

“高通模式”反垄断调查的知识产权分析

以利益平衡理论为视角

冯晓青 陈啸 罗娇 / 中国政法大学民商经济法学院

一、“高通模式”遭遇反垄断调查

高通 (Qualcomm) 成立于 1985 年, 是一家美国的无线电通信技术研发公司, 在 CDMA 技术方面处于领先地位, 拥有所有 3000 多项 CDMA 及其他技术的专利及专利申请。迄今, 高通公司已经向超过一百家制造商提供技术使用授权, 涉及了世界上所有电信设备和消费电子设备的品牌。

高通在三个层面收取其他制造商 CDMA 技术的“标准费”。首先, 手机生产商若想取得 CDMA 手机开发授权, 必须缴纳标准授权费。按照高通公司的规定, 全世界不管是生产 CDMA 系统设备还是手机的公司, 都要交纳大约 1 亿元人民币的“入门费”, 才能进入这一行业。其次, 生产 CDMA 手机时, 需要购买高通公司的芯片, 并且按销售额给高通提成。每台手机中收取 6% 的技术使用费。此外, 为了升级支持芯片的软件, CDMA 手机生产商每一次都要支付几十万美元的授权费。据统计, 高通利用专利提走了韩国企业一半的利润^[1]。2013 年 11 月, 高通公司官方消息称, 已接到中国国家发改委的通知, 后续将配合发改委对

其进行的反垄断相关调查。事实上, 并非只有我国发改委对“高通模式”进行调查, 其他国家和地区也就同样问题对高通公司进行过反垄断调查。高通公司在 2005 年, 欧盟接到诺基亚、爱立信等六家公司的投诉后, 曾对高通专利授权定价过高展开反垄断调查, 经过四年的调查, 最终因为各家厂商的和解撤诉而终止。2006 年, 高通在韩国遭遇反垄断调查。韩国公平贸易委员会认为“高通对客户实行差别性对待, 对其中一些客户收费较高”, 为此韩国公平贸易委员会 2009 年向高通开出约 2 亿美元罚单。

本文暂且称高通公司的这一知识产权授权和收费模式为“高通模式”。就这一模式值得思考的问题有: 1、知识产权与垄断之间存在什么关系; 2、“高通模式”是否属于滥用知识产权的垄断地位; 3、我国企业如何应对“高通模式”。

二、“高通模式”的利益平衡理论分析

(一) 知识产权法与反垄断法的“矛盾”

1、知识产权的垄断性

知识产权的垄断性也称独占性，指知识产权专属于权利人所有，具有排他性^[2]。由于知识产权的客体具有“非物质性”的特征，权利人对知识产权的控制难以像对有形财产通过“占有”而得以实现，因此，知识产权法通过赋予权利人一定时期对智力成果获经营性标记“排他”实用的权利来实现法律对其的保护。一旦某一智力成果或者经营性标志获得知识产权法的保护，就意味着权利人就这一智力成果或经营性标记排除他人的使用，此即人们所说的知识产权的“垄断性”，具体表现于两个方面：第一，知识产权为权利人所独占，无法律规定或未经权利人许可，其他人不得使用权利人的知识产品；第二，对同一知识产品，不允许有两个或以上的同一属性的知识产权并存^{[2]60}。在这个意义上，知识产权的垄断是一种合法的垄断。

2、反垄断法中的“垄断”

我国《反垄断法》中的垄断行为，是指具有或可能具有排除、限制竞争效果的行为。其具体包括以下三种类型：（1）经营者达成垄断协议；（2）经营者

■ 2005年高通在欧盟接到诺基亚、爱立信等六家公司投诉后受到调查，2006年，高通在韩国遭遇反垄断调查；2009年，韩国公平贸易委员会向高通开出2亿美元罚单。

滥用市场支配地位；（3）具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中。其中，经营者达成垄断协议，是指两个或两个以上的经营者以排斥或限制竞争为目的，通过协议、决定或其他协同行为而实施的限制竞争行为；滥用市场支配地位，是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或其他交易条件，或能够阻碍影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位；经营者集中，是指经营者合并、通过取得股权或资产方式获得控制权、通过合同方式取得实际控制权等情形。可见，我国《反垄断法》是以保护市场竞争结构的稳定为宗旨，而市场竞争结构的稳定最为重要的机制就是竞争机制，一旦竞争受到限制，市场秩序和市场结构就会遭到破坏，而垄断就是对自由竞争的一种限制。换言之，反垄断法中所反对的垄断，反对的是利用垄断地位或滥用权利来限制市场竞争、破

坏市场经济秩序的行为。

3、知识产权的垄断性与反垄断法的矛盾

知识产权法与反垄断法的“矛盾”，实际上是知识产权的垄断性与反垄断法的矛盾。知识产权是知识产权法所赋予的对某一智力成果或者某一经营性标记的垄断性使用的权利。知识产权并非权利人对智力成果（如作品、发明、设计等）或经营性标记（如商业标记、商品装潢等）的所有权，因为所有权是没有期限限制的永久性的权利，而绝大部分的知识产权都是有限期限限制的。因此，知识产权是一种法律赋予一定时期垄断性的权利，垄断期经过，在没有法律特别规定的情况下，权利客体归入公有领域，不再属于私人“所有”。

4、“利益平衡理论”对上述“矛盾”的解释

如前所述，一方面知识产权法赋予了权利人某种垄断权，另一方面反垄断法却要限制这一垄断权。知识产权法和反垄断法为什么会存在这一的矛盾？知识产权法的利益平衡理论可以对这种矛盾提供合理的解释。

利益平衡，指在一定的利益格局和体系下出现的利益体系相对和平共处、相对均势的状态^[3]。利益平衡是知识产权的一项立法原则，在这一立法原则下，知识产权的立法目标不仅仅局限于对私人的智力成果或经营性标记提供一种垄断性使用的权利保护，更在于通过赋予知识产权权利人这种垄断性权利，来激励创作或者创造，极大地丰富公用领域的知识，促进整个社会的科技和文化的进步，公共福祉自然得以增进。在这样的立法目标下，知识产权法力求在保护私人权利和维护公共利益之间达成精妙的平衡。一旦知识产权人滥用知识产权法所赋予的垄断性权利，且这种滥用权利的行为阻碍了知识产权法激励创作或者创造这一立法目标的实现，即打破了这种私权保护与公共利益维护的平衡，则知识产权人的权利必须被限制，这种限制可以来自于知识产权法自身的权利限制规则，也可以来自于国家出于某种政策目的考虑而出台的管制性法律法规。反垄断法对知识产权的限制，即属于国家出于维护市场竞争的目的，对利用知识产权达到垄断市场、限制竞争的行为给予的限制，不仅是一种规制滥用知识产权行为的措施，也是一种实现私人权利保护与公共利益维护达到平衡措施。

(二) “利益平衡理论”下看“高通模式”的垄断性

1、“高通模式”对知识产权的利用

根据我国《专利法》和相关法律的规定,专利权人对专利权的利用主要有以下几种方式。第一,许可使用,即专利权人以订立合同的方式许可他人在一定的时间和地域范围内使用其专利,被许可人向专利权人支付使用费。许可的方式主要有独占许可、排他许可合同和普通许可几种形式。此外,直接依照专利法的有关规定,由国家专利行政部门或国务院有关部门可以依照专利法的有关规定作出“强制许可”或“指定许可”的决定,许可他人实施专利权。第二,转让,即专利权人将自己享有的专利权有偿出卖给他人。转让意味着专利权人发生变更,原专利权人丧失权利主

法律依据。其次,第(2)层次收费中“生产CDMA手机时,需要购买高通公司的芯片”,相当于“搭售”行为,即一个销售商要求购买其产品或者服务的买方同时也购买其另一种产品或者服务,并且把买方购买其第二种产品或者服务作为其可以购买第一种产品或者服务的条件。在专利法及其相关制度中,也找不到这种专利权利用方式的法律依据。第(2)层次收费中的“每台手机中收取6%的技术使用费”,类似于专利的许可。由于其他手机制造商不享有再许可给他人的权利,也不享有排除高盛公司再许可给他人的权利,因此这种许可更类似于普通许可。最后,第(3)层次的收费中,CDMA手机生产商每次升级支持芯片的软件支付给高通公司几十万美元的“授权费”,相当于后续CDMA专利技术的后续“维护”费用,也找不到直接的法律依据,勉强可以将其解释为专利法框架下的“许可”。

■ “高通模式”是否存在滥用知识产权的行为,需要借助其他理论予以分析,而知识产权法利益平衡理论,无疑是一种可供选择的分析工具。

体资格。第三,出资,即在公司设立时,发起人将专利权出资给公司而换取股权。第四,质押,即债务人或第三人将拥有的专利权作为其履行债务的担保,如果债务人不履行债务,则债权人有权就折价、拍卖或者变卖该专利权所得的价款优先受偿。

在本文的语境下,“高通模式”是这样一种收费模式:(1)手机生产商若想取得CDMA手机开发授权,必须缴纳标准授权费;所谓“标准授权费”,按照高通公司的规定,无论生产CDMA系统设备还是手机的公司,都要交纳大约1亿元人民币的费用以后,才能进入这一行业;(2)生产CDMA手机时,需要购买高通公司的芯片,并且按销售额给高通提成,每台手机中收取6%的技术使用费;(3)CDMA手机生产商每一次升级支持芯片的软件,都要支付高通公司几十万美元的“授权费”。其中,第(1)层次收费中的“标准授权费”,相当于对生产CDMA系统的设备或手机的公司收取的后续研发的费用,在现行专利法及其相关制度中,找不到这种专利权利用方式的

2、“高通模式”是否存在滥用知识产权的行为

如前所述,由于专利法及其相关制度不能穷尽对专利利用方式的罗列,因此仅从现行专利法的框架内,从寻找法律依据的角度,很难说明上述“高通模式”是否存在滥用知识产权的行为。“高通模式”是否存在滥用知识产权的行为,需要借助其他理论予以分析,而知识产权法利益平衡理论,无疑是一种可供选择的分析工具。利益平衡理论作为一项知识产权法的立法原则,首先体现在《专利法》第2条有关立法目的的表述上。《专利法》第2条的规定,“为了保护专利权人的合法权益,鼓励发明创造,推动发明创造的应用,提高创新能力,促进科学技术进步和经济社会发展,制定本法”。可见,专利法兼具“私权保护”和“激励创造”双重立法目标,在专利法的司法实践中,也应当力求在“私权保护”和“激励创造”之间寻求一个精妙的平衡点。如果专利权人的权利范围过于宽泛,则容易限制他人对这一专利技术的再创造,不能实现“激励了创造”的目的;如果专利权人的权利范围过于窄小,则难以对专利权提供有效的保护,自然也难以对专利权的再创造产生“激励”作用,也不能实现“激励了创造”的目的。换言之,专利法“私权保护”的界限,应当在是否“激励了创造”,“私权保护”和“激励创造”之间应对达到一种平衡。

在上述“高通模式”中,第(1)层次收费中的“标

准授权费”，相当于对生产 CDMA 系统的设备或手机的公司收取的后续研发的费用，只用交了“入门费”，才能进行“再创造”。专利法激励创造的机制，是“以公开换权利”，专利法只限制他人未经许可而实施专利的行为，并未限制他人基于专利技术进行再创造的行为。第（1）层次的收费，其实是限制了其他公司对 CDMA 技术的再创造，从利益平衡的角度看，这种行为打破了私权保护与激励创造的平衡关系，是一种滥用知识产权的行为。

“高通模式”第（2）层次收费中包括两个行为，第一是“生产 CDMA 手机时，需要购买高通公司的芯片”，相当于“搭售”行为；第二是“每台手机中收取 6% 的技术使用费”，类似于专利的许可的行为。对于第一种“搭售”行为，很难为其找到“激励创造”的理由，从知识产权利益平衡理论的角度看，这至少不是一种值得推崇的行为。至于第二种，即“每台手机中收取 6% 的技术使用费”则需区别对待，如果收费过高，则为他人利用专利技术设置过高的障碍，也是一种滥用专利权的行为。“高通模式”第（3）层次的“升级费用”，如果勉强将其视为“许可费”的话，也存在同样的问题，即收费过高，则为他人利用专利技术设置过高的障碍，是一种滥用专利权的行为。

3. “高通模式”是否应受反垄断法的限制

在构成滥用知识产权的前提下，如果某种滥用知识产权的行为同时产生了排除、限制竞争效果的不良效果，则涉嫌构成反垄断法中所规制的垄断行为。就上述“高通模式”而言，第（1）层次的收费，限制了其他公司对 CDMA 技术的再创造；第（2）层次收费中的“搭售”行为，限制了其他手机芯片制造商的交易机会，在构成滥用知识产权行为的同时，也构成滥用市场支配地位而排除、限制竞争，应当受到反垄断法的限制。“高通模式”第（2）层次中的“技术使用费”和第（3）层次中的“升级费”，只有在收费明显不合理的情况，才成立滥用知识产权的行为，从而也才可能成立反垄断法中的“滥用市场支配地位”的行为。

三、国内公司应对“高通模式”的策略

首先，我国企业应该牢牢抓住国家发改委对高通

公司进行“反垄断”调查的契机，加强自主研发能力，提高研究水平。由于我国缺乏自己的核心技术专利，从 1G、2G 时代开始我国就不得不每年支付巨额的专利费，目前，国内通信企业专利最多、实力较强的中兴、华为，在移动芯片上的核心专利也不是很多，在国际通讯技术领域话语权也不够，所以完全拒绝高通的低功耗芯片对中国移动智能终端产业的发展尤为不利。手机芯片产业毕竟是一个开放型的市场，想要赢得市场必须要靠产品。我国企业应该大力发展自主知识产权，推进自主创新和技术进步，形成一批拥有自主知识产权的核心技术和知名品牌，企业除了要加快知识产权的成果转化外，也要争取各级政府相应的指导和扶持。现在，国家发改委、科技部、国家知识产权局等六部门通过市场推动，正在下大力构建以重点区域知识产权交易市场为主导，各类分支交易市场为基础，专业知识产权市场为补充，各类专业中介组织广泛参与，与国际惯例接轨，充满活力的多层次知识产权交易市场体系。

其次，我国企业应该借此契机增强知识产权法律意识，学会运用反垄断等法律武器，来维护自己的合法权益，保证知识产权保护体系及实施环境，顺应时代潮流进一步完善我国知识产权保护机制。尽管近年来我国对知识产权的重视力度日益加强，但是由于缺乏完善的知识产权保护体制及实施环境，我国仍然无法像欧美发达国家一样，通过专利诉讼及谈判解决专利授权问题，专利授权主要还是由专利拥有者的商业模式确定，因此专利拥有者的知识产权保护问题日益突出，可以这么说，要提高我国科技实力，就必须建立并完善知识产权保护制度，为创新者提供公平的竞争环境，因为完善的知识产权体制保护的不仅仅是海外公司，也是我国企业创新的源动力。

最后，在当前我国通讯技术及产业处于弱势的情况下，我国企业应该从长远角度出发，采取重视专利防御战略，逐步缩小与高通公司等国外通讯企业的差距，最终超越对手占据技术高地。专利防御战略指的是“当企业在市场活动中受到其他企业和单位的专利战略进攻或者竞争对手的专利对企业经营活动构成妨碍时，采取打破市场垄断格局、改善竞争被动地位的策略”^[4]。

（一）取消对方专利战略

我国企业可以通过研究高通公司的专利说明书对技术内容公开的充分性,分析专利说明书在审批中的修改、变动,找出专利不符合“三性”等情况,或者利用竞争对手在专利的漏洞、缺陷和不符合专利的情况,实施直接取消对方专利战略。也就是要选择合适的专利请求宣告其无效,釜底抽薪,避免其专利过于集中,对我国相关产业发展形成技术壁垒。

(二) 文献公开战略

在某些特殊情况下,我国企业认为自己开发成功的技术没有必要申请专利,但又担心其他企业申请并获得专利权带来威胁,则可以采取抢先公开发明,来阻止部分对手申请并获得专利。

(三) 交叉许可战略

尽管高通公司在通讯领域占据了绝大部分的技术,但是一个公司不可能穷尽所有的技术,更不可能获得所有的专利权,所以,我国企业应加强自主技术研发,努力开发出自主的先进专利,运用自身技术优势作为合同标的与高通公司进行对等交换。

(四) 利用失效专利战略

失效专利是指专利保护期届满,专利技术进入公有领域的,任何人可以进行自由利用但不涉及侵犯专利权。但是失效专利并不意味着专利失去价值,以失效专利为基础进行二次开发,常常能够带来意想不到的结果,甚至带来巨大的收益^[4]115。

(五) 绕过障碍专利战略

针对像高通公司的专利技术网络,我国企业还可以采取迂回战术,绕过专利障碍的战略。例如改变或放弃专利权利要求中某个或某些必要技术特征,开发不抵触的技术,使用与专利不抵触的替代技术或者在不受专利地域保护范围内使用他人专利等。

(六) 专利诉讼应对战略

在专利防御战略中,我国企业应积极利用法律允许的方式,尽量摆脱被动状态,依法维护自身合法权益,在充分弄清楚原告专利的法律情况以及剖析双方技术特征要素基础上,采取相对自己有利的对策。还可以适用请求宣告对方专利权无效、合法使用抗辩、自由公知技术抗辩等法律手段来与原告斡旋,或者通过收购、参股原告公司等手段化解诉讼。EIP

参考文献 • REFERENCE DOCUMENTATION

- 【1】晋刚.高通:靠专利许可模式赚钱的“知本家”【EB/OL】【2014-03-17】. <http://tech.sina.com.cn/t/2005-07-09/1708658721.shtml>.
- 【2】高健.知识产权领域反垄断研究【M】.济南:山东友谊出版社,2009:59.
- 【3】冯晓青.知识产权法利益平衡理论【M】.北京:中国政法大学出版社,2006:11.
- 【4】冯晓青.企业知识产权战略【M】.北京:知识产权出版社,2008:112.