

DOI:10.15918/j.jbitss1009-3370.2019.1061

从高通案看韩国规制滥用知识产权垄断新发展

陈兵

(南开大学 法学院, 天津 300350)

摘要:以韩国公平交易委员会(Korea Fair Trade Commission, KFTC)在2016年底对高通公司的处罚决定为标志,直接针对高通公司的闭合型反竞争商业模式课以矫正措施,从根本上遏制和消解了其反竞争能力和效果。KFTC首次明确提出了建立规制滥用知识产权垄断的开放性生态竞争系统对促进创新与竞争的关键性与必要性,并做了规制实验。对比KFTC于2009年和2016年对高通公司的两次反垄断处罚,发现:(1)提高多维度合规调查的力度与强度;(2)提升反垄断调查程序的透明度与参与度;(3)运行系统性和持续性的矫正措施;(4)从单向度的规制滥用行为到多向度的促进商业模式的健康运行,已成为韩国规制滥用知识产权垄断的行动向度。中国大力推进知识产权创新,亟需构建科学合理适宜操作的规范知识产权市场自由公平竞争的法治系统与方法。在全面推进知识产权创新的同时,促进相关市场上自由公平竞争秩序的健康运行,实现知识产权创新保护与公平自由竞争之间的整体性与时代性的结合。

关键词:韩国高通案;滥用知识产权;知识产权创新;闭合型反竞争商业模式;开放型生态竞争系统

中图分类号:DF523;DF971

文献标识码:A

文章编号:1009-3370(2019)03-0158-08

高通公司(Qualcomm Inc.,简称“高通”)是全球最大的专利技术许可经营者,同时也是世界上占有市场支配地位的移动通信基带芯片的制造商和销售商。高通公司拥有移动通讯(Mobile Communication)技术领域的大部分标准必要专利(Standard Essential Patents,SEPs),譬如CDMA(2G)、WCDMA(3G)和LTE(4G)等移动通信标准技术,生产芯片和手机时所需要使用的移动通讯技术,均需高通公司对标准必要专利进行许可。与此同时,高通公司也利用在基带芯片市场上的纵向一体化垄断地位(vertically integrated monopolistic position),将芯片供应作为强迫交易相对方签订不公平专利许可协议的筹码,向竞争对手及下游手机生产商施加压力。在业内,其商业模式招致了“专利流氓”的恶名,专利许可所需要缴纳的高额专利费也被戏称为“高通税”^[1]。

一、全球主要竞争执法机构对高通公司的反垄断调查

近年来,主要自2015年中国国家发展和改革委员会对高通公司滥用知识产权行为予以处罚以来,高通在移动通信市场上,利用其在标准必要专利许可(Standard Essential Patents,SEP)上的支配地位和基带芯片制造与供应上的支配地位的相互交叉传导的商业行为引起了一些国家和地区竞争执法机构的高度重视,在世界范围内掀起一股反高通滥用知识产权垄断的竞争执法新浪潮。

欧盟委员会竞争执法部门曾针对高通开展过两次反垄断调查。第1次调查始于2007年,高通的专利许可行为违反FRAND承诺,违反了欧盟竞争法条款^[2]。欧盟指出,高通可能存在的行为会导致消费者在购买手机时支付更多费用。此外,还会延缓3G、4G技术的发展。然而,第1次调查最终在2009年被撤销^[3]。在2015年7月,欧盟又对高通展开了新一轮的调查,调查的主要内容集中在两个方面:其一,高通是否提供了排他性回扣(exclusivity payments)。有证据表明,高通自2011年起向一名主要手机及平板电脑制造商支付高额费用,要求该企业仅使用高通的芯片生产手机及平板电脑。其二,高通是否实施了掠夺性定价(predatory pricing)^[4]。经调查,高通为巩固在移动通信技术市场上的支配地位,企图以掠夺性定价的手段把英国无线技术公司Icera排挤出市场,目前调查仍在继续^[5]。2017年7月,针对欧盟要求其提供旧材料辅助调查的上诉失败,高通必须继

收稿日期:2018-06-01

基金项目:天津市哲学社会科学规划课题重点项目资助“人工智能时代竞争规制法治的改进”(TJFX18-002);天津市科技计划项目资助“人工智能对社会治理模式变革影响的研究”(18ZLZNGX00030);中国博士后科学基金国际交流计划派出项目资助“中韩竞争法实施比较研究”(20150029);南开大学百名青年学科带头人培养计划项目资助“中国反垄断法实施问题研究”(2017-2021)

作者简介:陈兵(1980—),男,教授,博士生导师,竞争法律与政策研究中心执行主任,E-mail:bing.chen@nankai.edu.cn

续配合调查,否则将面临每日58万欧元的罚款⁹。欧盟竞争执法机构对高通的态度也趋于严厉,正如欧盟时任竞争专员玛格丽特·韦斯塔格(Margrethe Vestager)指出,有效竞争是刺激创新的最佳途径,欧盟更希望企业间的竞争能够植根于产品本身,以使消费者购买到的手机产品能够物有所值。

美国联邦贸易委员会(Federal Trade Commission,FTC)也在2017年年初开始对高通进行反垄断调查。FTC指控高通利用其在基带芯片市场上的支配地位向手机制造商及弱势竞争者强加具有反竞争性的供应和许可条款。其中,FTC对高通的指控主要集中在3个方面:第一,高通的“不许可,无芯片”政策,即仅在手机制造商同意高通认可的专利许可条款时才供应芯片。第二,拒绝将专利许可给竞争对手使用。第三,高通为达到挤压苹果公司的效果而降低专利许可费,阻止苹果从其竞争对手处获得基带芯片。与欧盟相同,FTC也指出高通阻碍了原本会使消费者获利的科技创新,而这样的行为可能造成的后果不仅限于无线传输技术,更可能影响包括消费者产品、交通工具、建筑等其他物联网环节的互联性¹⁰。

除了欧美竞争执法区域,亚洲主要竞争执法区域内竞争执法机构也持续关注高通实施的反竞争行为。譬如,中国国家发展和改革委员会(简称“发改委”)在2015年2月对高通作出了严厉的行政处罚。发改委认定高通在中国CDMA、WCDMA和LTE无线标准必要专利许可市场以及基带芯片市场上占有支配地位并实施了反竞争行为。在无线标准必要专利许可市场上,高通的违法行为体现在滥用其在无线标准必要专利许可市场的支配地位,收取不公平的高价专利许可费,包括对过期无线标准必要专利收取许可费和要求被许可人将专利进行免费反向许可,以及滥用在无线标准必要专利许可市场的支配地位,在无线标准必要专利许可中,没有正当理由搭售非无线标准必要专利许可。在基带芯片市场上,高通则滥用市场支配地位,在销售基带芯片中附加不合理条件。最终发改委对高通作出了60.88亿元人民币的罚金,并责令高通停止滥用市场支配地位的违法行为¹¹。

中国台湾地区竞争执法机构(公平交易委员会)也在2017年10月11日发布公告,依据《公平交易法》第9条认定高通以不公平的方式直接或间接阻碍其他同行业竞争者,处以234亿新台币(约合51亿人民币)的罚款¹²。中国台湾地区公平交易委员会与发改委认定的违法事实大致相同。除了课以巨额罚款外,台湾公平交易委员会还要求高通停止以下活动:第一,在已签订的协议中适用要求竞争者提供诸如芯片价格、客户、销售数量以及产品模型编号等敏感信息的条款;第二,在已签订的零件供应协议中适用手机制造商使用未经授权的专利则不提供芯片的条款;第三,在已签订的协议中向交易相对方提供回扣以换取排他性交易权的条款。此外,台湾公平交易委员会还要求高通在30天内以书面形式告知竞争对手和交易相对人,他们可以在收到通知起的60天内要求与高通修改合同,签署新合同,同时还要依据诚信互惠的原则协商条款。高通不得在协议中禁止对方将争议诉诸诉讼或仲裁的要求。最后,高通还要每6个月上报协商结果。这方面的矫正措施与韩国公平交易委员会于2016年12月作出的对高通的处罚决定中的矫正措施十分相似。

除了中国发改委和中国台湾地区竞争执法机构对高通予以反垄断调查和处罚外,韩国公平交易委员会(KFTC)也对高通滥用知识产权垄断进行了反垄断调查。早在2009年KFTC就启动了对高通的第一轮反垄断调查与处罚。当时普遍使用的无线通讯技术还仅限于CDMA及GSM(全球移动通信系统)两种,高通已完全占据了CDMA专利市场及基带芯片市场,为维持其市场地位,高通采用收取歧视性专利费,提供附条件回扣的行为将竞争对手排挤出市场,最终KFTC对高通处以了约合2.087亿美元的罚金,针对高通的3种垄断行为进行了规制¹³。在2016年底,KFTC又一次发布了对高通的处罚决定,而这次的处罚对高通构成了近乎致命的打击,直接矫正高通的整体市场行为和商业模式。

纵观全球主要竞争执法机构对高通滥用知识产权掀起的反垄断浪潮,欧盟委员会竞争执法机构最新一轮的调查还在继续,美国FTC刚刚宣布开展对高通的调查,其结果遥遥无期。中国国家发改委的处罚决定对高通的规制作用有限,巨额罚款只是对高通造成了短期利益影响。中国台湾地区的处罚,很难从根本上抑制高通的反竞争能力。对比考察韩国,高通尚未认可KFTC的矫正措施,正在积极寻求上诉。根据最新的首尔高等法院的审理结果“于2017年9月4日,驳回了高通公司的请求,继续执行KFTC要求高通针对其专利授权方式采取整改措施的命令。但是,就要求法院撤销KFTC的裁定的判决仍未作出。”¹⁴究其根本,很大程度上在于KFTC的处罚决定触及了高通商业模式的核心,能从根本上瓦解其反竞争行为及其危害。KFTC

^① 《中华人民共和国国家发展和改革委员会行政处罚决定书》,发改办价监处罚〔2015〕1号。http://www.ndrc.gov.cn/gzdt/201503/t20150302_666209.html,最后访问于2017年11月10日。

在处罚决定书中详尽地分析了高通的违法事实,并对高通具有反竞争性和反创新性的商业模式进行系统全面的剖析,开创性地针对高通的整体商业模式提出系统性的矫正措施,值得深度解析。

二、2016年KFTC对高通公司的矫正措施评析

2016年12月,KFTC对高通及其两个附属公司(统称高通)处以约合9.12亿美元的罚款,并针对其具有反竞争性的商业模式提出矫正措施,原因是高通滥用其在移动通讯(Mobile Communication)SEP市场和基带芯片市场上的支配地位,限制排除竞争,收取高额专利许可费,强制免费反向许可以及附件不公平交易条件等^[115]。目前,虽然高通已经上诉,但是韩国法院撤销KFTC裁定的可能性非常之小,且案件审理过程并不影响裁定的执行^①。

(一)高通滥用市场支配地位行为透视

自20世纪末始,随着无线移动通讯技术的快速发展,为提升不同技术之间的互用性(interoperability),减少下游制造商的投资损失,无线移动通讯技术逐渐趋于标准化,各国一般都会确定1~2种技术作为本国的标准无线通讯技术,也即后来的无线通讯技术市场中的标准必要专利SEP。专利许可市场源于这样一些原始技术,最初具有代表性的是由高通完全持有的CDMA技术,以及由诺基亚、索尼、爱立信等公司持有的GSM技术。这些原始技术作为基础供给,通过专利许可流向下游零部件制造市场及手机制造市场,处于上游市场的专利持有者往往具有难以撼动的市场影响力。由此,无线移动通讯产业可被划分为4个市场:专利许可市场,零部件市场(包括基带芯片等),手机制造市场以及通讯服务市场^[112]。高通掌握着无线移动通讯产业的大部分标准必要专利,同时还把持着以无线移动通讯技术为基础的基带芯片制造与供应市场的命脉,它占据支配地位的专利许可市场和基带芯片市场处于整个无线移动通讯市场的上游,具有显著的纵向一体化垄断经营者特征。高通的竞争对手生产和开发产品需要从高通获得专利许可使用权,下游手机制造商不得不依赖高通的通讯技术,这使得高通在竞争中总能占据优势地位^[113-4]。在专利许可市场,高通目前拥有最多的SEPs,包括CDMA全部技术、WCDMA技术的27%以及LTE技术的16%^[113-4]。在基带芯片市场,高通同样在CDMA芯片市场占有垄断地位,市场份额在2008年已经占到约98.4%^[9],虽然后来有所下降,但是仍然具有市场控制力。在WCDMA和LTE芯片市场,高通虽不像拥有CDMA技术那样能够形成完全的垄断,但由于目前无线移动通讯技术领域要求新的技术必须对旧的技术有兼容性(backward compatibility),即WCDMA和LTE芯片也必须能够兼容CDMA技术,故此,高通的专利许可是同类竞争者和手机制造商不得不面对的难题^[115]。

进一步分析,高通建立了一种基于其纵向一体化垄断地位而实施的交叉相互传导的商业模式,即通过在两个相互关联的相关市场上的支配力的相互传导,达致一个完全闭合的反竞争系统并不断强化该闭合系统^②。第一,拒绝或限制向芯片市场上的竞争对手许可SEPs;第二,通过将芯片供应条款与专利许可条款联系在一起,将其在芯片市场上的支配力传导于专利许可市场上,以看似公平合理非歧视的合同形式绕过“公平合理非歧视(FRAND)”承诺,实质上强迫交易相对人签订和履行不公平的合同内容;第三,在未经合理议价或者说不存在合理议价空间的前提下,强迫交易相对人接受单边决定的专利许可条款,只提供打包专利许可,并要求手机制造商进行免费的反向专利许可等^[115]。最后,通过免费的反向专利许可,高通公司形成专利保护伞,进一步巩固在移动通信SEPs市场上的支配地位,对芯片市场上的竞争对手形成强大的不可摆脱的控制力。这样一来又巩固了其在芯片市场上的支配地位,进而能对手机制造企业产生基于芯片市场支配力传导的巨大控制力。周而复始,循环下去,一个反竞争和反创新的闭合垄断系统越来越固化和严密,使处于这个系统中的每一个经营者都难以摆脱。KFTC从具体违法事实分析入手,评估高通滥用行为的反竞争危害,从根基上期望打

①需要补充的是,根据韩国诉讼审级制度的规定,实施三审终审。具体到KFTC裁决的案件,由于KFTC具有准司法权,其裁决被认为是初审,高通公司不服KFTC裁定可以向首尔高等法院,直至最高法院上诉。目前,2009年KFTC对高通做出的处罚裁决,2012年9月上诉至最高法院,目前尚未审结。可以预见,高通在韩国的诉讼过程将是漫长的,在诉讼中并不影响裁决的执行。

②此处所提的“闭合系统”是指由至少两个或以上相关市场上的支配力相互传导形成的有机的可循环往复的整体性商业模式。通过对单一相关市场上的行为予以规制是无法破除的,外部经济力更是无从介入,极易呈现为一种平台运行模式,即与之相关的所有资源和用户都依赖于该平台企业展开具体的经营活动。“闭合系统”与传统商业模式下的“封闭结构”不同,前者具有整体性、系统性及自更性。后者所指的“封闭结构”,通常是借助经营者在某一相关市场上的支配力,影响与之交易的上下游的经营者和平行竞争者,实现某单一相关市场上的排他性竞争目的,是可以通过对该单一市场上的具体行为的竞争规制予以破除的,然而,“闭合系统”一旦形成,并不能通过对某单一相关市场上的行为规制,达致破除限制排除竞争的效果,必须通过整体性和系统性地对所涉多个相关市场上的各个关联行为予以同时矫正,方可到达恢复自由公平竞争的效果。而且,如不采取后文所提及的实时性持续监管,该“闭合系统”还存在“死灰复燃”的危险,这与其系统的自我改造升级不无关系,体现为一种自更性特征。

破这种强大的看似合法的,而实质上却反竞争与反创新的闭合型商业模式。

(二)高通滥用市场支配地位行为的违法事实

高通违反 FRAND 承诺限制了 SEPs 授权。为保障技术创新和公平竞争,持有标准必要专利的企业都需要遵循公平、合理、非歧视的 FRAND 承诺,不得不合理地限制或禁止其他企业使用其专利。高通始终拒绝或限制对手使用其持有的无线移动通讯 SEPs,包括三星、英特尔和威盛(VIA)在内的3家公司都签署了 SEPs 许可协议,但是高通却拒绝签署。在芯片制造竞争对手联发科(MediaTek)的要求下,高通也仅是与其签署了不完整的许可协议,协议中限制了竞争对手销售和使用芯片的权利。此外高通还要求其对手报告诸如产品模型销售数量、模型种类及客户名称等敏感销售信息^[116-7]。

高通运用在基带芯片市场的支配地位将控制力传导于专利许可市场。高通的狡黠之处在于将自己占据支配地位的两个相关联的相关市场联系起来,以芯片供给作为杠杆,强迫手机制造商与之签订不公平的专利许可协议,对不使用高通专利的企业则不供应芯片。此外,高通还以终止芯片供应作为与手机制造商磋商的筹码,规定在手机制造商不签订或不执行许可协议时,可以单方面终止供应芯片^[117]。

专利打包许可,强迫签订不公平协议,要求手机制造商免费反向许可。高通仅为手机制造商提供复杂的打包许可,不进行必要专利与其他专利,或是 2G、3G 和 4G 技术的区分,要求手机制造商连同非必要的专利一起接受,否则将不许可其使用 SEPs。此外,在未经合理议价或不存在合理议价空间的情况下,高通强迫手机制造商接受单边决定的许可条款^[117-8]。免费反向专利许可也是高通维持市场支配地位的手段。使用高通的芯片和专利,手机制造商则必须将手机上的其他专利许可给高通使用,这就为高通提供了专利保护伞(patent umbrella),客观上强化了高通的市场支配地位。

将以上行为组合成为一种源其纵向垄断地位的具有闭合性的反竞争商业模式。高通凭借在专利市场和芯片市场上的支配地位,对竞争对手限制或拒绝 SEPs 授权,与手机制造商签订各类不平等交易协议,巩固了在两个市场上的支配地位,增强了在谈判中的控制力,这种商业模式形成一种循环系统,使得高通能维持并利用在专利许可和基带芯片两个市场的支配地位^[118]。

(三)高通滥用市场支配地位行为的危害

高通的这种具有闭合性的反竞争商业模式对两个市场形成了交叉传导的反竞争危害,在严重抑制两个具有关联性的相关市场上的自由公平竞争的同时,也深度阻碍了移动通讯科技的进一步创新。

在芯片市场上,高通一直采取“双重标准”。一方面从其他企业获得专利许可,另一方面拒绝将自己掌握的专利许可给他人使用。高通拒绝向竞争对手进行专利许可授权的行为一方面限制了竞争对手获取客户,另一方面也能插手竞争对手和对手客户间的交易过程。譬如,竞争对手与未获得高通专利许可授权的手机制造商交易时就会面临专利侵权的困境,而在和与高通签署了专利许可协议的手机制造商交易时,这些手机制造商又不得不履行高通制定的不公平协议条款,故此,无论如何高通都可以实质性地参与到竞争对手与其客户的交易中实施干扰^[119]。高通在芯片市场的反竞争的巨大危害具体可以通过两个指标更为直观地反映。其一,主要芯片制造商陆续退出市场,市场进入受限。在德意志银行确定的11家主要芯片企业中,有9家已经退出了市场。尽管在2008年芯片市场的规模已经扩大了近两倍,然而,由于高通拒绝许可的行为,仍没有新的显著的竞争者能进入市场。其二,高通在芯片市场的市场份额和集中度始终稳步上升^[111-12]。

在专利许可市场,高通作为大量移动通信 SEPs 的持有者,将购买芯片作为获取专利许可前提的行为使得 FRAND 承诺失效。手机制造商除了高通的芯片之外没有其他选择,故此无法在协商中与高通处于平等的地位。主要竞争执法机构都将许可人(高通)以专利侵权为由,在法庭上对“自愿”的被许可人(手机制造商)申请禁令救济的行为,视为违反竞争法的行为。何况在高通的商业模式下,由于不公平协议的存在,无需通过诉讼高通即可立刻停止供应芯片,以此来胁迫手机制造商遵从其不公平交易条件。另外,高通的一揽子许可协议也违反了 FRAND 承诺,除了要求被许可人接受含有非必要的专利之外,在无线移动通讯技术已经进步,高通的技术已经被显著削弱的情况下,囿于打包许可协议的存在,高通仍不改变专利费率。与此同时,在没有支付合理对价的情况下,高通及其客户都可以使用原本属于手机制造商的专利^[113-14]。这类明显违法公平合理交易规则的专利许可收费和许可使用条件构成了对移动通信 SEPs 市场竞争秩序及其他经营者的利益损害。而且,由于高通商业模式的广泛适用,无线通讯技术领域的研发创新工作遭受重创。由于免费反向专利许可条款强制书写于协议之中,手机制造商丧失了研发投资的动力。又由于高通单方面决定支付

的专利费率,手机和芯片制造商也都失去了开发新技术的热情。高通窃取了这一领域所有市场参与者的研发成果,严重阻碍了科技进步^{[11]4}。

(四)KFTC对高通采取的具体矫正措施

KFTC适用韩国《垄断规制与公平交易法》(Monopoly Regulation and Fair Trade)第3-2^①条第1款第3项的滥用市场支配地位,以及第23条第1款第4项中的两类不公平交易行为的规定对高通进行了处罚。除了约合9.12亿美元的罚款外,KFTC更希望能从根本上矫正其商业模式,允许更多经营者进入相关市场,从根本上改变闭合型反竞争的市场结构。其一,KFTC要求高通针对专利授权协议与其他芯片供应商进行善意磋商,不得对专利许可范围或权利设置不合理限制。KFTC还进一步明确了开展磋商所应履行的必要程序。其二,禁止高通利用芯片供应作为杠杆强迫交易相对人执行专利许可协议,并不得随意变更或删除协议中的相关条款。其三,高通不得向手机制造商强加不公平的合同条款,当手机制造商需求变更时,则需重新进入磋商程序。KFTC特别强调禁止高通强加打包许可或免费反向专利许可等条款。最后,在未来实践中,高通需要将KFTC的矫正措施以及其需要遵守这些措施的这一情况通知给手机制造商和芯片制造商。并且,如高通根据矫正措施修改或删除协议条款也要及时向KFTC报告^{[11]5-16}。从以上矫正措施中不难看出,KFTC将对高通进行持续的矫正和监管,以达到完全清除高通所实施的反竞争商业模式的严重危害。

三、2016年韩国高通案的实践总结

2016年的韩国高通案并非韩国首次针对高通展开的反垄断调查及处罚。早在2009年之前KFTC就开启对高通的反垄断调查。虽然,当时韩国已经将GSM技术商业化,但是为了寻求发展机遇,在1996年又将CDMA成功用作商业使用,而高通作为CDMA技术的完全持有者,在1997年向韩国通讯技术协会(TTA)提交了会向其他企业许可专利使用的承诺。在随后的实践中,高通违反自己的承诺,实施了对其他企业收取歧视性专利费,提供回扣等一系列滥用市场支配地位的行为,为此,KFTC在2009年对高通实施了处罚^{[12]5}。然而,2009年的反垄断处罚并未达到预期效果。于是在2016年,KFTC总结了以往的经验教训,在新一轮的反垄断调查与处罚中抓住了高通反竞争行为及模式的根本,重拳出击,最大程度上撼动了高通的反竞争活动的根基,遏制了其反竞争能力的进一步强化,有利于重塑开放型竞争生态系统。为全球范围内的反高通滥用知识产权垄断树立了典范,其经验值得推广。

首先,应加强与提升多维度多向度的合规调查的力度和强度。从调查维度来看,2009年KFTC重点调查了高通滥用市场支配地位的3项行为:收取高额歧视性费用,在购买一定数量芯片时给予回扣,以及专利到期或无效后仍收取专利费。而在2016年的调查中,KFTC着重关注了高通利用杠杆作用将其在专利市场与芯片市场的支配力联系在一起的交叉传导结构,并特别指出了高通将其所有违法行为结合起来,形成了一种反竞争的商业模式。由此可见,未来调查基于知识产权行使而出现的滥用市场支配地位违法行为的关键已不再局限于单个行为本身,或者说不能基于单向度的单一相关市场上的行为进行违法性分析,而需应因与知识产权行使相关的所有相关市场上的行为综合效果的多向度考察,尤其是注意经营者行为整体性和系统性的调查,以及蕴含于整体性与系统性之下的多种法律适用竞合的考察。换言之,从以前的单维度单向度的平面化的单项行为考察,转向为多维度多向度的立体化的多行为综合模式考察。此类注重整体性与系统性模式规制的方法更适应在激励知识产权创新与维护市场自由公平竞争的双重需求下,对可能涉嫌反竞争和反创新的市场行为的规制需求,旨在建立一个开放的生态型竞争与创新系统^{[11]17-18}。

其次,应有效针对违法垄断经营者的反竞争能力进行根本矫正。在2009年KFTC的行政裁决中,仅对以上提到的3项行为分别进行了规制,责令高通禁止从事这3项活动。但是在2016年的行政处罚决定中,KFTC除了对高通单个行为的矫正外,还特别要求高通在与交易相对人交易的各个环节都要进行平等协商,并将矫正结果及时上报于KFTC。KFTC此次的矫正措施将重点放在了削弱高通的反竞争能力,破除其交叉传导的纵向一体化垄断结构,从而使一直以来横行无阻的高通商业模式彻底瓦解^{[11]15-16}。

再次,应加大对经营者商业模式与交易过程的持续性监管。在2016年韩国高通案中最为显著的一个特征是KFTC从2009年高通案中主要规制滥用行为和矫正滥用后果到规制高通商业模式以及对其交易过程

^①这个地方是韩国立法上的原文引注,跟中国不一样,这里的第3-2条是修法时增加的一条,仅为编号。不能转化为中国立法上的第3条第2款,也不是第4条。

的持续性监管的转变,明显扩大和延展了竞争规制的范围和链条。从KFTC的行政裁决中可以看出,之所以做出如此大的规制转变,甚至可以说是逆放松规制(deregulation)之大势而强化了对滥用知识产权的规制,甚或有过度规制(over regulation)之虞,究其原因是多方面的。其一,由于长期以来高通的滥用行为所形成的坚固的反竞争商业模式,危害之甚,如不下猛药难以去沉疴痼疾,单项性——针对单项行为本身发布禁止命令和一过性——一次性缴纳巨额罚金的矫正措施很难彻底解决问题。其二,滥用知识产权和保障知识产权之间的边界始终处在模糊状态,往往需结合个案情况具体分析。其三,知识产权激励制度与公平自由竞争机制在实践中的平衡关系不易把控,呈现出不同时空下相似行为效果各异的复杂镜像。故此,只有深入交易活动的各个具体环节之中,才能抽丝剥茧精巧处理,有些情况下还需结合当时的国内经济政策与国际竞争环境等。以上因素共同导致了2016年韩国高通案的复杂和备受关注,客观上为KFTC处理该案提出了新要求。

最后,应重视和提供反垄断调查的参与度与透明度。公正令人信服的仲裁结果很大程度上源自于程序的公开透明,只有程序公正才可能实现实质正义。KFTC的裁定相当于初审裁定,具有准司法的性质,对涉案当事人利益影响重大。其裁定一旦作出,尤其是对案件事实的认定对上诉法院乃至终审法院的判决都具有实质意义,所以程序的公开透明,以及是否保证涉案当事人有充分的参与权和抗辩权受到了各方关注。KFTC行政裁定书中陈述,经过7次听证,包括2次同意命令(content decree)审查和一次案件深度评估(in-depth review),组织了与之有关联的企业参与听证,参与的企业不限于韩国本土的三星、LG等公司,还有美国的苹果、英特尔公司,以及中国的华为公司等^{[11]17}。这样的程序设置不仅增加了案件调查的透明度和参与度,力求所作出裁决的全面性与公正性,更为促进国际反垄断交流与合作提供了契机,有利于针对高通这类全球性巨型企业的反竞争行为及模式的合规治理提供平台和经验。

四、对中国规制滥用知识产权的启示

2015年2月,发改委就高通在中国大陆市场上滥用市场支配地位的垄断行为进行了处罚,在一定意义上刺激了全球其他主要竞争执法区域的反高通调查行动的展开,但是基于高通在第一时间迅速交齐了高额罚款,该案件并未得到更多讨论,相反注意力很快被其他主要竞争执法区域的调查行为所冲淡,只是随后基于韩国KFTC的处罚再次引起热议。事实上,在发改委对高通做出处罚后,中国大陆相关市场上的竞争格局改观不甚明显。高通在大陆市场上的行为虽有收敛,然而并未实质性地改变其盈利模式,相反后续跟踪评估其矫正措施的行为并未得到关注。这一点是有待改进的。

第一,更新观念,建立系统思维,重视竞争激励与创新保护之间的动态平衡。保护知识产权本质上是保护创新,然而,保护的范畴不仅限于承认其合法的排他性权利,更在于为创新提供公平自由的竞争激励环境。现实中知识产权的运行易形成排他性市场效果,竞争法规制需紧跟其过程,及时纠正实践中出现的问题,激活市场的能动性和自更性,以自由公平的市场竞争秩序激励知识产权的创新发展。创新保护与竞争激励之间是动态平衡的关系,亦即持续的创新有赖于自由公平的市场竞争机制的良好运行,即便创新保护客观上会对竞争产生一定时空内的限制。近年来关涉滥用知识产权垄断的案件层出不穷,很大程度上源于知识产权行使过程本身的排他性与公平自由竞争机制运行之间的边界不易识别,缺乏系统思维下多向度对创新保护与竞争激励间平衡关系的把握。知识产权与竞争激励表面上显示出矛盾的特性,但本质上却有着相同的目的,都是为促进创新,保证良好的竞争环境,最终使消费者获利,没有竞争法治作为保障的知识产权制度是不完整的^[13]。必须处理好知识产权保护法制与自由公平竞争法制之间的适用竞合问题。尽管对知识产权的保护是促进创新的制度前提与实践要求,但是规范知识产权行使过程应着眼于大局,强调知识产权行使对公平自由竞争秩序的必要尊重。

第二,建构科学的开放型竞争生态系统(opening eco-system of competition),激发知识产权行使中持续性创新动能的释放。KFTC在2016年处理高通案时所尝试的对滥用知识产权垄断的规制,应注重持续地矫正具有反竞争性和抑制创新的商业模式,为其他经营者从事创新激励和竞争自由提供机制保障。对知识产权保护,目的是鼓励创新发展,这一发展过程必须是可持续的。知识产权作为创新发展的源元素必须得到长期的有效供给,只有通过合法授权和行使才能保障其得到可持续性的生产。为此,必须着力于整体性和系统性制度建设,以制度作为基石支撑知识产权领域的可持续性创新动能的释放。结合KFTC对高通案的处理经验,建立科学的开放型的知识产权竞争生态系统,由对特定商业模式的竞争规制过渡到对整个知识产权

竞争生态的建设。

第三,建立健全竞争规制的正当程序,提高规制滥用知识产权垄断的公信力。无程序,则无救济。无论是对滥用知识产权垄断之受侵害人的救济,还是对滥用知识产权行为人在接受规制时可能面临的权利受损的救济,譬如,在韩国高通案中,KFTC对高通违法事实所做的调查与高通所提出的抗辩,以及事后提请的上诉等都体现了程序公开透明的价值,正当程序理应成为建立开放型竞争生态系统的基石。尤其是在中国大力推进知识产权创新保护与市场公平自由竞争双重需求的当下,正当程序及其严格遵守变得尤为重要和弥足珍贵。只有程序正当,公开,透明,才能尽可能保证实质正义的实现。至于如何建立健全当前竞争规制的正当程序,还需进一步尝试与实践。有一点可以肯定的是,面对保护知识产权创新与增进自由竞争效率的双重需求,中国应当建立自信、自立、自主的竞争规制法律与实施机制。只有对制度机制充分自信,做到心中有数,熟练操作,才能有勇气和底气尽可能公开整个调查与救济过程,切实有效提高竞争规制的透明度。

第四,关注具备知识产权优势的科技型平台企业的合规监管,扩宽规制滥用知识产权优势的视阈范畴。韩国2016年“高通案”折射出的对“一手托两家——基带芯片制造商和手机制造商”式的具有市场优势力的涉及知识产权滥用的平台型经营者的规制,绝不能仅就某单项行为或某单一市场结构而采取行为规制方法或结构规制方法,必须对经营者的诸多市场要素,如市场地位、经营行为、商业模式等采取系统规制,尤其是在当前和未来大数据技术与资源的实际运用中的科技型平台企业的运行,传统的以市场结构和经营行为为主要分析对象的规制思路和方法亟待升级,整体的系统规制方法有待进一步明确化、精细化及专业化。换言之,须扩宽规制滥用知识产权的范畴,将规制滥用知识产权与其所涉及的商业模式和平台地位结合起来,不仅从规制知识产权的法理与技术上考虑——是否有利于创新,如何激励创新,还要加入对经营者商业模式和平台地位的考察——产权运作模式的合理性与正当性,知识产权不仅涉及权利本身,还关联承载产权运行的具体商业模式。

五、结语

韩国高通案还在上诉审理中,其他一些国家和地区对高通的反垄断调查或矫正措施实施也尚在进行。在全球范围内与高通经营模式类似的经营者并非一家,尤其是在互联网科技领域存在着为数不少的平台型经营者,一方面拥有强大的科技实力,另一方面占据大量的数据资源,在多个相关市场上存在相互传导支配力的可能。简言之,这些经营者是拥有强大科技力量与雄厚市场力量的混合巨头。以2016年韩国高通案为中心,面对科技力与市场力紧密结合的寡头经营行为,不应再局限于经营者的单项行为,而是要从多维度和多向度审视其商业模式,从根本上遏制其反竞争能力,持续性监管其市场行为,合理建构开放型竞争生态系统,以竞争激励促持续创新,充分释放经营者的创新动能。

中国反垄断案件不断增加,尤其是在知识产权保护和滥用领域出现了相互交织,不易识别的诸多案件,中国已经成为世界反垄断法实施的主要执法区域。在国际社会共同关注下,虽然中国在规制滥用知识产权反竞争领域已经取得了一定成绩,但是未来道阻且长,尚缺乏充分的实践经验和制度供给,必须积极借鉴有益做法,加大实践力度,探索整体性和系统性的规制方法,提升规制效率,与此同时,积极建设更加科学合理和全面系统的反垄断规制体系,以促进创新发展和激励自由竞争双增进为目标,以平衡排他性保护与开放性竞争为抓手,以遵循正当程序为根基,优化和提升知识产权法与竞争法实施的合力,切实有效实现制度创新和制度激励在国家知识产权可持续创新发展和市场自由公平竞争秩序维护中的基础地位和核心价值。

参考文献:

- [1] 李晓磊. 专利、反垄断纷争:苹果与高通的诉讼之战[EB/OL]. (2017-11-06)[2018-11-22]. <http://www.mzyfz.com/index.php/cms/item-view-id-1300961>.
- [2] EU Commission. Commission initiates formal proceedings against qualcomm[EB/OL]. (2007-01-10)[2017-11-19]. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-07-389_en.htm?locale=en.
- [3] EU Commission. Commission closes formal proceedings against qualcomm[EB/OL]. (2009-11-24)[2017-11-19]. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-09-516_en.htm?locale=en.
- [4] EU Commission. Commission opens two formal investigations against chipset supplier qualcomm[EB/OL]. (2015-07-16)[2017-

- 11-19]. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5383_en.htm.
- [5] EU Commission. Commission sends two statements of objections on exclusivity payments and predatory pricing to qualcomm[EB/OL]. (2015-12-08)[2017-11-19]. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6271_en.htm.
- [6] REUTERS. Qualcomm is facing a major fine in Europe[EB/OL]. (2017-07-17)[2018-11-22]. <http://fortune.com/2017/07/17/qualcomm-appeal-europe-fines/>.
- [7] FTC. Company's sales and licensing practices hamper qualcomm's competitors and threaten innovation in mobile communications [EB/OL]. (2017-01-07) [2017-11-19]. <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/01/ftc-charges-qualcomm-monopolizing-key-semiconductor-device-used>.
- [8] 音希. 高通遭台湾地区公平交易委员会罚款 50.9 亿元[EB/OL]. (2017-10-11)[2018-04-17]. <http://tech.qq.com/a/20171011/091054.htm>.
- [9] KFTC. Qualcomm's abuse of market dominance[C]. Seoul:KFTC, 2009-07-23.
- [10] 谭燃. 韩国法院驳回高通上诉 要求调整专利授权行为[EB/OL]. (2017-09-04)[2018-11-22]. <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1577620383641684492&wfr=spider&for=pc>.
- [11] KFTC. KFTC imposes sanctions against qualcomm's abuse of SEPs of mobile communication[R]. Seoul:KFTC, 2016-12-28.
- [12] LEE I H. Qualcomm's abuse of dominance[R/OL]. KFTC Decision No. 2009-281.[2017-11-10]. <http://www.ftc.go.kr/eng/solution/skin/doc.html?fn=62f643971f150af3ff888131360ad88bb95831bce002ac40d3292941915cc300&rs=/eng/files/data/result/files/bbs/2012/>.
- [13] 王先林. 我国反垄断法适用于知识产权领域的再思考[J]. 南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学), 2013(1):34-43.

New Development of Regulation on the Abuse of Intellectual Property in Qualcomm in Republic of Korea

CHEN Bing

(School of Law, Nankai University, Tianjin 300350, China)

Abstract: The Korea Fair Trade Commission marked the punishment decision of Qualcomm at the end of 2016, which directly pointed to the closed anti-competitive business model of Qualcomm with corrective measures, which fundamentally restrained and eliminated its anti-competitive ability and effect. The Korea Fair Trade Commission put forward the significance and necessity of promoting innovation and competition by establishing an open ecosystem that regulated the abuse of intellectual property monopoly, and made a regulatory experiment. Comparing the contents of two antitrust investigations and penalties imposed on Qualcomm by the Korea Fair Trade Commission in 2009 and 2016, we conclude that increasing the intensity of multi-dimensional compliance investigations, transparency and participation in the investigation process, adopting systematic and continuous corrective measures to curb the anti-competitiveness of operators, and going from one-dimensional regulation abuse to multi-dimensional healthy ecology of business model have become the action direction of Korea's regulation on the abuse of intellectual property. At present, China is vigorously promoting intellectual property innovation, and it is urgent to build a scientific, reasonable and appropriate legal system and method to standardize the free and fair competition of intellectual property market. In the process of fully promoting intellectual property innovation, meanwhile, the healthy operation of a free and fair competition order in the relevant markets should be promoted to achieve the goal of combining integrity and times between the intellectual property innovation protection and fair and free competition.

Key words: Korean qualcomm case; abuse of intellectual property; innovation of IP; closed anti-competitive business model; opening eco-system of competition

[责任编辑:箫姚]