

导论

知识产权领域的反垄断： 知识经济时代反垄断法的一个重要课题

——从微软垄断案及其启示谈起

在 20 世纪行将结束之际，在被公认为现代反垄断法产生标志的美国 1890 年《谢尔曼法》（Sherman Act）实施 100 周年后，正当人们用怀疑的目光审视 100 多年前的工业经济时代的反垄断规则能否在即将到来的知识经济时代继续适用的时候，在美国发生了一场被称为跨世纪超级诉讼案——美利坚合众国和 20 个州^①（分别由联邦司法部和 20 个州司法部作为代表）诉微软公司违反反托拉斯法的案件（以下简称微软垄断案）。这场诉讼可谓举世瞩目，案情发展令人目不暇接。它对于研究反垄断法、尤其是知识产权领域的反垄断问题具有非常重要的意义。

一、微软垄断案的背景、 基本情况与意义

（一）微软垄断案的主要事实、发展过程及所涉的知识产权问题

1. 微软垄断案的缘起

^① 南卡罗莱纳州后来于 1998 年 12 月 7 日退出。

美国微软公司作为信息产业的巨擘，是美国“新经济”的一面旗帜，也是为世界各国广泛关注的“知识经济”的杰出和典型的代表。该公司在 1975 年由两条汉子起家，年收入 16000 美元 而现在其触角遍及全球各地，雇员 3 万多人，市值数千亿美元，成为世界软件业的“霸主”。该公司的发展使其创始人比尔·盖茨成为世界首富 还造就了世界上最多、最年轻的亿万富翁、百万富翁 成为靠知识致富的“知本家”。微软能够如此超速成长，其原因无疑是多方面的，除了其用人方略、管理模式、市场战略等独特的成功秘诀^①外，还有一个重要的因素是其得益于有效的知识产权保护，因为微软的产品都是靠着相应的知识产权（主要是软件著作权）的保护才得以在美国国内和世界各地大量销售（发放许可证），获得巨额利润的。有学者指出：“实践证明 比尔·盖茨的微软王国，离开知识产权法的保护，连一天都难以生存。”^②从软件技术的特点和微软的实际情况来看，这种说法并不为过。这使得微软垄断案在不少方面与知识产权问题牵涉在一起。

微软的“视窗”软件是计算机应用领域的一大贡献。微软凭借这一技术优势控制了全球个人电脑操作系统的绝大部分市场。近几年来新出厂的个人电脑几乎都配用视窗操作系统，微软从每台电脑的销售中约可提取 12% 的收入，利润颇丰。微软还利用其在视窗软件上的绝对优势（支配或垄断地位），在发放该软件的著作权许可证时硬性规定使用视窗的电脑一定要搭配微软的因特网探索者浏览器 Internet Explorer 简称 IE)。这就把先开发成功、性能也不错、并且一度占有最大市场份额的网景公司导航者浏览器 (Navigator) 逼进了死角。在英特网和电子商务日新月异，并将很快在经济中扮演主要角色的时候，微软的这种垄断地位越来越引

^① 有关这方面分析的著作有很多 如《微软的秘密》、《微软的诞生》、《微软之路》、《微软的成功》等。

^② 张乃根、陆飞主编：《知识经济与知识产权法》 复旦大学出版社 2000 年版 第 3 页。

起电脑业界的不安。主管公平竞争事务的美国联邦贸易委员会早在 1990 年就开始对微软与 IBM 关于 PC 操作系统的冲突对微软进行反托拉斯调查，指控微软的定价政策非法阻挠竞争，并在其操作系统故意设置隐瞒代码，妨碍竞争对手应用程序的运行。该委员会曾决定对微软采取行动，在两次受挫后，1993 年 8 月终止了对微软的调查，而司法部则宣布接管这一案件。1994 年 7 月美国司法部向哥伦比亚联邦地区法院提起反托拉斯民事诉讼，指控微软违反了《谢尔曼法》第 1 条和第 2 条，要求法院防止和限制微软以排他性的和反竞争性的合同销售其个人电脑操作系统。在 1994 年 7 月，微软与司法部在法庭上达成了一项和解协议，要求微软改变一系列商业做法，包括修改与个人电脑制造商所签授权协议的许多关键条款。经过周折，地区法院法官托马斯·彭菲尔德·杰克逊(Thomas Penfield Jackson)于 1995 年 8 月批准了该协议，并据此作出了同意令(Consent Decree)。但在微软于 1995 年推出视窗 95 和因特网浏览器 2.0，并把两者的使用权捆绑在一起之后，又把网景等对手置于不利地位。1997 年微软推出浏览器 4.0 后情况更甚。1997 年 10 月 20 日美国司法部针对微软违反了 1995 年的协议，以不正当竞争手法垄断市场的行为，向哥伦比亚联邦地区法院提起民事诉讼，要求微软停止搭售浏览器的行为，否则将每天处以 100 万美金的罚款。随后，得克萨斯等州政府也对微软提起诉讼。1997 年 12 月 11 日杰克逊法官作出预先禁止令要求微软把 IE 从视窗中分离出来。在 1998 年 5 月 12 日哥伦比亚地区联邦上诉法院判决微软发行视窗 98 的计划不受正在被上诉的地区法院的预先禁止令^①的影响后，联邦司法部和 20 个州司法部于 1998 年 5 月 18 日正式向联邦地区法院对微软提起反垄断诉讼。

司法部对微软的指控包括：试图与网景瓜分浏览器市场，引诱网景不与其竞争；与因特网服务商和内容服务商等签订排他性协

^① 该预先禁止令后来于 1998 年 6 月 23 日被该上诉法院撤销。

议；在合同中限制电脑制造商修改和自定义电脑启动顺序和电脑屏幕与视窗 95 和视窗 98 捆绑销售因特网浏览器软件等。针对司法部的指控，微软提出了多方面的辩护理由，其中包括：政府与 20 个州的诉讼侵犯了联邦法律所保护的公司的知识产权，其视窗 95 和视窗 98 受到联邦知识产权法的保护。

2. 联邦地区法院的审理和判决

经过漫长的法庭调查审理，1999 年 11 月 5 日美国联邦地区法院法官杰克逊就美国司法部和 19 个州控告微软公司实行垄断一案作出了举世瞩目的初步裁决。这份长达 207 页的事实认定书 (Findings of Fact)^① 认为，微软非法利用了自己在操作系统市场上的垄断力量来排挤竞争对手，排除自己面临的潜在危险以继续维持自己的垄断地位。该公司的经营显示，如果有其他企业坚持生产可能会加剧与微软的任何核心产品相竞争的产品，微软公司“将利用其庞大的市场力量和巨额利润来打击任何一家这样的公司”。微软在个人电脑操作系统方面有利用其影响力惩罚竞争对手、阻碍科技创新的垄断行为，从而严重侵犯消费者的权利。

2000 年 4 月 3 日，在负责调解美国微软公司垄断案的法官波斯纳宣布原被告双方所进行的庭外调解谈判没有希望取得任何进展后，美国联邦地区法院法官杰克逊作出法律裁决 (Microsoft Conclusions of Law and Final Order)^②，认定微软滥用其在个人计算机操作系统方面的垄断地位，违反了美国反托拉斯法。其具体裁决结论如下：

(1) 微软以反竞争的手段维持其垄断。法院确认微软在世界范围内对 PC 操作系统发放许可的权力 (占全球市场份额的 95%) 构成在相关市场的垄断，使其得以持久地维持远远超出竞争水平的价格而无新的市场进入或竞争对手之虑。法院同时确认微软使

用了反竞争的手段以维持其垄断地位，具体体现在：微软通过合同及技术限制迫使 PC 制造商预装微软视窗和互联网浏览器，限制其使用竞争对手的产品以及对视窗 95 和视窗 98 加以改进的权利 从而实现所有 PC 系统均须采用微软操作系统；以优惠的交易条件诱使网络供应商推销微软浏览器从而使其竞争对手的浏览器从市场上消失；通过实物交易和各种手段限制开发商协助开发其竞争对手网景公司等的应用软件。微软的行为并非出于任何合理的商业上的考虑（利润最大化），其目的纯粹是为了阻碍潜在的竞争者进入 PC 操作系统市场，这种行为具有明显的掠夺性，违反了《谢尔曼法》第 2 条。

(2)微软 1995 年 6 月提出的要求网景公司放弃视窗浏览技术市场的建议具有明显的垄断浏览器市场的意图，在该建议遭到网景公司拒绝后微软的一系列反竞争的行为导致了微软垄断二级浏览器市场的“危险的可能性”，这种垄断企图同样违反了《谢尔曼法》第 2 条的规定。

(3)微软将网络浏览器与视窗捆绑销售 搭售 违反了《谢尔曼法》第 1 条关于禁止合谋限制贸易行为的规定。法院指出，操作系统与浏览器是两种不同的产品，市场上存在不同的消费需求，微软是惟一一家不附购买浏览器条件即不许可销售操作系统的公司，微软利用其经济实力迫使 PC 制造商和消费者在购买视窗软件时不得不同时购买其所搭售的浏览器，微软的捆绑销售行为并无技术或商业上的必要性，而旨在扼杀竞争，导致网景公司的浏览器市场份额急剧下降。法院特别指出，微软公司所称消费者仅仅支付视窗 98 的单一价格而免费使用其浏览器的抗辩不成立，因为被许可方包括消费者被迫按整个软件的价格付款，网络浏览器的价格事实上包含在单一价格之内 并非“免费”服务。

(4)微软与康柏、美国在线、苹果公司等主要供应商之间的排他性交易安排构成纵向限制，尽管尚不足以完全剥夺网景公司在世界浏览器市场的供货机会，但仍属违反了《谢尔曼法》第 2 条的禁止性规定。

(5) 微软的反竞争行为同样违反了原告各州的反托拉斯法。但是，微软在为冻结竞争对手而与其他公司签订排他性协议（exclusive dealing）方面并不构成违法。美国司法部和 19 个州的律师曾指控微软通过与一些公司签署优先合同而在许多高科技市场排斥其他公司，因此确保了在许多软件领域的垄断地位。

在上述裁决中，杰克逊法官还专门针对微软的知识产权抗辩，即以联邦著作权法作为其对原始设备制造厂家进行各种限制的辩护，进行了较详细的分析。^① 他通过引述其先前作出的事实认定（Findings of Fact）和有关判例、法典的有关条款，指出：这种抗辩既不能解释、也不能豁免微软违反谢尔曼法的行为。作为某种一般原则，微软辩称联邦著作权法授予软件的有效著作权人一项绝对权利，使其得以阻止被许可人（本案中即原始设备制造厂家）在没有明确许可情况下安装其产品的改动的版本。杰克逊则指出，视窗 95 和视窗 98 确实是受到著作权注册保护的“构成著作权有效性的表面证据”，但是微软著作权的有效性是从未受到质疑的，问题是这种著作权所保护的究竟是什么。微软没有提出任何证据证明其施加于原始设备制造厂家的改变视窗能力的种种协议性的（或者技术性的）限制，来自于著作权法明确列举授予著作权人的权利。微软辩解道，这些限制只不过是重述了保护拥有著作权的软件的“完整性”不受任何“扭曲”“删节”或者“更改”的一种扩张的权利。杰克逊指出，由于这是一种在著作权法所列举的独占权中没有任何地方提到的权利，因此它的存在产生了疑问。引述的有关判例、法典表明，并非对作品的所有使用都受著作权人的控制，权利限制于明确授予的“独占权”；侵权意味着侵犯了明确列举的权利；著作权人并不能依据著作权以直接威胁竞争的方式获取派生利益；如果销售商利用著作权之类自然的和法律上的优势，将其在某一市场上的支配地位扩展到另一市场上，就会引起法律责任；在著作权被用作垄断阴谋的一部分时，著作权并不能使权利

本段内容可具体参见上述裁决原文中的第 I 部分 A 节 2a(iii)。

人免受反托拉斯调查；“无论知识产权法的目的还是反垄断法，都不能使垄断者依靠借口的商业理由来掩盖反竞争行为成为正当”。杰克逊认定微软限制原始设备制造厂家背后的真正动力不是维持它称之为视窗平台完整性的某种无形质量的愿望，甚至也不是为确保视窗为应用开发提供统一和稳定的平台。微软自己通过允许对桌面和引导序列作支持微软的修改，并且通过比发行视窗更为频繁地发行因特网浏览器的更新版本，造成或者至少支持了这种不稳定性和不一致性。除此之外还应考虑以下事实，即原始设备制造厂家希望作出的修改不会消除或者更改任何视窗应用程序接口，从而也不会破坏视窗的任何功能特性，并且微软的行为显然可有效地解释为其预感到原始设备制造厂家预装和给探索者之类的中间设备以显著位置，这会吸引足够多的开发商的注意从而削弱应用软件业的进入障碍。总之，如果微软真正关心保护其在有价值产品上的可观投资与最大限度地满足消费者的需要，那么它就会更多地依赖极富竞争性的个人电脑市场的力量，而较少依赖其自身的市场力量来防止原始设备制造厂家作出消费者所不想要的更改。实际上，除了这里的对知识产权进行专门分析外，法院认定的微软其他方面的垄断行为也都直接或间接与知识产权有关，尤其是微软所拥有的知识产权是其在相关市场上支配或垄断行为的基础。

2000年6月7日杰克逊法官作出最后判决（Microsoft Trial Final Judgement）^①将微软公司分割为两家公司，以纠正该公司的反竞争行为。杰克逊的判决与指控微软的美国司法部和17个州^②提出的处罚建议相同，即将微软按经营的产品划线分割为两家独立的公司，一家经营“视窗”操作系统，另一家经营“办公室”等

^① 该判决的内容可在美国司法部网站查阅。中文可参见孟军、陈建萍译：《微软垄断案判决书》，《电子知识产权》2000年第9期和第10期。

^② 有两个州不同意建议中强迫接受结构性的补救措施，但完全支持该建议的其余内容。

应用软件和包括 IE 浏览器在内的网络业务。杰克逊给微软 4 个月的时间制定分割公司的具体计划。杰克逊的判决还对微软的商业行为制定了一些限制措施，如向其他软件开发商公布技术资料，以便后者编写能够在“视窗”上运行的软件，禁止微软与其他公司签订将阻碍竞争对手产品开发的排他性协议，微软无权决定“视窗”操作系统桌面上应该保留哪些图标等。分割计划将在上诉过程结束后执行，但限制微软商业行为的措施将在 90 天内采取。

3. 上诉法院的审理和判决

2000 年 6 月 13 日，微软公司向美国哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院递交了上诉请求，同时请求延缓执行限制其商业行为的命令，这样就开始了本案的上诉程序。19 日，上诉法院拒绝了司法部要求该院否决微软上述申请请求，但上诉法院同时表示，如果杰克逊直接将此案送交最高法院，该院提出的审理计划将自动中止。20 日，地方法院法官杰克逊根据司法部的请求，将微软垄断案的上诉官司直接送交美国最高法院审理，认为由最高法院直接审理此案符合美国公众的利益。^①与此同时，杰克逊出人意料地宣布同意暂缓执行他于 6 月 7 日作出的对微软公司的处罚判决。微软公司于 7 月 26 日向美国最高法院提出上诉，要求最高法院拒绝美国司法部提出的由该院直接审理微软垄断案的请求，同时要求将此案由哥伦比亚特区上诉法院先行审理。美国最高法院于 9 月 26 日宣布，微软公司上诉案已被退回到哥伦比亚特区上诉法院，将由后者先行审理这一案件。^②

2001 年 6 月 28 日，美国哥伦比亚特区联邦上诉法院 7 名法官以 7:0 的票数一致作出裁决^③驳回了联邦地区法院 2000 年 6

美国 1974 年通过的一项法律规定，如果是特别重要的反垄断案件，地方法院法官可以绕过上诉法院，直接将案件的上诉官司交由最高法院审理，最高法院可以受理或者退回给上诉法院，由后者先行审理。

^② 新华网 2000 年 9 月 27 日消息。

^③ 该裁决 (Appeals Court Ruling) 原文可在美国哥伦比亚特区联邦上诉法院、美国司法部、微软公司等许多网站上查阅。

月作出的将微软公司一分为二的判决。但该上诉法院在裁决中对杰克逊有关微软违反反托拉斯法的事实予以认定（有部分的责任认定被撤销），并要求地区法院任命一名新法官重新审理此案。上诉法院在裁决中表示，尽管没有证据显示先前的判决具有“偏袒一方”的嫌疑，但上诉法院认为杰克逊法官在审理此案过程中，曾在媒体上发表了许多攻击微软的“不适当”言论，严重违反了地区法院的审理程序使“司法公正”受到影响，也令外界对其作出的肢解微软判决的公正性产生“怀疑”。法院因此决定驳回杰克逊肢解微软的裁决。上诉法院的这一裁决与先前许多人分析、预测的结果基本一致，即上诉法院可能不会全部维持地区法院的判决，尤其是不会维持其分割微软的比较极端的制裁措施，但也不会全部推翻该判决。实际情况是：“地区法院的判决部分得到维持，部分被撤销，部分被发回重审。”其中，地区法院关于微软公司利用反竞争手段维持在操作系统市场的垄断从而违反谢尔曼法第 2 条的判决被部分维持，部分撤销；地区法院关于微软公司非法企图垄断浏览器市场从而违反谢尔曼法第 2 条的认定被撤销；地区法院关于微软公司在其操作系统上非法搭售因特网浏览器从而违反谢尔曼法第 1 条的判决被发回重审。地区法院的包含肢解微软公司的补救命令的最后判决则被完全撤销，并被上诉法院发回指定另一名法官重新审理。^①

上诉法院的裁决公布后，作为此案被告的微软公司和作为原告的美国司法部和 19 个州均对这一裁决表示高兴，并均宣称裁决结果是他们取得的“重大胜利”。微软公司表示，这一裁决大大缩小了案子的规模，撤销肢解微软的决定等于“驱散了笼罩在微软头上的一块乌云”，微软将继续谋求庭外和解，因为持续诉讼对各方都不利。而美国司法部长阿什克罗夫特表示，裁决认定微软在维持操作系统垄断过程中“有违法行为”是原告方具有重大意义的胜

^① 见该上诉法院裁决的第一段即“Summary”部分和最后一段即“Conclusion”部分。

利，因为这将为此案今后的审理奠定重要的事实基础。司法部愿意与微软就庭外和解一事展开谈判。一些参与起诉微软的州检察官也表示，他们相信此案的新任法官在考虑有关事实根据后，仍会作出将微软一分为二的决定，有的甚至表示，即使布什政府司法部寻求了结这宗案子，他们仍然准备继续上诉。一般认为，虽然上诉法院驳回了地区法院作出的肢解微软的判决，但这对微软来说并不意味着“完全的胜利”；裁决对微软违反反托拉斯法等一些关键事实的认定将使微软在此案今后的重新审理中难以占据有利地位。有分析认为，此案最终有可能以微软接受某种程度的“惩罚”为代价实现庭外和解，为此案最终画上一个句号。当然，此案的走向还有另外两种可能：司法部 19 个州和微软均可继续上诉到最高法院；等待地区法院新任法官作出新的裁决。如果是后两种情况之一，那么此案将要持续更长的时间。^① 因此，本案的最终结果尚待时日。

上诉法院的裁决作出后，许多媒体分析指出，这次微软垄断案出现转机，不是垄断事实的不存在，而是存在某种政治原因。但是，也有的分析指出，这是司法部的一种战略退却，是为了以后反微软垄断的拳头打出去更有力。美国政府将会一如既往地鼓励市场的充分竞争。新经济的生命力在于不断的技术创新，而创新的压力则来源于竞争，美国政府很难容忍信息产业中出现的垄断行为。面对微软的咄咄逼人之势，如目前正在积极推行“ .NET 战略”计划在即将推出的视窗 XP 操作系统中捆绑更多的功能，美国司法部不可能袖手旁观。事实上，虽然上诉法院的判决对微软有利，但它并没有允许微软完全自由地把新功能加入视窗操作系统。因此，当它发布新版本时，如果被认为有非法垄断行为的话，微软还将面临反托拉斯指控。因此，微软垄断案似乎还远没有结束。^②

^① 参见《法制日报》2001 年 6 月 30 日。

^② 参见《光明日报》2001 年 7 月 4 日 C1 版。

4. 微软必须面对的私人诉讼和外国政府调查

微软除必须面对政府的诉讼外，还面临多起私人诉讼的困扰。受杰克逊法官初步裁决的影响，1999年11月22日，3名律师代表加州几百万计算机用户，向微软公司提出集体诉讼，控告微软利用其垄断优势高价出售“视窗95”和“视窗98”赚取消费者过高利润。^①紧接着，在佛罗里达州又提起了另一起针对微软的集体诉讼，该州的消费者指责微软的经营行为违反了州《欺诈和不公平贸易法》和联邦反托拉斯法。他们在起诉状中写道：“微软利用其垄断优势非法制定垄断价格”，特别表现在视窗98发行了以后，微软仍利用其垄断地位“人为地使视窗95的售价高居不下”。新奥尔良的一位律师代表美国数千万视窗98的用户对微软提出指控，认为微软利用胁迫手段减少消费者的选择权，提高微软产品的价格。纽约一家广告公司也代表该地区数10万消费者的利益对微软提起诉讼。到2000年5月已有120多起这类私人诉讼。

此外，从1997年开始，欧盟委员会已经多次宣布对微软在欧盟范围内有关利用知识产权违反反垄断法的指控展开调查，并于2000年8月3日正式向微软公司提出指控，指责微软公司“滥用垄断地位，试图在个人电脑操作系统方面控制用于服务器的软件市场”。欧盟委员会负责竞争事务的委员马里奥·蒙蒂发表公报说：“欧盟不能容忍以保护著作权为借口，将垄断地位从一个市场扩展到更多市场”。蒙蒂表示欧盟将把有关微软公司垄断案追查到底。他还强调说：“任何希望在欧盟存在的公司都必须遵守欧盟的竞争规则”，任何一家公司都不能以保护专利来进行市场垄断。^②1998年1月14日，日本公平交易委员会搜查微软在东京的办事处，宣称将对可能存在的微软违反日本反垄断法行为进行调查。瑞士有关部门也曾宣布就微软在该国的垄断高价和价格歧视行为进行调查。这说明微软不仅在国内受到反垄断法的困扰，而

^① 参见《法制日报》1999年11月24日。

^② Enet网站2000年8月4日消息。

且在国外也不断受到有关违反反垄断法的指控。这些指控也都是与其滥用知识产权的垄断优势有关。

（二）微软垄断案发生的背景与意义

不论微软垄断案的最终结果如何，它都是具有十分重要意义的。微软垄断案不是偶然的，它只是美国历史上一系列反垄断诉讼活动的最新进展。美国是现代反垄断法的发源地，其 1890 年的《谢尔曼法》是现代各国反垄断法的“鼻祖”和样板。同时，尽管美国在实施反垄断法的过程中也因不同的经济形势、不同的政策主张和不同的法理依据等因素而在不同时期的宽严程度有所不同，但是美国仍然是世界上公认的实施反垄断法最严厉的国家，这尤其表现在其运用分割和解散大企业的制裁措施上。美国的一些著名大公司都曾受到过违反反垄断法的指控。例如，20 世纪初，标准石油公司被控通过收购对手公司、迫使铁路公司拒用其他公司石油等手段，垄断石油业 90% 的市场。1911 年，标准石油公司被判罪名成立，最终要拆分成 34 个公司，包括现在是全球最大石油公司之一的埃克森和美孚。美国烟草公司亦曾被指控以超低价及其他手段垄断美国 95% 的烟草市场。它同样在 1911 年被认定指控成立，最后被强行拆分成 16 个公司。1982 年美国电话电报公司（AT&T）被指控垄断电信行业，政府强制其解体，公司设在各地的业务部门纷纷独立，目前，该公司仅保有经营长途电话的权利。国际商用机器公司（IBM）也曾被控对电脑行业进行垄断，诉讼持续 13 年之久，是美国政府首次挑战电脑行业。不过，司法部在 1982 年决定撤销案件。另一家曾被政府起诉的电脑业公司是英特尔晶片（芯片）制造商（Intel）。政府指控它非法利用垄断权力，攫取三家对手公司的技术。1999 年 3 月，美国英特尔公司就其被指控垄断案与政府达成庭外和解，被迫与其他公司分享其技术。这次政府挑战微软，更是直接针对产品经营完全依赖于知识产权保护的软件公司。

引人瞩目的是，美国司法部对微软的反垄断行动是在政府对公司合并的管理日趋宽松的情况下发生的。近些年来，世界经济

呈现出明显的企业大型化、集团化的趋向，企业合并甚至跨国合并的浪潮风起云涌，一大批超级企业在政府的默许或者鼓励下不断涌现。尤其在美国，政府为一系列巨型合并活动开了绿灯。例如，1996 年底，美国允许了波音公司以 133 亿美元兼并了整个麦道公司，成立巨型航空企业，成为美国最大的出口商，在世界大型民用飞机市场上占据 2/3 的份额，这甚至一度引起了美国和欧盟的经济利益之争；1998 年，美国电信业的世界通信和微波通信合并，合并企业的资产超过了 370 亿美元，美国金融业的旅行者集团和花旗银行合并，合并规模超过了前者的 1 倍；德国戴姆勒一奔驰公司对美国克莱斯勒公司进行收购，合并后的新集团所涉及的股权交易金额高达 400 亿美元；1999 年底，美国联邦贸易委员会批准了埃克森石油公司以 810 亿美元收购美孚石油公司兼并案，成立埃克森一美孚石油公司，使这对在 20 世纪初因违反反托拉斯法而被拆散的石油兄弟又结合到一起，并创造出当时市值仅次于通用电气和微软的世界第三大企业集团；2000 年初，美国在线出资 1600 亿美元购买时代华纳公司的股票，成立美国在线一时代华纳公司，合并后的新公司的市值高达 3000 亿美元。这些还只是 20 世纪 90 年代中后期形成的世界第五次企业合并浪潮中几起较典型的事例。

相比之下，微软公司 1998 年的销售额为 145 亿美元，在美国 500 家大公司中仅排第 109 位。这表明美国政府在对一家公司进行反垄断时所考虑的并不只是其规模，更主要的是看它是否利用自身规模来限制竞争和损害消费者的利益。这就是说，美国反垄断法所要反对的并不是企业在市场上支配地位或垄断地位本身，而是非法地获得或维持该地位或者对该地位的滥用。

事实上，美国反垄断法对垄断的规制有一个从结构主义向行为主义转变的过程，在不同时期法院认定垄断构成的标准可能是不同的。如 1945 年的“美国铝公司”案和 1964 年“美国诉格里内尔 (Grinnel) 公司”案虽然均被判构成垄断，但前者依据的是结构主义，即基于美国铝公司当时占有铝铸块市场的 90% 的市场份

额，而后者依据的则是行为主义，即该企业作出了取得和维持市场支配地位的种种积极行为，而不是仅基于其在市场中的占有份额及由此产生的市场支配力量。但是，既然美国反垄断法仍然保留着分割和解散大企业的制裁措施（如这次微软垄断案中联邦地区法院的最后判决所采取的），也就保留着改变市场结构的功能，其在注重市场行为的同时还带有结构主义的色彩，可以说是准结构主义。因此，美国现代反垄断法并未完全放弃结构主义的成分，更没有放弃反垄断法本身。正是在这样的背景下，微软垄断案极为引人关注。

美国反垄断法旨在保护自由公平的竞争秩序，保障合法经营者和消费者的利益避免因他人的垄断行为而受损，维护市场竞争机制作用的正常发挥。正如国内报刊所评论的那样，微软财富固然值得珍惜，但与其他大企业的不同在于，微软以自己的实力损害了一种机制，一种能让更多的“微软”诞生的机制，那就是市场经济公平自由竞争的机制。正是这种机制造就了微软，美国人可能还想有更多、更大的“微软”。基于这种观念，忍痛牺牲一个微软也就没有什么可惜的了。^①

虽然在美国，人们基于不同的价值取向、理论主张和集团利益等而对反托拉斯的态度不一致，有的催促加强反托拉斯实施，并怀旧地回忆着沃伦（Warren）^② 法庭时代，有的则对其进行攻击，一些批评者甚至将反托拉斯当作一种时代错误，并公开建议应将其废除，但是，“废除反托拉斯的呼吁即使不是无知的也是不成熟的。”^③ 本案作为非常引人关注的大案及其目前的结果，说明了诞生于工业经济时代的反垄断法的基本精神和基本原则在“新经济”时代并未过时，仍然能够适用。同时，本案也说明，美国反托拉斯

① 参见《中国经营报》1999年11月18日。

② 曾任美国最高法院首席大法官，执行严格的反托拉斯政策。

③ 参见[美]奥利弗·E·威廉姆森：《反托拉斯经济学——兼并、协约和策略行为》张群群、黄涛译 经济科学出版社1999年版 第392-393页。

实践因为种种原因在经历了自 20 世纪 80 年代中期以后的一段宽松期后，在世纪之交再趋向严厉，进入了一个新的阶段，因此本案还具有转折点的意义。当然，在联邦地区法院判决微软构成非法垄断之后，仍有许多不同的意见。例如《纽约时报》在 2000 年 4 月 28 日的社论就质疑：“用来控制 19 世纪末 20 世纪初出现的工业和自然资源垄断的法律还能够、还应当适用于 21 世纪的技术和知识产权的巨人吗？”^①而作为美国执行反托拉斯法的两个机构之一的联邦贸易委员会的主席罗伯特·皮托福斯克（Robert Pitofsky）则认为，按照类似的逻辑，前述结论的否定者就可以提出这样的论点，即早于谢尔曼法 100 年的宪法第一修正案就不应影响各州对传媒的管制，因为因特网和有线电视已经与当年发行联邦论文集的情况有了很大的不同。而后一种争辩却很少听到。实际上，在上述两种情况下，问题应是这些原则是否仍然有效，而不在于它们是在何时采用的。他认为，如同言论自由对美国民主的政治体制非常重要一样，竞争和反托拉斯政策对保护美国经济的持续增长也是根本的。虽然反托拉斯法在“新经济”时代适用于高技术部门受到一定的挑战，需要作出相应的调整，但其核心原则（主要关注卡特尔和以不正当手段获得或维持垄断力，反托拉斯的其他问题是附属于这两个原则的）仍然是有效的。^②

二、微软垄断案对我国 反垄断立法的启示

微软垄断案虽然发生在美国，但它对于我们加深对反垄断法

^① 原文是：“Can. and should. laws designed to manage the emergence of industrial and natural resource monopolies in the late 19th and early 20th Centuries be applied to the technology and intellectual property giants of the 21th Century ?”

^② See Robert Pitofsky, *Challenges of the New Economy: Issues at the Intersection of Antitrust and Intellectual Property*, June 15, 2000. 资料来源：美国联邦贸易委员会网站。

的认识以及加快我国反垄断立法的进程也是有重要启示意义的。

一般认为，以维护自由公平竞争为己任的反垄断法是现代各国发展市场经济所不可缺少的，是现代经济法的核心，甚至被一些国家视为“经济宪法”、“市场经济的基石”、“自由企业大宪章”等。但在我国，人们对于反垄断法的认识尚不完全一致，一些人呼吁尽快制定中国的反垄断法，而另一些人却基于种种理由认为中国不需要、至少现在不需要反垄断法，这在一定程度上影响了我国反垄断法的出台。

事实上，我国现实经济生活中也面临着严重的垄断问题，除了我国作为经济体制转轨过程中尤为突出的行政性垄断外，纯粹由市场而产生的经济性垄断也有日益明显之势。面对微软这样的垄断者，美国如此强大的产业力量，如此众多的竞争对手都无可奈何，最后不得不靠政府依靠反垄断法来加以限制。由于我国尚没有反垄断法，因而面对微软在中国的明显的垄断优势（包括市场占有率、竞争进入壁垒及用户可选择的替代产品）远远高于美国市场的情况，面对微软在中国市场比在美国国内市场受到指控的价格还要高得多的垄断价格，我们似乎对其无能为力。有专家认为，国内法律的空白使微软可以拿起有利于微软的知识产权保护法来保护自己的利益，而消费群体和竞争群体却无法对微软的行为提出任何有效的质疑。微软中国公司总经理高群耀之所以敢说美国对微软的判决“对中国没有影响”正是看到了“你手中没有武器”。^①有趣的是，强大的微软至今不承认自己在搞垄断，而我国的长虹却公开宣称：要进入垄断。惟一的理由就是中国没有反垄断法。^②当然，依据多数国家的反垄断法，企业以正当合法的手段获得的垄断地位或者市场支配地位本身并不违法，但其对这种地位的滥用则是违法的，因此这类企业往往更多地受到反垄断法的特殊“关照”。

① 段永朝：《微软判决对中国的影响》载《光明日报》2000年5月17日。

② 参见韦桂华：《同行竞争与长虹垄断》载《中外管理》1999年第4期。

自 20 世纪 80 年代起，随着我国以市场为取向的改革的深入，关于中国应当制定反垄断法的呼声就日渐高涨，但由于种种原因，直到目前中国仍然没有专门、完整的反垄断法。微软垄断案自始就受到了我国的普遍关注，在一定程度上可以说，它起到了在我国传播反垄断法理念、普及反垄断法知识的作用，尽管不同的人在具体问题上的看法可能并不完全一致。因此，微软垄断案的发生、发展在促使人们了解美国反垄断法的同时，也促使人们深入思考我国的反垄断法问题，并将对加快我国反垄断立法的进程起推动作用。

在我国社会主义市场经济条件下，尽快制定反垄断法的必要性至少可以从以下几个方面来看：

第一，制定反垄断法是现代市场经济的客观需要

市场经济是一种竞争性经济，市场经济的精髓即在于竞争。竞争构成了市场经济体制的内在要素，是市场经济的最基本的运行机制，是市场经济活力的源泉。但是，市场竞争在具有不可替代的优越性的同时，也存在着限制竞争——垄断的倾向。市场主体往往通过滥用已经取得的市场优势地位、滥用“契约自由”以及不正当地、过度地扩大规模等手段来避免竞争带来的风险和压力。这种消极倾向人为地扭曲了市场竞争机制，破坏了自由公平的市场竞争秩序，使市场竞争的积极功能不能得到正常发挥。而这种消极倾向是不能通过市场本身来得到抑制和矫正的，相反，它们正是所谓“市场失灵”的表现。为维护自由公平的竞争，现代反垄断法应运而生，并以禁止非法限制竞争、维护自由公平竞争秩序和经济活力为基本使命。反垄断法注重维护宏观的经济秩序，防止市场竞争不足，与国家产业政策的制定和执行关系密切，旨在提升本国企业和整个经济的竞争力，是现代各国发展市场经济所不可缺少的，也被视为现代经济法的核心。我国社会主义市场经济既然存在着市场经济所共同具有的基本属性和要求，因而作为市场经济基本法律的反垄断法也为我国所必需。

第二，制定反垄断法是我国现实情况的迫切需要