

## 《关于知识产权领域的反垄断指南》解读

2017年3月23日，国务院反垄断委员会公布了《关于滥用知识产权的反垄断指南（征求意见稿）》（以下简称“《征求意见稿》”），向社会公开征求意见。近日，已定稿出台的《关于知识产权领域的反垄断指南》（以下简称“《指南》”）以书籍汇编的形式对外发布，反映了我国反垄断执法机构在知识产权领域反垄断实践经验和最新研究成果，为企业判断知识产权行为的反垄断风险提供了进一步指引，对企业合规具有重要意义。

体例上，《指南》保留了《征求意见稿》的架构，但在《征求意见稿》的基础上纳入了更多评估行为的考量因素，并进一步细化或修改了表述，反映了国务院反垄断委员会对知识产权领域反垄断执法特点的更加充分的考虑，在限制执法机构自由裁量权的同时保持了较强的灵活性。

本文分为两部分，第一部分为《指南》与《征求意见稿》相比的主要调整，第二部分为我们基于《指南》对于知识产权反垄断合规要点的梳理和建议。

### 一、《指南》与《征求意见稿》相比的主要调整

#### 1、调整评估涉及知识产权的行为的竞争影响的一般考虑因素

在衡量行为的反竞争影响的因素部分，《指南》相比《征求意见稿》而言，最大的改动是删除了“通常情况下，如果经营者之间具有竞争关系，其行为对相关市场竞争产生排除、限制影响的可能性更大”的表述。通常而言，经营者之间是否具有竞争关系是分析知识产权具体行为排除、限制竞争影响的因素之一，《指南》也明确肯定了这一点。我们理解，删除该等

表述，更多的是考虑到现实中个案的复杂情况。

不可否认，某些类型的知识产权协议或条款在竞争者之间达成确实比在非竞争者之间达成所造成的排除、限制竞争影响更大。例如，两家企业在某项技术上存在竞争关系，而双方就该技术相关专利达成独占许可协议，约定许可方在某一区域内不得许可第三方使用该专利，这种安排很可能因构成分割市场而具有显著的反垄断风险；但如果独占许可协议的双方不存在竞争关系，仅为授权一方生产相关产品而达成协议，考虑到独占性对被许可方投资和投产的促进作用等，一般而言造成排除、限制竞争影响的可能性相对较小。

尽管如此，需要注意的是，一方面，竞争关系只是判断反竞争影响的一个因素，有助于判断行为可能导致哪种类型的反竞争效应，而并不是说任何类型的知识产权安排下，竞争者之间的行为就比非竞争者之间的行为导致的反竞争影响更显著；另一方面，商业实践中相当一部分的知识产权安排既涉及横向关系又涉及纵向关系，很难割裂比较，往往需要综合个案判断。从这个角度看，《指南》删除竞争者之间的行为一般反竞争影响更大的表述可能具有两方面的意义：一是，避免引起非竞争者之间的任何类型的知识产权安排反竞争影响都相对更小的错误印象；二是，澄清经营者存在竞争关系本身并不意味着其知识产权安排就必然具有反竞争影响。

其次，在竞争积极影响需要满足的条件方面，《指南》相比《征求意见稿》放宽了可以被认为具有积极影响的条件，同时考虑了商业实践的可行性，把条件

(二):“相对于其他促进创新、提高效率的行为,该行为对市场竞争产生的排除、限制影响更小”修改为“相对于其他促进创新、提高效率的行为,在**经营者合理商业选择范围内**,该行为对市场竞争产生的排除、限制影响更小。”尽管如此,如果有证据证明存在其他反竞争影响更小的合理商业安排,但这些安排并不能达到相似程度的效率提升,这种情况是否应被视为未满足条件(二)仍然有待实践澄清。

需要注意的是,总体上执法机构考虑竞争积极影响的前提仍然较为严格,接近于欧盟的执法标准。除了上述条件(二)以外,还需要满足(一)行为与促进创新提高效率具有因果关系;(三)行为不会排除、严重限制市场竞争;(四)行为不会严重阻碍其他经营者的创新;(五)消费者能够分享促进创新、提高效率所产生的效益。

## 2、明确不同知识产权协议的竞争积极影响

有关知识产权协议方面,《指南》保留了《征求意见稿》的基本架构,主要采纳合理原则分析框架,着重于联合研发、交叉许可、回授条款、不质疑条款和标准制定的竞争影响分析,并明确了分析知识产权的其他限制(包括许可使用领域限制、许可产品限制、不竞争限制等)的基本考虑因素。相比《征求意见稿》,《指南》重新考虑了国家发改委2015年发布的《关于滥用知识产权的反垄断指南》(征求意见稿)的相关思路,明确地区分了不同类型知识产权协议的积极影响。

具体而言,《指南》在肯定了“涉及知识产权的协议,特别是联合研发、交叉许可等,通常具有激励创新、促进竞争的效果”的总体认识下,强调了“不同协议类型产生的积极影响有所不同”,并分别列出了不同知识产权协议可能产生的积极影响(见下文表1)。区分不同类型知识产权协议的积极影响,实质上有助于了解不同类型知识产权协议在“合理原则(rule

of reason)”下的分析方法,帮助企业就特定协议条款安排可能可以主张哪些正当理由提供一定的思路和启发。此外,对于知识产权的使用领域、许可产品限制、不竞争限制等,《指南》补充说明了这些限制“通常具有商业合理性、能够提高效率,促进知识产权实施”,体现了执法机构对知识产权特殊性更加充分的考虑,尤其是知识产权较其他类型的财产权更易被侵犯的特点以及其自身的权利限制。

## 3、把排他性回授列为可能具有排除、限制竞争的行为

相比《征求意见稿》,《指南》把排他性回授(即仅许可人或其指定的第三方和被许可人有权实施回授的改进或新成果)也列为可能构成垄断协议的行为。根据《指南》,独占性回授和排他性回授都将是执法机构关注的回授条款类型,因为这两者都“可能降低被许可人的创新动力,对市场竞争产生排除、限制影响”。如前述,《指南》在《征求意见稿》的基础上增加了对回授条款的积极影响的说明,认可了“回授通常可以推动对新成果的投资和运用。”从这个角度来看,因为排他性回授和独占性回授都限制独立第三方实施被许可人对授权技术的改进,相对于非排他性、非独占性回授而言积极影响可能较小,所以把排他性回授列为可能排除、限制竞争的行为,也符合《指南》评估回授的基本原则。

值得注意的是,《指南》补充阐明了“通常情况下,独占性回授比排他性回授排除、限制竞争的可能性更大”的观点,为许可方和被许可方评估、设计回授协议或条款的决策提供了一定参考。此外,《指南》在第三章涉及知识产权的滥用市场支配地位行为部分也把无正当理由排他性回授列为了可能构成附加不合理交易条件的行为范围,且在第四章专利联营部分把通过联营进行排他性回授也列入了分析专利联营竞争效果的因素。

#### 4、明确分析知识产权搭售的考虑因素

相比《征求意见稿》，《指南》在第三章涉及知识产权的滥用市场支配地位行为的搭售部分中增加了判断搭售行为的几项考虑因素，具体包括：

- (1) 是否违背交易相对人意愿；
- (2) 是否符合交易惯例或者消费习惯；
- (3) 是否无视相关知识产权或者商品的性质差异及相互关系；
- (4) 是否具有合理性和必要性，如为实现技术兼容、产品安全、产品性能等所必不可少的措施等；
- (5) 是否排除、限制其他经营者的交易机会；
- (6) 是否限制消费者的选择权。

我们理解，上述因素对于《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》中搭售的认定予以了一定丰富，强调了强制性要件，指出认定搭售需要考虑是否违背交易相对人意愿，是否排除、限制其他经营者的交易机会以及是否限制消费者的选择权。

#### 二、知识产权安排的主要反垄断合规要点和建议

《指南》从体例上分别讨论了知识产权垄断协议、涉及知识产权的滥用市场支配地位行为、涉及知识产权的经营者集中以及无法完全归为前类需要个案判断的其他情形（如专利联营、标准必要专利权人申请禁令救济等）。在下文中，我们将根据同样的体例，

按照不同的垄断行为类型，结合我们的理解，将商业安排相应的风险分析思路予以梳理和说明。

#### 1、如何评估一项知识产权安排是否构成垄断协议

一般而言，评估一项知识产权安排构成垄断协议的风险，首先需要判断其是否属于《反垄断法》第13条和第14条所规定的“核心垄断行为”，包括竞争者之间的固定价格、划分市场、限制产量、限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品等行为，以及纵向关系中的维持转售价格。构成核心垄断行为的知识产权安排，原则上属于禁止性行为，除非其可被证明符合《反垄断法》第15条的情况方可豁免。

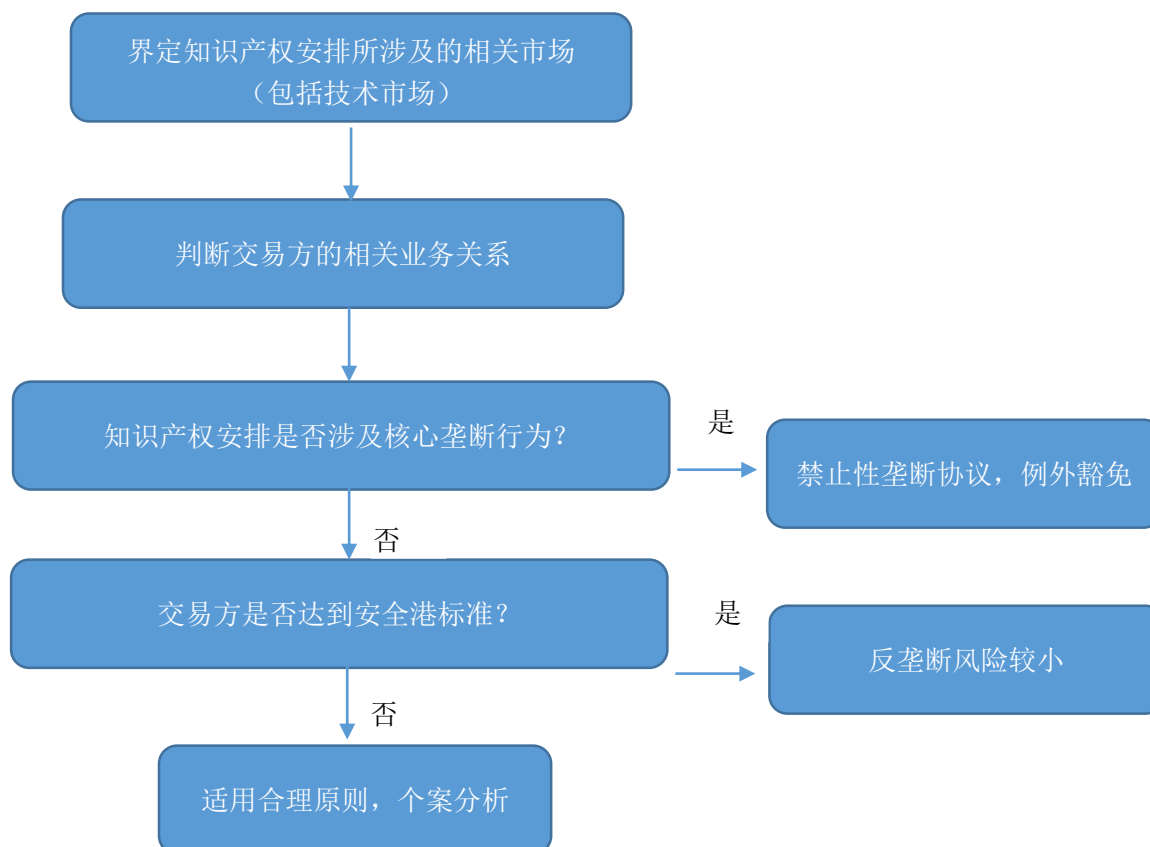
而对于不构成核心垄断行为的知识产权安排，执法机构则更倾向采用“合理原则”的分析模式。比如，根据《指南》第二章的用语和上下文，执法机构通常不认为联合研发、交叉许可、排他性/独占性回授条款、不质疑条款、标准制定、使用领域限制、许可产品限制、不竞争限制、专利联营等安排构成核心垄断行为，在判定这些安排是否构成垄断协议时，其会根据相应的考虑因素衡量其反竞争影响和竞争积极影响（包括是否符合竞争积极影响需要满足的条件），进行综合判断<sup>1</sup>。

特别是，对于不构成核心垄断行为的知识产权安排，如果符合《指南》第13条的安全港规则（如下），除有相反证据外，一般不认定构成《反垄断法》所禁止的垄断协议。

<sup>1</sup>需要注意的是，尽管执法机构通常不会认为上述等安排构成核心垄断行为，但如果其目的或效果上具有明显的核心垄断行为性质，执法机构仍然可能认为该行为是掩盖限制竞争本质的方式，属于禁止性行为，不采取合理原则分析模式。

- 具有竞争关系的经营者在相关市场的市场份额合计不超过 20%；
- 不具有竞争关系的经营者在相关市场的市场份额均不超过 30%；
- 如果经营者在相关市场的份额难以获得，或者市场份额不能准确反映经营者的市场地位，但在相关市场上除协议各方控制的技术外，存在四个或者四个以上能够以合理成本得到的由其他经营者独立控制的具有替代关系的技术。

我们将实践中评估知识产权商业安排反垄断风险的分析思路总结在如下导图：



其中，适用合理原则分析时既要考虑到评估知识产权的行为的竞争影响的一般考虑因素以及是否满足具有竞争积极影响的五个前提条件，也要考虑《指南》规定的不同类型行为的具体考虑因素。就联合研

发、交叉许可、排他性和独占性回授条款、不质疑条款、标准制定、使用领域限制、许可产品限制、不竞争限制而言，需要考虑的主要因素总结如下：

表 1	
行为类型	具体考虑因素
联合研发	<p><b>反竞争影响：</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 是否限制与联合研发相关的后续研发活动；</li> <li>➢ 是否限制联合研发无关领域的研发活动或研发所涉知识产权的归属和行使。</li> </ul> <p><b>竞争积极影响：</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 是否能够节约研发成本，提高研发效率。</li> </ul>
交叉许可	<p><b>反竞争影响：</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 是否为排他性许可；</li> <li>➢ 是否构成第三方进入市场的壁垒；</li> <li>➢ 是否排除限制下游市场的竞争；</li> <li>➢ 是否提高了相关商品的成本。</li> </ul> <p><b>竞争积极影响：</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 是否能够降低知识产权许可成本，促进知识产权实施。</li> </ul>
排他性/独占性回授	<p><b>反竞争影响：</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 是否影响被许可人进行技术创新的积极性（是否提供实质性对价；在交叉许可下是否相互要求排他性/独占性回授）；</li> <li>➢ 是否增强许可人的市场力量。</li> </ul> <p><b>竞争积极影响：</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 是否能够推动对新成果的投资和运用。</li> </ul>
不质疑条款	<p><b>反竞争影响：</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 是否要求不质疑知识产权的有效性；</li> <li>➢ 不质疑条款涉及的知识产权许可是否有偿；</li> <li>➢ 不质疑条款涉及的知识产权是否构成下游市场进入壁垒；</li> <li>➢ 不质疑条款涉及的知识产权是否阻碍其他均质性知识产权的实施；</li> <li>➢ 不质疑条款涉及的知识产权许可是否具有排他性；</li> <li>➢ 被许可人质疑知识产权有效性是否可能遭受重大损失。</li> </ul> <p><b>竞争积极影响：</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 《指南》未明确阐明，通常需要有证据证明是否能够节省交易成本或者促进新技术传播。</li> </ul>
标准制定	<p><b>反竞争影响：</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 是否具有不合理的排他性质（没有正当理由，排除其他特定经营者、特定经营者的方案；约定不实施其他竞争性标准）；</li> <li>➢ 是否对标准中的知识产权范围有必要合理的约束机制。</li> </ul> <p><b>竞争积极影响：</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 是否能够实现不同产品之间的通用性，降低成本，提高效率，保证产品质量。</li> </ul>

知识产权的使用领域限制；	<b>反竞争影响：</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 限制的内容、程度及实施方式；</li> <li>➢ 利用知识产权提供的商品的特点；</li> <li>➢ 限制与知识产权许可条件的关系；</li> <li>➢ 是否包含多项限制；</li> <li>➢ 其他具有竞争技术知识产权的经营者是否实施相同或类似的限制。</li> </ul> <b>竞争积极影响：</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 是否具有商业合理性、能够提高效率，促进知识产权实施。</li> </ul>
许可产品的数量、销售或传播的渠道、范围或者对象限制	
限制使用竞争技术或竞争商品	

## 2、 如何评估知识产权安排是否构成滥用市场支配地位行为

首先，界定相关市场是认定市场支配地位的前提条件。需要注意的是，如《指南》第四条所规定，如果仅界定相关商品市场难以全面评估行为影响的，可能需要界定相关技术市场，界定的基本原则也是不同技术之间的替代性。

第二，关于支配地位的评估，按照《指南》，支配地位的基本考虑因素仍然是经营者的相关市场份额和相关市场竞争状况、控制销售市场或者原材料采购市场的能力、财力和技术条件、其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度、其他经营者进入相关市场的难易程度等。但同时结合知识产权的特点，还可以考虑（1）交易相对人转向具有替代关系的技术或者商品等的可能性及转换成本；（2）下游市场对利用知识产权所提供的商品的依赖程度；以及（3）交易相对人对经营者的制衡能力。

第三，具有滥用知识产权的行为。即使具有市场支配地位，利用和行使知识产权也不必然构成滥用具有市场支配地位的行为，需要具体判断相关行为是否构成《反垄断法》下的行为类型（包括不公平高价销售、不公平低价采购、低于成本价销售，拒绝交易、限定交易、搭售和附加不合理交易条件、差别待遇等），综合分析行为的竞争影响。

《指南》重点关注的行为包括（1）不公平高价许可；（2）拒绝许可；（3）知识产权搭售；（4）附加不合理交易条件；及（5）差别待遇。《指南》根据知识产权行为的性质，在《反垄断法》和《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》的框架下细化了评估这些行为的考虑因素，包括构成高价许可的判断因素、构成拒绝许可的证据类型、知识产权搭售和差别待遇的构成要件等。特别值得注意的是，结合知识产权滥用的特殊性，《指南》列举了一些《反垄断法》和《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》没有明确规定的、但可能构成附加不合理交易条件的行为，包括：

- 要求排他性/独占性回授；
- 禁止质疑知识产权有效性或提起知识产权侵权诉讼；
- 限制实施自有知识产权；
- 限制利用或研发竞争技术或商品；
- 对过期或无效的知识产权主张权利；
- 无合理对价要求交叉许可；
- 迫使或者禁止交易相对人与第三方进行交易，或者限制交易相对人与第三方进行交易的条件。

我们可以看到，有些行为，比如排他性或独占性的回授在前述垄断协议相关限制中也有所涉及，即出现了一定程度的竞合。因此，如果具有市场支配地位的经营者实施该等竞合行为，还需要考虑构成滥用行

为的风险。

### 3、 如何判断知识产权交易是否需要反垄断申报

需要企业予以注意的是，除了传统意义上的收购并购之外，知识产权许可也可能会构成经营者集中，进而触发反垄断申报义务。

《指南》第 20 条规定，“经营者通过涉及知识产权的交易取得对其他经营者的控制权，或者能够对其他经营者施加决定性影响，可能构成经营者集中。其中，分析知识产权转让或许可构成经营者集中情形时，可以考虑以下因素：

- （一）知识产权是否构成独立业务；
- （二）知识产权在上一会计年度是否产生了独立且可计算的营业额；
- （三）知识产权许可的方式和期限。”

一般而言，如果某知识产权组合构成独立业务且已经产生了独立且可计算的营业额，那么该知识产权组合的转让、许可（特别是长期的排他性/独占性许可），包括引起控制权变更的专利联营/专利池等安排都可能被认为构成经营者集中，在满足相应营业额标准的情况下可能触发反垄断申报的义务。需要注意的是，《反垄断法》下对取得控制权和决定性影响的定义较为宽泛，在判断是否构成经营者集中时建议遵从实质大于形式的实践原则。

### 4、 专利联营/专利池的反垄断风险

通常而言，多个经营者将专利互相许可或统一向第三方开放许可的商业模式可以实现互补技术整合，缓解专利封锁问题，从而降低交易成本、提高许可和技术传播效率。但是共同许可专利池中的知识产权也可能涉及专利费协同和产量限制等问题，存在构成垄断协议的风险。此外，虽然专利池并不要求向所有企业开放，一般联营方都会就获得专利池许可的条件有所限制，但如果专利联营方具有较强的市场力量，专

利池许可条件的限制使得企业因无法实施专利池中的关键技术而丧失有效参与竞争的机会，那么执法机构也可能认为这种专利联营安排具有排除、限制竞争的影响。

针对上述核心问题，《指南》在肯定了专利联营的竞争积极作用的同时，列举了分析专利联营反竞争影响的考虑因素，包括：

- 联营方的市场力量；
- 专利池是否涉及具有替代关系的技术；
- 是否限制联营成员单独对外许可专利或研发技术；
- 经营者是否通过联营交换商品价格、产量等敏感信息。

此外，《指南》也特别提示了专利联营构成垄断协议和滥用市场支配地位行为的风险，指出在分析专利联营反竞争影响时还要考虑：

- 通过联营进行交叉许可、独占性回授或者排他性回授、订立不质疑条款及实施其他限制的竞争影响；
- 通过联营以不公平高价许可专利、搭售、附加不合理交易条件或者实行差别待遇的竞争影响。

简言之，具有反竞争影响的专利联营模式不仅可能构成垄断协议，也可能构成滥用市场支配地位的行为（包括滥用共同市场支配地位的行为），在分析时需要综合考虑专利池的专利组合性质，联营成员市场力量，敏感信息交换，限制性条件等。此外，如前述，如果涉及控制权变化（包括设立专利管理合营企业），专利联营安排还可能构成经营者集中。因此，在谈判、设计、参与专利联营安排时，综合评估专利联营的各方面的反垄断风险是非常必要的。

## 5、 具有市场支配地位的标准必要专利权人的禁令救济问题

申请禁令救济(请求法院或相关部门作出或颁发禁止使用相关知识产权的判决、裁定或者决定)是专利权人的维权救济手段。但是具有市场支配地位的标准必要专利权人以申请禁令救济为手段迫使许可人接受其提出的不公平的高价许可费或者其他不合理的许可条件,可能具有反竞争影响,因此,被放在《反垄断法》的规制范围内。

分析标准必要专利权人是否具有市场支配地位不仅要考虑一般认定因素以及前述《指南》第 14 条规定的知识产权对市场支配地位认定的影响,还需要考虑《指南》第 27 条列出的特殊因素,包括:

- 标准的市场价值、应用范围和程度;
- 是否有其他替代性标准和技术;
- 行业对标准的依赖程度;
- 标准的演进情况和兼容性;
- 纳入标准的相关技术被替代的可能性。

如果标准必要专利权人具有市场支配地位,则评价其申请禁令的反竞争影响时可以考虑:

- 是否通过申请禁令迫使许可人接受其提出的不公平的高价许可费或者其他不合理的许可条件;
- 谈判双方在谈判过程中的行为表现及其体现出的真实意愿;
- 标准必要专利所负担的有关承诺;
- 谈判双方在谈判过程中所提出的许可条件;
- 请求禁令对下游市场竞争和消费者利益的影响。

响。

## 6、 著作权集体管理问题

《指南》第 28 条还对著作权集体管理安排做了简要分析,一方面认可了著作权集体管理安排的积极作用,包括降低个人维权以及用户获得授权的成本,促进作品的传播和著作权保护,一方面指出著作权集体管理安排可能存在反竞争影响。虽然《指南》并未就如何分析著作权集体管理的竞争影响提供细化指引,但可以明确的是,著作权集体管理安排是在反垄断执法机构的审查范围内的。反垄断执法机构可能参照其他条款分析具有反竞争影响的著作权集体管理安排是否构成垄断行为。

## 三、 总结与提示

知识产权反垄断一向是各国执法中的热点也是难点,随着围绕知识产权的争议和摩擦的增多,知识产权反垄断执法和司法也将愈加的活跃。原则上,《指南》体现了中国执法机构与其他主要司法辖区在知识产权和反垄断制度的协调原则上趋于一致,肯定了反垄断与保护知识产权具有保护竞争、激励创新、增加消费者福利的共同目标。制度设计上,《指南》与欧盟和美国的指南相似,都主要以合理原则分析涉及知识产权行为,尊重知识产权自身的排他性质,并且实行类似的安全港制度。但是,《指南》与其他司法辖区在具体规则上仍然存在差异,在适用安全港的行为类型,合理原则分析的具体方式等方面都不尽相同。因此,同一知识产权安排在不同司法辖区的反垄断风险评估,需要充分考虑相应执法机构的指南、法律法规和判例的特点,综合判断。

魏瑛玲 合伙人 电话: 86 10 8519 1380 邮箱地址: weiyi@junhe.com  
白雪斐 电话: 86 10 8553 7680 邮箱地址: baixf@junhe.com  
严骏捷 律师 电话: 86 10 8540 8685 邮箱地址: yanjj@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息,敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE\_LegalUpdates”。

