

上海交通大学

SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY

学士学位论文

THESIS OF BACHELOR



论文题目：我国经营者集中反垄断审查中涉
及知识产权救济措施的实证研究

学生姓名：_____朱光耀_____

学生学号：_____5092049020_____

专 业：_____法学_____

指导教师：_____王先林_____

学院(系)：_____凯原法学院_____

我国经营者集中反垄断审查中涉及知识产权救济措施的 实证研究

摘要

知识产权问题是经营者集中反垄断审查时应予考虑的重要因素,与知识产权有关的救济措施也是为减少集中带来的排除、限制竞争影响而采取的必要救济措施。2008 年我国《反垄断法》颁布实施后,商务部负责经营者集中审查工作。在商务部近六年的执法实践中,一共附条件通过了 23 例经营者集中案例,其中 10 例附加了知识产权救济措施。本文通过对这 10 个案例进行定性的实证研究,从知识产权与相关市场的界定、横向集中的知识产权救济措施、非横向集中的知识产权救济措施等角度对我国经营者集中反垄断审查中知识产权救济措施进行了研究分析,发现现阶段我国的知识产权救济措施存在以下问题:缺乏一套系统的评估方法去考察知识产权问题在经营者集中竞争分析中的影响,知识产权剥离救济体系不完善,行为救济措施存在立法缺位,商务部在执法过程也存在诸多问题。

要完善我国经营者集中反垄断审查中知识产权救济措施制度需要从立法和执法两个方面进行改进。立法上,建议建立与知识产权有关的经营者集中案件审查指南,制定全面的“资产剥离规定”,制定“经营者集中的行为救济指南”,并在其中对知识产权行为救济措施作出特别规定;执法上,商务部在进行竞争分析时应重视采用经济学分析方法,注重发挥现有案例的示范作用,逐步建立经营者集中审查案例指导制度,重视案件跟访,调动各方力量加强救济措施的执行监督,转变执法观念,推动反垄断执法机构独立,把保护竞争机制作为决定的出发点与落脚点。

关键词: 知识产权, 经营者集中, 救济措施

THE STUDY ON MERGER REMEDIES RELATED TO INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN CHINA MERGER REVIEW

ABSTRACT

The issue of intellectual property rights is an important factor to be considered in merger review. Meanwhile, merger remedies of intellectual property rights are necessary measures to reduce the anticompetitive effects of mergers. China's antimonopoly law came into force in 2008 and since then the Ministry of Commerce (MOFCOM), as Chinese antimonopoly law enforcement agency, started merger review practice. During 6-year practice, the MOFCOM has approved 23 mergers with remedies, including 10 mergers whose remedies are related to intellectual property rights. Based on case study and qualitative empirical research, this paper analyzes the role intellectual property rights play in defining the relevant market, the remedies of intellectual property rights in horizontal, Vertical as well as in conglomerate mergers. After analysis, we find several problems as follows: The role intellectual property rights play in defining the relevant market is quite vague, the system of structural remedies (Divestiture) of intellectual property rights is imperfect and no regulations in how to carry behavioral remedies.

In order to solve the problems above, we need to carry series of measures from legislation and law enforcement perspectives. In terms of legislation, we should establish an intellectual property rights merger guideline, make some complements to the current *Interim Provisions of the Ministry of Commerce on Implementing Assets or Business Divestiture Related to Concentration of Business Operators* and formulate behavioral remedies guideline. In terms of law enforcement, the MOFCOM should take more economic analytical methods when doing competitive analysis, establish case guidance system in merger review, closely watch the implementation of remedies by merger parties, and convert law enforcement idea from industrial policies oriented to competition policies oriented.

Key words: Intellectual property rights, Merger control, Merger remedies

目录

引言	1
一、经营者集中审查中涉及知识产权的救济措施一般分析	2
(一) 相关概念的必要界定与说明	2
1. 经营者集中的概念	2
2. 知识产权的概念	2
3. 救济措施的概念	2
4. 知识产权救济措施的概念	3
(二) 知识产权救济措施的法理依据	3
(三) 国外知识产权救济措施的立法与实践	3
1. 美国知识产权救济措施的立法与实践	3
2. 欧盟知识产权救济措施的立法与实践	4
(四) 我国知识产权救济措施的现状	4
(五) 研究我国知识产权救济措施的意义与价值	5
二、我国经营者集中审查中涉及知识产权救济措施案例的逐案剖析与比较	6
(一) 我国涉及知识产权救济措施的案例一览	6
(二) 横向集中的知识产权救济措施	7
1. 辉瑞公司收购惠氏公司案	7
2. 松下公司收购三洋公司案	8
3. 联合技术收购古德里奇案	8
4. 百特国际有限公司收购瑞典金宝公司案	9
5. 赛默飞世尔科技有限公司收购立菲技术公司案	10
(三) 非横向集中的知识产权救济措施	11
1. 通用电气(中国)与中国神华煤制油化工设立合营企业案	11
2. 谷歌收购摩托罗拉移动案	12
3. 安谋、捷德、金雅拓组建合营企业案	13
4. 微软收购诺基亚设备和服务业务案	13
5. 默克公司收购安智公司案	14
三、我国经营者集中审查中涉及的知识产权救济措施的总体分析与评价	15
(一) 知识产权与相关市场的界定	15
1. 知识产权与相关商品市场	15
2. 知识产权与相关地域市场	15
3. 知识产权与相关市场中的时间因素	16
(二) 横向集中的知识产权救济措施	16
1. 知识产权在横向集中竞争分析中的影响	16
2. 横向集中中常见的知识产权救济措施——知识产权剥离救济	16
(三) 非横向集中的知识产权救济措施	18
1. 知识产权在非横向集中竞争分析中的影响	18
2. 非横向集中中常见的知识产权救济措施——知识产权行为救济	18
(四) 我国知识产权救济措施的立法现状与商务部执法简评	20

1. 我国知识产权救济措施的立法现状-----	20
2. 商务部执法简评-----	20
四、完善我国经营者集中审查涉及知识产权救济措施的建议-----	22
（一）立法完善-----	22
1. 制定与知识产权有关的经营者集中案件审查指南-----	22
2. 制定全面完善的“资产剥离规定”-----	22
3. 制定行为救济指南，并在指南中规定知识产权行为救济措施-----	23
（二）执法完善-----	23
1. 重视经济学分析方法，准确评估涉及知识产权的竞争问题-----	23
2. 发挥现有案例的示范作用，建立经营者集中审查案例指导制度-----	23
3. 重视案件跟访，调动社会力量，加强救济措施的执行与监督-----	24
4. 转变执法观念，推动反垄断执法机构独立-----	24
结语-----	26
参考文献-----	27
谢辞-----	29

引言——问题的提出

“我们将携手重写移动领域的疆界。”在微软收购诺基亚之后，双方总裁鲍尔默和埃洛普在联合发表的公开信中这样写道。2013年9月3日，美国微软公司宣布，将以72亿美元收购诺基亚手机业务以及大批专利组合的授权。这一并购行为立刻引起社会各界的广泛关注。支持者称集中能够整合双方优势，为消费者带来更好的产品；反对者则担忧集中后两家公司强强联合，更容易排挤竞争对手，不利于消费者权益保护。本次并购涉及到大批专利组合的授权问题决定了它不是一起普通的并购，该并购已涉及到了知识产权与反垄断法的交叉领域。我国商务部最终批准了此次集中，并附加了一系列与知识产权有关的限制性条件（救济措施），从而将经营者集中审查中涉及知识产权的救济措施（下文简称“知识产权救济措施”）带入了人们视野之中。什么是知识产权救济措施？我国的知识产权救济措施的立法与执法现状如何？如何适用知识产权救济措施减少集中带来的排除、限制竞争影响？对这些问题的思考与探索成为本文研究的缘起。

一、经营者集中审查中涉及知识产权的救济措施一般分析

（一）相关概念的必要界定与说明

1. 经营者集中的概念

经营者集中，概括地说，是指为了达到特定的经济目的，通过一定方式和程序对经营者之间的资产、人员等因素进行融合的行为。具体来说，经营者集中是指两个或两个以上的经营者进行合并，或者一个或多个经营者通过收购、合同等方式对其他经营者进行实质性控制，从而导致相互关系上的持久变迁的行为。¹

“经营者集中”是《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》）采用的术语。在日本和我国台湾地区，采用的是“企业结合”或“事业结合”的概念²；在美国，采用的是“企业兼并”或“企业并购”的概念³；在欧盟，采用的是“企业合并”⁴的概念。虽然名称不同，但是其内涵却并无明显差别。本文在研究时为示区别，在介绍我国相关制度时采用经营者集中概念，在介绍美国、欧盟等法域的相关制度时，则从其表述方式。

2. 知识产权的概念

知识产权的概念一直以来存在多种表达方式，难以统一。刘春田教授将其分为三类：第一种是列举知识产权主要组成的方法，第二种是下定义的方法，第三种是完全列举知识产权保护对象或者划分的方法。⁵本文的目的在于讨论与知识产权有关的经营者集中问题，因此采取列举的方式明晰知识产权的范围更有助于确定讨论的内容。因此，本文中讨论的知识产权的概念，采王先林教授在《知识产权与反垄断法——知识产权滥用的反垄断问题研究（修订版）》中的定义：“知识产权主要指专利权、商标权与著作权（版权）这三项在各国认识比较一致、也有着更多共同点的传统知识产权。当然，在有些地方也会涉及其他方面的知识产权，尤其是商业秘密。”⁶

3. 救济措施的概念

本文所指的救济措施，是指在经营者集中过程中，通过对交易附加限制性条件来避免合并交易可能导致的反竞争效果。国外称为合并救济（Merger Remedies）⁷。我国《反垄断法》第29条规定：“对不予禁止的经营者集中，国务院反垄断执法机构可以决定附加减少集中对竞争产生不利影响的限制性条件。”因此，此处的“救济措施”与“限制性条件”属于同义替换。本文为达到不同语境下表达的连贯性，将灵活采取这两种表述方式。

¹ 王先林：《竞争法学》，中国人民大学出版社2009年版，第289页。

² 日本所用概念参见[日]根岸哲，[日]舟田正之：《日本禁止垄断法概论（第三版）》，王为农、陈杰译，中国法制出版社2007年版，第37页。我国台湾地区所用概念参见赖源河编著：《公平交易法新论》，元照出版有限公司2000年版，第199页。

³ 参见沈四宝、刘彤：《美国反垄断法原理与典型案例研究》，法律出版社2006年版，第130页。

⁴ 参见王晓晔：《欧共体竞争法》，中国法制出版社2001年版，第305页。

⁵ 刘春田主编：《知识产权法》，中国人民大学出版社2007年版，第2页。

⁶ 王先林：《知识产权与反垄断法——知识产权滥用的反垄断问题研究（修订版）》，法律出版社2008年版，第34页。

⁷ See Yurtoglu B. EU merger remedies: An empirical assessment [J]. Contributions to Economic Analysis, 2007, 282: 303-348.

需要注意的是,此处的救济措施不能与《反垄断法》第48条规定的经营者违法集中所要承担的法律后果相混淆。⁸此处的救济措施是针对合并交易需要事前申报的国家而言,采取的一种事前性、预防性救济,在救济措施实施时,反竞争效果还没有发生。而我国《反垄断法》第48条规定的法律后果,是指在违法集中发生后,执法机构为减少违法行为的损害而采取的必要措施,是一种事后性、补偿性救济。该条文触发时,集中已经开始进行或完成,反竞争效果已经发生,这种事后救济不属于本文研究的范围。

4. 知识产权救济措施的概念

本文所要研究的内容是“经营者集中反垄断审查中涉及知识产权的救济措施”。为了行文简洁,本文在论述中将其简称为“知识产权救济措施”。

(二) 知识产权救济措施的法理依据

强调专有性的知识产权作为一种垄断性权利,与主张保护自由竞争的反垄断法看似背道而驰,但事实上二者都服务于推动创新、促进经济发展、保护消费者权益的终极目的。⁹具体到经营者集中控制制度中,涉及知识产权取得的经营者集中往往会使企业在集中后获得关键的知识产权而形成排除、限制竞争的市场力量。此时,如果不加区分地适用反垄断法的知识产权适用除外规则¹⁰,竞争机制极易被破坏,从而影响社会经济发展。反之,如果将知识产权的垄断性做扩大理解,企业一旦获得某项知识产权,便认定其具有市场支配地位,则会导致反垄断法的尺度过于严格,干预了正常的经济活动,不利于经济效率的提高,同样违背了促进经济发展的终极目的。

因此,如何寻找到一个理想的方法,既能够对知识产权的专有性给予充分尊重,同时可以有效地保护竞争机制成为一项重大课题。在传统的经营者集中控制制度中,对于拟集中的企业附加限制性条件,以削弱其反竞争效果是一项普遍采取的、兼顾效率提高与竞争保护的措施。当知识产权与经营者集中控制制度产生交汇,附加与知识产权有关的限制性条件自然成为处理两者关系的重要手段。

(三) 国外知识产权救济措施的立法与实践

在国际领域,对于知识产权救济措施问题,许多国家已经做出了具体规定,并有大量实践案例。以欧盟和美国为例,两国在知识产权救济措施的立法与实践上都有较为成熟的经验。

1. 美国知识产权救济措施的立法与实践

美国反映知识产权领域反托拉斯法经验与动向的主要资料是美国司法部和联邦贸易委员会于1995年4月6日联合发布的《知识产权许可的反托拉斯指南》(以下简称《指南》)和2007年4月17日联合发布的《反托拉斯执法与知识产权:促进创新和竞争》(以下简称《报告》)¹¹。在企业合并问题上,《指南》指出了知识产权取得在企业合并过程中的分析思

⁸ 《反垄断法》第48条规定:经营者违反本法规定实施集中的,由国务院反垄断执法机构责令停止实施集中,限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态,可以处五十万元以下的罚款。

⁹ 关于知识产权与反垄断法关系的详细论述参见王先林:《知识产权与反垄断法——知识产权滥用的反垄断法问题研究(修订版)》,法律出版社2008年版,第73-78页。

¹⁰ 《反垄断法》第55条规定:经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为,不适用本法;……。

¹¹ 《指南》英文原文可在美国司法部网站(<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.htm>)和联邦贸易委员会(<http://www.ftc.gov/bc/0558.pdf>)上查阅,《报告》英文原文可在美国司法部网站(<http://www.usdoj.gov/atr/public/hearing/ip/222655.htm>)和联邦贸易委员会网站

(http://www.ftc.gov/reports/innovation/P040101_Promoting_Innovation_and_Competitionrpt0704.pdf)查阅。本章提到的《指南》和《报告》中的内容(本章中引号内引用部分)均转引自王先林:《知识产权与反垄断法——知识产权滥用的反垄断问题研究(修订版)》,法律出版社2008年版,第105-122页。

路¹²，同时《指南》对知识产权的取得问题（acquisition of intellectual property rights）作出了规定¹³。以上的文件只是对涉及知识产权的企业合并问题进行了纲领性的指导，反托拉斯执法机构分析问题的思路与救济措施的采用更多地体现在其处理的案件上，体现在合并双方接受的“同意令”（consent order）¹⁴上。如 Ciba-Geigy/Sandoz 合并案中为保证合并不致减缓基因药品的研究开发和提高其价格，同意令要求基因治疗技术、技术秘密和专利权一揽子许可给第三方，以便其能够与合并的企业相竞争。又如 Glaxo/Wellcome 合并案中，同意令要求合并后的公司放弃威尔康的与偏头痛药物的研究开发有关的资产（包括专利、技术……全部实验和研究的清单）¹⁵。这些涉及知识产权处理的同意令构成了美国与知识产权有关的经营集中救济措施的主要内容。

2. 欧盟知识产权救济措施的立法与实践

欧盟竞争法的实体规范最集中地体现在《欧盟运行条约》的第 3 条、第 101 条和第 102 条。但是，这三条规定介绍的分别是欧盟竞争法原则、垄断协议的禁止与豁免、禁止滥用市场支配地位，并没有涉及控制企业合并行为。目前欧盟处理企业合并问题依据的法规是 2004 年颁布的《关于企业集中控制的理事会第 139/2004 号条例》（以下简称《139/2004 号条例》）以及欧盟委员会颁布的一系列指南性文件¹⁶。《139/2004 号条例》第 8 条第 2 款规定了“有条件的批准”，即对合并附加限制条件¹⁷，但是对于涉及知识产权的企业合并问题并未做出特别规定。在欧盟委员会处理的企业合并案件中，我们可以找到处理思路。Glaxo/Wellcome 合并案中欧盟委员会要求将 Glaxo 的 3IIC 业务或者 Wellcome 的 Naratripan 业务许可给第三方。作出这一限制性措施的原因是由于抗偏头痛药市场中 Glaxo 因其产品具有特殊功效而达到了近乎垄断的地位，而 Wellcome 一直在对相似的药物进行临床试验，一旦成功就会打破这种垄断局面。考虑到该市场进入依赖大量资金投入、长期临床试验与许多关键知识产权的获得，因此市场进入难度极高。为了避免合并带来的排除、限制竞争效果，欧盟委员会最终对合并附加了剥离救济措施。在这起案件的审查中，知识产权作为判断市场进入难易程度的关键因素，对评估合并后竞争影响起到了重要的作用。在剥离救济措施中，知识产权剥离也成为本案一项重要的救济措施。

（四）我国知识产权救济措施的现状

我国《反垄断法》第 29 条规定：“对于不予禁止的经营者集中，国务院反垄断执法机构可以决定附加减少集中对竞争产生不利影响的限制性条件。”该条文明确了商务部可以采取“附加限制性条件”的方式批准经营者集中，在我国建立起了经营者集中救济制度。与此同

¹² 《指南》确立的三个一般原则对我们研究涉及知识产权的企业合并问题意义重大：“第一，在确认是否触犯反托拉斯法时，反托拉斯部门将知识产权与其他财产权同等对待。”“第二，反托拉斯部门并不假定知识产权产生反托拉斯意义上的市场力量，即知识产权作为垄断权本身并不能导致其权利所有人具有市场力量的结论。”“第三，反托拉斯部门承认知识产权许可行为让企业将各种生产要素结合起来，因而一般是有利于竞争的。”

¹³ 《指南》指出：“知识产权的某些转让非常适合运用分析企业合并的原则和标准、尤其是 1992 年《横向合并指南》中的原则和标准进行分析。”这条规定将企业合并中知识产权取得问题纳入反托拉斯法的分析框架中来。

¹⁴ 美国反托拉斯局与联邦贸易委员会（FTC）在认为企业合并可能产生反竞争效果时，往往并不会直接将其诉诸法院审查。为了避免诉讼带来的不确定性，执法机构和合并当事方通常会寻求“和解”

（settlements）。和解的方式往往是合并方接受“同意令”（consent order）。所谓的“同意令”，无非是对合并当事方附加一定的限制性条件来抵消合并带来的对竞争机制的破坏，其实质就是救济措施。

¹⁵ 详细案情参见王先林：《知识产权与反垄断法——知识产权滥用的反垄断问题研究（修订版）》，法律出版社 2008 年版，第 335 页。

¹⁶ 其他指南性文件有：《横向合并评估指南》、《合并调查最佳做法指南》、《执行理事会第 139/2004 号条例的委员会第 802/2004 号规章》以及 2007 年颁布的《非横向合并指南》。

¹⁷ See COUNCIL REGULATION (EC) No 139/2004 of 20 January 2004, On the Control of Concentrations between Undertakings (the EC Merger Regulation), Art. 8, para 2.

时,我国《反垄断法》第55条规定:“经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为,不适用本法;但是,经营者滥用知识产权,排除、限制竞争的行为,适用本法。”该条文划定了知识产权行使与反垄断法规范的边界:行使知识产权的正当行为是反垄断法适用的除外领域,但滥用知识产权排除、限制竞争的行为则应当受到反垄断法的规制。这两则条文构成本文研究“我国经营者集中反垄断审查中涉及知识产权的救济措施”的基石。然而除了这两条原则性的规定之外,我国现有法律体系中并没有其他与知识产权救济措施有关的法律规定。

作为经营者集中反垄断审查的执法机构,商务部在近六年的执法过程中一共附条件批准了23例经营者集中案件,其中有10例采取了知识产权救济措施,在知识产权救济措施实践上积累了一定的经验。但由于该领域缺乏法律规范,执法过程中难免出现无法可依、执法标准前后不一等问题。一方面,立法的缺失导致执法机构无法可依;另一方面,经营者集中案件大量出现,新问题不断涌现,需要执法机构作出回应。这些都对完善我国知识产权救济措施制度提出了日益紧迫的要求。

(五) 研究我国知识产权救济措施的意义与价值

上述现状分析已经表明,在知识产权救济措施领域,我国现有的法律规定有限,应对知识产权领域日新月异的发展时已显力不从心。要切实解决现存问题,必须从现实案例入手总结经验,将研究重点放在10个涉及知识产权救济措施的案例上。结合案例,对我国知识产权救济措施问题进行实证研究,具有重要的意义与价值。

第一,研究知识产权救济措施有助于推动知识产权与反垄断法这一交叉领域法律制度的完善。目前学界对于知识产权与滥用市场支配地位、知识产权与垄断协议的交叉问题已经有了一定研究¹⁸,但是在与知识产权有关的经营者集中问题,特别是救济措施问题上,国内外成例较少,研究成果不多,立足于国内现有案例的实证分析更是处于空白状态。本文力图填补该领域空白做出尝试,推动知识产权与经营者集中控制制度这一交叉领域法律制度的完善。

第二,研究知识产权救济措施有助于完善我国经营者集中救济制度理论。目前我国《反垄断法》中经营者集中控制制度的法律规定不尽完善,尤其在救济措施问题上法律规范明显缺失。¹⁹本文尝试采用定性的实证研究,运用个案分析与比较分析的方法,探求与知识产权有关的经营者集中审查在救济措施的实行上所具有的特点与经验,为日后制定与知识产权有关的救济措施指南提供思路,完善我国经营者集中救济制度。

第三,研究知识产权救济措施有助于提高商务部在对涉及知识产权的经营者集中进行反垄断审查时的执法能力。拉丁法谚有云:“执行乃法律之终局及果实”。要切实提高我国在这一交叉领域中的应对之道,除了依赖构筑“良法”之框架外,更需要培养“敏行”之内核,注重执法机构执法能力的提高。因此本文从实证案例出发,总结、评析商务部执法的得失,为执法机构进一步提高执法水平建言献策。

¹⁸ 相关领域有代表性的研究成果有王先林:《滥用市场支配地位与知识产权》,载《电子知识产权》2007年第7期;穆颖:《垄断协议与专利许可交叉问题研究》,载《科技与法律》2013年第4期。

¹⁹ 目前我国在经营者集中控制制度救济措施问题上仅有一部门规章《关于实施经营者集中资产或业务剥离的暂行规定》(以下简称《规定》)进行规制。该《规定》仅就“资产剥离”这一结构性救济措施的部分问题进行了规范(其中并未涉及与知识产权有关的资产剥离救济措施)。对于行为性救济措施目前没有法律、行政法规、部门规章或任何规范性文件予以规定。

二、我国经营者集中审查中涉及知识产权救济措施案例的逐案剖析与比较

（一）我国涉及知识产权救济措施的案例一览

商务部反垄断执法以来，一共公布了 23 例附条件通过的经营者集中案件。其中，有 10 例在限制性条件中涉及知识产权问题，分别为：辉瑞公司收购惠氏公司案，松下公司收购三洋公司案，通用电气（中国）有限公司与中国神华煤制油化工有限公司设立合营企业案，谷歌收购摩托罗拉移动案，联合技术收购古德里奇案，安谋公司、捷德公司、金雅拓公司组建合营企业案，百特国际有限公司收购瑞典金宝公司案，赛默飞世尔科技公司收购立菲技术公司案，微软收购诺基亚设备和服务案，默克公司收购安智电子材料公司案。²⁰（详见表 2-1，表 2-2，表 2-3）

表 2-1 案件审结时间年表

时间	案例	案例数量
2009 年	辉瑞案，松下案	2
2011 年	神华案	1
2012 年	谷歌案，联合技术案，安谋案	3
2013 年	百特案	1
2014 年	赛默飞世尔案，微软案，默克案	3

表 2-2 集中行业表²¹

集中涉及行业	子行业	案例
制造业	医药制造业	辉瑞案
	专用设备制造业	百特案
	电器机械和器材制造业	松下案
	铁路、船舶、航空航天和其他运输设备制造业	联合技术案
	计算机、通信和其他电子设备制造业	微软案，默克案
电力、热力、燃气及水生产和供应业	燃气生产和供应业	神华案
信息传输、软件和信息技术服务业	软件和信息技术服务业	谷歌案，安谋案
科学研究和技术服务	自然科学研究和试验发现	赛默飞世尔案

²⁰ 下文为叙述方便，除小标题采用案例全称外，行文中案例均简称为“一方当事人+案”。如“辉瑞公司收购惠氏公司案”简称为“辉瑞案”。

²¹ 行业分类参见中华人民共和国国家统计局网站：<http://www.stats.gov.cn/tjsj/tjbz/hyflbz/>，最后访问日期：2014 年 6 月 6 日。

务业		
----	--	--

表 2-3 集中类型与救济措施

案例分类	横向集中	非横向集中
结构性救济（“知识产权剥离”）	辉瑞案，联合技术案，百特案，赛默飞世尔案	
行为性救济	松下案	神华案，谷歌案，安谋案，微软案，默克案

下文拟对上述 10 例案件进行实证分析与个案研究。由于救济措施类型与经营者集中类型关系密切，为了使分析条理更加清晰，下文将以集中类型为标准分类，对横向集中与非横向集中案例分别评析。

（二）横向集中的知识产权救济措施

横向集中，是指生产或销售同类产品，或者提供同种服务而相互直接竞争的企业之间的合并。²²横向集中会扩大企业规模，提高生产效率，产生规模效应，从而促进经济的发展。但集中也会直接导致竞争者数量减少，市场竞争减弱，集中后的企业采取行动排除、限制竞争的可能性提高。

为了限制横向集中带来的不良影响，各国反垄断法都积极采用救济措施的方式进行规制。在横向集中领域，救济措施的主要方式为“资产剥离”。资产剥离机制，是指反垄断执法机关和参与集中的当事人，在一项经营者集中可能会给相关市场带来竞争问题的情况下，围绕当事人主动作出的将相关资产剥离给合适的购买者以解决潜在竞争问题的承诺，展开的一系列具有关联性互动活动所形成的一种经营者集中控制制度的实施机制。²³因此，当横向集中涉及知识产权问题时，知识产权剥离救济自然成为一项常见的救济措施。

在商务部已经审结的附条件通过的经营者集中案件中，一共有 5 例与知识产权有关的横向集中，分别为辉瑞案、松下案、联合技术案、百特案与赛默飞世尔案。

1. 辉瑞公司收购惠氏公司案²⁴

本案是商务部首次在经营者集中审查中规定了与知识产权有关的救济措施。集中双方辉瑞公司和惠氏公司是两家以制药为主的大型跨国公司。辉瑞公司创建于 1849 年，总部位于纽约，是目前全球最大的以研发为基础的生物制药公司。其产品覆盖了包括化学药物、生物制剂、疫苗、健康药物等诸多领域。²⁵惠氏公司是以研究为基础的制药和健康护理产品公司。在处方药和非处方药的研究、开发及制造和经营方面占有举足轻重的地位，同时在疫苗、生物工程、农产品以及动物健康产品方面也占有重要地位。²⁶

两家公司强大的市场力量和重叠度较高的产品领域使得其集中行为引起了反垄断执法机构的关注。商务部主要考察了集中后企业的市场份额、市场集中度以及市场进入问题，其中，与知识产权关系最为密切的是集中后的市场进入问题。正如审查决定所言：“药品研发的特点是成本高和周期长。据统计，开发一种新产品大约需要 3 年到 10 年的时间和 250 万

²² 王先林：《竞争法学》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 292 页。

²³ 丁茂中：《经营者集中控制制度中的资产剥离机制》，载《探索与争鸣》2010 年第 12 期。

²⁴ 审查决定全文详见商务部网站：<http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztzx/200909/20090906541443.shtml>，最后访问日期：2014 年 6 月 6 日。

²⁵ 资料来源于辉瑞公司官方网站：http://www.pfizer.com.cn/about/overview_cn.aspx，最后访问日期：2014 年 6 月 6 日。

²⁶ 资料来源于维基百科：<http://zh.wikipedia.org/zh-tw/%E6%83%A0%E6%B0%8F>，最后访问日期：2014 年 6 月 6 日。

到 1000 万美元的投资。市场调查显示,进入猪支原体肺炎疫苗市场的技术壁垒更高。”辉瑞和惠氏公司在猪支原体肺炎疫苗上都具有自主知识产权。合并前,双方占据着该领域绝大多数市场份额,两家公司处于竞争关系,通过相互制约而保持稳定的市场竞争状态。合并后竞争状态被打破,辉瑞公司占有极高的市场份额。由于该市场进入依赖长时间临床测试和大量资金投入,更重要的是依赖大量关键的知识产权研发,导致其市场准入门槛极高,短期内没有其他公司可以参与竞争,因此合并后的辉瑞公司具有极强的市场力量,有可能利用该优势进一步在中国扩张市场,打压其他竞争者,限制其他企业在该领域的发展。

鉴于上述竞争问题,商务部做出审查决定,要求辉瑞公司剥离其旗下的猪支原体肺炎疫苗业务,并在公告中明确指出:“被剥离业务包括确保其存活性和竞争性所需的有形资产和无形资产(包括知识产权)。”这是商务部在审查决定中首次规定知识产权的剥离。事实上,也是商务部首次采取资产剥离救济措施(之前在“三菱丽阳收购璐彩特案”的剥离措施系产能剥离,并非资产剥离)。虽然公告中仅将知识产权的剥离一笔带过,但意义重大。剥离无形资产(知识产权)意味着把其所有权一揽子转移给资产购买人,保证了剥离业务的独立经营性,从而保持了猪支原体肺炎疫苗市场的竞争性,一定程度上消解了集中带来的反竞争影响。

2. 松下公司收购三洋公司案²⁷

松下公司和三洋公司是以生产电器产品为主的两家日本公司。此次双方集中的领域主要在三个产品市场产生了限制竞争的效果:硬币型锂二次电池,民用镍氢电池,车用镍氢电池。这是一起典型的横向集中。

商务部调查发现,在三个相关市场(硬币型锂二次电池、民用镍氢电池、车用镍氢电池)上,松下公司和三洋公司都占有相当高的市场份额,集中后市场份额和市场集中度显著提高,从而导致下游用户的选择权受到限制。而且,集中后的松下公司利用其市场支配地位进行单方面提价等滥用行为将更加容易,此时买方也不具备足够的议价能力来排除这种支配地位的影响。同时,该市场发展已经趋缓,较难吸引市场进入以抵消上述不良影响。

为了限制集中带来的不良影响,商务部同样采用了资产剥离救济措施,要求集中一方将业务转让给独立的第三方购买人。然而在本案的知识产权问题上,商务部却并未采取资产剥离救济措施(至少不是严格的资产剥离救济),而是要求集中后企业许可购买人使用其知识产权。²⁸这一措施值得商榷。资产剥离的目的是为了能够使得资产购买人可以独立经营,与集中后企业在该业务上展开竞争,以抵消集中带来的反竞争影响,其核心在于购买人获得剥离的资产后能够独立经营。如果仅出售有形资产,而无形资产通过许可的方式进行,则业务的运行仍然需要依赖集中后企业的知识产权许可,不能满足“独立经营”的要求。知识产权的所有权仍然掌握在集中后企业手中,容易导致集中企业拒绝许可、提高或者变相提高许可价格等等方式对资产购买人参与该领域市场竞争进行限制,彼时监管成本将大幅度提高,而监督效果可能大打折扣。

3. 联合技术收购古德里奇案²⁹

本案与辉瑞案较为相似。集中双方为两家制造航空用品的公司。联合技术公司是全球多

²⁷ 审查决定全文详见商务部网站: <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/200910/20091006593175.shtml>, 最后访问日期: 2014 年 6 月 6 日。

²⁸ 原文如下:“(一)关于硬币型锂二次电池:1、剥离三洋公司目前全部的硬币型锂二次电池业务,……三洋公司将许可购买人使用其所拥有的硬币型二次电池生产相关的专用知识产权。”“(二)关于民用镍氢电池……并许可该购买人使用其拥有的民用镍氢电池相关的知识产权。”“(三)关于车用镍氢电池……并许可该购买人使用其拥有的 HEV 用镍氢电池生产相关的知识产权。”

²⁹ 审查决定全文详见商务部网站: <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201206/20120608181083.shtml>, 最后访问日期: 2014 年 6 月 6 日。

元化制造企业之一，主要为全球航空航天和建筑业提供高科技产品和服务，其制造领域涵盖航空发动机、直升机、商用航空设备等。³⁰古德里奇公司是《财富》500强企业之一，是一家在全球范围内为飞机及发动机制造商、航空公司及国防力量提供系统和服务的供应商。³¹

本案中相关商品市场为一系列航空操作系统，相关地域市场为全球市场。商务部认为交易在全球交流发电系统市场上可能产生排除、限制竞争的效果，遂从市场份额、市场集中度、市场控制力、市场进入、研发和创新等角度展开竞争分析。其中，知识产权对于此次交易带来的竞争影响主要体现在增强联合技术的市场控制力，提高市场进入门槛上。决定指出：“联合技术拥有飞机交流发电系统的领先技术，本交易将进一步强化联合技术的市场控制力，减少下游客户在全球范围内选择相关商品的供应商数量，……”虽然知识产权作为一种垄断性权利，但并不意味着拥有知识产权就等同于权利人具有市场力量。反垄断执法机构需要考查在相关市场上是否存在替代技术或替代产品，使权利人难以支配市场。商务部在市场控制力分析中体现了这一思想。联合技术拥有“领先技术”，这种领先技术意味着相关市场上少有关技术可以替代其优势地位，基于这一分析结论，商务部才认定交易会进一步强化集中后企业的市场控制力，而并非简单地在不考虑替代技术基础上直接认定联合技术具有市场控制力。这是处理与知识产权有关的经营者集中问题时正确的分析思路。除了增强市场控制力之外，知识产权对于经营者集中的影响更显著的还是在市场进入方面。本案市场进入的难度主要体现在以下几个方面：（1）飞机产品前期研发成本高，周期长，技术难度大，回收期长。（2）交流发电系统生命周期较长，飞机平台一经确定使用某种交流发电系统，很难改变。（3）新飞机平台的出现和技术革新的可能性较小，市场进入的机会极为有限。这三点原因都与知识产权密切相关。知识产权前期需要较高投入，一旦研发成功后便可以实现长期的收益。对于潜在竞争者来说，缺乏关键的知识产权，进入该市场的难度极大。一旦市场中两家主要的飞机交流发电系统公司进行合并，市场份额和集中度极大提升，同时其他竞争者由于知识产权壁垒几乎不具备进入可能性，因此交易极大破坏了竞争。

鉴于上述原因，商务部要求古德里奇将其电源系统业务剥离给第三方，并向卖方转让确保上述被剥离业务存活性和竞争性所需的有形资产和无形资产。本案的救济措施与辉瑞案如出一辙，都是通过整体转让包括知识产权在内的有形资产和无形资产的方式，“创造”出与集中后企业展开竞争的新势力。本案并没有采取松下案中的救济措施，即保留古德里奇电源系统业务中的知识产权，并许可给购买人使用。相信商务部也意识到，集中后企业对剥离资产的购买人进行知识产权所有权的整体转让对于新的竞争势力参与该领域竞争至关重要。本案稍显遗憾的是，两次经营者集中相隔近三年时间，商务部的审查决定却未见明显进步。救济措施的规定与辉瑞案相同，仍然只是简单地规定剥离业务包括有形资产和无形资产（包括知识产权），却并未对本案中知识产权剥离的具体操作办法做出详细规定。

4. 百特国际有限公司收购瑞典金宝公司案³²

本案是商务部于2013年审结通过的案例，相比之前案例，本案审查决定的竞争分析水平和救济措施规定都有明显进步。审查报告介绍了集中双方的信息。收购方百特于1931年在美国成立，主要从事治疗血友病、免疫系统紊乱疾病、传染疾病、肾科疾病、创伤等重症病产品的研发、生产与销售业务。被收购方金宝公司于1942年在瑞典注册成立，主要从事肾脏和肝脏透析、水处理系统及其他慢性和重症患者的体外疗法产品的研发、生产与销售业

³⁰ 资料来源于联合技术公司官方中文网站：http://www.cn.utc.com/utc_cn/home.html，最后访问日期：2014年6月6日。

³¹ 资料来源于《莱特兄弟美中合作项目》宣传册：

http://www.uschinaacp.com/upload/magazine/2010/12/29/member_activities_17_27.pdf，最后访问日期：2014年6月6日。

³² 审查决定全文详见商务部网站：<http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztzx/201308/20130800244176.shtml>，最后访问日期：2014年6月6日。

务。

本案的相关市场为全球 CRRT 系列商品市场。经过商务部考查,交易前全球 CRRT 系列商品的市场集中度指数(HHI)和交易后的集中度增量(Δ HHI)都达到了较高的水平,市场集中程度明显增加。³³交易后收购方市场份额进一步提高,进而拥有市场支配地位。同时,交易增加了中国血透透析器市场企业间相互协调、限制竞争的可能性。本案中,交易方百特公司和金宝公司都持有大量专利和其他知识产权,这些知识产权是 CRRT 系列产品发挥治疗效果的核心因素。一旦交易发生,该领域知识产权的持有者将进一步集中。决定指出:“CRRT 系列商品和血液透析系列商品市场进入存在一定障碍。……其次,拥有相应的专利和知识产权是进入该市场并保持生存的重要条件。”知识产权对于 CRRT 系列商品的重要作用可见一斑。对于不具备这些知识产权的潜在竞争者来说,知识产权问题成为它们进入该市场过程中极难逾越的壁垒,最终只能选择放弃。因此该交易严重排除、限制了竞争。基于上述原因,商务部做出了附加限制性条件批准的决定。

商务部要求百特公司剥离其全球 CRRT 业务,包括确保剥离业务存活性和竞争力所需的有形资产和无形资产。百特案的最大亮点在于,商务部首次公布了集中双方为达成交易而向商务部提供的救济承诺。在本案这份 5000 余字的救济承诺中,我们得以看到救济措施的详细内容。在“救济承诺”的第二章剥离业务中,百特公司详细列举了剥离的业务:(1)有形资产,(2)无形资产(除下文第三点提及的专利外)专门用于 CRRT 产品在全球开发、生产和/或销售的所有知识产权和专有技术,(3)许可、批准和授权;……。救济承诺用列示的方法,明确规定了转让知识产权的具体种类。“救济承诺”第三章第 9 条规定:“百特应落实所有必要措施,以确保在生效日后,不会取得有关剥离业务任何商业秘密、专有技术、商业信息或其他任何具有保密或专有性质的信息。……”该条进一步强调了需要保持集中后百特公司与剥离资产之间的独立性,通过建立“防火墙”制度,禁止百特公司取得任何剥离业务的知识产权。

5. 赛默飞世尔科技有限公司收购立菲技术公司案³⁴

赛默飞世尔收购立菲技术案的案情复杂,收购方和被收购方一共有 59 种产品具有横向重叠关系。本案的审查决定极具特色,也是商务部迄今为止审查决定中实证研究、定量分析特征最为突出的一个案例。

赛默飞世尔科技公司于 1960 年 10 月 11 日成立,是一家多元化的全球性生产公司,其主要业务为生产和销售生物科学分析仪器、耗材、试剂,以及为生物科学研究、分析和诊断提供服务和软件。立菲技术公司于 1997 年 5 月 21 日成立,是一家全球性的生物技术公司,供应范围广泛的生物技术产品和服务,包括克隆、聚合酶链反应(PCR)、逆转录、感受态细胞和其他生命科学应用技术。

商务部经过竞争分析,锁定了 3 种集中后可能具有排除、限制竞争效果的产品。分别为:细胞培养产品、SSP 试剂盒、SDS-PAGE 蛋白质标准品。此外,商务部还对基因调整产品中的 SiRNA 试剂进行了深入调查,并认定集中后在该产品市场也会产生较强的排除、限制竞争效果。上述产品的竞争分析均与知识产权有关,但在 SiRNA 试剂上知识产权的问题对于排除、限制竞争起到的作用更为显著。决定指出:“该产品(SiRNA)涉及美国麻省理工学院(MIT)Tuschl 专利,目前 MIT 在全球仅授权 4 家公司进行生产,赛默飞世尔科技公司和立菲技术公司是其中较大的两家。双方虽在中国市场份额较低,但在全球市场合计份额高

³³ 具体数据详见商务部网站: <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201308/20130800244176.shtml>, 最后访问日期: 2014 年 6 月 6 日。赫希曼指数高低与判断市场集中程度的关系详见王先林:《竞争法学》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 304 页。

³⁴ 审查决定全文详见商务部网站: <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201401/20140100461603.shtml>, 最后访问日期: 2014 年 6 月 6 日。

达 80%-90%，此次交易实施后将加强集中后实体的市场支配地位。” SiRNA 试剂需要依靠唯一的 Tuschl 专利才能够生产。集中双方作为知识产权的被许可方，具有较大的市场份额，集中后很可能带来排除、限制竞争的效果。

商务部对本集中附加了一系列限制性条件。对全球细胞培养业务和基因调整业务均作出了资产剥离救济。但需要注意的是，商务部在基因调整业务上作出的剥离救济具有特殊性。它与细胞培养业务中的剥离救济，以及此前案件中的剥离救济措施有所不同。在基因调整业务中的 SiRNA 领域，经营所必须的知识产权并非为赛默飞世尔公司所有，而是由 MIT 享有所有权并许可给赛默飞世尔等四家公司使用。因此此处剥离的无形资产，是否包括赛默飞世尔公司从 MIT 取得的用于 SiRNA 生产的 Tuschl 专利使用权？原许可合同是否自动终止？还是由资产剥离的购买人作为原被许可方赛默飞世尔公司的权利继受者当然地获得专利许可？MIT 是否有权拒绝许可该专利给剥离资产的购买人？这些问题没有得到明确，在赛默飞世尔公司提供的救济承诺中也并未提及。

（三）非横向集中的知识产权救济措施

非横向集中（又称“非横向合并”），包括纵向集中（“纵向合并”）与混合集中（“混合合并”）。所谓纵向合并，是指同一产业中处于不同阶段而实际上有买卖关系的企业之间的合并。它可以使合并企业在销售和供应上减少外部竞争的压力，节约交易成本，提高生产效率。但当纵向合并涉及范围过广时，可能加强甚至扩大合并一方原有的市场优势，促进某一市场的集中化。所谓混合合并，一般是指既不存在竞争关系也不存在买卖关系的企业之间的合并，即跨行业的企业合并。混合合并可能间接地传导、放大企业的优势，影响其他市场的竞争，因此仍应加以一定的控制。³⁵

与横向集中不同，对于非横向集中来说，集中双方不是竞争关系，在横向上并不存在业务重叠，只可能在纵向上存在买卖关系（纵向集中）或者业务上不存在任何关联（混合集中），因此为控制横向集中所惯常采取的资产剥离救济难以起到保护竞争的效果。这就要求反垄断执法机构发挥能动性，根据个案的不同特点灵活采取各种行为救济措施予以规制。

行为救济，是通过改变交易当事人或者其他主体的行为来处理合并交易可能导致的竞争损害。³⁶行为救济因个案的不同在形式上具有开放性，难以完全列举。常见的行为救济主要有以下几种：（1）开放承诺（包括许可使用网络、平台等基础设施，许可使用技术或知识产权，供应其他必要投入要素），（2）非歧视条款，（3）购买承诺，（4）防火墙条款，（5）透明度条款，（6）反报复条款，（7）终止、修改或禁止特定合同，（8）限制再雇用核心员工条款等。³⁷在处理与知识产权有关的非横向集中时，开放承诺、非歧视条款、防火墙条款等都是经常使用的行为救济方式。

1. 通用电气（中国）与中国神华煤制油化工设立合营企业案³⁸

本案是一起设立合营企业形式的经营者集中。一方通用电气在本次交易中负责向拟设立的合营企业许可通用水煤浆气化技术，另一方神华煤制油主要从事煤炭液化、煤化工项目及配套项目的开发经营。双方拟设立合营企业的业务主要是向工业和电力项目提供水煤浆气化技术许可和工程服务。

商务部在竞争分析中指出，水煤浆气化技术许可市场是本案的相关商品市场。其中，通用基础设施技术公司的水煤浆气化技术的市场份额最高。水煤浆气化技术需要有可靠的原料

³⁵ 参见王先林：《竞争法学》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 292-293 页。

³⁶ 韩伟：《企业合并反垄断审查中的行为救济》，载《东方法学》2013 年第 5 期。

³⁷ 参见韩伟：《经营者集中附条件法律问题研究》，法律出版社 2013 年版，第 65-74 页。

³⁸ 审查决定全文详见商务部网站：<http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztzx/201111/20111107855595.shtml>，最后访问日期：2014 年 6 月 6 日。

煤供应，而合并的另一方神华集团在神府地区的煤矿所产煤量为最高，是水煤浆气化技术原料煤的最大供应商，合并双方在各自的相关市场上都占据主导地位。商务部重点分析了水煤浆气化技术许可市场的市场进入情况。由于水煤浆气化技术是多项复杂技术的集合体，需要大量资金投入、长期开发周期和关键知识产权的研发才能够逐渐成熟，市场准入门槛很高。因此，集中后的合营企业很可能利用神华煤的原料煤优势，通过控制原料煤供应，限制该市场上的竞争。

基于集中带来的排除、限制竞争效果，商务部要求合营企业做出承诺：不得利用限制供应原料煤的方式，强制技术需求方使用合营企业的技术，或者提高使用其他技术的成本。本案的行为救济措施虽然与知识产权有关，但其核心并非限制知识产权的滥用，而是禁止神华集团利用其原料煤的优势强制下游企业使用通用水煤浆气化技术。救济措施希望达到目的是保证在竞争市场上不同的可替代性技术（通用基础设施技术公司水煤浆气化技术、兖矿华东理工多喷嘴对置式水煤浆气化技术与西北化工研究院多元料浆气化技术）可以充分竞争。这一点再次说明拥有知识产权并不等同于获得市场支配地位，需要评估其他知识产权是否具有可替代性。

2. 谷歌收购摩托罗拉移动案³⁹

本案收购方谷歌公司主要经营互联网搜索引擎和在线广告服务，并提供在线服务和软件产品。谷歌开发了移动智能操作系统安卓，并以开源、免费的方式提供给移动智能设备制造商使用。摩托罗拉是移动设备制造商，产品主要包括手机和平板电脑。

本案集中双方谷歌与摩托罗拉存在上下游产业链的关联关系。谷歌通过开源、免费的方式提供移动智能操作系统安卓，摩托罗拉为采用安卓系统生产移动设备的制造商。摩托罗拉所处的移动智能终端产品市场的市场集中度相对分散，竞争者较多，摩托罗拉的市场份额较低，且有进一步下降的趋势，在该市场摩托罗拉并不具备优势。而谷歌所处的移动智能终端操作系统上情况却显著不同。谷歌开发的安卓系统在该市场占有 73.99% 的份额。因此，在重点考察了集中后移动智能终端操作系统市场后，商务部总结出了集中后可能产生的竞争问题：（1）谷歌可能会改变目前安卓系统免费、开源的商业模式，（2）集中后谷歌可能对制造商差别对待，如提供摩托罗拉移动优于其他移动终端制造商的待遇，（3）谷歌公司取得摩托罗拉大量核心专利，同时具备强大的软硬件开发能力和集成能力，增强其市场力量，更有动机和能力在专利许可中附加不合理的许可条件，（4）移动智能终端操作系统的市场进入难度较大。

基于上述竞争因素，商务部对谷歌公司附加了限制性条件：（1）继续在免费和开放的基础上许可安卓平台，（2）以非歧视的方式对待所有原始设备制造商，（3）继续遵守摩托罗拉移动在摩托罗拉移动专利方面现有的公平、合理和非歧视（FRAND）义务。其中，继续免费和开放地许可安卓平台属于“开放承诺”救济措施中的许可使用技术或知识产权。维持谷歌现有的开放政策对于保护竞争机制非常必要：安卓系统在移动智能终端操作系统市场上占有很大的市场份额，许多智能手机终端生产商都依赖于该技术许可。由于智能终端操作系统的开发需要大量资金投入与知识产权开发，因此近一段时间市场进入可能性几乎为零。为了确保智能手机操作系统市场能够自由竞争，谷歌必须继续开放许可安卓平台。另一个与知识产权有关的救济措施是要求谷歌继续遵守摩托罗拉移动在摩托罗拉移动专利方面现有的公平、合理和非歧视（FRAND）义务。这一规定是为了防止谷歌在取得摩托罗拉大量核心专利之后，滥用知识产权，在专利许可中附加不合理的许可条件从而破坏竞争。其目的是为了控制集中结果，减少或避免集中带来的反竞争影响。

³⁹ 审查决定全文详见商务部网站：<http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztzx/201205/20120508134324.shtml>，最后访问日期：2014 年 6 月 6 日。

3. 安谋、捷德、金雅拓组建合营企业案⁴⁰

安谋公司为一家英国公司，主要从事家用电子产品应用处理器知识产权授权业务。捷德公司为一家德国公司，是世界著名的高科技跨国集团公司。金雅拓公司主要从事各类智能卡业务。⁴¹

该交易带来的竞争问题在于，安谋公司的业务与合营企业即将开展的业务具有纵向关系。本交易拟设立的合营企业从事 TEE (Trusted Execution Environment, 可信执行环境) 的整合研发和推广。而 TEE 的研发与推广必须依赖于安谋公司拥有的 TrustZone 技术授权。安谋公司在家用电子产品应用处理器知识产权授权业务市场上具有较强的市场控制力。交易发生后，安谋公司可能利用其控制力歧视合营企业之外的 TEE 研发者，或者采用其他手段降低第三方 TEE 性能，从而起到排除和限制竞争的效果。同时，在应用处理器市场，由于研发难度和知识产权的壁垒，市场进入非常困难。

针对集中产生的排除、限制竞争效果，商务部对交易附加了限制性条件。对安谋公司的知识产权行使行为做出了限制：安谋公司应当无歧视地发布研发 TEE 所必须的一系列信息，同时不得通过对自有知识产权的特殊设计降低第三方 TEE 的性能。这两条措施通过限制安谋公司利用其应用处理器市场上的优势地位，防止其对 TEE 研发市场产生影响。这也侧面体现出安谋公司的 TrustZone 技术对于其市场力量的形成具有重要影响。

4. 微软收购诺基亚设备和服务业务案⁴²

该案是商务部新近作出的影响较大的一例控制经营者集中案例。该案的审查决定公布之后也引起了社会各界的广泛讨论。本案收购方微软于 1975 年在美国成立，从事开发、生产、许可、支持和销售电脑软件和消费电子产品。出售方诺基亚于 1865 年在芬兰成立，是一家跨国通讯和信息技术公司，主要产品为功能手机、智能手机、网络基础设施、免费数字地图信息及导航业务。本次交易微软旨在收购诺基亚设备和服务业务部门的所有实体和资产。

本次交易十分复杂，涉及到多个相关商品市场。商务部的竞争分析主要侧重分析三个方面：微软的移动智能终端操作系统与诺基亚智能手机之间的纵向关联，集中后微软可能出现的专利权滥用行为以及集中后诺基亚可能出现的专利权滥用问题。

首先，商务部经过市场调查发现，在移动智能终端操作系统与智能手机市场上竞争比较充分，微软和诺基亚的市场份额有限，集中并不会带来排除、限制竞争的效果。

其次，商务部认为微软可能凭借其安卓项目许可排除、限制中国智能手机市场竞争。由于安卓系统中有大量技术依赖于微软的专利（包括标准非必要专利和标准必要专利），这些专利对于实现安卓手机的重要功能不可或缺。因此，微软在这些专利的许可市场上占据支配地位。集中发生后，微软进入移动终端制造领域，有动机提高其他制造商的许可费来打压竞争对手。同时，在国内的大部分智能手机制造商缺少可以与微软进行交叉许可以制衡其滥用行为的知识产权，加之专利许可构成了市场进入的主要障碍，这都使得微软一旦滥用智能手机相关专利将会对中国智能手机市场的竞争机制带来极大破坏。

最后，商务部考查了集中之后保留了大量专利组合的诺基亚公司。本案中诺基亚的手机生产业务被微软收购，但其仍保留大量通信专利，因此对交易后的诺基亚公司进行反垄断审

⁴⁰ 审查决定全文详见商务部网站：<http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztzx/201212/20121208469841.shtml>，最后访问日期：2014 年 6 月 6 日。

⁴¹ 由于捷德公司与金雅拓公司与本案集中带来的限制竞争问题关系不大，因此简略介绍。关于两家公司的详细情况可浏览其官方网站。捷德公司官方网站：<http://www.gi-de.com/chn/cn/index.jsp>，最后访问日期：2014 年 6 月 6 日。金雅拓公司官方网站：<http://www.gemalto.com/index.html>，最后访问日期：2014 年 6 月 6 日。

⁴² 审查决定全文详见商务部网站：<http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztzx/201404/20140400542415.shtml>，最后访问日期：2014 年 6 月 6 日。

查也应当属于经营者集中审查的范围。在智能手机市场上,诺基亚公司凭借其数千项通信标准必要专利具有控制力。交易发生后,诺基亚退出手机制造市场,不再需要因为手机业务与其他竞争者进行交叉许可,增强了其依赖收取专利许可费盈利的动机,也削弱了其他被许可人依靠交叉许可与诺基亚抗衡的能力。由于通信行业的运营主要依托知识产权,因此该行业的市场进入门槛极高,除了目前市场中的手机服务者之外,潜在竞争者几乎不可能进入该市场。

为了减少集中带来的上述排除、限制竞争效果,商务部对交易附加了复杂的救济措施。在微软方面,对于标准必要专利,微软应当继续遵守包括公平、合理和无歧视(FRAND)原则在内的一系列条件以防止其滥用行为;对于非标准必要专利,微软应当继续进行现有的非排他性许可,并维持现有协议中的专利费率以及非价格条款中的条件。在诺基亚方面,限制性措施的规定更加详细。首先要求诺基亚继续基于FRAND原则许可其标准必要专利,不得通过执行禁令来阻止附有FRAND承诺的标准的实施(被许可人恶意除外)。商务部还解释了判断专利许可人和被许可人是否善意的标准,从而建立起了处理专利许可问题时判断相对人主观状态的一般准则。其次,商务部要求诺基亚提供标准必要专利许可时不得要求被许可人同时接受诺基亚未受FRAND义务约束的专利许可。简而言之,这一规定禁止了诺基亚通过搭售的方式滥用其知识产权。再次,商务部对诺基亚转让专利也做出了限制:新所有人必须全面接受FRAND义务的约束。这确保了对诺基亚持有的标准必要专利无论被转让到任何手中,都不能被滥用来排除、限制竞争。最后,商务部对诺基亚提供的FRAND计件费率作出规定,要求其按照一定的评估标准,保持FRAND许可价值的合理化。这一条限制性措施是为了防止诺基亚不正当地收取使用费,对被许可人产生不良影响。上述行为救济措施从多个角度对此次集中进行限制,减少了其带来的排除、限制竞争影响。

5. 默克公司收购安智公司案⁴³

本案收购方默克公司于1995年在德国成立,主要从事生物制药产品、生命科学仪器和特种化工产品的生产销售。被收购方安智公司于2010年在卢森堡成立,主要从事电子产品的特种化工材料的生产销售。

本案中相关商品为液晶与光刻胶,二者为互补关系,构成相邻市场。默克公司生产液晶,安智公司生产光刻胶。商务部认为此次集中完成后,默克具有利用相邻产品关系将液晶和光刻胶进行捆绑销售或交叉补贴的能力,从而损害市场竞争。在本案中,知识产权带来的排除限制竞争问题仍然体现在市场进入问题上。默克公司在液晶市场上拥有的大量专利构成实质性壁垒,新的市场进入者短期内很难突破。

基于以上的限制竞争效果,商务部附加条件批准了本次集中,要求默克公司不得进行任何形式的捆绑销售。在许可液晶专利时,基于非排他性的、不得转许可的条款实施。所有条款应当遵循合理、非歧视性的原则。这几条救济措施的针对性较强。其中,与知识产权有关的救济措施主要是要求默克公司必须非排他性地许可液晶专利,以防止默克公司利用其在液晶市场上的优势地位以及之后取得的在显示器市场上的优势地位,对其他竞争者区别对待,提高许可价格,从而破坏和限制竞争。

⁴³ 审查决定全文详见商务部网站: <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztzx/201404/20140400569060.shtml>, 最后访问日期: 2014年6月6日。

三、我国经营者集中审查中涉及的知识产权救济措施的总体分析与评价

讨论至此,我们可以对我国经营者集中反垄断审查中的知识产权救济措施进行总结与归纳。需要说明的是,在经营者集中审查中,充分的竞争分析是采取适当的救济措施的基础。因此,讨论知识产权救济措施离不开讨论知识产权在经营者集中的竞争分析中的作用。下文在分析救济措施时,都会首先分析知识产权问题在经营者集中审查中的影响,然后再对救济措施进行评估。

(一) 知识产权与相关市场的界定

相关市场的界定是分析反垄断问题的前提和基础。分析知识产权救济措施的一般规律,首先应当从知识产权与相关市场界定的关系说起。相关市场的界定对于经营者集中时的竞争分析十分重要。如果市场范围界定得过于狭窄,则减少市场上可以作为替代商品的种类和数量,从而使得知识产权的获得更容易被认定为具有市场支配地位,进而导致执法机构对集中采取更加严格的控制措施;如果市场范围界定的比较广,则替代品的种类、数量增加,知识产权的获得对竞争的影响可能不再显著,执法机构会倾向于无条件批准集中。

1. 知识产权与相关商品市场

在确定知识产权与相关商品市场时,首先需要明确知识产权取得并不产生市场力量,也不直接导致相关市场的确立。相关商品市场的界定,主要应当考虑不同产品之间的可替代性。对于具有某种特定知识产权的产品,主要应当考虑是否存在能够与该知识产权发挥同等或近似功能的替代知识产权,然后才能准确地界定相关商品市场。如神华案中,通用电气拥有水煤浆气化技术的知识产权。如果将相关商品市场直接界定为通用水煤浆气化技术许可市场,则通用电气在该市场上拥有 100% 的市场份额,很容易认定集中后通用电气更容易滥用其市场支配地位排除、限制竞争,因此集中应当被禁止。然而商务部经过调查发现,通用水煤浆气化技术存在替代技术,其中以兖矿华东理工多喷嘴对置式水煤浆气化技术和西北化工研究院多元料浆气化技术为主要竞争者,因此将相关商品市场界定为水煤浆气化技术许可市场。

2. 知识产权与相关地域市场

“相关地域市场是指一个有效竞争存在的地理范围。”⁴⁴ 界定相关地域市场同样需要考虑可替代性问题。但与界定相关产品市场更多需要考虑需求可替代性不同,界定相关地域市场多从供给可替代性方面加以考虑。一般来说,在界定相关地域市场时应当考虑的因素主要涉及以下方面:(1) 运输成本和商品特性;(2) 商品价格;(3) 消费者偏好;(4) 市场进入的障碍。⁴⁵ 知识产权对于供给可替代性的影响,往往体现在商品特性和市场进入障碍上。如赛默飞世尔案中,商务部认为澳大利亚/新西兰胎牛血清、siRNA 试剂地域市场为全球市场,是因为这些产品生产技术含量高,或拥有准入性专利,全球生产均依赖于大型生产商的供应,因此相关地域市场为全球市场;而对于大多数生产技术难度不高、没有准入性专利的产品,

⁴⁴ 王先林:《竞争法学》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 230 页。

⁴⁵ 王先林:《论反垄断法实施中的相关市场界定》,载《法律科学》2008 年第 1 期。

国内外都存在供应商。由于中国的销售模式与定价机制不同于其他国家，因此其他国家的供应商对于该市场不具有供给可替代性，因此将这些产品的相关地域市场界定为中国。

3. 知识产权与相关市场中的时间因素

对于某些商品而言，由于季节性、时尚性或者受到技术发展的影响，相关市场的存在可能与时间因素密切相关。一般来说，时间因素往往只在部分案件中需要考虑，并不像相关商品市场与相关地域市场那样具有普遍性。知识产权的保护期限是有限的，因此在某些涉及知识产权问题的相关市场界定中，时间因素也需要予以考量。

（二）横向集中的知识产权救济措施

1. 知识产权在横向集中竞争分析中的影响

分析横向集中带来的竞争问题，反垄断机构需要考查市场份额、市场控制力、市场集中度、市场进入、经济效率、对消费者和其他经营者的影响、对国民经济发展的影响等方面。知识产权问题在这些因素的分析上都有一定的影响。

首先，知识产权影响市场份额和市场集中度的界定。知识产权的实现往往需要依托具体的产品，一旦市场中某种产品具有领先的知识产权，往往就会占有较高的市场份额，相关市场的集中度也会很高。如在联合技术案中，由于联合技术拥有飞机交流发电系统中的“领先技术”，依托这种领先技术，联合技术公司占据了飞机交流电市场 72% 的份额。

其次，知识产权与市场进入的关系最为密切。在经营者集中过程中，参与合并的一方或各方拥有某项知识产权或者独占性许可证的情况下，其他企业进入市场无疑要受到合并后企业的限制。⁴⁶如在百特公司案中，CRRT 系列产品的生产依赖大量知识产权，由于其他的企业不具备这些知识产权，因此难以进入该市场竞争。一旦集中发生，知识产权的所有者进一步限缩，市场进入难度进一步加大，集中带来的排除、限制竞争的效果更为突出。

最后，经营者集中过程中因知识产权取得带来的效率提升可以在一定程度上抵消集中带来的不利影响。经营者集中过程中的知识产权取得带来的影响并不都是负面的。事实上，许多附条件通过的经营者集中之所以没有被禁止，一个重要的原因是因为集中可以实现知识产权的优化利用，推动创新，提高效率，增加社会福利。如赛默飞世尔案中，商务部审查了 59 种相关产品市场，发现两家公司在多个领域发生了业务重叠，并有 4 种产品的集中产生了难以排除、限制竞争的效果。即便如此，商务部仍然附条件批准本次集中，侧面证明了商务部认为两家生物技术公司的集中能够大幅度推动生物医学创新，增加社会福利，并一定程度抵消集中带来的不利影响。

2. 横向集中中常见的知识产权救济措施——知识产权剥离救济

（1）知识产权剥离救济措施的特点

在 5 个附知识产权救济措施批准的横向集中案例中，有 4 例都采用了知识产权剥离救济。可见知识产权剥离救济是处理涉及知识产权的横向集中问题最常见的救济措施。经过分析我们可以总结出知识产权剥离有以下特点：

第一，知识产权剥离一般不单独进行，往往需要依托有形资产一并剥离。这是由于知识产权本身的特点决定的。知识产权本身具有无形性，不能单独运营，需要与有形资产整合后才能形成有效参与市场竞争的业务。

第二，知识产权剥离目的是确保被剥离的业务具有存活性、可售性和竞争力。商务部在几个案件的救济措施中都特别提到了被剥离的业务需要具备上述特征。存活性是指被剥离的

⁴⁶ 王先林：《知识产权与反垄断法——知识产权滥用的反垄断法规制（修订版）》，法律出版社 2008 年版，第 334 页。

业务从原公司分离后,可以继续经营并持续存在。可售性是指剥离业务的价值可以评估,并可以自由出售而无其他条件限制。竞争力是指被剥离的业务被购买人获得并投入使用后,与同类业务保持着相当的竞争力,从而保护了竞争。

第三,剥离购买人应当享有知识产权的所有权。既然剥离的目的是为了确保剥离业务的存活性、可售性与竞争力,那么被剥离的业务必须独立于原所有人。实践中有种做法是权利所有者将知识产权许可给第三方使用,所有权并不发生移转。如松下案中,商务部要求松下公司剥离其电池业务给第三方(购买人),但剥离内容仅限于有形资产。对与生产电池相关的知识产权则以许可给购买人使用的方式完成即可。这种救济措施值得商榷。如果所有权不发生转移,集中后的企业与资产购买人共享知识产权。一方面,双方都有“搭便车”心态,都不愿意继续从事研发工作,在现有知识产权的基础上进一步提升技术;另一方面,集中后的企业继续享有知识产权的所有权并与资产购买人竞争,为了能在竞争中处于有利地位,所有权人更可能在专利许可上为被许可人设置障碍,从而排除限制竞争。因此,知识产权剥离措施中的转让知识产权,应当是转让知识产权的所有权。剥离之后,购买人独占地享有知识产权并具备排他性,这样才能够保证公平的竞争。

(2) 知识产权剥离救济措施的适用

经过上述分析,我们可以归纳出知识产权剥离救济措施的适用条件。

第一,经营者集中类型为横向集中。横向集中涉及到拟集中企业之间产品的重叠与竞争。在这种情况下,将竞争业务剥离出来交由第三方购买人经营,保证该产品市场上竞争继续存在,避免集中后企业获取垄断地位,更可能排除、限制竞争。这是剥离救济措施的核心目的所在。如果经营者集中类型为非横向集中,集中双方不存在产品的横向竞争关系,剥离与否对同一相关市场的竞争状况并不产生实质性的影响,剥离救济也失去了其意义,反而可能对企业的正常经营产生不良影响。

第二,知识产权问题对集中后的市场竞争产生重要影响。知识产权剥离救济的目的是针对集中后企业可能因为获得某项知识产权而产生排除、限制竞争的市场力量,因此为了保护竞争机制,需要剥离相应的知识产权。如果在集中过程中并未涉及知识产权问题,或者知识产权问题在集中后并未产生严重的排除、限制竞争影响,那么对这种集中的规制只需要附加有形资产的剥离即可,不需要对知识产权进行剥离。

第三,需要有形资产剥离作为载体。如前所述,知识产权具有无形性,因此在采取知识产权剥离救济措施时,首先应当考虑拟剥离的业务中是否具有有形资产,只有具有有形资产为载体,方可实施知识产权剥离救济。否则则知识产权剥离救济无法进行。

(3) 知识产权剥离救济措施执行中需要注意的问题

知识产权剥离救济措施在实施过程中,有一个重要问题值得关注:在大多数知识产权剥离救济措施中,被剥离的知识产权所有权属于被剥离人,此时毫无疑问应当将其所有权转让给第三方购买人。然而,如果被剥离知识产权的所有权人并非被剥离人,被剥离人只是取得了所有权人的许可使用该知识产权从事经营活动,在这种情况下应当如何剥离知识产权?赛默飞世尔案便是典型案例。在基因调整业务中的 SiRNA 领域,经营所必须的知识产权并非为赛默飞世尔公司所有,而是由 MIT 享有所有权并许可给赛默飞世尔等四家公司使用。商务部在该案中要求赛默飞世尔剥离包括知识产权在内的无形资产,此处的知识产权应该如何剥离?是否包括赛默飞世尔公司从 MIT 取得的用于 SiRNA 生产的 Tuschl 专利使用权?进一步来说,如果赛默飞世尔公司将其专利使用权转让给购买人,是否需要经过专利权人 MIT 的同意?原许可合同的效力如何?是自动终止?还是由资产剥离的购买人作为原被许可方赛默飞世尔公司的权利继受者当然地获得专利许可?MIT 是否有权拒绝许可该专利给剥离资产的购买人?这一系列问题值得研究。

笔者的意见是：如果被剥离的知识产权不属于被剥离人，那么被剥离人应当向购买人转让其从知识产权所有人处获得的知识产权使用许可。且购买人一旦确定，知识产权的所有者不得拒绝许可知识产权给购买人。资产购买人与知识产权所有人的许可合同可以通过以下任意一种方式完成。一种方式是剥离资产购买人承继被剥离人在许可合同中的权利义务，原许可合同继续有效。另一种方式是被剥离人与知识产权所有人的许可合同终止，资产购买人与知识产权所有人另行订立新的许可合同。

反垄断法作为反对限制竞争，维护自由公平竞争的法律规范，带有鲜明的国家强制力色彩，通过国家适当干预的方式保护有序的市场竞争。因此，在知识产权剥离救济中如果涉及到上述问题，知识产权所有人必须将关键的知识产权许可给购买人，才能够实现剥离后相关市场上的有效竞争。这种行为看似暂时限制了知识产权所有权人的权利，但在更大的层面上保证了市场的有效竞争，提高了社会整体福利，更有利于所有权人实现其知识产权的价值。

（三）非横向集中的知识产权救济措施

1. 知识产权在非横向集中竞争分析中的影响

评估非横向集中带来的竞争问题时考虑的因素与评估横向集中问题大同小异。主要的因素有集中双方在各自市场中的份额和集中度，市场进入条件，集中带来的效率提高，对其他竞争者的影响等方面。与横向集中相似，知识产权在这些因素的分析中也扮演着重要角色。为了避免重复，此处不再一一赘述知识产权与各因素之间的关联。仅就知识产权与市场进入、知识产权与效率提高两项内容结合商务部案例做简要说明。

知识产权的取得会大幅度提高市场进入水平。比如在纵向集中中，与处于产业链下游的集中者有竞争关系的企业往往受到歧视性待遇，甚至被迫退出市场。如在谷歌案中，谷歌开发的安卓系统在智能终端操作系统市场中占有最大的市场份额。收购摩托罗拉移动之后，谷歌可能会歧视性地对待其他使用安卓系统的手机生产商，提高许可条件甚至拒绝许可。这无疑提高了其他手机制造商的生产成本，造成了不公平竞争。一旦谷歌拒绝许可安卓系统专利，手机制造商转移操作平台的成本很高，最终可能导致其退出市场。对于上游市场智能终端操作系统来说，其开发需要大量知识产权投入，同样提高了市场进入门槛。

知识产权的取得也会推动技术创新，提高生产效率。如在安谋案中，安谋公司与拟组建的合营企业在业务上存在纵向关联，作为上游企业的安谋公司在应用处理器市场中拥有 TrustZone 核心技术，运用该技术组建合营企业进行 TEE 的整合研发，会实现研发流程的一体化，降低了交易成本，形成更为完整的产业链，有利于新技术的研发。

2. 非横向集中中常见的知识产权救济措施——知识产权行为救济

（1）知识产权行为救济措施的分类

与横向集中的救济措施主要为结构救济（知识产权剥离）相对，非横向集中的救济措施主要是灵活多样的行为救济措施。行为救济可以结合交易的具体情况在救济措施上不断创新，因此其形式具有开放性，很难被完全列举。根据行为救济的直接目的，可以将行为救济划分为促进横向竞争的行为救济和控制合并结果的行为救济两大类。⁴⁷与知识产权有关的行为救济同样具有形式多样的特点，因此可以依照上述分类方式对其进行归纳研究。

促进横向竞争的行为救济是通过对合并后企业的行为附加特定约束条件，促进相关市场中合并后企业与其竞争者之间的关系。这种类型的行为救济又可以进一步分为三类：第一，阻止合并企业运用其横向市场势力封锁市场或者减少竞争的救济措施。如安谋案中，商务部为防止安谋公司利用其在应用处理器市场上极强的市场控制力排除、限制竞争，要求其不得

⁴⁷ 韩伟：《企业合并反垄断审查中的行为救济》，载《东方法学》2013年第5期。

通过对自有知识产权的特殊设计降低第三方 TEE 的性能。第二，阻止合并企业运用其纵向市场关系破坏或者限制横向竞争的救济措施。如谷歌案中，谷歌在智能终端操作系统市场上占有最大的市场份额，与手机终端制造商之间存在纵向市场关系。商务部要求谷歌继续在免费和开放的基础上许可安卓平台，就是为了削弱谷歌在纵向市场关系中极强的市场控制力，从而防止其利用纵向市场关系破坏或限制竞争。第三，为鼓励竞争而改变买家行为的救济措施。该种行为救济措施与知识产权问题关系不甚紧密，知识产权领域的经营者集中案例中也未见采取这种行为救济，因此此处不做重点研究。

控制合并结果的行为救济主要通过直接控制产品价格或产品范围等合并可能带来的特定结果，以阻止竞争损害的出现。以微软案为例，商务部对微软非标准必要专利许可的专利费率做出了详细的规定，制定了最高上限⁴⁸。商务部在本案中预见到集中后微软可能会抬高非标准必要专利的许可费率，因此对其设定最高上限，以阻止竞争损害的出现。

（2）知识产权行为救济措施的特点

经过上述总结不难发现，相比于结构性救济措施（知识产权剥离救济），知识产权行为救济措施具有以下特点。

第一，行为性救济形式多样，更适应不同案件需要。相比于剥离救济较为固定的规范，行为救济可以根据不同案件的具体情况开发出相应的救济措施。如商务部在谷歌案中要求谷歌继续免费许可安卓平台；再如微软案不仅对集中后的微软公司附加了一系列限制性条件，还要求集中后保留了大批专利组合的诺基亚公司履行一系列义务。这些救济措施都是根据案件的特殊性自由决定的。

第二，行为性救济更加灵活，可以及时调整。知识经济时代，市场形势瞬息万变。在某一市场占据支配地位的企业，很可能因为另一家公司开发出更加先进的技术而失去其优势地位。这也给反垄断机构的执法带来很大挑战。决定作出时的市场状况并不一定能够长久维持，这也就意味着知识产权的救济措施需要不断调整，以实现保护竞争的宗旨。与剥离救济这种几乎不可逆的救济措施相比，行为性救济可以根据市场状况灵活调整，更加适应知识经济时代的要求。

第三，行为救济的问题在于难以有效执行与监督。行为救济并非灵丹妙药，它最大的问题就是需要极高的成本来执行与监督。剥离救济强调剥离业务的“独立性、竞争性”，因此一旦剥离完成，市场势力划分完毕，一劳永逸地解决了竞争问题。而行为救济的形式多为集中方答应履行其承诺，是一个长期的、连续的过程，任何一个环节出现执行问题，都可能导致整个救济措施的失败。该点对于知识产权领域的经营者集中尤甚。知识产权作为一种无形资产，集中方履行的承诺很多情况下无法量化，难以监管。如商务部对多起案例做出的要求集中方履行公平、合理和无歧视（FRAND）原则许可专利。这一限制性条件的执行十分困难，需要长期、深入地监督每一个许可合同，其执行效果令人堪忧。

（3）知识产权行为救济措施的适用

从上文知识产权行为救济措施的特点中可以看出，知识产权行为救济措施灵活多样，可以较好的适应个案的不同特点，但面临执行难与监督难的问题，因此在决定是否适用知识产权救济措施时，应当从以下两个方面进行把握。

第一，知识产权剥离救济措施不能有效发挥作用时，应当适用知识产权行为救济。这里

⁴⁸ 审查决定原文：“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：……（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。”

的“知识产权剥离救济措施不能有效发挥作用”，既指知识产权剥离救济无法适用的情况（如非横向集中中适用剥离救济是无意义的），又指单独适用知识产权剥离救济措施无法有效起到保护竞争的作用，需要知识产权行为救济措施进行补充的情况。

第二，知识产权行为救济措施能够以合理的方式解决执行难与监督难的问题。执行难与监督难是知识产权行为救济最大的问题，如果能够解决这个难题，知识产权行为救济凭借其具有的一系列优点，应当比剥离救济更优先地用于涉及知识产权的经营者集中控制制度之中。

（四）我国知识产权救济措施的立法现状与商务部执法简评

1. 我国知识产权救济措施的立法现状

目前我国反垄断法体系中对于知识产权救济措施的规定十分有限。如笔者在引言中所言，我国《反垄断法》第 25 条对经营者集中附加限制性条件和第 55 条关于反垄断与知识产权保护之间关系的两条规定构成了构建我国知识产权救济措施的法律基石。

但是，仅有这两条原则性的规定是远远不够的。构建我国知识产权救济措施体系，需要一系列配套法律法规。2010 年商务部发布了《关于实施经营者集中资产或业务剥离的暂行规定》（以下简称《规定》）。《规定》对监督受托人、剥离受托人、买方、管理人等主体的范围、权利义务做出了较为详细的规定。遗憾的是，《规定》对剥离客体问题并没有做出任何规定，既未明确剥离的资产包括哪些具体种类（有形资产还是无形资产，是否包括劳动力资源），也没有规定决定某个资产是否需要剥离的判断标准。《规定》通篇没有谈及知识产权的剥离问题，当然也无法对知识产权剥离过程中，购买人是取得其所有权还是仅仅取得许可这一问题给出答案。

与结构救济相比，在知识产权行为救济领域问题更加突出。迄今为止，我国尚未发布任何与行为救济有关的法律法规、部门规章。而商务部在执法中多次采取行为救济，其中与知识产权有关的行为救济案例已有 5 例。由于缺乏法律规定，这些救济措施的行政色彩较为浓厚，商务部决策时往往受到不同利益集团的影响，难以作出符合反垄断法精神的决定。对于集中者来说，也需要依赖明确的法律安排自己的商业活动，规避法律风险。知识产权的特殊性决定了知识产权领域救济措施的复杂性，更需要明确的法律规范。

2. 商务部执法简评

（1）进步性

在近六年的执法过程中，商务部对于涉及知识产权的经营者集中审查案件执法积累了一定的经验，取得了较大的进步。主要体现在以下方面：

首先，公告篇幅逐渐增加，信息披露程度不断提高。从辉瑞案的 1000 余字到赛默飞世尔案仅公告正文就 4000 余字，附件中的救济承诺方案更是长达 16000 余字。早期案件对集中双方企业的信息和交易背景鲜有提及，而之后的案件中逐渐进行了较为全面的信息披露，体现出商务部追求进步的执法态度。

其次，竞争分析日渐成熟。商务部在执法过程中已经逐渐意识到经营者集中过程中知识产权的取得问题会对市场竞争产生重要影响。如在谷歌收购摩托罗拉案和微软收购诺基亚案中，商务部在竞争分析中都对知识产权着以大量笔墨，重点分析知识产权取得带来的竞争问题。

最后，知识产权救济措施日益完善并不断创新。商务部对于救济措施的创新突出体现在从百特案开始，商务部开始公布集中双方为达成交易而提交的救济承诺。救济承诺中对知识产权问题进行了详细规定，增强了救济措施的针对性和可操作性。同时，商务部附加的知识产权行为救济措施也不拘一格，极具创新特色与针对性。如谷歌案中要求谷歌履行继续开

放安卓许可平台的承诺，微软案中限制集中后诺基亚公司的专利许可费率等措施。

（2）局限性

虽然商务部执法进步性有目共睹，但是在执法过程中也暴露出一些问题。

首先，对于资产剥离的结构救济措施规定的过于原则。⁴⁹《反垄断法》生效实施仅一年后的 2009 年 9 月，商务部就在“辉瑞案”中附加了资产剥离救济措施，并明确指出剥离的资产包括保证确保其存活性和竞争性所需的有形资产和无形资产（包括知识产权）。遗憾的是，直到 2012 年的“联合技术案”，商务部的救济措施与“辉瑞案”相比并无明显进步，在知识产权剥离问题仍然轻描淡写地一笔带过。而且，其间商务部在“松下案”中曾一度将知识产权剥离救济中知识产权的所有权一并转移规则改为仅向资产购买人许可知识产权，严重背离了剥离救济所强调的“独立性与可竞争性”。

其次，知识产权行为救济措施缺乏有效的执行与监督。虽然行为救济具有创新性，但是目前商务部执法人员少、工作量大、资源有限⁵⁰，要保证如此之巨的行为救济能够真正得到贯彻实施，其难度可想而知。

最后，执法观念更多倾向于产业政策而非竞争政策。商务部执法几年以来受到最多的质疑就是许多人认为其审查决定的出发点不是竞争政策而是产业政策，决定的目的不在于保护竞争而是保护竞争者。例如，可口可乐收购汇源案被商务部叫停⁵¹，而民族企业在国内外舞台上大举进行的并购活动却并未受到限制性条件的约束。再如，微软收购诺基亚手机业务在欧盟和美国都获得了无条件批准，在中国却被施加大量旨在保护国内手机制造商的救济措施。如果说执法水平的不足可以通过不断学习提高来弥补，那么执法观念的偏差是更加深层次的问题。不妥善处理好产业政策与竞争政策的关系，我国的《反垄断法》就难以成其为真正的“经济宪法”。

⁴⁹ 参见刘武朝，时建中：《论经营者集中反垄断审查中的监督受托人——欧美的经验及借鉴》，载《河北法学》2014 年第 5 期。

⁵⁰ 中美欧反垄断公力执法资源的对比参见侯利阳：《反垄断法不能承受之重——我国反垄断执法五周年回顾与展望》，载《交大法学》2013 年第 2 期。

⁵¹ 审查决定报告全文详见商务部网站：

<http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/200903/20090306108494.shtml>，最后访问时间：2014 年 6 月 6 日。

四、完善我国经营者集中审查涉及知识产权救济措施的建议

基于我国目前知识产权救济措施的立法现状与对商务部近六年来执法案例简评,笔者认为应当从立法和执法两个角度完善我国知识产权救济措施制度。

(一) 立法完善

1. 制定与知识产权有关的经营者集中案件审查指南

商务部在经营者集中反垄断审查中一直将知识产权作为重要因素进行考查。知识产权对相关市场的界定、市场份额、市场集中度、市场进入的难易程度、效率的提高等因素都有影响。因此,有必要专门制定一部与知识产权有关的经营者集中审查指南,明确知识产权在相关市场界定过程中起到的作用。具体来说,在相关商品市场和相关地域市场的界定过程中,如何结合知识产权的特殊性考虑供给与需求的可替代性;在考查市场份额与市场集中度过程中,知识产权的获得如何导致市场份额和市场集中度的变化;在考虑市场进入难易程度过程中,怎样判断集中提高了技术壁垒,导致市场进入难度增加;在判断效率抗辩是否有效时,因知识产权取得而带来的效率提高与集中带来的不利影响可否量化。这些问题都需要“指南”给予回应。在制定“指南”的过程中,应当总结现有案例经验,并结合经济学的分析方法建立一套系统的知识产权问题竞争分析评价体系,为今后商务部处理与知识产权有关的经营者集中问题提供统一的规范与指导,也为救济措施的合理制定做好前提与准备。

2. 制定全面完善的“资产剥离规定”

现行的《暂行规定》由于存在大量法律规范空白(详见前文分析),已不能满足我国目前经营者集中审查实践的需要,尤其是无法应对与知识产权有关的经营者集中问题的需要。应当尽快制定全面的“资产剥离规定”,在“资产剥离规定”中应当在现有《暂行规定》的基础上补充以下内容:

(1) 明确资产剥离客体的范围

资产剥离课题的范围应当包括有形资产、无形资产(包括知识产权)、与剥离业务有关的劳动力、与剥离业务有关的合同和资料等。

(2) 规定剥离业务的确立标准

剥离资产的选择是相关制度中的关键性、基础性问题。⁵²商务部在其附条件通过的案例中已经规定剥离业务需要具备“可存活性、可售性、竞争力”。这三点评价标准应当被写入“资产剥离规定”之中,并对每个要件规定具体的判断标准。通过这三个要件来确定剥离资产的内容。知识产权资产剥离客体的确定,也应当依照上述标准来判断。

(3) 详细规定知识产权剥离问题

在完善上述两点问题的基础上,应当对与知识产权剥离有关的特别问题作出规定。其中最重要的两个内容是:(a)明确知识产权剥离是权利人将知识产权的所有权转移给购买人,而非仅仅通过许可方式允许购买人使用知识产权,并将知识产权的所有权仍然保留在被剥

⁵² 金美蓉:《合并救济中剥离资产的选择》,载《法学评论》2014年第2期。

离人手中。(b) 如果被剥离人不是拟剥离知识产权的所有权人, 而仅仅基于许可合同获得知识产权的使用权。在知识产权剥离中, 应当将其使用权转让给购买人。在购买人资格确定之后, 知识产权的所有权人应当将知识产权许可给资产购买人, 不得拒绝许可。

3. 制定行为救济指南, 并在指南中规定知识产权行为救济措施

行为救济指南在制定时应当将重点放在以下几个方面, 同时在这些方面结合知识产权的特殊性给予进一步明确规定:

(1) 梳理行为救济的种类, 规定不同行为救济的适用范围

行为救济形式具有开放性, 难以列举, 但是对其分类对于经营者集中审查意义重大。可以考虑按照促进横向竞争行为救济和控制合并结果行为救济两类进行划分, 并对每种行为救济适用的领域做出详细规定。该方法同样适用于知识产权领域的竞争问题。例如, 商务部在“安谋案”中希望达到促进 TEE 研发市场横向竞争的目的, 于是要求安谋公司无歧视许可其专利, 避免其对自己设立的合营公司(从事 TEE 研究开发)给予特殊待遇, 从而限制了 TEE 研发市场的竞争。一旦行为救济指南明确后, 以后类似案件的处理都会有规可循, 极大提高其决定的合法性与救济措施的合理性。

(2) 完善监督受托人机制, 保证救济措施良好实施

为了使行为救济得到切实履行, 应当在行为救济指南中详细规定监督受托人机制, 并对知识产权剥离救济中监督受托人的职权进行特别规定。在监督受托人的选任上应当详细规定选任的标准, 并将选任方式改造为完全的行政委托法律关系。⁵³在监督受托人资格方面, 从积极资格与消极资格两个角度, 将符合监督受托人的标准与排除的情形明示, 提高监督受托人选任的效率。在监督受托人的权限问题上, 应当区分结构救济中的监督受托人与行为救济中的监督受托人, 分别规定其权利义务。只有全面系统地完善监督受托人制度, 救济措施才能够得到真正贯彻执行。

(二) 执法完善

商务部的反垄断执法一直以来因为其较高的透明度而受到国内外的的好评。在执法近六年来, 商务部在知识产权的经营者集中上也有了丰富的经验。如笔者第三章所言, 商务部执法在取得显著成果的同时也存在一些问题。以下就商务部执法的改进提供参考意见。

1. 重视经济学分析方法, 准确评估涉及知识产权的竞争问题

现代经济学是按照科学的方法并运用分析工具——通过观察、理论和再观察——来系统地探索人类经济行为和社会经济现象。⁵⁴近年来, 经济学的分析方法被认为具有较强的科学性而在法学领域得到广泛应用, 在反垄断法领域的经济学分析也数见不鲜⁵⁵。商务部在执法过程中, 有必要适当采用经济学分析方法, 综合采取实证分析、定量研究等手段研究市场竞争问题, 提升其竞争分析的科学性。商务部在赛默飞世尔案中的竞争分析就较好地运用了经济学分析方法, 公布了各种相关商品市场集中前后的 HHI 指数, 并利用相关商品的销售价格、利润率等信息进行量化分析(利润率-HHI 回归分析和说明性价格上涨测试), 增强了竞争分析的科学性与说服力。商务部在今后的执法过程中, 应当继续积极采取经济学分析方法, 不断完善竞争分析水平。

2. 发挥现有案例的示范作用, 建立经营者集中审查案例指导制度

⁵³刘武朝, 时建中:《论经营者集中反垄断审查中的监督受托人——欧美的经验及借鉴》, 载《河北法学》2014年第5期。

⁵⁴田国强:《现代经济学的基本分析框架与研究方法》, 载《经济研究》2005年第2期。

⁵⁵参见千省利, 王玉波:《反垄断法中垄断的法经济学分析》, 载《河北法学》2004年第6期。

虽然我国目前仍无判例制度,但是最高人民法院于2010年印发了《关于案例指导工作的规定》,标志着中国特色案例指导制度在我国确立。此后每年最高人民法院都会发布一系列指导案例,将案件的判决书全文予以公布,并抽取裁判要旨,同时对案件及判决进行简短评述。实行案例指导制度是要以制定法为主、案例指导为辅,在不影响制定法作为主要法律渊源的前提下,借鉴判例法的一些具体做法。⁵⁶最高法院此举的目的就在于增强先例判决对之后类似案件的影响,将指导案例中的分析思路、处理经验作为法律规范的补充。

在经营者集中反垄断审查问题上,虽然商务部的审查决定不同于法院判决,但是在建立案例指导制度问题上可以借鉴其经验。我国商务部目前已经附条件批准了23例经营者集中,其中与知识产权有关的集中案件有10例。商务部应当组织专家,对现有的案例进行整理、分析,总结经验教训,抽取审查决定要旨作为法律规范不足的补充。此举可以增强商务部执法的公开性、透明性,推动商务部进行自我监督,对其今后的执法活动起到规范、制约作用。

3. 重视案件跟访, 调动社会力量, 加强救济措施的执行与监督

知识产权救济措施能否得到有效执行,关系着经营者集中执法的成败,影响着反垄断执法机构的权威。为确保救济措施得到有效执行,商务部应从以下几个方面着手革新。

首先,尽快建立案件跟访制度,建议在商务部反垄断局内部单独成立案件跟访小组,负责对附加救济措施的案件进行持续性监督,定期评估执行效果。对未达标的经营者集中案件责令限期履行救济措施,否则应依据《反垄断法》及相关法律法规严格惩处。

其次,定期召开进度汇报座谈会。邀请参与集中企业的负责人、专家、其他竞争者与会,对集中企业履行救济措施的情况进行汇报与监督。邀请专家与其他竞争者能够从多角度发现问题,为商务部的执法与监督提供更多意见,更有利于实现有效的监督。

最后,进一步加强信息公开,采取适当的激励机制,鼓励社会各界参与监督。舆论导向与媒体观点对企业的形象与声誉具有重大影响。商务部应当进行全面的信息披露,引导社会各界,特别是媒体关注集中企业对于救济措施的执行情况。同时采取适当的激励机制,对勤勉监督者予以适当奖励,使得集中企业在阳光下运行,保证救济措施的执行。

4. 转变执法观念, 推动反垄断执法机构独立

著名竞争法学家王晓晔女士早在2010年便提出:“反垄断委员会由国务院有关部门和机构的负责人和若干专家组成,考虑到国务院大多数机构主要是制定和执行国家的产业政策,由这些机构负责人组成的反垄断委员会能否大力倡导和推动竞争政策,人们将拭目以待。”⁵⁷

商务部在近年来的执法表现也证明了王晓晔女士的担忧不无道理。在经营者集中审查中对产业政策给予过多考量,难免会使得经营者集中控制制度走入歧途。笔者深知,要解决这个问题并非一蹴而就,需要一个漫长的过程。在此抛砖引玉,提出一些个人建议。

(1) 进一步明确商务部反垄断局的职责权限

由于我国确立了“双层次、多机构”的反垄断执法模式,因此在反垄断执法过程中经常出现不同执法机构之间权责不明的情况,极大地影响了执法效率。我国《反垄断法》没有规定各反垄断执法机构的具体职责、权限,相关条文散见在国务院各文件中,不具有整体性和一致性。

建议尽快出台明确的反垄断执法机构职责权限划分细则,明确商务部反垄断局的职责权限,并排除其他反垄断执法机构的干预,实现执法的专业化与高效化。

(2) 建立健全听证制度, 丰富国务院反垄断委员会人员构成

作为反垄断政策制定机构与执法协调机构,反垄断委员会应当具备相当的前瞻性与全面

⁵⁶ 刘作翔,徐景和:《案例指导制度的理论基础》,载《法学研究》2006年第3期。

⁵⁷ 王晓晔:《王晓晔论反垄断法》,社会科学文献出版社2010年版,第477页。

性。目前国务院反垄断委员会成员基本由国务院各部委负责人以及相关领域专家组成，构成略显单一，前瞻性有余而全面性略显不足。

建议完善决策层面的听证制度，吸收更多行业代表、经营者、消费者参与制定竞争政策。同时适当丰富反垄断委员会的人员构成，在树立以竞争政策为核心的前提下，兼顾不同团体的利益诉求。

（3）逐步提高国务院反垄断委员会的职能，实现反垄断执法机构的统一与独立

反垄断执法机构的统一与独立是《反垄断法》有效发挥作用的必然要求。这一论断已被国外许多国家的实践经验⁵⁸以及我国现阶段多机构执法带来的一系列问题所证实。

然而，推动反垄断执法机构的统一与独立需日积跬步而不能一蹴而就。建议在明确现有执法机构职权、不断改进反垄断委员会内部组成的基础上，逐步增加反垄断委员会的实际职权，如赋予其执法监督权、事后纠错权等，提高其执法能力与权威性。在时机成熟时，将三家执法机构的执法权合一为反垄断委员会所有，并赋予其一定的规章制定权和其他配套权利，实现我国反垄断执法机构的真正独立。

只有真正实现反垄断执法机构的独立，才能减少商务部反垄断局决策时受到的外界压力，才能够更多地从竞争政策而非产业政策出发制定处理决定。相应地，涉及知识产权领域的经营者集中审查也会更加合法、科学、民主。

⁵⁸ 参见王先林：《竞争法学》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 329-330 页。

结语

本文研究内容为知识产权和反垄断法交叉领域。通过对商务部公布的 10 个案例的实证研究,旨在归纳出知识产权问题在经营者集中反垄断审查中的影响,进一步总结出经营者集中审查中知识产权救济措施的分类、特点、适用方式等问题,最终对我国经营者集中反垄断审查中知识产权救济措施进行全局性的总结,归纳现有法律制度的不足与商务部执法的得失,最后从立法与执法角度为完善我国经营者集中审查中知识产权救济措施制度提供合理化建议。

经过实证研究,本文发现涉及知识产权的救济措施具有其独特性。首先,在结构救济上,知识产权剥离救济一般需要依附于有形资产剥离而不能单独剥离,而且剥离过程中会出现所有权转移和许可两种剥离方式;其次,在行为救济上,知识产权的救济措施也常常与知识产权特别是专利权的特殊性结合在一起,如许多行为救济要求专利所有权人必须无歧视的许可,就是对专利权人的权利做出了一定程度的限制。结合案例与上述分析结论,本文总结出目前我国知识产权救济措施领域存在的问题。目前,在知识产权剥离救济与知识产权行为救济上均存在立法缺位,导致执法过程中商务部没有确定的法律依据,执法出现任意性。商务部在执法中同样存在许多问题,如审查决定倾向保护竞争者而非竞争,竞争政策让位于产业政策等。

基于以上分析,笔者从立法角度与执法角度为完善我国经营者集中反垄断审查中知识产权救济措施制度提供一系列建议。立法上,建议建立与知识产权有关的经营集中案件审查指南,制定全面的“资产剥离规定”,制定“行为救济指南”,并对知识产权行为救济作出特别规定;执法上,商务部应当在进行竞争分析时应当重视经济学分析方法,注重发挥现有案例的示范作用,逐步建立经营者集中审查案例指导制度,重视案件跟访,调动各方力量加强救济措施的执行监督,转变执法观念,推动反垄断执法机构独立,把保护竞争机制作为决定的出发点与落脚点。

笔者学识有限,但仍希望为我国反垄断法与知识产权交叉领域法律问题的研究和法律制度的完善倾己所能,力图通过实证研究发现问题,并就问题的解决办法发表拙见,以期抛砖引玉,推动这一领域法律制度的完善。反垄断法在我国起步时间不长,经营者集中审查也处在探索期,在遭遇知识产权交叉时会产生更多难题。与知识产权有关的经营集中能否得到合理解决,对维持良性的市场竞争,促进国民经济的发展至关重要。笔者希望通过本文的研究,引起更多学者、政府机构、社会各界人士对该问题予以关注。笔者相信,在多方共同努力下,经营者集中审查中涉及知识产权救济措施问题一定会得到合理解决,我国知识产权与反垄断法的理论与实践结果也将更加丰硕。

参考文献

1. 著作类

- [1] 王先林：《竞争法学》，中国人民大学出版社 2009 年版。
- [2] 沈四宝，刘彤：《美国反垄断法原理与典型案例研究》，法律出版社 2006 年版。
- [3] 赖源河编审：《公平交易法新论》，元照出版有限公司 2000 年版。
- [4] 王晓晔：《欧共体竞争法》，中国法制出版社 2001 年版。
- [5] 刘春田：《知识产权法》，中国人民大学出版社 2007 年版。
- [6] 王先林：《知识产权与反垄断法——知识产权滥用的反垄断问题研究（修订版）》，法律出版社 2006 年版。
- [7] 韩伟：《经营者集中附条件法律问题研究》，法律出版社 2013 年版。
- [8] 王晓晔：《反垄断法实施中的重大问题》，社会科学文献出版社 2010 年版。
- [9] 王先林等：《知识产权滥用及其法律规制》，中国法制出版社 2008 年版。
- [10] 王晓晔：《王晓晔论反垄断法》，社会科学文献出版社 2010 年版。
- [11] 韩立余：《经营者集中救济制度》，高等教育出版社 2011 年版。
- [12] 丁茂中：《经营者集中控制制度中的资产剥离问题研究》，上海社会科学院出版社 2013 年版。

2. 论文类

- [1] 王先林：《滥用市场支配地位与知识产权》，载《电子知识产权》2007 年第 7 期。
- [2] 穆颖：《垄断协议与专利许可交叉问题研究》，载《科技与法律》2013 年第 4 期。
- [3] 丁茂中：《经营者集中控制制度中的资产剥离机制》，载《探索与争鸣》2010 年第 12 期。
- [4] 王先林：《论反垄断法实施中的相关市场界定》，载《法律科学》2008 年第 1 期。
- [5] 千省利，王玉波：《反垄断法中垄断的法经济学分析》，载《河北法学》2004 年第 6 期。
- [6] 吕明瑜：《知识产权垄断呼唤反垄断法制度创新》，载《中国法学》2009 年第 4 期。
- [7] 韩伟：《企业合并反垄断审查中的行为救济》，载《东方法学》2013 年第 5 期。
- [8] 王先林：《论我国反垄断法在知识产权领域的实施》，载《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2009 年第 6 期。
- [9] 刘武朝，时建中：《论经营者集中反垄断审查中的监督受托人——欧美的经验及借鉴》，载《河北法学》2014 年第 5 期。
- [10] 侯利阳：《反垄断法不能承受之重——我国反垄断执法五周年回顾与展望》，载《交大法学》，2013 年第 2 期。
- [11] 王先林：《我国反垄断法适用于知识产权领域的再思考》，载《南京大学学报（哲学、人文科学、社会科学版）》2013 年第 1 期。
- [12] 张瑞萍：《反垄断法应如何对待知识产权》，载《清华大学学报（哲学社会科学版）》2001 年第 4 期。
- [13] 金美蓉：《合并救济中剥离资产的选择》，载《法学评论》2014 年第 2 期。
- [14] 王先林：《中国反垄断法应如何对待知识产权问题》，载《知识产权管理》2007 年第 3 期。
- [15] 田国强：《现代经济学的基本分析框架与研究方法》，载《经济研究》2005 年第 2 期。
- [16] 刘作翔，徐景和：《案例指导制度的理论基础》，载《法学研究》2006 年第 3 期。

3. 译作类

[1] [日]根岸哲, [日]舟田正之:《日本禁止垄断法概论(第三版)》, 王为农、陈杰译, 中国法制出版社 2007 年版。

4. 外文类

[1] Yurtoglu B. EU merger remedies: An empirical assessment[J]. Contributions to Economic Analysis, 2007, 282: 303-348.

[2] Baer W J, Redcay R C. Solving competition problems in merger control: the requirements for an effective divestiture remedy[J]. Geo. Wash. L. Rev., 2000, 69: 915.

5. 主要浏览网站

[1] 中华人民共和国商务部: <http://www.mofcom.gov.cn/>。

[2] 中华人民共和国国家知识产权局: <http://www.sipo.gov.cn/>。

[3] 中华人民共和国国家统计局网站: <http://www.stats.gov.cn/>。

[3] 中欧竞争政策网: <http://www.euchinacomp.org/index.php/zh/>。

[4] 中国竞争法律与政策网: <http://cclp.sjtu.edu.cn/>。

谢辞

“等你发现时间是贼了，它早已偷光你的选择。”这是李宗盛在《给自己的歌》中的一句歌词，也是我毕业论文即将成稿之际，回首交大本科生活时内心最真实的写照。时间的手翻云覆雨，改变着人物事，塑造着你我他，悄然间将你推向了毕业的门口。此时大梦方觉，感慨逝者如斯，却已无力回天。眷恋也好，遗憾也罢，光阴的流水都将裹着所有复杂的情绪泥牛入海。而我，也将带着沉甸甸的收获，告别过去的自己，向明天出发。最后的感谢，当然要献给所有在我论文写作过程中给予我无私帮助的老师、同学和亲友们！

首先，我要向我的指导老师王先林教授表示最衷心的感谢。在法学院转专业面试上初识王老师。面试时，王老师启发式的提问与亲切的风格消除了我的紧张感，最终我得以成功转入法学院。大二和大三时，我有幸参加王老师的《经济法》和《竞争法》课程，王老师在课堂上展现出的严谨的治学态度和扎实的学术功底都让我印象深刻，敬佩不已。大三时候，王老师鼓励我可以在本科阶段尝试一些课题研究，培养研究能力。在王老师的启发下，我申报了“上海交通大学大学生创新实践计划”，开始跟随王老师进行反垄断法的课题研究。在研究过程中，王老师给予我大量宝贵意见，最终我的课题被升级为国家级课题并顺利通过。经过此次课题研究，我的知识水平和研究能力都得到了提高，也更加坚定了继续跟随王老师学习反垄断法的信念。在我的毕业论文研究、写作过程中，王老师更是倾注了大量的心血。从论文选题、研究方法到资料收集、论文写作和修改，王老师在每个细节都一丝不苟，为我提供大量建设性意见以及研究资料上的便利。即使工作再忙，王老师依旧会以很快的速度回复我的邮件解答我的问题，让做事经常拖延的我深感自责。学术之余，王老师在生活上也对学生关怀备至。每逢佳节，王老师总不忘将学生们聚在一起共度节日，给在外地求学的我们以家的温暖。王老师的治学之严、师德之高令人高山仰止，也让我见贤思齐，努力在各方面严格要求自己。衷心感谢王老师的关心与付出！

其次，我要感谢在论文撰写过程中给予我帮助的老师 and 同学们。感谢法学院图书馆的陈夏根老师和杜榴霞老师在我论文写作过程中提供的帮助。撰写论文需要查询、借阅大量书籍资料，经常叨扰二位老师。两位老师不以为烦，永远以和蔼微笑的态度为我的学习研究提供便利。此外，我要感谢我的本科室友孔帅。孔帅一直以来勤奋刻苦的态度和扎实的学术功底使我不敢放松对自己的要求，四年来，我们在相互交流中共同进步，也祝福他在哈佛的求学之路坦荡通达。此外，还要感谢 F1019101 的各位同学，他们为我提供了一个和谐有爱的班级氛围，伴我度过了愉快充实的大学时光。同时还要感谢我在特班的室友俞铭珊和周人杰，在与他们讨论法律问题的过程中，我经常受到启发并产生灵感，这对我论文的完善起到了重要的作用。还有太多太多要感谢的人，限于篇幅，此处无法一一列举，在此一并致谢！

再次，我要感谢我的父母和姐姐在我求学道路上的支持与鼓励。无论我做出什么选择，他们总是尊重并支持，他们永远是我心灵的港湾，温暖的大后方。养育之恩、手足之情，天高海深无可与之相比。我将继续努力，带着这份亲情一路前行。

最后，我要感谢我的母校上海交通大学以及我所在的学院凯原法学院。感谢这座百年名校和这所蓬勃发展的学院为我提供如此广阔的天地与良好的平台。在这里我遇到了受益终生的老师，结识了患难与共的朋友，习得了千锤百炼的真知，经历了蜕变洗礼般的成长。饮水思源、正谊民道的精神将成为我一生的信念与追求，“亦余心之所善兮，虽九死其犹未悔”。



衷心祝愿上海交通大学蒸蒸日上，早日建成世界一流大学；祝愿凯原法学院昂首腾飞，像世界一流法学院迈进！

ABSTRACT

The issue of intellectual property rights is an important factor to be considered in merger review. Meanwhile, merger remedies of intellectual property rights are necessary measures to reduce the anticompetitive effects of mergers. China's antimonopoly law came into force in 2008 and since then the Ministry of Commerce (MOFCOM), as Chinese antimonopoly law enforcement agency, started merger review practice. During 6-year practice, the MOFCOM has approved 23 mergers with remedies, including 10 mergers whose remedies are related to intellectual property rights. Based on case study and qualitative empirical research, this paper analyzes the role intellectual property rights played in defining the relevant market, the remedies of intellectual property rights in horizontal, Vertical as well as in conglomerate mergers. After analysis, we find several problems as follows: The role intellectual property rights played in defining the relevant market is quite vague, the system of structural remedies (Divestiture) of intellectual property rights is imperfect and no regulations in how to carry behavioral remedies.

In order to solve the problems above, we need to carry series of measures from legislation and law enforcement perspectives. In terms of legislation, we should establish an intellectual property rights merger guideline, make some complements to the current *Interim Provisions of the Ministry of Commerce on Implementing Assets or Business Divestiture Related to Concentration of Business Operators* and formulate behavioral remedies guideline. In terms of law enforcement, the MOFCOM should take more economic analytical methods when doing competitive analysis, establish case guidance system in merger review, closely watch the implementation of remedies by merger parties, and convert law enforcement idea from industrial policies oriented to competition policies oriented.

That's a brief introduction of this paper and here comes a more detail one. This paper is composed of six parts: Issues raised, Chapter one: a general analysis about merger remedies related to intellectual property rights, Chapter two: case studies on China merger remedies related to intellectual property rights, Chapter three: An overall analysis and assessment of China merger remedies related to intellectual property rights, Chapter four: Proposals on establishing China intellectual property rights merger remedies system, Conclusion.

Part One: Issue Raised

This part began with the case that Microsoft Corporation and Nokia Corporation announced that Microsoft will purchase substantially all of Nokia's Devices and Services business. After China merger review process, the MOFCOM finally approved the merger and attached merger remedies related to intellectual property rights. This case draws people's attention to intellectual property rights merger remedies.

Part Two (Chapter One): A General Analysis about Merger Remedies Related to Intellectual Property Rights

This part mainly gives some basic conceptions and background. First, it gives definitions of merger, intellectual property rights, merger remedies and merger remedies related to intellectual property rights. Second, it explains the legal basis of merger remedies related to intellectual

property rights. Third, it introduces merger remedies related to intellectual property rights in the US and Europe. Fourth, it sketches the status quo of China merger remedies related to intellectual property rights. Finally, it talks about the significance of researching China merger remedies related to intellectual property rights.

Part Three (Chapter Two): Case Studies on China Merger Remedies Related to Intellectual Property Rights

This part focuses on case studies. The ten merger cases related to intellectual property rights are divided into two groups: horizontal mergers and non-horizontal mergers, according to the type of the merger. Then this paper discusses ten cases one by one. In each case, it mainly focuses on how to estimate the influence that intellectual property rights bring to the market. This part also discusses whether the merger remedies adopted by MOFCOM are feasible or not.

Part Four (Chapter Three): An Overall Analysis and Estimation of China Merger Remedies Related to Intellectual Property Rights

Based on former detailed case studies, this part gives an overall analysis and estimation of China merger remedies related to intellectual property rights. First, it explains the relation between intellectual property rights and the relevant market, including relevant product market, relevant territory market and relevant time market. Second, it elaborates merger remedies related to intellectual property rights in horizontal mergers (Divestiture). Divestiture is a common remedies in horizontal merger review. It contains three major features. A. the divestiture of intellectual property rights have to accompany with the divestiture of tangible assets. B. the divested properties should be survivable, marketability and competitive. C. the ownership of the divested intellectual property rights have to be transferred from the seller to the buyer. Third, it talks about merger remedies related to intellectual property rights in non-horizontal mergers, including vertical mergers and conglomerate mergers. Behavioral remedies are prevail in non-horizontal merger review. The forms of behavioral remedies varies. According to the goal of remedies, behavioral remedies are divided into two types of remedies i.e. “measures facilitating horizontal rivalry” and “measures controlling merger outcomes”. Typical forms of behavioral remedies include access commitment, non-discrimination provisions, firewall provisions, anti-retaliation provisions and restrictions on reacquisition of a scarce personnel asset. Finally, this part summarizes the status quo of China merger remedies of intellectual property rights and comments on the merger remedies practices carried by MOFCOM.

Part Five (Chapter Four): Proposals on establishing China intellectual property rights merger remedies system

After all the discussions above, this part makes proposals for establishing China intellectual property rights merger remedies regime. The proposals are divided into two perspectives. From legislation perspective, there are 3 things to be done. First a merger review guideline related to intellectual property rights should be established. In this crossing field, we are in great need for a clear regulation to guide MOFCOM in decision making process. Second, it is necessary to make some complements to the department rule: *Interim Provisions of the Ministry of Commerce on Implementing Assets or Business Divestiture Related to Concentration of Business Operators*. This rule mainly focuses on divestiture of tangible assets and lacks provisions about divestiture of intellectual property rights, which need to be added. Third, in the light of the situation that there are no behavioral remedies regulations in China, it is necessary to formulate a behavioral remedies guideline. From law enforcement perspective, the MOFCOM should carry four measures to

complete intellectual property rights merger remedies regime. First it should take more economic analytical methods when doing competitiveness analysis. This is because economic analytical method is a quite scientific method and it will make the analysis rational and persuasive. Second, MOFCOM should learn from the past, draws lessons from merger remedies they handled before and establishes a case guidance system. Thus it can avoid making same mistakes in the future. Third, the MOFCOM should spare no effort on supervising the implementation of merger remedies and encourage the whole society involving in it. Finally, the MOFCOM need to convert its law enforcement idea from industrial policies oriented to competition policies oriented, try to maintain its independence when making decisions.

Part Six: Conclusion

This part is an overview and sum up to all parts above. It look back the demonstration process and finally answers the questions raised at the beginning of this paper.

We hope that this paper can draw people's attention to merger remedies regime related to intellectual property rights in China. Inspiring more scholars, experts, legislatures as well as other groups or individuals to make contributions to completing the regime, thus protecting the market competition system and promote the economic development and social welfare.

This paper is the first research focusing on China merger remedies related to intellectual property rights by means of studying cases issued by MOFCOM. There are some scholars notice the crossing field of merger review and intellectual property rights nowadays. However, most of them are focusing on introducing experience from other jurisdictions, which may not suit Chinese national conditions. This paper makes attempt to do empirical research on China merger review practice, draws conclusions and puts up proposals based on that.

China antimonopoly law came into force in 2008. Along with the short history, there are lots of legal loophole and defects. China merger remedies regime is a miniature of that. When merger review comes across intellectual property rights, lots of problems emerged. However, as the saying goes: a fall into the pit, a gain in your wit. We believe that with concerted efforts, China intellectual property rights merger remedies regime will be more and more perfect and it will definitely enhance market competition system and increase social welfare!