

# 标准必要专利使用费条款：保密抑或公开

——华为诉IDC标准必要专利案引发的思考

祝建军

**内容提要：**以分析华为诉IDC标准必要专利纠纷案为切入点，发现标准必要专利权人与标准必要专利实施者之间约定的“关于标准必要专利使用费率保密条款”的有效性存在问题，通过研究FRAND原则、商业秘密的本质特征、成本与收益的效率原则，以及实务中滥用标准必要专利权的成因等方面，论证标准必要专利使用费率作为重要交易信息，应使其处于公开透明状态，而不应被约定为商业秘密处于保密状态，这是防止滥用标准必要专利权、治理“专利流氓”和实现FRAND原则的必然要求。可通过事先预防和事后救济措施，来保障或敦促标准必要专利使用费率处于公开透明状态。

**关键词：**标准必要专利 FRAND原则 使用费 保密 公开

**Abstract:** This article aims to prove the problem of validity of “secrecy clause regarding the license fee of standard essential patent” between the patentee and patent practitioners based on Huawei vs. IDC case. By analyzing the FRAND terms, the essential characteristics of trade secrets, the efficiency principle of cost and benefits, and the reason of abuse of standard essential patent, this article holds the opinion that the license fee of standard essential patent should be disclosed instead of being contracted as commercial secret, in order to prevent the abuse of standard essential patent, govern “Patent Trolls” and implement FRAND terms. To achieve it, it is suggested the way of “prevention and remedy” to remain the license fee of standard essential patent in disclosure.

**Key Words:** standard essential patent; FRAND terms; license fee; secrecy; publicity

随着华为诉IDC标准必要专利纠纷案的审结，涉及标准必要专利纠纷案<sup>a</sup>成为理论界和实务界关注的前沿性案件，<sup>b</sup>这类案件各类法律关系交织、案情复杂、社会影响大，妥当处理好该类案件着实需要分析研究许多新情况、新问题。笔者作为华为诉IDC标准必要专利纠纷案的承办法官，一直在思考该案所折射出的一个重要问题，即标准必要专利权人与标准必要专利实施者之间约定的“关于标准必要专利使用费率保密条款”的有效性。换句话说，双方当事人是否能够通过协议约定的方式，使双方签订协议中所涉及的标准必要专利使用费率条款处于保密状态，抑或依据标准必要专利实施许可的FRAND

原则，敦促签约双方当事人公开其约定的标准必要专利使用费率，从而否定该项保密约定的法律效力？对上述问题持有的态度不同，将直接影响标准必要专利制度的有序运转和社会公共利益的保护问题。本文拟以华为诉IDC案为例，对该问题进行深入阐释。

## 一、问题的提出：标准必要专利使用费条款应保密抑或公开

### （一）华为诉IDC标准必要专利案的基本案情

华为公司向全球提供电信设备，其新技术研发能力和拥有的标准必要专利处于世界领先地位

---

作者简介：祝建军，深圳大学法学院副院长、兼职教授，广东省深圳市中级人民法院知识产权庭副庭长，法学博士、博士后

a 涉及标准必要专利纠纷案件主要包括标准必要专利使用费纠纷案件、垄断案件和专利侵权案件三种类型。

b 华为诉IDC标准必要专利案判决以后，许多法官和学者著文对该案进行评判，比如，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》，载《知识产权法研究》（第11卷），知识产权出版社2013年版，第1-31页；李扬、刘影：《FRAND标准必要专利许可使用费的计算》，载《科技与法律》2014年第5期；胡洪：《司法视野下的FRAND原则——兼评华为诉IDC案》，载《科技与法律》2014年第5期。

位。美国IDC公司对外不从事任何生产行为，仅以授权他人实施其专利作为营利模式，研发规模亦非常小。华为公司与IDC公司均是欧洲电信标准化协会（ETSI）的成员。2009年9月，IDC公司在ETSI网站上发表声明，称其拥有2G、3G、4G无线通信技术标准下的大量标准必要专利及专利申请，包括中国的专利和专利申请；IDC公司承诺其将以公平、合理、无歧视的FRAND原则授权标准组织的其他成员实施其专利。

为了向华为公司收取标准必要专利使用费，从2008年11月开始，IDC公司与华为公司多次进行谈判。从IDC公司发出要约的内容来看，其向华为公司提出的授权条件为：包括2G、3G和4G标准必要专利在内的其所有专利之应支付许可费的、全球性的、非排他性许可，并要求华为公司将其所有专利给予IDC公司免费许可。IDC公司坚称，其每项要约构成统一的整体条件，不同意其中任何一项要约均意味着对要约整体的拒绝。IDC公司还对华为公司提出要求，IDC公司与华为公司之间往来的邮件与要约内容属于商业秘密，双方均负有保密义务。

华为公司认为，IDC公司违反了FRAND原则，因为IDC公司拟授权给华为公司的专利许可费，远远高于IDC公司已授权给苹果、三星等公司的专利许可费，故华为公司不同意IDC公司的要约报价。为逼迫华为公司接受其要约，2011年7月，IDC公司分别向美国特拉华州地方法院、美国国际贸易委员会（ITC）起诉华为公司，称华为公司涉嫌侵犯其在美国享有的七项标准必要专利，请求对华为公司启动337调查，并禁止华为公司制造、销售、进口3G产品。

根据上述事实，华为公司将IDC公司起诉至深圳中院。华为公司认为，IDC公司滥用标准必要专利许可市场之支配地位构成垄断，请求IDC公司停止垄断行为，并赔偿经济损失2000万元；同时，请求法院依据FRAND原则，确定IDC公司就其中国标准必要专利许可华为公司的许可费率或费率范围。法院支持了华为公司的诉讼请求。<sup>c</sup>

## （二）华为诉IDC标准必要专利案引发对保密条款效力的思考

华为公司之所以对IDC公司提起标准必要专利之诉，是因为其认为IDC公司违反了标准必要专利使用费率对外授权许可的FRAND原则。华为公司支持其诉请的理由是，将IDC公司逼迫华为公司接受的标准必要专利使用费率，与IDC公司已授权给苹果、三星等公司的标准必要专利使用费率进行对比，分别高出近100倍和10倍，而苹果、三星等公司的实力并不弱于华为公司，因此，IDC公司显然违背了FRAND原则。华为公司的诉讼请求要被法院支持，其必须要举证证明，IDC公司已授权给苹果、三星等公司的标准必要专利使用费率是多少，然后将该使用费率与IDC公司要求华为公司必须接受的标准必要专利使用费率进行对比，由此得出IDC公司是否违反了FRAND原则。如果华为公司不能举证证明IDC公司已授权给苹果、三星等公司的标准必要专利使用费率，则法院无法将IDC公司已授权给苹果、三星等公司的使用费率，与IDC公司要求华为公司必须接受的使用费率进行对比，自然得不出IDC公司违背FRAND原则的结论。由此可见，华为公司举证证明IDC公司已授权给苹果、三星等公司的标准必要专利使用费率，是华为公司胜诉的关键所在。

在案件一审庭审中，华为公司请求法院责令IDC公司披露其与苹果、三星等公司所签订的标准必要专利使用费率合同，以查明IDC公司已授权给苹果、三星等公司的“一次性专利许可使用费数额”或“标准必要专利使用费率”。但IDC公司以“已和苹果、三星等公司签订保密协议，双方签订的标准必要专利使用费率合同属于商业秘密”为由，拒绝披露其与苹果、三星等公司签订的标准必要专利使用费率合同。

在申请法院责令IDC公司披露其与苹果、三星等公司签订的标准必要专利使用费率合同未果的情况下，华为公司只好另辟蹊径继续举证。由于IDC公司是美国的上市公司，依据美国证券法的规定，上市公司应公开其财政年度的财务报

<sup>c</sup> 参见祝建军：《标准必要专利使用费率的司法裁量规则——评华为公司诉美国IDC公司标准必要专利使用费纠纷案》、《标准必要专利权人滥用市场支配地位构成垄断的判定——评华为公司诉美国IDC公司垄断侵权案》，载孔祥俊、王岚涛主编，中国知识产权报社编：《知识产权经典案例评析》（2015年卷），中国法制出版社2015年版，第3-12页。

告。华为公司以此为线索，查询IDC公司在美国证券交易委员会公开的近几年年度财务报告，根据这些年度财务报告，推出IDC公司已授权给苹果、三星等公司近几年的标准必要专利使用费数额（即一次性专利许可使用费数额）。接着，华为公司举出STRATEGY ANALYTICS权威研究机构对全球手机市场进行分析的数据报告，该报告根据全球手机供应商出货量、市场份额、净销售额、营业收入等数据，得出苹果、三星等几大全球手机供应商近几年的手机销售总额。最终，华为公司将IDC公司上市财务报告所公开的其授权给苹果、三星等公司近几年的标准必要专利使用费数额，除以STRATEGY ANALYTICS权威研究机构统计的苹果、三星等公司近几年的手机销售总额，从而得出IDC公司已授权给苹果、三星等公司的标准必要专利使用费率，进而完成了华为公司作为原告应负担的举证责任。由于IDC公司未披露其与苹果、三星公司签订的标准必要专利使用费率合同，亦即因IDC公司未提供证据推翻华为公司已举证证明的IDC公司已授权给苹果、三星等公司的标准必要专利使用费率，法院依证据规则采纳了华为公司举证证明该关键事实的证据。

由上可见，华为公司根据IDC公司的上市财务年报，推算出IDC公司给予苹果、三星等公司的标准必要专利使用费数额，通过对比，法院认定IDC公司违反了FRAND原则，并据此支持了华为公司的诉讼请求。因IDC公司以“已和苹果、三星等公司签订保密协议，双方签订的标准必要专利使用费率合同属于商业秘密”为由，拒绝披露其与这些公司已达成的标准必要专利使用费率条款，如果IDC公司不是上市公司，则华为公司在此种情况下，是无法举证证明IDC公司违反FRAND原则的。由此带来的问题是：IDC公司与华为公司均同时是许多标准化组织的成员，IDC公司虽对外承诺标准必要专利对外授权许可的FRAND原则，但却在与每一个标准必要专利实施人签订授权合同时，均要求对方将双方之间签订的标准必要专利使用费条款约定为保密条款，将之作为商业秘密予以保护，从而导致合同以外

的其他标准必要专利实施人或潜在实施人无法掌握该使用费条款的信息。在标准必要专利使用费条款被当作商业秘密不公开的情况下，标准必要专利权人为了追求利益，很有可能会利用标准必要专利权人的强势地位和标准必要专利使用费率信息保密的优势地位，任意违反FRAND原则，“漫天要价”，而标准必要专利实施人却很难举证其违反了FRAND原则。如此一来，对标准必要专利使用费约定保密条款，很有可能导致标准必要专利对外授权许可的FRAND原则被架空。为保证标准必要专利FRAND原则得以正确贯彻实施，执法者该对上述标准必要专利使用费之保密条款持什么态度呢？换句话说，上述标准必要专利使用费之保密条款是有效还是无效呢？该问题颇值得研究。

## 二、标准必要专利使用费保密条款应为无效条款的理论探讨

### （一）从标准必要专利对外授权的FRAND原则分析标准必要专利使用费保密条款的无效性

当今世界，科学技术发展日新月异。伴随着技术进步呈规模化发展，技术标准应运而生。所谓标准（Standard）是指为在一定的范围内获得最佳秩序，经协商一致制定并由公认机构批准，共同使用的和重复使用的一种规范性文件。<sup>d</sup>而技术标准（Technical standards）本质上是一种统一的技术规范，其目的是为了协调统一某领域的特定技术事项。<sup>e</sup>技术标准能够保证特定技术领域内的主体重复性使用该技术，从而保障该技术所生产的产品或服务能够兼容、通用和互换，有利于增进效率，消除国际贸易障碍，减少消费者的适应成本，避免浪费社会资源，因此，技术标准具有强制性，其目的是为了保障社会公共利益。

技术标准多为前沿性技术，而前沿技术又多受专利保护，由此，标准与专利日益结合，从而导致标准必要专利出现。所谓标准必要专利，（Standard essential patents）是指在实施标准时必然要被实施的专利技术，如实施标准时必然要实施某项专利技术的某项权利要求，则该项权利要

d 参见国家质量监督检验检疫总局、中国国家标准化管理委员会制定的GB/T 20000.1—2002《标准化工作指南第一部分 标准化和相关活动的通用词C》。

e 张平、张骁著：《标准化与知识产权战略》，知识产权出版社2005年版，第18页。

求通常被称为标准必要专利权利要求。<sup>f</sup> 在目前国际国内创新竞争的时代背景下，专利权人多积极将其专利技术纳入标准，目的是为了借助技术标准而控制特定领域的市场，并通过收取标准必要专利使用费而获得收益最大化；而标准必要专利实施人与标准必要专利权人发生关系的原因，无非是围绕着为了实施标准而被迫寻求标准必要专利许可，目的是为了尽可能地减少标准必要专利的使用费，从而节约生产成本，以获取最大利益。

专利权具有垄断性，而技术标准具有强制性，当垄断性的专利权与强制性的标准相结合而产生标准必要专利时，标准必要专利权人基于其强势地位和追逐利益的动机，很有可能会滥用标准必要专利许可市场的支配地位，而向标准必要专利实施人勒索高额专利使用费，从而危害市场的公平竞争秩序。为了平衡标准必要专利权人、标准必要专利实施人与社会公共利益，许多标准化组织制定了FRAND原则，要求加入标准化组织的成员必须遵守该原则。所谓FRAND原则是指标准必要专利权人要以“公平、合理、无歧视”的条件将其标准必要专利授权给所有标准必要专利实施人使用。依据FRAND原则确定合理标准必要专利使用费率，是FRAND原则的核心所在，也是标准必要专利权人与标准必要专利实施者关心的焦点问题。

判断标准必要专利权人给予标准必要专利实施者的使用费率是否符合FRAND原则，一定要通过比较标准必要专利权人给予各个实施者的使用费率来确定。在通常情况下，标准必要专利权人掌握其已经授权的标准必要专利使用费率的信息，并掌握其将要给予标准必要专利实施者的使用费率信息；而处于谈判中的标准必要专利实施者或潜在的实施者，并不掌握上述信息，双方处于信息不对等状态，而符合FRAND原则使用费率交易合同的实现，必须要使标准必要专利实施者或潜在的实施者知晓这些信息。

以无线通信领域为例，国际间的标准必要专利权人在与标准必要专利的实施者谈判和签约时，均会向对方提出要将双方谈判的内容和达成的协议内容，约定为保密内容，要求对方予以保密。标准必要专利使用费率处于保密状态，这有利于标准必要专利权人利用其谈判的优势地位和信息不公开的不透明状态，压迫标准必要专利的实施者接受不合理的、违背FRAND原则的高额标准必要专利使用费率，从而导致跨国公司之间的标准必要专利使用费率纠纷频发。因此，为了符合标准必要专利使用费率对外授权的FRAND原则，标准必要专利权人不应将其已经授权的或即将授权的标准必要专利使用费率约定为保密条款。

## （二）从商业秘密的本质特征分析标准必要专利使用费保密条款的无效性

所谓商业秘密是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。<sup>g</sup> 从该定义来看，商业秘密在本质上为“未披露的信息”，我国加入的《TRIPS协定》在界定商业秘密的内涵时使用的即为“未披露的信息”（或未公开的信息undisclosed information）。<sup>h</sup>

某项未披露的信息或技术能够成为受法律保护的商业秘密，其必须要满足法律规定的构成要件，比如，其应具备秘密性（非公知性）、实用性和保密性。但并不是任何客体都可以成为商业秘密的客体，商业秘密作为受法律保护的民事权利，无论是大陆法系国家还是英美法系国家，均通过立法或判例要求商业秘密的成立还必须符合社会公共利益，换句话说，保护商业秘密不得与社会公共利益发生冲突。如此一来，如果应当公开透明的信息被当作商业秘密进行管控和禁止他人知悉，将会导致正常的交易行为受到阻碍，从而成为社会经济发展的桎梏。

f 马海生著：《专利许可的原则——公平、合理、无歧视许可研究》，法律出版社2010年版，第28-30页。

g 参见我国《反不正当竞争法》第10条第3款的规定。

h 参见张耕等著：《商业秘密法》，厦门大学出版社2006年版，第2-4页；孔祥俊著：《商业秘密保护法原理》，中国法制出版社1999年版，第129页。另可参考《TRIPS协定》第39条的规定，“在保证按《巴黎公约》1967年第10条之2的规定为反不正当竞争提供有效保护的过程中，成员应依照本条2款，保护未披露的信息；依照本条3款，保护向政府或政府的代理机构提交的数据，只要有相关信息符合下列三个条件：1.在一定意义上，其属于秘密，就是说，该信息作为整体或作为其中内容的确切组合，并非通常从事有关该信息工作领域的人们所普遍了解或者容易获得；2.因其属于秘密而具有商业价值；3.合法控制该信息的人，为保密已经根据有关情况采取了合理的措施”。

以标准必要专利为例，标准必要专利的实施具有强制性、不可替代性和必须实施性，这些特征意味着标准必要专利使用费等信息应具有透明性、开放性和公共性的属性。<sup>i</sup> 标准必要专利权人将标准必要专利使用费等条款置于保密状态下，其意图是将本应公开的信息变为商业秘密信息，从而达到向标准必要专利实施人收取尽可能多的使用费的目的，这显然与保护社会公共利益相冲突。因此，从商业秘密的本质特征来看，标准必要专利使用费条款不应被约定为商业秘密条款处于保密状态。

### （三）从经济学的视角分析标准必要专利使用费保密条款的无效性

在市场经济条件下，社会资源利用的经济目标在于最合理地利用有限资源和最大限度地扩大产出，即实现效益的最大化，任何法律行为与现象均存在着成本与收益的关系。根植于经济生活中的法律制度，不仅应具备维系社会公平与正义的职能，还应承担起实现资源有效配置、促进社会经济增长的使命，也就是说，正义与效率构成了现代法律制度的双重价值目标。<sup>j</sup> 鉴于此，能否促进社会资源的有效利用，能否节约成本且又能获得较好的收益，成为考量一项法律行为能否被正面评价的重要指标。

当专利被纳入标准时，通常情况下，标准必要专利权人要向标准化组织承诺FRAND原则，依据该原则，标准必要专利权人要给予标准必要专利的实施者以“公平、合理、无歧视”的使用费率授权许可。符合FRAND条件的标准必要专利使用费协议的达成，依赖于签协议的双方掌握相关信息比较均衡的基础之上，而该信息均衡条件的建立，依赖于标准必要专利权人将其已经授权的标准必要专利使用费率信息，准确无误地告知实施标准必要专利的谈判方。换句话说，依据FRAND原则确定合理的标准必要专利使用费率，必须将之前已经达成的标准必要专利使用费协议处于透明公开状态，这样才能保证标准必要专利使用费谈判授权机制高效率运作，从而可以节约谈判成本，避免双方发生纠纷而陷入旷日持久的诉讼泥潭。

从纠纷发生后救济的角度看，标准必要专利使用费率处于透明公开状态，更有利于发生纠纷的当事人节约举证成本，从而使承办案件的法官高效率地查明案件事实，迅速处理双方纠纷，避免案件进入久拖不决的状态。

由上可见，以经济学成本与收益的视角来分析，将标准必要专利使用费率置于透明公开状态，更有利于标准必要专利制度的高效率运作。反之，将标准必要专利使用费率置于保密状态，不仅会提高标准必要专利权人与标准必要专利实施人之间的谈判成本，而且容易引发纠纷，导致标准必要专利制度的实施缺乏效率，浪费社会资源。

### 三、标准必要专利使用费保密条款应为无效条款的实务分析

#### （一）实务中滥用标准必要专利权的情形

以无线通信领域为例，从国际上各标准组织有关标准必要专利使用费率对外授权许可的实践来看，标准必要专利对外授权通常有以下几种情形：

标准必要专利权人与标准必要专利的实施者，均拥有大量标准必要专利，且从质量和数量上来看，双方所拥有的标准必要专利大致旗鼓相当，此时，双方可通过互惠交叉许可的方式，实现双方标准必要专利互相免费许可。

标准必要专利权人与标准必要专利的实施者，均拥有标准必要专利，但从质量和数量上来看，其中一方拥有的标准必要专利强于另外一方，双方通过协商，根据较弱一方相较于较强一方在标准必要专利方面的差距情况，由其向较强一方补足有偿许可费的合理差额。

标准必要专利权人与标准必要专利的实施者，均拥有标准必要专利，但其中有些标准必要专利权人不从事任何实体性生产或服务，仅以专利对外授权许可作为其经营模式，虽然标准必要专利的实施者自身亦拥有标准必要专利，但其无法通过互惠交叉许可的方式，从标准必要专利权人处获得授权许可。<sup>k</sup>

产品有上游产品与下游产品之分，上游产品的生产者拥有上游产品的标准必要专利，而下游

i 罗霞：《试论实施技术标准侵害专利权行为的认定》，载《中国专利与商标》2015年第1期。

j 祝建军著：《人格要素标识商业化利用的法律规制》，法律出版社2009年版，第91-92页。

k 张志成：《专利形态及许可方式演变对创新的影响及政策应对——兼论NPE等现象的发生》，载《电子知识产权》2014年第6期。

产品的生产者拥有下游产品的标准必要专利，对于下游产品的生产者而言，其无法通过互惠交叉许可的方式，从上游产品的生产者处获得上游产品的标准必要专利的交叉许可，其必须向上游产品的生产者单向支付标准必要专利使用费。

在上述四种情况的前两种情形中，谈判双方互为标准必要专利权人和标准必要专利实施人，因双方存在交叉许可的互相制约因素，遏制了单方滥用标准必要专利权的可能，所以双方之间就标准必要专利授权许可而引发的纠纷相对较少，即使该类纠纷发生，也很容易通过协商解决。

而上述四种情况中的后两种情形比较复杂，因双方不存在交叉许可的互相制约因素，仅作为单方对外授权许可的标准必要专利权人，往往会利用其拥有标准必要专利的优势地位，滥用其权利，损害标准必要专利实施者的合法权益。更有甚者，有些标准必要专利权人会滥用标准必要专利许可市场的支配地位，实施垄断民事侵权行为，比如，实施差别待遇、歧视性定价、搭售等行为，以排除或限制标准必要专利实施者的竞争利益。比如，华为诉IDC标准必要专利纠纷案中，IDC不进行任何实质性生产，仅以专利许可作为其经营模式，在华为无法以交叉许可对IDC进行制约的情况下，IDC在逐利动机的驱使下，对华为滥用其标准必要专利权，并以在美国提出侵犯其标准必要专利权的禁令之诉，来胁迫华为接受违反FRAND原则的高额标准必要专利权使用费定价。在种种不合理的谈判无果时，华为寻求在中国法院对IDC提起标准必要专利垄断和使用费率之诉。

## （二）标准必要专利使用费保密是造成权利滥用的根本原因

在标准必要专利对外授权许可的实务中，通常情况下，标准必要专利权人在与每一个标准必要专利实施人签订授权合同时，均要求对方将双方之间签订的标准必要专利使用费条款约定为保密条款，在这种情况下，标准必要专利权人作为每一单合同的当事人，其知晓已签署的每一单标准必要专利使用费的情况，但对合同以外的其他标准必要专利实施人或潜在实施人而言，其并

不知道标准必要专利权人对外授权许可的标准必要专利使用费率情况。由此可见，标准必要专利权人与标准必要专利的实施者处于信息不对等状态。

在标准必要专利使用费率信息被当作商业秘密不公开的情况下，标准必要专利权人为了追求利益，很有可能会利用标准必要专利使用费率信息保密的优势地位和标准必要专利权人的强势地位，任意违反FRAND原则而向谈判方“漫天要价”，而标准必要专利实施人却很难举证其违反了FRAND原则，如此一来，标准必要专利权人曾对外承诺的FRAND原则被弃之不用。

标准必要专利使用费率信息不公开，是产生“专利流氓”的根本原因之一。所谓“专利流氓”是指某些标准必要专利权人（包括某些专门收购标准必要专利权的人）无意于自己实施或通过FRAND原则许可他人实施其标准必要专利，而是专门寻找标准必要专利的实施人，向其索取远远超出市场价值的标准必要专利使用费率。<sup>1</sup>这些标准必要专利权人利用其掌握标准必要专利使用费率的信息优势，欺负标准必要专利实施人不掌握使用费率的劣势，对后者提出远远高于正常使用费率的价格，当后者不从时，即向法院起诉，要求法院认定后者构成专利侵权，并给予后者禁令，要求巨额索赔。某些标准必要专利的实施人认为，一旦被认定侵权将可能面临被禁令制裁，从而导致其市场交易活动受到严重影响，加上还要支付自己及专利权人的巨额律师费，不少专利的实施人只得“花钱消灾”，听任标准必要专利权人榨取高额专利许可费。<sup>2</sup>

目前，各国均在打击“专利流氓”（Patent Troll）。<sup>3</sup>本文认为，专利流氓之所以能够得逞的重要原因之一，是利用标准必要专利使用费率的保密条款，以此对处于信息盲然状态的标准必要专利实施人索要高额专利使用费，因此，治理“专利流氓”的有效措施之一，就是否定标准必要专利使用费率保密条款的有效性，让已经达成的标准必要专利使用费率处于公开状态。换句话说，要实现标准必要专利使用费率的FRAND原则，维护社会公共利益，应将标准必要专利使用费率处于公开透明状态，而不是保密状态。

1 张平：《专利运营的国际趋势与应对》，载《电子知识产权》2014年第6期。

2 王迁著：《知识产权法教程》（第四版），中国人民大学出版社2014年第4版，第371-372页。

3 工业和信息化部电子知识产权中心：《美国专利流氓反击战之再追踪》、《专利流氓的厄运！FTC计划揭开专利流氓的面纱》，载《工信部电子知识产权中心知识产权情报研究》2013年8月。

否定标准必要专利使用费率保密条款的有效性,使其处于公开透明状态,这是防止滥用标准必要专利权和治理“专利流氓”的有效措施。

#### 四、否定标准必要专利使用费率保密条款效力的应对措施

##### (一) 事前措施

标准必要专利使用费率,即标准必要专利对外授权的价格,这是判断标准必要专利权人是否按照FRAND原则给予标准必要专利实施人授权许可的关键性因素。标准必要专利使用费率应当是公开透明的,只有公开透明才能实现标准必要专利对外授权许可的FRAND原则。标准必要专利使用费率不应被当事人约定为商业秘密来保护,标准必要专利权人负有披露标准必要专利使用费率的义务。为实现该目的,可以采取如下措施:

在标准组织约束机制方面,加入标准组织并履行标准组织成员应尽的声明、披露及FRAND承诺义务,是标准组织成员从一般专利权人上升为标准必要专利权人的前提条件。<sup>o</sup>本文建议,为了敦促标准必要专利权人披露其已经达成的标准必要专利使用费率,各标准组织应在其会员章程中规定,“当标准组织的成员与标准必要专利的实施人已经达成标准必要专利使用费率协议后,其有义务向社会公众披露该使用费率。标准必要专利权人不应将标准必要专利使用费率作为保密条款予以约定”。如此一来,标准必要专利权人在标准组织中所应履行的披露义务,不仅包括应披露其所享有的标准必要专利的义务,还应包括披露其与标准必要专利实施人已经达成的标准必要专利使用费率的义务。

在国内立法或制定司法解释方面,为了保障标准必要专利对外授权许可的FRAND原则,可以利用我国《专利法》第四次修改的契机或通过专利法司法解释的方式,规制我国的标准必要专

利使用费率公开制度,即“标准必要专利使用费率作为公共信息,应处于公开透明状态,标准必要专利权人不得与标准必要专利的实施人约定将该条款进行保密。如有约定,该约定无效”。

##### (二) 事后措施

在我国《专利法》立法或专利法司法解释出台标准必要专利使用费率公开制度之前,人民法院在审理涉及标准必要专利纠纷案件时,可以根据案情及查明事实的需要,并根据当事人提出的调查取证申请,依据《民法通则》第4条<sup>p</sup>和《合同法》第52条第4项<sup>q</sup>的规定,认定标准必要专利权人与标准必要专利的实施人已签订的标准必要专利使用费率的保密条款无效,并责令标准必要专利权人公开其与标准必要专利的实施人已签订的标准必要专利使用费率。

如果标准必要专利权人拒绝公开其已签订的标准必要专利使用费率条款,办案法官可以根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第75条规定的证据披露、证据妨碍制度,<sup>r</sup>并结合一方当事人的诉讼主张及举证情况,在涉及标准必要专利使用费率上,作出不利于标准必要权利人的事实推定,并据此对标准必要专利纠纷进行裁决。比如,在华为诉IDC案中,华为公司根据IDC公司的上市财务年报及STRATEGY ANALYTICS权威研究机构的数据分析报告,推算出IDC公司已授权给苹果、三星等公司的标准必要专利使用费率,而由于IDC公司拒绝披露其与苹果、三星等公司已达成的标准必要专利使用费率,法院最终根据证据披露和优势证据规则,支持了华为公司举证证明的IDC公司授权给苹果、三星等公司的标准必要专利使用费率之事实,认定IDC公司违背了标准必要专利对外授权许可的FRAND原则,并据此判令IDC公司败诉。通过上述法律适用,能够较好地救济标准必要专利的实施人,并促进标准必要专利使用费率实现公开、透明,以最大程度上实现FRAND原则。■

<sup>o</sup> 参见欧洲电信标准协会(ETSI)的政策及章程,关于ETSI的详细信息参见<http://www.etsi.org>网站。

<sup>p</sup> 《民法通则》第4条规定,“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则”。

<sup>q</sup> 《合同法》第52条规定,“有下列情形之一的,合同无效:(一)一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益;(二)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益;(三)以合法形式掩盖非法目的;(四)损害社会公共利益;(五)违反法律、行政法规的强制性规定”。

<sup>r</sup> 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第75条规定,“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供,如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人,可推定该主张成立”。