

中國正在制定《關於濫用智慧財產權的反壟斷指南》

近期，中國國務院反壟斷委員會向公眾發佈了《關於濫用智慧財產權的反壟斷指南（徵求意見稿）》（以下簡稱「指南」），于2017年3月23日至2017年4月21之間徵求公眾意見。這份由反壟斷委員會撰稿的指南是基於之前由國家發展和改革委員會（「發改委」）、商務部、國家工商總局以及國家智慧財產權局共同提出的建議稿。由於這份指南一旦實施後會對在華開展業務的外國公司（尤其是技術密集型的大公司）產生影響，一些外國組織，比如美國智慧財產權法律協會（AIPPLA）等也積極地向反壟斷委員會遞交了對指南的意見。

基本上，指南遵循了反壟斷法的框架，也就是涉及反壟斷法第三條所規定的三種主要的壟斷行為，即經營者達成壟斷協定、經營者濫用市場支配地位以及具有或者可能具有排除、限制競爭效果的經營者集中。同時，指南旨在提供指導以將這些概念應用於涉及濫用智慧財產權的情形，正如指南的分析原則（第一條）之一所述：「分析經營者是否濫用智慧財產權排除、限制競爭...需考慮智慧財產權的特點」。此外，指南還列出另外兩條重要的原則。其一，不因經營者具有智慧財產權而推定其在相關市場具有市場支配地位，這一點是值得稱讚的；其二，根據個案情況考慮相關行為對效率和創新的積極影響。然而，後者似乎僅在表面上來看是很好的，因為指南第五條為此設定了相對較高的標準，此種積極影響的存在需要同時滿足五個條件。

依照前文所述三種主要的壟斷行為，下文將談到指南中幾條突出的規定。

第二章：涉及智慧財產權的壟斷協定

本章第六至九條涉及與智慧財產權相關的協定中常見的一些做法，比如聯合研發、交叉許可、獨佔性回授和不質疑條款。總體而言，這幾條關注的是涉及智慧財產權的協定中是否具有限制性的條款，例如，交叉許可是否為排他性許可。這種非黑即白式的用語，即某種限制是否存在，可能帶來這樣一種效果——將任何限制理解為負面的，同時忽視了這類限制性條款中隱含的促進競爭的有利因素。

儘管標準制定在產業界十分重要，但指南的第十條也同樣以負面的形式來對其考量。當分析標準制定者是否可能濫用智慧財產權，需要考慮四個因素：是否排除其他特定經營者；是否排除特定經營者的相關方案；是否約定不實施其他競爭性標準；對行使標準中所包含的智慧財產權是否有必要、合理的約束機制。這些因素可能會帶來一些問題，因為要不沒有考慮到可能發生促進競爭的合作性標準制定的情形，要不忽略了現有的各標準制定組織並不全都採用相同的智慧財產權政策路線的事實。

第三章：涉及智慧財產權的濫用市場支配地位行為

值得肯定的是，指南認為「經營者擁有智慧財產權，並不意味著其必然具有市場支配地位」。這一點使指南與國際反壟斷執法的慣例更加一致。

第十四條突出了智慧財產權許可中的「不公平的高價」，但是沒有提供充分的指導表明怎樣才構成「不公平的高價」。這可能會損傷創新者的積極性，其本可以對其在創造智慧財產權時的投入追求合理的回報。此外，這一條還提到一個考慮因素，就是在一攬子許可時是否就過期或者不正確智慧財產權收取許可費。而在組合許可的情況下，要對專利組合中的每一個專利都詳細分析是不太實際的，就好像如果將組合作為一個整體來考慮並不能協商出一個許可費用。

第四章：涉及智慧財產權的經營者集中

指南認識到涉及智慧財產權的經營者集中的特殊性，並強調了需要考慮附加的限制性條件，包括結構性條件、行為性條件和綜合性條件。具體而言，第二十三條規定，行為性條件可能涉及通過具體安排確保遵守公平、合理、無歧視性義務等。就如 AIPLA 在其對指南提出的意見中所表達的，AIPLA「對集中的批准以當事方同意在 FRAND 條款下許可其非標準必要專利為條件表示擔憂，尤其是如果那些專利的轉讓作為交易的一部分並不會帶來與交易前的情形相比的任何競爭擔憂。不應該要求專利擁有者遵守並非自願作出的 FRAND 或其他承諾。」

概括而論，一方面指南相對於之前的建議稿向著理性法則（rule of reason）的標準邁進了一步，另一方面仍不清楚指南最終會如何實施，因為指南的很大一部分反映了加在可能受到反壟斷調查的企業身上的人為限制。

有趣的是，本文作者注意到指南的某些規定與 2015 年國家發改委認定高通公司違反《反壟斷法》時提出的理由高度相似。在那件調查案件中，高通被處罰了 9.75 億美元。發改委所給出的理由例如有：以不公平的高價許可智慧財產權（第十四條）、無正當理由搭售非標準必要專利的許可（第十六條規定「智慧財產權的一攬子許可也可能是搭售的一種形式」）、附加不合理交易條件（第十七條）。如果指南乃是高通案調查理念的「追溯」正名和「未來」鞏固，至少高通案可以作為一個透鏡，透過這個透鏡我們可以預期最終的指南會是什麼樣子以及它會如何被實施。