

安徽大学 硕士学位论文

目 录 高新技术产业领域中的反垄断问题研究

专 业 经 济 法 学

研究方向 竞 争 法

姓 名 张 卫 东 届 别 二〇〇五届

导师姓名 王 先 林 职 称 教 授

二〇〇五年四月二十日

中文摘要

本文从高新技术及其产业的内涵着手，阐明了高新技术产业的发展状况。然而，同传统产业一样，高新技术产业在迅速发展的同时，也出现了企业限制竞争的情形。在这种情形下，现实提出了两个问题，即反垄断法是否适用？如果适用的话，反垄断法应适用到什么程度，尤其是对于其产品和服务主要是由知识产权来维系的企业？本文在第一部分对第一个问题进行了初步思考。本文认为，反垄断法应当适用于高新技术产业，但是，反垄断法在实施时需对一些细微问题进行调整，以使之更好地适用于高新技术产业的特殊情况。这些问题，本文归纳为六个方面，即技术问题、市场的发展变化速度、企业之间的合作、进入壁垒、产量和价格的影响、网络效应。由于各国反垄断法一般都是由禁止联合限制竞争制度、禁止滥用市场支配地位和控制企业结合制度三个最基本的方面组成，本文分别以第二、第三、第四部分就禁止联合限制竞争制度、禁止滥用市场支配地位和控制企业结合制度在高新技术产业领域中的适用，对第二个问题进行了回答。禁止联合限制竞争制度在高新技术产业领域中的适用，主要体现在对合作研究与开发新技术中的限制性协议的规制方面。在该部分，本文翻译介绍了欧盟的第2659/2000号法规和美国的国家合作研究与生产法案。通过这两部法律，我们可以看出，欧盟和美国对研究与开发中限制性协议采取的是一种相对宽容的态度。然后，本文对合作研究与开发中限制性协议进行了反垄断分析。通过分析，本文认为，一国的反垄断法在适用于高新技术产业时，须考虑其国家的经济政策，特别是其中的产业政策，合理界定相关产品市场和相关地理市场，并且对合法的限制性协议予以豁免。禁止滥用市场支配地位在高新技术产业领域中的适用，主要体现在对合作研究与开发中创新垄断的规制方面。在该部分，通过对欧盟和美国对创新垄断的执法（包括司法）实践，本文认为，对创新垄断采取的相对宽容的态度符合世界反垄断执法潮流。作为创新垄断的一个典型例子，本文对网络效应进行了进一步分析，并对网络效应内部化予以了研究。在控制企业结合制度在高新技术产业领域中的适用，主要体现在对合作研究与开发新技术中创新市场合并的规制方面。在该部分，本文首

先对创新市场进行了界定。然后，研究与开发中创新市场合并的反垄断分析。通过对美国的《知识产权许可的反托拉斯指南》和《美国关于竞争者之间合谋的反托拉斯指南》的分析，本文认为，合并可能产生或增强市场垄断力，或促进市场垄断力的行使，但是，如果对创新合并进行控制，则可能影响创新的进行。因此，有必要为合法的创新市场合并设定反托拉斯安全区。在第五部分，本文对我国高新技术产业领域中反垄断立法进行了探讨。在该部分，本文首先对我国现行制度及相关立法进行了分析，本文认为，我国现行的制度不完善，现有的高新技术产业的反垄断立法过于简单，许多领域还存在立法空白，并且我国现有的高新技术产业的反垄断立法过于零散，且不系统。然后，本文对我国高新技术产业的反垄断立法的进行了基本构想。本文认为，我国将来反垄法规制高新技术产业中的限制竞争的行为，应从程序法和实体法两个方面来考虑。从程序法角度来看，三个问题需要考虑，即引入专家参与案件审理制度和高新技术案件的听证制度，以及对高新技术产业领域中的限制竞争损害赔偿实行单倍损害赔偿制度。从实体法角度来看，也有三个问题需要考虑，即对研究与开发中限制性协议、创新市场合并予以规制和对网络效应予以内部化。

关键词： 研究与开发协议 创新垄断 创新市场 网络效应

Abstract

This text sets about from the meaning of new and high technology and industry, current situation of the development, have expounded like other industries, there is a situation that enterprises limit the competition in this industry, too. To this kind of situation, reality has put forward two questions, is the antimonopoly law applicable to this industry? If it is suitable, antimonopoly law should apply to what extent as it does, especially to those enterprises whose product and service come to maintain mainly by intellectual property right? This text thinks tentatively to go on to the first question at first partially. This text thinks, the antimonopoly law should apply to the new high-tech industry, but, some slight problems need adjusting while the antimonopoly law implements, so that they suit for special circumstances of new high-tech industry better. These questions, this text sums up for six respects of the technological issues, pace of change of development of the market enterprise cooperation, entry barrier, the influence of the output and price and network effects. Because the antimonopoly laws of various countries are usually made of three most basic respects, forbidding jointly limiting the competition system, abusing the position of arranging of market and controlling of system of combining of enterprises. This text analyze forbidding jointly restraining competition system , abusing market status of arranging and controlling enterprise system of combining in new high-tech industry in the second, third, the fourth part separately , which has answered the second question. The ones that forbidding jointly limiting the competition system in the field of new high-tech industry are suitable, reflect it in the structure to the restricted agreement in the new technology of cooperative research and development mainly. In this part, this text translates regulation and the national joint study of U.S.A. and production bill No. 2659/2000 of introducing European Union, through these two laws, we can find out, it was a kind of comparatively tolerant attitude that European Union and U.S.A. took the restricted agreement while studying and developing. Then, this text has carried on

anti-monopoly analysis to the restricted agreement in cooperative research and development. This text thinks, the antimonopoly law of one country, while applying to the new high-tech industry, must consider the economic policy of its country, especially the industrial policy among them, define relevant product markets and relevant geographical markets rationally, and exempt the legal restricted agreement. The ones that forbidding abuse market status of arranging among new high-tech industry field are suitable, reflect it in innovating the structure monopolized to cooperative research and development mainly. In part this, this text practise to study through European Union and law enforcement (include administration of justice) of U.S.A. separately and anti-monopoly monopolized to analyze innovating in developing, this text think, it accords with to cooperative research and development structure monopolized to innovate world anti-monopoly enforce the law the trend to take the attitude of relenting. As the typical example of innovating monopolized, this text has been analyzed further to the network effects, and has carried on research to the network effects. The ones that controlled the system of combining of enterprises in the field of new high-tech industry are suitable, reflect it to the structure that the innovative market amalgamates in the new technology of cooperative research and development mainly. In this part, this text has defined the innovative market at first, then, this text has amalgamated with innovative market while developing and carried on anti-monopoly analysis to joint study. Through the analysis of " antitrust guide that the intellectual property right permits " and " antitrust guide conspired about the competitors " to U.S.A., this text think, it may produce or strengthen market monopolization strength to amalgamate, promote enforcement, market monopolization of strength, however, if amalgamate and control innovation , may influence the going on of innovation . So, it is necessary to amalgamate and establish the antitrust safety zone for the legal innovative market. In the fifth part, this text is to image the antitrust legislative discussion in the field of new high-tech industry of our country. In this part, the analysis on our country's current relevant legislation at first of this text, this text thinks, our country current system perfect. The existent

anti-monopoly of new high-tech industry legislation is simple, a lot of fields are also stored in the legislative blank, and it is so scattered that the anti-monopoly of the existing new high-tech industry of our country legislates, and not systematic. Then, this text legislates to carry on the basic idea to the anti-monopoly of the new high-tech industry of our country. This text think our country antitrust regulation make restriction behavior of competition of new high-tech industry in the future, should come to consider from two respects of the procedure law and substantive law . From the point of view of procedure law, three questions need considering, namely introduce experts and participate in the hearing system of handling the system and new and high technology case of the case , implement single times of compensation for damage system to restriction competition compensation for damage , new high-tech industry of field. From the point of view of substantive law, three questions need considering too , namely amalgamate with the restricted agreement , innovative market while developing in studying and give the structure and give internalization to the network effects.

Key words: Research and development agreement Innovation monopolizing
Innovative market Network effects

独创性声明

本人声明所呈交的学位论文是本人在导师指导下进行的研究工作及取得的
研究成果。据我所知，除了文中特别加以标注和致谢的地方外，论文中不包含其
他人已经发表或撰写过的研究成果，也不包含为获得 安徽大学 或其他教育机构
的学位或证书而使用过的材料。与我一同工作的同志对本研究所做的任何贡献均
已在论文中作了明确的说明并表示谢意。

学位论文作者签名：张卫东

签字日期：2005年4月18日

学位论文授权使用授权书

本学位论文作者完全了解 安徽大学 有关保留、使用学位论文的规定，
有权保留并向国家有关部门或机构送交论文的复印件和磁盘，允许论文被查阅和
借阅。本人授权 安徽大学 可以将学位论文的全部或部分内容编入有关数据库进行
检索，可以采用影印、缩印或扫描等复制手段保存、汇编学位论文。

(保密的学位论文在解密后适用本授权书)

学位论文作者签名：张卫东

导师签名：王先林

签字日期：2005年4月18日

签字日期：2005年4月19日

学位论文作者毕业去向：

工作单位：

电话：

通讯地址：

邮编：

一、问题的提出和初步思考

(一) 问题的提出

1、高新技术产业的内涵及其发展状况

高新技术,在国外一般称为高技术,在我国则有狭义和广义的区分。狭义的高新技术只指“高技术”,广义的高新技术则包括“高技术”和“新技术”。基于探求高新技术产业领域中的反垄断问题发展一般规律的目的,本文的论述主要立足于后者。一般来说,高新技术,是指运用当代最新科学知识和尖端技术而形成的技术集合;高新技术产业,是指高新技术通过研究开发、成果转化、产业化或不断地向传统产业渗透,生产出高新技术产品,成功地进入市场,从而形成现实生产力的知识与技术密集、研究与开发投入高、附加值高、增长速度快、高效率和高效益的产业群。与传统产业相比,高新技术产业具有平均成本(是基于产品而不是企业的平均成本)下降、创新率提高、进入与退出迅速而频繁且存在消费上的规模经济、对新设企业资本投入的要求不高等特征。

也正因为高新技术的上述特征,其发展迅速,已成为世界经济发展的新的增长点。在过去的20年中,全球高新技术产品比其他制造业产品的增长速度都快,其他制造业产品的增长速度大约只有不到3%,而高新技术产品增长速度则接近6%。尤其在1995年之后,高新技术产业的增长速度更是年递增10%以上,是同期其他制造业增长速度的3倍。据统计资料测算,2000年全球高新技术产业规模约为2万亿美元,占全球制造业产品产量的15%左右,而1980年,这一比例仅为7.6%。从20世纪80年代开始,美国的高新技术产业规模就居世界第一,目前约占全球高新技术产品产量规模的1/3。2002年美国有24.2万家从事高新技术产业的企业,比1995年增长了69%;从业人员580万人,比1995年增长了45%。^①我国高新技术产业的规模也迅速扩大,成为拉动国民经济增长的重要力量。1991-2002年,我国高新技术产业的工业产值从3000亿元左右增加到21065亿元,年均增长20%,超过同期全部工业产值年均增长速度10多个百分点,成为我国经济发展中最有活力的部分。国家火炬计划项目实施的销售收入从1992年的129亿元增长到2002年的1883.1亿元,年平均增长率达到30.75%。

^① 《世界高新技术产业发展及对外贸易现状》,中国科学技术信息研究所加工整理, http://kjs.mofcom.gov.cn/column/db_21.xml, 2005.01.15 visited.

我国高新技术产品出口 677 亿美元, 增长 45.7%, 高于全国外贸出口增幅近 23.4 个百分点。高新技术产业已成为国民经济中成长最为迅速的产业。并且, 我国高新技术产业产值占工业总产值的比重, 已经由十年前的 1% 左右提高到现在的接近 15%, 高新技术产业增加值占 GDP 的比重由 1995 年的 1.85% 提高到 2002 年的 3.68%。计算机、通讯、生物医药等高新技术产业迅速成长。^①

2、问题的提出

然而, 同传统产业一样, 高新技术产业在迅速发展的同时, 也出现了企业限制竞争的情形。针对这些情形, 反垄断法是否适用? 如果适用的话, 反垄断法应适用到什么程度, 尤其是对于其产品和服务主要是由知识产权来维系的企业? 对这两个问题的思考, 就是本文创作的起因。

(二) 初步思考

对上述第一个问题, 即反垄断法是否适用于高新技术产业, 人们的看法不尽相同。肯定说认为, 尽管高新技术产业存在特殊之处, 其中的技术通常是很复杂的, 但这不能成为放弃该产业领域适用反垄断法的理由, 因为没有任何“高新技术特点”可以证明完全或者实质豁免反垄断法适用的正当性。否定说认为, 在该产业领域适用反垄断法会削弱企业对该产业的投资, 这对该产业的发展是很危险的, 并且, 对该产业中企业的诉讼, 其诉讼期间可能比重新建立一个企业的时间都要长, 因此, 反垄断法不应干预该产业。^②折衷说认为, 因为高新技术产业创新速度快, 政府一般不应当干预, 除非这样做有利于消费者福利和经济发展。本文认为, 反垄断法对该产业中的限制竞争行为具有适用性是毫无疑问的, 因为高新技术产业并非不存在传统的掠夺性策略、卡特尔等限制竞争行为, 问题在于针对该产业中的一些特殊问题, 反垄断法该如何适用。正因为高新技术产业与传统产业不完全相同, 所以就需要对反垄断法实施中的一些细微问题进行调整, 以使之更好地适用于高新技术产业的特殊情况。本文认为, 针对下面的情况, 反垄断法在适用时需要进行相应调整:

1、技术问题

高新技术产业涵盖微电子和计算机技术、信息通讯技术、激光技术、生物技

^① 《我国高新技术产业发展及对外贸易现状》, 中国科学技术信息研究所加工整理, http://kjs.mofcom.gov.cn/column/db_22.xml, 2005.01.15 visited.

^② See Robert Pitofsky, *Antitrust Analysis in High-Tech Industries: A 19th Century Discipline Address 21st Century Problems*, February 25, 1999.

术、新材料技术、航空航天技术、能源技术等领域，其技术尖端性和高竞争性不言而喻。许多高新技术产业涉及的问题对于缺乏技术背景的法律工作者都是富有挑战性的。在传统产业中不易处理的一些问题，例如界定相关市场和相关企业，在高新技术产业就更加难以处理。比如，如何界定卫星传播在电缆市场具有市场垄断力的时间，如何界定生物技术企业市场垄断力。电信市场也存在类似的技术问题，比如如何判断网络资源是具有竞争性，还是具有垄断性。此类问题不解决，就无法适用反垄断法。然而，像这样的科技领域的每一个问题都不易处理。

2、市场的发展变化速度

与传统产业相比，高新技术产业中的新一代产品削弱现存的市场垄断力更快，高新技术产业的垄断也更具有暂时性。比如，在钢铁、石油等传统产业中，一个垄断企业保持其垄断优势可长达几代。但是，在高新技术产业，这种情况则不多见。并且，垄断并不必然抑制和排斥竞争，相反，垄断者仍然面临着各式各样不同程度的竞争。例如，几年前，微软的操作系统还是独霸天下，几年后，由于 Java 等跨平台语言工具的出现，以及脱离 PC 机和操作系统的上网工具的蓬勃发展，微软就已感到了楚歌四起。比尔·盖茨说：“我们只有 100 天。”事实上，说不定还不等微软判决下来，Windows 操作系统已成“昨日黄花”了。就像 1969 年美国司法部曾对 IBM 垄断 PC 市场大动干戈，结果十多年的诉讼期过去了，还未等判决下来，IBM 公司由于 APPLE、COMMODORE 等公司的兴起而今非昔比，最后案件不了了之。^①由此可见，我们在高新技术产业适用反垄断法时一定要注意其市场的发展变化速度。

3、企业之间的合作

在高新技术产业，合作研究和开发对于创新风险的分担和技术的整合是必要的，协作和其后在标准方面的协调对于产品的完成也是必不可少的。美国联邦贸易委员会和美国司法部也意识到了这一点，其在 2000 年 4 月颁布的《美国关于竞争者之间合谋的反托拉斯指南》前言中写道，“为了在现代市场上展开竞争，竞争者有时需要合谋。竞争力量推动公司进行复杂的合谋，以达到扩张进入国外市场、为高昂的创新活动融资以及降低生产和其他成本等目的。这些合谋不

^① 参见溱多俊主编：《经济法论丛》第 6 卷，中国方正出版社 2002 年 1 月第 1 版，第 121 页。

仅是良性的，而且能够促进竞争。实际上，在过去二十多年里，主管机构对竞争者的合谋提起民事诉讼已经相对较少。不过，实际或潜在竞争者如果认识到反托拉斯法将对他们之间的协议质疑的话，则可能阻止促进竞争的合谋的发展。”美国的这种把企业之间的协作区别对待的做法值得我们借鉴，因为企业之间的协作配合不一定就限制竞争，这一点在高新技术产业尤为如此。因此，我们在将来制定反垄断法时，有必要修正已确立的对于合作协议的怀疑态度，允许在高新技术市场有变化的余地。

4、进入壁垒

进入壁垒，通常又称进入门槛。所谓进入，是指在某产业内出现新的卖者（企业）。新企业进入某一产业，就会对该产业内的现有企业构成竞争，并会遇到许多相对于现有企业较为不利的因素。这些因素会构成阻止新企业进入的障碍。这些阻止新企业进入的障碍或者因素称之为进入壁垒。^①高新技术产业通常依靠思想的实施，而思想则很少考虑地理边界或者存在的市场垄断力。如上所述，高新技术产业中已存在的市场垄断力通常是暂时的，其中可能出现的垄断问题一般也可以通过快速地不断地引进新产品而得以“自我纠正”。Easterbrook 教授认为，由于不存在自动消除最高法院错误判决的方式，如果一种行为曾经被判决有罪，那么在最高法院改变或撤销该判决之前，这种行为在法律上一直是有罪的行为，而不论其是否带来利益，相对而言，经济制度纠正垄断则比它纠正错误判决更容易。^②这一点在高新技术产业尤其如此，因为在法院宣告行为非法后，再去审查该行为或做法就不太容易。因此，反垄断执法部门在第一次审查高新技术产业中的行为或做法是否构成进入壁垒时一定要审慎行事。例如，在迅速发展的电子商务市场，企业对企业的 B2B 电子商务交易对各国现有的反垄断法提出了新的挑战，由此引起了各国政府对这一市场的反垄断法关注。一方面，电子商务的一些特征会有助于市场进入和降低成本，并且市场竞争的加剧结果会增进消费者福利；但另一方面，“先发效应”、“网络的外部性”、“转换成本”及其他进入壁垒可能会影响市场力，使市场力仅在为数不多的大企业之间发挥作用，因而会减损竞争。^③面对如何应对新事物的困境，美国联邦贸易委员

^① 参见杨公朴、夏大慰：《产业经济学教程》，上海财经大学出版社 2002 年 7 月第 2 版，第 162 页。

^② See F. Easterbrook, *The limits of Antrust*, 63 *Tex. L. Rev.* 1, 15(1984).

^③ 参见徐士英、王良：《论新兴 B2B 电子商务市场的反垄断法规制》，《法律科学》，2004 年第 5 期。

会采取的做法是举行公开的专题听证会，在听取高新技术产业中企业家、反垄断律师、经济学家、消费者等各方意见后，才作出决定。^①将来我们的执法部门在处理高新技术产业中的限制竞争行为时，需要借鉴美国联邦贸易委员会的做法。

5、产量和价格的影响

在传统产业，垄断者通常是通过缩减产量来提高价格，而高新技术产业的情形则与之不同。在高新技术产业，向新技术领域的投资一般是巨大的，但是产品一旦创造出来，进行额外复制的成本通常很低，比如说软件，其边际成本几乎是零。没有法律的保护，产品的创造者就不能收回其投资，因为竞争者可以在上面搭便车，因而，只有通过法律保护才能扩大产出。并且，一般来说，新进入市场的企业只有在取得一定的市场份额之后才能获得生产和销售的规模效益，在此之前，新企业的生产和销售成本一定高于原有企业，从而处于竞争劣势。也就是说，产品的单位成本随规模即生产能力的提高而逐步降低，这就是规模经济规律。但是，高新技术企业通常从开始时就价格定位于取得市场优势地位以及最终利用规模经济，这样，它们就不得不以低廉的价格进入市场，这一点也与传统企业不同。

6、网络效应

网络效应就是网络外部性。所谓外部性，就是“一个经济人的行为对另一个人福利所产生的效果，而这种效果并未在货币或市场交易中反映出来。”^②网络效应通常出现在产品或服务的价值与使用该产品的人的正相关的情形中，其直接表现是产品的价值由网络使用者的数量来决定，即网络产品的用户越多，该产品的价值就越大，由此形成的正反馈效应会促进用户网络的自我扩张，结果，该产品市场的天平会发生偏离，市场结构不断地向垄断方转变。例如电话，如果只有一个用户，电话服务是毫无价值的，因为没有人可以与该用户对讲。用户越多，服务对于每一个用户或者至少对大多数用户而言就越有价值。交互式服务，如电子邮件和网上拍卖，以及计算机程序都有类似的性质。就计算机程

^① See Orson swindle, "Government and the Tech World: Friends or Foes?", August 31, 2000.

^② 道格拉斯·诺斯对外部性的定义为：个人收益或成本与社会效益或成本之间的差异，意味着存在第三方没有获得许可的情况下获得或承担一些收益或成本。简单而言，个人收益不等于社会收益时就存在外部性。

序而言，暂且不提实际的网络或共享，使用计算机程序的人越多，该程序就越有价值，因为这有利于IT人员的培训以及设备和程序的标准化。^①网络效应间接表现是产品取得支配地位，以及潜在的主要替代产品生产者的绝大多数只能致力于与其系统兼容产品的生产。这样一来，这种网络是有效的并且有时是不可避免的，但同时它也增加了企业通过取得关键设施而垄断一个市场或者在较长时期内保持市场垄断力的可能性。由此而来，网络效应的扩大，让反垄断执法部门处于两难境地。一方面，需要考虑到只有庞大的网络才能实现实质性的效率；另一方面，竞争政策需要确认网络效应会产生市场失灵的效果将实质性地提高市场准入标准，阻碍市场扩张，这就使得规模很大的经营者具有实质性的市场力量。

以上六个方面是反垄断执法部门在高新技术产业适用反垄断法时需要注意的问题，它们也是一个有机联系的整体，前四个方面说明在该领域适用反垄断法时为什么要慎重，后两个方面说明只有赋予创新企业相应的法律权利，才更有利于该产业的长远发展。不过，如上所述，无论是技术因素，还是市场发展速度等原因，都不能成为排除该领域适用反垄断法的充分理由。技术创新是经济增长的源泉，利用当代尖端技术（主要指信息技术、生物工程和新材料等领域）生产高技术产品成为当代高新技术的鲜明特征，但技术也可能成为权利人滥用权利的工具，例如技术和标准结合可能会构成技术壁垒。通过适用反垄断法，打破垄断，引入竞争，则有利于防止这种滥用，因为市场竞争机制是比单纯的科学技术还要伟大的力量。^②合作在高新技术产业中通常也是必要的，但由于合作容易增加竞争者交换信息的机率，因而企业之间有可能相互协调限制竞争。另外，高新技术产业通常是建立在知识产权的基础上，专利法和版权法可能会为垄断企业设置成百上千种此种保护。在思科诉华为案中，思科就是通过对其拥有专利权或商业秘密的私有协议不授权给任何其他企业的方式，人为地阻止了不同企业设备的互联互通，形成了技术、市场壁垒。^③

^① 参见漆多俊主编：《经济法论丛》第6卷，中国方正出版社2002年1月第1版，第5页。

^② 参见周其仁著：《数网竞争——中国电信业的开放和改革》，生活·读书·新知三联书店2000年8月第1版，第83-84页。

^③ 参见王先林：《对思科、华为知识产权之争中“私有协议”垄断问题的思考》，《中南大学学报》（社科版），2003年第4期。

综上所述，将反垄断法适用于高新技术产业会遇到许多挑战性问题，因此我们在对该产业进行反垄断法规制时需要审慎，避免公法的过度干预而阻碍该产业的发展。在高新技术产业反垄断问题上，保持立法和政策上的灵活性，在维护市场竞争和促进这一新兴产业的发展之间取得平衡。只有从立法上解决高新技术发展的法律障碍，合理地对这一新兴产业进行管理和规制，才能够平衡市场各方的利益，消除矛盾和冲突，从而维持一个竞争有序、健康发展的高新技术产业。

当然，这里的管理和规制包括反垄断法的管理和规制。那么，上述第二个问题，即反垄断法如何对高新技术产业进行管理和规制，反垄断法适用到什么程度？由于各国反垄断法一般都是由禁止联合限制竞争制度、禁止滥用市场支配地位和控制企业结合制度三个最基本的方面组成，并且我国反垄断法尚在制定之中，立法和司法经验较少，本文将主要以美国、欧盟的相关立法和执法（包括司法）实践为基础，从上述三方面进行分析。

二、禁止联合限制竞争制度在高新技术产业领域中的适用问题

联合限制竞争，是指两个或两个以上的企业，采取协议或默契等形式，合作对特定市场的竞争加以限制的行为。^①在高新技术产业领域中，禁止联合限制竞争制度主要体现在对合作研究与开发新技术中的限制性协议的规制方面。

合作研究与开发是一项代价昂贵并充满风险的事业，需要巨额的投资，并且在投资后经常也会面临着巨额投资之后无法收益回报的高风险。然而，另一方面，研究与开发无疑对于社会经济发展又是必不可少的。人类社会之所以发展到今天的现代化程度，与无数科研工作者的不断研究与开发分不开。企业尤其是高新技术企业之间联合起来，不仅可以大大节省投资费用，降低投资风险，而且还可以集中其智慧和经验，从而增加研究与开发的成功可能性以及加快转入生产的速度。但是，也应当看到，合作研究与开发，很可能对参与企业的行为有一些限制性约定。即使在协议中没有明确的限制性条款，但在履行过程中也可能会出现各种限制竞争的情况。尤其是，当合作研究与开发的目的不仅

^① 参见王先林：《论联合限制竞争行为的法律规制——〈中华人民共和国反垄断法（草稿稿）〉的相关部分评析》，《法商研究》，2004年第5期。

仅是为了研究与开发，而且最终是为了合作利用研究与开发的技术成果时，更是如此。由于技术创新是全球化也是动态国际合作的动力，合作研究与开发协议的企业所处的市场情形差别很大，并且方法和实施的结果由于时期的不同而不同，各国对相关问题所持的态度也不同。出于对本国或本地区企业国际竞争力的担忧，许多国家在立法上对合作研究与开发企业持有一种宽容的反垄断法态度，欧盟的第 2659/2000 号法规和美国的国家合作研究与生产法案就是这种态度的典型体现。

（一）欧盟的第 2659/2000 号法规

1984 年 12 月 19 日，欧盟委员会在总结对合作研究与开发协议审查豁免经验的基础上，制定颁布了关于对研究与开发类型协议适用条约第 85 条第 3 款的第 418/85 号法规。^①该法规于 1985 年 3 月 1 日起施行，2000 年 12 月 31 日终止，在此期间，欧盟委员会分别于 1992 年 12 月 23 日颁布第 151/93 号法规和 1997 年 11 月 10 日颁布第 2236/97 号法规对专利权的有关条款进行修改补充。为了避免法律规制的空白，欧盟委员会于 2000 年 11 月 29 日颁布了第 2659/2000 号法规，以替代有效期即将届满的第 418/85 号法规。新法规自 2001 年 1 月 1 日起施行，至 2010 年 12 月 31 日终止。

1、适用范围

根据第 2659/2000 号法规的第 1 条，下列协议不构成条约第 81 条第 1 款的限制竞争行为：第一，合作研究与开发产品或者工艺并且附带合作利用这些研究与开发成果的协议。第二，合作利用研究与开发的技术成果的协议。第三，不包含合作利用技术成果的合作研究与开发产品或者工艺的协议。其中，所谓研究与开发，是指与产品或者工艺有关的专利技术的取得和理论分析，系统研究和试验的进行，包括试验性生产，产品或者工艺的技术测试，必要设施的建立和成果知识产权的申报等。所谓利用技术成果，是指合同产品的生产或者分销，或者合同工艺的应用，或者知识产权的许可和转让，或者应用专有技术的交流。第 1 条同时还规定，对于包含在研究与开发协议，不构成该协议主要目的，但与协议的履行直接相关并且是必要的条款也适用。例如，在协议执行过

^① 根据 1997 年的《阿姆斯特丹条约》第 12 条，原来的第 85 条和 86 条重新统一编号分别为第 81 条和第 82 条。

程中不得单独或者合作与第三方在协议相关的领域进行研究与开发的义务的条款。

从欧盟委员会处理的有关案件来看，其对“合作研究与开发”的涵义是做广义理解的。例如，在 KSB 公司案中，KSB 公司是世界上最大的水泵制造商，劳哇拉公司是意大利的水泵制造商，同时也是世界上第二大水泵制造商、美国苟仔公司（Goulds）的分公司。KSB 公司与劳哇拉公司于 1985 年开始合作研制一种镀镍不锈钢零件以取代原普通钢的零件。1987 年，苟仔公司又与在欧洲有许多子公司生产、销售水泵产品的美国 ITT 公司达成了合作协议。KSB 公司、ITT 公司、苟仔公司及其子公司四方同意在该产品领域进行广泛的合作研究与开发：四方同意在劳哇拉公司下面设立一个合资的研究机构 Quattro tech SH；所有的该零件的生产合同应该交由劳哇拉公司独家生产制造，然后其他厂商从劳哇拉公司处购买该零件组装到各自的水泵中去；每一方对其发展的技术成果享有专利权和技術秘密权，但均应许可劳哇拉公司使用。此外，协议还约定不得向第三方转让技术成果使用权；其技术成果在期满之后 5 年内仍应保密。对于该合作协议，先后有另外的五家竞争者向欧盟委员会作了投诉。其中，德国的水泵制造商 SIHI 公司投诉要求欧盟委员会采取强制措施，责令劳哇拉公司向第三方公平许可使用其专利权。欧盟委员会经过审查认为，这是一个合作研究与开发并附带合作利用技术成果的协议。协议中的当事人都是水泵制造商，彼此之间不仅是水泵产品的竞争者，而且也是新产品的竞争者。Quattro tech SH 研究机构成立后，各方研究与开发的自由受到了限制，同时由于所有的零件均由劳哇拉公司生产制造并提供，这就削弱了它们相互间的竞争。并且，由于协议规定专利权和技術秘密权只授予劳哇拉公司独家使用，第三方无法取得该专利权的机会。因此，该协议违反了条约第 85 条第 1 款的规定。欧盟委员会认为，尽管该协议当事人在共同体市场份额超过了 20%，不符合第 418/85 号法规规定的豁免条件，但考虑到该协议对技术进步、新产品的开发和利用带来的好处，尤其是 KSB 公司和劳哇拉公司有关研究与开发投资巨大、风险太大需合作进行的辩解，欧盟委员会最后给予了该协议 5 年期限的个别豁免。^①该案表明，欧盟委员会对“合作研究与开发”的理解是很宽泛的，即合作研究与开发并附带合

^① 参见阮方民著：《欧盟竞争法》，中国政法大学出版社 1998 年 5 月第 1 版，第 346 页。

作利用技术成果的协议可以包括当事各方合作研究与开发新产品，然后许可其中一方制造使用该技术并由其向其他各方提供该技术产品的协议。

2、协议获得豁免的条件

根据第 2659/2000 号法规的第 3 条，合作研究与开发协议只有符合四个条件，才有可能获得豁免，即：第一，为进一步研究或利用，所有当事方均有权利获得合作研究与开发的成果。但是，经其同意，将研究与开发的提供作为一种商业服务并且通常不积极参与成果利用的研究机构、学术团体或者企业，可以将其成果的利用限制于进一步研究的目的。第二，不损害第一项的规定，尽管协议的规定仅是为了研究与开发，但在必要情况下，每一方均有权免费单独利用研究与开发成果，以及先前存在的专有技术。如果当事方在研究与开发协议达成时不是竞争性企业，这种利用的权利可以被限制在一个或多个技术应用领域。第三，合作利用必须与受知识产权保护或者构成专有技术、实质上有利于技术或经济进步的成果有关，并且该成果必须对于合同产品的生产或者合同工艺的应用是决定性的。第四，根据生产计划书负责生产的企业，必须遵循向所有当事方提供合同产品的规则，除非研究与开发协议对合作分销也作出了规定。

3、协议获得豁免的期限

尽管合作研究与开发协议有利于推动技术和经济的发展，但它也具有限制竞争的作用。为了降低合作研究与开发协议对于欧共体市场内竞争的负面影响，欧盟委员会在该法规中专门规定了豁免期限。根据第 2659/2000 号法规的第 4 条和第 6 条，豁免的界限和期间为：第一，当参与企业不是竞争性企业，豁免应适用于研究与开发期间。当合作利用成果时，该法规定的豁免自产品在共同体市场内第一次被投放市场时起应当继续适用七年。第二，当两个或两个以上的参与企业是竞争性企业，仅当研究与开发协议达成时，参与企业的合并市场份额没有超过能够为合同产品所改进或替代的产品的相关市场的 25% 时，该法规定的豁免适用于第一项提及的期间。第三，在第一项提及的期间结束后，只要参与企业的合并市场份额没有超过合同产品的相关市场的 25% 时，该法规定的豁免应当继续适用。第四，如果第三项所提及的市场份额最初没有超过 25%，但随后由于增加超过了这个标准但没有超过 30%，则该法规定的豁免应当在该

25%的标准被第一次超过之年后的连续两年继续适用。第五，如果第三项所提及的市场份额最初没有超过25%，但随后由于增加超过了30%，则该法规定的豁免应当在该30%的标准被第一次超过之年后的连续一年继续适用。第六，第四项和第五项的期限利益不能合并以致超过两年的期限。

4、黑色条款——法规不允许的限制

根据第2659/2000号法规的第5条，下列限制性条款是不被豁免所涵盖，是为法规所不允许的“黑色条款”：（1）限制参与企业单独或与第三方合作在与研究与开发相关领域，或者在结束后，在与其相关或相连的领域进行研究与开发的自由；（2）在研究与开发结束后，禁止对当事方在共同体市场持有的并且与研究与开发有关的知识产权的有效性提出异议，或者在研究与开发协议期满，禁止对当事方在共同体市场持有的并且用于保护研究与开发成果的知识产权的有效性提出异议，不损害如果发生当事一方对该知识产权的有效性提出异议的情况下规定研究与开发协议终止的可能性；（3）限制产量和销售量；（4）固定将合同产品销售给第三方的价格；（5）合同产品在共同体市场内第一次投放市场时起七年后，限制参与企业可以服务的消费者；（6）禁止在为他方保留的地域内的合同产品的被动销售；（7）在合同产品在共同体市场内第一次投放市场时起七年后，禁止在共同体市场为他方保留的地域内将合同产品投放市场或者寻求积极的销售政策；（8）当至少当事一方没有准备或者进行合作研究与开发成果的利用时，要求不得许可第三方生产合同产品或者应用合同工艺；（9）要求不得满足在它们各自地域内对共同体市场内其他地域经营合同产品的用户或者再销售者的要求；（10）给用户或者再销售者从共同体市场内其他再销售者获得合同产品增加困难的要求，尤其是对在共同体市场内已被他方或经其同意被投放市场的产品，通过行使知识产权或采取措施阻止用户或者再销售者在共同体市场内获得或将之投放市场。该条还规定，对于前七种规定不适用于包含合同产品合作生产成果的利用时生产目标的设定，以及包含合同产品生产成果的利用时销售目标的设定和对中间消费者收取价格的固定。

5、豁免的撤销

根据欧盟条约，豁免是有条件的，在条件不具备时，欧盟委员会有权撤销所给予的豁免。该条约第81条第3款规定，企业间协议、企业集团的协议或者

企业间的协调行为倘若想得到豁免，须同时满足四个条件，即有助于改进生产或者分销产品或者促进技术进步；使消费者获得相当程度的实惠；有关企业所受到的限制对于达到上述的目标是不可缺少的；在所涉及的产品的相当范围的领域内，有关企业没有可能排除竞争。因此，尽管协议符合第 2659/2000 号法规所规定的一般豁免实体条件和期限条件，如果因为其他原因而违反条约第 81 条第 3 款规定的一般豁免条件的，委员会也有权撤销已经给予的豁免。

第 2659/2000 号法规第 7 条规定，委员会发现，在特殊条件中，已经适用本法规定得到豁免的研究与开发协议如果具有与条约第 81 条第 3 款规定的条件不符的效果时，可以或者在成员国或者自然人或者法律上允许的人主张合法权益的请求下，撤销本法的豁免，尤其当：（1）研究与开发协议的存在，实质性地限制第三方在相关领域进行研究与开发的范围；（2）由于特殊的供货结构，研究与开发协议的存在实质性地限制第三方进入合同产品市场的权利；（3）没有客观正当的理由，当事方不利用合作研究与开发成果；（4）对共同体市场的整个或实质部分来说，合同产品影响了相同产品或者根据其特征，价格和设计用途被用户视为等值产品的有效竞争；（5）研究与开发协议的存在，将消除特殊市场上研究与开发的有效竞争。

（二）美国的国家合作研究与生产法案

1984 年，美国国会制定并通过了“国家合作研究法案”（the National Cooperative Research Act, NCRA）。该法案对 R&D（注：即研究与开发）合资企业持相对许可的态度，^①该态度的一个出发点是这样信念，即一家无法独占 R&D 收益的企业投资于 R&D 的动力会弱于社会所期望的水平。如果联合研究的可能性提高了企业这种占用的能力继而提高了研究与开发的期望收益，那么就能够鼓励研究与开发投资并增进技术创新的绩效。^② 1993 年，美国国会制定并通过了“国家合作研究与生产法案”（NCRPA），该法案修改并替代了国家合作研究法案。2004 年，美国国会又通过制定“标准合作开发组织促进法”，对 NCRPA 进行了修改和补充。由于后者对 NCRPA 的修改较小，没有改变

^①例如，呈请政府备案的 R&D 合资企业如果随后违反托拉斯法，则需支付一倍而非三倍的赔偿金。

^②[美]斯蒂芬·马丁著：《高级产业经济学》，史东辉译，上海财经大学出版社 2003 年 8 月第 1 版，第 459 页。

NCRPA 的整体结构，所以本文仍以 NCRPA 为基础，并结合“标准合作开发组织促进法”的新增补的内容，就美国对研究与开发中限制性协议的态度进行分析。

1、适用范围

根据 NCRPA 第 1 条第 1 款，该法适用于两个或两个以上人组成的合资企业为下述目的进行的有关打算订立、正在订立，或正在履行合同的活动：（1）对现象或值得注意的事实的理论分析、试验或系统研究；（2）基础工程的技术开发或者测试；（3）将调查结果，或者科学理论，或者技术特性延伸到为试验和演示目的的实际应用，包括试验性生产和模型、原形、设备、原料以及方法的测试；（4）产品、工艺或者服务的生产；（5）由该企业进行的与产品、工艺或服务的有关测试；（6）研究或者生产信息的收集、交换以及分析；或者（7），前述六种目的的任何组合，并且可以包括为经营该企业而进行的设备的安装和操作，在受保护和专有的基础上经营该企业，进行该企业成果的专利申请和许可授予，但不包括本条第 2 款规定的任何活动。

该条第 2 款规定，“合资企业”不包括两个或两个以上人的下列活动：（1）在竞争者之间交换任何产品、工艺或服务的有关部门成本、销售、盈利、价格、经营或者分销的信息，如果该信息对实现该企业的目的并不是合理要求；（2）达成任何协议或参与其他任何限制或者滥用权利的要求，或者其他影响该企业当时一方任何人的任何产品、工艺或服务的经营、分销或者供应的行为，但不包括：根据该协议，当事方之间分销由该企业生产的产品、工艺或服务；由在 1993 年 6 月 10 日之前达成的书面协议成立的企业对经营信息的独占，例如专利和商业秘密；由在 1993 年 6 月 10 日或之后达成的书面协议成立的企业对开发的知识产权的许可、交换或者转让；（3）达成任何协议或者参与其他任何行为，以限制或者滥用权利要求并非通过该企业开发或者该企业生产的发明、开发、产品、工艺或服务的销售、许可或者分享；对于该企业一方任何人的其他研究与开发活动进行限制或者要求参与，这种行为对防止由该企业当任一方的任何人贡献或者作为该企业成果的专有信息的滥用是不合理要求；（4）达成任何协议或者参与其他任何行为，与竞争者分割市场；（5）在竞争者之间交换有关产品、工艺或服务的生产（不包括该企业的生产）方面的信息，如果该信息对于实现该企业的目的并不是合理要求；（6）达成任何协议或者参与其他任何

行为，限制、滥用权利要求或者其他影响产品、工艺或服务的生产（并非该企业的生产）的行为；（7）使用用于企业产品、工艺或服务的生产的现有设备，除非这种使用涉及到新产品或者新技术的生产；（8）除了第二、第三以及第六外，达成任何协议或者参与任何其他行为以限制或者（作为权利）而坚持参与该企业当事一方任何人的单独或者合作的活动，如果这对于实现该企业的目的并不是合理要求。

2、限制性协议的判定规则

对于如何认定合资企业的研究与开发协议对市场竞争的影响，NCRPA 引入了“理性标准规则”。该法第 2 条规定，在现行的反垄断法或在类似反垄断法的任何州法下，任何人正在订立或正在履行合同以完成合资企业的行为本身不应被视为非法；对这种行为的判断应建立在理性的基础上，要考虑影响竞争的所有因素，包括但不限于对在正当界定的相关研究与开发的产品、工艺或服务市场上的竞争。为了确立一个正当界定的相关市场，在这种情形下世界范围内的影响力在某种程度上应当被考虑。

这是一个很模糊的规则，因为由于每个人的知识、能力等不同，其理性认识也不可能完全一样。何谓理性？博登海默是这样界定的，“理性是人运用知识和智慧理解和应对现实的（有限）能力。由于人和事物的关系往往是复杂的和模糊不清的，并且人们会根据自己的知识和情感作出评价，所以在多数情形中，人的理性根本不可能在解决人类社会生活所呈现出的疑难情形方面发现一个而且是唯一的一个终极正确的答案。”但他同时指出，“另一方面，也不可否认，在法律制度实施过程中会出现这样的情形，即有一种令人非同意不可的和不可辩驳的力量，迫使人们去接受它。”他认为，这种力量“被分割成下述几个范畴：

（1）它可能源于某种固定的和必然的人的自然状况；（2）它可能源于某种物理性质所具有的必然的给定特性；（3）它可能源于植根于某种人类政治和社会生活制度的基本属性之中；（4）它可能立于人们对构成某个特定社会形态之基础的基本必要条件或前提条件的认识。”^①由此可见，理性并非毫无根据的主观臆想，它是人类对客观世界及其规律认识的抽象，是人们普遍良知的沉淀。因此，考虑到其固有的法律传统及法官普遍较高的法学素养，美国国会通过 NCRPA 引入“理性标准规则”有一定的可取之处。

^①[美]博登海默著：《法理学、法律哲学与法律科学》，邓正来译，中国政法大学出版社 1999 年 1 月第 1 版，第 454-455 页。

3、索赔的限制

美国国会为了鼓励私人提起反托拉斯诉讼，在“谢尔曼法”中规定，任何因违反反托拉斯法所禁止的事项而遭受财产或者营业损害的人，可在被告居住地、被发现或者有代理机构的区向美国区法院提起诉讼，不管损害的数额大小，一律给予其损害额的三倍赔偿及诉讼费和合理的律师费。这种惩罚性的损害赔偿规定，使企业承担了较大的财产风险，有利于防止托拉斯行为的发生，对已发生这种行为的企业，也有利于阻止其再犯。而受害者则在有形损失和无形损失及直接损失和间接损失方面都可得到充分的赔偿。三倍损害赔偿也受到一些人的批评。这些人认为，它会使一些人为追求三倍赔偿而诬陷竞争对手有反竞争行为，或明知反竞争行为的存在而不寻求制止，故意容忍其发展。尽管如此，美国仍保持着这一规定，只是在适用上更加谨慎了。^①

然而，由于现代经济和科学技术的发展，美国国会的上述立法态度也有了很大改变。这种改变在 NCRPA 中，主要体现在对受害者索赔的限制方面。根据 NCRPA 第 3 条规定，这种限制主要有：

(1) 索赔的金额。任何本部分给予其索赔权利的人可以索赔其实际受到的损害、依法规定计算实际损害的利息、由于该索赔而产生的诉讼费用，包括依法计算的合理的律师费，如果该索赔起因于第 5 条第 1 款中合资企业已经提交的文件范围内的行为或者标准开发组织参与的标准开发活动；并且在依据第 5 条第 3 款中提交的文件生效后提出。

(2) 州提起的索赔。任何本部分给予其货币索赔救济权利的人应当索赔其实际受到的全部损害、依法规定计算实际损害的利息、由于该索赔而产生的诉讼费用，包括依法计算的合理的律师费，如果该索赔起因于第 5 条第 1 款中合资企业已经提交的文件范围内的行为或者标准开发组织参与的标准开发活动；并且在依据第 5 条第 3 款中提交的文件生效后提出。

(3) 州法下的类似行为。尽管州法的任何条款对反垄断法禁止的类似行为的损害赔偿作出了规定，任何在该条款下被赋予其索赔权利的人都不能获得超过其实际受到的损害、依法规定计算实际损害的利息、由于该索赔而产生的诉讼费用，包括依法计算的合理的律师费，如果该索赔起因于第 5 条第 1 款中合资企业已经提交的文件范围内的行为或者标准开发组织参与的标准开发活动；

^① 参见国家工商行政管理局条法司：《现代竞争法的理论与实践》，法律出版社 1993 年 8 月第 1 版，第 43 页。

并且在依据第 5 条第 3 款中提交的文件生效后提出。

(4) 利息。造成损害的利息应判决支付，其期间自损害被确认之日起至判决之日止，除非法院发现判决支付该全部或部分利息在该情形下是不公正的。

(5) 第一、二、三都不应被理解为修改任何人（标准开发组织除外）在反垄断法下的责任，如果该人直接（或通过雇员或代理人）参与有关被发现的任何反垄断法违反的标准开发活动；不是参与该活动的标准开发组织的专职人员；以及是参与商业活动的任何人或者其雇员或者代理人，其可能会直接从有关被发现的该违法的标准开发活动工作中受益。

(6) 适用性。仅当一个人对索赔权利要求提出抗辩的涉诉行为或者标准开发组织参与的标准开发活动不违反 1984 年 10 月 11 日后通过或者颁布的将该行为作为合资企业一部分提出异议的反垄断法或任何类似反垄断法的州法下的任何案件或者程序中的法规或命令时，本条才予以适用。

4、损害赔偿

除了对损害赔偿的索赔内容进行限制外，NCRPA 还对给予胜诉一方的费用和赔偿进行了规定。根据 NCRPA 第 4 条的规定，(1) 建立在合资企业或者标准开发组织参与的标准开发活动基础上的反垄断法或任何类似反垄断法的州法下的任何索赔中，法院应当在判决的结语中判决支付给胜诉的索赔人由于该索赔而产生的诉讼费用，包括合理的律师费；或者判决支付给对该索赔抗辩的实质上胜诉的一方由于该索赔而产生的诉讼费用，包括合理的律师费，如果该索赔或者索赔方在索赔诉讼中的行为是不庄重的、不合理的、没有根据的，或者是存心欺诈的。(2) 第一中作出的判决可以成为对任何其他方全部或部分诉讼费用的补偿，包括律师费，如果法院发现胜诉方在诉讼中的行为是不庄重的、不合理的、没有根据的，或者是存心欺诈的。(3) 第一、第二中不应适用于任何人，如果该人直接参与有关被发现的任何反垄断法违反的标准开发活动；不是参与该活动的标准开发组织的专职人员；以及是参与商业活动的任何人或者其雇员或者代理人，其可能会直接从有关被发现的该违法的标准开发活动工作中受益。

与 NCRPA 第 3 条第 5 款相呼应，“标准合作开发组织促进法”第 8 条规定，本法没有任何内容应当被解释为部分改变或者修改现行法的反垄断法待遇，在当事方在本法范围内参与标准开发组织的标准开发活动，包括当事方行为下的

被审查的现行标准，不论被审查的其参与的标准开发组织的行为下的该现存标准，以及其他组织和当事方参与的非本法范围内标准设定程序时。

(三) 限制性协议的反垄断分析

1、限制性协议的认定

在判定一个合作研究与开发新技术协议是否需要反垄断法规制时，须考虑该协议是否限制竞争。对这个问题，欧盟是通过区别协议的“目的”和“后果”进行认定。如果一个协议或行为的目的在于限制竞争，那么它就与事实上有没有造成后果无关。在这种情形下，委员会认为足以适用罗马条约第 85 条第 1 款的规定，没有必要作市场分析以确定协议到底对共同体市场内的竞争是否产生影响。在协议并无限制竞争的目的之下，如果这样做事实上有影响的效果，它们仍可以适用条约第 85 条的规定。在这种情形下，必须进行市场分析，以查明对竞争的影响后果到底有多大，特别是在第 85 条第 1 款没有列出的情况下，这种市场分析更为必要。对竞争的影响，必须是可测的和重大的。如果一个协议的后果并不重大，但许多相同或相似的协议的影响累计起来具有可测的和重大的影响，那么也可以适用条约第 85 条第 1 款的规定。^①2002 年 12 月 16 日，欧盟理事会颁布了《关于实施建立欧盟条约第 81 条和第 82 条竞争规则的规定》的第 1/2003 号规则。^②2004 年 4 月，欧盟委员会通过了一系列的实施细则和准则，具体实施上述实施规则。^③根据上述新的规则和实施细则和准则，委员会颁布的第 81 条第 3 款适用规则对法院和竞争当局没有约束力，它仅为个案如何适用第 81 条提供指导。它指出根据第 81 条进行评估的两个步骤，第一步是评估相关协议是否具有反竞争的目的或效果；第二步，如果上一分析的答案是肯定的，确定协议产生的促进竞争的利益是否超过反竞争的效果。对于限制竞争，美国通过“谢尔曼法”作出了原则性规定。该法第 1 条规定，任契约，以反托

^①[英]约翰·亚格纽著：《竞争法》，徐海、盛建明、席文红译，南京大学出版社 1992 年 2 月第 1 版，第 150 页。

^②该规则对欧盟理事会 1962 年制定的第 17 号规则进行了重大修改。新规则从建立直接适用欧盟条约第 81 条和第 82 条竞争规则，及在欧盟委员会与成员国之间适当分权为核心，以取代第 17 号规则建立起来的审查确认制度及权力高度集中于委员会的监管体制。徐士英、郑丙贵：《欧盟竞争法的新发展及对我国的启示》，《法学》，2004 年第 8 期。

^③这些条例和准则包括：欧盟委员会程序条例、竞争当局网络合作准则、欧盟委员会与成员国法院合作准则、欧盟委员会处理申诉准则、第 81 条和第 82 条所涉新问题非正式指导准则、第 81 条和第 82 条所含贸易影响准则以及欧共体条约第 81 条第 3 款适用准则。韩立余：《欧盟反托拉斯的现代化》，《法学家》，2004 年第 5 期。

拉斯形式或其他形式的联合、共谋，用以限制州间与外国之间的贸易或商业，是非法的。任何人签订上述契约或从事上述联合或共谋，是严重犯罪。另外，“克莱顿法”等法律对上述规定进行了具体化。不过，无论是欧盟还是美国，还是其他国家和地区，限制竞争的范畴都并非是一成不变的，它会受到国家的经济政策特别是其中的产业政策的影响，还会因不同案件执法者（主要是法官）的具体事实认定（主要就相关市场的认定）的不同而得出不同结论。另外，即便协议构成限制性协议，如果符合法律的豁免规定，也可以免受追究。下面，本文将从产业政策、相关市场、限制性协议的豁免三个方面，对研究与开发中限制性协议进行进一步分析。

2、产业政策的影响

经济政策，是指国家或政府为了增进社会经济福利而制定的解决经济问题的指导原则和措施。^①经济法具有经济性或专业性、政策性、行政主导性、综合性的特征。^②反垄断法是经济法中的“经济宪法”，无疑也具有上述特征。这些特征，尤其是经济性、政策性特征，使得反垄断法的立法、执法和司法受经济政策的影响较大。由于经济形势、经济体制在不断变化，反垄断法也处于变化之中。例如，反垄断法的价值取向，执法力度，会由于不同国家不同时期的经济政策的不同而不同。当一个国家处于市场经济制度建立初期，它的法律关注的重点主要是不正当竞争，而对政府经济政策中的限制竞争行为和垄断行为给予默许，使其合法化，在这个时候，限制性协议的范围很小，甚至不存在该范畴；当市场机制逐步完善后，其法律的重点才转为规制限制竞争行为和垄断行为，此时限制性协议的范围较为宽泛。经济政策，特别是其中的产业政策对竞争政策有较大影响，因而对限制性协议的认定起重要作用。

产业政策，是指一个国家的中央或地方政府为了其全局和长远利益而主动干预产业活动的各种政策的总和。^③产业政策的实质是政府对经济活动的一种自觉干预，以实现特定的政策目标，包括实现经济振兴与赶超、结构调整与转换

^① 参见高鸿业主编：《西方经济学》（下册 宏观部分），中国经济出版社1996年2月第1版，第584页。

^② 参见史际春、邓峰著：《经济法总论》，法律出版社1998年11月第1版，第55-56页。

^③ 参见苏东水主编：《产业经济学》，高等教育出版社2000年2月第1版，第330页。

以及保持经济领先地位与经济增长势头等。^①

欧盟很久以来就开始推行产业政策，例如曾经对纺织业和钢铁业进行结构改造，对不景气的船舶制造等行业给予国家资助。另外，欧盟还提出加强欧洲的航天和飞机制造业以及信息产业的竞争力。由于这些产业政策或者技术政策都是以援助某个产业或者某个企业为目的，这种政策就不免会对竞争政策产生影响。例如，欧盟推动高新技术的产业政策就会对该产业的限制竞争采取一种相对宽容的态度，该领域的限制竞争的范畴就较为狭小。相对而言，其他不被视为高新技术或关键技术领域的限制竞争的范畴就较宽广。这样，对于同一行为，如果是高新技术企业所实施，可能不被视为限制竞争行为，而如果是非高新技术企业所实施，则可能就被认定为限制竞争行为。另外，欧盟还在高新技术产业推动企业合作，上述第 2659/2000 号法规也可以说明这一点。不过，如果这种研究与开发的合作仅仅限于创造发明阶段，这种合作是无可非议的，因为研究与开发的努力还不能被归入可预见的市场流通的产品或者工艺中去，协议是产品或者工艺投放市场进行竞争之前的合作协议，即前竞争协议，因此通常不在反垄断法的规制范围之内。当然，发明创造机会的本身也可能是竞争过程的一部分，在这种情况下，我们就需要考虑合作研究与开发是否将减少而不是增加发明创造机会，以及是否将导致技术性的统一而不是创新的多样性。然而，如果竞争者之间可能在价格、数量等方面进行协调，限制竞争，并且，即使企业之间仅仅在研究与开发阶段进行合作，它们在此后的技术市场阶段、产品市场阶段能否真正地相互开展竞争也还存在着很大问题。综上可知，欧盟的产业政策和竞争政策之间存在着冲突。那么，当两者发生冲突时，应如何处理呢？根据欧盟条约关于在共同体市场建立一个保护竞争不受歪曲的制度较其他任务和措施有着优先适用地位的规定，竞争政策优先适用。另外，上述第 2659/2000 号法规也规定，根据共同体法优先原则，依据成员国法采取的措施不得损害共同体竞争规则或者为该规则的实施所采取的措施在共同体市场的统一适用。也就是说，在欧盟及其成员国的竞争政策与欧盟的竞争政策发生冲突时，优先适用欧盟的竞争政策。尽管欧盟竞争法中也有关于产业政策的考虑，例如欧盟理事会关于控制企业合并的 1989 年第 4064 号条例第 2 条第 1 款第 2

^① 参见王先林：《产业政策法初论》，《中国法学》，2003 年第 3 期。

项规定，控制企业合并要考虑技术和经济进步。但是，由于欧盟实行的是一个开放和自由竞争的市场经济，从整体上说，欧盟竞争法就是欧盟法律秩序的基本原则。也就是说，尽管欧盟竞争政策之外还存在着其他方面的政策，欧盟机构在适用竞争法的时候也应当同时考虑欧盟的其他政策，但是，从欧盟条约的整个内容和条约规定的整个制度来看，竞争政策与其他政策相比毫无疑问地处于优先地位。

美国基于社会经济以及政治、国防、外贸等方面的考虑，对有关产业也予以法律规制的例外许可，或者通过法律予以鼓励和扶植。例如，美国曾于1913年制定联邦储备法以允许银行在信贷政策及利率方面进行合作，《克莱顿法》规定反垄断法不禁止为合法目的而采取互助措施的农业和园艺组织的活动，1992年“凯普—伏尔斯蒂德法”与1962年的“合作营销法”再一次将农业合作组织的行为作为反垄断法的例外。1993年上述的“国家合作研究法案”对合资企业的研究与开发协议予以法律许可。另外，出于对新兴产业或者必要安全的考虑，美国对于高新技术产业中的一些限制竞争也是采取一种宽容的态度。例如，在50年代初期，公共无线系统（电视）是一个新兴产业，吉罗尔得公司是这个领域中的先驱，设计和生产某种独一无二的特殊设备，因而人们对这种设备的需求量很大。吉罗尔得公司销售的是作为整体的系统设备，要求买主购买该设备须以由该公司安装设备和提供服务为条件，显然这是一种限制竞争的情况。为获得关键性的设备，买主不得不购买该公司的所有设备，包括安装和服务。法院认为：这种搭售性限制竞争在一定时期是合理的。因为该产业尚处于起步阶段，且发展前景难以确定，仍需作出不断改进。考虑到安装公共无线系统的大部分用户缺乏必要的技术知识，在该公司能保证它自己的投资取得成功的情况下，就应允许它为自己生产的设备提供安装和服务。^①并且，在出售高新技术产品时，生产商要求购买者一并购买他们提供的零部件、辅助材料或者服务，如果是出于产品的必要安全使用考虑，一般也不会受到追究。

在日本，经济法改进产业结构的形态，大致可分为权力性强制规制与非强

^①[美]马歇尔·C·霍华德著：《美国反托拉斯法与贸易法规》，孙南申译，中国社会科学出版社1991年5月第1版，第215-216页。

制规制（即诱导方法）。^①就前者而言，日本颁布了中小企业结构改善法、农业结构改善法和渔业结构改善法等法律，对特定行业的限制竞争行为予以豁免，促进了这些产业的发展。而对于后者，由于与本文关系不大，在此就不予以详述。

根据上面的分析，我们可以看出，无论是在欧盟，还是在美国和日本，产业政策对竞争政策的影响都很大，并且常常存在冲突。由于在不同国家和地区的不同时期的政策侧重点不同，立法的价值取向、执法的力度不同，限制竞争的宽狭不尽相同，因而对合作研究与开发协议中有无限制竞争的认定也就不同。

3、相关市场

相关市场，又称为特定市场，主要包括相关产品市场和相关地理市场。确定相关产品市场，需要从消费者的角度去衡量，所有与经营者的产品存在替代性的产品均应包括在内，即相互间有竞争的产品或者因该产品的存在而使某一经营者随意定价的能力受到限制的产品。产品市场的确定既不能过窄，也不能过宽。如果过窄，就会将一些实质性的替代产品排除在外，从而夸大某一经营者影响价格和产量的能力。反之，如果过宽，则会使一些不具有替代性的产品包括在内，就会降低某一经营者的市场份额，从而低估其对市场的影响力。^②那么，如何确定相关产品市场的外部界限呢？一般来说，产品市场外部界限是由产品用途的合理可替换性或者该产品及其替代产品需求的交叉弹性决定。例如，在1956年，美国政府指控杜邦公司垄断玻璃纸生产案中，因为玻璃纸为杜邦公司独家生产和销售，美国司法部认定该公司在玻璃纸这个产品市场上占有100%的市场份额；然而，法院则是将玻璃纸看作包装材料中的一种材料，而在包装材料这个市场上，杜邦公司仅占18%的市场份额。^③

相关地理市场，即产品市场的范围大小。对于如何确定相关地理市场，各国做法不一，其中美国司法部和联邦贸易委员会在其所发布的“横向合并指南”中对相关地理市场的界定很有意义。该指南指出，“在不存在价格歧视的条件下，

^①[日]金泽良雄著：《经济法概论》，满达人译，甘肃人民出版社1985年5月第1版，第288页。

^②黄勇、董灵著：《反垄断法经典判例解析》，人民法院出版社2002年12月第1版，第40页。

^③[美]马歇尔·C·霍华德著：《美国反托拉斯法与贸易法规》，孙南申译，中国社会科学出版社1991年5月第1版，第25页。

当局将地理市场界定为这样一个区域，在该区域内，如果假定的垄断者作为相关产品现在和将来唯一的生产者有利可图地强加一个至少‘数目不大但有意义且非暂时性的’涨价，其他地域市场的产品销售条件不变。”一般来说，确定相关地理市场的方法主要是考察产品的销售范围或提供服务的范围。而影响相关地理市场的因素主要有运输成本、销售方式和产品特性，一般和经营者所处的位置没有直接联系。但在地区销售的产品或者该地区的消费者无法从其他外部获得供应时，才将该地区作为一个特定的地理市场，在这个市场中，经营者如果提高其销售价格，一般不会导致其他经营者的进入或者失去消费群。在这种情况下，消费者是否能方便地选择竞争产品也可作为考察地理市场范围的补充。另外，地理市场的范围还受到消费者偏好和政府管制的影响。在欧盟，上述第2659/2000号法规认为，通过当事方之间专有技术知识的增加和传播以及避免研究与开发工作的重复，通过互补专有技术知识的交换以刺激新的改进，通过产品生产或者源于研究与开发的工艺应用，研究与开发领域以及成果的利用领域的合作通常会促进技术和经济进步。尽管欧盟对市场分析和管理集中于共同体市场，但它愿意在给予个别豁免时将相关地理市场界定为全球市场。美国的做法与欧盟大致相同。上述美国的NCRPA规定，为了确立一个正当界定的相关市场，世界范围的影响力在某种程度上应当被考虑。一般说来，将相关地理市场界定为全球市场来考察合作研究与开发协议中有限制竞争是很困难的，所以这种规定有利于研究与开发合资企业的建立。尽管欧盟和美国都回避了合作研究与开发对其他企业研究与开发活动将产生什么影响的问题，不过，它们有一点是相同的，即从全球角度来考察合作研究与开发，即使是非常强大的企业也是允许其存在的，除非它们既取得了显著的市场控制，又排斥第三方的创新，以致实质上限制了竞争。这种考察主要是基于增强本国企业国际竞争力的考虑。为增强本国企业国际竞争力，允许本国企业在国际市场上限制竞争，只要其无害于本国市场。承认研究与开发的全球标准，一方面反映了它们在战略上区分市场，既在全球资源的基础上增强其国际竞争力，又确保其产品在国内市场上的竞争；另一方面也意味着所有国家都会受到该研究与开发协议的影响。欧盟和美国这种允许自由进行合作研究与开发的结果是，个别竞争逐渐为企业

集团的竞争所代替，由此产生研究与开发项目以及它们最终希望的创新类型。

根据上面的分析，我们可以看出，相关市场的界定对合作研究与开发协议中有限制竞争的认定有重要意义。相关市场的宽窄决定限制竞争的有无和大小，正因为这样，欧盟和美国通过灵活解释相关市场，比如将合作研究与开发地理市场界定为全球市场，以促进其高新技术产业的发展。

4、限制性协议的豁免

限制性协议的豁免通常有两方面的考虑，一是减少和避免研究与开发中的风险，二是通过使合资企业的研究与开发活动获得法律认可而取得法律稳定性。欧盟和美国分别通过有关研究与开发协议豁免的第 2659/2000 号法规和 NCRPA 实现了上述第一方面的目的。这两个法规给予合作研究与开发的豁免不仅包括技术开发过程中的每一个阶段，包括产品和工艺的试验阶段，甚至还延伸到研究与开发成果的利用阶段，而且在欧盟这种豁免甚至还延伸到合作销售阶段。不过，第二方面的目的只是在不同程度上被实现，并且相当不彻底。在欧盟，根据上述新的规则和实施细则和准则，第 81 条第 1 款确立了一般禁止性原则，而第 3 款确立了这一原则的例外，该款可以在个案中适用，也可以通过集体豁免条例的方式适用于某些类别的协议。属于集体豁免条例范围内的协议，只有在欧盟委员会或国内竞争当局撤销豁免时，才会被禁止；国内法院不能在私人诉讼中宣布集体豁免的协议无效。第 2659/2000 号法规合作研究与开发协议豁免于第 81 条第 1 款作出了规定，该规定为符合其条件的合作研究与开发协议提供了充分的法律保护，不过，法规并没有完全涵盖所有的研究与开发协议，所以企业通常又不得不通过复杂的程序以获得个别豁免。与之相比，NCRPA 根本没有提供法律保障，而是在第 2 条规定了一个复杂的理性标准规则。合资企业研究与开发活动的豁免使协议几乎不受任何追究，索赔的限制、判决给予实质上胜诉的一方（包括律师费）、赔偿等规定，使各方的权益获得了相对平衡。在欧盟，其竞争政策以合作研究与开发为基础，考察现有的可能被合作研究与开发的产品替代的产品市场。如果在这个市场上，参与企业不是竞争性企业，则它们可以从事事实上不受限制的合作，并且当它们合作利用成果时，合同产品自第一次被投放市场时起七年内仍可享受豁免。不过，如果参与企业是竞争性

企业，则仅当参与企业在合作研究与开发协议达成时的合并市场份额没有超过能够为合同产品所改进或替代的产品的相关市场的 25% 时，才可以享受豁免。另外，如上所述，第 2659/2000 号法规根本不考虑合作可能对其他企业研究与开发活动或对研究与开发的参与企业的潜在的研究与开发活动产生的阻碍效果，即根本不考虑合作的必要性或合作的利弊。与之相比，美国的 NCRPA 则要求主管机构考虑所有影响竞争的因素，这意味着在产品市场外，如果它们已经是充分可辨别的，则必须考虑相关研究和开发项目和其他企业的能力来考察研究领域中的竞争，而且必须对这种研究中的竞争是否会影响相同产品市场上的竞争作出预测。这种方法的效果是，首先，如果没有相关项目和有足够能力完成项目的企业，则合作甚至不构成对竞争的限制；其次，如果研究与开发市场上存在有效竞争，研究与开发的当事方感觉到有竞争的压力或者通过创新威胁其产品市场时，则合作被视为促进竞争而不是阻碍竞争的。但是，由于这个市场本质上是欠透明的，而且其他项目的相关性、其他企业的能力以及他们成功的实际机会是难以估计的，所以判定研究与开发市场上的竞争关系是很困难的。^①

综上所述，本文认为，一国的反垄断法在适用于高新技术产业时，须考虑其国家的经济政策，特别是其中的产业政策，合理界定相关产品市场和相关地理市场，并且对合法的限制性协议予以豁免。

三、禁止滥用市场支配地位制度在高新技术产业领域中的适用问题

滥用市场支配地位，是指具有市场支配地位的企业凭借该地位，在一定的交易领域实质性地限制竞争，违背公共利益，明显损害消费者利益，从而为反垄断法所禁止的行为。市场支配地位，是指企业所具有的某种程度的支配或控制力量，即在相关的产品市场、地理市场和时间市场上，拥有决定产品产量、价格和销售等方面的控制能力。尽管各国反垄断法中不一定都使用市场支配地位的概念，而分别使用垄断状态、独占（垄断）、垄断力以及占有经济优势等不

^①[德]汉斯·乌尔里希著：《与高技术产业有关的反垄断法——赞成或反对国际规则？》，郭玉军译，载梁慧星主编：《民商法论丛》第 18 卷，金桥文化出版（香港）有限公司 2001 年 3 月第 1 版，第 393 页。

同的称谓，但它们所指的经济现象却是大致相同的。^①在高新技术产业领域中，禁止滥用市场支配地位制度主要体现在对合作研究与开发中创新垄断的规制方面。

（一）创新垄断的反垄断分析

1、欧盟

由竞争到联合、独占，这是契约自由和市场竞争的自然倾向。^②也就是说，竞争的结果是有些企业取得市场支配地位。一般说来，市场支配地位本身并不违法，只是当具有市场支配地位的企业滥用这种市场支配地位或者有其他违法行为时，才会受到反垄断法的禁止。在高新技术产业，企业研究与开发的目的是在竞争中取得市场支配地位，而一旦其通过研究与开发创新性成果取得市场支配地位，则其他企业再想通过市场竞争削弱这种地位就不太容易。在该产业领域，最常见的例子是当拥有创新性成果的企业取得市场支配地位后，附属市场的竞争者，如配件、外围设备或者维修市场上的竞争者，会依赖于该创新性成果以及其产品或服务之间相互联系的界面结构方面的信息。对于前者的依赖，网络效应是其典型例证，由于其较为复杂，下文将把它作为一个独立问题进行分析。对于后者的依赖，欧盟认为，拒绝披露一项创新违反欧盟条约第 82 条，构成滥用市场支配地位。只要该创新性成果的拥有使得创新企业能够控制兼容产品的附属市场，则其就会受到欧盟委员会的反垄断关注，无论创新性成果是否已经获得知识产权或者为知识产权所加强，都不能排除欧盟条约第 82 条的适用。如果具有市场支配地位的企业阻碍潜在的竞争者进入市场，或者运用了企图从自己经营业务的市场上将现有的企业予以排除的方法，则就违反欧盟条约第 82 条。不过，当市场上仍然存在竞争时，欧盟委员会对具有市场支配地位的企业应遵守的义务却有不同的理解。另外，对于标准、时间范围和有关创新协议的判断，可能因具体情况不同而不尽相同，尤其在考虑到不同的竞争力、国内产业结构及其相互依赖性时。

迈吉尔案（Majill）的处理较好地表明了欧盟对创新企业控制附属市场的态

^① 参见王先林著：《知识产权与反垄断法》，法律出版社 2001 年 9 月第 1 版，第 182-189 页。

^② 参见史际春、邓峰著：《经济法总论》，法律出版社 1998 年 11 月第 1 版，第 50 页。

度。在迈吉尔案中，^①欧洲法院认为，复制权是著作权人的权利之一，拒绝向其他人授予著作权的使用许可本身并不构成滥用市场支配地位行为，但在例外情形下可以构成滥用行为。法院指出，在这个案件中，著作权人行使其专有权是在滥用市场支配地位。因为首先，市场上没有一周电视节目预告的替代物；其次，电视公司没有正当理由拒绝第三方出版电视节目预告周刊；再次，这三家电视公司拒绝向迈吉尔提供电视节目预告周刊必不可少的信息，这表明它们打算将其在电视播映市场上的支配地位扩大到电视节目预告的信息市场上。在这个判决中，欧洲法院还从优先适用欧盟的竞争规则出发，对成员国著作权的保护提出了严格的限制，即拥有著作权的企业只要拥有市场支配地位，就不得以保护著作权为由，随意拒绝向第三方授予复制权。并且，欧洲法院将根据具体案情，审查拥有市场支配地位的企业是否存在滥用市场支配地位的行为，并在必要情况下，强制要求权利人授予许可。该判决对于微电子和计算机技术、信息通讯技术等高新技术产业有着特别重要的意义。根据该判决，一个在某种产品市场取得市场支配地位企业，无权通过其著作权将这种市场支配地位不公平地扩大到附属市场上。该判决还表明，在高新技术产业发展中，拥有市场支配地位的企业须为竞争对手提供服务并且提供“开放的网络准入”。通过对该案的分析，我们可以看出，该案至少包括两个规则：一是新产品规则。如果一项知识产权的所有人拥有一个有着明显消费者需求的新产品所必不可少的原材料，并且（1）该原材料是一种事实上的垄断，即它没有任何现有的或潜在的替代品，（2）该知识产权人没有客观的理由利用该原料阻止新产品的出现，（3）新产品是该知识产权人本身所不提供的，那么拒绝供应或许可该原料构成市场支配地位的滥用。二是关键设施规则。这一规则若作为滥用的单独衡量标准，则必须：

^① 迈吉尔案的案情大致如下：迈吉尔电视导读杂志是一本专门介绍英国和爱尔兰节目内容和预告电视节目时间的杂志，由于爱尔兰和北爱尔兰的三家电视公司 TTP、RTE 和 BBC 拒绝向迈吉尔电视导读杂志许可使用电视节目一周的预告版权，它们只对报纸作了特许，许可报纸可以在平日的 24 小时或者周末的前 48 小时刊登全部 6 个频道的节目预告，所以电视观众要想预先知道三家电视公司的节目预告的话，就必须购买三家公司各自出版的节目预告杂志。当迈吉尔电视导读杂志开始出版刊登所有广播和电视节目的综合性指南周刊时，三家公司以迈吉尔电视导读杂志侵犯了它们的版权为由向爱尔兰法院起诉，爱尔兰法院发布了阻止其出版的禁令。迈吉尔电视导读杂志于 1986 年 4 月向欧共体委员会提出申诉，委员会立案对此作了调查后，认定该案中三家电视公司不授予迈吉尔电视导读杂志一周电视节目预告版权是滥用市场支配地位行为，作为对这一周电视节目预告的制裁，委员会责令它们停止违法行为，特别是要求它们以不歧视的方式应第三方的请求提供每周电视节目预告，并允许第三方复制它们的电视节目单。委员会的裁决还指出，这三家电视公司可以收取合理的报酬。三家电视公司不服委员会的这个裁决，便向欧洲初审法院提起诉讼，请求撤销委员会的裁决。在初审法院驳回其起诉之后，它们又向欧洲法院提起上诉。欧洲法院于 1996 年 4 月 6 日作出终审判决，赞同初审法院的观点，驳回原告的起诉。

(1)拥有在附属市场上不可缺少的原材料的企业；(2)存在事实上的垄断；(3)拒绝许可的后果是使知识产权人通过排除附属市场上的所有竞争者来为自己保留该市场。^①同时，该案也隐藏着这样一种理念，即如果没有在市场上拥有市场支配地位企业的行为，或者如果没有其他的竞争者进入某一市场领域，该领域就根本不可能存在有效竞争。不过，该案判决也受到许多竞争法专家和实务界人士的批评。^②例如，本案强制性为竞争对手提供部分服务的义务，也意味着对企业行为自由以及组织自治原则构成侵犯，从而也就会不适当地影响或者妨碍创新企业的革新和进步。

欧洲法院新近的一些判例逐渐改变了在迈吉尔案中的态度，有的甚至已经非常明确地提出，如果不涉及到在市场上拥有支配地位的企业自然产生的垄断地位，或者不涉及与该企业取得支配地位的相关网络的话，则须具备严格条件的情况下才可要求它对其竞争者履行一定义务。其中，Bronner案就是一个典型例子，该案涉及的是一家报纸企业在进入由在市场上拥有支配地位另一家报业集团的投递体系的请求。对于这一请求，欧洲法院提出了非常严格的要求。只用在下列情况下，欧洲法院才会认为构成对市场优势地位的滥用，即“一方面，假如拒绝提供报纸投递方面的那些服务，而把它用于阻碍在日报市场上所有希望得到这种服务的那些竞争者们竞争行为的话，而且这种阻碍在客观上不具备充分的理由的话；另一方面，假如这一服务本身在这个意义上对该竞争者的经营业务的开展不可或缺的话，也就是说，假如能够替代该种投递体系的任何事实或者潜在的形式都不存在的话。”^③另外，2004年4月，欧洲法院就如何判定一家公司是否存在垄断行为，确立了一套更加严格的判定原则。法院认为，在一家公司拒绝将其受到专利权保护的材料授权给竞争对手使用时，仅当其具备三个条件时，才构成对反垄断法的违反。这三个条件是，拒绝授权造成一种新的产品或者服务不能问世，而且市场对这种产品或服务具有一定的潜在需求；拒绝授权没有“客观公正的理由”；授权非常关键，如果没有它，就会造成相关市场竞争的缺失。^④这个判定原则从根本上改变了欧洲法院在迈吉尔

^①王先林著：《知识产权与反垄断法》，法律出版社2001年9月第1版，第230-231页。

^②阮方民著：《欧盟竞争法》，中国政法大学出版社1998年5月第1版，第394页；王晓晔著：《欧共体竞争法》，中国法制出版社2001年6月第1版，第223页。

^③[德]马迪阿斯·赫蒂根著：《欧洲法》，张恩民译，法律出版社2003年7月第1版，第353页。

^④张铭洪：《网络经济下的反垄断困境：理论与政策分析》，《中国经济问题》，2005年第2期。

案中的态度，因为在迈吉尔案中承担证明自己没有滥用权利责任的是被告，而该判定规则却要求原告承担举证责任。也就是说，只有原告证明被告拒绝授权没有“客观公正的理由”及其他两个条件时，被告才会受到反垄断法的追究。

2、美国

近年来，美国反垄断机构在处理通过创新取得市场支配地位的企业滥用市场支配地位的案件中作出了新的探索。在 Dell 计算机公司案中，联邦贸易委员会认为，标准制定组织已经将 Dell 元件确定为该行业的标准，尽管 Dell 计算机公司也证明自己没有独占权，但是委员会认为 Dell 计算机公司通过行使一定的知识产权相威胁来限制与 VI-bus 的计算机系统设计标准有关的竞争构成了权利滥用，并且最后要求 Dell 计算机公司停止对于建立在使用 VI-bus 标准基础上的侵权要求方面的专利权的行使。^①在另一案件即美国诉 Pilkington plc 一案中，Pilkington 开发了一种游行车玻璃的制作方法，美国司法部指控它凭借其专利和商业秘密安排垄断了游行车玻璃的市场，并因此限制了被许可者所在地域内的竞争，因为它规定许可安排在其游行车玻璃专利期满后仍然有效。为矫正这种对“谢尔曼法”第 1 条和第 2 条违反的行为，司法部颁布了一个指令，该指令消除了强加于许可之上的所有地域和使用限制，并且禁止 Pilkington 公司执行相关许可条款。^②不过，美国反垄断机构也认识到，不适当的反垄断法干预可能会妨碍知识产权人收益其发明成果的能力，这不但会损害知识产权保护方面的法律基础，而且会挫伤投资者为创新而进行投资的积极性，损害反垄断法自身的目标。联邦贸易委员会对英特尔公司的裁决以及联邦巡回法院对 CSu V. Xerox Corp 案的裁决，就反映了它们在处理高新技术产业中滥用市场支配地位行为的这种认识的努力。在英特尔公司案中，委员会指控英特尔公司阻碍微处理器技术的创新努力，在该案的处理过程中，英特尔公司同意不基于与知识产权争议有关的原因而拒绝或威胁拒绝提供产品或技术信息。委员会同意将这一条件具体化，承认英特尔公司有权不许他人使用其产品和信息，但是不应在客户通过寻求法定的和衡平的救济措施时就削减供应。在 CSu V. Xerox Corp 案中，联邦巡回法院在判决中指出，专利权或版权的合法拥有人可以拒绝向任何人作出

^① See Dell Computer Corp., File No. 931-0097(Consent agreement accepted for public comment (FTC Nov.2, 1995)) (Comm'r Azcuenaga dissenting).

^② See United States V. Pilkington plc.Civ.No.94-345 WDB(D.Ariz.Oct.19,1994).

许可，而不管其意图如何和竞争的影响，这种拒绝可以豁免于反垄断法，除非知识产权是以欺骗获得的，侵权诉讼是用来掩盖损害竞争者的意图的虚假诉讼，或者拒绝构成了搭售策略的一部分。^①

（二）网络效应的内部化

1、网络效应对对创新的影响

如上所述，网络效应有助于企业取得市场支配地位。企业随着产品使用范围的扩大，无需另外增加成本就可增加价值；产品价值的增加又扩大了其使用范围，范围的扩大对于其用户的使用更为方便，从而会有越来越多的用户使用它，而这又进一步增加其价值。这一循环会对消费者产生“锁定”效果，^②产品使用的时间越长，它对用户就越有用。随着产品使用范围的扩大和产品使用时间的增加，用户就不愿意轻易更换新的产品，由此增加产品的市场支配力。由于沉淀成本的存在，^③用户停留在已确立的网络中，替代产品的提供者则可能会附随于已确立的网络并且不愿把产品提供给潜在的竞争者，在这种情况下，市场支配力则不是暂时的，而是可能由一个拥有市场支配地位的企业保持相当长的时期，网络垄断或近似垄断是不可动摇的。当然，也许会有新的技术完全可能战胜现有网络并且很快就受到消费者和供给者的青睐，不过，这种情况很少出现。一旦一个网络垄断了市场，对于该网络的所有者或者经营者（下面简称为网络经营者）来说，阻止潜在的竞争者就非常容易。只需通过仅允许与其网络相兼容的产品使用网络的方法，网络的经营者就可以垄断连续几代的产品、替代产品或者服务。由于系统只有在可兼容的情形下才可以相互联系和相互支持，所以只有当生产者的产品与网络的经营者的网络兼容时，它才能成功地进入系统并受益于网络效应。网络效应存在的后果是，如果系统创新者成功地吸引了众多的使用者，它就会享有创新所带来的优势，并且可以通过自己的内在系统的多样性来强化这种优势。需要注意的是，这种网络可以是实际的，但大部分情

^①王先林著：《知识产权与反垄断法》，法律出版社2001年9月第1版，第232-233页。

^②“锁定”是指由于各种原因，导致从一个系统（可能是一种技术、产品或是标准）转换到另一个系统的转移成本高到转移不经济，从而使得经济系统达到某种状态之后就很难退出，系统逐渐适应和强化这种状态，从而形成一种“选择优势”把系统锁定在这个均衡状态。张铭洪编著：《网络经济学教程》，科学出版社2002年5月第1版，第61页。

^③“沉淀成本”是基于供应相关产品和地理市场而单独引起的费用。[美]E·吉尔霍恩、W·E·科瓦丙克著：《反垄断法律与经济》，王晓晔注、汤树梅校，中国人民大学出版社2001年12月第1版，第111-112页。

况下不必是有形的，也可以是虚拟的。^①兼容性的极端后果是通过定义系统元件之间的界面，系统创新者可以制定事实标准，并且因此使零部件产业与其系统联系起来。另外，零部件产业还会为系统创新者的系统所吸引，这样系统就会更加成功，通过推销各种零部件，促进零部件产业的发展，而零部件产业的发展更会有助于系统的成功。

2、网络效应内部化

上述分析说明，网络效应以及个别制定的事实标准对创新的影响是很明显的。那么，如何设计一种制度，将网络效应内部化，以防止或者避免它对创新的不利影响呢？这就是网络效应的内部化问题。在存在网络效应的情况下，一种可能的方法是打破网络。如果这样做不可行，或者实质上是不经济的并且结果损害消费者利益，那么另一种可选择的方法是强制网络经营者以公平的、合理的和非歧视的方式向所有符合条件的供应商、消费者和竞争者开放网络。对网络是否予以开放即给予强制许可之前，有两个问题需要解决。第一，支持或者反对给予强制许可救济的理由是什么？第二，由于网络的存在有积极的方面和消极的方面，那么区分这两者的法律规则是什么？

对于第一个问题，支持强制许可者认为，网络经营者通过凭借其地位不仅使其优势在相当长的时间内得以维持，而且还从消费者那里收取相当可观的垄断租金，网络经营者还可能会阻止它和它的用户之外的企业进入网络，尽管这些企业可能拥有比其更先进的技术，由此剥夺的它们改进或者实际上战胜网络经营者的创新的机会。与之不同，反对强制许可者则认为，不予强制许可有助于鼓励企业建立自己的网络或加入与网络经营者相竞争的弱小网络，这有利于它们与网络经营者之间进行竞争，因为在这种情况下，它们别无他法；也有人主张网络经营者取得的利润是对创新者的合理回报，强制许可是以牺牲创新者为代价而奖励消极者或者不太积极者的做法；还有人主张强制许可还会引发使用其他方法就可能不存在的权衡公平的问题。当然，本文认为，上述两种观点都不太全面，对是否给予网络以强制许可，应综合其创新与垄断及其影响等因素予以处理。

^①[德]汉斯·乌里希著：《与高技术产业有关的反垄断法——赞成或反对国际规则？》，郭玉军译，载梁慧星主编：《民商法论丛》第18卷，金桥文化出版（香港）有限公司2001年3月第1版，第404页。

对于第二个问题，在一个关于高新技术与全球市场的听证报告中，美国联邦贸易委员会曾提出必要性、目的和效率性、衡平性三规则。^①必要性规则要求强制许可须在必要的情况下才予以实施；而目的和效率性规则要求在网络经营者拒绝竞争对手的许可要求时，它应当给予合理说明，如果它的理由符合效率要求，并且也没有证据证明其拒绝许可的主要目的在于阻止竞争，就予以强制许可；衡平性规则是指当上述两个规则都不奏效时，就要综合考虑包括上述规则在内的各种因素。联邦贸易委员会的上述三规则的提出对反垄断执法实践有一定的参考意义，但总的来说，这些规则是模糊不确定，并且相互间还存在矛盾。因此，如何制定出合理的利益权衡规则以指导反垄断执法实践，还是摆在各国反垄断机构和学者面前的需要继续探索的问题。

四、控制企业结合制度在高新技术产业领域中的适用问题

企业结合，是指两个或两个以上的企业相互合并，或者一个或多个个人或企业对其他企业全部或部分获得控制，从而导致相互关系上的持久变迁的行为。其中，合并包括一切形式的导致两个或者更多的各自独立的企业被一个新企业取代或者合并成一个新企业的行为；获得控制是指通过股权和其他财产权利、合同等手段获得对一个企业行使决定性影响的可能性的行为。^②在高新技术产业领域中，控制企业结合制度主要体现在对合作研究与开发新技术中创新市场合并的规制方面。

（一）创新市场的界定

1、美国

1995年，美国司法部和联邦贸易委员会联合颁布了《知识产权许可的反托拉斯指南》，它的颁布对于处理知识产权与反托拉斯法的关系具有重要意义。该指南的重要，不是基于它的权威性，因为在美国，法院才是法律的最终裁决者，而行政机关的这些公告很少能够给法院以实质的影响。该指南之所以重要是因为它是美国官方在将自己作为一个只考虑公共利益的观察者的前提下，第一次

^①See Robert Pitofsky, *Antitrust Analysis in High-Tech Industries: A 19th Century Discipline Adress 21st Century Problems*, February 25, 1999.

^②王先林著：《知识产权与反垄断法》，法律出版社2001年9月第1版，第304-305页。

认为值得将许可贸易问题作为独立的主题进行一致处理。^①该指南引进了“创新市场”的概念，并设定了反托拉斯“安全区”。下面主要就这两方面的内容进行分析。

根据《知识产权许可的反托拉斯指南》，创新市场包括对特定新型产品或者工艺及其近似替代物的研究和开发。近似替代物是指对相关研究与开发的市场力的利用构成重大限制的各种成果、技术和货物，例如通过限制假想垄断者以阻止研究与开发进行的能力和积极性。该指南指出，在评估创新市场中现有的或者可能潜在的参与者的竞争重要性时，主管机构要考虑所有相关的证据。

在分析知识产权许可贸易时，《知识产权许可的反托拉斯指南》指出，应当对反托拉斯分析中不曾出现的两种新型市场即技术市场和创新市场进行界定。并且该指南还指出，只有在从事相关研究与开发的能力与特定公司的特定资产或禀赋相联系时，主管机构才会界定创新市场。如果技术市场只是在知识产权项下的相关市场，则对其进行界定并不困难。因为知识产权，例如专利权、商标权、版权是相对明确的。但是，同样的说法却不能用于对创新市场的界定。无论其目标是什么，从法律角度上看，1995年的《知识产权许可的反托拉斯指南》中的有关创新市场的说法有三大缺陷。首先，尽管《知识产权许可的反托拉斯指南》试图对创新市场予以明确定义，但该概念仍然不够精确。因为，它界定创新市场的尝试似乎超越了现在的反托拉斯分析，并且它力图以某种尚未界定的方式来衡量一个公司的能力和在特定的领域中的革新潜力，根据该公司在该领域所有公司的创新潜力中的份额来确定该公司的垄断程度。并且，从其对传统市场如劳动力或其它投入市场的分析移植于创新市场的分析来说，其理论来源并不明确。其次，它关于创新市场的说法未与其目标相联系。《知识产权许可的反托拉斯指南》似乎已承认之所以许可贸易制定特殊规则的主要原因就是确认知识产权的独特性质和由许可贸易所产生的效益，因此它的分析总的来说是反映了对于许可贸易的宽容态度。也就是说，只有当许可贸易明显具有反竞争性，例如它成为水平限制的庇护时，它才应当受到处理。然而，新的创

^①[美]Jay Dratter, Jr.著：《知识产权许可》（下），王春燕等译，清华大学出版社2003年4月第1版，第586页。

新市场的概念明显走向了反面，因为它明显使执行机构能够以一项交易可能会损害将来不确定的革新市场上的竞争力为由，对该项交易进行质疑和处理，而不管它目前是有利于竞争这一前提。最后，由于创新市场的涵义在范围上不确定，而且与《知识产权许可的反托拉斯指南》所设想的宽松环境相抵触，所以它既损害《知识产权许可的反托拉斯指南》的目标，也与有关创新的司法处理相违背。^①

2、欧盟

欧盟委员会没有采用创新市场标准，第 4064/89 号法规第 2 条第 1 款 b 项规定，委员会在认定合并时应考虑“有关企业的市场地位和它们的经济和资金影响力，供应商和客户可以获得的选择性产品，企业获得供应或者进入市场的难易程度，任何市场进入的法律的或者其他的障碍，相关产品和服务的供求变化趋势，中间商和最终用户的兴趣，技术与经济发展的进步给消费者带来的实惠以及并不构成对竞争的妨害”，该规定非明示地指出委员会应考虑合并企业的技术潜力，即应当把技术以及经济上的进步因素考虑进去。在这个问题上，委员会享有一个非常重要的自由裁量空间，存在争议的是，应当如何从产业政策的角度来评价那些企业合并协议所实现的企业在全球性竞争中的实力。^②欧盟使用的是与创新市场相近的一个概念即未来市场来分析合并企业和其他竞争者研究与开发的潜力，不过，未来市场标准不是一个使用于独立市场的标准。

（二）创新市场合并的反垄断分析

1、创新市场的合并

2000 年，美国司法部和联邦贸易委员会联合发布了《美国关于竞争者之间合谋的反托拉斯指南》，该指南对合作研究与开发中竞争者之间的合谋进行了详细规定。^③

该指南在第一节对竞争者的合谋和合并进行了区分。首先，它们的效果不同，大多数合并完全消灭合并各方之间在相关市场中的竞争，相反，大多数合

^①[美]Jay Dratler, Jr. 著：《知识产权许可》（下），王春燕等译，清华大学出版社 2003 年 4 月第 1 版，第 593-595 页。

^②[德]马迪阿斯·赫蒂根著：《欧洲法》，张恩民译，法律出版社 2003 年 7 月第 1 版，第 385 页。

^③“竞争者合谋”包括竞争者之间从事经济活动的一个或一个以上协议——不是合并协议，以及根据协议进行的有关经济活动。“竞争者”包括实际的和潜在的竞争者。

谋则保留参与者之间某种形式的竞争。其次，合并的目的是长久性的，而合谋则通常是有期限限制的。在有些情况，竞争者合谋产生的竞争效果与他们之间进行的完全或部分的竞争效果相同。在特定情形中，主管机构可将合谋看成相关市场上的横向合并，并且根据《横向合并指南》来分析这些合谋，这种情形为：（1）参与者是相关市场上的竞争者；（2）该合谋的形成包含了相关市场上经济活动的增效一体化；（3）一体化消除了相关市场中参与者之间的所有竞争；而且（4）该合谋未以其自身具体和明确的条款规定在充分有效的期间终止。不过，由于合谋和合并的共性是主要方面，所以本文就不予区分，以“合并”概之。

该指南指出，受竞争者合谋影响的市场包括产品市场、技术市场和创新市场。产品市场、技术市场合并一般容易界定，这里主要分析创新市场合并。如上所述，只有在从事相关研究与开发的能力与特定公司的特定资产或禀赋相联系时，主管机构才会界定创新市场标准。也就是说，创新资源的集中是合并分析中采用创新市场标准的主要考虑。该标准也适用于其他方面如知识产权的许可中发生的与创新有关的限制竞争，并且其提出的最初目的是控制非竞争性企业之间合并的集中效果。其提议者关注的是合并企业在相关产品市场上的竞争关系以及合并导致的市场力量的增强，而对于研究与开发中产生的集中效果即创新的源泉考虑的并不多。如果创新的合并将排除和实质性地减少来自同一或相近研究与开发潜力的竞争压力，则它可能对生产费用、创新的产量以及产品市场上的竞争产生不利影响。这种不利影响的产生是因为创新的合并使企业在减少研究与开发活动时并不丧失产品市场的市场份额，并且这种不利影响并不理所当然地因为其他企业在该产品市场上的竞争而得以避免。通过互补性资产、技术或专有技术的合并，当事方可以更快、更有效地研究与开发新型的或改进的产品、服务或工艺等。但是，合并可能产生或增强市场垄断力，或促进市场垄断力的行使，例如限制当事方独立的决策，或在合资企业或某些当事方之间对竞争性重要资产或全部或部分当事方单独竞争性研究与开发成果进行联合控制。不过，如果对创新合并的不利影响进行控制，则可能会使创新的全部过程和它对于动态竞争的影响置于主管机构的监督之下，从而不利于创新的进行。为此，美国《关于竞争者之间合谋的反托拉斯指南》规定了反托拉斯“安全区”，在该区域内，主管机构会认为创新合并的安排是合法的，因而没有必要再进一

步调查。

2、反托拉斯安全区

如上所述,《知识产权许可的反托拉斯指南》在引进了“创新市场”的概念的同时,还设定了反托拉斯“安全区”。在《知识产权许可的反托拉斯指南》中,安全区的目的,是要通过增强知识产权许可的确定性,鼓励通过创新进行竞争。该指南在两个步骤的基础上,确定许可贸易合同限制的反托拉斯安全区:首先,如果产品或服务市场的份额能够确定,则只要具备存在争议的限制性条款不具有表面的反竞争性以及许可方和被许可方所占的市场份额没有超过整个市场的20%两个条件,则该许可协议就处于安全区中;其次,如果产品或服务市场的份额无法确定,则只要存在争议的限制性条款不具有表面的反竞争性以及有四项或四项以上的独立控制技术作为技术的替代,但许可中包括的除外;或者存在争议的限制性条款不具有表面的反竞争性以及在相关市场上有四个或四个以上的独立控制单位,但许可协议中包括的除外,则该许可协议就处于安全区中。^①

美国《关于竞争者之间合谋的反托拉斯指南》对《知识产权许可的反托拉斯指南》中的反托拉斯安全区进行了进一步发展。根据前者,如无特殊情形,除本身违法的协议、不进行详细的市场分析就可以进行指控的协议以及上述合并分析所适用的竞争性合谋外,如果合谋及其参与方合并的市场份额未超过竞争可能受到影响的每一相关市场份额的20%,则合谋就处于一般安全区。如果竞争者合谋,除了拥有所需的特定资产或禀赋以及从事研究与开发的动力,构成合谋有关的研究与开发活动的近似替代品之外,三个或多个竞争者独立控制研究成果并对创新市场的竞争产生影响,则该合谋就处于研究与开发竞争安全区。

通过以上对美国的《知识产权许可的反托拉斯指南》和《关于竞争者之间合谋的反托拉斯指南》的分析,本文认为,合并可能产生或增强市场垄断力,或促进市场垄断力的行使,但是,如果对创新合并进行控制,则可能影响创新的进行。因此,有必要为合法的创新市场合并设定反托拉斯安全区。

^① “表面的反竞争性”是指一般处于本身违法的限制,一直或几乎一直倾向于减低产量或提高价格的其他限制。参见尚明主编:《主要国家(地区)反垄断法律汇编》,法律出版社2004年5月第1版,第271页。

五、我国高新技术产业领域中 反垄断的立法探讨

(一) 对我国现行制度及相关立法的分析

我国在改革开放前的相当长的一段时期内，经济上实行的是高度集中的计划经济体制。计划经济排除了市场竞争，经营者只有一个，那就是代表全民利益的国家。在这种情况下，既无反垄断法执法实践的必要，也无反垄断法理论研究的必要。尽管从 20 世纪 80 年代后期开始，许多专家学者就不断呼吁我国应制定反垄断法，立法机关也早已将反垄断法列入立法规划，但由于种种原因，至今我国仍未制定一部系统的、完整的反垄断法典，当然针对高新技术产业而制定的反垄断法律法规就更少了。不过，我国的行政主管部门也针对高新技术产业中特定可能会限制竞争的行为，进行了相应的立法努力，如《中华人民共和国电信条例》（下面简称为电信条例）第 4 条、《中华人民共和国技术进出口管理条例》（下面简称为技术进出口管理条例）第 29 条、《中华人民共和国计算机软件保护条例》（下面简称为计算机软件保护条例）第 29 条等。但是，从总体上看，我国现行立法和制度对高新技术产业领域限制竞争行为的规制存在着立法欠缺，现有的零星规定，既不系统，也不完善。

1、我国现行的制度不完善

从科技管理制度来看，现有的许多科技政策过时，具有浓厚的计划经济色彩，不适应社会主义市场经济的发展。例如，现有的科技奖励制度与科技人员的职称、工资、住房挂钩，这违背了科技奖励制度激励智力创造和技术创新的根本宗旨。此外，国家在评价科研单位、国有企业、大专院校科研水平和一系列的评级达标考核时，也主要以鉴定的科技成果、发表的科研论文数量作为标准，科研单位、国有企业、大专院校的内部制度也向论文、成果倾斜，而对合法垄断的知识产权的重要性和作用重视不够。这就形成了我国当前技术创新能力不强、技术创新机制不够完善、企业技术创新管理激励手段缺失、技术创新投入不足、中介服务机构和服务体系不够完善、企业技术创新人才缺失、技术创新主体不到位的现状。^①我们知道，企业是研究与开发的主体，由于上述原因，

^① 参见范在峰著：《企业技术创新与知识产权法律》，人民法院出版社 2004 年 8 月第 1 版，第 145-169 页。

我国的企业尤其是国有企业技术创新主体不到位，缺少较强创新意识和创新能力。国有企业没有技术创新的动力、压力和能力，其技术创新驱动力、自主决策权利等缺失，民营企业缺少技术创新的资金、设备、人才支持等原因，直接造成我国企业技术创新主体的缺位。当然，随着我国社会主义市场经济的逐步完善，随着我国经济和政治等方面的改革向纵深发展，技术创新主体缺位的现状会得以扭转，企业会成为技术创新中最强的音符。到那时，企业会更多地投资于高新技术产业，进行技术创新。为了取得或维持竞争优势，企业不免会采取一些限制竞争的措施，而国家为了维护市场经济的有效竞争，就需要借助反垄断法对其行为进行规制，在这种情况下，如何权衡创新与垄断、公平与效率呢？这就是本文的创作目的所在。从反垄断制度来看，我国尽管在反垄断方面已经有了一些规章制度，而且通过执法已经取得一定成效，但反垄断制度仍存在着很大问题，主要表现在尚未形成一个系统和完整的反垄断法体系、对滥用行政权力限制竞争的行为制裁不力、缺乏独立和权威的反垄断执法机关等三个方面。^①

2、我国现有的高新技术产业的反垄断立法过于简单，并且许多领域还存在立法空白

我国现行的有关高新技术产业的反垄断立法主要体现于专利法、著作权法、商标法、电信条例、技术进出口管理条例、计算机软件保护条例等法律、行政法规中，而这些规定的内容简单，对限制竞争规制的许多方面都是空白。以电信条例为例，尽管它对电信网络互联互通作出了规定，但对网间互联质量争议发生时司法机关管辖权、基础网络不履行互联互通义务或通过人为制造通信障碍使网间通信质量低于其网络内部同类业务的通信质量造成竞争对手损害时的法律救济等问题都没有相应规定。^②

3、我国现有的高新技术产业的反垄断立法过于零散，且不系统

上述我国高新技术产业的反垄断立法的内容、手段等都不统一，对高新技术产业中的限制竞争行为缺乏统一安排和规范。更为重要的是，如上所述，我国尚无最基本的反垄断法典，而反垄断法典的缺失使得我国高新技术产业领域中

^①王晓晔：《入世与中国反垄断法的制定》，《法学研究》，2003年第2期。

^②娄耀雄著：《信息法研究》，人民法院出版社2004年8月第1版，第102-159页。

的反垄断法失去了最基本的法典依据。这样，高新技术产业的反垄断立法就零散地分布在不同的法律文件中，并且显得相当零乱和粗糙。有些只是作了原则性的规定，有些只是点到为止，有的虽然较为具体，但又仅仅涉及高新技术产业的某一方面。

（二）我国高新技术产业的反垄断立法的基本构想

我国高新技术产业近年来发展迅速，高新技术产品在市场上占有的比重不断提高。高新技术产业的快速、健康发展，促进了我国经济的发展和综合国力的提高。但是，高新技术产业在快速发展的同时，也产生了限制竞争的行为；另一方面，“入世”后，更多的国外高新技术企业进入我国，它们有可能采取限制竞争的方式以取得竞争优势，这都使得我国制定高新技术产业领域中反垄断法的必要性和紧迫性更加凸现出来。^①那么，如何利用反垄断法来规制高新技术产业中的限制竞争的行为，以保障该产业的健康发展呢？本文认为，应从程序法和实体法两个方面来考虑。

1、从程序法角度来看

从程序法角度来看，下面三个问题需要考虑。首先，引入专家参与案件审理制度。如上所述，高新技术产业中的产品、工艺和服务的技术复杂，涉诉案件处理起来较为复杂，因此有必要借助于专家的专业知识。至于如何依靠专家审理案件，除美国传统的专家证人的方式外，波斯那曾提出了另外三种方式，一是建立专门法院，由受过技术教育的法官组成，来解决涉及技术问题的案件；二是借鉴仲裁程序，在一个技术复杂的反托拉斯案件中，法官可以让每一方当事人指定一个技术专家，然后两个技术专家以这种方式指定第三名双方都同意的技术专家，由法官指定其为法院委派的技术专家；三是建立一个特别委员会，由两名当事人指定的技术专家和一名中立的技术专家组成，来协助法官或特别负责人执行和解判决或者诉讼判决。^②对于第一种方式，甚至波斯那本人都认为绝对没有希望实现，因为法官的技术教育不等他们坐上法官席可能就过时了。美国传统的专家证人的方式主要是指技术专家在诉讼中的地位是证人，因

^①“入世”后，我国制定反垄断法的必要性和紧迫性主要表现为反垄断法对于世贸规则的落实和保障、避免贸易争端、维护国家经济安全等方面。王先林：《“入世”背景下制定我国反垄断法的两个问题》，《法学评论》，2003年第5期。

^②[美]理查德·A·波斯那著：《反托拉斯法》，孙秋宁译，中国政法大学出版社2003年1月第1版，第326-330页。

此其任务是在案件审理过程中负责向法官或者陪审团提供他们能够理解的证据。这种方式和波斯那提出的第二种方式一样,常常因为涉诉领域技术性越强,与案件没有利害关系的人就越少的原因,其作用受到很大限制。而最后一种方式相对来说较为合理,本文认为值得采纳。当然,其他的方式也都有其一定的合理之处,我国立法部门在将来的相关立法中,可以予以权衡考虑。其次,引入高新技术案件的听证制度。关于听证,《中华人民共和国行政处罚法》第42条和第43条、《中华人民共和国行政许可法》第46条、第47条第48条以及《中华人民共和国价格法》第23条等从实体和程序方面进行了具体规定。对高新技术产业领域中的限制竞争案件之所以有必要引入听证制度,主要是因为该产业技术性强、影响深远的原因。而通过听证,更有利于当事方陈述事由、表达意见,也有利于执法部门调查核实证据、作出合理判决。不过,对于听证程序的适用案件范围、参加人员等问题都需认真考虑,本文认为,听证程序一般适用于案件技术性强、标的额大、涉及面广、影响深远、存在新出现的不易处理问题等案件,当事人、利害关系人、技术专家等都可参加。再次,对高新技术产业领域中的限制竞争损害赔偿实行单倍损害赔偿制度。对于反垄断损害赔偿,世界各个国家和地区的做法不尽相同。根据损害赔偿额和实际损害的关系,各个国家和地区的损害赔偿制度可分为单倍损害赔偿制度、酌定三倍损害赔偿制度、法定三倍损害赔偿制度。例如,日本的“禁止私人垄断及确保公正交易法”第25条采取单倍损害赔偿制度,我国台湾地区的“公平交易法”第32条采取酌定三倍损害赔偿制度,而美国“谢尔曼法”第7条采取的是法定三倍损害赔偿制度。不过,如上所述,美国的NCRPA对合资企业的研究与开发协议采取的却是单倍损害赔偿制度。对于高新技术产业限制竞争损害赔偿采取何种制度,学者看法不一。波斯那认为应采取灵活的制度,也就是说,可以是单倍损害赔偿,也可以是三倍甚至更多倍损害赔偿;我国有学者认为我国的反垄断立法应采取双倍损害赔偿制度,对于高新技术产业是否有所不同,未置可否。^①本文认为,我国在对高新技术产业领域中的限制竞争损害赔偿进行立法时,宜采取单倍损害赔偿制度。这是因为我国的高新技术产业发展正处于起步阶段,一些限制竞争行为的出现不可避免,如果对于造成的损害一律给予双倍

^① 参见李国海:《反垄断法损害赔偿制度比较研究》,《法商研究》,2004年第6期。

甚至更多倍赔偿，可能会抑制企业创新的积极性。并且，对于有的学者以我国《消费者权益保护法》第 49 条为依据，主张我国已初步具备双倍损害赔偿的立法基础，本文认为值得商榷，因为正是由于上述法律条文的存在，才出现了较有争议的“王海现象”。也就是说，双倍损害赔偿容易造成诉权滥用，使法律变成谋取不当得利的工具。尽管美国对于私人提起的反垄断诉讼实行三倍损害赔偿，但其也对提起诉讼的主体资格等进行了严格限制，即便如此，该规定也受到众多非议。并且，NCRPA 对研究与开发中限制性协议损害赔偿已经改变了上述规定。因此，采取单倍损害赔偿制度更符合法理和情理。

2、从实体法角度来看

从实体法角度来看，也有三个问题需要考虑。首先，对研究与开发中限制性协议予以规制。如上所述，合作研究与开发可以避免研究与开发工作的重复，刺激新的创新，但是，当事方如果因此而限制竞争，则可能损害竞争，在这种情况下，给予适当的反垄断规制是必要的。那么，如何做到适当呢？本文认为，这个适当就是满足确保有效竞争和为企业提供充分的法律保护两个要求。如果不能兼顾两者，就要权衡各方面因素，作出取舍。在这方面，欧盟的第 2659/2000 号法规和美国“国家合作研究与生产法案”提供了较好范例，尤其是前者，其对适用范围、可以豁免和不予豁免的协议明确规定，更值得我国将来立法予以借鉴。其次，对研究与开发中创新市场合并予以规制。对创新市场合并予以规制的关键是如何移植创新市场，如上所述，创新市场，是建立在概念不确定性和自由裁量决定的预测性的主观主义的基础之上，所以如何正确移植就成了问题。我国台湾地区在借鉴美国的《知识产权许可的反托拉斯指南》、《美国关于竞争者之间合谋的反托拉斯指南》等立法，并结合其实际需要创新市场进行了移植。其“审理技术授权协议案件处理原则”第 4 条第 2 款规定，在审理技术授权协议案件时，应着重技术协议对下列特定市场可能或真正所产生限制竞争或不公平竞争之影响：（1）利用授权技术而制造或提供之商品归属之商品市场；（2）与该特定技术具有替代性而界定之技术市场；（3）以可能从事商品之研究发展为界定范围之创新市场。该规定言简意赅，与其“公平交易法”紧密衔接，可为较为成功移植。但是，它与移植母体一样，概念模糊且不确定。本文认为，我国将来立法如果能够明确界定创新市场，就由立法机关通过法律形

式予以规定。如果不能明确界定创新市场，就借鉴台湾地区的做法，由行政主管部门通过制定指导原则作出规定，然后再通过实施细则予以细化。再次，网络效应的内部化问题。从某种程度上说，网络效应的内部化的过程，就是创新和合法垄断的权衡过程。一方面要保护创新，保护知识产权以及由知识产权所维系或强化的网络，允许适度的垄断，而另一方面，在网络经营者滥用这种垄断地位、损害消费者、竞争对手的利益及社会公共利益、阻碍新的创新时，就要打破这种垄断。如上所述，要打破网络垄断，一种方法是打破网络，另一种方法是网络的强制许可。而第一种方法常常是不可行的，这样，只有采取第二种方法。那么，如何给予网络以强制许可呢？本文认为，我国将来立法在对网络实施强制许可时，要谨慎行事，最好是明确规定强制许可的适用情形和条件，以平衡创新者的私人利益和社会公共利益。

参考文献

一、著作类

1. 漆多俊主编：《经济法论丛》第6卷，中国方正出版社2002年1月第1版。
2. 漆多俊主编：《经济法论丛》第7卷，中国方正出版社2003年3月第1版。
3. 周其仁著：《数网竞争——中国电信业的开放和改革》，生活·读书·新知三联书店2000年8月第1版。
4. 阮方民著：《欧盟竞争法》，中国政法大学出版社1998年5月第1版。
5. 高鸿业主编：《西方经济学》（下册 宏观部分），中国经济出版社1996年2月第1版。
6. 国家工商行政管理局条法司：《现代竞争法的理论与实践》，法律出版社1993年8月第1版。
7. 史际春、邓峰著：《经济法总论》，法律出版社1998年11月第1版。
8. 苏东水主编：《产业经济学》，高等教育出版社2000年2月第1版。
9. 王先林著：《知识产权与反垄断法》，法律出版社2001年9月第1版。
10. 王先林著：《WTO竞争政策与中国反垄断立法》，北京大学出版社2005年3月第1版。
11. 《各国反垄断法律汇编》编选组主编：《各国反垄断法律汇编》，人民法院出版社2001年1月第1版。
12. 尚明主编：《主要国家（地区）反垄断法律汇编》，法律出版社2004年5月第1版。
13. 范在峰著：《企业技术创新与知识产权法律》，人民法院出版社2004年8月第1版。
14. 娄耀雄著：《信息法研究》，人民法院出版社2004年8月第1版。
15. 杨公朴、夏大慰：《产业经济学教程》，上海财经大学出版社2002年7月第2版。
16. 张昕竹等著：《网络产业：规制和竞争理论》，社会科学文献出版社2000年10月第1版。
17. 张铭洪编著：《网络经济学教程》，科学出版社2002年5月第1版。

18. 黄勇、董灵著：《反垄断法经典判例解析》，人民法院出版社 2002 年 12 月第 1 版。
19. 红玉等著：《网络经济》，长春出版社 2000 年 1 月第 1 版。
20. 王晓晔著：《反垄断法与市场经济》，法律出版社 1998 年 9 月第 1 版。
21. 王晓晔著：《欧共体竞争法》，中国法制出版社 2001 年 6 月第 1 版。
22. 王长河、周永胜、刘风景译：《日本禁止垄断法》，法律出版社 1999 年 7 月第 1 版。
23. [美]斯蒂芬·马丁著：《高级产业经济学》，史东辉译，上海财经大学出版社 2003 年 8 月第 1 版。
24. [美]E·博登海默著：《法理学、法律哲学与法律科学》，邓正来译，中国政法大学出版社 1999 年 1 月第 1 版。
25. [美]马歇尔·C·霍华德著：《美国反托拉斯法与贸易法规》，孙南申译，中国社会科学出版社 1991 年 5 月第 1 版。
26. [美]E·吉尔霍恩、W·E·科瓦丙克著：《反垄断法律与经济》，王晓晔注、汤树梅校，中国人民大学出版社 2001 年 12 月第 1 版。
27. [美]Jay Dratter, Jr. 著：《知识产权许可》（下），王春燕等译，清华大学出版社 2003 年 4 月第 1 版。
28. [美]奥利弗·E·威廉姆森著：《反托拉斯经济学——兼并、契约和策略行为》，张群群、黄涛译，经济社会科学出版社 1999 年 3 月第 1 版。
29. [美]理查德·A·波斯那著：《反托拉斯法》，孙秋宁译，中国政法大学出版社 2003 年 1 月第 1 版。
30. [英]约翰·亚格纽著：《竞争法》，徐海、盛建明、席文红译，南京大学出版社 1992 年 2 月第 1 版。
31. [日]金泽良雄著：《经济法概论》，满达人译，甘肃人民出版社 1985 年 5 月第 1 版。
32. [德]马迪阿斯·赫蒂根著：《欧洲法》，张恩民译，法律出版社 2003 年 7 月第 1 版。

二、论文类

1. 王先林:《产业政策法初论》,《中国法学》,2003年第3期。
2. 王先林:《对思科、华为知识产权之争中“私有协议”垄断问题的思考》,《中南大学学报》(社科版),2003年第4期。
3. 王先林:《“入世”背景下制定我国反垄断法的两个问题》,《法学评论》,2003年第5期。
4. 王先林:《论联合限制竞争行为的法律规制——〈中华人民共和国反垄断法(草拟稿)〉的相关部分评析》,《法商研究》,2004年第5期。
5. 王源扩:《我国竞争法的政策目标》,《法学研究》,1996年第5期。
6. 徐士英、郑丙贵:《欧盟竞争法的新发展及对我国的启示》,《法学》,2004年第8期。
7. 徐士英、王良:《论新兴B2B电子商务市场的反垄断法规制》,《法律科学》,2004年第5期。
8. 王晓晔:《入世与中国反垄断法的制定》,《法学研究》,2003年第2期。
9. 张铭洪:《网络经济下的反垄断困境:理论与政策分析》,《中国经济问题》,2005年第2期。
10. [德]汉斯·乌尔里希著:《与高技术产业有关的反垄断法——赞成或反对国际规则?》,郭玉军译,载梁慧星主编:《民商法论丛》第18卷,金桥文化出版(香港)有限公司2001年3月第1版。
11. 韩立余:《欧盟反托拉斯的现代化》,《法学家》,2004年第5期。
12. 李国海:《反垄断法损害赔偿制度比较研究》,《法商研究》,2004年第6期。
13. Dell Computer Corp., File No. 931-0097(Consent agreement accepted for public comment (FTC Nov.2, 1995)) (Comm'r Azcuenaga dissenting).
14. Robert Pitofsky, Antitrust Analysis in High-Tech Industries: A 19th Century Discipline Address 21st Century Problems, February 25, 1999.
15. Orson swindle, “Government and the Tech World: Friends or Foes?” , August 31, 2000.
16. F.Easterbrook, The limits of Antrust, 63 Tex.11 Rev.1, 15(1984).

后 记

时间过得真快，七年的安大学习生活转瞬即逝。几年前，带着梦想，告别生我养我的土地，来肥求学。回想这几年，思绪万千。令我感动的事很多，值得我感谢的人也很多。一切就像在昨天，一切就像在眼前。首先，我要感谢我的母校，安徽大学。安大给了我一个学习的机会。在母校的怀抱中，我的心灵得以净化，我的知识得以增长，我的人格得以塑造，我的灵魂得以升华。在即将和母校分别的时刻，我只想，谢谢您，安大！

其次，我要感谢我的导师王先林教授。王老师严谨的治学态度和高尚的人格魅力，都给我留下了深刻的印象。首先，王老师治学严谨。他独立创作《知识产权与反垄断法》、《WTO 竞争政策与中国反垄断立法》，合著及主编教材多部，在《中国法学》、《法学家》、《法学评论》等刊物上发表论文上百篇，并于 2004 年获得“全国模范教师”称号。其次，他品德高尚。例如，在论文修改过程中，他要求我们不要把论文打印出来，只需发送电子邮件就可以了，这样一来，便为我们节省了许多精力和金钱开支，不过，却给他自己带来了许多麻烦。本文从选题到搜集资料，论文结构安排乃至遣词造句，王老师都给予了指导和帮助，付出了许多精力，在此表示感谢。

再次，我要感谢曾经和一直帮助我的良师益友。王源扩教授，曾经为我们讲授竞争法，他渊博的知识培养了我对反垄断法的兴趣，也给本文的创作以诸多启发，在此表示感谢。储育明教授，专业知识扎实，幽默睿智，为我解答了诸多理论困惑，在此也表示感谢。华国庆教授、程雁雷教授、张宇润教授等老师对我的学习都给予过帮助，在此也一并表示感谢。陈宇老师，对我的学习和生活都给予了很大帮助，我也表示感谢。另外，胡道明、王毅、潘冬、吕清正、牛效龙、胡朝晖等同学在打印等方面都给予了我帮助，在此也表示感谢。

张卫东

2004 年 4 月 20 日

攻读硕士学位期间发表的学术论文目录

- 1.张卫东：《直索责任之两论》，《安徽大学学报（增刊）》（中国人文社会科学核心期刊）2003年第6期，第151——153页。
- 2.张卫东：《联合行为及其法律规制》，《甘肃成人教育学院学报》2004年第3期，第152——154页。
- 3.张卫东、胡道明：《TRIPs 协议与相关知识产权国际公约比较》，《安徽大学学报（增刊）》（中国人文社会科学核心期刊）2004年第6期，第286——288页。
- 4.胡道明、张卫东：《关于我国反垄断执法机构设置的构想》，《安徽大学学报（增刊）》（中国人文社会科学核心期刊）2004年第6期，第144——147页。

作者: [张卫东](#)
学位授予单位: [安徽大学](#)

参考文献(50条)

1. [参考文献](#)

2. [一、著作类](#)

3. [漆多俊](#) [经济法论丛](#) 2002
4. [漆多俊](#) [经济法论丛](#) 2003
5. [周其仁](#) [数网竞争——中国电信业的开放和改革](#) 2000
6. [阮方民](#) [欧盟竞争法](#) 1998
7. [高鸿业](#) [西方经济学\(下册宏观部分\)](#) 1996
8. [国家工商行政管理局条法司](#) [现代竞争法的理论与实践](#) 1993
9. [史际春](#)、[邓峰](#) [经济法总论](#) 1998
10. [苏东水](#) [产业经济学](#) 2000
11. [王先林](#) [知识产权与反垄断法](#) 2001
12. [王先林](#) [WTO竞争政策与中国反垄断立法](#) 2005
13. [《各国反垄断法律汇编》编选组](#) [各国反垄断法律汇编](#) 2001
14. [尚明](#) [主要国家\(地区\)反垄断法律汇编](#) 2004
15. [范在峰](#) [企业技术创新与知识产权法律](#) 2004
16. [娄耀雄](#) [信息法研究](#) 2004
17. [杨公朴](#)、[夏大慰](#) [产业经济学教程](#) 2002
18. [张昕竹](#) [网络产业: 规制和竞争理论](#) 2000
19. [张铭洪](#) [网络经济学教程](#) 2002
20. [黄勇](#)、[董灵](#) [反垄断法经典判例解析](#) 2002
21. [红玉](#) [网络经济](#) 2000
22. [王晓晔](#) [反垄断法与市场经济](#) 1998
23. [王晓晔](#) [欧共体竞争法](#) 2001
24. [王长河](#)、[周永胜](#)、[刘风景](#) [日本禁止垄断法](#) 1999
25. [斯蒂芬·马丁](#)、[史东辉](#) [高级产业经济学](#) 2003
26. [E 博登海默](#)、[邓正来](#) [法理学、法律哲学与法律科学](#) 1999
27. [马歇尔·C·霍华德](#)、[孙南申](#) [美国反托拉斯法与贸易法规](#) 1991
28. [E·吉尔霍恩](#)、[W·E·科瓦丙克](#)、[王晓晔](#)、[汤树梅](#) [反垄断法律与经济](#) 2001
29. [Jay Dratter Jr.](#)、[王春燕](#) [知识产权许可\(下\)](#) 2003
30. [奥利弗·E·威廉姆森](#)、[张群群](#)、[黄涛](#) [反托拉斯经济学——兼并、契约和策略行为](#) 1999
31. [理查德·A·波斯那](#)、[孙秋宁](#) [反托拉斯法](#) 2003
32. [约翰·亚格纽](#)、[徐海](#)、[盛建明](#)、[席文红](#) [竞争法](#) 1992

33. [金泽良雄. 满达人 经济法概论](#) 1985
34. [马迪亚斯·赫蒂根, 张恩民 欧洲法](#) 2003
35. [王先林 产业政策法初论](#)[期刊论文]-[中国法学](#) 2003(3)
36. [王先林 对思科、华为知识产权之争中的“私有协议”垄断问题的思考](#)[期刊论文]-[中南大学学报\(社会科学版\)](#) 2003(4)
37. [王先林 “入世”背景下制定我国反垄断法的两个问题](#)[期刊论文]-[法学评论](#) 2003(5)
38. [王先林 论联合限制竞争行为的法律规制--《中华人民共和国反垄断法\(草稿\)》的相关部分评析](#)[期刊论文]-[法商研究](#) 2004(5)
39. [王源扩 我国竞争法的政策目标](#) 1996(05)
40. [徐士英, 郑丙贵 欧盟竞争法的新发展及对我国的启示](#)[期刊论文]-[法学](#) 2004(8)
41. [徐士英, 王良 论新兴B2B电子商务市场的反垄断法规制](#)[期刊论文]-[法律科学-西北政法学院学报](#) 2004(5)
42. [王晓晔 入世与中国反垄断法的制定](#)[期刊论文]-[法学研究](#) 2003(2)
43. [张铭洪 网络经济下的反垄断困境:理论与政策分析](#)[期刊论文]-[中国经济问题](#) 2005(2)
44. [汉斯·乌尔里希·郭玉军 与高技术产业有关的反垄断法--赞成或反对国际规则?](#) 2001
45. [韩立余 欧盟反托拉斯法的现代化](#)[期刊论文]-[法学家](#) 2004(5)
46. [李国海 反垄断法损害赔偿制度比较研究](#)[期刊论文]-[法商研究](#) 2004(6)
47. [Dell Computer Corp File No. 931-0097\(Consent agreement accepted for public comment \(FTC Nov. 2, 1995\) \) \(Comm’r Azcuenaga dissenting\)](#)
48. [Robert Pitofsky Antitrust Analysis in High-Tech Industries:A 19th Century Discipline Address 21st Century Problems](#) 1999
49. [Orson swindle Government and the Tech World:Friends or Foes?](#) 2000
50. [F·Easterbrook The limits of Antrust](#) 1984(01)

本文链接: http://d.g.wanfangdata.com.cn/Thesis_Y765719.aspx