

知识产权反垄断中的相关市场界定研究

郜翔^{1,2}

(1. 东北财经大学产业组织与企业组织研究中心, 辽宁大连 116023;
2. 河南师范大学经济与管理学院, 河南新乡 453007)

摘要: 知识产权领域的相关市场包括3个方面的内容: 产品市场、技术市场以及创新市场。在知识产权反垄断执法中首先要根据涉案的标的物来进行相应层次的相关市场界定。界定的主要方法有替代分析法、弹性分析法以及SSNIP测试法。

关键词: 知识产权; 反垄断; 相关市场界定

DOI: 10.3969/j.issn.1001-7348.2011.15.022

中图分类号: D923.4

文献标识码: A

文章编号: 1001-7348(2011)15-0098-04

0 引言

相关市场界定是反垄断执法的一个重要前提,任何类型竞争分析的出发点都是“相关市场”的界定。只有界定了相关市场,才能明确企业产品或服务的竞争范围,进而确认企业所采取的各种行为是否排除、限制了竞争效果,违反了反垄断法。相关市场界定的准确与否会直接影响到反垄断案件的最终判定结果,因而其重要性在反垄断执法中不言而喻。2009年5月24日,《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》(以下简称《指南》)发布,该《指南》对相关市场进行了定义,提出了界定相关市场的基本依据和一般方法。这意味着我国自《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)实施以来,界定相关市场这一工作有了正式的依据和指导。反垄断委员会在以后的案件审理过程中,将紧紧依据《指南》来完成对涉案企业产品的相关市场界定,据此展开分析调查并做出判决。《指南》虽然提供了一个适用于所有产品和服务的相关市场界定的分析框架,但在具体的实践中,还应根据涉案产品和服务的特点来进行调整,以便能更加准确地界定相关市场。

知识产权在一定程度上是权利人被赋予的法定垄断权利,其有助于保障权利人的利益,但不可否认的是,知识产权被滥用导致竞争行为被限制的情况也大量存在。反垄断法同样适用于知识产权领域。我们在知识产权领域的反垄断执法中也要首先进行相关市场

的界定,当然,此时的相关市场界定要紧紧联系知识产权本身的特点。

1 知识产权领域相关市场的纵向性

在知识产权的许可中,可能会有限制性的规定,它会对作为其权利标的的产品或技术的竞争产生影响,在研究开发情况下,会影响新的产品、服务、技术开发方面的竞争。美国司法部和联邦贸易委员会于1995年颁布的《知识产权许可反托拉斯指南》中,知识产权领域的相关市场包括3方面的内容:产品市场、技术市场以及创新市场,这3个市场是纵向排列的,创新催生出专利技术,应用专利技术可以生产出产品。

知识产权领域的产品市场基本等同于《反垄断法》中一般意义上的商品市场。技术市场包括被许可的知识产权及其近似替代物,后者是指足够近似的替代技术或产品。创新市场包括针对某一特殊新型或改进的产品或方法的研究和开发,以及该研究和开发的相近替代品。

在知识产权反垄断案件中,如果涉案产品是享用知识产权的专利技术本身,则首先要界定相关技术市场;如果涉案产品是运用这些技术生产的产品,则相关市场是产品市场。但在更多情况下,一项技术许可协议会对相关技术、产品市场的竞争同时产生影响。

2 知识产权领域相关市场界定的维度

通常情况下,界定一个相关市场需要考虑两个维度:一是相关产品市场,即根据商品的特性、用途及价

收稿日期:2011-03-14

基金项目:河南师范大学新引进人才科研启动费支持课题(052122)

作者简介:郜翔(1978—),男,河南焦作人,东北财经大学产业组织与企业组织研究中心博士研究生,河南师范大学经济与管理学院讲师,研究方向为产业组织理论与竞争政策。

格等因素,由需求者认为具有较为紧密替代关系的一组或一类商品所构成的市场。这在事实上是为了确定被告与哪些企业存在竞争关系^[1];二是相关地域市场,即需求者获取具有较为紧密替代关系的商品的地理区域^[1]。也即是说,在这个地域范围内,相关的产品或者服务存在着竞争,并且竞争条件应该是一致的。

在涉及知识产权的反垄断案件中,我们在界定相关市场时也是从上面两个维度出发来展开分析和调查的。但由于知识产权的相关市场不同于一般产品的相关市场,它包括产品市场、技术市场、创新市场 3 方面的内容。这 3 个纵向排列的市场的标的涉及到应用专利技术生产的产品、专利技术本身以及专利技术成型之前的研究与开发。因而知识产权领域的相关市场界定的维度,要根据不同的标的物来分别对待。

2.1 产品市场

知识产权许可协议中的限制性条款,可能会影响使用该知识产权所生产的最终或中间产品市场上的竞争,以及用该中间产品生产的最终产品市场上的竞争。后一种情况下,知识产权许可不仅会对最终产品市场产生影响,而且还会对上游市场产生影响。由于权利以产品为载体,因而相关市场的范围就是该产品的市场范围。

此类产品的相关市场界定本质上与一般商品并无二致,其也需考虑相关产品市场和地域市场两个维度。

2.2 技术市场

如果交易的商品是专利技术本身,而不是利用专利技术制造出来的产品,那么就形成了技术市场。专利技术的相关市场界定也要考虑两个维度:产品市场和地域市场。当然,这里的产品指的就是技术本身。至于专利技术的相关地域市场,与一般产品的相关地域市场略有差异。专利技术不像有形的商品一样,它以文档、数据、程序、配方等形式存在,它的传输基本上不需要成本。同时,一项专利技术在一国范围内是不具有地域性的。只有从世界范围来看,这种地域性才会表现出来。因此,在一国范围内,技术的相关地域市场可以不予考虑,只有在涉及到国家之间的案件时,才会把专利技术的地域性纳入其中。

2.3 创新市场

如果一个许可协议不易通过它对现有的产品或者技术的影响进行评估,美国司法部和联邦贸易委员会就可能通过它对相关创新市场的影响来进行评估。为了开发新的产品、技术或改进产品与技术而订立知识产权许可协议,则该协议可能会对产品与技术创新市场上的竞争产生影响。要分析这一影响的效果,也需要界定相关市场,但由于它可能影响的是一项尚不存在的技术或产品,因而创新市场的范围无法通过产品或技术的界定而得以明确。“创新市场包括特殊新型或改进型货物或方法的研发和该研发的近似替代物。

此近似替代物是指对相关研发的市场支配力的使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阻止研发步伐的能力和积极性。只有在从事相关研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”^[2]。

创新市场这一概念的提出,说明美国反托拉斯执法机构可能会以一个许可协议损害创新市场为由,对其进行质疑和审查。然而有学者认为,创新市场是不明智的提法,它是以企业的创新潜力来说明企业的市场竞争力。因为创新存在着风险、不确定性和固有的不可预期性,创新市场就是一个不确定的概念,以致人们有可能把当前一个不确定、无损害的行为描述为今后确定和危险的行为^[3]。也许是因为创新市场的不确定性和对协议当事人的不可预期性,欧共体委员会 2004 年 4 月发布的《技术转让协议适用条约第 81 条第 3 款的第 772/2004 号条例》(以下简称《欧共体第 772 号条例》)没有引入这个概念,而只是提出了相关产品市场和相关技术市场的概念。

鉴于美国和欧盟没有过多的关于知识产权创新市场的反垄断案例供我们参考,根据我国目前的情况,创新市场这一概念可以被暂时搁置,等以后条件成熟时再以补充条例的形式加以完善。

此外,知识产权反垄断案件中涉案的产品或技术由于涉及到知识产权的保护期限问题,因此在进行相关市场界定时必须考虑时间因素。但由于时间因素可以作为知识产权产品和技术的特性而融入相关产品市场或相关技术市场的界定之中,因此不必作为一个单独的维度(即相关时间市场)来对待。

3 知识产权领域相关市场界定的方法

虽然相关市场的界定要考虑两个维度:产品市场和地域市场,但其界定方法却基本一致。《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》提出了界定相关市场的基本依据——替代性分析,认为在反垄断执法实践中,相关市场范围的大小主要取决于商品(地域)的可替代程度^[1]。在具体的反垄断案件中,可以根据实际情况,采用不同的市场界定方法。

3.1 替代分析法

替代分析法主要包括两方面的内容:一个是需求替代分析,另一个是供给替代分析。所谓需求替代性,指的是从需求者的角度来看,不同产品之间由于具有相同或相似的功能、特性,可以满足自己的同样需要,因而是可以互换的。其中,决定性的因素是需求者的看法。这里讲的替代性指的是“近似替代性”,即可替代的产品必须具有相同或相似的特性、能够满足相同或相似的需求,而不是那种因为某种产品价格变化而影响到需求者在其它产品市场购买能力的、任意产品都可以相互替代的“总体替代性”。

需求替代分析是从需求的层面来看产品的替代性,但在一些情况下,也必须考察产品的供给替代性,也即站在供给者的角度来看,有哪些潜在竞争可以转化为现实的竞争。所谓供给替代性,是指原来不生产某种产品的生产者,能够在短期内转向该产品的生产和销售,而无需发生大量的额外成本和风险。

在知识产权反垄断案件中,如果涉案产品是专利技术,则其相关市场的范围包括被许可技术以及可用做替代技术的近似技术。这些专利技术的替代性体现在应用这些技术可以生产出同一产品,或者可以生产出具有同一功能的产品。例如,A企业拥有一种生产 α 产品的专利技术,而B企业拥有另一种生产 α 产品的专利技术,则这两种技术相互竞争,构成相关技术市场。此外,如果市场上还存在着另一种产品 β ,它和产品 α 具有相同或相似的功能,那么生产 β 产品的技术也会对知识产权人滥用市场势力构成限制,因而也应被包含在同一相关技术市场之内。

使用需求替代分析法进行相关市场界定时,必须考虑一些重要的因素。界定相关产品市场时,需考虑以下因素:

3.1.1 产品的特性和用途

通常,如果两个产品的物理性能差别很大,以至于实际上不具有相同的目的或用途,那么它们就不能被视为可以相互替代的产品。当然,这一因素并非是认定同一相关产品市场的充分必要条件。在少数情况下,即使产品物理特性上有差异,也未必不具有替代性,归根结底,最终的市场是要由需求者来决定的。

3.1.2 产品的价格

如果两种产品在价格上有相当大的差异,那么即使它们具有相同的特性和用途,但由于价格悬殊,也不应被视为属同一相关产品市场。但是,按照产品的绝对价格来区分产品市场,有时也会出现明显的错误,因为有些产品价格的差异常常在事实上反映了产品具有不同的质量。欧共体委员会认为,决定性的因素不是绝对的价格差异,而是一种产品的价格变化是否对另一种产品产生了竞争性的影响。如果同一市场上的两种产品是相互可替代的,一种产品的价格变化势必会影响另一种产品的价格,因此查明这两种产品的价格在以往的变动情况,可以确定它们可以相互替代的程度。这里主要涉及到可替代产品价格水平的相似性和趋同性^[4]。“要考察两种产品价格变动的关联性。如果两个变动之间有很强的关联性,且没有明显的时滞,那么这就是两种产品属于同一市场的绝对证据。从这种相关性可以推知,这两种产品是如此接近的替代品,以至于它们的价格不会有显著的差别”^[5]。

3.1.3 时间

由于知识产权只能在一定时间内受到保护,因此,在界定知识产权产品市场时,时间是一个不容忽视的重要因素。在知识产权许可中,所谓技术市场的存在,

以该知识产权的有效期限为限,一旦有效期满,技术进入公有领域,就不再构成技术市场。

3.1.4 消费者的偏好

消费者的偏好是影响消费者需求的主观因素。即使两种产品在客观上具有一定程度的可替代性,但由于消费者对其中某种产品具有强烈偏好,因而应认定其分属不同的市场。

3.1.5 市场进入障碍

市场进入障碍是在进行供给替代分析时要着重考虑的因素。必须强调的是,只有在供应商无须进行大量额外投资,并且时间上不会有重大迟延的情况下,才能认定其具有供给替代性。因此,进入障碍的高低就成为判定是否具有供给替代性的关键。如果市场障碍较高,转产并不容易,或要经过相当长的时间间隔才能进行,则可认定不具有可替代性。市场进入障碍主要包括以下几种:资本障碍、规模经济障碍、法律障碍、政策障碍、绝对成本优势障碍等。

以上是界定相关产品市场时需考虑的一些因素。在运用替代分析法界定相关地域市场时,同样要考虑一些因素。这些因素包括:运输成本、产品价格、产品特性、消费者偏好以及市场进入障碍等。

替代分析法的不足之处在于所谓的替代性产品有时很难划分。如果相关市场内的产品只是涉案产品的遥远的替代品,那么把它们包括在内就降低了涉案产品的市场集中度,弱化了企业的市场势力;相反,如果误把一些涉案产品的可替代品排除在相关市场之外,则涉案产品的市场集中度就会加强。

3.2 弹性分析法

与相关市场界定有关的弹性分析法主要有两个:一个是需求价格弹性,另一个是需求交叉价格弹性^[6]。

3.2.1 需求价格弹性

需求价格弹性是测度一种产品的需求量对该产品的价格变动的敏感程度,也就是产品价格变动百分之一所引起的该产品需求量变动的百分比,即:需求价格弹性=需求量变动百分比/价格变动百分比。

当一种产品的需求价格弹性大于1时,我们称这种产品的需求是富有弹性的;反之,就是缺乏弹性。如果一种产品的需求富有弹性,则说明这种产品有替代品,且弹性越大替代性越强;相反,如果产品的需求缺乏弹性,则说明替代性差;极端的情况,如果弹性为零,则说明该产品没有替代品。因此在界定相关市场时,可以通过产品的需求价格弹性,来判断其替代品的多少。但由于这种弹性的计算只涉及一种商品,因此只能判定其是否有替代品,而不能说明其替代品为何物。

3.2.2 需求交叉价格弹性

需求交叉价格弹性测度的是一种产品的需求量对另一种产品价格变动的敏感程度,也就是一种产品价格变动百分之一所引起的另一种产品需求量变动的百

分比,即需求交叉价格弹性=产品 1 需求量变动百分比/产品 2 价格变动百分比。

需求交叉价格弹性有正负之分。为正则表示两种产品具有替代性,为负则表示两种产品具有互补性,为零则表示两种产品无关。需求交叉价格弹性越大,那么两种产品的可替代程度越强,可以被认定属于同一相关市场。

运用需求交叉价格弹性来界定相关市场也存在着一些缺陷。①需求交叉价格弹性并不能精确地指出究竟需求交叉价格弹性要达到哪一点,才可以认定两种产品属于同一相关市场;②以现行价格计算的需求交叉价格弹性会导致错误结论。如果现行价格是涉案企业通过行使市场势力而形成的高于竞争价格的价格,那么以此现行价格来计算需求交叉弹性就会导致非理想的替代品与涉案产品之间较大的交叉弹性,从而认定这些产品与涉案产品属于同一个相关市场。这实际上不当地扩大了相关市场的范围,进而低估了涉案企业的市场势力。这被称为“玻璃纸谬误”(cellophane fallacy);③产品 A 价格的小幅增长可能导致相当多的消费者转而消费产品 B,从而使得产品 A 的生产商无利可图,然而反过来未必是正确的。需求交叉价格弹性分析仅仅关注了单个替代品竞争的重要性而不是所有替代品的竞争;④这种检验方法涉及到复杂、苛刻的数据要求,从而不具有应用的可能性。

3.2.3 SSNIP 测试法

SSNIP 测试法 (small but significant not-transitory increase in price) 又被称为“假定的垄断者测试”(the hypothetical monopolist test),是界定相关市场的一种方法。该方法在 1982 年的《美国司法部和联邦贸易委员会横向合并指南》中被提出之后,历经 1984 年和 1992 年的两次修订才得以完善。1997 年,欧共体委员会发布的《关于界定欧共体竞争法意义上的相关市场的委员会通告》也采用了 SSNIP 方法来对相关市场进行界定。SSNIP 测试法已经成为各国反垄断司法实践中相关市场界定最常用的方法。

SSNIP 测试法试图寻求一个最小市场,在这个市场上假定的垄断者可以使产品价格有一个小的但重要的非短期的增长,并检测这个垄断者是否可以在至少一个最小市场的时间内使价格的增长维持在 5%。SSNIP 测试是一个反复的测试过程,一般分为以下几个步骤:

(1)确定最小市场。最小市场的确定是 SSNIP 测试的起点,这个最小市场在接下来的分析中将可能会被不断地加入可替代产品和其它地域范围而扩大。最小市场基本上是由涉案产品本身和与其具有明显强替代关系的产品构成。例如,欧共体法院 1996 年在码吉尔 (Magill) 一案的判决中就指出,在爱尔兰每周电视节目预告的市场上,只有原告 RTE、ITV 和 BBC 3 家经营电视广播业务的电视台,这个市场即构成了最小市场。

(2)划分替代产品的范围。假定最小市场中的一

种产品或一组产品是垄断者,当其价格有一个 5%~10% 的非短期提高后,观察垄断者是否还有利可图。如果垄断者依然有利可图,那么第一步所确定的最小市场就可以被认定为相关市场;如果垄断者无利可图,那么说明需求者在现有产品涨价后转而消费该产品(或产品组)的替代品或其它企业在另外区域的产品。因此,相关市场的界定过窄,还应包括次优的替代品和地理区域,放宽市场的范围。

(3)确定相关市场。重复第二步,直到垄断者可以从 5% 的价格上涨中获利,则此时的市场可以被认定为相关市场。

SSNIP 测试法是一种通用的相关市场界定方法,它同样适用于知识产权领域。以技术市场为例,《美国知识产权许可的反托拉斯指南》指出:“为了确认技术的近似替代品,并得以界定相关技术市场,主管机关应该在数据允许的情况下,确认最小一组的技术和货物,那些技术和货物的假想垄断者能够在这些技术和货物上行使市场支配力,如可以施加较小的、但重大的非临时性提价。”^[2] 由于“技术的许可方式常常无法直接用货币来量化”^[2],因而“主管机构要通过确认购买者基于成本比较替代,使用了被许可技术的技术和货物的其它技术和货物,来界定相关市场”^[2]。

SSNIP 作为一种量化的测试标准,它的客观性程度相对比较高,但是,也并不是完美无暇的,它在具体适用上也存在着一些不足。

(1)SSNIP 测试是建立在在对剩余需求曲线弹性进行测算的基础之上的,因此也可以被看作是一种需求弹性方法。在测试过程中,也会因为采用现行价格而带来“玻璃纸谬误”。

(2)在 SSNIP 测试过程中,每增加一种替代产品或地理区域时,都要对利润的最大化水平进行比较,这就要求对产品的成本数据进行正确预测和计算。由于取得准确数据比较困难,利润水平的计算也并不十分可信。

4 结语

《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》为我国反垄断法实施中相关市场界定这一重要环节和基础工作提供了理论依据和方法指导,它所阐述的理论与方法同样适用于知识产权领域的反垄断。但由于知识产权不同于一般商品,因而在知识产权领域进行相关市场界定时,必须依据知识产权的特性以及具体案件,采用适合的市场界定方法来进行界定。

参考文献:

- [1] 国务院反垄断委员会. 国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南[EB/OL]. [2009-07-07]. http://www.gov.cn/zwhd/2009-07/07/content_1355288.htm.