



贸易和发展理事会

贸易和发展委员会

竞争法和竞争政策问题政府间专家组

第十五届会议

2016年10月19日至21日，日内瓦

临时议程项目3(a)

就竞争法和竞争政策的同行审评问题进行磋商和讨论；

审查《竞争法范本》；就《原则和规则》各项规定进行研究

审查竞争政策目标和知识产权目标之间的关系

贸发会议秘书处的说明

内容提要

知识产权的主要目标是鼓励创新，并通过向发明家提供临时保护为创新提供激励机制。竞争政策的目标是提升经济效率，通过纠正市场失灵情况确保市场有效运作，为消费者造福。知识产权和竞争政策的终极目标都是促进经济增长和消费者福利。然而，在某些情况下，行使知识产权可能会引发与竞争有关的问题。因此，创新和保护市场竞争要求采用平衡的办法。

本说明¹ 审议了知识产权与竞争之间的关系；阐释了在行使知识产权过程中导致与竞争有关的问题的种种商业行为，并说明了如何处理与知识产权有关的反竞争行为。

¹ 本文件未经正式编辑。



一. 引言

1. 知识产权法的主要目标是鼓励创新，并通过向发明家提供保护，使其能够收回研发投资并在有限的时间内享受发明带来的收益，从而为创新提供激励机制。竞争法的目标是提升经济效率，促进经济增长和消费者福利。竞争对手之间的相互竞争能够创造有利于创新的环境、更优质的新产品，因此也就能创造竞争力。
2. 本说明审查了竞争政策目标和知识产权目标之间的关系。它审议了企业行使知识产权导致触犯竞争政策的情况，并讨论了竞争主管部门可以如何处理此类情况。它以实际案例说明了行使知识产权和/或对市场竞争和创新的后果之间的交集。
3. 在本说明中，知识产权系指专利、注册商标、版权以及注册和非注册设计、专门技能、机密商业信息和其他实用的非专利信息或商业流程。
4. 承认或向一家企业授予知识产权即赋予后者生产某一专利商品的独家权利，或在某段时间内(例如，专利产品为 20 年)对某一受保护流程或技术专门技能行使所有权。这就给予了这家企业以市场力量，如果不是垄断地位的话；或者说这在一定程度上使得这家企业无需面对市场竞争。行使知识产权以及知识产权法所提供的保护可能便利知识产权所有人开展或可被视为反竞争的行为，这往往会抑制竞争、提高价格并降低产出和质量。然而，竞争法和竞争政策、特别是发展中国家的竞争法和竞争政策力争使各方都能在市场上同场竞技，以便最终加强消费者福利。
5. 鉴于知识产权给予创新者以市场力量，而竞争政策的目标之一是防止和消除对市场力量的滥用，因此如果知识产权持有人参与滥用市场力量的商业行为，如限制竞争、阻止竞争和阻止他人进入市场，则这两个领域的政策目标可能发生矛盾。然而，知识产权和竞争政策的目标都是通过创新和竞争促进经济增长和消费者福利。如果行使知识产权对消费者造成不利后果，从而影响创新和竞争，则有可能令人担忧。
6. 此外，在发展中国家，人们可能不太了解何种技术可能得到同专利法或商标法所赋予的保护那样的同等保护。例如，某些可辨识的商业流程、重要和/或实用的耕作和农业知识或发展中国家使用的其他传统知识可能有资格得到与注册专利或商标同等类型的知识产权保护。因此，应当给予植物育种和农耕方法等此类专门技能以知识产权保护，并由竞争主管部门加以监管。

二. 知识产权与竞争法和竞争政策之间的关系

7. 知识产权与竞争法之间的关系可能导致两种截然不同的结果，竞争主管部门有必要在二者之间寻求适当平衡。

8. 首先，行使知识产权可能导致不同程度的排他性。专利所有人可能决定生产和销售某一专利产品，而排挤所有其他人，导致垄断。另一种情形是，专利所有人可能由于缺乏生产所需的资源而授予另一家企业或交易商(被许可方)生产和销售权，但生产和销售条款和条件可能导致限制竞争。例如，授予许可时，专利所有人或许许可方可能同意不在被许可方的领土内销售该专利产品，可要求禁止出口到其他地区、加入最高产量条款、规定最低售价、加入惩罚条款，以降低对竞争对手的需求，或要求被许可方同意从专利所有人那里购买与被许可专利无关的其他技术或产品。此外，如果被许可方是一个单一的强大公司，而专利所有人是一名单枪匹马的发明家，则被许可方拥有强大的议价权。例如，谷歌或微软可能会对议价能力不足的个人软件开发员或技术应用发明家规定苛刻的条件。此类排他性安排或可造成市场封锁，有可能导致与竞争有关的问题。在另一些情况下，知识产权可能遭到持有人滥用，他们可能采取行动，力图延长专利最初给予的保护期限。在有些情况下，知识产权的存在本身创造了无法逾越的进入障碍或壁垒，这可能引发对知识产权本身有关的担忧。此类行为可能阻碍市场竞争，阻止新公司进入市场。这些新公司可能很有创新能力，但规模太小，无法与拥有专利权的大型跨国企业竞争。这样滥用知识产权有悖竞争法和竞争政策的明显目标，即促进竞争、市场准入、开放使用和开放市场。

9. 其次，行使知识产权可能有助于创造具有创新意义的流程和产品，而这些流程和产品随后为新产品做准备，并开拓新市场。因授予知识产权和行使知识产权而收回利润可能有助于进一步投资于新的或补充性的产品市场，甚至是进一步创新，并形成动态效率。例如，蜂窝技术和互联网的出现促进了各种各样的消费产品和服务的增长，例如肯尼亚的 M-Pesa。以这种方式行使知识产权能够加强消费者福利，因为开发新产品是为了扩大向消费者提供的产品的范围，并确保合理的价格和数量，从而为消费者提供新产品和新服务，使其更易于获取，并在产品价格和价格两方面都提供更多选择。

10. 不能低估知识产权和竞争政策之间的矛盾及其对经济发展的影响。世界知识产权组织(2016年)指出：

专利权与竞争之间有着密切的联系，简单来说，这种联系有两个特征：一方面，专利法旨在防止抄袭或模仿专利商品，从而对竞争政策形成补充，因为这些法律有助于倡导公平的市场行为。另一方面，竞争法可能限制专利权，因为专利持有人可能被禁止滥用权利。总之，经验表明，对专利和竞争的保护太多或太少均可能导致贸易扭曲。因此，必须兼顾竞争政策和专利权，这种兼顾必须能够实现防止滥用专利权，而同时又不会消除适当使用专利制度所提供的回报机制。

有必要合理兼顾知识产权保护与竞争，以确保既鼓励公平的市场运作，也鼓励创新。为此，知识产权机构和竞争机构都应在其法律框架中和执行有关法律时采用兼顾知识产权保护与竞争的办法。

三. 知识产权做法引发与竞争有关的问题

11. 本章审议购买或使用知识产权过程中的商业行为，主要讨论引发与竞争有关问题的专利和许可行为，包括技术内限制、制药公司之间为阻止或延迟仿制药进入市场而达成的和解协议以及拥有标准必要专利的公司制定标准过程中的反竞争行为。在知识产权密集型行业，例如制药、航空、化学和软件等行业，涉及大公司的并购行为也可能引发与竞争有关的问题，需要对这些问题使用适当的补救办法。

A. 技术内限制

12. 专利所有人或被许可方在许可协议中规定技术内限制，以尽量减少竞争或“搭便车”行为。专利所有人意图通过此类限制收回高额研发成本，这可能限制议价能力不足的企业。通常来说，被许可方会同意技术内限制，因为除非能够保证被许可方能够免于技术竞争，亦即免于其他被许可方的竞争，否则就不值得支付购买许可证的价格。一些技术内限制可能导致贸易限制，或导致被许可方的业务范围仅局限于某一个区域或某一客户群，或仅能选择某一个供应商。如果技术内限制仅对被许可方或专利所有人规定条件，但并不限制市场竞争，则不会引起竞争主管部门担忧，而引发竞争问题的技术内限制可能包括在一项许可合同中规定一个或多个以下条件：

(a) 要求承诺签订长期合同，以至与竞争对手技术许可方签订其他安排从经济上将变得不可行；

(b) 加入非竞争条款，禁止被许可方与专利所有人竞争或受理与其产品形成竞争关系的产品；

(c) 加入地理或地域方面的限制或禁令，阻碍被许可方在被许可的地理区域、地带或地区销售产品或售入上述地区；

(d) 加入最高数量条款，将被许可方生产的数量限制在某个地理区域、地带或地区的预期需求水平；

(e) 要求在生产之前支付专利费，或将支付专利费延长到专利过期日之后，或要求支付与许可和产品无关的专利费；

(f) 加入限制使用条款，规定专利仅可用于某一科学领域，例如，允许被许可方使用专利开发医药产品或流程，但不可用于工业产品或流程；

(g) 规定最低零售价以及可能直接影响产品或服务售价的条款和条件；

(h) 对今后向被许可方发放许可证授予否决权；

(i) 规定惩罚条款，即如果专利所有人或被许可方与另一家公司做生意则须支付费用；

(j) 规定反向许可条款，即被许可方协助对原专利发明所做的任何专利改进，被许可方必须反过来给予许可方使用权；

(k) 加入独占性反向许可条款，规定许可方享有使用任何专利改进或对其进行再许可的独家权利，而被许可方只有使用该专利改进的非独家权利；

(l) 加入独占性搭售和买入条款，即要求被许可方仅从专利所有人处购买所有技术或产品，包括非专利材料，作为搭售或其他强制性一揽子许可的一部分。

13. 关于(k)和(l)，世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协定》第 40 条以独占性反向许可条件和强制性一揽子许可为例，说明此类行为有可能在相关市场引起反竞争效应。独占性反向许可安排可能引发反竞争效应，因为原专利所有人可累积被许可方对某一技术所做的改进，为其提供可被滥用的市场力量。

B. 拒绝许可

14. 虽然知识产权持有人没有许可专利的法律义务，但如果行使此类权利涉及类似于竞争案件中拒绝交易的滥用权力行为，则拒绝许可知识产权可能构成滥用权利。例如，在欧洲联盟竞争法执法过程中，某些特殊情况下，必须获得某种技术，拒绝许可将阻止新产品的出现，而消费者对这一新产品有潜在需求(例如 Magill 案)，则单方面拒绝许可被视为滥用权利，而且也排除了二级市场中的所有竞争。在最近的一些案件中，欧洲联盟案例法加入了对另一个因素的考量，即拒绝可能给消费者利益带来的损害。在一起有关微软的案件中，欧盟委员会认为，拒绝向其竞争对手提供必要的互操作性信息减少了其竞争对手进行创新的动力，从而限制了消费者的选择。2007 年，当时的初审法院维持了欧盟委员会的裁定，认为不仅生产新产品受到限制时可能损害消费者的利益，而且技术发展受到限制时亦可能损害消费者的利益。该法院宽泛地诠释对消费者利益造成的损害，指出如果相互竞争的产品不能在市场上以平等的条件竞争，则消费者的选择将受到影响。Lianos 和 Dreyfuss (2013)指出，美利坚合众国反托拉斯法允许涉及单方面拒绝许可的行为，甚至是在专利所有人在有关市场处于支配地位的情况下。

C. 专利、标准制定与竞争

15. 技术标准是技术系统所需遵守的既定规范或要求，其中规定了统一的工程或技术标准、方法、流程和做法。毫无疑问，制定技术标准有诸多益处，特别是对消费者而言。标准可提升效率、促进创新和增加消费者的选择，并加强公共卫生和安全。技术标准还使得产品之间互可操作，这就提高了产品对于消费者的价值。企业可通过标准制定组织合作设立行业标准。如果商定的标准涉及知识产权，例如专利，则可能引发竞争问题。

16. 一般来说，公司希望看到它们的技术被认定为对标准必不可少，因为这有可能提高市场对它们的技术的需求。竞争风险在于，在许可标准必要技术时，价格可能并不体现市场价值，因为它们享受了被认定为标准必要技术的好处。标准必要专利的所有人可能希望利用这种情况，对希望实施该标准的公司设定比在已获通过的标准纳入该专利之前更高的专利费，或规定更有利的许可条件(对于专利所有人而言)；用竞争术语来说，这叫做“劫持”。专利劫持可威胁重要标准的推广，有损标准制定进程，扭曲创新激励机制，并使消费者面临更高的价格和有限的产量。为阻止此类滥用权利行为，很多标准制定组织要求参与方披露是否存在因为遵守某一标准而被侵犯的知识产权，并承诺以公平、合理和不歧视的条件进行许可。方框 1 介绍了一例劫持情形。

方框 1

中国国家发展和改革委员会对高通案的决定

2015 年 3 月，中国国家发展和改革委员会(发改委)公布了对高通案的决定，导致高通因据称违反反垄断法而须支付 9.75 亿美元的罚款。这一决定表明了发改委对涉及标准必要专利的知识产权许可行为的看法。

发改委认定，高通在码分多址、宽带码分多址和长期演进无线通信技术的标准必要专利方面拥有支配市场地位。除了在专利方面拥有支配市场地位之外，也存在其他经营者进入的障碍，包括转换费用。发改委认为，高通还在三个基带芯片(亦即码分多址基带芯片、宽带码分多址基带芯片和长期演进基带芯片)市场上占据支配市场地位。发改委认为，高通滥用了在这些市场上的市场地位，参与了本说明第三章(A)部分所列的一些行为，例如收取过高的专利费。此外，高通还参与了组合许可，将过期专利加入组合之中，且高通曾要求一些被许可方对不是标准必要专利的有关无线通信专利提供免费反向许可。发改委指出，反向许可可能抑制被许可方进行技术创新，并限制或消除市场竞争。最后，高通在其许可组合中加入了一些被许可方并不想要的非标准必要专利。高通以固定许可费不合理地将标准必要专利和非标准必要专利的销售进行捆绑。据发改委称，此类捆绑限制了非标准必要专利市场上的竞争，阻碍了创新，损害了消费者的利益。高通还对销售基带芯片做了“不上诉”的规定，要求此类芯片购买者签署协议，规定购买者不得对许可协议提起上诉。

发改委裁定，高通应停止这些已查明的做法并提供专利清单，不应在没有合理原因的情况下将非标准必要专利与标准必要专利捆绑，不对过期专利收取专利费，或在不支付对价的情况下要求反向许可，或将接受对过期专利支付专利费、在不支付对价的情况下提供反向许可或不上诉条款作为供应基带芯片的条件。发改委对高通处以相当于该公司 2013 年在中国收入的 8%的罚款(60.88 亿人民币(合 9.75 亿美元))。

资料来源：Mondaq (2015)。

17. 对无效或者不使用的标准必要专利支付专利费可能不适当地增加生产成本，而这反过来又会提高消费者支付的价格。例如，在一起案件中，摩托罗拉寻求并执行了一项禁制令，导致苹果公司放弃了对摩托罗拉标准必要专利的有效性和侵权情况提起上诉的合法权利。欧盟委员会认定，摩托罗拉以一项标准必要专利为由对一个自愿被许可方——苹果公司——寻求和执行禁制令，违反了欧洲联盟的竞争法规，在一起涉及到三星公司的案件中也得出了类似结论。在这两起案件中，委员会都认定，如果标准必要专利持有人曾承诺许可其标准必要专利，并且是在公平、合理和不歧视的条件下这样做的，而被许可方愿意以公平、合理和不歧视的条件获得许可，则以标准必要专利为由寻求禁制令，试图以此将竞争对手排除在市场之外，属于反竞争行为。在这种情况下，寻求禁制令可能扭曲许可谈判，并导致不公平的许可条件，从而对消费者的选择和价格带来不利影响(欧洲联盟，2014a)。

18. 然而，最近的研究表明，潜在的被许可方有可能存在投机取巧行为。如果没有禁制令，潜在的被许可方可劫持专利持有人，因为后者既无法寻求禁制令，也无法在不违反竞争法的情况下拒绝许可；这种现象被称为反向劫持，即潜在的被许可方能够将谈判商定的专利费推至低于公平、合理和不歧视条件下的价值。

D. 标准化、专利池与竞争

19. 很多标准基于互补技术，而互补技术往往是不同的公司开发的。因此，标准化与专利池是相关联的。标准对于市场广泛采用新技术可能十分重要，但也可能给进入一个相关市场制造障碍，因为从一个标准转换成另一个标准要么不可能，要么虽然可能但成本不合理。如果与某一标准相关的专利由多个实体所拥有，则专利池能够满足标准化的需要。专利池使得参与专利池的专利所有人能够使用池内的专利，向不是专利池成员的被许可方提供标准的池内专利许可证，并根据协议向专利池每一个成员分配一部分许可费收入。竞争主管部门调查了很多标准化案件，但大多数情况下未发现违反竞争法规的情况。美国司法部认为，根据竞争法对专利池进行分析涉及以下标准：

- (a) 专利很明确，既可单独许可，也可打包许可，任由潜在被许可方选择；
- (b) 专利仍有效、未过期；
- (c) 仅限技术上必不可少、本质上不相互竞争的专利，并聘用独立专家评估一项专利是否必不可少；
- (d) 专利池持续有限的时间；
- (e) 安排提出的专利费合理；
- (f) 全世界都可以获得非独占许可；
- (g) 被许可方可自由开发和使用替代性专利；

(h) 要求被许可方提供反向非独占、不歧视许可，方可使用遵守技术所必不可少的专利；

(i) 要求专利池参与方不在专利池范围之外就价格进行串通，例如就下游产品进行串通。

20. 例如，欧盟委员会调查并批准了一起与 DVD 有关的标准化案件，认定专利池允许高效地引进技术，促进了技术和经济进步。欧盟委员会在其分析中考虑到了这一事实，即专利池由必要专利组成，许可协议规定了非独占、不歧视许可。

E. 有偿延迟和解协议与竞争

21. 有偿延迟和解协议是制药行业的常见做法。制药行业竞争激烈，仿制药生产商之间的竞争威胁到原产品牌生产商所赚的高额利润。有偿延迟和解协议是指品牌制药公司为延迟引入更低成本的仿制药而向挑战其专利的仿制药生产商付款的协议。此类协议延长了对原产品牌生产商给予的保护，从而延迟了竞争，损害了消费者的利益，因为消费者需要在更长的时间内为品牌药支付更高的价格。很多竞争主管部门试图阻止这一反竞争行为。2013 年，美国最高法院作出了一项具有里程碑意义的判决，为仔细审查美国制药行业的有偿延迟和解协议扫清了道路，可作为其他国家的一个良好范例(见方框 2)。

方框 2

美国最高法院：美国联邦贸易委员会诉 Actavis, 2013 年

2009 年，联邦贸易委员会提起了一项申诉，质疑 Solvay 制药公司与两家仿制药生产商之间达成的协议，其中 Solvay 曾付款给这两家公司，以延迟它们推出与其品牌药等效的仿制药。该委员会称，Solvay 曾给付款给这两家公司，以阻止它们购买专利，用于制造与其品牌药竞争的仿制药，并延迟它们进入市场 9 年，至 2015 年。第十一巡回上诉法院驳回了申诉，坚称根据反托拉斯法，专利保护范围内的反竞争效应本身是合法的。2012 年，该委员会在最高法院提起上诉；2013 年，最高法院推翻了区法院的判决，认为需要对该品牌与仿制药公司之间达成的有偿延迟协议进行反垄断审查。

关于最高法院的判决，该委员会主席表示，这是“美国消费者、美国纳税人和自由市场的重大胜利。最高法院明确指出，需要对品牌药公司和仿制药公司进行反垄断审查；该法院否决了品牌药公司和仿制药公司使这类协议事实上免于使用反托拉斯法的企图。最高法院通过这一裁决向前迈了一大步，有助于解决因为更高的药价而每年耗费美国人 35 亿美元的问题。”

资料来源：联邦贸易委员会(2013a)；联邦贸易委员会(2013b)。

F. 非现金专利和解协议与竞争

22. 非现金专利和解协议，亦称“反向支付”，长期以来一直是竞争法界讨论的一个主题，特别是自从颁布《药品价格竞争与专利期补偿法》(又名《哈奇·维克斯曼法》)以来。该法为仿制药生产商质疑和挑战原研药专利所有人提供了激励机制。它为食品药品监督管理局加快批准仿制药提供了一个法定平台。

23. 源于 Actavis 一案的这方面的案例法正在演变。随着时间的推移，反向支付问题加大了各个巡回上诉法院之间的分裂，而最高法院的裁决则强化了在此类案件中使用合理原则。加利福尼亚最高法院在关于环丙沙星案一和二的判决中应用了这一原则，但遵循了其自身的分析方法。该法院坚持认为，专利和解协议应当接受竞争审查，以避免原研药生产商和仿制药生产商之间的串通行为，并有可能分析对市场竞争的影响。法院详细分析了适用于专利和解协议的合理原则的结构，并列出了质疑反向支付协议所需的四个要素，亦即：和解协议载有对参与和解的质疑方仿制药生产商进入市场的限制；和解协议包含品牌药生产商向质疑方仿制药生产商支付现金或同等经济对价；除了仿制药原告生产商向质疑方仿制药生产商提供的进入市场方面的延迟之外，对价超出了商品和服务的价值；如果没有和解协议，品牌药生产商预计还需支付多少诉讼费用。在分析中，包括分析是否需要在有关反向支付的案件中加入竞争方面的考虑事项时，该法院指出，支付不仅包括现金转账，也可能包括旨在消除竞争的其他交易形式，涉及价值难以量化的资产，因此在评估此类和解协议时必须谨慎(Wallace, 2015)。

G. 存在知识产权问题的并购

24. 并购是竞争法执法的一个交叉领域，涉及与商业交易有关的诸多领域。同样，技术领域的发展也导致了存在知识产权问题的并购行为。在并购中，特别是在技术部门，知识产权问题在决定是否并购另一公司的股份方面发挥着重要作用。因此，购买方有必要审查出售方公司的专利、版权、许可证和商标以及任何其他与这一交易有关的知识产权。

25. 另一方面，竞争主管机构必须认可并购申请中的知识产权问题；同时，法律专家应了解个案中涉及的知识产权问题。这可能要求对律师、特别是小型机构——因为它们可能无法雇佣这方面的外部技术人员——中的律师开展进一步培训，以使它们能够认真处理知识产权问题。竞争法执法的这一领域在发达国家和新兴经济体中都产生了一些重要案例，例如欧盟委员会处理的谷歌——摩托罗拉移动技术公司案，方框 3 对此有详述。

方框 3

欧盟委员会对谷歌—摩托罗拉移动技术公司案的决定，2012

本案的判案依据是理事会第 139/2004 号条例。谷歌曾就通过购买股份的形式收购摩托罗拉移动技术公司的单独控股权一事向欧盟委员会发出通知。之所以发出通知，是因为拟议交易双方在欧洲联盟内都拥有广泛的业务，每一方的收入都超过 2.5 亿欧元。谷歌是互联网搜索和在线广告及其他在线服务和软件产品提供商，其主要收入依次来自于在线广告业务和移动在线业务。谷歌还开发并向智能移动设备贴牌生产商提供开放源代码移动操作系统，即安卓。摩托罗拉提供电视机顶盒、端对端视频解决方案、有线宽带接入解决方案和移动设备，包括智能电话。

欧盟委员会从各个角度分析了本次交易，包括“相关市场”的定义。没有发现横向受影响市场，但确定了谷歌—作为开放源代码安卓操作系统和在线服务的供应商—与摩托罗拉—作为移动设备和对移动设备至关重要的知识产权的持有者—之间的纵向关系作为分析领域。关于标准必要专利，欧盟委员会认为，在智能移动设备方面使用的此类专利是必要的，在本案中不能出于获得标准的目的将其排除在外。如果移动操作系统中使用了非标准必要专利，可能带来额外价值，顾名思义它们对于获得标准并非必不可少，因此可以具体情况具体分析。欧盟委员会认定，不存在严重的市场封锁问题，因为市场具有竞争性，并仍在发展，互相竞争的贴牌生产商有可用的备选方案。欧盟委员会注意到，谷歌就收购摩托罗拉标准必要专利问题向标准制定组织发出了一封具有法律约束力且不可撤销的信函。谷歌在信函中承诺在标准化方面应用公平、合理和不歧视条件，并遵守摩托罗拉此前的承诺，即以单价最高不超过相关最终产品净售价 2.25% 的专利费许可其标准必要专利，同时考虑到“任何交叉许可引发的抵消和其他问题”。欧盟委员会认为，谷歌不可能使用摩托罗拉的标准必要专利严重妨碍市场竞争，因为存在与摩托罗拉进行了交叉许可的诸多其他市场主体。合同法将禁止谷歌干涉摩托罗拉许可证的条件。最后，欧盟委员会认为，本次交易没有“在作为智能移动设备重要内容的移动操作系统方面引发交易是否符合内部市场的严重怀疑”。

资料来源：欧盟委员会(2012)。

四. 处理与知识产权有关的反竞争做法

26. 如前所述，需要合理兼顾知识产权保护与竞争，以促进竞争和创新。有若干办法实现这一点。政府可从一开始就制定或改革知识产权立法和专利制度，使知识产权持有人很难滥用权利，导致市场封锁，妨碍竞争对手进入，从而最终抑制创新并损害消费者利益。在国际层面，知识产权由世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协定》加以管理。该协定第 40 条规定：“与知识产权有关的、可能限

制竞争的一些许可做法或条件可能对贸易造成不利影响，并可能阻碍技术的转让和推广”。这一规定允许成员在法律中明确规定哪些许可做法或条件可能构成对相关市场上的竞争造成不利影响的滥用知识产权行为。因此，各国政府可采取适当措施防止或控制此类做法。

A. 知识产权与竞争政策

27. 发展中国家可采用包含平衡办法的政策，让企业能够收回研发投资，同时又确保市场可竞争。一项优先政策应当是，确保知识产权不会被滥用，行使此类权利不会妨碍开发互补或替代产品市场。此外，各国应确保其专利制度是平衡的，不给滥用专利购买或滥用延长专利保护至法律和经济上正当期限以外的行为留下空间。

B. 管理知识产权的竞争立法

28. 另一种处理滥用知识产权的方法——这种方法或可向此类权利持有人发出更明确的信号——是在竞争立法中加入补充条款，明确规定行使此类权利须接受监管。此类条款既可在竞争法中加以规定，亦可在次级条例中加以规定，可包括以下因素：

(a) 范围。竞争法可明确规定，在该法之下规定的竞争规则应全部适用于行使知识产权行为；

(b) 定义。竞争法可扩大知识产权的定义，以使竞争法不仅适用于版权和相关权利、商标、地理标志、工业设计和专利，亦可适用于专门技能和某些未注册的商业流程。该法亦可在定义中明确规定，本法所评估的协议应包括正式或非正式安排，规定知识产权所有人可在何种条件下许可一项专利、注册设计或流程或其他专门技能；

(c) 禁止。竞争法可明确提供一个条件清单，如满足这些条件，即可认定，技术内限制已经超出了法律保护的范围。抑或，立法可说明许可协议何时可能对生产投入、供应、产出和质量造成不利影响。专利所有人和其他知识产权所有人日渐开始提起欺诈性或没有事实依据的专利侵权诉讼，以阻止其他公司进入市场，或为相互竞争的技术所有人就知识产权进行串通提供方便。可利用竞争立法绝对禁止竞争对手之间将知识产权许可协议用作解决诉讼或阻止其他公司进入市场的手段。

29. 竞争主管部门可为涉及知识产权的竞争案件制定指导原则，详细说明在哪些情况下，技术内限制可能被视为反竞争行为，并在一开始就明确表明，正当行使知识产权不是滥用支配地位。然而，如果一个专利所有人试图通过反竞争手段扩大支配地位，超出了法律提供的保护范围之外，竞争主管部门就有可能对这种行为启动侵权程序。例如，指导原则可解释在哪些情况下，限制可能封锁生产投入

要素的获得、提高竞争成本、导致产出下降、封锁现有或替代知识产权潜在投资者进入市场的途径或提高价格。指导原则亦可详细说明技术内限制何时可被视为有利于竞争。

30. 鉴于授予知识产权可能取得某些动态效率，例如创新和技术进步，任何指导原则都应承认，技术投资者和专利所有人有权为其投资获得回报，需要鼓励更多研发活动。指导原则或可进一步解释在何种条件下，可认为许可协议能够促进对创新的投资或获得及更广泛地使用技术；推动创造和进入新市场；或降低需求的不确定性。指导原则还可详细说明在何种情况下，可认为反向许可、创建专利池、交叉许可或免专利费交换许可安排能够促进竞争。

31. 此外，竞争主管部门可制定条例，为某些知识产权协议或单边行为规定不完全豁免清单。例如，如果安排或协议存在出售或转让知识产权、但不可能造成、维持或加强支配地位，或不可能消除潜在竞争对手和阻止开发新技术，则条例可对其提供豁免。此类条例将规定，为向竞争主管部门申请豁免，专利持有人和被许可方(协议当事方)须承担举证责任，证明或确立满足了“不可能”要求。如果知识产权许可安排鼓励竞争，促进动态效率及技术和经济发展，亦可给予豁免。证明一项协议达到这些要求的责任由豁免申请方承担。方框 4 提供了一例许可条例。

方框 4

日本《反垄断法》与许可筛查

日本 1947 年通过了该国的竞争法，即《反垄断法》。该法第 6 条规定，“企业不得签署载有属于不合理限制贸易或不公平贸易做法的事项的国际协议或国际合同”。日本许可条例以这一条款为基础，日本公平贸易委员会对外国和本国公司之间的国际许可合同进行筛查和监管，直至 1997 年，逐渐从事先控制转向事后审查的办法。该委员会主要审查反向许可条款，以鼓励本地创新。直至 1990 年代的一个政策目标是，使用竞争法加强被许可方对许可公司的议价权，并鼓励本国创新和日本公司对原创技术加以改进。

资料来源：Hiroko (2015)。

C. 竞争法的执行

32. 竞争主管部门可通过执行竞争法规防止滥用知识产权行为，从而使市场可竞争。如果一家占据市场支配地位的企业单方面或通过协议规定技术内限制，给某一市场带来反竞争效应，则主管部门可执行竞争法中禁止滥用市场支配地位或涉及反竞争协议的条款。对此类有关知识产权的案件，将适用单方面或协同行为所适用的同样的评估和分析标准。

33. 竞争主管部门可能在以下领域发挥作用，并应力争确保：首先，尽量减轻知识产权和竞争法之间的潜在冲突，以确保行使知识产权不会导致市场完全封锁，且不会损害消费者利益。在这方面，主管部门可能需要侧重于确保技术内限制(无论是由专利所有人还是被许可方规定的)不会导致限制市场竞争，最重要的是，不会导致消费者福利的萎靡或延迟。同样，可能需要对拒绝许可等行为开展严格的竞争审查，以在可以避免的情况下预防反竞争后果。第二，主管部门必须调查有偿延迟和解协议或非现金专利和解协议，以抑制品牌药和仿制药制药公司之间达成串通性安排，这种安排通过延迟更廉价的仿制药进入市场而妨碍了竞争，导致消费者和纳税人必须为品牌药支付更高价格。第三，主管部门必须分析涉及到知识产权的并购行为的潜在反竞争效应。最后，主管部门需要制定适当的补救办法，其中可能包括要求许可专利或商标，以避免消除或减弱竞争。

34. 总之，竞争主管部门应采用平衡的办法处理执行竞争法与保护知识产权问题。主管部门应铭记，即使专利所有人行使知识产权导致垄断，也仍然有可能创造新市场或新产品，或有可能进行创新。

D. 监管专门技能

35. 除监管法律意义上的知识产权之外，竞争主管部门可选择承认，特别是在发展中国家，人们大量使用未披露、但可辨认的农业、医学、植物育种和耕种有关的知识和程序，这些知识和程序可给予知识产权保护，应纳入竞争法的范畴。此类传统知识或专门技能也可能成为企业合同条件和限制的主题，即使它们是通过非正式安排规定的。在这种情况下，个人医务工作者、植物育种者或农民可能是发明家或专门技能的所有人，但可能在大型公司任职，这些大型公司可能要求他们签订长期合同，并附带限制性极强的条款。在实际生活中，这种限制可能与微软与个人软件开发员签署的合同造成同样的影响，所以也需要竞争主管部门的详细审查。独占性和排他性使用专门技能可能限制市场竞争。因此，应当以评估使用其他知识产权行为的同样的方式，对这种情况下使用专门技能的行为进行评估。竞争主管部门需要审查限制销售、转让或许可专门技能并导致限制市场竞争的安排。因此，发展中国家的竞争立法应将专门技能和其他非典型知识产权规定为知识产权保护和授予知识产权的主体，因此也属于竞争法的范畴。

E. 其他立法措施

36. 除竞争立法之外，各国政府还可通过其他适当的法律和条例，实现知识产权保护与竞争之间的平衡。在美国，通过了《哈奇·维克斯曼法》，以确保尊重这种平衡。美国立法的另一个案例是旨在阻止制药行业有偿延迟和解协议(这种协议延迟更廉价的仿制药进入市场与价格更高的品牌药竞争)的法案。一旦通过，该法案将禁止此类和解协议(见方框 5)。

方框 5**美国：旨在阻止制药行业有偿延迟和解协议的法案**

联邦贸易委员会 2014 年 12 月的一份报告查明了 29 项潜在的有偿延迟和解协议，共涉及 21 种品牌药，在美国的累计销售额为 43 亿美元左右。该报告发现，包含支付的专利和解协议比不包含支付的专利和解协议延迟仿制药进入市场的时间长出 17 个月。据该委员会称，有偿延迟协议通过延迟更廉价的仿制药进入市场而使得美国消费者每年多花 35 亿美元，并增加了联邦赤字。国会预算办公室估计，限制此类协议的立法在接下来的十年中将能够减少近 50 亿美元的债务。

为了阻止制药行业的有偿延迟协议，2015 年 9 月再次向国会呈交了《保护人们获得可负担得起的仿制药法》。该法最初于 2009 年呈交。该法将规定，品牌药制药公司使用具有反竞争效应的支付延迟仿制药进入市场属于非法行为。该法将允许制药厂证明它们之间的交易并不妨碍竞争，并授权联邦贸易委员会对任何解决或和解与销售药品有关的专利侵权案的协议当事方提起诉讼。惩罚措施包括罚金以及丧失营销仿制药的 180 天专营期。

资料来源：联邦贸易委员会(2012)；化学仿制药和生物仿制药倡议(2015)。

F. 政府机构在监管知识产权过程中的协调

37. 竞争主管部门应向相关政府机构倡导适当兼顾知识产权保护与竞争。为此，可通过各种安排开展机构间协调与合作，例如，可与专利办公室、国家标准制定机构、食品药品批准机构等其他政府监督机构或负责监管知识产权的部门签署谅解备忘录。这些机构可与主管部门一道就监管和执行知识产权制定更多政策、立法和指导原则，以防止不必要、轻率或过于广泛的专利或不合理或不公平的设计注册。

五. 结论

38. 为了实现创新、竞争性市场以及最终取得经济增长等目标，需要采用平衡的办法处理知识产权保护与竞争问题。监管部门应当确保行使知识产权不会妨碍创新、限制市场竞争和恶化消费者福利。

39. 竞争主管部门在确保知识产权不会遭到滥用、行使知识产权不会导致反竞争后果方面能够发挥重要作用。主管部门可使用各种方式处理滥用知识产权行为。首先，可在竞争立法中处理行使知识产权问题。这就要求竞争法完全适用于此类行为。法律应当在关于适用范围的条款中明确这一点。第二，可通过某些知识产权协议和/或安排中的禁止和豁免条款处理与知识产权有关的竞争案件。第三，主管部门可制定补充性指导原则，解释在哪些情况下许可协议可能妨碍竞争。在处理滥用知识产权行为、拒绝许可案件、有偿延迟和解协议以及专利所有人或被许可方在许可协议中加入反竞争条件方面，执行竞争法可能是一个强有力的工具。最后但不是最不重要的，主管部门还可与其他相关机构一道倡导和协调知识产权政策，以防止不合理地授予知识产权。

References

- American Bar Association (2007). *Intellectual Property and Antitrust Handbook*.
- Drexl J, ed. (2008). *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*. Edward Elgar.
- Correa C (2007). Intellectual property and competition law: Exploration of some issues of relevance to developing countries. Issue Paper No. 21. International Centre for Trade and Sustainable Development.
- European Commission (2012). Decision in case No. COMP/M.6381 Google-Motorola Mobility, pursuant to article 6 (1) (b) of Council Regulation No. 139/2004. Available at: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6381_20120213_20310_227748_0_EN.pdf.
- European Commission (2014a). Competition policy brief: Standard-essential patents. Available at http://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2014/008_en.pdf.
- European Commission (2014b). Guidelines on the application of article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements. Available at [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52014XC0328\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52014XC0328(01)).
- Federal Trade Commission (2012). Available at <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2013/01/ftc-study-fy-2012-branded-drug-firms-significantly-increased>.
- Federal Trade Commission (2013a). Available at <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/071-0060/watson-pharmaceuticals-inc-et-al>.
- Federal Trade Commission (2013b). Available at <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2013/06/statement-ftc-chairwoman-edith-ramirez-us-supreme-courts-decision>.
- Federal Trade Commission (2016). Research, enforcement and advocacy at the intersection of antitrust and intellectual property. Presented at the third annual Intellectual Property and Antitrust Conference. Washington, D.C. 20 April.
- Generics and Biosimilars Initiative (2015). Available at <http://www.gabionline.net/Policies-Legislation/Pay-for-delay-bill-reintroduced>.
- Ghidini G (2006). *Intellectual Property and Competition Law: The Innovation Nexus*. Edward Elgar.
- Hiroko Y (2015). Competition analyses of licensing agreements: Considerations for developing countries. Issue Paper No. 40. International Centre for Trade and Sustainable Development.
- Khor M (2005). *Intellectual Property, Competition and Development*. Third World Network.
- Korah V (2006). *Intellectual Property Rights and the European Commission Competition Rule*. Hart Publishing.
- Kovacic WE (2007). The importance of history to the design of competition policy strategy: The Federal Trade Commission and intellectual property. *Seattle University Law Review*. 30:319–347.
- Lianos I and Dreyfuss RC (2013). New challenges in the intersection of intellectual property rights with competition law – a view from Europe and the United States. Working Paper Series. Centre for Law, Economics and Society.

Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law (2013). Copyright, competition and development report.

Mondaq (2015). Available at <http://www.mondaq.com/x/392946/Cartels%20Monopolies/Chinas%20NDRRC%20Provides%20Guidance%20Regarding%20Licensing%20of%20StandardEssential%20Patents%20in%20Qualcomm%20Decision>.

Santa Cruz Scantlebury M and Trivelli P (2015). Interaction between intellectual property and competition laws. E15 Initiative. International Centre for Trade and Sustainable Development and World Economic Forum.

UNCTAD (2004). *Competition, Competitiveness and Development: Lessons from Developing Countries*. United Nations publication. New York and Geneva.

UNCTAD (2008). Competition policy and the exercise of intellectual property rights. TD/B/COM.2/CLP/68. 15 May.

UNCTAD (2015). The role of competition in the pharmaceutical sector and its benefits for consumers. TD/RBP/CONF.8/3. 27 April.

Wallace J (2015). In re Cipro: California Supreme Court's structured approach to applying the Actavis standard to state antitrust claims. Available at http://www.schiffhardin.com/Templates/media/files/publications/PDF/IP_20150601.pdf.

World Intellectual Property Organization (2007). Intellectual property and competition as complementary policies: A test using an ordered probit model. Available at http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/study_ip_competition_oliveira.pdf.

World Intellectual Property Organization (2011). Survey on compulsory licences granted by member States to address anti-competitive uses of intellectual property rights. Available at: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip_4/cdip_4_4_rev_study_inf_5.pdf.

World Intellectual Property Organization (2014). Patent pools and antitrust. Available at http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/patent_pools_report.pdf.

World Intellectual Property Organization (2016). Competition and patents. Available at <http://www.wipo.int/patent-law/en/developments/competition.html>.
