

# 知识产权领域

## 实施反垄断法的基本问题及路径探析

### ——知识产权领域反垄断执法学术研讨会综述

□ 仲春 王记恒

为了增进竞争法学界的学术交流,推动我国《反垄断法》在知识产权领域的实施,上海交通大学凯原法学院经济法研究所于2009年10月29日举办了“知识产权领域反垄断执法学术研讨会”。本次会议主要围绕我国《反垄断法》在知识产权领域实施的相关理论和实际问题进行探讨,并重点讨论了《关于知识产权领域反垄断执法的指南》(草拟修订第四稿)。会议邀请到了国内该领域的知名专家学者和国家相关职能部门的官员约30人出席。

会议分三个阶段对知识产权与反垄断法的基本问题、典型知识产权行使行为的反垄断问题以及我国制定知识产权领域反垄断执法指南的相关问题进行了探讨,现将研讨会所关注的基本问题和与会者的主要思想梳理如下:

#### 一、知识产权与反垄断法的基本问题

会议第一个阶段对知识产权与

反垄断法的基本问题进行了研讨。知识产权作为特定的主体对其创造成果依法所享有的一种专有权,专有性、地域性和时间性是其基本特点,其中专有性实为法定垄断性。知识产权制度激励创新,为“天才之火添加利益之油”。然而,一项好制度弹奏出的动听乐曲总会伴随着不当利用者间或敲打的不和谐音。当今社会,知识产权在市场竞争中常常成为市场主体获取竞争优势和打击竞争对手的重要工具。因此,出于维护社会公正的目的,必须对其使用加以限制。总体来说,反不正当竞争法主要为知识产权提供补充或者兜底的保护,而反垄断法则对知识产权滥用行为进行规制。

华东政法大学徐士英教授认为,我国的反垄断法已明确规定了对滥用知识产权排除、限制竞争行为的禁止,学者现在更需要多研究一下具体制度。国外知识产权滥用的规制多是从当事人抗辩的角度来使用,而我国目前的基本定位是公权力的直接认

定。公权力与私权利使用之间的关系值得研究。

对外经济贸易大学黄勇教授认为,反垄断法和知识产权的基本目标是一致的。这两个制度都是为了促进创新。前者是通过创造公平竞争的环境来保护创新,后者是从鼓励市场主体的积极性入手。而当知识产权这种法律赋予的独占权行使妨碍到公平竞争时,则需要进行平衡。

郑州大学吕明瑜教授从三个方面对这个问题进行了阐述。即:新经济条件下反垄断与知识产权的关系、微观规则的确定及确定后的运行。她认为,新经济中反垄断与知识产权的关系愈加密切。两者具有功能上互补性以及方法上的冲突性。可以从三个阶段来解读两者关系。19世纪末至20世纪中期是生产力较为落后、创新速度缓慢的时期,人们对两者关系的关注有限;20世纪60年代至80年代,由于技术的飞速发展,社会愈加关注知识产权及其滥用,并开始对滥用行为进行严厉规制;80年代至今,

注:本文中学者的观点系根据会议文字记录及录音整理。

两者关系虽仍被高度关注,普遍的规制却在放松。关于知识产权保护和反垄断法实施的中国整体立场,吕教授认为由于我国目前有能力实施技术垄断的主要是跨国公司,而竞争机制在我国需要进一步培育,因此我国更应该倾向对竞争机制保护。这将有利于我国知识创新领域的安全,有效地对跨国公司知识产权垄断行为进行规制。

武汉大学宁立志教授认为,知识产权滥用可从三个法律层面进行控制。首先是知识产权法的强制许可、权利无效等内设控制制度;其次来自民法基本原则的外部控制手段,如诚实信用、公共利益、禁止权利滥用原则等对知识产权滥用的规制;最后才是反垄断法对知识产权滥用的规制,而该层面属于国家公权的介入,万不得已时才应该使用。知识产权与反垄断的关系还体现在产业政策和竞争政策的关系上。知识产权保护主要体现产业政策,反垄断法的实施主要体现竞争政策,产业政策和竞争政策的关系应该根据国家经济发展状况、市场发展状况因事、因时而变。

湖南大学许光耀教授认为,虽然反垄断法和知识产权采取的具体方式不同,但两者都对保护创新有利。从创新的角度看,最终谁最有利于创新就倾向于保护谁。另外,不应因经营者拥有知识产权而推定其具有市场支配地位。北京交通大学张瑞萍教授认为,知识产权权利人的保护在前还是竞争制度在前关系到执法度的把握,因此正在起草的指南中应当有所明确。华中科技大学郑友德教授提

出应思考保护创新是否是反垄断法与知识产权保护的终极目标?创新是制度、理念、产品还是技术的创新?他认为,这两部法有共同之处,更有明显不同的分工,两者最终的目的是保护知识,保护市场动态的竞争机制。

江西财经大学蒋岩波教授举例说明了新技术的出现促进了拥有技术企业对市场的垄断,我国一些名牌企业因为技术落后而处在被淘汰的边缘。这表明了一国知识产权保护的重要性。知识产权反垄断的问题非常复杂,涉及技术开发市场和具体产品市场的竞争问题。执法者要从两个市场进行考虑,得出一个统一的结论。

国家工商总局竞争执法局宋玥同志认为竞争执法、知识产权保护是有一个终极目标的。执法机关的执法是有倾向的。上海交通大学凯原法学院张占江博士生认为我们需要思考反垄断法怎样才能达到效果最佳,竞争法与其他法律政策的协调问题,执法机构在实际中面临的困难问题。

与会者普遍认为知识产权保护与反垄断法并不天然冲突,甚至有许多共同点,尤其体现在两者对创新的保护上。但是,反垄断主要是公权力的行使,政府在对知识产权滥用行为进行规制时需谨慎。在知识产权保护与反垄断孰先孰后的问题上,则具有不同的观点,有学者认为相对而言我国竞争机制更加不完善,因此提议应优先反垄断执法;有学者则从知识产权对国家经济发展重要性的角度出发,倾向于对知识产权进行侧重保护。

## 二、典型知识产权行使行为的反垄断法问题

会议的第二个阶段,与会代表从不同的视角对“典型知识产权行使行为的反垄断法问题”这一主题展开讨论。

中国社科院法学所王晓晔教授认为,行使专利权被认定为垄断行为的案例中,很多涉及技术标准。专利一旦成为标准,专利权人得在公平、合理条件下向所有潜在市场进入者开放技术;权利人无正当理由拒绝许可或不以公平条件许可的情况下,专利有可能被强制许可。王晓晔教授认为,参与标准制定的专利权人存在风险,即在不许可或不以公平条件许可的情况下,专利有可能被实施强制许可。知识产权不是依据竞争法实施强制许可的障碍;解决冲突的方法就是衡量限制对竞争的影响。知识产权保护是国家权衡知识产权长远利益和短期限制竞争的结果。知识产权限制竞争能否得到反垄断法豁免,取决于限制竞争能否激励创新。在知识产权成为行业标准的情况下,拒绝许可对竞争的影响是长期的、重大的,应当适用反垄断法,但是依据反垄断法实施知识产权强制许可是例外的情况。

南京理工大学吴玉岭副教授作了《交叉许可和专利池的反垄断问题》的专题报告。他通过对 MPEG-2 专利池与 VISX 专利池的介绍和分析,介绍了对交叉许可与专利池的竞争评估架构及对交叉许可与专利池的反垄断政策选择。他认为,交叉许可与专利池大多能发挥一些有益的社会经济功能,少数交叉许可与专利

池妨碍竞争,可表现为利用交叉许可与专利池瓜分市场、集体定价、协调定价、限制产量等。对交叉许可与专利池进行竞争评估架构的必要前提是专利权人居市场支配地位,其次要审查专利是否合法有效、能否执行,并且要选择适合评估原则,平衡正负竞争效果。如明显为经营者合谋排除竞争的,应适用本身违法原则,其他适用合理原则。这中间涉及到其他政策方面的考量,如兼顾产业政策、环境政策等其他相关政策以及社会公益等。在对交叉许可与专利池的反垄断政策进行选择的时候,吴玉岭副教授认为,交叉许可与专利池为促进经济发展提供一个有效的制度安排,尤其是当互补性知识产权构成产品生产所必需的实质性新技术时。

上海交通大学凯原法学院李剑副教授作了《知识产权何以构成反垄断法上的滥用——评德先诉索尼案》的主题报告。他认为:德先诉索尼案在实体上并不能笼统地认为索尼公司实施了非法的搭售。因为索尼公司在数码相机的设备市场上并不具备市场支配地位,同时在产品的销售中不具备搭售的“单一产品”构成要件,因此在销售设备时不成立数码产品和电池的非法搭售。但是,由于设备市场和售后市场的关联性,设备市场的竞争在售后市场是专有市场时无法影响厂商对于售后产品的定价,从而构成对索尼产品的售后市场的垄断地位,并在售后市场上构成搭售。同时,在数码相机市场快速发展,设备产品未来销售的贴现价值偏小的激励下,厂商有足够的动力对售后产

品制定高价格,扭曲竞争。因此,在这一意义上,索尼公司的行为构成反垄断法意义上的非法搭售。

关于搭售,吴玉岭副教授认为搭售存在信息不对称的问题。许光耀教授认为如果在产品主市场上不具备垄断地位,那么配件市场的问题不大。极少数情况下,消费者事先不知情或是事后突然涨价,配件本身可以构成一个独立的市场,这对消费者的选择权造成损害。上海交通大学凯原法学院博士生仲春认为在新经济时代搭售几乎随处可见。尤其是互联网时代,便捷的路径到达方式均可视为搭售的一种。搭售本身也可能是一种创新,需要对其适用合理原则进行分析。

宁立志教授向大会提交了《专利搭售许可的反垄断法分析》的论文。他认为,搭售许可在具有很多积极意义的同时也具有负面效应,需判断加入专利联营的专利之间是互补性的关系、障碍性关系还是替代性的关系。搭售不仅是法律的问题,还要从技术层面上进行识别和判断。搭售许可往往不是对终端消费者,而是对实施技术的生产企业,因而在相关指南中的“消费者”用词可用“相对方”替代。

上海交通大学凯原法学院李俊明博士提出了超额利润如何举证的问题。湖南大学郑鹏程教授认为要考虑反垄断法与环境政策的关系。

武汉大学副教授孙晋作了《专利权单边拒绝交易行为的反垄断法分析——美国法例视角》的报告。他将专利权拒绝交易行为分为两种类型:“有条件的”或“选择性的”拒绝

行为和“完全”拒绝行为来进行分析。他认为,完全拒绝行为,如果专利权人具有市场力量,排除或者实质削弱了竞争对手的竞争能力,并在相关市场产生了反竞争效果,或者直接或间接限制了消费者的自由选择权,则应该被给予更多的反垄断关注,除非专利权人有正当理由证明他的拒绝行为是正当的;对于选择性的或有条件的拒绝行为,则应当根据不同情况进行分析。

### 三、我国制定知识产权领域反垄断执法指南的相关问题

面对知识产权与反垄断法的复杂关系和知识产权领域反垄断执法中的众多热点难点问题,仅有我国《反垄断法》第55条的原则性规定显然有些力不从心,难以正确指引相关的执法行为和企业行为。借鉴国外立法和实践经验,立足我国实际情况,及时制定知识产权领域反垄断执法的指南成为明确在知识产权领域进行反垄断执法的原则和方法,提高执法透明度的基本路径。

会议的第三个阶段重点开展了对我国制定知识产权领域反垄断执法指南的相关问题的讨论。国家工商总局反垄断与反不正当竞争执法局赵国彬同志首先介绍了《关于知识产权领域反垄断执法的指南》起草的背景、目前开展的工作、基本考虑与指南的大致内容,也回答了与会专家学者的一些疑问。他谈到,考虑到目前我国反垄断执法机构的设置以及部门规章效力的局限性,制定具有指导性的指南比部门规章应更加合适。由

于我国反垄断法实施的时间不长,国内尚缺乏相关案例,因此制定过程中主要还是借鉴一些国外的执法经验,但必须结合我国的实际情况。下一步还将在现有基础上进一步征求意见。工商总局希望专家提出修改完善的意见,也会充分尊重其他主管部门如国家知识产权局的意见。

随后,专家畅所欲言,在对指南给予了充分肯定时,也提出了许多建设性的意见。

黄勇教授提出,指南经过四稿修改很不容易,我国知识产权战略及实施问题颇多,如今加上反垄断法的实施,问题更加复杂化。指南与英美国家的成功经验接轨,同时具有中国特色。指南在篇章结构安排上基本配合了反垄断法的体例。要注意的是如何做好三部门执法的协调以及与新专利法第48条的协调。反垄断执法应具总体性,三个执法机构需要进一步配合和磨合。现在有些学者提出指南目前只有28条较简单,如果时间更加充裕,可以加入一些可操作性的东西,当然目前尚没有案例也是一个矛盾。

宁立志教授认为,不能忽略知识产权本质上是一种私权,法律对其保护的手段主要是意思自治和契约自由,因此指南开篇名义可对此有所体现。另外,可适当加重从商标法角度的规制。目前指南条文重心是对技术、专利滥用的规制。事实上,商标权的行使在我国也有很多值得反垄断法关注的问题,如长期困扰我国的贴牌生产。国内的企业和劳动者在贴牌生产时付出了几乎100%的劳动,但

利润还不到10%,90%多的超高利润都被商标持有者拿去了,从反垄断法角度考虑,后者是否涉嫌利用商标权的有利地位,而实施了超高定价、垄断利润的行为?另外,商标使用限制也是比较普遍的做法,需要进行反垄断分析。

吴玉岭副教授认为,国家工商总局要注意制定指南的过程,实现部门之间的协调。反垄断法的执行很难,涉及知识产权时就更加复杂,执行起来难度更大。

郑鹏程教授认为指南要解决好本土化和国际化的问题。我国还是一个技术依赖型国家,指南要有中国特色,因此反垄断应该采取较严厉的态度,目前指南体现了这个指导思想,与我国的现实状况相适应。另一个需要解决的是可操作性与灵活性的关系。指南要有操作性又不能过细。可以考虑在指南中加入一些相关的假想案例帮助理解。另外,指南要解决现实与理想的冲突,现在执法机关权限中,对外贸易大部分由商务部来管理,今后需要协调。

南京大学方小敏副教授认为知识产权与反垄断执法是公力执行还是私力执行,指南中没有涉及,但是一旦操作起来一定涉及这个问题。

中国人民大学孟雁北副教授提出了指南的逻辑结构问题,目前指南的基本结构与反垄断法一致,其实还有两种选择:从知识产权具体权利视角出发的结构;根据知识产权行使行为对反垄断法的影响,按其重要性进行体例安排的结构。

上海交通大学王记恒讲师认为

两者之间的关系敏感而复杂,需要协调很多利益,跨国企业、国内企业的利益,部门利益协调;指南主要考虑如何为执法机关提供一个指引,因此指南应有所为有所不为,不应包罗万象,如相关市场的详细界定方法等问题。指南的起草主要有四种体例,第一种是按照反垄断法结构;第二种是按照知识产权相关法律来组织章节;第三种是按行为与反垄断之间的重要性关系来搭建;第四种是按照知识产权行为从获取到转让的顺序来安排。目前这种体例经过慎重的比较是较好的安排。

最后,浙江理工大学王健教授作了会议的总结。他综合与会者的意见认为,知识产权与反垄断法基本关系概括起来就是:分工不同,功能互补,研究方法不冲突。学者开始从关注方法冲突转向关注功能互补。在知识产权与反垄断规制的定位问题,即是偏重权利保护还是竞争机制维护的问题上,目前与会专家的观点不同,有些专家提出保护竞争机制,有些专家则认为两者是互补机制。在具体细节上,专家对相关市场的判断以及专利联营、标准问题进行了探讨。关于指南,与会专家总体上给予很高的评价,同时又提出有待探讨的问题,即指南需处理好一般与特殊、现实与理想的关系。这些意见都值得在接下来的工作中予以考虑和吸收,对指南进一步完善。

(作者单位:深圳大学法学院)