

标准必要专利 FRAND 规则 在我国的适用研究

张广良

[摘要] 起源于国际标准组织的 FRAND 规则具有一定的特殊性，但我国合同法、专利法及反垄断法对 FRAND 规则引发的诉讼具有普适性，能够为 FRAND 规则的适用提供依据及指引。我国法院在审理涉及 FRAND 规则的纠纷时，在某些方面恰恰忽视了这一点。法院应从 FRAND 承诺的要约邀请属性出发，判断专利持有者、标准实施者是否尽到了善意磋商义务，进而判定标准实施者在侵权成立时是否应承担停止侵害责任，以形成和我国现有法律适用标准相契合的 FRAND 适用规则。

[关键词] FRAND 规则；标准必要专利；停止侵害；反垄断

[作者简介] 张广良：法学博士，中国人民大学法学院教授，博士生导师，中国人民大学国际知识产权研究中心研究员（北京 100872）

标准必要专利持有者与标准实施者之间的纷争时有发生。近年来，基于巨大的市场，我国逐步成为标准必要专利诉讼的“主战场”之一。我国司法机关已审理多起涉及 FRAND 规则的案件^①，行政机关亦处理过若干标准必要专利持有者滥用专利权从而构成垄断的纠纷。^②我国司法及行政机关在解决标准必要专利 FRAND 规则争议时进行了积极的探索，贡献了“中国智慧”和“中国经验”。然而，和其他法域相仿，FRAND 规则在我国的适用尚存争议。

虽然 FRAND 规则起源于国际标准组织，具有一定的特殊性，但是我国民法总则、合同法、专利法及反垄断法对涉及此规则的诉讼具有普适性，为此规则的适用提供了依据及指引。然而，司法实践表明，我国法院在审理涉及 FRAND 规则的纠纷时，在某些方面恰恰忽视了这一点。例如，法院从有无过错的角度，判定标准必要专利持有者和标准实施者的谈判义务，判定标准实施者在侵权成立时是否应承担停止侵害责任，形成和现有法律适用标准不相契合的规则。本文在分析 FRAND 承诺属性的基础上，研究 FRAND 规则在我国适用的相关问题，包括标准必要专利持有者与标准实施者的谈判义务、标准必要专利许可费的确定以及停止侵害民事责任适用等，为此规则在我国适用的完善提出建议。

^① 专利持有者在参与标准制定时向标准组织作出承诺，将其专利给予标准实施者“公平、合理、无歧视”（Fair, Reasonable and Non-discriminatory）许可，此种制度被称为 FRAND 规则。截至 2018 年 8 月 30 日，我国法院已实体裁判的涉及标准必要专利的案件约有 10 件。

^② 例如，国家发展改革委员会对高通公司滥用 CDMA、WCDMA 和 LTE 无线通信标准必要专利许可市场的支配地位、实施垄断行为进行了调查，并于 2015 年 2 月 9 日作出发改办价监处罚〔2015〕1 号行政处罚决定书。

一、FRAND 承诺的属性

(一) FRAND 规则的起源

依据国际标准化组织 (ISO) 和国际电工委员会 (IEC) 的定义, 标准是经协商一致制定并由公认机构批准的、共同使用和重复使用的一种规范性文件。^①标准的制定在诸多方面服务于公共健康与安全等公共利益, 通过产品兼容的方式提高资源分配效率^②, 进而提高消费者终端市场的竞争力。^③标准必要专利是执行某一标准必然被实施, 或者为专利持有者或标准组织所声称必然被实施且不能进行规避设计的专利。^④专利被纳入标准后, 经营者要参与该行业的竞争就必须实施标准必要专利; 如果绕开标准必要专利, 就无法满足标准, 而不满足标准的产品或服务就不会有市场。^⑤标准必要专利易对标准实施者产生“劫持”(holdup) 效应。所谓“劫持”效应, 是指相较专利未被纳入标准的情形而言, 在专利被纳入标准后, 专利持有者能够攫取更高许可费(或对自己更为有利的许可条件) 的能力。^⑥为了抵消“劫持”效应, 标准组织在其知识产权政策中往往要求专利持有者向标准组织作出 FRAND 承诺, 给予标准实施者“公平、合理、无歧视”(Fair, Reasonable and Non-discriminatory) 许可, 此种制度被称为 FRAND 规则。^⑦依据 FRAND 规则, 专利持有者负有如下义务: 向所有对该专利感兴趣的标准实施者进行许可; 对所有的被许可人一视同仁, 不歧视对待; 以公平、合理的条件许可该专利。^⑧

(二) 关于 FRAND 承诺属性的几种学说

FRAND 承诺的属性, 是 FRAND 规则适用的基础性问题。关于 FRAND 承诺的属性, 目前存在民事法律行为说、强制缔约说、要约说以及要约邀请说。

民事法律行为说认为, FRAND 承诺作为标准必要专利持有者向标准组织作出的, 以公平、合理、无歧视条件许可其专利的意思表示, 本质上属于对自身享有专利权的限制, 即若标准实施者愿意以 FRAND 条件获得许可, 则该意思表示将在标准必要专利持有者与标准实施者之间发生法律效力, 故属于《民法总则》第 134 条所规定的单方民事法律行为。例如, 在西安西电捷通无线网络通信股份有限公司诉索尼移动通信产品(中国)有限公司侵害发明专利权纠纷案(下称“西电捷通案”)中, 一审法院认为 FRAND 仅为标准必要专利持有者作出的承诺, 系单方民事法律行为, 该承诺不代表其已经作出了许可, 仅基于涉案 FRAND 许可声明不能认定双方已达成专利许可合同。^⑨

强制缔约说认为, 标准必要专利持有者加入标准组织并作出的 FRAND 承诺, 应理解为其对标准实施者负有以该条件进行许可的义务, 该义务与供水、供电、供气等垄断企业所担负的强制缔约义务相似。在华为技术有限公司诉交互数字通信有限公司、交互数字技术公司等标准必要专利使用

① See ISO/IEC Guide 2: 2004, definition 3.2.

② See U. S. Department of Justice & U. S. Patent & Trademark Office, *Policy Statement on Remedies for Standards-Essential Patents Subject to Voluntary FRAND Commitments* (Jan 8, 2013), <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/290994.pdf>

③ See *Broadcom Corp v Qualcomm Inc*, 501 F.3d 297, 308 (3d Cir 2007).

④ Case No COMP/M.6381-GOOGLE/MOTOROLA MOBILITY, European Commission decision of 12 February, 2012, paragraph 51.

⑤ 叶若思、祝建军、陈文全、叶艳:《关于标准必要专利中反垄断及 FRAND 原则司法适用的调研》, 黄武双主编:《知识产权法研究》, 第 11 卷, 7 页, 北京, 知识产权出版社, 2013。

⑥ See Michael A. Lindsay & Robert A. Skitol, *New Dimensions to the Patent Holdup Saga*, 27 *Antitrust ABA* 34, 34.

⑦ 此规则在某些法域如美国, 亦称“合理与无歧视(Reasonable and Non-discriminatory) 规则”, 简称“RAND 规则”。

⑧ Case No COMP/M.6381-GOOGLE/MOTOROLA MOBILITY, European Commission decision of 12 February, 2012, paragraph 55.

⑨ 参见北京知识产权法院(2015)京知民初字第 1194 号民事判决书。

费纠纷案（下称“华为案”）中，一审法院便持此种观点。^①

要约说认为，专利持有者作出的 FRAND 承诺，构成合同法上的要约。主要理由为 FRAND 承诺内容明确，任何人按照标准生产产品时，均可实施标准必要专利，故此种承诺为授权要约，且在专利有效期内不能撤销。^②他人基于授权要约实施标准必要专利的行为，构成双方形成合同关系的承诺。^③ FRAND 规则表明标准必要专利持有者已授权标准实施者实施其专利，双方已形成事实上的专利实施许可合同关系。至于许可费等细节问题，则是合同履行过程中协商确定的问题，不能达成补充协议的，应按照合同有关条款或者交易习惯确定。^④

要约邀请说认为，专利持有者作出的 FRAND 承诺，不能被视为针对不特定第三人作出的、仅需要第三人接受即具有约束力的要约，亦不成为权利人与潜在被许可人之间的许可合同或第三方受益的合同。^⑤ FRAND 承诺仅为专利持有者向不特定第三人发出的、以 FRAND 条件许可其专利的要约邀请。

（三）FRAND 承诺应为标准必要专利持有者发出的要约邀请

民事法律行为说与强制缔约说，均强调了标准必要专利持有者的许可义务，均不认可基于 FRAND 承诺专利持有者与标准实施者之间已达成专利实施许可合同。^⑥此两种学说从不同视角对 FRAND 承诺的属性进行了解释，但并未论及专利持有者与标准实施者之间的特殊关系，故对研究二者所负有的谈判义务以及停止侵害责任等 FRAND 适用的核心问题并无太大价值。FRAND 承诺属于要约还是要约邀请，则对 FRAND 规则的适用意义重大。

FRAND 承诺不属于我国合同法上的要约。要约是希望和他人订立合同的意思表示，该意思表示须满足两个要件：一是内容具体确定；二是表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。FRAND 承诺虽属专利持有者愿意向标准实施者以 FRAND 条件许可其专利的意思表示，但该承诺并未对 FRAND 条件予以明确，也不包含许可期限、许可费标准等内容，故不属于要约。

FRAND 承诺满足我国合同法所规定的要约邀请的要件。《合同法》第 15 条规定，要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示，拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等为要约邀请。FRAND 承诺作为标准必要专利持有者以 FRAND 条件许可其专利的意思表示，类似于拍卖公告、招标公告，虽未给出具体的交易价格，但已经表明了交易的意愿，故应属于要约邀请。认定 FRAND 承诺属于要约邀请，对于研究 FRAND 规则在我国的适用，尤其是在判定专利持有者和标准实施者所负有的谈判义务，以及在双方无法达成许可协议且侵权成立的情形下，法院是否应判令标准实施者承担停止侵害责任，具有重要的意义。下文将对此进行具体分析。

二、标准必要专利持有者与标准实施者的磋商义务

（一）标准必要专利持有者与标准实施者均应负有善意磋商义务

当标准必要专利持有者和标准实施者就专利许可开始磋商时，二者各自应尽到何种义务，是审

^① 参见深圳市中级人民法院（2011）深中法知民初字第 857 号民事判决书。

^{②③} 邵伟、迟少杰：《从“华为诉 IDG 技术公司等案”看标准必要专利许可》，载《中国专利与商标》，2014（1）。

^④ 史少华：《标准必要专利诉讼引发的思考》，载《电子知识产权》，2014（1）。

^⑤ 从比较法的角度看，美国法院认为专利持有者向标准确定组织作出的 FRAND 承诺，构成标准实施者作为受益第三人的合同，See *Microsoft v. Motorola*, 696 F. 3d 872, 884 (9th Cir. 2012)。英国法院持类似看法，See *Unwired Planet International Ltd v. Huawei Technologies Co. Ltd*, [2017] EWHC 1304 (Pat)。

^⑥ 例如，在西电捷通案中，一审法院认为 FRAND 承诺不能认定双方已达成专利许可合同；在华为案中，一审法院亦认为 FRAND 承诺不宜理解为标准必要专利权利人与标准实施者之间已经成立合同关系。

理标准必要专利 FRAND 规则案件的核心问题。我国法律对此并无规定，亦无权威性的规范性意见。在侵犯标准必要专利诉讼中，针对是否要停止实施标准（即停止侵害涉案专利）的行为，最高人民法院司法解释规定，若标准必要专利持有者、被诉侵权人（标准实施者）协商该专利的实施许可条件时，专利权人故意违反其在标准制定中承诺的 FRAND 许可义务，导致无法达成专利实施许可合同且被诉侵权人在协商中无明显过错的，对于权利人请求停止标准实施行为的主张，法院一般不予支持。^①依此规定，最高人民法院认为，在协商实施许可条件时，双方当事人是否具有过错应是审查的重点，尤其是标准必要专利持有者是否故意违反了 FRAND 许可义务，以及标准实施者在协商过程中有无明显过错。然而，如何认定双方当事人在协商过程中具有过错与否，最高人民法院并未作出进一步解释。

本文认为，明确标准必要专利持有者和标准实施者的磋商义务，而非判断二者在磋商过程中是否存在过错，才是适用我国合同法相关条款、解决 FRAND 规则纠纷的正确路径。

基于 FRAND 承诺的要约邀请属性，当标准必要专利持有者与标准实施者为达成许可协议的目的而进行磋商时，二者均应履行我国合同法所规定的谈判义务。确定双方谈判义务及其行为模式的法律基础在于我国合同法所规定的诚信原则。在合同的缔结阶段，诚信原则要求缔约各方必须遵守诚信的缔约义务。^②依据合同法理论，当事人为了缔结合同而进行磋商之际，已由一般普通关系而进入特殊结合关系，使得双方当事人应超出一般普通关系所要求的侵权行为法上的注意义务，而负起保护此种特殊信赖关系的协作义务、通知义务、照顾义务、保护义务、保密义务等附随义务。^③依据我国《合同法》第 42 条的规定，违反合同缔结时的附随义务的，应承担缔约过失责任。^④此条从另一角度对双方当事人在缔约过程中的行为标准作出了要求，明确赋予缔约双方善意协商的义务，包括不得恶意进行磋商、不得故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况等。因此，在处理标准必要专利纠纷、确定标准必要专利持有者是否违反了 FRAND 承诺进而应否承担反垄断法上的责任以及判断标准实施者是否违反了其谈判义务进而应否承担停止侵害的责任时，审查的重点在于二者在谈判过程中是否诚实守信、善意磋商，而非判断其主观上是否有过错。对于标准必要专利持有者和标准实施者而言，善意协商的义务是对等的，是否尽到此种义务的根本判断尺度在于双方是否依照商业惯例及交易惯例，在磋商过程中诚信地履行了协作、通知、照顾、保护以及保密等附随义务。

（二）标准必要专利持有者与标准实施者善意磋商义务的内涵

标准必要专利持有者的善意磋商义务，首先要求其向标准实施者进行的协商应以达成公平、合理的许可协议为目的^⑤，其次要求其向标准实施者履行通知、协作及保密等义务。例如，某一标准往往涉及诸多必要专利，而标准实施者对此并不知悉，因此，出于将标准必要专利许可标准实施者使用之目的，专利持有者应向实施者发出谈判通知，并按照商业惯例和交易习惯列明其所拥有的标准必要专利清单。在标准实施者明确表达接受专利许可谈判的意愿后，专利持有者则应向其提供权利要求对照表等专利信息以及具体许可条件，且不应隐瞒其已与其他被许可人或标准实施者达成许

① 参见《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释（二）》，法释〔2016〕1号，第24条第2款。

② 郑强：《合同法诚实信用原则价值研究——经济与道德的视角》，载《中国法学》，1999（4）。

③ 江平、程合红、申卫星：《论新合同法中的合同自由原则与诚实信用原则》，载《政法论坛》，1999（1）。

④ 《合同法》第42条规定：“当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚实信用原则的行为。”

⑤ Hugh C. Hansen (ed.). *Intellectual Property Law and Policy*. Vol 12, Oxford and Portland, Oregon, 2013, p. 683.

可协议的内容，以推动 FRAND 许可协议的达成。^①协作义务是指专利持有者对标准实施者针对许可条件所提出的意见，应在合理期限内作出答复，且无正当理由不应在协商过程中阻碍或中断谈判。保密义务要求专利持有者对在磋商过程中接触到的标准实施者的商业秘密或其他机密信息，负有不予披露或公开的义务。

标准实施者是否尽到善意磋商义务，首先应判断其是否为具有真实的被许可意愿的人，而非以磋商为借口意图逃避侵权责任者。其次，标准实施者亦应履行通知、协作及保密等义务，包括：在收到专利持有者的书面通知后，在合理时间内积极答复；除非有正当理由，不拒绝与专利持有者签订保密协议，以便开展许可谈判；收到专利持有者的书面许可条件后，应在合理时间内积极回复是否接受该许可条件，或在拒绝接受时提出新的许可条件建议；除非有正当理由，不阻碍、拖延或拒绝参与许可协商；在协商过程中，不主张明显不合理的条件。^②

三、关于 FRAND 许可费的确定

FRAND 规则的关键在于标准必要专利许可费的公平、合理。^③专利被纳入了标准，在许可费谈判时容易产生“专利劫持”及“反向劫持”问题。标准必要专利本质上仍属专利，在许可费的确定上与一般专利无异。不同法域的专利许可费确定规则不尽相同。在适用 FRAND 规则确定标准必要专利许可费方面，我国专利侵权损害赔偿相关政策及司法解释，尤其是市场价值原则及技术分摊原则提供了指引。

（一）市场价值原则

中共中央办公厅、国务院办公厅于 2018 年 2 月 27 日印发的《关于加强知识产权审判领域改革创新若干问题的意见》，要求建立体现知识产权价值的侵权损害赔偿制度，坚持知识产权创造价值、权利人理应享有利益回报的价值导向，以实现知识产权市场价值为指引，以补偿为主、惩罚为辅的侵权损害司法认定机制。专利侵权损害赔偿应体现市场价值，这是我国专利保护应坚守的原则。同理，标准必要专利许可费亦应为该专利市场价值的体现。因此，无论是当事人自由协商还是法院、仲裁机构裁决许可费，均应以此为出发点，使得标准必要专利持有者能够从其智力成果的许可使用中获得相应的回报。

坚持市场价值原则，同样意味着标准必要专利持有者不应获取其专利市场价值之外的利益。在 FRAND 规则下，标准必要专利许可费应为专利本身技术贡献的价值体现，而不应是其被纳入标准的价值体现^④，即此专利被纳入标准后不应给自身带来附加的价值。易言之，许可费所反映的是标准必要专利的内在价值，而非纳入标准后所产生的“劫持”价值。^⑤在确定 FRAND 许可费时，法院或仲裁机构评估的应是该专利的事前价值（ex-ante value），即其被纳入标准之前的价值。^⑥美国联邦地区法院 James L. Robart 法官在 Microsoft v. Motorola 一案中坚持将 FRAND 许可费率与该专利纳入标准前的价值相联系的原则，并将假定专利未纳入标准时其持有人通过协商能够获取的许

^① Mark A. Lemley & Carl Shapiro, *A Simple Approach to Setting Reasonable Royalties for Standard-Essential Patents*, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol 28, 1135, 1141.

^② 本文所列举的标准必要专利持有者及标准实施者善意磋商的内容，部分参见《北京市高级人民法院专利侵权判定指南（2017）》第 152、153 条，《广东省高级人民法院关于审理通信领域 SEP 专利纠纷案工作指引（试行）（2018）》第 13、14 条。

^③ 参见广东省高级人民法院（2013）粤高法民三终字第 305 号民事判决书。

^{④⑤} See FOSS PATENTS, *German Court Unlikely to Approve Google's 2.25% Royalty Demand From Apple as FRAND Rate*, <http://www.fosspatents.com/2013/06/german-court-unlikely-to-approve.html>

^⑥ See Eliana Garcés Tol, *Licensing of Standard Essential Patents: Antitrust Intervention Is Not Big Enough a Fix*, 9 *Competition Pol'y Int'l* 90, 94.

可费作为确定 FRAND 许可费率的基础。^①

当法院或仲裁机关依据 FRAND 规则确定许可费时，除了参照专利持有者与其他标准实施者达成的许可条件外（如深圳市中级人民法院在华为案中便采取此种方法），尚可借鉴其他法域如英国的做法，即假定专利持有者与标准实施者在自愿进行许可谈判时，所应考虑的因素及可能达成的许可费。^②通过此种方法所确定的许可费是该专利纳入标准前市场价值的体现。

（二）技术分摊原则

在确定标准必要专利许可费时，还应充分考虑该专利对于所涉标准的贡献。《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第 16 条第 1 款规定，确定侵权人因侵权所获得的利益，应当限于侵权人因侵犯专利权行为所获得的利益。此规定体现的技术分摊原则，对于标准必要专利许可费的确定具有参考意义。分析涉案标准必要专利的市场价值时，需确定其占全部相关标准必要专利的比值及全部相关标准必要专利的许可使用费。^③

依据技术分摊原则，确定标准必要专利许可费时同样应考虑该专利在终端产品中的技术贡献。在此所涉核心问题是许可费率的计价基础。在华为案中，受诉法院以相关产品（即以整机）实际销售价格计算许可费率。对此，有人提出应以“最小可销售单元”作为计价基础，主张对于智能手机应以芯片而非整部手机来计价。^④许多标准必要专利潜在的被许可人亦主张，基于 FRAND 规则本身以及专利侵权损害赔偿的原则，许可费应按“再现”（read on）^⑤标准必要专利的部件而非整个产品确定，如智能手机中的基带芯片，因其与其他部件经常购买于第三方，故其价格可单独确定。^⑥2013 年 9 月，在 *In re Innovatio IP Ventures, LLC* 案中，美国伊利诺伊北区联邦地方法院 Holderman 法官将实施专利的最小销售单元作为 FRAND 许可费率的计价基础。^⑦

对于某些产业标准而言，其涉及的必要专利经常数以千计。若专利持有者或者标准实施者能够确定一项或多项专利在标准实施者产品的一个或数个部件中再现，且这些部件的价格可单独计算或评估，则以部件的价格作为确定 FRAND 费率计价基础无疑最为公平合理。然而，由于产品经常包含诸多部件、涉及诸多专利，以部件作为确定许可费率的基础一般较为困难，因此，专利持有者在进行许可时常常以产品而非以部件作为计价基础具有其合理性。^⑧

四、停止侵害民事责任的适用

（一）停止侵害专利权民事责任适用的要件

标准必要专利作为在我国获得授权的专利，在标准实施者构成侵权的情形下，是否应承担停止侵害的民事责任，应适用我国现行法的一般规则，同时考虑标准必要专利的特殊性。在侵犯专利权成立时，停止侵害民事责任的适用一般需满足以下条件：一是专利权人提出诉请，即停止侵害作为专利权人的一项诉讼请求，只有在其明确提出请求的情形下，法院方可适用；二是法院在作出判决

① See *Microsoft Corp. v. Motorola, Inc.*, 2013 U. S. Dist. LEXIS 60233.

② See *Vringo Infrastructure, Inc. v. ZTE (UK) Limited* [2013] EWHC 1591 (Pat).

③ 参见广东省高级人民法院 2018 年 4 月 26 日发布的《关于审理标准必要专利纠纷案件的工作指引（试行）》第 23 条。

④ 史少华：《标准必要专利诉讼引发的思考》，载《电子知识产权》，2014（1）。

⑤ “再现”是专利侵权判定中的一个术语，意指被控侵权的产品或者方法使用了专利中的一项或某数项权利要求所保护的技术方案。

⑥ See, e.g. *Uniloc USA, Inc. v. Microsoft Corp.*, 632 F. 3d 1292, 1318-20 (Fed. Cir. 2011); *Laser Dynamics, Inc. v. Quanta Computer, Inc.*, 694 F. 3d 51, 67-68 (Fed. Cir. 2012).

⑦ See *In re Innovatio IP Ventures, LLC*, 2013 U. S. Dist. LEXIS 14406.

⑧ 在华为案中，受诉法院便参照了被告以产品为计价基础许可苹果公司的许可费率，确定了原告应支付的费率。

时，侵权仍在继续，或已停止但有再次发生的可能性；三是停止侵害的适用，不会损害国家利益、公共利益。^①

和非标准必要专利相比，标准必要专利具有一定的特殊性，体现在标准必要专利持有者负有以 FRAND 条件向标准实施者许可该专利的义务。此义务某种意义上是对标准必要专利持有者权利的限制。最高人民法院在司法解释中规定了侵犯标准必要专利但法院不判令被告承担停止侵害民事责任的情形，即当标准必要专利持有者与被告侵权人（标准实施者）在协商该专利的实施许可条件时，专利权人故意违反其在标准制定中的 FRAND 承诺，导致无法达成专利实施许可合同，且被告侵权人在协商中无明显过错的，对于专利权人请求停止标准实施行为的主张，法院一般不予支持。^②此为最高人民法院制定的涉及侵犯标准必要专利时停止侵害民事责任适用的特殊规则，规则适用的重要考量因素是标准必要专利持有者主观上是否具有违反 FRAND 许可的故意以及标准实施者是否具有过错。

涉及标准必要专利停止侵害民事责任适用的特殊规则，与我国停止侵害民事责任适用的基本理论及司法实践相悖。在知识产权领域，侵权人具有过错为其承担损害赔偿而非停止侵害责任的考量因素。^③在专利侵权案件中，是否判令侵权人承担停止侵害责任与专利权人主观上是否具有过错无关，除非能证明专利权人怠于行使权利或实施的其他行为已经构成对涉案侵权人的默示许可。

（二）停止侵害标准必要专利民事责任的具体规则

从完善停止侵害标准必要专利民事责任规则的角度，本文认为不应将标准必要专利持有者及标准实施者是否具有过错作为考量因素。是否作出停止侵害标准必要专利的判决，法院应主要考察标准必要专利持有者与标准实施者是否尽到了善意磋商的义务，进而判定前者是否为具有真实许可意图的专利权人，而非专利权的滥用者；判断后者是否属于具有接受许可的真实意愿的被许可人，而非以磋商为借口的侵权者。根据标准必要专利持有者和标准实施者在谈判过程中是否尽到了善意磋商义务，法院应区分不同情形裁判标准实施者是否承担停止侵害民事责任。

情形一：专利持有者和标准实施者均履行了善意磋商的义务，若标准实施者具有支付许可费的意愿和能力，且愿意接受法院、仲裁机构或其他独立第三方对标准必要专利许可费的裁决，则法院不应判令其承担停止侵害责任。

情形二：专利持有者尽到了善意磋商的义务，但标准实施者相反，或者其根本不具有获得专利持有者许可的真实意图。在标准实施者已经实施涉案标准必要专利的情形下，其与一般的侵权行为人并无不同，则法院应判令其承担停止侵害责任。

情形三：专利持有者未尽到善意磋商的义务，如提出的许可条件不符合 FRAND 承诺，实施了专利劫持行为或我国专利法所规定的滥用专利权从而排除、限制竞争的行为。基于此，依据我国《专利法》第 48 条第 2 项的规定，经他人申请，有关行政部门应给予实施该专利的强制许可；或者根据《反垄断法》第 55 条的规定，此种行为构成垄断，专利持有者应承担该法所规定的民事责任，包括停止垄断行为。在此情形下，若标准实施者尽到了善意磋商的义务，且其提出了专利持有者实施了垄断行为之抗辩的，则法院应参照专利法及反垄断法的相关规定，不判令标准实施者承担停止

^① 关于第三个要件，参见《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释（二）》，法释〔2016〕1号，第 26 条。

^② 参见《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释（二）》，法释〔2016〕1号，第 24 条第 2 款。

^③ 侵权人因无过错不承担损害赔偿责任但应承担停止侵害责任的情形，参见我国《专利法》第 70 条、《商标法》第 64 条第 2 款以及《著作权法》第 53 条。

侵害责任。^①

情形四：法院查明专利持有者与标准实施者均未尽到善意磋商的义务，若标准实施者明确向法院表明其愿意接受 FRAND 许可，包括接受法院或仲裁机构裁决的标准必要专利许可费，且其明显具有支付许可费的能力，或者愿为许可费的支付提供担保，并向专利持有者提供符合规范的生产销售记录和财务账簿，以用于确定标准必要专利许可费的，则法院不应判令其承担停止侵害责任。专利持有者未尽到善意谈判义务，若其行为构成滥用专利权、排除限制竞争的，则标准实施者可以通过民事诉讼或向反垄断执法机构举报的方式，追究其反垄断法上的责任。若标准实施者明确表明不愿意接受 FRAND 许可，或不具有支付许可费的能力，则法院应判令其承担停止侵害责任。

惠益公众是专利制度最终宗旨^②，而标准的制定及推广同样是为了社会福祉。标准必要专利使专利与标准产生了交集，带来“专利劫持”“反向劫持”等问题。为解决这些问题，FRAND 规则应运而生。专利持有者与标准实施者依据 FRAND 规则均负有善意磋商的义务，违反此种义务的，应承担相应的法律责任。我国民事基本法、专利法为 FRAND 规则的适用提供了指引。标准必要专利的许可费仅应体现其纳入标准前的市场价值。专利持有者和标准实施者是否具有过错，不应是法院判令被告是否承担停止侵害的考量因素。

A Study on the Application of FRAND Rule for Standard Essential Patent in China

ZHANG Guangliang

(School of Law, Renmin University of China, Beijing 100872)

Abstract: The FRAND rule for standard essential patent which originates from the international standard organization has certain particularity. The general rules of the contract law, patent law and anti-monopoly law of China are applicable in litigations arising from this rule and are capable of providing the basis and guidance for the application thereof. The court should examine whether the patent holder and the standard implementer have fulfilled the obligation of bona fide consultation according to the invitation attribute of the FRAND promise made by the holder, and then decide whether the standard implementer should bear the liability of ceasing and desisting from the infringement while the infringement is established, so as to form an applicable rule of FRAND which conforms to the existing applicable standards of laws in China.

Key words: FRAND rule; standard essential patent; cease and desist from infringement; anti-monopoly

(责任编辑 李 理)

^① 在我国专利侵权诉讼中，被告提起原告滥用专利权从而排除、限制竞争抗辩的，笔者尚未见到。鉴于我国《专利法》第48条第2款规定了因专利权人实施垄断行为而实施的强制许可，建议我国法院可借鉴德国法院在橘皮书案件中的做法，认可被告提出的此种抗辩事由，而对被告不颁发禁令。

^② 例如，我国专利法的立法宗旨除了保护专利权人的合法权益外，还包括“鼓励发明创造，推动发明创造的应用，提高创新能力，促进科学技术进步和经济社会发展”等，参见我国《专利法》第1条。而美国专利法通过向发明人及发明的支持者提供专利权激励的方式，实现公众受益（public benefit）的最终宗旨。