

标准必要专利许可费确认 与事后之明偏见

反思华为诉 IDC 案

李 剑*

摘 要 在确定标准必要专利许可费这一难题上,现有的主要方法都有其局限性。相较而言,通过可比较交易来确定许可费由于具有体现市场行为的基本理念、简化判断过程和提高结果被接受程度的优势而在实务中被广泛采用。但是,通过可比较交易来判断许可费的过程中容易被忽视的一个问题在于,专利费确认的过程也是法官的认知过程,由于法官的裁判总是处于纠纷发生以后,因此会受到事后之明偏见的影响而不利于判决的公正性和合理性。在华为诉 IDC 案中,法院从事后判断苹果公司智能手机的成功是必然发生的事件,忽略了许可协议签订时的市场风险,典型地体现了这一认知偏差。尽管不能完全消除事后之明偏见,但从现有的理论研究成果出发,通过判决书的充分说理以及对被告抗辩理由的全面回应,可以在很大程度上降低事后之明偏见的不利影响。

关键词 标准必要专利 许可费确认 华为诉 IDC 案 可比较交易 事后之明偏见

中国华为技术有限公司(简称“华为公司”)诉美国交互数字公司(简称“IDC 公司”)^{〔1〕}是

* 上海交通大学凯原法学院教授。本论文为上海交通大学文理交叉重点项目“标准必要专利的反垄断法规制研究”、上海市“曙光计划”的阶段性成果。

〔1〕 本案被告有交互数字技术公司(Inter Digital Technology Corporation)、交互数字通信有限公司(Inter Digital Communication, Inc.)、交互数字公司(Inter Digital, Inc.)和 IPR 许可公司(IPR Licensing, Inc.),它们均为交互数字公司(Inter Digital Corporation, 简称 IDC)的全资子公司,对外统称交互数字集团(Inter Digital Group),本案的法院判决将被告统一简称为交互数字公司(IDC)。

我国法院审理并作出终审判决的第一个涉及标准必要专利的反垄断诉讼案件,〔2〕法官在判决书中较为详细地阐述了许可费确认的原则与方法,具有非常强的指导意义。〔3〕

在该案中,法院最终确定的0.019%的许可费率是根据IDC公司和苹果公司类似交易的比较而得出。〔4〕IDC公司与苹果公司的专利许可交易发生于2007年,而华为公司与IDC公司的争议发生在2011年12月,法院的一审判决于2013年2月作出。这一时间序列上的变化,会导致在不同的时间点上对市场风险的理解发生偏差。简单来说,在2007年IDC公司和苹果公司达成标准必要专利许可协议的时候,时值苹果公司首次推出智能手机这一颠覆性的产品。而在新产品刚推向市场时,往往都面临巨大的不确定性,成功如苹果公司同样如此。苹果公司在2007年之前有不少失败的商业案例,例如Macintosh Portable笔记本(1989年)、牛顿(Newton)掌上电脑(1993年)、Pippin游戏主机(1996年)、小型个人电脑Mac G4 Cube(2000年)、音乐手机ROKR(2005年)等。尽管事后看这些产品在商业上都失败了,但部分产品在当时的技术环境下却具有革命性意义,并在推向市场之初被寄予厚望。例如,牛顿掌上电脑是一个具有前瞻性的项目,它不光包含一种操作系统,同时还是全球第一台个人数字助理设备(personal digital assistant, PDA)。事实上,PDA的得名就来自于曾担任苹果首席执行官的约翰·斯库利(John Sculley)。虽然iPad使用的是另一种操作系统,但牛顿掌上电脑从根本上来说是iPad的前身。

而在4年之后的2011年,法院在进行华为诉IDC案审理时,苹果公司的iPhone产品已经获得了巨大的市场成功,并在很大程度上产生其成功实属必然的感觉。而对IDC公司与苹果公司之间交易风险的理解,则影响到了IDC公司和华为公司之间的争议性质的判断。〔5〕在

〔2〕 (2011)深中法知民初字第857号和(2011)深中法知民初字第858号;(2013)粤高法民三终字第305号和(2013)粤高法民三终字第306号。该案的大致情况是:华为公司和美国交互数字公司(Inter Digital,以下简称“美国IDC公司”)同为欧洲电信标准化组织的成员。IDC在无线通信技术领域拥有2G、3G、4G以及IEEE802标准下的大量标准必要专利。华为公司承认美国IDC公司这些必要专利已经被纳入中国无线通信标准,而且自己的产品必须符合这些标准。美国IDC公司多次给华为公司发送书面授权要约,但双方因为许可费的差距较大而一直没有达成最终的许可协议。2011年12月6日,华为公司向广东省深圳市中级人民法院提出两起诉讼,一起请求法院判令停止IDC滥用市场支配地位行为,并请求损害赔偿;另一起请求法院按照公平原则判定IDC的专利许可费。一审判决之后,IDC公司向广东省高级人民法院提起上诉。2013年10月21日,广东省高院驳回上诉,维持了原判。

〔3〕 华为诉IDC的反垄断诉讼中同时包含了超高定价、搭售、歧视等多个反垄断法诉求。但核心无疑是许可费的确认。

〔4〕 0.019%的许可费率大概为IDC公司所请求的许可费的百分之一。

〔5〕 实际上,该案在判断许可费率的时候还存在其他方面的问题。例如,有学者认为,为了确定FRAND标准必要专利许可使用费,“华为案”一审和二审判决虽然在进行一般分析时考虑了“比例原则”,但并没有将“比例原则”应用于案件的具体解决。具体表现在两个方面:一是“华为案”一审、二审判决并没有考察在WCDMA、CDMA2000、TD-SCDMA等标准内究竟分别存在多少标准必要专利,其中又有多少属于中国标准必要专利,在这些标准必要专利中,究竟多少属于美国IDC公司所有,美国IDC公司的中国标准必要专利中又涉及哪些具体标准;二是“华为案”一审、二审判决没有考察美国IDC公司的中国标准必要专利对于相关具体标准的贡献、华为究竟有哪些产品使用了美国IDC公司的这些中国标准必要专利、美国IDC公司的这些标准必要专利究竟对华为的产品做出了什么样的贡献。(参见李扬、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871页。)

华为诉 IDC 案中,法院通过选择可比较的交易所形成的许可费基准,来推导争议交易所应当确定的许可费在方法上本身具有合理性。但被忽略的问题在于,法官通过比较来判断许可费的过程同时也是一个认知的过程,是一个对商业行为从“事后”来进行理解的过程,法官的认知偏差会对判决结果产生负面的影响。对此,需要通过科学的方法尽可能减少认知偏差的不利影响,进而能够更为准确、合理地得出许可费率。

一、确认标准必要专利许可费的方法与可比较交易法的优势

理想状态下,不管是标准必要专利还是普通专利,如果许可方和被许可方在平等、自愿的基础上进行协商所达成的许可条件,包括许可费,就是“合理的”许可费。但现实中因为标准产生的锁定(locked-in)等因素的影响,专利许可无法达成一致。对此,基于不同的关注点,理论上发展了多种直接评估工具。如,现金流折现法、盈利能力资本化法、蒙特卡洛模拟法、投资回报率法、25%规则等。^{〔6〕}此外,还有仲裁模式等方法,希望通过对标准制定组织的“改造”寻求解决方案。^{〔7〕}这些方案虽然提供了不同的解决渠道,但往往局限比较明显。例如,仲裁模式需要标准制定组织配合,而标准组织为了标准的快速达成,通常回避建立纠纷解决机制;同时,对于当前缺少该方式的争议仍然无法解决。而实务中,以 Georgia-Pacific 案为代表所发展出的判断准则,^{〔8〕}在很大程度上也只提供了原则性的指引。可以说,当前并没有最优方法,而只有折中的产物。相比较而言,以平等、自愿为基础达成的交易作为比较对象,并在此基础上考虑一定的商业因素被广为接受——尽管在不同的案件中有不同的变化。其优点主要在于通过与双方自由协商达成合同的比较,可以确立一个基本的许可费率基础,大大减少确定许可费时的困难和随意。在华为诉 IDC 一案中,法院正是采用可比较交易的方法。

(一)标准必要专利许可费确认的基本方法

作为标准必要专利许可的核心,专利许可费的确定体现了标准必要专利问题的复杂性。尽管目前在理论上已经发展出不少方法,但由于各种限制因素,真正能够为法院解决纷争所评判、采用的并不多。总结起来,司法实践中主要涉及三种方式来判断在 FRAND 原则下标准必

〔6〕 秦天雄:“标准必要专利许可费率问题研究”,《电子知识产权》2015年第3期,第84页。这些方法主要针对的还是确定非标准必要专利许可费率,未考虑到20世纪后期兴起的标准必要专利许可问题。不过,有学者认为,对于确定合理的许可费没有必要考虑标准必要专利和非标准必要专利,尽管在标准必要专利下可能存在机会主义的问题。参见 Jorge L. Contreras and Richard J. Gilbert, “A Unified Framework for RAND and Other Reasonable Royalties”, 30 *Berkeley Technology Law Journal*, 1454 (2015).

〔7〕 Mark A. Lemley & Carl Shapiro, “A Simple Approach to Setting Reasonable Royalties for Standard-Essential Patents”, 28 *Berkeley Technology Law Journal*, 1146 (2013).

〔8〕 Georgia-Pacific Corp. v. U.S. Plywood Corp. 318 F. Supp. 1116, 1120 (S.D.N.Y. 1970), modified and aff'd, 446 F.2d 295 (2d Cir. 1971), cert. denied, 404 U.S. 870 (1971). 在 Georgia-Pacific 案中,法院提出了需要考虑的15个因素。(相关总结参考自张吉豫:“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 Inc. 案的启示”,《知识产权》2013年第8期,第29-30页。)

要专利的许可费：^{〔9〕}

1. 增量值法 (bottom-up approach)

这一方法是直接评估标准必要专利事前的价值增量。按照这一方法,先确定在标准达成之前所有可以选择的替代性专利,然后确定相比于替代性专利,标准必要专利所增加的价值。^{〔10〕}换句话说,是确定标准必要专利相对于次等级最好的替代技术的价值增量。该方法充分考虑了相关技术在纳入到标准时的竞争状况。但在实践中,很难将专利的价值与其对标准的贡献增加价值联系起来。计算多个专利构成的标准的价值则更为复杂,因为将一个专利从标准中取出,而放入另一个专利,其他的专利价值都会改变,标准的实现具有多维度的特征,不同的主体看重不同的方面。^{〔11〕}在 Microsoft v. Motorola 一案中,^{〔12〕}法官 Robart 部分拒绝了增量值原则,理由是考虑到许多标准制定组织并不支持明确的多边事前谈判,对法院的适用来说也不实际,缺乏“在现实世界中的适用性”。^{〔13〕}

2. 倒置法 (top-down approach)

根据这一方法,首先确定所有标准必要专利所收取的许可费的总量,然后在总量的基础上确定每一标准必要专利所分配到的数量,并考虑专利之间的相对价值的差异。国内有学者认为,这是最理想的 FRAND 费率的确定方法。^{〔14〕}这一方法的好处有以下几个方面:首先,以事前的角度评估所有标准必要专利的价值能够很好地消除事后的转换成本;其次,承认了标准必要专利技术对于实施标准的贡献,并避免了专利费堆积等问题;最后,在各个标准专利之间进行费率分配考虑到了一些专利会更有价值的问题。^{〔15〕}与这一方法直接相关的是,要确定整个标准的许可费并且在构成标准的专利之间进行分配面临很多实际问题。标准中所包含的专利数量巨大,仅仅一个 Wi-Fi 标准就有 3000 多个专利,^{〔16〕}而且专利的数量不断处于变化之中,充斥相当数量的非必要专利、无效专利、垃圾专利。由此导致不管是在确定标准的整体

〔9〕 相关方法分类主要参考自 Gregory K. Leonard & Mario A. Lopez, “Determination RAND Royalty Rates for Standard-Essential Patents”, 29(1) *Antitrust*, 88 (2014).

〔10〕 Leonard & Lopez, *supra* note 9.

〔11〕 Anne Layne-Farrar, Koren W. Wong-Ervin, “计算‘公平、合理、无歧视’专利许可费损失办法”, 《竞争政策研究》2015年第3期,第94页。

〔12〕 No. C10-1823JLR 1, 1-38, W.D. Wash. Aug. 11, 2013. “微软案”大致案情如下:2010年10月21日与29日,摩托罗拉分别以书面形式通知微软,它所拥有的 802.11 标准必要专利和 H.264 标准必要专利的授权条件为,微软最终产品价格的 2.25%。2010年11月,微软主动以摩托罗拉的授权要约违反它对标准化组织 IEEE 和 ITU 的 RAND 授权承诺为由向华盛顿西区联邦地方法院提起诉讼,要求摩托罗拉以 RAND 条件进行授权。

〔13〕 Layne-Farrar 等,见前注〔11〕,第94页。

〔14〕 参见祝建军:“标准必要专利使用费率的司法裁量规则——评华为公司诉交互数字集团标准必要专利使用费纠纷案”,载《中国知识产权报》2014年1月8日,第9版。该作者认为,“则应对标准必要专利的价值进行统一评估,将各个标准必要专利对产品利润的贡献率予以量化,然后在各个标准必要专利权之间进行费率分配”。该作者也是华为诉 IDC 案的一审法官。

〔15〕 Leonard & Lopez, *supra* note 9.

〔16〕 *In re Innovatio IP Ventures, LLC Patent Litig.*, No.11 C 9308, 82-84 (N. D. Ill. Sept. 27, 2013).

价值,还是每一标准必要专利的份额时都面临挑战。

3. 可比较交易法 (comparable license approach)

即利用具有可比性的市场交易来确定争议标准必要专利许可费的基准。例如,争议的标准必要专利正好也被专利持有人许可给其他公司,而这一许可协议是在自由协商基础上达成的,则可以参照这一合同所确定的许可费来判断争议专利应当支付的许可费。这一方法最大的优点在于可以简化许可费的确认过程。当然,利用可比较交易来判断应支付的许可费也存在操作层面的问题。现实中完全一样的许可交易很少碰到,往往都存在专利数量、支付方式、许可范围等方面的差异,可能导致由于“基准合同”的重要性而使得该交易本身失衡,^[17]而且还可能根本就没有可比较交易存在。

就目前的三种主要方法而言,都存在或多或少的缺陷,这也是标准必要专利许可费确认成为理论、实务重大难题的原因。即便如此,特定条件下存在具有“相对优势”的方法,会具有更好的可操作性和更高的接受度。

(二) 可比较交易法的相对优势

可比较交易法在司法实务中也有大量折中。但如果市场中有自由交易达成的许可协议作为参照对象,在比较争议交易的各种因素后得出最终的许可费,具有几个方面的优势:

1. 体现了市场行为的基本理念

在理想状态下,专利费的确认应当是由许可方与被许可方在平等、自由的基础上通过谈判来确认,因为个体是自身利益的最佳判断者。这一过程并非完全要求“等价”。在市场经济下的自由交换,大部分都不是等价的。如果一件商品对双方的价值都一样,那么交换发生的可能性就很小。只有我们对某件商品的评价存在差异,自由交易才会发生,交易一旦发生,就为双方都创造了价值。从这个意义上说,自愿交换一般都不会是等价的,而是伴随着价值的创造,也就是财富的创造。^[18]在这一理念下,专利所具有的商业价值最终取决于市场需求,而不受专利数量、研发成本^[19]以及是否被纳入标准的影响。^[20]因此,“合理使用费方法的思想来源于假想有意愿的专利权人(许可人)和有意愿的侵权人(被许可人)经过协商之后得出合理的专利许可费”。^[21]而且,考虑市场交易的基本理念其实也在一定程度上融合了增量值法的内

[17] 即专利许可方竭尽所能去影响“第一个”许可合同,以构建更为符合自己利益的比较基础。

[18] 张维迎:《经济学原理》,西北大学出版社2015年版,第11页。

[19] 有学者认为,许可使用费的数额高低应当与技术标准中有效专利的数量相关。(参见张平:“涉及技术标准FRAND专利许可使用费率的计算”,《人民司法》2014年第4期,第15页。)但这一观点违背了市场的基本理念。不同的专利对于产品价值的贡献差异巨大。法院不应当从成本的角度来决定专利的价格;打包许可时,也不应当从专利数量来判断价格。专利本身的价值应当单独判断,专利的价值和数量并没有直接的对应关系。

[20] Joseph Farrell, John Hayes, Carl Shapiro & Theresa Sullivan, “Standard Setting, Patents, and Hold-Up”, 74 *Antitrust Law Journal*, 603, 616 (2007); Dan Swanson & William Baumol, “Reasonable and Nondiscriminatory (RAND) Royalties, Standard Selection, and the Control of Market Power”, 73 *Antitrust Law Journal*, 15 (2005).

[21] 秦天雄,见前注[6],第86页。

核。例如 Swanson 和 Baumol 提出事前竞标模型 (Ex-Ante Auction Model),^[22] 其核心思想为: 构成一个标准的各项专利的 FRAND 许可费水平应该由该标准建立之前类似技术的相互竞争状况来决定。^[23] 换句话说, 应当是由没有标准“胁迫”下的市场自由行为确认。

2. 简化了判断的过程

首先, 可比较交易的存在建立了市场行为的基准。交易价格的确定涉及到复杂的决策过程。按照行为经济学家的研究, 人们在风险条件下的决策存在着参考依赖 (reference dependence) 和损失厌恶 (loss aversion) 等特征。^[24] 其中, 构建并形成参考的基点, 即参考点 (reference point) 具有重要意义, 因为参考点的形成使得价格决策得以可能。例如, 对于同样的商品价格, 有些消费者认为很贵, 而另一些消费者则认为不贵, 这是由于不同的消费者有着不同的价格参考点。^[25] 不管是法官, 还是相关当事方, 在判断许可费时通常很难凭空想像相关交易的许可费应该是多少, 因此判断上同样需要构建参考点。^[26] 而在参考点确立之后, 围绕这一参考点进行适当的调整, 才能形成可接受的价格范围。

其次, 省却了“可比较”部分的再确认。标准必要专利费争议案件中, 相关交易往往会涉及到诸多影响最终许可费的因素。例如, 交叉许可、许可的地理范围、许可专利的质量、付款方式、是否独家许可等。如果要去确定每一个条件对最终许可费的影响, 并最终得出准确的数字, 对于法院而言难以完成。因此倒置法的工作量会过于巨大而不确定。如果有可比较的交易存在, 则只需要关注差异性部分对整体交易的影响。例如, 在华为诉 IDC 案中, 相关的交易都是全球范围内的交易, 都是将 IDC 所有的专利打包许可, 差异主要在于一次性付款和按终端产品销售价格计价等方面。由此, 法院的工作量会大大降低。

[22] Dan Swanson & William Baumol, “Reasonable and Nondiscriminatory (RAND) Royalties, Standard Selection, and the Control of Market Power”, 73 *Antitrust Law Journal*, 1-58 (2005).

[23] 该模型要求法庭或执法机构在评估案例时重构或还原标准建立时相关行业的市场结构, 这需要搜集大量有关技术、需求和供给、以及市场竞争等方面的信息, 并按当时市场状况和发展趋势来模拟标准建立时各种备选技术之间的竞标博弈。然而在一些行业中, 相关标准已建立多年, 技术条件和市场结构都发生了巨大变化, 还原到标准建立时并模拟当时的标准技术竞标过程, 无论对法官和法庭, 还是对经济学家和技术专家来说, 都具有极大挑战性。林平: “标准必要专利 FRAND 许可的经济分析与反垄断启示”, 《财经问题研究》2015 年第 6 期, 第 8 页。

[24] Daniel Kahneman & Amos Tversky, “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk”, 47 *Econometrica*, 277-279 (1979); Daniel Kahneman & Amos Tversky, “Choices, Values, and Frames”, 39 *American Psychologist*, 341-350 (1984).

[25] 董志勇: 《行为经济学原理》, 北京大学出版社 2006 年版, 第 23 页。

[26] 对普通消费者而言, 价格参考点既可以来自于消费者的以往经验, 也可以通过获取外部的价格信息而形成。以往经验包括过去的购买经验, 以及消费者对所购买商品的常识积累等; 而通过外部价格信息所形成的价格参考点则可以来自于生产商或零售商所标注的“建议零售价”或“原价”“市场价”“常规价”“价格折扣”等。参见李剑: “消费者价格决策方式与建议零售价的法律规制——行为经济学下的解释、验证与启示”, 《法商研究》2012 年第 1 期, 第 69-70 页。消费者的期望和购买目标决定了消费者的起始参考点, 之后消费者会受到销售等额外信息的影响而调整起始参考点, 从而形成最终的价格参考点。

3.提高了结果被接受的程度

由于当前的标准必要专利许可费确认方法都不完美,相关信息的获取也有困难,如标准采纳之前的技术竞争状况等,因此,不管是美国还是其他地区,法院在处理相关案件的时候,“实际上”通常是在一般性原则的基础上考虑很少的因素来计算许可费。^[27]在此情况下,判决结果本身的可接受性就成为重要部分。由于被选作比较对象的是自愿达成的交易,本身就蕴含了市场认可度,传递的是“被告获得专利技术使用的价值是多少的信息,因为被告会考虑通过使用这一技术获得的回报”。^[28]此外,如果法院和经济学专家已经就可比较的许可协议和诉讼中涉及的差异作出了考虑,从现实的许可协议中观察到的信息可以消除经济学分析中猜测的部分,会因此减少错误的风险。^[29]结果准确性的提升,无疑也会提高结果的可接受性。

正是由于这些优势,美国联邦巡回法院很早之前就已经承认,观察可比较许可协议中的许可费通常是一种可靠的计算 FRAND 承诺下专利侵权赔偿数额的方式,主张“使用足够的可比较许可通常是可靠的评估专利价值的方式。”^[30]联邦巡回法院还强调,分析现实世界许可协议的数据的能力,“消除了对假定协商中双方可能达成的协议条文进行猜测的需要”。^[31]法院还进一步认为,基于可比较的许可合同来计算 FRAND 许可费“通常是可靠的,因为类似情况下当事人支付的费用内在考虑了假定协商时的市场状况,包括了大量难以估价的事实,例如可能的、非侵权替代专利的成本”。^[32]并且,在很多案件中,选用可比较的专利许可合同都是判定许可费的关键一步。例如,在 *Ericsson v. D-Link* 案中,^[33]美国联邦法院确认了这一方法,重申在可比较许可协议中观察许可费的一般方法是确定 FRAND 下许可费的可靠方法。^[34]

实际上,不仅法院广泛采用这一方法,相关案件的当事人也往往依赖于可比较的许可合同来主张自己的许可费。例如,在摩托罗拉诉微软案中,摩托罗拉提出了三个参照物:2011 年与 VTECH 之间的授权协议、2010 年与 RIM 之间的交叉许可、收购 Symbol 之间的三个授权协议。上述第一个为诉讼和解协议,第二个为部分授权协议,第三个为部分授权协议且所涉及标

[27] Norman V. Siebrasse & Thomas F. Cotter, “Judicially Determined FRAND Royalties”, Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 16-01, 2(2016). 目前美国法律实践中有影响的判决包括:波斯纳法官审理的 *Apple v. Motorola* 案;Robart 审理的 *Microsoft v. Motorola*;Davis 法官审理的 *Ericsson v. D-Link*, *Wi-Lan v. Alcatel-Lucent*, *CSIRO v. Cisco* 案; Whyte 法官审理的 *Realtek v. LSI* 案;Koh 法官审理的 *GPNE v. Apple* 案;以及 Grewal 法官审理的 *Golden Bridge Techn. v. Apple* 案等。这些案件中,都包含了法官大量的主观判断。

[28] *Carnegie Mellon Univ. v. Marvell Tech. Grp., Ltd.*, Fed. Cir. 2015.

[29] J. Gregory Sidak, “Apportionment, FRAND Royalties, and Comparable Licenses after *Ericsson v. D-Link*”, 4 *University of Illinois Law Review*, 1825(2016).

[30] *Apple Inc. v. Motorola, Inc.*, 757 Fed. Cir. 2014.

[31] *Monsanto Co. v. McFarling*, 488 Fed. Cir. 2007.

[32] *Supra* note 30.

[33] *Ericsson Inc. v. D-Link Sys., Inc.* E.D. Tex. 2013.

[34] Sidak, *supra* note 29, p.1826.

准必要专利已过期。微软提出的参照物是 H.264、802.11 专利池、Marvell 芯片的授权协议和 Intecap 授权评估协议。^[35] 在该案中,法院最终支持的是微软选择的专利池来作为可比较对象。^[36] 专利池作为许可合同的替代物出现,但仍然是发挥作为比较基准的作用。^[37] 由于可比较交易法的优势,也就不奇怪在计算专利损害赔偿时,经济学家一直都依赖于可比较的许可协议。^[38] 当然,作为现实折中的方法,学者、法官也强调可比较交易法适用中的“可比较性”,也就是作为基准的交易与争议交易之间的差异。^[39] 包括产品计价的方式、打包专利组合的构成、市场中不对称的谈判力量、基准费率上的劫持效应等所产生的影响。

在华为诉 IDC 案中,法院就是以可比较交易法为基础进行的分析、判断,并最终确定许可费率。在该案中,法院认为,苹果公司与 IDC 公司之间的专利许可费率完全系双方平等、自愿、协商达成的,最具有可比性。^[40] 该交易是 IDC 公司和苹果公司于 2007 年 9 月 6 日达成,为全球范围内的、不可转让的、非独占的、固定许可费用的专利许可协议,许可期间从 2007 年 6 月 29 日起为期 7 年,许可的专利组合覆盖当时的 iPhone 和某些将来的移动电话技术,许可使用费为每季度 200 万美元,总额为 5600 万美元。^[41] 同时,法院认定苹果公司 2007 年到 2014 年的销售收入为 3135 亿美元。因此,推算出该交易的许可费率为 0.018%。^[42] 以这一

[35] 徐朝锋、秦乐、忻展红:“从微软与摩托罗拉案例看 RAND 许可费率计算方法”,《电子知识产权》2014 年第 4 期,第 82 页。

[36] 法官提出了标准必要专利组合(Patent Portfolio)的 FRAND 许可费确定的两步法:首先,“法院需要审查权利人的每一个专利组合对于其技术标准的重要程度,以及该专利组合对于标准实施人相关产品的重要性;其次,法院根据标准实施人的相关产品确定权利人专利组合的 FRAND 许可费率和范围。在这一步中,法院将考虑其他与涉案标准必要专利许可有可比性的许可协议或专利池,并藉由这些其他具有可比性的许可协议或专利池来决定涉诉专利组合的 FRAND 许可费”。参见胡洪:“司法视野下的 FRAND 原则——兼评华为诉 IDC 案”,《科技与法律》2014 年第 5 期,第 892 页。

[37] 有学者认为,Microsoft v. Motorola 案中所采用的方法可能是错的。首先,如果专利池的参与者所具有的商业模式和标准必要专利持有人的商业模式显著不同的话,专利池的许可费不足以提供计算 FRAND 许可费的基准。例如,下游市场活跃的公司可能愿意通过提供符合标准的产品在研发上恢复投资,如用于智能手机的视频软件,而不是通过许可费。通过转变他们在下游的收入来源,相比在下游不活跃的公司,这些公司可能愿意接受更低的标准必要专利许可费。但是,用这些许可费为基准来计算那些在下游市场没有变现他们发明的公司的专利许可费可能并不合适。而专利池对于确定 FRAND 许可费也不是有用的基准,因为他们通常基于专利的数量来让专利权人收益,而不是基于专利的相对价值。专利池假定所有的专利有相同的价值。但是,这一假定是错误的。不加区分导致专利池成为柠檬市场。See Sidak, supra note 29, p.1824.

[38] 例如,Michael J. Chapman, “Using Settlement Licenses in Reasonable Royalty Determinations”, 49 *IDEA*, 313, 336 (2009); John C. Jarosz & Michael J. Chapman, “The Hypothetical Negotiation and Reasonable Royalty Damages: The Tail Wagging the Dog”, 16 *Stanford Technology Law Review*, 769, 819 (2013); Thomas F. Cotter, “Four Principles for Calculating Reasonable Royalties in Patent Infringement Litigation”, 27 *Santa Clara High Technology Law Journal*, 725, 734 - 735 (2011).

[39] John C. Jarosz & Michael J. Chapman, “The Hypothetical Negotiation and Reasonable Royalty Damages: The Tail Wagging the Dog”, 16 *Stanford Technology Law Review*, 819 (2013).

[40] (2013)粤高法民三终字第 306 号。

[41] 见前注[40]。

[42] 见前注[40]。

交易为基础,在判断 IDC 公司应该向华为公司收取的专利许可费时,法官最后认定:“被告交互数字通信有限公司、交互数字技术公司、交互数字专利控股公司、IPR 许可公司就中国标准必要专利及标准必要专利申请给予原告华为技术有限公司许可,许可费率以相关产品实际销售价格计算,不超过 0.019%。”〔43〕

二、华为诉 IDC 案中的认知偏差

华为诉 IDC 案中法院虽然基于可比较交易而得出了许可费率,但是,受这一方法本身框架的影响,存在显著的认知偏差问题。〔44〕法官是在争议发生之后,寻求争议发生之前所形成的交易,进而进行比较,难免与争议发生前当事人的视角不同。〔45〕法院在判定作为比较参照物的苹果公司的许可费时依据的是非常简单的逻辑,即“根据 IDC 公司的上市财务年报,推算出 IDC 公司给予苹果、三星等公司的标准必要专利使用费数额,通过对比,法院认定 IDC 公司违反了 FRAND 原则,并据此支持了华为公司的诉讼请求”。〔46〕换句话说,确定许可费的方式,就是将苹果合同期内的许可费除以苹果销售手机获得的收入,从而得出以资比较的许可费,并将这一费率几乎直接适用到了华为公司与 IDC 的交易之中。

根据判决书中确认的事实,尽管苹果公司的 iPhone 手机是在 2007 年 6 月 29 日正式上市,但是 IDC 和苹果公司之间的协议签署于 2007 年 9 月 6 日。这一交易是“全球范围内的、不可转让的、非独占的、固定许可费用的专利许可协议”。〔47〕因此,对于双方来说,协议的达成应该是基于在 2007 年 9 月 6 日之前的市场竞争状况而作出,而不是基于在华为和 IDC 公司因为许可费纠纷诉诸法院,法院作出判决时的市场竞争状况。因此,要理解法院判决是否准确,首先需要判断在 2007 年 9 月签署许可协议时的市场状况。

(一)2007 年的智能手机市场状况

从事后的眼光来看,苹果在 2007 年推出的智能手机 iPhone 对于手机产业而言是一次革命性的变化,改变了整个产业的发展方向。苹果不仅通过手机硬件赚钱,还通过封闭的软件系统,构建了基于智能手机的“生态链”,并在此基础上开发了 iPad 等产品,成就了现在的苹果商业帝国。但是,从事前的视角来看,苹果的第一代 iPhone 手机在推出时能否成功,以及获得多大程度上的成功则处于极度的不确定状态之中。实际上,2007 年 9 月之前的世界手机产业中以诺基亚为代表的公司统治。

相比传统手机,智能手机是在 2006 年之后出现的新生事物。此前,智能终端设备的代表

〔43〕 同上注。

〔44〕 这里要特别说明的是,本研究的假设前提是:法官在处理案件时是基于“正当地履行审判职责”的信念,不考虑法官受到审判活动之外的各种压力的影响。

〔45〕 陈林林、何雪峰:“司法过程中的经验推定与认知偏差”,《浙江社会科学》2015 年第 8 期,第 31 页。

〔46〕 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。

〔47〕 见前注〔40〕。

性产品是个人数字助理产品(PDA)。智能手机产品面市之后一直处于激烈的竞争之中,占据市场前列的公司不断变动。按照出货量的统计,2007年4季度之前,在全球居于前列的智能手机生产厂商是诺基亚、RIM 等公司。具体的市场份额如表一所示:^[48]

表一 世界智能手机市场份额(基于产品销售数量,2005—2009)

公 司	09 年 1 季度 市场份额 (%)	08 年 1 季度 市场份额 (%)	07 年 1 季度 市场份额 (%)	06 年 1 季度 市场份额 (%)	05 年 1 季度 市场份额 (%)* *
Nokia	41.2	45.1	46.7	42.0	9.9
RIM	19.9	13.3	8.3	6.5	20.8
Motorola	*	*	*	5.3	*
Palm	*	*	*	5.0	18.0
HP	*	*	*	*	17.6
Dell	*	*	*	*	6.3
Apple	10.8	5.3	0.0	*	*
Sharp/HTC	5.4	4.0	7.0	*	*
Fujitsu	3.8	4.1	5.0	*	*
其他	18.9	28.2	33.0	41.2	27.3
总共	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0

(* 表示份额在 3% 以下; ** 表示只有个人数字助理产品)

在 2007 年的时间点上去看当时的市场可以发现,在新生的智能手机市场上,诺基亚和 RIM 公司最具市场地位,合计全球份额在 50% 以上。在苹果公司的 iPhone 上市之后的一段时期内,市场份额在 3% 以上的公司另外也只有 Sharp/HTC 以及 Fujitsu。差不多 40% 的全球市场份额是由大量市场占有率不到 3% 的公司所瓜分。

如果考虑智能手机和 PDA 等终端产品之间存在一定的竞争,而以全球移动终端作为相关市场去计算,同样看不到苹果公司有取代 Nokia、Samsung 等公司的势头。相应的公司份额如下图所示:^[49]

[48] Robert Hahn & Hal J. Singer, "Why the iPhone Won't Last Forever and What the Government Should Do to Promote its Successor", 8 *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, 327 (2010).

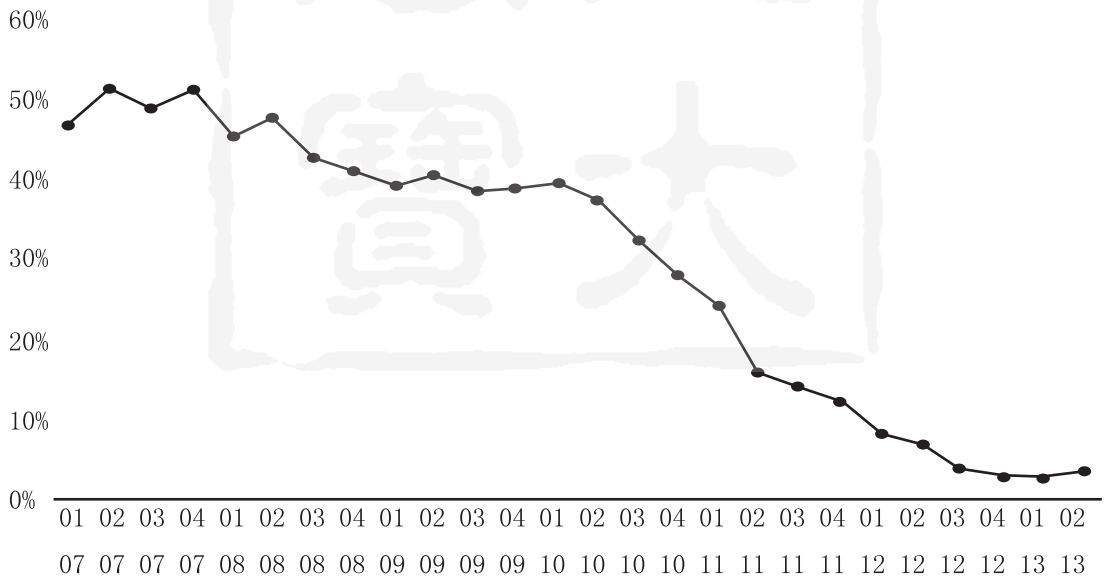
[49] *Ibid.*, at 329.

表二 世界移动终端市场份额(基于产品销售数量,2005—2009)

公 司	09 年 1 季度 (%)	08 年 1 季度 (%)	07 年 1 季度 (%)	06 年 1 季度 (%)	05 年 1 季度 (%)
Nokia	36.2	39.1	35.7	34.0	30.4
Samsung	19.1	14.4	12.5	12.5	13.5
LG	9.9	8.0	6.2	6.5	6.3
Motorola	6.2	10.2	18.5	20.3	16.7
Sony/Ericsson	5.4	7.5	8.4	6.1	5.5
BenQ Mobile	*	*	*	3.5	5.7
其 他	23.4	20.8	18.8	17.1	21.9
总 量	100	100	100	100	100

(* 表示份额在 3% 以下)

而如果考虑单个的行业领先企业可以看到,作为当时世界手机霸主的诺基亚在 2007 年的时候占据了世界智能手机市场 45% 以上的份额。2007 年第 4 季度,以出货量计,其全球市场份额达到了顶峰,超过 50%。^[50] 如果以全球手机市场的出货量作为标准,诺基亚在 2005 年前后的市场占有率也在 30% 以上,而且远远领先于第二、第三名即摩托罗拉和三星。^[51] 如图一所示:



图一 诺基亚智能手机的全球市场份额(基于出货量,2007—2013)

[50] <http://www.statista.com/statistics/263438/market-share-held-by-nokia-smartphones-since-2007/>, Last visited March 4, 2016.

[51] <http://www.zdnet.com/article/mobile-phone-market-share-for-q4-2005-nokia-34-1-motorola-18-2/>, Last visited March 4, 2016.

(二) 苹果第一代智能手机产品的销售

尽管第一代苹果手机正式在美国上市销售是在 2007 年的 6 月 29 日,但其发布于 2007 年 1 月 9 日。在美国才上市时,作为一款全新的手机,iPhone 受到市场热捧。在当年度的销售中(半年),苹果卖出了大约 139 万台手机。作为新产品虽是不错的成绩,但还远非“颠覆市场”的产品。原因在于,作为第一代的苹果智能手机,从销售策略到产品功能还有很多不足,包括:

1. 合作伙伴单一、定价较高。苹果在美国国内只和 AT&T 合作约机。根据协议,每个苹果手机需要搭配 AT&T 的两年服务计划,这就意味着用户要在未来两年内至少花掉 2000 美元。这个预期消费对普通人来说不是一个可以忽略不计的小数字。^[52]

2. 封闭的操作系统环境。苹果推出的 iPhone 智能手机所使用的操作系统软件延续了苹果在其个人电脑上的策略,采用的是封闭的操作系统环境。由于网络效应的原因,在手机的市场份额偏小时,愿意进行应用软件开发的主体也会偏少,会产生相关支持软件偏少的问题,影响用户体验和功能实现。^[53]

3. 合作伙伴自身的限制。除了 iPhone 手机在操作系统上的封闭性外,还有合作方电信公司对第三方软件的限制,这的确导致了 iPhone 的可使用软件的局限性。而且,电信公司传输能力也受到批评。^[54]

乔布斯自己曾乐观预计第一年内销售 1000 万部 iPhone。^[55] 这一预测在当时已经非常大胆。如上文所言,当时的 iPhone 手机产品面临非常多的困难,从手机的安全性到竞争对手的竞争压力,^[56]莫不如此。种种因素的制约下,苹果 iPhone 第一年的最终销售数量为 541 万部。^[57] 实际销售状况上看,苹果手机在一开始的销售量尽管相比其他公司有一定的优势,但从 2007 年第 3 季度到 2008 年第 3 季度的一年时间内,销售量并未见有非常大的突破。其中在 2008 年达到高峰后甚至开始大幅度下降。^[58]

(三) 对产品成功概率的估计

苹果第一代手机上市之初的销售状况远没有当时的 CEO 乔布斯自己预计的那样好。市场对这一新产品的认识也存在分歧。即便同样具有丰富科技、商业经验的人,也有完全不同、

[52] 万贇:“苹果的野心”,《互联网周刊》2007 年第 16 期,第 29 页。

[53] 同上注,第 30 页。

[54] 万贇,见前注[52],第 29 页。

[55] “乔布斯:iPhone 一年售出 1000 万部不是梦”,<http://tech.sina.com.cn/t/2007-06-29/15511590879.shtml>,最后访问日期:2016 年 3 月 4 日。而即便是 1000 万部手机,在市场上所占的份额也比较有限。

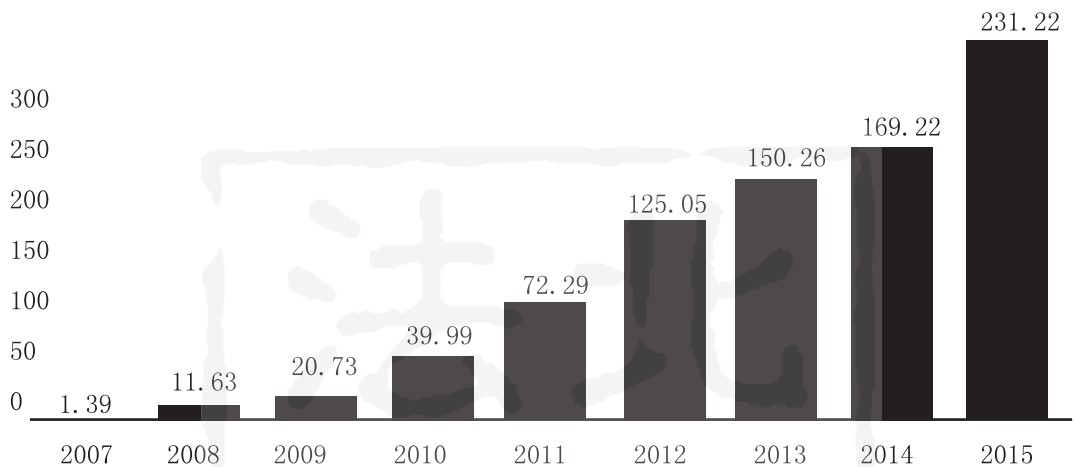
[56] “商业周刊:并非所有人都想要 iPhone”,<http://tech.sina.com.cn/t/2007-07-01/13141592074.shtml>,最后访问日期:2016 年 3 月 4 日。

[57] <http://www.statista.com/statistics/263401/global-apple-iphone-sales-since-3rd-quarter-2007/>,最后访问日期:2016 年 3 月 4 日。

[58] 相关数据可参见 https://en.wikipedia.org/wiki/File:IPhone_sales_per_quarter_simple.svg; 或者 <http://www.statista.com/statistics/276306/global-apple-iphone-sales-since-fiscal-year-2007/>,最后访问日期:2016 年 3 月 4 日。

甚至非常悲观的看法。例如,在2007年4月时,时任微软公司CEO的鲍莫尔预计,“苹果的iPhone不可能获得显著的市场份额”。如果仅就当时的市场销售状况而言,这一预言并不为过。只是多年之后,苹果公司已经在智能手机市场上取得空前成就时,鲍莫尔的话被《Laptop Magazine》评为“十大世上最差预言”之一。^[59]但这无疑是“事后诸葛亮”的经典诠释。

苹果公司的转机出现在一年之后的2008年第4季度。当时,苹果公司推出了新一代iPhone 3G智能手机,获得了成功,从此开启了爆发式的增长。而这种增长又超越了当时很多乐观的估计。其销售数量如图二所示:^[60]



图二 苹果公司智能手机销售数量(百万部,2007—2015)

从苹果公司iPhone手机的销售状况可以看到,新产品的市场表现往往较难预计,因为没有足够的经验可供参考。单纯依据公司以往的表现也难以有确定的判断。苹果公司也有非常多失败的产品,并一度走到破产的边缘。反向的例子则是诺基亚、摩托罗拉。这两家公司都因为对智能手机市场发展的误判,迅速被市场边缘化,濒临破产。市场风险无处不在。如果在每一阶段都能够正确的评估风险、预计科技发展的方向,那么可能就没有企业会破产了。也正是由于对属于新生事物的苹果第一代iPhone智能手机未来市场发展的不确定性所带来的风险的回避,和与华为公司的交易不同,IDC公司在与苹果公司的交易中采用了固定收取许可费5600万美元的方式。

在华为诉IDC案中,法官直接将IDC公司与苹果公司的许可费除以在此期间销售的手机数量而得出许可费率,并将此作为可比较的交易基准,实际上是认定苹果手机的成功是一个必然的结果,没有考虑到在2007年和2011年时市场的发展阶段不同,产品的销售风险有显著的

[59] Mark Spoonauer, “10 Worst Tech Predictions of All Time”, <http://www.laptopmag.com/articles/10-worst-tech-predictions-of-all-time>, Last visited March 4, 2016.

[60] <http://www.statista.com/statistics/263401/global-apple-iphone-sales-since-3rd-quarter-2007/>, Last visited March 4, 2016.

区别。这种事后视角对风险的理解,属于典型的事后之明偏见。

三、事后之明偏见的原理与缓解措施

案件的判决由法官作出,案件的审判过程也是法官的认知过程,也因此会受到认知偏见的影响。对事后之明偏见的理解,则有助于对案件判决结果的合理性有更为清晰的认识。

(一)事后之明偏见的一般原理

事后之明偏见(hindsight bias)又被称为事后偏见、事后诸葛亮偏见、事后聪明式偏差、后见判断、后见效应等,^[61]是一种人们在知道事情的结果后会持续夸大可预见性的心理现象。^[62]从心理学的角度来说,人们获知事件的结果之后,该结果信息就会不可避免地进入大脑的信息储备。当大脑模拟从事前的角度估计该事件发生概率的时候,结果信息会在主体无意识的情况下进入思维过程并影响判断,进而导致对事件发生概率与可预见性概率的估计高于真实值。^[63]后见效应有两类经典的表现形式,一种是对事件发生概率的歪曲,另一种则是对产生判断时的事实性知识的记忆歪曲。^[64]而不管何种类型,最后都导致因为错误地评估了事情发生的可能性而产生错误的判断。

事后之明偏见在多项不同任务类型的研究中得到证实。这些任务包括对事件结果的确信程度判断、二择一判断和数量估计等。这些研究所涉及的领域有政界选举、^[65]医疗诊断、^[66]科学实验结果、^[67]经济决策、^[68]自传记忆^[69]和一般知识^[70]等。这些研究表明,事后之明

[61] 在不同的文献中有不同的称谓。为了行文上的一致,本文统一采用“事后之明偏见”。

[62] 法律判断上对于事后之明偏见的讨论可以参见 Hal R. Arkes & Cindy A. Schipani, “Medical Malpractice v. the Business Judgment Rule: Differences in Hindsight Bias”, 73 *Oregon Law Review*, 587 (1994); Donald C. Langevoort, “The Epistemology of Corporate—Securities Lawyering: Beliefs, Biases and Organizational Behavior”, 63 *Brooklyn Law Review*, 629, 661, 662 (1997); Jeffrey J. Rachlinski, “A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight”, 65 *The University of Chicago Law Review*, 571 (1998).

[63] 陈林林、何雪峰,见前注[45],第30页。

[64] 彭慰慰:“法律决策中案件相关性及消减策略对后见偏差的影响”,《心理与行为研究》2013年第11期,第541页。

[65] Donald C. Pennington, “The British Fireman’s Strike of 1977/78: An Investigation of Judgments in Foresight and Hindsight”, 20 *British Journal of Social Psychology*, 89—96 (1981).

[66] Hal Richard Arkes, Robert L. Wortmann, Paul D. Saville & Allan R. Harkness, “Hindsight Bias among Physicians Weighting the Likelihood of Diagnoses”, 66 *Journal of Applied Psychology*, 252—254 (1981).

[67] Paul Slovic & Baruch Fischhoff, “On the Psychology of Experimental Surprise”, 3 *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 544—551 (1977).

[68] Ed Bukszar & Terry Connolly, “Hindsight Bias and Strategic Choice: Some Problems in Learning from Experience”, 31 *Academy of Management Journal*, 628—641 (1988).

[69] Ulric Neisser, “John Dean’s Memory: A Case Study”, 9 *Cognition*, 1—22 (1981).

[70] Wolfgang Hell, Gerd Gigerenzer, Siegfried Gauggel, Maria Mall & Michael Müller, “Hindsight Bias: An Interaction of Automatic and Motivational Factors?”, 16 *Memory and Cognition*, 533—538 (1988).

偏见的形成与表现有非常复杂的认知原理。在心理学领域,学者们提出了选择性激活与锚定重建模型、反馈后最优选择重建模型、推理模型、修正后的动机推理模型、因果模型理论以及元认知模型等理论,用以解释和理解后见偏见产生的原因。当前有关事后之明偏见的研究主要集中在对其认知过程的探讨,即回忆阶段,记忆重构阶段以及决策阶段。^[71]在这些认知理论的研究中,有学者认为,事后之明偏见的存在是因为人们把结果归因为一些可预测的情况,使得这些情况比在事前看起来显得更为重要。同时人们又低估了其他先前事件的重要性,而这些事件原本可能导致另一个结果。而从较小的程度来看,这种偏见是因为许多人希望将世界视为稳定的和可预测的。因为如果悲剧是可以预见的,那么逻辑上细心的人们可能会避免它。因此,事后之明偏见使得世界看起来比它实际上更稳定和更可控制。^[72]此外,还有研究将社会性动机作为对认知解释的补充,在事件与个体自身相关时,会对事后聪明式偏差产生较大影响,并认为认知方式和元认知体验主要影响回忆和记忆重建阶段,而社会性动机主要影响报告记忆结果的决策阶段。^[73]在理解事后之明偏见形成的原因上目前已经产生非常多的理论,也从侧面说明其内在机理的复杂性。学术界较为一致的观点认为,复杂性的根源在于事后之明偏见涉及的认知过程多,一系列不稳定因素构成了事后之明偏见的复杂性。^[74]

事后之明偏见对于理解法律现象同样具有意义。虽然人们一般不需要估计已经发生的事件在过去的发生概率,但是法官的裁判总是处于纠纷发生以后,因此事后之明偏见对司法决策有着深刻影响。^[75]法律决策虽然属于特殊职业中特殊人群的决策,但其决策结果会影响整个社会秩序的维护,并为人们行为提供引导和规范。法律决策是在法律案件的审判过程中,与案件有关的当事人(证人或专家),以及案件的审判人员(法官、陪审员)依据事实、证据和法律规定,对案件被告人的行为作出自我判定,而形成具有法律效力的结果。在法庭审判中的法官,往往面临着一个艰难的挑战,即他们必须忽略结果对他们所产生的事后效应的影响,以一种公平的方式来判决被告在结果出现之前的行为是否有罪。在尝试忽略特定信息的同时,这种重新判断过去的方式使得法官在作出决策时不可避免地出现了事后之明偏见。^[76]换句话说,由于司法裁判的流程所限,决定了法官总是受到事后之明偏见的影响。

上述结论同样得到大量研究的支持。^[77]例如,在一些心理学实验中,当案件提供的信息

[71] 人们在得到反馈结果时,是自动地、无意识地将整合进自己的知识库,抑或在元认知体验的驱动下进行推理后,才主动地、有意识地将信息进行选择性整合是目前存在的主要争议之处。

[72] 参见(美)杰弗里·拉克林斯基:“后见判断的实证心理学理论”,载(美)凯斯·R·桑斯坦等主编:《行为法律经济学》,涂永前、陈凡、康娜译,北京大学出版社2006年版,第108—109页。

[73] 参见龚梦园、徐富明、方芳:“事后聪明式偏差的理论模型及影响因素”,《心理科学进展》2009年第2期,第326页。

[74] 同上注,第331页。

[75] 陈林林、何雪锋,见前注[45],第30页。

[76] 彭慰慰,见前注[64],第541页。

[77] 钟毅平、彭慰慰:“法律决策中事件结果对后见偏见的影响”,《心理科学》2010年第4期,第994页。

可能间接地不利于决策者时,法官们会更倾向于认定是由于案件被告的疏忽或过失、放任或者没有及时采取适当的措施而导致案件不利结果的发生,并且认为该不利结果的发生是能够早已预料到的,由此更容易判定被告的行为存在严重过错,对被告的行为进行处罚,进而对社会公众起到警示作用,以避免今后类似有害的事件结果会发生在自己身上。而当案件所提供的信息可能间接地有利于决策者时,法官们往往会感知被告人在事件中所实施的行为即使存在一定的过错,也是受到外界其他原因的影响而导致不良结果的发生,并认为该不良结果在发生前不太可能被预见到,进而更容易判定为“情有可原”,出现心理学上的“移情”反应,即假设自己作为案件当事人也期望能尽可能地接受有利结果给自己带来的获益而尽量避免不利结果对自身造成的损害。^[78]此外,还有学者通过研究法律领域的决策指出,陪审团在对被告进行判决的过程中,本应依据被告的行为本身,但却不可避免地受到了被告行为所导致结果的影响。尤其值得注意的是,结果的呈现不仅提高了陪审团对事件结果的预测性,还相应提高了他们对被告自身预测能力的估计。^[79]

司法活动过程实际上是法官的认知过程。波斯纳就提到,在法官必须决定是否相信某证人的言词证据时,通常在证人作证之前,他就已经对这个言词证据的真实概率有一个估计。这一估计也许根据他在先前类似案件中的证人经验(或许是他当从业律师时的经验),根据他对该证人所属阶层的诚实度的一般感受,甚或根据证人进入证人席、发誓说真话的方式以及站立姿态。这个提问前的估计就是所谓的“先验概率”(prior probability),或称“先验”。该法官也许完全没有意识到自己会有这样一个先验概率,也最不可能用数字来表达。但这个先验概率会在那里,并影响他的“事后概率”(posterior probability),即在证人作证、交叉质证并提出与其言辞真实性有关的任何证据后,该法官对证人言辞真实性给出的概率。该法官接受的、与这一证词的真实性有关的每个信息,都有可能改变他的先验概率,但不会消除它。^[80]这实际上也意味着,在事后之明偏见存在时,直接影响到了对先验概率的判断,提高了事件发生的几率,而最终会直接影响到法官对事后概率的判断,进而导致在案件结果上产生重大的影响。

(二)减少事后之明偏见的措施

事后之明偏见广泛存在并影响深远。但是,和其他的问题不一样,事后之明偏见的效应极为强固,难以完全消除。^[81]研究者进行了多种尝试,诸如告诉人们这种偏见,或者给予重复的机会、带着反馈去进行判断,但收效甚微。^[82]不过,尽管无法完全消除事后之明偏见,有效

[78] 彭慰慰,见前注[64],第541页。

[79] See Erin M. Harley, "Hindsight Bias in Legal Decision Making", 25(1) *Social Cognition*, 48 - 63 (2007); 龚梦园、徐富明、方芳:“事后聪明式偏差的理论模型及影响因素”,《心理科学进展》2009年第2期。

[80] (美)理查德·波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社2009年版,第61页。

[81] Adam Powell, "KSR Fallout: Questions of Law Based on Findings of Fact and the Continuing Problem of Hindsight Bias", 1 *Hastings Science & Technology Law Journal*, 266 (2009).

[82] 拉克林斯基,见前注[72],第110页。

地减少其对司法审判活动的不利影响仍然具有价值。^{〔83〕}已有的理论研究也发现,存在减少事后之明偏见影响的方式。其中最有影响力的研究认为通过一定的方式去了解 and 现有结果不一样的、可能的其他结果会有力地降低事后之明偏见的影响。

因为相对于未获知结果的情形,事后之明偏见被认为至少是部分地源于对已获知结果在有效性上利用的不平衡,因此,可以推测将法官们的注意力集中到其他可能性结果上来,有可能会减少偏见的产生。相关研究也发现,当要求庭审中的陪审员评定可供选择的结果发生的可能性,并写出他们所认为的其他可能选择的结果时,在他们对被告审计员决策的判决中,后见效应减少了。^{〔84〕}这一研究结论有不少支持性的证据,例如,有学者发现,当给模拟陪审员提供了替代性结果后,他们就更易想到案件可能具有的另外的结果。^{〔85〕}还有研究者发现,必须通过努力来获取新知识的要求,会降低人们对已有知识水平的感知。由于投入了努力来获得新知识,因此不太可能认为自己“已经知道”。相比之下,如果人们只是被动地,或者不用努力就能获取新知识,则会认为自己有更多先前的知识。^{〔86〕}新知识的努力获取过程,包含了对新可能性的主动探求。因此,共识认为,考虑其他替代结果具有重要性,能够减少事后之明偏见的影响。^{〔87〕}

在具体策略上,一个被反复证明有效的策略是“换位思考”(consider the opposite)^{〔88〕}。这一策略鼓励决策者去考虑并解释没有发生的结果如何能发生。^{〔89〕}在这一策略下,缓和事后之明偏见主要是通过两种方式来实现的:一是针对知识更新机制;二是针对意义的产生(sense-making),特别是在鼓励决策者进行因果分析方面,不是简单地从一因一果、多因一果的结构出发,而是从更为现实的多因多果的结构来分析因果关系。因为选择性地了解

〔83〕 Ralph Hertwig, “Hindsight Bias: How Knowledge and Heuristics Affect Our Reconstruction of the Past”, 11 (4/5) *MEMORY*, 357 (2003).

〔84〕 彭慰慰:“模拟法官决策中心理控制源对后见偏差的影响”,《心理科学》2012年第2期,第501页。

〔85〕 Merrie Jo Stallard & Debra L. Worthington, “Reducing the Hindsight Bias Utilizing Attorney Arguments”, 22 *Law and Human Behavior*, 671-683 (1998).

〔86〕 Debra L. Worthington, “Reducing the Hindsight Bias in Mock-Juror Decision Making: Assessing the Effectiveness of a Court-Appointed Witness”, 8(1) *Communication Law Review*, 36 (2008).

〔87〕 Hal Richard Arkes, “Principles in Judgment/Decision Making Research Pertinent to Legal Proceedings”, 7 *Behavioral Sciences & the Law*, 429-456 (1989); Agans, R. P., & Shaffer, L. S., “The Hindsight Bias: The Role of the Availability Heuristic and Perceived Risk”, 15 *Basic and Applied Social Psychology*, 439-449 (1994).

〔88〕 See Eyal Zamir, Doron Teichman, *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press, 2014, p. 364; Neal J. Roese & Kathleen D. Vohs, “Hindsight Bias”, 7(5) *Perspectives on Psychological Science*, 418 (2012).

〔89〕 See Asher Koriath, Sarah Lichtenstein & Baruch Fischhoff, “Reasons for Confidence”, 6 *Journal of Experimental Psychology: Human Learning and Memory*, 107 - 118 (1980); Charles G. Lord, Mark R. Lepper & Elizabeth Preston, “Considering The Opposite: A Corrective Strategy for Social Judgment”, 47 *Journal of Personality and Social Psychology*, 1231 - 1243 (1984).

结果会在语义上激活记忆中的相关信息。典型的决策者倾向于表现别人的短视,因而会倾向于最先获得的、最突出或者最容易获得的解释,并结束信息搜索。而换位思考策略则激发了其他可能的相反结果,以及其他因果解释,因而说明了新的、之前未考虑到的东西存在,使决策者认识到相同或者不同的结果都有可能发生。^[90]

综上所述,现有理论研究表明,减少事后之明偏见的核心在于推动决策者去思考和现有结果不同的可能性。从这一原理出发,实际上对于法院审理标准必要专利许可费确认案件时提出了分析和推理的基本要求,即需要从许可方和被许可方的角度,对于作为基准的交易、需要审理的交易发生时的市场、风险条件结合相关事实进行详细分析,考虑市场发展过程中的众多可能性,由此才能减少事后之明偏见带来的认知影响。

在具体分析标准必要专利许可费的反垄断案件中,则有两个基本要求:

1. 判决书的充分说理

判决书的充分说理,能够促使法官努力获取对法律、产业特性、商业运作、市场状况等方面的知识,加深对市场结果可能性的了解。而判决书说理越简单、越不充分,既有结果对于认知的负面影响则会越严重,因为法官在规避说理的过程中,也放弃了对新的可能性的了解。在华为诉 IDC 案中,法院认为,判断许可费自身的合理性至少应考量以下因素:^[91]一是许可使用费数额的高低应当考虑实施该专利或类似专利的所获利润,以及该利润在被许可人相关产品销售利润或销售收入中所占比例;二是专利权人所作出的贡献是其创新的技术,专利权人仅能够就其专利权而不能因标准而获得额外利益;三是许可使用费的数额高低应当考虑专利权人在技术标准中有效专利的多少,要求标准实施者就非标准必要专利支付许可使用费是不合理的;四是专利许可使用费不应超过产品利润一定比例范围,应考虑专利许可使用费在专利权人之间的合理分配。^[92]但这些表述过于笼统,在实际确定许可费率时,法官并没有调查 2007—2013 年间手机市场的变化,没有分析市场的多种可能性,甚至没有分析如何从苹果公司 0.

[90] Roese & Vohs, *supra* note 88.

[91] 该案一审时,法院从以下因素判决确定原告应支付给被告的许可使用费率:一是考虑无线通信行业的大致获利水平,以确定特定无线通信产品中应支付的标准必要专利许可使用费的比例;二是考虑被告方在无线通信领域所声明的标准必要专利的数量情况、质量情况、被告方在业内的地位、研发投入等,以保障被告方获得与其在无线通信技术领域之贡献相适应的回报;三是参考被告方之前已达成协议并收取的可量化的使用费率标准,比如参考被告方已授权给苹果、三星等公司的许可使用费率;四是考量原告只要求被告方在中国的标准必要专利的授权许可,而不是被告方在全球范围的标准必要专利的授权许可。基于对上述因素的考量,法院最终确定了本案的 FRAND 许可使用费率。参见叶若思、祝建军、陈文全:“标准必要专利使用费纠纷中 FRAND 规则的司法适用——评华为公司诉美国 IDC 公司标准必要专利使用费纠纷案”,《电子知识产权》2013 年第 4 期,第 61 页。

[92] 该案的审理法院所提出的这些方法本身是否合理也有值得商榷的地方。但限于本文的写作目的,不作分析。

0.18%的许可费率来确认到华为公司支付0.019%的费率。^[93]因此,不管判决书对一些基本原则的阐释如何全面,在针对具体问题分析时所存在的巨大“跳跃”,必然导致法官对于市场结果的认知产生严重的偏差。

2.对许可方抗辩理由的全面回应

在标准必要专利反垄断诉讼案件中,被告的主张实际上是为法官提供了与原告不同的对市场状况的可能性分析。因此,法官在对这些主张进行全面回应时,能够促使其从新的角度理解和分析问题,从而更多地发现市场结果的可能性。在华为诉IDC案中,IDC公司在上诉中曾提到:“原审判决将交互数字提供给华为公司的按实际销售量的许可费率报价与其提供给其他被许可人收取的固定许可费进行对比,明显错误和不公。原审法院在将交互数字与苹果公司固定收费的许可交易错误折算为所谓的许可费率时,使用了签订合同时无法预料的实际销售量进行计算和比对,进一步造成对比数据严重失真。”^[94]为支持这一主张,IDC公司在二审期间向法院递交的17份证据材料中包括了“9.iphone五周年回眸:iphone推出前的11大预言”。^[95]但法官并没有根据IDC公司说理的逻辑来进行全面回应,而是认为,“交互数字始终不愿在本案中提交相关专利许可使用合同、不愿披露其对其他公司按许可费率收取的情况下,原审法院根据交互数字年报披露的内容、其他被许可人的销售收入和其他情况,推算出专利许可费率,从而与交互数字拟对华为公司收取的专利许可费率予以比对,作为判断是否存在过高定价的参考,具有一定合理性和科学性”。^[96]这导致法官没有真正意识到固定收费与许可费率在市场风险分担上的差异,^[97]以及事前/事后视角对风险理解的差异。

综上所述,在相关案件中,强调判决书的充分说理以及对被告抗辩理由的全面回应,能够将减少事后之明偏见的理论研究结论内化于案件审理过程,减少法官的认知偏差。

四、结 语

中国目前的标准必要专利许可费纠纷案件借助于反垄断法来寻求救济途径,会对相关企

[93] 该案一审法官事后认为,“在标准必要专利使用费条款被当作商业秘密不公开的情况下,标准必要专利权人为了追求利益,很有可能会利用标准必要专利权人的强势地位和标准必要专利使用费率信息保密的优势地位,任意违反FRAND原则,漫天要价,而标准必要专利实施人却很难举证其违反了FRAND原则”。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。虽然提供了一种说法,但仍然很难解释为什么没有从市场风险的角度去通过公开信息进行分析,而这一分析过程完全可以通过外围的证据来完成。此外,如果用以比较的交易的内容本身就没有公开,那么判决依据可比较交易法来确定许可费本身就不成立。在这一意义上,判决也存在疑问。

[94] 见前注[40]。

[95] 见前注[40]。

[96] 见前注[40]。

[97] 许可费的收取有两种基本的方式:一是固定许可费,即按照一个预估的销售量来确定收取的许可费的总量,其好处是风险锁定;二是按照最终产品销售的实际数量进行按比例或者按确定金额收取,好处是可以根据实际销量获得相应的收入,风险是回款周期较长,难以准确把握销售数量。

业、相关产业产生更为深远的影响。^{〔98〕}而在对合理许可费进行具体判断的过程中,除了要关注其中技术性方法适用的条件之外,还要注意“事前”视角和“事后”视角所带来的差异。这种差异具有现实意义。因为标准必要专利许可的谈判持续的时间往往非常长,而相关产品的市场环境变化则可能非常快速。到案件进入法院进行审理时,法官可能面对的是一个发生了相对巨大变化的市场结果。当初不太确定的市场风险可能已经有了明确的市场结果。此时,“事后”视角会难以避免地干扰判断。波斯纳法官在苹果诉摩托罗拉案中承认,事后的视角会产生谬误。^{〔99〕}而要缓解认知偏见的负面影响,则需要得出判决之前充分、详细地合理化判决理由,换位考虑市场决策的作出。如此,即便事后之明偏见永远相伴,但最终判决结果的合理性与可接受程度则会大幅度提高。

Abstract: The current mainstream methods of calculating SEP's royalties all have their own limits. The widely applied approach for practitioners, i.e. using benchmarks based on comparable royalties, has comparative advantages in embodying market mechanism, simplifying decision-making process and raising the degree of acceptance. However, an often-ignored downside of this approach is related to the fact that the process of determining royalty is also the process of cognition of adjudication. Within such a process judges are easily affected by hindsight bias since they review the alleged facts ex post, thus leading to decisions deviating from justice and rationality. In the case of *Huawei v. IDC*, the court's decision was based on the fact that Apple Inc. had achieved success in the smartphone market, and hence ignored the initial market risks when the license agreement was reached. This case exactly showcased such a cognitive bias. Although hindsight bias cannot be eliminated completely, recent research demonstrates that a detailed reasoning and a comprehensive analysis of defendant's arguments should be able to significantly reduce the risks thus caused.

Key Words: Standard Essential Patent; Royalty Calculation; *Huawei v. IDC*; Comparable Licenses; Hindsight Bias

(责任编辑:邓 峰)

〔98〕 还包括和解结案的高通案。标准必要专利费主要有三种解决的方式:合同、侵权和反垄断。参见张永忠、王绎凌:“标准必要专利诉讼的国际比较:诉讼类型与裁判经验”,《知识产权》2015年第3期,第87—88页。如果是按照专利侵权来解决问题,那么最终确认的专利许可费是损害赔偿费用。如果在反垄断法下许可费被认定违法,其产生的责任会更为严厉。例如,如果向行政执法机关投诉,行政执法机关认定违法后,可以没收违法所得,处以上一年度销售额1%—10%的罚款。

〔99〕 *Apple, Inc. and Next Software Inc. v. Motorola Inc. and Motorola Mobility Inc.*, Case No.1:11-cv-08540(2012).