

# 知识产权与反垄断法:

## 一般关系、美国经历与中国立场

赵 耀 吴玉岭 胡汉辉

---

**内容提要** 知识产权的特性在于通过赋予排他权以激励权利人,而反垄断法的特质则是通过阻却市场势力的滥用来保护竞争和竞争过程。两者在总体目标上都致力于促进和保护效率,即以最低的成本生产质量最优、价格最低、服务最好的商品,实现社会福利的最大化,但在追求这一目标时却选择了不同的路径,特别是知识产权即便不是创造一个新的垄断,至少在某种程度上允许甚至于鼓励有条件的垄断,以为创新提供激励。知识产权与反垄断法的关系在美国经历了长期与复杂的演变,直到1995年后才出现互补共融的态势。在知识经济时代,作为知识产权滥用的受害国,中国应将竞争政策置于优先地位,以反垄断法扼制知识产权的滥用。

**关键词** 知识产权 反垄断法 市场势力

---

知识产权法创设的排他权(独占性或称合法的垄断)激励发明创造,鼓励公共披露,在有力地推动着专利、版权等商业化进程的同时,也让世人得以学习和掌握被保护的知识。而反垄断法又保障着新的技术、产品和服务在竞争环境下的交易、许可和运用。在当今动态的市场竞争中,市场主体为保持和扩大市场份额而努力改进现有产品、引进新的产品,不断地追求技术进步。反垄断法则通过禁止反竞争的合并、共谋、市场势力的滥用,培育和竞争。两者互为补充,都激励着对手间的竞争、创新与发明,让获胜者以良好的技术、产品和服务进入市场,共同致力于消费者福利的提升。虽然反垄断法并不假定知识产权必然创设市场垄断,但知识产权在行使过程中的确有着滥用的情况,且在利益集团的鼓吹下,知识产权不断地拓展权利人的疆域,某些知识产权好像成了挣脱了羁绊的野马,却平添了使用者的成本。<sup>1</sup>由此,知识产权对竞争的影响、知识产权领域的竞争与反竞争等问题开始走进人们的视野,日益为世人所关注。

### 知识产权与反垄断法的一般关系

#### (一) 知识产权的特性:激励权利人

知识产权是因智力成果而依法享有的专有权。它是

将知识财产化的一种制度安排,旨在鼓励知识生产,为创新、传播与商业化提供激励,“给天才之火添加了利益之油”。从经济学视角看,知识产权的正当性不仅在于补偿创作者的设备、资金、时间等成本与资源的投入,更在于确保他们有足够的动力,潜心于创作和发明创造活动。这样,为知识产权权利人的发明、创造提供经济激励的功利主义,就成为这项制度的立身之本。同时,保护“科学与实用技艺”富有天赋的作者和发明人,也成为推进公共福利的最佳方式之一。“版权法如同专利法,在报酬方面对所有人给予次级考量。但为更好地激励文学(或艺术)作品(的诞生),以永远地造福世人,版权法明确在不附加繁杂条件的前提下,将有价值的强制权赋予作者、出版人等。”<sup>④</sup>

#### (二) 反垄断法的特质:阻却市场势力滥用

反垄断法通过阻却妨碍自由市场的特定行为——严惩竞争者之间的价格联盟,禁止联合抵制,排斥掠夺性定价,制止市场势力的滥用,控制企业并购和产业集中——保护竞争和竞争过程。今天各国的反垄断法都基本上从经济学视角,将竞争看作是提高经济效率的必要手段。垄断者不仅抬高价格从消费者手中攫取钱财,实现于己有利的福利转移,还因其供应低于消费者在竞争性价格

下的需求而导致社会的“净损失”。垄断在减少消费者选择机会的同时，也失去了创新的压力和动力。而竞争有着诸多优越性，处于竞争行业的企业，较垄断状态而言，其产出更多，价格更低，质量更佳。有着市场势力的企业无疑要受到反垄断法的严密审查，其依托支配性市场地位进行的不公平的低买高卖行为、低于成本的掠夺性价格、拒绝或限定交易行为、搭售行为、歧视性待遇等反竞争之举，将受到严惩。

(三) 知识产权与反垄断法的交汇：总体目标的一致性与手段的差异化

知识产权是以“牺牲短期的静态效率来追求长期的动态效率”<sup>(4)</sup>。赋予作者与发明人对其作品与专利等的排他权，必然限制知识的传播，阻碍知识产权的二次创新，在一定程度上损害经济竞争，从而妨碍民众从中受益。从经济视角看，知识产权制度会提高信息获得的成本，妨碍特定作品与发明的自由销售，使知识产权权利人有可能、有能力将其产品的价格提高到再生产的边际成本之上，导致经济整体的动态非效率性。而从现实情况看，要激励知识产权权利人进行创造性活动，法律必须授予他们这类特权。这意味着在知识产权的保护之下，较竞争状态而言，购买知识产权产品的人数不仅会减少，其支出也会增加。而市场经济的一个基本原则却假定，不考虑市场失败的因素，充分自由的竞争将最大限度地提高资源的分配效率，最终有益于确保并提升消费者福利。反垄断法作为市场经济的法律基石，通过保护竞争与竞争机制，避免和制止市场上一枝独大、联手操纵等反竞争行为，让每个市场参与者都获得公平公正的交易机会，其必然关注知识产权可能带来的负面经济效果。这样看来，知识产权与自由市场竞争恰好背道而驰。它堵塞了其他市场主体模仿、复制作者或发明人的智力成果，与他们开展竞争的“通途”，而仅仅让权利人坐享排他权，收取垄断利润，增加公众支出。这不仅限制了竞争，还因权利人对智力成果的控制而遏制知识的进步，影响后续产品的开发，不可避免地影响到社会公益。

这样就面临着两种利益——知识产权权利人的收益与民众享受这一成果的付出之间的平衡问题。权利人对知识产权的掌控必须受到时空的局限。既要保护人们有足够的动力和热情去想方设法从事创作与创新——这是社会特别是新经济发展的关键，更要降低知识产权传播的成本，减少民众在享受这些成果时的支出，使发展的成果惠及民众而不是仅为少数人所独享。这就构成了知识产权与竞争冲突的根源，亦是反垄断法介入知识产权领域的原因所在。

虽然许多反垄断案件都牵涉知识产权因素，但知识

产权与反垄断法从长期关系来看，不是对抗与排斥，而常常是相容的。一方面，权利人对创作、发明特定时期的独占权并不一定具有市场势力，更谈不上居于垄断地位。知识产权产品必须接受市场的考验和检验，知识产权只是在极少情况下，应受反垄断法的规制。虽然反垄断法的首要目标是禁止垄断，促进竞争，但它从来也不反对垄断本身，它所关注的只是为获得或保持市场势力而从事的特定反竞争行为。“尽管人们对垄断深恶痛绝，但反垄断法对之并不谴责……通过努力拼搏、竭力竞争取得成功的企业，不应当因为成功而受到制裁。”<sup>4</sup> 如果一家企业获取或维持垄断地位而没有进行反竞争之举，它就与反垄断法无涉。另一方面，“专利法和反垄断法的目标乍看可能总体上并不一致，但两个法律体却是互补的，它们都指向鼓励发明、进取和竞争”<sup>5</sup>。两者有着相同的价值追求——促进和保护效率，以最低的成本，通过生产消费者所需要的产品使社会财富最大化。只是两者在追求这一目标时选择了不同的途径：“反垄断法是通过鼓励竞争来实现这一目标，而知识产权法则是通过鼓励创新来实现这一目标。”<sup>4</sup> 知识产权虽然以一定形式在某些方面限制了竞争，但这种限制同时也激发着人们在知识领域展开生气勃勃的竞争。反垄断法与知识产权都着眼于提高生产效率与配置效率，前者侧重于消费者福利，后者则追求以最少的资源消耗达到既定的产出。两者都力主产量的扩张而不是萎缩——知识产权行使时间的限制（即暂时性的垄断）向权利人施加了尽快行使权利的现实压力，而竞争也支撑着企业扩大产出。因此，从根本上讲，反垄断法与知识产权法不仅不矛盾，还相互补充——共同致力于提升市场的效率，且将竞争注入创新活动之中。“对公众而言，保护专利权人对其真正有价值的发明的垄断，与保护竞争不被无益的专利所抑制，同等重要。”<sup>④</sup>

目标的一致性掩饰不了方法上的差异。竞争通常被视为实现社会发展的一种常见方式，而知识产权被看成是一种促进发展的特殊方式。对市场经济而言，以竞争为原则，以垄断例外作为补充——对智力成果赋予排他权。虽然反垄断法与知识产权法都紧盯着社会财富的最大化，但两者在朝向这一目标迈进的过程中，时而发生摩擦，碰撞出一些不和谐的火花。反垄断法实现效率最大化的途径是通过制止反竞争行为以阻却垄断，而知识产权即便不是创造一个新的垄断，至少在某种程度上允许甚至鼓励有条件的垄断，以为创新提供激励，当然这种创新最终应是有益于社会的。在大多数情况下，反垄断法不会调整知识产权案件，但知识产权阻碍竞争、形成垄断的例子还是不胜枚举的。以专利搭售非专利产品、一揽子许可、回馈授权要求等超出知识产权法范畴的反竞争

行为,必然要接受反垄断法的审查。

## 美国经历:知识产权与 反垄断法关系在美国的演变

在美国法律史上,大量的知识产权案件都与反垄断法有着千丝万缕的联系,尤其是随着计算机、网络的迅猛发展,信息产业涉及反垄断法的案件更是层出不穷。美国执法机构最初强调知识产权的特殊性,之后强化了对知识产权领域的反垄断执法,再后又继续注重知识产权,直到1995年以后两者才呈现出互补共融的态势。

### (一) 20世纪90年代之前:割裂与对立

在反垄断法出台之后的90年左右的时间里,美国执法机构对如何以反垄断法介入知识产权问题,采取“摸石头过河”的策略。前20年,法院认为,由于理论上知识产权权利人可以完全拒绝许可,其附条件的许可就是合法的;专利权是一种应当予以反垄断豁免的例外情景,即便是专利池没有多少技术转让或其他的效率因素,且明确而彻底地实施固定价格行为,亦不应受罚。<sup>④</sup>但从1917年起,专利“首卖”后试图继续扩张知识产权范围之举,开始遭到法院的打压,知识产权由享受反垄断“优惠待遇”的“座上宾”,沦为饱受反垄断压制的“阶下囚”。在1917年的Motion Picture Co. v. Universal Film Mfg. Co.案中,法院将专利权人在出售放映设备后、在设备专利期已过还规定设备只能放映自己影片的行为,斥责为专利滥用,将知识产权等同于相关市场的垄断力量,很少考虑到知识产权的替代品问题。<sup>⑤</sup>20世纪70年代,反垄断法对知识产权的敌视达到了顶点。权利人只要在知识产权许可协议中附加不合理的限制条件,就构成本身违法。倾向于直接从专利权推导出市场势力,而不太顾及市场上存在着的专利技术或专利产品的替代品的“九不原则”<sup>⑥</sup>,并作为反垄断法规制知识产权的集中体现,于1977年被纳入《国际经营活动中的反垄断实施指南》,成为正式的审查标准。后随着以保守主义著称的共和党人里根执政,反垄断法又很大程度上“销声匿迹”,执法的“钟摆”再一次摆到从严保护知识产权一边。里根明确反对严格限制知识产权许可的规则,大幅度减少了政府对这类案件的指控。1988年,美国国会通过了专利滥用改革法,进一步约束调查与起诉专利滥用的范围和程序。

### (二) 20世纪90年代以来:互补共融

20世纪90年代,反垄断法在10年的冬眠后重新苏醒,它与知识产权的关系终于步入正途。1995年,美国司法部和联邦贸易委员会联合发布了具有里程碑意义的《知识产权许可的反垄断指南》(以下称《指南》),就知识产权许可行为可能引起的反垄断问题,系统地表明了政

府的立场、采用的分析方法和法律适用原则,奠定了美国政府处理二者关系的基调。《指南》认为,知识产权与反垄断法从总体上看是互补共融的,这主要体现于三个基本原则:一是尽管知识产权有着自身特征(如特别容易被复制、被占有),但政府对所有反垄断案件,无论是否涉及知识产权都一视同仁;二是政府在分析涉及知识产权的反垄断案件时,不首先假定知识产权会创制、带来或引起市场势力问题;三是政府基本上将知识产权许可视为有利于促进竞争之举,承认知识产权许可可能重组企业间互补性生产因素,有助于整合互补性知识产权,且由于许可扩大了知识产权的使用范围,加快了知识产权转化与传播的速度与进程,降低了发明走向市场的成本,最终会提高消费者福利。《指南》还将反垄断法禁止的范围局限于:(1)涉及知识产权的无根据的贸易限制;(2)用于协调有竞争关系的知识产权权利人之间的卡特尔;(3)压制竞争性知识产权产生和发展的安排。21世纪以来的几年里,美国国会与法院都不约而同地扩展了版权与商标权的范围。2007年,美国反垄断现代化委员会在给国会和总统的报告中,认为“发明在促使美国成为世界上卓越的技术和超级经济国家中,扮演着重要的角色”,并对处理知识产权与反垄断法的关系提出三点建议:(1)标准化组织的成员联合起来在标准设立之前,就使用费问题与知识产权权利人展开的谈判,应当依照合理原则进行审理;(2)国会应当在鼓励创新的同时,力避专利制度的滥用,努力保持二者的平衡,既要防止阻碍发明,也须防止不合理地限制竞争;(3)法院和专利商标局应严格专利审查的标准,避免因标准的松弛、审查过程的松懈,而产生损害竞争、妨碍发明的问题。

## 中国立场:竞争优先于产权

将知识产权与反垄断法置于相互敌视的两端的观念显然已经过时。今天,鼓励发明与竞争在促进经济发展、推动社会进步和提高消费者福利的进程中,扮演着比过去任何时候都更为重要的角色。由于竞争是市场经济的基石,是从公益、宏观和动态上保持经济整体运营的必要前提,而产权是建立在共同体生活之上的一种制度安排,是从私益、微观和静态出发的,因此在竞争政策与产权制度发生冲突时,应当将竞争政策摆在优先位置。比如,虽然合并从根本上讲,是一种简单的交易,是行使最基本的财产权,但各国都将控制市场集中作为反垄断法的三大支柱之一,以公权力干预产权的交易。如2008年国务院《关于经营者集中申报标准的规定》要求,达到一定标准的经营者合并、经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权等经营者集中,应当事先向商

务部申报,未申报的不得实施集中。当一种所有权长期导致垄断性经营且有损经济效率时,它就不能得到保护。如果知识产权缺乏激发竞争的功能,对它的保护也就失去了意义。美国法院1982年强制电信垄断巨头AT&T向竞争者开放电信网络,欧共体(欧盟)初级法院1991年迫使RTE许可版权,2001年要求IMS向竞争对手开放名为砖结构的数据库,2007年强制微软公司许可其竞争对手的产品与其视窗操作系统相兼容,日本公正交易委员会1997年宣布拒绝专利许可的十家弹子游戏机厂商违法等,都是限制所有权(知识产权)的经典案例。同时,各国专利机关都要求申请者承担很重的证明责任,如专利的实用性、非显而易见性及说明书,让专利成为思想市场的公共产品,以交换商业市场的排他权,推动社会进步。其原因在于社会的发展进步需要一个健康与营养丰富的公共领域,这一公域的任何一个角落都能自由地得到新的思想和信息的及时补充。特别在当前,由于利益集团的极力鼓吹,知识产权的覆盖范围迅速扩大,超出了理想的保护领域,更多地表现为对强力利益集团的政策回应,日益成为保护特定利益体的法系。<sup>11</sup>从法社会学和公共利益的角度,强调反垄断法的社会本位属性和知识产权的个人本位特性,更具现实和积极的意义。反垄断法在处理其与知识产权法的潜在冲突时,需要采取比过去更为强势的姿态。

同时,与发达市场经济国家相比,我国探索建立社会主义市场经济只有短短十几年的时间,构建自由公正的竞争秩序任重道远。另一方面,我国又处于国际经济分工的低端,是知识产权的进口大国和使用大国。作为世界工厂,我们长期遭受知识产权生产国和出口国的欺压和盘剥,一直饱受知识产权滥用之害。尤其在国际间关税壁垒逐步拆除、全球统一市场日渐形成、知识产权开始上升为发达国家维持其世界经济体系中主导地位的重要手段的大背景下,国外知识产权的滥用已严重影响到我国的自主创新能力,影响到加快发展高新技术产业、建设创新型国家的战略。我们将长期处于落后于人、受制于人的发展阶段的现实,要求我们必须以自由竞争合理配置资源,提高国内企业的竞争力特别是国际竞争力,将竞争秩序放在优先于产权保护的基础地位,以反垄断法遏制知识产权的滥用,降低国外知识产权对本国经济和信息安全冲击与负面影响,为繁荣我国的知识产权和活跃经济活动创造有利的法制环境。2008年6月国务院颁布的《国家知识产权战略纲要》第14条,要求“制定相关法律法规,合理界定知识产权的界限,防止知识产权滥用,维护公平竞争的市场秩序和公众合法权益”。2008年8月1日开始实施的《反垄断法》第55条规定:“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。”这为处置反垄断法与知识产权的关系奠定了基础。加快以反垄断法规制知识产权滥用制度的建设步伐,制定较为细化、深化和完备的反垄断指南,构筑一道遏制知识产权滥用的反垄断“防火墙”,已经成为新组建的国务院反垄断委员会的一项重要职责。为此,就要以经济效率为指针,科学界定对知识产权合理保护的度,协调知识产权尤其是新科技与反垄断法的关系,正确评估知识产权与市场支配地位的关系,针对以知识产权为依托进行的垄断或试图垄断行为,梳理出具体的滥用行为,并细化技术动态市场下的滥用标准,明确相应的处置规则。反垄断指南应充分展现反垄断法公共政策的属性,保持足够大的回旋空间,能以“柔软的身姿”随着经济环境的变化,适时变换执法的方向与力度,有选择、有侧重地恰当处置各类滥用知识产权的反竞争行为,最大限度地服务于经济发展和对外经济斗争。

<sup>1</sup> Harry First, Controlling the Intellectual Property Grab: Protect Innovation, Not Innovators, Rutgers Law Journal (Vol. 38), pp. 365~366.

<sup>④</sup> Mazer v. Stein, 347 U.S. 201 (1954).

<sup>④</sup> 李剑:《搭售的经济效果与法制规制》,中国检察出版社2007年版,第62页。

<sup>⑤</sup> United States v. Aluminum Co. of Am., 148 F.2d 416, 430 (2d Cir. 1945).

<sup>⑥</sup> Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc. 975 F.2d 832 (Fed. Cir. 1992).

<sup>⑦</sup> 张瑞萍:《反垄断法应如何对待知识产权》,《清华大学学报》(哲社版)2001年第4期。

<sup>⑧</sup> United States v. Glaxo Group, 410 U.S. 52, 58 (1973).

<sup>⑨</sup> Heat-on-Peninsular Button-Fastener Co. v. Eureka Specialty Co., 77 F. 288, 296 (6th Cir. 1896).

<sup>⑩</sup> Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co., 243 U.S. 502 (1917).

<sup>⑪</sup> “九不原则”是美国司法部禁止的专利许可中的搭售等九大类行为。

<sup>11</sup> 如美国对版权法的修改,不断延长版权保护期限,实际上筑起了一道堤坝,阻止了大量作品进入公共领域,变相使版权永久化,明显与宪法“有限时间内保护版权”的条款相悖。Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003).

作者简介:赵耀,1969年生,东南大学经济管理学院博士研究生;吴玉岭,1969年生,中国社会科学院法学研究所副研究员;胡汉辉,1956年生,东南大学经济管理学院教授、博士生导师。

〔责任编辑:范旭斌〕