

滥用知识产权市场支配地位的 反垄断规制研究

The Anti-monopoly Regulation on
the Abuse of
the Dominant Market Position of
Intellectual Property Rights

龙柯宇·著

华中·元照 中青年法律科学文库

华中 元照 中青年法律科学文库

滥用知识产权市场支配地位的 反垄断规制研究

The Anti-monopoly Regulation on
the Abuse of
the Dominant Market Position of
Intellectual Property Rights

龙柯宇·著



华中科技大学出版社
<http://www.hustp.com>

中国·武汉

图书在版编目 (CIP) 数据

滥用知识产权市场支配地位的反垄断规制研究/龙柯宇著. —武汉: 华中科技大学出版社, 2016. 3

ISBN 978-7-5680-1437-3

I. ①滥… II. ①龙… III. ①知识产权-反垄断法-研究-中国 IV. ①D923.404
②D922.294.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 296960 号

滥用知识产权市场支配地位的反垄断规制研究

龙柯宇 著

Lanyong Zhishichanquanshichangzhipeidiwei de
Fanlongduanguizhiyanjiu

策划编辑: 王京图

责任编辑: 李娜

封面设计: 傅瑞学

责任校对: 九万里文字工作室

责任监印: 周治超

出版发行: 华中科技大学出版社 (中国·武汉)

武汉喻家山 邮编: 430074 电话: (027) 81321913

录 排: 北京楠竹文化发展有限公司

印 刷: 北京科信印刷有限公司

开 本: 710mm×1000mm 1/16

印 张: 18

字 数: 248 千字

版 次: 2016 年 3 月第 1 版第 1 次印刷

定 价: 58.00 元



本书若有印装质量问题, 请向出版社营销中心调换
全国免费服务热线: 400-6679-118, 竭诚为您服务
版权所有 侵权必究

本书系 2015 年西南政法大学引进人才科研资助项目成果

摘 要

知识产权这一旨在增进人类福祉之法律制度，自其诞生之时便与“垄断”产生了互为依存之关系。“垄断的”知识产权在为权利人带来法定收益的同时，相关滥用问题也日益凸显。近年来，跨国公司在我国屡屡运用娴熟的知识产权策略，通过拒绝许可、搭售、超高定价、强制性一揽子许可、布设“专利阵”，甚至禁止对所涉知识产权提出是否具有有效性的抗辩等手段，滥用其知识产权市场支配地位，限制受让方和第三方的竞争和技术扩散，危及我国民族产业发展，亦会减损消费者福利。但令人遗憾的是，我国学界对于该现实问题的研究程度并不深入、系统，而在立法及司法实践层面，由于《反垄断法》的“姗姗来迟”，进而与知识产权有关的反垄断执法指南与典型判例迄今为止也都极为欠缺。

有鉴于此，笔者以滥用知识产权市场支配地位的反垄断规制为研究课题，旨在促进反垄断法理论研究的精细化，追踪和把握该问题的最新国际立法和司法实践情况，探讨知识产权人的合法市场垄断地位与平衡竞争者利益，满足公众合理需求这一矛盾的处理和调和，也从另一个方面拓展了知识产权法的研究空间，最终提高反垄断执法的严密性和科学性。除导论外，本书共分六章展开：

第一章是对滥用知识产权市场支配地位反垄断规制的一般理论分析，即探讨构建相关反垄断制度理论大厦的先决因素。首先是关于垄断的当代西方经济学理论概述，所涉范围包括哈耶克的市场秩序理论，福利经济学的垄断理论，熊彼特的“创新”垄断理论，公共选择学派的政

府垄断新论，传统产业组织理论等，目的乃是为了更好地在经济学层面上思考和洞悉知识产权垄断现象的逻辑进路。其次，将就知识产权领域独特的“公地悲剧”与“反公地悲剧”现象进行考察并指出，前者将导致知识产品为社会所公有，而创新激励无从谈起，最终影响整个社会的进步；后者则由于产权太过分散，而使交易成本激增，技术合作难以达成，知识无法实现共享。在此基础上，对知识产权垄断性之内涵予以重新的法理界定，认为知识产权的垄断性与市场是不相关联的，它仅仅作为一种能力状态的客观描述罢了，拥有知识产权不等于具有市场支配地位，但其行使确实可能构成滥用市场支配地位，进而招致反垄断法规制。最后，以权利限制理论为主线，建构了滥用知识产权市场支配地位反垄断规制的法哲学基础，即知识产权人所肩负的社会责任，以及知识产权所折射出的有限之自然权利观念与公共政策性维度，为反垄断法的相关适用提供了契机。

第二章对美国 and 欧盟滥用知识产权市场支配地位的反垄断制度进行了历史的、动态的梳理和评析，以期为我国相关规制提供重要的借鉴和启示。研究发现，美国就该问题的反托拉斯立法较为完备，特别是颁行了一系列操作性很强的配套指南；对于滥用专利市场支配地位问题的反托拉斯司法实践，其实质就是专利滥用原则与反托拉斯审查两者相互融合、渐进的一个过程；此外，本章也对在美国出现的新型滥用版权和商标权市场支配地位的行为模式加以了体系化的归纳和总结。相应地，欧盟委员会在该领域里也发布了诸多条例、通知和指南等二级立法文件，尤其是效果影响原则和经济分析方法的引入，加之权利“存在”和“行使”相分离原则、权利耗尽原则以及同源原则在司法实践中的确立，无一不表征着欧盟相关知识产权反垄断执法的日趋成熟。

接下来的第三章到第五章，将遵循滥用知识产权市场支配地位反垄断规制所涉及之基本法律环节步骤（首先应对作为竞争载体，以及反垄断执法中确定竞争范围和判断竞争关系是否存在的前置性要件的知识产
权相关市场予以合理界定，接着便需要判定知识产权人在此相关市场上

是否具有足够的反垄断法意义上的市场支配力以及是否存在对该市场优势的滥用现象，最后方可具体到若干典型的滥用行为及其对应之规制研究)循序渐进地展开论述，对其中的理念、原则与规范框架进行了构建与学理分析。

第三章是关于知识产权相关市场的界定问题。文章首先指出，知识产品的无形性、知识产权行业的外部性、转移成本及用户锁定效应等行业特点，导致了知识产权相关地域市场趋向弱化，需求交叉弹性减小，相关市场进入壁垒较高。接着提出，应该以产品、地域和时间为主确立知识产权相关市场范围，同时应结合个案辅以其他经济指标进行综合考察，过宽或过窄的确定都会造成执法的偏差。在考量知识产权相关市场的产品维度时，应强调知识产品的需求替代指标和供给替代指标；而在确定相关市场之地域维度时，知识产品的价值及消费者之搜寻、交通成本、地区性差异、与运输相关的成本支出等因素，应作为重点审查对象。最后，笔者倡导 SSNIP 在知识产权相关市场界定中的适用，并对具体测试过程、数理模型与客观缺陷予以了分析。

第四章对知识产权市场支配地位及其滥用进行了认定研究。首先建议引入经济学的相关计量标准对知识产权市场支配地位进行科学的判定，其中应以勒纳指数、行业集中度指数、赫芬达尔-赫希曼指数等为核心评价因子，本书亦对这些指数在知识产权领域的运用与不足进行了评析。接着，对“滥用知识产权市场支配地位”之定义及特征进行了法理分析。最后，就本身违法原则和合理法则等违法判定原则于知识产权反垄断实践中的不同适用情形进行了比较和权衡。笔者认为应该推行一元序列的判定模式，对具体之知识产权市场支配地位滥用行为进行分层次考察，使本身违法原则和合理法则相容于一个单一的分析过程之中。

对滥用知识产权市场支配地位的若干典型行为及其反垄断规制进行分类实证研究是第五章探讨的主题。本章建构了一个滥用行为之相关法律控制体系，该体系由知识产品搭售、拒绝知识产权许可、与价格相关的滥用行为(包括价格歧视、掠夺性定价和超高定价)、滥用知识产权

制度等四大类行为所构成。笔者在案例分析与重组的基础上，根据不同滥用行为的特点和司法实践的需要，明晰了其分别之构成要件及反垄断规制之核心点所在，并对理论与实践中的最新发展趋势作出展望。

最后一章将目光锁定于我国滥用知识产权市场支配地位的反垄断规制实践。首先，笔者对我国相关反垄断立法现状进行了分析，指出其立法缺失与谬误所在。其次，通过几个影响甚大的跨国企业滥用知识产权市场支配地位攫取我国经济财富的案例评析，证成了当下我国相关反垄断规制存在的严重制度缺位及其产生的不良后果。最后，笔者提出，应该将社会正义、秩序安全和关注知识产权的公共利益性作为防止滥用知识产权市场支配地位的制度建设理念，在立法模式上应借鉴欧美等国家和地区的做法，颁行相关的操作指南以指导反垄断司法实践，同时还应引入经济分析为导向的审查机制，并完善以关键设施理论为基础的知识产权强制许可制度和滥用行为所致相关责任制度的架构，当然也需要听取涉案知识产权人的抗辩事由，在涉案行为确实具有客观必要性和能够实质性提高效率时，对其予以反垄断豁免。

目 录

导 论	1
一、问题的提出	2
二、国内外研究现状	6
(一) 国外研究现状	6
(二) 国内研究现状	15
三、研究意义	22
四、研究立场	26
五、研究思路和方法	31
六、可能的创新点	34
第一章 滥用知识产权市场支配地位反垄断规制的一般理论	35
一、关于垄断的当代西方经济学理论概述	36
(一) 哈耶克的市场秩序理论	36
(二) 福利经济学的垄断理论	37
(三) 熊彼特的“创新”垄断理论	38
(四) 公共选择学派的政府垄断新论	39
(五) 传统产业组织理论关于垄断的分析	41
二、知识产权的“公地悲剧”与“反公地悲剧”	42
三、知识产权垄断性的内涵剖析	46
四、滥用知识产权市场支配地位反垄断的法哲学辩护	53
(一) 权利限制的内在理论 (Internal Theory)	55
(二) 权利限制的外在理论 (External Theory)	57

(三) 知识产权权利限制的法哲学分析	59
第二章 滥用知识产权市场支配地位反垄断规制的域外考察	65
一、美国的相关反托拉斯规制	65
(一) 与滥用知识产权市场支配地位相关的反托拉斯 立法	65
(二) 与滥用专利市场支配地位相关的反托拉斯实践	69
(三) 与滥用版权、商标权市场支配地位相关的反托拉斯 实践	79
二、欧盟的相关反垄断规制	87
(一) 欧盟竞争法与知识产权保护的关系解读	87
(二) 与滥用知识产权市场支配地位相关的欧盟竞争 立法	90
(三) 欧盟规制滥用知识产权市场支配地位行为的司法 实践	98
第三章 反垄断规制中知识产权相关市场界定	107
一、知识产权相关行业特点及对相关市场确定的影响	109
二、知识产权相关市场的产品维度和考量因素	114
(一) 知识产品需求替代指标	116
(二) 知识产品供给替代指标	122
三、知识产权相关市场的地域维度和考量因素	125
四、知识产权相关市场的 SSNIP 适用	130
第四章 知识产权市场支配地位及滥用认定	135
一、知识产权与市场支配地位的关系检视	135
二、知识产权市场支配地位的经济计量指标	139
(一) 勒纳指数 (Lerner index) 及其发展	139
(二) 行业集中度指数与不足	142
(三) 赫芬达尔-赫希曼指数运用与评析	144
三、滥用知识产权市场支配地位之一般识别标准	146

(一) 滥用知识产权市场支配地位的法理界定	146
(二) 相关违法判定原则评析	149
第五章 滥用知识产权市场支配地位的典型行为及反垄断规制	159
一、搭售	160
(一) 搭售的概念界定	160
(二) 搭售的经济分析	162
(三) 搭售的反垄断规制	165
二、拒绝许可	170
三、价格歧视	177
(一) 价格歧视的一般分析	177
(二) 价格歧视的反垄断规制	180
四、掠夺性定价	184
(一) 掠夺性定价的一般分析	184
(二) 掠夺性定价的反垄断规制	187
五、超高定价	192
(一) 超高定价的一般分析	192
(二) 超高定价的反垄断规制	193
六、滥用知识产权制度	195
(一) Astra Zeneca 案	196
(二) Rambus 案	197
第六章 我国滥用知识产权市场支配地位反垄断规制之检讨 与完善	199
一、我国知识产权市场支配地位滥用的反垄断立法 现状	199
(一) 《反垄断法》对滥用知识产权市场支配地位的 规制	199
(二) 其他法律法规对滥用知识产权市场支配地位的 规制	206

二、我国相关反垄断规制之实例分析·····	215
三、我国知识产权市场支配地位滥用的反垄断规制 完善·····	225
(一) 防止滥用的反垄断制度建设理念·····	225
(二) 立法模式的选择·····	230
(三) 经济分析导向的引入·····	233
(四) 知识产权强制许可制度的完善·····	235
(五) 完善相关抗辩事由与责任制度的架构·····	238
参考文献·····	242
一、中文文献·····	242
(一) 著作类·····	242
(二) 论文类·····	250
二、外文文献·····	258
三、网络资源·····	269
后 记·····	273

导 论

这是一部讨论反垄断法视阈下知识产权滥用^①的书稿，因而应当说是对反垄断法与知识产权法的交叉领域进行一些探讨。反垄断制度的研究历来处于不同学科、派别的重叠和交汇之间，其特有的开放性和权变性，决定了其边缘性特质，而无法以单一维度予以归纳和概括。将知识产权纳入反垄断法体系下予以解读，并非仅仅是同一研究客体在不同领域的堆砌和平推问题，不同进路的视野，或者称之为“眼界”，实则蕴含的是“问题意识”。单一、教条、模式化的知识产权或是反垄断法条分析，常会使人遗忘认知语境外视角，认识论亦会趋于陈腐；解释工具和认识手段的多样性，能使认知与时俱进，以敏锐的思维架构追求真知灼见，减少浅层次的非理性重复，在现有理论和实践的广度和深度方面，更进一步。对知识产权人滥用市场支配地位的反垄断规制，正是基于上述认识，致力于反垄断法律规范在知识产权领域的彰显，探索知识产权发展过程中的各类矛盾冲突，通过质疑和索解，取得新的认识成果，进而推动我国法治进程。

^① 通过考察 1970 年的《建立世界知识产权组织公约》第 2 条第 8 款、1994 年《与贸易有关的知识产权协定》（以下简称为 TRIPs 协议）第 1 条第 2 款、我国《民法通则》第 94~96 条等法律文件关于知识产权范围的列举，我们不难看出其共同点便是，都将版权、专利权和商标权纳入了知识产权的范畴之中，这也难怪，迄今为止，这三种权利仍是知识产权的核心组成部分。因此，本书所述之知识产权滥用行为，亦是限定在这三者之内，第一乃在于此三者较具典型性和代表性，第二乃是囿于本书之有限篇幅，特此予以说明。

一、问题的提出

1986年,美国经济学家保罗·罗默(Paul Romer)在其论文《收益递增与长期增长》中率先提出以知识生产及溢出为依据的知识溢出模型。他认为:经济增长皆源自技术进步这一内生变量;任何厂商生产的知识都具有溢出性,并作用于社会平均劳动生产率的提高;政府应该着力于为生产知识的厂商提供便利(诸如补贴),并对其他生产予以征税,据此,方可产生激励效应,促使生产要素更多地集聚于知识生产领域,进而拉动经济增长,最终提高整体社会福利。^①自此,以知识作为生产要素,通过知识和信息的生产、分配和使用,进而推动经济健康、快速发展的“新经济增长理论”(New Economic Growth Theory)便正式登上了历史舞台。^②其后,以美国微软公司为代表的软件产业的兴起,从实践层面宣告了知识作为一种经济产业形态的崭新时代的到来。经合组织(OECD)发布的《2014年科学、技术及工业展望》显示:企业研发开支自2011年以来已恢复到经济危机前的3%年增长率,而知识转换尤其是商业化也成了公共科研的中心目标;各国政府在适应新形势的同时也启动了创新“新政”,提高创新在政策组合中的地位;目前全球研发的主要驱动力是中国,其2008年至2012年的研发开支翻了一番。^③当今社会,知识已毋庸置疑地成了各国经济可持续发展的助燃剂。知识的本质在于创新,而以商标权、专利权和版权为核心的知识产权制度则

① See Paul M. Romer, “Increasing Returns and Long-Run Growth”, *The Journal of Political Economy*, Vol. 94, No. 5. (1986), pp. 1002 - 1037.

② 除保罗·罗默外,卢卡斯(Robert Lucas)亦为新经济增长理论得以确立并广泛传播的代表性人物。在其论文《论经济发展机制》中,他分析了人力资本所特有的内部和外部效应,并提出人力资本积累是经济持续增长的源泉这一论点。他认为,人力资本的积累有两种途径:一是与生产相隔离的正规或非正规学习教育,提高个体在经济活动中的实际技能或是智力层次,从而提高劳动生产率;二是通过生产中的边干边学、实际操练和经验积累也能够增加人力资本。See Robert E. Lucas, Jr. “On the Mechanics of Economic Development”, *Journal of Monetary Economics*, Vol. 22, (1988), pp. 3-42.

③ See OECD Science, Technology and Industry Outlook 2014 [EB/OL], <http://www.oecd.org/sti/oecd-science-technology-and-industry-outlook-19991428.htm>.

是鼓励创新并保护创新的核心制度，它与货物贸易、服务贸易一起构成了世界贸易组织（WTO）的三大支柱，因此，以知识产权开发推动经济发展已成为世界的一大潮流所在。

作为一种特殊的财产权，知识产权通常被解释为“特定期限内，权利人所享有的其智力成果不被他人以任何其他方式使用的权利”。^①“保护”，理所当然地成为了人们（包括立法者）对于知识产权的第一要义理解。中国的知识产权制度在近 20 年的时间里从零开始，以超乎寻常的发展速度完成了“国际接轨”。然而，作为舶来品的中国知识产权制度在发展完善过程中，更多的考量因素仍局限于保护这一层面，而对其滥用的反竞争性，进而影响相关技术和信息的有效传播，妨碍社会公众对知识产品的合理使用的问题却无所顿悟。我们知道，知识产权本身是带有独占特质的，某些事物，无形或者有形，只要是基于当事人的独创性工作而得以形成，法律便赋予当事人具有强制执行性的所有权。然而，此种论调显然太过简单化。在客体新形式不断涌现的知识产权领

^① David Vaver, “Intellectual Property: The State of the Art”, *Victoria University of Wellington Law Review*, Vol. 32, No. 1. (2001), p.2. 对知识产权的定义路径通常有“列举主义”和“概括主义”两种。“列举主义”通过系统地列举所保护的客体来划定权利体系范围，从而明确知识产权的概念。迄今为止，多数国家的法学专著、法律以及国际条约，都采取列举主义定义方式。“概括主义”则是通过对保护对象的概括抽象的描述，采用属加种差的方法给出知识产权的定义。目前国内学者对知识产权定义的表述有很多种，有的表述为“民事主体依法享有的，支配特定的蕴含人的创造力并具有一定价值的信息，享受其利益并排斥他人干涉的权利”，（参见张玉敏主编：《知识产权法学》，法律出版社 2011 年版，第 12 页。）有的表述为“知识产权是基于创造性智力成果和工商业标记依法产生的权利的统称”（参见刘春田主编：《知识产权法》，高等教育出版社 2003 年版，第 5 页。）有的表述为“知识产权是人们对于自己的智力活动创造的成果和经营管理活动中的标记、信誉依法享有的权利”（参见吴汉东主编：《知识产权法》，法律出版社 2004 年版，第 4 页。）有的表述为知识产权是“人们可以就其智力创造的成果所依法享有的专有权利”（参见郑成思主编：《知识产权法教程》，法律出版社 1993 年版，第 1 页。）有的表述为“知识产权是指法律赋予智力成果完成人对其特定的创造性智力成果在一定期限内享有的专有权利”（参见黄勤南主编：《新编知识产权法教程》，法律出版社 2003 年版，第 3-4 页。）有的表述为：“专利权、商标权与著作权等一般结合在一起称为知识产权”（参见沈达明主编：《知识产权法》，对外经济贸易大学出版社 1998 年版，前言）。

域，这无疑是一个焦点。^① 知识产权人基于其劳动、技术、精力和资本的支出，理应有权通过对其智力成果的独占，在竞争中取得优势乃至垄断地位，这是可以为反垄断法所豁免的。与此同时，因为上述独占权的存在，知识产权人便常常会对其加以滥用，最终与设立知识产权制度的初衷——保护和鼓励创新，促进市场有序竞争、经济增长、社会进步——背道而驰。实践一再表明，任何实用型的发明创造，都是在完成后才变得不言自明、显而易见的，诸如防盗门上的“猫眼”、粘贴便笺纸、帆板等。信息是社会得以发展的核心，如果没有先前已知的信息作为铺垫，要创造新的信息乃是无稽之谈。举例来说，发明战车必然依赖于对车轮的使用。但是如果车轮的发明者，基于其对知识产品的独占权，而禁止他人复制和使用，那么发明战车或是同类物便会遥遥无期。换言之，知识产权制度赋予创新的权利人的独占权，是有严格期限限制的，并且这种权利的行使还辅之以一定的法律限定，绝不仅仅是权利保护那么简单，而是在满足权利人权益的基础上，最大可能地使之成为全社会服务。当今这个时代，使更多的权利为更多的人所分享，已经成为人类共同的理想。^②

与之相应，西方国家在知识产权领域的立法已从纯粹的“特权保护”时期过渡到了“保护与防止垄断”双管齐下的阶段。例如，在美国2007年《反托拉斯执法与知识产权：促进创新和竞争》报告的第一章第二部分就1997年的柯达案和2000年的CSU案进行了讨论，进而总结出单方拒绝许可专利的相关反垄断规则。又如欧盟委员会亦将2009年《欧共体委员会适用欧共体条约第82条查处市场支配地位企业滥用排挤行为的执法重点指南》之相关规则适用于知识产权领域，其代表性案例便是依据该指南的第37条到45条涉及附条件折扣的规定，进行裁判的2009年英特尔公司的忠实折扣案。相较于此，我国的相关立法却

^① See Sam Ricketson, "Character Merchandising in Australia: It's Benefits and Burdens", *Intellectual Property Journal*, Vol. 1, (1990), p. 191.

^② 参见夏勇主编：《走向权利的时代》，中国政法大学出版社2001年版，第1页。

往往忽视了知识产权的反垄断规制这一重要问题，而此种立法缺失又必将导致司法实践领域的“无能为力”。

近年来，跨国公司在我国已不再将知识产权仅作为一种法律保护措施予以使用，相反他们运用娴熟的知识产权策略，通过拒绝许可、搭售、收取不合理许可费、强制性一揽子许可、布设“专利阵”，甚至禁止对所涉知识产权提出是否具有有效性的抗辩等手段，滥用其知识产权市场支配地位维持其竞争优势，限制受让方和第三方的竞争和技术扩散。大量的事实让我们触目惊心，其代表性案件如思科与华为知识产权争议中的“私有协议”问题，Intel与东进之间的版权侵权和技术垄断争议，德先与索尼垄断纠纷案，华为诉 IDC 案，高通案等。应该说，跨国公司的上述滥用行为已经或者必将威胁到中国企业在市场竞争中的生存以及社会公众的普遍利益，进而可能成为阻碍经济增长的一个重大因素。前不久，国家发改委价格监督检查与反垄断局局长张汉东就此问题作出明确回应：对滥用知识产权行为的反垄断规制，不同的国家以及国家的不同时期都会有不同的选择，我国目前需要在强调知识产权保护的同时，加强对知识产权滥用的反垄断执法。^①

基于上述分析，一个带有时代性和导向性的命题便自然产生了，即知识产权市场支配地位的滥用究竟在何种意义、条件下与反垄断法构成交界，并且如何招致反垄断法的相关规制的问题，尤其在经济全球化，市场日趋开放的今天，这一命题显得愈发突出和紧迫。在美国司法部和联邦贸易委员会 2007 年 4 月联合发布的《反托拉斯执法与知识产权：促进创新和竞争》报告中，再次重申了 1995 年《知识产权许可的反托拉斯指南》的基本立场，即知识产权法和反托拉斯法共同的目标是促进创新和改善消费者福利；两者在保护竞争与创新领域相辅相成，共同致

^① 参见林远：《反垄断执法新目标：知识产权滥用》，载《经济参考报》2015 年 3 月 24 日。