

# 技术标准制定参与者违反FRAND 许可承诺的法律后果

何怀文 陈如文

**内容提要：**公平、合理且无歧视许可承诺（FRAND许可承诺）已经成为技术标准制定组织所采用的一般政策。知识产权人一旦做出FRAND许可承诺，即应该受到相应的法律约束，同时，违反FRAND承诺应该承担相应的法律后果。对此，提出五种理论。相比之下，侵权行为论和垄断行为论最弱，缔约过失论、不正当竞争行为论和权利滥用论则更为成熟。具体来说，如果违反FRAND许可承诺，知识产权人可因违反《民法通则》第4条而构成滥用权利，致使相关专利权失效；技术标准实施人可依照缔约过失论或不正当竞争行为论，分别援引《合同法》第42条或《反不正当竞争法》第2条，请求承诺违反人赔偿损失，包括因FRAND许可承诺违法使其遭受的纯粹经济损失。

**关键词：**FRAND许可承诺 缔约过失责任 不正当竞争 权利滥用 滥用市场支配地位

**Abstract:** Fair, Reasonable and Non-Discriminatory (FRAND) commitment has now been part of the prevalent policy adopted by technical standard setting organizations. The holder of Intellectual property right is bound to legal restriction and liability once he made such commitment. This article puts forward five theories, it is difficult to prove breach of FRAND commitment through torts under Chinese Tort Liability Law or abuse of dominant position under Chinese Anti-monopoly Law, however, it is easier to establish the breach through culpa in contrahendo, unfair competition act, or abuse of rights. Specifically, the IPR holders who breach FRAND commitment can be sued for abused of rights invoked by Article 4 General Principles of Civil Law, resulting in failure of the relevant patents. In addition, they can be sued for culpa in contrahendo invoked by Article 42 Contract Law or for unfair competition act invoked by Article 2 Anti-unfair Competition Law. And can be claimed to compensate, including pure economic loss suffered by the interested parties due to the breach of FRAND commitment.

**Key Words:** FRAND commitment; culpa in contrahendo; unfair competition; abuse of rights; abuse of dominant position

## 引言

实施技术标准而遭遇知识产权侵权纠纷，并不是什么新闻，特别是在移动通信领域。<sup>①</sup>为缓解由此而生的法律压力，技术标准制定组织通常采取如下政策：为技术标准实施所必需的专利，技术标准制定参与者拥有并知道，如不承诺公平、合理且无歧视地（fair, reasonable

and non-discriminatory, FRAND）——有偿或无偿——许可未来的技术标准实施人，则重修技术标准以绕开。国际标准组织，诸如国际电信联盟（International Telecommunication Union, ITU），国际标准化组织（International Organization for Standardization, ISO）和国际电工技术委员会（International Electro-technical Commission,

作者简介：何怀文，浙江大学光华法学院，副教授

陈如文，浙江大学光华法学院硕士研究生

本文感谢浙江大学光华法学院985项目支持。本文同时是浙江省社会科学界联合会“之江青年社学者行动计划”配套课题部分研究成果。

<sup>①</sup> 例如，华为公司诉美国IDC公司案，深圳市中级人民法院（2011）深中法知民初字第858号；广东省高级人民法院（2013）粤高法民三终字第306号；Qualcomm Incorporated v. Broadcom Corp., 548 F.3d 1004 (Fed. Cir. 2008); Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 696 F.3d 872 (9th Cir. 2012); Realtek Semiconductor Corp. v. LSI Corp., 2013 WL 2181717 (N.D. Cal. May 20, 2013)。

IEC)等都采用这种做法。<sup>②</sup>我国新颁布于2014年开始实施的《国家标准涉及专利的管理规定》(暂行)亦遵循这一通例。<sup>③</sup>

由此而生的重要法律问题是,技术标准制定参与人违反FRAND许可承诺的法律后果如何?这几乎还是我国学术研讨的处女地。有学者主张,专利权人嗣后主张他人实施技术标准侵犯其专利权,法院应该限制适用法律救济。<sup>④</sup>我国司法实践现在的确实采取这种立场。例如,2008年7月8日最高人民法院“关于朝阳兴诺公司按照建设部颁发的行业标准《复合载体夯扩桩设计规程》设计、施工而实施标准中专利的行为是否构成侵犯专利权问题的函”中指出:“……专利权人参与了标准的制定或者经其同意,将专利纳入国家、行业或者地方标准的,视为专利权人许可他人在实施标准的同时实施该专利……专利权人可以要求实施人支付一定的使用费,但支付的数额应明显低于正常的许可使用费;专利权人承诺放弃专利使用费的,依其承诺处理。”但最高人民法院并未明确“支付明显低于正常许可费”的法律依据,此答复因而只对个案有效。再有,前些年华为公司诉美国IDC公司案中,深圳市中级人民法院更指出:“如标准必要专利权人在标准必要专利使用费谈判中,违反公平、合理、无歧视的原则,比如,实施过高定价、歧视性定价、搭售等滥用市场支配地位的行为,将被认定为构成垄断民事侵权”。<sup>⑤</sup>法院如此判决等于说,违反FRAND许可承诺,只应依照反垄断法追究法律责任,而且违反FRAND承诺行为本身不足以追究反垄断违法责任。总之,我国目前的司法实践和学术讨论都没有阐明技术标准制定参与人违反FRAND许可承诺的法律后果,更没有确立追究承诺违反人法律责任的制定法依据。

这并不是说违反FRAND许可承诺的行为游离于我国法律制度之外,不受法律规范。本文试图在我国现行法律框架之下讨论技术标准制定参与方违反FRAND许可承诺的法律后果。为此,本文提出五种可能的理论:第一、缔约过失论;第二、侵权行为论;第三、不正当竞争行为论;第四、权利滥用论;第五、垄断行为论。

## 一、缔约过失论

技术标准制定参与方承诺FRAND许可,并不是针对特定人所为,而是对未来全部技术标准的实施人。然而,FRAND许可承诺的内容过于宽泛,难以构成“要约”。更不适合基于FRAND许可承诺而认定当事人之间已经达成许可协议,只是遗漏许可费没有具体确定,任凭法院嗣后根据《合同法》第61条和第62条人为填充,剥夺当事人谈判交易的机会。但是,FRAND许可承诺本身无疑是法律行为,承诺人知道技术标准制定组织和利害关系人会信赖自己的承诺,并实际希望借此产生法律效力来约束自己。从债法的角度来看,FRAND许可承诺可以归入“先契约义务”。FRAND许可承诺使得承诺人和技术标准实施人之间不再是普通知识产权人和一般潜在侵权人之间的社会关系(陌生人对陌生人的关系),故不应适用一般侵权法的注意义务来调整二者之间的社会互动。FRAND许可承诺实际上是权利人邀请未来技术标准实施人与自己商洽专利权许可。因此,FRAND许可承诺人和他们形成了特别的社会接触,产生了特殊的信赖利益——他们之间是知识产权许可人和潜在被许可人之间的关系。这种特殊的社会接触即产生更高的注意义务,承诺人对技术标准实施人应该负担合同责任,适用“缔约过失”。

我国《合同法》承认“先契约义务”并给予受害人以合同法救济,这应该适用于FRAND许可承诺。虽然技术标准实施人无法依据先契约义务独立诉请法院要求FRAND许可承诺人实际履行承诺,但可以要求承诺违反人赔偿损失。《合同法》第42条规定:“当事人在订立合同过程中有下列情形之一,给对方造成损失的,应当承担损害赔偿责任:(一)假借订立合同,恶意进行磋商;(二)故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况;(三)有其他违背诚实信用原则的行为。”为履行FRAND许可承诺,承诺人与标准实施人协商具体许可条件的过程中,应该向对方充分披露其许可政策,其给予第三人的许可条件及其设置的合理依据;在不泄露第三人商业秘密的前提下,还应该披露既有许可合同

② See Common Patent Policy for ITU-T/ITU-R/ISO/IEC, <http://www.itu.int/en/ITU-T/ipr/Pages/policy.aspx>.

③ 国家标准化管理委员会、国家知识产权局联合制定《国家标准涉及专利的管理规定(暂行)》(自2014年1月1日起施行)第9条。

④ 张平:《论涉及技术标准专利侵权救济的限制》,载《科技与法律》2013年第5期,第69~78页。

⑤ 深圳市中级人民法院(2011)深中法知民初字第858号;广东省高级人民法院(2013)粤高法民三终字第306号。

的履行情况。倘若承诺人不合理地拖延谈判,或者无合理依据索要高额许可费,可成立“恶意磋商”,或属于“违背诚实信用原则的行为”,需要承担损失赔偿责任。

《合同法》第42条规定的“损失”范围存在争议。我国有学者认为,缔约过失责任的损失赔偿限于“信赖利益”,赔偿范围主要及于信赖人所支付的各种费用和直接损失,不及于“纯粹经济损失”。<sup>⑥</sup>然而,FRAND许可承诺违反行为通常不会损害技术标准实施人的“固有利益”,即有形财产或人身遭受损害(可通过侵权责任法获偿);其主要损害是给技术标准实施人造成“纯粹经济损失”。技术标准实施人因为信赖FRAND许可承诺,因而投资生产流水线期待制造符合技术标准的产品,同下游产生签订销售合同,等等。一旦专利权人违反FRAND许可承诺,这些都是纯粹经济损失,通常难以构成我国《侵权责任法》第2条所谓的“人身、财产权益”——它们主要指各种支配权和人格权。如果依照前述观点,FRAND许可承诺的违反成本太低,技术标准实施人依照缔约过失所获赔偿只是聊胜于无。

然而,法院不应限制解释《合同法》第42条规定之“损失”。合同责任区别于侵权责任的一个重要方面就是合同法保护期待利益,可以救济当事人遭受的纯粹经济损失。既然缔约过失责任规定于合同法中,就不应该依照侵权法的逻辑来限制“损失”的范围。实际上,承认缔约过失责任的大陆法系的绝大多数国家都将“纯粹经济损失”纳入赔偿范围之内。<sup>⑦</sup>英美则直接适用侵权责任法,救济当事人遭受的纯粹经济损失。<sup>⑧</sup>可喜的是,我国司法实践对缔约过失责任的保护客体做宽泛理解,无论固有利益还是信赖利益都给予保护,而且已有司法解释把纯粹经济损失纳入侵权责任的范围之内。<sup>⑨</sup>所以,本文认为,只要技术标准实施人可以证明自己的损失同FRAND许可承诺违反行为之间存在相当因果关系,这种损失就应该属于赔偿的范围。

## 二、侵权行为论

违反FRAND许可承诺致使技术标准实施人受到损害,依照我国现行法律难以构成“侵权”。我国侵权责任法和民法通则所谓侵权行为是指“侵害民事权益”。我国《侵权责任法》第2条明确规定“侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任”,其列举的民事权益主要有人格权、亲权、物权、知识产权等绝对权。这不同于法国《民法典》以“过错造成损害”为侵权行为的立法模式。法国《民法典》第1328条一般性规定有“人的任何行为给他人造成损害时,因其过错而致该行为发生之人应当赔偿损害。”我国侵权法类似于德国《民法典》第823条,以保护绝对权为中心,把债权和侵权的间接利益损失(譬如纯粹经济损失)排除在侵权法之外。这种立法模式的好处是,有利于防止侵权责任扩大,不适当地限制行动自由;未明确列举的权益通常法律地位不明确,在社会活动中不能清楚辨识,行为人难以正确评估其作用和侵害的后果。<sup>⑩</sup>专利权人违反FRAND许可承诺,主要造成的是“纯粹经济损失”,难以划归为“侵害人身、财产权益”而依照侵权责任法或民法通则追究法律责任。

值得注意的是,FRAND许可承诺已然成为技术标准制定组织广泛采用的做法,可谓行业习惯。违反FRAND许可承诺因而可以构成“以违反善良风俗的方式故意对他人施加损害”。对于这种行为,德国《民法典》第826条和我国台湾地区“民法典”第184条第1项后段都认为构成侵权行为,行为人须要承担损失赔偿责任。我国民法通则和侵权责任法均无类似规定。然而,法院可以尝试适用《民法通则》第7条“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益……扰乱社会经济秩序”,并同时根据此法第134条“民事责任的主要方式”,判令FRAND许可承诺违反人承担法律责任,包括但不限于停止侵害、赔偿损失,甚至民事制裁比如罚款和拘留。

⑥ 王利明:《合同法研究》(第1卷),中国人民大学出版社2002年,第309页。

⑦ [德]克里斯蒂安·冯·巴尔、[德]乌里希·德罗布尼希等著:《欧洲合同法与侵权法及财产法的互动》,吴越、王洪等译,法律出版社2007年版,第123页、第200~204页。

⑧ 陈吉生:《论缔约过失责任》,法律出版社2012年版,第100~103页。

⑨ 陈吉生:《论缔约过失责任》,法律出版社2012年版,第97页。

⑩ [德]舍费尔、[德]奥特著:《民法的经济分析》,江清云、杜涛译,法律出版社2009年版,第280页。

### 三、不正当竞争行为论

违反FRAND许可承诺可构成不正当竞争行为。我国《反不正当竞争法》第2条规定：“经营者在市场交易中，应当遵循……诚实信用的原则，遵守公认的商业道德。”FRAND许可承诺已经广受各类技术标准制定组织承认，成为行业惯例、公认的商业道德。“腾讯诉奇虎不正当竞争纠纷上诉案”中，最高人民法院指出，“行业性规范常常反映和体现了行业内公认的商业道德和行为标准，可以成为人民法院发现、认定行业惯常行为标准和公认商业道德的重要渊源之一。”并据此支持一审法院以被告违反互联网协会《自律公约》为由判决违反《反不正当竞争法》第2条。<sup>⑪</sup>因此，法院可以援引各类技术标准制定组织的知识产权政策作为行业惯例，以违反《反不正当竞争法》第2条第1款为由，追究FRAND许可承诺违反行为人的法律责任。

具体到法律救济，《反不正当竞争法》未单独规定违反其第2条的法律责任。但是，既然属于不正当竞争行为，行政监督检查机关即应查处。<sup>⑫</sup>再有，行为人应该对受不正当竞争行为损害人承担损失赔偿责任。《反不正当竞争法》第20条规定，“经营者违反本法规定，给被侵害的经营者造成损害的，应当承担损害赔偿责任……”本条规定适用于所有不正当竞争行为。即便说侵权责任法之下的损失赔偿不及于“纯粹经济损失”，合同法之下的缔约过失责任也不及于“纯粹经济损失”，这种限制也不应适用于《反不正当竞争法》第20条。诸如“引人误解的虚假宣传”，给其他经营者造成的损害，通常不是物权损害，也不是人格权损害，而主要是“纯

粹经济损失”，都可以直接适用本条规定。事实上，英美普通法起初只关注人身和财产安全，对纯粹经济损失不给予保护；其反不正当竞争法之发展史就是不断扩大商业关系利益保护，救济纯粹经济损失（pure pecuniary harm）。<sup>⑬</sup>

然而，纯粹经济损失常常难以计算。为此，《反不正当竞争法》第20条规定，“被侵害的经营者的损失难以计算的，赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润。”最高人民法院进一步指出，“在被侵害的经营者的损失难以计算，侵权行为人没有获得利润或者利润无法查明时，侵权行为人的赔偿责任并不能免除。人民法院可以根据权利人遭受侵害的实际情形公平酌定赔偿额。”<sup>⑭</sup>

### 四、权利滥用论

权利人行使权利时，应当作为一个正直的人；<sup>⑮</sup>知识产权人自然也应正直地行使权利，遵守《民法通则》第4条“民事活动应当遵循……诚实信用的原则”的法律规定。依照民法基本原理，行使权利违反诚实信用原则，<sup>⑯</sup>即是逾越权利限制，构成权利滥用而致“权利失效”，所涉权利不可再行使，<sup>⑰</sup>法院依职权不应支持侵权诉讼请求。<sup>⑱</sup>在这种情况下，权利人不是因为当下诉讼中的特定行为，<sup>⑲</sup>而是因为诉讼之外过去的非诚信行为而使实体权利受限。我国已有判例正确地指出，违反诚实信用原则，可导致权利失效。例如，山东海汇生物工程股份有限公司与谢宜豪股权转让合同纠纷上诉案中，法院指出，合同解除权是一种形成权，在没有法定或约定除斥期间时，如果相对人有正当理由信赖解除权不再行使解除权，则根据禁止滥用权利原则，解除

⑪ 最高人民法院民事判决书（2013）民三终字第5号。

⑫ 《反不正当竞争法》第16~19条。

⑬ See Charles McManis, *Intellectual Property and Unfair Competition in a Nutshell* (Sixth Edition) (St. Paul, Minn.: West Group, 2009), pp.3-15.

⑭ 福建省福清大闽生物工程有限公司与福州南海岸生物工程有限公司不正当竞争上诉案，最高人民法院民事判决书（2000）知终字第8号。

⑮ 参见[德]卡尔·拉伦次：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2013年版，第308页。

⑯ 诚实信用原则不限于债务履行，而适应一切法律关系。同注释⑮[德]卡尔·拉伦次书，第308页；王泽鉴：《诚实信用与权利滥用》，载《北方法学》2013年第6期，第7页。

⑰ 同注释⑮[德]卡尔·拉伦次书，第308~309页；同注释⑯王泽鉴文，第10页。

⑱ 同注释⑯，第8页。

⑲ 同注释⑮，第309页。

权人不得再行使解除权。<sup>②①</sup>德国民法早就提出,权利人行为引发他人合理信赖,并嗣后与权利行使行为相互矛盾,属于违反诚实信用原则的行为,可导致权利失效。<sup>②②</sup>对于知识产权行使,应该适用同样的法律原则。

在技术标准方面,美国已有判例也依照这种法律原则处理纠纷。美国法强调,知识产权人应当做正直的人,对自己的言行负责。如果违反诚实信用原则,知识产权人将不能就侵权而得到法律救济。依“衡平法禁止反言原则”(equitable estoppel),倘若专利权人的行为误导他人,使行为人可以合理地相信权利人不会追究侵权行为,法院如果支持权利人嗣后的侵权诉讼请求,则将实质性损害行为人为人,法院为此应拒绝给予权利人任何法律救济。<sup>②③</sup>特别是,如果专利权人参与制定技术标准时,承诺以合理且无歧视的条件许可技术标准实施所需的自身专利,嗣后又不与技术标准实施人诚信地协商许可条件,或对不同实施人施加歧视性的许可条款,违反诚实信用原则,美国法院将不支持永久禁令救济的诉讼请求。<sup>②④</sup>此外,专利权人参与制定技术标准,未按照技术标准制定组织的要求诚实披露可能影响技术标准实施的专利权,可构成“不正当行为”(inequitable conduct),导致相关专利权失效(unenforceable)。<sup>②⑤</sup>

## 五、垄断行为论

违反FRAND许可承诺要构成垄断行为,技术标准实施人必须证明专利权人具有市场支配地位,其行为构成滥用市场支配地位。这常常难以证明。然而,深圳市中级人民法院曾轻易得出以下结论,“在无线通信技术标准中,每一个标准

必要专利许可市场,均构成一个独立的相关商品市场;专利权具有地域性,每一个主权国家中的标准必要专利许可市场又是一个独立的相关地域市场。基于标准中每一个标准必要专利的唯一性和不可替代性,标准必要专利权人在相关市场中具有市场支配地位”。<sup>②⑥</sup>

这一观点的法律基础薄弱。如此狭隘的界定“相关市场”,则我国市场上的垄断企业无数,滥用市场支配地位行为无数。实际上,同种无线电通信产品可以采用多种技术标准,这些技术标准之间可以相互兼容,彼此之间可以呈现竞争关系。深圳市中级人民法院假定全部无线通信技术标准都具有垄断地位,远非妥当。例如,现今3G标准日益广泛,但是4G标准也已投入使用。这两种技术标准正共存于市,相互可以兼容并替代。而且,新一代通信标准正在酝酿。如果不能证明特定无线通信标准本身具有市场支配地位,其每一个必要专利许可市场何以能构成独立的“相关市场”呢?归根结底,深圳市中级人民法院的前述意见同《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》难说一致。

实际上,深圳市中级人民法院恰好落入反垄断法中经典的“杜邦玻璃纸案谬论”(Cellophane Fallacy)之中。该案中,杜邦被指控垄断玻璃纸市场。一审法院认为,杜邦生产全美75%的玻璃纸,以此作为相关市场,则杜邦拥有市场支配地位。然而,美国联邦最高法院提审认为,该案的相关市场应当为“弹性包装材料”,杜邦公司面对其他包装材料的充分竞争,所以不具有市场支配地位。美国联邦最高法院指出“界定相关市场应当从需求者角度进行需求替代分析”。<sup>②⑦</sup>我国《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》

(下转第71页)

<sup>②①</sup> 山东省青岛市中级人民法院(2010)青民二商终字第562号。再例如,国泰世华商业银行股份有限公司诉盈达电子商务软件系统(上海)有限公司买卖合同纠纷案中,法院指出,“在合同约定的解除条件成就后,解除权人应当就解除合同还是继续履行合同择其一行使。若解除权人又要求相对方继续履行合同的,应视为其以自己的行为放弃解除权,该解除权消灭”。申言之,解除权人要求向对方继续履行合同,事后反悔而再要求行使解除权,是违反诚实信用原则的权利滥用。本案法院宣布解除权消灭,即是判决其失效。参见上海市第一中级人民法院(2010)沪一中民四(商)终字第1509号。

<sup>②②</sup> 同注释<sup>②①</sup>,第311~312页。

<sup>②③</sup> See A.C. Aukerman Co. v. R.L. Chaides Const. Co., 960 F.2d 1020 (Fed. Cir. 1992) (en banc).

<sup>②④</sup> See, e.g., Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 696 F.3d 872 (9th Cir. 2012); Realtek Semiconductor Corp. v. LSI Corp., 2013 WL 2181717 (N.D. Cal. May 20, 2013). See also Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis, et al.: IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law (Second Edition), Aspen Publisher, 2013, § 35.5b3.

<sup>②⑤</sup> See Qualcomm Incorporated v. Broadcom Corp., 548 F.3d 1004 (Fed. Cir. 2008).

<sup>②⑥</sup> 华为公司诉美国IDC公司案,深圳市中级人民法院(2011)深中法知民初字第858号;广东省高级人民法院(2013)粤高法民三终字第306号。

<sup>②⑦</sup> United States v. du PONT & CO., 351 U.S. 377 (1956).

观的商标使用许可费,获得更多的商标收入。对于被许可人来说,在获得商标使用许可之后,借助被许可使用商标已经形成的市场影响力,即能够获得可观的市场份额。对于质权人来说,商标许可使用一方面可以利用商标许可使用费清偿债务,另一方面由于被许可人的合理使用,使质权标的即商标权的价值能够持续地增加,减少商标权价值波动的风险。因而从商标权使用许可的最终目的而言,质权人、出质人(许可人)、被许可人能够取得三方共赢的效果。

商标使用许可的上述优势为商标权质权的实现提供了更优化的选择。商标使用许可满足了商标需连续、合理使用的要求,不易造成商标价值的减损;同时,又可以通过收取许可使用费的方式为债务人偿还债务提供保障。

当然,在商标使用许可中,出质人即许可人对被许可人的商标使用负有监督义务,避免由于被许可人不合理使用商标出现商标淡化、商标价值减损的情况。如果出质人有意降低许可使用费或者免收许可使用费,则应看作是对质权的侵害,其处分权应受到限制。

(上接第49页)

亦指出,“在市场竞争中对经营者行为构成直接和有效竞争约束的,是市场里存在需求者认为具有较强替代关系的商品或能够提供这些商品的地域”。然而,深圳市中级人民法院只关心特定单一的无线通信标准,全然不理睬多种无线通信标准之间的制约关系,恰如杜邦玻璃纸案一审法院只关注玻璃纸市场而无视弹性包装材料市场一样。

综上,违反FRAND许可承诺不必然构成滥用市场支配地位的垄断行为。这种违反承诺的行为最多可以证明行为人具有垄断市场的故意,但不足以证明其具有市场支配地位,也不足以证实其从事滥用行为。故而,违反FRAND许可承诺的行为只是判断知识产权人滥用市场支配地位的众多考虑因素之一。

## 结论

FRAND许可承诺本身是法律行为,具有法律效力,但不能以此强制支配承诺人的知识产权和行为。即便把FRAND许可承诺作为债权根据,也必须注意到债权不是支配权,不是对债务

## 结语

质权设定之基本目的首先在于保障债权的安全,其次是追求效率的实现。但是,对于商标权质权这一特殊的质权类型来说,传统的质权实现方式存在局限性,难以保证安全价值的实现,更毋提效率价值的发挥。因此,我们应该针对商标权质权的特点作出个性化的制度设计,寻求更切合实际的质权实现方式,实现对安全与效率的价值追求。

本文认为,在现行法律框架下,商标使用许可是商标权质权实现更为理性的选择。正如前面分析的,商标权许可使用可以有效规避传统质权实现方式存在的问题,为积累企业商誉、增加商标权价值,保证质权人利益的实现提供了更切实的保证。当然,作为一项复杂的制度,以商标使用许可作为商标权质权的实现方式在实践中必然会牵涉到一系列问题,诸如“商标使用许可后质权人的利益保护”、“商标使用许可中出质人的义务”等,无不需理论界认真研究并提出应对之策。■

人人身的支配,不是对债务人行为的支配,也不是对债务人应给付客体的支配。<sup>②7</sup>另一方面,具体许可条件是否公平、合理且无歧视,需要根据个案具体情况确定,难有统一的法律标准。“明显低于正常的许可使用费”虽然可以保护技术标准实施人的利益,但很可能对专利权人不公平、不合理,毕竟FRAND许可承诺不等同于权利人自主限制或放弃知识产权之上的经济利益。为此,有关FRAND许可承诺的研究应该聚焦违反此承诺的法律后果。对此,本文提出五种理论。相比之下,侵权行为论和垄断行为论最弱,缔约过失论、不正当竞争行为论和权利滥用论则更为成熟。据此,如果违反FRAND许可承诺,知识产权人可因为违反《民法通则》第4条而构成滥用权利,致使相关专利权失效;技术标准实施人可依照缔约过失论或不正当竞争行为论,分别援引《合同法》第42条或《反不正当竞争法》第2条,请求承诺违反人赔偿损失,包括因FRAND许可承诺违法其遭受的纯粹经济损失。本文提供的法律框架可为后来更为细致的研究和司法实践提供指引,具有重要的法律意义。■

<sup>②7</sup> 王泽鉴:《债权原理》,北京大学出版社2009年版,第6页。