

# 滥用知识产权市场支配地位的反垄断违法认定

龙柯宇

(四川外语学院 国际关系学院,重庆 400031)

**摘 要:**拥有知识产权的事实不应被假定为具有市场力量,但其拥有和行使却可能构成滥用市场支配地位。应将“滥用知识产权市场支配地位”界定为:具有市场支配地位的知识产权生产者不正当的利用其市场支配地位,从事扭曲了竞争秩序并减损消费者福利而应为反垄断法规制的不当行为。在对本身违法原则和合理法则等违法认定原则于知识产权反垄断实践中的不同适用情形进行比较和权衡的基础上,认为,应该适用和推广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。

**关键词:**滥用知识产权;市场支配地位;本身违法原则;合理法则;反垄断法

**中图分类号:**D922.294

**文献标志码:**A

**文章编号:**1672-8580(2012)06-0059-09

知识产权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无从着落。

有鉴于此,本文以知识产权市场支配地位的滥用认定为研究课题,旨在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,进而提高针对滥用知识产权市场支

配地位的反垄断执法之严密性和科学性,也从另一个方面拓展了知识产权法的研究空间。

## 一、知识产权与市场支配地位的关系检视

对于知识产权与市场支配地位<sup>①</sup>的关系认识,在不同时空条件下,伴随不同国家的司法实践,呈现出并不一致的具体样态。

就美国而言,在 20 世纪 80 年代前,法院多是将知识产权直接推定为具有市场支配力的,涉及知识产权滥用的案件,反托拉斯分析常是不可或缺的一个步骤。如在 United States v. Loew's Inc.案中,联邦最高法院便仅仅依据“被告拥有电影故事片的版权”之事实便认定其具有了相当程度的足以遭致反托拉斯法规制之市场支配力<sup>②</sup>。在这样的认识理念下,知识产权人相较于其他财产权人更为容易,也更为频繁的遭致相关市场竞争者提起之反托拉斯诉讼,其结果是不利于知识产权保护和推动社会创新的。

及至 1988 年《专利权滥用修正法案》的通过,标志

收稿日期:2012-11-04

基金项目:德国赛德尔基金会(Hanns-Seidel-Stiftung)联合培养博士资助项目(留金欧[2010]6003)

作者简介:龙柯宇(1983-),男,四川成都人,讲师,法学博士,研究方向:民商法,经济法。

网络出版时间:2012-11-20 网络出版地址:<http://www.cnki.net/kcms/detail/51.1676.C.20121120.1727.006.html>

着美国对知识产权与市场支配地位的关系进行了重新的审视和认定,相关法院也推翻了前述关于“知识产权等同于拥有市场支配地位”的观点。然而,这种认识却走向了另外一个极端,在里根政府时期,反托拉斯执法机构几乎完全将知识产权纳入反托拉斯法适用除外的领域,对于知识产品而言,市场替代品的考虑取代了市场支配力的司法推定,自由放任主义倾向发展至顶峰状态。如在 Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde 案中,法院便在判决中指出,只要专利产品存在相似之替代品,那么便可认定专利权人在任何相关市场上是欠缺市场支配力的。“认为买者无法从其他地方购买知识产权产品的情形给予了卖者市场力量,这样的假设是合理的。”<sup>③</sup>而在当时仅仅只有少量知识产品是没有相似替代品的。

上述情形,一直延续到 1995 年《知识产权许可的反托拉斯指南》的出台。该指南纠正了美国社会前期对于知识产权与市场支配地位关系的较为极端的两种认识,并进而提出了相关之三大基本原则:(1)涉及是否违反反托拉斯法问题时,知识产权应与其他财产获得同等对待。(2)无法由知识产权所具有的独占垄断性而得出其权利人占有市场支配地位的必然结果。如在微软垄断案中,美国地区法院法官杰克逊认定微软具有市场支配地位的依据并非是其享有的 PC 操作系统之相关软件版权,而是其在全球 PC 操作系统上所拥有的 95% 的市场份额。(3)即使知识产权人拥有市场支配力,但这种市场力量的存在本身也不构成对反托拉斯法的违反,唯有其滥用此种市场支配力,并对竞争造成损害时,方可遭致反托拉斯法之干预<sup>④</sup>。正如汉德法官在 U.S. v. Aluminum Co. of America 案中提出的警告那样:某个产业,哪怕最后只剩下了一个生产者,也可能是因为他是众多企业中的幸存者。成功的竞争者,他们被迫参与竞争,不应该在它成功时受到打压<sup>④</sup>。但与此同时,任何具有市场力量之知识产品厂商都不能依靠商业理由借口来粉饰其实质上的有违竞争规则的市场行为。亦如美国联邦地区法院法官杰克逊在 2000 年就微软垄断案的所作出的判决书中指出的那样,微软未能就其限制原始设备制造厂商的改变视窗能力的诸多协议的做法,是源于著作权法之相应授权而提供充分而合理的证据材料,因此,其抗辩理由既不能解释、也不能豁免微软之违犯《谢尔曼法》的行为。换言之,微软利用著作权所带来的自然的和法律上的优势,将其在某个市场上的垄断力拓展到了另一

个市场上的行径,是反竞争的,是有悖于消费者福利的增加和激励创新的。

及至 2007 年美国司法部和联邦贸易委员会联合发布的《反托拉斯执法与知识产权:促进创新和竞争》报告基础上,对于知识产权与市场支配地位的关系进行了再次理性化的重申:拥有知识产权的事实不应被假定为具有市场力量。在理论上,某些知识产权确实可以形成市场之垄断,但在实际生活中,却只有较少知识产权可以真正构成现实意义上的垄断状态,因为在大多数时候,消费者都可以在市场上找到受知识产权保护之专利、版权作品或技术秘密等的可替代品,而这些可替代品的存在,又实质性的减少了知识产权人的市场力量,使其难以真正支配市场。即使知识产权人凭借其出色的经营战略、敏锐的洞察力、知识产品之高性价比、历史之偶然性等条件而取得了市场支配地位,在缺少相关之维持或进行垄断的故意时,其仍是处于合法范畴之内的,其无需承担必须许可他人使用其知识产权之义务<sup>⑤</sup>。正如波斯纳法官所言:通过合法手段获得垄断地位不违反反托拉斯法,这些合法手段包括利用知识产权法防止竞争以保护创新<sup>⑥</sup>。与此同时,该报告也指出,反垄断执法机构必须密切关注具有相当市场力量之知识产品生产者的权利行使动向,比如,带有行业标准性质的专利技术,或是在市场上缺乏相应替代品的版权产品之生产许可行为等,都极易超出权利合理行使的外延界限,进而妨碍市场之公平竞争,损及消费者福利。

与之相类似,欧盟法院在其相关知识产权反垄断的司法实践过程中,也是秉持了拥有知识产权并不等于具有市场支配地位,但其拥有和行使确实可能构成滥用市场支配地位的理念。正如经济学家指出的那样:规模经济无法成为自然垄断的充分条件亦或必要条件。换言之,在多产品的情形下,基于任意产出水平,规模经济不能构成成本函数严格劣加性的充分条件亦或必要条件<sup>⑦</sup>。也就是说,相关知识产品生产者获得相关市场支配地位之事实,既是规模经济的产物,也是市场竞争的产物,但它并不等同于垄断行为本身。由此推论,知识产品所涉之专有独占权,在多数情形下,乃是一种消极防御之权利,它本身并不自动导致利用受保护知识产品的积极权利的产生。在德国留声机案(Deutsche Grammophon)中,欧盟法院便指出,对于拥有版权邻接权的录音制品厂商而言,其发行受版权保护之知识产品的行为并不自动意味着其拥有了《欧共同体条约》第 82 条所称之市场支配地位;要想构成对上述

法条之违犯, 仍需考察知识产品厂商在相关市场上的妨碍有效竞争之实际支配力大小<sup>⑥</sup>。而在 IBM v. Commission 案中, 欧委会则明确提出: 具有市场支配地位的知识产品厂商应承担两项必然之义务, 第一乃是不妨碍新竞争者进入该知识产权相关市场, 第二则为确保自己的市场行为不会损害共同市场内原本具有的、正常而真实的竞争<sup>⑦</sup>。有批评者提出, 欧盟的上述规制知识产权滥用之做法, 走得太远, 将会对知识产权人合法之垄断特权构成侵害, 破坏了知识产权制度所固有的激励机制, 势必影响到整个欧盟的投资和创新<sup>⑧</sup>。笔者认为, 此种担忧大可不必, 其理由如下: 第一, 欧盟在对知识产权的市场支配力进行评估时, 并未预先假设其本身已形成了相应之经济垄断, 而强调必须就市场上是否存在该知识产品的替代品进行实际之考证; 第二, 知识产权本身的排他独占性, 本身亦是一种对发明的奖酬和对创新的激励; 第三, 知识产权制度本身内含了一种称之为自我调节的机制, 可以就市场进入和奖励发明进行平衡, 但我们无法指望知识产权制度亦能调节和监控知识产权的行使, 以使其满足一般的公共政策目标, 它无法承担起竞争法责任, 因而利用反垄断法规制知识产权行使行为乃是必然的。

## 二、滥用知识产权市场支配地位的法理界定

在世界各国和地区的反垄断法中, 仅仅存在关于滥用市场支配地位的各式不同规定和解释, 而知识产权领域也适用于此。

依据 OECD 发布的《产业组织经济学和竞争术语汇编》, “滥用市场支配地位” 乃是指垄断企业基于维持或增强其市场地位之目的, 进而实施的限制竞争, 带有滥用或不适当开发色彩之独占性商业行为。该术语被明确的包含在加拿大、欧共体、德国等国和地区的竞争法体例中。由于个案及其发生之国家或地区的不同, 导致对于上述商业行为的认定也存在一定差异, 但以下行为却是已被确认的应受控诉之商业行为: 过高定价、价格歧视、掠夺性定价、通过企业联合而进行价格榨取、拒绝交易、销售、搭售、捆绑交易和抢占关键设施<sup>⑨</sup>。而在《欧盟职能条约》第 102 条, 也就“滥用市场支配地位” 予以了界定<sup>⑩</sup>。在《联合国贸易和发展会议竞争法范本》中, 滥用市场支配地位的行为被区分为为了滥用和视为滥用两种不同类别: 前者多针对一个企业单独或连同少数其他企业操纵市场、占支配地位的企业限制相关市场进入, 或不适当地限制竞争等行为, 而后者则

包括对竞争者实施掠夺性行为, 在提供或者购买商品或服务时采用歧视性 (即无正当理由地区别对待) 定价、条款或条件, 限定已出售商品的转售价格, 限制商标权利等情形<sup>⑪</sup>。

也有学者提出, 竞争法的目的导向之不同决定了对于“滥用市场支配地位” 的涵义界定也存在相应之差异。倘若某国的竞争法将经济效益最大化视为其宗旨和落脚点, 则拥有市场支配力的企业所实施的减损经济效益和社会福利的行为便可认定为滥用行为。而某国之竞争法若将维护公平交易作为首要任务, 则垄断企业的行为一旦妨碍了市场公平交易秩序, 则可作出相应之违法认定<sup>⑫</sup>。

将上述现行之较为典型的关于“滥用市场支配地位” 的定义推及至知识产权领域, 笔者认为, 可将“滥用知识产权市场支配地位” 界定为: 具有市场支配地位的知识产品生产者不正当的利用其市场支配地位, 从事扭曲了竞争秩序并减损消费者福利而应受反垄断法规制的不当行为。

此外, 从世界各国及地区的法律文件和判例中, 我们还可以归纳出滥用知识产权市场支配地位行为, 通常情况下都具有如下几大法律特征。

### 1. 行为主体之特定性

滥用之行为主体必须是具有市场支配力的知识产品生产商, 换言之, 经营者实施滥用行为与其市场支配地位存在内在联系<sup>⑬</sup>。此种规定之理由乃在于: 首先, 从语用学角度分析, 此处的“滥用” 本来就是置身于“市场支配地位” 这样一个环境之中的, 自然滥用的必然是一种对市场的支配性权利; 其次, 不具有市场支配地位之知识产品厂商的同样行为, 多为无害于竞争秩序之商业行径, 顶多只是一种其他意义上的不当使用, 远非达到需要受反垄断法规制这样的一个程度<sup>⑭</sup>。当然, 上述滥用行为可以由单个的知识产品厂商实施, 如《2009 年欧盟 82 条指南》便仅仅适用于单个企业滥用单独支配地位的情形, 也可由多个知识产品厂商联合实施, 此类垄断行为以单独行为为必要要件, 以共同行为为任意要件<sup>⑮</sup>。基于此, 滥用知识产权市场支配地位的行为便区别于知识产权联合限制竞争协议与知识产权经营者集中, 后两种行为必须由两个或两个以上的知识产品厂商实施<sup>⑯</sup>。

笔者认为, 在对上述主体特定性的理解上, 有如下三个方面需要引起我们注意: 第一, 相关知识产品生产者的市场支配地位的事实状况需在一定时间范围内持

续存在。唯有较长市场支配地位之存在才可能有真正的滥用风险,并进而危及正常竞争秩序,“昙花一现”式的垄断状态历来不是反垄断法关注的重点所在。第二,相关知识产品生产者之市场支配地位需在一定范围产生较大影响<sup>⑩</sup>。第三,相关知识产品生产者须达到一定的市场规模。在世界各国的反垄断执法实践中,多贯彻落实“抓大放小”的政策,即通过对大型企业之监控,确保市场之良性运行<sup>⑪</sup>。

### 2.行为之反竞争性

知识产品厂商通过滥用其市场支配地位的行为,旨在限制和排除竞争,巩固或扩大已有之支配地位,其目的指向性非常明确,即市场上其他相关竞争者或消费者,其结果必然是损害了其他竞争者之公平竞争权,也不利于消费者福利的增加。当然,上述滥用行为之目的并非总能一眼看出,有时需要通过反垄断执法机构的详细调查方可确认。

### 3.行为之违法性及应受处罚性

滥用知识产权市场支配地位的行为不仅仅背离了民法上的“诚实信用”、“公序良俗”等基本原则,而且也与反垄断法所捍卫的经济效率和社会公共利益相左,其违法性昭然若揭。基于此种违法性,各国都规定了相应之法律处罚措施,使行为人承担其应有之法律责任。通常情况下,违法者应承担民事责任、行政责任和刑事责任。虽然对于刑事责任,目前在学界和实务界尚有争议,不过,许多国家或地区已然明文将其纳入了刑事责任之范围,以此来预防犯罪。

## 三、滥用知识产权市场支配地位的相关违法判定原则评析

在美国一百余年的反垄断实践中,形成了诸多对其他国家或地区影响深远之理论或是经典判例,其中最引人注目的毋宁是判定垄断行为时所采用的“本身违法原则”(per se illegal)和“合理法则”(rule of reason)<sup>⑫</sup>。而这两项原则都是美国最高法院法官在对抽象而简单之《谢尔曼法》进行解释和运用的过程中得以确立的<sup>⑬</sup>。可以肯定的是,这些基本原则同样适用于滥用知识产权市场支配地位的行为认定,并因此在相关实践中发挥着非常重要之作用。

### (一)本身违法原则

本身违法原则的思想源于1897年的“美国诉环密苏里运价案”<sup>⑭</sup>,但这一概念的正式提出,却是基于“美国诉索科尼”一案<sup>⑮</sup>。该原则的基本含义乃是指某些具

有明显之限制或排除竞争色彩的市场主体行为,无须考量其行为动机及其可能之后果为何,法律便直接视其为非法垄断<sup>⑯</sup>。应该说,本身违法原则涉及的只是一个事实定位的问题,换言之,某一行为的存在与否将作为反垄断执法机构是否采取行动之基础。

基于美国的相关判例,我们可以知道,本身违法原则较多的适用于横向价格固定、横向市场划分、联合抵制、转售价格维持和搭售协议等情形<sup>⑰</sup>。如在1898年“美国诉阿迪斯顿管子与钢铁公司案”中,法官塔夫脱认为:限制贸易的所有协议都具有本质违法性,这种违法性导致美国法院无需再对定价、地区分割或集体拒绝交易的合理性予以相关考察<sup>⑱</sup>。在1927年的United States v. Trenton Potteries Co.案中,法官斯通指出,针对价格限制行为而进行的合理性分析本身便是多余的,该行为的存在便足以定性被告之违法企图。虽然上述被告的市场占有率高达82%,可涉案之价格限制契约的真正作用力却十分有限,此等抗辩理由在法院看来,都是无法撼动其行为本身之违法性认定的<sup>⑲</sup>。而在1956年“美国诉麦克卡森与鲁宾逊有限公司等案”中,美国最高法院首席法官沃伦在判决中作出了如下表述,固定价格之行为,早已被推定为具有不合理性,所以无论行为实施者的动机是善亦恶,它是否具有相当之市场支配力,此种固定价格是以明示方式或者隐晦手段所达成,此种行为所生之后果对于竞争之实际危害度究竟有多大,都是无足轻重的,无需费时进行一一认定<sup>⑳</sup>。

笔者认为,在运用本身违法原则认定滥用知识产权市场支配地位的行为时,我们可以感受到其带有的非常强烈的法律之确定性,其导向性和可预期性也是不言而喻的。此种原则吻合了成文法国家的客观需求,其优越的操作性和实用性都在诸多反垄断案件审理过程中得以体现,它不但使反垄断审查程序得以简化,节省了法院或反垄断执法机构的大量有限资源,同时还大幅度提升了原告的胜诉几率,并降低了相关之诉讼成本<sup>㉑</sup>。当然,值得引起我们注意的是,该原则的缺陷性也是较为突出的,其集中表现为:第一,适用范围不确定。在知识产权领域,究竟哪些滥用行为应该适用该原则,至今为止,世界各国都未达成一个明确的统一意见,且在各国的反垄断法或知识产权法中,也未将该原则的适用范围予以清晰的界定,而该原则的运用前提乃是要求知识产权人之竞争行为与法律条文间存在较为严格之对照关系,因此最终可能导致某些涉案知识

产权垄断行为在适用该原则时存在较大争议。第二,该原则是基于一种所谓的法律假设而生,但假设与客观事实之间往往有较大之差异,加之涉案知识产权人与反垄断执法机构对于该原则的认识角度或是把握度也极为不同,并且在实践中,对于违法垄断的知识产权行为之种类与范围的认定,本身就是一个需要具体问题具体分析的过程,盲目的适用本身违法原则很有可能枉告被告,使最终的司法正义无法于被告身上得以呈现。第三,该原则虽然在一定程度上节省了司法资源,但却对相关涉案竞争行为之实际经济后果置若罔闻,因而可能遏制某些本身并未歪曲正常竞争秩序的知识产权人之行为,进而否定某些全新的商业营销方式和策略,不利于市场的可持续发展和相关创新活动的进行。第四,亦如前文所述,反垄断法带有极强的权变性,知识产权人的同一行为,在这个经济时期可能被认定为违法垄断,但在另一经济时期则完全可能被认定为是合理的,是促进竞争和维护创新的。基于此,成文法国家之反垄断法,相较于其他基本法而言,其修改频率是最高的,唯有如此,方可使克服反垄断法之滞后性,使其合理性和确定性最终得以较好的结合<sup>[6]</sup>。

## (二)合理法则

合理法则诞生于1911年的“新泽西标准石油案”:在美国联邦最高法院的审理过程中,怀特法官适用了普通法上的合理原则作为垄断行为的认定标准,并基于对“限制贸易的合同”的解释而提出,倘若某一市场竞争行为所生之利益要远远大于其对竞争和消费者利益带来的负面影响,则该涉案之“限制竞争协议”所生之市场限制应被认定为是合理、合法的;反之,则被视为不合理地限制了贸易,是违法的。据此,法院以“不合理”为由最终对涉案垄断行为予以了定性,由此合理分析规则得以确立<sup>[12]</sup>。其后,在1918年的Chicago Board of Trade v. United States 案件中,合理法则得以进一步的论述:要判定某一企业行为是否合法,其实质性标准乃在于此种市场限制最终是有利于竞争,还是破坏了竞争。法院在审查过程中,必须考虑与实施限制的企业相关的诸多事实,如采取此种限制的目的何在,有无“历史前科”,限制导致的实际或潜在经济后果何在,是否存在特定的救济措施,等等<sup>[13]</sup>。

通过上述两案,我们可以知道,所谓合理法则,指称的乃是法院以具有市场支配力的企业之涉案限制竞争行为的具体所处市场环境为基础,进行合理性分析,进而判定该行为是否会在实质上损害有效竞争和社会公益的一

项法律原则。该法则强调了价值判断之重要性,要求反垄断执法机构必须就涉案企业所在产业的市场结构、相应之市场权力、限制竞争行为的后果等因素予以实际考察<sup>[14]</sup>。纵观美国司法判例,合理法则多适用于纵向非价格限制、联营、合并、垄断高价、掠夺性定价等案件<sup>[15]</sup>。

笔者认为,在知识经济时代,滥用知识产权市场支配地位行为的经济属性远远大于了其法律意义,大量与之相关的问题,如搭售、忠实折扣、拒绝许可等,都必须依此行为所生之具体经济效果来予以定性,而非根据行为本身来直接下判。正如波斯纳指出的:时至今日,反托拉斯法俨然成为了经济学理性原则的代言人,其固有之政治意识形态层面的色彩,已经由于相应前提预设方面的共识的达成而愈发可以忽略不计;过去的对立者目前都已赞同,反托拉斯政策的根基乃是效率之最佳配置<sup>[16]</sup>。而以经济利益比较为核心的合理法则正好迎合了上述发展趋势,它强调了对于经济效率的考量,通过对比具体涉案知识产权人的竞争行为所引发的正态效应与非正态效应的大小,最终判定是否需要对此行为进行反垄断制裁,其较强之市场适应度和权变性自不待言。具体而言,运用合理法则认定知识产权支配地位的滥用行为有如下三大优势,而使其逐渐在诸多国家或地区之相关反垄断规制中成为基础性的违法认定原则。

第一,合理法则摒弃了严苛的成文法解释原则,强调并非所有载于成文法规之上的所谓“垄断行为”就绝对是违法的。这种做法,必然会减少适用本身违法原则“一刀切”而导致的可能之巨大社会成本。如在United States v. Sealy, Inc. (1967)案中,即使参与地区性市场分割的企业所持市场份额共计仅仅6%,但法院仍然依据本身违法原则,直接判定涉案行为违法<sup>[17]</sup>。显然,此种认定是有违事实之本来面目的,因为在涉案企业之市场支配力较小的情况下,即使存在所谓之“垄断联合”,其最终可能导致对市场竞争秩序的破坏力都是非常有限的,加之卡特尔协议自身之不稳定性,其完全可能到头来被市场竞争所予以瓦解和消灭。

第二,合理法则指出了旧有之“结构主义”垄断规制方法的不足,倡导市场支配地位本身并不违法的理念。从反垄断法的政策目标层面而言,合理法则是一个对“结构主义”和“行为主义”的融合体,它将那些虽然限制竞争,但其所生之经济效率足以抵消其对竞争和消费者福利的负面影响,而且无法全面消灭现实或潜在的竞争源头,进而不可能排除有效之竞争,相反能够

促进技术创新和市场可持续发展的市场主体行为予以了反垄断豁免。在这一点上,可以说该法则是与前文所述之知识产权与市场支配地位的关系不谋而合的。

第三,合理法则看到市场之固有缺陷,如随时可能发生市场失灵的状况,市场交易成本可能被不真实的予以太高等,进而将现实市场中的不完全竞争状态作为基本的分析参数,而不再以传统的完全自由竞争模式为基准来认定涉案行为之性质,这种做法可以使法律的公正价值和效率价值得以兼顾实现。

可能会有人质疑,合理法则在欧盟内部,是否存在对于滥用知识产权市场支配地位行为的适用空间,因为相较于《欧盟职能条约》第 101 条而言,在第 102 条仅仅规定了禁止滥用市场支配地位的行为,而未设立相关之豁免制度。这是否等同于欧盟竞争法对滥用知识产权市场支配地位的违法行为认定原则只能是本身违法原则,而无须对相关行为合理性进行考察。回答自然是肯定的,理由如下:首先,在法律用语层面上,《欧盟职能条约》使用了“若可能影响到成员国之间的贸易”的陈词,这便意味着对具体的涉案滥用行为需要予以合理性分析,然后当欠缺相应之合理性时,方可确认此行为会对欧盟内部贸易构成限制,进而最终做出违法判定;其次,从逻辑层面而言,正是因为第 102 条欠缺了豁免条件之客观事实,法院在进行反垄断审查时,才更需进行合理性分析,而增强最终判决之信服度,最终有利于在欧盟内部形成一个强大的无贸易壁垒的内部市场;然后,欧盟第 1962/17 号法令早已确立了针对滥用市场支配地位的违法否定制度,一旦涉案当事人提出申请,则欧委会便会展开相关调查,确认涉案行为是否存在合理性因素,最终裁决是否应该对此行为采取反垄断制裁;最后,就欧盟的相关判例来说,诸如 AKZO 案、“联合商标公司案”、“意大利平板玻璃案”等,都是在合理性分析的基础上做出相关判决的<sup>[13]</sup>。

当然,将合理法则适用到滥用知识产权市场支配地位的违法认定之中,也同样会导致如下一些不足之处产生。

第一,不确定性因素激增。合理法则的运用使知识产品生产者在欠缺相关反垄断权威机构的对应判决或是解释的情形下,难以就自己的某个具体市场竞争行为是否合法做出准确之预判。毕竟合理法则的标准太具动态性,某一限制竞争行为,可能在今天看来是合理的,但明天却完全得到否定的答案。

第二,高昂的成本代价。依据合理法则,法院必须

就涉案行为进行全面而细致的调查,导致相关司法成本极高,进而也带动了诉讼费用的大幅攀升,对应之诉讼期间也相当冗长,给涉案原被告双方都形成了不小之经济和时间上的压力。如 1945 年的美国铝业公司案,审判前后,历经长达 13 年的时间;而 1982 年的国际商用机器公司案则被评论家称其为联邦司法部反托拉斯的越南战争<sup>[20]</sup>。基于上述缺陷,也使得合理法则难以作为垄断行为违法认定的唯一原则而独当一面。

第三,合理法则的适用,致使案件审理过程较为复杂,进而对审理法官的要求也颇高,不但其需要具备相应的知识产权法和反垄断法知识,而且经济学的相关认识也必不可少,这在实践中,具有一定的不可行性。

#### 四、一元序列判定模式的适用与推广

就美国的反垄断司法实践演进历程而言,在 20 世纪 70 年代末以前,可以说本身违法原则和合理法则是并行于相关案件审查过程中的。当然,在某一具体时间段,对某一原则的倚重那是必然的,如 1890 年-1913 年,本身违法原则占据了主导地位,而在 1914 年-1935 年,则是合理法则独领风骚,到了 1936 年-1972 年,因为“结构主义”的强势突起,钟摆再次摆回到本身违法原则。及至 20 世纪 80 年代以来,美国的反垄断审查度有所宽松,进而导致本身违法原则之适用面相应缩小,而合理法则则相对较为频繁使用。

笔者认为,由于本身违法原则和合理法则固有之缺陷,而使得两者更趋互补性和相对性,任何一方都无法完全取代另一方而单独作为垄断行为违法认定原则而存在。举例来说,即使强调效率理念的“法律与经济”革命获得了胜利,但这种胜利仍是片面的,不彻底的,直到前不久,审理反垄断案件的法官们还不时提及本身违法原则<sup>[21]</sup>。两者间的适用范围,虽然存在通说上的差异性,但其实质仍未就那么的泾渭分明或是格格不入,两者都是作为反垄断法政策目标与制度的具体载体而已,成为了体现特定时期反垄断法主流价值的标尺;这也成为了面对合理法则适用范围的不扩张,本身违法规则仍能保有其“一分半亩田”的原因所在。而在实践层面上,美国的许多法院都已在判决中明确表达出之前的将本身违法和合理法则完全对立看待的二元判定模式(a dichotomy model)的做法,是非理性的,换而采用了一元序列判定模式(a unified continuum model)。其实,本身违法原则早已为后来的合理法则所

概括,例外的仅仅是它欠缺了一道所谓的繁琐的合理分析程序罢了<sup>[22]</sup>。

在一元序列判定模式下,本身违法原则和合理法则不再是对峙的两极,而相容于一个单一的分析过程之中,成为相辅相成之系统组成部分而存在。此种模式倡导应该就某一具体的限制竞争的涉案市场行为进行分层次考察。将该模式运用于知识产权市场支配地位滥用行为的违法判定时,其相应之操作步骤是:第一,以本身违法原则为标准,进行所谓的“初次审查”,分析涉案行为是否单纯体现出反竞争的面相,而效率抗辩完全可以忽略不计,若是如此,则法官无需展开另外的考证,便可直接认定该行为违法。第二,倘若涉案行为引致了双重效应,即一方面它构成了对竞争的一定程度之限制,另一方面它又提升了经济效率,如提高了知识产品质量,降低了知识产品生产或销售成本,促进了技术改进等,则此时法官需要予以一个简单的分析,具体而言,即需要就以下两个方面做出判定:涉案行为所生之经济效率是否可以抵消其对应之反竞争效应;此种涉案之限制竞争行为是否为达致上述经济效率目标所不可或缺之必要条件。第三,倘若上述分析仍不足以判定涉案行为违法与否,则法官需要对该行为进行全面、细致、彻底的合理性分析,最终依据合理法则做出认定。通过上述步骤解析,我们不难看出,所谓一元序列判定模式其实质便是以合理法则为主、本身违法原则为辅的一种垄断行为认定机制。

1984年的NCAA v. Board of Regents of University of Oklahoma案便是上述一元序列判定模式的典型判例。在该案中,参赛之各大学形成了一种实质上的限制产量之价格卡特尔协议,原因乃在于,他们将大学足球赛电视转播权独家赋予给了全国大学体育协会(National Collegiate Athletic Association,简称NCAA),并且还规定了所谓的球赛转播次数的最高额度。审理法官并未因为涉案行为是价格卡特尔协议而直接适用本身违法原则,相反,其考察了如下几个方面的问题:第一,涉案协议是否为进行大学足球联赛所必要条件;第二,涉案协议是否与参赛球队数量发生直接关联,换言之,缺少了此等协议,参赛球队数量亦会发生相应变化;第三,涉案协议是否与联赛质量发生直接关联。考察的结果,都是“不”。因此,法院最终判定上述协议违法,并在判决中明确指出,适用合理法则并不意味着必须对涉案行为予以透彻、详实的审查,此外,在一元序列判定模式下,原告也能获得最终的胜利<sup>⑩</sup>。

笔者认为,在一元序列判定模式视域下,本身违法原则不再被单纯的加以运用,因为它究其实质只是某种基于诉讼经济层面考量而过度简化的合理法则,蕴含其中的人类思维之惰性或惯性是不应得到提倡的。虽是如此,该模式却另辟蹊径,将本身违法原则科学的,理性的吸收到了合理分析的程序之中,克服了之前的两者截然对立的诟病,使得反垄断审查日趋严谨和缜密。此外,该模式在具体适用过程中,其机动性特别突出,它通过第一阶段之“初次审查”,发挥了本身违法原则的快捷、节省反垄断制裁的诉讼成本的优势,又通过第二阶段之“精简版合理法则分析”,使得合理法则不再那么繁琐和臃肿,最后又以第三阶段之透彻性考核,使最终的违法认定根据准确性和可信度。因而,这样的一种垄断行为违法认定模式,在滥用知识产权市场支配地位的反垄断规制中是值得提倡和推广的<sup>⑪</sup>。

#### 注释:

①在世界各国及地区的反垄断法中,就“市场支配地位”而言的相关措辞可谓不胜枚举,足可达致使人困惑不解之程度,如日本的《禁止私人垄断及确保公平交易法》称其为“垄断状态”,德国的《反对限制竞争法》和英国的《公平交易法》使用了“市场支配地位”的概念,美国的反托拉斯法则谓之曰“垄断力”或“市场力量”,匈牙利的《禁止不正当竞争法》称其为“经济优势”,我国台湾地区的《公平交易法》又使用了“独占”这样一个经济学概念来予以表示,等等。值得注意的是,在上述这些所谓的定义中,有的乃是对同一事物的不同称谓罢了,有的甚至在彼此间的外延上存在着严重的交叉。本文所说的市场支配地位,是从法律规则角度出发而言的,涵盖了世界主要国家及地区反垄断法中关于市场支配地位各式提法之基本含义。

② See United States v. Loew's Inc., 371 U.S. 38, 46 (1962).

③ See Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde, 466 U.S.2, 16 (1984).

④ See U.S. v. Aluminum Co. of America 148 F.2d 416 (1945).

⑤ See Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc, 504 U. S. 451 (1992).

⑥ Siehe EuGH v.08.06.1971-Rs.78/70 (Deutsche Grammophon/Metro), Slg. 1971, 487(499).

⑦ See Case 60/81, IBM v. Commission,(1981) ECR 2639.

⑧ 欧盟将“滥用市场支配地位”定义为:在共同市场内部或者共同市场的一个重要部分占据支配地位的一家或者多

家企业实施的可能影响到成员国之间的贸易,而与共同市场不相容而应予以禁止之滥用行为。具体而言,包括四大类滥用行为:第一,直接或者间接地施加不公平的采购价格、销售价格或者其他不公平的贸易条件;第二,限制生产、市场或者技术开发,以致损害消费者的权益;第三,在同等交易中,对于其他交易方适用不同的条件,因此使这些交易方在竞争中处于不利的地位;第四,以对方当事人接受附加义务为条件订立合同,而这些附加义务在本质上或者依据商业惯例与此类合同的标的不存在关联。See Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal of the European Union, C 115/89, 9. 5. 2008, Article 102.

⑨数个知识产品企业共同实施滥用市场支配地位的行为可能出现与垄断协议竞合的情况,如在一个特定的相关知识产品市场上,存在着少数几家大企业,分别具有相当大的市场份额和市场影响力,若它们之间达成限制产量、提高价格的卡特尔协议,则既是垄断协议,又是滥用市场支配地位。但反垄断法通常将多个经营者推定具有市场支配地位,其优点在于减轻反垄断执法机构的举证责任。如果若干经营者占据一个市场的主要市场份额,很容易通过实施协同行为来控制该市场。而反垄断执法机构很难掌握其达成垄断协议的证据。将多个经营者合并计算来推定其中的每个经营者都具有市场支配地位,无须达成垄断协议的证据,就可以规范垄断企业的行为。

⑩当一个市场的销售额很小时,即使拥有市场支配地位的知识产品企业滥用其经济优势,对经济运行造成的损失也会很小。因此,反垄断法往往也不会对其予以规制,其可能会受制于其他的反不正当竞争法或消费者权益保护法。但相对优势地位的问题则另当别论,反垄断执法机构会根据具体情况予以关注。

⑪参照美国司法部和联邦贸易委员会反托拉斯网站和欧盟委员会竞争总司的网站数据,在历史上处理的滥用市场支配地位的案件中,受到处罚的企业大多为大型公司。

⑫在该案中,贝克汉姆法官指出,《谢尔曼法》第1条对“任何限制贸易的合同或联合”的谴责,包含了全部限制贸易的合同,而不仅仅是那些根据普通法具有不合理性而无效的合同,签订铁路运输价格协议直接的、立竿见影的影响是限制《谢尔曼法》所说的贸易和商业,不管签订这一协议的当事人的主观目的是什么,它都是非法的。

⑬在该案的裁决中,最高法院法官道格拉斯提出:“根据《谢尔曼法》,固定价格协议构成本身违法,避免毁灭性竞争或消除所谓诿性竞争不能作为抗辩理由”;“任何损害价格结构的联合是非法的,即使固定价格的成员没有提高、降低或稳定市场价格的控制力量,也会直接影响市场的作用”;“固定价格协议也许有,也许没有控制市场的力量,但这并不意味着协议价格对协议各方成员没有好处”;“不管价格固定协

议有什么经济上的正当理由,法律不允许对这种价格固定的合理性进行调查。由于它们对中枢神经系统有实际或潜在的威胁,因此,都是被禁止的。”See United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150, 223 (1940).

⑭See United States v. Addyston Pipe and Steel Co., 85 Fed. 271 (6th Cir.1898).

⑮See United States v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927).

⑯在各种垄断行为中,许多行为具有非常明确的竞争损害性,这些行为几乎总是缺少社会或经济的补偿价值。因此,在涉及其中某一行为的案件中,原告只需要证明这种行为存在,即使在被告认为此行为会促进竞争时,法律也将认定其为本身违法行为而进行处罚和禁止。

⑰See Chicago Board of Trade v. United States, 246 U. S. 231 (1918).

⑱See United States v. Sealy, Inc., 388 U.S. 350 (1967).

⑲See NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma, 468 U.S. 85 (1984).

⑳值得注意的是:一元序列判定模式目前并没有得到绝对的认同和操作,现实中,一些法院仍然倾向于运用简单易行的本身违法原则,而对合理分析原则望而生畏,一元序列判定模式的普遍运用仅仅呈现出一个趋势而已。

## 参考文献:

- [1] 王先林.知识产权与反垄断法:知识产权滥用的反垄断问题研究[M].北京:法律出版社,2008:106-108.
- [2] Richard A.Posner.Antitrust in the New Economy[J].Antitrust Law Journal,2001,(68):925.
- [3] 于立,姜春海.规模经济与自然垄断的关系探讨[J].首都经济贸易大学学报,2002,(5):9.
- [4] Steven D.Anderman. EC Competition Law and Intellectual Property Rights:The Regulation of Innovation [M].Oxford: Clarendon Press,1998:195-199.
- [5] OECD.Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law [EB/OL].(1993-07-20) [2012-10-22].<http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>.
- [6] United Nations. United Nations Conference on Trade and Development:Model Law on Competition[EB/OL].(2004-08) [2012-10-22].<http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/Modelaw04.pdf>.
- [7] 黄勇.国际竞争法研究:竞争法实施中的国际冲突与国际合作[M].北京:中国友谊出版公司,2003:77-99.
- [8] 王磊.市场支配地位的认定与反垄断法规制[M].北京:法律出版社,2006:58.
- [9] 王生卫.反垄断法中滥用市场支配地位的界定[J].华南农业

- 大学学报,2004,(1):94-96.
- [10] 种明钊.竞争法[M].北京:法律出版社,2008:284.
- [11] 郑鹏程.论“本身违法”与“合理法则”[M]//王艳林.竞争法评论:第1卷.北京:中国政法大学出版社,2005:59.
- [12] 陈广平.关于“本身违法规则”与“合理规则”功能的新思考[J].法学杂志,2008,(5):122.
- [13] 李小明.反垄断法中滥用市场支配地位的违法认定问题研究[J].河北法学,2007,(11):95-97.
- [14] Thomas R.Webb.Fixing the Price Fixing Confusion:A Rule of Reason Approach[J].Yale Law Journal,1983,(92):706-730.
- [15] 刘宁元,司平平,林燕萍.国际反垄断法[M].上海:上海人民出版社,2002:91.
- [16] 余东华.从“本身违法”到“合理推定”:美国反垄断法违法判定原则的演进[J].华东经济管理,2008,(9):155.
- [17] 沈雄杰.本身违法原则与合理原则的扬弃[J].贵州警官职业学院学报,2006,(2):37-39.
- [18] 郑鹏程.美国反垄断法“本身违法原”与“合理法则”适用范围探讨[J].河北法学,2005,(10):124.
- [19] [美]理查德·A·波斯纳.反托拉斯法:第2版[M].孙秋宁,译.北京:中国政法大学出版社,2003:(序言)1-3.
- [20] 沈敏荣.法律的不确定性:反垄断法规则分析[M].北京:法律出版社,2001:78-80.
- [21] [美]戴维·格伯.中国竞争法的制定:欧洲和美国的经验[J].聂孝红,译.环球法律评论,2003,(1):39-40.
- [22] 鲍济刚,沈雄杰.论反垄断法视野中的本身违法原则[J].中北大学学报:社会科学版,2005,(6):30-31.

责任编辑:万东升

## Studies on Defining Illegality of Abuse of Dominant Position of Intellectual Property Rights in Anti-Monopoly Law

LONG Keyu

(School of International Relations, Sichuan International Studies University, Chongqing 400031, China)

**Abstract:** This article explores the dominant position of intellectual property rights (IPR) and its abuse. In practice, the idea should be held tightly that “holding IPR does not mean holding the dominance”. But the holding and utilization of IPR may abuse the concept of its market dominance. In other words, only when a party abuses the market dominance of IPR and harms the competition, he can be governed by the antitrust law. Apart from that, the researcher also summarizes the legal characteristics of that abuse, compare, and balance the different applicable conditions of the two illegal judge principles: per se rule and reasonable rule. At last, the one dimensional series judge mode should be adopted and promoted.

**Key words:** abuse of intellectual property rights; dominant position in the market; per se offence principle; rational laws; antitrust law