

滥用标准必要专利行为的法律规制

苏忠康

(福州大学 法学院,福建 福州 350116)

摘要:标准必要专利由于其封锁效应和强制适用,成为其他经营者无可替代的选择。由此,专利权人极易利用这种优势地位,滥用标准必要专利,实施垄断行为。我国《反垄断法》实施时间不长,对于滥用标准必要专利行为的规制立法较为滞后,与传统工业国家的反垄断规制相比,在滥用标准必要专利的认定标准和规制措施上都存在着重大差异。清晰辨识滥用标准必要专利行为并对其依法规制是保护我国市场竞争秩序和社会公共利益的时代要求。

关键词:标准必要专利;滥用;反竞争;法律规制

中图分类号:D923.4 **文献标识码:**A **文章编号:**1008-5092(2016)03-0029-05

标准必要专利是指经营者的某项专利经一国有关部门认可,成为技术标准中不可或缺和不可替代的部分,其它相关经营者在生产和经营过程中不得予以使用。因此拥有标准必要专利的经营者一般有较为优越的市场地位。部分经营者为实现长远生存和利润目标,高度垄断市场份额,滥用标准必要专利,例如2015年的美国高通公司案、2014年的微软并购诺基亚案以及2011年的华为诉IDC案等,都是滥用标准必要专利的典型案。从各国的判决中可以看出对滥用标准必要专利的行为予以规制已成为共识^[1]。

一、滥用标准必要专利的行为根源及负面效应

1. 滥用标准必要专利的行为根源

当经营者的专利上升为标准必要专利时,经营者并未丧失其专利权,此时专利权作为私法领域的知识产权具有天然的垄断性。而标准在公法领域为实现公共利益而具有封锁性,两者相结合都与经营者息息相关,便产生了经营者标准必要专利的“封锁效应”^[2]。当其他经营者进入相关市场或在相关市场经营必须使用该标准必要专利时,其犹如进入相关市场的收费站,由于知识产权的私权保护要求和标准要求,其必须缴费通过。

由此,导致标准必要专利的“强制适用”,增强了专利权人控制市场的能力和优势。

然而,正是由于将经营者的专利置身于一个如此特殊的位置,经营者极可能基于其经济目标,实施滥用行为,损害其他经营者利益和市场竞争秩序。在标准必要专利制定和实施的二十多年来,由于标准必要专利权人对这种优势的滥用和不当的经济目的,标准必常常畸化为经营者垄断市场的工具,市场利益主体的竞争越来越恶性,矛盾越来越激烈,全球范围内相关的案件也频发。诸如发生专利纠纷时,专利权人向法院申请专利禁令,禁止他人对其专利的不当行使,这是合法且合理的。但是当经营者的标准必要专利可替代性低,且标准组织转换认定其他标准专利的成本较高时,或者某个标准中包含多个专利权人的多个专利时,经营者便会基于市场竞争的压力,利用标准必要专利的“封锁效应”和“强制适用”,不当行使已取得的禁令,或拒绝许可,或高额许可,或搭售非标准必要专利等,此则“专利劫持”^[3]。其实质在于假借禁令救济之名,实则意图限制竞争,以保护自身的市场地位和经济利益,导致被许可人在激烈的市场竞争中或缺乏核心技术或成本过高而被淘汰。这是经营者滥用标准必要专利的一种典型案例,将会对市场竞争秩序和消费者权益产

生负面效应。

2. 滥用标准必要专利的负面效应

滥用标准必要专利,形成垄断地位,不论是对企业、市场还是国家都会产生很大的负面效应,其带来的破坏不容小觑。

对于企业而言,滥用标准必要专利会造成相关市场内的其他企业的利益受损。当一个企业的专利被认定为标准必要专利后,其企图控制相关市场的野心便会膨胀,专利的垄断性和标准的强制适用性相结合后,为其野心的实现提供了便捷条件。此时,倘若标准必要专利权人滥用其优势地位拒绝许可、高价许可、搭售等,势必会给相关市场内的竞争对手带来额外的竞争成本,影响的是市场主体间的公平竞争权。更有甚者,随着当今经济交往模式的复杂化,标准必要专利权人限制竞争的行为可能越发隐蔽,无形中不当地增加了竞争者的竞争难度,以获得更大的竞争优势,此时对其他竞争者造成的伤害可能是致命的。

对于市场而言,滥用标准必要专利易形成市场壁垒,破坏市场的竞争秩序和效率。虽说反垄断法并不禁止拥有标准必要专利的企业因此具有市场支配地位,但是保护市场的秩序和效率是反垄断法的价值取向。一方面,滥用行为无疑会破坏相关市场的秩序,使得处于市场外围或者已在市场中活动的经营者呈现竞争优势不明显、成本过高、缺乏核心技术等不良状态,市场会出现杂乱无章的现象;另一方面,滥用行为也会破坏相关市场的效率,影响市场经营者的相互竞争和进步创新,当相关市场没有了足够的竞争,那么经营者生产活力和创新积极性就会大大降低,破坏的是整个相关市场的前进和发展。

对于国家而言,滥用标准必要专利易增加国际贸易壁垒形成的可能。随着经济全球化的发展,国家间的关税壁垒正在逐步被打破,形形色色的非关税壁垒正在形成,而技术壁垒就是其中的一项。发达国家较之发展中国家有着更多的高新技术,其标准必要专利的制定标准必然较高。目前,世界上大多数的技术标准制定权在发达国家手中,发展中国家无法在同等平台上参与标准的协商与制定。发达国家利用其制定的高标准且严苛的技术要求,提高了进入国际交易市场的门槛,许多发展中国家望尘莫及。于是,发展中国家要想进入相关国际贸易市场就必须取得该标准中的必要专利。此时,发展中国家不得不付出高额资

金以获得专利使用许可,增加了发展中国家发展的难度和成本,形成了不公平的国际贸易壁垒。

二、标准必要专利是否被滥用的认定

标准必要专利本身并不受反垄断法的否定,反垄断法否定的是其滥用行为。纵观世界各国立法及我国反垄断立法的相关规定,分析经营者的争议行为是否构成滥用市场支配地位,大致要对以下三方面做出公正、合理地认定,才能有效地规制市场秩序,运用国家有形之手对市场进行调节。

1. 相关市场的认定

相关市场的认定是判断垄断行为的基础。如果相关市场认定过小,则每个经营者都有市场支配地位,如果相关市场认定过大,则经营者的市场支配地位将被淡化。因此,相关市场的正确认定有利于一国对垄断行为做出公正、合理、高效的判断与制裁。

我国通常将相关市场分为相关产品市场和地域市场。认定相关市场的方法主要两种:一是合理替代法,包括需求可替代和供给可替代两个维度;二是假定垄断法,从一个初步确定的候选市场出发,假定垄断者进行一个“数额不大但很重要且非临时”的涨价,看是否有足够多的消费者转向其他可替代商品或者地域。标准必要专利作为一种无形财产,是私权与公益结合的产物。在认定标准必要专利的相关市场时,除了需要传统的认定方法外,还存在着独属的特点,表现为:(1)相关产品市场的专属性。标准和专利的结合使得原专利的垄断性显著增强,标准必要专利成为其他经营者生产标准产品唯一且不可替代的选择,导致很多标准专利本身就构成一个独立的市场。从需求可替代角度出发,标准必要专利的权利人提高许可价格,因其无可替代性,其他经营者为了维持正常的生产经营活动,不会放弃对该专利的需求;从供给可替代角度出发,标准必要专利属于其权利人,不存在专利权相同的其他人,此时其他经营者的技术供给来源就被框定。(2)相关地域市场的域外性。专利的地域范围为某项专利被授予的国家或者地区,因此标准必要专利的国内地域市场一般是不被考虑的,在国家之间的贸易中相关地域市场才有被考虑的必要性。权利人为了使其标准必要专利能在国际市场通行,可能将同样的技术在多个国家进行申请。但是不同的法律制度,导致权利人可能获得的权利范围不同。

国家与国家间也并不会因此形成实质的竞争,所以一般标准必要专利的相关地域市场被认为是专利被授权的国家或者地区。

2013年华为公司诉美国IDC公司案中,对于IDC公司相关市场的界定成为本案的争议焦点之一。原告华为公司主张应用合理替代法来界定IDC公司的相关市场,认为被告的每一个标准必要专利均构成一个独立的相关市场。而被告IDC公司主张应当综合产品和所有技术来看,认为仅仅凭借一个标准必要专利不可能产生市场垄断力量。因此,原被告双方的主张便涉及到IDC公司相关市场范围的问题。结合上述对标准必要专利独属特征的分析,华为认为标准必要专利因其在需求和供给两方面均具有无可替代性,所以每一个标准必要专利都可以构成一个独立的相关市场,应当支持原告的主张。事实上,法院也支持了原告的看法^[4]。

2. 滥用市场支配地位的认定

在认定是否存在滥用行为之前,首先应当考虑经营者是否具有市场支配地位。通常考量以下三方面因素,符合者一般被认为具有市场支配地位:一是市场份额,看经营者的市场份额是否较高或者是否能形成市场进入壁垒;二是专利的可替代性,看经营者是否拥有可替代性低的专利,特别是独占性专利,或者是否拥有在竞争中占据明显优势的标准必要专利;三是行为的持续性,看经营者是否具有持久地进行专利许可的能力。因此,基于标准必要专利的封锁效应、不可替代和强制适用的优势,拥有标准必要专利的经营者很容易符合以上三个因素,形成市场支配地位^[8]。从目前国际上拥有标准必要专利的企业来看,大多数具有市场支配地位。同样是在华为公司诉美国IDC公司案中,原告提出以下意见,认为被告具有市场支配地位:首先是被告3G无线通讯技术的技术垄断性和标准强制适用性;其次是被告是相关市场的唯一供给方,市场份额占有率达到100%;再次是被告的技术实力过硬,能长期地维持其在相关市场的支配地位;最后是其其他经营者对被告依赖程度高。法院在进行审理过程中基本认可了原告的观点。原告提出的主张与我们所提出分析是否具有市场支配地位的三点考量具有相当的契合度,因此在实践中,这三点考量可以成为认定市场支配地位的依据。

反垄断法的着眼点在于拥有市场支配地位的

企业是否滥用了这种地位。目前,大多数都采用了法律明文规定具体滥用行为的立法模式。我国《反垄断法》规定了六种滥用市场支配地位的行为。结合国际滥用标准必要专利案例和反垄断实践,在滥用标准必要专利领域,主要概括为拒绝许可、高价许可、歧视性许可、搭售这四种。

3. 反竞争效应的认定

判断经营者的行为是否违反了反垄断法,还应判断其行为对竞争的影响。对于是否有反竞争效应的认定一般有两种法则:本身违法原则和合理原则。随着市场竞争手段的日益多样化和隐蔽化,本身违法原则逐渐不能适应反垄断法的执法要求。考虑到标准必要专利同时有促进竞争和抑制竞争的双面效果,在目前国际上一般采用合理原则。

合理原则是指被控滥用标准必要专利垄断的行为并不必然违法,需将行为置于特定的社会背景下,公正地衡量其产生的积极效果和消极效果,以最终确定是否有反竞争的效应。总结美国、欧盟、日本等国家和地区在运用合理原则进行衡量时的实践,可以做出如下总结:第一,考虑专利权人的现实排斥竞争控制力。标准必要专利会给专利权人带来强势地位,假如市场上并没有与之匹敌的力量,其通过拒绝交易、不合理许可等方式排除或者限制竞争的可能性非常大。倘若存在对其他经营者的进入或者生产、销售等产生实际控制力的行为,则表明该经营者排除或者限制了相关市场的竞争。第二,标准必要专利许可的目的。虽然行为人的主观意思并不影响其行为的性质,但是美国法院在运用合理原则时几乎都考虑了行为人的目的和动机,原因在于对于还处于未实施阶段或者效果未显现阶段的行为,如果存在直接证据,可以分析和预测将来可能发生的结果,对行为的正反面效果做出合理的评价。第三,经营者争议行为所带来的正面效应。在经营者实施争议行为的过程中,可能产生一定的正面效应,比如促进了相关市场的生产效率、消费者获得了长期且较大的受益等等。而正面效应的举证责任要由经营者承担,诸如证明促进相关市场的生产效率时,经营者要证明效率的提高是客观的且其行为是产生效率提高必不可少的条件。

此外,在国际上还存在着豁免制度,指经营者的行为违反了反垄断法的规定,但是基于一定的条件,可不受反垄断法制裁的制度。许多国家规

定豁免制度的根本原因在于认为该行为的反竞争效应甚微。比如,日本的《知识产权利用的反垄断指南》规定,实施垄断行为的企业在相关市场的份额不足 20% 时,可使用豁免制度;美国的《95 指南》规定,限制行为如果没有明显的反竞争性,且许可人和被许可人的市场份额在相关市场合计不足 20% 时,同样可豁免^[6]。

三、对滥用标准必要专利行为的规制措施

1. 对拒绝许可行为的规制

拒绝许可是《专利法》赋予专利权人的基本权利,但是一旦专利被认定为标准必要专利,作为技术标准的重要组成部分,即具有公益色彩,此时专利权人失去了拒绝许可的权利。因为:第一,拒绝许可意味着标准必要专利无法被广泛实施,技术标准形同虚设。技术标准的制定就是为了保证市场中产品的质量,应当让标准必要专利在相关市场广泛地应用,而非形成阻碍。第二,丧失拒绝许可权更符合专利法的立法宗旨。专利法保护专利就是为了促进社会创新的能力和活力,使技术更好地流通,技术不开放意味着封闭自守,无法在竞争与流通中进步。标准必要专利的封闭不利于相关市场技术的整体进步,难以诞生更优质的产品和更高的技术标准。第三,丧失拒绝许可权并未违背专利权人的经济利益。虽然权利的丧失会导致专利权人失去获得独占市场的垄断利益,但是因标准必要专利的封锁效应和强制适用,其他经营者不得不对其申请使用并支付费用,因而将会获得大量的使用费。

2. 对高价许可行为的规制

高价许可是对 FRAND 原则中公平、合理原则的破坏。拥有标准必要专利的经营者利用其特殊地位实施高价许可的行为,加大了其他经营者进入相关市场的门槛和生产成本,是对公平的竞争秩序的破坏,最终损害的是消费者的利益^[7]。

关于“高价”的衡量,主要判断行为人的许可价格是否过高且不公平。一方面,专利权人对基于技术标准产生的额外利益无权享有。标准的强制适用是为了公益,保证市场上流通的是质量过关的产品,而非为了便利专利权人肆意牟利的动机和行动。这部分额外利益在市场流通的过程中,最终会转嫁到消费者的身上,损害的是社会公众的利益。另一方面,专利许可费的标准应当按

被许可人产品利润的一定比例收取。获得了标准必要专利的使用权并不意味着一定能盈利,因此不允许在成本中过分加重其他经营者的负担。许可费的高低应当与专利技术实际能产生的市场价值呈正比,随着标准可能被新兴高新技术所替代或标准必要专利的有效期将至,其市场价值降低,此时许可费用也应当随之下调。现阶段,一个标准中可能包含多项专利,那么此时的许可费的高低只能根据该专利在其中创造的价值比例确定。

3. 对价格歧视行为的规制

价格歧视即指专利权人没有正当理由,就以同一项标准必要专利向不同的被许可人收取差异较大的使用费,违反了 FRAND 原则中的无歧视原则。价格差异能够刺激市场,为权利人带回丰厚的利润,但是过度的价格差异会严重影响相关市场的公平竞争。由于标准必要专利的强制适用,差异化价格产生的竞争不公平会被放大,破坏市场正常的竞争秩序和社会经济的健康发展。

“过大价格差异”是识别经营者的行为是否构成价格歧视的关键:(1)要判断专利许可人签订的许可合同是否存在价格差异。这种差异可能是直接显现在许可价格中,也可能是通过暗中折扣、提高额外服务等较为隐蔽的方式,因此要求标准组织对经营者的许可行为进行有效的监督和谨慎的审查。(2)要判断差异化价格是否基于同一标准必要专利做出。此判断看似简单,但是在实践中多数存在的是多个专利同时许可的合同,其中可能包括非标准必要专利的许可、交叉许可等其他许可条款,这些条款可能成为价格歧视行为的合法外衣。因此要求在制定标准时要对专利的技术范围进行详尽的描述与记载。(3)要判断差异化许可是否存在合理的抗辩事由。从目前国际实践来看,国际上公认的两项抗辩理由是:一,善意适应竞争的需要。因被许可人所生产的产品对标准必要专利的依赖程度不同,导致其与权利人的竞争程度也不同。当专利权人为了实现自身经济利益与适应市场竞争环境,确定了合理的价格区间,则不构成价格歧视。二,交易成本的差异。专利作为一种智力成果,是无形财产,专利许可人在订立交易合同和交付专利的过程中所付出的成本可能不同。专利作为交易的标的,必须有一定的载体,这种载体可能是书面记载,也可能是特定的商品,还可能是派专门技术人员进行教授,此时专利权人在履行合同的过程中付出的成本是不同的。

因此,当专利权人能够证明差异化的价格是由于交易成本的不同而引起的,则不构成价格歧视^[8]。

4. 对搭售行为的规制

即指专利权人不管被许可人的意愿和需求,在标准必要专利的许可过程中,搭售非必要专利、其它产品或者附加其他不合理交易条件,以获得更高的利润和更佳的市场优势。搭售具有一定的合理性,有利于增进效率,但是其对市场秩序的破坏也是显而易见的:首先,搭售侵犯了其他经营者的自主选择权,违背了公平竞争的原则;其次,搭售逃避了标准组织的价格监管,专利权人可以通过搭售逃避价格监控;最后,经营者通过搭售行为将其市场优势不当地延伸到被搭售市场,破坏了被搭售市场的竞争秩序。通常表现为搭售违法交易规则,所搭售的专利或者产品并非实施标准必要专利所需,或者对专利的使用方式、范围、期限等做出不合理的限制,或者对根据该标准必要专

利所生产的产品的销售范围、销售对象、销售价格等进行限制。

综合搭售行为的两面性效果,对搭售行为进行规制必须满足以下条件:第一,专利权人不管不顾被许可人的意愿,带有强制接受性。第二,搭售品或附加的条件与标准必要专利不管是在技术的实施上还是产品的生产上是相互独立的,没有依赖关系。第三,专利权人的搭售行为排除或者限制了搭售市场的竞争。最后,该搭售行为没有合理的抗辩理由。对搭售行为予以豁免,主要具有如下几种理由:一是基于保证最终产品质量的需要,二是为了保证必须的技术实施安全,三是搭售是为了节约生产和增进效率,四是有利于促进技术创新,五是基于反垄断法蕴含的多重价值目标,如环境保护、维护消费者权益等。当满足上述五个基本条件时,搭售行为便会对市场竞争和公众利益产生实质性的影响,必须对其进行规制。

参考文献:

- [1] 吕明瑜. 知识产权垄断的法律规制[M]. 北京:法律出版社,2013:55-60.
- [2] 吴广海. 专利权行使的反垄断法规制[M]. 北京:知识产权出版社,2012.
- [3] 韩伟,徐美玲. 标准必要专利禁令行为的反垄断规制探析[J]. 知识产权,2016(1):84-89.
- [4] 戴龙. 滥用市场支配地位的规制研究[M]. 北京:中国人民大学出版社,2012:38-40.
- [5] 马海生. 专利许可的原则:公平、合理、无歧视许可研究[M]. 北京:法律出版社,2010.
- [6] 叶若思,祝建军,陈文全,叶艳. 关于标准必要专利中反垄断及 FRAND 原则司法适用的调研[J]. 知识产权研究,2013(11):1-31.
- [7] 韩伟. 标准必要专利许可费的反垄断规制[J]. 中国社会科学院研究生学报,2015(2):73-77.
- [8] 宁立志,于连超. 专利许可中价格限制的反垄断法分析[J]. 法律科学(西北政法大学学报),2014(5):110-119.

Legal Regulating of Standard Necessary Patent Abuse Behavior

SU Zhongkang

(Law School, Fuzhou University, Fujian Fuzhou 350116, China)

Abstract: Hence borned the standard necessary patent. It has become other companies' best choice for its blockade effect and mandatory application. As a result, the patentees are easy to abuse the privilege and to implement monopoly behaviors. The regulation legislation of standard necessary patent is relatively lag for it was not a very long time since our country's Antitrust Law took effect. And compared with the traditional industrial age' antitrust regulation, there is a great gap between standard necessary patent's permission and methods of regulation. Therefore, in the era of globalization, knowledge innovation, and technology development, it is the call of an ordered market competition and satisfied public interests to clearly identify criteria necessary patent abuse behaviors and regulate them by law.

Keywords: standard necessary patent; abuse; anti-competitive; legal regulation

(责任编辑:沈建新)