

# 知识产权与市场势力的关系

## ——反垄断法的视角

赵 耀<sup>1</sup>, 吴玉岭<sup>2</sup>

(1. 东南大学 经济管理学院, 江苏 南京 210096; 2. 南京理工大学 知识产权学院, 江苏 南京 210094)

**摘 要:** 由于知识产权的大部分构成成本凝结并沉淀于研发活动, 传统的测试市场势力的指标对之失灵。知识产权本身虽不构成反垄断法意义上的市场势力, 却促进着产品的差异化, 从而有助于权利人市场势力的形成或强化。在评估知识产权产品的市场势力时, 不仅要界定产品市场和地域市场, 还要分析技术市场和发明市场。

**关键词:** 知识产权; 市场势力; 反垄断法; 相关市场

**中图分类号:** C93      **文献标识码:** A      **文章编号:** 1671-4970(2009)01-0071-04

知识产权是人们基于自己的智力活动创造的成果和经营管理活动中的经验、知识的结晶而依法享有的民事权利。市场势力是企业不顾及消费者的反映, 将价格定在边际成本之上, 即使减少产出, 竞争对手亦无法填补的一种能力。虽然知识产权不构成市场势力的充分条件, 但它影响着对权利人市场势力的界定, 特别是它会促进产品差异性, 从而推动权利人取得、维持与强化市场势力。降低市场势力对正常竞争的不利影响, 提高经济效益, 保护消费者福利, 是反垄断法的重要目标。因此, 反垄断法非常关注企业是否有着现实的市场势力, 或并购后是否有产生或加强市场势力的可能, 从而带来反竞争后果。《中华人民共和国反垄断法》以下简称《反垄断法》)第五十五条规定:“经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为, 不适用本法, 但是, 经营者滥用知识产权, 排除、限制竞争的行为, 适用本法。”初步建立起了以反垄断法规制知识产权滥用的制度框架。

### 一、知识产权本身不构成市场势力

市场势力的影响主要表现在两个方面: 一是对竞争对手的压制, 二是对交易对方的控制。其大小主要是由两方面来决定的, 一方面是需求弹性, 需求弹性越大, 那么企业能够对其他主体施加的控制力越小, 因为如果其附加的条件不合理, 交易对方可以选择其

他替代品<sup>①</sup>。如果需求弹性很小, 如天然气、自来水等, 交易对方没有选择的余地, 则供方就具有较强的市场势力来控制交易对方。另一方面是产品的供给, 如果产品提供者数量很多, 那么竞争对手的增多将减小对交易对手的控制能力, 因为此时对方很容易转向其他产品提供者。从企业的角度来看, 市场势力意味着更多的利润和更高的企业价值。而从社会福利的角度或者从政策制定者的角度来看, 则复杂得多。市场势力产生的最重要的效应就是利益从消费者转移到企业, 而反垄断法和竞争政策的目的恰恰就是在最大程度上保护消费者免受这种转移效应的损害。此外, 市场势力还意味着资源的无效率分配、生产无效率(由市场势力所导致的成本增加)及寻租(企业为了影响政策制定者而耗费的没有用于生产的资源)<sup>[1]</sup>。产业经济学测试市场势力的指标通常为勒纳指数(Lerner Index), 即  $(P - MC) / P$ , 其中  $P$  是企业利润最大化时的价格,  $MC$  是短期边际成本。当企业处于完全竞争状态时,  $P = MC$ , 勒纳指数为零。当企业利润最大化时的价格为边际成本的 2 倍时, 勒纳指数表现为 1/2。而当企业利润最大化价格是边际成本的 10 倍时, 勒纳指数呈现为 9/10。勒纳指数最高不超过 1, 即利润最大化价格无限高于边际成本。但该指标对知识产权并无用武之地, 因为知识产权构成成本的大部分早已“凝结”并“沉淀”于研发之中。研发资金一旦投入, 就与最终产品的数额乃至是否生产没有关联, 但出售知识产权时的边际成本却经常被限制在宣传与培训、谈判

收稿日期: 2008-11-03

作者简介: 赵耀(1969—), 男, 安徽蚌埠人, 博士研究生, 从事产业经济学研究。

① 替代品是指这样一类产品(服务), 它与被指控产品(服务)十分接近, 只要被控产品(服务)在价格上明显高出成本, 就会为它所取代。

磋商许可协议等,而这部分成本比起最初的研发投入显然是“九牛一毛”。通过对知识产权的保护,允许权利人索取较边际成本高些的价格,以弥补其最初投资,才是知识产权产品价格与成本发生偏离的真正原因。在产品包含知识产权因素的情况下,价格与成本之间出现较大的差距是正常的,价格显著高于边际成本并不必然说明权利人在相关市场手握市场势力。

知识产权人享有排除他人生产产品、使用同一表述与相同标志(标记、符号)的权利,但排他性不等于垄断。“知识产权人的排他权与其他私权形式的所有人享有的权利相似。同其他私权形式一样,知识产权的一些特定行为形式可能具有反竞争后果……知识产权既不受反垄断法的特别审查,也不受反垄断法的特别关注<sup>[2]</sup>。原则上《反垄断法》对知识产权与有形财产权并无二致。如专利权存续期间,他人不得复制、生产专利产品。但条条大道通罗马,非专利或其他专利方法可能生产出该专利产品的替代品,且在性能与价格上并不一定逊色,从而限制了该专利产品的销售。一项专利产品要获得成功,要达到垄断,只有该专利的排他权使相关市场失去充分的选择机会且消费者愿意支付高额的垄断价格。版权亦是如此,要在相关领域攫取市场势力,作品必须具有特别的价值、与相关作品有较大区别且消费者心甘情愿地“挨宰”。简言之,产品中包含有知识产权并不能保证产品在市场上获得成功,更不可能自动使其获取市场势力,更不要说是垄断权。

尽管绝大多数知识产权产品都有着密切的替代品,但知识产权又的确导致了知识产权产品的短缺,就如同允许权利人行使市场势力,将价格设在边际成本之上。有时,知识产权真的能赋予权利人以市场势力。但即便企业具有市场势力,它与反垄断也不一定相关,因为反垄断法关注的是滥用市场势力的行为而非市场势力状态。唯有掌握市场势力的企业从事了反竞争行为,才能与反垄断法发生关联。从长期看,发明带来的社会进步和对发明动机的保护,为防止权利人滥用权利,保持创新的动态市场,适用反垄断法提供了依据。

笼统地推定知识产权具有市场势力,而不细究具体市场环境、权利人有无反竞争行为及行为的影响力,是不适宜的,有悖于知识产权的立法宗旨。正确的理念应当是先假定知识产权不具有反垄断意义上的市场势力。美国最新的司法进展显示出这一趋势。在 Independent Ink 案中,被告 Trident 拥有打印机头的专利技术,也生产用于打印条形码的墨水。Trident 要求使用专利产品打印机头时,必须使用其非专利产品墨水。墨水销售商 Independent Ink 起诉这一

搭售安排,称这是专利生产商在市场上形成了垄断力量的表现。而法院则认为不能仅凭搭售产品包含专利就推定专利权人有着市场势力。“专利权并不必然能为搭售安排的专利权利人带来市场势力,原告有义务提供被告拥有搭售产品市场势力的证据<sup>[3]</sup>。

## 二、知识产权有助于市场势力的获取与维持

在完全竞争状态,任何企业都不具市场势力。企业不敢轻易将价格提高到边际成本以上,更不会减少产出。不论是微观经济的收益(如个体消费者的福利)还是整个宏观经济的运行,这种市场竞争的态势都是资源优质高效配置的表现。但完全竞争毕竟是种理想状态,在垄断竞争、寡头垄断、完全垄断等市场结构中一旦企业获得了市场势力,它就会将价格抬高到边际成本之上,或将市场上商品的总量减少至竞争性水平以下,坐收高额利润。消费者因此失去了在竞争状态下的选择权且必须接受质差价高的商品或服务。从经济视角看,知识产权制度阻碍了对特定作品与发明的自由销售,有助于知识产权权利人获取或维持市场势力,将其作品或专利的价格提高到再生产的边际成本之上。企业拥有市场势力开启了市场失败的大门,具有市场势力的企业以知识产权滥用为手段,获取或加强其垄断地位,排除、限制竞争,坐收高额利润,体现出与以往竞争不同的特点。

反垄断立法的宗旨是要阻却市场势力对竞争的不利影响,提高经济效益,保护消费者福利。为此,它既关注企业是否有着现实的市场势力,也审视并购后能否产生或增强市场势力。欧美各国在分析市场势力时,通常会先评估相关产品市场或地域市场并计算行为人的市场份额。我国《反垄断法》第十八条也规定在认定企业是否具有市场势力时,应当首先考虑该企业在相关市场的市场份额,以及相关市场的竞争状况。一般而言,企业的市场份额越大,其减少产出后的空白就越难为竞争对手所填补。这至少涉及4个方面:①买方寻找替代品的难易及费用;②在主导企业控制的地理区域,买方转向其他区域供应商的难易及费用;③市场准入障碍;④潜在竞争者的反应,即进入相关市场经营的费用。知识产权作为企业特别高新企业的竞争利器 and 战略资源,对界定企业是否拥有市场势力有着重大影响。受专利权制约,竞争者不大可能进入主导企业的经营范围,它对主导企业的减产、提价也只能望洋兴叹。商标、版权对消费者的吸引力特别是它们培养出来的消费者忠诚度,使很多消费者宁愿支付高价亦不“移情别恋”。这对竞争者特别是新进入者尤其困难。知识产权有助于权利人获取、增加与维持市场势力。

在评估企业的市场势力时,须综合考虑它所占有的知识产权的性质、数量以及其他经营者对这些知识产权的依赖程度等。

同时,知识产权还能有效地促进产品的差异性。产品差异性可使卖方处于与竞争者不同的市场,从而避免了同类产品的完全竞争。面对差异化的产品,消费者会产生消费偏好,从而使得差异化产品的价格有时超出边际成本。产品差异性大量存在,它明显降低了消费者的替代愿望或替代能力,使得价格常常高出边际成本。但仅凭差异性难以形成实质性市场势力。因为单纯从知识产权中无法直接推导出权利人拥有市场势力。相反,倒是从企业的市场势力可以推断出企业的市场地位,进而推定出企业可能拥有重要的知识产权及其他事宜(包括商品的替代问题、市场准入、竞争者的超额生产能力、消费者的成熟与买方力量等)。知识产权在评估企业的市场势力时,有时可充任一项重要因素,有时却相当不重要。如果一种或一系列知识产权能够实质性减少消费者的购买愿望,或使生产商因知识产权人的要价过高,希冀替代该知识产权而又无可奈何时,该知识产权就构成反垄断法意义上的市场势力。在美国,只要控制产品的一家或少数企业能够致使未来的产品价格明显(5%)而持续地上扬,即可视为具有市场势力。这一指标对我国制定反垄断指南有着积极的借鉴意义。

### 三、影响知识产权产品市场势力界定的相关因素

界定知识产权产品有无市场势力,既要关注如何确定当前的相关市场并划分产品市场与地域市场,也要考虑到技术市场与发明市场对知识产权产品市场所产生的潜在替代压力。

#### 1. 相关市场

除卡特尔外的所有反垄断案件,都要评估行为人有无市场势力。“一项技术和一个产品要发展,必须同市场结合起来,没有市场需求的推动就难以发展。”<sup>[4]</sup>而要评估市场势力,就须界定行为人所处的相关市场。《反垄断法》第十二条规定:“本法所称相关市场,是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务(以下统称商品)进行竞争的商品范围和地域范围。”这意味着相关市场有着产品与地域两个维度。相关市场是由与其他产品同时有着交叉需求弹性和交叉供应弹性的一组商品所组成,它包括相关产品市场和地域市场。相关产品市场是根据产品的性能、用途、价格,从消费者角度可以相互交换或替代的所有产品与服务。相关地域市场是指存在着有效竞争的地理范围。有时,即使相关市场外存在着

大量非常合适、有效的替代品,但由于替代品无法渗入这一领域,在相关市场内,产品照样以垄断价格出售。界定相关市场是评估行为人市场势力的前提,直接决定着其行为反竞争性的有无。相关市场的大小与消费者的主观感受也密切相关。人们对价格提升到竞争水平以上的容忍度各不相同,影响着各自对相关市场范围的判断。容忍度越低,相关市场的范围就越小,反之亦然。

与一般产品不同,知识产权产品的相关产品市场和地域市场主要取决于产品自身的特点。我们可以比较一下两种出版物——《红楼梦》(版权产品)与南京地图(普通产品)。在产品市场,评估《红楼梦》的市场势力时,要将其各种白话版本甚至于影视作品,有时乃至其他三大名著也囊括进去。只要这些作品在质量与风格上大致相同,从读者、观众视角能相互替代。从地域市场看,《红楼梦》至少应以大陆为一个市场,由于书价与分别使用繁、简体汉字及外文,港澳台和国外一般不应包含于内。而南京地图的产品市场可能只是印刷版本(如精装与平装)的差异,外加上电子版本,产品数量相对较少。就需求而言,基本上局限于南京及周边地区。供应方面,市场或许会大一些,当距离南京较远的印刷厂商如果得知该地图供应吃紧,可能会加紧印制并运抵南京。

如此看来,《红楼梦》无论在产品市场还是地域市场,都要比它所描述的小说发生地南京的地图大得多。对版权相关市场有影响力的,更多地表现为产品的特性、市场需求、供应的难易程度等。专利产品更是如此。一部有专利的复印机,可能在世界范围内生产、销售,与数以百计的其他品牌竞争。而一种特定用途的、易挥发的化学制品则不宜长途运输,可能只在当地或周边地区与其他产品“短兵相接”。运输条件限制或决定了其相关市场的狭小。知识产权产品的自身特性决定了其市场范围的大小。

#### 2. 技术市场与发明市场

##### (1) 技术市场

1) 技术市场与产品市场的关系。技术市场是发明行为的过程与产出的市场。“技术市场包含知识产权及其密切的替代品。这里的知识产权是被许可的技术,替代品是指(与被许可的知识产权)极其密切,足以限制相关被许可的知识产权市场势力行使的技术或产品。从知识产权产品运用知识产权的形式看,当知识产权分属不同的市场时,执法机构可根据技术市场去分析许可协议的竞争效果”<sup>[2]</sup>。界定技术市场前,首先应确定权利人是否可能以超竞争性价格销售知识产权。例如,有人拥有降低汽车能耗的一项专利技术,并希望以垄断性价格实施许可,但问题是:①该专利技术是否显著减少汽油的使用;②节能降耗的收

益与运用该技术的花费之比,是否足以让车主心动而接受该技术,③是否还有其他的节省能耗的方法,能基本达到该专利降耗的水平,在价格上又居优势。如果出现上述任何一种可能,专利权人就无法获取市场势力。因此,技术市场上市场势力的有无或大小,取决于具体的环境。

对知识产权产品市场势力的评估,因两个市场的并存——包含知识产权因素的产品市场和直接出售知识产权的技术市场,而更加复杂。以专利的一揽子许可为例,它要求被许可人同时购进专利权人的整套专利,而不是被许可人想要的个别专利。该行为通常被视为是专利权人阻止竞争对手进入市场的手段而具有反竞争性。其反竞争后果进而会阻碍相关技术市场新发明的产生。如果这一限制竞争的行为得逞,也将妨碍产品市场的竞争,从而引起反垄断问题。同时,一揽子许可还排斥了作为竞争对手的其他专利权人运用自己的发明。因为一揽子许可的专利中可能存在着竞争对手实施后续发明不可或缺的技术。这些行为都发生在技术市场。在这种情况下,评估反竞争后果须测试行为人在许可特定技术方面的市场势力,但不必测量专利产品的市场势力。因为专利权人可能只是许可、出售专利,而不涉及产品。

2) 竞争对手的供应能力对技术市场市场势力的抑制与不足。厂商减少供应、提高价格会招致竞争对手迅速扩大生产。比如,随着人们对生活品质的提高,对绿色产品的需求大增。以蚕丝被为例,厂商主要集中在苏浙闽蚕茧产地一带。如果苏浙两地的企业同谋将价格抬高至垄断水平,从理论上讲,闽商便可以乘机抢占市场。但问题是,闽商面临着蚕茧存量、厂房、机械、技术人员、企业与品牌知名度等方面的制约,要让消费者迅速转向选择闽商的产品,还需要一个周期。若不考虑这些因素,一家企业的市场势力会不同程度受到竞争对手扩张潜能与意图的遏制。但知识产权可无限复制的独特属性,决定了知识产权产品与传统产业不同,并不受这些因素的困扰。如果有3种生产果汁的专利分别为3人拥有,其中两人企图联手提高许可的价格,第三方就会立即作出反应,积极与果汁生产商联系,迅速达成并实施许可协议。但第三方的行为也受着其他条件的约束。一是契约能力。它是不是与其他企业签订有独占许可协议?如果是,它对价格共谋只能作壁上观,被迫放弃扩张意图。二是即便它有契约能力,可以不受限制地进行技术许可,但技术本身需要在硬件上作较大的投入。这也妨碍被许可人的转向,从而影响第三人技术的运用和推广<sup>[5]</sup>。

## (2) 发明市场

技术市场是发明成果的市场,而发明市场则是

以发明为导向进行研究与开发的市场,包括为特定新的或改进的产品或过程及密切的替代品而进行研究和开发的市场。要界定相关发明市场,首先须确定有多少企业从事能够影响下游产品或技术市场的相同或重叠研究,如果其中的企业合并或组成卡特尔,是否会阻碍发明的产出,导致发明的价格走高。总的说来,发明市场的界定在原则上与产品市场并无差别。一般情况下,发明市场较传统产品市场限制产出、提高价格的几率少,因为发明技能很大程度上是人力资本或熟练雇员的“杰作”,而不像传统产品市场那样靠生产线就能自动生成。

发明市场与产品市场存在明显区别。发明行为往往面临着极大的不确定性,发明市场上企业实施的限制竞争行为,即不予发明或延缓发明协议,结果很难确定。一方面,任何发明都是有风险的,即使通力协作,也难保发明顺利进行并取得成效。另一方面,如果这类协议得以维持,便不会有发明的产生,其影响就难以评估。如20世纪70年代,福特等汽车公司与石油商联手扼制新型环保汽车,使这类汽车未能面世,很难评估它对当时汽车市场的冲击。

## 四、结 语

知识产权作为在一定时空条件下的合法垄断,一般并不能让权利人获得市场势力,它同样面临着市场竞争的挑战。但知识产权会促进产品的差异性,而产品差异性会有助于市场势力的形成和巩固。因此,在评估行使知识产权的行为是否限制、排除了竞争,进而进入反垄断法的调整范围时,应将知识产权与其他财产权利同样对待。某一知识产权是否具有市场势力,一般应从可供选择的技术范围来推断,反垄断执法机构应依据合理原则进行具体分析。同时,在评估知识产权产品的市场势力时,既要界定产品市场、地域市场,还要分析技术市场和发明市场。

## 参考文献:

- [1] 刘易斯·卡布罗. 产业组织导论[M]. 胡汉辉, 赵震翔, 译. 北京: 人民邮电出版社, 2002: 6-10.
- [2] U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. antitrust guidelines for the licensing of intellectual property [EB/OL]. [2009-01-14]. <http://www.usdoj.gov/art/public/guidelines/0558.html>.
- [3] U.S. Supreme Court Center. Illinois Tool Works Inc. Independent Ink, Inc. [DB/OL]. [2009-01-14]. <http://supreme.justia.com/us/547/04-1329/opinion.html>.
- [4] 江泽民. 论科学技术[M]. 北京: 中央文献出版社, 2001: 125.
- [5] 李秋容. 虚拟企业战略中的知识产权保护[J]. 河海大学学报. 哲学社会科学版, 2005, (1): 23-26.