



联合国  
贸易和发展会议

Distr.  
GENERAL

TD/B/COM.2/CLP/22/Rev.1  
19 April 2002  
CHINESE  
Original: ENGLISH

贸易和发展理事会  
投资、技术及相关的资金问题委员会  
竞争法和竞争政策问题政府间专家组  
2002年7月3日至5日，日内瓦  
临时议程项目3

竞争政策与知识产权的行使

贸发会议秘书处订正报告

## 目 录

	<u>页 次</u>
内容提要.....	3
导 言.....	5
第一章、欧洲联盟的竞争/知识产权规则 .....	7
A. 概 述.....	7
B. 受保护产品的许可证协议或销售 .....	7
C. 滥用支配地位 .....	10
D. 对合并的管制.....	12
第二章、美国反托拉斯法与知识产权的相互关联.....	13
A. 概 述.....	13
B. 按照准则处理许可证协议方面的做法.....	14
C. 与垄断和其他问题有关的案例法 .....	16
第三章、其他国家的竞争政策与知识产权 .....	21
A. 日本的规则和经验.....	21
B. 其他一些国家或地区的规则.....	22
第四章、国际方面.....	25
A. 多边文书中的有关规定 .....	25
B. 结论以及对国际合作的影响.....	26
<u>附 件</u>	
文件 TD/B/COM.2/CLP/10 摘录.....	38

## 内 容 提 要

1. 主要发达国家或地区的竞争政策通常对知识产权采取了有利的态度。但通过以实务的态度对个案进行分析后可以发现，以知识产权为基础的市场力量在有关市场对竞争施加了不合理的限制。在这种情况下就可以采取干预行动。人们对下列情况感到担心：像卡特尔那样的限制；大公司的排斥行为和垄断操纵；**拒绝发放知识产权许可或销售受知识产权保护的产品；妨碍技术革新的做法或合并(包括那些与专有权事实上的标准、获得必要设施的协同工作能力、网络效应等有关的做法和合并)**；以及过于宽泛地授予知识产权所产生的后果。尽管发达国家或地区对如何适当处理竞争政策与知识产权的相互关联问题的看法基本一致，但对具体问题的意见分歧仍很大。其他国家和地区，尽管有时在其竞争立法中涉及到知识产权问题，但在这一领域的经验很有限。考虑到随着《**涉贸知识产权协定**》的执行，竞争政策问题又可能出现，并考虑到革新活动的日益国际性、信息产业的全球网络效应、竞争的补救办法在国际上的可能影响或效应、以及竞争主管当局与知识产权主管当局之间及其在各国之间的可能不协调，在这一方面很可能更需要和**进一步磋商、提供技术援助和开展国际合作，包括\* 按照《涉贸知识产权协定》进行磋商**。因此需要作出努力，加强在这方面的相互理解和信任。因此，为了完成第四次审查会议在这方面规定的任务，不妨请专家小组围绕下列问题举行磋商：

- (a) 知识产权方面的典型做法及其动机和影响(优先考虑下列做法：地区专有权和平行进口、专营安排、附带条件的安排和独享回授)；
- (b) 不同司法管辖区域的法律在这一领域进行经济分析和实施补救办法所使用的或适当的概念基础、标准和方法，既概括又具体地讨论涉及知识产权的做法、滥用支配地位或合并等问题，或通过假设的或确实发生的案例，说明涉及高技术或网络影响的产业问题；
- (c) 竞争主管当局是否可以以及如何使用其竞争方面的倡导力量，以参加目前关于知识产权的适当范围和适用问题的辩论，并与知识产权主管当局进行磋商；

(d) 竞争政策在处理知识产权问题时在多大程度上受各国具体特点的影响；

(e) 加强这一领域国际合作的条件和机制。

2. 专家小组不妨请贸发会议秘书处在考虑到这些磋商及成员国提供的资料的同时，在示范法律的评注中对竞争法和政策应如何处理知识产权方面的做法以及对技术合作努力进行比较性审查，以增加发展中国家和经济转型国家在这方面的知识。

## 导 言

1. 与本报告\* 同一标题的第一份贸发会议秘书处的报告(TD/RBP/CONF.5/6)已提交第四次联合国全面审查《多边协议的一套管制限制性商业惯例的公平原则和规则》会议(2000年9月25-29日举行)。\* 根据审查会议的要求<sup>1</sup>, 向竞争法和竞争政策问题政府间专家组第三届会议(2001年7月2日至5日举行)提出了一份订正报告(TD/B/COM.2/CLP/22), 而该会议要求进一步予以修订, 以便提交本届政府间专家组会议。<sup>2</sup> 本报告根据从成员国收到的进一步口头和书面评论和资料予以修订, 并刷新了前一份报告所提供的资料。<sup>3</sup> 案文中增添的字句以黑体显示, 被删除的字句则以星号(\*)表明。本报告以贸发会议的另一份文件“关于竞争政策如何解决行使知识产权的问题的初次报告”(TD/B/COM.2/CLP/10)为基础和起点, 后一文件是提交给竞争法和竞争政策问题政府间专家组第二届会议的(1999年6月7-9日)。初次报告说明了知识产权的经济因素及其对竞争的影响、指导竞争政策对待知识产权的一般原则、某些许可证做法的经济动机和影响、以及《乌拉圭回合关于与贸易有关的知识产权方面的协定》(《涉贸知识产权协定》)的有关条款。报告指出: “……知识产权在促进革新和维持经济增长中发挥着重要的作用……至少在不存在具有可行的抑制因素的同样技术和产品时, 还可授予知识产权的拥有者以行使市场支配力的能力。如此行使市场支配力可能引起分配不善……竞争政策在限制行使知识产权垄断做法方面发挥一定的作用。”<sup>4</sup>

2. 按照职权范围(其中规定竞争政策应如何解决行使知识产权的问题), 本报告不打算讨论知识产权保护的经济影响, 而主要着重对一些司法管辖区域适用的立法、案例法和执法准则所载的与知识产权有关的竞争政策原则和规则进行比较性分析, 这些司法管辖区域主要是一些发达国家或地区, 它们在这方面拥有最详尽的规则和广泛的执法经验(其他发达国家也实行大致类似的规则)。不过, 本报告扼要说明了这些原则和规则的经济理论, 并摘录了文件 TD/B/COM.2/CLP/10 中涉及个别做法的部分, 以方便政府间专家组讨论这类做法的经济影响。本报告也叙述了一些国际协定或准则所载的适用的规则。本报告所提到的知识产权包括专利、版权、商标、设计权、植物品种权、集成电路的布局设计以及对非公开的资料的权利, 因为非公开的资料在《涉贸知识产权协定》中被明确列为受知识产权保护的主体。<sup>5</sup> 在这些司法管辖区域竞争政策对这些知识产权的待遇所适用的原则

也大致上适用于其他知识产权。本报告第一章分析了欧洲联盟竞争政策与知识产权的相互关系。第二章分析了美国的情况。第三章描述了按照日本竞争法知识产权所受到的待遇，然后概述了在其他一些国家包括发展中国家有关规则的情况。第四章叙述了国际文书中对竞争政策与知识产权关系的处理，然后叙述了由本研究报告所产生的一些结论及其意义。本报告附件转载了文件 TD/B/COM.2/CLP/10 第 15-26 段，涉及地区独占性和平行进口、独家经营、附有条件的要求和独占性回授要求等问题。

## 第一章

### 欧洲联盟的竞争/知识产权规则

#### A. 概 述

3. 欧洲联盟与知识产权有关的竞争规则主要载于：**(a)** 关于反竞争协议、决定和做法的《罗马条约》第 81 条——这一条的适用有一项例外，即对涉及的市场份额少于 5% 的协议(横向安排)或 10%(纵向安排)，不适用此条规则；<sup>6</sup> **(b)** 关于滥用支配地位的第 82 条(原第 86 条)；**(c)** 禁止成员国之间实行贸易数量限制的第 28 和第 30 条，这种限制只有当为了保护工业和商业产权时才可采用；**(d)** 关于技术转让的条例，这些条例对版权、诀窍和混合许可证以及关于版权或商标的附属协议给予了集体豁免；<sup>7</sup> **(e)** 第 2790/1999 号条例（对纵向限制的集体豁免），其中包括从属于纵向协定的知识产权转让证书或许可证，但以不违反技术转让条例列明的具体规则为限；**(f)** 其他涉及研究与开发的合作和特许经营权协议(这里不详加讨论)的集体豁免以及关于合并的条例；\* 和 **(g)** 主要的案例法。这些竞争规则受欧洲联盟竞争政策的基本目标及市场一体化的影响，同时受另外两项基本理论的影响：**(a)** 竞争规则不是适用于知识产权的存在，而是适用于其行使；**(b)** 当在合理的限度内，为保护一项知识产权的“具体主题事项”所必要时，对竞争的限制是可以的。<sup>8</sup> 但在实际当中，欧洲法院没有一贯地依据存在/行使以及具体的主题事项这些理论来进行推论，而是依赖在非知识产权法案件中所使用的标准经济分析。下面的评论与欧盟在这一领域的法律结构大体一致。B 节审查了知识产权许可证协议方面的限制或与销售受知识产权保护的产品相关的限制，这些问题也许会在第 81 条和关于技术转让的条例之下处理；用尽权利/平行进口的问题与许可证和销售问题部分的相重叠，也在这一节加以讨论。C 节处理了依据知识产权而滥用支配地位的问题，属于第 82 条的管辖范围；但是应指出，在许可证协议或销售等方面也可以出现滥用问题。D 节审查了在管制合并方面所产生的知识产权问题。

#### B. 受保护产品的许可证协议或销售

4. 近几年来，竞争政策在处理一般纵向限制时实行了放宽的做法，与此同时在处理知识产权许可证协议方面的限制也出现了大幅度的放宽，尽管放宽的程度

不如对待与知识产权无关的纵向限制那样明显。欧洲法院应用经济分析，确认，在许可证协议方面，不应将每一项限制行为都视为第 81 条第 1 款所禁止的对竞争的约束。许可证协议中所存在的排他性条款并不在这一禁止的范围内，但条件是这些条款必须是“开放的”(即不影响第三方例如平行的进口商的地位和其他领土的许可证获得者的地位)，必须是向许可证出让者提供公平报酬或使他们能够进入新的市场所需要的，能鼓励不同品牌之间的竞争，涉及到新技术，或是工业和技术的其他一般特性所需要，并且其期限不是太长。例如，涉及植物品种权(便利新技术的传播)或涉及在电影院放映电影权(由于电影行业的惯例和需要所要求)的开放的、专有的在特定领土上使用的许可证据认为本身并不违背第 81 条第 1 款，除非它们制造了人为的不公平的障碍。<sup>9</sup>

5. 在涉及第 81 条的案件中，欧洲法院对存在与行使进行了区分，允许构成知识产权的专有性的限制，例如允许保密性条款或禁止在许可证到期后继续利用知识产权；允许这样的禁止，即受保护植物品种的基本种子除了用于第一次的种子繁殖以外，不得用于其他目的。<sup>10</sup> 然而，欧洲法院在使用具体主题事项理论时，主要不是为了使知识产权免受竞争管制，而是使欧洲联盟的有可能影响成员国所授予的财产权的使用的行动合法化；<sup>11</sup> 例如，借助这一理论来使欧洲联盟的竞争法律适用于与不受保护的产品或受保护的产品中不受保护的部分有关的许可证协议，或适用于保护知识产权的非法存在的不得质疑条款；<sup>12</sup> 但是，对什么在知识产权所授予的范围内，什么在其范围之外，能否对二者作出明确的区分，这往往成为疑问。在明确涉及到知识产权的具体主题事项的案件上，欧洲法院倾向于对协议的经济和法律背景进行广泛的评价；例如它认为，转让知识产权<sup>13</sup> 或不同的实体获得平行的保护权以便阻碍进口<sup>14</sup> 这不能自动地免除第 81 条第 1 款的禁止。

6. 为了防止利用知识产权来分割共同体市场，共同体在共同体内的贸易中采用竞争政策中的知识产权用尽原则。这是运用存在/行使理论，在商品已由知识产权所有人本人或经知识产权所有人同意而在任何成员国销售时，防止从另一成员国进口的知识产权受保护的的商品引起侵权方面的诉讼(因而防止对进口或转售的限制)。<sup>15</sup> 无论所说的产品是否受出口成员国的平行知识产权的保护，实际上即使在该国还没有实行对该产品的知识产权保护，都实行知识产权用尽原则。共同体范围的知识产权用尽原则现在已经扩展到欧洲经济区内的所有国家。但欧洲联盟



成员国不得自由地对首先在欧洲经济区以外销售的产品实行国际用尽原则，尤其是当欧洲联盟的规则明确禁止时(欧洲联盟的有关统一各国对商标、设计权、实用模型、计算机软件、数据库的保护的指示以及共同体版权公约都禁止国际用尽的做法)。例如 Silhouette 牌眼镜架平行进口到奥地利然后上市销售，被认为侵犯了 Silhouette 商标，尽管这些眼镜架已经由商标持有者在欧洲区域以外销售(条件是它们只应在保加利亚和独联体国家销售)。<sup>16</sup> 从非欧洲经济区国家平行进口商标产品是被禁止的，即使商标持有者没有在那一国家对许可证获得者规定出口禁止。<sup>17</sup> 除非商标持有者“明确”同意平行进口(这种同意通常应明确表示，但也可从具体情况中予以推断)。<sup>18</sup>

7. 技术转让条例的目的是减轻欧洲委员会的行政负担，同时通过更多的技术革新和扩散，提高欧盟工业的竞争力。<sup>19</sup> 第 1 条规定各种领土性限制不受第 81 条的约束，这些限制可列在许可证协议中，但受到在多长时间内在免受竞争的规定的限制。第 2、第 3 和第 4 条分别规定：其他一些做法，通常不被认为违反第 81 条，被列入一个“白色名单”，这些做法受到集体豁免的待遇；<sup>20</sup> 另将许可证中的一些条件列入“黑色名单”，这些条件使得豁免无法适用于整个协议；<sup>21</sup> 另有一项“反对程序”，所涉及的协议包含着不是来自白色或黑色名单的限制，规定了向委员会通报之后四个月内无人反对的协议可享受豁免。<sup>22</sup> 第 7 条规定，在某些情况下可以撤回集体豁免的好处，例如缺乏有效的竞争，尤其是当许可证获得者的市场份额超过了 40%(条例的最初草案本来是打算从一开始就把市场份额超过 40% 以上的企业之间的协议排除在集体豁免范围外)。值得注意的是，条例不仅将集体豁免适用于双边的专利共享和竞争者之间的互换许可协议(条件是不涉及领土限制)，而且适用于相互竞争的企业及其合资企业之间的许可证(条件是不得超过某些市场份额)。一般来说，条例似乎是将大多数许可证交易看作是纵向的——尽管也可以争论说它们属于横向纵向混合性质的，因为许可证获得者与许可证发放者一样是在增值链条上同一水平的潜在竞争者(至少在发出许可证之后)。但第 1 条对领土排他性所规定的限制的确表明承认许可证发放者和许可证获得者至少在销售层次上有可能成为竞争者。条例不适用于转售、合资企业、或专利权共享互用的一组企业。欧盟委员会目前正在考虑提出修改条例的政策建议，以便为技术许可协定提供一种更简单、甚至更广泛的集体豁免办法。<sup>23</sup>

### C. 滥用支配地位

8. 欧洲法院案例法确认，“就支配地位而言……单纯拥有一项知识产权并不能授予此种地位”。<sup>24</sup> 由此产生的一项推论是，欧盟竞争法所关心的是对支配地位的滥用，不论此种地位的来源如何，而不关心滥用知识产权这一问题本身。虽然在这一方面相对较少的案例提到存在/行使以及具体主题事项原则，但欧洲法院在实际当中将第 82 条所载的标准规则适用于涉及知识产权的滥用支配地位问题。因此，在涉及汽车零件的设计权的两起案件中，欧洲法院认为，拒绝发放使用这些权利的许可证这本身不能构成滥用，因为能够支配市场的企业与竞争性市场上的任何其他企业一样，都有权这样做，因为行使专有权是正当的，而拒绝发放许可证是知识产权持有者所获得的自主权的一部分。<sup>25</sup> 然而，法院还裁定，当涉及特别的具有滥用性质的行为发生时，例如任意拒绝向独立的修理商提供零件，确立不合理的价格或者不再为某一种车型生产零件等，则第 82 条就适用。欧洲法院还在 *Magill* 案件中更进了一步，该案涉及的问题是：受版权保护的电视节目单的所有人能否排除来自所衍生的电视周报市场的竞争者。<sup>26</sup> 法院认为，拒绝发放许可构成了特殊情况下的滥用，因为缺乏实际的或潜在的替代物，并且阻止了产品更新(违反了第 82 条<sup>27</sup>)，是在二级市场滥用支配力，并缺乏正当的理由；以行使知识产权为理由的辩护被明确驳回，知识产权持有人无权拒发许可证。因此，法院侧重的是行为是否具有反竞争性质，而不是侧重于是否处于知识产权的授予范围内。然而在由初审法院所裁决的类似案件中，法院认定拒不发放实况转播赛马活动的版权许可是合法的，因为这些许可证对于原告的赛马赌博经营活动不是必不可少的；原告愿意支付合理的转播费这一事实并不意味着拒绝发放许可证便是任意的行为，或足以证明发生了滥用<sup>28</sup> (相比之下，在 *Hilti* 案件中，一个专利持有人要求支付“过高的”专利使用费，被认为是滥用，因为这样做的唯一目的是阻挠或至少不合理地拖延一项权利的许可证使用，而按照英国的专利法这样的权利是可以获得的<sup>29</sup>)。 *Magill* 案件和 *Ladbroke* 案件是否说明了“基本设施”主张是否融入到了第 82 条的解释当中，这是有争议的。<sup>30</sup> 欧盟委员会就一家具有支配地位的公司拒绝发放版权许可，以便收集和分析德国药物地区销售数据事实上的工业标准一案所作决定，可据以将“基本设施”主张进一步予以延伸（这种许可允许竞争对手在版权所涉及的另一市场竞争）；<sup>31</sup> 委员会认为拒发许可属滥用行

为，裁定应给予强制性许可证，该案件正在上诉中。欧盟的关于保护软件的指示有可能进一步说明了基本设施主张在信息技术领域的体现，欧盟各项指示允许对于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，或者便利于获得必要的信息，以实现独立制作的电脑软件相互之间能够兼容。<sup>32</sup> 但是，即使逆向工程没有发现界面密码，但仍可以给予强制性的使用权；在 IBM 案件上，这家具有支配地位的公司被迫透露其关于界面密码的秘密诀窍，这种界面密码实际上构成了这一领域的事实上的标准，<sup>33</sup> 以便使潜在的竞争者能够生产兼容的硬件产品(这与在美国针对 IBM 提出的反托拉斯案件的审理结果形成对照，见下一章所述)。

9. 在另一项与第 82 条有关并涉及到软件的许可证问题的案件中，这一市场的具有支配地位的企业 Microsoft 被禁止搭卖软件许可证，特别是“单机许可证”，这种许可证要求每销售一台电脑就支付一笔使用费，而不论软件是否实际装在电脑中；这就排除了硬件制造商购买竞争性软件的积极性<sup>34</sup> (正如下一章所讨论的，美国联邦执法当局也在处理这一项涉及 Microsoft 的类似案件，美国联邦执法当局在此案上与欧盟委员会进行了合作)。在 Santa Cruz/Microsoft 案件上，Microsoft 被禁止在许可证协议中规定条件，妨碍以 UNIX 软件为基础的操作系统的发展。在涉及 Microsoft 的另一起案件中，初审法院接受如下一点：Microsoft 有权防止从加拿大将法语软件平行进口到法国，因为关于软件的欧盟指示仅涉及到欧盟范围内的知识产权用尽问题。<sup>35</sup> 然而法院裁定，欧盟委员会没有审查加拿大和法国之间的价格差距(法国的价格较高)是否构成了滥用，因而没有恰当地行使涉及第 82 条的执法权利；法院认为，虽然执行版权通常不构成滥用，但在特殊情况下则可构成滥用行为。在最近美国发生的 Microsoft-Browser 诉讼案件期间，欧盟委员会直到美国的诉讼结束之后，才发起自己的诉讼。对 Microsoft 提起的两宗尚待审理的案件涉及使用 Windows 2000 程序接入服务器软件市场、歧视性许可制、非法附带条件和拒绝提供信息资料。在欧盟委员会提起的另一宗案件中，Microsoft 不得不承诺不对其拥有少数股权的有线服务提供商施加压力，迫使它们购买 Microsoft 的产品。<sup>36</sup>

#### D. 对合并的管制

10. 按照欧盟法律，如果一家企业购买另一家企业，或建立一个“集中型的”合资企业(类似于合并，从而需接受对合并的管制)，当这种合并涉及到授予知识产权的许可证，这种许可证如果是非专有性的，不局限于某一领土(使用范围的限制是被认为可以接受的)，则被认为从属于主要的交易。<sup>37</sup> 因此，许可证的可接受性将取决于有关合并或合资企业的可接受性。但是一家企业获得知识产权，可被认为是获得一些资产，这样的获得行为可导致对另一企业的直接或间接的控制，从而构成了集中行为，需接受对合并的管制。在某些情况下，获得一项商标也可构成一项集中行为。<sup>38</sup> 对合并的管制与知识产权相互之间的关系最重要的方面是拥有知识产权这一事实在确定竞争政策的干预的实质性标准(在有关市场建立或加强了支配地位)是否达到时所起的作用——管制合并的条例规定，在确定是否存在着支配时，必须考虑到“是否存在着妨碍进入市场的任何法律或其他障碍”。这有时可能与有关市场的定义问题联系在一起。以许可证方式出让知识产权的义务可能构成一项补救办法，以解决合并的反竞争的方面。

11. 由欧盟委员会提起的涉及知识产权的合并案件表明了对研究与开发方面的竞争以及未来产品市场的关注，特别是在制药行业。<sup>39</sup> 在 Boeing/McDonnell Douglas 案件上，合并只是在如下条件下得到批准：其他飞机制造商能够从波音那里获得非专有许可证，可以使用其专利和附属的诀窍。在 Ciba-Geigy/Sandoz 合并案件上，欧盟委员会关心的是双方在 methoprene(一种杀灭动物身上跳蚤的药物的成分)市场上的支配地位，由于上述公司承诺以“公平合理的条件”发放生产这种产品的非专属许可证，欧盟委员会因而感到满意；类似的担心还涉及基因疗法市场，因上述公司同意在十年内以商业竞争性的条件向提出请求的第三方提供非专有的许可证，这一问题得到解决<sup>40</sup> (在美国，联邦贸易委员会担心合并对“革新市场”的影响，这一问题也得到解决，Sandoz 把设在美国和加拿大的控制跳蚤药物的生产企业卖给别公司，同时还签订了一项技术转让协议，使得这些企业的买主能够生产自己的 methoprene，同时，Sandoz 还承诺就某些基因疗法专利和其他技术提供非专有许可证，并且不再就其他基因获得专有权利)。<sup>41</sup> 虽然在 Ciba-Geigy 案件上，委员会接受了非专有许可证的给予，但在另外两项制药和化工公司的合并案件上(Glaxo/Wellcome 和 Dupont/ICI)，委员会要求给予专有许可证，以防止知识产权的持有人或其他第三方使用这些知识产权。

## 第二章

### 美国的反托拉斯法与知识产权的相互关联

#### A. 概 述

12. 适用于以知识产权为基础的反竞争行为的美国反托拉斯法，其主要根据是：《谢尔曼法案》第 1 节和第 2 节，这两节分别禁止“限制贸易或商业的每一种合同、组合……或阴谋”和垄断、垄断企图、垄断阴谋；<sup>42</sup> 《克莱顿法案》第 3 节和第 7 节分别处理具有附带条件的协议以及合并与收购(下文将不详细论述对合并的管制所涉及的知识产权问题)；《联邦贸易委员会法》第 5 节给予该委员会对付“不公平竞争方法”和“不公平或欺骗性行为”的广泛权力；关于知识产权和贸易的立法；十分丰富的案例法。在上个世纪里，出于反托拉斯的目的而处理知识产权，经历了好几个相对严格和宽松的时期，这主要受各种主张或经济学派的影响，例如：“固有权利”主张，按照这种主张，由于知识产权的根本目的就是授权持有人排除其他人使用受保护的知识产权的可能，因而，持有人应该能够自由地对许可证接受者规定这种限制，这与知识产权本身的限制一样；“合理报酬”主张，按照这种主张，由于专利法的目的是保证专利持有人能因自己的努力而得到报酬，因而竞争法的适用不应该阻碍从正当的限制中所得到的报酬；<sup>43</sup> 哈佛学派强调的是个人自由竞争，这也影响到针对“九个不许”的执法政策，这些限制据认为实际上总是超出了知识产权的范围或合理报酬的范围；<sup>44</sup> 芝加哥学派强调经济效率，对于对付纵向约束、垄断和合并的强烈的反托拉斯执法行动表示批评；后芝加哥学派围绕市场准入的障碍、交易成本、信息不对等、动态市场的运作以及战略性商业行为进行了研究。现在普遍接受的是，“版权法和反托拉斯法的目的是相互补充的，因为都是为了鼓励革新、促进产业和竞争”。<sup>45</sup> 但近年来，这些对知识产权有利的看法以及知识产权的各种形式的应用并没有排除对阻碍竞争的滥用行为采取强烈的行动，因为管理竞争的执法当局以及法院侧重于高技术部门的产业结构和经营做法所引起的复杂的经济和法律问题。然而，除了一些明显可疑的涉及许可证的做法之外，目前出于反托拉斯目的而对知识产权应用的管制依然大部分局限于一些垄断性行为和集中市场的例外案件。这或许是由于

庞大的富有活力的技术先进的经济这一总体形势在人们看来不容易受到影响到革新的市场支配力的左右。B 节回顾了联邦反托拉斯机构对于许可证协议方面的做法所采取的执法政策，正如准则里所阐述的那样。<sup>46</sup> C 节分析了关于以知识产权为基础的垄断行为的一些案例法(这种垄断行为有可能与许可证协议相关联)，并提到其他一些问题，例如获得或使用知识产权而不利于竞争的问题、专利不正当使用、权利利用尽等问题。下述评论没有谈到所涉企业持有知识产权时对合并的处理问题；在一些案件中，尤其是制药公司之间的合并案件中，执法部门命令将知识产权剥离出售。<sup>47</sup>

## B. 按照准则处理许可证协议方面的做法

13. 准则规定了司法部和联邦贸易委员会在处理专利、版权、商业机密和诀窍的许可证问题时所应遵循的反托拉斯执法政策。这些准则不包括对商标的处理，尽管也指出，适用于其他知识产权的相同的一般反托拉斯原则也适用于商标许可证。准则对知识产权保护表达了一般赞成的意见，指出对知识产权的保护有利于促进革新，以及革新成果的传播和商业化，为新的有用的产品、更有效率的工艺以及原创性作品的创造者确立了可以执行的财产权，防止了快速抄袭导致革新成果的商业价值的降低，这种情况削弱了投资的积极性，最终有害于消费者。准则避免对许可证方面的做法采取形式主义的处理办法，而是在许可证协议方面逐案地检查其实际效果，结合所有有关的经济和法律因素。准则体现的三项一般原则：(1) 就反托拉斯的目的而言，知识产权基本上与其他形式的财产相同；(2) 就此而言，知识产权不一定授予反托拉斯法律所指的市场支配力；<sup>48</sup> (3) 一般来说，发放知识产权的许可证通常具有促进竞争的作用，因为它使得各企业能够结合具有补充性的生产要素，因而一般来说有利于竞争。从这些原则得出的结论是，在对待涉及知识产权的行为时，应象对待涉及其他形式财产的行为一样，适用相同的反托拉斯处理办法；知识产权的独特性(例如容易被窃用)在作一般性的反托拉斯分析时可以加以考虑，这正如考虑不同形式的知识产权之间的差别一样。在没有许可证的情况下，在有关市场中，不同的实体实际上很可能发生竞争，假如许可证协议妨碍了这种竞争，则需要对这种协议进行反托拉斯的审查。因此，准则更多地受芝加哥学派的影响，即强调防止竞争者之间的约束，而不是受哈佛

学派的影响，后者更关注的是捍卫个人在纵向关系中的自由选择权。准则注重解决市场结构、协调和排斥等问题，这表明十分明显地侧重于鼓励革新及其革新成果的传播。另外，在确定对知识产权加以利用的有关市场时，准则作了如下区分：“产品市场”，涉及由许可证所转让的技术或保护的技术产生的中间产品或最终产品；“技术市场”，知识产权的利用独立于所涉及的产品；“革新市场”，是指目前不存在的新技术的研究与开发市场。这三个市场是垂直地相互关联的，只有在产品市场的分析尚不可行，或者不会充分考虑到交易对竞争的所有影响时，才会考虑到革新或技术市场。正如对这三个市场的区分所体现的，准则似乎认定(与欧盟的条例大多一样)，许可证出让者和获得者\* 往往处于垂直的关系中。但准则明确地规定，许可证出让者与许可证获得者或者许可证获得者之间，如果在没有许可证时，它们实际上是或很可能是竞争者，则它们的关系按横向的关系处理。

14. 对许可证协议方面的做法进行评价，牵涉到一项合理原则，需要对任何反竞争和促进竞争的效果进行估量。\* 一般做法是调查限制是否可能具有反竞争效果，若然，限制是否是实现促进竞争的好处大于反竞争的效果合理所需（准则第 3.4 条）。如果协议没有明显的反竞争作用，则按照合理原则进行的调查得到简化；将假定协议是合理的，除非具体的情况要求，一般不再进行调查。在相反的情况下，如果从表面上看，协议就具有反竞争作用，按照合理原则对协议进行调查也被缩短；除非特殊的情况表明提高效率的作用超过对竞争的损害，\* 否则将对协议提出质疑。与一般反托拉斯法所禁止的那些做法相似的限制性商业惯例便属于这一类(横向和纵向限定价格、对产量的横向限制，分割市场以及某些团体抵制行为等)。大多数其他做法，例如搭售、一揽子许可证交易、独家交易、互换许可协议以及共同使用专利、或者自动给予回授权(从表面上看，这既不有利于竞争，也无害于竞争)，这些都需要按照合理原则给予一般分析。大多数纵向限制只有当涉及到在许可证获得者、出让者一级或在另一有关市场上的 \* 横向竞争者之间的 \* 实际约束时，才一般被认为是构成了对竞争的一种危险。\* 但横向的约束不一定是消极的。例如，能够使互补的资产联系在一起许可证协议(例如通过互换许可协议)，或有助于解决法律的或事实上的阻碍的情况，大都将视为有利于竞争；一项正式的限制性协议，例如涉及到使用领域或领土的限制，一般也可以

接受，但条件是它不能为竞争性技术设置障碍。准则规定了一个“安全地带”，在这个安全地带里，许可证协议不大可能受到质疑，因为有充足的竞争，使得任何企业不可能利用市场支配力。没有明显的反竞争作用的协议都属于这一类(条件是双方在有关市场上联合起来的市场份额不得超过 20%)。但这一安全地带不给予在合并的管制上的豁免权(这种管制既适用于直截了当的转让，也适用于知识产权的专有性许可证)。

15. 从以上可以看出，准则与欧盟的技术转让条例相比，提供的法律保障没有那么多，因为这些准则说明的是执法政策，而不是法律，也是因为采用了灵活的合理规则的做法(这在迅速演变的高技术市场上，具有独特的好处)。但准则与欧盟条例之间在这方面的差别也可以缩小，这是因为条例容许采用灵活的经济分析，而准则就执法政策提供了详细的指南(基本上基于现有的案例法和发展趋势)，也就所用的分析原则和方法提供了详细指南，正如假设性的案例所说明的那样。美国的准则所采用的分析结构与欧盟的条例有相似之处，例如欧盟的条例把各种做法分为“白色”、“黑色”和“反对程序”三种名单，对于重要性不大的协议给予豁免，并更愿意对横向的做法以及限制技术革新的做法加以审查(虽然欧盟没有使用技术市场和革新市场这样的概念)。总的来说，准则与欧盟的条例采取了大致相似的做法，都是处理这样的一个基本难题：如何保护许可证发放者，使他们愿意发放许可证，同时又使许可证获得者能够进行竞争。然而，\* 美国竞争政策在限制利用知识产权方面往往比欧盟竞争法要宽松，尤其是在涉及非竞争者之间的协议时是如此——但若通过当前改革欧盟技术转让条例的提案，差距便会缩小。

### C. 与垄断和其他问题有关的案例法

16. 美国的关于以知识产权为基础的垄断的规则和欧盟的关于以知识产权为基础的滥用支配地位的规则，两者在运用上有一些类似点。在欧盟，在某些情况下，具有支配地位的公司可能失去与知识产权相联系的一项关键权利，即不传播革新或其成果的权利。大量的案例法根据“固有风险”主张，得出的结论是，获得专利者可以自由地选择是否以许可证方式出让专利。\* 美国三个上诉法院从不同的角度处理了拒绝发放许可的问题。<sup>49</sup> \* 没有任何终审法院迄今为止接受这样的主张，即要求根据基本设施主张而获得知识产权的主题事项。让知识产权与其



他形式的财产同等对待，意味着基本设施主张在原则上适用于知识产权；但在具体案例上的实际适用则一般取决于该主张的范围，这种范围是不清楚的。

17. 当一项事实上的标准是知识产权的主体时，那么垄断支配主张和基本设施主张都可以是有用的，对前者来说，这一标准是用来支配有关的市场，对后者来说，关于标准的信息对进入上游和下游市场来说都是必不可少的。一直到最近，对事实上的标准，反托拉斯管制的运用是非常谨慎的。司法部针对 IBM 提起的著名的反垄断诉讼除其他外，涉及到 IBM 的附属设备与其他公司所制造的计算机之间的兼容性，这个历时 13 年的案件最后被撤回。<sup>50</sup> 关于要求 IBM 事先公布其对界面的技术修改资料的诉讼被驳回，理由是 IBM 没有义务支持与其竞争的制造商。<sup>51</sup> 革新战略的目的是既控制革新成果，又通过专有性的新产品设计而控制相关的市场，这样的革新战略本身按照反托拉斯法并不成问题；\* 例如，一家胶片制造商曾要求一个照相机制造商公布其新的照相机规格，这一要求被驳回，理由是事先公布有关规格就会让别人免费享受新型照相机投资的成果，从而减少人们研究与开发的积极性。<sup>52</sup> 近年来，联邦贸易委员会审议了知识产权纳入一项标准后维护知识产权的竞争作用问题。具体而言，**Dell Computer Co., C-3658(20 May 1996)**涉及为视频电子标准协会设计的一项在计算机的中央处理机与外围设备之间传输指令的局部总线的标准。根据该协会的标准制定规则，Dell 的一名代表据称用书面确认了拟议标准没有侵犯 Dell 的任何知识产权。不过，标准采用后，而且显然只在新的总线开始奏效后，Dell 通知一些使用总线的成员说，该标准侵犯了它的专利权。委员会指出这种行动构成不公平的竞争方法，违反了《联邦贸易委员会法案》第 5 节的规定。委员会的申诉特别指出，这一行为耽误了该行业接受新的标准，而拿不准标准能否会被接受则抬高了采用新设计的成本。其他公司由于担心专利争议会降低标准的接受率，因而避开使用新的总线。此外，委员会还指出，这种做法给该行业参加制订行业标准努力的意愿迎头泼了冷水。案件以 Dell 接受协议判决了事。根据判决书的规定，Dell 同意不对使用新设计的计算机制造商执行其专利，今后也不会执行其在标准制订过程中有意不披露的任何专利的权利。委员会的 Intel 案还涉及披露问题，但较接近于拒绝交易/互换许可案件。\* Intel 是一家生产计算机微处理器的主要制造商 \* 它对付三家拒绝以许可证方式出让用于微处理器的专利的计算机制造商的办法是，停止向它们预先公布

产品资料，并敦促其他公司不予它们合作；对于阻挠其他公司行使其专利权并实行垄断的指控，它的辩护是，它有权拒绝公布资料，因为这是保护和利用其自己的知识产权。此案的最终解决办法是，Intel 承诺不再以事先公布为手段从其他公司争取知识产权的许可证，同时联邦贸易委员会也承认，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 实行了一般不予公布资料的政策时。<sup>53</sup> 此案生动地证明了反托拉斯法不仅可以用来限制具有支配地位的企业利用知识产权反对竞争，而且可以保护其他受到大企业压力的企业的知识产权。相反，联邦上院法院驳回了 **Intergraph** 对 **Intel** 提起的反托拉斯指控，指出 **Intel** 的客户利益并非一种必要设施，撤消这种利益并不构成拒绝交易，而且 **Intel** 没有利用它在上游市场的支配力而进入新的市场。<sup>54</sup>

18. 正如 Intel 案件所说明的，近些年来，人们越来越多地对事实上的标准采取了更加怀疑的看法，因为在计算机行业，这种标准能够带来巨大的市场支配力，也因为人们担心在计算机、电信等其他高技术产业的垄断支配和“网络效应”，在这些高技术产业往往要求共同使用独特的设施。<sup>55</sup> 但在处理这些案件面对的难题是如何既对限制性商业做法采取行动，又不对技术革新和消费者的利益产生不利影响。这从美国发生的对 **Microsoft** 提起的不同的诉讼案件尤其可以看出来，下文仅对一部分案件加以论述。与在欧盟发生的情况一样，美国司法部就 **Microsoft** 排斥性和搭售的做法以及计算专利权税的方式，特别是针对其“单机许可证”，提出了诉讼，导致法院发出命令，禁止 **Microsoft** 在许可证中规定这样的条款。<sup>56</sup> 然而，在禁止 **Microsoft** 搭售其他软件的命令中，有一项涉及集成化产品的例外，例如容许 **Microsoft** 将一些新的成份结合到其操作系统中。后来美国司法部和 20 个州的检察长对 **Microsoft** 提起了新的诉讼，涉及 **Microsoft** 规定所有 Windows 98 操作系统的买主都必须为终端用户装上 **Microsoft** 互联网浏览器“Internet Explorer”的做法(这就涉及到网络效应，因为使用与在全球具有支配地位的操作系统相联系的同一浏览器，这对消费者来说是方便的)。<sup>57</sup> 另外控告好几项其他搭售、独家经营以及其他掠夺性做法，其总的目的是维护 **Microsoft** 在操作系统市场上的垄断地位，并在此垄断地位基础上保持其在有关的浏览器市场上的支配地位。\* **Microsoft** 提出上诉。美国上诉法庭维持了审判法庭的大部分结论，即 **Microsoft** 违反了《谢尔曼法案》第 2 节，垄断了与 **Intel** 兼容的个人计算

机操作系统。<sup>58</sup> 不过，上诉法庭推翻了审判法庭原先关于 **Microsoft** 企图垄断互联网浏览器市场的结论，并将审判法庭关于 **Microsoft** 浏览器搭售操作系统因而违反了《谢尔曼法案》第 1 节的结论发回该法庭重审。最后，上诉法庭撤销了审判法庭的结构性补救方法命令，要求该法庭重新考虑适当的补救方法。审判法庭目前正在审议美国政府和 **Microsoft** 之间的一项和解提案。

19. 除许可证协议或拒绝交易等以外，还存在着一些重要的情况，知识产权的使用可能会违反《谢尔曼法案》第 2 节的规定。通过政府的赠款而获得一项知识产权可以导致发生反托拉斯法方面的责任，条件是这一获得行为：(1) 属于竞争者为获得市场支配力而涉及的串通计划的一部分；(2) 属于通过在特定市场积累和执行每一项重要的知识产权(尤其是当与不使用结合起来时)以谋求垄断地位的计划的一部分；或者(3) 是通过欺骗专利和商标局或版权局而获得的，或通过类似欺诈的不公平行为而获得的，并且用来排斥有关市场上的竞争(一定存在着市场实力)。准则规定，联邦执法当局对于(3)所列的案件，可以对知识产权的执行提出质疑(但必须满足某些其他条件)。如果知识产权是从另一公司购买的，如果其目的是正如上文(2)所述，是为了垄断，则反托拉斯法的责任也可以产生，这种获得行为也需要受到对合并的管理，正如上一节所述。然而，单纯地获得“一项具有阻碍力”的专利，并为了阻碍竞争者使用它，则是合法的。不诚实地执行或威胁执行知识产权 \* 则是非法的；准则还规定，联邦执法机关对这种无客观根据的诉讼案件，可以提起反托拉斯诉讼。最近，一些专利药品制造商所采用的做法受到反托拉斯调查。这些制造商试图在专利到期之后阻挠非专利药物的竞争。联邦贸易委员会免除了一家制药公司的责任，该公司在一种药物的一项成分的专利到期之前，又根据该药物的另一项主要成分申请该药物的专利。<sup>59</sup> 然而，委员会成功地就几家制药公司据称所进行的付款行为提起了多宗诉讼，这几家公司的专利即将到期，它们向另外几家生产非专利药物的制药公司付款，以换取它们在有关专利到期之后不向市场推出具有竞争性的非专利药品。委员会正在提起多宗其他诉讼，这是广泛调查大制药公司是否非法抑制廉价非专利药物制造商竞争的工作的一部分。<sup>60</sup>

20. 知识产权持有人的行为不仅受到反托拉斯法的制约，而且受到司法界创立的反对专利不当使用的平等主张的约束，根据这种主张，专利持有人如果不恰

当地使用其权利，超出知识产权的范围而排斥竞争，违背公共政策，则可导致其专利或版权的执行受到否定。许多不当使用的案件涉及到搭售。从传统上讲，不当使用的主张不需要证明存在着市场实力、支配权或排斥；许可证中存在着一项不可容许的条款这本身即构成不当使用。但 1988 年的《专利改革法》规定，在处理以搭售为特点的专利不当使用的案件时，必须证明，专利持有人实际上拥有市场实力；该法律还规定，拒绝颁发许可证不能成为专利不当使用主张的基础。因此在不当使用的主张与反托拉斯法之间存在着共同之处，但在处理不涉及搭售的不当使用案件时，法院现在是否要求证明存在着市场实力，这尚不清楚。

21. 关于权利利用尽的问题，有关知识产权的情况是不相同的。专利持有人在美国首次销售受保护的产品这就几乎用尽了其进一步控制该产品的处置的所有权利。然而，该持有人有权自由地在反托拉斯法所规定的限度内(正如上文所讨论的)，就许可证和/或专利产品的销售规定各种限制。“首次销售”主张不适用于经专利获得者同意而在海外销售的产品，不论该产品在海外是否存在着平行的专利；只有有关当事方明确地表示专利获得人在国内和国外市场拥有充分和自由的权利时，专利获得人才无法防止平行的进口。对于品牌产品，根据商业和商标方面的立法，按照美国商标持有人颁发的许可证而在海外销售的灰色市场商品进口到美国(平行进口)，在没有该持有人的授权的情况下，是受到禁止的。除非外国和国内的商标所有人是同一家，是分公司，或以其他方式受“共同控制”<sup>61</sup> (条件是该商品与美国销售的商品有实质上的不同并可能在消费者中引起混乱)。未经许可而向美国进口正当购买的受版权保护的作品 \* 并不被认为是侵犯了版权持有人在美独家销售作品的权利 \* 。

## 第三章

### 其他国家的竞争政策与知识产权

#### A. 日本的规则和经验

22. 其他发达国家与知识产权有关的竞争法律或执法政策基本上与欧洲联盟和美国的做法相同。<sup>62</sup> 日本的法律和执法准则肯定是如此。日本《反垄断法》<sup>63</sup> 第 23 节规定, 被视为行使日本知识产权法所规定的权利的行为不受《反垄断法》的约束。不被承认为行使知识产权的许可证方面的做法可属于该法第 3 节的管辖范围, 该法禁止私人垄断和对贸易的不合理限制。该法第 8 和第 19 节也与知识产权有关, 分别禁止各种专业协会所实行的不合理限制以及阻碍公平竞争的不公开的交易做法。对于这种不公平的交易做法, 日本公平交易委员会作出了有关规定; 被认定为不公平做法的行为包括: 不正当的搭售、独家经营、限制与第三方经营、滥用支配性谈判地位。日本公平交易委员会还印发了关于许可证的准则, 这一准则仅涉及通过许可证协议中的规定而违反第 19 节的情况。<sup>64</sup> 这些准则对国内和国际协议都适用, 就该委员会的执法政策向各企业提供了行政性的指南。在这方面, 日本的准则与美国的准则有相似之处, 例如使用了举例的办法, 来说明哪些许可证协议(例如互换许可协议、共同使用专利、多重许可证协议)或拒绝颁发许可证将会引起竞争政策方面的问题。公平交易委员会所认为的不正当行使知识产权的行为包括下列案例: 共同使用弹球游戏机专利的几家制造商为了限制竞争者进入市场, 拒绝颁发使用该专利的许可证; 一个专业协会给颁发许可证规定了这样的条件, 即需遵守萝卜苗儿的生产配额;<sup>65</sup> Microsoft 将不同的软件的许可证搭在一起销售。

23. 公平交易委员会为了行使该法律所给予的职权, 还于 1993 年颁发了关于联合研究与开发的准则(该准则规定, 对于联合研究与开发所产生的技术和产品市场中的知识产权/竞争政策问题, 按照合理规则而进行处理), 于 1991 年颁发的关于经销系统和商业做法的准则(包括不合理地阻挠平行进口的问题)。这些准则列举了独家经销商阻挠平行进口的各种形式, 这些行为是违反该法律的。日本的法律已接受知识产权的国际用尽原则。例如, 在最高法院所裁决的 BBS 案件上, 一项

关于铝制汽车轮的日本专利的持有人不能阻挠他卖给德国的合法购买者将车轮平行进口到日本。然而，法院认定，如果本专利持有人与受转让者同意将日本排除在该产品的销售或使用领土范围以外，则防止平行进口是有可能的；如果进行平行进口的是第三方，则将日本排除在领土范围以外的协议还需明确地标明在有关产品上。

## B. 其他一些国家或地区的规则

24. 大多数国家，其实质性竞争规则基本上与《罗马条约》第 81 和第 82 条所载的规定相似，特别是一些中欧和东欧国家、非洲和拉丁美洲国家，这些国家在其竞争法律中并不明确地处理知识产权问题。它们也没有执法准则。因此不明确的是，这些法律的一般实质性规定如何适用于涉及知识产权的做法，特别是鉴于缺乏执法准则，或者在竞争政策与知识产权的关系上缺乏经验，特别是在发展中国家和处在转型期的国家。然而波兰的竞争法规定，竞争法不妨碍知识产权，但是竞争法适用于许可证合同以及涉及行使合同的其他行为；波兰还基本上沿用欧盟的做法，出版了关于许可证的准则。<sup>66</sup> 在委内瑞拉，按照竞争法所颁布的准则规定，竞争当局可优先批准对知识产权的获得或利用包括技术知识在内，规定或确立限制，但对于当局采用什么样的标准，没有说明。即使在欧盟内部，虽然一些成员国例如德国或西班牙在竞争法中明确规定了涉及到知识产权的豁免情况，但其他一些国家例如法国在其法律中并没有这样的规定，尽管存在着有关的执法经验。

25. 没有沿用欧盟模式的竞争法律通常对知识产权问题规定得更为明确，其中一些国家(较发达的国家)在这方面日益活跃。知识产权或其许可证通常在一定程度上受到豁免，但这种豁免的范围各不相同。\* 就知识产权许可证而言，加拿大的竞争法应从两个宽广的角度看。第一，《竞争法》总则规定了竞争管理局在什么时候才需要对商业协议、包括涉及知识产权的协议进行干预。管制滥用支配地位的规定含有一个小节，其中指出，单纯为了行使一项知识产权而采取的行动不被认为是反竞争的行动，这一点对《竞争法》总则各项规定中都适用。第二，第 32 节规定了特别补救措施，即联邦法院当发现一家公司使用知识产权所授予的独家经营权利和特权来不正当地限制贸易或减少竞争时，经检察总长要求，有权下

令采取补救措施。这种补救措施可包括命令知识产权所有人向其他公司发放许可。竞争管理局在 2000 年公布了“知识产权执行准则”，其中规定了竞争管理局应如何确定涉及知识产权的行为是否引起了违反《竞争法》的问题。在澳大利亚，竞争法对涉及到知识产权的许可证和转让证书中的某些条件给予了豁免，现在正考虑缩小对横向协议和价格和数量限制的豁免。市场实力达到了相当大程度的知识产权持有人的行为也可被认为构成了滥用市场支配力，但确定这种行为的标准非常严格；例如在最近一宗案件中，一家具有支配地位的公司被认为有权拒绝与一家潜在的竞争对手交易，以维护其街道图独家经销系统，因为该公司并没有利用其市场支配力排斥其竞争对手。<sup>67</sup> 大韩民国的竞争法规定知识产权的行使享受豁免，条件类似于日本的法律规定；然而，为引进以技术为基础的知识产权而签订不公平的国际合同是受禁止的。“关于国际合同中不公平商业做法的类型和标准的通知”涉及到知识产权的许可证问题，该通知规定了在评价一项合同是否公平将考虑到哪些因素，实际上规定了按合理原则进行评价的办法。大韩民国还颁发了“关于平行进口方面特殊的不公平贸易做法的类型的指南”。竞争当局和知识产权当局还确立了相互咨询的办法。

26. 具有习惯法传统的发展中国家的竞争法也通常就知识产权问题规定得更为明确，但它们在这方面的执法经验不多。牙买加法律规定，依据任何版权、专利或商标以及公平贸易委员会所准许的任何转让证书而享有或具有有关权利的个人或工商企业享受豁免；法律还规定，经销商所销售的受专利保护的商品不受维持再售价格的控制，但专利许可证获得者或受转让者所生产的商品的价格可以由专利持有人规定。<sup>68</sup> 赞比亚竞争法规定知识产权许可证协议的规定以及实施这些规定的任何行动全部享受豁免。<sup>69</sup> \* 1970 年颁布的印度专利法 \* 规定对专利许可证中的搭售和有关条款实行管制，并对专利到期之后的限制加以管制，这与好几个国家的专利法一样。

27. 许多知识产权法律还规定了处理滥用知识产权的补救办法，而这些办法不受竞争法的检验；这在专利法中尤其如此，专利法往往规定在下列情况下必须给予强制性许可证：例如没有充分地或以合理的条件满足市场的需求，或没有使附属的专利得到利用。按照阿根廷和加拿大的专利法，存在着反竞争的做法可被认为是给予强制性许可证的理由 \* 加拿大专利法还规定在滥用专利的情况下给予

强制性许可证\*。有些国家，尤其是发展中国家，过去依赖专门的技术转让法律，以防止知识产权许可证方面的滥用。这些法律在许多重要方面不同于竞争法，现在已经被撤销或放宽。按照阿根廷或洪都拉斯以及安第斯条约国家的专利法，受专利保护商品的平行进口是合法的。在安第斯条约国家以及在澳大利亚、洪都拉斯、墨西哥、新西兰和瑞士，商标产品的平行进口也是合法的。按照诸如澳大利亚\*、新西兰和瑞士的法律，受版权保护的商品的平行进口是合法的。在加拿大，如果版权在加拿大和在有关外国由同一持有人所拥有，则这种商品的进口是合法的，但若持有人在出口国已将版权转让给第三方，则持有人有权对进口到加拿大的产品加以控制。南锥体共同市场接受知识产权在区域内用尽的原则。然而，按照大多数习惯法国家的知识产权法律，只有协议(可能受到竞争方面的管制)没有规定任何限制性条件，权利持有人的销售或发放许可证才会使受保护的产品免受知识产权的保护。进一步的销售或许可证将受同一条件的制约，即使后来的合同并没有明确规定这些条件，因为按照“隐含许可”原则，二次许可证接受人不可能获得比初次许可证获得者已有的更好的权利。例如，在肯尼亚的一起案件中，法院裁定，当地的一个经销商不能向肯尼亚进口一项药品，因为英国的专利持有人向美国的许可证获得者规定了领土限制，经销商是从美国进口的该项产品。<sup>70</sup> 然而，按照美国的竞争法，如果这种限制影响了出口贸易，便可以针对这种限制实施竞争法方面的规则。例如在 *Pilkington* 案件上，美国司法部对一家英国公司提起了诉讼，因为英国公司或其美国的分公司在向美国另一家公司颁发的平板玻璃技术许可证中规定了限制条件，据称划分了世界市场，并限制了美国进口和出口平板玻璃，尽管有关的专利已经到期<sup>71</sup> (联合王国政府对这一决定表示抗议)。还必须指出，有些发展中国家的法律只允许具有商标或版权的产品有一个全国经销商，因而实际上等于禁止平行进口。



## 第四章

### 国际方面

#### A. 多边文书中的有关规定

28. 世界知识产权组织所经管的知识产权公约很少涉及竞争法问题。《保护工业产权巴黎公约》第 11 条之二就实行有效保护防止不公平竞争之事作了规定。《保护文学艺术作品伯尔尼公约》第 17 条清楚地表明，该公约不禁止国家行政管制的实施——这一说法很可能适用于竞争法律。考虑到巴黎公约第 5A(2)条容许给予强制性许可证以防止行使专利所赋予的专有权而造成的滥用，同一原则也很可能适用于其他知识产权公约，即使这些公约没有类似于第 17 条的规定。

29. 从来没有生效的 1948 年《哈瓦那宪章》载有涉及知识产权的竞争规则。<sup>72</sup> 《与贸易有关的知识产权问题乌拉圭回合协定》(《涉贸知识产权协定》)与竞争政策有关的实质性规定主要是容许性的。<sup>73</sup> 第 8 条规定为了防止知识产权的滥用或不合理地限制贸易或对技术转让产生不利影响的做法，可能需要采取与协定规定相符的适当措施。第 40 条确认成员国的如下权利：它们可以在其立法中说明哪些许可证做法或条件在某些情况下可能构成滥用知识产权，从而对有关市场的竞争产生不利影响；可以按照协定的其他规定，采取措施防止或管制这类做法，这类做法可包括独占性的回授要求、防止质疑有效性的条件、强制性一揽子许可证等。第 40 条还规定，欲针对另一成员国管辖之下的公司采取竞争政策行动的一成员国可以寻求与该成员国磋商，而该成员国须给予合作，提供有关的可公开得到的非机密资料和机密资料(须遵守国内法律和保护机密的协议)。反过来，如果一成员国，其国民或其境内的居住者受到另一成员国提起的诉讼，则应该经请求提供磋商的机会。\* 第 31 条规定了一些条件，限制在没有专利持有人同意的情况下对专利的使用，包括政府或第三方(包括通过强制性许可证)对专利的使用。然而，在某些例外情况下这些条件不具有约束力：如果为了纠正被一项司法或行政程序认定具有反竞争作用的做法，则容许未经同意的使用。类似的规定也适用于集成

电路的设计。第 6 条规定，协议中的任何条款(在遵守国民待遇和最惠待遇的规定的的前提下)都不得用来处理知识产权的用尽问题。——这一点已在多哈部长级会议上再次肯定。<sup>74</sup> 世贸组织贸易和竞争政策相互关系问题工作组在一定程度上审议了竞争政策如何处理知识产权的问题。<sup>75</sup> 世贸组织现已就《涉贸知识产权协定》以及贸易和竞争政策相互关系问题拟定了截至下次部长级会议召开之前这段期间的工作方案。<sup>76</sup>

30. 在关于《原则和规则》的谈判的筹备阶段，曾作出过一项决定：竞争/知识产权问题将在关于技术转让国际行为守则草案(其第 4 章应是处理技术转让交易方面的做法)的平行谈判中加以处理，但这一行为守则草案从来没有获得通过。<sup>77</sup> 因此，《原则和规则》中处理知识产权的唯一条款是 D.4(e)条，该条规定，滥用支配地位可以体现在：限制某些商品的进口，这些商品在海外正当销售，具有与进口国内保护相同或类似商品的商标相同或相似的商标，即这些商标是同一来源，或者说属于同一所有者而被不同的下属企业使用，而这种限制的目的在于维持人为过高的价格。然而，《原则和规则》第三次审查会议曾决定，专家小组应成员国请求之后并在与国家或区域竞争当局协作下，应规划并进一步加强影响到各国经济发展的竞争法和政策的共同基础，包括在难以查明共同基础的领域提供启示并鼓励交换意见，例如在经济理论或竞争法律或政策有分歧的领域：其中一个便是“从竞争政策角度处理知识产权的行使以及知识产权和专门诀窍的许可证问题”。<sup>78</sup>

## B. 结论以及对国际合作的影响

31. 发达国家或地区目前所采用的适用于知识产权的竞争政策规则基本上是相似的，尽管在给予的豁免的范围上有所差别。这些规则所依据的前提是，竞争政策和知识产权制度通常是互补性的，因为知识产权促进革新及其革新成果的传播和商业化，从而有力地提高动态效率<sup>79</sup> 和福利，这超出了任何静态的分配效率的损失，以及后者对产品价格和数量的不利影响。知识产权被视为类似于其他产权，只有在替代技术和产品无法得到的时候，才会引起重大的市场支配力。知

知识产权的许可证做法被视为普遍具有促进竞争的作用，它提供了将互补性的生产投入结合在一起的可能。但是当知识产权所产生的市场支配力被用来不合理地限制有关市场的竞争时，便需要进行竞争政策方面的干预。在评估对基于知识产权的做法进行的干预是否适当以及如何进行干预时，通常采用了务实的合理原则或经济分析方法，其目的是平衡对知识产权的尊重和对市场竞争的维护，在许可证方面，一方面保护许可证发放者发放许可证的愿望，同时又促使许可证接受者能够进行竞争。为了使这种灵活做法所产生的任何法律不确定性降到最低限度，人们努力使竞争政策对知识产权的处理尽可能地透明和可以预测。

32. 传统的主张侧重于知识产权所授予的权力的范围，现在似乎发生了变化，人们越来越多地侧重于对知识产权持有人、许可证发放者或许可证获得者的行为的目的及其在总的法律和经济意义上对竞争的影响进行公开调查。人们关注的一个主要问题是：知识产权的使用不应有碍于授予这种权利本身的目的(即促进革新)的实现。被认为是纵向性的发放许可证的做法大多受到豁免，而对类似于卡特尔的限制、排他性行为以及大公司所进行的垄断支配以及对技术革新产生消极影响的做法和合并，进行了相对更多的调查。<sup>80</sup> 另外人们普遍地关注公司拥有的事实上的标准、协同工作能力、获得基本设施以及网络效应等，特别是在高技术产业。然而，由于技术的迅速变化及复杂性以及相关的企业战略，对如何适当地处理这些问题，必然会出现把握不定的情况，这种情况也必然会加剧另外的不确定性和争议：即在诸如药物、软件和生物技术等部门什么是或应该是给予知识产权保护的条件？其范围应是如何？尽管发达国家或地区对处理竞争政策/知识产权相互关联的方法总体上一致，但它们内部或它们之间对如何适当处理具体问题(如：市场定义、拒绝发放知识产权许可或出售受知识产权保护的产品、基本设施主张适用于知识产权的范围、许可证安排的某些条件、占支配地位的企业的某些行为、或者平行进口)的看法依然存在很大的差别。<sup>81</sup> 这些差别无疑与竞争法律和知识产权法律、执法政策、经济理论、贸易格局、技术能力以及工业和市场结构的差别联系在一起。

33. 其他国家和地区尽管有时在其竞争政策的法律中触及到知识产权问题，但拥有的实际经验很有限。《涉贸知识产权协定》确保在全球市场范围内以相同的条件提供和实施知识产权的保护，因而，希望使知识产权得到保护不被滥用的

国家有必要制定有效的竞争法律和政策以及能够发挥作用的竞争主管当局。在大多数国家，特别是发展中国家，大多数知识产权是给予外国公司，大部分基于知识产权的交易也是涉及这些公司。因此在这些国家很有可能越来越多的竞争案例涉及到外国企业的知识产权，因而在本国越来越多地需要了解这些企业的有关信息，或者在它们被授予知识产权的国家了解有关信息，同样也需要在实施知识产权方面有更多的国际援助。相反，这些国家的市场可能受到别的国家竞争主管当局授权采取的补救措施的影响，例如：披露信息、公开专有权标准，或在合并的情况下，将合并企业的一方或双方的资产剥离出售给指定的竞争对手，即与在外国受保护的产品或工序有关的知识产权的持有人。<sup>82</sup> 因此，各国 \* 可能越来越需要和更多地处理这些问题时使用技术援助、国际磋商与合作，包括根据《涉贸知识产权协定》中的有关规定进行磋商。如果各国竞争当局能够采取相同的做法，相互信任，并认识到共同利益的所在，则这种合作最有可能取得最佳成果。<sup>83</sup> 在这方面，合作的互利性质将会因革新活动的日益增强的国际性而得到加强<sup>84</sup>。另一项因素是，在信息产业，由于广泛的国际使用所产生的网络效应，对于影响到一个区域市场的限制性商业做法采取执法行动(不论这一市场多么大)都不可能防止垄断的发生，除非在其他管辖区域内也采取针对类似限制性商业做法的平行的执法行动。<sup>85</sup>

34. 因此需要作出努力，促进在这一领域的相互理解和建立信任。在这方面，人们提到，世贸组织工作组就这一问题所进行的讨论提供了进一步开展工作的分析性基础，进一步的工作便是在世贸组织成员国之间促进就竞争法律的执法政策采取共同的做法。考虑到这些讨论以及有关的经济文献和各国执法政策，今后在这一领域进行的工作可以包括下列几方面：对处理许可证协议的不同做法进行比较；知识产权在网络产业中的作用；通过获得知识产权以及使用侵权诉讼来制止竞争者进入市场的做法而实现市场支配力的新战略的出现；“革新市场”的概念；知识产权的领土可分割性的意义以及在国际贸易中实行知识产权用尽主张的理由。<sup>86</sup> 同一作者还提到，竞争当局可以利用其竞争方面的倡导力量来参加关于知识产权的适当范围和应用的讨论，以此促进新的以知识为基础的国际经济的竞争和效率提高。<sup>87</sup> 参加经合组织一个圆桌讨论会的与会者也具体地建议，竞争当局应利用其倡导力来提醒各国专利局注意过于宽泛的专利所具有的反竞争作

用。尽管与会者也建议竞争主管当局不宜采取行动来减轻这些专利所具有的反竞争作用(因为这样做会使利润率更无法确定,从而打击了革新的积极性),他们还是指出,目前有些当局已自动进行调整,因为专利宽度与支配地位可能会被连结起来。<sup>88</sup> 联合王国竞争主管当局的一份讨论文件指出,电子商务的兴起可能会使指控知识产权利润过高的竞争案件激增,因而可能有必要对知识产权法律进行某种修订。<sup>89</sup> 另外,一个技术先进的国家建议,鉴于电子商务和保护知识产权对世界经济活动的影响,应该审查给予商业方法专利的后果,并从国际竞争政策的角度采取必要的措施。<sup>90</sup> \* 欧洲联盟正在起草一项适用于整个欧盟的软件专利法律,欧盟委员会竞争事务官员要求限制该法律的范围,包括不给予商业方法专利。<sup>91</sup> 美国前联邦贸易委员会主席曾经指出,“问题与其说是应否保护革新的动机,还不如说应给予多少保护才适当,因为有关各方都同意予以保护, ”<sup>92</sup> 并说“许多人,包括其本人在内,对发放的专利的数目和范围都很关注”。<sup>93</sup> 他指出了反托拉斯执行当局在“高技术”经济中所面临的一些主要问题:知识产权与传统反托拉斯原则的不协调、瞬息万变的市场与步伐缓慢的反托拉斯案件的审理基本上无法调和、竞争执行人员需要高度的技术知识水平。不过,他曾强调指出美国反托拉斯执行当局在解决这些问题方面已取得了重大进展。

35. 从上文所述看来,竞争当局与知识产权当局之间、国与国的主管当局之间在这一方面有某种程度的不协调之外,因此需要促进磋商、合作和提供技术援助。为减少国家一级出现不协调的危险,发展中国家可以援引哥伦比亚和秘鲁所采用的方法,即由单独一个机构负责竞争政策和知识产权事务,尽管其内部程序依然分开;这样做大大有利于磋商和意见交换。<sup>94</sup> \* 至于后续工作,应采取逐案审查法,由若干国家举行圆桌会议讨论它们各自的国家竞争主管当局处理的少数几个案件并从中得出共同的结论,包括可作为知识产权“示范”执行准则的做法。<sup>95</sup> 鉴于这项建议 \* 以及本报告的调查结果,兹建议政府间专家组将下述问题列入它讨论竞争政策对知识产权的处理这一题目的任何会议议程中:

- (a) 查明典型的知识产权方面的做法,讨论这些做法的动机和经济影响,优先注意地区独占性和平行进口、独家经营、附有条件的要求和独占性回授要求,要考虑到 TD/B/COM.2/CLP/10 号文件中关于这些做法的讨论(转载于附件);

- (b) 不同国家的法律所采用的概念基础和标准，来区分具有正当的促进竞争目标或作用的基于知识产权的做法和不具有受保护理由的做法——这包括审议在多大程度上有可能区分横向与纵向的做法，以及审议对诀窍的许可证进行竞争管制的基础(在大多数国家这不是知识产权保护的具体内容)；
- (c) 在涉及知识产权的竞争案件上，如何对有关市场、市场支配力或潜在的竞争进行评估，以考虑到技术、企业的战略、竞争法律和政策、知识产权保护的国际框架等方面的变化；
- (d) 按照不同的竞争法律或执法政策，各国如何处理在知识产权许可证协议中通常看见的那些做法、滥用支配地位或垄断地位的普通形式、涉及知识产权的合并或合资企业、在高技术工业或网络效应方面引起的具体问题、在这些案例中适用的适当补救办法等，用假设的或真正的案例说明；
- (e) 各国竞争当局是否可以以及如何使用其竞争倡导力来参加目前进行的关于知识产权的适当范围和应用的辩论，并与知识产权主管当局磋商；
- (f) 在多大程度上竞争政策对知识产权的处理应受下列各因素的影响：各国在知识产权范围上的差异、竞争政策对促进静态和动态效率所给予的不同的重视、国内产业和市场的结构、技术发展水平以及在商业战略中获得和使用知识产权(同时考虑到许多发展中国家的市场往往具有有限的替代产品或技术，市场门槛较高，购买力较低，通过新的革新开展竞争的可能性有限等)；
- (g) 加强这方面国际合作的条件和机制。

36. 政府间专家组还不妨请贸发会议秘书处在考虑到成员国进行的讨论的结果及提供的资料的同时，在示范法律<sup>96</sup>的评注中对各国的竞争法律和政策处理知识产权的方式以及技术合作活动进行比较性审查，以便加强发展中国家和经济转型国家在这方面的知识。

## 注

<sup>1</sup> 见贸发会议“第四次联合国全面审查《多边协议的一套管制限制性商业惯例的公平原则和规则》会议的报告”(TD/RBP/CONF.5/16), 第一章, 决议第7段。\*

<sup>2</sup> 见贸发会议竞争法和竞争政策问题政府间专家组第三届会议报告(TD/B/COM.2/CLP/24 – TD/B/COM.2/32)议定结论第4段。

<sup>3</sup> 从加拿大和美国政府收到了关于这份报告的书面资料。

<sup>4</sup> 见 TD/B/COM.2/CLP/10, 内容摘要。

<sup>5</sup> 见协议第1条和第39条, 后一条规定, 为了有效地制止不公平竞争, 正如《工业产权巴黎公约》第10条之二所规定的那样, 成员国应对未予公布的资料给予保护, 如果这种资料是秘密的并且具有商业价值的话, 而且为了维持机密, 已采取了合理的措施。机密将包含商业秘密的概念, 商业秘密按照美国许多州的法律, 像知识产权一样享有保护。秘密还包含秘密诀窍的概念(没有申请专利的技术资料, 例如对制造工艺的描述、配方、公式、设计或绘图), 这些通常是需要许可证才能转让, 按照欧盟的法律, 也得到合法承认。

<sup>6</sup> 原第85条。第81条第(1)款禁止可能影响成员国之间贸易的协议、决定和协商一致的做法, 这些协议、决定和一致做法的目的或后果是为了防止、限制或扭曲共同市场内的竞争。但第81条第(1)款范围内的行为也可以根据第81条第(3)款加以豁免, 如果它有助于促进商品的生产或销售, 或促进技术或经济进步, 同时又使消费者享受到公平份额的效益, 并且不涉及非实现预期效益必不可少的限制, 或者不会消除相当一部分产品市场上的竞争。

<sup>7</sup> 1996年1月31日第240/96号条例, 关于条约第85条(3)款适用于某些类别的技术转让协议, OJ 1996 L31/2。该条例取代了分别处理专利和诀窍许可证的两项条例, 与前两项条例相比, 对于限制的管理, 采取了明显的更为宽松的做法。

<sup>8</sup> 构成知识产权本身的一揽子基本权利。另外被称为“授予的范围”主张, 最初产生于美国反托拉斯法中的“固有权利”主张。

<sup>9</sup> See ECJ, 8.6.1982, *L.C. Nungesser KG and Kurt Eisele v. Commission*, 258/78, ECR 1982, 2015 (the “Maize Seed case”) and ECJ, 6.10.82, *Coditel v. Ciné Vog Films SA*, 262/81, ECR 1982, 3361。

<sup>10</sup> CJEC of 19 April 1988, case 27/87, *Erauw-Jacquéry/La Hesbignonne*, Rep. 1988, 1919。

<sup>11</sup> 《罗马条约》第295条规定: 条约“丝毫不影响各成员国关于财产所有制的规则”。

<sup>12</sup> See ECJ, 25.2.1986, *Windsurfing International/Commission*, 193/83, ECR 1986, 611, and ECJ, 27.9.1988, *Bayer/Süllhöfer*, 65/86, ECR 1988, 5249.

<sup>13</sup> See ECJ, 11.2.1971, *Sirena/Eda*, 40/70, ECR 1971, 69; ECJ, 22.6.1994, *IHT und Danziger* (“*Ideal Standard*”), C-9/93, ECR 1994, I-2789.

<sup>14</sup> See ECJ, 14.9.1982, *Keurkoop/Nancy Kean Gifts*, 144/81, ECR 1982, 2853.

<sup>15</sup> 授予强制性许可证的情况除外。版权授予的电影经销权并不由于首次在欧盟地区内放映或通过电视广播而告用尽。

<sup>16</sup> ECJ, 16.7.1998, *Silhouette International Schmied*, C-355/96; ECR 1998, I-4799.

<sup>17</sup> See the *Sebago* case, Case C-173/98 (1999) 2 C.M.L.R. 1317.

<sup>18</sup> See the joined cases of *Zino Davidoff/Levi Strauss* at [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

<sup>19</sup> See Pons J-F, *Innovation and Competition: A view from the European Commission*, *EC Competition Policy Newsletter* (1998), 6.

<sup>20</sup> 包括大部分回授条款、最低质量规格、使用领域限制以及其他规定，其目的是维护对受转让的技术的保护和控制，保证各方的义务在财务和经济上的平衡，或产生技术转让的效益。

<sup>21</sup> 包括价格维持条款、不进行竞争的某些一般条款、由一致行动所产生的或拿不出客观理由的出口限制、对顾客的限制以及绝对的或时间过长的领土限制。

<sup>22</sup> 这一程序明确地适用于非技术必要性所决定的搭售协议并适用于无质疑条款。

<sup>23</sup> See **Commission of the European Communities, Commission Evaluation Report on the Technology Transfer Block Exemption Regulation No. 240/96 – Technology Transfer agreements under Article 81**, at <http://comm/competition/antitrust/technology-transfer>.

<sup>24</sup> ECJ, 6.4.1995, *RTE and ITP/Commission*, C-241/91 P, ECR 1995, I-743, I-822, point 46.

<sup>25</sup> ECJ 5.10.1988, *CICRA/Renault*, 53/87, ECR 1988, 6039; EC, 5.10.1988, *Volvo/Veng*, 238/87, ECR 1988, 6211。对于汽车零件设计权的适当范围，欧盟内部也存在着争议，因而在统一各国对设计权保护的欧盟指示中，这一问题被排除在外。到目前为止，欧盟也未能通过一项创立独立的共同体内适用的设计权的条例。

<sup>26</sup> ECJ, 6.4.1995, *RTE and ITP/Commission*, C-241/91 P, C-242/91 P, ECR 1995, I-743.

<sup>27</sup> 这一条举例列出了“限制生产市场或技术发展从而有害于消费者利益”的滥用行为。

<sup>28</sup> *Ladbroke* case, CFI, 12.6.1997, *Tiercé Ladbroke/Commission*, T 504/93, ECR 1997, II-923.

<sup>29</sup> *Hilti v. Commission*, Case C-53/92P E.C.R. 1-667.



<sup>30</sup> 这是美国反托拉斯法中的一项主张，根据这种主张，当对于进入市场来说必不可少时，当潜在的进入市场者实际上无法复制该设施时，以及当设施的所有者在没有合理的商业理由的情况下拒绝给予进入权的情况下，则该设施被认为是基本设施。在这种情况下则给予强制性使用权，如果这样做是可行的，并且如果潜在的使用者的使用并不在很大程度上影响所有者的使用的话。

<sup>31</sup> **NDC Health/IMS Health, Case COMP D3/38.044 (Interim Measures), 3 July 2001。**

<sup>32</sup> EC Directive 91/250 on the Legal Protection of Computer Programmes, 14 May 1991, OJL 122/42。

<sup>33</sup> 与标准化机构所批准的正式标准不一样，事实上的标准的地位产生于其在市场上的成功。

<sup>34</sup> Undertaking of 15 July 1994, Bulletin EU 7/8-1994, p. 149 et seq.

<sup>35</sup> CFI, 16.12.99, *Micro Leader Business/Commission*, T-198/98。

<sup>36</sup> See *Financial Times*, 19 April 2001。

<sup>37</sup> See Commission Notice on Agreements Ancillary to Mergers under Regulation 4064/89, OJEC 1990 C 203, 5。

<sup>38</sup> See Commission Notice on the Notion of Concentration, OJ 1994 C 385/2, para. III point 11。

<sup>39</sup> See Lang JT, European Community antitrust law: Innovation markets and high technology industries, *19 Fordham International Law Journal*, 20: 717。

<sup>40</sup> *Ciba Geigy/Sandoz*, Case No. IV/M. 737, EC Decision of 17 July 1996, OJ L 201 (29 July 1997)。

<sup>41</sup> *Ciba-Geigy Ltd. et al.*, FTC Dkt. No. C-3725, Consent Order and Complaint (24 March 1997), reported in *5 Trade Reg. Rpt. (CCH)* 24, 182。

<sup>42</sup> 按照欧盟法律，垄断的概念比滥用支配地位的概念狭隘得多，但同样可以包含单方面的行动。必须能够证明，在有关市场上存在着垄断实力，通过反竞争或掠夺性行为故意地获得或维持其市场实力；很高的市场实力(例如 70%)可以令人假定拥有垄断实力，其他一些因素例如一个公司有能够在相当长的一段时间内使价格高于(或低于)竞争性水平，这也可以令人推断具有垄断实力。

<sup>43</sup> For a critique of these two doctrines, see Ullrich, H, *Technology transfer agreements under EC-competition law: a conservative reform*, Centre d'Etudes Internationales de la Propriété Industrielle, Strasbourg, 1996。

<sup>44</sup> 美国司法部 1970 年公布的“九个不许”是针对着下列行为：搭售未获得专利的供应品、强制性回授权、限制获得专利的产品的购买者转售该产品、排斥(规定不得购买竞争对手产品的条款)、许可证获得者否决授予进一步的许可证、强制性包装许可证、与获得专利的产品的销售没有合理关系的专利使用费、限制销售用享有专利的工艺生产的未注册专利的产品、对利用转让技术生产的产品规定价格。

<sup>45</sup> *Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc.*, 879 F.2d 1572 (Fed. Cir. 1990)。

<sup>46</sup> Antitrust Guidelines for Licensing of Intellectual Property, United States Department of Justice and Federal Trade Commission, 6 April 1994, reprinted in 4 Tr. Reg. Rep.(CCH) 13.132。

<sup>47</sup> See Glasgow, Lara J., **Stretching the limits of intellectual property rights: has the pharmaceutical industry gone too far?**, *IDEA The Journal of Law and Technology*, vol. 41 (2001), p. 227。

<sup>48</sup> 然而，准则承认，对于能否认定市场实力产生于知识产权，法律并不明确。

<sup>49</sup> **Data General v Grumman System Support**, 36 F.3d 1147 (1st Cir. 1995) (no liability for refusal to license a copyright); **Image Tech Servs. Ins. v. Eastman Kodak Co.**, 125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997) (liability found for refusal to license a patent); **CSU, l.l.c. V. Xerox Corp.**, 203 F.3s 1322(Fed. Cir 2000)(no liability for refusal to license a patent)。

<sup>50</sup> See *U.S. v. IBM Corp.*, 687 F.2d 591 (2nd Cir. 1982)。

<sup>51</sup> *California Computer Prods., Inc. v. IBM*, 613 F.2d 727 (9th Cir. 1979)。

<sup>52</sup> *Berkey Photo v. Eastman Kodak*, 603 F.2d 263 (2nd Cir. 1979)。

<sup>53</sup> See *Agreement Containing Consent Order* (Docket No. 9288) at <http://www.ftc.gov/os/1999/9903/d09288itelagreement.htm>。

<sup>54</sup> **Intergraph Corp. v. Intel Corp.**, 95 F.3d 1346(Fed. Cir. 1999)。

<sup>55</sup> 随着加入网络的其他用户的增加，从网络的原来用户所获得的价值也会增加，这就发生了网络效应。例如，一项计算机程序的价值可能取决于使用该程序的数据文件的数量，以及该程序与其他互补性商品或服务的兼容性。网络效应既增加了用户的需求，又增加了供应方的市场实力。

<sup>56</sup> *U.S. v. Microsoft*, 1995-1 CCH Trade Cases, para. 70,928。

<sup>57</sup> 浏览器是使个人计算机使用者能够进入互联网的环球网的专门化软件程序。

<sup>58</sup> **United States v. Microsoft Corp.**, 253 F.3d 34(D. C. Circ. 2001)。

<sup>59</sup> See *Financial Times*, Drug abuses, 20 April 2000。

<sup>60</sup> See “Drugs group in antitrust probe”, *Financial Times*, and “Antitrust charge in U.S.”, *Wall Street Journal*, both of 3 April 2001. See also Glasgow *op. cit.*。

<sup>61</sup> See *Kmart Corp. v. Cartier Inc.*, 108 S. Ct. 1811, 6 USPQ2d 1897 (1988)。

<sup>62</sup> See OECD, *Competition Policy and Intellectual Property Rights*, Paris, 1998.

<sup>63</sup> Antimonopoly Act concerning Prohibition of Private Monopoly and Maintenance of Fair Trade, Act No. 54 of 14 April 1947.

<sup>64</sup> 1999年7月公布的“关于根据《反垄断法》发放专利和诀窍许可证协议的准则”。这一准则替代了1989年公布的准则。

<sup>65</sup> 见世贸组织贸易和竞争政策相互关系问题工作组编写的文件，“日本的来文——与贸易有关的知识产权问题与竞争政策的关系”。WT/WGTCP/W/106。在裁定这些案件时，1989年颁发的准则尚有效。

<sup>66</sup> 见1990年的《反垄断做法法》和反垄断局“关于《反垄断做法法》规定适用于专利许可证和诀窍的准则”。

<sup>67</sup> **Medway Publishing Pty. Ltd. V. Robert Hicks Pty. Ltd(t/a Auto Fashions Australia)(2001)50 I.P.R. 257.**

<sup>68</sup> See the Fair Competition Act 1993.

<sup>69</sup> The Competition and Fair Trading Act, 1994, section 3.

<sup>70</sup> *Beecham Group v. International Products Ltd.*, quoted in D. Gladwell, “The exhaustion of intellectual property rights”, 12 *European Intellectual Property Review* (1986), p. 368.

<sup>71</sup> *U.S. v. Pilkington plc*, 7 Trade Reg. Rep. (CCH) 50758 (D. Ariz. 1994) Consent Decree.

<sup>72</sup> 该《宪章》第46条第(3)款涉及了以协议方式防止获得或未获得专利的技术或发明的发展或应用的做法，以及将知识产权的应用扩大到非知识产权的范围或主题事项内的事项、产品或生产条件、使用或销售。

<sup>73</sup> 关于对协定的回顾，见贸发会议所编的“与贸易有关的知识产权问题协定与发展中国家”，纽约和日内瓦，联合国出版物销售编号96.II.D.10，纽约和日内瓦，1996年。对于协定中涉及竞争政策的有关条款的具体审查，见贸发会议“竞争法和政策的范围、内容和执行以及对乌拉圭回合各项协定中有关竞争政策的规定包括其对发展中国家和其他国家影响的分析”，TD/B/COM.2/EM/2，以及“竞争政策问题及所用机制方面国际合作迄今为止获得的经验”，TD/RBP/CONF.5/4，以及世界贸易组织“1997年年度报告——第一卷——特别专题：贸易与竞争政策”。

<sup>74</sup> 见世贸组织“关于涉贸知识产权协定与公共卫生”，WT/MIN(01)/DEC/2，2001年11月14日。

<sup>75</sup> 见世贸组织“贸易与竞争政策相互关系问题工作组的报告”（1998年）(WT/WGTCP/2)，第112-122段。

<sup>76</sup> 见世贸组织《部长宣言》WT/MIN(01)/DEC/1，2001年11月14日。

<sup>77</sup> 见贸发会议“1985年6月5日第六届贸发大会结束时技术转让国际行为守则草稿的情况”，TD/CODE TOT/47，和“关于技术转让国际行为守则的谈判”，TD/COD ETOT/60，1995年9月6日。行为守则草案第4章列举了14种可视为具有限制性的做法，其中包括：回授条款，限制对有效性的质疑，研究，使用工作人员或调整；独家经营，销售或代理；定价；搭售；共同使用专利或交叉许可证；知识产权到期后的付款和其他义务；协议到期后的限制。

<sup>78</sup> 见贸发会议“第三次联合国全面审查《管限制制性商业惯例的一套多边协议的公平原则和规则》会议的报告”，TD/RBP/CONF.4/15，附件一，审查会议通过的决议，第11段。

<sup>79</sup> 以最佳时机引入新产品并随着时间提高生产工艺的效率。

<sup>80</sup> 在有可能妨碍革新的各项做法中，经合组织各国主管竞争的当局干预最多的做法如下：禁止在许可证到期之后使用转让的技术，在专利到期后支付专利使用费，限制对专利有效性的质疑。见经合组织，同前引。

<sup>81</sup> 同前引。并见公平贸易办事处2000年8月关于“电子商务及其对竞争政策的影响”的文件，其中指出，就电子商务市场而言，联合王国竞争法对滥用基本设施案件的处理要比欧盟的先例严厉得多。

<sup>82</sup> 关于要求将资产剥离在全世界出售作为美国联邦贸易委员会批准两家制药公司合并的条件的实例，见“Spin-offs resolve anticompetitive concerns triggered by merger of Smithkline and Glaxo”，Antitrust & Trade Regulation Report, Vol.79, No.1989, 22 December 2000, p.587。将资产剥离出售在这一案件中涉及将药物专利、商标或商业秘密出售给或以许可证方式转让给指定的制药公司。

<sup>83</sup> See TD/RBP/CONF.5/4.

<sup>84</sup> See OECD, *op. cit.*, pp. 420-421.

<sup>85</sup> See “Presentation by Mr. Hans Ullrich”, in UNCTAD, *The role of competition policy for development in globalizing markets*, 1999: 39.

<sup>86</sup> See Anderson R., *Intellectual property rights, competition policy and international trade: reflections on the work of the WTO Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy*, *World Trade Forum 1999 Programme on Intellectual Property: Trade, Competition and Sustainable Development*, Cottier T. (ed.), forthcoming.

<sup>87</sup> See Anderson R., *The interface between competition policy and the intellectual property system in the context of the international trading system*, *Journal of International Economic Law* 1998, 1: 655.

<sup>88</sup> See OECD, *op. cit.*

<sup>89</sup> See Office of Fair Trading, *op.cit.*

<sup>90</sup> See WTO, IPR and Competition Policy for Development - Communication from Japan (WT/WGTCP/W/147). For a criticism of business method patents, see for example “Ideas vs. Income: when tech patents collide”, International Herald Tribune, 24-25 March 2001.

<sup>91</sup> See **“EU resists push to widen patent law”**, **International Herald Tribune, 5 October 2001.**

<sup>92</sup> See “Pitofsky insists on relevance of antitrust in ‘new’ economy”, Antitrust & Trade Regulation Report, vol.80, no.1998, 9 March 2001, p.208.

<sup>93</sup> See **“FTC and DOJ begin new hearings on intellectual proerty/antitrust interface”**, **Antitrust & Trade Regulation Report, vol. 82, no. 2044, 15 February 2002.**

<sup>94</sup> See de Leon, Ignacio, **The enforcement of competition policy on intellectual property and its implications on economic development: the Latin American experience**, **The Journal of World Intellectual Property, vol.4 (2001), p. 729.**

<sup>95</sup> Communication from the Canadian Competition Bureau.

<sup>96</sup> 见贸发会议“关于法律范本条款可用要点的评论草案”(TD/B/RBP/CONF.5/7), 2000年10月。

## 附 件

### 文件 TD/B/COM.2/CLP/10 摘录

#### 地区独占性和平行进口

15. 尽管比较可取的是把市场分隔为互不相关的地区，并且封锁或者充分限制贸易流动以便把价格维持在各个市场可以承受的最高水平上，但许可方往往宁可把独占性地区(一个地区，一个城市，或者整个国家)指定给一个许可证接受者。存在着两种完全不同的地区独占性：一种“开放的”和另一种“关闭的”。开放地区独占性指合同权利是特定地区内独有的许可证接受者，但没有任何保护，将面临从其他地区许可证接受者那儿遭到其产品的并行进口者的竞争。<sup>16</sup> 封闭地区独占性是指在某一地区内完全的独家销售权利。在封闭地区独占性情况下，禁止平行进口，并且阻止地方独家许可证者所推销产品的竞争来源。

16. 人们认为<sup>17</sup>，知识产权拥有者在各许可证接受者之间划分市场，每个人具有一个独占的地区，不会产生更多的垄断力。他在设立独占性的每个地区(或者国家)，拥有独占性权利。地区独占性事实上可以因不同的理由设立，其中一些和反竞争行为没有关系，可以促进有效性和消费者福利。减少同一商标内竞争(同一商品的经销商之间的竞争)可能是加强商标之间竞争(不同商标之间的竞争)的必要条件。例如，地方领有许可证接受者可能需要进行大量的投资以便促进大多数消费者尚不了解的新产品近期进入市场。他们可能通过例如广告宣传、免费散发产品的样品、货品陈列等或者通过改进得到许可证的产品、使它们适应当地的需求等来这么做。地区独占性可避免其他领有许可证接受者投机取巧的利用这些投资。<sup>18</sup>

17. 对于有限的若干产品，开放地区独占性可能给地方专有许可证者所进行的投资带来足够的回报。然而，当贸易障碍有限并且运输费用并不很大时，并行进口者可以通过销售获得巨大的不担风险的获利，这种销售影响了地方领取证书者收回地方费用的可能性。另一方面，封闭地区独占性可能导致领有许可证接受者过份的双倍提价，损害了颁发知识产权许可方的利益。具有下游程序垄断权利的领有证书接受者事实上可以降低产量，要求极其高的价格，破坏整个纵向结

构：比较好的纵向协调产生的较低的价格可以为发许可证者和领有许可证者带来更大的利润。在有平行进口的时候，独家经营的领有许可证者因其能力限制不能过度提价。如果价格过高，平行进口可能对价格施加向下压力。

18. 知识产权拥有者参加地区独占性的另一个重要原因是，从价格歧视中获得利润。特别当地区或者国家具有不同的需求弹性时，在不同的地区索取不同的价格将提高整个盈利能力。更具体地说，在需求不受价格影响的地区，索取比较高的价格可以获得最大的总的利润。在国际价格歧视的情况下，国家竞争政策的目标，即尽量扩大该国公民的福利，可能会与实现全球福利背道而驰。从国际福利的观点来看，如上文所述，可以跨国采用专有性许可证来实现价格歧视，由于由此产生全球产量扩大，因而与加强效率的影响有关。但是，从索要价格比较高的国家的方面来看，取消地区专有性(至少禁止平行进口)，特别当知识产权拥有者是在国外时，可能带来净收益。实际上，竞争可以降低价格，完全有利于国家的福利，而降低的革新刺激的代价将由所有各国分摊。这对于净技术进口国家更是如此。大多数发展中国家就是这种情况。因而，禁止地区和其他形式的颁发证书的限制可能完全是理智的选择。

19. 然而，重要的是考虑试图阻止国际价格歧视的后果：跨国公司可能选择彻底禁止颁发使用其技术的许可证。而且，人们认为<sup>19</sup>，国际价格歧视和禁止平行进口主要有益于发展中国家，因为来自较工业化的(或者富有的)的国家的企业可以在比较穷困的市场索要比较低的价格，而无须被迫在比较富有的市场降低其价格。这样一来，跨国公司供应无须在被迫统一定价的情况下支付的市场。<sup>20</sup>

20. 地区专有权的另一个后果是，它们还可以促进实施遮人耳目的卡特尔安排。例如，在某类产品特有的总专利中拥有大量份额的竞争公司可以同意向一个联合拥有的公司颁发专有许可证，然后通过地区专有在相互关联的公司之间划分市场。这样的安排显然会大大地降低竞争，因为它将关系到本来会相互拼命竞争的公司(在没有颁发证书的协定之下)，而不涉及纵向生产链上不同层次运作的公司。

21. 分配独占性领土使监督下游程序对卡特协定的侵犯变得更加容易，还可以直接促进相互竞争的发许可证者之间的串通。实际上，相互竞争的发许可证者可能对许可技术的特许使用费的价格难以达成一致意见，但可能会对持有许可证

者提供的最后产品的价格容易达成一致意见。地区专有性可以便利地监督持许可证者的最后价格。竞争政策决策者对地区限制的处理显然依赖于每个特定情况下使用限制的普遍意图及其可能产生的影响。特别当这些安排似乎并不能导致一定的效率，相反地成为确保市场卡特尔化计划的一部分，可以预期它们对竞争和福利发生负影响。另一方面，如果用它们来克服投机取巧，对付发许可证者和持许可证者之间信息的不平衡或者确保价格歧视，则其对福利的影响更加模糊不清，并基本上取决于市场集中和进入障碍。

### 独家经营

22. 独家经营安排使得领许可证者无法采用发许可证者竞争者提供的技术来生产产品。这相当于销售安排中的独家经营安排，在这种安排之下不允许零售商采用竞争的商标。知识产权许可证分发中的独家经营限制的理由和产品市场所采用的独家经营的限制一样：避免相互竞争的发许可证者之间的投机取巧机会，和促进发许可证者和持许可证者发展具体技术关系。<sup>21</sup>

23. 发许可证者向在其他公司许可下也生产商品的持许可证者转让技术知识，可能会有泄漏情报和盗用它们专利知识的风险。和持许可证者发展独家经营关系可能是克服这种潜在的投机取巧情况的一种方式。而且，独家经营可能会提高具体投资的回收，因为减小了持证书者中断和发证书者牢固关系的可能性。但是独家经营安排也可能导致市场没收担保品，对敌对的发许可证者造成损失，限制了市场的竞争，特别是当进入此类安排的公司早已在有关的商品市场拥有巨大的份额时更是如此。没收担保品做法大部分取决于现有或新的发许可证者的替代生产能力的现有情况。

### 附有条件的要求

24. 附有条件的要求指一项合同义务，根据该义务生产者同意仅向同意购买其他无关的产品的购买者销售某样商品。附有条件的要求可用来提高福利的目的，如保护已发许可证技术的名誉。例如，一名新模式复印机的制造者可以要求新模式的购买者从制造者那里购买零件和维修服务。这个要求可用来确保，机器对使用者应有的质量不会因为低质量维修服务或者零件而降低。附有条件的要求



还可以降低在颁发商品价值尚不确定的新产品证书时所固有的风险。为达到降低这种风险的目的可以对革新索价放低，并且把它和需求与使用这一革新有关其他商品联系在一起。

25. 比较通常的是，采用附有条件的要求在不同程度上使用商品和技术的用户之间进行价格区别待遇。例如，可以向用户出租照像机，条件是必须从租借人那里购买胶卷。如上文所述，价格区别待遇可以促进福利，因为它可以扩大生产，可以使本来得不到供应的使用者获得商品，因为垄断产品限制与统一标价有关。然而，附有条件的要求在作为一项工具排除其他市场时也可造成明显的降低福利的影响。如果发许可证者在使产品附有条件方面拥有巨大的市场支配力并且在附有条件的产品有巨大的排斥影响就会达到这项目的。

#### 独占性回授要求

26. 这种形式的限制指发许可证者要求得到持许可证者通过改进已注册的技术发展的新技术的所有权利。尽管它可以促进向持许可证者转让技术，但也可能对持许可证者从事研究和发展产生负面刺激。而非专有性回授要求条款允许持许可证者和增加其革新的其他购买者进行交易，这些条款不太可能降低竞争，但却能保持充分的刺激准许使用新技术。

#### 注

<sup>16</sup> 例如这是欧洲联盟内的一个情况，在这种情况下禁止阻止外国生产商提供的商品和服务的并列进口。允许开放地区独占性，但禁止封闭地区独占性被称为是消耗原则。

<sup>17</sup> 参见如 Patrick Rey and Ralph A. Winter, “Exclusivity Restrictions and Intellectual Property” 收在 Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Economy (General Editors: Robert D. Anderson and Nancy T. Gallini), 1998.

<sup>18</sup> 在不对投机取巧加以抑制的情况下，持许可证者不会对地方市场投资，因而最终消费者不可能获得其商品。

<sup>19</sup> 参见 David A. Malueg 和 Marius Schwartz; “Parallel Imports, Demand Dispersion and International Price Discrimination” Economic Analysis Group Discussion Paper, US Department of Justice, Antitrust Division, August 25, 1993.

<sup>20</sup> 在 Frederick M. Abbott, “First Report (Final) to the Committee on International Trade Law of the International Law Association on the Subject of Parallel Importation” Journal of International Economic Law (1998)中可看到 Malueg 和 Schwartz 在文章中提出的对这一论点所作的批评表明发展中国家可以从国际价格区别待遇中获得利益。该篇文章表明 “.. (Malueg and Schwartz).. *do not consider the impact of an international price discrimination system on developing country producers and consumers acting outside the field of the monopolist=s product. Most importantly, they do not consider the broader effects of an international price discrimination system on the international allocation of resources. If developed country producers are not pressured to become more efficient as a consequence of price competition, this will distort the efficient allocation of resources in the developed countries. If developing country producers/licensees are limited in the profitability of their operations, this will limit developing country investments in future production. If the profit-making potential of capital investments in developing countries is limited, this will encourage developing countries to continue to rely on capital intensive developed country exports...*” It is also noted that A.. “*substantial part of international trade is in goods that are not protected by IPRs, particularly in the commodities and unfinished goods sectors. Developing countries are not unserved with these products. Developing country buyers may be served with lower-priced IPRs-protected goods through product differentiation.*”

<sup>21</sup> 请参见 Patrick Rey 和 Ralph A. Winter “Exclusivity Restrictions and Intellectual Property”，收在 “Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Economy” (General Editors: Robert D. Anderson and Nancy T. Gallini), 1998 年。

-- -- -- -- --