

# 不争执条款的反垄断法分析

宁立志 李文谦\*

---

**内容提要：**知识产权许可协议中的不争执条款既有阻碍竞争的消极影响，也有其积极的一面。美国、日本、欧盟在认定不争执条款的效力时采用了基本相同的方法，即一般指导原则下的个案分析。它们运用一套以反垄断法为基础的具体规则，将宏观经济背景、技术发展水平、市场结构状态、权利质疑成本等因素类型化、具体化，主要依合理原则进行考量，协调知识产权政策和竞争政策的变化。我国应当甄别性地借鉴国外的成熟经验，不断完善不争执条款的立法和执法。

**关键词：**不争执条款 知识产权许可协议 反垄断法分析

---

## 一、不争执条款概述

不争执条款又称为不质疑条款 (no-challenge clauses or no-contest clauses)，是指知识产权许可协议中规定的，使用知识产权的被许可人不得对该知识产权的有效性提出质疑的条款。

从适用领域上看，知识产权许可协议可以分为两大类：技术性知识产权许可协议和非技术性知识产权许可协议。在非技术性知识产权许可协议如商标权、著作权使用许可协议中，不争执条款的效力在双方当事人之间基本无争议，对其他主体和社会整体的影响也不大，因此不是本文讨论的重点。而技术性知识产权许可协议又可以细分为专利技术领域和非专利技术领域的许可协议。非专利技术领域的不争执条款争议较小，一般能够得到承认和执行。但对专利技术领域的不争执条款，各国则倾向于怀疑其效力，至少在政策上有更大的不确定性。<sup>〔1〕</sup>再者，专利技术较之于其他技术对一国的科技发展水平和经济发展速度的决定作用更加明显。为此，本文主要以专利技术领域的不争执条款为例展开讨论。

不争执条款产生的具体原因有多种，概括起来不外乎两大类：其一，专利权人想让自己的利益趋于安定，降低许可协议的成本。在专利审查中，不论是采用形式审查还是实质审查，都不可能完全准确地对专利的有效性做出认定。被许可人通常“有充足的经济动机去挑战发明者之发现的可专利性”，<sup>〔2〕</sup>因此专利权人的权利处于不稳定状态，即使后来法院否认了使用人的异议，从提出异议时起停止支付的使用费也有不能追回的风险，专利权人的经济利益也受到了损失。再者，专利诉讼往往持续时间较长，成本高昂，仅仅因为拥有专利就要专利权人冒如此大的风险，显然不合理。其

---

\* 宁立志，武汉大学法学院教授；李文谦，国家土地督察成都局公务员。

〔1〕 因为专利权意味着相对严格的技术控制，没有独立和平行开发的规定，是知识产权中唯一既禁止独立开发又禁止反向实施的权利形态，而且专利在法律上的不确定性更为明显，现有技术是决定新颖性的关键。

〔2〕 See *Lear, Inc. v. Adkins*, 395 U. S. 653, 670 (1969)

二,专利权人出于维持独占地位的需要。实力弱小的许可方往往会担心其独占实施的利益受到侵犯,于是不争执条款成为其“护身符”之一。而如果专利权人拥有强大的技术和经济实力,在相关的领域处于绝对优势,专利使用人短期内很难提出质疑或者提出质疑的成本很高,此时在许可协议中规定不争执条款的主要目的则是防止发生远期质疑,给自己的独占实施利益再加上一重保险。

由此我们可以看出,不争执条款的出现有其积极的一面,不论是保持自身利益安定还是维持独占地位都有一定的合理性。但是这种手段如果被不当地扩张超出了合理范畴,也极有可能嬗变为垄断的工具。在认定不争执条款的效力和合法性时,要权衡这两种效果具体分析。

## 二、不争执条款双重效果权衡过程中的价值取向

不争执条款作为知识产权许可协议的一部分,自然应受到知识产权法的规制。知识产权是一种合法的垄断,权利人的独占地位得到法律的保障。然而,如果专利权人的独占程度超出了保护权利人的必要,构成对专利权的滥用,就要对此行为重新审视。在促进竞争和提高效率、保护私权与促进公益的矛盾中应当如何做出权衡和选择,这是下文着力厘清的问题。

### (一) 不争执条款可能造成影响的双重性

不争执条款是专利权人寻求利益稳定的保证,如果能对合同双方生效,专利权人就会极大地减少其诉讼风险,更乐意于将其专利授权给他人使用,提高专利的使用效率以尽快回收成本、获得盈利。而且风险成本的减少就意味着降低了被许可人的专利使用费,对于降低成本、促进消费者福利也是有益的。如果法律严格限制不争执条款,甚至鼓励被许可人及知情者对专利的有效性提出异议,表面的结果是专利的真实性得到了保证,不符合专利条件的技术进入公共领域促进了技术发展;但其深层次的后果却可能是专利权人要么不愿意将专利许可给他人使用,而仅选择由自己实施,要么发明人就不申请专利,而采用商业秘密等其他方式来保护其权利。但实际上,由于专利权人很多情况下并不具备实施专利的最佳条件,由其自己实施专利效率不高、浪费资源,对消费者也不利。而商业秘密的保护没有期限,由于不需要公开,就难以进入公知领域,对社会技术进步的贡献远不如专利。因此,合理的、短暂的限制竞争,不仅是专利权人的商业需要,也是社会技术进步、消费者福利提升的需要。

以上的分析都是建立在专利权人的权利真实合法,没有实施垄断的意图,以及专利权人在相关市场上并未达到一定的集中程度的前提之下。但除此之外,我们并不否认一部分专利权人有意利用不争执条款掩饰其权利瑕疵,甚至是限制、排除相关领域的技术竞争。如果不真实的专利得到保护,被许可人和社会公众都要继续为不必要的垄断付费。假如连被许可人都被剥夺了专利异议的权利,其他人就更没有动机和激励去提出异议。这个时候,被许可人在一定意义上是作为为了公共利益的行使工具。即使是真实有效的专利,也不意味着专利权人有规定不争执条款的权利。因为专利等合法性垄断权利的许可使用不仅仅只涉及双方当事人的利益,从宏观角度看它更是激励社会科技进步和经济发展的有效机制。“给发明和创造的天才火焰添加利益的柴薪”固然是锦上添花的好计策,但如果这种利益的柴薪只限于狭隘的个体或者小团体,权利人实施和维持垄断的意图也有可能让不争执条款的积极效果贬值乃至变质。

### (二) 不争执条款评价过程中的价值冲突与整合

正是因为不争执条款影响的双重性,对其进行评价时要以双重的价值体系为标准:一为知识产权法的价值体系;一为竞争法的价值体系。从立法目的看,知识产权法以促进新技术的产生和传播、使用为己任;竞争法以维护社会公平、自由的竞争秩序为目标。从立法性质看,知识产权法是私法,以个人的自由权利为根本切入点;竞争法体现了国家公权力对私域竞争关系的介入,以社会进步和公共利益为衡量正当性的标准,具有较为明显的公法性。

这些差异甚至冲突实质反映了特定情况下私人财产权和社会公共利益的矛盾,但这个矛盾并非是不可调和的。同样,专利法和竞争法在知识产权许可合同领域也存在一致性。1990年的美国 *Atari Games Corp. v. Nintendo of American, Inc.* 案中,法官在判决中指出:“专利权和反托拉斯法的目标乍看起来似乎是完全不同的。然而,两者实际上是相互补充的,因为两者的目标都在于鼓励创新、勤勉和竞争。”〔3〕专利权作为一种法定垄断似乎是与竞争对立的,但是细细分析下来其实不然。首先,专利权人在专利期内的独占实施利益对其他市场竞争主体本身就是一种刺激。其次,某些产业的专利不仅仅是获取“垄断”利益的方式,更是在行业竞争中生存的必需,例如计算机产业、生物技术产业等技术更新迅速的产业。再次,专利创新会促使产生某些新兴领域,如个人电脑、新材料工业等产业,对传统产业形成极大的竞争威胁。

因此,在对专利许可协议中不争执条款进行评价时,首先要找准两种价值体系的契合点。只有在两种价值体系的交集之中才是最理想的状态,偏向任何一方都需要矫正。然而,两者交集的确定并非是完全自然客观的过程,专利权的垄断程度和竞争的自由程度要受到各国立法者和执法者主观标准的衡量。这一主观标准的确定又受到诸多因素的影响,如一国的历史传统、经济结构状态、技术发展水平、专利和竞争政策、法律实践经验等等。所以,不争执条款的评价是非常“个性化”的过程,两种价值体系的边界是模糊的混沌状态,只有在个案中经过主管当局确定才能明晰化。

### (三) 我国对不争执条款进行反垄断法评价的特殊背景

基于不同国情,各国政府对奖励和促进创新、保护工业投资和国际竞争优势,促进新知识传播、激励未来创新等给予了不同程度的重视。历史表明,在缺乏国际标准时,许多发达国家都是根据本国发展的需要采纳适应其发展水平的保护模式。同时有证据表明,专利制度或许对促进发展和技术传播确有帮助,而一国的主要受益来源于对适合本国的保护模式的自由选择。〔4〕在世界经济以知识作为发展动力的今天,各国无不将保护具有比较优势的知识产权作为其竞争政策的首选。而除了少数核心技术创新国,如美国、日本、西欧国家之外,其他国家特别是发展中国家目前主要是引进和推广新技术,自主创新能力还不能与前者抗衡。因此,在缺乏创新能力的国家,鼓励技术信息的流动对该国技术能力建设的帮助远甚于单纯强化知识产权保护。〔5〕除此之外,这些国家或地区在从竞争政策角度处理知识产权方面依然存在重要的差别,这些差别无疑与其竞争法律或知识产权法律以及其工业和市场结构的差别联系在一起。〔6〕

我国是世界主要的技术引进国之一,虽然从长远的政策倾向上看我们一定要培养自主创新能力,但是作为发展中国家,目前我国知识产权政策的着眼点仍然应是促进新技术的传播和使用。公平自由竞争、防止垄断的目标至少在当前输给了保障权利人的许可信心、促进新技术传播使用的需求,体现在对不争执条款的反垄断法审查时,有关当局的态度就不那么强硬和严格。再者,从我国的市场结构和技术水平来看,分散、不规模的状态仍然是一痼疾,实力强大、拥有竞争优势的往往是国外的跨国公司,为了能顺利而经济地使用新技术,我国国内弱小的被许可方往往自愿接受限制,对不争执条款做出妥协。因此反垄断机关对此大可以手下留情,允许一定范围内的自力救济的权利。〔7〕事实上,即使那些有权利滥用之嫌的优势方制定的不争执条款,也不必然对竞争秩序造

〔3〕 William C. Holmes, *Intellectual Property and Antitrust Law*, Clark Boardman Company, Ltd., pp. 5 - 76. 转引自王先林:《知识产权与反垄断法——知识产权滥用的反垄断问题研究》,法律出版社2001年版,第85页。

〔4〕 参见联合国贸发会议—国际贸易与可持续发展中心:“知识产权保护与可持续发展项目之政策研究指南”——《知识产权保护对发展之启示概述》,第3页, <http://www.unctad.org>。

〔5〕 同上文,第2页。

〔6〕 参见联合国贸易和发展会议秘书处第四次联合国全面审查《多边协议的一套管制限制性商业惯例的公平原则和规则》会议上的报告:《竞争政策和知识产权的行使》,2000年8月11日,第23页, <http://www.unctad.org/en/subsites>。

〔7〕 也就是承认当事人的合同自由,如果仅涉及个体利益,当事人可以自主约定合同条款,并且不能因为承诺后发生对其不利的情形而反悔。

成实质威胁,也即不争执条款不是本身违法的,而应具体分析其对相关市场的影响。主管机关只有在分析不争执条款阻碍竞争的现实效果后,才可对其作出反垄断法意义上的认定。

### 三、不争执条款反垄断法规制的国外立法考察

#### (一) 各国对不争执条款的具体规定

1. 美国竞争法领域对知识产权许可协议规制的系统说明是美国司法部和联邦贸易委员会于1995年4月6日联合颁布的《知识产权特许协议中的反托拉斯指南》(以下简称《指南》)。《指南》规定了评估知识产权许可协议中限制性措施的框架结构及反托拉斯的分析模式。它指出,有些限制性措施其性质与必然结果都很显然是阻碍竞争的,因此应当将它们看作是本身违法从而不需要详细探究这些限制性措施对竞争可能产生的影响效果,比如固定价格、限制产量以及在横向竞争对手之间分配市场、集体抵制交易及维持转售价格等。除此之外的大部分案例,主管机关都是根据合理原则分析评估的。在决定对许可协议中的限制性措施是适用合理原则还是本身违法原则时,主管机关将评估这些限制性措施是否有望推动提高效率的经济活动的联合。<sup>[8]</sup>《指南》没有明确规定对不争执条款应当采用何种原则进行分析,法院在判定时受到联邦政策的强大影响。早在著名的 *Lear, Inc. v. Adkins* 案中,最高法院就已经确定,联邦专利政策的权威高于州合同法的基础原则。<sup>[9]</sup>

从20世纪末至今,美国的发展政策是尽可能地促进创新和技术革新以保持竞争力,加上不争执条款并不必然使竞争受到不合理的实质损害,目前较为一致的意见是不将不争执条款视为本身违法,而是用合理原则加以分析。如果该条款促进了竞争,提高了竞争效率,就应当得到支持。<sup>[10]</sup>

2. 德国反垄断法的主要渊源是反对限制竞争法,其中第17条(许可合同)主要适用于技术性知识产权的转让和许可协议。第17条第1款规定了原则上不允许知识产权权利人作出超出保护权内容的限制;第2款列举了一些得到豁免的限制性措施,“只要这些限制没有超出所获得或被许可的保护权的有效期”,第2款第3项即为“不允许对被许可的保护权提出异议”。这意味着不争执条款在德国明确得到了反垄断法的豁免,不被视为超出知识产权权利的限制。<sup>[11]</sup>

3. 日本禁止私人垄断及确保公正交易法第23条规定:“本法规定,不适用于被认为是行使著作权法、专利法、实用新型法、外观设计法或商标法规定的权利的行为。”这样,知识产权的垄断正当性在日本法律上得到了明确确认。但是,正当权利的不当行使也可能会对竞争产生限制。1999年7月30日,日本公正交易委员会颁布了《专利和 know-how 许可协议中的反垄断法指导方针》(以下简称《指导方针》),其第二部分阐述了根据禁止垄断法第23条对专利许可协议规定的解释;第三部分是从对贸易的不合理限制和私人垄断角度看专利和 know-how 许可协议;第四部分“从不公正贸易实践的角度看专利和 know-how 许可协议的观点”中第3点“限制和责任”,明确指出了规定不得质疑专利有效性条款的后果。禁止被许可人质疑专利有效性的专利许可协议将被视为不

[8] 参见美国《知识产权特许协议中的反托拉斯指南》3.4,转引自唐广良主编:《知识产权研究》第13卷,中国方正出版社2003年版,第330页。

[9] [美] Jay Dratler, Jr.:《知识产权许可》(下),王春燕等译,清华大学出版社2003年版,第53页。*Lear, Inc., v. Adkins* 案中 Lear 公司以专利无效作为不支付使用费的抗辩理由,加利福尼亚高级法院适用“被许可方禁止反言”原则支持专利许可方 Adkins。该法院认为被许可方不应当在享受许可协议利益的同时又主张作为协议基础的专利无效。但1969年美国联邦最高法院推翻了这一判决,裁定鼓励对无效专利提出异议的联邦政策优于州合同法原则基础上的禁止反悔原则。

[10] See William C. Rooklidge, *Licensee Validity Challenges and the Obligation to Pay Accrued Royalties: Lear v. Adkins Revisited (Part II)*, 69 J. PAT. [ & TRADEMARK ] OFF. SOC'Y 5, pp. 89-90 (1987).

[11] 参见单晓光、刘晓海:《德国〈反对限制竞争法〉对知识产权许可合同的控制》,载唐广良主编:《知识产权研究》第15卷,中国方正出版社2004年版,第178页。

公平的交易行为和对反垄断法的违反,前提是这种禁止使许可方维持了本不应获得专利的权利并对市场竞争产生了不利的影响。这个观点在 know-how 许可协议中也同样适用,如果被许可的 know-how 已经是公知的。<sup>[12]</sup>

从《指导方针》可以看出,日本将不争执条款视为某些情况下属于不公正交易行为和违法的限制性措施,对其要依具体情况进行评估,逐案确定。总体而言,日本的规定类似于美国的合理原则,只是处理过程更多由行政机关参与。

### (二) TRIPS 协议和其他国际性条约的规定

1. TRIPS 协议是目前为止对知识产权许可协议中限制竞争行为进行规定的最基本、最重要的国际性条约。TRIPS 协议第二部分(关于知识产权的可获得性、范围和行使的标准)中专门设了一节“对许可合同中限制竞争行为的控制”,该节只有一条,即 TRIPS 协议第 40 条,其第 2 款规定,各成员方可以在与该协议的其他规定一致的前提下,根据成员国的有关法律和规章,采取适当措施制止或者控制那些可能构成滥用知识产权、对市场竞争产生不利影响的订立合同的做法或者条件,比如,独占性回授条件、禁止对知识产权的有效性提出质疑的条件、强迫性的一揽子许可。

TRIPS 协议的规定比较笼统,主要是授权其成员可根据本国家和地区的实际,规定在特定情况下构成对知识产权的滥用、对竞争有不利影响的作法或条件,其中,对不争执条款进行评判即是被授权的内容之一。“特定情况”的用语表明,TRIPS 对此适用的是合理原则,对不争执条款是否违法要根据具体情况分析。<sup>[13]</sup>

2. 欧盟竞争法的实体规范最集中地体现在《建立欧洲共同体条约》(即《罗马条约》)的第 3 条和第 81、82 条,这些规则被作为防止知识产权人滥用其权利的基础。2004 年 4 月 27 日,欧共体委员会颁布了《关于技术转让协议适用条约第 81 条第 3 款的 772/2004 号条例》(COMMISSION REGULATION (EC) No. 772/2004 of 27 April 2004 on the Application of Article 81 (3) of the Treaty to Categories of Technology Transfer Agreements, 简称为 TTBE, 本文以下简称《772/2004 号条例》)。《772/2004 号条例》改变了 1996 年 1 月 31 日欧盟委员会发布的《技术转让合同集体适用欧盟条约第 81 (3) 条的第 240/96 号条例》(以下简称《240/96 号条例》)中黑色条款、白色条款和灰色条款的分类,采取一种“宽泛的、伞状体系”的豁免方案,只是规定了可以豁免的“安全港”(safe harbor)和不可以豁免的严重限制竞争的条款(hardcore restriction),除此之外在一定的市场份额之内,<sup>[14]</sup>所有不是明显禁止的限制都是被允许的。《772/2004 号条例》第 5 条列举了需要在第 81 条第 3 款之下个案评估的“安全港”之外的行为和条款,其第 1 款包括不争执条款,但限定为没有损害许可人在被许可人质疑被许可专利的有效性时终止许可的权利的不争执条款。这一规定将不争执条款从《240/96 号条例》的黑色条款中剔除,虽然也将其排除在豁免范围之外,但是该条款不会影响技术转让合同其他部分的效力,而且其对竞争是否产生实质影响也要个案评估。<sup>[15]</sup>

### (三) 小结与评论

由于知识产权领域利益的复杂性,TRIPS 协议将对不争执条款具体规定的权利赋予了各成员,可见国际性层面的统一立法成就不大。反观各国内和区域性立法,则是蓬勃发展,风采各异。美

[12] 参见日本《专利和 know-how 许可协议中的反垄断法指导方针》英文版本,原文见日本公平交易委员会网站, <http://www.jftc.go.jp/e-page/legislation/index.html>。

[13] 参见前引 [3], 王先林书, 第 173 页。

[14] “772/2004 号条例”第 3 条确立了进行豁免的市场份额基准 (market-share thresholds), 对于竞争者之间的技术转让协议双方当事人相关技术市场和产品市场的合计份额不超过 20% 的, 非竞争者之间的协议当事人各自在相关技术市场和产品市场的份额不超过 30% 的, 可适用条例第 2 条之豁免。

[15] See Fiona Carlin & Stephanie Pautke, *The Last of its Kind: The Review of the Technology Transfer Block Exemption Regulation*, 24 NW. J. INT'L L. & BUS. 601 (2004).

国、日本、欧盟等在对不争执条款的规制上有很多共同特征：其一，都是以比较成熟的反垄断法为基础，在知识产权许可协议限制性条款的具体规则中规定不争执条款的；其二，都是由行政机关制定指导方针性质的条例，规制模式的行政性色彩比较明显；其三，都采用了类型化的分析方法，将影响不争执条款认定的因素具体细化，其中特别重视对市场因素的分析；其四，都在规定一般原则的基础上，更加注重利用多年司法实践经验的积累进行个案分析；其五，都对知识产权政策和竞争政策变化的敏锐度很高，实践中不断作出相应的修改，有更加宽松、灵活的趋势。

除此之外，在对不争执条款具体的规制过程中，各国家和地区也存在着差别。比如美国有合理原则和本身违法原则的区分，执法机关在判断不争执条款效力的过程中有较大的自由裁量权。这一特征虽然具有引起当事人心理预期不稳定的劣势，却又具备了审时度势灵活判断的优点，这也正是美国1995年《指南》历时十多年仍然未作修改的秘诀之所在。欧盟2004年对其1996年颁布的《240/96号条例》中不争执条款的规定作了修改，改变了过去对不争执条款的绝对定性，由无效的“黑色条款”变为个案评估定性。这适应了知识产权政策和竞争政策宽松化的需要，但总体而言执法机关的裁量权较之美国受到了更大的约束，以服务于欧盟内部一体化的目标。<sup>[16]</sup>德国的规定简单明确，直接将不争执条款纳入反垄断法的豁免范围之内，只要这一限制没有超出权利的有效期。二战之中深受重创的德国为了尽快地恢复和发展经济，在竞争没有受到实质性损害的前提下，“基于推动和促进技术转让，而对某些滥用技术性知识产权限制竞争的行为做出容忍或者说让步”，<sup>[17]</sup>亦即尽可能地用豁免的方式使权利人作出的限制合法化，不争执条款就是以这种方式取得了合法身份。这些个性化的设计无疑在提醒中国，知识产权许可协议中不争执条款的判定受到一国宏观政策、历史背景、经济状况、市场结构等多方面因素的影响，不能走简单同一化的道路。

#### 四、不争执条款反垄断法评价过程中常见的三大误区

##### （一）不争执条款一定违反了被许可方的意愿

仅仅从合同双方的自由意愿来说，知识产权许可协议中的被许可方很多情况下不一定是被迫接受不争执条款。如果许可方的权利状态不稳定，必然会增加被许可方的知识产权使用费以作为风险担保。有相当一部分被许可人只是想支付费用使用技术，他们并不想花费时间、精力和金钱去挑战许可方的权利，毕竟这不是“免费的午餐”。作为理性的经济人特别是以营利为目的的经营者会充分认识到可能出现的经济负效应，甚至不能继续使用该项知识产权的后果。在被许可方处于经济或技术的弱势地位时，他们所关注的只是如何使用被许可使用的技术最大限度地营利。这种情形下被许可方是自愿接受协议中的不争执条款，对相关市场的竞争不会产生实质性影响。

##### （二）不争执条款的评价过程只需关注对竞争的影响

虽然不一定对竞争产生实质性影响，但所有的不争执条款都或多或少对竞争有一定的限制，主管机关要考虑的是这一限制性措施是否会对竞争产生实质性的阻碍。首先，主管机关要判断这一限制性措施是否是为保障专利权人的报偿、促进专利实施合理必须的。其次，如果是合理必须的，主管机关将在它促进专利实施的效率提高与阻碍竞争发展效果之间进行权衡，以决定在相关市场上对竞争可能产生的净作用。阻碍竞争的效果越明显，主管机关要证明的效率提高的程度越高。再次，即使能达到较高等度的效率提高也不意味着一定能得到竞争法的豁免，是否存在实际可行的、限制

[16] 在欧盟一体化目标的实现过程中，法律体系差异和壁垒的消除是最重要的步骤之一。欧盟因此在其区域性立法时，努力为成员国构建达到同样法律后果的分析判断模式，减少出现分歧效果和不确定性的可能。在对不争执条款的规制过程中，欧盟委员会也是尽量将可以明确的标准固定下来，缩小执法机关自由裁量的空间。

[17] 参见前引[11]，单晓光等文，第186页。

性规定更少的替代方案与决定某一限制性措施是否合理必要是有一定程度关联的。如果显而易见当事人可以通过更少限制性规定的措施来达到类似的效率提高的目的,那么主管机关将不会理会当事人所主张的提高效率的理由。<sup>[18]</sup>对不争执条款权衡的过程从理论上可以分为以上几个步骤,这也是美国用合理原则评估知识产权许可协议的一般性方法。在评价过程中要充分考虑效率提高的抗辩理由。当然,对同一许可协议中的不争执条款各国可能作出不同的认定,每个国家的具体市场环境、专利和知识产权政策、经济结构等都可能影响它对效率提高和竞争程度的认定。

### (三) 对不争执条款效力的认定要一锤定音

因对不争执条款的认定有较大的不确定性,有国家规定即使符合豁免的表面条件,如其后果违反了豁免的初衷,主管机关也可以撤销豁免。欧盟《772/2004号条例》第6条规定,如果欧盟委员会在任何情况下发现适用前述豁免的技术转让协议具有有悖于《罗马条约》第81条(3)的效果,则其有权撤销本条例适用之利益。<sup>[19]</sup>除了法院决定的反复,当事人也可能在起诉后达成和解。这时法院是否要坚持继续审查?美国司法实践中的做法是承认由法院提出并同意的、解决专利纠纷的协议是可以强制执行的。“Lear案赋予了专利被许可人联邦法上的……随时反驳所许可专利的有效性的伴随权利,而不论许可协议中是否包括不争执条款。然而Lear案并非没有限制,可能最重要之处在于:Lear案的政策,尽管强有力,但在支持诉讼自愿和解方面并不凌驾于一般政策规定之上。”<sup>[20]</sup>尽管知识产权政策和竞争政策都具有浓厚的公共利益的色彩,但是当事人的自愿和解权利只是受到限制并没有被剥夺,至少在美国已经进入司法审查程序的不争执条款案件在法院同意的情况下仍然是可撤回的。当然,当事人之间的和解虽然对双方有利,但其不利的后果往往需要由整个社会承担,因此我国现阶段是否承认当事人和解仍需进一步商榷。

## 五、不争执条款评价因素的定性分析——以反垄断法为视角

从理论上讲,要评价许可协议中限制性措施的实际经济影响及其合法性问题,法院必须权衡合同限制在激励创新方面的社会效益与在阻止竞争方面的社会成本。只有这样,法院才能对疑难案件(在这类案件中,反托拉斯政策与知识产权政策互相冲突)作出与反托拉斯和知识产权的政策基础相一致的判决。<sup>[21]</sup>现在我们所要讨论的最为关键,即法院的权衡方法。成本-效益的经济学分析方法从表面看是最合适、最有道理的,但是相关的社会成本和收益的具体参量目前还没得到一致认同,当前经济学科的现状使得这种评估非常困难。专利激励带来的社会效益是不确定的,任何人都无法提供专利激励最为合适的界限(激励过量或者激励不够都不能带来效益的最大化)。同样,确定不争执条款对竞争的限制效果也是一项远未完成的任务。即使勉强采用了这种带有不确定性的经济学分析方法,其中复杂和精细的计算也很难在司法实践中运用。试图分析所有的参量,对其阻碍竞争和激励创新的具体量进行权衡,就如同用计算机程序来决定诉讼结果一样不切实际。<sup>[22]</sup>

从司法实践看,不争执条款效力的认定对各国都是非常棘手的一项任务。比如美国由法院在个案中采用合理原则进行分析,由于经济发展形势、联邦专利政策、市场竞争环境乃至法官个人倾向的不同,发展出一系列的判例,对Lear案的判决结果逐渐作着修正。1982年美国建立专门审理专利案件的联邦巡回上诉法院,采取了对专利所有人更负责任的做法,颠覆了许多在Lear案影响

[18] 参见前引[8],美国《知识产权许可协议中的反托拉斯指南》4.2。

[19] 韩永强:《欧盟2004年〈关于技术转让协议适用条约第81条第3款的772/2004号条例〉介绍》,http://www.chinalaw-info.com。

[20] [美] Jay Dratler, Jr.:《知识产权许可》(上),王春燕等译,清华大学出版社2003年版,第53页。

[21] 参见前引[9],Dratler书,第513页。

[22] 参见前引[8],唐广良主编书,第515页以下。

下所作判决中确立的案例法。<sup>[23]</sup>在日本,知识产权许可协议通常在生效前要提交公正交易委员会(JFTC)备案,必要时JFTC可以进行竞争法的审查。虽然日本对知识产权许可协议中限制性条款的立法规定比较严格,但实践中JFTC的执法状况一直没得到国内外认可,“一只从来不叫也不咬人的看门狗”(a - watchdog - that - never - barks - and - bites)成为常被日本国内外引用来嘲讽JFTC的一个短语。<sup>[24]</sup>我国关于不争执条款效力的立法规定比较笼统,由于有自由裁量因素的存在,在执法过程中同样面临着诸多不确定性。下文仅就可能影响主管机关进行权衡的因素作一些定性分析,以作为认定不争执条款效力的参考。

### (一) 宏观环境方面

#### 1. 一国的专利技术和经济发展状况

现代全球性竞争优势很大程度上取决于技术、方法革新的突飞猛进,而传统因素例如财富、可获得的资本和自然资源所起的作用越来越小,因此世界各国都竞相采取各种方式保持和提高自身的科技竞争力。一般而言,发达国家是现代科学技术的主要投资国和产出国,其专利权保护水平较高;发展中国家主要为先进技术的引进国,其专利保护水平相对较低,为了便于引进外国先进技术发展本国经济,发展中国家也不愿采用较高的保护水准,而且这也会给其造成沉重的财政负担。<sup>[25]</sup>美国、欧盟等技术先进、经济发达的国家一直比较注重将知识产权作为私有财产来保护,只要权利的使用没有对社会竞争秩序造成较大的威胁,法律就不做干涉,对于专利许可协议中不争执条款的态度也是如此。但是发展中国家更青睐社会经济的整体发展,倾向于制定一个较宽泛的专利权滥用的范围,由主管机关以社会进步为导向进行认定。反映在对不争执条款效力的认定上,技术先进、经济发达的国家往往有较为成熟的法律传统和经验,主管机关认定时的标准更为丰富和准确。而发展中国家相关的法律法规不是很健全,主管机关司法缺乏实践,又受制于自身经济发展的需要,对不争执条款的认定存在更多不确定性因素。

#### 2. 制定法规时的政策背景

竞争法受政策的影响非常明显,比如欧盟在20世纪90年代发现其在出口市场的份额、研究开发和创新方面的竞争地位相对于美国和日本来说受到了削弱,于是决定采取必要措施促进科学技术的研究开发工作,并为企业特别是中小企业之间的技术转让提供便利。在此背景下欧盟1996年颁布了《240/96号条例》,明确规定了技术转让合同条款的豁免,扩大白色清单范围,缩小黑色清单范围。<sup>[26]</sup>但是这一条例过于形式主义和刚硬,除了明确规定的豁免和欧盟委员会的个案审查外,限制性措施都得不到豁免。所以欧盟委员会竞争指导处前处长 Alexander Schaub 将该条例描述为一只“等待灭绝的恐龙”。<sup>[27]</sup>2001年12月,欧盟委员会发布了一份评估报告,公开承认《240/96号条例》的缺陷,并承诺将会制定新的更为积极、更为自由和建立在经济分析基础上的技术转让规则。于是2004年4月27日,欧共体委员会颁布了《772/2004号条例》。该条例扩大了规则适用的许可协议的范围,取消“三色”清单代之以更为宽泛的豁免。这一典型的发展过程反映出欧盟的政策转变,欧盟以前担心技术转让合同中的限制性条款会对竞争产生限制性后果,现在则认为“因为技术转让能够减少研发上的重复、增强基础研发的动力、刺激创新的增加、促使技术的扩散和加大

[23] 例如 Foster v. Halco Mfg. Co., 947 F. 2d 469 (Fed. Cir. 1991); Hemstreet v. Spiegel, Inc., 851 F. 2d 348 (Fed. Cir. 1988); Diamond Scientific Co. v. Ambico, Inc., 848 F. 2d 1220 (Fed. Cir. 1988) 等。转引自 Christian Chadd Taylor, *No - Challenge Termination Clauses: Incorporating Innovation Policy and Risk Allocation into Patent Licensing Law*, 69 Ind. L. J. 215 (1993).

[24] 参见前引 [3], 王先林书, 第 138 页。

[25] 参见吴汉东、胡开忠:《无形财产权制度研究》, 法律出版社 2005 年版, 第 302 页。

[26] 参见前引 [9], Drautler 书, 第 127 页。

[27] 参见前引 [15], Carlin & Pautke 文。



产品的市场竞争，因此技术转让协议通常会提高经济效率和促进竞争”。<sup>[28]</sup>不同的政策倾向导致了法规的差异和变动，因此不争执条款在不同国家、甚至同一国家的不同时期都可能效力不同。总体而言，当提高效率的需求大于对限制竞争的恐惧时，不争执条款更可能得到容忍。

## （二）许可协议的微观背景方面

### 1. 市场结构的状况

市场结构是指知识产权许可协议所涉及的相关行业的市场状况，主要指市场集中度、经济规模和进入壁垒等。市场集中度是指市场份额控制在少数大企业手中的程度，它是反映特定市场竞争和垄断程度的一个基本概念。如果带有不争执条款的许可协议是由控制市场份额的少数大企业作为许可方，其就有明显的维持垄断的意图。经济规模是指相关行业中企业的规模，不同行业的特性决定了其中企业的集中或者分散程度。经济规模较大的企业所制定的不争执条款对相关市场的竞争状况更容易产生影响，所以应受到反垄断法更为严格的审查。进入壁垒就是新企业进入特定市场、行业所面临的一系列障碍。进入壁垒越多，新企业进入的成本就越高，不争执条款也可能成为已有企业阻碍新企业进入的壁垒之一。出于让新技术尽快进入公共领域，保持行业适当竞争性的考虑，不争执条款的效力属于反垄断法考量的范围。

### 2. 相关市场的界定

相关市场的认定关系到市场支配力和垄断程度的认定，相关市场越小，知识产权越难以得到替代，不争执条款在相关市场的限制竞争力就越大。知识产权许可领域的相关市场界定主要考虑相关技术市场和相关产品市场，包括可替代性技术和下游的可替代性产品。如果某个领域具有绝对的技术专有性，在现在和今后相当长一段时间内其他主体难以进入，又没有实际可行的性能和经济上都合理的替代性产品，那么对这一领域技术许可协议中不争执条款尤其要谨慎。这种不争执条款极有可能是固步自封的专利权人维持自身垄断地位的手段，是他们出于对新技术和新产品的畏惧而作的事先防范。

### 3. 对权利的质疑成本

对有理性的被许可人来说，只要使用费用少于诉讼成本和可能失去的投资、可能支付的损害赔偿金（要考虑败诉几率）之和，他们会高兴且毫不犹豫地支付使用费。而且两者之间的差额越大，竞争者越有可能选择付出使用费，他们可能付出的也会越多。<sup>[29]</sup>这时实际上的不可争执已经淡化了合同中不争执条款的反竞争性，因为即使没有不争执条款的规定也极有可能达到阻止被许可人质疑的同样效果。这时的不争执不是由于滥用了市场或者技术优势，完全是由权利质疑的相关因素决定。从原则上讲，这种非强力形成的不争执效果不受反垄断法的规制。只有在权利的质疑成本较小时，仍然试图通过不争执条款排除质疑的可能性的行为才应受到反垄断法较多的关注。

## （三）许可协议的自身要素方面

### 1. 交易双方当事人的关系

欧盟《772/2004号条例》根据在相关产品市场和相关技术市场上的关系，将许可协议细致区分为竞争者之间的协议和非竞争者之间的协议，并且在列举实质性限制竞争条款和豁免条款时也是分别规定。竞争者之间的许可协议受到竞争法更为严格的审查，不争执条款要得到豁免可能更为困难。美国《知识产权特许协议中的反托拉斯指南》第3.3节也规定了要审查协议当事人之间的关系主要是横向关系还是纵向关系，抑或二者均有。横向关系本身并不说明许可协议安排具有反竞争性，而纵向关系也不一定能保证必定能促进竞争的发展。但在其他因素相同的情况下，与纵向关系

[28] 参见《772/2004号条例》“鉴于”条款（whereas clause）第5条，转引自张伟君：《欧共体2004年技术转让协议豁免条例介绍》，<http://www.tongji.edu.cn>。

[29] 参见前引[9]，Dratler书，第81页。

相比较而言,横向竞争者之间知识产权许可合同中的不争执条款更可能会增加排斥市场竞争的风险。这两个例证都说明了双方当事人之间的具体关系态势是对不争执条款考察的重要衡量因素之一。

## 2. 双方当事人的市场地位

一般的主观直觉使我们误以为知识产权许可合同中被许可方总是处于弱势,被迫接受技术强势方的不公平条件。实际上,“小企业、刚建立的工厂和个人是典型的资金不足的许可方,他们比许多被许可方有更少的资源和讨价还价的能力。他们对经济是至关重要的,需要法律的保护。法律应当考虑到这些小投资者正在我们许多最重要的技术领域成为领导者”。<sup>[30]</sup>不争执条款是这些弱势的许可方保护自身权利而非谋求和维持垄断地位的手段,因为实力强大的被许可方能付出比较大的成本去挑战许可方的知识产权。这种情形下,不争执条款很可能不具有或者只有很小的阻碍竞争性。反之,如果许可方处于经济、技术上的优势地位,甚至于在特定行业拥有相当份额,按照反垄法法规制寡占的理念就更应受到审查。

## 3. 许可协议的类型

一般的技术许可协议中被许可方只是为使用独占性的技术付费,在生产经营中对它加以利用,而共同支配市场的当事人之间订立的交叉许可协议、为设立技术联合而订立的许可协议、知识产权集合许可协议等有技术捆绑的色彩。如果协议中又有不争执条款,相互之间对对方的技术不加质疑,很可能对新技术的推广使用造成障碍,带来相关技术固守停滞、外部使用人门槛过高的后果。由于该类协议可能涉及多方主体,对相关市场的市场支配力和市场份额的影响一般大于双方主体间的协议。该类许可协议的反垄法豁免大都受严格限制,例如欧盟一直将为了设立技术联合而订立的许可协议排除在反垄法豁免之外,直到2004年的《772/2004号条例》才将反垄法豁免适用于交叉许可协议。我国在对这类许可协议中的不争执条款进行审查时也要遵循较为严格的豁免条件。

## 4. 不争执条款的有效期限

对不争执条款的有效期限规定不同,会对质疑权利有效性的机会成本造成影响。有效期限规定得越长,被许可人对权利提出质疑的阻碍越大;反之,则越小。根据不争执条款有效期限长短的不同,大体有三种可能性。第一种是不争执条款的有效期超出了知识产权的存续期间,具有明显的不合理性,基本不可能得到豁免。第二种可能性是不争执条款的有效期在被许可的知识产权存续期内,但是超出了许可协议的有效期间。在权利的使用期内被许可人至少有使用利益,如被科以不得质疑权利的义务,从某个角度看是一种权利和义务的平衡手段。如果被许可人不再使用该项知识产权时也被要求不能质疑权利的有效性,这种要求没有注意双方当事人之间的利益平衡,更可能是许可方优势地位的滥用。还有一种可能是不争执条款的有效期既没有超出知识产权的有效期也没有超出许可协议的存续期间。这种不争执条款期限的合理性虽仍需主管机关认定,但基于它对相关市场的影响更易预见和控制,对权利人经济利益的保障确有合理之处,因此得到豁免的可能性最大。

# 六、我国不争执条款的立法实践:不足与改进

## (一) 我国不争执条款立法现状评析

[30] Christian Chadd Taylor, *No - Challenge Termination Clauses: Incorporating Innovation Policy and Risk Allocation into Patent Licensing Law*, 69 Ind. L. J. 215 (1993). 强大的证据表明小企业有两大原因成为更好的创新者:这些企业的研究人员通常对风险有更强的适应性;而且创新是这些企业进入市场和获得成功的最好方式。See Panel Discussion, *The Value of Patents and Other Legally Protected Commercial Rights*, 53 Antitrust L. J. 535, 537 (1984).

我国合同法第 329 条规定：“非法垄断技术、妨碍技术进步或者侵害他人技术成果的技术合同无效。”2005 年 1 月 1 日生效的《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 10 条第 6 项规定，“禁止技术接受方对合同标的的技术知识产权的有效性提出异议或者对提出异议附加条件”的情形，属于合同法第 329 条所称的“非法垄断技术、妨碍技术进步”。

2004 年 4 月修改的《中华人民共和国对外贸易法》增设第五章：“与对外贸易有关的知识产权保护”。该章第 30 条对国际知识产权许可合同中知识产权许可人市场垄断地位的滥用行为进行了原则性的规定，即“知识产权权利人有阻止被许可人对许可合同中的知识产权的有效性提出质疑，进行强制性一揽子许可，在许可合同中规定排他性返授条件等行为之一，并危害对外贸易公平竞争秩序的，国务院对外贸易主管部门可以采取必要的措施消除危险”。

从为数不多的规定中我们可以看出，我国对存在不争执条款的国内技术合同直接认定为无效，并且认为规定不争执条款是“非法垄断技术”的行为。对国际知识产权许可合同中有不争执条款并“危害对外贸易公平竞争秩序的”，对外贸易主管部门才可以采取措施，可见国际知识产权许可合同中的不争执条款不一定违反竞争法，需要主管部门个案认定。

首先，这两处的规定都过于模糊。对国内的知识产权许可协议一概认定为无效在司法实践的操作中固然简单，但不争执条款是否存在对竞争的实质阻碍受诸多因素影响，竞争法政策也处在不断调整之中，这种“一刀切”的做法难免有失公允。对国际知识产权许可协议的规定就更让人难以捉摸，除了宽泛的“危害对外贸易公平竞争秩序”的前提，加上给予国务院对外贸易主管部门“采取必要措施消除危险”的权力外，没有任何可以实际操作的标准和程序。可能对外贸易法的立法目的就是要赋予主管机关——国务院对外贸易主管部门对不争执条款等限制性措施的准司法权，但是，关于对外贸易主管部门的准司法权如何行使，连基本的程序性规范也没有。

其次，我国立法区分国内知识产权许可协议和国际知识产权许可协议中的不争执条款没有必要，是法律适用中的不公平现象。关于我国立法中的“内外有别”、“超国民待遇”现象早已引起社会各界的诸多非议，不争执条款的立法也没有超脱于这一俗套。其实不论是本国还是外国的知识产权，只要授权他人在本国使用，就可能对本国的市场造成影响，就应当受到本国竞争法的同等审查。如果我们对包含不争执条款的国内知识产权许可合同一概认定为无效，无疑对我们国内技术的相互引进和使用不利。对于国际知识产权许可协议，由于我国是世界上主要的技术引进国，不争执条款又主要是限制作为受让方的我国当事人的利益，因此两者之间的平衡很难把握，赋予主管机关一定的自由裁量权是非常必要的。相对而言，对外贸易法的规定较为合理，国内法的相关规定要与此统一，作出相应的修改。

再次，我国对不争执条款的规定散见于数个法律规范之中。从合同法和最高人民法院的司法解释看，“非法垄断技术、妨碍技术进步”的不争执条款无效，是采用了技术发展作为判断标准。但是对外贸易法又明确规定了不争执条款“危害对外贸易公平竞争秩序的”由主管机关采取措施，是采用了竞争秩序作为判断标准。技术发展和竞争秩序标准之争一直都是个难以解决的问题，我国在对不争执条款的法律规制中采取了两种不同的理论至少反映了立法者本身在基本立场上就存在不一致。“竞争与发展在逻辑上并不存在不可调和的矛盾，在发展中竞争并在竞争中发展，这是技术产生及其应用在市场化模式下的应有路径。”<sup>[31]</sup>但是，逻辑上的可以统一并不意味着立法技术上可以并行，在对不争执条款衡量的过程中究竟何一原则更为优先可能直接影响着判断结果。再者，如果由执法机关在具体的案例中把握基本的原则问题，难免会出现失误和不统一，导致案件结果和当事人心理预期的不确定。

## （二）对我国不争执条款法律规制的建议

[31] 韩永强：《国际技术转让合同中的限制性条款及其法律规制》，<http://www.chinalawinfo.com>。

### 1. 我国的特殊国情决定了不能简单照搬国外的经验

美国、欧盟、日本等对不争执条款的相关立法比较完备,而且有着丰富的司法实践经验,我国在建立不争执条款的规制体系的过程之中很容易受到上述先进国家的影响。这些成功的典范移植到中国是否依然有强盛的生命力,并且能发挥其原有的功效呢?首先,这些国家的反垄断法已经有了上百年的历史,实践中形成了比较成熟的立法和执法体系,而我国在相关方面的经验积累比较薄弱,社会公众的接受程度也有待培养。其次,西方国家反垄断法的出台缘于大生产引发的经济高度集中,而经济过度分散是我国目前经济状况的主旋律。我国反垄断法要体现经济结构、经济发展规划和产业政策的需要,避免出现执行中规模经济和打击垄断的两难选择。再次,我国目前是主要的技术进口国而非技术创造国,因此法律规制的目标是促进技术的流转和使用。比较而言,技术先进的西方国家更倾向于维护技术创造者的自主实施优势,特别是随着美国、日本等国在传统制造领域优势的丧失,知识产权壁垒成为这些国家争夺市场优势的策略。以上诸多的差异决定了西方先进国家的法律经验并不具有普适性,即便从理论上说这些法律制度符合市场经济公平、效率的基本要求,简单移植也很有可能引起水土不服。

### 2. 不要对反垄断法期望过高

我国现在关于不争执条款的立法少而抽象,很多人都寄希望于反垄断法能对知识产权许可协议中的限制性条款作较为详细的分析。2007年8月30日十届全国人大常委会第二十九次会议讨论通过的《中华人民共和国反垄断法》第55条规定:“经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为,不适用本法;但是,经营者滥用知识产权,排除、限制竞争行为,适用本法。”这一条关于知识产权垄断的规定非常抽象,没有列举出具体的种类,司法实践中很难把握。我们认为其中有立法缺陷的因素,但也不能忽视不争执条款本身特征的制约。如前所述,影响不争执条款效力的因素很复杂,认为通过一部反垄断法就能解决所有问题是不切实际的。我国反垄断法颁布伊始,立法和执法经验都尚浅,即使在有了相当成熟的反垄断法经验的美国和欧盟,也是通过具体的实施指导规则来弥补反垄断立法的不足。因此,我国反垄断法也只需规定对知识产权许可合同中的限制性条款进行竞争法分析的基本原则和一般判断标准,以此作为认定不争执条款效力的指导,至于对不争执条款效力的具体判断过程,要由其他的法律规范和司法实践来补充。

### 3. 我国不争执条款法律实践的基本思路

#### (1) 反垄断立法上需要填补空白

我国对不争执条款的法律规制主要集中在合同法、对外贸易法之中,两法主要是从许可协议本身的公平、自由角度来考虑不争执条款的合法性,较少从社会技术进步、经济发展方面对其进行具体衡量,因此反垄断立法对不争执条款的规定是必要和及时的。依据前文的分析我们认为,对不争执条款进行反垄断法规制的基本立法态度是主管机关不将其规定为绝对合法或者绝对违法,而是根据具体情况来分析它是否违反了反垄断法。从我国技术进步和经济发展的基本国策出发,对不争执条款效力认定的绝对化不利于促进技术引进、传播和发展,会影响作为经济动力的竞争活力。因此我们建议立法的基本形式是以反垄断法作为原则性指导,再颁布知识产权许可协议中的反垄断法实施规则将法律规制的步骤、标准细化。当然,我们在知识产权领域反垄断法的执法经验几乎为空白,要制定实施细则的难度很大。以前没走过的路并不可怕,关键是要找准方向。在基本立法思路确定后,立法机关可以甄别性地借鉴国外的成熟经验,先将比较有把握的部分确定下来,实践中再逐步完善。再者,不争执条款的反垄断法规制对知识产权政策和竞争政策的变化很敏感,与一般的立法相比本来就修改得更为频繁。随着政策的变化和发展的需求,结合司法实践中出现的问题,指导方针可以定期或不定期修改。最高人民法院公布的判例、司法解释也可以传达当局的政策变化。

#### (2) 执法中注重经验积累和创新

司法是具体操作性的,与立法相比,“法官所面临的各种社会因素将是安乐椅上的法学家难以

想象的”，<sup>〔32〕</sup>我国不争执条款的反垄断法司法实践同样面临着极大的困难。其一，我国一直以成文法作为重要的法律渊源，法官缺乏自由裁量的经验，特别是不争执条款的立法起步较晚，执法经验就更加欠缺。其二，对不争执条款效力的具体认定受到经济和技术发展政策的强大影响，而与法律规定相比较，政策变动性大、更加灵活，加剧了不争执条款执法中的不确定性。其三，我国竞争法执法机关工作人员的素质良莠不齐，不争执条款评价过程中不确定的因素非常复杂，赋予其自由裁量的空间过大恐难以胜任。

我们认为从理论上解决这些问题首要的是加大不争执条款执法的确定性，限定自由裁量的因素，所以我国制定的知识产权许可协议中的反垄断法实施细则应具有较高的明确性。首先，如果从某些条件比如许可协议的类型、许可方的市场份额等可以直接判断不争执条款的反竞争性，就不再赋予主管机关分析具体反竞争效果的权力，而直接将其认定为违法。其次，如果在个案中分析不争执条款对竞争的具体影响花费相当大，就应当采用严格解释即认定为它具有反竞争的效果。这种严格解释限制了法官自由裁量的空间，提供了不争执条款审查的相对固定的结果模式。因为我国作为主要的技术进口国，专利许可协议的被许可方往往是弱小的我国当事人，反垄断法需要对其利益加以倾斜保护。而且严格解释可以降低执法成本，从经济效益上看也是有利的。再次，宏观环境的影响是潜移默化的，在个案中我国需要重点分析的是易于判定的微观因素，比如许可协议的类型、双方的市场地位、相关市场和市场结构等。这种做法保证了绝大多数情况下的公平，提高了司法实践的效率，也给了当事人明确的心理预期，不失为我国现阶段不争执条款法律实践的明智选择。待司法中对不争执条款执法经验有了一定积累之后，就可以推动立法的发展和修订，形成良性的互动。

总而言之，在立法上对不争执条款的基本态度是更加宽松和灵活，在执法时努力寻找可确定性因素以实现执行过程中的统一。以上的思路只是作为不争执条款规制基本模式构建的开端，随着细节部分的不断丰满，我国不争执条款的反垄断法规制才能趋向完善。

---

**Abstract:** The no - challenge clauses in intellectual property license have negative effect of blocking competition, but they also have some positive effects. US, Japan and EU use basically the same method to judge the validity of the no - challenge clauses, which is to analyze particular cases according to general guidelines. They apply a suit of particular rules based on the antitrust law to classify and concretize the factors which affect the judgment of no - challenge clauses, such as macroscopic economic background, technology developing level, market frame, cost of challenge, and so on. They mainly use the rule of reasonableness to judge and harmonize the changes of IP policies and competition ones. Our country should perfect the legislation and execution about no - challenge clauses gradually in the level of antitrust law and guidelines.

**Keywords:** no - challenge clause, intellectual property license, antitrust law analysis

---

〔32〕 苏力：《法治及其本土资源》自序——《什么是你的贡献？》，中国政法大学出版社2004年版，第7页。