



U.S. CHAMBER OF COMMERCE

AmCham China
中国美国商会

美国商会和中国美国商会
就国家工商总局《关于滥用知识产权的反垄断执法指南》
(征求意见稿第7版)之共同意见

2016年2月

2016年2月4日,中国国家工商行政管理局公布了《关于滥用知识产权的反垄断执法指南》(征求意见稿)(以下称为“《指南草案》”)并向社会公开征求意见,美国商会和中国美国商会特此提交以下意见和建议。

美国商会和中国美国商会有众多会员企业,并在中国经营业务广泛,他们非常关注影响企业经营的法规和指导意见。因此,我们力争利用一切机会向中国反垄断机构提供反映商界广泛利益的实质性意见。我们两家的会员企业擅长处理竞争政策和知识产权之间的关系,并且愿意分享他们的经验。

第一部分 一般性意见

对于国家工商总局在早前几版“关于禁止滥用知识产权的指南和规则(草案)”上做出的努力,美国商会和中国美国商会表示赞赏。此外,我们也都针对大多数上述草案提交了意见。

《指南草案》第1条明确了知识产权权利人享有排他性的权利,我们为此深受鼓舞,但是,对支持必需设施原则的规定(第22条和第24条)仍然表示担心,因为权利人可能因为拒绝许可知识产权而受到反垄断机构的处罚。至少,拒绝许可不应当构成违法,除非专利权人违背专利许可的自愿承诺。美国商会和中国美国商会还担心监管机构将只受限于市场力量的确定许可条款的权利,转变成依法收取政府根据其产业政策认为适当的费用的权利。无论公司的市场份额大小,在判定其违反《反垄断法》的行为时,首先应当考虑消费者受到的伤害,同时消费者受到的伤害应当超过促进竞争的好处,还要虑及对争议行为的限制将会对创新激励机制造成的伤害。一般来说,排斥竞争对手获取知识产权的权利行使应当不足以违反《反垄断法》,因为此等权利是知识产权法规和相关政策固有的。例如,美国关于知识产权许可的反垄断指南解释了知识产权保护对于消费者的好处:

知识产权和反垄断法律共同致力于鼓励创新、提高消费者福利。
知识产权法通过为开发新型实用产品、更高效的程序,以及原创设计

的创造者建立可执行的财产权利，从而实现对创新及其传播、商品化提供激励机制。如果没有知识产权法，模仿者可无需付费，更快地窃取创者和投资者的劳动果实。迅速的模仿将会降低发明创造的商业价值、侵蚀投资动力，并最终损害消费者的利益。反垄断法则通过禁止在关于服务消费者的现有或新型方式方面，某些可能会损害竞争的行为，来促进创新和消费者福利增长。

美国商会和中国美国商会还认为，在评估知识产权许可的限制性条款是否构成《反垄断法》第 13 条规定的非法垄断协议时，所使用的分析框架应当将重点放在具体的许可条款是否限制没有许可时可能发生的竞争上。如果一项许可没有限制没有许可时可能发生的竞争，该许可就是促进竞争或者完全中立的，因此，是不会损害消费者。如果确实限制没有许可时可能发生的竞争，则必须做进一步的分析，以确定限制是否足以对消费者产生不利影响。

只是因为想象许可能够带来更多竞争就对许可加以限制，这种作法有可能抑制许可，从而导致竞争减少而非增加。如果没有授予更广泛的权利（这一作法虽然能够创造更多的竞争）就面临违反《反垄断法》的风险，企业会发现，还不如不许可。在其他情况下，企业会要求支付更高的许可费，以弥补因为违心授予更广泛的权利而发生的业务或收益损失。《指南草案》将重点放在许可是否限制双方之间之前存在的竞争上，这不仅不会阻碍促进竞争、扩大知识产权许可和传播范围的许可活动，而且会发生阻止损害消费者、不利于竞争的行为。我们感谢并赞赏国家工商总局在第一章和第 12 条规定的适用于合理原则分析的分析框架中纳入了这一点，但是强烈建议国家工商总局能够在《指南草案》的序言或第一章明确，指导执法行动的一个关键原则就是要判断相关行为是否排除或限制了在没有许可的情况下存在的竞争。

第二部分 具体意见

第一章 总则

若是能够说明机构调查如何分配举证责任，会大有裨益。例如，在美国，法院确定了一系列证据责任转移机制。首先，政府必须证明 (i) 具有支配地位的某一公司存在潜在违法的行为；(ii) 这种行为对竞争的限制可能超过对竞争的推动。然后，被告必须提出反驳政府指控的证据。在被告提出反驳之后，政府承担最终的举证责任。这种举证责任分配方式能够防止调查过程的随意性，确保启动的调查不会太多或太少，并且每个阶段都有充分的证据支持继续开展调查。对于各方来说，调查过程不仅涵盖范围广泛，而且费用高昂，所以，这种程序性原则是必要的。

第四条 知识产权领域中反垄断执法的基本原则

针对草案第四条第四项，美国商会和中国美国商建议，如果行使知识产权的有利影响大于不利影响，则国务院反垄断执法机构“应当对其不予禁止”，而不是现在的“可以对其不予禁止”。

第五条 分析方法和步骤

第五条第二项，美国商会和中国美国商会建议，在分析和确定知识产权相关协议签订方之间是否具有竞争关系时，应当考虑签订许可协议前存在的竞争关系。如果将重点放在许可是否限制各方之前存在的竞争上，《指南草案》就能够阻止损害消费者、不利于竞争的行为，同时也不会阻碍到促进竞争、扩大知识产权许可和传播范围的许可活动。

第六条 分析因素

第六条目前没有说明应当如何权衡给出的各项因素，从而造成不可预测和不确定性。此外，最后一个因素（第九项）是开放式的，使得相关机构可以插入自己对竞争的主观评判。第六条第九项应删除，因为它的开放性无法阐明“其他因素”的涵盖范围，从而造成不必要的不确定性，打击创新和竞争的积极性。如果国家工商管理总局认为评估知识产权的行使时需要考虑其他因素，则指南可随时更新。

第六条也没有明确应当如何权衡四个条件以及是否应当同时满足全部四个条件。因此，美国商会和中国美国商会建议将“前述有利影响需满足下列条件”修改为“确定知识产权的行使是否对或者可能会对竞争产生有利影响时应当考虑下列条件”。

第六条第二个条件要求限制性行为是产生有利影响所“不可缺少的”。“不可缺少的”未免限制过严，重点应当放在是否是产生有利影响所“合理需要的”。“不可缺少”这一标准可以理解为，知识产权的权利人必须不计可行性或成本，采用限制最小的手段实现促进创新或提高效率的合法目的。

在美国，反垄断执法机构“根据合理原则分析许可限制，通常会调查某一限制是否有可能对竞争产生不利影响，如果是，该限制是否是对竞争产生有利影响并且有利影响超过不利影响。”因此，美国商会和中国美国商会建议，将“不可缺少的”改成“合理需要的”。

第七条 适用范围

美国商会和中国美国商会建议删除“中华人民共和国境外滥用知识产权，对境内市场竞争产生排除、限制影响的，适用本指南。”这一规定太过宽泛，如果真的付诸实施，各国竞争执法机构对在境外产生影响的复杂交易的管辖权行使就存在不一致。美国和欧盟采用了范围较窄的基于效果的司法标准。美国关注的是境外行为对“与境外国家的商贸活动之外的商贸活动”是否产生“直接、实质以及能够合理预测的影响。”（《对外贸易反垄断改进法》，《美国法典》第15卷，第6a(1)款）。欧盟关注的是行为是否会对“欧盟产生直接和实质性影响”。（参见：*Gencor 诉 Commission* 一案，T-102/96，1999年，ECR II-753, §90）。美国

商会建议国家工商总局修改第七条的措辞，向欧盟委员会和美国用来确定是否对境外行为具有管辖权的方法靠近。

需要注意的是，国家工商总局可能还需要明确应当按照目标公司在中国取得的收入而不是在所有国家取得的收入来计算《反垄断法》第四十六条规定的罚款。目前，《反垄断法》第四十六条没有说明罚款的计算基数。因此，为了与其他主流竞争制度保持一致，国家工商总局应当按照境内损害程度计算罚款。

第八条 总体原则

根据《美国知识产权指南》，除非商品市场不足以评估对竞争的影响，否则不会对技术市场和创新市场进行界定和分析（欧盟也有类似规定，仅在有用并且必要的情况下才会界定创新市场，这种情况为数不多。）。美国商会和中国美国商会建议加入一段声明：“首先分析商品市场，商品市场不足的，再使用技术和创新市场。”

第十条 相关技术市场

第十条第二段，通过“相关技术市场的总许可费收入”计算市场份额是行不通的，因为它不会较好地评估相关市场中的市场支配力。例如，在相关技术市场，一些所涉及的技术还没有被许可，但将来有可能实施许可，因此，计算市场份额时，这些技术的许可费收入还不存在。更高的许可费也不意味着公司有更大的能力来提高价格或限制输出。

此外，第二段最后一句中的“该知识产权具有的可替代知识产权”的意义不清晰。我们建议改为“替代技术”，因为一项技术只有功能相同或相似才能够替代另外一项技术。

第十一条 相关创新市场

美国商会和中国美国商会注意到，“创新市场”的定义不清楚。而且，也很难了解反垄断执法机构如何确定相关创新市场的市场主导地位以及如何分析这一市场的竞争关系。在中国，没有先例可以帮助读者理解本指南提出的“相关创新市场”的概念。

因此，为了避免给正常行使知识产权造成不确定性，我们建议删除第十一条。

第十二条 涉及知识产权的垄断协议的总体规定

美国商会和中国美国商会很高兴国家工商总局采用了在没有许可或协议的情况下分析竞争的分析框架。而且，让我们深受鼓舞的是，国家工商总局已经建议根据合理原则分析所有疑似知识产权相关的垄断协议。

我们建议国家工商总局进一步明确“潜在竞争”的含义。不清楚应当如何确定“潜在竞争”，因为，理论上来说，任何一方将来都可能与另外一方竞争。我们建

议国家工商总局解释和明确用来确定“潜在”的因素以及如何根据这些因素分析“可能性”。

第十三条 竞争者之间的价格限制

关于竞争者之间固定知识产权许可费，重要的是确定知识产权实际上是否相互竞争。若是存在竞争关系，知识产权就应当能够替代而非只是互补。

在第二段，“间接的价格限制”的定义不清楚。我们建议国家工商总局明确“间接的价格限制”的含义，不要限制企业在知识产权许可交易中商议特许权费率自由。

第十四条 竞争者之间的产量限制

《指南》应尊重知识产权权利人和被许可人的自由，使之确定最理想的许可费计算机制，不应当过度限制，但前提是许可不会消除双方之间固有的竞争。例如，专利权人可以根据被许可人的授权销售量调整使用费。

第十五条 竞争者之间的市场分割

我们建议国家工商总局应当考虑知识产权的国别限制，因此，只许可中国专利，不许可其他专利不符合市场分割协议。鉴于知识产权在地域存在的国别限制，许可通常会限于某一个国家，并禁止在未许可的国家生产或销售。这种限制不应视为竞争者之间的市场分割。

第十九条 非竞争者之间的定价限制

美国商会和中国美国商会不清楚“间接的定价限制”的含义，建议国家工商管理总局予以明确。在知识产权许可交易中，根据许可人和被许可人之间的谈判来定价，这种缔约自由应当得到尊重。

第二十条 非竞争者之间的地域和客户限制

使用领域和许可地域是许可协议的常见条款。许可人对特定的技术或地域进行许可，从而允许被许可人将技术使用扩大到许可人自身业务没有覆盖的地域或商品市场，这是正常的。这有利于消费者，不应视为妨碍竞争。而且，考虑到知识产权的国别限制，某一知识产权在一个国家获得许可但是在另外一个国家没有许可是很正常的，不应视为地域限制。

第二十一条 涉及知识产权的垄断协议的安全港规则

根据第十二条第一项规定，具有竞争关系的经营者市场份额合计不超过百分之二十或者“存在四个或者四个以上能够以合理成本得到的被其他经营者独立控制的替代性技术”的，可适用安全港。但是，四个替代性技术的要求似乎太高。美国或欧盟在立法和实践当中都没有类似安排。此外，将替代性技术的数量设为

四个，而不是三个或五个的原因不明确。即使满足这些条件也不能保证豁免，因为，如果有证据表明协议排除或限制竞争，该行为/协议仍将受到质疑。

第二十二条 市场支配地位的认定和推定

美国商会和中国美国商会建议将“知识产权是否为相关经营者进入下游市场的必需设施”从第二十二条删除。我们注意到，在谈到市场界定和主导地位或市场支配力的认定时，欧盟委员会和美国的反垄断执法机构的知识产权指南都没有提到必需设施这一概念。

拥有知识产权不应视为决定企业是否具有市场支配地位的因素。相反，在评估是否滥用支配地位时，应当考虑知识产权的行使。而且，无论其控制价格或限制竞争的实际能力如何，标准要素专利的权利人会因为这一因素（且为唯一因素）被认定具有市场支配地位。在决定企业是否具有市场支配地位之前，应当全面分析所有相关因素。

第二十三条 以不公平的高价许可知识产权

我们对《指南草案》中关于不公平高价许可和对过期知识产权收费的规定表示关切。第一个因素——许可费“是否与其知识产权对相关商品价值的贡献不相符”，这个标准很武断，而且很难计算，增加了市场的不确定性而且会打击在华许可的积极性。中国以外的反垄断执法机构很少认为价格管制是其职责所在。2015年9月，美国司法部反垄断局助理总检察长（AAG）比尔·巴尔（Bill Baer）在第十九届国际律师协会竞争年会上就专利使用费发表演讲。他指出：

“当制造商在没有不当行为时向我们抱怨专利使用费过高，我们会持怀疑态度。我们没有通过反垄断执法来管控使用费。价格控制质疑概念会干扰市场竞争并阻碍创新激励机制。因此，美国的反垄断法并不禁止“过高定价”本身。相反，如果他们选择这样做，合法的垄断者完全可以自主决定垄断价格。这种方式能够促进来自竞争对手或被高额回报诱惑进入市场的新手的创新活动。”

至于主张或者收取的超出历史许可费的许可费（第二个因素），每项许可交易都有影响使用费的独特因素和市场因素，而市场因素可能随时间而改变。因此，在决定“不公平的高价”时，不应简单地与历史许可费比较。

至于对过期知识产权的收费（第四个因素），包括一揽子许可是否允许对过期或无效的专利收取使用费，未能认识到一揽子许可的本质特征和效率，即通过对一揽子专利实时许可，给予被许可人以确定性和灵活性，能够大幅降低交易成本和提高效率。而且，许多组合许可还允许增加专利并且不会因此提高使用费率。签订这种一揽子许可的各方都很明白，虽然在许可协议期间，有些专利可能会到期或者被认定无效，但是，一揽子许可却能够继续提供有价值的保护，保护被许可人免受许可组合中有可能被侵权的专利发生的侵权行为。而且，若是根据组合或一揽子许可的这一自然状态确定反垄断责任（如一些在专利许可协议签订时尚

且有效和可以执行的专利可能在协议期限之内到期），就相当于要求逐一确认、分析、评估和执行各项专利，一揽子许可的效率会首当其冲的受到影响。

组合许可能够有效地提供法律确定性、降低交易费用、最大限度地减少专利争议以及促进投资和创新。美国的反垄断法早就承认组合许可具有促进竞争的作用，包括在广播音乐一案中对一揽子版权许可争议做出的具有深远影响的判决。在该案中，法院非常明白，一揽子许可满足了知识产权权利人“使用一种可靠的方法收取知识产权使用费”的需要，效率提升很明显，因为“在这个行业，和单项监督和执法一样，单项出售交易是很昂贵的”。在《美国知识产权指南》中（第5.5款），联邦贸易委员会和司法部反垄断处也认识到，知识产权的一揽子许可“能够整合互补性技术、降低交易成本、清除障碍以及避免昂贵的侵权诉讼，从而能够促进竞争。”

若是《指南草案》隐含的意思是，每当组合许可的专利有到期或被认定无效的，就必须不断地调整或重新谈判来确定使用费率。这会让组合许可无法实施，并且会损害中国的许可人和被许可人。如果被许可人担心专利可能到期或者有专利被宣布无效，他们就会力争缩短专利许可协议（PLA）的期限。因为从长期来看，缩短专利许可期限会提高交易成本和确定性。

为了避免反垄断责任的风险损害到组合许可的有益实施，我们建议《指南草案》加入以下内容：

“(4)经营者是否就签订专利许可时已经过期或者最终被宣布为无效的知识产权故意收取许可费。”

加入这段文字代表承认组合许可对竞争的促进作用，并且符合反垄断原则，即不得因为一方的无意行为对其进行处罚。

我们担心第五个因素，交叉许可和回授，会限制竞争。交叉许可在信息通信技术及其他诸多行业很常见，推动了这些行业的高度创新。在这些行业中，企业经常与竞争者签订交叉许可协议。因为许可的每一方既是许可人也是被许可人，按照定义，交叉许可实施的就是回授。

信息通信技术行业的交叉许可协议通常非常宽泛。有许多许可涵盖许可各方的整个专利组合，甚至是未来某个特定期间（即捕获期）发布的专利，并且没有设置任何限制或者只有使用领域限制或其他合理限制。这些许可的目的是给予企业设计自由，让企业可以自由开展创新，而不用担心它们的创新会侵犯交叉许可方的专利。非排他性回授损害竞争的情况是很少见的。

高度创新是信息通信技术行业的特点。交叉许可协议使得企业能够开展广泛的研发工作，不用担心侵犯交叉许可方的专利，在推动这些行业的创新方面发挥了重要作用。

我们还需要注意因素六可能被错误理解为许可方滥用起诉权或要求禁令救济，因此导致被许可方若不接受由许可人提出的价格或许可人起诉对被许可人进行禁令救济，就会受到反垄断调查。申请禁令救济的权利和知识产权所有者起诉侵犯其知识产权的侵权人的权利，均属合法权利，不应该被无理禁止。其他因素如被许可人是否是完全自愿并诚信对待许可人，是否有一个特定的公平、合理和无歧视承诺等，也应多加考量。

第二十四条 拒绝许可知识产权

我们十分关切支持必需设施原则并对拒绝许可知识产权的行为予以反垄断处罚的规定。必需设施原则只在非常有限的情况下才被用于单方面无条件地拒绝许可。至少，拒绝许可的行为不应被起诉，除非是专利权人违背其意愿做出的专利许可承诺。在美国为数不多的此类案例中，违反自愿许可承诺的行为一直适用合同法，反垄断机构是不能设定市场价格的。在认定违法行为时，违反特定的自愿专利许可承诺应当是必要但不是完全充分的因素。

美国商会和中国美国商会很担心，《指南草案》给出的这些因素，根据其适用方式，几乎相当于将所有单方面拒绝许可都归为知识产权的滥用。对现有因素的解释可能过于宽泛，没有明确如何权衡或者适用以及应当予以考量的程度。若是国家工商总局认为最重要和最有价值的创新，因为其价值，就是创新者必须按照人为压低的价格实施许可的关键设施（因素 1），结果将适得其反，会破坏实现中国政府适当地寻求和鼓励企业开发的技术突破所需要的创新激励。拒绝许可带来的挑战有可能促使相关方将资源投向其报酬不太可能受到抑制激励的政府监管所制约的领域。

除了考虑强制许可对知识产权权利人造成的损害，新的《指南草案》还应当明确将重点放在知识产权成为必需设施后对整个企业界的创新投资激励以及对知识产权的不利影响。

中国《专利法》和世贸组织《与贸易有关的知识产权协定》都没有允许对竞争和创新必需的知识产权实施广泛的强制许可。中国《专利法》第 11 条和世贸组织《与贸易有关的知识产权协定》第 28 条（及相关规定）都允许知识产权权利人在拒绝其他人使用其知识产权方面享有广泛和坚实的权利。中国《专利法》第 11 条和世贸组织《与贸易有关的知识产权协定》第 28 条（及相关规定）都没有区分中国和世贸组织成员有义务保护的知识产权的必需性。换言之，第二十四条所反映的宽泛的必需设施原则既不符合中国《专利法》，也不符合中国政府应当遵守的国际法。《指南草案》在某种程度上将这种不一致升级，不仅不合理，还会损害投资和创新，并且造成混淆和不确定性。为了继续鼓励在华投资和创新，我们建议大大缩减第二十四条的范围，至少做到更符合只允许少数特例的欧洲方式。

第二十五条 涉及知识产权的搭售

美国商会和中国美国商会建议第二十五条第三段应当包括以下要素：搭售是否能够取得搭售商品市场的主导地位。这一要素在最后一条第二小段提到过，不过，还是应当列为第三段的应主要考虑的要素。

第二十六条 涉及知识产权的附加不合理交易条件

对于第二十六条第二项，美国商会和中国美国商会希望提请注意：在某些情况下，使用不质疑条款或者质疑/诉讼禁令可以降低交易成本，避免滥诉，具有促进竞争的作用，是许可协议经常采用的条款。但在许多司法管辖区，已经宣布这类条款通常是不可执行的（除非作为与标的专利有关的和解的一部分）。

例如，欧盟委员会在“关于《欧盟运行条约》第 101 条对技术转让协议的适用的指南”（《TTBE 指南》）提到过的不质疑条款的有效性。在该指南中，欧盟委员会指出，“被许可人通常对知识产权的有效性最有决定权。为了公平竞争，根据知识产权保护原则，无效的知识产权应当予以排除。无效的知识产权只会起到抑制竞争的作用而不能促进竞争。”欧盟委员会承认和解协议可以不适用这一原则，其使用的不质疑条款将按照个案具体问题具体分析。除此之外，阻止被许可人质疑专利有效性必然导致无效专利的存续，导致授权专利需要征收使用费，而专利权人的此项收费并非合法要求。

在美国，最高法院已经裁定，许可协议中禁止质疑被许可专利的有效性的规定作为合同事由在美国通常是不可执行的，即使作为与标的专利有关的和解的一部分，此类规定可以执行。“专利持有人不应免于被质疑，不应实际上不可以申请专利或者超出专利垄断范围的想法收取使用费...”。美国反垄断机构也指出：“无效专利有碍竞争，专利政策应当鼓励质疑专利的有效性”。根据这些机构的说法：“公共政策大力支持清除经济中的无效专利，这类专利妨碍许可效率和竞争，破坏创新激励”。不过，在美国，并没有发现不质疑条款构成违反反垄断法或者滥用专利权。

至于第二十六条第四项，我们想重申的是，对于组合专利，相关方通常期望组合不时会有新的专利进入，旧的专利到期。相关方在确定费率时可以考虑到这种情况，从而对大的变动做出规定。否则，特别是组合规模较大并且包含来自几个司法管辖区的专利时，反复追踪众多许可协议中的各项资产将是一项繁重的任务。这类任务大都不切实际、费用高昂并且收益有限。我们建议将第四项限于“费用支付不符合法律规定”的情形。此外，诉讼时效使得企业可以对过期的专利主张权利，因为专利侵权发生在其过期之前。这种情况不违法。正在上诉的被认定无效的专利也是如此。

至于第二十六条第五项，可参见我们对第二十三条关于交叉许可的建议。

至于第二十六条第六项，在某些情况下，强迫或者禁止订约方与第三方进行交易是有道理的。例如，为了确保商品质量，某一商标许可人可能要求被许可人使用指定供货商提供的原材料（或者要求被许可人不要使用指定供货商的原材料）。这种作法很常见，不应对其实施反垄断审查。

至于第十六条第七项，我们建议删除，因为它无所不包，会造成不确定性。

第二十七条 涉及知识产权的差别待遇

我们想强调，知识产权许可使用不同的条款和条件不应成为竞争法关注的焦点。即使当遵守公平、合理和无歧视原则与标准必要专利有矛盾时，应当根据合理原则对条款的不同点加以分析，从而确定竞争是否受到无理的限制。

我们还想强调的是，如果国家工商总局对我们上述的观点存在异议，在反垄断法执法过程中，不应当采用歧视性的具体条款作为监管许可的方式。。例如，专利权人在决定交易条款时会考虑其与被许可人的关系（例如，客户，合伙人或竞争者），这是很常见的事。（人们熟知的美国 *Georgia Pacific 诉 U.S. Plywood* 一案，“关系”就被当作一个判定“合理性”的因素。）。即使被许可人与专利权人的关系相同，被许可人的“层级”也可能会不同，从而可能产生不同的交易条款。例如，一家企业可能是批发商，而另一家企业可能是零售商，或者一家可能销售芯片，而另一家可能销售芯片板。潜在被许可人的组合资产也会有所不同。例如，竞争者 A 没有可以回授的专利，竞争者 B 同意回授，但组合规模很小，竞争者 C 同意将其规模很大的组合回授。许可人对三个竞争者收取不同的许可费，这是合理的行为。生硬地套用“无歧视”原则，将会损害专利的活力和价值，结果可能会事与愿违。

从现实角度来看，应当如何界定“差别”待遇含糊不清。许可很复杂，各方适用的条款通常存在很多实质和微妙的差别，很难比较待遇的平等性。许可条款包括被许可技术所属领域、许可期限、地域范围、回授范围、许可方和被许可方、终止（包括防御性终止）条款、权利分拆条款、收购条款、纠正条款、审查和通知条款、适用法律、其他争议解决机制、条款的定义等等。其中任何条款都可能影响相关方，其待遇也会影响到使用费。相关方应当有权自由商定许可条款，不应受限于反垄断法和相关法规和指南。试图对条款进行控制或标准化会对双方产生不利影响。例如，为了降低使用费，被许可人可能会建议缩减许可协议的技术领域、地域或许可的专利，而许可人为了提高使用费，可能会限制相互许可。妥协取决于各方关注的重点，而不同的谈判自然有不同的重点。

我们还想说明的是，强调“平等待遇”还有可能强迫披露保密的业务和商业信息，这会有损企业的竞争力。例如，许可人在区别于被许可人时可能需要披露关键的企业保密信息，这会对相关市场中的竞争产生不良影响。再比如，被许可人 A 可以不合理地要求了解被许可人 B 的许可地域，从而获取竞争性质的敏感信息披露。

如果专利权人已经承诺实施无歧视许可并且其他企业信任这一承诺，那么当确定专利权人对竞争构成不合理的限制时，则可以依据违反承诺对竞争造成的影响提起法律诉讼。不过，通常来说，将这一前提条件延及所有专利并不恰当。

第二十八条 涉及标准制定和实施的垄断行为

竞争法及其实施规则和指南不应对专利权人强加专利许可条款，包括对自愿参加标准制定机构的标准制定活动，但是没有明确同意接受标准制定机构的许可条款或者没有同意将自己的某些或全部技术列入标准的专利权人。

《指南草案》第二十八条第一项的反垄断规定应当明确，标准必要专利的权利人未能按照标准制定机构的要求履行披露标准必要专利之义务的，仅在下列情形需要承担责任：(i)专利权人自愿参与标准制定活动的；(ii)专利权人根据相关标准制定机构的政策规定负有积极披露“必要知识产权”的义务的；(iii)专利权人故意保有“必要知识产权”，有意未向标准制定机构披露信息的；(iv)专利权人完成标准制定之后，为取得不符合公平、合理和无歧视原则的补偿而向标准实施者主张应当披露却未披露的已经确定是标准所必要的知识产权的；(v)专利权人因为隐瞒其主张不利于标准执行者的标准必要专利的相关信息而对相关市场的竞争造成不利影响的。

披露义务不适用于没有参加标准制定过程的专利权人或者专利权人不认为是或将成为标准必要专利的专利。这一披露要求太过宽泛和繁重。最后，披露要求应当与标准制定机构的实践作法保持一致。有些标准制定机构的会员是企业，还有些标准制定机构的会员是个人。对于实行个人会员制的标准制定机构来说，实际知识要求要以参与标准制定过程的个人掌握的知识而非企业掌握的知识为基础。违反披露义务的反垄断责任应当只适用于故意或恶意未披露作为标准制定机构成员的个人在参加标准制定过程中实际掌握的必要专利的情况，不应要求企业通过耗资巨大的专利检索和审查了解相关情况。

我们还注意到，《指南草案》第二十八条第一项提到了标准必要专利人“放弃其权利”。我们不知道此规定的目的是什么或者放弃的是什么权利。无论何种情况，美国商会和中国美国商会不赞成一直绝对地将标准必要专利的权利人寻求禁令救济视为必然违反竞争法的行为。同理，经过裁决，如果法院认为标准必要专利的权利人信守了公平、合理和无歧视的义务，则权利人同样有权获得合理的补偿。

最后，尚不清楚企业需要具备第二十八条项下的全部四种行为还是只需要其中一种行为即可认定违反《反垄断法》。而且，第二十八条第二段提到“此类行为会排除、限制相关市场的竞争”。这听起来好像它本身就构成违法，而在其他条款，包括第二十三条、第二十四条和第二十六条，使用的是“可能”或“应当”。美国商会和中国美国商会建议措辞保持一致，以免产生混淆。

第二十九条 专利联营

专利联营能够解决专利权重叠或专利繁琐带来的问题，促进新技术的快速运用，从而能够提高效率。对于希望生产使用专利的商品的企业来说，通过专利联营提供的“一站式购买”便利，能够降低交易成本，不需要与各个专利权人逐一谈判。专利联营还能够鼓励发明人转化现有创新成果，并且开展新的有可能取得专利的研发活动。（参见：Carl Shapiro, *Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses*,

Patent Pools, and Standard Setting, “Innovation Policy and the Economy”, 第一卷, 119 页, 120 页, Adam B. Jaffe 等编辑, 2000 年)。为了保留这些益处, 美国商会和中国美国商会建议在指南中做些修改。

第一项, 假设限制在联营之外实施许可会损害竞争, 这可能过于宽泛。例如, 一些专利联营限制成员加入同一标准的其他专利联营(专利权人由此可以从同一专利收取多份报酬)。此类限制有可能是合理的。为了明确过于宽泛的规定, 也许可以稍作修改, 仅仅规定限制已经参加专利联营的专利权人单独许可专利的行为会损害竞争。

第三项, 假设分享和利用敏感信息本身会损害竞争。并非一定会这样。专利联营的参与者为了确定使用费率或推销专利联营, 可能需要分享和利用“敏感”信息。因为规定的太过宽泛, 专利联营参与者在决定如何对待侵权者或不愿意许可的潜在成员时会无所适从。美国商会建议将范围缩小, 仅限于分享和利用特定于反竞争目的的信息, 即固定商品价格, 针对竞争者划分市场、限制产量, 排除某些竞争者, 而不是决定使用费率这样的合法目的。美国商会和中国美国商会也不清楚国家工商总局在第三项提到的“诱使被许可方”是什么意思。而且, 美国商会和中国美国商会想提醒, 专利联营提供技术改进的非排他性回授通常具有合理性, 因此, 被许可人不能阻止专利联营其他成员和其他被许可人。在这种情况下, 应当运用合理原则分析。

第六项认为收取的联营许可费远远高于每个专利单独许可时的许可费总和即构成违法, 这种观点存在隐患。如果被许可人可以自由地从专利联营各个成员单独取得许可, 专利联营无论收取多少费用都没有问题。正常情况下, 联营许可的费用要低于单独许可的费用总和。所以, 没有理由限制专利联营从效率提升中获得利益, 尤其是, 设立和管理专利联营也是需要花钱的。《指南草案》似乎要求计算专利联营各个会员单独收取的使用费, 这很难做到。

第二十九条倒数第二段, “不重要”专利是什么意思? 如何确定? 也不清楚“无效”是否指不符合专利法的规定《指南草案》应当明确“无效”的含义。

第二十九条最后一段, 关于专利联营, 没有说明具体由谁对违反《反垄断法》的行为承担责任, 是专利联营的管理机构还是专利联营的成员? 我们建议《指南草案》明确专利联营违反《反垄断法》的责任主体。

第七项中, 全面控制规定导致了不确定性, 我们建议予以删除。

第三十一条 法律责任

美国商会和中国美国商会建议, 不是所有认定的知识产权滥用都需要依据《专利法》实施强制许可, 只有反垄断执法机构决定将强制许可作为一种适当的救济手段时才可以实施。