

## 答辩状

答辩人： 健达公司  
住所地：乙国 XX 市 XX 路 XX 号  
法定代表人：XXXXX

被答辩人：泰瑞大药厂  
住所地：甲国 XX 市 XX 路 XX 号  
法定代表人：XXXXX  
辉侨化工公司  
住所地：丙国 XX 市 XX 路 XX 号  
法定代表人：XXXXX

兹就泰瑞大药厂、辉侨化工公司在诉健达公司专利侵权案中的指控，答辩如下：

### 一、被答辩人辉侨化工公司的 A 专利不具有可专利性

#### 1.1A 专利不符合物品专利的基本要求。

A 专利的具体表述和权利要求，在本案中是一个十分重要的事实，它直接关系到 A 专利的有效性和专利侵权是否成立。但我们注意到，被答辩人在这一点上始终没有给出一个明确的界定。其时而称“A 专利是一种可以被制成芳香剂的液体”<sup>1</sup>，时而又称“A 专利为牛膝草芳香剂产品”<sup>2</sup>。我们认为，“可以被制成芳香剂的液体”和“芳香剂产品”这两者是有很大差别的，被答辩人连这样一个基本前提尚没有确定就来论证 A 专利的有效性，其论证的正确性是值得怀疑的。

答辩人在查阅了相关资料以后发现，A 专利的准确表述应当是“以简单的化学作用制造的牛膝草相关制品”<sup>3</sup>。也就是说该专利包括了特定的若干种以牛膝草为原料，经过上述的化学作用制得的终端产品。而被答辩人在其起诉状中提到的芳香剂产品还仅为其中之一。

答辩人认为，A 专利是不符合物品专利的基本要求的。物品专利，顾名思义，其最终的表现形式应当是物品。专利法中对物品专利的保护是很强的，但前提是必须形成新的成形的产品。它应当具备两个基本条件：第一，它应当是确定的物品，能以有形形式表现出来。而在本案中，A 专利所称的“牛膝草相关制品”在提出专利申请时是不确定的。比如说后来的牛膝草增高商品，从概念上看也属于“牛膝草相关制品”，但在被答辩人辉侨化工公司 1998 年提出专利申请时显然是不存在的。第二，它应当是一件物品。如果有多项产品发明，应当分别申请，否则就违反了专利申请的“单一性原则”<sup>4</sup>。而本案中的 A 专利从字面上看显然包含了一系列的最终制成品。

#### 1.2 A 专利不符合专利的新颖性要求

专利的新颖性是指该项发明创造在申请专利之前在已经公开的现有技术中不存在。<sup>5</sup>本案中所考察的 A 专利应当是在申请专利时存在的牛膝草制品，即主要考察牛膝草芳香剂。答辩人认为，牛膝草芳香剂是不具有新颖性的。

牛膝草，被人们所了解和熟知的历史可以追溯到几千年前，早在《神农百草经》和《圣经》中都有记载。它经过加工制成芳香剂，可以用于治疗气喘、多痰、感冒、粘膜炎症等肺部

<sup>1</sup> 见原告起诉状第 2 页，1.1.1.2。

<sup>2</sup> 见原告起诉状第 4 页，1.1.4。

<sup>3</sup> 见本案事实材料第 4 项。

<sup>4</sup> 参见吴汉东主编：《知识产权法》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 155 页。

<sup>5</sup> 同上，第 144 页。

疾病。这种功效很早以前就已经被人们广泛熟知和广泛运用。实际上牛膝草芳香剂在 1998 年以前就已经被各大芳香剂，特别是专门生产具有药用价值的香熏的厂商大量生产。（见证据 1）利用牛膝草芳香剂进行治疗的香熏方法在上世纪 70-80 年代广泛流行欧洲，并在九十年代逐渐传入日本、台湾等国家和地区。被答辩人在起诉状中论证新颖性时称，“以牛膝草为原料制成的芳香剂是辉侨公司的首创”<sup>6</sup>“纯属主观臆断。

### 1.3 A 专利不符合专利的创造性要求

专利的创造性是指同现有技术相比，该专利具有突出的实质性特点和显著的进步，对本领域的普通技术人员来说不是显而易见的。<sup>7</sup>而在本案中，答辩人认为 A 专利并不符合创造性的要求。

从 A 专利的内容来看，A 专利的主要发明点在于将牛膝草制成了牛膝草液体。所以要考察 A 专利的创造性，主要是看该牛膝草液体是否有实质性的特点和显著的进步。诚如被答辩人在起诉状中所承认的，“能将牛膝草制成该液体的化学方法有很多种”，也就是说在 A 专利以前人们已经知道用其他方法制造牛膝草液体，而被答辩人所使用的化学方法则是“技术人员从多种方法中寻找到的最简便最适于工业生产的方法”<sup>8</sup>。但光有这一点是不足以证明 A 专利的创造性的。A 专利是一个物品专利，其创造性应当主要体现在所得到的产品的优越性上，这一点区别于方法专利。要判断物品专利的创造性，在实践中往往会参考一些标准，比如该发明是否取得了预料不到的技术效果，该发明是否在商业上获得了成功。<sup>9</sup>

答辩人认为在本案中，被答辩人辉侨化工公司的 A 专利并不具有突出的技术效果。乙国是牛膝草的唯一盛产地。乙国人民对牛膝草是十分熟悉的。根据乙国产品质量监督局的成分分析报告，用 A 专利的特定化学作用制得的牛膝草液体与我们日常使用的牛膝草芳香剂，其成分基本相同的。（见证据 1）事实证明，辉侨化工公司只是将其注意力集中在如何能够用更简单的方法制得牛膝草液体，而没有在该牛膝草液体中加入任何能够促使其更好地发挥功效的成分。

而从商业上来看，辉侨化工公司的牛膝草芳香剂也没有在市场上受到格外的青睐。从 1998 年申请专利以来，辉侨化工公司的市场占有率就一直只是维持在 5% 左右，而且其定价很低，利润也很低。<sup>10</sup>这其中，一方面是因为芳香剂市场竞争激烈，可替代产品很多，另一方面也是因为实际上世界范围内有很多厂商长期以来就一直在生产牛膝草芳香剂，而辉侨化工公司仅仅从 1998 年才开始申请专利并进入该市场。

综上所述，答辩人认为被答辩人辉侨化工公司被授予的 A 专利与发给专利的要件根本不符，不应受法律保护。

## 二、被答辩人泰瑞大药厂的 B 专利不具有可专利性

B 专利是治疗方法，不属于专利保护的范畴。

自从 TRIPs 协议以后，大多数国家的法律都对医药品的专利权给予保护，其目的是鼓励医药行业的创新。但为了平衡社会利益，大多数国家的法律也规定“人体或动物疾病的诊断、治疗或手术方法”是不能取得专利的。<sup>11</sup>《关于智能财产权之基本原则公约》第二十条有类似的规定：

**下列各款，不予发明专利：**

<sup>6</sup> 见原告起诉状第 4 页，1.1.3.2。

<sup>7</sup> 参见吴汉东主编：《知识产权法》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 149 页。

<sup>8</sup> 见原告起诉状第 3 页，1.1.2.2。

<sup>9</sup> 参见吴汉东主编：《知识产权法》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 150 页。

<sup>10</sup> 见本案事实材料第 4 项。

<sup>11</sup> 见基本事实材料第 2 项。

## 二、人体或动物疾病之诊断、治疗或外科手术方法。

所谓的“治疗”是指，通过恰当用药使病痛、不适或功能丧失等症状得以缓解。要判断 B 专利是否属于治疗方法要从以下两方面来看：

2.1 身高矮小是一种病症。根据医学界的一般理论，身高矮小的病因可以分为三类：无特定病因性身高矮小，内因性身高矮小和外因性身高矮小。其中，无特定病因性身高矮小如家族性身高矮小、体质性发育迟滞等；内因性身高矮小如染色体变异、骨骼发育异常、代谢产物堆积等；外因性身高矮小如特定器官系统的疾病、内分泌疾病、精神社会身高矮小等。<sup>12</sup>可见，虽然身高矮小这个事实本身并不会影响人的功能的实现，但身高矮小的背后往往是由于某种生理上的不健康所导致的。而被答辩人在其起诉状中称，“人的身高即使相对偏矮，也通常是在符合自然规律的正常范围内，增高是为了满足其审美需要”<sup>13</sup>，这种说法是片面的。被答辩人的这种看法正是受到了现今社会上很多人不管其自身身高矮小的原因，盲目使用各种增高产品妄图获得奇特效果的思想的影响。

我方认为，原告的 B 专利构成一种治疗方法，不属于专利保护的范畴。

B 专利提供的增高方法具有治疗与美容的双重功效。当用于如体制性发育迟滞、染色体变异、骨骼发育异常、代谢物堆积、内分泌疾病等因素造成的身高矮小时显然是一种治疗方法。

欧洲专利局的案例的处理办法是：如果要求专利权的方法必然的不可分地与治疗效果联系在一起，该方法属于治疗方法，按欧洲专利公约第 52 条（4）的规定，没有工业实用性，不能授予专利权。如果治疗性效果与非治疗性效果能够分开，专利要求必须只限定于非治疗性效果，才可能具有可专利性。<sup>14</sup>

但由于原告在权利要求书中没有对其加以区分，因此 b 专利是不具有可专利性的。

2.2 B 专利涉及重大的社会利益。如果 B 专利的疗效真如被答辩人在其专利申请中所提到的，能够在很短的时间内使五十岁以下的人类普遍身体增高，那么这项发明真可以称得上是医学上的奇迹。因为科学研究表明，人类普遍在 20 岁左右骨骺将闭合，停止长高<sup>15</sup>，且传统的医学上治疗身高的方法，不仅周期长，疗效不显著，其用药还会给人体带来很多的副作用。而这项发明的诞生，是给社会上长期被身高问题所困扰的人群带来了福音。

综上所述，答辩人认为被答辩人泰瑞大药厂被授予的 B 专利是与发给专利的要件不符的。答辩人请求法院命专利主管机关撤销 B 专利。

## 三、两被答辩人指控健达公司对 A 专利、B 专利间接侵权不成立

### 3.1 被答辩人并未就消费者的直接侵权成立提供相应的证据

间接侵权成立与否首先要看直接侵权是否存在。因为如果直接侵权不存在，也就表示某种行为并没有实际造成损害，或者仅有发生损害的可能性，但并没有造成事实，因此也就不需要承担侵权损害的民事责任。间接侵权只有与直接侵权相结合，才构成了侵害专利权的直接因果关系。<sup>16</sup>而如果让行为人在不存在直接侵权的情况下仍承担间接侵权的责任，那就等于承认了所谓的“部分侵权”的理论，破坏了专利法“以权利要求的内容为准”的基本原则。

<sup>12</sup> 参见《身高矮小的病因分类》，中国增高网，<http://www.h.ac.cn/sgcs/sg&yc.asp>。

<sup>13</sup> 见原告起诉状第 5 页，1.2.4。

<sup>14</sup> 《专利法》、中华人民共和国专利《审查指南》也有类似规定：

3.3.2 治疗方法：“对于既可能包含治疗目的，又可能包含非治疗目的的方法，应当明确说明该方法用于“非治疗目的”，否则不能被授予专利权。”

<sup>15</sup> 参见上海社会科学院网站 [http://www.sass.stc.sh.cn/link/show\\_kydt.asp?id=2389](http://www.sass.stc.sh.cn/link/show_kydt.asp?id=2389)

<sup>16</sup> 见杨立新著：《侵权法论》（下册），吉林人民出版社，第 956 页

世界上大多数国家都采纳了专利间接侵权从属说的观点。如在专利制度十分发达的美国，法院认为，要证明间接侵权首先必须证明直接侵权的存在。<sup>18</sup>没有直接侵权也就不存在任何形式的间接侵权。<sup>19</sup>美国法院在阿若公司的专利侵权案件中认为，通用汽车公司因为拥有敞篷车顶的专利许可，车主使用和修理通用汽车公司生产的专利产品的行为不构成直接侵权，阿若公司为车主修理专利产品的行为也就不构成共同侵权。<sup>20</sup>而就证明问题，美国法院要求专利权人在开庭审判前的证据显示阶段向法院提供间接证据，来证明直接侵权的存在。<sup>21</sup>中国的司法实践中也有类似的规定。

在本案中，被答辩人在其起诉状中只是提出了被答辩人所享有的对于专利的专有权，而对于消费者使用答辩人工具包制造牛膝草液体的行为如何侵犯 A 专利和 B 专利没有给出任何证据和论证。答辩人认为被答辩人对直接侵权的证明是不充分的。被答辩人在其起诉状中既没有确定其专利受专利权的保护范围，也没有适用一定的原则对专利侵权给出判定。

按照民事诉讼的一般原则，主张权利的一方负有举证的责任，无法证明的则要承担败诉的后果。在本案中，被答辩人方主张消费者侵犯了其 A 专利和 B 专利的专利权，则被答辩人方应当负有举证的责任。答辩人也注意到，被答辩人的 B 专利是方法专利。各国对于方法专利的举证责任有特殊的规定。但答辩人需要说明的是，根据 TRIPs 协议第 34 条的规定，并不是在所有情况下都会发生举证责任倒置的。只有当出现下列情况中的至少一种情况时，如无相反证明，则认定行为人侵权成立：

- a) 如果使用该专利方法而获得的产品是新产品；
- b) 如果该相同产品极有可能使用该专利方法所制造，而专利所有人经合理努力仍未能断定是否确实使用了该专利方法。

答辩人认为，如果被答辩人经过合理努力是完全有能力证明直接侵权是否成立的，因为消费者所使用的工具包在市场上随时都可以买到。况且被答辩人是国际上三大制药厂之一，科研力量十分雄厚，没有理由在这个问题上无法举证。

因此答辩人认为，被答辩人所称的消费者直接侵权因缺少证据不能成立。既然基本前提都不存在，则答辩人的间接侵权当然也无从说起。

### 3.2 两被答辩人指控健达公司对 A 专利间接侵权不成立

#### 3.2.1 不应对《智能财产权之基本原则公约》做扩充解释

被答辩人自行对《关于智能财产权之基本原则公约》的规定作扩大解释是不适当的。

首先，被答辩人没有对法律作出扩大解释的权力。且迄今为止，没有任何有司法解释权的主体对该条做出了扩大解释。

其次，作为公约而言，不能随意作扩大解释，否则法律的权威将不能得到保证。如果人们可以依照自己的需要对成文的法律任意作出扩大解释，那么法律的确定性要如何体现？尤其在判断专利侵权与否这个问题上，如果允许随意扩大属于专利侵权的范围，那么作为广大的消费者和生产商、销售商要如何利用专利产品才不会陷入侵权的深渊？在市场主体都忧心忡忡的环境中，专利产品又将如何为其权利人带来期待中的收益？如果收益惨淡，专利权人还有什么动力来进行新的发明创造？可见，任意的扩大专利侵权解释只会使对专利的使用陷

<sup>17</sup> 参见张成龙：《专利间接侵权国际立法比较》，《江西社会科学》2000年第6期，第136页。

<sup>18</sup> . TWM Mfg. Co., Inc. v. Dura Corp., 722 F.2d 1261, 221 U.S.P.Q. (BNA) 25, 31 (6th Cir. 1983)

<sup>19</sup> Dawson Chemical Co. v. Rohm and Haas Co., 448 U.S. 176, 188, 100 S. Ct. 2601, 65 L. Ed. 2d 696, 206 U.S.P.Q. (BNA) 385, 393 (1980)

<sup>20</sup> 引自程永顺、罗李华《中美两国对专利侵权行为的规定比较（下）》，《电子知识产权》1998年第6期，第3页。

<sup>21</sup> 同上。

入一个恶性循环，对专利权有害无益。

再次，被答辩人在其起诉状 5.2.1.3 中引用日本《专利法》第 101 条的规定时，表述为：

“下列行为，视为侵害专利权或者独占实施权的行为。一、专利系就物品的发明而获得者，生产、转让、出借或进口或者提供供转让、提供出借生产该物品所使用的物品的行为。”

但日本《专利法》原文是作如下表述的：

第百一条（侵害とみなす行為）

次に掲げる行為は、当該特許権又は専用実施権を侵害するものとみなす。

一 特許が物の発明についてされている場合において、業として、その物の生産にのみ使用する物を生産し、譲渡し、貸し渡し、若しくは輸入し、又はその譲渡若しくは貸渡しの申出をする行為。

其中，“のみ”是副助词，在新日汉大辞典中解释如下：

[接于体言、活用词连体形和某些助词后，表示限定。

是文言助词在口语中的残余，一般只用于书面语]仅仅，只。

另外，“その物の生産にのみ使用する物を”中，“その”是代词，相当于“那个”；“物の生産”指“物之生产”；“に”是介词，无实义；“使用する”是动词短语；“物を生産し”是“生产物品”的意思。整句条文翻译过来应该是：

专利系就物品的发明而获得者，生产、转让、出借或进口或者提供供转让、提供出借仅用于生产该物品所使用的物品的行为。

很明显，被答辩人的引用中少了对“のみ”这一表示“仅仅”的起限制作用的词的翻译。被答辩人故意在引用翻译中遗漏了如此重要之词汇，造成了完全不同的情况。“生产该物品所使用的物品”与“仅用于生产该物品所使用的物品”即“仅仅只能用于实施专利技术的物品”有着本质上的差别。按照被答辩人提供的错误翻译来看，只要提供了一种可用于生产专利产品的物品即构成侵权，而不论其是否具有生产专利产品以外其他产品的用途。日本专利法该条的真实意思应该是，若被控侵权人提供一种物品，此种物品只能用于生产专利产品而不具有生产专利产品以外的其他用途，这样才能构成侵权。是否“具有其它用途”是认定间接侵权的关键。在各种版本的翻译中，对“のみ”一词都有正确的翻译。而被答辩人却提供了这样一种翻译，显然对间接侵权的认定有恶意的误导。这也是由于被答辩人无法证明答辩人侵权而不得不出此下策。显然，我们的工具包，除了可以用于牛膝草液体的制造，同时也可以处理其它各种植物，具有“其它用途”，<sup>22</sup>因此根本不构成对此项法律的违反。所以说，日本《专利法》并不是作为扩大解释公约的理论依据，相反，恰恰是限制对公约做扩大解释的有力证据。

被答辩人在其起诉状中引用法国专利法来证明其扩充解释合理性的方法是值得质疑的。法国专利间接侵权的规定属于欧美规定中的一种。欧美都规定间接侵权行为的客体可以包括具有其他用途的物品。但为了确保间接侵权行为与实施专利技术行为之间有必要的因果联系。通常需要证明三个层次的联系：

第一、必须判断行为人提供该物品的目的。

第二、将“常用商品”排除在外。

第三、对构成间接侵权的产品在专利技术中的重要性有一定的限制。<sup>23</sup>

对于第三个层次的确定，欧洲法和美国法还是有差异的。法国专利法与欧共体专利公约

<sup>22</sup> 此点将在下文 3.2.2.2 详细论证。

<sup>23</sup> 引自程永顺、罗李华《中美两国对专利侵权行为的规定比较（下）》，《电子知识产权》1998 年第 6 期，第 3 页。。

第 26 条的规定类似,对间接侵权的客体均没有给出准确的范围。比如欧共体专利公约规定,该物品需与专利的“实质性特征”有关。这样会带来一个问题,什么是一项专利技术的“实质性特征”呢?由于这个概念不明确,给当事人在利用非专利物品时带来很大的不确定性和限制。答辩人认为,这样的一种规定与公约所追求的“推动经济发展,增进缔约国人民之福祉”的立法精神也是不相符的。

而美国法对于专利间接侵权的客体的规定则更为明确。美国专利法第 271 条(c)规定:  
**任何人在美国提供、出售或者进口专利产品的部件或用于实施一项专利方法的材料或装置,如果他明知这样的部件、材料或装置是为侵犯专利权而专门制造的或者专门供侵犯专利权使用的,而且这样的部件、材料或装置不是一种常用商品或者具有实质性非侵权用途的商品,则应负有共同侵权的法律责任。**

按照美国法的规定,当专利间接侵权的对象为专利产品时,专利侵权的客体应当是该专利产品的部件。这样的规定既考虑了保护专利权人的利益,同时又为其他人使用非专利产品提供了明确的法律依据。答辩人认为,这种立法合理平衡了专利权和其他人的利益,是值得借鉴的。

对照《关于智能财产权之基本原则公约》第三十五条的规定:

**明知其贩卖之物品系专利物品之重要构成部分或实施专利方法之重要器具或材料而贩卖或为贩卖之要约者,为间接侵害专利权,但所贩卖或要约之物有非侵权之主要用途者,不在此限。**

可见,该公约也是适用了美国的立法模式。这样一种立法模式的确立是有其自身的优势的,被答辩人称要对该公约进行扩充解释,实际上是违背了公约的基本精神。这样的扩充解释是不可取的。

### 3.2.2 健达公司制造、销售工具包的行为不构成对 A 专利的间接侵权

按照公约的规定,要证明被告的间接侵权成立,需要从以下三方面来论述:

- 第一、被告提供的工具包属于 A 专利的重要组成部分,对专利的实施起到关键作用。
- 第二、工具包没有其他的主要用途。
- 第三、被告主观上有诱导消费者侵犯 A 专利的故意。

#### 3.2.2.1 专利的重要组成部分

从本案的情况来看,答辩人所推出的植物处理工具包并不是被答辩人方所持有的专利权 A,即牛膝草制品的构成部分。牛膝草制品是将原料牛膝草经过化学作用而得到的产品,无论其以任何形态存在,我们都不可能将植物处理工具包这一整套器材作为牛膝草制品的组成部分。工具包只是一种可以加工包括牛膝草在内的多种植物的一套器材,因此根据《关于智能财产权之基本原则公约》第 35 条规定,制造并销售工具包的行为不能视作辅助侵权。

而且,被答辩人认为工具包构成 A 专利实施的关键因素也是不成立的。被答辩人方在起诉状中称:“对于本案中实施直接侵权的消费者来说,需要的是制造专利产品的工具而非原料或部件。那么为了引诱、辅助消费者实施直接侵权行为而从中获利,销售制造侵权产品的工具是在最好也是最可行的方法,而提供这种工具也是促成直接侵权的关键因素。”<sup>24</sup>答辩人认为,被答辩人的这种论证方法是不正确的。一项专利产品的实施需要依靠多个零件,缺少了任何一个,该专利都不能实施。如果消费者能够运用多种具有可替代性的工具制造专利产品,按照被答辩人的逻辑,因为缺少某种制造专利产品的工具就认为该工具是直接侵权的关键因素,就会得出一个荒谬的结论:一旦缺少了某种零件,即使消费者能够运用其他零件来代替该零件生产出专利产品,该零件仍然是关键因素。

<sup>24</sup> 见原告起诉状第 20 页, 5.2.1.1。

答辩人认为，要判断某个零件是否构成专利实施的关键因素，应当从专利自身的特点，而不是从消费者的需求来看。只有那些蕴含了专利的必要技术特征，对专利实施起到瓶颈作用的才能都成为是专利实施的关键因素。而在本案中，工具包虽然为消费者提供了一种相对较为简单的方式来完成对牛膝草的加工，然而这种工具包并非是加工牛膝草的唯一手段。各种化学试剂、器材的可替代率是很高的，也就是说人们也可以用其他的试剂、材料、装置达到加工牛膝草的目的，尽管这些方法可能需要较高的技术，或者在成本上高于植物处理工具包的价格。也就是说，没有答辩人推出的工具包，消费者也可能构成对于专利权 A 的侵犯。由前面提供的事实可以看到，消费者如果想要实施该专利，他们完全可以通过另一种方式来制得牛膝草液体，就像他们中的某些人过去做的那样。而答辩人提供的工具包只是为他们制得牛膝草液体提供了一种替代的方法。更何况物品专利侵权衡量标准的关键是物品，而不是制取该物品的过程。

### 3.2.2.2 工具包的其他用途

答辩人承认，将某物偶然地用于其他用途，不能说明该物已具有其他用途。这就好比拿任何有重量的东西去压腌菜，不能说明该物被生产出来就是为了去压腌菜。<sup>25</sup>某物的“其他用途”应该是指实实在在的、经济上的用途。但我们也应该认识到，只要达到一定的普及标准，其他用途就会存在，而不一定要求其他用途的效果胜过原来的用途。

从本案看，答辩人所推出的植物处理工具包用途广泛，不仅仅针对牛膝草制品，它更可以用来加工其他各种植物。有一部分消费者购买答辩人所推出的工具包是为了制造牛膝草制品，但仍然有不可忽略的一部分消费者是购买工具包来加工其他各种植物，或用作其他用途的。一部分消费者制造牛膝草制品的行为并不能说明答辩人生产工具包的目的是为了引诱消费者侵权。从生物性质上来看，牛膝草与其他同类植物没有太大的区别，牛膝草有着长茎、窄叶和蓝花，属于小型的草本多年生植物，与其类似的植物有风轮菜(Savory)、香芹(Parsley)黄金菊(Chamomile)、细香葱(Chives)、千叶蓍(Yarrow)等等，这些植物都具有极富特色的香味，可以用来改善环境、陶冶性情。牛膝草芳香剂只是其中的一种选择而已。除此之外，上述植物经过类似加工后(这些加工答辩人所推出的工具包完全可以完成)有些可以用作调味剂，为佐餐之用，(如风轮菜可搭配鱼肉类料理使用，及烹煮豆类食物)，有的具有药用价值，(如黄金菊可以用作镇静剂，也可以治疗哮喘。千叶蓍可用来为伤口止血、退烧。)现今的时代，有相当一部分人崇尚DIY(Do It Yourself)的生活方式。他们力图亲手制作他们需要的大部分东西，因此用工具包来加工上述植物是完全可能且合理的。我们推出工具包的目的很大程度上也是为了方便消费者处理植物，以满足这种时尚的生活追求。

通过上述调查和分析，我们有充分的理由认为工具包的用途绝对不局限于对牛膝草的加工，它可以用来加工其他各种植物。并且事实也说明了用工具包来加工其他植物已获得的芳香剂、调味品或者药物已经被消费者所广泛应用。也就是说，植物处理工具包具有非“侵权之主要用途”。总之，根据《关于智能财产权之基本原则公约》第35条规定，我公司推出工具包的行为也不能被视作是辅助侵权。

### 3.2.2.3 健达公司无引诱他人直接侵权的故意

健达公司推出工具包的行为不构成对直接侵权的引诱。

第一、答辩人所推出的工具包可以对相当大范围之内的各种植物进行加工处理。在自然界中，可以作为芳香剂来使用的植物种类繁多，与牛膝草同属小型草本多年生植物的就有：风轮菜(Savory)、黄金菊(Chamomile)、细香葱(Chives)、千叶蓍(Yarrow)等等。其他的芳香植物更是数不胜数，较为著名的有：天竺葵、茉莉、薰衣草、柠檬草、橙花等等。答

<sup>25</sup> 参见[日]鸿常夫等著《日本专利判例精选》，专利文献出版社1991年版，第291页。

辩人所推出的工具包主要对各种植物的化学特性以及物理特性进行改变和加工,对各种植物的处理方法大同小异。也就是说,消费者购买工具包可以用来制造很多植物的加工制品,不仅仅限于牛膝草。因此,推出工具包的行为不能被看作是引导消费者去加工牛膝草来获得牛膝草制品,损害专利权 A。举个简单的类比,这就好比销售刀具的行为不能被视为是引诱进行违法犯罪活动。在这里,销售植物处理工具包与销售刀具的性质是一样的。

第二、被答辩人方认为答辩人在工具包上的警示标语“固然有免除自己间接侵权责任的意图,但该警示语更大的作用在于,使消费者知晓使用这种工具包可以制造牛膝草制品并用于增高,从而诱使消费者购买工具包并用其制造侵权产品、实施侵权方法。”这一点显然站不住脚。答辩人之所以要在产品上作出警告表示(见证据 2)是出于对专利权 A 的保护。我们本可以不做警告表示,只说明工具包可以加工各种植物,那么消费者自然也不会注意到不应该加工牛膝草,专利权人的利益将难有保障。如果这样善意的警告也构成引诱的话,那么答辩人对什么形式的警告才不构成引诱感到十分迷惑。

第三、答辩人作出警告表示是善意地信赖了律师的意见。

“善意的信赖律师的意见”表明了答辩人不具有引诱侵权的故意。美国联邦巡回法院多次在非专利案件中强调,认定教唆侵权行为的责任需要证据证明被告具有帮助违法行为的明确故意。<sup>26</sup>例如,在一个最近的一关税案件美国诉日立(美国)公司一案<sup>27</sup>中,法院认定:“各种民事和刑事判例都支持这样一种观点,即教唆责任要求证明被告知道非法,还要表明具有违法的意图。”如果一项商业行为是在律师意见的指导下完成的,那么基于对律师的合理信任,商家有理由认为自己的行为是合法有效的,那么显然该商家就不具有引诱侵权的故意。

在 2000 年阿美山姆制药生物科技诉培肯艾尔莫公司一案<sup>28</sup>中,被告提供了证据证明他不具有主观故意,即它是在律师的意见——其产品不会引诱侵权——基础上“基于善意信念操作”的。审判该案的法官布瑞尔特别强调了这一点,并且最终支持了被告的这一主张,认定被告引诱侵权行为不成立。由此可见,如果商家真是“根据律师提供的意见——其产品不会引诱侵权——按照善意信赖运作的”,那他就没有联邦巡回法院认定侵权行为法上的教唆所需的“违法意图”。<sup>29</sup>从本案的情况来看,答辩人在生产、销售工具包之前已经向专门的律师咨询过,并且善意信赖其意见而按照他们提供的指导来进行操作。(见证据 3)

答辩人对待被答辩人专利权的态度一直以来就是善意和谨慎的。从向被答辩人提出授予专利许可的请求之前至今,答辩人对与被答辩人专利有关的问题都向律师咨询过,一直信赖其意见并照其谨慎行事。然而被答辩人却将答辩人警告消费者不要侵权的善意行为毫无道理地诬陷为引诱,实在让答辩人无法接受且深感痛心。

因此,答辩人完全不具有引诱侵权的故意。

### 3.3 健达公司制造销售工具包的行为不构成对 B 专利的间接侵权

答辩人认为,健达公司的行为对 B 专利是否构成间接侵权,同样应当适用《关于智能财产权之基本原则公约》的规定。公约规定,要证明方法专利间接侵权,需要满足三个要件:

第一、被告提供的工具包属于实施 B 专利的重要材料或器具,对专利的实施起到关键作用。

第二、工具包没有其他的主要用途。

第三、被告主观上明知消费者将侵犯 B 专利,仍故意诱导之。

#### 3.3.1 重要器具或材料

<sup>26</sup> 见《专利引诱侵权之主观故意的认定》,王剑峰,载于《举案说法》,2003.8 第 37 页

<sup>27</sup> United States v. Hitachi America, Ltd. 案,《联邦判例汇编》,第 3 辑,第 172 卷,第 1319 页(1999 年)

<sup>28</sup> Amersham Pharmacia Biotech, Inc v. Perkin-Elmer Corp. No. C 97-04203 CRB, 2000 WL 1897300(N.D. Cal. Dec. 22, 2000)

<sup>29</sup> 同注解 25



被答辩人方认为“工具包是实施 B 专利方法的重要工具”。答辩人认为这种观点不能成立。何谓 B 专利方法？根据专利说明书，B 专利是“利用特定化学作用制成之牛膝草制品使五十岁以下人类在短期内增高的方法。”增高由此可见，B 专利权的行使应当在牛膝草制品制成之后，将已有的牛膝草制品通过某种方式，可能擦拭，可能内服，也可能以其他方式，起到使人体增高的作用。然而，植物处理工具包是在哪一阶段发挥功能的呢？很显然，工具包是在制作牛膝草制品的过程中使用的，充其量是制造牛膝草制品的工具。在牛膝草制品制成后，工具包也就无用武之地了，他并不有助于牛膝草制品的应用。因此其与专利权 B 的实施毫无关系，又怎么谈的上是“实施 B 专利方法的重要工具”？

### 3.3.2 其他用途

被答辩人方在诉状中虽然阐述道“其他用途，必须具有社会所公认的经济上、商业上的实用性，而且从原则上讲，这种用途还必须当时具有通用性，且已到实用化的程度。”但是，被答辩人方却从市场中部分消费者购买工具包是用于制造增高产品的事实推导出“其他植物没有像牛膝草一样被发现经过这种化学方法处理后具有某种特殊功效的情况下，这种偶然的使用并不具有实用性，也显然不能构成主要用途”这一错误结论。事实上，答辩人所推出的植物处理工具包可以对各种植物加以处理，熏香在乙国已经有悠久的历史，已经成为一种传统习俗和文化底蕴。乙国人民在过去利用其他方法对包括牛膝草在内的各种芳香植物进行加工提炼制成芳香制品，如今在答辩人推出之物处理工具包后，乙国人民可以更为方便的制取各种植物性芳香剂，这在乙国人民的生活中已经成为极为平常的事。因此，被答辩人方所述“大部分消费者”实际上购买工具包出了用作增高产品外，同时也很有可能制造各种植物芳香剂。

从牛膝草用途角度来看，即使消费者购买工具包是为了加工牛膝草，也未必是仅仅为了增高用。从实际情况来看，虽然希望增高的人不在少数，但是一个社会中毕竟存在相当一部分人对自己的身高感到满意，认为不需要任何增高产品。对于这部分人来说，他们用工具包加工牛膝草的目的是为了其芳香作用或者是药效作用。我们注意到泰瑞大药厂和辉侨化工公司约定辉侨公司不会在授权期间内制销任何非增高用的牛膝草制品，包括牛膝草芳香剂。那么对于需求牛膝草芳香剂的消费者来说，如果不愿意采用原始的较为繁琐的方式制取牛膝草芳香品的话，就只能选择答辩人生产销售的植物处理工具包。这充分说明答辩人的工具包并非只为了制造牛膝草增高品，也就是说有侵权以外的主要用途。

### 3.3.3 主观故意

答辩人不具有侵犯专利权 B 的主观故意。具体参见上文 3.2.2.3。

被答辩人起诉答辩人侵权，不仅要论证该工具包适于侵权，更需证明该工具包准备用于侵权。即使该工具包适于侵权，但如果被控侵权人不具有主观侵权的故意，仍不构成对专利权 B 的侵犯。事实上，答辩人确实不具有侵犯专利权 B 的主观故意，不构成侵权。被答辩人在起诉状中也没有证明答辩人具有侵犯专利权 B 的主观故意。

综上所述，答辩人制造销售工具包的行为不构成对 B 专利的间接侵权。

## 四、两被答辩人在相关市场中具有强大之市场力量

《竞争法基本原则公约》第四条规定：

本公约所称「独占」，系指事业在相关市场处于无竞争状态，或具有强大之市场力量，可排除竞争之能力者。

二以上事业，实际上不为价格之竞争，而其全体之对外关系，具有前项规定之情形者，视为独占。

本公约不以事业拥有或控制智慧财产权，作为推定事业拥有市场力量之唯一依据。

#### 4.1 “相关市场”的界定

相关市场即指与具体案件有关系的市场。即在具体案件中，竞争关系或者限制竞争行为发生在这个市场上。这个市场的大小或者范围是可以界定的。

《竞争法基本原则公约》第二条规定：

本公约所称「相关市场」，包括相关之产品市场及地理市场。

前项所称「产品市场」，系指事业以对消费者具有合理替代性之商品或服务，从事有效竞争之范围；所称「地理市场」，系指消费者得购买具有合理替代性之商品或服务之地域范围。

按照《竞争法基本原则公约》第一条的规定来看，「事业」包括在公约缔约国境内设有主事务所或主营业所之公司、独资或合伙之工商行号、同业公会、以及其它提供商品或服务从事交易之人或团体。甲、乙、丙三国均签署并批准了《竞争法基本原则公约》，辉侨化工公司以及泰瑞大药厂显然符合“事业”的定义。

认定独占事业首先必须认定其特定市场，系指就一定之商品或服务，从事竞争之区域或范围。公约所称「相关市场」，包括相关之产品市场及地理市场。在界定相关市场时，应考虑下列重要因素：1. 时间的因素；2. 相关产品市场；3. 地理市场。

#### 4.2 关于本案相关市场的界定

本案中所称的相关市场是分别为乙国 20 岁以下人类增高药品市场和 20-50 岁人类增高药品市场、甲国 20 岁以下人类增高药品市场和 20-50 岁人类增高药品市场以及丙国 20 岁以下人类增高药品市场和 20-50 岁人类增高药品市场。

##### 4.2.1 时间因素的考虑

产品市场和地理市场的界定与时间因素有关，因为时间因素可直接影响产品之间的供给与需求的替代弹性。通常时间越久可替代性越低。就消费者交易习惯言，若在短期内可向较远的地区购买较便宜产品或以进口方式采购以供应国内，则特定市场认定范围较广。以下的对相关产品市场和地理市场的界定将结合时间因素一同考虑。

##### 4.2.2 产品市场因素的考虑

###### 4.2.2.1 产品市场的判断标准

所谓相关产品市场是指于特定区域范围，一定时间内可合理替代的相关产品与服务的市场。根据《欧共同体竞争法中界定相关市场的通告》<sup>30</sup>第 7 条，相关产品市场是指根据产品的性能、用途及其价格，从消费者的角度可以相互交换或者相互替代的所有产品和 / 或者服务。美国法院的很多判决明确指出了确定相关产品市场的两个因素，一个是合理的可替代性，另一个是需求的交叉弹性。<sup>31</sup>但美国最高法院同时认为法庭还需要考虑其他要素，包括供应方的替代、进入和扩张的障碍和市场的完善。台湾法院则认为考虑相关产品市场因素中，消费者的需求替代与生产者的供给替代是重要的衡量指标。

综合上述标准，界定相关产品市场必须同时考虑对特定产品的合理的可替代性、需求的交叉弹性以及供给的替代性。

合理的可替代性是指两种产品能被消费者在合理的情况下相互替代使用，具有可替代性、可比性。欧共同体委员会指出，如果两个产品的物理性能差别很大，以致实际上不具有相

<sup>30</sup> Bekanntmachung der Kommission zur Definition des Relevanten Marktes im Wettbewerbsrecht, ABl. C. 372 vom 9.12.1997, S. 5; WuW 3/1998, S. 260. 见王晓晔：《反垄断法中的相关市场》，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=14435>

<sup>31</sup> 见 United States v. E. I. Du Pont De Nemours & Co., 351 U.S. 377, 400 (1956).

同的目的，它们不能被视为相互可以替代的产品。<sup>32</sup>在考虑产品的合理可替代性时，价格也是一个重要的因素。<sup>33</sup>欧共体委员会在其裁决中经常指出，如果两种产品在价格上有相当大的差异，它们不应被视为属同一产品市场。如一般市场上的便宜香水和高级化妆品店的高级香水，它们虽然有相同性能和用途，但由于价格上的巨大差异，不应被视为属于同一个产品市场。

需求交叉弹性是一个经济学的概念，是指一种产品需求量的变化要受另一种产品价格变化的影响的敏感度。根据这个理论，如果一种产品的价格稍稍发生变化，这个变化就会引起消费者对其他产品的需求，这种情况就可说明，这些产品之间存在很重要的竞争关系，从而可以被视为属于同一个产品市场。这与台湾学者所述需求的替代性相似。所谓需求的替代性，是指假使特定产品或服务的供给者，将其产品价格或服务报酬提高时，原有顾客能够以其他交易对象或以其他产品来取代当前产品之能力。需求替代性考虑之因素较为重要者有：消费者主观的感觉与好恶、大众消费习惯、产品价格弹性、价格差距与交叉弹性、产品品质特征用途的近似程度、产品生命周期、行销管道与方式、市场结构、景气循环等因素。<sup>34</sup>

所谓供给的替代性，是指特定产品或服务的供给者，将其产品价格或服务报酬提高时，其他竞争者或潜在竞争者能够立即供应具替代性之产品之能力，是生产者进行产品类型转换的能力，以及他们为回应非暂时的价格上涨而如此作为的可能性。供给替代性考虑之因素较为重要者有市场进入和扩张障碍，包括：政府法律和法规（包括许可和准入要求）规定、不同地域间运输成本、巨额投资要求、经营策略与追求利润之动机、产品可否从国外进口与实效、产品供给价格之弹性、原料来源、生产技术与方法之相似程度、产品耐久性与生命周期、产品价值、成本结构、相关产品之产业政策、相关产品转换生产之可能性<sup>35</sup>等。市场进入和扩张障碍可以通过特定时期能否成功进入市场或者扩大市场加以证明。

在界定相关市场范围时，前述需求与供给之“相互替代能力”应被特别考虑。<sup>36</sup>

#### 4.2.2.2 增高药品与增高手术、增高器械、增高鞋、增高保健品特征<sup>37</sup>

增高手术即肢体延长术，是一种骨科手术方法。该方法是通过截骨术将肢骨或胫骨截断，然后在截骨两端各穿一组或二组钢针，用特制的可用于肢体延长的骨外固定器连接固定，待截骨术伤口愈合后就可开始延长肢体。由于肢体解剖组织结构比较复杂，肢体延长是包括骨、

<sup>32</sup> 欧共体委员会在 1991 年的雷诺和沃尔沃一案中，将卡车分为运载量 5—16 吨和运载量 16 吨以上的两个产品市场。其理由是这两种卡车的技术性能差别很大，具有不同的用途。O. J. C-281/2, 1990. 欧洲法院 1978 年关于联合商标 (United Brands) 一案的判决是关于认定产品市场的经典判例。法院认为，从香蕉的特性出发，如一年内在一定季节成熟，能够长期满足某些人的需求，且在上市高峰时期，也仅在有限程度上受其他新鲜水果的影响等，说明香蕉和其他水果不具有相互可替代性，从而说明香蕉就是一个产品市场。EuGH, 14. 2. 78, 27/76, Slg. 1978, 207, Rn. 34/35; Beate Maasch/Assessorin Lydia Gudera, Europäisches Wettbewerbsrecht, FernUniversitaet, 1995, S. 25. 见王晓晔：《反垄断法中的相关市场》，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=14435>

<sup>33</sup> 同注 29

<sup>34</sup> 参见汪渡村着：《公平交易法》，五南图书出版股份有限公司出版，第 28—29 页

<sup>35</sup> 同上

<sup>36</sup> 以能源产业为例，依台湾「公平交易法对于桶装瓦斯劳务配送中心营业行为之规范说明」，「天然瓦斯」与「桶装瓦斯」市场界定，成为两个相互独立之市场，虽其最终使用目的均提供能源使用，但两者化学质量属性不同，且基于一般的交易习惯，天然瓦斯系以导管输送，每月查表收费。而桶装瓦斯的内容为液化石油气，以桶装形式直接由人工运送，采现场直接收费，交易方式不同。由于其生产技术相似程度、厂商之产能、转换之可能性或程度并不高，故两者并无直接之竞争关系。

<sup>37</sup> 综合了上海社会科学院网站 [http://www.sass.stc.sh.cn/link/show\\_kydt.asp?id=2389](http://www.sass.stc.sh.cn/link/show_kydt.asp?id=2389)，中国质量新闻网 [http://www.cqn.com.cn/Article\\_Show.asp?ArticleID=4548](http://www.cqn.com.cn/Article_Show.asp?ArticleID=4548)，中国增高网 <http://www.zhongguozenggao.com>，医药在线网 [http://www.cnm21.com/HOTSPOT/rdts\\_410.htm](http://www.cnm21.com/HOTSPOT/rdts_410.htm)，南方周末：前赴后继的“增高”神话 <http://news.sohu.com/20040924/n222210225.shtml> 等网站相关资料。

骨膜、神经血管、肌肉等组织在内的整体延长，故该手术的并发症较多。为避免过多的并发症，现在多采用严格的缓慢持续延长的方法。由于整个治疗过程时间较长（多在 8 个月以上），一般需要同时亦需要患者的密切配合，局限性很大，对身体有创伤，手术期间严重影响日常生活。

增高器械如助长器，是在少儿睡觉前，于小腿上安装的一种外用器具，其原理是牵引少儿的小腿，这有利于少儿的生长，避免骨骺早日闭合。因为少儿生长主要是在睡眠时，生长激素是在熟睡一小时后分泌，所以助长器仅在睡眠时使用。这类增高器械仅限于骨骺尚未闭合的青少年，一般女孩是在 16、17 岁，男孩是在 18、19 岁。对于 20 岁以上的人群，该类器械无效。即便使用，也只能使韧带关节暂时拉伸，在白天活动由于重力作用后又恢复原状，达不到增高的效果。

增高鞋分两种，一种事内增高鞋就是鞋内垫高的鞋，原理就是采用隐跟设计和外观平跟的结构，在鞋的脚跟处，用特殊的材质，垫高 6—8 厘米，从而起到增高效果。这类似女人的高跟鞋，一穿就高。简单来说就是厚鞋底，与骨骼没有什么直接的接触，根本不起什么增高作用。另外一种所谓的中药磁场鞋，标称鞋垫中的中药成分通过皮肤吸收，可以打开脚底穴位，从而使磁场通过脚底而使垂体大量分泌生长激素。事实上，鞋垫中的中药很难透过袜子，除非你不停的走动方能被脚底的皮肤所吸收。所谓中医学有中药可以打开穴位的理论论述，而磁场又如何从脚底而作用于脑垂体等等大都仅是商家的炒作，并无理论文献可查。<sup>38</sup>另外，这种方法增高局限性很大，必须整天穿着增高鞋。

增高保健品是添加了钙、锌、铁、维生素、蛋白质、氨基酸的等主要元素的营养品，并没有促进骨骼生长的作用，也不会延缓骨骺的闭合，更不能打开闭合的骨骺，只起到辅助作用。而商家在销售时却往往将一般意义上的补钙和增高等同，抓住家长们期望孩子长高的迫切心愿，夸大功效，以达到销售的目的。<sup>39</sup>

增高药品的作用原理是促进生长激素分泌，正是在这一点上与其他有增高目的产品有着本质的区别。增高药品通过调理人体内分泌，使 HGH 生长激素、甲状素、雄性激素、胰岛素等的分泌量相互作用，激活与调整 HGH 基因缺陷，为身高生长提供强有力的能源，促进骨细胞的大量增殖分裂，延长骺软骨层的闭合时间；或者使软骨组织获得再生，打开已经闭合的骨骺，从而达到增高的目的。

#### 4.2.2.3 合理的可替代性的考虑——增高药品与增高手术、增高器械、增高鞋、增高保健品不属于同一产品市场

可替代性是根据产品的分类、性能、使用方式、价格、消费习惯、消费者的认知等因素，从特定消费群体的角度来衡量的。

从以上的分析可以看出，增高药品与增高手术、增高器械、增高鞋、增高保健品差别巨大：

(1) 产品品质特征用途不同。作用机理差别巨大，只有增高药品能促进生长激素分泌，以此延长骺软骨层的闭合时间。

(2) 使用方式、时间、局限性完全不同。增高手术是外科手术方法，增高器械、增高鞋都是外用，增高保健品和增高药品是内服或外敷。增高器械夜间持续使用，增高鞋白天持续使用，增高保健品和增高药品在疗程内分次使用。增高手术、增高器械、增高鞋在使用方式上局限性大，增高保健品和增高药品使用方式上局限性小。

(3) 可重复使用性不同。增高器械、增高鞋都是可重复使用的，增高手术、增高保健品和增高药品不具有重复使用性。

<sup>38</sup> 见 <http://www.sgdaily.org.cn/dwxw/show.aspx?id=9001&cid=23>

<sup>39</sup> 见 <http://www.book.tcip.net.cn/main/story.php?qaz=1347>

(4) 物理性能、形态上有重大差别。

(5) 特定消费群体明显不同。增高手术一般不适用于 20 岁以下青少年；增高器械、增高保健品不适用于 20 岁以上人群；增高药品一般不适用于 20 岁以上人群，但其中牛膝草增高药品除外，这是唯一的一种作用于 50 岁以下全部人群的，且对于所面向的人群，对 20 岁以下青少年有显著增高效果，而对 20 岁以上 50 岁以下的人群是唯一的一种有效果且效果显著的增高产品。

(6) 消费者主观感觉与消费习惯不同。消费者习惯上便将增高手术、增高器械、增高鞋与增高药品/保健品视为不同类型的产品。从使用方式、时间、副作用、痛苦程度、对日常生活的影响等方面综合考虑，在选择使用上也不会轻易地从一种产品转向另一种产品。

(7) 价格方面差距巨大。增高手术极其昂贵，为 5000-10000 美元。增高器械 100-500 美元。增高鞋 50-100 美元。增高药品的价格（50-300 美元）也显著高于增高保健品（10-100 美元）。（见证据 4）

结合以上因素综合考虑，增高药品与增高手术、增高器械、增高鞋、增高保健品不能被消费者在合理的情况下相互替代使用，不具有合理的可替代性。

#### 4.2.2.4 需求交叉弹性的考虑——增高药品与增高手术、增高器械、增高鞋、增高保健品不属于同一产品市场

需求交叉弹性是消费者为相同目的替换不同产品的能力和偏好的计量器，需要考虑消费者对假设的小的但重要且非暂时的价格上涨的反映来完成市场的界定。如果增高药品价格上涨会导致消费者转向其他一个特定的替代物，而且此种消费者数量致使维持此种价格上涨已无利可图，那么就可以认为这种替代物时确定市场的组成部分之一。显然，这种情况不存在。

在增高药品价格略有上涨而其他类型的“增高”产品价格不变的时候，选择增高药品的消费者仍然会购买增高药品，而不会转而购买增高手术、增高器械、增高鞋、增高保健品。因为在本质上只有增高药品能促进生长激素分泌，以此延长骺软骨层的闭合时间，面向消费群体范围大，且不会对日常正常生活造成任何障碍而达到真正增高作用。

在此，以上的各产品特征和 7 项分析需要被重新考虑。显然，各类产品间巨大的差异使得需求的交叉弹性在各类产品间几乎不起作用，因为他们本质上就不属于同一市场。另外，各产品行销管道和市场结构也有显著差异，增高药品和保健品一般于药店出售，增高器械、增高鞋在各类商店都有出售，手术只能在取得手术资格的医院进行。

因而，增高药品与增高手术、增高器械、增高鞋、增高保健品间不具有实质意义上的交叉弹性。

#### 4.2.2.5 供给的替代性的考虑——增高药品与增高手术、增高器械、增高鞋、增高保健品不属于同一产品市场

增高药品的供给者，将其产品价格或服务报酬提高时，其他竞争者或潜在竞争者不能够立即供应具替代性之产品。

从市场进入障碍来看，药品必须在制药厂生产，国家药品监督管理机构对药品生产控制很高，所有的制药企业都要达到 GMP。其生产及配方组成、生产技术条件都要经过国家有关部门严格审查并通过药理、病理和病毒检查和多年的临床观察，经有关部门鉴定批准后，方可投入市场。类似的，生产增高器械需要《医疗器械生产企业许可证》，手术需要执业证和相关医师，市场进入障碍大。

从供应方替代来看，增高手术、增高器械、增高鞋、增高保健品的供应者要转而生产增高药品，需要完全更换设备以及执业人员，并且通过国家有关部门批准取得生产许可字号。

生产能力的转换难度非常大，需时长，且成本极其高昂。增高药品的供应者要转而供应增高手术、增高器械、增高鞋、增高保健品也存在同样的问题。

显然，各类产品之间不具有供给的可替代性。

4.2.2.6 其他方面因素的考虑——增高药品市场应被分割为两个次级市场，即 20 岁以下人类增高药品市场和 20-50 岁人类增高药品市场。

在此，我们需要强调增高药品市场的特殊性。正如前文所提到过的，科学研究早已发现，骨骼对人体增长具有决定性作用。而女性到了 16、17 岁、男性到了 18、19 岁，骨骼已经趋向闭合，很难通过外界作用促其自然生长。除极个别人以外，到 20 岁骨骼已经闭合，无法通过促进生长激素分泌的方法使其打开以继续增高。人类在 50 岁左右骨骼完全钙化，无法打开闭合的骨骼。在牛膝草增高药品面市以前，没有哪一种药物能够使已经闭合的骨骼重新打开。但是牛膝草药品则实现了这个突破。换句话说，只有牛膝草药品才能够使 20 以上的人类增高，其他增高药品由于无法打开已经闭合的骨骼，对 20 岁以上的人类无效。实际上，这样形成了两个完全不同的消费群：20 岁以下需要增高的人类和 20-50 岁需要增高的人类，也创设了一个全新的药品市场，即使 20-50 岁人类增高的药品市场。

美国自杜邦案以来，最高法院已经通过引进次级市场概念确定市场的方法：“产品市场的范围取决于在产品自身和其替代品之间在使用上合理的相互替代或者需求的交叉弹性。但是，在这一市场范围内，可以存在自身就构成反托拉斯目的确定的次级市场……次级市场的范围可以通过检测以下方面加以确定：行业的实际标记和公众将其作为独立的经济单元认知的程度、产品的特殊品质和用途、独一无二的生产设备、拥有与众不同的消费群、价格以及对价格变化的敏感度和专业的小贩。”<sup>40</sup>

由于牛膝草产品上述特殊品质和用途，且该特殊品质和用途在可预期的未来不具有可替代性，使其拥有与其他增高药品显著不同的消费群，即 20-50 岁需要增高的人类。这一消费群体对牛膝草增高药品的价格敏感度低，不选择该产品就意味着无法继续增高。

此外，若市场进入和扩张障碍妨碍了购买者的替代性选择，那么购买者将被限定在一个通常由单个生产者的产品组成的次级市场，该市场可能构成反托拉斯意义上的确定市场。<sup>41</sup>

由于专利权等因素的限制，该市场不具有供给的替代性，进入该新兴市场的障碍非常大。消费者实际上被限定在只有被答辩人两公司的牛膝草产品组成的次级市场，完全没有替代性选择。使 20-50 岁人类增高的药品市场显然构成反托拉斯意义上的确定市场。

综合以上因素，本案相关市场产品市场应是 20 岁以下人类增高药品市场和 20-50 岁人类增高药品市场。被答辩人在起诉状 2.3 节所称全部以增高为目的的产品市场显然是错误的。

#### 4.2.3 地理市场因素的考虑

##### 4.2.3.1 地理市场的判断标准

所谓地理市场，是指事业提供商品或服务从事有效竞争的地理区域范围，顾客在此区域范围内可以无障碍地选择及自由转换交易对象。地理市场范围常以消费者之习惯消费区域、政府法律和法规（包括许可和准入要求）规定、市场进入障碍、交通运输成本、产品特征、自然地理环境等因素作为考虑标准，<sup>42</sup>需要确定有效竞争关系。<sup>43</sup>事业在交通运输、地理环境

<sup>40</sup> [美] Jay Dratler, Jr: Licensing of Intellectual Property, 王春燕等译《知识产权许可》，清华大学出版社，第 432 页。

<sup>41</sup> 同上，第 433 页。

<sup>42</sup> 参见汪渡村着：《公平交易法》，五南图书出版股份有限公司出版，第 28-29 页。

<sup>43</sup> BROWN SHOE CO. V. UNITED STATES 370 U.S. 294 (1962)。

等条件限制下，同一产业可为不同地理市场。若法令规定明确者，依法令规定，但法令无明文规定时，地理市场则必须综合考虑行政区域及交易习惯。在界定地理市场时，同界定产品市场一样，也是考虑对特定产品的合理的可替代性、需求的交叉弹性以及供给的替代性，不同之处在于只是为了确定一个适当的地域范围。

#### 4.2.3.2 本案相关地理市场是甲、乙、丙三国三个独立的市场

事业在甲、乙、丙三国分别提供增高产品或服务，从事有效竞争；顾客在分别在甲、乙、丙三国区域范围内才可以无障碍地选择及自由转换交易对象。正如前文 4.2.2.5 所详细论述的，各国法律和药监局对药品生产、销售以及进口控制很高，经严格审查鉴定批准才可投放市场。即使生产厂家相同药品质量一样，其产品也未必能进入不同国家。消费者短期内也不可能无障碍地去其他国家购买产品。对增高药品的合理的可替代性、需求的交叉弹性以及供给的替代性都会受到行政区划的影响，更不用说受到国别的影响。

被答辩人在起诉状中 2.3.2 节所称“自双方协商利用两项专利开发牛膝草增高产品开始，瞄准的市场即是跨越三国的。在交互许可协议中，双方明文约定的市场范围也包括了三国。”问题在于，被答辩人的约定是泰瑞大药厂在甲、乙二国而辉侨化工公司在乙、丙二国制造、使用及销售增高商品。从被答辩人自己划分市场的行为事实来看，他们本身也承认了甲、乙、丙三国地理市场应当分开。此外，约定的范围与地理市场无必然联系，否则，若约定在全世界范围内销售，地理市场难道就可界定为全世界？被答辩人这种推理显然是谬误的。

因此，本案相关地理市场是甲、乙、丙三国三个独立的市场。

结合以上诸因素综合考虑，本案中所称的相关市场是分别为乙国 20 岁以下人类增高药品市场和 20-50 岁人类增高药品市场、甲国 20 岁以下人类增高药品市场和 20-50 岁人类增高药品市场以及丙国 20 岁以下人类增高药品市场和 20-50 岁人类增高药品市场。

#### 4.3 被答辩人在甲、乙、丙三国 20 岁以下和 20-50 岁两个人类增高药品市场中处于实际的无竞争状态

牛膝草增高药品问世以前，世界上没有一种能使闭合的骨骺再打开的增高药品，也没有具有显著疗效的增高药品。但牛膝草增高药品具有促进生长激素分泌、赋予闭合的骨骺软骨层细胞再大量增殖分裂的能力的显著效果，是在生理学、生物学与医学上的一个伟大的发现。牛膝草增高药品是唯一的一种能够作用于 20 岁以上 50 岁以下的人群，且效果显著的增高药品。虽然市面上还有其它许多增高药品，但是正像前文中所说，其适用的人群只限于 20 岁以下的人群，而且多半是夸大效果的产品。所以，两被答辩人的牛膝草增高药品在甲、乙、丙各国 20-50 岁的增高药品市场中是没有任何的竞争对手的。

而在各国 20 岁以下的增高药品市场中，其他增高药品与牛膝草增高药品相比，即使具有价格上的显著优势，也不形成对牛膝草增高产品的有效竞争。有效竞争是建立在产品效用的基础上的，一个有理性的消息灵通的消费者明知牛膝草具有显著增高效果、其他产品不具有此种效果，也不会选择其他产品。否则，与其购买其他产品无法取得预期疗效浪费金钱，不如集中购买力使用牛膝草产品。被答辩人强大的宣传攻势和其产品显著的效果使其在牛膝草增高产品上市后短短一年内获利即高达美金三亿元便是一个明证。更何况，其他增高药品并不具有价格上的优势。

另外，由于被答辩人拥有牛膝草增高产品的相关专利权，并且通过交互授权合约从根本上排除了任何第三人参与生产牛膝草增高产品的可能性，其他增高药品生产厂商在短期内无法参与实际竞争。

因此，答辩人认为，被答辩人在甲、乙、丙三国 20 岁以下的增高药品市场和 20-50 岁的增高药品市场中都是处于无竞争状态。

4.4 被答辩人在甲、乙、丙三国 20 岁以下和 20-50 岁两个人类增高药品市场中具有强大的市场力量。

#### 4.4.1 对市场力量的认定

《竞争法基本原则公约》第三条规定：

**本公约所称「市场力量」，系指事业拥有以限制市场竞争之方法，提高商品价格并因而获利之能力。**

市场力量即企业所具有的优势地位，这种地位使其可以无视竞争，妨碍竞争或排除竞争。按照美国司法部和联邦贸易委员会在其联合发布的《知识产权许可的反托拉斯指南》中的界定，“市场力量是指为营利而在相当长的期限内将价格保持在竞争水平以上或将产量保持在竞争水平以下的能力。”<sup>44</sup>在欧盟，市场力量称为支配地位。欧洲法院在 United Brands 一案中对“支配地位”界定为“一个企业所享有一个经济力量的地位，即通过给予其在相当程度上不受其竞争对手、客户以及最终消费者影响而自行其是的能力，能够使行为人防止或至少阻碍在相关市场上保持有效的竞争。”<sup>45</sup>

关于市场力量的认定，美国法院提出了两种方法。第一是直接证据，即如果存在当事人单方面拒绝消费者所需之物，或者在相关市场提高价格或限制产量并从中受益的迹象，其本身可能足以证明他拥有市场支配力。<sup>46</sup>第二即间接证据，包括市场份额<sup>47</sup>、市场结构和市场缺陷的影响。在过去的垄断诉讼中，市场份额通常被作为法官考量市场力量的一个重要标尺。一般而言，主张垄断诉讼要求 65% 以上的市场份额，主张企图垄断要求 30%-50% 的市场份额。但是美国法院现在逐渐认识到，“市场份额的分析固然必要，但它并非计算垄断权利的决定性因素。在认定一个公司是否拥有垄断权利时，也必须考虑如竞争的激烈程度、市场进入障碍、消费者需求的弹性等等。”<sup>48</sup>

美国法院的认识也得到了其他很多国家立法的肯定。如德国的《卡特尔法》1998 年修订前对“推定具有市场支配地位”是有市场份额的标准：

--一个企业占有三分之一以上市场份额；

--三个以下企业共同占有百分之五十以上的市场份额或五个以下企业共同占有三分二以上的市场份额。

该法 1998 年修订后取消了相应规定。<sup>49</sup>同样的，台湾的《公平交易法实施细则》在修订以后，在第三条但书中也增加了：

**事业之设立或事业所提供之商品或服务进入特定市场，受法令、技术之限制或有其它足**

<sup>44</sup> 《与知识产权许可有关的反托拉斯指南》，美国司法部与联邦贸易委员会 1995 年 4 月 6 日颁布。Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, Issued by the U.S. DoJ and the FTC。见该指南第 2.2 知识产权和市场力量的规定。

<sup>45</sup> Case 27/26 United Brands Continental BV v. Commission [1978] Ecr207; [1978] 1 CMLR 429 m Para

<sup>38</sup> 转引自孔祥俊，《中国现行反垄断法理解与适用》，人民法院出版社 2001 年版，第 269 页。

<sup>46</sup> [美] Jay Dratler, Jr: Licensing of Intellectual Property, 王春燕等译《知识产权许可》，清华大学出版社，第 420 页。

<sup>47</sup> 参见美国最高法院：Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc., 112 S. Ct.2072,2080-2081(1992). (“市场支配力的存在通常是基于出卖人在市场上占有支配性的份额的推定”)。转引自[美] Jay Dratler, Jr: Licensing of Intellectual Property, 王春燕等译《知识产权许可》，清华大学出版社，第 421 页。

<sup>48</sup> [美] Jay Dratler, Jr: Licensing of Intellectual Property, 王春燕等译《知识产权许可》，清华大学出版社，第 422 页。

<sup>49</sup> 可参阅《反不正当竞争法实用全书》，中国法律年鉴社 1993 年分册，第 531 页的译文；戴奎生、邵建东等，《竞争法研究》，中国大百科全书出版社 1993 年版，附录中的译本；《各国反垄断法汇编》，人民法院出版社 2001 年版第 172-173 页的译文。



以影响市场供需可排除竞争能力之情事者，虽有前二项不列入认定范围之情形，中央主管机关仍得认定其为独占事业。

根据台湾公平委员会近年来的案例显示，公平会在市场份额上并未设置一定的门槛标准。在其判决违反竞争法的案例中，市场占有率最低者只有 8.7%。<sup>50</sup>同时，修改后的台湾《公平交易法实施细则》第二条还提出了一系列考量市场力量的标准：

- 一、事业在特定市场之占有率
- 二、考量时间、空间等因素下，商品或服务在特定市场变化中之替代可能性
- 三、事业影响特定市场价格之能力
- 四、他事业加入特定市场有无不易克服之困难
- 五、商品或服务之输入、输出情形。

因此，综合各国规定，市场力量的认定主要从以下几方面来分析：一是直接证据，即是否存在提高价格限制产量并从中受益的实际行为；二是市场占有率，以及是否具有进一步扩大市场份额的能力；三是在特定市场中是否存在合理可替代品，以及在考量时间、空间等因素下，商品在特定市场变化中被替代的可能性；四是其他事业进入该市场是否存在不易克服的障碍。以上的每一个方面都在市场力量的认定中具有重要的意义，但都不是决定性的。

#### 4.4.2 本案对被答辩人在增高药品市场具有强大的市场力量的认定

4.4.2.1 从市场占有率以及进一步扩大市场份额的能力来看，被答辩人已经具有了强大的市场力量。

虽然没有直接的数据显示被答辩人的市场占有率，但我们看到，牛膝草增高药品上市短短一年内，两家公司就获得了高达三亿美金的利润，可见消费者对其是十分青睐的。

我们还应当注意到，两被答辩人的牛膝草增高药品市场上还有进一步扩大份额的能力。因为被答辩人产品上市的时间很短，在产品种类繁多的增高药品市场中，还有一部分消费者没有认识到该药品的显著疗效。可以预见到，以牛膝草增高药品对于 50 岁以下人群的显著疗效，特别是在 20-50 岁增高药品市场上的开拓性地位，被答辩人产品的市场需求量还会进一步提高。

对于这些增加的需求量，两被答辩人也是完全有能力承担的。因为被答辩人泰瑞大药厂是国际上三大制药厂之一，被答辩人辉侨化工公司在化工领域也具有不俗的生产和科研能力。两被答辩人完全有能力将市场需求转化为市场份额，进一步扩大其在市场上的力量。

4.4.2.2 从合理可替代品和被替代的可能性看，被答辩人已经具有了强大的市场力量。

被答辩人在增高药品市场上不存在合理的替代品。所谓专利的替代品，是指存在另一项技术，其与该专利具有相同的功能，两者可以彼此替代。如果专利具有替代品，则市场会在专利和其替代品之间形成有效的竞争。在本案中，被答辩人的牛膝草增高药品因其具有以下几个特征使其在 20 岁以下和 20-50 岁的增高药品市场上具有了不可替代性。一方面是被答辩人的药品能够适用于各类人，并能够对各类人都产生显著的疗效，这是普通药物所不具有的。普通药物往往仅能针对病人某方面的生理机能的欠缺产生效果。另一方面是被答辩人的药物能够使二十岁以上五十岁以下的人类增高，这可谓是医学理论和实践上的双重的伟大发现。正像前文所说，当一个人过了青春发育期之后，骨骺与长骨干骺端相融合，即完全长到一起，此后身高便不会再增长。即使对于那些垂体性侏儒等疾病，亦应在身高停长之前进行治疗，否则即错过了治疗有效期，即使再治疗也不会有好的效果。<sup>51</sup>但牛膝草增高药品的

<sup>50</sup> 春源钢铁工业案，参见汪渡村《公平交易法》，五南图书出版公司，第 96 页。

<sup>51</sup> 参见宋广林《身高的秘密》，<http://www.cmn.com.cn/OLD/maillinglist/2001/06/495.htm>。

诞生打破了这种固有的医学定论，该增高药品既能够促使人体激素的分泌，又能够打开已经愈合的骨骺与长骨干骺端。这一点的功能是当前任何其他药物都无法匹及的。

而且，我们还认识到，被答辩人所开发出这种药物，在今后较长的一段时间和空间内是很难有产生替代品的可能性的。因为关于人体增高，历来在理论上存在瓶颈。而李博士的发现也只是在临床试验中的偶尔所得，并没有任何的理论依据。如果期盼这样的偶然发现再次发生，那几率是很小的。

4.4.2.3 从其他事业进入该市场存在的障碍看，被答辩人已经具有了强大的市场力量。

事业要想进入 20 岁以下和 20-50 岁人类增高药品市场，其障碍主要表现在以下几方面，

(1) 由于被答辩人在市场上已经占有了很高的市场占有率，其推出的产品在同类产品中又具有明显的优势，可以说被答辩人的产品已经在消费者心目中形成了一定的品牌效应。这为其他增高药品进入增高药品市场、树立其品牌形象造成了很大的困难。

(2) 进入增高药品市场的成本很高，风险很大。新药开发所投入的研发成本是很高的，而且研发的商业风险也是非常大的。据数据显示，往往几十种耗费巨资进行临床试验的新药，只有一两种能够成功地商业化。<sup>52</sup>而作为增高药品的开发，其风险性就更高了。因为被答辩人所研制成功的这种具有特效的增高药品已经投入市场并且在市场中流行，如果在这个时候继续投入此类新药的研发，也就是说要开发出比被答辩人的牛膝草增高药品效果更好的新药，其所承担的风险性和未知性是很大的。

(3) 被答辩人拥有专利权保护。答辩人注意到，被答辩人在其起诉状中提到，“专利权的行使并不一定产生垄断，只要存在受该保护方法或产品的足够替代，就并未产生市场支配力。”<sup>53</sup>这实际上已经承认了专利权本身对市场是可以产生很大的影响的，除非在市场上还存在该专利的其他替代品，可以与该专利形成有效的市场竞争。在本案中，被答辩人所推出的牛膝草增高药品，正如上文中分析到的，不具有其他的替代品。所以，在一般情况下，其他事业要想进入该市场，就必须从被答辩人企业处获得授权。被答辩人利用其在市场上的绝对优势地位，完全可以根据自己的意志，拒绝授权或者以很高的费用授权，或者在双方的授权协议中规定对被答辩人行为的各种限制条件，从而限制其他事业与之竞争。而本案中的被答辩人，则通过授权协议，完全限制了其他竞争者获得许可进入市场的可能性。

综上所述，答辩人认为，被答辩人两公司在 20 岁以下和 20-50 岁的人类增高药品市场上已经处于无竞争状态，并具有强大的市场力量。

## 五、两被答辩人的交互授权行为构成《竞争法公约》禁止之联合行为

### 5 本案的两被答辩人之间存在联合行为

5.1 本案两被答辩人的交互授权行为符合《竞争法公约》对于联合行为定义的要件。

《竞争法公约》第五条规定：

公约所调整的联合行为，系指有水平竞争关系之事业，以契约、协议或其它方式之合意，共同决定商品或服务之价格，或限制数量、技术、产品、设备、交易对象、交易地区等，相互约束事业活动之行为。

根据此项规定，我们可以得出构成联合行为的基本要件

#### A 联合行为主体为复数

<sup>52</sup> 见事实基本材料第 1 项。

<sup>53</sup> 见原告起诉状第 8 页，2.5.3。

B 主体之间存在水平竞争关系

C 有协议、契约或其他合意方式

D 在合意中体现了共同决定商品或服务之价格，或限制数量、技术、产品、设备、交易对象、交易地区的表示。

我们认为本案的两被答辩人之间的交互授权行为，以及达成交互授权行为之后，所进行的一系列生产销售活动完全符合联合行为的所有要件。

被答辩人之间是相互独立的事业，双方互不据有关连公司的关系，因此毫无疑问是两个独立事业体。

#### 5.1.1 水平竞争关系的存在。

判断水平竞争关系存在与否，最为关键的问题就是判断双方是否处于同一产销阶段，处于同一产销阶段的内的复数事业是先决条件，但是我们认为被答辩人在起诉状中对于水平竞争关系的理解有很大的误区。被答辩人诉称：泰瑞药厂一直从事医药行业、另一被答辩人辉侨公司也一直从事化工行业之生产经营，双方均未涉足增高产品市场，其原本之产业亦不存在任何交叉处。我们认为这样的判断同一产销阶段的标准是非常不妥和有严重缺憾的。并且对于公约相关规定的解读也甚为粗浅。

其一，事业处于水平竞争关系是构成公约所指联合行为成立的事实要件，而非时间概念上的前提。

根据《竞争法基本公约》第五条的规定，我们可以看到，符合公约所指联合行为的要件之一是“水平竞争关系之事业。”此项规定，被答辩人错误的解读为在时间上的前提，实际上，此处的水平竞争关系是构成公约所指联合行为的事实要件而不是时间前提。换言之，在判断行为是不是公约所指的联合行为时，不是看实施联合行为之前他们是不是处于水平竞争关系，而是看联合行为的状态下是否包含水平竞争关系这一要素。

普遍意义上的事业之间的关系，从总体上来说分为三类：水平竞争关系（生产可替代性产品的事业，例如不同的手机生产商之间）、垂直关系（事业之间一方的产品是另一方的生产资料，例如手机天线生产商和手机生产商之间）、无关系（即不存在同行业竞争，也不存在垂直关系，而是毫不相干，例如手机生产商和牛奶生产商之间）。各个事业之间的关系可能会随着事业做出的经营决定而发生改变，比如手机天线生产商决定开始生产手机，那么它们之间的关系就转化为同一产销阶段的水平竞争关系。联合行为，就是使得事业之间关系发生变化或强化原有关系的手段之一。

各国立法意义上的联合行为不仅包括水平联合，也包括垂直联合<sup>54</sup>，这里的“水平”和“垂直”两词并不是指联合行为之前各方之间的关系，而是联合行为发生之后各方的关系。因为立法的目的在于减少垄断带给社会的负面影响，考量的是在形成联合之后会对市场和消费者造成怎么样的影响，看的是联合的最终结果会产生什么问题。

联合行为之前各个事业之间的水平竞争关系、垂直关系和无关系状态通过联合行为之后变为水平竞争关系或垂直关系。假定有两家事业，一家从事汽车轮胎的研发生产，另一家从事汽车的生产，由于彼此互相授予技术和一系列的对市场和价格的约定，使得两家事业都从事汽车生产；后由于市场变化以及企业的具体情况，一家事业通过另一家事业在技术和人员上的帮助和一系列的市场及价格约定，退出了汽车制造，转为恢复生产轮胎的状态。按照被答辩人方对公约的解读来分析的话，由于一开始两家事业之间是垂直关系，在汽车制造领域并没有水平竞争关系，因此第一次的行为不构成联合行为。而第二次行为之前，双方都已经开始生产汽车了，于是构成联合行为。我们仔细分析后可以很显然地看到，作为一个联合体，第一次事业之间的行为明显有利于提升整个联合体在汽车市场上的占有份额，有利于提升联合体的市场力量，大大增加了独占得可能。而第二次的行为将会减少联合体在汽车市场上的

<sup>54</sup> 参见何之迈《公平交易法实论》三民书局 2002 年 9 月 第 36 页

占有份额和市场力量，弱化了形成独占的可能。面对这样的事实，套用被答辩人的理论，我们得出这样的结论：《竞争法公约》竟要限制，乃至禁止弱化市场力量的行为，并且对于强化市场力量的行为排除在规范之外，不受约束。这无论是从法律上还是情理上来说都是很可笑的，也绝对不是立法者的本意。

另外水平竞争关系的存在是以相关市场的存在为前提的。而被答辩人却忽略了这一点。

按照被答辩人的逻辑，如果只对相关市场建立前具有水平竞争关系的企业间联合行为进行规制，就会产生一个非常荒谬的结果：一旦两公司通过一份合同创设了一个新的市场，由于签订合同之前不存在相关市场也不存在水平竞争关系，即使双方在合同中约定划分市场、统一定价、联合抵制特定群体等反竞争条款，反垄断法也是不对这种行为进行规制的。那反垄断法存在的意义是什么？这显然是一个悖论。因此，认定这种创设新市场的联合行为，不应将水平竞争关系的存在作为时间上的前提。应当从相关市场建立时起判断水平竞争关系的存在。

本案的特殊性在于，在排他性交互授权合约成立时原告创设了20-50岁人类增高药品市场这一新的市场，而这一市场上现仅有原告两公司生产的牛膝草增高药品一种产品。被答辩人双方从此刻起共同生产销售牛膝草增高药品，处于同一产销阶段，具有了水平竞争关系。

因此从实质上来看，公约对于联合行为要求具有水平竞争关系应当被解读为：受公约调整的联合行为特指水平联合行为，垂直联合行为不受公约调整。而不能被解读为：时间上要先有水平竞争关系，然后才能实施行为，构成公约所指联合行为。否则就会形成上述滑稽的结论。由于各国普遍认为垂直联合行为较之水平竞争联合行为不太容易构成独占，因此对于垂直联合行为的规范较之水平联合行为相对宽松，公约不对垂直联合进行规制也并无不可。

**“公约所调整的联合行为，系指有水平竞争关系之事业”**这句话实际上是表明了公约对待两种联合行为的态度。

其二，判断是否处于同一产销阶段，并不能以事业正在生产之产品作为唯一衡量标准。

以6CDVD专利许可案为例。在判断6C联盟是否出于同一产销阶段时，并未采用实际生产之产品作为判断标准，而是采用了专利替代性作为衡量标准。6C联盟成员中IBM和东芝分别拥有美国专利第5410530号和第5831966号两个核心专利，成员松下则拥有一件美国专利第5263011号非核心专利，而后者与前两件专利存在替代关系。据此，可以认定6C联盟的成员处于同一产销阶段并具有水平竞争关系<sup>55</sup>。专利，意味着拥有者具有生产和实现专利所指向的产品或方法的能力，并且积极地去争取实现这种能力的条件，否则就不会将此种物品或方法积极的进行专利申请活动。在此处，学者用专利的可替代性，作为判断是否是水平竞争关系的标准，很显然是基于松下公司具有生产专利涉及产品的能力和生产的主观愿望，并没有考量实际是否生产了产品。所以我们有理由相信，只要事业具有生产相关产品的能力并具有生产欲望就处于同一产销阶段，构成水平竞争关系，而不需要实际生产。在本案中，泰瑞大药厂作为一家世界级的大药厂，完全有能力生产牛膝草制品，在积极申请并获得拥有B方法专利以后，进入牛膝草市场的主观意图已经毫无疑问，可见很显然是处于同一产销阶段，构成水平竞争关系。

### 5.1.2 有交互授权合同的存在。

根据我们调查所掌握的材料，被答辩人双方达成了一份交互授权合同，在合同中约定：泰瑞大药厂授权辉侨化工公司利用B专利权在乙、丙二国制造、使用及销售增高商品；辉侨化工公司则授权泰瑞大药厂利用A专利权在甲、乙二国制造、使用及销售增高商品。泰瑞大药厂与辉侨化工公司约定：彼此均不得再授权其它人使用A专利权或B专利权在授权领域内

<sup>55</sup> 韩赤风：《竞争还是垄断：我国DVD出口失利的法律分析》，《法制日报》2004-10-21

制销竞争的商品，辉侨化工公司也同意不会在授权期间内制销任何非增高用的牛膝草商品。

5.1.3 在合同中体现了共同决定商品或服务之价格，或限制数量、技术、产品、设备、交易对象、交易地区的表示。

从被答辩人双方达成的合同中，我们可以看到以下几点：

A 双方限制产品交易地区。

在和合同中，我们可以注意到两点。一，被答辩人双方约定了牛膝草增高产品的制造、使用及销售范围（总体上说可以在甲乙丙三国市场上看到这样的产品）。二、我们注意到泰瑞大药厂不得在辉侨化工公司所在的丙国生产牛膝草增高剂；辉侨化工公司不得在泰瑞大药厂所在的甲国生产牛膝草增高剂。从这一点我们可以很明显地看到，双方利用各自的市场力量在合同中对牛膝草增高地理市场进行了瓜分，并且这种划分庇护了两被答辩人各自在本国市场的绝对独占地位，而对于我国市场，两被答辩人却可以共同进入，攫取利润。

B 双方限制技术的交易对象。

在交互授权合同中两被答辩人约定：彼此均不得再授权其它人使用 A 专利权或 B 专利权在授权领域内制销竞争的商品。很显然这是一种限制技术交易对象的行为，排除了任何第三人获得专利许可，参与市场竞争的机会。（证据 5-8）

C 双方共同决定商品的价格

在交互授权合同中我们注意到两被答辩人有如下约定：辉侨化工公司不在授权期间内制销任何非增高用的牛膝草商品。我们认为这是两被答辩人在对于牛膝草增高产品进行共同定价。

辉侨化工公司的 A 产品专利其实就是进行 B 方法专利的物质，消费者通过购买牛膝草芳香剂，自己在家中就可以进行增高治疗。虽然都是牛膝草液体，但是由于不同的用途，会产生不同的成本和利润。如果用于芳香剂，那么除了必要原料、人工、税等成本之外，只包含一个专利成本，就是开发 A 专利所产生的开销；如果牛膝草液体用于增高，那么除了原料、人工、税等成本之外，商品本身承载了两个专利成本——开发 A 专利的开销和开发 B 专利的开销。由此可见，同样的物质，用于不同的用途，其生产成本是不一样的，而越多的集种智慧成果的产品其产生的利润也远远高于含有较少智慧成果的产品，相应的获利也就不同。牛膝草增高剂的利润因而会高于牛膝草芳香剂，但实质上却是同一种物质，两被答辩人为了维护自己的高额利润防止有人为了购买芳香剂用于增高用途，所以约定不生产牛膝草芳香剂，这从实质上来说就是一种决定商品价格的行为，通过不生产牛膝草芳香剂，来维护牛膝草增高剂的暴利。

5.2. 本案两被答辩人之间的联合行为，属于《竞争法公约》所禁止的联合行为。

**《竞争法公约》第十四条：联合行为如以创造或强化市场力量为主要目的，实际上亦发生创造或强化市场力量之结果者，事业不得为之。**

我们认为两被答辩人的联合行为符合法律所禁止的联合行为的要件，被答辩人在起诉状中隐瞒了重要的事实，只就交互授权合同中的专利交叉许可进行了说明，却闭口不谈合同中对于市场进行瓜分和进行商品共同定价的行为，以期将一个有计划、有步骤占领市场形成强大市场力量的行动误导为一个简单的专利交易。我们认为两被答辩人的行为符合如下要件：

5.2.1 以创造或强化市场力量为主要目的。

两被答辩人达成的交互授权合同是以强化市场力量为主要目的的行为。

首先，带有排他性的专利交叉许可本身的合法性就是有疑问的。它不同于普通的排他许可，也不是简单的交叉许可，而是两者的结合。交叉性使得事业之间具有联系，排他性使得参与交叉许可的事业独立于外界，这就使得参与合同的两被答辩人处于一种技术壁垒之下，这种壁垒是双方联合产生的，并仅仅为两者服务。完全排除了第三人参与市场竞争的机会。

排他许可不具有复数许可主体；交叉许可不具有排他性我们认为都是可以接受的，但是具有排他性的交叉授权实质上就是以强化市场力量为目的交叉许可。“欲借交叉许可来达到联合垄断市场目的而进行的联合行为，视为一种联合行为的禁止”<sup>56</sup>。

其次，采用合理原则（rule of reason）作为判断是否属于应当被禁止的联合行为，其必然要求就是分析个案的所有相关事实和情况，全面考量着各种相关因素是合理原则的灵魂所在，包括限制性的目的、该限制适用的行业的是历史结构以及在其他领域实施类似限制的经验<sup>57</sup>。也就是说我们不仅仅要看单纯的专利授权是否有违背法律的情况，还要考虑在合同中与此相关的条款是否具有限制竞争的目的。很显然，被答辩人不断地强调专利授权的合法性，姑且不论是否真正合法，但是在合同中的其他约定，例如辉乔化工公司不能在甲国制造牛膝草增高产品，泰瑞大药厂不得在丙国生产牛膝草增高产品；辉侨化工公司也同意不会在授权期间内制销任何非增高用的牛膝草商品等内容，也应被一并考虑。而这些内容就明显具有创造或强化市场力量的目的。

从本身违法原则来看。参照美国《谢尔曼法》的规定，有三种行为无可争议的和确定的被认为是本身违法行为：

- （1） 固定价格，包括竞争者之间水平的地固定价格、某分销系统内垂直的固定价格<sup>58</sup>和限制产量。参照本案，我们发现被答辩人之间通过取消牛膝草芳香剂的生产变相固定牛膝草增高产品价格，提高利润。
- （2） 竞争者之间水平地分割消费群体或者地域。<sup>59</sup>参照本案，两被答辩人约定互不在对方所在国家生产牛膝草增高剂，并共同进入我国市场，完全构成对于市场地域的分割。
- （3） 利用市场权利及其他重要手段抵制竞争者<sup>60</sup>。本案中，两被答辩人凭借一份存在诸多问题的交互授权合同，联合起来，将他方完全毫无理由的进行绝对排除在牛膝草增高产品市场之外，符合这一特征。

只要符合上述任何一条的情况，就构成应当被禁止之联合行为。两被答辩人的行为显然已经严重违反了有关法律的规定。

5.2.2 从事实上来看，目前整个增高药品市场已经被被答辩人占据了很高的市场份额，从前文的论述中也可以看出，被答辩人在相关市场上处于视为独占的地位，实际上已经发生创造或强化市场力量之结果。因此两被答辩人之间的交互授权行为及其附属行为不仅是联合行为，而且是根据《竞争法基本公约》应当被禁止的联合行为。

## 六、被答辩人的行为违反了公约第十九条的规定

被答辩人方认为泰瑞药厂与辉侨公司签署交互授权约定：1.限制授权区域 2.限制授权产品 3.不再授权第三人，不属于《竞争法公约》第十九条之不正当排除竞争行为的范畴。答辩人认为这种观点不能成立。

《竞争法公约》第十九条规定：

**有下列各款行为之一，而发生创造或强化市场力量之结果者，事业不得为之**

**1.以损害特定事业为目的，促使他事业对该特定事业断绝供给、购买或其它交易之不正**

<sup>56</sup> 国家知识产权局知识产权发展研究中心 组织编写《规制知识产权的权力行使》，知识产权出版社 2004 年

<sup>57</sup> 第七巡回法院：Moraine Products v. ICI American, Inc. ,538 F. 2d 134,147(7th Cir),驳回调卷令申请 429 U.S.941(1976)(根据合理性规则分析专利许可协议，法院应当考虑“公司之间因专利许可交易发生的所有其他协议”)

<sup>58</sup> Business Electronic Corp. v. Sharp Electronic Corp. ,485 U.S. 717,324~726(1988)

<sup>59</sup> Palmer v. BRG of Georgia,Inc. ,498 U.S. 46(1990)(竞争者之间分割地域的协议本身违法,而不考虑缔结者是否在该地域内共同经营,或仅是为了作为不同产品的市场使用)

<sup>60</sup> FTC v. Superior Court Trail Lawyers Ass'n. , 493 U.S. 411,435~436& n.19(1990).

当行为。

2.无正当理由，对他事业给予差别待遇之行为。

3.以胁迫、利诱或其它不正当方法，使竞争者之交易相对人与自己交易之行为。

4.以胁迫、利诱或其它不正当方法，使他事业不为价格之竞争或参与联合之行为。

5.以胁迫、利诱或其它不正当方法，获取他事业之产销机密、交易相对人资料或其它有关技术秘密之行为。

6.以不正当限制交易相对人之事业活动为条件，而与其交易之行为。

6.1 答辩人认为被答辩人方约定不再向第三人收取专利许可的行为构成“2. 无正当理由，对他事业给予差别待遇之行为。”

6.1.1 无正当理由，对他事业给予差别待遇之行为

被答辩人方认为的正当理由是：“辉侨公司能够为泰瑞生产销售牛膝草增高药品的计划提供不可或缺的 A 专利权，而健达公司难以对泰瑞药厂为 B 专利的严之付出的大量人力物力支付相当的对价”。答辩人认为这种观点缺乏依据。辉侨化工公司拥有专利权 A 的事实固然可以为泰瑞药厂提供巨大的好处，但是其它事业未必不能提出令泰瑞满意的双赢合作意见。其它事业可能拥有充足且稳定的资金来源，或者建有发达的销售网络，这些因素都可能为泰瑞药厂将来的发展创造有利条件。作为一个理性的商家来说，为了追求利益最大化，应该在作出决策时充分考量上述因素。如果明明有利可图，却视而不见，一概否决，这种行为岂能认为有正当理由呢？本案中，泰瑞药厂就是如此全然不顾其他事业的合作条件，在于辉侨化工公司签订合同时就承诺不再授权第三人，这种行为恰好说明了其对其它商家采取了无正当理由的区别对待态度。

6.1.2 发生强化市场力量之结果。

泰瑞大药厂、辉侨化工公司区别对待不同事业的做法导致了除双方以外的其他事业根本无法进入该相关市场，从而不正当的排除了其他事业的竞争，强化了市场力量。其市场力量的具体表现请参见 4.4.2。

6.2 答辩人认为泰瑞药厂与辉侨公司限制授权的行为构成“3. 以胁迫、利诱或其它不正当方法，使竞争者之交易相对人与自己交易之行为。”

6.2.1 不正当方法之解释与分析

答辩人认为对于不正当方法之解释应当作广义上的理解。《竞争法基本原则公约》第 19 条规定的立法本意在于禁止妨碍公平竞争的行为。实际上，能够妨碍公平竞争的行为绝不限于由刑法所调整的严重危害社会的行为，某些行为其危害性虽不足以达到刑法规制的程度，但若其本质就是反竞争的，其必然结果是市场竞争结构的破坏和垄断的形成，那么也会妨碍公平竞争。所以答辩人认为不正当方法不仅包括威胁、欺诈等为刑法所禁止的违法行为，更包括一切有违商业伦理和知识产权制度宗旨，对竞争秩序产生负面影响的手段。WTO《与知识产权有关的协议》第 7 条规定：“知识产权的保护和执法应当有助于技术创新以及技术转让和传播，有助于技术知识的创作者与使用者相互收益并且是以增进社会和经济福利的方式，以及有助于权利和义务的平衡。”所以，与上述规定相违背的行为就应当被认为是正当之方法。

限制授权区域是不正当方法。

本案中，泰瑞大药厂授权辉侨化工公司利用 B 专利权在乙、丙二国制造、使用、及销售增高商品，辉侨化工公司则授权泰瑞大药厂利用 A 专利在甲、乙二国制造、使用、及销售增高商品。这实际上是对甲、乙、丙三国的市场分割，身处甲国的泰瑞大药厂不允许辉侨在甲国生产销售专利产品，而辉侨也同时在丙国享有专利产品的绝对垄断。因此，对于甲国和丙

国来说，这两个市场很明显分别完全属于泰瑞和辉侨，这就是双方进行市场分割的结果。

对于市场的分割应当被视作是“本身违法”的行为。“本身违法”是指法院认为如果“限制”的实质和必然效果很明显具有反竞争性质，那么它应当被视为本质上违法，不需要人们详细质询该限制对竞争可能产生的影响。<sup>61</sup>美国《知识产权许可的反托拉斯指南》3.4节规定：“那些被判定“本质上违法”的限制包括价格的显而易见限定、产量限制、横向竞争者瓜分市场、联合抵制特定的群体，以及转售价格的维持”<sup>62</sup>。

综上所述，双方限制授权区域的行为属于不正当之方法。。

#### 6.2.2 使竞争者之交易相对人与自己交易之行为

甲国和丙国的国民本来是两家公司共同的交易相对人，可以自由选择购买泰瑞或者辉侨的牛膝草增高产品。泰瑞与辉侨对甲乙丙三国市场进行分割后，甲国的国民只能向泰瑞药厂购买牛膝草增高产品，同时丙国的国民也只能向辉侨购买牛膝草增高剂。也就是说，双方各自使得对方的交易相对人只能与自己进行交易活动。

#### 6.2.3 发生强化市场力量之结果。

泰瑞大药厂和辉侨化工公司分割市场的行为导致双方分别在甲国和丙国相关市场处于绝对垄断地位。其市场力量之强大显而易见。具体表现请参见上文 4.4.2。

6.3 答辩人认为泰瑞药厂与辉侨公司签署交互授权约定：1. 限制授权区域 2. 限制授权产品 3. 不再授权第三人的行为构成“4. 以胁迫、利诱或其它不正当方法，使他事业不为价格之竞争或参与联合之行为。”具体分析如下：

#### 6.3.1 限制授权区域、限制授权产品、不再授权第三人的行为是不正当之方法。

##### 6.3.1.1 限制授权区域是不正当方法。

见上文 6.2.1。

##### 6.3.1.2. 限制授权产品为不正当方法。

本案中，辉侨公司与泰瑞药厂约定其不会在授权期间制销任何非增高用的牛膝草制品（例如芳香剂）。这种行为实质是对价格的限制。如果辉侨化工公司不承诺停止生产非增高用牛膝草制品的话，基于各种牛膝草制品（包括芳香剂）与增高剂的成分基本一致的现实，辉侨公司很有可能借着生产销售牛膝草芳香剂的名义，实质上低价销售牛膝草增高剂，这样就能比泰瑞大药厂占得更多的市场份额。为了使上述情况不会出现，从而稳固泰瑞与辉侨的联合，辉侨化工公司在泰瑞大药厂的要求下，不得不同意停止一切非增高用牛膝草制品的生产与销售，同时也就与泰瑞大药厂在牛膝草增高剂的价格上达成了默契。

价格限制也属于“本身违法的行为”。除了上文所引用的美国《知识产权许可的反托拉斯指南》以外，欧共体法律也作出相同的规定。欧共体于 1996 年 1 月 31 日发布了《技术转让协议集体使用欧共体条约第 81 条第 3 款第 240/96 号条例》该条例第 3 条提出了技术转让协议中不能得到集体豁免待遇的限制竞争条款，这些条款被称为“黑色条款”，主要是价格约束；禁止竞争协议；禁止出口等等。<sup>63</sup>

综上所述，双方限制授权产品的行为属于不正当之方法。

#### 6.3.1.3 不再授权第三人的约定是不正当之方法。

泰瑞与辉侨签订排他性的专利交互授权合同是不正当地限制竞争行为。

根据美国《知识产权许可的反托拉斯指南》5.5“交叉和结池许可协议”中的内容：在某些情况下，如果联合拥有市场支配力的当事人排除他人进入交叉或者结池许可协议，那么

<sup>61</sup> Federal Trade Commission V.Superior Court Trial Lawyers Association,493 U.S.411,433(1990);National Society of Professional Engineers v. United States,435 U.S.679,692(1978)

<sup>62</sup>见《规制知识产权的权利行使》，国家知识产权局知识产权发展研究中心组织编写，知识产权出版社，第 403 页

<sup>63</sup> 同上，第 276 页。



竞争可能受到伤害。<sup>64</sup>包含竞争性技术的交叉或者结池许可协议所包含的排他性条款一般不会产生反竞争的效果,除非 1.被排除的企业不能在使用被许可的技术的相关商品的市场上有效地竞争,而且 2.在相关市场上,结池参与人共同拥有市场支配力。

(1)被排除出交互许可协议的健达公司不能在增高药品市场有效地竞争。

如上文所述,牛膝草增高药品在其相关市场上并没有合理的替代品,也就不存在产品与之进行有效的竞争。健达公司若要进入该市场,必须设计出新的引人注目的卖点来打入已有市场,提高销售量,争取盈利。但即使健达公司推出新的增高药品在某些方面有进步或有特色,例如成本、口味或者广告策略,消费者最为关注的产品的有效性方面却远远及不上牛膝草增高剂。除非,健达公司能在短时间之内找到能与牛膝草增高品有近似优异功效的替代品,而这显然是不太可能的。从长远角度来看,现存于市场中的商家有相当一部分也会因为无法与泰瑞与辉侨有效竞争而退出市场。这就使得该市场的市场结构逐渐趋向于封闭。而且随着泰瑞与辉侨逐渐扩大生产经营的规模,这种封闭的程度也会越来越高。也就是说:其他事业如果不订立专利联合合同或者获得相应的专利使用许可,就很难参与该市场的有效竞争。综合各种情况来看,健达公司虽然可以强行进入增高药品市场,推出自己的新产品参与竞争,但是其必然无法与牛膝草增高商品抗衡。

因此,健达公司已经不可能在增高药品市场与泰瑞大药厂和辉侨化工公司展开有效地竞争。

(2)在相关市场上,结池参与人共同拥有市场支配力

泰瑞大药厂和辉侨化工公司交互授予对方自己的专利权,形成一个专利池塘(patent pool),故双方为结池参与人。如答辩人已述,本案中相关市场为乙国的增高药品市场。首先,增高药品市场竞争空间较小。要进入增高药品市场需要经过多重国家药监部门对于其效用的审查,从生产经营角度说,生产商需要购置特定的生产器械,要满足高标准的卫生要求,这些因素决定了在该市场中的竞争者不会很多。此外,凭借牛膝草增高产品唯一且优异的疗效,泰瑞大药厂和辉侨化工公司在增高药品市场上握有很高的市场占有率以及强大市场力量。在相对较小的市场中,拥有强大市场力量,其市场支配力是显而易见的。

6.3.2 泰瑞药厂与辉侨公司参与了联合行为。见上文 5.1

6.3.3 瑞药厂与辉侨公司以不正当方式进行联合行为强化了市场力量。

泰瑞与辉侨限制授权区域、限制授权产品、不再授权第三人的行为使得双方在相关市场上的垄断地位得到进一步加强,其将价格维持在合理水平之上的能力得到加强,即强化了市场力量。

综上所述,答辩人认为泰瑞药厂与辉侨公司签署交互授权约定:1.限制授权区域 2.限制授权产品 3.不再授权第三人的行为均构成“4.以胁迫、利诱或其它不正当方法,使他事业不为价格之竞争或参与联合之行为,发生创造市场力量之结果”,构成第 19 条禁止之不正当排除竞争行为。

6. 4 答辩人认为双方约定不再授权第三人的行为也构成“6. 以不正当限制交易相对人之事业活动为条件,而与其交易之行为。”

6. 4. 1 答辩人已述,限制授权产品的行为构成不正当之限制交易相对人之行为。

6. 4. 2 以不正当限制交易相对人事业活动为交易条件。

作为泰瑞大药厂来说,不可能任凭辉侨公司销售各种牛膝草制品并借机低价销售牛膝草增高产品以获得更大利润,所以在同意与辉侨公司合作之前必定要求辉侨停止销售非增高用牛膝草制品,并以之为进行合作的条件之一。

<sup>64</sup> Cf. Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co., 472 U.S. 284 (1985)

6.4.3 发生强化市场力量之后果。

排除第三人参与竞争的行为显然增强了其市场力量。详见上文所述。(4.4.2)

#### 七、被答辩人的行为构成滥用市场力量

《竞争法基本原则公约》第十条规定：

**独占事业不得为维持或强化其市场力量，从事不正当之排除竞争行为。**

**前项所称「不正当之排除竞争行为」，系指以维持或强化市场力量为主要目的，缺乏经济上正当理由之排除竞争行为。**

独占是一种市场结构。竞争法对于“独占的市场结构”基本上持中立态度，但对于独占事业滥用其市场地位之行为，破坏竞争秩序，损害消费者利益，予以明文禁止。<sup>65</sup>

反垄断法之所以要对独占事业滥用市场力量的行为进行特别的规制，是因为具有市场地位的企业具有滥用这种地位的可能性，其相对于其他企业更容易从事违法行为，因而反垄断法需要对其进行特别的监督、控制。<sup>66</sup>正如德国学者希格费里德指出的：“按照竞争法，具有控制市场地位的企业应该承担特别的义务。”<sup>67</sup>

关于“事业对市场力量的滥用”，很难找到一个完全准确的一般性定义。按照欧洲法院在 1979 年审判霍夫曼公司诉欧共体委员会一案时的解释是，“有关企业由于存在着这种地位，不仅影响了市场结构，而且通过采取与商业交易中产品和服务的正常竞争所不同的手段，具有妨害现存市场上竞争程度的维持或者竞争发展的作用。”<sup>68</sup>

由这个界定可以看出，构成滥用市场力量需要满足以下几个要件：

- (1) 事业在市场中处于独占或视为独占。
- (2) 事业为了谋求强化其市场力量，而实施了不正当限制竞争的行为。

#### 7.1 被答辩人拥有独占之市场力量。

《竞争法基本原则公约》第四条第二款规定：

**二以上事业，实际上不为价格之竞争，而其全体之对外关系，具有前项规定之情形者，视为独占。**

从前文的论述中可以看出，两被答辩人在 20 岁以下和 20-50 岁的牛膝草增高药品市场上都具有强大的市场力量。由于两被答辩人具有市场力量，且对内不为价格竞争，构成视为独占。

被答辩人在起诉状中称，两被答辩人之间并不存在价格联盟，两被答辩人完全可能根据自身的产销状况独立定价。关于这一点，答辩人认为，被答辩人只提出了理论上的可能性，而被答辩人在实际上却没有实行价格竞争。

从本案的实际情况来看，各方面因素决定了两被答辩人并不会实行价格竞争。

首先，两被答辩人之间的利益关系是十分紧密的。任何一方没有另一方的授权就无法实施其各自的专利，也就无法在市场上获得巨额的利润。双方为了维持其友好的商业上的关系，也为了分别谋取利益的最大化，断然不会通过价格竞争互相打压价格，造成两败俱伤的局面。

其次，两被答辩人在其专利交互授权合约中已经为今后“共同合作”、不为价格之竞争埋下了伏笔。该合约中规定，被答辩人泰瑞大药厂只能在甲、乙两国制造销售牛膝草增高药品，而被答辩人辉侨化工公司只能在乙、丙两国制造销售牛膝草增高药品。这实际上已经暗示被答辩人双方希望通过分割市场，双方彼此不影响对方的生意。而在乙国市场上，虽然两

<sup>65</sup> 参见曾秀荣《禁止滥用独占之行为》。

<sup>66</sup> 参见王先林著《知识产权与反垄断法》，法律出版社 2001 年版，第 182 页。

<sup>67</sup> 转引自曹士兵《反垄断法研究》，法律出版社 1996 年版，第 140 页。

<sup>68</sup> 转引自王先林著《知识产权与反垄断法》，法律出版社 2001 年版，第 191 页。

被答辩人都可以制造销售工具包，但这只是双方利益妥协的一种产物，便于双方为了平衡利益对乙国市场进行进一步的分割。两被答辩人在授权合约中规定两被答辩人在乙国市场上可以共同经营，决不是为了在乙国市场上形成牛膝草增高产品的市场竞争，否则两被答辩人为什么只在乙国市场上许可共同经营，而在其他市场上则加以分割呢？

因此，答辩人认为，两被答辩人构成了竞争法公约中所称的“视为独占”。

## 7. 2 被告的行为不正当地限制了竞争

竞争法公约没有列出法定禁止的不正当行为，只是就“不正当排除竞争行为”的判断给出了一个标准，即考察该行为是否有经济上的正当理由。答辩人认为，这里的“有经济上的正当理由”应当理解为，该行为是为人们正常的竞争活动所采用的手段。

台湾的公平交易法在第十条具体列出了四种法定禁止的行为：

**独占之事业，不得有左列行为：**

- 一、以不公平之方法，直接或间接阻碍他事业参与竞争。
- 二、对商品价格或服务报酬，为不当之决定、维持或变更。
- 三、无正当理由，使交易相对人给予特别优惠。
- 四、其他滥用市场地位之行为。

同时我们还注意到，合理原则是在竞争法中大量采用的原则。其基本的判断逻辑是：先看特定行为是否有碍竞争，若有碍竞争，则看上述行为是否达成某种有助于竞争的效益。考虑正反效益互相抵消后是否有正向效益。<sup>69</sup>

所以，对于行为是否“正当”的判断，答辩人将从合理原则出发，结合“有经济上的正当理由”的判断标准和台湾公平交易法中列出的具体行为加以讨论。

### 7.2.1 被答辩人拒绝向答辩人授权的行为构成了公约第十条所禁止的不正当限制竞争行为

#### 7.2.1.1 存在限制竞争的行为

正如上文 4.4.2 所分析的，在相关市场上，两被答辩人占有绝对的独占地位。答辩人要想进入该市场，唯一的途径就是获得两被答辩人的专利授权。答辩人向被答辩人两公司发出商务函，表明愿意接受被答辩人所提出的各种合理条件以获得被答辩人的专利授权。但被答辩人在接到答辩人的商务函以后，没有同答辩人进行任何的洽谈，直接回函声称不授予专利权。由此，答辩人无法进入该相关市场，参与到市场竞争中来。

#### 7.2.1.2 被答辩人的这种限制竞争行为缺乏经济上的合理理由

被答辩人在其起诉状中为其行为辩解时称，“被答辩人双方的限制行为是出于合理的商业考虑，目的是在合理范围内实现利润的最大化，而非纯粹为了阻碍潜在的竞争者进入增高市场。”<sup>70</sup>被答辩人又称，其拒绝授权是正当行使了专利权的内容。<sup>71</sup>答辩人认为，被答辩人的这两点理由都是不成立的。

被答辩人所提出的第一点理由完全是一种商业上的借口。任何的商业行为，其最终目的无非是获取利润的最大化，但关键要看该商业实体所采取的获取利润的手段是否合法。如果

<sup>69</sup> 参见国家知识产权局知识产权发展研究中心组织编写《规制知识产权的权力行使》，知识产权出版社 2004 年版，第 56 页。

<sup>70</sup> 见原告起诉状第 11 页，3.3.2。

<sup>71</sup> 见原告起诉状第 11 页，3.3.1。

其行为在客观上限制了市场竞争，破坏了市场结构，那么就是为竞争法所禁止的。本案中两被答辩人的行为就算不是“纯粹为了阻碍潜在的竞争者”而实施，但至少是在客观上阻碍了潜在竞争者进入市场，并以此来维持两被答辩人在市场上的独占地位，达到获取利润最大化的目的。

从答辩人的利益看，由于没有获得授权，无法以一种正常的商业方式参与到该相关市场的竞争中，对答辩人的经济利益固然造成很大的损失。但更重要的，两被答辩人所采取的这种拒绝授权的行为并不是针对答辩人一家的，而是针对所有潜在的竞争者，其目的是要阻碍所有潜在的竞争者进入市场。由于两被答辩人在市场上取得的独占地位，被答辩人也完全有能力做到这一点。这样长此以往，被答辩人将主宰该市场的产品价格和技术。不仅对消费者的利益产生影响，而且也会极大地阻碍原有技术的革新和竞争技术的发展。

被答辩人提出的第二点理由也是不成立的。虽然专利权人拒绝许可专利权的权利是受到法律保护的，但并不是说在任何情况下拒绝许可专利权都是合法的，“也不排除知识产权的拒绝许可构成滥用行为从而受到反托拉斯法规制的可能性”。<sup>72</sup>美国司法部和联邦贸易委员会在《知识产权许可的反托拉斯指南》中指出，在确认是否触犯反托拉斯法时，反托拉斯部门将知识产权与其他财产同样对待。也就是说知识产权也要受到反托拉斯法的审查。<sup>73</sup>欧盟的欧共体条约也称，只要具有支配地位的企业在市场上从事了反竞争之行为，该支配地位是否与知识产权相关联是无关紧要的。<sup>74</sup>可见，被答辩人仅仅以其拥有专利权就拒绝授权的理由是不成立的。

## 7.2.2 被答辩人辉侨化工公司不再生产其他牛膝草制品的行为构成了公约第十条所禁止的不正当限制竞争行为

### 7.2.2.1 存在限制竞争的行为

自从两被答辩人联合推出牛膝草增高商品以后，被答辩人辉侨化工公司就停止生产牛膝草芳香剂。在芳香剂市场上，被答辩人辉侨化工公司一直保持着 5% 的市场占有率。辉侨化工公司退出该市场就意味着完全放弃了其在芳香剂市场上的份额。那么辉侨化工公司为什么会选择退出芳香剂市场呢？从表面上来看，当然是因为牛膝草增高药品比牛膝草芳香剂的市值更高。辉侨化工公司为了追求利润最大化而从牛膝草芳香剂市场中推出了。但究其深层原因，正如上文中所论述的，实际上是两被答辩人之间达成的利益妥协，共同限制其内部的价格竞争的行为。因为牛膝草芳香剂与增高剂的成分基本一致，如果不对辉侨化工公司生产牛膝草芳香剂的能力加以限制，辉侨公司很有可能借着生产销售牛膝草芳香剂的名义，实质上低价销售牛膝草增高剂，从而比泰瑞大药厂占得更多的市场份额。所以被答辩人的这种行为归根结底还是为了限制竞争，进一步强化其市场力量。

### 7.2.2.2 被答辩人的这种限制竞争行为缺乏经济上的合理理由

但辉侨化工公司的这种行为对于市场是极不负责任的。两被答辩人为了达到限制竞争的目的所采取的行动，却对芳香剂市场的结构产生了重大的影响，对该市场上存在的消费者的需求视而不见。而其他的厂商又无法从辉侨化工公司处取得牛膝草液体的专利来制取牛膝草芳香剂。这样一种在乙国有着悠久历史和使用传统的产品，就不再能为一般消费者所购买了。被答辩人的这种行为实际上是以其市场的支配力量而在其附属市场上从事排他性行为，欧盟法官在 1995 年的迈吉尔（Magill）案中判决此类行为构成对市场力量的滥用。<sup>75</sup>

而且正如上文 6.2.1 所论述的，两被答辩人之间为了限制竞争所采取的这种维持价格的行为，也构成了“本身违法”。因此，被答辩人对产品范围的限制构成滥用市场力量。

<sup>72</sup> 参见王先林著《知识产权与反垄断法》，法律出版社 2001 年版，第 224 页。

<sup>73</sup> 同上。

<sup>74</sup> 同上。

<sup>75</sup> 同上，第 229 页。

### 7.2.3 两被答辩人划分市场的行为构成了公约第十条所禁止的不正当限制竞争行为

#### 7.2.3.1 存在限制竞争的行为

答辩人注意到，被答辩人辉侨化工公司和泰瑞大药厂通过协议约定，明确对甲、丙两国的市场进行分割。被答辩人的这种行为，其目的就是限制彼此间的竞争，避免两国处于同一相关市场后带来的竞争。

#### 7.2.3.2 被答辩人的这种限制竞争行为缺乏经济上的合理理由

被答辩人双方都是十分有实力的大公司，特别是泰瑞大药厂，是国际上的三大制药厂之一。依两家公司的实力，完全可以在三国同时经营其牛膝草增高药品。但两被答辩人的行为使两国的消费者在市场上无法获得两种品牌的选择权，在客观上限制了消费者的利益。

而且分割市场的行为构成“本身违法”。(6.2.1)

因此答辩人认为，两被答辩人所有的 A、B 专利属于无效专利，两被答辩人为《竞争法基本原则公约》所定义之独占事业，并存在滥用市场地位的行为、存在《竞争法基本原则公约》所禁止的联合行为和《竞争法基本原则公约》所禁止的限制竞争行为。法院应当拒绝保护违法行使的专利权。答辩人根本不构成对于被答辩人的专利侵权。鉴于以上事实和理由恳请法院，判决驳回被答辩人的诉讼请求，并判令被答辩人承担本次诉讼费用。

此致：

乙国法院

答辩人：健达公司  
(章)

2005 年 10 月 15 号

附证据