

一句话，先是太胆小，明知不该做的事却不敢不做；
后来也还是太胆小，明知该做的事却不敢去做。
——狄更斯：《远大前程》，第六章

人往往将现状归咎于环境因素，但我不相信造化弄人。
世界上出类拔萃的人都是运筹帷幄，主动找寻自己想要的环境。
要是遍寻不获，他们就创造一个。
——萧伯纳：《华伦夫人的职业》（1893），第二幕，薇薇

对《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定 （征求意见稿）》的反馈意见

2014年7月10日初稿
2014年7月27日定稿

刘旭
德国海德堡大学博士生

写作于德国海德堡
本文意见仅代表个人观点，与所属机构无涉

大 纲

一、	摘要.....	2
二、	说明.....	6
三、	详细目录，暨各条款修改建议及理由标题.....	10
四、	序言.....	29
五、	总体意见.....	32
六、	征求意见稿原告与修订版对照表.....	64
七、	逐条修改建议详述.....	136
	附录（一）：《征求意见稿》与现行法律法规存在交叉、竞合、的条款.....	285
	附录（二）：在正式颁布《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》前，工商系统依据现行《反垄断法》、《反不正当竞争法》已经可以查处的限制竞争行为和不正当竞争行为.....	288
	附录（三）：节选自刘旭：“中、欧、美反垄断法规限制最低转售价格协议的异同——兼评锐邦诉强生案二审判决”，载张伟君、张韬略主编：《知识产权与竞争法研究（第二卷）》，2014年即将出版.....	296
	附录四：2012年笔者提交给工商总局的“对《关于知识产权领域反垄断执法的指南（草案第五稿）》的建议”【整体意见】节选）.....	309

一、摘要

(一) 工商总局自 2009 年组织起草《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的指南/规定【征求意见稿】》，五年六易其稿，终在《反垄断法》生效六年前夕公开征求意见，其积极审慎、开明开放之态度，非常值得肯定。

(二) 总体上，【征求意见稿】在立法模式、规制模式存在严重问题，在基本概念、规制重点、规制体系、可操作性及程序规则上也均有不足，但这些归根结底折射出来的是从 1987 年决定起草《反垄断法》以来，近二十七年，始终没能厘清又亟需改革的体制问题，其次才是理念问题、理论问题。

(三) 【征求意见稿】主体上更多参考了美国经验，会严重削减我国现行法律法规对涉知识产权类限制竞争行为的规制范围和力度，与我国《反垄断法》主要参考欧盟经验的实际不符，在【征求意见稿】具体条款设计、实际操作上，笔者逐条梳理，共提出修改理由 102 条，并结合我国个案实践，重点对国家发改委在反垄断执法中现存的紧迫问题、由此引发的严重担忧与争议提出批评，以便工商总局引以为戒，通过完善【征求意见稿】的制度设计规制这些问题，避免引发同样的担忧与争议。

(四)在竞争政策领域，欧盟与我国同样面临着四大挑战，即：

- 通过统一竞争法适用，防范地方保护主义，确保内部市场的统一性；
- 通过严格适用竞争法，防范被管制行业竞争环境恶化，确保内部市场的开放性；
- 在以行政执法为主导的同时，通过提高执法透明度、完善程序规则、积极引导企业合规，确保竞争法适用能够贯彻法治原则、保障客观、中立、高效、廉洁、充分保护当事人合法的程序权利，在国际同行中发挥示范作用；
- 在保持与美国等其他主要工业国家竞争法立法、实践上开展对话、合作、增进融合的同时，在国际竞争政策与实践上发挥更为积极主动的推动作用和领导作用。

在上述四方面，欧盟竞争法及其实践的成功经验尤其值得我国全面深化市场经济体制改革，切实转变政府职能，建设法治政府和服务型政府，参与建设国际经济新秩序中予以借鉴。

(五)我国全面推进创新驱动发展战略时不我待，但全面落实国务院《关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》更刻不容缓。因此，【本规章】应当同时兼顾两者，

秉持“严师出高徒”的基本思路。目前，欧盟竞争法在竞争法配套规则最为系统全面，执法最为严格、力度最强，在执法原则和尺度上始终保持前后一致、政策连续性的同时，也不失时机地兼容并蓄他国经验。以欧盟竞争法为范本，加快推进《反垄断法》配套规则完善和相关实践，不仅有助于我国在竞争政策领域少走弯路，更有利于系统地、严格地规制各类限制竞争行为，为全面深化市场经济体制改革保驾护航，为提升在国内和国际竞争政策及执法领域的话语权创造前提，为与欧盟比肩携手引导国际创新合作提供条件。

(六)从严规制各类限制竞争行为，不意味着仅仅是对违法企业加大处罚力度，而是在于更加注重提高《反垄断法》使用的确定性、可操作性，一如《关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》所要求的那样，一如工商总局在过去六年里一直积极推动完善配套规则的实践那样。这没有高额罚金、著名企业涉案等反垄断法新闻更加“抢眼”，但对全面有效落实反垄断法而言，健全的反垄断法配套规则是最重要的“基础设施”之一，是指导企业开展日常经营活动，尤其是开展高风险、高投入的创新业务、积极参与全球化创新合作与竞争业务时所必须看得懂、用得好的“大宪章”。工商系统在全面落实《反垄断法》的工作中具有许多“天然优势”，参考欧盟竞争法配套规则和实践，不难发现，对非

价格类限制竞争行为的配套规则为数最多，现实中也会遇到更多需要指导合规、甚至事前接待企业咨询的情况。相反，没有对非价格类限制竞争行为切实有效的严密规范，经营者也就有可能通过非价格类限制竞争行为，取代价格类限制竞争行为或经营者集中行为，来实现严重限制有效竞争的目的。

(七)颁布本规章不是从严规制限制竞争行为、保障创新竞争的唯一选项。以欧盟竞争法为范本，着眼我国反垄断执法机构整合地全面修订现有配套规则才是首选。在此期间，工商系统反垄断执法机构可以通过加强培训和调研，依据《反垄断法》现有规定直接规制许多涉知识产权的限制竞争行为，为配套规则全面修订充实执法经验、探索体制机制创新。

二、说明

“病骨支离纱帽宽，孤臣万里客江干。位卑未敢忘忧国，事定犹须待阖棺。”

虽为后辈、留学海外，但我国《反垄断法》的发展与落实关系到祖国和无数在华企业的命运，关系到数以亿计的消费者、劳动者、创新者，关系到我国全面深化市场经济体制改革的前途，所以笔者以极其敬畏之心，对《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定（征求意见稿）》（以下简称【征求意见稿】）的每一条都进行了详细地梳理，提出了修改意见和修改理由，所涉问题粗算大致有102个（含后增补的【修改理由96.甲】），个别问题还有子问题若干，并附插图两张，

- [【插图1：中欧对涉知识产权限制竞争协议设置安全港的简要对比图】](#)、
- [【插图2：经营者涉知识产权的法律行为适用《反垄断法》的情况分类示意图】](#)，

对比表格两张，

- [【附录（一）：《征求意见稿》与现行法律法规存在交叉、竞合、的条款】](#)、
- [【附录（二）：在正式颁布《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》前，工商系统依据现行《反垄断法》、《反不正当竞争法》已经可以查处的限制竞争行为和不正当竞争行为】](#)。

为比较中、欧、美在垄断协议的规制模式异同，澄清有关“合理原则”的一些误解，笔者经拙文所载图书主编同意，将已送交出版社即将公开发表的文章列入[【附录（三）：拙文《“中、欧、美反垄断法规制限制最低转售价格协议的异同——兼评锐邦诉强生案二审判决”》中的节选部分】](#)，作为附录供本规章起草者及其他学者、专业人士研讨相关问题时参考。笔者下述反馈意见不代表该书编辑和其他作者立场。[【附录（四）】](#)是2012年已经提交的反馈意见的节选，为便于读者打印后查询故再次列入附录。此后，笔者并未受到工商总局相关部门对笔者意见的任何具体回馈，也没有收到后续修订的版本。

[【征求意见稿】](#)汇集了起草者博采众长、苦心孤诣之设计，也体现了工商系统相关负责人谦审慎之态度。其中渗透之心血令人肃然起敬，所付出的努力和所取得的成绩有目共睹。但既然是对[【征求意见稿】](#)的反馈意见，歌功赞扬在其次，直言不足、鞭辟时弊以示警才应是重中之重。所以笔者对[【征求意见稿】](#)起草工作的肯定仅点到为止，力求精简，对其中现存的问题、修改建议和理由，以及应当加以警示却鲜有人公开提及的问题、隐忧，则会不吝笔墨。

诚然，笔者的反馈意见中不排除有对我国反垄断法事业“一厢情愿”的“爱之深”，以至于“恨之切”的批评。但下文中的探讨仅仅是针对相关体制机制局限和[【征求意见稿】](#)的具体条款、相关个案实践，以及具体学术观点本身，并非针对参与相关起草工作的工商系统的同志或相关学者。尽管如此澄清，也许仍旧会留下误解或让人心生芥蒂，但笔者既然倾其所能，便也愿意承担因此而导致的后果和风险，只望各方都能不忘初心，不辜负“国家兴亡、匹夫有责”之古训，能够有朝一日共同为在法治轨道上推进全面有效落实《反垄断法》之事业而相互砥砺、尽释前嫌。

笔者的反馈意见中涉及的我国个案实践包括但不限于：

案件简称	涉及笔者反馈意见段落
奇虎诉腾讯滥用市场支配地位	【修改理由 10 ; 15.3 ; 16 ; 18 ; 96 ; 并非题外话】
华为诉美国 IDC 公司基于标准必要专利滥用市场支配地位案	【修改理由 38 ; 39 ; 58 ; 72 】
锐邦涌和诉美国强生案	【总体意见 1.3.3.1 ; 2.2 】、【修改理由 96 】; 【附录 (二)】
深圳惠尔讯诉深圳市有害生物防治协会案	【修改理由 93 】
商务部附条件批准微软收购诺基亚手机业务案	【总体意见 1.3.2.2 】【修改理由 1 ; 54.3.4 】
商务部附条件批准默克收购安智案	【总体意见 1.3.2.2 】【修改理由 1 】
国家发改委调查美国 IDC 案	【总体意见 1.3.2.2 】、【修改理由 47 ; 72 ; 73 类型三; 74.3 ; 85 】;
国家发改委调查美国高通案	【总体意见 1.3.2.2 】、【修改理由 64 ; 73.类型二 ; 74.3 ; 85 举例 ; 94.3 】
国家发改委对汽车行业配件市场的调查	【总体意见 (三) 3 】、【修改理由 73.类型二 ; 94.2.3. 症结二 】
辽宁工商查处水泥企业垄断协议案	【修改理由 93 】
浙江工商查处江山水泥企业垄断协议案	【修改理由 45 ; 94.1 ; 94.2.3.症结一与症结二 】
浙江工商查处慈溪建设工程检测协会垄断协议案	【修改理由 94.2 】
内蒙古工商查处赤峰中心城区烟花爆竹批发企业垄断协议案	【修改理由 94.2 】

以下文字绝大部分于 2014 年 7 月 10 日定稿，并于当日从德国向工商总局在征求意见稿通告中提示的邮件地址（zjf@saic.gov.cn）发送了本反馈意见初稿。但由于笔者使用 gmail 信箱，所以在一段时间后，gamil 系统提示笔者该邮件没能送达至目标邮件地址，错过了征求意见的截止日期。之后，笔者又再次对下文进行了一下文字修改，并增加了对最近几则新闻的关注与分析。

本文绝大部分是 2014 年 6 月底、7 月初，结合【征求意见稿】重新撰写的，有一小部分参考了笔者 2012 年对《关于知识产权领域反垄断执法的指南（草案第五稿）》提出的修改建议。因为时间仓促恐难免考虑不周，论述不够翔实，在个别需要更加细致设计的条款上无法提出细致的替代设计，例如在【修订稿第三条第三款、第四条第一款】，因而仅就可供参考的立法例进行了提示。

因为，下文不是学术论文，所以对一些学术问题、其他文献中的相关争议或

错误，没有展开探讨。对文献及国内外立法例的援引和介绍也仅仅以必要为限。超出【征求意见稿】现有条款之外，外国学者还有不少对涉及知识产权的竞争法适用问题的最新研究，但囿于篇幅，下文将不做介绍，例如<http://www.wipo.int/ip-competition/en/> 中最近两年发布的一些非常有意义的研究报告。

笔者对【征求意见稿】的反馈很长，算上所有附录，中外文约 22.6 万字符。为了便于读者能够对笔者的反馈意见及【征求意见稿】在短时间内能够形成较为清晰的总体印象，笔者设置了详细的目录，便于读者通过阅读目录了解【征求意见稿】中现存问题的梗概和笔者的修改意见，即便在无暇通读全文的情况下，也可以结合兴趣和重点进行阅读和检索。为避免重复，下文会出现对其不同章节、具体【修改理由】进行交叉引用的情况。下文提及的【征求意见稿+条款编号】、【修订版+条款编号】、【修改理由+编号】分别对应着《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定（征求意见稿）》的现有条款，笔者在【逐条修改建议详述】中【修订版】中相应条款以及修改理由，以便读者查询。为便于读者在阅读下文遇到交叉引用时查询不同章节，笔者以每个大标题为限，进行了分页设置，以便读者打印后按照不同大标题分别进行装订，交叉查阅与比对。PDF 版本的反馈意见中，【总体意见+小标题】、【修订版+条款编号】、【修改理由+编号】可以通过直接点击小标题或编号的超链接，跳转到本文相应的位置，但网络上转载的版本则难以实现这样的功能。

笔者在反馈意见中使用了下述简称：

- **【征求意见稿】**：指工商总局 2014 年 6 月 10 日发布的《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定（征求意见稿）》；
- **本规章**：指在采纳【总体意见 1.4.2 中的**方案四**】时，修订【征求意见稿】后正式颁布的《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》
- **【修订版第 n 条】**：指笔者建议起草者在修订【征求意见稿】时采纳的版本，即笔者为《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》设计的相应条款。
- **【修订理由 x；y】**：指笔者建议起草者修订【征求意见稿】个别条款或个别表述的理由、以及采纳笔者【修订版第 n 条 m 款】相应表述的理由及其相应编号。
- **【本规章起草说明】**：指笔者建议起草者在修订【征求意见稿】时，对【征求意见稿修订后的版本】逐条编纂详尽的起草说明、具体适用相关条款的说明、例子并在本规章草案下一轮征求意见时与【征求意见稿修订后的版本】一同公布，从而一方面起到为【征求意见稿】的【修订后的版本】提供解释和修订理由，更广泛而深入地接受各方更有针对性的反馈意见，另一方面可以在本规章生效后起到指导经营者合规和一线执法人员执法实践的效果，如果【征求意见稿修订后的版本】在第二轮征求意见中并不会再一次大范围出现实质性修改的话，否则建议第三次为本规章的草案公开通过互联网征求意见时也能够再次相应修订【本规章起草说明】。
- **【征求意见稿修订后的版本】**：指工商总局在对【征求意见稿】进行第一轮公开征求意见后，对其进行全面修订后形成的官方草案第二版；笔者在后面的反馈意见中没有直接使用该简称，以避免与笔者在本反馈意见中自行设计并建议立法者参考的【修订版】混淆。

为便于其他关注【征求意见稿】修订的网友了解、批评指正和补充笔者的反馈意见，笔者授权同济大学知识产权与竞争法研究中心全文发布笔者的反馈意见。笔者意见与发布单位无关。

为贯彻笔者在【附录（四）】倡导的“[立法 2.0](#)”模式，笔者已尝试在知乎平台（<http://www.zhihu.com/>）上把笔者对【征求意见稿】的意见逐条进行了发布，以便各界可以直接开放点评、批评指正笔者对【征求意见稿】各条款的意见，或显名或匿名地分享自己的观点、比对和讨论他人观点。相信这种对立法草案的平台化的研讨会会有助于发现、预防和解决【征求意见稿】及各方修订意见在实践中可能遇到的问题，也可以一定程度上发挥互动平台的特有优势来普及《反垄断法》知识、检讨反垄断法实践、消除误解、求同存异去伪存真、凝聚共识和共同的使命感，为恪守法治原则、全面有效落实《反垄断法》的氛围营造尽微薄之力，也为以后我国其他法律法规起草工作的 2.0 化，提供可供观察的样本。

知乎平台讨论的相关链接列表

[总体修改建议](#)

[第 1 条【立法目的】](#)

[第【立法目的】2 条【知识产权法与反垄断法关系】](#)

[第 3 条第 1 款【术语解释】](#)

[第 3 条第 2 款【滥用知识产权排除、限制竞争行的界定】](#)

[第 3 条第 3 款【相关技术市场与相关技术产品市场】](#)

[第 4 条和第 5 条【垄断协议】](#)

[第 6 条【滥用市场支配地位的一般原则和市场支配的认定】](#)

[第 7 条【构成必要设施的知识产权所有者滥用市场支配地位】](#)

[第 8 条【排他交易与指定交易对象】](#)

[第 9 条【搭售】](#)

[第 10 条【涉知识产权协议附加不合理限制条件】](#)

[第 11 条【滥用市场支配地位实施差别待遇】](#)

[第 12 条【专利联营】](#)

[第 13 条【标准制定】](#)

[第 14 条【著作权管理组织】](#)

[第 15 条【滥发警告函】](#)

[第 16 条【程序规则】](#)

[第 17 条【分析步骤】](#)

[第 18 条【分析竞争影响的考量因素】](#)

[第 19 条【处罚】](#)

[第 20 条【解释权限】](#)

[第 21 条【生效日期】](#)

三、详细目录，暨各条款修改建议及理由标题	
一、	摘要.....2
二、	说明.....6
三、	详细目录，暨各条款修改建议及理由标题.....10
四、	序言.....30
五、	总体意见.....33
（一）	肯定.....33
1.	起草工作积极审慎.....33
2.	起草工作总体上开明、开放.....33
3.	以规章替代指南增加了法律适用的确定性和可预见性.....33
4.	工商系统反垄断执法体制日渐成熟堪当重任.....33
（二）	主要问题与解决方针.....34
1.	立法模式受困体制局限——应有顶层设计思维.....34
1.1	专家立法本身的局限.....34
1.2	主管部门立法的局限.....34
1.3	【征求意见稿】恐重蹈《反垄断法》覆辙.....35
1.3.1	没能《反垄断法》与其他法律法规适用的关系.....35
1.3.2	没能厘清工商系统与发改委系统、商务部反垄断局的执法权限.....36
1.3.2.1	国务院反垄断委员会恐已“名存实亡”.....36
1.3.2.2	三大执法系统的权限交叉、法律适用尺度不一.....37
1.3.3	行政执法与司法适用的关系复杂而严峻.....38
1.3.3.1	法官造法与自由心证的危险.....38
1.3.3.2	法院罔顾《反垄断法》对国务院反垄断执法机构在未明文列举的垄断协议认定上的排他性授权，越权裁判.....39
1.3.3.3	司法系统在涉及《反垄断法》适用案件时未履行法律释明义务、错误适用《反垄断法》.....40
1.3.3.4	对司法系统合理意见的应有回应.....40
1.4	反垄断法事业应有“顶层设计”思维.....41
1.4.1	主要任务和发展目标.....41
1.4.2	【征求意见稿】修订的四个方案.....41
方案一	：机构整合+联合起草国务院条例.....41
方案二	：全面系统地修订.....42
方案三	：效法欧盟以细化垄断协议规章为主，以实践中摸索对滥用市场支配地位行为的规制为辅.....42

方案四：基本维持【征求意见稿】的现有架构，但细化对垄断协议的 规制.....	42
1.4.3. 【征求意见稿】的目标设定与规制模式/榜样的选择.....	42
2. 规制模式涉嫌邯郸学步——应以欧盟模式为主.....	43
2.1. 欧盟模式，还是美国模式.....	44
2.2. 危险!!! ——【征求意见稿第五条】与上海高院对锐邦涌和诉美国强 生案二审判决的契合.....	47
插图 1：中欧对涉知识产权限制竞争协议设置安全港的简要对比图.....	49
2.3. 以欧盟模式为主、兼顾外国个案经验.....	51
3. 基本概念不统一不明确——应逐一细化和限定.....	52
4. 规制轻重疏密设置颠倒——应重垄断协议合规.....	53
5. 规制体系混乱、重叠——应再梳理规制体系.....	54
5.1. 多次出现法律授权不明的一般条款.....	54
5.2. 多次出现规制重叠.....	55
5.3. 【征求意见稿】第十七条、第十八条的定位不清.....	55
6. 原则性强，可操作性弱——应从合规角度立法.....	55
7. 程序规则仍显严重不足——应切合原则与实际.....	56
(三) 谏言.....	57
1. 建议暂缓推出《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》.....	57
2. 建议执法优先.....	57
3. 建议参考欧盟竞争法的经验全面修订反垄断法配套规则.....	58
4. 建议优先推进并充分重视三大反垄断执法系统的分工与协作.....	59
5. 建议加强执法人员培训，通过完善制度建设确保执法工作权责统一，营 造良好的学术监督氛围.....	59
5.1. 建议加强执法人员培训.....	59
5.2. 建议加强培训资料方面的统筹与汇编.....	59
5.3. 建议工商总局能够通过完善制度建设.....	61
6. 建议直面反垄断法实施机制中的现有问题，系统地改革执法机制，引领 《反垄断法》落实之新风.....	61
6.1. 创新《反垄断法》配套规章的起草模式；.....	63
6.2. 结合我国《反垄断法》与欧盟竞争法的契合之处，加快完善配套规章；	63
6.3. 改革对省级反垄断执法机构的个案授权机制、引导各级、各地反垄断 执法机构完善调查、听证、复议机制，避免在事实认定环节、行政处罚设 置环节直接介入个案处理，从而充分保障相关当事人的复议权利，保障个 案办案人员自负其责地进行阳光执法；.....	63

6.4. 完善工商总局在涉及《反垄断法》及其配套规章的解释时的听证、批复及披露机制；	63
6.5. 在涉及《反垄断法》第十三条第一款第六项、第十四条第三项、第十七条第一款第七项适用的民事诉讼案件中强化工商总局与司法机关的合作关系，依职权认定《反垄断法》未明确禁止的垄断协议和滥用市场支配地位行为；	63
6.6. 在司法机关错误适用《反垄断法》做出民事判决时，工商总局、各省市自治区工商局应主动依法向相关法院、其上级法院、相关检察院提出启动审判监督程序的意见，或就法律适用难题由工商总局提请最高人民法院、全国人大常委进行司法解释、立法解释保障《反垄断法》在执法、司法系统都得以统一适用；	63
6.7. 在涉及与国家发改委价格监督与反垄断局、地方发改委和物价系统的反垄断执法机构、商务部反垄断局的执法工作出现与工商系统职权交叉时，主动要求移转案件、联合执法，建议能够对滥用市场支配地位行为进行事后监督的，尽量避免在批准经营者集中时附加限制性条件；	63
6.8. 彻底摒弃专家学者或其他顾问人员通过非公开的程序或形式参与个案调查，彻底转变学者专家在配套规则起草中的参与机制，保障每一位执法人员在立法期间就能做到对工商系统制定的配套规章看得懂、讲得清、用得对；	63
6.9. 继续发扬工商反垄断执法机构阳光执法、重视依程序执法、保障当事人主张抗辩权利意识强的好传统，继续发扬广开言路、集思广益、闻过则喜的优良作风，积极营造和鼓励社会各界监督配套规则起草和执法实践；	64
6.10. 敢于引领反垄断法适用实践、发展反垄断法配套规则之新风，通过上述改革积极响应《关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》，为将来改革者最终下决心推进反垄断执法机构的统一与融合创造令人放得下心、信得过去的基本前提和良好氛围。	64
六、 征求意见稿原告与修订版对照表	65
第一章【总则】	65
第一条	65
第二条	65
第三条	68
第二章【垄断协议】	70
第四条	70
第五条	75
第十七条	76
• 第十二条（部分）	77
• ……	77

第三章 【滥用市场支配地位】	81
第六条.....	81
第八条.....	84
第九条.....	85
第十条.....	87
第十一条.....	88
第十二条.....	90
第四章 【分则二：标准化协议】	93
第十三条.....	93
第五章 【分则二：著作权集体管理组织】	109
第十四条.....	109
第十五条.....	113
第六章 【程序规则与行政处罚】	114
第十六条.....	114
第十七条.....	123
第十八条.....	126
第十九条.....	127
第七章 【附则】	132
第二十条.....	132
第二十一条.....	134
七、 逐条修改建议详述.....	137
【第一章 总则】	137
(一) 第一条【立法目的】【建议与第二条、第三条并入总则】	137
征求意见稿第一条原文.....	137
修改建议：	137
建议重新起草.....	137
修订版：	137
修改理由：	137
1. 建议删除“保护竞争”	137
2. 建议删除“激励创新”	139
3. 建议补充“经营者、行业协会、行政机关及管理公共事务的组织”	140
4. 建议全文放弃“滥用知识产权”这一有争议的术语.....	140
5. 删除“排除、限制竞争”	140

6. 建议增加：“涉及知识产权的民事行为违反《反垄断法》”	141
7. 建议增加：“制定本规定以细化《反垄断法》现有规则，引导经营者、行业协会、行政机关及管理公共事务的组织在从事涉及知识产权的法律行为时进行合规”	142
(二) 第二条【知识产权法与反垄断法关系】	143
征求意见稿第二条原文	143
修改建议：	143
建议重新起草	143
修订版：	143
修改理由：	143
8. 建议删除【征求意见稿第二条第一款】	144
对比《著作权法》第一条	144
对比《专利法》第一条	144
9. 建议删除【征求意见稿第二条第二款】	144
10. 增加：禁止不合理地对涉嫌侵害知识产权行为实施各种抵制行为	145
11. 增加：禁止通过在申请或延长专利或涉及知识产权的许可证、执照时提供错误的或误导性的信息，严重限制有效竞争	145
12. 调整：将限制合作研发协议或知识产权授权协议缔约人质疑相关知识产权有效性的协议作为垄断协议进行规制，以及对“pay for delay”协议的定性	145
参考：	147
中华人民共和国对外贸易法（主席令第十五号）第三十条	147
Commission Regulation (EU) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements, TTBER, Article 5 (1) a	147
13. 与知识产权的有效性及其保护无涉时，《反垄断法》作为新法优先适用于其他有关知识产权授权、合作研发的已有法律法规	148
《合同法（1999）》	148
《对外贸易法》	150
《技术进出口管理条例》（2001）中华人民共和国国务院令（第331号）	151
《中外合资经营企业法实施条例》	151
(三) 第三条	152
第三条第一款【术语解释】	152
征求意见稿第三条第一款原文	152

修改建议：	152
建议整体删除征求意见稿第三条第一款。	152
修订版：无.....	152
修改理由：	152
14. 征求意见稿第三条第一款表述含混，不利于法律适用，并应考虑另行补充.....	152
14.1. 本规章有待解释的术语.....	154
14.2. 本规章的规制范畴及“知识产权”的限定.....	154
14.3. 【行使知识产权行为】的界定.....	155
第三条第二款 【滥用知识产权排除、限制竞争行为的界定】	156
征求意见稿第三条第二款原文.....	156
修改建议：	156
建议整体删除征求意见稿第三条第二款。	156
修订版：【修订版第二条】足以取而代之。	156
修改理由：	156
15. 征求意见稿第三条第二款内在逻辑混乱，会导致误解，且没能抽象地概括各种涉及知识产权的反垄断法适用情况.....	156
15.1. 征求意见稿第三条第二款内在逻辑问题.....	156
15.2. 对行使知识产权的分类.....	157
15.2.1 关涉知识产权有效性的单边行为.....	157
15.2.1.1. 不合目的或不合比例的维权行为.....	157
15.2.1.2. 申请或延长专利保护或与知识产权保护相关的市场准入证书、牌照时提供了错误或误导性的信息.....	158
15.2.1.3. 拒绝许可或雪藏特定自有知识产权.....	158
15.2.1.4. 上述三类行为与现行《反垄断法》的适用.....	159
15.2.2. 关涉知识产权研发与许可的契约行为.....	159
插图 2：经营者涉知识产权的法律行为适用《反垄断法》的情况分类示意图（暨不含滥用行政权力限制竞争的情况）	160
15.3. 《反垄断法》不宜被纳入“有关知识产权法”	161
第三条第三款 【相关技术市场与相关技术产品市场】	162
征求意见稿第三条第三款原文.....	162
修改建议：	162
建议设置为单独的一条规定，修改笼统的表述，并参考欧盟规则重新起草	162

修订版：	162
修改理由：	162
16. 表述笼统，不利于相关市场界定方法和思路的统一	162
17. 建议“由行使知识产权所涉及的技术”到底是指什么？	163
18. 建议对如何界定技术市场进行细化	164
范例： Commission Regulation (EU) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements, TTBER	164
如果要在本规章的起草说明中细化市场界定的话，可参考 Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements, 第 19 段以下：	164
范例： 欧盟委员会 2010 年 12 月 14 日 (EU) 1217/2010 号关于《欧盟运作模式条约》第 101 条第 3 款对某些类型的研发协议的适用问题的条例(与欧洲经济区相关的文本)	166
应当至少明确：	166
19. 建议对技术市场的市场份额计算方法进行规定	166
范例： Commission Regulation (EU) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements, TTBER	167
第二章 【垄断协议】	169
郑重的警示	169
(四) 第四条 【不适用安全港的垄断协议】	170
征求意见稿第四条原文	170
修改建议：	170
建议重新起草	170
修订版：	170
修改理由：	171
20. 要理清和现有规定的关系，更要区分哪些垄断协议是不可以被豁免禁止的，哪些原则上不适用第五条的安全港条款	171
(五) 第五条 【垄断协议豁免禁止的安全港】	173
【征求意见稿第五条】原文	173
修改建议：	173
建议重新起草	173
修订版：	173

修改理由：	173
21. 应当明确到底哪些协议可以原则上适用《反垄断法》第十五条.....	173
22. 设置安全港的标准.....	176
22.1. 以市场份额作为设置安全港的标准.....	176
参考 Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements 第 86 段到 93 段：	176
22.2. 把若干“可以以合理成本得到的其他替代性技术”作为安全港条件并不合理.....	180
参考 Guidelines for the Use of Intellectual Property under the Antimonopoly Act, p.9.:	181
新增：【修订版第五条甲】【市场份额、竞争关系的变化】（部分为第十七条第二款修订版，部分为新增）	183
修订版：	183
修改理由： 参见【修改理由 89、90】	183
新增：【修订版第五条乙】 【专利联营协议】（部分为【征求意见稿第十二条】的修订版）.....	184
修订版.....	184
修改理由： 参见【修改理由 42、43、48、49、53】	185
第三章 【滥用市场支配地位】	186
(六) 第六条 【重复且可能具有误导性的一般条款】	186
征求意见稿第六条原文.....	186
修改建议：	186
建议整体删除.....	186
修订版： 建议整体删除.....	186
修改理由：	186
23. 征求意见稿第六条第一款属于一般条款，会导致扩大认定滥用市场支配地位行为的权限.....	186
24. 【征求意见稿第六条第二款】第一句多余，且第二句有误导性.....	187
(七) 第七条 【必要设施】	188
征求意见稿第七条原文.....	188
修改建议：	188
• 建议细化对正当理由、拒绝许可、必要设施的描述，明确禁止规则适用的尺度.....	188
修订版：	188
修改理由：	189

25. 建议细化合理理由.....	189
26. 细化“拒绝许可”	189
27. 把对“必要设施”的界定与知识产权作为必要设施所有人不合理地拒绝许可的违法性判断分开.....	190
(八) 第八条【排他交易与指定交易对象】	191
征求意见稿第八条原文.....	191
修改建议:	191
与《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》第五条重复, 建议删除.....	191
修订版:	191
• 排他交易构成垄断协议, 应纳入【修订稿第五条】	191
修改理由:	191
28. 与《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》第五条重复。	191
28.1. 规则重复.....	191
28.2. 排他交易构成垄断协议, 应纳入【修订稿第五条】	191
建议参考 Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements 4.2.2; 4.2.5; 4.2.7。	191
(九) 第九条【搭售】	192
征求意见稿第九条原文.....	192
修改建议:	192
• 建议规定许可协议中的搭售行为属于限制竞争条款, 应被纳入到《反垄断法》第十五条中加以考量和评估;	192
• 建议删除征求意见稿第九条的第一款第三项, 取消对于滥用市场支配地位实施搭售行为以“实施搭售行为使该经营者将其在搭售品市场的支配地位延伸到被搭售品市场, 排除、限制了其他经营者在搭售品或者被搭售品市场上的竞争”为前提或构成要件的表述。	192
修订版:	192
修改理由:	192
29. 许可协议中的搭售行为属于限制竞争条款, 应被纳入到《反垄断法》第十五条中加以考量和评估.....	193
参考 Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements 的第221至225段对知识产权许可协议中搭售行为的限制竞争问题有概要地介绍。	193
30. 应增设一款, 对什么算是“合理理由”进行提示, 并对合理性抗辩加	

以限制.....	193
31. 第九条的第一款第三项不应属于搭售的构成要件.....	193
(十) 第十条【涉知识产权协议附加不合理限制条件】.....	194
征求意见稿第十条原文.....	194
修改建议：.....	194
建议删除征求意见稿第十条，具体而言建议如下：.....	194
修订版：.....	194
修改理由：.....	194
32. 应原则上禁止所有竞争者在知识产权许可协议中的“要求交易相对人将其改进的技术进行独占性的回授”条款，而非仅仅限于涉嫌滥用市场支配地位的情况.....	195
33. 应原则上禁止所有竞争者在合作研发和许可协议中设置有关“禁止交易相对人对其知识产权的有效性提出质疑”的条款，而非仅仅限于涉嫌滥用市场支配地位的情况.....	195
参考立法例：欧盟委员会 2010 年 12 月 14 日(EU)1217/2010 号关于《欧盟运作模式条约》第 101 条第 3 款对某些类型的研发协议的适用问题的条例(与欧洲经济区相关的文本)第六条 b 项.....	196
参考立法例：Commission Regulation (EU) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements, TTBER 第五条第一款 b 项。.....	196
34. 应避免法律适用交叉与冲突.....	197
34.1. 【征求意见稿第十条第三项】与《反垄断法》第十三条交叉，且弱化了后者的适用.....	197
34.2. 【征求意见稿第十条第四项】与《合同法》第三百四十四条、《技术进出口管理条例》第二项冲突，且变相架空了后两者的适用，或不利于中国本土企业.....	197
35. 应避免重复规定，并对限制合作研发成功的转化予以规制.....	198
36. 应避免兜底条款的重复.....	199
(十一) 第十一条【差别待遇】.....	200
征求意见稿第十一条原文.....	200
修改建议：.....	200
修订版：.....	200
修改理由：.....	200
37. 限制合理性抗辩.....	200
38. 明确歧视行为“不以把其竞争对手排挤出市场为要件，不以是否存在对自身子公司或关联企业给予差别待遇的情况为前提”.....	200

39. 在判断条件是否相同时应兼顾同一种知识产权被用于生产不同产品的具体情况.....	201
40. 兼顾标准必要专利的歧视行为;。.....	201
(十二) 第十二条 【专利联营】建议纳入【修订版第五条乙】.....	202
征求意见稿第十二条原文.....	202
修改建议:	202
建议删除【征求意见稿第十二条第一款、第二款、第三款】.....	202
将【征求意见稿第三款第(一)项、第(二)项、】规制的内容纳入到【修订版第五条乙】中.....	202
【征求意见稿第十二条第四款】完善后纳入到【修订版第五条乙】.....	202
修订版:	202
修改理由:	203
42. 应避免设置一般条款, 尽管专门就专利联营进行规制是有必要的, 但适宜明确哪些规定是适用于一般知识产权许可协议, 哪些是由于专利联营的特殊性决定的, 从而避免重复.....	203
42.1. 应避免一般条款.....	203
42.2. 应效仿欧盟, 通过规制限制竞争协议的制度来广泛地规制专利联营协议.....	203
可参考欧盟的2014年《关于技术转让协议适用〈欧盟运行条约〉第101条的指南》(Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements)第261段为专利联营协议“量身定做”安全港标准。.....	204
42.3. 依据《反垄断法》第15条原则上不应豁免禁止的行为.....	204
例如参考2014年《关于技术转让协议适用〈欧盟运行条约〉第101条的指南》(Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements)边码第244段、253至255段:	205
43. 专利联营与其他形式的横向合作需要与经营者集中进行区分.....	207
44. 第十二条第二款并非专利联营特有的问题, 应纳入到第四条中去统一进行规定.....	207
45. 价格执法与非价格执法的分工问题.....	208
以下摘自:《竞争执法公告2013年第9号 浙江省江山市混凝土经营者从事垄断协议案, 竞争执法公告2013年第9号》.....	208
以下摘自:《查办江山混凝土企业垄断案件的做法及经验》.....	209
参考《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》有关“(31)深化行政执法体制改革”的意见:	209

46. 应该根据专利联营是否在相关技术市场构成市场支配，来规制相关专利所有权人是否存在滥用基于其相关专利所形成的市场支配地位行为	209
47. 细化正当理由	210
48. “限制联营成员在联营之外作为独立许可人许可专利”应转入【修订版第五条乙】	210
建议参考 Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements 第 270 段:	210
49. “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”转入【修订版第五条乙】	210
50. “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”应纳入【修订版第四条第三款】有关知识产权许可协议中应原则禁止的限制竞争条款	210
51. “禁止被许可人质疑联营专利的有效性”应纳入【修订版第四条第三款】有关知识产权许可协议中应原则禁止的限制竞争条款	211
52. 建议删除“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”	211
53. 专利联营的定义有误，有关专利联营的设立应当有最底线的强制性要求	211
第四章 【分则一：标准化协议】	213
说明	213
(十三) 第十三条 【标准化协议】（建议单独设立一章或作为第五条丙纳入本规章第二章）	213
征求意见稿第十三条原文	213
修改建议：	214
建议重新起草后，单独设立一章或作为第五条丙纳入本规章第二章。	214
修订版：	214
修改理由：	217
54. 应避免设置一般条款，尽量细化规定标准制定与实施中具体哪些行为可能违法反垄断法	217
54.1 应避免设置一般条款	217
54.2. 标准化协议与对垄断协议规制	218
54.3. 《横向合作协议适用〈欧盟运行条约〉第 101 条的指南》及欧盟最新实践可资参考	218
54.3.1. 标准化协议涉及的是四个相关市场（该指南段落边码 261）；	218
54.3.2. 五大类通常无法豁免禁止的严重限制竞争行为（该指南段落边	

码 273 至 276);	218
54.3.3. 对标准制定的原则性要求（该指南段落边码 280 至 286），不合理地设置加入标准化组织的条件的案例，如 31987D0069: 87/69/EEC: Commission Decision of 15 December 1986 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/31.458 - X/Open Group) ;	218
54.3.4. 对涉及标准必要知识产权人在授权时必须贯彻公平、合理无歧视性条件的要求（《横向合作协议适用〈欧盟运行条约〉第 101 条的指南》段落边码 285，287 至 291，299），以及欧盟委员会 2014 年 4 月对三星涉嫌滥用市场支配地位案(case 3/39.939)的处理决定和三星的义务承诺，但是考虑到许多标准都可能在将来成为相关行业事实上通行的、无法规避的行业标准，因此建议将该案欧盟委员会接受的三星承诺作为所有标准化协议成员中拥有标准必要知识产权的成员都应当原则上做出的承诺;	219
参考：为消除欧盟委员会的担忧，三星向欧盟做出如下承诺： .	219
对比：《商务部公告 2014 年第 24 号 关于附加限制性条件批准微软收购诺基亚设备和服务业务案经营者集中反垄断审查决定的公告》	220
54.3.5. 细化适用豁免禁止规则时各个要件的适用情况，尤其强调了标准化协议的限制性条款需符合比例原则，确保这些是实现其目的所必须的内容（该指南段落边码 308 至 324）。	222
55. 《反垄断法》适用与国家强制标准.....	222
56. 专利埋伏问题.....	223
• 事前预防.....	223
• 具体到市场支配地位的认定问题，应该注意到：	224
• 专利埋伏中的许可费估值.....	225
57. 对专利埋伏及 NPE 的预防建议更多通过按照垄断协议的规制模式事前规范标准制定中涉嫌构成限制竞争的行为.....	225
58. 对标准协议所涉知识产权许可费的合理性评估.....	225
• 涉及到专利许可费堆叠(royalty stacking)问题，可参考美国法院对 Microsoft Corp. v. Motorola, Inc. et al. (2:10-cv-01823-JLR)的判决。	226
• 广东高院审理华为诉 IDC 案也涉及专利许可费堆叠问题，但尚有争议。	226
59. 标准必要知识产权潜在被许可人的侵权责任.....	227
60. 不应局限于专利.....	227
61. 应细化所谓“强制性”的标准.....	228
62. 涉及标准必要专利，FRAND 原则不应局限于市场支配地位滥用.....	228
63. 【征求意见稿第十三条第二款第二项】 中“拒绝其他经营者以合理的	

条件实施该专利，或者以不公平的条件许可其专利”与之前的 FRAND 原则重复了.....	228
64. 搭售.....	228
65. 征求意见稿第十三条第三款对标准必要专利的文义解释比较多余.....	228
第五章 【分则二：著作权集体管理组织】	230
说明.....	230
(十四) 第十四条 【著作权集体管理组织】（建议单独设立一章，或将部分规定纳入对相关法律法规的修订后，删除本条）	230
征求意见稿第十四条.....	230
修改建议：	230
建议删除第一款，增设一款明确著作权集体管理组织属于《反垄断法》意义上的经营者，受《反垄断法》有关禁止垄断协议规则的规制；把第二款、第三款第（一）纳入《著作权法》修订稿和《著作权集体管理条例》的修订稿。增设部分条款和举例。或参考【修改理由 14.2】第二段。	230
修订版：	230
修改理由：	231
66. 应避免设置一般条款，尽量细化规定著作权集体管理组织具体哪些行为可能违法反垄断法.....	231
67. 【征求意见稿第十四条第二款、第三款第（一）项】应纳入《著作权法》修订稿和《著作权集体管理条例》的修订稿，而非作为《反垄断法》的细化规则。	232
67.1. 【征求意见稿第十四条第二款】	232
67.2. 收益分配、许可费定价.....	232
67.3. 征求意见稿第十四条第三款第（一）项（一）于《著作权集体管理条例》第二十三条第三款存在规制重叠.....	233
68. 建议增设【修订稿第十四条第三款】作为兜底条款.....	233
69. 补充例如不得差别对待互联网服务业与传统媒体业的被许可人.....	233
70. 禁止超过 5 年的超长合约.....	234
可供参考的外国个案实践：	234
(十五) 第十五条 【滥发侵权警告函】建议转入《反不正当竞争法》	236
征求意见稿第十五条.....	236
修改建议：	236
建议删除【征求意见稿第十五条】，转由《反不正当竞争法》一般条款或在修订该法时专门设定一条规定对滥用侵权警告函进行规制。此外，参考欧盟处理的摩托罗拉/苹果滥用禁令案，三星/苹果滥用禁令案单独对具有市场支配地位的经营者不合比例、或不合目的地保护自有知识产权行为进行规制。	236

修订版：	236
• 转由《反不正当竞争法》进行规制。转由《反不正当竞争法》规制滥用侵权警告函。	236
• 可在此单独对将具有市场支配地位的经营者不合比例、或不合目的地保护自有知识产权行为作为一类新型滥用市场支配地位加以规制；也可以继续将其作为实施《反垄断法》第十七条第一项明确禁止的行为时所采取的施压措施，归入到该款明确禁止的各项行为中去加以规制。另参见【修改理由 15. 2. 1. 1.】。	236
修改理由：	236
71. 滥用侵权警告函更适合转由《反不正当竞争法》一般条款或在修订该法时专门设定一条进行规制.....	236
72. 具有市场支配地位的经营者不合比例、或不合目的地保护自有知识产权行为.....	237
第六章 【程序规则与行政处罚】	239
(十六) 第十六条 【程序规则】【建议与第十九条单列为一章】	239
征求意见稿第十六条原文.....	239
修改建议：	239
建议进行全面的增补或全面修订《工商行政管理机关查处垄断协议、滥用市场支配地位案件程序规定》。	239
修订版：	239
修改理由：	241
73. 重实体法，轻程序法.....	241
国家发改委价监与反垄断局在执法程序上的争议实践举例：	242
类型一.....	242
类型二.....	243
类型三.....	245
74. 应结合本规章的特征及与现有法律法规的衔接需要，细化经营者承诺制度.....	246
74. 1. 细化经营者承诺制度的执行程序.....	246
参考 Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (Text with EEA relevance)，第 24 条第 1 款 c 项：	246
74. 2. 经营者承诺制度不适用于下列行为.....	247
74. 3. 经营者承诺制度的执行透明度问题.....	247
对他国经验的梳理可参考焦海涛老师的相关文献：	248
75. 合规备案.....	248

【以下 10 个程序规则涉及的问题和规则设计的构想由于时间关系未及细化说明，但在实践中却不容忽视】	249
76. 经营者进行合规的咨询程序.....	249
77. 自首与罚款减免规则的细化.....	249
78. 对举报人、被调查经营者、涉案第三方及反垄断执法机构提出的专家证明未能提出形式上、程序上的要求.....	251
79. 对执法后相关合同的民事法律效力.....	251
80. 对执法与国际仲裁之间的关系，例如何时可以破仲裁协议效力，行政执法决定若无涉仲裁条款效力，是否可以就其他事项进行仲裁等.....	251
81. 反垄断执法与标准化组织、专利联营组织、著作权集体管理组织的纠纷解决机构的关系.....	251
82. 行政执法与司法的关系.....	251
83. 执法与行业主管部门关系.....	252
84. 执法与反垄断委员会的关系.....	253
85. 对不同执法系统之间的合作缺乏细化要求.....	253
举例：笔者对苏华老师在《高通为何遭到反垄断调查》提出“一站式”执法的质疑.....	253
86. 中央与地方的关系.....	255
参考：赵国彬：《工商机关调查垄断案件的程序及实践——第七次中欧竞争政策周中方代表发言摘要》，《中国工商报》2014-03-26 中提及：.....	255
(十七) 第十七条.....	257
征求意见稿第十七条原文.....	257
修改建议：	257
除第二款应作为【修订版第五条甲】放入第二章外，建议该条第一款仅作为本规章适用指南或说明，不纳入本规章。	257
修订版：第一款删除，第二款见【修订版第五条甲】。	257
修改理由：	257
87. 要区分以限制竞争为目的和具有限制竞争效果的行为及其中可以适用安全港的行为.....	257
88. 先界定市场，再界定竞争关系.....	257
89. 征求意见稿第十七条第二款应放入第五条甲，并平衡第四条横纵向限制竞争协议的规制范围.....	258
建议参考Commission Regulation (EU) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements, 第 4 条第三款、第 6 条 e 项。	258

90. 市场份额的变化在两年内不影响，安全港的适用.....	261
(十八) 第十八条【建议该条仅作为本规章适用指南或说明，不纳入本规章】	
262	
征求意见稿第十八条原文.....	262
修改建议：.....	262
建议该条仅作为本规章适用指南或说明，不纳入本规章。.....	262
修订版：建议删除.....	262
修改理由：.....	262
91. 第 17 条的关系.....	262
92. 第 15 条的适用.....	262
93. 比例原则.....	262
举例：竞争执法公告 2013 年第 4 号 辽宁省建筑材料工业协会组织本行业经营者从事垄断协议案.....	263
反例：广东省深圳市惠尔讯科技有限公司诉广东省深圳市有害生物防治协会案.....	264
(十九) 第十九条【处罚】.....	265
征求意见稿第十九条原文.....	265
修改建议：.....	265
建议精简现有规定，并增补有关减免处罚、销售额计算和追究时效的规定。.....	265
修订版：.....	265
修改理由：.....	266
94. 对因配合执法而减免处罚的情况缺少规定，无法规范和限缩恣罚款意性.....	266
94.1. 放弃没收违法所得而没有说明理由、或者理由不充分.....	266
94.2. 对配合执法的罚款减免恣意性极大，更隐藏变相剥夺当事人申辩、要求听证、提起行政复议或行政诉讼的权利.....	267
94.2.1. 《规范价格行政处罚权的若干规定》引发的担忧.....	267
94.2.2. 黄勇，刘燕南：《垄断违法行为行政罚款计算标准研究》，载《价格理论与实践》2013 年 8 月 8 日中的建议：.....	268
94.2.3. 症结分析.....	268
症结一：执法者迫于地方政府或行业主管部门压力而减免罚款、中止或终止调查.....	269
症结二：部分反垄断执法机构急功近利、违背法治原则、变相规避《行政处罚法》约束，以适当处罚、减免处罚换取涉嫌违反《反垄	

断法》的经营者放弃申辩、要求听证、提起行政复议和行政诉讼等一系列受我国法律保护的程序权利	271
94.3 .粗暴执法、限制违法者抗辩权利，变相惩罚问题.....	275
95. 对如何区分计算相关销售额的说明，尤其是在可能同时涉及技术市场和产品市场时.....	276
96. 行政处罚的追究时效.....	277
参考： Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty Article 25 , Article 26 （略）	277
【并非题外话】	279
96. 甲. 对于依据兜底条款新认定的垄断行为类型.....	280
第七章 【附则】	282
(二十) 第二十条 【规章的解释】【建议与第二十一条作为附则纳入单独一章】 282	
征求意见稿第二十条原文.....	282
修改建议：	282
建议细化。	282
修订版：	282
修改理由：	282
97. 应细化解释权的行使.....	282
97.1. 可以提起解释要求的主体.....	282
97.2. 咨询与听证.....	282
97.3. 解释的形式.....	283
(二十一) 第二十一条 【生效】	284
征求意见稿第二十一条.....	284
修改建议：	284
建议补充有关溯及时间的规定.....	284
修订版：	284
修改理由：	284
98. 建议颁布一年后的下一个一月一日生效.....	284
99. 应明确与《反垄断法》及其他现有规定的衔接.....	284
100. 应澄清本规章新规定的溯及力.....	285
101. 与其他法律法规的衔接适用.....	285
附录（一）：《征求意见稿》与现行法律法规存在交叉、竞合、的条款.....	286
【征求意见稿第九条】【搭售】	286

附录（二）：在正式颁布《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》前，工商系统依据现行《反垄断法》、《反不正当竞争法》已经可以查处的限制竞争行为和不正当竞争行为.....	289
附录（三）：节选自刘旭：“中、欧、美反垄断法规限制最低转售价格协议的异同——兼评锐邦诉强生案二审判决”，载张伟君、张韬略主编：《知识产权与竞争法研究（第二卷）》，2014年即将出版.....	297
二、美国和欧盟在限制最低转售价格规制上的比较.....	297
（一） 美国.....	297
1. “本身违法”+“合理原则”.....	297
2. 美国联邦最高法院对限制最低转售价格的判决.....	298
3. 美国联邦最高法院“Leegin”案判决产生的影响.....	299
（二） 欧盟.....	299
1. 欧盟规制限制竞争协议的基本思路.....	299
2. 比较《欧盟运行条约》第101条与美国联邦反托拉斯法“本身违法”/“合理原则”.....	300
（1） 限制竞争协议与利弊权衡分离.....	301
（2） 明确横向与纵向“以限制竞争为目的”的协议类型，并不排除豁免禁止.....	301
（3） 通过派生规则简化对协议限制竞争效果的认定和豁免禁止审查..	302
（4） 由实施限制竞争协议的企业为其主张豁免禁止进行举证.....	303
（5） 将消费者分享收益与比例原则纳入豁免禁止.....	303
（6） 限制豁免禁止的恣意性.....	303
（7） 平衡对限制竞争行为的预防和疏导.....	304
3. 欧盟对限制最低转售价格的规制.....	304
四、 对锐邦诉强生案一审判决、二审判决的分析.....	304
（四） 评估限制最低转售价格行为的方法不合法、逻辑不清.....	304
1. 二审法院评估限制最低转售价格行为的方法不合法.....	304
2. 二审法院对限制最低转售价格行为设置的四方面考察因素逻辑不清	305
（1） 市场竞争不充分、很强市场地位、定价能力与限制最低转售价格的关系不清.....	306
（2） 限制转售价格行为的动机分析与分析该行为促进竞争效果之间关系不清.....	307
（3） 法院替原告对限制最低转售价格行为促进竞争效果不明显进行了论证	307
（五） 对损失赔偿的认定没能与限制最低转售价格的处罚机制联系起来.	309

附录（四）：2012年笔者提交给工商总局的“对《关于知识产权领域反垄断执法的指南（草案第五稿）》的建议”（【整体意见】节选）	310
（一）区分《反垄断法》配套法规和反垄断法执法指南	310
1. “指南草案第五稿”中所规定的部分内容并非都适合用指南的形式来加以规范，应对《反垄断法》的硬法与软法制定进行系统规划和创新。	310
2. 反垄断指南的解释机关为反垄断委员会本身，需兼顾反垄断委员会非国务院反垄断法执法机关的其他部委代表意见，因而应抽取其中适合反垄断法执法机关保留独立解释权限的内容制定规章。	311
（二）针对涉及知识产权行使的不同种类限制竞争行为分别起草配套法规和相应的反垄断法执法指南	311
（三）完善与之相关的反垄断法执法指南	312
（四）引入“立法 2.0”理念，在立法进行中推进执法，再以执法实践检验和完善立法	313
1. 两难困境	313
2. “立法 2.0”理念	313
3. 在知识产权领域反垄断执法中贯彻“立法 2.0”	313
（1）全面向社会公开征集意见	314
（2）与征求意见平行地进行市场调查、执法调查	314
（3）确保执法优先、在总结经验后再颁行该指南	315
（4）外部效应、周期与时间表（粗体强调为 2014 年 7 月标注，以便读者对比 2012 年 8 月以来相关工作进展节点——笔者注）	315
（五）对指南制定技术上的建议	316

四、序言

我国有重视妇女产后坐月子的传统，也有不少父母和专家认为坐月子是女性的“第二次投胎”，认为月子坐好了，有助于治疗陈年旧病，反之则可能为一生都留下疾患。这种观点是否有科学依据，众说纷纭，但有一点是许多人都有体会的，那就是：抚育子女的过程，也是父母重新发现、检视自身性格与心智成熟的过程，甚至不难发现自身的一些问题也同样会潜移默化地影响到子女，因而也会更有动力来弥补自身的不足，改掉陈规陋习。如果把《反垄断法》的配套规制视作其一个个子女的话，那么人们也就不难发现，《反垄断法》本身及其起草与后来实施中的问题，大都会在其若干配套规则的起草、行文及落实中有所体现。只不过，人们或许都期望：发通过配套规制的起草，例如【征求意见稿】的起草和修订，可以矫正或解决好《反垄断法》本身遗留的问题，而非使之成为《反垄断法》日后的落实埋下新的隐患。

从 1987 年国务院最初酝酿起草，到 2007 年 8 月 30 日《反垄断法》正式颁布，再到 2014 年 6 月 10 日《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定（征求意见稿）》发布，近 27 年。《反垄断法》颁布前散见在其他部门法中的有关规制限制竞争行为的条款和《反垄断法》及其所有配套规则的起草和执行，都面临着两方面问题：一方面，是改革进度对这些规则起草及实施的局限与要求；另一方面，是立法者、执法者、司法机关和学者对这些规则的认识程度与执行能力。

改革进度涉及到：我国究竟如何处理政府与市场的关系，是倾向于美国守夜人式政府，还是更倾向于欧洲大陆的“有所为有所不为”的有为政府模式；以及是否有足够的决心向着既定的彼岸规划改革进程，还是得过且过地以某一块河中的石头——即“要求加快深化市场经济改革的意见”与“反对继续深化市场经济改革的意见”的平衡区域——作为目标，以至于摸石上瘾而忘记抓紧过河。

而对于《反垄断法》及相关规则的认识则相应地会反映在：到底是选择像过去三十年美国反托拉斯法实际的思路那样，仅仅重点规制那些横向的限制价格竞争行为就足够了？还是需要像欧盟及以德国为代表的主要欧盟成员那样，将系统地积极引导企业竞争行为与强有力地规范各类限制竞争行为并重，把疏而不漏地保护市场竞争秩序作为政府的法定职责，从而可以像竞争政策之于西欧主要工业国从上世纪 80 年代至今的市场自由化改革与一体化进程那样，保障我国加快实现统一、开放、竞争、有序的市场经济改革目标？

《反垄断法》，作为保护市场经济奥林匹克精神得以实现的法律，虽然在 2008 年北京奥运会开幕前一周就生效了，但是其在许多方面，都和其他领域的改革一样，在随后的四年多时间里举步维艰，没能实质上得以全面有效地落实。直到 2013 年，国家发改委一系列暴风骤雨式的反垄断执法、工商总局对以往 13 则反垄断执法处理决定的全文公布，才正式宣布“反垄断法元年”的到来，使《反垄断法》颁布之前无法规制的限制最低转售价格行为得以规制，使竞争法执法的透明度也在一定程度上达到了史无前例的高度。

2014 年 6 月 4 日，国务院《关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》成文。这刚好是在工商总局《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规

定（征求意见稿）》发布的前夕。国务院《关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》不仅在第三大项“强化市场行为监管”的第（十一）子项中强调了严厉惩处垄断行为，再次明确了全面、系统、有力地积极推动《反垄断法》有效落实已经成为我国政府的一项重要职责和新时期的历史使命，更从至少以下16个子项的意见，对反垄断法落实提出了系统的要求，即：

- （七）打破地区封锁和行业垄断
- （十七）严格依法履行职责、
- （十八）规范市场执法行为、
- （十九）公开市场监管执法信息、
- （二十）强化执法考核和行政问责、
- （二十一）解决多头执法、
- （二十二）消除多层重复执法、
- （二十三）规范和完善监管执法协作配合机制、
- （二十四）做好市场监管执法与司法的衔接、
- （二十七）发挥公众和舆论的监督作用、
- （二十八）及时完善相关法律规范、
- （二十九）健全法律责任制度、
- （三十）加强执法队伍建设、
- （三十一）加强领导，明确分工、
- （三十二）联系实际，突出重点、
- （三十三）加强督查，务求实效。

同时，《关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》也介绍了有关自然垄断行业改革的基本思路，使现任中纪委书记王岐山同志在2001年担任国家体改委主任时提出的改革目标（参见《王岐山：垄断行业改革重组将成重头戏》，载《人民日报》2001年3月27日第二版），在其担任国务院反垄断委员会时没能看到有效竞争被引入的行业，亦即当下腐败案件多发的行业，终于也能有望切实引入统一、开放、依法规范的市场竞争机制。这不仅展示了我国改革者全面推进市场经济体制改革的决心，更展现了无论所有制形式、内外资背景，都必须一视同仁地贯彻《反垄断法》等法律制度的坚定立场。

推进法治将是十八大四中全会的核心议题之一，是党组织建设、党管干部、从业治党的根本，是预防和打击贪腐、全面遏制市场上权钱交易、以权代发、特权主义等歪风邪气的治本之道，也是我国行政体制改革的基本任务和保障，是向服务型政府转变的第一指标，并已经清晰地反映在了《关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》当中。后者为【征求意见稿】的完善和实施提供了比《反垄断法》生效初期更好的政策支持 and 指导，也对认识和执行《反垄断法》、健全其配套规章提出了更高、更严格的要求，亦即：不能仅仅局限于为了完成而完成当下这项已经持续了很久的配套规则起草工作，而是必须着眼于全面深化改革的事业，着眼于改革的目标与彼岸，来系统、全面、深入地审视《反垄断法》各项配套规则起草工作及相关执法工作对于《反垄断法》全面、有效、透明落实的意义，明确其在全面深化市场经济体制改革中的定位。

不积跬步，无以致千里。【征求意见稿】的修订只是工商总局许多日常工作中很寻常的一小部分，或许对《反垄断法》配套规则和运行机制完善而言是一大

步，但对于推动我国法治建设而言可能还是一小步。笔者在下文总体意见中提出的三大方面 17 个问题，肯定该发扬的，批评需检讨的，谏言须改变的，无一不是立足法治原则，着眼于推动和保障《反垄断法》事业的法治化，并最终服务于我国市场经济和政府职能的法治化。法治建设离不开这样的一小步接一小步，有规划，有时间表，有监督，不能拖，不能错，更不能敷衍了事。让《反垄断法》的运行始终坚持严格遵循法治原则，接受其约束与指导，不是为了迎接十八大四中全会的召开，也不仅是为了贯彻《关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》，而是和它们一样共同引导、改善和严格约束公权力的运用，服务于人民。这样的追求既崇高也十分现实。它不仅体现在【征求意见稿】的修订上，更实实在在反应在实践中，可以让每一位直接参与《反垄断法》运行的人、持续关注这一领域的人深有感触：唯有始终把坚持法治放在首位，《反垄断法》的运行才能毋忘初心，毋失诚敬。

简言之，对【征求意见稿】的修订，应当，同时也必须，克服《反垄断法》及其现有配套规则制定和执行时所面临的立法模式、规制模式上的严重局限，认真梳理、矫正或解决好《反垄断法》及已有配套规则的遗留问题和缺陷，为全面贯彻《关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》这一纲领性文件中的原则和具体要求，为贯彻法治原则推进反垄断法落实取得脱胎换骨的转变，总结教训、摸索经验、提供示范，开个好头。

五、总体意见

（一）肯定

1. 起草工作积极审慎

知识产权是当代和未来经济增长的发动机，是现代化进程的基石，更是国际经济往来与合作的重要组成部分，但知识产权的实现往往借助于契约，而契约自由既可以被用于促进创新竞争与转化，也可能被用于遏制创新竞争和创新的转化，对此工商总局在过去五、六年在涉及知识产权的《反垄断法》适用工作和配套规则起草方面展现了积极而审慎的态度，是值得肯定的。

2. 起草工作总体上开明、开放

虽然我国《反垄断法》整体上以借鉴欧盟和德国的经验为主，而工商总局反不正当与反垄断局组织学者共同主持起草的【征求意见稿】总体上则以美国经验为主，但在个别条款中仍杂糅了欧盟、日本竞争法的部分经验，虽然可能有很大的问题或争议（例如【[总体意见（二）](#)的2、3、4】），抑或在移植时比较粗糙（例如【[修改理由 22.2](#)】），但总体上展现了开明开放的基本立场、较强的学习能力与耐心，同样值得肯定。

3. 以规章替代指南增加了法律适用的确定性和可预见性

笔者非常赞赏工商总局能够选择制定规章，而非不具有法律约束力的指南来规范涉及知识产权的反垄断适用，这也是笔者在2012年对《[关于知识产权领域反垄断执法的指南（草案第五稿）](#)》提出修改建议时，在总体建议即【[附录（四）](#)】中提到的第一条意见。诚然，没能通过与国家发改委反垄断执法机构进行整合或者与其联合发布规章，规范涉及知识产权的反垄断适用，是一大缺憾，但作为次优的方案，颁布规章可以明确地指导企业在日常大量涉及知识产权的合同中进行反垄断法合规，使之成为一项名副其实的的义务，而非仅仅是以防万一的选项或投入。更重要的是，以规章的形式予以明确，意味着同时规定了各级反垄断法执法机构的执法义务、接受举报并进行立案调查的方向。最重要的是：该规章限定了执法办案人员在《反垄断法》是否及如何适用于涉及知识产权的民事行为时的恣意性，使之能够免于受地方保护主义或产业政策地恣意干预、免于受到民粹化、民族主义、保护主义舆论宣传的影响、免于面临本可以避免但却因为法律适用不确定性过大或自由裁量权过大而不得不面临的道德风险。

4. 工商系统反垄断执法体制日渐成熟堪当重任

相比同样执行《反垄断法》的国家发改委和商务部，工商总局及各省局反垄断法执法机构在过去六年的执法工作中虽然触及的疑难重大案件比较少，但是在已经披露的15则案件中，通过全文披露处理决定，并在一些案件中辅之以发表办案人员写作的工作总结和相关新闻报道，保持了很高的执法透明度，而且在已披露15个案件中的10个案件处理决定中均介绍了相关听证事宜（盛开案、慈溪建设工程检测协会案不涉及处罚，湖南永州保险协会案、云南西双版纳旅游协会案未披露听证事宜），在中欧“竞争政策周”上介绍了惯常的[执法办案流程](#)，从依法行政、阳光执法的角度来看，可以初步证明工商系统的反垄断执法工作能力和程序已经使其具备能力来处理较为复杂的涉及知识产权的反垄断执法工作。

（二）主要问题与解决方针

1. 立法模式受困体制局限——应有顶层设计思维

我国涉及市场规制的立法长期受困于两大症结：主管部门主导起草，以及立法透明度不足。对于后者在《反垄断法》及其配套规则起草中一些令人啼笑皆非的体现，笔者在《[完善<反垄断法>](#)》，《中国改革》，2014年第3期已有提及，不再赘言。

透明度不足，必然会影响立法的质量，难以做到群策群力、难以在立法期间求同存异，在巩固共识、消除误解和理解差异的同时，对立法项目实施后可能遇到的问题进行全面梳理和事前准备。要弥补和预防立法质量上的缺陷，负责起草工作的主管部门往往会选择请专家立法，以提升立法的科学性，尽管专家立法本身也存在着严重的局限性和法治意义上的正当性问题，尤其是在起草期间未能向全社会开门立法、允许多个专家小组平行提出不同草案的背景下。

1.1 专家立法本身的局限

专家立法本身也面临着正当性不足和视野局限两方面。首先，专家学者往往缺少全面把握某一项制度的能力；其次，专家对之前相关实践的了解以及未来相关改革及市场发展的趋势，也会面临言路闭塞、信息不足的障碍。

由于这两方面客观因素，专家学者会选择“他山之石可以攻玉”的思路，更多借鉴外国的立法例和实践。但是，不同国家的法制传统、规制模式、立法理念和实践操作，千差万别，如何从中选择适合我国当下实际和未来发展需要的“他山之石”，往往是少数专家难以达成一致或极易出现分歧的。在这种格局下，专家学者立法往往会锁定少数几个欧美等发达国家的模式作为主要参考，然后寻求他们之间的“最大公约数”，抽象概括这些国家存在共识、没有分歧的领域进行最低限度的规制起草，并尽量使用原则性强的表述，增加执法者后续解释和自由裁量的空间。而这就会导致我国的规制相比欧美等国家而言，往往是最宽松的、最原则性的、可操作性最差，在颁行后，往往需要再进一步制定配套规则或者严重依赖专家学者进一步辅导，才能进行适用，且非常容易导致法律适用不统一的现象。（就此，参见【[修订版第二十条第三款](#)】、【[修改理由 97.2](#)】）

1.2. 主管部门立法的局限

上述问题，还会因为当下国务院大部制改革尚未完全到位，各部门职权交叉、不同时期不同部门起草的法律存在重叠或竞合的现象而变得更为复杂。

以《反垄断法》自身为例，其主要与国家发改委执行的《价格法》和工商总局执行的《反不正当竞争法》存在交叉。但是，由于《反垄断法》是商务部主导起草的，所以其委托专家立法时，也就不便直接规划或起草对《价格法》与《反不正当竞争法》的删节和修订进行。而这就导致在《反垄断法》生效初期，各级发改委及物价监管系统仍存在不少适用《价格法》查处应由《反垄断法》规制的限制价格竞争、限制产量与销量的限制竞争行为，而工商系统则存在适用《反不正当竞争法》规制滥用市场支配地位行为和滥用行政权力限制竞争的行为。按

照《[刘焯：工商机关在知识产权领域反垄断执法探索](#)》载《中国工商报》2014年6月4日的介绍：“除了反垄断执法，近5年各级工商机关根据《反不正当竞争法》，已查处公用企业强制交易、服务，包括政府滥用行政权力限制竞争的案件1300多件。”然而，至今《反不正当竞争法》修订草案尚未公布，而《价格法》的修订更是音讯全无。《反垄断法》已经颁布尽七年之久了，但规制交叉、重叠以及由此导致的多头执法、执法尺度与处罚力度不统一的各种“七年之痒”依旧难消，尽管这些是2004年商务部将《反垄断法（送审稿）》提交给国务院时，无论国务院还是参与起草工作的专家学者都已经很清楚，并应当能够充分预见到的。

如果说《反垄断法》立法本身，因为没有消除与其他存在交叉的现象，而只能被称作为一个抽象的、框架性的“半成品”，那么目前的【征求意见稿】也仍然没能改变“半成品”的命运。

1.3. 【征求意见稿】恐重蹈《反垄断法》覆辙

【征求意见稿】本身也是主管部门委托专家起草的立法草案。其同样在透明度、正当性不足、视野局限、无法协调与其他法律法规的关系上，存在着严重局限。也正是这样的局限，才导致该立法草案前后起草到第七个版本，才最终得以正式对外发布。这与过去15年来，欧盟竞争法配套规则的全面修订与革新形成鲜明对比，缺少：先通过白皮书、绿皮书总结现有规制不足和立法规划，公开征求意见，再公布调研报告公开征求意见，然后集思广益由执法者基于执法经验和实际自行主导起草，再进一步公开征求意见，公布各方面反馈意见，并根据反馈全面修订草案。这样的流程是开放的、科学的，也是笔者在《[对〈关于知识产权领域反垄断执法的指南（草案第五稿）〉的建议](#)》的整体意见中提及的“立法2.0”理念所倡导的。没有科学的立法模式，【征求意见稿】难免在以下问题上重蹈《反垄断法》的覆辙。

1.3.1. 没能《反垄断法》与其他法律法规适用的关系

【征求意见稿】没有厘清涉及知识产权的《反垄断法》适用与其他涉及合作研发与技术许可、转让方面的强制性规定之间的关系。后者包括：

- 《合同法》第三百二十九条至第三百五十五条、第三百三十四条、
- 《对外贸易法》第三十条、
- 《技术进出口管理条例》第二十七条至第二十九条、
- 《中外合资经营企业法实施条例》第四十三条、
- 以及亟待修订的《著作权法》、《著作权集体管理条例》、《标准化法》等。

《反垄断法》立法时，从送审稿到草案，都囿于体制局限，而比较“偷懒地”回避了如何处理其与上述法律法规关系的问题，因此的确非常有必要协调和衔接《反垄断法》与上述法律法规的衔接。对此我国学者在《反垄断法》生效之前就已经有了清醒的认识，例如王先林：“第一章 知识产权滥用”王先林等著《知识产权滥用及其法律规制》，2008年中国法制出版社，第79至81页。

遗憾的是：从2004年到2014年，十年过去了，【征求意见稿】本身仍旧没能直接、明确地回应到底如何协调与衔接《反垄断法》与这些法律法规的适用关系问题。

相反，相比《合同法》、《对外贸易法》和《技术进出口管理条例》对所有经营者普遍适用的禁止性规定，【征求意见稿】的规定非但没能对强化对限制竞争行为的规制，反而像美国的一些做法那样，出现了明显削弱现有法律法规、甚至包括《反垄断法》自身的规制力度，将规制范围大幅限缩到仅仅针对具有市场支配地位的经营者的身上。尤其是在实践中市场地位证明往往很困难的情况下，这样做可能会非常不利于专利技术积累薄弱，同时仍旧严重依赖出口导向的中国企业。（参见【附录（一）：[《征求意见稿》与现行法律法规存在交叉、竞合、的条款](#)】、【修订版第二条第一款；第十条第三项、第四项；第二十一条第四款】、【修改理由13；32；33；34；101；尤其34.2】）

上述规制弱化使得【征求意见稿】显得十分尴尬。因为，如果《合同法》、《对外贸易法》和《技术进出口管理条例》中的相关规定能够严格落实，那么【征求意见稿】中相应的规定就等于形同虚设，以至于显得多余了。

反之，倘若，真的用新法优于旧法、特殊法优于一般法的原则，让【征求意见稿】来取代《合同法》、《对外贸易法》和《技术进出口管理条例》中与之存在交叉的规定，又会出现严重弱化现有法律体系对相关限制竞争行为的规制力度。然而，这种弱化规制的正当性到底何在？更何况，涉及到《对外贸易法》和《技术进出口管理条例》并非由工商系统负责执法，那么必然会出现多头执法，企业无所适从的局面。

1.3.2. 没能厘清工商系统与发改委系统、商务部反垄断局的执法权限

1.3.2.1. 国务院反垄断委员会恐已“名存实亡”

《反垄断法》除了没能真正全面统一所有规制限制竞争行为的规范，也没能够统一执法权限。为此，《反垄断法》第九条设置了国务院反垄断委员会，用于协调执法并制定反垄断法适用指南。但该法生效近七年来的实践表明，国务院反垄断委员会的设计基本上彻底失败了，其主要职能绝大部分没有实现（参见笔者[《我国国务院反垄断委员会工作管窥（2008年9月至2013年3月）》](#)），在过去一两年中也没能展现出实现其法定职能的转机。最典型的例证就是工商总局受其委托制定的《关于知识产权领域反垄断执法的指南（征求意见稿）》的第一至第五稿。换言之，恰恰是因为国务院反垄断委员会没能发挥好协调执法、制定反垄断法适用指南的职责和能力，才使得工商总局相关起草工作在征求国务院反垄断委员会其他部委成员时，遭遇了极大的阻力或缺乏有力的支持，才最终只能回归到工商执法系统自身单独起草的部门规章。而国务院反垄断委员会设计失败、工作陷入困境的另一大例证就是：在王岐山副总理2012年底任职中纪委书记后，两年半，至今没有正式公布到底由谁来接任国务院反垄断委员会一职，统筹反垄断法落实工作，履行《反垄断法》第九条赋予其的法定职能。

国务院反垄断委员会的名存实亡，导致工商总局颁布的【征求意见稿】即便

被颁布实施，也将会面临在涉及知识产权的《反垄断法》适用问题上，出现与国家发改委和商务部各自的反垄断执法机构理解差异、尺度不一、力度不同的危险。

1.3.2.2. 三大执法系统的权限交叉、法律适用尺度不一

国家发改委在执法权限与工商总局存在交叉和竞争，已经在 [IDC 案](#)、[高通案](#) 超出了涉价格限制竞争行为的调查范畴。（笔者对 [IDC 案](#)、[高通案](#)，商务部 [附条件批准微软收购诺基亚手机业务](#)、[默克收购安智案](#) 执法机构处理决定的不足、疑问和困难，以及涉及执法权限交叉的讨论参见超链接指向的博客文章。）

例如国家发改委官方 2014 年 7 月 11 日的新闻稿 [《高通公司总裁第三次到国家发展改革委接受反垄断调查》](#) 中提及：

“同时，高通公司授权副总裁 Fabian Goniell 等人接受了案件调查人员的调查询问。调查人员重点就以整机作为计算许可费的基础、将标准必要专利与非标准必要专利捆绑许可、要求被许可人进行免费反许可、对过期专利继续收费、将专利许可与销售芯片进行捆绑、拒绝对芯片生产企业进行专利许可以及在专利许可和芯片销售中附加不合理的交易条件等涉嫌违法行为，进行了现场调查并制作询问笔录。”

其中“将标准必要专利与非标准必要专利捆绑许可、要求被许可人进行免费反许可、对过期专利继续收费、将专利许可与销售芯片进行捆绑、拒绝对芯片生产企业进行专利许可以及在专利许可和芯片销售中附加不合理的交易条件等涉嫌违法行为”则基本上都是【征求意见稿】中做出规定的内容。而 2013 年底，国家发改委反垄断局局长许昆林则已经对《中国日报》记者披露，即 [《高通遭反垄断调查 发改委称已掌握实质性证据》](#)：

“据《中国日报》在 2013 年 12 月 12 日发布的一份报告显示，中国最高经济规划机构表示已经发现美国芯片制造商高通公司的价格垄断行为。

中国国家发展和改革委员会（以下简称“发改委”）价格监督检查司司长许昆林向《中国日报》表示，发改委已经掌握了关于高通反垄断的“实质性证据”。

然而，尽管高通承认中国监管机构自上个月开始对高通展开了反垄断调查，但该公司表示它‘并不清楚高通具体因哪方面问题认为高通违反了《反垄断法》’。”

那么，当时其掌握的到底是哪些方面的实质性证据，为何到了 2014 年 7 月 11 日，又要再参考【征求意见稿】调查其本身根据“三定方案”的规定，并不具有管辖权限，更应由工商总局反垄断执法机构调查的内容？难道这是国家发改委在拿高通拓展相关执法能力？还是以此为契机与工商系统争夺“三定方案”没有赋予其的执法权限（参见后文 [笔者对苏华老师在《高通为何遭到反垄断调查》提出“一站式”执法的质疑](#)），或者是为了在将来反垄断执法机构整合中占据获得更多话语权和资本？又或者，这本身是工商总局与国家发改委之间已有的默契，是后者在代替前者用实践来建议【征求意见稿】的可操作性？造成这样的结果，立法者是否应该“痛定思痛”，对于当初《反垄断法》起草和执行机制设计进行检

讨，并重新以此为契机加快机构的整合与配套措施完善呢？尤其是保障反垄断执法透明、公开、可监督，保障监督反垄断执法机构的监督组织和人员可以拥有足够的权限、独立性和透明度呢？

管中窥豹、一叶知秋。不难想象，两部委反垄断执法机构在个案执法中思路、方法与尺度上的差异会造成《反垄断法》适用的不统一，难免会妨碍统一市场的建立和法治原则的实现。

同样，商务部在过去一年多来也突然在[附条件批准微软收购诺基亚手机业务](#)、[默克收购安智案](#)附加了直接干预知识产权许可的限制性条件，但在关键设施认定、标准必要专利纠纷处理上，与【征求意见稿】的尺度和理念也不同，甚至在商务部处理不同案件时，例如在无条件批准联想收购 IBM 的 X86 服务器业务案上，也涉嫌存在与之前类似案件尺度不一的情况。

上述如此混乱的多头执法，事前与事后干预交错的现状不常不利于企业正常开展日常交易，会给企业带来极大的合规风险和成本，不利于我国健全统一、开放、竞争、有序的市场经济的目标，也不符合国务院《关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》第（二十一）子项有关解决多头执法的原则性要求。有鉴于此，笔者更建议工商总局及国务院，能够考虑笔者在【[总体意见\(二\)1.4.2](#)】中提出的[方案一](#)，在促成机构整合的同时，起草国务院条例层级的反垄断法配套规则，统一细化《反垄断法》适用，包括在涉及知识产权领域的《反垄断法》适用问题。

1.3.3. 行政执法与司法适用的关系复杂而严峻

在司法机关适用《反垄断法》时，究竟是否应当依据国务院部门规章级别的【征求意见稿】进行审理也是个问题。

1.3.3.1. 法官造法与自由心证的危险

此前，上海高院、一中院及南京中院在审理限制最低转售价格行为时都出现罔顾《反垄断法》第十三条、第十四条、第十五条现有规定，通过法官造法为《反垄断法》第十四条的适用设置非法的构成要件（参见笔者：“[《反垄断法》条款适用的不足](#)”，载《东方早报》，2013年8月27日第 C05 版，C06 版）。

对于这些法官造法的司法实践，国家发改委反垄断局许昆林局长也已不点名地撰文予以批驳（参见许昆林：“宽大政策适用于纵向垄断协议”，载[《中国经济导报》2013年10月31日](#)），强调：“……法律的规定应该是逻辑起点，我国对纵向垄断协议的法律原则就是“禁止+豁免”，不一定非要贴上本身违法原则或者合理分析原则的标签。对反垄断执法机构而言，只能依法办案，而不能“造法”办案。”

尽管如此，2014年，“江苏省高级人民法院知识产权庭宋健庭长指出，反垄断法对经济分析的重视是一个循序渐进的过程。在反垄断执法初期，执法机构更

倾向于适用本身违法原则，对涉嫌垄断行为采取“一刀切”的做法。随着执法经验的积累和对经济规律、行业状况的掌握，执法机关更倾向于适用合理分析原则，通过运用经济分析来确定滥用市场支配地位行为对竞争的损害，从而使反垄断行政执法和司法更加专业化和精细化。”（蒋安杰：[“热议中国反垄断民事诉讼审判专业性”](#)，载法制网，2014-06-25）这无疑使将来在滥用市场支配地位行为的规制上，也难免会出现法院更强调扩大其自由裁量权，在所谓的“合理性分析”上大做文章的现象。

然而，正如在上海高院二审锐邦涌和诉美国强生案中那样，即便有经济学专家提供专家意见，二审判决自身也承认原告信息不对称，而被告又不配合调查甚至专家证人也拖故不能出席庭审，只能靠发挥法官的主动调查权去断案，以至于在一系列关键问题上完全靠法官“自由心证”地认定，而缺乏具体证据的支持。这无疑使本身建立在法官造法、又无视《反垄断法》第十五条规定的二审判决自由裁量权进一步被扩大，难以对事实认定和法律适用两方面对法官的恣意性予以有效约束。（对该案二审判决的部分错误的梳理有助于管中窥豹、防微杜渐地看清——脱离《反垄断法》第十五条的约束，放任法官“自由心证”的危险，例如【[附录（三）：拙文《“中、欧、美反垄断法规限制最低转售价格协议的异同——兼评锐邦诉强生案二审判决”》中的节选部分](#)】。有关广东高院二审惠尔讯科技有限公司诉深圳市有害生物防治协会案二审判决引入合理原则、错误适用《反垄断法》的批评，参见李剑（上海交通大学）：[“横向垄断协议法律适用的误读与澄清——评“深圳有害生物防治协会案”](#)，载《法学》2014年第3期）

1.3.3.2. 法院罔顾《反垄断法》对国务院反垄断执法机构在未明文列举的垄断协议认定上的排他性授权，越权裁判

同样，在工商系统负责执法的非价格性限制竞争行为方面，《反垄断法》第十四条第三款明确规定经营者及交易相对人之间的垄断协议，即排除、限制竞争的协议、决定或协同行为应当由国务院反垄断执法机构来认定。但是，在涉及分销协议的地域限制时，在江苏南京中级法院[《南京雅客勤商贸有限公司与曹艳梅买卖合同纠纷二审民事判决书》（2013）宁商终字第749号](#)中，则铁口直断：“而本案中所涉及的合同及相应条款仅为上下游经销商之间对市场、价格等所做约定，尚不足以符合前述法律规定的禁止性情形，故曹艳梅就该上述法律适用问题提起的上诉意见缺乏法律规定，本院不予支持。”——试问，江苏省高级人民法院知识产权庭宋健庭长有关“对涉嫌垄断行为采取‘一刀切’”的批评是否也同样适用于该案判决？该判决的经济分析又到底在哪里？难道这样的判决体现了“专业化和精细化”吗？为何《反垄断法》第十四条第三款明文规定应当由国务院反垄断执法机构来认定的垄断协议类型，为何中级法院可以越俎代庖？对此，最高人民法院、江苏省高院是否应当，依据《民事诉讼法》第一百九十八条，启动审判监督程序重新审理，并请工商总局依据《反垄断法》第十四条第三款的授权，先对该案争议行为是否构成垄断协议进行认定，待该具体行政行为生效后，再行对该案进一步审理？

如果类似的问题不能正本清源、系统地得以厘清和规范，那么即便现有版本的【征求意见稿】公布实施了，对于其没有依据《反垄断法》第十三条第一款第

六项、第十四条第三项明确例举的垄断协议类型，法院难免再次罔顾前述这两项规定，越权裁判，造成法律适用混乱，违背立法者借助统一兜底条款适用权限从而保障法律适用统一性与权威性的初衷。（非常遗憾的是：**【征求意见稿】并未明确地依据《反垄断法》第十三条第一款第六项、第十四条第三项例举任何一项垄断协议类型。**）

1.3.3.3. 司法系统在涉及《反垄断法》适用案件时未履行法律释义义务、错误适用《反垄断法》

汽车零部件生产厂家与整机厂之间的排他供货协议会严重限制同一品牌汽车配件销售渠道之间的竞争，最终导致汽车零整比畸高，严重损害消费者利益。但是，消费者往往不了解究竟应该适用《反垄断法》的哪些条款来起诉和维权，需要法院进行释明。但是，无论是在（2012）湘高法民三终字第22号【[上诉人刘大华因与被上诉人湖南华源实业有限公司（以下简称湖南华源公司）、东风汽车有限公司东风日产乘用车公司（以下简称东风日产乘用车公司）垄断纠纷一案](#)】，还是在（2013）青知民初字第2号【[徐亮与青岛通宝汽车有限公司捆绑交易纠纷民事一审判决书](#)】，法院没有履行法律释义义务，建议原告选择适用有利于原告胜诉的《反垄断法》第十三条第一款第三项（**配件厂与主机厂在配件销售、维修服务领域及相关技术市场可能处于竞争关系或至少潜在竞争关系**）、第十四条第三项、第十五条，并请工商总局对此类纵向的排他性协议是否构成垄断协议进行认定，而是选择了原告根本不可能胜诉的《反垄断法》第十七条。

而司法机关上述错误的判决不仅影响了个案中当事人主张其合法权益，更错过了通过向最高人民法院提请做出司法解释，或请工商总局对此类争议行为作出统一认定的机会，为《反垄断法》统一适用，以及《反垄断法》有关纵向限制竞争协议、汽车业反垄断法适用方面配套规则的制定和相关执法实践都设置了障碍。

如果对于上述两案，最高人民法院、山东省高院不能依据《民事诉讼法》第一百九十八条，启动审判监督程序重新审理，并请工商总局依据《反垄断法》第十四条第三款的授权，先对两案所涉争议行为是否构成垄断协议进行认定，待该具体行政行为生效后，再进一步审理，那么**【征求意见稿】**在修订时就应当对如何选择适用《反垄断法》第二章有关垄断协议的规定和第三章有关禁止滥用市场支配地位行为的规定进行规范，从而为司法机关审理相关案件提供参考和示范。

1.3.3.4. 对司法系统合理意见的应有回应

对于司法系统提出的意见，虽然正如许昆林局长批评的严重脱离我国现行法律的一面，但也有其值得重视的一面，即《反垄断法》配套规则必须旨在消除或限缩其抽象规则适用的恣意性、不确定性，使广大经营者能够通过配套规则了解或预见其行为的法律后果。而这也包括对于合理性抗辩的细化。正如许昆林局长所分析的那样，《反垄断法》第十五条效仿《欧盟运行条约》第101条第3款，对垄断协议的合理性抗辩进行了细化和限制，并设置了举证责任倒置。因此，在**【征求意见稿】**中不仅应当进一步细化《反垄断法》第十五条的适用**【修改理由**

29; 31; 93】，而且应当将其理念与原则代入到滥用市场支配地位行为的合理性抗辩的评估与认定规则中去（【修改理由 37; 54.3.5】），同时细化对涉及经济学分析的专家意见及证据的形式要求（例如参考胡甲庆：“[美国专家证据可采性标准在反垄断司法中的适用及其启示](#)”；于杨、纪正旭译，韩伟校：“[欧盟委员会竞争总司：适用《欧盟运行条约》第 101、102 条以及并购相关案件经济证据提交与数据收集最佳操作指引](#)”），进而最大限度地提高法律适用的确定性和可预见性，引导经营者自行合规，也帮助执法者理清执法思路、统一执法尺度。

1.4. 反垄断法事业应有“顶层设计”思维

综上，虽然【征求意见稿】只是工商总局计划起草的配套规章之一，但是牵一发而动全身。其既反映出《反垄断法》发展与落实面临的种种困境，同时也揭示了问题和改革的方向。作为全面深化市场经济体制改革的必要组成部分，《反垄断法》发展同样需要有“顶层设计”、有彼岸意识，不能再得过且过、东一榔头西一棒子。

1.4.1. 主要任务和发展目标

要实现反垄断法事业的顶层设计，就需要先明确发展的主要任务和发展目标：

- 一方面，全面统筹分析《反垄断法》全面有效落实所面临的所有问题，包括前述提及的【征求意见稿】所面临的与其他法律法规的关系、工商执法机构与其他政府部门、司法审判实践之间的关系，以及《关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》提出纲领性要求；

- 另一方面，明确我国反垄断法事业发展的阶段性目标，明确如何加快缩短与竞争法最完备、最高效、执行最有力的地区——欧盟的差距，在增进法律实践融合与协作的同时，大幅提高我国反垄断法执法、司法水平，确立我国在国际竞争政策与实践的话语权。

对第一方面，笔者在 2012 年对《[关于知识产权领域反垄断执法的指南（草案第五稿）](#)》提出修改建议时，在总体建议中，以及《[论大部制改革背景下完善国务院反垄断委员会职能与改革反垄断法实施机制——兼论对欧盟与德国经验的借鉴](#)》（载《经济法论丛》，2013 年，第 24 卷）已经系统阐述，不再赘言。

1.4.2. 【征求意见稿】修订的四个方案

具体到【征求意见稿】的修订，笔者更建议起草者能够对下列方案进行筛选和综合考量。以下按优越性进行排序，以 2017 年春夏之交为方案实施完毕的节点，以方案一为最优：

方案一：机构整合+联合起草国务院条例

在发改委和工商总局反垄断法执法机构合并后统一起草，或由两系统执法部门联合起草统一的反垄断法实施条例，全面整合与修订现有规章，并将涉及知识

产权的规定仅作为对一般规定的补充，在实施条例中加以体现，同时对所涉及的其他法律法规的修订提出一揽子修订草案，争取在 2019 年前全部修订完毕，彻底消除与《反垄断法》的交叉适用与竞合；

方案二：全面系统地修订

如果发改委和工商总局反垄断法执法机构的合并短期内无法预期，双方也无法联合起草与整合相关规定，建议参考欧盟的经验，将征求意见稿涉及合作研发与许可协议的规定以及对横向合作、纵向合作、分工协议、汽车业零配件及维修服务领域的限制竞争协议、航运业合作协议适用《反垄断法》的规定、对滥用市场支配地位行为认定的细化都一并纳入到对工商总局有关垄断协议和滥用市场支配地位行为的两个规章中去，使两者连同相应的程序规则得以全面而系统地更新升级，而非仅仅单独制定涉及知识产权的反垄断法适用规则，同时对所涉及的其他法律法规的修订提出一揽子修订草案，争取在 2019 年前全部修订完毕，彻底消除与《反垄断法》的交叉适用与竞合；

方案三：效法欧盟以细化垄断协议规章为主，以实践中摸索对滥用市场支配地位行为的规制为辅

如果执意单独制定涉及知识产权的反垄断法适用规则，建议仅重点规范合作研发协议、分工协议和技术转让协议；以征求意见稿中有关滥用市场支配地位规定的草案作为指导，推进个案执法，结合实践经验再考虑是否对涉及知识产权的滥用市场支配地位行为专门进行立法，同时对所涉及的其他法律法规的修订提出一揽子修订草案，争取在 2019 年前全部修订完毕，彻底消除与《反垄断法》的交叉适用与竞合；

方案四：基本维持【征求意见稿】的现有架构，但细化对垄断协议的规制

如果执意按照现在征求意见稿的框架单独制定涉及知识产权的反垄断法适用规则，并重点对可能存在很大争议的涉及知识产权的滥用市场支配地位行为进行规制，那么仍旧建议专门设置一章或一节对研发协议、技术转让协议、横向合作中的标准制定协议和分工协议适用《反垄断法》第十五条的问题进行系统规范，并大幅修订和完善本征求意见稿。具体详见下文中的【逐条修改建议详述】。在囿于立法模式之困，无法【征求意见稿】对所涉及的其他法律法规的修订提出一揽子修订草案时，尽量理清这些法律法规与《反垄断法》适用的关系，确保【征求意见稿】在修订和完善后，在与这些法律法规交叉适用或竞合的领域，至少在规制力度上、可操作性上不弱于这些法律法规的相应规定（参见【附录（一）：《征求意见稿》与现行法律法规存在交叉、竞合、的条款】）。

1.4.3. 【征求意见稿】的目标设定与规制模式/榜样的选择

2014 年 6 月 9 日，【征求意见稿】发布的前一天，《关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》成文后的第五天，中国科学院第十七次院士大会、中国工程院第十二次院士大会在北京人民大会堂隆重开幕。中共中央总书记、国

家主席、中央军委主席习近平出席会议并发表重要讲话。“他强调，我国科技发展的方向就是创新、创新、再创新。实施创新驱动发展战略，最根本的是要增强自主创新能力，最紧迫的是要破除体制机制障碍，最大限度解放和激发科技作为第一生产力所蕴藏的巨大潜能。”可见，创新驱动发展战略已经成为我国公认的首要发展战略，其不仅关系着四个现代化的实现，更直接关系着就业、关系着消费、关系着贫富分化的缩小，关系着中国能否从全球最有潜力的消费市场之一，全面升级为全球最有潜力的创新市场之一，甚至还可能直接关系着国家安全。

那么，什么是创新驱动发展战略的驱动力呢？难道仅仅是国家加大投入和国家领导人的重视就足够的吗？显然不是。反之，什么是过去十多年来羁绊创新驱动发展战略实现的原因呢？也许，除了在知识产权保护上的不足、行政权力不适当的干预的影响外，创新竞争缺乏强有力的制度保障和引导机制也是重要的原因。而后者正恰恰是【征求意见稿】多年来一直追求实现的初衷。

但是，正如王先林老师在《[我国反垄断法适用于知识产权领域的再思考](#)》中所提及的那样，我们也必须清醒的认识到，我国在许多领域仍旧是技术输入国。因此，这就需要我们正视这个现状，树立两大基本目标：

- 一方面，在涉及知识产权领域反垄断法适用上，强化我国的配套规制，使之能够在各国竞争法之间的竞争中向规制层面、力度高的欧盟看齐，强化我国对国内外企业参与国际技术合作研发与许可、转让方面的规制能力，增加我国在国际竞争政策形成与实现的话语权；

- 另一面，在国内立法、执法、司法实践和国际交往中，始终果断杜绝、反对一切“打左灯、向右转”的言行——名义上打着保护民族产业、民族企业的旗号，实则要么奉行放任自由主义式的放松管制，要么为保护主义、地方保护主义大行其道而不惜扭曲竞争的言行，并通过制度设计对此加以预防和规范。

要实现上述具体的战略目标，【征求意见稿】的修订不仅要克服前述单个主管部门立法、专家立法等立法模式上的局限和不足、树立“顶层设计”思维，更需要在规制模式上，就高不就低：原则上摒弃美国反托拉斯法以普通法传统为基础，以法官在陪审员制衡与协助下的自由心证为核心的规制模式，以至于对限制竞争行为的规制过于宽泛、自由裁量权与不确定性过大，对涉及知识产权的竞争行为规制流于形式的弊端；转而回归到反垄断法立法者最初所效仿的欧盟竞争法模式上来。

2. 规制模式涉嫌邯郸学步——应以欧盟模式为主

在法律移植实践中，最忌讳的两点就是：

其一，严重脱离本国法治环境的现状，尤其是过度依赖于作为最后一道防线的司法救济；

其二，在对被移植的外国法一知半解地进行杂糅，名义上博采众长，实则邯郸学步，表面上四不像，实则规制理念不自洽、概念术语不统一、体系混乱、规制重叠，甚至以原则规定掩饰对处理不同被移植立法例冲突、矛盾之处的无能为力，将问题、误解和分歧留给将来、留给后来人、留给实践中的当事人、具体执法办案人员和专家顾问，以至于原本应当强有力的规范或引导条款，变成难以适用也不知该怎么解释的鸡肋条款和桃木剑。

2.1. 欧盟模式，还是美国模式

【征求意见稿】中的绝大多数规定受到了美国过去 15 年反托拉斯法实践及相关指南的严重影响。而后者在过去 15 年间对于涉及知识产权的反托拉斯法实践和二十世纪七、八十年代相比，则明显更为宽松，更倾向于以“合理原则”放任涉及知识产权的限制竞争协议，而即便在涉及知识产权的滥用市场支配地位行为上也呈现出比欧盟更为宽松的态度。甚至可以说，当下中国企业在一些知识产权领域，例如电信行业涉及标准必要专利的滥用市场支配地位争议，大都应当归因于过去 15 年美国创新强国却放松涉知识产权的反托拉斯法实践有关。而这样的格局正在陆续被欧盟竞争法的相关实践所打破，同时也加剧了欧美在个案处理和通过完善配套来事前预防涉及标准必要专利的滥用市场支配地位等问题上的分野。

考虑到【征求意见稿】是《反垄断法》生效之后随即就开始起草的，那么也就意味着：**【征求意见稿】对美国模式的过度青睐以及一些误解、对欧盟经验的重视不足，很可能严重影响了工商总局在《反垄断法》适用上的研判和执行。而这种影响也就相应持续了 6 年之久，延误了工商总局像商务部反垄断局那样及时参考欧盟经验完善配套规则的步伐，也严重压制工商系统了像发改委系统那样紧跟欧盟及其成员国实践步伐，及时适用《反垄断法》现有规则规制有力规制限制竞争协议和滥用市场支配地位行为的可能性（可对照【附录（二）：在正式颁布《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》前，工商系统依据现行《反垄断法》、《反不正当竞争法》已经可以查处的限制竞争行为和不正当竞争行为】）。**

我国《反垄断法》在起草之时，主要参考了欧盟的立法例，并兼顾了德国法的不同时期的经验（例如《反垄断法》第十五条第一款、第十八条、第十九条、第二十条、第二十八条但书）。《反垄断法》第十三条至第十五条的设计、术语、结构、逻辑关系和主要内容上都与《欧盟运行条约》第 101 条第 1 款和第 3 款契合；《反垄断法》第十七条第一款对滥用市场支配地位行为的例举上也与《欧盟运行条约》第 102 条基本一致。

但是，由于在《反垄断法》起草期间，立法程序透明度不足，没能让有关比较欧盟与美国模式的研讨和争论完全展开并公布于众，错失了澄清一系列误解的机会，使得不少学者、公共知识分子始终不清楚美国反托拉斯法与欧盟竞争法的差异，甚至习惯性地以美国反托拉斯法术语套用到欧盟竞争法中来，认为欧盟竞争法也因循美国普通法传统下的合理原则（rule of reason），而并不了解：欧洲法院曾多次在有关《欧盟运行条约》第 101 条第 1 款的适用问题上明确排除了引入美式合理原则，反复强调了对限制竞争的认定是以保护企业独立开展经营自由的权利是否被限制为核心要件，不以是否导致对第三方的负面影响为前提，更强调了对限制竞争协议的利弊权衡必须在《欧盟运行条约》第 101 条第 3 款的框架下进行，通过举证责任倒置来由实施限制竞争协议的企业来证明其行为符合该款全部四个构成要件，而不能完全靠执法者或法官的“自由心证”来加以判断；且类似的分析思路也同样体现在欧盟对滥用市场支配地位的认定与正当性抗辩的评估上，甚至一定程度上也融入到了企业合并控制中对效率抗辩的考察中。（有

关欧美在限制竞争协议规制上的异同，参见【附录（三）：[拙文《“中、欧、美反垄断法规制限制最低转售价格协议的异同——兼评锐邦诉强生案二审判决”》中的节选部分](#)】）

具体到涉及知识产权的竞争法适用问题上，由于普通法传统和政治体制的特殊性决定了美国只适合颁布没有任何法律约束力的“指南”或称研究报告（[Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition, Issued by the U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission April 2007](#)）。该指南确实汇集了，七年前，美国相关实践及学术研究成果；但是，其法律属性决定了，它虽然说了很多，但又相当于什么都没说——因为，其本身不仅对普通法传统下的法官裁判没有约束力，对美国执法者自身也没有强制约束力，因而企业仍旧难以预见其依据该指南而实施的法律行为最终会得到怎样的法律评价。

相反，欧盟竞争法的发展模式始终把保障法律适用的确定性、可预见性放在首位，因此从上世纪60年代以来就颁布了一系列条例来细化欧盟竞争法的适用。在20世纪末，欧盟确实借鉴了美国的经验，也在限制竞争协议的规制领域，针对抽象的原则性规定和适用《欧盟运行条约》第101条第3款的集体豁免条例，颁布了一系列对欧洲法院没有约束力的指南、通告等软法。但是，这些软法对欧盟委员会和欧盟成员国执法机关在直接适用《欧盟运行条约》第101条、第102条上，事实上实践具有着约束力，因而不仅成为欧盟成员国执法机关学习欧盟竞争法的教程和实践准则，也因为其极大地提高了法律适用的确定性和可预见性，而成为企业完成日常大量合规审查的必修教程。

因此，从【征求意见稿】立法的初衷旨在增加法律适用确定性和透明度角度来看，工商总局选择起草具有法律约束性的规章，而非指南，是正确的决定，也为日后再进一步效仿欧盟委员会，以其他形式起草和发布该规章的适用说明，预留了可能性。正如前文提及的那样：“以规章的形式予以明确，意味着同时规定了各级反垄断法执法机构的执法义务、接受举报并进行立案调查的方向。最重要的是：该规制限定了执法办案人员在《反垄断法》是否及如何适用于涉及知识产权的民事行为时的恣意性，使之能够免于受地方保护主义或产业政策地恣意干预、免于受到民粹化、民族主义、保护主义舆论宣传的影响、免于面临本可以避免但却因为法律适用不确定性过大或自由裁量权过大而不得不面临的道德风险。”

【征求意见稿】虽然吸收了一些欧盟竞争法的元素，例如【征求意见稿第五条】按照市场份额为部分《反垄断法》没有明确禁止的垄断协议划定了“安全港”，在【征求意见稿第十七条第二款】提及了经营者之间竞争关系与非竞争关系的转换。但是，无论是从规制的轻重疏密、体系构架，还是到具体条款的设计上，更多还是因循了美国反托拉斯法合理原则的思路。后者，在我国当下及未来相当一段时间的法治环境下，无论是在垄断协议规制，还是滥用市场支配地位规制上，无论是否涉及知识产权，都会面临着：

- 一方面，举报人、反垄断执法机关举证责任更重，以至于反垄断执法机构执法困难，经营者也相应地缺少合规动力，《反垄断法》及相关配套规则难以发

挥应有规范与引导作用，沦为桃木剑一样的摆设；

•另一方面，由于缺乏公开的执法实践、更缺乏合规动力，经营者大量法律行为处于反垄断法适用不明朗的灰色区域，交易风险及成本非常高，而原告的起诉成本低，虽然存在原告举证困难，但是由于法官自由裁量权过大，使得案件的发展完全取决于法官的意志，不仅容易滋生滥诉，而且容易为地方保护主义和“司法掮客”提供大量可乘之机。

上述引入美国式合理原则的两方面后果，会直接导致《反垄断法》非但不能在司法监督、社会监督下通过行政执法为主导得以全面有效落实，捍卫创新市场的有效竞争，反而容易埋下因为法律适用不明确而诱发滥诉，妨碍合作研发、知识产权许可谈判与实施之虞。

普通法的传统及法官在不同时期运用合理原则所做出的不同阐释，使得美国的反托拉斯法模式在过去一百多年来，在许多限制竞争行为的规制原则，甚至立法目的的定位都几经嬗变，同时也容易在个案处理和规则设计上受到政党政治的影响（例如参见潘志成：“第二章 若干法域知识产权领域反垄断执法的新发展”，载王先林等著《知识产权滥用及其法律规制》，2008年中国法制出版社，第107、108页）。这些虽然已饱经美国及其他国家法学家、经济学家的批评，但一直得以维持下来，而未能发生根本改变。这一方面与美国本身的法治环境依据能够最大限度地保障其不被滥用有关，另一方面也与其政治体制所决定的修法、立法的困难程度有关，同时也与美国经济本身拥有着旺盛的创新竞争动力和健康的创新环境与传统有关。这样的背景和我国当下的政治、经济与法治环境、司法改革的主要任务和困难，以及缺少创新积累和竞争文化上的传统都形成了鲜明的对比。

同样是借鉴了美国的早期经验，欧盟及其前身在竞争法领域却保持了一以贯之的立法目的和基本原则，几乎没有出现推翻先例的判决，而且历经多次改良，形成了体系清晰、规制严密、可操作性强、力度大、有利于企业合规的竞争法体系，并广泛受到欧洲其他国家的借鉴，影响着其他地区，包括中国在内的立法与执法实践。工商总局、国家发改委和商务部都在实践中与欧盟委员会的对话与交流中，积累广泛的经验和知识，更进一步为借鉴欧盟竞争法模式创造了前提。

在过去两三年的执法实践中，国家发改委更是在纵向限制竞争协议的规制和滥用市场支配地位的调查中，充分地借鉴了欧盟的经验，取得了突破性的、甚至飞跃式的进步。这种强调以行政执法为主导，通过举证责任倒置，为涉嫌限制竞争行为的正当性抗辩设置类似于《反垄断法》第十五条的引导式约束，无论对企业间大量协议的垄断协议规则合规，还是对预防及处理滥用市场支配地位行为，都是非常有帮助的，限缩了执法机关在评估正当性抗辩上的自由裁量权，也提高了经营者事先预见自身行为后果的可能性。

同样，国家发改委的经验也值得【征求意见】在修订时予以参考，尽管国家发改委在查处纵向限制最低转售价格行为中的处罚措施引起的争议也同样值得引以为戒（参见谢鹏：[“‘自首’也麻烦反垄断法的‘宽恕’暗道”](#)，载《南方周末》2013年9月27日中提及的盛杰民老师的质疑，笔者：“[《反垄断法》条款适用](#)”

的不足”，载《东方早报》，2013年8月27日第C05版，C06版，以及对发改委系统查处“洋镜片”案的批评《[简评：国家发改委查处部分眼镜镜片生产企业维持转售价格行为](#)》、《[商务部“阻击”国际航运巨头反映了什么？](#)》对国家发改委2014年6月新下发、7月1日生效的《规范价格行政处罚权的若干规定》的批评）。另参见【七、逐条修改建议详述：郑重的警示】

2.2. 危险!!! ——【征求意见稿第五条】与上海高院对锐邦涌和诉美国强生案二审判决的契合

然而，很可惜的是，【征求意见稿】非但没有像欧盟委员会那样梳理评估和认定滥用市场支配地位行为的合理性抗辩的规范（参见曾雄译，韩伟校对的欧盟委员会2009年《[欧盟滥用市场支配地位指南](#)》），反而还错误地因循了上海高院对锐邦涌和诉美国强生案二审判决的思路，允许执法机构自行根据【征求意见稿第五条】设置的市场份额或替代知识产权标准，来自行判断哪些行为可以被认定为《反垄断法》第十三条第一款和第十四条没有明确列举的所有其他垄断协议类型。虽然，也不排除【征求意见稿第五条】是要效仿日本的相关指南，参见【修改理由22.2.】，但是由于其对日本相关经验移植得非常粗糙，因而事实上赋予了各级执法机构恣意判断哪些限制竞争协议适用安全港，哪些不适用安全港的权力。（其他关于【征求意见稿第五条】现存问题的讨论参见【修改理由21，22】）

这种将错就错的做法，看似是在避免与上海高院的判决发生冲突，实则会导致法律适用上的极大风险：

- 一方面，各级执法机构在适用【征求意见稿】第五条认定《反垄断法》未明确禁止的其他类型垄断协议时，拥有极大的自由裁量权，难免会因为地方保护主义、被游说势力施加压力，甚至不排除寻租的动机，而或过宽、或过严地认定垄断协议；

- 另一方面，在适用【征求意见稿】第五条对“有相反证据证明存在排除、限制竞争效果”的情况进行举报或举证时，由于信息不对称，无论举报方还是执法机构都面临严重的举证困难，以至于反证市场份额低于安全港上限的行为构成垄断协议变得几乎不具有可操作性；

- 第三，举轻以明重，对于不符合安全港的协议，要认定是否构成垄断协议，工商执法机构也需要界定相关市场、计算市场份额、分析市场结构以及【征求意见稿】第十七条、第十八条所列举的全部因素，以至于最终让举报人、执法者、原告大都会选择知难而退，并最终导致这样的协议同样无法被认定为垄断协议，《反垄断法》第十五条对这些协议的竞争政策引导作用也被化于无形，《反垄断法》第二章对涉及知识产权的限制竞争协议几乎等于形同虚设，或者最终只能指望着，在执法机构拥有强大调查权限的情况下都知难而退时，法官能够发挥主动调查职能，在信息不对称的情况下，依靠其“自由心证”“铁口直断”争议行为的违法性。

上述三方面的结果最终非但没能让“安全港”内涉嫌限制竞争的协议变得真的“安全”，更让反垄断执法机构很可能，事实上，失去对大量涉及知识产权的反垄断法适用案件进行调查的可操作性。这与上海高院对锐邦涌和诉美国强生案二审判决事实上能够实现的目标基本一致，即：

其一，使垄断协议的认定变得基本没有可操作性、可预见性，并完全取决于法律适用者的自由心证，并最终在可能的行政执法行为被起诉后，完全取决于地方法院在信息不对称、也没有美国式陪审团认定法律事实、法官主要负责法律适用的分工时，完全取决于法官的“自由心证”，尤其是在我国新一轮司法体制改革才刚刚起步的大背景下；

其二，彻底架空了《反垄断法》第十五条，而后者一方面设置了举证责任倒置减轻了举报人、执法机构和原告的举证责任，彻底斩断了某些法官明明知道信息不对称、法院自主调查不可行，还要去“铁口直断”地在重大事实认定问题上反复以“法院认定”左右违法性认定的妄念，另一方面则设置了对正当性抗辩的严格约束，使对垄断协议的任何正当性抗辩与利弊权衡都不能严重限制竞争、都不能非但不让消费者分享收益，反而还损害消费者福利，从而再进一步限缩反垄断执法机构和法官的自由裁量权。

试问：**【征求意见稿第五条】**是为了各级工商执法机构在涉及知识产权的《反垄断法》适用实践中能够更具有可操作性、可预见性和确定性，还是为了一方面在举证和认定上变得十分困难或至少难以被上级或外界监督，另一方面在违法性认定上又赋予各级一线执法者、并最终赋予某些法官难以有效约束、更缺少尺度监督的自由裁量权呢？

与**【征求意见稿第五条】**形成对比的是，欧盟委员会颁布的一系列集体豁免禁止条例（例如[欧盟委员会 2010 年 12 月 14 日 \(EU\) 1217/2010 号关于《欧盟运作模式条约》第 101 条第 3 款对某些类型的研发协议的适用问题的条例](#)、[Commission Regulation \(EU\) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101\(3\) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements](#)) 同样有结合市场份额对垄断协议设置安全港，但并非是在执法机关认定限制竞争协议环节，而是在将无论市场份额多寡的限制竞争协议都原则上予以禁止的前提下，依据《欧盟运行条约》第 101 条第 3 款（类似我国《反垄断法》第十五条）的适用实践经验，宣布低于特定市场份额标准的限制竞争协议，只要在不涉及条例明确规定的那些通常难以豁免禁止因而需要个案考察的行为、或者明令不能豁免禁止的行为时，都可以被无条件豁免禁止。

与**【征求意见稿第五条】**相比，欧盟的模式有几个优点：

(1) 强化了对企业行为的引导，使之不仅主动避免从事各类除去常识中公认的严重限制竞争行为（横向限制价格竞争、分割市场和限制产量及纵向限制最低或固定转售价格价格的行为、绝对地域保护），还主动避免各类集体豁免禁止条例对不同限制竞争协议类型所罗列的各类其他严重限制竞争行为，例如在合作研发协议、技术许可协议中限制缔约人质疑协议所设知识产权有效性的条款，又比如对专利联营协议的从严规制（参见**【修订版第五条乙】**，**【修改理由 42、43、48、49、53】**）；

(2) 提高了法律适用的确定性，使不涉及前述提及的严重限制竞争行为的限制竞争协议（如合作研发与技术许可协议、分工协议、横纵向合作协议），只要达到依据市场份额设置的安全港，就都可以不必担心再被执法机关以主张要反证其涉嫌存在排除或限制竞争效果为由，事后干预这些协议的实施；

(3) 对于不符合安全港的各类限制竞争协议，无论缔约人、举报人还是执法机构也只需将注意力放在考察限制竞争协议是否符合《欧盟运行条约》第 101 条第 3 款（类似我国《反垄断法》第十五条）上，尤其是放在是否符合比例原则以及是否能让消费者分享其中收益上，从而可以省去对竞争环境影响的复杂分析与举证；

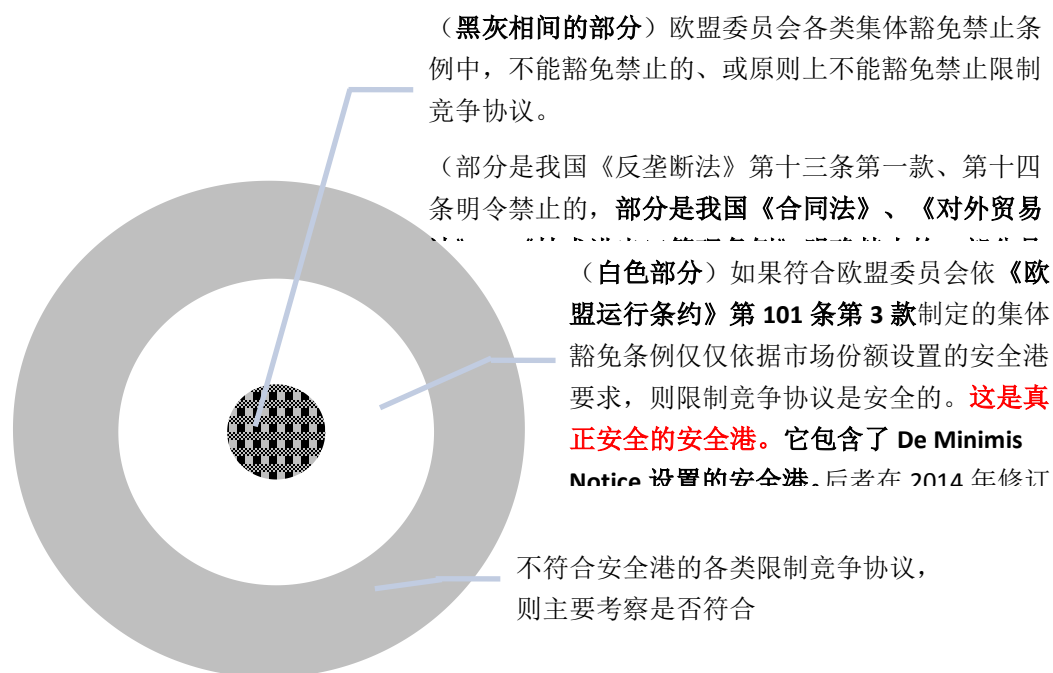
(4) 对市场份额变化后、合作研发结束并在生产中得以转化后，安全港如何继续适用的情况、过渡年份进行了明确的规定；

(5) 为便于中小企业合规，欧盟委员会还依据欧洲法院判决、集体豁免条例及以往实践在 2014 年 6 月 25 日正式更新了“Commission Notice on [agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition](#) under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice)”，使那些缔约各方在处于竞争关系时市场份额低于 10%、非竞争关系时低于 15% 的所有协议，只要不属于以限制竞争为目的类型、不属于集体豁免条例原则上不予适用或不予豁免禁止的类型，就都可以不必担心被欧盟委员会调查，进而在集体豁免条例之外，为中小企业提供了第二重安全港保护，提高法律适用确定性，降低中小企业合规成本和交易风险，尤其是在中小企业本身为欧洲市场承担了大量就业和创新份额的大背景下；

(6) 再通过颁布与集体豁免条例相辅相成的教科书式的法律适用指南，进一步对执法机构的自由裁量权进行严格约束，从而再度强化法律适用的确定性和对企业行为的积极引导。

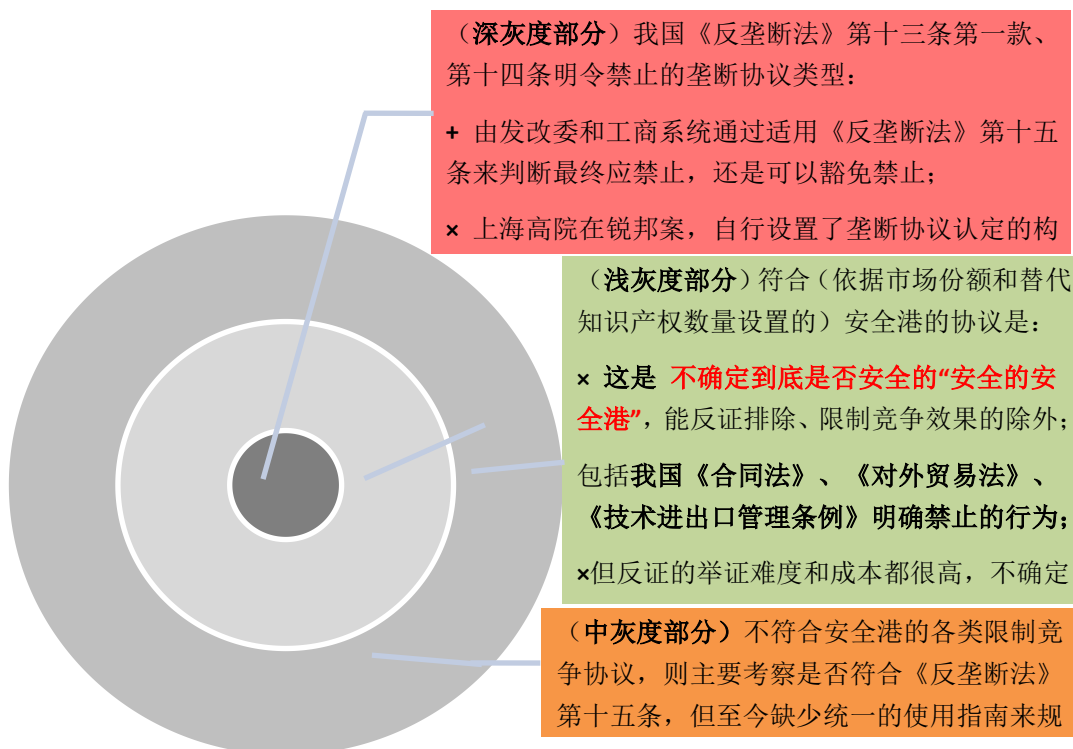
插图 1：中欧对涉知识产权限制竞争协议设置安全港的简要对比图

【欧盟委员会依《欧盟运行条约》第 101 条第 3 款制定集体豁免条例的规制模式】



依据《反垄断法》第十三条第一款第六项、第十四条第三项（相当于《欧盟

运行条约》第 101 条第 1 款!!) 制定的【征求意见稿第五条】



两相比较，如果知识产权是当代市场经济的血与肉、灵与魂，是决定大大小小和国内外创新企业在中国市场发展的军械库，大大小小的研发与许可协议更是创新企业最常规的业务，一旦涉及《反垄断法》适用，涉案标的和对市值的影响大则如天文数字，那么【征求意见稿第五条】所带来的一系列自由裁量权和法律适用不确定性，都交由企业去承担，难道是符合【征求意见稿】多年来的立法初衷的吗？难道是符合国务院《关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》的吗？难道是符合法治原则精神的吗？

上海高院对锐邦涌和诉美国强生案二审判决错误如此严重，连国家发改委反垄断局局长都要亲自署名撰文批驳，但是，时隔该判决宣判近一年，最高人民法院知识产权庭庭长孔祥俊法官非但没有敦促或建议最高人民法院依职权重申该案、纠正其法律适用上的严重错误，并依据起草司法解释的规定，正本清源、明确相关法律适用，反而在《[以市场经济观念推动知识产权司法保护的新发展](#)》一文中提出：

“要勇于尝试或者宽容试错。知识产权保护要求高度的法治统一，但对于新情况新问题，仍需要不断尝试和创新，在探索中实现动态的法治统一。一时看不清的问题，要留有发展空间，在发展中凝聚共识，不断总结和规范。”

即便这段话并非直接针对反垄断法适用，但是由于知识产权庭负责涉反垄断法案件的审理，这样的表述不仅本身自相矛盾，明显背离法治原则、有关审判监督的规定，也难免错失依据最高法现行《[最高人民法院发布关于司法解释工作的规定](#)》通过批复等司法解释的制定程序广泛征集国内外学界、实务界意见统一法律适用、化解法律适用难题的机会，更难免让人担忧之前一段中的一连串诘问，非但不是危言耸听，而且已经到了非常危险的程度，以至于工商总局组织专家起

草的【征求意见稿】也已经深受误导。

2.3. 以欧盟模式为主、兼顾外国个案经验

为了避免邯郸学步式的法律移植，笔者建议在《反垄断法》配套规则制定方面，以欧盟竞争法为主，在具体实践中兼顾美国、韩国、日本、欧盟成员国及我国台湾地区的个案经验。这样的思路，实际上在商务部和国家发改委各自反垄断执法机构的以往实践中已经有所体现和灵活运用。甚至在 2007 年《反垄断法》颁布初期，就有学者透露该法的实施需要制定四十多项配套规则。这个数目与当时欧盟竞争法体系中的配套规则数量是大致相当的，且其中的大多数已经在之前的“欧盟中国世贸项目”一期中被翻译为中文，供国内参考，并在“欧盟中国世贸项目”二期中陆续进行更新。

欧盟竞争法是一个条理清晰，但体系复杂、软硬法相结合的法律体系。其兼顾了不同发展阶段成员国水平，并最终服务于统一、开放、自由竞争的欧洲内部市场（含冰岛、挪威和列支敦士登三个非欧盟成员的欧洲经济区成员国）。著名的美国比较法、竞争法学者戴维·伯格就曾在其著作《全球竞争：法律、市场和全球化》（陈若鸿译，第 173 页以下）中，一方面毫不客气地批评了美国反托拉斯法的问题和狭隘性，另一方也高度赞扬了欧盟和德国的经验。但他也同时指出了：欧盟竞争法的体系之复杂、设计之严谨与精巧，往往会不容易被其他非欧盟国家直接移植。实际上，欧盟竞争法作为一个体系，也不是一天建成的，而是通过过去十五年的系统性改革才逐步在不断简化与精细化的同时，逐步稳定下来。而 2014 年刚好是欧盟竞争法现代化改革十周年，也是其竞争法体系在未来十年进入平稳期、成熟期，以及进一步协调、统一欧盟成员国实践的一个新起点。因此，这也是我国系统地吸收借鉴欧盟竞争法体系的一个良机，可以实现中欧竞争政策协调同步发展，共同主导竞争政策国际合作与趋同的良机。

其实，对照欧盟竞争法体系中涉及限制竞争协议、滥用市场支配地位行为的配套规则体系，其中绝大部分是围绕着规范与引导非价格性限制竞争行为展开的。可以说，在引进和发展欧盟经验方面，工商总局在现有“三定方案”下，有着国家发改委不可比拟的优势。但是，相比同样积极参考欧盟经验来发展我国《反垄断法》配套规则的商务部反垄断局，过去的七年里，工商总局似乎因为规制模式上更倾向于美国法或者希望杂糅欧美经验，而错失了宝贵的时间和机会，系统地参考欧盟经验发展反垄断配套规则。但亡羊补牢，为时不晚。很期待也很建议，工商总局能够专注于欧盟的经验，加快反垄断法配套规则的起草。

具体到涉及知识产权的反垄断法适用，有两点值得一提。

其一，欧盟竞争法是一个细密严谨、逻辑清晰、规则之间互为补充的体系，涉及知识产权的限制竞争行为规制不仅仅体现在欧盟委员会历时 3 年于 2014 年新进更新的 [Commission Regulation \(EU\) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101\(3\) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements](#)，以及 [欧盟委员会 2010 年 12 月 14 日 \(EU\) 1217/2010 号关于《欧盟运作模式条约》](#)

第 101 条第 3 款对某些类型的研发协议的适用问题的条例。其有关横向协议、纵向协议以及汽车行业适用《欧盟运作模式条约》第 101 条第 3 款的条例和指南中都会涉及到与知识产权相关的内容。（对于技术许可协议与研发协议、分工协议和纵向协议的关系，不同集体豁免条例补充适用方面的说明，参见 [Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements](#) 第 69 至 78 段，其对实践有着很现实的指导意义。）然而，国内学者在研究涉知识产权的反垄断法适用时，往往只留意的是欧盟有关技术许可协议适用《欧盟运作模式条约》第 101 条第 3 款的条例，而忽视了把欧盟竞争法体系作为一个整体进行学习、观察、借鉴的对象。具体到【征求意见稿】的修改，如果不能实现【总体意见（二）1.4.2】中的方案一或方案二，则仍旧建议在实施方案三或方案四时，至少兼顾欧盟竞争法体系中对研发协议、横向协议的规制经验，因为这些经验一定程度上是与我国现有相关法律法规的规定契合的，也是【征求意见稿】涉及的，例如标准化协议，更是我国当下实现创新驱动发展战略和贯彻《关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》所需要的。

其二，除去欧盟竞争法的经验对我国配套规则制定具有重要的借鉴意义外，美国、韩国、日本、欧盟成员国及台湾地区在个案中的经验仍旧值得我国反垄断法实践加以参考，尤其是在调查技巧、举证与质证、经济学分析方面。实际上，欧盟竞争法实践及立法本身是最大范围也更新最及时的比较法研究论坛，已经广泛吸收了其他国家的先进经验。但是，在一些问题上，由于权限所限，最终外国经验的转化还取决于欧盟成员国法院，因此也需要我国反垄断执法者和学者更为广泛和深入地研究和关注欧洲实践，而非仅仅停留在欧盟执法的层面。对此，笔者也在一些【修改意见】中，援引了美国、德国的判例，供立法者、实务界和学术界参考。

3. 基本概念不统一不明确——应逐一细化和限定

由于立法模式的局限和规制模式上的杂糅，使得基本概念不统一的问题贯穿【征求意见稿】始终。对此笔者在【修改理由 14、15】中有所提及。其中最重要的问题就是：没能厘清【征求意见稿】所提及的知识产权到底包含哪些，没能厘清为何有的条款用知识产权，有的条款又出现了“技术”，后者又到底指代哪些知识产权。换言之，【征求意见稿】到底要重点规制哪些知识产权，是否涉及商标权，需要和哪些既有的法律法规进行衔接、替代或补充规定，每则条款背后到底涉及的是哪些知识产权，哪些行使知识产权的行为？

倘若比较偏【征求意见稿】第七条至第十三条，其规制的主要内容与 [Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition, Issued by the U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission April 2007](#)，大致是对应的。这就导致了一个根本的问题，即其是以专题研究为导向的，而非以构建规制体系为导向的。专题研究为导向是符合学术期刊的偏好和普通法传统下个案正义导向的，但这相比欧盟竞争法体系而言，就缺乏了系统性，容易出现逻辑不自洽、概念不统一、规制逻辑有漏洞或规制重叠等一系列问题，不利于企业日常合规，也不利于以行政机关为主导的法律适用实践。

相比之下，欧盟委员会在 [Commission Regulation \(EU\) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101\(3\) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements](#)，以及 [欧盟委员会 2010 年 12 月 14 日\(EU\)1217/2010 号关于《欧盟运作模式条约》第 101 条第 3 款对某些类型的研发协议的适用问题的条例](#) 中的术语解释与在其他集体豁免条例中的术语解释是一致的，而且由于把规制重点主要放在技术领域，因而无需兼顾涉及商标权、非技术类著作权的一些特殊问题，降低了统一术语的难度和规则设计的复杂程度。也正是基于这样的考虑，笔者才更建议工商总局在修订【征求意见稿】时，一方面参考欧盟前述条例中对相关术语的界定，另一方面把与技术领域不直接相关的【征求意见稿第十四条】有关著作权集体管理的规定整体删除，转而通过各案实践来树立规制典范，引导经营者的经营决策、合规审查及维权。

4. 规制轻重疏密设置颠倒——应重垄断协议合规

相比对涉及知识产权的滥用市场支配地位行为的规制，【征求意见稿】对垄断协议的细化规定过少，不仅是【征求意见稿】更多参考美国模式的例证之一，同时也是【征求意见稿】最大的不足。

涉及知识产权的研发、许可、转让协议，以及建立在这基础之上的专利联营协议、标准化协议是海量企业日常合规审查中不可回避的组成部分。对这些协议中限制竞争协议的预防、规范和引导应当是立法者和反垄断执法机构的职责所在。但是，恰恰相反，除了存在严重问题的【征求意见稿第五条】外，【征求意见稿】没能对涉及知识产权的垄断协议进行明确的细化规定。即便在涉及专利联营、标准化协议时，【征求意见稿】也没有明确这两类协议到底是否构成《反垄断法》第十三条第一款第六项、第十四条第三项工商总局认定的垄断协议。如此含糊不清的规定，对广大企业法务而言、对知识产权律师而言、对基层工商执法机构的工作人员无疑是个巨大的灾难。

与之形成对比的是，对于一些现有法律法规已经原则上禁止的行为（参见附录（一）：《征求意见稿》与现行法律法规存在交叉、竞合、的条款），同时也是欧盟竞争法体系中原则上不能豁免禁止的行为，【征求意见稿】竟然却竟然都将其纳入到了有关禁止滥用市场支配地位的范畴中去了（参见【修改理由 32、33、34、43】）。这样的做法必然会导致对现有法律法规的削弱和法律适用上的混乱，一如【总体意见 [（二）1.3.1](#)】提及的。

为什么【征求意见稿】竟然会在规制轻重、疏密上出现如此重大的错误呢？

如果排除【征求意见稿】个别条款的起草者或盲目、或主动地对美国弱化涉及知识产权领域的反托拉斯法适用的做法存在亦步亦趋、为美国马首是瞻的可能性（但至少像【征求意见稿第十条第四项】那样，在明显与我国现行法律法规冲突，且明显不利于中国企业的情况下，仍追求与美国规制模式保持一致的做法，确实令人非常的费解，参见【修改理由 34.2】），那么，其本根上，或许还是由于前述立法模式上的局限和规制模式上的选择错误、以及在中欧美三方术语的差异上出现误解与混淆所造成的。

例如，【征求意见稿】的起草所参考的美国模式，更习惯与使用的术语是“市场力（market power）”。但是，中国《反垄断法》借鉴的欧盟、德国立法例使用的是“市场支配地位”概念。“市场力”是需要定量分析的程度概念，有市场力强弱之分；而“市场支配地位”，尽管可以借助定量分析来辅助判断，但其本身是一个定性判断下的概念，持有市场支配地位有无之分，没有强弱之分。

“市场力可以界定为一种将价格设置在成本之上的能力，尤其是使价格高于其每额外成产一个单位产品所需的边际成本之上。”（Cabral, Luis M.B., *Introduction to Industrial Organization*, 2000, p. 6）有“市场力”的经营者，效率往往更高，并因此可能会具有比较的市场份额，但不等于一定有“市场支配地位”，相反，有市场支配地位则必然有“市场力”。这也是为何我国效仿德国经验，在《反垄断法》第十九条中一方面允许按照市场份额推定经营者具有市场支配地位，但另一方面又允许其提供不具有市场支配地位的原因之一。换言之，有市场力的企业是个更大的范畴，而有市场支配地位的经营者是个更小的范畴。如果，立法者把美国针对有“市场力”的企业所设计的规制，都套用到我国为对有市场支配地位的经营者的规制范畴，就等于极大地限缩了规制的对象和规制力度，最终导致我国相比美国、欧盟而言，对涉及知识产权的限制竞争行为的规制力度最低，话语权最弱，以至于最终中国企业不得不为了维权，而选择到美国起诉、或者到欧盟去举报，而中国执法者，如果【征求意见稿】本身也间接影响到国家发改委执行相关《反垄断法》条款的话，则将完全失去规制相关行为的主动权。

相反，欧盟和我国一样，也面对着如果扬弃美国经验的问题。但是，欧盟明智地选择了利用《欧盟运行条约》第 101 条第 3 款和集体豁免条例的巨大优势，一方面明确哪些行为不能原则上豁免禁止，引导企业合规，另一方面，依据《欧盟运行条约》第 101 条第 3 款，而非该条第 1 款，设定了市场份额安全港，使只有为数不多但市场份额较大的大企业才需要被推定为具有“市场力”，需要依据相关指南去进行个案合规审查，从而极大地降低大部分企业的合规成本，同时提高法律适用的针对性和确定性，并且成功地做到了“天网恢恢、疏而不漏”。

上述欧盟经验的另一个优点在于，其仅仅对涉及大量企业日常业务的限制竞争协议进行细致的规范和引导，进而起到了防微杜渐、预防滥用市场支配地位、专利埋伏等争议行为的作用（参见【修改意见 56、57】）。在涉及知识产权的滥用市场支配地位规制领域，则更倾向于仅作一般性的指导，然后通过个案来树立规制典范。这样的做法当然也同样值得工商总局借鉴，亦即【总体意见（二）1.4.2】方案三。诚然，这也就意味着【征求意见稿第六条到第十五条】都将被删除，而【征求意见稿第四条、第五条】必须重新起草并大幅扩充。

5. 规制体系混乱、重叠——应再梳理规制体系

【征求意见稿】的另一个主要问题是规制体系混乱、重叠。这些问题表现在以下几方面：

5.1. 多次出现法律授权不明的一般条款

在【征求意见稿第十二条、第十三条、第十四条】有关专利联营、标准化协

议、著作权集体管理三个领域都出现了一般条款，却没有明确给出其法律授权依据，例如到底是否属于《反垄断法》第十三条第一款第六项、第十四条第三项工商总局认定的垄断协议。

5.2. 多次出现规制重叠

一方面，对于滥用市场支配地位进行搭售、要求交易相对人附加其他不合理的限制条件、实施差别待遇、限制质疑专利有效性这几类行为的规制上出现了严重的规制重叠，最终难免会导致执法机构的具体办案人员和企业合规人员都无所适从的结果。

另一方面，没能厘清标准化协议的横向限制竞争协议的属性，没能厘清知识产权许可协议、专利联营协议和标准化协议三者之间的关系，以至于最终【征求意见稿第十二条、第十三条】彼此之间存在规制交叉和竞合，与之前的【征求意见稿第七条、第十条、第十一条】的规定也存在交叉竞合（参见【修改意见 63、64】），最终难免会导致执法机构的具体办案人员和企业合规人员都无所适从的结果。

此外，也存在为了体系上的“大而全”，生硬地代入与嵌套《反垄断法》的规定，例如【征求意见稿第六条】（参见【修改理由 23】）、【征求意见稿第八条】，又如出现重复兜底的现象（参见【修改理由 36】）。

5.3. 【征求意见稿】第十七条、第十八条的定位不清

【征求意见稿】第十七条、第十八条强制性规范的属性不明确，更适宜作为指南或规章的起草、适用说明。而且，这两条之间的关系也不清楚。它们到底是要用在垄断协议的认定、正当性抗辩，还是适用在市场支配地位认定、滥用行为定性、正当性抗辩，也没能说清楚。

6. 原则性强，可操作性弱——应从合规角度立法

【征求意见稿】的另一大特点是原则性强，可操作性弱。对此，笔者在逐条的【修改理由】中有所反应，通过对比【修订版】或欧盟的相关条例，也会有很直观的感受，在此不再赘言（另参见【修改理由 7】）。

笔者建议工商总局能够彻底断绝这样一种主张，即：规定越原则化、越空洞、越模棱两可，执法机构的自由裁量权越大，灵活度越大的立法，才是“贴心”的立法。这种主张是违反法治原则的“师爷”思维，是大错特错的。它不仅会增加法律适用的不确定性、增加企业的合规成本与交易风险，更会妨碍执法者上下统一对法条的理解，全面有效透明地适用法律。这种“贴心”的立法，是与《关于促进市场公平竞争维护市场秩序的若干意见》的纲领性要求不符的，不利于社会监督和规范执法行为，只会让执法者患上严重的“专家依赖症”，在执法时周旋于不同专家意见，执法后又不得不有求于专家通过对媒体“放话”，来为自己的执法实践的正当性“背书”，以至于难以做到执法人员独立执法，权责统一，形成执法团队自身的自信心和权威性。

相反，无论是欧盟，还是美国、韩国、日本，都是主要以方便企业合规为制定竞争法配套规则的主旨和基本出发点。在这方面，欧盟委员会的集体豁免条例加指南模式可谓堪称极致。其目的很简单：其一，是要方便企业合规；其二，是要严格约束执法者，尤其是各个欧盟成员国的执法机构的每个办案人员，引导他们正确地理解和适用欧盟竞争法，防范过宽、过严，也防范不作为或者基于地方保护主义的胡乱作为。我国和欧盟有着相近的国情，最大任务就是依法建立统一、开放、自由竞争的市场，最大的敌人就是地方政府的各种保护主义措施，包括在适用《反垄断法》领域上不作为或胡乱作为的现象（目前主要是不作为）。因此，【征求意见稿】的修订的成功与否，应当务必以可操作性强为评价指标之一。为此，更广泛深入地研讨【征求意见稿】，为其修订与完善撰写说明是非常必要的。这样的起草说明，甚至多个小组平行起草的多个说明性文件，最终汇总在一起，有助于企业、律师和一线执法人员了解制度设计的理由和适用的具体办法。尤其是在执法机构没有被授权值得法律适用指南（尽管商务部反垄断局还是颁布了类似的文件），国务院反垄断委员会仍处于空转状态下，这样的起草说明，可以很大程度上替代工商总局颁布的指引或类似的行政指导性文件。

7. 程序规则仍显严重不足——应切合原则与实际

最后一点主要问题，但并非最不重要的一点是：【征求意见稿】没能结合其自身落实的特点和实际需要，细化《反垄断法》程序规则、解释规制和生效规则。怠于在这些方面下功夫、花心思，会导致怎样的后果，也许是不言自明的，但却非常意外的没能在【征求意见稿】中受到重视。这是非常令人担忧的。其对实践会产生怎样的影响，是可以很容易预见到的。但囿于篇幅，笔者仅在对【征求意见稿第十六条、第十九条、第二十条、第二十一条】的意见中简单述及。更多的意见，还恳请工商总局多多耐心听取基层工商执法人员的意见，他们是为了执法的中坚。他们人数众多，属性基层情况，执法经验丰富，对地方差异、行业差异体会更多，也是相比国家发改委和商务部系统而言，工商系统的优势所在。

此外，考虑到与其他法律法规的交叉、与国家发改委和商务部反垄断执法部门的职权可能存在交叉，因此在【征求意见稿第十六条、第十九条、第二十条、第二十一条】的设计上也需投入更多时间与相关主管部门进行协调。

不言自明的两点是：执法透明度及对当事人抗辩、举证、质证权利的保障，无论是在调查期间、听证程序还是行政处罚的安排上。

习近平主席特别代表、中国国务院副总理汪洋与贝拉克·奥巴马总统特别代表、美国财政部长雅各布·卢于2014年7月9—10日在北京共同主持了第六轮中美战略与经济对话框架下的经济对话。有关[《第六轮中美战略与经济对话框架下经济对话联合情况说明》](#)中就明确提及：

“中美双方认识到，竞争政策的目标是为提高消费者福利和经济效率，而不是为促进个别竞争者或个别产业，执行双方各自的相关竞争法律应当**公平、客观、透明和非歧视**。中方承诺其三个反垄断执法机构将向受到调查的各方提供反垄断执法机构有关这些行为或交易的竞争关切的信息，并为当事人提供抗辩证据的有效机会。”

上述共识显然是因为美方对过去一年来我国反垄断执法实践所曝露出的一些问题存在严重担忧和关切才提出来的，也是至今其他国家、国内广大学者作为反垄断执法的监督者，应该已经意识到，但仍旧公开呼吁或关注不足的。相比之下，因为工商总局过去一年的执法实践较少，未直接涉及美国企业，因此，可以推测这些担忧和要求是主要针对国家发改委、商务部两大部位反垄断执法机构的一些实践提出的，但工商总局也同样应当引以为戒，尤其是应当在行政处罚设计、经营者承诺设计与审查、监督等程序中，严格贯彻公开、客观、透明和非歧视原则，保障无论是美国企业、其他外国企业，还是中国企业，无论是被调查的企业，还是相关举报人、上下游企业和消费者都能获得平等的对待，而非仅仅是对美国企业才如此。

各国竞争法执法配套规则或指南都是为了提升法律适用的透明度，降低交易风险和违法风险。但真正实现执法的透明度，需要做到：其一，配套规则或指南能够充分反映以往执法的共性（我国虽尚无相关实践，但可以反映各主要贸易伙伴国、主要外国知识产权许可来源地和主要投资来源国相关执法的共性），且就高不就低，就严不就宽，以便从严规制，争取在国际竞争法规制竞争与合作中争取更多的主动权、参与权、话语权、执行力度和企业的配合程度；其二，配套规则或指南所确立的原则与方法究竟是否能够在执法实践中得以真正贯彻，有赖于明确规定执法机关的执法披露义务，使其执法充分地受到各界监督，从而减少背离《反垄断法》及其配套规则和指南的执法行为，同时也促进各执法系统的各级执法机关和经营者、消费者学习反垄断法的具体适用。因此，必须明文严格地规定执法披露义务，否则人民就会对《反垄断法》配套规则和执法指南，甚至《反垄断法》自身，是否真地被执法机关遵守和适用，产生怀疑。公信力缺失，必谣言四起，至执法机关权威性受损，甚者更会使产业政策主管部门、地方政府、行业协会甚至其他游说组织、力量干扰反垄断执法机构的独立执法，使反垄断法的适用难以形成明确、统一、连续、自洽的执法尺度，或者直接背离竞争政策的出发点和原则，被产业政策或特定利益格局所绑架或裹挟，反而被迫异化为扭曲竞争、各种保护主义或妨碍有效竞争推进市场效率提升的工具（例如笔者在《[商务部“阻击”国际航运巨头反映了什么？](#)》中所警示和批判的那样）。没有透明度、没有阳光照射进的执法，对反垄断法执法和执法团队都非常不利。

（三）谏言

1. 建议暂缓推出《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》

建议暂缓推出，从而争取更多时间更广泛地征求意见，参考【总体意见（二）1.4.2】中建议的四个方案，优选前三个方案。如果一定要坚持第四个方案或维持现有【征求意见稿】的构架，则建议全面地、系统地、逐条修订，或重新起草征求意见稿，并争取在发布第二版征求意见稿时能够平行地发布起草说明，既作为第二版征求意见稿的解释，也作为未来工商系统执法与企业合规的参考指南。

2. 建议执法优先

建议重点优先开展依据现有《反垄断法》规定能够进行查处的涉知识产权案件，积累相关经验，充实反垄断法配套规则起草工作，例如调查【未颁布【征求

意见稿】前，工商系统即可根据《反垄断法》、《反不正当竞争法》直接查处的相关违法行为】。

在这方面，国家发改委反垄断执法机构展现了充分的灵活性与务实的态度，在涉及标准必要专利的滥用市场支配地位案件的查处中，积累了经验。这样的思路同样值得工商总局在垄断协议规制、滥用市场支配地位监控与严厉打击滥用行政权力限制竞争行为方面予以参考借鉴。

3. 建议参考欧盟竞争法的经验全面修订反垄断法配套规则

建议在结合我国《反垄断法》执法实践的基础上，系统地参考欧盟竞争法的经验，围绕《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定（征求意见稿）》的修订，全面展开对反垄断法配套规则的全面修订与增补，甚至可以考虑把《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定（征求意见稿）》中的内容融入到修订和增补配套规则中去，以此取代单独颁布《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》，从而确保反垄断法配套规则体系能够更清晰、简洁、便于企业合规与执法适用、司法审判参考。

欧盟委员会不仅颁布了例如《技术转让协议适用〈欧盟运行条约〉的第316/2014号条例》、《关于〈欧盟运作模式条约〉第101条第3款对某些类型的研发协议的适用问题的条例》一类的强制性规范，还颁布了更为详细的条例适用指南，用来约束欧盟委员会及欧盟成员国统一适用这些条例，保持执法尺度的连续性、明确性，同时也更为具体地指导企业如何设计合同，使之了解哪些行为是不可以做的，哪些可以做，哪些可能需要承担一定违法风险，以及哪些抗辩理由是可能被执法者认可的。苏华老师就曾在其著作《[分销行为的反垄断规制](#)》中详细地介绍并翻译了[欧洲联盟委员会 关于纵向限制的指南（与欧洲经济区相关的文本）（2010/C 130/01）](#)。该指南受到许多国家和地区，包括我国台湾地区的重视，堪称国际范例。其中就正反两面地分析了纵向协议的利弊，清楚地罗列了在认定代理协议、单反行为、限制最高定价、建议价格、限制最低转售价格的正当性抗辩等一系列热点、难点问题的认定思路，以及能够接受的抗辩理由。但是，很遗憾的是在苏华老师和国家发改委价监与反垄断局徐新宇处长合著的[《汽车市场纵向垄断行为的界定与规制》（载《中国价格监管与反垄断》2014年第6期）](#)一文中，那些可能有利于经营者进行抗辩、有利于明确经营者从事哪些行为不涉及违法的指导竟然几乎都没能进行具体介绍，尽管这并不影响熟悉欧盟竞争法的人通过阅读苏华老师翻译的相关指南和[《分销行为的反垄断规制》](#)一书获得这些信息。

《反垄断法》配套规则包括适用指南的制定更多是为了预防违法，而非仅仅为了惩罚违法行为、罚款、或让反垄断新闻和相关执法者上头条、上央视、在国际会议上可以有破纪录的罚款或波及知名企业的案件可以炫耀。更好地指导企业合规，指导企业在接受调查时如何抗辩，都可以最大限度地预防违法，同时也最大限度地节约执法成本，最好地勉励经营者主动拥抱竞争，营造良好的竞争氛围，在竞争中提升效率和消费者福利。但是，考虑到国家反垄断委员会尚处于名存实亡的尴尬境地，反垄断法适用指南或许难以及时配套颁布。作为替代方案，建议工商总局在完善【本规章】【征求意见稿】时，可以平行地起草详细的、附带指导案例或外国案例的【本规章起草说明】和【本规章】草案的修订稿一同进行第

二轮征求意见，从而使【本规章起草说明】同时发挥起草说明和【本规章】正式颁行后的适用指南，对工商反垄断执法机构内部统一理解和适用【本规章】起到约束作用，同时也可以最大限度地弥补【本规章】比较抽象，对经营者合规、配合执法及进行正当性抗辩而言缺乏可操作性的不足。

4. 建议优先推进并充分重视三大反垄断执法系统的分工与协作

建议能够以修订《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定（征求意见稿）》及其他反垄断法配套规则为契机，与国家发改委及商务部各自的反垄断执法机构凝聚共识，形成加快促进反垄断执法机构整合、配套规则系统自洽、消除执法交叉与冲突、形成清晰、统一、具有连续性的执法尺度和便于企业自行完成合规的共同愿景，早日实现依法行政、阳光执法、向高效服务型政府转型的目标。

5. 建议加强执法人员培训，通过完善制度建设确保执法工作权责统一，营造良好的学术监督氛围

5.1. 建议加强执法人员培训

建议能够以前述工作为契机，动员广大工商系统反垄断执法人员全面学习和更新反垄断法与知识产权法知识、总结国内外相关案例实践中的得失，提升反垄断执法技能，全面转型为“专家型”、“学习型”执法团队，可以不依赖于学者在个案中的直接介入和幕后咨询，独立自主地执法，使学者的咨询工作仅仅保持在公开执法听证、公开立法咨询的层面，从而使我国反垄断法学者能够——从“幕僚”的身份——全面回归到独立自主进行科研、教学与公开监督法律实践、推动法治进程的角色上来。

《反垄断法》规则与适用方法、案例以及相关基本的经济学常识并不复杂，只要能够选好教材，耐心专注学习，一般人都能够掌握。除非有人是要故弄玄虚、不懂装懂或者胡乱忽悠，否则任何理性、客观、诚实的人都不会也没必要把它们神秘化。

工商系统有着非常好的执法人员培训传统和经验，这是许多行政执法机关都比不了的。更重要的是，由于工商执法工作长期跨行业、跨部门法，与实践和法学理论都结合的非常紧密，而相关法律法规和执法环境在过去几年中连年升级，以至于许多基层工商执法人员因为工作需要，而“被逼得”养成了很好的学习习惯和学习热情，这也是其他一些执法系统基层执法人员未必具备的。对此，工商总局应充分看到工商系统的优势，信任、动员和发挥各级工商执法人员在保障日常工作之余，学习、掌握反垄断法知识、执法技巧的热情，促进远程教育、鼓励执法人员利用现代化移动互联网软件和沟通模式，创新学习方法和研讨模式，动态提升办案能力。

5.2. 建议加强培训资料方面的统筹与汇编

一如前文所建议的那样，我国《反垄断法》主要吸收借鉴了欧盟竞争法的经验、术语、具体规则和基本架构，在过去三年多来，通过“中欧竞争政策周”也积累了大量汉译素材，尤其是欧盟竞争法的主要配套规则。这些规则事实上就是

2004 年以来十二个新加入欧盟的中东欧国家执法机关学习和掌握欧盟竞争法的主要教材，例如：

- <1>[适用于企业的欧共同体条约竞争规则](#)
- <2>[关于为欧洲共同体竞争法界定相关市场的委员会通知](#)
- <3>[欧洲委员会来文通知关于适用条约第 81（3）条的指南](#)
- <4>[Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements](#)
- <5>[欧盟委员会 2010 年 12 月 14 日\(EU\)1218/2010 号关于《欧盟运作模式条约》第 101 条第 3 款对某些类型的专业分工协议的适用问题的条例\(与欧洲经济区相关的文本\)](#)
- <6>[欧盟委员会 2010 年 12 月 14 日\(EU\)1217/2010 号关于《欧盟运作模式条约》第 101 条第 3 款对某些类型的研发协议的适用问题的条例\(与欧洲经济区相关的文本\)](#)
- <7>[欧盟委员会 2010 年 4 月 20 日\(EU\)330/2010 号关于《欧盟运作模式条约》第 101 条第 3 款对各类纵向协议和协同行为的适用问题的条例\(与欧洲经济区相关的文本\)](#)
- <8>[欧洲联盟委员会 关于纵向限制的指南*（与欧洲经济区相关的文本）（2010/C 130/01）](#)
- <9>[欧盟委员会 2010 年 5 月 27 日\(EU\)461/2010 号关于《欧盟运作模式条约》第 101 条第 3 款对汽车行业中各类纵向协议和协同行为的适用问题的条例\(与欧洲经济区相关的文本\)](#)
- <10> [欧盟委员会通知 关于汽车销售与维修协议和汽车零配件分销协议中的纵向限制条款的补充指南\(与欧洲经济区相关的文本\)（2010/C 138/05）](#)
- <11>[欧盟汽车业反垄断规则实施常见问题解答 20120827-苏华译-韩伟校](#)
- <12>[Commission Regulation \(EU\) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101\(3\) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements](#)
- <13>[Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements](#)
- <14>[Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101\(1\) of the Treaty on the Functioning of the European Union \(De Minimis Notice\)](#)
- <15> [适用欧共同体条约第 82 条查处市场支配地位企业滥用性排他行为的执法重点指南（2009/C 45/02）](#)
- <16> [关于实施条约第 81 条和第 82 条制定的竞争规则的（EC）第 1/2003 号理事会条例](#)
- <17> [欧盟委员会竞争总司：适用《欧盟运行条约》第 101、102 条以及并购相关案件经济证据提交与数据收集最佳操作指引（于杨、纪正旭译，韩伟校）](#)
- <18> [关于委员会执行《欧共同体条约》第 81 条和第 82 条程序的（EC）第 773/2004 号委员会条例](#)
- <19>[关于减免卡特案中的罚款的委员会通知](#)

[<20>Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation \(EC\) No 1/2003 in cartel cases \(Text with EEA relevance \), Official Journal C 167, 2.7.2008, p. 1-6](#)

上述这些规则大部分已经被翻译为中文，虽然难免存在翻译得不准确、术语不统一、不流畅的问题，但瑕不掩瑜，仍不失为工商系统执法人员系统地自学欧盟竞争法，并将其中的分析方法和案例用于我国反垄断法实践的好素材。如果坚持每天两至三小时的阅读进度和每周一次的小组讨论，各个学习单位或许可以在两个月左右的时间基本掌握前述文件在我国的基本运用，亦不会逊于大多数自称属性欧盟竞争法的学者、律师。相比之下，在欧盟案例积累上固然会有优势，但实践是不断发展的，后进者只要坚持订阅和学习欧盟每周的 Newsletter 和每年欧盟委员会的《竞争政策报告》简版和实务人员读本，一样可以达到优秀欧盟竞争法律师的相应知识水平，并使之与我国基层执法实践更好的结合起来，同时逐渐能够形成对美国、日韩、澳大利亚及金砖国家不同竞争法实践的理解与鉴别能力，为以中欧竞争法规则的契合为基础，吸收其他国家个案实践经验提供条件，为避免邯郸学步、以讹传讹式的“博彩众长”、杂糅“他山之石”提高免疫力。

换言之，由于欧盟兼具规则复杂，但体系清楚、说理细致、规则明确的特点，只要工商总局统筹得当，在【征求意见稿】继续修订期间，正式生效之前，不出一年时间，各级工商系统反垄断执法人员就可以通过坚持参加业余培训成为得力的执法能手，不必在严重依赖专家学者的辅助、指导、送“定心丸”和事后在媒体上的背书，就可以有足够自信稳步推进执法工作的开展。

更重要的是，通过学习欧盟竞争法的规则和案例，可以强化对我国《反垄断法》实践的体系化、具体化的理解，有助于进一步发扬工商系统执法工作中重视程序规则、证据规则的优势，进而发挥示范作用、形成凝聚力，强化对法治原则的信仰、对竞争法规则和市场竞争自身的信任。有这样的基础和氛围做保障，新一轮《反不正当竞争法》的修订、学习与执法动员工作也就可以随之获得更好的条件。

5.3. 建议工商总局能够通过完善制度建设

建议工商总局能够通过完善制度建设，坚决杜绝专家学者不公开地参与个案处理同时又不承担相应法律责任的现象，从而使各级执法人员更有动力及时更新自己的知识，在个案执法中更加注重法定程序和听取各方当事人的意见，公开透明、独立审慎地承担执法行为中调查取证与适用法律的工作、应诉义务和相应的法律责任，贯彻权责一致这一基本原则。

6. 建议直面反垄断法实施机制中的现有问题，系统地改革执法机制，引领《反垄断法》落实之新风

对于改革者而言，推进《反垄断法》全面有效落实是必要的，但不以三大反垄断执法机构整合为前提。整合形同给反垄断执法“踩油门”，虽是大势所趋，但离不开“刹车”机制，更离不开完善对整个《反垄断法》运行的系统监督。

当下反垄断执法存在“乱踩油门”、“乱刹车”的现象，例如：需要前期充分搜集证据的案件，在尚未形成并送发经得起考验的初步调查结论文件之前，就通过媒体为执法“造势”；通过减免行政处罚来换取涉嫌违法者放弃通过举行听证或行政诉讼来充分行使抗辩权、维护合法程序权利；不该干预、甚至在缺乏法律依据、没有形成统一、明确、连续的执法尺度的情况下，被行业协会或行业主管部门、地方政府游说所裹挟乱干预企业间的合作；而在本该从严执法并披露处罚决定的，却没能处罚和披露，依法执法却迫于某些主管部门的压力而被乱“踩刹车”。也正是在这样的背景下，《[第六轮中美战略与经济对话框架下经济对话联合情况说明](#)》才会专门强调《反垄断法》执法部门应当公平、客观、透明和非歧视原则，才会要求：“中方承诺其三个反垄断执法机构将向受到调查的各方提供反垄断执法机构有关这些行为或交易的竞争关切的信息，并为当事人提供抗辩证据的有效机会。”中美之间可以有这样的共识，共同监督其实现，那么其他国家的企业呢，中国企业呢，他们在面对执法机构的不作为或有争议的执法行为，又该由哪些“战略框架”来保障他们的合法权益，来保障我国的《反垄断法》能够全面、有效、透明、无歧视、客观、公证、重视程序规则和被调查人的合法权利地得以落实呢？

在出现一连串涉嫌危及法治实现、践踏法治原则的争议时：

- 无视前述问题和争议，就公开通过接受媒体采访对存在严重瑕疵的执法行为给予背书、赞扬的知名学者，有之；
- 仅仅根据行政机关刚刚对调查进展披露只言片语，就开始言之凿凿地指称执法机关所调查企业已经违反《反垄断法》、甚至错误地以美国依据合同法、专利法审理的案件套用到我国《反垄断法》第十七条第一款第一项适用上来并无视经营者正当性抗辩权利就武断符合执法者的知名律师，有之；
- 无视我国《反垄断法》现有规定、现有执法权限划分及配套规则不足，没能系统比较分析中外现有法律之异同，没能在以往每一则个案中努力澄清所涉法律问题和争议，细化《反垄断法》适用尺度，就为本系统涉嫌超越执法权限推动的执法计划造势的执法机关官员、专家顾问，有之；
- 在明知我国《反垄断法》移植的是欧盟、德国等大陆法系竞争法经验，并无引入美国普通法传统下反托拉斯法之合理原则的法律基础和司法环境时，仍旧执意坚持错上加错、将错就错地在个案实践中采取与执法机关不同的法律适用方法，无视《反垄断法》现有规定，坚持法官造法、扩大自由裁量权，左一手通过在《反垄断法》生效纪念日当天宣判违法者败诉博取“某某第一”之名，右一手却极大减轻违法者赔偿责任的法官，有之；牺牲法律统一适用、无视现有规定和法治原则，包容下级法院“试错”的最高法院领导，有之；对涉嫌存在法律适用错误或地方保护的长篇法院判决宣判当日甚至现场，就急于立即为其背书的知名学者，亦有之。

反之，坚持公开质疑执法机关、司法机关法律适用存在瑕疵甚至错误的学者、律师却几乎没有；坚持自我批评的执法者、司法者，主动通过法定程序纠正本系统法律适用错误的新闻，在《反垄断法》领域更是闻所未闻。

试问，如果学者、律师、法官以及执法机关的官员自身大都是上述这种状态，

如何对反垄断执法和发展形成有效监督，如何让改革者，或者哪怕普通老百姓，能够放得下心：由那些现在已经让许多国内外各种所有制的大企业都已胆颤心惊、却又丝毫摸不着头绪、也无从受到有效监督的反垄断执法机构来统一和强化——那一方面受“选择性执法”的担忧笼罩，一方面又威力强大到寰宇皆知的《反垄断法》执法权限？

试问，如果反垄断执法权限得以统一，而司法系统的执法仍旧与执法机构存在根本上的原则冲突，《反垄断法》适用又将如何之混乱？这是企业之福，还是企业之忧？这是改革之保障，还是应当被改革之问题？什么样的监督与矫正机制能够终结这样的法律适用混乱？

一如笔者在本反馈意见[序言](#)中的比喻，《征求意见稿》虽然是三大反垄断执法机构之一发布的《反垄断法》配套规则草案，但也是籍此由下至上系统反思和检讨过去六年《反垄断法》实践、过去二十七年来，《反垄断法》立法模式、配套规则起草、相关实践开展之得与失的机会，一个让《反垄断法》落实得以脱胎换骨之变革的契机。很期待，工商总局能把握这样的契机，率先垂范：

6.1. 创新《反垄断法》配套规章的起草模式；

6.2. 结合我国《反垄断法》与欧盟竞争法的契合之处，加快完善配套规章；

6.3. 改革对省级反垄断执法机构的个案授权机制、引导各级、各地反垄断执法机构完善调查、听证、复议机制，避免在事实认定环节、行政处罚设置环节直接介入个案处理，从而充分保障相关当事人的复议权利，保障个案办案人员自负其责地进行阳光执法；

6.4. 完善工商总局在涉及《反垄断法》及其配套规章的解释时的听证、批复及披露机制；

6.5. 在涉及《反垄断法》第十三条第一款第六项、第十四条第三项、第十七条第一款第七项适用的民事诉讼案件中强化工商总局与司法机关的合作关系，依职权认定《反垄断法》未明确禁止的垄断协议和滥用市场支配地位行为；

6.6. 在司法机关错误适用《反垄断法》做出民事判决时，工商总局、各省市自治区工商局应主动依法向相关法院、其上级法院、相关检察院提出启动审判监督程序的意见，或就法律适用难题由工商总局提请最高人民法院、全国人大常委会进行司法解释、立法解释保障《反垄断法》在执法、司法系统都得以统一适用；

6.7. 在涉及与国家发改委价格监督与反垄断局、地方发改委和物价系统的反垄断执法机构、商务部反垄断局的执法工作出现与工商系统职权交叉时，主动要求移转案件、联合执法，建议能够对滥用市场支配地位行为进行事后监督的，尽量避免在批准经营者集中时附加限制性条件；

6.8. 彻底摒弃专家学者或其他顾问人员通过非公开的程序或形式参与个案调查，彻底转变学者专家在配套规则起草中的参与机制，保障每一位执法人员在

立法期间就能做到对工商系统制定的配套规章看得懂、讲得清、用得对；

6.9. 继续发扬工商反垄断执法机构阳光执法、重视依程序执法、保障当事人主张抗辩权利意识强的好传统，继续发扬广开言路、集思广益、闻过则喜的优良作风，积极营造和鼓励社会各界监督配套规则起草和执法实践；

6.10. 敢于引领反垄断法适用实践、发展反垄断法配套规则之新风，通过上述改革积极响应《关于促进市场公平竞争维护市场秩序的若干意见》，为将来改革者最终下决心推进反垄断执法机构的统一与融合创造令人放得下心、信得过去的基本前提和良好氛围。

上述所有改革建议都是有限的，但其无一不指向一个目标，即：

在始终坚持和发扬法治原则这一基本底线的前提下，以工商系统为前导，率先为全面有效落实《反垄断法》、形成切实有效的监督机制和监督氛围创造制度环境。

只有在这样的环境下，学者才能回归到应有的角色，引领社会和舆论监督，通过学术争鸣为相关制度建设和实践提供更多参考，从而借助这样的过程来争取改革者和更多企业、消费者对《反垄断法》原则、精神、具体规定、运行机制的理解、信任和支持。

只有形成了这样的氛围，我国的反垄断法实践才能在各部委、各级地方落实《关于促进市场公平竞争维护市场秩序的若干意见》时，发挥应有功能。

六、征求意见稿原稿与笔者建议的【修订版】对照表

下面条文中括号内的阿拉伯数字对应【四、逐条修改建议详述】中的【修改理由编号】，以便读者查询。
 点击【修订版】中的条款编号可进入相应的知乎讨论界面

征求意见稿原文	修改建议	修订版（各条款中用粗体强调被修订的部分）
第一章【总则】		
<p>第一条</p> <p>为了（1）保护竞争和（2）激励创新，制止（3）经营者（4）滥用知识产权（5）排除、限制竞争的行为，根据《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》），制定本规定。</p>	<p>建议重新起草</p>	<p>第一条【立法目的】</p> <p>为了预防及制止（6）涉及知识产权的法律行为违反《反垄断法》，（7）制定本规定，以细化《反垄断法》现有规则，引导经营者、行业协会、行政机关及管理公共事务的组织在从事涉及知识产权的法律行为时进行合规。</p>
<p>第二条</p>	<p>建议重新起草</p>	<p>第二条《反垄断法》与有关知识产权的法律、行政</p>

(8) 反垄断法与保护知识产权具有共同的目标，即促进创新和竞争，提高效率，维护消费者利益和社会公共利益。

(9) 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》。

法规规定的关系

第一款 由于《反垄断法》不保护基于违法行为的市场竞争，因此，如果经营者行为本身涉嫌违反有关知识产权的法律、行政法规规定，则优先适用这些法律法规。

第二款 (10) 依照有关知识产权的法律、行政法规规定，经营者合理（既合目的又合比例）地通过发布警告函、禁令、起诉、联合抵制或运用其自身市场支配地位抵制（统称为“抵制行为”）侵犯知识产权的行为，或其它违反有关知识产权的法律、行政法规规定的行为，不适用《反垄断法》；但是，如果这些抵制行为本身，或者不合理地实施这些抵制行为，是以限制竞争为目的，或者要么具有限制竞争效果，要么具有滥用市场支配地

位效果的，则应当适用《反垄断法》予以规范。

第三款 (11) 如果某一经营者在申请或延长专利保护或与知识产权保护相关的市场准入证书、牌照时提供了错误或误导性的信息，导致错误地授予、延长或变相延长专利或与知识产权保护相关的市场准入证书、牌照可能客观上严重限制有效竞争，则应当适用《反垄断法》予以规范。

第四款 (12) 经营者之间通过技术授权、合作研发协议中条款限制缔约人对被授权知识产权、研发中所涉及的重要知识产权、合作研发协议结束后产生的知识产权成果的有效性提出质疑，则这些条款构成《反垄断法》第十三条第二款意义上的垄断协议，应当适用《反垄断

		<p>法》予以规范。</p> <p>第五款 (13) 现有法律法规中，涉及知识产权授权、合作研发的规定中，与《反垄断法》适用发生交叉、冲突或竞合的，优先适用《反垄断法》。</p>
<p>第三条</p> <p>(14) 本规定所称经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织。其中，商品、服务包括技术。</p> <p>(15) 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》和其他有关知</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 建议整体删除 征求意见稿 第三条第一款； • 建议补充界定涉及知识产权的反垄断适用中常见的概念 • 建议删除 征求 	<p>第三条 【基本概念】</p> <p>第一款</p> <p>（删除【征求意见稿第一条第一款】，另行补充对本规章所涉基本概念的界定）</p> <p>第二款</p> <p>（删除【征求意见稿第一条第二款】，【修订版第二条】足以取而代之。）</p>

<p>知识产权的法律、行政法规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。</p> <p>本规定所称相关市场，包括相关商品市场和地域市场，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，(16) 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 (17) 由行使知</p>	<p>意见稿第三条第二款</p> <ul style="list-style-type: none">•建议细化征求 <p>意见稿第三条第三款</p>	<p>第三款</p> <p>（建议设置为单独的一条规定，修改笼统的表述，并参考欧盟规则重新起草）</p>
---	---	--

<p>知识产权所涉及的技术和可以（18）相互替代的现有同类技术之间相互竞争所构成的（19）市场。</p>		
<p>第二章 【垄断协议】</p>		
<p>第四条</p> <p>经营者不得在行使知识产权的过程中达成垄断协议。</p> <p>（20）经营者之间不得利用行使知识产权的方式达成《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</p>	<p>建议重新起草</p>	<p>第四条 【涉及知识产的垄断协议】</p> <p>第一款 （建议参考欧盟的相关规则，就涉及知识产权的限制价格竞争、分割市场及客户协议进行重新起草）</p> <p>第二款 【合作研发协议中原则上不予以豁免禁止的限制竞争协议】</p> <p>依据《反垄断法》第十三条第一款第六项和第十四条</p>

十五条规定的除外。

第三项的授权，下列行为构成垄断协议，且原则上不符合《反垄断法》第十五条的要求，不适于【修订版的第五条】：

（33）（一）合作研发协议中有关禁止交易相对人对研发协议所涉知识产权的有效性提出质疑的条款，或者在研发协议届满后不得质疑缔约方在内部市场上持有的保护研发成果的知识产权的效力的条款；本规则不影响规定在某一缔约方质疑该等知识产权的有效性时终止研发协议的权利；

（35）（二）合作研发协议中禁止合作研发协议中的研究成果的转化，亦即限制合作研发协议中的研究成果至少由签署协议中的一方或第三方用于相关技术产品的

	<p>开发的条款。</p> <p>第三款【知识产权许可协议中原则上不予以豁免禁止的限制竞争协议】</p> <p>依据《反垄断法》第十三条第一款第六项和第十四条第三项的授权，下列行为构成垄断协议，且原则上不符合《反垄断法》第十五条的要求，不适于【修订版的第五条】：</p> <p>(43)（一）经营者借助知识产权许可协议交互价格、产量、市场划分等有关竞争的敏感信息，促成《反垄断法》第十三条第一款第一项至第三项和第十四条第一项、第二项所禁止的垄断协议；</p> <p>(32)（二）知识产权许可协议中有关要求交易相对</p>
--	---

人将其改进的技术进行排他性回授的条款；

(33) (三) 知识产权许可协议中有关禁止交易相对人对所涉知识产权的有效性提出质疑的条款；

(34) (四) 限制知识产权被许可人在许可协议期限届满后，在不侵犯知识产权的情况下制造、使用、销售竞争性商品或者研发、使用竞争性技术；

第四款 【不适用安全港的其他垄断协议】

知识产权许可协议中的下列条款构成垄断协议，不适用【修订版的第五条】，须个案考察是否符合《反垄断法》第十五条的要求：

(一) 限制知识产权被许可人购买原材料、零部件、产品或者设备的渠道或者来源；

（二）限制知识产权被许可人销售基于相关知识产权生产的产品在中国大陆地区的销售渠道和出口渠道。

第五款 【原则上禁止的其他垄断协议】

（12）依据《反垄断法》第十三条第一款第四项，下列协议构成垄断协议，且原则上不符合《反垄断法》第十五条第二款的条件：

（一）为继续排他地经营保护期到期的知识产权，例如涉及医药行业的技术专利，而向其竞争对手支付一定补偿金的行为（pay for delay）；

（二）合作研发协议、知识产权许可协议之外的其他协议中限制合作研发协议或知识产权授权协议缔约人质疑相关知识产权有效性的条款。

第五条

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（21）《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，（22）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

建议重新起草

第五条【垄断协议豁免禁止的安全港】

（21）经营者之间涉及知识产权的合作研发协议、包括专利联营在内的知识产权许可协议、分工协作协议、包含标准化协议在内的横向合作、纵向合作协议，尤其是在涉及知识产权许可时有关知识产权许可费、排他交易（28.2）、限制销售、限制生产与使用、搭售（29）、竞业禁止、纠纷解决的安排，在不违反《反垄断法》、工商总局及国家发改委配套规章和本规章第四条时，如果经营者能够证明参与前述协议的各方同时满足下述条件，原则上均可以认定为符合《反垄断法》第十五条，进而不被认定为垄断协议：

（一）（22）协议各方中在处于竞争关系或潜在竞争关系的相关技术市场或相关技术产品市场上的市场份额总

<p>替代性技术；</p> <p>（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，(22) 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替代性技术。</p>		<p>和低于 20%（包含本数）；</p> <p>（二）(22) 协议各方在处于非竞争关系的相关技术市场或相关技术产品市场上市场份额总和低于 30%时（包含本数）。</p>
<p>第十七条</p> <p>……</p> <p>分析认定经营者之间关系的性质需要考虑行使知识产权行为本身的特点。在涉及知识产权许可的情况下，原本具有竞争关系的经营者之间在许可合同中是交易关系，</p>		<p>第五条甲【市场份额、竞争关系的变化】</p> <p>第一款 【非竞争关系变为竞争关系】</p> <p>原本在相关技术市场或相关技术产品市场上不具有竞争关系的经营者之间缔结在知识产权许可、合作研发协议中后，如果在相关技术市场或相关技术产品市场上转变为竞争关系，则仍然不视为竞争者之间的协议，除非原协议发生实质性的变更。</p>

<p>而在许可人和被许可人都利用该知识产权生产产品的市场上则又是竞争关系。但是，如果当事人之间在订立许可协议时不是竞争关系，在协议订立之后才产生竞争关系的，则仍然不视为竞争者之间的协议，除非原协议发生实质性的变更。</p>		<p>第二款 【市场份额的变更】</p> <p>在依据市场份额适用【修订版第五条】的安全港规定时，若市场份额发生变更并超过安全港的规定时，自该变更发生之日起，【修订版第五条】仍可以延续适用两年，以便保障法律适用的安定性。</p>
<ul style="list-style-type: none"> ●第十二条 （部分） ●…… ●第三款 ●（46）具有市场支配地位的经营者或者专利联营管理组织 	<ul style="list-style-type: none"> ●建议删除【征求意见稿第十二条第一款、第二款、第三款】 ●将【征求意见稿第三款第（一）项、第（二）项、】 	<p>第五条乙【专利联营协议】</p> <p>第一款 【专利联营协议的规制与安全港】</p> <p>（42.2）在不影响本规章其他条款适用的前提下，依据《反垄断法》第十三条第一款第六项、第十四条第三项对工商总局认定新型垄断协议的授权，不符合下列条</p>

<p>(47) 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：</p> <ul style="list-style-type: none">• (一) (48) 限制联营成员在联营之外作为独立许可人许可专利；• (二) (49) 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) (50) 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	<p>规制的内容纳入到【修订版第五条乙】中</p> <ul style="list-style-type: none">• 【征求意见稿第十二条第四款】完善后纳入到【修订版第五条乙】	<p>件之一的专利联营协议均构成垄断协议，不适用本规章【修订版第五条】，只能依据《反垄断法》第十五条进行个案分析：</p> <ul style="list-style-type: none">（一）专利联营协议应向有兴趣参加该联营协议的所有知识产权权利人开放；（二）专利联营协议应设置充分的防范措施，确保只有必要的知识产权和对其承担补充作用的知识产权可以被纳入联营；（三）专利联营协议所涉及知识产权中，不得全部或主要由彼此存在替代关系的知识产权组成，以至于有可能导致限制价格竞争的情况；（四）专利联营协议应设置充分的防范措施，确保价格制定与生产计划等敏感信息的交互近限于设立和管理
---	---	---

织或者联营成员；

- (四) (51) 禁止被许可人质疑联营专利的有效性；
- (五) (52) 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。

• **第四款**

- (53) 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其他第三方的协议安排。其形式可

专利联营必需的范围内，不能变相导致限制价格、产量、产能竞争或划分市场、客户；

(五) (48) 专利联营协议不得要求所涉知识产权的权利人将相关知识产权排他地许可给该专利联营；

(六) 被纳入专利联营的全部知识产权应秉承公平、合理、非歧视的原则，向任何潜在的被许可人开放许可；

(七) 无论是专利联营协议缔约人，还是专利联营所涉知识产权的被许可人均有权对专利联营协议所涉知识产权的有效性和纳入联营的必要性提出质疑；

(八) (49) 无论是专利联营协议缔约人，还是专利联营所涉知识产权的被许可人均有权，自由地开放与其他专利联营协议缔约人或被许可人产品或技术存在竞争关系的产品或技术，不受专利联营协议的限制；

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。

（九）专利联营的设立、管理以及纠纷解决机制是否有通过公共透明的程序选任的、具有相关专业知识或技能的独立的专家直接参与，并能够为其丧失独立性的决策、失职而承担相应的法律责任。

第二款

（53）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双边或多边专利许可协议将各自拥有的专利共同许可给其他专利联营成员，以及将联营专利中的部分或全部许可给其他第三方的协议安排。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。（43）专利联营与其他相关横向的合作协议在不影响缔约方定价和营销自由等经营决策权的情况下，不构成经营者集中，不需要事前

		在商务部按经营者集中进行申报。
第三章 【滥用市场支配地位】		
<p>第六条</p> <p>(23) 具有市场支配地位的经营者不得在行使知识产权的过程中滥用市场支配地位，排除、限制竞争。</p> <p>(24) 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一个因素，但是经营者不仅仅</p>	建议整体删除	建议整体删除【征求意见稿 第六条 】【重复且可能具有误导性的一般条款】

<p>因为拥有知识产权而直接被推定为在相关市场上具有市场支配地位。</p>		
<p>第七条</p> <p>具有市场支配地位的经营者没有正当理由（25），不得在其知识产权构成生产经营活动必需设施的情况下，（26）拒绝许可其他经营者以合理条件使用该知识产权。</p> <p>（27）认定知识产权构成生产经营活动必需设施，需要考虑的因素包括：该项知识产权在相关市场</p>	<p>建议细化对正当理由、拒绝许可、必要设施的描述，明确禁止规则适用的尺度。</p>	<p><u>第七条 【必要设施】</u></p> <p>第一款</p> <p>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要设施的情况下，拒绝许可、（26）或者以收取不合理的许可费为来变相拒绝许可其他经营者以合理条件使用该知识产权，（27）足以导致被拒绝的申请许可人不能在由该知识产权所衍生的相关市场中进行有效竞争的，例如无法在前述市场中以低廉价格或更好质量为消费者现有的客观需求提供替代商品，或者无法在前述市场中开发或生产新商品以满足消</p>

上没有合理的替代品，为其他经营者参与相关市场的竞争所必需；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；许可该知识产权对该经营者不会造成不合理的损害等。

消费者需求或潜在需求，以致于排除了这些产品所处相关市场上的有效竞争，或者妨碍了技术进步以至于消费者受到损害。

第二款

(27) 本条第一款所谓“必要设施”是指，许可人进入某一相关市场竞争所必需的生产要素，且该生产要素客观上在可预见的有限时间内无法自行获取，或者自行获取成本很高以至于难以进入相关市场并获得盈利。

第三款

(25) 本条第一款所谓“合理理由”是指，客观上，具有市场支配地位的经营者如果承诺向他经营者许可使

		<p>用其足以构成关键设施的知识产权，就将会彻底削弱许可人创新动力，或者使创新难以为继。</p> <p>第四款</p> <p>（27）本条第一款所谓“满足消费者需求或潜在需求的新商品”是指，具有市场支配地位的经营者如果许可其他经营者实施其足以构成必要设施的知识产权时，市场上就会自然而然涌现的商品。</p>
<p>第八条</p> <p>具有市场支配地位的经营者没有正当理由，不得在行使知识产权的过程中，（28）实施下列限定交易行为：</p>	<p>与《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》第五条重复，建议删除</p>	<p>第八条【排他交易与指定交易对象】（排他交易构成垄断协议，应纳入【修订稿第五条】）</p>

<p>(一) 限定交易相对人只能与其进行交易；</p> <p>(二) 限定交易相对人只能与其指定的经营者进行交易；</p> <p>(三) 限定交易相对人不得与其竞争对手进行交易。</p>		
<p>第九条</p> <p>(29) 具有市场支配地位的经营者 (30) 没有正当理由，不得在行使知识产权的过程中，实施同时符合下列条件的搭售行为：</p> <p>(一) 许可或者转让知识产权时，违背交易相对人的意愿要求其</p>	<p>建议规定许可协议中的搭售行为属于限制竞争条款，应被纳入到《反垄断法》第十五条中加以考量和评估；</p>	<p>第九条 【搭售】</p> <p>第一款</p> <p>(29) 具有市场支配地位的经营者 (30) 没有正当理由，不得在行使知识产权的过程中，实施同时符合下列条件的搭售行为：</p> <p>(一) 许可或者转让知识产权时，违背交易相对人的意愿要求其接受其他知识产权或者其他商品、服务；</p>

<p>接受其他知识产权或者其他商品、服务；</p> <p>（二）搭售品和被搭售品在性质和交易习惯上属于两个独立的商品；</p> <p>（三）实施搭售行为使该经营者将其在搭售品市场的支配地位延伸到被搭售品市场，(31) 排除、限制了其他经营者在搭售品或者被搭售品市场上的竞争。</p>	<p>建议删除征求意见稿第九条的第一款第三项，取消对于滥用市场支配地位实施搭售行为以“实施搭售行为使该经营者将其在搭售品市场的支配地位延伸到被搭售品市场，排除、限制了其他经营者在搭售品或者被搭售品市场上的竞争”</p>	<p>（二）搭售品和被搭售品在性质和交易习惯上属于两个独立的商品；</p> <p>第二款</p> <p>(30) 本条第一款所称“合理性”指搭售的客观必要性或对效率提升的积极影响；但是在对“合理性”进行评估时，需要通过对个案的全面分析，属于下列情况之一，则不应认可具有市场支配地位的经营者对其搭售行为的合理性抗辩：</p> <p>（一）虽能带来一定经济效率提升，且最终有利于消费者，但通过搭售的手段来实现这样的效率提升并不必要或不合比例；</p> <p>（二）虽具有一定合理性，(31) 但尚不足以抵消搭</p>
---	---	--

	<p>为前提或构成要件 的表述。</p>	<p>售行为对被搭售商品所处相关市场的封锁效应、排挤效应，不足以保证被搭售商品所处相关市场仍维持有效竞争。</p>
<p>第十条</p> <p>具有市场支配地位的经营者没有正当理由，不得在行使知识产权的过程中，实施下列附加不合理限制条件的行为：</p> <p>（一）(32) 要求交易相对人将其改进的技术进行独占性的回授；</p> <p>（二）(33) 禁止交易相对人对其知识产权的有效性提出质疑；</p> <p>（三）(34) 限制交易相对人在</p>	<p>建议删除【征求意见稿第十条</p>	<p><u>第十条【滥用市场支配地位附加不合理条件】</u></p> <p>（建议删除，另见【修订版第四条】）</p>

<p>许可协议期限届满后，在不侵犯知识产权的情况下制造、使用、销售竞争性商品或者研发、使用竞争性技术；</p> <p>（四）(34) 要求交易相对人为保护期已经届满或者被认定无效的知识产权继续支付费用；</p> <p>（五）(35) 禁止交易相对人与第三方进行交易；</p> <p>（六）(36) 要求交易相对人附加其他不合理的限制条件。</p>		
<p>第十一条</p> <p>具有市场支配地位的经营者</p>	<p>建议增加四款规定：明确歧视行</p>	<p>第十一条 【差别待遇】</p> <p>具有市场支配地位的经营者 (37) 没有正当理由，不</p>

<p>(37) 没有正当理由，不得在行使知识产权的过程中，对条件相同的交易相对人实行差别待遇。</p>	<p>为“不以把其竞争对手排挤出市场为要件，不以是否存在对自身子公司或关联企业给予差别待遇的情况为前提”；兼顾同一种知识产权被用于生产不同产品的情况；兼顾标准必要专利的歧视行为；限制合理性抗辩。</p>	<p>得在行使知识产权的过程中，对条件相同的交易相对人实行差别待遇。</p> <p>(38) 本条第一款对经营者滥用市场支配地位实施差别待遇的禁止，不以把其竞争对手排挤出市场为要件，也不以是否存在对自身子公司或关联企业给予差别待遇的情况为前提。</p> <p>(39) 本条第一款所称“差别待遇”的认定需全面考虑不同交易人的条件是否相同，在涉及知识产权许可协议时，需要兼顾被许可知识产权的用途和使用被许可知识产权生产产品的属性、销售范围、销售量、销售额与利润率及利润率的发展情况。</p> <p>(40) 标准必要专利的所有权人对条件相同的交易相对人实行差别待遇，适用本条第一款的规定。</p>
---	---	---

		<p>(37) 虽具有一定合理性，但不符合比例原则，或尚不足以抵消因为接受差别待遇而导致市场进入或竞争行为受到严重限制所带来的负面影响，或威胁相关市场有效竞争存续的，均不能被认为具有合理性。</p>
<p>第十二条</p> <p>第一款</p> <p>(42) 经营者不得在行使知识产权的过程中，利用(43)专利联营从事排除、限制竞争的行为。</p> <p>第二款</p> <p>(44) 专利联营的成员不得利用专利联营交换(45)价格、产量、市场划分等有关竞争的敏感信息，</p>	<p>建议删除【征求意见稿第十二条第一款、第二款、第三款】</p> <p>将【征求意见稿第三款第（一）项、第（二）项、第四款】规制的内容纳入到【】中</p>	<p>第十二条【专利联营】建议纳入【】</p> <p>第一款（删除）</p> <p>第二款（删除）(44)</p> <p>第三款</p> <p>(46) (47) (48) (49) 【删除前段】</p> <p>(一) (48) 限制联营成员在联营之外作为独立许可人许可专利；（建议纳入【修订版第五条乙】）</p>

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。

第三款

(46) 具有市场支配地位的经营者或者专利联营管理组织 (47) 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：

(一) (48) 限制联营成员在联营之外作为独立许可人许可专

(二) (49) 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；(建议纳入【[修订版第五条乙](#)】)

(三) (删除) (50)；

(四) (删除) (51)；

(五) (删除) (52)。

(53) 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双边或多边专利许可协议将各自拥有的专利共同许可给其他专利联营成员，以及将联营专利中的部分或全部许可给其他第三方的协议安排。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。(43) 专利联营与其他相关横向的合作协议在不影响缔约方定价和营销自由等

利；

（二）[\(49\)](#) 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）[\(50\)](#) 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）[\(51\)](#) 禁止被许可人质疑联营专利的有效性；

（五）[\(52\)](#) 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

经营决策权的情况下，不构成经营者集中，不需要事前在商务部按经营者集中进行申报。（建议纳入【修订版第五条乙】）

遇。

第四款

(53) 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其他第三方的协议安排。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。

第四章 【分则二：标准化协议】

第十三条

建议重新起草。

第十三条 【标准化协议】

经营者不得在行使知识产权的过程中，(54)利用标准（含国家<55>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(56)没有正当理由，不得在标准的制定(57)和实施(58)过程中实施(59)下列行为：

(一) 在知道其专利(60)可能会被纳入有关标准的情况下，故意不向标准制定组织披露其权利

第一款甲 【标准化协议涉及的四个相关市场】(54.3.1)

在评估标准化协议是否限制竞争时，应关注其可能涉及的是四个相关市场，即：标准化协议约束的相关产品和服务市场；标准化协议涉及的相关知识产权市场；同行业中，不同标准化组织的各种产品与服务标准所组成的市场；以及与标准化协议相关的检测服务和验证服务市场。

第一款乙 【标准化协议与垄断协议禁止】(54.2)

有关生产、服务的标准化协议通常有处于竞争关系的经营者参与，在一些情况下这类协议有可能损害潜在的价格竞争，或限制生产数量、市场拓展、创新方面的竞

信息，或者明确放弃其权利，但是在其专利成为某项（61）强制性标准后却对该标准的实施者主张其专利权。

（二）在其（60）专利成为（62）标准必要专利（60）后，违背公平、合理（58）和无歧视原则，拒绝其他经营者以合理的条件实施该专利，或者（63）以不公平的条件许可其专利，或者在许可其专利的过程中实施（64）搭售行为。

本规定所称标准（65）必要专

争，限制或控制技术进步，尤其是可能直接通过削弱价格竞争、对特定创新技术的市场封锁、排斥或歧视特定企业的方式限制竞争，所以工商总局认定其属于《反垄断法》第十三条第二款意义上的垄断协议。依据《反垄断法》第十三条第一款第六项，有关标准的协议属于处于竞争关系的经营者签订的垄断协议，受《反垄断法》第十三条、第十五条和第十六条的规制。

第一款丙（54.3.1）【标准化协议与垄断协议豁免禁止】

在消除本条第一款所列严重限制有效竞争的隐患之后，绝大多数标准化协议具有对竞争具有积极的促进效果，因而通常可以依据《反垄断法》第十五条第一款第

利，是指实施该项标准所必不可少的专利。

二项和第二款，予以豁免禁止，并可以适用【[修订版第五条](#)】有关根据市场份额设置的安全港规定。但是，在标准化协议包含专利联营协议时，则需要适用【[修订版第五条乙](#)】，不适用【[修订版第五条](#)】。

第一款丁（[54.3.2](#)）【原则上不能豁免禁止的行为】

涉及以下情形的标准化协议属于严重限制竞争行为，原则上不符合《反垄断法》第十五条的要求，无法被豁免禁止：

（一）标准化组织及其成员通过施加压力强迫第三方不得将不符合其标准的产品推向市场；

（二）标准化组织及其成员通过共同采取措施将新技术排除在某一现有标准之外，尤其是在该项新技术有助

	<p>于降低相关产品价格的情况下；</p> <p>（三）在标准化组织正式对标准设置进行表决前，该组织成员不得通过先行公开与备选标准设置相关的关键知识产权费率或潜在的许可条件，变相促成其他经营者在依据涉及该成员相关知识产权的被采纳标准生产产品或提供服务时协同定价、或者协同设定与被披露知识产权具有替代关系的其他知识产权的许可费率；</p> <p>（四）在获取特定标准化条件已经成为进入某一相关市场的决定因素时，仍拒绝新的市场进入者获取这些标准化条件的情况；</p> <p>（五）在设置标准化条件时，通过推荐价格、价格折扣等方式，或直接或间接地来影响接受该标准的经营者对其相关产品的定价。</p>
--	--

第一款戊【标准制定的基本原则、对专利埋伏的预防、FRAND、对 NPE 的前瞻性规定】（[56](#)、[57](#)、[58](#)、[59](#)、[60](#)）

在标准化协议不违反本条第一款丁时，没有满足下列条件的标准化协议将不能适用【[修订版第五条](#)】规定的安全港条款，只能由经营者结合个案情况自行举证其协议、决定及协同行为是否符合《反垄断法》第十五条的规定：

（一）（[54.3.3](#)）在组织制定标准时，标准化协议各方能贯彻自愿参与、自愿遵守、开放、透明、非歧视、不限制成员表决权的原则，并且保证实现标准化的条件公平、合理、非歧视性；但是，如果标准制定组织的成员与相关行业经营者存在部分交叉，或者个别标准制定

参与者无法实现自己预期中对标准制定的影响，并不一定导致标准制定具有歧视性；

（二）（54.3.4）为保障标准被采纳后能够使接收该标准的经营者都能够切实地获得实现该标准的可能性，标准化协议的各方需要在标准评选前披露其用于支持备选标准的所有知识产权的相关信息，包括在该备选知识产权被采纳后，将会对其被披露知识产权主张的最高许可费率；

（三）（54.3.4）在标准被采纳前，标准化协议成员提供书面的、放弃撤销权力（禁反言）的义务承诺书，承诺：

（1）在被采纳的标准涉及其所有的知识产权时（62），将对潜在的被授权人提供公平、合理、非歧视性（fair，

reasonable and non-discriminatory terms, 简称 FRAND commitment) 的知识产权许可要约, 以及哪些知识产权的使用将从该标准协议中排除。其中: 公平原则主要体现在, 不因申请获得知识产权许可的经营者所要开展经营活动的地域、时间而限制与标准有关的知识产权许可行为; 合理原则主要体现在, 相关知识产权许可费的高低设计得合理; 非歧视原则主要体现在, 在许可费收取上, 不因为申请获得许可的经营者的规模、与标准协议制定者、已参与者的竞争关系, 而进行差别对待, 变相抬高市场进入壁垒、扭曲竞争;

(2) 在潜在的被许可人表示与其就标准所涉知识产权许可协议进行谈判后, 以 12 个月为限, 12 个月内无法达成协议, 其与该潜在被许可人中的任一方皆有权通过

诉讼或仲裁解决相关知识产权许可纠纷；

（3）在转让标准所涉知识产权给第三方时，要求第三方不仅同样接受前述两项承诺，而且还应当约定：对维持原有的知识产权许可关系、维持原本的许可费水平，从而确保相关市场进入的开放性能够满足《反垄断法》第十五条的要求；

（4）在转让标准所涉知识产权给第三方时，如果受让人不属于某一标准制定组织的成员，在受让后主张被受让知识产权许可费过低，应当提高的，则需要在重新公布该项知识产权许可报价 120 日后，没有其他经营者以该报价申请获得该项知识产权许可时，再进行提价，以保障相关市场的进入壁垒不会在短期内毫无征兆地提高，危及相关市场的生产与交易。

第一款己

在依据《反垄断法》第十五条第二款评估标准化协议时，应当兼顾对标准化协议的限制性条款是否符合比例原则进行考察。本款所谓符合比例原则是指，限制竞争行为必须是实现效率提升及《反垄断法》第十五条第一款所列的抗辩理由所不可或缺的前提，且其对有效竞争的危害比其他替代措施都小，又不至于严重限制或排除有效竞争。

第一款庚

国务院各部委及地方政府依据法律、法规和政策性文件组织制定和实施法律强制性标准、事实上具有强制性

的行业标准或推荐性行业标准时，工商总局应当依据《反垄断法》、《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》、《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》及本规定对下列行为进行监督和执法：

（一）经营者在参与和执行上述标准时，违反《反垄断法》第二章、本规章【[修订版第四条](#)】、【[修订版第五条](#)】、本条第一款丁、第一款戊的行为；

（二）行政机关和管理公共事务的组织在组织制定或实施前述标准时，违反《反垄断法》第三十二条至第三十四条的行为；

（三）行政机关和管理公共事务的组织不得违反《反垄断法》第三十六条要求经营者通过签订和执行标准化协议实施违反《反垄断法》、《工商行政管理机关禁止垄

断协议行为的规定（2011）》、《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》和本规定的行为。

第二款【专利埋伏】

具有市场支配地位的经营者（56）没有正当理由，不得在标准的制定（57）和（58）实施过程中实施（59）下列行为：

（一）在知道其（60）知识产权可能会被纳入有关标准的情况下，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，但是在事实上成为某项（61）行业性标准并因此构成相关市场准入壁垒之一时，可以对该标准的实施者主张其专利权，但是其许可费率定价主张应当以制定标准之初的估值为准，以便保障标准协

议的其他各方当事人的信赖利益，并且在与潜在被许可人进行谈判时，应当遵守本条第一款戊第（三）项中所列的要求。

（二）在其（60）知识产权成为标准必要知识产权后，（62）违背公平、合理和无歧视原则的设定许可协议的行为；

（三）（64）其对标准必要知识产权实施的搭售行为适用本规定【修订版第九条】予以查处。

对第二款的替代版本（60）【专利埋伏】

在国际、国家、行业或者地方标准的制定过程中，专利权人单方面宣布专利许可条款和价格条件的行为是行使专利权的一种表现形式，一般不会产生排除、限制相

关市场竞争的效果。但是，作为标准制定组织成员的专利权人或者专利申请人知道或者应当知道其专利或者正在申请的专利可能会被纳入有关标准，但是不按标准制定组织的有关知识产权政策披露其可能会被纳入标准的专利信息或者已经公开的专利申请信息，而是在专利权人在标准发布后，主张其专利权应被纳入标准并主张对使用者收取许可费的，或主张该标准制定组织新设标准所涉知识产权侵犯其在先专利权的，如果这种在先专利权足以妨碍该新设标准的实施，或者必须通过更多的投入和更久的研发才能获得替代技术来绕开这一在先专利权的话，那么可以推定在相关技术市场上，该在先专利权所有人具有市场支配地位，除非其能够自行举证推翻这一推定。在先专利权人具有市场支配地位，反垄断法

执法机关应当依据《反垄断法》第十七条第一款第七项，认定前述妨碍竞争行为构成滥用市场支配地位行为，并要求涉嫌违法者明确许可费上限，并将其降至该项专利作为商品标准最初进入市场时的水平。

第二款甲（59）【侵权赔偿的免除】

掌握标准实施所必需的知识产权的经营者，如果没有正当理由，拒绝给予其他经营者知识产权许可，或者歧视性地给与其他经营者知识产权许可，或者主张不合理地收取过高的许可费，则其他经营者可以向有管辖权的法院起诉或者向反工商执法机关举报。在起诉或举报之前，其他经营者急需未经知识产权人许可行使实现标准所必需的知识产权并因此构成侵权的，只有在严格满足

下列条件的情况下，才可以在法院或者工商执法机关认定该知识产权人构成滥用市场支配地位后，或者工商执法机关作出接受该知识产权人整改承诺并中止调查的决定后，免于支付侵权赔偿并获得实施这些知识产权的许可：

（一）未经授权就使用实现标准所必需的知识产权之前，经营者应当已经就申请获得知识产权许可而尽力向知识产权人提出条件合理的要约；

（二）在合理的期限内，知识产权没有客观理由拒绝，或者歧视性地对待提出合理要约定的经营者，并导致影响相关市场的进入和有效竞争；

（三）未经授权就使用实现标准所必需的知识产权时，经营者应当坚持像一位已经得到授权的被许可人那

		<p>样履行了保密义务，并支付了合理的知识产权许可费，或者在知识产权人拒收的情况下，在某一单独的账户中坚持定期对这些知识产权许可费作了提留。</p>
<p>第五章 【分则二：著作权集体管理组织】</p>		
<p>第十四条</p> <p>第十四条 (66) 著作权集体管理组织不得在开展活动的过程中滥用知识产权，排除、限制竞争。</p> <p>(67) 著作权集体管理组织在其他经营者或者其他国家和地区的著作权集体管理组织达成的相关协议中，不得不合理地实施限</p>	<p>建议删除第一款，增设一款明确著作权集体管理组织属于《反垄断法》意义上的经营者，受《反垄断法》有关禁止垄断协议规则的规制；把第二</p>	<p>第十四条 【著作权集体管理组织】（建议单独设立一章，或将部分规定纳入对相关法律法规的修订后，删除本条）</p> <p>【第十四条第一款】（删除）</p> <p>【第十四条第一款甲】</p> <p>著作权集体管理组织可以构成《反垄断法》意义上的经营者，适用《反垄断法》第二章、第三章和第四章的</p>

<p>制会员资格、地域范围等，限制权利人或者使用人的选择自由。</p> <p>具有市场支配地位的著作权集体管理组织没有正当理由，不得实施下列（68）滥用市场支配地位的行为：</p> <p>（一）（67）拒绝对他人发放著作权的使用许可；</p> <p>（二）对条件相同的权利人或者被许可人实行差别待遇；</p> <p>（三）强迫被许可人接受其不需要的著作权许可；</p> <p>（四）（69）限制权利人退出</p>	<p>款、第三款第（一）纳入《著作权法》修订稿和《著作权集体管理条例》的修订稿。增设部分条款和举例。或参考【修改理由 14.2】第二段。</p> <p>以下引自【修改理由 14.2】：对于【征求意见稿第十四条】对著作权集</p>	<p>规定，而非管理公共事务的组织。</p> <p>【第十四条第一款乙】</p> <p>著作权集体管理组织也可以发挥行业协会的功能，因而需遵守《反垄断法》第十六条，不得通过对其会员的影响，组织会员实施《反垄断法》禁止的垄断协议，也不得为其会员实施《反垄断法》禁止的垄断协议提供便利。</p> <p>【第十四条第二款】（转入《著作权法》和《著作权集体管理条例》）</p> <p>【第十四条第二款甲】《著作权法》和《著作权集体管理条例》有关著作权集体管理组织的规定不应与《反</p>
--	--	--

<p>该组织。</p> <p>本规定所称著作权集体管理组织，是指为著作权人和与著作权有关的权利人（简称权利人）的利益依法设立，根据权利人授权、对权利人的著作权或者与著作权有关的权利进行集体管理的社会团体。</p>	<p>体管理的规定，可以考虑部分转入亟待修订的《著作权法》、《著作权集体管理条例》，部分在实践中通过适用《反垄断法》第十七条的一般规则确立规制范例。这样可以使本规章的规制重点更集中于对技术类知识产权进行规制，并为涉</p>	<p>垄断法》相抵触，尤其是《反垄断法》第五章有关禁止滥用行政权力限制竞争的规定。</p> <p>第三款</p> <p>具有市场支配地位的著作权集体管理组织没有正当理由，不得实施下列（68）滥用市场支配地位的行为：</p> <p>（一）拒绝对他人发放著作权的使用许可（该项规定内容已被涵盖于《著作权集体管理条例》第二十三条第三款，如果《著作权集体管理条例》修订后能够有效强化对违反该条例的著作权集体管理组织的法律责任，而非仅仅由主管部门责令改正，则无需双重规制，适宜删除）；</p>
--	---	--

	<p>及著作权的垄断协议和滥用市场支配地位行为的个案规制提供参考。</p>	<p>（二）对条件相同的权利人或者被许可人实行差别待遇，（69）例如不得差别对待互联网服务业与传统媒体业的被许可人；</p> <p>（三）强迫被许可人接受其不需要的著作权许可；</p> <p>（四）（70）限制权利人退出该组织，例如要求权利人签订超过 5 年的超长合约，或者为权利人转而加入其他著作权集体管理组织设置障碍。</p> <p>（五）著作权集体管理组织通过章程、协议或其他文件、口头意思表示等形式设置妨害著作权人著作权实现并导致其利益受到损害的协议条件。</p> <p>第四款</p>
--	---------------------------------------	---

		<p>本规定所称著作权集体管理组织，是指为著作权人和与著作权有关的权利人（简称权利人）的利益依法设立，根据权利人授权、对权利人的著作权或者与著作权有关的权利进行集体管理的社会团体。</p>
<p>第十五条</p> <p>具有市场支配地位的经营者不得（71）在其知识产权期限已经届满或者无效的情况下，或者在他人已经提供不构成知识产权侵权充分证据的情况下，滥发侵权警告函（72），以排除、限制相关市场的竞争。</p>	<p>建议删除征求意见稿第十五条，转由《反不正当竞争法》一般条款或在修订该法时专门设定一条规定对滥用侵权警告函进行规制。此外，参考欧盟处理的摩托罗</p>	<p>第十五条【滥发侵权警告函】建议转入《反不正当竞争法》</p> <ul style="list-style-type: none"> ●转由《反不正当竞争法》进行规制。转由《反不正当竞争法》规制滥用侵权警告函。 ●此外，可在此单独对具有市场支配地位的经营者不合比例、或不合目的地保护自有知识产权行为进行规制，参见【修改理由 15.2.1.1.】。

	<p>拉/苹果滥用禁令案，三星/苹果滥用禁令案单独对具有市场支配地位的经营者不合比例、或不合目的地保护自有知识产权行为进行规制。</p>	
<p>第六章 【程序规则与行政处罚】</p>		
<p>第十六条</p> <p>(73) 经营者涉嫌滥用知识产权排除、限制竞争行为的，工商行</p>	<p>建议进行全面的增补或全面修订《工商行政管理机</p>	<p><u>第十六条 【程序规则】</u></p> <p>第一款 【重申原则性的程序规则】</p> <p>经营者涉嫌滥用知识产权排除、限制竞争行为的，工</p>

<p>政管理机关依据《反垄断法》和《工商行政管理机关查处垄断协议、滥用市场支配地位案件程序规定》进行调查。</p>	<p>关查处垄断协议、滥用市场支配地位案件程序规定》。</p>	<p>商行政管理机关依据《反垄断法》和《工商行政管理机关查处垄断协议、滥用市场支配地位案件程序规定》进行调查，(73) 并在结合本规定执法时遵循下列各款规则。</p> <p>第二款 【经营者承诺制度的执行】(74)</p> <p>依据《反垄断法》第四十五条执行经营者承诺制度时，工商执法机关应按照下列规则执法：</p> <p>(一) 需在调查获得初步结果后，将认为经营者涉嫌违反《反垄断法》及《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》的调查结论及相关初步证据和论证反馈给被调查的经营者；</p> <p>(二) 在经营者接受该调查结论，并对相关初步证据和论证无异议时，将经营者提出的整改承诺及初步调查</p>
---	---------------------------------	--

	<p>结论通过官方网站对外进行公布，并设置为期三个月的征求意见期；</p> <p>（三）汇总反馈意见后，再公布对经营者承诺做出修订的版本，并召开听证会；</p> <p>（四）汇总听证反馈信息后，工商执法机关可以选择接受或不接受经营者的整改承诺，如果接受，则应当在官方网站上公布中止调查的决定，接受该整改承诺的理由，监督整改的方式及责任人，评估承诺执行的机制及期限以及经营者整改承诺的全文。</p> <p>（五）在最终做出终止调查前，应就整改承诺执行情况进行全面评估，公开评估报告并召开听证会，听取相关当事人及上下游企业意见。</p>
--	--

第三款 【不适用经营者承诺制度的情况】（74.2）

【修订版第四条、第五条乙、第十三条第一款丁、第十四条】中原则上禁止的行为如果直接或间接地涉及到限制价格竞争、限制供给量、划分市场或客户，已经给相关当事人或终端消费者造成直接损失的，不适用经营者承诺制度。

第四款 【经营者承诺制度与标准化协议】

标准化协议不符合本规章**【修订版第十三条第一款戊第（三）项】**要求的，应当自行评估是否符合《反垄断法》第十五条的要求。对于不符合本规章规定的标准化协议，工商执法机关有权进行调查，并对可能严重限制竞争的行为提出要求限期整改的意见。对于能够做出整

改承诺并在承诺做出后一年内予以充分履，并符合《反垄断法》第十五条第二款要求的，工商执法机关将终止调查。

第五款 【自愿合规备案】(75)

专利联营及标准化协议，在正式实施前，可以自愿向工商总局，或者在仅涉及具体省份时，向各省级工商反垄断法执法部门，对专利联营标准化协议和管理细则进行备案，在备案进行形式审查后对外发布两周进行公示。这样的备案不是实质性的审查，不妨碍专利联营及标准化协议在备案被公示之日起开始进行运营。但是，在运营后，工商总局或省局反垄断执法机构有权结合公示后的反馈，决定是否需要对相关联营协议和管理机制依法

进行调查，并在得出不符合本规章的初步结论后，有权要求专利联营成员做出经营者承诺，限期整改后终止调查，而不处以罚金。但是，涉及《反垄断法》第十三条第一款和第十四条、第十六条，及本规章【修订版】第四条明确禁止的行为，不适用本款规定。

第六款 【执法决定公开】(73)

反垄断法执法机关依据《反垄断法》及其配套法规和本规章作出的具体行政行为，均需通过互联网向全社会进行全文披露，并辅之以相关技术性较强的附录和数据资料，以及供非专业人士获悉执法梗概的通讯稿，从而使外界、包括被调查经营者的投资人、住所地所在国的竞争法执法机构及其争议行为所涉其他国家或地区的竞

争法执法机构都能及时准确地知道工商执法机关在适用《反垄断法》及本规章规制限制竞争行为时是否有遵守该法及本规章，使提高执法透明度的目标得以真正全面有效落实。

第七款 【调查期间的信息披露】(73)

为保障被调查经营者及其投资人的合法权利，工商反垄断执法机构在结合相关取证和分析依法作出初步调查结论并将其正式书面送达被调查企业之前，不得以任何方式向公众或第三方泄露具体被调查事项、取证，更不得实现披露可能的罚款、违法所得罚没、整改建议的可能性。执法机构在正式披露查处决定时，应当通过官方网站披露被查处经营者信息、法律依据、证据说明及具

体论证、当事人的反馈意见等不涉及商业秘密的全部必要信息。对于被调查经营者不仅涉及本案，还涉及其他案件的情况，应予以说明。对于虽被调查，但最终得出证据不足或经调查取证及对抗辩理由的审查后认定不违反《反垄断法》的经营者，也应当予以披露并说明相关情况。被调查经营者及其法律顾问、其他专家顾问也需要从参与调查程序至执法机构正式公布处理决定前均须恪守保密义务。行政执法机构、具体办案人员、被调查经营者及其法律顾问、其他专家顾问违反前述义务，应依据中国相关法律法规或经营者海外住所地、上市地相关法律法规为可能导致经营者违反上市公司相关义务而给投资人造成的损失承担赔偿责任。

第八款 【标准化组织、专利联营组织、著作权集体管理组织可以就其纠纷解决机制、机构的裁定与反垄断法适用】（81）

标准化组织、专利联营组织、著作权集体管理组织可以就其纠纷解决机制、机构进行事先规定，并要求其成员遵守相关机制或机构的裁定。但无论是这些组织对其纠纷解决机制、机构的规定，还是这些机制或机构对相关纠纷得出的裁定均不应违反《反垄断法》及其配套规则，尤其是本规章的规定。

第九款 【与司法机关的合作】（82）

在涉及《反垄断法》第十三条第一款第六项、第十四条第三项、第十七条第一款第七项适用的民事诉讼案件

		<p>中强化工商总局与司法机关的合作关系，依职权认定《反垄断法》未明确禁止的垄断协议和滥用市场支配地位行为；</p> <p>第十款 【对司法判决中涉嫌错误适用《反垄断法》的监督】(82)</p> <p>在司法机关错误适用《反垄断法》做出民事判决时，工商总局、各省市自治区工商局应主动依法向相关法院、其上级法院、相关检察院提出启动审判监督程序的意见，或就法律适用难题由工商总局提请最高人民法院、全国人大常委会进行司法解释、立法解释保障《反垄断法》在执法、司法系统都得以统一适用。</p>
第十七条	除第二款应作	第十七条 【分析步骤】【建议删除第一款，第二款应

<p>(87) 分析认定经营者涉嫌滥用知识产权排除、限制竞争行为，可以采取以下步骤：</p> <p>(一) 确定经营者行使知识产权行为的性质和表现形式；</p> <p>(二) 确定行使知识产权的经营者之间相互关系 (88) 的性质；</p> <p>(三) (88) 界定行使知识产权所涉及的相关市场；</p> <p>(四) 认定行使知识产权的经营者的市场地位；</p> <p>(五) 分析经营者行使知识产权的行为对相关市场竞争的影响；</p>	<p>为【修订版第五条甲】放入第二章外，建议该条仅作为本规章适用指南或说明，不纳入本规章。</p>	<p>作为修订版第五条甲】</p>
---	---	--------------------------

分析认定经营者之间关系的性质需要考虑行使知识产权行为本身的特点。在涉及知识产权许可的情况下，原本具有竞争关系的经营者之间在许可合同中是交易关系，而在许可人和被许可人都利用该知识产权生产产品的市场上则又是竞争关系。但是，如果当事人之间在订立许可协议时不是竞争关系，在协议订立之后才产生竞争关系的，则仍然不视为竞争者之间的协议，除非原协议发生实质性的变更。

<p>第十八条</p> <p>分析认定经营者行使知识产权的行为对竞争的影响，应当考虑下列因素：</p> <p>（一）经营者与交易相对人的市场地位；</p> <p>（二）相关市场的市场集中度；</p> <p>（三）进入相关市场的难易程度；</p> <p>（四）产业惯例与产业的发展阶段；</p> <p>（五）在产量、区域、消费者</p>	<p>建议该条仅作为本规章适用指南或说明，不纳入本规章。</p>	<p>第十八条【分析竞争影响的考量因素】【建议删除】</p>
--	----------------------------------	---------------------------------------

<p>等方面进行限制的时间和效力范围；</p> <p>（六）对促进创新和技术推广的影响；</p> <p>（七）经营者的创新能力和技术变化的速度；</p> <p>（八）与认定行使知识产权的行为对竞争影响有关的其他因素。</p>		
<p>第十九条</p> <p>第十九条 经营者滥用知识产权排除、限制竞争的行为构成垄断协议的，由工商行政管理机关责令停止违法行为，没收违法所得，</p>	<p>建议精简征求意见稿第十九条现有规定，并增补有关减免处罚、销售额计算和追究时效的规</p>	<p><u>第十九条【处罚】</u></p> <p>第一款</p> <p>经营者滥用知识产权排除、限制竞争的行为构成垄断协议的，由工商行政管理机关负责调查，并责令停止违法行为，依据《反垄断法》第四十六条、第四十七条、</p>

<p>并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款；尚未实施所达成的垄断协议的，可以处五十万元以下的罚款。</p> <p>经营者滥用知识产权排除、限制竞争的行为构成滥用市场支配地位的，由工商行政管理机关责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款。</p> <p>工商行政管理机关确定具体罚款数额时，应当考虑违法行为的性质、情节、程度、持续的时间等因</p>	<p>定为第四至第六款。</p>	<p>第四十九条进行处罚并没收违法所得。对反垄断执法机构依法实施的审查和调查，拒绝提供有关材料、信息，或者提供虚假材料、信息，或者隐匿、销毁、转移证据，或者有其他拒绝、阻碍调查行为的，由反垄断执法机构责令改正，并依据《反垄断法》第五十二条处罚。</p> <p>第二款至第三款删节</p> <p>第四款【因配合执法而减免处罚】(94)</p> <p>对于配合执法和积极整改的经营者，可以在依法计算应处分的罚款基础上，最多减免 10%。前述减免规则不得适用于对违法所得罚没。但是，经营者通过与违法行为受害人达成不当得利返还和损害赔偿协议的，不当得利</p>
---	------------------	---

素。

返还部分可以从违法所得没收的额度中扣除。

第五款【相关销售额】(95)

《反垄断法》第四十六条所指销售额应为违法者及其集团公司全部关联经营者的全球营业额。在具体计算罚款时，应以违法者的违法行为所涉相关市场的上一年度营业额作为计算罚款的参考基数，罚款原则上不超过该基数的 30%，如果低于违法者及其集团公司全部关联经营者的全球营业额 1%的，则按违法者及其集团公司全部关联经营者的全球营业额的 1%计算罚款。在违法行为所涉知识产权同时涉及技术市场、多个产品市场，或者涉及标准市场和标准认定与检测市场时，则应该在计算罚款时兼顾违法者在所有这些市场上的销售额。

第六款 【73. 行政处罚的追究时效】(96)

行政处罚的追究时效为违法行为终止且没有再犯之日起六年，纪律监察和检察院发现违法渎职官员的违法行为涉及应予以调查而未调查的案件时，应以此作为时效中断计算的理由。经营者因涉嫌违反《反垄断法》而被起诉、提起仲裁或进入所属专利联营组织、标准化组织、著作权集体管理组织的纠纷解决机制，从被起诉或被提起相关非诉纠纷解决机制之日起中断追究时效的计算。在相关判决、非诉纠纷解决机制的裁定生效后，因涉嫌违法《反垄断法》而被起诉、被提请通过非诉纠纷解决机制解决纠纷的经营者，有义务通告行政执法机构，使追究时效恢复计算；反之，相关经营者未尽到前述义

务，追究时效自行政执法机构知道相关判决或裁定之日起恢复计算。

第七款 【对依据兜底条款认定的新型限制竞争行为的处罚】(96.甲)

在工商总局依据《反垄断法》第十三条第一款第六项、第十四条第三项、第十七条第一款第七项通过批复或自身执法实践认定某一《反垄断法》及其所有配套规则明确禁止的垄断协议、滥用市场支配地位行为类型时，为保障经营者善意信赖，反垄断执法机构在首次做出此类公开认定之日其的一年内，只需通过公告勒令实施同类限制竞争行为的不特定经营者及时整改、消除妨害、返还不当得利或赔偿损失，而不应对这类新型限制竞争行

		<p>为做出罚款和没收违法所得的决定。一年期限届满后，经营者未能及时整改并消除妨害的，反垄断执法机构有权依法予以查处。但是，前述规定不影响相关当事人依据工商总局对新型限制竞争行为的认定，向从事这类型为的经营者请求不当得利返还、赔偿损失、排除妨害，或者对其提起诉讼以实现前述权利主张。</p>
<p>第七章 【附则】</p>		
<p>第二十条</p> <p>本规定由国家工商行政管理总局负责解释。</p> <p>本规定由国家工商行政管理总局负责解释。</p>	<p>建议补充</p>	<p><u>第二十条 【规章的解释】</u></p> <p>第一款</p> <p>本规定由国家工商行政管理总局负责解释。</p> <p>第二款 【可以提起解释要求的主体】(97.1)</p>

任何经营者、各级工商执法机关、其他反垄断执法机关、其他行业主管部门及行业协会、律师及审理涉《反垄断法》适用案件的法院均可以向工商总局提请对本规章做出解释。

第三款【咨询与听证】(97.2)

工商总局在对本规章正式做出解释前应当通过反垄断委员会组织咨询各界意见、在工商总局网页对外公收到请求解释本规章的相关问题信息和计划做出解释的草案，并召开公开的听证会。

第四款【解释的形式】(97.3)

除了对下级工商执法机关作出批复来解释本规章的

		<p>适用外，工商总局还可以通过在工商总局网页上发布通知来正式对本规章做出解释。</p>
<p>第二十一条 本规定自2014年 月 日起施行。 行。</p>	<p>建议补充有关溯及时间的规定</p>	<p>第二十一条 【生效日期】</p> <p>第一款 【生效日期】</p> <p>（98）本规定自2014年 月 日起施行。（建议为该规章颁布一年后的下一个一月一日，例如2015年6月颁布，2017年1月1日施行。）</p> <p>第二款 【与《反垄断法》现有规定的关系】（99）</p> <p>在本规章生效之前已经开始的违反《反垄断法》第二章、第三章、第五章的行为，在具体认定和处理上应当参照本规章。</p>

第三款【与《反垄断法》现有规定的关系】（100）

为细化《反垄断法》适用，本规章第四条、第五条、第十二条、第十三条、第十四条中新做出的规定，不具有溯及力。但是在本规章生效后仍违反前述规定的行为，在对其计算罚款时，应当兼顾该违规行为此前存续的情况及危害程度。

第四款【与其他法律法规的衔接适用】（101）

为确保法律适用的安定性，本规章生效之前，依据《合同法》第三百二十九条至第三百五十五条、第三百三十四条、《对外贸易法》第三十条、《技术进出口管理条例》第二十七条至第二十九条、《中外合资经营企业法实施条例》第四十三条。此外，还涉及到亟待修订的《著作权

		<p>法》、《著作权集体管理条例》、《标准化法》实施的行为，在不违反《反垄断法》的情况下，不适用本规章。在本规章生效后，本规章优先适用于前述法律法规，但是，在计算罚款时，不应兼顾违反前述法律法规的行为在本规章生效前的生效前的存续情况及危害程度。</p>
--	--	--

七、逐条修改建议详述

以下【征求意见稿】及【修订版】中的（数字）与【修改理由】的编号相对应。

【第一章 总则】

（一）**第一条【立法目的】**【建议与第二条、第三条并入总则】

征求意见稿第一条原文

为了（1）保护竞争和（2）激励创新，制止（3）经营者（4）滥用知识产权（5）排除、限制竞争的行为，根据《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》），制定本规定。

修改建议：

建议重新起草

修订版：

第一条

为了预防及制止（6）涉及知识产权的法律行为违反《反垄断法》，（7）制定本规定，以细化《反垄断法》现有规则，引导经营者、行业协会、行政机关及管理公共事务的组织在从事涉及知识产权的法律行为时进行合规。

修改理由：

1. 建议删除“保护竞争”

《反垄断法》第1条规定《反垄断法》的立法目的包含保护“市场公平竞争”。因此，[征求意见稿第一条](#)的表述不应与其不一致。但是，关于什么才是“公平竞争”，这是个价值判断，虽然也出现在其他国家或地区的竞争法中，但从学理及发展趋势来看，“公平”并非修饰市场经济下现实存在的帕勒托次优的合适词语，容易导致误解、民粹化，更容易成为保护主义的托词。例如，《[反垄断机构再度挥刀“祭旗” P3 航运联盟魂断中国](#)》里提及：

“中国执法机关的裁决当然要考虑中国国内的产业发展环境。” 中国社科院法学所研究员王晓晔指出，P3 一旦形成，交易方将形成紧密型联营，在亚洲—欧洲航线集装箱班轮运输服务合并运力份额高达约 47%，将对国内市场的公平竞争环境产生严重不利影响。”

但是，商务部禁止马士基等的合作计划的具体行政行为本身在法律适用上的错误（参见拙文《[商务部“阻击”国际航运巨头反映了什么？](#)》）却没能引起广大学者的公开质疑，也没能得到媒体的重视。与此同时，三大央企涉嫌严重违反《反垄断法》的垄断协议行为，凭借国家补贴和雄厚的资本实力，在本身已经严重亏损的情况下，仍旧通过在中日航线上制造负运费，来排挤民营企业的新闻（如《[三航运央企结盟抢中日航线 恐慌性降价窝里斗遭疑](#)》2014年05月07日，载《[第一财经日报](#)》），却没能引起学者和执法机构的关注。商务部和国家发改委对这样的【更紧密型联盟】却熟视无睹。那么，很难说《反垄断法》应该保护的是

这样“内外有别”，“公民营企业有别”的“公平”竞争。

相反，欧美等拥有多年竞争法实践的国家，已经从上世纪 70 年代中后期陆续开始转向保护【有效竞争】，例如欧盟，参见王晓晔：《欧共体竞争法》，2001 年版第 25 页。

以保护有效竞争为基本目标，对于创新行业而言有着重要的意义。因为，技术创新往往要付出巨大的成本并承担巨大的商业风险，因此往往需要在寡占的市场格局下，由少数资本和技术实力雄厚企业进行研发和管理。同样，著作权的集体管理与营销往往也是由少数企业来实现，从而确保经济运行及著作权人的效率。在这两种情况下，对于潜在的知识产权被授权方而言，很难说有什么公平可言，倘若真地实现了公平，严重限制技术专利所有权人和著作权集体管理与营销机构的议价权，那么他们也就失去了动力进行创新或提升自身管理与运营的效率。绝对的公平，是不存在的。而在市场机制下，让市场决定要素的分配，而非执法者或法官。保护好相关市场上的有效竞争，市场机制就可以实现资源配置的最优。但不同出发点或立场下，公平是没有统一标准的。资源配置的优化本身是动态的，是有效竞争下自由博弈的结果，此时的公平可能是相对的，甚至最终的谈判结果虽然看上去是不公平的，但可以实现比较优势和资源配置效率，从而让创新者、其他市场参与者和消费者都得以借助不断推进和转化的创新，实现福利的最大化。

此外，王先林老师在《[我国反垄断法适用于知识产权领域的再思考](#)》中提及：

“但是，我国制定指南的出发点和落脚点必须是我国现实的实际情况，特别是要正视我国目前仍然主要是技术输入国，我国企业作为市场主体尚不成熟、竞争能力亟待提高的客观现实。因为，在知识经济和经济全球化的背景下，各个国家和地区在知识产权领域进行反垄断执法既有基本的共性问题，也会存在由各自的科技、经济和社会情况所决定的个性问题。正如联合国贸发会议发布的《2007 年最不发达国家报告》中指出的，现有的世界知识产权体系对知识产权的所有者较之于知识产权的使用者以及潜在使用者更为有利。前者大多为工业国，而后者则以诸多不发达国家为典型。因此，对于不同发展阶段的国家来说，需要在国际法框架下结合自己的发展目标来确定具体的反垄断执法政策。为此，联合国贸发会议秘书处在 2008 年 5 月 12 日发布了《竞争政策与知识产权行使》的报告。相对于那些发达国家和地区发布的执法指南而言，该报告反映了在这一领域的更广泛的情况，特别是反映了发展中国家在一些问题上的不同看法，相关的分析也考虑到了不同国家经济发展差异的因素，并提醒相关要注意的问题。这是值得我国在制定知识产权领域的反垄断执法指南时加以注意的，尤其要考虑到我国目前的技术创新能力还比较低、主要作为技术输入国的情况，这使得我国有必要借助知识产权领域的反垄断执法对跨国公司等技术输出方的滥用知识产权行为进行相对较为严格的规制，以作为对发达国家不断将高水平甚至超 TRIPs 的知识产权保护要求强加于发展中国家的一种回应。因此，我国在制定指南时完全可以有我们自己的立场和做法，不必受制于某些国家的某个具体看法和做法。”

客观地将，王先林老师的观点有相当的代表性，但值得商榷。我国的确在许多方面严重依赖由外国企业、组织和个人拥有的技术专利、商业秘密、软件著作

权及商标等。但是我国同时也在以令举世震惊的速度发展成为一个知识产权大国。虽然还不是创新强国，但需要有一种“强国”心态和视野，而非“穷国”心态和“弱国”眼界，另外也需要考虑到知识产权还包括著作权和设计中医药值得保护的其他类型知识产权。换言之，只有严格地保护知识产权，尊重知识产权在市场经济中自行发展与交易的规律，减少为了偏袒国内知识产权积累较弱又没有善意进行授权谈判的企业，才能够更多地鼓励中国企业和个人自己进行创新或参与国际创新合作机制。反之，袒护那些所谓的弱小企业、山寨企业，只会让他们占去有意愿拓展海外市场但必须因此而在国际上按照惯常地谈判规制协商与缴纳知识产权授权费用的企业，反而在中国市场无法取得优势，例如华为的手机业务。

财经网记者王真、谢丽容的报道《[迎战手机专利短板](#)》将商务部附条件批准微软收购诺基亚案比喻为“中国式自卫”，并披露：

“截至目前，中国仅华为公司一家向诺基亚支付了专利费。全球智能手机业务相关的企业中，只有 20% 没有跟诺基亚签署相关专利的授权，而这 20% 的公司，几乎都在中国。”

而这大概也正是华为手机在海外市场可以盈利，而在中国市场却面临亏损的原因之一。商务部到底保护了谁的利益，又损害了谁的利益？在处理联想从谷歌手中收购摩托罗拉案时，是否也须一视同仁地附加这样的限制性条件呢？在审查联想收购 IBM 的 x86 服务器案，又为何没有做出类似于商务部对微软收购诺基亚手机业务、默克收购安智案那样苛刻的限制性条件呢？

在参考和移植外国竞争法立法例与实践经验时，笔者也支持选择“就搞不就低、就严不就宽”的思路，强化《反垄断法》在我国市场的规制力度，从而提升我国反垄断执法机构和司法判决在国际竞争政策发展、合作、竞争与融合进程中的话语权和执行力。但是，笔者反对一切出于保护主义目的或立场袒护或关照本国企业，歧视性地、有选择性地重点针对外国企业适用《反垄断法》的做法。涉及知识产权的反垄断法适用，在根本上仍旧是为了保护有效竞争，而不是以“反垄断执法机构的手”代替“市场的手”，参与到市场主体间的利益博弈中去。保障涉及中国市场在内的各个相关市场可持续的有效竞争，最终必然会有利于中国市场的效率提升，从而惠及中国劳动者、消费者和投资者。反之，任何在国际交往中被用来作为保护主义工具的规则或先例，最终不仅会扭曲市场竞争，更会被游说者用来在其他个案中服务于地方保护主义、或者特定利益格局，进而使《反垄断法》背离其初衷。

综上，考虑到存在对保护“公平竞争”，还是“有效竞争”或者“自由竞争”的分歧，所以[征求意见稿](#)第一条折衷地选择了“保护竞争”，把争议留给了时间和实践。这样的做法并不可取，也没有积极的意义。因而，笔者建议删除这样的表述，仅提及“依据《反垄断法》制定本规定”即可，不必在没有决心和准备解决前述分歧之时，让争议淡化地重现。

2. 建议删除“激励创新”

《反垄断法》的核心目标是预防和制止限制竞争行为，而非积极地去“促进创新和竞争”。执法机关在适用《反垄断法》时应符合比例原则，仅以预防和制止限制竞争行为为限，无权进一步强迫经营者执行其“促进竞争”的要求，不合比例地干预私权利，尤其是知识产权的行使。

《反垄断法》的全面有效落实自然而然会使有效竞争的市场能够起到“激励创新”的作用，但执法者和法院不能以此为目的和尺度去执行《反垄断法》和执法机构自行颁布的部门规章。

3. 建议补充“经营者、行业协会、行政机关及管理公共事务的组织”

《反垄断法》的适用对象并非仅仅是经营者，还有行业协会、行政机关及管理公共事务的组织。不排除存在行政机关及管理公共事务的组织迫使经营者或行业协会从事违反《反垄断法》的行为或为其提供便利，或制定相关规定，或直接从事其他涉及知识产权的滥用行政权力限制竞争行为，如对特定著作权产品、基于特定技术专利生产的产品进行指定交易或地方封锁。对于这些，工商系统依据“三定方案”是有管辖权的，并且显然应当优先进行规制。

4. 建议全文放弃“滥用知识产权”这一有争议的术语

“滥用知识产权”是一个非常容易引发歧义的术语，不科学。在《反垄断法》中虽然出现了这一术语，但考虑避免可能的歧义，所以建议从【征求意见稿】中彻底删除，且最好也不出现在标题中。标题可以改为《有关涉及知识产权的法律行为适用反垄断法的规定》或《有关涉及知识产权的反垄断法适用的规定》。

有关“滥用知识产权”可能引发的歧义，同济大学张伟君老师已经有过透彻的分析（例如“[关于《反垄断法》草案的一点思考（一）](#)”、“[反垄断法将给知识产权带来什么？](#)”），也部分得到王先林老师的认同，参见《[我国反垄断法适用于知识产权领域的再思考](#)》。

5. 删除“排除、限制竞争”

“排除、限制竞争”是《反垄断法》的核心概念，口袋概念，一个至今没有厘清的概念，而且在《反垄断法》第二、三、四章有着不同的解读和适用。笔者

曾就中欧限制竞争协议规制领域的限制竞争概念理解的契合撰文，参见《[中欧垄断协议规制对限制竞争的理解](#)》。而在企业合并控制，即经营者集中反垄断法审查中，至今还没有对“排除、限制竞争”形成统一、连续、明确的实体法解释和适用尺度，参见拙文《[商务部“阻击”国际航运巨头反映了什么？](#)》。

这里必须要考虑到的是：《反垄断法》第十五条对垄断协议的规制存在不同层次的豁免禁止规定，第17条则允许市场支配企业对涉嫌滥用行为提出合理性抗辩，而在经营者集中反垄断审查领域，也存在利弊权衡和公共利益抗辩的可能。换言之，并非是所有“排除、限制竞争”的行为，都一定是要预防和制止的。在这一点上，如果征求意见稿不能明确作出阐释，廓清适用尺度，那么最好避免适用这样的表述，尤其是避免放在总则部分的条款中去，而是具体结合《反垄断法》第二、三、四章在涉及知识产权的法律行为适用时，根据具体语境加以适用。

6. 建议增加：“涉及知识产权的民事行为违反《反垄断法》”

征求意见稿始终使用的是“行使知识产权行为”。笔者认为，这样的表述不够恰当。因为该【征求意见稿第十五条】也规制了具有市场支配地位的经营者不得在其知识产权期限已经届满或者无效的情况下，或者在他人已经提供不构成知识产权侵权充分证据的情况下，滥发侵权警告函，以排除、限制相关市场的竞争。

那么，这里涉及的其实不是行使知识产权行为，而只能说是涉及到了知识产权，类似的情况尤其可能出现在涉及技术专利、实用新型和包装设计专利、商标保护期限届满或无效的情况，也不排除会涉及到著作权的保护与人格权保护存在交叉的情况下。

而对于【征求意见稿第十五条】，笔者认为这更主要属于知识产权法应当规制的行为，应当优先考虑适用知识产权法来进行规制，除非是所涉相关知识产权本身构成市场进入的必要条件，且确实造成危害严重地限制有效竞争时，参见尹雪萍老师：《[论〈欧盟运行条约〉第102条在知识产权领域的扩大适用](#)》。但总体而言，【征求意见稿第十五条】的争议在中外知识产权界都会比较大，不建议作为成文法予以规定。且【征求意见稿第十五条】的规定本身有缺陷，没有明确把所涉相关知识产权本身构成市场进入的必要条件，作为核心构成要件，又再套用“以排除、限制相关市场的竞争”这一口袋标准，非常不利于法律适用的安定性和可预见性（另参见【修改理由71、72】）。

即便删【征求意见稿第十五条】，也仍建议选用“涉及知识产权的法律行为”，放弃使用“行使知识产权行为”这一术语，以免过窄地解释，导致法律适用可能在将来出现死角，尤其是在涉嫌滥用行政权力限制竞争时，行政机关和管理公共事务的组织往往不会直接“行使知识产权行为”，但却会借助“涉及知识产权的

法律行为”来限制竞争，例如指定采购特定技术专利开发的药品，或限制特定技术标准的市场进入许可与区域，例如工信部对电信 4G 通讯技术的 FDD-LTE 标准设置了许可限制，这本身就是一种限制竞争行为。

7. 建议增加：“制定本规定以细化《反垄断法》现有规则，引导经营者、行业协会、行政机关及管理公共事务的组织在从事涉及知识产权的法律行为时进行合规”

王先林老师在《[我国反垄断法适用于知识产权领域的再思考](#)》中提及：

“适度的原则性有利于指南适应不断出现的新情况，增强指南的稳定性和生命力，留给执法机构一定执法空间。较强的可操作性有利于提高执法机构执法的效率，增强经营者的可预期性，能有效引导经营者的竞争行为。”

笔者认为上述意见是自相矛盾的，更多是倾向于执法者。

首先，当法律规定原则性越强，越模糊，执法者自由裁量权越大，并不等于就有可操作性，也未必会提高执法效率。试问，《反垄断法》第五十五条：

“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。”

倒是原则性很强，但至今，工商系统是否因为其具有原则性强的优点而觉得它“较强的可操作性有利于提高执法机构执法的效率”呢？又是否因此而“增强经营者的可预期性，能有效引导经营者的竞争行为”呢？很显然《反垄断法》第五十五条并非适度的原则性，而是太宽泛了，成为了空洞的宣誓条款。相应地，什么样的规定才叫适度的原则性呢？很难界定。适度是一个价值判断还是美学判断呢？或许更多是要考虑出发点或本位立场。

《反垄断法》第一条的立法目的中将预防垄断行为放在制止垄断行为之前，不是偶然的。预防的成本，对于企业和社会而言，更低（另参考【修改理由 56】）。制止违法行为的成本，对企业、执法者和社会，更高。

《反垄断法》配套规则的基本出发点，一如欧盟竞争法许多配套条例和指南所要实现的目的，应当为提高法律适用的确定性和合理预期，引导企业合规地开展经营活动，行政机关和管理公共事务的组织也同样合规地行使行政权力。

(二) **第二条【知识产权法与反垄断法关系】**

征求意见稿第二条原文

(8) 反垄断法与保护知识产权具有共同的目标，即促进创新和竞争，提高效率，维护消费者利益和社会公共利益。

(9) 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》。

修改建议：

建议重新起草

这一条与笔者看到的《关于知识产权领域反垄断执法的指南（草案第五稿）》的第二条是一样的。笔者曾在 2012 年向工商总局反馈对该第五稿的意见时建议删除该条，重新起草，并提供了推荐的版本。很显然，笔者的建议未被采纳。笔者仍建议将**征求意见稿**第二条删掉，重新起草。

修订版：

第二条 【《反垄断法》与有关知识产权的法律、行政法规规定的关系】

第一款 由于《反垄断法》不保护基于违法行为的市场竞争，因此，如果经营者行为本身涉嫌违反有关知识产权的法律、行政法规规定，则优先适用这些法律法规。

第二款 (10) 依照有关知识产权的法律、行政法规规定，经营者合理（既合目的又合比例）地通过发布警告函、禁令、起诉、联合抵制或运用其自身市场支配地位抵制（统称为“抵制行为”）侵犯知识产权的行为，或其它违反有关知识产权的法律、行政法规规定的行为，不适用《反垄断法》；但是，如果这些抵制行为本身，或者不合理地实施这些抵制行为，是以限制竞争为目的，或者要么具有限制竞争效果，要么具有滥用市场支配地位效果的，则应当适用《反垄断法》予以规范。

第三款 (11) 如果某一经营者在申请或延长专利保护或与知识产权保护相关的市场准入证书、牌照时提供了错误或误导性的信息，导致错误地授予、延长或变相延长专利或与知识产权保护相关的市场准入证书、牌照可能客观上严重限制有效竞争，则应当适用《反垄断法》予以规范。

第四款 (12) 经营者之间通过技术授权、合作研发协议中条款限制缔约人对被授权知识产权、研发中所涉及的重要知识产权、合作研发协议结束后产生的知识产权成果的有效性提出质疑，则这些条款构成《反垄断法》第十三条第二款意义上的垄断协议，应当适用《反垄断法》予以规范。

第五款 (13) 现有法律法规中，涉及知识产权授权、合作研发的规定中，与《反垄断法》适用发生交叉、冲突或竞合的，优先适用《反垄断法》。

修改理由：

【修订版】的第二条的设计分别针对的是：

- 符合知识产权法的行为，
- 知识产权的有效性毋庸置疑，但以保护知识产权为名，通过不合理的抵制行为限制竞争，
- 知识产权的有效性存疑，且借助错误或误导信息导致知识产权的授予或延长造成限制竞争，
- 限制缔约人质疑知识产权有效性，
- 与知识产权的有效性保护无涉时，仅涉及滥用契约自由严重限制有效竞争时（含专利埋伏一类契约缔结时的欺诈、恶意隐瞒等诚信问题），澄清有关知识产权授权、合作研发的已有规定与《反垄断法》适用的关系（过渡条款另行讨论）。

8. 建议删除【征求意见稿第二条第一款】

- [征求意见稿](#)第二条第一款是多余的概括，对反垄断法适用无直接帮助。
- [征求意见稿](#)第二条第一款涉嫌法律解释，工商总局至少对《专利法》、《著作权法》没有解释权限。
- 知识产权法涵盖广泛，其各自立法目的已经法定，且并非都以“促进创新和竞争，提高效率，维护消费者利益和社会公共利益”为目标，在相关知识产权法的具体法条适用时也往往不以促进竞争或维护消费者利益作为直接考量因素或构成要件。

对比《著作权法》第一条

为保护文学、艺术和科学作品作者的著作权，以及与著作权有关的权益，鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播，促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣，根据宪法制定本法。

对比《专利法》第一条

为了保护专利权人的合法权益，鼓励发明创造，推动发明创造的应用，提高创新能力，促进科学技术进步和经济社会发展，制定本法。

- 《反垄断法》的核心目标是预防和制止限制竞争行为，而非积极地去“促进创新和竞争”。执法机关在适用《反垄断法》时应符合比例原则，仅以预防和制止限制竞争行为为限，无权进一步要求经营者执行其“促进竞争”的要求，不合比例地干预私权利，尤其是知识产权的实现。

9. 建议删除【征求意见稿第二条第二款】

【[征求意见稿](#)第二条第二款】两句话前后矛盾。但这是《反垄断法》第五十五条固有的错误，不应再以讹传讹，而应在修改该法时修改，或者在本指南及其

他必要的配套规则中像前文【修订版第二条】那样作出澄清。

10. 增加：禁止不合理地对涉嫌侵害知识产权行为实施各种抵制行为

而【修订版第二条第三款】就一定程度上反映了奇虎诉腾讯涉嫌滥用市场支配地位案件所涉及的问题。该案也使得摒弃“滥用知识产权”这一笼统表述显得很有必要。

11. 增加：禁止通过在申请或延长专利或涉及知识产权的许可证、执照时提供错误的或误导性的信息，严重限制有效竞争

参考欧盟法院 2012 年 12 月 6 日对阿斯利康案二审判决 [CURIA - Documents](#)（英文版，可更改为其他欧盟官方语言阅读），以及欧盟委员会 2011 年终止调查的 [Boehringer](#) 案。

有关欧洲初审法院对阿斯利康案的一审判决的部分介绍，参见尹雪萍老师：《[论〈欧盟运行条约〉第 102 条在知识产权领域的扩大适用](#)》

值得一提的是，我国现有法律与欧美不同，对“延长新药上市后的专利保护期”尚无规定。但是，已经有全国人大代表在 2014 年两会期间提出通过修改法律来引入“延长新药上市后的专利保护期”的制度（参见周咏南、余勤、翁浩浩、廖小清：《[两会]延长创新药专利保护期》，原载《浙江日报》转载于人大网 http://www.npc.gov.cn/npc/dbdhhy/12_2/2014-03/12/content_1852561.htm）。

从欧盟在阿斯利康案的实践经验来，应当在本规章中前瞻地将延长专利保护期作为知识产权行使的形式之一加以规范。此外，也不能排除有经营者将其实用新型专利通过商标注册来加以双重保护。那么，在实用新型专利期结束后，通过继续延长相关商标权来排他地使用该项实用新型也就等于变相地延长了该项专利，并可以变相用于该项实用新型的许可协议。如果经营者基于该项实用新型所生产的产品在相关市场上已经构成市场支配地位，那么其在该项实用新型专利过期后，再通过商标权来变相延长保护期的做法也就应当受到本规章的规制。

12. 调整：将限制合作研发协议或知识产权授权协议缔约人质疑相关知识产权有效性的协议作为垄断协议进行规制，以及对“pay for delay”协议的定性

虽然【[征求意见稿](#)第十条第一款第二项】对滥用市场支配附加不合理条件、【[征求意见稿](#)第十二条第三款第四项】对质疑联营专利的有效性进行了规定，但仅仅限于具有市场支配地位的经营者或专利联营管理组织。然而，这类限制缔约

人质疑专利有效性的条款会普遍存在于合作研发协议和知识产权授权协议，从而实现限制缔约人质疑相关知识产权有效性，进而进一步不合理地、甚至不合法地维持排他的专利权或其他基于知识产权有效性的权益。这样的行为实际上是利用契约自由来妨碍知识产权法规实现其目的，但又属于往往无法被知识产权法律法规直接规制的措施，会因此导致一些本不该享有知识产权的经营者获得部分排他权利，进而限制竞争。对于这样的行为，无论是涉及处于竞争关系的经营者，还是非竞争关系的经营者，都应当依据《反垄断法》第十三条第二款，第十三条第一款第六项和第十四条第三项，作为垄断协议予以规制，且通常情况下不能适用《反垄断法》第十五条进行豁免禁止。

换言之，“限制合作研发协议或知识产权授权协议缔约人质疑相关知识产权有效性”本身可以归入《反垄断法》第十三条第一款第四项“限制开发新技术、新产品”。因为质疑有效性存在瑕疵的知识产权往往是借助其开发新技术或新产品的前提。“限制合作研发协议或知识产权授权协议缔约人质疑相关知识产权有效性”则往往会妨碍协议乙方开发与甲方存在竞争关系的技术或相关技术产品，进而会导致严重限制相关技术市场的有效竞争，且通常不能因此而带来效率提升，也不利于和消费者分享受益。

而对医药企业为继续排他地经营专利保护期到期的药物，而向其竞争对手支付一定补偿金的做法也同样属于“限制合作研发协议或知识产权授权协议缔约人质疑相关知识产权有效性”的行为，同样可以归入《反垄断法》第十三条第一款第四项，且由于必然会损害消费者利益，也无法适用《反垄断法》第十五条第二款，不能免于禁止。欧盟在最近几年的竞争法实践中，一直把这类限制竞争行为作为执法重点，也使欧洲消费者和保险公司、医疗机构直接得以受益。

所以，“为继续排他地经营保护期到期的知识产权，例如涉及医药行业的技术专利，而向其竞争对手支付一定补偿金”（pay for delay）与“限制合作研发协议或知识产权授权协议缔约人质疑相关知识产权有效性”都可以纳入【修订版第四条】，作为原则上禁止的行为。这两类行为，也同样可以作为《反垄断法》第十三条第一款第四项下禁止的行为，在本规章未予正是颁布之前就进行查处（参见【附录（二）在未修订和正式颁布【征求意见稿】前，工商系统依据现行《反垄断法》、《反不正当竞争法》已经可以查处的限制竞争行为和不正当竞争行为】）。

可能的存疑之处在于，对比欧盟的规定，是否应将【修订版第二条第四款】有关规制“限制缔约人质疑知识产权的有效性”的行为仅仅局限于在中国大陆地区依法享有知识产权的情况。笔者认为并不需要做出这样的限制。因为，不排

除这样的情况，即：争议知识产权，例如一项技术专利是在外国申请专利的，但专利授予前或之后，尚未来得及或者因为争议尚未能在中国大陆获得专利，但在实施合作研发或授权协议时，该项知识产权的有效性受到缔约一方，如中资企业的质疑，因而决定向该项专利申请过提出异议，或者反之，作为缔约一方的中资企业恰恰对某项技术专利在中国大陆地区的申请持有异议，而该项技术的持有者作为该技术在外国被授予专利权的权利人则希望通过缔结合作研发或授权协议，来换取该中资企业放弃在华对该项技术专利的申请提出异议。有鉴于此，笔者更建议不对争议知识产权是否已经在我国受到保护作出限制。这样的立场与《对外贸易法》第三十条是一致的。

参考：

[中华人民共和国对外贸易法（主席令第十五号）第三十条](#)

知识产权权利人有阻止被许可人对许可合同中的知识产权的有效性提出质疑、进行强制性一揽子许可、在许可合同中规定排他性返授条件等行为之一，并危害对外贸易公平竞争秩序的，国务院对外贸易主管部门可以采取必要的措施消除危害。

[Commission Regulation \(EU\) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101\(3\) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements, TTBER, Article 5 \(1\) a](#)

Article 5

Excluded restrictions

1. The exemption provided for in Article 2 shall not apply to any of the following obligations contained in technology transfer agreements:

- b) any direct or indirect obligation on a party not to challenge the validity of intellectual property rights which the other party holds in the Union, without prejudice to the possibility, in the case of an exclusive licence, of providing for termination of the technology transfer agreement in the event that the licensee challenges the validity of any of the licensed technology rights.

[欧盟委员会 2010 年 12 月 14 日 \(EU\) 1217/2010 号关于《欧盟运作模式条约》第 101 条第 3 款对某些类型的研发协议的适用问题的条例\(与欧洲经济区相关的文本\) 第六条 a 项](#)

第六条 不适用豁免规则的限制条款

第二条的豁免规则不适用于研发协议中含有下列款：

- (a) 规定在 研发完成后不得质疑缔约方在**内部市场**上持有的与研发相关的知识产权和研发相关知识产权的效力，或者在研发协议届满后不得质疑缔约方在

内部市场上持有的保护研发成果的知识产权的效力的条款；本规则不影响规定在某一缔约方质疑该等知识产权的有效性时终止研发协议的权利。

13. 与知识产权的有效性及其保护无涉时，《反垄断法》作为新法优先适用于其他有关知识产权授权、合作研发的已有法律法规

笔者曾经在给《关于知识产权领域反垄断执法的指南（草案第五稿）》第二条提建议时，建议在第二条增加：“（1）“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，如果已经构成排除、限制竞争，或者将会促成排除、限制竞争的，应适用《反垄断法》予以规范。”

但是，笔者现在倾向于舍弃这样的表述。因为，这样的规定是不言自明，且无需重复的。正如笔者对《征求意见稿》第一条提建议时曾经明确，考虑到“排除、限制竞争”在《反垄断法》各章的理解和评价尺度可能不同，且实践中，尤其是商务部经营者集中反垄断审查实践，已经把“排除、限制竞争”变成了一个“口袋”要件，所以更倾向于避免重申这样的笼统的实体法要件，而是选择结合与《反垄断法》各章的对应条款适用语境，具体选择是否适用“排除、限制竞争”这样的表述，还是选择使用“严重限制竞争”或“严重限制有效竞争”。

相比之下，亟需在反垄断法配套规则中明确的是，《反垄断法》优先于那些旧法，尤其是在涉及知识产权许可协议与研发协议时。这些旧法尤其指代《合同法》第三百二十九条至第三百五十五条、第三百三十四条、《对外贸易法》第三十条、《技术进出口管理条例》第二十七条至第二十九条、《中外合资经营企业法实施条例》第四十三条。此外，还涉及到亟待修订的《著作权法》、《著作权集体管理条例》、《标准化法》。后者的修订在国务院2014年6月4日印发的《国务院关于促进市场公平竞争 维护市场正常秩序的若干意见》（十）中有提及，只可惜仅仅将视野局限在国家强制性标准体系的改革上，而未能拓展至企业自主制定的行业标准范畴。

《合同法（1999）》

第十八章 技术合同

第一节 一般规定

第三百二十二条 技术合同是当事人就技术开发、转让、咨询或者服务订立的确立相互之间权利和义务的合同。

第三百二十三条 订立技术合同，应当有利于科学技术的进步，加速科学技术成果的转化、应用和推广。

……

第三百二十九条 非法垄断技术、妨碍技术进步或者侵害他人技术成果的技术合同无效。

第二节 技术开发合同

第三百三十条 技术开发合同是指当事人之间就新技术、新产品、新工

艺或者新材料及其系统的研究开发所订立的合同。

技术开发合同包括委托开发合同和合作开发合同。

技术开发合同应当采用书面形式。

当事人之间就具有产业应用价值的科技成果实施转化订立的合同，参照技术开发合同的规定。

第三百三十一条 委托开发合同的委托人应当按照约定支付研究开发经费和报酬；提供技术资料、原始数据；完成协作事项；接受研究开发成果。

第三百三十二条 委托开发合同的研究开发人应当按照约定制定和实施研究开发计划；合理使用研究开发经费；按期完成研究开发工作，交付研究开发成果，提供有关的技术资料和必要的技术指导，帮助委托人掌握研究开发成果。

第三百三十三条 委托人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。

第三百三十四条 研究开发人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。

第三百三十五条 合作开发合同的当事人应当按照约定进行投资，包括以技术进行投资；分工参与研究开发工作；协作配合研究开发工作。

第三百三十六条 合作开发合同的当事人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。

第三百三十七条 因作为技术开发合同标的的技术已经由他人公开，致使技术开发合同的履行没有意义的，当事人可以解除合同。

第三百三十八条 在技术开发合同履行过程中，因出现无法克服的技术困难，致使研究开发失败或者部分失败的，该风险责任由当事人约定。没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，风险责任由当事人合理分担。

当事人一方发现前款规定的可能致使研究开发失败或者部分失败的情形时，应当及时通知另一方并采取适当措施减少损失。没有及时通知并采取适当措施，致使损失扩大的，应当就扩大的损失承担责任。

第三百三十九条 委托开发完成的发明创造，除当事人另有约定的以外，申请专利的权利属于研究开发人。研究开发人取得专利权的，委托人可以免费实施该专利。

研究开发人转让专利申请权的，委托人享有以同等条件优先受让的权利。

第三百四十条 合作开发完成的发明创造，除当事人另有约定的以外，申请专利的权利属于合作开发的当事人共有。当事人一方转让其共有的专利申请权的，其他各方享有以同等条件优先受让的权利。

合作开发的当事人一方声明放弃其共有的专利申请权的，可以由另一方单独申请或者由其他各方共同申请。申请人取得专利权的，放弃专利申请权的一方可以免费实施该专利。

合作开发的当事人一方不同意申请专利的，另一方或者其他各方不得申请专利。

第三百四十一条 委托开发或者合作开发完成的技术秘密成果的使用权、转让权以及利益的分配办法，由当事人约定。没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，当事人均有使用和转让的权利，但委托开发的研究开发人不得在向委托人交付研究开发成果之前，将研究开发成果转

让给第三人。

第三节 技术转让合同

第三百四十二条 技术转让合同包括专利权转让、专利申请权转让、技术秘密转让、专利实施许可合同。

技术转让合同应当采用书面形式。

第三百四十三条 技术转让合同可以约定让与人和受让人实施专利或者使用技术秘密的范围，但不得限制技术竞争和技术发展。

第三百四十四条 专利实施许可合同只在该专利权的存续期间内有效。专利权有效期限届满或者专利权被宣布无效的，专利权人不得就该专利与他人订立专利实施许可合同。

第三百四十五条 专利实施许可合同的让与人应当按照约定许可受让人实施专利，交付实施专利有关的技术资料，提供必要的技术指导。

第三百四十六条 专利实施许可合同的受让人应当按照约定实施专利，不得许可约定以外的第三人实施该专利；并按照约定支付使用费。

第三百四十七条 技术秘密转让合同的让与人应当按照约定提供技术资料，进行技术指导，保证技术的实用性、可靠性，承担保密义务。

第三百四十八条 技术秘密转让合同的受让人应当按照约定使用技术，支付使用费，承担保密义务。

第三百四十九条 技术转让合同的让与人应当保证自己是所提供的技术的合法拥有者，并保证所提供的技术完整、无误、有效，能够达到约定的目标。

第三百五十条 技术转让合同的受让人应当按照约定的范围和期限，对让与人提供的技术中尚未公开的秘密部分，承担保密义务。

第三百五十一条 让与人未按照约定转让技术的，应当返还部分或者全部使用费，并应当承担违约责任；实施专利或者使用技术秘密超越约定的范围的，违反约定擅自许可第三人实施该项专利或者使用该项技术秘密的，应当停止违约行为，承担违约责任；违反约定的保密义务的，应当承担违约责任。

第三百五十二条 受让人未按照约定支付使用费的，应当补交使用费并按照约定支付违约金；不补交使用费或者支付违约金的，应当停止实施专利或者使用技术秘密，交还技术资料，承担违约责任；实施专利或者使用技术秘密超越约定的范围的，未经让与人同意擅自许可第三人实施该专利或者使用该技术秘密的，应当停止违约行为，承担违约责任；违反约定的保密义务的，应当承担违约责任。

第三百五十三条 受让人按照约定实施专利、使用技术秘密侵害他人合法权益的，由让与人承担责任，但当事人另有约定的除外。

第三百五十四条 当事人可以按照互利的原则，在技术转让合同中约定实施专利、使用技术秘密后续改进的技术成果分享办法。没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，一方后续改进的技术成果，其他各方无权分享。

第三百五十五条 法律、行政法规对技术进出口合同或者专利、专利申请合同另有规定的，依照其规定。

第三十条 知识产权权利人有阻止被许可人对许可合同中的知识产权的有效性提出质疑、进行强制性一揽子许可、在许可合同中规定排他性返授条件等行为之一，并危害对外贸易公平竞争秩序的，国务院对外贸易主管部门可以采取必要的措施消除危害。

《技术进出口管理条例》（2001）中华人民共和国国务院令（第331号）

第二十七条 在技术进口合同有效期内，改进技术的成果属于改进方。

第二十八条 技术进口合同期满后，技术让与人和受让人可以依照公平合理的原则，就技术的继续使用进行协商。

第二十九条 技术进口合同中，不得含有下列限制性条款：

一要求受让人接受并非技术进口必不可少的附带条件，包括购买非必需的技术、原材料、产品、设备或者服务；

二要求受让人为专利权有效期限届满或者专利权被宣布无效的技术支付使用费或者承担相关义务；

三限制受让人改进让与人提供的技术或者限制受让人使用所改进的技术；

四限制受让人从其他来源获得与让与人提供的技术类似的技术或者与其竞争的技术；

五不合理地限制受让人购买原材料、零部件、产品或者设备的渠道或者来源；

六不合理地限制受让人产品的生产数量、品种或者销售价格。

七不合理地限制受让人利用进口的技术生产产品的出口渠道。

《中外合资经营企业法实施条例》

（1983年9月20日发布，根据2011年1月8日《国务院关于废止和修改部分行政法规的决定》第四次修订）

第四十三条 合营企业订立的技术转让协议，应当报审批机构批准。

技术转让协议必须符合下列规定：

（一）技术使用费应当公平合理；

（二）除双方另有协议外，技术输出方不得限制技术输入方出口其产品的地区、数量和价格；

（三）技术转让协议的期限一般不超过10年；

（四）技术转让协议期满后，技术输入方有权继续使用该项技术；

（五）订立技术转让协议双方，相互交换改进技术的条件应当对等；

（六）技术输入方有权按自己认为合适的来源购买需要的机器设备、零部件和原材料；

（七）不得含有为中国的法律、法规所禁止的不合理的限制性条款。

(三) 第三条

[第三条第一款【术语解释】](#)

[征求意见稿第三条第一款原文](#)

第三条

(14) 本规定所称经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织。其中，商品、服务包括技术。

修改建议：

建议整体删除[征求意见稿](#)第三条第一款。

修订版：无

修改理由：

14. [征求意见稿](#)第三条第一款表述含混，不利于法律适用，应考虑另行补充

[如果征求意见稿](#)第三条第一款仅旨在重申商品、服务包括技术，那么笔者认为该款最好删除。因为，究竟“技术”是指哪一类知识产权，到底是属于商品还是服务，没有说清，对个案《反垄断法》适用也没有直接的意义。《反垄断法》第十二条第一款对经营者的界定并不需要这样的补充，更何况其根本无法涵盖非技术的著作权也作为商品进入市场流通或成为合同标的的情况。

对比欧盟的相关规定，

[欧盟委员会 2010 年 12 月 14 日 \(EU\) 1217/2010 号关于《欧盟运作模式条约》第 101 条第 3 款对某些类型的研发协议的适用问题的条例\(与欧洲经济区相关的文本\) 第一条](#)

第一条 定义

1. 在本条例中，适用下列定义：

(a) “研发协议”指两个或更多缔约方订立的有关从事下列活动的条件的协议：

(i) 联合研发合同产品或合同技术并联合开发研发成果；

(ii) 联合开发根据相同缔约方以往的协议开展的合同产品或合同技术的研发的成果；

(iii) 联合研发合同产品或合同技术，但不联合开发其成果；

(iv) 付费研发合同产品或合同技术并联合开发该研发的成果；

(v) 根据相同缔约方以往的协议联合开发付费研发的合同产品或合同技术的成果，或者

(vi) 付费研发合同产品或合同技术，但不联合开发其成果；

(b) “协议”指经营者协会的协议、决定或者指协同行为；

(c) “研发”指获取关于产品、技术或方法的专有技术和进行理论分析、系统性研究或试验（包括产品或方法的试验性生产、技术测试）、建立必要设施以及获得成果的知识产权；

(d) “产品”指商品或服务，既包括中间产品或服务也包括最终产品或服务；
(e) “合同技术”指因联合研发而形成技术或方法；
(f) “合同产品”指因联合开发而产生的或者应用合同技术制造或提供的产品；

(g) “成果开发”指合同产品的生产或分销，合同技术的应用，知识产权的转让或许可，或者进行上述生产所必须的专有技术的交流；

(h) “知识产权”指包括工业产权、版权和邻接权在内的知识产权；

(i) “专有技术”指供应方通过经验和测试获得的一揽子非专利性实用信息，具有秘密性、实质性的和已确认性：这里的“秘密性”指该专有技术不是众所周知或者容易取得的；“实质性”指该专有技术对于买方使用、销售或者转售合同商品或服务来说是重要且有用的；“已确认性”指该专有技术被以足够全面的方式进行描述，以便确认其满足秘密性和实质性的标准；

(j) 就专有技术而言，“秘密性”指该专有技术不是众所周知或者容易取得的；

(k) 就专有技术而言，“实质性”指该专有技术对于生产合同产品或应用合同技术来说是重要且有用的；

(l) 就专有技术而言，“已确认性”指该专有技术被以足够全面的方式进行描述，以便确认其满足秘密性和实质性的标准；

(m) 就根据研发协议而开展的活动而言，“联合”指相关工作具有以下特征的活动：

(i) 由联合团队、组织或经营者开展；

(ii) 被联合委托给第三方；或者

(iii) 通过研发或开发方面的专业分工在缔约方之间分配；

(n) “研发方面的专业分工”指每个缔约方都参与研发协议范围内的研发活动，并且以它们认为最适当的方式分配研发工作；这里不包括付费研发的情形；

(o) “开发方面的专业分工”指缔约方之间分配生产或分销等具体任务，或彼此设置关于成果的开发的限制条件，如关于具体地域、顾客或使用领域的限制条件；这里包括只有一方根据其他各方授予的独家许可从事生产或分销的情形；

(p) “付费研发”指一方负责研发，另一方提供资金的情形；

(q) “出资方”指为研发提供资金，但本身并不进行任何研发活动的缔约方；

(r) “竞争经营者”指实际或潜在的竞争者；

(s) “实际竞争者”指在相关地理市场上提供能够被合同产品或合同技术改进、替代或取代的产品、技术或方法的经营者；

(t) “潜在竞争者”指在不存在研发协议情况下，如果相对价格发生小幅但长期性的上涨，将会有现实的理由而不仅是理论上的可能，在不超过三年时间内投入必要的追加投资或者其他必要转移成本，从而在相关地理市场上提供能够被合同产品或合同技术改进、替代或取代的产品、技术或方法的经营者；

(u) “相关产品市场”指能够被合同产品改进、替代或取代的产品的相关市场；

(v) “相关技术市场”指能够被合同技术改进、替代或取代的技术或方法的相关市场。

2. 在本条例中，“经营者”和“缔约方”包括其各自的关联经营者。

在本条例中，“经营者”、“供应方”和“买方”包括其各自的关联经营者。

“关联经营者”指：

(a) 研发协议缔约方可以对其直接或间接行使下列权利的经营者：

(i) 有权行使其超过半数表决权，

(ii) 有权任命其监事会、管理委员会或者法定代表机构超过半数成员，或者

(iii) 有权管理其事务；

(b) 对研发协议缔约方直接或间接享有(a)项权利或权力的经营者；

(c) (b)项中所说的经营者对其直接或间接享有(a)项权利或权力的经营者；

(d) 研发协议缔约方与(a)、(b)或(c)项中所说的一个或几个经营者共同或者后者中两个或更多经营者共同对其享有(a)项权利或权力的经营者；

(e) 其(a)项权利或权力被以下主体共同持有的经营者：

(i) 研发协议缔约方或者其各自(a)至(d)项关联经营者，或者

(ii) 研发协议的一个或几个缔约方或者其(a)至(d)项关联经营者与一个或几个第三方。

《欧盟委员会第 316/2014 号条例》() [第 1 条 \(略\)](#)

14.1. 本规章有待解释的术语

笔者认为更有意义的是：明确【[征求意见稿](#)】中对下列术语进行法定定义，包括但不限于：

- 被规定所指知识产权的外延、
- 商业秘密/非专利技术、
- 技术、
- 协议产品、
- 研发、
- 研发协议、
- 研发成果、
- 许可、
- 许可协议、
- 关联企业、
- 竞争者、
- 潜在竞争者、
- 交叉许可与一般许可、
- 处于竞争关系的知识产权与互补性的知识产权、
- 相关技术产品市场、
- 相关技术市场。

这些术语的界定对于《反垄断法》适用实践而言是不可回避的，即便不在配套规则中出现，也应当在适用说明或起草说明中加以解释，以便执法者、经营者理解和适用，避免分歧。

14.2. 本规章的规制范畴及“知识产权”的限定

笔者建议，将本规章仅仅局限于技术类知识产权，包括软件著作权，暂不直

接涉及商标、软件著作权以为的其他著作权。另参见【征求意见稿第3条第3款】中的【修改理由17】。

对于【征求意见稿第十四条】对著作权集体管理的规定，可以考虑部分转入亟待修订的《著作权法》、《著作权集体管理条例》，部分在实践中通过适用《反垄断法》第十七条的一般规则确立规制范例。这样可以使本规章的规制重点更集中于对技术类知识产权进行规制，并为涉及著作权的垄断协议和滥用市场支配地位行为的个案规制提供参考。如果保留【征求意见稿第十四条】，则建议对其进行完善，参见【修改理由66至70】

除软件著作权以外，如果工商总局决定保留本规章对涉及其他各类著作权的限制竞争行为都予以规制，那么建议一方面参考《欧盟委员会第316/2014号条例》（[Commission Regulation \(EU\) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101\(3\) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements, TTBER](#)）第1条第1款b项对“技术权利”的界定，即：

“技术权利”是指非专利技术（Know-how），下列知识产权或者它们的组合，包括申请授予或注册的下列权利：

- i) 专利，
- ii) 实用新型
- iii) 集成电路布图设计权
- iv) 药物的补充保护证明或能够颁发给其他产品的补充保护证明
- v) 植物新品种权
- vi) 软件著作权

另一方面，补充强调其他类型著作权也属于本规章所指知识产权范畴，亦即：

“本规章所指‘知识产权’包括：著作权、非技术专利，（Know-how），下列知识产权或者它们的组合，包括申请授予或注册的下列权利：

- i) 专利，
- ii) 实用新型
- iii) 集成电路布图设计权
- iv) 药物的补充保护证明或能够颁发给其他产品的补充保护证明
- v) 植物新品种权。

涉及商标权利的《反垄断法》适用问题从该法一般规定。”

14.3. 【行使知识产权行为】的界定

笔者建议将规定中反复提及的【行使知识产权行为】进行明确的罗列，例如：

“本规章所指‘行使知识产权行为’ / ‘涉及知识产权的法律行为’包括：
专利或许可证的申请、延期或变相延期、
保护知识产权不受侵犯的行为、
质疑知识产权有效性的行为、
合作研发、
许可协议（含转让，以及排他许可乙方后，甲乙双方都承诺不使用许可协议标的技术的情况）、

涉及知识产权的标准化协议。”

就此，可笔者在对【征求意见稿第2条、第3条第2款】的【修改理由15.2】中也有所阐述。

第三条第二款 【滥用知识产权排除、限制竞争行为的界定】

征求意见稿第三条第二款原文

(15) 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》**和**其他有关知识产权的法律、行政法规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。

修改建议：

建议整体删除**征求意见稿**第三条第二款。

修订版：**【修订版第二条】**足以取而代之。

修改理由：

15. 征求意见稿第三条第二款内在逻辑混乱，会导致误解，且没能抽象地概括各种涉及知识产权的反垄断法适用情况

15.1. 征求意见稿第三条第二款内在逻辑问题

由于《反垄断法》第五十五条设计的逻辑本身就有问题，“滥用知识产权排除、限制竞争的行为”表述存在争议，因此不建议再对其予以重申和定义，以免在实践中导致不必要的误解，减少因各种误解导致的执法难度、执法与司法在对争议概念理解上的分歧。

征求意见稿第三条第二款这样的抽象概括本身是非常困难的。相比之下，更适宜以不穷尽列举的方式予以说明。类似的说明，笔者在**【修订版】**第二条中已提出，供起草者参考，具体理由陈述如下：

征求意见稿第三条第二款：

“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》**和**其他有关知识产权的法律、行政法规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。”

这里提及的“和”意味着，经营者必须既违反《反垄断法》，又违反有关知识产权的法律、行政法规的规定，才属于“滥用知识产权排除、限制竞争行为”。

而这就意味着：那些虽然符合有关知识产权的法律、行政法规规定，但违反《反垄断法》的行为，反倒不属于“滥用知识产权排除、限制竞争行为”了。如果把“和”改成“或”，那么不违反《反垄断法》但违“其他知识产权法”的行为难道可以依据《反垄断法》的配套规则来规制吗？可见无论是“和”还是“或”都显然与《反垄断法》第五十五条中的但书逻辑相悖。

《反垄断法》第五十五条

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。

《反垄断法》第五十五条后段但书强调的是对前段的限制，即：即便是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，如果排除、限制竞争，也适用本法。

其实，无论是《反垄断法》[第五十五条](#)引发的争议，还是[征求意见稿](#)第三条第二款中显而易见的逻辑错误，归根结底是没能够通过归纳，厘清涉及知识产权的反垄断法适用案例的归类与彼此之间的逻辑关系。对此，笔者在【[征求意见稿](#)第二条】的【[修改理由 9 至 12](#)】中谈及了。

15.2. 对行使知识产权的分类

首先，要厘清何所谓“行使知识产权”。知识产权是基于法律规定、受相关法律保护的一种排他权利，是对世权。而所谓的行使知识产权，倘若暂不考虑其与人格权、民商法中的抵押与注资行为联系起来的话，那么可以简单地分为：关涉知识产权有效性的单边行为，以及关涉知识产权研发与许可的契约行为。

15.2.1 关涉知识产权有效性的单边行为

15.2.1.1. 不合目的或不合比例的维权行为

倘若笼统地讲，涉及到专利的知识产权，会涉及到申请专利、延长专利保护、质疑他人专利、对自己受法律保护的专利权主张法律或自力救济的权利。类似的，著作权和商业秘密也受到法律保护，也会涉及到法定保护前提是否满足的问题，亦即确立或质疑它们各自所享受的知识产权的有效性的行为。**这些确立或质疑知识产权的有效性的行为、保护知识产权不受非法侵害的行为，都是单边行为。**这其中，不排除存在虽不违反相关知识产权法，但由于经营者即相关知识产权的所有者在相关技术市场或产品市场具有市场支配地位，所以会因为不合目的或不合比例地行使这些单边行为，**违反《反垄断法》**。例如通过向法院申请禁令来迫使已实施标准必要专利的潜在专利被授权人接受不合理的许可协议条件，或者恶意地对已实施标准必要专利的潜在专利被授权人提出不合理的许可条件并辅之以向法院申请禁令来妨碍潜在专利被授权人进入相关市场的行为，应当根据不合理的许可条件的属性，如（虽能承受但显失公平的剥削性）过高定价、以（经济上不能承受的）过高定价变相拒绝、歧视性或搭售等其他不合理条件，视为违反《反垄断法》第十七条第一款第一项、第三项、第五项、或第六项（广东高院/国家发改委处理华为/IDC 案，欧盟处理的摩托罗拉/苹果，三星/苹果案）。

《反垄断法》第十七条

禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为：

（一）以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品；

.....

(三) 没有正当理由, 拒绝与交易相对人进行交易;

.....

(五) 没有正当理由搭售商品, 或者在交易时附加其他不合理的交易条件;

(六) 没有正当理由, 对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇;

15.2.1.2. 申请或延长专利保护或与知识产权保护相关的市场准入证书、牌照时提供了错误或误导性的信息

不排除存在本身违反知识产权法的行为, 例如明知不符合专利授予条件或延长、变相延长保护期条件, 但仍提供错误的或有误导性的材料申请专利保护, 以至于可能出现既违反知识产权法律法规, 又客观上严重限制有效竞争的情况(欧盟阿斯利康案、[Boehringer](#)案)。这类型为业同样可以在相关知识产权或技术产品在相关技术市场或产品市场构成市场支配地位时, 适用《反垄断法》第十七条第一款第一条第四项进行规制。

15.2.1.3. 拒绝许可或雪藏特定自有知识产权

另一种可能引发严重限制有效竞争之虞的单边行为是拒绝向自己潜在的竞争对手授予自有知识产权许可。这本身是知识产权人自身的权利, 也是技术专利、技术秘密领域常见的现象。但是, 当相关知识产权构成“必要设施”时, 则在一定条件可能导致严重限制相关下游产品市场、相邻技术或产品市场的有效竞争。对于构成“必要设施”的知识产权, 其权利人拒绝向他人提供许可的单边行为, 实际上可以直接适用《反垄断法》第十七条第一款第一条第三项进行规制。(另参见【修改理由 25; 26; 27】)

《反垄断法》第十七条

禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为:

.....

(四) 没有正当理由, 限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易;

【征求意见稿第七条】对此有所规定, 但存在一些不足, 参见【修改理由 26、27】及【修订版第七条】。

作为拒绝向他人发放许可的另一种极端情况是, 知识产权人自己不使用某项知识产权, 同时也不允许他人使用该项知识产权, 即雪藏特定自有知识产权行为。对于这种极端情况, 如果被雪藏的知识产权同样构成“关键设施”, 或者构成继续研发与被雪藏知识产权权利人的其他技术专利或技术产品存在竞争关系的技术或产品而言构成不可或缺的前提时, 那么也同样可能涉及到严重限制有效竞争。同样, 这种极端情况也可以适用《反垄断法》第十七条第一款第一条第四项进行规制, 如果被雪藏的知识产权会构成“必要设施”, 而对其的雪藏并导致需求方只能选择该知识产权所有人的其他替代知识产权或基于其替代知识产权生产的技术产品的话。

15.2.1.4. 上述三类行为与现行《反垄断法》的适用

对于上述三类行为，因为属于单边行为，因而只能适用禁止滥用市场支配地位的规定，针对个案中，进行规制，很难制定好统一、抽象的规则来规范。

适用《反垄断法》第十七条第一款第一条第四项规制

即便【征求意见稿】未颁行，上述三类行为均可以适用现行《反垄断法》第十七条直接进行规制，因而可以纳入【附录(二)：在正式颁布《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》前，工商系统依据现行《反垄断法》、《反不正当竞争法》已经可以查处的限制竞争行为和不正当竞争行为】

15.2.2. 关涉知识产权研发与许可的契约行为

除了上述更应主要受知识产权法来规制，仅在极个别的情况下，在构成滥用市场支配地位时，才依据《反垄断法》干预的单边行为外，实践中更多涉及反垄断法适用的情况是合作研发协议和知识产权许可协议。它们可能通过所谓的“滥用契约自由”，在相关技术市场、相关产品市场限制竞争，从而违反《反垄断法》。对此，建议参考欧盟委员会 2014 年修订的《技术转让协议适用〈欧盟运行条约〉》的第 316/2014 号条例》序言中的说明，其适用指南中的相关说明，以及其《关于〈欧盟运作模式条约〉第 101 条第 3 款对某些类型的研发协议的适用问题的第 1217/2010 号条例》序言中的说明。在此不再逐一转述。

不排除可以通过协议予以限制特定单边行为实行的情况，例如排他性返授被改进的知识产权，或者限制质疑被许可专利有效性的情况。但这些都是通过协议形式实现的，本质上还是通过双边或多边契约来限制经营者的自由，并很可能因此而限制相关市场上的有效竞争。

此外，更为广泛存在的是基于有效的知识产权进行产品生产或服务贸易分工合作方面的约定。这些都涉及知识产权，但它们之所以可能导致限制相关市场上的有效竞争，并非是由于知识产权的属性，而是相关知识产权许可协议存在限制有效竞争的条款。

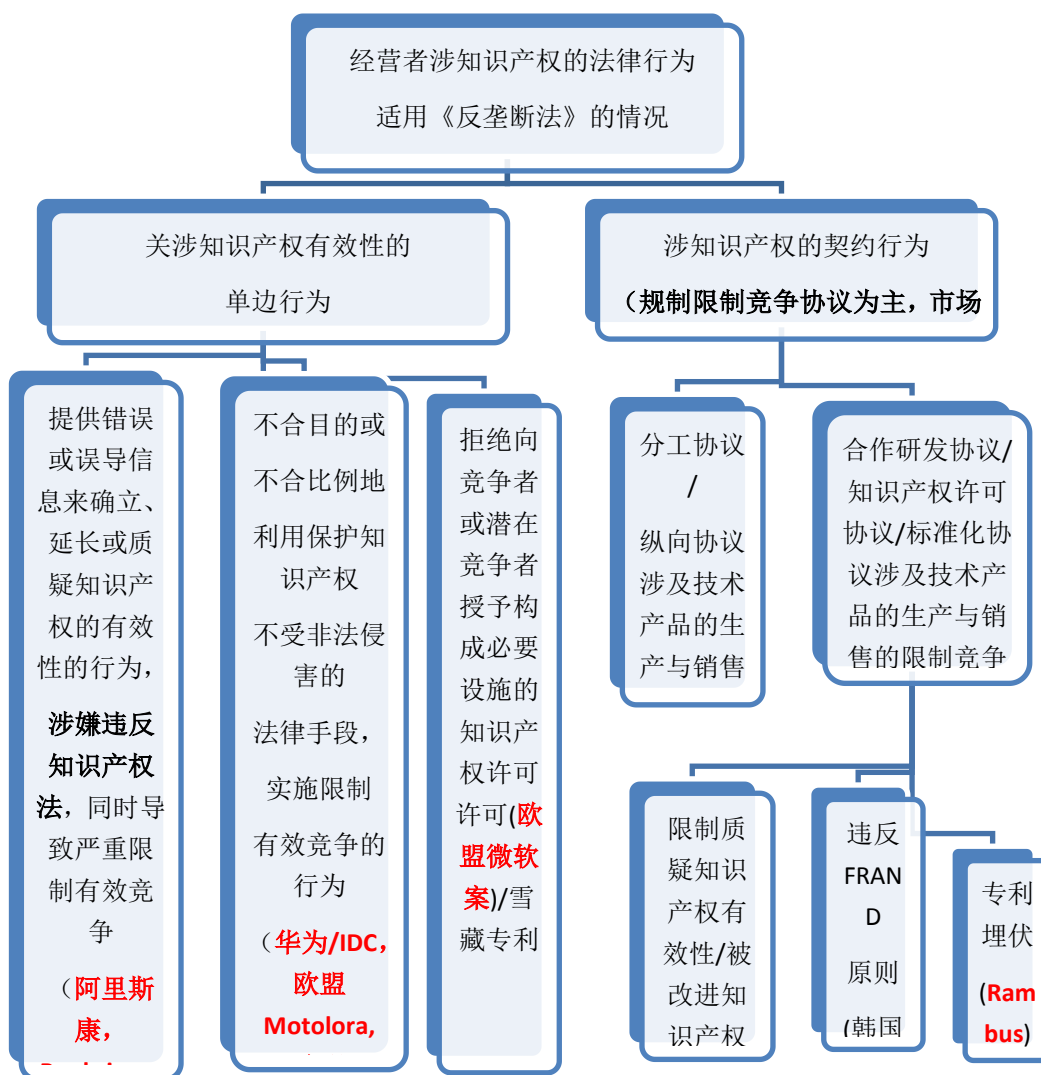
对于上述三大类行为都是基于“滥用契约自由”实现的，因此，法律规制的重点也就更应落在对垄断协议的规制上。也已经在我国《合同法》等法律法规中规范，并需要厘清它们与《反垄断法》的关系。而规制好了合作研发协议、知识产权许可协议、分工生产协议和纵向合作协议，就可以很大程度上预防出现涉及知识产权的滥用市场支配地位，使后者仅出现在少数个案，从而仅需通过个案法律适用实践来明确法律适用尺度、指导相关商业实践。

需要强调的是，关涉知识产权研发与许可的契约行为本身并不违反知识产权法，包括被称作“无赖”或“流氓”行为的一些做法，“专利埋伏”（欧盟/美国，Rambus 案），以及标准必要专利中违反 FRAND 原则的行为，拒绝把构成市场进入前提的知识产权许可给潜在竞争对手的行为等等。对于违反知识产权法，以至于知识产权的有效性存在疑问的情况，应当优先适用知识产权法，且这种有

效性的瑕疵都是由于前述关涉知识产权有效性的单方面行为造成的。即便 质疑有效性的权力被契约限制，那么限制质疑权的契约，与质疑权行使本身，应区别对待，前者是双边行为，后者是单边行为。

综上，《反垄断法》适用于涉知识产权法律行为的几种常见情况（暂不就可能涉及的公法行为进行讨论，如强制许可），是完全可以逻辑清晰地通过例举来厘清的。但是，人们很难，也无需一定要进行抽象且精确的概括。因为其涵盖的本身是两大类不同属性的行为。对此，笔者针对【征求意见稿第二条】的修改建议和理由中，已经尝试进行了梳理。采纳了【修订版第二条】，再整体删除【征求意见稿第三条第二款】后，就不需要再重新起草或补充了。

插图 2：经营者涉知识产权的法律行为适用《反垄断法》的情况分类示意图（暨不含滥用行政权力限制竞争的情况）



15.3. 《反垄断法》不宜被纳入“有关知识产权法”

以下节选自笔者2012年对《关于知识产权领域反垄断执法的指南（草案第五稿）》第三条提出的修改意见，但也同样适用于对【征求意见稿第三条第二款】，因而用后者直接进行了代入。括号内新补充的内容。

结合【征求意见稿第三条第二款】的原文不难发现，起草者实际上是有意将滥用知识产权行为作为上位概念，而将违反《反垄断法》行使知识产权的行为作为一个下位的子概念。其原因归结于起草者将所谓“有关知识产权法”进行了广义解释，以至于《反垄断法》和《反不正当竞争法》都被纳入其中了。的确，《反垄断法》确实涉及知识产权的行使，而且不是仅仅第五十五条，而是整部法律都会对知识产权行使产生一定限制，亦即其行使（或与知识产权相关的其他法律行为）不能以限制竞争为目的或具有限制竞争效果。那么，《反垄断法》是否应当因此而与《专利法》、《商标法》和《著作权法》等知识产权法的支柱并列呢？这就要取决于如何定位《反垄断法》的属性。

《反垄断法》在大陆法国家，例如德国，均被视为公法，在欧盟也同样如此，因为其本身是一种公权力对私权利行使的一种干预，尤其是对契约自由和物权的限制。同时，也是更为重要的一点在于，《反垄断法》具有一定宪法属性，即它还在限制公权力干预私权利和市场运行的冲动和恣意性，使公权力对市场的干预尽可能降低，直到降低到但凡相关市场上存在有效竞争、或者无法证明有效竞争受到严重限制或妨碍，公权力就不得出手干预（即便出手干预也应当以恢复有效竞争为限，而不能代替市场进行资源配置）。这也就意味着《反垄断法》保护的只可能是市场竞争机制，而非竞争者和消费者的法定权利，进而应当被理解为是保护经营者私权利不受到公权力恣意干预的、具有一定宪法属性的经济行政法。因而，从法律属性来讲，《反垄断法》不应当与私法性质的商标法、专利法、著作权法划归在一起，而是与知识产权法纵向交叉的法。同样的纵向交叉，亦即以调节垂直关系的《反垄断法》干预私权行使的情况还出现在合同法、物权法和公司法与《反垄断法》的关系上。但不会有人主张《反垄断法》也属于民法或商法，因而也就不会有滥用契约权利、滥用物权、滥用股东权利限制竞争行为的说法。从这个角度讲，《反垄断法》第五十五条有关“滥用知识产权”的表述是错误的，且容易与知识产权法及相关国际条约中已有的“滥用知识产权”概念发生界定上的混淆与外延上的冲突，应当及早做出修改，或者至少在颁布该指南或者取而代之的条例、部门规章中先行纠正或者避免重复这样的错误表述。而恰恰是这样的错误表述所带来的一系列误解，从根本上困扰着广大知识产权法学者和实务人员，阻碍着相关执法和配套规则、执法指南的制定。

相反，反不正当竞争法则具有更强的私法属性，因为其本质上是站在被前侵权的其他经营者和被误导、被坑害的消费者角度上来立法和执法的，可以被理解为是一种特殊的侵权责任法。这也是为何笔者支持“有关知识产权的法律”可以包括反不正当竞争法的原因之一。而另一个更主要的原因在于，我国现行反不正当竞争法是特定历史时期制定的一部“杂拌儿法”和“口袋法”。这与德国反不正当竞争法在1896年5月27日正式公布的世界第一部反不正当竞争法一样，涵盖了各种涉及扰乱市场交易善良风俗的行为，且尤其是在商标法、专利法、广告法、著作权法、标价法、商业秘密保护规范尚不健全时，起到口袋的作用，将

许多侵犯知识产权的行为，尤其是涉及商标、实用新型和外观设计的各类侵权行为，都纳入到了反不正当竞争法中去，并借助反不正当竞争法的一般条款不断扩充。这也是为什么在德国，人们习惯于将反不正当竞争法纳入知识产权法范畴的原因之一（详见邵建东：《德国反不正当竞争法研究》，中国人民大学出版社，2001年版，第28页至第32页）。再者，由于我国反不正当竞争法和商标法迟迟没有修订，商业秘密保护缺少系统立法，因此，如果不将反不正当竞争法纳入广义的知识产权法范畴内的话，对商业秘密和商标的保护就不完整（在此也呼吁国务院能加紧推进对《反不正当竞争法》的修改，并着手尽快通过专门立法系统地保护商业秘密）。同样，在涉嫌限制竞争的行为中也不乏一些以打击不正当竞争为名的联合抵制、限制价格竞争和滥用市场支配地位的行为，其中也不乏许多是涉及以保护商标和商业秘密为出发点，但夹杂着限制竞争目的或效果的行为。（例如在奇虎诉腾讯滥用市场支配地位案时，原告就曾提及被告曾组织针对原告的联合抵制行为，但广东高院在一审并未尽到法律释明义务，建议原告依据《反垄断法》第十三条第一款第五项和第十五条另案起诉被告。在此应当明确的是，民事诉讼中“不告不理”的原则在涉及到《反垄断法》适用时应当有所例外，因为但凡涉及到违反《反垄断法》的限制竞争行为，其本身是对市场秩序的扭曲，通常都会影响到公共利益，因此法院在审判期间涉及到应该适用《反垄断法》的行为，或者应当适用《反垄断法》彼条彼款，而非此条此款时，应当有义务释明，并建议当事人另案起诉或调整本案起诉理由和相应的诉讼请求。）

第三条第三款【相关技术市场与相关技术产品市场】

征求意见稿第三条第三款原文

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，(16) 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(17) 由行使知识产权所涉及的技术和可以(18) 相互替代的现有同类技术之间相互竞争所构成的(19) 市场。

修改建议：

建议设置为单独的一条规定，修改笼统的表述，并参考欧盟规则重新起草

修订版：

建议重新起草，界定“由行使知识产权所涉及的技术”，明晰“相关技术市场”界定的考量因素

修改理由：

16. 表述笼统，不利于相关市场界定方法和思路的统一

征求意见稿第三条第三款能够明确依据国务院反垄断委员会颁布《相关市场界定指南》界定相关市场，值得肯定。

相关市场对于评估在属性上并非严重限制有效竞争的协议是否在个案中可

以符合《反垄断法》第 15 条第 2 款的要求，对于界定市场支配地位和评估经营者集中对市场竞争的影响而言通常是必经的一个环节。但是，无论是反垄断法执法实践，还是司法实践，我国对相关市场界定方面，通过公开的信息能够观察到的经验，还是十分欠缺。比较欧美实践，由于企业合并控制领域有着丰富的无条件批准案件的细节被公开，所以可以在各个行业、地域的企业合并审查中积累大量经验，而我国则受制于现行的有关规定和惯例，无法借助商务部无条件批准的八百多经营者集中案件，了解商务部反垄断局在相关市场界定的方法、技巧和可供推广的经验。

目前为止，只有在广东省高院一审审理奇虎诉腾讯滥用市场支配地位案中，公开透明并详细地介绍了相关市场的细节。但是，该案一审审理中在相关产品市场和地域市场界定上出现了一些严重的错误，也没能恪守国务院反垄断委员会颁布《相关市场界定指南》，从而暴露出我国在《反垄断法》适用中可能存在相关市场界定的基本方法、思路和经济学模型运用恣意性过大的情况。对此，拙文曾就广东省高院奇虎诉腾讯滥用市场支配地位案一审判决的分析中有所谈及，参见《奇虎诉腾讯滥用市场支配地位案中的市场支配地位认定》，载《电子知识产权》2013 年第 4 期第 40 页，孟雁北老师和詹昊老师也在《电子知识产权》2013 年第 4 期从不同角度分析了奇虎诉腾讯案一审判决中相关市场界定的问题。

但是，【征求意见稿第三条第三款】仅仅笼统地提及“并考虑知识产权、创新等因素的影响”，没能细化涉及技术市场时相关市场界定的特殊性，则会为技术市场的界定带来很大的不确定性。执法者在执法中，企业法务人员在每一次涉及知识产权许可时都会面临的难题是——到底如何理解“知识产权、创新等因素的影响”。因此，建议能够删除这样笼统的、且必然会给法律适用带来极大不确定性和极大自由裁量空间的表述，而是考虑或通过规定、或通过为该规章制定起草说明的方式，细化相关技术市场、相关技术产品市场的界定，另见【修改理由 18】。

17. 建议“由行使知识产权所涉及的技术”到底是指什么？

建议参考《技术转让协议适用〈欧盟运行条约〉的第 316/2014 号条例》第 1 条第 1 款 b 项，对此征求意见稿的技术进行界定。如前【修改理由 14.2】所述，笔者更倾向于建议将征求意见稿的适用范围仅仅局限于相关技术，而不是拓展到商标和除软件著作权以外的其他类型著作权领域。如果需要涉及所有类型的著作权，那么在相关市场界定方面则需要考虑到非软件著作权类的其他著作权所处的市场与一般专利技术所处的技术市场有着不同属性，界定方法不同，而且常常会涉及原著作权衍生产品市场或乡邻权市场，需要结合个案进行分析。为简化规则适用，避免问题的复杂化、抽象规则的制定难度过大，仍建议本规章最好不延展到对非软件著作权方面的规制，后者可以通过个案处理来树立适用典范。

18. 建议对如何界定技术市场进行细化

建议参考欧盟委员会 2014 年修订的《技术转让协议适用〈欧盟运行条约〉的第 316/2014 号条例》第 1 条第 1 款 j 项至 m 项，《技术转让协议适用〈欧盟运行

条约》的指南》第 22 段至 24 段和《关于〈欧盟运作模式条约〉第 101 条第 3 款对某些类型的研发协议的适用问题的第 1217/2010 号条例》第一条第一款 u 项和 v 项进行细化。

范例： [Commission Regulation \(EU\) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101\(3\) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements, TTBER](#)

(j) ‘relevant product market’ means the market for the contract products and their substitutes, that is to say all those products which are regarded as interchangeable or substitutable by the buyer, by reason of the products’ characteristics, their prices and their intended use;

‘relevant technology market’ means the market for the licensed technology
k) rights and their substitutes, that is to say all those technology rights which are regarded as interchangeable or substitutable by the licensee, by reason of the technology rights’ characteristics, the royalties payable in respect of those rights and their intended use;

‘relevant geographic market’ means the area in which the undertakings
l) concerned are involved in the supply of and demand for products or the licensing of technology rights, in which the conditions of competition are sufficiently homogeneous and which can be distinguished from neighbouring areas because the conditions of competition are appreciably different in those areas;

‘relevant market’ means the combination of the relevant product or
m) technology market with the relevant geographic market;

如果要在本规章的起草说明中细化市场界定的话，可参考 [Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements, 第19 段以下](#)：

2.3. Market definition

19. The Commission's approach to defining the relevant market is laid down in its Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law (24). These guidelines only address aspects of market definition that are of particular importance in the field of technology rights licensing.

20. Technology is an input, which is integrated either into a product or a production process. Technology right licensing can therefore affect competition both upstream in input markets and downstream in output markets. For instance, an agreement between two parties which sell competing products downstream and which also cross license technology rights relating to the production of these products upstream may restrict competition on the downstream goods or services market concerned. The cross licensing may also restrict competition on the upstream market

for technology and possibly also on other upstream input markets. For the purposes of assessing the competitive effects of licence agreements it may therefore be necessary to define the relevant product market(s) as well as the relevant technology market(s) (25).

21. The relevant product market comprises the contract products (incorporating the licensed technology) and products which are regarded by the buyers as interchangeable with or substitutable for the contract products, by reason of the products' characteristics, their prices and their intended use. Contract products can be part of a final and/or an intermediate product market.

22. The relevant technology markets consist of the licensed technology rights and its substitutes, that is to say, other technologies which are regarded by the licensees as interchangeable with or substitutable for the licensed technology rights, by reason of the technologies' characteristics, their royalties and their intended use. Starting from the technology which is marketed by the licensor, it is necessary to identify those other technologies to which licensees could switch in response to a small but permanent increase in relative prices, that is to say, to the royalties. An alternative approach is to look at the market for products incorporating the licensed technology rights (cf. point (25) below).

23. The term 'relevant market' used in Article 3 of the TTBER and defined in Article 1(1)(m) refers to the relevant product market and the relevant technology market in both their product and geographic dimension.

24. The 'relevant geographic market' is defined in Article 1(1)(l) of the TTBER and comprises the area in which the undertakings concerned are involved in the supply of and demand for products or the licensing of technology, in which the conditions of competition are sufficiently homogeneous and which can be distinguished from neighbouring areas because the conditions of competition are appreciably different in those areas. The geographic market of the relevant technology market(s) can differ from the geographic market of the relevant product market(s).

25.

26. Some licence agreements may affect competition in innovation. In analysing such effects, however, the Commission will normally confine itself to examining the impact of the agreement on competition within existing product and technology markets (27). Competition on such markets may be affected by agreements that delay the introduction of improved products or new products that over time will replace existing products. In such cases innovation is a source of potential competition which must be taken into account when assessing the impact of the agreement on product markets and technology markets. In a limited number of cases, however, it may be useful and necessary to also analyse the effects on competition in innovation

separately. This is particularly the case where the agreement affects innovation aiming at creating new products and where it is possible at an early stage to identify research and development poles (28). In such cases it can be analysed whether after the agreement there will be a sufficient number of competing research and development poles left for effective competition in innovation to be maintained.

范例： [欧盟委员会 2010 年 12 月 14 日 \(EU\) 1217/2010 号关于《欧盟运作模式条约》第 101 条第 3 款对某些类型的研发协议的适用问题的条例\(与欧洲经济区相关的文本\)](#)

(u) “相关产品市场”指能够被 合同产品改进、替代或取的产品相关市场；
(v) “相关技术市场”指“相关技术市场”指能够被合同技术改进、替代或取的方法相关 合同技术改进、替代或取的方法相关市场。

应当至少明确：

- 判断技术的替代性需要兼顾技术的属性、用途和许可费用；
- 在适用 SSNIP 界定技术市场时，要考虑实践中，而非理论上，是否具有小幅但持续提高许可费时，是否可能出现转换相关技术的情况；
- 对于，免费开源的技术，例如商务部曾在谷歌收购摩托罗拉案中调查和评估的安卓操作系统，则不宜像广东高院一审奇虎诉腾讯滥用市场支配地位案中那样，适用 SSNIP 方法进行界定；
- 相关地域市场，要综合考虑各方面因素，判断不同地域的竞争环境是否同质化，尤其是在相关技术申请专利，和依据相关地域法律保护的程度与效果是否相同；
- 相关技术产品市场的界定，可以为相关技术市场的界定提供线索和参考，但处于同一技术市场的技术可以被用于生产不同相关产品市场的产品或不同相关地域市场的产品。（此处产品含服务）

19. 建议对技术市场的市场份额计算方法进行规定

国务院反垄断委员会颁布《相关市场界定指南》虽然参考了欧盟委员会《有关相关市场界定的通告》，但是却没能像后者一样对市场份额的计算方法进行统一指导，以至于在过去的近六年里，反垄断法适用中的市场份额计算缺少一定之规，随意性很大，且数据来源、计算方法、计算方法选择的依据和理由、份额计算的机构等方面的信息都极其不透明。但即便如此，在许多案件中，市场份额和以此为基数计算的市场集中度，往往被视为评估市场竞争环境的重要指标。这是非常令人担忧的。亟需在工商系统执行本规章之前，亦即起草本规章的同时，对市场份额计算的基本方法、常见问题、数据核实上的形式要求，以往国内外相关实践和典型案例予以汇总，集中对执法人员进行培训。

技术市场的市场份额计算在许多时候更加困难或微妙，因此在直接计算存在

困难时，更建议参考欧盟委员会 2014 年修订的《技术转让协议适用〈欧盟运行条约〉的第 316/2014 号条例》第 8 条和《技术转让协议适用〈欧盟运行条约〉的指南》第 25 段，说明是否可以借助基于相关技术产品的销售额计算的市场份额，来反映相关技术市场的份额分布。

范例： [Commission Regulation \(EU\) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101\(3\) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements, TTBER](#)

Article 8

Application of the market-share thresholds

For the purposes of applying the market-share thresholds laid down in Article 3 the following rules shall apply:

the market share shall be calculated on the basis of market sales value data; if
a) market sales value data are not available, estimates based on other reliable market information, including market sales volumes, may be used to establish the market share of the undertaking concerned;

the market share shall be calculated on the basis of data relating to the
b) preceding calendar year;

the market share held by the undertakings referred to in point (e) of the second
c) subparagraph of Article 1(2) shall be apportioned equally to each undertaking having the rights or the powers listed in point (a) of the second subparagraph of Article 1(2);

the market share of a licensor on a relevant market for the licensed technology
d) rights shall be calculated on the basis of the presence of the licensed technology rights on the relevant market(s) (that is the product market(s) and the geographic market(s)) where the contract products are sold, that is on the basis of the sales data relating to the contract products produced by the licensor and its licensees combined;

if the market share referred to in Article 3(1) or (2) is initially not more than
e) 20 % or 30 % respectively, but subsequently rises above those levels, the exemption provided for in Article 2 shall continue to apply for a period of two consecutive calendar years following the year in which the 20 % threshold or 30 % threshold was first exceeded.

[Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements](#)

25. Once relevant markets have been defined, market shares can be assigned to the various sources of competition in the market and used as an indication of the relative strength of market players. In the case of technology markets, one way to proceed is to calculate market shares on the basis of each technology's share of total licensing income from royalties, representing a technology's share of the market where competing technologies are licensed. However, this may often be a merely

theoretical and not a practical way to proceed because of lack of clear information on royalties. Another approach, which is the one used for calculating the safe harbour, as explained in Article 8(d) of the TTBER, is to calculate market shares on the technology market on the basis of sales of products incorporating the licensed technology on downstream product markets (see for more details point (86) ff.). In individual cases outside the safe harbour of the TTBER it may be necessary, where practically possible, to apply both of the described approaches in order to assess the market strength of the licensor more accurately and to take into account other available factors which give a good indication of the relative strength of the available technologies (see for more factors points (157) and (159) ff.) [\(26\)](#).

第二章 【垄断协议】

郑重的警示

与其他条款不同，【征求意见稿第四条和第五条】是经营者无论所属何种行业、市场份额多寡、知识产权类型和属性，都必须遵守的。换言之，这两条很可能是几乎所有涉及行使知识产权的协议都必须进行合规审查的，尤其是共同研发协议和知识产权授权协议。但是，【征求意见稿第四条和第五条】的规定并不理想。很期待工商总局在对征求意见稿进行修订时能够重点细化和强化对垄断协议的规制。

欧盟对限制竞争协议的规定和指南是目前全世界范围里最详细、最全面、也相对而言最为成熟的，尤其是在专利联营协议的指导和规制领域（【修改理由42】），并且在2010年至2014年的一个修订周期结束后，在未来五年甚至十年里都将保持相对稳定。尤其是在涉及知识产权许可和合作研发领域，由于大多数重要的国际合作都有欧盟企业的参与，因此这些国际合作往往都要遵循欧盟竞争法。因此，全面吸收和借鉴欧盟竞争法对限制竞争协议不仅是欧盟成员国的义务，也是他们的优势和竞争策略，有助于最大程度上降低企业违规风险，降低合规成本，使欧盟各个成员国都受益，更最大程度上打击和限制地方保护主义扭曲竞争及破坏统一市场。

对于我国而言，积极拓展和欧盟的投资与自由贸易仍旧是大势所趋，而且与冰岛、瑞士自贸协定的生效和与韩国进行的自贸谈判都将使我国企业通过这三个与欧盟存在不同程度自贸协定或准自贸协定的国家拉近与欧盟产品、服务和技术市场的距离。在国际合作中，用于是法律规定更严格、更细致、更高效的国家更有发言权。因此，要使我国反垄断执法能够与欧盟平等对话、合作，和欧盟一道参与国际竞争法和创新合作的规则设计、改革与推广上来，就需要我国首先选择参考并采纳欧盟对限制竞争协议的规则，并适当地采取更加严格的规定，从而增强在竞争政策执行的话语权。

反之，相比欧盟，如果我国选择了弱化对限制竞争协议的规制，例如像美国联邦反托拉斯法过去十几年那样弱化对涉知识产权限制竞争协议的干预，必然会直接导致：无论中外企业，在欧盟市场遵守更严格的规定，自律地放弃任何严重限制竞争的图谋，避之唯恐不及，而在中国市场则会选择大肆实践这样的严重限制竞争的协议，以便从中国消费者手中攫取比在欧盟更高的利润，危害我国技术市场的健康发展。这样的情况若长此以往，则必然妨碍我国经济向消费为主导的转型，严重妨碍我国从创新大国向创新强国的转变。

（四）第四条 【不适用安全港的垄断协议】

征求意见稿第四条原文

经营者不得在行使知识产权的过程中达成垄断协议。

（20）经营者之间不得利用行使知识产权的方式达成《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。

修改建议：

建议重新起草

修订版：

第四条 【涉及知识产权的垄断协议】

第一款 （建议参考欧盟的相关规则，就涉及知识产权的限制价格竞争、分割市场及客户协议进行重新起草）

第二款 【合作研发协议中原则上不予以豁免禁止的限制竞争协议】

依据《反垄断法》第十三条第一款第六项和第十四条第三项的授权，下列行为构成垄断协议，且原则上不符合《反垄断法》第十五条的要求，不适于【修订版的第五条】：

（33）（一）合作研发协议中有关禁止交易相对人对研发协议所涉知识产权的有效性提出质疑的条款，或者在研发协议期满后不得质疑缔约方在内部市场上持有的保护研发成果的知识产权的效力的条款；本规则不影响规定在某一缔约方质疑该等知识产权的有效性时终止研发协议的权利；

（35）（二）合作研发协议中禁止合作研发协议中的研究成果的转化，亦即限制合作研发协议中的研究成果至少由签署协议中的一方或第三方用于相关技术产品的开发的条款。

第三款 【知识产权许可协议中原则上不予以豁免禁止的限制竞争协议】

依据《反垄断法》第十三条第一款第六项和第十四条第三项的授权，下列行为构成垄断协议，且原则上不符合《反垄断法》第十五条的要求，不适于【修订版的第五条】：

（43）（一）经营者借助知识产权许可协议交互价格、产量、市场划分等有关竞争的敏感信息，促成《反垄断法》第十三条第一款第一项至第三项和第十四条第一项、第二项所禁止的垄断协议；

（32）（二）知识产权许可协议中有关要求交易相对人将其改进的技术进行排他性回授的条款；

（33）（三）知识产权许可协议中有关禁止交易相对人对所涉知识产权的有效性提出质疑的条款；

（34）（四）限制知识产权被许可人在许可协议期限届满后，在不侵犯知识产权的情况下制造、使用、销售竞争性商品或者研发、使用竞争性技术；

第四款 【不适用安全港的其他垄断协议】

知识产权许可协议中的下列条款构成垄断协议，不适用【修订版的第五条】，须个案考察是否符合《反垄断法》第十五条的要求：

（三）限制知识产权被许可人购买原材料、零部件、产品或者设备的渠道或者来源；

（四）限制知识产权被许可人销售基于相关知识产权生产的产品在中国大陆地区的销售渠道和出口渠道。

第五款 【原则上禁止的其他垄断协议】

（12）依据《反垄断法》第十三条第一款第四项，下列协议构成垄断协议，且原则上不符合《反垄断法》第十五条第二款的条件：

（一）为继续排他地经营保护期到期的知识产权，例如涉及医药行业的技术专利，而向其竞争对手支付一定补偿金的行为（pay for delay）；

（二）合作研发协议、知识产权许可协议之外的其他协议中限制合作研发协议或知识产权授权协议缔约人质疑相关知识产权有效性的条款。

修改理由：

20. 要理清和现有规定的关系，更要区分哪些垄断协议是不可以被豁免禁止的，哪些原则上不适用第五条的安全港条款

首先，【征求意见稿第四条】是“冗余的话”，只是在重申《反垄断法》的现有规定，可以删去。换言之，没有这样的规定，并不妨碍工商系统依据反垄断法查处行使知识产权的过程中达成垄断协议。但是，近六年过去了，为何没有查处过一例？如果有制度缺陷需要补充细化规定，为何近六年过去了还没有补充？为何在【征求意见稿】还没有具体规定？这或许可以在【总体意见：（二）主题问题与解决方针 2. 规制模式涉嫌邯郸学步】中找到原因。

欧盟对哪些技术研发和转让协议、分工协议是涉嫌限制竞争的，进行了细致的规定。因此，笔者谏言工商总局，参考欧盟的规定专门就研发协议、知识产权的许可协议和分工生产协议，在【修订版第四条】对哪些限制竞争协议不符合《反垄断法》第十五条的要求进行专门规定，或者制定专门的规章。

具体到【修订版第四条】的设计，建议重点可以先暂时仅放在知识产权许可协议和合作研发协议，然后再通过制定其他配套规则，将横、纵向垄断协议适用《反垄断法》的情况分别进行系统地规范。

值得注意的两点是，【修订版第四条】不仅要《反垄断法》第十三条、第十四条进行细化，还需要对我国现行法律中涉及到合作研发、知识产权许可的其他规定与《反垄断法》的交叉适用做出回应，从而全面实现新法优于旧法，使经营者能够清楚自己到底依据什么法律进行合规，进而降低违法风险与合规成本。对此，【征求意见稿】做出了一定的回应，但全部都套用到了对滥用市场支配地位的规制中去了。然而实践中，市场支配地位的认定往往非常困难，因而征求意见稿的设计无异于严重弱化了现有法律法规对合作研发及知识产权许可协议中严重限制竞争行为的规制力度和范围。这是非常危险的，而且很可能造成法律适

用上的混乱，使得《反垄断法》无法实现新法优于旧法，只能扮演“特殊法”优于一般法角色，在本规章作为“特殊法”不能适用时，只能继续适用其他相关法律法规（主要是涉外法律），以至于内外资企业有别、新老法错综交叉的法律规制环境不能改变，各类规避现行法律法规的行为无法得到有效遏制。

囿于时间所限，笔者只能草拟一个粗略的、尚不够完整和严密的规则作为【修订版第四条】，仅供参考，另参见【修改理由 32、33、34、43】的相关讨论。

（五）第五条 【垄断协议豁免禁止的安全港】

【征求意见稿第五条】原文

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（21）《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，（22）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，（22）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替代性技术。

修改建议：

建议重新起草

修订版：

第五条【垄断协议豁免禁止的安全港】

（21）经营者之间涉及知识产权的合作研发协议、包括专利联营在内的知识产权许可协议、分工协作协议、包含标准化协议在内的横向合作、纵向合作协议，尤其是在涉及知识产权许可时有关知识产权许可费、排他交易（28.2）、限制销售、限制生产与使用、搭售（29）、竞业禁止、纠纷解决的安排，在不违反《反垄断法》、工商总局及国家发改委配套规章和本规章第四条时，如果经营者能够证明参与前述协议的各方同时满足下述条件，原则上均可以认定为符合《反垄断法》第十五条，进而不被认定为垄断协议：

（一）（22）协议各方中在处于竞争关系或潜在竞争关系的相关技术市场或相关技术产品市场上的市场份额总和低于 20%（包含本数）；

（二）（22）协议各方在处于非竞争关系的相关技术市场或相关技术产品市场上市场份额总和低于 30%时（包含本数）。

修改理由：

21. 应当明确到底哪些协议可以原则上适用《反垄断法》第十五条

【征求意见稿第五条】令人费解。什么叫“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”？什么时候不可以呢？

如果“可以”的话，那么这样的规定和《反垄断法》第十五条的关系又是什么呢？和《反垄断法》第十三条第二款对垄断协议的关系是什么呢？和该法第十三条第一款和第十四条的关系又是什么呢？

我们还原代入一下，就可以看出问题了：

《反垄断法》第十三条第二款

本法所称垄断协议，是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。

第十四条

禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议：

……

（三）国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。

【征求意见稿第五条】

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……

换言之

【征求意见稿第五条】可以表述为：

1：有证据证明协议具有排除、限制竞争效果的，才构成**垄断协议**。

2：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》禁止的垄断协议，除非其被证明属于垄断协议（即有证据证明协议具有排除、限制竞争效果）。

上述两项并列在一起本身就是重复的。有1，就不需要再有2。而回答了2，并不等于回答了1。但最关键的1，即到底如何认定排除、限制竞争效果，具体到经营者行使知识产权的行为时如何认定排除、限制竞争效果，【征求意见稿】没有明确回答，只是在【征求意见稿第十七条和第十八条】罗列了需要考量的因素。

更为奇怪的是，《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，工商总局从未适用过，也没有基于这样的规定再制定细化规则。那么此时抛出【征求意见稿第五条】，让人匪夷所思。【征求意见稿第十二条和第十三条】对专利联营协议、标准化协议设置了一般条款。那么这两类协议是否构成垄断协议呢？是否应当属于依据《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，由工商总局新认定的垄断协议类型，并且只有在符合《反垄断法》第十五条时才能被豁免禁止呢？如果专利联营协议、标准化协议往往还涉及研发协议、知识产权许可协议、分工生产协议、其他横向和纵向限制竞争协议的话，又该如何归类和规制呢？它们当中的那些条款不能适用【征求意见稿第五条】设置的安全港呢？对于这些问题，起草者采取了回避的态度。这就难免为企业合规、一线执法人员执法埋下新的疑问，造成更多的法律适用不确定性、不统一性，进而不得不花费更多的时间和金钱成本用于专家咨询、专家研讨等等，更容易为游说者进一步或直接或通过代理人干预、影响模糊规则的解释与适用，创造可乘之机。

欧盟在涉及技术研发协议、技术转让协议，分工协议适用《欧盟运行条约》的规定已经非常成熟，十分系统，对企业合规指导意义极大，很具有操作性。那么为何一条都没能接受和参考呢？这或许可以在【[总体意见：（二）2](#)】中找到原因。

为强调【[征求意见稿第五条](#)】的重要性的问题的严重性，有关该条的分析中，有部分被纳入了【[总体意见：（二）2.2](#)】，另可参考【[插图 1：中欧对涉知识产权限制竞争协议设置安全港的简要对比图](#)】。

【[征求意见稿第五条](#)】与欧盟委员会有关限制竞争协议的若干集体豁免条例的根本区别在于，后者是基于对限制竞争协议原则禁止的基础上，对实践中通常能够满足豁免条件的行为通设置安全港予以集体豁免。而【[征求意见稿第五条](#)】则是在垄断协议认定上按照市场份额划出了一个“特区”，使之仅仅受到《反垄断法》第十三条第一款第一项至第五项、第十四条第一项、第二项的约束，弱化了对该“特区”内其他严重限制竞争协议的规制可能性，例如【[修订版第四条、第五条乙](#)】中规制的情况。

囿于时间关系，笔者仅起草了一则简单的规定作为【[修订版第五条](#)】，与【[修订版第四条、第五条甲、第五条乙](#)】相辅相成，供起草者参考。

但实践中，该条的设计是一个体系，需要兼顾市场份额计算和竞争关系认定、各类相关协议的特殊属性、对不同类型相关协议进行不同层次、不同市场环节的规制时不同规则的相互关系等一系列规定。对此，欧盟的相关规则提供了很好的范本，例如：

- [欧盟委员会 2010 年 12 月 14 日 \(EU\) 1217/2010 号关于《欧盟运作模式条约》第 101 条第 3 款对某些类型的研发协议的适用问题的条例\(与欧洲经济区相关的文本\)](#)
- [欧盟委员会 2010 年 12 月 14 日 \(EU\) 1218/2010 号关于《欧盟运作模式条约》第 101 条第 3 款对某些类型的专业分工协议的适用问题的条例\(与欧洲经济区相关的文本\)](#)
- [Commission Regulation \(EU\) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101\(3\) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements](#)

有关知识产权许可协议中有关排他交易、纠纷解决和知识产权许可费的安排适用安全港的分析，可参考 [Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements 4.2.1; 4.2.2; 4.2.7; 4.7.](#)

22. 设置安全港的标准

22.1. 以市场份额作为设置安全港的标准

除了专利联营协议有必要设置更为具体详细的标准来设置安全港外（参见【修改理由 42.2】、【修订稿第五条乙】），对于其他类型的知识产权许可协议、合作研发协议原则上应当以市场份额，且仅以市场份额作为限制竞争协议适用《反垄断法》第十五条的安全港标准。但是，这里的市场份额应当是兼顾所有相关技术市场或相关技术产品市场的市场份额。

具体到相关技术市场份额的计算，的确并非一目了然，但 [Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements](#) 第 86 段到 93 段作了一些简单明了，并辅以例子说明，是颇具可操作性的经验，值得在工商总局制作该规章的起草说明以及个案实践中参考。

参考 [Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements](#) 第 86 段到 93 段：

Calculating market shares for technology market(s) for the application of the safe harbour

The calculation of market shares on the relevant markets where the technology rights are licensed, under the TTBER, deviates from the usual practice for the reasons explained in point (87) of these guidelines. In the case of technology markets, it follows from Article 8(d) of the TTBER that, both for the product and the geographic dimension of the relevant market, the licensor's market share is to be calculated on the basis of the sales of the licensor and all its licensees of products incorporating the licensed technology. Under this approach the combined sales of the licensor and its licensees of contract products are calculated as part of all sales of competing products, irrespective of whether these competing products are produced with a technology that is being licensed.

This approach of calculating the market share of the licensor on the technology market as its 'footprint' at the product level, has been chosen because of the practical difficulties in calculating a licensor's market share based on royalty income (see point (25)). In addition to the general difficulty of obtaining reliable royalty income data, the actual royalty income may also seriously underestimate a technology's position on the market in the event that royalty payments are reduced as a result of cross licensing or of the supply of tied products. Basing the licensor's market share on the technology market on the products produced with that technology as compared with products produced with competing technologies would not carry that risk. Such a footprint at the product level will in general reflect the market position of the technology well.

Ideally that footprint would be calculated by excluding from the product market the products produced with in-house technologies that are not licensed out,

as those in-house technologies are only an indirect constraint on the licensed technology. However, as it may be difficult in practice for licensor and licensees to know whether other products in the same product market are produced with licensed or in-house technologies, the calculation of the technology market share, for the purposes of the TTBER, is based on the products produced with the licensed technology as part of all products sold in that product market. This approach based on the technology's footprint on the overall product market(s) can be expected to reduce the calculated market share by including products produced with in-house technologies, but will nonetheless in general provide a good indicator of the strength of the technology. First, it captures any potential competition from undertakings that are producing with their own technology and that are likely to start licensing in the event of a small but permanent increase in the price for licenses. Secondly, even where it is unlikely that other technology owners would start licensing, the licensor does not necessarily have market power on the technology market even if it has a high share of licensing income. If the downstream product market is competitive, competition at this level may effectively constrain the licensor. An increase in royalties upstream affects the costs of the licensee, which makes it less competitive and thereby may cause it to lose sales. A technology's market share on the product market also captures this element and is thus normally a good indicator of licensor market power on the technology market.

To estimate the strength of the technology, the geographic dimension of the technology market has also to be taken into account. This might sometimes differ from the geographic dimension of the respective downstream product market. For the purpose of applying the TTBER, the geographic dimension of the relevant technology market is also determined by the product market(s). However, outside the TTBER safe harbour it may be appropriate to also consider a possibly wider geographic area, in which the licensor and licensees of competing technologies are involved in the licensing of these technologies, in which the conditions of competition are sufficiently homogeneous and which can be distinguished from neighbouring areas because the conditions of competition are appreciably different in those areas.

In the case of new technologies that did not generate any sales in the preceding calendar year, a zero market share is assigned. When sales commence the technology will start accumulating market share. If the market share rises subsequently above the relevant threshold of 20 % or 30 %, the safe harbour will continue to apply for a period of two consecutive calendar years following the year in which the threshold was exceeded (see Article 8(e) of the TTBER).

Calculating market shares for product market(s) for the application of the safe harbour

In the case of relevant markets where the contract products are sold, the licensee's market share is to be calculated on the basis of the licensee's sales of

products incorporating the licensor's technology and competing products, that is to say, the total sales of the licensee on the product market in question. Where the licensor is also a supplier of products on the relevant market, the licensor's sales on the product market in question must also be taken into account. In the calculation of market shares for product markets, however, sales made by other licensees are not taken into account when calculating the licensee's and/or licensor's market share.

2. Market shares should be calculated on the basis of sales value data of the preceding year where such data are available. Such data normally provide a more accurate indication of the strength of a technology than volume data. However, where value based data are not available, estimates based on other reliable market information may be used, including market sales volume data.

3. The principles set out in section 3.3 of these guidelines can be illustrated by the following examples:

Licensing between non-competitors

Example 1

Company A is specialised in developing bio-technological products and techniques and has developed a new product Xeran. It is not active as a producer of Xeran, for which it has neither the production nor the distribution facilities. Company B is one of the producers of competing products, produced with freely available non-proprietary technologies. In year 1, B sold EUR 25 million worth of products produced with the freely available technologies. In year 2, A gives a licence to B to produce Xeran. In that year B sells EUR 15 million produced with the help of the freely available technologies and EUR 15 million of Xeran. In year 3 and the following years B produces and sells only Xeran worth EUR 40 million annually. In addition in year 2, A also licenses to C. C was not active on that product market before. C produces and sells only Xeran, EUR 10 million in year 2 and EUR 15 million in year 3 and thereafter. It is established that the total market of Xeran and its substitutes where B and C are active is worth EUR 200 million in each year.

In year 2, the year the licence agreements are concluded, A's market share on the technology market is 0 % as its market share has to be calculated on the basis of the total sales of Xeran in the preceding year. In year 3 A's market share on the technology market is 12,5 %, reflecting the value of Xeran produced by B and C in the preceding year 2. In year 4 and thereafter A's market share on the technology market is 27,5 %, reflecting the value of Xeran produced by B and C in the preceding year.

In year 2 B's market share on the product market is 12,5 %, reflecting B's EUR 25 million sales in year 1. In year 3 B's market share is 15 % because its sales have increased to EUR 30 million in year 2. In year 4 and thereafter B's market share is

20 % as its sales are EUR 40 million annually. C's market share on the product market is 0 % in year 1 and 2, 5 % in year 3 and 7,5 % thereafter.

As the licence agreements between A and B, and between A and C, are between non-competitors and the individual market shares of A, B and C are below 30 % each year, each agreement falls within the safe harbour of the TTBER.

Example 2

The situation is the same as in example 1, however now B and C are operating in different geographic markets. It is established that the total market of Xeran and its substitutes is worth EUR 100 million annually in each geographic market.

In this case, A's market share on the relevant technology markets has to be calculated on the basis of product sales data of each of the two geographic product markets separately. In the market where B is active A's market share depends on the sale of Xeran by B. As in this example the total market is assumed to be EUR 100 million, that is to say, half the size of the market in example 1, the market share of A is 0 % in year 2, 15 % in year 3 and 40 % thereafter. B's market share is 25 % in year 2, 30 % in year 3 and 40 % thereafter. In year 2 and 3 both A's and B's market share does not exceed the 30 % threshold. The threshold is however exceeded from year 4 and this means that, in line with Article 8(e) of the TTBER, after year 6 the licence agreement between A and B can no longer benefit from the safe harbour but has to be assessed on an individual basis.

In the market where C is active A's market share depends on the sale of Xeran by C. A's market share on the technology market, based on C's sales in the previous year, is therefore 0 % in year 2, 10 % in year 3 and 15 % thereafter. The market share of C on the product market is the same: 0 % in year 2, 10 % in year 3 and 15 % thereafter. The licence agreement between A and C therefore falls within the safe harbour for the whole period.

Licensing between competitors

Example 3

Companies A and B are active on the same relevant product and geographic market for a certain chemical product. They also each own a patent on different technologies used to produce this product. In year 1 A and B sign a cross licence agreement licensing each other to use their respective technologies. In year 1 A and B produce only with their own technology and A sells EUR 15 million of the product and B sells EUR 20 million of the product. From year 2 they both use their own and the other's technology. From that year onward A sells EUR 10 million of the product produced with its own technology and EUR 10 million of the product produced with B's technology. From year 2 B sells EUR 15 million of the product produced with its

own technology and EUR 10 million of the product produced with A's technology. It is established that the total market of the product and its substitutes is worth EUR 100 million in each year.

To assess the licence agreement under the TTBER, the market shares of A and B have to be calculated both on the technology market and the product market. The market share of A on the technology market depends on the amount of the product sold in the preceding year that was produced, by both A and B, with A's technology. In year 2 the market share of A on the technology market is therefore 15 %, reflecting its own production and sales of EUR 15 million in year 1. From year 3 A's market share on the technology market is 20 %, reflecting the EUR 20 million sale of the product produced with A's technology and produced and sold by A and B (EUR 10 million each). Similarly, in year 2 B's market share on the technology market is 20 % and thereafter 25 %.

The market shares of A and B on the product market depend on their respective sales of the product in the previous year, irrespective of the technology used. The market share of A on the product market is 15 % in year 2 and 20 % thereafter. The market share of B on the product market is 20 % in year 2 and 25 % thereafter.

As the agreement is between competitors, their combined market share, both on the technology and on the product market, has to be below the 20 % market share threshold in order to benefit from the safe harbour. It is clear that this is not the case here. The combined market share on the technology market and on the product market is 35 % in year 2 and 45 % thereafter. This agreement between competitors will therefore have to be assessed on an individual basis.

22.2. 把若干“可以以合理成本得到的其他替代性技术”作为安全港条件并不合理

[征求意见稿](#)第五条提及：

（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替代性技术。

两项存在同样的问题，即市场份额与替代技术两项的或然关系问题。换言之，只要在市场份或者替代技术数量上，有任何一项满足这两项的条件，就可以不适用[征求意见稿](#)第五条。然而，恰恰是这样的或然关系，可以根本上架空[征求意见稿](#)第五条，使这条本身设计得匪夷所思的条款变得彻底失去可操作性。因为，

“以合理成本得到的其他替代性技术”本身是很难界定的。涉及到合理成本的界定，以及技术替代性两方面，企业合规成本很高。而且，与市场份额标准不同，其根本没有考虑到2个或4个“以合理成本得到的其他替代性技术”可能拥有在1至3个市场份额都高于20%或30%的企业手中，且这些企业并没有意愿、诚意或善意把这些具有替代性的技术许可给其他竞争对手或交易相对人。因此，这也就从根本上否定了“在相关市场上存在至少两个可以以合理成本得到的其他替代性技术”自身作为或然的条件，与市场份额标准并列的正当性。这非常容易导致法律规避，尽管[征求意见稿](#)第五条始终没有说明哪些涉及知识产权行使的协议，哪些行为属于具有排除、限制竞争效果的。

因此，建议删除“，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替代性技术”和“，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替代性技术”。

值得一提的是，日本贸易委员会2007年发布的[Guidelines for the Use of Intellectual Property under the Antimonopoly Act](#)也采取了以“替代技术”作为安全港设置标准的方案。

参考 [Guidelines for the Use of Intellectual Property under the Antimonopoly Act](#), p.9.:

(5) Cases where restrictions are deemed to have minor effect in reducing competition

In principle, restrictions pertaining to the use of technology are deemed to have a minor effect in reducing competition when the entrepreneurs using the technology subject to the restrictions in the business activity have a share in the product market (hereinafter referred to as “product share” in this section) of 20% or less in total. This is not applicable however to conduct of restricting selling prices, sales quantity, market share, sales territories or customers for the product incorporating the technology (Note 9) or to the conduct of restricting research and development activities or obliging entrepreneurs to assign rights or grant exclusive licenses for improved technology.

The impact of a particular restriction on competition in the technology market is also deemed to have minor effect in reducing competition if the product share is in principle 20% or less in total. Where the product share is unavailable or the product share is found to be not appropriate to determine the effect on the technology market, the effect in reducing competition is considered to be minor provided that there are **at least four parties holding rights to alternative technologies** available with no outstanding detriment to business activities. **(The viewpoints given in this section are not applicable, however, when restrictions should be examined from the viewpoint mentioned in [Part 4-1-\(3\)](#) below.)**

我国学者也曾及时对此做过概要的介绍，例如潘志成：“第二章 若干法域

知识产权领域反垄断执法的新发展”，载王先林等著《知识产权滥用及其法律规制》，2008年中国法制出版社，第113页：

“另一方面，《指南》指出，如果在商业行为中使用技术的企业在香港产品市场的份额等于或低于20%，或者在市场份额无法获得，或产品份额不能满足审查对技术市场的影响效果是，在至少有四家企业拥有可替代的技术且不存在相关商业行为的妨碍的情况下，则该企业对与结束有关的限制可以被视为对竞争产生微弱的影响。但是，对于销售价格、销售量、市场份额、销售区域、含有技术的产品顾客的的限制，或者对研发活动的限制，或者要求企业转让改进技术或授予独占性许可的限制，将不适用前述观点。”

应当必须与以区分的是：其一，日本的《指南》对适用替代技术作为安全港的标准有着严格的限制，且优先选择市场份额；其二，日本的《指南》明确要求的是“there are **at least four parties holding rights to alternative technologies available with no outstanding detriment to business activities**（在至少有四家企业拥有可替代的技术且不存在相关商业行为的妨碍的情况下）”。这比[征求意见稿](#)第五条的相关设计要严格得多，而且[Guidelines for the Use of Intellectual Property under the Antimonopoly Act Part 4-1-\(3\)](#)中罗列的严重限制竞争行为，即安全港不适用的情况，也要比【[征求意见稿](#)第四条】更宽泛，同时也更明确，能够让企业在适用这样的安全港时，预见哪些行为构成严重限制竞争行为无法被纳入安全港，豁免禁止。

相比日本的[Guidelines for the Use of Intellectual Property under the Antimonopoly Act](#)，[征求意见稿](#)第五条设计得太粗糙，会给实践带来极大的不确定性，应当重新起草。至于为什么会出现这样的粗糙设计，是无意为之，是只知其一不知其二，还是故意为之，如果是故意为之，其理由和动机又是什么，基于哪些实际考量等等，都有待起草者及时澄清。

新增：【修订版第五条甲】【市场份额、竞争关系的变化】（部分为第十七条第二款修订版，部分为新增）

修订版：

第五条甲【市场份额、竞争关系的变化】

第一款【非竞争关系变为竞争关系】

原本在相关技术市场或相关技术产品市场上不具有竞争关系的经营者之间缔结在知识产权许可、合作研发协议中后，如果在相关技术市场或相关技术产品市场上转变为竞争关系，则仍然不视为竞争者之间的协议，除非原协议发生实质性的变更。

第二款【市场份额的变更】

在依据市场份额适用【修订版第五条】的安全港规定时，若市场份额发生变更并超过安全港的规定时，自该变更发生之日起，【修订版第五条】仍可以延续适用两年，以便保障法律适用的安定性。

修改理由：参见【修改理由 89、90】

新增：【修订版第五条乙】 【专利联营协议】（部分为【征求意见稿第十二条】的修订版）

修订版

第五条乙【专利联营协议】

第一款【专利联营协议的规制与安全港】

（42.2）在不影响本规章其他条款适用的前提下，依据《反垄断法》第十三条第一款第六项、第十四条第三项对工商总局认定新型垄断协议的授权，不符合下列条件之一的专利联营协议均构成垄断协议，不适用本规章**【修订版第五条】**，只能依据《反垄断法》第十五条进行个案分析：

（一）专利联营协议应向有兴趣参加该联营协议的所有知识产权权利人开放；

（二）专利联营协议应设置充分的防范措施，确保只有必要的知识产权和对其承担补充作用的知识产权可以被纳入联营；

（三）专利联营协议所涉及知识产权中，不得全部或主要由彼此存在替代关系的知识产权组成，以至于有可能导致限制价格竞争的情况；

（四）专利联营协议应设置充分的防范措施，确保价格制定与生产计划等敏感信息的交互近限于设立和管理专利联营必需的范围内，不能变相导致限制价格、产量、产能竞争或划分市场、客户；

（五）（48）专利联营协议不得要求所涉知识产权的权利人将相关知识产权排他地许可给该专利联营；

（六）被纳入专利联营的全部知识产权应秉承公平、合理、非歧视的原则，向任何潜在的被许可人开放许可；

（七）无论是专利联营协议缔约人，还是专利联营所涉知识产权的被许可人均有权对专利联营协议所涉知识产权的有效性和纳入联营的必要性提出质疑；

（八）（49）无论是专利联营协议缔约人，还是专利联营所涉知识产权的被许可人均有权，自由地开放与其他专利联营协议缔约人或被许可人产品或技术存在竞争关系的产品或技术，不受专利联营协议的限制；

（九）专利联营的设立、管理以及纠纷解决机制是否有通过公共透明的程序选任的、具有相关专业知识和技能独立的专家直接参与，并能够为其丧失独立性的决策、失职而承担相应的法律责任。

第二款

(53) 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双边或多边专利许可协议将各自拥有的专利共同许可给其他专利联营成员，以及将联营专利中的部分或全部许可给其他第三方的协议安排。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。

(43) 专利联营与其他相关横向的合作协议在不影响缔约方定价和营销自由等经营决策权的情况下，不构成经营者集中，不需要事前在商务部按经营者集中进行申报。

修改理由：参见【修改理由 [42](#)、[43](#)、[48](#)、[49](#)、[53](#)】

第三章 【滥用市场支配地位】

(六) 第六条 【重复且可能具有误导性的一般条款】

征求意见稿 第六条原文

(23) 具有市场支配地位的经营者不得在行使知识产权的过程中滥用市场支配地位，排除、限制竞争。

(24) 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一个因素，但是经营者不仅仅因为拥有知识产权而直接被推定为在相关市场上具有市场支配地位。

修改建议：

建议整体删除

修订版：建议整体删除

修改理由：

23. 征求意见稿 第六条第一款属于一般条款，会导致扩大认定滥用市场支配地位行为的权限

《反垄断法》第十七条没有一般条，只有国务院反垄断执法机构可以认定法律法规没有明确规定的滥用市场支配地位行为。未授权各级法院和省市自治区及以下级别的反垄断执法机构不能独立认定认定法律法规没有明确规定的滥用市场支配地位行为。

而且，【征求意见稿】无需重申《反垄断法》第十七条，因为任何涉及知识产权的法律行为都不能滥用市场支配地位违反作为本规章上位法的《反垄断法》；行政机关或管理公共事务组织也不能通过滥用行政权实施涉及知识产权的限制竞争行为，包括滥用行政权力规定或要求下经营者实施涉及知识产权的滥用市场支配地位行为。

《反垄断法》第十七条

禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为：

- (一) 以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品；
- (二) 没有正当理由，以低于成本的价格销售商品；
- (三) 没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易；
- (四) 没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易；
- (五) 没有正当理由搭售商品，或者在交易时附加其他不合理的交易条件；
- (六) 没有正当理由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇；
- (七) 国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为。

本法所称市场支配地位，是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地

位。

24. 【征求意见稿第六条第二款】第一句多余，且第二句有误导性

【征求意见稿第六条第二款】第一句是不言自明的。

【征求意见稿第六条第二款】第二句的但书没有依据。《反垄断法》第十八条并没有提及根据经营者掌握的知识产权推定市场支配地位。而【征求意见稿第六条第二款】第二句的但书则会使读者理解为：“经营者虽然不（能）仅仅因为拥有知识产权而直接被推定为在相关市场上具有市场支配地位”，但是可以在与市场份额标准结合时，用来推定市场支配地位；或者相反，在推定涉及知识产权的滥用市场支配地位行为时，需要同时依据市场份额标准和掌握知识产权的情况，来推定市场支配地位。为避免这样的误解，建议删除掉【征求意见稿第六条第二款】第二句。该句对实践并无实际帮助。

《反垄断法》第十八条

认定经营者具有市场支配地位，应当依据下列因素：

- （一）该经营者在相关市场的市场份额，以及相关市场的竞争状况；
- （二）该经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力；
- （三）该经营者的财力和技术条件；
- （四）其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度；
- （五）其他经营者进入相关市场的难易程度；
- （六）与认定该经营者市场支配地位有关的其他因素。

《反垄断法》第十九条

有下列情形之一的，可以推定经营者具有市场支配地位：

- （一）一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的；
- （二）两个经营者在相关市场的市场份额合计达到三分之二的；
- （三）三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三的。

有前款第二项、第三项规定的情形，其中有的经营者市场份额不足十分之一的，不应当推定该经营者具有市场支配地位。

被推定具有市场支配地位的经营者，有证据证明不具有市场支配地位的，不应当认定其具有市场支配地位。

（七）第七条 【必要设施】

征求意见稿第七条原文

具有市场支配地位的经营者没有正当理由（25），不得在其知识产权构成生产经营活动必需设施的情况下，（26）拒绝许可其他经营者以合理条件使用该知识产权。

（27）认定知识产权构成生产经营活动必需设施，需要考虑的因素包括：该项知识产权在相关市场上没有合理的替代品，为其他经营者参与相关市场的竞争所必需；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；许可该知识产权对该经营者不会造成不合理的损害等。

修改建议：

- 建议细化对正当理由、拒绝许可、必要设施的描述，明确禁止规则适用的尺度

修订版：

第七条 【必要设施】

第一款

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要设施的情况下，拒绝许可、（26）或者以收取不合理的许可费为来变相拒绝许可其他经营者以合理条件使用该知识产权，（27）足以导致被拒绝的申请许可人不能在由该知识产权所衍生的相关市场中进行有效竞争的，例如无法在前述市场中以低廉价格或更好质量为消费者现有的客观需求提供替代商品，或者无法在前述市场中开发或生产新商品以满足消费者需求或潜在需求，以致于排除了这些产品所处相关市场上的有效竞争，或者妨碍了技术进步以至于消费者受到损害。

第二款

（27）本条第一款所谓“必要设施”是指，许可人进入某一相关市场竞争所必需的生产要素，且该生产要素客观上在可预见的有限时间内无法自行获取，或者自行获取成本很高以至于难以进入相关市场并获得盈利。

第三款

（25）本条第一款所谓“合理理由”是指，客观上，具有市场支配地位的经营者如果承诺向他经营者许可使用其足以构成关键设施的知识产权，就将会彻底削弱许可人创新动力，或者使创新难以为继。

第四款

（27）本条第一款所谓“满足消费者需求或潜在需求的新商品”是指，具有市场支配地位的经营者如果许可其他经营者实施其足以构成必要设施的知识产权时，市场上就会自然而然涌现的商品。

修改理由：

25. 建议细化合理理由

[征求意见稿](#)第七条得以适用的关键之一是“合理理由”的认定。对此，建议结合欧洲初审法院 2007 年对微软案的判决（[CIF, 17.09.2007, Case T-201/04, Microsoft, paras. 687-711.](#)）进行如下修改：

“本条第一款所谓“合理理由”是指，客观上，具有市场支配地位的经营者如果承诺向他经营者许可使用其足以构成关键设施的知识产权，就将会彻底虚弱许可人创新动力，或者使创新难以为继。”

26. 细化“拒绝许可”

建议增加“以收取不合理的许可费为来变相拒绝许可”的情况，因为这是实践中最容易采取的策略，可以有效地规避“直接的、明示的拒绝许可”。

滥用市场支配地位“以收取不合理的许可费为来变相拒绝许可”与《反垄断法》第十七条第一款第一项禁止的“以不公平的高价销售商品”的构成要件不同，举证的内容也不同，抗辩理由和对抗辩理由的审查思路也会相应不同。

不公平的高价销，指虽能承受但显失公平的剥削（另见【[修改理由 15.2.1.1](#)】）。禁止滥用市场支配地位“以不公平的高价销售商品”，是为了防止市场支配剥削交易相对人，或者通过不公平的高价销售商品来挤占交易相对人的利润，排挤其在相邻或下游市场与其竞争，例如在替代技术研发领域、替代性技术产品的研发与营销方面。客观地讲，适用《反垄断法》第十七条第一款第一项禁止的“以不公平的高价销售商品”时，对举证的要求非常高，实际操作起来非常困难。而这样的设计也是为了尽量避免公权力动辄以“不公平”为由，替代市场机制，介入和干预市场定价，尤其是在涉及到知识产权领域时，具备市场支配地位的知识产权的价值，在没有事前的善意约定时，往往很难静态地充分评估其在未来的市场价值。因而，对于这样的问题，笔者建议参考欧盟的模式，强有力地引导经营者在可能涉及标准化的专利联营协议时：在确定标准前夕，就要求相关知识产权权利人就其相关知识产权可能的费率予以声明；否则，在事后费率谈判时则适用欧盟委员会在 2014 年对三星案、摩托罗拉案中确立的争端解决模式。（另参见【[修改意见 54.3](#)】）

“以收取不合理的许可费为来变相拒绝许可”，是指经济上不能承受的定价导致了事实上的变相拒绝交易。这对举报人、起诉人和执法者而言，举证责任相对较低，只要证明“以收取不合理的许可费为来变相拒绝许可”导致了市场进入对多数交易相对人而言变得困难即可。

鉴于发改委系统和工商总局系统存在反垄断执法权限交叉，区分“以收取不合理的许可费为来变相拒绝许可”和“以不公平的高价销售商品”的现实意义还体现在：前者更多应当作为非价格类滥用市场支配地位行为，由工商总局执法，且应当更主要通过经营者承诺整改来解决，而后者直接涉及价格竞争，应有发改委系统来执法，并考虑到已经给交易相对人和终端消费者带来剥削，因而有必要

进行罚款和没收违法所得。

27. 把对“必要设施”的界定与知识产权作为必要设施所有人不合理地拒绝许可的违法性判断分开

【[征求意见稿](#)第七条】对市场支配企业不合理地拒绝他人使用“必需设施”进行规制时使用的术语是“必需”设施，而【[征求意见稿](#)第十三条】所涉及的标准“必要”专利许可也往往会构成进入相关市场的必要条件，因此建议将【[征求意见稿](#)第七条】中的“必需设施”改称为“必要设施”，以统一术语表述。另参见【[修改理由](#) 65】

建议完善对“必要设施”的界定，考虑到获取替代设施要素可能性的时间维度和成本维度，例如表述如下：

“本条第一款所谓“必要设施”是指，许可人进入某一相关市场竞争所必需的生产要素，且该生产要素客观上在可预见的有限时间内无法自行获取，或者自行获取成本很高以至于难以进入相关市场并获得盈利。”

【[征求意见稿](#)第七条第二款】在界定“必要设施”时提及：

“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；许可该知识产权对该经营者不会造成不合理的损害等。”

这并非界定“必要设施”的要件，而应当被视为该条第一款禁止性规则的实体构成要件之一，因而应当放入【[修订稿](#)第七条第一款】，并加以细化，参考（EuGH, 05.10.1988, Volvo, Slg. 1988, 6211 Rn.8 f.; EuGH, 06.04.1995, Magill, Slg. 1995, I-743, Rn. 53 ff.; [CIF, 17.09.2007, Case T-201/04, Microsoft, paras. 647-665](#)）建议的表述如下：

“足以导致被拒绝的申请许可人不能在由该知识产权所衍生的相关市场中进行有效竞争的，例如无法在前述市场中以低廉价格或更好质量为消费者现有的客观需求提供替代商品，或者无法在前述市场中开发或生产新商品以满足消费者需求或潜在需求，以致于排除了这些产品所处相关市场上的有效竞争，或者妨碍了技术进步以至于消费者受到损害。”

并参考 EuGH, 11.04.2002, IMS, Slg. 2002, I-3401, Rn. 49. 补充说明：

“本条第一款所谓“满足消费者需求或潜在需求的新商品”是指，具有市场支配地位的经营者如果许可其他经营者实施其足以构成关键设施的知识产权时，市场上就会自然而然涌现的商品。”

（八）第八条【排他交易与指定交易对象】

征求意见稿第八条原文

具有市场支配地位的经营者没有正当理由，不得在行使知识产权的过程中，
(28) 实施下列限定交易行为：

- （一）限定交易相对人只能与其进行交易；
- （二）限定交易相对人只能与其指定的经营者进行交易；
- （三）限定交易相对人不得与其竞争对手进行交易。

修改建议：

与《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》第五条重复，建议删除

修订版：

- 排他交易构成垄断协议，应纳入【修订稿第五条】

修改理由：

28. 与《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》第五条重复。

28.1. 规则重复

【征求意见稿】在滥用市场支配地位规制上，不必大而全，面面俱到。为简便法规，避免出现在个案中同时引用两则级别相同，但内容重复的条款，建议删除[征求意见稿](#)第八条。

28.2. 排他交易构成垄断协议，应纳入【修订稿第五条】

值得一提的是，经营者限制交易对象只能与其进行交易，通常构成垄断协议，但可以适用【修订稿第五条】，亦即在超过安全港份额后，应当依据《反垄断法》第十五条进行个案考察，例如限制知识产权被许可人不能再与许可人的竞争对手签署具有竞争性的知识产权许可协议，或者购买竞争性的技术产品。

建议参考 [Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements 4.2.2; 4.2.5; 4.2.7.](#)

（九）第九条 【搭售】

征求意见稿第九条原文

（29）具有市场支配地位的经营者（30）没有正当理由，不得在行使知识产权的过程中，实施同时符合下列条件的搭售行为：

（一）许可或者转让知识产权时，违背交易相对人的意愿要求其接受其他知识产权或者其他商品、服务；

（二）搭售品和被搭售品在性质和交易习惯上属于两个独立的商品；

（三）实施搭售行为使该经营者将其在搭售品市场的支配地位延伸到被搭售品市场，（31）排除、限制了其他经营者在搭售品或者被搭售品市场上的竞争。

修改建议：

●建议规定许可协议中的搭售行为属于限制竞争条款，应被纳入到《反垄断法》第十五条中加以考量和评估；

●建议删除征求意见稿第九条的第一款第三项，取消对于滥用市场支配地位实施搭售行为以“实施搭售行为使该经营者将其在搭售品市场的支配地位延伸到被搭售品市场，排除、限制了其他经营者在搭售品或者被搭售品市场上的竞争”为前提或构成要件的表述。

修订版：

第九条 【搭售】

第一款

（29）具有市场支配地位的经营者（30）没有正当理由，不得在行使知识产权的过程中，实施同时符合下列条件的搭售行为：

（一）许可或者转让知识产权时，违背交易相对人的意愿要求其接受其他知识产权或者其他商品、服务；

（二）搭售品和被搭售品在性质和交易习惯上属于两个独立的商品；

第二款

（30）本条第一款所称“合理性”指搭售的客观必要性或对效率提升的积极影响；但是在对“合理性”进行评估时，需要通过对个案的全面分析，属于下列情况之一，则不应认可具有市场支配地位的经营者对其搭售行为的合理性抗辩：

（一）虽能带来一定经济效率提升，且最终有利于消费者，但通过搭售的手段来实现这样的效率提升并不必要或不合比例；

（二）虽具有一定合理性，（31）但尚不足以抵消搭售行为对被搭售商品所处相关市场的封锁效应、排挤效应，不足以保证被搭售商品所处相关市场仍维持有效竞争。

修改理由：

29. 许可协议中的搭售行为属于限制竞争条款，应被纳入到《反垄断法》第十五条中加以考量和评估

无论是竞争对手间，还是非竞争对手间的知识产权许可协议中的搭售行为都

可能导致限制竞争，因而都应当视为限制竞争的垄断协议，应被纳入到《反垄断法》第十五条中加以考量和评估，并结合【征求意见稿】设定的市场份额标准，对处于竞争关系的经营者市场份额超过 20%，非竞争关系时超过 30% 市场份额的这类协议依据《反垄断法》第十五条进行个案分析。因此，建议在【[修订版第五条](#)】中明确加以规定。

参考 [Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements](#) 的第 221 至 225 段对知识产权许可协议中搭售行为的限制竞争问题有概要地介绍。

30. 应增设一款，对什么算是“合理理由”进行提示，并对合理性抗辩加以限制

有关如何认定具有市场支配地位的经营者实施搭售是否具有合理理由的问题，应当在征求意见稿中详细介绍。补充理由参见“修订版”中增设的第二款。相关案例可参考欧洲法院 1996 年对 Petra Pak II 的判决、欧洲初审法院 2007 年对微软搭售案的判决、欧共体委员会早期处理的 IBM 搭售案、Hilti、Oliofiat 案。

31. 第九条的第一款第三项不应属于搭售的构成要件

应当明确的是具有市场支配地位的经营者实施的搭售行为本身必然会产生限制竞争效果。而是否造成市场力的传递到被搭售市场，以至于使之出现市场封锁效应（例如欧洲初审法院 2007 年对微软案的判决），则更应被视为评估与权衡合理性抗辩是否成立的因素之一，而非是否构成搭售的构成要件。

不可忽视的是，滥用市场支配地位进行搭售往往会变相强迫交易相对人一同购买不需要的产品，造成对交易相对人的变相剥削。例如，一些软件商或互联网服务商变相捆绑推销软件包时，把一些交易相对人不需要的软件或服务也一起打包进去，或直接收取更高使用费、维护费，或利用双边市场规则变相赚取更多广告费或流量费。如果这些经营者具有市场支配地位，尤其是依托其所具有的知识产权的使用粘性或网络效应而获得市场支配地位的话，那么就意味着它们无需担心用户流失就可以恣意增加被搭售产品。这类行为显然应当受到《反垄断法》规制。

（十）第十条【涉知识产权协议附加不合理限制条件】

征求意见稿第十条原文

具有市场支配地位的经营者没有正当理由，不得在行使知识产权的过程中，实施下列附加不合理限制条件的行为：

- （一）(32) 要求交易相对人将其改进的技术进行独占性的回授；
- （二）(33) 禁止交易相对人对其知识产权的有效性提出质疑；
- （三）(34) 限制交易相对人在许可协议期限届满后，在不侵犯知识产权的情况下制造、使用、销售竞争性商品或者研发、使用竞争性技术；
- （四）(34) 要求交易相对人为保护期已经届满或者被认定无效的知识产权继续支付费用；
- （五）(35) 禁止交易相对人与第三方进行交易；
- （六）(36) 要求交易相对人附加其他不合理的限制条件。

修改建议：

建议删除征求意见稿第十条，具体而言建议如下：

- 建议把“（一）要求交易相对人将其改进的技术进行独占性的回授”作为许可协议中原则上不可豁免禁止的条款予以单独规定（例如在【[修订版第四条](#)】）；
- 建议把和“（二）禁止交易相对人对其知识产权的有效性提出质疑”作为合作研发和许可协议中原则上不可豁免禁止的条款予以单独规定（例如在【[修订版第四条](#)】）；
- 为避免法律适用交叉，建议删除“（三）限制交易相对人在许可协议期限届满后，在不侵犯知识产权的情况下制造、使用、销售竞争性商品或者研发、使用竞争性技术”和“（四）要求交易相对人为保护期已经届满或者被认定无效的知识产权继续支付费用”，由当事人依据相关知识产权法有关知识产权效力的规定和一般合同法的规定来主张自己的权利；
- 为避免重复规定，建议删除“（五）禁止交易相对人与第三方进行交易”，而是继续依据《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》第五条对市场支配地位的经营者要求交易性对人仅与其进行排他交易的行为进行规制，同时明确地补充规定（例如在【[修订版第四条](#)】）“合作研发协议中禁止合作研发协议中的研究成果的转化，亦即限制合作研发协议中的研究成果至少由签署协议中的一方或第三方用于相关技术产品的开发的条款”属于垄断协议，且原则上不能符合《反垄断法》第十五条的要求。
- 删除作为兜底条款的“（六）要求交易相对人附加其他不合理的限制条件”，直接适用《反垄断法》第十七条第一款第（五）项后段兜底。

修订版：

建议删除第十条，在【[修订版第四条](#)】中另行规定。

修改理由：

32. 应原则上禁止所有竞争者在知识产权许可协议中的“要求交易相对人将其改进的技术进行独占性的回授”条款，而非仅仅限于涉嫌滥用市场支配地位的情况

【征求意见稿第十条第一项】是对我国《对外贸易法》第三十条的弱化。

《对外贸易法》

第三十条 知识产权权利人有阻止被许可人对许可合同中的知识产权的有效性提出质疑、进行强制性一揽子许可、在许可合同中规定排他性返授条件等行为之一，并危害对外贸易公平竞争秩序的，国务院对外贸易主管部门可以采取必要的措施消除危害。

在许可合同中规定排他性返授条件，是中国及欧盟等国家和地区都原则上普遍禁止的严格限制竞争行为。《对外贸易法》第三十条适用于所有经营者，而【征求意见稿第十条第一项】则仅仅适用于具有市场支配地位的经营者，且实践中市场支配地位的认定往往是十分困难的。

建议“要求交易相对人将其改进的技术进行排他性回授”作为许可协议中原则上不可豁免禁止的条款予以单独规定（例如在【[修订版第四条](#)】）。有关排他性回授条款的限制竞争问题的分析，可参见 [Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements](#) 边码第 129 至 132 段。

对于非排他性的回授，则可以使用市场份额安全港规定。

相关立法例参见：

[Commission Regulation \(EU\) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101\(3\) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements, TTBER](#) 第五条第一款 a 项。

Article 5

Excluded restrictions

1. The exemption provided for in Article 2 shall not apply to any of the following obligations contained in technology transfer agreements:

a) any direct or indirect obligation on the licensee to grant an exclusive licence or to assign rights, in whole or in part, to the licensor or to a third party designated by the licensor in respect of its own improvements to, or its own new applications of, the licensed technology;

b).....

33. 应原则上禁止所有竞争者在合作研发和许可协议中设置有关“禁止交易相对人对其知识产权的有效性提出质疑”的条款，而非仅仅限于涉嫌滥用市场支配地位的情况

【征求意见稿第十条第二项】是对我国《对外贸易法》第三十条的弱化。

《对外贸易法》

第三十条 知识产权权利人有阻止被许可人对许可合同中的知识产权的有效性提出质疑、进行强制性一揽子许可、在许可合同中规定排他性返授条件等行为之一，并危害对外贸易

易公平竞争秩序的，国务院对外贸易主管部门可以采取必要的措施消除危害。

限制交易相对人对其知识产权的有效性提出质疑，是中国及欧盟等国家和地区都原则上普遍禁止的严格限制竞争行为。《对外贸易法》第三十条适用于所有经营者，而【征求意见稿第十条第一项】则仅仅适用于具有市场支配地位的经营者，且实践中市场支配地位的认定往往是十分困难的。

有关“禁止交易相对人对其知识产权的有效性提出质疑”的条款的限制竞争问题，可参加 [Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements](#) 边码第 133 至 143 段。

参考立法例：[欧盟委员会 2010 年 12 月 14 日\(EU\)1217/2010 号关于《欧盟运作模式条约》第 101 条第 3 款对某些类型的研发协议的适用问题的条例\(与欧洲经济区相关的文本\)第六条 b 项](#)

第二条的豁免规则不适用于研发协议中含有的下列条款：

.....

(b) 规定不得授予第三方生产合同产品或者应用合同技术的许可的条款，除非协议规定至少由一个缔约方开发联合研发或付费研发的成果，且该开发在与第三方有关的内部市场上进行。

参考立法例：[Commission Regulation \(EU\) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101\(3\) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements, TTBER](#) 第五条第一款 b 项。

Article 5

Excluded restrictions

1. The exemption provided for in Article 2 shall not apply to any of the following obligations contained in technology transfer agreements:

(a)

(b) any direct or indirect obligation on a party not to challenge the validity of intellectual property rights which the other party holds in the Union, without prejudice to the possibility, in the case of an exclusive licence, of providing for termination of the technology transfer agreement in the event that the licensee challenges the validity of any of the licensed technology rights.

34. 应避免法律适用交叉与冲突

34.1. 【征求意见稿第十条第三项】与《反垄断法》第十三条交叉，且弱化了后者的适用

【征求意见稿第十条第三项】：“（三）限制交易相对人在许可协议期限届满后，在不侵犯知识产权的情况下制造、使用、销售竞争性商品【或者研发、使用竞争性技术】”中的后段与《反垄断法》第十三条第一款第四项中禁止的垄断协议存在交叉。

《反垄断法》 [第十三条](#)

禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议：

……

（四）限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品；

如果纳入到滥用市场支配地位行为中去，不仅会让法律适用存在竞合与体系混乱，而且弱化对这类严重的限制竞争行为的规制，因为《反垄断法》第十三条第一款第四项是对所有经营者的，并非仅仅具有市场支配地位的经营者，而且市场支配地位的认定本身是非常困难的。因此，建议将【征求意见稿第十条第三项】纳入到【[修订版第四条](#)】有关知识产权许可协议中原则上不能适用《反垄断法》第十五条予以豁免禁止的条款中去。

34.2. 【征求意见稿第十条第四项】与《合同法》第三百四十四条、《技术进出口管理条例》第二项冲突，且变相架空了后两者的适用，或不利于中国本土企业

为避免法律适用冲突，建议删除【征求意见稿第十条第四项】：“（四）要求交易相对人为保护期已经届满或者被认定无效的知识产权继续支付费用”，由当事人依据相关知识产权法有关知识产权效力的规定和一般合同法的规定来主张自己的权利，而非仅仅局限于滥用市场支配行为的情况。

【征求意见稿第十条第四项】很明显是参考了 [Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition, Issued by the U. S. Department of Justice and the Federal Trade Commission April 2007](#)。有关“超过专利法定有效期延伸市场支配力的竞争问题”，参见例如参见潘志成：“第二章 若干法域知识产权领域反垄断执法的新发展”，载王先林等著《知识产权滥用及其法律规制》，2008年中国法制出版社，第103页。

但是，应当注意的是：

《合同法》第三百四十四条规定：

“专利实施许可合同只在该专利权的存续期间内有效。专利权有效期限届满或者专利权被宣布无效的，专利权人不得就该专利与他人订立专利实施许可合同。”

《技术进出口管理条例》（2001）中华人民共和国国务院令（第331号）

第二十九条 技术进口合同中，不得含有下列限制性条款：……

二、要求受让人为专利权有效期限届满或者专利权被宣布无效的技术支付使用费或者承担相关义务；

然而，因为【征求意见稿第十条第四项】仅仅局限在市场支配地位的经营者，且认定市场支配地位往往很困难，所以如果按照新法优于旧法，特殊法优于一般法的原则，【征求意见稿第十条第四项】等于默许没有市场支配地位、或市场支配地位难以被证明的企业可以在专利有效期届满后继续对被原许可人进行收费，这难免有架空《合同法》第三百四十四条规定之嫌，更会直接导致相关专利失效后，下游技术产品的有效价格竞争无法充分得以实现，并最终惠及消费者。这种变相默许与纵容对失效专利或直接或通过捆绑技术秘密来收取许可费的做法，与被欧盟严格查处的医药企业 pay for delay 协议，在本质上是一样的，都会严重地限制下游技术产品的有效竞争。其危害不仅对终端消费者，对下游企业而言，也会是非常显著的。类似的情况也是中国不少企业正在面对的，例如：[《国内7家稀土企业成立联盟反击日立金属专利垄断》](#)。

35. 应避免重复规定，并对限制合作研发成功的转化予以规制

为避免重复规定，建议删除“（五）禁止交易相对人与第三方进行交易”，而是继续依据《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》第五条对市场支配地位的经营者要求交易性对人仅与其进行排他交易的行为进行规制。

应明确地补充规定（例如在【[修订版第四条](#)】）“合作研发协议中禁止合作研发协议中的研究成果的转化，亦即限制合作研发协议中的研究成果至少由签署协议中的一方或第三方用于相关技术产品的开发的条款”属于垄断协议，且原则上不能符合《反垄断法》第十五条的要求。

相关立法例参见：

[欧盟委员会 2010 年 12 月 14 日 \(EU\) 1217/2010 号关于《欧盟运作模式条约》第 101 条第 3 款对某些类型的研发协议的适用问题的条例 \(与欧洲经济区相关的文本\) 第六条 a 项。](#)

第二条的豁免规则不适用于研发协议中含有的下列条款：

(a) 规定在研发完成后不得质疑缔约方在内部市场上持有的与研发相关的知识产权和研发相关知识产权的效力，或者在研发协议届满后不得质疑缔约方在内部市场上持有的保护研发成果的知识产权的效力的条款；本规则不影响规定在某一缔约方质疑该等知识产权的有效性时终止研发协议的权利；

36. 应避免兜底条款的重复

为避免兜底条款的重复，应删除【征求意见稿第十条】中作为兜底条款的“（六）要求交易相对人附加其他不合理的限制条件”，直接适用《反垄断法》第十七条第一款第（五）项后段兜底。

（十一）第十一条 【差别待遇】

征求意见稿第十一条原文

具有市场支配地位的经营者（37）没有正当理由，不得在行使知识产权的过程中，对条件相同的交易相对人实行差别待遇。

修改建议：

建议增加四款规定：明确歧视行为“不以把其竞争对手排挤出市场为要件，不以是否存在对自身子公司或关联企业给予差别待遇的情况为前提”；兼顾同一种知识产权被用于生产不同产品的情况；兼顾标准必要专利的歧视行为；限制合理性抗辩。

修订版：

第十一条 【差别待遇】

具有市场支配地位的经营者（37）没有正当理由，不得在行使知识产权的过程中，对条件相同的交易相对人实行差别待遇。

（38）本条第一款对经营者滥用市场支配地位实施差别待遇的禁止，不以把其竞争对手排挤出市场为要件，也不以是否存在对自身子公司或关联企业给予差别待遇的情况为前提。

（39）本条第一款所称“差别待遇”的认定需全面考虑不同交易人的条件是否相同，在涉及知识产权许可协议时，需要兼顾被许可知识产权的用途和使用被许可知识产权生产产品的属性、销售范围、销售量、销售额与利润率及利润率的发展情况。

（40）标准必要专利的所有权人对条件相同的交易相对人实行差别待遇，适用本条第一款的规定。

（37）虽具有一定合理性，但不符合比例原则，或尚不足以抵消因为接受差别待遇而导致市场进入或竞争行为受到严重限制所带来的负面影响，或威胁相关市场有效竞争存续的，均不能被认为具有合理性。

修改理由：

37. 限制合理性抗辩

建议明确对合理性抗辩的限制，使相关经营者能对自己行为和抗辩理由形成合理预期。

38. 明确歧视行为“不以把其竞争对手排挤出市场为要件，不以是否存在对自身子公司或关联企业给予差别待遇的情况为前提”

基于有关《欧盟运行条约》第 102 条的通说及相关实践，建议对滥用市场支配地位实施差别待遇的行为明确规定“不以把其竞争对手排挤出市场为要件，不以是否存在对自身子公司或关联企业给予差别待遇的情况为前提”。

例如，在华为诉 IDC 案，IDC 虽然没有从事生产的部门或子公司，但是在比较所有条件后，其如果对华为和其他公司存在差别待遇的话，例如在许可费率上，那么就应当适用禁止滥用市场支配地位实施差别待遇的规定，而非过高定价方面

的规定。后者更多应考虑的是同一技术在华为不同产品市场上对应的估值。相关讨论参见【[华为诉美国 IDC 公司滥用市场支配地位案二审判决中存在哪些问题？是否有不妥之处？](#)】。

39. 在判断条件是否相同时应兼顾同一种知识产权被用于生产不同产品的具体情况

基于有关《欧盟运行条约》第 102 条的通说及相关实践，建议对本条增加第一款，明确：“差别待遇”的认定需全面考虑不同交易人的条件是否相同，在涉及知识产权许可协议时，需要兼顾被许可知识产权的用途和使用被许可知识产权生产产品的属性、销售范围、销售量、销售额与利润率及利润率的发展情况。

例如，在广东省高院有关华为诉 IDC 的二审判决中，华为就存在将 IDC 标准必要专利用于手机制造和电信运营商通信设备及服务等不同产品市场。但是，在计算和比较许可费时，原告华为及一二审法院都没有考虑到这一问题，而是直接用 IDC 给苹果和三星的许可费率进行比较，而苹果公司没有电信运营商通信设备业务，而三星公司的这类业务相比手机业务所占份额很少。因此，在该案中，对差别待遇的分析是存在严重事实认定错误的。相关讨论参见【[华为诉美国 IDC 公司滥用市场支配地位案二审判决中存在哪些问题？是否有不妥之处？](#)】。

40. 兼顾标准必要专利的歧视行为；。

为避免重复规定，建议把征求意见稿第十三条中有关标准必要专利的规定分拆到其他禁止滥用市场支配地位行为的规定中去。

(十二) 第十二条 【专利联营】建议纳入【[修订版第五条乙](#)】

[征求意见稿](#)第十二条原文

第一款

(42) 经营者不得在行使知识产权的过程中，利用(43)专利联营从事排除、限制竞争的行为。

第二款

(44) 专利联营的成员不得利用专利联营交换(45)价格、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。

第三款

(46) 具有市场支配地位的经营者或者专利联营管理组织(47)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：

(一) (48) 限制联营成员在联营之外作为独立许可人许可专利；

(二) (49) 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) (50) 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) (51) 禁止被许可人质疑联营专利的有效性；

(五) (52) 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。

第四款

(53) 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其他第三方的协议安排。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。

修改建议：

建议删除【[征求意见稿](#)第十二条第一款、第二款、第三款】

将【[征求意见稿](#)第三款第（一）项、第（二）项、】规制的内容纳入到【[修订版第五条乙](#)】中

【[征求意见稿](#)第十二条第四款】完善后纳入到【[修订版第五条乙](#)】

修订版：

第十二条 【专利联营】建议纳入【[修订版第五条乙](#)】

第一款 （删除）

第二款 （删除）(44)

第三款

(46) (47) (48) (49) 【删除前段】

(一) (48) 限制联营成员在联营之外作为独立许可人许可专利；（建议纳入【[修订版第五条乙](#)】）

（二）（49）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；（建议纳入【[修订版第五条乙](#)】）

（三）（删除）（50）；

（四）（删除）（51）；

（五）（删除）（52）。

（53）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双边或多边专利许可协议将各自拥有的专利共同许可给其他专利联营成员，以及将联营专利中的部分或全部许可给其他第三方的协议安排。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。（43）专利联营与其他相关横向的合作协议在不影响缔约方定价和营销自由等经营决策权的情况下，不构成经营者集中，不需要事前在商务部按经营者集中进行申报。（建议纳入【[修订版第五条乙](#)】）

修改理由：

42. 应避免设置一般条款，尽管专门就专利联营进行规制是有必要的，但适宜明确哪些规定是适用于一般知识产权许可协议，哪些是由于专利联营的特殊性决定的，从而避免重复

42.1. 应避免一般条款

征求意见稿第十二条有一般条款的意味，亦即以该款囊括涉及专利联营的各种垄断协议、滥用市场支配地位行为和经营者集中行为。但是，仅从三大反垄断法执法系统的三定方案来看，工商总局不适宜对某一类特定法律行为做出这样的一般条款规定。

42.2. 应效仿欧盟，通过规制限制竞争协议的制度来广泛地规制专利联营协议

征求意见稿第十二条的设计与欧盟委员会 2014 年《关于技术转让协议适用〈欧盟运行条约〉第 101 条的指南》（[Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements](#)）（边码第 244 段以下）存在一定契合性。但是，应当明确的是，欧盟对专利联营（patent pool）、标准必要专利的规定是递进式的，换言之，是建立在对一般技术转让协议的规制基础上，再结合专利联营、标准必要专利的特点，以指南的方式进行详尽地说明它们适用《欧盟运行条约》第 101 条、第 102 条的情况。这样的立法技巧有两方面的优势：其一，可以避免规则的重复；其二，可以借助没有法律约束力的反垄断委员会指南或【本规章起草说明】更详细地引导企业的行为，降低法律适用的不确定性和不可预期性，同时又为个案中出现不同于指南说明的情况留有余地，使得执法者可以根据具体个案情况来查办和处理。

但是，兼顾专利联营对实现创新驱动战略的重要性、容易诱发限制竞争行为的可能性，在我国反垄断委员会尚处于空转状态，单纯的行政指导行为、指引性文件不能起到有效规制作用的背景下，更建议通过规章对专利联营作为一种特殊的垄断协议类型纳入到反垄断执法机构监管之下，不适用【[修订版第五条](#)】中按

市场份额设置的安全港。

可参考欧盟的 2014 年《关于技术转让协议适用〈欧盟运行条约〉第 101 条的指南》([Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements](#)) 第 261 段为专利联营协议“量身定做”安全港标准。

261. The creation and operation of the pool, including the licensing out, generally falls outside Article 101(1) of the Treaty, irrespective of the market position of the parties, if all the following conditions are fulfilled:

(a) participation in the pool creation process is open to all interested technology rights owners;

(b) sufficient safeguards are adopted to ensure that only essential technologies (which therefore necessarily are also complements) are pooled;

(c) sufficient safeguards are adopted to ensure that exchange of sensitive information (such as pricing and output data) is restricted to what is necessary for the creation and operation of the pool;

(d) the pooled technologies are licensed into the pool on a non-exclusive basis;

(e) the pooled technologies are licensed out to all potential licensees on FRAND (97) terms; (此处脚注 97 的内容为: For details on FRAND see Horizontal Guidelines, point 287 pp., cited in footnote 27.——笔者注)

(f) the parties contributing technology to the pool and the licensees are free to challenge the validity and the essentiality of the pooled technologies, and;

(g) the parties contributing technology to the pool and the licensee remain free to develop competing products and technology.

另参考

欧盟 2014 年《关于技术转让协议适用〈欧盟运行条约〉第 101 条的指南》([Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements](#)) 第 247 段:

247. Agreements establishing technology pools and setting out the terms and conditions for their operation are not — irrespective of the number of parties — covered by the block exemption, as the agreement to establish the pool does not permit a particular licensee to produce contract products (see section 3.2.4). Such agreements are addressed only by these guidelines. Pooling arrangements give rise to a number of particular issues regarding the selection of the included technologies and the operation of the pool, which do not arise in the context of other types of licensing. Licensing out from the pool is generally a multiparty agreement, taking into account that the contributors commonly determine the conditions for such licensing out, and is therefore also not covered by the block exemption. Licensing out from the pool is dealt with in point (261) and in section 4.4.2.

42.3. 依据《反垄断法》第 15 条原则上不应豁免禁止的行为

征求意见稿第十二条的规定中有一部分是一般技术转让协议都应当遵守的规则，换言之，这些规则规制的条款都会严重限制有效竞争，且依据《反垄断法》第 15 条原则上不应豁免禁止，包括：

- a. 专利联营的成员不得利用专利联营交换价格、产量、市场划分等有关竞争的敏感信息；
- b. 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；
- c. 禁止被许可人质疑联营专利的有效性；

其中 a. 项应当在【征求意见稿第四条】里已经涵盖了，要细化也应当在第四条内细化，且指向所有知识产权许可协议和合作研发协议；b. c. 两项在征求意见稿第十条的讨论中已经涉及到了，参加【修改理由 32； 33】。

相比之下，属于专利联营的特殊性规定，可以包括禁止：

- d. 限制联营成员在联营之外作为独立许可人许可专利；
- e. 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；

但对这两种情形的规制应该是针对所有专利联营，而非仅仅限于市场支配者的。即便本规章尚未发布，也不妨碍反垄断执法机构依据《反垄断法》第十三条第一款第四项查处上述两类行为。另参见【修改理由 48； 49】。

对于是否应当把欧盟委员会 2014 年《关于技术转让协议适用〈欧盟运行条约〉第 101 条的指南》([Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements](#))第 244 段以下，对专利联盟的指导性规范引入到工商总局的这则规章的问题，建议在规章中直接对那些极可能导致严重限制竞争，且不符合《反垄断法》第十五条的情形进行规制，以便更有力地避免专利联营中滋生的限制竞争行为导致难以挽回或弥补的损失。

例如参考 2014 年《关于技术转让协议适用〈欧盟运行条约〉第 101 条的指南》([Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements](#))边码第 244 段、253 至 255 段：

Technology pools may also be restrictive of competition. The creation of a
46. technology pool necessarily implies joint selling of the pooled technologies, which in the case of pools composed solely or predominantly of substitute technologies amounts to a price fixing cartel. Moreover, in addition to reducing competition between the parties, technology pools may also, in particular when they support an industry standard or establish a de facto industry standard, result in a reduction of innovation by foreclosing alternative technologies. The existence of the standard and a related technology pool may make it more difficult for new and improved technologies to enter the market.

.....

253. When technologies in a pool are substitutes, royalties are likely to be higher

than they would otherwise be, because licensees do not benefit from rivalry between the technologies in question. When the technologies in the pool are complements the technology pool reduces transaction costs and may lead to lower overall royalties because the parties are in a position to fix a common royalty for the package as opposed to each party fixing a royalty for its own technology while not taking into account that a higher royalty for one technology will usually decrease the demand for complementary technologies. If royalties for complementary technologies are set individually, the total of these royalties may often exceed what would be collectively set by a pool for the package of the same complementary technologies. The assessment of the role of substitutes outside the pool is set out in point (262).

254. The distinction between complementary and substitute technologies is not clear-cut in all cases, since technologies may be substitutes in part and complements in part. When due to efficiencies stemming from the integration of two technologies licensees are likely to demand both technologies, the technologies are treated as complements, even if they are partly substitutable. In such cases it is likely that in the absence of the pool licensees would want to licence both technologies due to the additional economic benefit of using both technologies as opposed to using only one of them. Absent such demand based evidence on the complementarity of the pooled technologies, it is an indication that these technologies are complements if (i) the parties contributing technology to a pool remain free to license their technology individually and (ii) the pool is willing, besides licensing the package of technologies of all parties, to license the technology of each party also separately and (iii) the total royalties charged when taking separate licences to all pooled technologies do not exceed the royalties charged by the pool for the whole package of technologies.

255. The inclusion of substitute technologies in the pool generally restricts inter-technology competition since it can amount to collective bundling and lead to price fixing between competitors. As a general rule the Commission considers that the inclusion of significant substitute technologies in the pool constitutes a violation of Article 101(1) of the Treaty. The Commission also considers that it is unlikely that the conditions of Article 101(3) will be fulfilled in the case of pools comprising to a significant extent substitute technologies. Given that the technologies in question are alternatives, no transaction cost savings accrue from including both technologies in the pool. In the absence of the pool licensees would not have demanded both technologies. To alleviate the competition concerns it is not sufficient that the parties remain free to license independently. This is because the parties are likely to have little incentive to license independently in order not to undermine the pool's licensing activity, which allows them to jointly exercise market power.

在【第一款】中增加：

“专利联营协议所涉及的知识产权中，或全部、或主要由彼此存在替代关系的知识产权组成，以至于有可能导致限制价格竞争的情况。”

在【[修订版第十三条](#)】中增加：

第一款丁（54.3.2）【原则上不能豁免禁止的行为】

涉及以下情形的标准化协议属于严重限制竞争行为，原则上不符合《反垄断法》第十五条的要求，无法被豁免禁止：

……

（二）标准化组织及其成员通过共同采取措施将新技术排除在某一现有标准之外，尤其是在该项新技术有助于降低相关产品价格的情况下；

对于《关于技术转让协议适用〈欧盟运行条约〉第 101 条的指南》([Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements](#)) 边码第 244 段以下涉及的具体说明，可以纳入到【本规章起草说明】中去。

43. 专利联营与其他形式的横向合作需要与经营者集中进行区分

专利联营往往发生在多个领先的竞争者之间，从而也更容易通过这样的合作导致严重限制竞争。但是，在规则明确且能够严格执行的情况下，专利联营的各方都会有独立的自主经营权开展有效竞争。因此，和许多其他形式的横向合作一样，例如合作采购、合作研发、合作承揽、合作营销协议一样，专利联营在严格合规时，是可以符合《反垄断法》第 15 条规定的。

但是，上述横向的合作往往是很紧密的，或者通过某一独立的第三方，例如协会或者新设的合营企业来实现的。对于这样的横向合作协议和横纵向混合的专利联盟，更应被视为可以依据《反垄断法》第 13 条至第 15 条进行事后监督的。而且由于它们本身没有构成协议各方控制权的转移，因此不应该被视为构成经营者集中。从这个角度来看，商务部将马士基、地中海航运和达飞在航线上的合作视为构成经营者集中是错误的，作为行政执法机关，在实施具体行政行为之前，更是缺少充分举证的（参见拙文《[商务部“阻击”国际航运巨头反映了什么？](#)》）。在三大执法系统存在一定执法交叉，对反垄断法的理解和解释不同的情况下，笔者建议工商总局应当在【征求意见稿】对专利联营的定义中明确：“**专利联营与其他相关横向的合作协议在不影响缔约方定价和营销自由等经营决策权的情况下，不构成经营者集中，不需要事前在商务部按经营者集中进行申报。**”否则，事前的申报则会给专利联营等横向合作协议带来很高的事前申报与等候成本，更会因为这项合作协议缔约成员可能发生变更而出现反复申报审查，增加商务部自身的执法成本和负担。

44. 第十二条第二款并非专利联营特有的问题，应纳入到第四条中去统一进行规定

参见【修改理由】42 所述的意见。建议纳入到第四条即【原则上不予以豁免的限制竞争协议】中去统一进行规定如下：

【修订版】【第四条第三款对知识产权许可协议的规定】

“经营者不得借助知识产权许可协议交互价格、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。”

45. 价格执法与非价格执法的分工问题

由于专利联盟涉及的限制竞争行为往往会体现在价格操纵上，但鉴于目前工商系统反垄断执法机构只能就非价格类限制竞争行为进行处罚，所以很可能会存在与发改委系统的执法交叉。但是，鉴于一事不两罚的原则，究竟该如何处理知识产权许可协议，尤其是专利联营中，同时涉及价格和非价格的行为，是执法和计算罚金的难点。例如，在浙江江山水泥案中，就同时涉及到横向限制价格竞争协议与非价格竞争的划分市场份额的协议，但最终，浙江工商仅仅按非价格的限制竞争协议进行处罚，且由于一些非《反垄断法》明确规定的罚金减免考量理由，从轻处罚；然而，限制价格竞争显然危害更大，更应该从严处罚，但是由于浙江工商已经进行了处罚，那么浙江物价监管部门就难以再次依据《反垄断法》进行处罚。类似的问题，并不少见，又如最初的江苏工商查处的连云港水泥协会案。

以下摘自：《[竞争执法公告 2013 年第 9 号 浙江省江山市混凝土经营者从事垄断协议案，竞争执法公告 2013 年第 9 号](#)》

“自达成口头协议后，江山市区出现新建设工程项目，三当事人便以电话联络等方式相互协商，共同确定由谁供货。一旦明确供货单位后，其他两家公司即便接到该新工程客户商谈供货事宜的要求，也会采取提高价格或明确告知等各种方式拒绝供货，最终迫使该客户只能向被指定的公司购买商品混凝土。

除此以外，三当事人还提高了江山市区商品混凝土的供应价格。达成口头协议后，江山市区的商品混凝土销售价由之前的在指导价基础上下浮 15%-20% 上涨为仅下浮 5%-10%。而距离更远、运输成本更大的江山市区以外的建设工程，因不在三当事人的协议范围内，其供货价反而能下浮 20%，远低于市区供货价格。

.....

本局认为：三当事人通过口头形式达成并实施了划分江山市区商品混凝土销售对象的协议，使得江山混凝土市场丧失了基于价格、质量及服务等方面的公平竞争环境，剥夺了用户对混凝土公司的选择权，妨碍了江山建筑市场的健康有序发展。该行为违反了《中华人民共和国反垄断法》第十三条第一款第（三）项之规定：“禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议：（三）分割销售市场或者原材料采购市场”，属于具有竞争关系的经营者达成并实施分割销售市场的垄断协议行为。且三当事人的行为不符合《中华人民共和国反垄断法》第十五条规定的豁免情形，不得豁免。

根据《中华人民共和国反垄断法》第四十六条第一款：“经营者违反本法规定，达成并实施垄断协议的，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款；尚未实施所达成的垄断协议的，可以处五十万元以下的罚款。”综合考虑当事人违法行为实施时间、影响范围、产生的社会危害，经本局研究，并报经国家工商行政管理总局同意，决定责令三当事人改正，并处罚如下：

一、对当事人江山虎公司罚款人民币 471600 元整，上缴国库；（2010 年江山虎公司销售额为 3144 万元，2012 年 12 月 4 日做出的罚款为其 1.5%——笔者注）

二、对当事人恒江公司罚款人民币 258450 元整，上缴国库；（2010 年恒江公司销售额为 1723 万元，2012 年 12 月 4 日做出的罚款为其 1.5%——笔者注）

三、对当事人永成公司罚款人民币 453150 元整，上缴国库。（2010 年永成公司销售额为 3021 万元，2012 年 12 月 4 日做出的罚款为其 1.5%——笔者注）”

以下摘自：《[查办江山混凝土企业垄断案件的做法及经验](#)》

“客观的说，当事人一开始并不认同工商部门的观点，有抵触情绪，甚至有当事人扬言要和工商部门“法庭上见”。为了加强与当事人的沟通和交流，预防和化解工商部门与当事人之间的矛盾，专案组三管齐下，一是及时向当地党委政府汇报案情，澄清利弊，积极争取支持，二是多层次多场合展开案中约谈，从当事人的立场和角度帮助分析解决问题，三是积极宣讲法律规定，动员三当事人争取主动，满足从轻处罚的法定情节，终于获得了当事人的理解和配合。省局送达听证告知书后，三当事人均未提出听证和陈述申辩要求。”

综上，更建议工商与发改委系统能够及早就执法权限分工达成默契，或者依据十八大三中精神，共同推动工商和发改委两系统反垄断执法机构的整合，彻底消灭这样的执法权限交叉。

参考《[中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定](#)》有关“（31）深化行政执法体制改革”的意见：

整合执法主体，相对集中执法权，推进综合执法，着力解决权责交叉、多头执法问题，建立权责统一、权威高效的行政执法体制。减少行政执法层级，加强食品药品、安全生产、环境保护、劳动保障、海域海岛等重点领域基层执法力量。理顺城管执法体制，提高执法和服务水平。

完善行政执法程序，规范执法自由裁量权，加强对行政执法的监督，全面落实行政执法责任制和执法经费由财政保障制度，做到严格规范公正文明执法。完善行政执法与刑事司法衔接机制。

46. 应该根据专利联营是否在相关技术市场构成市场支配，来规制相关专利所有权人是否存在滥用基于其相关专利所形成的市场支配地位行为

专利联营通常只有在成为行业技术标准时才可能获得市场支配地位。此时，是相关标准必要专利的权利人具有市场支配地位。换言之，如果专利联营没有市场支配地位，基于其他相关市场获得市场支配地位的企业的滥用行为如果涉及专利联营中的专利，与征求意见稿第十二条无涉。

另外，专利联营获得市场支配地位与否和所谓专利联营组织获得市场支配地位应该区分开，因为两者的认定方式会存在不同。通常情况下，所谓专利联营组织获得市场支配地位更多是因为联营专利成为了行业标准。因此，更应使用的表述是专利联营获得市场支配地位后，其所含必要专利的所有人不得滥用基于此获得的市场支配地位。

47. 细化正当理由

应当例举究竟在何种情况下市场支配地位的专利联营的滥用可以进行合理性抗辩，例如当专利联营中的专利被用于不同的技术产品市场，开发不同熟悉和销售范围的技术产品，则可以规定不同的许可费率或不同计算费率计算公式。

对于涉及标准必要专利的联营专利构成市场支配地位后，违反 FRAND 准则的行为，可以直接适用《反垄断法》第十七条直接予以规制。例如华为诉 IDC 案，国家发改委接受 IDC 经营者承诺案。

48. “限制联营成员在联营之外作为独立许可人许可专利”应转入【[修订版第五条乙](#)】

“限制联营成员在联营之外作为独立许可人许可专利”当属于原则上无法豁免禁止的垄断协议，不应局限于拥有市场支配地位的经营者。

“限制联营成员在联营之外作为独立许可人许可专利”应当属于专利联营特有的问题，可以在【[修订版第五条乙](#)】内规定，原则上无法豁免禁止的垄断协议。对此，不应局限于拥有市场支配地位的经营者。即便本规章尚未发布，也不妨碍反垄断执法机构依据《反垄断法》第十三条第一款第四项查处上述两类行为。另参见【修改理由 42.3】。

建议参考 [Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements](#) 第 270 段:

“Licensors and licensees should be free to develop competing products and standards. They should also be free to grant and obtain licences outside the pool. These requirements are necessary in order to limit the risk of foreclosure of third party technologies and ensure that the pool does not limit innovation and does not preclude the creation of competing technological solutions. Where pooled technology is included in a (de facto) industry standard and where the parties are subject to non-compete obligations, the pool creates a particular risk of preventing the development of new and improved technologies and standards.”

49. “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”转入【[修订版第五条乙](#)】

应当属于原则上无法豁免禁止的垄断协议，而非滥用市场支配地位行为；

[Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements](#) 第 270 段。

50. “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”应纳入【修订版第四条第三款】有关知识产权许可协议中应原则禁止的限制竞争条款

参见【修改理由】42。

51. “禁止被许可人质疑联营专利的有效性”应纳入【修订版第四条第三款】有关知识产权许可协议中应原则禁止的限制竞争条款

参见【修改理由】42。

52. 建议删除“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”

与征求意见稿第十一条重复。

53. 专利联营的定义有误，有关专利联营的设立应当有最底线的强制性要求

[征求意见稿](#)第十二条第四款对专利联营的定义为：“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其他第三方的协议安排。”然而，这个定义存在两个漏洞：其一，没能够强调专利联营本身是以专利许可协议为主要内容的一揽子双边或多边协议；其二，专利联营的首要目的是实现联营成员各方对联营专利的相互许可，其次才是将联营专利作为整体或者允许联营成员就被联营专利中的一部分分别与其他第三方签订许可协议。

[Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements](#) 边码 210 中对专利联营的界定如下：

210. Technology pools are defined as arrangements whereby two or more parties assemble a package of technology which is licensed not only to contributors to the pool but also to third parties. In terms of their structure technology pools can take the form of simple arrangements between a limited number of parties or elaborate organisational arrangements whereby the organisation of the licensing of the pooled technologies is entrusted to a separate entity. In both cases the pool may allow licensees to operate on the market on the basis of a single licence.

之所以强调，一定要弥补[征求意见稿](#)第十二条第四款对专利联营定义中的两个漏洞，是为了明确：专利联营，无论是否通过新设合营企业，还是其他组织形式加以实现，其成员并非因联营而变成了一个独立的经营者，因此联营内部的关系，即联营成员间的所有许可协议、竞业禁止条款、纠纷解决条款等等，无论是横向或纵向、还是既非竞争关系也非上下游关系，全部都需要工商总局依据《反垄断法》第十三条第一款第六项和第十四条第三项，认定为限制竞争协议，并统一纳入《反垄断法》第十五条进行考量和评估，并因此可以依据【修订版】第五

条适用市场份额安全港，属于【修订版】第四条的情况除外。

另外，[Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements](#) 边码 215 以下段落对专利联营的组建提出了系统性的建议和要求。这些建议或要求虽然都不具有法律约束力，但事实上会对涉及欧洲市场的企业从事相关合规工作起到非常大的、难以规避的引导作用，因为对于联营成员而言，尤其是当成员为数众多时，依照欧盟委员会该指南不具法律约束力的建议而组建的联营组织是违法风险最低的。因此，工商总局可以考量把欧盟委员会该指南对联营组织建立和管理的建议加以概括，直接作为规章的一部分，变柔性引导为刚性要求，避免经营者在涉欧市场或企业时从严合规，涉中国大陆市场时就从宽大打折扣。

此外，无论专利联营是否可能构成产业标准，建议工商总局应在本规章的程序规则中明确地鼓励专利联营及标准化协议在正式运营前，能够自愿向工商总局或者仅涉及具体省份时，向各省级工商反垄断法执法部门对专利联营及标准化协议和管理细则进行备案，在备案进行形式审查后对外发布两周进行公示。这样的备案不是实质性的审查，不妨碍专利联营在备案被公示之日起开始进行运营。但是，在运营后，工商总局或省局反垄断执法机构有权结合公示后的反馈，认为需要对相关联营协议和管理机制依法进行调查，在得出不合规章的结论后，有权利要求专利联营成员做出经营者承诺，限期整改后终止调查，而不处以罚金，但涉及《反垄断法》第十三条第一款和第十四条、第十六条，及本规章【修订版】第四条的明确禁止的行为除外（另参见【修改理由 75】）。

上述程序规则的设计是准柔性性执法，重事后监督。既符合十八大三中决定要求，又可以起到强力引导经营者在专利联营上的合规。否则，专利联营可以轻易地形成利益共同体，且相关技术往往应用在产业链上游，外界很难通过产业链下游或终端销售情况发现上游专利联盟内部的限制竞争行为，以至于很可能使专利联营蜕变为诱发严重限制竞争协议的温床、藏匿严重限制竞争协议的外衣。

第四章 【分则一：标准化协议】

说明

标准协议主指经营者之间，为了提高彼此产品间的互通性和匹配性，或者便于消费者区分产品质量、工艺、原料、使用安全和对环境的影响等属性，而在制造工艺、方法、规格、服务和标识上对既有商品或将要进入市场的商品提出统一的技术或质量要求的约定。这些约定不仅可以是针对某一行业的产品，也可以是针对特定行业的服务，例如银行与保险服务业，但不包括国家机关、管理公共事务的组织和行业协会对自由职业者等服务业准入资质和对商品质量安全、公共卫生、环保方面的规定。标准协议的共同起草者、参与者以及认可者可以是处于竞争关系的经营者，也可以是不处于竞争关系的经营者，还可以是经营者的联合组织或者由一国政府机构、国际组织设立或认可的组织。经营者间标准协议的制定和实施往往会涉及知识产权的行使，但这并不影响适用《反垄断法》第二章和第五章有关禁止垄断协议和滥用行政权力限制竞争的规定。

【征求意见稿】将专利联营、标准化协议的限制竞争行为，著作权集体管理组织涉及滥用市场支配地位行为进行了专门规定，并将它们与之前的规定形成“总与分”的关系。但是，这背后的考虑不排除是倾向于适用禁止滥用市场支配地位的行为来规制专利联营和标准化协议，从而在垄断协议规制方面对这两类行为不做明确的具体要求。这样的做法不可取。因为这会弱化《反垄断法》第二章对专利联营、标准化协议的规制，无法预防和指导经营者在缔结相关协议但尚未构成市场地位之前就能尽量避免限制竞争，或者使之限缩在合乎比例原则的最小范围，并接受《反垄断法》第十五条第二款的制约，在受到工商执法机关监督时基于举证责任倒置，在信息严重不对称的情况下承担相关协议的符合《反垄断法》第十五条第二款的举证责任。因此，笔者建议将专利联营、标准化协议都提前至【本规章第二章】内，与有关涉及知识产权的垄断协议的规定并列。而剩余的【征求意见稿第十四条】则从【本规章】中剔除，转而选择通过在《著作权法》、《著作权集体管理条例》中强化有利于防范限制竞争行为的规定，并通过实践中的个案处理决定为著作权管理组织《反垄断法》适用提供范例。但是，这样做并不排除在【本规章起草说明】中就详细地对著作权管理组织《反垄断法》适用的情况作出详细说明，以引导相关组织合规、指导相关经营者依法维权、提高一线工商执法人员依据《反垄断法》调查相关案例的技能，保障法律适用统一性、确定性。

（十三）第十三条 【标准化协议】（建议单独设立一章或作为第五条丙纳入本规章第二章）

征求意见稿第十三条原文

经营者不得在行使知识产权的过程中，(54) 利用标准（含国家<55>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（56）没有正当理由，不得在标准的制定（57）和实施（58）过程中实施（59）下列行为：

（一）在知道其专利（60）可能会被纳入有关标准的情况下，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，但是在其专利成为某项（61）

强制性标准后却对该标准的实施者主张其专利权。

（二）在其（60）专利成为（62）标准必要专利（60）后，违背公平、合理（58）和无歧视原则，拒绝其他经营者以合理的条件实施该专利，或者（63）以不公平的条件许可其专利，或者在许可其专利的过程中实施（64）搭售行为。

本规定所称标准（65）必要专利，是指实施该项标准所必不可少的专利。

修改建议：

建议重新起草后，单独设立一章或作为第五条丙纳入本规章第二章。

修订版：

第十三条 【标准化协议】

第一款甲 【标准化协议涉及的四个相关市场】（54.3.1）

在评估标准化协议是否限制竞争时，应关注其可能涉及的是四个相关市场，即：标准化协议约束的相关产品和服务市场；标准化协议涉及的相关知识产权市场；同行业中，不同标准化组织的各种产品与服务标准所组成的市场；以及与标准化协议相关的检测服务和验证服务市场。

第一款乙 【标准化协议与垄断协议禁止】（54.2）

有关生产、服务的标准化协议通常有处于竞争关系的经营者参与，在一些情况下这类协议有可能损害潜在的价格竞争，或限制生产数量、市场拓展、创新方面的竞争，限制或控制技术进步，尤其是可能直接通过削弱价格竞争、对特定创新技术的市场封锁、排斥或歧视特定企业的方式限制竞争，所以工商总局认定其属于《反垄断法》第十三条第二款意义上的垄断协议。依据《反垄断法》第十三条第一款第六项，有关标准的协议属于处于竞争关系的经营者签订的垄断协议，受《反垄断法》第十三条、第十五条和第十六条的规制。

第一款丙（54.3.1）【标准化协议与垄断协议豁免禁止】

在消除本条第一款所列严重限制有效竞争的隐患之后，绝大多数标准化协议具有对竞争具有积极的促进效果，因而通常可以依据《反垄断法》第十五条第一款第二项和第二款，予以豁免禁止，并可以适用【修订版第五条】有关根据市场份额设置的安全港规定。但是，在标准化协议包含专利联营协议时，则需要适用【修订版第五条乙】，不适用【修订版第五条】。

第一款丁（54.3.2）【原则上不能豁免禁止的行为】

涉及以下情形的标准化协议属于严重限制竞争行为，原则上不符合《反垄断法》第十五条的要求，无法被豁免禁止：

（一）标准化组织及其成员通过施加压力强迫第三方不得将不符合其标准的产品推向市场；

（二）标准化组织及其成员通过共同采取措施将新技术排除在某一现有标准之外，尤其是在该项新技术有助于降低相关产品价格的情况下；

（三）在标准化组织正式对标准设置进行表决前，该组织成员不得通过先行

公开与备选标准设置相关的关键知识产权费率或潜在的许可条件，变相促成其他经营者在依据涉及该成员相关知识产权的被采纳标准生产产品或提供服务时协同定价、或者协同设定与被披露知识产权具有替代关系的其他知识产权的许可费率；

（四）在获取特定标准化条件已经成为进入某一相关市场的决定因素时，仍拒绝新的市场进入者获取这些标准化条件的情况；

（五）在设置标准化条件时，通过推荐价格、价格折扣等方式，或直接或间接地来影响接受该标准的经营者对其相关产品的定价。

第一款戊【标准制定的基本原则、对专利埋伏的预防、FRAND、对NPE的前瞻性规定】（56、57、58、59、60）

在标准化协议不违反本条第一款丁时，没有满足下列条件的标准化协议将不能适用【**修订版第五条**】规定的安全港条款，只能由经营者结合个案情况自行举证其协议、决定及协同行为是否符合《反垄断法》第十五条的规定：

（一）（54.3.3）在组织制定标准时，标准化协议各方能贯彻自愿参与、自愿遵守、开放、透明、非歧视、不限制成员表决权的原则，并且保证实现标准化的条件公平、合理、非歧视性；但是，如果标准制定组织的成员与相关行业经营者存在部分交叉，或者个别标准制定参与者无法实现自己预期中对标准制定的影响，并不一定导致标准制定具有歧视性；

（二）（54.3.4）为保障标准被采纳后能够使接收该标准的经营者都能够切实地获得实现该标准的可能性，标准化协议的各方需要在标准评选前披露其用于支持备选标准的所有知识产权的相关信息，包括在该备选知识产权被采纳后，将会对其被披露知识产权主张的最高许可费率；

（三）（54.3.4）在标准被采纳前，标准化协议成员提供书面的、放弃撤销权力（禁反言）的义务承诺书，承诺：

（1）在被采纳的标准涉及其所有的知识产权时（62），将对潜在的被授权人提供公平、合理、非歧视性（fair, reasonable and non-discriminatory terms, 简称FRAND commitment）的知识产权许可要约，以及哪些知识产权的使用将从该标准协议中排除。其中：公平原则主要体现在，不因申请获得知识产权许可的经营者所要开展经营活动的地域、时间而限制与标准有关的知识产权许可行为；合理原则主要体现在，相关知识产权许可费的高低设计得合理；非歧视原则主要体现在，在许可费收取上，不因为申请获得许可的经营者的规模、与标准协议制定者、已参与者的竞争关系，而进行差别对待，变相抬高市场进入壁垒、扭曲竞争；

（2）在潜在的被许可人表示与其就标准所涉知识产权许可协议进行谈判后，以12个月为限，12个月内无法达成协议，其与该潜在被许可人中的任何一方皆有权通过诉讼或仲裁解决相关知识产权许可纠纷；

（3）在转让标准所涉知识产权给第三方时，要求第三方不仅同样接受前述两项承诺，而且还应当约定：对维持原有的知识产权许可关系、维持原本的许可费水平，从而确保相关市场进入的开放性能够满足《反垄断法》第十五条的要求；

（4）在转让标准所涉知识产权给第三方时，如果受让人不属于某一标准制定组织的成员，在受让后主张被受让知识产权许可费过低，应当提高的，则需要重新公布该项知识产权许可报价120日后，没有其他经营者以该报价申请获得该项知识产权许可时，再进行提价，以保障相关市场的进入壁垒不会在短期内

毫无征兆地提高，危及相关市场的生产与交易。

第一款己

在依据《反垄断法》第十五条第二款评估标准化协议时，应当兼顾对标准化协议的限制性条款是否符合比例原则进行考察。本款所谓符合比例原则是指，限制竞争行为必须是实现效率提升及《反垄断法》第十五条第一款所列的抗辩理由所不可或缺的前提，且其对有效竞争的危害比其他替代措施都小，又不至于严重限制或排除有效竞争。

第一款庚

国务院各部委及地方政府依据法律、法规和政策性文件组织制定和实施法律强制性标准、事实上具有强制性的行业标准或推荐性行业标准时，工商总局应当依据《反垄断法》、《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》、《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》及本规定对下列行为进行监督和执法：

（一）经营者在参与和执行上述标准时，违反《反垄断法》第二章、本规章【[修订版第四条](#)】、【[修订版第五条](#)】、本条第一款丁、第一款戊的行为；

（二）行政机关和管理公共事务的组织在组织制定或实施前述标准时，违反《反垄断法》第三十二条至第三十四条的行为；

（三）行政机关和管理公共事务的组织不得违反《反垄断法》第三十六条要求经营者通过签订和执行标准化协议实施违反《反垄断法》、《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定（2011）》、《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》和本规定的行为。

第二款【专利埋伏】

具有市场支配地位的经营者（[56](#)）没有正当理由，不得在标准的制定（[57](#)）和（[58](#)）实施过程中实施（[59](#)）下列行为：

（一）在知道其（[60](#)）知识产权可能会被纳入有关标准的情况下，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，但是在其事实上成为某项（[61](#)）行业性标准并因此构成相关市场准入壁垒之一时，可以对该标准的实施者主张其专利权，但是其许可费率定价主张应当以制定标准之初的估值为准，以便保障标准协议的其他各方当事人的信赖利益，并且在与潜在被许可人进行谈判时，应当遵守本条第一款戊第（三）项中所列的要求。

（二）在其（[60](#)）知识产权成为标准必要知识产权后，（[62](#)）违背公平、合理和无歧视原则的设定许可协议的行为；

（三）（[64](#)）其对标准必要知识产权实施的搭售行为适用本规定【[修订版第九条](#)】予以查处。

对第二款的替代版本（[60](#)）【专利埋伏】

在国际、国家、行业或者地方标准的制定过程中，专利权人单方面宣布专利许可条款和价格条件的行为是行使专利权的一种表现形式，一般不会产生排除、限制相关市场竞争的效果。但是，作为标准制定组织成员的专利权人或者专利申请人知道或者应当知道其专利或者正在申请的专利可能会被纳入有关标准，但是不按标准制定组织的有关知识产权政策披露其可能会被纳入标准的专利信息

或者已经公开的专利申请信息，而是在专利权人在标准发布后，主张其专利权被纳入标准并主张对使用者收取许可费的，或主张该标准制定组织新设标准所涉知识产权侵犯其在先专利权的，如果这种在先专利权足以妨碍该新设标准的实施，或者必须通过更多的投入和更久的研发才能获得替代技术来绕开这一在先专利权的话，那么可以推定在相关技术市场上，该在先专利权所有人具有市场支配地位，除非其能够自行举证推翻这一推定。在先专利权人具有市场支配地位，反垄断法执法机关应当依据《反垄断法》第十七条第一款第七项，认定前述妨碍竞争行为构成滥用市场支配地位行为，并要求涉嫌违法者明确许可费上限，并将其降至该项专利作为商品标准最初进入市场时的水平。

第二款甲（59）【侵权赔偿的免除】

掌握标准实施所必需的知识产权的经营者，如果没有正当理由，拒绝给予其他经营者知识产权许可，或者歧视性地给与其他经营者知识产权许可，或者主张不合理地收取过高的许可费，则其他经营者可以向有管辖权的法院起诉或者向反工商执法机关举报。在起诉或举报之前，其他经营者急需未经知识产权人许可行使实现标准所必需的知识产权并因此构成侵权的，只有在严格满足下列条件的情况下，才可以在法院或者工商执法机关认定该知识产权人构成滥用市场支配地位后，或者工商执法机关作出接受该知识产权人整改承诺并中止调查的决定后，免于支付侵权赔偿并获得实施这些知识产权的许可：

（一）未经授权就使用实现标准所必需的知识产权之前，经营者应当已经就申请获得知识产权许可而尽力向知识产权人提出条件合理的要约；

（二）在合理的期限内，知识产权没有客观理由拒绝，或者歧视性地对待提出合理要约定的经营者，并导致影响相关市场的进入和有效竞争；

（三）未经授权就使用实现标准所必需的知识产权时，经营者应当坚持像一位已经得到授权的被许可人那样履行了保密义务，并支付了合理的知识产权许可费，或者在知识产权人拒收的情况下，在某一单独的账户中坚持定期对这些知识产权许可费作了提留。

修改理由：

54. 应避免设置一般条款，尽量细化规定标准制定与实施中具体哪些行为可能违法反垄断法

54.1 应避免设置一般条款

征求意见稿第十三条属于对标准化协议的一般条款规定。但是，标准化协议与限制竞争的关系比较复杂，我国以往缺少相关执法经验，因此如果不能尽量细化规定标准制定与实施中具体哪些行为可能违法反垄断法，执法机关在具体适用该款式会面临很大的不确定性，企业合规时也会产生很多疑问，最终不得不再请工商总局进行解释，造成该条的立法价值大打折扣，而且可能诱发基层执法人员不恰当的解释，与工商总局、企业的理解都有所差异，造成三方面产生极大的沟通成本和内耗。

《反垄断法》第十三条和第十七条都在尽量避免设置一般条款。工商总局在没有获得明确授权以前，也应避免设置一般条款，避免因此而扩大省级工商执法机关基于这些一般条款自行认定征求意见稿没有明确列举禁止的行为。对此，另

请参考【[征求意见稿第十二条](#)】的【[修改理由 42](#)】、【[征求意见稿第十四条](#)】的【[修改理由 66](#)】。

54.2. 标准化协议与对垄断协议规制

应当明确的是：有关生产、服务的标准化协议属于《反垄断法》第13条第二款意义上的垄断协议，因为在一些情况下这类协议有可能损害潜在的价格竞争，或限制生产数量、市场拓展、创新方面的竞争，限制或控制技术进步，尤其是可能直接通过削弱价格竞争、对特定创新技术的市场封锁、排斥或歧视特定企业的方式限制竞争。但是，在消除这些严重限制有效竞争的隐患之后，绝大多数有关标准的协议具有对竞争具有积极的促进效果，因而通常可以依据《反垄断法》第十五条第一款第二项和第二款，予以豁免禁止，并可以适用【[修订版第五条](#)】有关根据市场份额设置的安全港规定。

《反垄断法》[第十五条](#)

经营者能够证明所达成的协议属于下列情形之一的，不适用本法第十三条、第十四条的规定：

……

（二）为提高产品质量、降低成本、增进效率，统一产品规格、标准或者实行专业化分工的；

……

属于前款第一项至第五项情形，不适用本法第十三条、第十四条规定的，经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争，并且能够使消费者分享由此产生的利益。

欧盟委员会2011年颁布的《[横向合作协议适用〈欧盟运行条约〉第101条的指南](#)》（Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, 2011/C 11/01）以17页近80个段落的篇幅，专章对标准化协议中各种限制竞争条款和案例进行了系统而精要的分析，并辅之以典型示例，非常值得工商在起草有关标准化协议的规章和指南中借鉴。

54.3. [《横向合作协议适用〈欧盟运行条约〉第101条的指南](#)》及欧盟最新实践可资参考

《[横向合作协议适用〈欧盟运行条约〉第101条的指南](#)》中关于标准化协议的说明中，至少有五方面规定是非常值得借鉴的，即：

54.3.1. 标准化协议涉及的是四个相关市场（该指南段落边码 261）；

54.3.2. 五大类通常无法豁免禁止的严重限制竞争行为（该指南段落边码 273 至 276）；

54.3.3. 对标准制定的原则性要求（该指南段落边码 280 至 286），不合理地设置加入标准化组织的条件的案例，如 [31987D0069: 87/69/EEC: Commission Decision of 15 December 1986 relating to a proceeding under Article 85](#)

[of the EEC Treaty \(IV/31.458 - X/Open Group\)](#) ;

54.3.4. 对涉及标准必要知识产权人在授权时必须贯彻公平、合理无歧视性条件的要求(《[横向合作协议适用〈欧盟运行条约〉第101条的指南](#)》段落边码 285, 287 至 291, 299), 以及欧盟委员会 2014 年 4 月对[三星涉嫌滥用市场支配地位案\(case 3/39.939\)](#)的处理决定和三星的义务承诺, 但是考虑到许多标准都可能在将来成为相关行业事实上通行的、无法规避的行业标准, 因此建议将该案欧盟委员会接受的三星承诺作为所有标准化协议成员中拥有标准必要知识产权的成员都应当原则上做出的承诺;

参考: 为消除欧盟委员会的担忧, 三星向欧盟做出如下承诺:

未来五年里, 不再在欧洲经济区内(欧盟及冰岛、挪威、列支敦士登)就任何现有的和将来被批准的, 涉及智能电话和平板电脑技术的标准必要专利, 向任何公司提出禁令, 如果这些公司接受某一特定专利授权框架规范的话。

该特定专利授权框架规定:

- 12 个月的谈判期限
- 谈判期限届满不能达成协议的, 可以由第三方来确定 FRAND (公平、合理、非歧视性) 的协议条件, 包括由谈判双方中的任何一方向某一法院起诉, 或者提请仲裁

由独立的受托人向欧盟委员会通报其监督上述承诺得以合理实施的情况。

Samsung's commitments

To address the Commission's concerns, Samsung has for a period of five years committed not to seek any injunctions in the European Economic Area (EEA) on the basis of any of its SEPs, present and future, that relate to technologies implemented in smartphones and tablets against any company that agrees to a particular framework for licensing the relevant SEPs.

The licensing framework provides for:

1. a negotiation period of up to 12 months; and
2. if no agreement is reached, a third party determination of FRAND terms by a court if either party chooses, or by an arbitrator if both parties agree on this.

An independent monitoring trustee will advise the Commission in overseeing the proper implementation of the commitments.

欧盟批准的三星整改承诺兼顾了费率谈判的效率和知识产权人的权益。相比之下，商务部在对微软收购诺基亚手机业务部门时附加的相应限制性条件的最大问题就是不利于保障费率谈判的效率，在判断潜在许可人谈判善意上，缺乏明确且具有可操作性的标准，最终会不利于知识产权权利人的权益，对那些善意、高效进行知识产权许可谈判的被许可人，也是非常不公平的。

对比：[《商务部公告 2014 年第 24 号 关于附加限制性条件批准微软收购诺基亚设备和服务业务案经营者集中反垄断审查决定的公告》](#)

.....

（一）微软方面：

1. 对于在智能手机中实施的，为行业标准所必要的，同时微软已向标准制定组织（SSOs）作出过承诺会以公平、合理和无歧视（FRAND）条件提供许可的微软专利（以下简称标准必要专利），自本集中交割之日起，微软继续遵守下述原则：

（1）持续遵守其向标准制定组织作出的承诺，在 FRAND 条件下许可其标准必要专利。

（2）就上述标准必要专利，不寻求针对中国境内智能手机制造企业所制造
的智能手机的禁令或排除令。

.....

本段（1）到（4）所述承诺受互惠性原则约束，即适用上述承诺的潜在被许可人，如拥有与微软产品（如 Windows 智能手机）有关的、受 FRAND 原则约束的标准必要专利，也须同意就其所拥有的这些标准必要专利遵守相同原则。

.....

2. 关于未向任何行业标准承诺的“项目专利”（以下简称非标准必要专利），自本项集中交割日起，微软将：

（1）继续在其现有的安卓项目许可及 EAS、RDP 和 exFAT 项目许可（包括微软可能在未来推出的上述项目的任何版本）下，向中国境内的智能手机制造企业提供上述非标准必要专利的非排他性许可，该许可覆盖在中国境内的制造、使用或销售的智能手机。

(2) 继续提供上述许可时，(i) 其收取的专利费率不高于微软本项集中完成前的项目专利费率，或针对现有被许可人而言，不高于该被许可人现有协议中的费率；(ii) 其他非价格条款和条件与微软本项集中完成前所提供的保持实质一致。在本段 2 (2) 的限制范围内，对于新的或者续约的被许可人，微软可以考虑根据某被许可人存在的特定情况以及市场条件，给予该被许可人优惠待遇。

.....

(3) 在交割日后，仅在认定潜在被许可人未按照诚信善意原则进行许可谈判后，才会为其持有的非标准必要专利寻求禁令；但是微软作此决定应与其已有的商业惯例相一致。

(二) 诺基亚方面：

1. 确认将继续履行其向标准制定组织作出的承诺，以符合标准制定组织 (SSOs) 知识产权政策的公平、合理和无歧视 (FRAND) 原则的条款许可其标准必要专利 (SEPs)。这样的承诺将避免诺基亚就其标准必要专利要求不符合其 FRAND 义务的许可条件。

2. 确认支持如下原则：在对等的前提下，不能通过执行对标准必要专利的禁令来阻止附有 FRAND 承诺的标准的实施，除非专利权人已经提供了符合 FRAND 原则的许可条件，而潜在被许可人却没有善意签订 FRAND 许可并遵守这些许可条款。

3. 在对等和符合标准制定组织知识产权政策以及相应的司法解释的不断发展的前提下，诺基亚认为执法机关判定一方是否为善意许可人或善意被许可人的相关因素之一可以是：一方在没有 **不合理** (怎么认定呢？——笔者注) 拖延的情况下，愿意就有关诺基亚提出的许可条件是否与诺基亚承担的 FRAND 义务不一致而可能引起的争议 **交由双方均可合理接受** 的独立裁决机构解决，愿意受该裁决约束，基于该裁决结果订立 FRAND 许可协议，并支付任何基于该裁决结果和协议可能产生的裁定赔偿和 FRAND 许可费。

.....

6. 诺基亚目前就各个 FRAND 许可价值评估的实践做法全面考虑了包括但不限于此的如下因素：在各种适用情况下希望包含的所许可专利或专利组合、许可期限、所许可的产品、销售或分销这些许可产品的商业模式、所涵盖的标准、市场对标准化功能的采用程度、协议架构、任何回授许可或其他非货币性补偿的价值、费用支付的安排以及使用领域等。在本项集中完成后，除非由于上述因素的不同而有理由进行改变，在对等的条件下，诺基亚在适用的前提和范围内，

不会偏离目前其就诺基亚当前各蜂窝通信标准必要专利组合普遍提供的 FRAND 计件费率。

.....

9. 商务部有权对诺基亚履行本承诺进行监督。自商务部决定之日起在每个日历年结束后的 45 天内，诺基亚将向商务部提交一份报告，通报其对本方案所述承诺的遵守情况。该报告应包括（1）报告诺基亚就受诺基亚 FRAND 承诺限制的标准必要专利要求执行禁令以阻止相关标准实施的案例；（2）报告诺基亚向第三方转让标准必要专利的案例；（3）报告诺基亚新达成的、就相应专利组合的计件许可费率条款超出第 6 款所提及的许可条件的许可协议；（4）并就以上（1）至（3）项作出解释诺基亚如何遵守了本承诺。这些报告应受到《反垄断法》和《经营者集中申报条例》中保密条款的全面保护。为避免疑义，该报告义务不要求诺基亚报告任何具体许可谈判的进展和许可协议的细节。在本项集中完成后，该报告义务持续执行 5 年至 2019 年 4 月 8 日终止。

微软、诺基亚应在遵守《反垄断法》及相关法律法规的前提下履行上述义务。为履行上述义务，微软和诺基亚应制定详细操作方案提交商务部审查，并在商务部批准后执行。

商务部有权通过监督受托人或自行监督检查微软、诺基亚履行上述义务的情况。微软、诺基亚未适当履行上述义务，商务部将根据《反垄断法》相关规定作出处理。

54.3.5. 细化适用豁免禁止规则时各个要件的适用情况，尤其强调了标准化协议的限制性条款需符合比例原则，确保这些是实现其目的所必须的内容（该指南段落边码 308 至 324）。

55. 《反垄断法》适用与国家强制标准

这里要区分技术标准和行业性市场进入标准，也需要区分法律上或事实上具有强制性的行业进入标准和不具有强制约束力的国家标准，对此，为避免误解，不建议设置这样的一般条款，而是建议明确哪些行为由其他法律法规加以规制，哪些行为才应该适用《反垄断法》，从而避免规则的竞合及主管部门与反垄断法执法部门职权的交叉。

55.1. 纯粹由企业基于合作研发协议、技术许可和专利池而形成的技术标准，是可以划入研发协议与许可协议适用的反垄断法规定予以的，即通过完善《征求意见稿》第四条和第五条，第十二条。因此，无需在第十三条对此再次予以重复规定。

55.2. 国务院部委或地方政府组织设定的以技术指标、工艺为市场进入标准的行为，是政府行为，原则上应依据相关法律、法规进行规范。涉及到可能限制竞争的问题，反垄断法执法机构应当或直接或间接通过国务院反垄断委员会组织学者和实务界人士共同起草对相关法律、法规的修改与意见、对相关政策的草拟与执行的完善意见，例如对《标准化法》的修订和《关于整合检验检测认证机构的实施意见》等。

55.3. 具体到《反垄断法》对国家标准制定过程中可能的限制竞争行为的规制，可能体现在两方面，应当在【征求意见稿】【修订版】中予以明确规定：

55.3.1. 不排除有企业或行业协会通过达成意思一致，来以较低或特定的技术指标、工艺作为市场进入门槛，来实现限制竞争、弱化竞争强度和新老技术指标、工艺要求的更替，以实现自身利益的最大化，但这更应该通过修改国家相关规定来加以改进，以避免反垄断法执法部门与相关行业主管部门职权的交叉。但是，这并不影响反垄断法执法部门查处企业为了故意延缓实施国家技术标准、工艺要求，或者为了延缓国家制定更高技术标准与工艺要求，而通过达成限制竞争协议限制采购或研发相关技术和设备、标准，限制研发或生产符合更高技术标准与工艺要求的产品，尤其是在涉及能源、环保、矿产资源开采、药品食品（例如乳制品）、耐用品（例如机动车、饮用水水管）等。

55.3.2. 不排除有行业主管部门、管理公共事务的组织，滥用自身组织制定行业服务与生产标准的制定、准入管理与监管的职权，从事限制竞争的行为，例如：《广电总局要求电视机顶盒必须安装TV OS系统》涉嫌违反《反垄断法》第三十二条；部分地方政府或行业协会以地方标准差异，不合比例原则地要求联合抵制外地矿泉水品牌才本地区的销售，涉嫌违反《反垄断法》第三十三条第二项。这些强制性行业或地域标准上的要求也不排除往往会涉及到一些技术类知识产权，尤其是借助特定新技术被纳入这类标准而客观上形成进入壁垒的情况。

56. 专利埋伏问题

【征求意见稿第十三条第二款第一项】主要针对的是以 Rambus 案为代表的所谓“专利埋伏”问题，涉及禁止在标准制定中实施“专利埋伏”策略及相关的 Rambus 规则¹和 Dell 规则²。对此，应当区分事前预防措施与事后的规范措施。

• 事前预防

参考欧盟 2011 年《横向合作协议适用〈欧盟运行条约〉第 101 条的指南》和 2014 年《关于技术转让协议适用〈欧盟运行条约〉第 101 条的指南》([Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements](#))，依据有关限制竞争协议的规范进行事前预防，是比事后规范更为有效的做法。详见【修改理由 54.3.4】及【修订版第十三条第一款戊】。

¹ 参见 Europäische Kommission, IP/09/1897, 9. Dezember 2009, "Kartellrecht: Kommission akzeptiert Rambus Verpflichtungsangebot zur Senkung der Lizenzgebühren für Speicherchips".

² 参见 Decision and Order, Docket No. C-3658, May 20, 1996.

对于事后规制，如果没有设立类似【**修订版第十三条第一款戊**】这样的规定，那么将只能适用有关禁止滥用市场支配地位行为的规范，但实践中，这样规范在具体执法和司法中往往是非常非常困难，执法和诉讼成本及企业的机会成都会非常高昂，Rambus 案在美国和欧盟的戏剧性发展便是很好的例证，此不再赘述。因此，笔者很担心【**征求意见稿第十三条第二款第一项**】的可操作性。

有关欧盟在 Rambus 案的实践

http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_38636

有关美国相关实践的综述，参见北京航空航天大学法学院丁道勤老师：《从 Rambus 案看标准化中专利权滥用的法律规制》，

<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=56096>

此外，【**征求意见稿第十三条第二款第一项**】的实现还面临两大实际困难：

其一，是与国家发改委可能存在职权交叉，因为专利埋伏的目的往往在于牟取更高的知识产权许可费率，这应当属于国家发改委的职权范畴；

其二，许多标准被采纳后，未必立即会成为行业通行的、或唯一的技术标准，除非在标准确立前是被行政机关采纳为行业强制性标准，否则在制定标准期间，相关备选标准的必要知识产权的权利人未必具有市场支配地位，因而对其在标准被采纳前的埋伏行为难以适用禁止滥用市场支配地位的规定，而是只能对事后相关标准被证明具有市场支配地位后（当存在多个标准并行时可能会很难认定），才能按滥用市场支配地位过高定价来查处，但即便如此，执法者往往很难发现并证明合理的费率，而只能被动地接受违法者提出的费率建议，而后者仍旧可能反复受到潜在被许可人的异议，以至于相关执法过程，可能因为我国特定阶段的经济与技术发展阶段、法治环境和法治文化，而变得异常复杂甚至漫长。

•具体到市场支配地位的认定问题，应该注意到：

在特定行业，一些经营者，或者事实上与独立的经营者一样参与市场交易的经营者的联合组织，也可以在基于自有的或者被独家授权的专利技术来推行自己的产品或服务标准。如果这些经营者在相关产品市场上，尤其是相关技术市场上，具有单一市场支配地位或共同市场支配地位，则这些经营者的行为受到《反垄断法》第三章有关禁止滥用市场支配地位行为的约束，并在涉及滥用行政权力的情况下适用《反垄断法》第五章有关滥用行政权力限制竞争的规定。对于存在两个或多个平行的标准，且这些标准所适用的相关产品市场或下游产品市场上的经营者通常不得不为了满足需求而平行地按照两个或多个标准生产时，那么应当认为每一个这样的标准构成一个独立相关技术市场，相应的，每个标准的提供者在这些相关市场上分别具有单一市场支配地位。（例如在手机操作系统中就应当认为安卓和苹果各自分属于独立相关产品市场，且分别具有单一市场支配地位。而这也正是《[商务部公告 2012 年第 25 号 关于附加限制性条件批准谷歌收购摩托罗拉移动经营者集中反垄断审查决定的公告](#)》中的出发点，即便这一点并没能公告中明示。但显然，如不认定谷歌安卓系统具有单一市场支配地位，那么商务部作出这一附加限制性条件的批准经营者集中的决定也将失去必要的法律基础。）

• 专利埋伏中的许可费估值

此外，建议应保障实施专利埋伏的知识产权权利人主张其权利，但要求其许可费率定价应当以制定标准之初的估值为准，以便保障标准协议的其他各方当事人的信赖利益（另参考【修改理由 59】）。因此建议把[征求意见稿](#)第十三条第二款第一项修改为：

“（一）在知道其（60）知识产权可能会被纳入有关标准的情况下，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，但是在事实上成为某项（61）行业性标准并因此构成相关市场准入壁垒之一时，可以对该标准的实施者主张其专利权，但是其许可费率定价主张应当以制定标准之初的估值为准，以便保障标准协议的其他各方当事人的信赖利益，并且在与潜在被许可人进行谈判时，应当遵守本条（【修订版第十三条】）第一款戊第（三）项中所列的要求。”

对此，笔者虽不反对将【[征求意见稿](#)第十三条第二款第一项】进行修改后予以保留，但是更倾向于通过其他部门法律法规，例如《标准化法》、《专利法》和《著作权法》的修订对此加以系统地事前和事后规范。

57. 对专利埋伏及 NPE 的预防建议更多通过按照垄断协议的规制模式事前规范标准制定中涉嫌构成限制竞争的行为

因为时间原因，此处从略，参见【修改理由 54；56】

标准协议所涉知识产权转让后，有关受让人义务的 IPCom 规则（Landgericht Mannheim, Urteil vom 18. Januar 2011, Az: 7 O 100/10; Europäische Kommission, Memo 09/549, 10. Dezember 2009, "Kartellrecht: EU-Kommission begrüßt öffentliche Zusicherung diskriminierungsfreier Lizenzkonditionen durch IPCom"）和 N-Data 规则（Complaint dated 23 January 2008, In re Negotiated Data Solutions, LLC, FTC File No. 0510094, vgl. <www.ftc.gov/os/caselist/0510094/index.shtm>）。

58. 对标准协议所涉知识产权许可费的合理性评估

对标准协议所涉知识产权的许可费设定，可以由相关知识产权人自行设定，并在正式纳入标准协议前对外予以公布。相关知识产权人应从相关知识产权自身价值出发设定合理的知识产权许可费，并酌情参考国际上较为常用的评估标准，如“Swanson-Baumol”标准（参见 D. G. Swanson/W. J. Baumol, Reasonable and Nondiscriminatory (RAND) Royalties, Standards Selection, and Control of Market Power, *Antitrust Law Journal*, Vol. 73, 2005, 1 ff.）、“Shapley-value”标准（参见 A. Layane-Ferrar/J. A. Padilla/R. Schmalensee, Pricing patents for licensing in standard setting organisations: Making sense of the FRAND Commitments, CEMFI Working Paper No. 0702, January 2007 (www.cemfi.es)），如美国法院 1970 年在“Georga-Pacific”案所确立的标准，）（参见 *Georga-Pacific Corp. v. United States Plywood Corp.*, 318 F. Supp. 1116 (S.D.N.Y. 1970), *aff'd in part, modified in part*, 446 F.2d 295 (2d Cir.), *cert. denied*, 404 U.S. 870 (1971)。）或者请独立的专家进行评估。对许可费合理性的审查进行考察时，如果存在具有可比性的其他知识产权，便可以通过比较来判断合理性。但无论采取哪一种标准评估许可费，如果许可费

将导致相关市场上的有效竞争受到严重限制，应当被认为是不合理的。

● **涉及到专利许可费堆叠(royalty stacking)问题，可参考美国法院对 Microsoft Corp. v. Motorola, Inc. et al. (2:10-cv-01823-JLR) 的判决。**

● **广东高院审理华为诉 IDC 案也涉及专利许可费堆叠问题，但尚有争议。**

在广东高院审理华为诉 IDC 案时，[\(2013\)粤高法民三终字第305号](#)提及：

“……根据苹果公司历史销售业绩数据并参考华为公司的保守计算，从2007年到2014年苹果公司的销售收入至少应达到3000亿美元，以此计算，IDC公司许可给苹果公司的专利许可费率仅为0.0187%左右。……按照许可费率计算，IDC公司许可三星公司的专利许可费率也应当在0.19%左右。可见，IDC公司方许可给华为公司的专利许可使用费率是其许可苹果公司的 \times 倍左右，是IDC公司方许可给三星公司专利许可使用费率 \times 倍左右。原审法院考虑到，在IDC公司与苹果公司和三星公司之间的专利许可中，许可使用的专利及其范围是全球范围内，而本案华为公司要求IDC公司许可的专利仅仅是指IDC公司在中国的标准必要专利，故根据以上情况，综合考虑他们之间专利许可实际情况的差别，以及华为公司如果使用IDC公司在中国之外的标准必要专利还要另行支付使用费的情况，避免专利使用费的过高堆积，在IDC公司许可苹果公司的许可费率即0.0187%的基础上，将专利许可使用费率确定为0.019%，是适当的。IDC公司上诉认为前述许可使用费率不当，理由不充分，本院予以驳回。”

但很可惜的是，该判决没有给出为“避免专利使用费的过高堆积”，到底该如何计算合理的许可费率的方法，而只是在比较华为与苹果公司应当获取相同或近似的平均许可使用费率，却既没有给出理由和论证，也没能为此给出证据加以支持，甚至没有明确给出主张两者费率一致的具体法律依据，例如《反垄断法》第十七条第一款（六）项有关禁止滥用市场支配地位不合理歧视待遇的规定。更为严重的问题是，广东高院忽视了，华为与苹果公司、三星公司不同：

“苹果付的专利许可费比三星付的低，除了签约的时间更早之外，也和专利授权的范围有关，苹果获得的只是移动终端专利授权。三星除了移动终端之外，还获得了2G、3G标准下的基础设施的授权，而基础设施才是华为营收的大头。另外，要知道苹果付给IDC的也不是一直就是0.0187%，而是从2007年6月29日始为期7年，每季度200万美元，总额为5600万美元的专利许可协议。随着iPhone销量不断创新高，才把平均的专利许可费降到了0.0187%。……可以认定，苹果获得的只是终端设备的授权许可，而三星获得的是终端设备和基础设施的授权许可。许可范围的不同是造成许可费差异的重要甚至可以说是主要原因。而在华为的营收中，基础设施所占的比重远大于终端设备，所以华为应付给IDC的许可费和苹果没有可比性，倒是和三星的可比性更强。而判决书中刻意无视了三星在基础设施方面的营业收入，仅仅考虑终端设备……最后广东高院连可比性更强的三星所付的0.19%都不认了，直接拿毫无可比性的苹果7年平均之后0.0187%专利许可费率说事，把IDC对华为的专利许可费率定为0.019%……”（援引自知乎学友@逍遥 原文所在页面参见<http://www.zhihu.com/question/23453352>

援引时有删节。)

59. 标准必要知识产权潜在被许可人的侵权责任

1. 无论是在司法审判中，还是在行政执法中，对标准必要知识产权潜在被许可人的侵权责任的分析，是认定标准必要知识产权的权利人是否存在严重有效限制竞争行为时不可回避的一个问题，也往往会权利人主张正当性抗辩的焦点之一，更是权利人在执法机关被初步认定违反《反垄断法》后，在作出和执行整改承诺时的必需考虑的因素。考虑到中国企业还更多是国际标准设置组织或其他主要工业国、高科技行业标准的接收者，争取相关知识产权许可的许可申请人，为了保证中国企业及时对其申请与标准有关的知识产权许可被拒或受到歧视待遇的争议在中国法院得到救济，建议效法德国联邦法院判决，在符合一定严格条件的情况下，承认：经营者在急需未经知识产权人许可行使实现标准所必需的知识产权的行为，可以以该知识产权人构成滥用市场支配地位为抗辩理由，主张自己侵权行为的合理性，免于承担侵权责任并依据判决获得公平合理无歧视的知识产权许可。这样的法律适用指导意见客观上可以起到一定威慑作用，使外国知识产权人不敢以限制竞争或市场进入为目的，不授予或歧视性地授予中国企业实现标准所必需的知识产权。

建议参考德国法院作出的 Orange-Books 案判决（或称“Orange-Books”规则）（BGH, Urteil vom 6. Mai 2009 - KZR 39/06 - Orange-Book-Standard），并考虑增设下属规则作为【修订版第十三条第二款甲】：

“掌握标准实施所必需的知识产权的经营者，如果没有正当理由，拒绝给予其他经营者知识产权许可，或者歧视性地给与其他经营者知识产权许可，或者主张不合理地收取过高的许可费，则其他经营者可以向有管辖权的法院起诉或者向反工商执法机关举报。在起诉或举报之前，其他经营者急需未经知识产权人许可行使实现标准所必需的知识产权并因此构成侵权的，只有在严格满足下列条件的情况下，才可以在法院或者工商执法机关认定该知识产权人构成滥用市场支配地位后，或者工商执法机关作出接受该知识产权人整改承诺并中止调查的决定后，免于支付侵权赔偿并获得实施这些知识产权的许可：

（一）未经授权就使用实现标准所必需的知识产权之前，经营者应当已经就申请获得知识产权许可而尽力向知识产权人提出条件合理的要约；

（二）在合理的期限内，知识产权没有客观理由拒绝，或者歧视性地对待提出合理要约定的经营者，并导致影响相关市场的进入和有效竞争；

（三）未经授权就使用实现标准所必需的知识产权时，经营者应当坚持像一位已经得到授权的被许可人那样履行了保密义务，并支付了合理的知识产权许可费，或者在知识产权人拒收的情况下，在某一单独的账户中坚持定期对这些知识产权许可费作了提留。”

60. 不应局限于专利

对所谓“专利埋伏”的规制不应仅仅局限在专利，还应该包括尚未获得批准专利申请的知识产权和未申请专利保护的知识产权以及著作权、技术秘密。

61. 应细化所谓“强制性”的标准

建议把“强制性”改为“事实上成为某项（61）行业性标准并因此构成相关市场准入壁垒之一”，上下文参见【[修订版第十三条第二款第一项](#)】中的表述。

62. 涉及标准必要专利，FRAND 原则不应局限于市场支配地位滥用

诚如【[修改理由 60](#)】中提及的，仅仅局限于用禁止滥用市场支配地位规制来事后规制标准必要专利中的限制竞争行为是很困难的，很低效的。因此，主张事前按垄断协议的规制予以引导其合规及纠纷解决。对于已经实施的标准，建议根据本规定【[修订版第十六条](#)】有关经营者承诺中具体规定引导整改，详见【[修改理由 75](#)】。

63. 【[征求意见稿第十三条第二款第二项](#)】中“拒绝其他经营者以合理的条件实施该专利，或者以不公平的条件许可其专利”与之前的 FRAND 原则重复了

对于市场支配地位的经营者而言，在标准必要专利的许可协议及其谈判中，“违背公平、合理和无歧视原则”便会导致严重限制竞争，就应当被认定为构成滥用市场支配地位，不以是否事实上导致“拒绝其他经营者以合理的条件实施该专利，或者以不公平的条件许可其专利”为前提。否则，就会也就会与【[征求意见稿第七条、第十条、第十一条](#)】重复了。

64. 搭售

建议删除【[征求意见稿第十三条第二款第二项](#)】中提及的“搭售”，因为其与【[征求意见稿第九条](#)】存在重复规制。

此外，应当明确的是：

其一，适用禁止滥用市场支配地位行为的规则来规范涉及知识产权的搭售行为（搭售其他产品、原材料或其他知识产权），往往是比较低效的，参见【[修改理由 29](#)】；

其二，搭售和交叉许可一样，都会影响许可费率的谈判与定价，因而也有可能涉及到与禁止滥用市场支配地位实施差别待遇的竞合，由于搭售是因，差别定价或其他差别待遇是果，因而建议应当首先适用禁止垄断协议和滥用市场支配地位行为的规制中有关搭售行为的规定。相关讨论可参考【[笔者对苏华老师在《高通为何遭到反垄断调查》提出‘一站式’‘执法的质疑’](#)】。

65. [征求意见稿第十三条第三款](#)对标准必要专利的文义解释比较多余

“标准必要专利”本身含有是清楚的，不需要[征求意见稿第十三条第三款](#)再进行文义解释。

另外，由于【[征求意见稿第七条](#)】对市场支配企业不合理地拒绝他人使用“必

需设施”进行了规定，而【[征求意见稿第十三条](#)】所涉及的标准必要专利许可也往往会构成进入相关市场的必要条件，因此建议将【[征求意见稿第七条](#)】中的“必需设施”改称为“必要设施”，以统一术语表述。

第五章 【分则二：著作权集体管理组织】

说明

引自【修改理由 14.2】：对于征求意见稿第十四条对著作权集体管理的规定，可以考虑部分转入亟待修订的《著作权法》、《著作权集体管理条例》，部分在实践中通过适用《反垄断法》第十七条的一般规则确立规制范例。这样可以使本规章的规制重点更集中于对技术类知识产权进行规制，并为涉及著作权的垄断协议和滥用市场支配地位行为的个案规制提供参考。

（十四）第十四条 【著作权集体管理组织】（建议单独设立一章，或将部分规定纳入对相关法律法规的修订后，删除本条）

征求意见稿第十四条

第十四条 （66）著作权集体管理组织不得在开展活动的过程中滥用知识产权，排除、限制竞争。

（67）著作权集体管理组织在与其他经营者或者其他国家和地区的著作权集体管理组织达成的相关协议中，不得不合理地实施限制会员资格、地域范围等，限制权利人或者使用人的选择自由。

具有市场支配地位的著作权集体管理组织没有正当理由，不得实施下列（68）滥用市场支配地位的行为：

- （一）（67）拒绝对他人发放著作权的使用许可；
- （二）对条件相同的权利人或者被许可人实行差别待遇；
- （三）强迫被许可人接受其不需要的著作权许可；
- （四）（69）限制权利人退出该组织。

本规定所称著作权集体管理组织，是指为著作权人和与著作权有关的权利人（简称权利人）的利益依法设立，根据权利人授权、对权利人的著作权或者与著作权有关的权利进行集体管理的社会团体。

修改建议：

建议删除第一款，增设一款明确著作权集体管理组织属于《反垄断法》意义上的经营者，受《反垄断法》有关禁止垄断协议规则的规制；把第二款、第三款第（一）纳入《著作权法》修订稿和《著作权集体管理条例》的修订稿。增设部分条款和举例。或参考【修改理由 14.2】第二段。

修订版：

【第十四条第一款】（删除）

【第十四条第一款甲】

著作权集体管理组织可以构成《反垄断法》意义上的经营者，适用《反垄断法》第二章、第三章和第四章的规定，而非管理公共事务的组织。

【第十四条第一款乙】

著作权集体管理组织也可以发挥行业协会的功能，因而需遵守《反垄断法》第十六条，不得通过对其会员的影响，组织会员实施《反垄断法》禁止的垄断协议，也不得为其会员实施《反垄断法》禁止的垄断协议提供便利。

【第十四条第二款】（转入《著作权法》和《著作权集体管理条例》）

【第十四条第二款甲】《著作权法》和《著作权集体管理条例》有关著作权集体管理组织的规定不应与《反垄断法》相抵触，尤其是《反垄断法》第五章有关禁止滥用行政权力限制竞争的规定。

第三款

具有市场支配地位的著作权集体管理组织没有正当理由，不得实施下列（68）滥用市场支配地位的行为：

（一）拒绝对他人发放著作权的使用许可（该项规定内容已被涵盖于《著作权集体管理条例》第二十三条第三款，如果《著作权集体管理条例》修订后能够有效强化对违反该条例的著作权集体管理组织的法律责任，而非仅仅由主管部门责令改正，则无需双重规制，适宜删除）；

（二）对条件相同的权利人或者被许可人实行差别待遇，（69）例如不得差别对待互联网服务业与传统媒体业的被许可人；

（三）强迫被许可人接受其不需要的著作权许可；

（四）（70）限制权利人退出该组织，例如要求权利人签订超过5年的超长合约，或者为权利人转而加入其他著作权集体管理组织设置障碍。

（五）著作权集体管理组织通过章程、协议或其他文件、口头意思表示等形式设置妨害著作权人著作权实现并导致其利益受到损害的协议条件。

第四款

本规定所称著作权集体管理组织，是指为著作权人和与著作权有关的权利人（简称权利人）的利益依法设立，根据权利人授权、对权利人的著作权或者与著作权有关的权利进行集体管理的社会团体。

修改理由：

66. 应避免设置一般条款，尽量细化规定著作权集体管理组织具体哪些行为可能违反反垄断法

《反垄断法》第十三条和第十七条都在尽量避免设置一般条款。工商总局在没有获得明确授权以前，也应避免设置一般条款，避免因此而扩大省级工商执法

机关基于这些一般条款自行认定征求意见稿没有明确列举禁止的行为。对此，另请参考【征求意见稿第十二条】的【修改理由 42】、【征求意见稿第十三条】的【修改理由 54】。

但是，应增设【修订版第十四条第一款甲】，来明确所有著作权集体管理组织属于《反垄断法》意义上的经营者，适用《反垄断法》第三章和第四章、第五章的规定，而非管理公共事务的组织。

【修订版第十四条第一款甲】还应明确：外国著作权集体管理组织的行为直接或间接但显著地涉及中国著作权权利人市场和被授权人市场时，也适用我国《反垄断法》规定。

考虑到著作权集体管理组织同时还兼具协会的性质，因此应增设【修订版第十四条第一款乙】，明确：

“依据《反垄断法》第十六条，著作权集体管理组织不得通过对其会员的影响，组织会员实施《反垄断法》禁止的垄断协议，也不得为其会员实施《反垄断法》禁止的垄断协议提供便利。”

67. 【征求意见稿第十四条第二款、第三款第（一）项】应纳入《著作权法》修订稿和《著作权集体管理条例》的修订稿，而非作为《反垄断法》的细化规则。

67.1. 【征求意见稿第十四条第二款】

【征求意见稿第十四条第二款】的法律基础为何并不明朗：若为对垄断协议的规定，那么是否适用《反垄断法》第十五条及征求意见稿第五条的安全港条款也不明朗。这样的强制性规定更适宜放入《著作权法》修订稿和《著作权集体管理条例》的修订稿。

67.2. 收益分配、许可费定价

涉及到比较敏感的收益分配、定价，如果涉及滥用市场支配地位或垄断协议，则需要依据国家发改委“三定方案”由其价格监督与反垄断执法部门进行规制。但笔者更建议通过《著作权集体管理条例》的修订来加以规制。

例如参考德国法

Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten [UrhWahrnG \(2013年最后一次修订\)](#) 第6条、第7条

(英文，1998年修订后的版本 [Law on the Administration of Copyright and Neighboring Rights \(Copyright Administration Law, as amended by the Law of May 8, 1998\)](#))

另外，欧盟2014年新颁布的指令 [《Management of Copyright and Related Rights》](#) 也值得借鉴。

67.3. 征求意见稿第十四条第三款第（一）项（一）于《著作权集体管理条例》第二十三条第三款存在规制重叠

征求意见稿第十四条第三款第（一）项（一）涉及到具有市场支配地位的著作权集体管理组织不合理地“拒绝对他人发放著作权的使用许可”。该项的规制内容已被涵盖于《著作权集体管理条例》第二十三条第三款中，该条规定：

“ 著作权集体管理组织许可他人使用其管理的作品、录音录像制品等，应当与使用者以书面形式订立许可使用合同。

著作权集体管理组织不得与使用者订立专有许可使用合同。

使用者以合理的条件要求与著作权集体管理组织订立许可使用合同，著作权集体管理组织不得拒绝。

许可使用合同的期限不得超过2年；合同期限届满可以续订。”

但是，《著作权集体管理条例》第四十条规定：

“著作权集体管理组织有下列情形之一的，由国务院著作权管理部门责令限期改正；逾期不改正的，责令会员大会或者理事会根据本条例规定的权限罢免或者解聘直接负责的主管人员：

（一）违反本条例第十九条规定拒绝与权利人订立著作权集体管理合同的，或者违反本条例第二十一条的规定拒绝会员退出该组织的要求的；

（二）违反本条例第二十三条规定，拒绝与使用者订立许可使用合同的；”

无疑，在我国目前著作权集体组织尚处于分类管理，各类别下往往只有唯一一家著作权集体组织，且尚不存在有效的潜在竞争的情况下，通过《反垄断法》来规制具有市场支配地位的著作权集体管理组织的这类滥用行为会更有力度。但是，如果《著作权集体管理条例》修订后能够有效强化对违反该条例的著作权集体管理组织的法律责任、提高处罚透明度、并斩断主管部门官员“下凡”到著作权集体组织任职或逆向人事升迁的渠道，而非仅仅由主管部门责令改正，那么就无需再通过《反垄断法》进行双重规制。

68. 建议增设【修订稿第十四条第三款】作为兜底条款

工商总局可以据此直接认定著作权集体管理组织设置的不利于著作权人的条件，例如在诉讼权、申请仲裁权等方面的限制。

69. 补充例如不得差别对待互联网服务业与传统媒体业的被许可人

互联网作为新媒介对作品的传播、盈利与维权都带来了新的挑战。但著作权

集体管理组织应为互联网服务提供商和传统媒体设置平等的授权条件，从而确保来自互联网的竞争能够提升与被集体管理的著作权相关的市场都能不断实现效率提升。

70. 禁止超过 5 年的超长合约

建议把“超过 5 年的超长合约”、“为权利人转而加入其他著作权集体管理组织设置障碍”也补充为限制权利人退出该组织的行为进行举例。

可供参考的外国个案实践：

[Judgment of the Court of 27 March 1974. - Belgische Radio en Televisie v SV SABAM and NV Fonior. - Reference for a preliminary ruling: Rechtbank van eerste aanleg Brussel - Belgium. - BRT-II. - Case 127-73](#), paras. 6-8.

6 According to the terms of article 86 (a) an abuse must be regarded as consisting, in particular, in directly or indirectly imposing unfair trading conditions .

7 It is therefore necessary to investigate whether the copyright association, through its statutes or contracts concluded with its members, is imposing, directly or indirectly, unfair conditions on members or third parties in the exploitation of works, the protection of which has been entrusted to it .

8 For this appraisal account must be taken of all the relevant interests, for the purpose of ensuring a balance between the requirement of maximum freedom for authors, composers, and publishers to dispose of their works and that of the effective management of their rights by an undertaking which in practice they avoid joining .

[82/204/EEC: Commission Decision of 4 December 1981 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty \(IV/29.971-GEMA statutes\) \(Only the German text is authentic\)](#), para. 36.

(36) In its judgment of 27 March 1974 in Case 127/73 (BRT II ECR 1974 316), with reference to an appraisal of "unfairness in collecting societies" statutes, the Court of Justice of the European Communities ruled that it is necessary to investigate whether the collecting society, through its statutes, takes account of all the relevant interests in such a way that a balance is ensured between maximum freedom for librettists, composers and publishers to dispose of their works (hereinafter referred to as "freedom to dispose") and effective management of their rights by the collecting society (hereinafter referred to as "operational interest").

In this case the Court also stated that in determining whether in these circumstances statutes constitute abuse within the meaning of Article 86 account must also be taken of the fact that a collecting society is an association whose object is to protect the rights and interests of individual members against in particular major exploiters and distributors of musical material, such as radio broadcasting bodies and record manufacturers.

For these reasons, in its BRT II judgment, the Court recognized that a collecting society must enjoy a position of influence and operate on the scale required to protect effectively copyright holder's rights and interests. It may also be inferred from the BRT II case that, in an examination of a collecting society's statutes in the light of the Treaty competition rules the decisive factor is whether they exceed the limits absolutely necessary for effective protection (indispensability test) and whether they limit the individual copyright holder's freedom to dispose of his work no more than need be (equity).

(十五) 第十五条 【滥发侵权警告函】建议转入《反不正当竞争法》

[征求意见稿第十五条](#)

具有市场支配地位的经营者不得(71)在其知识产权期限已经届满或者无效的情况下,或者在他人已经提供不构成知识产权侵权充分证据的情况下,滥发侵权警告函(72),以排除、限制相关市场的竞争。

修改建议:

建议删除【[征求意见稿第十五条](#)】,转由《反不正当竞争法》一般条款或在修订该法时专门设定一条规定对滥用侵权警告函进行规制。此外,参考欧盟处理的摩托罗拉/苹果滥用禁令案,三星/苹果滥用禁令案单独对具有市场支配地位的经营者不合比例、或不合目的地保护自有知识产权行为进行规制。

修订版:

- 转由《反不正当竞争法》进行规制。转由《反不正当竞争法》规制滥用侵权警告函。

- 可在此单独对将具有市场支配地位的经营者不合比例、或不合目的地保护自有知识产权行为作为一类新型滥用市场支配地位加以规制;也可以继续将其作为实施《反垄断法》第十七条第一项明确禁止的行为时所采取的施压措施,归入到该款明确禁止的各项行为中去加以规制。另参见【[修改理由 15.2.1.1.](#)】。

修改理由:

71. 滥用侵权警告函更适合转由《反不正当竞争法》一般条款或在修订该法时专门设定一条进行规制

知识产权所有人滥发侵权警告函是商战中常见的一种知识产权管理策略。这类型为的属性本质上是通过胁迫、误导等手段扰乱正常竞争秩序。其危害是普遍而严重的,并不以是否具有市场支配地位为转移。相应地,如果仅仅规制具有市场支配地位的经营者滥发侵权警告函的型为,也就等于默许几乎所有企业都可以从事这种不正当竞争行为,因为事实上真正具有市场支配地位的企业只是极少数的,且在具体举证和认定其是否具有市场支配地位时往往很困难,即便有的企业在某些特定相关市场上具有市场支配地位,其滥发侵权警告函的行为也未必涉及到这些其具有市场支配地位的相关市场。如果保留【[征求意见稿第十五条](#)】,而非适用《反不正当竞争法》一般条款进行全面规制,那么更可能是默许和纵容大多数滥发侵权警告函的行为,且很难及时、高效地规制市场支配企业这类不正当竞争行为。

综上,鉴于滥发侵权警告函的行为对正常的竞争秩序危害极大,因此建议目前首先通过《反不正当竞争法》一般条款予以临时规制,并通过司法解释明确属于滥发侵权警告函的情况及认定要件,然后在正式修订《反不正当竞争法》时再对其单独进行规定,或者在陆续修订其他知识产权法律法规时进行补充规定。

台湾学者对 1995 年到 2010 年 184 则滥发警告函的案件进行了详细的梳理，参见施锦村：[《智慧財產權警告函資訊內容與法律責任關聯之驗證—影響交易秩序與影響公平競爭的角色》](#)，《公平交易季刊》第 20 卷（民國 101 年出版），第 3 期。该文结论部分对业界建议如下，可作为工商系统规制这类行为时参考：

2. 對實務界的建議

由表 2 涉及警告函行為之產業別及智慧財產別瞭解，傳統產業及專利權所占比率最高，分別為 51% 及 67%，顯示成熟產業因競爭激烈，廠商為了爭取更多交易機會，很容易產生警告函行為，尤其是專利權。事實上，任何警告函行為主要目的在於均衡與調和智慧財產權人、競爭者及交易相對人間之權益，但權利人發函時往往於函中提及警告性文字（例如，若不停止製造、販賣或運送，將保留法律追訴權等），以致競爭者或交易相對人受信後，為避免司法訴訟程序，往往立即將其產品下架或取消訂單或辦理退貨或終止契約，使受信者蒙受極大損失。故警告函寄發時，其資訊內容要符合一定的程序及要件，避免涉及欺罔或顯失公平行為或其他不公平競爭之情事。

因此，本研究提出以下幾項發函之建議：(1)發函之前，要先確定自己是否真正擁有該項權利，若有，其權利項目、範圍、期限等無與受信者重疊，若有疑問，可先通知可能侵權之製造商或權責廠商或先行私下協調、或送請權責機關鑑定，確認無權利濫用後，再行發函；(2)發函時，除要確認符合程序內容外，其實質內容也要先請公司法務人員或外部法律專家或曾有發函經驗之實務者審閱，確認無不公平競爭情事；(3)發函後，要持續追蹤，確定此一發函行為，可以提高市場競爭效能，有益於發函者、受函者及交易相對人，此一發函行為才具有實質意義。

72. 具有市场支配地位的经营者不合比例、或不合目的地保护自有知识产权行为

不排除，具有市场支配地位的企业确实通过不合比例、或不合目的的维权方式迫使交易相对人接受其不合理的交易条件、过高定价或歧视性待遇。但这些不合理的手段更应当被视作一种特殊的滥用市场支配地位型为，尤其是在与其竞争对手作为潜在标准必要专利被许可人善意谈判费率期间，出于排挤竞争对手的目的，通过向法院申请禁令来延缓作为竞争对手进入相关市场或企图将其排挤出相关市场的情况。例如，[欧盟委员会 2014 年 4 月底对三星案和摩托罗拉案的处理](#)。对此，我国当然也有必要规制。但适宜将其增设为一条新的规定，或者明确将其

纳入到【征求意见稿】【修订版】的相应条款中去。但笔者更建议将此单独列为一条，例如用来取代【征求意见稿】现在的第十五条。

该条也实际上可以覆盖华为/IDC 案（相关讨论参见），中兴/Vringo 案。有关后者的相关报道参见林其玲、刘慕之：《[中兴申请欧盟反垄断调查](#)》，载《新京报》2014 年 06 月 20 日：

“据了解，[Vringo](#) 是一家美国专利运营企业，在 2012 年 8 月从衰落的诺基亚以 2200 万美元，购买超过 500 项电信基础设施专利，转型为主要通过发动专利侵权诉讼而生存的公司。

在获得诺基亚专利后，Vringo 先后对谷歌、美国在线等科技巨头发起专利侵权诉讼，并获得不菲赔偿费用。从 2012 年 10 月起，Vringo 连续在英、法、德等国家对中兴通讯发起专利侵权诉讼，指控中兴侵犯其多项专利技术。

中兴通讯称，在双方两年以来展开的多次谈判过程中，Vringo 以大规模诉讼作为谈判筹码，通过干扰中兴通讯正常市场经营活动，谋取优势谈判地位，以胁迫中兴通讯尽快接受其高额、不合理专利许可要价的目的。”

在具体设计【修订版第十五条甲】时，需要平衡各方利益，并确保市场效率，因此建议参考欧盟对三星案所附加的条件。其构成要件并不包括事实上实现排挤竞争为的可能性，只需要客观上构成对有效竞争的实质影响的风险即可。但是，应当考虑到谈判周期（例如参考欧盟对三星的要求，即 12 个月为限）所反映的谈判者的善意。对于缺乏善意的谈判者进行起诉或申请禁令，则不应当视为滥用市场支配地位。另参见【修改理由 [54.3.4](#)】中的讨论。

第六章 【程序规则与行政处罚】

(十六) 第十六条 【程序规则】【建议与第十九条单列为一章】

征求意见稿第十六条原文

(73) 经营者涉嫌滥用知识产权排除、限制竞争行为的，工商行政管理机关依据《反垄断法》和《工商行政管理机关查处垄断协议、滥用市场支配地位案件程序规定》进行调查。

修改建议：

建议进行全面的增补或全面修订《工商行政管理机关查处垄断协议、滥用市场支配地位案件程序规定》。

修订版：

第十六条 【程序规则】

第一款 【重申原则性的程序规则】

经营者涉嫌滥用知识产权排除、限制竞争行为的，工商行政管理机关依据《反垄断法》和《工商行政管理机关查处垄断协议、滥用市场支配地位案件程序规定》进行调查，(73) 并在结合本规定执法时遵循下列各款规则。

第二款 【经营者承诺制度的执行】(74)

依据《反垄断法》第四十五条执行经营者承诺制度时，工商执法机关应按照下列规则执法：

(一) 需在调查获得初步结果后，将认为经营者涉嫌违反《反垄断法》及《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》的调查结论及相关初步证据和论证反馈给被调查的经营者；

(二) 在经营者接受该调查结论，并对相关初步证据和论证无异议时，将经营者提出的整改承诺及初步调查结论通过官方网站对外进行公布，并设置为期三个月的征求意见期；

(三) 汇总反馈意见后，再公布对经营者承诺做出修订的版本，并召开听证会；

(四) 汇总听证反馈信息后，工商执法机关可以选择接受或不接受经营者的整改承诺，如果接受，则应当在官方网站上公布中止调查的决定，接受该整改承诺的理由，监督整改的方式及责任人，评估承诺执行的机制及期限以及经营者整改承诺的全文。

(五) 在最终做出终止调查前，应就整改承诺执行情况进行全面评估，公开评估报告并召开听证会，听取相关当事人及上下游企业意见。

第三款 【不适用经营者承诺制度的情况】(74.2)

【修订版第四条、第五条乙、第十三条第一款丁、第十四条】中原则上禁止的行为如果直接或间接地涉及到限制价格竞争、限制供给量、划分市场或客户，已经给相关当事人或终端消费者造成直接损失的，不适用经营者承诺制度。

第四款 【经营者承诺制度与标准化协议】

标准化协议不符合本规章【修订版第十三条第一款戊第（三）项】要求的，应当自行评估是否符合《反垄断法》第十五条的要求。对于不符合本规章规定的标准化协议，工商执法机关有权进行调查，并对可能严重限制竞争的行为提出要求限期整改的意见。对于能够做出整改承诺并在承诺做出后一年内予以充分履，并符合《反垄断法》第十五条第二款要求的，工商执法机关将终止调查。

第五款 【自愿合规备案】(75)

专利联营及标准化协议，在正式实施前，可以自愿向工商总局，或者在仅涉及具体省份时，向各省级工商反垄断法执法部门，对专利联营标准化协议和管理细则进行备案，在备案进行形式审查后对外发布两周进行公示。这样的备案不是实质性的审查，不妨碍专利联营及标准化协议在备案被公示之日起开始进行运营。但是，在运营后，工商总局或省局反垄断执法机构有权结合公示后的反馈，决定是否需要对相关联营协议和管理机制依法进行调查，并在得出不符合本规章的初步结论后，有权要求专利联营成员做出经营者承诺，限期整改后终止调查，而不处以罚金。但是，涉及《反垄断法》第十三条第一款和第十四条、第十六条，及本规章【修订版】第四条明确禁止的行为，不适用本款规定。

第六款 【执法决定公开】(73)

反垄断法执法机关依据《反垄断法》及其配套法规和本规章作出的具体行政行为，均需通过互联网向全社会进行全文披露，并辅之以相关技术性较强的附录和数据资料，以及供非专业人士获悉执法梗概的通讯稿，从而使外界、包括被调查经营者的投资人、住所地所在国的竞争法执法机构及其争议行为所涉其他国家或地区的竞争法执法机构都能及时准确地知道工商执法机关在适用《反垄断法》及本规章规制限制竞争行为时是否有遵守该法及本规章，使提高执法透明度的目标得以真正全面有效落实。

第七款 【调查期间的信息披露】(73)

为保障被调查经营者及其投资人的合法权利，工商反垄断执法机构在结合相关取证和分析依法作出初步调查结论并将其正式书面送达被调查企业之前，不得以任何方式向公众或第三方泄露具体被调查事项、取证，更不得实现披露可能的罚款、违法所得罚没、整改建议的可能性。执法机构在正式披露查处决定时，应当通过官方网站披露被查处经营者信息、法律依据、证据说明及具体论证、当事人的反馈意见等不涉及商业秘密的全部必要信息。对于被调查经营者不仅涉及本案，还涉及其他案件的情况，应予以说明。对于虽被调查，但最终得出证据不足或经调查取证及对抗辩理由的审查后认定不违反《反垄断法》的经营者，也应当予以披露并说明相关情况。被调查经营者及其法律顾问、其他专家顾问也需要从参与调查程序至执法机构正式公布处理决定前均须恪守保密义务。行政执法机构、具体办案人员、被调查经营者及其法律顾问、其他专家顾问违反前述义务，应依据中国相关法律法规或经营者海外住所地、上市地相关法律法规为可能导致经营者违反上市公司相关义务而给投资人造成的损失承担赔偿责任。

第八款 【标准化组织、专利联营组织、著作权集体管理组织可以就其纠纷解决机制、机构的裁定与反垄断法适用】(81)

标准化组织、专利联营组织、著作权集体管理组织可以就其纠纷解决机制、

机构进行事先规定，并要求其成员遵守相关机制或机构的裁定。但无论是这些组织对其纠纷解决机制、机构的规定，还是这些机制或机构对相关纠纷得出的裁定均不应违反《反垄断法》及其配套规则，尤其是本规章的规定。

第九款 【与司法机关的合作】（82）

在涉及《反垄断法》第十三条第一款第六项、第十四条第三项、第十七条第一款第七项适用的民事诉讼案件中强化工商总局与司法机关的合作关系，依职权认定《反垄断法》未明确禁止的垄断协议和滥用市场支配地位行为；

第十款 【对司法判决中涉嫌错误适用《反垄断法》的监督】（82）

在司法机关错误适用《反垄断法》做出民事判决时，工商总局、各省市自治区工商局应主动依法向相关法院、其上级法院、相关检察院提出启动审判监督程序的意见，或就法律适用难题由工商总局提请最高人民法院、全国人大常委进行司法解释、立法解释保障《反垄断法》在执法、司法系统都得以统一适用。

修改理由：

73. 重实体法，轻程序法

回顾过去三十多年来我国法治化的进程，一直存在的一个突出也致命的问题就是“重实体、轻程序”。

程序规则的缺失往往会给执法者带来更大的自由裁量权，同时也为违法者通过游说团体干预执法提供了无限的可能性，尤其是在执法透明度仍旧非常有待提高，司法、人大及学者、媒体监督相对滞后、低效，甚至在信息不对称、或受到特定法治环境、法治文化和学术风气的影响，有时几乎没有外部监督可能性的情况下。比较突出且显而易见的例子尤其集中在商务部经营者集中反垄断审查领域，参见笔者[《商务部“阻击”国际航运巨头反映了什么？》](#)。

《工商行政管理机关查处垄断协议、滥用市场支配地位案件程序规定》对《反垄断法》的程序规则，尤其是国务院层面和省市自治区层面执法分工等问题进行细化。这是值得肯定的。但是，实际上，《工商行政管理机关查处垄断协议、滥用市场支配地位案件程序规定》中的许多规则仍旧很原则性，同样缺少细化的操作规范。

《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》涉及到与《反垄断法》已有规则的衔接、新规定的生效与合规、与其他法律法规的衔接，其实施有涉及到与其他反垄断法执法系统、司法系统和其他主管部门的衔接，与仲裁机制的衔接，因此需要制定专门的程序规则。

此外，对执法工作的必要披露义务也应当得到充分的重视。因此笔者在对“对《关于知识产权领域反垄断执法的指南（草案第五稿）》的建议”中就曾建议增设有关强化执法披露义务的规定，可惜没能被【征求意见稿】采纳。在此再次予以重申，并建议增设【修订版第十六条第六款】。

“如果没有执法透明度，经营者就很难了解执法机关是否以及如何适用该指南，就难免会抱有投机心理，尝试违背该指南的规定看执法机关是否真的会按该指南执法。如果没有执法透明度，就不排除有个别经营者动员其他行政机关、团体、个人或媒体为自己有违该指南的行为说情、施压，甚至通过贿赂等违法手段直接干预执法，利用执法机关无需披露执法实践这一软肋，为个别执法机关、办案人员手软、放水或睁一眼闭一眼创造可能。另外，指南（《关于知识产权领域反垄断执法的指南（草案第五稿）》）所确立的原则与方法究竟是否能够在执法实践中得以真正贯彻，有赖于明确规定执法机关的执法披露义务，使其执法充分地受到各界监督，从而减少背离《反垄断法》及其配套规则和指南的执法行为，促进各执法系统的各级执法机关和经营者、消费者学习反垄断法的具体适用。因此，必须明文严格地规定执法披露义务，否则人民就会对《反垄断法》配套规则和执法指南，甚至《反垄断法》自身，是否真地被执法机关遵守和适用，产生怀疑。公信力缺失，必谣言四起，至执法机关权威性受损，对反垄断法执法和执法团队都非常不利。”

考虑到一些有争议的实践，建议在【修订版第十六条】增加下列规定：

“为保障被调查经营者及其投资人的合法权利，工商反垄断执法机构在结合相关取证和分析依法作出初步调查结论并将其正式书面送达被调查企业之前，不得以任何方式向公众或第三方泄露具体被调查事项、取证，更不得实现披露可能的罚款、违法所得罚没、整改建议的可能性。

执法机构在正式披露查处决定时，应当通过官方网站披露被查处经营者信息、法律依据、证据说明及具体论证、当事人的反馈意见等不涉及商业秘密的全部必要信息。

对于被调查经营者不仅涉及本案，还涉及其他案件的情况，应予以说明。对于虽被调查，但最终得出证据不足或经调查取证及对抗辩理由的审查后认定不违反《反垄断法》的经营者，也应当予以披露并说明相关情况。

被调查经营者及其法律顾问、其他专家顾问也需要从参与调查程序至执法机构正式公布处理决定前均须恪守保密义务。

行政执法机构、具体办案人员、被调查经营者及其法律顾问、其他专家顾问违反前述义务，应依据中国相关法律法规或经营者海外住所地、上市地相关法律法规为可能导致经营者违反上市公司相关义务而给投资人造成的损失承担赔偿责任。”

国家发改委价监与反垄断局在执法程序上的争议实践举例：

前述“争议的实践”主要存在于国家发改委价监与反垄断局的实践中，但为避免因不当的信息披露诱发内幕交易，这些经验教训也同样值得工商执法系统引以为戒，例如：

类型一

在发起调查时被调查的企业，如国家发改委查处洋奶粉企业限制最低转售价格行为时，起初调查了雀巢奶粉，但最终并未予以处罚，也没有提及其免于处罚和不予进一步调查的理由。（《[美赞臣等6家价格垄断涉案乳企上缴近6.7亿罚款](#)》附表显示有6家被处罚企业和3家被免罚的企业。但没有雀巢。但7月初许

多报道如<http://t.cn/z8XHP4v> <http://t.cn/z8XHPXZ> 都表明发改委有调查雀巢品牌奶粉，而非仅仅雀巢旗下的惠氏。）又如，上海物价部门在国家发改委督导下查处上海金店横向限制价格竞争案时，13家金店被调查，却仅处罚5家的周大福等最终却不在被处罚或免于处罚的名单上。若最终调查发现它们没有从事违法行为，应当还人以清白，并论证为何最初怀疑它们违法，而最终认定它们没有违法，列明证据。

类型二

在查处上海金店限制价格竞争案、外资眼镜镜片与隐形眼镜案和外资汽车企业涉嫌违反反垄断法系列案件中，都出现官方处理决定或处罚通知正式下发及公布之前，就有新闻媒体通过相关官员、顾问、涉案当事人或其律师或直接，或间接通过被调查企业在处理决定作出之前就已采取的降价措施得以了解到案件定性并对外公开报道，例如余胜良报道《[反垄断调查生效：国际大牌镜片商齐降价](#)》（2014年05月09日 证券时报），但官方公告却在同年5月29日发布《[部分眼镜镜片生产企业维持转售价格行为被依法查处](#)》；又如林远报道《[汽车市场反垄断调查靴子将落地](#) 多家知名汽车企业或领罚单》（2014-07-18 经济参考报）笼统地提及：

“《经济参考报》记者从多家汽车企业、行业协会以及经销商处独家获悉，多家知名车企的亚太区负责人上周到国家发改委价格监督检查与反垄断局接受了反垄断调查，执法机构确认一些车企存在横向限制、纵向限制以及滥用市场支配地位等涉嫌垄断行为，很快将出台有关处罚结果。”

但当时国家发改委并未就相关案件的处理决定进行正式地信息披露，而文中涉及的外资汽车企业的股票价格全都应声而落。类似的情况，还体现在国家发改委在没有正式结束调查并详细论证、公布调查结论前，就通过央视曝光其对中国电信、中国联通，以及美国高通违反《反垄断法》滥用市场支配地位案、渲染可能的最高罚款金额，导致这些企业市值断崖式暴跌、投资人利益受损，更难免会因为相关媒体节目录制周期及保密措施不完善而诱发内幕交易。相反，由于发改委系统处罚黄金饰品价格垄断案的额度远低于市场预期，所以在处罚结果公布后的第二日，即2013年8月13日的时候老凤祥银楼和豫园商城的股价却大幅上涨<http://t.cn/zQnP8AU> 类似地，最终国家发改委并没有处罚中国电信、中国联通，其接受两者作出的经营者承诺也与最初国家发改委在央视上介绍的调查理由不完全吻合，最关键的问题，例如对民营互联网接入企业的宽带批发价格试试差别待遇问题，并没能体现在中国电信和中国联通的整改措施中。

另外，值得一提的是，类似于国家发改委查处高通案，虽然执法者从2013年底多次或直接或间接地通过各种媒体，尤其是央视介绍该案调查以及取得“实质性证据”，以及前后三次约谈，又不断有专家接受媒体采访，但是各方对案情关键信息的描述却始终不统一。2014年7月25日“[据《证券时报》报道，来自发改委的消息人士透露，发改委已经确定了高通垄断事实，正在向中国公司调查高通的销售数据。](#)”但截至2014年7月27日国家发改委始终没有正式披露该案案情细节，造成在关系事实认定的重要情节上各方莫衷一是，以讹传讹的现象。例如：

- [2014年07月26日 《高通的罪与罚：过期专利仍收费》](#)

“对于国内企业来说，不能说歧视，但多少还是存在差别。” iSuppli 中国区研究总监王阳告诉记者，相比[诺基亚](#)和[苹果](#)等公司，中国企业交给高通的专利费用要略高一些。

王阳介绍，高通商业模式主要基于三个部分：首先是 Licence 许可费，类似于加盟费用，厂商在高通平台开发手机，高通提供相应的软件开发平台 和技术服务支持，一次性收取费用，代价几十万美元到上百万美元不等；然后是高通的芯片费用，采用高通芯片，价格 10 美元-20 美元不等；最后则是厂商在做成手机进行市场销售之后，需要向高通缴纳专利费用，“这块的比重一般为 5%。”

值得注意的是，由于高通拥有大量的核心专利，很多厂商都难以绕开。即便是不采用高通平台开发手机，比如采用[博通](#)、Marvell、联发科[\[微博\]](#)等芯片厂商方案，也需缴纳专利费用，即便这些第三方芯片方案商与高通有授权协议。

不过王阳强调，厂商最终需要缴纳多少专利费，还是取决于在核心专利领域的话语权。“以诺基亚为例，由于掌握核心专利，其支付给高通的专利费用比例约为 3%，国内企业像华为等有核心专利，专利费用相对低些，但像 OPPO、Vivo 等品牌没有核心专利，交付高通的专利费比例就为 5%。”

“这个 5%，近似于手机厂商的出厂价格（此处疑似笔误，应为：基于手机厂商的出厂价格），也就是在进入零售渠道前的价格。”王阳表示，除了专利比例外，收取基数方面，国内厂商也存在劣势，不管是华为还是其他手机厂商，基数都是基于整机出厂价。相比之下，一些大牌的厂商，比如苹果公司，就相对合理些，收取基数为成本价格。

王阳举例，以 iPhone 为例，如果在富士康（代工）成本价环节是 300 美元，苹果卖 600 美元，专利费是以 300 美元为基数。“这比国内要低不少。”

- 对比[苏华](#)：[《高通为何遭到反垄断调查》](#)，2014 年 07 月 22 日

手机由芯片组、内存卡、显示器、电池等大量硬、软件构成，高通持有的 2G、3G、4G 标准必要专利全部体现于基带芯片组。曾有调查称手机芯片组约占手机总成本的 5%至 20%。以整机售价为计费基础，无视高通标准必要专利不能覆盖手机全部硬、软件的事实，以及智能手机满足个性化高附加值需求的趋势，显失公平。更荒唐的是，手机厂商的营销费用、人工费、利润也要交“高通税”。

- [老杏](#)：[《逐条解读发改委高通反垄断调查》](#) 2014 年 7 月 24 日

简单来说高通目前以整机作为计算许可费的基础，向手机品牌收取的专利费为整机出厂价的 5%（根据出货量不同略有调整）。

然而前述三篇报道都忽视的问题却是诸如施建 [《高通暂不收三模专利费 或因反垄断示好》](#)（载《21 世纪经济报道》，2014 年 07 月 11 日）一类的报道：

“三模专利费暂时不收，不过保留追缴的权利，我们理解就是高通对三模免费了。”7月10日，一家排名靠前的国产手机厂商高管对21世纪经济报道记者透露。”

上述由于执法者在信息披露上的问题导致各路专家、媒体信息混乱，并最终通过媒体、社交网络而影响舆论和当事人投资者心理的做法，客观上会给当事人形成足够的心理攻势，使其有强烈的愿望及早结束相关调查，但也客观上容易导致给当事人的合法权益、商誉造成不合理的损害。而且由于舆论一旦形成，短期就难以改变，那么当执法者做出不同于舆论预期的处理决定，例如在中电信、中国联通案，执法者将面临极大的舆论压力，另一方面，这对学者公开提出不同于舆论中各大主流观点的立场也形成了压力，对后续的复议机关、受理行政诉讼的各级法院也将同样形成本可以避免的舆论压力。

对此，工商总局在起草《反垄断法》配套规则和个案处理时需要通过有效的制度设计有所预防和规范。

类型三

在国家发改委调查 IDC 案中，无论是法制日报，还是国家发改委网站，都披露说“近日”国家发改委对美国 IDC 公司涉嫌价格垄断案中中止调查，并披露在2014年3月 IDC 向国家发改委做出了整改承诺。而在 IDC 在同年4月底提交的上市公司信息披露材料中（IDC 20140501 年报 <http://t.cn/8s3fisX> p14），并没有提及具体整改承诺内容、国家发改委是否对此已经做出了接受承诺和中止调查的承诺。但是，在2014年3月10日《财经》记者王真在一篇题为《[还原“华为反IDC垄断案”](#)》的报道中曾提及：

“最终此案以 IDC 向发改委提出终止调查的申请，并作出了一系列的承诺而告结。IDC 作出的承诺包括，取消原来要求向国内企业收取的数十倍于苹果、三星、诺基亚等手机企业的专利使用费，以及全面撤销在美国对华为、中兴通讯等企业提起的 337 调查。而发改委方面也已经表示，决定中止调查，对 IDC 公司进行动态监管。”

那么，这个消息源是哪里？是国家发改委当时已经做出了中止调查决定，并向外界做出了披露，还是尚未正式作出决定，但已经做出了初步决定意向，就被知情者透露出来？IDC 是上市公司，相关行政处理决定作出与披露得这么不严谨、不严肃，可能诱发内幕交易等一系列法律问题。这非常值得相关当事人检讨，也值得国家发改委相关责任人作出检查，并完善相关制度。

74. 应结合本规章的特征及与现有法律法规的衔接需要，细化经营者承诺制度

《反垄断法》第四十五条规定的经营者承诺制度，对于《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》中引入《反垄断法》未明确禁止的行为、鼓励企业

主动依据《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》进行合规是非常有帮助的。但需要细化执行程序，并明确哪些违法行为不适用经营者承诺制度。

74.1. 细化经营者承诺制度的执行程序

建议依据《反垄断法》第四十五条执行经营者承诺制度时，工商执法机关应当：

- 在调查获得初步结果后，将认为经营者涉嫌违反《反垄断法》及《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》的调查结论及相关初步证据和论证反馈给被调查的经营者；

- 在经营者接受该调查结论，并对相关初步证据和论证无异议时，将经营者提出的整改承诺及初步调查结论通过官方网站对外进行公布，并设置为期三个月的征求意见期；

- 汇总反馈意见后，再公布对经营者承诺做出修订的版本，并召开听证会；

- 汇总听证反馈信息后，工商执法机关可以选择接受或不接受经营者的整改承诺，如果接受，则应当在官方网站上公布中止调查的决定，接受该整改承诺的理由，监督整改的方式及责任人，评估承诺执行的机制及期限以及经营者整改承诺的全文；

- 在最终做出终止调查前，就整改承诺执行情况进行全面评估，公开评估报告并召开听证会，听取相关当事人及上下游企业意见。

- 对于不能做限期提出整改承诺或不能限期充分履行的，工商执法机关有权依据《反垄断法》第四十六条对其从重处罚，并对处罚后仍旧不能进行限期整改的经营者，每日按其（含其集团公司所有关联企业）上一年度全球日均营业额的5%追加罚款，直至其完成充分整改为止。

参考 [Council Regulation \(EC\) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty \(Text with EEA relevance\)](#)，第 24 条第 1 款 c 项：

Article 24

Periodic penalty payments

1. The Commission may, by decision, impose on undertakings or associations of undertakings periodic penalty payments not exceeding 5 % of the average daily turnover in the preceding business year per day and calculated from the date appointed by the decision, in order to compel them:

(a) to put an end to an infringement of Article 81 or Article 82 of the Treaty, in accordance with a decision taken pursuant to Article 7;

(b) to comply with a decision ordering interim measures taken pursuant to Article 8;

(c) to comply with a commitment made binding by a decision pursuant to Article 9;

(d) to supply complete and correct information which it has requested by decision taken pursuant to Article 17 or Article 18(3);

(e) to submit to an inspection which it has ordered by decision taken pursuant to Article 20(4).

2. Where the undertakings or associations of undertakings have satisfied the obligation which the periodic penalty payment was intended to enforce, the Commission may fix the definitive amount of the periodic penalty payment at a figure lower than that which would arise under the original decision. Article 23(4) shall apply correspondingly.

74.2. 经营者承诺制度不适用于下列行为

【**修订版第四条**】中原则上禁止的行为如果直接或间接地涉及到限制价格竞争、限制供给量、划分市场或客户，则不应适用《反垄断法》第四十五条规定的经营者承诺制度。

【**修订版第十三条第一款丁**】规制的行为；

标准化协议不符合本规章【**修订版第十三条第一款戊第（三）项**】要求的，应当自行评估是否符合《反垄断法》第十五条的要求。对于不符合本规章规定的标准化协议，工商执法机关有权进行调查，并对可能严重限制竞争的行为提出要求限期整改的意见。对于能够做出整改承诺并在承诺做出后一年内予以充分履，并符合《反垄断法》第十五条第二款要求的，工商执法机关将终止调查。

74.3. 经营者承诺制度的执行透明度问题

由于信息不对称，经营者承诺制度能否发挥应有作用的关键在于能否保障其实施的透明度。

在这方面，工商系统和发改委系统在接受被调查经营者整改承诺，进而中止调查上，都没能像欧美国家那样事先通过在互联网上公开整改承诺草案、举行听证会等形式来征求外界意见，例如工商总局调查[北京盛开体育发展有限公司涉嫌垄断案](#)、[浙江工商调查慈溪建设工程检测协会案](#)，[国家发改委接受 IDC 整改承诺案](#)，[青海省发改委价监局调查青海天露乳业案](#)，以及一时引起巨大轰动的国家发改委调查中电信、中国联通涉嫌滥用市场支配地位案。

苏华老师在《[IDC 的承诺与高通案的走向](#)》（载《经济参考报》2014年05月27日）提及：

“发改委及时公开中止调查决定，此前通过新闻发布会公开 IDC 等案件进展，是主动公开行政执法信息、提高透明度、建设阳光政府的典范。在 IDC 接受调查时允许律师到场，展现了行政执法机构对当事人抗辩权的尊重与保障。”

的确，相比调查中电信、中联通涉嫌滥用市场支配地位案，国家发改委的反垄断执法工作透明度有了很大的改善，但是国家发改委并未像工商系统那样公布案件的处理决定全文，而只是公布了和记者胡建辉 2014 年 5 月 22 日在《法制日报》上发表的新闻稿《[国家发改委对美国 IDC 公司涉嫌价格垄断案中止调查](#)》且没有注明出处和作者。截至 2014 年 7 月 23 日，发改委系统各级反垄断执法机构的处理决定都没有正式全文发布过一份。这或许与体制机制有关，因为 2013 年 2 月 6 日，国家发改委价监及反垄断局已经向国务院法制办报送《国家发改委关于请明确行政处罚决定书可否公开等问题的函》，请示行政处罚决定书及证据可否公开的问题（《中国价格监督检查》2013 年第 10 期）

倘若仅就 IDC 案而言，国家发改委仅仅公布官方公告的做法比工商总局的相关实践（例如《[竞争执法公告 2014 年第 14 号 北京盛开体育发展有限公司涉嫌垄断案](#)》）还存在一定差距，比较[欧盟委员会对摩托罗拉案 106 页的处理决定（不涉密）版](#)及该案的执法透明度、相关当事人（而非仅仅被调查企业）的参与程度，不得不说我国反垄断执法工作还离“阳光政府的典范”有一定距离，需要加紧建设，丝毫没有理由夸耀和沾沾自喜，尤其是因为这原本就是人民政府的本分。

对他国经验的梳理可参考焦海涛老师的相关文献：

[焦海涛：“反垄断法承诺制度的适用范围研究”](#)

[焦海涛：“我国经营者承诺制度的适用与完善”](#)

[焦海涛：“反垄断法承诺制度的适用的程序控制”](#)

75. 合规备案

以下引自【修改理由 53】

无论专利联营是否可能构成产业标准，建议工商总局应在本规章的程序规则中明确地鼓励专利联营及标准化协议在正式运营前，能够自愿向工商总局或者仅涉及具体省份时，向各省级工商反垄断法执法部门对专利联营及标准化协议和管理细则进行备案，在备案进行形式审查后对外发布两周进行公示。这样的备案不是实质性的审查，不妨碍专利联营在备案被公示之日起开始进行运营。但是，在运营后，工商总局或省局反垄断执法机构有权结合公示后的反馈，认为需要对相关联营协议和管理机制依法进行调查，在得出不合规章的结论后，有权利要求专利联营成员做出经营者承诺，限期整改后终止调查，而不处以罚金，但涉及《反垄断法》第十三条第一款和第十四条、第十六条，及本规章【修订版】第四条的明确禁止的行为除外。

上述程序规则的设计是准柔性执法，重事后监督。既符合十八大三中决定要求，又可以起到强力引导经营者在专利联营上的合规，也可以通过被公式的自愿备案材料，指导其他经营者合规。否则，专利联营可以轻易地形成利益共同体，且相关技术往往应用在产业链上游，外界很难通过产业链下游或终端销售情况发现上游专利联盟内部的限制竞争行为，以至于很可能使专利联营蜕变为诱发严重限制竞争协议的温床、藏匿严重限制竞争协议的外衣，而很难被发现或举报。

【以下 10 个程序规则涉及的问题和规则设计的构想由于时间关系未及细化说明，但在实践中却不容忽视】

76. 经营者进行合规的咨询程序

【征求意见稿】本身比较抽象，缺少能够直接指导合规实践的说明。即便能够与【征求意见稿】修订版同时发布起草说明作为事实上的行政指导性文件，在【征求意见稿】修订并正式颁布后、生效前后，仍会有大量可能需要结合个案情况进行合规审查的需求。为保障【征求意见稿】的平稳实施与经营者相关合同的及时合规修订，工商总局需要在【征求意见稿】中就结合基层工商实践和具体人员培训与组织情况，设计合规咨询程序。对此，欧盟委员会曾在不同时期对不同类型新生效或新修订集体豁免条例的合规咨询程序设计了不同的程序安排，值得作为未来“中欧竞争周”的课题交换相关经验、译介相关文件。

77. 自首与罚款减免规则的细化

考虑到【征求意见稿】生效前后的不同情况，以及与发改委系统相关规定和实践的统一与协调，有必要另行专门研讨。

对限制竞争协议参与者的罚金宽免，我国立法中有必要及早细化实体规则（如适用对象的范围与条件、减免幅度）和程序规则（证据规则、合理但以必要为限的披露制度）。欧盟 [Leniency with Settlement](#) 的方案、德国 [Leniency](#) 的方案均可参考。

笔者认为，纵向或横纵向混杂的协议适用宽免罚金的前提是：(1). 上下游经营者均应处罚；(2). 参与限制竞争协议发起、组织领导、对背离者执行了惩罚或反制措施的经营者可减轻处罚，但不能全免处罚，尤其不能既不没收违法所得，又全免处罚；(3). 作出免罚决定前要公示一段时间让外界有机会举证被免罚者不符合条件(2)。

根据央视对话节目对国家发改委价监与反垄断局许昆林局长，雀巢旗下惠氏奶粉主管人员及其代理律师的采访 <http://t.cn/z8zrIMj> 第 8 分 30 秒起，提示了自首和配合调查行为可以被减免处罚的情况。但是惠氏经销部门主管所做的介绍情况更应将其视为被调查后的“坦白”。究竟是否应视为自首并因此免罚，更多取决于发改委在调查惠氏之前究竟是否已掌握了惠氏违法的初步证据。但矛盾的是，若无初步证据行政机关能搜查吗？类似惠氏这样，在对其被国家发改委调查过程中主动承认违法行为的，可以减少罚金不宜超过十分之一，最多至三分之一（还要给其他减罚事由留出空间，如调查期间主动整改、自觉实施合理有效的不当得利返还机制），不能全免。否则就不会再有谁在未被调查前主动自首，办案只会更难，且自由裁量空间太大，在判别究竟是在执法人员掌握实质证据之前，还是之后主动自首的标准与证据，往往难以被外界监督，极易惹争议，更容易增加执法人员的道德风险，甚至诱发寻租，而且会极大的弱化违法者主动去自首的动力，尤其是在纵向限制竞争协议中，目前发改委系统把每个厂商个案处理，且仅仅处罚个案中的单个厂商，而尚未对经销商进行过处罚的背景下。

对自首信息的及时披露，也应是执法机关注意的。对此，因为涉及到自首信息的合适，根据自首者提供的信息开展后续调查等，所以其他各国并没有通行的或惯常统一的操作方法。但是，很显然，越及时地披露和证实企业自首的情节，有助于及时保障自首企业投资人、其上下游企业和终端消费者利益，有助于上市公司的监管机构监督和防范内部交易，也可以避免其他参与限制竞争协议的违法者通过其他途径获悉自首事宜后，选择灭失相关证据，增加执法及相关民事主体主张赔偿的难度。

笔者意外地通过友人获悉专业咨询机构 PaRR 的一则公开发送给订阅用户的通讯稿，并向通讯稿作者核实了其真实性：

PaRR Newsletter by Joy C Shaw and Lisha Zhou in Shanghai

PaRR Strong evidence

China's National Development and Reform Commission (NDRC) has formally launched an auto parts price-fixing investigation after several manufacturers filed leniency applications with the Chinese regulator, a source familiar with the situation told PaRR.

Leniency applications trickled in over the past month, mostly from Japanese companies, the source said. The companies and products involved in the Chinese investigation mimic the auto parts cartel cases in the US, he added.

A second source familiar with the situation said the NDRC was surprised to receive a leniency application from a Japanese company about two weeks ago because the Chinese regulator was not aware that company had already been punished by the US Department of Justice.

As PaRR previously reported, some Japanese auto parts companies began approaching the NDRC and consulting Chinese lawyers in late 2013.

Japanese auto parts companies Hitachi Automotive Systems, Mitsuba, Mitsubishi Heavy Industries, Mitsubishi Electric and Valeo Japan pleaded guilty in a US federal court to price-fixing charges in November 2013. The five companies were among nine firms that agreed to pay more than USD 740m in fines after an extensive US government investigation, according to a US Department of Justice announcement on 26 September 2013.

.....

类似的咨询机构有不少。在国际竞争政策领域，许多后发国家在立法、执法上有着不足，尤其是执法透明度和尺度上。这些本身也处于激烈竞争的咨询机构为该领域的法律从业人员、许多投资者和各国竞争政策执法部门、证券市场上内幕交易监督机构都提供了更多更及时的咨询，弥补了信息不对称和新闻报道、官方披露滞后性、执法尺度不明确、不连续等不足。

通过上面节选的报道，能够反映出至少国家发改委在受理限制竞争协议参与者的自首事宜时，仍缺少经验，没有及时进行披露，以避免内幕交易和其他涉嫌

违法者销毁证据或进行游说，尤其是这些潜在的违法者往往也会通过自身法务或外部律师订阅此类机构不同来源渠道的信息时。另外，该案也从侧面说明了，我国反垄断执法机构在关注外国同行执法实践方面，还有不足，国际双边、多边合作有待加强，各行业信息收集渠道仍显得不足。这些不仅值得国家发改委警示，也值得工商总局引以为戒，尤其是在涉及知识产权许可和合作研发协议时，不排除会出现在上游研发市场就进行有关下游市场敏感竞争信息交互，而外界很难知悉的情况。此时，很重要的就是保障我国反垄断法执法者对限制竞争协议参与者的自首事宜能够处理的高效和稳妥。任何为了其他非执法因素，例如赶在某一国际会议前夕或期间，又或者《反垄断法》生效纪念日前后，集中曝光大案要案，展现执法成果的念头，本身是违背执法规律的，是不科学、不审慎的，更有可能导致更多执法人员道德风险和内幕交易风险，进而违背法治原则、诱发寻租。

78. 对举报人、被调查经营者、涉案第三方及反垄断执法机构提出的专家证明未能提出形式上、程序上的要求

从略。例如参考胡甲庆：“[美国专家证据可采性标准在反垄断司法中的适用及其启示](#)”；于杨、纪正旭译，韩伟校：“[欧盟委员会竞争总司：适用《欧盟运行条约》第 101、102 条以及并购相关案件经济证据提交与数据收集最佳操作指引](#)”。

79. 对执法后相关合同的民事法律效力

考虑到【征求意见稿】生效前后的不同情况，以及与民法、知识产权法的衔接，有必要另行专门研讨。

80. 对执法与国际仲裁之间的关系，例如何时可以破仲裁协议效力，行政执法决定若无涉仲裁条款效力，是否可以就其他事项进行仲裁等

考虑到【征求意见稿】生效前后的不同情况，以及与民法、民事诉讼法、知识产权法的衔接，有必要另行专门研讨。

81. 反垄断执法与标准化组织、专利联营组织、著作权集体管理组织的纠纷解决机构的关系

从略。建议增设一款予以明确规定：

“标准化组织、专利联营组织、著作权集体管理组织可以就其纠纷解决机制、机构进行事先规定，并要求其成员遵守相关机制或机构的裁定。但无论是这些组织对其纠纷解决机制、机构的规定，还是这些机制或机构对相关纠纷得出的裁定均不应违反《反垄断法》及其配套规则，尤其是本规章的规定。”

82. 行政执法与司法的关系

囿于篇幅，暂不展开。相关问题的背景，参考【总体意见(二)1.3.3.2至1.3.3.4】。

结合当下实践中已经暴露出的严重问题，笔者建议工商总局参考【修订版第十六条】，做出如下规定：

在涉及《反垄断法》第十三条第一款第六项、第十四条第三项、第十七条第一款第七项适用的民事诉讼案件中强化工商总局与司法机关的合作关系，依职权认定《反垄断法》未明确禁止的垄断协议和滥用市场支配地位行为；

在司法机关错误适用《反垄断法》做出民事判决时，工商总局、各省市自治区工商局应主动依法向相关法院、其上级法院、相关检察院提出启动审判监督程序的意见，或就法律适用难题由工商总局提请最高人民法院、全国人大常委进行司法解释、立法解释保障《反垄断法》在执法、司法系统都得以统一适用。

此外，笔者在《[论大部制改革背景下完善国务院反垄断委员会职能与改革反垄断法实施机制——兼论对欧盟与德国经验的借鉴](#)》（载《经济论丛》，2013年，第24卷）中对处理行政执法与司法的关系有一些不成熟的建议，并于该文发表后，在[博客](#)中作出了如下补充建议，亦供工商总局、其他反垄断执法机构、最高人民法院：

- 涉《反垄断法》适用的民事诉讼案件一审判决对反垄断法执法机构没有任何约束力，仅有参考价值。相反，一审法院不宜在《反垄断法》具体条款的法律适用问题上，作出与反垄断法执法机构以往实践相左的判决；
- 涉《反垄断法》适用的民事诉讼案件、行政诉讼案件二审程序应当向国务院反垄断委员会和不涉及正在进行的行政案件的国务院反垄断法执法机构征求意见，并对外公布，如果二审法院不同意后者的意见，则应当请最高法院释法；
- 被各系统、各级反垄断法执法机构查处的经营者，有权就执法机构的处理决定提起行政诉讼，无论在法律适用上、尤其是在对行政执法是否符合程序规制上，是否与其他法院以往判决相符，二审法院应就《反垄断法》和其配套规制、与《反垄断法》存在交叉的法律法规、行政诉讼法、行政处罚法的适用上有争议的问题请求最高法院释法；
- 最高法院在解释《反垄断法》适用时，应当再次听取并公开国务院反垄断委员会和反垄断法执法机构的意见；
- 对于反垄断法实践中需要解释的法律问题，如果最高法院尚无解释，则执法机构可以请国务院反垄断委员会经过调研后发布对执法机构有约束力，但对司法机关无约束力的《反垄断法》适用指南；
- 对于一些反垄断法适用案件中可以被预见的民事诉讼、行政诉讼的程序问题，国务院反垄断委员会可以向最高法院提出制作司法解释的建议；
- 对于全国各级法院受理的涉及适用反垄断法的案件，司法系统应当及时通知国务院反垄断委员会和三大国务院反垄断执法机构，以便发现可能需要进行法律解释的问题，进行调研和协调反垄断法执法机构执法。

83. 执法与行业主管部门关系

《[论大部制改革背景下完善国务院反垄断委员会职能与改革反垄断法实施机制——兼论对欧盟与德国经验的借鉴](#)》（载《经济论丛》，2013年，第24卷）有所述及，囿于篇幅，暂不展开。

就本规章的执行而言，工商执法机构需要依据《反垄断法》和【本规章】对各行业主管部门牵头组织的相关标准化协议进行监督。对此，有必要事先在程序规则上进行专门的安排。

84. 执法与反垄断委员会的关系

《论大部制改革背景下完善国务院反垄断委员会职能与改革反垄断法实施机制——兼论对欧盟与德国经验的借鉴》（载《经济法论丛》，2013年，第24卷）有所述及，囿于篇幅，暂不展开。

85. 对不同执法系统之间的合作缺乏细化要求

有关讨论可参考【总体意见（二）1.3.2.2. 三大执法系统的权限交叉、法律适用尺度不一】中的介绍。《论大部制改革背景下完善国务院反垄断委员会职能与改革反垄断法实施机制——兼论对欧盟与德国经验的借鉴》（载《经济法论丛》，2013年，第24卷）也曾尝试提出解决方案，囿于篇幅，暂不展开。

举例：笔者对苏华老师在《高通为何遭到反垄断调查》提出“一站式”执法的质疑

苏华老师在《高通为何遭到反垄断调查》（载《经济参考报》2014年07月22日）调整了其在《IDC的承诺与高通案的走向》（载《经济参考报》2014年05月27日）中对国家发改委价监与反垄断局调查高通案的一些观点。其中，最引人注目目的是，其在《高通为何遭到反垄断调查》中细致地梳理了高通涉嫌对我国手机制造企业实施了搭售非标准必要专利、无效专利和免费反向许可等大众媒体至今几乎没有披露过的非价格类滥用市场支配行为后，提出：

“高通要求与被许可人交叉许可专利，但不向被许可人支付合理对价，涉嫌构成《反垄断法》禁止的“以不公平的低价购买商品”。

……

据报道，高通对被许可方不提供清晰的专利清单，部分过期专利继续存在于专利组合中。这导致被许可人为过期专利付费，客观抬高了专利许可费，涉嫌构成《反垄断法》禁止的“以不公平的高价销售商品”。

……

高通将芯片销售与专利许可相捆绑，厂商不和高通签订专利许可协议就无法购进高通芯片，同样涉嫌违反《反垄断法》。该行为将高通在芯片和专利两个市场上的优势相互传导，加强其在两个市场上的支配地位，排斥竞争，实现不公平高价许可费。

……

发改委基于IDC案的执法经验，根据《反垄断法》‘一站式’调查高通涉嫌垄断行为，能够提高执法效率，降低行政与合规成本。”

这里也就暴露出来一些新的问题：

- 如果IDC案涉及的是IDC涉嫌违反非歧视原则，在标准必要专利费率设置

上，借助申请禁令等措施，滥用市场支配地位强迫华为接受差别定价的话，那么究竟高通是否存在同类行为，在《[高通为何遭到反垄断调查](#)》一文中并没有提及。倘若国家发改委并未掌握高通滥用市场支配地位强迫中国手机制造企业接受在其标准必要专利费率上接受差别定价的实质性证据，或不宜谈“基于 IDC 案的执法经验”。

- 如果高通存在基于其标准必要专利所带来的市场支配地位，搭售非标准必要专利、无效专利和强制反向许可的话，固然难免会影响到专利许可费率，但在具体法律适用上，需要适用的是《反垄断法》第十七条第一款第五项，也即应当由工商总局来执法。这涉及到相关构成要件、举证责任划分和抗辩理由。而不能仅仅因为各种滥用市场支配地位行为都会影响到价格所以就都由国家发改委来执法，尽管这样的争议原本就是 2008 年国务院设置国务院反垄断执法机构、划分相关权限时就应当预见到，并可以通过其他划分执法权限的方式予以避免的。

- 无论是《反垄断法》本身，还是国务院反垄断执法机构的“三定方案”都没授权国家发改委在自身职权范围内没有取得实质性证据后，以所谓“一站式”执法之名，代替工商总局进行执法，尤其是在国家发改委《反价格垄断规定》没有涉及到搭售和附加非价格类不合理条件的前提下。至于强迫交易相对人免费反向许可的措施是否构成以不合理的低价购买产品，则取决于高通是否会在其标准必要专利的费率上，对承诺免费反向许可的交易相对人，提出足够优惠的折扣，以及是否会因此而在非标准必要专利市场或相关技术产品市场（例如芯片市场）上起到排挤竞争对手的作用。相应的，如果高通曾经存在通过免除或部分免除标准必要专利的许可费率，来要求交易相对人排他地采购其芯片产品，并构成在相关技术市场或技术产品市场排挤竞争对手的效果话，那么则是可以由国家发改委调查的，但如果这类措施构成滥用市场支配地位，相关交易相对人是否也有必要补交高通相关许可费或是一个不可回避的问题。

- 国家发改委价监与反垄断局在高通案上，面临着进退维谷的尴尬局面，其不主动向工商总局移送该案，请后者调查非价格类滥用市场支配地位行为的动机不难理解。该问题，虽然根源在反垄断法执法机制设置的缺陷和权限划分的谬误，但在本质上，已经不是面子问题、不是“识大体顾大局”的问题，不是讲不讲国务院各部委间的关系问题、也不是再次证明了国务院反垄断委员会名存实亡根本起不到协调执法的问题，而是法律统一适用问题，是法律适用的确定性问题，是法治原则问题。在这个问题上，笔者更倾向于通过尽量划清执法权限，确保法律适用的统一性、确定性、可预见性，因而也无法认同苏华老师的前述主张。

- 在国家发改委与工商总局在执法权限存在交叉时，如果一方越权执法，难免会造成被调查经营者的抵制或不配合。这也就使得两部门间及时移交案件非常具有现实意义。

- 如果发改委坚持适用《反垄断法》第十七条第一款第一项，来规制本应由工商系统依据《反垄断法》第十七条第一款第四项、第五项查处的**免费反许可，过期专利收费，捆绑许可和销售**，那么就涉嫌错误地扩大解释和错误适用《反垄断法》第十七条第一款第一项，必然会给以后的执法带来深远影响，甚至因此而实际上排挤了工商系统的反垄断执法权限。而高通则完全可以主张发改委法律适用错误和越权执法两大理由，在后续的行政诉讼中胜诉，并要求发改委赔偿由此可能导致的直接经济利益和商誉损失。

类似的执法权交叉问题，也集中反映在汽车行业限制竞争协议的规制问题

上，例如苏华老师和国家发改委价监与反垄断局徐新宇处长在《[汽车市场纵向垄断行为的界定与规制](#)》（载《[中国价格监管与反垄断](#)》2014年第6期）中谈及了汽车售后市场的非价格类限制竞争协议，但最终没能为工商系统与发改委系统如何协调执法权限、联合执法或案件移送上提出建议，这是颇为遗憾的，更彰显反垄断执法机制上的问题之严重、之尴尬，以及切实消除执法权限交叉、避免因为职权交叉，而以“一站式”之名掩盖越权执法之实的必要性和紧迫性。（有关国家发改委调查美国高通案的进一步探讨，参见笔者《[高调查处高通引发的忧虑](#)》。）

86. 中央与地方的关系

尤其是如何处理工商总局与省局在个案处理上的分歧上。

在2014年“中欧竞争政策周”上（相关报道参见《[广泛 热烈 务实——中欧竞争政策周反垄断执法基本内容及原则研讨会侧记](#)》，《中国工商报》，2014年03月19日）

“国家工商总局反垄断与反不正当竞争执法局反垄断执法处处长赵国彬介绍了我国工商机关对垄断案件的调查程序，包括案件管辖、案件线索来源、核查线索、立案调查、宽大政策、承诺制度、起草调查报告和处罚决定等内容。”

参考：[赵国彬：《工商机关调查垄断案件的程序及实践——第七次中欧竞争政策周中方代表发言摘要》](#)，《中国工商报》2014-03-26 中提及：

“ 1. 立案

经过核查案件线索，工商机关认为违法行为的基本事实存在，即可立案调查。

国家工商总局对其管辖的案件可自行立案调查，也可以授权有关省级工商机关立案调查。

省级工商局对其管辖的案件认为需要立案调查，则要向国家工商总局申请。国家工商总局根据省级工商局的申请，决定是否立案以及是自己立案还是授权省级工商局立案调查。

……

案件核审由工商机关内部的法制机构负责实施。核审的主要内容包括所办案件是否具有管辖权，当事人的基本情况是否清楚，案件事实是否清楚、证据是否充分，定性是否准确，适用依据是否正确，处罚是否适当，程序是否合法。

核审机构对案件进行核审后，提出以下书面意见和建议：对事实清楚、证据确凿、适用依据正确、定性准确、处罚适当、程序合法的案件，同意办案机构意见，建议上报工商机关负责人批准后告知当事人；对定性不准、适用依据错误、处罚不当的案件，建议办案机构修改；对事实不清、证据不足的案件，建议办案机构补正；对程序不合法的案件，建议办案机构纠正；对违法事实不成立或者已

超过追责期限的案件，建议销案；对违法事实轻微并及时纠正，没有造成危害后果的案件，建议不予行政处罚；对超出管辖权的案件，建议办案机构按有关规定移送。

核审机构核审完毕后，办案机构再将案卷、拟作出的行政处罚建议及核审意见报办案机关负责人审查决定。

办案机关负责人对行政处罚建议批准后，由办案机构以办案机关的名义，告知当事人拟作出行政处罚的事实、理由、依据、处罚内容，并告知当事人依法享有陈述、申辩权；凡拟作出的行政处罚属于听证范围的，还应当告知当事人有要求举行听证的权利。

办案机关在告知当事人拟作出的行政处罚建议后，应当充分听取当事人的意见；当事人提出听证的，要举行听证；对当事人提出的事实、理由和证据，认真进行复核。当事人提出的事实、理由或者证据成立的，办案机关应当予以采纳。不得因当事人陈述、申辩、申请听证而加重行政处罚。

处罚决定。办案机关负责人经对案件调查终结报告、核审意见或者听证报告，当事人的陈述、申辩意见，拟作出的行政处罚决定进行审查后，根据不同情况分别作出给予行政处罚、销案、不予行政处罚、移送其他机关等处理决定。

那么，如果省级执法机关完成调查并向总局提出处理意见并得到了总局肯定，但在举行处理决定做出前的听证后，或者已向涉案经营者作出处理意见通知并将各方面意见反馈给总局后，总局却对该案提出了与之前不同的理解或判断，建议省局变更处理决定，而省局希望维持原处理决定的情况，该怎么办呢？

对待此种情况，如果总局认为省局执法意见会影响《反垄断法》及配套规则在全国的统一适用，则应当收回授权，由总局负责个案的执行，以自己的名义和担当，参加相应的复议和行政诉讼，并将罚款归入财政部相关账户，而非省级财政机关。如果工商总局对类似案件的处理仍旧拿不准，应要求省局将法律适用或事实认定中的疑问通过申请总局做出批复的方式提请工商总局做出批复，并在做出批发前，参考【[修订版第二十条](#)第三款和第四款】中的程序，予以征求意见和召开听证会，再统一在工商总局网站上公布对相关法律事实认定和法律适用的具体意见、对相关规章的解释意见。

相比之下，更建议工商总局除保留全国范围重大要案、新类型案件的处理权限外，一揽子地下放省级工商反垄断执法权限，不再对地方有权执法的案件进行个案授权，仅对后者实践中遇到的法律适用问题，而非事实人的问题进行批复，并通过完善工商执法工作透明度和程序合规，来加强对地方一线执法者的监督，更好地担当起复议机关的职责，响应《关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》的要求。

对于上述问题建议工商总局能够在相关程序规则的修订或制定中予以完善。

(十七) 第十七条

征求意见稿第十七条原文

(87) 分析认定经营者涉嫌滥用知识产权排除、限制竞争行为，可以采取以下步骤：

- (一) 确定经营者行使知识产权行为的性质和表现形式；
- (二) 确定行使知识产权的经营者之间相互关系 (88) 的性质；
- (三) (88) 界定行使知识产权所涉及的相关市场；
- (四) 认定行使知识产权的经营者的市场地位；
- (五) 分析经营者行使知识产权的行为对相关市场竞争的影响；

分析认定经营者之间关系的性质需要考虑行使知识产权行为本身的特点。在涉及知识产权许可的情况下，原本具有竞争关系的经营者之间在许可合同中是交易关系，而在许可人和被许可人都利用该知识产权生产产品的市场上则又是竞争关系。但是，如果当事人之间在订立许可协议时不是竞争关系，在协议订立之后才产生竞争关系的，则仍然不视为竞争者之间的协议，除非原协议发生实质性的变更。

修改建议：

除第二款应作为【修订版第五条甲】放入第二章外，建议该条第一款仅作为本规章适用指南或说明，不纳入本规章。

修订版：第一款删除，第二款见【[修订版第五条甲](#)】。

修改理由：

87. 要区分以限制竞争为目的和具有限制竞争效果的行为及其中可以适用安全港的行为

【征求意见稿第十七条第一款】与 [Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements](#) 第 159 段以下内容有契合之处，都适合用于分析和认定那些本身的属性虽不属于以限制竞争为目的的严重限制竞争行为，但是又不符合【[修订版第五条](#)】安全港规定的情况到底是否构成垄断协议。对此，建议效仿欧盟，将其纳入指南或者作为本规章起草或适用的说明，予以详细介绍，引导执法机关执法和经营者自行评估其行为对竞争的影响。

88. 先界定市场，再界定竞争关系

【征求意见稿第十七条第一款】应当将界定相关市场放在界定竞争关系前面，因为只有明确界定了相关市场，才能分辨哪些经营者处于竞争或潜在竞争关系，哪些处于上下游市场关系或相邻市场关系，哪些彼此之间没有前述关系。

89. 征求意见稿第十七条第二款应放入第五条甲，并平衡第四条横纵向限制竞争协议的规制范围

【征求意见稿第十七条第二款】与欧盟 [Commission Regulation \(EU\) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101\(3\) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements, TTBER](#) 第4条第3款异曲同工，但是却忽视了三点：

其一，欧盟对横纵向限制竞争协议及横纵向技术转让协议的规制范围和力度基本上是平衡的，即便发生了横向关系变纵向，纵向变横向，不会出现因为规制范围或力度不同而人为恶意规避较为严格规定的情况，而我国《反垄断法》对纵向限制竞争协议的规定严重弱于对横向限制竞争协议的规制，所以非常有可能诱发通过先签订纵向知识产权协议再转为横向竞争关系，从而规避该法对横向分割市场、客户的行为的禁止性规定；

其二，横向关系变纵向关系，纵向变横向关系后，经营者的相应市场份额也会发生变化，原本受限于横向关系下较低的安全港份额，可以通过变更为纵向关系（例如基于代工或分工协议）而得以符合纵向关系下的安全港要求，反之原本受惠于纵向关系下的安全港条款，但变更为横向关系时就面临着不符合横向关系下安全港条款的情况，对此欧盟 [Commission Regulation \(EU\) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101\(3\) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements, TTBER](#) 第8条e项则预设了市场份额变更后安全港适用仍延续两年的规则，从而有利于保障法律适用的安定性。然而这样的规定在征求意见稿里没有出现，应当补充进来；

其三，在认定滥用市场支配地位行为时，竞争关系的变化往往并不是认定市场支配地位或滥用行为的要点，且往往需要结合具体案情发生时期的情况来加以认定，而不能一概而论。

综上，【征求意见稿第十七条第二款】适合经过补充后作为单独一条，即【[修订版第五条甲](#)】放在本规定第五条后面，作为第四条、第五条的补充。

建议参考 [Commission Regulation \(EU\) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101\(3\) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements, 第4条第三款、第6条e项。](#)

Article 4

Hardcore restrictions

1. Where the undertakings party to the agreement are competing undertakings, the exemption provided for in Article 2 shall not apply to agreements which, directly or indirectly, in isolation or in combination with other factors under the control of the parties, have as their object any of the following:

- a) the restriction of a party's ability to determine its prices when selling products to third parties;
- b) the limitation of output, except limitations on the output of contract products imposed on the licensee in a non-reciprocal agreement or imposed on only one of the licensees in a reciprocal agreement;
- c) the allocation of markets or customers except:
 - i) the obligation on the licensor and/or the licensee, in a non-reciprocal agreement, not to produce with the licensed technology rights within the exclusive territory reserved for the other party and/or not to sell actively and/or passively into the exclusive territory or to the exclusive customer group reserved for the other party,
 - ii) the restriction, in a non-reciprocal agreement, of active sales by the licensee into the exclusive territory or to the exclusive customer group allocated by the licensor to another licensee provided the latter was not a competing undertaking of the licensor at the time of the conclusion of its own licence,
 - iii) the obligation on the licensee to produce the contract products only for its own use provided that the licensee is not restricted in selling the contract products actively and passively as spare parts for its own products,
 - iv) the obligation on the licensee, in a non-reciprocal agreement, to produce the contract products only for a particular customer, where the licence was granted in order to create an alternative source of supply for that customer;
- d) the restriction of the licensee's ability to exploit its own technology rights or the restriction of the ability of any of the parties to the agreement to carry out research and development, unless such latter restriction is indispensable to prevent the disclosure of the licensed know-how to third parties.

2. Where the undertakings party to the agreement are not competing undertakings, the exemption provided for in Article 2 shall not apply to agreements which, directly or indirectly, in isolation or in combination with other factors under the control of the parties, have as their object any of the following:

- a) the restriction of a party's ability to determine its prices when selling products to third parties, without prejudice to the possibility of imposing a maximum sale price or recommending a sale price, provided that it does not amount to a fixed or minimum sale price as a result of pressure from, or incentives offered by, any of the parties;
- b) the restriction of the territory into which, or of the customers to whom, the licensee may passively sell the contract products, except:

- the restriction of passive sales into an exclusive territory or to an exclusive
- i) customer group reserved for the licensor,
 - the obligation to produce the contract products only for its own use
- ii) provided that the licensee is not restricted in selling the contract products actively and passively as spare parts for its own products,
 - the obligation to produce the contract products only for a particular
- iii) customer, where the licence was granted in order to create an alternative source of supply for that customer,
 - the restriction of sales to end-users by a licensee operating at the wholesale
- iv) level of trade,
 - the restriction of sales to unauthorised distributors by the members of a
- v) selective distribution system;
 - the restriction of active or passive sales to end-users by a licensee which is a
- c) member of a selective distribution system and which operates at the retail level, without prejudice to the possibility of prohibiting a member of the system from operating out of an unauthorised place of establishment.

3. Where the undertakings party to the agreement are not competing undertakings at the time of the conclusion of the agreement but become competing undertakings afterwards, paragraph 2 and not paragraph 1 shall apply for the full life of the agreement unless the agreement is subsequently amended in any material respect. Such an amendment includes the conclusion of a new technology transfer agreement between the parties concerning competing technology rights.

Article 8

Application of the market-share thresholds

For the purposes of applying the market-share thresholds laid down in Article 3 the following rules shall apply:

- the market share shall be calculated on the basis of market sales value data; if
- a) market sales value data are not available, estimates based on other reliable market information, including market sales volumes, may be used to establish the market share of the undertaking concerned;
 - the market share shall be calculated on the basis of data relating to the
- b) preceding calendar year;
 - the market share held by the undertakings referred to in point (e) of the second
- c) subparagraph of Article 1(2) shall be apportioned equally to each undertaking having the rights or the powers listed in point (a) of the second subparagraph of Article 1(2);
 - the market share of a licensor on a relevant market for the licensed technology

- d) rights shall be calculated on the basis of the presence of the licensed technology rights on the relevant market(s) (that is the product market(s) and the geographic market(s)) where the contract products are sold, that is on the basis of the sales data relating to the contract products produced by the licensor and its licensees combined;
- e) if the market share referred to in Article 3(1) or (2) is initially not more than 20 % or 30 % respectively, but subsequently rises above those levels, the exemption provided for in Article 2 shall continue to apply for a period of two consecutive calendar years following the year in which the 20 % threshold or 30 % threshold was first exceeded.

90. 市场份额的变化在两年内不影响，安全港的适用

横向关系变纵向关系，纵向变横向关系后，经营者的相应市场份额也会发生变化，原本受限于横向关系下较低的安全港份额，可以通过变更为纵向关系（例如基于代工或分工协议）而得以符合纵向关系下的安全港要求，反之原本受惠于纵向关系下的安全港条款，但变更为横向关系时就面临着不符合横向关系下安全港条款的情况。对此，欧盟 [Commission Regulation \(EU\) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101\(3\) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements](#), TTBER 第 8 条 e 项则预设的市场份额变更后安全港适用仍延续两年的规则，从而有利于保障法律适用的安定性。建议参考欧盟的规定，在本规章第五条后补充类似的规则，并把它与【征求意见稿第十七条第二款】一同并列，共同纳入【**修订版第五条甲**】。

（十八）第十八条【建议该条仅作为本规章适用指南或说明，不纳入本规章】

征求意见稿第十八条原文

分析认定经营者行使知识产权的行为对竞争的影响，应当考虑下列因素：

- （一）经营者与交易相对人的市场地位；
- （二）相关市场的市场集中度；
- （三）进入相关市场的难易程度；
- （四）产业惯例与产业的发展阶段；
- （五）在产量、区域、消费者等方面进行限制的时间和效力范围；
- （六）对促进创新和技术推广的影响；
- （七）经营者的创新能力和技术变化的速度；
- （八）与认定行使知识产权的行为对竞争影响有关的其他因素。

修改建议：

建议该条仅作为本规章适用指南或说明，不纳入本规章。

修订版：建议删除

修改理由：

91. 第 17 条的关系

【征求意见稿】没能说明：到底在适用哪些条款时才应适用【[征求意见稿第十八条](#)】，以及【[征求意见稿第十八条](#)】和【[征求意见稿第十七条](#)】的关系是怎样的。

另外，考虑到【[征求意见稿第十八条](#)】和【[征求意见稿第十七条](#)】都不是强制性规定，建议仅作为【本规章起草说明】，专章进行详细地阐述，而非不纳入本规章。

92. 第 15 条的适用

应当明确的是：【[征求意见稿第十八条](#)】中提及的各项内容，是在具体适用《反垄断法》第十五条第二款评估涉及知识产权的垄断协议是否严重限制有效竞争时，需要分析和考量的因素。考虑到即便依据《反垄断法》第十五条，应由从事垄断协议的经营者举证其行为是否符合该条的要求，但是执法者仍需对这样的抗辩理由是否确实符合该条要求进行举证，所以【[征求意见稿第十八条](#)】中提及的因素也是执法者在个案实践中应当考虑和搜集证据的。

93. 比例原则

【[征求意见稿第十八条](#)】没有提及比例原则。然而，无论是适用《反垄断法》第十五条第二款评估涉及知识产权的垄断协议是否严重限制有效竞争，还是评估涉嫌滥用市场支配地位的经营者的正当性抗辩理由，比例原则都是不容忽视的，

也是在信息不对称的情况下，提高执法效率和简化执法机关执法的“重要法宝”。同时，执法机关对比例原则的强调，也有利于经营者在事前自行评估其行为在适用《反垄断法》第十五条时，或可能涉嫌滥用市场支配地位而需要进行正当性抗辩时是否能够通过比例原则的考察。

举例：竞争执法公告 2013 年第 4 号 辽宁省建筑材料工业协会组织本行业经营者从事垄断协议案

该案中涉及到《反垄断法》第十五条的适用，其中的分析是颇为精彩的，例如公告中介绍：

“……我局于 2012 年 4 月 25 日，依法向当事人送达了《辽宁省工商行政管理局行政处罚听证告知书》（辽工商听字[2012]10 号），告知当事人我局对其拟作出行政处罚的事实、理由、依据及其享有的陈述、申辩及要求听证的权利。当事人随即提出听证请求。我局依法于 2012 年 6 月 1 日，组织当事人及铁岭铁新水泥有限公司、辽宁昌庆水泥有限公司（《自律公约》称：“台泥”），在辽宁省工商行政管理局七楼会议室举行听证。当事人在听证时向我局提交《辽阳天瑞水泥有限公司听证会申辩意见》提出如下陈述、申辩理由：

一、当事人依据《自律公约》签订是在产能过剩、企业面临亏损、停窑是为了检修等原因，认为《自律公约》约定符合《反垄断法》第十五条相关规定。

二、当事人依据“限产、限价约定未得到履行”和“保证金的约定未履行”为由认为当事人未履行《自律公约》。

针对上述陈述申辩意见，我局认为，当事人通过签订实施《自律公约》，与其他经营者限制水泥熟料生产数量的行为是协议垄断经营行为，应予以处罚。理由如下：第一，当事人因《自律公约》签订是在产能过剩、企业面临亏损、停窑是为了检修等原因，认为《自律公约》约定符合《反垄断法》第十五条相关规定的理由不成立。我国《反垄断法》第十五条所规定的适用豁免制度的七种协议类型必须符合豁免制度所使用的法定情形并且满足第二款所规定的前提条件：“经营者的协议行为不会严重限制相关市场的竞争并且能够使消费者分享由此产生的利益，经营者对这两个必要条件负有举证责任”。首先，我国《反垄断法》第十五条第五项规定的“因经济不景气，为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的”的适用情形是在宏观经济不景气或发生经济危机，企业将面临需求严重经营困难甚至倒闭等情况下采取的一种特殊的协同行为。**【本案中，辽宁中部地区水泥行业亏损是由于水泥生产企业过于集中产业布局不合理所致。这种情形是市场经济中的正常商业风险，正是要通过市场经济的竞争机制发挥作用调解市场结构，从而优化资源配置，维护整体经济和社会公共利益。本案当时人所达成的限制商品生产数量的《自律公约》正是对市场经济正常竞争机制的破坏，是对竞争格局的严重扭曲，因此说当事人的行为不符合豁免条款所规定的适用情形】**；其次，本规定适用的前提条件是经营者的协议行为不会严重限制相关市场的竞争并且能够使消费者分享由此产生的利益，经营者对这两个必要条件负有举证责任。根据我局已掌握的证据显示，签约企业的协议停产行为已经造成水泥成品市场和水泥熟料市场竞争机制严重破坏、并且引起水泥产业链条上的生产成 本大幅度提升，相关产品价格明显上涨，相关企业难以维持，客观上推高了建筑及相关行业成本，最终损害消费者利益等影响，这与豁免制度适用所

要求的前提条件不符。”

笔者用黄色底色强调的部分中就涉及到比例原则的适用，分析得有理有据，十分精彩。工商系统应当通过细化配套规则，将比例原则分析作为适用《反垄断法》第十五条、第十七条，审查涉嫌违法企业正当性抗辩的重要组成部分。实际上，在欧盟委员会和欧洲法院的不少实践中，比例原则都是决定案件定性的关键。

反例：[广东省深圳市惠尔讯科技有限公司诉广东省深圳市有害生物防治协会案](#)

相反，在“[惠尔讯诉深圳有害生物防治协会案](#)”中，深圳中院一审、广东高院二审判决在适用《反垄断法》第十五条时都缺少了类似辽宁工商的上述基于比例原则的分析，涉嫌法律适用错误。此外该案在分析横向限制价格竞争协议时公然主张适用合理原则，而忽视了即便在美国对这类行为也不能适用合理原则，而是需要适用本身违法原则一概禁止，在此不再赘言。

[\(2012\)粤高法民三终字第155号民事判决书](#)

“二、深圳市有害生物防治协会的行为是否具有正当性和合理性。即使因为《自律公约》的签订限制了市场竞争，原审法院认为深圳市有害生物防治协会的行为具有一定的正当性。反垄断法设立的目的在于保护公平竞争，维护社会公共利益和消费者利益。反垄断法并不支持为争取市场而牺牲社会公共利益的单纯低价行为。构成垄断协议的前提是“排除、限制竞争”，说明垄断协议的认定原则是合理原则，如果经营者之间的协议具有其他正当目的，即或存在横向限制的事实，也可以豁免而不被法律禁止。《中华人民共和国反垄断法》第十五条第一项第四款规定，经营者能够证明所达成的协议属于为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的，不适用本法第十三条和第十四条关于垄断协议的规定。提供除“四害”消杀服务有别于普通服务，有害生物防治工作涉及到大量的有毒有害药物，无论是消杀的过程中药物的使用，还是消杀的效果都涉及到人民群众的生命健康安全，对使用消杀服务的企业员工、周边居民的身体健康以及环境保护等具有重大影响，也与当地卫生防疫等紧密相关，是一项事关社会公共利益的服务。深圳市物价局出具的【1997】55号文对除“四害”服务的指导价格从1997年规定出台后一直未再出具新的指导性意见，而从1997年到本案起诉之日已过十三年，这期间提供除“四害”服务的人工成本早已上涨。必须在保证支付人工成本的前提下以及在保证盈利维持企业经营的前提下，如果企业为争取市场而肆意降低收费标准，必定会在提供消杀服务的产品上降低成本，如此也只会导致提供的除四害服务达不到规定标准从而影响环境和人体健康，在卫生防疫方面产生负面影响。作为参考，广州市与深圳市属于同一消费水平的城市，广州市物价局2000年出台的除“四害”有偿服务收费的指导价格也远远高于深圳市有害生物防治协会与其会员签订的《自律公约》的价格。深圳市爱国卫生运动委员会办公室发布的深爱卫办【2003】31号《关于建立有害生物防治有偿服务不正当竞争举报制度的通知》也明确禁止报价严重偏离深物价【1997】55号文的除“四害”以低于市场成本价承揽消杀业务。因此深圳市有害生物防治协会与其会员签订的《自律公约》对于价格的限定是为遵守深爱卫办【2003】31号的规定以及保证会员企业向消费者提供的消杀服务质量避免恶性竞争的目的，具有合理性和正当性。深圳市有害生物防治协会与其会员签订的《深圳市有害生物防治服务诚信自律公约》对于提供除“四害”服务的价格约定不属于垄断协议。”

（十九）第十九条 【处罚】

征求意见稿第十九条原文

经营者滥用知识产权排除、限制竞争的行为构成垄断协议的，由工商行政管理机关责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款；尚未实施所达成的垄断协议的，可以处五十万元以下的罚款。

经营者滥用知识产权排除、限制竞争的行为构成滥用市场支配地位的，由工商行政管理机关责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款。

工商行政管理机关确定具体罚款数额时，应当考虑违法行为的性质、情节、程度、持续的时间等因素。

修改建议：

建议精简现有规定，并增补有关减免处罚、销售额计算和追究时效的规定。

修订版：

第十九条 【处罚】

第一款

经营者滥用知识产权排除、限制竞争的行为构成垄断协议的，由工商行政管理机关负责调查，并责令停止违法行为，依据《反垄断法》第四十六条、第四十七条、第四十九条进行处罚并没收违法所得。对反垄断执法机构依法实施的审查和调查，拒绝提供有关材料、信息，或者提供虚假材料、信息，或者隐匿、销毁、转移证据，或者有其他拒绝、阻碍调查行为的，由反垄断执法机构责令改正，并依据《反垄断法》第五十二条处罚。

第二款至第三款删节

第四款【因配合执法而减免处罚】（94）

对于配合执法和积极整改的经营者，可以在依法计算应处分的罚款基础上，最多减免 10%。前述减免规则不得适用于对违法所得罚没。但是，经营者通过与违法行为受害人达成不当得利返还和损害赔偿协议的，不当得利返还部分可以从违法所得没收的额度中扣除。

第五款【相关销售额】（95）

《反垄断法》第四十六条所指销售额应为违法者及其集团公司全部关联经营者的全球营业额。在具体计算罚款时，应以违法者的违法行为所涉相关市场的上一年度营业额作为计算罚款的参考基数，罚款原则上不超过该基数的 30%，如果低于违法者及其集团公司全部关联经营者的全球营业额 1%的，则按违法者及其集团公司全部关联经营者的全球营业额的 1%计算罚款。在违法行为所涉知识产权同时涉及技术市场、多个产品市场，或者涉及标准市场和标准认定与检测市场时，则应该在计算罚款时兼顾违法者在所有这些市场上的销售额。

第六款【73. 行政处罚的追究时效】（96）

行政处罚的追究时效为违法行为终止且没有再犯之日起六年，纪律监察和检察院发现违法渎职官员的违法行为涉及应予以调查而未调查的案件时，应以此作为时效中断计算的理由。经营者因涉嫌违反《反垄断法》而被起诉、提起仲裁或进入所属专利联营组织、标准化组织、著作权集体管理组织的纠纷解决机制，从被起诉或被提起相关非诉纠纷解决机制之日起中断追究时效的计算。在相关判决、非诉纠纷解决机制的裁定生效后，因涉嫌违法《反垄断法》而被起诉、被提请通过非诉纠纷解决机制解决纠纷的经营者，有义务通告行政执法机构，使追究时效恢复计算；反之，相关经营者未尽到前述义务，追究时效自行政执法机构知道相关判决或裁定之日起恢复计算。

第七款 【对依据兜底条款认定的新型限制竞争行为的处罚】（96.甲）

在工商总局依据《反垄断法》第十三条第一款第六项、第十四条第三项、第十七条第一款第七项通过批复或自身执法实践认定某一《反垄断法》及其所有配套规则明确禁止的垄断协议、滥用市场支配地位行为类型时，为保障经营者善意信赖，反垄断执法机构在首次做出此类公开认定之日其的一年内，只需通过公告勒令实施同类限制竞争行为的不特定经营者及时整改、消除妨害、返还不当得利或赔偿损失，而不应对此类新型限制竞争行为做出罚款和没收违法所得的决定。一年期限届满后，经营者未能及时整改并消除妨害的，反垄断执法机构有权依法予以查处。但是，前述规定不影响相关当事人依据工商总局对新型限制竞争行为的认定，向从事这类型为的经营者请求不当得利返还、赔偿损失、排除妨害，或者对其提起诉讼以实现前述权利主张。

修改理由：

94. 对因配合执法而减免处罚的情况缺少规定，无法规范和限缩恣罚款意性

建议明确规定：

“对于配合执法和积极整改的经营者，可以在依法计算应处分的罚款基础上，最多减免 10%。前述减免规则不得适用于对违法所得罚没。但是，经营者通过与违法行为受害人达成不当得利返还和损害赔偿协议的，不当得利返还部分可以从违法所得没收的额度中扣除。在不当得利返还难以计算，违法者也无法承诺将主动全额返还不当得利纳入整改措施的话，则应从严设定罚款。”

94.1. 放弃没收违法所得而没有说明理由、或者理由不充分

实际上，2013 年初，国家发改委对三星等液晶面板企业的横向限制价格协议案的处罚中，依《价格法》对违法企业进行了处罚，并勒令其返还不当得利，无法实现返回的部分则没收违法所得，尽管无论面板大小、品质、厂家都按每片 4 元计算违法所得有待商榷，仍算是开了个好头。但随后的茅台五粮液案、上海黄金价格操纵案、洋奶粉案、洋镜片案中，同类违法行为是行业性的，但查处的仅是少数企业，未涉及涉嫌协助实施违法行为的经销商和诸如眼镜业协会等行业协会，甚至全都没有提及没收违法所得或返还不当得利，且没有对此给出任何理由，尤其是在违法所得不乏可能远超罚款金额几十倍甚至上百倍的情况下。

在工商总局已发布的 15 则《反垄断法》适用案例中，也不乏缺少详细论证就放弃没收违法所得的情况，例如浙江工商查处江山水泥企业垄断协议案中，对于违法企业而言其自身业务中在垄断协议没有覆盖的地区存在可比照的竞争价格，但执法机关却并没有借助相关数据计算和罚没违法所得，浙江物价系统的反垄断执法机构也没有就该案违法企业的违法所得进行罚没并专门针对价格垄断行为另行处罚。（相关背景资料另参见【修改理由 45】）。

94.2. 对配合执法的罚款减免恣意性极大，更隐藏变相剥夺当事人申辩、要求听证、提起行政复议或行政诉讼的权利

过去六年发改委系统及工商系统在《反垄断法》执法实践中，在罚款设定上往往“从轻发落”，更多看违法者的配合执法的态度，而非违法行为的性质、危害、持续时间长短，使得罚金计算与减免没有可以预见的客观标准，在上年度相关销售额 1%至 10%之间，上下浮动可达十倍，且所谓“相关”销售额计算本身也不透明，恣意性不可谓不大。

相比之下，对主观上配合执法的违法者，欧盟只能在依据客观标准计算的罚款基础上，最多减轻 10%的罚款，且这样的罚款减免是在欧盟委员会依法计算出罚款金额后再进行减免扣除的。

在工商总局已发布的 15 则《反垄断法》适用案例中，对企业的罚款也大都按 1%至 2%上年度销售额“从轻发落”，甚至个别案件目前只公布了对协会的处罚，而没有披露是否对涉案企业也进行了处罚，而在《[竞争执法公告 2013 年第 10 号 浙江省慈溪市建设工程检测协会组织本行业经营者从事垄断协议案](#)》还出现以整改取代处罚的情况。

值得一提的是，在工商总局最新披露的《[竞争执法公告 2014 年第 15 号 内蒙古自治区赤峰中心城区烟花爆竹批发企业实施垄断行为案](#)》中首次出现了因违法行为持续时间长达五年、多次实施的情节而将罚款标准从重设定在上一年度营业额 8%的水平上，为将来工商及发改委系统相关实践提供了借鉴。但是，该案有关“违法所得应按无法计算处理”的论证太简略，没有考虑通过比较其他临近地区相关产品市场上同期竞争性价格来计算可能的违法所得，而是仅仅主张：

“考虑到当事人批发销售额中可能存在部分零售商因交通条件以及对供货商的信赖等因素自愿与其交易而形成的合理交易额，但由于其中的“合理交易额”与因分割市场形成的“强制交易额”不易划分清楚，其违法所得应按无法计算处理。”

具体到涉及知识产权的反垄断法适用案件，罚款相比违法所得往往是很小的一部分，如果工商总局没有计算违法所得的统一规范和指导性文件，那么个案中执法人员往往会为了避免争议而难免倾向于“多一事不如少一事”，按照“违法所得应按无法计算处理”的思路处理，难以对违反《反垄断法》行为形成有效威慑，更容易诱发违法者再犯。

94.2.1. 《规范价格行政处罚权的若干规定》引发的担忧

而就在国家发改委 2014 年年 6 月新下发、7 月 1 日生效的《规范价格行政处罚权的若干规定》中，涉及发改委系统反垄断执法的案件也将参照适用。在行政处罚上，该规定赋予了执法者非常大的自由裁量权，而且没能细化违法所得计算和罚款计算的细节。因而该规定是否容易诱发寻租，以及行业部门、地方政府说人情、递条子，甚至给执法人员施压的现象，着实令人担忧。例如，该规定第 7 条：“当事人有下列情形之一的，可以从轻处罚：（一）价格违法行为较轻，未造成严重后果的；（二）能够及时改正价格违法行为的；（三）在共同价格违法行为中起次要或者辅助作用的；（四）**从轻处罚能起到教育作用的**；（五）其他可以依法从轻处罚的情形。”其中第 4 项设置得更让人诧异。例如：上海市物价局 2013 年按照国家发改委价监局要求，对 13 家金店及黄金协会涉嫌从事近十年之久的价格操纵行为进行反垄断调查，最终按照罚款计算的最底限，即上一年度“相关”销售额的 1% 统一处罚上海 5 家黄金饰品店后，由于上海市黄浦区国资委持有 42.09% 流通 A 股的老凤祥所受 323 万元罚款比之前外界预期的 2.5 亿至 25 亿要低太多，以至于竟而在被罚第二天出现股价逆势上扬，大涨 6% 以上（参见张柏慧，《老凤祥“垄断门”是否成了塞翁失马》，载《中国商界》2013 年第 9 期），事后更没有关于不当得利返还或民事赔偿的报道。那么如此“从轻处罚”又能起到怎样的“教育作用”呢？

94.2.2. 黄勇，刘燕南：《垄断违法行为行政罚款计算标准研究》，载《价格理论与实践》2013 年 8 月 8 日中的建议：

“欧盟和美国在设定罚款（罚金）时均强调处罚的威慑效果，即处罚不仅是对违法企业的制裁，也是为了促使其他经营者依法经营，杜绝潜在的垄断违法行为。

在我国《反垄断法》的行政执法上，通过加大处罚力度，加强《反垄断法》的威慑力无疑是正确的。

但是我们反对那种忽视我国特定的发展阶段，片面强调《反垄断法》威慑作用的观点。

应当正视我国目前对垄断违法行为施以行政处罚措施的目的除了适度的威慑作用之外，还兼有宣传《反垄断法》和提高经营者竞争意识的目的。

因此，我们主张行政处罚应以适度为宜。”

这样的表述与《规范价格行政处罚权的若干规定》第 7 条第 4 项“**从轻处罚能起到教育作用的**”的思路是一样的，结果就从轻处罚了上海老凤祥等金店，使其市值不跌反升，事后一年多来，至今上海黄金市场金价走势还是十分趋同，高于其他地区，也没能形成有效竞争，更没有把近十年操纵金价的违法所得返还给消费者一分钱。

94.2.3. 症结分析

对比国外往往对限制竞争行为罚金越高越能取得广泛的新闻效应，使个案实践对相关行业起到深远影响的惯例不同，所谓“**从轻处罚能起到教育作用的**”、“**适度处罚“还兼有宣传《反垄断法》和提高经营者竞争意识的目的”**”，难免有些令人匪夷所思。但出现这样的观点，不是偶然的，而是对我国当下《反垄断法》

执法存在背离法治原则的直接写照，并归因于两大症结。

症结一：执法者迫于地方政府或行业主管部门压力而减免罚款、中止或终止调查

一方面，反垄断执法面临着违法企业所涉地方政府、行业主管部门的庇护或严重妨碍，以至于有些执法行为“无疾而终”或不得不在是否处罚、如何处罚上做出重大让步。这样的问题尤其反映在发改委调查上海黄金市场价格操纵案、中电信与中国联通滥用市场支配地位案、证券公司及其协会操纵相关佣金费率案。

有关上海黄金市场价格操纵案，前面已经述及，不再重复。

有关中国电信、中国联通案，以下引自《[商务部“阻击”国际航运巨头反映了什么？](#)》：

“从2011年11月至今，国家发改委对中国电信、中国联通涉嫌滥用市场支配地位的查处，至今没有明确的结果。而就在今年2月19日，国家发改委价格监督检查与反垄断局还在新闻发布会上披露了中国电信、中国联通2012年以来为争取中止对其涉嫌滥用市场支配地位的调查，而履行经营者承诺的情况。但是，在2012年国家发改委并未正式披露对这两家企业调查的初步结果，也没有在接受这两家企业的经营者承诺并因此而中止调查前举行听证或公开对外征求意见（在中止调查美国InterDigital前也没有）。值得一提的是，这次新闻发布会上终于透露是由于中国电信对中国联通、中国铁通的网间结算费过高，影响了其与中国联通的互联互通、与中国铁通的扩容（参见<http://www.china.com.cn>, [2014年2月19日该新闻发布会文字实录](#)）。但在这次发布会上，没有提及三家运营商向其他民营宽带企业批发宽带的价格是否合理的问题（尽管这也是2011年底央视报道国家发改委调查两大互联网运营商的主因之一）。国家发改委没有明确：最终是否会终止对中国联通的调查，转而仅处罚中国电信依靠互联网顶级骨干网的独占地位实施的滥用市场支配地位行为，以及背后可能涉嫌滥用行政权力限制竞争行为？又或者进一步调查电信运营商在宽带批发市场上是否存在限制竞争协议？还是完全认可这两家企业的整改进而终止反垄断调查？但无论如何选择，其都将再次面临如何确保执法透明、不受其他部委干扰的考验（笔者文，《[完善<反垄断法>](#)》，《中国改革》2014年第3期）。”

最新也最鲜活的例子是国家发改委查处证券公司及协会在佣金费率上涉嫌限制价格竞争案，疑似因为证监会的干预转为以涉嫌违法者自纠自查代替处罚。

此前，国家发展改革委价监局综合处：“2013年1月~6月价格监督检查与反垄断工作大事记”（载《中国价格监管与反垄断》2014年第3期）披露：

2013年7月9日，价监局组织力量对相关证券业涉嫌价格垄断案开展调查；10月14日~28日，价监局组织人员进行证券业价格垄断案的证据整理分析和补证；11月8日，李青副局长就证券业经营者涉嫌横向价格垄断案与中国证监会有关领导进行沟通。

2014年3月1日有报道披露《[券商欲联合绞杀国金证券佣金宝 万二费率或不保](#)》：

“佣金宝是国金证券与腾讯推出的证券行业首个“1+1+1”互联网证券服务

产品，为投资者提供 24 小时网上开户，提供“万分之二”（含股票交易规费）沪深 A 股、基金交易佣金率，同时为投资者股票账户保证金余额提供理财服务。

四川省证券期货业协会近日召开临时会议，部分机构要求监管部门对“佣金宝”的合规合法进行调查，同时要求中国证券业协会敦促国金证券修改“佣金宝”的万二的佣金定价。

“佣金宝”万二的费率成为券商们最为诟病和抨击的地方，各成员认为国金证券仅以上海西藏中路营业部为单位进行成本核算，进而得出万分之二一下的成本佣金，与公司及行业实际成本不符，误导了投资者，造成大量客户要求降低佣金标准和转户。也就是说，一旦中国证券业协会介入并向国金证券施压，目前“佣金宝”万二的费率或将不保。”

2014 年 03 月 04 日，财新网金融记者范军利，发布【特稿】《[协会干预券商定价有违<反垄断法>](#)》梳理了各地区券商普遍存在的限制费率底线的限制竞争行为。

笔者曾在 3 月 1 日、6 日将上述两报道先后通过邮件转发给国家发改委价格监督与反垄断局曾经公布的邮件地址（jjj@ndrc.gov.cn），请执法人员参考。但没有收到回应。3 月 5 日，国家发改委网站改版，该局原本公布的联系邮件地址也被删去了，令人错愕。

并非出人意料的是对于范军利记者 3 月 4 日报道的券商涉嫌违反《反垄断法》的行为，国家发改委并未公开查处。直到，2014 年 4 月 25 日证监会披露其下发了《[关于进一步规范 证券经纪业务活动有关事项的通知](#)》（证监发[2014]30 号）

“近期，部分证券经营机构利用互联网（含移动互联网）等新技术开展证券经纪业务活动，在提高客户服务能力、降低市场交易成本的同时，也暴露出一些问题。为进一步支持证券公司依法、合规、稳健开展业务，切实保护投资者合法权益，近日，我会向各证监局和中国证券业协会下发了《关于进一步规范证券经纪业务活动有关事项的通知》（证监发[2014]30 号），对证券经纪业务有关监管要求做了进一步明确、重申和细化。

一是要求各证监局督促辖区证券经营机构、地方证券业协会严格依照《反垄断法》、《反不正当竞争法》及《关于调整证券交易佣金收取标准的通知》（证监发〔2002〕21 号）的规定，确定佣金收费标准、实施佣金自律管理，**不得以任何形式实施垄断**，不得以任何形式开展不正当竞争，不得过度宣传、虚假宣传误导投资者。……”

另有报道（新华网北京 4 月 25 日电记者赵晓辉、陶俊洁）《[证监会规范证券经纪业务 剑指券商佣金战](#)》称：

“证监会要求各证监局督促辖区证券业协会、证券经营机构对佣金收取、佣金自律活动进行全面自查自纠，主动清理规范有关违反反垄断法或者反不正当竞争法的行为，并于 6 月 15 日前将辖区证券业协会、证券经营机构自查清理情况汇总报告证监会。”

然而，截至 2014 年 7 月 28 日，亦即《反垄断法》生效六周年之际，在新闻

媒体广泛报道国家发改委查处汽车行业及美国高通公司涉嫌违反《反垄断法》行为时，对证券业直接关系广大中国投资者直接经济利益的限制竞争行为，国家发改委价格监督与反垄断局继 2014 年 2 月 19 日的大型新闻发布会后，至今没有选择正式向广大公众公开进行任何披露，媒体也似乎都不谋而合地选择忽略了这则罚款和不当得利返还都可能是天文数字的案件。尽管湖北物价局早在 2011 年就曾经查处了“武汉证券业协会统一上调交易佣金案”的背景下（乔余堂：“推进机构建设提高队伍素质不断提升价格执法能力”，载《[中国价格监督检查](#)》2012 年，第 32 页）。

类似的情况也有可能曾经出现在工商系统已经披露和尚未披露的反垄断执法中，例如浙江工商查处江山水泥企业垄断协议案（参见【[修改理由 45](#)】）。

症结二：部分反垄断执法机构急功近利、违背法治原则、变相规避《行政处罚法》约束，以适当处罚、减免处罚换取涉嫌违反《反垄断法》的经营者放弃申辩、要求听证、提起行政复议和行政诉讼等一系列受我国法律保护的程序权利

为了规范行政处罚的设定和实施，保障和监督行政机关有效实施行政管理，维护公共利益和社会秩序，保护公民、法人或者其他组织的合法权益，**根据宪法**，我国《行政处罚法》第四十一条、第四十二条对保障当事人申辩权利、要求听证的**权利**做出了以下原则性的规定：

第四十一条 行政机关及其执法人员在作出行政处罚决定之前，不依照本法第三十一条、第三十二条的规定向当事人告知给予行政处罚的事实、理由和依据，或者拒绝听取当事人的陈述、申辩，行政处罚决定不能成立；当事人放弃陈述或者申辩权利的除外。

第四十二条 行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前，应当告知当事人有要求举行听证的权利；当事人要求听证的，行政机关应当组织听证。当事人不承担行政机关组织听证的费用。听证依照以下程序组织：

- （一）当事人要求听证的，应当在行政机关告知后三日内提出；
 - （二）行政机关应当在听证的七日前，通知当事人举行听证的时间、地点；
 - （三）除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私外，听证公开举行；
 - （四）听证由行政机关指定的非本案调查人员主持；当事人认为主持人与本案有直接利害关系的，有权申请回避；
 - （五）当事人可以亲自参加听证，也可以委托一至二人代理；
 - （六）举行听证时，调查人员提出当事人违法的事实、证据和行政处罚建议；当事人进行申辩和质证；
 - （七）听证应当制作笔录；笔录应当交当事人审核无误后签字或者盖章。
- 当事人对限制人身自由的行政处罚有异议的，依照治安管理处罚条例有关规定执行。

但是，在反垄断法执法实践中，涉嫌存在执法者以承诺减免处罚、不罚没

违法所得等，换取当事人放弃主张申辩、要求听证和提起行政复议、行政诉讼的权利。由于工商执法透明度高，且往往涉及的是地方执法中涉案金额相对较小的案件，所以相关问题并未凸显，只在个别案件中容易引发外界的担忧，例如浙江工商查处江山水泥企业垄断协议案（参见【修改理由 45】）。

涉嫌以减免罚款为由，变相限制、甚至剥夺当事人主张申辩、要求听证和提起行政复议、行政诉讼的权利的问题更加集中出现在 2013 年以来国家发改委查处的一系列案件中。对此《反垄断加码：企业“配合态度”影响处罚力度》（载《中国经营报》2014-06-07）曾转引相关律师的如下介绍：

“《反垄断法》专家、北京律协竞争与反垄断专业委员会秘书长魏士廩认为，涉案企业不大可能提出异议。

执法机构在调查过程中，一般要求被调查企业签署或提交自认报告，同时表明对执法处罚结果的态度。如自认报告认识不到位，可能会要求重新提交，否则可能导致“不主动配合”以及高比例处罚结果的后果。企业面对这样的执法现实，同时又抱有希望执法机构给予减少或免除处罚的心理，因此，多数企业也都在这个阶段提交了自认报告和相关证据，这也使其难以针对处罚结果提起行政复议和行政诉讼。

‘目前没有发现对反价格垄断案件的处罚决定提起行政复议或行政诉讼的情况。’魏士廩说。

具体到国家发改委查处洋奶粉企业限制最低转售价格案、查处洋镜片企业限制最低转售价格案中，最先宣布降价的企业（如惠氏、豪雅）都获得了免除处罚的安排。借助媒体对最先宣布降价的企业的大量宣传，其他仍与执法者进行约谈或接受后者调查的其他当事人无疑会面临强大的心理攻势，极容易选择或“缴械投降”、或曲意逢迎地放弃对执法者指控主张申辩、要求听证，对其处罚决定提起行政复议和行政诉讼等程序权利。

此外，对比这两则案件，不难发现在国家发改委有关《[合生元等乳粉生产企业违反《反垄断法》限制竞争行为共被处罚 6.6873 亿元](#)》的官方公告（而非工商总局已经公开发布的行政处罚决定书）中提及：

“在调查过程中，涉案企业均承认自身的转售价格维持行为涉嫌违法，并且**无法证明**其控制价格的行为符合《反垄断法》第十五条规定的豁免条件。”

这里提及的“无法证明”究竟是涉案企业自认为“无法证明其控制价格的行为符合《反垄断法》第十五条规定的豁免条件”，还是执法者认为涉案企业虽然提出了正当性抗辩，试图证明“其控制价格的行为符合《反垄断法》第十五条规定的豁免条件”，但是执法者没有认可它们的论证或证据，从而依据职权判定涉案企业“无法证明其控制价格的行为符合《反垄断法》第十五条规定的豁免条件”，却没能在公告中给出执法者否定涉案企业申辩理由和证据的具体说明。

如果说在洋奶粉案中，国家发改委的公告中在有关当事人是否提出申辩、要求听证的问题上，只是语焉不详的话，那么在今年端午节前夕，即 2014 年 5 月 29 日发布的官方公告《[部分眼镜镜片生产企业维持转售价格行为被依法查处](#)》中则只字未提涉案企业是否“无法证明其控制价格的行为符合《反垄断法》第十五条规

定的豁免条件”。为什么？是没有涉案企业主张“其控制价格的行为符合《反垄断法》第十五条规定的豁免条件”？还是执法者无法证明涉案企业相关申辩理由不成立，所以索性干脆不提及《反垄断法》第十五条了？

即便避谈《反垄断法》第十五条，在查处纵向限制竞争协议时，不可回避的另一个问题是纵向限制竞争协议的各缔约方是否为两个或多个经营者，亦即是否因为构成单一经济体（即缔约人间为母子公司关系）或构成纯粹的代理关系（即经销商没有独立经营决策权且不承担主要经营风险）。这直接关系到的是《反垄断法》第十四条的适用，但是也同样没有提及。

“有趣的现象”却是《[部分眼镜镜片生产企业维持转售价格行为被依法查处](#)》中在术语使用（如维持转售价格）和违法行为的描述上与欧盟委员会 2010 年《关于纵向限制的指南》（中译本参见《[2010 欧委会纵向限制指南\(苏华译\)](#)》）也基本契合。《[部分眼镜镜片生产企业维持转售价格行为被依法查处](#)》提及：

“有的框架镜片生产企业与经销商签订了含有限定转售价格条款的《销售合同》，并要求经销商严格按照其制定的“建议零售价”销售镜片，直接**维持转售价格**；有的隐形眼镜片生产企业与其在全国或重点城市的直供零售商常年统一开展“买三送一”促销活动，相当于各零售商按照生产企业“建议零售价”的七五折销售隐形眼镜片，**变相维持转售价格**。为确保镜片市场价格体系得到维持，涉案企业通常采取**惩罚性措施加以约束，如扣减保证金、取消销售返利、罚款、停止供货、口头（邮件）警告等**。一旦经销商或零售商突破限定的价格（折扣）或擅自加大促销力度，就会遭到警告、停止供货等惩罚；反之，**如果经销商或零售商严格遵守限定的价格或促销力度，则会获得销售返利等奖励。**”

《[2010 欧委会纵向限制指南\(苏华译\)](#)》第 48 段：

“**转售价格维持是指以向购买商设立固定或最低转售价，以固定或最低价格水平为直接或间接目的的协议或协同行为**。当合同条款或协同行为直接确定转售价格时，限制是显而易见的。但是，**转售价格维持也可以通过间接手段实现**。间接手段的例子包括：固定分销利润的协议，固定分销商在规定价格水平上可以授予的最大折扣水平，供应商依据分销商遵守规定价格水平的情形**给予折扣或者补偿推广费用**，把规定的转售价格与竞争者的转售价格相关联，有关遵守规定价格水平的**威胁、恐吓、警告、处罚、延迟或中止交货或者终止合同等**。固定价格的直接或间接手段在与确认削价分销商的方法相结合时更加有效，例如实施价格监测制度，或者要求零售商承担举报偏离价格水平标准的其他分销网络成员的义务。同样，直接或间接固定价格如果与削弱购买商降低转售价动机的方法相结合时更加有效，例如供应商在产品上标明建议转售价或者供应商迫使购买商适用最惠客户条款（most-favoured-customer clause）。相同的间接手段和相同的‘支持’手段可用来使最高价或建议价起到转售价格维持的作用。但是，使用某一特定的支持手段，或供应商向购买商提供建议价或最高价清单之本身不被视为转售价格维持。”

但是，《[2010 欧委会纵向限制指南\(苏华译\)](#)》还详细地介绍了如何评估代理协议是否可能构成限制竞争协议的问题，以及限制最低转售价格可以适用《欧盟运行条约》第 101 条第 3 款的几种可能性。在苏华老师[《分销行为的反垄断规制》](#)一

书中也都对欧盟该指南对这两个问题的说明进行全面地转述，梳理了相关案例的发展。但遗憾的是无论是在《[合生元等乳粉生产企业违反《反垄断法》限制竞争行为共被处罚 6.6873 亿元](#)》、《[部分眼镜镜片生产企业维持转售价格行为被依法查处](#)》，还是 2013 年初查处的茅台、五粮液限制最低转售价格案，苏华老师译介的这些欧盟立法例和实践都没能有所体现。

同样，在为国家发改委查处汽车行业纵向限制竞争行为进行理论铺垫时，例如苏华老师和国家发改委价监与反垄断局徐新宇处长合著的《[汽车市场纵向垄断行为的界定与规制](#)》（载《[中国价格监管与反垄断](#)》2014 年第 6 期）一文，虽然同样列举了欧盟的规定和实践，但是对《[2010 欧委会纵向限制指南（苏华译）](#)》中那些可能有利于经营者进行抗辩、有利于明确经营者从事哪些行为不涉及违法的说明却都没有提及。为什么执法者和为其担任专家顾问的学者会这样的选择性的使用外国资料和实践？这里不排除我国执法者和相关学者目前并不完全认同欧盟的经验，但又未能或无暇提出相反意见并加以论证，也不排除我国执法者和相关学者都认为欧盟认可的相关抗辩理由在中国市场不存在适用的可能性，但更不能排除的是，执法者和相关学者希望这样片面地介绍欧盟经验会有利于发改委系统开展执法实践，尽管这显然是不利于相关当事人同样参考欧盟认可的抗辩理由，依据我国《反垄断法》主张抗辩，更不利于实现《行政处罚法》第一条所追求实现的立法目的，即依据宪法，“规范行政处罚的设定和实施，保障和监督行政机关有效实施行政管理，维护公共利益和社会秩序，保护公民、法人或者其他组织的合法权益”。

倘若，执法者和为其担任专家顾问的学者并没能在《反垄断法》适用理论上没能做好足够的准备，无法为其做出不同于欧盟的实践给出充分的理由和翔实的论证，那么执法者在前述实践中回避相关当事人是否及如何提出抗辩的成因也就不难理解了。然而，仅仅因此，就变相剥夺相关当事人依据《行政处罚法》主张申辩、要求听证的权利，对处罚决定提起行政复议和行政诉讼的权利，则难免涉嫌违反《行政处罚法》和《宪法》精神，也会严重地影响依据《反垄断法》第四十六条规定的考量因素设定罚金、没收违法所得，降低违法成本、削弱《反垄断法》对违法行为的威慑力，更难免容易诱发寻租现象，腐蚀反垄断执法队伍，尤其是在国务院反垄断委员会空转、学术界对反垄断执法监督与公开批评不足，而参与相关案件的代理律师为了呵护与执法者的合作关系也往往不会有动力主动对执法者的前述做法提出公开异议，以便争取自己在相关业务上能够有更多曝光率、实现业务上的马太效应。

综上，部分学者对完善我国《反垄断法》处罚规则的建议中，非但没有谏言如何全面系统地限缩执法机构在处罚违反反垄断法行为上的自由裁量权，反而提出所谓的“适当处罚”“还兼有宣传《反垄断法》和提高经营者竞争意识的目的”，只会助长执法者在罚金设置上的自由裁量权、纵然执法者利用这种缺乏规范和监督的自由裁量权来限制或变相剥夺《行政处罚法》赋予当事人的程序权利。这不仅违背法治原则，亦与《关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》的要求不符。

而国家发改委 2014 年年 6 月新下发、7 月 1 日生效的《规范价格行政处罚权

的若干规定》前述可能导致罚款设置自由裁量权进一步扩大、更加不确定的规定，更是直接有违法制原则的，只会为地方政府、行业主管部门干预反垄断执法机构执法提供更多可乘之机，甚至难免会纵容某些执法机构的负责人或一线执法人员中一些法治意识淡薄的害群之马，动辄以不减免罚款、或高罚款来利诱或威逼被调查企业放弃抗辩，俯首帖耳地接受执法者主张的理由。而这显然违反法治原则的程序枉法行为，变相侵害当事人程序权利的行为，更不可能符合国务院《关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》的要求。

对上述问题，望工商总局能够借助修订【征求意见稿】之际参考【修订版第十九条】的建议，完善罚款设定的程序规则，限制是否决定罚款，以及罚款设定上的恣意性。

94.3 . 粗暴执法、限制违法者抗辩权利，变相惩罚问题

在上述处罚尺度不确定、透明度低的大背景下，据笔者所知有个别行政执法官员已经在个案调查中不止一次地公然向被调查企业放话：“你们的问题就在于你们不认为你们有问题。”并当场拒绝听取被约谈企业的抗辩理由，坚决要被约谈企业整改。因此，在这样的背景下《[第六轮中美战略与经济对话框架下经济对话联合情况说明](#)》就明确提及下列内容也就不足为奇了：

“……中方承诺其三个反垄断执法机构将向受到调查的各方提供反垄断执法机构有关这些行为或交易的竞争关切的信息，并为当事人提供抗辩证据的有效机会。”

而有学者对执法者执法工作中这方面出现的一些进步公开予以高度肯定，也从侧面验证了之前的相关传闻，并非空穴来风，例如苏华老师在《[IDC的承诺与高通案的走向](#)》（载《经济参考报》2014年05月27日）提及：

“发改委及时公开中止调查决定，此前通过新闻发布会公开IDC等案件进展，是主动公开行政执法信息、提高透明度、建设阳光政府的典范。在IDC接受调查时允许律师到场，展现了行政执法机构对当事人抗辩权的尊重与保障。”

但实际上，在国家发改委对高通案的调查中，2014年7月11日的新闻稿《[高通公司总裁第三次到国家发展改革委接受反垄断调查](#)》中提及：

“同时，高通公司授权副总裁 Fabian Goneil 等人接受了案件调查人员的调查询问。调查人员重点就以整机作为计算许可费的基础、将标准必要专利与非标准必要专利捆绑许可、要求被许可人进行免费反许可、对过期专利继续收费、将专利许可与销售芯片进行捆绑、拒绝对芯片生产企业进行专利许可以及在专利许可和芯片销售中附加不合理的交易条件等涉嫌违法行为，进行了现场调查并制作询问笔录。”

但仅在两周后，国家发改委就已经似乎得出了在之前半年多的调查程序中都没有取得的进展，并通过学者的分析和平面媒体新闻报道、央视报道，在《反垄断法》生效六周年纪念日前夕，集中为其处罚高通进行了造势宣传，导致高通市值在2014年7月24日当天下跌超过91亿美元。

和对中电信、中联通案的调查曝光一样，高通案被曝光前，国家发改委却没有对高通的违法行为送达全面、详细的意见书，也没有以国家发改委名义正式在主页上介绍调查进度，就以为执法造势导致的高通和 2011 年被央视曝光涉嫌滥用市场支配地位的中电信、中联通那样出现股市市值大幅下挫，变相惩罚了不予“认错”的高通。更为令人遗憾的是，在进行这样的变相处罚前，无论是学者的分析和平面媒体新闻报道、央视报道，都没有给予高通平等的辩护机会，甚至连学者的文章中通篇都没有分析高通作为涉嫌滥用市场支配地位的经营者，可以主张哪些合理理由进行正当性抗辩，例如：苏华老师在《[高通为何遭到反垄断调查](#)》（载《经济参考报》2014 年 07 月 22 日）以及王晓焯老师 2014 年 7 月 24 日接受媒体采访时的分析：《[高通反垄断调查进入“深水区” 评：要创造公平市场环境](#)》。而这些涉嫌立场先行，且更倾向于国家发改委反垄断执法者的表态，竟然都是发布在执法者正式全文披露其调查结论、论证、相关证据和高通的抗辩意见之前，也都是发布在高通能够正式公开、平等地提出抗辩之前，尽管至今发改委系统反垄断执法机构从未像工商系统反垄断执法机构那样，就《反垄断法》违法案件公开召集过一次相关听证会，允许被调查企业公开质证和抗辩。

而截至 2014 年 7 月 25 日，除了笔者曾在网络平台上发布不同于前述两位学者的观点外，参见《[刘旭：高调查处高通引发的忧虑](#)》，还几乎还没有其他公开对国家发改委调查高通案持异议的声音。而只有关于“[高通 CEO 来华避谈反垄断调查称已经拜会李克强](#)”一类的新闻报道，尽管在这样的报道中，高通的高管也始终对该案三缄其口，而只是强调其将会拜会高通在中国的其他“老朋友”，让人难免担忧其此举是对我国法治失去信任、信心或耐心，转而不得不求助于“中国法治本土资源”。高通的表态固然反应了外界对我国法治现状的观察、研判、理解和因应现状，也难免暗示了高通案将不排除使用“非法治路径”解决可能涉嫌违背法治原则的潜在法律适用错误问题的命运。这显然不是我国改革者乐于见到的，却恰恰是反垄断执法者急功近利地借助学者、律师和媒体为其执法造势才导致的。而这原本是可以更为审慎的举措和更为健全的配套规则设计、有效监督机制的营造而得以有效避免的。

执法机关克服理论和实践经验不足，积极探索和推进《反垄断法》的落实是值得肯定的，但在《反垄断法》生效纪念日前夕，急功近利地“造势执法”、“运动式执法”是有违法治原则的，其同样不符合国务院《关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》的要求，并最终导致国家领导人面对尴尬的选择，使原本单纯的反垄断法法律适用问题，变成外交问题，政治问题。而这样的结局，这些原本可以避免的问题与尴尬，很显然都不是《反垄断法》的立法目的和执法的初衷。

95. 对如何区分计算相关销售额的说明，尤其是在可能同时涉及技术市场和产品市场时

理由从略，建议增加一款：

“《反垄断法》第四十六条所指销售额应为违法者及其集团公司全部关联经营者的全球营业额。在具体计算罚款时，应以违法者的违法行为所涉相关市场的上一年度营业额作为计算罚款的参考基数，罚款原则上不超过该基数的 30%，如

果低于违法者及其集团公司全部关联经营者的全球营业额 1% 的，则按违法者及其集团公司全部关联经营者的全球营业额的 1% 计算罚款。在违法行为所涉知识产权同时涉及技术市场、多个产品市场，或者涉及标准市场和标准认定与检测市场时，则应该在计算罚款时兼顾违法者在所有这些市场上的销售额。”

96. 行政处罚的追究时效

考虑到在涉及国际范围的滥用市场支配地位和垄断协议的查处上，欧盟最为积极且力度最大，经验最为丰富，因此为保障我国执法机关能够跟随欧盟对国际范围的限制竞争行为进行查处，但考虑我国的国情特殊性，建议能够将行政处罚的追究时效设定为违法行为终止之日起六年，亦即比欧盟再长一年。

之所以如此建议，主要是考虑到我国各级政府及人大政协多为五年一次换届，因此为避免有违法渎职官员包庇经营者违反《反垄断法》的违法行为或妨碍对违法行为的出现，建议不仅应当把行政处罚的追究时效延长到六年，而且可以在事后有关纪律监察和检察院发现违法渎职官员的违法行为涉及应予以调查而未调查的案件时，以此作为时效中断计算的理由。

值得一提的是，国务院发改委 2014 年 7 月 1 日生效的《规范价格行政处罚权的若干规定》作为部门规章在第 5 条明确：**价格违法行为在 2 年内未被发现的，应当依法不予处罚，法律另有规定除外。**如果该规定也适用于查处《反垄断法》违法行为的话，那么就意味着 2012 年 7 月 1 日以前，发改委系统没有查处的违反《反垄断法》的行为都将不被处以罚款并没收违法所得了。而且，以后只要违法者能够通过各种关系向各级反垄断执法机构施压或说情，睁一只眼，闭一只眼，只要挨过两年，就可以当什么事也没发生过了。

涉及价格、分割市场和限制产量、销量的限制竞争行为，相比其他限制竞争行为，对市场竞争的破坏与扭曲、对相关交易对象及终端消费者利益的侵害都是最直接的。对此，各国都从严查处，从重处罚，并力争保障民事损害赔偿得以实现，不当得利得以返还。限制竞争协议大都很隐蔽，违法者往往迫于对巨额罚款的恐惧，才有动力去自首并检举同伙，从而让自己免罚，并打击作为竞争对手的其他同伙。也正是基于这样的博弈，巨额罚款与第一个自首者免罚的制度相结合，才起到事前阻却违法行为的效果。一旦对两年内未发现的违反《反垄断法》行为不处以罚款和没收违法所得，对该法落实而言，无异于釜底抽薪。国家发改委 2014 年 7 月 1 日生效的《规范价格行政处罚权的若干规定》，显然与国际惯例背道而驰，与广大消费者利益，和其执行《反垄断法》的职责、保障竞争秩序的使命，背道而驰，只会给游说者为违法者进行开脱、说情，大开门户，执法的中立性、权威性、严肃性，恐怕都会受到严重影响。

参考：[Council Regulation \(EC\) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty](#) Article 25, Article 26 （略）

另外，为避免涉嫌违反《反垄断法》的经营者借助可能持续超过两年的司法程序、非诉纠纷解决机制，来延缓反垄断执法机构调查并处罚其涉嫌违反《反垄断法》的行为，所以建议在【修订版第十九条】补充下列规定：

“经营者因涉嫌违反《反垄断法》而被起诉、提起仲裁或进入所属专利联盟组织、标准化组织、著作权集体管理组织的纠纷解决机制，从被起诉或被提起相关非诉纠纷解决机制之日起中断追究时效的计算。在相关判决、非诉纠纷解决机制的裁定生效后，因涉嫌违法《反垄断法》而被起诉、被提请通过非诉纠纷解决机制解决纠纷的经营者，有义务通告行政执法机构，使追究时效恢复计算；反之，相关经营者未尽到前述义务，追究时效自行政执法机构知道相关判决或裁定之日起恢复计算。”

实践中，曾出现例如锐邦涌和诉美国强生案、奇虎诉腾讯滥用市场支配地位案就都涉及前述情况。

锐邦涌和诉美国强生的纠纷主要发生在 2008 年，美国强生终止续约与锐邦续约的行为可以视为发生在 2009 年。王婷婷：《[岑兆琦：国内首例纵向垄断案践行者](#)》（2014-01-21 14:27:00 来源：方圆律政）中提及：

“公开事实显示：2010 年 8 月 11 日，锐邦起诉强生“价格垄断”，要求强生赔偿经济损失 1400 余万元……”

该案一审判决【(2010)沪一中民五(知)初字第 169 号】提及：

“原告北京锐邦涌和科贸有限公司诉被告强生（上海）医疗器材有限公司、被告强生（中国）医疗器材有限公司纵向垄断协议纠纷一案，本院于 2010 年 8 月 26 日受理后，依法组成合议庭，于 2012 年 2 月 3 日公开开庭进行了审理。”

该案二审判决【(2012)沪高民三(知)终字第 63 号】则提及：

“强生公司在 2009 年以前一直采用最低转售价格限制，2009 年以后修改经销协议，放弃了最低转售价格限制。”

离奇的是，该案一审受理至开庭审判中间间隔了近 16 个月，开庭之日就已经距离 2009 年底有两年多。倘若之前原告并未向反垄断执法机构进行举报，那么假设后者直到开庭审理该案之日才获悉案情信息，那么就难以对被告 2008 年 8 月 1 日以后至 2009 年底的违法行为依法进行处罚。（至少国家发改委价格监督与反垄断执法局在《中国价格监督检查》中历年公布的相关大事记中并未提及该案举报信息，也未提及北京发改委或物价系统接到相关举报的情况。）最终该案二审判决宣判之日是 2013 年 8 月 1 日，距离争议行为因《反垄断法》生效而不违法转为违法之日刚好五年，距离起诉之日三年有余。

奇虎诉腾讯滥用市场支配地位案中，腾讯涉嫌违反《反垄断法》的行为发生在 2010 年，其中，强迫用户“二选一”的行为终止在 2010 年 11 月。2011 年 10 月，奇虎才正式向广东省高级人民法院对腾讯相关争议行为提起诉讼，2012 年 4 月举行一审庭审，2013 年 3 月 20 日，亦即刚巧腾讯发布年报当日，做出一审判决，同年 3 月 28 日一审宣判。虽然该案一审判决奇虎败诉，但此时已距离腾讯强迫用户“二选一”的行为终止之日两年有余。此时即便奇虎放弃上诉，选择向

工商总局进行举报，倘若其事前没有举报的话，那么纵然工商总局能够得出与该案一审判决不同的调查结论，认定腾讯 2010 年 11 月份强迫用户“二选一”的行为违法《反垄断法》，也无法为了保障公共利益而对腾讯进行任何行政处罚，如果行政处罚的追究时效为两年，且不因起诉而中断计算的话。

【并非题外话】

奇虎诉腾讯滥用市场支配地位一案已经进入最高人民法院的二审程序，且不排除出现类似锐邦案二审判决那样的安排，即在《反垄断法》生效周年纪念日宣判涉嫌违反《反垄断法》的被上诉人违反《反垄断法》从而又一次荣获“某某第一”的称号，但同时却对被上诉人的违法行为的民事赔偿“从轻发落”，从而实现某种被许多人认为足以体现我国法治本土资源和某种文化特质的平衡，一如十九世纪末美国传教士明恩溥在其笔记体著作《中国人的气质》第一章《面子要紧》中所提及的那样。但即便出现这样戏剧性的结局，也是在法官自由裁量权之内，当事人只有通过再次提起审判监督程序，才可能再进一步考察如此安排是否违反我国宪法和法律的规定以及法治原则，尽管这种对最高法院判决启动审判监督程序的情况有些超乎一般人的想象。

相比之下，值得一提，更值得警示的反倒是学术界的另一种明显违反法治原则，尤其是违反法律面前人人平等之基本原则的论调。其存在与延续不能仅仅理解为是某个个体的观点和思维模式，因为学者当然有权提出不同一般的观点和立场，即便其不符合大多数人对法治原则的理解。其存在与延续更应被视为某种代表性的观点，代表了不少人的主张，且成因复杂，甚至不排除是对其他强势者的响应，无论强势的一方是其他学者、学术团体、个别执法者、法官还是他们组成的群体，因而必须将其作为一种社会现象加以理解和分析，并检视其生发的土壤与环境，甚至检讨我们每一个人，即便不持相同观点的人，是否已经力所能及地对其观点予以分析和批评，从而尽到学人自责，尽到维护法治在我国生根发芽的匹夫之责。

笔者想提及的，并非个案，但仅以奇虎诉腾讯滥用市场支配地位案的相关文献中的一篇作为举例，实际上在其他文献中持类似观点或立场但并为直言的，还有不少。

叶明老师在《[互联网行业市场支配地位的认定困境及其破解路径](#)》（载《法商研究》2014 年第 1 期）一文中系统分析了奇虎诉腾讯滥用市场支配地位案中的市场支配地位认定问题。但该文在结尾部分有这样一段话，其错误逻辑应当引起学界、执法及司法界、企业界和新闻界都予以高度警惕：

“……我国互联网企业的竞争对手不仅包括国内同行企业，而且包括国际跨国公司，因此对于互联网行业市场支配地位的认定，笔者建议采取宁宽勿紧的原则。这样可以减轻一些互联网企业唯恐触及反垄断雷区的思想顾虑，推动互联网企业做大做强，促进该行业快速发展，提升该行业的整体竞争力。”

这个逻辑反映的究竟是重商主义，还是自相矛盾的民族主义倾向，旨在偏袒个别虽然被认同为民族企业，但实际上是通过 VIE 架构由海外注册、外国投资者

掌握大量股权的实体所控制的某些强势企业呢？如果这样的逻辑能够接受，又如何能够防范司法机关将这样的逻辑用于为涉嫌地方保护主义、偏袒本省企业或本省纳税大户的判决中去呢？

《反垄断法》的属性是公法，其保障的市场竞争秩序和公共利益。违反《反垄断法》的行为又何止侵害了原告一方的利益，还涉及到没能成为原告的其他相关消费者或上下游企业的利益。具体到奇虎诉腾讯滥用市场支配地位案，后者涉嫌滥用市场支配地位让消费者“二选一”的做法实则侵害了大多数腾讯和奇虎用户自由选择同时安装两家企业相关软件的权利。如果仅仅是因为腾讯要面临着与外国互联网企业的竞争，（尽管其事实上在中国大陆 PC 平台即时通讯软件市场上已经完胜了 ICQ 和微软的 MSN，）所以就应当对其在市场支配地位认定上“**采取宁宽勿紧的原则**”，那么牺牲的何止是奇虎的合法权益，还有数以亿计的腾讯和奇虎用户的合法权益，以及最最重要、最基本的法律面前人人平等的原则，甚至《反垄断法》的权威性、客观性与中立性。当然，如果这样的观点确实能够影响该案二审判决，那么《[第六轮中美战略与经济对话框架下经济对话联合情况说明](#)》可能帮不了奇虎和受到腾讯 2010 年争议行为影响的中国消费者的，尽管其确实提及了：

“中美双方认识到，竞争政策的目标是为提高消费者福利和经济效率，而不是为促进个别竞争者或个别产业，执行双方各自的相关竞争法律应当**公平、客观、透明和非歧视。**”

由此可见，我国的法治进步和《反垄断法》公平、客观、透明和非歧视的全面有效落实最终只能有赖于国人自身是否真正信仰法治、是否真正能够推动《反垄断法》实践朝公平、客观、透明和非歧视方向发展。而这也是摆在工商总局和所有各系统各级反垄断执法机构的巨大考验，并非仅仅局限于个案，例如是否在腾讯涉嫌滥用市场支配地位行为被二审宣判违反《反垄断法》后，是否再对其发生在 2011 年的违法行为进行行政处罚，从而明确反垄断法执法机构保障竞争秩序、公共利益之决心，愿意从人民利益出发坚决贯彻公平、客观、透明、非歧视和法律面前人人平等之基本原则的决心，而非因为个别外国要求才对该国企业所涉个案奉行这样的原则。

96. 甲. 对于依据兜底条款新认定的垄断行为类型

虽然【征求意见稿】及笔者建议的【修订稿】都尝试对常见的涉及知识产权的限制竞争行为予以罗列和规制，但是仍旧会存在个别未能被纳入其中，需要在实践中及时加以认定的新型垄断行为，或者目前仍有很大分歧、但在将来能够形成共识，尽管未及制定配套规则却又存在规制的紧迫性，需要及时规范某些新型垄断行为时，就会面临着如何保障法律适用的确定性和经营者的善意信赖的问题。

因此，建议在【修订版第十九条】补充一款不限于本规章范畴的规定，即：

“在工商总局依据《反垄断法》第十三条第一款第六项、第十四条第三项、第十七条第一款第七项通过批复或自身执法实践认定某一《反垄断法》及其所有配套规则均为明确禁止的垄断协议、滥用市场支配地位行为类型时，反垄断执法机构不应在首次做出此类公开认定之日其的一年内，对这类新型限制竞争行为

做出罚款和没收违法所得。但是，该一年期限届满后，经营者未能及时整改并消除妨害的，反垄断执法机构有权依法予以查处。但是，前述规定不影响相关当事人依据工商总局对新型限制竞争行为的认定，向从事这类型为的经营者请求不当得利返还、赔偿损失、排除妨害，或者对其提起诉讼以实现前述权利主张。”

第七章 【附则】

(二十) [第二十条【规章的解释】](#)建议与第二十一条作为附则纳入单独一章】

征求意见稿第二十条原文

本规定由国家工商行政管理总局负责解释。

修改建议：

建议细化。

修订版：

第二十条

第一款

本规定由国家工商行政管理总局负责解释。

第二款 【可以提起解释要求的主体】(97.1)

任何经营者、各级工商执法机关、其他反垄断执法机关、其他行业主管部门及行业协会、律师及审理涉《反垄断法》适用案件的法院均可以向工商总局提请对本规章做出解释。

第三款 【咨询与听证】(97.2)

工商总局在对本规章正式做出解释前应当通过反垄断委员会组织咨询各界意见、在工商总局网页对外公布收到请求解释本规章的相关问题信息和计划做出解释的草案，并召开公开的听证会。

第四款 【解释的形式】(97.3)

除了对下级工商执法机关作出批复来解释本规章的适用外，工商总局还可以通过工商总局网页上发布通知来正式对本规章做出解释。

修改理由：

97. 应细化解释权的行使

为避免因信息不对称和职权交叉而导致规章解释行使遇到各种各样的困难，建议细化本规章的解释权行使办法。

97.1. 可以提起解释要求的主体

任何经营者、各级工商执法机关、其他反垄断执法机关、其他行业主管部门及行业协会、律师及审理涉《反垄断法》适用案件的法院均可以向工商总局提请对本规章做出解释。

97.2. 咨询与听证

工商总局在对本规章正式做出解释前应当通过反垄断委员会组织咨询各界意见，在工商总局网页对外公布收到到请求解释本规章的相关问题、计划做出的

解释草案，并召开公开的听证会或公开通过互联网对解释草案征求意见。

97.3. 解释的形式

除了通过对下级工商执法机关作出批复来解释本规章的适用外，工商总局还可以参考前述程序，通过在工商总局网页上发布公告来正式对本规章做出解释。

(二十一) 第二十一条 【生效】

征求意见稿第二十一条

本规定自 2014 年 月 日起施行。

修改建议：

建议补充有关溯及时间的规定

修订版：

第二十一条【生效日期】

第一款【生效日期】

(98) 本规定自 2014 年 月 日起施行。(建议为该规章颁布一年后的下一个一月一日，例如 2015 年 6 月颁布，2017 年 1 月 1 日施行。)

第二款【与《反垄断法》现有规定的关系】(99)

在本规章生效之前已经开始的违反《反垄断法》第二章、第三章、第五章的行为，在具体认定和处理上应当参照本规章。

第三款【与《反垄断法》现有规定的关系】(100)

为细化《反垄断法》适用，本规章第四条、第五条、第十二条、第十三条、第十四条中新做出的规定，不具有溯及力。但是在本规章生效后仍违反前述规定的行为，在对其计算罚款时，应当兼顾该违规行为此前存续的情况及危害程度。

第四款【与其他法律法规的衔接适用】(101)

为确保法律适用的安定性，本规章生效之前，依据《合同法》第三百二十九条至第三百五十五条、第三百三十四条、《对外贸易法》第三十条、《技术进出口管理条例》第二十七条至第二十九条、《中外合资经营企业法实施条例》第四十三条。此外，还涉及到亟待修订的《著作权法》、《著作权集体管理条例》、《标准化法》实施的行为，在不违反《反垄断法》的情况下，不适用本规章。在本规章生效后，本规章优先适用于前述法律法规，但是，在计算罚款时，不应兼顾违反前述法律法规的行为在本规章生效前的存续情况及危害程度。

修改理由：

98. 建议颁布一年后的下一个一月一日生效

建议为本规章生效日期为其颁布一年后的下一个一月一日，例如 2015 年 6 月颁布，2017 年 1 月 1 日施行。这样有利于给经营者足够的合规审查与重新谈判的时间，亦有利于上市公司对此及时向股东予以说明。

99. 应明确与《反垄断法》及其他现有规定的衔接

理由从略，参见【修订版第二十一条第二款】。

100. 应澄清本规章新规定的溯及力

理由从略，参见【修订版第二十一条第三款】。

101. 与其他法律法规的衔接适用

理由从略，参见【修订版第二十一条第四款】。

附录（一）：《征求意见稿》与现行法律法规存在交叉、竞合、的条款

应当必须予以明确的是，市场支配地位的认定往往是非常困难的，因而，对于那些通常无论实施者是否具有市场支配地位都会严重限制竞争的行为，如果仅仅限缩于市场支配地位的经营者，将极大的弱化对这些行为的规制力度，造成难以逆转和弥补的规制漏洞及损失。因此，更建议按垄断协议进行原则性禁止，保障被许可人向法院对这些严重限制竞争行为的有效性提起诉讼的权利，并要求实施者依据《反垄断法》第十五条承担相应的举证责任。

现行法律法规	征求意见稿
<p>《技术进出口管理条例》</p> <p>(2001) 中华人民共和国国务院令 (第 331 号)</p> <p>一、要求受让人接受并非技术进口必不可少的附带条件，包括购买非必需的技术、原材料、产品、设备或者服务；</p>	<p>【征求意见稿第九条】【搭售】</p> <p>(29) 具有市场支配地位的经营者 (30) 没有正当理由，不得在行使知识产权的过程中，实施同时符合下列条件的搭售行为：</p> <p>(一) 许可或者转让知识产权时，违背交易相对人的意愿要求其接受其他知识产权或者其他商品、服务；</p> <p>(二) 搭售品和被搭售品在性质和交易习惯上属于两个独立的商品；</p> <p>(三) 实施搭售行为使该经营者将其在搭售品市场的支配地位延伸到被搭售品市场，(31) 排除、限制了其他经营者在搭售品或者被搭售品市场上的竞争。</p>
<p>以下现行规则适用于所有经营者，无论其是否能被证明具有市场支配地位：</p> <p>《对外贸易法》</p> <p>第三十条 知识产权权利人有阻止被许可人对许可合同中的知识产权的有效性提出质疑、进行强制性一揽子许可、在许可合同中规定排他性返授条件等行为之一，并危害对外贸易公平竞争秩序的，国务院对外贸易主管部门可以采取必要的措施消除危害。</p> <p>《技术进出口管理条例》</p> <p>第二十七条 在技术进口合同有效期内，改进技术的成果属于</p>	<p>【《征求意见稿》第十条】</p> <p>具有市场支配地位的经营者没有正当理由，不得在行使知识产权的过程中，实施下列附加不合理限制条件的行为：</p> <p>(一) (32) 要求交易相对人将其改进的技术进行独占性的回授；</p> <p>(二) (33) 禁止交易相对人对其知识产权的有效性提出质疑；</p> <p>【《征求意见稿》第十二条】</p> <p>第三款 (46) 具有市场支配地位的经营者或者专利联营管理组织 (47) 没有正当理由，不得利用专利联营实施下列滥用市场支配</p>

<p>改进方。</p> <p>第二十九条 技术进口合同中，不得含有下列限制性条款：……</p> <p>三、限制受让人改进让与人提供的技术或者限制受让人使用所改进的技术；</p>	<p>地位的行为：</p> <p>……</p> <p>（三）（50）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；</p> <p>（四）（51）禁止被许可人质疑联营专利的有效性；</p>
<p>《反垄断法》 第十三条</p> <p>禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议：</p> <p>……</p> <p>（四）限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品；</p> <p>《技术进出口管理条例》（2001）中华人民共和国国务院令（第331号）</p> <p>第二十九条 技术进口合同中，不得含有下列限制性条款：……</p> <p>四、限制受让人从其他来源获得与让与人提供的技术类似的技术或者与其竞争的技术；</p>	<p>【《征求意见稿》第十条】</p> <p>具有市场支配地位的经营者没有正当理由，不得在行使知识产权的过程中，实施下列附加不合理限制条件的行为：</p> <p>……</p> <p>（三）（34）限制交易相对人在许可协议期限届满后，在不侵犯知识产权的情况下制造、使用、销售竞争性商品或者研发、使用竞争性技术；</p>
<p>《合同法》 第三百四十四条</p> <p>专利实施许可合同只在该专利权的存续期间内有效。专利权有效期限届满或者专利权被宣布无效的，专利权人不得就该专利与他人订立专利实施许可合同。</p> <p>《技术进出口管理条例》（2001）中华人民共和国国务院令（第331号）</p> <p>第二十九条 技术进口合同中，不得含有下列限制性条款：……</p> <p>二、要求受让人为专利权有效期限届满或者专利权被宣布无效的技术支付使用费或者承担相关义务；</p>	<p>【《征求意见稿》第十条】</p> <p>具有市场支配地位的经营者没有正当理由，不得在行使知识产权的过程中，实施下列附加不合理限制条件的行为：</p> <p>……</p> <p>（四）（34）要求交易相对人为保护期已经届满或者被认定无效的知识产权继续支付费用；</p>

<p>《反垄断法》 第十三条 禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议： …… （四）限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品； 《技术进出口管理条例》（2001）中华人民共和国国务院令 （第331号） 第二十九条 技术进口合同中，不得含有下列限制性条款： 四、限制受让人从其他来源获得与让与人提供的技术类似的技术或者与其竞争的技术；</p>	<p>【《征求意见稿》第十二条】 第三款 （46）具有市场支配地位的经营者或者专利联营管理组织（47）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： （一）…… （二）（49）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；</p>
---	--

附录（二）：在正式颁布《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》前，工商系统依据现行《反垄断法》、《反不正当竞争法》已经可以查处的限制竞争行为和不正当竞争行为

以下表格中涉嫌违反《反垄断法》、《反不正当竞争法》的行为是工商总局以往发布的有关配套规章尚未直接涉及的，也没有查处的先例。对于是否有必要参考【[修订版第十九条第七款](#)】及【[修改理由 96.甲](#)】，在首次查处下述违法行为时不予处罚，或减免处罚，并在首例下述违法行为被查处后一年内不予处罚同类行为的问题，还需要工商总局征求国务院其他部门和全国人大常委的意见，通过批复或完善相关规章来加以澄清。

	即便不主张适用《反垄断法》第十三条第一款第六项、第十四条第三项或第十七条第一款第七项的兜底条款，将右栏行为认定为新型垄断行为，也可依据现行法律规定规制的行为	法律依据	相关说明所在【 修改理由 】的编号
甲.	参考欧盟委员会有关横向合作协议、分工生产协议、纵向合作协议、汽车配件产销与维修领域领域的协议、合作研发协议、知识产权许可协议的集体豁免条例和指南，相关规则，就涉及知识产权的限制价格竞争、分割市场及客户协议进行规制	《反垄断法》第十三条第一款第一项至第四项，《反垄断法》第十五条，作为新法优先适用； 可能与《反垄断法》竞合的其他法律法规： 《技术进出口管理条例》 第二十九条 技术进口合同中，不得含有下列限制性条款： 六、不合理地限制受让人产品的生产数量、品种或者销售价格。	20
乙.	以下行为原则上不符合《反垄断法》第十五条的要求：	《反垄断法》第十三条第一款第四项，《反	33 、 35

	<p>(一) 合作研发协议中有关禁止交易相对人对研发协议所涉知识产权的有效性提出质疑的条款, 或者在研发协议届满后不得质疑缔约方在内部市场上持有的保护研发成果的知识产权的效力的条款; 本规则不影响规定在某一缔约方质疑该等知识产权的有效性时终止研发协议的权利;</p> <p>(二) 合作研发协议中禁止合作研发协议中的研究成果的转化, 亦即限制合作研发协议中的研究成果至少由签署协议中的一方或第三方用于相关技术产品的开发的条款。</p>	<p>《反垄断法》第十五条;</p>	
<p>丙.</p>	<p>以下行为原则上不符合《反垄断法》第十五条的要求:</p> <p>(一) 经营者不得借助知识产权许可协议交互价格、产量、市场划分等有关竞争的敏感信息, 促成《反垄断法》第十三条第一款第一项至第三项和第十四条第一项、第二项所禁止的垄断协议;</p> <p>(二) 知识产权许可协议中有关要求交易相对人将其改进的技术进行排他性回授的条款;</p> <p>(三) 知识产权许可协议中有关禁止交易相对人对所涉知识产权的有效性提出质疑的条款;</p>	<p>《反垄断法》第十三条第一款第四项, 《反垄断法》第十五条, 作为新法优先适用;</p> <p>可能与《反垄断法》竞合的其他法律法规:</p> <p>《对外贸易法》</p> <p>第三十条 知识产权权利人有阻止被许可人对许可合同中的知识产权的有效性提出质疑、进行强制性一揽子许可、在许可合同中规定排他性返授条件等行为之一, 并危害对外贸易公平竞争秩序的, 国务院对外贸易主管部门可以</p>	<p>32、33、34、43</p>

	<p>(四) 限制知识产权被许可人在许可协议期限届满后, 在不侵犯知识产权的情况下制造、使用、销售竞争性商品或者研发、使用竞争性技术;</p>	<p>采取必要的措施消除危害。</p> <p>《技术进出口管理条例》</p> <p>第二十七条 在技术进口合同有效期内, 改进技术的成果属于改进方。</p> <p>第二十九条 技术进口合同中, 不得含有下列限制性条款:</p> <p>.....</p> <p>三、限制受让人改进让与人提供的技术或者限制受让人使用所改进的技术;</p>	
<p>丁.</p>	<p>以下行为须个案考察是否符合《反垄断法》第十五条的要求:</p> <p>(一) 限制知识产权被许可人购买原材料、零部件、产品或者设备的渠道或者来源;</p> <p>(二) 限制知识产权被许可人销售基于相关知识产权生产的产品在中国大陆地区的销售渠道和出口渠道。</p>	<p>《反垄断法》第十三条第一款第三项, 《反垄断法》第十五条, 作为新法优先适用;</p> <p>可能与《反垄断法》竞合的其他法律法规:</p> <p>《技术进出口管理条例》</p> <p>第二十九条 技术进口合同中, 不得含有下列限制性条款:</p> <p>五不合理地限制受让人购买原材料、零部件、产品或者设备的渠道或者来源;</p>	<p>20</p>

		<p>七不合理地限制受让人利用进口的技术生产产品的出口渠道。</p>	
<p>戊.</p>	<p>依据《反垄断法》第十三条第一款第四项，下列协议构成垄断协议，且原则上不符合《反垄断法》第十五条第二款的条件：</p> <p>（一）为继续排他地经营保护期到期的知识产权，例如涉及医药行业的技术专利，而向其竞争对手支付一定补偿金的行为（pay for delay）；</p> <p>（二）合作研发协议、知识产权许可协议之外的其他协议中限制合作研发协议或知识产权授权协议缔约人质疑相关知识产权有效性的条款。</p>	<p>《反垄断法》第十三条第一款第四项，《反垄断法》第十五条，作为新法优先适用；</p> <p>可能与《反垄断法》竞合的其他法律法规：</p> <p>《对外贸易法》第三十条：</p> <p>知识产权权利人有阻止被许可人对许可合同中的知识产权的有效性提出质疑、进行强制性一揽子许可、在许可合同中规定排他性返授条件等行为之一，并危害对外贸易公平竞争秩序的，国务院对外贸易主管部门可以采取必要的措施消除危害。</p>	<p>12</p>

<p>己.</p>	<p>专利联营协议所涉及的知识产权中，或全部、或主要由彼此存在替代关系的知识产权组成，以至于有可能导致限制价格竞争的情况；</p> <p>专利联营协议限制联营成员在联营之外作为独立许可人许可专利；</p> <p>专利联营协议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。</p> <p>在标准化协议中的下列条款可能构成《反垄断法》第十三条第一款第一、三、四、五项垄断协议，只能由经营者结合个案情况自行举证其行为是否符合《反垄断法》第十五条的规定：</p> <p>（一）标准化组织及其成员通过施加压力强迫第三方不得将不符合其标准的产品推向市场；</p> <p>（二）标准化组织及其成员通过共同采取措施将新技术排除在某一现有标准之外，尤其是在该项新技术有助于降低相关产品价格的情况下；</p> <p>（三）在标准化组织正式对标准设置进行表决前，该组织成员不得通过先行公开与备选标准设置相关的关键知识产权费</p>	<p>《反垄断法》第十三条第一款第一、三、四、五项，《反垄断法》第十五条</p>	<p>42. 3; 48; 49; 54.3.2</p>
-----------	---	--	--

	<p>率或潜在的许可条件，变相促成其他经营者在依据涉及该成员相关知识产权的被采纳标准生产产品或提供服务时协同定价、或者协同设定与被披露知识产权具有替代关系的其他知识产权的许可费率；</p> <p>（四）在获取特定标准化条件已经成为进入某一相关市场的决定因素时，仍拒绝新的市场进入者获取这些标准化条件的情况；</p> <p>（五）在设置标准化条件时，通过推荐价格、价格折扣等方式，或直接或间接地来影响接受该标准的经营者对其相关产品的定价。</p>		
庚.	<p>搭售、排他交易均有可能涉及限制竞争对手开发购买和开发新技术、新产品；</p> <p>在涉及知识产权许可时，具有市场支配地位的经营者（包括著作权集体管理组织）滥用市场支配地位的搭售、排他交易。</p>	<p>《反垄断法》第十三条第一款第一项、第四项，《反垄断法》第十五条；《反垄断法》第十七条第一款第四项、第五项。</p>	<p>28; 29; 30; 31</p>
辛.	<p>通过向法院申请禁令来迫使已实施标准必要专利的潜在专利被授权人接受不合理的许可协议条件，或者恶意地对已实施</p>	<p>《反垄断法》第十七条第一款</p>	<p>15. 2. 1; 25; 26; 27</p>

<p>标准必要专利的潜在专利被授权人提出不合理的许可条件并辅之以向法院申请禁令来妨碍潜在专利被授权人进入相关市场的行为，根据不合理的许可条件的属性，如（虽能承受但显失公平的剥削性）过高定价、以（经济上不能承受的）过高定价变相拒绝、歧视性或搭售等其他不合理条件，可以本分别视为违反《反垄断法》第十七条第一款第一项、第三项、第五项、或第六项。</p> <p>当经营者的某些专利在相关技术市场或基于该项专利的技术产品在相关产品市场具有市场支配地位时，明知不符合专利授予条件或延长保护期条件，但仍提供错误的或有误导性的材料申请专利保护，或变相延长技术专利保护期的行为，如果直接导致妨碍潜在市场竞争者进入相关市场的，违反《反垄断法》第十七条第一款第一一条第四项。</p> <p>当相关知识产权构成“必要设施”时，则在一定条件可能导致严重限制相关下游产品市场、相邻技术或产品市场的有效竞争。对于构成“必要设施”的知识产权，其权利人拒绝向他人提供许可的行为，违反《反垄断法》第十七条第一款第一一条</p>		
---	--	--

	<p>第三项。</p> <p>知识产权人自己不使用某项知识产权，同时也不允许他人使用该知识产权时，如果该项知识产权构成“关键设施”，或者构成继续研发与该项知识产权权利人的其他技术专利或技术产品存在竞争关系的技术或产品而言构成不可或缺的前提时，如果导致需求方只能选择该知识产权所有人的其他替代知识产权或基于其替代知识产权生产的技术产品，违反《反垄断法》第十七条第一款第一至第四项。</p>		
壬.	<p>对于涉及标准必要专利的联营专利构成市场支配地位后，违反 FRAND 准则的行为，可以直接适用《反垄断法》第十七条直接予以规制。</p>	《反垄断法》第十七条	47、48
癸.	<p>经营者不得在其知识产权期限已经届满或者无效的情况下，或者在他人已经提供不构成知识产权侵权充分证据的情况下，滥发侵权警告函。</p>	《反不正当竞争法》第二条第一款	71、72

附录（三）：节选自刘旭：“中、欧、美反垄断法规制限制最低转售价格协议的异同——兼评锐邦诉强生案二审判决”，载张伟君、张韬略主编：《知识产权与竞争法研究（第二卷）》，2014年即将出版

二、美国和欧盟在限制最低转售价格规制上的比较

无论是规制限制最低转售价格协议，还是其他类型的限制竞争协议，都要面临如何认定限制竞争协议，如何区分应禁止和不必禁止的，如何证明对限制竞争协议的干预具有正当性，以及如何确保这样的识别与干预机制是有效的，亦即同时满足合目的性、可操作性、法律适用结果的确定性和可预见性，并确保由此导致的社会成本最低。面临这些考验，美国联邦反托拉斯法和欧盟竞争法有着不同的制度设计。

（一）美国

1. “本身违法” + “合理原则”

美国联邦反托拉斯法是基于普通法传统，依据 1890 年《谢尔曼法案》的原则性规定，由美国法院，在陪审团参与下，逐渐形成的判例体系和后续相关成文法共同组成的规则体系。其对限制竞争协议的规制不是适用“本身违法”，就是适用“合理原则”，非此即彼。³

所谓“本身违法”，也有称“本身违法原则”，在 1897 年 U.S. v. Trans Missouri Freight Ass'n 案确立，1940 年在“U.S. v. Socony-Vacuum Oil Co.”案中被解释为：“无论如何，有些协议或做法，由于它们本身对竞争产生有害的结果，并且缺乏任何补救，肯定是不合理的，因而是非法的，无需对该类协议造成的确切损害做出详细调查，或对其适用作出辩解。”⁴该规则主要考察《谢尔曼法案》第 1 条意义上的“任何协议”是否基于其属性而必然带来无以弥补的消极后果或直接的损失，有着法律适用确定性好，调查或举证简洁，诉讼效率高的优点，但也必然面临着许多协议可能带来积极后果，却因适用该规则而一样禁止的危险。

³ 参见许光耀：《欧共体竞争法通论》，武汉大学出版社 2006 年版，第 146 页。

⁴ 参见高菲：《美国反托拉斯法及其域外适用》，中山大学出版社 1993 年版，第 48 页至第 48 页，转引自许光耀：《欧共体竞争法通论》，武汉大学出版社 2006 年版，第 144 页。

所谓“合理原则”，是因循普通法传统，通过个案分析来区分哪些协议虽然限制跨州贸易，但可能并非弊大于利，因而可以被视为合理的，不予禁止。“合理原则”被认为最初由 William Howard Taft 法官在 1898 年从普通法传统演化而来，被 Edward D. White 法官采纳和发展，⁵并于 1911 年在“Standard Oil Company of New Jersey v. U.S.”案⁶首次运用，在 1918 年“Chicago Board of Trade v.s. U.S.”案，⁷由 Louis Brandeis 法官加以明确：“一项协议或规定的合法性，不能根据其是否限制竞争这样简单的标准决定。任何有关贸易的协议，任何贸易规则，都限制竞争。约束和限制恰恰是其本质。真正的合法性标准是，该限制是（仅仅限制并可能进而）促进竞争，还是压制甚至破坏竞争。为决定该问题，法院通常必须考虑该限制所适用的交易的具体情况；施加限制之前和之后的情况；限制的性质和实际后果或可能的原因，所要达到的目的或结果，都属于相关因素。”⁸而这就决定了适用“合理原则”必然会因为考察因素很多、市场结果复杂多变、信息不对称而导致法律适用不确定性、不统一性；相应地，原告包括执法者举证责任更重、司法成本会更高，以至于即便有三倍赔偿规则，仍可能使事实上弊大于利的许多限制竞争协议难以被规制。

倘若对比 1940 年“U.S. v. Socony-Vacuum Oil Co.”案对“本身违法”的解释，不难发现：这些判例虽意识到了限制竞争的实质就是限制经济行为自由，但最终确立的“本身违法”与“合理原则”本质是一样的，都是让法院或执法者来权衡某项协议——限制竞争的后果——到底是否弊大于利。只不过，归入“本身违法”的行为是判例法从协议客观属性上就认定其必然弊大于利，所以视作不合理，进而无需进一步个案分析，既节省社会成本、又保障了《谢尔曼法案》第 1 条适用的可操作性、确定性和可预见性。相比之下，“合理原则”是通过先例判决引入的不成文的例外规则。

2. 美国联邦最高法院对限制最低转售价格的判决

.....

⁵ 参见吴玉岭：《契约自由的滥用与规制——美国反托拉斯法中的垄断协议》，江苏人民出版社，2007 年版，第 60 页。

⁶ 221 U.S. 1 (1911).

⁷ 246 U.S. 231 (1918).

⁸ 参见孔祥俊：《反垄断法原理》，中国法制出版社 2001 年版，第 412 页，转引自许光耀：《欧共体竞争法通论》，武汉大学出版社 2006 年版，第 145 页。

3. 美国联邦最高法院“Leegin”案判决产生的影响

.....

（二） 欧盟

1. 欧盟规制限制竞争协议的基本思路

与美国联邦反托拉斯法更关注市场竞争的结果不同，作为《欧盟运行条约》及其派生规则的重要组成部分，欧盟竞争法更注重保护市场竞争的前提，即企业的经济行为自由。⁹这不仅是因为经济行为自由是市场经济分散决策的基础，是交易各方为实现利益最大化而对交易条件进行博弈进而降低缔约失败风险的先决条件，更是竞争之所以成为约束和引导经济主体决策的市场内生秩序并得以存续的前提。欧洲经济一体化的进程便是要彻底打破其成员国政府对境内企业经济行为自由的过度干预和对跨成员国贸易的限制，实现统一的、开放的、以有效竞争为驱动的内部市场。同样，这也不允许企业及企业联合组织取代政府，通过限制彼此的经济行为自由来限制有效竞争的实现，¹⁰为跨成员国贸易设置私人壁垒。¹¹而这也就意味着：执法者和司法机关认可某些限制竞争行为的正当性抗辩并因此不予禁止也同样是等同于——作为公权力——间接地默许了这种对经济行为自由的限制，因此也就需要对抗辩理由的审查做出同样严格地规范，使之符合比例原则和《欧盟运行条约》的目的，服务于统一、开放、存在有效竞争的内部市场。因而在欧盟前身欧洲经济共同体建立之初就在《建立欧洲经济共同体条约》第 85 条即《欧盟运行条约》第 101 条做了如下规定：

“第一款 一切以限制竞争为目的或者具有限制竞争效果、危害跨欧盟成员国贸易的企业间协议、企业联合组织决定、企业或企业联合组织所从事的协同行为（常统称为“限制竞争协议”——笔者注）都与欧盟内部市场不相符并予以禁止，尤其是：

（一）或直接或间接地设定采购或销售价格、交易条件，

⁹欧洲法院相关判例发展参见刘旭：“中欧垄断协议规制对限制竞争的理解”，载《比较法研究》2011 年第 1 期，第 72 页至 74 页。

¹⁰参见 Schröter, H. / Jakob, T. / Mederer, W. (Hrsg.) : Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 2003, Vorbem. zu den Art 81 bis 89, Rn. 13, Art. 81 EG Rn. 101.

¹¹参见 EU Commission notice - Guidelines on Vertical Restraints, 10. 5. 2010 SEC(2010) 411 final, para. 7.

（二）限制**或控制**生产、**销售**、**技术研发与投资**，

（三）划分市场与采购渠道，

（四）**通过就价值相同的标的对交易相对人设置不同的交易条件，使该交易相对人在竞争中处于不利地位**，

（五）**在与交易相对人签署协议时附加给条件，使交易相对人必须采购额外的标的，而这些标的无论是客观上还是商业习惯上均与合同内容不相关。**

第二款 **本条所禁止的协议或决定自始无效。**

第三款 **但是**，企业间的协议或系列协议、企业联合组织的决定或系列决定、协同行为或系列协同行为，在**同时**符合下述条件时可以不适用本条第一款：

有利于改善产品生产、**销售**或者**技术进步**；并使得**消费者能公平地**分享由此产生的利益；且**不得强迫参与该行为的企业接受对于实现前述积极目标而言并非不可或缺的限制**；也不得使**所涉相关产品中绝大部分面临排除竞争的可能性。”**

而根据《欧盟运行条约》第 101 条和欧洲法院的相关判例，企业间任何限制彼此经济行为自由的行为都有可能在影响跨欧盟成员国贸易时被认定为限制竞争行为；这其中只有那些同时满足《欧盟运行条约》第 101 条第 3 款四方面要求，亦即能够证明相关限制竞争协议是(a)足以实现提升经济效率，(b)并使之与消费者分享，(c)而又不至于排除竞争，(d)且符合比例原则的必要措施时，才可能获得正当性，从而免于禁止。

2. 比较《欧盟运行条约》第 101 条与美国联邦反托拉斯法“本身违法”/“合理原则”

相比美国联邦反托拉斯法要么在事前或事后对危害显而易见、“错误地宣告无罪的成本更大一些”的限制竞争行为按“本身违法”一概禁止，要么就按合理原则在个案分析中要求原告或执法机构举证违法者、或具有市场力或存在竞争者间秘密的限制竞争行为，再进一步举证被告行为弊大于利，由法官面对复杂的商业行为和背后的经济学分析来做出裁判，¹²欧洲法院及其初审法院（即《里斯本条约》生效后的综合法院又称欧盟法院）曾先后排除了在适用《欧盟运行条约》

¹²有关美国联邦反托拉斯法“本身违法”与“合理原则”背后的功利主义考量，参见【美】基斯·N. 希尔顿著，赵玲译：《反垄断法——经济学原理和普通法演讲》，北京大学出版社 2009 年第 1 版，第 92 页至 132 页。

第 101 条第 1 款时引入“合理原则”的可能，¹³并明确强调只有符合《欧盟运行条约》第 101 条第 3 款要求的行为才有可能免于适用《欧盟运行条约》第 101 条第 1 款。而这主要是因为《欧盟运行条约》第 101 条的适用有着下述特性：

(1) 限制竞争协议与利弊权衡分离

与美国联邦反托拉斯法对本身违法类型的限制竞争协议完全不考虑效率抗辩，而对适用合理原则的限制竞争协议需要执法者或起诉方同时举证其负面效果和积极效果不同，《欧盟运行条约》第 101 条将认定限制竞争协议与利弊权衡分为两个相对独立的环节，分别用该条第 1 款和第 3 款加以规范，使欧盟委员会及欧盟成员国执法机关、司法机关有权限调查或审理一切与限制竞争存在因果关系的限制企业经济行为自由的协议、企业联合组织决定和协同行为，¹⁴而不得在信息不对称的情况下，恣意地自行预先对相关行为是否利大于弊做出判断，各自为政地认定限制竞争协议，以至于破坏该条在欧盟和欧盟成员国两个层面的统一适用。

(2) 明确横向与纵向“以限制竞争为目的”的协议类型，并不排除豁免禁止

欧洲法院判例将那些客观属性决定其必然会严重限制竞争的行为划入“以限制竞争为目的”的协议，例如限制产品价格¹⁵或限制服务价格、¹⁶横向划分市场、¹⁷固定转售价格¹⁸以及绝对地域保护¹⁹等“核心限制竞争行为”，使执法者和原告无需举证相关行为是否既遂、是否已产生显著的限制竞争效果，是否显著地影响跨成员国贸易，即可认定其属于该条第 1 款所禁止的行为，从而很大程度上降低

¹³ECJ, 8 July 1999, C-235/92 P - Montecatini v. Commission, para. 133; CFI, 18 September 2001, T-112/99 - M6 and Others v Commission, para. 72; CFI, 23 October 2003, T-65/98 - Van den Bergh Foods v Commission, paras. 106-107; CFI, 2 May 2006, Case T-328/03, 02 (Germany) GmbH & Co. OHG v. Commission, paras. 65-71.

¹⁴参见 ECJ, 30. 6. 1966, Case C-56/65, Société Technique Minière (L. T. M.) v. Maschinenbau Ulm GmbH (M. B. U.). Reference for a preliminary ruling: Cour d'appel de Paris - France, [1987] E. C. R. English special edition, p. 235, p. 248.

¹⁵参见 ECJ, 26. 11. 1975, Case 73/74 - Papier Peints/Commission, para 10.

¹⁶ECJ, 27. 1. 1987, Case 45/85 - Verband der Sachversicherer e. V. / Commission, para. 39.

¹⁷ECJ, 15. 7. 1970, Case 41-69 - ACF Chemiefarma NV / Commission, para. 128.

¹⁸ECJ, 3. 7. 1985, Case 243/83 - SA Binor & Cie / SA Agence et messageries de la presse, para. 44.

¹⁹ECJ, 13. 7. 1966, joined cases 56 and 58-64 - Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH/Commission.

了执法者和原告的举证负担，²⁰有效阻却了企业的投机心理，最大限度地预防了这样的严重限制竞争协议。这些协议类型与美国联邦反托拉斯法本身违法规则禁止的类型相比，多了纵向固定转售价格、绝对地域保护，欧盟委员会还在其法律适用指南中把限制最低转售价格也视作和固定转售价格一样“以限制竞争为目的”，²¹尽管欧洲法院和其初审法院尚未对此明确表态。²²不同于“本身违法”，即便是“以限制竞争为目的”的协议，如固定转售价格，原则上不排除适用《欧盟运行条约》第 101 条第 3 款豁免禁止。²³

(3) 通过派生规则简化对协议限制竞争效果的认定和豁免禁止审查

相比欧洲法院通过近 60 年判例实践反复确定的 5 种“以限制竞争为目的”的协议，其他类型纷繁但具有限制竞争效果的协议，原则上也是禁止的，但需依《欧盟运行条约》第 101 条第 1 款综合考虑各方面因素进行个案审查，考察具体会产生哪些限制竞争效果，再个案审查是否符合该条第 3 款。为提高该款的适用效率和可预见性，经欧盟理事会授权，欧盟委员会结合以往执法和欧洲法院及其初审法院判例实践，制定了一系列适用该款规定的集体豁免禁止条例，²⁴并依据欧洲法院基于该条约目的和比例原则对限制竞争协议影响跨成员国贸易的限制性要求，²⁵制定了《欧共体委员会关于限制竞争效果并不显著的限制竞争协议不予调查的通告（与欧洲经济区相关）》，²⁶只要符合该通告要求，在不涉及“以

²⁰ Guidelines of Commission (EC) on the application of Article 81(3) of the Treaty (Text with EEA relevance), OJ C 101, 27.4.2004, p. 97 - 118, para. 23.

²¹ 参见 Guidelines of Commission (EC) on the application of Article 81(3) of the Treaty (Text with EEA relevance), OJ C 101, 27.4.2004, p. 97 - 118, para. 23.

²² ECJ, 13.11.2006, Case C-74/04 P - Commission / Volkswagen AG 中已经涉及，但法院认为涉案企业的单边行为尚不足以构成协议，因而没有考察限制最低转售价格行为是否也属于以限制竞争为目的。

²³ ECJ, 3.7.1985, Case 243/83 - SA Binon & Cie / SA Agence et messageries de la presse.

²⁴ 参见刘旭：“第十章欧盟竞争法”，载张彤、秦瑞亭主编《欧盟法概述》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 279 页。

²⁵ ECJ, 30.6.1966, Case C-56/65, Société Technique Minière (L.T.M.) v. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.). Reference for a preliminary ruling: Cour d'appel de Paris - France, [1987] E. C. R. English special edition, p. 235, p. 249.

²⁶ Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (de minimis) (Text with EEA relevance), OJ C 368, 22.12.2001, p. 13 - 15. 欧盟委员会在 2013 年启动了对该文件的修订，参见

http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_de_minimis_notice/index_en.html.

限制竞争为目的”的协议时，例如潜在竞争者或竞争者间的限制竞争协议所涉企业市场份额总合低于 10%或非竞争关系企业间限制竞争协议所涉企业市场份额低于 15%，原则上就默认符合这些派生规则的限制竞争协议也符合《欧盟运行条约》第 101 条第 3 款。这同样简化了执法机关或民事主体对限制竞争协议的举证责任，也使中小企业在实施除了“以限制竞争为目的”以外的其他限制竞争协议时能更有安全感，而市场份额较大的企业则需三思而行。

(4) 由实施限制竞争协议的企业为其主张豁免禁止进行举证

对于“以限制竞争为目的”或不符合上述集体豁免禁止条例的限制竞争协议而言，将认定限制竞争协议与通过效率抗辩主张免于禁止分“两步走”，并在《欧盟运行条约》第 101 条第 3 款规定让对限制竞争协议在提升经济效率的合理性进行举证的责任转移到实施限制竞争行为的企业身上，客观上减轻了执法者和原告的举证责任，确保了《欧盟运行条约》第 101 条的可操作性和执法效率。

(5) 将消费者分享收益与比例原则纳入豁免禁止

与美国联邦反托拉斯法的“合理原则”一样，《欧盟运行条约》第 101 条第 3 款同样只强调效率抗辩，没将其他非经济因素作为抗辩理由纳入考量；不同之处在于，无论是对限制竞争协议，还是对经营战略上可以作为限制竞争协议替代选项的企业合并，欧盟在规制或审查时都会同时兼顾效率提升在企业 and 争议行为所涉相关市场消费者之间的分配。²⁷更重要的是，由于欧盟竞争法立足于保护竞争的前提即经济行为自由，所以在认可企业限制竞争自由与欧盟成员国限制跨成员国商品、服务贸易、人员和资本自由的正当性抗辩时都同样非常强调比例原则。

(6) 限制豁免禁止的恣意性

《欧盟运行条约》第 101 条第 3 款尽最大可能地限制了执法者和法官地恣意性，使之不必过于纠缠于经济学分析，而只需把考察重点放在分析限制竞争协议是否是实现效率提升所必需的、对竞争损害最小的措施，提高了法律适用的确定

²⁷ 例如欧共体委员会在审查一些企业合并案件时所强调的那样，例如：(EC) Commission, 2 October 1991, (IV/M. 53) - Aérospatiale-Alenia/de Havilland, para. 26 以下；(EC) Commission, 4 December 1996, (IV/M. 774) - Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM, paras. 244 - 246。这样的立场集中体现在 (EC) Commission, 5 February 2004, Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, Official Journal C 031, p. 5 - 18, paras. 78 - 79.

性，使企业也能以较低成本预见相关行为后果。

(7) 平衡对限制竞争行为的预防和疏导

《欧盟运行条约》第 101 条的设计既保障了执法者能高效地全面规制各类限制竞争协议，也使企业对其行为后果更有可预见性，更激励企业以《欧盟运行条约》第 101 条第 3 款为准则，自行权衡对其限制竞争协议主张正当性抗辩的成功几率，提高企业预防限制竞争行为的自觉性，调动其积极性去优先选择符合比例原则的限制竞争形式，追求能与消费者分享的效率提升。

3. 欧盟对限制最低转售价格的规制

.....

四、对锐邦诉强生案一审判决、二审判决的分析

.....

(四) 评估限制最低转售价格行为的方法不合法、逻辑不清

1. 二审法院评估限制最低转售价格行为的方法不合法

综合前述分析，没有法律依据或逻辑无误的推理来支持该案二审法院，在认定被告强生实施了限制最低转售价格行为后，仍要求原告就其罗列的四方面考察因素都进行举证，即：市场竞争是否充分、被告是否具有很强的市场地位、被告实施限制最低转售价格行为的动机，与该行为对竞争产生的负面效果与正面效果分别为哪些，哪个明显。这四方面因素本应由被告在适用《反垄断法》第 15 条进行抗辩时举证。但是，被上诉人强生虽然在二审环节提及了该法第 15 条，但是二审法院三次庭审都未询问强生是否要依据该条进行举证，尤其是在其实施的限制最低转售价格行为可能被二审法院认定为违反该法第 14 条的情况下。二审判决中，二审法院也完全漠视该法第 15 条的存在，只提到上诉人强生曾谈及该条，却并未在认定强生限制最低转售价格违反该法第 14 条时分析该法第 15 条的适用，事实上架空了该条规定。而与该案二审法院判决不谋而合的亦恰好是部分文献所持的观点：

“.....作为一项垄断协议应当具有两个基本要件:(1)存在一个协议；并且(2)这个协议具有排除、限制竞争的效果。虽然法律没有明确要求当‘排除、限制竞

争的效果’达到何种程度才是非法，但通常认为，轻微的排除、限制竞争效果不构成非法，只有协议产生了比较严重的排除、限制竞争效果时才被认为非法。”

“因为按照第十四条的法律解释，原告需要就构成“垄断协议”的两个要件都承担举证责任，如果举证不能则被驳回起诉。因此对于被告而言，他将无需援引第十五条的任何条款来主张不适用第十四条了，也就不需要承担任何的举证责任。因此，如果按照主张适用‘合理分析方法’一派学者对第十四条的解释，则第十五条对第十四条而言，除了第一款的第(6)项内容外，将成为事实上不必要的一个条款。”²⁸

该观点所说的恰恰是锐邦诉强生一审时的情况，尽管二审判决透露原告锐邦表示一审法院曾拒绝让其补充举证。只不过，该案二审法院并未因程序瑕疵而发回一审法院重审，而是在《反垄断法》生效5周年的当天，借助二审法院另行查明的若干事实，终审判决强生的限制最低转售价格行为违反了《反垄断法》第14条，却仍旧视该法第15条于无物——从而事实上达到了以“合理分析原则”彻底取代《反垄断法》第15条的目标。

而且，基于信息严重不对称，让作为经销商的原告对这些问题进行举证是非常困难的，成本高昂，尤其是相比原告可能获得法院支持的赔偿请求金额而言，这样的举证要求显然只会阻却经销商对此类违法行为提起诉讼。相应的，如果诉讼本身是不划算的，那么经销商即便明知厂商实施的限制最低转售价格行为弊大于利，也没有动力违反这样的合同约定或厂商事实上对其经营行为自由的干预，那么也就不会被厂商处罚而且可以继续通过这样的违法行为共同牟利，形成利益共同体，放弃本身风险也不小的经销商间价格竞争，何乐而不为？

2. 二审法院对限制最低转售价格行为设置的四方面考察因素逻辑不清

该案二审判决提出要认定《反垄断法》第14条第2项明令禁止的垄断协议类型之一——限制最低转售价格——违法，就必须由原告举证为主、法院主动调查为辅，再由法官评估四方面因素：即：市场竞争是否充分、被告是否具有很强的市场地位、被告实施限制最低转售价格行为的动机，与该行为的竞争效果，亦即不仅要考察该行为对产生的限制竞争效果，还要考察其促进竞争的效果分别为哪

²⁸参见黄勇，刘燕南：“关于我国反垄断法转售价格维持协议的法律适用问题研究”，载《社会科学》2013年第10期，第83页，第84页。

些，哪个明显。

囿于篇幅，暂不就二审法院具体论证其考察的上述四方面考察因素中的细节问题进行展开研讨，仅指出它们之间在逻辑关系上的问题。

(1) 市场竞争不充分、很强市场地位、定价能力与限制最低转售价格的关系不清

二审判决认为中国大陆地区医用缝线市场竞争不充分，其证据之一是强生在该领域长期具有很强的定价能力。后者也是证明强生具有很强市场地位的原因之一。同时二审判决又认定强生对经销商有很强的控制能力，包括限制最低转售价格措施及与之相应的监督和处罚措施。那么这市场竞争是否充分、强生市场地位是否很强、其对经销商的控制能力及限制转售价格措施四者间到底是什么关系呢？

如果没有限制最低转售价格机制，那么强生对经销商是否还有足够的控制力来保持强生长期稳定的定价能力呢？如果品牌内经销商间的价格竞争被强生视为对其价格体系的威胁，那么限制最低转售价格机制无疑是其保持定价能力的关键。因而，以强生定价能力强为依据来论证市场竞争不充分、强生市场地位强，进而将三者视作认定限制最低转售价格具有限制竞争效果的前提，而非后者的具体表现或结果，则显然是因果倒置的。二审判决的相关论证只能表明：因为存在限制最低转售价格，才导致强生能够维持医用缝线的定价权、形成并不断巩固较强的市场地位以及加剧恶化相关市场的竞争环境。

就此，二审判决也已经清晰地指出限制最低转售价格必然会导致的三大类限制竞争效果：排除品牌内竞争，长期维持较高价格水平；回避品牌间价格竞争，降低了相关市场的价格竞争；限制经销商定价自由，排挤有效率的经销商。对此，二审判决举了两个例子来加以佐证：

例子1：2008年强生公司把W9109H缝线的基准价格从60元提高到80元，但遭到由锐邦负责经销的积水潭医院的拒绝，所以强生同意锐邦不对积水潭医院涨价，同时承诺给予锐邦一定补贴。二审判决认为：“这可以说明，面对个别医院的“反抗”，强生公司最终还是选择牺牲涨价利益以保住市场份额，说明即使在强生公司缝线产品与其他品牌缝线产品间也存在价格竞争的空间。”

例子2：二审法院认定“本案中，上诉人在人民医院降价后，强生公司缝线产品在人民医院的销售价格保持在上诉人的报价水平，上诉人降价销售并不导致其亏本经营，因此上诉人的降价销售完全属于市场正常的降价需求。正是由于被上诉人采取最低转售价格限制，才使得这种现实、正常的降价需求变得不可能，直接排除了品牌内的价格竞争。”

例子1表明，强生仍面临品牌间竞争压力，而且也间接地面临个别拥有较强谈判能力的大客户，可见相关市场上仍旧存在有效竞争，强生的市场地位并不足以使其我行我素地进行定价。尽管如此，限制最低转售价格行为仍能够使品牌内竞争受到抑制，一如例子2所证明的。这个两个例子无疑都充分地说明了限制最低转售价格不仅是对经销商经济行为自由，尤其是定价自由的直接干预，而且必然导致品牌内竞争的遏制和品牌间竞争的弱化。由此可见，限制最低转售价格对竞争的危害并非以市场竞争不充分、强生拥有很强市场地位为前提。

(2) 限制转售价格行为的动机分析与分析该行为促进竞争效果之间关系不清

二审判决也有要求原告举证强生限制转售价格具有限制竞争的动机，并以此作为证明这种行为符合限制竞争效果的必要条件，以及被认定违法的前提。巧合的是，这并非新论。在2011年底，南京中级人民法院在审理魏忠诉南京喜郎儿投资管理有限公司限制转售价格案时，就曾以原告无法举证被告行为的限制竞争目的和效果而判原告败诉【(2011)宁知民初字第482号】。这里原告被要求举证的限制竞争目的显然不是《欧盟运行条约》第101条第1款意义上的协议与限制竞争间是否具有客观的因果关系，而是被告实施限制最低转售价格的动机。而在锐邦诉强生案二审判决中，二审法院颇费周折地进行一番论述后最终得出了一个不言自明的结论：强生实施限制最低转售价格的动机“在于执行其回避价格竞争的策略，维持其价格体系。”但是，与此矛盾的是，二审判决随后分析的强生实施限制最低转售价格所能实现的促进竞争效果，及追求实现这些效果的动机竟然丝毫没能在其分析强生实施限制最低转售价格的动机时加以兼顾。同样的矛盾也是锐邦被二审法院要求进行此类举证时要面对的。

(3) 法院替原告对限制最低转售价格行为促进竞争效果不明显进行了论证

二审法院一方面强调应该遵循“谁主张谁举证”的原则由原告/上诉人锐邦来举证强生限制最低转售价格行为限制竞争效果，并将本应在《反垄断法》第

15 条由被告强生举证的抗辩理由——例如限制最低转售价格行为促进竞争的效果，也纳入二审法院自己罗列的四项考察因素中来，并要求原告举证。但实际上，在二审判决中，有关“本案限制最低转售价格协议不具有明显的促进竞争效果”的论述并非都是，在信息严重不对称的情况下，由强生方面提出的，而是由锐邦的经济学专家证人提出的；²⁹在具体论证和举证上，也恰恰不是锐邦方面做的，而是严重依赖法院调查和“法院认为”。这客观上使得对限制最低转售价格的评价更多依赖于法院的意志、更多取决于法官的“自由心证”，尤其是在我国司法体制中并没有美国式的陪审团制度用于事实认定时（特别是用于认定二审法院主动查明的事实时），由此可能导致的恣意性和道德风险或难以预估和预防。

此外，在二审法院认定强生违反《反垄断法》第 14 条后，并没有适用该法第 15 条，要求强生进一步举证其限制最低转售价格行为具有“增进效率”的效果，³⁰符合该法第 15 条第 1 款第 2 项“为提高产品质量、降低成本、增进效率，

²⁹ 也不排除专家证人的意见与二审法庭提出的问题有关，尽管这些问题在二审判决中并未公布也未就这一经过及提出这些问题的依据作出说明，参见张舟逸：“对话主审法官丁文联”，载《财经》，2013 年 8 月 12 日出版：“法庭围绕双方经销模式、相关市场特点、涉案产品特点、强生公司竞争策略、涉案产品价格变化等方面事实提出 20 多个问题，双方都有针对性地做了准备”。

³⁰ 许光耀：《转售价格维持的反垄断法分析》，载《政法论丛》2011 年第 4 期，第 102 页，综合 2010 年以前美国学者对限制最低转售价格协议进行评估的 6 种方法，建议在适用《反垄断法》第 14 条中通过引入其所提出的“结构性分析方法”，“考察该相关市场的结构状况，以判明该协议有无产生反竞争结果的可能性”。其出发点是，如果将所有限制最低转售价格协议都纳入该法第 14 条规制范畴的话，那么企业在举证其此类行为是否符合该法第 15 条时，尤其是在举证是否存在替代措施可以实现限制最低转售价格协议所能发挥的积极作用时，会遇到举证困难。这样的思路存在 5 个问题：(a) 在信息不对称的情况下，没有谁比实施或计划实施限制最低转售行为的企业自身更能了解是否还存在替代措施实现其希望由此实现的效率提升；(b) 欧美日韩澳等主要工业国及台湾地区长年禁止限制最低转售价格行为，但事实上企业仍可以通过其他措施实现部分经济学文献为限制最低转售价格行为有限罗列出的积极作用，一如其他经济文献对那些替代措施的罗列；(c) 相比判断是否有其他措施可以替代限制最低转售价格行为实现其所能实现的效率提升，对于企业而言更难的是——理解和预见如何依据立法者没有详细说明，学者没有穷尽列举，各地各级法官、执法者又未必能统一、准确、有效适用的“结构性分析方法”来判断限制最低转售价格行为是否会产生“反竞争效果”；(d) 同理，对法官和执法者而言只会难上加难的是，如何在适用《反垄断法》第 14 条时，依据这样“结构性分析方法”去主动调查取证、在没有美国陪审团制度支撑下，客观公正地认定自己调查出来的事实真相而非“自由心证”，并严密论证限制最低转售价格协议具有其所谓的“反竞争效果”，做到“避免出现‘漏网之鱼’”（一如许光耀：“《关于禁止垄断协议行为的有关规定（征求意见稿）》的意见”，载王晓晔主编《反垄断法实施中的重大问题》，2010 年版，第 71 页对《反垄断法》第 13 条、第 14 条的评价）；(e) 其所谓“结构性分析方法”中的“反竞争效果”被界定得比较狭隘，仅局限在厂商与经销商分别达成“卡特尔”的范畴，没有将限制品牌内经销商间竞争本身对品牌内竞争削弱和品牌间竞争的影响纳入其中，尽管欧美都从未否认这些负面影响，只不过不同于美国，欧盟将限制品牌内价格竞争同样看得很重要，而锐邦诉强生案二审判决也坦诚限制最低转售价格协议与限制品牌内竞争存在必然

统一产品规格、标准或者实行专业化分工的”和该条第 2 款“属于前款第一项至第五项情形，不适用本法第十三条、第十四条规定的，经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争，并且能够使消费者分享由此产生的利益。”没有这些规定对强生举证热情的激励，也就难怪二审判决会抱怨：“尽管双方所委托经济学家均为本案提供了依据比较充分的经济学论述，但是在上诉人完成初步举证情形下，由于被上诉人未能积极举证，未能提供本案相关市场集中度、强生公司市场份额、本案限制最低转售价格协议竞争效果等方面的证据，导致被上诉人主张难以获得支持。”——奇怪的是，该案二审 3 次庭审，二审判决反复修改 12 稿，却始终没透露强生是否主张依据《反垄断法》第 15 条进行抗辩和举证，二审宣判后，强生方面也没对这一明显的法律适用疏漏而申请再审。而这或许与二审判决让强生承担的损害赔偿微不足道得已经让其获得“某种心理平衡”有关吧。

（五）对损害赔偿的认定没能与限制最低转售价格的处罚机制联系起来

.....

的因果关系，即便这本身就是不言自明的。非常遗憾的是该文未能谈及欧盟委员会 2010 年 5 月 27 日发布的《纵向限制竞争行为指南》，尽管许光耀老师在该文及其他文献中已多次强调我国《反垄断法》第二章“**主要借鉴了**”欧盟竞争法的相关规定。

附录（四）：2012年笔者提交给工商总局的“对《关于知识产权领域反垄断执法的指南（草案第五稿）》的建议”（【整体意见】节选）

一、整体建议

（一）区分《反垄断法》配套法规和反垄断法执法指南

正如工商总局负责人在美国律师协会 ABA 具备的 2012 年春季反托拉斯法交流会有关中国的研讨会中所透露的，³¹《关于知识产权领域反垄断执法的指南（草案第五稿）》（以下简称“指南草案第五稿”）将是依据《反垄断法》第 9 条第 3 项规定由国务院反垄断委员会制定发布的反垄断指南。由国务院反垄断委员会委托工商总局课题组起草。那么随之而来的问题有至少两方面。

1. “指南草案第五稿”中所规定的部分内容并非都适合用指南的形式来加以规范，应对《反垄断法》的硬法与软法制定进行系统规划和创新。

反垄断指南与国务院颁布的适用《反垄断法》的相关条例、国务院反垄断法执法机关颁布的规章不同，是作为议事协调机构的反垄断委员会没有经过《立法法》规定的立法程序，自行制定的软法。按照国际上的通例，执法指南这样的软法仅是就执法中自由裁量权较大的领域，由执行权的执法机关或其上级机关、监督机构对如何约束和指导执法机关执法、保障法律适用的统一性和连续性所作出的规范，仅对执法机关具有约束力，不具有解释法律法规的效力，因而对民事主体、司法机关不具有法律约束力。但是，由于企业往往会追求合规与降低交易风险，因而事实上在开展经营活动时往往会严重受到此类软法的影响。

然而，即便反垄断指南客观上将会对企业的经营行为产生很深刻的影响，但是由于反垄断委员会本身不具有解释法律的权限，也没有权限违反《立法法》和《反垄断法》的明文规定认定《反垄断法》明文规定以外的其他垄断行为和滥用行政权力限制竞争行为，或作出类似的限缩性、扩张性解释，所以在指南草案第五稿中提及的一系列涉及法律解释的内容和对知识产权领域典型的限制竞争行为的规定，则应当从指南的正式版本中删去，另行交由对法律有解释权限的机关，例如人大常委、最高人民法院进行解释，或者交由国务院制定条例或国务院反垄断法执法机关联合制定规章，来加以法治化。而这并不排除，配合这些规章的制定，在另行对这些规章的具体落实提出更详细的介绍和说明，并汇总可供借鉴的外国执法、司法实践以作参照。

应当进一步区分的是，解释反垄断法中一些较为抽象的概念，例如：滥用知识产权，限制、严重限制、排除竞争，市场支配地位，这些概念和相互关系，对于知识产权领域的反垄断法执行而言非常必要，可能等不及人大常委、最高人民法院按照法定程序进行解释。那么则可以由反垄断委员会先在反垄断指南中作出，相比立法解释和司法解释更为详实的、具有一定开放性的解释、论理或文献梳理，作为不具有法律约束力的说明，给执法机关以一定提示，并为法定的法律解释机关进一步较为抽象、更加周延而严谨地解释相关概念提供参考。

³¹ 该次会议的视频资料：

http://www.americanbar.org/groups/antitrust_law/events_cle/china_workshop.html。

相应的，虽然反垄断委员会没有权限在正式的反垄断指南中新认定《反垄断法》没有明文规定的限制竞争行为，但是这并不妨碍在公布有关指南起草的说明中，对这些典型的限制竞争行为予以描述，对如何查处予以建议。而执法机关即便在没有颁布相关条例或规章前，也仍旧可以对《反垄断法》生效后的那些该法没有明文禁止的行为进行查处，并以这些执法经验进一步验证反垄断指南起草过程中那些说明性文字所提出的执法建议，为针对这些典型的违法行为制定配套规章或条例奠定本国实践的基础。

在这样一个过程中，对指南起草的详细说明不仅起到提高执法指南透明度，避免对指南有不同理解的作用，实际上还扮演了非正式的软法或者“软法的延伸”、“软法的软法”，使那些因为权限问题而无法直接写入，或尚需等待配套规章制定后再写入的执法指南的内容，能够与执法指南的正式颁布一同进入执法机关、司法机关和经营者的视野，成为各方预见未来法律适用可能性的参考。

2. 反垄断指南的解释机关为反垄断委员会本身，需兼顾反垄断委员会非国务院反垄断法执法机关的其他部委代表意见，因而应抽取其中适合反垄断法执法机关保留独立解释权限的内容制定规章。

虽然，指南草案第五稿是工商总局课题组起草的，但因为是受国务院反垄断委员会委托，并最终以国务院反垄断委员会名义发布，因此，在实践中遇到对指南个别表述有疑问的情况，仍旧还需要由国务院反垄断委员会以自己的名义来解释，并兼顾该委员会全部成员的意见，亦即除了国务院三大反垄断法执法机关外，还要考虑其他部委代表作为国务院反垄断委员会委员的意见。而这也往往会使个案执法受到这些非反垄断法执法机关的部委们的影响，进而使反垄断法执法机关的执法工作难免受到其他行业主管部门的间接影响。

有鉴于上述这种情况，更建议优先考虑对各典型的限制竞争行为由国务院反垄断法执法部门联合颁布规章加以规范，从而确保它们对这些新规范具有相对独立的解释权。

（二）针对涉及知识产权行使的不同种类限制竞争行为分别起草配套法规和相应的反垄断法执法指南

考虑到涉及知识产权行使的限制竞争行为纷繁复杂，且在涉及到（专利、商标、著作权、商业秘密）不同属性的知识产权的不同使用形式时又会呈现出不同的特点和原则，因此建议：

（1）先效法欧盟、韩国，对最常见的几类行使知识产权的行为分别进行立法，例如技术研发协议、技术转让协议，技术标准制定等；

（2）考虑到涉及商标、著作权的限制竞争行为会与涉及专利技术的限制竞争行为有着不同的特点，并不能都完全通用针对专利技术研发、转让、标准设定方面的竞争法规则加以涵盖，因此也建议能够考虑单独起草规章，对诸如：涉及商标权管理的平行进口、防止混淆的协议与转让协议中涉及限制竞争的行为，涉著作权的滥用市场支配地位行为，涉及商业秘密的垄断协议和滥用市场支配地位行为分别加以规范。

针对不同类型知识产权、不同类型行使知识产权行为，分别起草颁布《反垄断法》配套规则并不影响指南草案第五稿第一章至第三章的大部分内容，可以与之相辅相成。更重要的是，这样分别起草配套规则，一方面，可以让相关经营者更加聚焦于自己涉及较多的行为类型，集中精力配合起草工作；另一方面，这可以使一些争议较小的配套规则能够孤立出来，先行通过起草程序，早日颁布实施，以免因为对个别条款所涉的一两个争议很大的行为，而使得其他已经无争议或争议很小的部分无法及早颁布实施，从而力争以“小步快走”的策略逐步推进《反垄断法》全面有效落实。

此外，由于欧盟、韩国等国家已经就个别涉知识产权领域的竞争法适用进行了很详细的立法，并经过实践检验，又不断予以修订，因此单独就最急需的一些规定，吸收外国经验，有利于我国及时实现相关执法工作的突破和国际接轨，使针对涉及我国市场的知识产权领域的限制竞争行为，可以尽快直接由我国执法机构查处实现“本土作战”，同时也会有利于我国执法机构与其他国家开展国际合作，“协同作战”，在基本一致的实体规则基础上，学习他国具体办案经验。而这两方面都更有利于引导我国企业参与国际创新产业分工，同时也有利于在这样一个创新全球化的过程中，使作为相关市场新进入者的中国企业，能够在国内和国外都有较公平的竞争机会，还有利于我国消费者可以在面临同一知识产权领域的限制竞争行为时，与其他主要工业国家的消费者一样，扬眉吐气，及时有效地争取合理的民事赔偿。

（三）完善与之相关的反垄断法执法指南

知识产权领域反垄断执法是无法孤立于其他领域《反垄断法》系统全面落实，而独立推进的。”指南草案第五稿”中本身就涉及：

- （1） 相关市场界定、
- （2） 市场份额计算、
- （3） 《反垄断法》第 15 条适用原则与举证规则、
- （4） 横向与纵向限制竞争协议认定、
- （5） 市场支配地位认定、
- （6） 滥用市场支配地位行为与抗辩理由的认定、
- （7） 经营者集中的概念（如控制的概念、资产收购中涉及知识产权转让与授权转让的问题）、
- （8） 经营者集中附属协议的反垄断法审查、
- （9） 经营者集中审查中对竞争的负面影响与对公共利益的积极影响间的平衡（尤其涉及到媒体和著作权集体管理企业或组织的合并）及
- （10） 各系统各级执法机关的协作。

这些问题不能逐一通过《反垄断法》配套规章或执法指南加以细化，即便”指南草案第五稿”立即颁布实施，也难以从根本上改变反垄断法执法与司法上所面临的困境和瓶颈，依旧会使《反垄断法》在知识产权领域的全面有效落实成为“空中楼阁”。所以在进一步完善”指南草案第五稿”、平行起草其他与知识产权领域适用反垄断法的规章的同时，需要由国务院反垄断委员会指导和带领反垄

断法执法机关平行地厘清上述这些问题，并通过配套规章或执法指南加以系统规范。

值得一提的是，国务院反垄断委员会已经对相关市场界定颁布了一份指南。但该指南仍就较为简略，一些很常见的问题，例如替代链，差异化市场、创新市场、产品组合市场（Sortiment market）或集群市场（Cluster market）、双边市场的相关市场界定，和众多经济学方法的适用、对其适用的限制和举证要求都没有涵盖其中。而这些往往对于知识产权为主导的创新型产业相关市场界定非常重要，对这些领域的反垄断法落实不可或缺。因而需要对现有国务院反垄断委员会相关市场界定的指南进行补充和修订。另外，截至目前，该指南主要由商务部反垄断局在经营者集中程序中加以适用，但在已经公布的处理决定中尚不能看到该指南适用情况的全貌，因而很有必要由国务院反垄断委员会授权商务部反垄断局，就《有关相关市场界定的指南》的适用情况加以总结，并对外披露，以便集思广益，由各界共同推进该指南的完善。

（四）引入“立法 2.0”理念，在立法进行中推进执法，再以执法实践检验和完善立法

1. 两难困境

立法落后于实践是法治社会普遍存在的问题，而作为后发国家，我国在法治建设中同时还遇到另一个问题，即在立法比外国相对滞后甚至严重滞后的同时，相比国内实践而言却显得超前、甚至严重超前，不仅比实践超前，更比许多公民的相关法律意识都要超前、甚至严重超前。这个两难问题也集中体现在知识产权领域反垄断执法和其配套规则与执法指南起草上。因此才会有国家工商总局反垄断与不正当竞争执法局杨洁处长在 2012 年 8 月 14 日在反垄断法实施前沿问题国际研讨会上透露的：“由于在中国还没有相关典型案例，人们对这一问题的理解也不够透彻，是否在这样的时就出台《指南》，是个值得考虑的问题。”³²要回答这样一个问题，最简单的办法就是引入“立法 2.0”的理念，在立法进行中推进执法，再以执法实践检验和完善立法。

2. “立法 2.0”理念

所谓“立法 2.0”就是借鉴“Web 2.0”的互动与共建理念，强调立法过程中，立法主体、执法机关、企业和普通公民的互动性，强调立法与法律执行、司法审判的互相推动，使之走出比较法的书斋和会议厅所串联起的一站站立法马拉松，真正让立法走入实践，再从实践回归到立法。这样一个模式听上去很抽象，但实际操作起来并不难，且并无什么真正意义上的创新之处，只是坚定地把开门立法与法治落到实处而已。

3. 在知识产权领域反垄断执法中贯彻“立法 2.0”

³² 参见张维：“工商总局官员：知识产权反垄断执法指南出台时机需要考虑”，载法制网杭州 2012 年 8 月 14 日电，
http://www.legaldaily.com.cn/index/content/2012-08/14/content_3770606.htm?node=20908。

（1）全面向社会公开征集意见

中国有句谚语：“丑媳妇早晚要见公婆”，意指丰富。同样，立法，包括执法指南这样的软法的制定，早晚也需要对社会公开颁布才可能实施，因而并不需也不应当遮遮掩掩。与西方国家在立法正式启动之前要先颁布白皮书、绿皮书总结立法前的存在的需要规制的问题和具体立法动议，然后再委托议会下的专门委员会或执法机关、学者进行起草不同，我国立法普遍存在着执法法机关主导立法，再由部分学者在小圈子内起草和秘密征求意见的惯例。这样的过程不乏有自己的优势，但是也失去了与立法相同步的普法效果，更缺少与已有法律适用实践和企业实践的互动。这样的“闭门立法”或者“虚掩着门立法”往往导致两种结果，一种是立法后，执法跟不上立法，另一种是立法本身脱离实际，经不起实践检验，无法完成预期的立法效果。更重要的是，这无法体现我国有中国特色社会主义法治的人民民主专政的原则，无法调动和发挥人民群众在法治建设和推动现代化建设上的智慧和热情。

具体到知识产权领域反垄断执法，虽然《关于知识产权领域反垄断执法的指南草案》的起草工作至少已经历时四年，正式修订至第五稿，但至今无一对社会公布，也没有真正体现到2008年8月1日《反垄断法》生效以来的任一执法或司法实践中去。这也就不能怪“中国还没有相关典型案例，人们对这一问题的理解也不够透彻”了，而是应该反思为何这样漫长的起草过程没有推动实践和人们对这一问题的认识了。

《关于知识产权领域反垄断执法的指南》本身不是立法，而是软法，是对执法的指导。没有该指南，《反垄断法》也应当及时全面有效落实。换言之，不颁布《关于知识产权领域反垄断执法的指南》，并非在知识产权领域不去落实《反垄断法》的理由，或妨碍落实《反垄断法》的借口。相应的，只有正式向全社会公布《关于知识产权领域反垄断执法的指南》的草案，无论是第五稿，还是第六稿，第N稿，或者草案的全部版本，在更广泛的人群中公布，才可以让更多人，尤其是企业界和广大创新产业的员工和广大投资者，有机会去学习这个指南的草案，从而提高或转变相关认识，进而结合自己的工作实践和行业特点，向学者或起草机构提出自己对指南和相关执法的建议或不同意见。

（2）与征求意见平行地进行市场调查、执法调查

“立法2.0”，并非仅仅指立法透明、开门立法、告别“小圈子立法”，还需要执法者或立法者，结合草案起草，平行地展开有针对性的市场调查、执法调查。《反垄断法》第9条第2项便明确地规定反垄断委员会有职能组织调查、评估市场总体竞争状况，发布评估报告。因此，在反垄断委员会授权工商总局课题组起草《关于知识产权领域反垄断执法的指南》的同时，应当在公布该指南草案的前提下，公开在中国市场上对草案所涉及的问题进行摸底调查，评估几个典型的创新市场上的竞争状况，发布评估报告。这样的调查取决于业界的配合，因为反垄断委员会本身没有取证与搜查的权限，即便此类调查工作是授权执法机关执行的，尤其是授权地方基层执法机关来执行的。

(3) 确保执法优先、在总结经验后再颁行该指南

国务院反垄断委员会公布草案同时展开创新市场竞争状况调查，无疑有着“打草惊蛇”的效果，会使得相关行业企业高度重视相关起草、调查和评估工作，同时也会刺激一些经营者，率先根据该指南草案的规定和精神，向执法机关检举涉嫌违反《反垄断法》的行为，或者向执法机关“自首”、配合执法，或者向司法机关起诉涉嫌违反《反垄断法》的行为，从而使司法机关以司法判决的形式为草案起草与修订予以验证与推动。这样一个过程可以使我国《反垄断法》段时间内积累一定数量的实践经验，而且由于反垄断委员会的市场调研是有针对性的，可以重点结合《关于知识产权领域反垄断执法的指南草案》所涉及的若干典型违法行为，集中检验指南的正确性、合理性以及可操作性。

(4) 外部效应、周期与时间表（粗体强调为2014年7月标注，以便读者对比2012年8月以来相关工作进展节点——笔者注）

上述一个贯彻“立法2.0”理念的软法起草过程，实践上是把立法、执法、普法相融合的过程，无疑将为我国社会管理创新提供更新鲜也更丰富的内容和实践经验，并促使一批相关领域熟悉反垄断法业务和理论知识的人才得以涌现和辐射其他相关的反垄断法适用领域，还可以促使世界各国执法机关、立法者和从业人士关注我国相关立法与法治建设实验，进而不仅提升我国在知识产权领域反垄断法执法与立法上的话语权，更有益于改善其他国家对我国法治建设的印象。

这部反垄断法执法指南的外部效应并非是被扩大的，因为其起草与实践需要一个周期，在这样一个周期里，其所带来的影响可以给许多领域的法治化进程带来启发和推动，提供可供借鉴的经验和学术氛围、舆论氛围。

仅就《关于知识产权领域反垄断执法的指南草案》而言，如果未来按照“立法2.0”理念来加以推进就可能需要大约两年到三年时间。亦即：

- a) 在2012年底以前完成对“指南草案第五稿”的系统修订；
- b) 在2013年初对全社会正式公布“指南草案第六稿”，同期公布知识产权领域反垄断法执行规章草案和反垄断法执法所必需的其他指南起草与修订计划；**
- c) 2013年两会前，以指南起草过程中所进行的前期调研为基础，由国务院反垄断委员会，会同其各部委在反垄断委员会的委员代表，启动为期一年的创新市场竞争状况的调查，并细分为前期准备、中期调研、中期评估、后期调研和后期评估，五个环节；
- d) 2013年，执法机关集中开始重点受理和查处各类知识产权领域涉嫌违反反垄断法的案件；**
- e) 2014年两会前，反垄断委员会对外评估创新市场竞争状况评估报告；
- f) 2014年两会后，反垄断委员会结合其评估报告，各反垄断法执法系统的执法实践和司法系统相关案件的审理情况，着手修改《关于知识产权领域反垄断执法的指南草案》第六稿，并完成反垄断法执法所必需的其他指南的起草与修订计划；**
- g) 2014年秋，反垄断委员会对外公布《关于知识产权领域反垄断执法的指南草案》第七稿和反垄断法执法所必需的其他指南的草案，公开征求意见；

h) 2014 年底以前，反垄断委员会正式对外发布《关于知识产权领域反垄断执法的指南》和反垄断法执法所必需的其他指南；

i) 2017 年，反垄断委员会就《关于知识产权领域反垄断执法的指南》的适用性和修订的必要性，再次启动竞争市场评估调查，历时一年；

j) 2018 年，反垄断委员会启动对《关于知识产权领域反垄断执法的指南》的修订程序，2019 年完成修订。

考虑到 2013 年将面临着国务院换届，因而不排除因此而将上述工作整体推迟到 2013 年换届及国务院反垄断委员会换届与改革之后，再向前推进，从而在 2015 年底以前正式由反垄断委员会对外发布《关于知识产权领域反垄断执法的指南》，并在此期间平行推进其他相关立法调研、执法指南起草、市场竞争状况评估和协调执法工作。

(五) 对指南制定技术上的建议

不同于那些抽象反垄断法配套规章和条例，反垄断法适用指南可以论述得更加详细一些，尤其建议在我国尚缺少相关实践的背景下，适当引用国外广泛受到认可的判例实践，并效仿欧盟新近在竞争法适用指南上的制定技术，根据需要补充一些虚拟案例，以便执法机关和经营者更好地理解指南和其在实际操作中的应用。