



知识产权许可反垄断法规制的不同模式和共同趋势

撰稿人：张伟君

摘要：在美国、欧洲和日本等拥有比较完善的反垄断法的国家或地区，对知识产权协议中限制竞争条款的规制都是在反垄断法的框架下进行的。虽然各国的立法以及规制模式不尽相同，但可以看出各国都在相互借鉴各自的优点。在对知识产权协议的反垄断政策上，各国的趋势也是一致的。各国在对于知识产权与反垄断的关系上都已经认识到两者并不存在根本的对立，知识产权制度从根本上也是激励创新、促进竞争的，所以知识产权的行使并不因此而受到反垄断法的特别关注，相反，西方各国反垄断政策对此是趋于宽松。

关键词：知识产权许可 反垄断法 限制竞争

反垄断法所要规制的是知识产权的“行使”中导致垄断和限制竞争的行为和做法。知识产权的“行使”包括“行”和“禁”两个方面。所谓“行”就是权利人自己行使权利，或者授权（许可、转让）他人行使权利；所谓“禁”就是制止他人未经许可而行使权利的侵权行为。

无论在“行”的方面，还是在“禁”的方面，权利人都有可能滥用自己的权利。在“禁”的方面，典型的是一方并不掌握专利，或虽掌握专利但并没有受到侵犯，却“无根据地以侵权诉讼相威胁”的行为，对此，一些国家的专利法就准许受威胁的人对于威胁者起诉，要求赔偿损失，以制裁这种不公平竞争的行为【1】。虽然这也是一种滥用权利的行为，但这种行为一般是由专利法来规范的，而反垄断法主要针对的是“行”的方面，即知识产权许可中的滥用权利的行为。

所以，现在许多发达国家和地区的反垄断法对知识产权滥用的规制就是集中在知识产权的许可上，并在具体的行政执法和司法实践中形成了一些专门的规范，如1995年4月6日美国司法部和联邦贸易委员会联合发布的《知识产权许可的反托拉斯指南》，1996年1月31日欧共体委员会就《欧共体条约》第81条第3款适用于技术转让协议而制定的第240/96号规则，1999年7月30日日本公平交易委员会颁布的《专利与技术秘密许可协议的反垄断法指南》等。本文试对此进行比较分析。

一、美国：合理原则

19世纪下半叶，美国开始形成各种垄断组织，尤以托拉斯为主要形式，因此旨在反对垄断活动和其

他限制竞争行为的立法被称为“反托拉斯法”。

反托拉斯法的基础是1890年的《谢尔曼法》，它禁止两类限制竞争的行为，即以契约、联合或共谋的方式限制贸易的行为（第一条）和从事垄断或企图垄断的行为（第二条）。对于第一条，美国最高法院在1911年的标准石油案判决中明确了原则上只有不合理的限制行为才属于该条的禁止范围，即“合理原则”。不过最高法院同时又限制了这个原则的适用范围，推定某些特别有害于竞争的行为是“自身违法”的。但是，如何准确地划定哪些行为适用“自身违法”原则，哪些行为应根据“合理原则”来判断？用什么标准来确定限制竞争行为究竟是“合理”还是“不合理”，至今还没有彻底澄清。【2】对于第二条的适用，必须以企业在市场上占有垄断力并使用违法手段获得或维持这种垄断力为前提。但是，什么是垄断和企图垄断？最高法院在标准石油案判决中认为，《谢尔曼法》第二条是对第一条的补充，是更加全面地禁止限制贸易的行为，因此“合理原则”也同样适用于对第二条的解释。【3】美国反托拉斯实体法还包括价格歧视的禁止（《克莱顿法》第二条，以及《鲁滨逊-帕特曼法》）、独家交易的禁止（《克莱顿法》第三条）和合并监督（《克莱顿法》第七条）等内容，这些规定对于知识产权许可、转让协议都具有影响。除成文法外，判例法在美国反垄断法中占有重要地位，因此美国法院在长期的审理过程中所确立的“合理原则”、“自身违法原则”等在判断是否构成限制竞争行为上就具有特别重要的意义。

美国反垄断法本身并没有特别区分横向限制与纵向限制。但《克莱顿法》第三条一般被认为是规范“纵向的企业间的关系”的【4】。对于纵向限制，依其内容是否涉及价格条件，可分为价格限制和非价格限制。1977年以前美国最高法院的判例认为两者都是“自身违法”的，而1977年最高法院改变了这个原则，认为对于与价格无关的限制应采用“合理原则”来评判其性质与效果。【5】对于横向限制，虽然一般认为它更易导致垄断或限制竞争的后果，但是除了某些“自身违法”的做法外，也适用合理原则分析。知识产权许可协议大多属于纵向协议，但也存在利用许可协议进行一些自身违法的横向限制的情形。至于交叉许可、专利共同体（POOLS）等，也是属于知识产权许可中特有的横向限制的情形，对此则适用合理原则分析。

美国《知识产权许可的反托拉斯指南》指出：“对于知识产权许可安排，反托拉斯当局关注的是该安排的实际后果，而不是其形式条款。”【6】所以，在大多数案件中，知识产权许可安排中的限制性条款是根据“合理原则”来评估的，总的方法是：先调查该限制是否有可能带来限制竞争的后果，如果回答是肯定的，那么再调查该限制是否很有必要，以使其所能取得的促进竞争的功效足以超出其限制竞争的后果。但是在一些案件中，法院认为某一限制的“性质和后果是如此明显地限制竞争的”，所以应按照自身违法来处理，无须对该限制可能产生的竞争结果进行复杂的调查，诸如赤裸裸地固定价格、限制产量、在横向竞争者之间划分市场以及某些集体抵制和维持再销售价格。

【7】

为了决定某个许可安排中的特别限制是否按照自身违法或合理原则来处理，当局会估计该限制是否

有助于有效地加强经济行为的整合。一般地，由于许可安排会促进许可方的知识产权同被许可方的生产要素的结合，许可安排中的某种限制就会加快这种整合。如果该限制不能有效地加强经济行为的整合，而且这种限制曾依自身违法的原则进行处置，当局就会按自身违法来对付该限制。否则，当局将适用合理原则来分析。【8】

适用合理原则一般需要对市场状况【9】 进行以下的分析调查：

一、通过对市场结构、协商和排斥的分析，来分析限制竞争的结果。分为横向关系和纵向关系两种情形。

该《指南》认为，当许可安排影响横向关系中的当事人时，该安排中的限制可能会增加协商价格、限制产量或者获取或维持市场支配力的危险。如果该安排做出对新的或改进的产品或方法的开发进行阻止或限制的明显危险姿态的话，也可能产生对竞争的损害。损害竞争的可能性部分取决于集中的程度、进入的难度、和在相关市场上价格变化对供需产生的反应。

当许可方和被许可方是处于纵向关系时，当局会分析该许可安排是否会对横向关系中的实体间的竞争，或者有可能对其他相关市场的竞争产生损害。如果该纵向限制是排斥竞争者获得重大投入的途径或增加其成本，或者导致协商提高价格或限制产量的话，就可能产生对竞争的损害。上述限制竞争的“排斥或增加”的危险性，与受到该限制影响的市场的比例有关，其他还有集中程度、进入难度和在相关市场上价格变化对供需产生的反应等相关市场的特征以及该限制的持续时间。如果仅仅因为一个产业的某些或所有潜在的被许可人选择使用某项被许可的技术而排斥其他技术，并不意味着该许可安排就是排斥竞争的。排他的使用也许是由于使用该许可的技术会带来最低成本或最高价值的富有效率的结果。而上述限制竞争的“协商”的危险性，会因相关市场的集中和难以进入而增加。

二、要衡量该限制促进竞争的功绩和正当性。在对上述市场因素进行评估后，如果当局认为许可安排中的限制性条款不可能具有限制竞争的后果，就不会对此加以干涉；如果具有或者可能具有限制竞争的后果的，他们就会考虑该限制性条款对于实现促进竞争的功绩是否也很有必要。如果确是很有必要，当局就会在促进竞争的功绩和限制竞争的后果之间进行衡量，以确定在每一个相关市场中对竞争可能会产生什么样的实际效果（NET EFFECT），但上述衡量和比较必然只是一种定性的比较。

如何来确定一个限制性条款是否很有必要的呢？该《指南》认为，一个是，是否存在实际和明显地存在着较少限制的替代方式。如果当事人通过明显较少限制的方式就能够达到相似的功绩，那么当局就不会重视其所谓促进竞争的主张。但是，当局也不会去寻找一个理论上最小限制的替代方式，因为这在当事人面对的实际可预期的商业环境中是不现实的。另一个是，如果一个限制性条款具有

或可能具有限制竞争的后果，那么该限制的期限如何。该期限可能取决于一系列因素，包括受影响的一方单方面结束该安排的选择，和由于存在合同期限导致被许可方延续一个许可安排。但当局不会极力去对此做出精确的区分，相反，他们关注的是该期限是否明显超出为了达到促进竞争的功效率所需要的时间。不管是评估促进竞争的功效率，还是评估某个限制性条款的必要性以及限制的期限，可能都要依赖于不同市场的具体状况和环境才能作出是否正当的判断。【10】

一个许可安排可能是自身违法的，也可能需要依合理原则进行分析，还有可能是“安全”的。

该《指南》划定了一个反托拉斯的“安全区”：一般地，在知识产权的许可安排中如果该限制性条款不是易于导致限制竞争的，而且许可方和被许可方在每一个受到该限制显著影响的相关市场中共同拥有的市场份额不超过百分之二十的话，当局就不会对该限制采取措施。但这个“安全区”并不适用于对企业合并进行分析的知识产权转让的场合。

是否处于安全区将只取决于对商品市场的分析，除非该分析不足以认清该许可安排对于技术间的竞争和研发中的竞争的影响。如果需要查明对于技术间的竞争和研发中的竞争的影响，就要适用以下的“安全区”标准：一般地，在一个可能影响技术市场竞争的知识产权许可安排中，如果该限制性条款不是易于导致限制竞争的，而且除被该许可安排的当事人所控制的技术以外还存在四个以上被独立控制的技术，可以让使用者在一个可比的成本下代替被许可的技术的话，当局就不会对该限制采取措施。在一个可能影响创新市场竞争的知识产权许可安排中，如果该限制性条款不是易于导致限制竞争的，而且除被该许可安排的当事人拥有所需的特别资产或特征以及参与研发的动机以外，还有四个以上拥有上述相似特征的独立实体可以代替该许可安排当事人的研发活动的话，当局就不会对该限制采取措施。

值得强调的是，许可安排并不是只是因为处于安全区的范围才是不限制竞争的。事实上，可能在安全区外的许可安排的绝大部分是合法的和促进竞争的。安全区的设计只是为了给知识产权权利人提供在某些情况下的一定程度的确定性，因为在这些情况下的许可安排不太可能会限制竞争，因而无须对其业内情况进行特别的调查。而并不是说当事人必须符合安全区的要求或者劝阻当事人放弃许可安排中那些虽然处于安全区之外但有助于促进经济行为整合的很有必要的限制性条款。而且对于某项行为是否处于安全区的判断，也是按照实际情况随着时间变化而变化的。

所以，美国对于知识产权许可中的限制竞争行为的判断基本上分为三步：是否处于安全区；如果不是，是否属于自身违法；如果不是，就依合理原则进行判断。而且大多数知识产权许可安排都是适用合理原则来做出结论的，因此也可以说合理原则是一个基本原则，而自身违法和“安全区”是例外。

二、欧共体：豁免制度

1957年欧洲六国在罗马签订了建立欧洲经济共同体条约，其主要目的是建立一个共同市场，促进商品自由流通，而垄断行为或者限制竞争行为与共同体市场是不协调的。因此欧共体的反垄断法是欧共体竞争政策的具体化，主要体现在《欧洲经济共同体条约》第85条至第92条（现《欧共体条约》第81条至第89条），一般称为“欧共体竞争法”。【11】

欧共体竞争法的实体法可以概括为两个方面：一是禁止企业的限制竞争行为，包括禁止限制竞争协议（条约第81条）、禁止滥用市场支配地位（条约第82条）以及控制企业合并等，统称“欧共体卡特尔法”；二是禁止国家对市场竞争的不正当干预。【12】欧共体卡特尔法受到了德国竞争法的重大影响。卡特尔是企业之间为控制产品生产、销售以及价格而订立的一种协议，一次大战以前，卡特尔协议在德国特别盛行，是企业从事限制竞争行为的主要方式，因此德国的反垄断法就统称为“卡特尔法”。【13】1957年7月联邦德国颁布实施了《反对限制竞争法》【14】，这在当时的欧共体中是领先的，对于欧共体竞争法的制定有着指导性的意义。《欧共体条约》第81条和第82条与美国《谢尔曼法》第1条和第2条也很相似，原则上都禁止企业之间协议限制竞争的行为和滥用市场支配地位的行为，不过《谢尔曼法》第2条的内容比“滥用市场地位”这一概念要广。【15】

但是与美国《谢尔曼法》第1条不同，《欧共体条约》第81条第1款还以列举方式提出了一些特别禁止的限制竞争协议，从而使该条款得到具体化，体现了成文法的优点。这些协议包括：固定价格或者其他的交易条件；限制生产、销售、技术进步或投资；分割市场或采购渠道；歧视（实际上适用第82条）；搭售（主要适用第82条）。【16】但这些限制竞争协议实际就受到与美国法院适用“自身违法”来判断限制竞争行为一样的处理，可谓异曲同工。

《欧共体条约》第81条除了第1款的禁止性规定外，还在第3款规定了限制竞争协议可以得到欧共体委员会“豁免”的条件：能使消费者适当地分享因此产生的利润；能改善商品的生产或销售，促进技术或经济进步；并且为实现上述目的的限制竞争是绝对必要的或者限制竞争不得大到排除市场竞争的程度。【17】这里的条件与美国行政机关依“合理原则”分析限制竞争行为时所运用的一些原则或标准，比如限制是否非常必要，又是非常接近的。

与德国《反对限制竞争法》不同，《欧共体条约》第81条并没有区分横向和纵向限制竞争。但是欧共体理事会的立法实际上又认可了这种区分。由于根据《欧共体条约》第81条第3款申报的限制竞争协议很多，为了减轻欧共体委员会的工作负担，欧共体理事会1965年通过第19号条例，授权欧共体委员会对某些普遍能够满足《欧共体条约》第81条第3款规定的纵向限制竞争协议给予“集体豁免”，即宣布它们不适用条约第81条第1款的禁止性规定。委员会制定的集体豁免条例必须明确被豁免协议的类型和前提条件，还要明确规定可以得到豁免的限制竞争条款（白色条款）、不能得到豁免的限制竞争条款（黑色条款）以及可能得到豁免的限制竞争条款（灰色条款）。【19】这些规定都比较详细，具有可操作性，与判例法原则相比，更能给当事人的法律行为提供可预见性。

欧共体竞争法关于纵向协议的集体豁免条例中，与知识产权协议有关的有：

——关于专利转让协议的1984年第2349号条例；关于技术秘密许可协议的1989年第56号条例——这两个条例经修订，合并为1996年1月31日欧共体委员会就《欧共体条约》第81条第3款适用于技术转让协议而制定的第240/96号规则。该新条例适用于纯专利或技术秘密许可协议、专利和技术秘密混合许可协议，以及包含涉及商标权、著作权等其他知识产权的条款的专利或技术秘密许可协议。

【19】 该新条例还适用于专利和/或技术秘密转让（ASSIGNMENT）协议，但前提是转让人获得的使用费得根据受让人的销售额或生产量而定。【20】 应该注意的是，该新条例不适用于专利或技术秘密共同体（POOL）成员之间的协议、建立合营企业的协议、交叉许可协议、纯销售许可协议和与专利或技术秘密许可无关的协议。【21】 因为这些协议具有横向协议的性质，所以不是由纵向协议豁免条例来规范的。这与美国和日本现有的知识产权反垄断法指南所规范的许可协议的范围是不同的。

欧共体委员会通过新条例的目的在于：一、鼓励技术转移；二、简化技术转让规则；三、关注市场份额。【22】 尽管新条例不再把超出多少市场份额作为一个许可协议丧失自动豁免的门槛，但显著的市场份额的存在，在可能撤回豁免的情况下仍然具有特殊的重要性。根据新条例第7条以及条例的第一部分（“鉴于”部分），在评估竞争状况时，如果被许可方的市场份额超出了许可产品与那些根据其特征、价格和用途而被消费者视为替代品的所有产品或服务的总市场份额的40%【23】，欧共体委员会就会对此加以特别重视，可能撤回豁免，以阻止那些被许可产品在许可地域内不存在有效竞争的许可协议。美国也对被许可方拥有强大市场份额的情形加以特别关注。美国司法部在BAYER/JOHNSON一案就要求许可方授予非独占许可而不是单个的独占许可；美国的知识产权反托拉斯指南也强调了在集中的市场中授予独占许可或被许可方拥有显著市场份额时存在着限制竞争的危险。【24】 但是，也不应夸大市场份额门槛的重要性，因为它仅仅是存在市场支配力的表征之一，本身并不得出可能滥用这种支配力的结论。

——关于特许经营协议的1988年第4087号条例，这个条例随着关于纵向协议和纵向协调行为的1999年第2790号条例的生效，不再予以适用。但是新的条例第2条第3款规定：第1款的豁免适用于向买方转让或允许其使用知识产权的协议，根据欧共体委员会的解释，这个关于知识产权的规定特别适用于特许经营协议。而且，在没有例外规定的情况下，这个新的条例也可以适用于所有纵向协议。根据该条例第3条，一个纵向限制竞争协议如果涉及的市场份额不超过相关市场的百分之三十，协议就可以得到豁免。【25】 这与美国反托拉斯指南中规定的“安全区”标准相似。

欧共体竞争法除了成文法外，欧共体委员会以及欧共体法院关于竞争案件的裁决或判决，也都是其重要渊源。【26】 欧共体法院在知识产权（包括著作权、商标权）方面确立了几个重要的基本原则：权利存在和权利行使相区别的原则【27】、权利（在欧共体内）穷竭的原则、特定主题原则

【28】、商标权同源原则【29】等。有些原则虽然争议很大，但毕竟已经应用于司法实践，对欧共体竞争法的发展有重要的意义。

三、日本：传统与借鉴

日本1947年的反垄断法是盟军在日本战败后实行“经济民主化”的背景下诞生的，其中第6条就是为了禁止日本人参加国际卡特尔而制定的。以后经过多次修订，最大一次是1953年的修改。【30】

日本反垄断法称为“关于禁止私人垄断和确保公正交易的法律”，其实体法包括三大禁止行为【31】：禁止私人垄断（第2条第5款、第3条前半段）、禁止不当的交易限制（第2条6款、第3条后半段）和禁止不公正的交易方法（第2条第9款、第19条）。这与美国和德国的反垄断法的实体法规定不能完全类比。有学者认为：“私人垄断在经济学上相当于托拉斯和辛迪加，不当交易限制相当于卡特尔。”【32】笔者以为，“私人垄断”既包括滥用市场支配地位的行为，也包括一部分纵向限制竞争的行为，“这些行为的多数本身相当于不公正的交易方法”【33】；而“不当交易限制”是指某些协议限制竞争的做法。“两者的不同在于事业者行为的形态”【34】，即行为方式不同。至于“不公平交易作法”则来自美国《克莱顿法》以及《联邦贸易委员会法》中的“不公平的竞争作法”，1947年法基本上是将这两部法律在施行中已经明确的行为规定下来加以禁止。【35】

“不当交易限制”中的“共同行为”原先一直是被解释为不仅包括同行之间横的共同行为，也包括纵的行为即垂直的共同行为，但1953年东京高级法院的判决认为共同行为仅指处于竞争关系的企业间的横的协议。以后，横向卡特尔协议就属于“不当交易限制”规定的对象；而企业间的纵向限制行为，除了“私人垄断”的情况外，其余是“不公平交易作法”规定的对象。【36】

根据日本反垄断法第2条第9款的定义，“不公正的交易方法”是由公正交易委员会指定的。这种指定又分为一般指定和特殊指定。一般指定是1953年公正交易委员会告示11号将上述定义中的六类“不公正的交易方法”细化为十二种“指定项目”，例如：不当的区别对待（定义第一项，指定第1-4项）、不当的强制交易即搭售（定义第三项，指定第6项）、附不当排他条件的交易（定义第四项，指定第7项）、附不当约束条件的交易（定义第四项，指定第8项）、不当利用交易上的优越地位（定义第五项，指定第9-10项）等，其内容还是相当一般和抽象的。【37】特殊指定只适用于特定事业部门的特定交易的指定，该指定的事业者的行为是被直接确定为违法的。【38】

日本反垄断法对知识产权协议的规制，主要源于第6条关于禁止“签订以属于不当交易限制和不公平交易方法的事项为内容的国际协定和国际契约”的规定。对于国际合同，1947年的反垄断法实行事先认可制，为了引进技术、吸引外资，1949年改为事后（申报）审查制。但根据1950年的外资法，技术引进合同还需经“外资审议会”的事先审查。1968年6月起实行技术引进自由化后，就不再根据外资法进行事先审查，而只实行反垄断法的事后（申报）审查。与此同时，为了使当事人特别是外

国企业对国际技术转让合同中限制性条款是否违反反垄断法有一个事先判断，公正交易委员会准备将技术引进中的不公平交易作法按照反垄断法第2条第9款的规定搞一个“指定项目”。但考虑到立法上避免与已经存在的1953年告示第11号相混淆，所以在1968年5月24日由公正交易委员会颁布了一个具有相同作用的《技术引进合同审查标准》，适用于发明专利权、实用新型权及技术秘密的许可合同的反垄断法审查，包括适用于以引进技术为目的的合资企业合同以及同时可能签订的国内技术合同。【39】

日本反垄断法第6条虽然同时禁止横向的国际卡特尔（不当交易限制）和纵向的国际合同（不公平交易方法），但是《技术引进合同审查标准》所规定的限制行为只是不公平交易方法，即纵向限制行为，而且该审查标准中的相当一部分的根据是“指定项目”第6、7、8、10项（反垄断法第2条第9款定义第三、四、五项）。所以，虽然公正交易委员会对技术引进合同只进行一次审查，却并不是审查该合同违反反垄断法的所有问题，而只是判断其是否为“不公平交易方法”。对于“不当交易限制”，仅看所申报的技术引进合同很难判断是否订立了国际卡特尔，所以当时并没有制定不当交易限制的审查标准。【40】

该审查标准第1条列举了签订国际许可证协议时可能被认为是不公平交易方法的九个突出的限制性做法，但是这并不意味着除此之外就可以高枕无忧了，也不意味着只要形式上属于违反此标准的条款就必然是违法的。该审查标准在规定各项限制性做法的同时，也规定了各种例外。如果当事人能说明该限制是属于有正当理由的例外，公正交易委员会则会按实质上不违反审查标准处理。【41】

1989年2月15日，公正交易委员会颁布了《审查专利和技术秘密许可协议中的不公平交易方法的指南》，适用于国际和国内的技术许可协议。它明显借鉴了欧共体集体豁免制度，将限制条款分为白色条款（并非不公平的限制条款）、灰色条款（可能是不公平的限制条款）和黑色条款（极可能是不公平的限制条款），又借鉴了美国的合理分析原则，对于特定类型限制的必要性与其对竞争不利影响的可能性之间进行权衡。【42】

1999年7月30日，公正交易委员会又颁布了新的《专利和技术秘密许可协议的反垄断法指南》。笔者以为它具有以下几个特点：

一、该文件第一部分全面阐释了知识产权制度与反垄断法之间的关系，肯定了知识产权制度具有促进竞争的作用，反垄断法和知识产权制度不存在根本性冲突。这与美国的反托拉斯指南的指导原则是一致的。

二、对知识产权领域适用反垄断法的问题提出了全面、系统的指导意见，特别是该文件第三部分首次从“不当交易限制”和“私人垄断”的角度阐明了公正交易委员会对专利和技术秘密许可协议的观点，对交叉许可、专利共同体（PATENT POOLS）、复合许可（MULTIPLE LICENSING）以及合

资企业协议中的专利或技术秘密许可等进行了规范。

三、对于“不公平交易方法”的规制，在立法上有自己的特点。它将各种纵向限制分为对许可范围的限制、附限制和要求的许可、对许可产品制造方面的限制和要求、对许可产品销售方面的限制和要求，以与本国反垄断法的有关规定相对应。同时，对于每一种主要的限制，仍借鉴欧共体“三色清单”的做法，将其分为“原则上属于不公平交易方法且违法的限制”、“在某些情况下属于不公平交易方法且违法的限制”、“原则上属于不公平交易方法的限制”。但是与欧共体不同的是，这种分类只是一个总体的划分，并非在每一类下面列出具体的清单，而只是在该指南的第一部分阐述了这三种类别的基本区分标准。对于第二类的限制，该指南认为“将根据具体情况来评估”，“其限制公平竞争的程度取决于每一个案对于相关市场上竞争的影响，而这种影响又取决于限制的内容，如许可方和被许可方的市场地位、整个市场状况和限制的期限等因素。”【43】这与美国1995年指南中的合理原则分析是相同的。但是对一些具有相对高的阻碍公平竞争的可能性的不公平交易做法，就不必采取个案分析的方法了。这可能就属于自身违法的情形了。

另外在程序上，1997年6月日本废除了许可合同的事后申报审查制度【44】，而代之以事先咨询制度。随着1999年反垄断法指南的制定，1989年2月15日颁布的《专利和技术秘密许可协议事先咨询制度》被废止，但是事先咨询制度本身并没有废除，反而加以重建，并扩大适用于其他类型的知识产权许可，而限于专利和技术秘密许可。【45】

最后值得一提的是日本反垄断法第23条，它规定：“本法的规定不适用于行使著作权法、专利法、实用新型法、外观设计法和商标法所允许的权利行使行为。”因为这些权利行使的行为与反垄断政策不矛盾的。【46】为此，1968年的《技术引进合同审查标准》第3条还明确规定了五项属于专利权和实用新型权行使范围的做法，如对实施行为的限制、对许可时间的限制、对许可地域的限制、对产品数量、销售数量和专利方法使用次数的限制等。这与德国《反对限制竞争法》第20条（现第17条）、欧共体委员会1962年12月关于专利许可协议的通告（圣诞节咨文）、1965年BIRPI起草的《发展中国家保护发明示范法》第33条第2款的有关规定都是一致的。【47】公正交易委员会的1999年指导方针第二部分又再次解释了反垄断法第23条，阐述了对有关技术许可协议与反垄断法关系的观点，即既不能干预知识产权的正当行使，也要制止知识产权行使中的权利滥用。

四、小结

在美国、欧洲和日本等拥有比较完善的反垄断法的国家或地区，知识产权协议中的限制性条款有的受禁止协议限制竞争行为（横向的限制或纵向的限制）的规范，有的受禁止滥用市场支配地位的规范，也有可能受到合并监督的规范。总之，这种规范都是在反垄断法的框架下进行的，受该国或地区反垄断政策的影响，其规范的模式和分析的方法与反垄断法是一致的。比如，美国对于限制竞争行为往往根据合理原则去分析，所以大多数知识产权协议也是依此原则进行分析的，除了自身违

法的外。欧共同体对于限制竞争的协议，除了特别禁止的外，可根据《欧共同体条约》第81条第3款予以豁免，并建立了集体豁免制度，明确规定了可以豁免、可能豁免和不能豁免的清单，这同样适用于知识产权协议。日本对于知识产权协议的反垄断审查，既学习欧共同体集体豁免的做法，又学习美国的合理原则分析方法，同时又坚持自己“私人垄断”、“不当交易限制”和“不公正交易方法”的三分法。

虽然各国的立法以及规制模式不尽相同，但可以看出各国都在相互借鉴各自的优点。作为判例法国家，美国反垄断执法当局也颁布了反托拉斯指南，除了宏观阐述知识产权保护与反托拉斯法的关系、总的原则以及对许可证限制的分析框架和分析原则外，还具体分析了横向限制、再销售价格的维持、搭售安排、独占交易、交叉许可和联合（POOL）安排、返授、知识产权的取得等行为。虽然该指南并不是法律，但毕竟具有类似成文法的作用，具有可操作性。而《欧共同体条约》第81条第3款规定的豁免条件：能使消费者适当地分享因此产生的利润；能改善商品的生产或销售，促进技术或经济进步；并且为实现上述目的的限制竞争是绝对必要的或者限制竞争不得大到排除市场竞争的程度等，与美国依“合理原则”分析限制竞争行为时所运用的一些原则或标准，是非常接近的。而日本更是借鉴了美国和欧共体的各自行之有效的做法。另外，美国的知识产权反托拉斯指南依市场份额标准建立了“安全区”制度，而欧共体的技术转让协议集体豁免条例也强调市场份额门槛在撤回豁免时的重要性。

在对知识产权协议的反垄断政策上，各国的趋势也是一致的。无论是美国反托拉斯指南中列出的知识产权是财产权、知识产权不代表市场支配力、知识产权许可有助于竞争的三个总原则以及合理原则的扩大适用，还是欧共同体技术转让协议集体豁免条例中“白色清单”扩大、“黑色清单”缩小【48】，还有日本于1997年废止公正交易委员会对国际技术许可协议的申报审查制度的事实，都说明各国在对于知识产权与反垄断的关系上都已经认识到两者并不存在根本的对立，知识产权制度从根本上也是激励创新、促进竞争的，所以知识产权的行使并不因此而受到反垄断法的特别关注，相反，西方各国反垄断政策对此是趋于宽松。

注释：

【1】郑成思：《知识产权法》，法律出版社1997年7月第一版，P279。程永顺、罗李华：《专利侵权判定——中美法条与案例比较研究》，专利文献出版社1998年3月第一版，P316。

【2】[德]库尔特·马尔克特：《美国反托拉斯法的现状和发展趋势》，邵建东译，载于《美国和德国的经济与经济法》，爱里克·松尼曼编，法律出版社1991年10月第一版，P174。

【3】[美]马歇尔·C·霍华德：《美国反托拉斯法与贸易法规》，孙南申译，中国社会科学出版社1991年5月第一版，P34。

【4】 [美]马歇尔.C.霍华德：《美国反托拉斯法与贸易法规》，孙南申译，中国社会科学出版社1991年5月第一版，P199、244。

【5】 [德]库尔特·马尔克特：《美国反托拉斯法的现状和发展趋势》，邵建东译，载于《美国和德国的经济与经济法》，爱里克·松尼曼编，法律出版社1991年10月第一版，P174。但是对于纵向的价格限制是否适用合理原则的分析而放弃自身违法的判断，芝加哥学派的代表人物作了肯定的回答，而国会对此不予认可。参见《美国和德国的经济与经济法》P160-161。

【6】 《指南》3.1

【7】 《指南》3.4

【8】 《指南》3.4

【9】 《指南》认为，受许可安排影响的市场包括：商品市场、技术市场和研发市场（创新市场）。

【10】 王先林：《知识产权与反垄断法》，法律出版社2001年9月第一版，P142-143。

【11】 《指南》4.1和4.2。

【12】 王晓晔：《欧共体竞争法》，中国法制出版社2001年6月第一版，自序、P6-9。

【13】 王晓晔：《欧共体竞争法》，中国法制出版社2001年6月第一版，P12。

【14】 [德]库尔特·马尔克特：《美国反托拉斯法的现状和发展趋势》，邵建东译，载于《美国和德国的经济与经济法》，爱里克·松尼曼编，法律出版社1991年10月第一版，P174。德国早在1923年就颁布了《禁止滥用经济势力的法令》，参见王晓晔：《欧共体竞争法》，中国法制出版社2001年6月第一版，P19注释。该法令也被称为《卡特尔条例》，参见吴炯：《维护公平竞争法》，中国人事出版社1991年9月第一版，P112。

【15】 德国竞争法把限制竞争分为横向和纵向限制。横向限制协议也被称为卡特尔，是相互竞争的企业之间为了限制竞争而缔结的协议，参见单晓光、刘晓海：《德国〈反对限制竞争法〉对技术转让合同的调控》，载陶鑫良主编《上海知识产权论坛》，上海大学出版社2002年4月第一版，P91。有的学者把卡特尔分为平衡（横向）卡特尔、垂直（纵向）卡特尔等，笔者认为这可能并不符合德国

竞争法的规定，纵向限制协议并不是卡特尔。参见吴炯：《维护公平竞争法》，中国人事出版社1991年9月第一版，P117-120。

【16】[德]库尔特·马尔克特：《美国反托拉斯法的现状和发展趋势》，邵建东译，载于《美国和德国的经济与经济法》，爱里克·松尼曼编，法律出版社1991年10月第一版，P152-153。

【17】欧共体委员会1997年《宽容通告》中规定了一个限制竞争协议的黑名单，这些协议不管涉及多少市场份额，都被认为违反第81条第1款。参见王晓晔：《欧共体竞争法》，中国法制出版社2001年6月第一版，P115。但是，实际上有些协议也会构成对第82条禁止滥用市场支配地位的违反。

【18】学者对此的理解并不完全一致。有的认为这里是四个条件，参见王晓晔：《欧共体竞争法》，中国法制出版社2001年6月第一版，P129。有的是认为三个条件，参见[德]库尔特·马尔克特：《美国反托拉斯法的现状和发展趋势》，邵建东译，载于《美国和德国的经济与经济法》，爱里克·松尼曼编，法律出版社1991年10月第一版，P175注释8。笔者认为三个，“限制竞争是绝对必要的”或者“限制竞争不得大到排除市场竞争的程度”是并列的，是一个问题的两个方面。

【19】王晓晔：《欧共体竞争法》，中国法制出版社2001年6月第一版，P134。

【20】参见条例第1条第1款。

【21】参见条例第6条。

【22】参见条例第5条第1款。

【23】 Chris Mitropoulos: Technology Transfer: the new Regulation, 1/04/1996, published in the EC Competition Policy Newsletter, vol 2 No 1 spring 1996.

【24】据说，40%的标准是欧共体委员会根据英国、法国、德国的三个专家的研究得出的。参见 Jean-Fran and Cannes: Competition and dissemination of innovation.: The new block exemption regulation for technology transfer agreements.

【25】 Jean-Fran and Cannes: Competition and dissemination of innovation.: The new block exemption regulation for technology transfer agreements.

【26】王晓晔：《欧共体竞争法》，中国法制出版社2001年6月第一版，P136、170。

【27】 王晓晔：《欧共体竞争法》，中国法制出版社2001年6月第一版，P11。

【28】 参见本文第2章的有关阐述。

【29】 《欧共体条约》第30条（原条约第36条）允许基于保护工业和商业的正当理由而限制货物的自由流动，但这种限制只有在保护作为该知识产权的特定主题的权利的正当范围内才被允许——“特定主题”就专利而言，是制止侵权的权利和生产、销售的专有权；就商标而言，是销售的专有权以及制止侵权的权利。参见万鄂湘、陈建德：《欧盟知识产权保护与货物自由流动原则》，法学评论2000年第2期，P8。

【30】 这是关于商标案件适用的一个基本原则。如果不同成员国的两个没有任何法律、经济或其他联系的企业分别拥有同一商标权，如果该商标权来自于同一渊源，任何一个企业都不得利用其商标权阻止另一个企业的产品进入本国市场。参见王晓晔：《欧共体竞争法》，中国法制出版社2001年6月第一版，P214；万鄂湘、陈建德：《欧盟知识产权保护与货物自由流动原则》，法学评论2000年第2期，P11。

【31】 [日]川井克倭：《技术引进合同与反垄断法》，魏启学译，中国展望出版社1983年6月第一版（原版1978年11月20日初版），P21-22、26。

【32】 [日]川井克倭：《技术引进合同与反垄断法》，魏启学译，中国展望出版社1983年6月第一版（原版1978年11月20日初版），P34。但是有学者认为“结构规制法”是日本反垄断法实体法的一大类。特别是1977年该法修改后，增加了对“垄断状态”的规制，成了日本反垄断法的一大特色。参见[日]丹宗昭信、厚谷襄儿：《现代经济法入门》，谢次昌译，群众出版社1985年8月第一版，P83-84。日本反垄断法原文，也参见《现代经济法入门》，P274-327，谢次昌译自《岩波袖珍六法》1981年版。

【33】 [日]丹宗昭信、厚谷襄儿：《现代经济法入门》，谢次昌译，群众出版社1985年8月第一版，P82。

【34】 [日]丹宗昭信、厚谷襄儿：《现代经济法入门》，谢次昌译，群众出版社1985年8月第一版，P87。

【35】 [日]丹宗昭信、厚谷襄儿：《现代经济法入门》，谢次昌译，群众出版社1985年8月第一版，P82。

【36】 [日]川井克倭：《技术引进合同与反垄断法》，魏启学译，中国展望出版社1983年6月第一版（原版1978年11月20日初版），P34。

【37】 [日]川井克倭：《技术引进合同与反垄断法》，魏启学译，中国展望出版社1983年6月第一版（原版1978年11月20日初版），P27、P34注释。

【38】 [日]丹宗昭信、厚谷襄儿：《现代经济法入门》，谢次昌译，群众出版社1985年8月第一版，P127-140。另外参见[日]川井克倭：《技术引进合同与反垄断法》，魏启学译，中国展望出版社1983年6月第一版（原版1978年11月20日初版），P43-44。

【39】 [日]丹宗昭信、厚谷襄儿：《现代经济法入门》，谢次昌译，群众出版社1985年8月第一版，P128。

【40】 [日]川井克倭：《技术引进合同与反垄断法》，魏启学译，中国展望出版社1983年6月第一版（原版1978年11月20日初版），P24-26、64-70、156、163。

【41】 [日]川井克倭：《技术引进合同与反垄断法》，魏启学译，中国展望出版社1983年6月第一版（原版1978年11月20日初版），P42-44、70、153。

【42】 [日]川井克倭：《技术引进合同与反垄断法》，魏启学译，中国展望出版社1983年6月第一版（原版1978年11月20日初版），P154。

【43】 王先林：《知识产权与反垄断法》，法律出版社2001年9月第一版，P142-143。

【44】 参见指南第一部分的第2条第（1）款。

【45】 王先林：《知识产权与反垄断法》，法律出版社2001年9月第一版，P141注释。

【46】 有参见指南第一部分的第3条第（4）款、第4条。

【47】 参见条例第2条第1款第3项。

【48】 王先林：《知识产权与反垄断法》，法律出版社2001年9月第一版，P141注释。

© 版权所有 同济大学知识产权学院

地址: 上海市四平路1239号 邮编: 200092 电话/传真: 021--65988843 E-Mail: tongjiipi@yahoo.com.cn