

欧共体竞争法中的知识产权

王晓晔*

一 绪 论

同一般财产权一样,知识产权最重要的特点是专有性。即未经权利人同意,任何人都不得使用专利或者有着保密措施的技术秘密。正是因为这种专有性或者排他性,知识产权的权利人才可能通过其创造性的智力成果,在一个有限的时间和地域内就某种产品的生产或者销售取得垄断地位,进而获取垄断利润。这种状况说明,知识产权包括专利权、商标权以及版权的法律保护与竞争法之间存在着矛盾。即一方面,知识产权所有人因为在发明创造工作中付出了劳动,他们有权通过其发明创造或者知识在竞争中取得优势地位,甚至垄断地位,而且也应当有权通过合同将其智力成果转让给第三方,为自己获取一定的收益。但在另一方面,因为市场经济的本质是竞争,法律就不应当允许知识产权的所有人因其垄断地位而妨碍、限制或者歪曲市场的有效竞争。这从而就产生了保护知识产权和保护竞争二者孰轻孰重的问题。

欧共体没有统一的知识产权法。欧共体条约第 222 条规定,该条约不影响成员国的所有权制度。据此可以认为,条约不影响成员国的知识产权制度。此外,根据欧共体条约第 36 条第 1 句,条约第 30 条至第 34 条的规定⁽¹⁾不影响成员国出于保护工业或者商业产权的目的,对进口、出口或者过境所作的禁止或者限制。这说明,知识产权保护在欧共体是成员国的事情。然而,到了 20 世纪 60 年代末,随着科技的发展和越来越多的技术转让,欧共体委员会遇到越来越多的知识产权限制竞争的问题。在实践经验的基础上,委员会对这类限制竞争逐步改变了以往的宽容态度,根据欧共体条约第 85 条第 1 款作出了一系列比较严厉的裁决。根据这些裁决,许可证协议的限制竞争条款如果能够损害成员国之间的贸易,这些条款是违法的。此外,知识产权所有人如果凭借这种权利滥用市场支配地位,而且这种滥用行为会损害成员国之间的贸易,该行为就要受到条约第 86 条的约束。欧共体法院在这些方面也有许多重要的判例。这说明,知识产权的存在虽然是成员国国内法的问题,行使知识产权则可能会违反欧共体竞争法。

根据欧共体条约第 85 条第 3 款,要求豁免的许可证协议必须向欧共体委员会进行登记。因为这类协议一般都含有相同的限制竞争内容,而且这类豁免都需要一系列严格的前提条件,为了一次性解决这类协议的普遍问题,减轻委员会的工作负担,欧共体委员会于 1984 年 7 月通过了《专利许可协议集体适用欧共体条约第 85 条第 3 款的第 2349/84 号条例》,⁽²⁾1988 年 11 月通过了《技术秘密协议集体适用欧共体条约第 85 条第 3 款的第 556/89 号条例》。⁽³⁾1996 年 1 月 31 日,欧共体委员会又通过了《技术转让协议集体适用欧共体条约第 85 条第 3 款的第 240/96 号条例》。⁽⁴⁾这个条例不仅是对上述关于专利许可协议和技术秘密许可协议集体豁免条例的合并,而且是对它们的全面修订。欧共体委员会发布这些豁

* 中国社会科学院法学研究所教授,博士生导师,德国汉堡大学法学博士,本刊编委。

(1) 这些条款主要涉及取消成员国之间进出口的数量限制。

(2) Verordnung (EWG) Nr. 2349/84 der Kommission ueber die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Patentlizenzvereinbarungen vom 23. Juli 1984.

(3) Verordnung (EWG) Nr. 556/89 der Kommission ueber die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Know-how-Vereinbarungen vom 30. November 1988.

(4) Verordnung (EWG) Nr. 240/96 der Kommission ueber die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen vom 31. Januar 1996.

免条例的目的是,平衡和协调欧共体竞争法与成员国知识产权法二者之间的关系,即一方面,给予知识产权必要的法律保护,因为它们对于推动国家的技术进步和经济发展是绝对必要的;另一方面,要维护欧共体市场的有效竞争,因为有效竞争不仅是欧共体经济一体化的前提条件,而且也是推动欧共体经济发展的前提条件。

欧共体竞争法中的知识产权问题不仅仅限于许可证协议的限制竞争条款是否与欧共体竞争规则相协调。因为知识产权的取得是根据成员国的国内法,其效力仅限于成员国的地域范围,这里提出的一个重要问题是,在成员国对知识产权存在平行保护的情况下,是否可以允许许可证协议的地域限制条款分割统一的共同体大市场。在这个方面,欧共体法院已经根据条约中的商品自由流动原则,发展了一个“权利耗尽”的学说。据此,一种受保护的客体只要一进入欧共体某个成员国的市场,它在其他成员国就失去了受保护的权力,而不管其他成员国对之是否存在平行保护。

二 知识产权保护与商品自由贸易

直到 20 世纪 60 年代末,欧共体知识产权法方面占主导地位的观点是,知识产权作为权利所有人的专有权,可以构成进入市场的障碍,从而可以合法地限制竞争。这即是说,一个在荷兰取得某种专利权的被许可人,有权出于保护专利权的目的,制止向荷兰进口在其他国家生产的专利产品。然而,从 70 年代以来,依据成员国法取得的知识产权已经被视为对共同体市场一体化的一种威胁,欧共体内商品自由流动的原则和竞争规则与成员国的知识产权保护法相比,处于第一位和优先适用的地位。在这个方面,欧共体法院有一系列重要的判例。根据这些判例,为了推动欧共体内商品和服务的自由流动,欧共体法院在知识产权方面确立了两个基本原则,一个是权利存在和权利行使相区别的原则,另一个是权利耗尽原则。

(一) 权利存在和权利行使

1. 帕克·戴维斯案^[5]

在 1968 年的帕克·戴维斯 (Parke Davis) 一案的判决中,欧共体法院第一次使用了知识产权存在和知识产权行使的概念。帕克·戴维斯公司在欧共体几个成员国取得了生产和销售氯霉素的专利权。然而,因为当时意大利对药品没有专利保护,这种药品在意大利的价格与在那些受专利保护的国家特别与在荷兰的价格相比便宜很多。在这种情况下,有些药品销售商便从意大利批发这种药品向荷兰进口。为了保护氯霉素在荷兰取得的专利权,帕克·戴维斯向荷兰法院起诉,要求法院禁止这种药品进口。荷兰法院根据欧共体条约第 177 条的规定要求欧共体法院作出初步判决。

法院的判决指出,在欧共体成员国对知识产权没有统一法律规定的情况下,各国对知识产权不同程度的保护是专利产品在共同体内自由流动的障碍,影响共同体市场的竞争。法院关于这个案件的主要结论是,第一,专利所有权人是根据成员国的法律取得专利权,这个权利的存在不受条约第 85 条第 1 款和第 86 条禁止性规定的影响。这即是说,专利权的取得是成员国国内法的事情,欧共体法不予干预。第二,如果行使知识产权会损害共同体市场的竞争,特别是构成欧共体条约第 85 条第 1 款意义上的限制竞争,或者构成条约第 86 条意义上的滥用市场支配地位,这个知识产权的行使就会违反共同体的竞争规则而构成违法行为。这个判决的重要意义是对专利权的存在和专利权的行使作了区分,即一个知识产权虽然可以根据成员国的国内法而合法存在,但其行使则得考虑欧共体法。

2. 斯特林药品公司案^[6]

欧共体法院在 1974 年森恩策法姆 (Centrafarm) 公司诉斯特林 (Sterling) 药品公司案的判决,进一步明确了对知识产权的存在和行使进行区分的重要意义。斯特林公司是一家在英国、德国、荷兰等几个欧共

[5] Valentine Korah, *Cases and Materials on E. C. Competition Law*, London 1996, pp. 345—350.

[6] Valentine Korah, pp. 351—354.

体国家取得治疗泌尿感染药品的专利权人。当时一方面因为汇率的原因,另一方面因为英国是政府采购处方药品,这种药品在英国的价格是在荷兰的一半。在这种情况下,为了赚取利润,药品销售商森恩策法姆公司便从英国批发这种药品运往荷兰销售。斯特林公司向荷兰法院起诉,要求停止侵害其在荷兰的专利权。因为这种药品在英国和荷兰的商标都是“Negram”,斯特林公司在荷兰的分公司也向荷兰法院起诉,要求停止侵害在比荷卢三国生效的商标“Negram”。荷兰法院根据欧共体条约第177条的规定,要求欧共体法院对这两个案件作出初步判决。

欧共体法院在判决中首先指出知识产权的存在和行使是两个不同的概念,即欧共体条约第36条关于工业产权和商业产权的规定虽然不影响成员国的知识产权保护法,但是根据具体情况,这些权利的行使可能会受到条约的禁止性规定的影响。为了说明知识产权的存在和知识产权的行使,欧共体法院还发展了知识产权的基本功能(essential function)和特殊权能(Specific subject matter)的概念。根据这个判决,知识产权的基本功能是鼓励创造新作品和新技术,这是知识产权存在的目的和作用。知识产权的特殊权能则是行使知识产权的专有权。法院判决明确指出,为了奖励发明人的创造性劳动,知识产权所有人不仅享有排他性的权利可以直接地或者通过许可证协议允许第三人使用发明,生产产品,并且将产品首次投入流通,而且还享有排他性的权利可以要求排除侵害。由此可以看出,欧共体法院区别知识产权的基本功能和特殊权能的目的是,根据欧共体法认定行使知识产权的必要性。例如,一个成员国的专利法如果允许专利权人阻止从其他成员国进口受本国专利保护的产品,这种知识产权的特殊权能就会被视为与其基本功能不相干,从而被视为与共同体市场不协调。

(二)权利耗尽原则

1. 斯特林药品公司案

欧共体法院1974年对斯特林案作出的判决,一直被视为欧共体竞争法限制行使知识产权的经典判决。因为在这个判决中,欧共体法院不仅详细解释了知识产权的存在和行使之间的区别,而且还确立了知识产权保护方面的“权利耗尽”原则(Exhaustion of patent rights)。根据这个原则,一种专利产品只要经权利人本人或者经其同意在欧共体一个成员国的市场上进行了销售,销售这种产品的专有权就被视为自动消失,从而不得以专利权为由要求法律的保护。在这种情况下,一个销售商即使通过这种销售获得了垄断利润,他也不必向专利权所有人缴纳专利费。

欧共体法院在这个判决中详细解释了权利耗尽的原则。判决指出,“从保护知识产权出发,阻止商品自由流动也许是正当的,因为这样可以阻止在不授予专利的国家以及在第三方未经专利权人同意而生产的专利产品出口。然而,在专利权存在并且专利的最初所有权人在法律上和经济上独立的情况下,专利产品如果已经通过合法途径被投入市场,即经专利所有权人本人或经其同意投入一个成员国市场的情况下,为阻止专利产品从该成员国出口而要求保护就是不适当的。如果专利的最初所有权人同时在几个成员国取得了专利权,情况就更是这样。”^[7]法院明确指出,专利所有权人如果有能力阻止经其本人或者经其同意在一个成员国销售的产品向另一成员国出口,他就有能力分割共同体的市场,限制成员国之间的自由贸易。因此,法院的结论是,斯特林是依据荷兰的法律行使其专利权,禁止在荷兰销售经其本人或者经其同意的第三人在另一成员国销售过的专利产品,这种专有权的行使与共同体商品自由流动原则是不协调的。法院还指出,即使这种专利产品在荷兰和在英国的不同价格是因为两国政府不同的价格政策,这也不能为了保护荷兰的市场而禁止从英国进口这种专利药品,因为“共同体机构的任务之一就是消除歪曲成员国之间竞争的因素,为此除了有必要行使它们在竞争领域的权力外,特别还要协调成员国的价格政策,禁止与共同体市场不相协调的国家补贴。”这说明,成员国之间不同的价格政策不能作为行使知识产权的理由。这个案件之后,欧共体法院虽然还没有禁止成员国实施价格管制的判例法,但它决不容忍因价格差异而限制成员国之间的商品进出口。^[8]这个原则表明,在欧共体内,维

[7] Valentine Korah p.352.

[8] Valentine Korah pp.351-353.

护欧共同体市场的一体化与维护成员国的知识产权相比,前者占有优先地位。即从共同体法院和共同体委员会的角度看,维护共同体市场的一体化和有效竞争是压倒一切的任务。

2. 墨尔克公司案^[9]

1981年的墨尔克公司(Merck)诉斯迪发公司(Stepher)案的判决是欧共同体法院关于权利耗尽原则的重要发展。在这个案件中,墨尔克公司作为专利所有权人,在欧共同体许多成员国拥有一种名为“Moduretic”药品的专利权。然而,由于当时的意大利对药品不授予专利权,^[10]这种药品在意大利的价格就大大低于某些专利保护意识很强的国家如荷兰的价格。简单地说,这种药品当时在这两个国家的比价是56:140。在这种情况下,斯迪发公司以及其他一些销售商便购买了墨尔克公司在意大利低价销售的这种药品向荷兰出口。墨尔克公司向荷兰法院起诉,要求制止斯迪发公司以及其他企业侵犯其在荷兰的专利权的行为。荷兰法院根据欧共同体条约第177条的规定,要求欧共同体法院作一个初步判决。该案最后以被告胜诉而结束。与1974年斯特林公司案的不同之处是,在斯特林一案中,专利所有权人要求法院制止的是一种专利产品从受专利保护的英国自由流向受专利保护的荷兰。而在墨尔克案件中,专利所有权人则要求法院制止一种专利产品从不受专利保护的意大利自由流向受专利保护的荷兰。这即是说,根据这个判决,依一个成员国的法律取得知识产权的所有人,不得凭借这个法律阻止进口经其本人或者经其同意在另一成员国合法销售的产品。这从而将斯特林案件中的权利耗尽原则扩大到最初在不受专利保护的成员国销售的产品。

在墨尔克一案的判决中,法院虽然认可专利的特殊权能是权利人享有首次将产品投入市场的专有权,由此在市场上取得一个垄断地位,并且获得垄断利润以鼓励他的创造性劳动,但是法院明确指出,这种专有权不能保证权利人在任何情况下都可以取得一个垄断利润。因此,权利所有人就专利产品的市场销售作出决定的时候,应当考虑所有的情况,包括某些成员国对这种产品不提供专利保护的情况。然而,专利权人一旦销售了这种产品,他就得接受这样的后果,即在共同体市场内,商品是自由流动的,而且无论在法律上还是经济上,商品自由流动都是一个基本原则。同斯特林案件一样,法院指出,如果允许专利权人根据专利法阻止进口由其本人或者经其同意在一个不受专利保护的成员国销售了的产品,那就会割裂共同体市场,背离欧共同体条约的目的。

以上判决说明,欧共同体成员国的知识产权保护和欧共体的商品自由流动原则二者存在着十分紧张的关系。根据欧共同体法院的判决,成员国的专利法只能授予专利权人生产产品并首次将产品投放市场的专有权。这从而就要求权利人在销售专利产品的时候,必须考虑市场的情况,特别是考虑这种产品在成员国之间进出口的可能性。产品一旦进入一个成员国的市场,它就可以在整个共同体市场自由流动,权利人不得凭借其在某个国家的专利权要求专利保护。这说明,欧共同体法对知识产权只是提供了有限的保护,而且与共同体市场的商品自由流动原则相比,它处于次要的地位。

欧共同体法院关于知识产权方面的权利耗尽原则,受到知识产权领域某些人士的批评。根据他们的观点,仅当专利法授予专利权人销售专利产品的专有权,他们才有获得垄断利润的机会。如果权利人没有这种权利,专利法的激励功能就不存在。因此,他们认为,欧共同体法院的上述判决没有充分考虑专利法的基本原则和知识产权的激励功能。此外,他们还认为,知识产权因为地域性的特点,固会影响欧共同体市场的一体化,但是法院的许多判决只是抽象和机械地使用了市场一体化的概念,而不管具体市场上的销售条件。特别是关于知识产权的权利是否耗尽,应当考虑专利产品首次投放市场的销售条件。如果有些成员国没有专利保护,或者国家以价格管制的方式干预市场,适用权利耗尽的原则会严重损害权利人的经济利益。^[11]看来,只要欧共同体成员国还没有建立统一的知识产权保护法,欧共体的知识产权

[9] Valentine Korah p.355 p.356.

[10] 虽然根据意大利1978年修改后的专利法,药品可以被授予专利权,但在此之前药品Moduretic已经被公开,1978年时已经没有了新颖性,从而不能取得专利权。见 Valentine Korah p.355.

[11] Andreas Reindl, *Intellectual Property and Intracommunity Trade*, in: 1996 Corporate Law Institute, *International Antitrust Law & Policy*, Fordham University School of Law, p.466.

保护和欧共体成员国之间的商品自由流动原则就存在着矛盾和冲突。

三 技术转让协议集体豁免条例

(一) 概况

1996年1月31日,欧共体委员会通过了《技术转让协议集体适用欧共体条约第85条第3款的第240/96号条例》,该条例于1996年4月1日生效,有效期为10年。技术转让集体豁免条例是欧共体委员会对1984年7月发布的专利许可协议集体豁免条例和1988年11月发布的技术秘密协议集体豁免条例的合并和全面修订,修订的目的是推动欧共体企业间的技术转让,提高欧共体企业的技术创新能力。^[12]

新条例除了大篇幅的前言外,共有13个条款,它们的内容基本分为6个部分。第1部分是技术转让集体豁免条例的适用范围,主要包括适用对象和适用地域。第2部分是技术转让协议中可以得到豁免的限制竞争条款。第3部分是技术转让协议中一般不被视为限制竞争的条款,这些条款被称为白色条款。第4部分是技术转让协议中不得允许的限制竞争条款,这些条款被称为黑色条款,不能根据条约第85条第3款得到豁免。第5部分是技术转让协议中既不是白色又不是黑色的条款,它们被称为灰色条款。第6部分是法律概念和程序的规定,包括欧共体委员会撤销豁免的条件。同1984年关于专利许可协议和1988年关于技术秘密协议的集体豁免条例一样,1996年的技术转让协议集体豁免条例反映了欧共体委员会和欧共体法院在司法实践中就技术转让协议方面确立的基本原则。这个条例与欧共体竞争法的其他集体豁免条例一样,最大好处是为知识产权协议的某些条款提供了法律的稳定性,因为条例明确指出,什么样的限制竞争条款是合法的,从而可以享受豁免的待遇,什么样的条款是不合法的,从而得被予以制止,由此可以提高协议当事人对其法律行为后果的可预见性,从而有利于推动企业间的技术转让和提高企业的竞争力。

(二) 适用范围

技术转让集体豁免条例关于条例适用范围的规定非常复杂,主要涉及条例适用的对象和地域。

1. 适用对象

根据条例第1条第1款,该条例不仅适用于纯专利许可协议和纯技术秘密协议,而且还适用于专利许可和技术秘密许可混合的协议,适用于为转让技术而涉及其他知识产权如商标权、外观设计权以及版权(如计算机软件)等附属协议。根据条例第8条第1款,从制定条例的目的出发,专利申请、实用新型以及实用新型的注册申请等应被视为专利。此外,作为适用该条例的前提条件,技术转让协议的当事人必须是两个,而且协议中必须含有一个或者几个限制竞争的条款。

不属于专利保护的技术知识一般被称为技术秘密。根据条例第10条,技术秘密(Know-how)是指秘密的、重要的而且可以通过适当方式被识别的全部技术知识。“秘密的技术知识”是指,这种知识在总体上或者从其构成要件上或者组成上不被一般人所知晓,或者不易被人所知晓,从而使被许可人取得技术后有可能取得市场竞争优势。“重要的技术知识”是指,被转让的技术具有使用价值,可以改善被许可人的竞争地位,这种价值是被许可人订立技术转让协议的期望。“可以被识别的技术知识”是指,这种知识已经在转让协议或者文件中被明确指出,或者可以通过某种方式被确认下来,由此可以审查这种知识是否是秘密的和重要的。作为技术秘密被转让的客体仅当符合了上述三个条件,才能适用技术转让协议集体豁免条例,从而才有可能使这种协议的限制竞争条款得到条约第85条第3款的豁免。

条例第6条规定了可以适用条例的其他特殊情况:(1)从属许可证协议(Sub-Licences),即许可人本人不是权利所有人,而是经权利人授权与第三人订立技术转让协议者。(2)转让专利权和/或者技术

[12] Georg Wenglorz, Patent- und Know-How-Lizenzen im EG-Kartellrecht, in: Carl Baudenbacher (ed), Aktuelle Probleme des Europaischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Band I, Luchterhand S.56.

秘密所有权的协议 (Assignments),但其前提条件是,许可人取得的使用费得依被许可人的市场销售额或生产数量而定,因此,转让人在转让专利或者技术秘密的过程中仍然存在着风险。(3)涉及连带企业的协议 (Connected Undertakings),即协议中某些权利或义务是由许可人的或者被许可人的或者它们双方的连带企业承担。

根据条例第 5 条第 1 款,该条例不适用于下列协议:(1)一项专利或者一项技术秘密的共同体成员方之间涉及共同技术的协议;(2)竞争者共同建立的一个合营企业内部的许可证协议或者这个合营企业和一个竞争者之间的协议,如果这种协议涉及到合营企业的经营活动;(3)竞争者之间的交换许可协议,即协议一方给予另一方使用其专利或者技术秘密的许可,另一方也给对方使用其专利、技术秘密、商标或者独家销售的权利,而且订立协议的企业在协议产品方面相互是竞争者;(4)与专利和技术秘密许可无关的其他知识产权协议,例如纯商标转让协议;(5)纯销售许可协议。上述类型的许可证协议不能根据集体豁免条例得到豁免,因此,它们的豁免必须要通过委员会的个别审查才能取得。

然而,根据条例第 5 条第 2 款,第 1 款所指的下列协议在例外情况下可得到豁免:(1)在上述第二种情况下,如果协议产品的市场份额没有超过一定的规模,协议可以得到豁免。具体地说,在协议涉及的母公司向合营企业转让技术的情况下,如果协议产品和当事人的同类产品 in 共同体市场的份额不超过 20%,或者协议产品和当事人同类产品的生产和销售在共同体市场的份额不超过 10%,协议可以根据条例得到豁免。(2)在上述第一种和第三种情况下,如果协议当事人在共同体市场上生产、使用或者销售被许可的产品或者使用被转让的技术或者共同技术均不受地域限制,协议可以根据条例得到豁免。

2. 适用地域

条例在原则上仅适用于共同体内部的且能够损害成员国之间的贸易的许可证协议。如果一个许可证协议不仅涉及共同体市场,而且还涉及第三国,第三国的出现不得影响条例在共同体市场的适用。根据条例序言第 7 个鉴于条款,欧共体外订立的许可证协议如果影响共同体市场的竞争,它们得与欧共体内订立的许可证协议一样,受欧共体条约第 85 条第 1 款的约束。这个关于域外效力的规定,说明欧共体在知识产权领域的竞争法同其他一般领域的竞争法一样,根据效果原则决定是否适用条例。这就是说,对于适用条例来说,协议的缔结地、协议当事人的国籍以及他们的经营场所都是无关紧要的。

(三)可豁免的限制竞争

根据条例第 1 条,某些类型的合同条款虽然有着限制竞争的后果,但从保护知识产权的目的出发,它们具有合理性,从而应当根据条约第 85 条第 3 款的规定给予豁免待遇。这些合同条款的类型是:

1. 排他性约束

根据条例第 1 条第 1 款,合同中如果规定许可人不得在合同地域使用被转让的技术(第 1 项),或者规定许可人不得允许第三人使用这种技术(第 2 项),这种限制竞争条款可以得到豁免。这里主要出于两个方面的考虑:第一是被许可人的利益,即这种豁免可以保证被许可人在合同地域内独自使用新技术,提高市场竞争力,从而实现其购买新技术使用权的目的;第二是推动技术转让,提高市场的竞争强度。因为这种限制竞争条款如果不能得到豁免,即一个地域内可以有多个企业同时购买或者同时使用这种新技术,那就不能保证任何被许可人可以通过新技术取得市场竞争优势,从而不利于企业间的技术转让,也不利于推动企业的技术革新。^[3]因此,在技术转让中,排他性的条款是非常必要的。如果合同同时作出了上述两种限制,其结果就是被许可人在合同地域内独自使用新技术,这种条款被称为独占条款 (Single Use Clause)。如果只是限制许可人不得将技术转让第三人,这种条款就是独家许可条款 (Sole Licence Clause)。在后一种情况下,技术转让协议中的许可人和被许可人处于竞争之中。

2. 地域限制

许可证协议通常都有地域限制的条款,即要求被许可人只能在一定地域内使用被转让的技术。根据条例第 1 条第 1 款,以下类型的地域限制可以得到豁免:(1)被许可人不得在许可人的地域内使用被

[3] 见该条例序言第 10 项鉴于条款。

转让的技术(第3项);Q)被许可人不得在其他被许可人的合同地域内生产协议产品或者使用协议工序(第4项);G)被许可人不得为推销协议产品而在其他被许可人的合同地域实施营销策略,特别是不得在这些地域发布广告、建立销售机构或者贸易货栈(第5项);(4)被许可人不得在其他被许可人的合同地域销售协议产品,即使这种销售是客户要求的,即被许可人不得被动销售(第6项)。

需要指出的是,上述可以得到豁免的限制竞争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关系,而不能扩大到其他的销售阶段。例如,一个许可证协议如果要求被许可人承担义务,保证购买其产品的批发商不在其他被许可人的合同地域销售产品,或者保证不向某个成员国出口,这种限制竞争条款不能得到豁免。这即是说,这种地域限制不能成为全面的和绝对的。^[4]此外,根据欧共体法院的判例,专利所有权人享有的专有权仅是指生产专利产品并将这种产品首次投入市场的权利,这种产品一旦进入市场,权利人便无权干预市场的流通,特别是不得禁止产品的进出口,否则便是违反了欧共体内商品自由流通的基本原则。因此,欧共体内技术转让协议中的地域限制不得成为绝对的地域限制。

3. 商品标识限制

根据第1条第1款第7项,如果为了识别协议产品,协议规定被许可人在协议有效期内必须使用经许可人确定的商标或者装潢,这种限制竞争条款可以得到豁免。豁免的前提条件是,被许可人有权作出自己是该产品生产者的标识。

4. 生产数量限制

根据第1条第1款第8项,如果协议规定,被许可人生产的协议产品仅限于为其生产自己的产品而必要的数量,或者被许可人只能将协议产品作为自己产品的零配件或者作为自己产品的关联产品进行销售,这种限制可以得到豁免。豁免的前提条件是,被许可人自己决定协议产品的生产数量。这个数量限制的规定是根据欧共体企业界的意见作出的。根据1984年专利许可协议集体豁免条例第3条第5项,对协议产品的任何数量限制都是不允许的。然而,这个规定受到了经济界的普遍反对。他们的理由是,带数量限制的技术转让无论如何也比不转让技术好,因为这毕竟扩大了新技术产品的市场供给,此外,数量限制属于知识产权保护的范畴,例如德国反对限制竞争法第17条第1款就明确规定,不超出工业产权保护范围的数量限制是合法的。德国的工业产权和版权协会甚至认为,禁止数量限制就是损害了对知识产权专有权的保护。^[5]

5. 豁免期限

上述各种限制竞争虽然可以得到豁免,但因为它们具有限制竞争的后果,有些豁免就不是无期限的。简单地说,豁免期限的规定分为以下三类:

(1) 纯专利许可协议

上述各种限制竞争的协议中,除了禁止被动销售的协议(即第6项),其他涉及纯专利许可的限制竞争协议取得豁免的期限取决于协议专利产品在被许可人(即第1、2、7和8项的情况)、许可人(即第3项的情况)以及其他被许可人(即第4、5项)的地域内是否受到平行专利的保护(parallel patents)。关于禁止被动销售的协议条款,豁免的最高期限为5年,该期限从协议产品首次被投放到共同体市场起算。委员会将这个豁免的最高期限定为5年,说明竞争法给予特殊保护的只是新技术。因为超过了5年的技术不再被视为新技术,以这种技术生产的产品就不再来自其他地域产品的竞争中得到保护。

(2) 纯技术秘密转让协议

在上述第1项到第5项的限制竞争协议中,如果协议涉及的是纯技术转让,豁免的最高期限为10年。同专利许可协议一样,第6项下的禁止被动销售协议的最高豁免期限为5年。上述两个豁免期都是从该专利产品首次在共同体市场进行销售时起算。然而,尽管有上述最高豁免期限的规定,但是不管

[4] Georg Wenglorz S.62.

[5] GRUR Int.1994 S.499.

任何情况,纯技术秘密转让协议中限制竞争条款的豁免将随着被转让技术失去其机密性或者不再具有重要价值而结束。此外,第7项和第8项下的豁免也将随着技术秘密的公开从而不具有重要价值而结束。如果协议当事人因为使用改善了的技术秘密而愿意延长他们之间的协议,他们可以就此订立新的技术转让协议。如果一个技术性的改善不仅可被视为技术革新,而且可被视为一个独立的发明,当事人之间更应当订立新的技术转让协议。

6) 专利和技术秘密混合的许可协议

如果一个技术转让协议同时涉及专利和技术秘密,对上述第1项至第5项限制竞争条款给予豁免的前提条件是,被转让的技术在成员国受到必要专利(necessary patents)的保护。^[6]如果协议产品在成员国受到专利保护的期限超过对纯技术秘密协议豁免的期限,这种混合协议被豁免的期限与产品受专利保护的期限相同。对于第6项禁止被动销售的混合协议,豁免的最高期限为5年。然而,不管任何情况,只要混合协议中的技术秘密不再具有机密性或者不再具有重大经济价值,而且也不再受专利的保护,这种协议就不应享受豁免的待遇。

(四) 不具有限制竞争影响的条款(白色条款)

条例第2条第1款指出了技术转让协议中通常包括的18种不具有限制竞争影响的限制性条款。这类条款可以毫无争议地享受豁免待遇。与1984年关于专利转让和1988年关于技术秘密转让的两个条例相比,新条例在这方面的特点是扩大了对许可人的保护。这些白色条款的内容是:

1. 技术秘密的被许可人在许可证合同期间不得泄露许可人的技术秘密,并且合同可以要求,合同后被许可人仍有保密义务。
2. 被许可人不得授予从属许可证,也不得向他人转让许可。
3. 被许可人得承担义务,在被转让的技术秘密仍具有机密性或者被许可使用的专利仍受专利保护的条件下,许可证合同结束之后不再使用被转让的技术。
4. 被许可人得允许许可人使用其对被转让技术进行了的改善或者新应用,但前提条件是:(1)在技术改善与被转让的技术可以分离的情况下,转让技术改善的许可在性质上是非独占的,以至于被许可人可以自由使用这个改善,或在许可人的技术秘密继续保密的条件下向第三方转让这个改善,并且(2)许可人向被许可人承诺,将自己对技术秘密的改善授予被许可人一个独占的或者非独占的许可。
5. 被许可人就被许可的产品生产得遵守最低要求的质量规范,或者得从许可人或经许可人指定的其他企业购入产品或者服务,但其前提条件是这些质量规范或者购入指定的产品或者服务的目的是(1)使被转让的技术在技术方面得到适当使用,或者(2)保证被许可生产的产品能够符合任何一个被许可人都应当遵守的质量标准。因此,合同应当规定,许可人有权检查被许可人对上述条款的执行情况。
6. 被许可人得在被转让的技术秘密被非法使用或者被转让的专利被侵犯的情况下,(1)向许可人通告信息,或者(2)提起法律诉讼,或者帮助许可人提出法律诉讼,除非被许可人本人参与了这种非法的活动。
7. 被许可人得承担义务,(1)如果技术秘密非因许可人本人的原因被公诸于世,被许可人有义务在合同结束之前继续支付技术转让费,费用的大小、支付期限以及计算方法可由当事人协商自由订立;技术秘密如果因被许可人的原因而被泄露,被许可人得承担损害赔偿的责任。(2)被许可人可以承担义务,在专利有效期后,根据许可证协议继续向许可人支付一个数额较低的技术使用费。
8. 被许可人有义务将被转让的技术限制使用在与被转让的技术相关的一个或几个不同的技术领域,或者限制使用在一个或者几个产品市场上。
9. 被许可人有义务支付最低数额的转让费,或者生产最低数额的产品,或者对被转让的技术进行

[6] 必要专利是指,对被转让的技术来说,专利转让是必要的。即如果没有专利转让,技术转让是不可能的;或者虽然可能,但仅在较低的程度,或以困难的条件,或以较高的代价进行。所以,这种专利对于被许可人有着技术的、法律和经济的利益。见该条例第10条第5项。

最低次数的使用活动,或者在生产和销售被许可的产品方面作最大的努力。

10. 许可人有义务给予被许可人最惠待遇,即给予被许可人的待遇不低于给予其他被许可人的优惠待遇。

11. 被许可人有义务在被许可生产的产品上注明许可人的名称或者被转让专利的号码。

12. 被许可人有义务不得使用许可人的技术为第三人建设设施。然而,这个限制不妨碍被许可人使用该技术提高自己设施的生产能力,或者按照一般交易条件包括在支付额外报酬的条件下,为自己建立新的设施。

13. 被许可人有义务对某个特定客户仅提供数量有限的协议产品,其前提条件是,在此之前许可人已经向其他人授予许可,从而可以使这个特定客户在被许可人的合同地域有了第二条采购商品的渠道。这个规定也适用于以下情况,即特定客户就是被许可人本人,而且这个为实现第二采购渠道的许可证协议规定,被许可人自己生产许可证协议产品或者让他人生产这种产品。

第二采购渠道(Second Sourcing)的规定原来只见于技术秘密许可集体豁免条例。在专利许可集体豁免条例中,这种做法被视为数量限制,从而被列为黑色条款而被予以禁止。这个规定不仅使许可人有权限制被许可人提供产品的企业,而且还有权限制被许可人提供产品的数量,从而在一定程度上扩大了许可人在技术转让中的自由。在自动化工业的技术转让协议中,经常有这种限制第二采购渠道的条款。

14. 被许可人在合同地域外使用被转让的技术时,许可人有权使用其专利权对此采取行动。这个条款似乎加强了许可人的法律地位,但实际上许可人的权利只是来自专利权本身。而且,这里只是规定许可人可以行使专利权,没有提及许可人是否可将这种权利扩大到技术秘密。

15. 被许可人如果损害了被转让的技术秘密的保密性或者重要性,或者损害了许可人的专利或与许可人相关企业的专利在共同体市场的效力,许可人有权终止协议。

16. 如果因为被许可人的原因,被转让的专利成为不必要的专利,许可人有权终止该专利许可协议。

17. 被许可人有义务尽最大努力使用被转让的技术。

18. 如果被许可人在共同体市场的研究和开发、生产、使用或者销售,与许可人、许可人的相关企业或者与其他企业处于竞争之中,许可人有权终止被许可人取得的专有权,并有权拒绝许可使用被改善的技术。许可人有权要求被许可人证明,被转让的技术没有被用于除特许产品以外的其他产品生产或者除合同标的以外的其他服务。这些规定有利于维护许可人的利益。

(五) 不可豁免的条款(黑色条款)

条例第3条提出了技术转让协议中不能得到集体豁免待遇的限制竞争条款,这些条款被称为黑色条款。根据欧共体委员会的观点,列入黑名单的限制竞争条款虽然不能根据条例第1条和第2条第2款得到集体豁免的待遇,它们仍然可以经个别申请取得个别豁免。在决定是否给予个别豁免的时候,委员会将考虑协议当事人的市场地位以及相关市场的集中度。^[17]与1984年的专利转让集体豁免条例和1988年的技术秘密转让集体豁免条例相比,1996年技术转让集体豁免条例中被列入黑名单的条款类型从11个和12个减至为7个。它们是:

1. 价格约束。即包括固定价格、固定价格构成和固定价格折扣等任何形式的价格约束,但不包括价格推荐。

2. 禁止竞争。即在共同体市场的研究和开发、生产、使用以及销售中禁止竞争的协议。然而,这个规定不影响白色条款中第17项和第18项的规定。这个条款的目的是,权利人不得通过技术转让将其垄断权不合理地扩大到其他领域,从而不合理地限制竞争。

3. 禁止出口。即在没有任何正当理由的情况下,要求交易对手(1)拒绝向共同体其他成员国内购买该产品的用户和批发商提供产品;(2)阻止用户或者批发商从共同体市场其他批发商手中购买这种产

[17] 见该条例序言第19条鉴于条款。

品,特别是通过行使知识产权或者采取措施,妨碍用户或批发商从专利保护地域之外获得产品或者向专利保护地域销售产品,而该产品事实上已经许可人本人或经其同意被合法投入共同体市场上。

这个规定与欧共体法院关于权利耗尽的判例法是一致的。即知识产权产品一经权利人本人或者经其同意在共同体市场上被销售,该产品的知识产权就被耗尽。在这种情况下,无论阻止该产品的出口还是阻止在共同体市场上进行销售,都是与共同体市场不协调的。这个规定又一次说明,在共同体市场上,商品自由流动的原则优先于知识产权的保护。

4. 限制用户。即在协议当事人与其他被许可人处于竞争性生产的情况下,限制某个被许可人在与他人共同活动的技术领域或产品市场上的销售对象,特别是以分割用户为目的,禁止向某些类型用户供货,或者禁止使用某些销售方式,或者禁止使用某种包装。这一规定不影响上述条例第 1 条第 1 款第 7 项关于被许可人在协议有效期内必须使用由许可人确定的商标或者装潢的规定,也不影响上述条例第 2 条第 1 款第 13 项的规定,即在一定条件下,被许可人有义务对某个特定客户仅提供数量有限的协议产品。很明显,这个禁止性规定的目的是制止权利人在技术转让中滥用其优势地位,限制该协议产品的生产竞争。根据序言中第 23 个鉴于条款,在协议当事人与其他被许可人处于非竞争性生产的情况下,这种限制用户的条款可以通过个别审查取得豁免。

5. 数量限制。即限制被许可人的生产数量、销售数量或者被转让技术的使用次数。与上述限制用户的规定相似,这个禁止性规定也不影响上述可以得到豁免的数量限制(第 1 条第 1 款第 8 项)以及不具有限制竞争影响的白色条款中的数量限制规定(第 2 条第 1 款第 13 项)。

6. 被许可人有义务将其改进或者应用被转让技术而取得的权利全部或者部分转让给许可人。这个禁止性条款的目的是制止许可人在技术转让中滥用其优势地位,不公平地将被许可人取得的权利攫为己有,有利于平衡许可证协议双方当事人的利益。此外,这个规定也可以制止许可人扩大其在知识产权方面的垄断权,有利于维护特许产品方面的竞争条件。

7. 过度的地域限制。即要求许可人在技术转让协议的豁免期限之后,仍不得向其他企业授予许可,以阻止该合同地域内使用该技术,或者要求一方当事人在技术转让协议的豁免期限之后,仍不得在另一方当事人或者其他被许可人的地域使用该技术。由于条例对专利许可协议、技术秘密转让协议以及包括专利和技术秘密的混合协议分别规定了不同的豁免期限,适用这个规定必须要考虑许可证协议的具体情况。这个禁止性规定说明,超出各种豁免期的限制竞争协议一般不会得到欧共体委员会的豁免。

(六)可以抗辩的条款(灰色条款)

除上述白色条款和黑色条款外,许可证协议中还可能出现一些既不属于白色从而可以自动得到豁免,又不属于黑色从而可以直接禁止的条款。这些条款被称为灰色条款。根据条例第 4 条第 1 款,协议当事人可以依据欧共体 1994 年第 3385 号条例的第 1 条、第 2 条和第 3 条的规定,^[8]向欧共体委员会提出豁免申请。如果他们在四个月期限内没有收到委员会的反对意见,这些条款被视为得到豁免。

第 4 条第 2 款以列举的方式指出了属于灰色条款的两种情况。一种是在订立合同的时候,强迫被许可人接受某些质量规定,或者接受其他的许可,或者购买某些商品或者服务,而这些质量规定、许可或者搭售的商品和服务对于实现第 2 条第 1 款第 5 项中关于质量规范的要求,并不是必要的。立法者的出发点是,这些质量条款和搭售条款虽然不能通过第 2 条第 1 款第 5 项的质量规范说明其合理性,但在许多情况下,许可人对被许可人的这种要求有着正当理由。例如,许可人要求被许可人在其产品上说明许可人的名称或者专利,目的是对被许可人的生产施加影响。另一种是不干预条款,即协议规定,被许可人不得对许可人或其相关企业在共同体市场转让的技术秘密的机密性或者专利的有效性提出异议。根据条例序言第 25 个鉴于条款,委员会在决定是否豁免这类灰色条款的时候,不仅要考虑限制竞争的情况,而且要考虑相关市场的结构和合同当事人的市场份额。如果这些条款不能得到豁免,它们的无效

[8] See Regulation 3385/94 The Expected Notification Regulation [1994] O. J. L377/28.

不会影响其他条款的效力。

在许可证协议中,这类既不属于黑色又不属于白色的限制竞争条款不是很多,因此,灰色条款的规定在实践中的意义不是很大。此外,这类条款的豁免必须要通过个别申请,而且需要四个月的等待期过后才能知道是否得到豁免,因此当事人一般不会订立这种风险较大的条款。

(七) 豁免的撤销

根据条例的第7条,一个依技术转让集体豁免条例而得到豁免的协议,如果其后果与欧共体条约第85条第3款中取得豁免的前提条件是不一致的,欧共体委员会可以撤销豁免。这些情况特别是指:

1. 合同地域内的许可产品与那些根据其特性、价格和用途被消费者视为替代品的相同产品或者服务之间不存在有效竞争,这尤其是指被许可人的市场份额超过了40%的情况。

这里应当强调的是,如果被许可人的市场份额超过了40%,委员会会有撤销豁免的可能性。委员会将超过40%的市场份额作为撤销豁免的一个前提条件,其目的是阻止那些占市场支配地位的企业通过独占技术妨碍第三方进入技术市场,排除相关市场的竞争。然而,委员会却忽视了这样一个问题,即在取得专利或者技术秘密的条件下,被许可人能够迅速取得40%的市场份额,而且这也是被许可人订立许可证协议的目的所在。这即是说,技术转让可以合法取消或者减弱市场的有效竞争。基于这样的事实,有些学者认为,将被许可人的市场份额作为撤销豁免的前提条件是不正确的。^[9]

根据委员会的解释,被许可人的市场份额是根据共同体市场上相同或者相似产品进行计算的,而且是按照订立许可证协议的时间进行计算。这说明,委员会不允许那些已经取得市场支配地位的企业,通过取得新技术加强其现有的市场地位。委员会在这方面经常提及的一个案例 Tetra Pak I。在这个案例中,一个研究机构通过独占许可证的方式将其新技术转让给一个企业,这个企业后来被 Tetra Pak 公司兼并。因为 Tetra Pak 公司已经占有90%的市场份额,委员会撤销了对这个许可证协议的豁免。这说明,委员会对于可能严重限制竞争的技术转让协议不会给予集体豁免。这些协议如果想要得到豁免,必须向委员会提出个别申请。

2. 被许可人拒绝被动销售。即被许可人在没有重大理由的情况下,拒绝其他被许可人合同地域的用户或者批发商提出的供货请求。这个条款不影响条例第1条第6款关于禁止被动销售的规定。

3. 当事人(1)在没有正当理由的情况下,拒绝向那些在共同体市场其他地域销售该产品的客户或者批发商供货;或者(2)阻止这些客户或者批发商从共同体市场其他批发商得到这种商品,特别是通过行使知识产权或者采取措施,阻止批发商或者用户在合同地域外取得该产品,或者阻止他们在合同地域内销售该产品,而该产品事实上已经在共同体市场经许可人本人或者经其同意进入合法的销售。这个条款再次说明,对于那些违背欧共体商品自由流动原则的许可证协议,欧共体委员会不会给予豁免待遇。

4. 在许可人订立协议时已经存在竞争者的情况下,协议要求被许可人必须在生产数量上达到最低标准,或者必须尽最大努力使用所转让的技术,目的是使被许可人不使用其他处于竞争中的技术。

四 其他知识产权

欧共体委员会关于技术转让协议集体豁免条例的规定基本也适用于其他与知识产权相关的许可证协议,尤其可以适用于版权转让或者商标权转让的协议。

(一) 商标权

商标是由文字、图形或者其组合等构成的用于识别不同企业生产的相同或者相似产品的标记。因为商标能够反映商品的来源,代表着商品的质量和信誉,同类产品的市场竞争在很大程度上就是商标竞争。所以,欧共体竞争法的知识产权案例有相当部分涉及到商标。

[9] Georg Wenglorz, S. 84, 85.

因为建立欧共同体统一的商标制度对于建立统一的共同体市场和实现共同体内商品的自由流动有着重要的意义。欧共同体委员会从 60 年代起就开始努力协调成员国的商标制度。1988 年 12 月 欧共同体理事会通过了协调成员国商标法律制度的第一个指令。^[20]此外,1993 年 12 月通过了理事会关于共同体商标的 1994 年第 40 号条例,^[21]由此在欧共同体成员国引入了统一的商标制度。同专利权和技术秘密等其他知识产权一样,欧共同体竞争法中的商标权基本问题也是如何协调商标权的法律保护和欧共同体市场的商品自由流动原则之间的矛盾。欧共同体法院关于商标和商标权转让协议的一系列案例表明,在这两者的关系上,法院更是关注共同体内商品的自由流动。

1. 同源原则

同源原则是欧共同体法院关于竞争法中的商标案件适用的一个基本原则。根据这个原则,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。欧共同体法院关于同源原则的一个重要判决是 1994 年的 *Ideal - Standard* 商标案。^[22]

Ideal - Standard 是美国标准集团公司允许其两家子公司使用的商标,用于卫生和取暖设备的销售。1984 年,该集团公司的法国子公司 *Ideal - Standard SA* 因生产经营陷于困境,便将用于取暖设备方面的商标权转让给法国公司 *SGF*。*SGF* 公司将这个商标又转让其德国的子公司 *IHT*。然而,当 *IHT* 在德国使用商标 *Ideal - Standard* 销售取暖设备时,美国标准集团公司的德国子公司 *Ideal - Standard GmbH* 向德国法院提起诉讼,要求法院制止 *IHT* 在德国销售 *Ideal - Standard* 的商标产品。该公司的理由是,消费者不能识别同一商标但经两家不同企业生产的产品,因此,*IHT* 使用商标 *Ideal - Standard* 在德国销售产品就会误导消费者,损害消费者的利益。在这种情况下,德国法院依据共同体条约第 177 条的规定,要求欧共同体法院作一个初步判决。

在这个案件中,法院根据判例法,首先强调了商标的功能是保证商标产品的来源。法院指出,如果使用同一商标的两个生产商可在同一地域销售它们的产品,消费者便不可能识别产品的来源。因此,法院认为,“商标权的首要特征是地域性”,商标的功能得在特定地域内评估。在转让商标权的情况下,商标权的独立性和地域性使得权利人有必要从自身利益出发,禁止在其他成员国销售的产品向自己所在的地域进口。

然而,法院尽管强调了商标的地域性,但它基于欧共同体内商品自由流动的原则,仍然认为原告没有权利限制其他生产商根据许可证协议生产的同一商标产品进口。这里决定性的因素是权利人对商标产品的质量进行检查和监督的能力。法院认为,为了使一个商标具有识别名牌产品来源的功能,应当保证所有使用该特定商标的产品生产受到同一企业的监督,由该企业负责产品的质量。例如,在子公司将其产品投放市场的时候,母公司应当对产品质量进行检查和监督;销售商将产品投入市场的时候,生产商应当进行检查和监督;被许可人将产品投放市场的时候,许可人应当进行检查和监督,等等。在许可证协议的情况下,许可人应当和被许可人订立相关的质量条款,要求在产品质量方面遵守某些必要的规则,并保证许可人在质量方面有检查和监督的可能性。法院还指出,在许可证合同规定了质量条款的情况下,如果许可人容忍被许可人生产劣质产品,许可人应当对劣质产品承担责任。这甚至也适用于权利人同意在不同成员国销售同一商标而不同质量的产品情况,即权利人必须自己承担同一商标商品的不同质量对该商标产生的不良影响。这即是说,在共同体内,商品自由流动的原则必须优先于权利人的利益。^[23]

然而,在这个判决中,欧共同体法院没有回答德国杜塞尔多夫州法院提出的这样一个问题,即上述原

[20] First Council Directive to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks, O. J. L 40/1 (1989).

[21] Council Regulation No. 40/94 on the Community Trade Mark, O. J. L 11/1 (1994).

[22] *IHT Internationale Heiztechnik GmbH v. Ideal - Standard GmbH*, Case C - 9/93, 1994 E. C. R. I 2789 (C. J.).

[23] Valentine Korah, pp. 384 - 390.

则是否可适用于商标权被转让给与所有权人毫无关系的第三人,而且所有权人也反对在德国以这个商标销售产品的情况。

2. 再包装商标产品的平行进口

产品的再包装是指进口商合法购买某种商标产品后,经过对产品的重新包装,向另一成员国出口的行为。欧共体法院关于再包装的案例大多涉及药品,这是因为同一种药品的价格在欧共体不同的成员国出于种种原因往往有很大的差别,一些药品销售商便从药品价格便宜的国家如西班牙、葡萄牙、法国、希腊以及英国等采购了药品,经过重新包装,运往丹麦、德国等药品价格昂贵的国家。在这些涉及药品再包装的案例中,除了包装形式的变化,药品销售商还都在其新包装上增加了进口国的文字。

(1) 霍夫曼—拉罗赫案

欧共体法院关于商标产品再包装的第一个案例是1977年的霍夫曼—拉罗赫(Hoffmann-La Roche)案。这个案件的主题是,商标权持有人是否有权制止经过重新包装后的同一商标产品的进口。在案件的判决中,法院虽然一方面承认,欧共体条约第36条^[4]原则上允许商标权人制止经过再包装的同一商标产品的平行进口,但另一方面又提出,某些条件下限制再包装产品的进口得被视为变相限制共同体的商品自由贸易,得予以禁止。这些条件是:第一,行使商标权会导致人为地分割市场;第二,重新包装对产品的原始状况(original condition)没有不利影响;第三,权利人得到了关于产品再包装的通告;并且第四,新的产品包装上对再包装责任人作了说明。欧共体一些学者认为,欧共体法院关于这个案件的判决在许多方面是不明确的,例如,什么证据可以证明商标权人能够人为地分割市场,什么时候产品的原始状况会明显受到不利的影响,从而证明限制进口是合法的。^[5]

欧共体理事会1988年发布的商标指令是欧共体成员国在商标权方面进行协调的第一个成果。这个指令的第7条第1款和第2款是在欧共体法院判决的基础上,对商标产品再包装所作的解释。指令第7条第2款明确指出,“如果权利人有合法的理由制止商品再包装后的进口,特别是如果再包装后商品的状况发生了变化或者受到了损害”权利耗尽原则就不能适用于这些已被投放共同体市场的产品。然而,由于这个指令的再包装条款仍然存在许多不明确之处,欧共体一些学者认为,这个条款实际上没有超过欧共体法院关于霍夫曼—拉罗赫一案的判决。^[6]

(2) 帕拉诺瓦案

1993年帕拉诺瓦(Paranova)案是欧共体法院近年来关于商标产品再包装的一个重要判决。^[7]在这个案件中,丹麦法院要求欧共体法院解释欧共体理事会1988年第一个商标指令中关于再包装的条款和欧共体条约第36条之间的关系。因为法院坚持认为,商标权的功能不过是向消费者保证商品的来源,这个案件的结果是,对商标产品进行再包装的销售商在进口再包装产品方面被授予更广泛的权利。根据判决,仅当商标产品的再包装直接或者间接影响产品的原始状况,商标权人才有胜诉的可能性。直接影响是指再包装使产品的功能发生变化或者受到损害,间接影响是指进口商的再包装说明忽视了对用户的重要指导,或者增加了与生产商意图不符的额外说明。此外,商标产品合法再包装的一个前提条件是,销售商在进口商品前向商标权人通告再包装的信息。与以往判决的不同之处是,法院在这个判决增加了“其他要求”,即如果商标产品的再包装能够损害商标的信誉,权利人有权制止销售再包装的产品。

欧共体法院关于商标案件的判决受到欧共体许多学者的批评。他们批评法院没有充分考虑商标权人的合法利益,从而没有在商标权的保护和欧共体竞争法之间实现一个合理的平衡。他们指出,任何国家的商标法都不是把商标权的功能仅仅限于向消费者说明商品的来源。因为商标权可以鼓励权利人为商标产品的信誉进行投资,而且,在商标权受到侵犯的情况下,权利人有权制止侵权行为,以维护商标产

[4] 根据欧共体条约第36条,条约第30条至第34条关于商品自由流动的原则不得妨碍成员国出于知识产权方面的原因,对商品进出口所作的禁止或者限制。

[5] Andreas Reindt, p. 478.

[6] Andreas Reindt, p. 478.

[7] Bristol-Myers Squibb and Others v. Paranova, Joined Cases C-427/93, A29/93 & 436/93, 1996 E.C.R. I 3457 (C.J.).

品的信誉,保护自己的经济利益,因此,商标权对权利人是一种有着重大经济价值与财产权相似的权利。欧共体理事会 1988 年商标指令第 5 条第 1 款也规定,商标权人有权制止第三方使用与自己的商标相似的标识,如果该商标和该标识之间存在着联想可能性。此外,商标还被视为是对产品质量的保证。因为消费者购买商标产品时,并不必然将商标与商品的来源相联系,而是与产品的质量相联系。商标权人使用商标的目的是为了使产品更有吸引力,而不是为了说明产品的生产者。也即是说,商标的质量保证功能不仅仅是保护消费者的考虑,而且也是出于权利人利益的考虑。因此,理事会商标指令的第 8 条第 2 款规定,如果商标许可证协议的被许可人未能符合许可证协议的质量标准,这种行为被视为侵权行为,商标所有权人有权提起诉讼。这些规定充分说明,商标权不仅具有识别产品来源和保护消费者的功能,而且对权利人还具有保护商标的经济价值不受侵害的功能和保证产品质量的功能。

然而,商标权只能在一定地域内实现它们的上述功能,地域性从而是商标权最重要的特征。如果按照 Ideal - Standard 案件的判决,同一商标的产品可以不受限制地平行进口,一定地域内的商标权人从而失去销售商标产品的垄断权利,他们就可能不再按照特定市场的要求生产商标产品,从而损害商标权的质量保证功能。此外,一定地域的商标权人也可能不再像过去进行垄断生产和销售的情况那样,在商标产品方面进行大规模的投资,例如广告投资,因为他们担心自己的投资会给同一商标的其他权利人带来不公平的好处。帕拉诺瓦一案的判决也存在同样的问题。因为法院仅是在商标产品的再包装会直接或间接影响产品原始状况的情况下,才禁止再包装产品的进口,这势必也会影响进口国商标权人对商标产品的投资。例如,他们担心自己对商标产品的广告宣传会被外国进口的商标产品搭便车,从而会减少广告费用。此外,同一商标产品的价格在进出口国家存在重大差异的情况下,允许再包装产品的平行进口还会严重影响进口国商标权人的经济利益,其结果就是减少商标产品的生产数量和对市场的供给。

(二) 著作权

同知识产权其他领域的判决一样,欧共体法院关于著作权的判决同样说明,著作权的存在虽然是成员国国内法的问题,但权利的行使却会涉及共同体法。欧共体法院近年来关于著作权案件特别是关于玛吉尔 (Magill) 一案的判决表明,⁶⁸ 著作权的保护与竞争的保护相比,是处于次要的地位。

玛吉尔案件的原告是在爱尔兰和北爱尔兰地区从事电视广播业务的 RTE、ITV 和 BBC 三家电视台。被告玛吉尔电视指南有限公司是爱尔兰的一家出版商。该案的主题是,如何处理成员国的著作权与欧共体条约第 86 条的冲突。案件的起因是,玛吉尔以“玛吉尔电视指南”为名出版了一个周刊,预告可在爱尔兰收视的所有电视节目。在玛吉尔出版每周电视节目预告之前,这三家电视台分别通过报纸预告它们当天的节目。在周末或者节假日的情况下,预告两天的节目。此外,根据爱尔兰法和英国法,周期性的节目预告属于著作权法保护的内容。因此,当玛吉尔电视指南预告了它们电视节目的名称、频道、日期和时间之后,它们以玛吉尔公司侵犯著作权为由向爱尔兰法院起诉,要求法院禁止玛吉尔公司出版其电视指南。在这种情况下,玛吉尔便于 1986 年 4 月向欧共体委员会提出申诉。委员会 1988 年 12 月的裁决指出,RTE 等三家电视台的行为是滥用市场支配地位,违反了欧共体条约第 86 条。委员会要求这三家电视台停止违法行为,特别是要求它们以不歧视的方式应第三方的请求提供每周电视节目预告,并允许第三方复制它们的电视节目单。委员会的裁决还指出,如果这三家电视台许可第三方复制它们的节目预告,它们应当取得合理的报酬。RTE 等三家电视台因不服委员会的裁决,向欧共体一审法院提出上诉,要求撤销委员会的决定。一审法院驳回上诉之后,它们又向欧共体法院提出上诉。欧共体法院于 1996 年 4 月 6 日对该案作出终审判决,赞成一审法院的观点,再次驳回了原告的上诉。

欧共体法院的判决首先认定这三家电视台共同占有市场支配地位。法院指出,知识产权本身虽然不等于市场支配地位,但在这个案件中,这些电视节目的名称、频道、放映日期以及放映时间是玛吉尔电视节目预告公司唯一的信息内容。因为这三家电视台的电视节目事实上在爱尔兰大多数家庭和北爱尔兰 30%—40% 的家庭处于市场支配地位,电视台的行为妨碍了电视节目周刊发行市场的有效竞争。

⁶⁸ J. Cases C-241/91p & 242/91P., 1995 E. C. R. I 743 (C. J.).

在滥用市场支配地位的问题上,原告认为,它们是行使依成员国国内法取得的著作权,这种行为不能被视作违反条约第86条。法院虽然承认授予知识产权是国内法的问题,复制的专有权是著作权人的部分权利,所以,即使权利人处于市场支配地位,拒绝给予复制许可也不能必然视为滥用市场支配地位。然而,法院指出,在这个案件中,著作权人行使其专有权是在滥用市场支配地位。其理由是:第一,市场上没有电视节目每周预告的替代物。某些日报或者周末报纸虽然有24小时或者48小时的节目预告,或者有每周重点节目预告,但它们只能在有限的程度上替代一周的电视节目预告。因为只有全面的电视节目预告才便于消费者事先决定和安排他们所要收视的节目,而这三家电视台在自己没能满足消费者需求的情况下,凭借其著作权阻止这种能够满足消费者需求的预告电视节目周刊问世,这就构成欧共体条约第86条意义上的滥用行为。^[9]第二,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,这三家电视台拒绝向玛吉尔公司提供电视节目预告周刊必不可少的信息,这表明它们准备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,欧共体法院认定一审法院适用法律适当,驳回了原告的上诉。

因为损害成员国之间的贸易是适用欧共体竞争规则的前提条件,法院在这个案件中还审查了电视台的行为是否有碍于成员国之间的贸易。法院认为,原告在爱尔兰和北爱尔兰部分地区已经排除了潜在的竞争者,这就恶化了这些市场的竞争结构,影响了爱尔兰和英国之间潜在的贸易关系。因此,法院同意一审法院的观点,认为原告的行为损害了成员国之间的贸易。

玛吉尔案件是欧共体法院近年来在著作权领域最重要的判决。这个判决对于一些高科技产业例如软件业、数据库公司、电信业和信息技术产业的企业有着特别重要的意义。根据这个判决,一个企业只要在某种产品市场取得了市场支配地位,它就无权通过其著作权,将其市场支配地位不公平地扩大到相邻的市场上。在这个判决中,欧共体法院从优先适用欧共体的竞争规则出发,对成员国著作权的保护提出了严格的限制:拥有著作权的企业只要占有市场支配地位,它就不得以保护著作权为由,随心所欲地拒绝向第三方授予复制权。欧共体法院将根据具体案情,审查占市场支配地位的企业是否存在滥用行为,并在必要情况下,强制要求权利人授予许可。

同其他知识产权领域的判决一样,欧共体法院关于玛吉尔公司的判决也受到了欧共体许多学者的批评。有些人批评法院在著作权领域的判决比在其他知识产权领域的判决还要不公正。因为欧共体法院在其他判决中毕竟承认专利权的本质是排他性,即权利人有将专利产品第一次投放市场的权利,由此使之创造性的劳动得到一个回报。而在玛吉尔案件中,法院将原告拒绝给予玛吉尔公司复制电视节目预告的行为认定为滥用市场支配地位,从而剥夺了著作权所有人自由决定将其产品投放市场的条件,从而也剥夺了权利人行使其著作权的权利,使他们不能从其创造性的成果中取得充分的补偿。因此,他们批评法院的这个判决是损害了著作权的基本原则。^[10]

上述的批评意见也许有一定道理。但这里的问题是,欧共体成员国现在没有统一的和协调一致的著作权法,欧共体法院因此就不可能在著作权保护和欧共体竞争法之间找到一个准确的平衡点。如果考虑成员国法的特殊情况,欧共体竞争法就不可能得到认真的执行。在这种情况下,欧共体法院优先适用欧共体竞争规则和维护欧共体市场的有效竞争就是理智的和正确的选择,而且也只有这样,才能维护欧共体法的稳定性。

五 结束语

在欧共体,人们关于竞争法和知识产权法之间的争论还远远没有结束。这个争论的主题是,为了维

[9] 欧共体条约第86条所指的第二种滥用行为是限制生产、市场或者技术的发展,损害消费者的利益。

[10] Fernando Pombo, *Intellectual Property and Intracommunity Trade*, in: 1996 Corporate Law Institute, *International Antitrust Law & Policy*, Fordham University School of Law, p.505.

护欧共体市场的有效竞争,知识产权的所有权人和受让人相互可在多大程度上合法地限制对方;或者就某种专利产品的生产、经营或者使用来说,人们可以在多大程度上受到限制。欧共体委员会和欧共体法院认为,它们在这些问题上一直是努力地平衡各种应当保护的利益,即一方面考虑知识产权所有权人的利益,从而使他们的创造性劳动获得一个公平的补偿;另一方面考虑社会的利益,即对知识产权的保护不得妨碍技术革新和社会资源的有效配置;此外还要考虑欧共体的利益,即为了实现统一的共同体大市场,知识产权的行使不得影响欧共体成员国之间的国际贸易。

尽管竞争法和知识产权法两个法学领域之间的争论是无休止的,但是,这两种法律制度在推动技术革新和改善消费者福利的方面都具有相同的目的。知识产权保护虽然是以一定的形式和在某些方面限制了竞争,但这种限制竞争同时会激发人们在知识经济领域开展生气勃勃的竞争。例如,专利权可以激发人们的创造和发明活动,著作权可以激发人们生产知识产品,商标权有助于改善产品的质量,从而激发同类产品开展价格竞争。如果知识产权没有激励竞争的基本功能,保护知识产权的法律制度就没有任何积极的和现实的意义。竞争法保护竞争和推动竞争的功能则是通过禁止限制竞争性的市场行为而实现的,这些行为或者损害现实的竞争,或者损害潜在的竞争。因此,在保护知识产权和保护竞争两者之间,很难说哪一个更重要。事实上,这两种法律制度是互为条件,相互补充,并且有着相同和平等的地位的。

欧共体竞争法对待知识产权的态度说明,保护所有权虽然是资本主义国家的基本制度,但这并不意味着私人所有权可以无条件地得到保护。德国著名的经济学家 C·冯·魏茨泽克指出,西方国家之所以保护私人所有权,是因为这种保护不仅可以减少人们以暴力和欺诈手段剥夺他人财产的欲望,而且还可以激励人们的生产经营活动,创造更多的社会财富。相反,如果一种所有权可以导致长期性的垄断经营活动,并由此导致社会经济效益的低下,这种所有权是不应当保护的。⁶¹美国法院 1982 年对私人电信垄断企业 AT&T 的判决,强迫该企业向竞争者开放电信网络,就是对私人所有权的重大限制。

[Abstract] The author has conducted an in - depth study on the issue of intellectual property in competition law under EC. Through separate observation of relevant issues, the author summarizes various arguments pertinent to intellectual property as follows: to what extent the owner and alienee of intellectual property may mutually restrain each other in order to safeguard effective competitions of EC market. The author further notes that EC court has always tried to balance different interests that should be protected.

⁶¹ Vgl. C. Christian von Weizsaecker, Wettbewerb in Netzen, WuW 7 u. 8/1997, S. 576 ff.