

标准必要专利高额许可费涉及垄断的法律适用问题研究

郭世招

上海大学法学院, 上海

收稿日期: 2022年10月19日; 录用日期: 2022年11月1日; 发布日期: 2022年11月28日

摘要

标准必要专利具有专利和标准的双重属性, 其牵涉的垄断问题远远复杂于普通专利。也由此, 知识产权滥用的判断标准也不同于普通专利, 其更容易被反垄断法所规制。在标准必要专利高额许可费涉及垄断的案件中, 到底优先适用反垄断法还是知识产权法、合同法等私法, 在理论界和实务界均存在争议。对此, 本文通过分析已有的案例和查阅相关文献, 梳理总结出标准必要专利权利人的地位可以作为一个区分适用反垄断法还是知识产权法的判断条件, 此判断条件是对优先适用何种法律的回应。在此基础上, 法院可以基于FRAND原则, 进一步界定标准必要专利的高额许可费是否合理, 并使得该费用在权利人和实施人之间得到合理分配。

关键词

标准必要专利, 滥用知识产权, 高额许可费, FRAND原则

Research on the Legal Application of Monopoly Involved in High Licensing Fees of Standard Essential Patents

Shizhao Guo

School of Law, Shanghai University, Shanghai

Received: Oct. 19th, 2022; accepted: Nov. 1st, 2022; published: Nov. 28th, 2022

Abstract

Standard essential patent has the dual properties of patent and standard, which involves far more

complex monopoly problems than ordinary patent. Therefore, the judgment standard of intellectual property abuse is different from ordinary patent, which is easier to be regulated by antitrust law. In the case of monopoly involving high license fee of standard necessary patents, it is controversial in both theoretical and practical circles whether anti-monopoly law or private law such as intellectual property law and contract law should be preferred. In this regard, by analyzing existing cases and reviewing relevant literature, this paper summarizes that the status of the standard necessary patent right holder can be used as a judgment condition to distinguish the applicable anti-monopoly law or intellectual property law, and this judgment condition is a response to which law is preferentially applied. On this basis, the court can further define whether the high license fee of standard necessary patents is reasonable based on the FRAND principle, and make the fee reasonably distributed between the right holder and the implementor.

Keywords

Standard Essential Patent, Abuse of Intellectual Property Rights, High Licensing Fees, FRAND Principle

Copyright © 2022 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. 问题的引入

近年来,牵涉到标准必要专利(Standard-essential Patent,以下简称 SEP)的一些高额赔偿案件引人瞩目。例如发改委行政处罚高通案、华为诉 IDC 案、华为诉康文森案以及 FTC 诉高通案等。司法实践中有关 SEP 许可的纠纷大体可以分为三种诉讼类型:SEP 侵权之诉、SEP 合理许可费裁判之诉和关于 SEP 的反垄断之诉。这三类案件均可能直接或间接的涉及 SEP 合理许可费问题[1]。SEP 许可费问题主要表现为不合理的高额许可费,这类案件往往涉及垄断问题。这类案件不仅是实践中的高频多发,也是理论上的热点、难点研究所在。

SEP 概念可以拆解为两个组成要素:标准和专利。事实上,SEP 也是从这两个方面交叉融合发展形成的。标准和专利本来是两个并不相干的领域,但是,随着技术的发展以及知识产权制度的普及,二者之间出现了交叉融合。发展至今,SEP 已经在知识产权领域和市场营销领域占据相当重要的分量。根据《辞海》对标准的释义,标准是衡量事物的准则。¹标准,尤其是法定标准具有明显的公共产品属性,本质上属于社会公共资源,其强调技术的统一、开放和普遍适用[2]。该公共属性总是和群体的利益相关联,因此,更有利于整体利益。例如采取标准化生产的产品,根据经济学中的边界成本效应,批量化产品的成本是低于单个产品。对生产商来说,批量化生产降低了生产成本;对广大的消费者来说,也降低了购买成本;对社会来说,创造了大量的实物财富,节约了大量资源,是一种多赢的局面。专利则是专利权的简称,是国家授予发明创造者独占实施其发明创造的权利。由于其作为一种私权,具有排他性,权利人往往追求权利有效期内获得尽可能多的收益,即个人利益最大化。因此,当个人追求自身利益最大化时,可能与标准的公共属性存在着一定的张力。当两者之间出现冲突时,选择保护个体权益还是公共利益是一个十分难以平衡的问题。

由于 SEP 这些特性,其与垄断有着密切的联系。这种联系具体表现在两个方面:一是专利作为一种

¹“标准释义”定义: <https://www.cihai.com.cn/yuci/detail?docLibId=1107&docId=5659585&q=%E6%A0%87%E5%87%86>, 2021-11-24。

知识产权，具有法定的垄断性，与反垄断法具有天然的冲突之处；二是标准作为强烈的公共属性，其与专利结合之后，具有更为深远的市场影响力，往往更容易为反垄断法所“青睐”。事实上，关于 SEP 的这种内在矛盾特性，在理论和实践中也存在着一定的呈现。在理论上，对反垄断法和知识产权法的优先适用问题不无疑问。在实践中，笔者通过对司法实践中的众多涉及 SEP 垄断案件的判决梳理发现，法院对这类案件往往更倾向于优先适用反垄断法进行裁决。这难免给人一种印象，仿佛滥用 SEP 专利权问题都成了反垄断问题[3]。而要准确理解 SEP 垄断案件在何种情形下优先适用何种法律，就绕不开对反垄断法第 55 条的理解。

2. 对反垄断法第 55 条的理解

2.1. 对第 55 条的定位

我国的反垄断法和知识产权法在总体目标上存在一致性。二者不仅具有促进竞争和推动创新的基本功能，还具有保护消费者利益的目的和功能。但是，反垄断法和知识产权法在具体方面又表现出差异，甚至可能形成某种冲突[4]。对此，我国的反垄断法第 55 条是协调反垄断法与知识产权法之间适用的一般性规定，该规定构成了协调两法冲突之外部体系的核心，为我国知识产权反垄断规制的实施奠定了制度基础[4]。该条亦表明了反垄断法在知识产权领域实施的基本原则和立场，但是它的功能是宣示性和说明性的，并不是认定特定知识产权行使行为是否构成垄断行为的直接依据[4]。

2.2. 对第 55 条中“滥用知识产权”一词的理解

在美国，知识产权滥用问题产生于知识产权法与反垄断法的交叉[5]。这一点与传统的大陆法系国家并不相同。知识产权滥用理论最初是基于诉讼中的“不洁之手”理论在知识产权领域中的某种延伸，它只是被告据此答辩的一种抗辩事由，源自一系列的案例[5]。吊诡的是“知识产权滥用”理论起源于并没有民法的“权利滥用”理论的英美法系。从其理论产生的渊源来看，这二者实质上并不具备紧密的关联性[6]。但是，从法理上来说，知识产权属于民事权利的一类，“滥用知识产权”属于民法中“滥用个人权利”的范畴。从规制知识产权滥用行为的角度看，实际上可以适用私法上的禁止权利滥用原则[5]。因此，虽然滥用知识产权的理论源于英美法系，但鉴于目前两大法系之间的融合趋势以及法理上不存在不周延的逻辑障碍，权利滥用原则作为滥用知识产权的上位概念在理论上是站得住脚的。

目前，学界关于该法条中“滥用知识产权”边界还未有清晰的界定。虽然不得滥用权利的原则和制度在我国以往的立法中很早就有，但是“滥用知识产权”这一概念是在反垄断法第 55 条中首次使用的，而该法并没有对其含义进行解释[7]。其实，禁止权利滥用是现代社会发展而来的一个原则。从概念上来说，其范围一直就是开放的，也必定是开放的，其在不同的历史时期，有着不同的形式。因此，“滥用知识产权”也很难构成一个封闭的概念。对“滥用”的理解应当从最广泛的范围去理解，这不仅包含违反反垄断法的“滥用”行为，也包括违反其他规范的“滥用”行为。只是对于落入反垄断法规制的范围之内时，才由反垄断法予以调整。落入其他法律调整的范围，则由其他法律发挥作用。因此，对第 55 条的理解与适用来说，“滥用”的边界还需要辅助知识产权这一领域的综合认定。

2.3. 第 55 条构成要件的理解

对反垄断法第 55 条规定的“经营者滥用知识产权，排除、限制竞争的行为，适用本法”的理解不能采取“两阶段或者两要件认定法”的方式[7]。适用反垄断法的情形包含很宽范围的危害竞争秩序的行为，其他的滥用权利行为如果构成危害竞争秩序，当然也属于反垄断法规制的范围。在 SEP 案件中，可能发生权利人没有滥用知识产权，但是存在其他滥用权利的行为，这仍可能属于违反反垄断法的情形。从始

至终，反垄断法只对构成垄断的行为进行规制，而不去讨论这些行为的源头究竟是行使知识产权还是其他民事权利。特别地，当存在滥用知识产权的行为而适用反垄断法时，也需要从反垄断法学的角度去判断。对此，需要对滥用知识产权的类型化加以探讨。对于对 SEP 高额许可费涉及垄断的案件应该按照法律调整的关系不同分为两类：一类是需要知识产权法调整的；另一类是需要反垄断法调整的。

3. SEP 高额许可费涉及垄断时法律优先适用的条件

在更为清晰地理解反垄断法第 55 条之后，对于 SEP 高额许可费涉及垄断时法律优先适用问题也就有了更为清晰的前提。随着涉及 SEP 案件的多发，针对专利权人的侵权指控，反垄断抗辩成为继“未使用侵权专利”及“专利无效”之外的重要抗辩事由[8]。事实上，反垄断法规制经济垄断行为的三大支柱性制度分别为：禁止垄断协议、禁止滥用市场支配地位、经营者集中审查。其中，通过对 SEP 涉及垄断的案件进行梳理发现，SEP 权利人危害市场竞争的行为类型主要有两类四种情形：一类是标准制定中的欺骗行为；另一类是标准实施中的限制竞争行为，具体包括三种情形：拒绝许可、收取高额的专利许可费和滥用禁令救济[9]。对于 SEP 涉及垄断第二类的三种情形而言，适用反垄断法规制时，大都是采用禁止滥用市场支配地位这一制度规制。尤其是近年来一些 SEP 许可费涉及垄断的案件引发国内外司法领域的关注。因此，讨论 SEP 高额许可费涉及垄断时到底优先适用专利法还是反垄断法这个问题十分有必要。

3.1. 反垄断法与知识产权法的适用顺序

众所周知，知识产权法和竞争法属于两个领域的规范，二者调整的法律关系不同。前者属于私法，权利法；后者属于公法，竞争法，二者的调整范围具有不同但又有所交叉。这种关系对于法律的适用具有决定性的影响。在目前日益复杂的经济生活中，同一行为往往牵涉到多种法律关系。由于不同的法律调整不同的法律关系，由此，对同一行为也需要不同层次、不同领域的法律予以调整。这些不同的法律在规制同一行为时，其优先适用关系就需要厘清，对于反垄断法和知识产权法也不例外。例如平等民事主体之间的行为一般由民法来予以调整；如果该行为涉嫌违法犯罪超出民法调整的范围，往往需要行政法、甚至刑法予以规制。如果存在滥用知识产权的行为，也存在类似的三个层次的法律规制：第一是私法性质的民商法(知识产权法)自身范围内；第二是兼有公私法性质的反不正当竞争法；第三是公法性质的反垄断法[10]。因此，SEP 高额许可费涉及垄断的案件应当先寻求知识产权法中的法律支持，进而再将寻找的目光转向公法性质的反垄断法。因为滥用 SEP 专利权并非都可以适用反垄断法[3]。即当知识产权的行使违反反垄断法时，必然存在知识产权的滥用。但是，反过来并不一定成立，即有些(甚至多数)滥用并不违反反垄断法[10]。这二者之间存在一个单向包含的逻辑关系。

一般而言，专利权人拒绝许可、收取较高的专利许可费和请求公权力救济的行为都是正当行使权利的行为。但是，SEP 权利人如果做出上述行为，则存在被反垄断法规制的嫌疑。上文已经提及，这是由于标准与垄断之间密切的联系导致的。此时，反垄断法调整 SEP 权利人的上述行为并非是由于权利人滥用知识产权，而是滥用了标准，阻碍了竞争秩序。这才是值得被反垄断法规制的根本原因。至于涉及到知识产权，实在是由于 SEP 的交叉属性所致。因此，对于 SEP 权利人滥用知识产权的行为不同于普通专利权人滥用知识产权。这并不是说滥用普通专利不构成垄断，相反，二者都有可能被反垄断法规制。但在同等条件下，相较于滥用普通专利，滥用 SEP 往往更容易为反垄断法规制。归根结底，SEP 权利人具有标准优势地位本身就需要法律重点关注，其也存在被重点关注的必要，正如“欲戴王冠，必承其重”所揭示的道理一样。

3.2. 中美司法关于 SEP 高额许可费的认定

关于 SEP 权利人是否一定具备市场支配地位这个问题曾经具有争议，但现在已经明确，SEP 权利人

或者持有人并不必然具备市场支配地位。但现在有争议的问题是 SEP 高额许可费是否需要反垄断法来规制。对此,我国法院的判决认为这种行为属于反垄断法规制的对象。其法律依据是现行反垄断法第 17 条。²在美国法上,美国尚未对该问题做出明确性的态度。对于这类案件,全球并未形成一致的规制方式,具体到中美两国的司法实践,更是存在实质性差异。

对于 SEP 高额许可费涉嫌的垄断问题,我国做出了有益的司法探索。在发改委行政处罚高通案中,发改委认为高通公司对于过期无线 SEP 收取许可费时应当给予被许可人公平的机会进行协商,避免对过期专利继续收取专利许可费。³在华为诉 IDC 案中,法院判决指出,基于 FRAND 原则确定的许可费的核心观点是专利权人收取许可费应遵循合理原则和无歧视原则,这两个原则的关键是许可费的合理性,这个合理性既表现为许可费本身的合理性,也表现为不同被许可人的许可费相互比较的合理性。最终,法院确定了 IDC 许可华为公司的 SEP 专利许可费用[11]。在华为诉康文森案中,康文森和华为对 FRAND 原则的许可费的计算方法各持己见,康文森主张采用相似许可比较法(即许可协议法);华为主张自上而下法。⁴最后,南京中院采用了自上而下法来裁定标准必要专利费率,避免了“专利劫持”[12]。从上述案件中可以看出,我国法院对于 SEP 专利许可费用的态度较为稳定,对 SEP 权利人具备市场支配地位,并且存在高额许可费的,适用反垄断法规制;对于不具备市场支配地位的,法院会基于专利法、合同法、民法等私法确定 SEP 的合理许可费。

在美国法中,反托拉斯法并不禁止过高收费,然而,美国法院尚未形成明确的统一意见。这是由于要认定一个案件因为滥用了支配地位而存在垄断高价是困难的[13]。对于这一点,美国法院的分歧相对就很大。在 FTC 诉高通公司垄断一案中,美国加州北区地方法院(以下简称地区法院)在一审判决中认定高通公司垄断成立。但美国第九巡回上诉法院(以下简称上诉法院)做出了有利于高通的二审裁决。在这个案件中,地区法院和上诉法院的意见分歧完全相左。关于 FRAND 承诺下的交易义务,地区法院引用博通诉高通案,认为在专利被国际标准制定组织(以下简称 SSO)纳入标准而成为 SEP 时,高通做出的 FRAND 承诺构成合同义务,对 SSO 承诺的违反可能引发反垄断违法行为。而二审法院则认为,在高通公司是否违反了 FRAND 承诺的问题上,其不需要也无法得出结论,这些违约行为应该通过合同法和专利法进行救济[14]。从二审法院的裁判中看出,即便 SEP 权利人具备市场支配地位,即便权利人收取了高额专利许可费,仍然可能不构成垄断行为。虽然二审法院的裁判受到了一些国际政治博弈的影响,但美国二审法院的观点再次证明 SEP 高额许可费案件应当先由专利法和合同法调整。

通过以上四个案例,可以看出不同法域下甚至同一法域下不同级别的法院对于许可费的判断态度与标准也并不相同。适用的法律依据也主要是反垄断法、专利法、民法和合同法。不过,以上法院的观点与态度对于本文探讨 SEP 高额许可费的案件的法律适用具有很大启发。

3.3. FRAND 原则可以评判高额许可费

对于确定合理许可费用的评判,采用 FRAND 原则是一个很好的标尺。FRAND 原则能够很好地平衡 SEP 权利人和实施人之间的权利义务划分不清晰的困境。根据权利人和实施人是否具备正当理由,是否遵守 FRAND 原则的不同情形,将其归属于不同的法律所规制。

其一,其能够有效针对“专利劫持”现象。当 SEP 实施人遵守了 FRAND 原则,并在主观上无过错或者重大过失,而 SEP 权利人无正当理由,违反了 FRAND 原则,并对实施人实施排除、限制竞争的行

²《反垄断法》第 17 条第一项规定:“禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为:(一)以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品”。

³参见国家发展和改革委员会发改办价监处罚[2015]1 号行政处罚决定书。

⁴Top-down 方法首先要求评估特定标准中所有必要专利的整体价值(即整体费率),在此基础上再根据专利持有人所占份额确定许可费。

为，则实施人可以以垄断纠纷为由将其起诉至法院，从而追究其垄断侵权的法律责任。此时，实施人可以依据专利法、民法以及反垄断法的相关条款维护自身的权益。正如华为诉 IDC 案和华为诉康文森案中，华为都是属于作为实施 SEP 的一方，能向法院主张 SEP 权利人违反 FRAND 原则，并请求法院对合理的许可费做出裁判。

其二，FRAND 原则也能够有效解决“反向专利劫持”现象。在进行 SEP 许可谈判时，当 SEP 权利人遵守了 FRAND 规则，在主观上无过错或者重大过失，而 SEP 实施人无正当理由，违反了 FRAND 规则，权利人可以针对实施人向法院提起禁令救济，请求法院责令实施人停止实施侵害其 SEP 的行为。此时，权利人主张权利的请求权基础应当来源于专利法。权利人请求法院责令实施人停止实施侵害其 SEP 的行为，该诉讼请求应当得到法院的支持。

4. 结语

当权利人行使知识产权的行为违反反垄断法时，必然存在知识产权的滥用。但是，反过来并不一定成立，即有些(甚至多数)滥用并不违反反垄断法[10]。SEP 高额许可费涉及垄断但不一定构成垄断，对此，应当区分开来，根据不同法律的调整范围，可以区分为两类：一类是需要知识产权法调整的；另一类是需要反垄断法调整的。SEP 高额许可费到底适用反垄断法还是知识产权法等私法，需要根据 SEP 权利人的地位作为前提条件。当 SEP 高额许可涉及垄断时，优先适用反垄断法的条件一般是存在滥用市场支配地位。如果 SEP 权利人不具备市场支配地位，自然也谈不上滥用市场支配地位的行为，因此，也不属于反垄断法规制的对象，而应当由知识产权法等私法来调整。优先适用知识产权等私法的条件是不需要公法涉入进行调整，即不对公法调整下的法律关系造成影响，在私法调整下即可得到解决。更进一步，法院在确定具体 SEP 合理许可费时，FRAND 原则是一个很好的划分 SEP 权利人和实施人权利义务关系的判断条件。

参考文献

- [1] 赵启杉. 标准必要专利合理许可费的司法确定问题研究[J]. 知识产权, 2017(7): 10-23.
- [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+178.
- [3] 魏德. 反垄断法规制滥用标准必要专利权之反思[J]. 北方法学, 2020, 14(3): 149-160.
- [4] 王先林. 知识产权行使行为的反垄断法规制——《反垄断法》第 55 条的理解与适用[J]. 法学家, 2008(1): 4, 25-28.
- [5] 易继明. 禁止权利滥用原则在知识产权领域中的适用[J]. 中国法学, 2013(4): 39-52.
- [6] 张伟君. 知识产权滥用的概念、表现和规制措施[J]. 电子知识产权, 2007(12): 16-21.
- [7] 王先林. 我国反垄断法适用于知识产权领域的再思考[J]. 南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学版), 2013, 50(1): 34-43, 159.
- [8] 仲春. 标准必要专利相关市场界定与市场支配地位认定研究[J]. 知识产权, 2017(7): 32-37.
- [9] 李剑. 论反垄断法对标准必要专利垄断的规制[J]. 法商研究, 2018, 35(1): 73-82.
- [10] 王先林. 竞争法视野的知识产权问题论纲[J]. 中国法学, 2009(4): 5-15.
- [11] 王晓晔. 标准必要专利反垄断诉讼问题研究[J]. 中国法学, 2015(6): 217-238.
- [12] 仲春, 关佩仪. 国际标准必要专利热点案件介评[J]. 中国应用法学, 2020(2): 52-69.
- [13] 王晓晔. 中华人民共和国反垄断法详解[M]. 北京: 知识产权出版社, 2008: 138.
- [14] 仲春, 陈梦豪. 美国 FTC 诉高通标准必要专利垄断案二审研究[J]. 人民司法(应用), 2021(13): 24.