	60
3.3 中国知识产权许可反垄断立法的模式选择与违法认定原则.....	62
3.3.1 模式选择.....	63
3.3.2 违法认定原则.....	64
<b>第 4 章 知识产权许可中滥用市场支配力行为的反垄断立法规制.....</b>	<b>67</b>
4.1 知识产权许可中搭售行为的反垄断立法规制.....	67
4.1.1 知识产权许可中搭售行为的界定.....	67
4.1.2 美欧等国家和地区对知识产权许可中搭售的反垄断法规制.....	68
4.1.3 知识产权许可中搭售行为的反垄断法分析.....	73
4.1.4 对我国相关搭售行为反垄断立法建议.....	76
4.2 单方拒绝许可的反垄断立法规制.....	77
4.2.1 单方拒绝许可知识产权的反垄断法界定.....	77
4.2.2 美国的相关立法及司法实践.....	78
4.2.3 欧盟的相关立法和司法实践.....	83
4.2.4 日本的相关立法.....	88
4.2.5 知识产权拒绝许可行为的反垄断法分析.....	88
4.2.6 对我国知识产权拒绝许可行为反垄断立法建议.....	91
4.3 知识产权许可中价格歧视条款的反垄断立法规制.....	97
4.3.1 知识产权许可中价格歧视条款的反垄断法界定.....	97
4.3.2 美国和欧盟对知识产权许可中价格歧视条款的反垄断法规制.....	99
4.3.3 知识产权许可中价格歧视条款的反垄断法分析.....	102
4.3.4 对我国知识产权许可中价格歧视条款反垄断立法建议.....	104
4.4 知识产权许可中不质疑条款的反垄断立法规制.....	105
4.4.1 知识产权许可中不质疑条款的含义.....	105
4.4.2 美国和欧盟对知识产权许可中不质疑条款的反垄断法规制.....	106
4.4.3 知识产权许可中不质疑条款的反垄断法分析.....	109
4.4.4 对我国不质疑条款反垄断立法建议.....	110
<b>第 5 章 知识产权许可中限制竞争协议的反垄断立法规制.....</b>	<b>112</b>

5.1	知识产权许可中回授条款的反垄断立法规制 .....	112
5.1.1	知识产权许可中回授的界定 .....	112
5.1.2	美欧等国家和地区关于回授的立法和司法实践 .....	113
5.1.3	知识产权许可中回授条款的反垄断法分析 .....	116
5.1.4	对我国关于知识产权许可中回授条款的反垄断立法建议 .....	119
5.2	知识产权许可中排他许可与地域限制的反垄断立法规制 .....	120
5.2.1	知识产权许可中的排他许可和地域限制的界定 .....	120
5.2.2	美欧等国家和地区对排他许可和地域限制的反垄断法规制 .....	121
5.2.3	知识产权许可中排他许可与地域限制的反垄断法分析 .....	124
5.2.4	对我国排他许可和地域限制的反垄断立法建议 .....	127
5.3	知识产权许可中产量限制条款的反垄断立法规制 .....	128
5.3.1	知识产权许可中产量限制的界定 .....	128
5.3.2	美国和欧盟关于产量限制的相关立法和实践 .....	128
5.3.3	知识产权许可中产量限制条款的反垄断法分析 .....	130
5.3.4	对我国知识产权许可中产量限制的反垄断立法建议 .....	131
5.4	知识产权许可中使用领域限制的反垄断立法规制 .....	131
5.4.1	知识产权许可中使用领域的界定 .....	131
5.4.2	美欧等国家和地区关于使用领域限制的立法和实践 .....	131
5.4.3	对知识产权许可中使用领域限制的反垄断法分析 .....	135
5.4.4	对我国知识产权许可中使用领域限制的反垄断立法建议 .....	137
5.5	知识产权许可中价格限制条款的反垄断立法规制 .....	138
5.5.1	知识产权许可中价格限制的界定 .....	138
5.5.2	美欧等国家和地区关于知识产权许可中价格限制的立法和实践 .....	138
5.5.3	知识产权许可中价格限制的反垄断法分析 .....	140
5.5.4	对我国知识产权许可中价格限制的反垄断立法建议 .....	141
<b>第 6 章</b>	<b>技术联营和技术标准化中许可行为的反垄断立法规制 .....</b>	<b>143</b>
6.1	技术联营中许可行为的反垄断立法规制 .....	143
6.1.1	技术联营及其许可 .....	143
6.1.2	技术联营的反垄断法分析 .....	146
6.1.3	美国和欧盟对技术联营中许可行为的反垄断法规制 .....	147
6.1.4	对我国技术联营及其许可行为的反垄断立法建议 .....	151
6.2	技术标准化及许可行为的反垄断立法规制 .....	153
6.2.1	技术标准化与知识产权许可 .....	153
6.2.2	技术标准化过程中的反垄断法分析 .....	162

6.2.3 私有性技术标准组织知识产权许可的反垄断法规制 .....	168
结 论 .....	173
参考文献 .....	176
致 谢 .....	189
附录 A(攻读学位期间发表的学术论文目录).....	190

# 第1章 导论

## 1.1 研究背景和意义

### 1.1.1 研究背景

理论背景。从理论上说，反垄断法和知识产权的复杂关系可以从基本的经济学概念入手进行分析：知识产权通过授予作者或创造发明人排除他人使用自己的思想或发明创造来限制作品的扩散，从而阻止了他人从中收益。从经济学角度而言，知识产权阻止了销售某一受知识产权保护的作品或发明的中的竞争，从而保证权利人可以以高于复制这一作品的边际成本的价格来销售。的确，为了实现对发明创造的激励，知识产权法授予了权利人一定程度上控制价格的权力，虽然这并不一定等同于市场支配力。这种情形意味着如果没有知识产权保护，产品将在竞争的前提下销售，这样的话将有更多的人以更低的价格来购买。

从另一方面而言，市场经济的一个基本理论为：在不考虑市场失灵的情况下，自由市场竞争将是资源有效配置的最好手段。反垄断法以维护自由竞争为基本目标，确保市场不被一个单独企业所垄断或竞争者不会串谋来消除彼此之间的竞争。在这一意义上，知识产权法似乎表现出与反垄断法相矛盾之处：知识产权法限制了竞争者复制或模仿知识产品的能力。通过控制对知识产权及相关产品的使用，知识产权这种独占权使得权利人拥有获取垄断价格或限制竞争的可能。

因此，一个关于二者关系最简单的表述为：知识产权是垄断权，而反垄断法反对垄断，所以二者相互矛盾。

但在实质上，这一表述的两个基本概念都是错误的。

首先，知识产权并没有提供事实上的市场支配力，虽然知识产权的确允许产品差别化，而且有时会导致权利人对价格的支配力，但这种独占权与反垄断法所指的经济性垄断大相径庭。在实践中，大量专利产品或方法在商业上是失败的，即使其在商业上取得了成功，也往往面临着其他同类商品的竞争。例如说，即使一种玻璃杯因某种专利方法而取得了商业上的成功，但消费者还是可以选择不锈钢茶杯或瓷质茶杯等其他产品。

其次，断言反垄断法禁止垄断也是过于简单的结论。虽然反垄断法以促进竞争作为基本目标，但是从未宣称垄断本身是违反反垄断法的。反垄断法关注的始终是各种图谋垄断的反竞争行为或垄断力的滥用。如果一个企业虽然获得并维持其垄断地位，但并未从事任何反竞争行为，则不会受到反垄断法制裁。正如美国法官汉德（Hand）在著名的铝公司案中所指出的“一个独立的生产商，通过自己先进的技术、远见和勤奋在一群竞争者中脱颖而出。在这种情况下，有争议的问

题是，法律并不会谴责在其本身所竭力促进的诸因素下产生的这种结果，尽管这个结果是公众所憎恶的垄断。……一个成功的竞争者，在他通过法律所激励的竞争获胜后，并不应被推翻。<sup>[1]</sup>

既然如此，如何理解各国在反垄断法中，多将知识产权作为适用除外制度加以规定，似乎二者存在此消彼长的对立关系？知识产权究竟在何种意义、条件下与反垄断法构成交界？知识产权的垄断性（或者称之为专有性）是否以及如何会转化成反垄断法所规制的垄断状态或垄断行为？知识产权许可行为是否因许可标的为知识产权而获得反垄断法的豁免抑或格外从严的审查？这一系列问题都是知识产权与反垄断法在现今阶段的基本争议焦点，而本文正是在这一理论背景下，从知识产权许可行为这一角度来分析论证以上问题，或者反过来说，通过厘清上述争议，来对知识产权许可行为的反垄断法规制确立基本原则和方向。

现实背景。知识产权许可及其反垄断法规制在当下知识经济时代显得尤为重要。一方面，知识的创新及传播、运用对经济增长发挥着举足轻重的作用，知识产权许可正是将创新性知识、技术尽可能广泛地转化成生产力的重要手段。而另一方面，知识、技术在知识经济中的威力如此之大，使得人们开始怀疑对知识产权的推崇和扩张是不是也会导致对社会的消极效应，如同《谢尔曼法》产生于美国公众开始感受到大财团、大财阀可能造成的对经济自由、政治民主的威胁一样，微软帝国的出现让人们关注知识产权对竞争、创新的威胁和对公共利益的损害。由于知识产权自身不能通过内部制衡机制完全解决这一个人利益和公益之间的平衡，反垄断法的规制成为了以公共利益的角度对其进行调整的最佳选择。

在这大背景下，对中国而言，知识产权许可的反垄断法规制有着特别重要的意义。从经济发展水平看，中国还属于发展中国家，在技术上也属于技术后发国，要实现经济、技术上的后发优势，提高自己的综合国力，除了自主创新，技术引进是必由之路。从这一点来说，知识产权许可往往意味着我国企业作为技术引进方，发达国家的知识产权人作为许可人，就某个技术进行授权使用、销售等达成协议。因此，一方面我国对知识产权必须进行有力的保护，以形成国内良好的技术许可环境，吸引国外先进技术；另一方面则必须对知识产权人滥用其权利损害公平竞争，垄断中国市场的行为进行有效地规制，维护国内市场的良性竞争秩序，培育一个自由、公平、开放的竞争环境。

### 1.1.2 研究意义

如前所述，随着知识、技术在经济中愈加显要的地位，对知识产权的反垄断法规制是一个在理论上和实践中都有重要意义的课题。

对于知识产权和反垄断法的关系，如今普遍的共识是二者相互促进、共享效率、创新等价值目标，而非早期所认为的二者处于对立关系。但是，这一原则性

的共识并不能解决在具体的反垄断法规制中，对涉及知识产权的行为究竟采用何种标准，如何判断的问题。尤其在反垄断法和知识产权各自不断发展的情况下，怎样实现二者对创新、竞争的推动作用，是更为重要的理论课题。本文力图对此作出原则性的纲领以及较具操作性的研究范式。

我国刚刚颁布了《反垄断法》，在这一立法背景下，研究知识产权许可的反垄断法规制，其最终的落脚点当然是对具体知识产权许可行为反垄断法规制的中国立法。对于知识产权许可的反垄断法规制，既有反垄断法一般原理的运用，也有知识产权本身的性质所导致的规律性，同时，我国当前的知识产权许可大多表现为技术引进的形式，涉及到国家利益和经济健康安全等考虑，所以，本文除了对知识产权反垄断法规制提出纲领性理论外，对每一类具体的知识产权许可行为都进行了基于中国国情的分析并提出立法建议，基本上完成了一个完整的知识产权许可反垄断法规制的立法方案。

## 1.2 国内外研究现状

### 1.2.1 国外研究现状

关于知识产权与反垄断法的关系在西方国家是反垄断法理论研究的一个重点内容，相关案例也很多。自 1890 年《谢尔曼法》产生至今，知识产权许可的反垄断法规制走过了如前所述的 100 多年的历史，以下对理论研究和司法实践分而述之。

#### 1.2.1.1 理论研究

当前，国外学界的对知识产权反垄断法规制的研究主要集中在以下几方面：

第一，对于知识产权与反垄断法的关系，学者们较为普遍的观点为：知识产权与反垄断法共享创新、竞争的价值目标，从长远来看，二者是一致的互补的关系。同时也提出，在具体的行为中，可能的确存在判断标准和立场问题。如 Thomas O. Barnett 《知识产权与反托拉斯法的协同性》，<sup>[2]</sup> Daniel J. Gifford 在《法律和技术：交界与相互关系》等文章中都提出知识产权与反垄断法都促进竞争、创新，而竞争与创新是经济增长的动力。<sup>[3]</sup>著名知识产权学家 Mark A. Lemley 在 2007 年《知识产权与反垄断法新的平衡》一文中提出“越强的知识产权，越强的反垄断法规制”的观点。<sup>①[4]</sup>

---

<sup>①</sup> 原文是 Whatever the current tilt and likely direction of the pendulum, our goal needs to be a world in which strong IP rights are coupled with strong rather than weak antitrust enforcement, and weak IP rights are coupled with weak rather than strong antitrust enforcement.

第二，对原有的知识产权导致市场支配力假定的批评。美国学者对美国司法机关长期以来对专利推定为市场支配力的做法提出了批评。<sup>①</sup>如 Brett Aaron Mangrum《专利滥用——一个可质疑的许可中的搭售行为》<sup>[5]</sup> Thomas P. Walsh，《界定相关市场：废弃专利搭售行为中市场支配力假定的冲击》，<sup>[6]</sup> Ariel Katz《知识产权、反垄断法和市场支配力》<sup>[7]</sup>等。

第三，提出各种对知识产权规制的理论方法和工具。如 2005 年波斯纳在《交易费用与知识产权许可的反垄断法规制》一文中提出从交易费用的角度来进行对知识产权的反垄断法规制。文章中，波斯纳指出现在反垄断法对知识产权许可进行的限制过重，而导致效率的损失，从交易费用的角度来看，许多许可限制都能节省交易费用，如搭售行为，从而带来效率。<sup>[8]</sup>值得注意的是，在多数主张效率作为主要衡量标准的潮流中，2003 年 Daniel A. Farber 和 Brett H. McDonnell 两位教授在题为为什么（以及怎样）公平在反垄断法和知识产权交界领域显得重要性一文中，提出了公平对于知识产权反垄断规制的意义。<sup>[9]</sup>

第四，效率分析理论（cost-effectiveness analysis）。随着芝加哥学派对反垄断法的影响逐步增大，对知识产权的反垄断法规制中运用经济学理论进行分析的学说与实践也不断出现，一般都从行为的社会成本和收益入手，通过数据、模型分析工具来得出对某一知识产权许可中的限制性行为的反垄断法规制程度。其中较有代表性的理论为 1984 年哈佛大学的 Louis Kaplow 教授提出的比率理论。

比率理论首先确立了一个基本前提：知识产权，尤其是专利权的有效期已经实现了成本和收益的最佳比率。例如说专利 17 年的有效期，在这一期间内，因为赋予专利权人独占权而给社会带来的成本与保护专利带来的效率达到了最佳比例。在这一前提下，比率理论的基本含义是指：将某种限制性行为对社会所施加的成本与相应的收益进行比较。比率理论的公式为：专利回报/垄断损失。其中专利回报是指某种限制性行为所增加的回报，垄断损失是指该行为所导致的社会损失。总的而言，该比率越高，该行为被许可的可能性越大。

比率理论的运用具体包括两个步骤：（1）判断允许某种限制性行为所增加的社会成本与为了获得同样收益而延长知识产权期限所增加的社会成本相比，是不是更多，如果答案是肯定的，则该限制性行为不被允许。因为如果我们认为知识产权的期限设置已经达到了最佳效果，则延长知识产权期限肯定是不被认可的，更何况该限制性行为对社会施加的成本还超过了延长知识产权的成本。（2）如果答案是否定的，那么第二步即为判断允许该种限制性行为给社会带来的成本是否少于削短知识产权给社会节约的成本。<sup>[10]</sup>

---

<sup>①</sup>最终随着美国最高法院在 2006 年 Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink 判例中将其完全推翻。

除了比率理论，对知识产权反垄断法规制的经济学分析理论还有 1996 年 Baxter 在《耶鲁法律评论》上题为“专利垄断利用的法律限制：一个经济学分析”的文章，其中也运用了经济学原理对专利许可的法律限制进行分析，其总的结论是只要专利许可所带来的效用大于其限制性条款对社会造成的损失，该许可就应该被允许。在文章中，Baxter 主要通过模型对搭售、地域限制等许可限制进行了演示，提出了较为宽松的反垄断法立场和观点。<sup>[11]</sup>

### 1.2.1.2 司法实践中的理论述评

美国和欧盟是本文研究的两个参照体系，而这两大地区在长期的司法实践中也发展出各自的特色。以下主要从司法实践及评论的角度来总结知识产权许可反垄断法的理论。

第一，固有性理论。固有性理论是美国在 20 世纪初期最高法院曾经提出并适用的理论。其中心意思为一个三段论逻辑推理：“大前提：专利权人拥有拒绝许可以及遏制专利发明的权利；小前提：附带任何限制的许可比起根本不许可，其限制程度要弱；结论：专利权人有权对被许可人施加任何实质性的合同限制。”<sup>[12]</sup>适用该理论最著名的案例为 *United States v. General Electric Co.* 案，在该案中，法庭支持了专利权人固定价格的限制性条款。

固有性理论实质上是知识产权优先的立场，其理论根据为：知识产权法所授予的某一专有权利本身的合法性与正当性已经毋庸置疑，而专有权就体现为权利人可以以自己希望的任何方式去行使该权利，包括以任何条件许可他人行使该权利。反垄断法不能对知识产权固有的权利进行质疑和限制，所以，除非一个专利是通过欺诈获得的，否则与不许可相比，施加任何条件的对外许可总是有利于竞争的。因为如果不许可，没有人可以和专利权人进行竞争。<sup>①</sup>

有学者评价说，固有性理论实际上是对知识产权与反垄断法复杂关系的回避，而在这一理论指导下，实施的是知识产权豁免于反垄断法的政策。只看到知识产权法对社会的激励作用，而不顾可能对社会产生的反竞争效果。<sup>[10]</sup>

第二，权利范围理论。固有性理论因为回避了知识产权与反垄断法的矛盾，在上个世纪 20 年代以后逐渐湮灭，取而代之的是权利范围理论（scope of the patent）。在前述的 *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg Co.* 案中，美国最高法院认识到：适用固有性理论所导致的知识产权豁免于反垄断法的结果不再适宜，反垄断法必须对涉及知识产权的有关妨碍自由贸易和公平竞争的行为进行规制。因此，在该案中，法庭表述到：“专利权的范围应被限于与该发

---

<sup>①</sup> 这里竞争的含义仅指使用某知识产权提供的同一产品或服务，而不是竞争法上的替代性产品或服务市场上竞争的概念。这也许就是早期将知识产权与反垄断法对立起来的根本原因。因为如果僵化地把竞争作如此狭义的理解，当然知识产权提供了反垄断法禁止的垄断从而二者相互对立。但在实践中，一种知识产权产品或服务没有替代性产品或服务的情形是非常少见的。

明创造有关的权利诉求。”<sup>①[13]</sup>这一理论在随后的一系列案件中均被沿用。如 Ethyl Gasoline Corp. v. United States 案中，法庭指出：“权利范围被限定为该发明创造，以该专利的说明和权利要求为界。”<sup>[14]</sup>在该类司法实践中，到 70 年代为止，美国最高法院运用这种做法，认为以下三类合同限制扩大了专利独占权，因此应受到谴责：（1）要求被许可人在专利保护期届满以后，对其使用行为支付使用费；（2）要求被许可人对不在专利权利要求书范围内的东西支付使用费；（3）搭售。<sup>[12]</sup>

在某种程度上说，权利范围理论是固有化理论的形式化（公式化）的翻版。根据固有化理论，几乎任何限制性做法都是豁免于反垄断法的，但是，随着对知识产权反垄断法规制的实际需要，法院认识到不能再回避知识产权的反垄断法规制，但是又不愿或不能进行进一步分析，因此，借助于对知识产权范围的简单分析，对明显超出权利范围的行为追究反垄断法责任是一个较好的变通办法。

权利范围理论至少在以下两方面的缺陷：首先，恰当地确定知识产权范围是一个理论上和实践中都有争议的问题。无论是将知识产权作为一种权利，还是单独确定某一知识产品上的知识产权，都是相当困难的。从前一方面来说，知识产权作为一个权利束，随着科技的不断发展，其权利的内涵和外延都在不断扩展，因此，大多数国家对知识产权权利内容的立法都是列举式的，而非穷尽性规定；从后一方面来看，确定一个独立的知识产权的范围，在专利权中，可以以权利要求书作为证明，<sup>②</sup>但是在商标和版权中，权利范围相对模糊。例如很多人容易将使用发明或作品误认为是使用知识产权，其实，两者不是一回事。其次，权利范围理论没有对限制性行为进行竞争法上的进一步考察。这一点可能是该理论最致命的缺陷。对任何行为进行反垄断法规制，当然应当以反垄断法自身的理论分析为根据。而权利范围理论却是以知识产权法的基本理论来衡量反垄断法规制的正当性，因此这一分析仅仅是对固有化理论的公式化的翻版，并没有更多的竞争法上的合理性分析。例如说，权利范围理论因为追求反垄断法规制的明确性，将一些明显违背知识产权范围的许可行为当然的界定为对反垄断法的违背，如在专利权期满后继续收取许可费，或搭售行为。但是，在一揽子许可中，包含专有技术在内的许可费的收取，即使在专利期满之后，仍有其合理性。而搭售行为在相当多的场合会被认为是提高效率、增进消费者福利的。所以，仅仅从形式上因为其超出了知识产权的范围就推定违反的反垄断法，仍然是对知识产权反垄断法规制的简单化的做法，缺乏更深层次的合理性。

第三，权利的存在和权利的行使区分理论。在欧盟，对于知识产权的反垄断法规制有其特殊性。由于欧盟并不存在同一的知识产权实体性条约，各国知识

<sup>①</sup> 原文为：scope of every patent is limited to the invention described in the claims contained in it.

<sup>②</sup> 在这里并不考虑这种判断方式本身合理与否。

产权法彼此独立并独立于欧盟，而竞争政策所追求的公平竞争和自由市场的目标是着眼于整个欧盟，所以，为了解决知识产权的国家授权和竞争政策的统一的矛盾，欧洲在一系列案例中发展出了权利的存在（existence）和行使（use）的理论。

但是，权利的存在和行使理论有如下缺陷：可能架空了知识产权。正如有些学者指出的，如果知识产权并不意味着通过对受保护的产品或服务在相关市场上实施排他的利用和开发，那么知识产权的独占性究竟体现在哪里呢？难道知识产权是一种没有排他性利用的权利吗？<sup>[15]</sup>

近几年来，学界普遍认为，欧盟在知识产权的竞争法规制方面较美国严格，权利的存在和行使理论的适用应该是一个重要的原因。

学者 Aashit Shah 曾将欧盟长期以来对待知识产权的态度幽默地表述成“后妈式”的待遇。为了迎合欧盟罗马条约所规定的各国知识产权法独立性，同时实现欧盟统一大市场的目标，在知识产权的反垄断法规制方面广泛采纳知识产权存在与行使的区分理论。虽然欧洲对于知识产权的原来的敌意已经改善，但是欧盟委员会及法院仍然对知识产权内在的垄断性怀有偏见，而这导致了对竞争政策的偏爱。<sup>[16]</sup>

如早在 1966 年的 *Establissemments Consten SA and Grundig-verkaufs GmbH v. Commission* 案中，法院指出，知识产权的存在或获得不受欧共同体条约的管辖，但是其行使是欧共同体条约的管辖范围。<sup>[17]</sup>

除了以上关于对知识产权反垄断法规制的基本立场的观点和实践外，国外的研究成果还体现在对具体知识产权许可行为的反垄断法规制分析。如关于反垄断法在新经济行业中的适用分析，以及在知识产权拒绝许可方面、搭售、回授、使用领域、排他许可和地域限制等方面都有相当丰富的研究成果和案例。

### 1.2.2 国内研究现状

由于我国《反垄断法》刚刚生效，因此，对于知识产权反垄断法规制的研究主要停留在理论层面，少有实践案例作为支撑。

在学术论文方面，应该说国内从 2000 年前后开始关注知识产权的反垄断法规制问题，从中国知网上以知识产权与反垄断法作为关键词进行搜索可以得到近 2000 篇文献，其中较有代表性的有：王晓晔教授在中国社会科学等期刊上发表的《滥用知识产权限制竞争的法律问题》（2007）、《知识产权滥用的反垄断法规制》（2006）、《知识产权中的限制竞争》（2006）、《欧共同体竞争法中的知识产权》（2006），《评论：拥有知识产权不等于滥用市场优势地位》（2004）等；吴汉东教授《论技术竞争市场的法律规则和环境》（2005），《日本关于知识产权滥用的反垄断法控制及其借鉴意义》（2002），郑友德、胡章怡《欧盟知识产权滥用的反垄断问题研究》

(2006), 许光耀教授《著作权拒绝许可行为的竞争法分析》(2007), 冯小青《知识产权、竞争与反垄断之关系探析》(2005), 林立新、历永《知识产权法与竞争法的冲突与协调》(2002)等。

著作方面, 有王先林《知识产权与反垄断法——知识产权滥用的反垄断问题研究》(法律出版社 2001 年版), 郭德忠《专利许可的反垄断法规制》(知识产权出版社, 2007 年版), 徐红菊《专利许可法律问题研究》(法律出版社 2007 年版), 张平、马骁《标准化与知识产权战略》(知识产权出版社, 2002), 刘晓东《知识产权与软件产业市场结构》(浙江大学出版社, 2006)等。<sup>①</sup>

总结起来, 我国当前对这一课题的研究主要可归纳为以下方面:

第一, 对于知识产权和反垄断法二者的关系, 我国学者与西方当前的流行观点一致, 认为知识产权与反垄断法是相互促进, 其目的都是激发人们的竞争性活动, 提高资源配置效率, 但是二者推动竞争的方式不同: 反垄断法是通过禁止限制竞争来推动竞争, 知识产权则是通过保护权利人的专有权, 以某些限制竞争的方式来激发人们在知识经济领域开展竞争。<sup>[18]</sup>

第二, 以利益平衡方式来协调知识产权和反垄断法。在对二者的具体冲突上, 我国学者大多从利益平衡角度来论证。如冯小青教授指出:“知识产权私人利益与反垄断利益存在一种平衡关系, 反映在立法上则体现为知识产权法和反垄断法在规制知识产权垄断行为方面的互动和协调的关系”。<sup>[19]</sup>还有学者认为“在知识产权人行使权利的过程中, 运用利益衡量的方法, 我们不仅可以判断是否存在‘权利滥用’, 而要决定偏向哪一方的利益, 从而寻求该方利益的法律救济途径。”<sup>[20]</sup>

第三, 对国外——主要是美、日、欧的相关制度进行解释和分析。我国学者对美、欧的相关立法、判例介绍较多, 如美国 1995 年《知识产权许可反托拉斯指南》, 欧盟 1996 和 2004 年《技术转让协议成批豁免条例》等, 判例方面如美欧的微软垄断案, 欧盟的迈吉尔 (Magill) 案等, 台湾、日本等的相关立法也有涉及。

但是, 我国对这一课题的理论研究存在最大的缺陷在于: 偏重对国外相关制度的介绍分析和对知识产权反垄断法规制的宏观研究, 而对这一领域的微观制度研究严重不足。例如笔者曾搜索关于知识产权许可中的使用领域限制、地域限制等微观制度的研究成果, 在中国知网上的搜索结果几乎是零 (只有在外贸杂志上有零星介绍)。所以, 当前对这一课题的理论研究急需进行微观的、实务的研究, 而不能仅仅停留在宏观层面。<sup>②</sup>

---

<sup>①</sup>以上所列举仅限于专门对知识产权反垄断法规制的研究文章和著作, 实际上, 我国近年来在反垄断法和知识产权法方面的研究著作相当丰富, 其中不少也涉及到了二者的交织领域, 在此不再一一列举, 但是这些学术研究成果对本文的写作也同样起到了重要的借鉴作用。

<sup>②</sup>而且当前对于知识产权与反垄断法的关系在理论上争议并不大, 无论中西方学者都同意二者在根本目标上的一致性。

## 1.3 基本概念与主要研究内容

### 1.3.1 基本概念界定

在本文的写作中，首先必须界定如下几组概念：

第一，知识产权与技术。在确定论文题目时，笔者曾经颇费思量：究竟是采用知识产权许可还是技术许可？从实证分析的角度来看，反垄断法规制的对象往往是技术许可，也就是说，能够形成反垄断法关注的市场支配力或反竞争的实际效果的通常只是专利、技术秘密和软件版权等技术含量较高，可能具备生产效用的知识产权，其他诸如小说、歌曲、电影等传统版权形成反垄断法上的竞争危害的可能性很低，一般不会引起反垄断法的规制，从这个角度来看，似乎定为技术许可更为恰当一些。但是，作为法律研究论文，对技术许可的反垄断法规制实际上是因为技术被知识产权所保护而引致的一系列理论和实践问题，技术被赋予了知识产权这一法律外衣，具备知识产权的基本特征和性质，本文的诸多讨论都是围绕着知识产权的法律性质、特征等来进行分析，所以，最终笔者采用了知识产权许可这一概念，但所研究的对象主要限于专利、专有技术和软件版权许可，对商标和传统版权许可涉及较少。

第二，许可。一般而言，知识产权许可是指在未转让所有权的情况下转移知识产权中的财产权。以专利权为例，根据 TRIPs 的规定，专利权人有权：“（a）如果该专利保护的是产品，则有权制止第三方未经许可的下列行为：制造、使用、许诺销售、销售、或为上述目的而进口该专利产品；（b）如果该专利保护的是方法，则有权制止第三方未经许可使用下列方法的行为，以及下列行为：使用、许诺销售、销售，或为上述目的而进口至少是依照该专利方法而直接获得的产品。”所以，知识产权许可，是权利人在对知识产权权利中的一项或多项允许被许可人行使的一种合同行为，一般都有地域和期限限制，以及诸如使用费等其他条款。欧共体在 2004 年《关于技术转让协议的指南》中对转让的界定为：“转让意味着技术必须从一个企业转移到另一个企业。这种转让通常采用许可的行使，即许可人向被许可人授予使用其技术的权利以收取使用费。”

### 1.3.2 主要研究内容

作为知识产权许可的反垄断法规制，本文的研究视角以反垄断法的理论体系为文章的内在逻辑主线。除第 1 章导论以外，主要研究内容如下：

第 2 章：知识产权许可反垄断法规制的基本理论分析。这一章是全文的理论基础。第 1 节是对技术创新、法律和社会发展的总体分析，从而建立技术创新对社会的积极意义和法律制度的指向作用；第 2 节是在第 1 节的基础上，进一步分析作为反垄断法对知识产权的规制的效率分析范式：创新效率和消费者福利分别

作为反垄断法的效率维度和正义维度是其中两个最重要的指标。第3节是对新经济产业中知识产权反垄断法规制的特殊性进行具体分析，指出反垄断法的基本原则与理论在新经济产业中依然适用，但是由于新经济中知识产权的重要性，对于这一领域的反垄断法规制有其特殊性。

第3章：中国知识产权许可反垄断法规制的现状及宏观分析。本章集中探讨中国知识产权许可反垄断法规制的应然取向。第1节介绍分析中国的经济背景和法律背景以及知识产权许可的现状，第2节提出，针对中国的背景和现状，我国知识产权许可的反垄断法规制的基本价值和目标体现，特别根据有关数据，从实证的角度提出以竞争作为这一领域的基本价值，并在此基础上构成三个递进的目标体现。第3节提出了我国知识产权许可反垄断法规制的规范性法律文件的立法构想，分别从立法模式、违法认定原则等方面提出设想。

第4章：知识产权许可中的滥用支配地位行为反垄断法规制。知识产权许可中的支配地位滥用行为大致有搭售、拒绝许可、价格歧视条款、效力质疑条款四类，对每一类滥用支配地位行为，按照内涵界定、欧盟相关立法和实践分析、反垄断法分析三部分进行探讨，并最后提出适宜于中国国情的立法建议。

第5章：知识产权许可中限制竞争协议的行为大致有地域限制和排他许可、使用领域限制、价格限制、产量限制、回授条款五类，对每一类限制竞争条款，按照按照内涵界定、欧盟相关立法和实践分析、反垄断法分析三部分进行探讨，并最后提出适宜于中国国情的立法建议。

第6章：技术联营与技术标准化中知识产权许可反垄断法规制。技术联营和技术标准化是新经济产业中特别明显的两个技术使用方式，既可能造成滥用支配地位行为，也可能构成限制竞争协议，因此本文单独将其列为一章。在本章中，分技术联营和技术标准化两个部分分别介绍：对技术联营中的知识产权许可行为进行了界定、反垄断法上的分析和最后的立法建议；技术标准化中则分别从标准制定过程中的反竞争行为及反垄断法规制和技术标准形成后对外许可的反垄断法规制两个阶段进行探讨。

结论：知识产权许可的反垄断法规制应以创新、竞争和消费者福利为综合衡量标准。在中国当前的知识产权许可环境中，应以维护市场的开放、公平竞争为首要目标，在具体的反垄断法规制中，可以实行较欧美略微从紧的规制程度。

## 1.4 研究方法和创新点

### 1.4.1 研究方法

本书采用的研究方法主要是交叉研究、比较研究和案例研究。

交叉研究：法律的经济分析是二战后在西方迅速发展的交叉学科，近年我国

学者也开始运用这一方法来进行法学理论研究。反垄断法应该是与经济学联系最为紧密的部门法，无论是哈佛学派的产业组织理论，还是芝加哥学派对效率的追求，都对反垄断法的发展有着重要的影响。在本文的研究中，主要通过经济学的基本理论来解释反垄断法中关于效率的界定，以及有效竞争理论、动态竞争理论等来分析技术创新、竞争和垄断的关系。

比较研究：在运用经济学和法学理论分析相关反垄断法规制时，主要以美国和欧盟和日本为例展开，进行相应的比较，并结合中国的实际，来探讨主要发源于西方发达市场经济国家的反垄断法规则如何适用于中国的具体现实。

案例研究：反垄断法的条文往往过于简单，具体的解释和适用多出现在司法判例之中，尤其是美国这样的判例法国家，司法判例是研究的重要资源。在针对中国的相关探讨中，同样也结合相关案例进行分析。所以，案例分析法是本文的重要研究方法。

#### 1.4.2 创新点

本文在写作过程中首先力图做到资料的新颖，能反映研究领域最新的理论研究成果和实践。由于反垄断法的发源于西方国家，其相关立法、司法和理论研究是一个重要的学习研究范本，因此，在资料的收集整理上较为侧重于美、欧的第一手材料，本文在对国外相关资料的收集整理方面试图做到能反映西方国家最新的实践和研究动态。本文的参考文献中，相关规范性文件最新的为2007年3月美国司法部和联邦贸易委员会颁布的《反垄断法执法和知识产权：促进创新和竞争》，论文最新日期至2008年春 Kyle Friedman 博士题为《A Rose By Any Other Name: Elucidating The Intersection Of Patent And Antitrust Laws In Tying Arrangement Cases》的学术论文，案例最新2006年美国最高法院 Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc. 案，基本上做到了国外最新第一手资料的收集分析。

当然，作为学术研究，资料的新颖仅仅是第一步，更重要的研究目的是在研究领域上的观点创新。在这一方面，本文的创新点主要在于对知识产权许可的反垄断法规制进行系统、全面的分析和研究，并提出了较具操作性的立法建议。具体地说，有如下几方面：

(1) 提出了对知识产权许可中的反垄断法分析范式的基本内容：许可行为对竞争有危害，但可以实现显著的创新效率从而提高社会整体福利，而且这些行为是实现这些效率所必不可少的，在各种可能的选择中，对消费者福利产生的损害最少，在这些前提下，该许可行为应被允许；如果某种行为对创新效率的效果是中性或不确定的，则以其对消费者福利的影响来判断是否允许；无论如何，该行为不能导致永久性、全面性的消除竞争。

(2) 本文从实证的角度分析，提出对于我国知识产权许可的反垄断法规制中

应以竞争作为基本价值取向，强调竞争对中国当前知识产权许可状况的重要意义并以此建立了我国知识产权许可中反垄断法规制的目标体系。从我国法律制度发展的历史来看，较之于民、刑法律部门，知识产权法与反垄断法应该属于“舶来品”色彩最强的部门法之列，而且在我国公众中尚未形成广泛认同的法律心理和法律意识。之所以造成这一现象，除了传统法律文化等基础性原因外，二者在法律移植过程中是否适应中国国情是一个重要因素，因此，研究我国反垄断法对知识产权许可行为的规制，必须在部门法基本原理的基础上，有针对性地提出并分析问题。所谓“主义可以拿来，问题须土产，理论要自立。”

(3)对于知识产权许可中的各种限制竞争行为均提出了较为详细和操作性的立法建议，尤其是关于使用领域限制、价格限制、产量限制、排他许可和地域限制等微观制度的分析，在我国目前尚无相关研究成果。

## 第2章 知识产权许可反垄断法规制的一般理论

### 2.1 技术创新与法律制度

从最基本的意义上而言，技术存在于运用劳动力来获得某种产品、服务或其他结果的过程之中，技术的不断进步即展现为新产品的出现或用更少的劳动（成本）来生产某种旧产品的历史轨迹。而法律，一般而言，是指被政府机构所采纳的，适用于所有居民的一系列规则。<sup>[21]</sup>

自工业革命以来，科学技术一直占据人类社会生产和生活的至关重要的地位，技术进步给我们带来的日益增长的财富及更为舒适便捷的生活，推动了社会的发展，并正在不断地满足人们的各种需求，使我们充分享受了科学技术的积极性的一面。技术进步——经济增长——社会发展这一逻辑轨迹已经成为了诸多国家和地区的共识，因此，法律作为最重要的社会调节器，所面临的基本任务之一即为如何通过法律制度来激励技术进步从而促进社会发展。从这一意义上讲，无论是最为典型的作为技术激励机制的知识产权法，还是似乎与技术发展稍有偏离的反垄断法，其实都有着共同的逻辑——促进技术的进步与创新，从而增加社会财富，实现经济增长。

#### 2.1.1 技术创新与法律制度的一般关系

##### 2.1.1.1 技术创新与社会发展

按照经合组织的定义，技术创新是指把一种设想变为一种投放到市场上的新的或改进的产品的转变过程；或把一种设想转变为用于工业中的新的或改进的工艺。德鲁克将“创新”概念推广引申，提出了“社会创新”，认为创新就是赋予资源以新的创造财富能力的行为。欧盟1995年度《创新绿皮书》中认为创新是“在经济和社会领域内成功地生产、吸收和应用新事物。它提供解决问题的新方法，并使得满足个人和社会的需求成为可能。”<sup>[22]</sup>技术创新不等同于科技发明，而是意味着更具有社会性的功能：“能识别出可以进行有利可图的改变的机会，并且不停地追寻这样的机会直至它们在实践中得到运用；特别是，识别出经济上可行的发明，并且尽一切可能将这些发明引入市场，或者，通过某些其他的方式来确保这些发明得到有效的应用。”<sup>[23]</sup>

技术创新对社会经济发展的意义集中体现在经济学家对经济增长理论的探询过程中。经济增长的本质是生产效率的提高，而导致生产效率提高的原因和表现形态在不同的社会发展时期有不同的表现与侧重，经典经济学理论对此作出了不同的总结，其中对技术创新最为关注和重视的理论为熊彼得增长方式

(Schumpeterian):指由于人类知识的积累和增加而导致的经济增长。这种知识包括技术知识和制度知识,前者表示一种新的信息可以使人类以较低的投入生产给定的产品,或者生产更好和更新的产品。制度的知识包括一种新的组织形式的出现以及对生产方式的改变。熊彼特增长方式实际上就是一种依靠技术和组织创新提高资源利用效率推动经济增长的方式。<sup>①</sup>其中,技术创新是对生产要素进行新的组合,以提高社会潜在的产出能力。具体表现为三个方面:创造出新的商品和服务;在既定的劳动力和资金的情况下,提高原有商品和服务的产出数量;具有一种扩散效应的功能,这种扩散效应能促进经济的快速发展。

技术创新对社会经济增长的促进作用在实践中以美国为典型例证:Joseph F. Brodley 在 80 年代即指出,通过研究,在上世纪 20 年代至 60 年代,美国国民总产值中的至少一半应纯粹归功于技术进步与创新。<sup>[24]</sup>而自 1991 年 3 月美国经济复苏以来,到 2000 年底连续扩张 118 个月,在为自 1854 年以来历次经济周期中最长的扩张期,而且是在低通货膨胀率和低失业率条件下实现的。经济学界将这一现象称为美国新经济,并进行了广泛的探讨。其中共识之一即为信息技术这一重大技术创新对经济发展的推动力。经济合作与发展组织在一份研究报告中认为,信息技术之所以是生产率的强大动力,是因为它能从三方面发挥作用:第一,信息通讯产业本身在发展生产力方面的作用。第二,是信息技术作为资本投入,在其他产业部门所产生的作用。第三,是它的溢出效应。这种效应能超越该产业的投资者和资产拥有者,使所有其他市场参与者也得到好处。<sup>[25]</sup>

现在,几乎所有的经济学家都同意技术进步是经济增长的引擎。许多经济学家着力从技术进步的角度寻找经济增长的决定性因素,对于经济增长的因素分析,已经成为技术进步的因素分析。

### 2.1.1.2 法律对技术创新的意义及价值取向

与技术进步和创新密切联系的一个概念为制度创新。如前所述,技术创新不等于科学发明,而包含广泛的社会化、市场化意义,所以,技术创新的实现有赖于一系列综合因素,其中,与技术的发展规律相匹配的制度是一个重要基础。如世界经济论坛(World Economic Forum)在进行国际竞争力排名时,从宏观经济环

---

<sup>①</sup> 其他的增长方式分别是:1. 斯密增长方式(Smithian):是指社会的分工和新技术的采用可以提高资源的配置效率,提高劳动生产率,导致经济增长和居民生活水平的提高。这种方式主要强调的是分工对于生产率提高的影响,是工业革命时代经济增长的最主要的方式。2. 福特增长方式(Fordian):是指生产和经济活动中的一种广义的规模效应。大规模生产和制度建设能够降低生产和社会成本,它包括工厂的较高固定资本投入等直接生产成本的减低,也包括基础设施建设、教育体系的投入和改进、产权制度的确立等,通过降低社会成本而提高生产效率。3. 索洛增长方式(Solovian):是根据美国经济学家索洛(Robert Solovian)对于经济增长的解析,认为资本深化导致经济增长。由于在给定的产业技术水平条件下,产出的增长取决于资本和劳动的比率,如果净资本的形成速度超过人口增长速度,则人均产出将增加,经济将出现增长。引自 Mokyry, Joel Twenty-five Centuries of Technological Change: An Historical Survey. London: Harwood Academic Publishers, 1990, pp. 2~4., 转引自高士楫,技术和组织创新与新经济,世界政治与经济,2001 年第 1 期,第 44 页。

境、公共制度和技术 3 个方面评价经济持续增长的能力，而公共制度主要是指一个国家或地区有关技术创新的法律制度和政策是否健全、透明，效率如何，对产业技术的进步的政府导向是否符合市场的发展规律等等。对于国家而言，要提升综合国力与竞争实力，促进经济增长，则必须使国家的相关法律、制度以促进技术创新为基本目的。

以法律为主要代表的公共制度对技术创新的促进作用，取决于其是否符合技术发展规律并赋予获得基本认同的正义观。

前者指的是法律这一公共产品的提供与当前技术发展相匹配。例如，美国经济学家大卫·D. 弗里德曼曾举例说明技术的发展如何使版权法成为必须。20 世纪初期，美国和英国之间没有著作权条约，美国出版商可以随意盗版英国作者的书。尽管缺乏法律保护，英国作家还是依惯例取得书在美国销售所获得的版税。因为在当时的技术条件下，盗版是一件非常缓慢而且昂贵的工作，所以合法的出版商获得了早期销售的所有收益。<sup>[26]</sup>而当我们的复制技术已经发展到今天的数字时代，盗版与正版之间的时间差及复制成本都已经接近于零，版权保护就成为刺激文学、艺术及其他作品不可缺少的制度保障。相匹配的另一含义是提供恰到好处的保护，过犹不及。当前对知识产权法扩张的质疑就反映了这一侧面。<sup>①</sup>

公共制度具有获得基本认同的正义观是指社会发展的目的性问题。如前所述，技术创新是为了经济增长，那么经济增长的目的是什么呢？这一问题已经超越了经济学领域而涉及社会学、哲学、法学等更为广阔的天地，我们一般称之为正义的问题。与技术创新有关的正义问题大致可分为两个层次：第一层次是对技术及技术创新本身的哲学质疑，即“技术理性的梦魇”。<sup>②</sup>第二层次是对技术创新对人类社会的收益及分配问题。在本文中主要探讨第二层次的问题，即如何使技术创新所带来的社会财富在物质和精神层面使最大多数人受益，维护整个社会的自由和和谐。具体而言，技术的创造者和社会公众之间、生产者和消费者之间如何分享技术创新所带来的效率，既能对技术创新保持必要的激励，又能使社会公众作为个体享受到技术进步、社会财富增加而带来的精神上的自由（而不是受技术控制）和物质上的富足。

与技术创新有直接密切联系的法律制度在一国主要体现为知识产权法、反垄断法和产业政策法等，鉴于本文的研究课题，在此仅对知识产权法和反垄断法与

---

<sup>①</sup> 对于这一问题，将在本章关于知识产权制度对技术创新的负面效应一部分加以讨论，在此从略。

<sup>②</sup> 这一层面主要关注从工业革命以来，技术进步与日益增长的财富衍生为各个学科中的理性主义倾向。主要代表为法兰克福学派（Frankfurt School），他们认为，在“技术理性”的影响之下，正统经济学家们将“经济增长”变成了“不可动摇，不可否定的信念”；在这些表象背后尤为深刻的是，“技术理性”或“工具理性”像一个挥之不去的梦魇，正在成为一种“意识形态”统治着我们。而今天，这种景象在现实生活中直接表现为各种社会问题：“生态的破坏、战争的威胁、社会秩序的急剧转变、人们思想和意识上的不安，在在都显示知识增长并非一个可以无限膨胀的气球。”美国学者梅多斯（Donella H. Meadows）等人也提出了：“增长的极限”。

技术创新的关系展开探讨。

## 2.1.2 知识产权及其对技术的激励机制

### 2.1.2.1 知识产权作为一种激励机制的经济学分析

无论是从知识产权的现行制度进行实证分析,还是通过当今在知识产权法学界日益显要的经济理论分析,知识产权制度作为一种对技术的激励机制这一功能性界定都是无可置疑的。<sup>①</sup>

考察各国及国际条约对知识产权制度的相关规定和司法实践,都强烈地体现了当代知识产权制度以其作为一种激励技术、创造的机制而验证了自身正当性的特色。1883年,保护工业产权的《巴黎公约》第1条第1款中明确规定“保护工业产权”作为其基本目标。而1995年,WTO《与贸易有关的知识产权协议》中第7条关于协议目的性条款表述为:“促进技术的革新、技术的转让与技术的传播,以有利于社会及经济福利的方式去促进技术知识的生产者和使用者互利,并促进权利和义务的平等。”从这两个重要公约的不同表述来看,知识产权制度已经愈来愈重视社会公共利益,重视知识产权制度中知识产权人的个人权利与社会公共利益的平衡。在具体国家的知识产权立法中,知识产权的激励机制表现得愈加明显。如美国宪法中的版权和专利条款规定:“为了促进科学和实用技术的发展,国会有权保障作者和发明者在有限的期间内就他们各自的作品和发明享有专有权利。”<sup>[27]</sup>日本专利法第1章第1条规定:“本法的目的,旨在通过保护及利用发明,从而奖励发明,以促进产业的发展。”中国专利法也开宗明义的规定:“为了保护发明创造专利权,鼓励发明创造,有利于发明创造的推广应用,促进技术进步和创新,适应社会主义现代化建设需要,特制定本法。”这种在立法的总则性条款上普遍采用“为了…,促进…,”的表述模式实际上反映了对知识产权制度作为一种激励机制的广泛共识。

在立法上对激励机制的共识来源于近年经济学分析在法学领域的应用,而知识产权制度应是运用经济学理论进行研究较为充分的一个部门法。经济学家通常将知识产权法律制度描述为对市场失败的一个制度性补偿。<sup>[3]</sup>简单地说,如果我发明创造了一个较之以往更有效率的知识产品或方法,如果没有知识产权保护,市场将会马上进行复制,而由于知识产品的无形性和无限可复制性,他人进行复制的边际成本几近于零,与原始发明人或创造人对其发明创造所投入的成本相比较,复制者处于明显的成本优势,而发明创造者处于劣势,因此,在这种情形下,市场无法自动地通过资源配置来补偿发明创造者,长此以往,将没有人愿意进行发明创造或将其进行公开。而在技术作为经济发展的重要内生变量的情形下,技

<sup>①</sup> 当然,这并不意味着作者否认对知识产权制度进行其他维度上的界定,如从洛克的劳动财产理论、黑格尔的客观意志论等角度去论证知识产权的正当性。

术上的停滞将严重阻碍经济的增长，最终影响社会的发展。知识产权制度正是为了弥补此类市场失败而产生的公共产品。通过法律对知识产品的专有性的界定，从而为发明创造人获得市场收益提供保证。所以，有学者形象地将专利制度比喻成发明创造人和社会所签订的一个契约，社会保证其一定期间的专有性，作为对价，发明创造人将成果公开。

对于不同的行业，知识产权保护以促进创新的积极效果并不相同。例如有关统计结果表明，在技术累积效果明显、研究开发投入大、风险高、设备通用性强的行业，专利保护对促进创新的效果比较明显。如在医药、生物、化工和 IT 行业。

值得强调的是，尽管知识产权制度作为对技术进步的一种激励机制，在性质上是属于公共产品，但这种机制的实现还是通过市场的自由竞争来实现的。简单地说，赋予权利人对某一知识产品的专有权，并不意味着必然的经济上的回报。一个知识产权的市场价值取决于该知识产品是否有着大量的市场需求以及是否存在相当的替代品。所以，当我们将知识产权的专有性在某种程度上解读为经济上的垄断力时，往往意味着该知识产权的客体具有强大的市场需求并且没有替代品，即该知识产权的市场价值异常高昂。

### 2.1.2.2 知识产权的社会成本及对创新的消极效应

从经济学属性而言，知识产品是典型的公共产品，其消费上的非排他性使得从直观上说，越多人享有该知识产品，其产生的经济效益越大。因此，如果没有知识产权保护，知识产品——尤其是对人类社会有很高价值的知识产品——本该象太阳的光芒一样，使尽可能多的人受益。用经济学的术语来说，是产生了巨大的外部经济效益。<sup>①</sup>当知识产品的创造还属于人们在生产生活中的偶然成果或贵族社会闲情逸致的产物时，这一描述是大致符合现实的。但是，当工业革命使人类社会感受到科技带来的巨大生产力，从而使发明创造活动变成了有目的、有投入的理性经济活动时，知识产品作为公共物品带来的外部经济效应问题必须得到解决，否则将会导致其退出市场。保罗·A. 萨缪尔森指出，“不论采用什么特殊办法，对付外部经济效应的一般药方是，外部经济效应必须用某种方法使之内部化。”<sup>[28]</sup>换言之，使受益者支付成本，使提供者获得回报。知识产权制度便是使知识产品外部效应内部化的一种方法。一般而言，知识产权制度的社会成本包含以下方面：

第一，社会为获得知识产权的使用而支付的成本。例如有十个生产者要购买

---

<sup>①</sup> 外部经济效应是一个经济人的行为对另一个福利所产生的效果，而这种效果并没有从货币或市场交易中反映出来。例如水泥厂造成的空气污染，其损害由周围的邻居来承担，而水泥厂并未付出成本，这称为外部负效应，而一人播放音乐，多人免费聆听，为外部正效应。参见保罗·A. 萨缪尔森、威廉·D. 诺德豪斯，《经济学》，中国发展出版社 1992 年版，第 1193 页。

或被许可使用某专利，每人需要为此支付 10 万元，则这十个生产者所要付出的总成本为 100 万元，而如果没有知识产权保护，这一成本为 0。第二，知识产权的使用过程中的交易成本。如果任何形式的对知识产品的使用都必须得到权利人的许可并支付费用，那么其交易成本将会无限上涨，远远大于使用该知识产品所带来的效益。所以，现行知识产权制度发展出合理使用、版权集体管理组织等降低交易成本的方式。第三，界定知识产权的行政制度成本和司法保护成本。在行政制度成本上，以专利的审查登记制度最高，版权最低。而司法保护成本则取决于各国的司法体制和法治程度。

正如张五常教授指出的：“知识资产保障的费用和其他交易费用，对保障的方式和程度有很大的关系。这些费用往往被经济学家忽略了。……要支持或反对发明的专利保障，我们不但要决定保障的方式及保障多少的准则，我们还需要明白这些决定，是必定要基于对关于知识或发明的交易费用有深入的理解。”<sup>[29]</sup>为一种激励机制的知识产权，必须符合成本——效益分析的基本范式，从而使其具备经济学上的正当性。所以，一个过度保护的知识产权制度，会导致社会为此支付的成本大于其所获得的效益，在这种情形下，则需要进行制度调整，既包含知识产权制度自身的调节机制，例如经济学界探讨较多的最优专利制度，<sup>①</sup>法学界比较关注的合理使用、强制许可使用等，都是通过知识产权法内部的调节机制来实现。同时，对知识产权作为一种私权可能导致的权利滥用及其公益性规制也需要外部调节——在本文中，当然主要探讨反垄断法对知识产权制度的调节。

同时，知识产权制度对技术创新的负面作用也是我们所应当关注的。知识产权作为一种对发明创造的激励机制，在绝大多数情形下对技术创新是起着积极的促进作用。但是，由于科学技术、知识是一个连续不断发展的过程，正如贝尔纳所说：“没有一个科学家能够问心无愧地对一项技术拥有独一无二的权利。”<sup>[30]</sup>而专利的授予所带来的专有权使得对前人知识的利用需要付出成本，当这种成本因专利授予过多的情形而变得巨大时，对已有技术的进一步发展创新就变得困难。经济学界往往将这种现象称为“专利丛林”。专利丛林现象使欲制造新产品的企业极有可能侵害多数专利，带来“反公共品的悲剧” (tragedy of anticommons)。传统的公共品之悲剧 (tragedy of commons) 指，如果资源没有财产权的保护，因为使用不需支付代价，资源将会被过度使用，水资源、森林是典型的例子。然而，在赋予发明专利权保护后，因为专利之数目很多，而使用每一个专利前都必须取得专利权

---

<sup>①</sup> 经济学家在进行专利宽度的制度设计时，常常同专利长度结合在一起考虑。一般认为窄而长的专利是最优的制度安排，因此大部分国家将专利的保护期设定为 20 年，专利要求范围中的独立项限制在 3 项以内。专利高度，即专利的创新性要求和显著性要求，同专利长度一起被称为专利范围。专利高度的制度设计有利于保护现有专利不被新改进很容易地覆盖。后续创新的专利申请成功率明显会受到专利高度的影响，太高的高度会赋予现有专利持有者过多的垄断力量而妨碍了创新。从相互作用来看，有限的高度和无限的长度被视为最优。参见 Dijk V. T. Patent height and competition in product improvements. *Journal of Industrial Economics*, 1996, 44: 151—16。

人之许可反而使资源无法被充分使用,成为后续发明与创新之障碍,这种情形与传统的“公共品的悲剧”恰恰相反,被称为“反公共品的悲剧”。当多个企业拥有互补性专利和牵制性专利的情况下,“反公共品之悲剧”使原本专利制度鼓励发明以及奖励创新的立法目的落空,并抑制创新。<sup>[31]</sup>

为弥补单个专利专有权有限性的缺陷,应对“专利丛林现象”,避免侵权诉讼,确保专利设计自由,越来越多的企业实行专利组合和专利联盟现象,尤其是后者,如人们广为熟知的 3G 平台, DVD 专利联盟等。但是,专利联盟往往是通过竞争者或非竞争者之间的协议而行为,而这一行为在反垄断法的语境下却是很有质疑余地的。例如说,专利联盟极易导致垄断定价、限制产量、分配市场等限制竞争行为;或者,如果专利联盟在一些情况下拒绝其他企业参加也可能被认为影响市场竞争,如被专利联盟排除在外的企业,失去在相关产品市场上进行有效竞争的能力等,而这些都是反垄断法关注的典型行为,如何合理分析专利联盟的对促进创新的积极作用和对竞争的消极影响,是当下反垄断法在规制知识产权行为中一个相当重要的课题。<sup>①</sup>另一方面,在软件领域涌现的“copyleft”,开源软件等潮流也是对知识产权制度在创新保护方面的反思。<sup>[32]</sup>

## 2.1.3 反垄断法与技术创新

### 2.1.3.1 竞争与技术创新

竞争对技术创新的积极推动效应,无论是古典自由竞争理论还是动态竞争理论,都是一个确定的命题。一个自由而开放的市场竞争环境能够最大限度地激发生产力,从而增加社会总体财富。因为,实现竞争的市场政策,激励生产者竭力降低生产成本或提供差异化的产品,从而保持其在竞争中的领先地位,在激烈的市场竞争中生存并获得发展。而无论是降低生产成本,还是生产更为差异化的产品,技术上的创新都是不可或缺的手段。一言以概之,市场竞争始终促使生产者采用更有效率的技术,从而在客观上实现了技术的创新与进步。尤其是从上个世纪中后期始,信息、生物等知识经济行业更是不断地体现了技术创新与竞争优势的正向性互动关系。

反垄断法始终以竞争作为其基本价值目标之一,也正是通过维护市场竞争这一基本功能,反垄断法实现了对技术创新的积极效应。以美国反垄断法为例,在 2003 年和 2007 年美国司法部和联邦贸易委员会联合发布的两个有关知识产权反垄断法规制的文件都分别以技术创新为名:前者名为“促进创新:竞争与专利法律、政策的适当平衡”,后者名为“反垄断法执法和知识产权:促进创新和竞争”。

---

<sup>①</sup> 在本文的第 6 章有较为详细的分析论证,在此从略。

### 2.1.3.2 垄断与技术创新

与竞争相比，垄断与技术创新之间的关系则复杂得多。在古典自由竞争理论中，对垄断的基本观点为：垄断者为了获得超额利润，总是企图限制产量从而将价格维持在竞争性价格之上，这种产量限制不能实现对社会资源配置的效率最大化利用，从而造成了经济学所谓的“无谓的社会损失”。所以，垄断会造成分配无效率。同时，由于缺乏竞争市场中的压力，垄断者对生产效率亦不十分敏感，垄断者进行技术创新的动机要比竞争性市场中弱。当然，因为创新能降低成本从而提高利润，垄断者同样具备采用技术创新的动机，只是相比在竞争性结构的市场中，技术创新的步伐会被延缓。

由于古典竞争理论主要着眼于静态竞争状态，忽视生产发展过程中的人的因素，即企业的相互影响，将社会经济发展描述成在特定技术水平持续不变的前提下由价格杠杆指挥资源自由配置从而实现利益最大化的波澜不惊的状况。正是看到古典自由竞争理论的上述缺陷，哈耶克和熊彼得分别提出了自己的动态竞争理论，其中熊彼得的创造性毁灭理论对于垄断与技术创新之间的关系提出了新的认识。

熊彼特用“创造性毁灭”的过程来解释资本主义的发展。资本主义的竞争特征不是由价格起支配作用的竞争决定的，而是由创新、技术突破决定的。“开动和保持资本主义发动机运动的根本推动力，来自资本主义企业创造的新消费品、新生产方法或运输方法、新市场、新产业组织形式。”创造性毁灭是实现新结合，不断地从内部更新经济结构的过程。“产业突变……不断地从内部使这个经济结构革命化，不断地破坏旧结构，不断地创造新结构。这个创造性破坏的过程，就是资本主义的本质性事实。”“创造性毁灭”改变了认为传统教科书所说的、价格竞争是企业竞争唯一方式的竞争观念。“改变的第一件事是对竞争所起作用的传统观。经济学家现在终于从只见到价格竞争的阶段摆脱出来。一旦容许质量竞争和销售努力进入神圣的理论境域，价格变数就被逐出它所占的支配地位。”“创造性毁灭”过程进行的是成本和质量改善的竞争，而不是价格竞争。”“在迥然不同于教科书所说的资本主义现实中，有价值的不是那种竞争，而是新产品、新技术、新供应来源、新组织形式（如巨大规模的控制机构）的竞争，也就是占有成本上或质量上决定性优势的竞争，这种竞争打击的不是现有企业的利润边际和产量，而是它们的基础和它们的生命。”<sup>[33]</sup>

在这种被熊彼特称之为“创造性毁灭”的创新竞争中，企业不但要把生存立足点放在发明创造上，而且还要坚持不懈地进行创新速度的革命；不但要针对同行企业的产品创新，进行攻击对方的毁灭性创造，而且更要以自己为对手，进行老产品的创造性毁灭。这样的竞争格局必然导致在资本和技术密集的产业领域形成垄断

竞争和寡头垄断的市场结构,垄断企业尤其是大型跨国公司由于具备产品开发、核心技术、基础研究、全球科技创新的合作平台等优势,在现代技术的创新中必然处于主导地位。有学者认为,只有形成少数大企业(3—5家)处于相对领先或垄断地位,带动下面无数小企业的垄断竞争的产业结构,实现从制造领域规模经济向研发领域规模经济的转变,才能提升产业效率。所以,在新经济背景下,垄断不但没有抑制技术进步,反而在更激烈的竞争中加速了产业技术进步的实现(着重号为作者所加)。<sup>[34]</sup>

但是,仍有学者指出,对于技术创新最佳的经济环境是竞争性的。<sup>①</sup>所以,关于垄断和技术创新的关系,至今尚是一个未有定论,可能也不会有定论的问题。唯一可以肯定的是,垄断在一定意义上是可以促进技术创新的。

正是认识到了在当下垄断对技术创新的积极作用,主要国家和地区的反垄断法都调整了“竞争促进技术创新,而垄断则阻碍技术进步”的简单对立式的法律推理,而是深入地运用经济学理论分析在特定产业、经济背景下,不同的市场结构与技术创新的互动关系。

总的来说,无论是竞争范式还是垄断范式,都拥有促进技术创新的积极面。所以,反垄断法的目标和手段,就在于合理分析在不同行业、不同经济环境中,何种市场结构和市场行为是促进技术创新的,从而加以鼓励,反之,则施以制裁或禁止,而不是简单的将竞争和垄断对立起来。

## 2.2 知识产权许可中反垄断法规制的理论分析

在促进技术创新以推动经济增长这一共同道路上,反垄断法和知识产权法发挥着各自的作用,但是,二者的确存在着微观制度上的紧张关系,微软在世界各地的反垄断法诉讼是最为典型的现实例证。探讨知识产权许可的反垄断法规制范式,当然必须在反垄断法的语境中进行,因此,首先有必要对反垄断法的基本价值与目标进行探讨以树立范式的基本价值与目标,其次,对知识产权进行反垄断法上的界定,最后得出具有一定可操作性的分析范式。

### 2.2.1 经济学中的效率解读

效率是指最有效地使用社会资源以满足人类的愿望和需要。<sup>[35]</sup>作为最具有经济学意义的法律制度,反垄断法中的效率,必然以经济学上的效率概念为基础。

从不同的实现机制来说,经济学上的效率可以分为资源配置效率、生产效率和效率,它们在不同的历史时期,分别成为了反垄断法效率维度的经济学基础。

---

<sup>①</sup> 请参见本章关于创新效率部分的论述。

### 2.2.1.1 资源配置效率与生产效率

资源配置效率与生产效率都是从静态角度对效率不同维度的表述。资源配置效率是指稀缺性资源在各种竞争性用途之间的配置效率，通俗地说，资源应配置给能最有效利用它的人，而实现这一目的的手段，我们一般认为是竞争。生产效率则是指以最低的成本生产出一定的产出，即意味着生产单位在既定资源、技术的条件下，以最经济的成本生产。

新古典经济学假定，企业是一个“黑箱”，它只是在既定投入和技术水平下实现产量最大化和单位成本最小化。无论是技术还是制度，都是固定不变的因素，因此，企业的生产要素的配置一旦确定，其生产效率也就确定了下来（因为假定技术是不变的生函数）。在企业生产效率不变的情况下，要促进经济增长，提高效率的主要关注点就集中到了资源配置效率这一方面。由于资源的稀缺性，我们应当将有限的资源投入到能实现效用最大化的领域，用波斯纳的话来说，即通过价格交换机制，在市场这只看不见的手的支配下，“资源将被转移到按消费者愿意支付的价格衡量的最高价值的使用之中。当资源在被投入最有价值的使用时，我们可以说它们被得到了有效率的利用。”<sup>[36]</sup>资源配置效率又称为帕累托最优。要实现帕累托最优，必须具备三个边际条件：（1）交易的边际条件，任意的两种商品的边际替代率对于消费该两种商品的所有者而言都是相等的；（2）要素替代的边际条件，任意两种投入要素的边际技术替代率对于所有使用这两种要素投入的产品生产而言都是相等的；（3）产品替代的边际条件，任意两种商品在消费中的边际替代率必须等于生产中的边际转换率。<sup>[37]</sup>以上三个边际条件所描述的市场为一个在既定技术下的完全竞争市场——即同一种性质的商品将由众多较小的销售者供应或为较小的购买者所需求，然而其中却没有一个人期望通过个人行为对价格施以人们可以感受到的影响；人们可以自由地进入市场，而且对于价格的波动和资源的流动来说也不存在其他的限制；所有参与市场过程的人都完全了解相关因素。——在这种市场机制下，每一个厂商都按照边际收益等于边际成本的利润最大化原则的均衡条件安排生产，所形成的长期均衡中，厂商的生产成本和市场长期均衡价格都降到了最低水平，它们等于最低的长期平均成本，而且市场刚好出清，市场长期均衡数量既等于市场上所有消费者的需求量之和，又等于市场上所有厂商的供应量之和，因而既不存在供不应求，也不存在产品过剩。<sup>[38]</sup>这样，生产者剩余<sup>①</sup>和消费者剩余<sup>②</sup>都达到了最大化，从而社会总剩余也达到最大化。由于资源配置效率对竞争性市场的依赖，因此，追求资源配置效率必然意味着对竞争的维护，而竞争带来的市场压力会使得消费者必然分享到资源配置效

<sup>①</sup> 生产者剩余是指厂商在提供一定量的某种产品时实际接受的总支付与愿意接受的最小总支付之间的差额。即总收益与总边际成本之间的差额。

<sup>②</sup> 消费者剩余是指消费者愿意为购买一定产品所支付的费用与他实际支付的费用之间的差额。

率提高所带来的社会福利。因此，对资源配置效率的实现与消费者福利是一致的。

20世纪60年代以来，芝加哥学派的代表人物斯蒂格勒开始关注生产效率的问题。他摒弃了传统的新古典微观经济学将企业视为完全相同的原子的观点，认为企业规模的扩大会带来生产效率的提高，重视规模经济带来的效率。80年代鲍莫尔等在此基础上进一步提出了“可竞争市场”理论，指出潜在竞争的压力足以使市场在长期内保持竞争性均衡，即“竞争才是常态”。由于竞争仍然存在（至少存在潜在竞争压力），所以企业仍有必要保持竞争性定价（而非垄断高价），所以，因企业规模扩大不会造成配置效率的损失，而且仍然仍使消费者享有生产效率提高带来的社会福利，所以，生产效率、配置效率与消费者福利从长远来看仍是一致的。

从以上分析来看，我们就不难理解芝加哥学派在提出效率是反垄断法追求的唯一目标时，总是将其与消费者福利混为一体。如大法官波克宣称：“反托拉斯法的压倒一切的目的是通过提高配置效率来提高消费者福利”。而且对效率目标解读为产量与价格这两个较易观察到的市场变量，从而来判断是否需要对市场行为进行反垄断法规制。

但是在现实中，即使不考虑创新所带来的生产效率的提高这一动态因素，生产效率、配置效率与消费者福利也并非完全一致。因为保障消费者福利的竞争性市场是以资源的自由流动为前提的，没有考虑在现实中的进入障碍与市场退出的沉没成本，所以，芝加哥学派将消费者福利与效率的等同是一个建立在理想化的竞争市场，导致在现实中，仅仅对效率的强调往往意味着对消费者福利的忽略。

### 2.2.1.2 创新效率

创新效率是指通过在生产性资产和研发上的最优投资所实现的长期产出最大化，它体现为技术的改进和产品的改进。当前，资源配置效率与生产效率都是古典经济学家从静态角度对效率的描述，忽视了在社会生产过程中技术进步与创新对效率的积极影响。在上世纪90年代以来，信息技术等知识经济产业对经济的推动作用使得各国愈来愈重视技术的重要价值，创新效率就是对这一现实的反映。

创新效率是建立在动态竞争市场基础上的，对其理论上的溯源可以直至上世纪40年代的熊彼得提出的动态竞争理论。熊彼特将竞争力量称为“创造性毁灭的过程”。竞争会种下毁灭其自身的种子。更有效率的生产者击败低效率的竞争对手，就会增加自己的市场支配地位，走向市场集中，限制进一步的竞争。但是高利润的存在，会吸引潜在竞争者的加入。新的竞争对手依靠更有效率的竞争因素，会展开新一轮竞争。从而限制原来优势企业对垄断力的滥用。

熊彼得的竞争理论着眼于长期竞争过程，其中技术不是持续不变的，研究与创新能推动产出的巨大增长，从而是经济过程具有长期目标与短期目标得到平衡

的动态效率。这种竞争就具有动态效率 (dynamically efficient), 它突出产品和生产技术随时间而进行改进的效益。

1940年, 美国经济学家约翰·莫里斯·克拉克 (John Maurice Clark) 在熊彼特动态竞争观念影响下, 在《美国经济评论》上发表了《关于有效竞争的概念》一文, 提出了有效竞争理论, 重点论述了潜在的竞争和商品间的替代对市场结构的影响。

有效竞争理论是针对纯粹的完全竞争状态不存在, 现实的竞争是不完全竞争, 在不完全条件下, 短期均衡与长期均衡的条件不协调, 经济规模与竞争不协调的矛盾提出的。克拉克认为, 如果一种竞争在经济上是有益的, 又能够在现实的市场条件下实现, 那末这种竞争就是有效的。

与新古典经济学在静态条件下分析市场的竞争行为不同, 有效竞争理论将竞争看作一个长期的动态过程: 在竞争压力下, 企业采取开发新技术, 扩大生产规模和降低成本的长期投资战略, 增加和改善供给能力, 在长期内保证供需均衡。经过长期的调整, 有效竞争的过程淘汰低效率企业, 筛选出高效企业。完善而有效的市场竞争环境的标志是, 企业在长期竞争中, 能够通过技术进步获得最佳经济规模, 实现优胜劣汰。

## 2.2.2 反垄断法中的效率权衡与消费者福利

反垄断法中的效率包括两个方面: 一是反垄断法对社会经济发展的影响, 即反垄断法律制度是促进经济发展还是阻碍经济发展。如果是促进的, 那么在多大程度上促进, 现行制度是不是最佳的, 通过法律制度的调整, 经济效率是不是还有提高的可能? 这就必须借助经济学对效率的实现机制的分析; 二是法律制度本身的效率问题, 即反垄断法运行所需要的成本及其所带来的效益。<sup>[39]</sup>在此主要从第一层面讨论反垄断法中的效率, 也是绝大多数将效率作为反垄断法的主要甚至是唯一目标的学者所主要关注的。

法律制度中效率的内在逻辑, 在于通过引导或促使人们按照最有效的使用方式使用资源来实现对社会资源的有效利用。反垄断法以效率作为重要甚至是唯一的价值标准, 其实质就是反垄断法通过制度的规制来实现社会总财富的最大化, 即提高社会资源利用率。要实现这一目标, 就必须充分尊重调整对象自身的发展规律, 因势利导地进行调控和规制。反垄断法以市场竞争秩序为调整对象, 因此, 对市场竞争行为的规制就必须以不同的竞争机制所实现的不同性质的效率为准。

如前所述, 在经济学上的效率可以分为静态的资源配置效率、生产效率和动态的创新效率, 作为以效率为追求目标的反垄断法所面临的困难在于: 以上三种效率常常产生冲突, 使得反垄断法不得不在这三种效率中作出取舍。更为复杂的因素在于, 效率的提高所导致的社会财富的增加如何在不同阶层、不同利益方之

间进行分配，主要指反垄断法中的消费者福利问题。

### 2.2.2.1 三种效率的权衡

第一，生产效率与配置效率的权衡。生产效率与配置效率并非总是保持一致。生产效率的提高不仅有赖于企业内部管理体制的成本缩减，更来源于技术的创新及生产规模的扩大所导致的成本的减少，即支持较大规模企业的存在。而最佳资源配置效率（帕累托最优）的实现依赖于市场上有足够多的原子型企业进行竞争，即较多的企业数量和较小的企业规模。所以，二者的实现需要不同的市场结构，从而产生矛盾。

第二，创新效率和配置效率的权衡。在社会生产中，创新效率和资源配置效率是否存在矛盾取决于创新效率以何种市场结构为基础。如果创新效率依赖于竞争性的市场结构，则二者没有矛盾，因为资源配置效率同样依赖于竞争，甚至是完全竞争。如果创新效率依赖于垄断性市场结构，则为了获得创新效率则必须牺牲一定的资源配置效率。

关于创新效率与市场结构的关系，经济学家大致有两种相反的立场：一种以熊彼得为代表，认为“大企业更有利于创新”；<sup>①</sup>而另一种以阿罗为代表，认为竞争性行业要比垄断行业具有更强的创新激励，而垄断除了造成静态福利损失外还可能延缓技术进步。<sup>[40]</sup><sup>②</sup>而关于创新与市场结构的实证研究则得出了一个模糊的结论：迅速的技术进步是竞争和垄断的微妙混合。<sup>[41]</sup>

以上经济学的理论和实证研究表明，创新效率在不同的行业、不同的技术背景下有不同的市场结构范式，很难对创新与竞争的程度（也就是垄断）作出一个一般性的结论。所以，对于创新效率与资源配置效率之间是否存在矛盾，也是一个具体的问题而非一般性的结论。

综上所述，资源配置效率、生产效率和创新效率作为反垄断法的效率目标的具体指向，其内在的矛盾造成了反垄断法效率目标的模糊性，并外在地体现为反垄断法对竞争与垄断不同程度的规制：在某些行业中，例如高科技行业，反垄断法容许一定程度的垄断，目的是为了维护生产效率与创新效率；而在另一些行业，例如技术相对稳定成熟的行业，反垄断法依然将竞争作为维护对象。

### 2.2.2.2 有关消费者福利

法律是利益的调节器，反垄断法也不例外。除了关注维护特定的市场秩序以

<sup>①</sup> 关于熊彼得的动态竞争及创新理论，参见本章第1节创新与垄断部分。在此从略。

<sup>②</sup> 阿罗的具体观点可以总结为：第一，与处于竞争环境的企业相比，置身于垄断地位的企业会变得松懈、无效率、不能抓住研究时机，以及不能从事有效的研究。第二，居于牢固的垄断地位的企业考虑到利用潜在创新重新装备其行业的成本，可能拒绝进行这种创新。寡头垄断行业的研究资源可能用于少数革新项目或式样的改进，而不会用于更主要的开拓型研究。出于同样的原因，地位稳固的垄断者可能购买或压制有利于快速生产变化的新专利。

追求效率以外，或许对于反垄断法更重要的问题是：是否应该关注利益的分配问题，具体而言，就是对消费者福利的保护问题。

在消费者福利保护问题上，芝加哥学派在宣称效率是反垄断法的唯一目标时，将效率与消费者福利保护混为一谈，其前提是效率等同于资源配置效率，所以，强大的市场竞争压力使得对消费者福利的保障完全可以由市场机制自我完成。

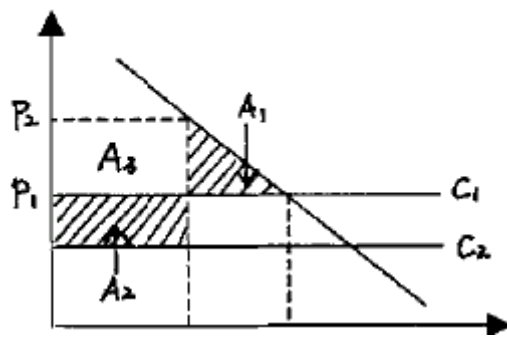
但是，后芝加哥学派对此提出了不同的看法。<sup>①</sup>从表面上看，后芝加哥学派与芝加哥学派都认为经济效率是反垄断法的核心价值，但是由于其分析方法与手段不同，其观点实质上是有差异的。例如某些后芝加哥学派的学者在全面分析了垄断产生的经济后果后，提出了与芝加哥学派不同的反垄断目标模式，即反垄断法应该以阻止垄断厂商将消费者福利转移为垄断利润为首要目标，而不是仅仅提高整个资源配置效率。所以，美国有学者指出，美国反垄断法以效率为终极目标，但这一效率与消费者福利的关系从未厘清。<sup>[42]</sup>

另外，值得强调的是，反垄断法中的消费者福利保护（或消费者利益保护）中的消费者与消费者权益保护中的消费者并不是一个概念，前者指整个社会的消费者阶层，是一个整体的概念，后者是指具体的购买者或使用人。而反垄断法所保护的消费者福利，正如美国律师协会在给我国反垄断立法的建议中指出：美国反托拉斯法之主旨，是以通过保护竞争来促进消费者的福利。我们所谓“消费者的福利”是指所有实体的福利，包括所有购用和消费产品和服务的政府部门及工商企业经营者，而不仅仅局限于个人。而且，在此意义上“福利”并非政府的资助或补贴。两部门之审视“福利”，既着眼于可为购买者获得的品质、价格和选择，同时着眼于资源的有效配置以满足购买者的需求。美国反托拉斯法通过保护竞争的进行而寻求实现提高消费者福利的目的，而不是单独保护某一竞争者或竞争团体（本国或国外）的利益。<sup>[43]</sup>

在界定了消费者福利的范畴之后，本文认同后芝加哥学派的观点，即消费者福利并不总是能够通过市场自动实现，正如资源配置的帕累托最优也仅仅能存在于理想的完全竞争模型中一样。在实践中，消费者福利的保护往往与效率目标并不一致。新制度经济学派代表人物奥利弗·E·威廉姆森在1968年提出兼并模型时，对生产效率、配置效率和消费者福利的矛盾进行了清晰的演示并提出了自己的观点：

---

<sup>①</sup>自20世纪90年代至今，由于产业经济学、博弈论有了新的发展，使得一些学者能够利用这些经济学的新成果对厂商策略行为进行重新分析，得出更为科学的结果，从而对芝加哥学派的某些结论进行了修正。虽然这些学者并没有形成统一的观点，由于这些学者的反垄断思想诞生在20世纪90年代以后，故被称为后芝加哥学派。



在这个模型中，威廉姆森假定企业的平均成本曲线是水平的（即边际成本等于平均成本），合并前平均成本曲线处在比较高的位置（ $C_1$ ）合并后规模经济的作用使平均成本曲线下移（ $C_2$ ），生产效率提高。假定合并前企业是竞争性企业，那么合并前的价格由平均成本曲线和需求曲线的交点  $P_1$  给出，合并后企业成为一个完全垄断者，价格由  $P_2$  给出。合并后，企业在超过平均成本的水平上定价，消费者的损失是  $A_1 + A_3$ ，其中包含配置效率损失  $A_1$ ，生产者获得了生产效率改进带来的收益  $A_2$ ，同时还获得了从消费者那里转移来的福利  $A_3$ ，社会福利总的变化是  $A_2 - A_1$ ，也就是生产效率的增加和配置效率的损失之差。威廉姆森认为，政府需要在生产效率和配置效率之间权衡，只要  $A_2 > A_1$ ，尽管消费者福利恶化，而且配置效率发生损失，但总的社会福利仍会因为生产效率的提高而改进。<sup>[44]</sup>

通过上述威廉姆森的模型表明，一旦消费者福利并不能自动地通过市场竞争而获得，对其的保护就超出了经济学意义。正如经济学家在“研究垄断的利润是否是一种社会代价”这一问题时指出，“只要消费者由于垄断价格额外支付给生产者 1 美元，消费者的状况就会变坏 1 美元，而生产者的状况会以等量变好。这种从物品消费者向垄断所有者的转移不影响社会总剩余——消费者和生产者的剩余之和。换句话说，垄断利润本身并不代表经济蛋糕的规模缩小；它仅仅代表生产者的那一块大了，而消费者的那一块小了。除非由于某种理由认为消费者比生产者更重要——这种判断已超出经济效率的范围——否则垄断利润不是一个社会问题。”<sup>[45]</sup>

本文认为，反垄断法作为经济宪法，当然不仅仅是一个生产问题，更是一个分配问题。如果说对于竞争与垄断的关注反映了反垄断法的效率价值，则对于消费者保护的关心则反映了反垄断法的公平价值。否则，反垄断法就丧失了其作为法律制度对社会的调节作用，而仅是一个经济学上的工具。保护消费者福利应被视为反垄断法的最终目标和核心价值，理由如下：首先，从法哲学层面而言，人是主体，是经济之本，是经济生活的目的，是生产、消费、交换、分配问题的中心。人首先是消费者，个人权利与利益的保证和实现是法的最终目的。在反垄断

法领域，消费者与生产者（经营者）之间呈现出实力、信息等方面的严重不对等，而知识经济时代的来临使得这种不对等日益放大，将消费者福利放置于首要位置，体现了反垄断法作为经济宪章的正义性与正当性。其次，保护消费者福利，尤其是消费者的自由选择权，是实现反垄断法维护竞争功能的最佳手段。在垄断竞争和寡头垄断市场上，垄断产品有替代品，如果垄断者收取高价，消费者转而购买替代品，垄断者就无法实现其目的，尤其是在知识经济时代，产品和服务的边际成本极低，如果生产者实施垄断高价，或在掠夺性定价策略后企图抬高价格以弥补原来低价所造成的损失，替代品可以很快出现，由消费者用货币投票，最终在实际上遏制了垄断高价的出现。从历史上看，反垄断法的诞生即源于对垄断高价的抵制。1867年，一位名叫奥利弗·赫德森·凯利的美国前农业部职员在明尼苏达州发起了格郎杰运动。这一运动的主要目标是反对铁路运输的过高运费标准，他们认为当时的铁路运费过高，对农业地区的经济发展构成了伤害。在7年的时间里，格郎杰拥有了超过2万个分部，将近100万成员。其政治要求是坚决地反垄断，除了铁路改革的要求外，他们还强烈要求制定反垄断的立法。这一运动是1890年的《谢尔曼法》产生的重要社会背景。<sup>[46]</sup>最后，消费者福利是考量某一行为是否应受禁止甚至制裁的最重要的标准。综观世界各国反垄断实践，从结构主义到行为主义，从本身违法原则到合理原则，司法机构在判断企业垄断与否的基本标准上，经历了保护竞争抑或保护竞争者，效率优先抑或保证中小企业的参与权更重要等种种争论，反垄断法也在不同时期有不同的侧重点。在知识经济时代，则凸显出由知识产权所产生的独占效果与反垄断法中的垄断、垄断行为之间的交织与对抗，如何在保护知识产权和反垄断之间求得一个平衡，在针对传统经济的诸如市场支配地位等概念与原则适用于软件、信息等产业上显得力不从心的状态下，消费者福利不失为一个明确的判断标准。例如在美国微软案中，杰克逊法官认为，微软的主要“罪状”为“利用其影响力阻碍科技创新，使得消费者丧失了使用更多更好的产品的机会”，“拒绝尊重消费者的选择权”，对消费者造成了“间接损害”。

反垄断法对消费者权利的保护，既是反垄断法作为经济宪法所应当具备的正当性的体现，也是历史发展过程中的产物。

从世界第一部反垄断法——谢尔曼法产生的历史背景来看，消费者福利已经是其中非常重要的一个推动因素。谢尔曼议员在国会的立法辩论中谈到保护消费者时说：“法案的目的是授权法院为合并的受害者提供补偿。”“有时人们会说，合并后企业的生产状况得到改善，能为消费者提供价格低廉的产品。但全部经验表明，节约下的成本掉到了生产者的腰包。消费者能够享受到的价格取决于商品供应的数量，而合并后的企业则希望减少商品的供应。”谢尔曼法通过后，全美的物

价水平得到了明显的抑制，基本保持了稳定并时有缓慢回落。1890年的物价指数几乎是内战以后最低的。帕特曼众议员在辩论时曾说：“保护竞争是为了消费者的利益，和工薪阶层、生产者以及全体人民的福利。”在国会的立场看，“消费者福利”是“社会公益”的重要组成部分，也就是“社会公益”在反垄断活动中的载体。<sup>[47]</sup>

在当前，除了美国，其他国家的立法也多规定了消费者权利保护的内容。如加拿大1990年修订的竞争法第1条开宗明义的规定：“本法的目的在于保护和鼓励在加拿大的竞争，…使消费者能够享受价廉物美的服务。”<sup>[48]</sup>日本1996年修订的《日本竞争私人垄断及确保公正交易法》亦将表明法律宗旨目的的第1条表述为“本法的目的，是通过禁止私人垄断、不正当的交易限制以及不公平的交易方法，…以确保一般消费者的利益并促进国民经济民主、健康的发展。”<sup>[48]</sup>欧共体条约第81条对本应禁止的限制竞争行为予以豁免时，其理由之一即为“使消费者获得相当程度的实惠”。我国新颁布的《反垄断法》第1条亦规定：“为了预防和制止垄断行为，保护市场公平竞争，提高经济运行效率，维护消费者利益和社会公共利益，促进社会主义市场经济健康发展，制定本法。”从以上立法和实践可以毫无疑问地得出结论：消费者福利是反垄断法一直致力于保护的對象。

### 2.2.3 知识产权许可反垄断法规制的基本原则

在对知识产权许可行为进行反垄断法规制时，本文的基本立场是：知识产权许可行为与其他协议行为一样受反垄断法的规制，既不因知识产权的存在而享受豁免，也不会将知识产权识同为市场支配力而导致更加严格的审视。因此，上文所分析论证的反垄断法的效率价值与公平价值都完全适用于对知识产权反垄断法规制。

概括而言，该原则可以表述为：以维护竞争的存在（包括潜在竞争）为基本手段；以经济效率为核心工具价值，其中创新效率为优先考虑；以消费者福利为终极目的价值。

第一，以维护竞争的存在作为基本手段。对于反垄断法而言，竞争是普遍性的，永恒性，而垄断是局部性的，个体性的。所以，在分析反垄断法对知识产权许可行为的规制时，首先要考虑的即为对竞争的危害。如果一个行为对竞争并无负面影响，则完全与反垄断法无涉。但是，一般而言，受到反垄断法关注的行为都是对竞争有一定消极影响的行为，在涉及知识产权方面，例如搭售、拒绝许可等行为，都会阻碍相关市场上的竞争。而根据前文所主张的反垄断法中的效率分析，竞争与效率并非总是正向性关系，在产生更高效率的前提下，对竞争一定程度的牺牲是可以容许的。但是，这并不意味着否认竞争对反垄断法的基本意义。如果一个行为是以完全否定竞争及潜在竞争的方式来追求效率，则是为反垄断法

所不能容忍的。在判断某一行为是否足以完全抵消竞争时，不仅考虑现有的竞争格局，更要考察该行业的进入壁垒的高低，沉没成本的大小、等因素对潜在竞争的影响。以微软的搭售行为为例，在存在高度网络效果的软件行业，微软的搭售行为从根本上否定了对相关应用软件（如浏览器）的市场竞争的可能，因此，欧盟对该行为进行了相应的制裁。

第二，以经济效率为核心工具价值，并优先考虑创新效率。在涉及知识产权许可的反垄断法规制中，如果某一行为对竞争产生了危害，在需要进一步分析这种对竞争的危害所带来的资源配置效率的损失能否被生产效率和创新效率所弥补，尤其是后者。重点关注创新效率，是实现反垄断法和知识产权法的双赢的必然结论。反垄断法所营造的自由竞争的市场环境是创新的重要来源。首先，企业往往在技术改革和发展中彼此竞争，力争率先推出新产品、服务或更为先进的产品或服务，来获取竞争优势。在某些产业领域，企业进行创新不仅仅是为了获得知识产权，更为重要的是通过创新取得先发优势。例如软件行业，竞争者之间更在意的是通过首先占据市场，扩大安装基础来取得竞争优势，而对软件的版权保护并不是首要目标。其次，在竞争中，企业也可以通过创新来提供更为高效的管理方式，从而降低成本，在竞争中取得优势。最后，市场竞争使得竞争者们不仅争夺现有市场，更重要的是去开发消费者尚未表现出来的需求，并通过开发新产品予以满足。知识产权对创新的保护作用更是毋庸置疑。知识产权的本源应是权利人的创造性成就，而不是一般劳动成果。<sup>[49]</sup>以专利为例，要获得一个专利权，申请人的发明创造必须具备新颖性，非显而易见性（先进性）和实用性。经济学家指出，如果没有知识产权保护，发明创造人不能阻止他人对自己的创造性智力成果的搭便车行为，当然也无法就自己的投入获得有效的回报，那么创新的激励大大降低。所以，知识产权的存在，正如在美国宪法所宣称的，是为了更多更好的创造性作品的产生并由此增加的社会公共利益。所以，在知识产权许可中，如果某一行为危害了竞争，如地域限制条款，在反垄断法中一般被视为划分市场而被判为本身违法，但是，考虑到通过地域限制条款能最大限度的实现知识产权人的市场利润，从而增加对发明创造的激励，反垄断法一般是许可的。

但是，必须指出的是，除了生产效率可以通过一定的方式加以计量以外，配置效率和创新效率基本上都是很难衡量的，尤其是创新效率几乎无法衡量。所以，在考虑创新效率作为危害竞争的抗辩理由时，反垄断法执法只能是凭借经验式或直觉式的判断。实践中，以美国为代表的强知识产权保护国基本上是采取了一种“宁纵勿枉”的态度，对创新效率表现出了强烈的偏好。

第三，消费者福利作为判断的最终标准。社会经济的最终增长最终要体现为社会成员个体福利的增加。在知识产权制度中，虽然没有明确的消费者福利的提法，

而是表述为公共利益，但是在很大程度上，二者是相互重叠的。如前所述，知识产权制度的存在是为了激励更多更好的发明、创造出现，从而为社会提供更多元的、更便利的选择和更有效率的生产与生活，所以，有学者主张，知识产权制度从其本质上是工具性的，是服务于社会公共利益这一根本目标。<sup>①</sup>为了实现这一目标，暂时的授予发明创造人一定程度的垄断权作为回报。还有学者认为，知识产权是社会与发明创作人所签署的一张以垄断换取公开的契约。当然，也有强调知识产权私权属性的观点。但是，无论对知识产权作何种解读，知识产权制度中的公共利益的重要性是毋庸置疑的。在知识产权法哲学方面颇有研究的冯小青教授就知识产权制度的公共利益方面曾指出：“知识产权是一种具有很强公共利益性质的私权也表明，需要在知识产权法中的个人利益特别是知识产权人的利益和社会整体利益之间维持一种平衡和协调的关系。知识产权法通过平衡知识产权人和社会公众的利益关系，最大限度地促进了知识产权法公平、正义社会目标的实现。”<sup>[50]</sup>

所以，对于知识产权许可中的消费者福利的考虑，不仅是反垄断法的最终价值，也是知识产权法的法益所在。从宏观的角度而言，反垄断法通过维护公平的竞争环境，促使企业投入研发成本，不断创新，从而降低生产和销售成本，给消费者提供源源不断物美价廉的产品和服务，使得消费者可以及时分享技术进步所带来的便利与舒适，提高生活质量，这便是反垄断法保护消费者福利所追求的最根本的社会目标。从微观的制度、规范角度看，反垄断法对消费者的保护集中体现为定价以及选择自由两方面：其一，保证消费者免受垄断高价的剥削。其二，保障消费者的自由选择权，提供多元化的消费环境。

确立消费者保护为终极目标对知识产权许可的反垄断法规制具有方向性的意义。因为作为反垄断法追求目标的效率所表现出来的多重性常导致相互矛盾的结论，而这些不同的效率又是不可计量的，至少事前无法计量。因此，以经济效率作为法律分析的唯一工具在现实的法律环境中并不能达到理想中的高度，正如美国新法律经济学派 Robin Paul Malloy 教授指出：“效率分析是不完全的——它不是动态性的，没有体现出创造性发现的不确定本质，…效率标准也是有问题的，因为它产生的结果从属于替代解释（以某种系数和先入为主的目的为基础）。”<sup>[51]</sup>消费者福利作为一个相对清晰的判断标准，往往能在复杂多变的效率迷雾中提供一个指南针。如在欧盟 2005 年 12 月发布的排他性滥用行为指南草案（Draft Guidance Paper covering exclusionary abuses）中指出，对于滥用支配地位的分析分为两步：首先是分析特定行为是否有潜在的排斥效应（foreclosure

---

<sup>①</sup> 在知识产权与知识产权制度的正当性方面，我国学界尚未达成完全一致的看法，大致的争议在于知识产权的公权性质与私权性质、知识产权是法定权还是自然权利等方面。由于本文的重点并非探讨知识产权的法哲学，所以不作详细介绍与论证。但不可否认，作为知识产权的反垄断法规制，本文倾向于知识产权是法定权利这一观点。具体内容详见李扬：《知识产权理论与实践前沿研究》，法律出版社，2001 年版。

effect), 然后分析具有明显排斥效应的行为是否会对消费者产生损害。这样, 一个仅仅排斥非效率的竞争者的行为不会被视为支配地位的滥用。<sup>[52]</sup>

值得指出的是, 在确立消费者福利保护这一目标价值时, 有必要区分消费者的长期价值和短期价值。在知识产权许可中, 许多基于对知识产权激励效果的行为得到了反垄断法的容许, 这在一定程度上可能短期地加重了消费者的经济负担, 但从长远来看对消费者是有利的。因此, 对知识产权许可进行反垄断法规制, 从经济学的角度而言是一种卡尔多-希克斯效率, 即在一种经济状态向另一种经济状态的转变中, 一些人的收益是以另外一些人的受损为代价, 因此, 其所造成的社会福利的改进可能是含糊不清的——其几乎与帕累托原则有相同的效力——如果受益者有补偿受损者的潜在可能性, 以致后者愿意接受这种转变, 而前者的处境仍能得到改善。<sup>[53]</sup>

总而言之, 对于知识产权许可中的反垄断法规制的三个关键词应为: 竞争、创新效率与消费者福利保护。作者试图在此基础上总结出对具体的许可行为的较具操作性的结论:

(1) 许可行为对竞争有危害, 但可以实现显著的创新效率从而提高社会整体福利, 而且这些行为是实现这些效率所必不可少的, 在各种可能的选择中, 对消费者福利产生的损害最少, 在这些前提下, 该许可行为应被允许。

(2) 如果某种行为对创新效率的效果是中性或不确定的, 则以其对消费者福利的影响来判断是否允许。

(3) 无论如何, 该行为不能导致永久性、全面性的消除竞争。

知识产权反垄断法规制以动态竞争为基本理论基础, 这意味着法律的制定和执行必须具备更大的灵活性和经济理性, 当然这也表明在这一领域的反垄断法遇到了更大的挑战。更有难度的是, 在知识产权许可的各个领域, 因实质上各个产业性质、特征的不同, 其产业内的竞争形态、规律往往也有区别, 试图用一个分析范式去涵盖所有有关知识产权的行业竞争特性可能是不现实的, 以上理论分析范式仅仅只能提供一个最一般性的方向和指导。例如在微软欧盟案中, 欧洲学者也批评说 2004 年的决定使人们怀疑委员会是否被微软明显的垄断地位所误导, 而忽视了应用软件市场竞争规制的特性。<sup>[54]</sup>

## 2.2.4 知识产权许可反垄断法规制的市场界定

### 2.2.4.1 反垄断法中的市场界定

反垄断法的中心任务是对竞争的维护和促进, 而竞争总是发生了一定的市场之内的, 所以, 衡量某一行为是否对竞争产生了危害以及程度如何, 或者是判断是否具备市场支配力, 其首要的步骤即为界定相关市场。市场是一个在生产或消

费领域发生重要替代品的舞台。反垄断法的市场一般而言从产品和地理两个维度衡量。从产品维度来看,市场是指一系列被消费者为了相同目的可以合理相互替代的产品,也就是说,参考市场交叉价格弹性。另外,对产品市场的界定还须考虑生产者的供应这一角度,也就是说,潜在生产者进入该市场的成本等因素。从地理维度来看,产品市场的地域范围取决于该产品的销售商在其直接销售点以外的地方进行销售的能力。具体地说,是指销售商能够进行销售,而且购买者能够实际地转变供应商的地域范围。<sup>[55]</sup>

#### 2.2.4.2 知识产权许可中的三类市场界定

知识产权许可一般的情形是指知识产权人将特定技术允许被许可人使用从而来制造、销售某类产品,所以,从反垄断法的市场意义而言,许可行为可能产生的对竞争和创新的影响既有可能发生在该许可技术的技术市场,也可能发生在该类产品在产品市场领域内。也就是说,知识产权许可的市场界定至少有两个:技术市场和产品市场。同时,由于知识产权与反垄断法将创新作为二者共享的价值,反垄断法对知识产权许可行为的规制亦以促进创新作为基本政策目标,在美国1995年的《知识产权许可反托拉斯指南》中,还提出了创新市场这一概念。因此,在知识产权许可中的市场要分别考察产品市场、技术市场和创新市场三个方面。

第一,产品市场。在知识产权许可在产品市场中,其界定与其他反垄断法领域的产品市场的界定相同。相关产品市场上的竞争者可分为事实上的竞争者和潜在的竞争者。前者是指订立技术转让协议时,生产同类产品或者提供同类服务的企业。根据欧共体《关于相关市场界定的通告》第7段,相关产品市场是指根据产品的特点、价格及用途,而被消费者视为可互换或可替代的所有产品和/或服务。在美国一般采用“需求交叉弹性(cross-elasticity of demand)”来判断。后者则是指订立协议时还不是事实上的竞争者,但有理由认为他们很快能够成为竞争者。根据美国司法部和联邦贸易委员会1997年《横向合并指南》,在识别潜在竞争者时,可以假定追求利润最大化的垄断者实施一个“数目不大但有意义且为期不短的涨价”(即SSNIP标准),并分析买方对涨价的反应。在大多数情况下,当局将可预见的涨幅定为5%。即一个企业如果能够及时且在不影响其他企业知识产权的情况下进入相关市场,这个企业就是一个潜在的竞争者。<sup>[18]</sup>总的而言,产品市场的界定一般需考察产品本身和供应两大方面,前者往往指产品的特征、价格、特定用途、消费者的消费偏好等,而后者是指市场的进入壁垒、供给替代性等,即当特定产品的价格上涨导致消费者购买转移时,市场是否能够提供及时充分的替代产品来满足需求,而这其中考察市场的进入壁垒——尤其是知识产权的专有性所带来的法律壁垒——是知识产权许可中对产品市场界定很重要的部分。当基于知识产权而导致进入障碍时,该产品市场的界定往往相对较窄。

第二，技术市场。技术市场是指当被许可的技术可以从包含该技术的产品独立出来时所形成的许可市场。<sup>①</sup>例如说，在通信技术市场上可能同时存在若干类技术标准，能提供大致相仿的通信方式和实现程度相似的通信功能，在这种情形下，如果许可人利用许可中附加的限制竞争的条件——例如价格歧视——来排斥其他同类技术的许可，则有可能造成对技术市场竞争的危害。在 1994 年 U.S. v. Pilkington Plc. 案中，法庭认为，被告在许可协议中的搭售条款和价格歧视条款会导致对 float glass technology（浮化玻璃技术）的许可市场。<sup>[56]</sup>美国 1995 年的《知识产权许可反托拉斯指南》中对技术市场定义为：包括被许可的知识产权及其近似的替代物——即足够近似的可作为替代物的技术或货物，可实质上限制有关被许可知识产权市场支配力的行使。

在美国，首先提出技术市场的概念并进行界定的是 1988 年的《国际合作反托拉斯执法指南》，在该指南中，提出了技术市场并作出了较为详细的界定方法：相关（技术）市场包括使用者在许可费上涨 5~10% 时会转向的所有替代技术。相关（技术）市场包括在功能上有替代性的技术和生产替代性产品所使用的其他技术。<sup>[57]</sup>可以看出，这一方法是从对产品市场界定中借鉴过来的，主要依靠消费需求和价格弹性这些经济学因素。1995 年指南继承了这一方式并进行了进一步的发展。但是，技术市场的界定往往呈现出与传统的市场不同的地方，其中最大的区别在于技术市场即可能是一个既存产品的相关技术市场（current-goods technology markets），也有可能是一个将来产品的技术市场（future-goods technology markets），在后一种情形下，获得技术市场的数据并进行界定有着很大的困难，而更多的情形或许是上述两类市场的混合。所以，在 1995 年指南中指出，如果无法获得市场份额数据或其他市场支配力佐证，而且竞争技术有明显的可比效率，在主管机构对各项技术分配同样的市场份额。对于新技术，主管机构一般使用最佳可获得信息，来评估从商业推广开始两年内的市场接受度。

有学者指出，判断特定知识产权在技术市场上存在支配力可以适用以下四个标准：（1）运用该技术生产的产品的市场需求弹性小；（2）使用费在该产品的生产成本中所占比例很小；（3）没有替代技术或替代技术在效率上无法与该许可技术比拟；（4）转向其他替代技术的转移成本高昂。<sup>[58]</sup>

第三，创新市场。创新市场与研发活动密切相关，只有在从事相关研发的能力与特定公司的特定资产或禀赋相联系时，才需要考虑许可行为对创新市场的竞争性影响。创新市场的概念首次出现在 1984 年美国国家合作研究法案（National Cooperative Research Act，简称 NCRA）中。在 1995 年指南中，创新市场包括

---

<sup>①</sup> 如果一个技术是作为产品不可分割的部分被许可，则不必单独分析技术市场，而仅需进行产品市场分析。典型例证为软件产品的销售，购买者在购买该软件时必然暗含被许可使用该软件版权，而不存在单独就某软件所含的内容进行许可。

特殊新型或改进货物或方法的研发和该研发的近似替代物。此近似替代物是指对相关研发的市场支配力的使用构成重大限制的各种成果、技术和货物。引入创新市场的概念主要是基于动态效率理论，即除了价格竞争外，通过开发新产品，创造新的市场需求或对已有产品的改进也是竞争的重要手段，而且可以提高整个社会的效率并有利于消费者福利，所以，对于许可行为必须衡量对创新的影响。例如，在交叉许可或回授条款中，有可能会造成对创新的负面影响。

但是，创新市场在理论上和实践中都有一定的困境。第一，按照 1995 年指南，主管机构对创新市场参与者的市场份额建立在创新赖以存在的可确定的资产或禀赋的份额、研究与开发费用的份额以及相关产品的份额上。但是，实践中，研发费用等与创新水平并无必然的联系。第二，创新市场往往是一个纯粹的研法市场，并不一定与最终产品或服务相关，所以，创新市场是一个理论上的市场，竞争者们在目前并不存在的产品市场上进行竞争。<sup>[59]</sup>正是基于以上原因，对于创新市场的界定往往无法适用产品市场或技术市场的传统界定方法，在大部分情形下只能考察该市场上竞争参与的程度。例如，如果除了考察企业外，在该市场上还有四家或以上拥有同样的研发能力，或产品存在近似替代品，在一般认为对创新市场没有负面影响。而拥有研发能力的企业应包括：（1）进行近似替代技术研发及生产的企业；（2）不进行生产但是从事近似技术的研发活动的企业；（3）目前没有进行生产及研发但一旦有激励则有能力进行研发的企业。<sup>[60]</sup>

最后，值得注意的是，在知识产权许可的市场界定上有一个特殊之处：即时间因素。<sup>①</sup>当一个专利或其他知识产权即将过期时，市场进入的障碍和市场份额必然发生改变，尤其是在该专利是构成支配地位的重要因素的情形中，考虑知识产权的有效期是一个不能忽视的步骤。从这一点而言，这也是体现了动态竞争与创新效率的特点。

## 2.3 新经济中知识产权许可反垄断法规制的特殊规定性

### 2.3.1 新经济的概念及特点

新经济的提法首次出现在美国。1996 年 12 月 30 日美国《商业周刊》提出“美国新经济”的概念，随后被美国官方认可<sup>②</sup>，并在世界范围内被广泛采用。但是，新经济的界定却一直是一个有争议的问题。人们常常把新经济又称为知识经济、信息经济（IT 产业）、数字经济或因特网经济等，对此，有学者认为，所谓的新经济、网络经济、信息经济、数字经济等概念，所指的都是同一个客体，只不过

<sup>①</sup> 当然，在无关知识产权的市场界定中可能也须考虑时间因素，如水果市场的季节性等，但是知识产权许可的相关市场界定中时间因素往往具有非常重要的意义。

<sup>②</sup> 如 1997 年，克林顿以官方语言确认了新经济和知识经济的概念，并把它作为推动经济增长的一项国策。1999 年 6 月，克林顿回顾上任以来的经济成就时讲：“我的确对新经济充满信心。”

翻译和称呼不同而已。所以，新经济主要指的应是以信息作为主要资源标志的经济活动的部分。<sup>[61]</sup>但是，也有学者认为，上述几种提法都有片面性，它们只是揭示了新经济的某个侧面。事实上，新经济是以上三种说法的综合。也就是说，新经济是一种以信息技术为基础、知识要素为驱动力、网络为基本生产工具的新生产方式。<sup>[62]</sup>本文认为，新经济的核心是知识经济，知识是新经济的决定性力量。根据经济合作和发展组织（OECD）在《1996年科学、技术和产业展望》中的界定，知识经济作为一种新的经济形态具有以下四个特征：（1）科学技术的研究与开发日益成为知识经济的重要基础；（2）信息通信技术在知识经济的发展过程中处于中心地位；（3）新型服务产业在知识经济中扮演着主要角色；（4）人的素质与机能是过渡到知识经济的先决条件。

就新经济概念的外延而论，其所涉产业的范围很广，除了信息技术这个主导产业以外，还包括了生物化学、新材料、新能源等高新技术和高科技产业，波斯纳法官 2000 年在美国律师协会的所作的题为《新经济背景下的反垄断法》的演讲中指出，“新经济”产业主要是指三个相互区别又相互联系的产业：第一个是计算机软件的制造业；第二个产业由以因特网为基础的企业构成（包括因特网接入提供者、因特网服务提供者和因特网内容提供者）；第三个产业则是提供用来支持上述两个产业的通讯服务和设备业。新经济还包括其他产业，但这里要谈的就是这三个产业。<sup>[63]</sup>

新经济表现出了许多传统经济所没有的特点，其中对反垄断法有较大意义的有如下方面：

第一，高固定成本、低边际成本。具备知识经济特质的产业多数呈现出有高固定成本（fixed costs）、低边际生产成本（marginal production costs）的生产结构。如前所述，新经济以知识经济为核心，在新经济产业中，除通讯行业的基础设施固定成本较高外，其他如生化、软件等行业的均以知识为主要生产投入，一旦投产，其产品或服务的边际成本很低。因此，这种生产机构使得企业在初期不仅要投资巨额资金去研究开发产品，而且要投资建立一个实体网络（physical network）或虚拟网络（virtual network）用来制造和分发产品。这一特征使生产商在决定营销策略时，会着重于其对增加产品或服务需求量的效果，以期能分摊高额固定成本，并实现规模报酬递增的经济利益。以微软生产的 Windows 操作系统为例，产品研发完成后，多生产销售一份 Windows 操作系统软件所造成的成本增加可以说是微乎其微，甚至忽略不计。这一策略在价格的表现上，往往在初期出现掠夺性定价，以获得市场占有率，而后实行垄断高价，获得超额利润。而无论是垄断高价还是掠夺性定价，由于其主要投入为研发成本（无形资产），确定一个合理的市场价格从而来判断是否有垄断行为的存在是非常困难的。同时，在

新经济产业里，大公司凭借着单位成本很低的优势很容易垄断市场并且使新进入者很难与它们竞争。

第二，网络效应。知识经济下的另一特色是网络效应的普遍性。所谓网络效应（network effects），是指产品或服务之价值，随着预期需求人数的增加而增加，而产业之所以出现网络效应，通常基于产品或服务在使用过程中存有密切的消费互补关系。它表现为直接网络效果和间接网络效果。前者指同质产品的彼此兼容，后者指互补性产品的彼此兼容，如碟片与 DVD 机。这一基本经济特性，即是所谓的网络外部性（network externalities），或者需求面的规模经济（demand-side economies of scale）。<sup>[64]</sup>即指在其他条件相同的前提下，连上一个规模较大的网络，将会比连上规模较小的网络来得好。而网络此一“大就是好”的面向，则使得正反馈（positive feedback）的现象普遍出现在今天的资讯经济体系中。正反馈让强者更强、弱者更弱。当两个厂商在一个具有强烈正反馈性的市场上竞逐时，只有一个厂商会成为赢家。经济学家称这种市场为“冒尖儿”市场（tippy market）。<sup>[65]</sup>网络效应还使得市场上第一个发动者（first-mover）存在巨大优势，即一个厂商在一个市场上作出早的和决定性的行动，可以帮助这个厂商最终赢得用户。电话是较早出现的具有网络效果的产业，试想如果世界上只有一部电话，那将毫无意义。如果每个人使用不同的电脑文字处理软件，不能共享或转换，我们就不能体会到电脑书写带来的方便。换言之，只有当使用电话、传真机、Word 文档的人越多，我们就越能体会到其中的便利，连带也提高了更多消费者使用电话、传真机或 Word 文档的意愿。伴随着网络效应的出现，生产商为了确保已有消费群以及不断扩大市场占有率，将产品规格化成为他们常用的竞争策略，因此，网络效应依靠标准来发挥正常作用。在一个网络中，必须要有规则或者共性，这样才能使网络参加者互相交流。录象制式、通讯协议和计算机操作系统均是这种技术标准的典型例子。顾客需要共同的标准，因为他们喜欢可预见性、相容性和相互可操作性。在一个新的技术领域，开发被接受的标准的成本和风险都很大，但是最终的结果同样也很诱人。对统一标准的需求通常意味着只有一个公司才能笑到最后。这种“胜者通吃”（the winner-take-all）的特点使得一个公司很有可能在一个市场内居于支配地位。

第三，消费者锁定效应。经济学家将那些消费者必须消费以后才能对其性能等进行评价的产品称为“经验产品”（experience good）。知识产品或服务在每次被消费的时候都是经验产品，因此，当消费者选择使用了某种技术或知识产品时，再想改用别的同类产品时，转移成本（switching costs）是很高的。<sup>[66]</sup>这种转移成本包括：购买新设备或技术的成本、转移供应商的交易成本（包括搜寻成本）、在新的技术环境下学习使用新设备和功能的成本、消费者对未曾试用过的品牌的

质量的不确定性、放弃熟知的程序和心理上的品牌忠诚度等。<sup>[67]</sup>当转换成本足够高到消费者不能或不愿轻易放弃该产品时，即产生了锁定（Lock-in）问题了。在这种情况下，只有新产品或服务带给消费者明显大于转换成本的效益，才能诱使消费者转而投向新产品或服务，而这显然使得新产品的进入面临更多的障碍或付出更多的成本。换言之，新产品无法在公平的环境中与旧产品进行竞争。

另一方面，在网络效应下标准的不兼容也是消费者锁定的一个重要原因。在一个产品或服务市场同时存在几个技术标准的情形下，对于已经具备相当用户基础（即安装基础）的生产商而言，一方面，它极力推广自己的技术标准成为行业的事实标准，尤其对于与自己产品配套的其他互补性产品（即不同质产品，如电脑与操作系统，DVD机与碟片）推行标准化配套，从而扩大间接网络效应，增加消费者购买自己产品的信心，从而进一步扩大市场占有率，增大产品的需求规模，进入一个良性循环。另一方面，对于同质产品（即竞争性产品），是否促进相互兼容，取决于产品兼容所产生的网络效应和竞争效应谁占主导的问题，如果网络效应占主导，那么厂商有实行产品标准化的动力；相反，如果竞争效应占主导地位，那么厂商无实行产品标准化的动力，因为兼容使同质性产品的竞争会加强，会加剧不同厂商产品之间的竞争。如微软一直推行与电脑生产商的标准化配套生产，但却牢牢把握住软件制造业的独家制造，不让其他软件生产商的产品在自己的操作系统和应用软件上兼容，就是出于竞争策略的考虑。

第四，基于价值的定价（Value-based Pricing）与价格歧视。在新经济产业中，知识产品的价格往往以产品对消费者的价值来确定，而不是沿用传统的以成本为基础的定价方式。由于新经济产业高固定成本，低边际成本的特点，如果按边际成本来定价，由于单个产品的边际成本趋向于零，则会导致产品的价格越来越接近于零，这是任何一个理性企业都不愿意做的。另一方面，波斯纳指出，知识产品低边际成本的特点使得在没有知识产权保护的情形下，因为无法阻止其他企业对自己创新成果的搭便车行为，没有企业愿意投入大量研发资金进行创新。所以，知识产权所提供的垄断是扩大了知识产品的产出量，而不是通常意义上垄断抑制了产出。在知识产权保护的前提下，知识产权人对产品确定一个正的价格，即使其边际成本为零，这种定价有可能使一部分消费者转向使用其他的替代品。

<sup>[63]</sup>为了最大限度的扩大消费者数量来扩大安装基础并获取最大限度的利润，知识产品的价格往往会根据顾客的价值来确定，其价格的变化主要依据顾客对信息产品的价值评价和对价格的敏感程度。即对评价高的或对价格缺乏敏感性的顾客卖给高价的精装版本，对评价低的或对价格较敏感的顾客则卖给价格低的平装版本。

<sup>[61]</sup>在反垄断法中，这种定价方式往往被界定为价格歧视，例如微软的产品就是通

过价格歧视政策来实现利润最大化的。因此，传统反垄断法关于价格歧视的规制在新经济背景下受到了挑战。

第五，产品的耐用性导致的垄断低价。知识产品的一个重要特征就是耐用性。即可供无数次的消费使用，例如如果不考虑升级换代的情况，一个软件程序可以被永远使用而无须购置新的替代品。大多数信息产品具有相同的特征，因为它们几乎可以不受限制地被使用或重复使用。因此，一个企业生产的知识产品不仅要和其他同类产品进行竞争，还面临着自己已销售产品的竞争。也就是说，跟它们的顾客基础相竞争。这必将迫使它们保持较低的价格出售产品。正如经济学家罗纳德·科斯多年以前所预料到的，和其他经济学家最近所证明了的，在耐用产品产业，市场势力几乎可以说不是个问题。<sup>[68]</sup>

在现实市场上，为了避免因知识产品的耐用性而导致的自己与自己竞争的不利局面，企业要么采用出租的方式，要么采用不断对产品进行升级换代的方式来克服这一问题。但是，已销售产品的存在将妨碍对升级产品的定价，因为升级产品的未来消费者有继续使用老产品的选择权，而且，如果需求增长得很快，在进行价格决策时，高价格会使得企业以当前收益侵蚀未来收益，因为今天的高价格将会降低其产品的需求增长。尤其在网络市场下，为了扩大安装基础，企业具有强烈的设定低价格的动机，因为这可以使企业在未来制定高价格，除非创新的速度使未来变得完全不确定，企业才有可能放弃对网络效应导致的垄断利润的追求，在当前即收取高价格。另一个重要因素是，垂直一体化企业的自我竞争，即如果一个企业不仅拥有网络，而且还经营一些增值服务，那么，为了扩大其增值服务的销量，该企业往往会维持较低的网络进入价格。综合考虑上述因素，也许会得出这样的结论：企业之所以能拥有垄断的市场份额，正是因为它没有收取垄断价格。<sup>[63]</sup>

## 2.3.2 有关新经济与反垄断法的理论争议

### 2.3.2.1 不同的观点

以 1890 年的《谢尔曼法》为起点，反垄断法的基本原则与制度是在 20 世纪传统工业经济背景下逐步产生发展起来的，在新经济产业中，反垄断法关于限制竞争协议、滥用支配地位等行为或市场结构的规制能否继续适用？对此问题，学者们有不同的看法，大致可以分为两大类观点：

第一，肯定说。美国司法部反托拉斯局助理总检察长乔·克莱茵于 1998 年 1 月 29 日在纽约州律师协会所作的一次题为《新经济时代反托拉斯执行的重要性》的演讲中，阐述了如下观点：有人认为，反托拉斯的历史是好的，但是对现行的反托拉斯法是否与今天的新经济相容表示怀疑。因为谢尔曼法于 1890 年制订，是

为了对付全国范围的产业托拉斯问题；克莱顿法于 1914 年通过，很大程度上其目的在于处理地方性市场的零售和批发行为。如此，这些古老的法律能与 21 世纪以信息为基础的经济相关吗？对于这个问题，我会毫不犹豫地回答，反托拉斯法很好，它不象大多数当代法律，它是普通法条款，因此，它不会被环境和时代所限制。今天的人们可能还没有完全领会到普通法的要义，但是，我坚信，在反托拉斯领域，我们幸运地成了日益下降的普通法遗产的一部分。打个比喻，宪法第一修正案的“言论和出版自由”条款制订于演讲和印刷物是仅有的两个媒介的年代，今天，我们有收音机、电视、有线电视、卫星、因特网的等媒介，但是，没有人会真得认为我们需要新的第一修正案。实际上，言论出版自由条款的核心原则通过两个多世纪的判例法已经得到发展，它可以有效地适用于这些新的媒介。美国最高法院首席大法官查理斯·埃文斯·黑格曾经说过：“作为一个自由宪章，反托拉斯法与宪法条款中一些值得称道的规定相比，它更具普遍性和适应性”。反托拉斯的核心原则在于制止创设或提高市场势力的协议或合并，或那些运用现存的市场势力来保护或扩大垄断的单方行为。这也是三个关键法律条款实际上正在做的：谢尔曼法第 1 条禁止反竞争协议，克莱顿法第 7 条禁止反竞争合并和谢尔曼法第 2 条禁止垄断力滥用。这些条款足以应付当代的经济。所谓的新经济问题的许多方面对于反托拉斯的执行来说并不那么的新。<sup>[69]</sup>

法和经济学学派的代表人物波斯纳认为：近年来不断有观点认为美国反托拉斯法不太适宜用于对“新经济”的管制。该观点认为，为处理传统制造业中的竞争和垄断问题而发展起来的法律原则在应付二十一世纪动力十足的新经济方面不太适用。我认为将反托拉斯法适用于新经济确实有问题，但那不是法律原则方面的问题。反托拉斯法律原则足够灵活，也切实忠于经济上的合理性，足以应付新经济中出现的竞争性问题。真正的问题在于制度层面：执行机构和法院没有足够的技术手段，而且行动也不够迅速，无法有效应付变化非常快的异常复杂的经济部门。这是个极难解决的问题。<sup>[63]</sup>

第二，否定说。一些学者认为，允许在高技术产业具有市场支配力的企业使用市场势力是变幻不定的创新经济所付出的有意义的代价，给创新者以绝大部分回报应该是物有所值的，因此，在新经济领域，实施反垄断法是不必要的和反生产力的。还有学者认为，在动态产业中，投资动机非常重要，在这种产业中实施反垄断法会挫伤创新者的投资积极性，因而，反垄断法在该产业内不会产生积极作用。一种较为温和的观点是，由于高技术产业较快的创新步伐，政府不应干预，除非可以肯定这样做有利于消费者和经济发展。<sup>[38]</sup>尤其在新经济的代表——软件产业领域，Simonetta Vezzoso 指出，这一领域的反垄断法干预效果有限，根据熊彼得创新理论，市场本身有强大的力量对停滞的竞争局面进行改变，并提出

了为了市场进行竞争(competition for market)和在中竞争中竞争(competition in market)二者的区别,指出新经济产业的竞争主要是前者。<sup>[70]</sup>还有学者从经济分析角度来观察干预的成本与不干预的成本,认为反垄断法干预网络经济的成本要高于网络经济中可能的反竞争行为带来的损失,因此反垄断法不应干预网络经济,而且一旦干预错误,则付出的社会代价很大。例如 David J Teece 认为在创新的背景下,竞争的特性、限制竞争的效果与经济租金的特性都有所不同。不干预高新技术产业的(社会)成本并不高,而且与干预可能导致的错误与成本相比就显得更小。<sup>[71]</sup>

实际上,认为新经济完全不需要反垄断法干预的学者是很少的,大多是认为反垄断法在新经济领域应做谨慎的修正,以适应新经济自身的特性。

### 2.3.2.2 本文的观点

本文认为,新经济领域不仅需要反垄断法的及时干预,而且反垄断法历来所奉行的基本原则、制度在极大程度上都适用于新经济。

第一,新经济领域同样需要反垄断法以维持自由竞争和促进创新。无论是在传统经济产业还是新经济产业,自由和公平的竞争环境是市场经济健康发展的前提条件。竞争是一种普遍的社会现象。社会达尔文主义“物竞天择,适者生存”的观点,既宣扬了竞争是所有物种面临的一种天然秩序,又宣扬了“力争成为强者”的所有物种天然具有的竞争动力。<sup>[72]</sup>竞争与垄断是天然对立的,但又贯穿于经济和社会发展全过程。从经济学角度而言,竞争与垄断是一对矛盾统一体。反映了社会化大生产和市场经济条件下生产力发展过程中的矛盾运动。这表现为垄断从竞争中产生之后,虽然可能压制和排斥竞争力量,但又可能促进竞争的进一步扩展并把竞争引向高级化。<sup>[73]</sup>在新经济产业,竞争仍然具有重要意义,正因为竞争的存在,才激励企业创新,有利于提高下一代商品的质量,同时,消费者也可以对商品享受充分的选择权。即使对于现存的垄断地位企业,潜在竞争的压力是其仍需不断创新的动力。

第二,新经济中的反竞争行为的实质并无变化。反垄断法关注两大方面的行为:消除双方之间的竞争的协议行为和滥用市场势力排斥竞争者从而获取超额利润的单方行为。<sup>①</sup>就新经济中争议最大的市场支配力而言,反垄断法关于这一方面的基本原则同样可以适用:反对反垄断法规制的学者认为,新经济中的市场支配力既是对创新者的回报,又由于快速创新市场而不能长时间维持,所以不需要反垄断法规制。而实际上,反垄断法从来都不反对市场支配地位的存在,而是反对

---

<sup>①</sup> 这里仅仅从现存市场结构的角度而言。合并行为当然也是反垄断法的重要规制对象,并且可能产生上述单方和协议行为的双重反竞争效果。

对市场支配地位的滥用。所以，在新经济中，如果垄断在某种程度上是一种必然的经济结构，也并不导致反垄断法不能适用于新经济的结论。

总的来说，从反垄断法对自由与公平竞争的维护角度看，新经济与旧经济没有什么根本的不同。在新经济时代，用来保护和扩大市场势力的反竞争手法跟过去通常所使用的没有什么区别。当技术发生变化时，象亚当·斯密以前所说的人的本性并没有变化。反垄断法明天所关注的与昨天所关注的一样，主要在于制止拥有市场势力的企业以前经常使用的用于维持和扩大市场势力的传统的反竞争手法。正如乔·克莱茵所说的：“不合理获得和保持市场势力的方式与谢尔曼参议员生活的年代并没有多少差别，它们阻碍了竞争和限制了消费者的选择，与一百年前一样，今天，它们也是不合理和不合法的。”<sup>[69]</sup>

### 2.3.3 新经济背景下的知识产权市场支配力与反垄断法规制

#### 2.3.3.1 关于新经济背景下市场份额和市场支配力的观点

关于新经济领域中无须反垄断法干预的重要理由之一是新经济的动态竞争以及快速创新特征使得在该领域的卡特尔和市场支配力总是暂时的，很快就会被市场竞争摧毁，而根本不需要反垄断当局的干预。如有学者指出，在数字产业中，领先企业较高的市场份额只是暂时的，随时都有可能被潜在的竞争者所替代，因而在位的领先企业不可能凭借其暂时的垄断地位来提高产品价格或进行价格歧视，因此，较高的市场份额并不意味着企业具有左右市场的力量。潜在的竞争威胁足以对企业采取有损竞争的行为形成威慑，而不必使用反垄断政策来限制企业行为。相对于竞争本身作用而言，反垄断政策有可能破坏软件产业的固有运行规律。<sup>[74]</sup><sup>①</sup>还有学者认为，新经济的重要特性之一是技术变化和创新的的速度很快。新经济领域的竞争主要集中于努力发展“下一件大事”（the Next Big Thing）。新经济发动者的目标不像过去那样在于追求生产效率，而在于导入全新的技术或解决问题的服务，创造一个新的市场。在这个目标的推动下，技术进步很快，并且形成了一个极其动态的市场。在这个市场里，新的技术促使成本和价格持续下降，而效用却不断得到改善。在“下一件大事”的威胁下，市场内现有企业对既

---

<sup>①</sup> 持这种观点的学者一般以微软为例进行分析：在个人电脑操作系统市场中，与微软的 Windows98 相竞争的操作系统还有 IBM 的 OS/2 操作系统。如果微软凭借其垄断地位将产品价格提高，那么消费者就会对此做出反应，并对未来价格走势进行合理预期，减少对其产品的购买，而 IBM 就可以迅速的做出反应，抓住市场机会，利用其现存的营销体系，以近乎为零的边际成本来扩大生产，增加市场份额。操作系统市场的局面将会被改观。因此，在操作系统市场中，尽管从市场份额上看，微软占据了绝对优势，但潜在的竞争威胁是存在的，这表现在市场是开放的，替代品是存在的，且也在不断进行更新换代。而且对微软来说，更为致命的威胁来自于针对 Windows 系统而进行的技术开发，其中包括 Java 软件的开发，如果开发进展顺利，那么未来应用软件的开发就可以绕过目前的操作系统平台，直接在 Java 基础上进行，即无所谓用户使用的是哪种类型的操作系统。那么目前微软所拥有的“市场进入的应用程度障碍”优势就会消失，其操作系统的优势地位就会受到现实的而不是潜在的威胁。因此，尽管微软是一个软件帝国，但并不是坚不可摧的，只要这一市场有利可图，就会存在着现实的激励吸引竞争者参与进来，寻找获利的空间。

得之成功永远不会感到满足并且时刻激励它们去努力创新。现存的竞争和将来潜在的竞争时刻给予企业以很大的压力，致使居市场支配地位的企业不敢从事垄断性行为。此外，技术的快速变化意味着市场的霸权仅是暂时的霸权。<sup>[67]</sup>而且，Frank H. Easterbrook 在 1984 年就曾指出：经济系统纠正垄断比纠正执法错误要容易得多。对于最高法院的错误，市场不能自动纠正，不论一个实践做法是否有利，如果法院认为应受制裁，这种观点往往会持续下去。<sup>[75]</sup>所以，新经济领域无须反垄断法的干预。

### 2.3.3.2 新经济领域中市场支配力分析

一般而言，市场支配力的分析基于如下三方面：（1）需求方面与替代方面的范围；（2）市场进入障碍和发展；（3）买方势力。<sup>[76]</sup>以此为理论背景，新经济中果真就不存在进入障碍和持久的市场支配力了吗？本文认为并非如此。在新经济领域中，进入障碍和市场支配力通过一种环环相扣的经济和制度链条来获得实现，而知识产权是其中最重要的一环。

首先，网络效应导致的进入障碍。如前所述，新经济的特征之一为网络效应。网络效应的大小取决于加入这一网络的消费者人数的多少。一个企业由于其首发效应而获得了该产品或服务市场上绝对优势，创造了一个拥有极大安装基础的网络，获得了极大的正网络外部性。而消费者由于转移成本较高或对该已有网络价值的较高预期，一般不愿去尝试一个新的网络，除非该网络在技术上有“毁灭性创新”的特点，如 CD 机取代传统录音机。

其次，网络效应与技术标准。在一个市场上存在着几个不同竞争者（包含潜在竞争者）各自提供独立的网络安装基础的情形下，大致可能采取如下两种竞争策略：（1）兼容策略。企业选择与共同标准兼容以及与其他竞争者实现互联的策略。这时消费者福利能实现最大化，因为对于消费者而言处于了一个更大的网络，网络效应增强。同时，通过标准化组织或技术联营，市场上实现同样的技术标准。但是，在这种市场中，企业难以实现产品或服务的差别化，同时技术创新的动机被减弱。（2）不兼容策略。若干企业认为其产品的高质量足以弥补消费者的网络效应损失，那么很可能采用不兼容或不互联政策，通过消费者锁定效应将已有消费者牢牢锁定在自己的产品或服务上，同时通过进一步扩展安装基础来扩大网络效应。一般而言，已经占据优势竞争地位的企业倾向于采用这种策略。并使自己的技术标准变成行业内的事实标准。所以，不论采取何种竞争策略，技术标准最终成为了网络效应的关键因素。

最后，技术标准与知识产权结合。新经济时代的典型特征为知识的投入和产出，以知识为核心的产业在整个经济中占有越来越重要的地位，为知识产权法所保护的智力财产成为推动产业进步，提高社会生产效率的中心动力，在这一大环

境下，作为人类社会生活中无处不在的技术标准，已经不可能绕开被知识产权所保护的技术规范而仅仅以公共智力成果作为内容。特别是在事实标准的产生过程中，由于网络效应等因素，领先企业的产品（服务）中的技术方案、方法或技术参数已经将市场牢牢锁定，后来者为了在市场中拥有竞争力，唯有追随此标准，而这一标准显然是建立在领先企业的知识产权的基础之上的。因此，标准尤其是事实标准与知识产权结合是信息时代产业发展的必然结果。

因此，网络效应、技术标准与知识产权三者共同构成了新经济领域中令人生畏的进入障碍，使得已经获得市场优势地位甚至市场支配力的企业完全有能力排斥其他竞争者（包含潜在竞争者）。

在这三者之中，知识产权是关键因素。因为网络效应和技术标准可以说是经济发展的客观产物，而且也并非新经济的独特现象。例如电话作为典型的网络产业，产生于19世纪，而技术标准更是在工业革命以前就广泛存在。之所以在新经济领域中网络效应和技术标准能有如此巨大的威力，还是在于技术标准与知识产权相结合，就其本质来说应该是公开的、公共的、公益性的技术标准被笼罩在以“私权”为基本立场的知识产权包含的羽翼之下，使得技术标准成为了垄断市场获取丰厚利润的工具。有学者评价说，知识产权法起源于实践而非理论，它让每个创造者私有其知识产品（idea），排除公众的无偿使用（将公共领域殖民化）。标准和知识产权的结合，不仅没有达到预期的目的，而且导致标准设定者将标准作为他们自己的知识产权而不断践踏反垄断法，难怪有人认为是“公共利益的悲剧”。

[77]

### 2.3.3.3 新经济领域中知识产权许可反垄断法规制的基本立场

任何法律都是一般性和特殊性的结合。正如德国哲学家伽达默尔在《真理与方法》中所阐述的，“用法律和道德的规则去调整现实生活是不完善的，还需要有创造性，需要判断力，才能正确地把握和评价具体情况。”<sup>[78]</sup>在新经济领域的知识产权和反垄断法，一方面，本文认为，对新经济中知识产权许可的反垄断法规制仍然适用效率分析范式，竞争、创新效率和消费者福利仍是立法和执法的核心因素。但另一方面，在新经济领域，知识产权的确悄然发生了变化，表现为在制度上的扩张和市场上的经济势力，所以，在进行反垄断法规制时，面对强有力的知识产权势力，必须在创新与市场自由竞争之间进行恰当好处的平衡。

第一，根据新经济产业的实际情况谨慎地适用反垄断法，以维护对创新的激励。反垄断法本身具有高度的不确定性，需要在执法中结合具体情况进行分析，近年来合理原则在反垄断法执法中的地位的提髙在某种程度上是对反垄断法的不确定性的强化。因此，反垄断法的这一特性使其能够对不同的经济环境作出相应的调整。实际上，反垄断法从其产生至今，许多原则、微观制度已经随着经济的

发展而进行了相应的发展变化，所以，没有理由认为在新经济背景下反垄断法就失去了这种适应能力。

的确，在新经济的冲击下，反垄断法的规制原则、规制重心、政策目标等均悄然发生了变化。正如波斯纳指出的，反托拉斯法律原则足够灵活，也切实忠于经济上的合理性，足以应付新经济中出现的竞争性问题。真正的问题在于制度层面：执行机构和法院没有足够的技术手段，而且行动也不够迅速，无法有效应付变化非常快的异常复杂的经济部门。因此，对于新经济产业，反垄断法执法的重要性大大提升。

在反垄断法的执法方面，一方面，由于现时的创新速度可能对未来的产品质量和价格产生重大影响，因此，反垄断法执法有着巨大的潜在利益；另一方面，由于创新路径具有极大的不确定性，技术变化又非常快，因此，反垄断法执法失误的潜在成本同样也很高昂。<sup>[38]</sup>因此，新经济领域的反垄断法执法应采用谨慎的态度，充分考虑新经济所带来的新的事实情况和新的问题，对于那些多变的、目前尚未呈现出成熟的产业发展规律的新兴产业，不宜采取过严的反垄断法规制。

第二，以维护市场的开放性和有效竞争为基本目标。新经济产业由于自身的特质，网络效果与标准化是其不可避免的发展趋势，而且带来巨大的规模效益，不宜以传统反垄断法中的市场份额等概念与原则去规范，因此，政府及司法部门应通过政策、立法或司法等，因势利导，以保证消费者的自由选择权为目的，从而在相关市场上形成既有规模效益，又有有效竞争的状态。以知识经济中最具代表性的通信和软件产业为例，2003年，Sun公司起诉微软有意阻止Sun的Java平台与微软的视窗平台兼容互用的诉讼案中，美国一法院判Sun公司胜诉。判决书写道：“尽管微软假装支持实现兼容性，但该公司故意采取措施使该目标不能实现。”判决书还判定微软必须在其视窗中包含Java，并且必须避免视窗的Java运行时间的“失效、卸载、替代或是任何功能的减弱”。该案例代表了保护软件标准开放性的法律倾向。<sup>[79]</sup>在通信产业，为了进一步增强电信市场的竞争力，从而达到降低价格提高服务质量的目的，瑞典早在2001年9月就开始实行用户更换运营商后继续使用原有号码的做法，即手机号码在不同运营商之间可以自由流动。这样可以避免运营商以用户不愿更换号码来强行捆绑住对其服务不满意的用户。<sup>[80]</sup>总而言之，保证标准或网络的开放性，消除因信息、知识产权而导致的进入障碍，确保消费者的自由选择权，也就保证了有效竞争的存在。<sup>[81]</sup>

## 第3章 中国知识产权许可反垄断法规制的宏观分析

### 3.1 中国知识产权许可的背景与现状

#### 3.1.1 当前中国知识产权许可的经济背景

自20世纪中后期以来,全球经济一体化与新经济产业的发展可以说分别从范围和性质角度描述了人类社会经济发展的主要趋势。作为国际经济体系的一个组成部分,我国当前的市场环境当然受此影响,尤其是在知识产权许可领域,经济全球化与新经济产业带来的冲击效应最为明显。

##### 3.1.1.1 全球经济一体化

一般而言,全球经济一体化表明的是商品、服务、生产要素与信息的跨国流动并在全球范围内改变资源配置,同时,各国经济日益加深相互依赖性的这样一种经济发展态势与形式。对于全球经济一体化,存在正反两方面的评价:一方面,主要国家——包括主要发达国家和发展中国家——都表现出了对全球化的积极接受与参与的态度,另一方面,全球化所带来的对国家主权、民族文化与差异性的侵蚀等负面效应也日益被关注,如1999年12月在美国西雅图举行世界贸易组织大会时,爆发的大规模的抗议活动显示了反全球化运动也在进行中。但是,全球经济一体化是生产力增长的必然趋势,正如著名经济学家约翰·邓宁所言:“除非有天灾人祸,经济活动的全球化不可逆转。”<sup>[82]</sup>所以,务实的态度应该是,无论全球化是福音还是灾难,都应正面地去接受,即积极分享所带来的巨大的经济利益,同时尽量减少或避免随之而来的负面效应,实现兴利以除弊。对于发展中国家——例如中国——而言,经济全球化更是双刃剑,既是机遇也是挑战。

对于中国而言,经济全球化带来的积极效应有:第一,提供了中国经济发展所需要的资金。参与到经济全球化过程中的中国坚持对外开放的经济政策,加大了外向型进出口战略力度,在世界贸易中获得了大量的资金。另一方面,对外开放的政策也吸引了大量的外国资金流向国内。根据联合国贸发会议《2000年世界投资报告》的统计,1999年发展中国家吸引外资已达2080亿美元,占全球份额的24%,而且投入发展中国家的国际私人资本也有大幅度提高。外资占发展中国家资本总流量的比例已达56%。第二,促进了中国产业结构调整的进一步优化与技术进步。经济全球化进程中,发达国家将劳动和资源密集型产业向发展中国家转移,成为产业结构升级换代的基本方式之一。许多发展中国家正是利用这一契机,根据国内和国际市场的需要,不断调整和优化产业结构和出口商品结构,大力加快高新技术产业的发展,成为加快本国工业化、现代化的一条捷径。同时,

发达国家相对先进的技术也促使了中国相关产业迅速实现了技术的升级换代。<sup>①</sup>

中国在获得经济全球化益处的同时，也承受着巨大的负面效应，中国经济面临着巨大的挑战，这突出的表现在：国家经济对国际社会的依存度加深，而以发达国家为主导的国际经济秩序很可能与发展中国家的自身利益有强烈冲突。根据制度经济学理论，现实经济个体的非对等的经济关系和经济权力决定了经济制度将以非中立性、非效率方式演进，决定了制度安排和制度变迁过程中的非帕累托改进效应。即让一部分人受益时必然使另一部分人受损，因此制度就天然具有非中立性。当前的国家贸易制度实际上是发达国家（贸易制度形成过程中拥有决定控制力的主体）为最大经济剩余，包括侵占发展中国家（弱势主体）利益利用经济权力而制定的有偏向性制度安排。<sup>[83]</sup>所以，中国作为发展中国家必然会承受这种制度安排的负面效应。

具体而言，发达国家利用其在贸易、金融、技术等领域的优势地位，建立了一整套以其价值观和实用性为主导的国际经济秩序，最为典型的例证即为世界贸易组织的《与贸易有关的知识产权协议》的产生。从制度的自然演进来讲，一国的知识产权保护水平应与该国的经济发展状况、文化传统、历史背景等相适用，即一国的知识产权制度应是内生的。但是，发达国家为了充分获取其技术优势而带来的全球超额利润，在世界范围内建立了一套高水平的知识产权保护标准，并将其与贸易挂钩，通过 WTO 的强制措施来加以保证。

### 3.1.1.2 新经济产业

与全球经济一体化密切相关的经济趋势是技术进步所带来的产业变革，即一般称之为新经济产业的经济现象。正如本文第二章对新经济的界定：新经济是一种以信息技术为基础、知识要素为驱动力、网络为基本生产工具的新生产方式。这种生产方式的变革不仅仅局限于某一产业或单一的技术，而是实现了社会全方位的大发展，并以加速度的趋势不断前进，对社会生产力和经济增长都产生了巨大的作用和影响，对国际社会经济秩序和法律秩序产生了巨大的冲击，并强烈影响着全球一体化中各国的自身利益与相关制度。具体表现在：第一，新经济产业促使了知识产权制度的扩张。新经济的巨大经济效应使人们真正感受到了“知本主义”的威力，而知识的公共产品属性使得知识产权保护变得前所未有的重要，因此，不断扩张知识产权制度的内涵和外延是刺激创新的必然结论。第二，新经济产业的发展使得国际贸易的重心从货物贸易转向技术贸易，从而使得知识产权保护问题具有了国际层面的意义。传统的知识产权的地域性使得国际技术贸易面

---

<sup>①</sup> 对我国以市场换技术的发展战略的实现程度如何，我国学术界有较多的讨论，基本观点为：我国开放了巨大的中国市场，但并未置换到国际社会真正的先进核心技术，反而受制于他国的技术控制，沦为发达国家的加工厂。正是基于这一认识，我国提出了建立自主创新机制。但是，本文认为，并不能因此而完全否认外国直接投资对我国技术进步的积极作用。

对复杂的知识产权法律困境，因此，促进知识产权法律制度的国际化和趋同化是发达国家的利益所在。

### 3.1.2 当前中国知识产权许可的法律背景

#### 3.1.2.1 TRIPs 语境下中国知识产权制度的建设

在 1985 年中国第一部专利法颁布之前，中国知识产权法制几乎是一片空白。随着改革开放的深入发展，从 1990 年起，中国相继修订和更新了著作权、商标、专利、商业秘密以及反不正当竞争等一系列和知识产权相关的法律法规，并开始对集成电路、地理标识、植物多样性和药品专利进行知识产权保护。在十年的时间内，中国几乎加入了当时国际社会所有的知识产权协定，如 1984 年加入巴黎公约，1989 年加入马德里协议和华盛顿条约，1993 年加入伯尔尼公约和世界版权协议，1993 年加入日内瓦音像协议和 1994 年加入专利合作协议，同时还成为了国际专利和商标分类及微生物存放协议的成员。在加入 WTO 前后，中国对知识产权法制的建设达到高潮：2000 年修订了专利法，使其基本符合 TRIPS 协议的各项要求，随后，保护集成电路设计的一系列法规也相继出台、实施。2001 年颁布了修订后的商标法和版权法，前者对于个人拥有商标、驰名商标、地理标识作了相关的规定，而后者对网络和数据库等信息技术提供了较高度度的版权保护。除了在立法上尽量符合国际社会通行的标准，中国在知识产权执法上也进行了大量的投入，加大对知识产权侵权行为的惩治力度，甚至超过了国际社会的普遍标准。<sup>①</sup>

在短短 20 余年内，中国的知识产权制度从无到有，走过了发达国家上百年的历史。在新经济产业的冲击和经济全球一体化的趋势下，中国知识产权制度的建设是一个内外交杂的复杂过程。正如国外学者指出：“一些新兴市场经济国家——如阿根廷、巴西和中国——的法律改革是外国经济的压力与国内政治条件双重作用的结果。”<sup>[84]</sup>

从内在因素分析，中国知识产权制度的建设是经济发展的必然要求。以诺斯为代表的制度经济学派将制度视为经济增长的内生变量，对知识产权制度的考察也可以从经济发展需求的角度进行。在知识产权制度与经济增长的制度经济学分析上较有代表性的为 Maskus 的分析结论。Maskus 在对 1985 年到 1990 年 72 个样本国家的数据进行分析后总结为：在人均收入达到一定水平前，这些国家的知识产权保护强度应当维持在相对较低的水平，因此为了与经济发展水平相适应，这些国家可能通过较低的法律实施效率来维持有限的实际保护效果。Maskus 的计算模型表明：在其他变量不变时，知识产权强度与滞后的人均 GNP 之间存在类似“U”型的函数关系。如果假定政府在每个经济阶段对知识产权保护水平的选择，取决

<sup>①</sup> 例如我国刑法对复制盗版光盘的行为最高可处 7 年有期徒刑。WTO 仅要求海关打击进口中的知识产权行为，而我国还规定了海关对出口中的知识产权侵权行为进行管辖。

于对生产者利益、消费者利益的综合考虑，就可以从企业创新能力的发展与社会需求的平衡角度对这种“U”型关系进行解释：由于最不发达国家没有任何能力投入任何资源用于创新，因而本国也没有多少知识产权需要保护，同时保护政策容易被外界力量左右，保护水平较为随机；<sup>①</sup>当人均收入有所提高时，国家通常出于工业化的初期，这时企业之间的学习和模仿活动增加了，消费者因收入水平的限制偏好于购买价格低廉的产品，社会对高品质产品的需求并不多，因而质量较次的复制品大行其道，这时国内的技术扩散和经济发展都十分迅速，主要的政治和经济利益都偏好降低保护；当经济发展较为成熟，一国的技术能力也逐渐提高，一些企业开始从事微小的、边际性的创新活动，同时消费者收入的增长导致经济中对更高质量和差异化的产品的需求也在增加，这导致社会开始要求和关注对商标和版权等知识产权的保护；最后当收入到达最高水平，企业具备了在技术前沿领域的研发和创新能力，新产品和新工艺不断出现，而社会的富裕程度为高科技产品的消费提供了旺盛的需求，这时知识产权保护水平随经济发展急剧上升。<sup>[85]</sup>

以上经济学分析基本上可以视为对我国改革开放以来市场有关知识产权态度的素描。近十年以来，中国经济经历了一个高速增长黄金时期，经济发展水平和社会富裕程度都有了较大幅度的提升，并且确立了自主创新的产业政策，<sup>②</sup>在这种背景下，知识产权保护水平的提高是符合社会对制度的需求的。正如中国知识产权局局长田力普表述：中国知识产权保护的最根本动力或要求，是产生于我们建立创新型经济的需要。<sup>[86]</sup>

尽管经济学演示了知识产权与经济增长的正向关系，对于中国知识产权制度的快速发展，也绝对不能忽视外部环境的“推动作用”。<sup>③</sup>如前所述，新经济产业的发展使得国际贸易的重心从货物贸易转向技术贸易，因此，促进知识产权法律制度的国际化和趋同化是发达国家的利益所在。以美国为例：科技在美国经济中一直起到非常重要的作用，随着信息、技术等高科技行业在经济发展中地位的提高，体现着新技术、新信息和人类创造性成果的版权、专利、商标和商业秘密等越来越成为其社会财富的重要形式，成为美国最具竞争力的产业。据统计，50年代美国对外出口仅有10%依赖于知识产权的保护，而进入90年代以后，这种依赖不断加强，有将近50%的对外出口依赖于某种知识产权的保护。知识产权在美国经济发展和对外贸易中起着越来越重要的作用。<sup>[87]</sup>在这种背景下，在乌拉圭回合中，美国率先提出将知识产权问题与贸易挂钩，并且经过大量细致的工作，终

<sup>①</sup> 例如因为漫长的殖民历史，一些最不发达国家不得不全盘接受发达国家的法律制度，即使对其并无多大实际含义。

<sup>②</sup> 美国经济学家麦维德曾将知识产权发展之路划分为5个阶段：出口基本产品阶段、出口高科技产品阶段、遭遇海外知识产权的高昂成本阶段、巨额投资自主创新知识产权阶段以及享受知识产权的互惠互利阶段。依据他的意见，中国当前正出于第3和第4阶段之间。

<sup>③</sup> 对于这种推动作用，一种不太友好的解释是：中国知识产权制度是在以美国为首的发达国家的压力下的拔苗助长的产物。

于使与贸易有关的知识产权被列为 15 个议题之一，并最终通过了 TRIPs 协议。在使知识产权标准国际化的同时，美国贸易代表利用其在《1988 年综合贸易与竞争法》中的特别 301 条款（后演变成超级 301 条款）中的强化授权，也不断地通过双边谈判来迫使中国提高知识产权保护水平。自 1991 年 4 月 28 日美国贸易代表办公室宣布印度、泰国和中国为严重缺乏对知识产权充分有效保护的重点监控国家开始，中美开始了漫长的知识产权冲突直至今天。不容否认的是，中国知识产权制度的建设的确实受到了国际环境的较大影响，有相当部分学者将这一现象总结为我国知识产权制度的变迁体现了强制性<sup>①</sup>和外源性<sup>②</sup>两个特点，如同美国学者 Herry J. H. Weare 所言：“中国引进知识产权法的根本动机是来自对外开放政策的驱使，中国需要对外贸易，吸引外资以及从西方获取迫切需要的技术和设备。”<sup>[88]</sup>

### 3.1.2.2 有关《中华人民共和国反垄断法》的争议与制定

与知识产权制度建设的急进作风相反，中国的反垄断法的立法则经历了漫长而曲折的过程：从 1987 年 8 月原国务院法制局成立反垄断法起草小组开始，直至 2007 年《中华人民共和国反垄断法》正式颁布时止，历时整整 20 年。<sup>③</sup>反垄断法立法的缓慢反映了政治高层与理论界对反垄断法对中国的适宜性的质疑。例如，1987 年成立反垄断法起草小组时，原本计划将反不正当竞争法和反垄断法合并立法，并与次年提出了《反对垄断和不正当竞争暂行条例草案》。但是，当时的国家经贸委和国家工商总局对国内市场进行一定调查研究后认为，“垄断”现象并不典型也不突出，而通过不法手段危害社会经济秩序的情况比较严重。所以，《反不正当竞争法》顺利出台，而反垄断法搁浅。

在我国理论界，对中国是否需要反垄断法也并未达成一致的看法。较为浅层次的理由是：我国当前经济发展所急需的是规模经济，通俗地说，就是需要将企业做大做强，而垄断就意味着大企业大规模，所以，反垄断在当前的中国并非当务之急，待我国企业进入规模经济时尚未为迟。这种结论是形式主义的将反垄断

<sup>①</sup> 强制性制度变迁一般与诱致性变迁相对应。强制性制度变迁是指由国家作为制度变迁的主导力量来推行制度的变化。

<sup>②</sup> 外源性制度变迁一般与内发性制度变迁相对应。指落后的法律制度受到较先进的法律制度的冲击而导致的进步转换过程，一般伴随着大量的法律移植。

<sup>③</sup> 当然，自改革开放以来，我国陆续颁布了一些规范市场公平自由竞争秩序的规范性法律文件，其中层次较高的有：1980 年，国务院发布的《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》，成为中国保护市场竞争的最早的行政法规。在反对地方保护主义方面，1990 年 11 月发布了《关于打破地区间市场封锁进一步搞活商品流通的通知》。1993 年 9 月颁布的《反不正当竞争法》和 1997 年 12 月颁布的《价格法》，开始涉及反垄断的条款。1993 年 12 月 24 日，国家工商局又发布了《关于禁止公用企业限制竞争行为的若干规定》，明确“公用企业”的具体对象包括供水、供电、供热、供气、邮政、电信、金融、保险、交通运输等行业。1994 年和 1996 年原外经贸部发布了《关于中国出口产品在国外发生反倾销案的应诉规定》、《关于处罚低价出口行为的暂行规定》，对国内外企业倾销行为进行了规制。1999 年 8 月通过的《招标投标法》，对建设市场的垄断行为进行了规范。2001 年发布《整顿和规范市场经济秩序的决定》，对滥用行政权力限制竞争的行为作出了禁止性规定。2004 年年初出台《制约价格垄断行为暂行规定》，禁止经营者之间通过协议、决议或者协调等串通方式操纵市场价格，以及凭借市场优势地位牟取暴利、实行价格倾销和价格歧视。

与规模经济、经济效益等对立起来,误解反垄断是对所有垄断状态和行为的反对。还有学者提出,反垄断法的颁布和执行将会影响我国现行《价格法》和《反不正当竞争法》的执法,动作太大,所以这个法的制定应当缓行。<sup>[89]</sup>随着学界对反垄断法及其经济逻辑的研究日益增多,这种对反垄断法的简单解读已经不值一提而且日益消除。

更深层次的原因来自于学界对反垄断法以至于经济法在我国自洽性的法哲学思考。邓正来教授批评中国法学受“西方现代性范式”的支配,一直在“向西方寻求经验和知识的支援”,用西方的范式“界定和评价中国的现状、建构和规划中国发展的现代化目标及其实现的道路”。<sup>[90]</sup>这一点在反垄断法的移植上表现得似乎最为突出。反垄断法被誉为“经济宪法”,这一点已经是推崇反垄断法的学者每次必说的“招牌广告”,但是,我国有学者指出,西方反垄断法是对充分发展的市场经济在市场失灵的情况下的政府干预,而我国所面临的情况是市场经济发育的不完善,自由竞争市场还远未形成,还是政府管制“襁褓”中的婴儿,发达市场呈现的各种缺陷远未成为现实的社会问题。因此,要求国家来干预市场、弥补市场缺陷的呼声十分微弱,倒是需要通过经济法、民法来明确市场主体自主权利,更进一步开放市场,培育市场。<sup>[91]</sup>中国的现实不是市场充分发达后出现市场失灵,而是没有市场、市场发育不全;政府当下的主要任务不是干预市场,用其“有形之手”替代市场“无形之手”发挥作用,而是要充分培育市场,完善市场的自由调控机制;中国的企业不是过于庞大,垄断力过强,而是普遍缺乏规模,缺乏国际竞争力;企业享有的自由不是多到可以滥用的地步,而是享有的自由太少;对于政府,当务之急不是需要通过立法授权它来干预市场,加强对市场的监管权力,而是应当想尽一切办法限制政府权力膨胀,减少政府干预市场的机会;不是市场主体不愿投资公共领域,提供公共产品,需要国家自己来投资、参与,而是国家垄断了几乎一切公共领域的经营机会,独享垄断利润。总之,西方经济法话语中的真问题在中国现实之中都成了“伪学术”。而研究者们总是自觉不自觉地受着西方经济法范式的“支配、不加质疑地把西方社会的制度性安排转化成‘法律理想图景’予以引进和信奉、进而遮蔽甚至或扭曲中国现实社会结构或中国现实问题”。<sup>[91]</sup>“……不少研究把西方社会的垄断问题预设为“中国现实问题”,过分夸大《反垄断法》对于中国的现实意义和作用,本文担心这种“夸夸其谈”很可能会使《反垄断法》成为经济法学界的又一项“面子工程”。<sup>[91]①</sup>

在我国反垄断法已经出台的背景下探讨反对反垄断法的理由,似乎实际意义不大。但是,本文认为,恰恰是这种反对意见,对于我国今后反垄断法的适用意义重

---

<sup>①</sup> 以上引文都源自陈云良教授《转轨经济法学:西方范式与中国现实之抉择》一文,但值得注明的是,在该文中,作者并不否认在中国制定反垄断法制度的积极意义,仅仅是指出对反垄断法在中国的适用不能完全照搬西方国家的主流理论。

大，借用经济学界的观点：“‘主义’可拿来，‘问题’须土产，理论应自立”。<sup>[92]</sup>

### 3.1.2.3 其他法律背景

目前，除了知识产权制度与尚未生效的《反垄断法》外，对知识产权许可有所涉及的其他法律还有：

《合同法》329条规定，“非法垄断技术、妨碍技术进步或者侵害他人技术成果的技术合同无效。”334条规定，“技术转让合同可以约定让与人和受让人实施专利或者使用技术秘密的范围，但是不得限制技术竞争和技术发展。”这两个条文，从合同效力的角度，明确了非法垄断技术、妨碍技术进步的技术合同无效，并明确技术转让合同不得限制技术竞争和技术发展，否则也是无效的后果。从条文表述本身来看，很显然比较模糊，语义不够确定，操作性还很欠缺，而且实际上最终的结果只是合同无效的后果，而不可能从根本上制止。

《中外合资经营企业法实施条例》第四十三条规定，外商投资中的技术转让协议中，“除双方另有协议外，技术输出方不得限制技术输入方出口其产品的地区、数量和价格；……技术转让协议期满后，技术输入方有权继续使用该项技术；……技术输入方有权按自己认为合适的来源购买需要的机器设备、零部件和原材料；不得含有为中国的法律、法规所禁止的不合理的限制性条款。”此一条规定，从外商投资的角度，规定了经常以技术作为合作条件，或合资企业从境外企业被许可使用技术时不得有价格歧视和数量歧视以即不得有其他不合理限制性行为。

《对外贸易法》第三十条规定，“知识产权权利人有阻止被许可人对许可合同中的知识产权的有效性提出质疑、进行强制性一揽子许可、在许可合同中规定排他性返授条件等行为之一，并危害对外贸易公平竞争秩序的，国务院对外贸易主管部门可以采取必要的措施消除危害。”

《技术进出口合同管理条例》第二十九条则规定，“技术进口合同中，不得含有下列限制性条款：（一）要求受让人接受并非技术进口必不可少的附带条件，包括购买非必需的技术、原材料、产品、设备或者服务；（二）要求受让人为专利权有效期限届满或者专利权被宣布无效的技术支付使用费或者承担相关义务；（三）限制受让人改进让与人提供的技术或者限制受让人使用所改进的技术；（四）限制受让人从其他来源获得与让与人提供的技术类似的技术或者与其竞争的技术；（五）不合理地限制受让人购买原材料、零部件、产品或者设备的渠道或者来源；（六）不合理地限制受让人产品的生产数量、品种或者销售价格；（七）不合理地限制受让人利用进口的技术生产产品的出口渠道。”上述规定，则从国际贸易和技术进口的角度，要求在国际贸易中不得有通过知识产权垄断而非法搭售、妨碍有效竞争、不合理的价格歧视等行为。

《反不正当竞争法》第十二条规定，“经营者销售商品，不得违背购买者的意愿搭售商品或者附加其他不合理的条件。”第十五条规定，“投标者不得串通投标，抬高标价或者压低标价。”这两个条文并没有明确地说是限制知识产权垄断行为，但是通说认为，这是中国现行法律环境中两个重要的有关反垄断的条文。

综合上述内容，可以看到的是，现行法律环境中，有关知识产权许可中的竞争问题，我国法律有一定层面的规制。但是在这些规制体系中，存在的问题是：第一，法律条文零散，缺乏系统的规定，可操作性不强，这也可以解释为什么法律条文存在，但是出了问题仍然束手无策。第二，从不同的角度进行规制，最后的结果只能是在这个方面可以产生法律后果，但是超越这个领域，法律就无可奈何。从上述规定看，比较有力度的是从国际贸易秩序的角度和外商投资管制的角度。但是，在目前中国的实践中，存在严重问题是，外国企业投资中国后，成为中国企业，中国法人，其利用知识产权垄断的优势，滥用知识产权，蚕食中国一块有一块市场，中国民族企业面对此步步败却，而法律对此无可奈何，因为这里不会涉及到国际贸易和外商投资的任何问题。第三，没有统一监管部门和执法机构。由于法律体系不一，政出多门，出了问题，由谁负责，法律并没有确定的答案，而且也没有相应的审查机制和制裁措施。

### 3.1.3 我国当前知识产权许可的现状及对相关立法的挑战

在前述经济背景和法律背景下，我国当下在知识产权许可领域呈现出两个鲜明的特点：一方面，在经济全球化的趋势下，跨国公司在知识产权许可中大量增加限制性条款从而获得垄断地位并攫取超额利润。由于《反垄断法》的缺位，我国实务和学术界直觉式的将其归罪于知识产权制度的扩张。<sup>①</sup>另一方面，我国自主创新的产业机制尚处于萌芽和初期发展阶段，需要对知识产权人的利益进行有效的激励，包括通过广泛的许可行为保障有市场价值的知识产权充分实现其利益。

#### 3.1.3.1 跨国公司在华知识产权战略

随着全球经济一体化的趋势和我国的改革开放政策的深化，跨国公司进入中国市场是必然的结果。上世纪90年代以来，新经济产业的迅猛发展使得跨国公司越来越注重通过先进的技术来掌控市场，一般称之为知识产权战略。

由于知识产权的地域性特征，跨国公司在华的知识产权战略第一步是在中国抢先申请并获得大量发明专利。在获得了大量行业关键技术的知识产权保护之后，跨国公司便可以通过许可或转让的方式获得大量利润，或通过知识产权诉讼等方式将市场保留给自己，维持其垄断地位。总结近年跨国公司在华的知识产权行为

---

<sup>①</sup> 较有代表性的文章有：汪丁丁的《知识产权，垄断利润，反暴利法案》，方兴东的《起来——挑战微软霸权》，王小东的《盗版有理》等。

(包括许可和诉讼行为),大致呈现如下特征:第一,将知识产权与技术标准相结合。近些年来,跨国公司在国际市场竞争中,把技术标准与知识产权相结合,强化相关知识产权保护;借助知识产权,实现事实技术标准垄断。第二,结成联盟发表联合许可声明,例如广为我们熟知的 DVD 案。跨国公司不仅在中国国内市场通过其知识产权战略来获取垄断地位,而且在与中国内资企业在全局的竞争中同样通过知识产权这一工具来排挤对手。例如思科诉华为的起因可追溯到 2001 年,导火线则是 2002 年巴西电信的路由器项目中,华为击败思科最后中标,一举打入美洲市场,对思科的垄断地位造成了较大的威胁。<sup>[93]</sup>

### 3.1.3.2 中国自主知识产权与创新战略

早在 2002 年 8 月,《人民日报》刊发题为“跳出黑洞凭实力”文章,指出技术黑洞是指发展中国家由于技术的自主研发能力的缺失,导致其产业发展依赖于发达国家,核心硬件、系统软件与装备大量依赖进口,从而不由自主地被发达国家用技术牵着走,永远只能走重复购买别人技术的老路。<sup>[94]</sup> 2006 年 5 月 24 日,在第九届科博会中国高新企业发展国际论坛上,当时的全国人大常委会副委员长成思危发言时表示:“我想用这么几个数字来说明问题:一是我们现在的技术依存度超过 50%,这说明一半以上的技术是靠引进;二是我们现在真正拥有自主知识产权的企业在全国只有万分之三左右。”<sup>[95]</sup>根据国家科技部网站公布的数据,2002 年—2005 年,我国高新技术产品进口逐年增加:以计算机与通信技术领域为例,2002 年的进口额为 289.69 亿美元,2003 年为 403.06 亿美元,2004 年为 507.2 亿美元。以上事件和数据表明,一方面技术成为经济增长的关键因素甚至是决定性因素,另一方面,由于国际社会知识产权保护水平的不断提高,作为发展中国家,如果一味依靠进口与模仿外国先进技术,极易造成技术依赖。所以,建立中国技术创新体制,拥有自主知识产权是中国平等地参与国际竞争的必要前提。正是基于以上认识,2006 年“两会”期间,中国提出知识创新战略,国务院特设自主创新战略办公室,负责建立自主创新战略体系。

实施自主知识产权与创新的国家战略不仅需要完善的知识产权法律制度作为激励机制,针对我国的实际情况,更为迫切的是建立促进创新的市场机制。<sup>①</sup>WTO《与贸易有关的知识产权协定》表明,在知识产权战略中重要的不是知识产权中的

---

<sup>①</sup> 我国当前在知识产权领域中的问题在于:重视科研成果的验收结题和论文发表,而忽略以专利为主的知识产权申请和实施,导致具有原始创新性的自主知识产权的匮乏。例如:2005 年,中央直属大型国有企业共实现利润 6413 亿元,超过全国国有企业利润的七成。但是这些企业 2005 年申请的专利只有 2200 多件。与此形成鲜明对比的是,仅华为一家申请专利就达 4000 多件。而在美国,前十大申请专利企业申请数额占据了全部专利数额的 10% 以上。2005 年,国内申请方面专利共 17 万件,有 46% 来自于国外企业的申请,而剩下的 54%,有 1/3 是个人申请,另有 1/3 是三资企业,只有 1/3 是属于国有企业、科研机构、大专院校、民营企业申请。资料来源:商思林,反垄断法:迎接知识产权保护压力的中国大棒,商务周刊,2006,5,第 50 页。

技术含量,而是这些创新中所具有的市场应用前景与利益。中国自 80 年代开始,政府即制定多种计划,以促进科学技术进步以及鼓励技术创新成果转化为现实生产力,但是,从有关资料统计表明,这一目标的实现并不乐观,有关研究机构指出,中国每年可以取得约 3 万项科研成果,其中进行转化的只占 20%,而真正实现产业化并形成一定效益的只占 5%。<sup>[96]</sup>要及时将基础研究与商业竞争前期研究成果转化为具有原始创新性的知识产权,是我国知识产权战略制定与实施的关键所在。必须充分依靠市场力量和发挥企业的主观能动性,推动知识产权战略的实施,不仅仅表现在为自主知识产权寻找市场机会,还包括为营造一个有利于知识产权转化为利润的市场机制创新,需要政府发挥维护市场竞争秩序的作用。换言之,建立积极宽松的知识产权许可环境,充分实现知识产权人的市场利润。

### 3.1.3.3 对知识产权许可反垄断法规制所带来的挑战

从前述背景和现状可以得知,我国当前的知识产权许可呈现出鲜明的阶段性特色:即作为技术引进国,来自发达国家的许可人往往凭借其基于技术以及其在相关市场上已经占据的优势地位,获得强势地位,在技术许可协议中规定各种限制性条款,从而获取巨额利润并维持自身的优势地位(后一目标往往更为重要)。所以,与欧美等发达国家不同的是,在我国的知识产权许可的法律规制不仅涉及知识产权制度与反垄断法的基本原理,更是一个国际政治经济秩序中的正义性问题,涉及发达国家与发展中国家在技术转移、经济增长中的国际法上的权利与义务。我国一方面必须充分尊重知识产权制度的合理性以及相关国际条约的规定,实行有力的知识产权保护水平,另一方面,作为发展中国家,我国亦可在国际法框架下灵活有效地保护国家利益。具体而言,如何有效地规制发达国家的许可人凭借知识产权打击中国企业在国内与国际市场上的成长与竞争力的行为,是我国当前知识产权许可法律规制的主要现实问题。而这一问题的解决,一方面固然可以在知识产权制度内部设置基于公共利益的平衡机制,但是知识产权法律制度作为私法体系的构成部分也表明了它无法站在全社会的高度对知识产权垄断进行合理规制。作为一项权利,正如任何权利都有被滥用的可能,知识产权同样也有可能被作为限制或破坏社会竞争的手段,而市场经济最为重要的机制就是竞争机制,一旦竞争机制被扭曲,市场就不能正常发挥作用,市场秩序和市场结构就会遭到破坏。作为一项民事权利,知识产权法律体系当然要对知识产权垄断进行限制,但其主要是基于诚实信用、权利不得滥用以及公序良俗等基本原则的约束。再有就是著作权法中的合理使用、法定许可、专利法中的强制许可、在先使用人的在先使用权,以及权利穷竭原则等,但不管怎么样,作为私法,它显然无法对一些企业尤其是跨国公司利用知识产权作为扩张手段采取措施。知识产权法律体系本身并不具有维护公平竞争的功能,它更无法站在维护和促进交易公平,以实现充

分有效的竞争的高度去全面审视知识产权的垄断行为，所以，基于中国当前知识产权许可的现实，从外部进行反垄断法规制是当务之急。

对知识产权许可进行反垄断法规制，在我国《反垄断法》刚刚生效，有关司法实践近乎空白的情况下，借鉴国外成熟的立法经验似乎是必然的选择。他山之石，可以攻玉，但是，如果不是从中国的实际情况出发，制定符合国情的规范性法律文件，则可能会造成桔逾准为枳的尴尬局面。因此，中国当前知识产权许可的反垄断法规制，既要遵循理论的一般规律与国际社会的发展趋势，又要能解决中国当前的实际问题，下文即是在这一立场上展开分析。

## 3.2 TRIPs 框架下中国知识产权许可反垄断法规制的基本价值与目标体系

### 3.2.1 TRIPs 与中国知识产权许可的反垄断法规制

TRIPs 从其产生背景来说是发达国家为了建立对自身有利的国际经济秩序而树立的国际知识产权保护标准，发展中国家可以说是不平衡地被施加负担，而未取得任何实质的发展利益。<sup>[97]</sup>为了平衡利益，TRIPs 亦提出对知识产权的保护及实施“应有助于促进技术革新及技术转让和传播，使技术知识的创造者和使用者相互受益，并有助于社会和经济福利的增长及权利和义务的平衡”。在这一宗旨下，TRIPs 在若干条款中规定了对知识产权滥用的限制性措施，其中较为明确的为第八条（2）：为了防止权利所有者对知识产权的滥用，防止不合理地限制贸易或反过来影响技术的国际性转让的实施行为，可以采取适当的措施，其条件是这些措施与本协议的规定相一致。第四十条：（1）缔约方同意，某些与知识产权有关的限制竞争的许可行为或许可条件可能对贸易产生相反的作用，并且可能妨碍技术的转让和传播。（2）本协议中的任何内容都不应阻止缔约方在其国内立法中规定出在特定情况下可能构成对知识产权的滥用，从而在相应的市场上对竞争产主相反作用的许可行为或许可条件。如上面所规定的那样，缔约方可以在与本协议的其他规定相一致的前提下，根据该缔约方的有关法律和规则，采取适当的措施来防止或控制这样的行为，例如独占性反授条件，禁止对有效性提出异议的条件和强迫性一揽子许可等。此外，第三十一条（K）<sup>①</sup>，第六十六条<sup>②</sup>，第六十七

<sup>①</sup>未获权利所有者同意的其他使用 如果一个缔约方的法律允许在未获权利所有人同意的情况下而对一项专利的实质性内容作其他使用，包括政府征用或政府授权的第三方的使用，则应遵守下述的规定：（k）如果这样的使用是用来实施一项专利（“第二专利”），而这样的实施会侵犯另一项专利（“第一专利”），则应满足如下的条件：（I）第二专利的权利要求所要求保护的发明与第一专利的权利要求中要求保护的发明相比较应具有可观经济价值的重要技术进步；（II）第一专利的专利权人应有权在合理的条件下获得使用第二专利所要求保护的发明的交叉许可；（III）对第一专利的被准许的使用除了在和第二专利一道转让的情况下将不得转让。

<sup>②</sup>最不发达国家缔约方 1. 考虑到最不发达国家的特殊需要和要求，它们在经济、金融和行政管理上的紧迫性，以及它们为建立可以生存的技术基础所需的灵活性，除本协议第 3、4、5 条之外，将不要求它们在上

条<sup>①</sup>也包含有相关内容。从以上协议内容可以看出,由于 TRIPs 改变了已往知识产权国际公约从否定性义务的做法转而采用肯定性义务,即直接规定成员方在知识产权保护方面的范围、程度等义务,所以,对于知识产权可能造成的负面效果,TRIPs 也作了比较直接的规定。<sup>[98]</sup>但是,一般认为,以上条款的规定是授权性的,而非义务性和强制性的,<sup>[99]</sup>所以,作为 TRIPs 的成员国,中国在相关立法方面应积极主动地利用上述条款所可能形成的利益空间,最大限度地实现国家利益的保护:

第一,通过反垄断法来规制知识产权对竞争产生的危害和负面效应。TRIPs 协议受欧盟和美国的影响比较大。无论是指导思想还是关键术语的使用,抑或是立法体例对竞争产生限制作用的知识产权许可行为,将更直接地与各国的反垄断法联系起来;第二,TRIPs 协议将对知识产权反垄断法规制界定为各国国内立法范围内的事项,允许各国自行以法律或规章的形式对限制性条款予以规范,限制或控制各种滥用知识产权的作法或条件;第三,TRIPs 协议明确了独占性回授条款、质疑条款、强迫性一揽子许可三种情况作为明显对竞争有负面效应的行为,应纳入规制对象,同时,以上三项仅为列举,并为穷尽所有危害竞争及创新的行为,各国可以自行规定其他规制行为种类。第三,中国作为发展中国家,应充分利用 TRIPs 协议中对发展中国家的优惠,争取在国际技术转让中尽可能多的利益空间。第四,应关注与他国在知识产权反垄断法规制方面的国际合作,同时注意维护自身在反垄断法执法、司法方面的主权与国家利益。TRIPs 协议第四十条的第 3 款规定如果任一成员有理由认为作为另一成员之国民或居民的知识产权所有人正从事违反前一成员的有涉本节内容之法规的活动,同时前一成员又希望不损害任何合法活动、也不妨碍各方成员作终局决定的充分自由,又能保证对其域内法规的遵守,则后一成员应当根据前一成员的要求而与之协商。在符合其域内法律,并达成双方满意的协议以使要求协商的成员予以保密的前提下,被要求协商的成员应对协商给予充分的、真诚的考虑,并提供合适的机会,并提供与所协商之问题有关的、可公开获得的非秘密信息,以及该成员能得到的其他信息,以示合作。第 4 款规定如果一成员的国民或居民被指控违反另一成员的有涉本节内容的法律与条例,因而在另一成员境内被诉,则前一成员应依照本条第 3 款之相同条件,根据后一成员的要求,提供与之协商的机会。这些条款内容增加了成

---

述第 65 条第 1 款所定义的本协议实施日起的 10 年之内实施本协议的规定。根据一个最不发达国家提出的具有正当理由的请求,理事会应批准这一期限的宽限。2. 为了使最不发达国家缔约方能够建立良好的能够生存的技术基础,发达国家应采取措施,鼓励和促进其境内的企业和研究机构向最不发达国家缔约方传输技术。

<sup>①</sup>技术合作 为了促进本协议的实施,根据请求或依照双方一致同意的条件,发达国家应提供有益于发展中国家和最不发达国家缔约方的技术和金融合作。这样的合作应包括帮助进行国内的有关保护和实施知识产权以及防止对知识产权的滥用的立法,还应包括帮助建立或健全与此有关的国内机构和部门,以及人员的培训。

员国为保护本国国民利益而干预别国司法可能性。因此，在制定我国的相关法律法规时，必须考虑到国际社会在知识产权反垄断法规制领域的一般原理与趋势。

另外，作为 WTO 的成员国，WTO 的基本原则即非歧视原则（包括国民待遇和最惠国待遇两方面）、透明度原则、自由贸易原则、公平竞争原则和程序公正原则等，中国在相关知识产权许可反垄断法规制时也必须注意与前述原则不相违背。例如，非歧视原则要求对国内外各种市场主体一视同仁，而不能对某些主体采取特别的歧视或优惠性待遇。所以，尽管我国当前在知识产权许可中的确存在国外许可人强势地位的现实，日本在 1968 年《国际许可协议的反垄断指南》中采纳的对外国许可人从严控制的申报审查制度已经不适宜于当下的中国，而必须实行同一的规制政策和制度。因此，我国在制定相关立法时，既要肯定知识产权许可促进创新、提高社会整体效率的积极性，又要注意国家利益的保护和本国被许可人的利益，在二者之间实现微妙的平衡。

### 3.2.2 中国知识产权许可反垄断法规制的基本价值

自芝加哥学派逐渐走上历史舞台之后，效率逐渐成为美国反垄断法关注的中心。当前在我国，也有不少学者主张应改变竞争作为反垄断法的基本价值取向，由效率取而代之。<sup>①</sup>本文并不反对效率作为我国反垄断法的重要价值甚至是核心价值，但是，在我国当前的具体情形下，对竞争作为反垄断法的基本价值的忽略甚至否定，本文认为并不可取。在本篇论文的主题——知识产权许可的反垄断法规制的具体领域内，竞争作为基本价值显得尤为重要。

维护竞争对中国市场具有举足轻重的意义，尤其在与知识产权许可密切相关的知识经济行业。竞争与垄断始终是反垄断法的中心词，可以说，整个反垄断法的发展历史就是在竞争与垄断之间寻找黄金分割点。尽管在当下西方国家无论是理论界还是立法、司法实践中，对于垄断早已摆脱了亚当·斯密时代“垄断就是恶”的简单推论，甚至认为产业集中化的趋势不可避免，而且可以提高核心竞争力。<sup>[100]</sup>但是，本文认为，在中国，更多的资源应用于培育竞争性的市场环境。我国当前反垄断法理论界较多的强调效率作为反垄断法的终极目标，在一定程度上忽视了竞争作为基本手段的重要意义，反而运用西方经济学原理分析垄断对社会福利的积极效用。对于此种研究倾向，本文不敢苟同。正如前文所言，主义可拿来，但问题要“土产”。西方经济学对垄断的经济分析是在充分自由竞争阶段过后的垄断，简单地说，是自由竞争产生的经济垄断。而在中国目前的垄断，除了行政垄断以外，大都是跨国公司的在中国形成的经济性垄断。尤其是在与知识产权许可密切相关的高科技产业领域的垄断，情况更是如此。

<sup>①</sup> 较有影响的如盛杰民、叶卫平，反垄断法价值理论的重构，现代法学，2005 年第 1 期；胡甲庆，反垄断法的经济逻辑，厦门大学出版社，2007 年版等。

我们可以通过以下数据来说明：

图 1 是高科技产业增加值按所有制类型分布图：2006 年我国高技术产业企业数共计 19161 家，其中国有企业数量继续下降，共计 1960 家，延续了“十五”期间快速减少的趋势；三资企业的数量比去年有较大增加，共计 6999 家，比 2005 年增加 508 家；其他类型内资企业数量最多，占高技术产业企业总数的 53.2%。

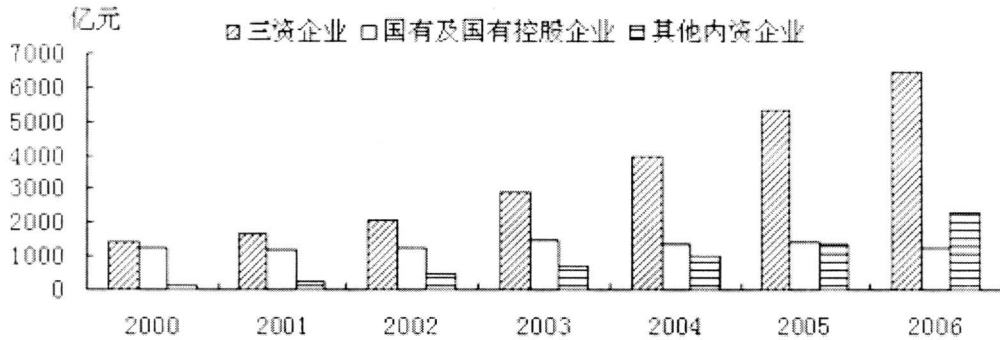


图 1：高科技产业增加值按所有制类型分布

资料来源：科技统计报告，第 22 期（总第 413 期）科学技术部发展计划司，2007 年 12 月 18 日。<http://www.most.gov.cn/>

同时，据新华社报道，我国发明专利申请数量已经位居世界第 4 位。然而，其中近半数发明专利申请来自国外，在移动通讯、无线电传输等高新技术领域，来自国外的发明专利申请占比更是高达 90% 以上。2005 年，我国发明专利申请数量达到 173327 件，其中国内申请发明专利 93485 件，占 54%；国外申请 79842 件，占 46%。来自国家知识产权局的统计更是显示：我国国内发明专利申请与国外发明申请在质的方面依然存在较大差距。以两者专利申请集中的领域分析，国内发明专利申请量占我国同类发明专利申请量比例最高的领域是中药、非酒饮料、食品、中文输入法等领域。而国外在我国申请的发明专利则主要集中在高新技术领域。<sup>[101]</sup>

从以上外资在中国工业产值以及专利申请的数据来看，外资作为一个整体，在某些行业中已经占据了垄断地位，尤其在电子通信设备制造业、仪器仪表、文教体育用品制造等表现得似乎更加明显。

另外，在一些行业还出现了单个跨国公司垄断的情形。根据国家工商总局公平交易局反垄断法处调查发现：美国微软公司占有中国电脑操作系统市场的 95%；瑞典利乐占有中国软包装市场的 95%；美国思科公司占有中国网络集线器、路由器市场的 60%；柯达公司占中国感光材料市场的 50% 以上。<sup>[102]</sup>

另一个很能说明问题的数据是：我国当前高科技产业领域的技术贸易成为整个技术贸易毫无疑问的主体：2007 年，在全国技术市场成交合同中，涉及技术秘密、计算机软件、专利、集成电路、生物医药、动植物新品种等各类知识产权的

技术合同共计 109740 项，占全国成交总项数的 49.7%；成交金额 1477 亿元，较上年增长 23.5%，占全国成交总额的 66.4%。其中技术秘密和计算机软件著作权的技术交易成交额居第一、二位。技术秘密合同成交 76261 项，成交金额 1008 亿元，较上年增长 29.2%；计算机软件著作权合同 27617 项，成交金额 255 亿元，较上年增长了 15.4%。<sup>[103]</sup>

在这种现实环境下，如果一味照搬当前西方国家对垄断、行业集中行为的认可，强调产业集中在新经济行业中的合理性及对社会福利的提高，其实际效果只能是跨国公司利用其优势地位大量攫取中国市场的行业利润，大量的消费者剩余也必然被转移至垄断者手中。更为严重的后果是：在技术成为一国的核心竞争力的国际大环境下，如果跨国垄断涉及的行业过多，或者垄断的行业具有战略地位，形成了技术垄断，那么东道国经济就会丧失独立性，影响国家的经济安全。所以，在对知识产权许可行为进行反垄断法规制中，虽然垄断对技术创新的积极意义是一个考虑因素，但是，立法和执法更应该关注的是某个许可行为对市场竞争的效应，以保证竞争的存在为首要前提和基本价值。本文认为，波斯纳法官关于效率和竞争的论证也许是最适宜中国当前的反垄断法——尤其是在与知识产权相关的领域——的现状：“效率是反托拉斯法的终极目标，竞争只是一个中间目标，只不过这个目标常常离终极目标足够的近，使得法院不必看得更远。”<sup>[36]</sup>虽然这是他在论证效率作为反垄断法的终极目标时所发表的言论，但丝毫不妨碍我们进行另一侧面的解读：作为在反垄断道路上的起步者，或许我们首先要看到的是竞争这一基本目标。

### 3.2.3 中国知识产权许可反垄断法规制的目标体系

#### 3.2.3.1 维护开放、公平的竞争环境

本文认为，维护开放、公平的竞争环境是中国对国内知识产权许可进行反垄断法规制的首要目标。经济法强调的是社会公平、实质公平，谋求的是社会稳定与发展，追求的是社会的整体利益的实现。反垄断法作为经济法的重要法律部门，当然也应体现这一公平观。在对知识产权许可行为反垄断法的规制中，以公平作为衡量标准之一有着独特的含义和意义。从具体层面而言，知识产权许可行为的公平意味着许可方和被许可方之间的公平，包含形式公平和实质公平。在滥用优势地位的许可行为中，进行规制的正当性根据就是双方地位上的不平等而可能导致的结果不公平，而不公平的结果反过来又会强化许可人的优势地位，导致下一个不公平的许可行为。例如单方面、独占性的回授条款就意味着许可人可以将与许可技术有关的所以改进和创新收归囊中，始终把握着在技术上的主导权，不断降低了被许可方的创新动机，也降低了许可方自身的创新激励。从宏观层面而言，

知识产权许可行为的公平体现在知识产权人自身利益和社会整体利益的平衡。即便知识产权是私权，知识产权制度的公益性已经得到了公认，所以，在对知识产权人的许可行为规制时，以社会整体利益为目标的规制行为有着反垄断法和知识产权法的共同根据。

开放的竞争环境是公平的另一种表现形式。在知识产权许可中，由于知识产权的私权性以及知识本身的连续性，对某一技术的创新很可能涉及他人已获得知识产权保护的相关技术，造成对创新进行激励的知识产权制度反而成为创新的障碍。<sup>①</sup>另外，由于网络效应以及经济全球一体化，技术标准已经成为我国企业进行国内外市场竞争的拦路虎，在我国的知识产权许可环境中，这种情况表现得尤为突出。所以，在进行反垄断法规制时，要特别重视因知识产权所形成的市场进入障碍，维护一个开放的市场竞争环境。例如，在对知识产权拒绝许可行为反垄断法规制时，本文建议，可以适用“基础设施”理论来保证自由接入，保持市场的可兼容性和开放性，从而维护竞争性市场结构。

### 3.2.3.2 促进创新

技术创新是经济增长的关键因素，而且促进创新对我国而言有格外重要的意义，所以，无论是我国的知识产权法还是反垄断法都以创新为价值目标，在以反垄断法规制知识产权许可行为时，当然也要重视对创新的影响。在我国当前主要是技术引进的情形下，应特别关注该许可行为对被许可人创新动机的影响及创新成果的归属。例如在回授条款中，规定许可人对被许可人的所有改进享有专有性的权利，该类条款对被许可人的创新动机是严重的阻碍。我国很多企业在引进技术后，受制于技术许可中苛刻的回授条款，急于进行技术改造，而是满足于作外国公司的加工厂，并未通过技术引进提升自身的技术创新能力。在这一方面，日本的经验值得我们借鉴。众所周知，日本在二战后实施技术立国的基本产业政策，大量引进美国先进技术，在模仿的基础上进行创新，并获得独立的知识产权，最终跻身于技术强国之列。

当然，在促进创新方面，对于某些具有战略意义的行业，除了引进之外更多地要关注本土企业的发展，要注重自主创新。公司的技术外溢在某些敏感行业往往有限，常常受政治等一系列因素的干预，如美国限制美国芯片厂商向中国出口高端芯片等等。民族工业只有通过技术创新提高外资进入的技术门槛，才能真正具有竞争力，跨国公司的技术外溢才会加快，因此在发展民族工业进程中，必须高度重视自主创新这一问题。在这一方面，知识产权制度的直接作用似乎体现得更加明显，但是反垄断法所创造的公平、开放的竞争环境也是必要的前提。

---

<sup>①</sup>本文中的技术联盟和技术标准一章对此有较深入的探讨。

### 3.2.3.3 维护国家利益

维护国家利益是法律工具性价值的体现，古今中外，概莫能外。我国当前正处于加速工业化的阶段，技术来源于自主开发和引进技术，以引进技术为主；创新模式以集成创新和引进技术消化吸收再创新为主，原始创新较少。这就决定了我国当前在知识产权许可中主要的充当被许可人的角色。这一定位与 70 年代左右的日本有很大的相似性。日本在 1968 年出台《国际许可协议的反垄断指南》，这一法案专门针对日本企业作为被许可人的国际许可协议，对国外的许可人施加了“不成比例的负担”，以干涉主义的政策而不是考察限制对竞争的实际影响来规制限制性行为。<sup>[104]</sup>当然，当下的国际环境和我国作为 TRIPs 成员国的身份都意味着中国不可能也没有必要采用日本当年的政策措施，但是，日本的历史经验的确为我们提供了有价值的启示，即在我国当前这一阶段性背景下，对知识产权许可行为进行反垄断法规制可以较之欧美国家略微从严。

略微从严的反垄断法规制可以有效地抵消国际知识产权保护水平越来越高对我国带来的不利影响。我国已经是 WTO 的成员国，必须遵守 TRIPs 条约对知识产权保护的各项标准。而 TRIPs 条约是在以美国为主导的发达国家为了在国际贸易中利用其技术优势获取超额利润的背景下签订的，对知识产权规定了较高的保护水平。一般认为，知识产权的保护水平和一国的经济发展水平、历史背景、法律传统、文化习俗等密切相关，完全受国际环境影响而决定的知识产权制度对发展中国家而言并非具有普世性的效应。在我国理论界（主要是经济学界和法学界），一直都存在对当前中国的知识产权保护水平不吻合国家的经济发展水平和历史背景的质疑，而在实践中，对跨国公司利用高水平的知识产权保护来获取垄断地位、排挤民族企业的行为，社会公众有普遍的反感情绪。<sup>①</sup>因此，略微从严的反垄断法规制至少在制度层面上为知识产权的滥用提供了威慑效应，在一定程度上对知识产权的扩张进行了制衡。

主张略微从严的反垄断法规制的观点，必须澄清一个可能的误解：该观点并非是对知识产权制度的否定。认为知识产权与反垄断法是此消彼长的观点是建立在二者相互对立的逻辑之上，但事实证明二者虽然有一定的紧张关系，但绝非彼此对立。严格的反垄断法规制并不会使知识产权制度虚无化，例如知识产权在客体、内容、期限上的扩张就并不受反垄断法的影响。

## 3.3 中国知识产权许可反垄断立法的模式选择与违法认定原则

我国现行《反垄断法》中关于知识产权的法律条文表述为：“经营者依照有关

---

<sup>①</sup> 本文在此并非指我国现行知识产权保护水平过高，而仅仅是陈列了一些观点。对于现阶段我国究竟应采用何种知识产权保护水平，是另一个宏大的研究课题。

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。”很显然，我国采用了知识产权的适用除外制度，仅对滥用知识产权的行为进行规制。参照国际社会通行的做法，以及我国立法、司法的传统，在对于知识产权许可进行规制时，有必要制定具有更高操作性的条例。以下是本文关于该类条例的基本立法构想。

### 3.3.1 模式选择

国际社会影响较大的关于知识产权许可反垄断法规制的规范性文件分别是美国 1995 年《知识产权许可的反托拉斯指南》、2004 年欧共体委员会颁布的《关于某些类型的技术转移协议适用〈罗马条约〉》第 85 条（3）项的 772/2004 号规章》（下文中均简称欧共体 772/2004 规章）及相关指南、日本 1999 年颁布的《专利和专有技术许可协议中的反垄断法指南》。

美国的《知识产权许可的反托拉斯指南》和欧盟的 772/2004 规章分别可以冠之以方法主义和规则主义的倾向。美国在该指南中对大多数涉及知识产权许可合同中的限制性条款规定应当采用合理原则进行分析、评估，全面地界定许可行为可能影响的三个市场领域，明确指出了应当考虑的主要因素，并清晰地阐明了对许可行为所采用的利益和损害权衡比较。根据这些规定，美国反托拉斯部门要查明许可合同中的这种限制性条款是否对所涉及市场中的竞争产生不利影响，当回答是肯定时，还需进一步判断这些限制性条款双方是否是实现有关知识产权的价值所必需，它产生的积极影响是否能够抵消上述对竞争的不利影响，从而从整体上看是否具有促进竞争的效果。简言之，美国 1995 年《指南》的主旨在于提供一种分析模式或方法。而欧盟的 772/2004 规章则采取一般禁止与豁免程序相结合、单独豁免和集体豁免相结合的体制，来控制知识产权许可方面和其他方面的反竞争行为，在保持一定灵活性的同时增强法律的确定性，使当事人、执法机关和法院能清楚地确知法律许可、禁止和豁免何种行为，由此也增强了法律的可操作性和可执行性。也就是说，欧盟更多的关注通过相对清晰的行为规则为当事人提供确定的指导，至于对于许可行为的分析则主要通过与其配套的指南来说明。<sup>[105]</sup>

日本 1999 年的《专利和专有技术许可协议中的反垄断法指南》则可以说是采美国和欧盟二者之长：它既分析对特定类型限制的必要性与其对竞争不利影响的可能性并进行权衡——体现出与美国的合理原则类似的地方，又将限制条款分为白色条款、灰色条款和黑色条款三类方面——明显参考欧盟的集体豁免制度。这种模式一方面凸显了成文法国家重视规则主义的特性，又使得规则的适用有较强的可操作性及对当事人行为的指导。<sup>[106]</sup>

本文认为，我国在制定相关规范性文件时，宜参照欧盟和日本的模式，注重对规则的制定。理由如下：第一，我国的成文法传统决定了规则主义倾向。

我国属于成文法国家，与美国法官法传统有显著区别。美国赋予法官较大的自由裁量权的司法传统是建立在法官遴选精英制的土壤之上，而这显然不是我国司法体制的现状，同时也不符合公众的法律心理。所以，从总体上讲，方法主义不适宜我国。第二，知识产权反垄断法规制的独特性尤其需要相对确定的规则。反垄断法建立的基础是在市场失灵的情形下进行政府干预，在反垄断法的司法和执法中，适用方法主义容易造成政府对市场的过度干预。另外，在对知识产权进行反垄断法规制时，不仅需要法官或执法者具备较好的法律专业素养，更要求有一定的经济学知识背景和相关专业知识背景，通过制定较为确定的规则有利于避免因学术立场不同导致的司法或执法的不稳定性。

### 3.3.2 违法认定原则

反垄断法的一个重大基本理论问题是限制竞争行为的违法认定原则，也叫反垄断法的违法确认原则或基本原则，即对具体的限制竞争行为以一个什么样的准则来确认其是否违法。采用不同的违法认定原则来判断同一个限制竞争行为，关于是否违法的结论很可能相反。反垄断法的两大违法认定原则是合理原则与本身违法原则。

本身违法原则指企业的某些限制竞争行为，不论其产生的后果如何，其行为都均要受到反垄断法的制裁。合理原则是反垄断法上的一项基本原则，随着经济学对反垄断法的影响的日益加深，合理原则已经逐渐超越了本身违法原则而成为反垄断法的最重要原则。合理原则既是反垄断法的一个分析方法，同时也是一个实体判断原则，有着比较复杂的内涵，根据美国大法官波克（Robert H. Bork）对合理原则的定义，该原则是指：市场上某些被指控为反竞争的行为不被视为必然非法，而需要通过对企业或者经营者在商业或贸易领域的行为本身及其相关背景进行合理的分析，以是否在实质上损害竞争、损害整体经济、或实现财富最大化、增加社会公共利益等目标，或者有助于改进生产或分销产品、或促进技术开发或者经济进步，同时使消费者获得相当程度的实惠为违法标准，在反竞争与潜在效益以及相关价值之间作出平衡和选择的一项法律确认原则。其中，要求法院在具体对待诉讼案例时，作出行为排挤竞争和产生潜在效益的比较是合理原则最为中心的内容。<sup>[107]</sup>

本身违法原则与合理原则的各自优点与缺陷都十分明显，而且一方的优点往往对应着另一方的缺点，反之亦然。本身违法原则诉讼效率高、诉讼成本小，因为法院省却了复杂的案情分析，节约了时间与费用。在诉讼行为中，本身违法原则对原告较为有利，因为被告只要实施了限制竞争的行为并产生了损害竞争的后果，法院即可判其违法，这样原告举证相对容易。另一方面，本身违法原则的缺点是不够灵活而且过于严厉。有学者指出：应用该原则案件审理的重心往往过多

地集中在寻找共谋的证据，而不是行为的实际后果，许多案件中，被告被处罚，而事后一些年内，该市场的价格反而上升了。这表明执法机关的精力都花在了在一些并未产生实际后果的案件上，反而忽略了真正需要关注的领域。这是一种司法资源的浪费。更重要的是，该规则的明确性同时也导致其僵硬性，只着眼于协议的性质，无法灵活适应案情，有时会与实际情况相矛盾，因而其适用受到越来越多的限制，从而使其界限变得模糊。<sup>[108]</sup>

与以上分析相对应，合理原则具有更多的灵活性，因为它只关注限制竞争行为的后果而不关注限制竞争行为本身，但是合理原则涉及对限制竞争行为进行经济分析与价值判断，诉讼成本极高而诉讼效率较低。对于原告而言，由于信息的不对称以及要举证的事实涉及大量的经济学专业问题，诉讼中很难获胜。高昂的诉讼对被告来说也有不利之处，如在某些情况下原告可能会滥用诉权起诉被告，被告为了降低成本往往选择给予原告一定补偿。所以，在美国反垄断法实践中，以调解结案的案例不在少数。合理原则的另外一个缺点是其不确定性，即没有形成一个确定的判断标准，这使得反垄断法作为法律对企业行为的指导性大为降低，企业在竞争活动中很难把握其行为，当然，正如有学者指出，不确定性这一缺陷与其说是合理原则的缺点，不如说是反垄断法自身的缺点，是难以克服的。<sup>[109]</sup>

正是因为合理原则的缺点，学者们又提出了本身合法原则（rules of per se legality）。本身合法原则是主张反垄断法放松规制的反映，早期由一些芝加哥学派的学者提出，以波斯纳在1981年在芝加哥法律评论上发表的《地域限制的反垄断法规制的下一个步骤：本身合法》<sup>①</sup>一文为代表。本身合法原则的基本观点为：对于那些被明确具有经济效率、但是看似具有反竞争性质的行为直接判定为合法，例如纵向限制，往往有益于竞争或者是有效率的，因此法庭应该以本身合法原则来对待这些行为。本身合法原则与本身违法原则一样具有诉讼效率高、诉讼成本小的优点，例如 Frank H. Easterbrook 指出本身合法原则可以让法庭最小化（执法）成本与降低犯错误的风险。<sup>[110]</sup>

基于以上对诸原则的普遍性分析，在知识产权反垄断法规制这一领域，本文认为，应采用当前的流行趋势，即以合理原则为主，以本身违法原则与本身合法原则为辅。

第一，合理原则适应对知识产权与反垄断法之间平衡的总体要求。随着技术进步与创新对经济增长的重要性日益增加，如何使知识被大量的生产并转化为生产力是各国在立法、司法时最需要考虑的因素，这一点在知识产权法和反垄断法领域体现得最为明显。而制度的制定与知识（技术）的发展总是存在一定的时间差，即制度往往具有一定的滞后性，在这种情况下，运用合理原则能最大限度

---

<sup>①</sup> 英文标题为 The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality

的化解这种滞后性，而实现最终的立法目的。所以，在技术发展日新月异的今天，运用合理原则是反垄断法与知识产权法实现对创新的激励的必然选择。在对知识产权进行反垄断法规制时，运用合理原则所要权衡的因素主要是生产效率、分配效率和创新效率，其中以创新效率为最重要的指标，同时考虑由于效率的提高所产生的社会福利能否以及多大程度上为消费者所享有。

第二，本身违法原则和本身合法原则也具有积极意义。与前文关于我国知识产权许可反垄断法规制的模式选择一部分相呼应，在制定相关规范性法律文件时，也不应忽视本身违法原则和本身合法原则的积极意义。实际上，本身违法原则和本身合法原则是合理原则的演化，即通过运用合理原则中的权衡比较方法，将某些明显具有非效率因素的反竞争行为（或明显具有很强的效率抗辩的反竞争行为）归纳为本身违法（或本身合法），从而有效地节省了司法成本，提高司法效率。鉴于我国的成文法传统，以及反垄断法领域在我国尚是一个崭新的课题等因素，通过较高层次的规范性法律文件，将一些较为确定的内容通过本身违法原则和本身合法原则确定下来，是较为适宜的立法模式。在实践中，欧盟与日本关于知识产权反垄断法规制的法律文件中都采用了这种做法，如欧盟的核心限制，可豁免的限制等，就是对本身违法和本身合法的运用。

## 第4章 知识产权许可中滥用市场支配力行为的反垄断立法规制

### 4.1 知识产权许可中搭售行为的反垄断立法规制

#### 4.1.1 知识产权许可中搭售行为的界定

简单地说，搭售是指销售商在购买方购买其所需要的商品时，要求其购买其他并不需要的商品或服务为条件。在反垄断法中，严格意义上的搭售是指卖方与购买者签订合同时，强迫购买方购买从性质上或者交易习惯上均与合同无关的产品或服务的行为。这种协议的目的，是出卖方利用其在市场上的优势地位，通过搭售行为的实施，将市场优势地位延伸到搭卖品市场上，从而达到限制竞争，获得高额垄断利润的结果。<sup>[111]①</sup>

知识产权许可中的搭售是指许可方在许可知识产权时，强制被许可方购买、接受或使用其他知识产权、服务或产品。在知识产权许可中，搭售是一种常见的现象。如在专利领域，专利零部件搭售附属部件、专利方法搭售实施该方法的设备、专利设备搭售售后服务、专利搭售商标等；版权领域，如对一部电影的版权许可搭售其他电影的版权许可，不容许单独对一首歌曲获得版权许可，而只能对若干首歌曲集体获得版权许可等。在实践中，如果搭售的是另一个或一束知识产权，习惯上称之为“一揽子许可”，搭售商品或服务的则称为搭售，在本质上二者是一致的，都适用搭售的基本竞争法理论。在知识产权许可中的搭售行为一般呈现出如下特点：

第一，对搭售进行反垄断法规制的基本前提之一为结卖品与搭卖品为彼此独立的商品或服务。在知识产权许可中的搭售行为中，技术一体化的趋势使区分搭卖品与结卖品有着相当程度的困难，这使得对涉及知识产权的搭售行为进行反垄断法规制更加复杂。以美国微软案为例，微软在计算机软件市场上的成功在很大程度上并非其产品本身先进性的结果，而得益于微软对于软件产品整合的市场销售策略。在判断微软是否构成反竞争效果的搭售上，理论界和实践中都有很多争议。有学者指出，产品的一体化（或相反的表述：产品的独立性）是对搭售协议反垄断法规制的关键。这一问题同时也是一个最具有经济学奥妙的概念，因为它包含了关于消费者需要与消费者福利等基础理论。<sup>[112]</sup>

<sup>①</sup>虽然我国在搭售概念中一般使用购买者、销售者等概念，但搭售当然不只发生于商品销售领域。所以，曾有学者指出，将 tying、tie-in 翻译成搭售有不妥之处，易让人误解仅在买卖行为之间。实际上，本节所讨论的搭售就发生在知识产权许可领域内。

第二，在不涉及知识产权的搭售中，搭卖品和结卖品彼此可能是互补的产品关系，也可能是替代性的产品关系，甚至是没有关联的完全独立的产品或服务，但是，在知识产权许可中涉及的搭售行为，尤其是搭售品为商品或服务的情形下，搭卖品与结卖品往往表现为互补性关系。例如微软的操作系统软件和应用软件的搭售，柯达对其零部件及售后服务的搭售等。在这种情形下，搭售不仅仅可能具有垄断力的不当延伸等反竞争效果，还可以被搭售企业用作歧视定价的工具。

第三，对搭售的反垄断法规制一般以搭售企业具有市场支配地位为前提，而在知识产权许可中的搭售，在判断许可方的支配地位时，必须考虑所涉知识产权对支配地位的影响。如美国在相当长的一段时期内，对于知识产权许可中的搭售行为，推定知识产权当然的具有支配力，从而适用本身违法原则。<sup>①</sup>

## 4.1.2 美欧等国家和地区对知识产权许可中搭售的反垄断法规制

### 4.1.2.1 美国的相关立法和实践

美国对于搭售的反垄断法规制集中体现在《谢尔曼法》第 1 条和《克莱顿法》第 3 条。《谢尔曼法》第 1 条是关于限制竞争行为合同或共同行为的原则规定。而《克莱顿法》第 3 条对搭售行为进行了明确规定：“商人在其商业过程中，不管商品是否授予专利，商品是为了在美国内、准州内、哥伦比亚区及美国司法管辖权下的属地及其它地域内使用、消费或零售、出租、销售或签订销售合同，是以承租人、买者不使用其竞争者的商品作为条件，予以固定价格，给予回扣、折扣，如果该行为实质上减少竞争或旨在形成商业垄断，是非法的。”上述规定，从字面上看，只是谴责了独占性交易。搭售也具有与独占性交易同样的效果。通过要求买方或承租人仅从卖方或出租人处购买特定产品，实际上就阻止了买方或承租人买卖其他同类产品。

概括地说，美国搭售的法律和理论能够简单地被分为三个阶段：“古典的搭售原则”，“芝加哥学派”和“后芝加哥学派”，相应地，对搭售的反垄断法规制可以简化为本身违法原则、本身合法原则以及合理原则的适用。<sup>[113]</sup>运用上述法律和理论分析到知识产权许可中的搭售行为的规制，也可以分为以下阶段：

第一，在克莱顿法产生以前对专利许可中搭售行为的豁免阶段。在早期的 Heaton-Peninsular 案中，第六巡回法院支持了其中的搭售条款，理由是纽扣的销售数量取决于受专利保护的钉纽扣机器，而且法院宣称，对纽扣市场的控制来源于专利机器，是一个合法的结果。<sup>[114]</sup>最高法院在 Henry 案中也得出了相同的结论，理由是销售油印机时搭售纸张、墨水等材料不会对买方产生危害。

第二，以专利滥用的名义规制。在克莱顿法第 3 条通过后<sup>②</sup>，美国最高法院改

<sup>①</sup> 详见本文 48 页的论述。

<sup>②</sup> 在 IBM Corp. v. United States, 298 U.S. 131, 137 (1936). 案中，法庭曾经表明克莱顿法第 3 条的主

变了对专利搭售的宽容态度，代之以专利滥用。较为熟知的案例为 1917 年 Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Manufacturing Co. 案。在这一案件中，对动画电影播放供片机器有专利的专利权人要求被许可人只能播放其授权的电影。最高法院否认了这一条款的效力，以专利滥用<sup>①</sup>和公共利益的理由，但是回避了适用克莱顿法第 3 条，因为那将要求对其进行反竞争的评估。<sup>[114]</sup> 25 年后，最高法院在 Morton Salt Co. v. G. S. Suppiger Co. 案中，再次回避了对克莱顿法第 3 条的适用。<sup>②</sup> 总之，这一阶段以专利滥用来规制搭售，而并不考察是否引起反竞争效果并导致反垄断法指控，造成这一现象的原因在于当时对反垄断法和专利法处于对立关系的流行观点。

第三，将专利滥用与反垄断法结合起来规制搭售并推定在专利搭售中存在市场支配力。1947 年的 International Salt Co. v. United States 案确立了专利搭售本身违法的反垄断法原则。最高法院宣称专利搭售对贸易实施了非法限制，违反了谢尔曼法第 1 条。法庭没有解释为什么专利搭售被判定本身违法，只是引用了之前一系列的搭售被判定为专利滥用的案例来证明搭售行为本身违法的合理性。在随后的派拉蒙电影公司案<sup>[115]</sup>中，对于版权许可中的搭售行为也被判断为本身违法。在 United States v. Loew's 案中，最高法院首次适用市场支配力假定：法庭简化了对市场支配力的审查，认为在搭售产品市场上，对市场支配力的存在只需证明（1）对价格的一定的控制力和排斥竞争的能力；（2）产品对消费者的吸引；（3）品质上的特性。<sup>[114]</sup> 在这一时期，美国行政执法部门将专利许可中的搭售作为“九不”原则之首，成为明确禁止的一种限制性做法。

第四，逐步转向合理原则。70 年代起，受芝加哥学派对古典搭售理论的批评的影响，美国反垄断法对搭售从本身违法逐渐转变到合理原则。但是，对于专利搭售，本身违法原则仍在适用，一个很重要的原因即为对专利产品市场支配力的假定仍被奉行。在 Loew's 案中，法庭宣称：“如果结卖品受专利或版权保护，可推定其具有经济上的支配力。”随着 1988 年《专利滥用修正法案》的颁布，对于专利滥用要求进行市场支配力判断，因此，对专利搭售适用本身违法原则也失去了专利滥用的支持。同时，对知识产权本身产生市场支配力的假定受到越来越多的质疑，以致有学者认为，80 年代以后，法院已经拒绝适用这种假定。<sup>[12]</sup> 90 年代以后，在美国司法部和联邦贸易委员会的 1995 年《知识产权许可反托拉斯指南》中，不再认定搭售协议一律违法。该指南认为搭售协议在以下情形下是可受质疑的：（1）卖方对于搭售产品有着市场支配力，（2）搭售协议对于被搭售产品

---

要目的就是改变最高法院在 Henry 案中的决定。

<sup>①</sup> 在该案中，并没有直接用专利滥用一词，而是指出专利的行使不能违背公共利益。

<sup>②</sup> 在这一案件中，第七巡回法院对专利搭售条款适用了克莱顿法第 3 条，但是最高法院拒绝适用，而是采用专利滥用和公共利益的理由。引自 G. S. Suppiger Co. v. Morton Salt Co., 117 F.2d 968, 969 (7th Cir. 1941)

的相关市场的竞争有消极影响，(3) 搭售产生的效率不足以弥补反竞争效果。<sup>[116]</sup>著名的美国司法部起诉微软垄断诉讼案，就是因为微软公司在销售其操作系统时搭售其他软件而引起的。2000年4月3日，杰克逊法官就该案作出法律裁决，认为微软滥用其在个人电脑操作系统中的垄断地位，违反了反垄断法。裁决认为，微软公司在世界范围内对个人电脑操作系统发放许可的权利，构成在相关市场的垄断。2001年6月，哥伦比亚特区巡回上诉法院就此案作出裁决，撤销了将微软公司一分为二的原审判决，将案件发回重审。法院在判决中指出，对于涉及平台软件产品（platform software products）的搭售协议，应当按照“合理原则”进行分析，而不能用“本身违法”原则。

第五，合理原则完全确立并转向对专利权人有利的立场。2006年以后，美国最高法院及其他法院在知识产权许可中的搭售案例表明，当前美国司法部门不仅对搭售行为实行合理原则，甚至在一定程度上对知识产权人过于偏爱。2006年的 *Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.* 案是美国最高法院对于专利许可中的搭售行为适用合理原则的代表案例。原告生产一种受专利保护的墨水喷射头（ink jet printheads）和油墨缸以及没有专利保护的专门适用于该机器的墨水。原告将这些装置一揽子许可给生产商，后者将此设备用于在牛皮纸和其他有皱材料上打印条形码。许可协议要求生产商及最终用户从原告处购买墨水。被告研制出了同样可适用于墨水喷射头和油墨缸的墨水与原告在墨水市场上进行竞争，并对原告的搭售条款提起反垄断法指控。地区法院拒绝对搭售条款适用本身违法原则，指出应对其进行市场支配力的分析并作出了有利于原告的判决，但是联邦巡回法院推翻了地区法院的判决，认为应适用本身违法原则进行审理，同时要求原告承担证明其没有市场支配力的举证责任，将案件发回地区法院重审。美最高法院发布了案件移送命令，考虑推翻43年前在 *Loew's* 案中确立的原则。2006年3月，最高法院一致裁定支持地区法院的判决，声称专利的存在并不能导致市场支配力的存在的假定，应由原告来证明在结卖品市场上专利权人有市场支配力。这一案件被认为是最高法院对于知识产权许可中搭售的反垄断法规制适用合理原则的明确表态，其最大的改革为将对于搭售企业的市场支配力的证明责任主要归结为指控者，而不是原来由搭售企业来证明自己不具备市场垄断力。<sup>[117]</sup>但是也有学者表示，这一案例对售后维修市场的打击是致命的，而这一后果将导致以后在售后维修市场将缺乏独立维修组织的竞争，对消费者不利。在随后的 *Monsanto Co. v. Scruggs* 案中，美国司法部对于专利许可中的搭售行为进一步放松规制。在该案中，对于种子公司在出售受专利保护的种子时必须购买指定的除草剂的搭售行为，法院予以支持。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> *Monsanto Co.*（以下简称 *Monsanto*）享有一项涉及植物对昆虫及草甘膦除草剂（glyphosate herbicides）的抵抗力的基因专利，*Monsanto* 利用这项专利技术培育了对草甘膦除草剂有抵抗力的大豆和棉花，被称之为“抗除草剂作物”。

#### 4.1.2.2 欧盟的相关立法和实践

欧盟关于搭售的反垄断法规制主要体现在《罗马条约》第 81、82 条。根据《罗马条约》第 81 条（1）项（e）规定，“要求对方接受在性质上或者在商业管理上与合同涉及的项目无关的附加义务作为订立合同的条件”的协议，是应当受到禁止的，除非它符合条约第 81 条（3）项的规定可以得到豁免。第 82 条规定了对于支配企业滥用的规制，其中（d）：使合同的缔结取决于贸易伙伴对于额外义务接受，而无论是依其性质还是商业惯例，该项额外义务均与合同的标的无关。

在欧共同体 772/2004 规章中，没有明确涉及搭售的问题。在随后的指南中，对搭售问题进行了分析。指南认为，搭售或捆绑销售的前提是，所涉及的产品或技术从具有独立需求的意义上讲，它们是独立的。如果产品或技术必须联系在一起才能有效利用，则不能认为是搭售或捆绑销售。根据欧共同体 772/2004 规章第 3 条关于豁免市场份额起点的规定，当事人市场份额超过限额的搭售或捆绑销售协议不能自动获得豁免。搭售或捆绑销售协议的限制后果，主要是排除了被搭售产品供应者的竞争，搭售还可能使许可人维持在搭售产品市场上的支配地位。同时，搭售也有可能获得效率，这主要出现在被搭售的产品是为圆满利用许可技术或达到双方所认可的质量标准所必须的情况下。这时，搭售通常被认为不具有限制竞争的性质，或者可以根据《罗马条约》第 81 条（3）项的规定得到豁免。有时，搭售可以使被许可人更有效地利用许可的技术，这会产生促进竞争的效果。这时，即使搭售符合《罗马条约》第 81 条（1）项的规定，并且当事人的市场份额高于规章规定的起点，也可能因符合条约第 81 条（3）项的规定而获得豁免。可见，根据欧盟现行的规章，如果当事人的市场份额低于 772/2004 规章规定的市场份额起点，则自动获得豁免；如果当事人的市场份额高于该起点，则在搭售为圆满利用技术所必须或可以使被许可人更有效地利用许可的技术时，也可以根据条约第 81 条（3）项的规定获得豁免。

欧盟关于知识产权许可中搭售行为的反垄断法规则案例，较为代表性的有 Hilti 案和近期的欧盟微软案，后者反映了欧盟对搭售较美国严格的态度。在 Hilti 案中，欧共同体委员会认为 Hilti 在射钉枪市场上拥有支配地位，在其专利

---

为 Roundup Ready (R) soybeans and cotton，并占有该市场（对除草剂有耐药性的大豆和棉花产品市场）的 90% 的份额，Monsanto 同时还销售草甘膦除草剂，Roundup Ready (R) soybeans and cotton 对该除草剂已经拥有耐药性。从 1996 年开始，Monsanto 开始对其生物工艺进行许可，该许可包含下列限制条款：禁止使用被许可的专利产品（crop）的果实用以下一季播种（exclusivity provision），签订于 1996 年到 1998 年间的许可协议还进一步要求如果被许可人使用除草剂时只能使用 Roundup 牌除草剂（Roundup restriction）。Scruggs 从种子公司购买了 Roundup Ready (R) soybean and cotton 种子，但是没有签署上述许可协议。Scruggs 种植了购买的种子，随后又将收获的果实作为种子进行再次种植。Monsanto 对此提起了侵权之诉，Scruggs 否认侵权，并对 Monsanto 的专利请求无效确认，而且 Scruggs 还反诉 Monsanto 的搭售行为违反了反托拉斯法。地区法院支持了 Monsanto 的诉讼请求，发布了永久禁止 Scruggs 使用所保留的种子的禁令。联邦巡回法院支持了地区法院的这一禁令，并驳回了 Scruggs 的反垄断法指控。

产品夹片头的销售中搭售钉子,阻碍或限制了独立生产者进入市场,裁决处以 600 万欧洲货币单位的罚款。Hilti 上诉到欧洲初审法院后,欧洲初审法院维持了欧共体委员会的裁决。在微软垄断案中,欧盟委员会对搭售进行了分析,认为如果符合以下条件,则构成反垄断法禁止的搭售:(1) 结卖品和搭卖品是两个独立的产品;(2) 在结卖品市场,企业拥有支配地位;(3) 企业没有考虑让消费者获得不包含搭卖品的结卖品的选择权;(4) 搭售排斥了竞争。<sup>[118]</sup>由于欧盟认定微软的搭售行为符合以上要件,所以裁定为非法搭售。有欧洲学者指出,欧盟微软案的判决中考虑消费者的因素较多,因为“反垄断法的目标是保护消费者而至少不是直接地保护竞争者,所以,尽管微软的竞争者大多是美国公司,但是欧盟的制裁要比美国严厉”。<sup>[119]</sup>

#### 4.1.2.3 日本的相关立法和实践

在日本公正交易委员会 1968 年《国际许可协议反垄断指南》中,“限制被许可方原材料和零部件来源”被视为国际许可证协议中的不公正限制条款,公正交易委员会有权要求当事人进行修改。随后的 1989 年《关于管制专利和技术秘密许可协议的不公正交易方法的指南》中,非技术上或非为维持注册商标的信誉所必须而对原材料的来源进行限制,被视为可能是不公正限制条款;搭售为技术所需要的两种或两种以上的技术,被视为并非不公正的限制条款,而搭售非为技术上所需要的两种或两种以上的专利,被视为可能是不公正的限制条款。

1999 年《专利权和秘密许可协议的反垄断法指南》对于搭售行为适用合理分析的方法,主要基于垄断或图谋垄断进行分析:如果具有支配地位的企业通过许可协议中的限制性条款,支配或者排挤其他企业的经营活动,限制某一产品或技术在市场上的竞争,可能因构成私人独占而违法。因此,指南对搭售分别以一揽子许可与限制被许可人原材料购买来源两种情形进行了分析。对于前者,如果对被许可人的这种义务强迫被许可人从许可人或许可人指定的人处取得实施专利的相关技术,限制了被许可人选择适当技术的自由,或者限制了被许可人与竞争对手的交易,给市场的竞争秩序带来负面影响,应当认为是不公正的交易行为,违反禁止垄断法的有关规定。但是,如果一揽子许可是为了有效实施专利所必须时,原则上不认为是不公正交易行为。对于限制被许可人原材料、零部件购买来源,该指南规定,如果许可人要求被许可人从许可人或许可人指定的人处购买原材料,限制了被许可人对原材料、零部件来源的选择,使原材料、零部件的生产、销售者不能轻易获得顾客或获得与被许可人交易的机会,给市场的竞争秩序带来负面影响,应当认为是不公正的交易行为,违反禁止垄断法的有关规定。但是,如果只限制性地规定原材料、零部件的品质等,不足以保证许可技术的有效实施或保持商标信誉的情况下,在为了保证许可技术的有效实施或保持商标信誉的范

国内，对原材料、零部件的来源进行限制，原则上不认为是不公正交易行为。

在实践中，1995年前后的美国微软公司案是搭售的典型案。微软与日本的几个个人计算机制造商达成了一项经营许可协议。按照这一协议，这些日本制造商必须在其制造的个人计算机上安装微软的制表应用软件和文档制作应用软件。微软拒绝了个人计算机制造商关于单独得到应用软件许可的建议，将 word 作为捆绑产品，通过 excel 进行销售。捆绑式销售的结果是，到 1997 年，微软的 word 赢得了文字处理市场最大的市场份额。<sup>①</sup>对此，日本公正交易委员会提出了一个建议性的判决，认为微软的捆绑式销售的做法已经违反了反垄断法第 19 条的规定，建议微软立即终止捆绑式销售协议，而由个人计算机自由选择其所需安装的应用软件，包括 excel 和 word 等。<sup>[120]</sup>

#### 4.1.3 知识产权许可中搭售行为的反垄断法分析

对于搭售的反垄断规制主要基于两个理由：其一为侵犯了购买者的选择权，其二为通过搭售，垄断企业以垄断杠杆的方式将市场支配力不当地延伸到了搭卖品市场，从而限制了该市场的竞争。对搭售行为的抗辩理由主要是芝加哥学派主张的效率因素，即搭售可以增进效率，从而没有损害消费者的利益，而利用垄断杠杆来获得搭卖品市场的垄断力仅仅是直觉式的判断，在现实中，芝加哥学派认为垄断力只能在单一市场上起作用，提出了单一垄断理论。<sup>[121]</sup>

对于知识产权许可中搭售，除了上述理由外，还必须考虑知识产权人利用知识产权在相关产品或服务市场上的排他性对被搭售产品或服务市场实施了竞争限制，也就是说，人们一般认为，知识产权人无权将自己的法定垄断权扩展至其他市场，否则被认为是权利滥用。而对于知识产权许可中搭售行为的抗辩，则主要集中于该搭售是被许可人实施被许可的知识产权所必须。如果搭售是被许可人实施被许可的知识产权所必须的，如基于安全、保证质量等原因。或虽然搭售对竞争有限制作用，但搭售对于知识产权人产生的许可激励对创新的影响大于其对竞争的消极影响，即与知识产权不许可相比较，许可知识产权总是有利的。基于以上对搭售的一般分析，对知识产权许可中的搭售行为施以反垄断法上的制裁，该行为必须符合以下条件：

第一，行为人具有支配地位。搭售中，只有行为人在搭卖品市场具有支配地位，才能强迫购买者接受其搭售的商品或服务。在知识产权许可中，判断企业是否具有支配地位，应注意两个方面：（1）知识产权本身不是市场支配力的来源。在过去相当长时期，将知识产权的独占性理解为经济学上的垄断状态，从而严格禁止知识产权许可中的搭售行为。（2）在判断企业是否具有支配地位时，与许可

<sup>①</sup> 1995年前，在日本的文字处理应用软件市场，占据最大市场份额的是 Just 公司的 Ichitaro，微软的 word 位居第二。资料来源：徐士英. 日本反垄断法. 中南大学博士学位论文，长沙：中南大学法学院，2006，122。

有关的知识产权是一个重要判断因素。即如果该知识产权构成事实上的行业技术标准，则很有可能该企业被认定为具有支配地位。尤其在采用相对优势理论<sup>①</sup>时，如果知识产权人并不具备市场份额、进入障碍等意义上市场支配地位，如本身不进行市场开发的单纯的知识产权人，则知识产权本身的性质和功能对于判断是否构成反垄断法禁止的搭售有更重要的作用。

第二，搭卖品与结卖品是相互独立的产品。如果搭卖品和结卖品是一种产品，则根本不构成搭售。因此，各国反垄断法都要求尽管二者可能存在千丝万缕的联系，但仍然应该是功能上、性质上彼此独立的两种产品或服务。在知识产权许可中，尤其在新经济领域中的知识产权许可中，这一判断标准受到了挑战。知识产权许可中的搭售，常常表现为互补性产品的捆绑销售，如复印机搭售墨盒、纸张，数码相机搭售电池等。最典型的是微软在世界范围内的反垄断法指控都涉及到了微软将其操作系统软件捆绑应用软件（如 IE 浏览器）销售的行为。2004 年欧盟委员会对微软将 Windows OS 与 Windows Media Player 的捆绑行为裁定为非法搭售，这一结果与美国之前关于微软的裁决大相径庭，究其原因，除了国家利益、反垄断法传统等因素外，在法庭上最根本的区别在于对于微软的捆绑产品的认定上。美国和欧盟在认定搭售产品的独立性上，都认同消费者需求理论。即以消费者是否存在对两种产品的独立需求为标准判断搭卖品和结卖品是否是（以及应该是）独立的产品。而消费者需求是基于对已有产品的经验认知，在当前的产品和服务市场上，技术的不断发展和变革不仅仅是对已有产品或服务的技术改进，而且还表现为不断创造新的产品或对已有产品一体化的整体应用，也就是说，某个涉嫌搭售的产品究竟是两个产品或单一产品，可能并无已有的消费者需求以供判断。所以，在微软的捆绑销售中，美国法院认为，如果微软的产品是对以往产品有效的，并非无足轻重的技术上的改进（“valid, not insignificant, technological improvement” over the prior art.），则该产品可以视为一种新产品，既使其可能存在对其不同部分的独立的消费者需求。而欧盟则坚持传统的消费者需求判断，认为 Windows OS 与 Windows Media Player 是两种独立的产品。本文认为，在产品是否具有独立性这一问题上，消费者需求理论仍有重要意义，因为就产品一体化而言，任何产品尤其是技术产品的一体化从技术创新的角度而言是一个不断发展变动的过程，很难在基于创新的一体化产品与搭售之间划上一个清晰的界限，而消费者需求则相对明晰，能够为相关反垄断执法提供有效的参考价值。

第三，对竞争产生了消极影响。搭售对于竞争产生的消极影响主要表现在通过滥用在结卖品市场上的支配地位，将不适当地排斥在搭卖品市场上的竞争，即

---

<sup>①</sup> 相对优势地位，通常是指市场中不具有市场优势地位的企业，在特殊情况下，对于依赖其进行交易相对人具有类似于垄断企业的支配性影响力，因此该企业对于依赖其生存的企业就具有“相对”的强势地位。

垄断杠杆作用。尽管芝加哥学派通过单一垄断理论以及相关模型证明了在大多数情况下，垄断杠杆并不成立，但芝加哥学派的单一垄断理论亦被证明太过简单化以及对效率的过窄定义等等不足，后芝加哥学派对此进行了修正，达成了共识：假如在搭卖品产品具有市场力量和独立产品的情况下，搭售可能是有害的，他们主张通过合理抗辩代替对古典搭售标准的放松。<sup>[113]</sup>因此，必须衡量搭售对竞争产生的消极影响，其程度往往取决于搭卖品的性质，如是一次性的还是耐久性的，与搭卖品的关系是互补的还是非互补的等，以及被捆绑的购买者占整个搭卖品市场消费者的份额。

第四，没有合理的抗辩理由。（1）必要性抗辩。在很多情况下，搭售可能是为了使搭卖品的安全使用或质量保证的需要，在这种情形下，搭售是客观必要的，不被视为非法搭售。在知识产权许可中，这一理由被运用得更加广泛。因为知识产权许可中所涉及的搭售行为往往是针对所许可的知识产权产品或服务的使用实施的，通常都具有一定的技术含量，与被许可的知识产权产品或服务共享技术参数等信息，其使用安全、质量保证等抗辩理由更显得于理有据，因此，法庭往往必须分析其抗辩理由的真实性。如在欧洲的 Hilti 案中，该公司辩解说之所以搭售钉子，是为了防止消费者使用他人生产的钉子因质量问题造成伤害。欧盟委员会认为，并无证据说明他人的钉子曾导致意外事故，而且也不能证明在使用其射钉枪时，其竞争者的钉子质量不好，因此，这一抗辩不成立。（2）效率抗辩。上述关于质量保证、安全的必要性抗辩其实也可视为一种效率抗辩，因为安全、质量保证本身就是非常重要的效率。此外，可以援引欧盟关于支配地位滥用的抗辩理由，证明搭售能够促进经济与技术进步，提高产品质量，降低成本、方便消费者选择。尤其在知识产权许可中的搭售，正如很多学者指出，对消费者而言是有利的。因为作为知识产品，本身蕴涵的技术信息比其他产品丰富，需要更多的专业信息才能进行更有效率的使用，例如在微软案例上，作为普通的个人计算机消费者，由于没有技术背景，要求微软解除 Windows 上捆绑的 IE、Media Player 或者其他以前独立于 Windows 的技术，其实并不是最好的选择。对他们来说，寻找、下载并确保这些组件与 Windows 的兼容性实在是件头痛的事。因此，从这一角度而言，知识产权许可中的搭售的确能够带给消费者福利。但是，值得注意的是，同样基于信息不对称，后芝加哥学派修正了芝加哥学派对搭售过于积极肯定的态度，而指出基于信息不对称，搭售可能对消费者有利，但是如果生产者或经营者利用信息不对称而采取对消费者不利的搭售方案，消费者福利同样基于信息不对称而受损。<sup>[122]</sup>

#### 4.1.4 对我国相关搭售行为反垄断立法建议

##### 4.1.4.1 我国知识产权许可中搭售行为的现实背景

2004年发生的德先诉索尼电池案是我国近年在知识产权许可中的最为典型的涉嫌搭售的案例。索尼是数码摄像机、数码照相机的生产商，同时索尼也有自己品牌的供上述数码产品使用的可充电锂电池。为了阻止其他品牌的电池用于索尼牌的数码产品，索尼公司实施了“智能识别技术”，即索尼数码摄像机和数码相机等数码产品对电池附加获得专利的智能密钥识别系统（Infolithium技术）。通过这一系统，每一块电池都只有附加密码才能为索尼的数码产品所识别并使用。其他品牌的电池在未解码的情况下，无法应用到索尼数码摄像机、照相机上，消费者一旦购买索尼的数码产品，则只能选择索尼电池。四川德先科技（以下简称“德先”）是国内电池生产商，其生产的品胜牌电池在市场上有一定的知名度。2004年11月，德先在上海市中级人民法院起诉索尼，以索尼的搭售行为违反反不正当竞争法为由，要求索尼在中国立即停止使用“索尼”牌锂电池的智能识别技术，同时要求索尼在中国停止在生产数码摄像机和数码相机时使用智能识别技术。<sup>①</sup>

此外，微软在我国软件销售也往往是以一体化产品的形式出现，并且通过搭售策略，对我国国产软件行业进行打击。所以，在我国当前的许可中，搭售往往是跨国公司进行技术许可时常用的不正当竞争手段，严重地威胁了我国相关民族工业。

##### 4.1.4.2 现行立法及完善

我国刚刚颁布的反垄断法第十七条规定：“禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为：……（五）没有正当理由搭售商品，或者在交易时附加其他不合理的交易条件；……。”但是，由于我国反垄断法在滥用支配地位方面没有规定统一适用的抗辩理由，仅仅在上述条款中表明以“正当理由”为辩解，所以，必须对“正当理由”作学理分析以及以后在司法实践中进行司法解释，通过相关案例确立“正当理由”的适当范围。

本文认为，在具体对知识产权许可进行反垄断法规制时，除了运用前述构成要件的一般原理分析外，针对我国的具体情况，应特别关注以搭售的形式排斥我国相关产业的竞争，尤其是国内同行业的竞争的情形。因为，无论搭售会否带来效率的提高，如果搭售行为消除了国内该行业的竞争，则任何抗辩理由均不能抵消没有竞争所带来的社会不利后果。而且如果发达国家的知识产权人利用许可中的搭售，滥用知识产权优势地位，排斥我国民族工业，甚至阻碍我国相关产业的

<sup>①</sup> 但也有学者指出，该案中由于数码相机产品市场存在较为激烈竞争，所以不构成反垄断法所禁止的搭售。

自主发展，则我国始终不能摆脱技术引进国的被动局面，不利于国民经济健康持续的发展。

## 4.2 单方拒绝许可的反垄断立法规制

### 4.2.1 单方拒绝许可知识产权的反垄断法界定

#### 4.2.1.1 反垄断法中的拒绝交易

在反垄断法中，拒绝交易行为一般分两种情况：一种是联合抵制行为（Boycotts），又称为集体拒绝交易（Collective refusal to deal），是指竞争者之间联合起来不与其他竞争对手、供应商或者客户交易的协议，一般被视为横向限制竞争协议，常常具有危害竞争的效果，受到反垄断法规制。另一种是单方拒绝交易（Unilateral refusals to deal），即指一方单独拒绝与其他人进行交易的情况。一般而言，基于私法自治原理，一个人是否与他人进行交易取决于其自由意愿，法律不得强制干涉，但如果一方当事人拒绝交易可能产生危害竞争的效果，则有可能受到反垄断法的规制。单方拒绝交易产生反竞争效果，其前提往往是拒绝方具有较强的市场支配力，因此，在反垄断法中，通常只禁止独占者拒绝交易的行为，可以将拒绝交易界定为独占者拒绝向购买者销售或者供应商品的行为。<sup>[123]</sup>

#### 4.2.1.2 知识产权拒绝许可的含义及表现形式

在知识产权许可中，同样可能出现拒绝交易的情形，一般称为知识产权拒绝许可。知识产权的基本特征是其专有性，因此知识产权人可以从他人处获得使用费，作为被授权人实施知识产权的对价。同样是基于知识产权的专有性，知识产权人也可以拒绝将自己的专有权利许可给他人使用、实施。无论是许可他人使用还是拒绝，从知识产权的本质而言，都是权利人行使权利的体现。对知识产权的拒绝许可尤其反映了知识产权的排他性与专有性。

按照拒绝许可的程度不同，拒绝许可可以分为三种情形：知识产权人拒绝将自己的知识产权许可给任何其他人，而由自己行使知识产权的全部权利并获得所有利益，甚至由此产生公众对该知识产权人的依赖；知识产权人仅仅将专有权利许可给特定人，而对其他人拒绝许可，这是知识产权拒绝许可的常见形式；还有一种较少见的做法是知识产权人既不许可给其他人使用，自己也不使用，而是将知识产权搁置起来，有时这种做法是企业竞争的战略选择，被称为知识产权遏制战略。

另一方面，从知识产权人和被拒绝许可人之间的关系来分，可以分为两种情形：存在先前许可关系的拒绝许可行为和不存在先前许可关系的拒绝许可行为。

这种分类在判断知识产权人拒绝许可行为的垄断意图上显得尤其重要,一般而言,中断原来许可关系的拒绝行为会受到反垄断法更为严厉的控制。尤其是在具有较强网络效应的行业,在最初通过许可获得了强大的市场占有率之后,拒绝许可往往是知识产权人图谋垄断的竞争策略。

## 4.2.2 美国的相关立法及司法实践

### 4.2.2.1 美国关于知识产权拒绝许可的司法实践分析

对于知识产权许可中的单方拒绝交易,美国司法机构创建了一系列相矛盾的案例,从知识产权绝对豁免于反垄断法到进行“基础设施理论”的检验,因此,对于知识产权拒绝许可,美国司法尚未形成统一的看法,但总的而言,对知识产权的偏爱占据了有利地位。

第一,绝对豁免的立场。这一立场的法院一般认为拒绝许可是权利人的固有权利。如 1896 年在 *In Heaton-Peninsular Button-Fastener Co. v. Eureka Specialty Co.* 一案中,法庭对此作了如下表述:“……一个专利权人有权将其发明或发现保留给自己行使……其权利在宪法关于私有财产条款范围内是排他的和明确的,所以,他既不承担自己使用该发明的义务,也没有将其许可给他人的义务……”。

<sup>[124]</sup> 1945 年,在 *Hartford-Empire Co. v. Unite States* 案中,法院认为专利权人他既不承担自己使用该发明的义务,也没有将其许可给他人的义务。<sup>[125]</sup> 1981 年的 *U. S. v. Westinghouse Elec. Corp* 案中,法院意识到了知识产权与反垄断法之间的内在冲突。<sup>①</sup>法院判决认为:“从未有法院主张因反垄断法而取消专利权人基于其专利权拥有的排他性权力。……授予独占性许可与否是专利权人不受约束的权利。”<sup>[126]</sup> 1979 年的柯达 I 案中法庭的意见为:“如果一个承担了研发投资与风险的公司被要求在任何条件下都必须与其竞争对手分享其研发行为带来的利益,则对创新的激励在很大程度上将被削弱。”<sup>[127]</sup>这一意见在随后的 *SCM. Corp. v. Xerox Corp* 案中得到了采纳与阐释:<sup>②</sup>其一,专利权人法定垄断权的核心即为以国家权力为后盾的禁止他人未经允许而使用其发明创造的权利;其二,通过专利法所允许的行为,权利人可以保留专利的垄断状态。<sup>[128]</sup>

第二,近乎绝对豁免的立场。在 2000 年的 *CUS v. Xerox Co.* 案中,联邦巡回法院的判决提供了对知识产权人实质性保护的另一种类似的方式。*Xerox* 从事复印机与打印机的涉及、制造、销售与维修,拒绝向包括 *CUS* 的独立服务组织直

<sup>①</sup> 该案的基本情况为:被告 *Westinghouse* 与一些经其挑选的公司签署了知识产权许可协议,但是拒绝对该行业的其他公司授予同样的许可,美国政府认为被告 *Westinghouse* 是通过拒绝许可来谋求垄断地位,因此提起诉讼。

<sup>②</sup> *SCM* 在复印机市场上与 *Xerox* 是竞争者,*Xerox* 拒绝将其在复印机核心部分上的专利许可给其他其他制造商。*SCM* 主张 *Xerox* 的行为违反反垄断法。美国第二巡回上诉法院认为,专利权人在 17 年的专利保护期内单方拒绝对它的专利签发许可,而仅行使排除他人制造、使用、销售其创新成果的权利,这种行为明确受专利法保护。因此,法院认为 *Xerox* 的行为不违反反垄断法的规定。

接销售配件，只将其配件直接销售给被授权的经销商和最终用户，但是其用户仍可以向任何维修组织提供配件。1994年，作为独立服务组织和最终用户提起的集体诉讼的解决方案的一部分，Xerox 改变其政策，同意直接向独立服务组织出售配件。CUS 退出这一集体诉讼（已和解），单独以 Xerox 拒绝向其销售并许可受专利和版权保护的配件，从而试图垄断其复印机和打印机服务市场、违反反垄断法为由向法院提起诉讼。该案中，联邦巡回法院认为，专利权人有权在法律保护范围内排除他人制造、使用或销售受保护的产品或技术，这一行为豁免于反垄断法责任，除非能够证明专利权人属于下述情形之一：a 专利是通过欺诈获得的；b 诉讼是欺诈性质的（sham litigation），c 非法搭售。在考察了知识产权和反垄断法之间的关系后，法庭得出对知识产权有利的结论：“专利法和版权法的共同原则在于：通过授予发明创造人排他性的权利，从而激励从长远来看有利于消费者的创新活动。国会授予专利权和版权的条款背后蕴涵着这样的经济学原理：通过保证个人利益，能最大限度地激励在科学技术以及艺术领域的个人创造力，从而最终有利于公共利益。”<sup>[129]</sup>这一结论意味着，如果专利权人的专利是合法有效的，则权利人拒绝许可的行为不会构成反垄断法禁止的非法排他性行为，所以权利人有权将竞争者排除出知识产权所保护的领域，即使这一排他性行为对竞争确实产生了冲击。权利人的意图（动机）在排除行为的合法性判断中是无关紧要的。<sup>①</sup>这一判决结果遭到了联邦贸易委员会离任主席 Robert Phtofsky 的强烈批评，他对法院采取的对专利权人出于限制竞争的目的而拒绝交易这种事实上已经扩大的权利几乎不进行限制的做法极为担心。他认为，联邦巡回法院的做法“似乎是把对知识产权的保护”置于反托拉斯法之上。是将知识产权拥有人不必向任何人授予许可这一不可否认的初始原则跳越到了不合理的结论：知识产权人可以选择被许可方以达到反竞争目的或对许可施加条件（例如要求被许可方不与许可方的竞争者交易）以获取反竞争效果。<sup>[130]</sup>

第三，推定合法的立场。在司法实践中，还有一些关于知识产权拒绝许可的案例采用了可推翻的合法性假定的立场。在 1994 年的 *Data General v. Grumman Systems Support Co.* 案<sup>②</sup>中，美国第一巡回上诉法院认为，尽管排他行为可能包

<sup>①</sup>法庭拒绝原告提起的遵循柯达案中对被告的拒绝许可行为从意图的角度考察其是否具备垄断动机从而违反了反垄断法的先例，法庭的理论是如果不能证明专利是非法获得或被用来牟取超越权利范围的垄断力，则不会导致反垄断法责任。

<sup>②</sup>基本案情为：被告是与原告有竞争关系的独立服务组织（third party maintainer, 简称 TPM），原告是计算机制造商，同时也提供软件维修的一系列产品与服务，原告拥有软件版权。在维修市场，原告拥有 90% 的市场份额，被告拥有约 3% 市场份额，多年以来，为了鼓励独立维修市场的发展，原告采取了宽松的许可政策，被告能自由的获得原告拥有版权的维修软件，后来，为了增加利润，扩大市场份额，原告对用于较先进的计算机的诊断软件实施严格的许可政策，只允许自己的技术人员使用服务软件，同时只对少数室内技术人员授予使用许可。被告是原告在服务市场的竞争者，对于被告，原告拒绝许可，因此被告复制了原告的软件，对此原告提起侵权之诉，而被告反诉原告拒绝许可行为是垄断或试图垄断计算机系统的服务市场，违反反垄断法。

括垄断者单方拒绝签发版权许可的情况，但是作者排除他人使用版权作品的期望，应当被假定为具有满足有效的商业正当性（a presumptively valid business justification）。尽管这可能对消费者造成损害，但是给予知识产权人以保护是必要的。法院没有支持被告的主张。<sup>[131]</sup>在随后的 *Tricom Inc. v. Electronic Data System Corp* 案中，法院也遵从了 *Data Genera* 案的原则，一软件公司拒绝向其竞争者许可其软件版权，而后者需要这一软件来提供维修服务。法院认为知识产权人从未曾有对他人授予许可的义务，并且法院认为得出这一结论并不需要对知识产权法和反垄断法之间的关系进行深入思考，仅依知识产权法即可。<sup>[132]</sup>

第四，可被垄断意图推翻的合法性假定。在上述基于商业正当性导致合法性推定的司法逻辑中，法院没有阐明在何种情形下该推定可以被推翻。第九巡回法院关于柯达案 II 中的判决为此进行了探索。柯达案 II 因此成为 20 世纪末期一个引人瞩目的判决。Kodak 公司生产复印机和成像装置并提供这些设备的维修服务，80 年代早期开始，独立服务组织（independent service organizations, 以下简称 ISOs）开始对柯达公司的产品提供维修服务，Image Technical Services 是对上述设备提供服务的独立服务组织。随着 ISOs 在维修市场的竞争力增强，柯达公司决定：停止向 ISOs 出售柯达公司产品的维修配件，并与其配件生产商签订要求不与 ISOs 进行交易的协议。随着这一政策的执行，ISOs 因无法获得配件而不得不放弃柯达产品的维修市场。在 1987 年，ISOs 提起诉讼，以违反谢尔曼法第 1 条、第 2 条为由请求强制性解除这一政策。美国地区法院对 Kodak 作出简易判决，认为 Kodak 在相关复印机和成像装置市场上的份额较小，所以对于 Kodak 复印机提供的服务而言，Kodak 没有违反《谢尔曼法》第 2 条的规定。<sup>②</sup>但是，美国第九巡回上诉法院推翻了这个判决，美国最高法院将该案发回重审。在案件发回重审后，地区法院认定 Kodak 拒绝销售其专利部件构成违反反垄断法，Image 胜诉。在上诉中，Kodak 提出了其专利权问题，认为作为专利权人拒绝将其专利产品销售给独立服务组织并不违法。第九巡回法院认为，知识产权人同样受反垄断法规制，拥有有效知识产权这一事实并不能使权利人豁免于反垄断法。法院对 *Data General v. Grumman Systems Support Co.* 案中关于拒绝许可的商业合理性的假定可以在特定背景下被推翻的观点进行了发挥，并得出结论：其一，专利权人或

<sup>①</sup> 在判决书的较后部分（at 1187），法院进一步阐明观点：本案判决并不意味着在任何时候反垄断法指控都不能推翻这种假定，但是，对知识产权课以反垄断法义务只能发生在极少数情形中，否则可能破坏知识产权制度的宗旨。原文为“there may be rare cases in which imposing antitrust liability is unlikely to frustrate the objectives of the Copyright Act.”

<sup>②</sup> 原告指控柯达公司违反了谢尔曼法第 1 条、第 2 条，美国地区法院对 Kodak 作出简易判决，认为 Kodak 在相关复印机和成像装置市场上的份额较小，所以对于 Kodak 复印机提供的服务而言，Kodak 没有违反《谢尔曼法》第 2 条的规定。第九巡回法院推翻了该判决，最高法院颁发了调卷令，进行重审。鉴于本节主要讨论拒绝许可的问题，而相关意见集中在第九巡回法院的判决中，因此正文中主要介绍第九巡回法院的观点。最高法院的判决意见主要集中于是否违反谢尔曼法第 1 条。

版权人并不豁免于反垄断法责任；其二，排他性行为包括知识产权人拒绝许可；其三，知识产权人在权利保护范围内排斥他人的企图被假定具有商业合理性。对于 Kodak 拒绝把复印机和成像装置上使用的配件销售给独立服务组织的行为并以具有专利权为由进行的抗辩，第九巡回法院指出，柯达影印机具有几千个部件但仅其中的 65 个部件具有专利权，以这些部件具有专利权为由拒绝出售或许可仅仅是柯达图谋垄断的策略，并且是在拒绝销售的情形发生很久以后才提出作为理由的，因此，基于最高法院关于柯达搭售行为的意见<sup>①</sup>，如果专利市场与配件市场重合，但服务市场是独立的市场，专利权人以控制服务市场为目的而拒绝许可或销售专利配件的行为，超出了专利授权的范围，是不能得到保护的。如果专利市场不但包括配件市场还包括服务市场，Kodak 的行为就是在专利保护范围内的。本案中，配件和服务是独立的反垄断市场，Kodak 向其他客户提供专利配件，而只是拒绝向独立服务组织提供，其目的是垄断服务市场。第九法院认为无论是知识产权法还是反垄断法都不允许垄断者借口商业合理性来掩盖反竞争行为的实质。因此，Kodak 的行为是违反反垄断法的。<sup>[133]</sup>

第五，基础设施理论立场。这是对知识产权人最严厉的一种立场。在 1970 年 *Poster Exch. Inc v. Nat' l Screen Serv. Corp* 案中，版权人拒绝对其竞争者提供促销性材料与海报（受版权保护），法院认为这一行为违反了基础设施理论。<sup>[134]</sup>在 *Bellsouth Adv. & Publ' g corp v. Donnelley Info. Publ' g Inc.* 案中，争论点之一为能否对电话簿适用基础设施理论，法院认为，虽然基础设施理论一直被适用于有形物，但没有理由就不能适用于知识产权的非法遏制。<sup>[135]</sup>在 1995 年的 *Montgomery County Ass' n of Realtors, Inc. v. Realty Photo Master Corp* 案中，法院同样认定拒绝许可使用受版权保护的房地产目录违反基础设施理论。<sup>②</sup><sup>[136]</sup>影响较大的 *Intergraph Co. v. Intel Co.* 案也涉及到了基础设施理论，虽然最终并未完全采纳。Intergraph 是一家图形软件开发商，它为了与 Intel 合作放弃了 Clipper 电脑芯片，但这也使 Intergraph 锁定在 Intel 的技术上。当 Intergraph 对 Intel 提起专利侵权威胁时，Intel 要求双方交叉许可，但被 Intergraph 拒绝。Intel 于是拒绝向 Intergraph 提供新的芯片技术信息。Intergraph 以 Intel 违反反垄断法为由向法院提起诉讼。地区法院命令 Intel 不得向拒绝向 Intergraph 提供新的芯片技术信息，并要求其像对待 Intergraph 的竞争者那样与 Intergraph 交易。地区法院将 Intel 的芯片技术信息认定为“必要设施”，因此，“合理和及时地获得关键商业信息是必要的。”而 Intel 又是垄

<sup>①</sup> 该意见中指出：“用某种自然的、合法的优势，例如专利、版权、商业敏锐获得的市场支配力可能导致反垄断法律责任。其条件是，销售者用它在—个市场上的支配地位把它的领地扩张到另一个市场上。”虽然这一论断是针对搭售而提出的，但是从这一论述可以看出，知识市场上受保护的客体，而不能扩大到第二市场。

<sup>②</sup> 但是在这一案件中，原告没能证明受版权保护的房地产目录为基础设施。

断者，它有义务不能以损害竞争的方式行事。Intel 拒绝提供芯片技术信息没有合法的知识产权根据，它有从事交易的义务。法庭总结为：“Intel 的拒绝行为违法了谢尔曼法第 2 条，因为不存在替代性资源，而进行复制也无可行性，而无法获得 CPUs 及关键信息使得竞争者无法在相关市场上进行充分有效的竞争。”案件上诉到联邦巡回上诉法院后，该法院推翻了地区法院的判决。联邦巡回上诉法院认为，Intergraph 没有证明 Intel 的行为意在增强其在微处理器市场上的竞争地位。另外，该法院还指出，没有先例要求 Intel 必须提供芯片技术信息。地区法院认为 Intel 的行为具有反竞争的意图，但没有看到 Intel 与 Intergraph 间并不存在竞争关系。此案的最终解决结果是：Intel 承诺不再以拒绝事先公布为手段从其他公司争取知识产权的许可证，同时初审法院也承认，Intel 可以出于正当的商业理由拒绝提供先进的产品资料，例如当客户违反了保密协议，或者当 Intel 实施了一般不公布政策时。联邦巡回上诉法院还否定将“必要设施”理论适于本案，认为必要设施理论只是在与控制该设施的人存在竞争关系的领域适用，例如该设施本身所处的领域或其垂直相关领域，法院不能在与控制必要设施的人不存在竞争关系的领域适用该理论。最后，联邦巡回上诉法院认定 Intel 不需要承担反垄断责任。<sup>[137]</sup>与此同时，美国联邦贸易委员会也对 Intel 提起反垄断调查，指控 Intel 凭借接近 80% 的市场占有率的优势地位，以提供关键技术信息为筹码，要求其他相关厂商同意将以 Intel 微处理器为基础所研发出来的专利授权给 Intel。FTC 要求 Intel 废止其与 3 家厂商（Digital Equipment Corp., Intergraph Corp., Compaq Computer Corp.）的信息分享协议。最终的结果为 FTC 禁止 Intel 从事拒绝提供信息给客户或以此相威胁的行为，同时也不得拒绝出售微处理器给其既有客户，或以此相威胁。<sup>[138]</sup>

#### 4.2.2.2 立法分析

在立法方面，1988 年的《专利滥用修正法案》271 条 d 规定：“专利权人有权因专利受侵犯而获得救济，不得因专利权人……（4）拒绝就专利的任何权利授予许可或进行使用，而拒绝对其提供救济或认定其构成对专利权利的滥用或非法扩张。”<sup>①②</sup>

从以上司法与立法来看，美国对于拒绝许可知识产权持比较宽松的态度，除非可以证明该知识产权已经构成必要设施，否则，无论拒绝许可的动机是否为获得垄断地位，以及在实际效果中是否造成对竞争的冲击，都不会必然导致对知识产权人的拒绝行为追究反垄断法责任。而导致这一倾向的主要原因，是“因其建

<sup>①</sup> patent misuse reform act (PMRA), 1988, 35 U. S. C. 271

<sup>②</sup>但是，对于这一法条，理论和实践中亦有争议。即 d 条的规定是为拒绝许可本身提供了豁免于反垄断法的成文法依据，还是仅仅针对不违反反垄断法的拒绝许可。

立在坚实的财产权与自由市场的基础上，美国的专利制度总是赋予专利权人近乎绝对的自由，可以单方决定是否对他人授予许可。”<sup>[12]</sup>如果对拒绝许可实施严厉的反垄断法规制，其后果将必然是产生大量的强制许可，而“美国法律中并没有因未使用专利而给予强制许可的一般条款，……采用这种方式的根本原因在于美国人对自由市场原理的笃信和对政府定价的不信任。”<sup>[12]</sup>

## 4.2.3 欧盟的相关立法和司法实践

### 4.2.3.1 传统知识产权类型的拒绝许可案例

欧盟对于知识产权拒绝许可的反垄断法规制主要依据《罗马条约》第 82 条规定：一个或更多的企业，滥用其在共同市场上，或在其重大部分的支配地位，如果有可能影响成员国间的贸易，则被视为与共同市场不相容而被禁止。这类滥用主要有：(a) 直接或间接强加不公平的购买或销售价格，或其他不公平的贸易条件；(b) 限制生产、销售或技术开发，从而使消费者蒙受损害；(c) 对同等交易的其他贸易伙伴适用不同的条件，从而使其出于不利的竞争地位；……

在相关司法实践方面，较为熟知的是欧洲法院以及欧共体委员会关于以下五个案件的司法意见及判决结构，即 Renault 案，Volvo 案，Magill 案、Ladbroke 案以及 IMS 案。

Volvo 案。在 Volvo UK v. Eric Veng 案中，Volvo 利用其外观设计权，阻止 Veng 进口 Volvo 汽车配件，Veng 主张 Volvo 拒绝许可是滥用市场支配地位的行为。欧洲法院认为，外观设计的权利人禁止第三人未经许可制造、销售或进口包含其外观设计的产品，正是其独占权的目的所在。如果强加给外观设计权利人以义务，要求其将权利授予他人（即使取得合理的使用费）以及许可他人提供包含该外观设计的产品，将使权利人的独占权被实质剥夺。因此，拒绝许可本身不构成滥用市场支配地位。但是，在以下三种情况下，汽车外观设计的权利人行使其独占权有可能构成罗马条约第 82 条所说的滥用市场支配地位：（1）知识产权人“专横地（arbitrarily）”拒绝向独立维修商提供配件；（2）将配件价格固定在不合理或过高的水平；（3）决定停止生产仍有很多汽车在使用的某种型号的汽车配件。可见，该案中欧洲法院虽然认可了知识产权人可以行使其权利，但在某些情况下仍可能构成滥用市场支配地位的行为。<sup>[139]</sup>

Magill 案。1995 年的 Magill 案被认为是关于拒绝许可的经典案例。<sup>①</sup>欧共体委员会、欧洲初审法院及欧洲法院的一系列的关于此案的审判意见归纳起来为

---

<sup>①</sup> Magill 案在我国学者的相关研究中广为引用，因此本文不再在正文中赘述相关案情。简言之，RTE 是爱尔兰广播与电视管理机关，基于国内法的授权，它负责广播与电视节目的编辑，并对其所制定的节目表拥有著作权。有一家周刊 Magill 打算刊登 RTE 制定的每周电视节目计划，但 RTE 拒绝授予著作权许可，而只许可刊载 24 小时的节目计划（周末则为 48 小时）。因此，Magill 指控它的这一拒绝行为是滥用了著作权所带来的支配地位。欧洲法院确认了这一指控，强制 RTE 将其著作权向 Magill 授予许可。

以下三点：（1）原则上版权人有权保留复制其受保护的作品的独占权利，并且这种权利的行使本身并非滥用。（2）面对罗马条约第 82 条（b）的指控，仅拥有知识产权并不是排他性行为的正当理由，必须存在某些其他客观的、能证明其为正当的因素（如不值得信赖、不安全等）的证据。无论在电视播送活动中还是在出版电视杂志活动中，都不存在电视台拒绝向 Magill 许可电视节目预告表的正当理由。（3）版权垄断，不得被不当利用来阻止一个有着相当的潜在消费者需求的新产品的出现，并且排斥在相关市场上的竞争者。电视台通过排除在电视指南周刊市场上的所有竞争，来为自己保留该附属市场，因为他们拒绝让他人得到为出版这种指南所必不可少的基本信息。实际上，他们运用在一个市场上的事实上的垄断地位（构成了一种必要设施）来维持在次生附属市场上的垄断。法院认定三家电视台因其对节目赖以存在的判决信息的事实上的垄断和其由于版权保护的法定垄断，拥有在电视节目预告表和电视指南市场上的支配地位。在这种情况下，电视台拒绝向 Magill 发放许可证是一种滥用行为。欧洲法院特别指出，拒绝授予许可，即使是处于市场支配地位企业的拒绝许可，本身都不会构成市场支配地位的滥用。只有在特殊情况下，知识产权人对这种独占权利的行使可能会构成滥用行为。本案就属于这种特殊情形(exceptional circumstances)。<sup>[140]</sup>关于 Magill 案，在审理过程中，还有一种意见为 Advocate General Claus Gulmann 所持。他认为，RTE 的拒绝行为并没有违法第 82 条，因为拒绝许可是版权排他性的组成部分。拒绝行为之所以被法院所否认，是因为这种拒绝行为使得对智力成果的本质功能没能充分实现，所以，在这种情形下，对自由竞争的维护重要于对权利人利益的保护。但是他的该种观点没能被欧洲法院所采纳。<sup>[16]</sup>

IMS 案。<sup>①</sup>2004 年的欧洲法院关于 IMS 案的判决意见被认为是“期待已久的

---

<sup>①</sup> IMS 案的基本案情如下：IMS Health GmbH & Co. OHG (IMS) 公司从事的业务，是对德国各个地区的药品销售额的情况进行调查，做出调研报告，并将这些资料出售给制药厂，后者当然需要了解其自己的药品以及他人药品在德国各个地区的销售额情况。在这一市场上，即提供调研报告，或称“销售额资料”的市场上，IMS 拥有支配地位。这种调研报告采用的是一种“砖结构”(brick structure)来展示的，而 IMS 采用的是由 1860 块“砖”所组成的砖结构，依据德国著作权法，这种 1860 种砖结构是受著作权保护的数据库。

IMS 花了 30 年时间，来开发并完善这个 1860 砖结构。它采用过各种方法来对德国市场进行分区。在开发过程中，IMS 也邀请各制药厂参与其研发小组，这些制药厂正是这种资料的购买人，是 IMS 的客户。各个客户根据其自己的需求，对如何进行分区提出建议。最终将德国市场划分成 1860 块“砖”，就是根据客户们的意见确定的。这个结构显然更能符合客户们的需要。IMS 将这些资料出售给制药厂，同时还向药店和医生免费提供，最终使这种结构成了事实上的行业标准，其他人想要了解德国药品市场的销售额地区分布状况，都要依据这种结构。

IMS 的一名前管理人员辞职后，成立一家公司 Pharma Intranet (PI)，采用另外一种砖结构来提供这种资料，但用户们都习惯了 1860 砖结构，不愿意接受 PI 所提供的资料。于是 PI 改而采用了一种与 1860 十分相似的结构。IMS 向德国法兰克福地区法院起诉，指控 PI 侵犯了自己的著作权。后来，PI 被另一家企业 NDC Health GmbH & Co. KG (NDC) 所收购，IMS 又针对 NDC 继续这一诉讼。法院先做出诉讼中禁令，要求 NDC 停止其侵权行为。

在上述诉讼中禁令做出后，NDC 请求 IMS 授予许可，准许其使用 1860 砖结构，并愿意支付许可费，但遭到 IMS 拒绝。NDC 为了对抗在德国法院进行的上述侵权诉讼，于 2000 年 12 月 19 日，向欧共体委员会提起申诉，指控 IMS 的拒绝许可行为是滥用了其支配地位，因而违反《欧共体条约》第 82 条。委员会于 2001 年 7 月采取中间措施，要求 IMS 向所有的竞争者（包括 NDC）授予许可，允许他人使用其 1860 砖结构。IMS

判决”(long waited judgment), 它澄清了拒绝许可著作权的行为在什么情况下可以构成支配地位滥用行为, 很好地协调了著作权与竞争法的关系, 大大增强了这一领域的竞争法的确定性。<sup>[141]</sup>欧洲法院在分析了 Magill 和 Bronner 案<sup>①</sup>之后得出了如下结论: 一家企业拥有支配地位, 又拥有砖结构的知识产权, 而这种知识产权又是在某个成员国提供医药产品地区销售额资料所必不可少的, 那么, 该企业拒绝许可另一个打算在同一成员国提供同类资料的企业使用该结构, 这种拒绝如果符合以下条件, 则构成条约第 82 条意义上的滥用行为: (1) 请求许可的企业, 打算在供应这种资料的市场上, 供应知识产权人所没有供应的新产品或新服务, 而对于这种新产品或新服务, 消费者存在着潜在的需求; (2) 这一拒绝行为没有客观合理的理由; (3) 这一拒绝会在提供该国药品销售额资料的市场上, 排除所有的竞争, 从而使这一市场把持在知识产权人手中。”许光耀教授对 IMS 案及相关案例进行分析后指出, 该案的意义在于澄清了知识产权拒绝许可构成滥用支配地位的诸多要件及其相互间的关系, 即各要件之间是“和 (and)”的关系, 而不是“或 (or)”的关系。在 Magill 案中, RTE 被强制许可的理由与 IMS 案如出一辙<sup>②</sup>, 但是, 究竟对一个拒绝许可知识产权的行为, 是符合诸要件其中之一, 还是全部符合方构成滥用知识产权行为, 欧洲法院没有作出明确解释<sup>③</sup>。在随后的 Bronner 案中, 虽然指出必须同时满足三个要件<sup>④</sup>, 但是由于该案中没有知识产权因素, 并

---

上诉到欧洲初审法院, 欧洲初审法院发布了中止欧共体委员会临时命令的临时命令, 认定 IMS 的拒绝许可行为并不违法。欧洲法院以最终命令维持了欧洲初审法院的命令。后来, 欧共体委员会撤销了其临时命令。与此同时, 德国法兰克福地区法院仍在审理 IMS 对 NDC 提起的侵权诉讼, 它认为, 这一案件的核心问题, 在于 IMS 的拒绝许可行为是否构成支配地位滥用行为。如果不属滥用, 则其著作权应当受到保护, NDC 应停止侵权行为; 如果构成滥用, 则应判令 IMS 将其著作权授予许可, 允许它的竞争者们 (包括 NDC) 使用 1860 砖结构。由于对此没有把握, 该法院决定中止自己的诉讼, 根据《欧共体条约》第 234 条, 就三个问题, 请求欧洲法院做出先决裁定。欧洲法院做出判决, 回答了这些问题。这一判决就是前述“期待已久”的判决。

<sup>①</sup> Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG and Other, C-7/97, [1998] ECR I-7817. 在 Oscar Bronner 案中, Mediaprint 在奥地利出版两种日报并经营全国唯一的住宅投递业务。Bronner 要求 Mediaprint 提供投递服务投递它的报纸, 但遭到拒绝。Bronner 称 Mediaprint 在投递业务上处于支配地位, Mediaprint 应当对它提供这种服务。奥地利法院要求欧洲法院对本案进行预先裁决。欧洲法院认为, 要认定滥用的条件是 Bronner 在奥地利法院证明以下情况: 拒绝将导致消灭 Bronner 在日报市场上的所有竞争; 拒绝是没有客观的合理理由的; Mediaprint 的服务对于 Bronner 的业务经营是必不可少的, 因为没有实际或潜在的替代物。欧洲法院指出, 本案并不是这种情况, 虽然不令人满意, 但其他投递报纸的方式还是存在的, 并且建立一个新的投递系统也并非不可能。最后, 欧洲法院认为 Mediaprint 并不构成滥用市场支配地位的行为。该案对 IMS 案的贡献在于对“必不可少性”的分析。

<sup>②</sup> 判决理由为: (1) 拒绝授予许可阻碍了一种新产品的出现, 而对这种产品, 存在着潜在的消费需求; (2) 拒绝授予许可没有合理理由; (3) 知识产权人通过消除二级市场上的所有竞争, 把该二级市场把持在自己手里。

<sup>③</sup> 在 Magill 案后, 到底对于拒绝许可构成对 82 条的违反的三个条件是同时具备, 还是符合其中之一即可, 欧洲学者有不同的见解。Rosa Greaves 认为符合知识产权的必不可少性要件即可, Hedvig Schmidt 和 Valentine Korah 认为全部条件都要符合。在 IMS 案中, 争议双方均以 Magill 案作为支持论点, 亦反映了对 Magill 案的不同看法。

<sup>④</sup> (1) 拒绝行为必须是有可能消除二级市场上的所有竞争; (2) 这种拒绝没有合理理由; (3) 对请求获得该许可的人来说, 该产品或服务是其从事自己的活动所必不可少的 (indispensable), 没有实际的或潜在的替代品。

不能彰显在知识产权的独占性与维护公平、自由竞争政策之间的紧张关系。所以，IMS 案构建了拒绝许可知识产权滥用支配地位的明确的判断标准。

欧洲法院作出以上结论的内在逻辑在于：知识产权授予权利人对知识产权客体的独占使用权，如果知识产权人有义务与竞争者分享其知识产权，知识产权将从本质上被剥夺。这样，知识产权人就只剩下收取使用费的经济权利，它淡化了知识产权，并且与罗马条约等明确规定的对知识产权的保护不一致。知识产权是一种基本的财产权，即使为了保护竞争的目的，限制这种基本权利的权力也是极其有限的。即知识产权的独占权或垄断性是知识产权本质的体现，正如欧洲法院在 Magill 案中认为的那样：如果不存在特殊情况<sup>①</sup>，一个企业即使具有市场支配地位，拒绝许可本身也不构成滥用市场支配地位。所以，除了采纳拒绝交易适用于有形商品或服务时的“必不可少”与“拒绝没有合理理由”的要件外，对于拒绝许可版权，只有当这种拒绝许可阻止了一种新产品进入市场时，才有可能给予强制许可。这种新产品应不同于知识产权人已经提供的商品，并且满足那些现有产品不能满足其需要的特殊消费者的需求。

从 Magill 案到 IMS 案，我们似乎可以总结出欧盟对于传统版权拒绝许可的竞争法政策：即在一定程度上容忍版权的独占性与排他性，即使这种行为对竞争确实产生了消极影响，这是为了维护创新所“必不可少的”。在传统版权拒绝许可领域，因为版权所保护的是表达形式而非内容，某一版权为市场必不可少的情形并不多见，所以对拒绝版权许可进行新产品理论的规制，是竞争政策对版权制度的一种让步，其目的是维护版权制度对创新的激励。一种表达形式会阻碍新产品的情形在现实中很难出现，Magill 案之所以被认为是一种特殊情形，其特殊之处就在于此。正如新加坡学者 Burton Ong 指出的，在 Magill 与 IMS 案中，一个最大的不同就在于 Magill 案中，拒绝许可的是信息（information），即电视节目的时间安排，而 IMS 案中，拒绝许可的是著作权本身（一种数据库结构），而非信息（商业数据）本身。<sup>[142]</sup>

#### 4.2.3.2 新经济产业中的拒绝许可案例

在版权领域的另一个分支，即软件版权保护方面，已经很难界定是对其表达形式的保护还是内容的保护，而由于软件产业具有典型的网络效应，在行业中领先的企业的软件标准对整个行业有着举足轻重的意义，如果对这一领域的版权拒绝许可仍适用新产品理论，则有可能在实际上容忍了支配地位的滥用，所以，在软件版权拒绝许可的规制中，欧盟对拒绝许可行为进行了较为严厉的规制。

---

<sup>①</sup> Magill 案中的特殊情况是，拒绝许可使一种具有潜在顾客需求的产品不能进入市场。在那种情况下，具有支配地位的企业不能独占对于进入市场和竞争所不可缺少的原材料。

在 1984 年的 IBM 案<sup>[143]</sup>中，欧共体委员会认为<sup>①</sup>通过拒绝为非 IBM 主机供应软件，IBM 被认为非法地使销售非 IBM 主机的竞争者处于不利地位。欧共体委员会认为，通过迟延披露 IBM 新产品上的接口信息，IBM 形成了人为的优势，并拒绝为竞争者提供使其产品适用 IBM 新产品的机会。所以，委员会裁定 IBM 应披露其关于界面密码的秘密诀窍，已便使潜在竞争者能够生产兼容的硬件产品。<sup>②</sup>

2007 年 9 月 17 日，欧盟初审法院通过电视转播的形式发布了初审裁决：驳回了微软公司的上诉，维持了欧盟委员会 2004 年的处罚决定，其内容为：微软公司凭借自己在个人电脑操作系统领域的优势地位，在其他市场上打压竞争对手，除要求微软公司限期提供不带自身媒体播放器的 WINDOWS 操作系统版本和向服务器软件行业的竞争对手开放兼容技术信息外，还对其开出了 4.97 亿欧元的巨额罚单。随即欧盟委员会 22 日宣布，美国微软公司已同意完全履行欧盟 2004 年对其作出的反垄断处罚决定。欧盟委员会负责竞争事务的委员内莉·克勒斯·斯米特说，她对微软公司最终作出这样的决定表示欢迎，并称欧盟将密切关注微软公司的履行情况。她说，微软公司已同意遵照欧盟委员会 2004 年的决定，依合理和非歧视的条件向服务器行业的竞争对手开放“完全、准确”的技术信息，以便它们的软件产品能够与微软视窗操作系统“充分兼容”。<sup>[144]</sup>

欧盟对微软的反垄断法规制中，包含有对微软拒绝许可行为的规制。欧盟指控微软的视窗只和微软自己的服务器软件相兼容，损害了使用 Linux 或 Unix 等操作系统的竞争者，拒绝向其竞争者提供“互用性”信息，即拒绝许可将该信息用于开发和销售在工作站服务器操作系统市场上与微软自己的产品相竞争的产品，构成滥用支配地位。对于这一判决，学者评价说更多的是对微软个案的判决而非构成一般意义上的指导。<sup>[145]</sup>

欧盟对软件版权拒绝许可的严厉态度说明了对信息技术领域内的知识产权，基础设施理论（必不可少性）有更大的适用，而不仅仅局限于提供新产品的情形。这一做法反映了欧盟一定程度上弱化软件版权保护的倾向：欧盟的关于保护软件的指示允许对软件进行逆向工程和解析，从而允许人们对软件的任何部分所采用的想法和原则加以确定，或者便利获得必要的信息，以实现独立制作的电脑软件相互之间能够兼容。<sup>③</sup>

总而言之，在欧盟关于知识产权许可方面，适用基础设施理论的倾向较美国明显，这主要是因为欧盟对于知识产权拒绝许可是以支配地位滥用的性质来规制，

<sup>①</sup> 在该案中，还对 IBM 的搭售行为进行了规制：欧共体委员会认为 IBM 不必要地将两种软件产品搭售到主机产品上是滥用行为。

<sup>②</sup> 这一结果与同时期美国针对 IBM 的反托拉斯案件的审理结果形成对照。美国司法部对 IBM 提起了长达 13 年的反托拉斯诉讼，最终该案件被撤回。其中关于 IBM 的附属设备与其他公司所制造的计算机的兼容性，司法部起初要求 IBM 事先公布其对界面的技术修改资料，后这一要求被驳回，理由是 IBM 没有义务支持竞争中的制造商。参见 U.S. v. IBM Corp., 687 F.2d 591 (2<sup>nd</sup> Cir. 1982)

<sup>③</sup> 参见 EC Directive 91/250 on the Legal Protection of Computer Programmes, 14 May 1991, OJL 122/42

其前提是拒绝许可人已经具备支配地位，而在欧盟，一旦一个企业被认定具有“支配地位”，则负有“特殊责任（special responsibility）”，而非支配企业无须承担这一“特殊责任”，从而建立一种对中小企业有利的竞争法律秩序。<sup>[146]</sup>另一方面，欧洲追求统一市场的目标也使得其竞争执法对基于基础设施导致的进入障碍持严厉的态度。<sup>[147]</sup>

#### 4.2.4 日本的相关立法

日本公正交易委员会 1999 年制订的《专利和专有技术许可协议中的反垄断法指南》，从禁止私人垄断的角度分析了专利拒绝许可的问题。该指南在其原则部分指出，对知识产权的行使（exercise of rights）豁免于反垄断法，除非这一行使违背了知识产权制度的宗旨所在。所以，在日本，对知识产权许可进行反垄断法上的制裁，要么是因为这一行为不属于知识产权的行使，要么是这一行使权利的行为与知识产权制度的宗旨相悖。拒绝许可正是从这一角度进行分析的。

该指南第 3 部分第 3 条第 1 款规定，如果支配企业的拒绝许可行为造成了对潜在竞争者的排斥或对现存竞争者在实质上的功能的阻碍，则被认为违法了反垄断法。第 2 款规定了专利屯积的情况下拒绝许可的规制，经营者取得专利、受让专利或者接受专利独占许可，本身并不产生私人独占问题。然而，在有些情况下，某一经营者将与某一产品有关的专利，即使自己不使用，也从其他经营者取得并屯积起来。如果不能取得这些屯积的专利的使用许可，在该产品领域就难以经营的情况下，屯积专利者为了排斥新的经营者加入，拒绝向第三人许可专利，或者提起专利侵权诉讼，排除或控制了其他企业的经营活动，对一定商品市场或技术市场上的竞争产生实质性的限制，应当认定为禁止垄断法上的非法的私人垄断行为。第 3 款规定了当某一知识产权构成行业技术标准时，即如果其知识产权对于现实和潜在的竞争者而言足够重要，则可能被认为是“必要设施”，拒绝许可会违反禁止垄断法的规定。

#### 4.2.5 知识产权拒绝许可行为的反垄断法分析

##### 4.2.5.1 拒绝许可行为的反竞争效应

拒绝许可会妨碍竞争者的生产或进入，从而抑制竞争及创新。通过拒绝许可，知识产权人能够轻易地利用其排他特权阻止竞争对手的进入或扩张。

首先，如果专利申请及授予的政策较为宽松，在特定市场上充斥着各种各样的专利，形成所谓专利荆棘，那些创新性的公司将在专利侵权上更易受到攻击，在半导体、生物制品及计算机软件领域，这一现象最为突出。相应的，在一个由一个或多个公司控制生产某产品的必要专利的市场上，竞争者如果不能获得专利

许可，则无法生产出专利产品的替代品，这就造成竞争者要么获得许可，要么退出市场。

其次，在建立了行业标准的情形下，也会导致这样的结果。某些标准包含“核心专利”，即对该技术标准而言是必不可少的专利技术。技术标准可以分为事实标准与正式标准，前者又可分为独家垄断的事实标准和企业联盟制定的标准。在独家垄断的事实标准中，拒绝许可事实上已经变成企业阻止竞争者进入市场或扩大规模的市场策略，所以，大多数标准化组织都要求参与者同意对外进行许可，而且考虑到反垄断法关于固定价格的制裁，一般不会允许在许可中规定不合理的条款，因为如果许可费过高，可能会导致对该知识产权的合理使用。但是我们仍然能够设想存在这样的情形：即权利人收取实质上具有抑止效果的使用费，使竞争者一旦支付了使用费，将无法获得合理的预期利润，而这种行为会产生类似拒绝许可的效果。因此，在具有网络外部性特征的行业，标准的设置可能会导致反竞争性。<sup>①</sup>

最后，Jonathan Baker 在对 Arrow 模型<sup>②</sup>合理化论证中得出了知识产权领域拒绝许可的反竞争效果。他关注这样一种情形：在某一市场上，支配企业与它的边缘（fringe）竞争对手要么结成同盟，要么相互生产出售互补性产品，那么支配企业有多种方式——例如拒绝许可——抑制其竞争对手的创新，或者在企业同盟中，支配企业可以以结束同盟关系的方式来威胁其合作公司，从而限制互补性产品的进入。支配企业还可以通过产品的不兼容性来降低竞争强度。<sup>[148]</sup>实际上，微软在计算机软件市场上的竞争策略——表现为以上方式。

#### 4.2.5.2 知识产权拒绝许可构成滥用的构成要件

第一，拒绝许可行为的主体具备垄断地位。美国谢尔曼法第 2 条与欧盟罗马条约 82 条最大的不同为：谢尔曼法第 2 条是对图谋垄断或垄断地位的滥用，关注的是反竞争行为（如拒绝许可）对相关市场产生的实际效果，也就是说，反竞争行为会导致企业在相关市场上有多大的支配力量，而欧盟第 82 条，因为被定义为垄断地位的滥用，所以其前提即为拒绝许可人已经获得了垄断地位，在这一前提下对知识产权拒绝许可才有可能构成滥用。的确，强制交易在某种程度上限制了市场主体的交易自由，而这种自由是不能被随便削减的，从这一意义上讲，将支配地位的确定作为前提条件有效地确保了只对那些能够通过拒绝交易扭曲市场竞争机制的企业课以强制交易的义务。<sup>[149]</sup>

本文认为，由于要求强制许可在一定程度上确实对知识产权人排他性的削弱，甚至有学者认为是对知识产权本质的破坏和侵蚀。所以，只对具有支配地位的企

<sup>①</sup> 关于技术标准结合知识产权所产生的垄断分析，请参见本文第 5 章。

<sup>②</sup> 阿罗模型即表明了竞争性市场上企业的创新激励更强。

业课以该项义务，是对支配企业市场支配力的有效制衡。在支配地位的认定方面，本文认为，在知识产权许可中，源于知识产权的当下经济发展中的重要作用，尤其是新经济产业中的网络效应等因素，判断支配地位的存在与否，除了考察市场份额等传统标准，更应该考虑网络经济效应等因素带来的进入壁垒，以及因为知识产权的排他性给企业带来的实施排斥性行为以提高进入市场门槛的能力，以下几个因素是在知识产权许可的规制中判断企业市场优势地位并进行较为严格标准的反垄断法规制的重要指标：（1）在存在网络效应的行业拒绝许可知识产权行为；（2）当支配企业拥有的知识产权涉及关键设施时，或其因为有关基础设施的知识产权而获得了支配地位时，其反过来抑制创新的可能性大大增加，应严格规制；（3）拒绝许可的知识产权已经成为了行业标准。在某种程度上，行业标准与关键设施两个概念有相当密切的联系：即技术标准肯定构成关键设施，但关键设施不一定都表现为技术标准。<sup>①</sup>但是在衡量是否构成支配地位上，二者的竞争法意义是同样的，而且受知识产权保护的技术标准给企业带来的支配地位更为强大，相应的，对于这种情形下的知识产权拒绝许可，应对企业进行更为严厉的反垄断法规制。

第二，作为许可标的知识产权的必不可少性。在知识产权许可中，判断拒绝许可的知识产权是否是必不可少的，可以遵循以下思路：首先，该知识产权是否被包含在行业标准或被认为是行业的关键设施。如果一项知识产权被包含在行业技术标准中或被认为是关键设施，在存在网络效应的行业，该知识产权往往是进入该行业所必不可少的。在不存在网络效应的行业，则需分析该行业的标准是否是唯一的，或者还同时存在其他同类标准。其次，对不同类型的知识产权的必不可少性分别论证。对市场能发挥经济垄断性的知识产权往往表现为专利、版权（尤其是软件版权技术）及专有技术、商业秘密。由于知识产权法对不同类别的知识产权提供的法律保护强度不一，因此，在知识产权的确造成了经济垄断力的情形下，其拒绝许可造成的反竞争效果亦有不同，从而规制的严格程度亦有区别。

第三，拒绝没有合理的理由。探询拒绝许可的合理理由实际上是对美国谢尔曼法第 2 条垄断意图的反向借鉴。在美国司法实践中，对于拒绝许可知识产权有

---

<sup>①</sup> 关键设施与技术标准还有以下区别：首先，标准可以是一种公知领域的技术，而知识产权则具有独占性，二者追求目标不同。对于标准的发起者来说，追求公开与普适性，而知识产权追求私有性与排他性。标准一旦形成就会给企业带来垄断地位，而标准可以公开、可以不被任何企业所拥有，这对标准的发起者往往更加有利。而对于关键设施拥有的知识产权往往需要企业保密，一旦公开，企业的优势地位就会荡然无存。其次，拥有主体不同。标准的拥有者可以是多个企业，而知识产权主体往往是一个企业。再次，二者的使用方式不同。对于公开的标准一般情况下不需授权、可以自由使用，对于某些具有知识产权的标准，发起者也会为了扩大自身网络而免费推广。而知识产权则需要授权，任何人要使用知识产权，除法律另有规定的以外，必须得到所有权人的许可，并按双方协议支付使用费，否则将构成侵权。第四，二者的内容不同。一种标准可以不包含知识产权，但也有可能包含上千项知识产权，一种标准中包含的内容要比单纯的知识产权要宽。最后，与网络经济效应的关系不同。标准与网络经济效应关系密切，标准可能会因网络经济效应形成，网络经济效应也能够因某项技术被预期为将来的标准而产生。而对于关键设施拥有知识产权则不一定带来网络经济效应。

一个基本的推定：商业合理性。简单的说，就是认为企业没有义务将自己的知识产权许可给其竞争对手，从而消灭了自己因该技术获得的技术优势，这不符合经济学中的经济人假定，也不符合现实的商业理性，而被拒绝许可方必须举证推翻该商业合理性，证明该拒绝行为的垄断意图并产生对竞争的扭曲。

本文认为，在具备了前述两个条件的前提下，知识产权人就必须承担举证责任，反过来证明该拒绝许可行为的商业合理性。这一要件是“必不可少的”。因为它可以有效的消除对知识产权拒绝许可反垄断法规制的反对者的担心，使得知识产权人不致于因为过低的许可费被“抢劫”。<sup>①</sup>除了许可费不合理的降低以外，许可人还可主张其他抗辩理由，如客观合理性抗辩，企业可以证明，许可不能表明自己具有良好的商业信誉，从而无法保证其能履行义务或保证知识产权产品的品质。”在判断拒绝的合理理由这一要件中，双方是否存在原先的许可关系是一个重要标准。总的而言，对存在原先许可关系的拒绝许可行为，其商业合理性抗辩应受到更严格深入的反垄断法审查。因为如果双方曾存在许可关系，那么一方中断该许可（即拒绝许可）往往可以表明通过拒绝行为垄断市场的意图。尤其在具备网络效应的产业，一些企业往往通过事先许可，甚至是免费许可来推广自己的受知识产权保护的技术方案，待该技术得到广泛的市场认同以及较高的市场占有率后（即市场被锁定后），再拒绝许可，从而独霸该技术市场及相关产品（服务）市场。

#### 4.2.6 对我国知识产权拒绝许可行为反垄断立法建议

##### 4.2.6.1 现状分析

随着世贸组织的建立，官方贸易壁垒在逐步消除，经济全球化和世界市场一体化的进程在加快，但与此同时，国际市场又面临着私人企业限制竞争行为的威胁。就我国来说，在我国“入世”之后，外国产品、技术、资本、服务等将会更多地进入我国市场，实际上我国的一些产业已经形成了由那些掌握着高科技并且有着雄厚经济实力的大跨国公司所控制的局面。一些跨国公司在资金和技术方面较之我国国内企业占有很大的优势，从而很容易在我国市场上取得支配地位或者垄断地位。如果它们在我国市场上从事滥用市场支配地位的行为，或者联合限制竞争，或者不适当地对我国企业进行并购，就会对我国的竞争秩序造成不利的影响，也会对我国的民族经济带来严重的冲击。其中，微软公司在我国市场上的反竞争行为对我国消费者的利益和我国软件业的发展带来的不利影响早已引起人们的关

---

<sup>①</sup> 反对对拒绝授权的知识产权人课以强制授权义务的学者认为，在这种情形下，该知识产权在市场上的交易价格以及购买该知识产权的人数就会因此而减少。被授权人甚至会强迫权利人接受其刻意压低的授权金额，而对知识产权人产生类似抢劫的效果。参见陈志民，反托拉斯规范掠夺行为之现在与未来——新经济制度下之省思（二），政大法学评论，2004年第5期（82），p212

注；而思科、英特尔公司对我国同行业企业的打压行为也是以知识产权的名义进行的，在拒绝许可方面，思科诉华为案引起了人们的普遍关注，随后的英特尔诉东进案虽然最后以和解结案，但是其中同样涉及拒绝许可问题。

华为诉思科案。美国当地时间 2003 年 1 月 22 日，全球最大的网络设备制造商思科系统公司和思科技术公司（以下统称“思科”）在美国德州马歇尔的联邦地区法院向我国最大的电信设备制造商华为技术有限公司及其在美国的 2 家子公司华为美国公司和 FutureWei 技术公司（以下统称“华为”）提起诉讼，指控华为侵犯其知识产权。思科在长达 77 页的起诉书中指控华为抄袭其命令行界面，拷贝其用户文档，拷贝 IOS 源代码，侵犯其在美国的专利，采用其术语和模型号，并提出了多达 21 项的诉讼请求，涵盖了从版权、专利、商标到不正当竞争等知识产权的几乎所有范畴。3 月，华为全面反驳了思科的指控，并提出三项反诉：华为对思科的专利不构成侵权、判决思科专利无效及思科不公平竞争。同时，华为还向法院提出了对思科初步禁止令动议的反对意见。<sup>[150]</sup>

东进诉英特尔案。2006 年 1 月 20 日，国际 IT 界巨头英特尔公司向深圳市中级人民法院提起诉讼，称深圳市东进通讯技术股份有限公司（以下简称东进）使用了英特尔语音卡软件中的“头文件”开发出了与其兼容的新产品从而侵犯了其著作权，并向东进公司索赔 796 万美元；随后，东进“反戈一击”，通过其关联企业北京东进公司向北京市第一中级人民法院状告英特尔非法技术垄断、妨碍技术进步——2005 年中外知识产权第一案由此形成。<sup>[151]</sup>

此外，我国原定于 2004 年 6 月 1 日始强制执行的“WAPI”无线上网标准，其目的是保障国家、行业、企业和个人用户的无线局域网通信安全同时也是打破国外企业事实上的垄断，打碎事实上的标准，让新技术有生存发展的空间。但是由于 CPU 的霸主 Intel 率先表示不支持中国“WAPI”标准，使得这项投入巨大的计划搁浅。歧视 WAPI 的最大阻力是“技术性抵制”，也就是知识产权人的拒绝交易问题。<sup>[152]</sup>

从上述案例来看，当前在我国出现的拒绝许可知识产权行为有如下特征：

第一，主要出现在计算机软件产业。计算机软件产业是新经济产业的典型代表，具备新经济的网络效应、锁定效应等基本特征。在我国频繁出现关于计算机软件的知识产权纠纷，符合当前知识产权与反垄断法矛盾集中于该领域的世界性趋势。从上世纪 80 年代起，美国与欧盟分别对 IBM、微软、Intel 等计算机软、硬件生产巨头进行了反垄断审查，虽然得出的结论并不一致，但进行反垄断审查事实本身反映了在这一领域，高科技及新的经济特征对知识产权法和反垄断法都提出了新的课题，两个法律制度如何应对这一挑战以及如何处理相互之间本已复杂多变的关系，各国都在不断的进行探索。而探索的结果，往往取决于一国（地

区)的法律文化、历史背景、产业政策及在国际经济格局中的地位。因此,在前文中,我们可以看到,同样对于微软及 Intel 的反垄断法审查,美国的规制是越来越松而欧盟则是相反。所以,我国在进行这一领域的反垄断法立法和司法过程中,亦应当以中国的具体情况为背景,不应盲目效仿国外尤其是发达国家已经形成的规则、方式,而应探究规则背后的规律、原理,从而建立适应我国国情的反垄断规制方式。

第二,拒绝许可行为的知识产权人往往是外国公司或有外资背景。无论是前述案例中的计算机软件产业,还是传统的知识产权产业,如制药等行业,当前,拥有先进的受知识产权保护的主体从国际层面来看多为发达国家的企业,尤其是跨国公司。从国际层面而言,跨国公司及其母国(一般是发达国家)坚持只有更高的知识产权保护水平,才能提供充分的研发激励,从而促进人类科技水平的进步,因此应当在全球推行较高的保护标准,防止一些国家通过“搭便车”而获得的不合理的竞争优势。TRIPs 协议便是这一立场的产物。从个体层面而言,跨国公司本身实现基于知识产权的竞争策略,以在华的跨国公司为例,凭借广泛申请的专利、商标以及苦心经营的专有技术、商业秘密等,已经在中国形成并巩固了十分强势的技术垄断地位。据统计,从上世纪 90 年代开始,跨国公司在华专利申请量以平均每年 30% 的速度高速增长。其中日本企业在华申请专利量最多,其次是美国、韩国。这些专利申请都是高水平的,尤其是在高科技领域,例如电子信息领域、生物医药领域、新材料领域的核心技术,都掌握在少数跨国公司手里,像高通、诺基亚、西门子等少数几家跨国公司就掌握了 80% 以上的通信专利技术。<sup>[153]</sup>

第三,拒绝许可的知识产权往往表现为行业标准,特别是事实标准。如果对一个拒绝许可行为进行了反垄断法规制,则意味着这一行为对竞争产生了消极影响。而这一后果仅仅凭借单纯的拒绝许可行为往往无法产生。正如对垄断企业的拒绝交易行为才进行反垄断法审查一样,只有对事实上形成了市场垄断力的知识产权的拒绝许可才可能对市场竞争产生不利影响,而这样的知识产权往往表现为成为了行业标准(无论是正式标准还是事实标准)的技术方案或构思。当知识产权以技术标准的面目出现是,如果是正式标准,因其大多规定了合理的许可政策,一般不会发生拒绝许可的情况<sup>①</sup>,但如果是事实标准,尤其是垄断企业的事实标准,则知识产权人基于知识产权的私权性,往往通过拒绝授予许可而形成或强化行业垄断。如思科案中,思科在采用“私有协议”<sup>②</sup>的同时并以不许可给任何其它企业

<sup>①</sup> 但是不意味着不会发生其他的扭曲竞争的情况。

<sup>②</sup> 私有协议是指在国际或国家标准化组织为实现通信网络的互联互通而建立相关标准和规范之前,某公司由于先期进入市场,而自己形成的一套标准。就是说,私有协议是未经国际或国家标准化组织审查、采纳、批准,具有封闭性、垄断性等特点的非法定的、事实上的标准。其在本质上是企业内部发展、采用的标准,除非授权,其他企业一般无权使用该协议。这与国际标准或者国家标准即使涉及到知识产权也必须是公开的、可授权的情况明显不同。由于它是企业自己制订的,主要用途和目的是在其企业自己生产的设备之间使用,协议实现细节和关键内容不对外公开与授权,利用不当,容易形成不公平竞争和封闭市场。如果一

的方式，阻止不同企业设备的互联互通，设立技术、市场壁垒，在招标过程中使其竞争对手难以对它形成实质竞争。思科通过在市场上推广私有协议，逐步获得并进一步维持和强化了其市场垄断地位，排挤了相关市场上的实质竞争。

#### 4.2.6.2 现有立法

我国刚刚颁布的反垄断法第十七条规定：禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为：……（三）没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易；……。本法所称市场支配地位，是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。第十八条：认定经营者具有市场支配地位，应当依据下列因素：（一）该经营者在相关市场的市场份额，以及相关市场的竞争状况；（二）该经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力；（三）该经营者的财力和技术条件；（四）其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度；（五）其他经营者进入相关市场的难易程度；（六）与认定该经营者市场支配地位有关的其他因素。

以上规定从立法角度对知识产权拒绝许可提供了成文法依据，应当说是运用了反垄断法规制支配地位的基本原理作出的大纲性的规定，符合反垄断法特有的不确定性的立法特征。但从法的适用、执行的角度来看，则需要相关的实施细则或指南强化其可操作性，并要对反垄断法与其他有关联的法律规范进行协调。在知识产权拒绝许可方面，则应协调反垄断法和知识产权法之间的关系。

#### 4.2.6.3 关于知识产权拒绝许可反垄断法规制的立法建议

对知识产权拒绝许可的反垄断法规制，我国除了可以应用本节第二部分知识产权拒绝许可构成滥用的条件分析中所阐明的各构成要件外，还可以在基本立场及具体运用上进行如下分析

第一，基本立场。在知识产权许可领域，中国作为技术引进国，所面临的最大的挑战为：一方面经济全球一体化又使得中国企业不能固步自封，而是必须考虑世界范围内的行业技术标准；另一方面，掌握行业标准的跨国公司通过拒绝许可排斥中国企业进入相关市场与其竞争。所以，从改革开放之始，我国就奉行“以市场换技术”的技术引进政策，但是，这一政策的实施效果在当前被证明是背离了初衷的，简单地说，我国开放了市场，甚至是让出了市场，但是并没有换来所渴望的技术。因此，我国目前大力提倡开发拥有自主知识产权的技术，摆脱中国企业成为跨国公司加工厂的被动局面。但是，技术——尤其是高新技术——的发展是累积性的，再加上新经济产业的网络效应，所谓“自主知识产权”的技术也

---

个通信网上大量存在“私有协议”，现行网络或用户一旦使用了它，就会形成对其协议的依赖，以致后进入的厂家必须提供采用这种私有协议的设备，才能够与网内早已存在的原来设备互联互通，否则，后进入者根本不可能有机会进入现行网络。

必须与该行业已有的技术标准进行兼容<sup>①</sup>，才能在已有技术市场及产品（服务）市场上进行竞争，因此，相关知识产权的许可始终是必经之途。在另一方面，随着TPIPs协议的生效以及国际政治经济多方面因素影响，我国以二十来年的时间完成了发达国家二百多年才建立的知识产权法律体系。以致于有学者认为，中国在知识产权立法和执法上作茧自缚、扩张行政权力，不当地增加了跨国公司的竞争优势，打压了国内企业，更有甚者认为，中国过度承诺和执行了极高的知识产权标准，应当更多地保护本国企业的利益。关于我国当前的知识产权保护标准是否过高的讨论，虽然是和本文密切相关的一个论题，在此不作探讨。本文所重点关注的是，在如上现实及立法背景下，对知识产权许可的反垄断法规制应采取严格主义立场，即在反垄断法实施后，强化反垄断法执行机构对拒绝许可行为的审查与规制，有力地遏制跨国公司利用知识产权策略来垄断市场，获取垄断利润。在对知识产权拒绝许可的反垄断执法中，应以维护市场的开放性和公平竞争为直接目标，以消费者福利的增加为最终的价值取向。

第二，可以对不同类型的知识产权进行相应的反垄断法规制强度。正如本文反复强调的：必须对知识产权的法定垄断权与反垄断法中的垄断状态进行区分。一方面，大多数知识产权虽然具备法定垄断权，但在现实中并不会造成对于市场的经济垄断状态，对于知识产权进行反垄断法规制，所关注的是能够造成市场垄断状态的那一部分知识产权的行使，以免其滥用对竞争造成消极影响。另一方面，那些能够造成经济垄断力的知识产权，如果要滥用其垄断力的话，的确是凭借了知识产权的法定垄断权导致的排斥效果。因此，不同类型的知识产权所提供的不同范围、强度的保护是衡量某一知识产权滥用对竞争造成的消极影响的重要考虑因素，从而确定相应的反垄断法介入的程度。如专利和传统版权比较，对于专利，知识产权法提供了最强的保护，如同英国学者指出的那样，著作权区别于专利，是因为专利提供了一种绝对的垄断，而著作权保护仅限于对作品的复制。<sup>[154]</sup>因此，因其独占性且结合诸如技术标准等因素而造成的市场垄断力最强，对其拒绝许可的反竞争性更强，从而应课以较严厉的反垄断法责任。对于传统版权，因为所保护的仅仅是表达而非思想，所以，对版权拒绝许可认定为知识产权滥用而课以反垄断法责任应该适用较高的构成要件。

第三，新经济产业中的知识产权拒绝许可的规制更为严格。新经济产业中的知识产权主要体现为专利、版权和专有技术、商业秘密，这些专有权本身与传统的知识产权并无二致，但是，由于新经济产权的网络效应、锁定效应、胜者全拿等产业特征，使得新经济中知识产权的法定垄断权获得了前所未有的威力，甚至演变成经济垄断力。因此，对新经济产业中的知识产权的反垄断法规制在一定程

<sup>①</sup>当然，本文并不否认随着技术的发展，一种全新的技术完全推翻、颠覆了已有技术的情形，如CD机取代磁带式录音机。

度上与对传统的知识产权的规制程度相较而言要更严格，结合我国的现实国情更应如此。以下以新经济产业的代表——计算机软件——为例展开讨论。

计算机软件的知识产权保护及反垄断法规制是一个理论和实践都有大量争议的领域，在我国出现的知识产权滥用行为也大都出现在该行业。在前述欧盟微软垄断案中，欧盟委员会及初审法院均判定微软拒绝向服务器行业的竞争对手提供相关技术信息，导致竞争对手开发的软件无法与微软“视窗”(Windows)操作系统充分兼容构成支配地位的滥用，命令其向服务器软件行业的竞争对手开放兼容技术信息。而美国对欧盟的这一决定却另有看法，美国司法部副部长汤姆斯·巴内特说：“我们忧虑这个标准应用于欧盟初审法院单方面行为，而不能帮助消费者，这可能会抑制创新和损害竞争而导致不好的结果就是损害消费者利益。<sup>[155]</sup>之所以欧盟与美国对微软——其实早在 80 年代对 IBM 的反垄断法处理结果就相异——的拒绝行为是否构成支配地位滥用有不同，除了国家利益因素在其中起作用以外，还显示了对计算机软件知识产权保护及限制的不同态度。一般而言，计算机软件产业呈现出如下特征：首先，软件产业是有着强烈网络效应的产业。其次，软件产业领域内的创新有其独特之处。软件领域的技术创新通常是在现有技术水平上的“增量式进步(incremental advance)”，同时，软件产品的更新换代速度相当快，技术的进步幅度微小，产品的代际差异不明显，量变几乎随时随地都有，质变却很少发生，可比喻为“小步快跑”。<sup>[156]</sup>在这种情况下，对原有软件的横向兼容与纵向兼容都显得更为重要，在实质上可以促进软件产业的创新，为消费者提供更多更好的产品。当前在软件产业的开源运动即为对这一要求的反映。

本文认为，一方面对软件版权保护及商业秘密保护有其正当性，是对开发者研发成本的必要回报，但是，基于以上分析，对软件版权的拒绝许可应实施反垄断法规制应以保持市场的开放型为基本目标，具体而言，即为保持成为标准的计算机软件的开放性，尤其是系统软件。这里的开放性指主导标准的软件应保留充分的兼容接口让其他的软件接入，并将接口无条件完全开放，系统软件更应保持更大的接入自由度。对主导软件标准厂商采取措施阻挠进入兼容的行为应实行反垄断惩罚。2003 年，Sun 公司起诉微软有意阻止 Sun 的 Java 平台与微软的视窗平台兼容互用的诉讼案中，美国一法院判 Sun 公司胜诉。判决书写道：“尽管微软假装支持实现兼容性，但该公司故意采取措施使该目标不能实现。”判决书还判定微软必须在其视窗中包含 Java，并且必须避免视窗的 Java 运行时间的“失效、卸载、替代或是任何功能的减弱”。该案例代表了保护软件标准开放性的法律倾向。<sup>[79]</sup>

## 4.3 知识产权许可中价格歧视条款的反垄断立法规制

### 4.3.1 知识产权许可中价格歧视条款的反垄断法界定

#### 4.3.1.1 反垄断法中的价格歧视条款

价格歧视是社会生产和生活中常见的经济现象，我国法学界对价格歧视的定义为：价格歧视就是价格方面的差别待遇。是指卖方对购买相同等级、相同质量货物的买方要求支付不同的价格，或者买方对于提供相同等级、相同质量货物的卖方支付不同的价格，从而使相同产品的卖方因销售价格不同或者买方因进货价格不同而获得不同的交易机会，直接影响到他们之间的公平竞争。而且，同一种产品的不同批发价会直接影响到零售价，不同的零售价则直接影响到消费者的利益。因此，价格竞争不仅影响市场竞争，而且还会影响消费者的利益。<sup>[111]</sup>

经济学界也对价格歧视现象作出了较深入的研究，而且一般持中立的立场。如有学者指出，价格歧视是指企业向不同顾客出售同样产品时索取不同的价格，或者视顾客购买量大小对顾客开出不同的价格。<sup>[157]</sup>斯蒂格勒提出了较为精确的概念：“当两种或两种以上相似产品出售时，若价格与边际成本的比例不相等时，则存在价格歧视。”<sup>[113]</sup>同时，经济学对于企业实行价格歧视的动机进行了简明的分析：价格歧视是企业通过占有消费者的全部剩余的方式（假设实现了一级歧视）寻求利润最大化的市场策略。在具有某种市场势力的基础上，企业针对不同的消费者的不同消费需求，在相互不能套利<sup>①</sup>的不同市场上制定不同的价格，从而获得最大的经营利润。经济学一般认为，纯粹的价格歧视能够最大限度的实现生产者剩余，并有利于增进社会福利。<sup>②</sup>而对于价格歧视是否能够增进消费者福利则存在争议，也导致在反垄断法上对价格歧视的态度存在争议。因此，各国反垄断法都没有刚性规定价格歧视必然违法，而是从其后果来判断，若其后果实质性地损害了竞争才视为违法。

#### 4.3.1.2 知识产权许可中价格歧视条款的特殊性

在知识产权许可中的价格歧视行为通常表现为歧视性费率的问题，即对同一

<sup>①</sup> 指在一个市场上以低价购买一种物品，而在另一个市场上以高价出售，以便从价格差中获利的过程。

<sup>②</sup> 此处纯粹的价格歧视往往是指底谷在上世纪20年代对价格歧视所做的三级中的一级歧视。该三级歧视分别是指第一类价格歧视是卖者对买者以每单位的索要价格等于该单位的最大支付意愿的方式，对每一单位商品索要不同的价格，这也被称为完全价格歧视。第二类价格歧视是指价格的不同依赖于商品购买的数量，而不依赖于消费者，这个现象也被称为非线性定价，每个消费者面临相同的价格表，但此表对不同的购买量有不同的价格。第三类价格歧视是不同的买者被索要不同的价格，但每一买者为每一单位商品的购买需求支付一个不变的量，这是最普遍的价格歧视形式。价格歧视还需满足不同条件，其中，一级价格歧视要求实施者能够完全了解个别消费者的偏好；二级价格歧视（数量折扣）要求消费者在需求形态上并不相同，例如，有人购买量大，有人购买量小，且产品在短期间会被重复购买；三级价格歧视要求厂商可轻易区分出具有不同属性的消费者，而且这些不同属性消费者的需求弹性必须不同。

项技术许可向不同的被许可人收取不同的使用费。这一类许可行为除了具备价格歧视的普遍性外，还有着一些独有的特点。

第一，知识产权的保护对价格歧视的实现较其他商品有利。企业实现价格歧视的一个重要前提条件是对套利行为的阻止。因为在价格有高有低的情况下，如果不能防止以较低价格购买产品的买方将产品转卖给愿意以较高价格购买的买方从中获利的情况，即这一部分剩余由套利者获取，企业不会实施价格歧视。因此，实施价格歧视的企业往往采取各种手段来阻止套利行为，如掺杂行为、保修失效约定等。在知识产权许可中，由于知识产权的专有性保护特征，使得许可人可以通过明确规定许可的权利内容、使用领域、地域等方式来保证杜绝套利行为。例如对一项药品的专利方法，许可人可以明确规定该方法只能用于人用药品的生产，而不能用于兽用药品的生产，虽然在具体的药品生产上，该技术方案是完全一致的。在知识产权许可中常常有禁止平行进口的条款，也可以用来保证许可人在不同地域实现价格歧视。

第二，知识产权的价格歧视与搭售、拒绝许可等有着密切联系。实际上，美国的很多学者认为，知识产权许可领域内的搭售行为是为了实现价格歧视。如广为人们熟知的 IBM 搭售案，IBM 在出租其具有垄断力的机器时，限制其租用者必须向其购买定位装置卡。租用者对机器的使用越频繁，对机器的租用保留价格越高。IBM 正是通过定位装置卡的销售数量来了解使用者使用机器的频率，从而针对不同的频率制定不同的价格，以获取价格歧视的利润。<sup>[158]</sup>在拒绝许可知识产权领域，有学者指出，Xerox 案和 Kodak 案<sup>①</sup>中，被告的行为都是通过对售后市场维修服务的垄断而实现价格歧视。<sup>[159]</sup>

第三，知识产权的价格歧视在成本分析上有特殊性。价格歧视往往体现为两种形式：其一是横向的价格歧视，即通过掠夺性定价来排挤横向竞争者；其二是对其纵向客户的价格限制，从而导致其客户之间竞争地位的不平等。无论是哪种价格歧视，一个有利的抗辩理由为成本抗辩。如专门规范价格歧视的美国《罗宾逊-帕特曼法》第 2 条（a）规定，“本规定不适用于那些因制造、销售运输成本不同所作的合理补贴。”也就是说，在现实中，同一产品的出售价格的不同可能是因为针对不同购买者，出售者支付的供应成本不同，如一本书的精装本和平装本之间的区别。但是，在知识产权许可中，基于上述成本的抗辩几乎不存在或很难计量。正如 Jay Dratler 教授指出的：“纯粹只是知识产权许可的价格掠夺是不存在的。判例法中只有包含价格歧视的掠夺，主要是地区性的。这条判例规则只是暗示，对类似的消费者实现不同的定价在某些时候可能是非法的，并没有暗示任何许可价格过于‘低廉’”。<sup>[12]</sup>造成这一现象的原因很明显：知识产权许可的技术

<sup>①</sup> 分别指 CUS v. Xerox Co. 203 F. 3d 1322 ( Fed. Cir. 2000) 和 Image Technical Services v. Eastman Kodak Co. 125 F. 3d 1195 (9th Cir. 1997) 两案，具体案情请参见本文第 4.2.2 知识产权拒绝许可部分。

大多存在高昂的研发成本和接近于零的边际成本，因此运用成本理论在实际上变得不可能。

第四，知识产权许可协议中复杂的许可条款使得比较“相同商品”非常困难。一般认为，构成价格歧视的前提条件之一是对相同商品（same commodity）以不同的价格出售给不同的消费者。<sup>①</sup>在知识产权许可中，假定许可条款被视为一种商品，但是实践中对一种技术的许可往往包含多种前提条件：例如许可人是否有义务提供技术援助与指导、回授条款、使用领域等，这些都可能导致许可费率大有区别，但是否构成价格歧视，则另当别论。例如，美国有案例曾判定当专利权人在一揽子许可中降低使用费以获取专利回授时，在单一的专利许可中却拒绝给予回授降价时，他的拒绝并不构成使用费歧视。<sup>[12]</sup>

### 4.3.2. 美国和欧盟对知识产权许可中价格歧视条款的反垄断法规制

#### 4.3.2.1 美国的相关立法和实践

美国反垄断法关于价格歧视行为主要体现在具体规定价格歧视条款的《克莱顿法》与《罗宾逊—帕特曼法》和一般性规制《谢尔曼法》。《克莱顿法》2条包含了禁止价格歧视的规定。该条规定：“任何从事商业活动者，在该商业活动中，直接或间接地对类似等级和质量的商品的购买者进行价格歧视，……如果歧视可能实质性地削弱竞争或在任何商业领域形成垄断，或损害、破坏、阻止了买方与给予或有意获得价格歧视利益的任何人之间的竞争，或者买方之间的竞争，则属非法行为，这里歧视所涉及的购买是在商业过程中商品是为了在美国内、准州内、哥伦比亚内、或美国司法管辖权下的属地及其他地域内的使用、消费或销售。”随后的《罗宾逊—帕特曼法》也有类似的规定。<sup>②</sup>

由于上述规定源于经济大萧条时期对于中小企业的保护及经济民主的认同，随着经济背景的变化，认为对价格歧视应放松规制而且重视其促进社会整体效率的经济学立场对美国的相关司法实践产生了很大影响。根据美国司法部1976年对《罗宾逊—帕特曼法》的研究报告，认为价格歧视行为要对竞争者和消费者造成损害，必须满足以下条件：（1）对大企业的低价并不适用于所有的顾客；（2）大企业凭借其市场优势，能将产品的价格降低到消灭小型竞争企业的地步；（3）优势企业将小企业消灭后，将价格提高到垄断价格的水平；（4）这种垄断价格水平能够维持相当长的时间。<sup>[113]</sup>在80年代以来，美国司法部和联邦贸易委员会基本上不办理价格歧视的案子，理论界也一直呼吁废止《罗宾逊—帕特曼法》。所以，目前美国基本上对价格歧视已不采用本身违法原则。

<sup>①</sup> 当然，将不同的商品以同样的价格出售给不同的买方也可能构成价格歧视。

<sup>②</sup> 事实上该法案是对《克莱顿法》第2条的修正案，将价格歧视的影响由对一级损害扩展到二级损害。是加强了对价格歧视的反垄断法规制。

在《谢尔曼法》中对价格歧视的规定分别适用第 1、2 条。根据第 1 条，所指控的价格歧视是指生产商与某一发行商串通，通过向该发行商提供低价，使该发行商能在与其他发行商竞争中取得优势地位。根据第 2 条所指控的价格歧视往往即通过掠夺性定价来图谋垄断。由于《谢尔曼法》是效果条款，所以，对价格歧视的规制必须证明产生了实际的反竞争效果。

在知识产权许可中的反垄断法规制方面，首先必须解决的问题是：美国关于价格歧视的《克莱顿法》和《罗宾逊-帕特曼法》都是关于商品买卖的规制，而知识产权许可的标的是无形财产，由此产生了相关法律的适用性质疑。司法实践表明，如果是纯粹的技术许可（如生产许可），则不适用上述两法，如果是技术许可伴随着有体财产的转让（如软件销售），则通过考察“交易的主要性质”来决定是否适用。例如第一巡回法院在 1975 年 SCM 诉 Xerox 案中分析：如果承租人自己提供纸张，根据复印的张数计算费用，复印机的租赁与许可使用不应适用《克莱顿法》，如果纸张由出租人提供，则适用该法的可能性较大。<sup>[160]</sup>

相关司法实践中较有代表性案件是 1965 年 Laitram Corp. v. King Crab, Inc.<sup>[161]</sup> 案（我国学界一般称之为去虾壳机案）。在该案中，专利权人拥有小虾去壳机的专利，将它许可给小虾加工者使用，并同时租赁有关设备，专利权人按加工虾的重量收取租金。因为西北地区的虾体积只有墨西哥湾的虾的一半，专利权人据此认为获得同样数量的去壳虾需要对机器的双倍使用。所以，专利权人对西北地区小虾加工者每磅去壳虾收到的租金费率，是墨西哥湾地区的小虾加工者所需交纳租金的两倍。同时，专利权人自己在墨西哥湾加工区拥有一个自己的工厂。西北地区的承租者认为双倍费率以及专利权人自己拥有工厂的事实综合起来违反了反托拉斯法，从而拒绝全部缴纳使用费。专利权人提起专利诉讼，阿拉斯加地区法院认为构成专利权滥用，拒绝行使专利权，除非权利人放弃歧视性费率。与此类似的案例还有次年的 LaPeyre v. FTC 案。<sup>[162]</sup>

上述案例判决的依据在于专利权人通过不同的使用费率来排斥同业竞争者的竞争，所以构成了专利滥用。但是学者们对此表示了质疑：专利权人利用自己的创造发明为自己取得竞争优势难道构成专利滥用吗？而且与不许可相比，许可该专利的确提高了劳动生产率。法院在没有调查市场效果，而是认定该类行为天然地属于歧视行为而具有反竞争的效果。这一点是很受怀疑的。<sup>[163]</sup> 学者们指出，在 Laitram 案中，被告在竞争上的不利地位是源于西北地区因虾体积小而导致的剥壳生产率低这一自然因素，换句话说，即使没有使用费率的差别，其也是处于不利地位的。所以，不能认为是价格歧视导致了竞争。因为，专利权人没有义务为了维护其与竞争对手之间的公平竞争而抹杀自己的资源优势。

总而言之，美国对于知识产权许可中的价格歧视行为持宽松的态度，一方面

是因为许可中的价格歧视行为很难界定，另一方面是认为为了激励创新，知识产权人利用价格歧视来争取收益最大化是正当的，除非这种行为对竞争造成了明显的危害。

#### 4.3.2.2 欧盟的相关立法和实践

根据《罗马条约》第 82 条 (c) 的规定，一个或者多个企业滥用其市场支配地位，“对与其他贸易方的相同交易施加不同的条件，从而使其处于不利的竞争地位”的，属于滥用行为。可见，《罗马条约》对价格歧视的规定只适用于“相同交易 (equivalent transactions)”。欧盟对于价格歧视规制的特点在于：第一，欧盟将价格歧视视为滥用支配地位的一种，即只有具有支配地位的行为人的歧视行为方受到反垄断法关注。第二，注重歧视行为对市场竞争造成的消极影响。欧盟将反垄断法规制的价格歧视称为排他性回扣 (又称忠诚回扣)，这种行为的主要目的是将购买商束缚在自己身上，使其无法从其他供应商那里购买产品，或减少从其他供应商那里购买的数量，从而排斥这些竞争性供应商甚至将他们驱逐出市场。

与美国一样，欧盟对价格歧视的规定主要适用于商品贸易，对于纯粹的技术许可，一般没有纳入规制范围。对于包含有商品转让的技术许可，则有可能适用上述 82 条 (c) 的规定，但前提是属于支配地位的滥用。

值得注意的是，在欧盟竞争法对价格歧视的规制中，引起很大争议的是对获得专利的药品的价格歧视与平行进口的问题。欧共同体竞争法一直将统一大市场的建立与维护视为目标之一，但是由于各国知识产权制度的具体保护范围、内容等不一致，有可能导致在一国受到保护的专利在另一国不受保护，同时，生产商为了追求更大利润，也可能在不同的国家 (共同体内部) 采取不同的价格策略，从而导致在不同市场上的价格差异。如前所述，通过价格歧视来追求利润最大化的前提之一是有效地阻止套利行为，而在共同体市场上，对于成员国之间的药品平行进口的阻止是阻止套利行为的必要手段，但是，阻止平行进口往往被视为对共同体市场的分割和阻碍，受到竞争法的规制。

如在 1996 年 Merck v Primecrown 案中，欧共同体总顾问 (EC Advocate General) 建议支持专利权人阻止未经授权的从共同体其他国家平行进口专利产品的行为，但这一建议被欧洲法院所拒绝。<sup>[164]</sup>在 2003 年希腊的 GSK (GlaxoSmithKline) 案中，欧共同体总顾问 (EC Advocate General) 再次提出，GSK 拒绝向可能再出口的销售商供应专利产品的行为不构成支配地位滥用，既使其拥有市场支配地位。<sup>[165]</sup>

对于为欧共同体维护统一大市场而导致的反对平行进口的政策，欧洲学者提出了批评意见。Dermot Glynn 指出，对于专利药品，专利权人对平行进口的阻止是实现价格歧视的前提，而价格歧视——虽然属于 82 条支配地位滥用的范围——并非本身违法，而是受合理原则分析。在制药行业，价格歧视在总体上是有利的，

在高收入国家（价格较高）的高价格由于受买方势力的制约，<sup>①</sup>不会变得过于高昂，而在低收入国家（价格较低）的价格本身就较低，对消费者而言也是有利的。所以，他认为价格歧视将会使专利的市场价值更高从而导致对研发投入的刺激。<sup>[165]</sup>但是，也有学者指出，对于平行进口的限制会阻止欧洲统一市场货物的自由流动，而且支配企业的拒绝供应导致了市场排斥的反竞争效果，<sup>②</sup>对消费者的福利也有损害。<sup>[166]</sup>欧共体竞争委员在 2006 年对 GSK 的判决意见中也认为：“委员会不认为禁止平行进口与研发投入的增多之间存在必然的联系。”仍然坚持对平行进口的否定立场。<sup>[167]</sup>

### 4.3.3 知识产权许可中价格歧视条款的反垄断法分析

#### 4.3.3.1 知识产权许可中价格歧视条款的积极效应

知识产权许可中运用价格歧视条款在绝大多数时候是有效的，而且有着积极的社会经济意义：

第一，在没有增加社会损失的基础上增进了对创新的激励。经济学家往往对价格歧视持有偏爱，如大卫·D. 弗里德曼指出：完全的价格歧视有着完美的效率。<sup>[26]</sup>美国最高法院也指出：价格歧视可能降低而不是提高卖者的市场支配力的经济成本。<sup>[12]</sup>所以，价格歧视从社会整体效率的角度而言是有利的。同时，由于价格歧视使得许可人能最大限度地实现技术的市场价值，所以极大地刺激了社会的创新和创造活动。

第二，促进知识产权被最大幅度的转换成现实生产力。通过知识产权来刺激技术创新的最终目的并不仅仅停留在实验室里或专利办公室上的数据，而是通过更先进的技术来提高生产率，增加经济效率。所以，促进技术创新向现实生产力的转化是知识产权法和反垄断法实现效率目标的共通之处。通过价格歧视，技术能够被最大限度地运用于生产生活，从而实现生产力的转换。以软件产业为例，如果不考虑微软通过价格歧视来巩固支配地位这方面，仅以软件为生产生活带来的效益而考察，正是价格歧视政策使得社会对软件的使用普遍化，反之如果维持高价使得软件仅仅是政府、社会精英等的奢侈品，计算机以及随之的信息产业对社会的影响远远没有今天如此强烈。

#### 4.3.3.2 知识产权许可中价格歧视条款对竞争及效率的危害

价格歧视条款可能成为垄断企业滥用优势地位排斥竞争者，树立高进入障碍的手段。一般而言，价格歧视作为企业的市场策略，必须是在具有优势地位的市

---

<sup>①</sup> Dermot Glynn 指出，在制药行业，药品的买方往往是实力强大的保险公司或有关行政机构，买方往往会拥有强大的市场势力，所以，能够与拥有支配地位的卖方进行基于平等地位的协商，从而使专利药品的价格不会过高。

<sup>②</sup> 在此指前文中 GSK 案中 GSK 拒绝向其希腊的销售商供应超过希腊国内市场需求的药品。

场上实行才能成功，也就是说，没有替代产品或替代性很弱。当一种物品在竞争市场上出售时（即产品趋向同质化），价格歧视是不可能的。因为在竞争市场上有许多以市场价格出售同一物品的企业，没有一个企业愿意向任何一个顾客收取低价格，因为企业可以以市场价格（即较高价格）出售它想出售的所有物品；而如果任何一个企业想向顾客收取高价格，顾客就会向另一个企业购买。所以，价格歧视只有在企业拥有优势地位时才有意义。

在知识产权人拥有优势地位时实行价格歧视政策，与其他领域的价格歧视行为一样，对竞争的危害主要体现为初级损害和次级损害两种。初级损害是指有优势地位的行为人通过歧视政策来排斥竞争者的进入或竞争行为的情形，损害了公平竞争的环境。<sup>①</sup>次级损害是指因上游企业采取价格歧视，对下游企业公平竞争的环境造成的损害。在知识产权领域，由于技术的连续性和相关关联性，在某一产业拥有领先技术的许可人往往会导致通过扶植某一被许可人（下游企业），来扩大被许可人的市场地位，而被许可人市场地位的扩大反过来又保证了许可技术在市场上的垄断地位。例如微软和 Intel 之间的合作。

通过对竞争的损害，知识产权人实现价格歧视许可政策也可能造成对创新的损害。例如许可人通过掠夺性定价和与被许可人（下游企业）建立牢不可破的许可关系，有力地防止了新技术进入市场参与竞争，从而导致了创新效率的损害。

#### 4.3.3.3 知识产权许可中价格歧视条款对消费者福利的影响

从直觉上说，既然价格歧视意味着消费者剩余向生产者剩余的转化，当然对消费者福利有着负面影响。但实际情形并非如此简单。首先，基于信息不充分，完全的价格歧视（即一级歧视）是不存在的，现实中往往是二级或三级歧视。如前所述，价格歧视有助于增加社会的总产出，而在二级或三级歧视中，规模经济发生作用，平均成本和边际成本下降，消费者福利在分享生产者剩余的基础上，福利还会进一步增加，而且三级价格歧视会给低收入者阶层带来福利的改善。其次，价格歧视可能促使价格的降低从而对消费者有利。英国经济学家琼·罗宾逊在对价格歧视所做的权威性探讨中指出，实行价格歧视的产量很可能比不实行价格歧视的产量更大些。因此，与垄断企业制定统一价格相比，消费者歧视会促进竞争，一个垄断企业为了保住老顾客，发展新顾客，往往会自愿让利，但这种偶然的让利会很快被其他消费者所知道，于是其他顾客也得到了同样的低价，原来的同一价格由于对消费者的歧视而破裂，并呈现出更低的价格。不仅使消费者福利增加，而且使市场竞争加剧。阿德曼教授把这种过程形容为一种高度推动力：“在现代的工业市场上，偶尔的、非系统的价格歧视是一种强有力的竞争力量。就像一股强风，它抓住了井然有序的价格结构中的漏洞和裂缝，然后将它断裂。”<sup>[168]</sup>所以，应该说价

<sup>①</sup>在下文关于微软在我国的价格歧视策略部分的分析可以看到有关实例，在此从略。

格歧视政策对消费者福利的影响是中性的，既有有利的方面，也有否定的因素。

基于以上分析，对于知识产权许可中的价格歧视，只有当其被用来阻止竞争者进入市场或降低产品产量，损害创新和整体福利时，才会构成权利滥用。否则，就不应受到竞争法限制。

#### 4.3.4 对我国知识产权许可中价格歧视条款反垄断立法建议

##### 4.3.4.1 从微软案例看我国知识产权许可中价格歧视的影响

微软在中国的价格策略是分析我国知识产权许可中利用价格歧视来限制竞争的最好诠释。一方面，微软利用掠夺性价格占领我国软件市场，另一方面，又对国内市场收取垄断高价（与其他地区相比）。

在微软进入中国的初期阶段，实行所谓的“放水养鱼战略”。随着计算机和互联网在中国日益普及，微软公司的盗版软件也在中国开始增多，在微软产品尚未在中国站稳脚跟时，对国内的盗版现象，微软是睁一只眼闭一只眼，甚至是在纵容。因为软件具有产品投入成本高，但复制成本几乎为零的特殊性，多卖一份软件的边际成本几乎为零，因此利用盗版来开拓市场对微软来说并没有造成多大损失，但微软的盗版软件对我国国内的软件企业造成的却是几乎致命的冲击，当时的国内知名软件金山就在微软大量盗版的冲击下迅速溃败。<sup>①</sup>就这样，微软以相当于零的价格打击竞争对手，最大限度地占领了国内的软件市场。1999年7月美国《财富》封面文章中比尔·盖茨的话形象地说明了这一点：“虽然中国每年的电脑销量为300万台左右，但人们不花钱买软件。但总有一天，他们要付钱的。只要他们想偷，我希望他们偷我们的，他们将会上瘾。因此，我们可以算出未来10年的某一天，我们将怎样去收钱。”

在微软操作系统成为中国个人电脑的唯一选择后，微软对中国市场采取了高价歧视政策。微软目前对中国市场的歧视政策表现为两方面：一是对正版软件制定高于其他国家和地区的价格。如国外标价100美元左右的Windows98，在中国售价是1980元；Office97在国外约300美元，而在中国的价格是8760元（中文专业版）；在国外赠送的Windows98和Office2000测试版，到中国分别标价188元和200元；同时，微软沿用其发展初期阶段与Intel合作的模式，在中国国内对不同的预装微软软件的电脑制造商采取许可费歧视政策。例如Windows98预装软件给IBM的许可价格是10美元，但给中国大厂商的是300元左右，如联想、TCL、长城等一线PC厂商，微软已经与其建立起了相对稳固的联盟，给中小品牌厂商更高达690元，而现在每台PC机的利润才仅以百元计。<sup>[169]</sup>事实上，微软通过价格歧视来限制竞争并非在中国的专有政策，在美国司法部诉微软的反垄断案件中也

<sup>①</sup>如国产软件WPS97推出之前，微软公司就以极其低的价格推出了WORD97版本，使WPS97最终被扼杀，无法与之抗衡。

涉及到价格歧视问题。Jackson 法官的裁决认定，微软公司的一些歧视政策迫使 IBM 无法进行技术革新和业务活动。裁决书称“例如微软在 Windows 系统的收费上并不是一视同仁，存在非法使用价格大棒对付那些不顺从的电脑公司”。2005 年 7 月，微软和 IBM 公司宣布，双方已经就因上世纪 90 年代美国联邦政府对微软的反垄断案而引发的纠纷达成和解，IBM 将从微软公司那里获得 7.75 亿美元的现金赔偿及用于购买微软公司软件的 7500 万美元贷款。<sup>[170]</sup>

微软的行为很典型地说明了在我国技术引进过程中，垄断企业通过价格歧视来排挤竞争者的现状，而这也是我国当前对该类行为进行反垄断法规制的出发点。

#### 4.3.4.2 相关立法及完善

我国现行明确限制价格歧视行为的法律是 1997 年 12 月颁布并于次年 5 月实施的《价格法》，该法第 14 条规定，“经营者不得有下列不正当价格行为：…(二)在依法降价处理鲜活商品、季节性商品、积压商品等商品外，为了排挤竞争对手或者独占市场，以低于成本的价格倾销，扰乱正常的生产经营秩序，损害国家利益或者其他经营者的合法权益；…(五)经营者提供相同商品或者服务，不得对具有同等交易条件的其他经营者实行价格歧视。此外，在《反不正当竞争法》第 11 条中规定：“经营者不得以排挤对手为目的，以低于成本的价格销售商品；…”我国新颁布的《反垄断法》第 17 条规定：“禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为：…(六)没有正当理由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇；…”

在以上法律背景下，对于知识产权许可中的价格歧视行为进行反垄断法规制，本文建议可以进行如下规定：其一，许可人拥有优势地位；其二，具有主观上通过实施差别价格迫使竞争对手退出竞争市场的故意；其三，行为本身有限制竞争的可能或者已经实质性的对竞争造成了损害。在符合上述条件的情形下，应视为优势地位的滥用而受到反垄断法的禁止及损害赔偿。

### 4.4 知识产权许可中不质疑条款的反垄断立法规制

#### 4.4.1 知识产权许可中不质疑条款的含义

在技术许可协议中，许可人利用自身的优势地位，常常要求被许可人承诺不对许可技术的有效性提出怀疑，更不允许被许可人通过诉讼或其他程序来引起对许可技术有效性的审查，否则被许可人承担相应的违约责任。该类约定一般称为不得质疑条款。

除了在许可协议中可能出现不得质疑条款外，实践中还有另一种情形有这个可能：在和解协议中，当事人之间也可能约定相互不对对方的知识产权有效性提

出质疑。和解协议（又称不主张协议）是一种类似专利池的技术许可协议，其主要目的是为了排除他方知识产权的阻挡。由于技术本身的相互关联性，有可能出现对一项技术的实施必须涉及他人已取得知识产权的技术，如果存在双向的阻挡关系时，双方很容易达成这类和解协议，互相容忍对方的“侵权行为”，而不主张自己的知识产权。由于这类协议是因为知识产权的相互阻挡而导致的解决方式，所以，当事人往往会约定不对对方知识产权的有效性产生质疑。由于和解协议的当事人往往存在竞争关系，因此，和解协议中诸如地域限制、价格限制和不质疑条款等往往也会引起反垄断法的关注。<sup>[171]</sup>

## 4.4.2 美国和欧盟对知识产权许可中不质疑条款的反垄断法规制

### 4.4.2.1 美国的司法实践

美国对不质疑条款的反垄断法规制并无具体的立法渊源，包括在 1995 年《知识产权许可中的反垄断指南》中也没有对此明确提出禁止，而是通过一系列司法实践来进行规制。

20 世纪前半期美国司法实践对许可中的专利不质疑条款一般持支持态度，其理由是一般法律原则——禁止反言。如在 1950 年 Automatic Radio Manufacturing 案中，对于被许可人（原告）提出的主张专利无效的诉讼请求不予支持，因为之前的许可协议已经表明了被许可人对该专利的认可。

但是，随着专利形成反垄断法所规制的垄断情形越来越常见，司法中对通过禁止反言来支持这种不公平条款的正当性提出疑问。尤其随着美国扩张知识产权的潮流，<sup>①</sup>在专利领域则体现为大量并不符合专利条件的发明创造被授予了专利，导致美国各界开始关注无效专利所产生的反竞争效果及对社会福利的损害。例如美国著名知识产权专家 Mark A. Lemley 教授通过实证分析指出：美国有约 46% 的专利是无效专利。<sup>[172]</sup>在这一现实背景下，美国司法机关对于许可协议中不质疑条款可能造成的反竞争效果开始进行规制。如同美国最高法院曾经宣称的那样：“就像真正有价值的发明的专利权人的垄断权应该受到保护的重要性一样，对于公众来说竞争不应受到无价值的专利的抑制同样是非常重要的。”<sup>[163]</sup>

司法实践中，近期较有代表性的案例为 2005 年 MedImmune 案。MedImmune 是被许可人及原告，与 Genentech 签订了一个包含不质疑条款的许可协议，该协议的标的包括一系列专利及专利申请。几年后，Genentech 获得了协议中一个专利申请的专利授权，并通知 MedImmune 因其利润最大的一类产品中使用了刚刚获得

---

<sup>①</sup> 从 1982 年开始，美国国会专利系统的运作方式进行了两次调整：首先是设立了统一专门受理专利诉讼上诉程序的联邦巡回上诉法院，其次是对专利商标局（PTO）自身的费用结构和资金供应进行改革，将其转变成为一个服务代理机构，其运营支出由专利申请人支付的费用提供。这些改革都促使美国对专利授予日益宽松。

专利的技术，所以必须支付使用费，否则构成侵权。Medlmmune 否认产品使用了该技术，但最终支付了许可费。随后，Medlmmune 提起对专利有效性的确权诉讼，而地区法院以该诉讼缺乏诉讼标的的管辖权（subject matter jurisdiction）而驳回，认为依据联邦巡回法院的规则，被许可人的持续付款行为已经排除了司法管辖。联邦巡回法院确认了这一判决，认为因为原告的付款行为，使其不存在被起诉侵权之虞。<sup>①</sup>美国最高法院对此案提请联邦贸易委员会作为法庭之友发表意见（brief），该意见明确表示支持原告，认为原告持续地支付使用费的行为不能阻止他提起专利有效性的确权之诉。该意见阐述到：“考虑到无效专利对竞争和消费者所产生的损害，在宪法允许的程度内对无效专利提出质疑是非常符合公众利益的。被许可人通常是最有动力和最有能力对专利的有效性提出质疑的，但是出于对违反许可协议所可能产生的诉讼成本和赔偿的担心，被许可人可能不愿对专利的有效性提出质疑，所以，应建立鼓励被许可人提出质疑的诉讼环境。”<sup>[173]</sup>对于这一案例，联邦贸易委员会主席 Deborah Platt Majoras 评价说，Medlmmune 案促进了在对专利许可关系进行法律分析时以经济现实为考虑因素而不是仅仅依靠僵硬的规则来判断的趋势。

在和解协议中的效力不质疑条款，美国司法部门也对此进行了反垄断法规制。2001 年 Bayer 案中，法院认为，Bayer 与 Barr Laboratories 就抗生素 Ciprofloxacin 的专利和解协议违反了反托拉斯法。在该协议中，Bayer 同意向 Barr Laboratories 及其他制造商支付 1 亿美元，条件是 Barr Laboratories 等不再质疑 Bayer 的专利有效性并放弃进入普通抗生素 Ciprofloxacin 的市场。<sup>[163]</sup>

总的来说，美国当前对许可协议中的不质疑条款基本持否定态度，这与美国从 80 年代起出现的专利爆炸现象有关，大量的无效专利已经成为对创新和社会福利的严重阻碍，而仅凭借专利法本身很难纠正这一趋势，所以，反垄断法的规制是必须的。<sup>[174]</sup>

#### 4.4.2.2 欧盟的立法和司法实践

欧共体 772/2004 号规章中，对知识产权许可中不质疑限制的规定与 240/96 规章基本相同。该规章规定的不能豁免的“排除限制”条款第 5 条 1（c）款规定：“直接或间接地要求被许可人，不得对许可人在共同市场上持有的知识产权的有效性提出质疑。但可以规定，如果被许可人对许可技术的有效性提出质疑时，技术转让协议终止。”在随后欧共体委员会在 2004/C 101/02 指南中对上述规定的解释是：之所以将效力质疑条款列为排除限制条款，是因为被许可人通常处于决定知识产权是否有效的最佳位置，为了使竞争不被扭曲和知识产权受到保护相一

---

<sup>①</sup> 根据联邦巡回法院的司法判例，一个确权诉讼被受理的前提是原告有充分的理由证明其会受到被告侵权之诉。

致，无效的知识产权应当被取消。无效知识产权抑制而不是促进创新。当某一项技术很有价值，使不能使用它或只有支付了使用费后才能使用它的企业在竞争中处于不利地位时，许可协议中限制被许可人对它的有效性提出质疑，可能属于罗马条约第 81 条（1）项规定的情形。同时，条约 81 条（3）项规定的豁免条件也不大可能满足。但是，欧共体委员会对于专有技术中的不质疑限制条款持肯定态度，因为专有技术一旦公开就无法回收或很难回收，在专有技术许可协议中，要求被许可人不得对所许可的专有技术进行质疑，有利于新技术的传播，尤其是使弱势的许可人向强势被许可人许可时，许可人不用害怕被许可人吸收了专有技术后再对它提出质疑。

同时，规章以及指南都涉及了被许可人对知识产权的效力提出质疑时许可人终止协议的问题。对许可的标的提出质疑的被许可人，许可人并没有被迫继续与之交易的义务。这就是说，如果许可人选择了终止协议，被许可人对其继续使用行为要自己承担风险。指南分析到：“第 5 条 1（c）的规定目的在于使被许可人与第三人处于相同的地位。”因为如果没有对该条款的反垄断法规制，则许可人有权对被许可人的质疑行为提起侵权之诉，而这会导致被许可人不愿意对许可人技术的有效性提出质疑。

对于和解协议中的效力质疑条款，上述指南规定较为宽松：“只要该协议不包含 TTBER 第 4 条所列的任何核心竞争限制，就可以得到成批豁免。”“在和解和不主张协议中，通常认为不质疑条款不违反第 81 条（1）。双方当事人同意不对协议中的知识产权事后提出质疑，是这类协议的固有内容。事实上，该协议的目的正是解决现存的争议和/或避免将来的争议。”很明显，欧盟所指的可以成批豁免的和解协议及其效力质疑条款仅仅是就单纯的解决知识产权阻碍作用的情形，一旦和解协议也包含了划分市场等属于核心限制的情况，该协议及不质疑条款都可能不被豁免。我国学者认为，欧盟的以上规定是比较合理的。一方面，不质疑条款因其对竞争的危害而不能得到成批豁免，另一方面，一旦提出质疑，允许许可人终止合同，尤其在专有技术合同中，如果许可人无权终止合同，许可人就必须与对方纠缠下去，要证明权利是有效的，这不利于其秘密的保护。<sup>[175]</sup>

在欧共体委员会处理的大量涉及效力不质疑限制的知识产权许可协议中，欧共体委员会的基本意见是，不质疑限制是对竞争的限制，因为它妨碍了被许可人自由行动的权利。对于和解协议中的不质疑条款，较为典型的案例为 Bayer v. Sullhofer 案。在该案中，Bayer 拥有生产方法和过程的专利，其内容与 Sullhofer 的一项实用新型和另一项专利申请的内容相冲突。Sullhofer 诉 Bayer 侵犯了其实用新型专利，后者反诉前者专利无效，最终二者达成了和解协议从而终止了诉讼。竞争委员会在关于该案的法律意见（submission）中表述，对于和解协议中

的不质疑条款，只有在符合四个条件下才受到 81 条的审查：（1）争议的知识产权的效力的确不确定；（2）和解协议没有其他的限制性条款；（3）不质疑条款与有争议的专利有关；（4）该和解协议导致在国内法院判决之前结束诉讼。但是，欧洲法院否认了上述观点。法院在此案中指出，和解协议中的不质疑条款并不应该受到较交叉许可宽松的审查，同时法院指出，不质疑限制不违反罗马条约第 81 条（1）项的两种情况：第一种情况是不收取使用费的许可，因为这种许可没有给被许可人带来竞争劣势；另一种情况是虽然收取使用费，但技术是过时的。如果技术是新的，又收取了使用费，成员国法院就应根据当事人的市场地位，确定协议是否实质性地减少了市场竞争。<sup>[176]</sup>

#### 4.4.3 知识产权许可中不质疑条款的反垄断法分析

许可合同双方可能会在两种情况下约定禁止异议条款。一是许可人处于优势地位，以拒绝许可相威胁，迫使被许可人订立该条款。二是，考虑到专利无效诉讼结果的不确定性的风险，以及双方参加无效诉讼的成本的高昂，许可人与被许可人可能达成妥协——被许可人用不挑战专利效力的承诺换取一个较低的许可价格。在第一种情况下，不质疑条款不仅损害了被许可人的利益，也违背了鼓励专利无效诉讼的公共政策；在第二种情况下，不质疑条款对双方都有利，但仍然违背了公共政策。所以，对不质疑条款必须进行基于公共利益的规制。

对于许可中的不质疑条款进行反垄断法规制，其最重要的根据就在于减少无效专利或专有技术对创新、竞争以及社会效率的损害。

一个理想的知识产权制度是实现了社会成本及产出的平衡的制度，即技术进步、创新给社会带来的经济效率的提高应大于或等于社会为尊重专有权利而付出的代价。所以，一般各国都会对获得专有权利保护的技术进行诸如非显而易见性、新颖性等考察，来保证所授予的专有权利从理论上确能实现对效率的提高。但是，现实中的专利授予并不能真正做到这一点，尤其在当前知识产权扩张的潮流下，大量的专利授予是各国的普遍现象，而其后果必然是大量无效专利的出现。无效专利所产生的损害至少有如下几点：首先，无效专利增加了对相关市场的进入成本甚至阻碍了进入，由于无效专利的存在，进入者必须支付额外的成本，否则有可能面临侵权之诉；其次，无效专利影响了创新，后续创新必须在前有技术的基础上进行，无效专利的存在使得创新的成本更高；再次，无效专利的存在导致专利纠纷大大增加，因为很多无效专利都意味着一些运用广泛的技术的专有保护，而这当然会导致大量的专利纠纷。<sup>①</sup>总之，无效专利仅仅意味着对社会成本的增加，从而对消费者福利造成

<sup>①</sup> 最具有讽刺性的例子莫过于 2001 年美国发生的“三明治”专利侵权纠纷，J.M. 斯马克公司获得了关于“密封无皮三明治”的编号为 6004596 的美国专利，而且其专利摘要中将保护范围描述为：“三明治包括下部的面包部分、上部的面包部分、在下部面包部分和上部面包之间的上部填料和下部填料、封闭在上部和下部填料之间的中间填料、将填料密封在中间的面包各部分外部圆周的弯曲边缘；上部和下部填料最好由花生

损害。

抑制无效专利或其他知识产权保护一方面需要知识产权制度内部从立法、执法等各方面综合实施，如实施更严格的授予标准等，另一方面也需要其他法律从外部加以配合。对不质疑条款的反垄断法规制就是其中非常有效的手段。美国和欧盟的都认为，一个专利或专有技术是否应属无效，被许可人无疑是最具有资格和动力来提出的。<sup>①</sup>一方面，通过实施该技术，被许可人可以充分体会到该技术是否真正带来了生产率的提高或其他好处，同时被许可人也具有相关的专业知识来判断该技术的新颖性、非显而易见性等；另一方面，一旦专利被宣告无效，被许可人不必再支付许可费，这毫无疑问是一个很强有力的动机。所以，相对于第三人，保证被许可人的质疑权利是抑制无效专利的有力措施。

当然，保护被许可人质疑许可技术的权利并不意味着被许可人质疑权利可以被滥用，因为这同样会造成负面影响：第一，质疑权利的滥用会阻碍许可人对外许可技术的积极性。如果被许可人滥用这一权利，则意味着双方极易陷入冗长昂贵的专利纠纷中，无论结果如何，都会大大降低许可人对外许可的意愿，尤其在专有技术许可协议中，质疑往往会使技术秘密泄漏，而这会大大抵消权利人对外许可的积极性。而根据知识产权的公共产品属性，对外许可使得技术被广泛应用（即使附加一定条件）无论如何比不许可要好，有助于经济效率的提高；第二，滥用质疑权利会导致社会成本增加，最终会导致消费者福利的损失。在美国，根据知识产权律师在2000年所作的调查，大型（风险超过2500万美元）专利纠纷的辩护成本大约为200万美元~450万美元，对于风险低于100万美元的案件来说，成本为30万~75万美元，或者大约为有争议金额的一半。<sup>[177]</sup>当然，这与美国的司法体制有密切关系，但是不可否认，滥用这一权利的确会带来社会诉讼成本的增加。

总的来说，知识产权许可中的不质疑限制，会妨碍被许可人行使质疑被许可的知识产权的行为，从而造成本属于公共财产的智力成果被私人独占，造成社会过重负担，对消费者福利也是损失，这一限制仅仅对许可人有利，一般不会产生有利于提高效率的积极效果。但是同时也要防止被许可人滥用质疑权利所导致的对技术扩散的阻碍。

#### 4.4.4 对我国不质疑条款反垄断立法建议

我国《对外贸易法》第三十条规定，“知识产权权利人有阻止被许可人对许可合同中的知识产权的有效性提出质疑、进行强制性一揽子许可、在许可合同中规定排他性返授条件等行为之一，并危害对外贸易公平竞争秩序的，国务院对外贸易主管部门

---

酱组成，中间填料至少由果冻组成。”引自【美】Adam B. Jaffe, Josh Lerner, 罗建平，兰花译，创新及其不满：专利体系对创新与进步的危害及对策，中国人民大学出版社，2007年版，第24页。

<sup>①</sup> 对于这一点本节后面有进一步分析。

可以采取必要的措施消除危害。”这是关于不质疑条款最直接的规定。由于不质疑条款仅仅会出现在知识产权许可中，所以，我国《反垄断法》没有对此进行规定，只能从关于限制竞争协议和支配地位滥用的基本立法精神去规制。

在实践中，我国企业在知识产权许可中一般处于被许可人的地位，许可协议中的效力质疑限制会损害被许可人的利益，更重要的是增加我国企业的技术成本，妨碍技术创新，最终损害我国的整体社会利益，当然也包括消费者福利。因此，我们应当借鉴其他国家的做法，严格限制许可协议中的不质疑限制条款。

首先，当许可标为专利时，可考虑将这一行为定为本身违法。只要许可人在合同中限制被许可人对许可标的的效力提出质疑的权利，就应当认为该条款无效，这一立法考虑较之现行《对外贸易法》规定的效果原则（即要求危害对外贸易公平竞争秩序）更明确具体。

其次，不宜明确规定当被许可人对许可技术标的效力提出质疑时许可人解除合同的条款的效力。一般认为，被许可人是最有资格和动力对技术的有效性提出质疑的人选。这一定论有很大的合理性，但或许将其表述为仅仅是最有资格提出质疑的人选更贴近实际情形。因为被许可人往往已经对许可技术进行了大量的投资，如购买原材料、设备，雇佣劳动力等，如果技术被最终确认为有效，被许可人可能面临许可协议终止的情况，而一旦许可协议被终止，被许可人将会承受巨额损失，考虑到这种风险，被许可人除非有非常大的把握，否则不会轻易提出效力质疑，而宁可支付一定的使用费（哪怕他对专利的有效性持有怀疑）。所以，欧盟规定许可人终止合同的权利是对被许可人效力质疑权利的平衡。但是考虑到我国主要作为被许可人，本文认为，可以对这一点进行模糊处理，从而在实践中为我国的技术引进方争取较多的实际利益。

最后，对于专有技术的不质疑条款，可予以支持。因为正如欧盟所指出的，专有技术一般属于商业秘密，规定不质疑条款有利于保护许可人的利益，否则一旦赋予被许可人质疑的权利，则该技术秘密往往被公开，从而对许可人造成无法挽回的损失，所以，为了防止在这种顾虑下许可人拒绝对外许可，对于专有技术的不质疑条款，一般可认为为本身合法。

# 第5章 知识产权许可中限制竞争协议的反垄断

## 立法規制

### 5.1 知识产权许可中回授条款的反垄断立法規制

#### 5.1.1 知识产权许可中回授的界定

回授是知识产权许可中常见的限制性条款。美国1995年《知识产权许可的反托拉斯准则》中将回授定义为：“回授是在被许可人同意知识产权许可人有权使用被许可人改进的许可技术的协议。”基于回授涉及基础技术、改进技术并以二者的相互联系为重要条件，一般回授条款都出现在专利许可协议中。

在专利许可协议中出现回授条款，主要存在于许可人和被许可人都使用许可专利的场合，对于许可人而言，如果不规定回授条款，则可能产生被许可人凭对被许可专利的技术改进来抢占专利权人的市场的威胁。如果被许可人通过一定程度的改进提高了许可专利的使用效率和产品质量，而许可人对此改进不享有任何权利，则被许可人可以将许可人的同类产品和服务挤出相关市场，而许可人仅仅能获得有限的使用费。进一步而言，一旦许可专利期满，使用费义务一般随之终止，而许可人已经丧失了大部分甚至全部市场。出于对以上情形的担心，许可人要么规定回授条款，要么拒绝许可。因此，对于许可协议中的回授条款的反垄断法分析，也建立在对回授条款与拒绝许可对竞争、创新、效率和消费者福利的消极影响的权衡之上。

在实践中，回授一般可进行不同标准的分类：

第一，排他性回授和非排他性回授。排他性回授是指被许可人只能将自己对被许可技术的改进回授给许可人，而不能再将其许可给第三人。在规定排他性回授条款的许可协议中，被许可人对自己的技术改进所享有的仅仅是使用的权利，而不能从对外许可中获得充分的回报。因此，排他性回授条款对被许可人进行技术改进的激励的负面作用最为明显。非排他性回授是指被许可人在将自己的技术改进回授给许可人的同时，也可以实施自己的技术并许可给第三人。与排他性回授相比，非排他性回授对竞争的消极影响较小，一般不会受到反垄断法规制。

第二，互惠性的回授和非互惠性的回授。互惠性的回授是指许可人与被许可人相互都享有对对方在许可专利上的技术改进的使用等相关权利。而非互惠的回授在实践中一般表现为仅规定许可人对被许可人的相关技术改进享有一定权利，而被许可人对许可人的相关改进不享有任何权利。

第三，有偿的回授与无偿的回授。根据许可协议中回授条款是否规定了一定

数额的报酬来分，回授行为可以分为有偿和无偿两种。有偿回授是指根据回授条款，一方取得对方对许可技术的改进的使用权时，必须支付一定数额的报酬；无偿回授则指对对方技术改进的使用权是无偿取得的。一般而言，一个回授条款采取有偿还是无偿的形式，取决于许可人是否拥有支配地位以及回授是否是互惠的、是否是排他的等相关因素。从限制回授条款对被许可人创新激励的负面效应来看，有偿的回授显然更符合回授的积极意义一些。

## 5.1.2 美欧等国家和地区关于回授的立法和司法实践

### 5.1.2.1 美国相关立法和司法实践

在美国 70 年代末对知识产权许可中的“九不”条款中，对于回授作了如下规定：对于独占性的回授条款，认定为本身违法，而非独占性回授则不违反反垄断法。<sup>[178]</sup>但是，在 1988 年，美国反托拉斯署的准则已在区域独占性的国际交叉许可中将合理性规则应用均衡的、相互独占的回授条款上。该署认为，在许可人和被许可人都按许可技术进行生产时，回授会保护许可人在技术中的投资，而要求许可人转让其所做的改进又会保护被许可人的投资。<sup>[12]</sup>在 1995 年《知识产权许可反托拉斯指南》中，对于回授适用了合理原则，认同了回授的一些促进竞争的作用。但是指南指出，如果回授是非独占性的，这些好处将更为显著。该指南第 5.6 节规定：回授有促进竞争的影响，尤其是非排他性的回授。这种安排向被许可人和许可人提供了一种共同承担风险的方法，使许可人有权享受基于许可技术或为许可技术激活的可能的进一步创新这一好处；回授首先可以促进创新，又可以促进对创新成果的后续许可。但是，如果回授大大削弱被许可人进行研发的动力，并因此限制了创新市场的竞争性，则回授可能对竞争产生负面影响。

美国最高法院在回授条款的反垄断法规制中的早期代表案例为 1947 年的 *Transparent-Wrap Machine Corp., v. Stokes & Smith Co.* 案，<sup>[179]</sup> 法庭认为通过回授条款使得许可人获得被许可人的改进专利并不本身违法，而是适用合理原则进行分析。在该案中，专利权人出售货物并将与该货物有关的专利独占许可给买方。该许可保证买方将任何对该专利的改进发明创造回授给许可人。回授专利从而将属于该独占许可协议，这种机制使得买方能够持续享受其对自身发明创造的独占权利。最高法院确认了许可人权利的扩展状态：许可人通过取得改进专利获得的垄断扩展了其基础专利的范围。然而，法庭认为，通过一个专利而获得另一个专利并未使得专利权人将垄断权扩展到反垄断法所规制的垄断或对贸易的限制，他仅仅是通过一个合法的垄断来获得另一个合法的垄断。在随后的上诉审中，汉德（Hand）法官支持了初审法院认定该回授协议合法的意见。但是，在附录意见中，最高法院表述到：“回授条款可能被用作使专利权人的最初专利垄断权永远

有效的工具。”<sup>[179]</sup>在 1948 年的 *United States v. General Elec. Co.* 案中，最高法院也表述了对回授条款对竞争的负面效应的关注。在该案中，通用电器公司通过回授条款以及其他限制性条款，在专利已经过期后还能获得了持续的对白炽灯的价格和产量控制，被判定违反了谢尔曼法第 2 条。<sup>[180]</sup>在 1978 年的 *SCM Corp. v. Xerox Corp.* 案中，最高法院同样认定非独占性的专利回授条款未违背反垄断法。在法院一系列关于回授的案例中，都是适用合理原则来分析。关注点在于：（1）回授是否使初始专利的范围拓宽？即专利权人是否利用了专利杠杆扩展了其专利权？（2）回授是否只限于对初始专利的提高？（3）是否存在对许可专利的替代性技术？（4）回授条款对于被许可人对专利的研究和改进的激励的负面效果。<sup>[181]</sup>

### 5.1.2.2 欧盟相关立法和司法实践

在欧盟，回授可能因为违反了《罗马条约》第 81 条（1）项的规定而被禁止，除非根据第（3）项可以得到豁免。因此，衡量回授条款是否是促进技术进步、提高消费者福利等必不可少的限制性措施，是欧盟对回授条款的合理分析。

在欧共体委员会 772/2004 规章中，就体现了这种合理性分析。该规章第 5 条第 1 项（a）（b）规定了下列回授条款为不能享受豁免的“排除限制”条款<sup>①</sup>：

（a）直接或间接的要求被许可人，就其自己对许可技术所做的可分离的改进，或就其自己运用许可技术的新方法，向许可人或许可人指定的第三人授予排他性的许可。（b）直接或间接的要求被许可人，就其自己对许可技术所做的可分离的改进所享有的权利，或就其自己运用许可技术的新方法所享有的权利，转让给许可人或许可人指定的第三人。

在欧共体委员会 2004/C 101/02 指南中，对上述规定进行了解释。该指南指出，上述规定的目的，在于避免可能减少被许可人创新动力的条款给予批豁免。上述规定涉及到将对许可技术的可分割的改进或新应用，排他许可或转让给许可人。如果一项技术可以在不侵犯许可技术的情况下使用，它就是可分割的。将对许可技术的可分割的改进或新应用独占许可或转让给许可人，可能减少被许可人的创新动力，因为它妨碍了被许可人对改进的使用（包括向第三方许可）。这可能发生在对许可技术的同一应用领域的改进，也可能发生在对许可技术的新应用领域的改进。这种回授不能获得批豁免，但这不包括对可分割改进的非独占回授，即使回授义务是非相互的也是如此。例如，回授义务只是被许可人一方的，或者许可人有权将某一被许可人的可分割的改进交给其他被许可人使用。非相互的回授可以使许可人自由决定是否、以及在何种程度上将其自己的改进传授给被许可人，这可以促进创新和新技术的传播。许可人有权将某一被许可人的可分割的改

<sup>①</sup> 排除限制是指如果技术许可协议中包含有以上条款，该条款本身不能获得豁免。而该协议的其他条款依然可以根据规章得到豁免。

进交给其他被许可人使用，使被许可人可以在订立合同时知道他与其他被许可人在技术上处于同一水平，这也可以促进技术的传播。独占性地回授不可分割的改进，不是对竞争的限制，因为未经许可人同意不可分割的改进不能被使用。

对许可技术的可分割的改进或新应用独占许可或转让给许可人的回授，不能获得豁免。因此，只能根据罗马条约 81 条第 1 条第（3）项进行个别评价。在评价时，有以下两个因素是指南明确指出可供考虑的：第一，回授是否存在对价。排他的许可或转让的回授条款不因许可人对回授是否支付了对价而不同。但是对价是否存在以及对价的高低，是根据条约第 81 条对个案进行评价时考虑的因素之一。如果回授是有对价的，它阻碍创新动力的可能性就小。第二，许可人在技术市场上的市场地位。许可人在技术市场上的市场地位也是一个需要考虑的相关因素。许可人的技术的地位越强，被许可人越有可能是创新的重要来源，以及今后竞争的重要源泉。如果含有回授义务的许可协议组成平行网络，那么，就会增加回授义务的消极影响。如果可用的技术控制在有限的几个许可人手中，他们对被许可人施加独家回授义务，这与存在许多技术，而只有其中一部分是按照独家回授条件授予许可的情形相比，产生反竞争影响的风险更大。

### 5.1.2.3 日本的相关立法

日本公正交易委员 1989 年《关于管制专利和技术秘密许可协议的不公正交易方法的指南》第 II 部分第 1 节(6)指出：“(假定是合法的)如果当事人的权利和义务是平衡的, 那么许可人可以要求被许可人通知许可人在知识和经验中获得的关于许可技术的改良或专利申请, 并要求被许可人给予许可人一个非独占性许可。”

1999 年《专利权和技術秘密许可协议的反垄断法指南》中对回授进行了细致的规定：(1) 关于对改进发明的转让和独占许可的义务。在专利许可协议中，如果许可人要求被许可人将其改进转让或独占许可给许可人，这种要求将使许可人在某一产品或技术领域的有力地位得以强化，限制被许可人自己使用或者通过许可使用自己取得的知识、经验和改进发明，削弱被许可人研究开发的动力，阻碍新技术的开发，从而对市场竞争产生负面影响。许可人提出这种要求通常没有合理的理由，因此，它极有可能属于不公正交易方法，违反禁止垄断法的规定。上述观点同样适用于专有技术许可协议。(2) 关于对改进发明的非独占许可义务。在专利许可协议中，要求被许可人将其改进发明和应用发明非独占地许可给许可人的，原则上不认为是不公正的交易方法。但是，如果许可人要求被许可人非独占性地回授许可，同时又禁止被许可人将改进发明许可给第三人，则将削弱被许可人的研究开发动力，阻碍新技术的开发，对市场竞争具有负面影响，则属于不公正交易方法，违反禁止垄断法的规定。上述观点同样适用于专有技术许可协议。

(3) 关于对取得的知识、经验的报告义务。在专利许可协议中, 如果许可人要求被许可人就与该专利有关的新取得的知识 and 经验报告给许可人, 原则上不认为是非公正交易方法。上述观点同样适用于专有技术许可协议。

从以上条文可以看出, 日本对于回授的态度与欧盟相似, 如果强制性回授是非独占性的, 且双方的权责均衡, 那么它在专利许可中就是合法的。在日本和欧洲的许可制度中, 技术改进的回授作为反垄断法一般规制的例外, 双方权利义务的对等是必要条件。当回授是独占性的或者双方责任不均衡时, 这种限制就属于类似美国合理性规则的中间范畴, 需要进一步的分析。但是, “如果许可人没有承担类似加于被许可人身上的束缚的义务, 或者内容是不平衡的, 以致不利条件都过分强加在被许可人的身上”, 那么这种回授条款就是非法的。除传统反垄断法的考虑之外, 强调“公平”, 是日本准则的一般特征。因此, 与美国的合理性原则分析相比, 日本对回授条款的考察更为细致、深入。

### 5.1.3 知识产权许可中回授条款的反垄断法分析

#### 5.1.3.1 对回授的一般分析

一般而言, 回授对竞争的消极影响在于以下几方面: 第一, 回授会降低被许可人对许可技术进行改进的激励。技术总是不断发展的, 对技术的改进意味着效率的提高、成本的降低, 从而最终提高消费者福利。因此, 无论是知识产权法还是反垄断法, 其共同的目标都是激励创新: 知识产权法通过对创新授予独占权来奖励创造者, 而反垄断法一般通过维护自由竞争来促进创新。回授条款通过授予许可人对被许可人的技术改进享有一定的权利, 在一定程度上破坏了被许可人对自身技术改进的知识产权法保护, 在这种情形下, 被许可人缺乏对许可技术进行积极的技术改进的知识产权法激励。尤其是独占性回授, 被许可人无法享有将改进专利进行自由转让、许可的权利, 更加缺乏对技术进行改进的动力。第二, 回授可以强化许可人在许可技术上的支配地位。一般而言, 在知识产权许可中, 许可人相当被许可人具有相当优势地位。而如果一项专利的权利人, 通过多个许可协议将该专利许可给不同的被许可人, 而每一份许可协议中均保护回授条款, 即使是非独占的回授条款, 该许可人就能轻易的掌握该专利技术的所以相关改进, 而每一个被许可人只能享受自身的改进。在这种情形下, 许可人的优势地位得到强化甚至演变成该技术和产品市场的支配地位, 从而威胁该相关市场的自由竞争。在 *Transparent-Wrap Machine Corp., v. Stokes & Smith Co.* 案中, 虽然对回授条款作出了肯定性的判决, 但是在法官的附带意见中指出: 通过回授, 基本的专利拥有者在基本专利期满后很久仍可长期控制一个工业。可以排斥竞争者和实现、维持一个工业垄断。通过专利联营或多方许可协议的应用, 一个工业的全部

发明成果就可以系统地汇集到原始专利权人的手中。<sup>[179]</sup>

另一方面，回授对竞争也有积极影响，最重要的一点即为回授有助于使专利发明得到最为充分且有效的应用，同时确保有效的技术分成和新技术的有效使用。<sup>[12]</sup>因为，如果没有回授条款的保证，知识产权人就可能因为害怕丧失在技术上的先进地位及相关市场份额而拒绝将该发明创造专利进行对外许可，除了少数拒绝许可行为可能因为违反反垄断法而被强制许可外，知识产权人拒绝许可也是其行使专有权的一种形式，法律无权干涉。而从经济学角度而言，拒绝对外许可知识产权总是意味着该知识产权没有得到最大限度地利用与开发，是社会效率的消极损耗。

因此，回授，尤其是非排他性回授，是一种由许可人和被许可人共同承担技术开发风险、共同享受技术开发收益的安排，使许可人有权享受基于许可技术或被许可技术激活的可能的进一步创新的这一好处，从而促进创新。

### 5.1.3.2 不同种类回授行为的反垄断法分析

对回授条款的竞争法分析，不仅要考虑单个的许可协议中回授条款对竞争的影响，对许可人和被许可人的限制，而且更需要考虑重叠的许可协议中的回授条例所产生的网络效应和累积效应，后者是指对于同一个许可标的，许可人将其许可给不同的被许可人，并同时规定了回授条款，在这种情形下，回授条款对竞争的影响是累积的。下文的分析即分别从单独的许可协议和重叠的许可协议两个角度展开。

第一，单独的许可协议中的回授条款对竞争的影响。评价一个单独的许可协议中的回授条款对竞争影响，主要考虑以下因素：（1）许可人与被许可人之间是否是该许可技术相关的技术市场或产品市场的竞争者。如果许可人与被许可人不存在竞争关系，而且将来也不可能有竞争关系，如研发机构将其技术许可给生产商，则该许可协议是真正的纵向协议，回授条款不会对竞争产生消极影响。如果许可人与被许可人存在竞争关系，则根据回授条款的具体规定进行合理性分析：如果回授条款是互惠的，在对品牌内的竞争及创新有较大的消极影响，因为有竞争关系的许可人与被许可人如果承担了互惠的回授义务，出于“搭便车”的考虑，双方的创新动机均会受到抑制，因为创新不会给自己带来优于竞争对手的技术优势。同时，由于回授，双方的产品成本、结构等会趋于同化，更易形成事实上的卡特尔。在该回授条款是排他性的情形下，上述消极影响更会被放大。因此，总的而言，许可人与被许可人存在竞争关系的回授条款会受到反垄断法更多的关注。

（2）回授条款是否限制了对改进技术的流通性。知识产品究其经济学本质而言是一个公共产品，出于其边际成本为零的特性，一个知识产品被愈多人、愈多次使用，该产出愈高。但是出于鼓励知识产品的产出及防止因为“搭便车”行为

对知识产品产生的消极影响，对符合一定条件的知识产品授予法律上的独占权。换言之，因为知识产权的法定独占性而产生的一系列交易成本是社会为激励知识产品的产生和利用所必不可少的。而出于效率的考虑，在成本相对固定的情形下，对知识产权的利用越多，其产出越高，效率当然更大。所以，对于知识产权许可中限制性协议的反垄断法规制，其基本思路是：与不许可相比，限制性的许可知识产权总是更有效率的。具体在回授问题上，只要回授对知识产品的流通性（即被多次利用的可能性）不产生重大限制，则该回授一般被容许。美国 Jay Dratler 教授将这一问题概括为“流通性权利”，即指尽管将改进回授给许可人，但应当将改进再流通回被许可人，允许被许可人使用自己的改进。在其《知识产权许可》一书中关于回授的部分，其表述到：通过保证被许可人有权应用自己的改进之处，……那些“流通”条款就避免了回授的两大潜在的限制竞争的作用。首先，这些条款减少了此种风险，即享有自己和被许可人改进之处的权益的许可人会一直占据支配性地位，直到许可和法律保护有效期终止；其次，这些条款可以避免破坏被许可人从事创造活动的激励机制，因为一些改进专利能被立即使用和提高被许可人的利益。由于上述原因，流通条款就成为那些在司法审查下还能合法存在的独占性回授——即使不是必不可少，但也是一般性的——特征。非独占性回授本身也有类似的效果，因而也得到认同。<sup>[12]</sup> 本文认为，所谓“流通性权利”在某种程度上即是指回授条款的非排他性，其实质是指可以扩充至对技术的改进的广泛使用的可能性，即被许可人不仅可以自己使用该改进，而且还可以保留将改进技术对外许可和转让的权利，在这种情形下，回授条款对被许可人创新的负面影响被极大的抵消，因为被许可人不仅可以从改进技术的直接市场效应中获利，还可以通过对外许可和转让该改进技术而获利。

(3) 许可协议当事人的市场地位。如果许可人与被许可人在相关技术市场或产品市场上不具备支配地位，即使相互之间存在竞争关系，而回授条款会限制和抑制品牌内的竞争，但只要存在品牌间的竞争，该回授条款对竞争的负面效应是可以忽略不计的。另一方面，如果当事人，尤其是许可人占据了相当大的市场支配力，或许可的知识产权是行业内的技术标准，则回授条款可以强化许可人的支配地位，甚至全面地遏制竞争，从而产生极大的反竞争效应。在许可人和被许可人是某一技术或产品市场上的寡头时，相同的情形也会出现。例如在 *United States v. Besser Manufacturing Co.* 案中，法庭认为，两个在行业中占统治性的公司间进行相互的、独占的回授将遏制它们之间的竞争，从而遏制整个市场的竞争，因而是违法反托拉斯法的。<sup>[182]</sup>

第二，相同标的技术的双重许可协议中回授条款对竞争的影响。对于回授，尤其是排他的回授条款，除了要单独考察该条款对竞争的影响，还要考虑在存在

网络效应或累积效果的情形下对竞争的影响。网络效应或累积效果可能发生在下列情形：

(1) 同一许可人就同一技术向多个被许可人进行许可，而每一份许可协议中均规定回授条款，即使是非独占的回授条款，该许可人就能轻易的掌握该专利技术的所有相关改进，而每一个被许可人只能享受自身的改进。在这种情形下，许可人的优势地位得到强化甚至演变成该技术和产品市场的支配地位，从而威胁该相关市场的自由竞争。通过回授，基本的专利拥有者在基本专利期满后很久仍可长期控制一个工业。可以排斥竞争者和实现、维持一个工业垄断。通过专利联营或多方许可协议的应用，一个工业的全部发明成果就可以系统地汇集到原始专利权人的手中。另一方面，对于这种许可情形中回授条款的竞争法分析，还要结合被许可人相互之间的关系来考虑。例如说，如果被许可人之间存在竞争关系，那么即使改进会依据回授条款由许可人享有一定优势，但每个被许可人仍然有对许可技术进行改进以提高自身竞争力的考虑(该竞争主要体现为品牌内的竞争)，但是，如果许可人取得了该改进的许可或转让后，还能将其许可给其他被许可人，即某一被许可人所做的改进会在其他同类被许可人之间流通，甚至是无偿的流通，则每一个被许可人改进技术的激励将减弱，因为改进技术并不能给他们带来技术上的优势。

(2) 若干企业拥有同类技术，而它们分别与自己的被许可人订立排他的回授义务，从而使所有的竞争性技术改进与新方法均控制在这数个企业手中，则其效果往往就是实现了技术市场的分割。这与不存在网络情形时相比，产生反竞争影响的风险更大。<sup>[175]</sup>

#### 5.1.4 对我国关于知识产权许可中回授条款的反垄断立法建议

在我国，对于知识产权许可中的回授的规制主要适用反垄断法第 13、14、15 条关于限制竞争协议的相关规定。目前尚不存在对知识产权许可中的回授作出具体规定的规范性法律文件和判例，而是有待于立法和司法及理论界结合我国实际情况进行分析和适用。

在现实中，一方面，我国作为技术引进大国，当前的经济技术水平相对落后，大多数知识产权许可协议中我国企业总是作为被许可人来获得外国知识产权人的技术许可和使用；另一方面，我国当前实现促进创新的科技和产业政策，提倡自主知识产权，而且我国科技人员亦具有较强的创新能力。这种情况下，外国知识产权许可人在将知识产权许可给我国企业时，会考虑我国企业是否会在其知识产权的基础上开发出新的替代技术，并很可能要求在知识产权许可协议中订立回授条款。因此，制订规制知识产权许可中回授的规则是非常必要的，而且本文认为，应实行较发达国家较为严格的回授的反垄断法规制。如前所述，回授对竞争

的消极影响主要体现在削弱被许可人创新的积极性和强化许可人支配地位两方面，而这两点都会对我国当前的技术市场和产品市场产生特别严重的负面影响。因此，对于回授的反垄断法规制，也应从这两方面入手。总的来说，由于回授对竞争和创新有正反两方面的意义，所以，对于回授的反垄断法规制主要应适用合理原则，辅之以本身合法与本身违法原则。在对特定回授条款进行合理性分析，首先应区分排他性回授与非排他性回授，并结合许可人与被许可人的市场地位进行分析，本文提出如下立法建议：

第一，许可人具有市场支配地位的排他性回授由于对竞争的消极影响较大，即削弱了被许可人的创新动机，又强化了许可人的支配地位，可规定为本身违法。第二，许可人不具有市场支配地位时的非排他性回授，由于不会对技术的改进的流通使用产生消极影响，也不会削弱被许可人创新的激励，因此对于这种回授条款，可规定为本身合法。第三，其他情形的回授条款适用合理性原则进行分析。其他情形有：（1）许可人不具有市场支配地位的情形下的排他性回授；（2）许可人具有市场支配地位时的非排他性回授。在分析时可考虑下列因素：许可人和被许可人是否具有竞争关系；回授是单方的还是相互的；是否支付了对价等。一般而言，有竞争关系的许可人与被许可人之间的非独占性回授也会产生限制双方之间进行竞争的后果，也应当成为法律禁止的行为，同时，一般而言，单方的、无偿的回授条款也总是比双方的、有偿的回授具有更大的反竞争的可能。

## 5.2 知识产权许可中排他许可与地域限制的反垄断立法规制

### 5.2.1 知识产权许可中的排他许可和地域限制的界定

排他许可是一种具有强烈排他性的知识产权许可协议，一般而言，排他许可禁止许可人将许可标的再向第三方进行许可。根据是否允许许可人自身使用被许可技术的不同，又可分为独占许可（exclusive licensing）和独家许可（sole licensing）。前者指许可方在合同规定的地域和期限内不得再向第三方授予该项技术的使用权，同时许可方自身也不得使用该项技术；后者仅禁止许可方将技术再许可给第三方，但许可方自身保留使用该项技术的权利。由此可见，独占许可的限制性比独家许可的限制性更强。排他许可在版权、商标和专利领域都常常发生。授予排他许可常常用来鼓励被许可人投资建设生产线或销售网络来生产和销售被许可的产品或服务，有着正面的经济效率理由。排他许可往往和地域限制联系在一起。因为就知识产权的国内法特点而言，如果没有规定特定地域范围，则往往以该知识产权的效力范围为其地域范围；而在实践中，为了尽量扩大知识产权人通过许可获得的经济收入，排他许可通常会划定一定的地域范围。反过来说，地域限制虽然并不绝对地意味着在指定地域内的排他许可（因为也可能出现在指

定地域内同时许可给多个被许可人的情形),但在实践中,地域限制往往伴随排他许可,来保证被许可人在指定地域内的合理回报。所以,本节将其一并讨论。

## 5.2.2 美欧等国家和地区对排他许可和地域限制的反垄断法规制

### 5.2.2.1 美国的立法和司法实践

美国对于排他许可的反垄断法规制,首要前提为分析该许可协议在性质上是纵向还是横向。对于纵向协议,由于深受芝加哥学派的影响,在1977年GTE Sylvania案后,都是采用合理原则进行分析:芝加哥学派认为,纵向限制不太可能具有反竞争性,因为许可人给予被许可人保护总是以激励被许可人投资的必要性为限,而不存在过度保护的动机。在Sylvania案中,适用芝加哥学派的理论,提出了一个著名的概念:品牌内的竞争与品牌间竞争。芝加哥学派主张生产者之间的竞争是首要的——如果不是唯一的——目标,所以,对品牌内竞争的限制的反垄断法规制是次要的,甚至可以不受反垄断法规制。本文认为,对知识产权许可中的独家许可(地域限制)适用芝加哥学派的理论时,应注意区分知识产权许可中商标排他许可与专利排他许可之间的区别,对于商标的排他许可,可以完全适用品牌竞争理论,而专利技术的排他许可,适用品牌竞争理论则建立在一个品牌使用一项专利技术的假设基础之上,但在实践中,往往会出现一项技术可以同时许可不同的品牌(生产商)进行生产,因此,如果一项知识产权构成了该产品或服务的必要技术时,如果采取独家许可的形式,则不仅消除了品牌内的竞争,还消除了品牌间的竞争。简言之,在专利作为产品或服务的核心技术时,独家许可的反竞争风险大于在无涉专利知识产权中的地域限制。

美国对于横向性质的排他许可——这种许可往往同时表现为地域划分——则认定为对通过划定市场来消除竞争的行为,视为本身违法。1995年《知识产权许可反托拉斯指南》认为,只有在被许可人之间或许可人和被许可人之间表现为水平关系时,独占许可协议方引起反垄断法的关注。<sup>[183]</sup>与欧洲不同的是,在该指南3.3中指出,所谓的水平关系,是指签订许可协议时,许可人与被许可人或被许可人之间已经存在或有潜在的竞争关系。<sup>①</sup>该指南肯定了排他许可对竞争的促进作用:知识产权许可上的使用领域、地域和其他限制,可以通过使许可人尽可能富于效率和效益地利用其产权,达到促进竞争的目标。这些不同形式的排他性许可激励被许可人投资于包含了被许可人之知识产权的产品的商业化和流通,并就被许可的产权开发其他应用。例如,限制可以保护被许可人免于其他被许可人和许可人对其投资搭便车。这些限制还可以增加许可人进行许可的积极性,例如,保护许可人在希望保留给自己的市场内免受自己技术的竞争。

<sup>①</sup> 而欧盟还包含因为许可协议的签订导致的竞争关系。所以,在排他许可方面,欧盟的态度较美国为严格,主要是因为欧盟对于建立统一大市场的目标的关注。

对排他许可的竞争法分析，指南规定同样适用安全港条款。指南强调，如果许可协议中的限制性条款不具备表面的反竞争性或许可人与被许可人的市场份额总和不超过相关市场的 20%，则不认为该排他许可违反反垄断法；如果需要对限制性条款的竞争性进行分析，同时又无法确定相关市场份额时，指南认为，只要存在四种或以上的替代性技术并且限制性条款不具有明显的反竞争性，则不受反垄断法规制。

所以，对于美国来说，一项独占许可的反垄断法分析往往集中于其对自由贸易的影响，而不是关注其是否划分了市场，而欧盟在更关注是否划分市场。

### 5.2.2.2 欧盟的立法和司法实践

在欧盟，排他许可结合地域限制一般受到较之美国更严格的反垄断法审查，因为根据《罗马条约》所树立的统一欧洲大市场的目标，对市场的分割是完全背离这一方向的。<sup>[184]</sup> 条约第 81 条规定：“1. 所有可能影响成员国间的贸易，并以阻碍、限制或扭曲共同市场内的竞争为目的或由此效果的企业间协议、企业协会的决议和一致行为，均被视为与共同市场不相容而被禁止，尤其是下列行为：…（c）划分市场或供应来源；…” 欧共体委员会 772/2004 规章对知识产权许可中的排他许可与地域限制作了如下规定：技术转移协议的当事人是竞争企业时，如果协议直接或间接地，单独或与当事人控制的其他因素结合具有“瓜分市场和客户”的目的，该规章所规定的豁免不适用。但是，下列情况不属于瓜分市场和客户：在非双向协议中，要求许可人和/或被许可人承担义务，不在一个或几个技术使用领域、一个或几个产品市场、一个或几个另一方保留的排他地域内使用被许可的技术；要求许可人承担义务，不在特定地域内再将技术许可给他人；在非双向协议中，限制被许可人和/或许可人主动和/或被动地向另一方保留的排他地域或排他客户群进行销售；在非双向协议中，限制被许可人主动向许可人为另一被许可人划定的特定排他地域或客户群进行销售，前提是另一被许可人在订立合同时与许可人不是竞争企业。技术转移协议的当事人是非竞争企业时，如果协议直接或间接地，单独或与当事人控制的其他因素结合具有“限制被许可人被动销售合同产品的地域或客户目的”，则不能得到豁免。但下列情况除外：限制向为许可人保留的排他地域或客户被动销售合同产品；限制向许可人为其他被许可人保留的排他地域或客户群销售合同产品，而该其他被许可人正处于向该排他地域或客户群销售合同产品的前两年时间内。在随后的指南中，对以上规定进行了分析：主要关注许可人与被许可人之间的关系，以及许可协议是单向还是双向。

第一，竞争者之间的双向独占许可构成了竞争者之间划分市场构成的核心限制，不被允许。而双向独家许可只要不超过 20% 的市场份额，可以得到豁免。如前所述，独占许可比独家许可的排斥竞争性更强，因为独占许可排除了包括许可

人在内的其他所有人和被许可人的竞争，如果竞争者之间互相授予独占许可，再结合地域限制，则实际上实现了竞争者之间的市场划分，消除了二者之间的竞争，却并未对消费者福利有实质性的贡献，因为被竞争法禁止。独家许可虽然排斥了来自第三者的竞争，但在相关地域仍存在许可人和被许可人之间的竞争，只要二者的市场份额不超过 20%，则意味着不会对相关市场产生过度的负面效应。第二，竞争者之间的单向独占许可在满足门槛要求的前提下可以得到豁免。单向独占许可意味着许可人将相关市场完全出让给被许可人，从而保证对被许可人提供足够的激励来使用技术、扩大市场。只要该许可人与被许可人的市场份额满足门槛要求，则说明该许可标的及产品或服务市场上还存在足够多的品牌间的竞争，因此，虽然该类许可完全排斥了品牌内的竞争，也是被容许的。第三，非竞争者之间的独占许可一般可以得到豁免。要吸引被许可人对许可技术进行投资，并且将产品及时投入市场，授予被许可人独占许可常常是必须的。如果被许可人必须进行大规模的投资以开发许可技术时更是如此。当被许可人使用许可技术取得了商业上的成功时，否定这种排他性将会剥夺被许可人的成功果实，并且还会对竞争、技术的传播和创新造成损害。因此，对该类许可一般不进行竞争法的干涉。除非被许可人具有市场支配地位，又获得了一个或多个竞争性技术的排他许可，而且该技术是市场上真正的竞争来源，在这种情况下，被许可人可能依据排他许可来维持其市场支配力量，在这种情形下，有必要对其进行竞争法分析及必要规制。<sup>[185]</sup>

欧洲初审法院在独占许可的司法实践中似乎较立法宽松。在 Nungesser 案中，欧洲初审法院认为一个公开独占许可并不违反第 81 条。在该案中，受法国农业部资助的 INRA 是一个研究机构，研制出了一种能耐受北欧寒冷气候的玉米杂交种子。为了规避德国关于德国境外的人不得在德国进行植物种植专利登记注册的法律，INRA 将其种子专利转让给了 Nungesser。另外，INRA 还给予了 Nungesser 在德国境内独家种植和销售该类种子的四个品种的授权。INRA 还承诺不再在德国境内进行同类授权并阻止从法国向德国进口同类种子，除非对象是 Nungesser。后来，其他品种的种子取代了上述四个品种，并至少有两个销售商从法国进口该改良品种到德国。Nungesser 凭借独占协议成功地阻止了这一进口。欧洲初审法院认为，这一独占条款并无违反 81 条，因为，如果没有这一条款来保证其他被许可人不会进入授权地域，在另一国家的被许可人将不会承担新种子在德国市场的培育和开发风险。在随后的 Coditel II 案中，欧洲初审法院认为该给予被许可人独家放映电影的版权独占许可协议不违反 81 条，因为法院认为独占许可是为了保证版权人与被许可人获得合理回报的必要手段。但是，法院同时指出，独占许可也可能构成对第 81 条的违反，例如当该许可不必要的构筑了进入障碍，或者收费高于对投资的合理回报，或者独占时间过长。在 Erauw-Jacquery 案<sup>[186]</sup>中，欧洲初

审法院支持了一项关于种子专利许可的绝对地域保护的独占许可。理由是该限制是保证专利权人对基础种子（basic seeds）传播者的控制所必须，因为基础种子较之一般合格种子需要更专业化的处理。<sup>[187]</sup>

但是，对于上述案例，有学者指出并不具有代表性。Nungesser 案和 Erauw-Jacquery 案都是关于植物种子的专利许可，尤其是 Erauw-Jacquery 案中关于基础种子（basic seeds）的分析更是呈现出独特性，从而不能从以上案例推断对于知识产权的独占许可欧盟持宽松态度。<sup>[187]</sup>与此相反，欧盟委员会出于对建立欧洲统一大市场的关注与追求，对独占许可采取一种较为严格的态度，因为独占许可总是与地域的划分联系在一起，而这毫无疑问阻碍了货物和技术在欧洲市场的自由流通。

总的来说，欧洲对于独占许可的反垄断法分析是建立在该独占许可的程度是否是保证知识产权许可中许可人，特别是被许可人的利益所必须的基础之上。

### 5.2.2.3 日本的相关立法

在日本，即使是无涉知识产权的地域限制条款，也并不是本身违法的。日本公正交易委员会在审查有关地域限制行为的合法性时，必须从行为所导致的限制性和制造商的市场地位两个方面进行考察。一般而言，只有在产品价格可能被限制规则所维持时才认为违反了日本反垄断法第 19 条。<sup>[120]</sup>所以，日本公正交易委员会 1999 年的《专利和专有技术秘密许可协议的反垄断法指南》认为，专利许可中只将许可的地域限制在日本的某一特定区域，一般只是行使知识产权的行为，不是违反禁止垄断法的不公正交易行为。但是有时在许可人的专利权已经用尽的情况下，许可人对被许可人专利产品销售地域的限制，不是行使专利权的行为。需要根据个案事实和《基本流通、交易惯用指南》第二部分“与流通业者销售地域有关的限制”的规定，对市场竞争秩序的影响以及对公正竞争的妨碍进行判断。

在专有技术许可协议中限制被许可人可以使用专有技术的地域的，原则上不属于不公正交易方法。但是，许可人对被许可人销售依据专有技术生产的产品所进行的地域限制，需要根据个案事实和《基本流通、交易惯用指南》第二部分第 2-3 “与流通业者销售地域有关的限制”的规定，对市场竞争秩序的影响以及对公正竞争的妨碍进行判断。<sup>[188]</sup>

## 5.2.3 知识产权许可中排他许可与地域限制的反垄断法分析

### 5.2.3.1 排他许可与地域限制的一般分析

首先必须肯定的是，排他许可与地域限制会产生积极效应，最主要体现在对被许可人投资的保护，以及由此产生的对许可人对外许可的激励。因为如果没有排他许可这一限制，被许可人很可能基于其他被许可人“搭便车”的担忧而不对

许可技术相关产品或服务进行建设、投资，从而导致被许可的技术无法在生产销售中获得最大限度地利用，甚至导致许可技术市场化的失败。同时，一般性而言，排他许可也会使消费者享受到更好的服务和产品，提升消费者福利。<sup>①</sup>

排他许可与地域限制引起反垄断法关注主要是基于其可能产生如下负面效应：首先，排他许可最直接的效果即为消除了使用该知识产权的同类产品或服务之间的竞争。特别是独占许可，即产生了由被许可人独家生产或销售使用该技术的的产品或服务的效果，完全排除了这一特定市场（即使用该知识产权的产品或服务市场）上的竞争。如果在这一技术领域内该知识产权具有相当高程度的先进性或独特性，或一定时期内不存在其他竞争性技术，则该产品或服务市场上的竞争完全被排除。其次，排他许可往往和地域限制联系在一起，而知识产权许可中的地域限制是一种常见的限制性条款，地域限制条款将某一地域的独占权授予某一特定的被许可人，或者限制某一许可人进行特定区域与其他被许可人或许可人进行竞争，几乎所有的地域限制都是对竞争的限制，这种条款对于竞争的限制是很明显的，从而排他许可可能在实践中表现为划分市场。再次，在实践中，排他许可协议往往同时包含了不得竞争条款（non-compete clause），阻止被许可人对竞争性技术的获得、使用以及销售含有竞争性技术的产品或服务，从而对该类技术市场的竞争产生消极影响。最后，如果该排他协议是在水平竞争者之间订立的，则很有可能造成划分市场等横向限制竞争的效果，而这是竞争法特别禁止的。

### 5.2.3.2 分析排他许可与地域限制的参考因素

基于前文对排他许可与地域限制的一般分析，对该类限制必须采用合理原则进行反垄断法分析，具体可考虑以下因素：

第一，许可人与被许可人的市场支配力。根据芝加哥学派的理论，独占许可最强有力的合理性抗辩即为通过独占许可，为被许可人对于许可技术的应用与市场推广投资提供必要的激励与回报，虽然牺牲了品牌内的竞争，但是，只要有品牌之间的竞争，则其对竞争的正面效应大于其负面效应。<sup>②</sup>由此可推论：被反垄断法所容许的独占许可的前提是该相关市场上存在品牌之间的竞争。如果许可人或被许可人已经具备相当程度的市场支配力，则品牌间的竞争近乎不存在，那么对独占许可的合理性抗辩前提亦不存在。因为无论独占许可为许可人或被许可人提供了多大程度的技术进步或销售投入的刺激，如果一个产品或服务市场上既不存在品牌间的竞争，也不存在品牌内的竞争，则等于完全消灭了该市场上的竞争，

---

<sup>①</sup>对于基于“搭便车”理论来容许纵向限制总是可以促进消费者福利，后芝加哥学派对此有争议。例如如果基于纵向限制要求零售商提供过高的服务质量，可能满足了少部分高质服务要求的消费者，但是对大多数消费者而言，一般化的服务就够了，因此，超出一般水平的服务被认为是对这一部分消费者的损害。

<sup>②</sup>对于该理论，有许多批评意见。如通过对 JEA 牌牛仔裤的实证分析，证明在存在品牌内的竞争的情形下，消费者福利更多。

而这是反垄断法所不能容许的。同样的分析也适用于许可人或被许可人单独不具备市场支配力，但是该市场为高度的寡头市场，许可人是其中之一的情形。因为在这种情形下，独占许可也可能被用来实现实质上的划定市场的行为。所以，当许可人或被许可人具备市场支配力时，一般认为独占许可是违反反垄断法的。

第二，许可人和被许可人之间是否存在竞争关系。评估排他许可的经济效应，进而评价其合法性的最重要的一步，就是确定其产生的效果主要是垂直的还是水平的。对于其效果主要发生在垂直关系上的许可限制，依据合理原则进行分析，而在水平关系上限制竞争的许可限制则可能在本质上违法。<sup>[12]</sup>判断许可的效应是垂直的还是水平的，主要依据许可人与被许可人之间是否存在竞争关系。如果许可人与被许可人之间没有竞争关系，例如许可人主要业务为研发，而被许可人作为制造商购买许可人的技术，则该许可安排主要影响的是互补关系的获得，就是垂直效应；如果在没有许可的情况下，许可人与被许可人之间在相关市场上实际上或可能是潜在的竞争对手，在该许可安排产生的效应视为水平效应。

第三，单向还是双向独占许可。单向许可，一般可被视为权利的转让或转移，因为它只允许被许可人在其限定的范围内利用被许可的知识产权。如果许可没有地域范围或使用领域的限制，它就更接近转让的经济效果而且对市场竞争没有损害。而对于一项知识产权，不论是排他许可还是转让，根据市场规律，它总是能够实现该知识产权利用效率的最大化。所以，与知识产权转让具有相同效果的单一的双方之间的单向排他许可一般应被视为有效。<sup>[12]</sup>双向独占许可实质上属于交叉许可的一种，因此对其进行竞争法分析，既要考虑交叉许可的竞争法意义，也要考虑独占许可的竞争法意义。一般来说，双向独占许可往往被视为一种横向协议而非纵向协议，如果双方在许可关系成立之前即为实际或潜在的竞争关系，在该类许可往往具备划分市场的反竞争效果，受到较严格的竞争法审查与规制。

第四，累积效果和网络效应。在知识产权许可中评价限制性条款的反竞争风险，不仅要考察单个的许可协议对于当事人的影响，更要从该技术市场或产品市场的整体来分析。在某些情形下，即使单个的排他性许可对竞争的负面效应有限，但是如果该类许可存在网络效应或累积效果，则其反竞争风险会放大。例如，若干企业拥有同类技术，而它们分别与自己的被许可人订立排他许可，且将排他许可的地域限制进行横向划分，则会构成实际的市场划分，属于本身违法的限制性行为。从而使所有的竞争性技术改进与新方法均控制在这数个企业手中，则其效果往往就是实现了技术市场的分割。这与不存在网络情形时相比，产生反竞争影响的风险更大。

第五，动机。在判断一项排他性许可是否可以用“搭便车”作为合法性抗辩理由时，许可双方当事人的动机是一个重要的判断标准。因为排他性许可是为了

消除“搭便车”给被许可人对许可技术进行投资的负面效应，通俗地说，如果不是排他性许可，被许可人可能不会积极进行诸如广告、商誉建立等投入，因为一旦他进行了这些方面的投入，而被其他被许可人同样利用来分享市场，投入较大的被许可人没有把握能获得足够的回报。所以，基于上述分析，排他许可一般是由被许可人提出从而来保证自己的未来收益。如果一项排他许可是由许可人来提出，许可人的动机就很值得怀疑，因为从许可人的角度而言，虽然排他许可可以收取较高的许可费，但是无论如何，该许可标的存在越多被许可人，其收益越多。所以，由许可人来提出的排他许可往往含有划分市场、限制产量、提高价格等反竞争风险。

第六，有效期。对一项排他许可，如前所述，主要是为了保护被许可人的必要投资，避免“搭便车”行为，因此，无论是美国还是欧盟，都关注一项排他许可是否有期限的规定以及多长的期限。从竞争法的角度而言，无论是品牌内还是品牌间，存在竞争总是能促进效率的提高，所以，对品牌内竞争的牺牲应以能保证被许可人收回投资为限，在一段时间内给予独占许可，保证被许可人充分的回报，超出这一合理期限的继续限制品牌内的竞争不再具备合理性。根据以上分析，有期限的排他许可比无期限的排他许可的反竞争风险要低，更容易获得反垄断法的容许。

#### 5.2.4 对我国排他许可和地域限制的反垄断立法建议

我国《反垄断法》第十三条规定：禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议：…(三)分割销售市场或者原材料采购市场；…。从这一法条规定来看，我国当前对划分市场的反垄断法规制主要局限于横向划分市场行为，对于纵向限制似乎不进行规制，除非适用第十四条的兜底条款：国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。

从现实情况看，由于排他许可和地域限制（尤其是排他许可）客观上比较有利于被许可人，我国作为技术引进国，对于这类限制一般是比较欢迎的。而且排他许可等限制有利于提高我国对技术的开发利用能力，提高我国服务行业的整体质量，所以，总的而言，这类限制在我国应该是利大于弊，我国立法可以持比较宽松的态度。但是，我们依然应关注排他许可和地域限制所可能引起的对竞争、创新和消费者福利的损害。

鉴于以上立法和现实背景，本文认为，对于知识产权许可中的排他许可和地域限制进行反垄断法规制，应制定较为明确的排除规则，即明确规定所不能允许的排他许可和地域限制的种类，对其他的排他许可和地域限制则一般视为允许，除非根据合理性分析有明显的限制竞争的危害。具体的立法设计可以为：（1）许可人或被许可人具备市场支配力时，独占许可不被允许；（2）当知识产权许可协

议的当事人具有竞争关系，双向独占许可往往会严重限制了双方之间的竞争而不被允许；（3）其他可能或已经产生了严重危害竞争的协议。在根据最后兜底条款进行分析时，可考虑的因素有网络效应、累积效应、协议的有效期、特定产业政策和当事人的动机等。

## 5.3 知识产权许可中产量限制条款的反垄断立法规制

### 5.3.1 知识产权许可中产量限制的界定

一般而言，产量限制是指通过协议来限定对某一种产品的生产数量和销售数量。从经济学角度分析，产量限制的当事人是希望实现与最低价格限制同样的目标：通过减少产量将产品的价格维持在较高位置。但在现实中，单向或双向的产量限制对竞争是否产生负面影响还要取决于当事人的市场支配力，无论当事人之间是否是竞争者，如果他们的市场份额较小，即使进行了产量限制，其他竞争者很快会扩大产量来补充产量限制所导致的市场供给短缺，因此，被认为对市场竞争产生消极影响的产量限制协议总是指那些拥有相当市场份额或者市场支配力的竞争者之间的产量限制。反过来说，产量限制对市场的影响也是衡量企业市场势力的重要标准，如著名的 ORT(output restriction test) 标准。<sup>[189]</sup>

知识产权许可中的产量限制既具有普遍性的竞争法含义，又包含了其特殊性。在知识产权许可中进行产量限制的一般理由是保证许可人的利益。通过产量限制，能够使被许可人的产品维持在一个较为稳定的价格，从而许可人可以有保障地从被许可人的收益中分享利润。在这一方面，限制产量体现了鼓励许可人对外许可知识产权的正面效应，从而对竞争和创新有积极作用，因为与不许可相比，对外许可总是更有利于效率的提高和创新的。

### 5.3.2 美国和欧盟关于产量限制的相关立法和实践

#### 5.3.2.1 美国的立法和实践

在美国反托拉斯法中，对于产量限制制一般被认为是属于本身违法的行为。对知识产权许可中的产销量限制也持类似的态度。如 1995 年《知识产权许可反托拉斯指南》认为虽然在大多数情况下，对知识产权许可中的限制性做法必须采取合理性分析，但是仍有一些行为被认为是本身违法的，其中包括产量限制。指南 3.4 规定：在绝大多数情况下，知识产权许可安排中的各种限制要根据合理原则进行评估。……但是在有些情况下，法院判决认为，限制的“性质和必然结果如此明显的具有反竞争性”，所以本身应当判定为非法，不需要更进一步研究限制可能产生的竞争效果。……判断为本身违法的限制情况有：公开固定价格、产量限制和横向竞争对手之间的市场划分，以及某些集体抵制和维持转售价格等。

但是，在司法实践中对于知识产权许可中的产量限制条款却比指南的态度要宽松。1990年著名的Nintendo案中，联邦巡回法院支持了Nintendo对于被许可人产量限制的许可条款。在该案中，Nintendo是家庭视频游戏的垄断者，占有80%的市场份额，其主要产品为Nintendo Entertainment System (NES)，内含获得了专利的安全系统。Atari得到了Nintendo的许可授权，对NEC进行游戏开发和销售。在许可协议中，Nintendo规定了Atari在美国进行销售的游戏卡的数量。对于这一点，联邦巡回法院认为，并不构成本身违法，并以1953年United States v. Parker-Rust-Proofing Co案，1951年Q-Tips v. Johnson & Johnson等来支持这一结论。<sup>①[190]</sup>

### 5.3.2.2 欧盟的立法和实践

欧盟对知识产权许可中的产量限制列入“核心限制”，但在具体适用时，使用了合理分析原则进行区分。772/2004规章第4条1(b)规定：作为协议当事人的企业是竞争性企业的情况下，对于直接或间接地，单独或与当事人控制下的其他因素相结合，具有以下目的的协议，不适用第2条规定的豁免：……限制产量，但不包括在非双向协议中对被许可人，或者在双向协议中，只对其中一个被许可人生产的合同产品的产量进行限制。在随后的指南解释为限制产量作为核心限制仅指竞争者之间的双向产量限制。在这里所指的双向产量限制不仅指直接地限制双方当事人的生产数量和销售数量，还包括其他减弱双方当事人扩大产量的动力的限制条款，例如当事人相互约定，如果产量超过了某一标准，就要向对方支付一定的金额，这种协议也属于产量限制条款。如果竞争者同意实施双向产量限制，该协议的目的及其可能的后果就是减少市场上的产量，而减少产量的后果就是价格的提高，这将极大地损害消费者福利。

对于竞争者之间非双向的产量限制，则需要分析当事人的市场份额区别对待。如果没有超过20%的市场份额门槛，产量限制可以得到成批豁免。超过20%的市场份额的情形则进行合理分析。指南指出，如果当事人拥有很大的市场力量，对被许可人的产量进行限制可能会损害竞争，从而必须在损害竞争的程度和81条(3)所列举的各种抗辩理由之间进行权衡。因为当事人拥有强大的市场地位的情形下，品牌之间的竞争并不明显，而通过产量限制又可以削弱品牌内的竞争，所以对市场竞争的影响相对较大，一般很难通过81条(3)的理由进行豁免。

对于非竞争者之间的产量限制，如未超过30%的市场份额门槛，则可以得到成批豁免。在非竞争者之间的协议中，限制被许可人产量所产生的主要反竞争风

---

<sup>①</sup> 在该案中，许可人还规定了其他限制，如禁止被许可人将游戏卡出口到美国境外、禁止被许可人为其他家庭游戏系统生产游戏卡以及必须从许可人处购买游戏卡。这些限制都得到了巡回法院的支持，认为不违背反垄断法。

险，是减少被许可人之间的技术内部的竞争。这种反竞争效果的大小，取决于许可人和被许可人的市场地位，以及该产量限制在多大程度上妨碍了被许可人满足对结合许可技术的产品的需求。另一方面，在非竞争者之间实施产量限制，可以促进技术的传播，因而也有促进竞争的效果。<sup>[175]</sup>所以，对于该类产量限制，一般遵循合理原则进行较为宽松的规制。

### 5.3.3 知识产权许可中产量限制条款的反垄断法分析

一般意义上说，企业都希望在规模效益的前提下生产尽可能多的产品并将其售出，以求得利润的最大化，所以，如果企业或企业之间限制产量，则往往意味着对竞争的限制和价格的提高，这不仅造成社会效率的损失（资源的低效率使用），而且对消费者而言价格会上升，消费者剩余被掠夺，所以，产量限制自反垄断法产生初期就是重点规制对象，被认为属于本身违法行为。但是，在知识产权许可中进行产量限制，则有其特殊性：这一限制既有可能造成一般危害竞争、损害消费者福利的效果，但也可能具有对创新和消费者福利的有利之处。

首先，知识产权许可中产量限制的积极效应表现为可能促进技术的传播，提高技术创新对社会效率的增长效应。在知识产权许可中进行产量限制，如果是单向的，往往出于两种情形：（1）许可人自愿限制自身产量。在许可人和被许可人是竞争者或潜在竞争者的关系下，潜在的被许可人往往担心无法和许可人进行竞争而不愿进入该行业，此时如果许可人愿意限制自己的产量，为被许可人预留一定的市场空间，则被许可人会较积极地进入市场。另一方面，许可人之所以自愿限制产量，往往是因为其生产能力、原材料储备等局限使其对技术的利用有限，如果能通过对外许可来获得对技术的广泛运用及丰厚的使用费，对许可人也是有利的。在这种情况下，产量限制会促使被许可人的增多及对技术的广泛运用，从而提高整个社会的经济效率，客观上也加强了竞争。（2）被许可人限制产量。许可人也可能因不愿面临被许可人作为自己竞争者的局面，在这种情况下，如果能对被许可人的产量进行限制，保证许可人自己的市场空间，则许可人对外许可的积极性会提高。同样的，技术的广泛运用总是有效益的。

其次，产量限制也可能造成危害竞争、损害消费者福利的效果。在许可人和被许可人不是竞争者的情况下，许可人对多个被许可人进行产量限制，有可能造成被许可人之间的卡特尔，甚至消除掉被许可人之间的竞争，对消费者福利造成损失。另外，许可人与被许可人的双向产量限制也会产生类似的效果。

所以，对于知识产权许可中的产量限制条款，必须进行合理性分析。在积极效果和消极效果之间进行权衡，而且考虑产量限制是否是为了某种积极效果所必不可少的。例如，一般认为，虽然对被许可人预留一定的市场空间有利于其市场进入，但地域限制也可以达到这一目的，而且相比较而言，地域限制比产量限制

对竞争及消费者福利的损害要轻微一些。

### 5.3.4 对我国知识产权许可中产量限制的反垄断立法建议

我国《反垄断法》第十三条规定：“禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议：…（二）限制商品的生产数量或者销售数量；…” 在第十四条对纵向协议中没有规定产量限制条款。

在我国当前技术许可的实践中，进行产量限制的情况并不多见。同时，因为我国地域辽阔，人口众多，市场巨大，因此，在前文中关于产量限制中预留市场空间的合理性并不适宜于我国的市场现状，加之我国反垄断法已经将竞争者之间的产量限制认定为本身违法行为，所以，对于知识产权许可中的产量限制，如果是出于竞争关系的许可人和被许可人的双向产量限制，建议亦认定为本身违法。对于通过多个平行许可协议达成被许可人之间的产量限制，当然也认定为本身违法。

## 5.4 知识产权许可中使用领域限制的反垄断立法规制

### 5.4.1 知识产权许可中使用领域的界定

使用领域限制是知识产权许可中最常见的限制性条款。通俗地说，使用领域限制是指通过协议来限定被许可人可以在哪些产品或服务中利用许可的知识产权，或是可以怎样利用该知识产权。如同样是在药品中利用某制药方法专利，一项许可协议只允许在人用药品中使用该专利，而不允许在兽药的制造过程中使用该专利。或者一种专利产品，只允许用作非盈利用途，而不允许商业用途。或者一种专利植物的种子，只允许一次性的购买该种子种植该植物，而不允许利用该植物收获的种子进行循环种植。

使用领域限制在美国和欧盟有不同的界定。在欧盟，使用领域限制被定义为按照许可产品的技术特征（“technical characteristics of the licensed product”）来限定使用领域，例如说一项模塑技术，是用于塑料瓶的生产还是塑料眼镜架的生产；而在美国的相关案例中，使用领域限制的含义要广泛一些，还包含对知识产权产品的使用方式的限制，如要求对一项专利产品只能一次性的使用，不能重复利用，也被认为是使用领域限制，或称为使用限制（use restriction）。本文是在广义的基础上讨论。

### 5.4.2 美欧等国家和地区关于使用领域限制的立法和实践

#### 5.4.2.1 美国的相关立法和实践

总体而言，美国对于知识产权许可中的使用领域限制是较为宽松的：这种限

制受合理性规则的制约，而且在通常情况下是有效的，除非不合理的反竞争性存在。<sup>[12]</sup>在 1995 年《知识产权许可反托拉斯指南》第 2.3 条规定，知识产权许可中的使用领域、地域以及其他限制，可能激励被许可人投资于体现许可的知识产权产品的商品化和传播活动，以及开发被许可的知识产权的其他应用的活动。这些限制，还可能激励许可人签发许可。因此，对于知识产权许可中的使用领域限制，该指南使用合理性规则进行分析。

在 1938 年的 *General Talking Pictures Co. v. Western Electric Co.* 案中，许可人将给予被许可人的真空管扩音器专利的制造许可，限制在家用“私人”领域，以区别于电影院和广播公司的“商业”用途。美国最高法院适用合理性规则对这一许可协议进行分析，认为其为合法，并且认为在私人领域外的销售是未获得许可的，构成专利侵权。在判决中，法庭表述：“专利权人通过对实施专利的条件进行限制，是属于对其授予专利的回报范围之内的。”<sup>[191]</sup>

在 1992 年的 *Mallinckrodt, Inc. v. Medipart, Inc.* 案<sup>[192]</sup>中，对于专利的使用领域限制被推至一个更宽松的环境：即不论专利权穷竭原则，只要合同限制了使用领域，该限制即为有效。该案基本案情为：原告 Mallinckrodt 拥有一种多支管/喷雾器装置的专利，以 Mallinckrodt 和 Ultra Vent 的商标进行销售。该装置的顶部标有 Mallinckrodt 商标，并标有“一次性使用”的字样。本案的被告将各个医院用过的装置回收并经过消毒处理后再返回各个医院重复使用。Mallinckrodt 认为装置上标明的“一次性使用”是一种“专利许可协议”，限制该装置的使用次数为一次，被告为了重复使用而再处理该装置从而导致医院违反了他们的许可，因此被告构成故意侵权。地区初审法院认为，根据专利权首次销售穷竭原则，在该种装置已经被售出后，Mallinckrodt 无权依据对该装置的专利而限制对其进行使用。但是，联邦巡回上诉法院推翻了初审判决，认为地区法院的判决是按照专利法来裁判，而这样的话，任何限制都没有意义，即使该限制依其他法律可以被允许。同时指出，专利首次销售穷竭原则只适用于无条件限制的许可或销售。如果该装置的销售是根据有关的法律（例如专利法）是正当的，那么对该限制的违反是可以通过专利侵权诉讼而得到矫正。法庭表述：“穷竭原则……不适宜于有条件的销售或许可。”<sup>[192]</sup>

在 1997 年的 *B. Braun Medical Inc. v. Abbott Laboratories* 案中，联邦巡回法院再次运用这一推论，认为关键在于一项限制性条款是否不被允许地拓宽了专利权在物理上或时间上的范围并引起了反竞争的效果，并指出只有搭售或超出专利权的强制执行才属于上述定性，使用领域限制通常总是合法的。<sup>[193]</sup>

近期，联邦巡回法院似乎对使用领域限制表现出更加宽容的态度，在 2006 年 *Monsanto Co. v. Scruggs* 案中，法庭表述到：“依据专利法，专利权人有权排除

他人制造、使用或销售专利产品，受专利法保护的包含有限的使用许可、收取许可费等。使用领域限制——也就是说，允许在一个领域内使用该专利而排除在其他领域的使用——也在专利授权范围之内。”<sup>[194]</sup>

但是，有学者指出，虽然在 General Talking Pictures Co 案和 Mallinckrodt 案中都支持了使用领域限制，而且后者在判决书中也援引了前者作为依据，但联邦巡回法院关于使用领域限制的宽松态度实质上背离了最高法院的宗旨。在 General Talking Pictures Co 案中，最高法院之所以支持原告的侵权诉讼，是因为被告的生产活动已经直接违背了许可中的限制性条款（即原告给被告的许可是用于非商业领域的扩音器的生产，而被告直接进行了商业用途的生产），所以，被告就好比一个没有获得许可而进行专利产品生产的人，当然可以通过专利侵权来进行制裁。而在 Mallinckrodt 案中，对于该喷雾装置的首次销售并未违反仅限一次使用的许可合同，也就是说，首次销售是合法的。而且，在最高法院关于 General Talking Pictures Co 案的判决中，并没有任何关于因为存在对最终消费者的使用领域限制条款而不适用穷竭原则的推定。<sup>[195]</sup>还有学者指出，像 Mallinckrodt 案中的使用方式限制视为真正的使用领域限制条款没有足够的理由。对使用方式的限制通常是对产量进行限制，而这是反托拉斯法一直以来反对的。相反，限制使用领域则是专利权人试图从专利发明的各种应用中获取其全部价值；这通常对竞争只有很少的甚至没有不利之处。对使用方式的限制比真正的使用领域限制对竞争更具破坏性，所以它应受到更严格的监督。<sup>[12]</sup>

所以，在美国关于使用领域限制的许可协议中，有争议性的问题主要存在于通过使用领域限制条款，来规制知识产权相关产品的销售、使用，尤其是对最终消费者的使用限制，如不允许对某专利机器进行修理、不允许使用种植专利植物种子所收获的种子等，在这种情形下，知识产权的穷竭原则是否优先于合同限制的权衡比较问题。但在司法实践中，对使用领域限制，也包括使用方式限制都是较为宽松的。这也表明了当前美国对知识产权倾斜的立场。

#### 5.4.2.2 欧盟的相关立法和实践

与美国不同，欧盟对使用领域限制的含义较窄，772/2004 规章及指南中对于使用领域限制只是界定为：使用领域限制是限制被许可人，使其只能在一个或多个特定的使用领域利用许可技术，而使用领域必须根据许可产品的确定的（identified）和有意义的（meaningful）技术特性来客观地界定。而因为条例只适用于两个企业之间的技术转让协议，所以，对于最终消费者的使用限制——例如上述 Mallinckrodt 案——不能视为使用领域限制适用该条例，而一般通过专利穷竭或合理使用来规制。

对于狭义的使用领域限制<sup>①</sup>，772/2004 规章及指南认为：使用领域限制可以促进许可人，向其主要关注领域以外许可他人利用其技术，从而产生促进竞争的效果。如果许可人不能阻止被许可人在许可人自己使用该技术的领域内，或在该技术的价值还不好确定的领域内经营，则许可人可能不会进行许可，或者会收取很高的许可费。因此，使用领域限制从整体上将是有利于创新的。在这一前提下，条例将使用领域限制的合法性分为竞争者之间的限制和非竞争者之间的限制两类来规定：

对于实际的或潜在的竞争者之间的使用领域限制，如未超过 20% 的市场份额门槛，则可以得到成批豁免。竞争者之间的使用领域限制最主要的反竞争风险在于被许可人在使用领域以外不再是许可人的竞争者，因此，无论是交叉许可还是单向许可，都有可能造成被许可人在使用领域以外的产量的减少，尤其在不对称的使用领域限制<sup>②</sup>中，有可能出现竞争者之间划分市场的局面。

对于非竞争者之间的使用领域限制条款，如果未超过 30% 的市场份额门槛，则对该限制条款可以得到成批豁免。在非竞争者之间的协议中，许可人为自己保留一个或多个产品市场或技术使用领域，这类使用领域限制通常要么不限制竞争，要么会增进效率。这激励许可人在其不打算亲自使用该技术的领域内，将技术许可给他人利用，因而可以促进技术的传播。<sup>[185]</sup>

在司法实践中，欧共体委员会也逐渐接受了这一观点，即知识产权许可中的使用领域限制具有促进竞争作用的观点。Delta Chemie 和 Jus-Rol 案中，欧共体委员会认为使用领域限制不属于罗马条约第 81 条（1）项规定的非法行为。Delta Chemie 案中，欧共体委员会认为许可人自由处置其专有技术、限制第三人的使用只是合法行使权利。在 Jus-Rol 案中，欧共体委员会还赞同了将产品分为独立的产品市场并分别予以许可的观点。两个案件中，欧共体委员会都认为，独占许可与使用领域的结合，促使被许可人更专注于合同产品的生产和销售，有利于产品质量和数量的提高。<sup>[188]</sup>

#### 5.4.2.3 日本的相关立法和实践

与美、欧相仿，对于使用领域限制，日本亦持宽松的态度。1999 年的《专利和专有技术许可协议中的反垄断法指南》认为，在专利许可协议中，许可方将被许可方对专利的实施（制造、使用、销售等）限制在一定的技术领域，原则上不属于不公正交易行为。但是，如果与技术领域的限制无关，对被许可人专利产品销售领域和客户群的限制，不能认为是行使专利权的行为，对此将按照对销售

<sup>①</sup> 即不包括使用方式的限制的单纯从技术使用特性上来确定的使用领域限制。

<sup>②</sup> 不对称的使用领域限制是指：允许一方当事人在一个产品市场或技术使用领域使用对方的技术，而允许对方当事人在另一个产品市场或另一个技术使用领域使用对方的技术。

对象限制的有关观点进行分析。在专有技术使用许可协议中，许可人将被许可人对许可技术的使用限制在一定的技术领域，原则上不属于不公正交易行为。但是，如果与技术领域的限制无关，对被许可人使用该技术生产的产品的销售领域和客户群的限制，将按照对销售对象限制的有关观点进行分析。<sup>[188]</sup>

### 5.4.3 对知识产权许可中使用领域限制的反垄断法分析

#### 5.4.3.1 使用领域限制对创新及效率的积极意义

一般而言，使用领域限制与地域限制、排他许可等相似，都是通过将知识产权从各个角度进行分解，重叠进行多次授权来获得丰厚的回报，从而极大地刺激技术进步和创新。通过使用领域限制条款可以在多大程度上为许可人带来利益取决于该许可的知识产权自身的价值。一般而言，一项知识产权越具有基础性或普遍性，其可供使用的领域就越广，从而为许可人带来的收益更多。例如，一项钢铁浇铸专利技术，即可以在汽车某零部件的制造中使用，也可以在摩托车零部件的生产中使用，还可以在其他钢铁类制品在制造过程中使用，将这些使用分别授予不同的许可，并限定其使用领域，即许可被许可人在汽车零部件的制造中使用该专利技术并不意味着该被许可人可以转而在摩托车零部件的生产中使用该技术，可以为许可人带来极为丰厚的回报。一部优秀的小说，可能被改编成电影剧本，或话剧剧本，或不同种类的戏曲剧本，每一个许可均是一个独立的许可。反过来说，如果一项知识产权的应用性较窄，如某一获得专利的部件仅仅能用于大型收割机而不存在别的用途，使用领域限制便只是一个理论上的问题，并不具备实际意义。

从被许可人的角度而言，虽然可能存在利用同一技术进行不同产品的生产的情况，例如利用一种专利技术同时制造人用药品和兽用药品，但是，在大多数情形下，出于专业化分工的市场趋势，被许可人利用被许可的技术都是用作某一特定领域，例如制造汽车的公司不太可能同时生产摩托车。因此，一项有广阔市场前景的知识产权如果不能通过限制使用领域来重叠许可，要么对于许可人而言，该知识产权的市场价值没有得到充分的发挥，要么许可人因为单一使用领域的被许可人无法支付过高的使用费而拒绝许可，这两种情形都是对社会效率的损害。

因此，限制使用领域是按照市场规律实现知识产权使用价值和给予知识产权人充分回报的许可方式，具有内在的合理性。通过允许知识产权所有者选择最佳被许可人并在各自独立的使用领域索取适当的价格，使用领域限制有助于在所有相关使用领域中提供一种接近于被许可的知识产权的价值的经济回馈。<sup>[12]</sup>

#### 5.4.3.2 使用领域限制对竞争的危害

虽然使用领域限制有明显的积极效应，但是，使用领域限制在下列情形下，

也会引起反垄断法的关注：

第一，当使用领域限制应用于最终消费者时，往往被用作价格歧视的工具或对相关市场完全控制的工具，而这些情形会引起反垄断法的关注。如微软用于办公用途的操作软件和个人用途的操作软件，其内容、功能上并无实质区别，但微软将其指定了使用领域，并收取不同的价格。所以，有学者指出，使用领域限制应结合知识产权穷竭原则，用于直接的生产者或经营者，而不能用于间接的消费者。第二，竞争者之间的使用领域限制。竞争者之间的使用领域限制可能造成实质上的市场划分与产量减少。使用领域限制最大的反竞争风险在于许可人可以为自己保留在某一使用领域独占性的地位，排除其他竞争者。如果是竞争者之间的交叉限制，而且这种限制所指定的使用领域各不相同，例如甲乙各有一种技术，并交叉许可，甲只能在A领域内使用乙的技术，乙只能在B领域内使用甲的技术，而没有这种限制，则甲、乙都可以在交叉许可的条件下在AB两个领域使用双方的技术，则使用领域限制对竞争产生了负面影响，如果这种影响导致了没有正当商业理由下产量的降低，则这种限制实质上构成了划分市场协议。第三，使用领域限制往往与排他性许可相结合，有可能导致竞争性技术的进入障碍。尤其在许可技术有较高的市场占有率的情形下，使用领域限制可能会导致市场支配力的滥用。

#### 5.4.3.3 对使用领域限制的分类分析

第一，对狭义的使用领域限制的反垄断法分析。对于狭义的使用领域限制，本文认为，应从以下几方面衡量其对竞争的影响：（1）区分竞争者之间的使用领域限制和非竞争者之间的使用领域限制。这是美国和欧盟对狭义的使用领域限制普遍性的竞争法分析。一般而言，非竞争者之间的使用许可限制对竞争的负面影响很小甚至没有。由于在不同的技术使用领域开发利用某一知识产权需要建立不同的生产线、厂房、设备、销售网络等，因此即使不存在使用领域限制条款，不同使用领域的被许可人相互之间进行竞争的可能性也不大。而容许这种限制又可以最大限度地激励知识产权人对外进行许可以及给创新活动提供更多的回报，所以非竞争者之间的使用领域限制不违反反垄断法。竞争者之间的使用领域限制需要进行合理的分析。因为竞争者之间的限制属于水平限制，当这种限制被用作在竞争者之间分割市场或建立卡特尔的工具时，它就受到反垄断法的规制。例如，许可人将某一使用领域许可给被许可人，而将另一使用领域保留给自己，则可能实质上削弱了双方之间的竞争，以许可协议的形式达到了瓜分市场的目的。在对竞争者之间的使用领域限制进行合理分析时，可综合考虑该使用领域限制是否是独占的，是否是双向的，是否是对称的等因素。一般而言，一个双向的非对称的排他性的使用领域限制条款往往意味着对市场的划分，受到反垄断法的禁止。（2）衡量许可协议当事人尤其是许可人的市场支配力。一项纵向协议，如果被认为是

合法的，往往是基于品牌之间的竞争重要于品牌内竞争的观点，所以，存在品牌间的竞争是前提。如果一项知识产权许可中，许可人拥有支配地位，通过独占性许可结合使用领域限制而将市场进行划分，则每一使用领域内完全不存在品牌间的竞争，这种使用领域限制将违反反垄断法。当然，必须强调的是，这一违法性并非直接由使用领域限制所导致，而是由独占性许可在每一使用领域的实施而产生。

第二，对使用方式限制的反垄断法分析。在美国，对使用方式的限制也被归类在使用领域限制范畴内，<sup>①</sup>而且随着对知识产权的偏爱和支持，对知识产权人在许可他人使用知识产权时规定使用方式限制也持一种宽松甚至放任的态度，因此，有必要对于这种限制进行竞争法分析。本文认为，对使用方式限制的竞争法分析应明确该许可协议作为合同的约束力与知识产权法中的穷竭原则（首次销售原则）之间的适用位阶。（1）在专利权人授权制造者生产并销售一项专利产品的情况下，应优先适用穷竭原则（首次销售原则）。许可协议中对被许可人的使用方式的限制，只要符合前文中关于狭义的使用领域限制的规定，则认为不违背反垄断法。但是，许可协议中的限制条款只能作用于被许可人，一旦该专利产品被销售，对被许可人的限制并不能推及买受人。（2）根据许可协议中使用方式限制条款而提起的侵权之诉，应首先适用知识产权法进行衡量，即如果没有该限制条款，该使用是否合法，如果答案是肯定的，则对该限制条款的违反不构成侵犯知识产权。因为，没有一个合同可以将本来合法的行为变成非法。在知识产权许可协议中，可能出现通过合同的限制来扩展知识产权的权利，而这是不能允许的。<sup>[165]</sup>

#### 5.4.4 对我国知识产权许可中使用领域限制的反垄断立法建议

一般而言，狭义的使用领域限制的积极效果是较为确定的：有利于促进技术转化成现实生产力，充分发挥技术创新和进步所带来的社会效率的提高；同时也为知识产权人创新和创造活动提供了足够的刺激。我国当前的自主创新政策中，正如有学者指出的，不是缺少科研领先成果，而是在技术成果向生产力转化的方面较为薄弱，使用领域限制在这一方面应该可以发挥较为积极的作用。另一方面，在技术引进过程中，狭义的使用领域限制也不会发生明显的反竞争效果，而且可以刺激先进技术在我国的许可和应用，所以，使用领域限制对我国当前的现实意义是较为积极肯定的，我国反垄断法对此应相应地作出回应：对非竞争者之间的使用领域限制条款一般不予规制。只有当许可人与被许可人存在竞争关系时，使用领域限制才可能成为应当受到禁止的行为，适用合理原则进行分析，可考虑的因素有当事人的市场地位、是否有其他限制性条款综合运用等：

---

<sup>①</sup> 对于这一点有理论上的争议，如 Jay Dratler, Jr. 认为使用方式的限制更适宜归类为产量限制。但是在美国司法实践中，一般将其视为使用领域限制，毕竟使用方式限制不仅仅局限于某一专利产品的一次性或多次使用这一种限制，还包含是否可以修理、重新填充原料或其他方式。

首先，竞争者之间双向的非对称的排他性的使用领域限制条款往往意味着对市场的划分，应受到反垄断法的禁止。其次，具有市场支配地位的许可人或被许可人的独占性使用领域限制往往意味着对竞争的阻碍甚至抵消，应受到反垄断法的禁止。

## 5.5 知识产权许可中价格限制条款的反垄断立法规制

### 5.5.1 知识产权许可中价格限制的界定

在知识产权许可中的价格限制是指许可人要求被许可人按照一定的价格出售该产品，甚至要求被许可人在销售其产品时，对购买人的转售价格进行限制。例如许可人要求被许可人（生产商）依固定价格销售专利产品给批发商，并要求生产商限定批发商将产品销售给零售商的价格。所以，价格限制可能表现为两个层次：限制首次销售价格和限制转售价格。一般而言，对后者的反垄断法规制是最为严厉的。

在现实中，价格限制有不同的形式，有的规定一个固定的价格，有的规定最高价格，有的规定最低价格，这些都属于价格限制。价格可以说是自由市场中最重要的竞争工具和经济指标，<sup>[196]</sup>所以，对价格的限制在反垄断法中，从来都是受到严格地审查和规制。一项限制是垂直性还是水平性的并不重要：如果它控制了独立的一方出售货物或服务的价格，就其本质来说它是非法的。<sup>[12]</sup>当然，经济学家对价格卡特尔的现实可能性进行了大量的实证分析，认为其危害并不如反垄断法想象中的影响巨大，<sup>[197]</sup>但无论如何，对价格限定受到反垄断法最高程度的关注和规制。知识产权许可中的价格限制行为也不例外，一般被认为是本身违法。同时，如果涉及到对转售价格的维持，则根据首次销售原则也是无效的。

### 5.5.2 美欧等国家和地区关于知识产权许可中价格限制的立法和实践

#### 5.5.2.1 美国的相关立法和实践

美国对价格限制一直持否定的立场，因为价格限制的确是危害竞争、损害消费者福利的典型行为，无论从何种角度都很难对此进行宽容。在对知识产权许可中的价格限制也是如此。美国司法部在二十世纪七十年代的“九不”原则之一就是限定价格，1995年《知识产权许可反托拉斯指南》中仍然坚持了这一态度。但是，值得注意的是，在该指南中仅规定：“如果商品‘已投入贸易渠道并被经销商拥有’，则维持转售价格就是非法的。”即仅仅对转售价格维持作出了明确的界定，但未涉及许可中对被许可人的直接的价格限制。

在早期的美国司法实践中，对于知识产权许可中的价格限制曾采取过豁免的态度。1902年 *E. Bement & Sons v. National Harrow Co.* 案中，对于竞争性专

利持有人签订的固定价格卡特尔，美国最高法院认为：根据美国专利法的普遍性原则，专利权人有绝对的自由来使用和销售这种权利，……专利人和被许可人签订的任何条款来限定生产、使用和销售专利物品的事实并不违法，即使这种条款维持了垄断或固定价格。<sup>[198]</sup>另外，在 *United States v. General Electric* 案<sup>[199]</sup>和 *Columbia Pictures Corp. v. Coomer* 案<sup>[200]</sup>中，固定价格条款也被法庭所认可。在通用电器公司案中，最高法院允许专利权人控制制造许可接受人的专利产品的销售价格和条件，但不是首次授权销售之后再出售的价格和条件。法院宣称，“价格限定条款是因获得专利授权的专利权人的合理回报范围之内的”。“是的，你可以生产并销售按照我的专利生产出来的产品，但是并不能因此而损害我自己生产和销售专利产品时可以得到的利润。”<sup>[201]</sup>因此，法院支持了该价格限制条款。波斯纳在探讨这一案例时指出，法院的逻辑是，如果被许可人有权以低于专利权人的价格进行销售，并且这样做可能将专利权人挤出该行业，则对专利的有效利用就可能受挫。<sup>[202]</sup>在哥伦比亚电影公司案中，对于版权作品的转售价格被认为合法。但是，与该案同期的案件普遍地适用了价格限制本身违法的原则，因此，通用电器公司案的先例作用受到了极大的削弱，而且由于该案的具体情况也使得其适用范围过窄<sup>①</sup>，不足以概括为知识产权许可中价格限制的通用原则。

在 1979 年 *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.* 案<sup>[203]</sup>中，美国最高法院支持了一个表演权组织对于许可作品的价格限制行为。该组织授权被许可人以较低的价格来获得对其目录中任何一首歌曲的表演权。对外授权所得的收入，该组织按照每个成员作品被演奏的频率来分配给作者。通过设定固定价格，该组织消除了成员之间对作品进行许可的价格竞争。但是，波斯纳在一篇从交易视角对知识产权许可的进行探讨的论文中对此评论说，这种固定价格的形式极大地降低了交易费用，由此而产生的效率大于对因固定价格所引起的所有的沉没成本以及社会其他损失的估量。<sup>[8]</sup>

随着合理原则在美国反托拉斯法中的逐渐重要，对价格限制的司法态度也发生了轻微的变化。1997 年的 *State Oil* 案确立了最高价格限制适用合理原则的先例。<sup>[204]</sup>但是最低价格限制仍被视为本身违法。另外，高露洁原则<sup>②</sup>使得建议价格不再被认为本身违法。

### 5.5.2.2 欧盟的相关立法和实践

《罗马条约》第 81 条（1）项规定：“直接或者间接地限定购买或销售价格，或者任何其他贸易条件”，属于的影响成员之间的贸易，并具有阻碍、限制或者扭

<sup>①</sup> 通用电器公司案仅指许可协议的最简单的形式：专利权人和其制造许可接受人之间的单一的双边协议。

<sup>②</sup> 高露洁原则是源自 1919 年高露洁案所形成的判例法，其基本内容是：制造商有权拒绝与没有遵守其建议价格的销售商交易，不构成价格限制行为。

曲共同市场内的竞争目的或者效果的协议，而受到禁止，除非它符合条约第 81 条 (3) 项的规定可以得到豁免。

在《关于技术转让协议豁免规则的 772/2004 规章》中，“限制当事人在向第三方出售产品时的定价权”，属于不能豁免的“绝对限制”条款。随后欧共体委员会在《关于技术转移协议适用条约第 81 条的指南》中解释为：这条规定涉及的是竞争者之间以固定向第三方出售的产品的价格为目的的协议。竞争者之间固定价格的协议构成对竞争的限制。固定价格可能采取多种形式，如就准确价格达成协议，或者就价目表及允许的最大折扣达成协议。该协议是否含有“固定”、“最低”、“最高”或“建议”价格字样，并不重要。采取措施阻碍价格偏离约定水平，也可以间接地实现固定价格，例如，规定如果产品价格低于某一水平，就将提高许可费率。但是，被许可人承担义务，交纳最低数额的使用费，不是固定价格行为。此外，指南还指出了通过交叉许可来规定价格的卡特尔情形。在依据单个产品的销售额来计算许可费，则许可费数额对产品的边际成本就有直接的影响，从而会直接影响产品的价格。因此，竞争者可以通过相互按产量收取许可费的交叉许可，来协调在下游产品市场上的价格。因此，当这种交叉许可协议没有其他正当性理由，从而也不是真正的许可协议时，被视为固定价格。

### 5.5.2.3 日本的相关立法

价格限制是日本 1999 年《专利和专有技术许可协议中的反垄断法指南》中唯一规定在黑名单范围的限制性条款。该指南第 4 部分 5 (2) (a)、(b) 条款分别将转售价格维持和协议固定价格两种行为规定为本身违法。所以，对于价格限制，日本基本上不考虑合理原则的适用。其根据是，在专利许可协议中，许可人限制被许可人在日本的转售价格，会限制批发商和零售商的价格自由，导致经营者之间就专利产品的价格竞争减少甚至消失，给市场竞争带来负面影响。协议固定价格也基于同样的分析而本身违法。

值得注意的是，日本将知识产权许可中的价格限制认定为非法，但其条件是价格限制的地域是“日本”。也就是说，这一规定只适用于日本国内市场，而出口市场可以有例外。按照日本公正交易委员会《关于规范专利和专有技术许可协议中不公正交易惯例的准则》的规定，许可方可以控制其有权出口的国外市场上的价格。这些市场包括许可人对争议产品已经取得专利保护的地区、连续出售产品的地区。因此，日本知识产权许可中对出口价格的限制不一定非法，要根据合理规则进行认定。<sup>[188]</sup>

### 5.5.3 知识产权许可中价格限制的反垄断法分析

价格是自由竞争的基本工具，如果取消竞争者之间在价格上的竞争，等同于

基本排除了竞争者之间的竞争，当然，竞争者之间还可以在服务、质量上进行竞争，但无论如何，价格竞争都是竞争的最重要内容之一，这一点是毋庸置疑的。所以，各国反垄断法都对价格限制进行严格的规制。从市场经济的基本经济规律来看，价格限制也不具备经济学上的正当性。由于市场上成本、需求等时刻都在发生变化，更不用说科技带来的根本性变革，一个原本合理的价格很可能在短时间内就被认为非常不合理。因此，对于价格限制的反垄断法规制也是市场经济的内在要求。

但是，对于知识产权许可中出现价格限制，可能在以下情形下仍具备正当性：

第一，许可人为了保证自己及被许可人的商业利润。从许可人的角度而言，例如，许可人按照单个产品的销售额来收取许可费时，许可人为了防止出现诸如被许可人为了其他商业目的而低价甚至亏本销售的情形，可能会规定最低销售价格。有学者主张，如果知识产权人无法维持价格水准，则无法确保其向被许可人回收应有的报酬；如果法律不许其在许可协议内实施价格限制，则知识产权人可能根本不愿许可他人。<sup>[205]</sup>从被许可人的角度而言，规定最低销售价格，可以避免与其他被许可人陷入恶性的价格竞争，使自己的初期投资有回报保证。第二，保护许可人和公众免受被许可人在专有领域的不当利用之害。<sup>[12]</sup>尤其是在独占许可中，规定最高售价，可以促进许可人对外排他性的许可的积极性。因为如果没有最高售价的保证，许可人可能会担心被许可人在一定地域内过度对市场及相关技术进行掠夺性开发。所以，最高限价可以保护消费者的利益免受高价侵蚀，同时使得许可人将技术许可给效率最高的被许可人，促进技术的使用价值和开发前景。第三，在知识产权集体管理机制中的价格限制有一定积极意义。在前述美国 1979 年 Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc. 案中，版权管理组织限定价格的做法是对社会交易费用的极大节省。在专利和专有技术领域，由于授予专利的数量越来越多而形成了专利荆棘现象，为了解决这一困境，往往将类似或关联专利或专有技术组成专利平台联合进行对外许可中，也可能采用固定使用费的模式，只要使用费数额较为合理，也会对社会产生一定的经济效率。

#### 5.5.4 对我国知识产权许可中价格限制的反垄断立法建议

我国《反垄断法》第十三条规定：“禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议：（一）固定或者变更商品价格；…”第十四条规定：“禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议：（一）固定向第三人转售商品的价格；（二）限定向第三人转售商品的最低价格；…”从这些法条可以看出，对于价格限制，我国与大多数其他国家一样采用本身违法原则，但是对价格限制的类型仅仅规定了横向固定价格和纵向固定转售价格或最低价格。对于知识产权许可中的价格限制条款，我国当前似乎还未出现较为典型的案例。由于发达国家对价格限制一直以来的严厉

态度以及公众对价格限制的普遍反感，导致跨国公司在技术许可时对国际技术许可合同使用价格限制条款的情形并不多见。

鉴于我国《反垄断法》对于纵向价格的规制仅限于转售价格，因此许可人对被许可人使用专利或专有技术生产的产品或服务限定首次销售价格的行为应进行合理性分析。基于对许可人技术创新的刺激，在价格限定与生产成本、营销规模等基本对称的情形下，可以容许这一限制。对于转售价格维持，当然遵照《反垄断法》的规定，认定本身违法。对于版权管理组织、专利和专有技术平台等集体管理组织的固定价格行为，即使构成一定程度上的竞争者之间的价格限定，仍可适用合理原则进行分析。

## 第6章 技术联营和技术标准化中许可行为的反垄断立法规制

### 6.1 技术联营中许可行为的反垄断立法规制

#### 6.1.1 技术联营及其许可

##### 6.1.1.1 交叉许可与技术联营及其形成原因

在以高新技术为动力的新经济背景下，传统经济中一项知识产权涵盖某一行业核心技术的现象已经不常见，而是表现为一种产品或服务上集合了若干知识产权所保护的技术，因此，美国学者 Bronwyn 指出：当今专利世界正经历着重要变化，即以单项专利竞赛为特征的战术竞争正转向以专利组合为特征的战略竞争。在此基础上，Wagner 进一步系统提出了专利组合理论。他认为，以单项专利为主导的时代已经过去，在新的专利世界中整体（专利组合）的价值将远远大于局部（单项专利）价值之和，不断扩张的专利申请活动正是企业普遍实施专利组合战略的必然结果。<sup>[206]</sup>知识产权交叉许可与技术联营<sup>①</sup>正是这一背景在知识产权许可领域中的现实反映。

知识产权交叉许可与联营是两个既有联系又有区别的概念。知识产权交叉许可是指知识产权人相互通过许可协议，将自己的知识产权以一定条件许可给对方使用。技术联营是指由多个知识产权拥有者，为了能够彼此之间分享专有技术或者统一对外进行许可而形成的一个正式或者非正式的联营组织。<sup>[207]</sup>二者的联系在于交叉许可是知识产权联营的必经之途，但二者也有区别：其一，知识产权联营往往具有一个独立的、统一的管理组织实体。这个管理组织实体可以是合伙制企业，也可以是有限责任公司；而知识产权交叉许可则只需要两个或多个知识产权人之间达成一个权利交叉许可协议，并不存在一个单独的组织实体。其二，知识产权联营是由两个以上的企业所构成，而知识产权交叉许可仅指彼此进行技术许可的两个权利人。

在知识产权联营中，如果联营各方掌握了行业核心技术，则该联营往往会成为技术标准联营<sup>②</sup>，产生或制定出本行业的事实上的技术标准，这也是新经济中

<sup>①</sup> 技术联营，在国内外相关文献中也称为技术联盟、知识产权结池、专利池、专利联营、专利联盟等，这些提法有些仅是称号上的区别，如联营与联盟；有些反映了研究者不同的研究角度，如知识产权结池说明不仅包含专利、版权，还包括了商标的联合许可；专利池、专利联营或联盟则反映了专利在技术中的突出地位。本文认为，实践中对商标的联合许可较少见，而又不仅仅限于专利，软件版权也是高新技术产业的常见许可标的，因此，本文采用技术联营这一提法。

<sup>②</sup> 技术标准联营在国内不同的文献中是以标准联营、技术联营、技术标准化联营、企业联营而出现的，国外对这种联营形式集中研究的文献也有类似提法。从这些提法中，可以看到研究者对其认识的不同侧重点。标准联营指出了其是围绕标准成立的一种战略联营；技术联营则强调了联营在创新行为方面的作用；技术

企业知识产权战略的重要表现形式。在当代高技术产业中，技术标准联营已经成为一种较普遍的现象，由于技术标准与知识产权的结合主要体现在专利技术领域，因此，在技术标准的制定与推广中起主要作用的是专利联营，或称专利结池。在当前的新经济领域中，通信业有 GSM 联营、CDMA 联营、WCDMA 联营、CDMA2000 联营等，在计算机和多媒体行业有 DVD 联营、“蓝牙”联营等。但我国企业大多数情况仅仅是联营标准的使用者，并无标准制定的发言权，这导致我国企业在 DVD、手机等许多产业都需要向国外专利拥有企业交纳高昂的专利使用费。鉴于技术标准联营在技术标准确立与扩散中的巨大作用，我国企业也开始积极组建技术标准联营，如“闪联”技术标准联营、TC-DVD 标准联营、长风开放平台软件标准联营等，以扭转在技术标准竞争中的被动地位。

从交叉许可、技术联营甚至发展成技术标准联营，技术组合已经逐步成为企业的共识，究其原因，主要有以下几点：

第一，避免“反公用品悲剧”的需要。以专利现象为例：自 20 世纪 80 年代开始，一些国外学者开始提出“专利悖论”<sup>①</sup>现象并对此展开研究，得出的一般结论为：专利的本质特征导致互补性专利和牵制性专利的存在，使得许多专利在利用上往往是互相牵制的。某一企业想要制造一个新产品或推出一样新科技，如果无法取得相关的多数专利，其产品商业化或制造新产品的希望将难以实现。为此，必须向其他许多拥有牵制性和互补性专利的厂商取得使用专利的许可（代价一般是支付许可费），否则将不可避免地侵害相关专利，面临侵权诉讼的窘境，这就是所谓的“专利丛林”（patent thicket）现象。丛林现象使欲制造新产品的企业极有可能侵害多数专利，带来“反公共品的悲剧”（tragedy of anticommons）<sup>②</sup>。当多个企业拥有互补性专利和牵制性专利的情况下，“反公共品之悲剧”使原本专利制度鼓励发明以及奖励创新的立法目的落空，并抑制创新。对于牵制性专利、互补性专利和专利丛林造成的“反公共品的悲剧”和“互补性问题”，其有效解决途径是相

---

标准化联营指出了技术标准是一个动态扩散过程，联营的目的是技术标准化，因为只有技术标准不断得到接受，基于这种标准的联营才能获得市场的最终承认；而企业联营的说法看到了这种联营以企业为成员，从而区别于其它包含非企业成员的战略联营，如基于研发创新的技术联营会包含一些研究机构。虽然一些非企业组织与政府会介入标准的制定与审核，但本文所指的技术标准联营只包含了企业。

①专利悖论是美国学者在对 20 世纪 80 年代以来的专利研发与申请状况进行实证分析之后的提出的一个概念，用以概括 20 世纪 80 年代以来，美国企业每年申请专利的数量在急剧增加的同时，用在研究开发方面的资金并没有随之增加（没有达到政策预期），单个专利的期望价值也在不断降低的现象。质疑专利在不断贬值的同时，为何人们如此热衷于获取专利？对这个悖论现象的早期解释有研发效率的提高、作为信用信号和内部评价标准而增值、将专利类比为彩票等等，但并不令人满意。资料来源：刘林青. 国外“专利悖论”研究综述——从专利竞赛到专利组合竞赛[J]. 外国经济与管理, 2005, 27(4): 10—14.

②传统的公共品之悲剧(tragedy of commons)系指，如果资源没有财产权的保护，因为使用不需支付代价，资源将会被过度使用，水资源、森林是典型的例子。然而，在赋予发明专利权保护后，因为专利之数目很多，而使用每一个专利前都必须取得专利权人之许可反而使资源无法被充分使用，成为后续发明与创新之障碍，这种情形与传统的“公共品的悲剧”恰恰相反，被称为“反公共品的悲剧”（Michelman, 1982）。转引自：刘林青, 谭力文, 赵浩兴. 专利丛林、专利组合和专利联营——从专利战略到专利群战略. 研究与发展管理, 2008 年第 4 期, 85 页。

关专利的不同企业之间通过专利交叉许可和专利集中许可组成专利联营。<sup>[31]</sup>第二，规避研发风险。20世纪90年代，尤其在信息产业中，一些新技术的开发投资巨大，为了避免直接标准竞争所产生的巨大沉没成本，一些在产业中处于领先地位的巨型企业往往会就一些核心技术组成联营并由此确立共同技术标准。通过联合研发，共同投资，有效地降低了企业在标准开发中的巨大风险，同时技术联营加快了技术开发中信息传递的密度与速度，合作各方可以共同制定技术标准，促进技术的兼容性，避免了重复开发和盲目开发导致的巨额资源损失，有效地保证了科技成果的成功市场转换。第三，网络效应的存在。随着信息技术的发展，网络对人类的生产、交换和分配活动起着越来越重要的作用，网络效应加剧了企业资源存量的有限性和不均衡性，这是在网络经济中技术标准联营存在的主要动因。合作各方共享信息资源，实现技术优势互补，不断使各自的技术价值尽可能提高，而且使共同使用的网络外部价值达到最大化，借以达到“双赢”的协同效应。<sup>[208]</sup>综上所述，技术联营已经成为科技发展服务于社会的必然要求，同时也是企业市场竞争的战略选择。

#### 6.1.1.2 技术联营中的许可

技术联营内部成员之间一般是通过交叉许可来获得对彼此知识产权的使用。技术联营对外进行许可，一般有两种模式：

第一，由联营管理机构负责统一对外许可模式。这种模式一般由管理机构提供相关的格式合同，与被许可人进行谈判、收费等事宜，如DVB（欧洲数字电视广播联营）提供DVB CDSL规则（Common Descrambling System Licence and Non-Disclosureagreement）和DVB STL规则（Scrambling Technology (private)Licence and Non-Disclosureagreement），其中都规定了许可的范围、保密条款和违约责任。第二，联营管理机构统一对外许可的同时，还可以允许专利权人单独进行自己相关专利的双边许可工作。如1997年6月，美国司法部对MPEG LA专利池<sup>①</sup>发布了商业审查函，认为MPEG-2专利池具有促进竞争的性质，因此在商业审查函中给予了认可，其中很重要的理由就是认为该专利许可是非独占性的。由于参加专利结池的某一项专利仍然可以从单独专利权人那里得到，因此，该专利池未要求被许可人接受其不想要的多重许可，所以这种模式被认为是遏制专利联营反竞争性的较好选择。

---

<sup>①</sup> MPEG LA 涉及到音像压缩的技术，九个企业拥有 MPEG-2 技术的必要专利，该九个企业组成了 MPEG LA，对外一揽子许可 MPEG-2 技术的必要专利。资料来源：  
<http://www.usdoj.gov/atr/public/busreview/1170.htm>

## 6.1.2 技术联营的反垄断法分析

总结各国理论和实践中对技术联营的研究，一般认为其有如下优点：清除障碍性知识产权，尤其是专利以及整合了互补性专利；降低知识产权交易成本；降低高昂的诉讼成本等。<sup>[209]</sup>另一方面由于知识产权的独占性和技术联营相结合，也会产生前所未有的垄断性，危害公平的市场竞争环境。

第一，技术联营可能限制联盟成员之间的竞争。技术联营是一种典型的横向限制竞争协议，当联营内包含竞争性专利，或联营利用联营协议来固定价格、限制产量、划分市场时，它便使权利人在技术市场或产品市场的竞争程度大大降低。另外，从标准制定的角度而言，由于同业内的企业之间存在着明显的竞争关系，因此，这些企业为设定统一的标准而开展的协调、联合行动，实际上就已经存在了结成用于限制竞争目的的卡特尔的可能性。这一点与通过市场竞争而产生的“事实标准”不同，因为在这种场合下，对于该行业领域内是否实际需要标准外界是无从知晓的，而且为了企业自身的利益，还可以通过不公正的程序达成协议操纵标准的设定。因此，这种设立标准的协调活动，是极有可能演变成排除围绕着“事实标准”而展开的竞争的卡特尔。<sup>[210]</sup>

第二，它可能导致技术联营作为整体滥用市场支配地位。当知识产权结合到标准之中，知识产权的独占性与标准所导致的外部效应使得标准的掌握者获得了对行业的主导权，尤其在新经济行业中，网络效应与消费者锁定效应使标准更具备了“一夫当关，万夫莫开”的霸主地位，所谓“得标准者得天下”，就是对这一现象的形象描述。在标准中的知识产权联合许可中，联营可能利用其优势地位，制定一些限制性条款，不正当地影响下游企业的市场竞争力量。这些限制性条款主要有：价格限制、独占性回授、禁止有效性质疑、确定不适当的专利许可费率、价格歧视、搭售等等。<sup>①</sup>

第三，它可能影响技术创新。当联营协议规定成员之间对未来的技术发明对相互许可时，出于“搭便车”的心理趋势，便可能降低联盟成员进行创新的动力。另一方面，在签订许可合同时，与普通的知识产权许可合同一样，常常会规定回授条款，而且由于技术联营掌握了较一般知识产权人更强的独占性与支配力，合同中的回授条款往往较为宽泛，甚至涵盖了与被许可技术无所关联的发明创造，这对于被许可人而言，无疑是降低了其进行技术革新的刺激与动力。

---

<sup>①</sup> 在我国发生的 DVD 专利费纠纷是我们熟知的典型案例：1999 年由国际上拥有 DVD 核心生产技术的 6 家企业所组成的 6C 联盟与中国 DVD 生产商之间就 DVD 的专利的使用费问题发生了纠纷。6C 联盟作为 DVD 核心生产技术的专利权人，它们所拥有的技术实际上几乎覆盖了生产 DVD 的所有技术，并且已经成为全球 DVD 生产的“事实标准”。鉴于我国 DVD 生产商所生产的产品物美价廉，且逐渐占据了海外市场并还有进一步扩大的趋势，于是，为将我国的 DVD 产品驱逐出国际市场，他们对我国的 DVD 生产商加收了高额的许可使用费。这种利用与技术标准相关联的知识产权的使用许可排挤竞争对手的行为，实际上已构成了反垄断法所规制的对象。

## 6.1.3 美国和欧盟对技术联营中许可行为的反垄断法规制

### 6.1.3.1 美国的相关立法和司法实践

2007年3月,美国联邦贸易委员会和司法部联合发布了一份名为“反垄断执法与知识产权:促进创新与竞争”的工作报告,该报告详细总结了美国近年来在平衡反垄断法与知识产权保护方面的实践与理论,尤其是1995年《知识产权许可反托拉斯指南》之后的执行情况。其中第三章为:“交叉许可与专利池的反垄断法分析”,提出了在交叉许可和专利池许可领域一系列可能引起反垄断法关注的问题,应可视为较为全面与新颖的关于技术标准联营的垄断法资料,以下介绍就以此为蓝本。

第一,区分了交叉许可与专利池两种不同许可类型,但同时指出,二者在许多方面都具备相同的竞争性问题。在一般情况下,专利池更容易引起反垄断法的关注。

第二,对交叉许可进行了反垄断分析。交叉许可既有克服专利丛林、降低许可费等促进效率的一面,同时也可能带来诸如市场进入障碍、固定价格、划分地域市场等反竞争性。分析认为:首先,非排他的交叉许可一般不会引起竞争法上的问题;其次,考察一份交叉协议对产品市场的限制竞争性,以1995年《知识产权许可反托拉斯指南》中所规定的双方市场总额不超过20%为安全港。再次,考察一份交叉协议对技术市场的限制竞争性,则以市场上是否还存在四种或以上的替代性技术为标准。最后,总结对交叉许可的反垄断法分析,均应在合理原则下进行,衡量其中限制竞争的因素与促进效率的因素孰轻孰重。

第三,对于专利池的反垄断法分析。专利池一般适用于标准化产品的专利许可,具有克服专利丛林、降低许可费、减少交易费用、促进技术扩散等促进效率的一面,同时也可能带来诸如市场进入障碍、固定价格、划分地域市场等反竞争性。报告介绍了司法部对于MPEG-2专利池<sup>①</sup>、DVD专利池和3G专利平台许可计划

<sup>①</sup> 在此仅介绍MPEG LA的商业审查函。DVD专利池的审查函内容也大体相似,不再重复。1997年6月,美国司法部对MPEG LA专利池发布了商业审查函。MPEGLA涉及到音像压缩的技术,九个企业拥有MPEG-2技术的必要专利,该九个企业组成了MPEG LA,对外一揽子许可MPEG-2技术的必要专利。美国司法部的商业审查函认为,MPEG-2专利池具有促进竞争的性质,因此在商业审查函中给予了认可。针对MPEG-2技术池的商业审查函的主要内容是:(1)MPEG-2专利池只包括互补性的而非竞争性的专利,它们各自是为了遵守MPEG-2标准所必需的,并且该专利池对“必需的”界定明确,因为它有两点要求:一是包括在联营中的每一项专利没有技术上的替代品;二是该专利只在彼此相结合时才对MPEG产品有用。(2)该专利许可是非独占性的。由于参加专利池的第一项专利仍然可以从单独专利权人那里得到,因此,该专利池未要求被许可人接受其不想要的多重许可。(3)该专利池利用独立专家来选择哪些专利是必需的,因此避免了不适当地将竞争性、替代性的专利包括在内的情况。另外,由于每个成员的许可使用费是以其提供的必需专利数量为依据,因此这种许可使用费的结构会促使成员拒绝其他企业的非必需专利。(4)该标准体系的专利池承诺平等进入。这种模式将以同样的条件向所有的被许可人提供。这种平等进入的要求将会排除任何使用专利池损害其他竞争对手的可能性。(5)该标准体系的专利池允许单方面同该标准进行竞争,这意味着它没有任何内容限制被许可人开发替代技术,因此该专利池行为不会限制创新。(6)该专利池带来了明显的效率。专利池减少了为制造MPEG-2产品所需的各种许可证的时间和费用,通过为这些产品的生产提供便利,该技术标准可能有利于竞争。资料来源:Antitrust enforcement and intellectual property

的商业审查函，以及 1998 年联邦贸易委员会撤销 Summit-VISX 专利池一案<sup>①</sup>的基本案情，总结出对于标准中的专利联营，反垄断法关注以下方面：

(1) 必要性专利和技术互补性问题。为了尽量发挥专利池促进效率提高的积极面，同时降低对竞争的限制，必须保证专利池中的专利技术对于该标准都是互补性而非替代性的。而为了实现这一目标，对专利技术进行必要性甄选就是非常必要的，即保证进入专利池中的专利均为必要专利（essential patent）。报告探讨了多种甄别方法。有观点认为，在 DVD 专利池中采用的“经济性测试（economic test）”方法比 MPEG-2 专利池中采用的“技术性测试（technically essential test）”要好，更易得到反垄断法执法机构的赞同。与此相反的是，有观点认为，对于必要专利以及专利之间的互补性或替代性的区分并不是那么容易的，而且容许替代性专利的存在在一定情况下也可以产生积极作用。<sup>②</sup>总的而言，根据 1995 年《知识产权许可反托拉斯指南》，互补性专利构建专利池一般不会引起竞争法问题。即使专利池包含替代性专利，也并不意味着其对反垄断法的违法，还是要合理原则的基础上进行个案分析。

(2) 排他许可和非排他许可问题。有观点认为，排他性许可会损害创新，而非排他许可则可能创造与现有的已经成为某一标准或标准的一部分的专利池相竞争的技术标准，甚至竞争性产品。作为专利池成员在考虑是否进行独立的许可时，将主要依据其对可能产生的替代性标准创新价值的估计。报告指出，1998 年联邦贸易委员会撤销 Summit-VISX 专利池一案的主要依据之一即为双方规定了排他性许可。但是，报告最后总结排他性许可不必然的引起反竞争效果，尤其是规定排他性许可作为刺激各方投资互补性设备的情况下，缺乏排他性许可将会导致各方搭便车的现象。所以，对于非排他许可，一般不会引起竞争法问题，对于排他性许可，则需在合理原则下进行个案分析。

---

rights:promoting innovation and competition. Issued by the U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. April 2007

<sup>①</sup> 案情简介：1999 年美国联邦贸易委员会处理了一起涉及专利池的案件。Summit 技术公司和 VISX 公司，是美国食品和药品管理局批准的仅有的两家生产“照片折射角膜切除（Photorefractive keratectomy，简称 PKR 设施的公司。1992 年双方达成了一系列协议（PPP 协议），约定双方将现存的及以后一定时间的专利授权给双方的合伙组织 PPP。这一专利池中有至少 25 项专利。PPP 有权将专利向外许可，而 Summit 和 VISX 单方都没有许可的权利，但双方都有权制止 PPP 将专利许可给任何从事 PKR 业务的其他人。在协议中，PPP 又将专利许可给 Summit 和 VISX，而后者又向 PPP 支付使用费。因交付使用费，Summit 和 VISX 向消费者的定价比没有专利池时更高。1998 年美国联邦贸易委员会开始对 Summit 和 VISX 进行调查。联邦贸易委员会认为，Summit 和 VISX 的专利结池行为，实际上是一种固定价格行为。如果没有专利结池，他们将是 PKR 设备销售和租赁市场以及技术许可市场上的竞争者。最后，Summit 和 VISX 在同意了联邦贸易委员会关于其专利池违反反垄断法指控的基础上，与联邦贸易委员会达成了协议。Antitrust enforcement and intellectual property rights:promoting innovation and competition. Issued by the U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. April 2007

<sup>②</sup>如让被许可人自行选择购买何种专利，既分享了专利池带来的总总优势，又避免了将替代专利排除出专利池带来的高交易费用。

(3) 回授条款问题。有观点认为,在专利池许可协议中,回授条款的范围往往大于 1995 年《知识产权许可反托拉斯指南》对回授的定义,<sup>①</sup>甚至涵盖了与被许可技术关系不大的发明创造,而这将降低被许可人对于开发从属专利的创造热情和动力。根据对以上案例的分析,报告指出,在通过的三份专利池方案中,对于回授条款都规定得较窄,仅限于对已有专利甚至是必要专利的技术性改造和提高,而且这种回授都是非独占性的。

(4) 信息获取问题。报告指出,专利池成员往往是市场上的竞争者,如在 DVD 专利池中,既包括光盘制造商、播放机制造商,还包括了如电影、音乐和娱乐软件制造商,相互之间既有横向竞争关系,又有纵向协作关系,因此,在专利池中,应特别关注成员之间获得彼此私人商务信息(如原材料的进货量,成本数据、拟定价格、生产量等)的可能性,以防通过这种信息的交流实现诸如固定价格、划分市场等限制竞争行为。上述 MPEG-2 专利池、DVD 专利池和 3G 专利平台许可计划都规定了特定的机制来阻止成员之间互通信息。

(5) 专利许可费问题。有观点认为,对于许可费,专利池应定期进行调整,以使其保持在合理的范围内;还有观点提出专利池对于成员授权的许可费一般低于对于非成员授权的许可费,是否会造成反竞争效果。但是报告总结为:对于许可费的合理与否,反垄断法机构不负责进行审定,同时,也不认为对于成员与非成员授权不同的许可费必然引起反竞争效果,这需要个案审查,许可费在审查是否存在价格同盟上是一个参考因素。

(6) 部分专利池许可问题。有观点认为,应该保证被许可人对部分专利许可的要求,从而防止搭售或对不必要的专利付费。但相反的观点认为,如果支持这种行为,则专利池必须制定多种专利许可方式以及不同的许可费率,这将大大抵消专利池促进效率,节省交易成本的优势。报告总结认为,只要专利权人能够单独进行许可,则无需进行部分专利池许可。应该有更好的方式来限制专利池中的非必要专利问题。

第四,交叉许可与专利池都具备提升效率与反竞争性两方面,对此,反垄断法应以合理原则对其进行分析。现有的 1995 年《指南》已经提供了足够的方法和原则来应对新经济中知识产权交叉许可和结池问题。<sup>[211]</sup>

### 6.1.3.2 欧盟的相关立法和司法实践

在欧盟,关于技术标准联营的反垄断法分析,除了适用第 81 条、82 条关于限制竞争协议与滥用优势地位的普遍性规定外,对于技术转让(许可),主要参照欧盟 772/2004 规章以及 2004/C101/02 指南。

---

<sup>①</sup> 该定义为:许可人使用被许可人对被许可技术的改造、提升的成果的权利。

第一，关于技术联营适用 772/2004 规章的问题。欧共体委员会 2004/C101/02 指南规定，成立技术池的协议以及规定技术池运行的条款和条件的协议，不管当事人的数量有几个，都不享受关于某些类型的技术转移协议适用《罗马条约》第 81 条（3）项的 772/2004 号规章所规定的豁免。因为结池协议涉及到其他许可中不会出现的问题，例如技术的选择、技术池的运行等。但是，将结池的技术许可给第三方的单个许可协议，受到与其他协议一样的对待，如果符合 772/2004 号规章规定的豁免条件，将可以得到豁免。

第二，技术联营的竞争性。指南指出技术联营可能具有反竞争的性质。创立技术池意味着共同销售结池的技术。如果其中的技术完全或主要是替代性技术，技术池就是固定价格的卡特尔。另外，除了减少结池方之间的竞争外，如果技术池支持了工业标准或成立了事实上的标准，通过排斥替代性技术，它还可能导致创新减弱。标准和相关技术池的存在，使新的或改进的技术进入市场的难度增加。另一方面，指南指出，通过减少交易费用、设定有限的或累进的使用费标准，避免双重边际化。技术池的设立，可以对池内的技术进行一站式许可。在知识产权占重要地位的产业，以及要想进入市场就必须取得大量知识产权许可的部门，这具有特别重要的意义。当被许可人需要得到关于被许可技术的持续服务的情况下，共同许可和服务可以进一步降低费用。

第三，技术联营的性质。指南指出，技术联营给竞争造成的危害及其促进竞争的可能有多大，在很大程度上取决于联营的各种技术之间的关系，以及联营技术与联营范围以外的技术的关系。必须进行两个基本的区分，即补充性技术（technological complements）与替代性技术（technological substitutes）的区分，必要（essential）技术与非必要（non-essential）技术的区分。一般来说，相互之间为补充性关系的技术联营不会产生竞争法问题，而替代性技术之间的联营则很有可能限制技术之间的竞争，相对于集体捆绑。如果联营只由必要技术（因而也必然是补充性技术）组成时，无论当事人的市场地位如何，这种联营的产生通常不违反第 81 条（1），但是，授予许可的条件可能要受第 82 条（1）的调整，即衡量是否滥用支配地位。为了保证联营不对技术竞争产生负面效应，指南还指出，联营对替代性技术的审查必须是一个持续的过程，以保证将不再是必要技术的技术可以从联营中排除出去。被许可人应有机会单独或部分获得联营内某项（些）技术的许可。

第四，对联营的个别限制性做法的评价。指南指出，对于产生技术联营和技术联营许可中的特有的许可问题，以以下三原则作为指导：首先，联营的市场地位越强，产生反竞争效果的风险越高；其次，在市场上拥有强大地位的联营，应该是开放的和非歧视性的，特别强调对于产品市场内，对被许可人的待遇，不能

因为其不是联营成员而有所区别，因此，委员会将考虑许可人是否也有支付许可费的义务。最后，联营不应不当地排斥第三人的技术，或限制替代性联营的产生。

第五，关于联营的制度性安排。指南还指出了在联营组织和经营方式上如何避免反竞争效果，如建立联营的参与方的广泛性，独立专家的产生，防止成员间交换敏感信息的机制以及独立的争端解决机制等。

#### 6.1.4 对我国技术联营及其许可行为的反垄断立法建议

我国目前在技术联营方面的专门反垄断立法还没有产生，本文建议，借鉴他国理论和实践，主要从限制竞争协议的角度考察，对技术联营进行反垄断法分析和规制。<sup>①</sup>

第一，该联营中的技术相互之间是否是互补性以及必要的。如前所述，高新技术产业中，科技的发展呈现综合性，以专利为例，一项产品或技术往往涵盖成百上千个专利，即专利丛林的现象，所以技术联营是克服这种现象的优化选择。对于一项技术联营，学者们的共识是将相互之间的关系分为障碍关系、互补关系和竞争关系三种：<sup>[212]</sup>

**障碍性关系。**二次开发获得的专利技术被称为从属专利 (Subservient Patent)，原来的专利技术被称为是基本专利 (Dominant Patent)。从属专利和基本专利之间就是一种相互制约、相互障碍的关系：如果没有得到基本专利的许可，从属专利没有进行商业开发和经营的权利；同样，如果没有得到从属专利的许可，基本专利也不能够将在从属专利基础上开发的专利技术进行商业化运作。但是，仅就基本专利本身进行商业化运作而言，不需要得到从属专利的许可。所以，有学者将这种情况也称之为单方阻碍性关系，并认为这种关系类型的一揽子许可可能存在反竞争的效果。<sup>[213]</sup>

**互补性关系。**通常来说，一项发明是若干个不同专利技术的组合体，不同的专利技术分别覆盖该项发明的一个方面或者一项功能。这些专利技术彼此不可以相互替代，它们之间是一种专利互补关系。具有这种专利关系的专利之间有一种“一荣俱荣、一损俱损”的关系，即一项专利技术的改进需要另一项专利技术做相应改进；否则，没有改进的专利技术就会成为改进专利技术的障碍。

**竞争性关系。**专利竞争是指专利技术在市场上可以彼此之间进行替代。当一个新专利技术成为原来专利技术的市场替代技术，或者新专利技术是在原来专利

---

<sup>①</sup>从滥用市场支配地位的角度考察技术联营的反竞争性，主要是指当技术联营的市场地位强大（例如主要成员的市场份额占据了产品或技术市场的大部分），技术联营所确立的技术已经成为市场上的事实标准的情形。在这种情况下，技术联营本身已经成为技术标准联营，基于标准对新经济背景下的重要性，该技术联营可以说已经取得市场支配地位。规制该联营滥用这种地位是反垄断法关注的对象。在本章第二节关于技术标准的研究中，将重点讨论这一点。在此从略。

技术周围开发出、并且不损害原来专利利益的时候，新专利和原来专利之间就构成了专利竞争的关系。

如果一项技术联营中的技术都是互补性的，那么还需要考察这些技术是否都是必要专利。<sup>①</sup>一般而言，相互为互补性关系且都为必要专利的技术联营充分发挥了联营在降低交易成本、推广新技术发展、克服专利障碍等方面的优势，同时也不具有一揽子许可竞争性专利等带来的搭售等反竞争问题，所以被认为是没有明显的反竞争效果的行为，不会受到反垄断法的关注。

第二，技术联营对外许可的方式。在实践中，联营内的技术可能多达上千中，一方面对于联营内专利技术的以上分类在实践中可能并不容易，如同欧共体2004/C101/02 指南中指出的，有些专利技术可能一部分是互补性的，一部分是竞争性；另一方面，可能存在有的技术是非必要的，但却是互补性的情况，如果技术联营对外许可只能采取一站式许可，那么可能会产生对相关技术市场的反竞争效果。所以，如果一个技术联营即采取打包许可（一站式许可）的方式，又能容许单独或部分许可时，对技术市场就不会产生明显的反竞争效果。<sup>②</sup>

第三，技术联营的排他性。专利联营可以分为“开放式”、“封闭式”联营两种。所谓“开放式”专利联营是指专利联营将联营内公司的专利“打包”许可给联营以外的其他公司；所谓“封闭式”是指联营的专利技术只供联营内公司使用，不对外进行专利许可。一般而言，开放式的技术联营不会产生明显的反竞争效果。当然，一个技术联营采用封闭式也并不意味着其必定违法了反垄断法，只有当这种技术联营已经形成事实上的技术标准时，封闭式联营的反竞争性可以得到确定。在其他情况下，采用封闭式联营是否具备反竞争性，应在合理原则的基础上进行个案分析。

第四，在技术联营的组织结构上，考察是否可以保证联营不会对产品市场或技术市场产生明显排除竞争的效果。例如，在判断专利技术的必要性、互补性时，独立专家如何产生以及在多大程度上具有独立判断的能力问题；为了防止技术联营成为各方实际上固定价格、划分市场的排除竞争协议，是否有合理的机制与机构禁止成员之间机密商业信息的沟通等。

总的来说，我国的技术联营的反垄断法规制，应着重从对竞争的影响和对创新的影响两方面着手，首先判断某个技术联营的许可安排是否对竞争产生了实质

---

<sup>①</sup>通常来说，必要专利会表现出互补性，但是，在实践中并非简单。首先，相互互补性的专利是两两互补还是综合互补，假设一项联营中有123456项专利技术，其中12, 34, 56项技术两两互补，但是246项专利技术彼此并不存在互补关系。所以，必要性与互补性是技术联营中的两个方面，有其共通性，但仍需单独考虑。

<sup>②</sup>但是，也有观点认为，允许多种许可方式的存在抵消了专利联营在降低交易费用、节省许可费等方面的优势（参见对美国最新报告部分）。本文认为，无论如何，允许单独许可当然不等于只能单独许可，即在大多数情况下，仍可以采用一站式许可，选择权在于被许可人。在联营与被许可人往往处于不平等的状态下，给予被许可人更多的选择权应是实质公平的体现，也是反垄断法的主旨所在。

性阻碍，如互补性技术的联营一般不会阻碍竞争，反而提高了许可效率；如果某个许可安排如一揽子许可、封闭许可、回授条款等可能产生对竞争的阻碍作用，则分析这种安排是否为鼓励技术创新所必需，而且带来的效率是否足够大于暂时对竞争的消除；如果某个安排是纯粹为了消除竞争则可以认定为反竞争行为。

## 6.2 技术标准化及许可行为的反垄断立法规制

### 6.2.1 技术标准化与知识产权许可

#### 6.2.1.1 技术的概念和分类

标准一直是人类生活中的重要内容，从语言（文字）的构成，纸张、信封的大小，度量衡以及电压值等，到今天数字经济时代的软件工程、通信技术，无不创制出一定的规格、定律，从而便利人们彼此沟通，提高社会效率。可以说标准是在生产、生活中逐渐产生发展起来的，同时也是不可或缺的“产品”。新简明牛津英语词典对标准的定义为“确定的范例或原则，被同类事物作为准则遵守或用以衡量同类事物的准确性。”<sup>[214]</sup>现代汉语词典将标准定义为“衡量事物的准则或本身合于准则，可供同类事物比较核对的事物。”我国2002年版颁布的国家标准GB/T20000.1-2002《标准化工作指南第1部分：标准化和相关活动的通用词汇》中对标准的定义为：“为了在一定的范围内获得最佳的秩序，经协商一致制定并由公认机构批准，共同使用和重复使用的一种规范性文件。”在该定义后有一条附注：“标准宜以科学、技术和经验的综合成果为基础，以促进最佳h的共同效益为目的。”这一定义实际上也是国际标准化组织（ISO）和国际电工组织（IEC）在ISO/IEC指南2：2004《标准化和相关活动——通用词汇》中给标准的准确定义。<sup>[215]</sup>在人类社会形形色色的标准中，按专业性质，标准又可分为技术标准、管理标准和工作标准三大类。随着科学技术的进步及其对社会经济、文化生产、生活的影响加大，其中的技术标准最为引人关注，凸显出了重要的地位，日益成为关注的重点。

所谓技术标准，是指一种或一系列具有一定强制性要求或指导性功能，内容含有细节性技术要求合和有关技术方案的文件，其目的是让相关的产品或服务达到一定的安全要求或进入市场的要求。<sup>[216]</sup>随着经济的发展和高新技术不断地应用于人们的生活，产品（服务）的规格标准和相关的技术标准，正在我们生活中发挥越来越重要的作用。因为，产品（服务）规格和技术的标准化不仅可以给企业带来生产上的规模效应，而且也给消费者使用相应产品、享用相应的服务带来了极大的便利。

按照不同的角度可以对技术标准作出不同的分类。如按照是否具备强制力来分，可以分为强制性标准和自愿性标准；按照地域范围的不同，可以分为国际标

准，国家标准和地方性标准，行业标准，地方标准，企业标准等。按照涉及内容的不同，标准可分为产品标准，过程标准，服务标准，其中与知识产权关系较为密切的还有接口标准、信息技术标准等。就本文的研究主旨而言，以下重点介绍按照标准的形成过程及其与知识产权的关系这一角度的分类：将技术标准分为正式标准与事实标准两大类。<sup>①</sup>

所谓正式标准是相对于事实标准而言，指由政府标准化组织或者政府授权的标准化组织依法定程序公告、建立并管理的标准。正式标准可以进一步划分为强制的正式标准(mandatory de jure standards)和合意的正式标准(consensual de jure standards)。正式标准的制定程序力求做到公正、无歧视和达到广泛的协商一致。正式标准融合了广泛的利益相关方的意见，这些相关方包括消费者、学术界、特殊利益团体、政府和工业界等，它代表着一个协商一致的现行最好的做法。此外，正式标准的制定往往按其制定机构的知识产权政策要求披露专利，并且获得权利人对于知识产权使用的申请和申请人在合理无歧视的原则下进行许可谈判的承诺，相对于事实标准，比较好地解决了标准中涉及的知识产权问题，避免因知识产权许可使用费过高或歧视造成的标准应用困难。国际性的正式标准机构有 ISO（国际标准化组织）、IEC（国际电工委员会）、ITU（国际电信联营）等，区域性正式标准机构代表性的有 CEN（欧洲标准化委员会）、CENELEC（欧洲电工标准化委员会）、ETSI（欧洲电信标准学会）等，各国也大多成立了自己的国家标准机构，如 BSI（英国标准学会），ANSI（美国标准学会）等。从内容上讲，正式标准主要针对基于公共利益的技术基础设施，大多为非产品类标准。如桥梁的安全标准，食品的绿色环保认证标准等。

事实标准是指没经过标准化组织的认可和管理或者其他任何官方批准的情况下事实上为市场所接受所形成的企业标准和行业标准，大多表现为产品要素标准。事实标准又可以分为独家垄断和企业联营两种形式。前者是由单个企业基于于市场垄断优势形成的产品标准，如早期在录像机制式中松下公司的 VHS 一统天下，目前美国微软公司的 Windows 操作系统和英特尔公司的微处理器甚至被美国学者称之为“WinTel”事实标准。在实践中，独家垄断事实标准的情况比较少见，但是，一旦形成，往往会带来反竞争性的后果；后者是由具有垄断地位的极少数企业为了避免相互竞争的不利后果而开展合作，通过交叉专利许可，形成专利联营，对外发布联合许可声明，从而构成对整个行业的技术控制而形成的另一类事实标

---

<sup>①</sup>也有学者将这种分类方式归结为三种：一是法定标准(de jure standards),是由国家法律法规规定的标准,一般涉及安全、医疗、卫生等内容,用来对企业提供的商品或服务作出限制。二是正式标准(formal standards),指由制定标准的专门组织(standard-setting organizations, SSOs)设定的标准,这类标准化组织可以是国内组织或国际组织。第三类称为事实标准(de facto standards),指通过产品在市场竞争中确立优势地位,该产品所用的技术参数、兼容特性等指标得到广泛应用,成为行业内的标准。参见李颖怡, 罗君丽, 产业标准与知识产权结合引致的权利滥用问题. 学术研究, 2005, 5: 79。本文认为, 该种分类与正文中采用的方式并无原则区别, 从下文的研究方便来看, 依正文中表述为宜。

准。如对我国 DVD 产业影响极大的 6C 和 3C 联营形成的 DVD 产业产业技术标准和 W3C (World Wide Web Consortium)。在本文中采用国外学者的做法,将这一类标准称之为“私有化标准组织 (private standard setting organization) 建立的普通标准”,究其原因,主要是因为这类标准总是建立在知识产权这一私权基础之上,也正因为这一点,关注其中的知识产权许可,防止反竞争行为就显得尤为重要。<sup>①</sup>

在新经济背景下,技术标准究竟是由国家或有关机构主导制定还是市场自我选择,孰优孰劣尚无定论。一般而言,国家主导标准制定存在不具备必要的专业知识,制定程序复杂,标准选择不符合市场需求,标准制定工作效率低等问题,还有学者指出,由国家制定标准可能导致“管制俘获”的现象<sup>②</sup>。更重要的是,国家或有关机构主导标准的制定很难绕开知识产权这一制度障碍,在实践中,国家或有关标准化组织在早期曾尽量避免采纳被知识产权保护的技术,如 IETF (Internet Engineering Task Force) 早前宣称:“尽量采用那些非专利技术的优秀技术,因为 IETF 的目的是使其所制定的标准广为适用,如果涉及到专利问题,标准的适用将涉及专利权的授权问题从而影响人们采用该标准的兴趣。”<sup>[217]</sup>但是,在当下数字经济中,尤其使通信、软件等行业,标准的建立很难回避专利和版权问题,因此,国家或有关标准化组织纷纷建立自己的知识产权政策,要求其成员以免费或合理方式进行知识产权许可,从而扫除知识产权保护的制度障碍。这一政策的实现需要成员自动放弃对自身利益的追求,在实践中亦有阻力。以 GSM 标准的制定过程为例:1982 年,当 CEPC (Committee of Engineering Professors Conference) 主持起草 GSM 标准时要求掌握核心技术的公司都无偿许可使用其专利技术,否则该公司将不能在合同中就通讯设备自由定价。这一提案遭到了众多专利权人的强烈反对,致使 GSM 标准迟迟无法出台。为此欧盟委员会在 1988 年特别成立了一个独立的欧洲标准化机构——欧洲电信标准机构 (European Telecommunication Standards Institute, 简称 ETSI)。1993 年,ETSI 出台了所谓的缺席许可规则,即“如果权利人不特别声明则推定其同意公平、合理、非歧视性的许可,在标准化会议将该专利技术纳入标准后的 180 天内,专利权人有权提出收回许可。”这一许可方案又遭到了包括摩托罗拉在内的专利权人的反

<sup>①</sup> 必须指出的是,正式标准与事实标准的划分也是相对的,而且是在一定范畴内。某技术标准在一定范围内是正式标准,但在更大范围内的技术标准扩散中却可能是作为事实标准而出现的。如 GSM 是欧盟的正式标准,而在世界市场中是事实标准。在本文中,正式标准和事实标准均是指按文中概念所严格规范的意义。

<sup>②</sup> 管制俘获理论从政府管制的利益导向着手,分析评判各种利益集团对管制政策形成的作用和导向的影响,并试图从总体上揭示政府管制的政策的局限性。该理论循着这样一种思路,对市场经济条件下政府管制可能存在的弊端进行了分析。该理论的重要结论是:受管制企业为寻求垄断,而采取各种行为,在政府管制高层面上所产生的效用。与假定政府管制当局致力于追求社会公共利益目标的理论相反,政府管制实际上是为了满足产业对管制的需要而产生的,即所谓的立法者为产业所俘获;而管制当局最终会被产业所控制,即所谓的执法者为产业所俘获。管制俘获理论已经成为对政府管制最具挑战性的诤难。

对。由于仅摩托罗拉一家公司就拥有支持 GSM 标准的 30 项核心技术，所以没有其支持 GSM 标准根本无法实施。1994 年 11 月，ETSI 最终决定专利权人仍有权决定是否许可。<sup>[216]</sup>

事实标准一般而言由市场决定，有着鼓励创新、增强市场竞争、保护公平竞争(避免政治寻租设立标准)和维护知识产权等优点，同时又有增加市场转移成本和垄断成本等缺点，事实标准在经历了市场竞争之后，取胜的企业或企业联盟容易形成标准垄断，危害市场竞争环境。比较而言，由于新经济背景下的技术标准不能回避拥有知识产权的技术，而事实标准的竞争就是技术创新性的竞争，知识产权政策得到了最大限度的利用，同时又进一步刺激了创新，从长远来看增加了社会福利，所以，除了少数关系人身健康、安全等重大公共利益的技术标准一般由国家制定外，大多数行业领域的技术标准表现为事实标准。另一方面，事实标准发展到一定程度，会谋求被国家或有关机构采纳，成为法定标准。

总而言之，无论是法定标准还是事实标准，只要其中涉及知识产权，就不能不考虑标准的知识产权许可政策以及带来的反垄断问题。

#### 6.2.1.2 技术标准与知识产权相结合

技术标准与知识产权在性质上本来是相互矛盾的：标准采用的是通用技术，常识技术及公共知识，广泛使用的技术，而知识产权保护的是专有技术，创新技术，须许可方能使用的技术。在工业时代，由于当时科学技术在生产中的应用主要表现为机械化、电子化，技术标准在自身行业发展过程中逐渐形成，并经过行业协会等组织确立为正式标准，这些标准往往涉及产品的外观、性能特点，不涉及生产流程、技术方案等知识产权法保护的范畴，属于性能标准(performance standards)，产品市场也没有像今天这般彼此融合并需要世界范围内的产品具有普适的兼容性，因而属于公共领域的标准与属于私有财产的知识产权不存在明显冲突。20 世纪 90 年代以来，情况出现很大改变：新经济时代的典型特征为知识的投入和产出，以知识为核心的产业在整个经济中占有越来越重要的地位，为知识产权法所保护的智力财产成为推动产业进步，提高社会生产效率的中心动力，在这一大环境下，作为人类社会生活中无处不在的技术标准，已经不可能绕开被知识产权所保护的技术规范而仅仅以公共智力成果作为内容。特别是在事实标准的产生过程中，由于网络效应等因素，领先企业的产品（服务）中的技术方案、方法或技术参数已经将市场牢牢锁定，后来者为了在市场中拥有竞争力，唯有追随此标准，而这一标准显然是建立在领先企业的知识产权的基础之上的。因此，标准尤其是事实标准与知识产权结合是信息时代产业发展的必然结果。

从标准与知识产权结合的发展途径而言，一是在标准化组织制定的正式标准中包含的专利技术越来越多。根据欧洲电信标准协会（ETSI）的统计，GSM 移动

通信标准包含的专利数量在 1998 年是 380 项，而到 2004 年已超过 3600 项。<sup>[218]</sup>二是受专利保护的企业私有技术通过竞争获得市场主导地位并成为产业的事实标准。美国思科公司的“私有协议”开始只是企业标准，但由于其在互联网设备领域的垄断地位，这个私有协议事实上已逐渐演变为产业标准和国际标准。

从内容上讲，技术标准的技术性特征使得大多数技术标准中包含的知识产权体现为专利权。在互联网行业，由于计算机软件在多数国家适用版权保护，<sup>①</sup>其行业技术标准也包含了相当多的版权。<sup>②</sup>现以专利权为例，说明标准与知识产权的结合方式：（1）技术标准的技术要素包含对某种产品功能的规定或者指标要求，而专利技术则是实现该规定或者指标要求的具体技术方案。虽然这类技术要素所记载的内容在字面上不与专利权的权利要求完全一致，但是专利技术是该技术标准的实现途径和技术支撑。例如，2002 年欧盟出台的 CR 法规规定，出口价格在 2 欧元以下的打火机必须安装防止儿童开启的“安全锁”，而安装“安全锁”必须使用关于“安全锁”的专利技术。（2）标准的技术要素涉及到产品的某些特征，而专利是实现这些特征的技术手段。这时技术标准所规定的特征与专利权权利要求书中的描述有部分的重叠。（3）标准的技术要素包含专利技术的全部技术特征，此时技术要素的字面内容即构成一项完整的专利技术方案。<sup>[219]</sup>

### 6.2.1.3 标准中的知识产权许可

新经济时代的技术标准无法绕开“知识产权荆棘”，而知识产权的私有性使得无论是国家或有关机构制定正式标准，还是企业联营实施事实标准，只要技术标准中采纳了被知识产权保护的技术方案，在标准的推广使用中，就必须考虑获得相关授权，从而避免侵犯他人合法知识产权。至于独家垄断的事实标准，则基本上就是一个通过知识产权许可从中获利的问题。所以，作为知识经济时代的技术标准，从其制定到实施，知识产权许可始终是一个关键的步骤。国际社会一些较成熟的标准化机构都设置了专门的知识产权管理部门，制定自身的知识产权政策，这一事实从实践层面证明了知识产权许可在标准中的重要性。

第一，正式标准中的知识产权许可。在正式标准的制定过程中，标准制定机构的公益性决定了它在技术标准中有关知识产权许可问题上的中立立场。一般来说，标准制定机构首先尽量避免在标准中采纳含义知识产权的技术方案，在无法回避的情况下，机构可以允许标准中包含知识产权，但不负责该知识产权的许可谈判事项，而是通过权利人自己的许可声明来确定在标准中的知识产权使用问题。

<sup>①</sup>当然，本文也注意到在美国、欧盟等发达国家纷纷在进行软件保护专利化的研究和立法工作。

<sup>②</sup>技术标准的制定和产生过程中，基本不涉及商标问题。但是，本文也注意到，技术标准一旦确立，其授权过程中有商标标识问题。至于专有技术，由于涉及商业秘密，与标准的公开性有悖，一般不会成为标准的内容。

所以，概括而言，正式标准中的知识产权许可都是在许可人与被许可人之间按照许可人事先给予标准组织的承诺进行，标准组织本身一般不介入。

为了实现产品、技术、市场的优化协调，调和知识产权人、被许可人和消费者的利益冲突，成熟的国际标准组织在自身的知识产权政策中都尽量寻求知识产权人的免费许可或合理、非歧视许可。以下列举 ITU（国际电信联营）知识产权政策加以说明：第一，ITU 的中立地位。ITU 只负责收集有关的知识产权信息，而不介入专利的有效性和实用性的审核，也不介入专利的争端。第二，信息尽早披露的原则。ITU 要求其成员尽最大努力关注与 ITU 标准提案有关的专利技术，并尽快上报给 ITU 的电信标准化局。第三，要求权利人进行声明的原则。ITU 在标准建立的过程中会向 ITU 已经知道的权利人提供一份格式文本，需要 ITU 标准涉及的专利技术的专利权人就此发布声明。<sup>[220]</sup>在获得上述许可声明文件后，一旦标准得以确立，期望使用该标准的企业或个人能依赖该文件与专利权人进行谈判，获得授权。如果专利权人拒绝签署上述声明文件，则 ITU 将寻求另外的技术方案以回避或替代该项专利，如果不能回避或替代，包含有该专利的技术标准提案将搁置。

值得注意的是，在正式标准的制定过程中，尤其是强制性标准，如果涉及受知识产权保护的技术方案，而通过以上许可政策又无法获得权利人的许可，则有可能涉及强制许可的问题。如在 DVB 标准中，ATSC (Advanced Television System Committee) 标准联营将要求技术专家组会审复评，重新审视该项专利技术的必要性，并论证通过周围 R&D 开发出替代技术以绕开此项专利的可能性，否则，DVB 就向其政府顾问咨询以求进一步行动的指示。ATSC 也是向其常委会（其常委会由美国广播电视联营等 5 大机构组成）要求进一步行动的指示。各技术标准联营的工作规程中虽未对“进一步行动”做具体解释，但根据专利权有关国际公约规定，他们将行使专利法的强制许可制度：不经专利权人同意，通过行政程序允许第三者利用技术专利。<sup>[221]</sup>

第二，企业联营制定事实标准过程中的知识产权许可。企业联营制定事实标准实际上就是本章第一节所探讨的技术联营的一种高级形态，或者说是技术联营的成功形态，具备联营的一般特征，但作为事实标准的制定者，基于标准的公益性，这种知识产权联营在知识产权许可中也有其独特性：主要表现在对权利人的许可权利限制和必要专利的审定上，都凸显了标准的公共性、公益性与知识产权的私权性的平衡。所以，有学者将其形容为“钢丝绳上的舞蹈。”

在知识产权许可方面，在事实标准的制定过程中，与正式标准制定过程类似，一般采用免费许可或合理许可两种方式。如 2001 年 W3C 提出的知识产权许可政策中，将权利人承诺在合理和非歧视状态下对期望使用该知识产权的人进行许可，

称之为 RAND (reasonable , non-discrimination) 许可, 将权利人承诺免费状态下对期望使用该知识产权的人进行许可称之为 RF (royalty free) 许可。<sup>[222]</sup>

此外, 在事实标准的制定过程中, 由于标准所要求的公益性与公开性, 对必要专利的审定比一般技术联营的要求要高。在技术联营中, 所含专利是否都是必要专利 (一般也是互补性专利) 是决定该联营是否具备反竞争性的关键因素。必要专利必须符合两点要求, 一是该专利技术是不可或缺又无法替代的。二是该专利技术与标准所应用的产品或方法有直接的联系。只有被确定为必要专利, 才能被技术标准所采纳。<sup>[223]</sup>如 3G Patent Platform 专门设立了一个对专利是否必不可少进行评估的“专利评估机制机构”(Patent Evaluation Mechanism Administrator), 并有规定的评估程序, 来确认某一知识产权对标准的重要性。在 DVB 标准中它被称为“Essential Patents Pool”, 在 MPEG-2 标准中又叫“Essential Patents Portfolio”。“必要专利集合体”除了体现技术管理方面的作用以外, 还是一个衡量技术标准联营技术含量和水平的重要标志。例如, MPEG-2 标准的核心技术来源于 10 多家高校和企业, 其中包括著名的美国加州大学、飞利浦、索尼、东芝、法国电信公司、富士通、佳能等。以此为基础, MPEG-2 建立了一个联营性质的专利集合体 (Patent Portfolio), 它汇集了全球 394 项“必要专利”。必要专利如此重要, 技术标准联营管理机构必须出面向专利的持有人申请获得这些专利的许可, 例如, DVB 标准联营有一个主动索取程序: 一项技术一旦被 ETSI 发现并认为其可能会是“必要专利”的知识产权, ETSI 主任迅速要求该技术持有者在 3 个月内向 DVB 标准联营做出书面许可。在标准联盟争取获得“必要专利”的许可过程中, 自然也会存在被拒绝的情况。鉴于此, DVB 标准, ATSC (Advanced Television System Committee) 标准联盟将要求技术专家组会审复评, 重新审视该项专利技术的必要性, 并论证通过周围 R&D 开发出替代技术以绕开此项专利的可能性, 否则, DVB 就向其政府顾问咨询以求进一步行动的指示。<sup>[221]</sup>

事实标准确立后对外许可模式, 一般分为只能一站式许可 (由标准管理机构统一许可) 与一站式许可与单独许可并存两种, 具体内容参见本章第一节技术联营的相关内容。

#### 6.2.1.4 知识产权标准化战略

国际知名的标准化专家桑德斯在 1972 年版的《标准化目的与原理》中将标准化定义为: “标准化是为了所有有关方面的利益, 特别是为了促进最佳的经济, 并适当考虑产品的使用条件与安全要求, 在所有有关方面的协作下, 进行有秩序的特定活动所制定并实施各项规定的过程。标准化以科学技术与实践的综合成果为依据, 它不仅奠定了当前的基础, 而且还决定了将来的发展, 它始终与发展的

步伐保持一致”<sup>[216]</sup>在我们的生产生活中，从电源插座到计算机调制解调器，标准化产品无处不在，极大地提高了社会的生产效率。

知识产权标准化则是标准化在新经济时代的表现形式之一，或者较之于工业时代的技术标准，我们可以称之为标准知识产权化，总体而言，它可以解释为某一知识产权中所包含的技术方案、参数或表达方式等被确立为某类产品（服务）的标准，因此，要生产同类产品（服务）就必须使用该技术方案、参数或表达方式，达到与标准产品的兼容或符合安全质量要求，由此涉及到知识产权权利人的许可授权等法律问题。知识产权标准化对于知识产权人而言，有着特别重要的战略价值：首先，极大的扩展了被许可人的范围，使得知识产权的获利性大大增强。正如论文第 1 章所述，知识产权许可是权利人实现其经济回报的主要方式，基于智力成果的公共产品属性，在边际成本为零的前提下，被许可人越多，权利人的收益呈现净增长的态势。在新经济背景下，产品或服务的标准化是进入市场的前提条件，一旦某项知识产权被纳入技术标准，所以期望提供同类产品或服务的主体都必须向权利人寻求知识产权许可，即形成了所谓“三流企业卖力气，二流企业卖产品，一流企业卖技术，超一流企业卖标准”的格局。其次，有利于知识产权人利用知识产权的独占性排斥竞争者或潜在竞争者，获得市场支配地位。既可以对许可证发放增设附加条件，也可以通过许可证的限量发放，以阻止大多数企业进入市场，从而减轻市场的竞争压力。1999 年由国际上拥有 DVD 核心生产技术的 6 家企业所组成的 6C 联盟与中国 DVD 生产商之间就 DVD 的专利的使用费问题发生了纠纷。6C 联盟作为 DVD 核心生产技术的专利权人，它们所拥有的技术实际上几乎覆盖了生产 DVD 的所有技术，并且已经成为全球 DVD 生产的“事实标准”。鉴于我国 DVD 生产商所生产的产品物美价廉，且逐渐占据了海外市场并还有进一步扩大的趋势，于是，为将我国的 DVD 产品驱逐出国际市场，他们对我国的 DVD 生产商加收了高额的许可使用费。这种利用与技术标准相关联的知识产权的使用许可排挤竞争对手的行为，实际上已构成了反垄断法所规制的对象。第三，拥有更大的谈判优势。当被“锁定”的技术标准用户没有其他选择时，知识产权的所有者就可以索取更高的价格，也可以要求标准用户用其拥有的专利技术进行交换，从而获得一般情况下很难或者不可能得到的技术。

基于以上主要原因，知识产权标准化在当代已经不仅仅是标准化过程中的客观现象，更是知识产权权利人进行市场竞争，寻求高额利润的一种战略选择，即知识产权标准化战略。高通公司便是其中的典型代表。作为通讯技术的领头羊，高通公司一直致力于开发新技术并获得专利，从而通过广泛的许可获利。公司的研发费用在过去 5 年增加了 2 倍，从 3.4 亿美元（2000 财年公司总收入的 10.6%）增长到 10.1 亿美元（2005 财年公司总收入的 17.8%）。高通公司累计投入 59 亿

美元进行研发（截止 2006 年 6 月 25 日）。正是因为这样不断地大量投入，公司专利池中的专利数量持续增加，并且专利池中的所有专利作为一个整体都可以为手机和系统设备许可厂商所用——不同于许多其他公司，只将其某一个标准中的核心专利许可给许可厂商。截至 2006 年 6 月，公司在全球共有超过 25,000 项已获得专利权和正在审查中的专利（约 7,000 项已被授予专利权），在美国有超过 4,800 项已获得专利权和正在审查中的专利（约 1,800 项已被授予专利权）。<sup>[224]</sup>

从国际层面上看，不仅一些拥有大量知识产权的跨国公司在实施知识产权标准化政策，技术先进的发达国家也在背后予以支持。1998 年 9 月，美国标准学会 (ANSI)、美国标准技术研究院 (NIST) 共同召开了关于制定美国标准化战略的研讨会，会上做出了制定美国国家标准化战略的决议，同时成立了领导小组，成员来自政府、商会、工业界、行业学会和其他组织。经过两年努力，于 2000 年 9 月 7 日完成了美国国家标准化战略的制定任务。1999 年 10 月 28 日，欧盟通过了欧洲理事会决议“欧洲标准化的作用”战略决议。战略的核心是，建立强大的欧洲标准化体系，对国际标准化产生更大的影响，承担更多的秘书处工作，并努力将欧洲标准推荐为国际标准，力争国际贸易的主动权。1999 年 6 月至 2001 年 9 月 6 日，日本政府亲自组织制定，并为此投入 50 亿日元专项资金，历时两年三个月完成了日本标准化战略的制定任务。战略的核心是，加强产业界参加国际标准化活动的力度；建立适应国际标准化活动的技术标准体系；争夺国际标准化活动中的最高领导权，争夺制定国际标准的主导权，通过加强亚太地区国家的合作，推进国际标准化战略，实现技术标准立国的目标。<sup>[225]</sup>

对缺乏专利权的发展中国家的产业和企业来说，知识产权标准化战略则是一个严峻挑战。前文的 DVD 案是我国企业感受标准威力的典型案例，2002 年以来，国际 DVD 联盟利用 WTO 规则加大了向中国 DVD 生产企业索要专利费的力度，被 DVD 技术标准“锁定”的国内企业每出口一台 DVD 产品需缴纳的专利费用占产品价格的比例最高达 20%—30%，由此导致许多国内企业已经停止了普通 DVD 产品的出口。此后，美国思科公司为了达到排挤中国华为公司的目的，拒绝授权华为公司使用其在路由器操作系统中大量使用的私有协议，以阻止华为公司的路由器与其设备互连互通。众所周知，数据通信设备与电信设备一样，互连互通是公平竞争的基本要素，而思科公司利用私有协议拒绝华为公司设备的互连互通，实际上是一种企图利用专利技术标准垄断市场的行为。作为一个发展中国家，中国的技术创新能力还很薄弱，总体上属于技术引进和专利使用国家。特别在技术标准起重要作用的高技术领域，很多产品的行业标准与国家标准还是空白，国内企业也没有能力提供，这就使大量国外产品通过市场顺利地成为相应产业的事实标准。还有一些跨国企业则有意识地在中国大量申报相关技术标准专利，以期获得该产

业的主导权。因此，如何在充分利用国际先进技术提升我国高新产业发展速度的同时，维护国家和行业利益，是我国当前面临的严峻挑战，其中重要的课题之一，即为对技术标准知识产权化的反垄断法规制。

## 6.2.2 技术标准化过程中的反垄断法分析

### 6.2.2.1 技术标准化形成的垄断成因分析

所谓“得标准者得天下”是对新经济中知识产权标准化战略的精妙总结。无论是微软的巨无霸地位，还是我国在通讯、DVD 等行业不断付出的巨额许可费，到我国信息产业部对 TD 标准的扶持，都反映了在新经济中，不仅是技术的竞争，更是标准的竞争。而技术标准之所以具有如此前所未有的强大的威力，归纳起来主要有三个方面：一是网络效应，二是锁定效应，<sup>①</sup>三是知识产权保护。

由前文所知，技术标准之所以在新经济环境中发挥出如此巨大的威力，是由于网络效应与消费者锁定效应。而知识产权标准化战略作为企业的竞争策略，则是因为包含了知识产权的技术标准被一并笼罩在知识产权独占性这一法律羽翼之下，受到了堂而皇之的保护。技术标准究其本质来说应该是公开的、公共的、公益性的，而技术标准的知识产权化却让标准在一定程度上具有了私有性，从而为知识产权人收获了丰厚的利润。如果没有知识产权的保护，无论技术标准的网络效应与锁定效应有多强烈，也不可能成为为私人利益服务的竞争工具。

在网络效应、锁定效应及知识产权保护的情况下，市场上不同的竞争者以及面临不同的竞争格局与战略选择。

对于已经具备相当用户基础（即安装基础）的生产商而言，一方面，它极力推广自己的技术标准成为行业的事实标准，尤其对于与自己产品配套的其他产品（即不同质产品，如电脑与操作系统，DVD 机与碟片）推行标准化配套，从而扩大间接网络效应，增加消费者购买自己产品的信心，从而进一步扩大市场占有率，增大产品的需求规模，进入一个良性循环。另一方面，对于同质产品，是否促进相互兼容，取决于产品兼容所产生的网络效应和竞争效应谁占主导的问题，如果网络效应占主导，那么厂商有实行产品标准化的动力；相反，如果竞争效应占主导地位，那么厂商无实行产品标准化的动力，因为兼容使同质性产品的竞争加强，会加剧不同厂商产品之间的竞争。在这一点上，卡兹和夏皮罗(1986)证明小企业要比大企业更具有产品标准化的动力。<sup>[226]</sup>如微软一直推行与电脑生产商的标准化配套生产，但却牢牢把握住软件制造业的独家制造，不让其他软件生产商的产品在自己的操作系统和应用软件上兼容，就是出于竞争策略的考虑。而知识产权私有性则是诸如微软、思科等事实标准的掌握者行使其竞争策略的法律保障。

---

<sup>①</sup> 关于网络效应、锁定效应等具体内容，请参见第 2 章第 3 节新经济中反垄断法规制的特殊规定性。

而对于行业的新进入者而言，其生产的产品能否与主流产品以及配套产品在技术标准上兼容，是决定其进入市场的关键因素。因此，获得对行业技术标准的合法使用，是容许潜在竞争者进入市场的前提条件。在该技术标准包含着知识产权包含的技术方案时，如果不考虑标准的公益性，仅就知识产权的独占性而言，该权利人在实质上掌握了潜在竞争者进入市场的入场券。

正因为与知识产权结合的技术标准具有强大的竞争力，所以，市场竞争者总是尽量利用各种手段，使自己受知识产权保护的技术方案成为技术标准，从而通过知识产权许可来获取丰厚回报。在实践中，往往表现为拒绝信息披露（或虚假披露）、延迟主张知识产权、以及拒绝许可等竞争策略。下文主要结合有关典型案例进行分析。

### 6.2.2.2 标准制定过程中的信息披露问题

第一，标准制定过程中的信息披露政策。在技术标准的制定过程中，无论是正式标准还是事实标准<sup>①</sup>，技术方案中是否存在知识产权都是值得重视的问题。如前所述，在新经济背景下，技术标准无法回避知识产权，因此，包括国际标准化组织在内的标准制定管理机构都不反对——更重要的是无法反对——标准中包含知识产权。在这种情形下，标准的公益性与知识产权的私权性的矛盾有赖于各制定管理机构的知识产权政策加以调和，而信息披露则成为了完成这一使命的前提条件。简单而言，机构必须首先确定某一标准是否包含知识产权，哪些知识产权，之后才能根据自己的知识产权政策完成如寻求权利人许可等工作。所以，大多数标准化组织都对成员课以明示或暗示的义务，要求他们披露所知的知识产权。总结现存的一些较大影响的国际化标准组织，在知识产权信息披露政策上一般有如下做法：（1）披露的内容。由于技术标准所涉及的知识产权虽然包含商标权和版权，但是专利才是主要内容，因此，多数标准组织主要规定了专利披露政策。在专利披露问题上的难点在于是否披露某技术方案正在进行的专利申请情况。因为专利申请又包括已公开的申请和尚未公开的申请两种情况，而后者可能涉及申请人的商业秘密。但是，如不考虑专利申请问题，一旦某技术标准被确立，而其中包含了正处于专利申请阶段的技术方案，而后该申请被批准，则该标准面临着要么放弃要么受制于专利权人的两难局面，这种情况在事实标准的建立中尤为复杂。根据对当前标准化组织的实证分析，大多数标准化组织只要求披露授权的专利；有几个标准化组织还考虑了未决的专利申请，但不要求披露它，因其一般仍处于保密之中。国际电信联营和开放服务网关创进会两个标准化组织要求披露所有的授权专利和未决的专利申请。另外两个标准化组织似在两者之间：58A 论坛要求

<sup>①</sup> 在这里所指的事实标准仅指有企业联营等私有化标准制定机构制定的事实标准，不包含事实标准中如微软等形成的独家垄断的事实标准。

披露已公开的专利申请，但不需要披露未公开的专利申请，456 论坛只要求那些支持建议标准的成员披露包括未公开的专利申请在内的所有情形。<sup>[227]</sup> (2) 披露的程序。一般而言，标准化组织要求成员在提交议案时披露自己已知或应知的拟制定的技术标准中包含的知识产权，例如 ISO/IEC 指南关于专利披露规定：“如果一个 ISO 的国际标准提交人在提交审议的准备过程中，在技术方案中有专利技术，那么应该按以下的程序运作：提交人应当提请 ISO 的技术委员会 TC(Technical Committee)和分技术委员会(Sub-Committee)注意自己发现的并准备在技术标准提案中采纳的专利技术。任何参与标准提案的当事方也应当提请 ISO 的 TC 和 SC 注意自己发现的并准备在技术标准中采纳的专利技术”。信息披露原则虽然受到了各主要标准化组织的重视，但由于标准化组织对成员规定的披露义务的强制力并不显著，且大多数只是进行了粗泛的定义，因此，在实践中往往会出现因披露不够全面而导致的标准与知识产权之间的紧张关系。

第二，作为知识产权战略的拒绝披露与虚假披露。在前文中，本文论述了标准化在当代经济，尤其是网络经济中的重要意义。网络效应使得产品（服务）的兼容性成为了其是否能进入市场的关键因素，而要达到兼容性的要求，使用该类产品（服务）的技术标准是必经之途。如果企业对某项技术标准拥有知识产权，则等于拥有对进入相关市场的竞争者颁发入场券的权利，可谓“一夫当关，万夫莫开”。正因为如此，标准化组织在制定标准时，方特别注意获得技术方案中所含知识产权的权利人许可，从而最大限度地协调行业标准化、兼容化带来的效率与知识产权人的私人利益的矛盾。从另一个角度看，包含知识产权的某项技术标准一旦得以确立并被广泛实施，权利人可以从使用该标准的整个市场获取专利许可费（只要不是免费许可），其丰厚回报与其源于自己的知识产权，不如归结为含有该知识产权的技术标准。更何况在网络效应理论中，某技术产品（服务）在销售策略上，首先重视的是市场占有率而非盈利，待出现消费者锁定现象后，方能获得稳定甚至超额的利润。基于以上两方面的原因，拥有知识产权的企业或个人在标准的制定中一方面积极参与，大力投入，力争含有自身知识产权的技术方案成为最终确定的技术标准，从而得以为自己的技术产品（服务）获得较高的市场占有率铺平道路；另一方面，权利人并不愿意作出标准制定机构要求的关于知识产权许可的承诺，尤其是免费许可的承诺。在这样的动机下，拥有知识产权人在标准的制定阶段对信息披露采取种种明示或默式的投机行为，则不足为奇，甚至本身就是该企业的一项知识产权战略。1995 年的戴尔公司案与 1998Wang Laboratories, Inc. v. Mitsubishi Electronics 案是代表案例。

1994 年，戴尔公司参加了 1994 年 Dell 公司参加了一项为声频电子标准联合会 (Video Electronics Standards Association, VESA) 制订标准的工作，该

标准涉及的技术主题，是为计算机总线设计一种在 486 计算机的中央处理器和外设之间传输指南的技术方案。在标准建立的初期，标准的提案小组要求标准制订的各方申报与该技术方案有关的知识产权，Dell 公司没有申报，并且其代表还写下了“据我所知这一标准提案没有侵犯 Dell 公司任何专利”的保证。但实际上 Dell 公司已经获得了一个专利授权。后来，该标准制订后被广泛使用，这时 Dell 公司向使用该标准的公司要求收取专利使用费。这些公司将 Dell 公司告上了联邦贸易委员会的仲裁庭。联邦贸易委员会于 1996 年裁定 Dell 公司违反了诚信原则，违反标准化组织的内部规定，没有在知识产权权利披露的前置阶段披露有关专利，却在事后主张其知识产权。因此，Dell 公司无权收取专利使用费。此外，联邦贸易委员会还发表了其他意见：（1）联邦贸易委员会不准备通过此案来确定、推荐或者新公布一个关于标准制定的所谓“标准的程序”；（2）联邦贸易委员会并不认为在本案中针对戴尔公司的披露义务是标准制定程序中各方的基本义务，该义务在不同案例中应该个别对待。<sup>[216]</sup>

有陈述义务但保持沉默的典型案例为 Wang Laboratories, Inc. v. Mitsubishi Electronics 案。在该案中，由于专利权人在标准的制定过程中保持沉默，而且向其用户表述其标准是开放的，从而被判决禁止事后强制执行其专利。原告的专利发明人参加了专门负责标准制订工作的美国联合电子装置委员会（Joint Electronic Device Council, JEDEC）的活动，在回答制造商提出的关于在存储器格式确定之前存储器市场将如何发展时，他表示原告推荐的 SIMMs（Single In-line Memory Modules，单行存储器模块）技术将是存储器格式确定的催化剂。他还进一步表示原告并不会生产 SIMMs 存储器，而是鼓励其他厂商生产。原告在标准制订小组中的一名成员还表示，尽管 SIMMs 已经申请专利，但原告不会在 SIMMs 存储器上行使专利权。以上内容被 1983 年的商业媒体广泛报道。从 1983 年到 1989 年，原告一直在促使 JEDEC 接受 SIMMs 成为存储器的标准，并获得了成功。但在这段时间内，原告没有向 JEDEC 披露自己始终在进行 SIMMs 的专利申请工作，并于 1987 和 1988 年分别获得了相关的两项专利。当被告按该标准生产时，原告主张侵犯了其专利权。法院认为被告不用承担侵权责任，因为原告的行为表明其已经默示许可他人免费使用其专利，并且原告的行为使得被告有理由认为自己的行为是符合原告要求的，是原告同意的。<sup>[228]</sup>

第三，事实标准中的延迟披露知识产权。在事实标准的形成过程中，除了标准制定机构以技术联营的方式联合制定行业技术标准，还有一种通过市场竞争最后形成事实标准的途径。后一种途径中，往往在市场初期有几种类似技术在市场上竞争，最后脱颖而出的成为事实标准，获得“胜者全拿”的丰厚回报。而成为“胜者”，除了技术上的优势以外，基于网络效应、锁定效应带来的竞争优势有

时更为关键，事实上，成为事实标准的不一定是竞争中技术最好的技术方案，而往往是具备更广泛的安装基础以及其他市场竞争策略的技术方案。在这种情况下，与在标准制定中进行拒绝披露或虚假披露的行为类似，在市场竞争形成事实标准的过程中，许多知识产权人在前期不主张自己的知识产权，或者虽然主张，但先免费使用，待市场接受程度成熟，市场占有率已有保证，即已经通过网络效应将消费者锁定之后，再进行收费许可。因为在市场竞争中不存在特有的标准制定机构，更谈不上信息披露义务，所以，这种竞争策略在事实标准的市场竞争中比比皆是。

### 6.2.2.3 标准制定过程中的反垄断法规制

对于因标准制定过程中信息披露不全面带来的知识产权私权性与技术标准公益性之间的冲突，尤其是类似戴尔公司企图凭借标准的推广来占领市场的投机行为，大致有如下理论和实践做法：

第一，通过衡平法上的禁止反言原则来禁止。所谓禁止反言(doctrine of estoppel)原则是指一方当事人由于自己的行为而不能主张某项损害有资格信赖这一行为并据此行事的另一方当事人的权利。<sup>[229]</sup>在标准制定过程中信息披露问题上，这项原则适用于权利人通过误导行为使侵权人合理地推断出不存在侵权或权利人不会对侵权人强制执行其专有权利的结论的情形。利用禁止反言原则作为该类侵权行为的抗辩，一般须具备以下要素。（1）存在误导性陈述，或有陈述义务但保持沉默。在标准制定过程中，加入该标准的成员都承担了披露知识产权的义务，特别是关于自己拥有的知识产权，必须在相关文件中予以说明并表明态度。如戴尔公司案中，戴尔公司声称“据我所知这一标准提案没有侵犯戴尔公司任何专利”的保证就是典型的误导性陈述。但是，我们应该注意到，在考察这一要件中有以下难点：首先，不是所用的标准制定管理机构都有详尽的知识产权政策，在没有类似政策的标准制定机构，权利人的沉默可否构成禁止反言的要素？更何况在行业内进行事实标准竞争中，并非都会形成标准化组织，更谈不上组织章程与知识产权政策。其次，即使有知识产权披露政策的情况下，如果只要求披露已授权的专利或已公开的申请，对于尚未公开的申请保持沉默，并未违反陈述义务。（2）侵权人存在信赖，而其行为是基于该种信赖。禁止反言原则要求因为权利人的作为或不作为，使侵权人产生了合理信赖，并根据这种信赖采取了某种行为，破坏这种信赖将实质性的损害侵权人的利益。在标准的制定过程中，由于知识产权人的虚假陈述或沉默，使得标准使用者认为不会产生侵犯知识产权的风险，从而进行了诸如投资建设厂房、购置原材料进行技术产品的生产等行为。在这种情形下，使用禁止反言，限制知识产权人的利益是法律衡平性的体现。美国联邦巡回法院在 Wang Laboratories, Inc. v. Mitsubishi Electronics 案中对信赖进

行了较为详细的描述：“……信赖根危害或者损害不是一码事，尽管这两者之间经常弄混。侵权人可能在对专利权没有任何意识的情况下建好一座工厂，而作为侵权的结果，侵权人可能不能使用这一设施。尽管自己也受到损害，但侵权人不能说明对知识产权人的信赖。为了说明自己对权利人的信赖，侵权人必须跟原告之间业已存在某种关系或者交流，正是该关系或交流使侵权人有了一种安全感。……”<sup>[228]</sup>如果对信赖采用以上描述，则在正式标准及私有化标准组织制定技术标准的过程中，在参与标准制定的各成员之间，将产生足够的信赖。在非机构成员实施标准的情形下则较为复杂。必须考察是基于权利人的虚假陈述还是沉默，而后者往往不能产生被法院认可的信赖。在行业进行事实标准的竞争中，这种信赖更难以获得。如前文所述，在追求网络效应的通讯、互联网等信息行业，某种技术产品（服务）在最初都是以尽量扩大其市场占有率为前提的，所以很多时候该技术或产品（服务）表现为免费使用、许可，待获得足够的消费者并通过网络效应将消费者锁定之后，再通过主张知识产权来获取丰厚的回报。典型例证如互联网图表文件交换的 GIF 标准，mp3 技术以及现在现在狼烟四起的移动通信的 WAP 技术。

正是因为适用禁止反言原则时有上述难点，有部分学者提出以知识产权滥用原则来规制这种投机行为。但是，知识产权滥用原则目前在规制权利人方面主要体现为拒绝许可或对许可附加限制竞争的条件，对仅仅依据知识产权主张许可费的行为很难加以限制。更重要的是，无论是禁止反言原则还是知识产权滥用原则，都是在标准实施者作为被告被控以知识产权侵权之诉时的抗辩事由，即“是盾而不是矛”。所以，要对这类行为进行主动规制，反垄断法是一个较好的选择。

第二，反垄断法规制。正如前文所述，对于知识产权与反垄断法之间的关系，现在的共识是：知识产权本身的独占性并不意味着其当然获得垄断地位。但是，一旦知识产权和标准相结合，情形就有所改变：通过制定包含知识产权的技术标准，权利人得以对市场行使独家控制权，从而获得市场支配地位，所以，必须对包含知识产权的技术标准进行许可政策的规制，而对于企图逃避这种规制的知识产权人而言，对其进行反垄断法审查是非常有必要的。

根据以《谢尔曼法》为代表的反垄断法关于市场支配地位以及图谋垄断的规定，衡量某一行为是否违法了反垄断法，有如下三个要件：（1）权利人不披露或虚假披露信息与标准制定机构通过该标准有因果联系。在标准制定机构宣布不采纳包含知识产权的技术方案作为技术标准或虽然可以通过包含知识产权的技术标准，但以权利人免费许可为前提的情况下，拒不披露信息或虚假承诺不行使专有权与该标准的通过有显著的因果联系，如上述 Wang Laboratories, Inc. v. Mitsubishi Electronics 案；但是，当前大多数标准化组织（包括 ISO）都不拒

绝通过包含知识产权的技术标准，且可以进行合理、非歧视的许可，所以，还必须进一步证明二者的因果联系，本文认为，可供考察的因素有：在标准制定时是否有另外的竞争性技术方案，该知识产权对标准是否为无法回避的核心技术，该标准化组织关于制定标准的知识产权政策与程序等。（2）故意。与禁止反言原则不同，反垄断法对权利人不披露或虚假披露的行为在主观要件上界定为故意。从理论上讲，知识产权人应该毫无疑问的知晓某一技术方案是否包含了自己已经获得知识产权包含的技术内容，所以，对于拥有知识产权的成员方在制定标准时拒不披露的行为可以直接推定出其故意的主观状态。（3）获得市场支配力。成功将自己的知识产权结合到技术标准之中，并不必然意味着权利人拥有了反垄断法上的市场支配力，还必须考虑这些情形：该技术标准是强制性还是建议性的；是行业内的独家标准还是存在可兼容的其他竞争性标准；知识产权人是否对被许可人收取过高的许可费或实行了歧视等等。在综合考察以上要件后，法院或有权机构可以得出某个标准制定中的信息披露行为是否违法了反垄断法，如果结论的肯定的，则可以判定该知识产权的专有属性应受到限制，换言之，权利人应该实施免费许可，从而规制这类企图垄断行为。

### 6.2.3 私有性技术标准组织知识产权许可的反垄断立法规制

#### 6.2.3.1 美欧等国家和地区的相关规定与实践

目前，对于作为技术标准组织的技术联营（即私有化标准组织）的反垄断法规制，各国单独立法的情况较少，一般是并入技术联营部分进行规范，在具体问题上基于标准的本质属性对实质为标准组织的技术联营进行特别规定，因此，本章第一节关于技术联营的反垄断法规制的内容均可适用于技术标准组织。以下是有关国家关于技术标准组织反垄断法规制的实践与相关文件。

第一，美国司法部近期关于 3G<sup>①</sup>专利平台的商业审批函。从 2002 年起，日本、美国和欧盟的反垄断机构相继对 3G 专利平台进行了反垄断法审查，并出具了指导性意见。美国司法部在对 3G 专利平台的架构和内容进行审查后，意见大致如下：该专利平台安排不会阻止竞争，还能够提高利用不同 3G 界面标准的综合性效率。由 5 个独立的平台公司分别实施单独许可，大大降低了产生严重反竞争性的可能。在必要专利的认定上，专利平台采用公共的管理公司操作，其必要性的可信程度得以保证。专利平台所涉及的因素本质上不是反竞争的，专利平台的综合还可以提高许可的有效性。从提交的许可类型上看，平台可以协助 5 个 3G 标准有关的互

---

<sup>①</sup> 3G 是英文 3rd Generation 的缩写，指第三代移动通信技术。相对第一代模拟制式手机 (1G) 和第二代 GSM、TDMA 等数字手机 (2G)，第三代手机一般地讲，是指将无线通信与国际互联网等多媒体通信结合的新一代移动通信系统。它能够处理图像、音乐、视频流等多种媒体形式，提供包括网页浏览、电话会议、电子商务等多种信息服务。

补性专利的使用,可以降低研究和交易费用,有助于制造商和服务提供者获得这些标准的使用,从而为消费者提供 3G 产品和服务。

第二,欧盟。在 2004 年《关于技术转让协议的指南》(2004/C101/02 指南)中,关于技术标准组织,指南指出:若干企业成立了与第 81 条相容的技术联营,并基于该联营技术确立了一项行业标准,这类企业在行业标准确立之前或之后,通常均可以自由地谈判并确定一揽子技术的许可费,以及每一项技术在许可费中所占的份额。这类协议是建立标准或联营的内在要求,其本身不能认为是限制竞争,而在某些情况下,还可能导致更有效率的结果。在某些情况下,如果在选定标准之前,而不是在确定标准之后,就许可费达成一致,可以更有效地避免所选择的标准给一项或多项必要技术带来很大的市场力量。另外,被许可人必须仍然可以自由决定其按照该许可所生产的产品的价格。如果是独立专家来选择哪些技术应纳入联营之中,这可以促进各种现有技术方法之间的进一步竞争。如果联营在市场上拥有支配地位,则许可费和其他许可条件应是公平的和非歧视的,许可应是非排他的。要确保联营的公开性并且不对下游市场造成排斥和其他反竞争效果,这些要求是必须的。另外,欧盟在对 3G 专利平台的反垄断审查中,除了与美国相似的意见外,还指出由于部分主要的 3G 平台核心技术的持有者(如爱立信、诺基亚等)还没有加入该平台,如果这些公司持续不加入这一平台,那么欧盟委员会就认定 3G 平台不会阻碍新标准的成长。

第三,日本的有关规定。日本公正交易委员会已发布两个相关指导方针,并对禁止垄断法适用于协调性标准的具体准则做出了说明。其中,在 1993 年发布的“关于共同开发的禁止垄断法上的指针”中,公正交易委员会对拒绝参与与形成的标准相关联的共同开发研究行为适用禁止垄断法的问题做出了说明,认为,“在某类共同开发研究中(参加者的市场占有率合计很高、并从研究开发的内容等来看该研究的成果与该事业领域的事实上的标准相关性很高),某一事业者因被拒绝参加,使其获取有关的成果的能力受到限制,并且难以找到其他的手段,从而使其事业活动陷入困境,并有可能被排除出市场时,将构成禁止垄断法上的问题”。公正交易委员会在 1995 年发布的“关于事业者团体的活动的禁止垄断法上的指针”中,对事业团体设定的标准是否引起禁止垄断法上的问题做出了说明。根据日本禁止垄断法第 8 条的规定,民间团体实施的对“产品的种类、品质、以及规格等的限制”,属于“实质性限制竞争”或“不公正的交易”时,将构成对禁止垄断法的违反。但是,对于行业的规格标准,则要依据“合理原则”来判定为设定标准而对当事人实施的限制性行为是否具有合理性。在这一点上,该指针认为:必须审查这种规制“是否是属于基于社会的公共利益等需要的合理和必要的范围”,以此来判定其是否具有限制竞争的违法性。该指针还认为:一般来说,“设定有关与需求者的利益相一

致的规格标准化的自主基准”，“原则上并不违法”。可见，日本 1995 年发布的指针考虑到了为设定标准实施的协调和限制具有一定程度的合理性。然而，即使在标准形成过程中或者标准制定机构的章程对成员使用标准的规定中没有出现限制竞争的行为，但行业标准一旦形成，未遵从标准的产品也难以进入市场销售。为此，业内的所有企业都不得不“自愿”采用既存的标准来从事生产经营活动。因此，应综合地审查在设定标准过程中是否出现过不正当地排除新的技术规范的行为。此外，2001 年 7 月 25 日日本公正交易委员会又专门就技术标准的反竞争问题发表了《关于技术标准语竞争政策的研究报告书》，并从技术标准的形成过程及形成后的表现两个方面进行了阐述。其中，形成过程中的反竞争问题，主要有：①对其参加者的限制；②对于技术标准的采用在程序上是公正的，但在获得“事实上的标准”的过程中存在反竞争的问题；③不正当地利用网络效应。而在标准形成之后，可能出现的反竞争问题，主要有：①拒绝发放相应的专利技术使用许可；②排除对抗技术、妨碍新技术开发及其普及；③与辅助的产品一起搭配销售或附加排他性条件；④不公开技术接口(interface)；以及⑤将取得知识产权的技术隐蔽起来，然后事后再行使权利的行为，也可能构成问题。由于这些行为均与行业内的技术标准联系在一起，因此，其发展下去就极有可能形成对相应行业的垄断。<sup>[210]</sup>

2005 年，日本发布了《标准化与专利池协议指南》，该指南的主要内容有：第一，关于标准化与专利池的市场支配力标准：20%的市场份额或四个或以上的其他同类标准的存在使得标准被认为不存在支配地位；第二，标准许可时可能限制相关市场的竞争或阻碍竞争的行为的反垄断法规制，如价格限制、产量限制、回授、不质疑条款等；第三，在标准化过程中企业的图谋垄断行为的反垄断法规制，如通过各种活动使得自己拥有专利的技术成为标准等；第四，标准中必要专利问题，以及非必要专利可能引起的反竞争效果；第五，专利池或技术标准组织的管理、信息的阻隔等可能引起反竞争效果的问题。该指南还附录 9 个相关假定案例来阐述有关事实和法律分析。总的而言，该指南较为重视标准与专利池的开放性、公平性。

### 6.2.3.2 我国对技术标准组织反垄断立法规制建议

知识产权作为一种产权制度，是应科学技术和经济发展的要求而产生的，其必然是与一定的经济发展水平相适应的。上世纪 90 年代以来，我国大力加强了知识产权保护方面的立法和实践工作，同时，我国在国际经济技术交往中却饱受知识产权，尤其是以技术标准形式出现的知识产权带来的种种限制及困扰，之所以造成这种局面，除了我国在科技发展水平上与发达国家存在一定差距的客观原因，更应归结为在对知识产权反垄断法规制的制度缺失。

本文认为，在技术标准的使用中，实际上可以分为两个层面：对技术的需要和对标准的需要。但是，当知识产权与技术标准相结合，把对技术的需要和对标准的需要都统一视为对技术的需要，必然大大强化了知识产权的法定垄断状态，甚至可以说使得知识产权的法定垄断异化成为了市场垄断。因此，在标准化条件下应该削弱知识产权保护，以实现现行知识产权保护制度的效率目标。网络效应产业内知识产权保护具有重大的市场战略工具意义，厂商可从领先优势获得创新激励，放松知识产权未必会对创新产生消极作用。

具体而言，在衡量作为事实标准的技术联营的反竞争性时，不仅可以从限制竞争协议的角度去规制<sup>①</sup>，还可以从滥用优势地位的角度考察，具体有如下方面：

第一，技术标准是否是开放的。在技术联营已经成为行业的事实标准后，联营的开放型就成为衡量其是否具备反竞争的关键因素。因为如果该联营只对成员进行许可，则非成员的其他竞争者因为无法获得许可而不能进入该产品或技术市场，从而大大减低了该产品或技术市场的竞争性（至少在该标准被取代之前，即所谓创新性毁灭之前），市场上将只有成员之间的竞争，而没有成员与非成员之间的竞争，如果成员之间再通过技术联营进行固定价格、划分市场等行为，则完全消灭了该产品或技术市场的竞争。

第二，技术标准在对外许可时是否是公平的、非歧视的。当技术联营所确立的技术已经成为技术标准时，对外许可的公平性、非歧视性直接影响使用该技术进行生产的下游产品市场的公平竞争环境。根据欧盟《关于技术转让协议的指南》（2004/C101/02 指南）第 226 条的规定：对不同产品市场适用不同的许可费通常不视为限制竞争，但是在产品市场内部，许可费不应有所区别。特别是对被许可人的待遇，不应因后者是许可人或不是许可人而有所区别。因此，委员会将考虑许可人是否也有支付许可费的义务。在这一点上，欧盟的规定是较为严厉的。在当前的很多技术标准联营中，成员与非成员之间在获得联营许可上有所区分。

第三，技术联营是否利用其作为技术标准的优势地位，进行搭售、禁止效力质疑、要求被许可人排他性回授等滥用市场支配地位的行为。与没有成为行业技术标准的技术联营相比，技术标准联营在对外进行许可时，搭售、禁止效力质疑等限制性条款会受到反垄断法格外关注，因为作为行业标准，技术标准联营对整个行业有着举足轻重的地位，必须严格监督其滥用。

第四，技术标准是否不利于同类标准的产生和成长，是否不支持不同标准之间的兼容性。技术标准与标准化给我们的生活、生产带来了极大的效率，但标准化也会侵害消费者的选择权，更重要的是，任何技术标准都有其生命周期，当现有的技术标准以及许可环境不利于新标准成长时，整个行业可能会限于既有标准

---

<sup>①</sup> 限制竞争协议方面的具体内容请参见本章第一节相关内容，在此不再赘述。

而延缓甚至停滞发展，因此，必须强调技术标准联营的开放型以及同类标准之间的兼容性，如 3G 平台，就包含了 5 个不同的网络移动通讯标准。在技术联营中，是否允许知识产权人单独进行技术许可，不仅是对被许可人利益的考虑，也是同类标准得以发展的重要条件，因为该新标准很可能包含了原标准中的基础性专利技术。

从以上角度得出某技术标准对竞争有损害甚至完全排除竞争的结论时，应该规定该技术标准组织构成滥用，承担反垄断法的规制，而主要的规制手段应是保证技术标准的开放性，维护公平的市场竞争环境。

## 结 论

知识产权的价值在很大程度上要通过权利人对外许可来实现。如果说知识产权制度的目的在于激励更多更好的创造、创新活动，而知识产权许可则是将这些创新、创造真正转化为现实生产力的必然手段。在人类社会进入知识经济时代，技术成为经济增长的内生变量，知识产权及其对外许可是提升经济效率的重要手段。但是，由于知识产权表现为一种法定垄断状态，而且在一定条件下这种法定垄断权可能转化成反垄断法所关注的经济垄断，在对外许可时，知识产权人有可能通过知识产权所带来的优势，在知识产权许可协议的谈判过程中从事限制竞争的行为，或者通过知识产权许可协议来制订限制竞争的条款。这些行为不仅可能对被许可人造成损害，更重要的是，会导致竞争秩序的破坏、效率和消费者福利的损失，因此，在保护知识产权、鼓励知识产权许可的同时，如何规制知识产权许可行为，创造一个不损害竞争的知识产权许可环境，成为法学界关注的问题。

由于知识产权制度和反垄断法共享创新、效率、竞争等目标价值，所以，对知识产权许可行为的反垄断法规制亦以上述基本范畴为衡量标准。同时，反垄断法作为以公共利益为出发点调整市场经济秩序的法律部门，保护消费者福利是其正义性的体现。由此，对知识产权许可行为的反垄断法规制应遵循如下范式：（1）许可行为对竞争有危害，但可以实现显著的创新效率从而提高社会整体福利，而且这些行为是实现这些效率所必不可少的，在各种可能的选择中，对消费者福利产生的损害最少，在这些前提下，该许可行为应被允许。（2）如果某种行为对创新效率的效果是中性或不确定的，则以其对消费者福利的影响来判断是否允许。

（3）无论如何，该行为不能导致永久性、全面性的消除竞争。以上分析范式对于新经济产业同样适用。

当前，美国、欧盟、日本等对知识产权许可的反垄断法规制程度趋向宽松，持有利于知识产权人的立场，这是符合这些国家和地区自身利益的一种变化，但是，我国不能照搬这些较宽松的规则。从经济发展水平看，中国还属于发展中国家，在技术上也属于技术后发国，要实现经济、技术上的后发优势，提高自己的综合国力，除了自主创新，技术引进是必由之路。从这一点来说，知识产权许可往往意味着我国企业作为技术引进方，发达国家的知识产权人作为许可人，就某个技术进行授权使用、销售等达成协议。因此，一方面我国对知识产权必须进行有力的保护，以形成国内良好的技术许可环境，吸引国外先进技术；另一方面则必须对知识产权人滥用其权利损害公平竞争，垄断中国市场的行为进行有效地规制，应以维护市场的开放、公平竞争为首要目标，通过对竞争环境的保护，实行

我国自主创新战略的实施，提升国家经济实力和竞争力，简言之，愈强的知识产权，愈强的反垄断法规制，可以实行较欧美略微从紧的规制程度。基于以上分析，在具体的反垄断法规制中，提出以下立法建议：

（1）许可中的搭售行为：适用合理原则分析，应特别关注以搭售的形式排斥我国相关产业的竞争，尤其是国内同行业的竞争的情形。

（2）拒绝许可行为：应采取严格主义立场，有力地遏制跨国公司利用知识产权策略来垄断市场，获取垄断利润。在对知识产权拒绝许可的反垄断执法中，应以维护市场的开放性和公平竞争为直接目标，以消费者福利的增加为最终的价值取向。同时，可以对不同类型的知识产权进行相应的反垄断法规制强度。

（3）许可中的价格歧视行为：其一，许可人拥有优势地位；其二，具有主观上通过实施差别价格迫使竞争对手退出竞争市场的故意；其三，行为本身有限制竞争的可能或者已经实质性的对竞争造成了损害。在符合上述条件的情形下，应视为优势地位的滥用而受到反垄断法的禁止及损害赔偿。

（4）不质疑条款：其一，对于专利许可协议，可考虑将这一行为定为本身违法；其次，不宜明确规定当被许可人对许可技术标的效力提出质疑时许可人解除合同的条款的效力；其三，对于专有技术的不质疑条款适用本身合法原则。

（5）回授条款：主要应适用合理原则，辅之以本身合法与本身违法原则。在对特定回授条款进行合理性分析，首先应区分排他性回授与非排他性回授，并结合许可人与被许可人的市场地位进行分析。

（6）排他许可和地域限制：其一，许可人或被许可人具备市场支配力时，独占许可不被允许；其二，当知识产权许可协议的当事人具有竞争关系，双向独占许可往往会严重限制了双方之间的竞争而不被允许；其三，其他可能或已经产生了严重危害竞争的协议。在根据最后兜底条款进行分析时，可考虑的因素有网络效应、累积效应、协议的有效期、特定产业政策和当事人的动机等。

（7）产量限制条款：对于竞争关系的许可人和被许可人的双向产量限制和通过多个平行许可协议达成被许可人之间的产量限制，认定为本身违法。其他产量现状条款适用合理分析。

（8）使用领域限制：一般认为本身合法。但是，竞争者之间双向的非对称的排他性的使用领域限制条款以及具有市场支配地位的许可人或被许可人的独占性使用领域往往意味着对竞争的阻碍甚至抵消，应受到反垄断法的禁止。

（9）价格限制：其一，对许可人对被许可人使用专利或专有技术生产的产品或服务限定首次销售价格的行为应进行合理性分析；其二，对于转售价格维持，认定本身违法；其三，对于版权管理组织、专利和专有技术平台等集体管理组织的固定价格行为，即使构成一定程度上的竞争者之间的价格限定，仍可适用合理

原则进行分析。

(10) 技术联营和技术标准：当技术标准对竞争有损害甚至完全排除竞争的结论时，应该规定该技术标准组织构成滥用，承担反垄断法的规制，而主要的规制手段应是保证技术标准的开放性，维护公平的市场竞争环境。

以上是对各类许可中主要限制竞争行为我国反垄断法规制的立法建议。知识产权许可行为中的限制竞争行为呈现出多元化、网络状、累积性等特点，在实践中运用尚需进行综合性考虑。

更为重要的是，知识经济中各个行业在技术创新、竞争等方面有其自身的特点和发展规律，知识产权许可的反垄断法规制更进一步的课题应该是对各个行业进行基于实证的分析研究，从而真正实现对技术创新、动态效率和消费者福利的促进和维护。

## 参考文献

- [1] U.S. v. Aluminum Co. of Am., 148 F.2d 416, 430 (2d Cir. 1945).
- [2] Thomas O Barnett. Interoperability between antitrust and intellectual property. *George Mason Law Review*, 2007, 14:859
- [3] Daniel J Gifford. Law and Technology: Interactions and Relationships. *Minnesota Journal of Law Science & Technology*, 2007, (32)8:571-574.
- [4] Mark A Lemley. A new balance between IP and antitrust. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, 2007, 13(2):255.
- [5] Brett Aaron Mangrum. Patent Misuse - A Questionable Permission of Licensing Arrangments That Tie Down the Equitable Scales. *Southern Methodist University Law Review*, 2007, Winter:307
- [6] Thomas P Walsh. Defining the Relevant Market: Impacts of the Abolition of the Presumption of Market Power in Patent Tying Cases . *Denver University Law Review* , 2006, 84(2):267.
- [7] Ariel Katz. Making Sense of Nonsense: Intellectual Property, Antitrust, and Market Power. *Arizona Law Review*, 2007, 49(5):837.
- [8] Richard A Posner. Transaction costs and antitrust concerns in the licensing of intellectual property. *The John Marshall Law School Review of Intellectual Property Law*, 2005, 56(Spring):325-332.
- [9] Daniel A Farber, Brett H McDonnell. Why (and How) Fairness Matters at the IP/Antitrust Interface. *Minnesota Law Review*, 2003, 25(6):1817.
- [10] L Kaplow. The Patent Anti-trust Intersection: A Reappraisal *Harvard Law Review*, 1984(97):1831-1832.
- [11] Baxter. Legal Restrictions on Exploitation of the Patent Monopoly: An Economic Analysis. *Yale Law Journal*, 1996(76): 267-355
- [12] Jay Dratler Jr, 王春燕等译. 知识产权许可(下). 北京: 清华大学出版社, 2003, 511, 508, 641, 156, 177, 391, 362, 360, 668, 725, 726, 619, 633, 626
- [13] *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg Co.* 243 U.S. 502, 510 (1917)
- [14] *Ethyl Gasoline Corp. v. United States*, 309 U.S. 436, 456 (1940)
- [15] Meg Buckley. Licensing Intellectual Property: Competition and Definitions of Abuse of a Dominant Position in the United States and

- the European Union. *Brooklyn Journal of International Law*, 2004, 29:809
- [16] Aashit Shah. The Abuse of Dominant Position under Article 82 of the Treaty of the European Community: Impact on Licensing of Intellectual Property Rights. *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, 2003, 3:45, 47
- [17] *Establissemments Consten SA and Grundig-verkaufs GmbH v. Commission 1* C. M. L. R. 418, 471 (1966)
- [18] 王晓晔. 滥用知识产权限制竞争的法律问题. *中国社会科学*, 2007, 4:131, 132
- [19] 冯小青. 知识产权、竞争与反垄断之关系探析. *法学*, 2004, 3:113
- [20] 杨明. 知识产权与反不正当竞争中的利益衡量. *电子知识产权*, 2005, 4:64
- [21] H. L. A. Hart. 法律的概念. 许家馨, 李冠宜译. 北京: 法律出版社, 2008, 127
- [22] 陈建青. 创新、经济增长与制度变迁的互依性. *南开经济研究*, 2004, 4:29
- [23] 威廉. 鲍莫尔, 郭海军等译. 资本主义的增长奇迹. 北京: 中信出版社, 2004, 11
- [24] Joseph F Brodley. The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress. *N. Y. U. L. Rev*, 1987, 62:1020-1026
- [25] 经济合作与发展组织. OECD 地区的经济增长:在总体和部门层次上的最新趋势. <http://www.oecdchina.org/>, 2003-06-26
- [26] 大卫. D. 弗里德曼, 杨欣欣译. 经济学语境下的法律规则. 北京: 法律出版社, 2004, 167, 297
- [27] U. S. Const. art. I, § 8, cl. 8
- [28] 保罗. A. 萨缪尔森, 威廉. D. 诺德豪斯. 经济学. 胡代光译. 北京: 首都经济贸易出版社, 1996, 1203
- [29] 张五常. 卖柑者言.  
<http://www.tianyabook.com/zhexue/mgzy/004.htm>, 2007-11-17
- [30] 克洛德. 贝尔纳, 夏康农, 管光东译. 科学的社会功能. 上海: 商务印书馆, 1996, 222
- [31] 刘林青, 谭力文, 赵浩兴. 专利丛林、专利组合和专利联盟. *研究与发展管理*, 2006, 8:84, 85
- [32] Valimaki. Copyleft Licensing and EC Competition Law. *E. C. L. R.*, 2006, 3:136
- [33] 约瑟夫. 熊彼特. 资本主义、社会主义与民主. 吴良健译. 上海: 商务印书馆, 1999, 146-148
- [34] 冯丽, 李海舰. 从竞争范式到垄断范式. *中国工业经济*, 2003, 9:18
- [35] 保罗. A. 萨缪尔森, 威廉. D. 诺德豪斯. 经济学. 胡代光译. 北京: 首都经济贸易出版社, 1996, 2
- [36] 理查德 A 波斯纳, 孙秋宁译. 《反托拉斯法》. 北京: 中国政法大学出版

- 社, 2003:28, 32.
- [37]刘凡, 刘允斌. 产权经济学. 武汉: 湖北人民出版社, 2002:84.
- [38]胡甲庆. 反垄断法的经济逻辑. 厦门: 厦门大学出版社, 2007:37, 232, 232.
- [39]高德步. 产权与增长: 论法律制度的效率. 北京: 中国人民大学出版社, 1999: 44—45.
- [40]Kentith J Arrow. Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention, in the Rate and Direction of Invention Activity. Princeton :Princeton University Press, 1962:609.
- [41]Scherer F M , Ross DIndustrial Market Structure and Economic Performance. Houghton Mifflin, 1990:345.
- [42]Daniel J Gifford. Antitrust's Troubled Relations with Intellectual Property. Minnesota Law Review, 2003, 78(6):1701.
- [43]美国律师公会. 美国律师公会反托拉斯法部、国际法及惯例部共同对于中华人民共和国所拟议的反垄断法提供的意见和建议. [http://www.abanet.org/intlaw/committees/business\\_regulation/antitrust/abaprcatfinalcombo.pdf](http://www.abanet.org/intlaw/committees/business_regulation/antitrust/abaprcatfinalcombo.pdf), 2007, 12(13):1.
- [44]奥利弗 E 威廉姆森, 张群群, 黄涛译. 反托拉斯经济学——兼并、协议和策略行为. 北京: 经济科学出版社, 1999:23.
- [45]N. Gregory Mankiw, 梁小民译. 经济学原理. 北京: 机械工业出版社, 2003:288.
- [46]查里斯 R 吉斯特, 傅浩等译. 美国垄断史. 北京: 经济科学出版社, 2004:11.
- [47]吴玉岭, 陈潭. 消费者福利——美国反垄断政策的终极目标. 消费经济, 2004, 46(6):53.
- [48]尚明. 主要国家(地区)反垄断法律汇编. 北京: 法律出版社, 2004:353, 426.
- [49]刘华. 知识产权制度的理性与绩效分析. 北京: 中国社会科学出版社, 2004:44.
- [50]冯小青. 利益平衡: 知识产权的法理基础. 知识产权, 2003, 78(6):16.
- [51]Robin Paul Malloy, 钱弘道, 朱素梅译. 法律和市场经济——法律经济学价值的重新诠释. 北京: 法律出版社, 2005:24.
- [52]John Kallaugher, Andreas Weitbrecht. Developments under Article 81 and 82 EC: the Year 2005 in Review. E C L R, 2006, 56(30):143.
- [53]Nicholas Mercurio, Steven G Medema, 朱慧, 吴晓露, 潘晓松译. 经济学与法律——从波斯纳到后现代主义. 北京: 法律出版社, 2006:158.
- [54]Mark Furse. Abusive Dynamics. E C L R, 2005, 56(4):200.
- [55]Anna F Kingsbury. market definition in intellectual property law: should intellectual property courts use an antitrust approach to

- market definition. *Marquette Intellectual Property Law Review*, 2004, 78(8):65.
- [56]David A Balto, Andrew M Wolman. Intellectual Property And Antitrust: General Principles. *The Journal of Law and Technology*, 2003, 43(4):417-419.
- [57]U S Dep't Of Justice, Antitrust Enforcement Guidelines For International Operations . U S Dep't Of Justice ,1988,3:63.
- [58]Joshua A Newberg. Antitrust for the Economy of Ideas: The Logic of Technology Markets. *Harvard Journal of Law & Technology*, 2000, 14(3):108.
- [59]Clovia Hamilton. Adequacy of the 1995 Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property in Complex High-Tech Markets. *Computer Law Review & Technology Journal*, 2002, 78(7):29.
- [60]Alvin R Chin. The Misapplication of Innovation Market Analysis to Biotechnology Mergers .*Boston University Journal of Science and Technology Law*, 1997, 89(3):9.
- [61]李怀, 高良谋. 新经济的冲击与竞争性垄断市场结构的出现. *经济研究*, 2001, 78(10):29-31.
- [62]华民. 新经济、新规则和新制度. *世界经济*, 2001, 56(3):3.
- [63]Richard A Posner. Antitrust in the New Economy. *Antitrust L J*. 2001, 68(3): 925, 925, 925, 925.
- [64]刘晓东. 知识产权与软件产业市场结构. 杭州:浙江大学出版社, 2006:90.
- [65]刘静怡. 初探网络产业的市场规范及其未来:以 United States V Microsoft 案的发展为主轴. *台大法学论丛*, 2001, 28(4):45.
- [66]张永强, 李建标. 网络经济规则与企业组织行为. *南开经济研究*, 2001, 56(2):54.
- [67]Joel I Klein. Antitrust and the information age : Section 2 monopolization analyses in the new economy. *Harvard Law Review*, 2001, 78(5): 1632-1633.
- [68]Christian Ahlborn, David S Evans , Atilano Jorge Padilla. Competition Policy in the New Economy: Is European Competition Law Up to the Challenge? . *E C L R*. 2001, 35(7):159.
- [69]Joel I Klein. The Importance of Antitrust Enforcement in the New Economy. <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/1338.htm>, 2007, 2(3):1.

- [70] Simonetta Vezzoso. The Incentives Balance Test in the EU Microsoft Case: A Pro-Innovation “Economics-Based” Approach. *E C L R*, 2006, 56(7):388.
- [71] David J Teece, Mary Coleman. The meaning of monopoly: Antitrust analysis in high-technology industries. *Antitrust Bulletin*, 1998, 43(4):801.
- [72] 徐士英. 竞争法新论. 北京: 北京大学出版社, 2006: 2.
- [73] 戚聿东, 郭抒. 关于垄断与竞争关系的再认识. *学习与探索*, 1999, 37(2):31.
- [74] 张嫚. 数字产业对传统反垄断理论与实践的启示. <http://www.competitionlaw.cn/n600c16.aspx>, 2007, 9(1):12.
- [75] Frank H Easterbrook. The Limits of Antitrust. *TEX L REV*, 1984, 63(1): 15.
- [76] Adrian Majumdar. Wither Dominance?. *E C L R*, 2006, 35(4):162.
- [77] 李扬. 知识产权基础理论和前沿问题. 北京: 法律出版社, 2004:274.
- [78] 沈敏荣. 法律的不确定性——反垄断法规则分析. 北京: 法律出版社, 2001:1.
- [79] 王万山. 软件供给反垄断规制研究. *中国工业经济*, 2004, 67(5):80.
- [80] 科技消息. 《瑞典坚持手机单向收费》. [http://www.admintech.com.cn/article/2007/0605/article\\_1451.html](http://www.admintech.com.cn/article/2007/0605/article_1451.html), 2007, 9(1):12.
- [81] Kathryn McMahon. Interoperability: “Indispensability” and “Special Responsibility” in High Technology Markets. *Tulane Journal of Technology & Intellectual Property*, 2007, 56(9):123.
- [82] 约翰邓宁. 全球化经济若干反论之调和. *国际贸易问题*, 1996, 46(3):17.
- [83] 钟昌标, 李富强, 董直庆. 经济权力、经济制度和我国经济发展战略选择. *经济学动态*, 2006, 56(5):36.
- [84] Edgardo Buscaglia, William Ratliff, 赵世勇, 罗德明译. 发展中国家的法与经济学. 北京: 法律出版社, 2006:23.
- [85] 王晓春. 知识产权、企业竞争与发展中国的经济增长: [复旦大学博士学位论文]. 上海: 复旦大学经济学院, 2004:21—23.
- [86] 向农. 中国知识产权保护是拔苗助长还是水到渠成. *IT 时代周刊*, 2006, 67(6):27.
- [87] 李明德. “特别 301 条款”与中美知识产权争端. 北京: 社会科学文献出版社, 2000:98.
- [88] 曲三强. 被动立法的百年轮——谈中国知识产权保护的发展历史. <http://www.chinawinfo.com>, 2007, 12(12):1.

- [89]李常青,马红梅.反垄断法应暂缓制定.法制日报,2002,3(6):1.
- [90]邓正来.中国法学向何处去(中)——构建“中国法律理想图景”时代的论纲.政法论坛,2005,45(2):26.
- [91]陈云良.转轨经济法学:西方范式与中国现实之抉择.现代法学,2006,28(3):176-178.
- [92]秦辉.转轨经济学中的公正问题.战略与管理,2001,32(2):51.
- [93]王九云,吴骞,王一刚.跨国公司对华知识产权案件的特点与启示.中国科技论坛,2006,57(4):86.
- [94]成平.跳出黑洞凭实力.人民日报,2002,8(24):1.
- [95]孙冰.技术黑洞正在吞噬中国企业.中国经济论坛,2006,78(21):26.
- [96]金海军.知识产权私权论.北京:中国人民大学出版社,2004:197.
- [97]王敏铨.TRIPS与罗尔斯的国际正义理论初探,见科技法学评论.台北:元照出版公司,2004:175.
- [98]Haris Apostolopoulos. anti-competitive abuse of ip rights and compulsory licensing through the international dimension of the trips agreement and the stockholm proposal for its amendment. Richmond Journal of Global Law and Business. 2007,32(6):268.
- [99]王先林.WTO竞争政策与中国反垄断法立法.北京:北京大学出版社,2005:168.
- [100]施蒂格勒,潘振民译.产业组织与政府管制.上海:上海人民出版社,上海三联出版社,1996:3.
- [101]国际商报.我国近半数发明专利来自国外.[http://news.xinhuanet.com/politics/2006-06/19/content\\_4715397.htm](http://news.xinhuanet.com/politics/2006-06/19/content_4715397.htm),2006,6(20):1.
- [102]国家工商总局公平交易局反垄断处.在华跨国公司限制竞争行为表现及对策.工商行政管理,2004,78(5):42-43.
- [103]中国科技统计.技术秘密和计算机软件是知识产权交易的主体.<http://www.sts.org.cn/nwdt/gndt/document/08030302.htm>,2008,3(12):1.
- [104]Joshua A.Newberg.Technology Licensing Under Japanese Antitrust Law.Law and Policy in International Business,2001,32(3):767.
- [105]Jean-Michel Coumes.IP Rights and EU Competition Law:Can Your IP Licensing Agreement Benefit From Safe Harbour?.E C L R,2007,32(1):23-25.
- [106]H Stephen Harris Jr. Competition Law and Patent Protection in Japan: A Half-Century of Progress, a New Millennium of Challenges.Columbia Journal of Asian Law,2002,16(3):71-139.

- [107] Robert H Bork. The Rule Reason and The Per Se Concept: Price Fixing and Market Division. The Yale Law Journal Volume, 1965, 74 (April):839.
- [108] 许光耀. 合理原则及其立法模式比较. 法学评论, 2005, 36(2): 87-93.
- [109] 张小强. 网络经济的反垄断法规制:[重庆大学博士学位论文]. 重庆: 重庆大学法学院, 2006:60.
- [110] Frank H. Easterbrook. Predatory Strategies and Counterstrategies. U Chi L Rev, 1981, 48(3):263.
- [111] 王晓晔. 欧共体竞争法. 北京: 中国法制出版社, 2001:216, 256.
- [112] J Gregory Sidak. An Antitrust Rule for Software Integration. Yale J on Reg, 2001, 20 (1):18.
- [113] 文学国. 滥用与规制:[中国社会科学院博士学位论文]. 北京: 中国社会科学院研究生院, 2002:193, 194, 105, 109.
- [114] Tiffany L Williams. The Intersection of Patent Law and Antitrust Law in the Context of Patent Tying Arrangements. Mercer Law Review, 2007, 35(6):1043, 1042, 1049.
- [115] U S. United States v Paramount Pictures . U S SUP, 1948, 32(3):334, 131.
- [116] U S Dep't of Justice & Fed Trade Comm'n. Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property , U S Dep't of Justice & Fed Trade Comm'n, 1995, 26(3):1.
- [117] Kyle Friedman. A Rose By Any Other Name: Elucidating The Intersection Of Patent And Antitrust Laws In Tying Arrangement Cases. Maine Law Review, 2008, 60(3):259.
- [118] Case COMP/C-3/37 792. Microsoft Corp v Comm'n. <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>, 2004, 24(3):1.
- [119] Markus Muller. The European Commission's Decision Against Microsoft:A Violation of the Antitrust Agreements Between the U S and the E U. E C L R, 2005, 35(6):314.
- [120] 徐士英. 日本反垄断法. [中南大学博士学位论文]. 长沙: 中南大学法学院, 2006:122, 116.
- [121] 李剑. 搭售——法律和经济分析:[西南大学博士论文]. 重庆: 西南大学法学院, 2004:48—52
- [122] Warren S Grimes. Antitrust Tie--In Analysis after Kodak: Understanding the Role of Market Imperfections. ANTITRUST L J, 1994, 62(3):263.

- [123]孔祥俊. 反垄断法原理. 北京: 中国法制出版社, 2001:573.
- [124] Circuit Court, W D Michigan. Heaton-Peninsular Button-Fastener Co v Eureka Specialty Co. Circuit Court W D Michigan, 1895, 65(F): 619.
- [125]Hartford-Empire Co. v. Unite States, 323 U. S. 432(1945)
- [126]U. S. v. Westinghouse Elec. Corp, 648 F. 2d (9thCir. 1981).
- [127]Berkey Photo Inc. v. Eastman Kodak Co. 603 F. 2d, 263(2d Cir . 1979)
- [128]SCM Corp. v. Xerox Corp 645 F. 2d 1195~1204 ( 2nd Cir 1981).
- [129]CUS v. Xerox Co. 203 F. 3d 1322 ( Fed. Cir. 2000), cert denied: 121 S. Ct. 1077 (2001)
- [130]D D 埃利斯. TRIPS 协议中的知识产权与竞争法: 美国和欧盟的经验, 见: 王晓晔, 伊从宽, 竞争法与经济发展. 北京: 社会科学文献出版社, 2003:221.
- [131]Data General v. Grumman Systems Support Co. 36F. 3d 1147 (1st Cir. 1994).
- [132]Tricom Inc. v. Electronic Data System Corp. 902 F. Supp. 741(E. D. Mich 1995)
- [133]Image Technical Services v. Eastman Kodak Co. 125 F. 3d 1195 (9th Cir. 1997)
- [134]Poster Exch. Inc v. Nat' l Screen Serv. Corp 431 F. 2d 334, 338-40 (5th Cir. 1970)
- [135]Bellsouth Adv. & Publ' g corp v. Donnelley Info. Publ' g Inc. 719 F. supp. 1551 (S. D. Fla. 1988)
- [136]Montgomery County Ass' n of Realtors, Inc. v. Realty Photo Master Corp, 878 F. supp. 804, 817 (D. Md. 1995)
- [137]Intergraph Co. v. Intel Co. 195 F. 3d 1346 ( Fed. Cir. 1999).
- [138]FTC Complaint , In re Intel Corp., No. 9288
- [139]Case 238/87 [1988] ECR 6039: [1989] 4 CMLR 122
- [140]239 RTE v. commission [1995] ECR I -743.
- [141]许光耀. 著作权拒绝许可行为的竞争法分析 ——欧洲法院 IMS 案判决研究. 环球法律评论, 2007, 34(6): 25.
- [142]Burton Ong. Building Brick Barricades and other Barriers to Entry: Abusing a Dominant Position by Refusing to Licence Intellectual Property Rights. E C L R, 2005, 35(4): 223.
- [143]IBM Co. v. Commission , Dec. 84/233 (1984)
- [144]综述: 欧盟反垄断案以微软“服软”告一段落. [http://news.xinhuanet.com/world/2007-10/23/content\\_6926043.htm](http://news.xinhuanet.com/world/2007-10/23/content_6926043.htm), 2007, 10(23): 1.

- [145]Katarzyna A Czapracka. where antitrust ends and ip begins -- on the roots of the transatlantic clashes. Yale Journal of Law & Technology, 2006-2007, 37(9) :108.
- [146]Julia Heit.The Justifiability of the ECJ' s Wide Approach to the Concept of "Barriers to Entry" .E C L R, 2006, 35(3):122.
- [147]Oluseye Arowolo.Application of the Concept of Barriers to Entry Under Article 82 of the EC Treaty:is there a Case for Review?.E C L R., 2005, 36(3):250.
- [148]Jonathan B Baker.Promoting Innovation Competition Through the Aspen/Kodak Rule.GEO MASON L REV, 1999, 35(1):495.
- [149]Emanuela Arezzo. Intellectual Property Rights At The Crossroad Between Monopolization And Abuse Of Dominant Position: American And European Approaches Compared.The John Marshall Journal of Computer & Information Law, 2006, 24 (Spring) :471-473.
- [150] 新浪科技. 思科诉华为案以和解告终.http://www sina com cn, 2004, 7(28):1.
- [151] 法制日报. 东进诉英特尔案 28 日开庭 反垄断法不该缺位. 法制日报, 2006, 7(25):1.
- [152] 胡水晶. 知识产权人拒绝交易——新经济下知识产权领域反垄断的新课题. 电子知识产权, 2005, 35(8):46.
- [153] 王中美. 跨国公司在华知识产权策略及其规制. 河北法学, 2006, 35(2):44.
- [154] 布拉德 谢尔曼, 莱昂哪尔 本特利, 金海军译. 现代知识产权法的演进. 北京: 北京大学出版社, 2006:258.
- [155] 网易科技报道. 美司法部担忧微软败诉反垄断案将损害消费者利益.http://tech 163 com/07/0918/07/30LIU7K6000915BD html, 2007, 9(18):1.
- [156] 朱谢群. 软件知识产权保护模式的比较——兼论版权与商业秘密对软件的组合保护. 知识产权, 2005, 53(4):15.
- [157] 丹尼斯 卡尔顿, 杰弗里 佩罗夫, 黄亚均译. 现代产业组织. 上海: 上海人民出版社, 1998:623.
- [158] Daniel J Gifford. Antitrust' s Troubled Relations with Intellectual Property. Minnesota Law Review, 2003, 32(6):1704.
- [159] Benjamin Klein, John Shepard Wiley Jr. competitive price discrimination as an antitrust justification for intellectual property refusals to deal, Antitrust L J, 2003, 70(3): 599.

- [160]SCM Corp. v. Xerox Corp., 394 F. Supp. 385~386(D. Conn. 1975)
- [161]Laitram Corp. v. King Crab, Inc. 244 F. Supp. 9(1965)
- [162]LaPeyre v. FTC, 366 F.2d 117(5th Cir.1966)
- [163] 郭德忠. 专利许可的反垄断法规制. 北京: 知识产权出版社, 2007:174, 187, 190.
- [164]Joined Cases C-267/95&268/95 Merck v Primecrown[1996]; [1996]E. C. R. I-6285
- [165]Dermot Glynn. Article 82 and Price Discrimination in Patented Pharmaceuticals: the Economics. E C L R, 2005, 32(4):135, 143.
- [166]Christina Koenig, Christina Engelmann. Parallel Trade Restrictions in the Pharmaceuticals Sector on the Test Stand of Article 82 EC. E C L R, 2005, 33(6):338-342.
- [167]John Eccles. Parallel Exports in the Pharmaceuticals Sectors. E C L R, 2007, 33(2):135-137.
- [168]周明生. 消费者歧视与企业定价行为分析. 商业研究, 2006, 342(10):108.
- [169]21 世纪经济报道. 反对价格歧视: 中小 PC 厂商叫板微软. <http://www.nanfangdaily.com.cn/jj/20030724/it/200307250863.asp>, 2006, 10(10):1.
- [170]国际金融报. 微软将向 IBM 赔偿 7.75 亿美元反垄断案达成和解. <http://it.people.com.cn/GB/42891/42893/3524684.html>, 2006, 10(10):1.
- [171]Herbert Hovenkamp, Mark Janis, Mark A. Lemley. The Interface Between Intellectual Property Law And Antitrust Law: Anticompetitive Settlement of Intellectual Property Disputes. Minnesota Law Review, 2003, 22(6):1719.
- [172]John R Allison, Mark A Lemley. Empirical Evidence on the Validity of Litigated Patents. AIPLA Q J, 1998, 26(3):185.
- [173]Brief of the United States as Amicus Curiae Supporting Petitioner, MedImmune Inc. v. Genentech Inc., No. 05-608, 2006WL 1327303(May 15, 2006)
- [174]Christopher R Leslie. The Anticompetitive Effects of Unenforced Invalid Patents. Minnesota Law Review, 2006, 35(November):105.
- [175]许光耀. 欧共体竞争法通论. 武汉: 武汉大学出版社, 2007:351, 349, 360.
- [176]Robert, Falconi. Patent Litigation Settlement Agreements. E C L R, 2006, 32(9):526.
- [177]Adam B Jaffe, Josh Lerner, 罗建平, 兰花译. 创新及其不满: 专利体系对创新与进步的危害及对策. 北京: 中国人民大学出版社, 2007:63-64.

- [178] Joseph P Griffin. Special considerations concerning international patent and know-how licensing, and joint research and development activities: problems raised by various types of restrictive clauses. *Antitrust Law Journal*, 1981, 50(3):499.
- [179] *Transparent-Wrap Machine Corp., v. Stokes & Smith Co.* 329 U.S. 637 (1947).
- [180] *United States v. General Elec. Co.*, 82 F. Supp. 753, 816 (D.N.J. 1949)
- [181] Gerald Sobel. practical problems in counseling and litigation: the antitrust interface with patents and innovation: acquisition of patents, improvement patents and grant-backs, non-use, fraud on the patent office, development of new products and joint research. *Antitrust Law Journal*, 1984, 53(2): 681.
- [182] *United States v. Besser Manufacturing Co.*, 96 F. Supp. 304, 310, 311 (E. D. Mich. 1951)
- [183] IP Guidelines, § 4.1.2.
- [184] Vincent Verouden. Vertical agreements and article 81(1) EC: the evolving role of economic analysis. *Antitrust Law Journal*, 2003, 71(2): 525.
- [185] 许光耀. 欧共体竞争立法. 武汉: 武汉大学出版社, 2006:233, 238.
- [186] *Case 27/87, Erauw-Jacquery Sprl v. La Hesbignonne Societe Cooperative*, 1988 E. C. R. 1919.
- [187] Sergio Baches Opi . The Approaches of the European Commission and the U S Antitrust Agencies Towards Exclusivity Clauses in Licensing Agreements . *Boston College International and Comparative Law Review*, 2000, 85 (Winter):106-107, 107.
- [188] 惠从冰. 知识产权许可中的竞争法问题研究:[对外经贸大学博士学位论文]. 北京: 北京对外经贸大学法学院, 2006:56, 59, 60, 52.
- [189] Ian Dobbs, Paul Richard. Output Restriction as a Measure of Market Power. *E C L R*, 2005, 53(10):573.
- [190] *Atari Games Cop. & Tengen, Inc. V. Nintendo of America, Inc, & Nintendo Co.* 897 F. 2d 1572; 1990 U.S. App.
- [191] *Gen. Talking Pictures Corp. v. W. Elec. Co.*, 305 U.S. 124, 126-27 (1938)
- [192] *Mallinckrodt, Inc. v. Medipart, Inc.*, 976 F. 2d 700 (Fed. Cir. 1992).
- [193] *B. Braun Medical Inc. v. Abbott Laboratories*, 124 F. 3d 1419 (Fed. Cir. 1997). at 1426

- [194]Monsanto Co. v. Scruggs, 459 F.3d 1328, 1338 (Fed. Cir. 2006)
- [195]Mark R Patterson. Contractual expansion of the scope of patent infringement through field-of-use licensing. *William & Mary Law Review*, 2007, 49(October):169-228.
- [196]宋承先. 现代西方经济学 (微观经济学). 上海: 复旦大学出版社, 1997:126.
- [197]M Alfter, J Young. Economic Analysis of Cartels—Theory and Practice. *E C L R*, 2005, 36(10):557.
- [198]E. Bement & Sons v. National Harrow Co. 186 U.S. 70, 91 (1902).
- [199]United States v. General Electric, 272 U.S. 476 (1926).
- [200]Columbia Pictures Corp. v. Coomer, 99 F. Supp. 481 (D. Ky. 1951)
- [201]United States v. General Electric, 272 U.S. 476 (1926)., at489.
- [202]William M Landes, Richard A Posner, 金海军译. 知识产权法与经济结构. 北京: 北京大学出版社, 2005:488
- [203]Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc., 441 U.S. (1979).
- [204]State Oil v. Khan, 522 U.S. 3 (1997)
- [205]罗昌发. 贸易与竞争之法律互动. 台湾: 月旦出版股份有限公司, 1994:210
- [206]Wagner P R , G Parchomovsky. Patent portfolios[DB]. SSRN Working Papers, <http://ssrn.com/abstract=582201>, 2004/12/12., 以及 Bronwyn HH and R H Ziedonis. The patent paradox revisited: an empirical study of patenting in the U S semiconductor industry, 1979-1995[J]. *RAND Journal of Economics*, 2001, 32:101- 125. 转引自刘林青, 谭力文. 国外“专利悖论”研究综述——从专利竞赛到专利组合竞赛. *外国经济与管理*. 2005 (27) 4: 12
- [207]Ted J Ebersole, Marvin C Guthrie, Jorge A Goldstein. Patent Pools as a Solution to the Licensing Problems of Diagnostic Genetics. *Intellectual Property & Technology Law Journal*, 2005, 35(1):17.
- [208]樊增强. 跨国公司技术联营: 动因、效应及启示. *中央财经大学学报*, 2003, 56(10):66.
- [209]夏慧. 专利联盟的垄断性研究. *广西政法管理干部学院学报*. 2006, 78(5):12-14.
- [210]王为农, 黄芳. 企业联合组织滥用技术标准的反垄断规制问题. *浙江社会科学*. 2005, 53(3):92-95.
- [211]The U S Department of Justice and the Federal Trade Commission. Antitrust enforcement and intellectual property rights: promoting innovation and

competition. <http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/ip/222655.htm>, 2007-03-30

- [212] 李玉剑, 宣国良. 专利联营: 战略联营研究的新领域. 中国工业经济, 2004, 191(2): 48-53.
- [213] 陈欣, 刘丽娜. 专利联营垄断问题的经济学分析. 经济问题探索, 2005, 57(12): 43.
- [214] Lesley brown. The new shorter oxford English dictionary on historical principle volume 2. New York : Oxford university press , 1993: 3028.
- [215] 《国内外标准、专利概要》编写组. 国内外标准、专利概要. 北京: 中国标准出版社, 2006: 2.
- [216] 张平, 马骁. 标准化与知识产权战略 (第 2 版). 北京: 知识产权出版社, 2005: 18, 40, 19, 200.
- [217] 董颖. 数字空间的反共用问题. 电子知识产权, 2001, 78(12): 39.
- [218] 吕铁. 论技术标准化与产业标准战略. 中国工业经济, 2005, 57(7): 45.
- [219] 赵启杉. 论对技术标准中知识产权滥用行为的反垄断规制, 见知识产权文丛第 12 卷. 北京: 中国方正出版社, 2005: 267-270.
- [220] Guidelines For Implementation of ITU - T Patent Policy. <http://www.itu.int/net/home/index.aspx>, 2007-09-23
- [221] 李大平, 曾德明, 张运生等. 软件业技术标准联营的新产权契约关系解析. 科学管理研究, 2006, 24(2): 32-33.
- [222] W3c patent policy framework (w3c working draft, 16 August 2001), <http://www.w3.org/TR/2001/WD-patent-policy>, 2001-08-16
- [223] Sheila F. Anthony. Antitrust and Intellectual Property Law: Form Adversaries to Partners. AIPLA Quarterly Journal, 2001(28), 1: 459
- [224] 高通商业模式简介. <http://www.qualcomm.cn/>, 2007-12-06
- [225] 孙敬水. 发达国家标准化战略及对我国的启示. 科研管理, 2005, 26(1): 1-3.
- [226] Katz M, Shapiiro. Product Compatibility Choice in a Market with Technological Progress. Oxford Economic Papers, 1986, 38(1): 146-165. 转引自李太勇. 网络效应与标准竞争战略分析 (上). 外国经济与管理. 2000(22), 8: 9
- [227] 梁志文. 标准化组织知识产权政策实证研究. 研究与探讨, 2003, 35(8): 46.
- [228] Wang Laboratories, Inc. v. Mitsubishi Electronics America , 103 F. 3d 1571 (Fed. Cir. 1997)
- [229] 张文彬. 论普通法上的禁止反言原则. 荆州师范学院学报, 2001, 67(4): 48.

## 致 谢

大多数经历过博士论文写作的同仁或许都有同感：在论文的写作过程中，不止一次地预期过最终搁笔时的轻松和愉悦，但当这一时刻真正来临时，更多的感受却是对这一段经历的回顾所带来的难以言表的感慨。论文的完成意味着一段研究工作的结束，但同时也打开了更加广阔的研究空间，其中既充满诱惑，却也意味着一段更加艰苦的旅途。

值此文付梓之际，我衷心感谢所有帮助过我的人，他们的真诚和热情是我人生经历中最宝贵的财富。首先，我要特别感谢我的导师李步云教授，先生严谨的治学态度、宽和仁厚的为人品质是我一生学习的榜样，也是先生的关爱与呵护、悉心指导与教诲使得论文最终顺利完成。在写作过程中，郑鹏程教授、许光耀教授、黎四奇教授、刘士平教授不仅提供有关资料，并不吝宝贵的研究时间就论文写作进行探讨，他们的指导与启发奠定了论文的写作基础。王全兴教授、刘定华教授、石伯林教授在论文开题以及写作过程中提出了中肯的意见和建议，石玉英、陈果、秦巧林等各位同事和朋友的鼓励和帮助也使我受益匪浅，在此一并表示感谢。在本篇论文的写作即将完成之时，王晓晔教授的审阅与指导为研究工作划上了一个圆满的句号。

有人说，诸多回忆中，只有克服困难的回忆是最为甜蜜的，从这个意义上说，这一段经历应该是最为甜蜜的回忆，因为写作过程中的艰辛、困难非亲身经历者所不能感受。但对我而言，这种甜蜜还伴随着些许苦涩，这来自于对我的家人怠于照顾和关心所带来的歉疚，尤其是我的女儿和父母，是他们的支持才使得这篇论文的完成成为可能，而他们的平安快乐则是我最大的人生课题。

## 附录 A(攻读学位期间发表的学术论文目录)

- [1] 李步云, 罗静. 搞法制靠得住些. 求是, 2004, 16:33-34
- [2] 罗静. 论法律选择的主体. 求索, 2007, 3:109-110
- [3] 罗静. 论反垄断法中的消费者福利保护. 消费经济, 2008, 1:80-83
- [4] 罗静. 论 TRIPs 协议下我国报刊社之版权及有关权. 湖南大学学报(社会科学版), 2007, 3:117-120
- [5] 罗静. 知识产权法律冲突及法律适用理论探究. 湖湘论坛, 2007, 3:92-94
- [6] 罗静. 技术标准制定过程中的信息披露行为及法律规制——以竞争法为视角. 财经理论与实践, 2008, 5:121-124