

FRAND许可当事人双方善意协商规则研究

魏家民

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2022年10月24日; 录用日期: 2022年12月7日; 发布日期: 2022年12月14日

摘要

FRAND本身含义的模糊性为目前全球标准必要专利纠纷之解决造成了诸多困扰。在此背景下, 各国多年来致力于促进FRAND许可环境走向清晰化与透明化。在这一过程中, 各国家及地区不再仅仅关注具体FRAND条款的含义以及相关费率等问题, 而是将目光拓展到了标准必要专利权利人与实施者之间的就FRAND许可进行磋商的全过程——许可当事人双方之间的善意协商。而如何促进许可当事人双方进行善意协商, 则成为各国所关注的新问题。本文通过对欧洲、美国、日本等国家及地区相关善意协商之司法实践进行系统性梳理, 进而建议我国在厘清善意协商义务之来源的基础上采取司法与行政并行之方式指导相关许可实践, 以达成促进善意协商之目的。

关键词

标准必要专利, 公平、合理、无歧视许可, 善意协商

Research on the Rules of Good Faith Negotiation between the Parties to FRAND License

Jiamin Wei

East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Oct. 24th, 2022; accepted: Dec. 7th, 2022; published: Dec. 14th, 2022

Abstract

The ambiguity of FRAND itself has caused a lot of troubles for the settlement of the current global standard essential patent disputes. In this context, countries have been working for many years to promote the FRAND licensing environment towards clarity and transparency. In this process, countries and regions are no longer only concerned with the meaning of specific FRAND provi-

sions and related rates and other issues, rather, it extends its vision to the whole process of FRAND license negotiation between the standard essential patentee and the implementer, that is, the good faith negotiation between the parties to license. How to promote the parties to the licensing of good faith negotiation has become a new issue of concern to all countries. This article systematically combs the judicial practice of good faith negotiation in Europe, the United States, Japan and other countries and regions, furthermore, it is suggested that China should take a judicial and administrative approach to guide the licensing practice on the basis of clarifying the source of the good faith negotiation obligation, so as to achieve the goal of promoting the good faith negotiation.

Keywords

Standard Essential Patents (“SEPs”), FRAND, Good Faith Negotiation

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

标准制定组织通常会要求专利持有人事先承诺在 FRAND——“公平(Fair)、合理(Reasonable)、非歧视(Non-Discretionary)的基础上许可其专利以解决专利劫持问题。然而标准制定组织出于反垄断等问题的担忧一直没有对 FRAND 作出清晰的解释[1], 致使 FRAND 长期处于含义模糊的状态。正因如此, 近年来各主要司法区都在致力使 FRAND 朝向清晰化、透明化的方向发展演变。而在这一演变过程中, 尽管各国对于 FRAND 的性质与适用法律之认识存有差异, 却几乎迈出了同样一步: 将对于 FRAND 许可的关注从其含义与许可费拓展到了标准必要专利权利人与实施者进行的专许可磋商过程, 并对许可双方提出善意协商¹(negotiation in good faith 亦称诚信谈判、善意谈判等)之要求。到目前为止, 多个国家及地区就促进 FRAND 许可双方进行善意协商作出了行动。这种实践主要分为两类, 一类以华为诉中兴案为滥觞, 通过司法对 SEP 权人与实施者在谈判中的行为进行规制; 另一类则是在华为诉中兴案之后, 日本、美国等国家行政机构在公共政策领域所之行动。² 目前为止, 我国关于“善意协商”问题的讨论, 多是从相关个案出发, 在分析 FRAND 的法律性质的同时顺带分析法律意义上的善意协商义务[2] [3] [4]。直接以善意协商义务为视角梳理各国实践的论文较少。随着近年来 SEP 纠纷的增加, 可从各国判决中找到关于善意协商规则的部分亦随着增加, 为系统讨论善意协商规则奠定了基础。因此, 本文将首先对各国家及地区相关司法实践进行系统性研究, 在对两类实践之现状及缺陷进行分析的基础上, 探寻何谓 SEP 语境下“善意协商”, 其与 FRAND 究竟处于何种关系, 以及如何认识与看待各国促进善意协商之举措等问题。最后回归对我国本土实践的分析, 试图为我国构建善意协商机制路径提供借鉴。

2. 司法实践视域下的善意协商义务

结合各国案例来看, 善意协商义务是指 SEP 实施者与其潜在的被许可人在就专利许可授予相关事宜进行磋商过程中所应遵循的行为规范之总称。在现今司法实践中, SEP 纠纷当事人双方是否履行善意协

¹该词来源于 Microsoft Corp. v. Motorola, Inc.一案判决中法院对于 Motorola 的 FRAND 承诺的解读, 法院认定, “在履行其 FRAND 承诺的过程中, 即在达成 FRAND 许可的协商过程中, Motorola 需要遵守‘善意与公平交易义务’”(Duty of Good Faith)。

²就标准必要专利政策整体而言, 自 2021 年 12 月以来, 美国行政机构发布了《F/RAND 政策声明草案》、英国专利局发布《标准必要专利与创新(征求意见稿)》为构建平衡的标准必要环境寻求意见; 日本经济省发布了新的《与标准必要专利相关的诚实谈判指南》; 欧盟亦发布《知识产权——标准必要专利的新框架》。

商义务被主要各国法院用于判定是否应当给予 SEP 权人禁令救济。各国限制禁令救济所凭借的法律规则具有差异，在欧洲以反垄断法为主，而中国及日本则偏向适用民法规则。然而通过对各国司法判决进行检视，我们可以发现，两种路径下的司法实践都存有共性上的不足即：对于 FRAND 和善意协商义务的关系尚未得作出清晰的界定，以及对于何种行为的属于“善意”的存有不同的认识。

2.1. 反垄断规则下的善意协商义务

在欧洲，善意协商义务的发展与反垄断规则介入 SEP 纠纷以及禁令的使用关系密切。具有里程碑意义的则是 2015 年的华为诉中兴案。在该案判决中，欧盟法院着力于平衡保护知识产权与维护市场竞争的关系，认为受 FRAND 承诺约束，SEP 所有者未经通知或与涉嫌侵权者事先协商，不能针对涉嫌侵权者提出禁令诉讼或要求召回产品，否则将构成《欧盟运行条约》第 102 条所规定的滥用市场支配地位。³ 基于这一认识，法院以佐审官 Watheket 的意见⁴为基础提出了一个符合 FRAND 要求的谈判框架⁵，具体描述了 SEP 实施者和所有人在许可谈判过程中所应遵循的采取的步骤。该框架的价值在于总结了 SEP 领域的部分协商惯例，为 FRAND 禁令救济提供了基于当事人双方行为的检验模式。在这一模式下，善意协商义务被细化为多个方面用以检视双方的行为，所有者要履行通知义务、要约义务，被许可人则需要通过及时、不拖延的回应证明自己乐意(willingness)接受 FRAND 许可。FRAND 对谈判过程的要求不仅有助于避免专利劫持与反向劫持从而平衡专利权人与实施者之间的利益，通过提高许可过程的透明度也可加快 FRAND 纠纷的解决[5]。

然而，虽然欧盟法院提供了一个大概的框架，但它没有对双方承担的各项义务的细节或范围进行说明，由此给各国法院留有解释空间。在华为诉中兴案之后，欧洲各国法院适用致使此后欧洲各成员国在适用华为诉中兴框架时作解释时得出许多差异化的结论。例如在 2020 年，英国最高法院在无线星球诉华为案的终审判决中认为华为诉中兴框架的步骤中仅有通知义务是强制的，其他步骤只是为了提供“安全港”。如果遵守了这些规定，SEP 所有人可以启动禁令救济程序，而不构成滥用其支配地位，但不遵守这些规定并不一定意味着违反了《欧盟运行条约》第 102 条，因为这完全取决于具体案件的情况。无线星球在诉讼开始之前已经有足够的通知，提起诉讼并不代表拒绝许可，而诉讼程序的问题亦不妨碍双方进行谈判。与此同时，英国最高院还对对 SEP 所有者的通知义务作出灵活的解释。其认为通知义务传达了一个信息，即必须进行通信，以提醒被指控的侵权人存在侵权的主张，但没有明确规定通信需要采用书面形式⁶，因此需要结合具体情况分析。综上，在回复的时间与方式等等尚不确定的情况下，法律的确信性与可预测性尚不足以保障，无疑给当事人实施拖延战术等激进许可行为留有空间。

2.2. 民法规则下的善意协商义务

不同于欧洲在反垄断法规则下，绕开 FRAND 承诺性质，解释善意协商的作法。在苹果诉三星案⁷判决中，日本知识产权高级法院认为 SEP 权人的至少要根据日本民法诚实信用原则的要求，承担与实施者在 FRAND 条件下就签订授权合同进行诚实交涉义务(善意协商义务)。而对于实施者是否也应当承担善意协商义务则没有做出回应。美国第九巡回法庭在微软与摩托诺拉一案中，则认可了地方法院 Robart 法官的观点，即：权利人所作的 F/RAND 承诺创立了第三人受益合同，专利权人需要按照 FRAND 进行诚信协商否则构成对合同义务的违反。⁸ 在华为诉中兴案的一审判决中，Birss 法官在 FRAND 作为一个过程

³See judgement in Huawei Techs. co. Ltd V ZTE Crop, Case C-170/13, EU:C:2015:477, para 60.

⁴See Opinion in Huawei V ZTE, Case c-170/13, EU: C: 2014:2391.

⁵See judgement in Huawei Techs. co. Ltd V ZTE Crop, Case C-170/13, EU:C:2015:477, para 61-68.

⁶See Judgement in Unwired Planet v Huawei, [2020] UKSC 37, para 129-151.

⁷知的財産高等裁判所 2014 年 5 月 16 日判決，平成 25 年(丰)第 10043 号債務不存在確認請求控新事件，133 页。

⁸See Microsoft Corp. v. Motorola, Inc. United States Court Of Apples For The Ninth Circuit (July 30, 2015), at page 14.

(FRAND as a process)一节,肯定了华为所提出的“FRAND 方法”即 FRAND 具有对于协商过程应当如何进行的要求的说法,其认为 FRAND 承诺成立第三人利益合同,基于合同义务与 FRAND 内在逻辑,当事人双方均因遵循 FRAND 方法。⁹

和日本一样,由于 FRAND 承诺性质模糊,我国法院此后在解释善意协商义务时,对其与 FRAND 承诺及诚实信用原则之间的关系尚未作出清晰的界定和统一的解释。在西电捷通诉索尼案一审中¹⁰,北京知识产权法院曾认为 FRAND 承诺属于单方面法律行为,而双方的善意协商义务则是在专利权人作出 FRAND 承诺的特殊背景下,作出符合 FRAND 条件的许可的前提。随后北京市高级人民法院在二审判决中¹¹并没有讨论 FRAND 承诺的定性问题,而是直接以民法的诚实信用原则检验双方的行为;在华为诉三星一案¹²的判决中,与西电捷通案相似的是,深圳中级人民法院(以下简称深中院)同样以诚实信用原则为判决依据。然而两案的不同之处在于,深中院在解释说理时,更多的尝试与世界特别是欧盟反垄断法规则下的实践接轨,深中院承认 FRAND 原则对专利权人与实施者双方都有要求,并多次提及三星在许可谈判中的做法不符合行业惯例;而在 2020 年的 OPPO 与夏普一案¹³中,深圳市中级人民法院则从合同法角度认为按照 FRAND 声明的内容进行谈判对于专利权人来说是一种基于诚实信用原则发展而来的先合同义务,认为违反诚信谈判义务则可能承担缔约过失责任。

3. 全球司法实践下的反思

由上文梳理可知,不管在横向还是纵向的司法实践对比中,善意协商义务都尚未得到统一而清晰的界定,而此类不确定性无疑构成了对于法律实施的确定性与可预测性之挑战。另一方面来看,善意协商与 FRAND 联系紧密,因此如果不能对其作出恰当的解释则可能阻碍“使 FRAND 清晰化、透明化的进程”。而对于此类实践中的共性缺陷,不经使人反思其中是否存有共性之原由?通过对于相关实践背后之理论进行检验,可以发现答案是肯定的。本文将从诚实信用原则适用的不确定性以及 SEP 领域相关商业惯例形成环境的结构性缺陷两个方面予以说明。

3.1. 诚实信用原则适用的不确定性

诚实信用原则是市场经济交易当事人应当遵循的道德准则,也是每一个人在社会生活中行使权利履行义务所应当遵循的基本原则[6]。SEP 许可双方当事人的善意协商义务作为诚实信用原则的要求不仅体现在各国民法规则下的实践。回溯反垄断抗辩体系在欧洲标准必要领域的发展进程,在尚不涉及 FRAND 的事实标准案——橙皮书标准案中,德国最高法院在“橙皮书标准案”¹⁴中以法官造法的方式引入反垄断规则判断能否授予专利权人禁令救济,其理论依据则是从德国《民法典》第 242 节¹⁵延伸而来的“恶意主张”抗辩说,华为诉中兴案的框架亦是在此基础之上的发展。因此,可以说相关反垄断规则体系亦然闪烁着“诚实信用”之光芒。“诚实信用”本是一个一般性条款和需要填补的法律概念,从一般性条款中并不能清楚推知,在具体情况中权利在何种情况下以违反诚实信用原则的方式行使。而权利行使是否符合诚实信用原则应当交由法官根据参与法律关系的礼仪与价值进行评价[7]。徐国栋先生亦认为,“诚实信用”这样的语词从规范意义上看极为模糊在法律意义上无确定的内涵和外延其适用范围几乎无限制。这种模糊规定或不确定规定被认为导源于这样的事实:立法机关考虑到法律不能包容诸多难以预料的情

⁹See judgement in *Unwired Planet v Huawei*, [2017] EWHC 711(Pat), para 160-163.

¹⁰参见北京知识产权法院(2015)京知民初字第 1194 号。

¹¹参见北京市高级人民法院(2017)京民终 454 号。

¹²参见深圳市中级人民法院(2016)粤 03 民初 816、840 号。

¹³参见深圳市中级人民法院(2020)粤 03 民初 689 号。

¹⁴See H. GRUR2009, 694 Rn 27-Orange-Book-Standard.

¹⁵德国《民法典》第 242 条:“债务人负有义务依诚实和信用,并参照交易习惯,履行给付。”

况不得不把补充和发展法律的部分权力授予司法者以“模糊规定”或“不确定规定”的方式把相当大的自由裁量权交给了法官[8]。而法官在发挥主观能动性解释诚实信用原则时,受制于个人的本身教育经历、裁判经验、个人喜好等的,对于同类型的案件容易产生不同的看法,导致对于法律实施的统一性的损害。因此,法官在解释 SEP 领域基于诚实信用原则发展而来的禁令抗辩规则以及善意协商义务难免会因对当事人行为差异化的理解进行作出差异化的判决。

3.2. 商业惯例形成环境的结构性缺陷

欧盟法院在华为诉中兴案中以及我国深圳中院在华为诉三星一案中都提到了相关行谈判过程中的商业惯例(commercial practices)用以辅助说明当事人双方谈判中的行为是否正当。¹⁶商业惯例或称商事惯例是商主体在一定区域内的长期商事交易中重复采用从而对商主体具有约束力的交易实践,其性质属于事实而非法律。[9]然而 SEP 领域相关商业惯例尚处于不成熟的发展阶段且相关形成环境具有结构性的缺陷,给法官进行相关事实认证及解释说理造成了不小的挑战。Kostritsky 曾提出能够形成具有规范性的商业惯例的商业环境需要具备部落-社会要素(social-tribal element),并确定了相关结构性要素[10]。结构性要素分别为:1) 紧密联系的集体;2) 偏离规范的可观察性;3) 随时传递违规信息(gossip);4) 重复交易;5) 每个参与者不止一个角色。Heitto 在此基础上,对 SEP 许可环境进行了结构性要素分析。首先,随着 SEP 许可的参与者数量与类型的增加,整个集体(标准制定组织)的凝聚力与早期仅有少数参与者的集体比具有显著的削弱。而许可谈判过程中的保密性要求,则使得偏离规范的活动难以得到观察,违规信息的传递亦受到保密性制度的阻挠。最后,在 SEP 许可多发的通信领域,由于电信行业的专业化发展导致了参与者往往只能扮演纯粹的许可方与纯粹的被许可方,从而具有较为严格的角色限制。此外因为专利的性质,已有法律救济渠道,从而排除了对违反惯例者的自助制裁[11]。综上所述,SEP 许可参与者之间的协商谈判等实践活动处于一个对于形成商业惯例来说具有结构性缺陷的环境中,从而难以自发的形成具有规范性的商业惯例。此时的 SEP 商业惯例并非成熟的商业惯例,需要法官对于商业惯例进行重述以及强化其规范性,因此,其自身稳定性暂时是难以保证的。再者从判例法的角度看,各国的差异化个案判决本身便是对华为诉中兴框架的充实(flesh out) [12]。然而,我国作为非判例法国家,在判决说理是则需要特别注意,不仅要对各国所称的许可实践中的商业惯例进行事实认证,还要结合本国法律体系进行商业惯例的合理性分析。

4. 构建我国善意协商机制之司法路径

如本文第二部分所说,我国法院在判决中对善意协商义务进行说理时,对其与 FRAND 承诺及诚实信用原则之间的关系尚未作出清晰的界定和统一的解释,此种现象可能对法律实施的统一性与可预测性带来挑战。而基于第三部分的原因,在司法层面构建我国善意协商机制,首先需要厘清相关概念之间的关系,规范对于诚实信用原则以及商业惯例的运用,进而构筑统一的裁判解释逻辑。下文将对具体路径进行展开说明。

4.1. 明确善意协商义务解释重点

本文认为基于当前 SEP 全球诉讼的背景,在 FRAND 承诺之性质尚无定性的前提下,对于善意协商义务之解释,可以将重点放置于当事人双方将要达成的 FRAND 许可合同上。首先,基于合同法出发解决 FRAND 许可纠纷,有利于我国法院积极应对他国的法院关于 SEP 案件的管辖权扩张,充分利用合同连接点确立的灵活性,捍卫我国的司法主权。其次,FRAND 承诺具有对于当事人协商行为与具体许可条

¹⁶此外北京高院 2017 年发布的《专利侵权判定指南》以及广东高院 2018 年发布的《关于审理 SEP 纠纷案件的工作指引<试行>》均明确说明相关商业惯例是判断当事人是否在谈判中存在主观过错的依据。

款两个方面的内容，即会产生此两种法律效果，已成为司法实践之共识。而基于合同法中的先合同义务作出解释，同样也能容纳此种观点。先合同义务，是指在要约生效后、合同生效前，缔约双方基于诚实信用原则而产生的合同附随义务，对当事人双方均有约束力。根据全球 SEP 诉讼实践，在 FRAND 许可合同协商阶段前，SEP 专权利人会向特定的实施者发出侵权通知与 FRAND 要约，即符合要约生效后、合同生效前的时间特征。最后，依照我国合同法，一方当事人可以对违反先合同义务的对方主张缔约过失责任。在过去，对于违反善意协商义务的审查，仅限于专利权人向法院主张禁令救济。而善意协商义务既然是合同双方都应履行的义务，也应当赋予实施者救济渠道。倘若专利权人违反善意协商义务，实施者则可以主张缔约过失责任。

4.2. 颁布相关司法解释

为了增强判决的可预测性，建议我国颁布相关司法解释予以说明当事人的何种行为可能违反善意协商义务。目前我国关于善意协商义务或者说停止标准实施行为中的“过错”认定的具体说明，仅限于北京市高院发布于 2017 年发布的《专利侵权判定指南》以及广东省高级人民法院在 2018 年发布了《关于审理 SEP 纠纷案件的工作指引（后文简称审理指引）》。这与我国 SEP 纠纷诉讼地比较集中有关¹⁷，拥有较为丰富的经验法院率先基于审判经验作出审判指引是符合逻辑的。然而，一方面在我国受理相关纠纷的法院地区日益多样化并且前述两部《审判指引》内容尚且存有差异的情况下，如何保障司法统一性成为了一个问题，另一方面，2018 年全国人民代表大会常务委员会通过了《关于专利等知识产权案件诉讼程序若干问题的决定》规定了“技术性较强的知识产权民事案件第一审判决、裁定不服，提起上诉的，由最高人民法院审理。”因此我们有理由相信，随着未来审判经验的丰富，最高院可以结合需要发布相关指导案例，并颁布具有普遍约束力之司法解释以保障司法的统一性。

4.3. 正确对待 FRAND “商业惯例”

在华为诉三星案和《审理指引》中，我国法院亦参考了欧洲司法裁判区的做法，将行业内的商业惯例所为判断当事人行为是否具有过错的参考依据质疑。英国法院在裁判 FRAND 许可费率时也曾使用惯例一词。此类解释方法属于法官将融合自己的目标或价值来说明规则、惯例等社会群体实践活动[13]。对此，法院在判决中需要分清哪些做法为真正的已确切形成的商业惯例。SEP 语境下商业惯例的审查首先是从客观方面，看是否存有业界通行已久的一致做法，再分析此种做法是否出于许可双方当事人自愿。然而，更完整的审查不应局限于此，还需要包含对于商业惯例是否具有合理性的考察，判断是否此类惯例是否有利于 SEP 行业及市场的健康发展，才能最终予以引用。

另一方面，正确对待标准必要专利行业的“商业惯例”，不仅需要司法实践中正确援引、对位与参考“商业惯例”，还需以行政手段为导向促使商业实践向良好的方向发展。近年来随着物联网的发展，标准必要专利所涉及的行业得到了进一步延伸，进而使得标准必要专利许可所涉及的利益与日俱增，西方各标准必要专利大国对于标准必要专利问题的重视程度亦随之加强。与此同时，行政与司法的双轮驱动则已经成为了诸国促进 SEP 产业发展之方式[14]。对于行政机构尚未对于善意协商问题作出表示的我国来说，是否应该制定中国的《SEP 许可协商（谈判）指南》？是一个切切实实的中国问题。对此本文认为，我国行政机构亦应该颁发《SEP 许可协商（谈判）指南》类文件，其中原由将在下文予以阐述。

首先，制定《SEP 许可协商指南》是落实我国知识产权政策的具体做法。将标准必要专利建设上升

¹⁷2011 年至 2019 年，广东、北京、上海的法院一共受理了全国七成以上的 SEP 纠纷。赵启衫、陆哲：《2011-2019 年中国法院受理 SEP 法律纠纷案件概况》，知产力公众号，<https://mp.weixin.qq.com/s/woM84DI936vC8IvpPsp2rw>，最后访问日期：2022 年 2 月 20 日。

到国家战略层面，不仅是欧美日本等国的做法，也是我国的要求。¹⁸然而，目前我国只存有纲领性文件，而欠缺更为具体的做法。因此为落实我国的发展规划，有必要对 SEP 行业开展调研的深入了解行业需求后，采取具体做法。

其次，制定《SEP 许可协商指南》是提升我国知识产权话语权的可行路径。知识产权中的中国话语就是关于我国知识产权保护思想的外在表达与主张^[15]。目前我国强劲的 SEP 产业实力与缺乏具有国际影响力的产业报告及政策等情形不相匹配，此等情形并不利于我国话语权的构建。例如，日本在历年来的《SEP 许可指南》提到了欧盟各国关于善意协商的判决，却全然不提及我国法院的看法。而在今年，却在最新版本中对我国的禁诉令制度予以批判¹⁹。此时间点“恰逢”欧盟与美日加拿大等国在 WTO 对中国禁诉令问题提起磋商之际。对此，我国亦需反思，需要制定自己的《SEP 许可协商指南》，进行国际对话，加深国际对中国制度的构筑的了解，从而避免国际争端。

最后，制定《SEP 许可协商指南》是促进本国企业发展的必要探索。司法的统一需要较长时间，从而难免具有滞后性。然而《指南》类政策的制定则可以快速适用发展的需要，从而维护国家利益。同样以日本《许可指南》为例。近年来 Avanci 汽车专利池管理组织的出现，提供了新的行业经营模式。而在 2022 年初，汽车工业作为日本支柱产业正面临着 Avanci 带来的巨额许可费压力^[16]。而在的新版《许可指南》中，日本特别将进行许可谈判的当事人分为专利权人，实施者和专利池公司，并且在具体步骤中从专利权人需要披露权利对照表等方面向实施者倾斜，似乎正是为日本优势企业在许可谈判建立优势予以铺路。标准必要专利领域正从传统通信领域向其他领域扩散，我国亦需在充分了解不同类型行业需求的基础上，制定《指南》以期为企业提供更多的指引。

5. 结语

然而正如刘春田教授所说“FRAND (公平、合理、无歧视)原则并非是一个特殊问题，它是一个贸易规则与市场原则，在市场失灵时应该进行矫正”^[17]。FRAND 问题终归是产生于市场的问题，应当优先由市场与当事人自行解决。而法院与行政机构的首要任务则是采取相应措施促进善意协商。2022 年 2 月 7 日，德国杜塞尔多夫高等法院撤销了 GEVC 诉小米一案的一审裁定，这意味其不同意颁发预防性反禁诉令。这是一个好的开始，或许在不久的将来各国法院对于禁诉令的发放将更为谨慎。“兵兵游戏”等对于当事人来说，或许只是时间与金钱的空耗。或许在不久的将来各国法院对于禁诉令的发放将更为谨慎和理性。那么作为当事人，最好的做法则是回到谈判桌前，进行善意协商。而对于国家来讲，构建诚信的谈判机制促成交易实现，应该是标准必要专利制度健康运行的关键之所在。善意协商既是 FRAND 许可之来处亦是 FRAND 纠纷之归宿。

参考文献

- [1] Layne-Farrar, A., Jorge Padilla, A. and Schmalensee, R. (2007) Pricing Patents for Licensing in Standard-Setting Organizations: Making Sense of FRAND Commitments. *Antitrust Law Journal*, **74**, 672-706.
- [2] 胡洪. 司法视野下的 FRAND 原则——兼评华为诉 IDC 案[J]. 科技与法律, 2014(5): 884-901.
- [3] 李扬. FRAND 承诺的法律性质及其法律效果[J]. 知识产权, 2018(11): 3-9.
- [4] 宁志立, 覃仪. 论标准必要专利 FRAND 承诺的法律性质[J]. 私法, 2019(2): 184-214.
- [5] Guo, C. (2019) Intersection of Antitrust Laws with Evolving FRAND Terms in Standard Essential Patent Disputes. *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, **18**, 260-284.
- [6] 王利明. 民法总则研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2003: 123.

¹⁸2022 年 3 月 25 日发布的《中国中央国务院关于加快建设全国统一大市场的意见中》亦称“加强标准必要专利国际化建设，积极参与并推动国际知识产权规则形成。”http://www.gov.cn/zhengce/2022-04/10/content_5684385.htm, 最后访问日期: 2022 年 4 月 20 日。

¹⁹See Japan Patent Office, Guide To Licensing Negotiations Involving Standard Essential Patents (2022), page 40.

-
- [7] 汉斯·布洛克斯, 沃尔夫·迪特里希·瓦克尔, 等. 德国民法总论[M]. 第33版. 张艳, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2014: 283-284.
- [8] 徐国栋. 诚实信用原则二题[J]. 法学研究, 2002(4):74-88.
- [9] 周林彬, 王佩佩. 商事惯例初论——以立法构建为视角[J]. 中国商法年刊, 2007(1): 30-43.
- [10] Kostritsky (2006) Judicial Incorporation of Trade Usages: A Functional Solution to the Opportunism Problem. *Connecticut Law Review*, **39**, 451-529.
- [11] Heitto, J. (2021) The Lost Tribe: SEP Licensing Practices in German Post Huawei Jurisprudence. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, **16**, 56-65. <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpaa208>
- [12] Tapia, C. and Makris, S. (2018) Negotiating SEP Licenses in Europe after Huawei v. ZTE: Guidance from National Courts. *ManagingIP.com*, 21-29.
- [13] 仲春. 标准必要专利全球费率裁判思辨[J]. 知识产权, 2020(10): 13-22.
- [14] 顾昕. 构建 SEP“行政司法双驱动”格局[J]. 科技中国, 2022(2): 24-26.
- [15] 吕炳赋. 知识产权国际博弈与中国价值取向[J]. 法治研究, 2022(1): 153-170.
- [16] 黄莺. 汽车专利池, 战火或将烧到日本车企[EB/OL]. <https://xw.qq.com/cmsid/20220203A09LWE00>, 2022-04-02.
- [17] 蒋安杰, 陈柏维. 5G 时代的 SEP 政策探析[N]. 法治日报, 2021-12-01.