

● 国际法

若干国家和地区对知识产权滥用的反垄断控制^{*}

王 先 林

(武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 王先林(1965-), 男, 安徽霍山人, 武汉大学法学院法律学系博士后, 安徽大学法学院教授, 主要从事经济法和知识产权法研究。

[摘 要] 为防止知识产权的滥用, 一些国家和地区采取了包括反垄断法在内的控制措施。其中, 美国司法部和联邦贸易委员会于 1995 年联合发布的《知识产权许可的反托拉斯指南》、欧共体委员会于 1996 年颁布的《技术转让规章》、日本公正交易委员会 1999 年重新颁布的《专利和技术秘密许可协议中的反垄断法指导方针》等颇具代表性, 反映了国际上的最新发展趋势。对知识产权滥用的反垄断控制是反垄断法的一项重要任务, 是我国面临的一个重要问题, 我国有必要借鉴有关经验建立对知识产权滥用的反垄断控制法律制度。

[关键词] 知识产权; 权利滥用; 反垄断法

[中图分类号] DF961 [文献标识码] A [文章编号] 1671-8828(2003)02-0154-06

一、知识产权滥用的反垄断控制问题的提出

知识产权原本作为一种合法的垄断, 一般是作为反垄断法的适用除外而存在的。但是, 知识产权这种独占权往往会使得其拥有者在某一特定市场上形成垄断或者支配地位, 限制了该市场的竞争, 尤其是, 在某些情况下拥有知识产权的人可能会滥用其依法获得的独占权, 通过不正当的行使知识产权来非法限制竞争, 从而构成对反垄断法的违反。

知识产权与反垄断法之间有着既一致又冲突的复杂关系。本身合法的权利也存在被滥用的可能, 禁止权利滥用是一项重要的法律原则。知识产权滥用, 是相对于知识产权的正当行使而言的, 它是指知识产权的权利人在行使其权利时超出了法律所允许的范围或者正当的界限, 导致对该权利的不正当利用, 损害他人利益和社会公共利益的情形。知识产权所具有的重要的经济意义, 使得它容易被权利人不正当地加以利用, 破坏正常的市场竞争。由于知识产权在我们经济生活中发挥着越来越重要的作用, 其被滥用所造成的危害也会越来越大, 因此知识产权滥用日益成为一个重要的问题而受到关注。防止知识产权的滥用, 有的是在知识产权法律机制本身能够解决的, 即通过知识产权法自身的权利限制规范(如著作权法中的合理使用、专利法中的强制许可以及著作权法、专利法和商标法中共有的经济权利穷竭原则等)来解决, 有的往往需要与其他法律(尤其是反垄断法)的机制结合起来加以解决。

在我国建立知识产权制度的初创时期主要强调对知识产权的保护是必要的, 但只强调权利的行使而没有确立相应的约束机制, 就会导致滥用权利。其中, 反垄断法的建立是约束知识产权行使的一个非

常重要的方面。知识产权滥用的反垄断控制问题不仅是西方反垄断法律制度中的一个重要问题,而且也是近年来反垄断法理论和知识产权理论研究中的一个重要问题。而在我国,知识产权与反垄断法之间的复杂关系似乎还没有引起经济法学界和知识产权法学界的足够重视。

在当今激烈的国际科技、经济竞争中,许多国外大企业在我国市场上的垄断行为(如微软利用其软件著作权所进行的垄断行为)都是同知识产权的不正当行使分不开的,因此建立对知识产权滥用的反垄断控制法律制度对于保护我国的经济利益具有重要的意义。经济全球化的趋势必然使我国的企业被更多地推向市场,它们可能会遇到对在国内市场上其他企业(包括跨国企业)的垄断行为束手无策,而它们在国外市场上的行为却处处受到严格的反垄断法控制的问题。无论出于维护国内的自由公平的竞争秩序还是为在国际经济交往中维护我国的利益,我们都要建立起对知识产权滥用的反垄断控制法律制度。

二、若干国家和地区对知识产权滥用的反垄断控制的基本情况

(一)美国对知识产权滥用的反垄断控制

美国在协调知识产权法与反托拉斯法的关系以及对知识产权的行使行为进行反托拉斯控制方面,立法、判例和执法实践都有一个发展的过程。

在涉及知识产权人不正当行使其权利的问题上,美国联邦法院分别在1917年和1948年发展出“专利权滥用”和“著作权滥用”的原则,国会也就相关方面进行了立法,如1988年美国国会通过了《专利权滥用修正法》。该法的规定成为修改专利法第271条的规定,在其中增加(d)款(4)、(5)二项。

在20世纪70年代初期,美国联邦司法部对于知识产权授权行为的审查是以著名的“九不”(the “Nine No-Nos”)原则为基础。这种原则在其后被正式纳入行政规则(1977年的《国际经营活动中的反托拉斯实施指南》)之中,成为正式的审查标准。但到80年代,受芝加哥学派的影响,司法部便逐步放弃了“九不”原则。在司法部1988年的《国际经营活动中的反托拉斯实施指南》中就专门有“知识产权许可协议”的内容,其中便已放弃了“九不”原则。

集中反映美国反托拉斯法在这一领域的丰富经验和最新发展动向的是美国司法部和联邦贸易委员会于1995年4月6日联合发布的《知识产权许可的反托拉斯指南》(以下简称《指南》)。该《指南》就知识产权许可行为可能引起的反托拉斯法问题,系统地说明了其在执法中将采取的一般态度、分析方法和法律适用原则。虽然该《指南》只是执法部门的咨询性政策说明文件,既不能约束当事人提起自诉,也不能约束法官审判,但它较好地总结了执法部门和判例中在这一领域积累的丰富经验,简明地阐释了两机关对知识产权许可合同方面反托拉斯法违法行为的追究原则,使以往有关认识上的分歧和实践中的不同作法渐趋统一,也为公众判断其许可合同行为是否会触犯反托拉斯法提供了指导。

《指南》首先分析了知识产权法和反托拉斯法的关系。指出,它们有共同的目的,这就是促进创新、增进消费者福利。《指南》包含的三个一般原则:第一,在确认是否触犯反托拉斯法时,反托拉斯部门将知识产权与其他财产同样对待;第二,反托拉斯部门并不假定知识产权产生反托拉斯意义上的市场支配力,即知识产权作为垄断权本身并不能导致其权利所有人具有市场支配力的结论;第三,反托拉斯部门承认知识产权许可行为让企业将各种生产要素结合起来,因而一般是有利于竞争的。

《指南》指出,如果一项许可合同有可能对现有的或者潜在的商品或者服务的价格、质量、数量、多样性产生不利影响,就存在是否触犯反托拉斯法的问题,会受到美国反托拉斯部门的关注。在判断知识产权许可合同是否违反反托拉斯法的规定时,美国反托拉斯部门一般要进行如下的分析、评估:首先,分析、评估许可合同可能影响的市场领域;其次,分析、评估许可合同当事人之间关系的性质;第三,分析、评估许可合同限制条款的原则架构。

《指南》还指明了反托拉斯部门在运用合理原则对知识产权许可合同进行分析、评估时的一般原则。包括:市场的结构状况、协调和排斥,涉及排他性的许可合同,效率与正当理由,反托拉斯的“安全区”。

同时,对许可合同中常会遇到的一些限制性条款的具体分析与说明,主要涉及横向限制、维持转售价格、搭售协议、排他性交易、交叉许可与联营协议、回授以及知识产权的取得等。

(二)欧共体(欧盟)对知识产权滥用的反垄断控制

为平衡协调竞争法和知识产权法的冲突,欧共体有关机构一直在进行着尝试。在长期的实践中,欧盟竞争法发展确立了关于运用知识产权的三大基本原则:知识产权的所有权中“存在权”与“使用权”相区别的原则;权利耗尽原则;同源原则。对于第一个原则,欧洲法院在判例中指出,条约第 36 条所保护的只是知识产权所有权的“存在”,而对所有权的“使用”,则应受到条约有关禁止性规范的约束^[1](第 282-283 页)。近些年来,欧盟竞争法已明显地表现出其规制知识产权行使行为的能力。在 1995 年的迈吉尔(Magill)案中,欧洲法院确认欧盟委员会有权通过实施强制性的著作权许可来处理滥用拒绝许可的行为。在近期的其他案例中,法院裁定《欧共体条约》中的竞争规则可以被用作防止知识产权人取得拥有相似技术的竞争对手公司、运用掠夺性的折扣和价格策略以及产品捆绑的基础。另外,欧盟委员会已发展出一系列整体(整批)豁免,包括对知识产权许可协议中条款加以详细规定的技术转让新规章。

关于欧共体委员会对知识产权许可协议中条款的整体豁免规定,它也有一个发展、完善的过程。早在 1984 年 6 月 23 日欧共体委员会就颁布了关于对若干类型的专利使用许可协议适用第 85 条第 3 款的 2349/84 号规章,自 1985 年 1 月 1 日起生效。后来又在 1988 年 11 月 30 日颁布了关于对若干类型的技术秘密使用许可协议适用条约第 85 条第 3 款的 556/89 号规章,自 1989 年 4 月 1 日起生效;在 1988 年 11 月 30 日颁布了关于对若干类型的特许专营协议适用条约第 85 条第 3 款的 4087/88 号规章,自 1989 年 2 月 1 日起生效。

1996 年 1 月 31 日,欧共体委员会颁布了关于对若干类型的技术转让协议适用条约第 85 条第 3 款的第 240 号规章,一般称为《技术转让规章》(以下简称《规章》)。该规章自 1996 年 4 月 1 日起施行,至 2006 年 3 月 31 日止。它部分地替代了已于 1995 年 12 月 31 日期满失效的专利许可协议豁免的 2349/84 号规章,并且同时废止了尚未期满失效的技术秘密许可的 556/89 号规章,将涉及专利、技术秘密和其他知识产权的技术许可协议统一予以规范。它明确规定了《欧共体条约》中的竞争法条文对与知识产权有关的各种技术转让合同条款的禁止、限制和豁免,扩大了原先的“白色清单”的范围,同时缩小了“黑色清单”的范围。这反映了在新技术革命和产业革命的条件下,以及在世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPs)生效之后,欧盟在平衡竞争法和知识产权法的冲突方面的新动向。

《规章》的正文部分共 13 条,其中,第 1 条为基本豁免条款,规定集体豁免适用的条件和基本范围,凡符合规定条件并在豁免范围内的技术许可协议,不受《欧共体条约》第 85 条第(1)项的禁止;第 2 条为“白色清单”条款,列举了一般不影响竞争、不妨碍获得豁免的许可合同条件;第 3 条为“黑色清单”条款,规定凡包含了本条列举的限制性条款的许可合同,皆不予豁免,而且不适用合同无效的可分性规则,以防当事人规避法律;第 4 条为“灰色清单”和通知异议程序条款,规定既不在基本豁免和白色清单之内,又不在黑色清单之内的限制性许可合同条件,尤其是本条列举的合同条款,其当事人可将许可合同事项通知欧共体委员会,如后者在四个月以内未提出异议的,即视为已获得豁免。

除了以上专门针对专利和技术秘密的许可协议的集体豁免规定外,欧共体也有关于其他方面知识产权如商标权和著作权转让的规范,尤其是欧洲两级法院这方面的判例法。例如,根据前文提到的“同源原则”,如果两个或者两个以上位于不同成员国的企业合法地持有商标专有权,而且这些商标均来自同一渊源,任何一个企业都不得利用其商标专有权阻止另一家企业的产品进入本国市场。这方面的一个重要判决是 1994 年的 Ideal—Standard 商标案^[2](第 202 页)。

(三)日本对知识产权滥用的反垄断控制

日本禁止垄断法在协调与知识产权法的关系方面,一开始就设有专门的条款,该法第 23 条规定:“本法规定,不适用于被认为是行使著作权法、专利法、实用新型法、外观设计法或商标法规定的权利的行为。”这就明确将行使知识产权的行为纳入了禁止垄断法的适用除外领域,尽管这种垄断权利的正当

行使也必然限制了该领域的一定范围的竞争。这种限制应视为实行知识产权制度的必要代价。但是,如果对该条进行反面的或者扩充的理解,那么通常得出的结论则是,有关知识产权的权利人行使权利超出了正当的范围,滥用了权利,不正当地限制了市场竞争,就仍然要受到禁止垄断法的约束。在有关知识产权被许可实施的场合,在判断这种合同条款的违法性的时候,应该适用禁止垄断法的规定。这不仅是日本经济法学界通行的看法,而且也是日本公正交易委员会正式解释中的观点。

1968年5月24日,日本公正交易委员会发布了《国际许可协议的反垄断指导方针》。这一指导方针是根据禁止垄断法第6条的规定颁布的。该条规定,事业者不得签订其内容含有不正当交易限制和不公正交易方法事项的国际协定或国际合同。而且,按照当时该条第2款的规定,事业者在签订国际协定或国际合同时,必须按照公正交易委员会规则的规定,从该协定或合同成立之日起30日内,附上该协定或合同的抄件,呈报公正交易委员会。上述指导方针适用于涉及日本的专利、实用新型和技术秘密的国际许可证协议,主要是技术引进合同。

1989年2月15日,日本公正交易委员会颁布了《关于管制专利和技术秘密许可协议中的不公正交易方法的指导方针》,同年4月6日实施。该指导方针提出了公正交易委员会分析许可协议时的适用标准。在某些方面,它明显借鉴了美国法和欧盟法。它在将限制条款分为白色条款、灰色条款和黑色条款三类方面,明显类似于欧盟的整批豁免或整体豁免制度。而另一方面,它在对特定类型限制的必要性与它对竞争不利影响的可能性之间进行权衡方面,又表现出与美国的合理分析原则的类似。

1999年7月30日,日本公正交易委员会又颁布了《专利和技术秘密许可协议中的反垄断法指导方针》(以下简称新指导方针),1989年2月15日颁布的《关于管制专利和技术秘密许可协议中的不公正交易方法的指导方针》被废止。新指导方针根据20世纪90年代以来的日本国内和国际的新情况,尤其是前述的经济全球化和日本国内放松政府管制的新情况,对在知识产权领域适用禁止垄断法的问题提出了全面、系统的指导意见。

新指导方针第一部分说明了在专利和技术秘密转让活动中适用禁止垄断法的基本问题;第二部分对有关专利许可协议的禁止垄断法第23条进行了解释,阐述了公正交易委员会对于专利许可协议与禁止垄断法第23条关系的观点;第三部分以具体的事例阐明了公正交易委员会从不合理贸易限制和私人垄断的角度对有关专利或技术秘密许可协议的观点;第四部分非常具体细致地阐述了公正交易委员会从不公正交易方法的角度对有关专利和技术秘密许可协议的观点。

(四)我国台湾地区对知识产权滥用的反垄断控制

我国台湾地区“公平交易法”并没有直接规定它适用于对知识产权领域垄断行为的规制,反而还在第45条规定,依照著作权法、商标法或专利法行使权利之正当行为,不适用该法之规定。但是,这并不表明有关行使有关知识产权的行为就一定不受公平交易法的规制,这里的关键就在于对“正当”二字的理解。行使有关知识产权的正当行为当然不受公平交易法的规制,但如果有关行为超出了“正当”的范围或者知识产权本身的界限,那么就不存在“不适用”公平交易法的问题了。这就是所谓的对“公平交易法”第45条规定的反面理解。台湾“公平交易委员会”在执法中就是根据情况对“公平交易法”第45条进行正反两方面的解释的。

近年来,台湾有关涉及知识产权、尤其是技术性知识产权方面的垄断行为日益增多,国际性技术交易及技术许可(授权)之纠纷案件亦随之增加。为处理技术授权案件,使公平交易法相关规范更具体化,使执法标准更为明确,有利于企业遵循并利于相关案件的处理,并避免授权协议争议,激发授权意愿,促进技术之转移及扩散,“行政院公平交易委员会”参考该会以往相关案例之经验以及台湾目前产业发展的现况,并参酌美国、日本及欧盟有关技术授权之相关规定,于2001年1月18日明文订定了“审理技术授权协议案件处理原则”,作为日后各方处理有关技术授权协议案件之参考基准。

该原则阐明了该会审理技术授权协议案件之适用范围、基本原则、审查分析步骤及审酌事项,并将技术授权协议内容常见之行为类型,区分为不违反公平交易法、违反公平交易法及可能有违反之虞三

种,以例示方式,加以规范。为避免挂一漏万,并于该处理原则中,对于非属该原则所例示之行为态样,明示仍得按公平交易法之相关规定,依具体个案判断之。

该原则所称技术授权协议系指涉及专利授权、专门技术授权、或专利与专门技术混合授权等授权协议类型。作为一项基本原则,该原则第三点指出“公平交易委员会”审理技术授权协议案件,并不因授权人拥有专利或专门技术即推定其在特定市场具有市场力量。

此外,世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPs 协议)第 40 条第 2 款规定,各成员方可以在与该协议的其他规定相一致的前提下,根据该成员的有关法律和规章,采取适当的措施制止或者控制那些可能构成对知识产权的滥用、在市场上对竞争产生不利影响的订立许可合同的作法或者条件,例如,独占性回授条件、禁止对知识产权有效性提出质疑的条件、强迫一揽子许可。这为目前国际上规制在知识产权领域的垄断行为提供了最重要的法律依据。

三、有关国家和地区对知识产权滥用的反垄断控制对我国的启示

在我国,严格意义上的知识产权法律制度的历史还比较短暂,虽然近一二十年来取得了举世瞩目的成就,但在经济全球化和知识经济即将到来的新形势下,我国还面临着加强和完善知识产权法律制度的紧迫课题,人们的知识产权法律意识也需要进一步提高。而另一方面,防止知识产权滥用、规制与知识产权有关的垄断或限制竞争行为的法律制度更是尚未真正起步。尽管与知识产权有关的垄断或限制竞争行为在我国目前还不是非常突出,但是随着市场竞争的加剧、科技进步对经济增长的贡献不断提高,尤其是随着经济全球化的趋势日渐明显和知识经济的迅速兴起,这类行为在我国将有产生和蔓延的可能。因此,为了实现竞争要求所代表的更广泛更重大的社会利益,我国在继续加强知识产权保护的同时,也应对与知识产权有关的垄断或限制竞争行为加以适当的控制。但在目前,人们更多关注的是前一个方面的问题(这当然是非常必要的),而对后一方面的问题似乎还重视得不够。基于此,探讨如何适应社会主义市场经济发展的要求和未来知识经济时代的需要,及时建立我国与知识产权有关的反垄断法律制度,在充分发挥知识产权法律制度鼓励创新和促进科技进步的积极作用的同时,又防止知识产权被滥用来影响经济竞争秩序,是具有重要意义的。

前述美国、欧共体(欧盟)、日本、我国台湾地区的有关立法及执法实践充分表明,对知识产权滥用的反垄断控制是反垄断法的一项重要任务,以平衡处理好知识产权与竞争要求之间的冲突。尽管各国对知识产权滥用的反垄断控制的立法时间先后及执行宽严程度不同,立法模式也有异,但是其共同的目的在于确保本身合法的知识产权不至于被滥用,确保知识产权领域的正常竞争不被非法限制,从而从反垄断法的角度保证有关主体的权利义务的平衡,兼顾对创新的刺激和对竞争的维护,并最终统一于对消费者利益的保护和经济发展的促进上。

在对知识产权滥用的反垄断控制的具体方式上,各国或地区的作法有渐趋同一的倾向。虽然有的在其反垄断法中对知识产权问题没有专门的规定(美国、欧盟),有的在其反垄断法中对知识产权问题作了笼统的规定,而且其本身仅属于除外性质的规定(日本、我国台湾地区),但是各国或地区共同的作法是由专门执法机关和法院依具体情况将反垄断法的一般规定适用到知识产权领域的具体限制竞争行为中去。尤其是,各国专门执法机关制定的为指导执法活动和便于当事人遵守的具体指南,非常集中、完整地体现了各国在一定时期关于在知识产权领域适用反垄断法的基本立场和观点,成为对知识产权滥用进行反垄断控制的具体规范。在指南的具体规制内容和方式方面,各国也都存在相似的情形。例如,美国的反垄断执法机构所规定的指南中对不同性质的行为分别适用合理原则和本身违法原则,欧盟、日本和我国台湾地区的反垄断执法机构所规定的指南中都将知识产权领域的垄断行为划分为三类性质不同的清单或类别,这便于增强规则的可操作性,也便于当事人对规则的遵守。

以上情形对我国将来建立知识产权领域的反垄断法律制度也是具有重要的借鉴价值的。那就是,

由于知识产权的特殊性并且属于具体领域的问题,因此在制定我国反垄断法时就不可能对该问题进行详细、完整的规定,而也只能是在反垄断法的基本原则和精神的范围内,由执法机关对其进行具体的规范。而且,在规范的具体内容方面,同样可以借鉴前述美国、欧盟、日本和我国台湾地区的相关规定。这些都需要在具体的比较、分析的基础上才能进行。例如,美国执法机关对知识产权许可行为所采取的分析方法和评估原则便有很多可取之处。其指南全面地界定了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分析方法,既比较科学,也便于操作和应用。其所确定的反托拉斯法安全区概念,以及明确本身违法原则和合理原则的适用对象与范围,都在一定程度上增加了法律的确定性,便于当事人依法行事,并可预期某种确定的法律后果。但是,与欧盟的作法相比,美国反托拉斯法对知识产权许可的控制,在确定性的程度上还比较低。欧盟竞争法对限制性的知识产权许可采取一般禁止与豁免和单独豁免。由于欧盟执法机关专门发布了集体豁免的规章,其中明确地列举规定了应受禁止、不予禁止与可受豁免的许可合同条款,这就使律师们可以方便、安全地根据这一规章起草出标准许可合同条款供客户选用,而完全没有违反竞争法的风险。在特殊情况下,当事人还可就某些受禁止的许可合同条款事先向执法机关申请获得单独豁免。不过,无论是从同属大陆法系的传统来看还是从立法的晚近、内容的完整来看,日本关于知识产权领域适用反垄断法的作法都似乎更值得我国直接借鉴。祖国大陆对台湾地区相关作法的借鉴更是不言而喻的。

[参 考 文 献]

- [1] 阮方民. 欧盟竞争法[M]. 北京:中国政法大学出版社, 1998.
[2] 王晓晔. 欧共体竞争法中的知识产权[J]. 环球法律评论, 2001, (2).

(责任编辑 车 英)

Antimonopoly Control on Abuse of Intellectual Property Rights in Some Countries and Regions

WANG Xian-lin

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biography: WANG Xian-lin (1965-), male, Postdoctor, Wuhan University Law School; Professor, Anhui University Law School, majoring in economic law and intellectual property law.

Abstract: Some countries and regions took some measures including antimonopoly laws in order to control abuse of intellectual property rights. Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property by U. S. Department of Justice and Federal Trade Commission on April 6, 1995, Commission Regulation (EC) No. 240 /96 of 31 January 1996 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of technology transfer agreement (the Technology Transfer Regulation) by European Commission on January 31, 1996, Guidelines for Patent and Know-how Licensing Agreements under the Antimonopoly Act by Japanese Fair Trade Commission on July 30, 1999, etc. are representative and reflect the new international trends. To regulate abuse of intellectual property rights is an important mission of antimonopoly law, and is an important problem that China is confronted with. It is necessary that China establish the corresponding legal system.

Key words: intellectual property rights; abuse of right; antimonopoly law