

乔治梅森大学法学院全球反垄断学会对国家发展和改革委员会《国务院反垄断委员会关于滥用知识产权的反垄断指南》的意见

2016年1月13日

本文旨在针对国家发展和改革委员会（以下简称“发改委”）2015年12月31日发布的《国务院反垄断委员会关于滥用知识产权的反垄断指南》（征求意见稿）提供意见。感谢发改委提供给我们评述的机会，并衷心赞扬发改委工作的透明。我们基于对反垄断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¹，特提交如下意见。

2015年11月12日，我们针对发改委《国务院反垄断委员会关于滥用知识产权的反垄断指南》前一版本的征求意见稿提交过意见。前意见（请见附件A）包括创新经济学的背景介绍以及对捆绑、回授、交叉许可、不质疑条款、拒绝许可、收取“不公平高价”许可费以及寻求禁令救济提供了众多建议。在本意见中，我们对此前所提的建议再次重申，并且对于如下四个领域提出另外的修正意见：总体分析、收取“不公平高价”许可费，差别待遇和禁令救济。

总体而言，我们同样建议发改委采用更加以合规为本的方法，提出基本原则，允许各方自行考量。而当前的指南征求意见稿是用列举的方式给出发改委在做具体分析时考虑的一些因素，但指南征求意见稿并没有对每一个因素的重要性，以及反垄断执法机构在做总体决定的过程中侧重程度进行说明。这一方式给予反垄断执法机构在做执法决定时非常宽泛的自由裁量权，而不提供给可能受制于反垄断法管辖的利害关系人需要的指引以保护创新和转移技术的动力。最后，我们建议发改委采用与美国反垄断机构1995年《知识产权许可反垄断指南》相似的方式，将举例说明的方式贯穿整个指南，用以阐述说明反垄断执法

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。法学教授、经济学博士 Joshua D. Wright 是 GAI 的总干事、前美国联邦贸易委员会委员。GAI 干事 Koren W. Wong-Ervin 是前美国联邦贸易委员会知识产权和反垄断领域顾问。法学教授 Douglas H. Ginsburg 是美国哥伦比亚特区上诉法院的高级法官、GAI 国际顾问委员会主席并且作为前美国司法部部长助理任职期间主管司法部反垄断部门。法学教授、经济学博士 Bruce H. Kobayashi 是 GAI 资深学者和创始理事。

机构如何运用基本原则。²

建议

第 I(iii)2 条-总体分析思路

我们建议第 I(iii)2 条做如下修改：

2. 排除、限制竞争的分析

分析知识产权行使行为是否排除、限制竞争，可考虑以下因素，将使用知识产权的竞争影响与假设没有获得许可时将会产生的影响进行比较：

(1) 行为对相关市场存在的竞争及潜在竞争的消除或者阻碍；

(2) 行为控制关键技术等资源，设置或者提高相关市场进入障碍的可能性，增加了竞争者获得关键引入以及反竞争地阻碍了这一路径；

(3) 行为对技术创新、推广和发展的阻碍；

(4) 行为对相关产业发展的阻碍；

(5) 行为在产量、区域、消费者等方面产生限制的时间、范围和程度，导致增加了成本，或反竞争性地阻碍竞争者获取关键资源，或显著增加其成本。

出现以上任一或几种因素，并不必然意味着争议的行为排除、限制竞争。而是，以上任一因素的出现，仅仅表明该行为可能排除、限制竞争。最终的分析取决于该行为对消费者的影响。

正如我们在 2015 年 11 月 12 日的意见中所详细阐述，排他权是知识产权权利人的核心权利，对于增进创新激励，激发新的发明创造以及将其商业化起着根本作用。认识到保留这一核心权利的重要性，美国反垄断机构采用了分析式的方法，即比较利用知识产权所带

² 参见 DEP'T OF JUSTICE & FED. TRADE COMM'N., ANTITRUST GUIDELINES FOR THE LICENSING OF INTELLECTUAL PROPERTY, <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.pdf> [以下简称“DOJ-FTC IP Guidelines”].

来的竞争性影响与假设没有相关许可时的影响进行对比。这一重要的广为接受的方法论原理在整个指南征求意见稿中是缺失的。

第 III(ii)1 节—以不公平的高价许可知识产权

我们诚挚建议对第 III(ii)1 节做如下修改：

1.以不公平的高价许可知识产权

经营者有权就其知识产权获得合理的激励性回报，以收回研发投入，继续创新。“合理的激励性回报”系根据风险调整后的研发投入回报得出。经营者依照有关知识产权的法律法规收取许可费的行为，通常不会受到《反垄断法》的规制。但是，如果经营者滥用其具有的市场支配地位，以不公平的高价许可知识产权，会排除、限制竞争，损害消费者利益。

分析和认定经营者是否以不公平的高价许可知识产权，可考虑以下因素：

~~（1）经营者主张的许可费是否与其知识产权价值明显不符；~~

（2）相关知识产权权利人所负担的许可承诺；

（3）相关知识产权许可历史或者可比照的许可费标准，考虑因素包括情形、时间以及许可的当事人相关的谈判地位；

（4）经营者是否超出知识产权的地域范围或者覆盖的产品范围收取许可费；

（5）经营者进行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，当知识产权权利人没有照常向知识产权权利组合中增加新的专利来保持组合的平衡，并且当各方并没有在确定许可费时考虑组合中存在过期和/或无效知识产权的可能性时；

~~（6）知识产权许可协议中是否包含其他导致不公平高价许可条件；~~

(7) 经营者是否采取不正当手段使被许可人接受其提出的许可费。

分析和认定承诺以“公平、合理、无歧视”（“FRAND”）原则进行许可的经营者是否以不公平的高价许可标准必要专利，还可考虑符合相关标准的产品所承担的整体许可费情况及其对相关产业正常发展的影响。在考虑总体许可费时，反垄断执法机构要承担举证责任，即证明特定实施人所支付的实际许可费是否存在叠加，并评估许可费是否过高。反垄断执法机构不能用“等同专利数量”的方式假设特定标准的全部 SEP 权利人收取相同或相似的费率。实际收取的许可费只有在对产品市场产生严重不良影响，或者至少是严重限制了产量时才应被认定为过高。

正如我们在 2015 年 11 月 12 日的意见中所阐述，规制价格，特别是规制知识产权的价格会带来许多危害。例如，用法律来要求价格“公平”或是“合理”，或者禁止企业收取“不公平高价”许可费会带来遏制竞争的风险。另外，经济学告诉我们，缺乏实际市场交易信息的情况下认定“公平的”价格尤为困难。事实上，评估与知识产权许可有关的价格的“公平性”特别困难，因为既没有一个用来与这一价格进行比较的边际成本，知识产权本身又彼此之间差异化明显，使得即使在它们之间进行价格比较不是不可能的话，也会很困难。对知识产权的价格施加过于严苛的限制会带来减少创新回报的风险，消费者也会承担因创新减少带来的不利后果。最后，为确定某一特定的价格是否过高，发改委需要计算出合理许可费的范围作为基准来与被指控的过高许可费的价格进行比较。以我们的经验来看，规制竞争的机构一般而言欠缺在计算许可费率方面的能力，这一任务最好留给市场解决，或者不得已时，交给法院解决。³基于这些理由，我们强烈建议发改委删去这一条款。

然而，如果发改委仍决定保留这一条款（尽管我们强烈反对），我们诚挚请求将上述建议的修正纳入进来。第一和第六个因素没有提供具体指导并且仅仅是以下结论式的方式重复该条款的目标。因此，我们诚挚请求删去该条款。

关于第三个因素，可比照的许可费标准可能是现有的证明专利市场价值的最佳证据。在考虑可比照的许可费标准时，很重要的一点是要考虑到如环境、时机、相关的许可当事

³ 对于法院认定费率困难的探讨，请见 Anne Layne-Farrar & Koren W. Wong-Ervin, *Methodologies For Calculating FRAND Damages*, LAW360 (2014.10.8-2014.10.10), https://www.ftc.gov/system/files/attachments/key-speeches-presentations/wong-erwin_methodologies_for_calculating_frاند_damages.pdf [以下简称“Layne-Farrar & Wong-Ervin”]。

人谈判地位等因素。例如，当一项技术商业上的可行性尚不确定时，一般而言，它的许可费将会比技术有明确或者预期商业可行性时的许可费要低。

就过期的知识产权收取许可费的问题，常常会有许可的专利组合中有知识产权过期或者新的知识产权加入进来的情况。对于专利组合的权利人而言，每当这种情况发生时就重新谈判（或者提供更新过的专利清单），即使是有可能做到的，也太不现实。专利组合包含有有效期各不相同的专利，而且经常有新的专利定期加入进来，许可的各方当事人在对价格协商时会将这些多种情况下的有效期考虑进来。事实上，以我们的经验来看看，我们发现对有着各不相同有效期专利的专利组合进行许可是普遍的行业实践，有利于降低交易成本并且便于许可。⁴

同理，就无效的知识产权收取许可费的问题，当许可人和被许可人就大型专利组合进行许可谈判时，双方都知道专利组合里成百上千个专利中有部分可能是无效的。当事人并不会投入大量的资源来鉴别哪些专利是无效的，否则交易成本就太高了。与之相反，当事人会对要许可的专利组合综合评估其价值，并在考虑到有些专利可能是无效的情况下确定许可费。

最后，对于许可费叠加的问题，美国联邦上诉法院在 *Ericsson v. D-Link* 案中解释过，实施人（或者此处即指反垄断执法机构）负有举证责任，提供证据证明实际存在许可费叠加，以及评估认定许可费是否过高。在判决中，上诉法院否定了美国地区法院所采用的考量总体许可费的方法，即假设在所有的 SEP 权利人收取相同或相似的费率的情况下考量总体许可费。这一问题在于，并非所有的专利是相同的，而 FRAND 原则的费率应该体现涉案特定 SEP 的价值。因此，假设所有 SEP 权利人收取与涉案既定 SEP 相同或相似的费率并没有意义。在存在交叉许可或者其他的商业关系时反而会免收使用相关 SEP 的许可费。

区分 SEP 的数量以及 SEP 权利人的数量也很关键。考虑到一揽子许可的普遍程度，SEP 权利人的数量，而非 SEP 的数量才是最关键的问题。即使要求对 1000 个 SEP 的许可实施一既定的标准，如果所有的这些 SEP 由单一主体以一揽子的方式持有，那么不会有许

⁴ 在 *Kimble v. Marvel Entertainment, LLC* 案中，美国最高法院在专利滥用的案件中，似乎有意淡化杠杆理论并直接认可一揽子许可或组合许可，法院认为，对于包含多种专利或者额外的非专利权利的许可协议，……可以收取许可费直到协议中最后一个有效专利过期为止。” 判决简报 6（2015 年 6 月 22 日）。http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-720_jiel.pdf。

可费叠加的问题。⁵另外，因为种种原因，并非所有的 SEP 权利人都寻求许可费。正如美国联邦巡回上诉法院在 *Ericsson v. D-Link* 案中所提到的，“仅仅因为上千的专利被认为是某一标准的必要专利，并不意味着遵循标准的公司非得向每一个 SEP 权利人支付许可费。”⁶

最后，古诺互补问题（许可费叠加理论的基础）中的假设在于每一供应商在定价时不会考虑其他所需投入的定价。⁷但并没有理由假定这将必然适用于标准制定。例如，SEP 权利人会在标准制定中与其他 SEP 权利人（以及其他所有 SSO 成员）进行合作，因此很可能知道哪些专利会由哪些主体提出主张。因此，没有理由假定 SEP 权利人将在不考虑全部已知 SEP 的情况下设定费率。

第 III(ii)5 节-差别待遇

我们诚挚建议对第 III(ii)5 节做如下修改：

5. 差别待遇

经营者有权对不同的被许可人实施不同的许可条件。但是，具有市场支配地位的经营者，没有正当理由，对条件实质相同的被许可人实施不同的许可条件，可能排除、限制竞争。

判断差别待遇是否构成滥用市场支配地位，可以考虑以下因素：

（1）被许可人的条件是否实质相同，可以考虑被许可的知识产权范围、不同的被许可人利用相关知识产权提供的商品或服务是否存在替代关系；

⁵ Anne Layne-Farrar & Koren W. Wong-Ervin, *An Analysis of the Federal Circuit's Decision in Ericsson v. D-Link*, CPI ANTITRUST CHRONICLE at 6-7 (Mar. 2015), <http://www.crai.com/sites/default/files/publications/An-Analysis-of-the-Federal-Circuits-Decision-in-Ericsson-v-D-Link.pdf>.

⁶ 773 F.3d at 1234.

⁷ AUGUSTIN COURNOT, RESEARCHERS INTO THE MATHEMATICAL PRINCIPLES OF THE THEORY OF WEALTH 99-116 (Nathaniel T. Bacon trans., Augustus M. Kelley Publishers 1971) (1838); 见 Bruce H. Kobayashi, *Does Economics Provide a Reliable Guide to Regulating Commodity Bundling by Firms? A Survey of the Economic Literature*, 1 J. COMP. L. & ECON 707, 714 (2005).

(2) 许可条件是否实质不同，除分析许可协议本身的条款外，还需综合考虑许可人和被许可人之间达成的其他商业安排对许可条件的实质影响；

(3) 在竞争影响没有超过促进竞争效果的情况下，是否对被许可人参与相关市场竞争产生显著不利影响。

(4) 价格差别是否有助于公司用固定成本以弥补支出；

(5) 差别待遇条款是否有助于被许可人更有动力推广许可人的技术。

(6) 差别待遇条款是否使得许可人将其收入最大化，例如，通过向低销售额的公司收取更高的许可费；或者向能在交易中提供有价值的对价的被许可人收取更低的许可费，例如交叉许可，这种情况下许可费已经得到部分抵扣。

正如我们在 2015 年 11 月 12 日的意见中所提，创新的过程常常会涉及大量的前期研发投入，生产阶段边际成本较低。经济学家观察到价格歧视在这种情况下会成为回收固定成本的重要机制。⁸

一般而言，价格歧视对福利带来的影响是双面的⁹，它支持效益为本的方式，既认可价格歧视的反竞争用处，又认可价格歧视的普遍使用在提高效率、培育市场、促进竞争以及增进消费者福利方面的作用。“例如，它能使得在要求统一价格的情况下会被排除在市場之外的对于价格敏感的消费者仍能享受服务。”¹⁰有两种不同的消费者群体，一种对价格高度

⁸ Anne Layne-Farrar, *Nondiscriminatory Pricing: Is Standard Setting Different?*, 6 J. COMPETITION L. & ECON. 4, 811, 827 & n.53-54 (Dec. 2010) (整体引用) [以下简称 Layne-Farrar].

⁹ 请见 Hal R. Varian, *Price Discrimination* in HANDBOOK OF INDUSTRIAL ORGANIZATION 597, 619-622 (Richard Schmalensee & Robert D. Willig eds., North-Holland 1989) [以下简称 Varian]; Hal R. Varian, *Price Discrimination and Social Welfare*, 75 AM. ECON. REV. 870 (1985).

¹⁰ Layne-Farrar, *supra* note 8 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); Varian, *supra* note 9 at 597 (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)).

敏感，另一种不敏感。在没有价格歧视的情况下，公司会对后一种群体定以相当高的价格来最大化利润。结果，第一种群体将会被排除在市场之外。并且，“对有些市场结构，与统一定价相比，价格歧视也能为消费者带来更低的价格。”¹¹

同理，有差别地拒绝许可，或者对不同当事人使用不同的条款进行许可，可以服务于合法的、促进竞争的目的。例如，经营者可以许可给一部分（并非全部）对其知识产权感兴趣的潜在被许可人以确保被许可人更有动力推广许可人的技术。或者，为了从专利中最大化其收入，经营者可以向低销售额的公司收取更高的许可费，而向能在交易中提供有价值的对价的被许可人收取更低的许可费，例如交叉许可，这种情况下许可费已经得到部分抵扣。

第 III(ii)6 节-禁令救济

我们诚挚建议对第 III(ii)6 节进行如下修改：

6. 禁令救济

本指南所称禁令救济，是指专利权人请求司法机构或者准司法机构颁发限制使用相关专利的命令。

禁令救济是标准必要专利权人依法享有的维护其合法权益的救济手段。但是，做出 FRAND 原则承诺的拥有市场支配地位的标准必要专利权人利用禁令救济申请迫使被许可人接受其提出的不公平的高价许可费或其他不合理的许可条件，可能排除、限制竞争。只有当做出 FRAND 保证的 SEP 权利人使用禁令救济来获得在没有禁令的情况下无法获得的过高许可费，或者使用其他不合理的手段排除、限制竞争，并且没有被这些手段的促进竞争的效果超过之时，寻求或实施禁令救济就才构成违反反垄断法。

分析和认定标准必要专利经营者申请禁令救济是否排除、限制竞争，可考虑以下因素：

- (1) 谈判双方在谈判过程中的行为表现及其体现出的真实意愿；

¹¹ Layne-Farrar, *supra* note 8 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)).

(2) 相关标准必要专利权利人所负担的有关禁令救济的具体承诺；

(3) 谈判双方在谈判过程中所提出的许可条件；

(4) 申请禁令救济对许可谈判、相关市场及下游市场竞争和消费者利益的影响。

安全港原则：当 SEP 权利人满足下列情形时，将不被认定为承担反垄断法责任：（1）在启动侵权诉讼前，警告了被控侵权人其主张的侵权行为并且指明专利权被侵犯的方式；并且（2）在被控侵权人明确表达了依据平等合理无歧视原则缔结许可协议的意愿之后，给予被控侵权人明确的书面许可要约，说明许可费及其计算方式。

被控侵权人有责任以该领域受认可的商业惯例相一致且善意的方式积极回应 SEP 权利人的要约，立即提出符合 FRAND 条款的明确的书面反要约，并且在反要约被拒绝并且使用 SEP 技术之前提供适当的担保（例如，第三方保证或基金）。

正如我们在 2015 年 11 月 12 日的意见中所述，考虑到反向专利劫持和抵制的可能性，对寻求或实施禁令救济强加反垄断法制裁，极有可能产生不利后果，包括扰乱保持微妙平衡状态的 FRAND 机制。对寻求禁令救济施加反垄断法制裁改变了 SEP 权利人和实施人关键的利益平衡。如欧洲法院（ECJ）在 *Huawei v. ZTE* 案中所予以认可的，“确保相关的利益之间的平衡是很关键的”。¹²另外，施加反垄断法制裁极有可能降低创新的积极性并且阻止 SEP 权利人参与标准制定，从而剥夺了消费者对于标准化技术享有的大量的促进竞争的利益。¹³最后，禁令问题只取决于法院决定。这一关键的守门人最大可能地减少了潜在危害的风险。因此，仅仅单独寻求禁令救济并不会垄断市场，因为法院对是否批准禁令独立

¹² 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>.

¹³ 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*, ANTITRUST SOURCE 1, 5-6 (Oct. 2014) (合同法足以起到震慑作用) [hereinafter 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).

评估，考虑公共利益是否因禁令而受到损害。¹⁴至于有观点认为仅仅是禁令的威胁也会导致危害，提出禁令带来的警告（或者威胁产生的恐惧）效应取决于禁令会被批准的可能性。

然而，尽管我们强烈反对，如果发改委仍然决定对寻求禁令救济的行为施加反垄断法制裁，至少在有证据证明做出 FRAND 承诺的 SEP 权利人进行专利劫持的情况下，对该行为施加的反垄断法责任应该受到限制，即专利权利人用禁令救济的威胁要求与 SEP 权利人在先承诺不符的高于竞争性的许可费。¹⁵有必要避免假定寻求禁令救济的 SEP 权利人必然会使用禁令（或以禁令相威胁）索要高于竞争性的许可费。这一假定并没有根据，因为市场机制施加了大量限制避免借此机会进行劫持。例如，声誉和商业成本会减少重复从事劫持的活动，并且“与 SEP 权利人有着广泛交叉许可协议的专利权利人能受保护免于劫持”。¹⁶另外，如果他们的技术被纳入了标准，专利权人常常能享有先发者的优势。“因此，使用标准化技术生产产品的专利权利人‘会发现为促进使用标准的产品被广为接纳，而提供有吸引力的许可条款，增加产品需求，这与高价许可费相比，利润更丰厚’”。¹⁷

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。¹⁸ 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。

¹⁴ 见 Ginsburg, Owings, & Wright, *supra* note 13 at 2-3, 6.

¹⁵ 见 Layne-Farrar & Wong-Ervin, *supra* note 3 at 3-4 (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)。

¹⁶ 见, *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.

¹⁷ 同上. (quoting FED. TRADE COMM’N & U.S. DEP’T OF JUSTICE, ANTITRUST ENFORCEMENT AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: PROMOTING INNOVATION AND COMPETITION 41 (2007), <http://www.ftc.gov/reports/innovation/P040101PromotingInnovationandCompetitionrpt0704.pdf>).

¹⁸ 当专利权人拥有的 SEP 在世界范围内需要在全球各地提起诉讼，根据个案情形适用 FRAND 原则来裁定许可费时，这种拖延策略会更加严重。在上述情况下，可能国际仲裁是解决 FRAND 纠纷最有效率和可行的途径。

结论

我们非常感谢能有机会提供意见，并且乐意就发改委可能对本意见所提出的问题作出回应。