

标准与专利融合的利益平衡理念及其策略

王庆廷

(上海政法学院上海司法研究所,上海 201701)

摘要:利益平衡属于标准与专利融合的基础课题,既有理论与策略实践并未足够重视。在解析利益相关方的核心诉求与失衡状态基础上,可以将利益平衡理念概括为既确保专利得到适当创新激励,又确保标准得到有效技术扩散,进而增加社会总体福利。依循利益平衡理念,在宏观层面需要推行三大策略:一是立足不同融合阶段采取对应式平衡策略,融合前尽量减少融合机会,融合中着力采用间接融合方式,融合后为标准的有效实施清除障碍;二是区分不同要素类型采取侧重式平衡策略,重点规制公益性强的标准、与标准关系近的专利,以及投机性强的专利权人;三是结合不同规制方式采取递进式平衡策略,遵循“市场优先,法律殿后”的基本方式顺位、“私法→社会法→公法”的法律规范次序,以及“强制协商→慎用禁令→裁断许可费”的诉讼救济步骤。

关键词:技术标准;必要专利;FRAND许可;间接融合;利益平衡

中图分类号:D923.43

文献标识码:A

文章编号:1005-0566(2025)03-0205-09

Concept and strategy of interest balance in the integration of standards and patents

WANG Qingting

(Shanghai Institute of justice, Shanghai University of Political Science and Law, Shanghai 201701, China)

Abstract: The balance of interests belongs to the basic subject of the integration of standards and patents, and the existing theoretical research and strategic practice have not been paid enough attention. Based on the analysis of the core demands and imbalances of stakeholders, the concept of interest balance can be summarized as ensuring that patents are properly encouraged to innovate, and that standards are effectively technology diffused, thereby increasing the overall social welfare. Following the concept of interest balance, we need to implement three strategies at the macro level: first, based on different integration stages, we should adopt the corresponding balance strategy, minimize the integration opportunities before integration, focus on indirect integration in the integration, and remove obstacles for the effective implementation of standards after integration; The second is to distinguish between different element types and adopt a focused balance strategy, focusing on regulating standards with strong public welfare, patents close to standards, and highly speculative patentees; The third is to adopt a progressive balance strategy in combination with different regulation methods, follow the basic mode of “market first, law behind”, the legal norm order of “private law→social law→public law”, and the litigation relief steps of “compulsory negotiation→prudent use of injunctions→adjudication of license fees”.

Key words: technical standards; standard essential patents; FRAND license; indirect integration; balancing of interest

收稿日期:2024-06-09 修回日期:2025-02-24

基金项目:国家社会科学基金一般项目“技术标准的法治规控研究”(19BFX185);上海市哲学社会科学规划课题项目“人工智能法律治理的标准化嵌入研究”(2024BFX007)。

作者简介:王庆廷(1981—),男,山东临朐人,法学博士,上海政法学院上海司法研究所副教授,研究方向为法理学、诉讼法学、司法制度。

本文所谓标准,意指标准化意义上的技术标准,大致等同于《中华人民共和国标准化法》(以下简称《标准化法》)第 2 条规定的“标准”。所谓专利,意指知识产权层面的专利技术,主要对应于《中华人民共和国专利法》(以下简称《专利法》)第 2 条规定的“发明”和“实用新型”。所谓标准与专利的融合,意指专利技术方案通过某种方式进入标准规范体系,使两者关系呈现出“你中有我,我中有你”的交织化状态。

利益平衡属于标准与专利融合的基础课题,反观既有理论研究和策略实践,存在以下问题。一是内容论述缺失。多依附于标准必要专利的具体情境,或作为不言自明的前见目标^[1],或视为理所当然的基本原则^[2],或列为具体制度的蕴含价值^[3],缺少对利益平衡的宏观提炼。二是关注对象片面。主要聚焦于标准必要专利、FRAND 许可和反垄断规制领域,对其他层面鲜有涉猎。三是规制措施散乱。在《专利法》《标准化法》《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)等正式法律中没有一个直接条文。《国家标准涉及专利的管理规定(暂行)》《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定》《关于知识产权领域的反垄断指南》等文件则有政出多门、规范缺漏、不够协调等缺陷^[4]。因此,本文拟以标准与专利融合的利益平衡为题,进行综合性系统化论纲式阐述,奢求填补基础研究短板,助力顶层制度设计,使理论与实践回归相互成就的良性状态。

一、利益平衡的理念解析

(一)不同利益相关方的核心诉求及其失衡状态

1. 专利持有方

即对与标准融合的专利技术拥有专利权的利益相关方,也即专利权人或专利许可方。一般而言,专利权人的核心诉求是通过专利的研发、实施和许可等获取经济利益,而专利可以借助标准的锁定效应和网络效应得到快速规模化变现^[5],因此其对融合多持积极态度。

专利权人有不同类别,除却核心诉求也有一定差异。按照是否研发使用专利,可以分为专利

实施实体和专利主张实体,后者的市场投机性更强,经济破坏性更大。按照是否联营,可以分为单一专利权人和联营专利权人,后者与标准融合产生的问题更复杂。

专利权人的失衡状态主要体现为过度追逐私利或其他非常目的,进而损害其他利益相关方的不当行为。典型表现是专利劫持行为,即专利权人为攫取高额许可费用或进行不正当竞争,采取拒绝许可、捆绑销售、禁令救济、恶意高价、差别对待、联合抵制、掠夺性定价、限制性条款等行为。当年我国的 DVD 厂商就被国外专利联盟利用事实标准地位恶意劫持,“中国企业出口一台售价 32 美元的 DVD 只能赚取 1 美元利润,而交给国外企业的专利费却高达 60%”^[6]。

2. 标准实施方

即执行或采纳标准进行生产或提供服务的利益相关方,也即标准实施人、专利实施人或专利被许可方。一般而言,标准实施人的核心诉求是通过实施标准提升产品质量或服务质效进而获取经济利益,若标准融合专利,则往往需要与专利权人谈判且在支付许可费用后方可实施标准,增加了大量额外成本和不可控因素,因此除去专利免费许可、实施自有专利等特殊情形,其对融合多持消极态度。

标准实施人有不同类别,除却核心诉求也有一定差异。按照能否与专利权人进行交叉许可,可以分为无交叉许可实施方与有交叉许可实施方。前者在标准实施中地位比较被动,后者在标准实施中回旋空间较大。按照是否具有与专利权人进行谈判的“买方抗衡力量”^[7],可以分为无抗衡力量实施方与有抗衡力量实施方。前者在专利许可谈判中容易陷入被动,后者在专利许可谈判中容易反客为主。

与专利权人对应,标准实施人的失衡状态主要体现为因专利劫持行为导致的利益受损。但在特定时空条件下,特别是在“买方抗衡力量”足够强大时,也会出现专利反向劫持行为,即标准实施人为实现拖延、低价甚或免于支付专利许可费等目的,采取

恶意协商、拖延谈判、禁令限制、强制交易、滥提诉讼、反垄断施压等行为。拥有 WAPI 标准必要专利的小微企业西电捷通即曾遭遇索尼、苹果等巨头公司的专利反向劫持行为,“苹果公司除了谈判过程中恶意磋商直至拒绝获得专利许可……并依仗其强大支配地位蓄意裹挟更多芯片供应商进入许可纠纷以作为压迫西电捷通的砝码”^[8]。

3. 标准制定方

即负责标准的调研论证、立项审批、起草编写、征求意见、审核批准、发布出版、修订废止、指导监管等广义的全流程制定工作的利益相关方。一般而言,标准制定方的核心诉求是“多快好省”,即相关领域有标可依,制定流程快速高效,标准内容科学良善,制定之后稳妥推行。若标准融合专利,则使制定变成了一个复杂的利益博弈过程,既增加制定成本,延缓制定进程,又为日后实施埋下隐患,因此除去与专利权人身份重合或利益苟合以及专利免费许可等特殊情形,其对融合多持消极态度。

标准制定方有不同类别,除却核心诉求也有一定差异。按照属性定位差异,可以分为公益性标准制定方和私益性标准制定方。前者主要追求标准的公益属性,即着力发挥标准提升产品质量,促进科技进步,保障人身财产安全等公共效用,主要包括两类:一是官方或半官方标准化组织,比如国家标准化管理委员会及全国专业标准化技术委员会^[9];二是民间非营利性标准化组织,比如国际标准化组织(ISO)。后者主要追求标准的私益属性,即将标准作为手段,以获得技术优势,保持市场领先,追求最大利润,主要包括两类:一是单个企业,比如谷歌公司开发的移动操作系统(Android);二是企业联合,比如微软等8家公司发起的通用即插即用论坛(UppnP Forum)。

标准制定方的失衡状态主要体现为不同层面的“鸵鸟策略”。其一,不识别标准必要专利。比如《GB/T 20003.1-2014 标准制定的特殊程序 第1部分:涉及专利的标准》规定:“请注意本文件的某些内容可能涉及专利。这个文件的发布机构不

承担识别这些专利的责任”。其二,不介入专利许可谈判。比如《国家标准涉及专利的管理规定(暂行)》第17条规定:“国家标准中所涉及专利的实施许可及许可使用费问题,由标准使用人与专利权人或者专利申请人依据专利权人或者专利申请人作出的专利实施许可声明协商处理”。其三,标准立制修废工作不到位。尤其是标准制定方与专利权人有重合或交叉时,容易成为问题制造者和麻烦加剧者。比如将融合异化为捆绑,造成事实垄断,排除限制竞争^[10]。再如出现专利替代技术时,固守旧有技术,拒绝更新标准^[11]。

4. 社会公众方

即依照标准生产的产品或提供的服务的最终指向者这一利益相关方,主要以广大消费者为代表。一般而言,消费者的核心诉求是产品服务质优价廉,对于融合过程事项缺乏直接接触,对于融合潜在影响缺乏明确认知,因此关注实施结果胜过制定过程,关心眼前利益多于长远利益,对融合不甚关心,多持中立态度。

社会公众方的失衡状态主要体现为参与疏离与后果承受之间的矛盾,在融合实践中缺少话语权。如此境况并不正常,需要做出改变:从宏观层面讲,作为整体的社会公众方具有比较优势,可以表达切身感受,描述理性需要,指引融合最终服务于社会需求;从微观层面讲,作为个体的社会公众方并非一无所知,在征求意见诸环节亦可有所作为。

5. 其他相关方

大致分为两类:一是公权力相关方,比如标准主管、专利审查、市场监管、司法裁判等机构。作为处置机构,自然希望问题越少越好,对融合多持中立甚或反对态度;二是私权利相关方,比如与专利权人有竞争或替代关系的其他专利方,对于他方专利融合多持消极态度,对于己方专利融合多持积极态度。

其他相关方涉及广泛,失衡状态比较复杂。大致而言,公权力相关方主要体现为与职责相背的不作为或乱作为,私权利相关方主要体现为与专利权人、标准制定方等直接主体之间的位势落

差或恶性竞争。

(二) 利益平衡的基本立场

标准专利融合的问题根源在于制度碰撞和利益冲突,即标准制度的(长期)公益追求和专利制度的(短期)私益追求之间的内在矛盾,以及利益相关方在竞逐利益中的外在争执。依照立法设计,专利权人享有“合法垄断权”,可以名正言顺利用专利谋取私利。“知识产权法中最令人困扰的难题就产生于如下情形,即某一项权利的授予虽系合法,但当它处于被利用的环境时,却被赋予远远大于在授予时所设想的力量”^[12]。标准与专利的融合恰好为专利权人提供了这样的“环境”,使得“微小”的专利权利异化为“巨大”的经济杠杆,引发严重的利益失衡:首先,借助标准的市场规模效应、技术锁定效应和规范约束效应,专利权人的市场地位、盈利模式、垄断权利等得到极大增强,使其有能力有动力采取拒绝许可、专利劫持、恶意搭售、许可费叠加、歧视性许可、不公平高价、专利池打包、强制反向许可,或者附加其他不合理的交易条件,以及不当寻求禁令救济等滥用专利权行为;其次,标准实施人的市场地位和谈判能力得到极大削弱,囿于标准的市场规模效应、技术锁定效应和规范约束效应,很大程度上既失去自由选择的市场机会,又丧失公平谈判的议价能力;最后,与前述两点对应,标准制定方的技术扩散诉求和社会公众方的总体福利期待也容易受到影响,不仅既有目的落空,还会带来沉重负担。因此,利益平衡的基本立场应当是事前尽量减少因标准与专利融合而产生的问题,事后妥善处置因标准与专利融合而产生的冲突,重点纠偏融合后专利权人的过度优势,兼顾矫正特定时空条件下弱小专利权人与强大标准实施人之间的非常位差,辅以优化和完善专利权人、标准制定方、标准实施人等利益相关方之间的权利义务配置,开创标准专利融合的互利共赢新局面,让专利制度和标准制度回归原初定位,一方面确保专利的适当创新激励,一方面确保标准的有效技术扩散,进而增加社会总体福利,推动文明持续发展。

二、立足不同融合阶段采取对应式平衡策略

(一) 融合前:尽量减少融合机会

在融合前阶段,要尽量选用现有技术、可替代技术、非专利技术、既有成熟技术、免费专利技术等融入标准,在没有必要时切勿主动融合,在两可之间时坚决不融合,从根源上减少问题频次。为此,标准制定方要做好技术检索把关工作,确保选用技术的非有效专利身份,尽量绕过有效专利壁垒;专利权人、社会公众方等要尽量披露相关专利信息;专利审查方要健全信息检索平台,优化服务体验。

应当让相关专利在融合前尽可能浮出水面,使利益相关方最大限度达致完全信息博弈。依循利益平衡理念,当前专利信息披露制度需要完善。比如,把《国家标准涉及专利的管理规定(暂行)》第5条的“必要专利”扩展至“相关专利”,包括授权的有效专利和在途的专利申请。对于“未公开的”专利申请,可采取签订保密协议等措施,以兼顾商业秘密^[13]。再如,对前述第5条中“相应的法律责任”进行细化:若参与标准制定的利益相关方没有披露其拥有的专利,则视其默示许可^[14];至于是否有偿实施,则视其过错程度而定。

还应做好提升专利质量的源头工作,大力减少“问题专利”数量,包括不符合专利法的授权条件以及符合授权条件但权利要求范围过宽的专利。基于外部压力等因素,我国采取了超越技术范式发展阶段的宽口径强保护专利制度^[15]。比如,专利审查政策相对宽松,授权标准不够明确,若遇两可情形往往忽略实质审查,以授予专利为主。再如,政府院校企业出台过量激励措施,只要专利申请被受理,申请人即可获得资助。由此导致投机申请激增、专利质量不高,“授权的专利经不起仔细的审查,近半数专利是无效的”^[16],进而叠加很多“假冒伪劣融合”“低质差效融合”。以江苏省南京市中级人民法院(2018)苏01民初232、233、234号民事判决书载明的“原告华为技术有限公司等与被告康文森无线许可有限公司确认不侵害专利权及标准必要专利使用费纠纷三案”为例,在被告提及的15件涉案专利中,已被国家知识产

权局专利复审委员会宣告全部无效的就有8件,复审无效率高达53.3%,且剩余7件中仅有1件被法院认定为标准必要专利。

(二)融合中:着力采用间接融合方式

1. 完善标准与专利的融合方式

融合方式大致分为3类。一是直接融合,即标准与专利的技术内容存在一致、重合、交叉、等同、包含等情形,具体表现为标准的全部或部分规范性技术要素与专利的全部或部分权利要求中的技术特征一一对应。最高人民法院(2019)最高法知民终382号民事判决书即载明一个实例,涉案标准为《NY/T 1848-2010 中性、石灰性土壤铵态氮、有效磷、速效钾的测定联合浸提—比色法》中的“6.13 速效钾掩蔽剂(5 g/L 硫酸铜 + 12 g/L 酒石酸溶液)”,其技术内容为:“称取硫酸铜($\text{CuSO}_4 \cdot 5\text{H}_2\text{O}$) 5.0 g,酒石酸($\text{C}_4\text{H}_6\text{O}_6$) 12.0 g,溶于约500 mL水中,加入浓硫酸200.0 mL,冷却至室温后,转移到容量瓶中,用水定容至1L。”与之对应的专利为河南农大迅捷测试技术有限公司专利号为ZL 200810049676.4的“一种四苯硼钠比浊法测定土壤中钾的方法及其掩蔽剂”,其技术特征为:“称取 $\text{CuSO}_4 \cdot 5\text{H}_2\text{O}$ 2.5 ~ 10.0 g或 $\text{CuCl}_2 \cdot 2\text{H}_2\text{O}$ 1.7 ~ 6.8 g、酒石酸 6.0 ~ 15.0 g,溶于100 ~ 500 mL水中,加入浓硫酸135.9 ~ 271.7 mL或浓盐酸407.7 ~ 410.0 mL,冷却至室温后,稀释至1000 mL,摇匀即可。”二是间接融合,即标准与专利在技术内容层面没有直接交集,但实质上类同于目的和手段的关系,具体表现为标准的全部或部分规范性技术要素的内容为指标性要求或功能性描述,而专利技术是实现这些要求或描述的具体方案。比如对于奶制品标准中的菌落指标要求,对应即有“一种低蛋白变性率的牛奶杀菌方法”(申请号:202111453369.4)、“一种营养牛奶生产用自动化杀菌装置”(申请号:202110314925.3)等若干专利技术。三是交叉融合,即兼具前述特点,既有直接融合,也有间接融合。为有效纠偏标准专利融合的利益失衡,当需遵循阶梯式融合方式:首要采用且最大比例采用完全的间接融合方式,退而求其次采用可能的交叉融合方式且在交

叉比例上倾斜于间接融合,最后迫不得已采用且最小比例采用完全的直接融合方式。

2. 优化标准与专利的内容表述

间接融合的关键是让(同一)标准和(不同)专利之间形成事实上的(单一)目的与(多重)手段关系,这对标准与专利的表述提出更高要求。

对于专利而言,要尽力消除权利界限模糊、保护范围宽泛的现象。首先,在权利要求的语法修辞层面保证清楚明白。避免使用“强”“弱”“约”“等”“尤其”“适量”等含义宽泛、排斥精确和个体判断的词语^[17]。其次,在权利要求对应的技术特征表述层面多用“结构性特征”少用“功能性特征”。结构性特征即以结构方式表述的技术特征,具有“有形性”,本质上系功能的具体实施方式,属于“如何做”的途径性范畴。功能性特征即以功能方式表达的技术特征,具有“无形性”,本质上系结构的内在实施结果,属于“做什么”的目的性范畴。在专利制度的底层逻辑中,从结构性特征到功能性特征应该是一一对应,即实施某一特定结构必然实现某一特定功能,比如用火烧水会让水温升高。但从功能性特征到结构性特征却并非必然如此,即实现某一特定功能可能对应若干特定结构,比如让水温升高还有微波炉加热、太阳能转化、热交换等其他“结构”。结构性特征更能精确阐述专利技术实质,明确限定权利保护范围,准确反映与现有技术的区别,而功能性特征“不能明了究竟涵盖哪些有限的具体实施方式,理论上的覆盖范围是无限的”^[18],容易导致宽泛的权利保护范围,严重背离“专利法保护具体的技术方案而不保护发明的功能”这一法理意蕴^[19]。

对于标准而言,要尽力规避专利化表述,同时强化技术的末端规制。标准的内容表述与专利正好相反,即在不影响标准实施目的前提下,多采用“功能性特征”,少采用“结构性特征”。总体而言,制定标准时要坚持功效原则,即只要条件允许,就应该用内在性能而非外在结构来表述,以便在技术要求和质效指标之间做出精巧的弹性结合,在后续实施中保持方案选择自由,给未来科技创新

留足空间。具体而言,在编写标准的规范性技术要素部分时,要重点表述标准涉及的产品、过程、服务的内在性能或目标功能,并在可能的情况下将其量化为可检验可检测可认证的指标阈值。一项专利技术的生命周期有 3 端:前端,即从无到有的产生阶段,对应专利技术的发明;中端,即从有到用的应用阶段,对应专利技术的实施或许可;末端,即从用到果的产出阶段,对应专利技术的产出结果。专利制度和标准制度在技术生命周期中是有分工的,即专利侧重规制技术前端和中端,标准侧重规制技术末端,以尽量在专利权人和社会公众之间做到利益平衡,在技术锁定与科技创新之间做到制度疏离。

在标准编写过程中,还可能碰到极端情况,即某一专利恰巧可以完美实现某一标准的功效指标,且当时来看也存在“唯一”对应关系。此时可以参考欧盟“新方法指令制度”^[20],仍然予以柔性表述,即在标准的规范性技术要素部分仍然主要表述相关功效性技术要求,同时用推荐、举例、建议等非强制性非唯一性方式载明采用某一特定专利即可推定符合标准的功效要求。

(三)融合后:为标准的有效实施清除障碍

1. 做好专利许可工作助推标准顺利实施

融合了专利的标准容易在许可问题上纠缠,比如专利权人与标准实施人难以谈拢许可费,专利权人违背 FRAND 许可承诺做出专利劫持行为,标准实施人滥用市场地位做出专利反向劫持行为,让标准实施陷入僵局。如此情况大都超出私力救济范畴,需要诉诸标准制定方、反垄断机构、仲裁机构、法院等其他利益相关方的介入。

依循利益平衡理念,应该加强公益性标准制定方的专利许可特殊责任。比如以潜在标准实施人的代理人身份与专利权人积极协商,提前落实专利许可谈判的条款和细节;在专利权人与标准实施人谈判过程中提供周全的居间服务^[21];在药品、食品、环保等特殊领域,可以代表国家利用公共财政对强制性标准的必要专利进行政府采购。

此外,超越既有研究的不同单一面相观点^[22],

应当明确 FRAND 许可承诺的法律属性是一个多重面相复合体:面对标准制定方,其对专利权人约束力一般,可视为单方法律行为;面对一般的潜在标准实施人,其对专利权人约束力适中,可视为先合同义务;面对特定的善意标准实施人,其对专利权人约束力很强,可视为强制缔约义务;面对特定的恶意标准实施人,其对专利权人约束力最弱,可视为要约邀请。

2. 加强反垄断规制弱化标准实施后的负面效应

专利搭上标准的快车后,容易越过合法“垄断”范围,加剧标准实施的负面效应。比如在标准实施后进行垄断高价等滥用市场支配地位行为,成立限制竞争的专利联盟等垄断协议行为,此时往往需要市场监管机构介入,启动《反垄断法》,恢复竞争秩序。

3. 因应时空条件变化做好标准更新工作

如果出现更为先进的替代技术、可供选择的其他技术、具有竞争或替代功能的其他标准,原来的专利技术已经过期、已经升级、被宣布无效、已不再必需等情形,则需要标准制定方因应情势,与时俱进。

三、区分不同要素类型采取侧重式平衡策略

(一)区分标准类型,重点规制公益性强的标准

以标准的主导目的为基准,可以分为两类:一是公标准,典型特征是公益性,即以谋取公共利益、获得最佳秩序、提供社会服务为主导目的,具体表现为宗旨的公益性、参与的公众性、过程的公开性、制定的管控性等特征。二是私标准,典型特征是私益性,即以谋取私人利益、获得独家收益、服务市场竞争为主导目的,至于公益更多是追求私益的附带或获取私益的手段,具体表现为宗旨的私益性、参与的小众性、过程的封闭性、制定的自由性等特征。《标准化法》中的国家标准、行业标准和地方标准属于典型的公标准,企业标准属于典型的私标准,团体标准则处于两可之间。前述分类主要基于应然层面,实践层面并不尽然,而

是存在宽阔的“灰色”地带,公标准可能时常引用私标准,出现“公标准私益化”现象,私标准的事实强制力会模糊私益公益界限,展现“私标准公益化”效果。两者也存在转化空间,比如依《团体标准管理规定》第28条,团体标准在一定条件下可以转化为国家标准、行业标准或地方标准。

在区分标准类型的平衡理念之下,公标准应尽力避免融合情形,以减少“私”专利对“公”标准的直接冲击,这是公标准的“克制”,也更需要妥善处理融合后产生的各类问题,将负面影响降至最低限度,确保公标准不偏离“公益”宗旨。至于私标准,虽然更容易出现融合情形,这是私标准的“自由”,但也需要采取适当规控措施,避免“私”标准与“私”专利导致的“无序融合”“过度融合”等不良现象,确保私标准在追求私益的同时仍能发挥适当的公益效用。

(二) 区分专利类型,重点规制与标准关系近的专利

依照专利关系差异,可以分为4类^[23]:一是竞争性专利,即在市场上存在竞争或替代关系的专利,各自之间均可独立运用且能产生类同效果;二是障碍性专利,即后项专利实施须以使用前项专利为条件,各自专利权人未经对方许可均不能实施后项专利;三是互补性专利,即若干专利是不同发明者就同一大发明下不同要素分别申请而成,且必须共同作用才能产生极大价值;四是无关性专利,即相互之间不存在前述紧密关系的专利。依照专利与标准关系的差异,可以分为两类:一是必要专利,即制定或实施标准时不可或缺、无法绕开或必然侵犯的专利;二是非必要专利,即制定或实施标准时无足轻重、可以绕开或不必要侵犯的专利。

在区分专利类型的平衡理念之下,标准要尽量与无关性专利融合而远离其他相关性专利,要尽量与必要专利融合而远离非必要专利。相对而言,其他相关性专利容易识别,标准必要专利的语义表达比较明确,实际操作却非常模糊。依循利益平衡理念,需要系统完善标准必要专利评估制

度:在评估主体上,要保障独立、中立和专业,包括标准制定方内部评估机构和第三方外部评估机构。在评估要素上,首要考量技术要素,即技术上的无可替代性;其次考量法律要素,即法律上的有效性;再次在特殊情形下,若离开专利技术,则因成本巨大而无法实施,此时可以考量经济因素。在评估程序上,可以参考论文评审机制,设立阶梯化步骤,即专利权人自评→标准制定方内设机构内评→第三方独立机构外评→标准制定方全体会议等权力机构终评。

(三) 区分主体类型,重点规制投机性强的专利权人

前已述及,就专利实施实体和专利主张实体而言,后者的市场投机性和经济破坏性远高于前者。“消费是一切生产的唯一目的,而生产者的利益,只在能促进消费者的利益时,才应当加以注意”^[24]。特别是那些单纯的投机型专利主张实体,附带产生的有限价值难以弥补其对创新环境、竞争秩序和公共利益造成的损害。就单一专利权人和联营专利权人而言,后者更多存在将无效专利、竞争性专利、非必要专利等纳入专利池,进行捆绑销售、价格控制、排斥潜在竞争者等经济投机行为。

在区分主体类型的平衡理念之下,专利主张实体和联营专利权人等投机性强的专利权人应该成为重点规制对象。其投机性会加剧专利与标准的制度碰撞,恶化与其他相关方的利益失衡,更加需要依循利益平衡理念予以矫正。

四、结合不同规制方式采取递进式平衡策略

(一) 市场优先,法律殿后

规制方式有两类:一是自治方式,即主要依靠利益相关方的自我管理和相互博弈,典型如市场;二是他治方式,即主要引入外部力量对利益相关方进行柔性调控或刚性规制,典型如法律。演进理性直面理性的有限性,崇尚自然演进,反映了人类的自谦。建构理性承认理性的无限性,崇尚人为设计,反映了人类的自信。市场方式更多属于演进理性,旨在形成人们行为相互适应的“内部秩

序”,法律方式更多属于建构理性,旨在形成符合特定目的的“外部秩序”^[25]。

针对市场方式与法律方式,总体策略宜采取“市场优先,法律殿后”。即一般情形下,首先采用市场方式,若效果不佳,则辅以法律方式。标准与专利的融合繁复庞杂,人类的建构理性很难设计完美方案,难以精确预计风险,还会产生巨大成本。人类的演进理性则不急不躁,让新生事物在时间长河中自然生长,待到时机成熟,风险降至最低,成本也易承受。此外,标准与专利的融合最初起始于专利权人和标准制定方的自发行为,且主要发生在经济领域,本质上属于资源配置活动,让市场发挥基础作用,实现资源优化配置,让法律发挥弥补作用,补位市场失灵空间,也符合经济规律。

(二)私法→社会法→公法

在法律规范层面可以采取私法→社会法→公法的大致顺序:面对标准专利融合产生的纠纷,首先援引私法规范化解,若效果不佳,则再援引社会法规范化解,若仍不佳,则最后援引公法规范化解。

标准与专利的融合是一个极其复杂的集合体,多元法律规制模式更有利于实现利益平衡。公法秉持国家本位,注重权力对权利的管控,偏好法定裁决;私法秉持个人本位,注重权利与义务的平衡,偏好意思自治;社会法是公法私法相互渗透的产物,秉持社会本位,具有“亦公亦私”的特征。由私法到社会法再到公法,其间的规控方式由自治到他治,裁决机制由柔性到刚性,法律力量由弱度到强度,可以视为“市场优先,法律殿后”在法律语境下的再现。具体而言,第一环节,在法律引导下,由利益相关方进行理性沟通、合作博弈,以期受到轻度破坏的法律关系得以修复。若有不及,则进入第二环节,即在法律监控下,对利益相关方的沟通和博弈施以适度干预,以期受到中度破坏的法律关系得以修复。若仍不及,则进入第三环节,即在法律强制下,以法律决定代替利益相关方的自主博弈以及市场规制,以期受到重度破坏的法律关系得以修复。其间涉及的私法主要有《中

华人民共和国民法典》《专利法》等,社会法主要有《中华人民共和国反不正当竞争法》《反垄断法》《标准化法》等,公法主要有《中华人民共和国刑法》以及相关诉讼法等。以 FRAND 专利许可费纠纷为例,一般情况下属于合同法问题,特殊情况下才涉及反垄断法,适法时应坚持“合同法优先,反垄断法随后”^[26]。此外,欧盟法院就标准必要专利 FRAND 许可费纠纷提出的“五步骤+三保留”规则更是体现了通过司法引导(甚或强迫)双方理性博弈以重建市场的努力以及重建失败后的司法最终救济(司法替代市场)^[27]。

(三)强制协商(模拟市场)→慎用禁令(类型化处理)→裁断许可费

针对专利许可纠纷案件,可以采取“三部曲”诉讼救济制度。第一步,强制协商(模拟市场)。即立案之后专门留出类似离婚冷静期的强制协商期,具体时长因案制宜,少则一月,多则半年,基本内容为在法院监督和见证下进行市场模拟,由双方当事人友好协商,其间可以借助标准制定方等外部力量。具体流程为先由原告发出要约,再由被告做出承诺或发出反要约,后由原告做出承诺或发出新要约……直到强制协商期结束。第二步,慎用禁令(类型化处理)。针对专利权人的禁令诉请,可以分为两大类型,即如果是非标准必要专利且采用间接融合,则原则上予以支持,如果是非标准必要专利但采用直接融合,或者是标准必要专利,则原则上谨慎支持,予以类型化处理:若专利权人有明显过错,标准实施人无明显过错,则予以驳回;若标准实施人有明显过错,专利权人无明显过错,则予以支持;若双方过错对等或均无明显过错,则结合行业发展、公众利益、国家安全等因素进行利益平衡,做出对应裁决。如此类型化处理,已有北京市高级人民法院(2017)京民终454号民事判决书载明的“索尼移动通信产品(中国)有限公司与西安西电捷通无线网络通信股份有限公司侵害发明专利权纠纷案”等实例验证。第三步,裁断许可费,即由法院对专利许可费事宜进行最终裁决。既可以直接裁决,即由法院根据证据

材料,直接做出具体明确的费率点数或特定条件下的费率幅度,其间可以征询标准化组织等专业机构意见。也可以间接裁决,即征得双方当事人同意,可以委托专业仲裁机构进行裁决,其间需要做好程序监督工作。

五、结语

标准与专利的融合具有深远影响,小到关乎企业的商海沉浮,大到关涉国家的命运兴衰^[28]。面对融合引发的各类问题,对策涉及宏观理念、中观制度和微观技术3个层面。从解决问题的功利角度出发,当前研究更加偏重专利披露与许可等中观制度和许可费计算等微观技术,而对宏观理念的冷落会带来制度离散和技术迷失的负面后果。“基础不牢,地动山摇”。本文对标准与专利融合的利益平衡理念予以个体解析和总体整合,并就融合阶段、要素类型和规制方式的利益平衡策略予以纲要式阐述,以期对宏观理念这一基础设施略尽绵力。

参考文献:

- [1] 刘健. 标准必要专利禁令救济规则比较研究[J]. 研究生法学, 2019(6): 85-93.
- [2] 何丹. 非专利实施体标准必要专利诉讼中禁令的适用原则[J]. 时代法学, 2018(2): 113-121.
- [3] 祝建军. 标准必要专利全球许可费率司法裁判问题研究[J]. 知识产权, 2020(10): 8.
- [4] 王先林. 我国知识产权领域反垄断规则的细化和完善[J]. 中国市场监管研究, 2022(7): 9-12.
- [5] MARK A. Lemley, Carl Shapiro. Patent Hold-Up and royalty stacking[J]. Texas law review, 2007(4): 1991-2049.
- [6] 伯倩. DVD 专利费之争: 中国制造业的蒙羞[J]. 三联竞争力, 2007(6): 30-31.
- [7] 李剑. 市场支配地位认定、标准必要专利与抗衡力量[J]. 法学评论, 2018(2): 54-65.
- [8] 王新喜. 七年诉讼长跑被坑惨, 西电捷通诉苹果专利侵权“案结事未了”[EB/OL]. (2024-03-26) [2024-09-20]. <https://www.tmtpost.com/user/259395>.
- [9] 孙成, 崔维军, 吴杰, 等. 加入标准化技术委员会促进了企业技术创新吗? [J]. 中国软科学, 2024(5): 58-69.
- [10] 牛晓培. 技术标准中的知识产权垄断和反垄断问题[J]. 标准科学, 2009(1): 47-52.
- [11] 胡水晶, 余翔. 技术标准组织中联合抵制行为的反垄断规制[J]. 电子知识产权, 2006(8): 49-52.
- [12] 贾明顺. 标准必要专利的权利属性及其法律限制[J]. 甘肃社会科学, 2020(5): 143.
- [13] 王记恒. 技术标准中专利信息不披露行为的反垄断法规制[J]. 科技与法律, 2010(4): 63.
- [14] 朱雪忠, 李闯豪. 论默示许可原则对标准必要专利的规制[J]. 科技进步与对策, 2016(23): 98-104.
- [15] 周璐, 罗立国. 技术范式视角下的专利制度演进路径分析[J]. 科学学研究, 2021(8): 1435.
- [16] 陈家明. 问题专利的产生及其应对策略[J]. 技术与市场, 2016(7): 306.
- [17] 国家知识产权局. 专利审查指南 2010[M]. 北京: 知识产权出版社, 2010: 147.
- [18] 李春晖. 功能性特征之定义与识别[C]//中华全国专利代理人协会. 2016 年专利代理学术研讨会优秀论文集. 北京: 知识产权出版社, 2017: 81-93.
- [19] 陈仲华. 专利权利要求的结构特征和功能特征[J]. 工业产权, 1989(2): 21-24.
- [20] 刘春青, 张笑世, 季然, 等. 国外强制性标准与技术法规研究[M]. 北京: 中国标准出版社, 2013: 118-133.
- [21] 宁鸣阳. 国家强制性技术标准中的专利问题研究[D]. 北京: 北京化工大学, 2015: 28-30.
- [22] 李逸竹. 标准必要专利 FRAND 承诺之法律性质辨析[J]. 重庆大学学报, 2023(1): 213-227.
- [23] 宁立志, 胡贞珍. 从美国法例看专利联营的反垄断法规制[J]. 环球法律评论, 2006(4): 469-477.
- [24] 斯密. 国民财富的性质和原因的研究[M]. 郭大力, 王亚南, 译. 北京: 商务印书馆, 1974: 227.
- [25] 哈耶克. 法律、立法与自由[M]. 邓正来, 张守东, 李静冰, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 2000: 52-85.
- [26] 唐要家, 李恒. 标准必要专利许可 FRAND 承诺可实施性[J]. 科技管理研究, 2019(7): 163-168.
- [27] 魏立舟. 标准必要专利情形下禁令救济的反垄断法规制[J]. 环球法律评论, 2015(6): 83-101.
- [28] 姜南, 韩琦, 徐明. 支持科技全面创新的知识产权制度体系构建研究[J]. 中国软科学, 2024(9): 80-90.

(本文责编: 默 黎)