



漢坤律師事務所  
HAN KUN LAW OFFICES

# 汉坤专递

融贯中西  
务实创新



2014年第6期 (总第87期)

## ■ 新法评述

- 1、《外商投资项目核准和备案管理办法》简述
- 2、《工商行政管理机关禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定（征求意见稿）》简述

1、《外商投资项目核准和备案管理办法》简述（作者：金文玉、吴楷莹、林芳璐）

国家发展和改革委员会（以下简称“**国家发改委**”）于2014年5月20日正式发布了《外商投资项目核准和备案管理办法》（以下简称“**《管理办法》**”），《管理办法》自2014年6月17日起施行，原于2004年10月9日颁布的《外商投资项目核准暂行管理办法》（以下简称“**《核准办法》**”）同时废止。作为根据国务院《关于投资体制改革的决定》及《政府核准的投资项目目录（2013年本）》（以下简称“**《核准目录》**”）要求，为进一步深化外商投资管理体制改革而制定的具体规定，《管理办法》对外商投资项目的管理方式、监管程序、法律责任等事项进行了较大幅度的修订与调整，具体内容如下：

1) 适用主体

《管理办法》适用于中外合资、中外合作、外商独资、外商投资合伙、外商并购境内企业、外商投资企业增资及再投资项目等各类外商投资项目。其中外国投资者以人民币在境内投资的项目，亦按照《管理办法》执行。

2) 项目管理方式

《管理办法》发布后，外商投资项目的管理方式由统一实行核准制变更为根据投资项目的不同类型和规模而分别实行核准或备案两种方式，同时提高了须进行核准的外商投资项目的投资金额门槛及具体要求，具体规定如下表所示：

《管理办法》关于外商投资项目管理的规定

序号	外商投资项目类型、投资额 (根据《外商投资产业指导目录》划分)	管理方式 (核准/备案)	管理部门(权限)
1	(1) 有中方控股(含相对控股)要求的总投资3亿美元及以上鼓励类项目; (2) 总投资5000万美元及以上限制类(不含房地产)项目。	核准	国家发改委
2	(1) 限制类中的房地产项目; (2) 总投资5000万美元以下的其他限制类项目。	核准	省级政府 (核准权不得下放)
3	有中方控股(含相对控股)要求的总投资3亿美元以下鼓励类项目。	核准	地方政府 (含省级,核准权可下放)
4	上述1-3项规定外的属于《核准目录》第一至十一项所列的外商投资项目(包括农业水利、能源、交通运输、信息产业、原材料、机械制造、轻工、高新技术、城建、社会事业、金融),按《核准目录》的规定执行。	核准或备案	根据《核准目录》执行
5	上述1-4项以外的外商投资项目。	备案	地方政府投资主管部门

[注]：外商投资企业增资项目总投资以新增投资额计算，并购项目总投资以交易额计算。

由此可见，对于须经国家发改委核准的鼓励类外商投资项目，《管理办法》以中方控股为前提，并将投资额要求由原1亿美元提高至3亿美元；对于限制类外商投资项目，《管理办法》将其中的房

地产项目核准权限由原须经国家发改委核准下调至经省级政府核准；对于属于《核准目录》第一至十一项所列的外商投资项目，则根据《核准目录》中规定的相应条件和要求由具有权限的部门核准或备案；除上述情况外的其他外商投资项目实行备案制。

### 3) 申报材料

相较原《核准办法》的规定，《管理办法》简化了申请核准的项目申请报告内容及提交文件的要求，如：不再具体要求说明项目采用的主要技术和工艺、用工人数、主要原材料消耗量等；不再要求提供银行出具的融资意向书；不再明确规定环境影响评价审批文件必须由省级或国家环境保护行政主管部门出具；对于在已批准建设用地范围内进行改扩建的项目不要求进行用地预审等。

在简化申请核准的项目申报材料同时，《管理办法》强化了对申请核准的项目在资源利用、节能环保、生态安全、公众利益方面的考察，如：要求提交节能审查机关出具的节能审查意见；审核可能会对公共利益造成重大影响的项目时应采取适当方式征求公众意见，特别重大的项目可实行专家评议。项目核准机关对予以核准的项目出具书面核准文件，对不予核准的项目，以书面说明理由。

其中对于新增加的备案管理方式，申请备案的外商投资项目需由项目申报单位提交项目和投资方基本情况等信息，并附中外投资各方的企业注册证明材料、投资意向书及增资、并购项目的公司董事会决议等其他相关材料；对不予备案的外商投资项目，由地方投资主管部门在 7 个工作日内出具书面意见并说明理由。

### 4) 核准/备案条件

在外商投资项目核准或备案的条件方面，《管理办法》规定投资项目需符合国家有关法律法规、发展规划、产业政策及准入标准，符合《外商投资产业指导目录》、《中西部地区外商投资优势产业目录》。对于须经核准的项目，《管理办法》则进一步明确规定应满足合理开发并有效利用资源、不影响国家安全和生态安全、对公共利益不产生重大不利影响等要求。

### 5) 项目变更

如经核准或备案的项目地点、投资方或股权、主要建设内容发生变化，需向原批准机关申请变更，并根据变更后项目的类型与规模，按照相应程序办理核准或备案手续。

### 6) 监督管理与法律责任

《管理办法》增设“监督管理”及“法律责任”两章，对外商投资项目的核准、备案、后期监管及法律责任做出具体规定，强调完善核准/备案信息系统、地方信息汇总上报及信息共享制度，提高对外商投资项目的事中事后监管水平。根据《管理办法》，对于未按规定权限和程序核准或者备案的项目，有关部门不得办理相关手续，金融机构不得提供信贷支持；若投资项目未在核准或备案文件规定的有效期内开工建设的，项目申报单位应于有效期届满前 30 个工作日向原核准和备案机关提出延期申请，未按时提出延期申请的，原核准文件期满后自动失效；若项目申报单位以拆分项目

或提供虚假材料等不正当手段申请核准或备案的，有关机关将不予受理或者不予核准及备案，已经取得核准或备案文件的，依法撤销核准或备案文件，已经开工建设的则责令停止建设，并纳入不良信用记录、追究有关责任人的法律责任。

可以预见，《管理办法》的出台将对增强企业投资自主权、推进政府职能转变产生积极的推动作用。我们将持续关注并及时与您分享外商投资管理相关法规政策及实践的新动向。

## 2、《工商行政管理机关禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定（征求意见稿）》简述 （作者：陈容、李绮慧）

2014年6月11日，国家工商行政管理总局公布了《工商行政管理机关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》”），向社会公开征求意见。《征求意见稿》是对《反垄断法》第55条“经营者滥用知识产权，排除、限制竞争的行为，适用反垄断法”这一原则性规定的细化，其正式出台将会成为知识产权领域如何实施反垄断法的具体规章和指南。《征求意见稿》主要包括：

### 1) 经营者不得在行使知识产权的过程中达成垄断协议

鉴于《反垄断法》第二章以及《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》已经对禁止经营者在经济活动中达成垄断协议做出了一系列详细规定，《征求意见稿》没有再对垄断协议在知识产权领域的具体形式进行列举，仅在总体上规定经营者不得在行使知识产权过程中达成垄断协议，具体要求适用《反垄断法》第13条、第14条的规定。

不同于对其他经济领域垄断协议的规制，《征求意见稿》特别规定，经营者行使知识产权的行为有下列两种情形之一的，可不被认定为垄断协议：（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。

从以上规定不难看出，《征求意见稿》适用例外规定所考量的因素主要是两个方面，即一是看经营者对相关市场的市场份额的影响，二是看是否存在以合理成本获取其他替代性技术以及替代性技术的数量。

### 2) 滥用知识产权所导致的滥用市场支配地位的行为

《征求意见稿》禁止具有市场支配地位的经营者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。《征求意见稿》首先明确了“经营者拥有知识产权可以构成认定其具有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就被直接推定为在相关市场上具有市场支配地位”，即不适用“本身违法”原则。

《征求意见稿》并详细规制了几种常见的具有市场支配地位的经营者在行使知识产权过程中的滥用市场支配地位的行为，包括：

(1) 无正当理由拒绝许可知识产权

具有市场支配地位的经营者无正当理由拒绝许可其他经营者以合理条件使用知识产权会强化拥有该知识产权的经营者在市场的支配地位，但同时，决定是否许可知识产权确又是知识产权的拥有者的法定权利。为平衡《反垄断法》与保护知识产权、鼓励创新的关系，《征求意见稿》规定，当且仅当拒绝许可的知识产权构成生产经营活动必需设施的情况下，该经营者才构成滥用市场支配地位。其第7条第2款还列举了认定知识产权构成生产经营活动必需设施需考虑的若干因素。这说明工商行政管理机关对该种滥用市场支配地位的行为采取了非常谨慎的态度，防止因反垄断、保护竞争而遏制创新。

(2) 限定交易

限定交易是典型的排除竞争对手的行为，与《工商行政管理机关禁止滥用市场支配行为的规定》中的条款一致，《征求意见稿》规制的限定交易行为为以下三种：（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。

(3) 搭售

《反垄断法》及《工商行政管理机关禁止滥用市场支配行为的规定》中均只对搭售行为进行了笼统的界定，而由于在知识产权领域，搭售往往可能具有正面的技术、经济效果，因而《征求意见稿》从交易相对人的意愿、搭售品和被搭售品的性质与相互联系以及对搭售品市场支配地位的影响三个方面对搭售行为综合进行了限定，以更有针对性地指引在知识产权领域不能实施的搭售行为。

(4) 附加不合理限制条件

鉴于知识产权及知识产权商品有其特殊性，《征求意见稿》详细列举了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过程中实施附加不合理限制条件的六种行为，其中前面的四种行为尤其是知识产权领域所特有的，具体如下：（一）要求交易相对人将其改进的技术进行独占性的回授；（二）禁止交易相对人对其知识产权的有效性提出质疑；（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；（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。

我们认为，这些行为之所以会被认定为具有限制竞争问题，一方面是因为其会强化拥有该知识产权的经营者在市场的支配地位，另一方面其也会阻碍技术创新，与保护知识产权的初衷背道而驰。

(5) 差别待遇

鉴于《工商行政管理机关禁止滥用市场支配行为的规定》中已对差别待遇进行了详细规定，《征求意见稿》此处只笼统规定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，对条件相同的交易相对人实行差别待遇。

### 3) 对四种特定类型的行使知识产权行为的规定

除了垄断协议与滥用市场支配地位行为之外，《征求意见稿》还特别规定了四种特定类型的行使知识产权的行为，包括专利联营、专利标准的制定和实施、著作权集体管理组织和滥发知识产权侵权警告函。

- (1) 专利联营，即通常所说的专利池，其在运营的过程中既可能涉及垄断协议问题，也可能涉及滥用市场支配地位问题。《征求意见稿》第 12 条规定，如果专利联营的成员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，则可能构成《反垄断法》第 13 条、第 14 条所禁止的垄断协议。如果专利联营中具有市场支配地位的成员或者专利联营管理组织没有正当理由，限制联营成员在联营外独立许可专利给第三方、限制联营成员或被许可人独立或与第三方联合研发与联营专利相竞争的技术、强迫被许可人将改进技术独占性地回授给联营成员、禁止被许可人质疑联营专利的有效性、对联营成员或被许可人实施差别待遇等，将会被认定为滥用市场支配地位。

实践中，专利联营是最可能引起竞争问题的。除《征求意见稿》上述规定外，联营专利之间的互补性、中立专家对联营专利必要性的判断及许可费的设定等问题，都对分析专利联营是否会引起竞争问题具有一定影响，但《征求意见稿》并未涉及这些方面。此外，在我国，目前专利联营尚未大规模兴起，少数专利联营也是在国家政策扶持基础上建立，《征求意见稿》的相关规定在实践中究竟能有多少适用机会，目前尚不清楚。

- (2) 《征求意见稿》第 13 条 规定引入了国际通用的公平、合理和无歧视原则，如果具有市场支配地位的经营者拒绝其他经营者以合理的条件实施标准必要专利，或者以不公平的条件许可该专利，或者在许可该专利的过程中实施搭售行为均认定为从事了限制竞争的行为。。
- (3) 《征求意见稿》第 14 条禁止著作权集体管理组织在开展活动中滥用知识产权，包括通过达成垄断协议不合理限制会员资格、地域范围等的行为，还包括拒绝发放使用许可、实施差别待遇、强迫被许可人接受其不需要的许可以及限制权利人退出组织等滥用市场支配地位的行为。
- (4) 《征求意见稿》第 15 条禁止具有市场支配地位的经营者在其知识产权到期或被无效的情况下，或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。

### 4) 分析、认定滥用知识产权排除、限制竞争行为的步骤及相关行为法律后果

滥用知识产权排除、限制竞争行为的反垄断执法机关为工商行政管理机关，其有权对涉嫌行为进行调查。

《征求意见稿》第 17 条、第 18 条规定了分析认定滥用知识产权排除、限制竞争行为的步骤和考虑因素。《征求意见稿》第 19 条规定了知识产权领域达成垄断协议及滥用市场支配地位的法律后果，其规定与《反垄断法》相关规定一致。

综上，《征求意见稿》对评估知识产权领域行为是否构成《反垄断法》所规定的排除、限制竞争的行为具有很强的指引作用和针对性。我们将继续关注《征求意见稿》的修订和其规定的正式出台。希望以上对您有所帮助，若有任何问题，欢迎随时联系我们。

## ■ ■ 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤专递》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所的下列人员联系：

### 联络我们

#### 北京总部

电话：+86-10-8525 5500

地址：中国北京市东长安街1号东方广场办公楼C1座906室

邮编：100738

#### 陈容 律师：

电话：+86-10-8525 5541

Email: [estella.chen@hankunlaw.com](mailto:estella.chen@hankunlaw.com)

#### 上海分所

电话：+86-21-6080 0909

地址：中国上海市静安区南京西路1266号恒隆广场5709室

邮编：200040

#### 曹银石 律师：

电话：+86-21-6080 0980

Email: [yinshi.cao@hankunlaw.com](mailto:yinshi.cao@hankunlaw.com)

#### 深圳分所

电话：+86-755-3680 6500

地址：中国深圳市福田区益田路4068号卓越时代广场4709室

邮编：518048

#### 王哲 律师：

电话：+86-755-3680 6518

Email: [jason.wang@hankunlaw.com](mailto:jason.wang@hankunlaw.com)