



美中贸易全国委员会 关于国务院反垄断委员会《关于滥用知识产权的反垄断指南》的建议

2015年11月26日

美中贸易全国委员会（USCBC）感谢国务院反垄断委员会给予我们参与《关于滥用知识产权的反垄断指南（征求意见稿）》（以下简称“《指南草案》”）公众意见征求的机会。这个过程体现了中国反垄断执法机构——国家发展和改革委员会、国家工商行政管理总局和中国商务部为增强立法和政策制定透明度所作出的不懈努力。

美中贸易全国委员会拥有近 210 家会员公司，其中包括许多在制造业、信息技术产业、医药业、服务业和其它行业拥有成千上万专利的全球创新领袖企业。我会员公司一直以来都非常支持中国维护市场公平和竞争的权利，同时也支持中国通过制定法律法规来实现其推动创新和竞争、提高经济效益、保障消费者权益和公众利益的目标。此份建议反映了许多美国领先企业的观点，他们的业务覆盖中国经济的各行各业。

我们认同中国政府在反垄断机构应如何处理知识产权问题的这一方面提供更多指导的努力，因为知识产权在本质上与其他各类财产权利有很大区别。此外，我们也赞赏这份《指南草案》承认不同形式的知识产权协议和行为的条款，例如专利回授、共同研发、专利联营以及高价许可等等，存在鼓励竞争和抑制竞争的双面性，并在很多情况下能提供解释。

同时，我会员公司也表示，为了实现促进竞争和创新、提高经济运行效率等目标，此《指南草案》中的一些条款需要做进一步的澄清。

考虑到很多问题可能已经由其他组织机构提出，我委员会提交以下对《指南草案》的建议，以期在正式发布前得到具体解释和适当修改。

一、（基本问题）

（一）执法原则

我们赞赏《指南草案》中的条款是针对知识产权独特性而为反垄断执法机构制定的执法原则。国务院起草这些规定的努力既是上述思路的证明，也体现了中国政府对这些特性

的认同。然而，尽管其它中国法律规定（例如《专利法》）已区别对待知识产权，本《指南草案》仍包括了执法机构“将知识产权与其他财产性权利不作区别对待”的规定。

考虑到知识产权的独特性，我们建议将一、（一）1 修改为“在对知识产权行使行为进行反垄断分析时，遵循《反垄断法》的基本分析框架，同时考虑知识产权和其它财产性权利的区别，以及《专利法》和其它适用的相关法律规定中知识产权的合法行使。此外，正当行使法律授予的知识产权不应被视作滥用知识产权”。

（二）相关市场界定

（二）试图解释诸如“技术市场”这样的核心概念，并引入“创新市场”之类的全新概念。然而，许可人和被许可人双方都会对这里的描述产生重要疑问，因为这些市场非常难以定义。考虑到这些难题，此处的定义有可能对专利授权产生挑战。基于我们的了解，目前还没有机构在世界领先的两大竞争地区——美国和欧盟——根据相关技术市场或创新市场概念成功地执行过任何一个案例。除此之外，我们还注意到 2015 年 4 月工商总局发布的《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》已经删除了起草过程中关于“创新市场”的语言，其中就有这方面的考量。正因为定义技术市场存在挑战，这些概念应仅在《反垄断法》分析的常用工具（例如相关商品市场定义）不足的情况下使用。

为面对这些挑战，我们建议删除（二）最后一段中“如果知识产权和相关商品分开交易”的语句。这样的变化可以合理地限制“相关技术市场”的运用，使其只在相关商品市场的界定不能全面地分析行使知识产权所带来的竞争影响的情况下使用。此处修改将以最准确地方式保证技术市场的定义在合理的情况下得以引用。我们同时建议增加一些语言来解释如何执行“行使知识产权所涉及的技术和可以相互替代的技术之间相互竞争”。这里的描述使人对相关市场应如何定义产生疑惑。例如，本《指南草案》的条款没有明确新一代的技术是否应该被定义为可以相互替代的现有技术，尽管它们各自有着不同的功能和用途；亦或者管理机构是否有可能将相关市场的范围不准确地等同于合法授予的排他专利的范围。

我们也建议删除（二）中提到创新市场的语言，因为这个概念难以执行。目前的描述无法为其明确定义，这将引发关于如何实施这些条款的重大问题。

（三）总体分析思路

这份《指南草案》不仅包括了竞争状况的分析思路，例如一些特殊行为如何可能排除、限制竞争，也包括了分析这些行为将促进创新、提高效率的思路，我们对此十分赞赏。这标志着执法机关分析权衡特定行为促进或限制竞争能力的重要提升。在此基础上，我们建议作出一些额外的修订，以保证这种权衡能力在各适用情况中均得到考量。

例如，一家授权贵重专利的公司可以轻易地触发所有列于一、（三）2 中的因素（竞争排除或限制分析），但这些因素必须与在中国市场扩大应用技术范围所带来的促进创新、鼓励竞争因素相权衡。为保证所有执法机构统一执法尺度，我们建议将第一段第二句

修改为“应该考虑相关市场的竞争状况，相关知识产权行使行为是否排除、限制竞争，相关知识产权行使行为是否促进创新、提高效率”。

除此以外，我们还建议继续修改（三）3（促进创新、提高效率分析），以保证这些规定对于政府部门是明确而可执行的。这些修改包括：

- 一、（三）3(2)：删除当前限制性行为是“促进创新、提高效率所必不可少的”的要求，并替代为“限制性行为允许行使对公开推广新技术而对科技创新、提高效率有帮助的知识产权，抑或二者兼备”。
- 一、（三）3(5)：为“动态效率”提供一个更明确的定义，并且解释本条款中的“动态效率”是否与（三）3.(1)和（三）3(2)中的“效率”有任何联系。

二、可能排除、限制竞争的知识产权协议

（一）回授

我们注意到此处有“回授通常可以降低许可人的许可风险，推动对新成果的投资和运用，促进创新与竞争”这样积极的语言。然而与此同时，这一部分也指出执法机构可以判定一些回授行为是排除竞争行为。为了与本《指南草案》其它有关补偿的规定（基本上都使用了“合理”这一措辞）保持一致，我们建议将二、（一）1中的“实质性对价”改成“合理的对价”。

（二）纵向限制

二（二）中列出的许多“纵向限制”符合《反垄断法》中第十三条中禁止“具有竞争关系的经营者”达成的横向协议的定义，而不是第十四条中禁止“经营者与相对交易人”达成的纵向协议。这将使许可人和被许可人的关系产生问题。例如，专利许可人和被许可人是否仅因一方出售许可而另一方购买许可而存在纵向关系，抑或有其他原因？我们建议明确许可人和被许可人之间关系的定义，并相应地修改本节标题。此外，我们建议修改本节中列举的限制性情形，使其与《反垄断法》的第十三、十四条保持一致。如果反垄断委员会选择通过这些规定增加新的垄断协议类型，我们建议反垄断委员会明确指出为何这些特别类型的垄断协议适用于知识产权许可交易，而不适用于其它类型的纵向或横向关系。

另外，我们还担心此处列出的一些纵向限制可能与通常的市场实践相冲突。企业之间通过市场议价达成的许可合同是可以包括对被许可人商品范围或商品生产和销售地的限制等的合理限制。这些因素应当基于对其鼓励或限制竞争的影响本身的审评，而不是仅概括地考虑其限制或排除竞争的方面。我们建议在二、（二）增加语句，认可这些限制兼具积极和消极的竞争影响。

除此之外，此处的语句似乎呈现出了一种与其他中国法律法规不同的思路。例如，此处规定似乎假定在一些特定领域或相关市场限制行使知识产权有可能排除或限制竞争。然

而，《合同法》第三百四十三条（以及2004年《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》中的规定）允许技术转让合同各方约定实施专利或者使用技术秘密的范围，除非这一约定限制技术竞争。这表示各方是假定允许限制行使知识产权的，除非这种限制伤害了竞争。

（四）专利联营

我们赞赏此处规定中明确描述专利联营中存在鼓励竞争和排除竞争因素，而不是直接规定专利联营这一行为本身是鼓励竞争或排除竞争的。二（四）4指出，“联营成员通过专利联营交换价格、产量、市场划分等与竞争有关的信息”可能排除或限制竞争。然而，此处并未明确“价格”是指专利许可的价格，还是包含被许可专利的商品的价格。考虑到专利联营在保证有效提供大量许可方面的集体特性，联营成员有可能需要探讨所有联营专利的总许可费。为保证这一描述不会被广泛地用于对专利联营不合理的限制，我们建议修改“价格”为“商品价格”。

此外，二、（四）5提到，“限制联营成员或者被许可人独立或者与第三方联合研发新技术”有可能排除、限制竞争。字面上看，这种限制本身有可能会限制专利联营成员采取行动保护他们的专利不受本专利联营之外的其他专利联营的成员的侵害。为了解决这个问题，我委员会推荐将此条款修改为“限制联营成员或者被许可人独立或与第三方联合研发新技术，除非此新技术研发行为以违反联营规则的方式侵害联营成员或者被许可人的知识产权”。

最后，我们还注意到这些规定并未明确应对《反垄断法》调查的责任方，是专利联营的管理实体，还是向专利联营提供专利的实体？我们建议反垄断委员会在正式稿或解释说明中就这点提供明确解释。

三、涉及知识产权的滥用市场支配地位行为

（一）不公平的高价许可费

我们注意到这条中加入了允许就知识产权许可获得“合理”经济补偿的描述，对弥补研发投入的重要性的认可，还提到了专利权所有人收取许可费的行为通常不会受到《反垄断法》的规制。创新型公司不仅使用许可费来弥补之前的研发投入，更需要这份收入保障支持未来创新，包括拓展研发活动。因此我们建议将第一句话修改为“权利人有权就其知识产权获得合理的经济补偿，以弥补其已发生研发投入或继续推动创新”。此外，为保证执法机构在认定许可费是否公平时充分考虑第一段提到的因素，我们建议增加新的因素：“考虑收取的许可费是否合理时，应考虑研发投入数量或者未来是否会被用于创新”。

另外，我们鼓励反垄断委员会仔细考虑政府机构介入许可各方议价过程的影响，以保证此类介入不妨碍中国的创新，或阻碍需要大量研发投入的、创造重要科技突破的研究。

（二）拒绝许可

我们赞赏此处增加的有关权利人“不承担与竞争对手或者交易相对人进行交易的义务”的明确解释。对拒绝许可的调查应该谨慎进行，因为不恰当的调查有可能阻碍许可人对重要发明进行投资，或鼓励他们技术保持为商业秘密（而不是专利）。不恰当的调查也有可能鼓励潜在的被许可人利用反垄断指控作为获取技术的捷径，而不是自身增加创新投入。

我们鼓励将这些条款修改为与基本原则一致的语言。这包括将第二段第一句话中的“拒绝许可的正当理由”（这种说法似乎假定了拒绝许可是排除竞争的，除非提供详细理由），修改为“拒绝许可是否造成了排除或限制竞争”（这种提法与第一段保持一致，假定除认定为反对竞争的情况外，是允许拒绝许可的）。

三、（二）第一段列举了两种拒绝许可可能排除、限制竞争的情况。然而，这两种情况都存在适用性问题。例如，权利人的竞争对手可以轻易地通过声称专利技术是其商业活动所必须，以指控一次拒绝许可有可能限制竞争，特别是在没有明确标准判断什么是“不利影响”的情况下。那么同样地在如何判断同意许可知识产权会不会对权利人造成“损害”上也存在疑问。我们建议《指南草案》对政府机构和公司应如何理解这两条标准上提供进一步的解释说明。

（四）附加不合理的交易条件

我们赞赏该条款为审核交易过程中可能出现的“不合理的条件”的范围给出明确定义，这为反垄断执法部门所关注的市场内各方提供了更明确的解释。为了进一步确保各反垄断执法机构的执法口径相一致，我们建议修改这条的描述，明确列出各反垄断执法机构应如何应对一些正常商业行为，例如批量专利许可以及应如何评估权利人应对侵权诉讼时终止或冻结其被许可人的专利许可授权的行为。

我们同时注意到三、（四）3（限制交易相对人利用竞争性的商品或者技术）和三、（四）5（禁止交易相对人与第三方进行交易，或者对交易相对人与第三方的交易行为在对象选择、交易地域等交易条件方面进行限制）中的限制都反映了国际许可过程中的一些鼓励竞争和创新的普遍商业行为。我们鼓励反垄断委员会与国际、国内业内企业进行更深入的探讨，了解如何能最好地确保这些条款不会过分限制正常商业行为，并根据讨论结果相应修改这些条款。

（五）差别待遇

我们赞赏这里有关知识产权权利人有权对不同的被许可人实施不同的许可条件的表述，这常常可以通过允许公司更有效地服务不同客户群体，以及促进技术开发和经济增长来达到鼓励竞争的目的。

然而，我们也注意到判定歧视差别对待被许可人的标准主要是交易条件是否与其他被许可人实质相同和许可人的成本，而几乎没有考虑到被许可人的情况。例如，常见的商业

美中贸易全国委员会

关于国务院反垄断委员会《关于滥用知识产权的反垄断指南》的建议

做法是权利人考虑与被许可人的关系（客户、合作伙伴或者竞争对手），被许可人的商业类型（批发商、零售商或供应商），被许可人的业务区域（全国，或是一些高成本市场），以及被许可人拥有资产组合（是否拥有可以提供许可的专利）。“一刀切”的做法会限制中国发展成一个具有活力和全球认可的知识产权许可市场的能力，并且也会损害其专利的活力和价值。

实际操作方面，政府机构和公司很难决定待遇的公平性，因为技术许可正在逐渐变得复杂，其条款针对不同对象可能拥有许多重大或细微的差别。除此之外，对比被许可人也是非常困难的，因为没有两个被授权人会是同一规模、拥有相同的业务组合或相同的商品。

我们建议反垄断委员会删除此项条款；如不可能删除，建议尽可能大幅修改以包括新的表述以要求政府机构认可许可交易的复杂性，而不是要求对所有被许可人相同待遇。

四、涉及标准必要专利的知识产权行使行为

我们鼓励反垄断委员会处理涉及标准必要专利时尊重并支持知识产权，并同时将执行条款的重心放在已明确定义、排除竞争的行为上。

标准必要专利是我们许多会员公司最主要担心的问题之一，因为中国如何处理这些涉及标准必要专利的问题会对创新和技术发展产生重要影响。我们强烈建议反垄断委员会积极、定期地与包括外资企业和产业组织机构等在内的产业界保持联系，以便了解应如何定义和判定标准必要专利，同时鼓励创新并保障知识产权在标准设立行为中获得恰当支持。

此外，我们还鼓励反垄断委员会在起草和修改有关富有挑战性的问题的条款时能仔细考虑创新问题。这些问题包括市场在形成合理许可费议价时的作用；诸如批量许可的商业惯例；以及应如何看待标准必要专利的权利人采取申请禁制令或回应侵权诉讼时的行为。

结论

美中贸易全国委员会感谢国家发展和改革委员会提供此次机会，就《指南草案》提出建议。我们希望这些建议对所有涉及该政策的各有关机构是有帮助且富有建设性的。我们希望有机会就建议上的问题与贵方作进一步交流与探讨。

-完-

美中贸易全国委员会
联系人： Jake Laband
北京办事处首席代表
电话： 010-6592-0727
传真： 010-6512-5854

电子邮件： jlband@uschina.org.cn