

Analysis on the Reasons of Monopoly Caused by SEPs Holders and on the Necessity of Anti-Monopoly Regulation

Minhuan Wu¹, Ya Li²

¹South China University of Technology, Guangzhou Guangdong

²Guangdong Best found Law Firm, Guangzhou Guangdong

Email: 745237727@qq.com

Received: Jun. 10th, 2017; accepted: Jun. 30th, 2017; published: Jul. 3rd, 2017

Abstract

Power Abuse occurs in any historical period and technology standardization would aggravate the abuse of intellect property right for the reason of technical locking. General patents jump into standard-essential patents (SEPs) after a variety of rules. The combination of monopoly and universality of general patent and standard could easily put the market competitor into a monopoly position because the economic subjects would consciously or unconsciously exclude and restrict market competition to maximize their interest. The current civil law, contract law, intellectual property law and standardization organization cannot perfectly contract such kind of monopoly behaviors, so at this point, anti-monopoly law is a better choice with its advantages in solving the mentioned problems.

Keywords

Abuse of Standard-Essential Patents, Reasons of Monopoly, Necessity of Anti-Monopoly Regulation

滥用标准必要专利权产生垄断的原因与反垄断规制的必要性分析

伍敏欢¹, 李 雅²

¹华南理工大学, 广东 广州

²广东伯方律师事务所, 广东 广州

Email: 745237727@qq.com

收稿日期: 2017年6月10日; 录用日期: 2017年6月30日; 发布日期: 2017年7月3日

摘要

权利滥用是任何一个时期都会出现的问题,技术标准化下的技术锁定容易进一步加剧了知识产权的滥用。普通技术专利在经过多种博弈后进入标准并成为标准必要专利,专利技术的垄断性与标准的普适性相结合,在激烈的市场竞争下经济人会自觉或不自觉地排除或限制竞争以实现自身利益的最大化,垄断行为因此产生。在现有民法、知识产权法以及标准化组织对该类垄断行为规制存在明显缺陷时,反垄断以其自身优势具有介入的合理性与必要性。

关键词

标准必要专利权滥用, 垄断成因, 反垄断规制必要性

Copyright © 2017 by authors and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

标准必要专利首先属于专利,当然落入知识产权的保护范围。普通技术专利在经过多种博弈后进入标准并成为标准必要专利,在这种情况下,一般专利权人即成为标准必要专利权人,标准必要专利权人兼具一般专利人的权利义务与纳入标准后所特有的权利义务。通常情况下,专利标准化造成垄断的方式主要包括两种,一种是标准化前相关利益人的合谋协议垄断行为,另一种则是标准化后权利人的滥用行为。标准化前的垄断涉及到国家政策、行政力量以及市场等诸多因素的存在,而标准化后的垄断更多是在知识产权制度与反垄断框架下问题,也就是说,成为标准必要专利权人的时间点前提是技术已经实现标准化,而这种专利标准化后的滥用问题正是本文所关注的重点。

文章首先从知识产权本身的属性出发,分析知识产权制度保护私权与保留公共利益之间的关系与矛盾;其次,需要对专利标准化所带来的垄断可能性进行分析;最后回归到现有知识产权体系或民法体系对专利标准化下标垄断行为的规制缺陷并强调反垄断规制介入的必要性。

2. 知识产权的“公地悲剧”与“反公地悲剧”

加勒特·哈丁(Garrett Hardin) 1968年在《科学》上发表《公地悲剧》[1],通过开放牧场说明人口过度膨胀的问题。假设一个对所有人开放的牧场,每个放牧人都想从牧场中得到最大的经济效益,尽可能地多饲养羊只,过度放牧却导致收益减少;这种收益的减少导致牧羊人增加羊只以求获得更多收益,而其承担的不过是由于集团过度放牧所造成的损失的其中一份。因此,哈丁称之为一个“悲剧”。在这个公地自由使用的社会,每个人都是其中的一个牧羊人,极力的追求个人利益的最大化,所导致的只是不断的恶性循环并逐渐走向毁灭。

公地悲剧(The Tragedy of the Commons)理论揭露了公有产权的缺陷性并随后被运用于酸雨、饥荒、犯罪等社会上的各种问题上。属于所有人的财产就是不属于任何人的财产,所有人都可以得到的财富将得不到任何人的珍惜[2]。公地悲剧揭示了构建私有财产的必要性与其必然性。知识产权作为私权得以保护,通过固定的产权制度避免创新成果被公地化。知识成果的产权制度排除了他人使用的权利,权利人能够

从其他使用者身上收取一定的价格, 这种排除与回报, 刺激及增加后续的创新与社会福祉。

与公地悲剧理论相对应的是反公地悲剧(The Tragedy of the Anticommons)。反公地悲剧是指每个人都永远拥有使用资产的权利, 但若未获得其他人的特别授权, 任何人都无权使用资产的一种情况[3]。莫斯科商店问题的实例充分展示了过度细化与私有化的财产权所导致的资源无法有效利用的反公地悲剧。当过多的权利人被赋予排除他人使用一种稀缺资源的权利, 并且没有人拥有使用这种资源的特权时, 不同的所有者为了达成某种目的, 相互设置障碍或限制对方权利的使用, 最后的结果就是资源的浪费, 这就是所谓的反公地悲剧。

公地悲剧与反公地悲剧揭示了财产化不足与过度财产化的对称性问题, 延伸到知识产权领域, 知识产权化进程的日益深入, 知识产权给予知识成果以财产权的保护, 但在今天互联互通、合作共赢社会, 一件作品很有可能是在他权基础上创作而成的, 而在专利领域, 这种现象尤为明显。一件产品往往包含着数以百计、千计乃至上万项由他人拥有专利权的技术, 在今天的通讯行业, 这种彼此之间的技术依赖性更为突出。法律赋予知识产权(或专利)财产权的保护, 其垄断性给予权利人禁止他人使用的排他权。这种在一个产品上存在多个财产权的不确定性, 不可避免导致相互之间的排他与竞争, 一方如果无法获得基础或必要专利权利人的许可, 将会导致后续的创新与生产受到极大的影响, 这种情况下, 社会已有资源就得不到有效的充分利用, 引发反公地悲剧在知识产权领域的蔓延。

知识产权领域的公地悲剧或是反公地悲剧在本质上都是知识产权不当使用的结果。知识产品的绝对共享将无法激励创新, 而知识产权制度的建立赋予知识产权的垄断性权利, 将增加交易成本, 无法实现资源的最大化利用。从知识产权制度本身的目的出发, 可以总结为激励创新与保留公共利益之间的关系与矛盾。因此, 知识产权制度的实质是一种隐含了某种公权价值取向的私权现象罢了[4]。

3. 专利标准化垄断产生的原因

标准具有开放性, 专利标准化解决了兼容性, 能有效促进产品的流通性以及减少技术研发所导致的资源浪费; 但另一方面, 法律所赋予知识产权的垄断性, 即独占性和排他性, 在专利被纳入标准成为标准必要专利后却被技术标准以其网络效应和技术锁定效应进一步强化排他性。标准化过程本质上是一个技术筛选优化机制, 天然具有反竞争的效果[5]。也就是说, 这种强化很有可能使标准成为标准必要权利人实行垄断的工具, 达到排除、限制竞争的目的。

与普通产品、技术竞争对比, 技术标准往往具有较强的网络效应。当一种产品对另一名用户的价值取决于该产品别的用户的数量时, 经济学家说这种产品显示出网络外部性, 或网络效应[6]。尽管技术标准以自然性为主, 但一项技术标准获得国家或社会的认可或推广, 往往会导致该技术标准下产品生产者以及使用该技术标准的消费者数量的增加, 这种增加自然会延伸标准的覆盖网络。当技术标准下的使用者数量超出临界容量[7], 就会产生自我增强的正反馈机制; 也就是说, 使用和遵循标准的人越多, 在同一领域下所分到的蛋糕就越多, 技术的价值就会随之上升, 就越能吸引更多的使用者。这种自我增强的正反馈机制在网络效应行业, 诸如信息行业、通讯领域等, 表现更加深刻。比如当前的 4G 通讯标准, 用户群为了追求更高效的即时通讯体验, 纷纷加入到该技术标准下, 随着 4G 通讯网络规模的扩大, 更多的手机设备上选择 4G 网络, 标准的稳定化同时又催生了与 4G 网络相补充的产品。这种双效果的网络效应促使技术标准的市场越发稳固, 激励专利权人将其技术专利纳入到标准中。

这种网络效应与正反馈机制很容易把用户锁定在对该技术标准的路径依赖中。技术锁定是指标准使用者只能使用技术标准所涵盖的相关专利技术而不能选择其他可替代技术。标准化中出现技术锁定有两种情形: 第一, 标准所采纳的专利技术本身没有可替代技术, 因而标准的制定者与使用者都别无他选; 第二, 已经制定和实施的标准采纳了某专利技术, 虽然客观上存在该专利技术的可替代技术, 但因为修

改标准或使用其他标准的成本过高而导致标准使用者只能选择继续使用该专利技术[8]。这种锁定意味着对用户当前的技术有较强的依赖性且将来的选择将会受到当前选择下的成本、经验、习惯性等因素影响；对生产者而言更换新的技术标准意味着在研发投入、互补产品、新旧衔接上的各种成本的损耗与风险等等市场进入壁垒。这种高成本与高风险的转移无形中为新技术标准或专利标准的进入设置了重重障碍。

专利标准所带来的锁定效应与专利本身的法定垄断属性相结合，越发加强了标准必要专利权人在的优势地位，这种优势地位的增强为专利权人在专利标准化后对市场支配地位的滥用提供了温床。

4. SEPs 权利人滥用市场支配地位反垄断规制的必要性

我们不能把这种权利(自由)看作是一种绝对的和无限制的权利,任何自由都容易为肆无忌惮的个人和全体所滥用,因此为了社会的福祉,自由就必须受到某些限制...如果对自由不加限制,那么任何人都将成为滥用自由的潜在受害者[9]。任何权利的行使都不能超出法定的限度,正义作为法的首要价值,不仅仅要实现个人权利,同时还要保障社会福祉的增加,并在个人权利与社会福祉之间创设一种适当的平衡。

技术标准化赋予了标准必要专利权人新的权利,但这种权利并非无限制的。如果标准必要专利权人在行使权利时,超过法定的限度,侵犯他人权益,甚至限制、排除竞争或损害社会公共利益时,必然要受到相关法律的规制。当然,标准必要专利权人滥用权利的行为在其他规制下能得到有效的控制,从司法和执法的成本上,反垄断法没有介入的必要;但,当其他措施无法有效规制相关排除、限制竞争行为时,反垄断法就具有了介入的必要性。

(一) 专利法规制之不足

现行有效的《专利法》以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为立法目的¹。专利法以保护权利人法益为重点,但基于利益平衡原则,专利法本身对专利权从时间、地域、行权方式等做了限制以防止权利的滥用。但具体到标准必要专利以及滥用市场支配地位造成垄断的行为,纵观专利法全文,最为接近的是48条²规定的,专利权人行使专利权的行为被依法认定为垄断行为,为消除或者减少该行为对竞争产生的不利影响,国务院专利行政部门根据具备实施条件的单位或者个人的申请,可以给予实施发明专利或者实用新型专利的强制许可。该条以强制许可方式解决专利权人可能出现的垄断行为,但从对该条的理解上,要使用第48条的前提是该种行为被认定为垄断行为,而对垄断行为的判断无疑依赖于对反垄断法的适用;即仅仅依赖专利法根本无法把本条落实到实处。这是其一。

第二,技术标准化后标准必要专利权人滥用市场支配地位可能出现的垄断行为并非都能适用强制许可解决的。对于价格歧视、禁令、拖延谈判等行为,标准必要权利人有时候并非利用其垄断地位达到拒绝许可的目的,而是通过在某一时间段上禁止实施者使用,导致实施者错过进入市场的最佳时机或承担暂时被延误的巨额损失,这这种垄断行为对实施者的打击往往是非常巨大的。如果仅仅依靠强制许可来解决,在专利行政部门进行调查、计算强制许可费的等待中,实施者同样无法避免专利劫持所带来的损失。而且,专利法本身是倾向于对专利技术即专利权人的保护的,技术标准的排挤行为并不一定直接构成对专利权的直接侵害,在这个意义上,专利法并不能为技术标准化排挤创新与竞争的行为提供有效充分的规制。

专利法的私法性质,决定了保护私权作为其出发点和立足点,因此其在规制技术垄断,尤其是滥用市场支配地位造成垄断上显然是不充分的。

(二) 合同法规制之不足

¹ 中华人民共和国专利法(2008年)第一条。

² 中华人民共和国专利法(2008年)第四十八条。

合同法归属于民法体系之下, 民法中公平、诚实信用、权利不得滥用等原则对技术标准化下的垄断行为有一定的规制作用。但民法中的基本原则或合同法关于公平、自愿、诚实信用等订立合同的基本原则作为软条款, 在实际适用中往往只起到补漏的作用, 一旦存在具体化的硬条款, 他们当然不具有适用的优先性。

在技术标准化后标准必要专利权人的垄断一旦涉及技术合同时, 当事人可以根据《合同法》第 329 条的“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”³的规定提出合同无效之诉。但, 合同无效之诉就意味着实施者与权利人没有签订有效的合同, 实施者在没有得到实施者的许可前, 无权实施他人的专利。技术的专利化以及专利的标准化导致标准必要专利的不可替代与不可避免性, 实施者从技术以及市场都无法绕开该技术专利, 因此, 要进入市场, 就必须获得许可, 使用该专利。这种无效合同的选择明显与实施者的目的相违背。在这种情况下, 即使技术合同存在非法垄断技术活妨碍技术进步的情形, 实施者从个人利益出发, 也只能被动服从合同。

而且, 《合同法》该条的救济仅限于对合同相对方, 而在技术标准化后标准必要专利权利人滥用市场支配地位的垄断行为所造成的损害往往波及因垄断导致高价而受损害的消费者或生产者, 对即将进入标准的潜在实施者进行打击, 这些非合同相对方在本条规定下却无法获得救济。

(三) 标准化组织规制之不足

首先标准化组织一开始为了吸引专利权人的进入以及促进标准的推广, 往往会对标准化组织的权限进行一定的限制, 甚少对标准化组织成员设立强制性规定, 仅仅从程序上保持标准组织的一致性, 这种规定实质上无法对技术标准的垄断行为进行有效规制。

其次是 F/RANG 承诺的模糊性。标准化组织考虑到专利与标准结合可能带来的限制竞争以及影响标准的实施的行为, 往往要求知识产权人做出承诺, 表明其愿意基于 F/RANG 承诺向标准内的成员或潜在的实施者许可必要专利的实施。对于 F/RANG 的准确定义, 多数标准化组织尚无清晰的界定。这个公平、合理、无歧视原则, 本质上是针对许可费的公平合理无歧视, 但这种 F/RANG 的判断只有在相互对比过程中才能确认的。而在实践中, 权利人与实施者之间处于各种目的考虑, 在签订许可合同时往往附加保密条款。缺乏有效的公开, 就无法进行对比; 加上 F/RANG 本身没有明确的概念, 导致 F/RANG 许可承诺无法落到实处。

最后, 标准化组织的知识产权政策不具有强制力。一般情况下, 考虑到专利与标准结合可能潜在的垄断风险, 标准化组织往往会制定相应的知识产权政策进行规制, 如信息披露制度。但首先标准化组织本身权限的有限性, 以及知识产权政策仅仅是一个组织内的规则而不具有法律约束力, 因此知识产权政策在规制垄断上能发挥的作用也是极其有限的。

(四) 反垄断法规制的可行性

《反垄断法》第 55 条⁴以及《规定》第 2 条⁵明确界定了知识产权与反垄断之间的关系以及处理知识产权相关反垄断问题的基本原则, 即在涉及滥用知识产权排除、限制竞争的问题上, 适用反垄断法。且, 随着《反垄断指南》公开征求意见稿的出台, 可以看出知识产权滥用下反垄断法规制发展的必然趋势以及对专利标准化下垄断问题规制的直接回应⁶。在知识产权法、专利法、民法以及标准化组织对技术标准的垄断行为缺乏有效规制时候, 为了防止技术标准化进程中某些市场主体为了追求私益, 损害其他人的利益或者社会公共利益, 作为“市场主要卫士”之一的反垄断法, 则成为平衡个体利益与社会利益冲突的主要规则手段, 将走向“歧途”的技术标准化行为拉回正确的轨道。[10]

³ 中华人民共和国合同法(1999年)第三百二十九条。

⁴ 中华人民共和国反垄断法(2008年)第五十五条。

⁵ 关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定. 第二条第二款。

⁶ 关于滥用知识产权的反垄断执法指南(第七稿)第二十八条。

反垄断法首先为垄断行为的判断提供了依据,包括垄断行为的表现形式、相关市场与支配地位的认定以及标准制定过程与实施过程中的垄断行为认定等。其次,反垄断法能够实现对整体利益的救济。专利法、合同法等法律法规立足于私法,难以对社会整体利益作出全面的保护。专利的标准化融入了标准的开放性与公共性,因专利标准产生的垄断所造成的危害往往超越标准专利的使用者,甚至对潜在使用者、消费者、市场的自由竞争者等造成影响,仅仅依靠专利法、合同法等无法平衡各方的利益,而反垄断法则赋予上述受影响主体甚至代表公共利益的反垄断执法组织主体资格,从而为社会整体利益的保障提供了最直接的手段。第三,反垄断法的政策与处理机制相对灵活多样。反垄断法政策灵活性是指,相对于其他法律部门,反垄断法/竞争法更注重国家战略利益,其政策性更强。^[11]其次,反垄断法不仅涵盖民事责任、行政责任和刑事责任等责任承担方式,在救济途径上,除了传统合同法、专利法的向法院申请启动司法程序外,还具有单方面介入的权力(如专门的反垄断执法机构主动依法调查反垄断行为)。同时反垄断法不仅具有事后救济与制裁能力,还制定了事前的反垄断审查制度遏制潜在的垄断行为,这种事前与事后结合的规制手段使得反垄断法规制的效果有效更全面。最后,发达国家规制技术标准化垄断的经验。日本公平委员会 2007 年发布的《知识产权利用的反垄断指南》与《标准化与专利联营安排指南》中把专利劫持以及标准化下知识产权垄断问题放在反垄断法中进行分析;欧洲委员会 2010 年发布的《企业间横向合作协议的反垄断评估指南》增加了技术标准领域竞争法的使用规则;美国司法部与联邦贸易委员会 2007 年发布的“反托拉斯法实施与知识产权:促进创新与竞争”报告中规定了合作制作标准过程中采用专利的竞争考虑问题。发达国家的立法表明,标准化下的专利不仅仅是一个单纯的知识产权问题,它已经关涉到市场和竞争等,反垄断法应当适应发展适时介入。

专利权作为财产权具有法定的独占性与排他性;而标准具有开放性与公共性,进入标准的必要专利必然涉及公共利益。如何在标准的普遍开放性与专利本身的排他垄断性之间寻找一个恰当的平衡点,这往往不是知识产权法或民法所能充分解决的,反垄断法此时的介入能更好更快地找到甚至稳定这个平衡点。

5. 小结

文章主要从三大方面对反垄断法规制标准必要专利权人滥用市场支配地位的行为进行原因分析,包括知识产权的“公地悲剧”与“反公地悲剧”所体现的激励创新与保留公共利益之间的关系与矛盾,技术标准化所带来的技术锁定和网络效应与专利本身的垄断性相结合更容易引发权利人的垄断行为,以及通过对专利法、合同法与标准化组织在规制上的缺陷性进行分析,突出反垄断法规制的可行性与合理性,最后总结出反垄断法在规制该种垄断行为天然的优势。

知识产权在激励创新与保护社会公共利益之间的矛盾需要找到一个牢固的平衡点,否则,任何一方的过度倾斜都会因为天平的倒塌而造成知识产权的滥用。专利标准化后所造成的网络效应以及技术锁定无形中增加了市场参与者的转换成本且为竞争者进入市场设置了技术壁垒等,结合专利权的本身的垄断属性,标准必要专利权人更容易滥用市场支配地位做出垄断行为。当前知识产权制度与民法制度在解决标准必要专利权人滥用市场支配地位的垄断行为存在缺陷的情况下,反垄断法以其在规制专利标准化下的诸多优势当然具有介入的必要性。

参考文献 (References)

- [1] Hardin, G. (1968) The Tragedy of the Commons. *Science*, **162**, 1248.
- [2] Gordon, H.S. (1954) The Economic Theory of a Common-Property Resource: The Fishery. *Journal of Political Economic*, **62**, 124-42.
- [3] 陈健. 强化知识产权使用规则研究[J]. 中国政法大学学报, 2016(3): 86-100.

-
- [4] 龙柯宇. 滥用知识产权市场支配地位的反垄断规制[D]: [博士学位论文]. 成都: 西南财经大学, 2012.
- [5] 林秀芹, 刘禹. 标准必要专利的反垄断法规制——兼与欧美实践经验对话[J]. 知识产权, 2015(12): 58-65.
- [6] 卡尔·夏皮罗, 哈尔·瓦里安. 信息规则: 网络经济的策略指导[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2000.
- [7] 薛伟贤. 网络经济效应及测量研究[M]. 北京: 经济科学出版社, 2004.
- [8] <http://www.competitionlaw.cn/info/1035/1267.htm>, 2017-02-23.
- [9] 博登海默. 法理学, 法律哲学与法律方法[M]. 邓正来, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 302-303.
- [10] 吴太轩. 技术标准化的反垄断规制[M]. 北京: 法律出版社, 2011.
- [11] 林欧. 技术标准化的反垄断法规制[M]. 上海: 上海社会科学院出版社, 2015.

期刊投稿者将享受如下服务:

1. 投稿前咨询服务 (QQ、微信、邮箱皆可)
2. 为您匹配最合适的期刊
3. 24 小时以内解答您的所有疑问
4. 友好的在线投稿界面
5. 专业的同行评审
6. 知网检索
7. 全网络覆盖式推广您的研究

投稿请点击: <http://www.hanspub.org/Submission.aspx>

期刊邮箱: ojs@hanspub.org