

专利联营、限制竞争与 反垄断规制的法史学考察^{*}

——以一战前后的德国为例

张陈果

(不来梅大学法学院欧盟法律政策中心,德国不来梅)

摘 要:专利法和竞争法的交叉部分,即如何适用竞争法规制滥用专利权限制竞争的法律问题,是我国知识产权研究的难点。立足于我国目前专利量激增、专利法改革、反垄断执法摸索前进、竞争政策和公共利益全面整合的现状,采用法史学研究方法,以一战前后的德国为蓝本,将专利池、限制竞争和反垄断规制放到一个和我国当下格局具有可比性的历史语境中,统观这一问题的历史缘起、制度运行细节和宏观经济背景,可以梳理出法律运行中的利弊得失,从而分析其对我国当下相关理论探讨及制度建设的借鉴意义。

关键词:专利联营;专利池;限制竞争;反垄断;德国;卡特尔

DOI: 10.16382/j.cnki.1000-5579.2015.03.004

一 问题的提出

专利法和竞争法的交叉部分,即如何规制滥用专利权限制竞争的法律问题,是我国知识产权研究的难点。2002年无锡某多媒体企业诉美国DVD3C专利池案引发轩然大波,^①滥用专利池引发的反垄断问题一度成为我国主管部门、学界和业界的关注焦点。迄今,研究这一问题鲜有法史学角度的考察。将专利池、限制竞争和反垄断规制放到一个和中国当下格局具有可比性的历史语境中,统观这一问题的缘起、制度土壤和经济背景,梳理法律运行中的利弊得失,分析其对我国当下制度建设的借鉴意义,恐怕是一个较为新颖也较为冒险的课题。随着我国成为专利申请大国,^②专利规模激增是否会造成权利滥用而导致限制竞争,已经引起国际社会的高度关注。^③“专利池滥用的反垄断规制”理应再度提上专利法新一轮修改的日程,这方面的研究也应当更加深入和拓宽,为相关执法和司法提供参考。

以十九世纪末二十世纪初的德国为蓝本,因其对本文的论题最富历史借鉴意义:对内,德国历经工

* 本文系德国联邦和各州学术英才计划研究课题“中国和欧盟的知识产权执行”(Exzellenzinitiative des Bundes und der Länder)(批准号 ABPZuK-07/2013)专项经费资助的阶段性成果。

① “飞利浦 DVD 专利费降价,中国碟机诉 3C 案阶段胜利”,参见搜狐网 <http://it.sohu.com/20050726/n240193976.shtml>。末次访问 2013 年 7 月 24 日。

② 参见国家知识产权局 2011 年的网页刊载报导《人民日报:中国国际专利申请量进前四》, http://www.sipo.gov.cn/mtjj/2011/201102/t20110212_575133.html, 末次访问 2014 年 7 月 22 日;《经济学人》2010 年 10 月 4 日《专利:当然;创新:也许》一文指出,中国的专利申请总数在 2003 年至 2009 年间以每年 26% 的速度递增,远远超过美国(5.5%)、韩国(5%)、欧洲(4%)、日本(1%),但大多是创新程度较低的实用新型专利。同刊 2014 年 5 月 24 日的评论《越来越创新——中国大陆公司创建自己的知识产权》指出,中国专利的质量正在改进,中国的创新实力稳健增长。

③ 美国贸易组织 NITC2014 年向美国贸易代表署提交报告,申请对“中国颁发和执行垃圾专利”采取贸易报复措施,报告原文参见 <http://keionline.org/node/1930>。末次访问 2014 年 7 月 23 日。加拿大《金融邮报》11 月 8 日文章,原题:专利巨龙苏醒 那些嘲笑中国不严肃对待专利保护的人,或许正在惊醒一条沉睡的巨龙。德国《全球成功通讯》电子杂志 2 月期以《全球专利申请:中国是顶尖领跑者》为题刊发报道,根据世界知识产权保护组织(WIPO)最新公布的数据,2012 年中国首次成为全球申请专利数最多的国家,同时来自中国的华为公司也成为全球申请专利数最多的企业。

业飞速发展期(1850—1870)于1871年完成统一,逐步打破地域性条块分割、统一国内市场,渡过多次经济危机,振兴国民工业而跻身世界经济强国;对外,德国在波折中恢复并稳定对外经贸关系,和国际垄断集团第一次产生碰撞和融合,并遭遇国际市场出现的大规模垄断问题;从德国1877年《帝国专利法案》颁布到1918年一战结束,时隔41年,新中国第一部专利法颁布于1984年,迄今30年。此间,德国也同当下中国一样,经历专利申请激增、专利制度改革、反垄断法出台、公共利益整合的关键历史时期。可以说,“一战前后”,尤其是1918年(一战结束、魏玛共和国建立)到1930年(经济大萧条),是德国专利制度和反垄断制度发展定型的重要阶段。彼时德国政府规制专利池垄断的成败得失,对我国当下专利法和竞争法的理论拓宽、制度设计及运行,其启发何在,是本文写作的初衷。

本文所采的研究路径,立足于我国相关领域的理论和实践需要,有针对性地查阅德国一战前后在专利法和竞争法方面的立法性文件和帝国(Deutsches Reich)法院的有关判决书卷宗^①,梳理二十世纪该领域较重要的德文专著和博士论文,并借鉴法兰克福马克斯普朗克法史研究所近期的研究成果,抽丝剥茧,逐步分析问题的来龙去脉,最后总结其对我国专利制度和竞争政策的历史借鉴意义。

二 作为垄断工具的专利联营

(一) 专利联营的成因、类型和效用

1877年德国帝国专利法案将专利权视为一种排他性民事实体权利,专利权人可以在特定期限内阻止他人未经许可而使用其受专利保护的发明创造。为了中和专利的“独占性”和“排他性”,《帝国专利法案》(Reichspatentgesetz)第四条规定“专利是一种可以交易的商品”,^②专利权人可以转让、质押专利的所有权或签订专利许可协议并收取对价。1891年《帝国专利法案》修订,沿用了对专利权的这一基本设定。1911年,专利法第一次引进强制许可制度,规定如果涉及公共利益,必要时可以通过“强制许可”的救济,使其他当事人参与到专利的开发应用中来。^③

十九世纪晚期在德国申请专利的大多是工业企业,发明人即便是企业雇用的某个自然人,但企业承担了技术研发的经费供给和硬件配备,因而专利权人往往就是工业企业本身。企业热衷于申请专利,并以此为据,和其他企业签订交叉许可协议和技术互惠条约。二十世纪初,产品工业的集成度全面提升,这使得一个企业越来越难以单独覆盖某个产品的全部制造技术,交叉许可成为一种时代之需,并由此产生了巨额的专利许可费。双向的交叉许可越来越密集,发展成为多方的专利联营,同行业专利联营的诸多企业甚至开始共同委托专门机构来管理其专利池。专利联营的目的在于联合或排斥行业内相似或相关的核心技术。为了追求利益最大化,联营的企业通过彼此授权共享这些技术,并共同约定对外进行专利许可的条件。从形式上看,专利联营协议已经具备了垄断协议的特征。

二十世纪初,德国出现了专利联营的两个发展阶段:专利联营的初级阶段,同行业内部的企业签订交叉许可协议,彼此免费使用专利,协议的各方仍是各自专利的所有人。专利联营的第二个阶段,联营各方将许可使用其专利的权利让渡给某个形式的公司(托拉斯),由该公司一揽子决定对外专利许可的事宜。纵横交叉的专利联营使得部分企业以较低成本获得了大量先进技术发明的使用权。专利使用权也包括专利产品的制造权和销售权,因而专利联营导致工业产品的生产线和销售渠道也进一步集中。藉此,特定的技术行业开始出现工业企业联合(卡特尔),甚至掌控旗下多数企业核心技术的母公司(康采恩)。同时,产品和技术的兼容性越来越高,技术标准的重要性日益凸显。专利联营利用其规模优势,在技术标准的形成过程中起到重要作用。“标准”意味着“统一”,技术的标准化带来了技术市场和次级市场的统一化。专利池外部缺乏自主研发能力或者达不到技术标准的企业,只能通过支付许可费

① 1880年到1945年帝国法院的判决的部分卷宗可以通过原文数据库 <http://www.rgz-rgst.degruyter.de/> 查阅。

② (德) Louis Pahlow:《垄断还是自由竞争——1876、1877年德意志帝国专利立法中强制许可的意义》,载 Louis Pahlow(主编):《法律的时间维度——历史的法学和历史学的法研究》,Paderborn 出版,2005年,第243页。

③ 《德意志帝国1911年立法公报》第243页。

的方式来获取相关专利技术。专利联营企业因而赢得了市场支配地位,并逐渐走向限制竞争。

在上述市场竞争的大环境下,企业申请专利、获得专利的着眼点,并不在于保护发明人的智力成果。专利联营,成为设立卡特尔的前奏。越来越多的工业企业有意识地利用专利联营来扩张技术储备,划定产品系列,占领市场份额。魏玛共和国初期的经济问题逐渐缓和以后,工业企业联合的势头愈演愈烈,跨行业、跨国界的卡特尔和康采恩也渐次出现。

1918年以后,魏玛共和国涌现出大量针对专利池的研究成果,诸多学者从专利法角度,从公司并购的角度,从行业垄断的角度对专利联营现象进行了剖析。^①当时对公司形式和公司治理结构的学术研究,很多是从专利法角度来进行的。学者们认为,专利联营为企业利用法律手段有目的地垄断某个行业提供了基础。

(二) 法院判决对专利联营的影响

专利制度、竞争制度皆包含静态的规范系统和动态的运行机制两方面内容。后者反作用于前者。专利权保护范围的确定,直接影响到专利权的执行、使用和保护等后续机制。在专利权保护范围这个问题上,20世纪初德国的司法认定有一个转变,这一转变对德国的专利制度和竞争政策都影响深远。1891年的《帝国专利法》第四条规定,专利保护的范围和其保护的发明创造的客体直接相关。1900年前后,专利局的常规做法是,技术发明的内容,申报专利的说明书、权利要求书,和专利保护的范围,三者是一致的。然而司法系统对专利保护范围的解释却逐渐发生变化:帝国法院1896年的一个判决认为,发明人实际发明了什么,并非核定专利保护范围的依据,专利申请人申报的权利要求,才是专利保护范围的依托标准。^②1910年最高法院的一个判决则强调,专利说明书和权利要求书的目的在于相关技术行业的工程师能够准确把握该技术发明的细节,而专利保护范围不能以权利要求书作为唯一的依据,还必须经过法院认定。^③

法院通过一系列判决,逐步扩张了司法系统对专利侵权诉讼中专利保护范围的自由裁量权。法院的判断依据,不单纯是权利人的专利要求书,还包括判决做出时的相关行业的技术发展状况。德国最高法院通过判例发展出一个诉讼规则:专利确权诉讼和专利侵权诉讼中的专利保护范围,其准据和判断方法要两相区别。而在侵权诉讼,法院判决倾向于加强专利保护,经其解释的专利保护范围也往往扩充甚至超越了专利说明书和权利要求书的范围。

强势的专利权司法保护模式,造成了一系列影响:工业企业专利申请书的技术说明逐渐倾向于用语模糊,权利要求界定含混,故意为嗣后在专利诉讼中获取更大的专利保护范围而预留空间。^④法院的态度影响了专利律师的教育培训方向,当时的专利律师考试教材鼓励权利要求书应避免具体和精准的措辞。语词含混的专利为使用人实施发明造成了障碍,并不利于科技进步,此其一;专利权人的权能,在专利权的执行(或救济)环节中,包含了一系列请求权,当时的专利法明文规定临时禁令(停止侵害、证据保全)、没收或扣押侵权产品、损害赔偿等一系列权利救济措施。这些措施被专利联营公司聘请律师在侵权诉讼中充分运用,而法院颁发临时禁令的门槛又很低,专利权的执行程度因司法系统的支持而空前加强,此其二;耗时费力的专利诉讼成为工业企业之间较量的战场,赢得专利诉讼的一方可以扩大专利权保护范围,因此不惜重金聘请专利律师。企业陷入专利军备赛和专利诉讼持久战,行业内的新兴企业无法应对专利联营企业的诉讼战,往往以败诉或撤诉而告终,此其三;强势的司法保护模式增进了专利权的保护力度,产生相应的社会效应:专利池外的企业意识到被判侵权的可能性增大,诉讼成本过高,因而宁可转而签订专利许可使用合同、支付使用费而避免争讼,使专利联营企业获得了歧视性许可

① (德)Hermann Isay:《专利联营的卡特尔反思》,Mannheim, Berlin, Leipzig 出版社,1923年,第171页;(德)Carl Schramm:《卡特尔和行业巨头手册》,柏林:J.施威策出版社,1939年,第109页。

② 《帝国法院判决》,载《专利、实用新型和商标公报》,第79期,第187页。

③ 《帝国法院判决》,载《专利、实用新型和商标公报》,第1911期,第274页。

④ (德)Paul Guiland, Leo Queck:《工业产权的立法改革》,Berlin: Leipzig 出版社,1919年,第149页。

的市场地位。收取专利使用费充实了专利联营企业的现金流,对耗时费力的专利诉讼又进一步进行投资。循环往复,专利联营企业的市场支配地位愈加强化,此其四。可见,当时德国专利法的司法救济体系,实际上中助长了垄断链条的形成。

(三) 专利联营与限制竞争

从19世纪末开始,工业企业利用专利联营结成卡特尔,在德国成为大势所趋,逐渐发展到限制竞争的程度。截至1930年欧洲经济大萧条开始时,德国的卡特尔数量已经远远超过欧洲其他国家。^①这一现象的背景是一战前后经济大环境的变迁:1914年以前,德国诸多工业产品依赖进口;一战开始后,战争的军备需求拉动了德国内需,促成重工业和轻工业各大产业加速发展,国民工业生产力随之迅速提高。1918年一战结束后,魏玛政府经过一系列努力,恢复和稳定了与欧洲各国的经贸关系,战前的进出口渠道得到重建。然而,国内工业生产力的膨胀和进出口贸易链条的重建,两者产生了矛盾:政府不得不采用贸易保护主义而抵消生产过剩、产品降价;相反,企业为增强竞争力则争相采取卡特尔战略,处于竞争关系的企业为了消除彼此间的竞争,纷纷利用专利联营达到横向价格固定的目的。^②

专利联营成为卡特尔战略的重要手段。以化工业为例,1905年前后,法兰克福的卡塞乐(Leopold Cassella),赫斯特(Farbwerke Hoechst)和业内的卡勒(Kalle & Co AG)三家公司达成内部的交叉专利许可;巴斯德化工(BASF),拜尔制药(Bayer & Co.)和安林制造(AG Anilinfabrikation)也结成专利联营。^③两大阵营内部的技术共享、财务资源流动性增强,极大地提升了其科技和市场竞争能力。德国的专利申请量急速提升,并积极开展境外申请。1900年到1910年之间,在美国登记的制药业和有机染料业的所有专利,德国企业持有的高达81%以上,在美国登记的化工业的所有专利,德国企业则占据了46%。^④以机械工业为例,1926年,文献统计到的战略性专利联营多达120个。^⑤及至1925年,德国化工业最大的康采恩“法尔本”(IG Farbenindustrie)将近乎全德所有的化工企业囊括其中,其采用的渠道不是别的,正是环环相扣的专利联营。康采恩所涉的部门也远远超越了研发和生产,而是扩展到销售、贸易等等环节,以此控制商品价格、数量和其他交易条件。专利联营甚至超越了国界,尤其是当时新兴的工业制造领域如甲醇、矿物油、天然橡胶等等。1929年,德国法尔本联合美国标规石油公司(Standard Oil),在液化煤气领域共同创设了一家专事管理专利池和其他知识产权的子公司。^⑥

另一个著名的案例是1924年成立的“白炽灯国际卡特尔”(International Light Bulb Cartel),囊括了来自18个国家的白炽灯制造企业,共同规范生产经营、联合管理知识产权,而其前身正是创办于1911年的德国“白炽灯专利利益联盟”(Patent Interessengemeinschaft wegen Gluehlampen),其成员包括美国通用电器(General Electric),德国的AEG和西门子公司。该组织的初衷是为了统一管理行业内的专利纠纷,缩小交易成本,后期发展为设定业内技术标准、垄断各国相关市场的重要平台。

由于专利保护的时效性,为了维持垄断扩张、限制竞争的局面,19世纪二十年代,各大公司不惜每年以全部销售额的10%以上投资到研发部门。^⑦而专利联营与限制竞争相结合的一大副作用在于,公司不注重基础性科研的投入,而是一味追求所有可以申请专利的技术,注重专利的数量而非质量,以此赢得与竞争对手交易、或者打击竞争对手的资本。发明相关技术的自然人,与专利本身的关系已经不大。保护其所属的卡特尔抵御竞争对手才是当时专利的“使命”。大量“非必要性”专利(Non-Essential

① (德)Herald James:《世界经济危机中的德国》,1988年,第159页。

② (德)Matthias Schulz:《德国——民族联合与欧洲经济秩序问题(1925—1933)》,Hamburg出版社,1997年,第65页。

③ (德)Werner Abelshauser(编):《巴斯德企业历史》,慕尼黑:慕尼黑出版社,2002年,第141页。

④ (德)Jonathan Liebenau:《高科技管理:德国化工业的信息利用(1890—1930)》,载(日)Akira Kudo/Terushi Hara(编):《商业史上的国际卡特尔》,东京:东京大学出版社,1992年,第65页。

⑤ (德)Heinz Muellensiefen:《卡特尔作为生产促进因素——德国机械制造工业现代联合模式的考察》,柏林:斯普林格出版社,1926年,第45页。

⑥ (德)Werner Abelshauser(编):《巴斯德企业历史》,第238页。

⑦ (德)Werner Abelshauser(编):《巴斯德企业历史》,第245页。

Patent)也进入专利池,专利联营人可以利用专利池的优势地位,通过一揽子许可强迫被许可人接受其生产某一产品按照该产品的技术标准体系并不需要的专利,进行非法搭售。

三 作为反垄断规制对象的专利联营与工业卡特尔

专利联营企业对涉及行业内核心竞争力和新兴工业技术的专利,多持保守态度,对这些技术,难免利用其日益取得的市场支配性地位,阻碍、影响其他经营者进入相关市场。对于专利联营整合技术资源、占领市场支配地位,当时德国的专利法并没有做出特别的规定。这是德国专利法上的一个空白。应该说,从专利联营发展到工业卡特尔,是当时德国专利法的立法者始料未及的。相应的,当专利联营人滥用市场支配地位控制商品价格、数量和其他交易条件,排除或限制竞争时,专利法也并没有提供相应的救济措施。1923年以前,因专利联营限制竞争而受到不公正待遇的公司,唯有起诉被告违反民法总则的“诚实信用原则”。而诚实信用原则相对宽泛,释法的弹性也较大,法院缺乏反垄断法知识储备和判决经验,导致这一救济途径的效用有限,难以充当专门的反垄断审查程序。

(一) 1923年《卡特尔条例》

1923年,魏玛德国颁布了《卡特尔条例》^①,规定滥用经济支配地位的卡特尔,是反垄断法的规制对象,第一次以单行法的形式规定了对卡特尔的反垄断请求权基础。^②该条例规定,卡特尔协议应采书面形式,报帝国经济署(Reichswirtschaftsministerium)统一监管。反垄断案件由新设的卡特尔法院(Kartellgericht)管辖。该条例的一个弱点是,对卡特尔的定义过于狭窄。当时的法学界和司法机关认为是“相同或类似行业中彼此独立的各个企业之间结成的、以取得市场支配地位为目的的协议”。^③根据这一定义,只有以垄断市场为直接目的的协议,才应当受到反垄断审查,而专利联营协议的特征显然不符合这一定义。

就卡特尔、托拉斯的反垄断规制,当时法学界分歧很大。对这一问题的学术论战从1918年开始,到1923年《卡特尔条例》颁布以后,更产生不同流派。立法者谨慎地避免了对卡特尔和专利联营这一竞争手段的一揽子禁止性规定,而为法官释法留下了较大余地。有管辖权的德国法院倾向于豁免对专利联营的反垄断审查,有下述四大原因:

首先,1923年《卡特尔条例》第四条第一款第一项规定:帝国财政大臣认为联营协议有可能有损于国民经济整体,或有违公共利益,可以责成有管辖权的法院审查协议的有效性。这一“可以”性的规定被法院误读为“应当”性原则,因而在反垄断诉讼中对被告多采取消极和容忍的态度。

第二,《卡特尔条例》本身并没有涉及知识产权和垄断的交叉部分。法院判决将“合法使用专利权”视为反垄断豁免的情形之一。德国最高法院在其1927年的一条判决中明文指出,“如果使用的手段是合法的,垄断的目的也不违反道德,那么对垄断地位的追求也并不违法”。而交叉许可、专利联营,法院认为是企业之间的一种协同开发利用专利权行为,并无违法之虞。且专利池本身可以整合互补性技术,降低交易成本,统一产品规格,实行专业化分工,有利于科技进步并促进有效竞争,符合公共利益。1934年的电信公司诉收音机通信联盟一案中,法院判决发展出一条新的判断标准:对受到反垄断追溯的协议,应考察其是否专利许可合同或专利本身的一部分,抑或仅仅是单纯限制竞争的协议如果涉诉协议关系到专利的开发利用,其获得反垄断豁免的机会就较大。法院认为,专利联营即使有卡特尔的性质(例如不是必要性、互补性专利之间的联合;又如歧视性地阻止其他竞争者加入),也不能排除其专利权人合法使用专利权的可能性,因为对外拒绝专利许可也是行使专利权的方式之一。

^① 全称《滥用经济支配地位规制条例》(“Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen”),1923年11月2日起施行。德国学界简称“卡特尔条例”(Kartellverordnung)。

^② (德)Gustav Lucae:《被卡特尔排斥的外部企业》,柏林:卡尔·黑曼出版社,1929年,第34页。

^③ (德)Robert Liefmann:《卡特尔和托拉斯》,斯图加特:斯图加特出版社,1905年,第11页;同样的定义曾出现在1897年帝国法院的一个判决中,参见《帝国法院判决公报》编号RGZ vol.38,页158。

第三,法院倾向于豁免对专利联营的反垄断审查,一个理由是,《专利法》已经提供了专利池垄断的救济办法,即1911年专利法第十一条规定的“强制许可”——专利池之外的竞争者可以诉诸该条获得救济。然而该条规定强制许可的前提条件是“专利权人的行为违法”,但专利联营被概括地认为是一种并非违法的操作,因此申请强制许可的可能性微乎其微。一个著名的案例是1923年十一大公司联合对“德国汽车联合会”(ADA Verband)的“氧乙炔切割焊接技术专利”强制许可申请案。德国专利局在驳回这一申请时指出,强制许可的意义并不在于增进申请方的竞争力。换言之,申请方以增进己方的市场竞争力为动因申请强制许可,不能受到主管部门的支持,除非能证明的专利联营企业因拒绝许可使用其专利而违反法律并损害了公共利益。专利局进一步申明,尽管使用了排斥竞争的方式来开发使用专利,该行为本身并不能认为触犯反垄断法,因为专利权本身的核心涵义就是一种垄断。

“卡特尔,辛迪加和其他形式的工业企业联合使其占据了某个经济板块的支配性地位,但这种支配性地位不能当然判定为违反公共利益,因此也不能据此批准外国公司的强制许可申请。”^①1930年到1935年,专利局在强制许可的问题上,态度基本是偏向于保护专利权人,从而使得《专利法》第11条规定的强制许可制度基本上成为一套备而不用制度。

第四,管辖反垄断案件的法院倾向于豁免针对专利联营反垄断追诉,其另一个考量是维护“整体经济效益”,包括保障就业和促进本国经济的国际竞争力。通过专利联营而构筑的工业卡特尔,发展到后期,成为跨国的大型垄断集团,是出口创汇的重要来源,一定程度上也支配了德国的国民经济主体。法院在处理反垄断案件时,将本国国民经济的整体利益置于维护市场竞争的法益之上。在1930年德国高等法院的一个相关判决中,法院指出:“对被告施以强制许可,或有助于原告发展专利技术,在经济上有所好处。但被告声明,其在国际上得以占领业内领军地位,大量出口创汇,均仰仗其专利技术,在国际场合才有签署相关联盟协议的谈判资本,否则将失去国际竞争力。两权相较,取后者为宜。”^②

法学界对专利权的理解,也助力于专利联营的反垄断豁免。专利被认为是基于法律而非基于合同而产生的一种私权,是一种特殊的、本身就具有垄断性的经济财产。法学家认为“专利垄断完全不同于一般垄断”,应当受到反垄断规制的豁免。专利联营从产权联营发展到“生产销售联营”进而到“信息联营”,而最终成为工业联姻、支配市场的垄断保护伞。

(二) 专利卡特尔与整体经济利益

一战前后,德国的技术卡特尔大部分被反垄断规制所豁免,及至19世纪三十年代,德国工业进入全面垄断时期。全面垄断局面的出现,和德国的宏观经济背景不无关系。总体上,德国经济以实体经济为主体,化工、汽车、机械等第二工业是其国民经济支柱。大量的中型企业,是这些产业中研发、生产和销售骨干,亦是技术卡特尔的主体力量。后期,技术卡特尔成为提升德国经济国际竞争力的需要。

传统上,对专利制度的正当性,法学界通常用“鼓励创新论”加以论证。专利池成为专利制度的一部分,其制度正当性,当时经济学界则认为是稳定宏观经济、维系中型企业生存之必须。专利联营既已成为业内的主流竞争手段,中型企业要么加入专利卡特尔,要么被专利卡特尔排斥在外。被排斥在外的企业,唯有以更大成本加强研发力量,并积极申请专利,否则没有资本建立新的、或加入旧的专利联营,也没有机会占领一己之市场份额而生存下去。专利联营已经超越技术垄断,而成为一种产业垄断的手段。当时德国的经济学家指出,德国国内以中型企业为主体结成的专利联营,有利于德国国内市场的健康发展,有利于在和国际卡特尔的互动中赢得主动权。其前提是,“需要有足够强的垄断机会来压制外来者,并终结其成员的扩张野心”。^③在针对某国际专利卡特尔的反垄断诉讼中,最高法院驳回了原告解散卡特尔的请求,其判决理由是“解散该国际卡特尔的不利后果将由本国企业来承担,这不利于提升本国的国际竞争力,不利于整体经济利益”。可见,当时德国的法学界和经济学界将“本国产业的国际竞

① 《帝国专利局决议》,载于《卡特尔评论》第24期,第414页。

② 《帝国法院判决》,载《商标保护与竞争》,1930年,第403页。

③ (德)Herbert von Beckerath:《现代工业主义》(第一册),G.费舍尔出版社,1930年,第292页。

争力”这一整体经济利益放在“维护市场竞争”这一价值之上,对卡特尔缺乏一种批判审视的态度。

审视一战后德国的专利法和反垄断法的发展轨迹,其制度环境也有一定的历史偶然性,这就是1930年席卷欧洲的经济大萧条。德国的中型企业面临更严峻的市场竞争,为避免被海外收购和大规模裁员的命运,更加依托于专利卡特尔的庇护。而保障就业,是德国反垄断法追求的整体经济利益的重要组成部分。这使得专利卡特尔更容易获得反垄断豁免。

专利制度本身,在德国当时被赋予了双重的法律意义:专利权既是建立专利卡特尔迈向垄断的不二法门,同时也是企业为避免卡特尔吞并和在市场淘汰命运的重要手段。专利法所指向的法益,德国法学家们不仅仅认为是为了鼓励技术创新,而应力争维系以中型企业为主体的国民经济的健康发展和国际竞争力的增强。^①专利权面临多维度的法律价值体系,“私权”成为公共利益大整合时代的“公器”。

四 结 论

他山之石,可以攻玉。反观我国,十九世纪末二十世纪初德国对专利联营的反垄断规制对我国当下的相关制度建设或有如下几点启示:

首先,专利申请量激增是一个国家工业崛起、科技进步时期的重要特征。这一时期往往伴随着产业集成度提升,科技更新换代,产业技术标准形成等现象。专利池是上述发展趋势的必然产物。随着专利池成为企业竞争的常规手段,片面强调专利数量而忽视专利质量的专利政策,势必导致大量非必要专利、竞争性专利进入专利池,引起限制竞争、滥用市场支配地位的垄断行为。因此,科学地采用专利池反垄断预警系统,是知识产权管理的重要课题之一,应加大研究的力度。

第二,专利权本质上是一种法律赋予的垄断性质的权利。世界上第一部公认的现代专利法,英国1923年的《垄断法规》(Statute of Monopolies)就不称“专利”而直接称“垄断”。^②专利联营协议在形式上具备垄断协议的特征,赋予联营企业市场支配地位。但是“占有市场支配地位”和“滥用市场支配地位”不同,前者可能是依法使用专利权的行为,后者是反垄断法规制的对象。二十世纪初期的德国法院未能通过良性有序的司法活动发展出一套区分两者的判断标准,例如现代针对专利池的反垄断规制常用的“必要、互补性”测试,^③使得反垄断法对于专利联营而言,几乎没有适用的余地,强制许可制度也成为备而不用的制度,不能不说是反垄断执法的失败。

第三,专利法、竞争法都不仅仅是纸面上的规则体系,更是活的、运行的法。在反垄断法颁行的初级阶段、处理专利法和竞争法的交叉部分尚无先例可循,法官释法、职权机关执法的过程中,不仅会丰富实体法的规则内容,而且会创设实体法尚未涵盖的法律前提,引导制度的发展方向。德国法院对专利权的强势救济和对专利联营反垄断追诉的消极庇护,都反作用于当时专利制度与市场竞争的互动过程,对全面垄断局面的形成起到了关键作用。在这个意义上,我国反垄断执法和司法工作,专利权的行政和司法保护,都有着超越传统程序法规则的意义,从细节上型构着我国的市场规则和竞争环境,影响着大知识经济的走势和格局。这一点上,法官和反垄断执法机关应当有前瞻的气魄、充足的知识储备和高度的专业素养。

(责任编辑 唐忠毛)

① (德)Herman Isay:《经济战争中专利的功能》,柏林:瓦梭出版社,1927年,第33页。

② 郑成思:《知识产权法》,北京:法律出版社,1997年,第229页。

③ 一个合法的专利池应当包含互补性和阻斥性专利,不应当包含竞争性专利和非必要专利。欧盟目前对专利池合法性的判断,采用四个步骤:1.专利池只能包含必要专利 2.专利许可须基于非歧视性基础 3.联营各方设置商业秘密不可互相交换的机制 4.不能阻碍产业未来的研发和创新。参见2002年11月《欧盟委员会第三代移动服务专利许可的反垄断指南》,http://www.3gpatents.com/news/ec_app.htm#top,末次访问2014年7月25日。