

# 专利恶意诉讼的反垄断法规制框架

聂鑫

(南京理工大学知识产权学院, 江苏 南京 210094)

**摘要:** 专利恶意诉讼的反垄断法规制旨在寻求当事人诉权保障与公平竞争秩序维护之间的平衡, 以弥补侵权法规制的局限。文章通过对美国经验的考察, 发现专利恶意诉讼反垄断法规制框架的构建包括两个层面: 其一, 确立专利恶意诉讼的反垄断法规范型理念类型及识别方法; 其二, 结合反垄断法禁止滥用市场支配地位行为的一般框架和思路, 进行专利恶意诉讼的“个性”考量。我国应在现有反垄断法基本框架下, 将欺诈型诉讼以及无合理根据型诉讼确立为规范型理念类型, 并在相关市场界定层面, 综合分析专利技术的技术市场和创新市场; 在市场支配地位认定层面, 则应突破市场份额理论的传统思维, 重点考察行为人的市场份额控制能力, 以建立专利恶意诉讼反垄断法禁止判定规则。

**关键词:** 专利恶意诉讼; 反垄断法; 相关市场; 市场支配地位

**中图分类号:** DF523      **文献标识码:** A      **文章编号:** 1009-0150(2019)03-0107-15

## 一、前言

专利诉讼是专利权人维护自身合法权益的重要救济手段, 亦是专利法实现制度目标的重要程序保障。<sup>①</sup>然而, 却有行为人基于非法目的, 利用专利诉讼, 获取非法利益。专利恶意诉讼的危害极大, 不仅有损他人的合法权益, 而且还会严重浪费司法资源, 有损司法权威。<sup>②</sup>我国自2006年司法确认专利恶意诉讼第一案<sup>③</sup>以来, 近年来, 陆续涌现出多起专利恶意诉讼案例。<sup>④</sup>专

收稿日期: 2019-02-11

基金项目: 江苏省社会科学基金项目(16FXC002); 教育部人文社会科学研究青年基金项目(17YJC820040); 中央高校基本科研业务项目(30917013124、30918014114)。

作者简介: 聂鑫(1983—), 女, 湖南邵阳人, 南京理工大学知识产权学院副教授、江苏省知识产权发展研究中心研究员、江苏省版权研究中心研究员、硕士生导师。

<sup>①</sup>专利法的制度目标在于通过向创新者授予有限期限的“合法垄断”以换取其对新设计或技术内容的披露, 从而将更多新的设计和技术推向公共领域(public domain), 提升社会整体的创新水平, 而诉讼是保证专利权的强制执行性、维护专利权人“合法垄断”地位的重要手段。See Peter D. Rosenberg, Patent Law Fundamentals. Eagan: West Group, 1999: 2A-23.

<sup>②</sup>专利恶意诉讼背后隐藏着非法目的, 如果受到法院的生效判决确认, 受害人基于诉讼的强制性往往无从抗拒, 致使合法利益受损; 法院会投入人力、物力、财力等司法资源到每一个案件中, 浪费本就稀缺的司法资源; 行为人将诉讼作为实现非法目的的工具, 也会导致社会公众对司法权威产生质疑。参见蔡虹:《恶意诉讼: 修改后民事诉讼法着意规制》, 载《法制日报》, 2012年10月22日版。

<sup>③</sup>2006年由南京市中级人民法院审结的通发气动阀门执行器厂诉袁利中损害赔偿案被视为我国专利恶意诉讼第一案, 南京市中级人民法院(2003)宁民初字第188号。

<sup>④</sup>如北京明日电器设备有限责任公司诉维纳尔(北京)电气系统有限公司损害赔偿纠纷案件, 北京市第二中级人民法院(2007)二中民初字第15445号; 北京市高级人民法院(2008)高民终字第163号; 永安市恒盛合金钢铸造有限公司诉福建多棱钢业集团有限公司损害责任纠纷案, 福州市中级人民法院(2013)榕初字第823号; 福建省高级人民法院(2014)闽民终字第236号; 北京远东水泥制品有限责任公司诉北京四方如钢混凝土制品有限公司损害责任纠纷案, 北京知识产权法院(2015)京知民初字第1446号; 约翰迪尔(中国)投资有限公司诉赵国辉、约翰迪尔(丹东)石油化工有限公司损害责任纠纷案, 北京知识产权法院(2017)京73民初121号。

利恶意诉讼问题也逐渐引起了我国相关立法的关注和回应:2011年,最高人民法院修改《民事案由规定》时,将“因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷”单列为一项独立的民事案由。2012年的《民事诉讼法》修法中新增第112条,首次对恶意诉讼设置了专门性的程序规制。<sup>①</sup>从目前我国司法实践中对专利恶意诉讼的法律规制进路来看,主要是将专利恶意诉讼视为侵权行为的一种类型,立足于侵权责任法的分析框架,适用侵权责任构成的“四要件”,判定是否让专利恶意诉讼的行为人承担侵权责任。<sup>②</sup>我国通过现有侵权责任法规制路径的选择和适用,虽然能在个案中让专利恶意诉讼的受害人实际产生的侵权损失得到补偿,但是基于侵权赔偿责任承担具有明显的补偿性特征,行为人仅需要以赔偿受害人实际损失等额的数额为代价就可以换得潜在的市场竞争利益,且基于诉讼的高成本性、判决的不测性等因素,恶意诉讼被成功追诉的概率较低。通过侵权责任法规制专利恶意诉讼行为对专利恶意诉讼的行为人并没有形成显著的威慑作用,以致规制专利恶意诉讼的效用十分有限。侵权责任法规制专利恶意诉讼存在的局限性让我们将目光投向域外,由于专利恶意诉讼的行为人是以排除或限制竞争为目的而提起专利侵权诉讼,使得专利恶意诉讼不仅会损害竞争对手合法利益,并且还会破坏竞争秩序<sup>③</sup>,因此,很多国家均将专利恶意诉讼作为反垄断法的审查和规制对象,如美国作为最早制定反垄断法的国家之一,在早期的司法实践中较早验证了专利恶意诉讼反垄断规制路径的可行性,并在司法实践中积累了丰富的规制经验。<sup>④</sup>

然而,略感遗憾的是目前国内学界虽然已经关注到专利恶意诉讼的法律规制问题,但是既有研究大多从侵权责任法、程序法或者专利法的角度展开,而从反垄断法视角详细探讨专利恶意诉讼规制的论述并不多见,缺少对域外反垄断规制立法和司法实践经验的全面介绍和解读,尤其缺少结合本土样本素材,对专利恶意诉讼的反垄断规制框架或制度建构问题的研究。<sup>⑤</sup>由于专利恶意诉讼可能涉及多种类型权利或法益的侵犯,跨越多个法律部门的规制边界<sup>⑥</sup>,对于专利恶意诉讼行为的有效规制,需要从制度上建构全方位、多向度的法律规制制度体系,为专利恶意诉讼实施对象提供多样的权利救济路径选择,而目前我国理论和实践中对于侵权责任法规制路径的依赖,并不利于有效遏制现实中不断出现的专利恶意诉讼问题,因此,以反垄断法为视角探讨专利恶意诉讼的法律规制问题,当前在我国具有重要的理论和实务诉求,特别是

①我国《民事诉讼法》第112条规定:“当事人之间恶意串通,企图通过诉讼、调解等方式侵害他人合法权益的,人民法院应当驳回其请求,并根据情节轻重予以罚款、拘留;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”

②如北京知识产权法院在远东水泥公司诉四方如钢公司因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷案中认为:某种具体诉讼行为构成专利恶意诉讼,承担民事责任,需满足:违法行为、主观恶意、损害事实、因果关系四方面的要件。参见杜长辉、陈勇:《恶意提起专利侵权诉讼的构成要件和判定路径——评远东水泥公司诉四方如钢公司因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷案》, <http://www.nipso.cn/oneNews.asp?id=29830>, 2018年10月9日最后访问。

③聂鑫:《专利恶意诉讼的认定及其法律规制》,载《知识产权》2015年第5期。

④美国具有标志意义的Walker Process案、Handgards案中,专利恶意诉讼的受害人都是在反托拉斯法的制度框架内实现了权利救济。See Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp., 382 U.S. 172(1965); Handgards Inc. v. Ethicon, Inc., 601 F. 2d 986(the Cir.1979).

⑤笔者于2019年2月28日,在中国知网以“专利恶意诉讼”与“知识产权恶意诉讼”为主题词,对现有包括期刊、会议资料、报纸新闻、硕博学位论文在内的文献检索到共计36篇,其中在CSSCI发表的期刊论文仅有3篇,较有代表性的论文包括:聂鑫:《专利恶意诉讼的认定及其法律规制》,载《知识产权》2015年第5期;李浩成:《知识产权恶意诉讼的防控机制研究》,载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2012年第3期;王活涛、郑友德:《专利恶意诉讼及其法律应对》,载《知识产权》2009年第9期;马云鹏:《专利恶意诉讼及其司法应对》,载《知识产权》2018年第10期;李晓秋:《未决之命题:规制专利恶意诉讼的“路”与“困”——兼评新〈专利法〉第23条、第62条》,载《学术论坛》2012年第2期;卞辉:《知识产权恶意诉讼的程序法应对》,载《电子知识产权》2009年第10期。

⑥专利恶意诉讼行为在我国可能涉及对《民法通则》第106条第2款、《民法总则》第7条、《专利法》第47条第2款、《侵权责任法》第6条第1款、《民事诉讼法》第112条、《反垄断法》第17条的违反,需承担民事责任,甚至刑事责任。

在我国目前正加紧完善反垄断立法,集中制定包括《关于滥用知识产权的反垄断指南》在内配套指南的背景下,意义尤为突出。

鉴于此,为回应以上现实和理论诉求,本文首先以侵权责任法规制专利恶意诉讼的局限作为切入点,探讨专利恶意诉讼对竞争秩序的损害问题,揭示反垄断法规制专利恶意诉讼的基础和价值,并以美国的规制经验作为借鉴,从竞争秩序维护与诉讼权利保障两种价值的平衡,讨论反垄断规制专利恶意诉讼的应然边界和限度。其次,基于功能主义的比较观<sup>①</sup>,以美国反垄断立法和司法规制经验作为借鉴,并结合我国立法以及典型司法判例,分别从反垄断法规范意义上的专利恶意诉讼类型识别,以及反垄断法禁止框架下专利恶意诉讼规制的分析方法和规则适用两方面讨论专利恶意诉讼反垄断法规制框架的建构,以通过借鉴和吸收国外丰富的专利恶意诉讼反垄断规制思路以及规则适用经验,裨益于我国反垄断立法完善以及司法实践。在此过程中,本文可能的创新之处主要有以下三方面:一是不同于既有研究主要选取侵权责任法、程序法或者专利法作为研究视角,本文聚焦国内外典型判例和立法,力图在反垄断法框架内探寻规制专利恶意诉讼的方案。二是对国内外专利恶意诉讼典型案例和立法进行实证分析,确保研究的最终成果能够客观体现该领域的最新发展趋向并契合实务需求。三是立足我国立法和样本素材,从确立规范类型和建构分析方法、规则两方面,为我国建构专利恶意诉讼反垄断规制框架提供方案参考。

## 二、作为反垄断问题的专利恶意诉讼

### (一)专利恶意诉讼对竞争秩序的损害

如上文所述,目前我国主要是利用侵权责任法的框架规制专利恶意诉讼行为,这一规制进路忽略了一个显性事实,即专利恶意诉讼所造成的损害,不仅体现为侵权损害,同时还可表现为对竞争秩序的损害。排除或限制竞争是行为人实施专利恶意诉讼行为动机的主要内容,在以排除或限制竞争动机作用下的专利恶意诉讼行为不仅会给被诉方(竞争对手)的合法竞争利益造成损害,基于专利诉讼结果的不确定性,被诉方的交易相对人(上下游经营者),可能会因害怕预期利益的受损而放弃与被诉方的交易。交易相对人在交易中投入的搜索成本、谈判成本、甚至前期的投资成本均可能付之东流,因此,其利益也可能会基于专利恶意诉讼损害的“涟漪效应”而受到波及。此外,专利恶意诉讼不仅会因排除或限制竞争对手的竞争,损害个体利益;以私人成本形式存在,还会造成市场竞争秩序的破坏,消费者利益的受损;而以社会成本形式存在,特别是当专利恶意诉讼行为人拥有市场支配地位的市场力量时,该行为产生的社会成本会更大。以侵权责任法作为规制进路,虽然能回复专利恶意诉讼带来的侵权损害,但是难以“填平”其所导致的竞争损害。其原因有二:一是受传统“诉的利益”理论的影响之下,民事诉讼制度将原告资格限定为“直接利害关系人”,即只有与案件具有直接利害关系的公民、法人或其他组织才有资格提起诉讼,因此,基于原告资格在侵权责任法框架内具有的局限性,交易相对人、消费者作为间接利害关系人一般没有主张自己损害救济的诉讼主体资格。二是在侵权责任法框架下,损害赔偿遵循的是“填平原则”,即赔偿的目标限于受害人实际损失的“填平”,行为人的赔偿仅能补偿私人成本损失,不能有效补偿社会成本的损失,再加上被成功追诉的几率较低,行为人通过专利恶意诉讼而获得的投机收益是可观的,因此,仅通过侵权责任法规制专利恶意诉讼,一方面不足以威慑和预防行为人实施专利恶意诉讼行为,另一方面也不能起到恢复

<sup>①</sup>比较法的功能性原则是指每个社会面临的问题都是一样的,且处理的结果也都相同,但不同社会用不同的法律制度和方来解决这些问题。参见[德]茨威格特、克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版,第34页。



公平竞争的市场秩序和市场结构的作用。

在反垄断法规制框架下,虽然根据我国《反垄断法》第50条,经营者承担的同样是民事责任<sup>①</sup>,但是垄断民事责任与普通民事责任存在性质之差异。垄断民事责任在本质上是经济法意义上的民事责任,根据日本学者金泽良雄的观点,相较于民法意义上民事责任着眼于私人利益的保护,经济法意义中的民事责任则是利用私法手段达到经济政策的目的,除了具有保护私人利益的功能,其更加侧重于公共利益的维护。<sup>②</sup>正是基于这一目标追求的差异,垄断民事责任与普通民事责任在责任追诉主体、责任承担方式等方面均存在较大区别,只有在反垄断法规制框架下,才能较好填补专利恶意诉讼所带来的竞争损害。具体体现为:其一,在反垄断法规制框架下,原告资格具有开放性,即无论是直接还是间接受到垄断行为侵害的经营者、消费者,均具有原告资格,可突破侵权责任法框架下的原告诉讼主体资格的局限。<sup>③</sup>其二,基于立法目标侧重公平竞争秩序的公益维护,反垄断法在赔偿责任的规则设计上也会体现出惩罚性功能,最为典型的是美国反托拉斯法三倍损害赔偿制度,即反垄断诉讼被告对原告的赔偿数额按照原告实际损失的三倍进行确定。惩罚性赔偿不仅能够偿付因垄断行为导致的社会成本损失,体现反垄断法的惩罚性功能,而且还能鼓励私人参与反垄断法的执行。<sup>④</sup>目前,虽然惩罚性赔偿在我国《反垄断法》的立法规定中并未有所体现,但是在我国法院实际审理垄断案件的具体损失赔偿额度计算中,除了考量受害人的实际损失之外,法官一般还会考虑时间和市场等多种因素,并将因调查、制止垄断行为所支付的合理开支计算到损害赔偿范围之中,因此,垄断案件的损害赔偿数额一般大于普通侵权类案件。<sup>⑤</sup>笔者依据“北大法宝法律数据库”,对2009年1月1日至2017年12月31日期间审结的垄断纠纷案件损害赔偿数额进行的测算显示,九年间我国法院审结的垄断纠纷案件共计392件,判决中涉及有垄断民事赔偿的案件为4件,平均每件案件的赔偿数额为514万元,其中华为公司诉美国IDC公司案更是达到2000万元,赔偿数额明显大于普通民事损害赔偿纠纷案件。

## (二) 诉讼权利保障与竞争秩序维护之间的平衡

专利恶意诉讼的反垄断规制主要涉及当事人诉权与公平竞争秩序两种法律价值的平衡问题:一方面,在现代法治社会中,当事人所享有的诉权被视为国家为了保证宪法和法律所规定的当事人权利具有的“实然性”而设定的“权利救济权”,为“第一制度性人权”。<sup>⑥</sup>如果对专利恶意诉讼设定过低的反垄断规制门槛,会对当事人就专利权所享有诉权这一基本性权利产生不当的压制作用;另一方面,竞争是市场经济最为基本的运行机制,对于公平竞争秩序的维护,是完善市场经济的核心,亦是反垄断法的基本制度目标。如果放任行为人实施专利恶意诉讼行为,势必造成公平竞争秩序的破坏,与反垄断法的基本目标价值相悖。正是基于当事人诉权与公平竞争秩序两种法律价值的平衡考量,域外立法对专利恶意诉讼的反垄断规制一般秉持较为审慎的态度。如美国为解决诉权行使与反垄断法冲突问题,在司法实践中发展出Noerr-Pennington原则及其例外法则。Noerr-Pennington原则最早产生于1961年由美国联邦最高法院在Eastern

①我国《反垄断法》第50条:“经营者实施垄断行为,给他人造成损失的,依法承担民事责任。”

②参见[日]金泽良雄:《经济法概论》,满达人译,中国法制出版社2005年版,第140-141页。

③参见朱理:《反垄断民事诉讼十年:回顾与展望》, <http://ip.people.com.cn/n1/2018/0828/c179663-30255146.html>, 2018年10月10日最后访问。

④参见叶卫平:《惩罚性赔偿的制度思考》,载《上海财经大学学报》2009年第5期,第40页。

⑤最高人民法院《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》第14条第2款规定:“根据原告的请求,人民法院可以将原告因调查、制止垄断行为所支付的合理开支计入损失赔偿范围。”

⑥参见莫纪宏、张淑华:《诉权是现代法治社会第一制度性权利》,载《法学杂志》2002年第4期。

Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight案中作出判决,该案法官认为出于对美国宪法第一修正案中请愿权的保护,向政府、行政机关游说的行为即便会导致反竞争的结果,但仍可豁免反托拉斯法责任。<sup>①</sup>在随后的California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited案中,美国联邦最高法院将该原则延伸至所有向政府机关申请救济的行为,包括向法院请求救济的行为。<sup>②</sup>Noerr-Pennington原则的本旨在于对请愿人真实意图的探寻,即如果请愿人出于真实寻求政府机构救济的目的,即便救济的结果产生反竞争的效果,出于保证政府决策民主性和竞争性的目的,也可免除反垄断责任承担。<sup>③</sup>相反,如果请愿人的真实意图本就是排除竞争,只是将政府救济程序当做反竞争的手段,就属于假象(Sham)请愿行为,作为Noerr-Pennington原则的例外,不能适用反垄断责任豁免。但是假象请愿行为并不意味本身就是非法,只是不能免除反垄断法的审查,反垄断诉讼的原告仍然需要证明被告行为构成反垄断实体规则的违反,才能让其承担反垄断责任。假象请愿行为在美国随后的司法实践中逐渐发展为虚假诉讼与无根据诉讼两种典型类型。<sup>④</sup>

对专利恶意诉讼的反垄断规制,关键在于找寻诉权行使自由与市场公平竞争秩序的平衡点:首先,对专利恶意诉讼行为,不能仅因行为人合法享有专利权,出于对当事人诉权保护的考量,就直接对该行为进行反垄断法豁免,而应将其纳入反垄断法规制范畴,在反垄断法禁止框架内,进行反垄断审查;其次,对专利恶意诉讼行为的反垄断责任判定,应考虑当事人合法诉权的保障问题,宜持审慎态度。虽然专利恶意诉讼是专利权人超越正当权利范围的权利滥用行为,但是专利恶意诉讼行为并不能因其僭越权利行使的合理范围,直接被认定为本身构成反垄断法的违反,而是仅代表免除反垄断法审查的豁免,让其回归反垄断法的审查与规制范畴。换言之,在反垄断规制分析过程中,对专利权人提起侵权诉讼行为进行专利恶意诉讼的构成分析是进行反垄断责任构成分析的前提。只有满足专利恶意诉讼的要件构成,才具备进一步进行反垄断责任构成分析的基础,而对专利恶意诉讼构成的反垄断责任判定还需在反垄断法规制框架下根据垄断行为的构成要件,进行实质性审查,考量专利恶意诉讼行为是否对正常的市场竞争造成了实质性的危害或威胁,从而最终判定行为是否应承担反垄断法责任。

### 三、反垄断语境下专利恶意诉讼的类型化

专利恶意诉讼在现实中可表现为不同的形态,如虚构事实型诉讼、隐瞒真相型诉讼、恶意串通型诉讼等。德国学者拉伦茨将类型化世界中的类型区分为经验性形象类型、逻辑型理念类型以及规范型理念类型。经验性形象类型来自于现实,是对各种专利恶意诉讼的现实表现形态而作的归纳,但是从法律规制角度而言,只有规范型理念类型才具有意义,因此,我们应将专利恶意诉讼的形式置于反垄断法的规范性角度下进行选择和界分。<sup>⑤</sup>由于专利恶意诉讼并不是反垄断法生成的概念或确定的类型,因此,所谓专利恶意诉讼的规范型理念类型只是在法律实施和适用中逐渐获得的类型化意义。在美国法中,有两种形式的专利恶意诉讼逐步进入反垄断法的规范视野,一种是欺诈型诉讼(fraudulent litigation),另一种是无合理根据型诉讼(baseless

<sup>①</sup>See Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc. 365 U.S. 127(1961).

<sup>②</sup>See California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited, 404 U.S. 508(1972).

<sup>③</sup>See Stephen Paul Mahinka, How to Preserve Your Anti-Trust Immunity for Lobbying and Obtaining State Actions. New York: Morgan Lewis trade Association Teleseminar Series. 2014: 3.

<sup>④</sup>See David McGowan, Mark A. Lemley, Antitrust Immunity: State Action and Federalism, Petitioning and the First Amendment. Harv. J. L. & Pub. Poly, 1994(17): 293-375.

<sup>⑤</sup>参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第338-339页。

litigation), 对我国立法确定专利恶意诉讼规范型理念类型提供了参考和借鉴。值得注意的是, 形式甄别仅具有对专利恶意诉讼识别和认定意义, 并不直接指向反垄断法责任的承担。

### (一) 欺诈型诉讼

欺诈型诉讼之所以会受到反垄断法关注, 原因在于专利申请人在专利申请过程中对专利局诚实披露义务的违反, 并以自始无效专利作为根据提起侵权诉讼, 明显存在主观上的恶意, 具有反垄断法的可责难性。在美国, 欺诈型诉讼首次受到反垄断法的关注源于美国联邦最高法院1965年审理的Walker Process Equipment v. Food Machinery & Chemical案。在该案中原告Food Machinery公司向Walker Process公司提起专利侵权之诉, 而Walker Process公司向法院抗辩称原告Food Machinery公司据以提起侵权诉讼的专利权是通过故意不向美国专利商标局披露自己在先公开使用专利产品事实的欺诈行为而获得, 而这种通过欺诈手段获得专利并实施专利的行为有违反反垄断法的规定。美国联邦最高法院审理认为, 虚假陈述行为在审判过程中不应被豁免追责。<sup>①</sup>在我国, 向专利局披露与发明相关的信息同样是专利申请人的法定义务。<sup>②</sup>如果专利申请人在专利申请过程中故意违反法定披露义务, 并基于该无效专利提起专利侵权诉讼, 同样可能被认定为恶意诉讼而受到法律规制, 如南京中级人民法院审理的通发公司案就涉及此种类型的恶意诉讼。对于欺诈型诉讼的构成, 通过域外司法实践的发展, 一般认为需要满足以下三个方面条件:

一是行为人存有欺诈的故意。欺诈型诉讼首先要求反垄断诉讼的原告应证明专利权人在专利申请中存在欺诈的故意。在Walker Process案中, 美国法院将故意欺诈定义为明知并故意向专利局提交或陈述错误信息。对于专利权人欺诈故意的判定对欺诈型诉讼具有重要甚至决定性的意义, 如果是出于主观上的善意或过失, 则可以构成对于欺诈型诉讼的合理抗辩。在司法实践中对于主观故意的判定也是此类案件审理的难点所在, 美国法院在Unitherm Food Systems v. Swift-Eckrich案中, 发展出测试欺诈故意的“五因素测试法”: (1) 存在重要事实的表示或陈述; (2) 重要事实的表示或陈述存在错误; (3) 意图欺骗, 或者对于后果的发生出于放任的态度(等同于故意); (4) 基于对欺诈一方的错误表示或陈述的信赖, 误导信赖方作出相应行为; (5) 信赖方的损害是基于对欺诈一方错误表示或陈述的信任。<sup>③</sup>此外, 反垄断诉讼的原告可以提出直接证据证明欺诈故意的存在, 也可以通过相关客观环境证据的举证, 间接推导出专利权人在专利申请过程中存在欺诈的故意。我国南京市中级人民法院审理的通发公司案中, 被告袁利中作为从业多年的专业人士, 本应熟知相关技术领域国家标准的技术内容, 但其却将国家标准中公开披露的技术方案申请专利, 据此, 法院推断被告袁利中在专利申请过程中存在欺诈的故意, 其提起专利侵权诉讼的行为构成专利恶意诉讼。需要注意的是对于专利受让人提起侵权诉讼的情形, 如果专利受让人并不知道专利权是专利转让人通过欺诈的手段获得, 专利受让人提起专利侵权诉讼的行为就不能被视为欺诈型诉讼, 除非原告能够证明专利受让人具有与专利转让人一样的欺诈故意, 即明知专利权是专利权人通过故意欺诈方式获得, 仍然提起侵权诉讼。

二是欺诈行为对专利权的授予具有决定性意义。反垄断诉讼的原告还需证明专利申请人所虚假陈述的事实是重大的, 其欺诈行为对专利局授予专利权具有决定性的意义。对于欺诈型

<sup>①</sup>See Walker Process Equipment, Inc v. Food Machinery & Chemical Corp., 382 U.S. 172(1965).

<sup>②</sup>我国《专利法》第36条第1款规定:“发明专利的申请人请求实质审查的时候, 应当提交在申请日前与其发明有关的参考资料。”

<sup>③</sup>See Unitherm Food Systems v. Swift-Eckrich, 2004 WL 154286(Fed. Cir. July 12, 2004).



恶意诉讼进行反垄断规制的目的并不在于对专利申请人向专利局虚假陈述行为的惩罚,而是对利用专利作用于市场而产生反竞争效应后果的纠正。如果仅仅是欺骗专利局并不能产生如此反竞争的市场效应,除非专利申请人的欺诈行为与专利局授予专利权之间存在因果关系。正如美国第八巡回法院在审理E. I. Dupont de Nemours v. Berkley案中指出,如果没有专利申请人的故意欺诈,专利局仍然会授予其专利权,就没有让专利权人通过诉讼实施专利行为承担法律责任的意义,因为专利局在审查专利申请过程中并没有依赖专利权人提供的虚假信息。<sup>①</sup>

三是虚假不实陈述信息须为专利权人所独有控制。专利申请人欺诈行为的表现既可以是肯定性的口头陈述,同时还可以是故意遗漏(deliberate omission)。专利申请人欺诈专利局最为普遍的行为方式不是肯定性的口头陈述,而是故意遗漏。在专利审查过程中,基于专利申请数量非常庞大,每件专利申请案的审查时间有限,专利审查员非常依赖于专利申请人相关信息的提供或披露,特别是专利审查中的关键信息如果为专利权人所独有控制,而不能在公共领域自由获取的情形,就更加容易让专利审查员对专利申请人欺诈行为产生信赖而做出授予专利权的决定,如对于现有技术的引用,专利审查员自身无从查询专利申请人专有的商业活动信息,只能依靠专利申请人的主动披露。<sup>②</sup>

## (二)无合理根据型诉讼

区别于欺诈型诉讼是在权利申请阶段考察专利申请人行为是否存在不当,无根据诉讼则是回归权利行使本身,考察权利人的权利行使行为有无合理根据。关于无合理根据型诉讼,在美国具有标志性的案件是Handgards v. Ehicon案。在Handgards案中,Ehicon公司拥有关于制造外科手术手套的两项专利,其事先向包括Handgards公司在内的几家同行业公司提起的专利侵权诉讼。在法院审理侵权案件之前,Ehicon公司自愿放弃了其中一项专利的权利主张,另一项专利以后也被证明为无效专利。在专利侵权诉讼判决后,Handgards公司随即向Ehicon公司提起反垄断诉讼,主张被告Ehicon公司恶意提起专利侵权诉讼的行为,违反了反垄断法。该案法官认为,在专利侵权诉讼中,应该允许被控侵权人对专利权人的专利有效性提出验证,以提供一种足够确信识别恶意诉讼可以在事后得到的手段,当然这一识别标准要求非常之高,必须是存在明确且令人确信(clear and convincing)的证据。<sup>③</sup>Handgards案后,美国联邦最高法院对无合理根据诉讼的相关适用标准进行了细化。特别是在Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures案(后简称PREI案)中,联邦最高法院提出了判定无合理根据诉讼的两步测试法。

一是客观无根据。客观无根据测试的主要目的在于验证专利权人提起侵权诉讼的正当性,防止反垄断规制对当事人正当诉权的不正当压制。<sup>④</sup>客观无根据测试是从客观层面的分析,考察诉讼是否有客观、理性的诉讼当事人能够依据法律通过合理推断期待获得胜诉。如果一个客观、理性诉讼当事人能够合理推断出该诉讼能够获得有利的结果,那么该诉讼就能够获得反垄断法的豁免,免于反垄断责任的承担。在如何认定客观无根据上,美国法院广泛依赖合理事由(probable cause)理论进行认定,将合理事由可当做反垄断诉讼被告的避风港,当法院认为反垄断诉讼被告具有合理提起诉讼事由时,就会依法排除被告从事恶意诉讼的认定。如在Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures案中,美国联邦最高法院认为,反垄断诉讼的被告

<sup>①</sup>See E. I. Dupont de Nemours & Co. v. Berkley & Co., 620 F.2d 1247, 1263(8th Cir 1980).

<sup>②</sup>See S.W. O'Donnell, Unified Theory of Antitrust Counterclaims in Patent Litigation. Virginia Journal of Law & Technology, 2004(8): 9-40.

<sup>③</sup>See Handgards, Inc. v. Ehicon, Inc., 601 F.2d 986(9th Cir. 1979).

<sup>④</sup>See Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc., 508 U.S. 49(1993).

Columbia Pictures公司虽然在侵权之诉中败诉,但是不可否认Columbia Pictures公司其拥有合法的版权,作为客观的当事人依据法律存在期待胜诉的合理理由,因此,Columbia Pictures公司提起侵权诉讼的行为具有合理事由,不应被认为客观无根据。<sup>①</sup>我国法院在对专利恶意诉讼类案件的审理中,对恶意诉讼构成的认定,实际也有合理事由理论的运用。如在明日公司案中,北京市高级人民法院认为,被告维纳尔公司的外观设计专利具有形式上的合法性,该专利被认为无效,是由于专利申请前公司自行将与专利相近似的产品在出版物上公开,而非将他人专利申请为自己的专利,因此,其所提起的侵权诉讼具有合理、正当的事由,不应被认定为恶意诉讼。<sup>②</sup>为让客观无根据的认定更加具化,有学者基于成本与收益理论,还专门设计经济学分析模型,以测试行为人诉讼的提起有无客观根据。一般而言,作为客观、合理的当事人,只有在诉讼预期收益(金钱赔偿、禁止令的预期收益)大于诉讼成本(律师费、诉讼费、时间成本)时,才会提起一项诉讼主张,如果诉讼的提起不符合这一前提,就会带来经济学意义上的净预期损失(net expected loss)。然而,在恶意诉讼的成本与收益过程中,除了诉讼预期收益,即金钱赔偿与禁止令的预期价值之外,还应考虑提起诉讼可以带来的非诉讼本身的间接收益,这一收益也可理解为排除竞争而获得的垄断收益,因此也被视为不正当收益。市场收益的存在意味着一些具有非经济合理性的诉讼会被提起。根据该经济模型,在具体诉讼行为的判定中,如果诉讼的预期损害赔偿乘以诉讼胜率(百分比)大于诉讼成本时,那么该诉讼就具有客观根据;而如果小于诉讼成本时,就要进一步考察间接收益是否是通过排除竞争而带来的预期收益,因为行为人提起诉讼可能还会有其他一些因素的考量,不必然具有反竞争的效果。<sup>③</sup>

二是主观无根据。如果客观无根据测试被证成,无根据诉讼的第二步测试就进入主观无根据的主观动机测试阶段,即考察专利权人在提起客观无根据诉讼背后,是否潜藏着权利人通过利用政府程序作为损害竞争对手利益的反竞争武器的主观意图。对于主观无根据的判断是无合理根据诉讼判定的难点,一方面,由于主观动机是一种内心状态,隐藏于行为人的内在,很难直观观测;另一方面,由于大部分案件在第一步测试中,就被证明并非客观无根据范畴,法院就不会进入第二步主观无根据的测试之中。如在美国的PREI案中,由于联邦最高法院认为Columbia Pictures公司提起的专利侵权诉讼并非是客观无根据,就没有进行第二步主观无根据的测试。因此,域外司法实践并没有提供太多的具体参考标准。鉴于此,司法实践中,法官对于主观无根据判断依据,除了可以直接询问当事人,还可以通过对专利权人企业内部的会计报表、开会记录、备忘录等客观证据推断专利权人的主观意图。此外,主观无根据标准的设定也是司法实践中具有争议性的议题。有学者认为,只要行为人主观标准达到故意或者过失即可,而另有部分学者则认为应将标准设定为恶意程度。<sup>④</sup>笔者认为,主观过错分为过失和故意,主观意图则区分为善意与恶意,主观故意是指行为人明知自己的行为会产生损害他人或社会的

<sup>①</sup>See Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc., 508 U.S. 49(1993).

<sup>②</sup>参见北京明日电器设备有限责任公司诉维纳尔(北京)电气系统有限公司损害赔偿纠纷案件,北京市第二中级人民法院(2007)二中民初字第15445号、北京市高级人民法院(2008)高民终字第163号。

<sup>③</sup>See Gary Myers, Litigation as a Predatory Practice. Kentucky Law Review, 1991(80): 565-630.

<sup>④</sup>李晓秋、杜豫苏、王保民、高伟等学者认为:恶意诉讼的主观标准应为故意,行为人须有对相对人的损害有一种明知的心态。参见李晓秋:《未决之命题:规制专利恶意诉讼的“路”与“困”——兼评新〈专利法〉第23条、第62条》,载《学术论坛》2012年第2期。杜豫苏、王保民、高伟:《知识产权恶意诉讼的辨识、审判与治理》,载《法律适用》2012年第4期。而张海棠、徐晨平、卞辉等学者则认为恶意诉讼的主观设定除应具有故意的明知、应知特征外,还应具有特定的非法动机。参见张海棠、徐晨:《恶意诉讼及其程序规制》,《上海政法学院学报(法治论丛)》2012年第9期。卞辉:《知识产权恶意诉讼的程序法应对》,载《电子知识产权》2009年第10期。



后果,但仍希望或放任损害结果的发生;而恶意的主观恶性程度比故意要高,行为人不仅明知其行为会产生损害他人或社会后果,还具有特定的动机,达到如损害他人利益或获得其他不法利益的目的。<sup>①</sup>对于主观无根据的认定,应采用严格标准,即将行为人的主观意图限定于恶意,只有这样才能尽可能地降低专利恶意诉讼反垄断规制带来的错误制裁成本。因为如果对于权利人提起诉讼的主观标准放得过低,容易打压维权积极性,将正当的维权行为错误地界定为恶意诉讼。<sup>②</sup>我国在审理专利恶意诉讼的司法实践中,法院也很好遵循了这一标准要求。如在北京知识产权法院对远东公司案的审理中,四方如钢公司在无效宣告程序中主动放弃与变更专利权要求后,明知专利的部分权利要求无效,其又基于该部分权利要求向远东公司提起侵权诉讼,因此,北京知识产权法院据此判定被告四方如钢公司提起的侵权诉讼具有主观恶意。<sup>③</sup>

#### 四、专利恶意诉讼的反垄断法禁止

美国的Walker Process案、PREI案等司法判例,虽然为专利恶意诉讼反垄断法规范性类型的识别提供了分析程式和标准,但该分析显然不是反垄断禁止判定的终点,对专利恶意诉讼行为完成反垄断法规范性类型的识别后,还应进入反垄断禁止的实质分析流程阶段,对专利恶意诉讼行为进行竞争效果测试。因为反垄断法的制度目标在于对市场竞争秩序的维护,只有具有一定市场力量,能够产生市场竞争效应的行为,才会进入反垄断法的规制禁止视野。<sup>④</sup>我国《反垄断法》通过垄断协议、滥用市场支配地位以及经营者集中三类垄断行为以及行政垄断规制,构建了反垄断法的基本禁止框架。鉴于专利恶意诉讼主要可能构成滥用市场支配地位的垄断行为,因此,对专利恶意诉讼反垄断禁止的判定,还应利用禁止滥用市场支配地位行为的思路和方法,进行行为的竞争效果分析和测试。

##### (一)滥用市场支配地位行为禁止一般思路的厘清

滥用市场支配地位的分析一般遵循要件主义的思维范式,适用三步分析法:首先,通过界定相关市场,划定相关市场的范围和界限,并判定原告与被告之间是否存在同一相关市场;其次,基于相关市场的界定,判定被告是否占有市场支配地位;最后,再考察被告所实施的滥用行为有无竞争损害后果。以上三步分析之间是层层递进、环环相扣的关系,即如果原被告不存在同一相关市场,被告行为对原告就难以形成直接的竞争损害后果,市场支配地位的认定就无必要。如果被告不占据市场支配地位,即便其从事了反垄断法规范意义上的滥用行为,由于交易相对人存在选择替代性产品或服务的可能,被告行为对原告的竞争损害就具有有限性,因此,也无须进行竞争损害后果分析。

相关市场的界定是测度行为人是否拥有市场支配地位以及行为竞争效果评价的重要基础性分析工具。所谓相关市场是指与涉嫌垄断者所提供产品或服务具有竞争关系的市场范围。界定相关市场关键是分析商品或服务的替代物,美国联邦法院在审理Unitherm Food Systems v. Swift Eckrich案中指出,相关市场是由根据生产、提供商品或服务的目的而具有合理替代性的商品或服务构成。<sup>⑤</sup>我国国务院反垄断委员会制定的《关于相关市场界定的指南》亦指出:“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。”换言之,界

<sup>①</sup>参见王利明:《侵权行为法研究》,中国人民大学出版社2004年版,第456页。

<sup>②</sup>See Rnoald A. Cass, Keith N. Hylton, Antitrust Intent. Southern California Law Review, 2001(74): 657-721.

<sup>③</sup>参见北京远东水泥制品有限公司诉北京四方如钢混凝土制品有限公司损害责任纠纷案,北京知识产权法院(2015)京知民初字第1446号。

<sup>④</sup>See Robert L. Harmon, Harmon on Patent. Arlington: BNB Book, 2007: 859.

<sup>⑤</sup>See Unitherm Food Systems, Inc. v. Swift Eckrich, Inc., 375 F.3d 1341(Fed. Cir. 2004).

定相关市场就是将替代商品或服务与不可替代的商品或服务区别开。相关市场的界定主要涵盖商品或服务竞争的两个维度,即产品市场和地域市场的界定。<sup>①</sup>产品市场界定主要考量涉案产品与替代产品之间的需求弹性。在产品 and 地域市场的界定中,适用比较普遍的方法是假定垄断者测试法(Small but Significant Not-transitory Increase in Price, 简称为SSNIP测试法),即通过小幅度调升价格,考察消费者是否会转向替代产品,从而判断同类或者相邻产品是否与涉案产品属于同一相关市场。假定垄断者测试法的测试步骤一般包括三步:(1)确定候选市场。候选市场所包含的产品是由涉案产品以及与之有替代关系的产品构成。(2)测试替代产品的范围。将涉案产品的价格作“小幅度但是很显著而且是非临时性”的价格调升,美国将这一价格幅度定位于5%,而欧盟将这一区间设定为5%—10%的弹性空间。(3)确定相关产品市场。重复小幅度价格的调升,直至涉案产品价格上涨,能够让垄断者获利,最终确定相关产品市场。<sup>②</sup>然而,值得注意的是,SSNIP测试法是以价格为中心的定量分析法,如果行为人所在的是不遵循传统市场定价市场,如互联网平台市场,该测试法就存在适用的局限性。如在我国最高人民法院2013年审理的奇虎诉腾讯案(后简称“奇虎案”<sup>③</sup>)中,腾讯公司提供的即时通讯产品是免费的,消费者对该产品的价格非常敏感,如果提升价格,意味着经营者运营和盈利模式的转变,而对该产品的相关产品市场界定,简单地适用SSNIP测试法,很可能将本不属于涉案产品同一相关产品市场的产品纳入其中,导致过宽界定相关产品市场。因此,最高法院将SSNIP测试法中的小幅度价格上调的定量分析创造性地调整为质量下降的定性分析。<sup>④</sup>相关地域市场主要划定涉案市场的竞争地理范围。相关地理市场的界定意义在于如果相关产品市场中不存在替代产品,但是相邻地域市场可能供给替代产品,从而弥补经营者提价导致的产品需求空间。<sup>⑤</sup>对于相关地域市场的界定,具有与界定相关产品市场的共性特征,即考量不同地域上商品与服务的替代性和需求弹性,可以运用界定相关产品市场中的方法。然而,基于不同地域之间在市场进入障碍、运输成本等方面的差异,区别于界定相关产品市场中对需求替代的分析,在相关地域市场的界定中更加侧重对于供给替代的考察,即分析不同市场之间竞争条件的同一性。<sup>⑥</sup>

相关市场界定后,就需要在相关市场所划定的范围内,评价行为人的市场力量是否足以占据市场支配地位。所谓市场支配地位是指在相关市场范围内,经营者具有控制商品价格、数量或者其他交易条件,或者具有阻碍、影响其他经营者进入市场的市场力量。市场支配地位既可表现为市场上无任何竞争者,仅存一个经营者的独占状态,亦可体现为虽存在少数竞争者,但基于经营者的竞争实力,实质竞争仅存在小范围、低强度状态。<sup>⑦</sup>在传统领域中,通过市场份额的推定,再辅以被控垄断者对拥有市场支配地位的反证,是判定经营者是否拥有市场支配地位的一般方法。如根据我国《反垄断法》第18条规定,对经营者在相关市场占有率以及竞争状况,是考量其是否拥有市场支配地位的第一要素。因此,一般情况下,对于行为人是否拥有市场支配地位的判定,仍应回归传统反垄断法以市场份额为基础的认定方法。然而,在新技术领域下,如互联网产业领域,市场份额认定法在认定经营者是否具有市场支配地位的作用

<sup>①</sup>我国《反垄断法》第12条第2款规定:“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进行竞争的商品范围和地域范围。”

<sup>②</sup>参见王晓晔:《企业合并中的反垄断问题》,法律出版社1996年版,第54—61页。

<sup>③</sup>参见最高人民法院民事判决书(2013)民三终字第4号。

<sup>④</sup>参见戴龙:《滥用市场支配地位的规制研究》,中国人民大学出版社2012年版,第65页。

<sup>⑤</sup>参见郑伦幸:《标准必要专利反垄断纠纷中相关市场的界定——兼评华为公司诉美国IDC公司案》,载《南京理工大学学报(社会科学版)》2015年第5期。

<sup>⑥</sup>参见王晓晔:《竞争法研究》,法律出版社1999年版,第189—190页。

已日渐式微,决定市场支配地位的核心要素已经由传统的市场份额转移为“控制和维持市场份额的能力”。如在“奇虎案”中,最高法院指出互联网产业领域具有颠覆性创新的特点,区别于传统竞争。在该产业领域,市场进入较为容易,创新者的创新压力较大,创新周期较短,并且市场地位处于不断变动的状态,维持市场地位是不断通过创新,控制商品数量、质量、价格等交易条件的能力,而非市场份额的占据。因为即便拥有高比例的市场份额,也可能因为其他经营者提供更为优质商品,而让经营者的市场优势迅速瓦解。<sup>①</sup>此外,基于产业市场之间的“跨界”现象,即传统很多独立的产品功能被整合于单个产品,产品的市场边界具有很大的模糊性。<sup>②</sup>因此,最终最高法院认为较高的市场份额并不能直接推导市场支配地位的结论,该方法只是判断市场支配地位的一项比较粗糙且可能具有误导性的指标。在欧美国家的司法实践中,也有这一认定趋势的体现,如美国法院最早在认定企业在相关市场上是否具有垄断力时,曾以市场份额作为唯一标准,然而,联邦最高法院在1956年的杜邦案中将垄断力界定为控制市场价格、排除竞争的力量。<sup>③</sup>在Syufy案中,法官更是明确指出被告Syufy公司虽然拥有很大的市场份额,但是在判断垄断力量时,并不是单纯考量市场份额,而是要看经营者是否具有控制市场份额的能力,因此,Syufy公司并不具有市场力量。<sup>④</sup>

竞争损害后果分析是传统滥用市场支配地位分析的第三步,然而,在我国对竞争损害后果分析是否是判定构成滥用市场支配地位的必要步骤问题,目前还存在较大争议:一方面,反垄断法的终极目标是保护竞争<sup>⑤</sup>,我国《反垄断法》第1条也确认了这一目标<sup>⑥</sup>,据此逻辑,只有存在损害竞争后果的行为,才应受到反垄断法的禁止,损害竞争后果分析应是判定某一行为构成反垄断禁止的必要前提;另一方面,根据我国《反垄断法》第17条的规定:“禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为”。换言之,只要构成第17条所列举的滥用行为类型,就充分满足市场支配地位滥用的要求,而被反垄断法所禁止,因此,根据法律规定,似乎又无须以竞争损害后果分析作为滥用市场支配地位分析的必要步骤。对于该问题的争议和分歧,还直接反映在我国的司法实践之中。如在利乐反垄断案中,国家工商行政管理总局明确将对利乐公司搭售和限制竞争行为的竞争损害后果评估作为重要步骤,认为利乐公司将相关设备市场或相关技术服务市场上的竞争优势,通过搭售不合理地利用在了包材市场,限制了包材市场的竞争,据此认定利乐公司的搭售行为明显具有竞争损害后果,构成市场支配地位的滥用。<sup>⑦</sup>然而,在华为诉美国IDC案中,主审法官则将分析的重点聚焦在不公平定价、搭售等滥用行为的构成上,认为只要构成不公平定价行为,就当然造成竞争损害的后果。<sup>⑧</sup>笔者认为,滥用市场支配地位的分析应遵循更为客观化的效果导向的分析进路,占据市场支配地位经营者所从事的很多滥用行为虽然在道德上具有“可责难性”,但是其并不意味着造成竞争损害后果的“必然性”。如在“奇虎案”中,案件审理法官认为腾讯公司的“产品不兼容”行为虽然对上诉人的市场会产生一定的消极影响,但不会显著构成对安全软件市场竞争的排除或限制,因此,一般

①参见最高人民法院民事判决书(2013)民三终字第4号。

②参见王晓晔:《论相关市场界定在滥用行为案件中的地位和作用》,载《现代法学》2018年第5期。

③See Herbert Hovenkamp, *Antitrust*. St. Paul: West Publishing Company, 1986: 98.

④See *United States v. Syufy Enterprises*. 903 F. 2d 659 (9th Cir. 1990).

⑤参见[美]小贾尔斯·伯吉斯:《管制和反垄断经济学》,冯金华译,上海财经大学出版社2003年版,第168页。

⑥我国《反垄断法》第1条规定:“为了预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争,提高经济运行效率,维护消费者利益和社会公共利益,促进社会主义市场经济健康发展,制定本法。”

⑦参见孟雁北:《论禁止滥用市场支配地位行为的分析框架——以利乐反垄断案为例》,载《竞争政策研究》2017年第3期。

⑧参见深圳市中级人民法院判决书(2011)深中法知民初字第858号。



情况下,仍应将竞争损害分析作为滥用市场支配地位行为构成分析的必要步骤,并且在适用竞争损害后果分析中,为求得更具科学性的结论,还应注重经济学分析工具和方法与法律判断的创造性结合。如通过建构经济学模型,引入需求函数分析、单边效应评估等经济学方法,实现对行为与市场竞争影响之间关系的微观精确测度。此外,对于《反垄断法》明确列举,且具有典型性意义的滥用行为,如拒绝许可行为,由于占有市场支配地位的经营者,实力过于强大,交易相对人除了与其交易并无其他更多选择替代性产品或服务的可能,因此,经营者的拒绝许可行为本身就对市场进入或竞争产生损害<sup>①</sup>,基于此,就可不以竞争损害后果分析作为必要分析步骤,只要满足滥用行为的构成要件即可推定竞争损害后果的构成,并在无被告相反“合理理由”抗辩情况下,可直接得出构成滥用市场支配地位的结论。

## (二)专利恶意诉讼禁止特殊因素的考量

虽然对滥用支配地位行为禁止分析已经形成了相对固定的思路和方法,但由于专利恶意诉讼涉及专利权的行使,在相关市场界定、市场支配地位认定以及竞争损害后果分析等方面具有一定的“特殊性”,因此,笔者下文主要围绕专利恶意诉讼反垄断禁止判定中相关市场界定、市场支配地位认定的“特殊性”问题进行具体探讨。

### 1. 在相关市场界定层面

专利恶意诉讼涉及专利权的行使,因此,对于专利恶意诉讼行为人所提供产品或服务的相关市场界定可能不仅需要考量其相关产品市场和地域市场,还要对无形技术的技术市场和创新市场进行分析。我国制定的《关于相关市场界定的指南》第3条中就明确指出:“在技术贸易、许可协议等涉及知识产权的反垄断执法工作中,可能还需要界定相关技术市场,考虑知识产权、创新等因素的影响。”相关技术市场的界定,关键是区分被许可技术和替代技术。在Walker Process案中,美国联邦最高法院指出:“专利技术以及替代技术实质性地界定了这一市场的边界”,该案判决虽然没有直接提出相关技术市场界定的概念,却提供了一条区别于一般相关产品市场界定的思路。美国1995年制定的《知识产权许可的反垄断指南》(简称《指南》)对技术市场曾做出过定义,该《指南》指出,相关技术市场的考量因素包括其他用以生产同类产品的替代技术和其他用以生产竞争产品的替代技术。我国国家工商行政管理总局制定的《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》中,也明确指出“相关技术市场是指由行使知识产权所涉及的技术和可以相互替代的同类技术之间相互竞争所构成的市场”。而对于相关技术市场的界定方法,根据欧盟和美国的立法和司法实践,一方面可通过使用SSNIP测试法,通过小幅技术许可价格的上调,考察被许可人是否会转向替代技术;另一方面,在如果难以获取准确价格数据的情况下,可以通过搜集竞争影响的直接证据予以调整和修正。有学者基于经济分析,还提出了分析相关技术市场的“四准则”:(1)使用该技术缺少需求交叉弹性;(2)技术许可费在整个商品成本中占比很少;(3)替代技术难以获得或者在功能上难以替代;(4)基于引入或使用所需的特定环境要求,替代技术的转移成本很高。<sup>②</sup>市场竞争除了表现为现有产品市场,由于其他企业的研发可能降低垄断企业的市场力量,还可能体现在尚未生产相关产品的研究和开发活动方面,而这些研究或开发活动尚未有产品投入市场,因此,产品价格和市场份额往往难以测算,创新市场的界定问题由此产生。创新市场首次由美国《知识产权许可的反垄断

<sup>①</sup>王先林:《论滥用市场支配地位行为的法律规制——〈中华人民共和国反垄断法(草案)〉相关部分评析》,载《法商研究》2007年第4期。

<sup>②</sup>See Joshua A. Newberg, Antitrust for the Economy of Ideas: The Logic of Technology Markets. Harv. J.L. & Tech, 2000(14): 83-125.

指南》正式提出,根据其规定,创新市场主要是将潜在的从事产品或服务研发的企业纳入相关产品市场界定的考量之中,这些经营者不仅包括现阶段研发上具有竞争关系的企业,还应包括潜在的未来参与竞争研发的企业。目前从域外对创新市场界定的运用来看,更多的是一种动态分析反垄断问题的思路运用,即识别某一个企业是否拥有市场支配地位,除了考虑市场上现实的竞争,还应当重视研发成本、关键研发设施、研发人员数量等创新要素的分析,以识别未来新技术或者新商品的研究开发进行竞争所形成的市场。<sup>①</sup>

需要明确的是,相关市场界定的价值仅在于对专利恶意诉讼行为人市场力量以及被控垄断行为进行竞争效果分析提供手段,界定本身并不是目的,并且相关市场界定中由于对专家证人证词、行业从业者证词等主观证据的依赖而产生的难以克服的主观性,容易导致“结果导向相关市场”,<sup>②</sup>因此,如果在个案中能够通过经营者妨碍、排除竞争的直接证据,直接判断专利恶意诉讼行为人的市场力量或被控垄断行为的竞争影响,就不必对相关市场进行界定。在美国司法部与联邦贸易委员会于2010年修订的《横向并购指南》中就明确指出:“执法部门对于垄断责任的分析不需要从界定相关市场开始。”<sup>③</sup>在我国最高法院审理的“奇虎案”中,奇虎公司以一审法院未对相关商品市场作出明确界定作为上诉理由之一,而最高法院也正是以此为据,认为并非在每一个滥用市场支配地位的案件中均必须明确而清楚地界定相关市场,由此驳回奇虎公司的上诉理由。<sup>④</sup>

## 2. 在市场支配地位认定层面

对于专利恶意诉讼行为人市场支配地位的认定,同样应基于对知识产权的特性考量之上。区别于有形财产权,客体的非物质性是知识产权的本质特征。<sup>⑤</sup>知识产权客体的非物质性,决定了知识产品具有非排他性和非竞争性的公共产品特征,即一个人对于知识产品的消费不影响其他人对其的消费,并且一个人的使用无法排除他人对该产品的使用。<sup>⑥</sup>因此,在对专利恶意诉讼行为人市场支配地位的判断中,应注意以下几个方面的特点:

一是专利权人市场支配地位的动态性。区别于通过长期竞争累积而获得市场力量的传统方式,专利权人可能基于专利产品的创新优势和市场需求的契合,迅速取得市场支配地位。与此同时,也可能基于其他专利权人提供更为优质的产品或者专利权的失效等因素,快速丧失这一地位,因此,不能简单地依据专利权人某一特定时期高比例的市场份额占有而判断市场支配地位的控有。

二是专利产品的市场替代性较差。基于专利技术的功能化细分,导致某个或几个相关技术可能就是经营者进入市场,参与市场竞争的“关键设施”,专利权人凭借对技术的“合法垄断”,可以对经营者产生技术的“锁定效应”,经营者无从选择其他替代技术,由此决定专利产品的相关市场范围往往较小。<sup>⑦</sup>专利产品的这一特征,最为典型地体现在标准必要专利上。如在我国深圳市中级人民法院审理的华为公司诉美国IDC公司案中,由于被告美国IDC公司拥有通讯领

<sup>①</sup>参见王先林:《知识产权领域反垄断中相关市场界定的特殊问题》,载《价格理论与实践》2016年第2期。

<sup>②</sup>所谓“结果导向相关市场”是指基于相关市场界定方法及其所采用证据的主观性,在司法实践中出现的先确定案件结果,再根据结果反推相关市场的现象。参见郑鹏程:《反垄断相关市场界定的结果导向及其法律规制》,载《政治与法律》2016年第4期。

<sup>③</sup>See Horizontal Merger Guidelines by Department of Justice and federal trade commission on August 19, 2010, Section 4.

<sup>④</sup>参见王晓晔:《企业合并中的反垄断问题》,法律出版社1996年版,第54-61页。

<sup>⑤</sup>参见吴汉东:《知识产权基本问题研究(总论)》,北京:中国人民大学出版社2009年版,第10页。

<sup>⑥</sup>参见[美]罗伯特·D·考特、托马斯·S·尤伦:《法和经济学》,施少华等译,上海财经大学出版社2002年版,第109页。

<sup>⑦</sup>参见刘贵祥:《滥用市场支配地位理论的司法考量》,载《中国法学》2016年第5期。

域3G技术的标准必要专利,原告华为公司作为移动终端的生产商必须要使用该专利技术,该标准必要专利具有唯一性和不可替代性,因此,深圳中院据此认为,每一个3G无线通信领域内的标准必要专利均构成独立的相关市场。<sup>①</sup>

## 五、结 论

当前我国反垄断规则体系建设已进入全面完善阶段,包括《关于滥用知识产权的反垄断指南》在内的反垄断法实施相关配套指南正处在紧锣密鼓的制定之中,当以此为契机,结合司法实践的需要,进一步具化反垄断法实体规则的含义及部分垄断行为的分析框架。专利恶意诉讼作为行为人滥用诉权的一种方式,对私人 and 公共利益均可造成极大的损害。由于侵权责任法规制的局限性以及专利恶意诉讼对市场竞争潜在的损害作用,根据域外法律规制经验,对专利恶意诉讼进行反垄断规制具有现实的必要性和可行性。基于世界各国反垄断法功能的共同性,立足于我国实际,并通过借鉴美国反垄断规制的规则以及适用经验,未来在我国《关于滥用知识产权的反垄断指南》中构建反垄断法规制专利恶意诉讼行为的框架,包括以下三方面内容:首先,明确专利恶意诉讼可适用反垄断法规制的基调;其次,将“欺诈型诉讼”与“无合理根据型诉讼”确立为反垄断法的规范型理念类型,并建立相应的识别方法;最后,基于专利恶意诉讼的“特殊性”,释明反垄断责任构成中相关市场界定、市场支配地位构成认定以及滥用市场支配地位判定过程中的特殊考量因素。至此,通过对专利恶意诉讼的规范化理念类型及其判断规则的建构、反垄断责任分析方法的释明,使我国专利恶意诉讼反垄断规制框架得以合理构建。

### 主要参考文献:

- [1] 吴汉东. 知识产权基本问题研究(总论)[M]. 北京:中国人民大学出版社,2009.
- [2] 王磊. 市场支配地位的认定与反垄断规制[M]. 北京:中国工商出版社,2006.
- [3] 吴小丁. 反垄断与经济发展[M]. 北京:商务印书馆,2006.
- [4] 王先林. 知识产权与反垄断法——知识产权滥用的反垄断问题研究[M]. 北京:法律出版社,2008.
- [5] 王晓晔. 中华人民共和国反垄断法详解[M]. 北京:知识产权出版社,2008.
- [6] 李明德. 美国知识产权法[M]. 北京:法律出版社,2014.
- [7] [英]史蒂文·D.安德曼. 知识产权与竞争策略[M]. 梁思思等译. 北京:电子工业出版社,2012.
- [8] Kumar S. Standing against bad patents[R]. U of Houston Law Center No. 2017-A-6, 2017.
- [9] Zain S. Antitrust liability for maintaining baseless litigation[J]. Santa Clara Law Review, 2014, 54(3): 729-759.

# The Regulation Framework of Antitrust Law on Patent Malicious Litigation

Nie Xin

(School of Intellectual Property, Nanjing University of Science and Technology,  
Jiangsu Nanjing 210094, China)

**Summary:** The damage caused by patent malicious litigation can be reflected not only as infringement damage but also as damage to the competition order. Compared with the regulation

<sup>①</sup>参见深圳市中级人民法院判决书(2011)深中法知民初字第858号。



of Tort liability law, the superiority of the Antitrust law patent regulation can reflect the openness of plaintiff's litigation subject qualification and the punitiveness of the liability, so the regulation of the Antitrust law patent is an important part in constructing the legal regulation system of patent malicious litigation. Based on the investigation of the American experience, we can find that the regulation of the Antitrust law for patent malicious litigation seeks to balance the protection of the party's lawsuit rights and the maintenance of fair competition order, and the construction of the regulatory framework of the Antitrust law for patent malicious litigation includes two aspects: first, put the manifestation of patent malicious litigation into the normative perspective of the Antitrust law to select and divide, to establish the normative types of the Antitrust law and the identification method of patent malicious litigation; second, considering the "special factors" of patent malicious litigation, establish the prohibitive rules of the Antitrust law for patent malicious litigation. In the future, China's construction of the regulatory framework of the Antitrust Law for patent malicious litigation should learn from US judicial precedent, combined with China's existing legislative framework and judicial experience. Firstly, we should bring fraudulent litigation and baseless litigation into the normative types of Antitrust law, and establish judgment requirements and methods. Secondly, under the basic framework of the existing Antitrust law, based on the general ideas and methods of prohibiting abuse of market dominance, we should establish the prohibition rule of the Antitrust law for patent malicious litigation. Specifically, at the level of the definition of the relevant market, it should be flexibly grasped. It is not necessary to define the relevant market if the market power of the patent malicious litigation or the competitive influence of the controlled monopolistic behavior can be directly judged by the direct evidence of litigant exclude competition, and the technical market and the innovative market for patented technologies should be comprehensively analyzed if the relevant market needs to be defined, in addition to considering the relevant product market and geographical market for products or services provided by patent malicious litigants. At the level of the identification of market dominance, based on the dynamic nature of the patentee's market dominance and the poor market substitution of patented products, the traditional thinking of market share theory is broken, and the ability of market share control should be mainly investigated. Specifically, we should firstly examine the "legal status" of the patent rights claimed by the patent malicious litigant; secondly, we cannot be limited by the actual market competition, but should also consider the overall market competition environment, incorporating potential market competition into the analysis and judgment of market dominance. At the level of the analysis of competitive damage, it is necessary to follow the principle of case analysis. In many cases, economic methods such as demand function analysis and unilateral effect evaluation should be introduced and utilized.

**Key words:** patent malicious litigation; antitrust law; relevant market; market dominant position

(责任编辑: 倪建文)