

从学理视角看FTC诉高通反垄断案件

宁立志* 龚涛**

内容摘要:FTC诉高通案引起了美国政府部门之间的巨大分歧,FTC力求对高通进行反垄断处罚以维护竞争秩序和消费者利益,司法部等部门则以国家安全为由力保高通,虽然一审地区法院支持了FTC,但二审上诉法院支持了司法部和高通公司。该案横跨专利法、反垄断法、合同法等多个法律部门,涉及专利权用尽、搭售、独家交易、拒绝交易等法律问题,其结果深刻影响着全球无线通信领域的格局,并与我国相关企业利益攸关。因此,有必要对该案进行学理上的分析,为我国标准必要专利反垄断案件的审理提供思路,尤其是如何对待“无许可—无芯片”政策,如何处理FRAND承诺与反垄断法、合同法的关系等问题。

关键词:反垄断法 专利法 标准必要专利 FRAND承诺 国家安全

作为全球无线通信领域的领先企业,在过去的数十年间,高通(Qualcomm)受到了来自欧盟、韩国、日本、中国等多地反垄断机构的调查与处罚。2014年9月,美国联邦贸易委员会(FTC)启动了对高通的反垄断调查,并于2017年1月提起诉讼,一审法院认定高通违反了《谢尔曼法》和《联邦贸易委员会法》,并对其颁发了禁令。然而,美国司法部联合能源部、国防部,以国家安全为由干预案件的上诉审理,认为高通对美国5G时代的全球利益具有战略性意义,意图通过为高通翻案来遏制中国。受此影响,二审法院推翻了一审判决,并撤销了禁令。2021年3月29日,FTC代理主席斯丽贝卡·凯利·斯劳特(Rebecca Kelly Slaughter)发布声明称:“鉴于FTC面临的重大阻力,我们不会请求最高法院重审该案。但我相信地区法院关于高通违反反垄断法的结论是完全正确的,上诉法院错误地作出了相反的结论。”^①其中的“重大阻力”耐人寻味。尽管高通在该案中受益于美国政府的保护而未被处罚,但这难以改变其长期实施垄断行为的事实。本文旨在撇开政治因素,

* 武汉大学法学院教授,博士生导师,武汉大学知识产权与竞争法研究所所长。

** 武汉大学知识产权与竞争法研究所研究人员。

① FTC, Statement by Acting Chairwoman Rebecca Kelly Slaughter on Agency's Decision not to Petition Supreme Court for Review of Qualcomm Case, <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2021/03/statement-acting-chairwoman-rebecca-kelly-slaughter-agency>, visited on 10 April 2021.

从学理角度对 FTC 诉高通反垄断案件进行审视。

一、案件概况

蜂窝通信是现代无线通信的主要方式,它依赖于广泛分布的网络,此类网络实施蜂窝通信标准,从而保证蜂窝通信行业参与者能够开发出相互兼容的设备。蜂窝通信标准经历了数代演进,包括 2G、3G、4G 标准以及目前正在推进的 5G 标准。在 2G、3G 时代,全球主流标准包括欧标(GSM、WCDMA)和美标(CDMA95、CDMA2000)。高通是美标的主要贡献者,拥有大量标准必要专利(SEP),同时是全球调制解调器芯片的主要供应商。三星、华为、苹果等原始设备制造商(OEM)向高通采购调制解调器芯片,将其用于可在各国无线网络内使用的蜂窝手机。为了提高专利的经济回报,高通创立了独特的“无许可—无芯片”商业模式,将签署专利许可协议作为向客户销售芯片的前提。在 4G 时代,由 WCDMA 演进的 LTE 标准已成为蜂窝通信网络的主要标准,虽然高通在这两项标准开发中的贡献较低,但仍通过专利组合许可与费率捆绑行为,将其在 2G CDMA 标准中的影响力延续至 3G、4G 标准,对 3G/4G 多模手机收取高达 5% 的许可费,^①并实施了一系列排斥竞争的行为,从而引起了全球多地竞争执法机构的关注。

2017 年 1 月,FTC 在美国加州北区法院对高通提起反垄断诉讼,指控其违反《谢尔曼法》第 1 条、第 2 条和《联邦贸易委员会法》第 5(a) 条。2019 年 5 月,加州北区法院作出判决,认定高通在全球 CDMA 芯片市场和高端 LTE 芯片市场具有垄断地位,^②并且实施了下列反竞争行为:(1)实施针对 OEM 的反竞争行为,包括:a. 拒绝在 OEM 签署专利许可协议之前向其出售调制解调器芯片;b. 以中断芯片供应、撤回技术支持和软件授权,威胁 OEM 签署专利许可协议;c. 对满足一定条件的 OEM 提供奖励基金,促使 OEM 排他性采购高通芯片;d. 对于使用非高通芯片的手机仍然收取许可费;e. 在许可谈判中拒绝提供专利目录和专利申请列表,且要求 OEM 向其提供免费的反向专利许可。(2)违反公平、合理、无歧视的 FRAND (Fair, Reasonable, and Non-discriminatory) 承诺,拒绝向联发科、三星、英特尔等作为竞争对手的芯片厂商许可其 SEP。(3)通过与苹果签订排他供货协议,损害市场竞争。(4)设定不合理的高许可费率。^③地区法院认为上述反竞争行为增强了高通在芯片市场的垄断地位,同时给竞争芯片厂商带来不可逾越的市场障碍,并且

^① 行业平均许可费率为 0.5% 到 1%。

^② 根据判决,2010 年,高通在全球 CDMA 调制解调器芯片市场拥有 95% 的市场份额;2014 年至 2016 年,至少拥有 96% 的市场份额。2014 年,高通在全球高端 LTE 芯片市场拥有 89% 的份额;2015 年,市场份额为 85%。

^③ See Federal Trade Commission v. Qualcomm Incorporated, 411 F.Supp.3d 658 (N. D. Cal. 2019).

高通在主观上也具有损害市场竞争的故意,因此对高通颁发了永久禁令。

随后,高通提起上诉,并得到了以美国司法部为代表的政府力量支持。2020年8月11日,联邦第九巡回上诉法院作出二审判决,推翻了一审判决,并撤销了禁令,其主要理由是:(1)高通的“无许可一无芯片”政策是“芯片供应商中立的”,因为无论OEM选择从哪家公司采购芯片,都需要向高通支付专利许可使用费;(2)地区法院虽然正确界定了本案的相关市场,但未在相关市场内确定高通对竞争造成的损害,OEM是高通的客户而非高通的竞争者,因此即使对OEM造成损害也不会损害竞争;(3)本案不属于Aspen Skiing案所确定的例外情形,高通没有与竞争对手交易的义务,因此高通仅对OEM许可其SEP并不违反反垄断法;(4)违反FRAND承诺的纠纷应适用合同法与专利法解决,而不应适用反垄断法;(5)高通2011年和2013年与苹果达成的协议并未产生遏制市场竞争的实际效果。^①

二、反竞争行为及学理分析

虽然高通在二审中大获全胜,但是二审判决受到了较多政治因素的影响,难以令人信服。正如FTC代理主席斯劳特所说,一审法院的结论是完全正确的。下文对高通的主要反竞争行为进行学理上的分析。

(一)“无许可一无芯片”政策

高通实施“无许可一无芯片”政策,将签署专利许可协议作为销售芯片的前提。上诉法院认为,只有以购买芯片作为授予许可的条件才违反反垄断法,即“无芯片一无许可”政策违法,而高通的“无许可一无芯片”政策是芯片供应商中立的。^②但是上诉法院的观点很难站得住脚,因为如果没有“无许可一无芯片”政策,OEM无须在芯片价格之外支付额外的许可费。因此,“无许可一无芯片”政策提高了OEM的生产成本,这部分成本必然会转嫁给消费者,最终损害消费者利益,高通则从中攫取了垄断利润。

1. 专利权用尽规则的审视

“无许可一无芯片”政策有效避免了专利权用尽的问题,提高了高通SEP的经济回报,但实际上已违背了专利法与反垄断法的基本精神。专利权用尽是对专利权的一项重要限制,其基本含义是指对于经专利权人许可或以其他合法方式进入市场的专利产品,他人在合法获得之后无须经过专利权人许可,就可以实施产品的使用、销售等行为。这一规则的产生主要是基于两方面的考虑:一方面,专利法

^① See Federal Trade Commission v. Qualcomm Incorporated, 969 F.3d 974 (9th Cir. 2020).

^② See Federal Trade Commission v. Qualcomm Incorporated, 969 F.3d 974 (9th Cir. 2020).

为了保护和鼓励发明创造、激励技术创新,赋予了专利权人合法的垄断权,从而使得专利权人能够从他人对于专利的使用中获得回报。因此,如果专利权人就其发明已经获得回报,便不应再获取额外利益。另一方面,如果他人合法获得专利产品后仍允许专利权人对他人的使用或销售等行为进行限制,就偏离了专利法的立法目的,而演变为允许专利权人对他人的所有权和有形财产的合法流通加以干涉了。这有悖于允许合法商品自由流转这一市场经济赖以存在的基本准则。^①

关于专利权用尽规则的规范性质,主要存在两种理论,即“内在限制说”与“默示许可说”。根据“内在限制说”,专利权用尽是指通过法律特别规定,在专利制度内部进行权利限制。^②也就是说,当专利产品合法出售后,附着在专利产品上的相关专利权随之消失,专利权人自然无权再对该产品的使用或销售等行为施加限制。根据该理论,专利权用尽是一项强行性规范,专利权用尽的法律效果是绝对的,而不允许当事人约定排除专利权用尽。该理论最初发源于德国,目前为欧洲多数大陆法系国家所采纳。根据“默示许可说”,专利权用尽规则只是一项当事人没有约定情形下的缺省性规则,限制性条件如果不违反专利权滥用或反垄断法等规则,该限制性条件可以限制用尽规则的适用。^③根据该理论,专利权用尽是一项任意性规范,在不违反相关法律的条件下,当事人可自行约定排除该规则。美国成文法中并未规定专利权用尽规则,相关规则由判例法确定,而美国不同时期、不同法院对该规则的态度并不一致。自 1992 年 *Mallinckrodt* 案^④以来,美国国内将专利权用尽规则视为任意性规范的观点逐渐成为主流。^⑤但联邦最高法院在 2017 年 *Lexmark* 案^⑥中,又倾向于将其视为强行性规范。认为即使专利权人出售产品时与买方达成了限制性条款,该产品上的专利权也已经用尽,买方如果违反限制性协议使用或转售该产品,只构成违约而不构成侵权。^⑦

关于专利权用尽规则的适用范围,可以根据专利产品与专利方法的关系进行区分,即分为“专利产品”“用于实现专利方法的产品”和“专利方法”。对于专利产品适用专利权用尽规则,是该规则本身蕴含的应有之意,各国法学理论和司法

① 参见王迁:《知识产权法教程》,中国人民大学出版社 2019 年版,第 355 页。

② 参见芦加人:《论专利权用尽的创新适用》,《科技进步与对策》2017 年第 22 期,第 121 页。

③ 参见万琦:《欧美专利权用尽原则售后限制的比较研究》,《知识产权》2010 年第 4 期,第 91 页。

④ See *Mallinckrodt, Inc. v. Medipart, Inc.*, 976 F. 2d 700 (Fed. Cir. 1992).

⑤ 参见万琦:《欧美专利权用尽原则售后限制的比较研究》,《知识产权》2010 年第 4 期,第 93 页。

⑥ See *Impression Products, Inc., Petitioner v. Lexmark International, Inc.*, 137 S. Ct.1523 (2017).

⑦ 参见张晓、张莉:《论专利权用尽规则区别适用理论》,《河北法学》2019 年第 2 期,第 80 页。

实践对此争议不大,美国联邦最高法院早在19世纪的Bloomer案^①中就将专利权用尽规则适用于专利产品。对于用于实现专利方法的产品是否适用专利权用尽规则,美国联邦最高法院在LG案中予以肯定。它认为,将实施LG公司的专利方法制造的中央处理器和芯片与其他部件组合为成品计算机是最终实现该专利方法的唯一途径,经LG许可的销售导致专利权用尽。^②与LG案相似,联邦最高法院在Quanta案中持相同态度,并进一步明确专利权用尽规则适用于专利方法,专利方法因销售使用该方法的专利产品而用尽。^③

在前述案件中,专利权人为了避免专利权用尽而对专利产品施加售后限制。在FTC诉高通案中,高通“无许可一无芯片”的做法实际上是将此种售后限制转变为售前限制,但其实质并未改变,均是通过避免专利权用尽从而对专利收取双重经济回报。根据美国判例法,“专利产品”“用于实现专利方法的产品”与“专利方法”均适用专利权用尽规则,高通的SEP自然应受该规则的限制。若采用“内在限制说”,当事人不得约定排除专利权用尽规则的适用,而“无许可一无芯片”政策便属于此类被禁止的排除性约定。即使采用“默示许可说”,限制性条件也应以不存在滥用专利权或违反反垄断法的情形为前提。而高通的“无许可一无芯片”政策依赖于其对调制解调器芯片市场的垄断地位才得以实施,已然构成了对专利权的滥用,并违反了反垄断法。

2. 禁止搭售规则的审视

搭售是将两种或两种以上的商品捆绑成一种商品进行销售,使得购买者要想获得其中一种商品就必须购买其他商品的行为。所销售的主要商品称为“结卖品”(tying product),被搭售的商品称为“搭卖品”(tied product)。对搭售的反垄断经济分析源于“杠杆理论”,即垄断企业利用已有市场中的市场力量扩大其在另一个市场中的市场份额,从而获取竞争优势,^④损害搭卖品市场的竞争秩序。

美国《克莱顿法》第3条专门用于规制搭售行为以及其他排除竞争性产品的行为,《谢尔曼法》第1条和第2条的一般性规定也可适用于搭售行为。在20世纪80年代以前,美国反垄断司法实践对搭售行为适用本身违法原则。受芝加哥学派和后芝加哥学派的影响,在20世纪80年代以后,适用本身违法原则规制搭售行

^① See Bloomer v. McQuewan, 14 How. 539 (1853).

^② See LG Electronics, Inc. v. Bizcom Electronics, Inc., 453 F. 3d 1364 (Fed. Cir. 2006).

^③ See Quanta Computer, Inc., et al., Petitioners, v. LG Electronics, Inc., 128 S. Ct. 2109 (2008).

^④ See D. L. Rubinfeld, *Antitrust Enforcement in Dynamic Network Industries*, 43 The Antitrust Bulletin 859 (1998).

为的方法受到了质疑,法院对此进行修正,形成了“准本身违法原则”。^①也就是说,在打击搭售行为方面,美国法院的态度是坚持本身违法原则,但也进行适当的市场分析。知识产权则是市场分析过程中考量经营者市场力量的一个重要因素,甚至有一段时期,只要结卖品具有专利权或者版权,联邦最高法院就推定存在着必需的市场力量。^②在长期的司法实践中,美国判例法对搭售行为违法性的判定要素主要包括:(1)结卖品与搭卖品是两个独立的产品;(2)存在结卖品与搭卖品捆绑在一起进行销售的行为;(3)行为主体在结卖品市场上存在市场力量;(4)捆绑销售行为对被搭售的产品市场有实质性的影响,将竞争优势从一个市场转到另一个市场。^③

高通的“无许可一无芯片”政策是典型的搭售行为,其芯片为结卖品,专利许可为搭卖品。在专利权用尽规则的限制下,芯片购买者无须获得专利许可就能够正常使用芯片,而获得专利许可的竞争芯片厂商也无须向高通购买芯片,因此,芯片与专利许可是两个相互独立的商品。而高通利用其在芯片市场的垄断地位,将芯片和专利许可捆绑销售。在购买者不愿签订许可协议时以停止芯片供应相威胁,即以拒绝交易作为搭售行为的手段。一般的搭售行为是经营者利用上游市场的支配力控制下游市场,而高通具有SEP权利人和芯片供应商的双重角色,在上游专利许可市场和下游芯片市场都具有垄断地位。通过“无许可一无芯片”的搭售安排,高通在上下游市场的垄断地位都得以巩固和加强,在技术不更新的情况下,甚至能够在相关市场形成永久性壁垒。上诉法院认为高通的“无许可一无芯片”政策是芯片供应商中立的,没有明确的反竞争效果,这明显违背了对搭售行为违法性的判定要素。此外,高通在专利许可层面也实施搭售行为,将蜂窝SEP、非蜂窝SEP、非SEP组合许可,从而提高了许可费率,使得OEM厂商不得不为此支付不必要的费用。

(二)拒绝向竞争对手许可SEP

1. FRAND承诺的审视

在FTC诉高通案的二审中,高通为自身辩护的一个重要理由是FRAND承诺并不要求其向作为竞争对手的芯片厂商许可SEP,而且即使其违反了FRAND承诺,也只是违反合同义务而没有违反反垄断法,上诉法院支持了此观点。FTC则认为,FRAND承诺的含义应是向所有的潜在标准实施者进行许可,而高通利用标准制定过程获得了商业优势后违背承诺,违反了反垄断法。有必要在理论上厘清

^① 参见郑鹏程:《论搭售的违法判断标准》,《中国法学》2019年第2期,第183页。

^② 参见王先林:《竞争法学》,中国人民大学出版社2018年版,第256页。

^③ 参见孟雁北:《搭售行为中的拒绝交易问题研究——由美国Kodak(1922)案谈起》,《中国人民大学学报》2008年第6期,第124-125页。

FRAND承诺的含义和性质,从而对高通的行为加以定性。

(1)FRAND承诺的含义

在信息化时代,数字设备之间的互联互通性尤为重要,标准化则确保了这种互联互通性。国际上的标准制定组织(SSO)致力于标准化工作,并为标准的开发提供相关技术。标准必要专利(SEP)是指技术标准中包含的必不可少和不可替代的专利,即是为实施技术标准而不得不使用的专利。^①SEP的使用虽然提高了数字技术的互联互通性,但是也对标准实施者形成了一定的锁定效应,使得SEP权利人在相应领域直接产生了垄断地位,并可能趁机向标准实施者要求不合理的许可条件,即“专利劫持”问题。因此,多数标准制定组织在将专利纳入标准时,要求权利人作出FRAND承诺,即以公平、合理、无歧视的条件将其SEP许可给标准实施者。^②

由于公平、合理和无歧视这几个概念的内涵与外延并不明确,标准制定组织也并未对此加以阐释,FRAND承诺的含义较为模糊。但这种模糊性正是FRAND承诺得以具有强大生命力的原因,它为许可协议提供原则性的指导,而将具体的许可条件交由当事人双方谈判确定,从而实现SEP权利人与标准实施者之间的利益平衡,也为相关诉讼中法官的自由裁量留下了余地。一般来说,“公平”与“合理”的基本含义相同,前者主要是指专利权人行使权利的手段符合公平正义的基本要求,后者主要是指许可使用费的确定应该符合公平合理的基本要求;“无歧视”则主要是指给予同等条件的标准实施者以同等的许可待遇。^③

像高通这样划分标准实施者的范围,仅向其中一部分标准实施者授予许可,便不符合FRAND承诺的含义。从目的来看,FRAND承诺的产生是为了解决“专利劫持”问题,如果允许权利人选择标准实施者,不但无法解决“专利劫持”,甚至会加剧这一问题,导致当事人之间的利益严重失衡。从手段来看,选择标准实施者本身就是不公平、不合理、歧视性的行为,违背了FRAND承诺的要求。如果标准必要专利权人可随意选择被许可人,不仅会严重影响交易对手的经营活动,还会严重限制甚至大幅度减少技术标准的商业利用,甚至导致消费者不能在市场上获得技术标准化的产品,这就严重背离技术标准化的目的和初衷。^④

^① 参见王晓晔:《标准必要专利反垄断诉讼问题研究》,《中国法学》2015年第6期,第217页。

^② 例如,欧洲电信标准化协会(ETSI)、美国电信工业协会(TIA)、国际电信联盟(ITU)、国际标准化组织(ISO)和国际电工技术委员会(IEC)等SSO均采取这一做法。

^③ 参见王先林:《涉及专利的标准制定和实施中的反垄断问题》,《法学家》2015年第4期,第67页。

^④ 参见王晓晔:《标准必要专利反垄断诉讼问题研究》,《中国法学》2015年第6期,第226页。

此外,一些官方文件也表明FRAND承诺的许可对象应当是所有的标准实施者。例如,2015年美国电子和电器工程师学会(IEEE)标准协会修订了其专利政策,要求SEP持有人提交一份保证书,从四种许可方式中进行选择,若选择FRAND方式,则应向“不受数量限制的申请人”许可其SEP,该文件已通过了美国司法部的审查。^①2017年欧盟委员会发布的《制定关于标准必要专利的欧盟方案》也明确表示,标准建立之后,SEP持有人须作出公平、合理和非歧视性的许可承诺,“任何潜在的标准使用者”都可以获得该标准技术。^②因此,高通拒绝向竞争芯片厂商许可SEP而仅向OEM厂商许可的行为违反了FRAND承诺。

(2)FRAND承诺的性质

FRAND承诺的性质直接决定了高通违反FRAND承诺的行为是违反了合同法还是反垄断法。关于FRAND承诺的性质,理论界和实务界可谓“百家争鸣”,主要包括以下几种学说:(1)事实行为说/要约邀请说,即认为FRAND承诺是专利持有人向不特定第三人发出的、以FRAND条件许可其专利的要约邀请,类似于拍卖公告、招标公告。^③它不构成法律行为,仅是事实行为。(2)要约说,即认为FRAND承诺是SEP权利人以缔结合同为目的,向不特定的潜在标准实施者发出的意思表示。^④这种意思表示内容明确,已构成要约。(3)单方法律行为说,即认为只要SEP权利人单方作出FRAND承诺,意思表示即可成立,FRAND承诺是权利人为其SEP设定负担的单方法律行为。^⑤在我国西电捷通诉索尼公司专利权纠纷案中,一审法院便支持该理论。^⑥(4)先合同义务说,即认为FRAND承诺使得SEP权利人与标准实施者形成了特别的社会接触,产生了特殊的信赖利益。^⑦基于该合理信赖而衍生出权利人就其SEP的许可进行善意谈判的义务。^⑧(5)强制缔约义务说,即认为FRAND承诺使得权利人产生以FRAND条件许可其SEP的

① See Renata B. Hesse, Response to Institute of Electrical and Electronics Engineers, Incorporated, <https://www.justice.gov/atr/response-institute-electrical-and-electronics-engineers-incorporated>, visited on 10 January 2021.

② See EU, COM(2017) 712 Final, 29 November 2017, para.1.

③ 参见张广良:《标准必要专利FRAND规则在我国的适用研究》,《中国人民大学学报》2019年第1期,第116页。

④ 参见周宇:《标准必要专利中FRAND承诺的法律性质》,《电子知识产权》2019年第6期,第49-50页。

⑤ 参见李扬:《FRAND承诺的法律性质及其法律效果》,《知识产权》2018年第11期,第5页。

⑥ 参见[2015]京知民初字第1194号民事判决书。

⑦ 参见何怀文、陈如文:《技术标准制定参与者违反FRAND许可承诺的法律后果》,《知识产权》2014年第10期,第46页。

⑧ 参见胡洪:《司法视野下的FRAND原则——兼评华为诉IDC案》,《科技与法律》2014年第5期,第898页。

义务,该义务与供水、供电、供气等垄断企业所担负的强制缔约义务相似。^①在我国的华为诉IDC案中,一审法院便持此种观点。^②(6)第三人利益合同说,即认为FRAND承诺是SEP权利人和SSO之间的合同,FRAND承诺是该第三人利益合同中的为第三人利益约款。^③该理论是美国学界与司法界的通说,在2012年微软诉摩托罗拉案^④以及苹果诉摩托罗拉案^⑤中,美国地区法院均持此种观点。

综上所述,现有学说主要倾向于将FRAND承诺置于合同法理论之下进行研究,各方争议主要集中于SEP权利人与标准实施者之间的法律关系,但争议较小的一点是SEP权利人与SSO之间应当是合同关系。在该合同关系中,SEP权利人负有作出FRAND承诺并依据该承诺将SEP许可给潜在标准实施者的义务,SSO则有义务在权利人作出FRAND承诺后将其SEP上传至数据库并予以维持。这也正是高通在二审中所强调的——违反FRAND承诺是合同法问题而不是反垄断法问题。但高通忽略了一点,私主体之间的合同虽然主要受合同法管辖,但当合同涉及社会公共利益时(例如垄断协议),就可能需要公权力机关的介入。在标准必要专利反垄断案中,FRAND承诺的私法性质应当弱化,反垄断法性质则应得到显扬。

在反垄断法的视野下,SEP权利人与SSO之间的协议实际上是一种限制使用其他技术或者联合抵制其他技术的垄断协议——SEP权利人与SSO签订协议,要求组织成员均采用某项标准,共同实施该技术,而不实施其他竞争性技术。但由于标准化对经济发展和社会进步起着举足轻重的作用,各国反垄断法均对标准化垄断协议予以豁免。例如我国《反垄断法》第15条规定,经营者能够证明所达成的协议属于“为提高产品质量、降低成本、增进效率,统一产品规格、标准或者实行专业化分工的”的,不适用关于禁止垄断协议的规定。德国《反限制竞争法》第2条也规定,如果垄断协议有利于改善商品的生产或销售,或者有利于促进技术或经济进步,同时,消费者能够适当地分享由此获得的利益,便属于豁免的情形。美国反垄断成文法并未规定豁免问题,也未在单行立法中专门规定标准化豁免,但法院审理反垄断案件时主要适用合理分析原则,对标准化的豁免是应有之意。

为了减少标准化垄断协议对竞争造成的损害,SSO要求SEP权利人作出FRAND承诺。无论FRAND承诺的私法性质如何,它作为标准化垄断协议中维

① 参见叶若思、祝建军、陈文全:《标准必要专利使用费纠纷中FRAND规则的司法适用评华为公司诉美国IDC公司标准必要专利使用费纠纷案》,《电子知识产权》2013年第4期,第60页。

② 参见[2011]深中法知民初字第857号民事判决书。

③ 参见宁立志、覃仪:《论标准必要专利中FRAND承诺的法律性质》,《私法》2019年第2期,第184页。

④ See Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 904 F.Supp.2d 1109 (W.D. Wash. 2012).

⑤ See Apple, Inc. v. Motorola Mobility, Inc., 886 F.Supp.2d 1061 (W.D. Wis. 2012).

护竞争的措施,是该垄断协议能够被豁免的重要性、实质性理由。欧盟《关于横向合作协议适用〈欧盟运行条约〉第 101 条的指南》明确指出,以 FRAND 条款提供许可的标准化协议通常不会限制竞争,不适用《欧盟运行条约》第 101 条第 1 款的规定。^①违反 FRAND 承诺而损害竞争,标准化垄断协议便可能丧失被豁免的正当性基础。因此,违反 FRAND 承诺被视为违反反垄断法,这要比视为违反合同法或者违反民法更恰当、更直接。^②高通违反 FRAND 承诺,拒绝向竞争芯片厂商许可其 SEP,导致多数芯片厂商被排挤出市场,严重损害了芯片市场的竞争,违背了标准化的目的,因此,其与 SSO 之间的标准化垄断协议不能被完全豁免,其提出的仅仅违反合同法的抗辩并不能成立,其已然违反了反垄断法。

2. 交易义务的审视

在 FTC 诉高通案的一审判决中,法院援引了 *Aspen Skiing* 案,认定高通违反了反垄断法中的交易义务。*Aspen Skiing* 案确立了企业有义务与竞争对手进行交易的一种例外情形。在该案中,美国联邦最高法院认为,一家公司在下列情况下会被认为从事反竞争行为:(1)单方面终止一个自愿且有利可图的交易过程;(2)其目的是牺牲短期利益以排除竞争,从而获得更高的长期利润;(3)拒绝交易涉及被告已在现有市场向其他类似情况的客户销售的产品。^③地区法院认为高通的行为符合上述要件,而上诉法院则对此予以否认,其最主要的理由在于:本案与 *Aspen Skiing* 案最大的区别是,没有证据表明高通在 SEP 许可中对任何特定的竞争芯片厂商实施反竞争行为,因为高通对芯片市场上的所有竞争对手平等地拒绝许可,这种做法是中立的。因此,*Aspen Skiing* 案确立的例外规则不适用于本案,FTC 也承认了这一点。^④但地区法院、上诉法院与 FTC 都忽略了一点,即使高通不负有 *Aspen Skiing* 案确定的交易义务,也依然负有基于关键设施的交易义务,下文从关键设施理论的角度来审视高通对反垄断法交易义务的违反。

意思自治、契约自由是民商法的基石,企业有选择是否交易以及与谁交易的自由。但是对于具有垄断地位的经营者而言,由于其市场势力过于强大,交易相对人在该经营者以外没有更多的选择余地。若依然放任该经营者任意选择交易

^① See EU, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a172008e-99ee-4329-b51a-24d99ad36d7a/language-en>, visited on 13 January 2021.

^② 参见王晓晔:《标准必要专利反垄断诉讼问题研究》,《中国法学》2015 年第 6 期,第 231 页。

^③ See *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 105 S. Ct. 2847 (1985).

^④ See *Federal Trade Commission v. Qualcomm Incorporated*, 969 F.3d 974 (9th Cir. 2020).

相对人,可能导致只有该经营者青睐的交易相对人可以获得交易机会,其他交易相对人则会陷入困境。此时便需要反垄断法的介入,矫正这种基于私法自治而形成的畸形市场关系,反垄断法中的交易义务或者说禁止不合理的拒绝交易行为便由此而来。

拒绝交易行为在知识产权领域通常表现为拒绝许可。2007年美国《反托拉斯执法与知识产权:促进创新与竞争》明确指出,拒绝许可的行为在某些情况下可能被认定为违反反托拉斯法。在对拒绝交易行为的违法性判定方面,美国经过长期的司法实践和理论探索,形成了关键设施理论。该理论最初适用于港口、铁路等基础设施领域,^①后来逐渐适用于知识产权领域。在1983年的MCI通讯公司诉美国电话电报公司案^②中,法院总结了适用关键设施理论的条件:(1)经营者控制了相关市场中的某项关键设施;(2)竞争者没有能力重建该关键设施且无法获取替代性设施;(3)经营者拒绝竞争者使用该关键设施;(4)经营者提供该设施是可行的。^③出于保护知识产权、促进创新的目的,后来的司法裁判对关键设施理论的适用范围施加了一定的限制。但SEP不同于普通的知识产权,如果不存在竞争性标准,经营者要进入相关市场就必须实施这些专利,因此SEP往往属于典型的关键设施。

虽然地区法院和上诉法院在判决中都没有援引关键设施理论,但该理论完全可以适用于本案。高通在2G、3G、4G蜂窝通信标准中拥有大量SEP,即控制着相关市场内的基础设施。即使存在竞争性标准,囿于更换通信基站等物理设备的成本十分高昂,旧标准的实施者也难以转换到新标准之中。向竞争者许可SEP不但不会损害SEP的价值,反而会促进标准的实施,使得SEP的价值得到充分发挥,而且高通也曾向竞争者许可其SEP,表明许可是可行的。但高通依然拒绝许可,使得既有竞争者被逐渐排除出市场,潜在竞争者也难以进入市场,并由此控制了下游芯片市场,严重损害了市场竞争。因此,从关键设施理论的角度来看,高通依然违反了反垄断法中的交易义务。

(三)不合理的高许可费率

1.高通的许可费率是否过高?

在本案一审判决中,一些OEM厂商称高通的许可费率比任何其他SEP权利人的许可费率都高,但高通对此予以否认。实际上,高通的许可费率已违背了价格围绕价值上下波动的价值规律。首先,高通的许可费率与其向相关标准作出的

^① See *U. S. v. Terminal R. R. Ass'n of St. Louis*, 224 U.S. 383 (1912).

^② See *MCI Communications Corp. v. American Tel. and Tel. Co.*, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983).

^③ 参见宁立志、杨妮娜:《专利拒绝许可的反垄断法规制》,《郑州大学学报(哲学社会科学版)》2019年第3期,第17页。

贡献不符。高通对 3G WCDMA 和 4G LTE 标准的贡献较少,但仍基于其 2G CDMA 确立的 5%费率对其 3G 专利组合以及 3G/4G 多模产品收费。^①而且高通部分专利已到期或即将到期,专利组合的价值与十多年前相比明显下降。其次,高通的许可费率与其向手机价值作出的贡献不符。高通的 SEP 仅针对通信功能,但摄影摄像、媒体播放等非通信相关组件占据了智能手机的绝大多数价值。高通对此收取高额许可费已违背了联邦巡回上诉法院在 Fairchild 案中提出的专利权人仅有权获得归因于涉及专利功能的合理专利许可费的规则。^②最后,高通的专利许可费率并未考虑交叉许可的价值,其要求 OEM 免费向其授予专利交叉许可,但并未因此降低许可费率。早在 2009 年,日本公平贸易委员会就认定高通就日本厂商的标准必要专利要求无偿回授的行为妨碍市场竞争。

因此,高通的许可费率不以其专利的实际价值为基础,且长期维持在过高水平而没有波动,违背了价值规律,那么高通为何能够长期维持高许可费率呢?一方面,高通利用在芯片市场的垄断地位对 OEM 实施“胡萝卜加大棒”政策,若 OEM 不愿接受高许可费率,高通便以停止芯片供应和技术支持相威胁,同时以提供芯片折扣或返利为诱饵,诱使 OEM 接受其高许可费率。另一方面,高通排除了 OEM 提起反垄断诉讼的可能,使得其高许可费率未经诉讼检验。例如,2013 年高通与苹果之间的协议约定,如果苹果对高通提起 FRAND 诉讼,苹果将丧失协议约定的返利。此时必须有公权力介入才能打破僵局,这也从侧面印证了高通的行为已不再是单纯的合同法问题,而是反垄断法问题。

2. 高许可费率是否损害竞争?

不合理高价是指具有市场支配地位的经营者利用其支配地位,将商品价格确定为正常竞争情况下无法达到的高价的行为。不合理高价是否应受反垄断法规制在理论上一直充满争议。一种观点认为,不合理高价是典型的经营者剥削购买者的行为,会严重损害下游经营者或消费者的利益,因此一些国家或地区在反垄断法中予以禁止。例如我国《反垄断法》第 17 条便禁止具有市场支配地位的经营者“以不公平的高价销售商品”;欧共体《罗马条约》第 82 条也明文禁止“索取不公平的销售价格”,后来这一规定被《欧盟运行条约》第 102 条所吸收。另一种观点认为,价格受到市场这只“看不见的手”的调整,若某一垄断企业通过不合理高价获取垄断利润,会吸引潜在竞争者进入市场,相关产品的价格便会下降到正常水平,所以不合理高价只会短期存在。而这种短期的高价正是激励企业不断创新、

^① 高通的许可费率模式:(1)如果只使用单一标准,2G CDMA 许可费率为 5%,3G WCDMA 为 5%,4G LTE 为 3.25%;(2)如果同时使用多个标准,则按照各标准中的最高的费率收费。

^② See *Power Integrations, Inc. v. Fairchild Semiconductor Int'l, Inc.*, 904 F.3d 965, 977 (Fed. Cir. 2018).

改进技术的动力所在。此外,执法机构也难以判断什么样的价格是“不合理”的或者“过高”的,一招不慎恐伤及市场竞争秩序。美国司法界和理论界均持此种态度,反垄断成文法中也没有限制不合理高价的相关规定。

高通在二审中提出,即便法院认定其许可费率过高,也不会损害竞争,专利法和反垄断法允许其对专利收取尽可能高的价格。上诉法院支持了高通的观点,并且进一步认为,即使假设高通的高许可费率造成了损害,损害的对象也是作为高通客户的OEM,而不是其竞争对手,这些损害位于“有效竞争领域”以外,对本案的相关市场没有直接影响。^①但高通和上诉法院的观点都很难站得住脚。一方面,反垄断法保护的是竞争而非竞争者,垄断者的行为只要对抽象的竞争秩序造成损害即可引起反垄断法的关注,并不需要对特定的竞争者造成损害。另一方面,虽然美国对定价持“自由主义”态度,但并非完全放任市场主体任意定价。在Trinko案中,联邦最高法院表明,虽然企业单纯地利用市场势力实施过高定价不能被视为违法,但如果它同时实施了反竞争的行为,依然可能是违法的。^②高通不合理的高许可费率不能单独看待,高通之所以有能力长期索取高许可费率,除了自身在技术和商业等方面的努力之外,与其通过独家交易、拒绝交易、搭售等行为维持垄断地位密不可分,这些行为共同导致了对竞争秩序的严重破坏。更为重要的是,高通的高许可费率不符合FRAND承诺中“公平”、“合理”的要求,与标准化为了促进标准广泛应用的公共性目标相冲突,^③也使得这一标准化垄断协议被豁免的基础不复存在。

(四)独家交易安排

独家交易是指经营者通过合同或协议约定,一方在特定范围、特定区域内仅向另一方供应或者购买商品或服务,而不能与另一方的竞争对手进行交易。^④独家交易能够实现规模经济效益,降低买卖双方收集交易信息、谈判、缔约和履约等交易费用,还能有效预防价格涨跌和供需失衡等商业风险。但是当独家交易协议封锁了足够大的市场份额,使得竞争对手无法达到最小有效规模时,便具有了反竞争的效应。^⑤此时,独家交易便进入了反垄断法的视野。

芝加哥学派认为,独家交易会赋予或者强化上游生产商的垄断地位,当生产

^① See Federal Trade Commission v. Qualcomm Incorporated, 969 F.3d 974 (9th Cir. 2020).

^② See Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004).

^③ 参见唐要家:《知识产权许可不公平高价的反垄断规制》,《电子知识产权》2011年第11期,第36页。

^④ 参见宁立志、杨妮娜:《专利独家许可的反垄断法分析》,《中州学刊》2019年第4期,第45页。

^⑤ 参见刘雅甜等:《忠诚折扣的反垄断经济分析》,《经济与管理研究》2019年第2期,第75页。

商利用垄断地位提高商品价格后,下游经销商需要承担这一负面后果,从而丧失了与生产商继续进行独家交易的动力,转而向其他生产商购买商品。^①因此,生产商需要提供一定的激励机制,才能继续维持独家交易协议,忠诚折扣便是一种典型的激励机制。忠诚折扣是指经营者在经销商品时,以交易数量、交易份额等要素达到一定条件为前提,向购买者提供折扣或返利的交易策略。与独家交易类似,忠诚折扣也存在着影响竞争的积极效应和消极效应。一方面,忠诚折扣能够在降低买方购买成本的同时提高卖方的销售量,对买卖双方有互惠作用。另一方面,具有垄断地位的经营者可能通过忠诚折扣剥夺竞争者的交易机会,形成市场壁垒,所以需要反垄断法的关注。

美国规制独家交易行为的成文法主要是《克莱顿法》第 3 条的专门性规定以及《谢尔曼法》第 1 条和第 2 条的一般性规定。美国第九巡回上诉法院在 *Aerotec* 案中指出,若独家交易协议消除了竞争,则是非法的。在某些有限的情况下,以独家承诺或者购买特定数量或市场份额的卖方商品或服务为条件的折扣和返利可被理解为“事实上的”独家交易合同。^②在 *Tyco* 案中,第九巡回上诉法院进一步提出,独家交易协议只有在消除相关市场大部分的竞争时才违反《谢尔曼法》第 1 条。^③此外,第四巡回上诉法院认为,如果独家协议严格限制争夺最重要的客户,则可能会大量减少竞争,从而违反《谢尔曼法》第 2 条。^④

高通与 OEM 厂商之间达成了大量独家交易协议与忠诚折扣协议,其中最受关注的是高通与苹果之间的协议。在 2011 年至 2016 年期间,高通以独家交易且交易量达到一定规模为前提向苹果提供最高 10 亿美元的返利资金。但如果苹果批量出售搭载有非高通生产的蜂窝调制解调器的任何产品,则协议自动终止,并且需要向高通返还已经获得的所有返利。早在 2018 年 1 月,欧盟委员会就认定高通与苹果之间的独家交易安排阻碍了有效竞争,决定对高通处以 9.97 亿欧元的罚款。

在独家交易与忠诚折扣之外,高通还对向竞争芯片厂商购买调制解调器芯片的 OEM 厂商施加“不忠惩罚”。根据高通与 OEM 厂商之间的许可协议,高通可通过任何手机销售获得许可费,即使手机使用的是高通竞争对手的调制解调器芯片。因此,使用其他芯片厂商芯片的 OEM 厂商不但需要支付芯片本身的费用,还

① 参见刘雅甜等:《忠诚折扣的反垄断经济分析》,《经济与管理研究》2019 年第 2 期,第 75 页。

② See *Aerotec International, Inc. v. Honeywell International, Inc.*, 836 F.3d 1171 (9th Cir. 2016).

③ See *Allied Orthopedic Appliances Inc. v. Tyco Health Care Grp.LP*, 592 F.3d 991 (9th Cir. 2010).

④ See *E.I. du Pont de Nemours and Co. v. Kolon Industries, Inc.*, 637 F.3d 435 (4th Cir. 2011).

要向高通支付一笔人为的、反竞争的附加费用,而这笔费用往往高于使用高通芯片时的费用。

高通辩称,它与苹果等OEM之间的协议是批量折扣协议,而不是独家交易协议。与排他性交易安排不同,批量折扣协议并不违反反垄断法,它不排斥交易相对人购买其他经营者的产品。但高通的理由并不能成立,因为批量折扣协议并不会限定交易相对人必须从特定经营者处购买全部所需产品,也不会因为交易相对人从其他经营者处购买产品而对其施加“不忠惩罚”。

上诉法院认为,在涉嫌独家交易的相关时间段内(2011年至2015年),高通在与苹果的协议中面临的唯一竞争来自英特尔,没有任何其他特定的竞争对手或潜在竞争对手受到高通与苹果的任何一项协议的影响,也没有任何迹象表明英特尔在相关时间段内是高通的有力竞争对手,或者高通与苹果之间的协议推迟了苹果转向英特尔购买芯片的时间。因此,高通与苹果之间的协议并不具有实质上阻止CDMA调制解调器芯片市场竞争的效果。^①上诉法院的观点可以简化为“因为市场中没有竞争者,所以高通没有损害竞争者的利益,也没有违反反垄断法”,但该观点存在逻辑上的错误——正是因为高通的垄断行为才导致市场中缺乏竞争者,该观点也与公认的“反垄断法保护竞争而非竞争者”的原则不符。

总而言之,通过以独家交易为主、以忠诚折扣与“不忠惩罚”为辅的安排,高通获取了全球CDMA芯片市场和高端LTE芯片市场中绝大多数的市场份额,剩余市场份额已无法实现有效的规模经济效应。高通的多数竞争对手因此被排挤出市场,剩余竞争对手也陷入了“利润不足—研发资金不足—技术落后—销量下降—利润不足”的恶性循环。此外,高通的一系列独家交易安排还使得竞争对手丧失了许多间接利益,例如,与OEM开展合作、参与标准制定、提升行业地位等,应当受到反垄断法的否定性评价。

(五)对我国的启示

上述对FTC诉高通案的分析,对于我国处理标准必要专利反垄断案件具有一定的借鉴意义。第一,经营者是否采取措施避免专利权用尽,可以作为认定其是否滥用市场支配地位的重要参考因素。一般情况下,当经营者通过此类行为收取双重费用时,会导致购买者青睐费用更低的替代性专利,使得经营者难以长期维持此种做法。一旦专利被标准化,经营者便获得了足够的市场力量,若长期采取“无许可—无芯片”之类的措施避免专利权用尽,便有滥用专利权、违反反垄断法之虞。第二,在搭售案件中,在上下游市场都具有垄断地位的经营者,将两个市场内的垄断力量相互传导所实施的搭售行为,比在单一市场拥有垄断力量的经营

^① See Federal Trade Commission v. Qualcomm Incorporated, 969 F.3d 974 (9th Cir. 2020).

者实施的搭售行为对竞争的损害更为严重,反垄断执法机构对于此类行为需格外关注。第三,FRAND承诺的含义是对所有的潜在标准实施者进行许可,SEP权利人仅向部分标准实施者授予许可的行为违反了FRAND承诺,而FRAND承诺是标准化垄断协议能够被豁免的重要性、实质性理由,因此违反FRAND承诺已经超出了违反合同法的范畴,是违反反垄断法的行为。第四,在标准必要专利反垄断案件中应注重关键设施理论的应用,拒绝许可属于关键设施的SEP违反了反垄断法上的交易义务。第五,在判断SEP许可费率是否符合FRAND承诺时,可以依据许可费率是否与其对相关标准作出的贡献相符、是否与其对相关产品作出的贡献相符、是否考虑交叉许可的价值等因素。第六,一般情况下,独家交易协议并不会损害竞争,但是如果独家交易协议大量封阻市场竞争,使得剩余市场不足以维持竞争者的存续,便很有可能违反反垄断法。

三、国家安全与垄断行为的豁免^①

FTC诉高通案一审判决后,美国司法部、能源部与国防部以国家安全为由干预案件的上诉审理,认为反垄断处罚会限制高通的研发投资能力和市场竞争力,从而削弱美国在5G创新和标准制定方面的领导地位,使得中国有机会扩大对5G的影响力,而且高通是美国政府国家安全服务的主要供应商,处罚高通会削弱美国的军事能力,从而损害美国的国家安全,因此要求法院对高通的垄断行为予以豁免。^②因此,有必要在理论上探讨国家安全与垄断行为的豁免之间的关系。

(一)“国家安全”的内涵

目前理论界对反垄断法中的国家安全豁免(national security exemption)讨论不多,但对于国际贸易规则中的国家安全例外(national security exception)已有不少探讨,对后者的研究可以为前者所借鉴。国家安全例外是指允许缔约方以维护国家安全为由免除贸易协定所规定义务的特殊制度安排。^③实际上,国家安全例

^① 我国理论界基本承认,反垄断法上的豁免不同于适用除外。“适用除外”是在适用范围之外,不属于反垄断法管辖的范围;“豁免”则意味着适用反垄断法,但是基于某些特殊原因而不予处罚。美国反垄断法中仅有豁免而没有适用除外的概念,而其豁免的含义恰恰就是我们所称的适用除外。虽然中美对于豁免与适用除外在称谓上有差异,但二者在价值取向、政策目标和实际效果等方面具有一致性,本文统称为“豁免”。参见刘继峰:《竞争法学》,北京大学出版社2016年版,第76页;黄勇:《中国〈反垄断法〉中的豁免与适用除外》,《华东政法大学学报》2008年第2期,第107页。

^② See Department of Justice, United States' Statement of Interest Concerning Qualcomm's Motion for Partial Stay of Injunction Pending Appeal, <https://www.justice.gov/atr/case-document/369345>, visited on 10 January 2021.

^③ 参见张丽娟、郭若楠:《国际贸易规则中的“国家安全例外”条款探析》,《国际论坛》2020年第3期,第67页。

外与国家安全豁免是“一个硬币的两面”,前者是在国际法层面限制外国企业,后者是在国内法层面保护本国企业,二者都很容易沦为贸易保护主义的手段。以往标榜自由贸易的美国近年便经常打着国家安全的旗号来推行贸易保护主义政策,一方面以国家安全例外为由不履行条约义务,限制华为等中国企业在美国提供5G产品和服务,直接限制国际贸易;另一方面以国家安全豁免为由不执行国内反垄断法规,保护高通之类的美国企业实施垄断行为,从而间接限制国际贸易。

鉴于国家安全例外与国家安全豁免在目标和效果上具有一致性,二者所指向的“国家安全”的内涵在理论上也应是一致的。在乌克兰诉俄罗斯运输限制措施案^①中,世界贸易组织(WTO)专家组对《关税与贸易总协定》(GATT)第21条^②的安全例外条款进行了解释:(1)成员只对是否有必要采取相应措施而非对安全利益的内涵具备自裁决权;(2)将安全例外的适用情形严格限制于维护国家基本安全利益范围内;(3)成员有义务“善意地”解释和适用国家安全例外,不应当将国家安全例外作为逃避条约义务的方式。^③国际社会对于第一项安全利益内涵的自裁决权争议较大,但是普遍认可后两项解释。因此,“国家安全”的内涵是“国家基本安全利益”,它主要涉及“国防或军事利益,或维持法律或公共秩序的利益”。^④随着经济和社会的发展,国家安全的范畴已经从以国防、军事为核心的传统安全扩展至经济安全等非传统安全领域。^⑤对于非传统安全能否纳入“国家基本安全利益”,理论上仍存在很大的争议。本文认为,即使将非传统安全作为“国家基本安全利益”,也仅限于例外情形。例如,当经济问题存在极端严重的后果,有可能引起经济完全崩溃,必须采取措施控制情况恶化时,才能援引国家安全例外。^⑥

国家安全例外与国家安全豁免的不同之处在于,前者受到国际条约的限制,解释和适用时也更为严格,但后者受到的限制较少,往往由一国国内执法机构或

① See *Russia-Measures Concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R, 5 April 2019.

② GATT第21条“安全例外”条款规定:本协定不得解释为:1.要求任何缔约国提供其根据国家基本安全利益认为不能公布的资料;2.阻止任何缔约国为保护国家基本安全利益对有关下列事项采取其认为必须采取的任何行动:(1)裂变材料或提炼裂变材料的原料;(2)武器、弹药和军火的贸易或直接和间接供军事机构用的其他物品或原料的贸易;(3)战时或国际关系中的其他紧急情况;3.阻止任何缔约国根据联合国宪章为维持国际和平和安全而采取行动。

③ 参见张倩雯、王梓萱:《谁来认定国家安全例外——乌克兰诉俄罗斯运输限制措施案评析》,《情报杂志》2020年第8期,第44页。

④ 张乃根:《国际经贸条约的安全例外条款及其解释问题》,《法治研究》2020年第1期,第132页。

⑤ 参见韩秀丽:《论“国家安全”名义下争端的可裁决性及法律适用》,载曾华群主编:《国际经济新秩序与国际经济法新发展》,法律出版社2009年版,第719页。

⑥ 参见丁丽柏、陈喆:《论WTO对安全例外条款扩张适用的规制》,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2020年第2期,第136-137页。

司法机构自行解释,因而更容易被滥用。在 FTC 诉高通案中,美国司法部、能源部和国防部便是利用了这一点,将一般的经济、贸易问题解释为与国家安全直接相关,从而援引国家安全豁免为其保护主义政策寻求正当性依据。^①所谓“美国在 5G 创新和标准制定方面的领导地位”,主要是美国与别国相比在 5G 经济方面的竞争性利益,即使 5G 技术可以用于军事领域,也与“国家基本安全利益”相去甚远。如果随意解释“国家安全”,美国甚至可以保留制鞋行业作为例外,因为军队必须有鞋穿。^②

(二) 国家安全豁免的条件

美国通过单行立法的方式,规定一些特殊行业和特殊领域豁免于适用反垄断法,主要包括保险业、州政府行为、请愿行为、劳工工会、体育运动等,^③并无专门针对国家安全的反垄断法豁免规定。但美国法院审理反垄断案件时主要适用合理分析原则,国家安全作为公共利益或国家利益至关重要的方面,法院自然应当予以考虑。国家安全豁免常见的适用情形是国营企业的垄断行为。国家基于经济安全、军事安全等方面的考虑,往往在金融、武器装备制造等行业设立国营企业,由于这些企业的主要经营目的是维护公共利益或国家利益,与反垄断法所维护的法益一致,其垄断行为也被反垄断法所宽容。但是在滥用市场支配地位案件中,竞争执法机构或法院几乎不会考虑国家安全豁免,因为即使是国家安全也很难成为企业滥用支配地位损害其他企业和消费者利益的正当理由。

在国家安全豁免的适用条件方面,理论界缺乏相关的探讨,各国司法实践中也鲜见相关判例,为防止对竞争秩序造成不当损害,本文认为,援引国家安全豁免不但要符合前文所述“国家安全”的内涵,还要符合以下几个条件:(1)垄断行为与国家安全紧密关联,应当考虑垄断行为的目的是否维护国家安全,采用的手段能否促进该目的实现,而且这种关联性应当是直接相关;(2)禁止此种垄断行为会损害国家安全,而豁免此种行为则能够维护国家安全;(3)不存在对竞争损害更小的替代性手段;(4)豁免的范围仅限于与国家安全紧密关联的行为,而不能豁免这之外的行为。

具体到 FTC 诉高通案中。首先,高通既在国防领域为美国国防部、能源部等政府部门提供国家安全服务,又在一般商业领域为全球范围内的 OEM 供应调制解调器芯片,而其垄断行为仅发生在一般商业领域,实施垄断行为的目的并非维护国家安全。虽然这些垄断行为客观上能够提高其经济回报,增加其研发方面的

① 参见梁咏:《论国际贸易体制中的安全例外再平衡》,《法学》2020 年第 2 期,第 149 页。

② 参见[美]约翰·H.杰克逊:《世界贸易体制:国际经济关系的法律与政策》,张乃根译,复旦大学出版社 2001 年版,第 256 页。

③ 参见唐要家:《反垄断法豁免制度的比较分析》,《中南财经政法大学学报》2006 年第 1 期,第 23-24 页。

投入,从而提升其提供国家安全服务的能力,但这种关联是间接的。其次,对高通的垄断行为予以豁免表面上有利于维护美国的国家安全,实则不然。高通作为私营企业,放任其在国防领域的垄断地位会导致国家丧失议价能力,尤其是在全球军费削减的背景下,其危险性会进一步放大。在 Alliant 案中,地区法院认识到,国防产品的独家承包商没有竞争对手,而且他们的利润是基于成本的一定比例的,所以几乎没有降低成本的动机。政府对价格的控制虽然有效,但不能完美地替代市场竞争。^①法院应当考虑国防产品的价格是否可能上升,或者质量是否可能下降。^②再次,虽然高通目前是美国国防部、能源部相关国防产品的唯一提供者,但正是高通的垄断行为导致了此种结果,英特尔、博通、德州仪器等美国企业均为芯片市场的潜在竞争者,若能够获得 SEP 许可,便可在较短时期在国防产品方面成为高通的替代者。最后,国家安全并不能豁免高通在一般商业领域的垄断行为,否则便意味着在国家安全领域具有重要地位的企业可在一般商业领域任意实施垄断行为而不受惩罚。因此,本案实际上并不存在适用国家安全豁免的条件。

(三)对我国的启示

面对贸易保护主义势力抬头的局面,中国作为 WTO 的重要成员以及世界第二大经济体,更要勇于担当维护多边贸易体系的责任,积极参与并推动 WTO 的改革。^③在完善有关规则时,应明确“国家安全”的内涵,对国家安全的自裁决权、经济安全等非传统安全问题作出回应。目前的 WTO 规则主要关注国家安全例外,对国家安全豁免只有一些关于公平互利、非歧视待遇的原则性规定,但二者作为“一个硬币的两面”,应当同样予以重视。只有将国家安全豁免等消极执行竞争法、选择性执行竞争法的行为纳入 WTO 规则体系,才能防止各国实施消极的贸易限制行为。在程序建构方面,可以借鉴《TRIPS 协定》第 40 条第 3 款的磋商机制,如果一成员认为另一成员存在消极执行竞争法或选择性执行竞争法的行为,对国际贸易造成限制,可以与其进行磋商,若磋商不成,再诉诸 WTO 争端解决机制。此外,中国可以积极推动国际竞争立法,寻求构建以 WTO 为核心的国际竞争法体系,消除竞争执法和司法方面的贸易壁垒。

四、结语

高通通过拒绝向竞争对手许可 SEP,将专利许可市场的垄断地位延伸至芯片

^① See *FTC v. Alliant Techsystems Inc.*, 808 F. Supp. 9 (D.D.C. 1992).

^② See Casey R. Triggs & Melissa K. Heydenreich, *The Judicial Evaluation of Mergers Where the Department of Defense Is the Primary Customer*, 62 *Antitrust Law Journal* 435 (1994).

^③ 参见张鸿韬:《美国贸易保护主义政策对全球价值链的挑战与中国应对》,《现代经济探讨》2019年第9期,第73页。

市场,又通过独家交易、忠诚折扣、“不忠惩罚”等行为巩固其芯片市场的垄断地位,并通过“无许可一无芯片”政策和高许可费率实现经济回报最大化,这为高通提供了充足的研发资金,使其能够不断改进技术进而维持垄断地位,也有能力排除私人反垄断诉讼。从商业角度来看,高通的一系列行为堪称完美,但从法律角度来看,高通已违背了专利法和反垄断法,阻碍了相关市场的创新与竞争。一审法院的禁令可以有效打破高通维持垄断地位的“良性循环”链条,二审法院的判决则将竞争秩序与消费者利益置于不顾,难以令人信服。而美国司法部、国防部与能源部为实现遏制中国在5G领域影响力的政治目的,以“国家安全”为幌子公然干预案件的审理,要求对高通的垄断行为予以豁免,不顾全球消费者的利益,也违背了美国三权分立的宪法原则。对此,中国一方面需要在国内法中加强标准必要专利反垄断工作,正确对待“无许可一无芯片”之类的商业行为,处理好FRAND承诺与反垄断法、合同法的关系问题,另一方面需要争取在国际贸易规则体系中的话语权,利用国际贸易规则打击贸易保护主义。

Theoretical Analysis of the Case of FTC v. Qualcomm

Abstract: The case of FTC v. Qualcomm has caused great differences among American government departments. FTC strives to impose antitrust penalties on Qualcomm to maintain competition order and consumer interests, while the Department of Justice and other departments strive to protect Qualcomm on the grounds of national security. Although the District Court upheld FTC in the first instance, the Court of Appeal upheld the Department of Justice and Qualcomm in the second instance. The case spans many legal departments such as patent law, antitrust law and contract law, and involves legal issues such as patent exhaustion, tying, exclusive transaction, refusal of transaction and so on. The result has a profound impact on the pattern of the global wireless communication field, and has a bearing on the interests of relevant enterprises in China. It is necessary to make a theoretical analysis of the case in order to provide ideas for the trial of standard essential patent antitrust cases in China, especially how to deal with the policy of “no license-no chip” and how to deal with the relationship between FRAND commitment, antitrust law and contract law.

Key words: antitrust law; patent law; standard essential patent; FRAND commitment; national security

(责任编辑:漆彤 钱静)