交大法学 SJTU Law Review
No. 1 (2024)

通信标准必要专利跨领域许可 FRAND 义务研究

张扬欢*

目次

摘要 在通信标准必要专利跨领域许可的进程中,通信产业与标准产品产业就供应链上的许可模式存在分歧。回溯分歧的发生背景和诉讼呈现可知,该分歧的实质为 FRAND 义务分歧,且应被锚定为终端级自由许可和组件级优先许可两种模式的争议。经总体检视,终端级许可将引致上游供应商实施行为法律确定性缺失、高交易成本困境与专利劫持的潜在风险,组件级许可则具有提升许可效率和抑制专利劫持的合理性,然而组件级优先许可义务的设定不符合比例原则。SEP 持有人在有权自由选择许可层级的基础上,应充分履行包含 FRAND 谈判义务与 SEP 开放义务的 FRAND 义务,以消除前述风险。SEP 持有人违反 FRAND 谈判义务的,将受 SEP 侵权不停止规则的规制,SEP 开放义务则依托利益第三人条款的明确约定或合同解释得到履行。

关键词 标准必要专利 FRAND 义务 专利劫持 侵权不停止 利益第三人合同

一、引　　言

通信标准必要专利(Standard Essential Patent,下文简称“SEP”)作为新一代信息通信技术演进升级的重要内容,是实现万物互联的关键基础设施。信息通信技术的有效使用成为效率提升和经济结构优化的重要推动力,[1]跨行业、技术领域许可是当前通信 SEP 许可的一个突出特点,[2]

---

* 汕头大学马克思主义学院讲师、法学博士。本文受汕头大学科研启动经费项目(项目编号: STF21008)资助。

[1] 参见中国信息通信研究院:《数字经济概论:理论、实践与战略》,人民邮电出版社 2022 年版,第 165 页。

[2] 参见赵启杉:《5G 时代标准必要专利许可面临的挑战与问题——以 2019 年汽车通信领域系列相关纠纷案为例》,载《知产财经》2020 年第 4 期,第 106 页。

这构成了通信 SEP 许可规则探索的基本考量。近年,美国、欧盟、英国和日本等相继以政策声明或立法倡议等形式,围绕 SEP 许可机制与创新发展的主题细化国家或地区的发展策略,意在争夺全球 SEP 许可治理的规则制定权。[3] 我国应积极参与这一进程,[4]并确保规范科技领域产业竞争和利益分配的法律能够对科技革命和产业变革带来的新技术、新业态做出有益的制度回应。[5]

最引人瞩目的通信 SEP 跨领域许可发生在汽车产业。汽车通过使用远程通信控制单元(Telematics Control Units,下文简称"TCUs")等通信组件实现智能网联化,而通信 SEP 是该组件及其运行的必要组成技术。技术融合使得汽车产业的经营和竞争需要获取通信 SEP 的实施许可。在此过程中,围绕通信 SEP 在汽车多层次供应链上的实施许可,汽车和通信产业间发生了一系列纠纷。推而广之,从智能仪表和网联汽车,到遥控机器人和远程手术设备,现代制造业广泛地与通信标准技术发生融合,[6]并演化为众多标准产品产业。随之,通信 SEP 跨领域许可的纠纷将逐步呈现。在这一背景下,本文拟以通信 SEP 在汽车多层次供应链上的许可模式分歧为切入点,展开关于通信 SEP 持有人在广泛跨领域许可中,面向众多标准产品供应链的 FRAND 义务的研究。

二、问题的提出

通信 SEP 许可跨领域延伸至汽车产业后,汽车整车制造商及其通信组件供应商与通信 SEP 持有人在德国和美国展开了专利诉讼大战。其中,通信 SEP 许可模式、许可对价的确定、专利池许可等问题成为争议焦点。[7] 正如美国联邦巡回第五上诉法院在大陆公司诉 Avanci 专利池等反垄

[3] 2021 年 12 月 6 日,美国司法部(DOJ)、美国专利商标局(USPTO)和美国国家标准委员会(NIST)联合发布了《关于受自愿 F/RAND 承诺约束的 SEP 许可谈判和救济措施的政策声明草案》(Draft Policy Statement on Licensing Negotiations and Remedies for Standards-Essential Patents Subject to F/RAND Commitments)并展开意见征集。2022 年 6 月 8 日,三部门宣布撤回 2019 年《关于受自愿 F/RAND 承诺约束的 SEP 救济措施的政策声明》,但未对 2021 年政策声明草案意见征集后的修改或应用情况进行说明。

2021 年 12 月 7 日,英国知识产权局(UKIPO)发布了《SEP 与创新:征求意见》(Standard Essential Patents and Innovation: Call for Views)并展开意见征集。2022 年 8 月 5 日,UKIPO 发布了《标准必要专利和创新:执行摘要和后续步骤》(Standard Essential Patents and Innovation: Executive Summary and Next Steps),作为意见征集结果的摘要展示。

2022 年 2 月 14 日,欧盟(EU)发布了 SEP 工作的最新动态《知识产权——SEP 的新框架》(Intellectual Property——New Framework for Standard-essential Patents),从增强 SEP 透明性、澄清 FRAND 内涵以及改进 SEP 执法的效率和效力等三个方面展开意见征集。

2022 年 6 月 30 日,日本专利局(JPO)正式发布《SEP 许可谈判指南》(Guide to Licensing Negotiation Involving Standard Essential Patents),该指南旨在提高许可谈判的透明度和可预见性,促进 SEP 持有人和实施人迅速解决有关 SEP 许可的争议纠纷。

[4] 2022 年 9 月 13 日,中国汽车技术研究中心与中国信息通信研究院联合发布了《汽车标准必要专利许可指引》,并在其中明确提出"利益平衡原则""公平、合理、无歧视原则""产业链任一环节均有资格获得许可原则"和"协商处理行业差异原则"等重要原则,同时就如何合理计算许可费做出了规定。

[5] 参见吴汉东:《新时代中国知识产权制度建设的思想纲领和行动指南——试论习近平关于知识产权的重要论述》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2019 年第 3 期,第 35 页。

[6] See SEPs Expert Group, *Contribution to the Debate on SEP*, Group of Experts on Licensing and Valuation of Standard Essential Patents, 2021, p.20.

[7] 参见 IMT-2020(5G)推进组:《5G+产业标准必要专利发展趋势》,第 5—6 页。

断诉讼的判决中所指出的,通信 SEP 持有人和标准产品生产者之间正在进行长期斗争。[8]

根据目前全球汽车通信 SEP 许可纠纷的主要诉讼,德国和美国的司法实践均未明显偏离移动通信领域既有的裁判思路与规则。SEP 持有人所主张的终端级许可、以终端产品价格为基础计算许可费,以及对专利权的停止侵害救济或禁令救济,基本上得到了司法裁判的支持,而汽车供应链借由反竞争指控反制 SEP 持有人的举措暂时未能实现其效果。[9] 在通信技术标准广泛跨领域实施的整体背景下,前述许可纠纷由美国和欧洲蔓延至中国,将是全球范围内汽车通信 SEP 许可纠纷的下一步演进。[10] 一方面,中国已经成为 5G 通信技术 SEP 持有人首选的专利布局国家;[11]另一方面,汽车制造业以及战略性新兴服务业中的新能源汽车产业构成中国工业体系的重要组成部分。[12] 庞大的产业规模和智能网联汽车的普及,使中国汽车制造业和司法实践不可避免地将面临同样的通信 SEP 许可争议。

其中,处在争议核心的是通信 SEP 在标准产品供应链上的许可模式分歧,即关于供应链上适当许可层级的分歧。[13] 通信 SEP 在移动通信产业的实施产生了关于许可模式的早期经验,即以终

---

[8] 参见汽车通信模块供应商大陆公司诉通信 SEP 池 Avanci、通信 SEP 持有人诺基亚等反垄断诉讼,Continental Automotive Systems *v.* Avanci, LLC, No. 20-11032 (5th Cir. 2022),p.2。大陆公司为戴姆勒等整车制造商生产 TCUs,提供界面控制、GPS 服务以及蜂窝通信等功能,上述业务涉及对通信 SEP 的实施。

[9] 2019 年 3 月,德国整车制造商戴姆勒向欧盟委员会投诉诺基亚试图垄断与汽车通信有关的 SEP。同年,福特、宝马、德国大陆、丰田和日本电装联合向美国联邦贸易委员会(FTC)发起针对高通不正当竞争的起诉,指控其专利费收取模式令配备通信技术的汽车制造成本上升。2020 年 11 月,德国杜塞尔多夫地区法院向欧洲法院转交其审理的诺基亚诉戴姆勒 SEP 侵权案件,并在转交文件中阐明其认为诺基亚的许可行为构成滥用市场支配地位的立场。自 2019 年始,大陆集团在美国向 Avanci 专利池和诺基亚等 SEP 持有人提起一系列反垄断诉讼。

[10] 业界有分析人士指出,2019—2021 年,戴姆勒在德国法院接连败诉后与 Avanci 专利池达成许可协议,2022 年 2 月,美国第五巡回上诉法院驳回了大陆集团针对 Avanci 专利池的反垄断上诉请求。随后,面对专利池或 SEP 持有人的轮番起诉,海外大部分车企纷纷选择妥协,其中包括福特、通用、菲亚特克莱斯勒、现代、丰田、本田、特斯拉等。中国汽车厂商将是 Avanci 专利池眼里最后一匹待宰的羔羊。参见黄伟才:《Avanci 可能再次涨价,国内汽车厂商是待宰的羔羊?》,载微信公众号"知产前沿",2023 年 5 月 10 日。

[11] 依据科睿唯安 2022 年 3 月 21 日公布的"Demystifying the 5G Standard Essential Patent Landscape: Phase 3",布局在中国的 5G SEP 家族有 33195 个,布局在美国的有 32103 个,布局在欧洲的有 25884 个,这意味着中国已经成为 5G SEP 持有人首选的布局国家。

[12] 中国 2021 年和 2022 年汽车制造业营业收入分别达到 8.67 和 9.29 万亿元,在 41 个工业大类行业中位列第二,汽车产销总量连续 14 年居全球第一。数据来源:《2021 年全国规模以上工业企业利润增长 34.3% 两年平均增长 18.2%》,载国家统计局网站,https://www.stats.gov.cn/sj/zxfb/202302/t20230203_1901360.html;中国汽车工业协会:《2022 年汽车工业经济运行报告》,载国家统计局网站,http://lwzb.stats.gov.cn/pub/lwzb/fbjd/202306/W020230605413586552922.pdf,2023 年 7 月 30 日访问。

[13] 前注[3]欧盟倡议文件指出,为促进一个高效、可持续的 SEP 许可生态系统,确保创新者继续参与标准化工作,以及实施者能够顺利获得标准化技术,以实现标准化技术的快速和广泛传播,倡议将以"提高 SEP 的透明度""通过制定指导原则和/或流程来明确 FRAND 原则"和"提高执行的有效性和效率"三项内容为基础进行相应的政策选择,其中第二项内容明确包含"明晰价值链中的适当许可层级"这一问题。

域外已有部分文献就此问题展开研究:Damien Geradin, *SEP Licensing after Two Decades of Legal Wrangling: Some Issues Solved, Many Still to Address*, TILEC Discussion Paper No. DP2020-040, 2020; Juan Martinez, *FRAND as Access to All versus License to All*, 14(12) Journal of Intellectual Property Law & Practice 642(2019); Anne Layne-Farrar & Richard J. Stark, *License to All or Access to All? A Law and Economics Assessment of Standard Development Organizations' Licensing Rules*, 88(6) George Washington Law Review 1307 (2020); Damien Geradin & Dimitrios Katsifis, *End-product- vs Component-level Licensing of Standard Essential Patents in the Internet of Things Context*, May 18, 2021, available at SSRN: https://ssrn.com/ (转下页)

端制造商为许可对象的惯例。[14] 然而，这一模式并不当然能够得到其他标准产品产业的认可，通信 SEP 在汽车产业的许可实践印证了这一点：供应链终端的整车制造商通常不参与组件所涉的专利许可，因此由通信组件供应商获得许可才符合汽车产业的行业惯例。[15] 据此，其他标准产品产业与通信产业可能同样就许可模式存在分歧。随着通信技术标准跨领域许可及其纠纷的演进，关于许可模式的争论重新回到理论研究与实践探索的视野之中。其中亟待厘清的问题是，万物互联背景下通信 SEP 在标准产品供应链上的合理许可模式，以及 SEP 持有人在跨领域许可中所承担的 FRAND 义务。

就通信 SEP 在标准产品供应链上的许可模式分歧，业界和学界已展开一定程度的探索，然而，既有研究仍未深入上述分歧的法律本质予以分析。据此，本文以 FRAND 义务的厘清为目标提出如下研究思路：首先，本文拟通过梳理既有案例与研究，明确通信 SEP 跨领域许可模式分歧实质上系 FRAND 义务分歧，并将分歧两端具体化为终端级自由许可和组件级优先许可两种许可模式。其次，本文将对上述两种许可模式进行总体检视，厘清前者的潜在风险，并对后者做组件级许可自身合理性，与组件级优先许可义务设定适当性的分层考量，借此获知规则完善的基本思路。最后，本文将通信 SEP 跨领域许可中专利权人的 FRAND 义务界定为 FRAND 谈判义务和 SEP 开放义务，二者分别旨在消除专利劫持风险和提供法律确定性，从而整体上确保技术标准的实施推广。

三、通信 SEP 跨领域许可模式分歧的解析

（一）汽车通信 SEP 许可模式分歧的诉讼呈现：以德国司法实践为例

在通信技术标准跨领域实施的背景下，通信和汽车产业就通信 SEP 许可模式存在根本分歧。大部分通信产业的专利权人倾向于将其在移动通信终端的许可模式应用于汽车行业，即仅许可产业链终端的整车制造商，以减少在汽车领域开展许可的不利影响和潜在损失。而汽车产业的实施人则认为应当由通信组件供应商取得许可，由此将通信 SEP 许可纳入汽车供应链的既有交易模式和利益分配模式，使汽车供应链在 SEP 实施和新技术研发上具备更大的灵活性。自 2019 年起，汽车通信 SEP 的许可模式分歧在德美两国开始以诉讼形式呈现。[16]

2019 年 3 月，德国整车制造商戴姆勒向欧盟委员会投诉，认为诺基亚拒绝向汽车组件供应商发放 SEP 许可的行为违反了欧盟竞争法规则，并主张“公平和非歧视地向所有标准实施者提供

（接上页）abstract＝3848532 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3848532; Bowman Heiden, Jorge Padilla & Ruud Peters, *The Value of Standard Essential Patents and the Level of Licensing*, October 23, 2020, available at SSRN: https://ssrn.com/abstract＝3717570 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3717570; SEPs Expert Group, *supra* note〔6〕.参见赵启杉：《车联网通信技术标准必要专利许可与相关法律纠纷探讨》，载知乎网“知产前沿”，https://zhuanlan.zhihu.com/p/559411678，2022 年 12 月 8 日访问。黄武双、谭宇航：《物联网背景下标准必要专利许可层级的选择》，载《知识产权》2022 年第 9 期，第 25—52 页。仲春：《万物互联背景下标准必要专利许可层级的确定》，载《知识产权》2022 年第 12 期，第 87—122 页。见前注〔2〕，赵启杉文，第 106—112 页。

〔14〕 实践中，通信 SEP 在移动通讯产业的许可实际上仍存在关于许可模式的争议：通信 SEP 持有人作为芯片供应商参与下游竞争，且拒绝在该组件市场上向其竞争对手，即其他芯片供应商提供 SEP 许可，而仅向移动通信终端设备制造商提供 SEP 许可的做法，是否构成垄断行为。美国联邦贸易委员会（FTC）曾就高通公司的相关行为是否构成垄断在美国提起诉讼，FTC 取得一审胜诉，但美国第九巡回上诉法院二审做出了有利于高通公司的裁决。See Federal Trade Commission *v.* Qualcomm Inc., 411 F.Supp.3d; FTC *v.* Qualcomm Inc., 969 F.3d 974 (9th Cir. 2020).

〔15〕 Bowman Heiden, Jorge Padilla & Ruud Peters, *supra* note〔13〕, at 31.

〔16〕 相较而言，德国的案件展开更为全面，因此本文主要以德国的司法实践为例进行分析。

SEP 许可是开发联网驾驶新产品和新服务的先决条件”。[17] 随后，诺基亚针对戴姆勒分别向德国曼海姆、慕尼黑和杜塞尔多夫地区法院提起 10 件 SEP 侵权诉讼，请求损害赔偿和停止侵害救济。[18] 2020 年 8 月，曼海姆地区法院判决戴姆勒的侵权行为成立，并授予诺基亚停止侵害救济，但诺基亚须交纳 70 亿欧元的保证金方可申请执行一审判决的内容。[19] 同年 11 月，慕尼黑地区法院判决诺基亚胜诉，杜塞尔多夫地区法院则将侵权诉讼中的一宗转交欧洲法院，请求其澄清 SEP 持有人是否有义务优先向组件供应商提供实施许可。[20] 2021 年 6 月，戴姆勒与诺基亚就双方全球专利诉讼达成和解，相关的案件也被撤回，因此欧洲法院未有机会就上述转交案件进行审理。2021 年 12 月，戴姆勒与 Avanci 专利池[21]就相关 SEP 的实施达成许可协议。本文以曼海姆地区法院和杜塞尔多夫地区法院的主要审理历程为依据展开对许可模式分歧的梳理。

1. 曼海姆地区法院：权利人有权自由选择终端级许可

在许可层级选择问题上，被告戴姆勒及其供应商主张，专利权人有义务向每个愿意获得许可的实施人授予不受限制的完全许可，并且应优先授权组件供应商实施许可，这符合汽车产业的专利许可获取惯例。因此诺基亚拒绝向供应商授予独立许可的行为，违反了 FRAND 原则。[22] 然而，曼海姆地区法院并未认可这一观点。

首先，法院查明，诺基亚曾向戴姆勒的一级供应商提出专门的许可模式，使后者获得实施许可，并授权戴姆勒安装和销售该一级供应商制造的专利产品。此外，诺基亚还计划向该供应商授予用于技术研发以及市场售后服务的实施许可。据此，法院认为，诺基亚并未拒绝向组件供应商提供 SEP 许可。[23] 其次，法院指出，只有当 TCUs 安装在整车上并与其他电子部件相互作用，支撑通信功能实现的专利技术在整车装置中得到完整实施，汽车的通信功能才得以实现，且该功能对整车的销售产生了实质性的影响，因此专利权人有权寻求与整车制造商进行 FRAND 许可谈判。[24] 此外，法院认为，汽车产业的惯常做法并不对通信 SEP 持有人产生约束效力。反之，既有的许可实践和通信产业的经验表明，由终端制造商获得许可，或者以终端产品的售价确定许可费的做法具有普遍性，因而可以适用于汽车产业。[25] 戴姆勒的前述主张表明其缺乏获得 FRAND 许可的意愿，因此无权提出反垄断强制许可抗辩，进而无法豁免停止侵害责任。

整体而言，曼海姆地区法院认为，原则上专利权人有权自由选择在供应链上的任一层次实现其权利，即便在专利权人具有市场支配地位的情形下，前述权利仍不受反垄断法的限制。[26] 基于此，诺基亚有权选择整车制造商抑或组件供应商成为被许可人，并且诺基亚并未拒绝向组件供应

---

〔17〕 见前注〔2〕，赵启杉文。

〔18〕 See *At Least Five German Nokia v. Daimler Patent Infringement Trials to Take Place between December 2019 and May 2020*, Foss Patent (September 5, 2019), http://www.fosspatents.com/2019/09/at-least-five-german-nokia-v-daimler.html.

〔19〕 See Landgericht Mannheim No.2 O 34/19.

〔20〕 Düsseldorf District Court 4c O 17/19.此外，杜塞尔多夫地区法院在案件转交中还请求欧洲法院对华为诉中兴案所确立的 SEP 持有人和实施人的 FRAND 谈判义务做出具体化解释。

〔21〕 Avanci 是一个由众多通信 SEP 持有人组成的专利池，专为物联网产品，尤其是联网汽车提供池内通信 SEP“一站式许可”，截至 2023 年 8 月 1 日，该专利池已包含 56 个专利许可人。

〔22〕 Landgericht Mannheim No.2 O 34/19, p.19.

〔23〕 Ibid., at 14.

〔24〕 Ibid., at 56.

〔25〕 Ibid., at 58 - 59.

〔26〕 Ibid., at 61 - 62.

商提供SEP许可，其许可费报价亦符合FRAND原则，故诺基亚已经履行其FRAND谈判义务，谈判破裂之时其有权起诉整车制造商寻求停止侵害救济。

2.杜塞尔多夫地区法院：权利人有义务优先提供组件级许可

杜塞尔多夫地区法院在关联案件中的观点与曼海姆地区法院存在差异，因此，为寻求法律适用的一致性，杜塞尔多夫地区法院将案件转交给欧洲法院，并请求欧洲法院就"SEP持有人是否有义务优先向组件供应商提供许可"问题予以澄清。[27] 对此，杜塞尔多夫地区法院认为，基于技术标准的公共属性与专利权人的FRAND承诺，组件供应商要求获得无限制的FRAND许可的权利原则上是无条件的。相应地，FRAND承诺通常不包含任何限制性条件，它规定SEP持有人有义务向所有具备获得许可意愿的实施人提供FRAND许可，并且在汽车通信SEP许可的场合，应优先向组件供应商提供授权许可，以此保障其充分参与市场竞争的自由。反之，如果SEP持有人拒绝组件供应商的许可请求，但向终端制造商提起侵权诉讼要求其承担停止侵害责任的，实质上将对组件供应商的市场经营活动造成不当制约，因此将构成滥用市场支配地位，被诉侵权的终端制造商和寻求获得许可的组件供应商均可以据此提出反垄断强制许可抗辩，阻却停止侵害请求权的实现。[28]

杜塞尔多夫地区法院的观点，实际上与德国联邦卡特尔办公室向曼海姆地区法院提出的一系列具体法律问题相契合。[29] 尤其是，就"在拒绝为组件供应商提供完全许可的情况下，SEP持有人对终端制造商寻求停止侵害救济是否构成滥用欧盟竞争法下的支配地位""SEP持有人是否可以自由地仅向供应链的特定级别提供许可"，以及"组件供应商是否有权优先于终端制造商获得实施许可"等问题，杜塞尔多夫地区法院与德国联邦卡特尔办公室的观点是一致的。

（二）通信SEP跨领域许可模式分歧的法律本质：FRAND义务分歧

基于前文对德国司法实践的梳理可知，通信SEP持有人通常认为其有权自由决定多层次供应链上的许可层级，即有权拒绝组件供应商的许可请求，而仅向终端制造商提供终端级许可。根据在于，FRAND承诺不要求其必须向每一个请求获得许可的实施人授权许可，且欧盟竞争法规则亦未表明多层级供应链上的每一层级均有权获得FRAND许可。因此，只要考量特定标准产品产业的许可实践，并使被许可人之外的其他供应链主体都能够实施标准化技术，SEP持有人便有权在标准产品供应链上选择最适当、有效的许可点进行许可，而不同产业的许可点将存在差异。[30] 按此，SEP持有人自由选择仅向供应链终端提供终端级许可既不违反其FRAND承诺，也符合竞争法规则的要求。

---

[27] Düsseldorf District Court 4c O 17/19, p.1－2.该问题的核心在于，如果涉案专利构成SEP，且已经在供应链上游相关组件中实施，做出FRAND承诺的SEP持有人拒绝向愿意获得许可的组件供应商提供关于其产品所涉SEP相关使用行为类型的、不受限制的FRAND许可，但向供应链终端实施人提起侵权诉讼，SEP持有人是否构成滥用市场支配地位，实施人能否据此获得对抗停止侵害救济请求的反垄断强制许可抗辩？考虑到汽车产业中由组件供应商明确其所实施专利的产权情况并取得专利实施许可的实践，SEP持有人是否应承担优先向组件供应商提供许可的义务？

[28] Ibid., at 6－8.

[29] 2020年6月18日，德国联邦卡特尔办公室就Landgericht Mannheim No.2 O 34/19一案向曼海姆法院概述了其对组件级许可问题的看法，并建议法院搁置SEP侵权争议，将本案的决定性问题提交给欧洲法院进行审理。然而，曼海姆法院在裁判书中表明无需就相关问题提交欧洲法院审理。该建议中第一个问题是，在拒绝为组件供应商提供完全许可的情况下，SEP对最终产品制造商寻求禁令救济是否构成滥用欧盟竞争法下的支配地位。第二个问题涉及SEP持有人是否完全自由选择侵权行为的目标，无论其在供应链中的位置如何。第三个问题概述了联邦卡特尔办公室倾向于认为供应商有权获得许可证的具体案例。第四个问题提出了SEP持有人是否可以自由地仅向供应链的特定级别提供许可的问题。

[30] *Principles and Guidance for Licensing Standard Essential Patents in 5G and the Internet of Things (IoT), including the Industrial Internet*, CWA17431, June 2019, p.7, 19.

反之,标准实施人群体则主张 SEP 持有人有义务优先向组件供应商提供组件级许可,否则将扰乱市场竞争。具体而言,标准制定组织(Standard-Setting Organizations,下文简称“SSOs”)的知识产权政策不允许 SEP 持有人单方面在供应链上挑选许可对象,FRAND 承诺要求 SEP 持有人对所有具备获得许可意愿的实施人进行许可,而不仅仅是许可那些 SEP 持有人出于自身利益原因挑选出来的对象。[31] 因此,供应链上任何实施人都有权从 SEP 持有人处获得 FRAND 许可,SEP 持有人拒绝向请求获得许可的实施人授予 SEP 许可是歧视性的,违反了 FRAND 原则。尤其在同一特定标准生态系统中,多个 SEP 持有人串通起来只向标准产品供应链特定层级提供许可的行为是不恰当的。[32] 由此,基于 FRAND 承诺的约束和欧盟竞争法的要求,SEP 持有人有义务向供应链上每一个请求获得许可的实施人提供 FRAND 许可,并且应优先进行组件级许可。[33]

综上分析,通信 SEP 跨领域许可模式的分歧点在于 FRAND 承诺和欧盟的竞争法规则对 SEP 持有人的许可行为施加的要求或限制,即 SEP 持有人所承担的 FRAND 义务,曼海姆和杜塞尔多夫地区法院的裁判分歧同样集中于此。由于法律框架与规则内容的差异,德国司法实践将竞争法引入专利法框架,构造出反垄断强制许可抗辩以约束停止侵害请求权,[34]整体上塑造了 FRAND 承诺和欧盟竞争法规制下通信 SEP 跨领域许可的 FRAND 义务,我国则分别在专利法和反垄断法的框架中处理相应的问题。据此,本文将分析对象限定在专利法视野下,SEP 持有人在跨领域许可时,面向标准产品产业所承担的 FRAND 义务,暂不讨论反垄断法体系中的 SEP 许可规制问题。基于这一限定,通信 SEP 跨领域许可模式分歧在法律层面上的本质系 FRAND 义务分歧。

(三) 通信 SEP 跨领域许可模式分歧的锚定:终端级自由许可与组件级优先许可的争论

基于前文所梳理的许可模式的诉讼呈现和法律本质,下文进一步结合许可实践和许可双方的真实意图,将分歧两端锚定为“终端级自由许可”和“组件级优先许可”之争,以此明确争议在行为规范层面的真实意涵。

为反对 SEP 持有人拒绝提供组件级许可而对终端制造商寻求停止侵害救济的行为,标准实施人群体提出“向所有人许可专利”(“License to All”,下文简称“LTA”)的许可模式主张,要求 SEP 持有人承担向供应链任一层级上寻求许可的市场主体提供 FRAND 许可的义务,以确保有意寻求许可的组件供应商均能够获得组件级许可。由此,LTA 取消了 SEP 持有人自由选择许可层级的空间,只要标准实施人提出许可请求,SEP 持有人就应当提供相应许可。然而,如此严苛的 FRAND 许可义务实际上并非标准实施人的本意,因此应对 LTA 所承载的标准实施人的本意做更精确的界定。结合 LTA 提出的背景,即标准实施人对 SEP 持有人拒绝给予组件级许可的反对,本文认为,标准实施人提出 LTA 的确切目的是使组件供应商优先于终端制造商获得组件级许可。换言之,在部分 SEP 持有人仅向供应链终端提供许可的选择倾向下,LTA 要求其不能忽视组件供应商的许可请求,反之应优先提供组件级许可。

在实际的许可情形中,从效率出发,首先,基于经营方式与许可协商成本的考量,并非所有的组件供应商都想要获得独立的 SEP 许可,因此仅有部分组件供应商试图获得许可。其次,即便存

[31] 大陆公司对美国 2021 年政策声明草案的征集意见回复:*Comments of Continental Automotive on Draft Policy Statement on Licensing Negotiations and Remedies for Standards-Essential Patents Subject to Voluntary F/RAND Commitments*,p.5.日本汽车工业协会 jama 对美国 2021 年政策声明草案的征集意见回复,第 3 页。

[32] *Core Principles and Approaches for Licensing of Standard Essential Patents*,CWA 95000, June 2019,p.16.

[33] Düsseldorf District Court 4c O 17/19,p.4 – 5.Landgericht Mannheim No.2 O 34/19,p.19.

[34] 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》,载《竞争政策研究》2015 年 9 月号,第 95 页。

在不同层级的组件供应商期望获得 SEP 许可,但由它们分别取得部分 SEP 的许可,并在供应链上进行许可成本分摊协商,相比起由单一的组件供应商与 SEP 持有人就所有的 SEP 达成完整许可,往往将耗费更多的成本。按此,尽管通信 SEP 在标准产品生产链上的实施呈现分散状态,即多个供应链层级分别实施对应的 SEP,但为实现效率最优化,一般情形下仅由特定某一层级市场主体获得许可实施权而成为被许可人。[35] 因此,在许可实践中,实施人通常强调的是 SEP 持有人就标准产品所实施的所有 SEP,向某一组件供应商优先提供组件级许可的义务。本文将与这一义务内容相对应的许可模式称为“组件级优先许可模式”。

为回应标准实施人的 LTA 主张,SEP 持有人群体针锋相对地提出“向所有人开放专利”(Access to All,下文简称“ATA”)的许可模式。ATA 中的“开放”在语义上仅表达了一种目的,即确保标准产品供应链上的每一个层级都能实施 SEP,因此 ATA 本身并不指代某种特定的开放方式,[36]而只是强调,只要 SEP 持有人能够设法实现前述目的,则其有权选择授予 FRAND 许可的层级。[37] 据此,ATA 表达了其支持 SEP 持有人在确保供应链能够以合理成本实施 SEP 的前提下,自由选择提供终端级许可的侧重。本文将由此形成的许可模式称为“终端级自由许可模式”。

基于前述分析,本文认为,对 SEP 许可模式的争论,实际上应被转换为对组件级优先许可和终端级自由许可两种不同模式的探讨。下文拟对两种许可模式进行总体检视,并从检视结论中获知关于分歧解决方案的提示。

四、通信 SEP 跨领域许可模式的总体检视

(一)终端级自由许可模式的潜在风险

在终端级自由许可模式下,一方面,尽管理论上 SEP 持有人选择终端级许可的前提是确保向供应链上游开放实施相关 SEP 的通道,但在许可实践中,这一前提能否得到满足有待考证。另一方面,基于物联网产业的特殊性,仍应细致考察终端级许可对许可双方乃至产业发展的影响。本文将基于上述两方面的分析,形成对终端级自由许可模式的评价。

1. 上游供应商 SEP 实施行为法律确定性的缺失

如前所述,终端级自由许可模式下,SEP 持有人自由选择许可层级的关键前提是确保向供应链上游开放实施相关 SEP 的通道。然而,“开放”的表述存有诸多不确定性,故对上述前提是否获得满足的判断也随之产生模糊性。首先,严格依照专利法进行解释,在终端级许可下,终端制造商取得 FRAND 许可并不能自动使上游组件供应商获得实施专利的权利。因此,在专利法意义上,上游的组件供应商实施相关专利的行为仍构成专利侵权,其合法实施专利的法律确定性的获得,还需要仰赖 SEP 持有人在许可之外做出其他的合同安排或承诺。其次,在专利法领域,“向所有人开放专利”的表述不具有确定的法律含义,取得专利许可、依托专利用尽原则、与专利权人达成不起诉或允许自由实施的合意等都能在一定程度上实现开放目的,但上游供应商的实施依据和权限存在差异。倘若供应链上游对此不能获得清晰的预期,则其 SEP 实施行为的法律确定性是缺失的。

为填补这一缺失,有研究指出,SEP 持有人拒绝组件供应商的许可请求而进行终端级许可的,

---

〔35〕 实施人群体认为,对于那些下游客户远远多于上游供应商的行业来说,这可能是一个特别有效的 SEP 许可方法。See *supra* note〔32〕, at 45.

〔36〕 Bowman Heiden, Jorge Padilla & Ruud Peters, *supra* note〔13〕, at 7.

〔37〕 见前注〔13〕,黄武双、谭宇航文,第 26 页。See Juan Martinez, *supra* note〔13〕, at 636.

理论上不应阻止组件供应商实施相关 SEP。[38] 实践中也有多种方法可以实现确保组件供应商不被排除在有权实施之外的目标,[39]其中最主要的两种方法如下所述。

其一,由 SEP 持有人承诺其将仅向终端制造商寻求许可或主张权利,从而使组件供应商得以自由经营而无须面临许可谈判或侵权指控,即"不起诉承诺"(Convert not to suit 或 Non-asserts agreements)。[40] 然而,"不起诉承诺"的具体实现路径和法律效力仍不清晰,且过多地依赖 SEP 持有人的行为抉择。此外,"不起诉承诺"还可能被解释为 SEP 许可,从而导致专利用尽,因此该方法不为一些 SEP 持有人所青睐。[41]

其二,另一种被认为可以确保组件供应商实施行为法律确定性的方法是所谓的"让他人制造权"(have made right)的合同安排。[42] 具体而言,SEP 持有人通过合同授予终端制造商上述权利,该权利允许后者让上游组件供应商为其制造相关组件,组件供应商由此间接得到保护。[43] 然而,实践中这一合同权利不一定能解决组件供应商的法律确定性缺失问题,因为行使"让他人制造权"是否能使整个上游供应链豁免侵权指控并不清晰。在德国,该权利对应于"扩展工作台"(verlängerte Werkbank)的概念,据此,基于终端级许可的"让他人制造权",终端制造商可以获得上一层级供应商根据双方订单制造的组件,[44]但后者却未被明确允许获得更上游供应商提供的组件。[45] 换言之,"让他人制造权"仅覆盖紧邻终端的组件供应商,其他上游供应商的实施行为仍未获得明确的实施权限。

本文认为,在标准实施的场景下,实施人有权基于充分的法律确定性合法地制造与销售其标准产品,但在终端级自由许可模式下,允许专利权人自由选择许可层级的前提却往往不能满足,因为 SEP 持有人并未为上游供应商的 SEP 实施行为提供充分的法律确定性,由此可能将使实施人面临过多的商业风险,进而抑制物联网产业中标准产品的创新和投资。

2. 终端级许可的交易成本困境

标准化的最终目标在于提高经济社会活动的整体效率,与此相对应,降低交易成本以提升许可效率是 SEP 许可的一般性目标,因此在检视 SEP 许可模式时,应始终关注特定模式下的交易成本状态。整体而言,终端级许可模式存在高交易成本问题。

一方面,在广阔的物联网市场中,参与终端级许可谈判的终端制造商数量庞大,且规模各异,而 SEP 持有人在提供终端级许可的同时,还需通过其他合同安排或授权承诺向上游供应商充分开放其 SEP。因此,通信 SEP 持有人直接与物联网行业中众多的终端制造商达成 SEP 许可将导致许可交易的碎片化,从而在整体上增加交易成本。

另一方面,为填补谈判信息和能力上的明显短板,终端制造商在微观上需耗费较大的信息成

〔38〕 See *supra* note〔30〕, at 11.

〔39〕 SEPs Expert Group, *supra* note〔6〕, at 91.

〔40〕 See Damien Geradin & Dimitrios Katsifis, *supra* note〔13〕, at 18.

〔41〕 SEPs Expert Group, *supra* note〔6〕,at 91.

〔42〕 Jean-Sébastien Borghetti, Igor Nikolic & Nicolas Petit, *FRAND Licensing Levels under EU Law*, European Competition Journal 47 (2021).

〔43〕 See Damien Geradin & Dimitrios Katsifis, *supra* note〔13〕, at 17.

〔44〕 对于紧邻终端制造商的一级供应商而言,其被允许根据 SEP 持有人和终端制造商间的许可合同自由经营,且其本身与终端制造商间的组件供应协议进一步为其提供法律和商业上的确定性。See Juan Martinez, *supra* note〔13〕, at 636.

〔45〕 Damien Geradin & Katsifis, *supra* note〔13〕, at 17 - 18. Damien Geradin, *supra* note〔13〕, at 19 - 20.

本。例如,在汽车产业的专利许可惯例中,系由特定组件的供应商就相关技术的知识产权状态予以检查并寻求相关许可,再向整车制造商销售其合法制造的产品。[46] 相对于组件供应商,整车制造商对于组件及其技术构成的了解程度更低,因此整车制造商需要付出相对而言更高的成本来检视相关技术的专利状态并进行谈判。相应地,组件构成越复杂,组件制造与整车制造的间隔越远,所需花费的成本就越多。[47] 质言之,终端制造商总体上缺乏辨别相关组件上技术构成的知识储备,在许可谈判中相对于 SEP 持有人处于明显的信息劣势。就此,尽管终端制造商可以聘用相应的专业人士参与谈判予以解决,然而,这一方法实际上仅能适用于诸如汽车产业的整车制造商等大型企业。当将视野由汽车产业延展至宽广的物联网行业,对于其中大量的中小型企业而言,在终端级许可模式下补齐信息劣势的短板并非易事,终端制造商为获取公平的谈判地位需要耗费巨大的信息成本,与此同时,中小型企业难以承受 SEP 持有人频繁发起的侵权诉讼,因此终端制造商将进一步面临专利劫持的困境。

3. SEP 持有人的专利劫持行为

在终端级许可模式下,终端制造商在许可谈判中处于信息劣势,而 SEP 持有人凭借专利法提供的停止侵害救济的制度杠杆,将具有更强的实施专利劫持行为的动机。由此,SEP 侵权诉讼的策略性提起,以及司法实践未加充分审视下对终端级许可的认可,共同推进该许可模式的形成和巩固。对此,下文仍以汽车产业作为示例进行分析。

在汽车供应链的产业实践中,专利许可由相应组件的制造商获得,整车制造商通常不会介入专利许可的过程。然而,如果 SEP 持有人拒绝向组件供应商提供许可,而选择与整车制造商进行协商谈判,并在谈判破裂之时请求法院责令整车制造商承担停止侵害责任,倘若法院支持这一主张,则意味着法院认可 SEP 持有人享有在组件和终端之间自由选择仅向后者提供 SEP 许可的权利。这一裁判结果将对汽车供应链上的实施人产生一系列影响。

首先,对整车制造商而言,由于已经进行大幅度的专用性投资,其对停止侵害责任或者禁令的市场效果非常敏感,同时其通常疲于应对 SEP 持有人的轮番起诉,因此整车制造商具备进入终端级许可的强烈动机。[48] 其次,在终端级许可模式下,组件供应商实施 SEP 的权限通常来源于 SEP 持有人所授予的"让他人制造权"或"免费实施权"[49]等衍生使用权,但这些权利仅保护组件供应商依照终端制造商的订单实施的制造和销售行为。由此,供应链上缺乏独立许可而依附于终端级许可获得衍生使用权的组件供应商,只能在被许可人依据许可协议约定的范围内制造通信组件,

[46] 见前注[31],大陆公司对美国 2021 年政策声明草案的征集意见回复,第 5 页。

[47] Düsseldorf District Court 4c O 17/19, p.7.

[48] 在戴姆勒与通信 SEP 持有人或 Avanci 专利池达成许可协议之前,戴姆勒频频被通信 SEP 持有人以 SEP 侵权为由诉至德国法院,除了本文所述的诺基亚与戴姆勒的侵权纠纷,夏普和康文森也曾先后在德国起诉戴姆勒 SEP 侵权。法院通常支持 SEP 持有人要求戴姆勒承担停止侵害责任的诉讼请求。迫于压力,戴姆勒通常选择与 SEP 持有人签订许可协议并和解。在与诺基亚就全球专利诉讼达成和解协议之后,戴姆勒表示"从经济角度来看,我们很高兴能有解决方案,因为我们避免陷入漫长的纠纷",这表明戴姆勒在经济上难以承受应付 SEP 持有人的侵权诉讼围攻战略所耗费的成本,从而不得已接受 SEP 持有人的许可主张。

[49] 高通公司通过一种迂回的方式来构造通信 SEP 在智能手机产业的终端级许可模式,即其向供应链终端的智能手机制造商提供 SEP 许可,但允许芯片制造商在许可限度内免费实施其 SEP,以此一定程度上规避竞争法的规制。参见仲春、陈梦豪:《美国 FTC 诉高通标准必要专利垄断案二审研究》,载《人民司法》2021 年第 13 期,第 24—30、45 页。范思博:《高通的全球反垄断调查与标准必要专利研究》,载《情报杂志》2021 年第 4 期,第 92—100 页。仲春:《标准必要专利与反垄断法的最新国际实践——美国 FTC 诉高通公司垄断一审案研究》,载《知识产权》2019 年第 11 期,第 17—30 页。

并将其出售给许可协议规定的买方。[50] 换言之,前述衍生使用权并未被授权给组件供应商为自己使用,或为其他未获许可的市场主体提供组件,[51]因此组件供应商的交易对象和经营规模在一定程度上受到限制。基于此,为尽可能确保自身制造与销售行为的合法性,维持正常的生产与经营秩序,组件供应商在无法获得 SEP 许可的前提下,将集中涌向已获许可的终端制造商,并进行交易机会的争夺,同时迫切希望更多的终端制造商尽快成为 SEP 被许可,而这也将在一定程度上造成标准产品供应链的阶段性失衡。[52]

综上所述,在终端级许可模式下,[53]组件供应商无从获得自身的独立许可,终端制造商则被迫参与到终端级许可谈判中成为被许可人。在 SEP 持有人诉讼策略和司法裁判的共同作用下,终端级自由许可模式加速形成并被固化,对此模式的质疑和挑战也会相应消退。技术标准的锁定效应、停止侵害责任承担的压力,以及填补谈判信息短板的成本互相作用,使终端制造商难以对 SEP 持有人的许可费报价是否符合 FRAND 要求提出质疑,并给出适当的反报价。尤其当标准产品产业中越来越多的终端制造商因 SEP 持有人的诉讼行为和司法实践的推动进入终端级许可,而这些许可实践反过来又成为后续纠纷中证明终端级许可及相应的许可费报价已经被行业普遍接受的证据时,整个标准产品供应链将被裹挟进终端级许可模式,SEP 持有人借此实施的专利劫持行为将难以被有效遏制。

(二)组件级优先许可模式的分层考量

区别于终端级自由许可模式,组件级优先许可模式要求 SEP 持有人必须优先向组件供应链提供组件级许可。这一主张建立在组件级许可相对于终端级许可具有独到优势的基础认识之上,并期望使组件级许可的达成具备优先性。据此,对于组件级优先许可模式的整体考量应区分为两个层次,第一层论证组件级许可的合理性何在,第二层厘清课以 SEP 持有人优先向组件供应商提供许可的义务设定适当与否。

1. 组件级许可的合理性论证

如前所述,终端级许可通常将使物联网行业中数量庞大、规模各异的终端制造商承担更多的许可谈判成本,相较而言,组件级许可能够实现 SEP 许可效率的提升,且有利于物联网产业的创新。

在汽车产业中,由于通信 SEP 的实施分散在汽车供应链的不同层级,且只有当 TCUs 安装在

---

[50] See Jorge L. Contreras et al., *Brief of Amicus Curiae Law and Economics Scholars in Support of Petition for Rehearing En Banc in Continental v. Avanci (5th Cir. 2022)*, Santa Clara University Legal Studies Research Paper (19 April 2022), available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=4090051 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4090051, p.11-12. Juan Martinez, *supra* note [13], at 640.

[51] See Damien Geradin & Dimitrios Katsifis, *supra* note [13], at 18.Damien Geradin, *supra* note [13], at 20.

[52] 这一失衡一方面加大了组件供应商的经营成本,另一方面,在争夺交易机会的背景下,组件供应商相对于终端制造商的谈判地位被削弱,其将难以在 SEP 实施利益的分配上保留合理份额。因此,终端级自由许可将导致组件供应商受到一定程度的限制。除非产业内所有的终端制造商均获得许可,前述限制才能在整体上被消除,但这又可能将加剧下文述及的专利劫持难题。应当说明的是,在汽车产业中,随着越来越多的整车制造商与 Avanci 专利池或通信 SEP 专利权人达成终端级许可,本文所述的组件制造商所面临的法律确定性缺失问题和竞争受限问题的负面影响将逐渐消退,但交易成本居高和专利劫持的风险依然存在,且在终端级许可模式向更多标准产品产业扩散的过程中趋向严重。

[53] 在诺基亚诉戴姆勒的案件中,德国曼海姆地区法院支持 SEP 持有人的停止侵害请求权,但要求其缴纳 70 亿欧元的保证金方可执行该停止侵害判决。借由这一判决,法院促使整车制造商和 SEP 持有人进入终端级许可的谈判中,有力地促进了终端级许可模式的形成。

整车上并与其他组件相互作用,支撑通信功能实现的 SEP 在整车装置中得到实施时,汽车的通信功能才得以实现。部分 SEP 持有人据此主张,终端级许可将大大简化通信 SEP 许可的复杂性,并有效规避相应的交易成本负担。[54] 然而,上述说法值得商榷。

首先,该观点将组件级许可预设为区分不同实施部分的分层级许可,由此主张组件级许可的分散性和复杂性,并与仅有单一被许可人的终端级许可进行对比,但这一预设与组件级许可的实际情形相距甚远。与终端级许可由供应链上单一的终端制造商获得许可相同,组件级许可同样也是由某一特定组件供应商就专利权人所有 SEP 获得许可,其他实施人则基于专利用尽原则或 SEP 持有人的授权承诺获得 SEP 的实施权限。其次,从技术层面观之,实现汽车通信功能的关键技术仍在于通信组件中的基带芯片,相应地,基带芯片供应层级对相关 SEP 的实施在整个生产链上具有关键意义。再次,在汽车通信组件供应链的现实构成上,每一供应层级市场主体的数量由上游向下游递增,当前处于最上游的全球汽车基带芯片供应商的数量不超过十家。因此,从许可效率的角度来看,由 SEP 持有人向基带芯片供应商提供组件级许可,使该许可涵盖在供应链上完整实施的 SEP,并由供应链主体合理分摊 SEP 实施的许可成本的做法将更有利于实现许可效率最优化,[55]汽车产业中已经出现相应的许可实践。[56] 这表明,通过向基带芯片供应商提供完整的 SEP 组件级许可,并豁免供应链下游在通信功能运作中实施方法专利的侵权责任,是一部分行业主体认可的许可方式。

综上所述,即便不考虑组件供应商相较于终端制造商的谈判信息优势,以单一组件供应商为被许可人的组件级许可模式在许可效率上已经具有优先性。而将谈判信息优势纳入考量,则在不以连通性为功能核心的标准产品上,通信技术的专利许可由那些更为了解通信技术的供应链主体取得将更具经济效率,组件级许可更有利于捕获这一效率。[57] 高通公司在美国 2021 年政策声明草案的征集意见回复文件中指出,其在物联网领域的通信 SEP 许可经验表明,中小规模企业实际上并不需要被卷入通信 SEP 许可;向大型模块供应商提供通信 SEP 许可,比向规模大小各异的终端设备销售商提供该许可更有效率。[58] 因此,在物联网环境下,SEP 持有人与组件供应商达成组件级许可的,将提升许可效率,[59]也更有利于促进标准产品产业下游的创新。

除此之外,组件级许可的达成将有效抑制专利劫持风险。具体而言,凭借对通信标准技术的了解,组件供应商在许可谈判中相对于 SEP 持有人不再处于明显的信息劣势,由此能对 SEP 持有人的许可报价提出有力质疑,也能为许可条件的谈判提供有效信息。谈判力量的均衡也将敦促 SEP 持有人更为充分、公平地考量标准产品产业的许可经验与实施利益,从而审慎地提出符合 FRAND 原则的许可条件,善意地与实施人进行谈判,由此有效降低专利劫持风险。

综上可知,基于组件级许可,一方面,终端制造商不再面临专利劫持威胁,也因此不再承受频频被诉和谈判的成本之苦,另一方面,终端制造商和组件供应商得以回归原有的供应链运行秩序,

---

[54] See Juan Martinez, *supra* note [13], at 639.

[55] Düsseldorf District Court 4c O 17/19, p.7.

[56] 作为戴姆勒车载基带芯片的供应商,华为 2021 年与 SEP 持有人夏普达成了涵盖基带芯片、通信模块和 TCUs 的完整的 SEP 组件级许可,随后夏普撤回了对戴姆勒所有装有华为车载通信产品车辆的诉讼主张。

[57] Damien Geradin & Dimitrios Katsifis, *supra* note [13], at 9.

[58] *Qualcomm Comments to Proposed Update to Draft Policy Statement on Licensing Negotiations and Remedies for Standards-Essential Patents Subject to Voluntary F/RAND Commitments*, p.12.

[59] 杜塞尔多夫地区法院指出,组件级许可的交易成本水平,以及在同一产业链上就同一许可标的物并存多个许可协议时多重支付许可费的风险,都可以通过合同安排予以消除,因此并不妨碍专利权人优先许可供应商的义务。Düsseldorf District Court 4c O 17/19, p.7.

将通信 SEP 许可纳入标准产品供应链既有的、成熟的交易模式和利益分配模式。因此，在物联网环境中，组件级许可在提升许可效率的同时，能够有效平衡许可双方的谈判地位，抑制专利劫持的风险，同时也是诸多标准产品产业的明确诉求。[60]

在前文所述的组件级许可模式的合理性之外，应当说明的是，由于标准产品组件供应商实施行为法律确定性缺失的根源在于，供应链上某一下游主体获得 SEP 许可实施权，并不能自动使其上游组件供应商有权合法实施相关 SEP，这一权限的取得仍依赖于 SEP 持有人做出其他的合同安排或授权承诺。质言之，与终端级许可相同，组件级许可本身也无法直接赋予被许可人上游组件供应商的实施行为以法律确定性。因此，上游供应商 SEP 实施行为法律确定性的明确，应在许可模式选定之外，对 SEP 持有人向标准产品产业开放其 SEP 的具体实践做进一步的要求。对此，下文将在第五部分予以分析。

2. 组件级优先许可义务设定的合比例性检验

基于第一层检视对组件级许可合理性的确证，本文进入第二层检视，厘清课以 SEP 持有人优先提供组件级许可义务的正当性。由于该义务的设定违反专利法赋予专利权人在供应链任一环节实现其权利的自由，[61]因此，第二层检视的重心在于考察是否有必要在 SEP 许可的情境下突破专利法上的原则性规定，在立法或司法解释层面确立组件级优先许可义务，并由司法部门在审判实践中予以适用，以此保障组件供应商能够以合理条件获得 SEP 实施权限。这实质上关涉目的手段理性的判断。发端于德国警察法的比例原则通过一个富有逻辑的“适当性—必要性—均衡性”结构化模板来进行目的手段衡量，由此为目的手段理性的实现提供了针对性的方法和路径。[62]据此，本文拟以比例原则为分析工具，对组件级优先许可义务的设定展开是否符合目的手段理性的合比例性检验。

（1）比例原则下“手段—目的”的界定

作为目的手段衡量方法的比例原则，是指行为人应当选择有助于正当目的实现的必要手段，并且该手段所造成的损害同其所促进的利益应当成比例，本质在于调整目的和手段之间的关系，追求损益平衡。[63] 沿袭德国法的理论与实践发展，比例原则由适当性、必要性和均衡性三项子原则构成，[64]三者层层递进，环环相扣，缺一不可。

首先，适当性原则是比例原则第一层的检验，强调限制权利的手段应有助于增进或实现其所追求的目的。其次，第二层的必要性原则检验构成最为关键的一环，该原则要求必须在所有可以实现特定目的的手段中选择最轻的干预手段，即对当事人造成的损害最小。[65] 此时的考察焦点集中在不同手段之间的取舍上，通过比对确定必要手段。[66] 最后，均衡性原则要求选定的干预手段与其所追求的目的之间在效果上必须呈现均衡的、合比例的状态。由此可见，比例原则主要是以“手段—目的”之关联性作为分析工具，来检视限制权利的手段与其所追求的目的之间是否相

〔60〕 见前注〔13〕，仲春文，第 119—120 页。《汽车标准必要专利许可指引》明确指出，组件供应商应有权获得 SEP 组件级许可，这反映了中国汽车产业关于通信 SEP 许可的诉求。

〔61〕 见前注〔13〕，黄武双、谭宇航文，第 37—38 页。

〔62〕 参见史欣媛：《论比例原则在经济法中的适用》，载《现代法学》2022 年第 2 期，第 36—39 页。

〔63〕 参见刘权：《比例原则》，清华大学出版社 2022 年版，第 20 页。

〔64〕 Veit Thomas，Würde und Verh ltnism igkeit：Grundbegriffe der Zivilisierung，Verlag LIT 2007，p.332.转引自郑晓剑：《比例原则在现代民法体系中的地位》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2017 年第 6 期，第 102 页。

〔65〕 见前注〔63〕，刘权书，第 118 页。

〔66〕 参见梅杨：《比例原则的原旨与适用》，中国社会科学出版社 2022 年版，第 33 页。

称,有无逾越必要的限度。换言之,比例原则反对手段和目的各自所代表的相冲突的法益在效果上显失均衡,即禁止就特定目的的实现采取过度的手段。〔67〕 据此,下文将界定组件级优先许可义务设定中的手段和目的。

在本文所探讨的通信标准技术跨领域在标准产品产业中进行 SEP 许可的语境中,如前所述,实施人群体之所以反对 SEP 持有人单方的终端级许可倾向,原因就在于终端级许可所可能引发的 SEP 实施行为法律确定性缺失、交易成本困境与专利劫持危机等问题,而这些问题将导致标准产品供应链不能以合理的条件获得实施 SEP 的权限。其中,“合理的条件”指实施人所支付的符合技术价值与市场价值,且不受专利劫持压制的 SEP 实施对价,“获得实施 SEP 的权限”则要求消除 SEP 实施行为的法律不确定性。因此,为阻断 SEP 持有人肆意达成终端级许可,实施人群体主张 SEP 持有人应优先向通信组件供应商提供组件级许可,以此作为确保标准产品供应链上的每一个层级都能以合理的条件实施 SEP 的手段。质言之,为实现确保标准产品供应链上的实施人能够以合理条件获得 SEP 实施权限这一目的,组件级优先许可模式所采取的手段为课以 SEP 持有人优先向通信组件供应商提供组件级许可的义务。

(2)合比例性检验的展开

遵循前述比例原则的功能和方法,对组件级优先许可义务设定中“手段—目的”的关联性进行分析,需要次第考量如下要素:首先,基于适当性原则,要求 SEP 持有人承担组件级优先许可义务是否有助于达成实施人以合理条件获得 SEP 实施权限的目的?其次,基于必要性原则,要求 SEP 持有人承担组件级优先许可义务是否构成对 SEP 专利权的最轻干预,换言之,是否不存在其他对 SEP 持有人损害更小的干预手段?最后,基于均衡性原则,组件级优先许可义务要求是否对 SEP 持有人造成了过度限制,从而导致就特定目的的实现采取了过度的手段。下文将尝试解答上述问题,对组件级优先许可义务的设定进行合比例性检验。

第一,关于适当性原则的检验。如前所述,组件级许可模式本身具有平衡通信 SEP 持有人和标准产品实施人的许可利益,抑制专利劫持风险上的优势,因此要求 SEP 持有人提供组件级许可将使通信 SEP 跨领域许可充分保有上述优势,确保被许可人能够规避 SEP 持有人实施专利劫持行为的风险,从而至少有助于在总体目的的“合理的条件”面向上,使被许可人能够基于合理的 SEP 实施对价获得许可。尽管如前所述,组件级许可本身无法完全实现总体目的中“获得实施 SEP 的权限”的部分,然而,由于适当性原则并不要求手段应当完全实现目的,而只要手段有助于目的的实现即可,〔68〕因此组件级优先许可义务的设定符合适当性原则。

第二,关于必要性原则的检验。要求 SEP 持有人承担组件级优先许可义务,实际上意味着专利权人在标准产品供应链上选择许可层级的自由受到一定程度的限制,这与专利制度所确认的专利权人行使权利的自由存在明显的冲突。在此层面上,组件级优先许可义务的设定对于专利权的干预很难被视为是一种轻微的干预。

紧接而至的问题是,这一干预能否在 SEP 许可的特殊情境中获得合理解释,换言之 FRAND 承诺是否要求 SEP 持有人承担组件级优先许可义务。基于 FRAND 承诺平衡许可利益,推进标准广泛实施的价值目标,对于 SEP 持有人在许可对象选择上的限制集中体现在无歧视原则上。无歧

〔67〕 见前注〔64〕,郑晓剑文,第 102 页。

〔68〕 参见蒋红珍:《论适当性原则——引入立法事实的类型化审查强度理论》,载《中国法学》2010 年第 3 期,第 66 页;姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第 6 版),北京大学出版社、高等教育出版社 2015 年版,第 74 页;刘权:《适当性原则的适用困境与出路》,载《政治与法律》2016 年第 7 期,第 100 页。

视原则表明，专利权人不得在缺乏客观理由的情形下挑选被许可人，扭曲市场竞争。换言之，专利权人在同一供应层级的不同实施人之间挑选被许可人的做法将被认为违反了无歧视原则。然而，专利权人在标准产品供应链上挑选特定供应层级作为被许可人则并不必然违反无歧视原则。原因在于，SEP 构成标准产品生产必不可少的基础设施，故专利权人必须通过向同一供应层级的不同实施人无歧视地提供 SEP 许可，来避免垄断力量的形成，以及随之而来的竞争秩序的失衡。相较而言，由专利权人自由选择向特定供应层级提供 SEP 许可，同时在该许可之外使供应链上的其他层级有权实施相应的 SEP，且并未实施专利劫持、迫使实施人接受其他不合理条件等违反其 FRAND 承诺的行为，则专利权人的许可对象挑选行为并不必然引起竞争损害，由此也不构成对无歧视原则的违反。循此分析，在通信标准应用和 SEP 许可的情境中进行考量，组件级优先许可义务的设定难以获得合理解释。换言之，对专利权人施加前述限制不具有合理性。

必要性原则以权利为本位，对于权利的损害必须通过“最小化”的逻辑和方式来加以证成，这是权利保障的本质要求，因此如果存在实现相同目的的多种手段，应当选择更温和的手段。[69] 而基于前述必要性原则的检验，可以判定，相比起在保有 SEP 持有人自由选择许可层级权利的基础上，并通过规则设计敦促 SEP 持有人履行其 FRAND 义务，从而确保标准产品供应链上的实施人以合理条件获得 SEP 实施权限的目的的实现，对 SEP 持有人课加组件级优先许可义务显然更偏离专利权赋予权利人的权利行使自由，因此也显然并非实现上述目的的最轻干预手段。

第三，由于比例原则的三项子原则在判断上有一定的先后次序，特定手段与目的之间在效果上是否相均衡的均衡性原则检验，系建立在适当性原则和必要性原则两项前置性检验之上的，因此组件级优先许可义务的设定未能通过必要性原则的检测，因此无须启动均衡性原则的检验。最终，组件级优先许可义务的设定无法通过合比例性检验。

（三）小结

在通信 SEP 跨领域向标准产品产业广泛提供 SEP 许可的情境下，终端级许可将引致组件供应商实施行为法律确定性缺失、高交易成本困境与专利劫持的潜在风险。反之，组件级许可具有提升许可效率和抑制专利劫持的合理性。然而，尽管组件级许可本身具有上述优势，但这并不能直接证明要求 SEP 持有人承担组件级优先许可义务的正当性，而即便终端级许可存在潜在风险，也不意味着在允许 SEP 持有人自由选择终端级许可的前提下，无法消除前述风险。经由合比例性检验，组件级优先许可义务的设定不符合比例原则的要求。因此，不应要求 SEP 持有人承担组件级优先许可义务，而应坚持由 SEP 持有人享有自由选择许可层级的权利，进而在此基础上探索终端级许可潜在风险的消除路径与促成组件级许可的导向机制，以及组件供应商 SEP 实施行为法律确定性的明确方式，使通信 SEP 跨领域许可符合 FRAND 原则的要求。

五、通信 SEP 跨领域许可 FRAND 义务的界定

基于前文分析，尽管 SEP 持有人在跨领域许可中有权自由选择许可层级，但为防止其恣意行使其专利权阻碍标准的广泛实施，确保标准实施人以合理成本获得实施权限，应对 SEP 持有人课以由 FRAND 谈判义务与 SEP 开放义务组成的 FRAND 义务。其中，FRAND 谈判义务的充分履行旨在确保许可谈判的实质公平，有效消除终端级许可模式下的专利劫持风险，并引导组件级许可的达成。向标准产品供应链开放 SEP 的义务则意在解决供应链上游 SEP 实施行为法律确定性

---

[69] 见前注〔63〕，刘权书，第 23、118 页；前注〔66〕，梅杨书，第 77 页。

缺失的问题,即要求 SEP 持有人通过稳定、明确的方式,确保标准产品生产链上分工实施 SEP 的合法性和确定性,进而整体上促进标准的推广。

(一) SEP 持有人的 FRAND 谈判义务

前文第三部分已述,SEP 持有人自由选择提供终端级许可的,将可能存在专利劫持风险。当市场因这一机会主义行为而出现失灵,则无法继续依赖市场为相关交易设定一个适当的价格,为此须有干预以便重新设定市场,即校正市场谈判和交易出发点。[70] 因此,通过在司法实践中合理地界定 SEP 持有人 FRAND 谈判义务的水平,据此认定相应的履行情况,从而对 SEP 持有人停止侵害救济的获得加以一定的限制,最终才能使 SEP 许可市场回归公平、合理的交易秩序。

1. 德国司法实践对 FRAND 谈判义务的考察及其缺陷

对于 SEP 持有人 FRAND 谈判义务的考察,德国司法实践已有所展开,但其缺陷在于未充分考量通信 SEP 跨领域许可的特殊性。在诺基亚诉戴姆勒专利侵权诉讼中,曼海姆地区法院在认可诺基亚作为 SEP 持有人有权自由选择许可层级的基础上,对诺基亚的 FRAND 谈判义务水平及其履行情况做了进一步审理。该法院认为,诺基亚在许可协商过程中的许可费报价符合 FRAND 原则,故诺基亚已经履行其 FRAND 谈判义务。首先,在许可费计算基准的问题上,专利权人应有权获得基于可销售最终产品中的专利技术价值而产生的利益,即许可费的确定应考量通信功能的实现为整车运作带来的利益,否则该许可费回报将与专利权人的技术贡献不成比例,诺基亚的许可报价符合上述原理。[71] 与此相反,戴姆勒所主张的"在自上而下的方法中适用 TCUs 的平均购买价格计算许可费",并未充分反映通信标准必要专利技术为整车销售和运行所创造的附加价值,进而将阻止权利人在终端整车的销售中分享其通信技术带来的收益。[72] 此外,在许可费报价合理性认定问题上,该法院提出,戴姆勒的主要竞争对手接受 Avanci 专利池的许可模式等既有的许可实践,以及移动通信产业的经验表明,由终端厂商获得许可,或者以终端产品的售价确定许可费的做法具有普遍性,因而可以适用于汽车产业。[73] 由于 SEP 持有人的许可报价在行业实践中已经为部分整车制造商市场主体所接受,因此,在先终端级许可的存在同样可以证明 SEP 持有人的许可费报价并未违反 FRAND 原则,进而能够证明 SEP 持有人 FRAND 谈判义务的履行。

然而,曼海姆地区法院的上述认定,并未基于通信 SEP 跨产业领域许可中整车制造商在许可谈判上实质性的信息劣势,以及其遭受 SEP 持有人轮番提起专利侵权诉讼的现实情形,而对 SEP 持有人在许可协商中所应承担的 FRAND 谈判义务做特殊考量。前文述及,允许 SEP 持有人进行终端级自由许可将造成标准产品供应链的阶段性失衡,尽管随着越来越多的终端制造商进入终端级许可,这一失衡状态将逐渐回复平衡,然而,终端级许可中潜在的专利劫持风险却也被固化。由此,法院的裁判态度将成为 SEP 持有人能否轻易将标准产品产业裹挟进于己有利的许可模式和许可报价的关键杠杆。

2. SEP 持有人应承担更高水平的 FRAND 谈判义务

通信 SEP 与不熟悉通信组件技术构成的终端制造商达成许可时,双方谈判地位失衡的关键缘由在于谈判信息不对称。为弥合双方因此造成的诉讼地位不平等,有观点提出,在 SEP 许可费纠纷案件中,应由专利权人承担证明己方报价符合 FRAND 原则与实施人报价不符合 FRAND 原则

[70] 参见[美] 罗伯特·P. 莫杰思:《知识产权正当性解释》,金海军、史兆欢、寇海侠译,商务印书馆 2019 年版,第 356 页。

[71] Landgericht Mannheim No.2 O 34/19, p.58.

[72] Ibid., at 54 - 55.

[73] Ibid., at 58 - 59.

的证明责任，实施人只需向法庭说明其报价的计算方法并提供计算的依据即可。相反观点则认为，在此类纠纷案件的审理中突破民事诉讼中“谁主张，谁举证”的举证责任分配原则缺乏必要性，既有的证据披露和举证妨碍制度已为解决谈判双方拒绝提交关键谈判信息的问题提供了充分的制度依据。〔74〕对此，本文认为，如前所述，由于客观存在的信息短板，终端制造商自身难以对 SEP 持有人的许可费报价是否符合 FRAND 原则提出质疑，并提出适当的反报价，要求终端制造商完成己方反报价符合 FRAND 原则而对方报价不符合的证明责任，实际上有赖于 SEP 持有人提供的谈判信息，否则将对终端制造商形成较重的举证负担。因此，在不突破民事诉讼举证责任分配原则的前提下，依据 FRAND 原则，适当加重 SEP 持有人谈判义务中的信息提供与说明义务，从而合理地补足终端制造商的信息短板，将有助于缓和终端制造商的举证负担。具体而言，SEP 持有人应重点担负对以下两方面信息的提供与说明。

其一，通信 SEP 持有人应对相关通信 SEP 做出足以让终端制造商信服的详细解读。通信 SEP 持有人掌握其 SEP 技术构成与技术价值的相关信息，相反，终端制造商识别并检验 SEP 稳定性、必要性与技术价值性的能力有限，因此相比起移动通信领域的 SEP 许可，SEP 持有人在跨领域许可谈判中有义务对标准及相关 SEP 做详细解读，例如提供足以让终端制造商信服的示例性权利要求对照表。〔75〕

其二，通信 SEP 持有人在谈判中应对许可报价的构成和计算做出合理说明，SEP 持有人以既有的行业许可实践作为可比参照来证明许可报价已被行业接受的情形亦然。当 SEP 技术功能在下游标准产品上创造了明显的价值贡献，出于激励标准化技术创新的考量，权利人应有权参与该价值贡献的公平分配。同时，特定 SEP 组合在不同的标准产品中创造的价值贡献存在明显差异，因此 SEP 持有人应基于 SEP 组合在特定标准产品产业的实际价值产出和利益分配情况，针对性地对选取计费基准和许可费率的合理性做出更精细化的论证，详细说明计费基准、许可费率及二者的结合准确反映了可归属于通信 SEP 价值贡献的标准产品特征，〔76〕而不是仅仅凭借既有的行业实践，就能够证明许可报价符合 FRAND 原则。在此过程中，终端制造商请求通信组件供应链上游企业加入 SEP 许可谈判流程的，权利人不应拒绝。〔77〕

综上分析，法院在 SEP 侵权或许可费纠纷案件中，应充分考量终端制造商对于通信 SEP 信息的实际匮乏程度，来调节 SEP 持有人的信息提供与说明义务，审慎地把审理重心置于对 SEP 持有人是否充分履行其 FRAND 谈判义务的判定，引导市场主体善意诚信谈判进行理性定价，并通过裁决手段来克服市场失灵。〔78〕

3. SEP 持有人违反 FRAND 谈判义务的法律后果

如前所述，为遏制专利劫持的发生，应要求 SEP 持有人在跨领域提供终端级许可时承担更高

〔74〕 广东省高级人民法院知识产权审判庭：《通信领域标准必要专利法律问题研究》，知识产权出版社 2020 年版，第 176—178 页。

〔75〕 见前注〔13〕，黄武双、谭宇航文，第 50—51 页。

〔76〕 有研究表明，以整个市场价值为基础的费基计算方法大幅度夸大了蜂窝通信标准必要专利对手机价值的贡献，合理的费基约为整个市场价值的 27%，即传统的整个市场价值的费基是合理费基的 3.65—4.7 倍。因此，SEP 持有人和被许可人之间的利益分配存在较多不合理之处，例如在车联网 SEP 许可中以车辆整体价值作为许可费基准并不合理，此时 SEP 持有人易攫取超高许可费。参见龚炯、熊凯军：《蜂窝移动通信行业标准必要专利(SEP)授权的费基问题研究》，载《价格理论与实践》2023 年第 4 期，第 62 页。

〔77〕 参见黄武双、谭宇航：《标准必要专利许可谈判中的“劫持”“反劫持”消解机制研究》，载《知识产权》2023 年第 2 期，第 88 页。

〔78〕 参见蒋华胜：《标准必要专利 FRAND 原则的规范解释与司法裁判研究》，载《法律适用》2023 年第 7 期，第 134 页。

水平的谈判义务,并切实、充分地履行该义务。而在义务违反之时,则应使 SEP 持有人承担法律上的不利后果,即限制其停止侵害救济请求的实现。依据我国的法律构造,专利法上明文规定 SEP 持有人因违反 FRAND 谈判义务而承担相应不利后果的法律规则为《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)》[以下简称《解释(二)》]第 24 条第 2 款。[79] 该款实质上为 SEP 侵权纠纷案件确立了特殊的 SEP 侵权不停止规则。

从立法目的上来看,《解释(二)》第 24 条第 2 款对 SEP 持有人违反 FRAND 谈判义务的规制,意在防止其不当地压制被诉侵权人。而依据文义,是否给予 SEP 持有人停止侵害救济系以谈判双方的过错判断为依据。换言之,阻却 SEP 持有人获得停止侵害救济,需要同时满足 SEP 持有人违反其 FRAND 谈判义务,以及被诉侵权人"在协商中无明显过错"两个要件。后者是被诉侵权人免于承担停止侵害责任的关键,其中的考察重点在于被诉侵权人的行为是否体现其具有希望取得许可的善意。[80] 易言之,该款的适用要求被诉侵权人具备获得许可的意愿。据此,由于 SEP 持有人有权自由选择许可层级,因此在谈判过程中,依照标准产品产业惯例原本不具有获得许可意愿的终端制造商,不宜再一味地主张应由组件供应商获得 SEP 许可,消极回避许可谈判,而应以务实的态度,基于标准产品供应链整体的合作,与 SEP 持有人展开善意谈判,进而才能在侵权诉讼中就 SEP 持有人未充分履行其 FRAND 谈判义务,致使许可无法达成提出抗辩,阻却停止侵害救济的实现。

基于《解释(二)》第 24 条第 2 款的适用,违反 FRAND 谈判义务的 SEP 持有人不能获得针对终端制造商的停止侵害救济,后者也将不再面临咄咄逼人的专利劫持风险。在此基础上,SEP 持有人仍可以在更为充分地提供谈判信息,且更为审慎地提出许可报价的前提下,坚持选择与终端制造商进行许可协商,也可以基于对义务履行成本的考量而转向与具有获得许可意愿的组件供应商达成组件级许可。因此,FRAND 谈判义务及其违反后果的明确,除了将有效规范 SEP 持有人在终端级许可中的谈判行为之外,也有助于引导 SEP 持有人选择组件级许可。

(二) SEP 持有人的 SEP 开放义务

德国杜塞尔多夫地区法院在其就诺基亚诉戴姆勒 SEP 侵权诉讼向欧洲法院转交的文书中指出,SEP 持有人的许可实践是影响产业链竞争秩序的一个重要因素,[81]专利权人应通过在技术标准实施方面开放自由竞争,以弥补技术标准制定带来的限制竞争后果。[82] 这一观点从标准产品产业的实施利益和竞争秩序切入,对 SEP 持有人的许可实践提出要求的思路,为本文提供了如下启发:尽管理论上,SEP 持有人选择终端级许可的,不应阻止组件供应商实施相关 SEP,选择向中游组件供应商提供组件级许可的,也不应阻止上游实施人的实施行为,以此履行其开放义务。然而,为确保开放程度达致使实施人能够基于充分的法律确定性合法地制造与销售其标准产品,应

---

[79] 《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)》第 24 条第 2 款:"推荐性国家、行业或者地方标准明示所涉必要专利的信息,专利权人、被诉侵权人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公平、合理、无歧视的许可义务,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,人民法院一般不予支持。"

[80] 见前注[74],广东省高级人民法院知识产权审判庭书,第 98 页。

[81] 德国杜塞尔多夫地区法院认为,SEP 持有人在供应链上的许可实践对市场竞争具有特殊意义,FRAND 许可不仅必须授予被许可人进入技术标准市场的使用权,还必须授予被许可人参与技术标准发展的使用权,从而确保其对现在与未来产品市场自由竞争的参与。该法院据此主张 LTA 许可模式的合理性。Düsseldorf District Court 4c O 17/19, p.6.

[82] Thomas Kuhnen, *FRAND Licensing and Implementation Chains*, 14 (12) Journal of Intellectual Property Law & Practice 964 (2019).

当对 SEP 持有人开放义务的履行情况予以明确的法律评价。〔83〕既有实践中，开放义务主要的履行方式为，由 SEP 许可双方在许可实施合同中达成“让他人制造权”“不追究责任”或者“允许自由实施”的合同条款。上述履行方式法律效力的界定，以及如何确保 SEP 持有人通过上述方式履行其开放义务仍有待进一步明晰，以此解决上游实施权限法律确定性缺失的问题。

1. 法律效力的界定：利益第三人合同

SEP 许可实施合同的基本条款为，SEP 持有人向被许可人提供实施许可，许可范围为制造、销售和使用标准产品等 SEP 的实施方式，被许可人为此支付相应的对价。然而，被许可人仅实施了完整许可范围中的部分 SEP 或部分行为，其余部分的实施人实际上是相应的上下游供应商。因此，上游供应商的实施行为是否经由许可实施合同获得明确授权，对于法律确定性的获得具有关键意义。

当许可双方在许可实施合同中约定覆盖所有上游实施人的“让他人制造权”“不追究责任”或者“允许自由实施”的合同条款，前者的直接法律效果为被许可人有权让上游供应商为其制造相关组件，上游实施人相应的 SEP 实施行为因此也将被允许，后两者意味着 SEP 持有人允许上游实施人为向被许可人制造相关组件而实施 SEP，三者实际上达成了同样的法律效果。基于这些条款，在通信 SEP 跨领域许可的场合，就被许可人上游阶段实施的 SEP，权利人需向上游实施人履行合同约定的许可实施义务，以及交付实施 SEP 有关的技术资料、提供必要的技术指导的义务。〔84〕据此，许可合同实际上做出了由 SEP 持有人向作为第三人的上游实施人履行合同义务的约定。质言之，上述许可实施合同构成利益第三人合同，上游实施人作为利益第三人加入该合同，并基于其中的利益第三人条款得以实施 SEP。〔85〕

《民法典》第 522 条对利益第三人合同做出了明确规定。〔86〕尽管该条两款以“第三人是否对债务人享有履行请求权”为界，区分了两种类型的利益第三人合同，〔87〕但是，在利益第三人合同的

〔83〕 在大陆公司诉 Acanci 专利池等反垄断诉讼中，美国第五巡回上诉法院在二审裁判中指出，基于下游整车制造商所获得的，包含大陆公司产品的制造在内的专利池许可，大陆公司实际上获得了“自由实施”的权利，而不会面临专利权人的侵权指控。Continental Automotive Systems *v.* Avanci, LLC, No. 20－11032 (5th Cir. 2022), p.11.然而，本文认为，法院并没有为大陆公司获得“自由实施”的权利确立明确、稳定的法律依据。

〔84〕 专利实施许可合同中，许可人承担的核心义务为，许可被许可人在约定的范围内实施专利，向被许可人交付实施专利有关的技术资料、提供必要的技术指导。参见冯晓青、刘友华：《专利法》，法律出版社 2022 年版，第 245—246 页。

〔85〕 见前注〔13〕，黄武双、谭宇航文，第 40 页。

〔86〕《民法典》第 522 条第 1 款：“当事人约定由债务人向第三人履行债务，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，应当向债权人承担违约责任。”第 2 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，第三人未在合理期限内明确拒绝，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；债务人对债权人的抗辩，可以向第三人主张。”

〔87〕《民法典》第 522 条第 1 款指向的是法律未规定或合同未约定第三人对债务人享有履行请求权的情形，第 2 款指向的是法律规定或合同约定第三人对债务人享有履行请求权的情形。参见朱广新、谢鸿飞主编：《民法典评注——合同编(通则)》，中国法制出版社 2020 年版，第 272—283 页；黄薇主编：《中华人民共和国民法典释义及适用指南》(中册)，中国民主法制出版社 2020 年版，第 789—791 页；薛军：《论〈中华人民共和国合同法〉第 64 条的定性与解释——兼与“利他合同论”商榷》，载《法商研究》2010 年第 2 期，第 53—55 页。

有研究者指出本条是关于“利益第三人合同”的规定，其中第 1 款规定了“不真正的利益第三人合同”，第 2 款则规定了“真正的利益第三人合同”，参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典释义及适用指南》(中册)，中国民主法制出版社 2020 年版，第 789—791 页。另有研究者认为，第三人基于第 1 款并不享有合同履行请求权，因此该款规定的是“向第三人履行的合同”，第 2 款才是关于“严格意义上的利益第三人合同”，参见薛军：《合同涉他效力的逻辑基础和模式选择——兼评〈民法典合同编(草案)〉(二审稿)相关规定 》，载《法商研究》2019 年第 3 期，第 26 页；朱广新、谢鸿飞主编：《民法典评注——合同编(通则)》，中国法制出版社 2020 年版，第 476 页。

解释路径下,合同债务人均应向第三人履行债务。〔88〕具体到本文所探讨的问题中,SEP 持有人均应向上游实施人履行许可实施义务,即允许后者为向被许可人提供组件而实施 SEP,违反该义务的,SEP 持有人应承担相应的违约责任,这将使上游实施人的实施权益获得保障。由此可见,在被许可人有效履行其合同义务的前提下,对许可合同中的"让他人制造权""不追究责任"或者"允许自由实施"的合同条款作利益第三人合同条款的解释,以及《民法典》第 522 条的适用,足以确保敦促 SEP 持有人履行其开放义务,使实施人能够基于充分的法律确定性合法地制造与销售其标准产品。〔89〕

2. 义务履行的保障:经由合同解释的利益第三人条款

上文述及,SEP 持有人通常可以基于许可实施合同中的利益第三人条款履行其开放义务,然而实践中,合同可能并不包含向上游实施人履行合同义务的利益第三人条款,或者仅包含有限的,或者模糊的条款内容。此时,倘若 SEP 持有人未另外做出法律效力明确的授权承诺,则其是否履行或充分履行开放义务并不清晰。本文认为,在利益第三人条款存在缺陷的情形下,通过合同解释确证该条款的存在及其内容,将明确 SEP 持有人履行开放义务的具体方式,从而确保上游实施行为的法律确定性。对此,本文拟进行分类讨论。

第一,倘若许可合同中双方关于"让他人制造权""不追究责任"或者"允许自由实施"的合同条款是否覆盖所有上游实施人的约定并不明确,进而引发当事人争议的,则应当对此模糊之处做出合理解释。依据《民法典》第 466 条的规定,〔90〕许可双方对合同条款的理解存在争议的,应当基于合同约定的文义,考量订立许可合同的性质和目的等,确定争议内容的含义。〔91〕因此,当文义无法提供明确指向时,由于合同解释的目的在于探寻当事人的真意,依据合同目的解释得出的结果是决定合同条款内容的最终依据。〔92〕

由是,许可双方订立 SEP 许可合同的目的,以及 FRAND 承诺的价值目标,成为明确上游实施人受覆盖范围的关键。具体而言,基于技术标准推广实施的特殊性,以及 FRAND 承诺的要求,SEP 持有人订立 SEP 许可合同,并在其中约定利益第三人条款的目的在于授权标准产品生产链实施 SEP,并获得相应的许可收益,而被许可人订立 SEP 许可合同的目的在于使生产链获得稳定、清晰的 SEP 实施预期。两相结合,双方订立合同的目的均指向使所有的上游实施人被纳入利益第三人条款的覆盖范围之内,即要求 SEP 持有人赋予所有上游实施人明确的实施权限,以此解决法律确定性缺失的问题。因此,除非 SEP 持有人在许可合同之外做出其他充分、完善的授权承诺,否则

〔88〕 鉴于研究者对本条两款是否能用"利益第三人合同"予以涵盖存在不同意见,本文认为,第三人能否基于合同获得合同履行请求权取决于当事人的约定,但总体而言,第三人基于"向第三人履行的合同"或"严格意义上的利益第三人合同"都能获得履行受领的利益。在本文语境下,上游供应商的实施行为获得法律确定性的关键也在于合同义务履行的受领。因此,只要合同中约定了 SEP 持有人向上游实施人履行债务,则不论上游实施人是否享有履行请求权,SEP 持有人均已履行其开放义务。基于此,本文在用语上笼统地使用"利益第三人合同"和"利益第三人条款",以强调其中"向第三人履行债务"的合同约定。

〔89〕《民法典》第 522 条两款之间关于上游实施人是否能获得合同履行请求权,以及第三人参与到许可双方诉讼中的诉讼地位等存在细致区别,由此对于上游实施人的确切法律地位具有重要意义,但由于篇幅所限,本文对此不进行详细探讨。

〔90〕《民法典》第 466 条:"当事人对合同条款的理解有争议的,应当依据本法第一百四十二条第一款的规定,确定争议条款的含义。"

〔91〕《民法典》第 142 条第 1 款:"有相对人的意思表示的解释,应当按照所使用的词句,结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则,确定意思表示的含义。"

〔92〕 见前注〔87〕,朱广新、谢鸿飞书,第 29 页。

该利益第三人条款应被解释为覆盖所有上游实施人。

第二，倘若许可合同存在如下两种情形，其一，合同未涉及 SEP 持有人的开放义务，即未对上游实施人的实施权限做出利益第三人条款的约定，其二，合同中所包含的“让他人制造权”“不追究责任”或者“允许自由实施”的条款仅明确涵盖部分上游实施人，且假设 SEP 持有人均未在许可合同之外做出其他充分、完善的授权承诺，此时，从合同文义而言，当事人对合同条款的理解并不存在争议，因此此处不涉及合同解释的问题。然而，在前述两种情形下，部分上游实施人，乃至所有上游实施人未能通过利益第三人合同获得实施行为的法律确定性，这实际上表明 SEP 持有人并未通过具有明确法律效力的方式充分履行其开放义务。因此，如何进行利益第三人条款的补充，确立上游实施人实施权限的法律确定性，成为亟待解决的问题。

《民法典》第 510 条规定，[93]许可合同生效后，当事人就利益第三人及其合同权利可以协议补充，无法达成补充协议的，按照合同相关条款和交易习惯确定，仍然无法确定的，则依据《民法典》第 511 条第 5 项进行解释。[94] 在许可双方未能就利益第三人条款的欠缺达成补充协议，且通信 SEP 跨领域许可尚未形成市场主体所认同并自觉遵守的利益第三人条款的情形下，应进入《民法典》第 511 条第 5 项的适用，按照有利于实现 SEP 实施许可合同目的的方式来明确 SEP 持有人履行其债务的方式。前文已述，赋予所有上游实施人明确的实施权限，使上游实施人能够基于充分的法律确定性合法地制造与销售其标准产品，构成 SEP 许可合同的目的。为促成这一目的的实现，应当对许可合同上全部或部分上游实施人实施权限的缺漏予以填补，即通过利益第三人条款的补充，约定 SEP 持有人向作为第三人的所有上游实施人履行允许其实施相关 SEP 的债务。

六、结　　语

随着通信技术标准成为实现万物互联的关键信息基础设施，通信 SEP 跨产业、技术领域许可日渐普及，通信 SEP 许可全球纠纷随之从移动通信产业蔓延至众多标准产品产业，相应地也衍生出通信 SEP 跨领域许可的 FRAND 义务分歧。对这一分歧的辨析和厘清事关通信 SEP 跨领域许可规则和 SEP 实施收益分配规则的确立，最终事关发展空间的竞争和国家利益的捍卫。

当前，世界主要经济体正基于各自的市场环境和竞争态势展开对全球 SEP 许可规则话语权的争夺，从而在动态调整中有效平衡与保护本国不同产业主体的利益。在这一大背景下，我国应致力于探索如何在社会治理层面建立精细化的、平衡的、符合技术发展和产业变革的规则，一方面充分发挥通信技术标准的价值，另一方面抑制甚至消除标准化活动对标准产品产业创新和竞争带来的负面影响。基于这一考量，允许通信 SEP 持有人在跨领域向标准产品产业提供 SEP 许可时自由选择许可层级，但要求其承担包含 FRAND 许可义务和 SEP 开放义务的 FRAND 义务，同时确保通信 SEP 持有人获得合理的许可收益，将最大限度地推进技术标准的广泛实施和标准产品产业的创新发展。司法部门对于通信 SEP 跨领域许可 FRAND 义务分歧的介入，将在一定程度上塑造

[93] 《民法典》第 510 条：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定。”

[94] 《民法典》第 511 条：“当事人就有关合同内容约定不明确，依据前条规定仍不能确定的，适用下列规定：……（五）履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行……”

SEP 实施收益的分配机制，引导许可双方展开善意且充分的谈判，推动物联网生态的运转。因此，我国司法实践应密切关注全球通信 SEP 跨领域许可的态势，适时展开研究，从而未来面临相关法律纠纷时，既能坚守审慎而平衡的司法态度，在法律框架内平衡通信产业和标准产品产业的利益，实现公正合理的 SEP 专利权保护，又能以具有标准化裁判质量和案件处理公信力，参与全球 SEP 许可司法领域的治理规则和秩序的构建。[95]

Abstract In the process of cross-domain licensing of Standard Essential Patents for information and communication technology, there are divisions between the telecommunications industry and the standardized products industry on the licensing model in the supply chain. The background and litigation presentation of the divisions shows that the essence of the divisions is a division of FRAND obligations, and should be anchored as a dispute between the two models of End-product-level free licensing and Component-level priority licensing. After an overall review, it is found that End-product-level licensing will lead to the potential risks of lack of legal certainty for upstream suppliers' implementation, high transaction cost dilemma and patent hold up, while Component-level licensing has the rationality to improve licensing efficiency and curb patent hold up. However, the obligation of Component-level priority licensing does not comply with the principle of proportionality. The patentee should fully comply with FRAND obligations, including FRAND negotiation obligations and SEP access obligations, on the basis of the right to freely choose the level of licensing, in order to eliminate the aforementioned risks. The patentee who violates the FRAND negotiation obligation will be subject to the SEP infringement non-cease rule, and the access obligation will be fulfilled by the explicitness or interpretation of the terms of the third party beneficiary contracts.

Keywords Standard Essential Patents, FRAND Obligation, Patent Hold Up, The SEP Infringement Non-cease Rule, The Third Party Beneficiary Contracts

（责任编辑：王杰）

[95] 参见《知识产权强国建设纲要（2021—2035）》。