

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

产业经济评论

REVIEW OF INDUSTRIAL ECONOMICS

第17卷 第2辑, 2018年6月 Volume 17 Number 2, June 2018

主编 臧旭恒

标准必要专利禁令的适用: 理论与政策

于左 颜一秀

中国B2C市场独家交易的竞争效应

董维刚 林鑫

中国乘用车合资模式下中方议价势力估算及影响因素分析

李凯 赵伟光

开放、竞争与中国企业表现: 一个文献综述

王聪

制造业集聚对军民融合产业发展的双重效应研究

湛泳 赵纯凯 郭坚豪

中国财经出版传媒集团



经济科学出版社
Economic Science Press

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊

产业经济评论

REVIEW OF INDUSTRIAL ECONOMICS

第 17 卷 第 2 辑 (总第 54 辑)

主编 臧旭恒

中国财经出版传媒集团



经济科学出版社
Economic Science Press

图书在版编目 (CIP) 数据

产业经济评论. 第17卷. 第2辑/臧旭恒主编. —北京:
经济科学出版社, 2018. 6

ISBN 978-7-5141-9528-6

I. ①产… II. ①臧… III. ①产业经济学-文集
IV. ①F062.9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 158277 号

责任编辑: 于海汛 李一心

责任校对: 王苗苗

责任印制: 李 鹏

产业经济评论

第17卷 第2辑 (总第54辑)

主编 臧旭恒

经济科学出版社出版、发行 新华书店经销

社址: 北京市海淀区阜成路甲28号 邮编: 100142

总编部电话: 010-88191217 发行部电话: 010-88191522

网址: www.esp.com.cn

电子邮件: esp@esp.com.cn

天猫网店: 经济科学出版社旗舰店

网址: <http://jjkxcbs.tmall.com>

北京季蜂印刷有限公司印装

787×1092 16开 11.75印张 230000字

2018年6月第1版 2018年6月第1次印刷

ISBN 978-7-5141-9528-6 定价: 36.00元

(图书出现印装问题, 本社负责调换。电话: 010-88191510)

(版权所有 侵权必究 举报电话: 010-88191586)

电子邮箱: dbts@esp.com.cn

目 录

- 标准必要专利禁令的适用：理论与政策
于 左 颜一秀 1
- 中国 B2C 市场独家交易的竞争效应
董维刚 林 鑫 18
- 中国乘用车合资模式下中方议价势力估算及影响因素分析
李 凯 赵伟光 38
- 开放、竞争与中国企业表现：一个文献综述
王 聪 66
- 制造业集聚对军民融合产业发展的双重效应研究
湛 泳 赵纯凯 郭坚豪 99
- 加成率估算方法研究述评与展望
岳 文 韩 剑 121
- 中国对“一带一路”沿线国家海外投资的决定因素：多维度差异视角
裴 瑛 彭 飞 郑思琪 142
- 供给侧改革背景下劳动力再配置与经济增长研究
——以山东省为例
李中翘 杨 柳 刘 刚 162

CONTENTS

- Application of Injunction on Standard Essential Patents:
Theories and Policies
Zuo Yu Yixiu Yan 16
- The Competition Effect of Exclusive Dealing in Chinese B2C Market
Weigang Dong Xin Lin 36
- Empirical Analysis on the Bargaining Power and its Influencing
Factors in Chinese Passenger – vehicle Joint Venture
Kai Li Weiguang Zhao 65
- Openness, Competition and the Performance of Chinese Enterprises:
A Literature Review
Cong Wang 98
- The Research of Double Effect of Manufacturing Agglomeration on the
Development of Civil – Military Integration Industry
Yong Zhan Chunkai Zhao Jianhao Guo 120
- Review and Prospect of Markup Estimating Methods
Wen Yue Jian Han 140
- Determinants of Chinese OFDI in the “Belt and Road” Countries:
Multidimensional Difference Perspective
Zhen Pei Fei Peng Siqi Zheng 161
- Research on Labor Redistribution and Economic Growth under the
Background of Supply – side Reform
—A Case Study of Shandong Province
Zhongqiao Li Liu Yang Gang Liu 177

标准必要专利禁令的适用：理论与政策

于左 颜一秀*

摘要：标准必要专利禁令的适用问题成为各国反垄断立法和执法关注的焦点。本文研究了标准必要专利禁令的积极效应和反竞争效应，重点研究了反竞争效应中的专利劫持和拒绝许可问题，特别是在专利权人和专利持有人存在竞争关系的情况下。发现当标准必要专利权人与专利使用者之间存在竞争关系时，专利权人更有动机利用禁令威胁实施专利劫持或拒绝许可。在理论探讨和对美国、欧盟相关立法与执法进展分析评价的基础上，为中国的相关反垄断立法及执法提出政策建议，并尝试提出判定是否支持禁令申请的“五步走机制”。

关键词：标准必要专利 禁令 专利劫持 竞争关系 五步走机制

一、问题提出

技术标准既可以由政府、标准制定组织或企业制定，也可以由于被广泛使用而自然形成。标准必要专利是指用于保护标准所包含的技术的专利。当使用者使用该技术标准时，需要向标准必要专利权人申请许可，因此专利被纳入标准将会增强专利权人的市场势力。标准必要专利权人使用禁令可能导致双重效应。一方面禁令可以为专利权人行使专利权提供保障，有利于鼓励和保护创新；另一方面禁令威胁可能使专利使用者不得不支付更高的许可费，禁令的实施可能减少下游市场的竞争，最终损害消费者福利。近年来，标准必要专利纠纷日益增多，特别是在信息通信等标准必要专利应用较广的领域。是否允许以及何时允许标准必要专利权人使用禁令成为备受关注的问题。标准必要专利的禁令应如何运用？判定禁令适用与否应重点考虑哪些因素？本文尝试对此加以研究。

* 教育部人文社科重点研究基地重大项目《标准必要专利滥用：知识产权与反垄断政策》(14JJD790002)。

感谢审稿人的宝贵建议。

于左：东北财经大学产业组织与企业组织研究中心；地址：辽宁省大连市沙河口区尖山街217号问源阁；邮编：116025；Email：yuzuoyz@163.com。

颜一秀：东北财经大学产业组织与企业组织研究中心；地址：辽宁省大连市沙河口区尖山街217号问源阁；邮编：116025；Email：970339469@qq.com。

二、文献综述

现有文献对禁令能否适用于标准必要专利存在较大的争议, Joseph (2011) 认为寻求禁令的威胁有利于促使使用者积极与持有人进行协商谈判, 如果不允许持有人寻求禁令, 侵权人可能提出更少的赔偿或无限期地拖延协商时间。Mark & Suzanne (2001) 认为禁令对专利权人的补偿效果取决于侵权行为被起诉的最早时间, 当专利权人能够控制对侵权行为起诉时间时, 使用者将不会故意实施侵权行为, 而会选择在使用专利前与专利权人进行谈判协商, 从而有利于减少侵权行为的发生。John (2015) 认为允许标准必要专利持有人寻求禁令将会增加专利权人的市场势力, 专利权人寻求禁令的威胁有利于其向使用者收取更高的许可费。Joseph et al. (2007) 认为当一项技术专利被包含在某项标准中时, 专利的价值就会增加, 专利使用者会被锁定, 标准必要专利专利权人将比其他专利权人更有可能向使用者收取更高的许可费。

现有文献对标准必要专利禁令如何适用的问题也存在较多争议。Peter et al. (2013) 认为专利权人寻求禁令不应被认为是拒绝许可, 专利权人可能寻求禁令会减少使用者的机会主义行为。Kristian (2016) 认为法院在考虑是否通过专利权人的禁令申请时应考虑对专利权人和使用者、公共利益的平衡。Haksoo (2014) 认为允许其寻求禁令将会增加专利权人事前进行专利劫持的可能, 使其能收取更高的许可费; 而如果不允许其寻求禁令, 则使用者可能会拖延与专利权人的协商谈判。对标准必要专利禁令案件的裁决, Carl (2017) 认为法院对下游企业的侵权行为既可以实施禁令也可以要求侵权人支付一定的许可费, 法院在做出裁决时应考虑侵权人转换成本的大小以及专利权人的损失等因素。Haksoo (2014) 设计了一种新的法律流程来减少形成专利劫持和反向劫持的可能。主要特点在于当其中一方提出的许可费被法院认定为符合 FRAND 原则时, 法院将在做出禁令决定前要求双方继续进行协商, 利用法院的态度来弱化谈判势力较强一方的谈判势力。

现有文献讨论了法院对标准必要专利执法可能产生的专利挟持和反向挟持问题, Gregor et al. (2013) 认为被法院认定为非善意使用者可能性较小而专利权人的诉讼费用较高时, 法院根据使用者提出的许可费来判断使用者是否善意的行为可能导致反向劫持的发生。Peter et al. (2013) 指出无论法院是否直接制定符合 FRAND 原则的许可费, 专利劫持和反向劫持都可能出现, 并且反向劫持可能会比劫持更为严重, 因为专利权人参与诉讼除了承担所提许可费被认定为高于 FRAND 原则的风险之外, 还需承担专利被认定为无效的风险。有的学者则对标准必要专利领域竞争当局的执法提出反对意见, Lisa (2015) 认为当反垄断当局无法证明标准必要专利持有人的行为确

实或很可能具有反竞争效应时，不应对标准必要专利持有人与使用者之间的商业纠纷进行干涉，因为反垄断执法可能会不利于创新和标准技术的改进。

近年来，苹果、三星、谷歌、华为等无线通信企业都是标准必要专利禁令相关案件当事人，在这些案件中，专利权人与使用者之间普遍存在竞争关系，现有文献对专利权人和使用者间存在竞争关系情况下的禁令的适用问题研究较少。本文尝试对上述问题尤其是专利权人和使用者间存在竞争关系情况下禁令的适用问题加以重点探讨，并对中国关于标准必要专利禁令适用的立法和执法提出政策建议。

三、标准必要专利禁令的适用：理论分析

（一）标准必要专利禁令的积极效应

与普通专利一样，禁令是专利权人在专利权受到侵犯时的一项救济措施，特别是当侵权行为造成的损失无法得到足够的补偿时，停止侵权是保护专利权的重要手段。标准必要专利禁令具有积极效应。一方面，标准必要专利禁令有利于减少侵权行为的发生。Mark & Suzanne (2001) 分析了允许寻求禁令情况下专利权人的行为，认为禁令对专利权人的补偿效果取决于侵权行为被起诉的最早时间。侵权时间越长，侵权人在相关产品上的投资越多，沉没成本越大，实施禁令对使用者造成的损失就越大，推迟起诉时间有利于增强专利权人的谈判势力。当专利权人能够控制对侵权行为起诉时间时，使用者将不会故意实施侵权行为，而会选择在使用专利前与专利权人进行谈判协商，从而有利于减少侵权行为的发生。另一方面，标准必要专利禁令有利于减少反向劫持的发生。Joseph (2011) 认为当不允许寻求禁令时，使用者将会提出低于 FRAND 原则（公平、合理、无歧视）的许可费，而专利权人只能接受，从而出现反向劫持的情形。虽然标准必要专利持有人的禁令申请有利于形成对使用者的专利劫持，但是寻求禁令的威胁也有利于促使使用者积极与持有人进行协商谈判，如果不允许持有人寻求禁令，则持有人只有可能通过法院判决，使许可费得到赔偿，由于没有禁令的威胁，侵权人可能提出更少的赔偿或无限期地拖延协商时间。

（二）标准必要专利禁令的反竞争效应

与普通专利不同的是，由于对于使用者来说通常不存在可替代的专利，因此标准必要专利持有者拥有更强的垄断地位。在这种情况下，允许专利权人寻求禁令救济将进一步增强其市场势力，从而有利于专利权人实施专利挟持，收取超过专利本身价值的许可费。特别是当获得专利授权的使用者在产品市场与专利权人在产品市场存在激烈竞争或利益冲突时，专

利权人更有可能利用禁令威胁来收取更高的许可费，以提高竞争对手成本或者将竞争对手挤出市场，此时专利权人利用禁令可能会对专利使用者造成竞争损害。

以下构建简单的博弈模型对上述情形下标准必要专利禁令的反竞争效应进行分析。由于一个产品中可能包含多种专利，标准必要专利 i 带来的价值增值 v 在该产品价值中所占比例可能较大，也可能较小，本文首先对专利价值较小即是否支付许可费不影响企业 D 的产量决策的情况进行分析。

1. 标准必要专利价值较小

(1) 专利权人与使用者不存在竞争关系。

首先分析专利权人和使用者之间不存在竞争关系的情况。假设企业 P 拥有一个标准必要专利，企业 D 生产一单位产品必须使用一单位 P 所拥有的标准必要专利。企业 P 因拥有标准必要专利，在技术市场上具有支配地位。企业 D 使用该专利进行生产可获得利润为 π_c ，用 r 表示企业 D 生产一单位产品所需支付的许可费，用 F 表示企业 D 被施加禁令后退出市场的沉没成本或转产成本，用 C_p 和 C_D 分别表示企业 P 和企业 D 的诉讼费用。

本文在 Carl (2010) 模型设计的基础上进行简化，将双方在许可费方面的博弈流程设计如下。首先由企业 D 向企业 P 提出许可费 r ，企业 P 决定是否接受。当谈判失败时，企业 D 决定是否继续生产。当企业 D 决定不退出市场，而选择在没有获得许可的情况下开始进行生产时，企业 P 将决定是否就企业 D 的侵权行为向法院申请禁令。当企业 P 向法院起诉时，法院将以概率 θ 认为企业 P 的专利无效或者企业 D 的侵权行为不成立，此时企业 D 不需向企业 P 支付许可费，并且可以继续生产获得利润 π_c ；相反地，法院将以 $(1 - \theta)$ 的概率支持企业 P 的禁令申请，此时两个企业将再次进行谈判。若谈判失败，法院的禁令将开始生效，企业 D 只能退出市场，并支付之前已投产的沉没成本，若谈判成功，则禁令不生效，企业 D 向企业 P 支付许可费 r 并进行生产。无论判决结果和谈判结果如何诉讼费用都由两个企业分别支付。博弈树如图 1 所示。

采用逆向归纳法对该博弈结果进行分析。从博弈的最后一阶段开始，当企业 P 胜诉时，如果双方继续进行谈判，谈判成功时双方的收益总和为 $\pi_c - C_p - C_D$ ，谈判失败时双方收益总和为 $-F - C_p - C_D$ ，因此双方会进行谈判，谈判增加的价值在谈判双方之间按比例进行分配，故企业 P 在谈判中获得的价值为 $\beta(\pi_c + F)$ ，企业 D 在谈判中获得的价值为 $(1 - \beta)(\pi_c + F)$ 。而企业 P 在谈判中获得的收入只有专利许可费，因此由 $r q_c = \beta(\pi_c + F)$ 可得 $r^* = \frac{\beta(\pi_c + F)}{q_c}$ 。当企业 P 选择起诉时，企业 P 和企业 D 的期望收益分别为 $E(P)$ 和 $E(D)$ ：

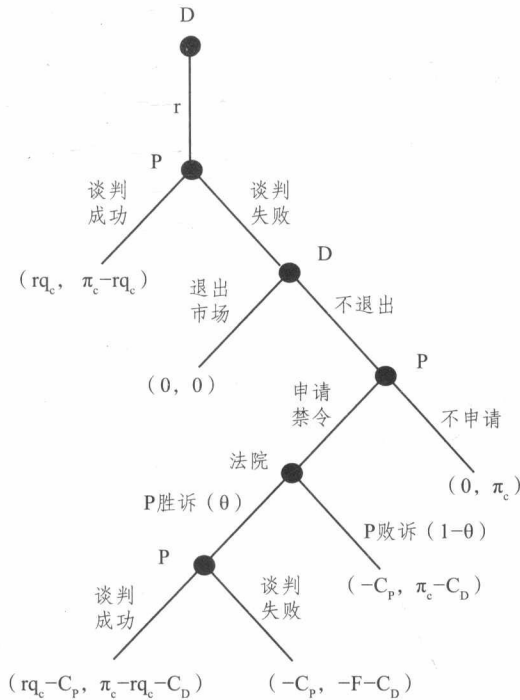


图 1 专利权人和使用者不存在竞争关系时的博弈树

$$E(P) = \theta(r^* q_c - C_P) + (1 - \theta)(-C_P)$$

$$E(D) = \theta(\pi_c - r^* q_c - C_D) + (1 - \theta)(\pi_c - C_D)$$

当 θ 较大且 C_P 较小时, $E(P) > 0$, 企业 P 申请禁令为可置信威胁。而当 $E(D) > 0$, 即:

$$F < \frac{(1 - \theta\beta)\pi_c - C_D}{\theta\beta} \tag{1}$$

即使企业 D 在进入市场之前与企业 P 谈判失败, 企业 D 仍会选择退出市场, 并且在没有获得专利授权的情况下继续生产。因此, 在企业 D 进入市场前与企业 P 的第一次谈判中, 谈判成功的收益总和为 π_c , 谈判失败的收益总和为 $E(P) + E(D)$, 即为 $\pi_c - C_P - C_D$, 双方会进行谈判, 企业 P 从谈判获得的收益为 $\beta(C_P + C_D)$, 由 $rq_c - E(P) = \beta(C_P + C_D)$ 可得第一次谈判结果的许可费为:

$$r_1^* = \frac{\theta\beta(\pi_c + F) - (1 - \beta)C_P + \beta C_D}{q_c} = \theta r^* - \frac{(1 - \beta)C_P}{q_c} + \frac{\beta C_D}{q_c} \tag{2}$$

用 v 表示该标准必要专利带来的价值增值, 则可用 $\theta\beta v$ 表示合理许可费, 存在禁令威胁下的谈判结果导致专利劫持的可能性为 $r_1^* - \theta\beta v$, 当 C_P 较小时, 有:

$$\Delta r = r_1^* - \theta\beta v = \frac{\theta\beta(\pi_c - vq_c + F) - (1 - \beta)C_P + \beta C_D}{q_c} > 0 \tag{3}$$

由(3)式可得当企业P的诉讼成本较小时,允许企业P寻求禁令救济使其可以收取超过专利价值的许可费。并且,当授予禁令的可能性 θ 越大时, Δr 会越大;当F满足(1)式的条件时,企业D的沉没成本或转产成本F越大, Δr 也会越大,说明授予禁令的可能性越大或使用者的转产成本越高时,专利权人进行专利劫持的可能性越大。另外,企业D的诉讼费用越大, Δr 也会较高,说明专利使用者较高的诉讼费用也会增加专利劫持的可能性;相反,企业P的诉讼费用越大时, Δr 会越低,甚至可能出现反向劫持。

(2) 专利权人与使用者存在竞争关系。

当专利权人也在产品市场上进行生产时,专利使用者进入市场会对专利权人在产品市场上的利润产生影响,因此在允许申请禁令的情况下,专利权人可能通过禁令威胁来收取更高的专利许可费,从而弥补产品市场上的损失,或者将专利使用者驱逐出产品市场。以下将在前文模型的基础上进行扩展,以此来分析当专利权人与使用者存在竞争关系时标准必要专利禁令适用的反竞争效应。

假设产品市场上只有专利权人P和专利使用者D两个企业,当两个企业都进行生产时,分别获得产品利润 π_c ,当只有企业P进行生产时,企业P获得利润 π_m ,其余假设和博弈流程与前文所述相同。博弈树如图2所示。

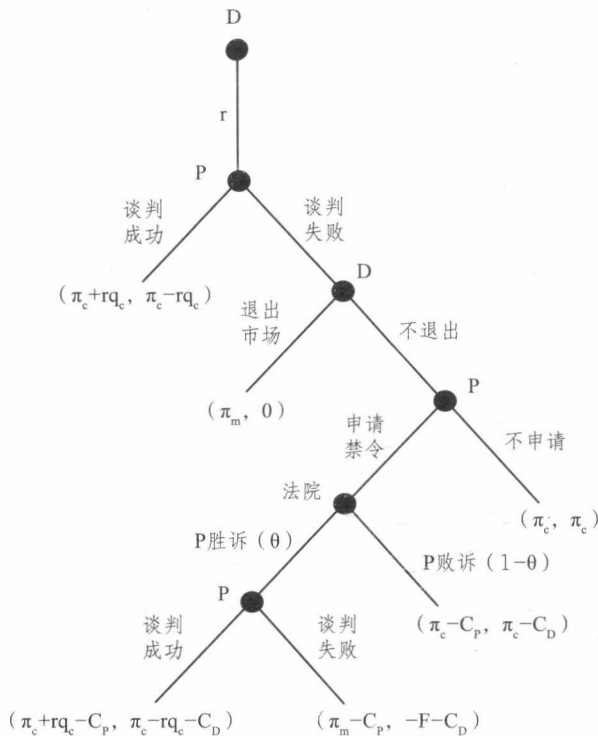


图2 专利权人与使用者存在竞争关系时的博弈树

根据与前文类似的逆向归纳法,当满足 $F > \pi_m - 2\pi_c$ 时,可得最后一阶段谈判的许可费为 $r^* = \frac{\beta(\pi_c + F) + (1 - \beta)(\pi_m - \pi_c)}{q_c}$, 当企业 P 选择向法院申请禁令时,双方的期望收益分别为:

$$E(P) = \theta(\pi_c + r^* q_c - C_P) + (1 - \theta)(\pi_c - C_P)$$

$$E(D) = \theta(\pi_c - r^* q_c - C_D) + (1 - \theta)(\pi_c - C_D)$$

因此,第一次谈判的许可费为:

$$r_2^* = \frac{\theta\beta(\pi_c + F) + \theta(1 - \beta)(\pi_m - \pi_c) - (1 - \beta)C_P + \beta C_D}{q_c} \quad (4)$$

(4)式减(2)式可得 $\frac{\theta(1 - \beta)(\pi_m - \pi_c)}{q_c} > 0$, 因此当专利权人与专利使用者存在竞争关系时,专利权人通过禁令威胁可以收取更高的许可费,并且禁令通过的可能性越高,或者专利权人在产品市场上的利润越小或损失 $\pi_m - \pi_c$ 越大,谈判双方是否为竞争关系对第一次谈判结果的影响会越大,当双方为竞争关系时,专利权人可以通过禁令威胁收取更高的许可费,来增加产品市场的利润(通过交叉补贴)或弥补引入竞争者使其在产品市场上遭受的损失,从而专利劫持出现的可能性会越大。

由于标准必要专利权人通常在技术市场上具有支配地位,因此专利权人可以通过选择最优的 β 来使其收益最大化。专利权人对 β 的选择存在两种情况,其一是,在许可费的大小不影响产量决策的情况下,无论是否在产品市场上进行生产, $\beta = 1$ 都是专利权人实现利润最大化的选择,即利用禁令威胁获取使用者尽可能多的全部利润,此时许可费的大小取决于专利使用者可被劫持的空间的大小,当禁令通过的可能性较大时,专利权人可以通过收取较高的许可费将竞争对手挤出市场。其二是,当该标准必要专利给产品带来较大的价值时,即许可费的大小会影响企业的产量决策时,如果专利权人与使用者之间不存在竞争关系,由于许可费的增加会使专利使用者的产量减少,因此专利权人可能不会选择获取使用者全部利润。但是当专利权人与使用者之间存在竞争关系时,由于许可费的增加能使专利权人在产品市场上获得更多的成本优势,因此专利权人仍然会利用禁令威胁来将竞争对手进行挤压,甚至将其排除出产品市场。以下部分对标准必要专利价值较大的情形进行分析。

2. 标准必要专利价值较大

(1) 专利权人与使用者不存在竞争关系。

假定产品市场上存在两个同质的生产企业 D_1 和 D_2 , 生产一单位产品的边际成本都为 c , 专利权人 P 对这两个企业进行专利许可,令市场需求为 $p = a - (q_1 + q_2)$, 在前述博弈模型的最后一阶段谈判中,假设诉讼成本都为零,则两个生产企业的利润都为 $\pi_1 = \pi_2 = (p - c - r)q_1$, 专利权人的利润

为 $\pi_P = r(q_1 + q_2)$ 。两个生产企业进行古诺竞争的均衡为 $q_i = \frac{a-c-r}{3}$ ，由专利权人的利润最大化可得 $r^* = \frac{a-c}{2}$ 。根据 (1) 式可得第一阶段的谈判结果为：

$$r_1^* = \theta r_2^* = \theta \frac{a-c}{2} \quad (5)$$

从而两个生产企业的均衡产量均为：

$$q_i^* = \frac{(a-c)(2-\theta)}{6} > 0 \quad (i=1, 2) \quad (6)$$

企业 D_1 、 D_2 和企业 P 的利润分别为：

$$\pi_i^* = \left[\frac{(2-\theta)(a-c)}{6} \right]^2 \quad (i=1, 2), \quad \pi_P^* = \frac{\theta(a-c)^2(2-\theta)}{6} \quad (7)$$

因此，由 (5) 式可得，禁令通过的可能性越大，专利权人收取的许可费越高，但是专利权人不会获取使用者的全部利润，即专利权人没有动机将专利使用者挤出市场。

(2) 专利权人与使用者存在竞争关系。

同样假定产品市场上存在两个生产企业 P 和 D，企业 P 拥有一个标准必要专利，生产一单位产品必须使用一单位该专利，其他条件与前述相同，则此时企业 P 的利润函数为 $\pi_P = r(q_D + q_P) + (p-c-r)q_P$ ，企业 D 的利润函数为 $\pi_D = (p-c-r)q_D$ ，两个企业进行古诺竞争，均衡产量为 $q_P = \frac{a-c+r}{3}$ 和 $q_D = \frac{a-c-2r}{3}$ ，由专利权人的利润最大化可得 $r^* = \frac{a-c}{2}$ ，根据 (1) 式可得第一阶段的谈判结果为：

$$r_1^* = \theta r_2^* = \theta \frac{a-c}{2} \quad (8)$$

从而企业 P 和企业 D 的产量分别为：

$$q_P^* = \frac{(a-c)(2+\theta)}{6}, \quad q_D^* = \frac{(a-c)(1-\theta)}{3} \quad (9)$$

企业 P 与企业 D 的利润分别为：

$$\pi_D^* = \left[\frac{(1-\theta)(a-c)}{3} \right]^2 \quad (i=1, 2), \quad \pi_P^* = \frac{(a-c)^2(4+10\theta-5\theta^2)}{36} \quad (10)$$

由 (7) 式可得，当禁令通过的可能性越大时，专利权人将收取更高的许可费，从而在产品市场上对竞争对手进行挤压，特别是当 $\theta = 1$ 时，由 (8) 式可得 $q_D^* = 0$ ，即专利权人可以通过较高的许可费将竞争对手挤出市场。并且，比较 (7) 式和 (8) 式可得，企业 P 与企业 D_1 的利润总和为 $\pi_P^* + \pi_1^* = \frac{(a-c)^2(4+8\theta-5\theta^2)}{36}$ ，小于存在竞争关系下的 π_P^* ，说明当专利

权人在产品市场上进行生产时，禁令威胁使其可以通过收取较高的许可费来对竞争对手进行挤压，进而从市场上获得更多的产品利润，禁令通过的可能性越大时，与不存在竞争关系相比，专利权人在竞争状态下通过许可费能获取的利润就更高，最终可能将竞争对手挤出产品市场。

综上可得，禁令通过的可能性越高或者使用者的转产成本越大时，标准必要专利权人的诉讼费用越低或者使用者的诉讼费用越高时，禁令威胁会使专利劫持的可能性增大，反之则可能出现反向劫持。并且，当标准必要专利权人与使用者之间存在竞争关系时，一方面，专利权人可以通过禁令威胁收取更高的许可费，从而使专利劫持更有可能出现；另一方面，与双方不存在竞争关系相比，专利权人更有动机使用禁令来将竞争对手挤出市场。

四、标准必要专利禁令的适用：相关立法与执法进展

一方面，由于标准必要专利禁令存在积极效应，因此法院在做出判决时应在专利权人和使用者的利益之间进行权衡，而不应直接否定专利权人的禁令申请。Peter et al. (2013) 认为专利权人寻求禁令不应被认为是拒绝许可，专利权人寻求禁令的可能会减少使用者的机会主义行为，法院是否支持专利权人的禁令申请应取决于使用者是否存在机会主义行为，而不应直接否决专利权人的禁令申请。另一方面，由于标准必要专利禁令可能产生反竞争效应，因此法院在判断是否授予禁令时应对专利劫持的可能性进行考虑，考虑因素包括专利权人与使用者之间是否存在竞争关系、专利使用者已投入的成本的多少以及双方诉讼成本的大小，而在判断专利权人申请禁令的行为是否属于滥用市场支配地位时，则需要考虑双方在诉前谈判过程中是否为善意的，考虑因素包括双方在谈判过程中的行为和提出许可费的多少。Kristian (2016) 认为法院在考虑是否通过专利权人的禁令申请时要考虑专利权人和使用者、公共利益之间的平衡。

法院一般只在某些特殊情况下才给予持有者禁令支持，比如使用者不支付合理的许可费或拒绝对 FRAND 原则的相关条款进行协商，或者法院无法判定侵权行为造成损失的大小时。韩国、日本和中国都在知识产权反垄断指南中对禁令的适用进行具体规定，美国和欧盟则主要在相关判例中逐步确立禁令的适用机制，包括法院在相关案例中对标准必要专利持有人申请禁令的条件进行的具体限制和竞争局对相关行为的审查。

（一）相关立法进展

各国反垄断指南在标准必要专利禁令的适用问题上都考虑了两方面的效应。一方面承认禁令作为专利权人的一项救济途径具有合理性，另一方面指出标准必要专利权人寻求禁令可能具有反竞争效应。因此指南中都通过对禁

令的适用条件进行规定来减少专利劫持和反向劫持的可能。

美国司法部和专利商标局发布的《有关受 FRAND 原则约束的标准必要专利的共同声明》中主要考虑禁令适用对公共利益的影响和专利权人能否得到足够的补偿。韩国《关于知识产权不公平行为指南》中对专利权人和使用者双方的义务进行了规定，一方面考虑专利权人是否提供许可协议以及协议内容是否符合 FRAND 原则，另一方面考虑使用者是否拖延协商以及是否愿意接受符合 FRAND 原则的协议。日本《反垄断法下知识产权使用指南》中指出专利权人不可针对善意使用者寻求禁令，并对判断使用者是否为善意时需考虑的因素进行了规定。中国《关于滥用知识产权的反垄断指南》中的规定与日本相似，也指出使用者无明显过错时法院对专利权人的禁令申请不予支持，并对专利权人是否滥用市场支配地位以及使用者的过错的判断因素进行简要的规定，判断因素中也考虑了对公共利益的影响。

（二）相关执法进展

美国和欧盟的相关指南中对标准必要专利禁令适用问题的规定较少，主要通过法院判例和竞争局的审查来确立禁令适用问题的裁判机制。美国和欧盟的相关执法经验中都对标准必要专利权和使用者之间存在竞争关系的情况进行了较多的考虑，主要体现在两个方面：一方面是在判断侵权行为造成的损失时，会考虑侵权行为对市场的需求的影响；另一方面是在判断是否支持专利权人的禁令申请时，会对该申请禁令的行为是否存在排除竞争对手的动机进行考虑。并且，美国和欧盟都在各自执法经验的基础上对禁令的适用程序进行了较多的限制和设计。

1. 美国相关执法进展

美国最高法院在 2006 年的 eBay 案件中提出的“四原则”确定了标准必要专利相关案件的普遍适用原则，即只有当原告能够证明以下四个事实时，法院才可以对侵权人实施禁令：一是，侵权行为给原告造成不可修复的损失；二是，依法可得到的赔偿等救济措施不足以弥补原告的损失；三是，综合考虑原告的损失和被告的成本后，该救济行为是合适的；四是，永久的禁令不会对公共利益造成影响。“四原则”在适用过程中主要考虑了实施禁令对公共利益的影响和不实施禁令专利权人是否得到足够的补偿。2010 年 Apple 诉 Motorola 一案中，联邦法院依据“四原则”对当事人的上诉进行审理，驳回地区法院禁令不适用于标准必要专利的主张。在判断是否支持 Motorola 的禁令申请时，由于双方在产品市场上存在竞争关系，联邦法院对侵权行为如何影响需求的变化进行了考虑，以此来判断增加一个使用者是否会给 Motorola 造成不可弥补的损失，并且通过考虑 Apple 是否拖延协商或单方面拒绝达成协议等因素来判断使用者是否为善意的，从而做出拒绝授予禁令的判决。

联邦贸易委员会（FTC）在“四原则”和联邦贸易委员会法则（FTC 法

则) 第五条^①的基础上对标准必要专利禁令案件进行审查,并在发布的决议或同意令中对专利权人寻求禁令进行了限定。2012年FTC在审查Bosch并购SPX一案中,认为SPX作为ACRRRs产品的标准必要专利持有人曾向其竞争对手寻求禁令,目的是阻止它们进入市场,该行为违反了FRAND承诺,属于以不公平的方法进行竞争。因此FTC对Bosch就其标准必要专利寻求禁令的行为进行了限制,即Bosch只有在使用者拒绝接受FRAND协议或没有按照相关标准的要求进行使用时才可申请禁令。2013年的Google一案中,Google就其标准必要专利向美国国际贸易委员会提起专利侵权诉讼,并且就Apple、Microsoft的侵权行为向联邦地区法院多次申请禁令,FTC认为Google一系列行为的目的在于通过寻求禁令来排除竞争对手,违反了其做出的FRAND承诺,可能对消费者福利造成损失。FTC在对Google发布的同意令中对Google寻求禁令的限制进行了详细的规定,主要体现在两个方面:一是规定了申请禁令前的最少协商时间,即Google必须与使用者至少协商六个月,在协商期结束后,如果使用者要求Google提供一份协议,Google必须在两个月以内提供,使用者可以对其认为不符合FRAND原则的条款提出质疑;二是规定了使用者及时申请法院解决争议时,诉讼期间专利权人不得寻求禁令,即若使用者在Google提供协议的七个月内或Google提出请求仲裁机构裁决的三个月内,向法院提起诉讼,要求法院进行判定,Google在这一期间将不得对使用者申请禁令,并且允许使用者对标准必要专利的有效性、价值、必要性或侵权情况提出质疑。美国新进的裁判机制更关注禁令的反竞争效应,一方面在专利权人的损失难以得到足够补偿时支持禁令的适用,另一方面对专利权人适用禁令的条件和程序进行具体规定,以此来减少对公共利益的影响。

2. 欧盟相关执法进展

欧盟在2009年的橙皮书案中确定了标准必要专利禁令适用的基本原则,认为申请禁令可能导致拒绝许可,因此允许使用者对专利权人的禁令申请提出抗辩。但法院对其提出禁令抗辩的条件进行了规定,即使用者必须证明该专利是企业进入市场不可或缺的条件、实施禁令的不合理性和表明其愿意支付许可费。欧盟委员会认为橙皮书案确定的适用原则过于倾向保护专利权人,因此在对Motorola和Samsung的审查中,欧盟委员会为使用者确立了一个“安全港”原则,2013年欧盟委员会在对Motorola的调查中指出,由于Apple已表明愿意接受法院判定的符合FRAND原则的许可费,因此Motorola继续寻求禁令的行为目的在于排除竞争对手,属于滥用市场支配地位的行为。同时,欧委会还认定Motorola以禁令为威胁要求Apple放弃质疑其相关

^① FTC法则第5条是FTC对以不公平的方法进行竞争或影响商业过程以及商业欺诈行为进行规制的条款。

标准必要专利有效性的权利，也构成反竞争行为。欧盟委员会认为当标准必要专利持有人已做出 FRAND 承诺并且潜在使用者表明同意支付符合 FRAND 原则的许可费时，标准必要专利持有人寻求禁令的行为会扭曲协议过程并最终对产品价格和消费者的选择造成消极影响，该行为具有反竞争性。因此要为愿意接受符合 FRAND 原则的协议条款的潜在使用者提供一个“安全港”，使其不受标准必要专利持有人的禁令威胁。欧盟委员会指出禁令救济只有以下两种情况下才可能是合适的：一是，被许可人发生财务困难无法偿还债务时；二是，依据该司法管辖区的规定标准必要专利持有人的损失无法获得足够的补偿时。欧委会认为应该为善意的使用者提供一个“安全港”，即只要使用者表明愿意支付符合 FRAND 原则的许可费，就可以免受标准必要专利权人的禁令威胁。2012 年对 Samsung 的调查中，欧委会同样适用了“安全港”规则，指出只要潜在使用者同意 Samsung 承诺的许可机制，就可以避免 Samsung 的禁令威胁。

“橙皮书”案规则主要是站在专利法的角度，更强调专利权的财产属性，偏向专利权人，从而对潜在使用者设置了一些进行抗辩的限制条件；而欧盟委员会主要是站在竞争法的角度，更注重申请禁令的行为对竞争的影响，因此提出“安全港”规则以减少专利劫持的可能。欧洲法院在华为诉中兴一案中结合这两种观点对地区法院关于禁令适用的相关问题进行了回复，法院认为在判定专利权人寻求禁令的行为是否属于滥用行为时应考虑双方的利益平衡，使用者不能享有“安全港”保护，标准必要专利持有人也不能因为使用者拒绝第三方制定的许可费而获得法院的禁令支持。法院认为应对双方是否为善意的进行判断，并具体规定了双方在协商中应履行的义务来作为判断依据。首先，对持有人的规定如下：一是，标准必要专利持有人申请禁令前必须对使用者的侵权行为提出警告，因为一个标准中包含许多专利，使用者可能没有意识到自己的侵权行为，因此标准必要专利持有人在申请禁令前必须先与使用者进行协商，无论使用者是否已使用专利都不可直接申请禁令；二是，标准必要专利持有人必须提供符合 FRAND 原则的具体的书面协议，协议中必须包括许可费的金额和计算方式；三是，当双方无法达成协议时，根据共同协议许可费的数额将由独立的第三方决定。当有一方不同意第三方决定的许可费时，欧洲法院没有对这种情况下的解决方法进行解释，一般由侵权法院将对双方提出的要约是否符合 FRAND 原则进行评估，只有当专利权人的要约符合 FRAND 原则而使用者的不符合时，法院才会通过专利权人的禁令申请。其次，对潜在使用者的规定如下：一是，在收到标准必要专利持有人的警告之后，标准必要专利使用者必须表明其同意接受符合 FRAND 原则的许可；二是，使用者必须对标准必要专利持有人提出的协议做出积极的书面回应，若使用者不同意持有人的协议，则必须提出符合 FRAND 原则的反要约，当专利权人向法院申请禁令时，法院会对该反要约进行审查以判断