

中国滥用知识产权反垄断规制的新发展

王先林¹

目次

- 一、中国滥用知识产权反垄断规制的背景 and 法律依据
- 二、中国滥用知识产权反垄断规制的司法和执法实践
- 三、中国滥用知识产权反垄断规章的主要内容
- 四、中国滥用知识产权反垄断指南的制定情况

一、中国滥用知识产权反垄断规制的背景 and 法律依据

知识产权制度无疑是以权利保护为核心的，只有充分和有效的保护才能使知识产权鼓励创新的激励机制发挥作用。但是，知识产权保护不能绝对化，而必须有一个合理与适度的界限。因为，知识产权保护在本质上是一个利益界定和调整问题，它在国内层面涉及知识产权所有人（社会个体）与公众（消费者、竞争者及其所代表的社会整体）之间的利益平衡以及公平与效率的协调，而在国际层面则涉及到不同国家、地区之间的利益调整。而且，即使知识产权的获得本身是合理、合法的，其实际的行使行为也存在一个正当与否的问题，也就是说，正当获得的知识产权也可能被滥用。

滥用知识产权是相对于正当行使知识产权而言的，它是指知识产权的权利人在行使其权利时超出了法律允许的范围或者正当的界限，导致对该权利的不正当利用，损害他人利益和社会公共利益的行为。知识产权所具有的显著特点和重要的经济意义，使得它容易被权利人不正当加以利用，破坏正常的市场竞争。例如，在知识产权行使的过程中，权利人往往利用许可方式，不正当扩张其所享有的知识产权，或者利用知识产权所带来的优势，不正当限制市场竞争，以此谋取不正当的利益。

基于此，知识产权不仅仅是保护的问题，而且是包括防止滥用知识产权在内的全方位、多环节的一个制度系统。实际上，发达国家在重视保护知识产权的同时，也非常重视防止滥用知识产权。甚至可以说，越是保护知识产权水平高、力度大的国家，其防止滥用知识产权的力度也越大。其原因一方面在于，滥用权利要以权利的存在和受保护的程度为前提和基础，知识产权保护的水平越高、力度越大，其被滥用的可能性也越大，相应地，其被滥用后的危害也越大；另一方面则在于，知识产权保护水平高的发达国家，其市场机制比较健全，相关配套的法律制度比较完善，尤其是有一套比较健全的竞争法律制度确保市场竞争的自由和公平，对包括滥用知识产权在内的非法限制竞争行为进行着比较严格的规制。

发展中国家在建立知识产权制度的过程中，同样采取均衡各方利益以及有利于竞争的方式，至少对滥用知识产权的行为有相应的限制措施。英国知识产权委员会《知识产权与发展政策相结合》的报告也指出，发展中国家的制度实施机制必须有权决定某些知识产权是否有

¹ 王先林，法学博士，上海交通大学特聘教授、博士生导师、法学院常务副院长，竞争法律与政策研究中心主任，国务院反垄断委员会专家咨询组成员，上海市法学会竞争法研究会会长。WANG Xianlin, PhD in law, distinguished professor and executive dean of Shanghai Jiao Tong University Law School, director of Center for Competition Law and Policy, expert of Consultation Group of Antimonopoly Commission of the State Council, PRC, president of Competition Law Association of Shanghai Law Society.

效、并抵制由诸如“策略性诉讼”(strategic litigation)之类的限制性经营行为对知识产权的潜在滥用。例如,发展中国家迫于压力成立了一些使得禁止令容易获得的系统,但这样做的危险是知识产权持有者可能会滥用起诉权利,妨碍合法的竞争活动。该报告认为发展中国家应该更加重视加强竞争政策,并建议协助发展中国家制定知识产权法律的发达国家和国际机构应同时协助这些国家建立适当的竞争法律及执行体系。²

在中国,随着知识产权法律制度的不断完善,知识产权保护的力度在不断加大,滥用知识产权的行为时有发生,借此实施的排除、限制竞争行为也日益突出。早在 2005 年度国家软科学研究计划重点委托研究课题成果《在华跨国公司知识产权滥用情况及其对策研究报告》³中,就列举了跨国公司在中国滥用其优势地位实施限制竞争行为的几种典型表现,主要包括拒绝许可、搭售、价格歧视、掠夺性定价和过高定价等,同时还附上了微软公司、思科公司、DVD 专利联盟、英特尔公司和通用汽车公司等涉嫌滥用知识产权排除、限制竞争的实例。

基于此,中国在继续加强知识产权保护的同时,也在探索对滥用知识产权继续法律规制。2008 年 6 月 5 日国务院公布的《国家知识产权战略纲要》在“序言”部分指出,中国目前的“知识产权滥用行为时有发生”,其所规定的战略重点之一就是“防止知识产权滥用”,并要求“制定相关法律法规,合理界定知识产权的界限,防止知识产权滥用,维护公平竞争的市场秩序和公众合法权益”。这就从国家战略的高度提出了在重视保护知识产权的同时,还要重视防止知识产权滥用的问题。

目前,中国规制滥用知识产权的主要依据还是《反垄断法》。该法第 55 条规定:“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,不适用本法;但是,经营者滥用知识产权,排除、限制竞争的行为,适用本法”。这表明了中国对滥用知识产权进行反垄断规制的基本态度。

二、中国滥用知识产权反垄断规制的司法和执法实践

在中国,反垄断法实施的时间还比较短,在涉及知识产权的领域实施反垄断法的案件还不是很多,但是无论是在反垄断民事诉讼中还是在反垄断行政执法中,都已经出现了这样的案件,而且其调查和处理都受到了国内外的广泛关注。以下介绍目前这方面的主要案例。

(一) 华为技术有限公司诉美国交互数字技术公司、交互数字通信有限公司、交互数字公司垄断案⁴

2011 年 12 月 6 日,华为技术有限公司(以下简称“华为公司”)向深圳市中级人民法院提起诉讼称:根据中国《反垄断法》的规定,被告交互数字技术公司、交互数字通信有限公司、交互数字公司(统称为“交互数字”)在 3G 无线通信标准必要专利许可市场中具有市场支配地位。与苹果、三星等公司相比,被告对其标准必要专利的许可使用费存在过高定价和歧视性定价行为;被告还要求原告将其全球所有的专利无偿许可给被告,这属于附加不合理交易条件的行为;被告提出将其标准必要专利和非标准必要专利、2G、3G 和 4G 标准必要专利、全球专利打包许可,这属于搭售行为;在双方谈判过程中,被告突然在美国联邦法院和美国国际贸易委员会同时起诉原告,本质上是拒绝与原告进行交易的行为。据此,原告诉

² 参见英国知识产权委员会:《知识产权与发展政策相结合》,第 147 页,伦敦,2002 年 9 月。

³ 软科学研究计划编号为 2005DGS2D053,安徽大学法学院、上海交通大学法学院联合研究课题组,王先林主持,2015 年。《商务周刊》2005 年第 21 期以《跨国公司在华知识产权滥用》为题刊发了该报告的主要内容。

⁴ 资料来源:广东省高级人民法院判决书(2013)粤高法民终字第 306 号,原文可参见:

<http://www.gdcourts.gov.cn/ecdomain/framework/gdcourt/jndbijapddneboelcfapbecpepdnhbe.jsp?wsid=LM4300000020140417030902158689&sfcz=0&ajlb=5>

请三被告立即停止过高定价、差别定价、搭售、附加不合理交易条件以及拒绝交易等垄断民事侵权行为，并连带赔偿原告经济损失人民币 2000 万元。

被告交互数字辩称：第一，IDC 公司不认可华为公司所主张的相关市场的划分，仅凭 IDC 公司自身的必要专利涵盖的技术不可能制造任何终端产品。本案当中相关的地域市场应该是全球市场，而不是华为公司所划分的中国市场和美国市场。第二，IDC 公司在相关市场中不具有市场支配地位，以及排除或限制竞争的能力。第三，IDC 公司没有实施任何违反《反垄断法》，从事限制竞争的行为。第四，IDC 公司没有给华为公司造成任何实际损害。

一审法院经审理认为，原告华为公司主张相关市场的范围是：相关地域市场是中国市场和美国市场，相关商品市场为被告交互数字在 3G 无线通信技术中的 WCDMA、CDMA2000、TD—SCDMA 标准下的每一个必要专利许可市场构成的集合束，被告在中国和美国的 3G 无线通信技术标准（WCDMA、CDMA2000、TD—SCDMA）中的每一个必要专利许可市场，均构成一个独立的相关市场，本案的相关市场是该一个个独立相关市场的集合束。对原告界定的相关市场的范围，予以确认。基于 3G 标准中每一个必要专利的唯一性和不可替代性，被告在 3G 标准中的每一个必要专利许可市场均拥有完全的份额，具有阻碍或影响其他经营者进入相关市场的能力。因此，法院认定被告在原告界定的相关市场中具有市场支配地位。

在进行必要专利的授权许可谈判时，必要专利权人掌握其必要专利达成许可条件的信息，而谈判的对方不掌握这些交易信息，由于双方信息不对称，故必要专利许可合同交易的实现，依赖于必要专利权人在合同签订、履行时均应遵循公平、合理、无歧视（FRAND）的原则。将被告授权给苹果、三星等公司的专利许可条件，与被告向原告发出的要约条件进行比较，无论是按照一次性支付专利许可使用费为标准，还是按照专利许可使用费率为标准，被告拟授权给原告的专利使用费均远远高于苹果、三星等公司。被告还强迫原告方给予其所有专利的免费许可，使之可以获得额外的利益，这表明被告存在过高定价和歧视性定价的行为。由于原告在与被告的谈判中一直处于善意状态，被告在美国提起诉讼的目的，在于逼迫原告接受过高专利许可交易条件，这在性质上不属于拒绝交易行为，而属于逼迫原告接受过高专利许可交易条件之手段的行为。被告利用其必要专利授权许可市场条件下的支配地位，将必要专利与非必要专利搭售，属于滥用市场支配地位的行为。原告指控被告将 2G、3G 和 4G 标准必要专利、全球专利打包许可属于搭售行为，缺乏依据，不予采纳。

据此，一审法院依法认定三被告共同实施了垄断民事侵权行为，应承担共同实施垄断民事侵权行为的法律责任，判决三被告立即停止针对原告实施的过高定价和搭售的垄断民事侵权行为，并连带赔偿原告经济损失人民币 2000 万元，驳回原告的其他诉讼请求。宣判后，原、被告双方均不服一审判决，提起上诉。2013 年 10 月 21 日，广东省高级人民法院作出终审判决：驳回上诉，维持原判。

本案是中国首例原告完全胜诉的反垄断民事诉讼案，也是中国法院受理的首例由必要标准专利许可引发的垄断纠纷案件，涉及知识产权领域最前沿的疑难法律问题，广受国内外关注，最高人民法院将其列入“2013 年度全国法院十大热点案件”。本案尝试在专利权保护与反垄断之间进行合理的平衡，并探讨了在涉及标准必要专利时相关市场的界定以及如何认定过高定价和搭售等疑难。尽管有些结论在学术上还可以讨论，但是该案的判决在世界上树立了标准必要专利领域垄断纠纷的审判标准，具有重要的意义。

（二）国家发改委查处美国高通公司滥用市场支配地位案⁵

2013 年 11 月，国家发改委根据举报启动了对美国高通公司的反垄断调查。在调查过程中，国家发改委对数十家国内外手机生产企业和基带芯片制造企业进行了深入调查，获取了

⁵ 资料来源：国家发展和改革委员会行政处罚决定书[2015]1 号。参见国家发改委价格监督检查与反垄断局网站：http://jjs.ndrc.gov.cn/figld/201503/t20150302_666170.html

高通公司实施价格垄断等行为的相关证据，充分听取了高通公司的陈述和申辩意见，并就高通公司相关行为构成中国《反垄断法》禁止的滥用市场支配地位行为进行了研究论证。

经调查取证和分析论证，高通公司在 CDMA、WCDMA、LTE 无线通信标准必要专利许可市场和基带芯片市场具有市场支配地位，并实施了以下滥用市场支配地位的行为：第一，收取不公平的高价专利许可费。高通公司对中国企业进行专利许可时拒绝提供专利清单，过期专利一直包含在专利组合中并收取许可费。同时，高通公司要求中国被许可人将持有的相关专利向其进行免费反向许可，拒绝在许可费中抵扣反向许可的专利价值或提供其他对价。此外，对于曾被迫接受非标准必要专利一揽子许可的中国被许可人，高通公司在坚持较高许可费率的同时，按整机批发净售价收取专利许可费。这些因素的结合导致许可费过高。第二，没有正当理由搭售非无线通信标准必要专利许可。在专利许可中，高通公司不将性质不同的无线通信标准必要专利与非无线通信标准必要专利进行区分并分别对外许可，而是利用在无线通信标准必要专利许可市场的支配地位，没有正当理由将非无线通信标准必要专利许可进行搭售，中国部分被许可人被迫从高通公司获得非无线通信标准必要专利许可。第三，在基带芯片销售中附加不合理条件。高通公司将签订和不挑战专利许可协议作为中国被许可人获得其基带芯片供应的条件。如果潜在被许可人未签订包含了以上不合理条款的专利许可协议，或者被许可人就专利许可协议产生争议并提起诉讼，高通公司均拒绝供应基带芯片。由于高通公司在基带芯片市场具有市场支配地位，中国被许可人对其基带芯片高度依赖，高通公司在基带芯片销售时附加不合理条件，使中国被许可人被迫接受不公平、不合理的专利许可条件。

高通公司的上述行为，排除、限制了市场竞争，阻碍和抑制了技术创新和发展，损害了消费者利益，违反了中国《反垄断法》关于禁止具有市场支配地位的经营者以不公平的高价销售商品、没有正当理由搭售商品和在交易时附加不合理交易条件的规定。

在反垄断调查过程中，高通公司配合调查，主动提出了一揽子整改措施。这些整改措施针对高通对某些无线标准必要专利的许可，包括：（1）对为在中国境内使用而销售的手机，按整机批发净售价的 65%收取专利许可费；（2）向中国被许可人进行专利许可时，将提供专利清单，不得对过期专利收取许可费；（3）不要求中国被许可人将专利进行免费反向许可；（4）在进行无线标准必要专利许可时，不得没有正当理由搭售非无线通信标准必要专利许可；（5）销售基带芯片时不要求中国被许可人签订包含不合理条件的许可协议，不将不挑战专利许可协议作为向中国被许可人供应基带芯片的条件。高通提交的整改措施满足了国家发改委决定和整改的要求。

由于高通公司滥用市场支配地位实施垄断行为的性质严重，程度深，持续时间长，国家发改委在责令高通公司停止违法行为的同时，依法对高通公司处以 2013 年度在中国市场销售额 8%的罚款，计 60.88 亿元人民币。

本案是中国《反垄断法》2008 年 8 月 1 日实施以来，是罚款数额最高、受到国内外关注度也最高的案件，在中国反垄断执法中具有里程碑意义。本案也涉及标准必要专利的问题，处理结果修正了高通在无线通信行业某些长期的垄断行为，对同类企业起到了警示作用，有效促进该行业的公平竞争，维护了消费者的利益。而对于全球范围内的反垄断执法而言，中国执法机构也在本案中展现了决心和能力，表明中国在重视知识产权保护的同时，也坚决反对任何滥用知识产权排除、限制竞争的行为。

（三）商务部经营者集中反垄断审查中的知识产权问题⁶

从 2008 年 8 月《反垄断法》实施到 2015 年 9 月底，商务部共收到经营者集中申报 1380 件，立案 1295 件，审结 1222 件。在审结的案件中，无条件批准 1196 件，禁止的 2 件，附

⁶ 参见《2015 第四届“中国竞争政策论坛”暨知识产权与反垄断国际研讨会综述》，商务部反垄断局尚明局长发言的部分，载《竞争政策研究》2015 年第 3 期，第 6-8 页；商务部反垄断局网站（<http://fldj.mofcom.gov.cn/>）。

条件批准 24 件。在附条件批准的案件中，至少有 10 个涉及知识产权，包括 2012 年的谷歌收购摩托罗拉案和 2014 年的微软收购诺基亚案。

在谷歌收购摩托罗拉手机案中，谷歌的 Android（安卓）系统和摩托罗拉的智能手机之间可能存在纵向整合，同时排除下游市场的竞争。案件最后达成救济措施，其中之一即要求谷歌继续遵守摩托罗拉移动在摩托罗拉移动专利方面现有的公平、合理和非歧视（FRAND）义务，谷歌将在免费和开放的基础上许可安卓平台。

在微软收购诺基亚案中，微软在安卓手机专利许可市场拥有 81 项专利和 235 项非标准必要专利，手机生产企业对安卓系统存在高度依赖，微软因此具有通过专利许可限制下游智能手机市场的能力。而诺基亚拥有与智能手机相关的 1713 项标准必要专利和 5467 项非标准必要专利。收购完成后，诺基亚将不再从事智能手机的生产业务，变成纯粹的专利持有者，不再需要取得其他专利授权人的交叉许可，后者也是一种重要的制约力量。商务部在审查后，最终的救济措施是微软和诺基亚均确认继续履行向标准制定组织做出的承诺，以 FRAND 条款许可其标准必要专利。同时，对专利许可费率也进行了限制。

在前述 2015 年 9 月之后，商务部在 2015 年 10 月 19 日附条件批准的诺基亚收购阿尔卡特朗讯股权案中，也涉及到知识产权的救济措施。在该案中，商务部在审查时，分析了集中双方在无线网络接入设备、核心网络系统设备、网络基础设施服务市场上存在的横向重叠，考察了集中之后诺基亚持有的通信标准必要专利可能引发的竞争问题。审查结果表明，诺基亚有可能凭借其掌握的标准必要专利排除、限制市场竞争。这两家企业都参加了多个国际标准制定组织，并参与制定了主要的通信标准，包括 2G、3G 和 4G 标准。集中后，诺基亚在 2G、3G 通信标准必要专利许可市场持有的比例达到第一位。这项集中可能导致中国移动终端制造市场和无线通信网络设备市场的竞争格局发生变化，最终可能损害消费者的利益。根据并购双方提供的承诺方案，商务部附条件批准了该案，要求诺基亚就标准必要专利许可继续遵循 FRAND 原则，并就执行基于 SEPs 的禁令、SEPs 转让等问题做出承诺。商务部对该承诺继续监督。

商务部附加与知识产权相关的限制性条件主要包括以下种类：一是坚持 FRAND 原则。要求专利许可人遵守其在标准组织做出的公平、合理、非歧视的许可承诺。二是对禁令使用限制。要求专利许可人在标准必要专利的许可中对善意的潜在被许可人不寻求禁令救济。三是禁止搭售行为。要求标准必要专利许可人在许可专利时不以被许可人是否接受其非标准必要专利为前提。四是对第三方受让人的约束。标准必要专利持有人在转让标准必要专利时，应当要求第三方受让人继续履行其向标准制定组织和向商务部做出的承诺，否则，不得继续进行转让。

三、中国滥用知识产权反垄断规章的主要内容

为便于反垄断执法机构在知识产权领域更好地进行执法，提高执法的透明度，也有助于相关经营者正确地行使知识产权，早在 2009 年 3 月国家工商总局就开始研究起草《关于知识产权领域反垄断执法的指南》（以下简称《指南》）。但后来考虑到中国反垄断法实施的时间不长，在知识产权领域实施反垄断法的实践经验更是有限，此时出台一部符合中国实践、内容全面、体系完备的知识产权领域反垄断执法指南的条件还不成熟，而实践中存在的涉嫌滥用知识产权排除、限制竞争行为又需要予以规制，为此，国家工商总局在继续研究制定《指南》的同时，立足自身职责，启动了部门规章的制定工作，对滥用知识产权排除、限制竞争行为进行规制。2015 年 4 月 7 日，国家工商总局公布了《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》（以下简称“《规定》”），自 2015 年 8 月 1 日起施行。下面就其中涉及的若干重要问题进行介绍、分析。

（一）《规定》澄清的若干基本认识

《规定》不仅确立了相关具体的制度规则，而且也澄清了一些重要的原则和理念。这对于正确理解和合理适用知识产权领域的反垄断规则具有重要的意义。

1. 关于反垄断和保护知识产权的关系

在知识产权领域实施反垄断法，首先就应明确反垄断与保护知识产权之间的关系，因为对这种关系认识的偏颇可能导致在实践中过分偏向某一方面的情况。对此，《规定》第2条对于予以了明确：“反垄断与保护知识产权具有共同的目标，即促进竞争和创新，提高经济运行效率，维护消费者利益和社会公共利益。”“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》；但是，经营者滥用知识产权，排除、限制竞争的行为，适用《反垄断法》。”

这表明，反垄断（对滥用知识产权排除、限制竞争进行规制）与保护知识产权在本质上是是一致的，两者是相辅相成，实现共同的目的。

2. 关于滥用知识产权排除、限制竞争行为的界定和理解

基于目前工商行政管理机关在反垄断方面的职责分工，《规定》第3条第1款规定“本规定所称滥用知识产权排除、限制竞争行为，是指经营者违反《反垄断法》的规定行使知识产权，实施垄断协议、滥用市场支配地位等垄断行为（价格垄断行为除外）。”

因此，滥用知识产权不等于垄断，更不等于滥用市场支配地位。滥用知识产权可能违反了知识产权法本身，可能违反了反不正当竞争法，当然也可能违反了反垄断法。即使是滥用知识产权排除、限制竞争行为构成了垄断行为，其也不仅仅是滥用市场支配地位行为，也有可能是垄断协议行为或者排除、限制竞争的经营者集中行为。

3. 关于知识产权与市场支配地位的关系

《规定》第6条第2款规定：“市场支配地位根据《反垄断法》第十八条和第十九条的规定进行认定和推定。经营者拥有知识产权可以构成认定其市场支配地位的因素之一，但不能仅根据经营者拥有知识产权推定其在相关市场上具有市场支配地位。”

这是各国关于知识产权与市场支配地位之间关系的理解是一致的。这意味着，在将反垄断法适用于知识产权领域时，仍然是将相关行为纳入反垄断法通常的框架下进行分析的，既不因为知识产权固有的垄断性而对知识产权行使加以特别的约束，也不因为法律保护知识产权而对知识产权行使行为网开一面。

4. 关于涉及知识产权的相关市场

《规定》第3条第2款规定：“本规定所称相关市场，包括相关商品市场和相关地域市场，依据《反垄断法》和《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》进行界定，并考虑知识产权、创新等因素的影响。在涉及知识产权许可等反垄断执法工作中，相关商品市场可以是技术市场，也可以是含有特定知识产权的产品市场。相关技术市场是指由行使知识产权所涉及的技术和可以相互替代的同类技术之间相互竞争所构成的市场。”

这就明确了在涉及知识产权时应如何界定相关市场的基本原则和方法。

（二）《规定》确立的若干重要制度

在具体制度方面，《规定》对涉及非价格的滥用知识产权排除、限制竞争行为的反垄断规制进行了相应的规定，既涉及禁止垄断协议方面的规则，也涉及禁止滥用市场支配地位方面的规则，有不少的亮点和突破。以下是其中四个重要的方面。

1. 关于安全港规则

关于安全港的规则在《反垄断法》中没有明确规定，以往的执法细则中也没有出现过，但是这一规定既符合《立法法》的规定，而且也大大加强了中国在知识产权领域执行《反垄断法》的透明度和确定性，并且也符合国际反垄断实践的大势所趋。

《规定》第5条规定：“经营者行使知识产权的行为有下列情形之一的，可以不被认定

为《反垄断法》第十三条第一款第（六）项和《反垄断法》第十四条第（三）项所禁止的垄断协议，但是有相反的证据证明该协议具有排除、限制竞争效果的除外：（一）具有竞争关系的经营者在受其行为影响的相关市场上的市场份额合计不超过百分之二十，或者在相关市场上存在至少四个可以以合理成本得到的其他独立控制的替代性技术；（二）经营者与交易相对人在相关市场上的市场份额均不超过百分之三十，或者在相关市场上存在至少两个可以以合理成本得到的其他独立控制的替代性技术。”

2. 关于拒绝许可规则

《规定》中是否应该涉及拒绝许可是在征求意见过程中讨论最激烈的问题之一，一些国家的政府和企业代表强烈建议删除这方面的规定，但是《规定》最终保留了关于拒绝许可的内容，但是将其限制在比较窄的范围内。一方面，拒绝许可是拒绝交易在知识产权领域的一种具体表现形式，既然《反垄断法》规定拒绝交易有可能违法，那么拒绝许可同样有可能违法；另一方面，由于知识产权本身具有排他性，而且还涉及维护竞争与促进创新之间的平衡，因此在认定拒绝许可构成违法时的标准确实应该更严格一些。

《规定》第7条是关于拒绝许可的规定，即：“具有市场支配地位的经营者没有正当理由，不得在其知识产权构成生产经营活动必需设施的情况下，拒绝许可其他经营者以合理条件使用该知识产权，排除、限制竞争。”“认定前款行为需要同时考虑下列因素：（一）该项知识产权在相关市场上不能被合理替代，为其他经营者参与相关市场的竞争所必需；（二）拒绝许可该知识产权将会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；（三）许可该知识产权对该经营者不会造成不合理的损害。”

3. 关于专利联营规则

专利联营，又称专利池，是近一二十年来专利权人所普遍采用的一种权利实现形式。对专利联营设立行为性质的认定是专利联营反垄断法实施中首先需要解决的一个基本问题，因为这直接关系到专利联营本身存在的合法与否。而这在不同的国家（地区）、不同的时期是有不同的分析和处理原则的。目前各国既承认和重视专利联营的积极作用，又注意防范其潜在的反竞争效果，即运用反垄断法禁止经营者利用专利联营从事排除、限制竞争的行为。

《规定》第7条是关于拒绝许可的规定，即：“经营者不得在行使知识产权的过程中，利用专利联营从事排除、限制竞争的行为。”“专利联营的成员不得利用专利联营交换产量、市场划分等有关竞争的敏感信息，达成《反垄断法》第十三条、第十四条所禁止的垄断协议。但是，经营者能够证明所达成的协议符合《反垄断法》第十五条规定的除外。”“具有市场支配地位的专利联营管理组织没有正当理由，不得利用专利联营实施下列滥用市场支配地位的行为，排除、限制竞争：（一）限制联营成员在联营之外作为独立许可人许可专利；（二）限制联营成员或者被许可人独立或者与第三方联合研发与联营专利相竞争的技术；（三）强迫被许可人将其改进或者研发的技术独占性地回授给专利联营管理组织或者联营成员；（四）禁止被许可人质疑联营专利的有效性；（五）对条件相同的联营成员或者同一相关市场的被许可人在交易条件上实行差别待遇；（六）国家工商行政管理总局认定的其他滥用市场支配地位行为。”“本规定所称专利联营，是指两个或者两个以上的专利权人通过某种形式将各自拥有的专利共同许可给第三方的协议安排。其形式可以是为此目的成立的专门合资公司，也可以是委托某一联营成员或者某独立的第三方进行管理。”

4. 关于涉及专利的标准制定和实施规则

在涉及专利的标准制定和实施过程中就不可避免地会发生排除、限制市场竞争的问题。这方面的问题有不同的表现形式，违反专利披露义务和虚假承诺可能引起的反垄断问题以及违反公平合理无歧视原则可能引起的反垄断问题是其中两个最为典型和突出的表现。这两方面都需要在反垄断法禁止滥用市场支配地位制度的框架下进行分析，着重把握其所涉及的特殊之处。

《规定》第13条是关于涉及专利的标准制定和实施的规定，即：“经营者不得在行使知识产权的过程中，利用标准（含国家技术规范的强制性要求，下同）的制定和实施从事排除、限制竞争的行为。”“具有市场支配地位的经营者没有正当理由，不得在标准的制定和实施过程中实施下列排除、限制竞争行为：（一）在参与标准制定的过程中，故意不向标准制定组织披露其权利信息，或者明确放弃其权利，但是在某项标准涉及该专利后却对该标准的实施者主张其专利权。（二）在其专利成为标准必要专利后，违背公平、合理和无歧视原则，实施拒绝许可、搭售商品或者在交易时附加其他的不合理交易条件等排除、限制竞争的行为。”“本规定所称标准必要专利，是指实施该项标准所必不可少的专利。”

四、中国滥用知识产权反垄断规制指南的制定情况

（一）中国滥用知识产权反垄断指南制定的必要性和可行性

虽然国家工商总局发布并实施了前述《规定》，但是该规定的出台不能取代中国滥用知识产权反垄断指南的制定。一方面，该规定只是作为中国三家反垄断执法机构之一的国家工商总局出台的部门规章，其效力有限，适用范围也仅限于工商行政管理机关的反垄断执法活动，而不包括国家发改委及其授权机构的反价格垄断执法活动和商务部的经营者集中反垄断审查活动；另一方面，囿于部门规章的立法权限和体例，该规定涉及的内容还比较有限，而且很多问题也未能充分展开分析，对执法机构和经营者的指引仍然有限。基于此，中国目前迫切需要制定知识产权滥用的反垄断指南。

中国目前制定知识产权滥用的反垄断指南不仅具有必要性，而且也具有可行性。首先，一些较早制定和实施反垄断法国家和地区（如美国、欧盟、日本等）更早地面临着协调保护知识产权和反垄断的难题，并在探索的过程中制定和实施了各自的滥用知识产权反垄断指南，这些比较成熟的经验可资中国借鉴。其次，中国相关的反垄断执法和司法实践为制定滥用知识产权反垄断指南提供了本国的实践经验。中国反垄断法的实施时间虽然不长，涉及知识产权的反垄断案件不算多，但是毕竟已经有了，而且无论是深圳中院和广东高院判决的华为诉IDC案还是国家发改委查处的高通案，都在国际前沿领域做出了中国的回答，在国内外产生了极大的关注和广泛的影响，还受到了一些国家和地区反垄断执法和司法的效仿。这无疑为制定中国滥用知识产权反垄断指南积累了宝贵的经验，也提出了需要进一步解决的重点和难点问题。再次，中国相关滥用知识产权反垄断规章的出台为制定滥用知识产权反垄断指南提供了重要的立法经验。实际上，《规定》本身就是作为指南来制定的，在进行了四五年的研究和起草之后，基于多方面的考量才作为指南出台前的一种尝试和初步成果而推出的，其下一步就是要在总结规章制定经验教训的基础上进一步制定更为全面、更为具体的滥用知识产权的反垄断指南。

立法本来就是一个不断丰富和完善的过程，在中国制定这一指南的过程中，有些目前尚未看准的问题可以暂时不涉及，有些将来被证明为不合适的内容也可以及时加以修订完善。

（二）中国滥用知识产权反垄断指南制定的主体、体例和结构

1. 制定主体

作为细化相关领域反垄断规则的立法性文件，其在形式上可以有多种选择，除了最高人民法院的司法解释外，主要包括行政法规、行政规章和指南等。其中，国务院制定的行政法规具有效力较高的特点，但是其规定的事项往往比较原则和刚性，较难对涉及知识产权领域的反垄断执法事宜做出非常明确、具体的规定；行政规章包括单个部门制定的规章和几个部门联合制定的规章，前者的局限性已如前所述，只能作为过渡性和应急性的措施采用，后者（如两家或者三家反垄断执法机构共同制定的反垄断规章）虽可解决适用范围的问题，但仍然存在体例和内容上的局限性，也不能完全适应需要。只有《反垄断法》特别规定的“反垄

断指南”才最适合作为这方面立法文件的形式。这是由于反垄断执法工作是一项专业性很强的工作，对经营者的行为是否排除、限制竞争，构成垄断行为，需要根据实际的市场竞争状况，运用经济分析等方法进行判断。从其他许多国家和有关国际组织的实际做法来看，反垄断法只能是构建起反垄断的基本制度框架，具体的、可操作性的内容还要依靠权威机构制定的反垄断指南来解决。

根据《反垄断法》第9条的规定，“制定、发布反垄断指南”是国务院反垄断委员会的职责之一，因此滥用知识产权的反垄断指南也应由国务院反垄断委员会来制定和发布。这样的指南可以为三个反垄断执法机构所适用。虽然“反垄断指南”不属于中国《立法法》所规定的任何一种法律规范形式，但由于其发布机构的权威性和内容的实用性，其在实际上的影响力往往要大于同类的规章。

由于国务院反垄断委员会只是负责组织、协调、指导反垄断工作，而不负责具体的反垄断执法工作，因此相关指南的具体起草工作就由相关的国务院反垄断执法机构负责。在具体操作上，无论是一个执法机构牵头起草还是三家反垄断执法机构分别或者共同起草，都需要进行必要的协调，至少要在国务院三个反垄断执法机构取得一致意见后才能形成正式的文本，由国务院反垄断委员会审议通过。

2. 行文体例

在行文体例上，反垄断指南和相关行政法规、行政规章有着很大的不同。反垄断指南一般不采取行政法规和行政规章那样直接规定行为人具体权利义务的方式（多为禁止性规范），而是着重阐明对于相关行为的态度，对其进行反垄断分析的原则和方法等。有的还在这样的指南中提供假设性的案例，用以例示说明在何种情况下某种行为被视为合法或者非法，以给经营者对相关行为更好的法律预期。例如，美国司法部与美国联邦贸易委员会于1995年联合发布的《知识产权许可的反托拉斯指南》中就提供了10个相关的具有典型意义的假设性案例。

在制定中国滥用知识产权反垄断指南时，需要注意其在行文体例上与行政法规和行政规章等正式立法文件的不同，而应采取相对柔性的、灵活性比较大的行文方式，着重阐述反垄断执法机构在涉及知识产权领域的反垄断执法的基本态度，进行相关分析的原则和方法，包括对一些典型行为的比较系统和专门的分析意见。不过，考虑到中国在涉及知识产权领域的反垄断执法经验还非常有限，对一些前沿性问题的分析带有探索性和过渡性，并且公众对带有立法性文件的行文体例创新也有一个接受度的问题，因此暂时不宜采取假设性案例的方式。当然，在今后实践经验积累到比较充分的时候，可以通过修改指南的方式增补一些具有典型性和指导意义的假设性案例。

3. 结构选择

制定滥用知识产权反垄断指南的主要任务在于，阐明保护知识产权与反垄断之间的基本关系和在涉及知识产权的领域进行反垄断执法的基本原则和立场，并对行使知识产权涉及的相关行为进行反垄断分析，以此明确具体行为的合法与违法的界线。为此，就需要对所涉及的行为进行类型化处理，选择合理的逻辑结构。

对滥用知识产权排除、限制竞争行为可以从不同的角度进行类型化分析，从而形成不同的指南文本结构。

首先，可以从不同种类的知识产权的角度着手，即从专利权、著作权、商标权和商业秘密等不同种类的知识产权各自的特点出发，分别分析在行使这些知识产权的过程中应当注意的问题。这种分析角度具有很强的针对性，尤其是可以将反垄断法对滥用知识产权行为的规制与有关知识产权法自身对于滥用知识产权行为的规制相衔接，有利于全面展示对各类知识产权的法律规制，也有利于当事人对于相关法律法规的了解和遵守。

其次，可以从滥用知识产权排除、限制竞争的不同方面和环节的角度着手，即从知识产

权的反竞争性获得、拒绝使用或许可（包括为阻碍权利人所在市场上的竞争和为阻碍相邻市场上的竞争）、许可过程中（如不质疑条款、单方独家回授条款和一揽子许可等）以及争议解决中的限制竞争行为等不同方面和环节分别进行分析。这种分析角度有利于把握滥用知识产权排除、限制竞争行为的主要特点，并针对这些特点制定出对行使各类知识产权共同适用的规则。

再次，可以从反垄断法规制的不同类型的垄断行为的角度着手，即从垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中的不同类型出发分别进行分析。这种分析角度完全从反垄断法自身的特点和内容出发，将行使知识产权过程中的行为按其不同的形式分别归入不同类型的垄断行为中进行分析，充分体现出从反垄断法角度规制滥用知识产权行为的特点，并与《反垄断法》所规定的基本实体制度相对应。

虽然上述三种分析角度和形成的文本结构各有其优点，而且不同的方式并非完全孤立的，而往往是交织在一起的，但是作为滥用知识产权的反垄断指南，其更适合从反垄断法规制的不同类型的垄断行为的角度进行分析，进而形成与《反垄断法》规定的三种垄断行为相对应的指南结构。当然，在这种结构中也可在每一类垄断行为的分析中根据不同种类知识产权的特点以及排除、限制竞争的不同方面和环节分别作出进一步的分析。

（三）中国滥用知识产权反垄断指南制定的现状和未来发展

2015 年国务院反垄断委员会启动了关于滥用知识产权反垄断指南的起草工作，并且确定先由三家反垄断执法机构根据各自的职责，分别起草文本，然后由该委员会进行整合、修改并发布。目前，三家反垄断执法机构已经起草了各自的版本，并通过不同方式征求各方面的意见。

国家发改委《关于滥用知识产权的反垄断指南》（征求意见稿）于 2015 年 10 月下旬开始征求意见。该征求意见稿包括“前言”、“基本问题”、“可能排除、限制竞争的知识产权协议”、“涉及知识产权的滥用市场支配地位行为”、“涉及标准必要专利的知识产权行使行为”、“涉及知识产权的经营者集中”（略）等几个部分。

商务部《涉及知识产权的经营者集中反垄断审查相关问题指南》（征求意见稿）于 2015 年 11 月开始征求意见。该征求意见稿包括“目的”、“定义”、“不同类型经营者集中审查竞争关注涉及知识产权的情况”、“经营者集中涉及知识产权的竞争影响评估的分析步骤和考虑因素”、“安全港”、“采取的相应救济措施”等内容。

国家工商总局《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的指南（第六稿）》（以下简称《指南（第六稿）》）于 2015 年 12 月开始征求意见。该《指南（第六稿）》主要包括以下内容：一是序言阐述制定指南的必要性；二是第一章总则，包括澄清反垄断与知识产权的关系、滥用知识产权与垄断行为的关系、滥用知识产权排除、限制竞争的行为类型、知识产权与市场支配地位的关系、法律责任与救济、适用范围等。三是第二章基本分析框架，包括分析方法、分析步骤、分析因素、竞争影响等。四是第三章相关市场界定，包括界定相关市场的总体原则、相关技术市场、相关创新市场等。五是第四章涉及知识产权的垄断协议，包括涉及知识产权垄断协议的总体规定、竞争者之间的产量限制、竞争者之间的价格限制、经营者之间对于技术研发的限制、独占性回授义务、竞争者之间的市场分割、竞争者之间的联合拒绝许可或拒绝交易、非竞争者之间协议的总体规定、非竞争者之间的定价限制、非竞争者之间对被许可人被动销售的限制、分析涉及知识产权的垄断协议时应考虑的因素、涉及知识产权垄断协议的安全港规则等。六是第五章涉及知识产权的滥用市场支配地位，包括拒绝许可知识产权、涉及知识产权的搭售、涉及知识产权的不合理交易等。七是第六章涉及知识产权的经营者集中（具体内容略）。八是第七章涉及知识产权的若干特定行为的反垄断分析，包括标准制定和实施中的行使专利权行为的一般分析、涉及标准必要专利禁令救济的反垄断规制、专利联营、著作权管理组织的行为等。

此外，国家知识产权局《知识产权领域反垄断执法指南》（内部讨论稿）也 2015 年 12 月开始征求意见。该稿包括“总则”、“知识产权领域反垄断执法的基本分析框架”、“一般类型的知识产权行使行为的反垄断分析”、“特定类型的知识产权行使行为的反垄断分析”和“附则”等 5 章。

根据国务院反垄断委员会的安排，2016 年 1 月，以上 4 个机构分别提交各自的指南草案。此后，该委员会将邀请专家进行整合和修改，争取在 2016 年 6 月发布。可以预计，经过多年的期盼和准备，中国规制知识产权滥用的反垄断指南在不久的将来即可问世。