

乔治梅森大学（George Mason University）法学院国际反托拉斯学院就国家发展改革委员会《知识产权滥用反垄断指南》调查问卷的评论

2015年9月30日

该评论是就国家发展改革委员会（发改委）《知识产权滥用反垄断指南》调查问卷的回应。我们非常感谢有机会就此发表评论并且赞赏发改委在此事上表现出的透明度。我们的评论是基于我们在一般性的反垄断法和经济领域，及在知识产权和反垄断交叉特别领域中的广泛经验和专长而提交的。¹

该评论对于发改委以下问题做出回应：涉及知识产权的反垄断法问题的一般方法（问题 1-3）；关于标准必要专利（SEPs）（问题 9,16-18）；以及涉及非生产实体（NPEs）（问题 21）。

问题 1-3——一般原则

在美国，我们已经从反垄断机构认为众多的许可限制都是本身违法演进到了大部分的许可限制应该根据合理原则来进行分析的时代，也就是基于效果的方式即只有当许可限制的反竞争损害超过其促进竞争的好处时，才会被声讨。在上世纪 70 年代发展起来，在“九不”文件中得以体现的旧有模式中，美国反垄断机构将以下限制归为本身违法：

- 将购买非专利材料（搭售）作为许可的条件；
- 要求被许可人回授后续专利；
- 限定许可产品的最低转售价格的条款；
- 和被许可人销售不合理相关的许可费条款；
- 强制打包许可（如捆绑）；
- 限制使用专利的产品购买人转售产品的权利；
- 限制被许可人在专利范围外处置产品的权利；并且

¹乔治梅森大学国际反托拉斯学院（GAI）是致力于研究国际竞争机构和法院面临主要反垄断法问题法律和经济分析的全球领先的科研和教学平台。GAI 由 Joshua D. Wright 教授领导，他是美国联邦贸易委员会前委员，反垄断法教授，经济学博士。GAI 的国际顾问委员会由尊敬的 Douglas H. Ginsburg 法官领衔，他是美国哥伦比亚特区上诉法院资深法官，曾任美国司法部副总检察长、反托拉斯局局长。Bruce H. Kobayashi 教授，经济学博士，GAI 资深学者和创始主任，法学教授。Koren W. Wong-Ervin 是前联邦贸易委员会委员 Joshua D. Wright 的法律顾问和本评论的作者。

- 不许可他人的许可人协议。²

现在，美国反托拉斯机构的做法是体现在司法部和联邦贸易委员会的《知识产权许可反垄断指南》（“DOJ-FTC 《知产指南》”）中。³指南确立了如下原则：

- 反垄断法和知识产权法是彼此互补的法律，都是为了寻求促进创新和增加消费者福利；
- 知识产权不会势必赋予市场力量；这取决于是否有其他替代知产可能会阻止市场或垄断力量；
- 为了进行反垄断分析，我们认为知识产权和其他有形或无形的财产实质上是可比较的；
- 大部分的许可限制是促进竞争的，而且是在合理原则的框架下进行分析的；另外
- 在进行竞争效果分析时，必须是在比对没有许可的情况下会发生什么。

当美国竞争机构对于涉及知识产权的问题和其他形式的有形或无形财产使用同样的一般竞争分析时，并不是说他们不认可知识产权重要的独特特征。比如，受知识产权保护的作品和发明是非竞争性的。所以，一个公司使用某特定知识产权并不会减损另外一个公司使用同样的知识产权的能力。而且，让另外一家公司使用一个已有知产的成本几乎为零。所以，从静态福利的角度看，将知产向每个对该知产有肯定评价的公司（或消费者）散播是可取的。当然，这样做首先会对创新产生强烈抑制。换句话说，这样会损害动态效率，动态效率是指从全新商业模式中得到的好处。当短期内的静态效率会增加消费者福利时，经济学告诉我们动态效率，包括从创新中得到的社会收益，是消费者福利更大的驱动力。⁴

在激励跨越式或突破式发明需要的投资和竞争努力投入并取得成功后，的确有将成果瓜分并分配到经济当中去的诱惑。但是，这样做会损害竞争、创新和消费者。如果政府有过于强烈的意愿介入并分配从动态竞争或创新中得来的成果的话，潜在的创新者创新动力会减弱。竞争对手也会受到鼓励将其资源投入游说反垄断部门去介入以及提起诉讼而不是自己的商业创新中来。与此相反，竞争对手

² Bruce B. Wilson 司法部反托拉斯局副局长助理检察长，在密歇根州律师协会反垄断分会上的讲话，5 CCH Trade Reg. Rep. ¶ 50,146.再版。

³ 见 <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.pdf> .

⁴ Robert Solow 因为证实了财富收益主要是通过创新，而非通过对已有效率的微小改进来获得而得到了诺贝尔经济学奖。见新闻稿（1987年10月21号），见 http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1987/press.html .

是应该被鼓励自己去创新因为新的创新会增加社会财富并带来重大的对消费者的好处。这一点是很重要的因为反托拉斯法不是为了保护竞争本身，而是为了保护能够带来更高效率、增长和消费者福利的竞争。所以我们强烈建议发改委对于涉及知产的问题采取基于效果的分析方式并且避免采用特定行为是反竞争性的假设。

问题 9---标准必要专利和支配地位

问题：您认为标准必要专利对其权利人的市场地位有何影响以及影响程度？请简要说明理由。您认为认定标准必要专利权利人是否具有市场支配地位需要考虑哪些因素？请简要说明理由。

在美国法当中，一项确立的原则是专利和其他知产，包括标准必要专利不会势必赋予市场力量，市场力量是指能够在较长时间之内保持价格高于或产量低于竞争水平仍然能够获得利润的能力。与此相反，证实市场力量需要在根据案情事实在个案分析的基础上得出，包括是否有实际上的或潜在的紧密替代产品可能会阻止市场力量的实施。而且，即使是专利或其他形式的知产会赋予市场力量⁵，市场力量本身也并不违反反垄断法。美国最高法院解释说，如果仅仅是因为“更好产品、商业智慧或历史事件”而获得市场力量（或甚至垄断）都不违反美国反托拉斯法。⁶

而且，在美国还有将注意力从市场界定和市场力量转移的趋势---尤其是反对从高额市场份额推定市场力量的趋势---而更多的将精力放在对于竞争影响的直接评估上，这一点在美国反托拉斯机构 2010 年的横向合并指南中得以体现。这种反托拉斯分析的转变和现代经济学是一致的而且特别重要的是在关系到知产的问题上，因为知识产权人可能需要相对较高的利润（价格高于边际成本）来补偿前期投入和创造并将知产商业化所蕴含的巨大风险。所以，远超出较低甚至为零的边际成本不外乎是为了获得要创造出知产所需的投资回报的竞争费率而已。与此相关的是，在涉及知产的高科技市场上的市场边界并不容易清楚的划定。所以，如果仅仅是依据观察到的高市场份额或简单的注意到价格远高于边际成本

⁵见，如 *Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.*, 547 U.S. 28, 31 (2006)（“我们今天面临的问题是专利产品会带来市场力量的假设从反托拉斯法的角度是否能成立，尽管这个在专利法上是不成立的。我们认为仅仅是搭售产品是专利产品的事实不能支持这样的假设。”）； *Chrimar Sys. v. CISCO Sys.*, Case No. 4:13-cv-01300 at 6 (N.D. Cal. Oct. 29, 2014)（反对认为只要专利是必要专利，那么专利权人就会有市场力量的观点。）见 Bruce H. Kobayashi,《溢出的墨水或经济进步：最高法院在 *Illinois Tool Works v. Independent Ink* 一案的判决》，53 *Antitrust Bulletin* 5 (2008)；。见 Joshua D. Wright,《在 *Independent Ink* 失去的机会》，5 *Cato Supreme Court Econ. Rev.* 333 (2006)。

⁶ *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 571 (1966)；也见 *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 430 (2d Cir. 1945)（仅仅是通过“更高超的技能，前瞻力和勤奋”获得的市场力量不违反谢尔曼法。）

($P > MC$)就推断市场力量的话可能会经常犯判断性的错误。

问题 10---不公平的高价许可费

问题：您认为如何判定具有市场支配地位的知识产权权利人是否收取了不公平的高价许可费？判断许可费是否过高的基本原则是什么？需要具体考虑哪些因素？

美国反托拉斯机构不对价格进行管理。⁷在美国，企业可以自由的自己谈判价格，垄断者可以自由的收取垄断价格，这样可以鼓励冒险和产生创新和经济增长的企业家行为。⁸

法律去要求“公平”或“合理”的价格或禁止“不公平高价”或“低价”会有惩罚激烈竞争的风险。一般而言，竞争政策不应该禁止垄断者收取他觉得能够最大化利润的对自己产品和知产的任何定价。这是经济学和反托拉斯法的公理：“收取垄断价格....首先是能够....吸引‘商业智慧’它也会鼓励冒险并产生创新和经济增长”。⁹这对于知产案件尤为如此，国家创造和保护知产的目的就是为了鼓励对风险高和高额研发的投资。为了达到创新和保护竞争之间的平衡，垄断价格只有在它是其他非法行为引发的时候才是违法的。

而且，经济分析告诉我们判断什么是“公平”价格尤为困难。的确，在评估和知产许可相关的价格是否“公平”时特别困难，一是因为没有可以比较的边际成本，二是知产本身就是高度差异化的产品，所以使得其价格比较即使不是不可能也是很困难的。对于知产价格施加过于严苛的限制会产生减少创新行为回报的风险，消费者也会因为创新的减少而受损。如果会有这样的限制，知识产权人会在判断其许可行为是否会违反中国反垄断法时面临很大的不确定性。

⁷见，如 Bill Baer, 副总检察长，反托拉斯局局长，在第十九届年度国际律师协会竞争会议上的讲话（2015 年 9 月 11 日）（“我们不会用反托拉斯执法来管理许可费率。那种控制价格的概念会扰乱自由市场竞争并且会有碍创新激励。正是基于此，美国反托拉斯法不会去禁止“过高定价”。与此相反，合法的垄断者完全可以根据自己的选择自由的设定垄断价格。这种做法会促进对手创新，也会因为巨大回报的诱惑而吸引新的进入者。”），见

<http://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-bill-baer-delivers-remarks-19th-annual-international-bar>; Edith Ramirez, 联邦贸易委员会主席，在乔治城大学法律中心第八届年度国际反托拉斯执法论坛的讲话（2014 年 9 月 10 日）（“和联邦贸易委员会和欧盟的做法不同，媒体报道指出中国的反垄断机构可能仅仅会因为受限于 FRAND 承诺的标准必要专利权人在许可时要求的专利费条款就会施加责任，而且可能会对没有做出自愿 FRAND 承诺的其他专利许可专利费要求也施加责任。”）见 https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/582451/140915georgetownlaw.pdf.

⁸ See, e.g., *Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 407 (2004).

⁹ *Id.*

另外，为了判断某个价格是否过高，发改委还需要计算出一个合理的许可费作为基线来比对被诉过高价格。我们的经验表明竞争机构通常并不擅长计算许可费率，这个任务最好是留给市场，或者实在不得已，留给法院。¹⁰

最后，我们强烈建议发改委不要使用“最小销售专利实施单元”（SSPPU）作为是否违反反垄断法的依据。美国上诉巡回法院（其有专利纠纷的全国管辖权）在 *Ericsson v. D-Link* 案中重申其在 *LaserDynamics* 中的观点，即 SSPPU 是作为证据规则“来帮助陪审团更好的实施对发明价值的许可费损害赔偿进行比例分配的实体法律要求”而创设的。¹¹法院进一步介绍说：

逻辑上，经济学家可以采取不同的方式来进行比例分配---在有可能区分的情况下，通过细致选择能够反映专利功能增加价值的许可费基础的方式；通过减少产品中非专利功能的价值的方式来调整许可费率；或是以上方法的结合等。最关键的要求是最终的合理许可费率必须是基于专利发明给最终产品带来的附加价值的基础上来给予的。¹²

也就是说，从数学计算的角度，许可费基础的选择是无关的问题。与此相反，重要的是基础和费率之间的关系。

重要的是，对于某些技术来说，使用最小组件或设备作为许可费基础可能会低估或高估一种技术的价值。如，某种技术可能是实际通过某单一组件来实施的，但是其价值可能超过组件本身，因此使用合理比例的最终产品作为许可费基础能够提供一种更加准确体现技术价值的方式。

另外，被许可人能够实现的某个标准必要专利组合的价值会根据被许可人将其纳入什么样的最终产品而不同。比如说，某个标准必要专利组合对于手机基础设施制造商、手机生产商以及网络运营商就会产生不同的价值。

有几个原因会使公司愿意在自由谈判许可协议的情况下来选择许可费率。行业惯例或谈判方的方便是其中的原因之一；谈判方之间的其他商业交易也可能是原因。为了避免管理成本，许可费基础的选择通常是能够对销售的单元进行方便的监督和验证的；选择最终产品价格通常也是因为这些原因。的确，我们在实践中发现在许多高科技市场上的大多数许可包括智能手机，都是使用在专利池基础上谈判的基于最终设备的价格作为许可费基础的。¹³

¹⁰关于由法院设定费率的困难的讨论，见 Anne Layne-Farrar & Koren W. Wong-Ervin, 《计算 FRAND 损害赔偿的方法》，LAW360 (Oct. 8-10, 2014), 见 https://www.ftc.gov/system/files/attachments/key-speeches-presentations/wong-erwin_-_methodologies_for_calculating_frand_damages.pdf.

¹¹ 773 F.3d 1201, 1226 (Fed. Cir. 2014).

¹² *Id.*

¹³见 Anne Layne-Farrar & Koren W. Wong-Ervin, 《联邦上诉法庭 *Ericsson v. D-Link* 案分析》 CPI ANTITRUST CHRONICLE at 7-8 (Mar. 2015), 见 <http://www.crai.com/sites/default/files/publications/An-Analysis-of-the-Federal-Circuits-Decision-in-Ericsson-v-D-Link.pdf>.

最后，我们注意到美国司法部反托拉斯局在 2015 年 2 月 2 号回复电子和电器工程师协会（IEEE）的商业审查函件中，谈到了建议使用 SSPPU 的方式。¹⁴对涉及问题更重要的是，在函件中，司法部正确的认识到它在商业审查程序中的任务是向请求方阐释他们所咨询行为目前司法部的反托拉斯执法意图。司法部的角色不是去评价 IEEE 的政策选择对于 IEEE 作为一个标准制定组织是否是正确的选择。标准制定组织会为了最好的满足自己的需要而发展和调整自己的专利政策。不可能有对于所有的标准制定组织来说一种一刀切式的方案，而且标准制定组织政策上的差异对于整体标准制定过程是有益的。其他的标准制定组织可能会决定执行和[IEEE 政策]不同的专利政策。¹⁵

换句话说，司法部并不是认同 SSPPU 应该作为所有标准制定组织的要求，也绝非是建议如果专利权人的许可费率不是基于 SSPPU 的话就会构成违反反托拉斯法；它仅仅是做出了 IEEE 采取建议措施不违反美国反托拉斯法的结论。司法部进一步指出 IEEE 的政策本身仅仅是建议使用 SSPPU 方式，但“不规定”IEEE 成员只能使用其作为唯一正确的许可费基础。¹⁶

问题 15—交叉许可和回授

问题：您如何评价权利人要求反向许可和回授的行为？您认为在何种情况下反向许可和回授要求可能会影响创新和竞争？

交叉许可和回授，和其他许可限制一样通常都是促进竞争的因为这样会便利集合互补技术，促进科技传播，减少交易成本，扫清障碍并且避免高额的专利侵权诉讼。¹⁷回授也会给被许可人和许可人之间分担风险提供了一种方式，使他们了解并根据许可科技产生后续创新且因此获益。这样首先可以促进创新而且还可以推动作为继续创新成果的后续许可。¹⁸所以，回授既会促进创新也会促进许可。

尤其是免除许可费的交叉许可方式，每个公司都可以在设计产品时不用担心侵权问题，在为自己的产品定价时，也不用担心某个组件需要付给对方多少的许可费用。所以，交叉许可可以解决至少在两个公司之间的互补问题，¹⁹并且是非常促进竞争的。同理，组合许可会鼓励生产端和研发端的长期投资因为参与方都不用担心无法预测和无法预见到的专利侵权诉讼。

¹⁴ Available at <http://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2015/02/02/311470.pdf>.

¹⁵ *Id.* at 2-3.

¹⁶ *Id.* at 12-13.

¹⁷ See, e.g., DOJ-FTC IP GUIDELINES, *supra* note 3 at §§5.5-5.6.

¹⁸ *Id.* at § 5.6.

¹⁹ 互补问题，或被称之为“反共同性悲剧”，是在有多个守门人，且使用任何一种资源都需要他们每个人都同意的情况下发生的，这种情况会阻碍资源的利用并扼杀创新。

另一方面，交叉许可在某些少数情形下可能会产生反竞争效果，如其实它是为了完成固定价格或市场分割的机制。回授在强烈降低被许可人从事研发的积极性并由此在创新市场上限制了对手的情况下会产生不利于竞争的负面影响。和其他许可限制一样，交叉许可和回授都应该是依据基于效果的方法进行分析。

问题 16---FRAND 许可承诺

问题:您认为如何评价标准必要专利权利人作出的“公平、合理、无歧视”许可承诺的法律效力? 该承诺与反垄断规制的关系如何? 指南中应如何完善相关制度?

FRAND 承诺是一项合同承诺。²⁰经济学家一直都认为在交易者之间的涉及特别资产投资的合同关系会产生可能的机会主义。同样，参加标准制定过程的专利权人，一旦标准被标准制定组织采纳，可能会通过利用特别资产的投资来索要超过竞争水平的许可费率。持合同机会主义会引发反托拉斯问题而不是合同问题的观点和在该话题上的众多经济著述是不同的。²¹和此观点一致，没有任何美国法院因受限于 FRAND 的标准必要专利权人因寻求禁令而判决其违反反托拉斯法。与此相反，处理过该问题的所有美国法院都是依据合同原则做出判决的。

特别是在分析 FRAND 承诺的合同性质时，法院判决：（1）向标准制定组织做出的以 FRAND 条款许可的承诺构成了标准必要专利权人，标准制定组织和它的成员之间有约束力的合同，²²（2）标准的潜在使用者是有诉讼资格的第三方受益人²³（3）当标准必要专利权人做出合同承诺以 FRAND 条款许可时，受限

²⁰ 见，如，*In re Innovatio IP Ventures, LLC Patent Litig.*, 2013 WL 5593609 at *4 (N.D. Ill. Oct. 3, 2013); *Microsoft Corp. v. Motorola, Inc.*, 2013 WL 2111217 at *1 (W.D. Wash. Apr. 25, 2013), *aff'd* 2015 WL 4568613 (9th Cir. July 30, 2015); *Apple, Inc. v. Motorola Mobility, Inc.*, 886 F. Supp. 2d 1061, 1083-84 (W.D. Wis. 2012); *Microsoft Corp. v. Motorola, Inc.*, 854 F. Supp. 2d 993, 999-1001 (W.D. Wash. 2012), *reaffirmed*, 864 F. Supp. 2d 1023, 1030-33 (W.D. Wash. 2012), *aff'd in relevant part*, 696 F.3d 872, 884 (9th Cir. 2012).

²¹ Joshua D. Wright & Douglas H. Ginsburg, 《专利主张实体和反垄断：诉讼之疾的竞争治愈》，79 ANTITRUST L.J. 501, 509 (2014); 也见 Benjamin Klein,《反托拉斯的市场力量：柯达的经济分析》，3 SUP. CT. ECON. REV. 43, 62-63 (1993)（“反托拉斯法不应该被用来阻止交易者自愿投入特别投资并在知道他们可能今后面临‘挟持’的情况下签订合同。……合同法本身就认可交易者特别投资的广泛存在，而且通常可以以更微妙的方式来解决‘挟持’问题，而不是要试图剿灭每一个可能出现‘挟持’的情形。”）

²² 见，如，*Innovatio*, 2013 WL 5593609 at *4 (citing *In re Innovatio IP Ventures Patent Litig.*, 2013 WL 427167 at *17 (N.D. Ill. 2013)); *Microsoft Corp.*, 854 F. Supp. 2d at 999; *Apple, Inc.*, 886 F. Supp. 2d at 1083-85.

²³ 见，如，*Innovatio*, 2013 WL 5593609 at *17; *Microsoft Corp.*, 854 F. Supp. 2d at 999; *Apple, Inc.*, 886 F. Supp. 2d at 1083-84; *Research In Motion Ltd. v. Motorola, Inc.*, 644

于 FRAND 承诺的标准必要专利人寻求禁令可能会违反一般的诚实信用和公平交易的义务，²⁴而且（4）FRAND 许可“包含了诚信谈判的义务，”该义务是“双向的义务”。²⁵

问题 17—受限于 FRAND 承诺的 SEP 权利人的禁令救济

问题：您认为应当如何判断权利人寻求禁令是否正当？在何种情况下可能构成滥用市场支配地位的行为？您认为是否应当对标准必要专利权利人申请禁令性救济进行条件限制？应当设定什么条件？请简要说明理由。

基于以下原因，我们尊敬的建议不对寻求禁令救济的行为施加反垄断法惩罚。

首先，下文中的解释说明没有实证证据支持禁令救济会导致对创新或消费者损害的担忧。第二，施加反垄断惩罚可能会减少对创新的激励而且会阻碍 SEP 所有者参与标准制定，这样就剥夺了消费者享受大量标准化科技带来的促进竞争的好处的机会。

如果说发改委还是决定对于寻求禁令的行为采取反垄断法惩罚——当然我们强烈建议不要这样做——那么至少，发改委应该将责任限定在有证据表明受限于 FRAND 的 SEP 所有人从事了专利挟持的情形下，比如专利权人利用禁令来威胁索取超过竞争水平的许可费率。²⁶这个前提是有必要的，这样就可以避免寻求禁令救济的 SEP 所有人就势必会不当的利用救济（或救济威胁）来索要超出竞争水平许可费的假设了。一方面，市场机制施加了很多限制可以减轻可能会实施专利挟持的机会。比如，名声和商业成本就遏制市场上长期运营的人从事挟持，而且，和 SEP 所有人之间有广泛交叉许可协议的专利权人能够受到不被专利挟持

F.Supp.2d 788, 797 (N.D. Tex. 2008); *ESS Technology, Inc. v. PC-Tel., Inc.*, 1999 WL 33520483, *4 (N.D. Cal. Nov. 4, 1999).

²⁴见, *Realtek Semiconductor Corp. v. LSI Corp.*, 2013 WL 2181717, at *7 (N.D. Cal. May 20, 2013)（判决在标准实施人愿意接受 RAND 许可的情况下并未给予许可要约的情况下就在其他法院（在本案中，美国国际贸易委员会）寻求禁令救济是违反 RAND 承诺的；Verdict Form at 3, *Microsoft v. Motorola*, Case No. C10-1823JLR (Sept. 4, 2013)（陪审团认为摩托罗拉寻求禁令救济的行为违反了其对 IEEE 和 ITU 负有的诚信和公平交易的合同承诺义务）；*Apple v. Motorola, Inc.*, 869 F. Supp. 2d 901, 913-14 (N.D. Ill. 2012); see also *Microsoft Corp. v. Motorola, Inc.*, 696 F.3d 872, 884-85 (9th Cir. 2012).

²⁵ *Ericsson Inc. v. D-Link Systems, Inc.*, 2013 WL 4046225 at *25 (E.D. Tex. Aug. 2013), *aff'd-in-part, reversed-in-part, and vacated-in-part on other grds by Ericsson v. D-Link Sys.*, 773 F.3d 1201 (Fed. Cir. 2014).

²⁶见：Anne Layne-Farrar & Koren W. Wong-Ervin, 《计算 FRAND 损害赔偿的方法》，LAW360 at 3-4 (Oct. 8-10, 2014)（解释了“真正的专利挟持行为需要两个因素：机会和行动，”并列了一些能够减轻挟持机会的市场机制），见 https://www.ftc.gov/system/files/attachments/key-speeches-presentations/wong-ervin_-_methodologies_for_calculating_frاند_damages.pdf.

的保护。²⁷除此之外，一旦他们的专利被采纳为标准，专利权人就享有先发者优势。所以，采用标准技术生产产品的专利权人可能会发现通过提供更有吸引力的许可条款以促进使用标准的产品、增加对单位产品的需求而获得更高的利润，而不是通过索要高额许可费²⁸的方式来获利。

除此之外，任何要求标准必要专利所有人证明被诉侵权人并非善意许可人的责任理论都可能会有威胁阻碍参与标准制定的效应，特别是如果被诉侵权人仅仅是通过同意接受中立裁判约束就能证实善意的情况下。如果一个标准必要专利侵权人面临的最坏惩罚并不是禁令，而只是在中立裁判后进行支付的话，那么反向挟持²⁹会给专利实施人一个延迟付款有利可图的方式---或者他们被判决证实后可以完全不需要付款的话---就会使得标准必要专利人处于劣势，这样就会减少创新的回报，从而阻碍创新和标准制定的参与。³⁰

A. 实证证据表明没有专利劫持的系统问题

尽管一直都有关于在什么样的情形下会发生专利挟持的严肃和重要的学者著作，但是这些著述只是显示了对于专利侵权以禁令（或以禁令相威胁）可以有利可图而且会潜在的损害消费者的利益的*可能性*。而同类的著述也都一直认可在知识产权和房地产领域，存在着反向挟持的威胁。

重要的是区分在理论著作中关于专利挟持的假设和能证实这些假设的实证证据之间的区别。我们自己的和其他密切关注此话题的人的判断是目前现存的实证证据和专利挟持是导致消费者损害突出的或系统性问题的观点是不一致的。³¹

²⁷见：如，联邦贸易委员会向美国参议院委员会反托拉斯司法分委员会提交的陈述：《就“标准必要专利纠纷和反托拉斯法”涉及的竞争政策和消费者权利》，6 (July 30, 2013), available at https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/prepared-statement-federal-trade-commission-concerning-standard-essential-patent-disputes-and/130730standardessentialpatents.pdf.

²⁸ *Id.*

²⁹挟持需要锁定，实施标准的公司因为做了特别的资产投资而被锁定在定义了标准的技术中。另一方面，为标准制定组织作出贡献的创新者如果他们的技术只是在标准范围内有市场的话，就也会被锁定。所以，挟持是在双向都存在的。也有反向挟持的可能性。反向挟持是指被许可人利用他们的条件来获取低于 FRAND 的费率和条款的情形，反向挟持是指拒绝或拖延接受 FRAND 许可的情形。

³⁰这种拖延策略在专利权人在全球有大量的标准必要专利需要其在单个专利基础上在全球各地进行诉讼来判定 FRAND 费率的情况下会有放大的效应。在这种情况下，以专利池为基础的国际仲裁看起来是解决 FRAND 纠纷的最有效和现实的方式了。

³¹见：如 J. Gregory Sidak, 《反垄断争议令标准必要专利贬值》，104 GEORGETOWN L.J. ONLINE 48, 61 (2015) (collecting studies at n.49) (“到 2015 年初，已经有二十几位经济学家和律师对于专利挟持和专利堆叠的各种假设和猜测表示了不同意见和反对。”) available at <https://www.criterioneconomics.com/docs/antitrust-divisions-devaluation-of-standard-essenti>

要求有证据支持仅仅因为寻求禁令就会招致反垄断的处罚---这样做可能会有阻碍包括参加标准制定等促进竞争行为---而且如果支持该建议做法是需要切实发生价格升高、产量降低、和更低水平的创新的可能，而不能仅仅是一种可能性而已。

事实上，包含众多专利和标准的智能手机市场显示的是相反的证据。产品指数级增长的同时市场集中度在下降，而无线服务的价格相对消费者物价指数(CPI)³²相比也在下降。波士顿咨询集团最近做的研究表明在全球范围内每兆字节数据的成本从2005年到2013年降低了99%(既显示了市场创新使得数据传输成本更具效益而且也显示了市场中健康的竞争);每兆字节成本从2G到3G下降了95%，从3G到4G下降了67%;智能手机全球平均销售价格从2007年到2014年下降了23%，而低端手机的价格在同时期下降了63%。³³最新研究表明在美国依赖标准必要专利的行业价格比不是格外依赖标准必要专利的行业价格下降的更快。³⁴也就是说，没有实证证据显示FRAND许可已经有很大问题需要解决才行。与此相反，无线市场的繁荣告诉我们在干涉有着审慎平衡的FRAND生态系统前一定要小心。

经济分析提供了能够理解专利挟持理论和现存证据之间没有明显联系的基础。正如经济理论预测的那样，专利权人和需要许可和使用专利技术的人在达成合同时就会尽量避免挟持的可能性。上文中解释了有几种市场机制可以让交易人避免专利挟持的发生和可能性。这并不令人惊讶。早期关于专利挟持理论的著作主要集中在分析市场参与者如何运用名誉、合同和其他方法在财产交易情形下减轻

[al-patents.pdf](#); ANNE LAYNE-FARRAR, 《专利挟持和专利堆叠理论和证据：十五年历史之后我们的立场?》(Dec. 2014), available at <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD%282014%2984&doclanguage=en> (调查经济著述并得出结论：到目前为止的实证研究没有表明挟持是个普遍问题。)

³²根据高德纳提供的数据，从2007年到2014年向最终用户销售的全球智能手机增长了900%，在2010到2014年间增长了320%。由HHI指数计量的智能手机市场集中度从2007年由美国反垄断机构定义的“高度集中”到2012年的“不集中”。见Keith Mallinson, 《标准必要专利理论不堆叠》，知识产权金融博客(May 24, 2013), 见 <http://ipfinance.blogspot.com/2013/05/theories-of-harm-with-sep-licensing-do.html>. 根据美国劳工局的数据，从2007年到2014年，无线电话服务CPI和总体CPId比率下降了34%。

³³ JULIO BEZERRA ET AL., 引动革命：《移动科技如何驱动万亿美元影响》3, 9 (波士顿咨询集团 Jan. 15, 2015), 见 https://www.bcgperspectives.com/content/articles/telecommunications_technology_business_transformation_mobile_revolution/#chapter1.

³⁴ Alexander Galetovic, Stephen Haber, & Ross Levine, 《专利挟持的实证检查》(Nat'l Bureau of Econ. Research, Working Paper No. 21090, Apr. 2015), available at <http://www.nber.org/papers/w21090.pdf>.)

因机会主义带来的低效。³⁵

美国上诉巡回法院（具有全国专利纠纷的管辖权）因为认识到专利挟持担忧可能只存在在理论层面，判决挟持指控必须能有证实挟持的“真实证据”，而且要由被诉侵权人承担举证专利权人使用禁令获得了不当优势而且索要超高FRAND专利费。³⁶

B.竞争法惩罚可能会减少创新激励并且阻碍参与标准制定

反垄断法提供禁止或限制受限于FRAND承诺的标准必要专利权人寻求禁令的救济方式由于下述原因不会对公众利益带来好处。

首先，在合同法就有足够的最佳威慑力的情况下使用反垄断救济不仅对保护消费者福利没有什么必要性，而且还可能会带来损害。³⁷过重的金钱惩罚可能会过分阻碍有促进竞争效果的参与标准制定组织的行为。过重的金钱罚款可能还会过分妨碍受限于FRAND承诺的标准必要专利权人在没有其他合适方式来对付侵权人，而真正需要用禁令威胁来收回自己专利的附加价值时对其的使用。的确，过度威慑很有可能发生：在需要首先确定侵权人是否是“善意被许可人---这是在

³⁵挟持：《合同关系的自我执行范围》，34 ECON. INQUIRY 444, 449-50 (1996); Benjamin Klein, Robert G. Crawford & Armen A. Alchian, 《纵向集中, 合适租金, 和竞争性合同过程》，21 J.L. & ECON. 297, 303-07 (1978); OLIVER E. WILLIAMSON, 《市场和阶层: 分析和反托拉斯影响》26-30 (New York: Free Press 1975); 也见 Joshua D. Wright, 联邦贸易委员会委员, 在乔治梅森大学法学院的评论: 《标准制定组织、FRAND 和反托拉斯: 不完善合同经济教训》见 2-3 (Sept. 12, 2013) (解释说: “挟持的经济学不是为了解释合同失灵, 而是为了解释在实际情况下的合同条款, 履行和由于合同未必完善的基本假设而需要强制执行的决定。”) 见

https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/ssos-frand-and-antitrust-lessons-economics-incomplete-contracts/130912cpip.pdf. 这是标准制定组织合同条款会因各个组织不同而不同的实证证据, 并且需要因专利挟持预见风险和其他因素改变而做出应对。见 Joanna Tsai & Joshua D. Wright, 《标准制定, 知识产权和反托拉斯法在规范不完善合同时的角色》, 即将出版, 80(1) ANTITRUST L.J. (2015), 见 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2467939.

³⁶见, 如 *Ericsson v. D-Link Sys.*, 773 F.3d 1201, 1234 (Fed. Cir. 2014) (“在指示陪审团是否要就专利挟持和专利堆叠做出裁决时, 我们再次强调地区法院必须考虑在他们面前的证据。地区法院在被诉侵权人没有显示明确的挟持或堆叠的实际证据的情况下, 不需要对陪审团做出挟持或堆叠的指示。当然, 说明比这个一般说法更具体的“这种现象是有可能的”是必要的。”) 也见 Anne Layne-Farrar & Koren W. Wong-Ervin, 《对联邦巡回法院在 *Ericsson v. D-Link* 案判决的分析》, CPI ANTITRUST CHRONICLE at 5-7 (Mar. 2015), 见 <http://www.crai.com/sites/default/files/publications/An-Analysis-of-the-Federal-Circuits-Decision-in-Ericsson-v-D-Link.pdf>

³⁷ Douglas H. Ginsburg, Taylor M. Owings, & Joshua D. Wright, 《拒绝禁令: 反对对寻求禁令的标准必要专利权人施加反垄断责任的案例》, THE ANTITRUST SOURCE 1, 5-6 (Oct. 2014); see also Kobayashi & Wright, *supra* note 15.

很多案件中都远远无法搞清的事实问题---一个竞争法案件就会势必有不不确定性。受限于 FRAND 承诺的标准必要专利权人因为寻求禁令会受到惩罚的可能会减损其专利的价值而且也会降低其创新的动力。³⁸

第二，寻求禁令救济的专利权人可能因此承担反垄断责任会使得侵权人恶意谈判，因为反正他们知道最多不过就是付出 FRAND 许可费率罢了，这样就迫使标准必要专利权人去接受无良侵权人或等着侵权人低于 FRAND 水平的费率的判决。³⁹

第三，承担反垄断责任的可能会阻碍专利权人以 FRAND 条款将其技术贡献给标准制定组织，因为这样做会要求他们放弃通过对侵权人寻求禁令的方式保护自己知识产权的权利。上述可能性，不仅根本达不到保护竞争和创新的公共利益，而且还会威胁创新和标准带来的好处。

问题 18---华为诉中兴案判决

问题：您如何评价欧盟法院在华为、中兴案中给出的对于标准必要专利寻求禁令的规则？您对此有何完善性意见和建议？

尽管我们强烈建议不要采用对寻求禁令进行反垄断处罚的方式，我们注意到欧洲法院在 *华为诉中兴* 一案中创造了标准必要专利人免于竞争法责任的安全港：首先，在启动侵权诉讼前，通知被诉侵权人是以什么方式侵犯了专利权；而且第二，在被诉侵权人明确表示其有意愿以 FRAND 条款达成协议之后，向侵权人提供在此条款基础上的具体的，书面许可要约，说明专利费和计算方法。法院就会要求被诉侵权人承担举证责任对“根据在该领域被认可的商业惯例和诚信对要约“勤勉的回应”，包括迅速做出回应 FRAND 条款的专门的书面反要约，在反要约被拒绝并且在使用相关标准必要专利前，要提供合适的担保（如托管债券或基

³⁸见，如 Luke Froeb & Mikhael Shor, 《创新者，实施人和双边挟持》，THE ANTITRUST SOURCE (Aug. 2015)（解释了对禁令救济的限制就“将谈判权和利润从创新者转到了实施人”，这会“减弱专利的价值并且会严重削弱创新激励”），available at http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/aug15_froeb_7_21f_authcheckdam.pdf; Bernhard Ganglmair, Luke M. Froeb & Gregory J. Werden, 《专利挟持和反托拉斯：一个有良好意图的规则如何阻碍创新》，60 J. INDUS. ECON. 249 (2012)（认为“FRAND 承诺的强制执行，并为过高许可费提供损害赔偿可以解决挟持问题，但是这会阻碍创新，而且很可能这个解决方案本身比问题还严重”）[hereinafter Ganglmair et al.]

³⁹见 Ganglmair et al., *supra* note 38（认为创新者和实施人的挟持问题不是能直接类比的问题，因为谈判有可能会在实施人对标准投资之前发生，但是谈判总是在创新者研究投入了科研和研发的投资沉没成本后进行。）

金) 40

如果说发改委决定要对寻求禁令实施反垄断处罚的话---当然我们对此强烈反对---我们建议，发改委至少采纳和华为诉中兴案中法院采取的安全港方式。

问题 21---非生产实体

问题：您认为如何有效规制非生产实体的标准必要专利的权利人可能产生的竞争问题？

我们建议不采纳对 NPE 和其他实体不同的方式。与此相反，我们建议将重点放在行为的反竞争影响而不是涉案实体的类型上。

另外，我们注意到 NPE 的兴起可能是诉讼问题的结果，和 NPE 的商业模式没有太大关系，而且它带来的滥诉和社会成本不是一个新问题，应该用更有限制的针对性的方式来解决。⁴¹的确，目前没有证据表明 NPE 制造了一个新的或独特的反托拉问题，或者他们的商业模式从反托拉斯分析的角度要求更多或更少的审视，或者是竞争执法机构为了帮助消费者，为了解决 NPE 的行为和商业安排问题会设计出在现在标准反托拉斯框架上的有创造性的延伸或背离的需要。

我们感谢能够有机会做评论，也非常愿意回答发改委就此评论可能有的问题。

⁴⁰ *Id.* ¶¶ 66-67.

⁴¹ Joshua D. Wright & Douglas H. Ginsburg, 《专利主张实体和反垄断：诉讼之疾的竞争治愈》，79 ANTITRUST L.J. 501, 509 (2014)。