

乔治梅森大学安东宁·斯卡利亚法学院全球反垄断学会对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）的意见

2017年4月13日

本文旨在针对国务院反垄断委员会（以下简称“反垄断委员会”）发布的《关于滥用知识产权的反垄断指南》（征求意见稿）（“该指南草案”）提供意见。感谢国务院提供给我们评述的机会，并衷心赞扬国务院工作的透明。我们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¹，特提交如下意见。

引言

我们赞扬国务院所采用的一般原则，诚如在该指南草案前言与第一章一般问题中所言，“经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为，不适用《反垄断法》”，只有“经营者滥用知识产权，排除、限制竞争的行为，适用《反垄断法》”。

总体而言，对于该指南草案，我们最为关心以下五大问题。

第一，该指南草案没有明确承认知识产权权利人最为核心的排他权。如下文“创新的经济效应”部分所述，排他权是知识产权的核心特征，经济理论和经验实证表明，知识产权会激励发明创造、思想和原创作品。与此相关，该指南草案并没有采纳公认的方法原则，即在评估知识产权的行使可能带来的竞争效应时，反垄断机构应将行使知识产权带来的竞争效果与没有该知识产权的情况进行对比。美国反垄断机构在过去 20 年中一直使用这一重要的分析方法，而该方法在该指南草案中却没有体现。美国的做法在很大程度上有着一定的借鉴意义（本意见中均会提到），因为美国在过去很长时间里一直试图去调和这两个看似矛盾的法律——反垄断和知识产权——因此，从美国所犯的错误中可以汲取很多经验；并且，经此过程所形成的方法论由本身违法演变为效果导向论，以与经济理论和经验实证

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副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。

相一致。

第二，该指南草案没有采纳“许可普遍而言是促进竞争的”这一观点。这一对许可的现代经济学意义上的理解，已为美国反垄断机构所采纳，长达 20 多年。基于该理解所形成的方法论是一种以效应为导向的分析方法，即，除非存在如固定价格等赤裸裸的限制情形，只有在反竞争效应超过任何竞争优势时，对许可的限制才会被认定为垄断。

第三，与此相关，该指南草案似乎创设了很多假设，认为某些行为将有可能排除或限制竞争，例如，对过期或无效专利收取许可费、禁止被许可人质疑知识产权的有效性等。我们诚挚地建议删除这些假设，并建议国务院采取效果导向的方法。该方法有利于中国消费者，因为没有被适当校准的假设可能会压制促进竞争的行为，这可能对潜在的有益行为产生“寒蝉效应”，因噎废食。综合这些修订意见得出的方法将更好地为竞争和消费者服务，并有利于中国创新型社会目标的实现。

第四，该指南草案似乎为涉及标准必要专利（“SEPs”）的行为创设了特殊规定。我们强烈建议国务院重新考虑这一做法。相反，涉及 SEPs 的特定行为，包括回避 FRAND 承诺，是否具有反竞争效应，应该如对非 SEPs 的要求一致，逐案具体分析。对 SEPs 施加特殊规定，例如，基于违反合同性承诺（如 FRAND 承诺）创设损害假设，不但在竞争政策层面毫无根据，而且可能阻碍标准制定的参与。

最后，我们建议国务院采取更加以合规为导向的做法，即，规定基本原则，由各主体自我评估和衡量。相反，该指南草案规定了一系列反垄断机构在分析具体行为时予以考虑的因素，却并没有解释每个因素的重要性或者它们在反垄断机构的整体决策过程中的权重。这种做法扩大了反垄断机构在执法决策中的裁量权，但没有为利益相关方提供其需要的指导，以保护对创新和技术转让的激励，尽管这会成为反垄断法调整的对象。为此，我们建议国务院在该指南草案中参考其他指南性文件中类似的方法，例如，美国反垄断机构最近更新的 2017 年“知识产权许可反垄断指南”以及加拿大竞争局发布的“知识产权执法指南”，用以阐述反垄断机构如何应用基本原则。

创新的经济效应

经济理论和实证经验表明，以排他权为核心特征的知识产权激励发明创造、思想和原

创作作品的产生。²通过界定产权保护范围和降低交易成本会能够促进知识产权（“IP”）的转让和许可，并且激励替代技术的开发、改进以及其他衍生用途。

知识产权的激励功能很容易理解。考虑一下在没有可实施的知识产权情况下销售发明。销售发明需要向潜在买方披露知识产权。如果没有可实施的知识产权，了解到该发明的潜在买家将没有动力去购买或获取该发明的许可。这种可能性阻止了卖方首先披露一项发明的知识产权。可实施的产权则会解决此问题，它使得卖方披露发明却不用担心该发明在没有补偿金的情况下被合法占用。发明人可以预期生产发明方面的投资能够得到合理回报，这是初期投资进行发明并披露知识产权的动机。

经济文献同样关注在激励发明与使用发明之间如何获得最佳权衡的相关问题。受知识产权保护的发明和作品是非竞争性的，这意味着一家公司在使用特定知识产权时并不会削弱另一家公司使用相同知识产权的能力。³同样，其他公司使用现有知识产权的成本也是零。因此，从静态福利的角度来看，值得将知识产权传播给每个重视知识产权价值的企业（或消费者）。当然，这样做会直接对创新产生强烈的抑制作用，为动态效率带了极大损害。动态效率指的是通过全新的方式进行经营所获得的收益。虽然短期来看静态效率可能会增加消费者福利，但经济学告诉我们，动态效率（包括创新带来的社会收益）是创造消费者福利更佳动力。⁴

在已经给出刺激突破性发明所需的投资和竞争性努力并取得成功之后，在整个经济体系中利益分配变得非常有吸引力。然而，这样做会为竞争、创新和消费者带来损害。如果政府过于积极参与并分享创新和动态竞争的收益，预期到这些干预的潜在创新者会对投资新发明创造缺乏激励。同样，如果规制知识产权滥用的法律不确定或不可预期，潜在的创新者也将缺乏激励进行创新。我们下面的具体建议中试图确定哪些特定条款是不明确的、适得其反的或者无法满足激励现有的创新的行使和激励创新投资之间的平衡。

² 参见 Bruce H. Kobayashi 和 Joshua D. Wright, *Intellectual Property and Standard Setting in the ABA HANDBOOK ON THE ANTITRUST ASPECTS OF STANDARD SETTING 1, 2 (2010)* [hereinafter Kobayashi & Wright] (citing William M. Landes & Richard A. Posner, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW (2003)*); Henry E. Smith, *Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information*, 116 *YALE L.J.* 1742 (2007).

³ Kobayashi & Wright, 参见前注 2.

⁴ Robert Solow 获得了诺贝尔经济学奖，因证明了财富的增长主要是由于创新，而不是对已经存在的效率做出边际改进。见新闻稿（1987年10月21日），http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1987/press.html。

对特定条款的建议

第二章：涉及知识产权的垄断协议

第 8 条：独占性回授

我们诚挚地建议修改这一规定，以明确承认独占性回授是促进竞争的，并且反垄断机构以效果导向的方法对其进行分析，即，只有当其为竞争所带来的损害超过其创造的竞争优势时，对许可才会被认定为垄断。

回授，包括独占性回授，可能会提供巨大的竞争优势，因为它们会促进互补技术的整合，并为创新及后续的创新许可提供激励⁵ 回授还使被许可人和许可人共担风险，并激励许可人基于其许可的技术进行做出进一步的创新。⁶

举个例子，美国的做法中，无论是对独占性还是非独占性回授，都认识其巨大的竞争优势。机关美国的反垄断机构认可，非独占性回授“产生反竞争效果的可能性更小”，但是他们仍然在“合理原则”的方法下对两种许可方式进行分析，这是一种效果导向的方法。因此，“如果反垄断机构确定一项特定的回授条款可能会显著降低被许可人对改进许可技术投资的激励，反垄断机构将考虑回授条款在多大程度上抵消竞争效果”，例如，（1）增强许可人初期创新的激励，（2）促进被许可人对许可技术的改进的传播，（3）增强许可人传播许可技术的激励，（4）增进相关技术或创新市场中的竞争并促进产出。⁷

第 10 条：标准制定

我们诚挚建议将第十条全部删除，因为这会对竞争者在标准制定过程中的共同行为创设反垄断法上的责任。

⁵ 参见美国司法部与联邦贸易委员会，《与知识产权许可有关的反垄断指南》§§5.5,5.6（1995），<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.pdf> [以下简称“DOJ-FTC 知识产权指南”]。

⁶ 同上，参见§5.6

⁷ 同上

有一个非常重要的认知，大多数（如果不是全部）产业标准都是基于合作上的共识而达成，包括技术所有者和技术实施者，并且，双方会成为实际上或潜在的竞争者。此外，标准可以为消费者和产业创造巨大的价值，特别是在“与其他产品的兼容性和互通性至关重要的市场”。⁸在许多情况下，这一过程需要选择一种排他性的方法。我们诚挚请求国务院承认标准制定过程所产生的巨大竞争优势，包括排除其他与之竞争的标准的优势。⁹

此外，正如欧盟委员会提出，“参与标准制定是开放的，因为它允许市场中受标准影响的所有竞争者（和/或利益相关者）参与制定标准，这会在不排除某些公司影响制定标准的能力的情况下，降低可能限制竞争的风险。”¹⁰

第三章：涉及知识产权的滥用市场支配地位行为

第 13 条：知识产权与市场支配地位的认定

我们赞赏国务院认可，包括标准必要专利在内的知识产权并不意味着必然具有市场支配地位。我们诚挚请求对该条款进行修改，将重点分析知识产权权利人在相当长一段时间内有利地维持高于竞争水平的而价格或低于竞争水平的产量的能力，以及实际或潜在存在的阻碍市场支配地位的替代品。

我们强烈敦促国务院明确承认，当前没有实证能够证明市场结构、竞争和创新之间是有着系统性的关系。虽然有可靠证据表明市场激励是重要的，¹¹但试图将市场结构（通常以广义定义的市场中的企业数量或市场份额衡量）和产品市场竞争与创新联系起来的实证

⁸ 欧盟委员会，GUIDELINES ON THE APPLICABILITY OF ARTICLE 101 OF THE TREATY ON THE FUNCTIONING OF THE EUROPEAN UNION TO HORIZONTAL CO-OPERATION AGREEMENTS ¶¶ 257, 308 (2011) [以下简称“欧盟 HCG 称“。

⁹ 参见，例如，Kobayashi & Wright, *supra* note 2, at 40; see Joanna Tsai & Joshua D. Wright, *Standard Setting, Intellectual Property Rights, and the Role of Antitrust in Regulating Incomplete Contracts*, 80 ANTITRUST L.J. 157, 170 (2015).

¹⁰ 欧盟 HCG 第 295 页；另见 *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.*, 486 U.S. 492, 509 (1988)（支持标准制定组织的规则，即“确保标准制定过程免受因经济利益而有偏见的成员影响，导致限制竞争”。

¹¹ 参见 Eric Budish et al., *Do Firms Underinvest in Long-term Research? Evidence from Cancer Clinical Trials*, 105 Am. Econ. Rev. 2044 (2015) (concluding that patient groups with longer commercialization lags tend to have lower levels of R&D investment); Daron Acemoglu & Joshua Linn, *Market Size in Innovation: Theory and Evidence from the Pharmaceutical Industry*, 119 Am. Econ. Rev. 1049 (2004) (将创新的速度与现有及未来的市场规模相联系)。

文献基于不支持因果推理¹²的交叉分析。¹³尽管竞争一定会刺激创新，但经济学并不认为创新通常来自于以为反垄断分析目的所定义的“市场”；因此，没有理由认为动态竞争的代理与这样一个市场观察到的创新活动是正相关的。理查德·吉尔伯特对实证记录的仔细审阅再次证明，现有的关于竞争与创新之间关系的理论和实证文献既不支持“熊彼特假设——垄断促进研发投入或创新产出”，也不支持“竞争一律刺激创新”这一结论。¹⁴换言之，市场结构，目前主要通过参考市场份额和进入市场的容易程度来定义，最多提供了一种关于合并或单一企业行为对未来竞争可能产生的影响的初始证据。

特别是对于 SEPs，我们诚挚建议修改第 13 条，以考虑（1）申报的专利是否是必要专利，以及（2）同一产品使用的具有替代关系的技术对于市场支配地位减弱的程度。

首先，SEPs 由标准开发组织（SDO）参与者自行申报，但没有 SDO 独立评估所申报专利的必要性。因为随着时间的推移和技术的开发，标准会持续，并会成为新一代标准。¹⁵一项申报的必要专利，在独立的法律审查和技术审查¹⁶确定其实际上符合标准必要专利的要求前，不应假设该 SEP 具有市场支配地位。¹⁷

事实上，出现了一个由两种市场力量导致过度申报的问题。首先，SDO 通常允许成员做出空头声明，即专利权利人可以承诺以特定条款（如 FRAND 条款）授权许可，此情况下，任何专利都可能是必要专利，而实际上该专利并未被认定为必要专利。SDO 成员过度申报专利，将其专利申报为 SEPs，以便将来许可专利收取许可费时免受“专利伏击”指控。¹⁸

¹² 参见，例如 Philippe Aghion et al., *Competition and Innovation: An Inverted U-Relationship*, 120 Q.J. Econ. 701 (2005)

¹³ 参见，例如，Richard J. Gilbert, *Looking for Mr. Schumpeter: Where Are We in the Competition–Innovation Debate?*, in 6 *Innovation Policy and the Economy* 159, 164 (Adam B. Jaffe et al. eds., 2006) (“很多关于研发理论模型的不同预测都显示，在竞争以及创新投资之间没有一致关系。”); Joshua D. Wright & Douglas H. Ginsburg, *Dynamic Analysis and the Limits of Antitrust Institutions*, 78 *Antitrust L.J.* 1, 4-5 (2012).

¹⁴ Richard J. Gilbert, *Competition and Innovation*, in 1 *ABA Section of Antitrust Law, Issues in Competition Law and Policy* 577, 600 (W. Dale Collins ed., 2008).

¹⁵ Anne Layne-Farrar and Michael Salinger, *The Policy Implications of Licensing Standard Essential FRAND-Committed Patents in Bundles* at 7 (July 2016), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2846147

¹⁶ 通常情况下，仅在诉讼期间进行，或者如果该专利被纳入专利组合。

¹⁷ Anne Layne-Farrar & Koren W. Wong-Ervin, *标准必要专利和市场支配地位* (2016.11), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2872172.

¹⁸ Koren Wong-Ervin 等人, *A Comparative and Economic Analysis of the U.S. FTC's Complaint and the Korea FTC's Decision Against Qualcomm* at 3 (April 2017), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2947306.

第二，即使对真正的必要专利的分析进行限制，也不能草率认定一个独立 SEP 或 SEPs 组合能够构成明确的相关市场，或者专利权人拥有市场支配地位。¹⁹真正的必要专利是绝佳的互补品（如螺母和螺栓），该互补关系在专利和专利权人之间建立了特定的联系，即，SEPs 的许可不是孤立的，SEP 权利人一定会考虑相同标准其他 SEP 权利人所收取的许可费率。²⁰因为，包括 SEP 权利人在内的所有相关主体，都需要一个广泛采用的标准，以便获取投资收益。特别是，如美国和中国法院所持有的观点，FRAND 的许可费率取决于专利技术对标准的贡献，即对标准全部有价值的贡献。²¹另外，被许可人知道，对于一项标准，他们必须获得多个 SEPs 的许可来符合标准，因此，如果他们认为 SEP 权利人的报价超过其份额的价值，会倾向于推翻谈判。因此，同垄断者相比，垄断者可以在不考虑其他公司的反应的情况下设定价格，而 SEP 权利人在确定许可费率时不能单方面确定，²²必须考虑其他 SEPs 的价值。

第 14 条：以不公平的高价许可知识产权

第十四条指出，“具有市场支配地位的经营者，可能滥用其市场支配地位，以不公平的高价许可知识产权，排除、限制竞争。”基于以下原因，我们诚挚建议删除这一条款。

规制价格，特别是规制 SEPs 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。一般而言，竞争政策不应该限制垄断者对其产品（包括其知识产权）收取多少许可费，垄断者会实现利润最大化。“收取垄断价格……是……最先吸引‘商业嗅觉’的；它引发了承担产生创新和经济增长的风险。”²³在经济学和反垄断法领域，这是不言自明的。这在知识产权领域里尤为重要。国家创设并保护知识产权的目的是为了促进研发领域巨额风险投资。为了在创新与竞争保护之间取得平衡，竞争机构一般应避免给予价格限制，尤其是在知识产权方面。相反，垄断价格只有在自身违反竞争法的情况下才应被限制。²⁴

¹⁹ Layne-Farrar & Salinger, 前注 15

²⁰ Layne-Farrar & Wong-Ervin, 前注 17

²¹ 见 *Ericsson, Inc. V. D-Link Systems, Inc.*, 773 F.3d 1201 (Fed. Cir. 2014)；华为技术有限公司诉交数字通信有限公司案例（2013 年粤高法民三中字 306 号）（广东省高级人民法院 2013 年）。

²² Layne-Farrar & Wong-Ervin, 前注 17.

²³ *Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 407 (2004); see also JOSEPH A. SCHUMPETER, *CAPITALISM, SOCIALISM, AND DEMOCRACY* 89-90 (George Allen & Unwin 1976).

²⁴ Douglas H. Ginsburg et al., *'Excessive Royalty' Prohibitions and the Dangers of Punishing Vigorous Competition and Harming Incentives to Innovate*, CPI Antitrust Chron. (March 2016), <https://ssrn.com/abstract=2748252>.

此外，从经济学角度，如果缺乏关于实际市场交易的信息，价格是否“公平”就难以确定。实际上，与知识产权许可费相联系来评估价格的“公平性”尤为困难，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这也使得价格难以比较或无法比较。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。结合以上原因，以及这些限制，知识产权权利人很难确定其许可行为是否违反竞争法，而法律上的不确定性不利于金融投资。

最后，为确定许可费是否过高，竞争机构需要计算一个基准价格，以便比较该价格是否过高。根据我们的经验，竞争机构通常不具备确定市场价格所必需的必要信息，特别是发明的许可费率。这一任务最好留给市场解决，或者不得已时，在各方无法达成协议时，交给法院解决。²⁵

然而，如果国务院决定保留这一条款（尽管我们强烈建议删除），我们诚挚请求纳入以下修订。这些修订主要是关于可比照的许可费标准，这也是现有的证明专利市场价值的最佳证据。

分析经营者的行为是否构成滥用市场支配地位，可以考虑以下因素：

- (i) 许可费的计算方法，及知识产权对相关商品价值的贡献
- (ii) 经营者对知识产权许可作出的承诺；
- (iii) 知识产权的许可历史或者可比照的许可费标准；
- (iv) 导致不公平高价许可的条件，~~包括限制许可的地域或者商品范围等；~~
- (v) ~~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。~~

分析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商品所承担的整体实际许可费情况，及其对相关产业正常发展的影响，特别是累积许可费过高以至于严重削弱许可市场，或至少实质减少产出

²⁵ 关于法院在确定费率方面面临的困难，请见 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-erwin - methodologies for calculating frand damages.pdf>

的时候。

第二个因素涉及的是合同问题，与特定价格是否排除或限制竞争无关，因此应被删除。

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。

关于第四个因素，诸如限制地域或商品范围等通常不能表明许可费是否“不公平”。相反，国务院既然保留第十四条的规定，则应主要致力于可比照的许可费标准上。

关于第五个因素（对过期的知识产权收取许可费的问题），就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），即使有可能做到，现实中也很难实现。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。

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。

关于许可费叠加的问题，只有在有证据表明其对产品市场产生严重不利影响或者至少大大限制产出的情况下，才应考虑总体许可费。有人认为，在应用了许多专利的移动电话等设备上出现了许可费叠加的问题。然而，实际的证据与这些认为不一致。例如，最近的一项实证研究显示，与许可费用叠加理论的预测相反，1994年至2013年期间，移动设备的非质量调整平均售价每年下降8.1%，平均销售的设备数量增长了62倍或每年20.1%；设备制造业的数量从1994年的1个增长到2003年的43个；自2001年以来，集

中度持续下降，SEP 权利人的平均毛利率保持不变。²⁶

为了确定总体许可费是否过高，必须收集特定实施者（或系列实施者）²⁷支付的实际累积许可费的证据。联邦巡回上诉法院在爱立信上诉 D-Link 案中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。这一方法的问题在于，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，那么不会有许可费叠加的问题。²⁸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。”²⁹

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。³⁰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 SDO 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

²⁶ Alexander Galetovic & Kirti Gupta, *Royalty Stacking and Standard Essential Patents: Theory and Evidence from the World Mobile Wireless Industry* (Stanford Univ. Hoover Institution Working Grp. on Intellectual Property, Innovation, and Prosperity, Working Paper Series No. 15012, 2015), <http://hooverip2.org/wp-content/uploads/ip2-wp15012-paper.pdf>.

²⁷ *Ericsson v. D-Link*, 773 F.3d 1201, 1234 (Fed. Cir. 2014), 认为实施者（或主张存在费率累积问题的一方）负有举证责任，以证明实际累积的费率是多少，相关费率必须经过评估以确定其是否过高。

²⁸ Anne Layne-Farrar & Koren W. Wong-Ervin, *An Analysis of the Federal Circuit's Decision in Ericsson v. D-Link* 6-7, CPI Antitrust Chron. (Mar. 2015), <http://www.crai.com/sites/default/files/publications/An-Analysis-of-the-Federal-Circuits-Decision-in-Ericsson-v-D-Link.pdf>.

²⁹ 773 F.3d at 1234.

³⁰ Augustin Cournot, *Researches into the Mathematical Principles of the Theory of Wealth* 99-116 (Nathaniel T. Bacon trans., Augustus M. Kelley Publishers 1971) (1838); see also 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).

全部已知 SEP 的情况下设定费率。此外，SEP 持有人将会有强烈的合作意愿解决任何潜在的许可费叠加/ 古诺互补问题。而且，在这种合作解决了古诺互补问题的情况下，合作所带来的效应将是利润增加，同时产量提高、价格降低。

第 15 条：拒绝许可知识产权

第 15 条规定的是拒绝许可知识产权。我们赞赏国务院认可“拒绝许可是经营者行使知识产权的一种表现形式”。但是，我们强烈建议将此修改为认可拒绝许可是合法行使知识产权，并且一般而言为反垄断法所准许。这与上述知识产权经济学理论以及美国反垄断机构在执法中所采取的方法相一致，即，“单方面、无条件地拒绝许可并不承担反垄断责任”。³¹该方法认可，拒绝许可承担反垄断责任将损害知识产权权利人的核心排他权，减少创新激励。此外，“对竞争者拒绝许可行为施加反垄断责任会强制企业向其竞争对手提供帮助，这与‘反垄断法的根本目的有所违背’。”³²

第 15 条可能对知识产权权利人拒绝许可构成“必需设施”的知识产权行为施加反垄断法上的责任。基于以下理由，我们恳请删除该表述，或至少基于效果导向的方法，将其修改至排除任何违法性假设。

首先，虽然一个经营者的竞争对手可能希望在其产品中运用一项特定技术，但是仅在少数情况下，其进入相关市场必须以获得一项特定知识产权为必要条件。的确，提倡强制共享“必需”设施的人低估了一个决意开展竞争的竞争者绕开该设施展开市场竞争的能力，而该类市场竞争将有利于消费者。这一点在迅速发展的技术方面尤为准确，技术和市场开发能够提供许多机会绕开竞争对手的知识产权地开展竞争。而且，绕开一项知识产权进行的竞争易于围绕实体经济进行竞争。正是基于此认识，美国最高法院明确表示其将对基于所谓“必需设施”的主张持极为怀疑的态度，并表示法院在认定即使垄断者也可选择交易对象这一一般规则的例外时，应非常谨慎。³³

其次，若潜在发明人付出努力的回报因其被强迫共享专利而减少，其可能不再愿意从

³¹ 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>.

³² 同上 (quoting *Trinko*, 540 U.S. at 407-08 (2004) (列举了造成冲突的三种来源).

³³ 参见 *Trinko*, 540 U.S. at 408.

事发明的研究和开发。³⁴相反地，若其他经营者知晓其可以轻易获得其竞争对手的专利，则其创新的动力将会减少，而更倾向于利用其他人承担风险且投入大量金钱的研究成果。³⁵该分析暗示要求经营者向希望使用发明专利的竞争者进行许可，可能导致创新的减少，这从长远来看将损害消费者。

最后，若国务院决定保留此条规定，我们恳请至少将其修改，明确专利权人进行许可的能力只有在该专利权已经或可能被用尽时才会受到限制。根据专利权用尽原则，一旦专利商品被合法销售，该销售行为“授予购买人，或任何后续的拥有人其认为合适的‘使用（或）销售’该商品的权利”。³⁶专利权用尽排除了对合法受让人“体现或包含一项发明的物品”进行使用的法律限制，前提是该销售（或类似转让）已经专利权人授权。³⁷考虑到专利用尽原则，许可人有权拒绝向特定人或在特定销售链层次中许可其专利。

第十六条 — 涉及知识产权的搭售

我们赞同国务院规定的，在认定涉及知识产权的搭售是否构成滥用市场支配地位时，“与分析涉及其它商品的搭售一般考虑相同的因素”。我们恳请将该条规定修改为：反垄断机构应以效果导向的方法分析搭售行为，仅当限制许可造成的反竞争危害超过任何其创造的竞争优势时，该搭售行为才应被认定为构成垄断。

搭售和捆绑销售，像其他许可限制一样，因其能促进配套技术的结合及技术的扩散，并降低交易成本³⁸，一般有利于竞争。举例而言，当使用一项知识产权需要多个许可时，捆绑销售能够提高效率。对于搭售和捆绑销售的经济学分析指出，该等许可限制在促进竞争方面具有较为可信及普遍的用途³⁹。因为上述促进竞争的用途，美国反垄断机构称：

³⁴ 见同上案例; Sidak, J. Gregory, *How Does the Experience of U.S. Telecommunications Regulation Inform the Forced Sharing of Intellectual Property Rights under Global Competition Law?* (May 17, 2012), <https://ssrn.com/abstract=2061895>.

³⁵ 见 *Trinko*, 540 U.S. at 408.

³⁶ *Bowman v. Monsanto Co.*, 133 S. Ct. 1761, 1766 (2013) (quoting *United States v. Univis Lens Co.*, 316 U.S. 241, 249-50 (1942)).

³⁷ *Bowman*, 133 S. Ct. at 1766 & n.2.

³⁸ 见, e.g., DOJ-FTC IP GUIDELINES, *supra* note 5, §§5.5 and 5.6.

³⁹ 见, e.g., Alden F. Abbott & Joshua D. Wright, *Antitrust Analysis of Tying Arrangements and Exclusive Dealing*, in 4 ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS: ANTITRUST LAW AND ECONOMICS 183, 189-190 (Keith N. Hylton ed., 2d ed. 2010) (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)); 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; Kobayashi, *supra* note 28, at 707.

“在行使其起诉裁量权时，其将同时考虑反竞争效果及搭售产生的效率⁴⁰”。美国反垄断机构使用效果导向方法评估搭售和一揽子销售。

对于搭售，很重要的一点是区分纯搭售和混合搭售。纯搭售指经营者仅出售打包商品，而非单个商品。混合搭售指经营者同时销售打包商品和单个商品。若销售者在打包商品之外销售其他商品，则该行为无强迫性，且其反竞争危害风险将下降。对于纯搭售和混合搭售，考虑到一揽子许可存在许多潜在的有利于竞争的因素，不应作出反竞争效果的假设。

包括纯搭售在内，搭售不仅在实践中应用广泛，其也被普遍应用于不存在一具有显著支配力的经营者的市场中。在竞争的市场中，“对于搭售的假定解释”为生产中的范围经济优势，或交易和信息成本的降低，而有利于卖方、买方或买卖双方。⁴¹为消费者提供更多选择可能会增加经营成本；若提供更多选择的成本超过给消费者带来的利益，更多选择可能更不利于消费者。例如，对于一个拥有 1000 项专利的公司，其可能的专利许可组合数为 10^{301} 种⁴²。因此，禁止搭售所付出的代价极高，包括因专利权人和专利实施人被迫分析在大量组合中的每一专利并为其进行许可谈判而产生的极高的交易成本（若不受成本过高的限制）。

这些促进竞争的用途也使用于具有显著市场支配力的经营者。但在此情况下，搭售可能将损害竞争并产生反竞争效果。市场支配力为损害竞争的必要非充分条件。若缺乏对纳入搭售的商品之一的支配力，因买方可轻易从其他卖方处单独购买搭售商品，卖方将无法迫使买方购买其搭售商品。即使如此，美国最高法院认为：“买方‘被迫’购买其在其他卖方处亦不会购买的产品，并不意味着‘该交易对竞争产生了负面影响’。”⁴³相反地，搭售对竞争的损害，需以买家不愿从另一卖家处单独购买搭售商品之一，而产生对于其他卖家的排他性效果为前提⁴⁴。

虽然经济学文献证明具有市场支配力卖方的搭售和捆绑销售具有造成反竞争损害的可能性，“其无法提供一可靠方法，来衡量损害的可能性是否将超过任何在实践中可被证明的益处。”⁴⁵同样地，将搭售或捆绑销售固有地或假设地认定为非法，可能会因错误地遣

⁴⁰ DOJ-FTC IP GUIDELINES, *supra* note 5, § 5.3.

⁴¹ Kobayashi, *supra* note 30, at 708.

⁴² 见 Layne-Farrar & Salinger, *supra* note 39, at 11.

⁴³ Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2, 16 (1984).

⁴⁴ Abbott & Wright, *supra* note 39, at 7

⁴⁵ Kobayashi, *supra* note 30, at 707.

责或阻止高效的商业实践而产生巨大的成本。

基于以上理由，我们强烈建议国务院修改或明确第 16 条规定，采纳基于效果导向的方法。

第十七条 – 涉及知识产权的附加不合理交易条件

我们诚挚建议修改第 17 条，而明确采用效果导向的方法，规定仅当任何许可限制造成的损害超过其创造出的竞争优势时，许可限制才应受责难。另外，基于以下理由，对过期或被宣告无效的知识产权收取许可费，或订立协议、禁止被许可方对知识产权有效性进行质疑，我们强烈建议国务院将其认定为违反反垄断法的行为。

关于对过期专利收取许可费，要求每当一项知识产权期限届满或新的知识产权被加入到组合时，组合专利权人不断重新进行许可谈判（或提供更新后的专利清单）这即使可能做到，也是不切实际的。知识产权组合包括届满期限不同的专利，该情况在许可双方协商价格时已考虑到。

相似地，在实践中，尤其当涉及到大量知识产权组合，若专利实施人在逐个基础上坚持对世界各地专利的有效性提出质疑，其可能正在恶意延迟或抵制许可。然而，从专利局授予专利权之日起，直到签订不可质疑条款，实施人均有机会质疑一项知识产权的有效性。不可质疑条款仅在许可协议生效之后限制实施人质疑一项知识产权的能力。当许可双方进行一项大宗知识产权组合许可谈判时，双方均理解在成百上千项专利中，有一些专利可能已被宣告无效。许可双方不会将大量资源用于辨识这些无效专利，这将使交易成本过高，以至于交易无法继续进行。相反，许可双方大致评估被许可知识产权组合的价值，并基于组合中的一些专利可能已被宣告无效的情况来确定许可费。另外，知识产权权利人一般会去除组合中的废弃专利，并在许可协议生效后向其中加入新的相关专利。该知识产权这“再平衡”式的行业惯例进一步减小了被许可人因少数无效专利的存在而负担极高成本的风险。鼓励被许可人质疑一项单独专利的有效性，将导致被许可人以延迟支付约定许可费而使用被许可组合中占大多数的有效专利为目的，进行投机性质的诉讼。限制知识产权权利人对其创新贡献获得即时回报，将减少其对于创新进行投入的动力，而这将极大的损害消费者的利益。⁴⁶

⁴⁶ 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>.

第十八条 涉及知识产权的差别待遇

第十八条规定“在涉及知识产权的交易中，具有市场支配地位的经营者，没有正当理由，可能对条件实质相同的交易相对人实施不同的许可条件，排除、限制竞争。”我们诚挚地建议国务院修改第 18 条，因为对于许可的差别待遇可以促进合法的竞争，并有益于消费者。⁴⁷尤其对于 SEPs 而言，判断一个 SEP 权利人是否违反 FRAND 原则中的“非歧视”要件完全取决于争议中的单个 SDO 知识产权政策，而该等政策存在很大差异。⁴⁸例如，一些 SDO 知识产权政策将 FRAND 承诺定义为对“所有进入市场者”进行许可，而其他政策将承诺限制在销售链的特定等级（例如，向终端用户产品而不是向例如芯片这样的元件等级进行许可）。⁴⁹

差别定价尤其有助于成本固定的经营者回收其花费，而这有时对经营者时必要的。⁵⁰确实，相比于对实体商品的差异定价，对于许可中差别定价的评估中重要的一方面是知识产权开发的本质。创新阶段一般涉及大量对于研究的前期投资，但在生产阶段的边际成本却很低。据经济学家观察，差别定价可能是在该等情况下回收固定成本的重要机制。⁵¹

差别定价可以提高效率，扩大市场，促进竞争，并有益于消费者。差别定价允许经营者扩大产出，增加福利。相对于统一定价，面对消费者独特需求追求利润最大化的经营者有可能降低对价格敏感消费者的定价，并增加对于价格不敏感消费者的定价。差别定价因此能够使经营者将产品销售给若不实行差别待遇则不会购买其产品的消费者。差别定价可

⁴⁷ See, e.g., Anne Layne-Farrar, *Nondiscriminatory Pricing: Is Standard Setting Different?*, 6 J. COMPETITION L. & ECON. 811, 811, 814-17 (2010) (现有经济学文献表明，在传统产品、服务和知识产权许可市场上的价格歧视“并不必然有害，在一些情形下甚至可以提高消费者福利；大多数知识产权许可都因为针对不同许可人给与不同许可条件而被打上“歧视”的标签”；在主张存在知识产权许可价格歧视并存在反竞争效果的情况下，应当先证明存在市场力；尚不存在广泛适用的标杆或方法来对有害和有益的许可价格歧视行为进行区分，这意味着一个详细的，依据结果进行量化分析的方法仍然是最佳选择。)[hereinafter Layne-Farrar].

⁴⁸ 见 Tsai & Wright, *supra* note 9, at 161.

⁴⁹ Jorge Padilla & Koren W. Wong-Erving, *Portfolio Licensing at the End-User Device Level: Analyzing Refusals to License FRAND-Assured Standard-Essential Patents at the Component Level* at 10 (October 2016), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2806688.

⁵⁰ Layne-Farrar, *supra* note 47, 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)).

⁵¹ Layne-Farrar, *supra* note 47, at 827; see also CARL SHAPIRO & HAL VARIAN, *INFORMATION RULES: A STRATEGIC GUIDE TO THE NETWORK* (Harvard Business Press 1999).; 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).

能也会因是经营者能够有选择性的匹配竞争者的定价而加剧竞争。⁵²

相似地，有差别地拒绝许可或根据差别条件向不同主体进行许可能够促进合法竞争。例如，一个经营者可能对某些、但不是所有的潜在被许可人进行许可，以确保被许可人有更强的动力去推广许可人的技术。作为另一种选择，为最大化地从其专利中获利，经营者可以向销售量较低的公司索要更高的许可费，或向可以在贸易中提供有价值对价的被许可人收取更低的许可费，例如对其知识产权的交叉许可，这可以比单一的许可获得更多的利润。

在美国，几乎所有对于差别许可带来损害的忧虑都集中在纵向整合的经营者身上，它们持有专利，并在下游市场使用。这是因为不从事整合业务的专利权人没有不进行下游经营，因而从对与其没有竞争关系的被许可人进行差别许可而获得的利润更少。⁵³不从事整合业务的竞争者只有当其许可收益能够增加时，才会具有进行反竞争的差别许可的动力。但往往下游竞争的加剧将使得上游专利权人的许可费收益最大化。⁵⁴若专利权人并非纵向业务整合者，则对于差别许可的判断标准应更为严格，因为在该情况下，上游专利权人使下游被许可人相对于另一下游被许可人处于不利地位的动机更小。⁵⁵最后，市场扩张的及其他方面的效率，包括研发投资的覆盖范围，都表明应以谨慎的方法评估差别许可——包括对于 SEPs 的许可——即使在涉及纵向经营者的情况下。

第四章：涉及知识产权的经营者集中

第十九条：涉及知识产权的交易可能构成经营者集中的情形

第十九条为商务部认定排他性许可是否构成反垄断法中的经营者集中提供了考虑因素。我们担心该条规定对于商务部和交易主体而言，可能范围过宽并造成过重的负担，并诚挚建议国务院在实施该条规定前进行成本效益分析。尤其是，应考虑何种排他性许可可能产生竞争问题（例如，第十九条旨在规制何种商业安排），以及对于所有纳入第十九条范围内的排他性许可的处理成本是否超过其可能产生的益处？

⁵² Jacques F. Thisse & Xavier Vives, *On the Strategic Choice of Spatial Price Policy*, 78 AM. ECON. REV. 122 (1988), 134; see also James C. Cooper et al., *Does Price Discrimination Intensify Competition? Implications for Antitrust*, 72:2 ANTITRUST L.J. 327 (2005).

⁵³ 见, e.g., Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis, & Mark A. Lemley, *Unilateral Refusals to License in the US*, 2 J. COMPETITION L. & ECON. 1, 16 (Mar. 2006).

⁵⁴ Layne-Farrar, *supra* note 47, at 825.

⁵⁵ 同上. at 828.

第二十一至第二十三条

第二十一至第二十三条规制涉及知识产权的企业并购。我们强烈建议修改该等条款，明确商务部只关注、且交易主体只需提供对于一项特定交易造成的具体的竞争问题的救济方法，并明确商务部不会利用一项交易重构行业结构，或对并非与反垄断法中规定批准交易的条件直接相关的行为或其他救济有所要求。例如，第二十三条第三款规定，“遵守公平、合理、无歧视义务。经营者通常需通过具体安排确保其遵守该义务”，第二十三条第四款规定，经营者“应收取‘合理的许可使用费’，并应详细说明许可费率的计算方法、许可费的支付方式、公平的谈判条件和机会等。”应修改该等条款，明确指出该等义务以解决相关交易中存在的任何竞争问题为前提。

第五章：涉及知识产权的其他情形

第二十五条—专利联营

第二十五条规制专利联营。我们对国务院“专利联营一般可以降低交易成本，提高许可效率，具有促进竞争的效果”的规定表示赞许。的确，诺贝尔奖获得者 Jean Tirole 写到：“在包括互补或阻碍专利的前提下，专利联营可同时有益于专利权人和消费者，这一点已经广泛地受到政策制定者和经济学家的同意。”⁵⁶经济学方面的证据也指出专利联营激励创新。⁵⁷虽然经济学理论指出专利联营在专利更加互补的情况下更有可能增加福利，⁵⁸但是，记得“专利在极少情况下是完美的补充或替代”这一点尤为重要，而且以前作为补充的专利可能在新产品的下游市场竞争中成为替代。⁵⁹就此而言，经济学证据建议采取在个案的基础上实行效果导向的分析方法。

与这些经济学原则一致的是，美国反垄断机构、欧盟委员会、加拿大竞争局及其他机构，认定联营安排具有产生高效率的潜质，例如减少交易成本（允许对实施一项标准所需专利的“一站式采购”）、减少专利侵权诉讼、清除阻碍状态、并缓和许可费叠加问题。⁶⁰

⁵⁶ Josh Lerner & Jean Tirole, *Efficient Patent Pools*, 94:3 THE AMERICAN ECON. REV. 691 (June 2004).

⁵⁷ 同，第 706 页（“然而，想要确定事先社会福利的影响是非常困难的；正如引用文献所强调的那样，竞争可能导致过多或过少的创新。虽然我们无法给出一个明确的答案，但我们可以证明，在特定条件下，独立许可的专利池的存在不会损害甚至会提高事先的社会福利。”）

⁵⁸ 见同上案例。

⁵⁹ 同上，见第 692 页（省略引用）。

⁶⁰ DOJ-FTC IP GUIDELINES § 5.5; EU HCG ¶ 176 (2014); Competition Bureau of Canada, Enforcement Guidelines for the Licensing of Intellectual Property Ex. 8 at 28 (Sept. 18, 2014),

就此而言，例如美国反垄断机构，其依据合理原则（基于效果导向的方法）分析联营安排，具体来说要求其分析争议联营，以决定该等安排从平衡角度是否损害竞争。⁶¹该方法将有利于中国消费者，因为损害竞争的假设将使专利联营的组织者承担更高的违反反垄断法的风险，进而阻却促进竞争的专利联营的创造。

该规定中认定专利联营排除、限制竞争的考虑因素存在问题。尤其是第（一）个因素——经营者在相关市场的市场份额，以及第（七）个因素——经营者是否通过联营“以不公平的高价”或“附加不合理交易条件。”关于市场份额，如此前对于第十三条的论述，对于市场结构、竞争及创新之间存在系统关系的假设具有很少的实证依据。也就是说，目前主要参考市场份额及进入市场的难易进行定义的市场结构，仅能就任何特定行为对未来竞争的可能影响提供一个粗略的信号。

关于不公平高价，请参考我们对第 14 条的建议中提及的将限制不公平高价应用于知识产权领域的危险。相似地，关于禁止“其他不合理交易条件，”情参考我们以上对于第 17 条的建议：若该规定被保留，国务院至少应具体明确纳入考虑的“不合理条件”类型。

第二十六条—禁令救济

第 26 条将对“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者其他不合理的许可条件”的“拥有市场支配地位的 SEP 权利人”施加可能的反垄断法责任。基于以下理由，我们强烈建议国务院不要仅根据申请了禁令就来施加反垄断法处罚。并没有实证证据能够支持禁令对创新或消费者有害，而且，对于任何因对方申请禁令而造成损害的证明责任应由提出这一主张的一方承担。

另外，考虑到反向专利劫持和抵制⁶²存在的可能性，因此，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。

[http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-eg-ipegs-e.pdf/\\$file/cb-eg-ipegs-e.pdf](http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-eg-ipegs-e.pdf/$file/cb-eg-ipegs-e.pdf)

⁶¹ 概况请见 U.S. DEP'T OF JUSTICE & FED. TRADE COMM'N, ANTITRUST ENFORCEMENT AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: PROMOTING INNOVATION AND COMPETITION 64-66 (2007).

⁶² 专利劫持需要锁定，已经进行特定资产投资的标准实施者可以被锁定于定义标准的技术。此外，如果技术的市场只有包含标准，那么创新者也可以被锁定。因此，专利劫持的激励是双向的，也有可能发生专利拖延的情况。其中反向劫持是指被许可人利用其谈判力量设法获得低于 FRAND 标准的费率和条款，专利拖延是指被许可人拒绝或延迟接受 FRAND 许可。

⁶³的确，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”。⁶⁴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。⁶⁵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评估，考虑公众利益是否因禁令而受到损害。⁶⁶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，如果国务院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 SEPs 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。⁶⁷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”。⁶⁸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

⁶³ 见, e.g., 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

（其解释道限制禁令救济会导致“把创新者的议价权利和利润转移到实施者”，其本身会“削弱专利价值，大幅削弱创新激励”）；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)（发现“以巨额的许可费用赔偿侵权的 FRAND 条款，解决了专利劫持问题，但可能会阻碍创新甚至更严重的后果”）。

⁶⁴ 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>.

⁶⁵ 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) (explaining, among other things, that the law of contracts is sufficient to provide optimal deterrence) [hereinafter Ginsburg, Owings, & Wright]; 同见 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).

⁶⁶ 见 Ginsburg, Owings, & Wright, *supra* note 65, at 2-3, 6.

⁶⁷ 见 Anne Layne-Farrar & Koren W. Wong-Ervin, *Methodologies For Calculating FRAND Damages*, LAW360 at 3-4 (Oct. 8-10, 2014) (explaining that “the actual practice of hold-up requires two elements: opportunity and action,” listing a number of market mechanisms that militate against the opportunity for holdup), https://www.ftc.gov/system/files/attachments/key-speeches-presentations/wong-ervin_methodologies_for_calculating_frand_damages.pdf.

⁶⁸ 见., Prepared Statement of the Fed. Trade Comm’n, Concerning “Standard Essential Patent Disputes and Antitrust

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”⁶⁹。

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。⁷⁰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，若国务院保留该条规定，应至少采用同 ECJ *Huawei v. ZTE* 案相似的安全港原则。⁷¹具体而言，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。ECJ 较为正确地判定被控侵权人有责任“积极回应”SEP 权利人的要约，ECJ 指出，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”，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）。⁷²在考虑到专利权人和被控侵权人双方的行为，该方法对于决定是否施加反垄断法处罚时大有必要。

在该判决中，ECJ 认定 SEP 权利人“有权通过起诉申请禁令或召回产品，”并明确 SEP 权利人的该权利仅在特定和例外的情况下被限制。⁷³判决认同对反向劫持的顾虑，并指出

Law,” Before the U.S. S. Comm. on the Judiciary Subcomm. on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights 6 n.16 (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.

⁶⁹ 同上

⁷⁰ 当专利持有者拥有大规模的全球性 SEP 组合时，且需要在全全球范围内提起诉讼逐个裁定 FRAND 许可费用时，这种拖延效应将被放大。在这种情况下，基于专利组合的国际仲裁似乎是解决 FRAND 争议最有效和实际的方法。

⁷¹ 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>.

⁷² 同上，第 66-67 页。

⁷³ 同上，第 65-66 页，第 71 页。

法院将不对容忍侵权人的“拖延策略。”⁷⁴ECJ在判决中多处重申，其竞争分析涉及包括两个竞争者的情形，这暗示着法院的判决和分析限定在涉及竞争者的事项。最后，ECJ对申请禁令救济构成排除性行为的可能性进行分析，而非如收取不合理过高的许可费等剥削性行为。

结论

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

⁷⁴ 同上，第 55 页。