

标准必要专利 FRAND 原则在大数据流通中的适用

任延武

(合肥工业大学 文法学院,安徽 合肥 230009)

摘要:大数据时代,数据已经成为一种重要的战略资源,其流通和使用对于科技、经济、社会的发展至关重要。在对大数据的“大、多、低、流”的特性和数据在流通中的量大、多源、陈旧、不可再生、价值不明、可持续性、唯一性等特点进行分析的基础上,进一步分析标准必要专利 FRAND 原则在数据流通领域的主客观环境中适用的合理性和必然性,以确立 FRAND 原则在该领域的适用,进而保障数据市场竞争的合理有序和数据流通的合理高效以实现大数据的作用和价值。

关键词:FRAND 原则;数据自由流通;数据收集;公共利益

中图分类号:D922 **文献标识码:**A **文章编号:**1008-5092(2019)01-0022-04

2018年8月10日《推动企业上云实施指南(2018-2020年)》发布^[1],为进一步促进大数据领域的信息化发展提供方式指导和技术支撑。自2015年8月31日《促进大数据发展行动纲要》^[2]发布以来,智能化、信息化程度越来越高的现代社会,对数据的需求越来越强烈,依赖程度也越来越高,大数据作为一种新的战略资源的地位也越来越凸显。在2014年4月广东省高院首次将FRAND原则适用于实际案例(华为诉美国数字交互公司标准必要专利使用费纠纷案)^[3]进行判决后,对于更好地发挥大数据的作用和价值具有十分重要意义的数据流通(交换、交易)来说,标准必要专利领域中的FRAND原则应当同样适用于数据流通领域,以促进大数据更好地助力于人工智能等科技的发展和现代化体系建设。

一、FRAND 原则

FRAND原则,全称为“公平、合理、无歧视”(Fair, Reasonable, Non-Discriminatory)原则,是国际标准组织(standard-setting organizations,简称SSOs)制定的协定,目的在于对标准必要专利权人的权利加以限制,防止其利用标准必要专利的优势地位限制专利使用者的使用,进而阻碍科技的发展与传播普及并最终损害公众的利益。该原

则在专利纳入标准必要专利过程中,是由专利权人向某个特定的标准制定组织所做的一种承诺,是一种具有一定法律效力的和具有类似于强制许可的承诺,该承诺的做出是各特定的标准制定组织将其专利纳入标准的重要前提。

标准必要专利的含义能够清楚表明该必要专利的被许可使用具有一定的强制性,任何想要进入该标准专利所属领域的商业主体必须使用该专利,否则就会被排除在市场之外。专利标准的强制实施可以消除技术互操作性方面的障碍和降低公众、市场主体的应用成本进而提高效率,但同时也会出现不公平、不合理、有歧视的专利使用费等限制竞争、排斥具体市场主体的“专利劫持”问题。FRAND原则的存在和适用,可以消除因“专利套牢”而带来的“专利劫持”问题,进而促进标准必要专利领域的良性发展和技术的创新,并进一步提升因科技发展而带给公众的福利水平。

二、流通数据的特点

2018年5月25日欧盟《通用数据保护条例》(General Data Protection Regulation,简称GDPR)生效,作为“史上最严”的数据保护法案,该条例的出台对于大数据的收集保存、使用交易、销毁监管等都将产生十分重要的影响。该条例规定的内

容(数据的权利主体、使用和存储方式、惩罚力度等)凸显了欧盟对于数据保护的极大重视,也表明了数据已经成为一种稀缺性战略资源,正在对国家安全、科技发展、公众生活、社会经济等发挥着无比重要的作用,尤其是对数据的流通使用做出了较为严格的保护条件,这对于数据流通领域也产生了重大影响。

不可否认,大数据给社会发展、思维方式带来了巨大的变革,甚至引发了科学研究的新的范式转变,不仅推动着企业效率的提高、科技应用能力的提升,而且横跨几乎所有学科并推动各学科的研究方式的发展。且大数据本身所具有的特点——Volume(体量浩大)、Variety(模态繁多)、Velocity(生成快速)和 Value(价值巨大但密度很低)^[4]——使得其在流通领域表现出不同于一般专利、矿产、工业产品等可交易商品的特性。

(1)大数据的“大”(Volume)、“多”(Variety),不仅意味着数量的多,每时每秒都在产生着数据,而且意味着数据的来源多(个人数据、政府数据和数据财产^[5]),每个物体(包括自然人的每个行为举动在内)如物联网(Internet of things)的终端、增强现实(Augmented Reality, AR)的内容、人工智能的运算等,都能成为数据的来源。

(2)大数据的“低”(Value),意味着大量的数据都没有太大的价值,或者说,能够真正发挥作用的数据较少,且无法在收集、交易的时候就予以辨别而自动屏蔽或丢弃。且大数据科学的非因果性关系(即相关性关系)也使得无法在最初,甚至最终结果呈现时分析辨别出究竟哪些数据是有真正价值的,因此不能因为数据的低密度价值的特点,就不进行或者精准进行商业、科研的收集和流通。

(3)大数据的“流”(Velocity),意味着数据总是以源源不断的方式产生,新的数据会随着时间的推移而变成旧的数据,且时间一旦过去,该时间内的数据就无法再收集(即使是上一秒的数据,在这一秒也无法收集),无论该时间内的数据的价值有多大,只能对现在和未来的数据进行收集,而流通的数据也只能是过去或正在产生的,甚至只能是过去产生且已经被收集到的。

目前关于大数据(尤其是大数据流通领域)的法律并不多,且尚不完善,还未建立良好的流通领域的法律生态环境,但大数据的研究和应用已经与科技、社会、生活密切相关,尤其是对生命科学发展和人工智能革命所带来的巨大贡献,所以

原则性的法律制度的建立和应用,会对大数据的实践应用和更好地发挥大数据的作用具有十分重要的现实意义和指引价值。

三、流通领域的原则适用

数据的重要性和主要特点,使其在日常的经济活动中不能被视为一般的商品,在其流通领域中,除了适用一般的经济交易规则外,诞生于标准必要专利领域的 FRAND 原则也同样应当适用。

1. 数据有效收集的局限

数据的量大、多源和价值不明的特点决定了数据的收集需要有足够强大的存储能力、多元的收集方式和收获不确定的高承受能力。数据作为一种重要的社会资源和技术因子,其所引发的经济效益导致“马太效应”的发生,使得强者愈强,不具备有效收集数据的市场主体则会越来越弱。且数据的不可再生性和唯一性也会导致后进入市场的经济主体,在花费大量时间和经济成本来争夺终端(云端)市场份额和扩建收集渠道的同时,永远也无法收集到已经产生的数据。而数据的陈旧和可持续性的特点决定了流通的数据总是陈旧的,但对新的数据的收集却也是必须长久和全面的,这样才能形成和发挥大数据的规模效应。如贵州大数据中心的建立,专门的数据交易公司(如数据堂、海量数据等)的成立。因此,流通的大数据的主要特点决定了能够成为有效收集数据的市场主体的条件较为苛刻,并不是能够成为市场主体就一定能够进行数据的有效收集。

2. 数据的流通必然性

数据的价值在于使用,而流通能够更大地实现数据的价值。数据对于新技术革命的推动犹如标准对于技术互通性^[5]的实现,正如技术标准制定后的实施,其中的必要专利的使用是一种强制使用,许可也是一种强制许可,而数据的使用也是必然的。因此,数据的流通交易应当是类似于标准必要专利中的必要专利的许可一样,是强制性的,类似于“由国家为了更大的公共福利目标而采取的一种手段”^[6],是每个市场主体应尽的义务,应当遵守 FRAND 原则中的“无歧视”(Non-Discriminatory)原则。

当然,数据的“无歧视”流通并不意味着免费或统一的价格。尽管目前收集到的数据本身是免费的,但数据的收集、存储、技术处理、人员管理等都需要成本投入,因此数据的流通应当是有价的。

其价格应当依据流通主体在数据收集上投入的成本、流通的数据内容和体量这三个因素进行计算,而不应该考虑“需求和供给”“市场竞争”^[7]“利润贡献率、市场贡献率”^[8]等其他经济活动因素。数据流通价格应当遵守“公平、合理”(Fair, Reasonable)原则,且只要某一特定数据流通主体在经济活动中存在与某一市场主体以市场最低价进行交易,后续的其他市场主体均应当获得以该最低价或在该最低价合理范围内浮动的价格与该特定数据流通主体进行交易。因此在日常经济活动中,即使在法律具体规则无法规制数据流通主体的经济活动时,数据流通主体也应当受到 FRAND 原则的约束,应当以“公平、合理”的价格“无歧视”地进行数据流通交易,推动大数据技术的发展。

3. 公共利益的强化

虽然数据具有独立的个体属性,是某个人、某个物、某个法人或某个时间节点的“元数据”^[9]信息,但这些个体的数据应当是人类共同的资源财富的组成部分,因此,无论是数据的收集、流通、使用都应注重公共利益的考量,在做好数据隐私处理^[10]的基础上,私人利益并不会受到影响或损害,因此数据流通是为了公共利益的强化而进行的。

大数据的特点能够促使某一市场主体取得优势地位,并推动其成为拥有丰富大数据资源的强势经济主体。同样地,也正是由于大数据的特点(如可持续性)致使任何市场主体都不可能取得数据的垄断地位而成为数据的垄断者。虽然不会成为垄断者,但数据流通的特点(如不可再生性、唯一性等)也会使其取得其他竞争主体无法超越的垄断优势,使其他竞争主体失去与其竞争的能力或者不得不承受较高的(时间、经济)成本去实现竞争发展。此外,数据作为虚拟资源的存在形态,也决定了同一数据被流通使用的次数越多,其所创造的价值就会越大,收益率就会越高。当然,为了最大限度地增加公共利益,更好地维护竞争环境,需要在数据流通领域适用 FRAND 原则,但

并不能因此而允许类似于专利领域中“反向专利劫持”的情况发生在大数据领域。

4. FRAND 原则的延伸应用

数据的特点和价值决定了数据收集的局限和数据流通的必然,数据的收集是流通的前提,而 FRAND 原则在流通领域适用的前提是该原则同样在收集阶段的适用,即作为市场主体进行收集时要向被收集个体和整个社会做出的承诺(如脱密脱敏处理、不泄露隐私、为公众利益而为等等)。该承诺的做出意味着承诺的内容(包括在流通领域 FRAND 原则的适用等)成为市场主体在经济活动中必须履行的义务,一旦收集主体违背该承诺,就会被立即责令停止收集个体数据或被没收、销毁已收集到的数据。而不被“公平、合理、无歧视”对待的其他市场主体,在依据合同、法律具体规定^[11]之外,还可以依据该 FRAND 原则的承诺要求数据流通主体以合理的价格保证数据的合法、合规流通。

该原则在数据流通领域的确立适用虽然是具有普适性、强制性的,可以保证数据的自由流通,但实践中的具体操作,如数据的种类、来源、体量、隐私处理等,尤其是在流通对价是否公平合理方面,仍需要坚持个案适用原则,由交易双方、行业协会或组织、行政主体或法院等来根据具体情况确定。

四、结语

大数据时代的到来标志着数据已经成为重要的战略、战术资源,推动着物联网、生命科学、人工智能、云计算等科技的进步和社会的发展。来源于社会公众的大数据的自由流通对于新时代的发展具有十分重要的作用和价值,而 FRAND 原则在数据流通领域的适用能够更好地保障数据公平、合理的流通,保障技术和社会发展所需要的数据资源的有效供给,保障市场主体能够进行公平、合理的商业竞争,维护经济发展的良好生态。

参考文献:

- [1] 工业和信息化部. 推动企业上云实施指南(2018-2020年)[EB/OL]. (2018-08-10)[2018-09-08]. <http://www.miit.gov.cn/n1146295/n1652858/n1652930/n3757022/c6309203/content.html>.
- [2] 国务院. 促进大数据发展行动纲要(国发[2015]50号)[EB/OL]. (2015-09-05)[2018-07-07]. http://www.gov.cn/zhengce/content/2015-09/05/content_10137.htm. 工业和信息化部. 大数据产业发展规划(2016—2020年)(工信部规[2016]412号)[EB/OL]. (2016-12-18)[2018-07-18]. <http://www.miit.gov.cn/n1146295/n1652858/n1652930/n3757016/c5464999/content.html>.

- [3] 章宁旦. 与美国 IDC 标准必要专利之争华为胜诉——广东高院首次详解中国标准必要专利第一案审理始末[EB/OL]. (2014-04-18)[2018-11-06]. <http://ip.people.com.cn/n/2014/0418/c136655-24913403.html>.
- [4] 李国杰,程学旗. 大数据研究:未来科技及经济社会发展的重大战略领域——大数据的研究现状与科学思考[J]. 中国科学院院刊,2012,27(6):647-657.
- [5] 朱翔华. 欧盟委员会“关于标准必要专利的欧盟方法”对我国的启示[J]. 标准科学,2018(6):27-32.
- [6] 朱真真. FRAND 许可制度完善研究——基于 FRAND 许可和强制许可比较[J]. 科技与法律,2018(4):34-40.
- [7] 林平. 标准必要专利 FRAND 许可的经济分析与反垄断启示[J]. 财经问题研究,2015(6):3-12.
- [8] 罗娇. 论标准必要专利诉讼的“公平、合理、无歧视”许可——内涵、费率与适用[J]. 法学家,2015(3):86-94,178.
- [9] 刘建华. 大数据时代挖掘隐私证据的可采性原则研究[J]. 江西社会科学,2017,37(9):195-202.
- [10] 张嵩. 大数据处理应遵循的原则[N]. 学习时报,2015-03-02(007).
- [11] 王晓晖. 标准必要专利反垄断诉讼问题研究[J]. 中国法学,2015(6):217-238.

Application of FRAND Principle of Standard Essential Patent in Large Data Circulation

REN Yanwu

(School of Humanities and Law, Hefei University of Technology, Hefei Anhui 230009, China)

Abstract: In the era of big data, data has become an important strategic resource, and its circulation and use are crucial for the development of science, technology, economy and society. Based on the analysis of the characteristics of "Volume, Variety, Velocity, Value" of big data and the characteristics of large quantities, multiple sources, obsolete, non-renewable, unknown value, sustainability, and uniqueness of data in circulation, further analyze the rationality and inevitability of the application of the standard essential patent FRAND principle in the subjective and objective environment of data circulation, in order to establish the application of the FRAND principle in this field, and thus ensure the reasonable and orderly competition in the data market and the reasonable and efficient flow of data, to realize the role and value of big data.

Keywords: FRAND principle; free circulation of data; data collection; public interest

(责任编辑:沈建新)

(上接第 21 页)

- [14] 郭渐强,曾望峰. 大数据时代网络舆情管理变革探讨[J]. 广西社会科学,2015(8):145-149.
- [15] 塔罗. 运动中的力量:社会运动与斗争政治[M]. 南京:译林出版社,2005:9.
- [16] 习近平. 建设网络良好生态,发挥网络引导舆论、反映民意的作用[EB/OL]. (2018-01-03)[2018-01-03]. <http://theory.people.com.cn/n1/2018/0103/c416126-29743630.html>.

The Rise of Critical Discourse on Internet and State Governance: Dilemma and Response

WANG Meng

(School of Humanities and Social Sciences, Nanjing Institute of Technology, Nanjing Jiangsu 211167, China)

Abstract: China's historic changes in ecological public opinion have taken place due to "the rise of the Network Society". Now, because of social and political conflict, culture and ideology integration difficulties, new political opportunity, new media platform, and the Internet population's psychological factors, critical discourse on Internet in contemporary China is increasing, and brings certain challenge to the political order. It is necessary to analyze the causes in detail and discuss the way of coping in order to build a reasonable public space.

Keywords: China; internet; discourse; critical discourse; state governance.

(责任编辑:沈建新)