

法律

知识产权领域反垄断的政策选择^{*}

——知识产权与反垄断法关系理论视角下的分析

吕明瑜

【提要】由于知识产权本身蕴含着效率、秩序、正义、安全、自由等多元法价值，关乎权利人、非权利人、社会、国家等多元主体利益，涉及知识的生产、增长、传播、应用等多个环节，从而使人们不得不面对知识产权领域反垄断多元政策目标取舍与选择的难题。而知识产权与反垄断法之间的相互关系问题作为处理知识产权领域反垄断的理论根基，对知识产权领域反垄断的政策选择产生重要影响。就知识产权领域反垄断的传统政策而言，无论是早期建立在“知识产权优位理论”之上的完全放任政策，还是此后建立在“反垄断法优位理论”之上的严厉管制政策，都体现出将知识产权与反垄断法的关系置于“分立”或“对立”状态这一共同特点。然而，在知识经济条件下，强调知识产权与反垄断法之间功能互补性特征的理论新发展，推动知识产权领域反垄断政策由传统的要么完全放任要么严厉管制的极端政策开始转向更具理性与弹性的新政策——宽容规制政策。但中国目前所处的发展阶段与具体国情决定了我们不应追随“宽容规制”这一发达国家的政策潮流，而应对知识产权领域反垄断采取适度严厉政策，并据此构建适度严厉的知识产权垄断法律控制制度。

【关键词】 知识产权 反垄断 政策选择

【中图分类号】 D923 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1000-2952 (2014) 04-0065-06

一、知识产权与反垄断法相互关系的主要理论观点与争论

知识产权与反垄断法之间的相互关系问题是处理知识产权领域反垄断问题的理论根基，长期以来，人们就此提出了诸多不同的理论观点，展开了深入地探讨和激烈地争论。其中以下几种观点具有代表性：(1) 知识产权优位理

论。该理论主张对知识产权实施强保护，强调知识产权对鼓励创新的作用，认为知识产权法已经通过某些限制权力的制度安排而“内置了平衡因素”，^① 反垄断法所体现的公共利益早在知识产权的立法过程中已经在知识产权制度中被

^{*} 本文是作者主持的国家社科基金项目“生物技术垄断的法律控制研究”(11BFX058)的阶段性研究成果。

^① T F Cotter. *Pragmatism, Economics and the Droit Moral.* (1997) 76 North Carolina Law Review, 1, 214, 250.

“内部化”了，知识产权的行使不应再受到干预。^① 应将知识产权豁免于反垄断法的适用，在立法者所划定的知识产权法这一“特定区域”内知识产权应免于反垄断法的审查。^② (2) 反垄断法优位理论。该理论主张对知识产权应如同对其他财产权一样给予必要地限制，从反垄断法促进自由竞争的宗旨来看，其与创设垄断的知识产权之间的紧张关系是显而易见的，知识产权人的独占权会导致产量下降，价格上升，产生市场无效的后果，故应受到反垄断法的干预。该理论强调知识产权人在反垄断法中没有绝对权力，知识产权的行使会导致垄断与滥用市场支配地位，应当受到反垄断法的一般审查。(3) 权利范围理论。该理论认为应当对知识产权予以限制，这种限制的判断标准，是看知识产权的行使行为是否超过法律的授权范围。如果知识产权的行使属于法定权利范围之内，则不应受到反垄断法的限制；否则，权利行使行为超过了法定的范围则应当予以限制。基于此理论，人们将知识产权的“存在”与“行使”相区别，在承认权利人的知识产权合法“存在”的情况下，仍可以对权利人的违法行使予以管制。(4) 成本—收益理论。该理论是运用经济学的方法来分析知识产权的行使与限制问题，其所解决的核心问题是：判断容许或禁止特定知识产权行使行为所产生的利益是否超过其所带来的社会成本。^③ 围绕这一核心问题，成本—收益理论重点关注对知识产权行使行为予以容许或禁止所能带来的经济影响：如果知识产权行使行为的收益大于成本，是应当予以认可的；如果知识产权行使行为的成本大于收益，则不应被认可。该理论的论证过程中使用大量的数据和具体的经济模型，具有较强的说服力，成为目前反垄断法规制知识产权行使行为最有影响的理论之一。

二、基于不同理论的对立政策——完全放任与严厉管制

(一) 建立在“知识产权优位理论”之上的完全放任政策

旨在促进、保护竞争和约束、限制垄断的

反垄断法，在其自19世纪末诞生之后至20世纪60年代中期，对具有法定垄断性的知识产权基本上采取完全放任的政策。从历史角度看，与已有三四百年历史的知识产权制度相比，仅有一百多年历史的反垄断法只是一种年轻的法律制度。在反垄断法形成与发展的初期，受当时生产力发展水平的制约，企业及其他社会主体创新能力有限，而经济生产、生活对技术创新需求迫切，通过知识产权制度激励创新显得特别重要，加之知识产权制度已运行相当长的时间，保护知识产权以促进创新观念早已深入人心，特别是专利权作为一种鼓励发明创造的专有权，被认为是可以合法地限制市场竞争的。知识产权作为一种法定的垄断权不受反垄断法的规制，已经成为人们当时的基本共识。基于此，从理论上讲，这一时期“知识产权优位”理论得到推崇，强调反垄断法对知识产权这种特殊的法定垄断权予以认可与豁免，对二者之间的关系持“井水不犯河水”的分立态度。从实践上看，人们对知识产权中垄断的态度自然选择了将其视为反垄断法适用的除外领域的完全放任政策。如美国在其第一个专利联营成立4年后，颁布了标志现代竞争法产生的《谢尔曼法》(1890年)，在该法实施的初期，法院对专利联营采取了承认与支持的态度，完全放任其发展，几乎不加任何规制。法院认为“专利法的目标就是垄断”，^④ 专利权人和其他工业产权的拥有者基于契约自由原则，享有广泛的、充分的权利，^⑤ 一般不将与专利有关的行为纳入反托拉斯法调整的范围。

(二) 建立在“反垄断法优位理论”之上的严厉管制政策

随着科技发展和技术贸易的日益频繁，在世界各地特别是技术发达国家遇到了越来越多的

① Ilkka Rahnasto, *Intellectual Property Right, External Effects and Anti-trust law*, Oxford University Press (2003) pp. 37, 38.

② 同上, p. 35.

③ Ilkka Rahnasto *ibid*, p. 62.

④ See *Bement v. National Harrow Co.*, 186 U.S., p. 91.

⑤ See Willard K. Tom, Joshua A. Newberg, *Antitrust and Intellectual Property. From separate Spheres to Unified*, 66 *Antitrust L.J.*, 1997, p. 169.

知识产权限制竞争问题，人们越来越深刻地认识到知识产权领域中垄断的危害不容忽视。于是，人们开始了新的政策选择，逐渐放弃了“对知识产权领域中的垄断不适用反垄断法”的豁免政策，转而采用依照反垄断法对知识产权领域中的垄断予以有效规制的政策，并于20世纪60年代末至80年代，进入一个严厉管制期。这种情况在知识产权法和反垄断法都很发达的美国表现得最为典型。仍以专利联营为例，美国对专利联营中垄断的规制是通过判例确立起来的，始于1912年的标准卫生设备制造公司诉美国案。^①在该案中，有关专利权人通过专利联营限定产品价格，并通过联合来排除没有获得许可的其他生产商。这种联合行为被裁定为违反反垄断法，专利联营被强制解体了。1945年，美国最高法院又解除了当时美国历史上规模最大的哈特—福特专利联营。^②该专利联营拥有专利600多个，控制了美国94%的玻璃器具产品的生产，按照统一的专利使用许可费标准进行专利许可，对被许可企业应该生产的产品类型、质量、数量等都作了详细规定，并与另一玻璃容器产业联盟合作，共同抵制其它企业类似产品的生产与销售。法院认为，该专利联营通过苛刻的专利许可条件控制或影响产品价格的高低，从而形成对产品生产的事实垄断，干扰了玻璃器具制造设备生产企业之间的正常竞争，应通过解除该专利联营来打击垄断行为。事实上，截至1960年，美国司法部几乎审核了全部专利联营，并认定9个专利联营在本质上触犯了反垄断法。20世纪60年代后期，美国司法部推定拥有专利本身即具有市场力量，不考虑专利产品所进行竞争的市场结构特征，对专利联营进行严厉管制。司法部的强硬执法政策使得专利权人慎用专利联营进行合作，专利联营本身及诉讼案件均开始减少。

三、应对知识经济挑战的新政策趋向——宽容规制

（一）科技的发展与对传统政策的反思催生宽容规制新政策

20世纪80年代以来，伴随信息革命和知识

经济的发展，新技术、新知识已成为维持一个国家、一个企业长期竞争优势的最主要因素，知识产权的重要性越来越突出，在一定条件下，它已经成为掌握经济制高点的关键。与此同时，知识产权也因其特殊的重要性而不断被扩张、强化，并带来了日益严重的垄断问题，引起人们的高度关注。在此条件下，人们带着更多的困惑、以更加理性的态度开始重新审视、检讨过去知识产权领域的反垄断管制政策，尝试采用更具合理性的新政策。这一时期，人们不再像从前那样，用要么“分立”、要么“对立”这样简单的思维方式来对待知识产权与反垄断法之间的关系，而是倾向于从深层次、多维度、更为深刻、全面地揭示二者之间的复杂关系，认为二者不仅有方法上冲突的一面，而且在最终目标上也有一致的一面，二者之间具有功能互补性特征。人们对知识产权领域反垄断传统政策进行总结与反思后发现，它们虽然各有其合理性，但也都存在严重缺陷：反垄断法对知识产权的完全放任政策虽然有利于知识产权保护，却无法解决知识产权领域危害日益严重的垄断问题；严厉管制政策有利于解决知识产权领域的垄断问题，却有可能影响知识产权的功能、损害创新动力。这二者都难以适应知识经济快速发展的需要。于是，各国都在探讨、尝试采取吸取传统政策优点而克服其缺陷并体现知识经济要求的新规制政策，本文通过提炼将其归纳概括为“宽容规制”政策。这一政策既不同于最初完全放任的“除外管制”，也不同于过去“格杀勿论”的“严厉管制”，而是综合考虑各种因素，对知识产权带来的有利和不利效果，全面系统地加以衡量，判断其是否合法，总体上体现出必须规制、但应宽容处理的政策导向，这种宽容在一定程度上体现了对知识产权与反垄断法互补功能的强调。

（二）知识产权与反垄断法关系理论的新发展为宽容规制政策提供重要理论依据

从知识产权领域反垄断政策的理论依据来

^① See *Standard Sanitary Manufacturing Co. v. United States* 226 U.S., 20 (1912).

^② See *Hartford-Empire Co. v. United States* 323 U.S. 386 (1945).

看,就传统政策而言,无论是早期的知识产权至上理论,还是后来的反垄断法至上理论,均是建立在将知识产权与反垄断法的关系置于分立或对立状态这一基础之上的,也即主要强调知识产权与反垄断法的冲突性特征。然而,在知识经济条件下,基于对创新与竞争互动关系更为深刻的理解,人们更加强调知识产权与反垄断法之间的这种功能互补性。正是知识产权与反垄断法关系理论的这一新发展,推动人们逐渐放弃反垄断法对知识产权要么放任要么严厉的极端政策,走向反垄断法对知识产权的宽容规制政策。

本文认为,由于知识产权与反垄断法之间既有功能上的互补性,又有方法上的冲突性,于是,建立于“知识产权优位理论”之上的反垄断法对知识产权完全放任或建立在“反垄断法优位理论”之上的反垄断法对知识产权严厉管制,均因未能准确、全面地把握二者之间的关系定位而失之偏颇,而兼顾二者冲突性与互补性的新规制政策——宽容规制,应是知识经济条件下处理知识产权与反垄断法关系问题的合理选择。这里的宽容规制政策包括两层基本含义:一是反垄断法对知识产权必须规制,这既是二者冲突性在制度安排上的反映,也是解决知识经济条件下知识产权被不断扩张、强化,进而导致知识产权垄断危害日益严重这一新问题的必然选择;二是反垄断法对知识产权的规制必须体现足够的宽容与应有的弹性,要充分考虑二者之间的一致目标与互补功能,允许知识产权在一定范围内对竞争的合理限制,仅就知识产权行使行为对市场危害性达到一定的严重程度、不干预不足以维持市场应有的公平与效率时,才可对其予以否定性评价,进行必要的、合理的规制。从知识产权与反垄断法关系的理论发展来看,前述诸如权利范围理论、“成本—收益”理论、知识产权“外部影响”理论等,均是在认可反垄断法应当或必须对知识产权予以规制的基础上,进一步探寻应“如何”规制的问题,即探讨应在什么范围内、

何程度上以及用什么方法去干预影响竞争的知识产权行使行为,才能体现弹性规制理念,从而合理兼顾鼓励创新与促进竞争双重价值目标。这些理论探索为宽容规制原则提供了丰富的理论支持与运行依据,也从另一个角度表明采用宽容规制原则的客观合理性。从历史的实践经验来看,在以往各国反垄断法对待知识产权的态度上,完全放任的政策会导致知识产权领域垄断与限制竞争行为泛滥,严重危害竞争,因而招致批评与否定;严厉管制政策会损害知识产权的收益与价值,抑制创新,因而也备受指责与质疑。而宽容规制原则,则较好地兼顾了鼓励竞争与促进创新双重竞争目标,反映了知识产权与反垄断法既一致又冲突的这一相互关系的内在规律,体现了知识经济条件下知识产权与反垄断法相互关系的新特点,适应了通过反垄断法应对知识经济引发的知识产权新挑战的客观要求。

四、中国知识产权领域反垄断宜采取适度严厉政策

从世界范围来看,不同国家或同一国家的不同时期对知识产权领域反垄断政策的选择是不同的。总体来看,历史上曾先后经历了19世纪末至20世纪60年代中期的完全豁免和20世纪60年代末至80年代中期的严厉管制两个跨度很大的政策调整。自20世纪80年代末以来,伴随信息革命和知识经济的到来,知识产权的重要性越来越突出,美国、日本以及欧共体等认为前一时期严厉管制知识产权限制竞争行为的做法存在着不利于开发、创新的弊端,不能适应知识经济的要求,各国竞争法执法机关纷纷放宽对知识产权领域限制竞争行为的管制,都显现出“宽松规制”的特征,也即知识产权领域的反垄断政策又一次进入新的调整期——由严厉管制转向宽容规制。

具体到目前的中国,究竟对知识产权垄断在宽严程度上应采取何种政策呢?本文认为,中国不应追随“宽容规制”这一发达国家的政

策潮流，而应采取适度严厉的政策，这是由中国的具体国情决定的。中国作为发展中国家，目前的技术发展水平相对落后，自主知识产权的拥有量非常有限。中国正处在重要的经济发展阶段，经济建设所需的大量技术，都需要从拥有绝大多数知识产权的发达国家的权利人那里去购买，在与知识产权有关的技术贸易中，处于以进口为主的地位，这种知识产权劣势地位意味着中国企业往往是知识产权垄断最直接的受害者。同时，在知识产权越来越成为市场竞争的核心工具的背景下，技术发达国家的企业，特别是跨国公司进入中国市场后，不遗余力地策划、实施知识产权战略，凭借其拥有的知识产权优势排挤、打压中国竞争对手，限制、甚至排除市场竞争，实施各种形式的知识产权垄断，妨碍公平竞争，确立并巩固其在中国市场的垄断地位，严重破坏中国市场的竞争机制，阻碍中国民族产业的发展。进入新世纪以来，中国企业及产业因知识产权纠纷而遭受的巨大灾难，使中国人，特别是处于市场中的中国企业深深地感受了跨国公司知识产权垄断的切肤之痛。从DVD案到思科诉华为案，再到英特尔诉深圳东进案等，给予人们的启示是多方面的，尤其是在中国这样一个科技水平相对落后、知识竞争力不强的国家中，怎样用法律有效控制跨国公司利用知识产权进行不正当竞争乃至垄断，是一个迫切需要解决的问题。也就是说，在目前的中国市场上，有能力实施知识产权垄断的主要是技术实力雄厚的外国企业或跨国公司，而这种知识产权垄断的危害后果决非仅仅表现为对被许可企业利益的损害，也不限于对特定市场竞争的排除或限制，更主要的是还直接威胁到中国自主知识产权体系的建立、民族产业的发展和国家经济的安全。基于此，中国知识产权领域反垄断应当采取适度严厉政策，应当建立适度严格的知识产权垄断法律控制制度，充分运用反垄断法这一发达国家普遍认可的法律工具，控制和减少知识产权垄断给中国造成的严重危害。

一个值得讨论的问题是，在发达国家不断放松对知识产权领域垄断管制的今天，中国在知识产权领域反垄断中采取较为严厉的管制政策，建立较为严格的知识产权垄断控制制度，是否背离了知识产权领域反垄断的正确方向？本文的回答是否定的。虽然世界范围内的发达国家或地区，自20世纪80年代以来基于向全球扩张其技术垄断的需要，对知识产权领域中的反垄断采取日益放松管制的政策。但回顾历史不难发现，这些国家或地区，如美国、欧盟、日本等，也都曾经根据本国当时经济发展的要求，对知识产权领域的垄断行为予以严厉规制。如美国20世纪40~80年代、^① 欧盟90年代以前均对本国知识产权领域的垄断行为予以严厉管制。从日本关于知识产权领域反垄断方面的历次指南看，一个突出的特点是，在二战后的早期对技术引进合同进行严格审查，而后逐渐呈现出走向宽松的趋势。这是因为，早期日本很多企业与美国相比处于技术劣势，对技术输入的监控体现了当时日本政府对本国技术发展和国内市场的谨慎保护。^② 而当日本成长为技术输出国时，为发挥本国技术优势，则对知识产权垄断采取宽松规制政策。正如联合国贸发会议发布的《2007年最不发达国家报告》中指出的，现有的世界知识产权体系对知识产权的所有者较之于知识产权的使用者以及潜在使用者更为有利。前者大多为工业国家，而后者则以诸多不发达国家为典型。因此，“对于不同发展阶段的国家来说，需要在国际法框架下结合自己的发展目标来确定具体的反垄断执法政策。”^③ 中国与美、欧、日这些发达国家处于不同的经济发展阶段，在经济全球化的新条件下，发达国家知识产权领域垄断控制的放松，有可能使中国这样的发展中国家遭受更加严重的知识产

- ① 朱淑娣、李祖军：《浅析美国知识产权反垄断法政策目标的演变》，《行政与法》2009年第12期。
- ② 汪磊：《专利联营的反垄断规制及应对》，《广东广播电视大学学报》2010年第5期。
- ③ 王先林、仲春：《知识产权领域反垄断的国际视角》，《电子知识产权》2009年第5期。

权垄断危害。因此,中国知识产权领域反垄断政策的确立和知识产权垄断控制制度的构建,必须结合中国现在的国情,考虑中国目前所处的经济发展阶段,不能盲目地追赶发达国家知识产权领域反垄断力度逐渐放松的发展趋势。当然,随着中国技术力量的不断增强,当中国企业有足够的力量挑战跨国公司知识产权垄断乃至有能力大量向国外输出技术时,我们则应及时调整对知识产权领域反垄断的控制力度,

像发达国家那样适度放松管制,在有效控制知识产权垄断的同时,为企业技术创新提供更宽松的环境。

本文作者:法学博士,郑州大学法学院教授、博士生导师,河南省特聘教授;郑州大学私法研究中心研究员
责任编辑:赵俊

Policy Options of Antitrust in the Field of Intellectual Property

—An Analysis from the Perspective of Theory on the Relationship Between Intellectual Property Rights and Anti-trust Law

Lu Mingyu

Abstract: As intellectual property itself contains the values of efficiency, order, justice, security, freedom and relates to the interests of such plural subject as the obliges, the non-rights holders, society, nation, etc., involving some aspects of the production of knowledge, growth, dissemination, and application, one has to face the choice and selection problems of antitrust multiple policy objectives in the field of intellectual property. The mutual relations between intellectual property and antitrust laws as theoretical foundation of intellectual property rights field with anti-monopoly have an important impact on the field of intellectual property antitrust and its policy options. Traditional antitrust policies in the intellectual property field, whether the early laissez-faire policy based on the “intellectual property rights superior theory” or the severe-control policy derived from the “anti-monopoly superior theory”, all reflect the relationship between Intellectual Property and Antitrust Law in terms of either the “separation” or “confrontation” state. However, in the knowledge economy, the emphasis on the new theoretical development of functional complementarity between intellectual property and antitrust laws has transformed the extreme traditional approach, either the completely laissez-faire or severe control policy, to a more rational and flexible new policy—the tolerance regulation policy. But China’s current stage of development and the specific conditions have suggested that we should not follow the current trend of “tolerance regulation” policies in developed countries. By contrast, we should take the moderately severe control policy in the field of intellectual property right antitrust, and hereby establish a moderately severe intellectual property monopoly and law control system.

Keywords: intellectual property; antitrust; the policy options