



## TRIPS协议对于我国知识产权许可反垄断立法意义

撰稿人：张伟君

内容提要：TRIPS协议第8条第2款和第40条给予了成员对知识产权许可协议中的限制竞争行为进行国内立法权利。每个国家应该根据各自的经济竞争政策来制定与知识产权有关的限制竞争行为的反垄断法则，但在国内立法中，TRIPS协议第8条第2款和第40条所潜藏的原则也是应该得到尊重的。而当前最重要的是我国必须立即着手研究、制定本国的反垄断法。

关键词：知识产权许可 反垄断 TRIPS协议

### 一、TRIPS协议的有关规定

知识产权许可的实质是让他人分享知识创新者自己的成果，当然许可方也因此可以获得知识创新的收益。但是，知识产权许可如果导致对许可方的竞争和威胁，许可将是难以实现的，所以允许许可方对被许可方做出某些限制是必然的。但对于被许可方来讲，他寻求知识产权许可的目的也在于取得竞争优势，而这种限制无疑使得他无法顺利实现他的目的。这往往是知识产权许可谈判的焦点和难点。为了平衡知识产权许可双方当事人之间的利益，许多国家都通过制定反垄断法或竞争法，来规定是否允许某些限制竞争行为的存在，因为过度的禁止和过度的放任对于推动知识产权的许可都是不利的。

由于国际范围内的知识产权许可特别是技术转让，多是发达国家向发展中国家输出技术，为了对哪些行为是允许的，哪些行为是不能允许的建立一个国际性的评判标准，20世纪70年代到80年代发展中国家曾试图通过联合国贸发会议制定一个“国际技术转让行为守则”。虽然该守则对于技术转让合同中的限制贸易条款作出了较多的限制，比较符合发展中国家的利益，但是这个守则草案最终没有被通过，原因是多方面的，比如：市场自由化乃至作为市场规则的反垄断法趋向宽松的总趋势；发展中国家的谈判地位的弱化；对于知识产权理解的彻底改变，即不再将其视为对竞争和创新以及自由贸易的障碍，而是将其视为促进竞争的手段，而对知识产权的缺乏保护则被认为是对自由贸易和公平竞争的妨碍。【1】于是，国际社会在发达国家的推动下就倾全力来谈判建立世界贸易组织（WTO），并通过了“与贸易有关的知识产权协议（TRIPS协议）”，以促进有效和充分地保护知识产权。

但是知识产权许可中的两难局面并没有因此而消失，TRIPS协议本身也认识到了这一点。协议第8条第2款规定：“可采取适当措施防止权利持有人滥用知识产权，防止经常实施的不合理限制贸易的行为、或对国际技术转让有消极影响的行为，只要该措施与本协议的规定一致。”【2】

协议第40条第1款规定：“全体成员一致认为：与知识产权有关的某些妨碍竞争的许可证贸易活动或条件，可能对贸易具有消极影响，并可能阻碍技术的转让与传播。”【3】

TRIPS协议已经为保护知识产权建构了一个适当的体系，那么该协议的上述规定是否也为保障知识产权的充分转让提供了一个合理的框架呢？

首先，应该注意的是，无论是第8条第2款还是第40条，TRIPS协议都是把技术转让作为一个单独的方面特别加以规定的，它把对贸易的限制和对技术转让的阻碍明确地区别开来。也就是说，知识产权许可协议中的限制性条款，不仅在它不合理地限制贸易的时候是应该加以制止的，而且在它阻碍技术转让与传播的时候也是应该加以制止的。笔者以为，TRIPS协议对于滥用知识产权来限制竞争的行为的判断并不仅仅依赖于“限制贸易”一个标准，还增加了“阻碍技术传播”的标准，似乎已经考虑到了知识产权制度的根本目的在于推动技术进步和传播，从推动社会进步和促进公众利益。

其次，无论是第8条第2款还是第40条，对于知识产权许可行为的规范，与其说TRIPS已经建立了一个国际性的框架体系，还不如说它把有关问题交给了国内法去解决。它仅仅规定了一些非常基本的原则，比如，要求（适当的措施）与协议条款相一致（第8条第2款）；承认限制性行为的存在（第40条第1款）；对构成滥用知识产权的许可活动加以控制（第40条第2款）；在对任何（许可）行为没有歧视并确保各成员完全自由做出最终决定的前提下，若成员有理由相信知识产权所有人违反了其国内法，为了保障国内法的执行，可要求该权利人所在国（地区）与其进行协商。被要求协商的成员对此应给予充分、真诚的考虑，提供足够的机会，并通过提供相关的公开信息和其他信息进行合作（第40条第3款）等。

再者，第8条第2款原则上承认了成员在控制限制性行为方面的权力。这是一个很重要的原则。但是这也仅仅是个原则，在如何执行即如何控制上，TRIPS并没有很明确的规定。它仅仅划定了一个“要与协议条款不相冲突”的大框框，也就是不能有损于协议所保护的权利人的权益。但对于什么是限制性行为，除了第40条第1款作了“妨碍竞争”、“可能对贸易具有消极影响”、“并可能阻碍技术的转让与传播”等描述，以及第40条第2款对独占性回授、不争条款、强制性一揽子许可三个具体的行为作了规定以外，TRIPS把对不合法行为的决定权留给了各成员自己。TRIPS做出这种规定，表面上似乎是对国家主权的一种尊重，实际上反映了发达国家的意志。因为国际范围内的技术转让大多数是发达国家向发展中国家输出技术，而发达国家的反垄断法对于知识产权本身和知识产权许可中限制性行为的态度逐渐趋于宽容。依照这些更为宽容的国内法律对知识产权许可协议进行反垄断审查，就意味着发达国家的知识产权所有人转让知识产权（无论国内还是国际）中的许多限制性

行为可以在更大程度上取得法律的允许或豁免。这对于维护发达国家的知识产权权利人的利益当然是有帮助的。总之，TRIPS协议对于技术转让中的限制性行为不确定明确的标准，对于发达国家来说并没有多少不利的地方，它完全可以按照其国内法做出符合自身利益的决断。

## 二、我国应该采取的对策

我国加入WTO前后，按照TRIPS的要求，修订了专利法、著作权法和商标法，因为否则就会导致其他成员国尤其是发达国家的指责乃至贸易制裁；但是我们至今并没有制定完备的反垄断法，对国际技术转让中限制性条款的规范也显得非常薄弱，可这些并没有引起其他发达国家的特别关注。这恰恰说明了这种状况对于大量向我国输出技术的发达国家来说是有利的，如果我们自己不加以关注和完善这方面的立法和执法，对于维护我国技术进口方的权益是很不利的。

1997年10月，国际上六家DVD技术的开发企业日立、松下电气、三菱电气、时代华纳、东芝、日本胜利等公司组成了一个专利联合许可机构，即“DVD 6C许可机构”，向第三方授予一揽子的专利许可。这实际上是一个专利共同体。6C主动要求美国司法部按其商业审查程序签发一份商业审查函。司法部的结论是“当前”不准备对该DVD专利许可计划提出反托拉斯诉讼。而我国一些制造企业出口的DVD产品却使用了其中的专利产品，如果这些企业不取得6C的许可，支付专利使用费，在某些进口国已经取得专利保护的DVD技术的所有人6C就有权依法阻止该产品的进口。这对我国制造企业来说是一个巨大的冲击。这里对于美国司法部的审查结论先不做评论。虽然我国的制造企业对于6C的上述专利许可计划有种种的不满和非议，并认为6C的“联合许可协议远没有实现其向美国司法部提交报告做出的承诺”，“存在垄断之嫌”，但其解决问题的方式却是“提出自己的主张并请求美国司法部听取。”【5】但是为了实现出口，在目前的情况下我国制造企业只能是向6C低头，与其谈判专利许可事宜，支付高昂的专利使用费。虽然支付专利使用费是必需的，但可悲的是，在此事件中，我国制造企业根本无法依据我国的法律向6C据理力争，而只能依靠美国的法律请求美国司法部的支持。从这个事件中，我们可以看出：首先，我国没有基本和完备的反垄断立法，而《技术进出口管理条例》中仅有的几条非常原则和粗糙的对于限制性条款的规定，根本无法适应复杂的案件中适用法律的要求。而且对于专利共同体这种横向限制竞争的形式，在我国现有的法律中根本找不出对其进行审查的明确依据。这不仅使我国丧失了对国际技术转让中许多限制性行为进行规范的机会，也使我国技术进口方在商业谈判中处于无法可依的不利地位。而技术出口方却可以依其国内法审查后，打着“合法”的旗号向我们施加压力。这使得双方本来就不平衡的谈判地位，更加不平等了。其次，由于我们不能依据自己的法律来判断技术出口方的行为在我国是否构成违法，所以就连TRIPS协议第40条第3款规定的请求对方国家进行协商的权利都无法实现。在这场纠纷中，我们几乎看不出我国政府部门对此采取了什么积极的措施。这并非是其不愿为，而是其不能为。其根本原因就在于法律的缺位。

所以，我国加入WTO之后，在无法在国际范围内达成类似“国际技术转让行为守则”之类的国际协

议的情况下，加快制定本国的反垄断法，对包括知识产权许可协议在内的各种限制竞争的协议等进行反垄断审查，以制止各种限制竞争行为，无论对于维护本国的市场竞争秩序，还是对于维护本国在国际技术贸易中的利益来说，已经显得越来越重要。在国际技术转让领域，不管是通过完善现有的技术进出口管理条例，还是制定专门的技术转让反垄断法规，或者纳入统一的反垄断法，都需要我们在TRIPS协议的基础上加以深入研究，进一步完善立法，加强执法。而且，我们通过行使TRIPS协议第8条第2款和第40条留给成员的反垄断法自由创制权，制定出一个完善的国内反垄断执法政策，才能在今后谈判有关国际条约的时候更胸有成竹，更具有影响力，从而达成一个更为有利于我国的国际条约。

虽然一国可以根据自己的决策来制定符合本国经济和社会现实的反垄断法或竞争法，在对知识产权许可中的限制性条款的规制上，也并不一定与欧美等发达国家的立法亦步亦趋，但是这并不意味着发展中国家可以反其道而行之，或者简单地回到“国际技术转让行为守则”的老路上去，或者随心所欲地根据自己的需要来决定对限制性行为的认定。因为TRIPS协议第8条第2款和第40条(第2部分第8节)还是具有实质性意义的。笔者以为要遵守两个原则：

一是，对限制竞争行为进行个案分析的原则。协议第40条第2款规定：对于成员认为的任何一种滥用知识产权的许可行为，只能根据“特定案件（PARTICULAR CASES）”中的情况来判断是否构成滥用；而且只有在该滥用行为“对相关市场中的竞争具有消极影响（ADVERSE EFFECT）”的时候，才被认为对技术转让具有阻碍或不利影响。而且第8节的标题就是“对协议许可中的限制竞争行为的控制”。这是因为知识产权本身，以及知识产权转让本身被认为是对于竞争具有促进作用的，许可协议的双方当事人自由决定协议内容是一种具有效率的做法。所以只有在“特定案件”中，一方当事人在许可协议中规定了过分的、非法的限制性条款，对竞争造成了损害，反垄断法才不得不进行干预。但是TRIPS将是否“限制竞争”的决定权留给了一国反垄断法执行机构，而“限制竞争”的概念又是如此宽泛，以致国内的反垄断机构在依据反垄断法来规制技术转让协议的时候会不知所措。这就需要各国制定有关法律来规定如何界定某个行为或做法对竞争构成了限制。

二是，与知识产权保护不相冲突的原则。无论是第8条第2款，还是第40条都认为控制限制竞争行为的措施必须与TRIPS协议的其它条款不相冲突。这就是说反垄断法不可以用来削弱该协议所提供的知识产权保护，影响到知识产权的价值基础。当对一个限制性条款进行反垄断分析时，应考虑该限制对保护知识产权所有人的利益是否是必要的。如果该限制本身是知识产权的权利内容，或者说是知识产权所有人的合理的价值回报，就应被免于反垄断审查。但是，这并不意味着知识产权的专有性特点是在许可协议中做出限制的借口，因为知识产权作为一种财产权利同样是受反垄断法的一般原则的控制的，通过知识产权协议来限制竞争的行为同样是有可能违法的。当然，许可协议中的许多限制与知识产权保护的目的之间可能是一致的，而保护知识产权的根本目的是提供一种激励机制，促进技术革新和技术竞争，于是这样的限制性条款就不能被认为违反了反垄断法。不过这只是对“不相冲突”原则的一般分析。具体到每一种限制行为，都要做出具体的分析。每一个被认

为是“限制”或“非限制”的行为，都可能存在着例外的情形。发达国家的立法对此已经有了许多成熟的做法，虽然发展中国家并不一定完全参照，但毕竟要吸收其中合理的规定。

总之，TRIPS协议第8条第2款和第40条给予了成员对知识产权许可协议中的限制竞争行为进行国内立法的权利。在国内立法中，TRIPS协议第8条第2款和第40条所潜藏的原则也是应该得到尊重的。当然，每个国家应该根据各自的经济竞争政策来制定与知识产权有关的限制性行为的反垄断法则，而当前最重要的是发展中国家必须立即着手研究、制定本国的反垄断法。

注释：

【1】 [德]Hanns Ullrich: Competition, Intellectual Property Rights and Transfer of Technology. International Technology Transfer: The Origins and Aftermath of the United Nations Negotiations on a Draft Code of Conduct. Kluwer Law International. P363.

【2】有的学者将此翻译为：“可采取适当措施防止权利持有人滥用知识产权，防止借助国际技术转让中的不合理限制贸易行为或有消极影响的行为，只要该措施与本协议的规定一致。”参见郑成思：WTO知识产权协议逐条讲解，中国方正出版社2001年月第一版，P43。这没有把对贸易的限制和对技术转让的阻碍区别开来，笔者以为不够准确。

【3】郑成思：WTO知识产权协议逐条讲解，中国方正出版社2001年月第一版，P132。

【4】<http://www.dvd6cla.com>; <http://www.usdoj.gov/atr/public/busreview/2485.htm>.

【5】<http://www.ebnchina.com/art-8800016633-22213.htm>.