



联合国
贸易和发展会议

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/CLP/68
15 May 2008

CHINESE
Original: ENGLISH

贸易和发展理事会
投资、技术及相关的资金问题委员会
竞争法和竞争政策问题政府间专家小组
第九届会议
2008年7月15日至18日，日内瓦
临时议程项目 3(a)

竞争政策与知识产权的行使

贸发会议秘书处报告 *

内容提要

竞争政策与知识产权的相互作用对发展中国家和工业化国家谋求推动创新和技术转让的经济动力都至关重要，它也非常有助于具有竞争力的公司获得良好市场机会并使消费者获得价廉质优的产品。在许可证协议方面的主要挑战在于强定不合理规定和拒绝颁发许可或开展交易。在合并和收购领域，竞争政策应格外注意这种交易对创新环境以及对经济动态的影响。因此对一套具体的知识产权组合是否会引发反竞争关切的问题需要根据其本身的是非曲直认真加以研究。

* 本文件因处理拖延按上述日期提交。

目 录

	<u>页 次</u>
一、背 景	3
二、导 言	3
A. 理论框架	3
B. 国际框架	6
C. 发展内容	7
三、具体组合	9
A. 竞争与专利	9
B. 竞争与知识产权使用许可	12
C. 竞争政策、平行进口与用尽知识产权	15
D. 竞争与版权	16
E. 竞争与商标	17
F. 竞争、知识产权与标准的制定	17
G. 竞争与药品试验数据权利	18
H. 合并案例中的竞争与创新	19
四、展望：竞争政策与知识产权保护的相互影响，以及贸发会议的 作用	19

一、背景

1. 知识产权与竞争法和竞争政策的相互关系导致产生重要的经济和法律问题。多年来，贸发会议一直定期处理这一问题。竞争法和竞争政策问题政府间专家小组第八届会议的商定结论强调，竞争政策和知识产权对实现发展目标可发挥关键作用。因此要求贸发会议就此专题编写报告。¹ 本文件主要目标有三：(a) 摘要说明理论之争情况；(b) 重点介绍具体感兴趣的内容；(c) 对代表们可能有兴趣讨论的竞争政策与知识产权相互作用的今后挑战所在提出相关问题。无论是本报告所探讨的具体法律组合体清单亦或提出的额外问题均非详尽无遗。

二、导言

A. 理论框架

2. 知识产权涉及到可吸收用于切实物体的信息或知识，拷贝次数不限、世中地范围地点不同。² 知识产权属于法律规定的排他性临时权力。其目的在于激励投资创新并加以应用。

3. 许多国家管辖机关将知识产权与任何其他合法财产形式相提并论。³ 与很多其他财产不同的是，知识产权属于非竞争性质，就是说更多的人受益于知识产权并不会导致更多的费用。然而如果没有人为知识产权付费，只会产生没有成本的知识产权。按照欧盟委员会竞争管理总署的话说，“知识产权与一般的财产权利有所不同而且少有绝对性质：它们通常有期限(专利、版权)，并不享有免受他人并行创造的保护(版权、专门技能)或是一旦公布于众便失去价值(专门技能)。”⁴

¹ 贸发会议(2007 年)。政府间专家小组第八届会议通过的商定结论，TD/B/COM.2/CLP/L.12.7 月 24 日。

² 世界知识产权组织(未注明日期)。知识产权组织出版物第 No.909(E)号《了解版权和相关权利》，见网址：http://www.wipo.int/freepublications/en/intproperty/909/wipo_pub909.pdf。

³ 美国司法部和联邦贸易委员会(1995 年)。《知识产权使用许可的反托拉斯准则》。新加坡竞争委员会(2006 年)。《知识产权处理指南》。

⁴ 欧盟委员会竞争管理总署(2007 年)，“竞争政策与知识产权的行使”，提交竞争法和竞争政策问题政府间专家小组第八届会议的文件。

4. 关于知识产权的一些争论起源于这一问题，“当人们抄袭一旦生成后便毫无成本或几乎毫无成本的知识产权时，谁会付费鼓励从事具有潜在创新意义的活动？”法律设立知识产权规定是为了允许创新者排斥他人并从自身创新成果中获益。例如专利，法律在专利有效期间因利用不足造成的损失与鼓励更多创新活动而获得收益这两者之间保持平衡。(期限和范围同属重要内容。)无人知道何种期限或范围体现“最佳”平衡，尽管法律必须、而且的确做出选择。这种平衡因国家发展程度不同而有所变化。发展中国家需要灵活确定它们所认定的适当平衡。以发达国家为例，对于某些知识(例如基础研究)，排他行为有时被视为行不通或是不可取。

5. 知识产权制度对私营企业和研究机构如何获得和管理其知识财产起到关键作用。知识产权通过影响技术进步的速度、模式和散播以及竞争，对发达和发展中国家的创新能力和经济绩效均产生影响。然而更有力的专利制度并不一定促成更多的科发投资，而更有可能改变国内采用先进技术的速度。向知识型经济(其特征为技术密集部门和知识财富的有效管理日益重要)的过渡，促使政府的知识产权政策以及公司知识产权管理战略均发生了变化。

基本定义

知识财产属于信息或知识。知识产权是一种权利，依法律规定，在特定期限、特定范围内排除非所有者未经所有者许可为商业目的使用该知识产权。知识产权分为工业产权和版权。工业产权包括专利(保护发明)，工业设计(保护工业产品外观)，“商标、服务标志、集成电路版面设计、商业名称和用途、[以及]地理标记”。专利是保护发明的最为常用办法。商标是一种符号，或一组符号，它将一个企业的产品或服务与其他企业相区别。版权法用于在艺术或文学作品中“[保护]构想的表达方式，但并非构想本身”。电脑程序就属于这一类。

资料来源：世界知识产权组织(未注明日期)。知识产权组织出版物第 No.909(E)号《了解版权和相关权利》，见网址：http://www.wipo.int/freepublications/en/intproperty/909/wipo_pub_909.pdf。

6. 竞争法和竞争政策以及知识产权法和知识产权政策通常被视为具有相辅相成性质，因两者均寻求推动创新及开发新技术和新产品使消费者受益。⁵ 确定这两种制度间的关系常常并非易事，一些学者甚至怀疑竞争法是否特别适用于遏制专用知识产权的滥用。⁶

7. 竞争与创新(以及动态效益)的关系从经济理论来看并不清楚。那些信奉熊彼得观点的人争辩说，垄断可以更好地为创新提供资金并且更好地捕获创新带来的回报，因此是社会技术进步和创新发展的主要推动力。⁷ 他们倾向于认为企业竞相追求持续垄断。其他经济学家，如阿罗，则持相反的看法，认为竞争为创新提供更多刺激。在竞争性环境中，企业不断得到鼓励投资于研究与发展以便保持对竞争对手的优势。⁸ 业已先入为主的垄断者可能会打压富有创新精神的对手，从而抑制创新。⁹ 关于市场结构如何影响创新的理论研究也含糊不清，一些人认为数据支持阿罗的观点，而其他学者指出，大多数具有创新特征的市场既非竞争太激烈、亦非垄断太明显。现实生活中，技术不尽相同，市场不尽相同，因此竞争方式也不尽相同。例如埃文斯和施马兰奇就认为，电脑软件、网络企业，通讯网

⁵ 美国(1995)。“过去几个世纪以来，反托拉斯法的执行者和法院终于认识到知识产权法和反托拉斯法都具有提高消费者福祉和推动创新的同样基本目标”。见巴巴多斯、委内瑞拉共和国、保加利亚、布基那法索、捷克共和国、丹麦、欧洲联盟、法国、印度尼西亚、意大利、日本、秘鲁、新加坡、土耳其、越南和津巴布韦的投入。Drexl J(2005 年)。竞争法在保护与知识产权发生冲突的公共物品中的重要作用。《知识型公共商品与技术转让》。剑桥；参见巴基斯坦(2007 年)。对竞争法和竞争政策问题政府间专家小组第八届会议上的投入：“两方面[竞争及知识产权]的法律都刺激创新和提高效益，然而……由于从不同角度对待同样问题因此又相互冲突。”

⁶ Fox E(2005 年)。“反托拉斯政策能否保护全球免受知识产权滥用的影响？”Carten F(2005 年)。“知识型公共商品与技术转让。剑桥；运用竞争法作为控制知识产权的一种办法”。“知识型公共商品与技术转让”。剑桥。

⁷ Peter M 和 Schumpeter JA, (1942 年)。《资本主义、社会主义与民主》。另外参见 Curley D(2006 年)，“创新、知识产权及竞争 - 法律和政策观点”，见《关于知识产权和竞争问题斯德哥尔摩网络专家丛书》。斯德哥尔摩；欧盟委员会竞争管理总署(2007 年)；肯尼亚(2007 年)，“竞争政策与知识产权的行使”，对竞争法和竞争政策问题政府间专家小组第八届会议的投入，Njoroge 负责编写。

⁸ 欧盟委员会竞争管理总署(2007 年)。

⁹ Stiglitz J(2005)，“知识产权的是非”，《每日时报》。http://www.dailytimes.compk/default.asp? page=story_16_8_2005_pg5_12。

络、移动电话、生物技术以及在较低程度上医药产品，正经历着我们时代的熊彼得式竞争。¹⁰

B. 国际框架

8. 鉴于国家竞争标准各有特色，短期内寻求全球协调竞争政策与知识产权的相互作用看来可能性不大。¹¹ 例如，2004 年世界贸易组织停止了关于竞争政策问题的谈判。¹² 因此，联合国大会 1980 年通过的“一套多边协议的控制限制性商业惯例的公平原则和规则”¹³ 依然是处理这类竞争政策的唯一正式多边守则。这是一套多边协议，它提供了控制反竞争行为的公平规则，承认竞争法和竞争政策的发展内容，并为国际合作提供了框架。这套规则的目的之一主要在于通过鼓励革新提高国际贸易和发展的效益。它规定企业对于在国外合法标有商标、而且与进口国国内受保护的相同或类似货物的商标相同或类似、且为同一来源的货物，应避免限制其进口——如果限制行为影响到市场准入或是不当束缚竞争行为。它因此旨在处理平行进口，该问题这些年来日益引起兴趣并将在第三章详细探讨。

9. 世贸组织《与贸易有关的知识产权协定》(《协定》)涉及到知识产权的保护。《协定》规定了应在知识产权主要领域提供的最低保护标准及其执行规则。¹⁴ 但它同时允许发展中国家拥有某些灵活性。¹⁵ 一些条款明确涉及竞争相关问题，即，第 40(1)条，一致商定“有关知识产权的一些限制竞争的许可活动或条件可能对贸易产生不利影响并可妨害技术转让和传播”，并可因此界定为非法行为。

¹⁰ 引自欧盟委员会竞争管理总署(2007 年)。

¹¹ Heimler A(2007 年)，“竞争法的执行与知识产权”；Rill J(2003 年)，“国际反托拉斯与知识产权相互作用的协调”，见“国际商业中的法律和政策”，夏季刊，可检索网址：http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3791/is_200307/ai_n9259838/pg_14。

¹² 世贸组织总务理事会决定，参见网址：http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/draft_text_gc_dg_31july04_e.htm#invest_comp_gpa。

¹³ 贸发会议(2000 年)，“联合国关于竞争问题的一套原则和规则”，UNCTAD/RBP/CONF/10/Rev.2，参见网址：<http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=4106&lang=1>。

¹⁴ 贸发会议(2004 年)，《竞争法的制定和实施手册》，纽约和日内瓦。

¹⁵ 《协定》灵活性细节参见 UNCTAD-ICTSD：关于《协定》与发展参考书。

《协定》承认根据国家法律强制颁发许可(政府或政府授权的第三方未经充分补偿而使用某项专利内容),并为强制实行颁发使用许可之前规定了程序以及例外情况。在另外一项条款中,具体提及公共健康和营养以及公共利益这些对成员国至关重要的社会经济部门。¹⁶ 是否采取行动阻止因限制性颁发许可安排对国内市场竞争造成的不利影响,这一问题由成员各自决定,当然鼓励成员之间开展磋商和合作。¹⁷ 此外,《协定》关于公共健康的内容说明它并非要阻止成员采取保护公共健康措施(特别提到传染病),或是推迟终止那些本来可能限制医药贸易的过渡安排。¹⁸

C. 发展内容

10. 《协定》无疑将继续给发展中国家的知识产权制度带来严重挑战。但它也允许发展中国家享有一定灵活性以便处理国家具体发展关切。发展中国家执行《协定》时面临的关切主要集中于三个问题:(a) 获得药品;(b) 生物技术和传统知识;(c) 确保技术转让,这取决于外国投资的气候。¹⁹ 发展中国家近年来注重能否尤其在医药产品方面得到《协定》规定的知识产权保护例外,²⁰ 例如南非²¹、泰国²²、巴西²³ 和卢旺达²⁴。然而发展中国家知识产权政策设计属于部门交叉

¹⁶ 《协定》第 8.(1)条和第 31.(b)条, 1994 年 4 月 15 日。

¹⁷ 贸发会议(2004 年)。

¹⁸ 世贸组织第四届部长级会议, 2007 年 11 月 14 日, 多哈。参见网址: http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/trips_04_e.htm#declaration。

¹⁹ Janis M(2005 年)《协定》规定的专利相关反托拉斯法“最低”标准。见《知识型公共商品与技术转让》, 剑桥。

²⁰ 关于在发展中国家以外的地方灵活执行《协定》的情况, 见以下国家提交的文件: 委内瑞拉、哥伦比亚、捷克共和国、丹麦、法国、印度、牙买加、日本、巴基斯坦、巴拿马、新加坡、瑞士、突尼斯和土耳其。尤其参见委内瑞拉的例子, 该国竞争管理机构对具体案例适用《协定》第八条规定, 委内瑞拉共和国提交的文件(2008 年)。提交竞争法和竞争政策问题政府间专家小组第九届会议的文件。

²¹ 决定内容请见网址: <http://www.compcom.co.za/resources/Media%20Releases/MediaReleases%202003/Jul/Med%20Rel%2034%200f16%20Dec%202003.asp>。

²² Flynn S(2007 年)。泰国合法的强制颁发许可以及 Abbott 做出的反竞争回复。信息正义与知识产权课程, 美利坚大学, 华盛顿特区。

²³ Jack A 和 Lapper R(2007 年)。“巴西鄙视爱滋病毒药物专利”, 《金融时报》(在线版)。

²⁴ 卢旺达(2007 年)IP/N/9/RWA/1, 7 月 19 日。

问题，必须对保护知识产权、推动技术传播以及发展国内工业和创新能力的种种需要加以平衡，同时兼顾《协定》所赋予的灵活性。此外，发展中国家由于竞争监管制度不够发达，对付知识产权相关的竞争案例缺乏经验。²⁵

11. 各国知识产权制度不尽相同。它只是包括科学技术、竞争及贸易这些直接或间接影响到政策设计、实施和执行工作的更为广泛的政策组合中的一部分。从发展的角度看，挑战在于查明必需的核心政策构成以便建立现代知识产权系统、提高知识产权政策与其他相关政策的连贯一致性，并且改进体制设计，以便改善知识产权制度使之更好地发挥职能，同时确保知识产权不会被滥用以至于扼杀创新和经济增长。²⁶ 一些发达和发展中国家在向知识密集和全球化经济过渡时，在调整政策和体制加强知识产权保护方面取得的经验值得其他发展中国家探究。²⁷

12. 克罗地亚为小国或发展中国家巧妙利用大公司的分析成果和实力提供了饶有兴趣的办法。根据克罗地亚竞争管理机构的要求，微软公司承诺在克罗地亚遵守欧盟委员会 2004 年 3 月 24 日第 2007/53 号决定中规定的条件和义务，该决定由欧洲一审法院于 2007 年 9 月 17 日予以维持。²⁸

13. 世界银行的研究结果为发展、竞争和技术进步之间的关系提供了更能揭示细微差别的数据。简而言之，发展中国家的技术进步来自于吸收或适应外国技术。发展中国家的这种能力取决于对外国技术的接触面，通常涉及到外国直接投资(外资)、国内企业家是否愿意承担技术风险以及国民的技能。世界银行的研究发

²⁵ 关于在发展中国家及其以外地方知识产权竞争案例少有先例的情况，见以下国家的投入：阿尔巴尼亚、巴巴多斯、不丹、委内瑞拉共和国、波斯尼亚和黑山共和国、布基那法索、哥伦比亚、哥斯达黎加、捷克共和国、丹麦、牙买加、拉脱维亚、印度尼西亚、印度、秘鲁、新加坡、斯洛伐克、突尼斯、土耳其、乌拉圭、越南和津巴布韦。

²⁶ 知识产权委员会(2002 年)。“知识产权与发展政策相融合”，知识产权委员会，伦敦。

²⁷ 关于美国在此方面的法律历史教益，见 Janis(2005 年)。

²⁸ 克罗地亚(2008 年)。提交竞争法和竞争政策问题政府间专家小组第九届会议的文件。

现这样一种倾向，即，某些部门较为强势的知识产权可造成更多的知识和外资流向中等收入和较大的发展中国家，但不会流向贫穷国家。²⁹

14. 并非所有人都认为知识产权或竞争法会带来好处。印度尼西亚提交竞争法和竞争政策问题政府间专家小组第八届会议的文件介绍了该国的普遍看法：(a) 知识产权属于先进国家的权力；(b) 竞争法也只属于发达国家；(c) 人们购买盗版产品是因为要比正版便宜得多。肯尼亚提交竞争法和竞争政策问题政府间专家小组第八届会议的文件表明这样的观点，“不论申诉的法律地位如何，专属权可能……会向较大或是占支配地位的垄断公司倾斜”，因为“[专利]诉讼费用高昂，而结果很可能有利于资金更雄厚的一方”。

三、具体组合

15. 本报告限于讨论知识产权与竞争政策结合面的选定内容。与知识产权相关的反竞争惯例可能涉及暗中勾结、压制创新动力或是排斥竞争对手。对使用许可协议的一些具体限制可能涉及地区限制或是专卖权，这是违反一些管辖范围的竞争法的。

A. 竞争与专利

1. 现有专利的相互影响

16. 一项具体挑战在于多项专利相互混合的情况。这种混合专利为越来越多的公司使用并可能造成反竞争影响。涉及混合专利的知识产权案例在发展中国家

²⁹ 世界银行(2008 年)。“2008 年全球经济前景：发展中世界的技术传播”，见网址：<http://econ.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTDEC/EXTDECPROSPECTS/GEPEXT/EXTGEP2008/0,contentMDK:21603882~menuPK:4503397~pagePK:64167689~piPK:64167673~theSitePK:4503324,00.html>。

或是转型期国家鲜有先例。³⁰ 因此专家们也许应该考虑这种惯例可能造成的反竞争影响并对在其国家出现首个案例做好对应准备。³¹

17. 专利群是一种相互叠合的成套专利，谁想要将新技术投入商业使用就得要获得使用多种专利的许可，这样成本可能大幅度提高。³² 交叉授予许可通常对那些运用叠交专利群的公司有利，使其得以混合使用不同专利开发技术。但是这会促成(反竞争)价格协调并可阻碍其他竞争者的市场准入，因为后者可能被迫与所有相关公司谈判或是强加有损于非成员的条件。³³ 专利共享指的是多个专利持有者共享其专利并通过某个联合实体向第三方发放许可。³⁴ 专利共享可降低交易费用使一方得以同时开展谈判为使用多种专利申请多种许可。

18. 竞争法和竞争政策如何能够处理这种商业惯例呢？将专利累积成一揽子组套通常降低交易成本并减少不稳定因素，并可因此提高效益。³⁵ 但它也可能造成反竞争影响，例如，如果用于协调或操纵价格，或是不鼓励革新。³⁶ 由纯粹替代性专利(相互竞争技术的专利)组成的专利共享，通常比相互配合的专利(同样技

³⁰ 关于不只是发展中国家或转型期国家涉及共享专利的知识产权案例很少有先例，见以下国家提交的文件：阿尔巴尼亚、巴巴多斯、不丹、波黑共和国、保加利亚、布基那法索、哥伦比亚、克罗地亚、捷克共和国、丹麦、法国、印度、印度尼西亚、意大利、牙买加、巴拿马、巴基斯坦、秘鲁、俄罗斯联邦、新加坡、斯洛伐克、瑞士、突尼斯、土耳其、乌拉圭、越南和津巴布韦。

³¹ 为说明因一揽子专利方案造成的反竞争关切，见美国联邦巡回上诉法院在最近案例中适用的推理和标准：美国飞利浦公司诉国际贸易委员会案例，美国联邦巡回上诉法院，04-1361, Bhattacharyya S(2007 年)。美国飞利浦公司诉国际贸易委员会，寻求竞争法与批量许可的更好结合，见哥伦比亚大学法律与社会问题学报，纽约。

³² 美国联邦贸易委员会(2003 年)。“推动革新：竞争与专利法和专利政策的适当平衡”，报告。

³³ Jaffe A 和 Lerner J(2004 年)，“创新及其不足之处：我们破旧的专利制度如何威胁到创新和进步，而我们又能做些什么”，普林斯顿大学出版社。

³⁴ Ullrich H(2005 年)。“专利工具：运用竞争政策处理专利法问题”，《欧洲竞争法年刊》。

³⁵ 美国(1995 年)。

³⁶ 美国司法部和联邦贸易委员会(2007 年)。“反托拉斯执法工作与知识产权：推动革新和竞争”，见网址：www.ftc.gov/reports/index.shtm。

术的不同方面的专利)带来更多的问題。³⁷ 几項知识产权相结合也许会令人质疑累积的专利费是否会导致“畸贵”的专利费支出而不利于竞争。³⁸

19. 这些问題也反映在欧盟委员会 2008 年年初对制药业进行的行业调查, 涉及专利网络的竞争关切。调查印证了这一迹象, 即, 欧洲医药市场竞争机制或许没有很好发挥作用, 进入市场的新药不多, 而且似乎推迟了普通药品上市。调查工作研究了制药公司之间的协定, 例如专利纠纷的解决, 以及可能凭借滥用专利权或令人烦恼的诉讼等办法人为设立准入障碍。³⁹

2. 颁发新专利

20. 颁发新专利的进程可导致竞争问題。一项可能无效或范围过广(“质量低下”)的专利会阻止创新、促使对手采取行动避免侵犯质量低下的专利。相互竞争的革新者也会由于担心招惹费钱费时的诉讼、或是被迫支付毫无道理的专利使用费而因此畏缩不前。譬如, 竞争对手或许会放弃研究方向。如何运用竞争政策改善这一状况? 鉴于颁发专利的进程通常由知识产权当局一手处理, 人们也许希望讨论是否可以预测、进而避免低质专利造成的反竞争影响。

21. 以下举例介绍一些针对颁发专利可能造成反竞争影响的策略办法。专利“常青化”手法指的是收购较小或是微不足道的后续发展专利, 其目的在于延长专属权力到超出最初专利期限。有关“常青化”的一个例子是欧洲涉及 Astra/Zeneca 的案例,⁴⁰ 该公司被认定滥用其市场控制权以不当方式利用公共程序排斥普通药品的竞争。⁴¹ 覆盖(或者说淹没、布雷)意味着对某个领域设立重重专利, 也就是“知识产权层层叠合密织而成的蜘蛛网, 迫使任何公司想要将新技术

³⁷ 美国(2007 年)。

³⁸ Correa C(2007 年)。“知识产权与竞争法: 探索与发展中国家相关的一些问題”, 布宜诺斯艾利斯大学。7 月。

³⁹ 欧盟委员会(2008 年)。2008 年 1 月 16 日第 IP/08/49 号新闻稿, 见网址: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/49&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>。

⁴⁰ 委员会决定案例 COMP/A.37.50/F3 Astra/Zeneca, 正在上诉中。

⁴¹ 欧洲委员会竞争管理局局长(2007 年)。

投入实际商业使用必须从中杀出一条路”。⁴² 评论家争辩说，随着尤其在美国获得和执行专利变得更加容易，战略性滥用行为以及反竞争专利做法的风险大为增加，对专利有效性提出挑战则愈加困难。⁴³

B. 竞争与知识产权使用许可

1. 使用许可协议

22. 使用许可发放协议常用的一些规定可能会引起竞争关切，对此应集中注意事实进行个案评估。非索求条款“通常规定一缔约方不会对另一缔约方索求专利或其他知识产权，即使后者从事违约使用行为”。⁴⁴ 这类条款使公司得以避免诉讼从而降低交易成本，但这也不利于鼓励创新，因为它限制获得许可一方就其自身拥有的知识产权收取费用。⁴⁵ 回馈授权是“这样一种安排，它获得许可一方允许知识产权许可发放一方有权使用前者对颁发许可的技术做出的改进。”⁴⁶ 回馈授权的条件各有不同。它可有助于下游发放许可，因为它使得协议双方分担最初和附加知识产权的真正价值带来的风险。但它也造成反竞争关切，正如《与贸易有关的知识产权协定》第 40(2)条所明确指出的，因为利用订立回馈条件可使最初许可颁发者攫取任何后续发明成果的回报(从而打击发明)，而且会不当扩充专利获得者的市场实力。延展性权利金协定规定，“掌握某种上游研究工具专利的一方，有权根据利用该工具随后制造的下游产品的销售或使用情况考量收费”。这对允许后续研究人员分享革新风险十分有效，但也会打击后续创新活动。⁴⁷

23. 一些主要管辖机关界定某种安全区，使得使用许可协议不至于受到法律挑战。美国行政管理局预计，这些规定总的来看不会伤及竞争。它们对具体案例做出这种评估时要考虑的因素包括(a) 专利持有者是否拥有市场实力；(b) 这一做

⁴² Shapiro C(2001 年)。“教你穿越专利的丛林：交叉许可、专利汇合及标准设立”，《革新政策与经济》，Adam Jaffe 与其他人合编。

⁴³ Jaffe A 和 Lerner J(2004 年和 2009 年)。“革新及其不足”，华尔街日报。

⁴⁴ 美国(2007 年)。

⁴⁵ 同上。

⁴⁶ 同上。

⁴⁷ 同上。

法是否纵容非法协调行动；(c) 这一做法是否阻碍进入市场；(d) 这一做法是否不利于未来创新活动。⁴⁸ 《欧盟委员会技术转让免除封锁管理条例》(2004 年)(有关该条约第 81(3)条规定适用于技术转让协定类别的委员会 2004 年 4 月 27 日第 772/2004 号条例)为知识产权使用许可协议提出安全港规定。若协议未载有严重反竞争限制规定，且颁发许可者和获得许可者属于竞争对手时，其市场联合所占比例须低于 20%才符合安全港标准；如果双方为非竞争对手，每方市场所占比例须低于 30%。关于上述合同条件，专属回馈义务或非索取性条款均不属此类。

24. 印度尼西亚有个涉及专属许可的案例。一家付费电视节目供应商，ESPN 明星体育公司计划终止与印尼 6 家电视台的协定，而向一家电视台提议签署独家转播协定。印尼竞争管理局认为此举违反竞争法。ESPN 明星体育同意取消独家播放许可计划。⁴⁹

2. 拒绝发放许可与强制发放许可

25. 虽然强制发放许可(政府使用或授权某人使用受保护内容而不经知识产权持有者同意)的法律条件各国千差万别，看来普遍承认某些拒绝颁发许可的行为会造成竞争伤害、因此在适当情况下可视为违反竞争行为。⁵⁰

26 当某个单一知识产权持有者拒绝发放许可时，首先的问题就是该知识产权是否具有市场实力。如果不具备，那么拒绝发放许可或许不会伤及竞争。即使知识产权的确具备市场实力，拒绝发放许可也不一定违反竞争法。不同管辖机关的评估意见不同。在最近举行公众听证会以及最高法院做出 *Trinko* 决定之后，⁵¹ 美国国内普遍同意无条件拒绝颁发许可并不违反竞争法。然而，有条件拒绝或可伤及竞争并违反竞争法。⁵²

⁴⁸ 同上。

⁴⁹ 印度尼西亚(2008 年)。提交竞争法和竞争政策问题政府检专家小组第九届会议的文件。

⁵⁰ 巴巴多斯、克罗地亚、捷克共和国、丹麦、欧洲联盟、法国、日本、秘鲁、新加坡、突尼斯和津巴布韦的资料；美国(2007 年)。

⁵¹ 540 美国 398(2004 年)。

⁵² 美国(2007 年)。

27. 相比之下，欧洲一审法院在其 2007 年对微软公司的判决中，⁵³ 要求该公司提供可相互操作的资料。法院指出：

“即便利用占据主导地位采取行动而干脆拒绝向第三方颁发许可，此行为本身并不构成第 EC82 条含义所指的滥用支配地位。只有同时伴随发生案例法所设想的例外情况时，才能认定这种拒绝行为带有滥用性质，并且因此为保护公共利益维持市场有效竞争机制，允许打破知识产权持有者的独家权利、要求其向寻求进入市场或驻留市场的第三方颁发许可。”
(第 691 段)

28. 欧盟委员会关于适用 EC 第 82 条的讨论文件谈到强制颁发许可等问题。评估拒绝提供投入行为的办法在于确定是否满足以下所有五个条件：(a) 该行为具有拒绝供应的特点；(b) 该公司占有支配地位；(c) 该投入是不可缺少的；(d) 拒绝可能对竞争产生不利影响；(e) 缺少客观的正当理由。出现拒绝为某项知识产权颁发使用许可的情况时，还必须满足另外一个条件，这就是该项许可是生产消费者可能需要的新产品必不可少的投入。⁵⁴

29. 某些情况下，发展中国家或是基于《与贸易有关的知识产权协定》提供的灵活性而利用强制使用许可，主要是允许获得药品，⁵⁵ 或是强烈鼓励发放药品生产许可。⁵⁶ 实际情况就是这样，尽管很多人告诫说应该有节制地适用强制性使用许可。⁵⁷

⁵³ 对 T-201/04 微软诉委员会案 2007 年 9 月 17 日做出的 CFI 裁决。

⁵⁴ 欧盟委员会竞争管理总署(2007 年)。

⁵⁵ Flynn(2007 年)。卢旺达，见 2007 年 7 月 19 日 IP/N/9/RWA/1；巴西，见 Jack A 和 Lapper R(2007 年)。“巴西摒弃爱滋病毒药品专利”，《金融时报》(在线版)。有关发达国家的案例见 Coco R 和 Nebbia P(2007 年)。“强制颁发许可与临时措施”，见 Merck：“此案对何方有利——意大利还是竞争法？”知识产权法与惯例学报，剑桥。

⁵⁶ 在南非，GlaxoSmithKline(GSK)公司与竞争委员会达成协议，GSK 公司将向一些普通药品制造商颁发生产抗逆转录病毒药品的许可，用于在南非和撒哈拉以南非洲国家销售，委员会则不再向竞争法庭提交有关滥用高价的投诉。见网址：<http://www.compcom.co.za/>。

⁵⁷ 主要有：Fox(2005 年)；Ullrich H(2005 年)。“扩展知识产权保护与缩小竞争规则：从《与贸易有关的知识产权协定》角度看问题”，《知识公共物品与技术转让》，剑桥。

C. 竞争政策、平行进口与用尽知识产权

30. 国际价格差别待遇可提高总体经济福祉，尽管这会有违公平，因为一些消费者为同样产品要比别人付出更多费用。价格差别待遇的积极因素在于，根据差价战略向一些消费者低价提供某种他们本来支付不起的产品——假如必须以单个统一价格出售的话。此外，差别定价通常要比统一定价获得更多利润。这意味着为创新和其他活动提供更多奖励。从另一方面看，如果差别定价的基础得不到客观合理地确定，它也可能引起反竞争关切。

31. 国际性价格差别待遇或可得到知识产权的支助。知识产权持有者对带有知识产权的商品或服务的销售和再销售可在地理范围上加以限制。打击平行进口(未经制造商许可的进口)可以采取执行知识产权的形式。但是如果知识产权已经“用尽”，意指专利持有者已不再拥有权利，则无法构成阻挠平行进口的基础。(盗版，即知识产权持有者没有授权商业使用，也没有收取费用，则属于完全不同性质的问题。)通常情况是，带有知识产权的商品和服务不能用于国界以外的交易(知识产权尚未“用尽”)。然而欧盟适用一种在区域范围内用尽专利的制度。

32. 世界卫生组织一个委员会的报告指出，“关于发达国家和发展中国家分别作为一个群体开展平行贸易，限制平行进口(大多数发达国家都有这种法律)毫无疑问有一定好处，它通过对发展中国家具有潜在利益的市场分割办法帮助维持差价，并有助于这些国家维持较低的价格”。⁵⁸ 另一方面，在没有价格控制的市场平行进口或许有助于竞争，因为有助于减少进入市场的障碍并打乱制造商相互勾结。⁵⁹ 关于可为适当用尽制度的讨论引发了很大争议。⁶⁰

⁵⁸ 世界卫生组织，知识产权、创新与公共卫生委员会(2006 年)。“公共卫生、创新与知识产权：知识产权、创新和公共卫生委员会报告”。

⁵⁹ Heimler A(2007 年)

⁶⁰ Ganslandt M 和 Maskus K(2007 年)。“知识产权、平行进口与战略行为”，IFN No.704 工作文件，工业经济研究所，斯德哥尔摩；Fink(2005 年)；Arfwedson J(2003 年)。药品平行贸易。见《国际政策网络》。联合国下议院贸易与工业特别委员会(1999 年)。关于假冒商标与消费者的第八次报告，伦敦。引用于 Kenny P 和 McNutt P(1999 年)。“竞争，平行进口和商标用尽：两个错误构成商标权利”，竞争管理讨论文件，都柏林；见药品案例：Dubois P-A 和 Fernandez-Garnelo F(2007 年)。“平行贸易与欧洲竞争法”，见《知识财产杂志》，伦敦；Heimler A(2007 年)Drexler J；(2005 年)；“用尽知识产权与国际贸易”，见《环球经济报》，伯克利。

D. 竞争与版权

33. 版权保护(包括软件保护)可能造成的反竞争影响，一直是一些重大案例的核心问题。人们特别注意到关于用户界面版权也许会封闭二级市场，从而阻挠获得被视为可保持竞争不受扭曲的必要设施。还应该注意的是，尤其在软件领域，经济网络的影响及其随规模报酬递增是非常重要的特点。⁶¹ 因此与其他市场相比更倾向于垄断结构，⁶² 不管是操作系统、拍卖平台、社会网络互联网址或是搜索引擎莫不如此。欧洲一审法院 2007 年关于微软公司的决定已在前面关于强制颁发许可一章提到。另两个引人瞩目而且颇有争议的欧盟决定是 Magill 公司(涉及电视节目预告；通常在爱尔兰属于版权所有，相关争执也是首先在这个国家出现)，以及 IMS 保健公司(涉及版权所有的德国药品销售数据编制办法，它已成为实际使用标准)。⁶³ 对包括微软公司和 IMS 保健公司在内的一些案例来说，产品标准的网际影响非常重要，而版权所有的资料含有这些标准。

E. 竞争与商标

34. 商标通常推动竞争，因为它对消费者认清一家产品不同于另一家至关重要。冒用他人商标构成典型的不公正竞争。对愿意花费资金处理不公正竞争案例的竞争管理局来说，商标相关不公正竞争案可能占其大部分工作。例如有研究表明，智利中央预防委员会 2001 年裁决的 49 个案例中，有 14 例属于涉及商标的不公正竞争。⁶⁴ 竞争管理局可考虑为节省资源将商标争议交付普通商业法庭处理是否更符合公众利益。

⁶¹ Schmalensee R 和 Evans D(2001 年)。“竞争活跃工业部门反托拉斯分析的一些经济考虑”，NBER 工作文件，摘自：欧洲委员会(2007 年)。“竞争政策以及行使知识产权”，提交竞争法和竞争政策问题政府间专家小组第八届会议的文件。

⁶² Anderman S(2007 年)。“竞争法/知识产权‘接口’：简单介绍”，《知识产权与竞争政策的接口》，剑桥大学出版社。

⁶³ 欧洲法院联合案例 C-241/91 P 和 C-242/91 Magill[1995 年]ECR 743; C-418/01, IMS 保健公司[2004 年]ECR I-5039。

⁶⁴ 经济合作与发展组织(经合发组织)(2004 年)。智利的竞争法和竞争政策。

35. 商标管理还可用于封杀平行进口。考虑到欧盟市场一体化的具体目标，欧洲法院发现保护商标持有者并不伸延到阻止贴有商标并已在某成员国合法上市的商品进口。法院在一系列案例中规定了经重新包装可在另一成员国销售的注册商标产品的条件。⁶⁵ 因此商标也可能成为讨论平行贸易时的话题，尽管专利看来是主要重点。

F. 竞争、知识产权与标准设立的制定

36. 现代经济中工业标准比比皆是。可以通过不同标准相互竞争而订立，如蓝光(Blue-Ray)与 HD 高清晰光盘制式的争斗，或是开展协作，如 GSM 移动电话标准。并非所有市场都形成单一标准：例如游戏机控制器市场。但是不管通过竞争或开展协作，所设立的标准可能牵涉到多个持有者拥有的多种专利。例如，由蓝光光盘学会推出的蓝光制式就吸收了不同持有者的多项不同专利。

37. 标准制定组织可能出现竞争问题。或许协作选择某项标准更有成效，鉴于它将减少因标准订立之争带来的拖延和不稳定因素。然而标准制定组织可受到参加者的控制，订立的标准被用于排斥或打击对手。一个根本问题在于标准制定组织的参加者并不了解可能有关的所有专利。某个参加者或可“隐瞒”拥有对设立某项标准十分必要的专利，直到最后达成协议。然后等到必须大量花钱才能改用另一种标准时，才通知其他成员有关该项专利的存在并索求巨额版权费。为减少这种秘而不宣做法的威胁，标准制定组织可要求成员公开所有可能被用于拟议标准的知识产权，或要求成员按“合理和非歧视”条件发放知识产权许可(并不清楚这些条件的实际含义)。⁶⁶ 在涉及 DRAM 记忆芯片的 Rambus 公司案例中，美国

⁶⁵ Centrafarm 诉 Winthrop。BV 案例 16/74[1974 年] ECR 1183 和 Hoffmann-La Roche 诉 Centrafarm。案例 102/77[1987 年] ECR 1139。事实上，重新包装必须有充足客观理由；不能对产品产生不良影响，不得误导购物者或损害商标持有者的信誉，而且制造商必须得到合乎情理的通知以及重新包装的样品；Goyder DG (2003 年)。《欧盟委员会竞争法》第四版，牛津大学出版社。

⁶⁶ 美国(2007 年)。

联邦贸易委员裁定该公司欺骗业界标准制定进程以便非法垄断市场。⁶⁷ Rambus 公司仍在上诉中。关于标准制定组织之间开展协作，美国竞争管理当局已表明将适用一种合理规则。⁶⁸

G. 竞争与药品试验数据权利

38. 获得用于从国家药品管理部门取得上市许可的药品实验数据是个颇有争议的问题，涉及到来自普通药品制造商的竞争。按国家法律规定，所提及的、或者说创新药品的数据在一定期限内受保护。该期限之后，相互竞争的普通药厂可向药品管理部门申请批准。因此竞争对手进入市场与选定获得数据办法有关系，即，是否数据专属于第一使用者，⁶⁹ 是否可能有某种费用分摊和补偿责任⁷⁰，或者是否可适用所谓不适当办法。最后一项指的是对《与贸易有关的知识产权协定》第 39(3)条的解释可以是，只应阻止那些通过不正当商业手段获得的实验数据投入经济用途。⁷¹ 大多数自由贸易协定都采用数据专属办法，虽然最近一些协记载有某种费用分摊的可能。⁷² 对发展中国家而言，重要的是要注意到数据专属办法可使新药上市时间推后数年。各国应认真研究确定这种方法是否符合各自国情。

⁶⁷ 委员会的意见，Rambus 公司(Rambus II)，联邦贸易委员会文件 No.9302,35(2009 年 8 月 2 日)，见网址：<http://www.ftc.gov/os/adjpro/d9302/060802commissionopinion.pdf>。

⁶⁸ 美国(2007 年)。

⁶⁹ 这种做法在最大程度上照顾到产品/数据制造者的利益，使得普通竞争者全然无法进入市场，直到专属期限最后到期为止。见：国际医药公司协会联合会(2004 年)。“药品革新平台——为世界病人保持更好的健康状况”，日内瓦。

⁷⁰ 这种做法通过为产品数据制造者的工作提供公平补偿寻求确保为更多的经合发组织成员国政府所接受。见：Weissman R(2006 年)。“数据保护：执行的选择”，见《关于健康、知识产权和获得药品的谈判》(Roffe, Tansey, Vivas-Eugui 版)，Earthscan, 伦敦。

⁷¹ Correa C(2006 年)。“根据自由贸易协定保护医药和农业化学产品试验数据”，见《关于健康、知识产权和获得药品的谈判》(Roffe, Tansey, Vivas-Eugui 版)，Earthscan, 伦敦。

⁷² 例如参见 EFTA - 韩国 FTA 附件 XIII(第三条)(http://secretariat.efta.int/Web/ExternalRelations/PartnerCountries/KR/KR_RUAP/annexes/KR_Annex_XIII_-_IPR.pdf)。

H. 合并案例中的竞争与创新

39. 研究合并，尤其是迅速创新市场上的合并，需要考虑它对创新的影响，以及价格和质量等因素。某些情况下甚至大规模的合并也很有可能不会伤害创新竞争，而且的确合并或可使研发工作取得更大成果。联邦贸易委员会 2004 年结束对 Genzyme 公司收购 Novazyme 制药公司的调查工作，就是基于这一结果做出决定的。⁷³ 最近的调查显示，很大比例的合并公司都指出其主要目标在于促进研究和技术发展。⁷⁴ 然而尽管有这种潜在的积极影响，合并也可能限制或推迟创新。另一消极影响在于，在摸清正在开展得研发情况后，公司可能得以判定将来的竞争对手并通过吞并避免竞争。

四、展望：竞争政策与知识产权保护的相互影响以及贸发会议的作用

40. 本报告简要介绍了竞争法与知识产权保护、其国际框架及发展内容的讨论情况。此外，本文强调了竞争政策与知识产权保护相互影响的一些具体组合。关于发展中国家经济的具体特点、贸发会议的作用以及今后相互接口带来的挑战，仍需进一步探讨。以下各点或许值得进一步思考：

- (a) 面对知识产权保护的国际框架如何应对各国处理竞争政策的不同做法，以及如何介绍成员国在这些问题上已经做出的努力；
- (b) 妥善设计自由贸易协定以下相关内容：知识产权保护、获取试验数据的权利、用尽原则以及发展中国家与大多数知识产权持有者所在国开展合作的一般问题；⁷⁵

⁷³ Heimler A(2007 年)引用 Muris。主席 Timothy J. Muris 针对 Genzyme 公司/Novazyme 制药公司一事的发言，见网址：<http://www.ftc.gov/os/2004/01/murisgenzymestmt.pdf>。

⁷⁴ 经合发组织(2007 年)。财务和企业事务处长的发言，竞争委员会第 100 次会议摘要记录的附件，DAF/COMP920070ANN2，巴黎。

⁷⁵ Drexler J(2007)。“以面向竞争的办法回应发展挑战”，Barton J, Abbott F, Correa C, Drexler J, Foray D 和 Marchant R.《关于未来知识产权制度的看法》ICTSD，日内瓦。

- (c) 鉴于发展中国家非正式经济的规模、及消费者偏爱盗版产品的倾向，评估促成一些发展中国家竞争管理当局因担心遵守知识产权或其有限用途而对知识产权采取有限干预行动的原因所在；⁷⁶
- (d) 如何在知识产权以外对革新者予以补偿，并考虑抢先行动的好处、或为研发提供适足补贴的影响，这对市场结构的有害影响可能较轻；
- (e) 应如何设计发展中国家竞争政策的以下内容：知识产权领域充分设立制约与平衡制度，适当执行《与贸易相关的知识产权协定》的各种灵活性，以及在此方面保护全球公共物品；⁷⁷
- (f) 鉴于许多区域的竞争管理当局依然没有充分开展合作，如何支持区域解决方案帮助调节发展中国家间竞争法与知识产权的相互作用；⁷⁸
- (g) 鉴于竞争管理当局通常不参与专利颁发工作，如何通过加强机构间协作，避免劣质专利以及不同形式专利群的消极影响；⁷⁹
- (h) 能否出版有关竞争管理局处理知识产权竞争指南，并设立“安全港”和“黑名单”从而提高预测性并满足商业界对法律安全的需求，对此已有几个国家采取行动或至少加以考虑；⁸⁰

⁷⁶ 印度尼西亚(2007 年)。提交竞争法和竞争政策问题政府间专家小组第八届会议的文件。

⁷⁷ Drexl J (2005 年)。“竞争法对保护与知识产权相冲突的公共物品的关键作用”，《知识型公共物品与技术转让》，剑桥。

⁷⁸ 见阿尔巴尼亚、不丹、保加利亚、布基那法索、波黑共和国、哥伦比亚、丹麦、法国、印度、日本、巴基斯坦、秘鲁、俄罗斯联邦、斯洛伐克、突尼斯、乌拉圭和越南提交的文件。

⁷⁹ 见巴巴多斯、保加利亚、布基那法索、哥伦比亚、哥斯达黎加、哥伦比亚、捷克共和国、丹麦、法国、印度、印度尼西亚、意大利、牙买加、日本、拉脱维亚、巴基斯坦、秘鲁、俄罗斯联邦、新加坡、斯洛伐克、瑞士、突尼斯、土耳其、乌拉圭、越南和津巴布韦提交的文件；摩洛哥(2007 年)。“竞争政策与知识产权的行使”，提交竞争法和竞争政策问题政府间专家小组第八届会议的文件。

⁸⁰ 见保加利亚、法国、印度尼西亚、印度、日本、新加坡、瑞士和土耳其提交的文件；欧洲委员会(2004 年)。关于对《技术转让协定》类别适用第 81(3)条的第 No.772/2004 条例(欧盟委员会)。美国(1995 年)。经合发组织(2005 年)引用韩国准则。《知识产权》，DAF/COMP(2004 年)；加拿大：竞争管理局(2000 年)：《知识产权执行指南》。

- (i) 贸发会议在竞争政策方面的作用，尤其是提供技术援助以便帮助发展中国家克服信息不平衡和缺少人力资源的困难，提高其能力建设并设立适当体制和法律框架；
- (j) 贸发会议就此问题提供更多的讨论素材，并进一步举行会议从而发挥国际合作论坛作用。

-- -- -- -- --