

# 新经济条件下垄断的认定

丁建安

(吉林大学法学院, 吉林长春, 130012)

**摘要:** 传统反垄断法在垄断的认定问题上主要考虑规模因素。当前, 技术创新的加速使企业竞争的焦点呈现由规模向技术转移的趋势; 全球化的深入则极大地拓展了企业竞争的空间, 局限于一国之内计算的企业市场份额已不能反映竞争的实际状况。竞争环境的转变使企业的垄断认定问题面临更多的不确定因素。这要求我国的反垄断立法必须坚持垄断中性的基本原则, 对垄断的认定需综合考虑市场份额、潜在竞争、技术创新及国家竞争力等诸多因素。

**关键词:** 规模效应; 技术创新; 全球化; 垄断力认定

**中图分类号:** D912.29

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1672-3104(2007)06-0665-06

如何认定企业存在垄断是摆在各国立法者面前的一大难题, 因为它不仅关系到目标企业的切身利益, 关系到反垄断法的指导思想、制裁对象、规制手段等一系列问题, 更由于它与现实的经济状况、竞争模式息息相关。竞争环境的易变性决定了垄断认定标准的复杂性。

我国《反垄断法》草案规定凡市场份额超过 50% 的企业推定为垄断企业, 这一规定已引起社会各界的广泛质疑。笔者以为, 当前企业所面临的竞争压力不仅限于规模, 技术创新的加速丰富了竞争的内涵, 全球化的深入则拓展了竞争的范围, 这是我国反垄断立法所面临的两个不同于以往的新问题, 而拘泥于传统理念的反垄断法是无法应对这两个问题的。基于此, 笔者试图就新经济条件下我国反垄断立法在企业垄断认定问题上应注意的问题发表一下个人的看法。

## 一、技术创新的加速使垄断的认定问题日益复杂

传统意义上的反垄断法产生于 19 世纪末 20 世纪初。当时正处于传统工业化的高潮阶段, 经济增长主要依靠的是生产要素的投入, 以自然资源为依托, 强调的是大机器的集中化、标准化、批量化生产。大机器生产的物质条件决定了当时企业竞争的焦点是由生产要素的投入规模所决定的单位产品成本, 提升竞争

力的主要手段是通过扩大生产规模来降低单位产品成本。同时, 一旦一个企业形成垄断, 潜在竞争者想参与竞争便会遇到由物质资本构筑的高壁垒; 加上垄断者的阻止进入的策略, 垄断者的地位很难动摇。正是这样的竞争条件, 才产生出盛行一时的“大规模必然导致垄断”的论断以及与此相对应的被称为结构主义的美国反垄断法。

当前经济发展的一个最为显著的特征就是知识经济的兴起与技术创新的加速。知识经济这个概念最早出现于 20 世纪 60 年代, 它描述的是一种全新的社会经济形态, 以知识和信息为基础, 以人的智力创造为核心, 是一种全新的生产及发展模式。由于知识成为主要的经济要素, 创新在新经济生活中起着决定性作用。在知识经济占主导地位的今天, 技术的更替与创新日趋频繁, 企业竞争的焦点已经由规模转为产品的技术含量与知识属性; 即使是规模, 也不再是单纯的一体化经营规模, 而是以先进技术为依托的在关键环节上的专业化规模。企业要想提升竞争力, 仅靠扩大生产规模远远不够, 更关键的是要提升产品的技术含量。这样传统的主要针对规模企业的反垄断立法便遇到了诸多问题。

其一, 竞争力与垄断力的来源多元化, 是多种因素综合作用的结果。其中规模对垄断力的作用下降, 技术对垄断力的形成起更加重要的作用, 规模垄断已经让位于技术尤其是核心技术的垄断。

收稿日期: 2007-04-05

作者简介: 丁建安(1979-), 男, 江西抚州人, 吉林大学法学院民商法专业博士研究生, 主要研究方向: 竞争法。

在传统的反垄断法中,市场份额是判断目标企业是否拥有垄断力的最好证据。根据美国的判例,若一个企业拥有80%的市场份额,则该市场份额本身就代表了垄断力的程度,可直接适用“自身违法原则”;只有当被告的市场份额占50%~80%之间时,才需要根据一些诸如市场结构、企业政策、行为等辅助因素,适用“合理原则”来判断是否存在垄断。但是这种将市场份额等同于垄断力的做法与知识经济时代的要求已经格格不入。与以前洛克菲勒们只要掌握着石油、钢铁等自然资源就可以维持高度的市场份额不同,今天,比尔·盖茨们高度的市场份额主要来自技术上的高人一筹,然而这种技术垄断是不稳定的,随时都可能有潜在竞争者携带更为先进的技术进入市场,一旦新技术为市场所承认,原有的垄断者将会立刻失去竞争优势甚至无法生存<sup>[1](74)</sup>。正如比尔·盖茨所说:“新技术领域从来不缺乏新技术对已有技术的挑战——一旦我们增加价格、怠于创新或者不能开发出符合顾客需要的功能,我们很快就会失去市场份额。”<sup>[2]</sup>

在国内,实践也一再证明,大规模也许会带来较高的市场份额,但未必会产生垄断地位与垄断利润;相反,由于技术上的受制于人,企业的规模、市场份额与所获利润往往极不成比例<sup>①</sup>。如前所述,单纯的规模已构不成垄断,市场控制力与利润在向技术尤其是核心技术环节转移,核心技术的控制权才是竞争的根本。

其二,由于规模在垄断力的形成过程中作用下降,因此结构主义的反垄断法已退出历史舞台。

在反垄断法史上,向有所谓的结构主义与行为主义之分,二者的区别不在于是否规制垄断行为而在于:第一,在规制对象上,结构主义不仅反垄断行为,单纯的垄断地位也是其规制的对象;第二,在规制方法上,不仅采取行为修正的方式,而且采取结构修正的方式,其极端表现就是通过拆分大企业来塑造竞争性的市场结构。

结构主义的经济理论基础是以贝恩、凯夫斯等为代表的所谓哈佛学派的旧产业组织理论。该理论强调市场结构对市场行为和市场绩效的决定性作用,认为市场上必须保持足够数量的竞争主体,以维持竞争性的市场结构。这种理论及其指导下的反垄断法,优点在于可将垄断扼杀于萌芽之中,收防患于未然之效,但其缺陷更为明显,表现在:首先,其对优势企业市场力量的判断是建立在静态的分析基础上,这种分析忽视了潜在竞争与技术创新对市场结构的影响,忽视了未来的竞争和市场势力,没有注意到竞争是一个动态过程;其次,判断标准过于单一,往往不能反映实

际的竞争状况,容易造成不公平的结果,因为无论是立法者还是法官都缺乏足够的知识及证据来判断一个企业的市场份额到底是推动了竞争还是阻碍了竞争;再次,拆分大企业不仅成本过高,而且容易损害国家的国际竞争力,在全球化的竞争环境下更是如此;最后,该立法赋予了政府管制部门过大的权力,这极有可能使管制本身成为特殊利益集团争夺的领域,违背设置管制的初衷,将竞争引入歧途,这在市场竞争与行政权力行使很不规范、地方保护主义相当严重的我国是最需要警惕的。正是这些缺陷决定了结构主义的反垄断法完全不能适应经济全球化和知识经济飞速发展所带来的复杂经济环境。

也正因为如此,美国司法部和联邦贸易委员会于1997年4月8日公布了对《横向并购指南》第5条的修正案,而轰动一时的微软诉讼案最后也以撤诉了结。这标志着结构主义对美国反垄断法指导地位的终结,同时由于剩下的惟一奉行结构主义反垄断法的日本反垄断法因自制定以来就从未实施过而被公认为是“装饰品”<sup>[3]</sup>,因而有理由认为结构主义的反垄断法已遭到世界性的淘汰。不难想像,我国的《反垄断法》中关于市场份额超过50%的企业就推定为垄断企业的规定,在实践中是很难实施的,这极有可能成为另一个“装饰品”。

其三,技术创新的加快使优势企业的优势面临更多的不确定因素。企业要想拥有垄断市场的能力,不仅需要较高的市场份额,而且还需要有排除潜在竞争者进入该市场的能力。这种市场进入在传统上表现为对现有市场的参与,即原本不生产某种产品的厂商转向生产该产品以及原本不在某地参与销售的供应商参与该地的市场供应。由于市场进入壁垒主要是物质资本与自然资源,资源的稀缺性使潜在竞争者面临着较大的进入障碍。今天,市场进入主要表现为通过技术创新进行市场替代,创新过程中知识成为决定性因素,物质资本已退居其次,而知识的扩散与应用就其本身而言是无法阻止的。也就是说,只要不存在政府人为的法律限制,“垄断企业”的“垄断力”就是相对的,竞争压力随时存在,这就产生了在技术创新活跃的领域反垄断是否有必要的问题,因为市场已经能很好地发挥作用。

## 二、全球化的深入导致垄断的认定 过程中国际因素凸显

经济全球化是当今经济发展的又一趋势。表现在竞争领域,意味着竞争的范围已由一国拓展到全球。

以前，由于高额关税壁垒，加上运输与通讯条件的限制，国与国之间的市场相对封闭，竞争主要在国内展开，竞争对手主要是国内同行；而现在，跨国公司成为国际经济生活中的主角，竞争在全球展开，主要的竞争对手也变为外国的同业竞争者。

然而自从反垄断法产生以来，各国反垄断法都主要是基于对国内竞争因素的考虑而制定的；垄断力的认定、对垄断的制裁、反垄断法的规制对象等一系列基本问题的判断都是以国内市场为考虑基础的。随着全球化的深入发展，这种基于国内因素的考虑而制定的反垄断法越来越不适应新的经济条件。

其一，垄断力的认定面临挑战，局限于一国判断垄断难以反映实际的竞争状况。无论是结构主义的反垄断法还是行为主义的反垄断法，反垄断的前提都是目标企业拥有垄断力；而对垄断力的认定，最基本的依据是市场份额的多寡。由于市场范围的变化，市场份额的意义越来越不准确，经济全球化使市场范围急剧扩大，绝大多数产品和服务的国内市场与国际市场的边界已经变得模糊，竞争不仅在国内企业间发生，而且更多地不同国家的企业间发生，基于国内因素考虑而制定的反垄断法在相关市场的界定、市场份额的确定以及目标企业是否拥有垄断力等核心问题的判断方面，往往不能充分考虑到国际市场的相关因素，其实施很容易造成不公平的结果。

其二，反垄断过程中政治因素更加突出，国家竞争力的考虑成为反垄断时的首要考虑因素。传统上由于各国市场的相对封闭，竞争主要在本国企业间展开，垄断损害的主要是本国的经济活力与竞争机制，因而反垄断法关注的就是如何通过促进国内企业间的竞争以维持国内经济的活力。在经济全球化的今天，市场是全球化了，但国家依然是独立的利益主体，尤其是一国的规模企业往往是一个国家的经济支柱，其对所在国而言往往是有利有弊，而且利益由所在国分享，损害却可由他国承担，这样反垄断的意义与目标发生了微妙变化：既要维护国内市场的竞争，更要维护乃至扩大本国企业的国际竞争力。对待这一矛盾的目标，当前各市场经济国家的基本做法是优先考虑提升本国企业在国际市场的竞争力，其次才是本国企业在本国背景下的规模与市场份额<sup>[4]</sup>。

### 三、当前我国反垄断立法在垄断的认定问题上应有的态度

毋庸置疑，知识经济与全球化是今后任何企业参与竞争都无法回避的两个挑战。面对这全新的经济环

境，我国反垄断立法必须跳出传统反垄断法的框框，借鉴当今世界其他国家反垄断法理论与实践发展的新趋势，实现与现实经济社会的衔接，这是关系到新制定的反垄断法能否在实践中有效运行的问题。具体言之，笔者以为我国反垄断立法在垄断的认定问题上至少应注意以下几个方面。

#### （一）坚持垄断中性的基本原则

垄断中性意味着反垄断法只应反对垄断企业的垄断行为，而垄断地位本身是合法的。长期以来，由于受列宁《政治经济学》的影响，垄断被赋予过多的政治色彩，垄断给国人的都是负面印象。应当明确，垄断本身是个中性概念，作为一种客观的经济现象，指的是某种有价值的资源的独家占有或高比例占有的现象<sup>[5]</sup>，是经济发展到一定阶段的必然产物。其虽有扼杀竞争的可能，但规模经济效应却是现代化大生产所必需的；垄断地位的取得虽不排除少数是恶意谋取的，但更多的则是自由竞争的产物，是优胜劣汰的自由竞争机制对优势企业的一种褒奖。而且一个高的市场份额是而且必然是任何企业通过高人一等的竞争行为而追求的合法目标，如果仅仅达到一定的市场份额就是非法的，则企业每当其市场份额达到一个比较高的比例时就不得不停止以充满活力的方式进行竞争，这对优势企业是个无法承受的重担<sup>[6]</sup>。

此外，随着全球统一市场的逐渐形成，越来越多的国内市场将成为全球市场的一个组成部分，在国内市场对各国开放的前提下，即便在国内市场存在着市场支配地位，实际上也未必就构成垄断。因为如果从全球市场的角度来看，某一企业在国内市场的绝对支配地位不等于在国际市场上拥有同等的地位。也就是说，在经济全球化的背景下，企业是否拥有垄断地位应当从全球市场而不应当仅仅从一国国内市场的角度来理解，除非该国市场完全封闭。只要国内市场对内对外开放，那么特定市场的竞争性结构问题就应当主要交由市场本身去解决，法律要做的是消除该特定市场的进入与退出障碍，保证市场的自由性，而不是去人为地塑造所谓的竞争性市场结构。过多的政府干预往往会适得其反，国内企业对国内市场的垄断完全可以通过引入国际竞争的方式予以解决。

应当指出，在我国反垄断立法过程中，有不少学者主张结构主义的立法模式，其理由是结构主义立法将有助于遏制外资的垄断，维护我国的经济安全，因为我国的企业规模较小，而外资企业规模庞大，打击垄断结构有助于遏制跨国公司的外部扩张。笔者认为，这种观点的出发点是好的，但方法并不妥当。我国反垄断立法固有遏制外资垄断的目的，但最根本的则是为我国缔造经济新秩序提供法律保障，为我国市场上的有序竞争建立一种规则。规则的普适性与一体性就

是规则本身的内在要求,这也是世贸组织的国民待遇原则的要求。而且这种立法也是一柄双刃剑,它同样有可能阻碍我国优秀企业的发展壮大。更何况任何一部法律都有其特定的功能,我们不能指望一种制度能解决我们所有的问题。反垄断法有维护国家经济安全的作用,但其主要功能是维护市场上的自由、公平竞争,国家的经济安全问题应当交由其他的法律予以解决。

## (二) 垄断力的认定应综合考虑多种因素

垄断力的认定应根据合理原则,综合考虑市场份额、市场进入的难易程度以及技术创新的可行性等多种因素,不能单纯考虑市场份额。

如前所述,传统反垄断法对垄断力的认定主要的依据是市场份额与进入壁垒;而且市场基本上就是指国内市场,进入壁垒方面则侧重考察由物质资本构成的壁垒,相对而言,技术创新的意义与国际市场的因素或多或少被忽视。这点在我国反垄断法理论及草案当中亦有反映。

我国是个成文法国家,与英美法系不同,法官的使命在于适用既有法律,反垄断法在垄断力认定问题上对市场份额的过于强调将直接影响适用过程中司法人员对垄断力的其他构成要素的疏忽。我国反垄断法应当对垄断力的认定这样的核心问题作出明确规定,而不能交由实践部门去掌握。笔者以为在我国反垄断立法中,垄断力的认定问题至少应当明确考虑以下要素:

第一,市场份额因素。虽然市场份额并不等于垄断力,但要想拥有垄断力则必须拥有相当的市场份额,对于这点各国都无争议,但问题在于“市场”的确定,这涉及到对相关市场的界定问题。正如 OECD 所说,“任何类型的竞争分析的出发点都是相关市场的界定”<sup>②</sup>,市场界定的难点在于如何确保准确性。市场范围选择的准确性至关重要,“只有将市场界定为恰当的包括所有合理的可替代品时,一个高的市场份额才能表明其力量。”<sup>③</sup>因为“从某种程度上来说,产品的每一个供应者都会成为垄断者,如果市场规定得相当狭窄的话”<sup>[7]</sup>。当前市场份额的计算难点是地理市场的确定。在经济全球化的今天,地理市场的确定应当充分考虑到国内市场的对外开放程度与外国同类企业的规模水平,有的产品竞争区间可能是中国,有的则可能是全球。

第二,市场进入的难易程度即潜在竞争的有效性。垄断企业之所以为垄断企业,就在于缺乏有效的竞争者。不仅现实的竞争者能达到抑制支配企业的作用,潜在竞争者同样能达到制约作用。事实上,在一个完善的自由市场中,由于存在新企业进入市场的威胁,即使一个企业占有特定市场 100% 的份额,潜在的竞

争压力仍然可以迫使支配企业像竞争性企业一样做出竞争反应,从而使该行业保持低价并实现有效率的生产。在分工与规模生产的今天,相当多的行业是由某一两个企业独家经营的,其所面对的竞争压力主要就是潜在竞争者的市场进入。忽略了潜在竞争因素,垄断力的认定将会非常荒谬。

然而,市场进入是存在障碍的,进入障碍主要有三种:第一种,是政府人为设置的法律障碍,主要表现为进入管制。这种障碍是自由竞争的天敌,也是当前我国经济领域竞争不足或竞争过度的根源。其实,单纯的企业垄断很容易被摧毁,真正能产生垄断的就是政府,“政府恰恰不是垄断的克星,而正是垄断的根源。”<sup>[8]</sup>有鉴于此,我们在呼唤反垄断法的同时更要警惕反垄断法在执法中的可能变异,改变那种无限制夸大反垄断法作用、视反垄断法为“经济宪法”的观点,毕竟反垄断本质上也是一种管制。第二种,是由于优势企业雄厚的经济与技术实力造成的竞争对手难以逾越的障碍。转向生产某项产品或开拓某市场是需要成本的,同时往往还要面对优势企业的竞争。在现代技术高度发达的情况下,往往还需要有相当的技术与知识产权,能否克服这些障碍从而进入市场参与竞争是潜在竞争者无法回避的问题,只有当潜在竞争者能够克服这些障碍并有效参与竞争时,其对支配企业的制约作用才能发挥。因而在认定目标企业是否拥有垄断力时,应当充分考虑潜在竞争者转变为实际竞争者的可能性。一般认为,潜在竞争者是在相关领域通过“简单调整”就能进入该市场的主体。第三种,能阻碍有替代性效应的技术创新。从广义上讲,技术创新对优势企业垄断力的冲击也属潜在竞争的范畴,但其与一般的潜在竞争者通过市场进入来遏制垄断企业的市场力量不同,技术创新的制约作用的发挥不是通过对现有市场的进入而是通过对现有市场的替代进行的,因此应单独进行分析。

第三,技术创新的可能性。前已有述,当前企业竞争的焦点已经由规模转向了技术尤其是核心技术,而且规模本身要想成为竞争力的构成要素也离不开技术的支撑。对以技术取胜的优势企业而言,更先进技术进入市场的压力是随时存在的,一旦新技术为市场所承认,技术标准的惟一性、独特性与知识产权的垄断性将从根本上瓦解其优势地位。

由于技术创新的关键要素是知识、信息等无形资产,这决定了技术创新本身是无法阻止的;然而技术创新的成果要成为竞争力,需要有一个转化过程,需要转化为知识产权或者是专有技术,这就给优势企业不正当地抑制竞争对手留有机会。实际上,当前优势企业阻止竞争对手技术创新的主要手段就是在转化环节,通过知识产权战略为竞争对手设置技术创新的禁

区,剥夺竞争对手的权利空间,通过“跑马圈地”的方式阻碍他人进行技术创新。在这种情况下,竞争对手虽然仍可以进行技术创新,但创新成果却因无权利保护而无法使用,从而使创新失去意义。因而在判断优势企业是否拥有垄断力时要充分考虑潜在竞争者有无技术创新的可能,同时在反垄断立法中我们应立法阻止优势企业的知识产权滥用,这又涉及到另一个问题,即知识产权的滥用规制问题。然而非常遗憾的是,我国的《反垄断法》送审稿对此仅用了一个条文作规定<sup>④</sup>,这与它的重要性是很不成比例的。

在考量市场份额、市场进入壁垒与技术创新等因素后,基本可确定优势企业是否拥有垄断力。然而拥有垄断力本身是合法的,只有当拥有垄断力的优势企业以非效率的方式损害竞争对手时,反垄断才是必要的。此时就要求分析与案件有关的各种情况,综合考虑发生该行为的原因、条件、社会背景、行为对社会的影响,特别是对国家的经济政策等因素作出合理判断。

### (三) 防止知识产权的豁免制度成为技术垄断的保护伞

长期以来,知识产权作为国家为鼓励技术创新而特设的一种合法垄断,一直在反垄断法豁免之列。然而近年来,频繁发生的跨国公司针对民族高科技企业的所谓侵犯知识产权的法律诉讼表明,在技术与技术创新能力正在成为企业竞争基础的今天,跨国公司谋求高水平知识产权保护意图已经远远超出知识产权保护本身,正日益变为少数跨国公司图谋或维持技术垄断的一种工具;从目前的竞争态势来看,这种利用知识产权谋求技术垄断的行为将是今后市场垄断的主要形式,是优势企业谋求市场力量的主要手段,表现为“技术专利化,专利标准化,标准垄断化”。此时若仍无条件地坚持知识产权的反垄断法豁免,则不仅将会走向豁免初衷的反面,阻碍企业在技术创新方面的竞争,而且有可能使反垄断法成为虚设。

但限制知识产权的豁免范围涉及到反垄断法与知识产权法的协调,问题的关键在于正确看待知识产权。知识产权在制度设计上是通过保护知识产权人的合法权利来达到鼓励发明创造与技术创新的目的,保护权利人的权利并不是惟一的目标,其根本目的是促进社会的技术进步与保护消费者利益,这与反垄断法的目的具有一致性,正是这点使其取得合法垄断地位;同时也正是这点决定了知识产权不仅是一种私人权利,还具有公共利益的性质,公益性决定了知识产权垄断的应受限制性。知识产权的反垄断适用除外应当有严格的限制条件,条件就是这种垄断符合国家利益与社会公共利益,而且权利的行使限制在该范围内。实际上,即使是在发达国家,以反垄断立法来监管、

限制知识产权行为也是一种趋势,比如最强调知识产权保护的美国就于1995年4月6日颁布了《知识产权许可的反托拉斯指南》。当前,由于受发达国家特别是美国的推动,我国过分地强调了知识产权的私权属性,忽略了知识产权权利设定的工具性与公益性,对知识产权保护过度,严重超越我国的经济水平,妨害了民族高科技企业的发展。面对跨国公司的垄断性竞争战略和咄咄逼人的权利扩张,通过反垄断法对知识产权进行必要的外部限制,以保护我国企业拥有正常的技术创新空间就成为我国反垄断立法责无旁贷的任务,这是关系到我国经济安全的大问题,也是今后竞争能否正常开展的关键。

然而,当前我国已提交送审的《反垄断法》对此问题仅在附则当中用一个模糊性条文予以规定,这与其危害性显然是不成比例的。即使由于立法技术的原因,对此问题在《反垄断法》中无法加以详细的规定,至少也应当在《反垄断法》中将对知识产权滥用的一般立场系统、准确地表述出来,为相关部门制定相应的法规与规章提供法律依据。笔者认为,当前我国的反垄断立法,必须充分认识到技术垄断的危害,从我国实际出发,加大对借知识产权谋求技术垄断行为的防范力度,严格限制知识产权行使的豁免范围与豁免条件;应当明确,滥用知识产权谋求技术垄断的行为,与一般的谋求垄断的行为相比并不具备独立性,不能仅因为其工具是知识产权就予以豁免。

### (四) 充分注意反垄断法的国际因素

注意反垄断法中的国际因素,应贯彻反垄断立法与执法的全过程。无论是对垄断的界定、垄断力的认定还是对垄断企业制裁与否,都应充分考虑国际市场的结构状况与同类型外国企业的规模水平,充分考虑国家的竞争力。囿于主题,这里只涉及垄断力认定过程中对国际竞争力的考量问题。

在经济全球化的大背景下,竞争在全球展开,然而民族国家仍然是国际经济的主体,而且在国际市场上真正的自由竞争从来就未曾有过。经济全球化的趋势使国家的国际竞争力成为各国面临的一个越来越尖锐的问题,各国出于对本国经济利益的考虑,对于本国优势企业能提高国家竞争力的行为,只要其不严重地危害国内竞争与国内同行,一般不加以干预,相反往往可能大力支持。毕竟各国关心的是自己的利益,所谓的自由、公平竞争观只有在符合本国利益的基础上才有意义,垄断对他国造成的损失不在本国政府考虑之列。如美国政府极力打击国内市场的垄断,却不排斥相反还支持本国企业对全球市场的垄断,除非这种垄断损害了美国自身的利益。美国政府对待微软的态度与对待波音和麦道合并的截然相反的态度充分反映了美国反垄断的有选择性以及国家战略利益的

至上性。

各国政府在对待垄断问题上的这种双重态度是由反垄断法本身的性质决定的。反垄断法的最大特征就是政策性, 反垄断不完全是法律推理的产物, 往往是政府的经济政策参与的结果, 是政府为配合产业政策的一种手段, 而各国的产业政策都包含有提高本国产业的国际竞争力的内容。各国在反垄断立法与执法上的灵活态度值得我们学习, 我国的反垄断法也应当如此。但与其他国家主要是在执法过程中靠执法机构的灵活掌握不同, 考虑到我国的实际, 我国最好是在反垄断立法中对国际竞争力的因素加以明确规定。应当明确, 国家的国际竞争力因素在垄断力的认定过程中应具有排他性的优先地位。

#### 注释:

- ① 如国外 DVD 生产厂商联合起来, 把专利绑在一起形成专利池, 然后形成标准, 当我国 DVD 生产厂家被迫用此标准时, 必须向国外缴纳专利费, 一台 DVD, 生产厂商需向国外交 20 美元, 自己只能挣 1 美元; 另一个典型例子是高通公司, 其基本不参加实际生产, 单靠出卖 CDMA 核心专利就能获取丰厚的利润。
- ② OECD: “Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law”, P54; The World Bank and OECD, “A

Framework for the Design and Implementation of Competition law and Policy”, P70。

③ Efferson Parish Hospital V Hyde, 1984.

④ 《反垄断法》送审稿的第八章附则第 56 条规定: “经营者依照专利法、商标法、著作权法规行使权利的正当行为不适用本法; 但是滥用知识产权的行为违反本法规定的, 依照本法处理”。

#### 参考文献:

- [1] 廖振中, 梁远航. 论知识经济时代反垄断法的制度设计和价值取向[J]. 社会科学研究, 2003,(1): 74-76.
- [2] Bill Gates. Compete, don't delete[EB/OL]. <http://www.stevenxue.com/vef29.htm>, 2003-05-17
- [3] 候富强. 我国反垄断立法规制对象的取向选择[J]. 现代法学, 2000, (3): 56-58.
- [4] 程吉生. 国外企业合并控制反垄断法发展趋势的分析[J]. 现代法学, 2000, (1): 137-139.
- [5] 理查德·A·波斯纳. 反托拉斯法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 6.
- [6] 孔祥俊. 反垄断法原理[M]. 北京: 中国法制出版社, 2000: 505.
- [7] 约翰·亚格纽. 竞争法[M]. 南京: 南京大学出版社, 1986: 36.
- [8] 薛兆丰. 经济学的争议[M]. 北京: 经济科学出版社, 2002: 37.

## On judging the existence of monopoly under the new economic circumstance

DING Jian'an

(School of Law, Jilin University, Changchun 130012, China)

**Abstract:** In traditional anti-trust law, the judgment rule of monopoly mainly focuses on the element of market scale. Nowadays, the accelerating of the innovation of technology makes the trend of enterprise competition turning from market scale into technology; while the penetration of globalization extremely expands the room of competition, so calculating market scale limited in one country already can't reflect the real situation of the competition. The transfer of the competition environment makes the judgment rule of monopoly face more uncertain elements, which requires that our country's legislation of anti-trust law should stick to the basic principle of neutrality of monopoly, the judgment rule of monopoly should consider such elements as market share, potential competition, technology innovation, and national competition power.

**Key words:** scale effect; technology innovation; globalization; judgment rule of monopoly

[编辑: 苏慧]