

## 中国正在制定《关于滥用知识产权的反垄断指南》

近期，中国国务院反垄断委员会向公众发布了《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”），于2017年3月23日至2017年4月21之间征求公众意见。这份由反垄断委员会撰稿的指南是基于之前由国家发展和改革委员会（“发改委”）、商务部、国家工商总局以及国家知识产权局共同提出的建议稿。由于这份指南一旦实施后会对在华开展业务的外国公司（尤其是技术密集型的大公司）产生影响，一些外国组织，比如美国知识产权法律协会（AIPLA）等也积极地向反垄断委员会递交了对指南的意见。

基本上，指南遵循了反垄断法的框架，也就是涉及反垄断法第三条所规定的三种主要的垄断行为，即经营者达成垄断协议、经营者滥用市场支配地位以及具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中。同时，指南旨在提供指导以将这些概念应用于涉及滥用知识产权的情形，正如指南的分析原则（第一条）之一所述：“分析经营者是否滥用知识产权排除、限制竞争……需考虑知识产权的特点”。此外，指南还列出另外两条重要的原则。其一，不因经营者具有知识产权而推定其在相关市场具有市场支配地位，这一点是值得称赞的；其二，根据个案情况考虑相关行为对效率和创新的积极影响。然而，后者似乎仅在表面上来看是很好的，因为指南第五条为此设定了相对较高的标准，此种积极影响的存在需要同时满足五个条件。

依照前文所述三种主要的垄断行为，下文将谈到指南中几条突出的规定。

### **第二章：涉及知识产权的垄断协议**

本章第六至九条涉及与知识产权相关的协议中常见的一些做法，比如联合研发、交叉许可、独占性回授和不质疑条款。总体而言，这几条关注的是涉及知识产权的协议中是否具有限制性的条款，例如，交叉许可是否为排他性许可。这种非黑即白式的用语，即某种限制是否存在，可能带来这样一种效果——将任何限制理解为负面的，同时忽视了这类限制性条款中隐含的促进竞争的有利因素。

尽管标准制定在产业界十分重要，但指南的第十条也同样以负面的形式来对其考量。当分析标准制定者是否可能滥用知识产权，需要考虑四个因素：是否排除其他特定经营者；是否排除特定经营者的相关方案；是否约定不实施其他竞争性标准；对行使标准中所包含的知识产权是否有必要、合理的约束机制。这些因素可能会带来一些问题，因为要么没有考虑到可能发生促进竞争的合作性标准制定的情形，要么忽略了现有的各标准制定组织并不全都采用相同的知识产权政策路线的事实。

### **第三章：涉及知识产权的滥用市场支配地位行为**

值得肯定的是，指南认为“经营者拥有知识产权，并不意味着其必然具有市场支配地位”。这一点使指南与国际反垄断执法的惯例更加一致。

第十四条突出了知识产权许可中的“不公平的高价”，但是没有提供充分的指导表明怎样才构成“不公平的高价”。这可能会损伤创新者的积极性，其本可以对其在创造知识产权时的投入追求合理的回报。此外，这一条还提到一个考虑因素，就是在一揽子许可时是否就过期或者无效的知识产权收取许可费。而在组合许可的情况下，要对专利组合中的每一个专利都详细分析是不太实际的，就好像如果将组合作为一个整体来考虑并不能协商出一个许可费用。

#### **第四章：涉及知识产权的经营者集中**

指南认识到涉及知识产权的经营者集中的特殊性，并强调了需要考虑附加的限制性条件，包括结构性条件、行为性条件和综合性条件。具体而言，第二十三条规定，行为性条件可能涉及通过具体安排确保遵守公平、合理、无歧视性义务等。就如 AIPLA 在其对指南提出的意见中所表达的，AIPLA “对集中的批准以当事方同意在 FRAND 条款下许可其非标准必要专利为条件表示担忧，尤其是如果那些专利的转让作为交易的一部分并不会带来与交易前的情形相比的任何竞争担忧。不应该要求专利所有者遵守并非自愿作出的 FRAND 或其他承诺。”

概括而论，一方面指南相对于之前的建议稿向着理性法则（rule of reason）的标准迈进了一步，另一方面仍不清楚指南最终会如何实施，因为指南的很大一部分反映了加在可能受到反垄断调查的企业身上的人为限制。

有趣的是，本文作者注意到指南的某些规定与 2015 年国家发改委认定高通公司违反《反垄断法》时提出的理由高度相似。在那件调查案件中，高通被处罚了 9.75 亿美元。发改委所给出的理由例如有：以不公平的高价许可知识产权（第十四条）、无正当理由搭售非标准必要专利的许可（第十六条规定“知识产权的一揽子许可也可能是搭售的一种形式”）、附加不合理交易条件（第十七条）。如果指南乃是高通案调查理念的“追溯”正名和“未来”巩固，至少高通案可以作为一个透镜，透过这个透镜我们可以预期最终的指南会是什么样子以及它会如何被实施。