



5G时代的标准必要专利政策探析

- 吴汉东:应当站在国家安全以及高质量发展的高度看待当前企业及产业所面临的问题。
- 刘春田: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。
- 马一德:国内企业可以联合上下游厂商以及行业协会,共同向反垄断部门进行举报。
- 崔国斌:在对方事先参与了标准的制定,事后又不遵守承诺的情况下,可以推定其欲借助垄断地位进行不合理定价,从而诉诸反垄断法予以救济。
- 李 扬:在反垄断法的框架下考虑此问题,能够实现双方之间利益的平衡。
- 易继明:在企业赢得上升期的同时,我国行业组织、行政部门和司法机关应当有所作为,为我国企业及产业未来发展提供坚强的后盾和法律保障。

法治前沿聚焦

□ 本报记者 蒋安杰
□ 本报通讯员 陈柏维

日前,由北京大学国际知识产权研究中心主办的“5G时代标准必要专利政策”专家研讨会在京举行。北京大学教授易继明、中国人民大学教授刘春田、中南财经政法大学教授吴汉东、中国社会科学院研究员李明德、中国科学院大学教授马一德、清华大学教授崔国斌、中国政法大学教授李扬、中国科学院副研究员刘影、中国信息通信研究院研究员毕春丽等与会专家共同探讨了5G时代的标准必要专利问题,并达成共识。北京大学国际知识产权研究中心主任易继明主持。

与会代表围绕5G标准必要专利所进行的一些全球诉讼案例,就维权企业对实体企业创新和发展所造成的困扰以及对制造业及企业“走出去”所带来的困境进行了深入分析。

毕春丽介绍了5G时代产业发展状况、标准必要专利特点、我国当前所面临的风险、国际规则发展及规划趋势等。毕春丽表示,随着5G商用的深入发展以及在未来对于中国GDP增长存在可观的推动作用,解决5G标准必要专利费率问题愈发重要,与4G时代的标准必要专利相比,5G时代的标准必要专利更趋向于国际化,也受到了更多的外来约束。尽管5G时代我国标准必要专利占比增加,但禁令、高额许可费率及专利分包等风险问题,并不利于我国制造业及其海外业务拓展,毕春丽建议,我国应当制定合理的行业累计费率,给予专利贡献方以合理回报,同时也要注重多方利益之间的相互平衡。

管辖、临时措施和费率成为标准必要专利政策的焦点问题

企业强则国家强,产业兴则国家兴。吴汉东认为,应当站在国家安全以及高质量发展的高度看待当前企业及产业所面临的问题;他呼吁业界应当在遵循专利信息披露及FRAND(公平、合理、无歧视)许可原则的基础之上达成共识。他建议,在立法方面,学术界应该对专利法第四次修改原建议稿中的有条件默示许可以及协商式许可

使用费继续进行深入研究,以助力专利法下一步的修改和完善;在执法方面,行政管理机关除了行政执法以外,还需考虑对许可费率的计算问题予以研究,并制定相应的规则;在司法方面,我国应坚决维护司法管辖权,并在进行司法裁判时秉持公正司法的原则,对中外权利人的利益给予平等保护。

马一德针对目前产业及企业面临的标准必要专利问题提出看法。针对诺基亚最近在全球范围内对OPPO公司发起“诉讼战”的行为,他认为,由于诺基亚现已不再生产手机,与手机企业之间不再存在产品交叉关系,带有NPE(非专利实施主体)性质,而是作为标准必要专利的持有者,先下手为强,提起诉讼以谋求垄断价格。马一德建议,国内企业可以联合上下游厂商以及行业协会,共同向反垄断部门进行举报。

刘影详细回顾了2000年以来的SEP(标准必要专利)相关司法案件,并对标准化组织及相关政府部门出台的政策进行分析。她认为,许可条件如何确定,许可过程是否符合FRAND承诺以及国际裁判管辖等,构成了标准必要专利许可的主要问题;而其中,尤以FRAND许可费率的计算最为关键。她强调,由于进行费率计算的参数设定非常多,可能对任一参数进行调整后得出的结果将大相径庭,因此许可费率的计算并不存在万能公式。对于该如何进行费率计算的问题,她建议应该摆脱思维惯性,从商业角度理解FRAND许可费率,在整体上回归市场,运用市场方式得到最终答案。

崔国斌表示,面对权利人要求许可费率过高的情况,法院不能再依赖于专家证词进行判断,而是应当努力探索出许可费的合理计算方法,并期待法院能够明确许可费率救济的法律适用依据,建立起自身的合法性和说理基础。他认为,在对方事先参与了标准的制定,事后又不遵守承诺的情况下,可以推定其欲借助垄断地位进行不合理定价,从而诉诸反垄断法予以救济。

在救济途径的选择上,李扬再次提到了反垄断法的突出作用。他认为,在反垄断法的框架下考虑此问题,能够实现双方之间利益的平衡。在计算费率时,为了避免某一法院裁定的费率出现极高或极低的现象,法院可以管辖和裁定全球费率,但具体费率应该结合技术贡献率并在反

垄断法框架下进行考量,确定一个区间或固定费率作为合理费率,尔后再来比较双方的过错。

对于第四次专利法修改未能对标准必要专利问题予以具体回应的问题,李明德对此表示遗憾,指出随着通信领域技术的发展,此问题应当受到进一步的重视。他说,“FRAND并非是一个法律术语,而是一种契约。”他特别强调,FRAND既不是司法概念,也不是法律概念,不能离开合同、企业以及市场去谈这个问题,因此在费率确定方面应回归市场,回到当事人之间达成的协议内容及其进行合理解释。李明德赞同在反垄断法的框架内解决这一问题,认为通过反垄断调查的压力,促使双方当事人达成协议。

刘春田则从宏观层面对此问题发表了见解。他认为,从目的正义性角度来看,标准必要专利虽起源于技术,但由技术带来的生产力以及财富分配与交易问题最终需涉及目的上的公平正义。因此,从宏观角度来看,还是要坚持国家法律,遵循市场原则和契约精神。从手段正义性的角度来看,他指出,即便一种规则在目的是正确的,但在手段上也不能超出应有的最低限度。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。

易继明结合产业现状和专家意见,分析了当前5G时代海外“专利劫持”现象,从多维度、多层次对标准必要专利问题进行了分析。他指出,我们之所以对5G时代标准必要专利如此关切,一方面是因为一些标准必要专利权人存在滥用市场支配地位、违反FRAND承诺、获取垄断利益等行为;另一方面,标准必要专利权人必然会将其在手机行业确立的规则延伸至自动驾驶、物联网等领域,不仅会压缩我国企业的利润空间,生存空间及海外拓展空间,也将很大程度上制约我国人工智能产业的快速发展。

对于禁诉令、反禁诉令,甚至反反禁诉令可能造成的“诉讼僵局”问题,易继明认为,从法律体系来看,将专利权纳入技术标准之时,权利人与潜在的实施人之间就建立了事实上的契约关系;除非实施者不承认权利人专利权的存在或者恶意磋商并拒绝支付合理许可费,否则我们就不能简单地通过认定侵权,从而颁发禁令阻止实施者实施。这就是说,如果双方还在善意谈判、商讨合理许可费率之际,就应当在合同

法框架下解决问题,法院应该审慎地使用禁令措施,因为权利人不存在不授权的问题,分歧仅仅是费率而已。

易继明呼吁,在企业赢得上升期的同时,我国行业组织、行政部门和司法机关应当有所作为,为我国企业及产业未来发展提供坚强的后盾和法律保障;同时,他也鼓励我国企业积极应对“专利战”,参与全球博弈,赢得未来规则中的话语权。

凝聚共识,积极参与5G时代SEP规则的制定

与会专家学者对进入5G时代的行业乱局、司法僵局及产业发展等问题表示了关切与忧虑,对构建一个权利授权许可与实施的良性生态表达了希冀。与会专家学者通过重点发言和具体分析,达成了以下基本共识:

第一,对全球适用的通信领域标准必要专利问题及其有关司法活动,应当去国家化、去政治化。

第二,中国通信技术及通信领域企业的发展为全球通信技术及其产业发展作出了重大贡献,也带来了新的机遇。中国司法机关对相关产业发展,标准技术、专利权及其费率存在深度理解的现实场景,能够对相关问题进行客观判断和裁决。中国反垄断部门有能力判断企业是否利用相关标准必要专利获得了垄断地位,并滥用了这种垄断地位所形成的市场优势获取或者试图获取垄断利润。

第三,FRAND原则过去是、现在仍然是标准必要专利许可中的一项基本原则,司法机关、反垄断部门应该积极介入,保障权利人和实施人回归市场进行理性谈判。中国既是一个技术研发成长中的国家,更是一个制造大国,对于公平、合理、无歧视原则具有更加强烈的期待和遵循。

第四,国家知识产权部门、工业和信息化部、市场监督管理部门等应该在专利权是否为标准技术所“必要”,标准必要专利授权许可指南、专利许可费计算标准等方面,提供相应的指导,引导行业健康发展。

第五,5G时代既是过去3G、4G的延续,也是产业格局重新塑造的一个过程,中国相关企业、行业协会及相关政府职能部门应该积极应对,在新的产业格局形成中为我国企业营造一个公平竞争的市场环境。

“刑民(行)关系与犯罪认定”之二十九

超层越界开采与非法采矿罪

刑法光图

□ 周光权(清华大学法学院教授)

众所周知,刑法分则相关规定中“违反国家规定”“违反国家有关规定”等内容,能够为刑事违法性的判断奠定基础。例如,刑法第三百四十三条规定,违反矿产资源法的规定,未取得采矿许可证擅自采矿,擅自进入国家规划矿区、对国民经济具有重要价值的矿区和他人矿区范围采矿,或者擅自开采国家规定实行保护性开采的特定矿种,情节严重的,构成非法采矿罪。因此,对于本罪的认定,矿产资源法、水法等法律法规有关矿产资源开发、利用、保护和管理的规定是定罪时难以离开的判断素材。

最高人民法院、最高人民检察院《关于办理非法采矿、破坏性采矿刑事案件适用法律若干问题的解释》(2016年11月28日公布)第二条第3项的规定,未取得采矿许可证包括“超越许可证规定的矿区范围或者开采范围”的情形。关于超越矿区范围采矿,原国土资源部办公厅《关于认定超越矿区范围采矿法律适用问题的复函》(国土资厅函[2007]231号)指出,根据《矿产资源开采登记管理办法》第三十二条“本办法所称矿区范围,是指经登记管理机关依法划定的可供开采矿产资源的范围、井巷工程设施分布范围或者露天剥离范围的立体空间区域”的规定,在采矿登记管理机关批准的矿区范围(即由拐点坐标和开采深度圈定的立体空间区域)内开采矿产资源的,不属于超层越界开采。按照这一批复的精神,超层越界开采构成非法采矿罪。有关司法裁判也按照这一逻辑对被告人定罪处罚。例如,2017年底至2018年10月,李某,江某和采矿现场管理人肖某在某矿山开采花岗岩矿期间,疏于管理,未对采场开采标高进行有效管理,以致超越批准的海拔标高开采花岗岩矿。经鉴定,李某、江某等人在某矿山非法开采造成矿产资源破坏的价值为47.62万元。法院认为,被告人李某、江某在矿山开采过程中,违反矿产资源法的规定,超越许可证规定的开采范围,构成非法采矿罪,判处被告人李某有期徒刑一年六个月,缓刑两年;以被告人江某犯非法采矿罪,判处有期徒刑一年四个月,缓刑两年,并处罚金人民币4万元。应当说,这一判决是具有合理性的。

不过,这并不意味着所有违法的超层越界开采行为达到一定数量后,就都可以构成本罪,因为违法性的判断是实质的,认定犯罪要考虑刑法所固有的违法性,违反规定的行为具有行政违法性,但其是否具有刑事违法性是存疑的,因此,违反规定固然是刑事违法的判断工具,但仅仅是判断构成要件该当性是否具备的“辅助性”工具。顺及前置法,审查其所提供的刑事违法性判断基础,绝对不等于“从属于”前置法,否则就可能陷入思维的简单化、定罪的扩大化。因此,在实务中,既要判断行政犯中“违反规定”的内容,又要认识到某仅能对客观构成要件判断提供有限支撑。对此,再结合前述超层越界开采问题作进一步分析。

例如,甲公司合法取得矿业权,其采矿许可证范围内核定标高的资源价款均已全部缴清。但是,在后续实际矿产开采过程中,由于井下地质条件特殊(主要是煤层走向存在倾斜角度等),发生了核定标高范围与批复可采煤层不完全相符合的“超层越界开采”情形,因此,在煤炭资源实际开采过程中,不能完全按照原来的采矿许可证所核定的标高开采,只能按照煤层赋存的实际情况开采,并按照主管部门出具的缴款通知缴纳了矿业权出让收益。甲公司在开采过程中,对于标高差异问题曾在上报有关主管部门的《煤矿开发利用方案》《初步设计说明书》《储量核实报告》中均如实描述,对于超出标高部分开采的煤矿,其数亿元资源价款由于自然资源管理部门未委托评估,至案发时亦无法缴纳。对于采矿许可证登记的标高与实际开采的标高不符情形下的采矿行为,能否认定为违反矿产资源法的规定,未取得采矿许可证非法采矿,进而构成犯罪?

如果按照刑法从属于行政法的立场,可以认为甲公司对于超越许可证核定的范围采矿的行为具有非法性。但是,本罪既然被规定在“破坏环境资源保护罪”的类罪之中,其法益显然不是为了单纯保护采矿权许可证发放、审批等制度,而是为了防止矿产资源不被非法盗取进而造成环境资源破坏。就此而言,本罪与日本刑法中的侵占不动产罪具有大致相同的性质,属于广义的针对不动产的“特殊盗窃罪”。但是,本案的甲公司在开采过程中,对于标高差异问题曾在上报有关主管部门的书面材料中均如实报告,其行为性质难以认定为足以侵犯矿产资源的“盗取”行为,即便该行为违反了矿产资源法,也只需要进行采矿权变更登记。行为人未及时进行标高调整的,按照行政法处理即为已足,刑法不宜介入。对此,原国土资源部、国家安全生产监督管理总局、国家煤矿安全监察局《关于开展煤矿超层越界开采专项检查整治行动的通知》(国土资发[2017]21号)规定了处罚措施,即把超层越界开采作为重大安全隐患进行处罚,责令煤矿停产整顿,同时并处50万元以上200万元以下的罚款,对煤矿企业负责人处3万元以上15万元以下的罚款。依照这一行政处罚规定对甲公司及其负责人予以处理,能够做到过罚相当。

由此应当认为,行为违反前置法的相关规定,对于犯罪认定至多有提供判断客观构成要件的线索的意义。在犯罪认定需要参照前置法的情况下,具备前置法违法性,极有可能产生类似于刑事程序上“初查”的效果。行为人违反前置法的事实可能会提示司法人员:行为人有构成犯罪的一定程度上的嫌疑。但是,被告人是不是确实有罪,司法人员必须根据罪刑法定原则,结合具体犯罪的构成要件与规范目的(包括法条关系、法益种类等),刑法的谦抑性等等进行违法与否的判断。此时,重要的不是前置法的形式,前置法上关于“违反本法规定,构成犯罪的,依法追究刑事责任”规定的独立意义很有限,对犯罪的认定也不可能产生根本性的制约。在认定犯罪时,必须根据刑法设置该罪的特定性、具体化目的进行解释,既不能形式地将行政违法判断套用到犯罪认定上,也不能不加甄别地直接援用行政机关的决定或鉴定作为判断依据。即便按照前置法的规定认定为违法,但基于刑法谦抑性的考量得出无罪结论的情形也是存在的。

(“刑民(行)关系与犯罪认定”之二十八详见于《法治日报》2021年11月17日9版)

诺贝尔奖所记载的并不只是人类天才

《三联生活周刊》第1159期封面文章《改变世界的人》中写道:在新冠肺炎疫情蔓延的近两年时间里,整个世界忽然被打断,似乎一下就陷入凝滞状态之中。人们习以为常的生活方式被颠覆,尽管还能通过网络联系和工作,很多人依然感觉自己被世界所遗忘或抛弃。尽管大受影响,但这两年来诺贝尔奖并未中断,可谓弦歌不辍。其实诺贝尔奖并非没有中断过。如果我们回顾诺贝尔奖从诞生至今120多年的历史,会发现它所记载的并不只是诸多星光闪耀的人类天才,也是一部充满了苦痛和意外的人类史。阿尔弗雷德·诺贝尔从19世纪燃起的对于全人类的梦想,随着诺贝尔奖一直延续至今,从未消散。

而就在诺贝尔奖诞生几十年后,第一次世界大战爆发。这对人类社会造成了前所未有的破坏,紧接着又发生了一场大瘟疫。在战争期间,各国的科学家们不得不为自己的国家出力,诺贝尔奖不得不中断。如果我们在100多年之后,另一场瘟疫肆虐期间查阅诺贝尔奖的历史,会发现20世纪初的这两个大事件,都在诺贝尔奖的历史上留下了浓重的记号。有的人因为战争或瘟疫的关系而获得诺贝尔奖被世人所铭记,有的人则是因为没有获得诺贝尔奖而被世人所铭记。

把诺贝尔奖的历史与现在相比较,可以发现新冠肺炎疫情虽然让诺贝尔奖连续两年无法对外开放,却也并未阻止它继续颁发。现代网络技术的出现大大缓解了疫情对人们生活造成的影响。2021年的诺贝尔奖晚宴虽然依然无法举办,但是会有“一系列线上和线下的活动”代替。

莫高窟是沉淀了1650多年时光的巨大宝藏

《小康》2021年第27期封面文章《青春出发 守望敦煌》中写道:敦煌研究院的院子里,有一尊名为“青春”的雕像,雕像里的短发少女背着挎包,右手拿着草帽,昂首向前。这尊雕像创作于1964年,作者是从西北美术学院分配到敦煌研究院(当时的敦煌文物研究所)的孙纪元,雕像的蓝本是刚来敦煌的樊锦诗。

樊锦诗1963年到莫高窟,半年都奉献给了这片土地,被誉为“敦煌的女儿”。孙纪元比樊锦诗来到莫高窟的时间早了10年,和他一起来的还有另外三位学习美术的学生,他们四人是新中国成立后由国家分配给敦煌文物研究所的第一批大学生。

莫高窟是沉淀了1650多年时光的巨大宝藏,但对于人生轨迹与莫高窟相交的年轻人,初心也许并不是要成就一个“伟大的壮举”,而只是一次人生抉择。只不过,当闪光的青春融入宝藏的大漠,这样的抉择背后,总会有如许动人的故事。他们把自己的生命完全交付给敦煌的流沙和千佛洞方圆百里的匆匆消逝的光影,在一种貌似荒寒的人生景致中等待一个又一个莫高窟的春天。

(赵珊珊 供稿)

