

论科技创新市场的反垄断法规制

阳东辉

(湖南师范大学法学院, 湖南长沙, 410081)

摘要: 科技创新市场与其他市场一样, 也存在着研发企业以合并或联合等垄断方式阻碍研发竞争的现象。美国在创新市场反垄断执法方面具有较为成熟的经验。当我国对科技创新市场进行反垄断执法时, 将面临难以制定本身违法的行为标准、相关产品市场难以界定之障碍, 因此, 除了原则上规定《反垄断法》可直接适用于科技创新市场之外, 可以从识别竞争性研发项目和确定相关研发项目的潜在竞争者两个方面来界定同一研发市场。另外, 从相关科技研发市场的竞争性和是否形成进入壁垒两个方面来判断垄断的构成与否。

关键词: 科技创新; 创新市场; 反垄断

中图分类号: D922.294

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2015)04-0091-07

科技创新市场反垄断是一个国际性的前沿课题, 目前只有美国有比较完善的科技创新市场反垄断立法、行政执法与司法实践经验。我国没有专门的科技创新市场反垄断法律规范, 2015年4月国家工商行政管理总局公布的《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》(以下简称《禁止滥用知识产权规定》), 也几乎没有涉及到科技创新市场的反垄断问题。因为该规定不是专门针对科技创新市场的反垄断法律规范, 而是以知识产权反垄断为规制核心, 对尚不具有知识产权的未来科技研发市场的反垄断规制明显存在规制盲点和空白地带。本文试图借鉴美国创新市场反垄断执法的经验与实践, 探索我国新型市场——科技创新市场的反垄断规制问题, 以期促进我国反垄断立法体系的完善。

一、科技创新市场为什么需要反垄断法规制?

(一) 科技创新市场的界定

市场是将供需双方(买者和卖者)汇集到一起, 共同决定商品价格和成交数量的场所或机制。^[1]市场有很多种形式, 既包括有形的商品市场, 如农产品市场等, 也包括无形的要素市场, 如技术交易市场等。有时候, 市场有专门的场所和交易地点, 甚至还有拍卖

者帮助确定价格并安排销售。更经常的情况是, 市场并没有什么组织。^[2]换句话说, 市场可以是众多买者和卖者进行交易的场所, 也可以是没有具体交易场所, 但存在供给与需求的交易机制。

美国学者 Brett Frischmann 最先提出“创新市场”(innovation market)的概念, 按他的说法, “创新市场”是创新的投入与产出, 供给与需求的市场。^[3]随后, 美国司法部的两位高层官员 Richard Gilbert 和 Steven Sunshine 进一步对创新市场进行了具体限定, 他们认为, 创新市场是“未来产品和服务的研发市场”。^[4]1995年美国司法部和联邦贸易委员会联合发布的《知识产权许可指南》(Joint Intellectual Property Licensing Guildlines)就如何定义创新市场, 进行了行政法解释。^①因此, 有关创新市场的概念是美国理论和实务部门的研究热点。

本文没有采用美国“创新市场”这一提法, 而是使用“科技创新市场”这一术语。因为笔者认为, “科技创新市场”比“创新市场”这一概念更准确和不容易引起歧义, 广义上的“创新”除包括科技创新之外, 还包括制度创新和管理创新, 而后者是上层建筑, 前者属经济基础, 上层建筑最终是为经济基础服务的。科技创新市场反垄断的目的是维护科技创新市场的竞争活力, 促进科技创新产出最大化。因此, 本文将“创新”限定为“科技创新”可以避免创新概念上的含混

收稿日期: 2015-04-13; 修回日期: 2015-05-13

基金项目: 教育部人文社会科学研究一般项目“论科技创新市场的国家干预法律机制——基于克服市场失灵视角”(13YJA820055); 湖南师范大学哲学社会科学青年学术骨干培养计划资助项目; 湖南省重点学科建设资助项目

作者简介: 阳东辉(1971-), 男, 湖南衡东人, 法学博士, 湖南师范大学法学院副教授, 主要研究方向: 经济法

和歧义。必须指出,科技创新市场既包括科学创新市场,也包括技术创新市场,而传统的研究视野仅局限于狭义的技术创新市场,相当于人们所说的“技术研发市场”,这是不够周延的。^[5]笔者认为,科学创新与技术创新同样重要,科学创新市场与技术创新市场一样,也存在垄断和滥用市场支配地位的情形,需要一体进行反垄断法规制。

(二) 科技创新市场与技术市场的区别

目前一般认为只有技术才能交易,因此,只有技术市场,没有科学市场。当然,由于科学不能授予专利,没有产权,自然不能像技术那样自由转让和交易。但是,由于科学研究的重要价值,以及为了促进科研成果产出的最大化,必须仿效技术市场,建立一种投入与产出,供给与需求的机制,对于那些没有市场需求的重大国防和基础科学研究成果,甚至要采用政府采购的方式制造人为的市场需求,以解决市场机制的适用问题。因此,科技创新无论是从理论依据,还是从现实需求和实践做法来看,都可以作为一种独立的市场来对待。

尽管传统的技术市场与科技创新市场存在一定的交叉关系,即技术开发市场既是技术市场的一个组成部分,也是科技创新市场的构成因子,但是,毕竟这两个市场还是存在很大的不同。在这里,有必要对科技创新市场与技术市场进行一下区分。首先,技术市场主要包括技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务等相关市场,它不包括基础科学创新市场。其次,技术市场往往是对已经开发出来的成熟技术进行交易的市场,而科技创新市场的标的是尚处在研发之中的科技构思和假设,是否研发成功存在很大的风险。再次,确立科技创新市场的目的是为了规范科技创新秩序,促进科技创新成果产出的最大化,而建立技术市场的目的是为了促进资源的优化配置,提高交易效率。因此,传统的技术市场无法替代科技创新市场。

(三) 科技创新市场反垄断的重要意义

1. 有利于维护我国科技创新市场的竞争秩序

市场经济是竞争经济,企业之间的竞争实力最终取决于各自的科技创新能力,因为科技创新能力强的企业可以降低成本,提高产品质量,最终在竞争者胜出。而垄断通常意味着对供给进而对价格的控制。^[6]垄断情形下,实力庞大的某一经营者或者经营者联合体占据市场的绝大份额,其他经营者由于自身经济实力的差距,无法对其构成威胁,从而慢慢地萎缩直至消亡。^[7]如果企业对科技创新市场形成垄断,那么它就会出现创新动力不足的现象,甚至收购、绞杀处于萌芽之中的竞争对手,从而降低科技创新成果的产出

与研发速度,直接阻碍科技进步。因此,科技创新市场必须维持合理的竞争结构,严格进行反垄断执法,这样才能确保科技创新市场充满竞争活力,从而提高我国的科技创新能力。

2. 扩大我国反垄断法的适用范围

由于科技创新市场是指未来的科技研发市场,此时,科技创新成果尚未开发出来,未来成功与否也存在很大的不确定性,因此,无法适用我国《反垄断法》界定相关产品市场,更无法确定产品的价格、数量、技术和市场份额,导致法律适用不能。但是,暂时的不能不等于永久的不能,通过对反垄断法进行适度修改,就可将反垄断法适用于科技创新市场这一新型的独立市场。比如,美国联邦贸易委员会在 Wright Medical Technology 一案中^②,禁止占移植市场 95% 份额的 Wright Medical 公司购买未来移植市场上唯一竞争者的股份。尽管在该案中,下一代整形手掌技术并没有开发出来,但联邦贸易委员会担心这两家唯一存在竞争关系的企业合并以后,将来会垄断下一代整形手掌技术的开发。因此,笔者认为,只要对我国的反垄断法稍作修改,就可将其适用于科技创新市场,从而扩大我国反垄断法的适用范围,解决该法适用的不周延性问题。

3. 弥补我国知识产权领域反垄断执法之不足

从我国国家工商行政管理总局颁布的《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》来看,我国知识产权反垄断执法针对的是拥有知识产权的经营者所实施的垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中行为,不涉及尚未拥有知识产权的科技创新研发行为。从上述规定来看,我国知识产权反垄断的对象是已经取得知识产权的主体滥用知识产权的行为,涉及知识产权的相关商品市场是技术市场和产品市场,不包括尚处于研发阶段的科技创新市场。如果我国对科技创新市场进行反垄断执法,可以弥补我国知识产权领域反垄断执法之不足,消除反垄断执法的死角。

二、美国创新市场反垄断执法的经验借鉴

(一) 美国创新市场反垄断执法的核心思想

在创新市场的反垄断执法方面,美国已经走在了世界的前列。最近 10 多年来,美国反垄断执法机构一直在研究如何规制企业的创新竞争行为,也就是如何运用反垄断法鼓励企业进行创新,从而使美国经济具有更高的生产效率和更强大的国际竞争力。

美国创新市场反垄断执法的核心思想就是提出了

“创新市场”这一新的概念。按照反垄断执法机构的观点,“创新市场”就是企业竞争性地制造新的和更好产品的市场。“创新”本身就是这些创新市场生产的产品。^[8]美国反垄断执法机构正在设法制定规制创新市场的新规则,以便让竞争压力驱使企业降低价格以及开发出质量更好的、更具竞争力的产品。美国反垄断执法机构认为,必须积极主动执行《反托拉斯法》,以确保市场力量能驱使企业进行创新。

(二) 国会的相关立法

美国国会非常赞成企业在创新市场上展开竞争。1984年美国国会颁布的《美国合作研究法》声称,反垄断执法机构应当裁决并评估所谓“研发市场”(即创新市场)的竞争性。

美国参议院在《美国合作研究法》的立法报告中声称:国会创立了创新市场概念,因为它意识到执法机构必须保护研发领域的竞争以推动创新型企业的发展。研发领域的竞争与所有其他领域的商业竞争一样重要。特别是在技术变革日新月异的IT、电讯等产业,科技创新能力更是与企业的成败生死攸关。

随后,该报告提出了一个执法机构定义创新市场的指南:为了能将相关的研发市场囊括进来……企业不必在当前的生产或销售阶段展开竞争。企业当前或未来的市场份额不是决定企业在相关研发市场竞争力的决定性因素。而且,企业拥有的设备、技术和其他财产对评估研发竞争力也至关重要。^⑨确定创新市场应“考虑所有影响竞争的相关因素,包括但不限于对某个完全确定的有关研究、开发、产品、工艺和服务市场的竞争影响。”^⑩国会制定的执法机构指南对法院和反垄断执法机构定义创新市场起着重要的指导作用。

(三) 政府执法机构对创新市场概念的发展

虽然国会提出了创新市场的概念,但是政府执法机构在适用该概念时作了扩充解释。政府执法机构将创新市场的概念应用于各种不同类型的交易,不仅仅限于《美国合作研究法》规定的合资行为。

美国政府1995年制定的《共有知识产权指南》(以下简称《指南》)规定,如果一家企业能够降低研发成本而不会造成其他企业相应地增加研发投入,那么该企业就在创新市场上具有市场支配力。该《指南》要求执法机构在得出企业在创新市场上具有市场支配力的结论之前,必须考虑其他因素,例如相关企业独特的研究能力。另外,《知识产权许可指南》也要求执法机构必须考虑这些交易提高创新效率的方式。^{[10](239)}

政府执法机构声明:他们将在合适的具体案例中分析企业合并行为对独立的创新市场所产生的竞争性影响。^⑪为了提高美国产业的竞争力,政府执法机构将

根据《指南》的政策规定继续裁决创新市场案件,规制创新市场的垄断行为,维护创新竞争秩序。

(四) 有关创新市场执法的典型案例分析

1. 禁止具有研发竞争关系的企业合并

美国早期有关创新市场裁决案例之基本精神是禁止具有研发竞争关系的企业合并。这主要体现在三个案例中:Flow International案、Wright Medical Technology案和General Motors/ZF Friedrichshafen案。在Flow International一案中^⑫,司法部反对Flow International收购Ingersoll-Rand's Waterjet Cutting Systems Division公司,司法部声称:如果这两家公司合并将控制90%的相关商品市场,从而损害生产更优质的超高压水射流切割机的未来商品市场竞争。

在Wright Medical Technology一案中^⑬,联邦贸易委员会阻止已经控制了95%的移植市场份额的Wright Medical公司购买未来移植市场上唯一竞争者的股份,因为担心这两家企业合并,会损害下一代整形手掌移植技术市场的竞争。

在之后裁决的General Motors/ZF Friedrichshafen案中,美国司法部进一步发展了这一原则,禁止具有研发竞争关系的企业合并,以维护创新市场的竞争。ZF Friedrichshafen和General Motors(通用汽车公司)是全球两大重型自动驾驶仪的制造商,它们控制了全球重型自动驾驶市场90%的份额。在欧洲,这两家企业是商用和军用车辆的重型自动驾驶仪的最大生产商。但是,在美国,这两家企业只在汽车和垃圾卡车自动驾驶仪这两个很小的市场上存在竞争。当1985年ZF Friedrichshafen(ZF)进入美国市场以后,它与通用汽车公司(GM)在重型自动驾驶仪市场展开竞争,双方分别开发出了更好的驾驶仪,形成了一种创新竞争模式,让美国消费者明显受益。因此,当ZF Friedrichshafen(ZF)公司收购通用汽车公司(GM)的Allison传递装置分公司时,美国司法部明确表示反对,其理由是:合并会影响这两家企业开发更好的自动驾驶仪的进度,阻碍甚至消除美国在汽车和垃圾卡车驾驶仪市场之外的其他更广阔市场上制造更优质驾驶仪的未来创新市场的竞争。^⑭

2. 禁止具有研发竞争关系的企业进行知识产权免费交叉许可

在Sensormatic Electric Co.案中,Knogo Corp.和Sensormatic Corp.两家公司都是制造并销售商店防窃系统的企业。它们生产的防窃产品的基本原理是:把有关防盗标识附着在产品上,并与商场出口处的传感器和报警器保持感应。当消费者在收银台付款时,收银员就把该防盗电子标识拿走,如果顾客没有付款,走

出商场,那么该电子标识将发出报警。

1994年,Knogo Corp.开发了一种新的防盗探测系统,直接将防盗电子标识植入产品之中。如果消费者购物后没有在收银员处删除这些电子标识,那么商场出口处的固定传感器会自动发出报警。该产品以 SuperStrip 技术为基础,增强了防盗标识产品的粘性。

Sensormatic Corp.寻求收购 Knogo Corp.的 Super Strip 技术。Knogo Corp.打算将它的 SuperStrip 专利在全球范围内以排他许可的方式许可给 Sensormatic Corp.使用,自己只保留该技术在北美的使用权。最后,这两家公司同意就该技术进行免费的交叉许可,即每家公司都应告诉对方就 SuperStrip 技术所做的任何改进。

联邦贸易委员会担心这两家公司的专利许可协议会降低企业的创新动机,如果它们协同行动,达成兼容的、标准化技术,那么会将其他竞争对手逐出市场。因此,联邦贸易委员会签发了禁令,禁止这两家公司的知识产权许可,以保护下一代防盗产品的竞争。^⑨

3. 重视保护未来制药产品研发市场的竞争

联邦贸易委员会非常重视保护未来制药产品研发市场的竞争,制药行业创新市场反垄断执法的案例主要有4个:①American Home Products Co.案^⑩。American Home Product 公司准备收购 American Cyanamid 公司,被联邦贸易委员会禁止,原因是市场上总共只有三家试图研制轮状病毒疫苗的企业,而这次并购却包括其中的两家。在并购的当时,轮状病毒疫苗尚未研发成功。②Ixo PLC 案^⑪。Glaxo 公司准备收购它的制药竞争对手 Wellcome 公司,然而,联邦贸易委员会却要求 Glaxo 公司在收购之前出售 Wellcome 公司的口服抗偏头痛药物研发项目,其目的是为了保护口服抗偏头痛药物在未来商品市场上的竞争。③联邦贸易委员会要求 Upjohn 公司和 Pharmacia 公司在合并之前,必须出售它们正在研制的有关实体瘤治疗的新技术。④Baxter Int'l Corp.案^⑫。联邦贸易委员会禁止 Baxter International 收购 Immuno International,因为它们是向美国食品及药品管理局申请销售纤维蛋白粘结剂的仅有的两家企业。在上述四个案例中,被禁止合并企业的新药物并未研制成功,仅仅是因为这些企业在新药的研发市场上缺乏竞争对手,一旦它们合并,就会具有垄断地位,从而遭到美国反托拉斯法的禁令规制。

另外,美国还有一个保护未来制药产品研发市场竞争的典型案例,即 Ciba-Geigy 案。Ciba Geigy 和 Sandoz 是投资于基因治疗研发和试图开发这些基因

治疗产品的全球领先企业。基因治疗可能给医生提供治疗癌症和其他使人衰弱疾病的全新治疗方法。基因治疗允许医生制造修改基因,然后,将这些修改基因嵌入患者的细胞。虽然基因治疗看起来很有前途,但是仍然没有任何企业销售基因治疗产品。当时,除了这两家企业正在试图开发,没有任何一家企业销售基因治疗产品。当 Ciba Geigy 和 Sandoz 准备合并成立 Novartis 时,被联邦贸易委员会禁止。联邦贸易委员会禁止的理由是:这两家企业的合并会将其他企业排挤出基因治疗市场,从而损害基因治疗研发市场的竞争。^⑬

三、我国科技创新市场反垄断规制面临的难题

(一) 难以制定本身违法的行为标准

我国反垄断法对垄断行为的判断是采用了结构主义和行为主义相结合的办法,与行为主义相匹配的立法原则叫“本身违法原则”。本身违法原则是指从行为本身来判断违法与否,只要从事了反垄断法列举的那些限制竞争行为,就属于垄断行为,必须接受反垄断执法机构的制裁。行为主义方法不考虑企业规模与结构,也不进行市场变化情况、进入壁垒、后果等方面的调查。本身违法原则为企业设定了行为标准,既具有确定性,又节约司法资源。根据我国反垄断法的规定,一般认为固定价格、限制产量、分割市场、联合抵制行为的反竞争效果是十分明显的,对之适用本身违法原则。^⑭

然而,由于科技创新市场是一种未来科技成果研发市场,在该市场上科技创新成果并未诞生,更谈不上产品销售价格、数量、地域等问题。因此,传统反垄断法上适用于本身违法原则的固定价格、限制数量、瓜分市场、联合抵制交易等行为在科技创新市场上根本不可能出现,因此,反垄断法的行为主义标准形同虚设。事实上,美国的创新市场反垄断执法也只针对经营者集中(主要是企业合并)这一种垄断行为。针对经营者集中行为,各国反垄断法都是根据合理分析原则,综合考虑企业合并协议所涉市场的具体情况、协议的性质和后果等因素决定是否构成垄断。因此,科技创新市场反垄断规制的一个难题就是标准制定难,法律规则将缺乏明确的可预见性。

(二) 相关产品市场无法确定

最传统的度量市场垄断程度的市场结构指标是市场份额和赫芬达尔—赫希曼指数(HHI),市场集中度越高,垄断性越强,各市场参与者越具有操纵能

力。^[9]根据我国《反垄断法》第27条和第28条的规定，审查经营者集中是否构成垄断，可从形式标准和实质标准两方面进行判断。形式标准是指参与集中的经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力、相关市场的市场集中度等因素；实质标准是指经营者的行为是否具有排除、限制竞争效果。因此，要确定经营者集中是否构成垄断，首先必须确定相关市场。根据《反垄断法》第12条的规定，相关市场是指经营者在一定时期内进行竞争的商品范围和地域范围，也被称为产品市场和地理市场。

一般认为，企业的有效竞争范围主要取决于产品市场和地理市场两个因素。产品市场，是指具有现实替代关系的产品范围。在产品市场的界定中，产品需求的可替代性起决定作用。同一市场的可替代产品越多，可替代性越强，企业有效竞争的产品范围越宽，并购企业所占市场份额越小，垄断市场的可能性越小。因此，相关市场的界定直接决定垄断行为的判定结果。由于科技创新市场针对的是未来科技成果与产品的研发市场，在该市场上新产品尚未研发出来，所以无法确定相关产品市场和具体的市场份额，导致传统反垄断法之结构主义适用不能。

（三）《禁止滥用知识产权规定》无法规制科技创新市场的垄断行为

2015年4月7日，国家工商行政管理局公布了《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》，自2015年8月1日起施行。该规定主要从实体和程序两个方面列举了经营者滥用知识产权，排除、限制竞争的各种行为表现，以及规范知识产权反垄断执法的一般分析步骤。其基本框架是借鉴《反垄断法》的结构主义和行为主义模式，规范三种基本类型的垄断行为：一是滥用知识产权达成垄断协议，二是滥用知识产权形成支配地位，三是具有排除限制、竞争效果的以知识产权为核心的经营者集中。另外，还对几种特殊类型的知识产权垄断行为，即专利联营、标准制定和实施中的行使专利权行为以及著作权保护中的技术措施行为做出明确的反垄断规定。综观该规定，延续了结构主义和行为主义的反垄断基本范式，从界定知识产权所涉相关市场入手，认定经营者的市场地位以及行使知识产权对竞争的影响，从而判断经营者的行为是否具有排除、限制竞争的效果。

笔者认为，该规定所规制的所有知识产权领域的垄断行为，都是针对已经取得知识产权的专利、版权作品等智力成果以及知识产权商品所实施的垄断行为，即经营者在行使知识产权过程中，进行固定价格、划分市场、拒绝交易、技术开发限制、搭售、产生专

利阻滞效应的标准制定和实施等排除、限制的行为，才认定为知识产权领域的垄断行为，应当受《禁止滥用知识产权规定》规制。问题是，在科技创新市场上进行反垄断执法，其所针对的科技创新成果尚处于研发之中，未来的创新成功与否存在很大的不确定性，法律要保护的恰恰是这种研发过程中的竞争秩序，防止研发垄断和将新技术扼杀在摇篮之中的行为。从该规定的内容来看，显然是无法对科技创新市场的垄断行为进行规制的。因此，必须针对科技创新市场的特点，制定一套完整的科技创新市场反垄断法律规则。

四、我国科技创新市场反垄断规制之设想

（一）明确规定反垄断法可直接适用于科技创新市场

凡是我国境内经济活动中的垄断行为，均可适用我国反垄断法的规定。在新型市场——科技创新市场上出现的垄断行为当然也不能例外。如果经营者在科技创新市场上签订垄断协议、滥用市场支配地位、进行经营者集中和行政垄断，实施排除、限制竞争的行为，那么反垄断执法机构可以直接适用反垄断法的相关条款予以处罚。包括采取责令停止违法行为、没收违法所得、罚款、停止集中、处分股份、拆分企业、转让营业以及采取其他处罚措施。

（二）同一科技研发市场的界定

科技创新市场反垄断执法的难点在于同一科技研发市场的界定，即如何认定拟合并企业之间具有研发相同科技创新成果的竞争关系。尽管科技创新市场上的科技产品尚未研发成功，但还是可以从以下两个方面认定哪些研发项目具有竞争关系，属于相同的科技研发市场的竞争者。

1. 识别竞争性研发项目

竞争性研发项目是指使用相同的特殊研发资产，制造相同的未来产品的研发项目。如果特定科技创新不需要特殊研发资产，进入该研发市场很容易，那么也可认定该创新市场具有竞争性。换句话说，竞争性研发项目就是几家企业正在努力开发相同的新产品或改进产品的项目。这几家企业的研发项目基本重叠。因此，识别竞争性研发项目的核心就是确定研发项目是否具有重叠性，这可以从两个方面进行判断：第一，确定企业正在开发的产品或工艺是否相同，第二，确定正在研发的产品在未来是否会展开竞争，即这两家企业的产品在未来是否具有可替代性或价格相关性。如果企业研发相同的项目，那么这些企业就是竞争性

企业。

2. 确定相关研发项目的潜在竞争者

反垄断执法机构必须调查、确定是否还有其他多家企业正在从事相同的科技研发项目。如果许多企业正在从事制造相同未来产品的研发,那么该研发项目的科技创新市场就具有竞争性,不适用《反垄断法》。由于科技创新市场的产品尚在研发当中,如果市场上没有类似的产品销售,只能从企业研发资产的数量与质量方面进行推断。如果多家企业具有相同的特殊研发资产,可以推断它们试图进行类似的创新,因而属于同一科技创新市场的潜在竞争者。另外,还可以从企业的研发投入力度进行分析,如果市场上出现了新的研发企业,其他企业则会增加研发投入经费,这说明这些企业之间具有竞争关系,因为谁也不想研发竞争中落败。如果在一至两年的时间内没有潜在的竞争者进入市场,也没有可替代的研发来源,那说明该研发市场存在垄断现象。

(三) 垄断的判断标准

1. 相关科技研发市场的竞争性

如果相关企业垄断了相关产品的研发市场,那么它就不会再有创新的动力,很可能滥用垄断优势,阻碍科技创新,导致竞争不足,研发效率低下。如何判断相关研发市场的竞争性,可以从以下三个方面分析。

一是评估下游产品的竞争性。下游产品是下游其他企业已经交易的产品。由于上游企业研发的产品最终要为下游企业服务,如果下游企业的产品市场存在很大的竞争压力,那么上游企业不太可能减少研发投入,因为竞争机会的损失远远大于研发开支。在这种情况下,上游研发企业的合并或联合行为不会减少其研发动机。相反,上游研发企业要想进入下游市场,尤其是想开辟下游的新市场,必须增加研发投入,进行科技创新。因此,下游产品存在较大竞争性的市场,上游企业科技创新市场垄断的可能性越小,企业集中的反垄断审查越宽松。

二是评估增加研发的力度。科技创新市场一旦形成垄断,垄断者就会减少研发投入,阻碍科技进步。因此,评估增加研发投入的力度也是一项重要的判断标准。判断研发投入的力度至少包含以下三个指标:①研发投入经费,这反映了企业的整体创新能力;②研发资产的规模和种类,有些科技创新必须拥有特殊的设备和实物资产才能进行;③知识和人才储备,不断培训和引进高层次人才的企业毫无疑问是在增加科技投入,想在竞争者占得先机。

三是评估研发效率。如果企业的合并或联合行为能够提高科技创新的效率,增加创新产出的价值,那

么该交易行为可以享受反垄断法的豁免。如果当事人的合并协议阻碍科技进步或者可能降低研发效率,那么反垄断执法机构可以阻止其合并。例如,企业在合并或联合协议中约定专利交叉许可条款或限制开发新技术条款等,就会阻碍科技的进步,那么这种协议就违反了《反垄断法》的规定,应接受反垄断执法机构的处罚。

2. 是否形成了进入壁垒

是否形成进入壁垒一般根据以下三个条件判断:

与市场大小相比数量巨大的规模经济、绝对成本优势和产品的差异化。^[10]如果相关企业的合并或联合行为可能给未来的产品研发市场形成进入壁垒,甚至将竞争对手排挤出市场,那么,可以认定这种合并或联合行为构成垄断,应由反垄断执法机构进行相应的处罚。比如,美国司法部在 Microsoft/Intuit 案中,禁止微软公司收购它的竞争对手 Intuit 公司,因为这两家公司是全球生产和销售个人财务软件的主要竞争对手。微软公司开发的个人财务软件叫 Microsoft Money, Intuit 公司开发的软件叫 Quicken。尽管为了规避反垄断法的规定,微软公司打算将自己生产的个人财务软件 Microsoft Money 的“代码”和相关知识产权转让给另一家实力不太强的公司——Novell 公司,但是,由于微软公司打算将 Intuit 公司负责开发 Quicken 软件的雇员统一安排到自己公司上班,这样微软公司的竞争力会大增,从而将竞争对手排挤出市场。^[11]因此,美国司法部禁止这种合并。笔者认为,针对科技创新市场的特点,由于科技创新市场上的产品尚处于研发当中,产品差异性尚未显现,因此,判断是否形成进入壁垒的关键在于规模经济和绝对成本优势两方面。如果拟合并的研发企业拥有关键的研发设备和庞大的研发资源优势,一旦它们合并,其他企业再进入相关市场几乎不太可能,那么就可以认定形成了进入壁垒,可以适用反垄断法,禁止它们之间的合并。

注释:

- ① I.P. Guidelines, P.20, 738.
- ② See Wright Med. Tech., Inc., 60 Fed. Reg. 480, 480 (1995).
- ③ See S. Rep. No. 98-427, at 21 (1984), reprinted in 1984 U.S.C.C.A.N. 3105, 3131; H. R. Conf. Rep. No. 1044, at 1044 (1984), reprinted in 1984 U.S.C.C.A.N. 3105, 3131.
- ④ See The National Cooperative Research and Production Act, 15 U.S.C. §4302 (1993).
- ⑤ See U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, 4 Trade Reg. Rep. (CCH) P 13, at 132 (1995).
- ⑥ See United States v. Flow Int'l Corp., Civ. No. 93-530, 94 (dealing with future goods market analysis).

- ⑦ See Wright Med. Tech., Inc., 60 Fed. Reg. 480, 480 (1995).
- ⑧ United States v. Gen. Motors Corp., Civ. No. 93-530 (D. Del. Filed Nov. 16, 1993).
- ⑨ See Sensormatic Elec. Corp., 60 Fed. Reg. 5428, 5428 (1995).
- ⑩ See American Home Prods. Corp., 60 Fed. Reg. 60807, 60807 (1995).
- ⑪ See Glaxo plc., 60 Fed. Reg. 16139, 16139 (1995).
- ⑫ See Baxter Int'l Inc., 62 Fed. Reg. 408, 408 (1997).
- ⑬ See Ciba Geigy Ltd., FTC File No. 961-0055 (Mar. 24, 1997).
- ⑭ 我国《反垄断法》第13条规定：“禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议：(一)固定或者变更商品价格；(二)限制商品的生产数量或者销售数量；(三)分割销售市场或者原材料采购市场；(四)限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品；(五)联合抵制交易；(六)国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。”该法第14条规定：“禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议：(一)固定向第三人转售商品的价格；(二)限定向第三人转售商品的最低价格；(三)国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。”
- [3] Brett Frischmann. Innovation and institution: rethinking the economics of U.S. science and technology policy [J]. Vermont Law Review, 2000(4): 367.
- [4] Richard J. Gilbert, Steven C. Sunshine. Incorporating dynamic efficiency concerns in merger analysis: the use of innovation markets [J]. Antitrust Law Journal, 1995(2): 569.
- [5] 阳东辉. 科技创新市场的国家干预法律机制——基于克服市场失灵的视角[M]. 北京: 法律出版社, 2014.
- [6] 爱德华·张伯伦. 垄断竞争理论[M]. 周文译. 北京: 华夏出版社, 2013.
- [7] 张穹. 反垄断理论研究[M]. 北京: 中国法制出版社, 2007.
- [8] Lawrence B. Landman. Competitiveness, innovation policy, and the innovation market myth: a reply to the Tom and Newberg on innovation markets as the “Centerpiece” of “New Thinking” on innovation [J]. St John's J Legal Comment, 1998(4): 226.
- [9] 史晋川, 董雪兵. 法律·规制·竞争[M]. 北京: 经济科学出版社, 2008: 167.
- [10] 奥利弗·E·威廉姆森. 反托拉斯经济法——兼并、协议和策略行为[M]. 张群群, 等译. 经济科学出版社, 2000.
- [11] Robert H. Lande, Sturgis M. Sobin. Symposium: high technology, antitrust & the regulation of competition, reverse engineering of computer software and U.S. Antitrust Law [J]. Harv J L & Tech, 1996(4): 255.

参考文献:

- [1] 保罗·萨缪尔森, 威廉·诺德豪斯. 经济学[M]. 萧琛, 等译. 北京: 华夏出版社, 2003.
- [2] 曼昆. 经济学原理: 微观经济学分册[M]. 梁小民译. 北京: 北京大学出版, 2007.

On the anti-monopoly law in the scientific and technological innovation market

YANG Donghui

(School of Law, Hunan Normal University, Changsha 410081, China)

Abstract: The scientific and technological innovation market like other markets, is a future R & D market of science and technology, in which a monopoly may be formed through merging or joint management to harm competition. American antitrust authorities are strictly enforcing antimonopoly laws in the innovation market, hence relatively experienced. When China's agencies are enforcing antimonopoly laws, there are many obstacles such as being unable to apply illegal per se rule and difficult to define the relevant product market. Therefore, apart from the stipulation that antimonopoly law can be directly applied to the scientific and technological innovation market, we can also define the same competition market by identifying the competing R & D programs and the potential competition, and judge whether monopoly has been formed from the competitiveness in relative R & D market and the barrier to enter the market.

Key Words: scientific and technological innovation; innovation market; antimonopoly

[编辑: 苏慧]