

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知识产权滥用反垄断指南的评述

2015年11月12日

本文旨在针对国家发展和改革委员会（以下称“发改委”）起草的有关知识产权滥用的反垄断指南（以下称“指南”）提交评述，我们对于能提交评述的机会感到衷心感谢，同时也高度赞赏发改委所展现的透明度。基于我们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¹交叉领域的丰富经验和专业知识作出如下评论。

引言

总体而言，我们赞赏发改委提出的一般原则，如在前言及正文中所提及，允许“正当”与“合法”地行使知识产权，将反垄断执法控制在“排除或限制竞争”行为范围内。然而，我们诚挚地建议发改委在指南的修改中明确认可知识产权人正当”与“合法”的排他性权利。我们同时诚挚地建议发改委在其指南中采纳美国反垄断执法机构在评估行使知识产权可能对竞争产生的影响过程中所采取的分析方法，即将行使知识产权带来的竞争影响与如果没有任何知识产权许可的情形进行比较。这一重要原则在目前的指南中没有体现。该原则有助于最大程度地保护竞争和消费者，这同样也符合中国建设创新型社会的目标。

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的总干事 Joshua D. Wright 是法学教授、经济学博士、前美国联邦贸易委员会委员。GAI 国际顾问委员会的成员包括美国哥伦比亚特区上诉法院的高级法官、美国司法部反垄断部门的前助理总检察长、法学教授 Douglas H. Ginsburg，法学教授、经济学博士、GAI 资深学者和创始理事 Bruce H. Kobayashi，以及联邦贸易委员会官员 Joshua D. Wright 的前顾问律师、本评述的作者之一 Koren W. Wong-Ervin。

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激励创造发明、创意以及原创作品²。界定产权还降低交易成本，这促进了知识产权的转让和许可，激励开发替代性及改进性技术，以及其他衍生性的应用。

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和并将其披露。

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。

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 1, 2 (2010) (citing William M. Landes & Richard A. Posner, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW* (2003)).

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.

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。

针对具体规定的建议

一、第一(二)部分第2项—关于排除、限制竞争的分析

第一(二)部分第2项涉及对是否具有排除或限制竞争效果的分析,我们诚挚地建议发改委在指南中明确,在进行分析的时候,会考量与“若非”,即没有许可的情形进行对比。

第一(三)部分第2(2)项在考虑排除或限制竞争效果时,需要考虑“行为控制关键技术等资源”,基于以下原因,我们诚挚地建议删除或修订这一条款,消除根据类似“必需基础设施”的理论认定行使知识产权违反《反垄断法》的可能性。

首先,尽管一个公司的竞争对手可能非常希望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。⁵

第二，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⁶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。

二、第一（三）部分第 3 项—关于促进创新、提高效率的分析

第一（三）部分第 3（2）项规定，在考察是否有促进创新、提高效率的后果时，发改委会考虑“限制性行为是促进创新、提高效率所必不可少的”。我们诚挚地建议发改委删除这一条款，或至少修改如下：

“为促进创新、提高效率目的，该限制性行为在合理程度上是必需的。”

这种修改对于避免适用过于严格的认定标准非常必要，否则可能阻碍创新，以及损害创新动力。美国反垄断执法机构曾解释，在决定一项限制性行为“是否对于促进竞争效率是合理必要”时，“执法机构不会为了商业实践中不切实际的理论最小限制效果而兴师动众。”⁷

⁵ 参见 *Verizon Commc' ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 408 (2004).

⁶ 参见同上。

⁷ DEP' T OF JUSTICE AND FED. TRADE COMM' N., ANTI-TRUST GUIDELINES FOR THE LICENSING OF INTELLECTUAL PROPERTY § 4.2,

<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.pdf> [下称 DOJ-FTC IP GUIDELINES].

三、第三（一）部分—针对非标准必要专利的不公平高价许可费

第三（一）部分规定，在决定一个具有市场支配地位的权利人是否收取“不公平的高价许可费”时，发改委会考虑下列因素：“（1）相关知识产权许可历史或者可比照的许可费标准；（2）权利人是否超过知识产权覆盖的范围收取许可费；（3）权利人是否迫使被许可人接受不合理的许可方式或者许可期限；（4）权利人进行一揽子许可时是否迫使被许可人接受过期或者无效的知识产权”。基于下列分析，我们强烈建议发改委不要将《反垄断法》中的“不公平高价”条款适用到知识产权领域。

即使发改委坚持保留相关条款，我们建议发改委至少要做出下列修改：（1）明确承认“合理”的补偿应该反映出调整失衡风险后的价格；以及（2）在决定某一特定许可费是否“过高”时，发改委将使用本文第三（B）部分所描述的假想协商框架，计算出一个合理许可费作为基价。我们同样赞赏发改委认可“权利人收取许可费的行为，通常不会受到《反垄断法》的规制”。我们建议发改委再次重申该关键性的原则，明确认可发改委仅仅会在例外情形下规制价格。

A. 在知识产权领域适用“不公平的高价许可费”规定的风险

美国反垄断执法机构并不规制价格，⁸相反地，在美国公司可以自由地单方

⁸ 参见例如 Bill Baer, Assistant Attorney General, Antitrust Division, Prepared Remarks at the 19th Annual International Bar Association Competition Conference (Sept. 11, 2015) (“我们不考反垄断法来规制专利许可费。控制价格会干预市场自由竞争，放缓创新前进动力。因此，美国反托拉斯法本身并不禁止“过度定价”。同样地，受法律许可的垄断者完全可以选择收取垄断性的许可费。这种做法通过对竞争对手或新进入者施以巨大回报的诱惑来促进竞争。”)。

<http://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-bill-baer-delivers-remarks-19th-annual-international-bar>; Edith Ramirez, Chairwoman, Federal Trade Commission, Prepared Remarks at the 8th Annual Global Antitrust Enforcement Symposium, Georgetown University Law Center at 8 (Sept. 10, 2014) (“与 FTC 和 EC 的做法相反，媒体报道称，如果专利权人对其受 FRAND 承诺约束的 SEP 或其没有自愿接受 FRAND 承诺约束的专利寻求许可，中国的反垄断机构可能会仅凭这样的许可费条款判令其承担责任。”)。

https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/582451/140915georgetownlaw.pdf.

面设定或私下协商价格；垄断者也可以自由设定垄断价格，这引导企业实施自担风险的企业行为，从而引发创新及经济增长。⁹

依照法律来规定“公平”、“合理”的许可费，或禁止企业收取“过高”或“过低”许可费的做法会有风险反而惩罚激烈的竞争。一般而言，竞争政策不应该规制垄断者为追求利润最大化，而对其产品和知识产权所收取的任何价格。在经济学和反垄断法里均不明自的一个道理是，“垄断价格的收费...会...在第一时间吸引具有‘商业头脑’的人，从而引发勇于承担风险的创新和经济增长”。¹⁰上述解释尤其适用于知识产权领域；国家制定和保护知识产权的目的正是为了鼓励有风险的投资和昂贵的研发活动。为了达到创新和保护竞争二者之间的平衡，垄断价格应该只有依据其他原因违法时才应当受到规制。

此外，经济学中揭示在缺乏市场信息的情况下难以确定一个“公平”的价格。实践中，在知识产权许可中的“公平”许可费更是难以评估的，这一方面是因为没有边际成本能用来与价格比较，另一方面是因为不同知识产权之间是高度差异化的，进行价格的比较即使不是不可能，也是极其困难的。过于严格限制知识产权的价格，会减少创新的动力，消费者的利益会因为创新的减少而受损。在这些限制之下，知识产权人在确定其许可行为是否违反中国的《反垄断法》时将面临重大的不确定性。

为确定一个特定价格是否过高，发改委需要计算一个合理的许可费，并以此作为基准与假设的过高价格作比较。从我们的经验来看，竞争执法机构一般不具备计算许可费率的能力。因此，这也是最好留给市场的任务，而万不得已的时候

⁹ 参见例如 *e.g., Trinko*, 540 U.S. at 407.

¹⁰ 同上。

也应交由法院作决定。¹¹

B. 计算合理许可费的适当方法

我们强烈地建议发改委不要针对知识产权适用“不公平高价”条款，若发改委保留这一条款，我们建议其适用如下的方法作为计算合理许可费的基准。然而我们也注意到，该方法适合那些有完善案卷记录的法院使用，这些记录通常包含详细的专家报告，并经过直接询问和交叉询问。此外，需要注意的是，使用该假想谈判框架计算而得的许可费是最低限度的许可费，专利权应获得机会证明其利润损失，即被“不公平高价”条款¹²否认的那部分利益。因此，在依据“不公平高价”条款调查的情况下，经计算获得的合理许可费应该同样作为补偿专利权人收取许可费的最低标准，避免对专利权人补偿不足，从而大大降低专利权人的创新动力。

计算合理许可费的目标是拟制出在未发生侵权的情况下的市场回报。因此该等回报应当为在假想谈判中许可人与自愿被许可人所协商达成的价格。在美国这一理论的经典案例是 *Georgia-Pacific Corp. v. United States Plywood Corp.*，该案中计算合理损失的方法是“假设许可人（例如专利权人）与被许可人（例如侵权人）合理地、自愿地努力达成协议，这种情形下双方会（在侵权开始时）达成的许可费数额¹³”，该假想框架的核心原则是以自愿的许可人/被许可人为模型，并在该模型下确定双方接受的价格。

¹¹ 对法院裁判中设定许可费率的困难的讨论，参见 Anne Layne-Farrar & Koren W. Wong-Ervin, *Methodologies For Calculating FRAND Damages*, LAW360 (Oct. 8-10, 2014),

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

¹² 美国专利法具体规定“法院应当判给原告足以弥补其侵权损失的损害赔偿，数额在任何情况下都不得低于侵权者利用该发明获得的合理的许可费及利息，以及法院的相关费用。” 17 U.S.C. § 284.

¹³ *Georgia-Pacific Corp. v. U.S. Plywood Corp.*, 318 F. Supp. 1116, 1120 (S.D.N.Y. 1970), 在 446 F.2d 295 (2d Cir. 1971)中修改并注明。

确定许可费率的十五项因素如下:

- (1) 专利权人已经接受的专利许可费,用以证明或试图证明已确定的许可费;
- (2) 与涉案专利权相类似的其他专利技术的许可费;
- (3) 专利许可的性质和范围,比如是独占许可还是非独占许可,有无许可的地域限制或销售对象限制;
- (4) 专利权人在许可政策中附加维持其垄断地位的特定条件;
- (5) 专利权人与侵权人的商业关系,比如他们是否为在同一地区、在同一商业链条上的竞争者,抑或他们分别是技术的开发者与推广者;
- (6) 被许可人因销售专利产品而对促进自身其他产品销售所产生的影响;该项专利技术带动专利权人销售其他非专利产品的既有价值;以及这种衍生销售或者附带销售的程度;
- (7) 专利权的有效期限和许可期限;
- (8) 已有专利产品的获利能力,商业成功情况,目前受欢迎程度;
- (9) 该项专利权与旧方法或设备相比所具有的用途和优势;
- (10) 发明创造的性质、专利权许可方拥有的和生产的专利商品的特性,以及给使用这项专利技术的人所带来的收益;
- (11) 侵权人在多大程度上使用了专利技术,以及使用后所带来的可证实的收益;
- (12) 在特定商业领域或类似商业领域中,商业习惯所允许的该发明或类似发明在产品利润或售价中所占的比例;
- (13) 在所实现利润中应当归因于该发明的利润比例,相对于应归因于非专利因素、制造方法、商业风险、侵权人增加的重要特征或者改进所带来的利润比例;
- (14) 具有资质专家的证言;
- (15) 假设许可人(例如专利权人)与被许可人(例如侵权人)合理地、自愿地努力达成协议,这种情形下双方会(在侵权开始时)达成的许可费数额。

第十五项因素是一个理论性的谈判价格，其他十四项因素列举了证据的类别。尽管上述列表列出了多项因素，但各项因素均可以合理方式相组合，且并非每一个案件中都要适用所有的因素。

在假想谈判的框架中，美国法院会考虑谈判双方关于计算许可费率的证据，因为每个技术和市场都是不同的，需要考量的证据和每个因素的权重程度还需要根据具体情况分析。

可比照许可可能是最佳的证明专利市场价值的证据。在美国联邦巡回上诉法院最近做出判决的 *Ericsson v. D-Link* 一案中，陪审团认定依据终端产品可比较许可计算专利损害赔偿的证据应当被充分考量，法院推理认为：“现实世界中类似的许可很难找到...因此专利权人往往难以找到以许可为基础的证据”。¹⁴在实践中，大多数高科技市场中的许可，包括智能手机在内，在谈判时都是在专利组合基础上使用终端用户设备的价格为基础计算许可费。这其中有诸多因素决定了在自由许可谈判中双方选择计价基础。如行业惯例和方便当事人就是一个因素，而双方之间的其他商业交易又是另一个因素。为了降低管理成本，许可费基础通常要考虑到易于监测和计算销售量，选择终端产品作为计价基础即往往是出于这些原因。

联邦巡回上诉法院也认为，由于在先的许可几乎不可能与侵权行为完全类似，不同的许可作为证据的权重不同，但不影响其采信性¹⁵。举例来说，可比许可中可能比涉案许可涵盖更多的专利、包括交叉许可条款、包含外国的知识产权、或作为多部件产品价值的部分比例，“在引入可比照许可作为证据去评估专利的价值时，必须说明不同事实的区分¹⁶”。当考量可比照许可时，考察下列因素很重

¹⁴ 773 F.3d 1201, 1228 (Fed. Cir. 2014).

¹⁵ 同上，第 1227-28 页。

¹⁶ 同上。

要，例如不同的情形、时间和授权许可时双方的谈判地位。举例来说，一般而言，当技术的商业可行性不确定的情况下，会导致许可费比技术可行性已确认时的情况下许可费要低。

最后，我们强烈建议发改委不要基于专利组合中有过期专利的存在而认定违反《反垄断法》。在专利组合中，经常会有知识产权到期或是有新的知识产权加入，要求专利组合权利人每次都对整个许可进行重新谈判（或提供更新的专利清单）即使不是不可能的，也是不切实际的。组合中的专利有不同的失效日期（也会有新专利不断被纳入），各方在许可谈判中确定价格时应考虑在内。

根据我们的经验，在组合中的每个专利会有不同失效日期，这是为降低交易成本、促进许可常见的商业惯例¹⁷。

四、第三（二）部分—拒绝许可

第三(二)部分规定具有市场支配地位的企业拒绝许可时，符合下列条件的，可能排除、限制竞争：“（1）拒绝许可可能导致相关市场上的竞争或者创新受到不利影响，损害消费者利益或者公共利益；（2）许可该知识产权不会对权利人造成损害。”我们诚挚地建议修改这个条款，采用类似美国反垄断执法机构所采取的态度，即执法过程中¹⁸“对权利人单方、无条件拒绝许可行为施加反垄断责任并无意义”。该观点认为对拒绝许可施加反垄断责任，将限制知识产权人的核心排他权，并可能损害创新的动力。另外，“对拒绝许可施加责任，将迫使公司主动帮助他们的竞争对手”，这“在某种程度上将造成与反垄断法根本目的的冲

¹⁷ 在 *Kimble v. Marvel Entertainment, LLC*, 一案中，就专利权滥用这一问题，美国最高法院似乎认为杠杆原理并不重要，并在没有提出任何放缓要求的情况下支持一揽子许可或组合许可，称“无论许可协议是覆盖了多项专利权还是额外的非专利权利，专利许可费应计算至协议所涉专利中最后一个专利的到期日”。Slip Op. at 6 (June 22, 2015), http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-720_jiel.pdf.

¹⁸ 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>.

突’”。¹⁹

第三（二）部分进一步规定了拒绝许可的“正当”理由，包括以下因素，例如“拒绝缺乏必要资格的潜在受让人；有足够的技术支持或能力支付许可费，确保合理使用的技术、产品的安全性；拒绝潜在的被许可方通过知识产权的使用，可能对节能、环境保护带来负面影响等。”我们诚挚地建议修改这个条款，应明确地认定知识产权权利人行使其核心排他权本身，即单独构成拒绝许可一个有效理由，²⁰该修改为保护核心权利和创新的动力都是必要的。事实上，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，那么其会降低其进行研究开发的动力。

我们同时建议修改本条款明确认可由于专利权可能已经或将要用尽，许可本身已经收到了限制。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²¹’”，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”继续利用的法律限制²²。因此，许可方在某些情况下，可以选择不对某些人进行专利权许可。

五、第三（五）部分—差别待遇

第三（五）部分规定差别待遇“可能”会在下列情形中消除或者限制竞争：（1）拒绝被许可人提出与其他被许可人实质相同的交易条件；以及（2）差别待遇对被许可人参与相关市场的公平竞争产生了显著不利影响。我们诚挚建议删除第（1）

¹⁹ 同上(引自 *Trinko*, 540 U.S. at 407-08 (对该延伸提供了三方面的来源))。

²⁰ 参见例如., Benjamin Klein & John Shepard Wiley, Jr., *Competitive Price Discrimination as an Antitrust Justification for Intellectual Property Refusals to Deal*, 70 ANTITRUST L.J. 3, 599 (2003).

²¹ *Bowman v. Monsanto Co.*, 133 S. Ct. 1761, 1766 (2013) (quoting *United States v. Univis Lens Co.*, 316 U.S. 241, 249-50 (1942)).

²² *Bowman*, 133 S. Ct. at 1766 & n.2.

- (2) 项, 并以效果为基础的分析来认定: (1) 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²³; (2) 价格差别可以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。²⁴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。²⁵

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²⁶”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

23 参见例如 Anne Layne-Farrar, *Nondiscriminatory Pricing: Is Standard Setting Different?*, 6 J. Competition L. & Econ. 4, 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].

24 同上, 第 19 页。(引自 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)).

25 Layne-Farrar, *supra* note 23 at 827 & n.53-54 (collecting cites).

26 同上, 第 815 页。(引自 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)).

格”。²⁷

同样地，差别性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，这种情况下许可费已经得到部分抵扣。

在美国，关于有害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²⁸。只有在提升总体许可费的情况下，非一体化的权利人才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会同时提升下游市场的竞争程度²⁹。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。³⁰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性的许可。

²⁷ Layne-Farrar, *supra* note 23 at 816 (citing Jacques F. Thisse & Xavier Vives, *On the Strategic Choice of Spatial Price Policy*, 78 AM. ECON. REV. 122 (1988); D. Fudenberg & J. Tirole, *Customer Poaching and Brand Switching*, 31 RAND J. ECON. 634 (2000)).

²⁸ 参见例如 Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis, & Mark A. Lemely, *Unilateral Refusals to License in the US*, 2 J. Competition L. & Econ. 1, 16 (2006).

²⁹ Layne-Farrar, *supra* note 23 at 825.

³⁰ 同上，第 828。

六、第四部分——涉及标准必要专利（SEP）的知识产权行使行为

我们赞赏发改委在第四部分认可“专利权人持有标准必要专利并不必然导致其具有市场支配地位”的看法。第四部分指出，“分析和认定标准必要专利权利人是否具有市场支配地位，可以考虑以下因素：

- （1） 相关标准的市场价值与应用程度；
- （2） 是否存在替代性标准；
- （3） 行业对相关标准的依赖程度及使用替代性标准的转换成本；
- （4） 不同代际相关标准的演进情况与兼容性；
- （5） 标准必要专利许可双方的相互制衡能力等”。

我们诚挚地建议对此条款进行修改，强调该分析着重于标准必要专利权人能够将定价维持在竞争水平之上并将投入维持在竞争水平之下，在相当长的一段时间内保持盈利状态，同时能够保有实际的或潜在的相近替代专利，以此来避免实施市场支配力。

我们也诚挚地建议发改委阐明，只有当 SEP 权利人已经对标准制定组织做出了自愿接受公平、合理、无歧视（FRAND）条款约束的承诺，第六部分才得以适用。

七、第四（一）部分——收取不公平的高价许可费

第四（一）部分中规定，分析标准必要专利权利人是否收取“不公平的高价许可费”，可以考虑以下因素：

- （1） 被许可的标准必要专利的技术价值；
- （2） 相关产业的技术特点；
- （3） 符合相关标准的产品所承担的整体许可费情况；
- （4） 相关标准必要专利所负担的许可承诺；

- (5) 相关标准必要专利许可历史或者可比照的许可费标准；
- (6) 相关产品市场上下游合理的利润空间。

基于第四部分提出的理由，我们诚挚地建议完全删除此条款，发改委不对标准必要专利权利人适用“不公平高价”的禁止性规定。

我们强烈建议发改委不要保留此条款，至少应该将其修改为以下表述，即在决定某个特定的许可费是否为“不合理高价”时，发改委将运用美国联邦巡回上诉法院在 *Ericsson v. D-Link*³¹案中所确定的修正后的假想谈判框架来计算公平、合理、无歧视（FRAND）的许可费范围。在 FRAND 情境下，计算一个范围而不是确定一个具体的数值这一点很重要。联邦巡回法院强调不存在一劳永逸的办法，各因素在使用时必须要考虑特定案件的具体情况。正如在第四部分中阐述的一样，这项措施的目标是在免于侵权的前提下不断为发明创造提供市场回报。

正如上述第四部分所谈，可比照的许可可能是对专利的市场价值的最佳佐证。根据美国联邦上诉法院最近在 *Ericsson v. D-Link* 案中所持的观点，在确定专利损害赔偿的数额时，应当将基于终端产品的可比照的许可的相关证据适当地交由陪审团来认定。法院谈到，“不予受理实际的相关许可……常会使专利申请人无法诉诸基于许可的证据”。³²事实上，我们在实践中已经发现包括智能手机在内的大多数高科技市场上的许可都是在组合专利的基础上进行谈判的，而组合专利又是以终端用户设备作为专利计费的基础。

³¹ 获取更详细的美国做法分析，参见 Anne Layne-Farrar &Koren W. Wong-Ervin, An Analysis of the Federal Circuit’s Decision in *Ericsson v. D-Link*, *CPI Antitrust Chronicle* at 5-7 (Mar. 2015),

<http://www.crai.com/sites/default/files/publications/An-Analysis-of-the-Federal-Circuits-Decision-in-Ericsson-v-D-Link.pdf> 和 Anne Layne-Farrar &Koren W. Wong-Ervin, *Methodologies For Calculating FRAND Damages*, *Law360* at 3-4 (Oct. 8-10, 2014),

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

³² 773 F.3d 1201, 1228 (Fed. Cir. 2014).

迄今为止，绝大多数解决计算 FRAND 许可费问题的美国地区法院已经开始适用 Georgia-Pacific³³中所列的 15 个要素的修正版本。在 Ericsson v. D-Link 一案中，美国联邦巡回上诉法院认为“并不是每一个涉及 RAND 的专利案件都能够用像 Georgia-Pacific 中的因素一样来解决”。³⁴相反，法院应当仅向陪审团释明与审判中的记录有关的因素，并且向陪审团释明该争议焦点中的实际的 RAND 承诺。联邦巡回法院的此项裁判反映了 Georgia-Pacific 因素在传统专利侵权案件中的典型运用方法：在一个案子中，并非每一个因素都会适用；在不同案子中，着重适用的因素也大相径庭。

法院继续解释到，“在一个涉及 FRAND 保证的专利案件中，很多 Georgia-Pacific 中所列的因素是不相关的，有许多甚至是和 FRAND 原则背道而驰的”。³⁵具体来说，许可人维持专利垄断的既定政策（Georgia-Pacific 因素 4），以及 SEP 权利人和假定被许可人的关系（Georgia-Pacific 因素 5）与承诺给予 RAND 许可的 SEP 权利人是毫无瓜葛的。SEP 权利人可以根据被许可人从专利技术中获得的不同价值来对不同情形下的被许可人收取不同的许可费。RAND 原则的“无歧视”部分防止 SEP 权利人对与其存在竞争关系的被许可人采取歧视行为。

联邦巡回法院也认为，在计算 FRAND 专利许可费时，法院应当参照案件中的实际 FRAND 承诺，这点非常重要是因为讨论 FRAND 承诺时往往误认其为一致的承诺，但是不同的标准制定组织（SSO）之间在知识产权政策方面存在一

³³ 参见 Anne Layne-Farrar & Koren Wong-Ervin, *Methodologies For Calculating FRAND Damages*, Parts 1-3, LAW360 (Oct. 8-10, 2014), http://www.ftc.gov/system/files/attachments/key-speeches-presentations/wong-ervin_-_methodologies_for_calculating_frand_damages.pdf (对地区法院认定合理、无歧视专利费的案件进行分析)

³⁴ *Ericsson*, 773 F.3d at 1235.

³⁵ 同上。

些微妙但重要的差异。³⁶

就征求意见稿的第四部分提到的许可费堆叠问题而言，我们强烈建议对此条款进行修改，明确指出总许可费只有在有证据证明产品市场受到损害时或在最小限制产出水平上适用。一项近期的实证研究表明，与许可费堆叠理论的预测相反，在 1994 到 2013 年之间，移动设备的非技术调整平均销售价每年平均下跌 8.1%，设备的销售量增涨了 62 倍或平均每年 20.1% 的增长，设备生产商数量从 1994 年的 1 家增长到 2003 年的 43 家，由于 2001 年集中度降低，相同的生产商从 6 家增长到 9 家，SEP 权利人的平均毛利率保持稳定，并无增减。³⁷

正如美国联邦巡回上诉法院在 *Ericsson v. D-Link* 一案中解释的一样，举证责任在于实施者需要提供证据证明实际的累计专利费，若该专利费过高，还需要经过分析才能加以认定。基于这样的考量，一些美国地区法院通过假设所有 SEP 权利人都收取相同或相近的专利许可费来决定专利费总额的方法，并没有被上诉法院接受。这些地区法院采取的方法的问题在于专利之间并不相同，而 FRAND 费率应当反映案件中特定 SEP 的价值。因此，假设所有 SEP 权利人都收取和本案相同或相近的专利许可费的办法并不可取。此外，许多被许可人并不会对每一个 SEP 支付现金许可费，而是有很多交叉许可或其他经营合作使得他们可以免费使用一些 SEP。

我们也强烈建议发改委在认定许可费堆叠时明确认可以下原则。

³⁶ 对标准制定组织之间的合理、无歧视承诺的对比，参见 Rudi Bekkers & Andy Updegrave, A study of IPR policies and practices of a representative group of Standards Setting Organizations worldwide (2012), a National Academies of Science Working Paper. http://home.tn.tue.nl/rbekkers/nas/Bekkers_Updegrave_NAS2012_main_report.pdf.

³⁷ Alexander Galetovic & Kirti Gupta, *Royalty Stacking and Standard Essential Patents: Theory and Evidence from the World Mobile Wireless Industry* (April 30, 2015), STANFORD UNIVERSITY HOOVER IP2 WORKING PAPER SERIES No. 15012, <http://hooverip2.org/wp-content/uploads/ip2-wp15012-paper.pdf>.

首先，区分反映了包含于给定标准的各类 SEP 的累计价值的总许可费和超过了 FRAND 原则的总许可费，后者即为独立个体的专利劫持。前者仅仅是生产得益于有价值的知识产权的产品所投入的成本，类似于任何其他业务的成本。例如，汽车制造商需要投入涵盖所有生产一台汽车所必需的零部件的成本。需要多项投入来生产一件特定的商品这个行为本身并不是反竞争的，各项投入的供应商针对其提供的部分收取一个公平的价格也不是反竞争的。

其次，合理的分配可以消除劫持或堆叠的风险。只要各组成部分的投入是根据其对终端产品的专利化的贡献大小来定价的，SEP 权利人就不应被斥责为造成了专利劫持或堆叠。合理的分配是达到这个目标的一个合理的手段。

第三，区分 SEP 数量和 SEP 权利人的数量很关键。鉴于组合许可十分盛行，后者对我们更有意义。即使 1000 件 SEP 以同一个给定的标准进行了许可，如果所有 SEP 都以组合的形式归一个主体所有，那么久不存在任何专利费堆叠问题。

第四，并非所有的 SEP 权利人都要求对方给付许可费。正如美国联邦巡回上诉法院在 *Ericsson v. D-Link* 一案中所述，“上千件专利对同一个标准都是必要的这一事实并不必然意味着一个合规的公司要向每一个 SEP 权利人给付许可费”。

38

最后，古诺互补问题（许可费堆叠理论的基础）背后的假设之一是每一项投入的供应商在定价时并不会考虑对其他投入的定价。但这并不意味着在标准制定的情境下也是同样的情形。例如，SEP 权利人会（和其他 SSO 成员）在标准开发过程中互相合作，可能会知道哪些专利会被主张以及相应的主张人。最终，我们没有理由认为 SEP 权利人会在不全面考虑已知的 SEP 的情况下就设定许可费。

³⁸ 773 F.3d at 1234.

八、第四部分（二）——对 SEP 附加不合理的贸易条件

第四部分（二）指出将 SEP 和非 SEP 绑定许可，要求免费交叉许可和回授，对过期或无效的专利依然收取许可费，禁止被许可人对合法性提出质疑等行为“可能排除或限制竞争”。我们诚挚地建议对该条款进行修改，明确认可像绑定、要求免费交叉许可以及回授等行为将促进竞争，并且发改委将采用基于效果的方法来分析这些限制性条件。基于效果的方法是指只有在这些限制性条件造成的反竞争的危害超过了其产生的促进竞争的利益时，这些限制性条件才会被禁止使用。此外，基于下述理由，我们强烈建议发改委不要基于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》。

和其他限制性许可一样，捆绑、回授以及交叉许可行为一般都是促进竞争的，因为它们会加强互补技术的整合，促进技术传播，降低交易成本，清除交易阻碍，避免高成本的专利侵权诉讼。³⁹例如，捆绑行为在需要多项许可来实施一个专利的时候就显得非常高效。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不是反竞争。⁴⁰回售同时也为被许可人和许可人提供了一个分担风险、回馈许可人对原有技术的创新的方法。最后，回售的大好前景不仅是初次创新的动力，也是对创新结果进行再许可的激励。⁴¹

持有免费交叉许可的每一方都能够自由地竞争，在免受侵权之忧的情况下设

³⁹ 参见 DOJ-FTC IP GUIDELINES, *supra* note 7, § 5.5 and 5.6.

⁴⁰ 参见 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. 同时参见 Anne Layne-Farrar & Michael A. Salinger, Bundling of RAND-Committed Patents (June 2015), available at 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).

⁴¹ 同上 § 5.6.

计其产品，并在免除每一个部件的许可费的情况下进行产品定价。因此，交叉许可可以解决补充问题，⁴²至少在两方之间呈现高度促进竞争的状态。类似地，由于各方无需害怕未能预见的和不可预见的侵权诉讼，组合专利许可可能会促进其在生产能力和研发方面的长期投资。

另一方面，交叉许可在特定情形下可能有反竞争的影响，例如在定价或市场细分时将交叉许可作为掩护。如果回售实质性地降低了被许可人研发的动力并限制创新领域的竞争，那么回售可能也会对竞争有负面影响。因此，交叉许可和回售也想其他限制性许可一样，应当通过基于效果的方法在个案中予以认定。

如以上第三部分所述，就向过期的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，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事项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 SEP 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，双方都明白在这专利组合中的成百上千个 SEP 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 SEP，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，SEP 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而移除旧的 SEP 并加入新的 SEP。这种“再平衡”的行业实践进一步降低了被许可人因无效 SEP 而支付过多许可费的风险。鼓励被许可人质疑无效 SEP 的行为增加

⁴² 补充问题，或“反公地悲剧”，当一项资源需要满足多个条件才能够得以使用时，资源无法得到充分利用，因此创新受到阻碍。

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 SEP 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，因此而降低集体标准制定的质量。这些影响下一步就会对消费者产生重大的社会危害。⁴³

九、第四（三）部分——滥用禁令救济

第四（三）部分指出，在分析和认定标准必要专利权利人申请禁令救济是否排除、限制竞争时，可考虑以下因素：“（1）谈判双方在谈判过程中所表现出来的真实谈判意愿；（2）相关标准必要专利所负担的有关禁令救济的承诺；（3）谈判双方在谈判过程中所提出的许可条件及许可条件的合理性；（4）申请禁令救济对双方谈判地位、相关市场及下游市场竞争和消费者福利的影响。”基于前期的评述（于 2015 年 9 月 30 日提交），我们强烈建议完全删除此条款，发改委不应仅对寻求禁令救济的行为强加反垄断制裁。正如我们在前期的评述中解释的，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，专利反向专利劫持和抵制⁴⁴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。⁴⁵事实上，对禁令救济采取反垄断制裁会

⁴³ 参见 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>.

⁴⁴ 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 and 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),

⁴⁵ 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].

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。⁴⁶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。⁴⁷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。⁴⁸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，发改委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。⁴⁹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

⁴⁶ 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>.

⁴⁷ 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).

⁴⁸ 参见 Ginsburg, Owings, & Wright, *supra* note 47 at 2-3, 6.

⁴⁹ 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机制)。

<https://www.ftc.gov/system/files/attachments/key-speeches-presentations/wong-ervin-methodologies-for-calculating-frand-damages.pdf>.

劫持”。⁵⁰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”。⁵¹

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。⁵²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，发改委如果要保留此条款，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*⁵³ 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

⁵⁰ 参见 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.

⁵¹ 同上。

⁵² 这种拖延策略会在专利权人拥有一个世界范围内的，需要在全世界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。

⁵³ 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>.

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”。⁵⁴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”，认为该权利应被限制在特定情境下。⁵⁵该裁判认可了对反向劫持的忧虑，表明它不会容忍侵权者的“拖延策略”⁵⁶。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。

我们很高兴有机会发表评述，并乐意就任何发改委可能对本评述产生的问题作出回应。

⁵⁴ 同上 66-67.

⁵⁵ 同上 65-66, 71.

⁵⁶ 同上 55.