

标准必要专利许可费的 反垄断规制*

——原则、方法与要素

韩伟

【提要】标准必要专利持有人收取不公平高价许可费是反垄断执法的关注对象之一。为确保竞争政策与知识产权政策的平衡,在规制标准必要专利许可费的过程中,反垄断执法部门应以确保基础竞争要素有效开放,兼顾创新激励维系为原则,以其他适当专利的许可费为参照,重点关注标准必要专利的价值、可比专利的许可费,以及许可人与被许可人之间的竞争关系等关键要素。

【关键词】标准必要专利 反垄断 专利许可费

【中图分类号】D923.4 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-2952(2015)03-0073-05

标准必要专利问题近年成为各国反垄断理论与实务界关注的焦点,但这方面的很多问题仍存在争议。是否应该对标准必要专利许可费直接进行行政规制、如何进行规制?目前各方面未达成共识。^①就我国而言,《中华人民共和国反垄断法》第17条规定,禁止具有市场支配地位的经营者“以不公平的高价销售商品或者不公平的低价购买商品。”因此,对标准必要专利许可费的过高定价问题进行规制,是我国反垄断执法部门必须作为的法定职责。基于现行立法,结合我国反垄断法实施的行政主导模式,笔者认为,较之探讨是否应该对标准必要专利许可费进行规制,如何进行规制更应引起我国理论界的关注,即思考反垄断执法部门如何合理地对标准必要专利许可费进行规制?^②目前相关文献主要从合同纠纷、专利侵权的角度分析标准必要专利许可费问题,^③从反垄断行政规制角度分析的文献并不多见。本

* 本文为2013年国家社科基金青年项目“合并救济中限制性条件的匹配性研究”,中国博士后基金第6批特别资助项目“云计算环境下垄断行为的认定、抗辩与救济研究”,2012年国家社科基金重大项目“垄断认定过程中的相关市场边界划分与技术研究”的阶段性成果。

① OECD, Policy Roundtables: Excessive Prices, 2011.

② 对标准必要专利许可费进行反垄断规制的前提是权利人拥有市场支配地位,而如何认定标准必要专利持有人拥有市场支配地位,是一个值得深入探讨的问题,相关分析参见韩伟、尹锋林:《标准必要专利持有人的市场地位认定》,《电子知识产权》2014年第3期。

③ 参见 Richard A. Epstein & David J. Kappos, Legal Remedies for Patent Infringement: From General Principles to FRAND Obligation for Standard Essential Patents, Competition Policy International, Vol. 9, Number 2, Autumn 2013; Thomas F. Cotter, The Comparative Law and Economics of Standard-Essential Patents and FRAND Royalties, available at: <http://ssrn.com/abstract=2318050>.

文拟对过高标准必要专利许可费问题从反垄断行政规制的角度进行分析,内容涉及规制的基本原则、主要方法以及考量因素。

一、对标准必要专利许可费进行反垄断规制的基本原则

(一) 确保基础竞争要素的有效开放

一般而言,特定行为的反竞争效果是反垄断规制的起点,与标准必要专利相关的反竞争效果,最重要的体现是“原料封锁”,即由于特定标准的影响力,标准必要专利成为相关市场中竞争所必需的要素。对于这部分专利,如果权利人不开放或者不充分开放,可能导致潜在被许可人无法充分、有效地获取基础竞争要素,从而影响市场竞争。对标准必要专利许可费进行反垄断规制,最为重要的目的应该是确保这类竞争要素充分、有效地向市场开放。通过对许可费进行反垄断规制,可以避免许可费过度依赖标准的价值,同时缓解专利费堆积问题。

1. 避免许可费过度依赖标准的价值

近年国内外出现几起法院对许可费进行具体判定的案例,包括我国的华为诉 IDC 标准必要专利使用费纠纷案、美国的 Microsoft v. Motorola 案、Ericsson v. D-Link 案、In re Innovation Litigation 案,以及 Realtek v. LSI 案。如何处理标准必要专利许可费与标准价值的关系,是相关案件中的焦点问题之一。有观点主张标准必要专利许可费不应体现专利技术纳入标准所带来的价值,专利权人仅能够就其专利权而不能因标准而获得额外收益。^①但笔者认为,从实践角度看,要求标准必要专利许可费完全不体现标准的价值,可能很难操作。此外,我们需要注意的是一方面,标准化可以节约交易成本,促进竞争,提升效率与消费者福利;另一方面,特定企业参与标准化制订、将其专利纳入标准的过程也会产生大量成本(特别是管理成本、人力成本),同时还要承担标准市场化失败的商业风险,因此要求标准必要专利许可费与标准价值完全无关,并不合理。对反垄断执法部门而言,规制许可费的正确态度也许应该是:确保标准必要专利权人获得合理补偿,并避免必要专利许可费过度依赖因专利技术被锁定进标准而产生的价值。

74

2. 缓解专利费堆积问题

由于标准往往涉及大量的必要专利,且这些必要专利经常分散在不同的权利人手中。对潜在被许可人而言,需要同时获得不同权利人的专利许可,其累积承担的许可费可能过重。这种情况下,标准必要专利实际上可能无法充分地开放,市场竞争、标准的普及以及社会创新都会因此受到影响。执法部门对标准必要专利许可费进行规制时,适当考虑累积的标准许可费的合理性问题,确保权利人各自收取的许可费处于适当的区间,一定程度上可以缓解专利费堆积问题。

(二) 兼顾创新激励的维系

1. 保障权利人适度获偿

标准必要专利许可费的反垄断规制集中体现了竞争政策与知识产权政策之间的紧张关系,反垄断执法应在实现反垄断法宗旨的前提下,最大程度上尊重知识产权制度。因此,对标准必要专利许可费的反垄断干预,应以确保专利权人获得适当的补偿为原则,即确保权利人因其研发投入等与专利权关联的成本,能够通过收取许可费来获得适度的补偿。

2. 保障标准化的积极作用

现代社会,特别在高科技行业中,鼓励创新也应成为反垄断规制目标的应有之义。如果对标准必要专利许可费的反垄断规制过度,比如人为地过度压低许可费,可能向市场传递出错误信号,挫伤专利权人加入标准组织的积极性,对于既有标准的发展、新标准的设立都会带来负面影响,影响市场创新激励,进而违背反垄断执法的初衷。因此,标准必要专利许可费的反垄断规制中,也应注意保障标准化作用的积极发挥。

二、对标准必要专利许可费进行反垄断规制的主要方法

从域外反垄断司法辖区的实践来看,过高定价的反垄断规制往往是执法的难点。理论上来看,标准必要专利许可费的确定机制主要包括自主协商、仲裁机制、法院裁判以及行政规制。就这几种机制而言,自主协商是最为重要

^① 张平:《涉及技术标准 FRAND 专利许可使用费率的计算》,《人民司法》2014年第4期。

的机制（一般认为通过自行协商机制确定的价格就是最优价格），近年各界对于仲裁机制也日益重视，^①而通过法院裁判以及行政执法部门直接规制则比较少见。^②就行政规制而言，在认定支配地位企业是否实施不公平高价时，行政执法部门面临的最大难题是如何确定正常和有效竞争市场条件下应有的价格水平。实践中，反垄断执法部门往往从产品、空间或者时间角度找出一个可比市场，此外还需要分析占市场支配地位企业向其交易对手索取的价格与其产品或服务的成本之间的差距。^③在标准必要专利许可费的反垄断规制中，要判断许可费是否过高，执法部门需要对合理许可费有大致的认识，即使这种认识无法精确（实际上也不可能精确）。但是，由于知识产权的价值很难直接评估，相关成本更难估量。因此，反垄断执法部门要判断标准必要专利的合理许可费区间，实际上是非常艰巨的任务。^④

通过比较法去判断专利许可费，是标准必要专利许可费规制中执法部门可选的主要方法。通过这种方法，执法部门先选定可比对象，将其许可费情况与涉案企业公开的许可费条件（或者涉案企业向投诉人提出的许可费条件）进行比较。在此基础上，综合个案环境，判断涉案标准必要专利许可费是否构成不公平高价。运用比较法时，可比对象的选择至关重要。理想的可比对象往往是同一标准体系下其他权利人持有的标准必要专利。同一标准体系中，不同类型的专利往往具有不同的价值，比如标准必要专利与非标准必要专利，技术必要专利与商业必要专利，往往具有不同的价值。实际上，不同标准必要专利的价值因其对标准的技术贡献等因素不同，其价值也有一定差别。企业内部往往对专利进行质量管理，对不同专利进行等级划分，但这类信息一方面是企业的商业秘密，执法部门无法直接获取；另一方面，这样的信息即便获得，也往往只反映企业对自身专利价值的评估。实践中一种被公认为较客观的标准必要专利价值指标是“专利引证率”。通常，被引证率（所谓正向引证率）越高，往往意味着该专利的技术贡献程度越高，是真正的核心专利。具体案件中，执法部门应尽量通过各种合法途径，选择同一标准体系下，对标准具有近似技术贡献的专利作为可比对象。如果无法在同一标准体系中找到可比对象，可能需要在其他标准

中寻找可比对象（比如可替代性标准中的必要专利），甚至将一些类似的非标准专利作为比较对象。

具体案件中，案件的启动有时基于第三方投诉，有时执法部门主动依职权发动调查。在不同情形下，比较法的使用具有一定的差异。存在投诉人时（比如投诉人是专利被许可人），执法部门除通过选定可比对象去判定被调查对象许可费的合理性之外，还可以将“模拟协商法”作为辅助手段，提升比较法的准确度。即假想投诉人与专利权人进行善意协商的情况下，依据特定时点的市场环境下，双方的交易条件（比如许可人和被许可人对专利产品的销售量预期），确定可能的许可费范围。通过模拟协商得出的许可费，可以与一般比较法得出的结论配合使用。如果没有投诉人，执法部门主动依职权启动调查，由于不存在可供模拟的交易方和交易条件，一般无法适用模拟协商法，只能依据一般的比较法，选定可比对象进行分析。

三、对标准必要专利许可费进行反垄断规制的考量要素

基于国内外专利侵权以及反垄断诉讼的司法经验，结合反垄断行政规制的自身特点，本文将反垄断规制中判断标准必要专利的合理许可费的核心考量因素，梳理如下：

（一）标准必要专利的价值

1. 专利对标准的价值

判断特定的标准必要专利许可费是否合理，首先需要考虑专利给所在标准带来的价值，特别是分析专利对标准的技术贡献。一项标准往往由数量巨大的专利构成，不同专利对于标准而言其价值存在差异，有些专利是实施标准所必需的专

① Jorge L. Contreras & David L. Newman, Developing a Framework for Arbitration Standards-Essential Patent Disputes, available at: <http://ssrn.com/abstract=2335732>.

② Mark A. Lemley & Carl Shapiro, A Simple Approach to Setting Reasonable Royalties for Standard-Essential Patents, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 28, 2013.

③ 王晓晔：《反垄断法》，法律出版社2011年版，第204页。

④ Kai-Uwe Kuhn, Justifying Antitrust Intervention in ICT Sector Patent Disputes: How to Address the Hold-Up Problem, Competition Policy International, Vol. 9, Number 2, Autumn 2013.

利,有些专利则是可选专利,而标准的必要性主要体现在技术上的必要性,有些情形下还体现在商业上的必要性。一般来说,对标准价值越高的专利,其收取较高的许可费也就更具合理性。因此,反垄断执法部门针对涉案的具体标准必要专利,应该尽量去评估涉案专利对于标准的价值。如前所述,判断专利价值的重要参考指标之一是专利引证率,特定专利的专利引证率越高,其价值往往也就越高。相应地,相关专利收取更高的许可费也就更具合理性。因此,反垄断执法部门对涉案专利的引证率应该重点关注。

2. 同一标准中其他专利的价值

同一标准中的必要专利往往由多个权利人分别持有,评估涉案标准必要专利的价值时,很大程度上是在评估涉案专利的相对价值,即相对于同一标准中其他专利,特别是其他必要专利的价值。因此,反垄断执法部门在评估特定标准必要专利许可费的合理性时,考察同一标准中其他标准必要专利的价值以及许可费情况,了解不同专利之间许可费的比例关系,便具有积极意义。比如,如果涉案的标准必要专利只占某项标准相关必要专利总量中的很小比例,且无明显证据(如被引证率)证明其具有突出的技术贡献,而要求的专利许可费显著高于被市场广泛接受的与该技术标准有关的其他专利组合的许可,这种情况下,执法部门就有理由怀疑涉案专利许可费构成不公平高价。

3. 专利对标准实施者的价值

存在特定投诉人的行政调查案件中,在分析涉案标准必要专利的价值时,执法部门可以考虑特定专利对标准实施者的价值,即如果特定被许可人去执法部门投诉专利权人许可费过高,执法部门可以去评估涉案专利能够为投诉人利用专利生产的产品带来多大的价值。当执法部门主动发起调查而不存在投诉人时,执法部门则可以选择市场上具有代表性的一家或数家企业(被许可人),分析涉案标准必要专利对这些企业的专利产品的价值。

(二) 可比专利的许可费情况

确定可比对象后,可比专利许可费的情况是执法部门需要考虑的重要因素。对于可比对象的许可费收取模式(按固定比例或者依产品单位收取等),适用的币种等情况,执法部门都需要详细了解。值得注意的是,在存在被许可人投诉的案件中,如果执法部门将涉案企业向投诉人之外的

其他企业收取的许可费作为比较对象,执法部门会面临信息不对称的问题。尽管专利权人一般会公开其许可费条件,但针对具体的被许可人,往往许可人会基于被许可人的具体情况协商具体的许可费(往往低于公开的许可费),但专利权人与具体企业之间的许可费往往属于不公开信息。就执法部门而言,一方面,执法部门可以通过案件调查过程中的意见征求机制,询问业内相关主体,比如协会、相关企业、行业专家学者等,间接获得信息;另一方面,在一些行业,标准化和专利许可是较为常见的商业模式,不少专利权人都比较了解知识产权许可政策。相应地,行政执法机关可以从许多公开途径获得关于定价行为的信息和数据。以通信行业的4G(LTE)标准专利许可费率为例,早在LTE标准大规模商用前数年,相当一部分主要专利权人就通过各种渠道(如公司网站、媒体报道和公开出版物)公开了自己的标准必要专利许可条件。最近的如Alcatel-Lucent在其网站公开声明其LTE必要专利许可费率不高于最终用户产品(手机)售价2%;^①中兴公司在2008年通过网站宣布在LTE必要专利许可费率为不高于最终用户产品售价1%^②等等。产业界和学术界往往也有大量关于专利许可费的研究报告。此外,执法部门也可以通过查询专利权人与相关被许可人的财报等公开信息,对许可费进行大致推算。虽然专利许可协议的内容通常是保密的,但作为上市公司,专利权人和被许可方通常会在对证券监管机构或股东的披露文件公开与专利许可有关的重大财务数据。以IDC公司与三星公司近期(2014年6月初)达成的专利许可协议为例^③:IDC于2014年5月21日发布的2014财年第二季度收入预期估算为6500万至7200万美元,其中经常性收入为5500

① 参见 http://www3.alcatel-lucent.com/wps/portal/!ut/p/kcxml/04_Sj9SPykssy0xPLMnMz0vM0Y_QjzKLd4x39PbRL8h2VAQAw88rhg!!?LMSG_CABINET=Innovation&LMSG_CONTENT_FILE=Innovation_Overview/lte_licensing.xml%5dlte_licensing.xml

② 参见 http://www.zte.com.cn/en/press_center/news/200810/t20081008_350799.html

③ 参见 <http://www.pcworld.com/article/2359140/samsung-signs-cellular-patent-deal-with-interdigital-ending-all-litigation.html>

万至 5700 万美元；但是在该公司与三星许可协议达成消息传出的前一天，IDC 将季度预期收入提升为 1.72 亿美元至 2.1 亿美元，^①并将其季度经常性收入调整为 7200 万美元至 8000 万美元。假定两组财务数据之间差异的主要原因为 IDC 与三星公司新达成的许可协议项下的许可费的话，将 IDC 公布的两组经常性收入相减，^②就可以得到 1500 万至 2500 万的季度经常性收入区间；乘四，就可以得到 IDC 公司因三星许可协议而增加的年度收入区间：6000 万美元至 1 亿美元。由此，即可依据同样作为上市公司公报数据公开的三星公司手机终端销售量，大致推算出 IDC 公司与三星公司之间达成的专利许可费率。

（三）许可人与被许可人的竞争关系

反垄断执法部门评价标准必要专利许可费是否过高时，需要适当地考虑专利许可人与被许可人之间的竞争关系，从而进一步关注具体的许可条件，比如许可人是否为“专利主张实体”（PAE）。^③标准必要专利许可费往往与具体的许可条件有关，而许可条件则直接关联于许可人与被许可人之间的关系。如果许可人除了通过收取专利许可费营利外，还参与下游市场的竞争，这种情况下许可人与被许可人双方往往会进行交叉许可，这种模式下的许可费往往不高，甚至为零。如果被许可人并不具有许可人所需的知识产权，则许可费的收取情况又不一样。如果许可人是 PAE，其不从事具体业务，没有交叉许可的压力，许可条件以及许可费情况又会呈现出不同的特点。充分考虑前述这些因素，对于执法部门判断特定标准必要专利许可费是否过高，往往可以提供有价值的信息。基于上述分析，在那些存在被许可

人投诉的案件中，执法部门应该关注许可人与投诉人之间的竞争关系，进而判断许可人对投诉人提出的许可费是否合理。在没有投诉人的案件中，如果执法部门需要将特定专利权人与特定被许可人达成的许可费作为比较对象，就需要充分地考虑许可人与被许可人之间的竞争关系，进而确保可比对象的选择具有合理性。

四、结语

我国正在大力推进“创新驱动发展战略”，由于保护知识产权与反对垄断是创新与经济发展的两个关键驱动器，因此创新驱动发展战略的实现，离不开我国在知识产权保护与反垄断之间寻求适度的平衡。本文对标准必要专利许可费的反垄断规制的基本原则、主要方法与考量因素进行了简要梳理，该问题还有待各界进一步深入探讨，笔者期望本文能起到抛砖引玉的作用！

本文作者：中国科学院大学博士后，中国社会科学院研究生院法学系 2011 届法学博士
责任编辑：赵 俊

① 参见 <http://finance.yahoo.com/news/interdigital-issues-updated-revenue-guidance-103000632.html>。

② 增加值区间是潜在范围，通过高位区间（7.2 千万至 8 千万）的端点值与低位区间（5.5 千万至 5.7 千万）的端点值之差的最大和最小值确定范围，也即是说，最小值是 7.2 千万 - 5.7 千万 = 1.5 千万，最大值是 8 千万 - 5.5 千万 = 2.5 千万。

③ 由于 PAE（Patent Assertion Entity）在市场竞争中具有特殊的能力与动机，这类主体近年引起了包括美国联邦贸易委员会在内的反垄断执法部门的重视。

Antitrust Regulation on Licensing Fees of SEPs

—Principles, Methods and Factors

Han Wei

Abstract: The behavior of charging unfair excessive high level licensing fees by SEPs holders is one of the targets of antitrust enforcement. To ensure the balance between competition policy and intellectual property policy, antitrust enforcement agencies shall make essential competition factors be effectively open; adhere to the principle of maintaining and stimulating innovation; take reference of other appropriate patent licensing fees; as well as pay attention to the key factors such as value of SEPs, comparable patent's licensing fees and competition relationship among licensees and licensors, etc.

Keywords: SEPs; antitrust; licensing fee