

标准必要专利许可纠纷解决的 司法逻辑

李兆轩*

摘要 技术标准化在推动产业升级和提升市场竞争力方面发挥了重要作用,已成为国家经济发展的关键驱动力。随着各行业对技术标准依赖的加深,标准必要专利作为技术创新的重要成果,其数量迅速增加,推动了产业的快速发展和技术的广泛应用。然而,标准必要专利的快速增长也带来了一系列复杂问题,尤其是在许可交易中,定价问题成为争议的核心,导致了交易困境。在现有司法逻辑框架下,这一问题难以得到有效解决,进而引发了市场失灵问题,影响了市场效率。解决这一问题的关键是确定合理的许可费率。然而,费率问题不仅仅是单纯的价格计算,更涉及市场行为与司法干预之间的动态关系。因此,合理的许可费率不仅要个案中进行精准的评估,也需要从宏观角度综合考虑市场行为与司法判决之间的相互作用。通过这种动态分析,能够更准确地确定费率,从而有效解决标准必要专利许可交易中的难题。

关键词 市场失灵 动态分析 司法干预 劫持行为

一、问题的提出

近年来,标准必要专利相关纠纷屡见不鲜,^[1]并逐渐从通信行业扩展至流媒体等新兴产业。其深层次原因是权利人与实施方在许可上存在分歧。这种分歧主要体现在费率问题上,即双方无法就许可费率达成一致,进而导致交易的失败。这一结果不仅可能导致社会成本的增加和资源配置的不均,更可能引发市场失灵。解决费率问题需要以完善的司法逻辑体系为

* 上海交通大学凯原法学院博士后。

[1] 如索尼与西电捷通案,北京市高级人民法院(2017)京民终454号民事判决书;OPPO诉诺基亚案,重庆市第一中级人民法院(2021)渝民初1232号民事判决书等。

支撑,而现有司法逻辑却未能有效缓解纠纷。

法学界对于许可问题的探讨可划分为三个阶段。首先,在 2006 年前后,美国法院普遍将专利权视为财产权,并偏好采用禁令救济来保障权利人的权益,这一做法引起了各界对专利劫持问题的关注。^{〔2〕}随着美国 eBay 案的裁决,研究进入了第二阶段。在此阶段,为应对专利劫持所带来的许可费堆叠问题,法院提高了权利人获得禁令救济的门槛。此举无疑增加了权利人获得禁令救济的难度,并削弱了其议价能力,进而引发了关于反向劫持和公平、合理、无歧视(Fair, Reasonable, and Non-discriminatory Terms, 以下简称“FRAND”)条款的讨论。^{〔3〕}到了 2013 年左右,研究进入第三阶段,学界逐渐认识到标准必要专利许可争议的核心是费率,从而将研究焦点转向定价问题。^{〔4〕}

关于定价问题的研究大体分为两种:一种是结果导向,其侧重于直接确定费率,以促成交易;^{〔5〕}另一种是程序导向,其着眼于谈判过程,期望通过优化和纠正谈判流程,以达到推动谈判的目的。^{〔6〕}尽管当前研究已明确指出定价问题是解决标准必要专利争议的关键,并提出了上述两种解决路径,但仍未能从根本上解决许可费率的确定问题。随着物联网(Internet of Things, 简称“IoT”)时代的到来,标准必要专利的许可场景日益增多,纠纷的数量势必会持续增长。因此,对标准必要专利许可纠纷解决的研究不仅具有理论意义,更具有现实的紧迫性。

鉴于费率问题是标准必要专利许可纠纷的核心,本文选择以费率为切入点,尝试完善相关司法逻辑体系。本文将先探寻许可纠纷的根本原因,重点关注两个核心问题:一是如何理解

〔2〕 See e.g., Lorne Carmichael and Bentley W. Macleod, “Caring About Sunk Costs: A Behavioral Solution to Holdup Problems with Small Stakes,” *Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 19, No. 1, 2003, pp. 106-118; Joseph Farrell, John Hayes, Carl Shapiro and Theresa Sullivan, “Standard Setting, Patents, and Hold-Up,” *Antitrust Law Journal*, Vol. 74, No. 3, 2007, pp. 608-610.

〔3〕 See e.g., Sean M. Collins and R. Mark Isaac, “Holdout: Existence, Information, and Contingent Contracting,” *Journal of Law and Economics*, Vol. 55, No. 4, 2012, p. 794; Peter Camesasca, Gregor Langus, Damien Neven and Pat Treacy, “Injunctions for Standard-Essential Patents: Justice Is Not Blind,” *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 9, No. 2, 2013, p. 285.

〔4〕 See e.g., Mark A. Lemley and Carl Shapiro, “A Simple Approach to Setting Reasonable Royalties for Standard-Essential Patents,” *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 28, No. 2, 2013, p. 1135;李扬、刘影:“FRAND 标准必要专利许可使用费的计算——以中美相关案件比较为视角”,《科技与法律》2014 年第 5 期,第 866 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 10 页。

〔5〕 See e.g., Daniel G. Swanson and William J. Baumol, “Reasonable and Nondiscriminatory (RAND) Royalties, Standards Selection, and Control of Market Power,” *Antitrust Law Journal*, Vol. 73, No. 1, 2005, p. 51; Nathaniel C. Love, “Nominal Reasonable Royalties for Patent Infringement,” *University of Chicago Law Review*, Vol. 75, No. 4, 2008, p. 1749; Lemley and Shapiro, *ibid.*

〔6〕 See e.g., Suzanne Michel, “Bargaining for RAND Royalties in the Shadow of Patent Remedies Law,” *Antitrust Law Journal*, Vol. 77, No. 3, 2011, p. 889; Jorge L. Contreras, Thomas F. Cotter, Sang Jo Jong, Brian J. Love, Nicolas Petit, Peter Picht, Norman V. Siebrasse, Rafal Sikorski, Masabumi Suzuki and Jacques de Werra, “The Effect of FRAND Commitments on Patent Remedies,” in C. Bradford Biddle (ed.), *Patent Remedies and Complex Products*, New York: Cambridge University Press, 2019, p. 162.

FRAND原则;二是如何确定FRAND费率;在此基础上,本文将探讨许可市场失灵的成因,分析为何交易双方通常无法就许可达成一致。随后,本文将讨论劫持行为与司法干预之间的关系及其相互作用,并从行为选择的角度尝试提出解决当前许可交易困境的方案。

二、当前司法逻辑体系中的许可问题

标准必要专利许可纠纷的核心难题是确定费率。在当前体系下,交易双方往往难以就费率问题达成一致。而司法介入虽能解决个案争端,却未能有效干预整个产业的交易痼疾,此情况会引发许可市场的失灵问题,进而带来负外部性影响。为了应对这一问题,我们需要分析引发市场失灵的原因,进而对与之相关的问题展开讨论,以探求解决之道。

费率问题是许可纠纷的起点。在交易中,权利人倾向于提高许可价格,以扩大收益,而实施方则希望低价成交、降低成本。当此冲突无法调和时,法院的介入成为必然。从司法实践观察,法院介入主要有两种情形:一是应双方请求,直接确定许可费率;二是在权利人提起侵权诉讼后确定损害赔偿数额。尽管介入的情形不同,但法院面对的核心问题都是如何确定价格,而对定价问题的探讨通常是围绕FRAND原则展开的。

(一)FRAND的判断

公平、合理、无歧视原则从字面意义并不难理解,但如何将其进行客观化处理是难点。各国关于标准必要专利价格是否符合FRAND原则的判断主要基于程序和实体价格两个方面:

程序方面是指标准必要专利的许可谈判过程。①在谈判开始前,权利人会发出侵权警告,并详细列出被侵犯的专利及侵权方式;②实施方需要基于FRAND原则表达获得专利许可的意愿,该许可请求至少涵盖涉诉专利,实施方可以保留质疑专利有效性或未侵犯专利的权利;③权利人则需提供具体的书面许可要约,其中包括许可范围、专利许可费用等具体条款,并阐明费用的计算方式;④如果权利人的要约未被接受,则应由标准实施方向权利人发出FRAND许可反要约,该反要约应至少涵盖涉诉专利;⑤如果标准实施方发出的反要约未被接受,则标准实施方应该披露其对有关专利的使用情况并提供担保;⑥双方未达成一致,可以在双方同意的情况下,选择交由独立的第三方来决定合适的许可费率。

双方都需要保留证据来证明自身的许可行为符合FRAND原则,包括往来的邮件、会议记录和谈判材料等。法院会依据这些证据来判定权利人在谈判程序上是否遵循了FRAND原则,其中,过错问题是关键的考量点。

实体方面是指许可费率。关于FRAND价格的认定,各界没有给出明确的定义,只是提出了一系列似乎符合FRAND原则的计算方法,例如,可比协议法、自上而下法、自下而上法等等。然而,在没有厘清FRAND原则具体判断标准的情况下,我们很难认定这些计算方法是否符合FRAND原则。例如,法院在计算合理许可费时采用的可比协议法或已确立许可费率法(established royalty)都是通过参考类似的许可协议确定当前许可费率,^[7]但这种价格也未

[7] 如索尼与西电捷通案,见前注[1]。

必符合 FRAND 原则。由于无形资产的特殊性,可比协议法在计算专利许可费时并不总是合理。在有形商品定价中,商品的价格通常不会因其与不同产品的组合而发生变化。这种定价方式之所以合理,是因为有形物的成本、收益和功能都是可预见的。而知识产权的价值是由市场决定的,其贡献率在不同产品中存在较大差异,故在这种情况下,采用可比协议法或难以符合合理原则。

正因如此,有些法院会同时运用多种计算方法,试图在更多层面验证 FRAND 原则。例如,在无线星球公司诉华为案中,^[8]法院采用可比协议法的同时,使用自上而下法进行验证;在 TCL 公司诉爱立信公司案中,^[9]法院主要采用自上而下法,同时参考可比协议法进行验证;在华为诉三星案中,^[10]法院同时采用了自上而下法和可比协议法来判断报价是否符合 FRAND 原则。

事实上,公平、合理、无歧视属于模糊的描述性文字,若想将其进行客观化处理,关键还要从实体层面解决价格问题。但由于 FRAND 费率的复杂性,实践中关于其计算方法仍未实现统一。

(二)FRAND 费率的探讨

计算 FRAND 费率最常用的是假设谈判法,即模拟出权利人与实施方在侵权前的谈判过程,并以此确定价格。这种方式在美国普遍适用,例如在 Georgia-Pacific 案中,美国法院提出了假设谈判中需要参考的 15 个要素,^[11]该案的 15 要素分析法也被称为自下而上法。^[12] 在建立假设谈判时,通常需要注意时间与信息问题。时间问题是指谈判发生的时间点,而信息问题则是指在该时间点下双方当事人手中所掌握的影响谈判的信息。假设谈判法在理论上属于事前谈判,因此,在选择信息的掌握程度时应将其模拟至专利被侵权之前的状态。然而,也有观点对此提出了异议,认为既然实施方已经使用了权利人的专利技术,就应该使用现有的数据计算合理许可费,而不是模拟谈判。支持该观点的学者主要是认为,合理的许可费应该反映使用专利发明对侵权人的价值。^[13] 实践中,许多法院在使用假设谈判法时通常既考虑事前因素,也考虑事后因素。^[14] 这也导致了司法定价不会与市场定价完全一致,因为合理许可费是

[8] See *Unwired Planet International Ltd. v. Huawei Technologies Co. Ltd.*, *Huawei Technologies (UK) Co. Ltd.*, [2017] EWHC 711 (Pat.), 121.

[9] See *TCL Communications Crop. v. Ericsson Crop.*, 2017 U. S. 6611, 635 (C. D. Cal. 2017).

[10] 参见深圳市中级人民法院(2016)粤 03 民初 816 号民事判决书;深圳市中级人民法院(2016)粤 03 民初 840 号民事判决书。

[11] See *Georgia-Pacific Corp. v. U. S. Plywood Corp.*, 318 F. Supp. 1116, 1120 (S. D. N. Y. 1970).

[12] See *Contreras et al.*, *supra* note 6.

[13] See e. g., David O. Taylor, "Using Reasonable Royalties to Value Patented Technology," *Georgia Law Review*, Vol. 49, No. 1, 2014, p. 79; Michael Risch, "(Un)reasonable Royalties," *Boston University Law Review*, Vol. 98, No. 1, 2018, p. 187.

[14] 美国法院与德国法院在很多时候都希望构建双方在事前协商的协议,并充分了解事后公布的所有相关信息。See Norman V. Siebrasse and Thomas F. Cotter, "A New Framework for Determining Reasonable Royalties in Patent Litigation," *Florida Law Review*, Vol. 68, No. 4, 2016, p. 929.

基于专利权有效且被侵犯的前提,而在实际谈判中双方可能对专利有效性和侵权问题存在分歧,^[15]这些因素都会影响最终的费率。

与之相对的是自上而下法,其在一些案件中也经常被使用。^[16]该方法是指,法院先确定适当的许可费基数,再将归因于该基数的收入数额作为总许可费,进而根据专利的相对重要性来确定总许可费中应归于涉案专利的部分。这种方式通常用于计算复杂技术产品的许可费,但该方法的难点在于对实际贡献率的计算以及相关证据的获取。

此外,已确立许可费法也常被使用,^[17]已确立许可费其实是 Georgia-Pacific 案 15 个要素中的一种形式,如果存在已确立的许可费,且能够证明已确立许可费与当前合理许可费之间的联系,法院就可以直接使用已确立的许可费,或将之作为基础构建假设谈判模型。与之相似的是可比协议法,该法是用其他相似的许可协议作为比较,帮助计算当前的许可费率,其难点是证明协议之间的可比较性。^[18]

除了上述方法之外,还有很多学者提出了其他一些定价方法,有些是为了辅助上述方法,还有些则独立于上述定价方式。比如,有学者提出了事前竞标模型,以确定合理许可费,其优势是能够体现专利的竞争性价值;^[19]也有学者提出了棒球规则中的仲裁解决合理许可费问题,其优势是促进双方的出价趋于一致;^[20]还有学者提出了 ECPR 法和夏普利值法,其主张通过市场竞争的有效成分或合作博弈的夏普利值法分析合理许可费,此方法的优势是能够有效解决各方权利人的利益分配问题。^[21]

以上诸方法有些是出于合理性的考虑,有些则是基于无歧视原则,但其中存在的共性问题缺乏动态分析视角,它们忽视了费率设定对市场交易行为的影响。首先,许可费是市场交易的产物,其反映了市场交易的情况,故在确定费率时需考虑行为的问题。其次,司法干预在市场交易中的作用是为了解决交易中出现的难题和纠纷,目的在于促进市场运作。因此,在完善司法逻辑时,考虑司法行为对市场交易可能产生的影响是合理和必要的。再者,从 FRAND 原

[15] See e. g., Taylor, *supra* note 13; Edward F. Sherry and David J. Teece, “Royalties, Evolving Patent Rights, and the Value of Innovation,” *Research Policy*, Vol. 33, No. 2, 2004, p. 171.

[16] See e. g., *In re Innovatio IP Ventures, LLC Patent Litigation*, No. 1: 11-cv-09308, 2013 WL 5593609 (N. D. Ill. Sep. 17, 2013), at 8; *Samsung Elecs. Co. v. Apple Japan LLC* (IP High Ct. 2014) para. 132-138 (Japan); *Unwired Planet v. Huawei*, *supra* note 8.

[17] See e. g., *Rude v. Westcott*, 130 U. S. 152, 164-165 (1889); *Fulta Elec. Machinery Co. v. Watanabe Kikai Kogyo K. K.* (IP High Ct. 2015) (Japan).

[18] See *Lucent Techs., Inc. v. Gateway, Inc.*, 580 F.3d 1301, 1332 (Fed. Cir. 2009).

[19] See Daniel G. Swanson and William J. Baumol, “Reasonable and Nondiscriminatory (RAND) Royalties, Standards Selection, and Control of Market Power,” *Antitrust Law Journal*, Vol. 73, No. 1, 2005, pp. 51-56.

[20] See Lemley and Shapiro, *supra* note 4.

[21] See Layne-Farrar, A. Jorge Padilla and Richard Schmalensee, “Pricing Patents for Licensing in Standard-Setting Organizations: Making Sense of FRAND Commitments,” *Antitrust Law Journal*, Vol. 74, No. 3, 2007, p. 671.

则的视角来看,市场交易行为是一个不可忽视的考量因素。FRAND 原则以促进市场交易为宗旨,无论是行业标准的制定,还是专利制度的设计,其出发点都是为了提高社会整体福利和保障市场交易的公平性。基于此,我们有必要选择动态视角,从促进市场交易的角度出发,探讨司法行为对市场行为的干预。

(三)当前司法逻辑引发的市场失灵

任何司法行为都会对市场交易产生影响。如果法院在确定费率时,常因证据规则或计算方法致使最终费率低于市场正常交易价格,那么,此结果将激励更多的实施方采取拖延付费、故意侵权等策略,以求支付更少的许可费。反之,如果法院确定的费率高于市场价格,则权利人会更具有动力索要高价。而这两种结果都会引发市场失灵问题。

为了进一步说明司法行为对市场行为的影响,本文将构建一个博弈模型。假设在权利人起诉时,法院判定侵权或确定费率的概率是 α ,其最终能够完全弥补损失或许可费的概率是 β 。再假设权利人的实际损失或应得到的许可费是 LP ,如果完全赔偿的话,法院判定的数额就是 LP ,如果仅是部分的话,法院判定的数额是 ∂LP ,其中 $0 < \partial < 1$ 。博弈过程如图 1 所示。

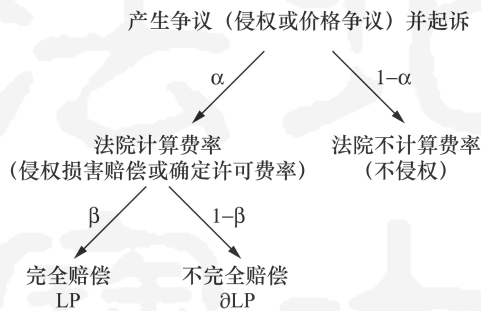


图 1 权利人行为选择过程博弈图

不难发现,对于实施方而言,若其与权利人进行事前谈判,那么,其期望值为 $-LP$ 。^[22] 相反,若实施方拒绝付费被诉后,其期望值是 $-\alpha[\beta LP + (1-\beta)\partial LP]$ 。在 $\partial = 1$ 的情况下, $[\beta LP + (1-\beta)\partial LP]$ 才能等于 LP ,由此可以看出, $[\beta LP + (1-\beta)\partial LP]$ 必定小于 LP ;再者,由于法院不必然判定专利侵权成立,概率 α 也一定小于 1,因此, $\alpha[\beta LP + (1-\beta)\partial LP]$ 必定小于 LP 。

换言之,在不考虑惩罚性赔偿或禁令救济的情况下,实施方侵权的期望值必定会高于其直接支付许可费的期望值,这解释了为何实施方有动力侵权。即便法院每次都能够完全补偿权利人的实际损失,即概率 β 等于 1,实施方侵权的期望值依旧大于其不侵权时的期望值,故其仍有侵权激励。因此,在没有惩罚性赔偿与禁令救济的情况下,即便法院每次都能进行完全赔偿,逆向激励问题依然存在。这种负外部性会影响创新和技术进步,从而降低总福利。

如果加入惩罚性赔偿或禁令救济,权利人的议价能力将得到提升,而这种提升可能会引发垄断风险,导致收益分配不均。可见,虽然此举能够缓解侵权问题,但其产生的负外部性同样

[22] LP 既是权利人的收入,也是实施方的支出。

会影响总福利。

综上所述,在当前的静态模式下,专注于个案中的费率计算并不能有效解决标准必要专利许可问题,反而可能引发市场失灵,故有必要引入动态分析框架。在动态思维中,司法行为是对市场行为的矫正和指引,市场行为也是对司法行为合理性的检验。基于这一认识,在考虑司法问题时,我们可以将司法行为与市场交易行为结合起来,探究司法对市场交易行为的影响。

三、市场解决与司法解决的相互影响

解决许可的市场失灵问题,动态分析框架可以为我们提供一个新的视角。这一框架的核心在于,运用行为经济学的理论与分析工具,审视司法行为如何影响市场中的交易行为,并基于此探寻合理的司法解决方式,最终促成双方的交易,解决许可纠纷问题。要完成这一任务,我们首先需要理解标准必要专利许可市场的运作机制与市场主体可能进行的行为选择。

专利劫持(hold-up)与反向劫持(hold-out),作为标准必要专利许可市场中两个不可忽视的现象,对费率的确定产生了很大的影响。这两种行为模式都对标准必要专利许可市场的健康发展构成了威胁,也使得费率的合理计算变得更加复杂。因此,我们需要剖析其背后的行为逻辑和动因,并探索司法与市场行为的关联性,以解决费率的确定问题。

(一) 市场主体的策略选择

1. 专利劫持行为

专利劫持并没有统一的定义,从以往的学术研究来看,专利劫持可以分为广义劫持与狭义劫持两类,广义上的专利劫持是指权利人在其边际贡献率之上的定价行为;^[23]而狭义上的专利劫持是指权利人在事后迫使实施方支付比事前更高许可费的行为。^[24]

关于专利劫持的条件有两种观点;第一种观点认为,专利劫持的基础是网络效应。网络效应也被称为网络外部性,是指用户对某一产品的估值取决于使用该产品的整体用户数量的现象。^[25]网络效应往往伴随着转换成本,^[26]并继而产生锁定效应,^[27]增加实施方转移的难

[23] 例如,有学者认为,专利劫持是指权利人迫使实施方接受不合理的许可费或者许可条件的行为(参见易继明、胡小伟:“标准必要专利实施中的竞争政策——‘专利劫持’与‘反向劫持’的司法衡量”,《陕西师范大学学报(哲学社会科学版)》2021年第2期,第84页);也有学者将专利劫持定义为权利人强制索取高于合理许可费的现象(参见丁茂中:“论专利高价许可的反垄断规制”,《知识产权》2016年第3期,第72页)。从此类研究中可看出,“合理”一般可以解释为权利人的许可费收入要与其专利的贡献率相称,按照此解释推理,在边际贡献率之上的定价均可被视为不合理。

[24] See e. g., Farrell et al., supra note 2; 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”,《法学家》2015年第3期,第86页。

[25] See Carl Shapiro and Hal R. Varian, *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, Boston: Harvard Business School Press, 1999, p. 13.

[26] 参见(比)保罗·贝拉弗雷姆、(德)马丁·佩泽:《产业组织:市场和策略》,陈宏民、胥莉等译,上海人民出版社2014年版,第479页。

[27] See Shapiro and Varian, supra note 25, p. 11.

度,这也为权利人实施劫持行为提供了基础。第二种观点认为,专利劫持的基础是沉没成本。^[28]虽然也有学者对此质疑,^[29]但从行为选择的角度来看,沉没成本对决策的影响不容忽视。^[30]

不论是上述哪一种观点,专利劫持都是权利人追求利益最大化的必然结果。这一行为本身并无不妥,各界对专利劫持的批判一般是基于其对创新的不利影响,^[31]或是对社会整体福利的降低。^[32]但这些对劫持问题的担忧无一不是建立在许可费堆叠的基础上,而导致许可费堆叠的原因是某一技术产品中出现了大量专利累积的现象,这种现象也被称为专利灌丛。^[33]实际上,专利灌丛现象本身并不会产生不利影响,只有灌丛中的大部分权利人都实施劫持行为时,才会产生许可费堆叠问题,^[34]换言之,许可费堆叠是由专利灌丛与专利劫持共同作用产生的。应当看到,许可费堆叠是由外部性引起的,每个权利人在提高各自组件的价格时,对其他权利人产生了外部性,从而导致收取的许可费高于有效的许可费。^[35]

2. 反向劫持行为

专利劫持与反向劫持是一组相对的概念,在未考虑反向劫持问题的情况下,对专利劫持问

[28] See e. g. , Farrell et al. , supra note 2, pp. 603-604; Norman Siebrasse and Thomas F. Cotter, "The Value of the Standard," *Minnesota Law Review*, Vol. 101, No. 3, 2017, p. 1170; Thomas F. Cotter, "Patent Holdup, Patent Remedies, and Antitrust Responses," *Journal of Corporation Law*, Vol. 34, No. 4, 2009, p. 117.

[29] See e. g. , Robert H. Frank and Ben Bernanke, *Principles of Microeconomics*, New York: McGraw-Hill, 2006, p. 10; N. Gregory Mankiw, *Principles of Microeconomics*, Ohio Mason; Thomson South-Western, 2004, p. 297.

[30] See Daniel Friedman, Kai Pommerenke, Rajan Lukose, Garrett Milam and Bernardo Huberman, "Searching for the Sunk Cost Fallacy," *Experimental Economics*, Vol. 10, No. 1, 2007, p. 79; Chandra Kanodia, Robert Bushman and John Dickhaut, "Escalation Errors and the Sunk Cost Effect: An Explanation Based on Reputation and Information Asymmetries," *Journal of Accounting Research*, Vol. 27, No. 1, 1989, p. 59; Lorne Carmichael and Bentley W. Macleod, "Caring About Sunk Costs: A Behavioral Solution to Holdup Problems With Small Stakes," *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 19, No. 1, 2003, p. 106.

[31] See e. g. , Alexander Galetovic and Stephen Haber, "The Fallacies of Patent Holdup Theory," *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 13, No. 1, 2017, p. 1; Carl Shapiro, "Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard Setting," in Adam B. Jaffe, Josh Lerner and Scott Stern (eds.), *Innovation Policy and the Economy*, Cambridge: MIT Press, 2001, pp. 120-121.

[32] Fiona Scott Morton and Carl Shapiro, "Patent Assertions: Are We Any Closer to Aligning Reward to Contribution?" in Josh Lerner and Scott Stern (eds.), *Innovation Policy and the Economy*, Chicago: University of Chicago Press, 2016, p. 124.

[33] See eBay Inc. v. MercExchange, L. L. C. , 126 S. Ct. 1837, 1842 (concurring, 2006).

[34] 许可费堆叠问题是由多个独立的专利劫持叠加产生的, see Galetovic and Haber, supra note 31.

[35] See Michele Boldrin and David K. Levine, "The Case Against Patents," *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 27, No. 1, 2013, p. 8.

题的讨论是不充分的,^[36]故同样有必要对反向劫持行为进行分析。虽然关于反向劫持的定义并未统一,但结合已有描述,^[37]我们可以将反向劫持总结为:实施方利用专利制度的规则和标准组织的许可政策拖延谈判,以获得更低许可费的行为。

与专利劫持行为相似,反向劫持本质上也是实施方利用权利人投入的成本进行劫持。在权利人自身不实施专利的情况下,许可费可能是其唯一的收入来源。在面对诉讼成本的压力时,权利人极有可能妥协并同意实施方支付更低的价格。^[38]反向劫持的动力源自法律救济的不足,简言之,若实施方不会因反向劫持而使自己变得更差,其将有动力进行反向劫持。

若从风险的角度来看,反向劫持本质上也可以看成是实施方的风险转移行为。当实施方进行预先付费时,权利人可以提前收回其为专利研发所投入的成本;而当实施方拖延付费时,权利人不仅无法收回研发投入,还需要替实施方承担其经营失败的风险,若实施方最终经营失败,权利人可能永远无法收回许可费。

从个案来看,反向劫持行为似乎并不会造成较大危害,但若从动态视角出发,当一个实施方因反向劫持行为而获利后,难免会有更多的实施方效仿。而当大部分实施方都进行反向劫持时,权利人的收益将无法得到保障,这无疑会影响产业的研发动力。正因如此,反向劫持的影响要比专利劫持更严重。^[39]有学者从专利纠纷与和解的角度入手,解释了权利人对纠纷解决速度的需求。^[40]这同样可以证明反向劫持对权利人产生的不利影响。

(二)司法解决对市场行为的干预

专利劫持与反向劫持都会对行业产生不利的影响,单个劫持行为的影响虽然有限,但当其产生群体效应时,则会导致严重的后果。面对劫持行为,法院通常可以采取两种干预措施:直接干预和间接干预。前者是通过确定费率的方式直接促成交易,而后者则借助禁令等手段推动双方谈判,以达成交易。在权利人议价能力较强并存在劫持风险的情况下,法院可以采取直接干预措施,以促进交易的顺利进行。然而,如果实施方在议价过程中占据上风,并可能出现反向劫持行为,法院则可以运用禁令救济等间接干预方式,以维护市场的公平交易秩序。

[36] See Colleen V. Chien, "Holding Up and Holding Out," *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, Vol. 21, No. 1, 2014, p. 1.

[37] See e. g., Thomas J. Miceli and Kathleen Segerson, "Land Assembly and the Holdout Problem Under Sequential Bargaining," *American Law and Economics Review*, Vol. 14, No. 2, 2012, p. 373; Flavio Menezes and Rohan Pitchford, "A Model of Seller Holdout," *Economic Theory*, Vol. 24, No. 2, 2004, p. 231.

[38] 反向劫持是典型的投机主义,在缺乏惩戒措施的情况下,此行为会使实施方受益。See Robert P. Merges and Jeffrey M. Kuhn, "An Estoppel Doctrine for Patented Standards," *California Law Review*, Vol. 97, No. 1, 2009, pp. 11-15.

[39] See Makan Delrahim, "Take It to the Limit: Respecting Innovation Incentives in the Application of Antitrust Law," p. 5, <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1010746/dl>, last visited on 22 December 2024.

[40] See Alberto Galasso and Mark Schankerman, "Patent Thickets, Courts, and the Market for Innovation," *RAND Journal of Economics*, Vol. 41, No. 3, 2010, p. 472.

在效率方面,从静态的视角看,直接干预在个案中显得最为高效,因为其直接解决了费率问题,并促成了个案中的许可交易。然而,从动态的角度看,这种干预方式却难以对专利许可的交易过程产生正向激励。尤其是当法院计算的许可费低于权利人通过市场交易达成的费率时,直接干预可能会对实施方产生逆向激励。具言之,如果实施方不会因侵权而受损,甚至还可能因侵权而获利时,其就存在侵权激励。因为侵权后最坏的结果就是支付许可费,且其侵权后支付的许可费或许还要低于市场谈判后应当支付的许可费;相反,若主动谈判,实施方可能需支付更高的许可费。因此,从动态博弈的角度来看,实施方有动力侵权。即使法院计算的许可费等于市场谈判时确定的费率,^[41]同样会产生逆向激励,只不过程度稍低。

鉴于直接干预的局限性,法院应寻求间接干预手段来激励双方谈判,其中禁令救济便是一个重要工具。禁令救济不仅能解决个案中的交易问题,还能起到威慑作用,促进其他实施方与权利人进行谈判。

在标准必要专利许可的语境下,权利人加入标准组织的行为意味着其愿意接受许可的约束,相比之下,由于侵权激励的存在,实施方的谈判意愿通常较低。禁令救济恰恰可以为实施方提供谈判激励,促使双方通过自行谈判,以合理的价格、在较短时间内达成一致,并预防未来潜在的侵权行为。

然而,关于禁令救济也存在一些争议。^[42]支持者认为禁令救济能准确反映专利价值,^[43]激励事前谈判,^[44]并有效阻止反向劫持行为。^[45]反对者则担忧禁令救济可能增加权利人的议价能力,进而加剧专利劫持的风险。^[46]这两种观点均有一定的法律与经济理据,故禁令救济的适用应视具体情况来个案判定。在某些情况下,出于公共利益、市场影响等因素的考量,应对禁令救济予以限制。因此,法院在实践中需灵活处理,综合运用直接干预和间接干预的

[41] 大部分法院在计算合理许可费时非常保守,故几乎不存在过高费率的可能。See Thomas F. Cotter, *Comparative Patent Remedies: A Legal and Economic Analysis*, New York: Oxford University Press, 2013, pp. 260-270.

[42] See e. g., Stephen Tromans, "Nuisance-Prevention or Payment?" *Cambridge Law Journal*, Vol. 41, No. 1, 1982, p. 87; Mark A. Lemley, "The Ongoing Confusion Over Ongoing Royalties," *Missouri Law Review*, Vol. 76, No. 3, 2011, p. 695; J. Gregory Sidak, "Ongoing Royalties for Patent Infringement," *Texas Intellectual Property Law Journal*, Vol. 24, No. 2, 2016, p. 161.

[43] See e. g., Christina Mulligan and Timothy B. Lee, "Scaling the Patent System," *NYU Annual Survey of American Law*, Vol. 68, No. 2, 2012, p. 289; Stewart E. Sterk, "Property Rules, Liability Rules, and Uncertainty about Property Rights," *Michigan Law Review*, Vol. 106, No. 7, 2008, p. 1304.

[44] See e. g., Robert P. Merges, "Of Property Rules, Coase, and Intellectual Property," *Columbia Law Review*, Vol. 94, No. 8, 1994, p. 2655; Paul J. Heald, "Optimal Remedies for Patent Infringement: A Transactional Model," *Houston Law Review*, Vol. 45, No. 4, 2008, p. 1175.

[45] 反向劫持对实施方的激励在于拖延谈判或索要低价,其通常发生在救济不足的情况下,而禁令救济可以通过增加成本的方式威慑反向劫持者。

[46] See e. g., Mark A. Lemley and Carl Shapiro, "Patent Holdup and Royalty Stacking," *Texas Law Review*, Vol. 85, No. 7, 2007, p. 1991; Carl Shapiro, "Injunctions, Hold-up and Patent Royalties," *American Law and Economics Review*, Vol. 12, No. 2, 2010, p. 280.

方式。当禁令救济无法适用时,法院就需依赖于金钱救济,通过确定合理的许可费率来解决争议。

基于前述分析,我们不难发现市场行为与司法解决之间存在着紧密的交互性。当实施方倾向于采取反向劫持策略时,法院会选择运用禁令救济作为间接干预手段。反之,当专利劫持问题更加严重时,法院则更倾向于采取直接干预的方式。而法院的干预行为会进一步影响当事双方的议价能力,使得双方不断调整各自的行为策略,进而形成一个动态博弈的过程。因此,在选择干预方式时也应当采用动态视角进行分析。

在当前情况下,直接干预虽然能够迅速解决纠纷,但其局限性亦不容忽视。费率的合理性直接关系到双方当事人的利益,若法院无法准确评估费率,很可能导致逆向激励,进而损害市场的公平竞争和创新动力。相比之下,间接干预能够更有效地激励双方进行谈判,促成公平合理的许可协议达成,同时避免直接定价可能带来的市场扭曲。因此,在司法实践中,应采用间接干预优先、直接干预辅助的原则。接下来,本文将先分析间接干预的条件和方式,探讨其不同情境下的适用性和效果;继而再对直接干预的问题进行阐述,以便为标准必要专利许可纠纷的解决提供更为全面的视角。

四、最优解:市场机制的作用发挥

在采用间接干预前,我们首先需要观测在理论上是否存在间接干预的空间或可能性,以此为基础,则可以进一步分析法院如何进行间接干预,以达到促进市场交易的目的。为了方便讨论,我们可以将当事人双方的交易过程和行为选择描绘为博弈模式,具体如下图(图2)所示:

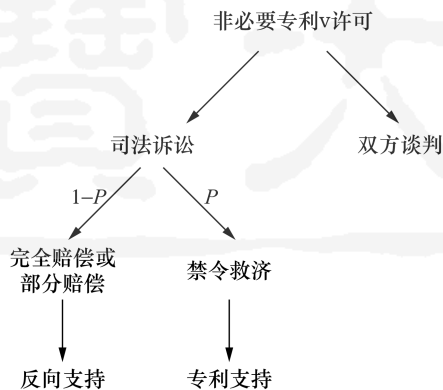


图2 专利谈判过程博弈图

在进行交易时,双方可以选择谈判或者诉讼。若有一方选择诉讼,则会面临两种结果:第一,法院采用金钱救济的方式,完全赔偿权利人的损失或者部分赔偿权利人的损失,长期采用这种救济方式容易激励反向劫持;第二,法院采用禁令救济的方式,但若长期给予禁令救济又会激励专利劫持。假设 P 是法院给予禁令救济的概率,那么, $1-P$ 则是指法院给予金钱赔偿

的概率。^[47] 假设在获得禁令救济时,权利人的收益是 $\pi(I)$,实施方的收益是 $\pi'(I)$,在获得金钱赔偿时,权利人的收益是 $\pi(M)$,实施方的收益是 $\pi'(M)$,相应的,假设在议价谈判中,权利人的收益是 $\pi(N)$,实施方的收益是 $\pi'(N)$ 。我们可以发现,当其中一方选择司法诉讼时,权利人的收益是 $P \times \pi(I) + (1-P) \times \pi(M)$,实施方的收益是 $P \times \pi'(I) + (1-P) \times \pi'(M)$ 。接下来,我们将权利人在司法诉讼中的收益记作为 $EV(C)$,在选择谈判时的收益记作 $EV(N)$,将实施人在司法诉讼中的收益记作为 $EV'(C)$,在选择谈判时的收益记作 $EV'(N)$ 。现在,我们可以得到下列等式:

$$EV(C) = P \times \pi(I) + (1-P) \times \pi(M) \quad (1)$$

$$EV(N) = \pi(N) \quad (2)$$

$$EV'(C) = P \times \pi'(I) + (1-P) \times \pi'(M) \quad (3)$$

$$EV'(N) = \pi'(N) \quad (4)$$

如果 $EV(C)$ 大于 $EV(N)$,即权利人在法院获得的收益高于其在谈判中获得的收益,那么权利人会选择诉讼,通过计算等式(1)和(2),我们可以得到在 $EV(C)$ 大于 $EV(N)$ 时, P 大于 $\frac{[\pi(N) - \pi(M)]}{[\pi(I) - \pi(M)]}$ 。^[48] 也就是说,当法院给予禁令救济的概率高于 $\frac{[\pi(N) - \pi(M)]}{[\pi(I) - \pi(M)]}$ 时,权利人会选择诉讼,而不是谈判。

同样,如果 $EV'(C)$ 大于 $EV'(N)$,即实施方在诉讼中获得的收益高于其谈判获得的收益,实施方则会选择诉讼,通过计算等式(3)和(4),我们可以得到在 $EV'(C)$ 大于 $EV'(N)$ 时, P 小于 $\frac{[\pi'(N) - \pi'(M)]}{[\pi'(I) - \pi'(M)]}$ 。^[49] 换言之,当法院给予禁令救济的概率低于 $\frac{[\pi'(N) - \pi'(M)]}{[\pi'(I) - \pi'(M)]}$ 时,实施方会选择诉讼,而不是谈判。

基于上述计算,我们可以得到以下三种情况:

其一,如果 $\frac{[\pi(N) - \pi(M)]}{[\pi(I) - \pi(M)]}$ 小于 $\frac{[\pi'(N) - \pi'(M)]}{[\pi'(I) - \pi'(M)]}$,那么无论 P 值的大小,至少有一方会选择诉讼,即在这种情况下,法院给予禁令救济的概率不论大小,都会导致至少一方提起诉讼。

其二,如果 $\frac{[\pi(N) - \pi(M)]}{[\pi(I) - \pi(M)]}$ 大于 $\frac{[\pi'(N) - \pi'(M)]}{[\pi'(I) - \pi'(M)]}$,那么我们可以得到一个区间,如果 P 值在该区间内,双方是有动力谈判的,在该区间外,则至少一方会丧失谈判动力。

[47] 为了方便讨论,图 2 中的博弈模型假设法院在选择完全赔偿或部分赔偿后就不会再给予惩罚性赔偿或禁令救济。但法院在实践中可能在金钱赔偿后给予禁令救济,以预防未来的侵权行为。对此,我们可以将模型稍加改动,将“司法诉讼”的选择变为“没有禁令救济”和“有禁令救济”两种情况,而这两种情况分别可能导致反向劫持与专利劫持,其与图 2 中模型结果相似。

[48] 这一结果的前提是基于 $\pi(I) > \pi(N) > \pi(M)$ 的假设。笔者认为,鉴于禁令救济会增加权利人的议价能力,权利人获得禁令救济的收益通常要高于权利人自己谈判获得的收益,并高于法院直接判定金钱救济的收益。

[49] 同样,这一结果的前提是 $\pi'(I) < \pi'(N) < \pi'(M)$,与权利人的效用相反,实施方在禁令救济时的收益要低于其谈判所得,并低于法院司法定价时的收益。

其三,如果 $\frac{[\pi(N)-\pi(M)]}{[\pi(I)-\pi(M)]}$ 等于 $\frac{[\pi'(N)-\pi'(M)]}{[\pi'(I)-\pi'(M)]}$,若 P 值正好与之相等,则双方选择诉讼或谈判的收益是一样的,但若不与之相等,那么至少会有一方丧失谈判动力。

显然,若法院希望权利人与实施方都有动力谈判,其唯一能做的就是让 $\frac{[\pi(N)-\pi(M)]}{[\pi(I)-\pi(M)]}$ 大于 $\frac{[\pi'(N)-\pi'(M)]}{[\pi'(I)-\pi'(M)]}$,并将颁发禁令救济的概率控制在两值之间。否则,双方至少会有一方回避谈判。

不难看出,法院很难通过司法定价控制权利人和实施方通过谈判获得的收益(即 $\pi(N)$ 与 $\pi'(N)$ 的数值),也无法控制双方在禁令救济时的收益(即 $\pi(I)$ 与 $\pi'(I)$ 的数值),其唯一能掌握的就是双方在获得金钱救济时的收益(即 $\pi(M)$ 与 $\pi'(M)$ 的数值,也是法院确定的许可费率或损害赔偿的数额)。因此,法院存在通过间接干预促成谈判的空间,但这种干预的空间较少。一方面,由于其他几种因素难以掌握,只控制 $\pi(M)$ 与 $\pi'(M)$ 的数值很难完全控制 $\frac{[\pi(N)-\pi(M)]}{[\pi(I)-\pi(M)]}$ 与 $\frac{[\pi'(N)-\pi'(M)]}{[\pi'(I)-\pi'(M)]}$ 的大小;另一方面,金钱救济的数额与证据规则、计算方法等因素相关,法院无法完全自由地确定价格。

然而,除了上述方式外,法院还可以通过让权利人与实施方无法判断给予禁令救济的概率 P ,达到促进谈判的效果,即将 P 由可预见的概率,变为不可预见的不确定性,若双方都无法准确预见未来,则双方都不会愿意承担不确定性带来的风险。相比控制 $\pi(M)$ 与 $\pi'(M)$ 的数值,模糊禁令救济概率的做法似乎更具可操作性,因为给予禁令救济具体方式的选择可以创造不确定性,从而为激励谈判创造空间。但这种空间同样可能存在限制,由于给予禁令救济存在前提条件,^[50]而这些条件会阻碍法院在某些情况下给予权利人禁令救济,^[51]最终导致法院不得不使用金钱救济来直接干预市场交易。

[50] 在华为诉中兴案中,欧盟法院提出了五步检验法,以确定标准必要专利权人是否能获得禁令救济。See Case No. C-170/13, Huawei Technologies Co. Ltd. v. ZTE Corp., Court of Justice of the European Union, 2015. 美国法院 eBay 案件中提出了四要素分析法。See eBay Inc. v. MercExchange, L. L. C., 547 U. S. 388 (2006). 美国法院在判定是否给予禁令救济时通常适用 eBay 案件中提出的四要素分析法,如 Realtek Semiconductor 案。See Realtek Semiconductor Corp. v. LSI Corp. (N. D. Cal. 2014) (U. S.).

[51] 例如,在苹果诉摩托罗拉案中,联邦法院认为:由于标准必要专利权人做出过 FRAND 承诺,该承诺让其很难证明其遭受了不可弥补的损失。See Apple Inc. v. Motorola, Inc., 757 F.3d 1286, 1332 (Fed. Cir. 2014). 有学者也讨论过标准必要专利权人做出的 FRAND 承诺本身可能与禁令救济的冲突问题。See J. Gregory Sidak, "The Meaning of FRAND, Part II: Injunctions," *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 11, No. 1, 2015, p. 201. 我国法院也指出过标准必要专利权人获得禁令救济的困难。参见华为公司与美国 IDC 公司滥用市场地位垄断纠纷案,广东省高级人民法院(2013)粤高法民三终字第 306 号民事判决书。

五、次优解：司法定价的分析要素

鉴于禁令救济的颁发存在种种限制与挑战,直接干预在当前的司法实践中仍然占据主导地位。然而,其中的难点是费率计算,由于涉及众多计算方法和参考因素,难以在一篇文章中详尽探讨,故本文将聚焦于三个核心问题。首先,本文将讨论标准化对费率的影响,加入标准意味着市场的扩大,而其是否会影响费率,既是法院需要面临的首要问题,也是本文期望攻克的一个难题。其次,本文将分析事前谈判与事后谈判之间的差异,并探讨这两种谈判方式对定价模型选择的影响。通过对比不同谈判方式的优劣势,可以为定价模型的选择提供更为明晰的指引。最后,本文将分析统一定价与差异性定价的优劣。从总福利的角度出发,本文将评估这两种定价模式对福利的影响,进而探讨全球费率设置的合理性。通过对这些问题的探究,本文期望能够为法院定价提供更全面的视角与参考。

(一) 标准化对费率的影响

标准化对许可费率的影响是法院需要思考的首要问题。回答此问题应该从权利人选择成为标准必要专利的动机入手。权利人在尝试建立标准时都面临选择开放抑或排他的问题,选择开放则意味着加入标准组织,选择排他本质上是建立自己的标准。权利人选择开放的好处是有更高概率进入标准,进而可以获得更多市场,但竞争会较为激烈。而自己建立标准的好处是一旦成功就不会有太多竞争,但相对的,其花费的成本较高,成功建立标准的概率较低。

权利人想要进入或建立标准的动机一定是因为标准化能够给权利人带来好处,标准化能够赋予权利人参与建立市场规则的能力,一旦权利人将其专利纳入标准之中,就意味着其有可能获得更大的市场份额。然而,利益的归属也需要依靠竞争获取。与非标准必要专利不同,标准必要专利之间存在两轮竞争。

第一轮竞争是专利加入标准时的竞争。能够实现同一功能的专利可能有很多,标准组织要对这些专利实施筛选,将其中一部分纳入标准。不难发现,当部分权利人聚集并制定标准时,其余权利人只有四个选择:①加入标准;②与剩余权利人一起制定其他标准;③自己单独制定标准;④不加入标准也不制定标准;其中,①和②都是进入标准组织,而③和④都是不进入标准组织,故可以将上述情况简化为进入或不进入标准。不难想象,如果产业内的其他成员制定了标准,大部分实施方一定会选择接受标准,在这种情况下,未纳入标准的专利意味着无法获得许可费或利润空间被压缩。虽然权利人也存在仅自己使用的可能性,但这也意味着权利人的产品要与其他标准竞争,除非权利人有较强的竞争力,否则其大概率会以失败告终。因此,当产业内建立一个新标准后,权利人无论是否出于自愿,其大概率会选择进入标准,否则将面临来自标准的竞争。如果权利人能够成功加入标准,意味着其有获得许可费的可能性,反之,则意味着权利人几乎无法从许可中获利。

如果权利人能够顺利加入标准,其将面临第二轮竞争,即标准内的竞争。同一标准中并不只有一个或一簇标准必要专利,大部分情况下,一个标准中可能同时存在数个必要专利,而这些专利之间也需要通过竞争来获利。标准必要专利的竞争是一个动态的过程,随着技术的革

新,标准必要专利也会面临新的竞争者加入,当新的竞争者出现时,现有标准必要专利权人又将再一次面临上述的竞争过程。

基于此,标准必要专利对价格的影响并不能简单地理解为用低价换取更多的市场份额,其与非标准必要专利一样是依靠竞争获利的。非标准必要专利是通过市场竞争的方式获利,^[52]而标准必要专利是通过竞争加入标准,并在标准内再次竞争才能获利。以往的研究多专注于成为标准必要专利后的优势地位,^[53]却忽略了成为标准必要专利之前的竞争问题,以及在成为标准必要专利后仍然可能面临的竞争问题。因此,从这一点来看,加入标准并不必然导致专利价格的降低。

理论上,影响标准必要专利定价的因素与影响非标准必要专利价格的因素应该相同,其都应基于需求与替代性等因素,而与专利是否加入标准无关。因此,标准必要专利权人应该享有自主定价权,并不能因其加入标准就迫使其降低许可费率。

(二)事前谈判与事后谈判

在理清标准化与费率之间的关系后,接下来则是对具体定价模型的选择。定价模型的选择与当事人的市场交易行为息息相关,其应建立在市场谈判的基础之上,并严格遵循谈判的规律。这样做不仅可以确保定价的公正性和合理性,还能有效避免由于司法干预而引发的市场失灵问题。事前谈判与事后谈判是专利许可谈判中的两大基本类型,两者在定价机制上呈现出显著的差异。这种差异主要源于三个因素:信息、议价能力与交易成本。

首先,事前谈判与事后谈判的核心区别在于信息的完备性。事前谈判往往伴随着较高的信息不确定性。理论上讲,任何在专利技术在实施前的谈判均属于事前谈判,其中首次谈判的不确定性尤为突出。在事前谈判中,权利人与实施方在预估未来许可费时,通常只能依赖有限的数据进行推测,这种推测过程本身就带有不确定性。实施方在事前难以准确判断专利技术对产品的实际贡献是否与价格相符,也无法完全确定专利的有效性,以及产品是否落入专利保护范围。这种不确定性反映了事前谈判中信息的不对称性,其直接影响双方的交易价格。^[54]

为了减轻信息不对称带来的不利影响,实施方在事前谈判中常采取压低价格的策略。^[55]尽管权利人存在利益最大化的动机,但在首次谈判时,由于同样面临不确定性,其可能会接受

[52] 在这一点上,非标准必要专利的获利过程与 WinTel 事实标准下确立的标准必要专利获利方式相似,WinTel 事实标准是指市场实施过程中因实施方广泛接受而逐步建立的标准。参见张平、赵启杉:《冲突与共赢:技术标准中的私权保护》,北京大学出版社 2011 年版,第 2 页。

[53] See e. g., Lemley and Shapiro, *supra* note 46; Josh Lerner and Jean Tirole, “Standard-Essential Patents,” *Journal of Political Economy*, Vol. 123, No. 3, 2015, p. 547; Farrell et al., *supra* note 2, p. 603.

[54] 在这种情况下,权利人也未必会更加了解其专利的质量,换言之,权利人对专利技术质量的预估可能同样具有不确定性。

[55] See George A. Akerlof, “The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism,” *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3, 1970, p. 489.

价格折扣。但随着重复交易次数的增加,双方会基于前一阶段的实施效果调整费率,此时的谈判实质上已考虑了事后信息。相对而言,事后谈判建立在专利已经实施的基础上,因此,其在信息上具有更高的确定性。双方能更准确地评估专利技术的价值,从而确定更贴近专利实际贡献的价格。

其次,议价能力在事前谈判与事后谈判中呈现动态变化。^[56] 事前谈判更多关注于专利技术的价值与可替代性;而在事后谈判中,实施方还需考虑沉没成本的影响。议价能力体现在双方对利润的分割上,估值差异决定了议价范围和可分配利润的大小。博弈论中的威胁点(threat points)是事前谈判对议价能力最直接的体现,威胁点是指一方在未能成功交易后得到的效用,威胁点也可以理解为机会成本,^[57] 只有交易成功后的收益高于双方各自的威胁点,双方才会达成交易。

本文所关注正是不同选择之间的效用差异。假设权利人对其专利技术许可的估值是 60 万元,实施方有 100 万元并且需要权利人的技术或其他类似的技术,实施方对权利人许可的估值是 70 万元。如果交易未达成,权利人得到的是其专利技术,实施方得到的是 100 万元,因此,权利人的威胁值(threat value)是 60 万元,而实施方的威胁值是 100 万元。如果双方交易达成,额外利益是 10 万元(70 万元与 60 万元之差),这部分额外利益也是双方达成交易后社会福利的增加部分,双方的议价可以看成是对额外利益的分割。假设,权利人与实施方的议价能力相当,双方可能会选择平分 10 万元的利益,即将价格定为 65 万元。在交易达成后,权利人获得的效用是 65 万元。实施方的效用是 105 万元。此时,权利人的议价能力是实施方拒绝权利人的成本,即 5 万元,同理,权利人的议价能力也是 5 万元。

在分配过程中,估值的差异性决定了议价范围,也是可分配利润的大小。在上述例子中,权利人之所以有 60 万的估值,可能是因为有其他实施方的出价为 60 万元。实施方估值 70 万元也一定受到了专利可替代性的影响,如果可以完美替代该专利技术的替代品价值 50 万元,那么实施方对该专利的估值也会降低,相反,如果该技术无法被替代,实施方的估值可能会更高。因此,议价能力会随着交易方对谈判关系的依赖程度的增加而增加。^[58] 双方对谈判关系的依赖程度一方面受到了其他产品或技术的影响,另一方面也受到了专利技术本身价值的影响。事后谈判中,由于实施方对专利价值有更准确的了解,并且面临更高的拒绝成本,权利人的议价能力会相对提升。^[59]

最后,事前谈判与事后谈判对交易成本的影响主要体现在成本的转移上。交易成本通常

[56] 议价是一个谈判过程,议价能力是影响谈判过程的因素。See Bevars Dupre Mabry, "The Pure Theory of Bargaining," *Industrial & Labor Relations Review*, Vol. 18, No. 4, 1965, p. 479.

[57] 如果成功议价的话,双方需要放弃各自的威胁点(利益)。

[58] See Samuel B. Bacharach and Edward J. Lawler, *Bargaining: Power, Tactics, and Outcomes*, San Francisco: Jossey-Bass, 1981, pp. 59-79.

[59] 在模型中,我们通常用价格表现议价能力,但在现实中,议价能力还包含非价格因素。See Albert Choi and George Triantis, "The Effect of Bargaining Power on Contract Design," *Virginia Law Review*, Vol. 98, No. 8, 2012, p. 1667.

包括搜寻成本、谈判成本与执行成本。^[60] 事前谈判中, 搜寻成本主要由实施方承担; 而事后谈判中, 这一成本则由权利人承担。谈判成本和执行成本在两种谈判中相对稳定, 但事后谈判可能面临诉讼问题, 从而增加权利人的执行成本。总体而言, 权利人倾向于事前谈判以减少搜寻成本, 而实施方则倾向于事后谈判以转移成本, 并获取更准确的专利价值评估。

在探讨定价问题时, 我们需明确事前谈判与事后谈判各自的利弊。事前谈判有助于实施方提升议价能力, 但也伴随着更高的搜寻成本以及支付更多费用的潜在风险。相比之下, 事后谈判允许实施方将搜寻成本转移至权利人, 并能提供更准确的专利估值, 但却削弱了实施方的议价能力。对于权利人而言, 事前谈判的吸引力在于能够提前收取许可费并降低搜寻成本。然而, 由于事前谈判中议价能力的不确定性以及对专利价值预估的偏差, 权利人可能面临许可费偏低的风险。而事后谈判虽然提供了更精确的估值, 但权利人可能需承担更高的搜寻成本与执行成本。

因此, 法院在选择定价方式时, 必须全面考量各种因素。从静态视角看, 事前与事后谈判各有其合理性。然而, 从动态视角分析, 事前定价方式展现出更为显著的优势。事后定价可能因与事前谈判确定的费率存在偏差, 从而引发不当激励问题。若事后价格高于事前价格, 权利人可能倾向于采取事后诉讼; 反之, 若事后价格偏低, 实施方则可能拖延付费。这两种情况均会加重法院的审理负担, 进而增加司法成本。为避免此类逆向激励问题, 法院在审理过程中采取事前定价方式确定价格将更为妥当, 这种方式不仅有助于减少不确定性, 还能确保定价的公平性和效率。

(三) 统一定价与差异性定价

统一定价和差异性定价的选择也是价格问题的核心议题之一。随着英国法院在无线星球诉华为一案中首次裁定了全球费率,^[61] 我国法院在 OPPO 诉诺基亚案中也做出了关于全球费率的判决,^[62] 各界对标准必要专利全球费率问题的讨论愈来愈激烈。全球费率本质上是统一定价策略, 即权利人对所有实施方采用同一收费标准。这一做法表面上似乎与 FRAND 原则相吻合, 但事实却并非如此。

统一定价的显著优势在于降低了计算成本, 免除了法院在每次裁决中重复计算许可费率的繁琐过程, 但这一策略面临着多方面的挑战。首先, 由于司法主权的原因, 统一定价可能难以在全球范围内得到认可。域外法院可能不采纳我国法院所设定的统一定价, 这在一定程度上削弱了统一定价的普遍适用性。同时, 即便在国内, 各省市基层法院之间也可能存在对统一定价的非统一认识, 这进一步增加了实施难度。其次, 标准必要专利的费率并非一成不变。随着技术的不断更新与迭代, 原有专利技术的价值可能会发生变化, 这意味着统一定价可能无法

[60] See Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economics*, Boston: Pearson, 2012, p. 88.

[61] See *Unwired Planet v. Huawei*, supra note 8.

[62] 参见重庆市第一中级人民法院(2021)渝民初 1232 号民事判决书。

长期适用。技术的动态性要求定价机制具备一定的灵活性和可调整性。更为重要的是,统一定价策略未必能实现社会整体福利的最大化。若法院所设定的价格与当事人在完全竞争市场条件下自主协商的价格存在偏差,就可能导致无谓损失,即市场剩余未能得到有效分配,从而影响社会整体福利。

相较于统一定价,差异性定价策略似乎能够避免前两种问题,并更能满足福利最大化的需求。差异性定价的根源是权利人对效用最大化的追求。当实施方存在异质性时,每个实施方对专利许可的支付意愿都有所不同,权利人便有可能通过差异化定价策略来实现效用最大化。

理论上,差异性定价策略无疑具有更高的效率。该策略能有效降低无谓损失,进而增加实现帕累托最优的可能性,并最大化社会总福利。然而,在企业实施差异性定价时,存在一个显著的弊端,即收益分配的不均衡性。换言之,从分配的角度来看,一级价格歧视虽然能够最大化总福利,但其改变了分配格局,将原本属于实施方的剩余转移到了权利人手中。尽管权利人由于难以精确地掌握每个实施方的价格意愿信息,一级价格歧视几乎无法实现,但其仍可采用近似的方法来获取部分实施方的剩余。三级价格歧视与一级价格歧视在原理上有相似之处,而二级价格歧视则显得更为“温和”。二级价格歧视保留了一部分消费者剩余,即便如此,其仍然可能导致收益分配不均的问题。^[63] 此时,法院的干预就能够起到重要作用。

在司法裁判过程中,法院有能力平衡权利人和实施方之间的利益,从而防止权利人过度剥夺实施方的应得收益。这种平衡不仅有助于实现更公平的分配格局,也是维护市场秩序和社会公正的重要手段。因此,在司法干预时,差异性定价一定优于统一定价。

六、结 论

在标准必要专利领域,许可纠纷是一个亟待解决的问题。为了有效应对这一问题,我们不能仅从静态的、孤立的个案角度出发,而应秉持动态的视角,立足于整体市场环境,探究司法行为与市场行为之间的内在联系。我们应当将司法行为视为对市场行为的一种矫正与引导,并通过市场行为的反馈来检验司法行为的合理性。本文正是运用行为经济学的研究方法,尝试为标准必要专利许可纠纷提供可行的解决方案。

在解决当前司法中存在的许可市场失灵问题时,法院可以采取直接和间接两种干预方式。鉴于直接干预可能带来的种种弊端,本文倡导法院优先采用间接干预,并以直接干预为辅助手段。在决定是否应给予禁令救济时,法院可以通过调整给予禁令救济的概率,以激发双方重新回归谈判的动力。当禁令救济不可行时,法院可以进行直接干预,此时应遵循个案分

[63] 参见贝拉弗雷姆等,见前注[26],第 169—171 页。

析的原则,同时在定价环节要尽量模拟和还原真实的市场谈判环境,以确保裁决的公正性和合理性。

Abstract: Technical standardization plays a crucial role in driving industrial upgrading and enhancing market competitiveness, making it a key driver of national economic development. As industries increasingly rely on technical standards, the rapid growth of standard essential patents (SEPs), a critical outcome of technological innovation, has accelerated industrial development and the widespread application of technologies. However, this rapid growth has also stimulated complex challenges, particularly regarding pricing in licensing negotiations, which has become a central point of disputes and led to transaction deadlocks. Within the current judicial framework, this issue is difficult to be resolved effectively, resulting in market failures and market efficiency reduction. The key to addressing this challenge lies in determining reasonable licensing rates. However, rate determination is not merely a matter of price calculation. It more involves a dynamic relationship between market behavior and judicial intervention. Therefore, reasonable licensing rates require not only precise case-by-case evaluations but also a macro-level consideration of the interplay between market dynamics and judicial decisions. Adopting this dynamic analytical approach could enable more accurate rate determinations, thus effectively addresses those challenges in SEP licensing transactions.

Key Words: Market Failure; Dynamic Analysis; Judicial Intervention; Hold-up

(责任编辑:杨 明)