

标准必要专利许可中的不公平高价及 反垄断规制

郑 瑜

河南财经政法大学民商经济法学院, 河南 郑州

收稿日期: 2023年7月21日; 录用日期: 2023年8月2日; 发布日期: 2023年11月7日

摘 要

反垄断法在规制标准必要专利许可不公平高价行为发挥着重要作用, 合同法与专利法也是不可或缺的。在标准必要专利许可中, 专利权人请求的许可费明显超过FRAND原则, 可以视为不公平高价, 法院或者反垄断执法机构需要在多种计算方法中选择适当的方法确定专利许可费。若专利权人所要求的许可费高于FRAND许可费, 需要承担反垄断法上的责任。

关键词

反垄断法, 标准必要专利, FRAND原则

Unfairly High Prices and Antitrust Regulations in SEP Licensing

Yu Zheng

School of Civil and Commercial Economics and Law, Henan University of Economics and Law, Zhengzhou Henan

Received: Jul. 21st, 2023; accepted: Aug. 2nd, 2023; published: Nov. 7th, 2023

Abstract

Anti monopoly law plays an important role in regulating the unfair and high priced behavior of standard essential patent licensing, and contract law and patent law are also indispensable. In standard essential patent licensing, the license fee requested by the patentee significantly exceeds the FRAND principle, which can be considered as an unfair high price. The court or antitrust enforcement agency needs to choose an appropriate method among various calculation methods to determine the patent license fee. If the patent holder requests a license fee higher than the FRAND license fee, they need to bear the responsibility under antitrust law.

Keywords

Antitrust Law, Standards Are Essential Patents, FRAND Principles

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

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



Open Access

1. 引言与问题

随着科技发展、数字经济时代到来，增强产品之间的互通性、促进国内外贸易往来和社会经济的发展，专利标准化具有决定性的作用。标准必要专利是指技术标准所包含的不可缺少、不可替代的专利，即为实施技术标准而必须使用的专利[1]。所谓“专利劫持”，是标准必要专利权人凭借其自身不可替代性索取不合理专利费用的行为。对于“专利劫持”的经济危害性而言，首先其会损害标准必要实施者的利益，其次另可能会使产业内经营者对执行标准不再投入标准专属，使得标准产业自身则会收缩乃至消亡。各国际通信标准组织要求标准必要专利权人作出承诺，以公平、合理、无歧视(“Fair, Reasonable and Non Discriminatory”，简称“FRAND”)的条件下对所有寻求专利许可的人许可标准必要专利，该承诺被称为 FRAND 原则或者 FRAND 承诺，以此防止“专利劫持”。

近年来，世界各国都出现了大跨国企业由于标准必要专利而进行反垄断执法与司法实践，在通信行业为比较具有代表性的案件包括：中国华为诉 IDC 案¹、欧盟三星公司案²、微软诉摩托罗拉案³和美国高通反垄断案⁴。标准必要专利权利人与标准实施者未就许可费达成一致，由此引发了标准必要专利滥用的反垄断问题、标准必要专利的许可条件问题及标准必要专利诉讼中的禁诉令问题等众多法律争议[2]。换句话说，标准必要专利一切争议的核心问题在于许可费的确定。由于标准必要专利权利人和标准实施者之间存在利益冲突产生的许可费问题，标准必要专利权利人要收取尽可能多的许可费，但是标准实施者期望用尽可能小的代价来取得标准必要专利许可。在实际许可费谈判时，标准必要专利权人具有收取高额许可费的能力，因为标准必要专利权人通常处于有利位置。所带来的不公高价也引起反垄断法上的重视。反垄断法是否要对不公平高价行为进行规制，以及怎样对其进行规制，这在反垄断法上一直存在着较大的争论。在互联网产业快速发展的背景下，标准必要专利许可的不公平高价不仅仅是通信行业，现在还涉及到智能汽车、智能家电等。就总体状况而言，我国企业多属标准实施者，属于标准必要专利领域的弱者，不公正的高价将严重侵害我国企业的利益。因而具有重要的理论与实践意义对标准必要专利许可不公平高价及反垄断问题进行研究。

2. 反垄断法规制标准必要专利不公平高价的可行性

在防止专利劫持方面合同法具有重要价值。大多数标准制定组织都要专利权人公开有关专利或者专利申请的信息后才能列入标准，并且做出 FRAND 承诺。FRAND 承诺实质上就是标准制定组织和标准必要专利权人作为第三人利益的契约，而标准实施者则是契约中获益的第三人[3]。FRAND 承诺主要限制权利人在定价方面的行为，标准必要专利权人不能利用标准所带来的市场支配地位进行定价，只能根据

¹广东省高级人民法院(2013)粤高法民三终字第 305 号。

²See CASE AT. 39939-Samsung, Enforcement of UMTS standard essential patents, European Commission, April 29, 2014.

³See Case AT. 39985-Motorola, Enforcement of GPRS standard essential patents, European Commission, April 29, 2014.

⁴See FTC v. Qualcomm, Inc., 2019 WL 2206013 (N. D. Cal. May 21, 2019); Qualcomm, Inc. v. FTC, 2020 WL 4591476 (9th Cir. Aug. 11, 2020).

其专利在被纳入标准之前的价值收取许可费用。如果 FRAND 承诺作为合同被有效执行，可以有效的限制标准必要专利权人实施专利劫持，类似于之前所述的长期许可协议。标准制定组织中广泛存在的 FRAND 承诺表明，行业自身正在积极努力解决专利劫持问题。

专利法在预防专利劫取方面具有至关重要的作用。鉴于专利权是私人财产，因此在解决专利劫持问题时，首要任务是寻找适用于私法领域的规制措施。根据我国《专利法》第 72 条的规定，专利权人可在诉讼前提出申请以采取相应的保全措施，以防止或制止专利侵权行为。这一规定看起来好像可以用作寻求法律规范的依据，以申请禁令救济。在标准必要专利引起的争议中，根据《专利法》，可使交易自由得到更好的保障，双方更容易达成共识。

如果专利法和合同法能够很好的贯彻执行，大部分专利劫持问题将得到解决，但是合同法和专利法无法有效解决上述问题。合同法的效力受到限制，首先，FRAND 承诺的含义并不清晰。其次，标准必要专利权人无需承担实质性的违约责任即使违反 FRAND 承诺。法院对标准必要专利权人实施禁令救济的权利进行限制，只是减少了专利滥用的可能性，但无法完全消除这种风险。此外，专利法很少对专利权施加限制以保护专利权为核心，无论如何都会确保其获得合理的经济回报。专利法并不会因为标准必要专利权人实施专利劫持而对其进行惩罚。所以，专利法对于发挥作用也有其限制。

标准必要专利对于执行某一标准并进入相关市场是十分必要，这使得其区别于普通专利。标准化使市场价格机制基本失效，专利权人获得或加强其市场支配地位，并形成较强的市场壁垒，从而排除竞争者入市的可能性。即使如此，标准必要专利人依然享有较高的定价自由。FRAND 承诺则使得标准必要专利权人定价自由受到严格的限制，由于标准必要专利权人是主动承诺在 FRAND 条件下授权标准必要专利的，如果许可费大大高于 FRAND 的要求，则是不公平的高价。换言之，FRAND 的承诺使得反垄断法对不公高价格的规制门槛有所下降。经济学家给出了很多经济学模型，关于 FRAND 许可费计算问题，各国法院在实际工作中探索很多计算方法。另外，反垄断法干预并未减少标准必要专利权人创新激励及标准化参与动机。专利被列入标准就意味着占有巨大的市场份额，许可费收益总量也非常可观。

3. 反垄断法规制标准必要专利不公平高价的路径

3.1. 界定相关市场与认定市场支配地位

反垄断法规制标准必要专利不公平高价行为，需要遵循禁止滥用市场支配地位行为的分析框架，从界定相关市场，认定市场支配地位以及滥用行为判定，环环相扣，逐一论证。

界定相关市场是反垄断法规制标准必要专利不公平高价的首要任务。一般在反垄断案件中需要界定相关商品市场和地域市场。对于标准必要专利相关地域市场一般情况下是以国家为单位，因其具有较强的地域属性。在全球许可时，也可能是以全球为市场。总的来说，对于标准必要专利的相关市场的界定争议较小，界定也较为简单。以下重点分析相关商品市场的界定问题。

在相关商品市场上，要充分考虑到商品的性能、用途、功能、品质及价格上的可替代性。以消费者的视角来评判一般货物的替代性，相关货物市场的定义通常是从需求替代这一视角来进行分析。这两种商品在性能，功能，品质和价格上的可替代性越强，则就越容易归属同一个市场。一种商品价格的上涨将影响与之有替代关系的产品需求量的增加，这就是所谓的“需求交叉弹性”。除考虑需求替代外，还要从供给替代的角度来考虑竞争者的进入难度。例如生产设备的改进和技术的采用。市场进入难度越大，市场壁垒就越高，相关竞争者的产品就越有可能形成一个单独的相关市场。

对标准必要专利而言，具有可替代性专利的概率很低。不像普通专利有可能实现同样或者相似的技术效果。为了行业安全，质量统一和产业可持续性，标准是由有关各方协调并经公认机构批准，即标准有统一性和强制性的特点。在一定时期内引导某一产业具体技术运用的标准缺乏替代性。由兼容性控制

产生的标准网络效应与技术锁定效应导致某一标准实施者向另一标准迁移的代价高昂。每一项标准必要专利都可以形成独立的相关市场，不管是从供给替代还是需求替代的视角分析。若在相关市场环节的界定中把各标准必要专利市场界定为单独的相关技术市场时，已为世界各国反垄断实践所普遍采用的是标准必要专利权人对各相关市场所占市场份额 100% 时，可直接推定其具有市场支配地位。

3.2. 标准必要专利合理许可费的确定方法

当标准必要专利权人已经承诺 FRAND 时，有必要设定满足 FRAND 要求的许可费为比较基准。各国司法实践中对专利合理许可费的测算都有较多经验。目前“自下而上法”“自上而下法”“可比协议法”三种方法，在司法实践中普遍采用。

3.2.1. “自下而上法”

自下而上法亦称增值量法，确定合理的专利许可费通过计算专利技术对产品总价值所产生的增值。这种方法通常只对个别专利进行增值分析，不考虑同一种标准或者产品的其他标准所必需的专利价值，只包括该项专利技术对标准功能增值和标准功能对产品增值。由于自下而上法有很多问题，在 FRAND 许可费的计算中很难真正得到应用。首先，这种方式的实现依赖于该领域技术专家从技术角度评估专利技术与替代技术的差别并量化了差别。但技术专家们也很难确定某一技术与其替代技术相比有多少价值增量，它对标准实施者来说也不一定有可以评估的经济增加值。其次，在实践中标准通常含有大量专利，这就造成了自下而上法的执行起来十分复杂。最后，由于自下而上法只注重对个别技术的价值认定，很容易造成许可费堆叠的困扰。

3.2.2. “自上而下法”

“自上而下法”首先是从上位和整体角度出发，计算该标准涵盖的全部标准必要专利整体许可费，然后检验不同专利在标准上的价值区别，依此整体许可费向不同标准必要专利权人进行分配。与“自下而上法”只从个别专利增值价值来考虑标准必要专利许可费不同。“自上而下法”的认定根据是某个标准必要专利权人所能取得的许可费应受该标准中其他专利权人从该标准实施者处取得许可费所左右。标准必要专利合理许可费计算与认定不应仅仅关注个别专利本身的增值价值，而应将标准涵盖的其他专利许可费作为一个整体加以考虑。

“自上而下法”优点在于有效地避免了许可费堆叠的难题，但同时又有其不足之处。首先，应用办法的前提非常艰难，要确定一项标准所覆盖的全部标准必要专利累计许可费，最后结果偏差依赖于所定累积许可费是否合理。其次，更棘手的问题在于标准必要专利权人之间累积许可费怎样进行合理分配。最好的结果是对每一个标准必要专利对该标准的价值评估并和把每一个标准必要专利权人持有的该标准必要专利相加，便可得出其应取得累积许可费的比例。由于该标准覆盖标准必要专利的数量太多，在实际工作中几乎是不可能的。最后，“自上而下法”最为人所诟病之处在于确定累积许可费还是对其分配都会有很大主观任意性，与市场价格机制相悖。

3.2.3. “可比协议法”

所谓“可比协议法”，是参照同类许可协议规定许可费，对涉案专利许可费进行认定。其可以回避许多经济分析推测，对于可比较、自愿磋商达成和实际执行许可费进行直接观测，所以一些学者称“可比协议法”为 FRAND 许可费高低的一种证明力分析方法[4]。“可比协议法”以寻求有可比性协议为核心，应当先考虑到双方对涉案专利曾有许可协议；二是可考虑专利权人与被许可人之间的许可协议和被许可人在使用同类专利时同其他专利权人的许可协议；最后，如果缺乏以上直接可比协议，也可考虑涉案专利有关第三方许可协议。可比协议法的最大优势是它的定价机制以市场为导向，可对技术规定与其

市场价值最为匹配的许可费。免去了按技术价值分摊法一步步进行许可费计算的麻烦，提供了一种现有许可费，更加便于操作。

然而可比协议法也有明显的不足，虽然目前市场上有大量许可协议，但是许可协议通常处于保密状态，当信息严重不对称时很难得到真实的可比协议。即使可比协议是公开的，完全相同的许可环境是很少可能发生的，不得不退而求其次地寻求“较为接近”许可协议，这时需要综合考虑多方面的因素，才能判断协议的可比性。若部分要素存在差异，则仍需采用某种方式进行转换，给由参考许可协议解析涉案专利价值带来困难。同时，它还会增加主观任意性，有悖于可比协议法由市场定价之本意。

3.3. 许可费计算方法的选择

反垄断执法机构或者法院所面临的一个问题就是在厘清了每种计算方法的利弊之后如何选择适合自己的计算方法。第一，可排除单独使用自下而上法。因自下而上法要求对涉案标准必要专利逐一进行价值评估，逐渐为各国法院所摒弃，在实践中可行性不高，且易造成许可费堆叠。第二，明确自上而下法与可比协议法之间的应用顺序。自上而下法追求的是技术的“真实价值”，可比协议法追求的是技术的“市场价值”。市场经济条件下，市场定价自身高于政府定价与司法定价。所以从理论上来看可比协议法的适用顺序应优于自上而下的方法[5]。第三，尽管可比协议法在适用次序上优先，但是其适用条件较为严格，以案件事实来判断可比协议法是否具备适用条件。这极大地限制了其适用范围。

3.4. 规制不公平高价措施

判断并规制不公平高价，按照合适的计算方法确定标准必要专利 FRAND 许可费时，反垄断执法机构或者法院需将标准必要专利权人请求许可费与之对比，确定许可费是否为不公平高价。经比较如果反垄断执法机构或者法院认定标准必要专利权人索要许可费是一种不公平的高价行为，则有必要确定相应的补救措施来恢复市场竞争秩序。如反垄断案件双方共同向法院申请认定 FRAND 许可费时，则由法院判决许可费本身即属补救措施，标准必要专利权人须以此项许可费同标准实施者签订许可协议。但在反垄断执法案件当中，反垄断执法机构认定的 FRAND 许可费只是对不公平高价进行评判的一个参考因素，而没有直接对当事人进行计价的法律效力。这时，反垄断执法机构需要寻求其他补救，针对标准必要专利许可过程中存在的不公平高价行为，责令标准必要专利权人终止违法行为仅是对标准必要专利权人履行不作为义务的结果，无法保证标准实施者能够在 FRAND 条件下取得许可。由于标准必要专利权人可稍微减少许可费并依然征收超过 FRAND 要求的许可费而向标准实施者转嫁罚款，因此罚款的威慑性亦受到限制。在这种情况下，反垄断执法机构有必要加强同国务院专利行政部门的协调和配合。如果当事人对许可费不能取得一致意见，国务院专利行政部门也可直接判决支付合理许可。

参考文献

- [1] 王晓晔. 论标准必要专利的特殊性[J]. 中国价格监管与反垄断, 2015(10): 20-26.
- [2] 王先林. 涉及专利的标准制定和实施中的反垄断问题[J]. 法学家, 2015(4): 62-70.
- [3] 宁立志, 龚涛. 标准必要专利许可中的不公平高价及其反垄断规制[J]. 荆楚法学, 2022(5): 94-107.
- [4] 郑伦幸. 论 FRAND 承诺下标准必要专利许可费的确定方法[J]. 法学, 2022(5): 146-158.
- [5] 徐家力. 标准必要专利许可费之争——以“高通诉魅族”案为切入点[J]. 江苏社会科学, 2018(1): 166-172.