

——21世纪专利许可、
专利池和专利平台的
国际性参考书



技术 专利 许可

Larry M. Goldstein & Brian N. Kearsey | 著

祖 侃 骆苏华

李文红 蔡杰赞 张悦 | 译者

TECHNOLOGY PATENT LICENSING

AN INTERNATIONAL REFERENCE ON 21ST
CENTURY PATENT LICENSING, PATENT
POOLS AND PATENT PLATFORMS



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

TECHNOLOGY PATENT LICENSING

AN INTERNATIONAL REFERENCE ON 21ST
CENTURY PATENT LICENSING, PATENT
POOLS AND PATENT PLATFORMS

技术 专利 许可

——21世纪专利许可、
专利池和专利平台的
国际性参考书

Larry M. Goldstein & Brian N. Kearsey | 著

祖 侃 骆苏华

李文红 蔡杰贇 张 悦 | 译者



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

技术专利许可：21世纪专利许可、专利池和专利平台的国际性参考书 / (美) 拉里·戈尔茨坦, (英) 布莱恩·凯西著；祖侃等译. -- 北京：法律出版社，2018
ISBN 978-7-5197-1146-7

I. ①技… II. ①拉… ②布… ③祖… III. ①专利—合同—研究 IV. ①D913.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 183441 号

技术专利许可

——21世纪专利许可、专利池和
专利平台的国际性参考书

JISHU ZHUANLI XUKE

—21 SHUI ZHUANLI XUKE, ZHUANLICHU HE
ZHUANLI PINGTAI DE GUOJIXING CANKAOSHU

[美] 拉里·戈尔茨坦 著
[英] 布莱恩·凯西
祖侃等 译

策划编辑 邢艳萍
责任编辑 邢艳萍
装帧设计 鲍龙卉

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任校对 杨锦华

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第二分社

开本 A5

印张 10.625

字数 290千

版本 2018年1月第1版

印次 2018年1月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-1146-7 定价:49.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

TECHNOLOGY PATENT LICENSING: AN INTERNATIONAL REFERENCE
ON 21ST CENTURY PATENT LICENSING, PATENT POOLS AND
PATENT PLATFORMS 13th

By Larry Goldstein, Brian Kearsley

Copyright ©2007 Thomson Reuters. All rights reserved. Translated and
printed by Law Press China in 2018

This translation Technology Patent Licensing by Larry Goldstein, Brian
Kearsley is published by Law Press China through arrangement with
Thomson Reuters.

Licensed for distribution in Mainland China Only.
Not for export. 1500 copies printed.

中文版序

最早和 3GPP 的接触是在 2003 年,当时 3G 的通信正是刚刚起步阶段,随后参与了该组织关于标准专利评估的协议起草及评估程序的制定工作。通过参与这些工作,明显感受到,在关于专利池的建立、标准专利的评估等方面,我们和国际上成熟的各种标准组织、服务机构还是存在很大的差距的。我当时作为一名在中国从事知识产权工作的律师产生了强烈的使命感和责任感,希望能在提高中国相关行业中关于专利池的搭建、许可、评估等工作上贡献一些自己的知识和力量。

2007 年 11 月初,在巴黎与 3GPP 的一些成员和各国负责对 3G 标准专利进行评估的律师开会,第一次见到了本书《技术专利许可》(*Technology Patent Licensing*)及作者之一布莱恩·凯西(Brian Kearsey)先生。当时就很希望把这本书介绍给中国知识产权界同仁及一些致力于推动在某些行业中建立一些标准专利池并期望通过专利许可来实现收益的企业界,至今我依然清晰记得当天和布莱恩·凯西先生会面及热烈交谈的情形,布莱恩·凯西先生对于将该书介绍给中国的知识产权界表示了浓厚的兴趣和极大的支持,同时表示这是一项艰巨的工作,曾经有人试图做过但由于种种原因没有能坚持下去,他希望能够看到我们的中文译本尽早和中国的读者见面。

虽然作为 3G 标准专利在中国的首席评估律师,我们十几年来所评估符合和不符合 3G 标准的专利上百件,但真正着手了本书的研究和翻译,才发现很系统地把所做过的工作条理化地总结出来是一项需要投入巨大的精力并不断学习的工作。结果是每日忙于自己的日常工作,本书的翻译工作也就一直做一段停一段。非常感谢我的同事们的支持和努力,在骆苏华、张悦、李文红、蔡杰赟等同事的努力下,终于完成了我们曾经的愿望。虽然现在我们的通信技术已经从 3G 时代迈进到了 5G 时代,但本书中深入浅出地介绍的关于移动通信产业中的专利问题、许可时采用的“FRAND”原则的理解和解释、许可的方式、如何评估标准相关的必要专利等知识,依然为我们在日常的专利许可和评估工作中提供着

有益的指导和借鉴意义,也有助于更多涉及知识产权碎片化的产业借由本书分享的经验来推进组织化的专利许可,从而更好地实现繁荣和有序发展。

本书翻译过程的具体分工是:由骆苏华和张悦分工完成主体部分的翻译,由李文红完成其他部分的翻译;由骆苏华、蔡杰赆分工完成第一次校对;由李文红完成最终校对和全书的统稿。我本人负责整体统筹和指导,就技术问题和法律问题提供专家意见。在本书的翻译和校对工作中,陈剑华、傅春晓和戴娟亦有贡献,在此一并致谢。

祖侃

2017年3月20日

题 献

作者将本书献给全世界无数为 3G 专利平台的创立而积极奉献的人们。

布莱恩·凯西(Brian Kearsy)将本书献给詹妮弗(Jennifer),她在为使本书中的想法得以商业化而努力的这六年中一直提供着支持性的家庭平台。

拉里·戈尔茨坦(Larry Goldstein)将本书献给他的妻子杰西卡(Jessica),他的孩子约书亚(Joshua)、亚伊尔(Yair)、阿伊蕾特(Ayelet)、协西巴(Heftzibah)、耀西(Yoshi)、尼赫迈亚(Nehemiah)和阿比盖尔(Avigail),他的母亲洛林(Lorraine),他怀念中的父亲赫伯特(Herbert),以及他的岳父岳母威廉姆博士(Dr. William)和伊芙琳·罗森堡(Evelyn Rosenberg)。

“虽非吾辈之责,吾等亦乐为之,欲罢不能。”《父亲们的伦理》(*Ethics of the Fathers*)第二章,第 21 节。

致 谢

如果不是在规划 3G 专利平台并使之商业化的几年时间内,得到很多人的合作支持和激励,本书的出版将很可能不会成为现实。因此,作者很乐意在此向下列人士表达他们的感谢:

班永勋(Younghoon Bahn)(SK 电信),彼得·博格(Peter Berg)(西门子),约翰·贝里斯(John Berres)(阿尔卡特),唐纳德·博尔思(Donald Boles)(Inter Digital),阿兰·布拉沃(Alain Bravo)(前阿尔卡特员工),帕特里克·邦尼耶(Patrick Bonnier)(法国电信),孔切塔·凯博多蒂(Concetta Capotorti)(意大利移动通信),柯克·戴乐(Kirk Dailey)(摩托罗拉),伊特·艾维齐(Cengiz Evcı)(阿尔卡特),基·尤因(Ky Ewing)(前文森和埃尔金斯员工),詹姆斯·芬尼根(James Finnegan)(前朗讯科技员工),藤木实(Minoru Fujiki)(NEC),彼得·哈特森(Peter Haartsen)(KPN),埃尔维·甘路(Hervé Gagnard)(Wavecom),约瑟夫·吉福德(Joseph Gifford)(Inter Digital),霍华德·戈德伯格(Howard Goldberg)(Inter Digital),埃尔维·高森(Hervé Gosson)(SFR),霍华德·格林伯格(Howard Greenberg)(前北电网络员工),阿尔伯特·格林瓦尔德(Albert Grynwald)卡宾内特·葛来恩沃尔德(Cabinet Grynwald),东村秋广(Akihiro Higashi)(NTT DoCoMo),阿兰·霍夫曼(Alan Hoffman)(阿尔卡特),凯奇·霍索亚(Kyoichi Hosoya)(富士通),伯特勒姆·胡贝尔(Bertram Huber)(博世),戈兰·诺德伦(Goran Nordlundh)(前爱立信员工),堀前浩二(Hiroaki Horai)(前松下电器员工),哈利·伊博茨顿(Harry Ibbotsen)(摩托罗拉),五十嵐志保(Shiho Igarashi)(索尼),安德烈亚斯·凯德(Andreas Kaede)(博世),帕西·卡萨马诺佳(Pasi Karsamanoja)(前桑诺拉员工),加藤尚志(Hisashi Kato)(三菱电机),片山英彦(Hidehiko Katayama)(三菱电机),金明洞(Myeongcheol Kim)(LG 电子),金基旺(Gilwon Kim)(ETRI),木村利树(Toshiki Kimura)(松下移动通讯),木岛莫科托(Mokoto Kijima)(NTT DoCoMo),约瑟夫·金(Joseph King)(Inter

Digital), 岸圆子 (Mariko Kishi) (三菱电机), 帕特·克莱因 (Bart Klein) (前 KPN 员工), 马克斯·克林根斯坦 (Markus Klingenstein) (西门子), 小林武二 (Takeji Kobayashi) (前松下移动通讯员工), 埃莱娜·拉费雷尔-杰伊 (Hélène Lafferre-Jay) (前 ETSI 和 Sipro Lab Telecom 员工), 李秀沫 (Heugmo Lee) (三星电子), 理查德·刘森 (Richard Lewinson) (前爱立信员工), 约翰·麦克纳顿 (John MacNaughton) (英国律师及 UMTS 专利权工作组前主席), 前田本井 (Motoi Maeda) (NEC), 贾尼娜·马太 (Janine Mattei) (法国电信), 布鲁斯·麦库洛 (Bruce McCulloch) (前文森和埃尔金斯员工), 秀行绪方 (Hideyuki Ogata) (NEC), 朴明植 (Myong Sik Park) (SK 电信), 朴桑焕 (Sang-whan Park) (三星电子), 费代丽卡·波焦利 (Federica Poggioli) (意大利移动通信), 塞尔日·拉埃什 (Serge Raes) (法国电信员工, 以及 UMTS 专利权工作组、UMTS 专利联盟以及 3G3P 的前秘书/会计), 伊卡·拉纳斯托 (Ilka Rahnasto) (诺基亚), 迪特·赖因哈特 (Dieter Reinhardt) (西门子), 蒂莫·鲁克卡 (Timo Ruikka) (诺基亚), 约翰·赛德里斯 (John Sideris) (阿尔卡特), 志贺武 (Takishi Shika) (索尼), 约希诺里·希米祖 (Yoshinori Shimizu) (三菱电机), 申荣海 (Jung-hyuk Shin) (ETRI), 马科·希尔福托涅 (Marko Silvertainen) (前桑诺拉员工), 克里斯汀·施密特 (Christian Schmit) (卡宾内特·施密特事务所), 茨肖·塔克达 (Tsuyoshi Takeda) (NTT DoCoMo), 田中正义 (Noriyoshi Terada) (NTT DoCoMo), 弗兰斯·范·沃斯特 (Frans van Voorst) (前 KPN 员工), 科雷德·茨 (Koenraad Wuyts) (KPN), 山田光 (Koichi Yamada) (松下移动通讯), 保罗·德 (Paul Yde) (前文森和埃尔金斯员工), and 杜贤尹 (Du-hyun Yoon) (LG 电子)。

作者也诚挚地感谢来自国际组织和商业协会的代表的支持和鼓励, 包括: 约瑟夫·伦纳德·德贝克 (Josef Leonard Debecker) (欧洲电信网络运营商, ETNO), 鲁普雷西特·尼普德 (Ruprecht Niepold) (欧洲委员会), 奥菲·塞克斯顿 (Aoife Sexton) (GSM 联盟), 以及斯特凡·特龙琼 (Stéphane Tronchon) (欧洲电信标准化协会, ETSI)。

布莱恩·凯西还感谢他的前阿尔卡特同事约翰·贝雷斯 (John Berres), 阿莱恩·布拉沃 (Alain Bravo), 伊特·艾维齐 (Cengiz Evci), (Alan Hoffman), 夏洛特·佩林 (Charlette Perrin), 谢尔·雷斯 (Serge Raes), 以及约翰·西德里斯 (John Sideris), 感谢他们在 3G 专利平台方

案的各个时期的积极参与和支持。

作者特别感谢以下人士：

(1)为工作期间实用和及时的建议：阿莱恩·布拉沃(Alain Bravo)(前阿尔卡特员工)，加藤尚志(Hisashi Kato)(三菱电机)，约翰·麦克纳顿(John MacNaughton)(英国律师及 UMTS 专利权工作组前主席)，and 迪特·赖因哈特(Dieter Reinhardt)(西门子)。

(2)为他们在反垄断领域的工作：阿兰·霍夫曼(Alan Hoffman)(阿尔卡特)，基·尤因(Ky Ewing)(前文森和埃尔金斯员工)，片山英彦(Hidehiko Katayama)(三菱电机)，加藤尚志(Hisashi Kato)(三菱电机)，岸圆子(Mariko Kishi)(三菱电机)，布鲁斯·麦卡洛克(Bruce McCulloch)(前文森和埃尔金斯员工)，和保罗·德(Paul Yde)(前文森和埃尔金斯员工)。

(3)为审阅本书的部分章节：阿兰·霍夫曼(Alan Hoffman)(阿尔卡特)，埃莱娜·拉费雷尔-杰伊(Hélène Lafferre-Jay)(前 ETSI 和 Sipra Lab Telecom 员工)，威廉·迪尔(William Mandir)(Sughrue Mion 知识产权律师事务所)，约希诺里·锡姆斯(Yoshinori Shimuzu)(三菱电机)，和约翰·赛德里斯(John Sideris)(阿尔卡特)。这些审阅者的贡献是显著的。书中还遗留的错误完全且纯属作者的责任。

最后，我们都感谢妻子和家庭的合作和理解。

尽管列出了长长的清单，但是很有可能我们确实还是遗漏了一些值得感谢的奉献者。为此我们向他们致以我们诚挚的歉意。

前 言

专利许可已经存在数百年了,其存在时间恰与专利本身的存在时间一样久远。然而,许可的形式和以前相比已经发生了变化。

在过去,以及此前较近的时间内,占主导地位的专利许可形式是大家所知悉的“双边许可”。这是建立在一个许可人和一个被许可人之间的许可合同,许可人向被许可人授予技术方面的权利而被许可人为此付费。参与方也可能进行“交叉许可”,协议中的每一方均向另一方授权,或者可能存在一方向另一方付费的情形。交叉许可不过是传统的双边许可的另一种形式。

近年来,尤其是20世纪,我们见证了“专利池”的创立和发展。这是一个或者多个专利权所有者之间的联合体,这些专利权对于技术标准的实施来说是必要的。该联合体中,专利权所有者授权代理方来许可他们的作为整体的专利权,所包含专利的清单、许可费以及其他条款和条件通常比较固定。专利池进路最近被用在当下称为高科技产品的专利许可中,也取得了相当的成功。

最新的专利许可形式是双边许可和专利池的混合。这种形式的许可,也被称作“专利平台”,具有集中式的专利评估和集中式的项目管理的特点,和专利池比较相似,但是许可条款和条件具有更大的弹性。在作者看来,这种组织最适合于非常复杂的标准,其涉及多个产品、多种技术、多个国家市场,且专利所有者积极地利用他们的知识产权从中获得商业优势的竞争。这些像是蜂窝通信标准和市场的特点。

本书并不认为平台或者其他任何新的进路会取代以前的专利许可形式。所有这些形式,包括双边许可、专利池、专利平台以及前述这些进路的混合,都将在21世纪获得大力发展。实际上,由于各种进路的发展,需要对不同进路进行界定并且对它们进行比较。这正是本书的功能之一。

对于任何一种进路,两个问题都是永远存在的。首先,如何判断专利对于技术标准的实施是必要的?其次,如何确定许可条款和条件,用业界

的话说,是公平、合理和无歧视(Fair, Reasonable, Non-Discriminatory)的?本书的另一个功能是提供一套方法来确定专利的必要性以及定义公认的公平、合理和无歧视的术语。

作者在通信领域具有丰富的经验,因此基本上以该领域的例子加以说明。例子的选择仅仅是用来说明具体的概念,否则该概念对于应用可能显得过于抽象。正如文学上所说的,爱是所有智慧的来源。无论从人类心理学上来讲真实与否,作者强烈地相信,清楚地领会某一个特定的许可项目的细节,是理解所有组织化专利许可的源头。为此,作者在本书中参考了第三代蜂窝通信的许可方案来阐述许多观点,该许可方案是由通用移动通信系统知识产权工作组(UMTS IPR Working Group)、通用移动通信系统知识产权联盟(UMTS IP Association)和第三代通信专利平台合作伙伴(Third Generation Patent Platform Partnership)规定的。

这个方案可用来处理必要专利所有权分布的非常广泛的问题,这个问题又称为“网络经济中的IPR碎片”。大家知道,在第三代蜂窝通信产业中,大量实体,可能最终确定超过50家实体,拥有必要专利。在所有权碎片化的条件下,如何对累积的许可费进行限制,使既能保证商业产品具有生存能力,又能公平地补偿专利所有者?本书的作者之一布莱恩·凯西(Brian Kearsney)被要求起草方案以找到该问题的答案。这个方案的定义、执行和商业化的不同阶段涉及超过50家的主要国际通信运营商、零售商和零部件提供商。这个方案是第三代蜂窝通信技术的首个且目前为止唯一的有组织的商业许可条约。

在有组织的专利许可条约领域,还需要做更多的工作。我们希望本书对涉足专利许可领域的专家读者而言是有益的和可用的。我们也希望读者受到启发,从而运用此处所提到的观念并对这些观念加以改进,并在将来的出版物中解释其改进。谨以此书献给我们相信会在21世纪得以迅速膨胀的工作领域。

作者

于美国田纳西州孟菲斯以及法国夏弗内(Chavenay)

目 录

中文版序	1
题献	1
致谢	1
前言	1
第一章 标准化技术许可的介绍	1
第二章 许可方法的比较	24
第三章 必要性的确定	37
第四章 许可的两难境地:何为公平? 何为合理?	68
第五章 反垄断责任:潜在的担忧	89
第六章 3G 专利平台计划的介绍	124
第七章 结构、功能和治理	141
第八章 解决方案:走向组织化专利许可协议的十步法	158
附录	176
词汇表	318
关于作者	325

第一章 标准化技术许可的介绍

第一节 引言

如今,根据国际或区域标准制定产品的竞争策略已成为整个商业战略中不可或缺的一部分,且在将来会越来越显得关键。该项战略中关键的一环是专利权的许可,这些专利权对设计和制造权而言是必不可少的。这些专利通常被称作“必要专利”,必要专利的许可之所以关键,有如下三个原因:

首先,从被许可人的角度来说,标准化技术不容忽视,关乎公司的竞争力,甚至关乎公司的存亡。如果不能取得合法的专利权许可,可能遭受巨大的损失,甚至可能造成业务的突然中止。

其次,从许可人的角度来说,鉴于标准化技术所有权人和正式的标准制定团体之间的关系,他们几乎一律有义务在“公平、合理和无歧视”(常简称为FRAND,有时也称作RAND,表示“合理和无歧视”)的许可条件下使知识产权可供实施,更具体地说是使专利可供实施。

最后,商业利益的所有相关方,包括许可人和被许可人,都会关注其产业的发展。当然,每一方都会争夺经济利益蛋糕中自己的那一份,所有各方也会尽其所能地、尽快地将蛋糕做得尽可能大。在必要专利的所有权广泛分散在多个公司的产业,该产业的所有各方都存在无法获得所有必要专利权许可的风险。在网络经济中,这种因为必要专利权的广泛分散而导致没有一个法律实体拥有制造一个产品所必要的所有权利的状况被称作“碎片化”。^①目前,对于这种网络经济中知识产权碎片化

^① 伊尔卡·拉赫纳斯托(Rahnasto, Ilkka),《知识产权、外部影响以及反垄断:在通信行业借力知识产权》(Intellectual Property Rights, External Effects, and Antitrust: Leveraging IPRs in the Communications Industry),牛津:牛津大学出版社(Oxford: Oxford University Press),2003年,第5.06~5.25节,第174~181页。

的问题,尚无可被广为接受的解决方案。^①然而,若没有解决技术许可问题的新方法,许多可行的产品和系统会受到阻碍,抑或会被许可费所累而变得完全不具有成本效益,尽管向每个许可人支付的许可费并不多,但是由于许可人数量众多,总体许可费数量巨大。

我们认识到,在20世纪,专利所有权碎片化问题很严重,但是,这个问题在21世纪会变得更为严重。随着众多领域竞争的全球化、产品和系统的技术复杂度的增加以及相关标准制定组织或者工业协会所制定的用来应对产品和服务复杂性增加的标准重要性的提高,该问题的严重程度会逐渐地且必然地增加。简言之,为了产业的健康成长,必须找到对必要专利权做合理许可的方法,这种方法要能够使各方合理地获得专利权,同时也能给予专利权人以合理的回报。

本书的目的就是要提供一种处理这种必要专利权日益碎片化问题的方法。本书提出的方法反映出专利权、反垄断问题和标准制定与制造具有商业和经济生命力的产品的迫切需要之间的交织。本书就“公平、合理和无歧视”的概念给出解释。由于每项技术的FRAND许可需要立足于个案,需视商业环境和情况而定,因而,本书并不试图客观地量化所有技术的FRAND许可。相反地,本书试图通过客观评估专利的必要性、提供许可人和被许可人都能接受的许可条款和条件,且以可被相关国家或地区的反垄断机构接受的方式创立提供团体许可的方法和架构,阐明如何实现公平、合理和无歧视。

本书基于作者在第三代(3G)移动通信系统的专利评估和许可方法的商业化方面的经验而创作,借鉴了为该移动通信系统而定义的协议。该协议被称作“3G专利平台”,或者简称为“平台”。该平台通过行业间合作建成,历经5年,涉及五十多个相互竞争的大公司。

尽管该协议为3G行业制定,但也适用于其他任何存在技术标准和专利所有权碎片化问题的技术,具有一般性。在必要专利权呈现碎片化的行业中,专利许可所涉及的任何相关方必须要处理本书中所讨论的诸多关键问题、备选方案和最终选择。因此,我们写这本书的目的就是让那些寻求处理碎片化的所有权、寻求评估专利的必要性、寻求制定

^① 伊尔卡·拉赫纳斯托(Rahnasto, Ilkka),《知识产权、外部影响以及反垄断:在通信行业借力知识产权》(Intellectual Property Rights, External Effects, and Antitrust: Leveraging IPRs in the Communications Industry),牛津:牛津大学出版社(Oxford, Oxford University Press),2003年,第2.03节,第21页。

FRAND 条款和条件,或者试图为标准化技术创建专利许可的系统化协议的人们从我们的经验中受益。

第二节 什么是“FRAND”许可?

如果将专利技术加入标准中而没有一定的保障,该技术则会被锁在专利中,无法获得合理的许可,这会产生令人无法接受的、抑制竞争的效果。因此,多年来,国际的、区域的以及国家的正式的标准制定组织制定了书面的、正式的政策和程序,为在标准中如何涵盖专利内容提供了“最佳实施”的指南。^①

标准制定组织并非技术专家的绅士俱乐部,而是为各自竞争优势添加技术力量的残酷战场。若非全部,也会是绝大多数的参与者都充分认识到要确保他们各自的“专利技术”在标准中被充分地支持。^② 作为这种支持的交换条件,参与者必须遵守标准制定组织制定的核心知识产权(IPR)政策。IPR 政策的核心内容实际上来自所有主要的国际的、区域的和国家的标准制定组织,其核心就是专利所有者有义务在“公平、合理和无歧视”条款下进行许可。

什么是“公平、合理和无歧视(FRAND)”?“公平、合理和无歧视”(FRAND)和“合理和无歧视”(RAND)有什么不同?换句话说,多出来的“公平”增加了什么含义?遗憾的是,这些词并没有被定义清楚。我们的观点是,“公平、合理和无歧视”定义上的模糊是专利权许可中的核心问题,而这些专利是实施书面技术标准所必不可少的。

在知识产权界,针对“公平、合理和无歧视(FRAND)”术语,尚无统一的定义。在缺乏定义的情况下,我们建议在解释和应用时,“公平、合理和无歧视(FRAND)”应包含以下要素:

① 美国国家标准协会(American National Standards Institute, ANSI),《知识产权在标准中的融入》(Inclusion of IPR in Standards),载《全球标准协作会议(GSC-8-110)》(Global Standards Collaboration meeting, GSC-8-110),渥太华(Ottawa),2003年4月28日,第3页。

② B. 凯西(Kearsey, B.),《欧洲的挑战:受监管的商业驱动标准化》(Challenge for Europe: Managed business driven standardization),载《工程管理杂志》(Engineering Management Journal),1996年2月,第25~32页。

(1)“公平”是个认知和过程的问题,可能类似于法律诉讼中律师有时称作“法定程序”(Due Process)的概念。它是指有个流程以达到一定的结果,该流程给双方以同等的考虑,且在该流程开始之前双方对此已有了充分了解。

(2)“合理”侧重于结果,而非过程。它是指最终要使双方都感受到结果是可被接受的和可承受的。“合理的关注”和“合理的怀疑”之类的术语可能永远不会被完整地定义,但是在专利许可中,至少可以很接近许可的“合理条款”。

(3)“无歧视”是指在相较于当事方中的任何一方与外部亦即“第三方”所达成的类似交易中,当事方中没有任何一方受到损害。“歧视”与“公平”和“合理”一样,也是一个非常艰深的词,含义模糊且带有记忆和情感色彩。尽管如此,可以这么说,“无歧视”并不要求每一方从其他各方获得的许可完全相同,而是指至少相较于某一标准,各方获得了“合理”的交易,从而可以说所获得的交易是“无歧视”的。

在“RAND(合理和无歧视)”中是否加入“公平”并不重要。例如,可以认为,“合理”一词包含了“过程公平”和“到达可接受的结果”两者(可以认为,RAND中的“合理”应解释为包含FRAND中的“公平”和“合理”二者)。本书使用“FRAND”一词,但“RAND”也可以。但是,如前所述,该术语指对双方平等的过程、双方都能接受的结果以及与某一交易的已知标准相比,该交易不会受到损害。

第三节 标准制定组织是如何处理公平、合理和无歧视原则的?

一、ETSI 最新发展

公平、合理和无歧视许可的要求来自技术标准,这些技术标准需要各方将必要专利权进行许可。标准制定组织也是一些技术标准的主要发布者,因此,标准制定组织非常关心FRAND许可也就不足为奇了。同样不足为奇的是,标准制定组织也关心发起平台的当事方所面临的诸多问题。

欧洲电信标准协会(European Telecommunications Standards Institute)