

技术标准专利许可中的合理非歧视原则

刘强

(中南大学法学院, 湖南长沙, 410083)

摘要:合理非歧视原则是技术标准专利许可的重要原则,对于保证技术标准的顺利制定和有效实施具有重要作用。在合理原则中要区分专利技术与技术标准在产品需求中的贡献,也需要考虑技术市场竞争对专利权人收取许可费的影响。对于非歧视原则要注意其与反垄断法适用的关系,特别是不应对竞争者应当获得的收益造成不合理的挤压。应当发挥标准化组织在确定合理非歧视许可费中的作用。

关键词:技术标准;专利许可;合理非歧视原则

中图分类号:D923.42

文献标识码:A

文章编号:1672-3104(2011)02-0083-06

技术标准中专利许可的合理非歧视原则(RAND)或者公平合理非歧视原则(FRAND)一直是困扰人们的问题。虽然该原则可以防止专利权人操纵技术标准的实施,但是由于存在较强的不确定性,被称为“没有牙齿的老虎”^[1]。在标准制定过程中,ISO、IEC和ITU等国际性标准制定组织(Standard-Setting Organizations, SSOs)要求主动披露或者被他人披露拥有专利的权利人做出在合理非歧视条件下进行专利许可的声明。ISO/IEC制定的专利许可规则要求具体表述为:“如果由于技术原因接受了该提案,则提出者应要求已确定的专利权人发表声明,说明专利权人愿意在合理和非歧视的条款和条件下与全球的申请人协商其授予国际许可。”^[2]如果专利权人拒绝做出声明,有关的标准化工作将会中止;如果没有收集完成所有专利权人的许可声明,标准通常是不能发布的。但是,标准制定组织对于专利权的有效性、专利权的保护范围、专利争端的解决以及标准中包含的专利技术的具体许可等问题都不负责。也就是说,标准实施者如果得不到专利权人许可,标准制定组织不负责居间协调,也不保证专利权人会授予许可。如果各方对于合理和非歧视条件存在不同理解,标准制定组织也不负责解释。实际上,该原则还是将专利许可,特别是如何确定合理非歧视原则内容的问题,留给了技术使用者和专利权人,以及司法机构去解决。

一、合理非歧视原则的作用

合理非歧视原则的作用主要体现在保证标准制定

过程顺利进行并得到有效实施。首先,在制定技术标准过程中,主要由专业领域的工程师对所涉及的技术问题进行讨论和协商,如果涉及将专利技术纳入技术标准的问题,也仅从技术层面对何种专利属于必要专利做出判断。而专利许可谈判被认为是法律问题,在主体上应当由法律顾问而不是技术专家来解决,在程序上不应技术标准中必要专利的确定造成干扰。专利许可协议的条款内容较多,关于合理非歧视原则的争议主要集中在专利许可费是否合理,以及如果对于不同技术实施者有区别待遇的话,则这种区别待遇是否具有正当理由等问题上^[3]。如果由于许可条件不能达成协议造成技术标准不能及时制定,将是市场和消费者的损失。ISO等涉及技术领域广泛的标准化组织对于许可问题持比较消极的态度,而对于3G等特定技术领域的标准化组织,则可以在专利许可谈判中持更为积极的态度。

其次,在技术标准的实施中,合理非歧视原则能够减少专利阻遏和反公地悲剧现象。专利阻遏(Patent holdup)是权利人策略性运用独占权利的典型例证。由于在技术标准制定过程中及颁布以后,潜在的标准实施者对于实施该标准技术已经投入了时间和资金,形成了沉淀成本(sunk cost),因此技术标准专利许可谈判过程和结果可能会被扭曲。同一项标准中的若干专利许可的叠加,也可能使得实施者需要付出的专利许可费总额超过市场能够接受的范围。专利权人有可能利用标准带来的市场垄断地位,而并非由于专利技术优势所形成的市场优势,对被许可人索要超过专利权技术贡献的经济回报,而这样的行为实际上违背了专利保护中关于激励技术创新的目的。合理非歧视的专利

许可承诺对专利权人具有法律约束力。2002 年, 博通公司(Broadcom)、诺基亚公司(Nokia)等就曾指控高通公司(Qualcomm)没有履行欧洲电信标准协会(ETSI)制定 3G 标准中关于许可的承诺, 使得确定合理的专利许可费显得更为重要。

再次, 合理非歧视原则对于解决标准专利许可中的反公地悲剧(The Tragedy of the Anticommons)现象也有帮助。“反公地悲剧”中, 作为一项资源或财产存在许多所有者, 他们中的每一个都有权阻止其他人使用资源, 而没有人拥有有效的使用权, 导致资源的闲置和使用的不足, 并造成浪费。在技术标准中任何专利权人都无权阻止他人生产销售标准产品, 而这种权利也体现在收取较高的许可费用, 使得所有权利人收取的费用总和超过合理限度, 造成对新的生产者进入市场的障碍。“反公地悲剧”中的财产权不是虚置或者不明晰的财产权, 而是支离破碎的产权。在此情况下, 通过自愿交易进行权利整合的交易成本是非常高的。“公地悲剧”可以通过设定并明确财产权来解决, 而“反公地悲剧”则需要以整合财产权来化解。诚然, 在交易成本很高的情况下, 由标准化组织整合产权要比单纯市场整合有效得多, 而实现技术整合的重要途径是要求专利权人做出合理非歧视许可的承诺并予以履行。合理非歧视原则可以分为合理原则与非歧视原则等两个方面加以分析, 并且标准制定组织在保证该原则得到实施方面的作用也应当得到重视。

二、合理原则

技术标准中的专利许可相对于普通专利许可有其特殊性。首先, 普通专利许可无需考虑非歧视因素, 即使专利权人向被许可人的竞争者收取的许可费用水平较低, 被许可人也不能以此要求司法机关认定其需要支付的专利许可费过高。其次, 确定专利许可费的合理性, 需要考察美国纽约南区法院 1970 年在审理 Georgia-Pacific 案^①中所列举同专利侵权赔偿费有关的 15 项因素。尽管案件涉及的是专利侵权案件, 但是其中列举的多项因素可以用于确定技术标准中合理非歧视的专利许可费, 包括专利权人和侵权人如果经过合理自愿协商可能达成的许可费数额; 专利权人就系争专利曾经收取的专利使用费, 而该费用能够证明合理使用费或者对证明合理使用费率有帮助; 专利权对于现有技术的优势; 能够归因技术带来的可实现利润的部分, 同非专利技术可以区分开来; 制造工艺、商业风险和侵权人所附加的非核心特征及侵权人对技术的改进, 等等。这些因素, 对于确定技术标准中的合理

非歧视专利许可费具有借鉴作用。

技术标准中专利许可费的重要特点是必须考虑两个重要影响因素: 第一是技术标准本身所带来的产品需求。由于技术标准的存在, 可能扭曲了体现为标准产品的专利产品与体现为非标准产品的非专利产品之间的竞争关系, 技术标准帮助专利产品获得了超常的市场份额。第二是在制定标准中存在替代关系的潜在必要专利技术之间的竞争状态, 原因在于技术标准也可能扭曲了替代技术之间的竞争状态和结果。而在确定合理专利许可费的过程中, 必须要有意识地恢复可能遭到扭曲的技术和产品竞争关系, 在确保专利权人获得合理回报的同时, 不至于损害专利权人之间以及专利权人与非专利权人之间的竞争关系。

(一) 专利许可费与标准对产品需求的贡献

由于技术标准与专利权对于标准产品的市场份额扩大均有促进作用, 因此在技术标准中确定专利许可费的重点, 在于区分技术标准产品所产生的市场利益是源于专利权的技术贡献还是来自标准推广所带来的市场份额。对于标准产品而言, 部分需求是由于标准所提供的兼容性而带来的, 对于这部分需求所产生的利润不能由专利权人获得^[4]。由于标准化过程中, 标准与专利对需求的贡献都体现在同一产品中, 因此要区分两者的界限并不容易。技术标准并没有独立的技术特征, 要区分产品中专利技术与技术标准之间对产品需求的贡献更为困难。在某些情况下标准同专利技术内容是完全重合的, Dell 案中所涉及的计算机总线技术同 VESA 制定标准的情况就是如此。专利权人在标准制定过程中遵守标准制定组织的专利披露政策和专利许可政策, 不应当为其带来超过其技术贡献的回报。相反, 如果其违反了专利政策而采用欺诈或者其他不公平的手段, 则可能构成剥夺专利权人许可费收益的理由。以 Rambus 案件为例, JEDEC 在争议标准的说明中就指出制定该标准的目标是“消除生产者和销售者之间的误解”并且“帮助提高产品的互换性并加以改进”。可见兼容性是该标准的重要宗旨, 而根据该标准而带来的产品需求中, 部分可能是因为 Rambus 专利所带来的内存速度上的提高, 必定也存在部分需求是由于标准制定后所产生的兼容性要求带来的, Rambus 不应获取对于此部分需求所产生的利润。欧盟委员会 2004 年在微软案中将技术标准专利许可中的“战略价值”从专利权人能够获得的许可费收益中剥离, 认为这并不属于其应当获取的经济利益, 权利人能够获得的是技术的“市场价值”收益^[5]。实际上可以认为, 这种战略利益是由于标准推广所产生的垄断地位而带来的, 并不是专利技术所产生的。

在确定合理许可费时，可以采用解决专利侵权赔偿金额中所适用的规则。美国联邦巡回上诉法院在1995年 Rite-Hite Corp. V. Kelley Co 案的判决中指出：“作为赔偿金的利润损失，应当取决于能够证明的由于专利技术先进性而带来的专利产品的消费者需求。”^[6]2009年美国专利改革法案也认为，如果专利技术(相对于现有技术)作出的技术贡献不是产品市场需求的根本力量(Predominant Basis)，那么应当就其实际贡献的部分而不是全部市场利益获得报酬^[6]。对于技术产品的需求并非全部来自技术而是标准所带来的。因此，如果司法机关需要对技术标准中所带来的专利许可费进行确定，仍然有必要将技术与标准的市场贡献作出区分，不能因为存在专利权就将所有的利益归于专利权人。另外，只有考虑到标准的市场贡献，才能避免多个专利许可费累加以后造成的专利堆积(patent stackling)问题。例如，3G标准制定过程中，出现了所有专利权人所要求的专利费率之和达到130%的窘境。而产生专利堆积的根本原因在于各个专利权对于自己所有专利权的市场贡献的过高估计，因此在累计后才会将这种效应放大，造成过高的累计专利许可费比例。专利市场价值的合理估算，要求区分技术与市场对产品市场价值的贡献。

(二) 专利许可费与技术市场竞争

如果标准中存在多个专利权，不同专利权在制定过程中是否存在替代技术及其与替代技术的竞争状况，将对专利权人所做出的许可承诺条件产生影响。专利权人希望通过将其享有独占权利的技术纳入技术标准，从而获得由于技术标准带来的市场利益。但是技术标准过程中多种能够相互替代的专利技术的竞争，加上他们在专利许可费方面的竞争，使得专利权人只能在自己开发技术成本的基础上提出合理的许可费，获得将专利权纳入标准的期望结果。VITA等标准化组织要求专利权人披露其收取的最高专利许可费率，目的在于各个会员企业所提出的技术方案之间不仅就技术进行竞争，也需要在许可费用方面进行竞争。以技术标准为基础实际上形成了一个存在竞争关系的技术市场，存在替代功能的专利技术之间的竞争关系直接决定了最终被采用的技术能够获得多大程度的许可费。前面提到的欧盟委员会在2004年微软案中也将替代技术作为判断合理非歧视许可费的因素加以考虑。

根据法律经济咨询集团(LECG)顾问莱恩·法拉(Layne-Farrar)等人对技术标准制定过程中技术竞争状态的分析，不论是采用注重效率的市场/效率模型还是注重公平的合作博弈模型，都可以得到下面类似的结论^[7]。首先，当技术标准需要采用多个技术相互配合

才能实现，而每项技术在制定过程中都存在若干专利技术能够相互替代并都希望能够成为标准技术时，如果它们之间的竞争关系属于完全替代关系时，通过技术标准中的专利许可可能获得的超过技术开发成本的利润将会减少甚至消失。其次，如果技术标准中某项技术所涉及的多项专利之间的竞争由于某项专利具有独特的技术优势而无法完全替代时，其能够获得的超过其技术开发成本的利润，应当是其相对于次优技术而言的技术优势所转化的经济回报；但是该专利权人无法获得技术标准中所有技术所带来的利润中除去其他技术以外的全部份额，而只能获得其中的一部分。再次，只有当某项技术所涉及的专利不存在竞争而能独自被纳入标准之中时，才能享有标准中所有因技术原因所带来的利润中除去其他技术因素而留下的那部分份额。如果专利权人不能通过许可收回成本，可能会取消其纳入技术标准，转而采取其他商业策略。由此可见，标准制定过程中替代技术之间的竞争状态，对于利用专利技术提高技术标准的经济效益作用非常关键，对于该技术应当获得的许可费回报也极为重要。

在确定技术标准中的专利许可费问题时，也必须考虑到标准制定过程中，替代技术的存在对于所涉及的专利权应当获得的合理报酬的影响。各标准制定组织在标准制定完成以前对专利许可费进行协商甚至促进竞争，对于专利权人合理的提出许可条件并最终选定技术性能和许可费标准最为合理的专利技术非常有帮助。而在专利权人没有欺诈或限制竞争等滥用专利权情况下，由于许可条件过低而过分限制专利权人应当获得的报酬固然不好，但是如果超过专利权人的技术贡献要求技术标准实施者支付报酬，也违反了专利法促进技术传播的原则，许可费超过专利技术在所有应当获得回报的技术之中所发挥的技术贡献的份额，将损害其他专利权人的利益，也不利于此后技术标准制定过程中替代技术之间展开公平有序的竞争。

(三) 专利许可费与专利信息披露时机

标准制定组织限制专利许可费的收取不能对专利创新造成损害。获取专利许可费依然是专利权人回收研发成本并取得相应回报的主要来源。对于标准实施者来说，尽早了解技术标准中的专利状况是非常必要的，因此要促使专利权人及时披露专利信息。有学者提出对于先期进行专利披露的权利人在许可费上进行奖励。例如，对首先披露必要专利的许可费上限可以达到5%，对于第二个披露的上限为3%，对于第三位披露的2%。而对于此后披露的专利其许可费不会减少到零，但是会减少0.5%或者0.25%^[8]。由此，可以激励专利权人及早披露专利，而不必依赖更为严格的法律责任。通过限定各个专利权人的许可费上限，可

以使得标准实施者明确实施过程中将会产生的专利成本。由此可以避免专利堆积造成的负面影响。

当然,该规则较少考虑专利权本身的技术价值。如果能围绕技术标准建立专利池,将更为有效地对专利进行管理,并在统筹考虑专利本身贡献以及披露时间上的应给予的优惠。要通过法院对专利使用费递减的规则进行强制执行,则需要具体的递减规则设定上进行周密考虑。首先,法院更倾向于对比例制的许可费而非数额限定的许可费给予支持,因为数额限定很容易被类比为反垄断法中固定价格的垄断行为,况且会对专利权人收取专利费的权利造成严重限制。其次,考虑到标准制定组织成员不仅是专利技术的提供者,也是技术的购买者和使用者,如果将比例限制过低将会导致法院认为其损害了技术创新,并有利利用标准制定组织限制产品价格的嫌疑。

三、非歧视原则

专利许可中的合理原则是非歧视原则的基础,而非歧视原则是合理原则实施的必然结果。所谓非歧视,是在专利许可费合理的基础上的非歧视,如果是专利许可费本身确定的不合理,谈论非歧视原则并无实际意义;如果对于所有参与技术标准实施的企业来说专利许可费能够得到合理确定,即使它们之间存在差别待遇也不会产生法律意义上的歧视。不同市场环境和交易对象的交易价格存在差异属于市场竞争的正常现象,普通产品难以做到的以绝对统一价格进行交易,同样无法在知识产权许可中得到完全实现。1982年美国第七巡回法院在SPS科技公司案^②中认为,应当允许专利权人对不同的实施者收取不同的许可费,从而获得能够取得的最高收益。也就是说,差异性许可费本身并不会导致违法,特别是违反反垄断法。2009年美国专利改革法案也指出,如果专利权人先前授予过非独占的专利许可,或者其生产专利产品并在市场销售,可以作为通过许可费认定侵权赔偿金额的标准,从而也可以作为确定专利许可费的标准。

尽管非歧视原则具有比较灵活的性质,但是专利权人的许可条件差异不能导致违反反垄断法的规定,也就是不能排除或者减少竞争。如果上游市场垄断经营者拒绝许可给下游市场的竞争者,在美国和欧盟都可以采用类似的“关键设施”原则来颁发强制许可^{[9](260)}。对于垄断经营者愿意颁发许可,但是许可费收取造成歧视性待遇的问题,则难以仅从该原则找到解决办法。美国第一巡回上诉法院1990年审理的Boston Edison Co.案,就采用了“价格挤压(Price

Squeeze)”原则,即当具有垄断地位的经营者同与其在下游市场竞争的其他经营者进行交易时收取过高费用,造成竞争者的利润减小到无法与其竞争时,将涉嫌违反《谢尔曼法》第2条关于禁止滥用垄断地位的规定。如果专利权人不参与技术标准的实施,在经济上没有对不同的实施者采用歧视性待遇的动机。要认定歧视性许可费构成违反反垄断法,应当是垂直联合的垄断者对竞争进行了排除和妨碍,否则就应当允许许可费中的差别待遇。

如果专利权人也参与技术标准的实施,那么如何计算其“支付”给自己的专利费,并与其他实施者实际支付的专利许可费相比较呢?由于作为垄断经营者的专利权人通过自己销售专利产品回收开发成本并获得利润,我们无法从会计账目上获得其对每件专利产品所自收自支的专利许可费,所以必须根据间接证据来确定其金额。根据反垄断法所采用的“对等原则(Parity Principle)”,垄断经营者对于自己所生产下游市场产品收取的专利许可费,应当是其销售价格减去所有其他成本所剩余的金额,而其许可给其他下游市场竞争者的专利许可费也应当是相等的比例^[10]。因此,竞争者如果在其他成本方面低于专利权人,是可以在最终专利产品的最终价格上反映出来的,或者竞争者可以选择以与专利权人相同的价格销售产品从而获得更高的利润。如果对于不同的下游产品所计算出来的权利人自身所“花费”的专利许可费不同,产生的原因可能是技术在产品性能以及市场价值所占的比例不同,因此可以针对不同产品向该产品的竞争者收取不同比例的专利许可费。如果专利许可费并没有歧视性待遇,而是由于竞争者自身生产成本过高而导致没有竞争力,则不能归咎于专利权人的许可行为。事实上,对等原则不仅对于非歧视原则的贯彻有帮助,也有助于明确许可费的合理性。在该原则指导下,如果纳入技术标准的专利技术存在竞争性的替代技术,那专利权人并没有权利收取超过产品竞争性价格以外的金额作为许可费,因此,符合前面所提到的存在技术市场竞争条件下的合理专利许可费比例。

四、标准制定组织的作用

由当事人之间就专利许可费等许可条件来进行谈判并达成协议,是确定合理非歧视原则的基础和保证。只有当技术标准的潜在实施者与纳入技术标准的专利权人之间无法达成一致时,才需要第三方中介机构或者公共权力机关介入并确定专利许可费的合理性与非歧视性。值得注意的是,专利许可费率不仅取决于专

利的技术价值，而且取决于双方的谈判能力。参与技术标准实施的企业在专利许可中的谈判能力，会随着标准制定的过程而发生变化。特别是，随着标准制定的过程取得成果，生产企业需要为实施标准技术进行资金和技术准备，从而形成沉淀成本。此类成本将限制企业在必要时转换到替代技术的能力，从而也削弱了其进行专利许可谈判的能力。标准化组织在制定标准过程中从程序上协助成员明确合理非歧视原则的具体内容，关系到该组织成员的切身利益以及标准能否有效制定和实施。其作用主要体现在两个方面，首先是要求专利权人不仅披露专利(或者专利申请)是否有效存在，还要披露其将要收取的专利许可费上限；其次是程序上为成员就专利许可费进行协商谈判提供便利条件。采用披露专利许可费规则的标准制定组织较多，美国司法部等执法机构对其也采取更为宽容的态度；而对于后者，由于涉及标准制定组织成员联合固定价格问题，因此将采用更为严格的标准加以审查。根据美国的专利法和最高法院意见并不约束专利许可费的比例，但是在技术标准中不应由专利权人享受标准带来的市场利益，有必要在标准制定完成前对合理非歧视原则加以明确。

首先，标准制定组织在专利许可信息披露方面已经制定了相关政策。VITA 的专利政策就要求专利权人披露其所要求支付的最高专利许可费率(Most Restrictive Licensing Terms)^{[9](235)}。IEEE 也于 2006 年制定了类似的专利许可费披露政策，但不是强制性的。专利权人可以自愿发布保证信(Letter of Assurance, LOA)，明确其所采用的合理非歧视许可费率的上限。而 ESTI 也针对 3G 标准 WCDMA 要求有关专利权人向该组织递交希望收取的专利许可费率。披露专利许可费信息的优势体现在三个方面。第一，可以使得成员在选择标准时考虑专利费因素，选择性价比较高的技术。第二，可以避免专利技术被采纳为标准技术后，由于专利许可费过高而需要替换为其他技术时，因为生产企业所花费的沉淀成本问题而造成困难，从而助长专利权人索取超过其技术贡献的使用费。第三，当同样的产品上覆盖多个专利权时，可以避免造成专利堆积。美国司法部在给 VITA 和 IEEE 的商业审查意见^[13](Business Review Letter)中对两个标准化组织的许可费率披露政策采取了支持的态度。专利权人公布最高许可费率时，需要结合该技术在标准中所发挥的作用和其他专利使用费收取的情况而决定，因此事先可能需要在标准涉及的多个专利权人之间进行协商。即使没有明确的价格协商行为，先期公布专利使用费的信息也会对后续公布专利使用费的专利权人造成影

响，可能会形成默示的协同行为。

其次，标准化组织可以协调对专利许可进行事前谈判。正如美国 FTC 在 Rambus 专利侵权诉讼案的裁决中指出的，事前专利许可条件谈判(Ex Ante RAND)原则可能是解决专利许可费问题的有效方法。该原则要求在标准制定完成之前通过固定的程序由标准制定组织成员就专利许可费进行协商并达成协议。VITA 制定了明确的许可费率谈判机制^{[9](237)}。对于 IEEE 等组织来说，事前协商专利许可费虽然不禁止，但是也较少进行。ESTI 等组织不鼓励这种事前协商，因为他们将标准制定过程视为技术性的，而不是商业性的。事实上参与技术标准制定的多数是技术专家而不是专利律师，但前者并不具备进行许可费谈判的经验。ESTI《知识产权指南》就指出，“具体许可条件和谈判是企业之间的商业行为，不应当在 ESTI 内进行。技术组织不是讨论知识产权的合适场所，也没有能力胜任处理商业问题。参与 ESTI 技术组织的成员多数是技术专家，并不负有与许可问题有关的法律和商业责任，竞争者之间在标准制订过程中讨论许可问题将导致该进程严重复杂化，并被延迟和扭曲。”^[12]IEEE 不允许就专利许可费率进行内部协商，但是可以对实施不同标准所产生的成本进行某种程度的讨论。美国司法部对于 VITA 和 IEEE 的事先谈判政策则给予了有保留的支持，原因在于该政策可以协助确定合理非歧视许可费。相比之下，欧盟 2004 年《技术转移指南》对此类政策的支持更为明确，认为其要优于在确定技术标准方案以后的事后谈判，更优于不进行任何谈判的专利政策^[13]。尽管对专利许可费实行事先协商，可能构成反垄断法禁止的联合固定价格行为，但是也有在标准制定过程中促进技术竞争的重要意义。应当看到，事先谈判原则一方面保证了标准制定完成以前建立透明的技术竞争市场，保证将合理性价比的技术纳入到标准之中；另一方面，专利权人为了让自己拥有的技术进入标准，可能会尽量压低使用费比例，保证标准的实施有一个合理的成本，有利于促进标准的适用，同时明确使用费最高上限以后可以减少合理非歧视原则可能带来的司法诉讼成本^[14]。此外，VITA 等标准制定组织设置内部专利费裁决机构是有效解决许可费争议的途径，对确定必要专利等标准制定的关键问题进行仲裁也是行之有效的。

再次，部分标准制定组织从实体上明确其专利许可条件，以方便经营者以更为透明的方式取得与实施技术标准有关的专利许可。MP3(MPEG-audio Layer 3)中有关专利许可条件针对软件产品、硬件产品、游戏产品和电子化音乐广播行为，分别为 MP3/MPPRO 解码或者编码方式制定了许可条件^{[15](92)}。MPEG

LA(MPEG Licensing Administrator)所管理的 MPEG-2 标准对于编码和解码终端产品分别制定了 4 美元的专利许可费标准。而我国数字音视频编解码标准(AVS)也对于每台编解码器征收 1 元人民币的专利许可费。明确专利许可费数额或者比例固然可以减少交易成本,减少非歧视因素,但是许可费标准是否合理还需要市场检验。如果许可费用过低,不仅难以吸引更多的专利权人加入,而且还可能引发限制竞争问题。此外,3G 专利平台所设计的许可费标准为必要专利最大累计提成率不超过净销售额的 5%,单项专利的标准提成率不超过 0.1%^{[15](94)}。可见,实体上规定的专利许可费更侧重对累计费率的控制,从而能够为不同的生产者提供相对公平而合理的许可费负担水平。

五、小结

当前,很多标准制定组织仍然沿袭在传统工业社会制定的基于合理非歧视原则的知识产权政策。合理非歧视原则对于标准制定之前的提前披露专利权及其许可费用没有强制性的要求,这种政策已经无法满足高技术时代技术更新不断加速、标准技术含量高并且实施技术的企业众多的现实要求。反垄断执法机构对于标准中的专利许可问题也从法定标准延伸到事实标准中。而市场的公平竞争环境原则(Level Playing Field)^[16]要求,参与标准产品生产的企业(包括专利权人和非专利权人,标准制定组织成员和非成员)能够有公平的机会参与标准产品市场的竞争,从而可以将产品研发和生产的资源更多地用于标准技术以外的领域,因此在专利许可费中适用的合理非歧视原则应当为实现这样的市场环境做出贡献。合理非歧视原则对于实施技术标准的企业以及处理专利侵权诉讼的法院来说都过于模糊,标准实施者无法明确自己在实施技术标准过程中要支付的专利许可费的成本并合理预期实施标准可能带来的利润,通过明确专利使用费来争取扭转实施标准以后在专利谈判中不利地位的期望难以实现。特别是当标准中含有多个专利技术时情况更为严重。因此,有必要帮助标准制定组织及其专利权人明确可以取得的合理非歧视专利许可费标准,从而促进与技术标准有关的利益群体明确其经济预期,推动技术标准在更为广泛的范围内得到实施,增进消费者的福利。

注释:

① Georgia-Pacific Corp. v. United States Plywood Corp., 318 F.Supp 1116, 6 USPQ 235 (SD NY 1970).

② USM Corp. v. SPS Tech., Inc., 694 F.2d 505 (7th Cir. 1982).

参考文献:

- [1] Pat Treacy, Sophie Lawrance. FRANDly fire: are industry standards doing more harm than good? [J]. Journal of Intellectual Property Law and Practice, 2007, (12): 22-29.
- [2] 国家标准化管理委员会国际合作部. ISO/IEC 导则[M].北京:中国标准化出版社,2008: 31.
- [3] Daniel G. Swanson, William J. Baumol. Reasonable and Nondiscriminatory (RAND) Royalties, Standards Selection, and Control of Market Power [J]. Antitrust Law Journal, 2005, (73): 1-58.
- [4] Mark R. Patterson. Inventions, Industry Standards, and Intellectual Property[J]. Berkeley Technology Law Journal, 2002, 17(3): 1043-1083.
- [5] 何怀文. 合理无歧视许可要求的客观衡量标准探析[J]. 电子知识产权, 2008, (8): 29-31.
- [6] Patent Reform Act of 2009[EB/OL]. http://www.aipla.org/Content/ContentGroups/Legislative_Action/111th_Congress1/Senate5/S-515-intro.pdf, 2010-01-03.
- [7] Anne Layne-Farrar, A. Jorge Padilla Richard Schmalensee. Pricing patent for licensing in Standard-Setting Organizations-Making Sense of FRAND Commitments [J]. Antitrust Law Journal, 2007, 74(3): 671-706.
- [8] Mark A. Lemley. Ten things to do about patent holdup of standards [J]. Boston College Law Review, 2007, 48(1): 149-168.
- [9] 刘强. 交易成本视野下的专利强制许可[M]. 北京: 知识产权出版社, 2010.
- [10] Daniel G. Swanson, William J. Baumol. Reasonable and nondiscriminatory(RAND) royalties, standards selection, and control of market power [J]. Antitrust Law Journal, 2005, (73): 1-58.
- [11] Business Review Letter of US DOJ to VITA, October 30, 2006; Business Review Letter of US DOJ to IEEE, April 30, 2007[EB/OL]. www.usdoj.gov, 2009-11-29.
- [12] European Telecomm Standards Institute, ETSI Guide on Intellectual Property Rights(Nov. 2008), Art. 14 [EB/OL]. http://www.etsi.org/WebSite/document/Legal/ETSI_Guide_on_IPRs.pdf. 2008-12-14.
- [13] Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements [EB/OL]. http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/126108_eb,gtm,m, 2010-09-01.
- [14] 丁蔚. Rambus 专利侵权诉讼与标准中知识产权的管理[J]. 电子知识产权, 2007, (2): 45-49.
- [15] 张平, 马骁. 标准化与知识产权战略(第二版)[M]. 北京: 知识产权出版社, 2005.
- [16] Clement Dimitri Pappas. Maintaining a level playing field: The need for a uniform standard to evaluate health claims for foods and dietary supplements [J]. Food and Drug Law Journal, 2002, (57): 25-41.

(下转第 146 页)