

## 标准必要专利权人的 FRAND 声明之法律性质探析

管育鹰

**内容提要:**明确标准必要专利权利人对标准制定组织作出的“公平、合理、无歧视”(FRAND)声明之法律性质,关系到标准必要专利侵权纠纷解决思路的基础理论问题。分析国际通信技术领域主要标准制定组织的专利政策可知,其所要求提交的 FRAND 声明仅为一种原则性承诺;对 FRAND 声明的法律性质,国内外理论界和司法界还未形成较为一致的看法,且各种观点都未能做出较深入的分析 and 诠释。虽然目前各国在实践中都强调 FRAND 是标准必要专利权利人与标准实施人在许可谈判中均应遵守的诚信义务,但因缺乏对 FRAND 声明的法律性质的分析而使得判决说理不够充分。结合我国法律制度传统和国内外相关司法经验,将 FRAND 声明视为对标准必要专利权利人设立相关诚信谈判义务的要约邀请,更能合理地阐释其法律性质和法律效果,提高纠纷解决的可预期性。

**关键词:**标准必要专利(SEP) 专利政策 FRAND 声明 要约邀请说 诚信谈判义务

管育鹰,中国社会科学院法学研究所研究员。

标准必要专利(SEP)指实施标准时不可避免必然要使用的、在技术或商业上没有其他可替代方案的专利技术。一直以来,因专利权本身天然的专有性和成为标准必要专利后在权利行使时产生垄断的可能性,如何权衡创新与竞争关系、制定恰当的产业推进政策、保护标准必要专利权利人合法权益和维系公平正当的竞争环境是各国政府和司法机构需要考虑的难题。近些年来,随着移动通信技术和智能手机产业的飞速发展,围绕通信领域标准必要专利产生的法律纠纷在全球呈现同步爆发现象,相关争议引起了各国产业界、决策层、法律实务界和学术界的高度关注。

本文拟讨论标准必要专利权利人对标准制定组织(SSO)作出的“公平、合理、无歧视”(FRAND)声明之法律性质问题。我国 2013 年出现了首例涉及标准必要专利的判决,随后全国各地法院陆续受理了多起标准必要专利纠纷。在《专利法》第四次修订的讨论中,是否设立单独的标准必要专利侵权判定和责任条款曾引起争议。随着技术的发展和广泛应用,全球关于标准必要专利的纠纷将呈增加趋势;我国是世界最大的移动通信产品

市场,知识产权保护力度也在不断增强,今后我国法院成为全球通信领域主要竞争者诉讼优选地的可能性也日益增大。面对如何确立标准必要专利侵权纠纷裁判规则这一全球性的疑难法律问题,有必要结合产业特点进一步研究,提出能更合理阐释 FRAND 声明法律性质和法律效果的理论,为复杂的纠纷解决提供依据。

## 一 技术标准化趋势及 FRAND 声明的由来

技术标准是由公认机构批准的文件,用来提供可普遍和重复使用、旨在促进最佳效益和秩序的技术规范。随着产业技术创新和经济一体化程度的加深,标准在技术推广和市场竞争中的作用越来越凸显,尤其在以互联互通为趋势的通信领域,各项技术的应用以“言必称标准”来形容也不为过。近年来,全球通信领域专利数量激增,标准的制定根本无法回避专利技术,标准制定组织推广的先进技术普遍受专利权保护的客观现状和专利权人倾向于参与标准制定以便占领更广阔市场的商业策略安排,使得标准必要专利价值凸显。根据欧盟相关研究,欧洲电信标准化协会(ETSI)发布的标准必要专利占全球的 70%,其确立的 2G、3G 及 4G 标准技术的专利权利金收入每年约 180 亿欧元;2025 年“物联网”(IoT)的利用在发达国家个人、家庭、办公室、工厂、工地、零售处、城市及汽车等装置的经济潜力预估高达每年 9 兆欧元。<sup>[1]</sup> 5G(第 5 代移动通信技术)在“物联网”时代不可或缺,目前,世界各国的通信领域巨头都格外重视并围绕 5G 积极开发专利技术,并争取成为各主要标准制定组织中的标准必要专利。

为避免被卷入标准必要专利相关法律纠纷从而阻碍标准化进程,通信领域主要标准制定组织普遍制定了专利政策,要求参与标准制定、专利技术被采用为标准必要专利的成员披露相关信息,并作出将给予标准实施人 FRAND 许可的声明(通常以向标准制定组织出具确认函的方式)。然而,多数组织发布专利政策之目的,都仅限于表明其在推广先进技术时对专利权保护和禁止限制竞争两项公共政策中保持中立的态度;无论具体措辞和形式如何,其所要求的 FRAND 声明通常仅是原则性的。以国际电信联盟(ITU)、国际标准化组织(ISO)和国际电工委员会(IEC)联合发布的专利政策为例,该政策表明:第一,希望标准必要专利权利人最充分披露其专利信息,但标准制定组织不负责对相关权利证据、有效性或范围等给出权威或全面的信息;第二,标准必要专利权利人应提交是否愿意以 FRAND 为条件进行许可的声明,但有关专利的具体事项(如专利许可、专利使用费等)留待有关当事人协商,因为这些事项可能因个案而不同。<sup>[2]</sup> 同样,欧洲电信标准化协会在其知识产权政策中,要求权利人披露标准必要专利信息(第 4 条),且在三个月内提交书面的、不可撤销的声明,表示将给予第三方符合 FRAND 条件的实施许可(第 6 条)。<sup>[3]</sup>

[1] 参见欧盟委员会文件:Setting out the EU approach to Standard Essential Patents, 29/11/2017; <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/26583>, 最近访问时间[2019-02-10]。

[2] 参见国际电信联盟网站, <https://www.itu.int/en/ITU-T/ipr/Pages/policy.aspx>, 最近访问时间[2019-02-10]。

[3] 参见欧洲电信标准协会网站, <https://www.etsi.org/images/files/IPR/etsi-ipr-policy.pdf>, 最近访问时间[2019-02-10]。

美国电气和电子工程师协会 (IEEE) 最早也采取了与前述各标准制定组织大致相同的专利政策。但由于在标准的实施中因 FRAND 声明的模糊性带来了一些争议并诉诸司法, 协会于 2015 年发布了新的专利政策, 指出标准必要专利权利人提交了 FRAND 声明的, 不应申请颁发或执行禁令, 除非标准实施者不参加对合理使用费、权利有效性、侵权赔偿等问题有管辖权的法庭审理或不遵守其裁判结果; 在确定合理许可费时, 应基于“最小销售单元”〔4〕。这一新政策招致高通、交互数字、爱立信、诺基亚等通信领域巨头的强烈反对, 认为美国电气和电子工程师协会不应该在缺乏专利劫持 (Hold-up) 现象证据的情况下, 断然采取背弃传统的专利政策, 使权利人遭受反劫持 (Hold-out) 的困扰。〔5〕有实证研究指出, 该协会的新专利政策出台后, 愿意出具遵循其所要求之声明的权利人大量减少。〔6〕

可见, 多数标准制定组织对权利人之 FRAND 声明的要求仅是原则性的, 这使得标准实施后各界对 FRAND 声明的法律性质缺乏共识, 实践中的理解差异使得标准必要专利侵权与救济法律纠纷的解决思路存在不确定性。美国电气和电子工程师协会的新专利政策对 FRAND 声明的内容提出了更具体的要求, 但因招致权利人的反对从而导致其不愿意继续参与标准制定, 进而可能使标准制定组织推广先进技术的标准化目标落空; 而且该政策也没有阐明将 FRAND 声明视为权利人放弃禁令救济请求权的法理基础, 难以对其他标准制定组织框架下发生的标准必要专利争议之解决提供示范作用。

妥善处理 and 解决标准化进程中的标准必要专利侵权纠纷, 不仅事关专利权利人和标准实施者之间的利益博弈, 也关系到产业的创新发展以及市场竞争秩序的维护。有必要进一步系统、深入地研究 FRAND 许可声明法律性质的不同观点, 探讨其法理依据, 以期对禁令颁发、合理许可费的确定等民事救济焦点问题的解决提供思路, 满足司法裁判可预见性的法治要求并回应业界所面临的困惑和需求。须指出的是, 本文讨论的标准必要专利所适用的标准仅指推荐性行业标准, 并不包括国家强制性标准。

## 二 FRAND 声明之法律性质的不同阐释

### (一) 第三方利益合同说

第三方利益合同是突破合同相对性原则的例外情形, 正如美国的示范法《合同法重述》(第二版 1981 年) 第 17 条所述, 合同应当是体现交易合意和对价的契约, 因此一般只有合同当事人才有履行合同权利义务的请求权; 但是, 如果合同有第三方受益人, 即虽然不是当事人但是合同履行所指向的直接受益人的, 享有履行合同的请求权。

〔4〕 参见美国电气和电子工程师协会网站, <http://standards.ieee.org/develop/policies/bylaws/sect6-7.html#6>, 最近访问时间[2019-02-10]。

〔5〕 David J. Teece & Edward F. Sherry, *The IEEE's New IPR Policy: Did the IEEE Shoo Itself in the Foot and Harm Innovation?* Working Paper Series No. 13, TUSHER Center for the Management of Intellectual Capital (2016), [http://businessinnovation.berkeley.edu/wp-content/uploads/2014/07/14-The-IEEES-New-Policy-Teece\\_Sherry\\_8-3-16\\_2\\_Clean.pdf](http://businessinnovation.berkeley.edu/wp-content/uploads/2014/07/14-The-IEEES-New-Policy-Teece_Sherry_8-3-16_2_Clean.pdf), 最近访问时间[2019-02-10]。

〔6〕 Kirti Gupta & Georgios Effraimidis, *IEEE Patent Policy Revisions: An Empirical Examination of Impact*, <https://ssrn.com/abstract=3173799>, 最近访问时间[2019-02-10]。

在苹果诉摩托罗拉案中,美国法院指出,欧洲电信标准化协会和美国电气和电子工程师协会的知识产权政策目的是为了为了保护需要获得许可的标准实施人之利益,减少获得标准必要专利技术的风险,摩托罗拉按要求向欧洲电信标准化协会、美国电气和电子工程师协会提交的 FRAND 声明(确认函形式)构成承诺,而苹果公司作为标准实施人是该合同的第三方受益人。<sup>[7]</sup> 在微软诉摩托罗拉案中,法院指出:第一,摩托罗拉与美国电气和电子工程师协会和国际电信联盟签订了有拘束力的合同,并承诺以 FRAND 条件许可实施其标准必要专利;第二,微软公司是摩托罗拉与美国电气和电子工程师协会和国际电信联盟合同的第三方受益人。<sup>[8]</sup> 在与苹果和摩托罗拉案相关联的一起诉讼中,法官认为标准必要专利权利人已同意以 FRAND 为条件许可任何愿意支付合理许可费的人实施其专利,即默认了许可费足以弥补损失,不支持其禁令请求,该观点得到美国联邦巡回上诉法院的认同。<sup>[9]</sup> 可见,采取第三人利益合同说的美国法院认为 FRAND 声明是权利人对标准制定组织的承诺,其法律效果是在标准必要专利纠纷中权利人对实施人的禁令请求权受限。

英国法院长期认为第三方利益合同并不能产生任何受益人可请求执行的权利,<sup>[10]</sup> 直到 1999 年英国通过《合同第三方权利法案》[*Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*], 规定在合同明确了第三方对合同有请求权的情形下,第三方享有独立的合同履行请求权。<sup>[11]</sup> 2014 年 3 月,英国法院审理了无线星球(UP)诉华为案,华为被指侵犯无线星球多项全球通讯标准必要专利中的六项英国专利;华为质疑涉诉标准必要专利的有效性和必要性,并反诉无线星球报价不符合其 FRAND 承诺,请求法院判决其申请禁令的行为违反反垄断法。法官认为,标准必要专利权利人与欧洲电信标准化协会之间形成第三方利益合同,无线星球作出的 FRAND 声明有拘束力,但这→义务不是说无线星球或华为可以被强迫签订违背其意愿的合同,而是说如果无线星球拒绝签订符合 FRAND 条款的许可合同,法院可以拒绝其请求侵权禁令的救济,反之,如果华为拒绝签订符合 FRAND 条款的许可合同,法院应给予权利人侵权禁令救济。<sup>[12]</sup> 2017 年 4 月,法官判决要求华为按法院给出的 FRAND 条件,包括全球性许可费率的具体数额与无线星球签订许可,否则将执行停止侵权的禁令;2018 年 10 月,英国上诉法院维持原判。<sup>[13]</sup> 从英国法院对第三方利益合同说的解读看,作出 FRAND 声明的标准必要专利权利人应履行其承诺,但不排除实施人不愿意签订符合 FRAND 条件的许可合同时给予权利人禁令救济的可能性。

大陆法系国家的合同法理论也在某种程度上承认第三方利益(或利他)合同之效力,比如,德国根据第三方是否可以依据他人为其利益所签订的合同获得诉权,将此类合同划

[7] Apple, Inc. v. Motorola Mobility, 886 F. Supp. 2d 1061 (W. D. Wisc. 2012).

[8] Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 854 F. Supp. 2d 993, 999 (W. D. Wash. 2012).

[9] Apple Inc. v. Motorola, Inc., No. 12-1548 (Fed. Cir. 2014).

[10] Law Review Editors, Third Party Beneficiary Contracts in England, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 35 (1968), pp. 544-567.

[11] *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, Chapter 31.

[12] EWHC 711 (Pat), 5 Apr. 2017.

[13] [2018] EWCA Cir 2344, 23/10/2018.

分为真正的和不真正的利他合同,在法典中做了诸多详细规定。<sup>[14]</sup> 不过,在处理标准必要专利纠纷时,欧洲大陆的法院却未援引利他合同理论和相关成文法条款,而是采取了从 FRAND 声明要约邀请说到 FRAND 谈判义务说的路径。

## (二) 弃权声明说/禁止反悔说/默示许可说

弃权声明说认为,FRAND 声明意味着标准必要专利权利人作出了不可撤回的放弃禁令救济请求权的承诺。<sup>[15]</sup> 这一学说运用在标准制定组织的标准化实践中曾引起极大争议。即从政策方面考量,弃权声明说可能会使大量标准必要专利权利人退出,对技术标准化进程产生影响。例如,欧洲电信标准化协会在 1993 年制定知识产权政策草案时,曾草拟了第 13 条“签字人在此保证不对任何实施标准必要专利的一方寻求禁令救济”,这一条款最终在 1994 年的正式文本中被删除。<sup>[16]</sup> 如前所述,美国电气和电子工程师协会的 2015 年版知识产权政策采取了弃权声明说,但在实践中引起了极大反弹。对大多数标准制定组织所要求的 FRAND 声明而言,弃权声明说仅是学理上的推论,实践中尚无案例对此加以阐释,因为其突破了几乎所有国家和地区的立法或国际条约均明文赋予权利人的禁令请求权。专利权是一种准物权,停止侵权的禁令救济是法定的请求权;因此,如果标准必要专利权利人确实有放弃禁令救济的意图,应当作出明确的意思表示或事实行为,仅依原则性的 FRAND 声明本身难以证成。

关于禁止反悔说,有美国学者认为,标准制定组织的专利政策作为一种私法秩序,应当具有可执行性;作出 FRAND 声明的标准必要专利权利人与实施者之间形成了合同关系,权利人只有支付许可费的请求权而没有禁令、惩罚性赔偿、律师费等救济,专利法上的禁止反悔和默示许可制度可作为解决标准必要专利侵权纠纷的依据。<sup>[17]</sup> 这一观点被进一步阐释为:允许请求禁令,则权利人可能将其作为谈判筹码,从而产生专利劫持和许可费堆叠等权利人获利超出专利贡献度的不利于持续创新的现象;<sup>[18]</sup> FRAND 声明是一种放弃了惩罚性赔偿和禁令请求权的公开承诺,权利人违背此承诺可适用禁止反悔原则,法院也可将 FRAND 声明视为默示许可,即权利人不能主张惩罚性赔偿和禁令救济,只能请求判定支付许可费。<sup>[19]</sup> 禁止反悔或允诺禁反言是英美契约法上基于诚信的一项原则,我国立法和实践中也有类似原则体现;<sup>[20]</sup> 不过,与原则性的 FRAND 声明不同,允诺禁反言和禁止反悔原则指向的内容通常是可以确定的。比如,根据《合同法》第 186 条第 2 款规

[14] 参见薛军:《利他合同的基本理论问题》,《法学研究》2006 年第 4 期,第 123 页。

[15] See J. Miller, Standard Setting, Patents, and Access Lock-In: RAND Licensing and the Theory of the Firm, *Indiana Law Review*, Vol. 40 (2007), p. 358; Joseph Farrell, John Hayes, Carl Shapiro & Theresa Sullivan, Standard - Setting, Patents and Hold-Up, *Antitrust Law Journal*, Vol. 74 (2007), pp. 603 - 638.

[16] Roger G. Brooks & Damien Geradin, Taking Contracts Seriously: The Meaning of the Voluntary Commitment to License Essential Patents on “Fair and Reasonable” Terms, *Intellectual Property and Competition Law: New Frontiers*, p. 389, Steven Anderman & Ariel Ezrachi eds., Oxford Univ. Press (2011).

[17] See M. A. Lemley, Intellectual Property Rights and Standard-setting Organizations, *California Law Review*, Vol. 90 (2002), pp. 1918 - 1923.

[18] M. A. Lemley & C. Shapiro, Patent holdup and royalty stacking, *Tex. L. Rev.*, Vol. 85 (2006), p. 1991.

[19] Lichtman Douglas Gary, Understanding the RAND Commitment, *Houston Law Review*, Vol. 47 (2010), p. 1023.

[20] 参见孙莉:《允诺禁反言规则与禁止反悔原则之比较研究》,《中国发展》2006 年第 2 期,第 69 页。

定,具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同,赠与人在赠与财产的权利转移之前不允许撤销赠与;又如,专利权人在专利审批过程中,为了满足法定授权要求而对权利要求的范围进行限缩的,必须以书面方式进行,并记录在官方的专利审查档案中,为此在后续的无效或侵权程序中权利人对专利权保护范围的主张和解释不能再做扩张。

默示许可在英美法系国家一般在技术标准、技术推广、产品销售、产品修理、在先使用、原有协议、违约行为、平行进口等情形下被作为侵权抗辩的理由。<sup>[21]</sup>对 FRAND 声明采用默示许可说的实质,是认为标准必要专利权利人与实施人之间的合同关系已经成立,双方的争议不应涉及是否颁发禁令,而应是如何进行价款谈判并最终达成可执行合同的问题。另一方面,大陆法系的合同法理论中虽然也存在“法律中的默示条款”之概念,但其适用实际上是在许可合同已经有效成立的前提下,根据善意和良好的商业惯例来推定解释合同中的遗漏之处。<sup>[22]</sup>显然,在标准必要专利相关纠纷中,无具体内容的 FRAND 声明本身不足以证明合同成立,也难以适用大陆法系对合同成立后默示条款的理解。近年来大陆法系国家和欧盟法院(ECJ)在解决禁令颁发问题时常采用竞争法而非合同法路径,即不讨论 FRAND 声明是否表示默示许可成立,而是考虑具有市场支配地位的标准必要专利权利人请求禁令救济的行为是否导致了限制竞争,在此过程中双方的谈判意愿和相关行为的诚信判定成为关键。<sup>[23]</sup>我国对是否采用默示许可理论解决标准必要专利纠纷存在争议。原国务院法制办 2015 年 12 月 2 日公布的《专利法》第四次修订草案送审稿第 85 条规定:“参与国家标准制定的专利权人在标准制定过程中不披露其拥有的标准必要专利的,视为其许可该标准的实施者使用其专利技术。许可使用费由双方协商;双方不能达成协议的,可以请求国务院专利行政部门裁决。当事人对裁决不服的,可以自收到通知之日起十五日内向人民法院起诉。”不过,学界和业界对这一条款的增设表示质疑,认为以立法形式对标准必要专利进行规制应当谨慎,不宜过早干预。<sup>[24]</sup>在最新公布的《专利法》修正案草案中,原送审稿第 85 条已被删除。<sup>[25]</sup>

### (三) 要约邀请说/谈判义务说

在摩托罗拉诉微软案中,德国曼海姆法院指出,标准必要专利权利人摩托罗拉向国际电信联盟提交的 FRAND 声明是否属于许可须按德国法解释;德国民法典第 328 条所指的利他合同并不适用于物权合同,因此标准必要专利权利人的 FRAND 声明不能被视为放弃禁令请求权的物权处分行为,也不是针对不特定第三人,只要对方承诺许可合同即成立的有拘束力的要约,而只是邀请对方进行协商的意思表示。<sup>[26]</sup>法院认为该案中摩托罗

[21] 参见袁真富:《基于侵权抗辩之专利默示许可探究》,《法学》2010 年第 12 期,第 123 页。

[22] 参见[德]海因·克茨著:《欧洲合同法》,周忠海等译,法律出版社 2001 年版,第 170-172 页。

[23] AIPPI SC Q222 Report: “Availability of injunctive relief for standard essential patents” (March 2014), p. 13.

[24] 参见张伟君:《默示许可抑或法定许可——论专利法修订草案有关标准必要专利披露制度的完善》,《同济大学学报(社科版)》2016 年第 3 期,第 103 页;秦天雄:《标准必要专利规制问题的法理思考及建议——兼评专利法修订草案(送审稿)第 85 条》,《北京化工大学学报(社会科学版)》2016 年第 3 期,第 15 页。

[25] 全国人民代表大会网站“专利法(修正案草案)征求意见”:[http://www.npc.gov.cn/npc/flcazqj/2019-01/04/content\\_2070155.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/flcazqj/2019-01/04/content_2070155.htm), 2019 年 1 月 4 日发布,最近访问时间[2019-01-10]。

[26] Landgericht Mannheim [LG] [Regional Court] May 2, 2012, 2 O 240/11, 转引自 Thomas F. Cotter: Comparative Law and Economics of Standard Essential Patents and FRAND Royalties, *Tex. Intellectual Property Law Journal*, Vol. 22 (2014), p. 318 at note 28.

拉主张侵权救济没有构成威胁性索赔,不适用德国联邦最高法院之前确立的“橙皮书标准”。<sup>[27]</sup> 有意思的是,双方当事人在美国同时进行的诉讼结果却不同:美国法院采取第三方利益合同说,判决不予执行德国法院颁发的禁令,并支持微软因对抗摩托罗拉禁令救济而产生的律师费和诉讼费的支付请求。<sup>[28]</sup>

其他欧盟国家在司法实践中未明确指出 FRAND 声明的法律性质。例如,荷兰法院对标准必要专利权利人合法权利的保护持肯定态度,在与德国“橙皮书标准”案情相同的飞利浦诉 Kassetten 一案中,海牙法院认为 FRAND 声明并不意味着标准必要专利权利人不能请求禁令,被告在进入市场前未通知原告进行协商,属于未经许可使用,应予禁止(这一判决结果与德国法院的不同)。荷兰法院也指出,谈判过程很重要,在权利人不进行诚信谈判或滥用权利的特殊情形下可以不颁发禁令,比如在 LG 诉索尼案中,权利人发出了要约,实施人没接受也未拒绝,但由于双方仍在谈判且另有仲裁协议,因此法院并没有颁发禁令。<sup>[29]</sup> 在意大利的三星诉苹果案中,米兰知识产权法庭驳回了标准必要专利权利人的诉前禁令请求,认为双方已经开展了认真的许可谈判,没有发现任何一方有恶意,权利人寻求禁令构成了滥用市场支配地位;在法国的三星诉苹果案中,法院拒绝了标准必要专利权利人的诉求,指出颁发禁令将使双方权利义务明显失衡,但同时也驳回了实施人反诉权利人滥用程序的赔偿请求。<sup>[30]</sup>

欧盟各国对标准必要专利案件的裁判思路在 2015 年的华为诉中兴案后逐渐统一。该案中,德国杜塞尔多夫法院将涉及标准必要专利争议的相关问题提请给欧盟法院裁决,法院在裁决中指出,标准必要专利权利人向标准制定组织作出了一项以 FRAND 条件许可实施其专利的承诺,使得第三人对取得符合 FRAND 条件许可的可能性有了正当期待,因此若权利人拒绝提供此许可,原则上可构成《欧盟运行条约》(TFEU)第 102 条所指的滥用市场支配地位;不过,在以下情形下标准必要专利权利人请求禁令救济,不违反该条约第 102 条,其理由如下:第一,在提出诉讼前已经向被告人发出过警告;第二,在被告人明确表示愿意达成符合 FRAND 条件的许可合同后提出了具体的、书面的要约;第三,被告人没有认真答复该要约但仍继续使用。<sup>[31]</sup> 该案中法院将 FRAND 声明视为一种承诺,但却没有就此进一步论证,而是转为从竞争法视角为标准必要专利权利人和实施人的谈判行为设定相对明确的规则;在此意义上,法院回避了 FRAND 声明的法律性质问题,将说理重点转向 FRAND 是双方均应遵守的谈判义务并据此判定各自的法律责任。该案裁

[27] 该标准指如果具有市场支配地位的 SEP 权利人之专利是进入市场必不可少的前提条件,而权利人拒绝许可缺乏合理性和公正性的,违反了德国民法典第 242 条规定的诚实信用原则,被告可以适用强制许可抗辩(即不支持禁令救济)。参见赵启杉:《竞争法与专利法的交错:德国涉及标准必要专利侵权案件禁令救济规则演变研究》,《竞争政策研究》2015 年 9 月号,第 88-89 页。

[28] Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 696 F.3d 872, 879 (9th Cir. 2012), 本案是前注 8 中 [Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 854 F. Supp. 2d 993, 999 (W. D. Wash. 2012).] 之案件的上诉案。

[29] Philips Electronics v SK Kassetten, 17 March 2010, Docket n°: 316533/HA ZA 08-2522, LG v Sony, 10 March 2011, Docket n°: 389067/KG ZA11-269; See AIPPI SC Q222 Report: Availability of injunctive relief for standard essential patents (March 2014), p. 13.

[30] See Gabriella Muscolo, The Huawei Case. Patents and Competition Reconciled? *Rivista Telematica-Anno V*, numero 1 (2017), pp. 90-114.

[31] Huawei v ZTE, CJEU C-170/13; para. 51-53, 61-71.

决后,欧盟各国法院在一系列标准必要专利纠纷中也采用此路径解决<sup>[32]</sup>。

#### (四) 禁止权利滥用说/契约交涉义务说

日本在司法实践中对 FRAND 声明之性质最早是从禁止权利滥用角度来界定的。在 2011 年发生的三星诉苹果的标准必要专利纠纷中,三星主张苹果的 iPhone4/iPad2 侵害其标准必要专利,向东京地方法院请求禁令,而苹果则请求确认不侵权;法院一审判决侵权成立,但认为三星在谈判中未依 FRAND 原则提供必要信息和提出合理许可费,属于权利滥用,因此不给予禁令和赔偿救济。2014 年日本知识产权高等法院维持原判,认为作出 FRAND 声明的标准必要专利权利人寻求禁令有损于作为合同第三人的实施人对(ETSI)知识产权政策的信赖,属于日本民法典第一条第 3 款规定的权利滥用。<sup>[33]</sup> 在关于此案的解读中,日本学界没有针对 FRAND 声明的法律性质进行分析,而主要讨论 FRAND 本身在标准必要专利纠纷解决中的意义,对此有基于第三人信赖利益保护的“契约缔结义务说”<sup>[34]</sup>和“契约交涉义务说”<sup>[35]</sup>,实务界倾向于认为法院在三星诉苹果案中采取契约交涉义务说的观点。<sup>[36]</sup>

鉴于标准必要专利纠纷通常涉及竞争法,日本公平贸易委员会(JFTC)2016 年 1 月修改了《知识产权行使的反垄断指南》,以回答标准必要专利权利人寻求禁令救济的行为是否可能导致反垄断法适用等问题,在“禁止使用技术”行为类别中增设了标准必要专利行使的准则。<sup>[37]</sup> 该准则指出,拒绝以 FRAND 条件获得许可的实施人使用标准必要专利或提出禁令可能构成排除竞争;是否愿意获得许可或拒绝许可,应按双方在许可谈判中的表现来判定。2018 年 6 月 5 日,日本特许厅(JPO)出台了《标准必要专利授权谈判指南》,以提高实施无线通信领域标准中标准必要专利的透明度和可预测性,促进专利权人与实施人之间的谈判,防止或快速解决关于标准必要专利的授权争议。该指南认为 FRAND 是一种面向谈判和授权条件两方面的原则,并给出了“善意谈判”的具体方法步骤,以及提高谈判效率和确定许可费的措施建议。<sup>[38]</sup> 应该说,日本公平贸易委员会和特许厅的指南中体现的“契约交涉义务”说受到了欧盟法院判决的影响,这些实操性规则进一步明确了双方的谈判义务,有利于防止和减少标准必要专利纠纷的发生,但因没有对 FRAND 声明性质进行分析和阐释,难以对发生纠纷后法院的解决思路提供理论依据。

[32] 参见 4iP 知识产权委员会:“Case Law post CJEU ruling Huawei v ZTE”, <https://caselaw.4ipcouncil.com/search/tag/frand%20declaration>, 最近访问时间[2019-02-10]。

[33] 参见东京地判平成 23 年(ワ)第 38969 号、东京知财高判平成 25 年(ネ)第 10043 号。

[34] 参见田村善之:《標準化と特許権—RAND 条項による対策の法的課題》,知的財産法政策学研究 Vol. 43 (2013),第 73-107 页。

[35] 参见高林龍:《標準イジ必須特許権侵害による損害賠償請求と権利の濫用》,《知財管理》63 卷 12 号(2013 年),第 1905-1907 页。

[36] 参见蔡万里:《FRAND 条項を巡る法的考察—日本法に基づいて—》,《パテント》Vol. 67 No. 12(2014),第 95-109 页;愛知靖之:《FRAND 宣言のされた標準規格必須特許に係る特許権行使》,《Law and Technology》No. 66, (2015),第 1-10 页。

[37] 修订的相关情况参见 JFTC 网站介绍:「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」(知的財産ガイドライン)の一部改正のポイント, <https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h28/jan/160121.html>, 最近访问时间[2019-02-10]。

[38] 参见 JPO「標準必須特許のライセンス交渉に関する手引き」<https://www.jpo.go.jp/shiryoku/kijun/kijun2/seps-tebiki.html>, 最近访问时间[2019-02-10]。



### (五) 诚信说/单方法律行为说

我国最早涉及标准必要专利纠纷的是 2013 年华为诉 IDC(交互数字技术公司, InterDigital Technology Corporation)案, 该案是当事人双方在全球发生的系列争议之一。法院认为 FRAND 声明的含义在各国尚无结论, 发生理解差异需要解释时应当适用中国法; 我国《民法通则》第四条规定“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则”, 《合同法》第五条规定“当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务”, 第六条规定“当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则”, 这些规定可以用来解释本案双方当事人争议的 FRAND 义务之含义。<sup>[39]</sup> 可见, 审理此案的法院未指明 FRAND 声明的性质, 而是采用诚信原则来检测双方行为, 最终判定华为进行了善意谈判, 而 IDC 的系列行为违反了诚信原则。在近期由广东深圳中院作出的华为诉三星一审判决中, 法院也没有专门阐述 FRAND 声明的性质, 代之将 FRAND 视为一项谈判的基本原则, 认为“标准必要专利权利人和实施人均有按照 FRAND 原则进行标准必要专利许可谈判的义务”; 证据显示在持续了 6 年多的交叉许可谈判中, 华为的行为符合 FRAND 原则, 而三星有故意拖延许可谈判的明显过错, 因此对华为的禁令请求应予支持, 同时法院指出一审判决后双方仍可继续谈判, 若达成许可协议则禁令不执行。<sup>[40]</sup> 可见, 我国广东地区的法院在司法实践中对 FRAND 声明的性质倾向于将其视为一种双方的诚信谈判义务。

单方法律行为说认为标准必要专利权利人作出的 FRAND 声明是一种单方法律行为,<sup>[41]</sup> 对这一观点的理论探讨在国内外尚不多见, 但在司法实践中已有采用。在北京知识产权法院审理的西电捷通诉索尼案一审判决中, 法院认为, “FRAND 许可声明仅系专利权人做出的承诺, 系单方民事法律行为, 该承诺不代表其已经做出了许可, 即仅基于涉案 FRAND 许可声明不能认定双方已达成了专利许可合同;” 可见, 法院在将 FRAND 声明视为单方法律行为的同时, 也强调了该定性仅限于声明本身, 并没有据此判定标准必要专利权利人在事后与实施人发生纠纷时应当承担什么法律责任; 案件核心争议的处理, 包括是否颁发禁令和如何判定许可费, 不是依据 FRAND 声明这一单方法律行为的效果, 而是根据之后双方在交涉中的具体行为表现而定。在该案的二审判决中, 北京市高级人民法院维持了禁令, 但采用的是“诚信谈判说”, 即“标准必要专利侵权民事责任的承担应当考虑双方谈判的过程和实质条件, 判断由哪一方为谈判破裂承担责任”。<sup>[42]</sup> 事实上, FRAND 声明表面看来是一种单方行为, 但因其本身的原则性, 无法推定标准必要专利权利人的真实意思表示及其相应的法律效果, 这一思路仍需进一步阐释。

## 三 我国法律制度下的 FRAND 声明之理解与适用

从上文关于 FRAND 声明法律性质的各种学说和案例来看, 在世界范围内, 各界对这

[39] 参见(2013)粤高法民三终字第 306 号。

[40] 参见(2016)粤 03 民初 816、840 号。

[41] 北京知识产权法院课题组(许波执笔, 陈锦川主持, 宋鱼水、姜颖、张晓津、许波、崔宁、马云鹏、陈志兴参加):《第四次专利法修改中的标准必要专利问题研究》,《中国知识产权》2017 年第 3 期, 第 56-60 页。

[42] (2015)京知民初字第 1194 号; (2017)京民终 454 号。

一问题还未形成共识,且各种观点都存在说理不足的缺陷。对此做出进一步的讨论,有助于为涉及标准必要专利侵权和禁令救济、许可费确定、权利滥用和反垄断等复杂疑难问题的解决提供有价值的说理依据,提高法律适用的可预期性,也有助于引导我国通信领域标准必要专利权利人和实施人的行为和产业的良性发展。由于默示许可说在我国《专利法》第四次修订过程中已明确不再考虑,本文不作进一步讨论。

### (一) 第三人利益合同说和单方法律行为说的局限

合同的相对性是世界通行的合同法基本原则,仅个别情形下各国会承认第三人利益合同或利他合同的存在。在标准必要专利相关案件中,英美法官采用第三人利益合同说,将 FRAND 声明视为权利人对标准制定组织作出的承诺,而实施人作为第三方受益人有直接的请求权,据此法院一般不应支持权利人的禁令请求(个别情形除外)。大陆法系国家虽然也有利他合同概念,但司法实践中通常要在立法中寻找直接依据加以适用,相对而言,英美国家法官更注重说理。

在我国现行民商事法律制度中,真正的利他合同,即受益人可以直接请求债务履行的第三人利益合同,仅存在于货运、保险、信托等个别领域;<sup>[43]</sup>《合同法》第 64 条规定:“当事人约定由债务人向第三人履行债务的,债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定,应当向债权人承担违约责任。”这一条并未赋予第三人直接主张债务履行的权利,属于“不真正利他合同”。实践中,若将 FRAND 声明视为标准必要专利权利人向标准制定组织作出的承诺,权利人违反承诺拒绝许可,则根据《合同法》第 64 条权利人应向标准制定组织承担违约责任,实施人无法直接据此向法院请求权利人履行其承诺,况且该承诺的内容不详,这显然无法解决权利人与实施人之间的争议。2018 年 8 月,我国民法典草案全文公布征求意见,其中与现《合同法》第 64 条相对应的第 313 条增加了第二款:“法律规定或者当事人约定第三人可以直接请求债务人向其履行债务,第三人未在合理期间内明确拒绝,债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的,第三人可以请求债务人承担违约责任;债务人可以向第三人主张其对债权人的抗辩。”这一款是为了弥补现行法没有真正利他合同的缺陷,从而使现实情境中需要利他合同解决的相关问题得到法律的明确和回应。不过,适用该款来阐释 FRAND 声明的法律性质并解决相关的标准必要专利争议仍然比较牵强;按照法律适用的逻辑,该款“法律规定”中的“法律”所指不清、“当事人约定”的内容也不明,难以明确标准必要专利权利人应向标准制定组织承担的违约责任及其与实施人之间的关系。

在民事法律制度中,单方法律行为根据行为人的单方意思表示即可成立,一般指物权抛弃、债务免除、遗嘱、放弃继承、捐助等行为。物权的放弃就是典型的单方法律行为,权利人得以单独行为为之;<sup>[44]</sup>弃权虽然可通过事实行为或声明表示,但意思表示须明确。FRAND 声明仅是原则性的表态,从各国案件中标准必要专利权利人都放弃禁令救济请求权、法院也未一概否定禁令的事实看,弃权说过于严苛。而且,权利人作出的 FRAND 声明并非基于自己的意思自治,而更多地是应标准制定组织专利政策之要求而出具的宣

[43] 参见王利明著:《合同法研究》,中国人民大学出版社 2002 年版,第 108 - 133 页。

[44] 参见史尚宽著:《民法总论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 300 - 301 页。

示性保证函,且该声明所指向的义务具有高度模糊性,很难界定具体内容,不能推断该义务包括了放弃基于专利权的禁令和赔偿救济。此外,既然是单方法律行为,法律就不需要依据双方法律行为理论来调整;单方法律行为人可以给自己设定某种义务,但不得给他人设定义务。事实上,在上述所有标准必要专利纠纷中,法院最终都将 FRAND 扩张解释为双方当事人均应遵守的谈判义务;即使是对 FRAND 声明采取单方法律行为的解释,法院对是否颁发禁令的问题最终也是结合双方在谈判中的过错来判定的。<sup>[45]</sup>

## (二) 要约邀请说之合理性

### 1. 要约邀请说可有效吸收诚信说

无论采取哪一种学说,都不否认 FRAND 声明给相关技术领域的标准实施人带来某种市场信赖;事实上,对 FRAND 声明之法律性质无论持哪一种观点,都没有一概否认禁令救济。比如,持第三人利益合同说的英国法官、持要约邀请说的德国法官、持诚信说或单方法律行为说的中国法官,均在个案中认定标准必要专利权利人无过错而实施人有过错,判决给予禁令救济;这与欧盟法院判决、日本特许厅指南中不深究 FRAND 声明之法律性质,而是将 FRAND 视为贯穿标准必要专利权利人与实施人许可谈判过程之基本原则的结论殊途同归。可见,判定标准必要专利许可谈判中双方行为是否诚信是实践中解决相关纠纷的关键,学理上对 FRAND 声明法律性质的解释应当具有足够的开放性和灵活性,以适应裁判中的说理需要。

相对而言,摩托罗拉诉微软案中德国法院对 FRAND 声明本身的法律性质所采用的要约邀请说更便于理解和适用。要约是“以一定契约之成立为目的之确定的意思表示”,<sup>[46]</sup>其内容必须具有足以使合同成立的主要条件,即一经被要约人承诺合同即告成立;而要约邀请,是一方当事人邀请对方当事人向自己发出要约的、旨在订立合同的意思表示,其性质上是一种事实行为。<sup>[47]</sup>不过,在商业活动中,合同的磋商和订立是个复杂的过程,双方行为属于要约邀请还是要约并没有清晰的界限,合同最终条款往往要经过多次讨价还价才能确定。

通常情况下商业广告属于要约邀请,广告里包括了价款、质量保证、先到先买、款到发货等确定内容的除外,悬赏广告在我国司法实践中被认为是具有拘束力的要约。FRAND 声明不包括要约所应具备的确定内容,且在实施人作出善意回应前双方尚未进入许可合同谈判进程;因此,FRAND 声明的性质应当是标准必要专利权利人针对不特定人发出的、表示准备订立符合 FRAND 条件的许可合同的商业广告式要约邀请。基于标准制定组织的公信力及其专利政策对 FRAND 声明不可撤回的要求,潜在的善意实施人对获得许可的信赖更加合理,且在与标准必要专利权利人谈判的同时通常也作出了获得许可的商业安排,也更容易因权利人拒绝许可遭受损失;因此,标准必要专利权利人以 FRAND 声明这一特殊形式作出要约邀请,应当比一般的商业广告行为承担更严格的法律义务,特别是过

[45] (2015)京知民初字第1194号:“双方当事人迟迟未能进入正式的专利许可谈判程序,过错在专利实施方。在此基础上,西电捷通公司请求判令索尼中国公司停止侵权具有事实和法律依据”。

[46] 史尚宽著:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第19页。

[47] 参见王家福主编:《民法债权》,法律出版社1991年版,第280-284页。

高定价或拒绝许可致使谈判破裂时,这一义务与合同法上“有其他违背诚实信用原则的行为”的先合同义务<sup>[48]</sup>有类似之处。

本文认为,FRAND 声明是标准必要专利权利人以对标准制定组织出具确认函的特殊方式发出要约邀请的行为,其产生的法律效果是明确了自己的两项基本的诚信谈判义务:第一,原则上不得未经谈判而直接主张侵权和请求禁令;第二,向实施人提出符合 FRAND 条件的、以合理的许可费为核心条款的许可合同要约。因标准必要专利许可谈判过程比一般合同更复杂,哪些行为违背诚实信用原则,比如是否进行善意积极的谈判,要约条款是否符合 FRAND 条件等,需要结合行业特点和商业习惯判定,我国司法实践中所持的“诚信说”更具有针对个案加以阐释以解决具体标准必要专利争议的灵活性。当然,这一法律适用过程也高度依赖司法的公正性和专业性,正如有学者所言,诚信原则“是未形成的法规,是白纸规定。换言之,是给法官的空白委任状”<sup>[49]</sup>。

## 2. 界定为诚信谈判义务符合商业实践

从行业特点看,全球通信领域主要的标准制定组织只有几个,其推出的标准虽不是强制性的,但为了适应消费者需求,在产品中采用标准制定组织的标准成为众多移动通信产品制造者进入相关市场的必然选项。同时,移动通信产品上所附着的专利技术多如牛毛,而标准制定组织要求的标准必要专利信息披露和权利人的 FRAND 声明均是原则性的;即使标准制定组织公布了其标准中所宣称的标准必要专利之信息清单,要求作为终端产品制造者的标准实施人去一一核对并率先提出获得许可的要约,成本太高也不合理,可能导致产业制造者举步维艰、担心随时遭遇专利侵权风险而宁愿采用非标准技术,这与标准制定组织推广标准化推进产业技术创新的意图相背离。另外,因为信息披露无具体要求和 FRAND 声明的原则性,标准制定组织并不担保标准必要专利的真实性和有效性;面对权利人所宣称的标准必要专利,标准实施人可以表明获得符合 FRAND 条件许可的意愿,也完全可以对信息披露的充分性、标准实施的必要性、专利的有效性、许可费的合理性等产生合理疑问。

由于标准必要专利权利人相对于众多的实施人能更准确地对自己的专利技术成本和利润作出合理判断,由其基于诚信义务提出包含合理许可费的要约更符合行业惯例。但是,在实施人明知标准必要专利的真实性和有效性,尤其是那种双方同属于标准制定组织成员、对标准制定过程和彼此的标准必要专利情况充分了解的情形下,实施人故意回避不主动接触权利人或拖沓谈判进程迟迟不愿达成协议支付许可费,也明显违反民事活动中的诚信原则。从前文梳理的全球标准必要专利纠纷看,争议通常发生在拥有通信领域技术和产品国际竞争力的跨国公司之间,很多情况下双方了解和承认彼此的标准必要专利存在交叉许可关系,这时唯有合理许可费的确定是双方争议的核心。无论实践中双方具体行为表现如何,是否根据商业和行业习惯进行诚信谈判是判定双方权利义务关系最合理的路径,也能更好地调和与创新与竞争两项公共政策目标。

## 3. 司法裁判的可预期性

实践中,我国法院除了直接解决标准必要专利争议,也通过司法解释和司法政策增强

[48] 我国《合同法》第 42 条(三)。

[49] 梁慧星:《诚实信用原则与漏洞补充》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第 2 卷),法律出版社 1994 年版,第 65 页。

裁判标准的一致性并引导当事人的行为。根据最高人民法院的司法解释,推荐性标准中明示了标准必要专利信息的,应当获得许可,否则可以颁发禁令;但标准必要专利权利人故意违反 FRAND 许可义务、而实施人无明显过错的情况下双方谈判失败的,不支持标准必要专利权利人的禁令请求。<sup>[50]</sup> 这一司法解释通过后,北京和广东两地高院分别通过司法文件对相关规则进行了细化,<sup>[51]</sup> 比如将标准制定组织的相关政策、行业特点和商业惯例补充为判定因素,强调了诚信、积极谈判、利益平衡等原则,并在具体判定中区分和描述了各自过错情形及相应证据、责任规则等。从这些司法文件看,我国审判机关没有对 FRAND 声明的性质作出阐释,而是将 FRAND 视为双方均应就许可合同进行诚信谈判的义务。换言之,我国法院事实上对 FRAND 声明本身还是持诚信说。

结合传统民法上的诚信原则来解决新型复杂的标准必要专利纠纷,固然有高度的灵活性,但在实践中因高度依赖法官素质,不易给相关当事人带来裁判结果的可预知性。目前各国法院对双方的权利义务最终都是根据其各自在谈判中的具体行为来判定的,这虽然不影响实质正义实现,但因为对 FRAND 声明的性质语焉不详,在判决说理中直接跳过该重要问题,不利于形成相对明晰的行为规范。明确 FRAND 声明属于特殊的要约邀请,其产生的法律效果是权利人的诚信谈判义务,与笼统地将声明解释为双方的谈判义务相比,更有利于提高各界对标准必要专利纠纷裁决结果的研判,为禁令是否支持,实施人是否可以反诉权利人违反先合同义务,合理许可费如何确定和执行等重要争议问题的解决提供理论依据。

#### 四 结 语

标准必要专利的本质是专利权,将其纳入标准的同时要求权利人披露信息并作出 FRAND 声明,意在使其权利的行使受到一定程度的限制,以有利于推进标准化进程;但若因该声明而在法律上明确不给予标准必要专利权利人充分的法律救济,则极可能导致先进技术拥有者退出标准化进程,反而不利于整体产业的创新和发展。面对技术贡献者和标准实施者在实践中可能产生的利益冲突,如何恰当平衡以促进创新和增加公共福利,的确考验着各国立法和执法者的智慧。严格说来,采用目前各国司法实践中简略提及的任何一种源自传统民法的理论,都无法完美地阐释原则性的 FRAND 声明之法律性质,何况这些理论在转化我司法裁判标准时缺乏一致性。采用第三人利益合同说的美国倾向于否认标准必要专利权利人的禁令救济权,而同样采用第三人利益合同说的英国则有不同的解释规则,使该说的适用结果缺乏可预期性。欧洲各国和日本法院虽然尝试从要约邀请、权利滥用的角度切入,但并没有深入分析 FRAND 声明的法律性质及其法律效果,而是转为强调双方的诚信谈判义务,诚信这一帝王条款的动用显得过于抽象,而且声明作为一方的行为因何给双方带来义务在逻辑上令人费解。

[50] 参见最高人民法院法释[2016]1号,第24条。

[51] 参见北京市高级人民法院:《专利侵权判定指南(2017)》第149-153条;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)》(2018)。

本文认为,将 FRAND 声明的性质视为产生特定诚信谈判义务之法律效果的特殊形式的要约邀请,能更好地应对标准必要专利纠纷解决中双方权利义务判定的复杂性,并提高标准必要专利争议中相关疑难问题解决路径的可预期性。具体而言,作出 FEAND 声明的标准必要专利权利人在提起侵权诉讼和请求禁令救济之前应当履行相应的诚信谈判义务,比如向实施人提出包含充分的标准必要专利相关信息的清单,通知实施人并指明其使用的自己专利技术的具体内容,发出包含合理许可费等具体条件的许可合同要约等;违反义务的标准必要专利权利人不仅禁令救济不能得到支持,给实施人带来实际损失的还可能产生先合同义务并承担相应缔约过失责任。在许可合同谈判启动后,根据民法、合同法的一般原则,诚信谈判成为双方均应履行的义务。有获得许可善良意愿并进行诚信谈判的实施人,在权利人提出要约后的合理期间内应作出回应或提出反要约;实施人有明显过错,比如故意拖延谈判或不愿支付合理许可费的,法院应当支持标准必要专利的禁令请求;提出标准必要专利无效宣告请求和质疑标准的必要性并不必然违反诚信谈判义务,除非有证据表明这属于恶意拖延谈判。标准必要专利权利人对谈判破裂有明显过错的,比如有过高要价或其他可能构成权利滥用的行为,其禁令救济不应支持。双方经过反复谈判、均无明显过错但却无法就许可合同条件达成一致的,原则上不支持禁令请求而应判令双方继续谈判,当然,任何一方均可请求第三方(法院或仲裁机构等)就合理的许可费进行裁决。

---

[ **Abstract** ] Fair, reasonable and non-discriminatory (FRAND) declaration is a written undertaking made by a standard-essential patent (SEP) right holder to a standard-setting organization (SSO) that it has prepared to grant irrevocable license under FRAND terms and conditions to any willing standard implementer. The patent policies of the main international communication technology SSOs show that the FRAND declarations are mostly announcements of principles that lack substantive legal commitments. Currently there is still no consensus either in academic circle or judicial circle on this issue, and the doctrines adopted by the judicial organs in different jurisdictions are also inconsistent and lack enough logic reasoning. However, recent developments of SEP-problem-handling practices in different jurisdictions indicate that a consensus has been reached on the explanation of FRAND declaration, that is, a commitment to negotiation in good faith, which should be abided by both SEP holders and standard implementers during the whole negotiation process of patent licensing. In light of the legal tradition and present judicial experience of SEP dispute-resolution in China, this author believes that a FRAND declaration should be treated as an invitation for offer that establishes the duty of negotiation in good faith for the SEP holder, so as to better explain its legal nature and effects, and increase the predictability of dispute resolution.

---

(责任编辑:姚 佳)