

技术标准之许可定价规则的 “非国家化”

——以可比许可法为中心

马一德^{*}

内容提要：技术标准是全球基础设施的组成部分，技术标准许可是国际技术服务贸易的重要内容。技术标准是经标准化组织批准、非强制执行、可重复使用的通用技术方案规则和指南。在技术标准许可定价规则尚未统一的情况下，“国家”试图强化对技术标准实施活动的控制，表现为不同国家的司法机关在裁决标准必要专利许可费时适用不同的定价规则，而这些规则为国家力量的介入创造了空间。可比许可法是一种“非国家化”的技术标准许可定价规则，能集中反映消费者愿为标准必要专利支付的信息，注重参考在市场作用下业已形成的许可费水平，从而克服分摊式专利价值评估方法的缺陷。可比许可协议的识别、可比许可协议中许可费信息的披露以及复杂标准必要专利许可情形中隐性单向许可费率的解析，是可比许可法适用的关键。专利劫持和技术标准化价值等问题的澄清，有利于认定标准必要专利许可费的范围，打破对部分可比许可协议参考价值的质疑，确保可比许可法适用的稳定性。作为一项由市场主导的技术标准许可定价规则，可比许可法有助于定价规则的“非国家化”，在不同国家的司法机关间形成“规则共识”。

关键词：技术标准 价值评估 可比许可法 专利劫持

一、问题的提出

技术标准是经标准化组织批准、非强制执行、可重复使用的通用技术方案规则和指南，其实质是对技术设立的必须符合要求的条件，以及能达到此标准的实施技术。^{〔1〕}技术标准保障了特定技术领域内该技术的重复性使用，使依该技术所生产的产品或服务能够兼容、通用和互换。技术标准多为具有基础性和前沿性的技术，该类技术多受专利保护，产生了标准必要专利

^{*} 中国科学院大学教授。

本文是国家社科基金重大项目“新形势下我国参与知识产权全球治理的战略研究”（21&ZD164）的阶段性成果。

〔1〕 参见马一德：《多边贸易、市场规则与技术标准定价》，《中国社会科学》2019年第6期，第107页。

(Standard Essential Patent, 即 SEP)。标准必要专利在专利领域具有较大的商业价值, 各国法院对标准必要专利纠纷都具有裁判的意愿,^[2] 基于技术标准的全球性和专利权的地域性, 标准必要专利纠纷会呈现多个国家平行诉讼的局面。^[3] 其中, 标准必要专利许可费纠纷是标准必要专利诉讼的核心事项, 一旦许可费纠纷被解决, 涉及标准必要专利的侵权诉讼和反垄断诉讼通常会一并停止。而符合“FRAND原则”(即“公平、合理和无歧视原则”)的标准必要专利许可费裁判, 是标准必要专利持有人与被许可人的共同追求。但由于内涵抽象的“FRAND原则”无法给予司法裁判明确的指导, 不同国家的法院在裁判费率时, 常常借助裁判规则将各自的利益考量纳入裁判结果,^[4] 标准必要专利持有人和被许可人难以对此种许可费裁判形成较大共识, 进而诉讼不止。

全球化的最佳定义之一是“市场、法律和政治的非国家化, 即为了共同利益使民族和个人相互交错”。^[5] 该定义中的全球化内容指向的是部分国家专属活动的“非国家化”, 技术标准的许可定价就属于这类活动。不同国家争夺技术标准许可的定价权, 各国法院在裁判标准必要专利许可费时适用不同的规则, 从而达到使裁判结果有利于本国技术产业发展的目标。要实现许可定价活动的“非国家化”, 有必要统一现有的标准必要专利许可费率裁判规则, 最大程度地压缩法院可自由裁决的空间。对此, 国内外学者一直在尝试寻找更有共识性的规则, 但所提出的方案要么是可操作性不强的仅具有方向性的规则,^[6] 要么是未被实践过的实施风险较大的新规则, 且新规则无法避免旧规则的缺陷。^[7] 本文提出以可比许可法为确定标准必要专

[2] 比如, 2020年8月26日, 英国最高法院举办发布会, 支持英国法院在华为技术有限公司与无线星球公司案以及华为/中兴通讯与康文森案的终审判决, 认为英国法院在未经当事人双方合意的情形下, 亦具有全球费率的管辖权, 是全球费率裁判的适合诉讼地。这一做法无疑将英国法院凌驾于诸国法院之上, 实质上要使英国法院成为标准必要专利费率裁判的全球法院。参见《英国最高院驳回华为、中兴上诉, 支持英国裁决全球费率》, https://www.ipeconomy.cn/index.php/index/news/magazine_details/id/1393.html, 2022年4月26日最后访问。

[3] 参见仲春:《标准必要专利全球费率裁判思辨》,《知识产权》2020年第10期,第14页。

[4] 具体案件中所适用的许可费裁判规则, 参见华为与交互数字(IDC)标准必要专利许可费纠纷案, 广东省高级人民法院(2013)粤高法民三终字第305号民事判决书(下称“华为诉IDC案”); Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 2013 U. S. Dist. LEXIS 60233(下称“微软诉摩托罗拉案”); Ericsson Inc., et al., v. D-Link Sys., Inc., et al., 6:10-CV-473, 2013 WL 4046225, at *22 (E. D. Tex. Aug. 6, 2013)(下称“爱立信诉D-Link案”); In re Innovatio IP Ventures, LLC Patent Litig., No. 11 C 9308, 2013 WL 5593609 (N. D. Ill. Oct. 3, 2013)(下称“In re Innovatio案”); 日本知财高判平成26.5.16平成25(ネ)10043; Commonwealth Sci. & Indus. Research Org. v. Cisco Sys., Inc., 809 F.3d 1295 (Fed. Cir. 2015); 华为与三星侵犯专利权纠纷案, 广东省深圳市中级人民法院(2016)粤03民初816号民事判决书(下称“华为诉三星案”); Unwired Planet International Ltd v. Huawei Technologies Co. Ltd and another, [2017] EWHC 711 (Pat) (Eng.) (下称“无线星球诉华为案”); 康文森无线许可有限公司与华为技术有限公司、华为终端有限公司、华为软件技术有限公司标准必要专利许可纠纷案, 最高人民法院(2019)知民终732、733、734号民事判决书, 等等。

[5] Jost Delbrück, *Globalization of Law, Politics, and Markets - Implications for Domestic Law - A European Perspective*, 1 Ind. J. Global Legal Stud. 9, 11 (1993).

[6] 比如, 多数学者提出标准必要专利的许可应当更多地由当事人通过商业谈判解决。参见刘嘉明:《标准必要专利定价困境与出路——“法院—市场主体”二元复合解决模型的构建》,《法学杂志》2021年第1期,第125页; 祝建军:《标准必要专利全球许可费率司法裁判问题研究》,《知识产权》2020年第10期,第8页以下; 李明德:《标准必要专利使用费的认定——华为公司与IDC公司标准必要专利使用费纠纷上诉案》,《中国发明与专利》2018年第6期,第107页; 赵启杉:《标准必要专利合理许可费的司法确定问题研究》,《知识产权》2017年第7期,第22页以下; 马海生:《标准必要专利许可费司法定价之惑》,《知识产权》2016年第12期,第16页以下。

[7] 比如, 美国斯坦福大学莱姆利教授和加州大学伯克利分校夏皮罗教授提出了植根于合作博弈理论的“棒球式”仲裁标准必要专利许可费模式。See Mark A. Lemley & Carl Shapiro, *A Simple Approach to Setting Reasonable Royalties for Standard-Essential Patents*, 28 Berkeley Tech. L. J. 1135, 1141 (2013).

利许可费率的方法，以确保标准必要专利许可费裁判结果在当事人间形成共识，且能以最小成本被实施。可比许可法有助于实现技术标准许可定价规则的“非国家化”转向，在不同国家之间形成“规则共识”，为推进标准必要专利许可费司法裁判规则的统一奠定基础。

二、技术标准许可定价规则的“非国家化”转向

“国家化”的技术标准许可定价规则，是通过分摊式专利价值评估法实现的。不同国家出于本国经济利益的需要，通过该方法的适用，使标准必要专利许可费的裁判结果有所倾斜。要使许可费的裁判更有利于技术标准的推广，使不同国家共享技术标准产生的福利，就要实现定价规则的“非国家化”。可比许可法正是一项有助于实现该目标的标准必要专利许可费确定规则。

（一）“国家化”的定价规则：分摊式专利价值评估法

案涉标准必要专利一般包含在由专利和非专利技术共同构成的产品中，如何在标准必要专利和其他专利之间进行价值分摊，是以分摊式专利价值评估法确定标准必要专利许可费率的关键。^{〔8〕} 分摊式专利价值评估法可分为“自上而下”和“自下而上”两种操作方式，这两种分摊方式的核心假设，是专利权人通过将其专利纳入到行业标准而赚取了“过多”的许可费，法院应对案涉专利进行旨在估算其价值增量的会计工作。^{〔9〕}

1. “自上而下”式分摊

该分摊方式的核心观点在于，公平、合理和无歧视的许可费率应反映标准必要专利对最终专利产品的贡献价值，并在许可费率中排除其他专利的价值。“自上而下”式分摊的步骤有二：一是确定技术标准的许可费总额；二是计算案涉专利的技术贡献量和相应的许可费。许可费总额的设定，为有意参与技术标准的专利权人提供了研发投资的回报预期。在特定行业中，标准必要专利持有人生产专利技术，将其授权给生产链上的其他公司，许可费是专利的市场租金价格，是市场在边际上赋予专利的价值。而给定专利的均衡租金价格，是由其衍生的需求和供给的交集所决定，这种衍生需求是两种因素的产物：一是对包含被许可人技术投入的最终产品的市场需求；二是其他企业替代这种需求的可能性。事实上，法院在分配专利价值前对许可费总额的确定，暗含着其接受了一项隐含命题，即该产品生产链的每个阶段都有一个固定的收入，且这个收入是独立的，与生产链的其他部分是分离的。比如，在“*In re Innovatio*案”中，法院表示“自上而下的方法从 Wi-Fi 芯片的平均价格开始。根据这个平均价格，计算出芯片制造商从出售每个芯片中获得的平均利润，从而分离出芯片制造商可以支付知识产权许可费的那部分收入”。^{〔10〕} 法院认为专利价值来自 Wi-Fi 设备，而不是消费者对包含 Wi-Fi 技术的最终产

〔8〕 See Jorge L. Contreras & Richard J. Gilbert, *A Unified Framework for RAND and Other Reasonable Royalties*, 30 Berkeley Tech. L. J. 1451, 1499 – 1504 (2015). 又如，有学者提出通过企业财务成本费用利润归类计算专利技术成本费用利润贡献占比，通过计算产品全部标准必要专利数占全部专利数的比例，计算标准必要专利数与全部专利数量占比，通过技术功效矩阵专利价值分析，计算专利权人标准必要专利分值与全部必要专利分值占比，将这三个占比相乘得出标准必要专利的许可费率，可为司法裁判提供一个新的方法。参见宋河发等：《标准必要专利许可费率综合计算方法研究》，《科研管理》2021年第8期，第26页以下。

〔9〕 See Alexander Galetovic & Stephen Haber, *SEP Royalties: What Theory of Value and Distribution Should Courts Apply?*, 17 Ohio St. Tech. L. J. 189, 191 (2021).

〔10〕 前引〔4〕，“*In re Innovatio*案”，第38页。

品（如平板电脑、笔记本电脑或智能手机）的需求。

将总的许可费分配至技术标准中的各个专利，是“自上而下”计算案涉专利许可费的关键步骤。法院常根据案涉标准必要专利对技术标准的贡献度进行价值分摊，而关于贡献度的证明，不同法院探索出了多种方案。比如，根据技术标准制定过程中案涉专利作为提案的次数，评估案涉标准必要专利对技术标准的贡献度，或者根据标准必要专利被后来专利申请文件引用的次数，证明其重要程度，^{〔11〕}以及以数量占比进行简单的价值分摊。^{〔12〕}但是，这种追求案涉专利贡献度的做法，是以割裂技术之间的协同效应为代价的，这也是选择“最小可销售的专利实践单元”作为专利计费基础产生的副作用。比如，一项与移动电话中的微处理器相关的专利在速度、效率等方面对芯片有所改进，可能会优化手机的其他功能，如改进的触摸屏界面、更强大的软件应用程序或更强大的视频功能等，“自上而下”的方式会将专利计费基础限制在手机芯片部分，可能会掩盖案涉专利和手机其他功能之间的协同效应，并错误地将这些协同效应全部归功于案涉专利。^{〔13〕}

2. “自下而上”式分摊

这种价值分摊方式的适用原理是，当案涉标准必要专利成为技术标准的组成部分时，法院将标准必要专利的价值视为相较于它的次优替代方案的价值增量，以此作为许可费的计算基础。^{〔14〕}“自下而上”式价值分配的目标，是通过恢复一项技术成为行业标准之前的竞争局面，消除标准必要专利持有人的过度垄断，减轻专利劫持和许可费堆积的现象。换言之，法院应确定一组在标准化之前可用的替代方案，再确定标准必要专利相较于这些替代方案的价值增量。^{〔15〕}技术标准的形成通常需要标准制定组织在相互竞争的技术中进行选择，这个过程经常导致对专利技术进行集体选择，排除其他专利或非专利技术。因此，技术标准的选择必然意味着排除替代技术。以“自下而上”方式计算案涉标准必要专利许可费，需对不同专利的增量价值进行评估，而案涉标准必要专利相对于次优选择的增量价值，是确定一个理性被许可人在假想谈判中愿意支付的最大金额。

“自下而上”分摊方式的核心假设，是案涉专利通过成为行业标准的一部分，排除了其他替代技术方案，从而获得了市场垄断力量。这种专利价值评估方式依赖的是专利劫持和许可费堆积理论，但这些现象和理论可能从来没有被经验证明过，后文将详细阐述。尽管支撑“自下而上”方式的逻辑已被反垄断机构广泛接受，但案涉专利技术相较于次优选择的价值增

〔11〕 参见前引〔1〕，马一德文，第112页。

〔12〕 在华为技术有限公司等诉康文森无线许可有限公司标准必要专利使用费纠纷案（下称“华为诉康文森案”）中，南京市中级人民法院认为，“自上而下法”更适合本案。采用“自上而下法”，标准必要专利的中国费率计算公式为：单族专利的中国费率 = 标准在中国的累积费率 × 单族专利的贡献占比。“自上而下法”的隐含逻辑是，平均看待每一个标准必要专利的价值，而这个逻辑在可比许可法中也是成立的，因为在大样本的情况下很难量化每个专利对产品的贡献度或价值。因此，通过数量比或者说在数量比的基础上进行调整的计算方法，是完全可取且可行的。参见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。

〔13〕 See Elizabeth M. Bailey, Gregory K. Leonard & Mario A. Lopez, *Making Sense of “Apportionment” in Patent Damages*, 12 Colum. Sci. & Tech. L. Rev. 255, 262 (2011).

〔14〕 See Anne Layne-Farrar & Koren W. Wong-Ervin, *Methodologies for Calculating FRAND Damages: An Economic and Comparative Analysis of the Case Law from China, the European Union, India, and the United States*, 8 (2) Jindal Global L. Rev. 127, 149-150 (2017).

〔15〕 参见前引〔4〕，“微软诉摩托罗拉案”，第47页。

量却无法确定，这造成了操作上的困难。^[16]这是因为标准开发组织没有选择次优技术方案作为标准的组成部分，它可能并未在市场上被交易过，因而难以知悉其所要收取的许可费。此外，“自下而上”方式还可能导致专利持有人过度宣称其非必要专利为标准必要专利，因为标准制定组织只在实施标准时才对“必要”专利予以公开，通常不对所宣称专利的必要性进行独立验证，这使得专利权人有机会作不当宣传。此做法扭曲了特定标准覆盖专利的总体情况，标准必要专利持有人贡献的实际技术价值也有可能被夸大。

3. “国家”介入技术标准许可定价的过程

分摊式的专利价值评估法是对案涉标准必要专利本身价值的探析，旨在将案涉专利的价值同其他专利加以区分，使标准必要专利持有人仅获得与其专利价值相当的收入。但是，这些方法的实际适用效果并不理想，因为它们尝试片面、刻板地截取部分市场要素，忽略了市场机制下定价活动的有机性，以及市场主体对客观市场信息作出的独立判断。^[17]此种做法为法院创造了自由裁量的空间，为“国家”介入技术标准许可的定价过程创造了条件。

事实上，在确定标准必要专利许可费的过程中，若上述方法都能获得其适用所需的真实信息，其得出的最终许可费数值在大概率上应是一致的。但在实践中，相应的技术信息和经济信息的缺乏，使法院无法对案涉专利的价值作出准确评估，所选择的替代方案又常使问题变得复杂。^[18]现有规则的实际情形和理想状态之间的差距，为掌握标准技术企业所在国家影响技术标准定价规则提供了可能。围绕保护本国技术产业、制造产业的目标，各国法院在确定案涉专利的价值时，通过分配当事人的举证责任和设定证明标准等诉讼程序，也通过对举证难度较大环节的替代方案的选择，将其目的内化于裁判过程，即使当事人意识到法院所采用的方案有缺陷，但终因无法提出完善方案而被迫接受。各国的产业利益诉求不同，众多个案的司法裁判与复杂的贸易博弈纠缠在一起，^[19]不同国家在案涉标准必要专利的价值认定上无法达成共识。

各国法院基于本国利益而选择不同的技术标准许可定价规则，并借助司法裁判的域外效力延伸至技术标准的其他实施国。在这一过程中，技术标准的许可定价规则常被用作一种隐含经济制裁的剥削手段，迫使弱势国家的企业接受不合理的技术标准许可费率。这种做法背后的逻辑是强权国家利用技术标准的统一性特征，侵犯他国经济主权中不可让渡和分割的部分。因为在经济全球化中，垂直分工体系制造了不平等秩序，高技术水平的国家处于全球产业链的顶端，控制着国际市场体系的整个过程和结果，并以跨国公司等形式强化对该过程的统治，这加

[16] 在“微软诉摩托罗拉案”中，罗巴特（James L. Robart）法官认为：“微软方法的一个缺陷是缺乏在现实世界的适用性。IEEE 和国际电联都没有规定 FRAND 条款必须使用增量值方法确定。此外，IEEE 和国际电联都不要求在标准制定过程中事先披露 FRAND 条款。事实上，明确的多边事先谈判不可能在标准制定组织的主持下进行，包括 IEEE……微软方法的另一个缺陷是它在法庭执行方面的不实用性。在实践中，将专利的价值与其对标准的增量贡献联系起来的方法很难实施。”参见前引 [4]，“微软诉摩托罗拉案”，第 45 页。

[17] 参见前引 [6]，刘嘉明文，第 123 页。

[18] 在“TCL 诉爱立信案”中，专家证人伦纳德（Gregory K. Leonard）创建了计算每个技术标准中添加一定数量必要专利对现有标准必要专利的“价值份额”变化量的模型，最终结论表明新加入的专利不会显著影响案涉专利的比例份额。法院虽质疑该模型的普适性，但由于缺乏进一步的证据最终同意了该结论。See *TCL Commc' n Tech. Holdings, Ltd. v. Telefonaktiebolaget LM Ericsson, Nos. SACV 14 - 341 JVS, CV 15 - 2370 JVS, 2018 WL 4488286, at *28 (C. D. Cal. Sept. 14, 2018)*.

[19] 参见王宏禹、张晓通：《国际贸易秩序演变与国家间贸易争端管理》，载陈玉刚编：《国际秩序与国际秩序观》，上海人民出版社 2014 年版，第 57 页以下。

剧了国际社会的贫富两级分化。^[20]在这种情形中,技术标准许可定价规则的“非国家化”,是高效地实现世界资源的有机整合,^[21]维护弱势国家的经济主权,使处于不同发展水平的国家共享技术标准效益的关键。

(二)“非国家化”的定价规则:可比许可法

可比许可法,是指如果实施者A、B和C为使用Z公司的标准必要专利平均支付X%的许可费,那么在同一市场的实施者D或者支付类似的许可费,或者由于一些明显的市场原因支付偏离平均水平的许可费。^[22]可比许可法的适用目标,在于恢复市场在技术标准许可定价规则中的主导作用,而非将案涉标准必要专利从众多专利和非专利技术构成的技术标准中剥离出来后,才认定其单独价值。可比许可法不将生产链中的环节予以单独对待,而是将生产链作为一个整体,无论专利许可发生在生产链的哪一环节。这是其不同于前文方法的根本之处。

1. 标准必要专利许可的最优生产链级别的确定

传统上,价值链被定义为一组为设计、生产、营销、交付和支持市场上的产品而进行的活动。所有的或其中部分活动既可以在单个公司内进行(即垂直整合),也可由不同的市场主体共同参与来完成。传统产业价值链的重点是有形商品的创造、交付和服务,又称物质价值链。虽然实物商品是工业经济的经典价值单位,但新兴知识经济创造了从有形资源到无形资源(即知识)作为价值传递的主要资源的转移。这表明,价值链扩展到了物质价值链之外,包括了以前隐藏的经济价值来源——知识价值链。^[23]在该价值链中,知识被强调为创造价值的关键资源,它既可以通过传统产业价值链集成到物理产品中,也可作为独立的智力价值主张。此外,知识价值链是一种可被描述为既关联于又独立于物质价值链的存在。换言之,知识的创造和商业化并不局限于定义有形商品价值链的传统顺序形式。一个通用的、可连接的物质和知识价值链,包括实体商品(如智能手机、联网汽车、智能电表等)的生产、虚拟产品和服务(如移动应用程序)以及标准必要专利许可形式的技术转让。标准必要专利的许可是一项跨物质价值链各个级别的变量,不局限于特定的物质价值链级别。

标准必要专利持有人可在生产链的某个或多个级别上授予许可,即专利权人可以选择在组件和/或最终产品等不同层面上执行许可。标准必要专利持有人在选择最优的许可级别时,需要比较各个许可级别的相关成本,而这些成本的评估标准,取决于生产链上的被许可人能否将大部分许可费转移到消费市场,从而确保其稳定的财务支付能力。比如,专利权人选择最佳许可级别的标准,是标准必要专利最大程度的实现。基于专利耗尽带来的限制,如果很大部分专利在价值链的两个层面都被阅读,尤其是在很难确定哪些专利适用于何处的情况下,交易成本的最小化可能意味着许可下游更为合适。但最小交易成本可能不是唯一的决定因素,对于既许可标准必要专利又生产下游产品的一体化公司而言,专利权人要考虑标准必要专利本身的技术信息披露,从专利耗尽和交叉许可角度而言,产品的消费阶段能给予权利人限制其曝光率的可操作性。当然,标准必要专利许可级别的确定,还受到被许可人因素的影响,前提是专利权人能对技术许可实行价格差异,而这种差异依赖于被许可人是否了解客户对其产品的使用情况。

[20] 参见[美]汉斯·摩根索:《国家间政治:权力斗争与和平》,徐昕等译,北京大学出版社2006年版,第245页。

[21] 参见姜安:《国际体系与市场主权》,《国际社会科学杂志(中文版)》2014年第3期,第146页。

[22] 参见前引[9],Galetovic等文,第195页。

[23] See Bowman Heiden, Jorge Padilla and Ruud Peters, *The Value of Standard Essential Patents and the Level of Licensing*, October 23, 2020, <https://ssrn.com/abstract=3717570>, last visited on 2022-04-19.

可见，标准必要专利许可的最优生产链级别是最终产品的消费阶段。

2. 下游市场的应用决定标准必要专利的具体价值

探究包含标准必要专利的最终产品的销售收入如何分配给标准必要专利持有人，是可比许可法利用市场确定标准必要专利许可费的关键。包含标准必要专利的产品销售收入，要在生产者和技术、组件供应商之间进行分配，而这些企业具备一项共同特征，即从低成本投入不断转向成本更高的投入，这表现在两个方面：（1）在生产链末端设计和销售产品的企业，结合供应商的投入，以最小成本生产消费者愿意购买的产品；^[24]（2）为产品生产进行中间投入的企业，也结合许多其他供应商的投入，实现其投入成本的最小化，这些供应商从更远的生产链购买必要的投入。^[25]生产链中的每一项投入都有其相应的需求曲线，末端生产者的需求曲线来自于市场产品的需求，中间环节的需求曲线弹性取决于组件或专利技术被替代的概率。生产链上的所有企业都在使每项投入在边际上创造的价值与投入的市场价格相等，最终产品中的技术和组件本身之所以有交换价值，是因为这些产品对消费者是有用的。^[26]由于生产链上的上游企业的产出是下游企业的投入，所有价值最终都源于消费者的支付意愿。因此，生产链中的所有层级都是相互联系的，其中任意一级都无法与其他环节相分离，且所有阶段的价格都是同时决定的。这意味着案涉标准必要专利无论在生产链中哪个级别进行许可，许可费都要受到消费者购买最终产品的意愿和所有其他成本之间的差异的限制。

脱离生产链的特定级别来确定标准必要专利的价值存在困难。技术标准的应用会产生大量的积极溢出，标准必要专利持有人往往难以适当利用，其原因主要有以下几个方面：（1）技术标准所有者缺乏捕获下游溢出的资产；（2）技术标准首次被推向市场时，其价值可能是未知的；（3）技术标准是价值链的中间投入，其创造的价值“最好”在最终的产品市场中加以确定；（4）技术标准所有者通常缺乏资源和议价能力，无法成为垂直整合和下游市场竞争的可靠威胁。由于无法对技术溢出效用予以积极利用，最终通常会导致企业对这些技术的投资不足，研发投入不足是技术市场的失灵，反过来会降低市场的动态效率。事实上，在蜂窝技术等标准背景下，这些挑战可通过适当机制来克服。诸如，为确保许可费能对标准必要专利进行补偿，标准必要专利的价值确定应基于市场所确定的技术衍生价值。当标准必要专利在多个应用中创造价值时，其价值在这些应用中可能是不同的，为了与差异定价的效率收益相一致，标准必要专利的价值应根据下游市场的具体应用来确定。

总之，在确定标准必要专利许可费率时，法院对包括标准必要专利技术在内的投入进行价值分配的尝试，都须考虑消费者对最终产品的需求、整个生产链中的所有投入以及生产链上所有企业赚取的租金。生产链上任何级别的企业的收入都不是固定的，法院可在不影响生产链其余部分和最终产品消费者的情况下进行分配，而这只能通过可比许可法来实现。以生产链级别是独立和可分离为基础的分摊方法，忽视了对上述经济事实客观性的考量。

3. 可比许可法对“国家”介入空间的压缩

可比许可法是确定符合“FRAND原则”的标准必要专利许可费率的一种可靠方法。尽管生产链上的企业都无法知悉整个生产链、需求结构或者生产链中的非线性反馈循环，但最终产

[24] 参见 [美] 米尔顿·弗里德曼：《价格理论》，蔡继明、苏俊霞译，华夏出版社 2011 年版，第 200 页以下。

[25] 同上。

[26] 同上书，第 173 页。

品的价格信号能够影响整个生产链上所有企业的投入决策,其中当然也包括为标准必要专利技术许可支付的费用。生产链上的各个级别都不可能单独予以考虑,标准必要专利许可费的确定在生产链中总是受到最终产品价格和其替代可能性的影响,这些均受到消费者购买产品的意愿的限制。可比许可法恰好是一种能够集中反映消费者的标准必要专利支付意愿信息的方法。可比许可法注重在市场作用下业已形成的许可费水平,克服了分摊式专利价值评估法的缺陷,不再以标准必要专利本身的技术价值为探究目标。可比许可法尊重理性标准必要专利持有人与理性被许可人就专利许可达成的共识,最大程度地减少其他因素对这一共识形成过程的干扰。

可比许可法的这一特征,压缩了各国法院在裁判标准必要专利许可费过程中“植入”本国利益的裁量空间。如前文所述,这些空间在法院适用分摊式专利价值评估法过程中足够大。可比许可法以标准必要专利持有人与被许可人达成的“主观性”共识为依据,这一方法看似主观却最具确定性,法院只能对已经达成的许可费率进行适度调整,而需要调整的因素的客观性则实现了法院自由裁量空间的最小化,这就限制了“国家”介入标准必要专利许可费确定过程的空间。当然,也应清醒地认识到,可比许可法仅提供了一种规则共识,若要实现标准必要专利许可费裁判规则的全球统一,还需要借助国际条约等其他机制。

三、可比许可法的适用

技术标准许可定价困境中一个被忽略的事实是,“双方价格共识”比“价格符合FRAND承诺”更为根本,任何一方将标准必要专利许可费争议诉至法院,“不符合FRAND承诺”仅是一项名义诉由,真实诉求是不同意对方的出价。^[27]标准必要专利在市场中形成的价格是最优的,本质上是基于它是标准必要专利持有人和被许可人都接受的价格。那么,如何从现有的许可事实中获知这一价格,就成为适用可比许可法的关键。

(一) 可比许可协议的识别

在实践中,适用可比许可法的一项困难在于,不同许可协议中的专利范围、专利数量、专利价值、许可时间、许可范围和条件等各方面的情况不尽相同,难以直接进行比较。^[28]在适用可比许可法时,需要先挑选出具有可比价值的许可协议。

1. 识别可比许可协议的一般方法

在分析标准必要专利持有人与第三方执行的许可协议时,法官首先确定哪些被许可人与案涉被许可人的处境类似。在定义处境类似的市场主体时,所有法院的思路都是寻找使用相同技术且在生产链中处于相似级别的被许可人。标准必要专利持有人应遵守其对标准制定组织的“FRAND承诺”,即必须对处境类似的被许可人收取一致的许可费。

在既有的司法裁判中,存在广义和狭义两种识别类似被许可人的方法。广义方法否定被许可人的身份是确定可比对象的有用因素。比如,在“无线星球诉华为案”中,伯尔斯法官(Justice Birss)拒绝将其对可比许可的分析局限于标准必要专利持有人与处境类似的被许可人,“不同的被许可人有不同的议价能力,通过参考特定被许可人的这一特征和其他特征来评

[27] 《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释(二)》(法释〔2020〕19号)第24条第3款规定:对于标准必要专利的许可价格条款,“经充分协商,仍无法达成一致的,可以请求人民法院确定”。

[28] 参见前引〔12〕,“华为诉康文森案”。

估是否符合 FRAND 的要求，是不公平的和有歧视性的。对于市场上的规模较小的新进入者而言，必须支付比成熟的规模较大的公司更高的许可费，这不符合非歧视的要求。FRAND 费率应根据专利价值确定，所有需要相同类型许可的被许可人都将被收取相同的许可费”。^[29]此外，伯尔斯法官肯定了识别可比许可协议的其他标准，如可比许可协议之许可人的特定化，并将可比许可协议限定为时间上“最近”。^[30]相较于广义方法，实践中更多的案例采用了狭义方法，即在广义方法的两项标准的基础上，增加对被许可人的身份限定。^[31]这种方法对被许可人进行归类，将规模更大和实力更强的实施者与新兴公司“隔离”开来，以实现不同类型的实施者得到同一标准必要专利持有人的公平对待。

关于识别类似被许可人的标准，地理范围、所需的许可类型和合理的销售额是法院考虑的特定因素。其中，地理范围是决定哪些公司与案涉被许可人处境类似的决定因素，这就涉及到对本土公司与跨国公司之间区别的认定。本土公司是指在一个国家销售其大部分或全部产品的公司，通常与其公司总部或产品生产地在同一个国家。^[32]本土公司与跨国公司的处境不同。首先，本土公司的产品销售主要发生在一个国家，而对跨国公司而言，一个国家的销售额可能仅占其全球销售额的较小部分，跨国公司面对的是不同的市场、监管环境和不同消费者的偏好，其与本土公司不太可能有相似的处境定位。^[33]其次，本土公司从标准必要专利持有人获得的许可往往与跨国公司不同。本土公司通常仅需获得标准必要专利持有人在同一个国家内的许可，而标准必要专利持有人往往会限制其报价，以反映其所持有专利在该国的影响力。尽管这类以本国为销售区域的公司会与标准必要专利持有人签订一些全球许可协议，但法官仍会认定这一事实不足以成为认定本土公司在全球销售的理由。^[34]对跨国公司而言，标准必要专利持有人声称它提供的许可协议是一种全球混合费率，^[35]即持有人在一些国家收取较高的许可费，在专利保护较弱的国家收取较低的费用。^[36]因此，本土公司与跨国公司在处境上不具有类似性，两类公司与标准必要专利持有人达成的许可协议不具有可比性。

对于所需的许可类型、销售额因素在识别类似被许可人问题上的权重，法院倾向于认为，这两项因素均非识别类似被许可人的决定因素。^[37]比如，尽管苹果不需要 2G 或 3G 技术许可，但这并不构成需要 2G 或 3G 技术许可的 TCL 应支付比苹果更高的 4G 技术许可费率的理由。销售额也不足以单独成为区分不同类别的决定因素，仅应被视为区分规模较小的公司与成熟的跨国公司的“过滤器”。苹果的手机销量在全球范围内远超 TCL，但这并不能证明 4G 标

[29] 参见前引〔4〕，“无线星球诉华为案”，第 175 段。

[30] 同上。

[31] 参见前引〔18〕，“TCL 诉爱立信案”，第 101 页以下。

[32] 参见〔美〕小阿瑟·A. 汤普森等：《战略管理：概念与案例》，于晓宇等译，机械工业出版社 2019 年版，第 152 页。

[33] 参见刘斌：《21 世纪跨国公司新论：行为、路径与影响力》，知识产权出版社 2016 年版，第 140 页。

[34] 比如，在“TCL 诉爱立信案”中，塞纳尔法官（James V. Selna）就否定了 Karbonn 和酷派与 TCL 类似，尽管 Karbonn 和酷派都已经与爱立信签订了全球许可协议，允许他们在世界任何地方销售采用爱立信所持标准必要专利的手机。参见前引〔18〕，“TCL 诉爱立信案”，第 106 页。

[35] 比如，苹果、三星和华为这类全球化市场程度较高的跨国公司，为多模式 4G 牌照支付全球混合费率，它们都生产类似技术规格的手机，且都有可观的销量。

[36] 法院对爱立信是否将不同水平的专利保护平均起来为跨国公司创造一个全球混合费率持怀疑态度。首先，没有证据表明爱立信在其商业实践中确实这么做了。其次，爱立信决定其投资组合实力的首选指标是贡献度。贡献度是独立于地理或知识产权的单个数字，因此不能用于反映或平均专利组合中的地理差别。参见前引〔18〕，“TCL 诉爱立信案”，第 105 页。

[37] 同上引案例，第 104 页。

准中的标准必要专利持有人给 TCL 较低的许可费率是合理的。此外，公司的整体财务状况、品牌认可度、产品的操作系统以及零售店的存在，均与决定被许可人是否与案涉被许可人类别不相关。^[38] 消费者为苹果产品、三星产品支付的溢价，很大程度上取决于品牌价值和其他与标准必要专利所增加的价值无关的因素，这些因素与识别类似被许可人之间并不具有必然联系。若据此将苹果、三星视为自成一类，即按照规模大小和盈利能力的强弱对被许可人进行归类，则“FRAND 原则”中的非歧视条款可能就失去了适用空间。

除了识别类似被许可人之外，许可协议本身的特征在识别具体可比许可协议的过程中也有较大的作用。首先，选择可比许可协议时需要考虑签约时间。在司法实践中，法官倾向于将可参考的许可协议的签订日期限定为“最近”，但对“最近”的起始日期未予明确。^[39] 此做法旨在限定法官参考的许可协议的时间范围，以使同期的消费者对同一标准必要专利的支付意愿尽可能一致。其次，根据可比价值的大小对可比许可协议进行分类处理。在识别可比许可协议的过程中，不能要求法官解析标准必要专利持有人与第三方签署的每一份许可协议，合理的做法是对许可协议的可比价值进行排序。其中，可比性较大的许可协议具有绝对值意义上的参考价值，可给予优先解析的地位。具有一定可比性的许可协议应被定位为基准，用来测试许可协议比较的合理性。对这一类型许可协议的参考，非一味地追求某些具体的绝对参考值。比如，当一项许可协议是经历了多次要约后才生效，既有司法判例将此类许可协议定位为一种可比权重不大的许可协议，但法官未具体说明如何使用这类许可协议。^[40]

2. 专利池许可协议的可比性

在裁判标准必要专利许可费率时，法院常将有关案涉专利的专利池许可协议作为可比对象。^[41] 欧盟委员会在 2017 年发布的《国际标准必要专利的欧盟方案》提出，从国际视野考量，专利池的发展趋势向好，将来找到可比性专利池的概率会有所提升。^[42] 然而，实际的专利池许可费水平可能无法为计算标准必要专利许可费提供有用的参考：一是专利池的目标并非许可费的最大化，而是最小化实施者的许可费并使实施者的经营自由最大化；二是由于专利池许可不可谈判的性质，专利池许可费要低到吸引足够多的实施者参加；三是具有较低交易费用的专利池允许较低的许可费率；四是对反垄断审查的担忧导致更低的专利池许可费率。^[43] 此外，专利池的参与者与标准必要专利持有人商业模式的不同，也是一项重要的影响因素，活跃在下游市场的企业可能更愿意通过专利产品而非许可填补研发投入，这些企业可能愿意接受远低于在下游市场不活跃的标准必要专利持有人的许可费要约。

同样，较低的专利池许可费率无法成为确定标准必要专利许可费率下限的参照。标准必要

[38] See J. Gregory Sidak, *Judge Selna's Errors in TCL v. Ericsson concerning Apportionment, Nondiscrimination, and Royalties under the FRAND Contract*, 4 *Criterion J. on Innovation* 101, 168 - 169 (2019).

[39] 参见前引 [4]，“无线星球诉华为案”，第 175 段。

[40] 在“TCL 诉爱立信案”中，塞尔纳法官在认定爱立信与苹果、华为许可协议的可比价值时，基于这两项许可是在出价 A 和 B 后才生效的理由，将这两项许可协议定位为可比权重不大的协议类型。参见前引 [18]，“TCL 诉爱立信案”，第 164 页。

[41] 比如，在“微软诉摩托罗拉案”中，审理法庭认为，虽尚存疑虑，但在某些情况下，专利池可作为与“FRAND 承诺”一致的许可费率范围内的许可费参考，法庭认可当事人提出的专利池可成为许可费率参考的主张。参见前引 [4]，“微软诉摩托罗拉案”，第 239 页。

[42] See *Setting out the EU Approach to Standard Essential Patents*, Chapter 2.3, <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/26583>, last visited on 2022-04-14.

[43] 参见前引 [4]，“微软诉摩托罗拉案”，第 232 页以下。

专利许可费率下限是专利价值的体现，专利池的低许可费率可能无法反映专利的真实市场价值。^[44] 在“*In re Innovatio*案”中，法庭试图将专利池许可协议视为案涉标准必要专利许可费的参照对象，但被告提出专利池许可协议的价格太低，无法反映专利权人基于技术应获得的回报，对确定费率的实际意义有限，法庭最终否定了该类许可协议的可比性。^[45] 这种结果的产生，与专利池本身的结构特征密切相关。专利池通常依赖贡献专利的数量而非专利的真实价值来奖励参与者，即专利池假设所有专利都具有相同的价值，^[46] 该假设将对技术标准至关重要的专利与不那么重要的专利等同对待，并不合理。由于专利池不区分专利的价值，会吸引不那么有价值的专利，导致专利池许可费呈现逐渐下降的趋势。此外，参照专利池许可费确定标准必要专利的许可费，可能会刺激那些依赖于使用标准必要专利的公司和仅持有少量标准必要专利份额的公司的投机行为，这些公司可形成一个专利池，创造一个低参考点，来获取相对于持有较多标准必要专利者的市场竞争优势。

专利池许可费作为有用基准所受到的质疑，还在于专利权人在获得专利池许可费的同时，也获得了不受限使用专利池中其他专利的利益，而这种利益不会在许可费支付中“显现”出来，且该许可费结构的构成多为双方约定的商业秘密。尤其当专利权人的产品侵犯其他专利时，其可通过加入专利池寻求责任的豁免，即使其不能取得与专利价值相符的许可费。此外，因专利池可减少下游用户的差异化，在交叉许可中，过高的许可费可能旨在提高下游竞争者为共享技术福利所要支出的成本，尽管仍需公开监督来防止过高的许可费。^[47] 同时，专利权人也不将许可费视为将专利“放入”专利池的决定因素，其可能旨在通过专利池设置的明确条款使专利得到广泛运用，以尽快获得较高市场占有率。因此，在以专利池许可协议为参照确定标准必要专利许可费时，法院应考虑专利池的资格利益对许可费构成的影响。总之，在评估专利池许可协议的可比性时，应积极考虑该专利池的参与主体、许可标的组成、对产业的控制力和影响力及许可政策等因素，^[48] 而非将其作为裁判许可费的直接证据。

3. 与诉讼相关的许可协议的可比性

在实践中，法院通常否定与诉讼相关的许可协议的可比性。比如，在“微软诉摩托罗拉案”中，伟易达（VTECH）向法庭表示，伟易达获得摩托罗拉 802.11 和 H.264 产品组合的许可只是作为一揽子交易的一部分，也是为了解决摩托罗拉的侵权索赔。在潜在侵权诉讼的威胁下，法庭不认为伟易达的摩托罗拉 802.11 和 H.264 产品组合许可协议是专利费率的可靠指标，因为公平、合理和无歧视的专利费率应是理性的标准必要专利持有人和被许可人就合理费率进行谈判的结果，诉讼威胁不能构成这种合理谈判的基础。^[49] 该观点在“*In re Innovatio*案”中也得到了印证。在该案中，美国地区法院霍尔德曼法官（James F. Holderman）认为，

[44] 在“微软诉摩托罗拉案”中，罗巴特法官认定，许可 802.11 标准的专利池未能通过将许可人和被许可人引入该专利池而成功地鼓励广泛采用 802.11 标准，而“FRAND 承诺”的目的是实现对该标准的广泛采用。专利池中标准被采用得越少，则该专利池作为符合“FRAND 承诺”许可费指标的关联性越低。参见前引 [4]，“微软诉摩托罗拉案”，第 277 页。

[45] 参见前引 [4]，“*In re Innovatio*案”，第 35 页。

[46] 一般情况下，专利池许可协议反映的是单一费率，在专利池组织者收取了专利许可费后，根据专利池中专利持有人拥有专利的比例，将收益分配给各个专利持有人，并不考虑专利的相对价值。

[47] See Josh Lerner & Jean Tirole, *Efficient Patent Pools*, 94 (3) *The American Economic Review* 691, 702 - 704 (June 2004).

[48] 参见广东省高级人民法院《关于审理标准必要专利纠纷案件的工作指引（试行）》第 21 条。

[49] 参见前引 [4]，“微软诉摩托罗拉案”，第 196 页。

摩托罗拉与伟易达之间的许可协议只是双方为解决重大诉讼而签订的更大许可协议中的一小部分,许可费率很可能是双方协商解决的结果,而非由市场决定,摩托罗拉与伟易达之间的许可费率可能是由摩托罗拉设计的,以证明其在微软诉讼中的立场,实际上没有反映双方之间有意义的价值交换。^[50]我国法院在裁判标准必要专利许可费时也采纳了这种观点。在“华为诉IDC案”中,法院否定了交互数字与三星达成的许可协议的参考价值,因为该许可协议是在诉讼背景下达成的。^[51]那么,是否应完全否定与诉讼相关的标准必要专利许可协议的可比性?该问题也关系到本文所倡导的法院用可比许可法裁判的许可费率的进一步适用问题。

实质上,可将专利许可理解为一种可预期的诉讼解决方案,诉争专利的许可费取决于当事人对司法裁决的预期。^[52]基于此,在以专利许可费确定一般专利的损害赔偿范围时,只要专利权人能够证明诉争专利是有效的,且被告侵犯了专利,司法裁判的许可费就接近于专利的市场价值。当然,司法裁判结果也包括专利被认定为无效或认定被告没有侵犯专利权的可能,在这些情形下,法院不会判予任何许可费。^[53]基于对这两种可能的诉讼结果的合理预期,在专利许可纠纷未被诉至法院的情形,专利权人和实施者在谈判中不确定所许可的专利是否有效并受到侵犯,或至少无法让法院知道另一方是否认为该专利有效且确定被侵犯。对于这些情况,法院也无法通过诉讼程序获悉。在此情况下,专利权人与潜在侵权人在进行许可谈判时,所达成的许可费水平事实上低于专利的市场价值。法院以假设专利有效和被侵犯而形成的许可协议为基础,得出的许可费数值是人为压低专利价值的结果,且这种低于专利市场价值的司法裁判许可费率,将随着可比许可法的持续适用,呈螺旋式下降。

然而,与一般专利在损害赔偿诉讼中形成的许可协议不同,标准必要专利涉诉时形成的许可协议,仍有较大的可比价值,因为这类专利的许可协议回避了一般专利在假设性谈判中的问题:一是专利有效性不会受到质疑,因为技术标准的制定程序在较高程度上确保了被纳入标准之中的专利是有效的,^[54]即一项专利若要成为技术标准的一部分,要经过标准委员会成员的调查、筛选和投票,而且若专利被认定为无效,申请者将承担较大的失信成本和机会成本,如未来无法再次申请纳入技术标准;二是在标准必要专利许可费的确定过程中,不存在一般专利被认定为被侵犯的概率,因为诉讼基础在于对实施标准必要专利共识的达成。因此,可以认为,诉讼背景下的标准必要专利许可费率接近其市场价值:一方面,标准必要专利持有人希望该标准技术得到广泛适用,不会过分夸大专利价值;另一方面,被许可人对未来技术产品的市场利润有预期,通常也不会过分压低专利许可费。因此,对与诉讼相关的许可协议的可比性的判断,法院应区分一般专利和标准必要专利的不同情形,与案涉标准必要专利相关的在诉讼背景下形成的许可协议,仍可被认定具有较高的参考价值。

(二) 可比许可协议的信息披露

对可比许可协议进行识别后,如何在这些协议中获取用来进行下一步解析许可费率的信

[50] 参见前引〔4〕,“In re Innovatio案”,第32页。

[51] 审理法院最终主要参考交互数字公司与苹果公司之间的专利许可费率,因该许可费率是在双方平等、自愿、协商下达成的,参考价值较大。参见前引〔4〕,“华为诉IDC案”。

[52] See Mark A. Lemley & Carl Shapiro, *Patent Holdup and Royalty Stacking*, 85 Tex. L. Rev. 1991, 2000-2009 (2007).

[53] See Jonathan S. Masur, *The Use and Misuse of Patent Licenses*, 110 Nw. U. L. Rev. 115, 122-127 (2015).

[54] 《标准化工作指南第1部分:标准化和相关活动的通用术语》(GB/T 20000.1-2014) 条目5.3中对标准描述为:通过标准化活动,按照规定的程序经协商一致制定,为各种活动或其结果提供规则、指南或特性,供共同使用和重复使用的一种文件。

息，是可比许可法在适用中要解决的另一关键问题。可比许可法的适用逻辑，是要求标准必要专利持有人以同样的条款许可处境类似的被许可人。^[55] 在判断是否存在歧视待遇的过程中，可比许可协议中许可费率条款透明度的高低，是影响获取相关许可费率信息的关键。在司法实践中，法院经常认为，协议双方通常基于保密义务而不公开协议的具体内容，虽然就达成协议发表声明，但通过公开途径获得相关许可条款的信息非常困难。^[56] 那么，如何评估有关许可费保密条款对许可费信息披露的影响，以及如何协调保密条款与信息披露之间的关系？

标准必要专利的实施具有强制性、不可替代性和必须实施的特征，这意味着其许可费等信息应当具有透明性、开放性和公共性。^[57] 然而，标准必要专利持有人在与每一个被许可人签订许可协议时，常会将许可费率条款约定为保密条款；被许可人也可能要求标准必要专利持有人对许可费率条款保密，以保护其许可产品定价信息不被竞争对手知悉。对于保密条款在确定标准必要专利许可费率过程中形成的障碍，理论界和实务界都在寻求解决方案。在“华为诉 IDC 案”中，交互数字公司以“已和苹果、三星等公司签订保密协议，双方签订的许可费率合同属于商业秘密”为由，拒绝披露相关信息。法院虽然支持这一主张，但同时支持了华为对从苹果、三星公开的财报信息中获得的此类信息的使用。^[58] 学者则从标准必要专利对外许可的“FRAND 原则”、商业秘密的本质特征和经济学等视角，试图否定标准必要专利许可费保密条款的效力。^[59] 但否定保密条款的效力并不解决实际问题，因为标准必要专利许可费纠纷诉至法院并非常态，更常见的情形是标准必要专利的许可发生在诉讼之前。因此，激励标准必要专利持有人和被许可人在执行许可时就披露许可费的相关信息，才是解决问题的真正出路。

事实上，有关标准必要专利许可的理论研究和实践，已产生了突破许可费保密条款限制的方案。比如，有学者提出，为促进标准必要专利的非歧视许可，标准制定组织可以要求标准必要专利持有人向有意愿的潜在被许可人披露现有许可的条款，但须遵守适当机制来保护保密的非价格信息。^[60] 关于许可费信息的披露机制，经济学家吉尔伯特（Richard J. Gilbert）曾建议，邮寄许可协议可以避免标准必要专利许可的歧视性结果，标准制定组织可以选择保留它接收到的“FRAND 承诺”的记录，并让愿意使用它们的被许可方使用。^[61] 欧洲电信标准化协会（ETSI）是为数不多的保留这种记录的标准制定组织之一。^[62] 该标准化协会的知识产权数据库与欧洲专利局的数据库将数据标准化，提供专利及其专利家族的透明度，^[63] 它允许用户

[55] See Joseph Scott Miller, *Standard Setting, Patents, and Access Lock-in: Rand Licensing and the Theory of the Firm*, 40 Ind. L. Rev. 351, 355 (2007); Roger G. Brooks & Damien Geradin, *Interpreting and Enforcing the Voluntary FRAND Commitment*, 9 (1) Int'l J. IT Standards & Standardization Res. 1, 16 (2011).

[56] 参见前引 [12]，“华为诉康文森案”。

[57] 参见罗霞：《试论实施技术标准侵害专利权行为的认定》，《中国专利与商标》2015 年第 1 期，第 42 页。

[58] 参见前引 [4]，“华为诉 IDC 案”。

[59] 参见祝建军：《标准必要专利使用费条款：保密抑或公开——华为诉 IDC 标准必要专利案引发的思考》，《知识产权》2015 年第 5 期，第 28 页以下。

[60] 参见前引 [7]，Lemley 等文，第 1141 页以下。

[61] See Richard J. Gilbert, *Deal or No Deal? Licensing Negotiations in Standard-Setting Organizations*, 77 Antitrust L. J. 855, 876 (2011).

[62] See ETSI Rules of Procedure, Annex 6; ETSI Intellectual Property Rights Policy § 4.1 - 4.2. (Mar. 20, 2013).

[63] See Dirk Weiler, *Policies, Practices, and Experience of Leading Standards Organizations: Discussion from an ETSI Viewpoint*, Symposium on Management of IP In Standards-Setting Processes: SDO-Patent Office Cooperation and Information-Sharing, Oct. 4, 2012, https://sites.nationalacademies.org/cs/groups/pgasite/documents/webpage/pga_072757.pdf, last visited on 2022 - 04 - 26.

根据“FRAND承诺”声明和每个声明中包含的数据实例进行搜索。这些记录将减少潜在的侵权和未发现的专利，而不需要披露特定的许可条款。

提高专利许可的透明度，有助于揭露薄弱的和过度宽泛的专利，使专利技术的实施者知晓其支付的对象。实现许可数据更大的透明度至关重要，可以使假定的谈判方能够发现并阻止投机行为。国际知识产权交易所（IPXI）是世界上第一个知识产权许可和交易的金融交易所，它承诺进一步提高透明度，以市场价格提供带有标准条款的许可权利。国际知识产权交易所从专利权人那里获得独家专利许可，并通过销售可交易工具对其进行再许可，包括全球最大期权交易所芝加哥期权交易所在内的投资者为许可提供资金，^[64] 该交易系统承诺提供更完整的信息和独立的技术价值分析。^[65] 国际知识产权交易所通过建立市场定价机制和知识产权质量基准促进这一目标的实现。在这种制度下，专利专家进行尽职调查，以确定专利能否经受住有效性挑战，而后再确定该专利是否为市场所需要；^[66] 专利专家完成了被许可方所需的95%的尽职调查；潜在实施者或任何有凭据的人都能够查看该分析。^[67] 尽管该交易系统在调查涉及交叉许可的交易时会遭遇无法准确知悉许可信息的困难，但其无疑提供了一个可供参考的提高专利许可透明度的制度。

（三）隐性单向许可费率的解析

可比许可协议能够为确定标准必要专利许可费率提供可靠的证据，揭示其他市场主体愿为同一标准必要专利支付的使用费用。但在许可实践中，可比许可协议往往涉及一次性支付或有意义的交叉许可，这些情形增大了法官从这些许可协议中直接获取许可费率数值的难度，有可能迫使法官放弃适用可比许可法。^[68] 因此，若要获取某一方的隐性单向许可费率，就须对该类许可协议进行解析。其中，在有意义的交叉许可中，双方根据各自对标准必要专利市场价值的评估，由一方补齐差价，以填补双方在不同标准必要专利许可费上的差异，这种许可费差额的支付被称为净平衡支付。该净平衡支付的公式可表达为：^[69]

净平衡支付 = (许可人的单向许可费率 × 被许可人的收入) - (被许可人的单向许可费率 × 许可人的收入)

为了得出许可人的隐性单向许可费率，需要使用许可人与被许可人各自的标准必要专利强度比来消除上述公式中的一个未知项——被许可人的单向许可费率。标准必要专利强度比可表示为(许可人的单向许可费率 ÷ 被许可人的单向许可费率)，它是通过标准制定组织或第三方评价机构可确定的已知量。因此，许可人的单向许可费率的计算公式可表达为：

$$\text{许可人的单向许可费率} = \frac{\text{净平衡支付}}{\text{被许可人的收入} - \frac{\text{许可人的收入}}{\text{SEP强度比}}}$$

[64] See Ian McClure, *IPXI to Launch First Offering on Exchange*, in *IP Watchdog*, May 29, 2013, <https://www.ipwatchdog.com/2013/05/29/ipxi-to-launch-first-offering-on-exchange/id=40982/#>, last visited on 2022-04-15.

[65] See Chase Means, *IPXI: Creating an Efficient Patent License Marketplace*, in *Timely Tech.*, Mar. 16, 2013, <http://illinoisjltpl.com/timelytech/ipxi-creating-an-efficient-patent-license-marketplace/>, last visited on 2022-04-15.

[66] 同上。

[67] See Tom Groenfeldt, *New IP Exchange Promises Transparency in Patent Pricing*, in *Forbes*, Dec. 6, 2013.

[68] 比如，“华为诉康文森案”（前引〔12〕）中，法院认定，即使获得第三方经自由协商达成的许可协议条款，这些许可通常需要经过“拆解”才能确保与争议许可具有可比性，而这种拆解的过程具有较大难度，法院因而否定了被告提出的以可比许可法确定许可费率的方案。

[69] 参见前引〔18〕，“TCL诉爱立信案”，第111页以下。

在该公式中，其他条件不变时，被许可人收入的数值越高，许可人的单向许可费率就越低；反之，则越高。因此，在一次性支付的许可费结构中，被许可人的收入数据与许可人的隐性单向许可费率呈负相关。那么，法官在解析可比许可协议中的许可人的隐性单向许可费率时，依据的是可比许可协议执行中产生的实际销售收入数据，还是许可人在签订许可协议时的销售收入预估数据呢？

1. 销售收入实际数据与预估数据的选择

一般而言，通过被许可人的实际销售数据来确定可比许可协议中的隐性许可费率，更能反映出消费者对标准必要专利的支付意愿。既有判决表达了对使用实际销售收入数据解析可比许可协议的支持。在“TCL诉爱立信案”中，塞尔纳法官支持以被许可人的实际销售收入数据计算同一标准必要专利持有人在其他许可协议中的单向许可费率，而非使用协议签订时许可人预估的被许可人销售收入数据。他将爱立信与HTC、LG和三星的每一份许可协议都解析了两次——一次使用爱立信的内部收入预测数据，另一次使用基于手机实际销量而产生的数据，^[70]并认为后者比前者可靠得多。^[71]这种做法的理由大致有两点：（1）仅依靠标准必要专利持有人的收入预测是不合适的，非歧视条款并未包含标准必要专利持有人的预测，它适用于许可协议的实际条款和条件；（2）与实际销售收入数据相比，预期销售收入数据可能低估被许可方的实际收入能力，通过同意一次性许可费支付，标准必要专利持有人在知情的情况下接受了被许可人的实际销售收入可能超出预测的风险，故被许可人被授予了以低于双方最初谈判的价格使用标准必要专利的权利。

在标准必要专利许可费诉讼中，通过解析可比许可协议确定合理许可费时，法官要考虑在许可执行之日（即标准必要专利持有人与被许可人签订许可协议之日）各方能够获取的信息，^[72]并依赖假设谈判框架来确定当事方在首次侵权日（即侵权人第一次未经标准必要专利权人许可而使用专利的时间）愿意谈判达成的许可费率。^[73]事实上，在诉讼中，事后数据的使用总是有限的，既有裁判都在试图避免使用事后信息，更多的情形是，这些信息被用以辅助法官识别双方在首次侵权日的谈判立场，^[74]若这些事后信息与反映当事人在首次侵权日的谈判立场的其他可靠信息无关或相矛盾，便易被排除。同样的原则也适用于解析可比许可协议中的隐性单向许可费率。使用实际销售收入数据解析单向许可费率并不恰当：（1）这种方式迫使标准必要专利持有人以其他被许可人实际支付的许可费来许可其他被许可人，这会给专利权人带来较重的跟踪和观察负担，即持续监控所有处于类似情况的被许可方的销售情况。（2）这种方式还忽略了一个商业事实，即若标准必要专利持有人及类似情况的被许可人想要指定与被许可人实际使用相对应的许可费，其可以简单地指定一种许可费结构，使被许可人的许可费支付随着产品实际销售量的变化而变化。（3）被许可人可能不愿披露其特定产品的实际销售收入数据，因为这类信息具有明显的竞争价值，可能作为一种商业秘密存在。

实际上，以标准必要专利持有人与被许可人预估的销售收入数据来解析许可人的隐性单向

[70] 第三方市场分析者国际数据公司收集到的市场数据是基于手机实际销售，这使其更加可靠，但也更加有限，因为只有2015年的数据可用，且国际数据公司不报告有关基础设施的收入。

[71] 参见前引〔18〕，“TCL诉爱立信案”，第127页以下。

[72] See J. Gregory Sidak, *How Relevant Is Justice Cardozo's "Book of Wisdom" to Patent Damages?*, 17 Colum. Sci. & Tech. L. Rev. 246, 283-284 (2016).

[73] See *Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., et al.*, 795 F.3d 1024, 1041-1042 (2015).

[74] 参见张吉豫：《标准必要专利“合理无歧视”许可费计算的原则与方法——美国“Microsoft Corp. v. Motorola”案的启示》，《知识产权》2013年第8期，第33页。

许可费率,符合“FRAND原则”的非歧视要求和经济性原则。首先,“FRAND原则”不要求公平、合理和无歧视补偿必须基于标准必要专利技术的实际使用,标准必要专利持有人对标准制定组织作出的“FRAND承诺”并未明确符合公平、合理和无歧视许可费率的首选方法。其次,依赖预估销售收入数据解析单向许可费率,具有较强的合理性:(1)这种解析方式将使标准必要专利持有人无需承担监测许可技术实际使用的成本,^[75]并内化了实际销售收入与预估数据的差异风险。(2)假设在许可执行期间,被许可人的许可产品的实际销售收入超过双方的销售收入预期,依赖实际销售收入数据解析出的单向许可费率,便低于双方协商的一次性付款中的许可费率,若法院随后根据较低许可费率补偿另一专利权人在相同标准必要专利上受到的侵权损害,则可能无法足额补偿标准必要专利持有人的投资;若产品的实际销售收入不及预期,以实际销售收入数据解析许可协议,则可能会高估隐性的单向许可费率。

必须承认,在解析可比许可协议中的隐性单向许可费率时,使用销售收入的实际数据和预估数据会产生结果上的差异,但不应将这种差异视为认定标准必要专利持有人对类似被许可人实施差别待遇的证据。由于不同的被许可人在各自的许可协议中规定了不同的许可费结构,不同的被许可人为同一标准必要专利支付了不同的许可费,这一事实不影响对标准必要专利持有人是否履行了“FRAND承诺”的认定。若标准必要专利持有人已向处境类似的被许可人提供了如下两种许可费结构的选项,即(1)与实际销售收入呈正相关的持续的许可费支付方式和(2)基于协议签订时的预估销售收入数据的一次性许可费结构,^[76]那么所有潜在的被许可人都可被认为受到了平等对待。因为根据被许可方的风险偏好和专利感知价值的各种变化,所选择的许可费结构会有所不同,只要提供给两个情况相似的被许可人的条款不是极不相称,“FRAND承诺”的非歧视要求就应被认为得到了满足,^[77]因为非歧视定价仅意味着向每个被许可人提供相同的许可选项,并不要求所有被许可人支付相同的许可费。

2. 设置上限和下限的许可费结构

可比许可协议中包含上限或下限的许可费支付结构,能否在裁决标准必要专利许可费时予以适用,也在实务界与理论界引起了较大争议。比如,在“TCL诉爱立信案”中,塞尔纳法官明确拒绝了标准必要专利持有人的包含许可费上限或下限的许可协议,还拒绝了保持每个许可单位的许可费不变的单位许可费结构,其理由是单位许可费以及包含上限或下限的许可费结构与“FRAND原则”的非歧视要求相悖。^[78]相反,塞尔纳法官支持了按照包含标准必要专利产品销售净价百分比进行计算的从价许可费(*ad valorem royalty*)结构,且不对从价许可费设置任何上限或下限。^[79]在此观点影响下,塞尔纳法官在解析可比许可协议中的隐性单向许可费时,试图将每个可比许可协议中的一次性支付转换为没有上限或下限的从价许可费结构,但此种观点与许可实践中的诸多事实不符。

既有司法判例拒绝单位许可费、包含上限或下限的从价许可费结构的理由之一,在于认为这种许可费结构并不普遍,与行业惯例不一致。^[80]但是,该观点忽视了标准必要专利持有人

[75] See J. Gregory Sidak, *Converting Royalty Payment Structures for Patent Licenses*, 1 *Criterion J. on Innovation* 901, 903 (2016).

[76] See J. Gregory Sidak, *The Meaning of FRAND, Part I: Royalties*, 9 (4) *J. Competition L. & Econ.* 931, 999 (2013).

[77] 同上。

[78] 参见前引[18],“TCL诉爱立信案”,第121页。

[79] 同上引案例,第123页。

[80] 参见前引[38],Sidak文,第184页以下。

与被许可人使用不同许可费结构的可能性。移动设备行业标准必要专利许可证据表明，标准必要专利持有人通常在其许可协议中采用较固定的设限许可费结构，如在“微软诉摩托罗拉案”中，罗巴特法官确定了摩托罗拉高级视频编码和 Wi-Fi 标准必要专利许可的单位许可费的上限和下限，美国联邦第九巡回法院对此予以认可。^[81] W-CDMA 专利池于 2009 年提出的许可其 W-CDMA 标准必要专利组合的许可费结构，采用的是设置下限的从价许可费或固定的单位许可费结构，其中一项许可费示例为：“（1）每单位净销售价格的 1.5%，最低为 1.50 美元或（2）W-CDMA 终端产品（2008 年）每单位 3.00 美元；两项中的较低者”。^[82] 从经济学角度而言，标准必要专利持有人和被许可人有正当商业理由采用单位使用费或设置了上限或下限的从价许可费结构。标准必要专利持有人和被许可人若不确定产品的销售价格许可期限内是否会有较大波动，设置了下限或上限的许可费结构能够确保标准必要专利持有人在产品价格出现意外波动时仍能获得反映专利技术价值的补偿。

另外，部分拒绝单位许可费、含上限或下限的从价许可费结构的原因，还在于设置下限的许可费支付结构有违非歧视原则。^[83] 该观点的产生是基于这样一种认识，即在没有证据表明标准必要专利为产品带来可衡量的增值时，单位许可费和含上限或下限的从价许可费将在基于平均销售价格而设定的许可费基础上，区别对待处境类似的被许可人。其中，设置了下限的从价许可费结构，将使产品售价较低的被许可人支付更高的许可费，相较于产品售价较高的被许可人，其支付的许可费本应按比例递减。^[84] 但这种观点的说服力较弱。从经济学角度来看，这是一种正常的商业现象，因为标准必要专利在低端产品价值中所占比例更高，而在高端产品价值中所占比例则较低。可见，设置了上限或者下限的许可费结构并不当然违反非歧视原则。

强迫标准必要专利持有人和被许可人采纳不设上限或下限的从价许可费结构，还可能阻碍相应技术标准的推广使用。假设给定的 LTE 标准必要专利的被许可人只销售高价手机，且手机的高价与 LTE 标准中的标准必要专利技术无关。在此情形，以许可产品价格的无上限百分比来计算许可费，可能会过度补偿标准必要专利持有人。从长远来看，该结果可能会破坏技术标准的推广适用。同样，标准必要专利持有人和被许可人约定不设置下限的从价许可费结构，则可能造成标准必要专利持有人无法获得投资补偿的后果。假设一个被许可方以零元出售一些已获标准必要专利许可的手机，这种定价可能是因为被许可人将获利点置于补充服务的出售上，在此情况下，未设置任何下限的从价许可费结构可能会导致标准必要专利持有人获得的许可费几乎为零。

四、可比许可法干扰因素之澄清

可比许可法在参照可比许可协议确定案涉标准必要专利的许可费时，往往要判断可比许可协议中的许可费是否受到了专利劫持的影响，还要认定这部分许可费是否包含了技术的标准化价值，以及这些因素是否影响到可比许可协议的参考价值。这些因素的澄清，也关系到“非国家化”技术标准许可定价规则的稳定性，确保可比许可法成为不同国家的法院在裁判标准

[81] 具体许可费结构为摩托罗拉 H. 264 标准必要专利组合的许可费上限是每台 16.389 美分，下限是每台 0.555 美分。参见前引 [4]，“微软诉摩托罗拉案”，第 303 页。

[82] See WIPO, *Standards and Patents*, Standing Committee on the Law of Patents, 13th Session, Geneva, Mar. 23 – 27, 2009, p. 36.

[83] 参见前引 [38]，Sidak 文，第 185 页以下。

[84] 参见前引 [18]，“TCL 诉爱立信案”，第 185 页。

必要专利许可费时的“规则共识”。

(一) 专利劫持不影响可比许可协议的参考价值

依据可比许可法,标准必要专利持有人和被许可人之间的合同将影响其他被许可人的权利,这为持有人创造了扭曲其正在谈判的许可费率以误导法院和他人的动机。^[85]有观点认为,基于标准必要专利的不可替代性、强制性和必然实施的特征,标准必要专利持有人往往会向被许可人索要高额许可费,形成专利劫持现象。^[86]所谓专利劫持,是指当潜在的被许可人对实施技术标准进行沉没投资并被锁定使用案涉专利时,专利持有人可能会向该潜在的被许可人索要超过专利价值的许可费。^[87]那么,法院是否应排除可比许可协议中因专利劫持而夸大的那部分许可费?莱姆利和夏皮洛认为,即使在有限的时间内,标准必要专利持有人仅威胁将被许可人的产品排除在市场之外,也使标准必要专利持有人能够从被许可人那里获得超过市场价值的许可费。^[88]然而,专利劫持理论自提出之日起,便有学者质疑其合理性,司法实践也谨慎地面对专利劫持理论对裁判结果的影响。^[89]

专利权人获得高于专利市场价值的许可费,是以禁令为威胁手段。然而,有观点指出,给予被侵害的专利权人的救济应更倾向于损害赔偿,增加的损害赔偿可以真正取代禁令。^[90]在实践中,禁令的适用空间也被法院进一步收缩。在“eBay案”中,美国联邦最高法院明确了专利权人获得禁令要满足的条件:遭受了无法弥补的损害;法律上可用的补救措施不足以补偿损害;考虑到禁令给原告与被告带来的益处和困难,有必要对可能存在的利益失衡予以纠正;禁令的使用不会损害公共利益。^[91]之后,美国各级法院对标准必要专利持有人的禁令请求一直持谨慎态度。^[92]欧盟法院的华为/中兴的裁决,也进一步降低了禁令的使用概率,欧盟法院判定,标准必要专利持有人请求强制性禁令,有可能构成滥用其市场优势地位的行为。^[93]可见,专利权人利用禁令威胁被许可人的情形已经得到了较大程度的缓解。

另外,获取高于专利市场价值的许可费,被认为是专利劫持产生的动机。一项标准必要专

[85] 参见前引〔53〕, Masur文,第138页以下。

[86] 参见祝建军:《标准必要专利使用费的公开——以治理专利劫持和反向劫持为视角》,《人民司法》2015年第15期,第54页。

[87] See Joseph Farrell et al., *Standard Setting, Patents and Hold-Up*, 74 *Antitrust L. J.* 603, 612-613 (2007).

[88] 参见前引〔52〕, Lemley等文,第1992页以下。

[89] 比如,在“爱立信诉D-Link案”中,美国联邦巡回法院认为,只有在有经验证据的情况下,专利劫持和专利许可费堆积的理论才与陪审团对FRAND专利许可费的计算有关。参见前引〔4〕,“爱立信诉D-Link案”,第18页。

[90] See George M. Newcombe, Jeffrey E. Ostrow, Patrick E. King & Gabriel N. Rubin, *Prospective Relief for Patent Infringement in a Post-Ebay World*, 4 *N. Y. U. J. L. & Bus.* 549, 576 (2008).

[91] See *eBay Inc., et al., v. MercExchange, L. L. C.*, 547 *U. S.* 388, 391 (2006).

[92] 在苹果公司诉摩托罗拉案中,美国联邦巡回法院以未证明苹果公司侵犯摩托罗拉的标准必要专利造成了无法弥补的损害为由,驳回了摩托罗拉的禁令请求。法院认为,专利持有人提交FRAND许可声明,便默认了金钱赔偿能弥补侵权行为造成的损害,除非侵权人拒绝支付FRAND许可费或故意拖延谈判,否则不应发出禁令。See *Apple, Inc. v. Motorola, Inc.*, 757 *F.3d* 1286, 1332 (Fed. Cir. 2014)。又如,在“微软诉摩托罗拉案”“无线星球诉华为案”等中,法院也都认为,“FRAND承诺”是专利持有人和标准化组织之间的合同,被许可人作为该合同第三方受益人享有独立请求权,标准必要专利持有人直接请求禁令救济可能构成违约。参见前引〔4〕,“微软诉摩托罗拉案”,第15页;前引〔4〕,“无线星球诉华为案”,第168段。

[93] 更具体地,欧盟法院判定,如果标准必要专利持有人已经同意对第三方根据FRAND条款授权,该持有人提起的侵权诉讼以及禁令请求必须满足以下条件,才不构成滥用市场优势地位:(1)在提起诉讼前,持有人必须已经警告过被侵权人;(2)在被侵权人明确表明了愿意达成基于FRAND条款的授权协议后,持有人必须提出具体的、书面的授权协议要约;(3)被侵权人仍继续使用专利但没有认真答复该授权要约。<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=165911&doclang=EN>, last visited on 2021-11-16.

利的研发投入较大，且其实施往往会产生较强的市场垄断力，这些导致专利权人索要更多的许可费。但这种认识是从静态视角观察标准必要专利持有人的行为，错误理解了标准必要专利持有人从实施者那里寻求剥削性许可条件的经济动机，表现为以下三个方面：一是过度关注标准必要专利持有人和实施者之间的特定单次许可交易，忽视了许可交易的重复性，基于潜在许可利益的考量，标准必要专利持有人获取过高许可费的动机并不强烈。二是将技术标准视为一个静态框架，忽视了技术标准的动态发展特质，技术标准进入者和突破性技术不断取代市场参与者和旧技术，导致专利的锁定效应减弱。^[94] 专利劫持理论无视技术领域的变化，也未考虑标准制定组织为标准参与者提供的机会，过高的许可费可能使专利权人失去参与标准制定的机会。三是反垄断审查风险的存在，客观上也降低了标准必要专利持有人获取过高许可费的可能性。

同时，专利劫持理论忽视了被许可人的行为预期。正在谈判的或潜在的被许可人往往具有丰富的谈判经验，通常能够意识到标准必要专利持有人有义务按照“FRAND 承诺”许可其专利。^[95] 更重要的是，专利劫持理论自提出后，法学和经济学研究者一直未找到证实该理论的经验事实。实际上，验证该理论的经验事实并不难获取，证据大致来自两个方面：一是若存在过高的许可费，被许可人将通过提高专利产品的价格将其转嫁给消费者，而在标准必要专利的有效期内，专利产品的价格趋势是易于观察的。二是观察技术标准化的过程是否受损，因为专利劫持会增加进入市场的壁垒，最终损害技术研发者参与制定标准的积极性，^[96] 但根据经济分析者长时间的市场观察，就质量调整后的价格下降而言，相较于其他行业，标准必要专利行业在较长时期内往往呈现出更好的表现。^[97] 针对专利劫持是否影响市场参与者的积极性和技术标准的制定，则可通过观察近年来信息技术标准如 5G 等的快速发展和智能手机市场的活跃，以及物联网生态系统的多样性等加以判定。可见，专利劫持理论并没有得到经验事实的证实，专利劫持在许可实践中发生的概率较低。

（二）技术标准化价值不应从许可协议中排除

一项专利在被纳入技术标准后的价值量，往往大于之前的价值量，这部分价值增量与技术标准化所带来的产品销售量的增长直接相关。那么，可比许可法的适用是否应排除专利的标准价值？这关系到专利被纳入技术标准后所产生的市场盈余应如何分配的问题。

在司法实践中，法院常不加解释地认定，实施者和消费者应是技术标准化的受益者，标准必要专利持有人应被排除在外。^[98] 然而，研究专利法的学者对此问题一直存在分歧。赞同标准必要专利持有人不应占有标准化价值的观点，主张技术标准化所产生的好处应是无私的，它

[94] See David J. Teece & Edward F. Sherry, *Standards Setting and Antitrust*, 87 Minn. L. Rev. 1913, 1941 (2003).

[95] 正如戴维斯法官 (Leonard Davis) 在“爱立信诉 D-Link 案”中认为的，标准必要专利持有人对标准组织的“FRAND 承诺”是公开的信息，任何潜在的被许可人都可以了解其 FRAND 义务。参见前引 [4]，“爱立信诉 D-Link 案”，第 17 页。

[96] 参见前引 [87]，Farrell 等文，第 608 页。

[97] See Alexander Galetovic, Stephen Haber and Ross Levine, *An Empirical Examination of Patent Hold-up*, NBER Working Paper No. 21090, 2015, p. 19, <http://www.nber.org/papers/w21090>, last visited on 2022-04-22.

[98] 美国联邦巡回法院认为，陪审团必须被告知要考虑技术发明的附加值与该发明的标准化的附加值之间的差异，专利许可费必须以专利功能的价值为前提，不包括标准采用专利技术所带来的任何增值。See *Eriasson Inc. v. D-Link Sys. Inc.*, 773 F.3d 1201, 1232 (Fed. Cir. 2014). 美国联邦巡回法院还认为，合理的专利许可费“不应包括任何通过标准的采用而流入专利的价值”，因为若没有这个规则，专利持有人将获得标准化带来的所有好处，而这些好处本来会流向实施标准的企业和消费者。See *Commonwealth Sci. & Indus. Research Org. v. Cisco Sys., Inc. (CSIRO)*, 809 F.3d 1295, 1305 (Fed. Cir. 2015).

是具有公共精神的技术人员向公众赠送的“礼物”，这些技术人员制定了为人类造福的标准，根据真正的功利主义原则，盈余不应该分配给标准必要专利持有人和实施者，而应沿着分配链延伸到广大的消费者群体。^[99]持不同意见者则认为，剥夺标准必要专利持有人获取标准化价值的做法没有任何经济或规范上的依据，如果没有标准必要专利持有人对技术标准的贡献，实施者从销售该专利产品中获得的利润将不存在。^[100]出于正义和效率的考量，实施者没有为该技术的发展作出任何贡献，由其获得技术标准化的所有好处，在直觉上是不公平的，标准必要专利持有人有权获得被正确界定的那部分标准化价值。^[101]

事实上，专利权人的市场支配力有两个来源：一是专利本身的“合法”市场支配力，这是排他权的效力；二是将专利纳入技术标准所带来的额外市场力量。^[102]两者结合决定了专利许可费的结构和水平。价格理论的一个基本观点是，垄断力量通过抑制产量来提高市场价格。垄断者和在竞争市场中经营的企业之间的关键区别，是垄断者可以通过减少产量来提高价格，而其他企业则无法做到这一点。标准必要专利将替代技术从市场中排挤出去，标准必要专利持有人通过对具体授权许可的选择控制市场产品的供给，从而影响产品的价格，但这是市场选择的结果。如前文所述，专利价值的唯一来源是消费者对标准必要专利技术的支付意愿，一项专利只有在消费者从最终产品中获得效用并被要求包含在最终产品中时才有价值，因此，当专利成为一项标准时，其并不一定会产生市场垄断。标准化使一项技术可以跨多个制造商和几代消费产品进行操作，它对实现技术创造的价值是必要的，但这也离不开技术本身。基于这个原因，只有标准化那些能为消费者看重的技术才有价值，无用技术的标准化没有价值。

技术的价值和它所运行的标准的价值不能彼此独立地确定。实质上，专利技术和技术标准 and 消费产品需要具有兼容性和相互可操作性，它们共同进化。比如，英特尔及其 X86 处理器家族在 20 世纪被具有品牌认知度和市场营销能力的 IBM 选择后，作为软件用来控制中央处理器（CPU）的 X86 指令集，就成为个人电脑（PC）行业的标准，英特尔很快在 PC 行业的 CPU 市场占据了主导地位，程序员编写了与英特尔指令集兼容的软件。当英特尔的 X86 指令集成为服务器处理器的标准时，英特尔将竞争技术赶出 PC 市场的过程发生了很多次。随着苹果生态系统的硬件设备对 ARM 处理器的逐步采用，将目前 Windows 系统和应用从支持 X86 架构转换为支持 ARM 架构，苹果公司终结了英特尔 X86 指令集的垄断地位，同时也意味着其自身软硬件生态完全整合的一个新的里程碑。可见，ARM 与英特尔之间的竞争必然是占有 PC 和服务器市场上标准化本身的价值。

（三）“非国家化”许可定价规则的适用稳定性

在确定了以可比许可法为中心的技术标准许可定价规则后，要确保该方法在适用过程中具有稳定性，回应对专利劫持和标准化价值等因素是否影响可比许可法适用的质疑。可比许可法的适用，并非要实现标准必要专利许可费率针对处境类似的被许可人在数值上的绝对均等，其目的是使不同法院在裁判标准必要专利许可费率时能够形成规则共识，而这种共识包含了不同

[99] See Richard H. Stern, *Who Should Own the Benefits of Standardization and the Value It Creates*, 19 Minn. J. L. Sci. & Tech. 107, 239 (2018).

[100] See J. Gregory Sidak, *Apportionment, FRAND Royalties, and Comparable Licenses after Ericsson v. D-Link*, 2016 U. Ill. L. Rev. 1809, 1867 (2016).

[101] See Norman V. Siebrasse & Thomas F. Cotter, *The Value of the Standard*, 101 Minn. L. Rev. 1159, 1201 (2017).

[102] See Alexander Galetovic & Stephen Haber, *The Fallacies of Patent-Holdup Theory*, 13 (1) J. Competition L. & Econ. 1, 34-36 (2017).

市场条件下的被许可人之间存在许可费率差异的可能性，对市场上已经达成的许可协议的参照，应注重在不同条件下的适度调整。关于如何在具体参照过程中进行调整，需要理论界和实务界进一步探索，以形成更有普遍意义的调整规则。本文在此无法提供一种能够适用于所有标准必要专利许可费率的方法，可比许可法仅是现有众多方法中的一个较为合理的选项，其保留了通过不断完善成为一种最符合“FRAND原则”要求的方法的空间。需要结合经济学等其他学科的知识，才能使可比许可法成为一种能够给予司法机关更多指导的方法。

相较于可比许可法对司法裁判的具体指导，该方法更为重要的意义在于，其确保技术标准许可的定价规则能够顺应经济全球化的趋势，尤其是对受新冠疫情破坏的世界贸易体系而言，该方法的规则价值更为凸显。可比许可法有助于实现标准必要专利许可费裁判规则的“非国家化”，最大程度地克服分摊式专利价值评估法的缺陷，控制“国家”介入标准必要专利许可费的裁判过程。由市场主导的可比许可法稳定地作为一种合理的许可费裁判规则，能够最大限度地创造技术标准的社会福利，确保市场作为一种技术资源的调配手段，使技术标准福利能为不同国家的消费者分享。需注意的是，不同国家的法院在适用可比许可法确定标准必要专利持有人对本国实施者的许可费率时，因包含案涉标准必要专利的产品在不同国家的市场成熟度不同，标准必要专利持有人与不同国家的技术标准实施者之间的许可费数额应是不同的，这是不同国家的法院为确保本国的技术标准实施者和消费者获得公平对待的合理做法。

结 论

在经济全球化中，技术标准是世界基础设施的组成部分，技术标准许可定价规则是技术标准实施过程中的关键事项。“国家”对经济活动的控制延伸至技术标准实施领域，表现为不同国家的司法机关适用不同的标准必要专利许可费裁判规则，而这与经济全球化的趋势不尽一致。本文提出以可比许可法为中心的定价规则，旨在实现技术标准许可定价规则的“非国家化”，推动不同国家之间形成规则共识。本文尝试得出如下结论：

第一，分摊式专利价值评估法，聚焦于案涉标准必要专利本身的价值，旨在将案涉专利的价值分离出来。这种方法认为产品生产链中的各个级别是可分离的，片面、刻板地截取了部分市场要素。适用这一方法的每个环节都充满了不同程度的不确定性，这为各国司法机关根据自身利益选择不同的标准必要专利许可费裁判规则提供了足够的空间。

第二，可比许可法是一项实现技术标准许可定价规则“非国家化”转向的有效方案。可比许可法注重在市场作用下业已形成的许可费率，注重专利价值由市场决定。它摆脱了以生产链是独立和可分离为前提的方法的束缚，基于消费者对最终产品的需求、整个生产链中所有投入的支付，以及生产链中所有企业赚取的收入，来确定案涉标准必要专利的许可费。可比许可法能够压缩“国家”介入技术标准许可定价规则的空间。

第三，对可比许可协议的识别，被许可人的地理范围、所需的许可类型和合理的销售额，是法院在确定类似被许可人时考虑的特定因素，而地理范围是决定案涉被许可人处境类似的决定性因素。同时，应降低专利池许可协议的可比价值，并提高与诉讼相关的许可协议的可比价值。关于可比许可协议中许可费信息的披露，现有实践中出现了多种突破标准必要专利许可协议保密机制的方案。

第四，对可比许可协议中隐性单向许可费率的解析，是适用可比许可法的关键环节。相较于被许可人的实际销售收入数据，运用预估销售收入数据得出的许可费率更符合“FRAND原

则”和经济性原则的要求。可比许可协议中包含上限或下限的许可费结构与“FRAND原则”中的非歧视要求并不相悖，其在确定案涉标准必要专利许可费过程中不应被当然排除。

第五，专利劫持作为一种理论猜想，其假设的适用前提并不成立，不存在实践证据的支持，专利劫持并不影响可比许可协议的参考价值。技术的价值和它所运行的标准的价值不能彼此独立地确定，标准化价值影响标准必要专利许可费率的确定是一项伪命题。对这两种因素的澄清，有助于以可比许可法为中心的“非国家化”许可定价规则的适用稳定性。

Abstract: Technical standards are an integral part of global infrastructure. Technical standards licensing is an important part of the international technical service trade. Technical standards are general technical solution rules and guidelines approved by standardization organizations for repeated use, with which compliance is not mandatory. In the absence of unified pricing rules for technical standards licensing, “nations” have tried their best to control the implementation of technical standards, which is manifested in the different pricing rules applied by the courts in different countries when adjudicating the royalties for standard-essential patents, which have created ample space for the intervention by the state power. The comparable licensing method is a “denationalized” technical standard licensing pricing rule that can reflect in a concentrated way the information that consumers are willing to pay for standard essential patents, and takes into consideration the royalty rates that have already been formed in the market, thus overcomes the defects of the apportioning method of patent valuation. The identification of comparable licensing agreements, the disclosure of royalty information in comparable licensing agreements, and the analysis of implicit one-way royalty rates in complex SEP licensing situations are the key steps in the application of the comparable licensing method. The clarification of issues such as patent hold-up and technical standardization value is conducive to determining the scope of standard essential patent royalty, thereby breaks the doubts about the reference value of some comparable licensing agreements and ensures the stability of the application of the comparable licensing method. As a market-led technical standard licensing pricing rule, the comparable licensing method can compress the space for the “nation” to intervene in the application process of the rule, help to achieve the “denationalization” of the technical standard licensing pricing rule, and form the “rule consensus” to the greatest extent among courts in different countries.

Key Words: technical standards, valuation, comparable licensing method, patent hold-up
