

乔治梅森大学法学院全球反垄断学会

对国家工商行政管理总局关于滥用知识产权的反垄断指南的评述

2016 年 1 月 14 日

本文旨在针对国家工商行政管理总局（以下称“工商总局”）起草的关于滥用知识产权的反垄断指南（以下称“指南草案”）提交评述。我们衷心感谢能有机会提交评述，同时也高度赞赏工商总局所展现的透明度。基于对反垄断法和经济学等基本领域，特别是知识产权和反垄断交叉领域的丰富经验和专业知识，我们做出如下评论。¹

引言

总体而言，我们赞赏工商总局提出的一般原则。如第一章总则所提及，明确认可知识产权权利人的核心权利是排他性使用权，仅当行使知识产权（1）违反法律、行政法规授予的有关知识产权的“界限和目的”且（2）具有排除、限制竞争效果时，才会违反《反垄断法》的规定。然而，我们认为该指南草案在评估行使知识产权可能对竞争产生的影响时未能采纳已被广为接受的分析方法，即执法机构应将行使知识产权对竞争造成的影响与没有任何知识产权许可的情形进行比较。过去二十年中，美国反垄断执法机构一直使用该重要的分析方法，但其在目前的指南草案中并未得到体现。

此外，指南草案创设了一些推定条款，认为特定行为（如签订独占性回授协议、搭售和捆绑协议、专利联营、对过期或无效的专利收取许可费、禁止被许可人对知识产权有效性提出质疑）会或可能会排除或限制竞争。对此，我们表示担忧。我们诚挚地建议删除此类推定条款，并建议工商总局转而采取效果导向方法（Effects-based Approach）分析特定行为，即只有在这些限制性许可条件导致阻碍竞争的危害超过其产生的促进竞争的益处时，才判定禁止此类限制性许可条件。这种方法会造福中国广大消费者，因为若存在上述阻碍竞争的推定，相关市场主体可能因为采取了促进竞争的措施反而因《反垄断法》而被追责，从而产生寒蝉效应，阻碍市场竞争。在分析方法中考虑上述建议将有助于最大程度地促进市场

¹ 乔治梅森大学全球反垄断学会（GAI）是一个国际领先的研究和教育平台，其专注于为全球竞争机构和法院面临的重要课题提供法律和经济学分析。GAI 的执行理事 Joshua D. Wright，法学教授、经济学博士，是前美国联邦贸易委员会委员。GAI 理事 Koren W. Wong-Ervin 是美国联邦贸易委员会知识产权与国际反垄断前顾问。GAI 国际顾问委员会主席法学教授 Douglas H. Ginsburg 是美国哥伦比亚特区巡回上诉法院资深法官及美国司法部反垄断部门前助理总检察长。Bruce H. Kobayashi，法学教授、经济学博士，是 GAI 资深学者及创始理事。

竞争、保护消费者利益，同时也能更好地服务于建设创新型社会的既定目标。

创新经济学

经济学文献显示，具有排他权性质的知识产权有助于促进发明创造、创意以及原创作品的涌现。²界定产权还能降低交易成本，促进知识产权的转让和许可，激励开发替代性及改进性技术及其他衍生性应用。

假设在知识产权缺乏可执行性的情况下转让创意可以进一步认识到知识产权的激励作用。创意的转让需要向潜在的买家披露其内容，在缺乏法律保护的情况下，潜在的买家在知晓该创意之后，并没有动力去购买或获得许可，这种风险会使得卖方不愿意披露其创意。而受到可执行性保护的产权使得卖方可以放心披露自己的创意，而不用担心该创意被他人使用却得不到补偿。发明者将可以预见到对该创意进行投资将会获取适当的回报，因此其在一开始就有动力对创意进行投资并将其披露。

经济学文献也关注在促进激励和保障使用³二者之间该如何达到最佳平衡的问题。因为对发明和作品的使用是非排他性的，当一个公司使用某个知识产权时，不会阻碍另一公司使用该知识产权的能力。另一个公司使用一项已有知识产权的成本为零。因此，单纯从静态效率的观点而言，应当将知识产权向每个有需求的公司（或消费者）提供。但很明显这种做法会对创新造成强烈的抑制，损害因改良商业模式而带来社会效益的动态效率，虽然静态效率可能会在短期内增加消费者福利，但经济学已经揭示，动态效率才是对消费者福利⁴，包括从创新中获得的社会效益，更长远的推动力。

在权利人已经进行投资，付出竞争性的努力，并成功做出突破性的发明之后。征用该创新成果并在市场中让其他主体使用变得很有诱惑性。然而，这样做会损害竞争、创新和消费者。如果政府太过介入干涉，征用创新和动态竞争带来的成果，会减弱预见到类似干预的潜在创新者对发明创造进行风险性投资的动力。同样地，如果法律对于滥用知识产权行为的认定是不确定的或无法预测的（例如，禁止知识产权人收取“不公平的高价”），也会减弱潜在发明者从事创新的动力。

² 参见 Bruce H. Kobayashi & Joshua D. Wright, *Intellectual Property and Standard Setting in the ABA HANDBOOK ON THE ANTITRUST ASPECTS OF STANDARD SETTING* (2010) (citing Landes & Posner, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW* (2003)) [hereinafter Kobayashi & Wright]; Henry E. Smith, *Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information*,” 116 YALE L.J. 1742 (2007).

³ Kobayashi & Wright, *supra* note 2.

⁴ Robert Solow 因发现财富增长主要来源于创新，而非现有财产的边际改进的研究成果获得了诺贝尔经济学奖。参见 Press Release (Oct. 21, 1987), http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1987/press.html.

针对具体规定的建议

一、第 4 章第 18 条：独占性回授

第 4 章第 18 条似乎推定独占性回授具有违法性。该条规定，独占性回授条款“往往并非提高潜在效率的必要因素”。我们诚挚地建议对该条款进行修改，明确认可独占性回授可以促进市场竞争，并且工商总局将采用效果导向方法分析此类独占性回授条款，即仅当此类限制性许可条款造成的阻碍竞争的危害超过其产生的促进竞争的益处时，才判定禁止此类限制性许可条件。

包含独占性回授在内的各类回授协议可以实质性地促进市场竞争，因其会加强互补性技术的整合，激励初次创新并鼓励对创新结果进行再许可。⁵同时，回授也为被许可人和许可人提供了一种分担风险的方法，并能促使许可人对原有技术进行的进一步创新。⁶

虽然美国反垄断执法机构认为非独占性回授“阻碍市场竞争的可能性更小”，但其分析独占性回授与非独占性回授均采用一种效果导向方法，亦即“如果执法机构认定某特定回授条款可能会严重损害被许可人投资改进被许可技术的动力，则其会依据如下因素判断该回授多大程度抵消了其促进的竞争效益”，如（1）提高许可人进行创新的动力；（2）促进被许可人对被许可技术改进结果的传播；（3）促进许可人传播被许可技术；或（4）其他在相关技术市场或创新市场内促进竞争，提高产出的因素。⁷

二、第 5 章：涉及知识产权的滥用市场支配地位

第 5 章第 26 条：拒绝知识产权许可

第 5 章第 26 条涉及对知识产权拒绝许可的规制。工商总局认为，“拒绝许可是知识产权权利人行使知识产权的一种表现形式”，并且反垄断执法机构“一般不会要求知识产权权利人承担与竞争对手或者交易相对人进行交易的义务”。我们非常赞赏工商总局的上述观点。这与美国反垄断执法机构的观点一致，即执法过程中“对权利人单方、无条件拒绝许可行为课加反垄断责任并无意义”。⁸该观点

⁵ See, e.g., DEP’T OF JUSTICE & FED. TRADE COMM’N., ANTITRUST GUIDELINES FOR THE LICENSING OF INTELLECTUAL PROPERTY §§ 5.5 and 5.6 (1995), <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.pdf> [hereinafter DOJ-FTC IP GUIDELINES].

⁶ See id. § 5.6.

⁷ Id.

⁸ DEP’T OF JUSTICE & FED. TRADE COMM’N., Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Competition and Innovation at 6 (April 2007), <http://www.ftc.gov/reports/innovation/P040101PromotingInnovationandCompetitionrpt0704.pdf>.

认为，对拒绝许可行为课加反垄断责任会损害知识产权权利人的核心权利（排他权），从而可能损害其不断创新的动力。此外，“对拒绝许可课加法律责任，将迫使公司主动帮助其竞争对手，这会‘在某种程度上与反垄断法的立法目的相冲突’”。⁹

但是，依第 5 章第 26 条的规定，如果知识产权权利人拒绝许可的知识产权为“生产经营活动必需设施”，且“该项知识产权在相关市场上不能被合理替代”，则推定此类拒绝许可行为“通常具有排除、限制竞争的效果”，并可能被课加反垄断责任。基于下述理由，我们诚挚地希望完全删除此条，或至少修改此条规定，删除所有违法性推定，转而采用效果导向方法加以具体分析。

首先，尽管一个公司的竞争对手可能非常希望在他们的产品中使用某个特定技术，但在实际情况中，很少有必须使用某个特定知识产权才能在该市场参与竞争的情形。事实上，那些主张强制共享“必需设施”（或“关键技术”）的主体，往往低估那些有决心的竞争对手绕过该设施，最终惠及消费者的能力。这尤其适用于快速变迁的技术领域，在科技和市场变化过程中，竞争对手之间有很多机会绕过他人的知识产权，而且绕过知识产权比绕过物理设施也容易得多。考虑到上述因素，美国最高法院作出明确解释，认为应当对所谓“必需设施”的主张保持谨慎的态度，法院应非常谨慎地认定一般规则的例外。即使是垄断者也应有权选择与谁交易。¹⁰

其次，在美国的实践中，如果潜在发明者预测自己的发明成果会因被强迫分享而降低收益，那么其会降低承担研究开发的动力。相反地，如果企业知道他们可以轻易地使用其他公司的专利，那他们会减少创新动力，转而选择搭顺风车使用他人冒风险和投入巨资研发¹¹的成果。要求企业对竞争者给与受保护专利的许可很可能损害创新，从长远来看，这最终会使消费者受损。

最后，如果工商总局要保留此条规定，我们建议修订此条规定，以明确认可由于专利权已经或将要用尽，专利权人的许可能力已受到限制。在专利权用尽的理论之下，一旦某项受专利保护的产品已被授权销售，则该销售行为“授予买方，或任何后来的权利人，依照其意愿‘使用或销售’”，专利权用尽理论消除了买方“购买受专利权保护商品在专利权人首次销售（或类似转让）后”继续利用的法律

⁹ Id. (quoting Trinko, 540 U.S. at 407-08 (列举了三种冲突来源)).

¹⁰ See Verizon Commc’ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 408 (2004).

¹¹ See id.

¹² Bowman v. Monsanto Co., 133 S. Ct. 1761, 1766 (2013) (quoting United States v. Univis Lens Co., 316 U.S. 241, 249-50 (1942)).

限制。¹³基于专利权用尽理论，许可人可以选择不对特定对象许可其知识产权，或在分销链的特定层次上不许可其知识产权。

第 5 章第 27 条：涉及知识产权的搭售

第 5 章第 27 条创设了一种推定，认为“实施同时符合下列两个条件的搭售行为，通常具有排除、限制竞争的效果：（1）违背交易惯例、消费习惯等或者无视商品的功能，将不同商品强制捆绑销售或者组合销售；（2）实施搭售行为使该经营者将其在搭售品市场的支配地位延伸到被搭售品市场，排除、限制了其他经营者在搭售品或者被搭售品市场上的竞争。”我们诚挚地建议修改此条规定，删除此种推定，明确表示工商总局分析搭售行为时采取效果导向分析方法，亦即只有在此类限制性许可条件造成的阻碍竞争的危害超过其产生的促进竞争的益处时，才判定禁止此类限制性许可条件。

与其他限制性许可条件一样，捆绑和搭售一般都是有利于市场竞争，因为它们能加强互补性技术的整合，促进技术传播，降低交易成本。¹⁴例如，在需要多项许可实施一个专利时，捆绑行为就显得非常高效。许多经济学家坚信，搭售和捆绑一般都更倾向于促进竞争而非阻碍竞争。¹⁵因此，美国反垄断执法机构曾表示“在行使其执法裁量权时，它们会对搭售或捆绑行为的促进竞争效果与阻碍竞争效果全面考量。”¹⁶

第 5 章第 28 条：涉及知识产权的附加不合理交易条件

第 5 章第 28 条对知识产权权利人“没有正当理由”实施下列行为认定为“本身违法”：“（1）要求交易相对人将其改进的技术进行独占性回授；（2）禁止交易相对人对其知识产权的有效性提出质疑；（3）限制交易相对人在许可协议期限届满后，在不侵犯知识产权的情况下利用竞争性的商品或者技术；（4）对保护期已经届满或者被认定无效的知识产权继续行使权利；（5）禁止交易相对人与第三方进行交易；（6）对交易相对人附加其他不合理的限制条件。”我们诚挚地希望修改此条规定，废除依据“本身违法”进行推定，转而采用效果导向分析方

¹³ Bowman, 133 S. Ct. at 1766 & n.2.

¹⁴ See, e.g., DOJ-FTC IP GUIDELINES, *supra* note 8, §§5.5 and 5.6.

¹⁵ See, e.g., Alden F. Abbott & Joshua D. Wright, Antitrust Analysis of Tying Arrangements and Exclusive Dealing at 10 (2009) (citing David Evans & Michael Salinger, Why Do Firms Bundle and Tie? Evidence from Competitive Markets and Implications for Tying Law, 22 YALE J. ON REG. 37 (2005)).

http://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/08-37%20Antitrust%20Analysis%20of%20Tying.pdf; see also generally Anne Layne-Farrar & Michael A. Salinger, Bundling of RAND-Committed Patents (June 2015), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2585528; Bruce H. Kobayashi, Does Economics Provide a Reliable Guide to Regulating Commodity Bundling by Firms? A Survey of the Economic Literature, 1 J. COMPETITION L. & ECON. 4, 707 (2005).

¹⁶ DOJ-FTC IP GUIDELINES, *supra* note 8, § 5.3.

法，亦即只有在此类限制性许可条件造成阻碍竞争的危害超过其产生的促进竞争的益处时，才判定禁止此类限制性许可条件。此外，基于下述理由，我们强烈建议工商总局不要因为权利人对过期的或无效的专利收取许可费，或禁止被许可人对合法性提出质疑等行为来认定其是否违反《反垄断法》。

如第一部分所述，包含独占性回授在内的各类回授协议通常会促进市场竞争，因为它们会加强互补性技术的整合。同时，回授也为被许可人和许可人提供了一种分担风险的方法，并能促使许可人对原有技术进行的进一步创新。¹⁷最后，回授的益处在于其是初次创新的动力，同时也鼓励对创新成果进行再许可。与其他限制性许可条件一样，独占性回授应基于效果导向分析方法进行个案认定。

关于就过期专利收取许可费而言，一旦有知识产权过期或新的知识产权加入，就让专利组合的所有人对许可事项进行重新谈判（或提供更新的专利列表），这即使可能做到，也是不切实际的。专利组合包含的专利有不同的到期日，而这也正是许可各方在就许可费进行谈判时的考虑因素。

类似地，事实上在大型专利组合中，实施者坚持在个案中质疑其有效性的行为可能会被认定为恶意拖延或抵制。但是，自专利局许可注册该专利之时起一直到实施许可期间，实施者可以在任何时候对某项知识产权的有效性提出质疑。禁止被许可人质疑有效性的条款仅在实施者已经开始履行许可协议之后才限制实施者提出质疑。当许可协议双方就一项大型专利组合进行协商时，双方都明白该专利组合中的成百上千个知识产权中可能有一些是无效的。各方都不会投入太多精力来找到这些无效的知识产权，因为这会使得交易成本过高。相反地，各方会大致测算一下组合的价值并在已知可能有一些无效专利的情况下做出一个许可费定价。此外，如前所述，知识产权权利人在实施许可协议期间常会随着一些专利重要性的增强，移除旧的知识产权并加入新的知识产权。这种“再平衡”的行业实践进一步降低了被许可人因无效知识产权而支付过多许可费的风险。鼓励被许可人质疑无效知识产权的行为增加了被许可人投机诉讼的机会，以致于被许可人可以无效专利的存在为由拖延支付许可费。阻碍知识产权权利人就其创新贡献获得即时补偿的行为会减损权利人为创新进行投入的动力，这反过来会显著对消费者产生损害。¹⁸

三、第7章：涉及知识产权若干特定行为的反垄断分析

¹⁷ See DOJ-FTC IP GUIDELINES, supra note 8, § 5.6.

¹⁸ See J. Gregory Sidak, *Evading Portfolio Royalties For Standard-Essential Patents Through Validity Challenges* (2015), <https://www.criterioneconomics.com/docs/evading-portfolio-royalties-for-seps.pdf>.

第 7 章第 29 条：标准制定和实施中的行使知识产权行为的一般分析

第 7 章第 29 条规制与标准必要专利 (SEPs) 相关的行为。我们赞赏工商总局认为拥有 SEP 并不必然推定其拥有市场支配地位的态度。我们诚挚地希望相关规则应着重于 SEP 权利人能否将定价维持在竞争水平之上并将产出维持在竞争水平之下，并在相当长的一段时间内保持盈利状态，同时考虑实际或潜在的替代技术避免了市场支配力量。我们也诚挚地建议工商总局阐明，只有当 SEP 权利人已经对标准制定组织 (SSO) 做出了自愿接受公平、合理、无歧视 (FRAND) 条件约束的承诺时，第 7 章第 29-30 条才得以适用。

第 7 章第 29 条还规定，未能披露 SEP 可能会承担反垄断责任。我们诚挚地建议修改此条规定，明确表示只有存在以下六方面证据时才追究法律责任：(1) 专利权人或申请人在某 SSO 中活跃的有表决权的参与者之一；(2) 专利权人知道或应当知道其专利或专利申请可能被纳入在相关标准之中；(3) 专利权人或申请人故意向 SSO 隐藏专利相关信息的行为违背了该 SSO 的明文披露政策；(4) 该标准实施后，专利权人或申请人向标准实施者声称其专利是标准必要的；(5) 若非专利权人或申请人的未进行披露，可能会有替代技术会被纳入该标准；并且 (6) 专利权人或申请人的行为会对或可能对相关市场中的竞争产生负面影响。¹⁹

第 (5) 项要求尤其重要。如果无论 SEP 权利人是否披露相关信息，该技术都会被纳入标准，则该 SEP 权利人未披露的行为并未阻止或减弱市场竞争。如美国华盛顿特区巡回上诉法院在 *Rambus Inc. v. Federal Trade Commission* 案中所述，即便 SEP 权利人已披露其知识产权，且 SSO 将相关技术纳入标准，则 SSO 将难以确保从 SEP 权利人处获取 FRAND 承诺。但是缺少此类承诺并不会阻碍相关市场竞争中替代性技术的竞争……的确，如果 SSO 要求 SEP 权利人提供合理许可费并基于非歧视基础进行许可，我们会看到替代性技术竞争更少，而非更多；高许可费及限制产量条款倾向于吸引竞争者，而非赶走竞争者。²⁰

第 7 章第 29 条还规定，如下情形中，拒绝披露行为“会对竞争和创新产生或可能产生不利影响”：“没有正当理由，专利权人拒绝许可使用该标准的任何人以合理的条件实施其专利；或者没有正当理由，专利权人对条件相同的使用该标准的任何人在许可价格等许可条件下实施差别待遇。”我们认为差别待遇可以起到合法促进竞争的效果，并增进消费者福利。²¹此外，判断某 SEP 权利人是否违反

¹⁹ See, e.g., *Rambus Inc. v. Federal Trade Commission*, 522 F.3d 456, 464-67 (D.C. Cir. 2008); see also Bruce H. Kobayashi & Joshua D. Wright, *The Limits of Antitrust and Patent Holdup: A Reply to Cary, et al.*, 78 ANTITRUST L.J. 505 (2012) [hereinafter Kobayashi & Wright].

²⁰ *Rambus Inc.*, 522 F.3d 456 at 466 (emphasis in original).

²¹ 参见例如 Anne Layne-Farrar, *Nondiscriminatory Pricing: Is Standard Setting Different?*, 6 J. Competition L. &

FRAND 原则中的“不歧视”原则，完全取决于涉案 SSO 的知识产权政策，而这些政策中的规定各不相同。²²例如，有些 SSO 的知识产权政策会将 FRAND 承诺界定为“来者不拒”，而其他 SSO 则将该承诺限定于产业链特定层次上的主体（如用户终端产品，而非芯片组之类的部件）。

价格差别可帮助有固定成本的企业弥补支出，而有时这种弥补可能是非常必要的。²³实际上，在评估差别待遇时要考虑一个重要方面，即与传统商品的价格相比，知识产权研发的本质非常不同。发明创造的过程通常会在研究涉及高额的固定成本投资以及非常低的边际成本。经济学家观察到，价格差别在这种情况下是回收固定成本的重要机制。²⁴

价格歧视可以提高效率、促进市场成长、加强竞争和提高消费者的福利。“例如，这有利于某些对价格敏感的消费者，若强制统一定价，该类消费者可能会被迫退出市场”²⁵有两种特定的消费者群体，第一类是对价格高度敏感者，第二类是对价格不敏感者，如果没有价格歧视，公司可能会根据后一类消费者的情况而定价较高以最大化其利润。因此，第一类消费者将会被排斥在市场之外。另外，“在某些市场结构下，价格差别能够为消费者带来与统一定价相比更低的价格”。²⁶

同样地，差别的拒绝许可或者对不同的主体提出不同的许可条款可以服务于合法促进竞争的目标。例如，企业可能会向部分有利害关系的潜在被许可人授予许可，以保证被许可人有较大的激励来推广许可人的科技。同样地，企业可能向一个拥有销售量较低的公司要求较高的许可费来最大化其收入，或者向能够提供互利条件的被许可人给与较低的许可费，如交叉许可知识产权，这种情况下许

Econ. 811, 811, 814-17 (2010)(关于传统商品和服务市场上的价格歧视和知识产权许可的现有文献确立了“价格歧视并不必然是有害的，在一些情况下甚至会增加消费者利益；大多数知识产权许可因在许可费率和许可条款中区别对待被许可人而被冠以‘歧视’的称谓；市场力量的证据在任何针对反竞争的知识产权许可歧视的诉讼中都应保持原始状态，但是，广泛适用于区分有害和有利或无害的许可歧视的标准或规则并没有合为一体，也就是说最好的方法仍然是做一个仔细的、大量的基于影响的分析。”[下称 Layne-Farrar].

²² 参见 Joanna Tsai & Joshua D. Wright, Standard Setting, Intellectual Property Rights, and the Role of Antitrust in Regulating Incomplete Contracts, 80(1) ANTITRUST L.J. 157 (2015).

²³ Layne-Farrar, *supra* note 21 at 827 (citing William J. Baumol & Daniel G. Swanson, The New Economy and Ubiquitous Competitive Price Discrimination: Identifying Defensible Criteria of Market Power, Symposium on Competitive Price Discrimination, 70 ANTITRUST L.J. 661 (2003)).

²⁴ Layne-Farrar, *supra* note 21 at 827 & n.53-54 (collecting cites).

²⁵ *Id.* at 815 (citing Benjamin Klein & John Wiley, Jr., Competitive Price Discrimination As an Antitrust Justification for Intellectual Property Refusals to Deal, 70 ANTITRUST L.J. 599 (2003); Richard Schmalensee, Output and Welfare Implications of Monopolistic Third-Degree Price Discrimination, 71 AM. ECON. REV. 242 (1981); Hal R. Varian, Price Discrimination, in HANDBOOK OF INDUSTRIAL ORGANIZATION 597 (Richard Schmalensee & Robert D. Willig eds., North-Holland 1989) (surveying price discrimination theory and practices); Lars A. Stole, Price Discrimination and Competition, in 3 HANDBOOK OF INDUSTRIAL ORGANIZATION 2223 (Mark Armstrong & Robert Porter eds., Univ. of Chicago 2007)).

²⁶ Layne-Farrar, *supra* note 21 at 816 (citing Jacques F. Thisse & Xavier Vives, On the Strategic Choice of Spatial Price Policy, 78 AM. ECON. REV. M. 122 (1988); D. Fudenberg & J. Tirole, Customer Poaching and Brand Switching, 31 RAND J. ECON. 634 (2000)).

可费已经得到部分抵扣。

在美国，关于有负面效果差别待遇的担忧主要集中于在纵向一体化领域里权利人既拥有专利，又在下游市场中予以实施。这是因为如果专利权人没有下游市场的业务，那么一般不会有动机对与其没有竞争关系的被许可人进行差别待遇。²⁷只有在提升总体许可费的情况下，非一体化的权利人只会有动力进行反竞争性的差别待遇，然而最大化上游许可费收入的行为一般又会同时提升下游市场的竞争程度。²⁸同时上游企业也会因为市场扩大而受益，即上游企业仅在扭曲下游市场竞争可使得许可费收入提高时才有这种动力。如果专利权人不是纵向一体化的，那么针对其差别待遇行为的指责要更加谨慎，因为此时专利权人缺乏动力去将不同被许可人区分待遇。²⁹最后，考虑到发生市场扩张和其他效益的可能性，包括进行研发投入等，即使在权利人参与纵向一体化的情况下，也应当采用更谨慎的态度来认定区别的许可（包括含标准必要专利的许可情形）。

第 7 章第 30 条：涉及标准必要专利禁令救济的反垄断规制

第 7 章第 30 条规定，标准必要专利权人在以下情形下，申请针对标准实施者的禁令救济“可能”违反《反垄断法》规定：

- (一) 标准必要专利权人未警告标准实施者并指明其具体的侵权方式，而径直申请禁令救济；
- (二) 标准实施者明确提出进行公平、合理、无歧视许可谈判的意愿，但标准必要专利权人不予理睬，或者未向其发出书面许可要约，直接申请禁令救济；
- (三) 标准实施者明确表示愿意接受法院或者双方同意的仲裁机构基于公平、合理、无歧视原则所做出裁决的情况下，标准必要专利权人仍然申请禁令救济；
- (四) 国务院反垄断执法机构认定的其他情形。

第 7 章第 30 条还规定了免于承担反垄断责任的安全港条款，当标准必要专利权人有证据证明被控侵权人（1）“明显缺乏谈判诚意”，（2）“不按照商业管理或诚信原则积极磋商”，（3）“故意拖延许可谈判进程”，（4）“不愿意支付专利许可费”，或者（5）“没有能力支付专利许可费和损害赔偿金。”

鉴于下述理由，我们强烈建议完全删除此条规定，工商总局不应对仅寻求禁

²⁷ See, e.g., Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis, & Mark A. Lemely, Unilateral Refusals to License in the US, 2 J. COMPETITION L. & ECON. 1, 16 (Mar. 2006).

²⁸ Layne-Farrar, *supra* note 21 at 825.

²⁹ *Id.* at 828.

令救济的行为强加反垄断制裁。禁令救济会对创新或消费者造成危害这一观点并无实证支持，而且证明危害的责任应当由宣称政策发生根本性转变的人来承担。

此外，反向专利劫持和抵制³⁰同样都有可能发生，通过对禁令救济采取反垄断制裁会打破 FRAND 生态系统的精准平衡，很有可能导致不利后果。³¹事实上，对禁令救济采取反垄断制裁会严重改变 SEP 权利人和实施者双方利益之间的平衡状态。正如欧洲法院在 *Huawei v. ZTE* 案子中所认可的，“确保相关利益的良好平衡”是至关重要的。³²此外，强加反垄断制裁可能会降低创新动力并阻碍 SEP 权利人参与标准制定，从而剥夺消费者从标准化技术中可以获得的实质性促进竞争的利益。³³最后，禁令只有在法院的强制力下才得以应用。这个关键的门槛降低了潜在危害的风险。同样地，仅禁令救济这个行为单独并不构成市场垄断，因为法院独立地考量了诸多结果因素，包括永久禁令会对公共利益造成损害的大小。³⁴鉴于仅禁令本身就可能导致潜在危害，申请禁令的威胁大小就取决于它被准许的可能性。

另一个替代方案是，工商总局在决定对寻求禁令救济行为采取反垄断制裁（我们强烈建议停止此行为）时，如果有证据证明保证遵循 FRAND 原则的 SEP 权利人采取了专利劫持行为，即专利权人利用禁令救济的威胁来要求与 SEP 权利人的事先承诺不一致的过高许可费，此时应适当限制其承担的责任。我们须避免预先假设寻求禁令救济的 SEP 权利人必然会利用该救济（或其产生的威胁）来要求过高许可费。³⁵由于市场机制会对专利劫持产生一定程度的约束作用来阻

³⁰ 专利劫持需要有锁定发生，并且具有特定财产性投资的实施标准的公司能被定义该标准的专利锁定。另一方面，如果权利人的技术仅在该标准内有市场，标准制定组织内的创新者同样也可能被锁定。因此，进行专利劫持的诱因在两个方向上都存在。同样也有 FRAND 抵制的可能性存在。反向专利劫持指当被许可人利用筹码获得低于 FRAND 的费率和条款的情况，FRAND 抵制指被许可人拒绝或者拖延接受 FRAND 许可。参见 Luke Froeb & Mikhael Shor, Innovators, Implementers, and Two-Sided Hold-Up, ANTITRUST SOURCE at 3 (Aug. 2015),

³¹ 参见 Luke Froeb & Mikhael Shor, Innovators, Implementers, and Two-Sided Hold-Up, ANTITRUST SOURCE at 3 (Aug. 2015), http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/aug15_froeb_7_21f.authcheckdam.pdf (剥夺禁令救济使得“议价能力和盈利从创新者转移到实施者”，“削弱了专利的价值并严重降低了创新动力”); Bernhard Ganglmair, Luke M. Froeb & Gregory J. Werden, Patent Hold Up and Antitrust: How a Well-Intentioned Rule Could Retard Innovation, 60 J. INDUS. ECON. 249 (2012) (“对过度定价进行损害赔偿的 FRAND 承诺执法解决了专利劫持问题，但阻碍创新，这个解决方案本身可能比问题还要严重”)[以下称 Ganglmair 等].

³² Case C-170/13, *Huawei Technologies Co. v. ZTE Corp.* ¶ 55 (July 16, 2015), <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165911&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=603775>.

³³ 参见 Douglas H. Ginsburg, Taylor M. Owings, & Joshua D. Wright, Enjoining Injunctions: The Case Against Antitrust Liability for Standard Essential Patent Holders Who Seek Injunctions, THE ANTITRUST SOURCE 1, 5-6 (Oct. 2014) (合同法足以起到震慑作用)[以下称 Ginsburg, Owings, & Wright]; see also Bruce H. Kobayashi & Joshua D. Wright, The Limits of Antitrust and Patent Holdup: A Reply to Cary, et al., 78 ANTITRUST L.J. 505 (2012).

³⁴ See Ginsburg, Owings, & Wright, *supra* note 33 at 2-3, 6.

³⁵ 参见 Anne Layne-Farrar & Koren W. Wong-Ervin, Methodologies For Calculating FRAND Damages, LAW360 at 3-4 (Oct. 8-10, 2014) (阐述了“实施专利劫持需满足两个要素：机会和行动”，罗列了诸多对专利劫持的机会产生不利影响的市场机制),

碍该行为，因此这种预先假设并不可取。例如，声誉和经营成本可能会阻碍专利劫持，“与 SEP 权利人订有诸多交叉许可协议的专利权人可能会受到保护免受专利劫持”。³⁶另外，如果专利权人的技术被采纳为标准，他们常常会获得先发优势。结果，使用标准化专利生产产品的专利权人可能会发现，“为促进使用该标准的产品被更多地采用并提高对该产品的需求量而提供更为优厚的许可条款比收取高额的单位许可费带来更高的利润”。³⁷

进一步地，任何要求 SEP 权利人证明被控侵权人是恶意被许可人的侵权责任理论有阻碍参与标准制定的危险，特别是当被控侵权人单单通过同意受中立裁判条款制约就能够证明善意的时候。如果 SEP 侵权人面临的最糟糕的处罚不是禁令而仅仅是缴付中立裁决下的 FRAND 许可费，该 FRAND 许可费应当一经请求立即支付，且反向专利劫持和抵制向实施者提供一个方法来延缓付款——如果他们无视判决结果以避免支付——这使得 SEP 权利人处于会导致不利地位，以至于阻碍创新和参与标准制定。³⁸简而言之，对单纯的寻求禁令救济行为施以反垄断出发有可能会降低对 FRAND 许可的额外拖延或反向劫持。

最后，工商总局如果要保留此条款，至少应当对反垄断侵权责任适用安全港规则。类似于欧洲法院在 *Huawei v.ZTE*³⁹的案子中采取的做法。具体来说，适用于 SEP 权利人的安全港规则是指：（1）在启动侵权诉讼之前，向被诉侵权者发出警告并指出专利侵权的具体情形；（2）在被诉侵权者明确表明了愿意缔结一份基于 FRAND 条款的许可协议后，提供一份具体的书面许可要约，着重阐明许可费及其计费方法。欧洲法院要求被诉侵权者从承诺被拒绝并在先使用 SEP 时起通过及时提供与 FRAND 条款相对应的具体的书面承诺，提供合适的担保（例如债券或基金）来对该要约“认真回应”，“根据该领域认可的商业实践，遵守诚实信用原则”。⁴⁰运用这种方法来决定是否给予反垄断处罚时，有必要将专利权人和被诉侵权人双方的行为都纳入考虑范围。

在该裁判中，欧洲法院认可 SEP 权利人“拥有申请禁令或召回产品的权利”，

https://www.ftc.gov/system/files/attachments/key-speeches-presentations/wong-ervin - methodologies_for_calculating_fraud_damages.pdf.

³⁶ See, e.g., Prepared Statement of the Federal Trade Commission Before the U.S. Senate Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights Concerning “Standard Essential Patent Disputes and Antitrust Law” at 6 (July 30, 2013),

https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/prepared-statement-federal-trade-commission-concerning-standard-essential-patent-disputes-and/130730standardessentialpatents.pdf.

³⁷ Id.

³⁸ 这种拖延策略会在专利权人拥有一个世界范围内的，需要在全球各地提起诉讼来视个案情形适用 FRAND 原则的 SEP 专利组合得以采用。

³⁹ Case C-170/13, Huawei Technologies Co. v. ZTE Corp. (July 16, 2015),
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165911&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=603775>.

⁴⁰ Id. ¶¶ 66-67.

认为该权利应被限制在特定情境下。⁴¹该裁判认可了对反向劫持的忧虑，表明它将不会容忍侵权者的“拖延策略”。⁴²欧洲法院重申，裁判中多处对竞争的分析都包含了涉及两个竞争者的情形。最后，欧洲法院分析了将寻求禁令救济作为与过高定价这种剥削行为相反的排他行为。

第 7 章第 31 条：专利联营

第 7 章第 31 条创设了一种推定，专利联营管理组织“没有正当理由”实施特定行为，“通常具有排除、限制竞争的效果”。我们诚挚地建议删除此项推定，转而采用效果导向的分析方法。因为美国反垄断执法机构及其他反垄断执法机构（包括欧盟委员会和加拿大竞争执法局）均认为，专利联营协议有助于提升竞争效率，如降低交易成本（通过允许“一站式”获得所需专利许可以便实施一项标准），减少专利侵权诉讼，清除交易障碍，减轻潜在的专利许可费堆叠问题。⁴³因此，美国反垄断执法机构基于合理规则（效果导向分析方法）分析专利联营协议，在个案中判断专利联营协议是否会阻碍市场竞争。⁴⁴这种方法会造福中国广大消费者。鉴于阻碍竞争推定的存在，相关市场主体创设有益市场竞争的专利池的举措更可能被《反垄断法》追责，从而产生寒蝉效应，阻碍市场竞争。

结语

我们很高兴有机会发表评述，并乐意就任何工商总局可能对本评述产生的问题做出回应。

⁴¹ Id. ¶ 65-66, 71.

⁴² Id. ¶ 55.

⁴³ DOJ-FTC IP GUIDELINES § 5.5.

⁴⁴ See generally U.S. DEP'T OF JUSTICE & FED. TRADE COMM'N, ANTITRUST ENFORCEMENT AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: PROMOTING INNOVATION AND COMPETITION 64-66 (2007).