

# 滥用知识产权限制竞争的法律问题<sup>\*</sup>

王晓晔

知识产权是激励创新的机制，应得到法律保护；知识产权在市场竞争中又是重要乃至关键的因素，因此会受到反垄断法的制约。各国反垄断法一般不把与知识产权相关的限制竞争看成一个黑白分明的问题，仅当它们成为市场势力的决定性因素，且不合理地严重妨碍市场竞争的时候，才会受到禁止。考察与知识产权相关的限制竞争需进行综合分析：界定相关市场、认定当事人关系、确定当事人市场份额、评估限制竞争条款等等。中国的现行法规还不足以解决与知识产权相关的限制竞争问题，不过中国立法进程已经表明，滥用知识产权排除或严重限制竞争的行为不能从反垄断法得到豁免。

关键词 知识产权 知识产权许可 限制竞争 反垄断法 强制许可

作者王晓晔，1948年生，法学博士，中国社会科学院法学研究所研究员（北京 100720）。

随着当今社会一步步走向信息时代，知识产权在国内与国际的市场竞争中成为越来越重要的因素。知识产权保护与反垄断法的关系成为法学研究的重要课题。

## 一、知识产权与反垄断法

知识产权是因智力成果而依法享有的专有权，主要包括专利权、专有技术、商标权和版权。

### （一）知识产权与反垄断法的潜在冲突

知识产权和反垄断法有着相同目的，即推动竞争和鼓励创新。但它们的方式不同：反垄断法是通过反对限制竞争来推动竞争，因为限制竞争会损害现实和潜在的竞争；知识产权法则通过某种限制竞争的方式，即通过保护权利人的专有权，来激励人们在知识经济领域的创新活动。知识产权与一般财产权一样，因为具有限制竞争的可能，从而要受到反垄断法的制约。一方面，权利人有权通过其发明创造在竞争中取得优势甚至垄断地位；另一方面，反垄断法不允许知识产权所有人因其合法垄断地位而严重妨碍、限制或者扭曲市场竞争。

反垄断法与知识产权法的冲突似乎不可避免。如专利技术转让作为配置资源的一种方式，肯定与某个专利或者技术秘密一定程度的垄断权相联系。从专利权人的角度看，应当设置那样的限制，但从反垄断法的角度看，这些限制可能违法。人们对知识产权转让中的限制竞争

\* 本文系作者承担的司法部 2006 年国家法治与法学理论研究项目《市场经济与反垄断法律问题——知识产权的视角》（课题编号：06SFB1015）的阶段性成果。

所持的反对态度，最明显表现在美国司法部反托拉斯局 1960 年代对 9 种与知识产权相关的限制竞争条款一揽子适用“本身违法”原则。美国法院对知识产权转让中的限制竞争也长期持反对态度。第 2 巡回法院 1981 年的一个判决指出：“反托拉斯法禁止不合理的限制竞争行为，专利法却授予发明人一定时期的垄断权，由此使其专利成果不能得到竞争性的开发和利用。”

另一方面，知识产权领域有学者认为，既然国家设立知识产权的目的是推动技术创新，知识产权就应当从反垄断法得到豁免。对于美国司法部和欧盟委员会指控微软的案件，很多人抱不平。他们说，视窗和因特网浏览器既然都是微软的产品，微软就有权选择销售它们的方式，也有权要求生产商按照它提出的条件销售产品，而不管这些行为对市场竞争有何影响。

## （二）知识产权与反垄断法的互补性

其实，知识产权法与反垄断法之间最重要的不是相互冲突，而是相互补充，这是因为它们都有鼓励创新、提高经济效率和增大社会福祉的目的。反垄断法是通过反垄断和推动竞争来提高企业效率和增进消费者福利，因为只有要在市场竞争压力下，企业才会降低价格、改善质量和进行技术创新。知识产权法则是通过对创新和发明的激励机制来提高企业的效率和增进消费者福利。例如，专利权可激发人们的创造和发明活动；商标权有助于改善产品质量，激发同类产品之间的价格竞争和质量竞争。事实上，企业的创新和发明既是市场竞争的结果，又是市场竞争的过程。因为自由竞争的市场可以为企业的创新活动提供最大的激励机制，可以使知识产权的专有权产生真正的社会价值，反垄断法和知识产权法本质上没有冲突，而是相辅相成。

## （三）与知识产权相关的反垄断法

知识产权法和反垄断法毕竟是两种不同的法律制度，有时不免存在着冲突和矛盾。这就需要一种机制来平衡这两种法律制度，需要国家制定与知识产权相关的竞争政策或者反垄断法。很多国家的做法是，权利人正当行使知识产权的行为不适用反垄断法，但是滥用知识产权的行为得依照反垄断法的规定予以禁止。

鉴于知识产权与一般财产权相比的特殊性，鉴于知识产权保护较一般财产权保护的难度，特别是鉴于知识产权转让对社会经济发展的重大意义，有些国家和地区对知识产权领域中的限制竞争做出专门规定，或者发布专门的指南。当前影响最大的是美国司法部和联邦贸易委员会 1995 年共同发布的《知识产权许可反托拉斯指南》和欧共体委员会 2004 年发布的《欧共体第 772 号条例》。它们的宗旨都是在保护竞争和保护知识产权二者之间寻找平衡点。

---

这 9 种协议包括：（1）要求被转让人从转让人处购买与专利权无关的材料；（2）要求被转让人向转让人转让许可证协议生效后取得的所有专利；（3）限制专利产品销售中的买主；（4）限制被转让人关于专利权范围之外的产品或者服务的交易自由；（5）与被转让人的协议中规定，未经被转让人的同意，转让人不得向其他任何人授予许可；（6）要求被转让人订立一揽子许可协议；（7）要求被转让人对其整个产品的销售支付转让费，甚至包括与专利权无关的产品销售；（8）限制工序专利被转让人销售由这种工序生产的产品；（9）要求被许可人按照固定价格或者最低价格销售相关产品。American Bar Association, The 1995 Federal Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, Commentary and Text, 1996, p. 5.

SCM Corp. v. Xerox Corp., 645 F.2d 1195, 1203 (2<sup>nd</sup> Cir. 1981).

Edward W. Younkins, Antitrust Laws Should be Abolished, [www.quecoislibre.org/000219-13.htm](http://www.quecoislibre.org/000219-13.htm).  
如德国 1998 修订的《反对限制竞争法》第 17 条，日本 2005 年修订的《禁止垄断法》第 21 条。

Jay Dratler, Jr.: 《知识产权许可》(下)，王春燕等译，清华大学出版社，2003 年，第 513 页。

1. 《知识产权许可反托拉斯指南》。这个指南是关于美国政府机构在知识产权领域执行反托拉斯法的政策。指南提出三个原则：第一，知识产权与一般财产权处于平等地位，即不能不受反托拉斯法的约束，但也不应受到反托拉斯法的特别质疑。第二，出于反托拉斯分析之目的，不应推断知识产权等同垄断地位。即与知识产权相关的产品或者技术虽然具有排他性，但它们一般存在事实上或者潜在的竞争者，从而可以阻却市场支配力的产生；另一方面，即便知识产权确实产生了市场支配力，这个市场支配力本身并不违反反托拉斯法。第三，知识产权许可有利于企业间实现优势互补，从而普遍具有推动市场竞争的作用。指南也指出，知识产权许可尽管普遍具有增大社会福祉和推动竞争的效果，但是仍会出现反竞争的问题。因此，指南提供了分析知识产权许可中反托拉斯问题的框架。美国是判例法国家，研究知识产权领域的反托拉斯法必须注重美国法院的判决。实际上，指南就是美国法院司法实践的总结。

2. 《欧共体第 772 号条例》。该条例主要规定了技术转让协议中的限制竞争可以依据欧共体条约第 81 条第 3 款得到豁免的条件，它于 2004 年 5 月 1 日生效。随着这个条例的发布，欧共体委员会还发布了《欧共体条约第 81 条适用于技术转让协议的指南》。

欧共体在 1980 年代就发布了专利许可协议和技术秘密协议集体适用条约第 81 条第 3 款的两个条例。1996 年又发布《技术转让协议集体适用欧共体条约第 81 条第 3 款的第 240/96 号条例》。与 1996 年第 240 号条例相比，2004 年第 772 号条例更加注重经济分析，对技术转让中的限制竞争持更为灵活和宽松的态度，赋予协议当事人更大的合同自由。在实体法方面，第 772 号条例将技术转让中的限制竞争分为两类：一类是对竞争明显具有严重不利影响的核心限制（Hardcore Restrictions）；另一类是排他性限制（Excluded Restrictions）。

## 二、知识产权许可中的限制竞争

现在，各国反垄断法一般不把与知识产权相关的限制竞争看成一个黑白分明的问题。仅当知识产权成为市场势力的决定性因素，且不合理地严重妨碍市场竞争的时候，它们的行使才会受到反垄断法的禁止。在考察与知识产权相关的限制竞争时，需要辨析如下问题。

### （一）界定相关市场

评价一个限制竞争对市场竞争的影响时，首先应分析相关的产品或者服务所处的市场。在竞争法中，这个市场称为相关市场。《欧共体第 772 号条例》提出了相关产品市场和相关技术的市场的概念。《知识产权许可反托拉斯指南》还有相关研发/创新市场的概念。

---

《知识产权许可反托拉斯指南》，王蕾译，尚明主编《主要国家（地区）反垄断法规汇编》，法律出版社，2004 年。

Commission Regulation (EC) No. 772/2004 of 27 April 2004 on the Application of Article 81 (3) of the Treaty to Categories of Technology Transfer Agreements, OJ 2004, L 123/11—17, 即《技术转让协议适用条约第 81 条第 3 款的第 772/2004 号条例》，以下注释简称 TTBER No. 772/2004。

Commission Notice Guidelines on the Application of Art. 81 of the EC Treaty to Technology Transfer Agreements, OJ 2004, C 101/2—42, 以下注释简称：Commission Guidelines on TTR。

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 agreements, OJ 1996, L31/2, 以下注释简称 TTBER No. 240/96。

TTBER No. 772/2004, Article 4 and 5.

TTBER No. 772/2004, Art. 1 (1) (j).

相关产品市场是指从产品的特性、价格以及用途等因素出发，消费者认为相似或者相互具有可替代性的所有产品或者服务。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。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。

相关技术市场是指从技术的特性、转让费及使用目的等因素出发，在被许可人看来，它们可视为相似或者相互具有可替代性的所有技术。《知识产权许可反托拉斯指南》指出，当知识产权与知识产权产品分别销售时，政府机构可基于技术市场对许可协议的限制竞争影响进行评估。然而，除了专门从事技术研发的企业，大多数知识产权是作为与知识产权产品不可分割的部分进行销售、许可或者转让，所以在大多数情况下，人们只需界定相关产品市场就可分析知识产权许可协议对限制竞争的影响。

如果一个许可协议不易通过它对现有的产品或者技术的影响进行评估，美国司法部和联邦贸易委员会就可能通过它对相关创新市场的影响进行评估。创新市场这一概念的提出，说明美国反托拉斯执法机构可能会以一个许可协议损害创新市场为由，对其进行质疑和审查。然而有学者认为，创新市场是不明智的提法，它是以企业的创新潜力来说明企业的市场竞争力。因为创新存在着风险、不确定性和固有的不可预期性，创新市场就是一个不确定的概念，以致人们有可能把当前一个不确定、无损害的行为描述为今后确定和危险的行为。也许是因为创新市场的不确定性和对协议当事人的不可预期性，《欧共体第 772 号条例》没有引入这个概念。

在反垄断案件包括涉及知识产权的案件中，界定相关市场对诉讼当事人的胜负有着非常重要甚至是决定性的意义。在 1956 年美国政府指控杜邦公司垄断玻璃纸生产一案中，因为玻璃纸由杜邦公司独家生产，政府就认定该公司在玻璃纸产品市场上占百分之百的市场份额。然而，美国最高法院在该案中则将玻璃纸看作一种包装材料，而在包装材料这一产品市场上，杜邦公司生产的玻璃纸仅占 18% 的市场份额，最终政府在该案中败诉。

## （二）认定当事人之间的关系

如同一般合同当事人之间存在横向或者纵向关系，知识产权许可协议的当事人之间也存在横向或者纵向关系。一般说来，如果一个技术转让会影响当事人具有互补性的经济活动，如一方从事技术研发，另一方利用技术进行生产经营活动，这个协议的当事人之间就存在纵向关系。如果许可人和被许可人在相关市场上是竞争者，他们之间的关系就是横向关系。

许可协议中横向或者纵向关系有时并非一目了然。如果许可人和被许可人只是潜在的竞争者，即订立转让协议时，许可人和被许可人的技术远不在同一水平，这种情况下许可人的技术可以制约被许可人的发展，他们之间的技术转让应视为纵向关系，这样的技术转让一般发生在生产同类产品但不同品牌的企业之间。

美国司法部和联邦贸易委员会：《横向合并指南》第 1.1 节，王晓晔译，尚明主编《主要国家（地区）反垄断法律汇编》。

Jay Dratler, Jr.: 《知识产权许可》(下)，第 593—595 页。

M. C. 霍华德：《美国反垄断法与贸易规则》，孙南申译，中国社会科学出版社，1991 年，第 25 页。

Commission Guidelines on TTA, § 33.

欧共体竞争法和美国反托拉斯法重视许可协议当事人之间的关系，因为竞争者或者潜在竞争者之间的合作很可能导致协调行为。例如，一个专利池（patent pool，亦称专利联营）的成员如果是竞争者，他们就不可能通过专利池相互授予对方许可，这种情况下的专利池事实上是竞争者之间共谋的手段，如固定价格或者限制产出。一般来说，如果一个限制竞争条款可以影响横向关系中的各方，这个限制对市场竞争就可能产生严重的不利影响。

然而，技术转让协议中当事人之间的横向关系或者纵向关系并不能决定该协议的合法性或者违法性。如在两个小企业建立合营企业的情况下，即便当事人之间存在竞争关系，它们之间的技术转让一般也具有推动竞争的作用。这说明，在分析许可协议的限制竞争影响时，还应考虑协议当事人的市场份额。

### （三）确定当事人的市场份额

随着各国反垄断法越来越注重经济分析，当事人的市场份额在分析知识产权许可中的限制竞争时占有越来越重要的位置。这尤其表现在《知识产权许可反托拉斯指南》中关于“安全区”的规定。即知识产权转让协议中的限制竞争如果同时符合下面两个条件，将不受政府机构的干预：一是限制性条款不具有明显的反竞争后果；二是许可人和被许可人在相关市场上的份额共计不超过 20%。这里的“安全区”分析不适用于企业合并中的知识产权转让，因为在企业合并的情况下，知识产权转让将与合并交易额一并计算，用来考虑合并对市场集中度的影响。

《欧共体第 772 号条例》借鉴了美国的经验，也有以市场份额为标准的“安全区”规定。根据条例第 3 条第 1 款，在技术转让协议当事人相互存在竞争的情况下，如果它们在相关技术市场或者相关产品市场上的份额共计不超过 20%，且协议不涉及条约第 81 条第 1 款所禁止的限制竞争行为，该协议可以得到豁免。根据条例第 3 条第 2 款，在协议当事人相互不存在竞争的情况下，如果它们各自在相关技术市场或者相关产品市场的份额不超过 30%，且协议不涉及条约第 81 条第 1 款所禁止的限制竞争行为时，该协议可以得到豁免。换言之，在横向协议的情况下，如果当事人的市场份额共计超过了 20%；或在纵向协议的情况下，当事人各自的市场份额超过了 30%，这些限制竞争不能依据该条例自动得到豁免。

在实践中，特别当相关市场是一个技术市场的情况下，计算企业的市场份额不是一件容易的事情。根据《欧共体第 772 号条例》，当事人在相关技术市场上的份额等于他使用该技术所生产的产品在相关市场上的份额；许可人在相关技术市场上的份额等于他自己和被许可人共同的产品在相关市场上的份额。在新技术尚未投产的情况下，该技术在相关技术市场上的份额等于零。该条例第 8 条还指出计算市场份额应特别注意的问题：第一，市场份额应根据企业的市场销售额进行计算；在市场销售额不能计算的情况下，应根据企业的其他信息如销售数量进行计算。第二，市场份额应依据企业上一营业年度的数据进行计算。第三，市场份额是一个变化中的数据。特别是新兴产业，企业市场份额更是不断地发生变化。因此，该条例规定，一个协议取得豁免后，如果当事人在相关市场的份额超过了 20%，该协议可在市场份额超过这一标准后的两年内继续享受豁免。

---

《知识产权许可反托拉斯指南》第 4.3 节。

《知识产权转让反托拉斯指南》第 4 节。

TTBER No. 772/2004, Art 3 (3).

Commission Guidelines on TTA, §70.

#### （四）评估限制竞争条款

一般反垄断法把垄断协议分为两类，一类适用本身违法原则，另一类适用合理原则。这两个原则同样也适用于与知识产权相关的限制竞争协议。

如果某些限制对市场竞争和经济发展的不利影响非常明显，以致不需要进一步分析就可认定其违法性，这些限制性协议就适用本身违法原则。根据《知识产权许可反托拉斯指南》，适用本身违法原则的限制性安排主要指固定价格、限制产量、竞争者之间分割市场、某些情况下的集体抵制以及维护转售价格的协议。《欧共体第 772 号条例》提出了核心限制的概念。如果一个许可协议中含有一个或者几个性质上属于核心限制的条款，这个许可协议整体上不能依据条约第 81 条第 1 款得到豁免。

知识产权许可协议通常具有增大福利和推动竞争的效果，因此，各国反垄断法总体上对知识产权转让中的限制竞争是依据合理原则进行分析。以排他性的限制为例，鉴于知识产权在某些情况下更易被侵犯的事实，许可人阻止或者限制被许可人使用竞争性技术的这一事实在其他情况下可能被视为违法，但在知识产权许可协议中则可能是正当的。不过，任何知识产权法都不可能“正当行使权利”做出明确规定，因此在司法实践中，反垄断执法机构往往通过知识产权保护的宗旨或者目的来认定一个与知识产权相关的限制竞争是否具有正当性。

### 三、知识产权转让中的几种限制

反垄断法一般将限制竞争协议分为横向限制和纵向限制。竞争者之间的横向限制能够抬高价格，限制产出，扭曲资源配置，是反垄断法最为关注的。然而，许可协议中的权利人在很多情况下也生产知识产权产品，因此与知识产权相关的限制竞争在很多情况下同时具有横向和纵向的性质。这里列举的限制竞争大致以限制的内容分类，列举的类型是不全面的。

#### （一）价格限制

1. 横向价格限制。竞争者之间商定价格是对竞争损害最甚的行为。《欧共体第 772 号条例》规定，当事人之间存在竞争的情况下，不管协议是直接还是间接，是单独还是有其他因素，如果其目的是限制当事人的销售价格，这个限制不能依据条约第 81 条第 3 款得到豁免。

在美国，与知识产权相关的横向价格限制是否违反反托拉斯法，尚有争议。美国最高法院在 1926 年关于通用电气公司一案的判决中，允许专利权人控制被许可人销售专利产品的价格和条件。理由有二，一是专利权人有权通过控制被许可人的销售价格来实现自己的最大利润。二是该案中通用电气公司是向竞争者转让知识产权，这个转让会影响它的竞争地位。尽管这个判决迄今未被推翻，但后来的美国法院判决认为，价格协议仅作为不具约束力的价格推荐，方可视为合法。最高法院在 1948 年金属线材料公司一案的判决中，拒绝引用通用电气公司案的判决，认定一个交叉许可中维持专利产品最低价格的条款属本身违法。

《知识产权许可反托拉斯指南》将限制专利产品的首次销售价格和转售价格做了区分。指南

参阅王晓晔《竞争法学》第十一章第三、四节（社会科学文献出版社，2007 年）。

《知识产权许可反托拉斯指南》第 3.4 节。

TTBER No. 772/2004, Recital 13.

TTBER No. 772/2004, Art. 4 (1) (a).

William C. Holmes, Intellectual Property and Antitrust Law, 2003, §16.02.

United States v. Line Material Co., 333 U. S. 287, 76 USPQ 399 (1948).

指出，维持转售价格的行为本身违法。但在限制专利产品首次销售价格的问题上，指南似乎受最高法院 1926 年通用电气公司一案判决的影响，没有明确予以说明。然而由于以下两个原因，美国反托拉斯法总体上对知识产权领域固定价格的行为持反对态度：一是从经济学的角度看，被固定的价格不能合理反映市场的需求；二是从许可人的角度看，他们从固定价格得到的好处往往不如取得一个合理的技术转让费。

2. 纵向价格限制。《知识产权许可反托拉斯指南》指出，许可人固定知识产权产品转售价格的行为是违法的。就是说，产品只要投入市场，权利人就不得限制该产品的转售价格或者作出其他限制。这个理论也称为知识产权权利耗尽原则（Exhaustion Doctrine）。

权利耗尽原则源于美国最高法院 1873 年关于一个专利权案件的判决。被告 Burke 从波士顿一家享有生产和销售棺木盖专利产品的企业购买了一个产品，在自己所住地区使用。被告住地的棺木盖专利被许可人即指控 Burke 侵犯了他的权利。美国最高法院认为，“如果专利权人或者其他合法权利人销售一台机器的价值在于机器的使用，他得承认其他人有权使用这台机器，从而必须放弃限制这台机器被使用的权利。”在 1942 年 Masonite 一案判决中，美国最高法院对权利耗尽原则作了新的解释。即一个产品的专利权是否耗尽，取决于该产品是否进行过处置，即专利权人是否从产品的使用中得到了回报。如果专利权人已经从一个产品的第一次销售中得到了合理报酬，他就不应再从第二次、第三次及多次销售中得到好处，即不能对这个产品再享有控制权。

现在，世界各国对知识产权国内权利耗尽的原则已经没有争议。但在国际贸易领域是否适用权利耗尽，尚存在不同看法。根据美国的判例法，权利耗尽原则只适用于首次在美国销售的产品，而不适用于在国外销售的专利产品。在欧共体内，因为商品自由流动的原则与成员国的知识产权法相比处于优先适用的地位，早在 1974 年 Sterling 一案的初步判决中，欧共体法院就提出了欧共体内适用知识产权权利耗尽的原则。欧共体内的专利产品只要经权利人本人或经其同意在欧共体某一成员国的市场上进行销售，专利权人在这个产品上的专有权即被视为自动消失。欧共体内的知识产权权利耗尽原则广泛地适用于版权产品和商标权产品的平行进口，特别是适用于再包装商标产品的平行进口。

不过，欧共体内适用知识产权权利耗尽原则只是为了建立欧洲统一大市场。对于第三国向欧共体进口的知识产权产品，并不实行权利耗尽的原则。欧洲法院曾依据欧共体理事会《商标指令》第 5 条，认可权利人阻止非欧共体的商标产品向英国进口的权利。判决指出，权利人可放弃这一权利，但仅当其明确不反对商标产品的平行进口时，才能推断他同意平行进口。

## （二）数量限制

专利许可协议往往有数量限制，如规定被许可人生产专利产品的最低数量或者最高数量。

---

《知识产权许可反托拉斯指南》第 5.2 节。

Jay Dratler, Jr.: 《知识产权许可》(下), 第 673 页。

《知识产权许可反托拉斯指南》第 5.2 节。

Adams v. Burke, 84 U. S. 453, 456 (1873); Hobbie v. Jennison, 149 U. S. 355 (1893).

Adams v. Burke, 84 U. S. 456 (1873).

United States v. Masonite Corp., 316 U. S. 265, 278 (1942).

Sanofi, S. A. v. Med Tech Veterinarian Products, Inc., 565 F. Supp. 931, 218 USPQ 1002 (D. N. J. 1983).

Valentine Korah, Cases and Materials on EC Competition Law, 1996, p. 352.

Zino Davidoff SA v. A & G Imports Ltd, [2002] 1 C. M. L. R. 1.

规定被许可人的最低生产数量，一般是因为专利费与被许可人的生产或者销售数量有直接关系，为保证预期的经济回报，权利人可能限制被许可人最低的生产数量。在 1967 年 Hensley 一案判决中，美国第 5 巡回法院认可了一个最低数量限制的条款，即被许可人销售的专利产品如果低于合同数量，专利权人有权将独占许可改为非独占许可。法院的观点是，这个限制性规定“可确保被许可人不得因其‘不使用’而剥夺专利权人和社会从这个专利可以获得的利益。”

许可人限制被许可人的最高生产数量，一般也有合理动机。如果许可人本人或者有多个被许可人生产专利产品，许可人就可能对被许可人做出配额限制。美国联邦巡回法院在 1990 年 Atari Games 一案判决中，认可了一个限制最高生产数量的条款。该案原告指控被告违反了反托拉斯法，理由是许可协议中有两个限制条款：一是禁止原告生产的产品向美国境外销售，二是被告给原告规定了最高生产数量。法院的判决是，禁止专利产品出口和限制最高生产数量均不构成本身违法，也不会导致被告的专利无效，因为这些限制是专利法授予专利权人的权利。在美国反托拉斯法的司法实践中，迄今很少有涉及数量限制的案件。

欧共体委员会 1984 年《专利许可协议集体豁免条例》禁止技术转让协议中的数量限制，但这个规定受到产业界的普遍反对。反对理由有两个，一是有数量限制的技术转让总比技术不转让好，因为它毕竟扩大了技术产品的市场供给；二是数量限制属知识产权保护的范畴，如德国第 7 次修订前的《反对限制竞争法》第 17 条第 1 款明确规定，数量限制属工业产权保护的范畴。欧共体 1996 年第 240 号条例对技术转让中的数量限制有很多豁免规定。如在被许可人有权自主决定协议产品数量的条件下，被许可人生产的协议产品可限于为自己生产所必要的数量，或者限于作为其产品的零配件或关联产品进行销售。2004 年第 772 号条例在数量方面进一步扩大了许可人的自由权利。即如果这种限制是出于权利人的合理动机，且事实上不会产生价格卡特尔，它们可被视为合法。此外，不管横向协议还是纵向协议，因为对被许可人的最低数量限制不可能减少对市场的供给，不会损害市场竞争，这种限制都是合法的。

### (三) 市场限制

技术转让协议往往限制被许可人使用技术的范围，或者限制被许可人销售知识产权产品的地域或者固定其客户，这即是对被许可人的市场限制。如协议规定，被许可人不得在许可人的地域使用被转让的技术；或者不得在其他被许可人的合同地域生产协议产品或者使用协议工序；或者不得为推销协议产品在其他被许可人的合同地域实施营销策略，不得在这些地域发布广告、建立销售机构或者建立贸易货栈，等等。另一方面，许可协议也常常限制许可人，如不得在被许可人的独占地域使用被许可的技术。这样的地域限制可被视为横向限制，因为许可人和被许可人之间存在竞争，或者被许可人之间存在竞争。

知识产权许可中的地域限制很少引起反垄断法的问题。因为如同数量限制一样，专利法也将地域限制视为专利权固有的属性。如美国专利法第 261 条规定，专利权人有权通过书面方式

Hensley Equipment Co. v. Esco Corp., 383 F. 2d 252, 155 USPQ 183 (5<sup>th</sup> Cir., 1967).

Atari games Corp. v. Nintendo of American, Inc., 897 F. 2d 1572, 14 USPQ 2d 1034 (fed. Cir., 1990).

GRUR Int. 1994, S. 499.

TTBER No. 240/96, Art. 1 (8).

TTBER No. 772/2004, Art. 4 (1) (b).

Commission Guidelines on TTA, §155 (e).



将其通过专利申请而取得的专有权在美国境内或美国某地域进行转让或者出售。在 1973 年 Dunlop 一案中，美国第 6 巡回法院驳回原告将一个许可协议中限制专利产品进口的条款认定为违法的请求，理由就是专利法第 261 条许可地域限制的规定。另一方面，许可协议中的地域限制在经济上一般具有合理性，因为它有利于被许可人之间或者许可人和被许可人之间恰当地配置资源，并鼓励他们承受制造或者销售专利产品的成本和风险。

然而，许可协议中的市场限制并不总是合法的。如果被许可的知识产权或者知识产权产品在相关市场上没有替代品，即当知识产权或其产品在相关市场上处于支配地位时，被许可人之间以及许可人和被许可人之间的地域限制就会严重损害竞争。因此，欧共体法和美国法都设置了市场份额标准作为“安全区”，即许可人和被许可人在相关市场上的份额共计不超过 20% 的情况下，他们之间分割地域、分割客户或者分割使用领域的协议可以得到豁免。如果市场份额共计超过 20%，则需要个案分析来决定是否予以豁免。

根据《欧共体第 772 号条例》第 4 条第 1 款，依据“安全区”规定可以得到豁免的横向地域限制仅限于单方许可的情况。在双方都向对方转让技术的情况下，当事人之间的地域分割可被视为核心限制，不能得到豁免。美国法院也有这方面的判决，如 1956 年美国诉 Crown Zellerbach 公司案。案件的起因是，两个在手巾业占市场支配地位的企业企图通过相互转让专利的方式分割美国市场。因为根据谢尔曼法第 1 条，竞争者之间的地域分割得被视为本身违法，这两个企业便试图通过相互转让专利来规避法律。被告为自己辩护说，他们有权根据专利法第 261 条进行地域分割。法院的判决指出，“专利权授予地域限制不能说明这个协议的正当性，因为专利法授予发明人有限的垄断权不能用来实施非法的共谋行为。”

还需指出的是，可以豁免的地域限制、客户限制或者使用领域的限制仅限于许可人与被许可人之间或者被许可人与其他被许可人之间的限制，而不能扩大到其他销售阶段。如果许可人要求被许可人承担义务，保证购买其产品的销售商不在其他被许可人的合同地域销售产品，或者保证第三方不向某个国家出口，这种限制不能得到豁免。因为根据权利耗尽的原则，专利所有人享有的专有权仅指生产专利产品并将这种产品首次投放市场的权利。

#### (四) 专利联营和交叉许可

专利联营（亦称专利池）和交叉许可是指专利或者技术的权利人相互允许对方或者共同允许第三方使用自己的专利或者技术。交叉许可一般指两个企业之间相互许可对方使用自己的技术，专利联营的参与者则可能是一个行业涉及核心技术的多个企业甚至所有的企业。

根据欧美司法实践，评价一个专利联营或者交叉许可是否有利于竞争，主要是考虑相关技术是否具有互补性。《知识产权许可反托拉斯指南》指出，交叉许可和联营安排可以通过互补性技术的一体化、减少交易成本、消除技术封锁以及避免高成本的侵权诉讼等因素，促进市场竞争。如在一个交叉许可或者联营安排的参与者相互拥有遏制对方专利的情况下，他们之间的合作显然有利于提高经济效益。另一方面，联营安排和交叉许可也有利于被许可人的利益。因为在技术互补的情况下，一次性地采购技术很可能是被许可人所期望的。

有些技术尽管是生产同一产品的技术，如果通过联营和技术互补可使企业生产出质量更好的产品，这个联营的技术仍可视为具有互补性。如果一个专利联营的技术不具有互补性，而具

35 U. S. C. 261.

Dunlop Co., Ltd. v. Kelsey-Hayes Co., 484 F. 2d 407, 417, 179 USPQ 129 (6<sup>th</sup> Cir., 1973).  
TTBER No. 772/2004, Art. 4 (1) (c).

United States v. Crown Zellerbach Corp., 141 F. Supp. 118, 126, 110 USOQ 399 (N. D. Ill., 1956).

有相互可替代性，这个联营的技术就是竞争性的技术，这种专利联营很可能就是竞争者之间共谋的手段。例如，这种安排中的集体定价或产量限制，如果不能促进许可人的经济一体化，就可能是价格卡特尔或者数量卡特尔。此外，在专利联营企业共同占市场支配地位的情况下，如果拒绝符合条件的第三方进入联营，这会构成集体抵制，是不公平的歧视。

专利联营和交叉许可的最大问题是，它们可能会以隐蔽的方式损害竞争，如要求被许可人按照规定的价格支付一揽子专利，即便被许可人只需要其中一项或者几项专利。2004年底，中国生产DVD的几家企业在美国加州San Diego联邦地方法院起诉，要求制止索尼、飞利浦、先锋和LG四家企业组成的DVD专利联营滥用权利的行为。诉状列举了DVD4C专利联营以下违法行为：(1) 一揽子许可中包括无效的和不可执行的专利；(2) 一揽子许可中有很多生产简单DVD不需要的专利；(3) 一揽子许可中很多属于与DVD生产无关的专利。这个案件说明，许可人强迫被许可人接受一揽子许可的做法会严重限制竞争。这里关键的问题是要证明存在强制性一揽子许可交易。为此，被许可人应证明许可人在相关技术市场上拥有支配地位，因为被许可人仅在没有选择的情况下才会接受强制性一揽子许可。

#### (五) 排他性许可

排他性许可是指被许可人在许可协议期间不得通过许可或者其他方式获取任何与许可人相竞争的技术，也不得自己研发与许可人相竞争的技术。如果被许可人拥有或者正在研发与许可人相竞争的技术，这种排他性许可交易具有横向限制的性质，否则就是纵向限制。排他性限制主要表现为被许可人的独占性回授、不质疑义务和不竞争义务。

1. 独占性回授。回授是许可协议中的一种安排，即被许可人授权许可人使用其在被许可技术基础上的发明或者技术改进。回授分为非独占性回授和独占性回授。在前一情况下，被许可人除向许可人许可外，他自己有权自由使用被改进的技术，且有权在保守许可人技术秘密的条件下向第三方转让新技术。这种回授一方面可使许可人享受转让技术带来的好处，另一方面又可激励被许可人的创新活动，因而不具有限制竞争的负面影响。然而，如果协议规定，被许可人得以许可人独占的方式回授其对被许可技术进行的改进或者新应用，这种安排就可能是滥用知识产权的行为。因为这种情况下，许可人不公平地攫取了被许可人的权利和利益，会严重损害被许可人与许可人之间的竞争。

为平衡协议双方的利益和制止许可人的滥用权利行为，《欧共体第772号条例》规定，独占性回授不属本身违法，但不能依据该条例自动得到豁免。《知识产权许可反托拉斯指南》指出，独占性回授应依据合理原则进行分析，即不仅考虑回授对许可人创新活动和转让技术的影响，也应考虑对被许可人改进许可技术的积极性及对相关技术市场竞争的影响。

2. 不质疑义务。不质疑义务是指被许可人直接或者间接地承担义务，不得对权利人知识产权的有效性提出质疑。人们对不质疑条款的正当性存在争议。从竞争法的角度看，如果企业凭借一个事实上无效的知识产权在市场上取得了优势地位，这个无效的知识产权肯定与社会公共利益不协调。因此，法律应允许被许可人对知识产权的有效性提出质疑。然而，从保护权利人的角度看，质疑条款有时是不合理的。因为即便在知识产权受到法律保护的情况下，这种条款也会给权利人带来风险，即被许可人可能会以质疑知识产权的有效性相威胁，要求降低专利使用费或者其他费用。在这种情况下，即便法庭诉讼不能使被许可人实现降低费用的愿望，但不

[http://www.marketwire.com/mw/release\\_html\\_b1?release\\_id=89091](http://www.marketwire.com/mw/release_html_b1?release_id=89091).

《知识产权许可反托拉斯指南》第5.6节。

必要的诉讼也会给许可人带来极大的烦恼。

《欧共同体第 772 号条例》在这方面平衡了许可人和被许可人的利益。条例规定，如果一个许可协议使被许可人直接或者间接地承担义务，不得对许可人知识产权的有效性提出质疑，这样的限制不能依据该条例获得豁免；但如果协议规定，在被许可人质疑许可人知识产权有效性的情况下，许可人有权终止协议，这个限制性规定可以得到豁免。

3. 不竞争义务。这也是许可协议的一种安排，要求许可人或被许可人不得从事竞争性技术的开发，或者不得从事竞争性的生产或销售等。不竞争的限制对市场竞争的影响视具体情况而定。在当事人之间存在竞争关系的情况下，对竞争性技术开发的任何限制都会给市场竞争带来不利影响，因此《欧共同体第 772 号条例》将不竞争义务列为核心限制，属于本身违法。然而，这种条款也有不违法的例外，就是为防止向第三人泄露被许可的技术秘密，对许可人或者被许可人的不竞争限制是必要的情况。《知识产权许可反托拉斯指南》指出，不竞争条款作为排他性限制会妨碍被许可人获得重要的投入，或者增加竞争者获得重要投入的成本，并导致价格协调和减少产量，从而具有损害竞争的后果。但是，不竞争义务也可激发被许可人更好地利用许可人的技术，具有促进竞争的作用。因此，这种限制性条款仍应采取合理原则进行分析。

#### (六) 搭售

搭售是指企业销售某种商品或者服务时，强迫对方购买从性质或交易习惯上与该商品或者服务无关的其他商品或者服务。知识产权领域的搭售一般表现为权利人转让知识产权时，要求被许可人同时接受其他知识产权，或者要求购买没有知识产权的产品或服务。在被许可人不同意购买搭售品的情况下，许可人可能要求被许可人做出不与第三人交易的承诺，这种搭售就表现为对被许可人强加“不与第三人交易”的限制性条件。

美国法院适用谢尔曼法的第 1 条或者克莱顿法的第 3 条，将知识产权领域的搭售行为认定为本身违法。根据法院判决，违法的搭售行为应具备 4 个要件：(1) 被搭售品和搭售品可以分离，即它们处于不同市场上；(2) 搭售事实存在，即被许可人购买产品时必须同时购买另一产品或者接受某个限制性条件；(3) 搭售者在搭售品市场上有着市场势力，即有能力限制被搭售品市场上的竞争；(4) 搭售损害被搭售品市场竞争的程度是严重的。

美国法院过去往往把拥有知识产权的企业视为市场势力。然而，最高法院在 2006 年 Independent Ink 一案的判决中明确指出，搭售品是专利产品的事实不能支持市场势力的推断。该案原告 Independent Ink 是一家生产工业印刷机的企业，被告 Trident 是生产印刷装置的企业。原告指控被告违反谢尔曼法第 1 条，因为它在购买压电喷墨打印头和打印头墨盒两种专利产品时，被告搭售不属于专利产品的墨粉。然而，最高法院未将知识产权所有权人简单推断为市场势力，要求提供被告在相关市场上占支配地位的证据。最后，该案的原告败诉。

总的来说，当搭售的知识产权产品在相关市场不占支配地位时，搭售一般被视为合法。根据《欧共同体第 772 号条例》，在买方和卖方的市场份额均不超过 30% 的情况下，不管买方是否情愿，这样的搭售都应被视为合法。因为在这种情况下，买方存在选择自由。即便买方和卖方的市场份额超过了 30%，欧共同体委员会仍适用合理原则来分析搭售行为。《知识产权许可反托拉斯

TTBER No. 772/2004, Art. 4 (1) (d), Art. 5 (2).

Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U. S. 451, 461 (1992).

Illinois Tool Works, Inc. v. Independent Ink, Inc., 547 U. S. \_\_\_, 126 S. Ct. 1281 (2006).

Markus Feil, The New Block Exemption Regulation on Technology Transfer Agreements in the Light of the U. S. Antitrust Regime on the Licensing of Intellectual Property, IIC, 1/2005, pp. 60—61.

指南》指出，主管机构将不仅考虑搭售的反竞争后果，也要考虑搭售的效率；仅当一个搭售提高效率的正面影响不能抵消反竞争的负面影响时，执法机构方对之提出质疑。

#### 四、与知识产权限制竞争相关的强制许可

知识产权领域的限制竞争还表现为权利人拒绝许可的情况。一般来说，知识产权权利人有权自主决定是否交易，也有权决定与谁交易。但是，他们一旦凭借知识产权取得市场支配地位，这个自由交易的权利就会受到限制，即有可能强制许可知识产权的交易。下面两个案例说明，在保护知识产权和维护市场竞争发生冲突的时候，竞争法有着优先适用的地位。

##### （一）欧共体 Magill 案

欧共体法院 1996 年的 Magill 案是一个涉及著作权强制许可的案件，该案判决是欧共体竞争法中具有里程碑意义的判决。案中原告是在爱尔兰和北爱尔兰从事电视广播业务的 RTE、ITP 和 BBC 三家电视台，被告 Magill 公司是爱尔兰一家出版商。Magill 以“Magill 电视指南”为名出版了一个周刊，预告可在爱尔兰收视的一周电视节目。此前，上述三家电视台是通过报纸预告当日节目，或在周末和节假日预告双日节目。根据爱尔兰法和英国法，周期性节目预告属著作权法保护的内容。因此，三家电视台以侵犯著作权为由向爱尔兰法院起诉，法院以保护著作权为由禁止 Magill 出版电视指南。Magill 于 1986 年 4 月向欧共体委员会申诉。委员会在 1988 年 12 月裁定，三家电视台滥用市场支配地位，违反了欧共体条约第 82 条。委员会要求电视台以不歧视的方式向第三方提供每周电视节目预告，并允许第三方复制其电视节目单。裁决还指出，在允许第三方复制节目预告时，电视台可收取合理报酬。RTE 和 ITP 不服裁决，遂向欧共体初审法院提出申诉。初审法院驳回申诉后，它们又向欧共体法院提出上诉。欧共体法院于 1996 年 4 月对该案做出终审判决，维护初审法院的判决，驳回了原告的上诉。

欧共体法院在判决中认定三家电视台共同占市场支配地位。法院指出，知识产权本身不等于市场支配地位，但在该案中，三家电视台节目的名称、频道、放映日期和放映时间是 Magill 电视指南中唯一的信息内容，因此它们在相关电视播映市场上占支配地位。原告认为，它们的拒绝许可是行使著作权的行为，不能视为违反欧共体条约第 82 条。法院虽然承认授予著作权是成员国国内法问题，是否许可复制属著作权人的专有权，但因下列原因，定原告拒绝许可是在滥用市场支配地位：第一，Magill 电视节目预告周刊问世之前，市场上没有这种周刊的替代物。电视节目周刊可以方便消费者事先安排节目收视，Magill 的出版物能满足市场需求。三家电视台在自己未能满足市场需求的情况下，凭借其著作权阻止 Magill 电视节目预告周刊问世，构成条约第 82 条意义上的滥用行为，即限制生产、市场或者技术发展，损害消费者利益。第二，三家电视台没有正当理由拒绝第三方出版电视节目预告周刊。第三，电视台拒绝提供的是 Magill 电视节目预告周刊必不可少的信息，表明电视台企图将其在电视播映市场上的支配地位扩大到电视节目预告的信息市场上。因此，欧共体法院认定初审法院的判决适用法律适当。

##### （二）德国 Spundfass 案

德国 2004 年的 Spundfass 案是一个与行业事实标准相关的强制许可专利的案件。德国化工

《知识产权许可反托拉斯指南》第 5.3 节。

Cases C-241/91P & 242/91P, 1995 E. C. R. I 743 (C. J.).

BGH, Urt. v. 13. 7. 2004- KZR 40/02, GRUR 2004, 966-Spundfass.

大企业共同研发一种新的合成材料桶。有四家大企业在研发中作过努力，其中一家企业的专利产品被选为这种材料桶的标准。根据协议，拥有行业标准的企业有义务免费许可另外三家企业使用该专利。其他企业取得许可则需要向权利人支付专利费。X 也是一家生产合成材料桶的企业。它向原告提出有偿使用专利的请求被拒绝后，未经许可生产和销售了这种专利产品。专利权人便起诉 X，请求法院判决支付损害赔偿。被告则反诉专利权人限制竞争，请求法院强制许可原告在事实上已成为行业标准的专利。案件最后交由德国联邦最高法院审理。

本案的核心问题是，法院能否强制许可被告使用原告的专利。尽管欧共体法院已经有了知识产权强制许可的判决，如上述 Margill 一案的判决，但原告仍坚持认为，德国专利法已明确规定专利强制许可的情况，这个案件不能适用反对限制竞争法，即不能以限制竞争为由强制许可知识产权。然而法院认为，知识产权法和竞争法的立法目的不同，知识产权法不能成为该案适用竞争法的障碍，也不能阻碍人们依据竞争法对知识产权实施强制许可。在判决中，德国联邦最高法院虽然没有明确权利人的拒绝许可行为是否合法，但它依据《反对限制竞争法》认为，在一个专利已成为行业事实标准的情况下，权利人有义务许可竞争者使用其专利。这个判决的最重要之处是提出了与限制竞争相关的知识产权强制许可的前提条件：

第一，知识产权许可成为进入市场必不可少的条件。法院指出，作为专有权的知识产权一般具有推动竞争的作用，它仅在“例外情况”下才涉及反垄断的问题。Spundfass 一案的例外情况是，与该案相关的专利已成为化工行业生产合成材料桶的事实标准，即生产这种产品的企业除使用这个专利技术外，没有可替代的其他技术。因此，这个专利就是一个技术市场（该案的上游市场），权利人在市场上占 100% 的份额。在这种情况下，企业能否获取专利许可便成为它们能否进入生产和销售合成材料桶市场（该案的下游市场）的一个必不可少的条件。

第二，垄断者的拒绝许可不存在重大合理性。法院指出，即便占市场支配地位的企业，也有权在授予许可的同时拒绝许可其他企业。然而，垄断企业的这种自由权利必须受到限制，它们的拒绝许可必须具有客观的公正性。最高法院只是对案件进行法律审查，这个判决没有明确权利人的拒绝许可行为是否具有客观的公正性。但是法院强调，既然专利法的目的是推动竞争和推动创新，在这个与歧视行为相关的案件中，权利人的拒绝许可需要极大的公正性。

### （三）知识产权强制许可的争论焦点

关于知识产权强制许可的问题，不同的人有不同的观点。2004 年 3 月，欧盟委员会要求微软公司在一定期限内向服务器软件市场上的竞争者公开其“完整和精确”的编程代码，以使竞争者的软件产品能够在视窗操作平台上运作和实现互联互通，有人说欧盟委员会这个决定给全世界画出一个巨大问号：是鼓励创新还是保护竞争？

其实，鼓励创新和保护竞争二者之间并没有根本的冲突。只是在极个别情况下，当一个占市场支配地位的企业凭借其知识产权，特别是凭借网络效应，将其所处上游市场和下游市场全部收入其势力范围，不公平地妨碍其他企业的创新活动，这就会在太大的范围内窒息竞争。所以，对微软知识产权的强制许可，不是限制微软的创新和发展，而是要给竞争者提供一个参与竞争的平台。在美国司法部指控微软一案中，巡回法院反驳微软公司的辩护，认为它的著作权

---

根据 1998 年修订的德国《反对限制竞争法》第 20 条第 1 款，占市场支配地位的企业不得以不正当的方式，直接或者间接地妨碍另一企业参与同类企业可以参与的经营活动，或在缺乏客观正当理由的情况下，直接或者间接地给予另一企业不同于同类企业的待遇。

不能从反托拉斯法得到豁免。总之，知识产权的强制许可是例外情况，Magill 案、Spundfass 案以及欧洲初审法院当前审理的微软案件就属于这些例外。

## 五、中国与知识产权相关的反垄断法

德国联邦法院做出 Spundfass 一案的判决，其前提条件是德国有一部《反对限制竞争法》。如果 Spundfass 案件发生在美国，美国法院也有能力做出类似判决，因为《谢尔曼法》第 2 条规定，图谋垄断是违法行为。然而，如果 Spundfass 一案发生在中国，由于目前没有相关法律，中国法院或者其他执法机关便很难按照反垄断的思路来处理案件。2003 年初，美国思科系统有限公司宣布中国华为技术有限公司侵犯其知识产权并在美国起诉华为。思科诉华为案与德国 Spundfass 案颇为相似。思科公司通过软件源代码和技术文档在相关市场取得了近乎垄断的地位，在路由器市场占据了 80% 的市场份额，因此它有能力凭借其已成为行业事实标准的知识产权（软件源代码）限制竞争对手进入市场。思科诉华为案引起中国法学界和企业界人士对中国反垄断立法的期盼和关注。可以说，这个案件是对中国现行法律制度的挑战。

### （一）中国与知识产权相关的现行反垄断规定

中国目前与知识产权限制竞争相关的法律主要是 1999 年的《合同法》。该法第 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。”最高人民法院 2004 年 12 月 16 日发布的《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》指出了“非法垄断技术、妨碍技术进步”的 6 种情形，细化了合同法的规定：（1）限制当事人一方在合同标的技术基础上进行新的研究开发或者限制其使用所改进的技术，或者双方交换改进技术的条件不对等，包括要求一方将其自行改进的技术无偿提供给对方、非互惠性转让给对方、无偿独占或者共享该改进技术的知识产权；（2）限制当事人一方从其他来源获得与技术提供方类似技术或者与其竞争的技术；（3）阻碍当事人一方根据市场需求，按照合理方式充分实施合同标的技术，包括明显不合理地限制技术接受方实施合同标的技术生产产品或者提供服务的数量、品种、价格、销售渠道和出口市场；（4）要求技术接受方接受并非实施技术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、服务以及接收非必需的人员等；（5）不合理地限制技术接受方购买原材料、零部件、产品或者设备等的渠道或者来源；（6）禁止技术接受方对合同标的的技术知识产权的有效性提出异议或者对提出异议附加条件。

国务院 2002 年《技术进出口管理条例》和 2004 年修订的《对外贸易法》也有知识产权限制竞争的规定。根据《对外贸易法》第 30 条，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，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采取必要措施消除危害。

### （二）中国现行法规存在的问题

中国在多部法律、法规中对知识产权领域的限制竞争做出规定，说明这种限制已经引起立法者的重视。但是，它们还不足以解决与知识产权相关的限制竞争问题。

1. 缺乏反垄断法的基本概念和基本规定。任何限制竞争案件都必须从评估相关市场入手，否则无法判断限制竞争是否具有合理性。当今各国反垄断法对知识产权给予与一般财产权相同

Lawrence A. Sullivan/ Warren S. Grimes, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, 2<sup>nd</sup> edition, 2006, p. 899.

的待遇。当一个技术或者一个知识产权产品存在有效竞争时，权利人一般享有很大的合同自由；如果它们具有垄断性，如 Spundfass 一案的专利权人占市场支配地位的情况下，他们的合同自由就受到很大限制。然而，如果没有反垄断法基本概念，没有界定相关市场、认定市场支配地位等反垄断法的基本规定，人们难以对知识产权领域的限制竞争进行分析和认定。

2. 缺乏知识产权限制竞争行为的一般分析方法。《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》列举了知识产权许可中的一些限制性条款。然而这些列举是不全面的，比如，中国 DVD 生产企业反映最强烈的专利联营和交叉许可就没有规定。《对外贸易法》第 30 条参考 Trips 协议，仅指出三种与知识产权相关的限制竞争，也很不妥当，因为这里只字未提很多情况下被视为核心限制的价格限制、数量限制和地域限制。另一方面，这些法规提到的限制性安排，如《对外贸易法》提出的不质疑、强制性一揽子许可和排他性回授，给人的印象是这些限制本身违法，而没有说明应如何分析这些限制。

事实上，各国反垄断法对知识产权转让中的限制甚至包括地域限制一般都是适用合理原则。因为这里的地域限制虽然限制了被许可人之间或者被许可人和许可人之间的竞争，但这种限制可以保护被许可人免于其他被许可人或许可人的搭便车行为，有利于提高他在被许可地域进行投资的积极性，增大被许可技术的经济价值。当然，一个地域限制能否得到豁免，还取决于协议当事人之间的关系以及它们各自在相关市场上的地位。就是说，需要考虑很多因素，才能衡量一个限制竞争对激励创新的社会收益和它引起的社会成本。

知识产权许可中的滥用行为虽然主要来自许可人，但如果被许可人有着市场势力，也可能对许可人提出不合理的要求。中国现行法对许可人的利益注意不够，如《对外贸易法》第 30 条只是提及知识产权权利人的限制竞争，没有兼顾许可人和被许可人的利益平衡。

### （三）完善中国与知识产权相关的反垄断法

当前，与知识产权相关的反垄断立法已提上议程，如国务院 2006 年提交全国人大常委会的反垄断法草案第 54 条：“经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为，不适用本法；但是，经营者滥用知识产权，排除、限制竞争的行为，适用本法。”有人说，这是反垄断法豁免知识产权的规定。但我认为这一条恰恰说明，知识产权不能从反垄断法得到豁免，特别是经营者滥用知识产权排除和严重限制竞争的行为不能从反垄断法得到豁免。

在反垄断问题上，知识产权与一般财产权处于同等地位，但是由于知识产权明显具有共享性和易被侵犯的特点，立法者应对知识产权许可中的限制竞争做出专门规定，如《欧共体第 772 号条例》那样。这方面的法律制度应包括对知识产权的基本评价，知识产权许可协议的基本评价，知识产权限制竞争的基本分析方法，此外还应当对通常发生的限制性条款做出适用合理原则或者本身违法原则的说明，并针对适用合理原则的限制竞争，说明评估它们的一般原则。实际上，中国已开始着手这方面的立法工作。

〔本文责任编辑：王好立〕

cultural history of China. The utilization of these new texts, however, has so far been mainly limited to the classical period. Furthermore, a prevailing view of Neo-Confucianism is that many concepts in this later Confucian tradition were the product of Buddhist influence. Accordingly, the continuity between classical Confucianism and Neo-Confucianism has usually been overlooked, and some scholars even hold that Song and Ming Neo-Confucian deviated from classical Confucianism. On these points, this article uses the Confucian texts found at Guodian and Shangbo to demonstrated the continuity of three crucial philosophical concepts, *xing* 性, *qing* 情, and *wu* 无, from classical Confucianism to Neo-Confucianism, revealing the internal connections between the two. This approach not only broadens the application of these archeological finds but also supplements and revises the previous over-emphasis on the Buddhist elements in Neo-Confucianism to the neglect of the intrinsic elements inherited from classical Confucianism.

#### **(9) Legal Transplant : Metaphor , Paradigm and New Trends in a Globalized Age**

*Gao Hongjun* ·116 ·

The metaphor of legal transplant should be used in a broad sense. In the process of globalization, concepts of global governance and rule of international law began to take shape and gain force. The localization of foreign laws and globalization of local laws pose a challenge to the governance models of nation states. These new trends have a great impact on legal transplant. Theoretical paradigms of legal transplant should be adapted to answer these new challenges. They vary with different types of societies: a cultural paradigm for primitive society, a political and cultural paradigm for traditional societies between the formation of the state and the coming of modern age, a political paradigm for modern society at the nation-state stage, and a paradigm that combines the economic and the political with common human values for a globalized society.

#### **(10) Legal Issues Surrounding the Misuse of Intellectual Property Rights to Restrict Competition**

*Wang Xiaoye* ·130 ·

As an incentive to innovation, intellectual property (IP) should be protected by law. However, as it is a key factor in market competition, it should also be subject to competition law. In most jurisdictions, restriction of competition related to IP rights is not a black and white question, and such rights are challenged only when the IP owners hold market power and when protection of their rights has a serious and unreasonable effect on competition. In assessing IP-related restriction of competition, we need to analyze several elements: we have to define the relevant markets, identify the parties concerned, determine their market share, assess the anti-competitive effects of the controls, etc. China's existing legislation is not adequate to solve problems arising from IP-related restriction of competition. Nevertheless, the process of China's legislation on this issue shows clearly that the misuse of IP rights for the purpose of excluding or significantly restricting competition is not justifiable under competition law.

#### **(11) A Study of Judicial Precedent in Traditional China**

*Liu Ducai* ·145 ·

During the past decade, there have been some noteworthy achievements in the studies of judicial precedent in traditional China. However, some problems still exist. The difficulty of