

《公平交易季刊》  
第 22 卷第 3 期（103/07），頁 67-114  
◎公平交易委員會

## 競爭法規範智慧財產權掠奪性訴訟之研究

蕭椀如\*

### 摘要

近年來，科技界間的專利訴訟爭端不斷，有關科技業將專利權當作戰略武器使用之訊息更是時有所聞，尤其身為專利輸出大國的歐美國家企業，更是常對競爭對手提起侵權之訴訟。由於在美國進行專利訴訟所耗費之律師費用對於涉訟事業來說是一筆龐大的支出，因此，有些大企業為避免新的競爭者進入市場，常藉由提起專利侵權訴訟之方式作為增加對手成本之手段，藉此迫使競爭者退出市場抑或支付和解金而達成和解。甚至有事業編列法律巨額預算，目的只為透過訴訟將對手趕出市場。提起專利侵權訴訟，本應是當專利權人之專利權受到侵害時正當行使的權益，是屬於專利法賦予專利權人得以合法行使之權利。然而，有些事業提起專利訴訟之目的並非為保護本身或行使權利，而是為了打擊或牽制競爭對手，甚至是為了達到「以戰逼和」之目的。

針對有關專利訴訟之問題，我國的法院實務與學界學者多著重於專利法之立法目的作討論，因而得出之結論往往是以專利法鼓勵創新研發之政策考量，而使專利法優先適用，將專利權人提起侵權訴訟之行為視為基於專利法而正當行使權利之行為。然而，專利權人擁有專利權並不意味著其可任意使用權利而無須受到法律之約束。當提起專利訴訟之專利權人具有獨占力量，且基於損害對手之反競爭目的而提

投稿日期：102 年 11 月 15 日

審查通過日期：103 年 3 月 28 日

\* 蕭椀如為中原大學財經法律學系研究所研究生。

起掠奪性訴訟時，此時應有競爭法介入之空間。

有鑑於此，本文所提出之目的，係針對同樣的專利侵權訴訟問題，基於競爭法之角度而進行研究；對於具有市場力量的專利權人，純粹為損害競爭者目的而提出之侵權訴訟，以競爭法角度切入探討其可能對於市場造成之反競爭疑慮。

**關鍵詞：**掠奪性訴訟、虛假訴訟、Noerr-Pennington 原則、暫時禁制令、錯誤成本

## 一、緒論

2011 年夏天，商業周刊以專題報導科技業所掀起的一股專利大戰，微軟（Microsoft）與蘋果（Apple）以 45 億美元聯手買下加拿大北電網路（Nortel Networks）的 6 千個專利，接著宏達電以 3 億美元買下威盛 S3，Google 宣布以 125 億美元買下製造行動電話的摩托羅拉移動通信公司（Motorola Mobility），市場評估三起共耗費 173 億美元之交易，主要目的都是為了被收購事業所擁有之專利<sup>1</sup>。

近年來，科技業間頻繁的將專利權作戰略性之運用。企業為排除競爭者之目的，有以利用進行專利訴訟所費不貲之特點而藉此增加對手競爭成本者，亦有利用訴訟前之保全程序延遲對手產品上市時機，而搶先推出新產品取得市場占有率者。無論何者，當事業所為之訴訟行為已逾越專利權人正當行使權利之範圍，而有排除競爭之疑慮時，對於具有市場力量之專利權人，純粹為損害競爭者目的而提出之侵權訴訟，亦應有競爭法介入之空間。

在研究架構上，本文首先就掠奪性訴訟（Predatory Litigation）<sup>2</sup>之上位概念作一介紹，介紹 Noerr-Pennington 豁免權之發展，並提出虛假訴訟（Sham Litigation）<sup>3</sup>之抗辯作為不得適用此一豁免權之例外。接著對於虛假訴訟抗辯進行定義，並針對虛假訴訟抗辯提出一項兩階段之測試，分別為客觀無根據與主觀無根據之測試。本文並試圖對於掠奪性訴訟之客觀面與主觀面要件進行法律經濟分析，除了對於掠奪性訴訟之客觀面要件提出經濟模型進行分析，在主觀面要件上，為避免對於正當行使權利之智財權人產生寒蟬效應，亦特別引用 Cass 和 Hylton 所提出之錯誤理論<sup>4</sup>，對於掠奪性訴訟之主觀無根據要件進行經濟分析，包括介紹錯誤理論與分別分析錯誤制裁與錯誤縱放之社會成本與相關限制因素，此外，亦將此一錯誤成本理論適用於掠奪性訴訟中，討論掠奪性訴訟所採行之意圖標準與證明方法。最後探討掠奪性訴訟理論於我國之適用評析，本文針對對於具有掠奪效果之訴訟類型，依是否已經

<sup>1</sup> 林宏達，「專利八國聯軍圍攻台灣」，商業周刊，第 1240 期，132-140 (2011)。

<sup>2</sup> 於本文三有詳細論述。

<sup>3</sup> 於本文二有詳細論述。

<sup>4</sup> 於本文三(三)有詳細論述。

進入審訊程序而區分為濫用保全程序與濫訴兩種類型而分別提出批評與建議，並試圖援引文中所提及的美國法相關學說概念，提出可行的解決之道。

## 二、反托拉斯豁免權與虛假訴訟

### (一) 反托拉斯豁免權之適用與例外

在涉及侵害智財權的反托拉斯案件中，有時受指控侵權者會藉由提起反訴主張智財權人所提之訴訟違反反托拉斯法而成為反托拉斯原告。針對智財權人之訴訟行為能否豁免於反托拉斯審查，美國憲法增補條款中明文規定人民有向政府申請救濟之權利，向政府申請救濟之行為得豁免於反托拉斯法責任。此外，由最高法院在 *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.* 案<sup>5</sup>及 *United Mine Workers v. James M. Pennington* 案<sup>6</sup>中之判決結果所發展出的 Noerr- Pennington 豁免權原則，也確立了「向行政或立法機關遊說之行為，即使具有反競爭之目的，仍得豁免於反托拉斯法責任」此一原則，最高法院並在隨後的 *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*<sup>7</sup>一案中將此一反托拉斯豁免權進一步延伸至所有向政府機關申請救濟之行為，包括向法院請求救濟之行為。因此，智財權人所提起之侵權訴訟，基本上是被推定得豁免於反托拉斯責任的，只有在智財權人提出的訴訟純為虛假訴訟此一例外情況下，智財訴訟之被告將得以此作為抗辯，主張智財權人不得適用反托拉斯豁免權。

### (二) 虛假訴訟之適用

#### 1. 虛假訴訟之定義

虛假訴訟一般來說在法律上被定義成「無根據」或是沒有任何合法基礎之反競

<sup>5</sup> 404 U.S. 511(1972).

<sup>6</sup> 381 U.S. 657(1965).

<sup>7</sup> 404 U.S. 511(1972).

爭訴訟。而就經濟的觀點來說，將虛假訴訟定義成基於反競爭目的（Anticompetitive Ends）而大量使用法律和行政制度，則似乎顯得過於侷限，與經濟觀點更為一致的定義是，認為虛假訴訟屬於具有反競爭效果之掠奪性或詐欺性訴訟，亦即，不當的利用法院和其他政府司法程序對抗競爭對手，以達到反競爭目的之訴訟行為<sup>8</sup>。當反托拉斯原告對於專利權人主張虛假訴訟之抗辯而提出反訴時，即主張作為競爭者之專利權人利用司法程序而意圖對競爭對手施加成本或排除其於市場上之競爭而違反休曼法<sup>9</sup>。

亦有認為所謂虛假訴訟，係指原告向政府申請救濟之行為，僅僅只是用來騷擾競爭對手之藉口。換言之，因為申請救濟者並未期待政府會做出行動，所以對於申請救濟者來說，其並非試圖透過政府之行動而造成對手之損害，而是試圖利用申請救濟之過程本身而造成對手之損害。舉例來說，當一個事業提出一項增加競爭對手成本之訴訟，然其本身並無機會據此勝訴，其目的就只是為了耗盡對手之資源時，則此一訴訟即為虛假訴訟。於此情況下，損害之結果並非來自於不利之司法判決，而是來自於訴訟過程本身所造成的不利負擔<sup>10</sup>。

## 2. 虛假訴訟之兩階段測試

針對如何判斷智財權人所提起之侵權訴訟是否屬於虛假訴訟，最高法院在 *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.* 一案<sup>11</sup>中提出了一項兩階段之測試方法，分別是客觀無根據與主觀無根據的測試。客觀無根據之測試是為了保護正當行使權利之智財權人<sup>12</sup>，並且避免反托拉斯法不適當的凍結合法智財訴訟之實施<sup>13</sup>。

---

<sup>8</sup> Christopher C. Klein, "The Economics of Sham Litigation: Theory, Cases, and Policy," Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission, 1 (1989).

<sup>9</sup> *Id.*, 3.

<sup>10</sup> Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, 4th ed. 755 (2011).

<sup>11</sup> 508 U.S. 49 (1993).

<sup>12</sup> 例如，專利法保護專利權人一旦被授予專利，即得在專利的範圍內，在專利法所定之期間內，得受到不被侵害之保障，亦即在專利法之保護下，專利權具有絕對之排他性，而使專利權人在法定期間內，有權排除任何人非經其同意對於專利權人所取得之專利為製造、使用、銷售、販賣或進口。參閱王承守、鄧穎懋，美國專利訴訟攻防策略運用，1版，元照出版社，20（2004）。

<sup>13</sup> Herbert Hovenkamp & Mark D. Janis & Mark A. Lemley, *IP and Antitrust – An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*, 1st ed., 11-17 (2002).

有關此一虛假訴訟客觀面之測試，要求一個訴訟必須是在客觀上無根據，而使得沒有合理之訴訟當事人可以實際上期待依據該法律勝訴，如果一個客觀之訴訟當事人可以合理的推論出該訴訟可能獲得有利之結果，則該訴訟可以適用 Noerr 案之豁免權而豁免於反托拉斯責任之外，且基於虛假抗辯為前提而提出之反托拉斯主張必然將獲得敗訴<sup>14</sup>。在如何認定客觀無根據上，最高法院則廣泛依賴合理事由（Probable Cause）存在的概念來作為認定，亦即是否處於被告位置之合理訴訟當事人，得以真實的期待可以根據系爭訴訟之法律依據而獲得勝訴。當法院認為反托拉斯被告具有提起訴訟之合理事由存在時，將依法排除被告從事虛假訴訟之認定，而使被告得以適用豁免權<sup>15</sup>，換言之，合理事由的存在可以被認為是反托拉斯被告的一種「避風港」（Safe Harbor）<sup>16</sup>。

虛假訴訟測試的第二個階段是有關主觀無根據之測試，亦稱主觀上動機之測試。此一部份之測試主要著重於訴訟當事人之主觀動機，亦即法院應該探究智財權人在提起此一客觀無根據之訴訟背後，是否隱藏著反競爭之意圖，而企圖利用政府程序而非程序所造成之結果，作為直接妨礙競爭者商業關係之反競爭武器。在 PREI 一案<sup>17</sup>中，法院並未對於如何分辨訴訟屬於主觀無根據而提供太多指導，因為在該案中，法院已認定智財權人所提起之訴訟不屬於客觀無根據之情況，因此無須進入到主觀動機之認定問題<sup>18</sup>。

由此可知，法院在採用 PREI 測試之適用順序上，必須先對智財權人進行是否客觀無根據之測試，如果訴訟符合客觀無根據之測試時，才會進一步去認定訴訟當事人之主觀意圖是否為惡意。如果在第一部分之客觀無根據測試，即已認定當事人具有合理事由而提起訴訟，並非屬於客觀無根據之範圍，則法院將會拒絕進一步去蒐證訴訟當事人提起訴訟之主觀上原因<sup>19</sup>。如果一個反托拉斯原告可以證明智財權人所提起之訴訟是同時在客觀上及主觀上皆為無根據的，則該訴訟屬於所謂的虛假訴訟，反托拉斯原告可以此作為抗辯而主張智財權人不得適用 Noerr-Pennington 豁

<sup>14</sup> 508 U.S. 61 (1993).

<sup>15</sup> 508 U.S. 63 (1993).

<sup>16</sup> Herbert Hovenkamp & Mark D. Janis & Mark A. Lemley, *supra* note 13, 11-19 (2002).

<sup>17</sup> 508 U.S.49 (1993).

<sup>18</sup> Herbert Hovenkamp & Mark D. Janis & Mark A. Lemley, *supra* note 13, 11-22 (2002).

<sup>19</sup> 508 U.S. 61 (1993).

免權，但這僅僅只是代表智財權人不得主張 Noerr-Pennington 豁免權而豁免於反托拉斯責任之外，並不當然代表其已違反了反托拉斯法，若要主張智財權人之行為已違反了反托拉斯法，原告尚需證明主張違反反托拉斯法所須具備之實質要件<sup>20</sup>。

### 三、掠奪性訴訟之法律經濟分析

#### (一) 前言

反托拉斯法領域上，常將反競爭之掠奪行為分成價格掠奪行為與非價格掠奪行為兩種類型。所謂的價格掠奪指的是有關掠奪性訂價之行為，而非價格掠奪行為中受到較多關注的則為掠奪式創新、掠奪性訴訟等。本文在此將著重於掠奪性訴訟之探討，並分為客觀面與主觀面進行經濟分析。

#### (二) 客觀面之經濟分析

一般來說在合理之情況下，只有當原告的訴訟預期收益超過其預期成本時，一個訴訟才可能被進行。當訴訟當事人非常可能根據其所主張之法律依據而獲得勝訴，且所耗費之訴訟成本低時，其鮮少會選擇於法庭外進行和解。相反的，幾乎沒有勝訴機會且耗費鉅額訴訟成本之訴訟當事人，則鮮少選擇繼續進行訴訟。通常會進入審判程序的案件，多是不確定當事人是否得以勝訴之案件，或者是在蒐證程序及訴訟進行之前，無法評估可能耗費之訴訟成本的案件<sup>21</sup>。因此，提起訴訟之「最佳」背景是，只有當訴訟當事人間存在一個待解決之爭議時，才提起訴訟之情

---

<sup>20</sup> 掠奪性訴訟在反托拉斯法上，可能涉及休曼法第 2 條有關獨占或意圖獨占之違反。違反實施獨占須具備要件為：一、在相關市場中擁有獨占力量；二、故意取得或維持該獨占力量，而非由於經營得當或歷史因素之結果所導致之成長或發展。違反企圖實施獨占須具備要件為：一、具有實施獨占之特定意圖；二、為了取得獨占力量所為之反競爭行為；三、具有成功之危險可能性。

<sup>21</sup> Ioannis Lianos & Jun Zhou, "Optimal Test For Strategic Antitrust Sham Litigation-a Mechanism Design Approach," [http://ucl.academia.edu/IoannisLianos/Talks/22638/Optimal\\_Tests\\_for\\_Strategic\\_Antitrust\\_Shams\\_Litigation\\_paper\\_presented\\_at\\_the\\_Centre\\_for\\_Law\\_and\\_Economics](http://ucl.academia.edu/IoannisLianos/Talks/22638/Optimal_Tests_for_Strategic_Antitrust_Shams_Litigation_paper_presented_at_the_Centre_for_Law_and_Economics), last visited on date: 2013/8/1.

況<sup>22</sup>。

然而，訴訟當事人並非總是擁有充分之資訊去預測訴訟結果，在訴訟資訊有限的情況下，訴訟當事人可能會基於策略性之考量而提起訴訟。例如，當一方訴訟當事人對於訴訟所帶來之真實預期價值是較高的時，其可能會有動機去混淆對方對於訴訟預期價值之認定，好讓對方接受較低之和解金。除此之外，更為普遍的情況是，原告提起訴訟之原因並不是因為勝訴判決之預期價值高於訴訟之預期成本，而是基於有利之間接利益而提起一項訴訟。例如，如果允許有些訴訟繼續進行審判，可能會對於被告施加顯著之訴訟成本時，這就可能促使原告提起幾乎不預期得以勝訴之訴訟，希望得以藉此迫使被告與之達成和解<sup>23</sup>。

以下將對於掠奪性訴訟之客觀面要件提出一項經濟模型，用以說明原本何以屬於不合理之訴訟行為，在加入訴訟掠奪之市場間接收益後，將變成一項有利可圖之訴訟行為。

### 1. 掠奪性訴訟之經濟模型

有關合理訴訟的經濟分析，可以基本的成本－效益分析來說明。當一個理性的事業決定實施訴訟行為時，必定會考量提起訴訟所需耗費之成本與所可能獲得之利益。基本上在各式訴訟中，只有當訴訟之預期收益超過預期成本時，原告才會提出一項訴訟主張。訴訟之預期收益通常是來自於金錢賠償與禁制令之預期價值，以（J）表示；勝訴可能性之百分比以（X）表示；預期之成本指的是原告從事訴訟之成本，以（C）表示，其中包括律師費用、訴訟費用、專家證人費用、員工花在訴訟上之時間、旅費和其他雜項開支。而一個風險中立之原告只有在以下情況才會考慮提起訴訟<sup>24</sup>：

$$XJ > C \text{ (勝訴可能性之百分比} * \text{預期收益} > \text{預期成本)}$$

訴訟之進行如果不符合這個條件，則進行訴訟將導致淨預期損失（Net Expected Loss）。然而，有關訴訟掠奪之價值卻劇性的改變了這樣的公式。如果提起訴訟將可以產生一個額外的收益，是原告得以獲得某種類型的市場優勢或是造成市場新參

<sup>22</sup> Christopher C. Klein, *supra* note 8, 15.

<sup>23</sup> *Id.*, 15-17.

<sup>24</sup> Gary Myers, "Litigation as a Predatory Practice," *80 Kentucky Law Journal*, 602 (1992).



進者之不利益，則等於提起該訴訟將得以另外獲得非直接來自於金錢賠償之間接收益（Collateral Benefits），這些預期收益折算至現值，也必須被加入平衡。因而得出以下的一項公式中，多包含了一個變數（L），用來反映預期從訴訟中所獲得之市場收益<sup>25</sup>，也就是預期從訴訟中所獲得的間接收益：

$$XJ + L > C$$

（勝訴可能性之百分比 \* 預期收益 + 預期從訴訟中所獲得之間接收益 > 預期成本）

間接之市場收益因素意味著，有些非具有經濟上正當性之訴訟可能會因為得自市場中產生獨占利益之原因而被提起。然而有鑑於訴訟所導致的一些無謂損失（Deadweight Losses）以及因為獨占行為造成消費者的財富轉移（Wealth Transfers），來自獨占或價格上漲的收益，並非社會所期望的，因此從經濟的角度來看，這場訴訟是不應該被提起的<sup>26</sup>。

此一經濟模型對於有關掠奪性訴訟之主張提出了幾項推論。首先，區分成本合理之訴訟與成本不合理之訴訟是重要的。如果以現值計算，該訴訟之預期損害賠償在乘以勝訴可能性之百分比，並且扣除提起訴訟之成本後仍是成本合理時，則基於事業追求財富最大化之原則，此時將推定該訴訟為有效率的，且不應該被嚇阻。這點可從憲法增補條款中對於申請救濟權利之明文可見一斑，條文中明確表示具有合理期待勝訴之訴訟將不會受到懲罰，除非他是基於惡意提起或是為了不適當之動機而從事該訴訟<sup>27</sup>。

如果訴訟之預期收益為負的，則該事業可能從事掠奪。反托拉斯原告可以藉由證明被告從該訴訟中取得某些間接市場收益而證實（Confirm）這樣的懷疑。被告通常是透過維持或運用獨占或市場力量之方式而取得間接市場收益，例如其可能有能力在相關市場中提高價格、增加收益及減少產量。此外，由於被告是為了反競爭效果而於該市場中從事掠奪性訴訟，而不是為了預期獲得法院所判予之損害賠償。因此，在缺乏間接市場效果下不會被提起之訴訟，若基於所可獲得之間接收益而被提起時，則可能是屬於無效率之訴訟而應受到反托拉斯法之嚇阻。反托拉斯法可以藉

<sup>25</sup> *Id.*, 603.

<sup>26</sup> *Id.*, 603

<sup>27</sup> *Id.*, 604.

由建立適當的執法機制而嚇阻及防止此種推定無效率之訴訟，此一機制指的主要是，當掠奪者提起無效率之掠奪性訴訟時，被掠奪者可以對掠奪者提起反托拉斯主張並請求三倍之損害賠償<sup>28</sup>。

換言之，根據前面所提到的此一模型，當  $XJ > C$  時，我們可以初步認定其屬於成本合理之訴訟，而對於  $XJ < C$  之訴訟，並非當然就是掠奪性訴訟，智財權人可能是在加入其他考量之因素後，而決定提起訴訟，而這裡所稱之其他考量因素，就是所謂之間接收益（L）。不過，間接利益也不一定全是有掠奪效果的，畢竟智財權人本來就會基於獲得利益之考量而行使專利權，只有在間接利益是具有反競爭效果時，我們才會認定智財權人是在進行掠奪性訴訟之行為。而  $XJ + L > C$  此一模型的提出，只是為了說明原本屬於不合理之訴訟行為，在加入反競爭之間接收益後，將使得智財權人所提起之訴訟具備了經濟上之合理性，因而說明了何以智財權人將有動機進行訴訟掠奪。

## 2. 經濟模型之參考指標

有關掠奪者提起訴訟之預期收益，主要是來自於勝訴後所可獲得之金錢損害賠償和禁制令之預期價值，有關禁制令的規定，在我國指的主要是假扣押、假處分與定暫時狀態假處分等保全程序之執行；有關掠奪者提起訴訟之預期成本，指的是原告從事訴訟之成本，其中包括律師費用、訴訟費用、專家證人費用、員工花在訴訟上之時間、旅費和其他雜項開支以及訴訟敗訴時所需支付之損害賠償，涉及反托拉斯法案件之損害賠償，若反托拉斯原告獲得勝訴時，最高可以請求掠奪者支付三倍之損害賠償；而掠奪者提起訴訟之預期間接收益，並非掠奪者預期訴訟勝訴時法院所判予之賠償，而是指掠奪者提起訴訟將可產生之額外收益，包括掠奪者可以藉由訴訟對於新參進者造成不利益，例如，掠奪者藉由提起訴訟指控新參進者侵權，對於某些產品生命週期短的產業競爭者來說，因為訴訟程序而造成延緩進入市場而所課予的不利益是相對大的<sup>29</sup>，當訴訟對於掠奪者造成之不利益低於訴訟對於新參進者所造成之不利益時，掠奪者就可能是有利可圖的。此外，進行掠奪性訴訟可獲得

<sup>28</sup> *Id.*, 604.

<sup>29</sup> 例如對於高科技產業來說，因為產品生命週期短、產品快速更新，如何使自家產品搶先於競爭前於市場上推出，進一步搶占市占率，是高科技產業進行競爭非常重要之環節。

之間接收益還包括建立掠奪聲譽，藉由建立起掠奪聲譽，掠奪者可能有效的嚇阻之後的參進者，而有能力在相關市場中提高價格、增加收益或減少產量，進而獲得獨占利益。

### (三) 主觀面之經濟分析

#### 1. 前言

掠奪性訴訟主觀面之要件，所欲調查討論的乃為被告行為意圖之問題，其所欲證明的是被告之內心狀態。反托拉斯法上有兩種不同之意圖標準，即一般意圖標準（General Intent Standard）和特定意圖標準（Specific Intent Standard），二者之舉證程度不同。一般意圖標準只要求證明被告認識到其採取一項特定行為，而非要求證明被告乃有目的的去實現一項特定之不良成果（Undesirable Result）<sup>30</sup>。而在特定意圖標準之下，當被告之行為包含了限制競爭和促進競爭之目的時，將不會被認定具有獨占之特定意圖。

有鑑於法規制定之目的的一般來說，皆傾向於採用可最小化預期社會成本之法律標準，本文將在此引入 Cass 和 Hylton 之錯誤成本理論，分別介紹錯誤制裁與錯誤縱放所可能引發之社會成本與可能之限制因素，並對於反托拉斯法適用一般意圖標準和特定意圖標準所可能產生之相關錯誤成本進行經濟分析，接著進一步分別對於判斷意圖所採用之不同證明方法進行討論，最後提出於實務上適用之參考指標。

#### 2. 錯誤理論之介紹

近期受到芝加哥學派著重經濟分析、效果面分析的影響，學者間開始質疑「故意」要件存在之必要性，反對故意要件存在者有認為故意要件屬於對行為人有利之要件，將因此增加錯誤縱放之機率而衍生相關社會成本<sup>31</sup>。另一方面，Cass 和 Hylton 則採相反意見，不但肯認故意此一主觀要件存在之必要性，並且主張對於主

<sup>30</sup> Ronald A. Cass & Keith N. Hylton, "Antitrust Intent," *74 Southern California Law Review*, 661 (2001).

<sup>31</sup> 林彥好，新經濟制度下反托拉斯法主觀要件之研究：以美國「獨占」、「企圖獨占」案件之發展為中心，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，53 (2008)。

觀要件採取更嚴格之標準，在對於涉及反托拉斯案件之行為人採取特定意圖標準下，方能降低整體之社會成本。

Cass 和 Hylton 所提出之錯誤理論將錯誤之類型區分為錯誤制裁與錯誤縱放兩種。當被告之行為實際上屬於一項合法之行為，但卻被法院認定為非法時，則發生所謂的錯誤制裁，錯誤制裁主要對於社會帶來了過度嚇阻之成本（Overdeterrence Cost）；另一方面，當被告之行為實際上屬於一項非法之行為，但卻被法院認定為合法時，則產生了錯誤縱放之問題，錯誤縱放對於社會造成了嚇阻不足之成本（Underdeterrence Cost）<sup>32</sup>。換言之，當法院發生誤合法為非法時，產生錯誤制裁，其又稱為「第一類型錯誤」（Type-One Error）；反之，當法院發生誤非法為合法時，即產生了錯誤縱放，又稱為「第二類型錯誤」（Type-Two Error）<sup>33</sup>。

在考量一項規範獨占力濫用之法律原則的錯誤成本之前，必須先了解兩個主要之問題，第一，在獨占案件中，錯誤制裁與錯誤縱放所出現之機率高低。第二，比較錯誤制裁與錯誤縱放各自所產生之錯誤成本<sup>34</sup>。

就反托拉斯之執法趨勢來看，出現錯誤制裁之機率很可能是高於出現錯誤縱放之機率。主要原因包括，許多被認定屬於反競爭之獨占行為，也可能是經常出現之合法競爭行為，例如，涉嫌進行掠奪性訂價或忠誠折扣（Loyalty Rebates）行為之被告，如果本身不具有市場力量時，則實際上屬於競爭者間良性之價格競爭。另一方面，事業以獨占力量獲取利益的行為，將因其可觀的獨占利益而吸引競爭者進入市場競爭，進一步抑制獨占事業之反競爭行為。加上獨占行為之認定往往比聯合行為的認定來的不易，因而，若主管機關對於獨占與聯合行為採取同樣之執法密度與強度時，將因此增加對於獨占行為錯誤制裁之機率，反托拉斯學者因而認為其出現錯誤制裁的機率也會比較高。最後，在經歷了全球金融風暴之後，各國政府皆傾向於以競爭主管機關管控過高之市場價格，因此基於政策之考量，也可能使得錯誤制裁之機率不對稱的增加<sup>35</sup>。

<sup>32</sup> Ronald A. Cass & Keith N. Hylton, *supra* note 30, 681.

<sup>33</sup> 陳志民，「反托拉斯法規範掠奪行為之現在與未來—新經濟制度下之省思（二）」，政大法學評論，第 81 期，57 (2004)。

<sup>34</sup> 陳志民，「公平交易法關於濫用獨占力規定之執法檢討與展望」，公平交易法實施 20 週年回顧與前瞻學術研討會論文彙編，公平交易委員會，14 (2012)。

<sup>35</sup> 同前註，14-15。

最後必須了解的是，一項法律原則的預期錯誤成本是錯誤機率與錯誤成本之產物，換言之，有關一項法律原則之預期錯誤成本，可以藉由分別計算錯誤制裁和錯誤縱放之機率乘以來自於該錯誤所產生之成本而得出<sup>36</sup>。而接下來將說明錯誤制裁與錯誤縱放各自所產生之錯誤成本。

### 3. 錯誤制裁之成本

錯誤制裁所可能引發之社會成本包括主要的過度嚇阻成本、次要的競租成本與訴訟成本。當在一個完美的法院制度下，法院擁有充分的資訊得以做出無錯誤發生之判決，然而在現實的世界中，法院可能因為不同之原因而造成錯誤判決之結果，例如法院可能因為適用行為標準錯誤（例如應適用合理原則卻適用當然原則），或是因為事實涵攝錯誤（例如對於競爭所產生之效果判斷錯誤）等原因，都可能因此而做出錯誤之判決而進一步對於社會產生錯誤之成本<sup>37</sup>。有關錯誤制裁所產生之社會成本，最主要者即為對於反托拉斯之被告產生過度嚇阻之成本。當一項法律原則之適用產生錯誤制裁效果時，將使得反托拉斯之被告特別耗費心力於避免成為被制裁之對象或訴訟被告。錯誤制裁之過度嚇阻成本主要有幾種形式，分別為生產效率成本、價格效率成本和卡特爾成本。生產效率成本（Production-Efficiency Cost）例如法院錯誤的制裁支配事業正當擴張產能之決策，而使得支配事業放棄擴張產能，放棄利用規模經濟生產價格較低之產品供給給市場消費者。支配事業放棄擴張產能之此一決策，將同時增加事業和消費者之成本，因為此舉不但使得事業必須以較高的成本生產產品，也使得消費者必須以較高之成本購得產品，所以對於雙方來說都是不利益的<sup>38</sup>。價格效率成本（Price-Efficiency Cost）最常見的是法院對於掠奪性訂價之錯誤制裁。當法院錯誤的將事業合理之價格競爭行為，誤認為具有反競爭意義之掠奪性訂價行為而科以反托拉斯制裁時，將可能因此對於事業產生寒蟬效應。事業因為擔心被指控實施掠奪性訂價，為避免進行訴訟所可能帶來之高額訴訟費用和其他成本，事業將有誘因去避免作出激烈的價格競爭，而這將導致消費者剩餘損失

<sup>36</sup> Ronald A. Cass & Keith N. Hylton, *supra* note 30, 682.

<sup>37</sup> 林彥好，前揭註 31，57 (2008)。

<sup>38</sup> Ronald A. Cass & Keith N. Hylton, *supra* note 30, 705.

而降低消費者本可享有之福利<sup>39</sup>。錯誤制裁也可能對社會造成卡特爾成本，舉例來說，對於掠奪性訂價之錯誤制裁，可能使得獨占事業為避免被指控掠奪性訂價，而不敢以降價之方式競爭，進一步促使競爭事業間達成避免價格競爭之非正式協議。當競爭事業間達成不競爭之協議時，自然不再有誘因提出反托拉斯訴訟指控對方削價競爭。另一方面，若獨占事業遭到司法部之追訴時，卡特爾之成員亦有誘因為了保護勾結之利益，而在法庭上作出有利於獨占事業之證詞來彼此掩護，此即為錯誤制裁所可能造成之卡特爾成本<sup>40</sup>。

有關錯誤制裁之成本，除了主要為以上所提到之過度嚇阻成本，尚有次要之競租成本（Secondary Rent-Seeking Costs）與惡意訴訟（Bad-Faith Litigation）之社會成本。競租成本是從獨占者的角度出發，指獨占者有誘因去保護、利用且最大化特定法律標準之錯誤所創造出的利益<sup>41</sup>，獨占者利用法律本身作為一項競爭之手段<sup>42</sup>。

獨占者所支出之競租成本與提起惡意訴訟所造成之社會成本有些不同。競租成本是基於獨占者之角度所付出之成本，舉例來說，當獨占者將事業內部資源用於維持既有利益，進而排擠到事業內部其他諸如研發、創新、工廠設備等所需資源之利用時，即獨占者所付出之競租成本。對於獨占者來說，耗費越多時間和金錢在從事騷擾競爭者之訴訟上，越可能使其在面臨強大之競爭時容易遭受損害<sup>43</sup>。另一方面，惡意訴訟所造成的成本則是基於整體社會福利之角度出發，當事業間傾向以虛假之訴訟作為競爭手段，而使訴訟行為過於頻繁時，將增加國家之司法成本，在整體社會資源的配置上，排擠了其他政策實行所需的資源，因而造成整體社會之不利。

#### 4. 錯誤縱放之成本

有關錯誤縱放引發的社會成本則主要為嚇阻不足之成本，嚇阻不足成本之形

---

<sup>39</sup> *Id.*, 705.

<sup>40</sup> *Id.*, 705-706.

<sup>41</sup> *Id.*, 701.

<sup>42</sup> *Id.*, 706.

<sup>43</sup> Michael Paul Chu, "An Antitrust Solution to the New Wave of Predatory Patent Infringement Litigation," 33 *William and Mary Law Review*, 1354 (1992).

式，主要來自於因獨占價格所造成之消費者剩餘損失<sup>44</sup>。舉例來說，當支配事業受到錯誤縱放時，其將有機會進一步獲得或維持獨占地位，並藉此一獨占力量於市場中提高價格或減少產量，而使得消費者本可獲得之消費者剩餘消失或減少。

然而，不同於錯誤制裁成本的是，有關反托拉斯之錯誤縱放成本受到了市場因素的限制，其中包括參進、來自現有事業之競爭、策略因素等。因為這些市場限制因素，來自錯誤縱放之不利益將有機會透過市場機制的運作而獲得矯正。

有關參進之威脅和來自現有事業之競爭，對於限制錯誤縱放成本扮演著類似的角色，都是屬於維持市場競爭之因素。當獨占之支配事業因為法院錯誤縱放而逃避反托拉斯法的制裁時，其將有機會繼續或進一步獨占市場，然而當獨占事業持續的收取獨占價格時，高額的利潤將因此吸引競爭者進入市場競爭，在同質性產品之市場中，參進的速度將是影響限制程度的關鍵；而在異質性產品市場中，有關參進者產品的可比較性（Comparability）則影響著限制的程度<sup>45</sup>。

當整個市場受到單一獨占事業的支配時，消費者在了解到獨占價格所可能造成之無謂損失後，為避免於日後被套牢於獨占事業之產品中，或是導致日後必須以高於競爭之價格購得產品，消費者將有誘因為了打破獨占事業之獨占地位或避免過度依賴獨占事業之原因，而停止與支配事業進行業務上之往來，另外尋求新的替代供應來源。而消費者此一策略性的消費行為，亦將成為限制錯誤縱放成本的一項市場因素，避免錯誤縱放成本的擴大。

## 5. 小結

在錯誤成本分析之架構下，說明了在反托拉斯之背景下，錯誤制裁之社會成本可能明顯大於錯誤縱放之成本<sup>46</sup>。錯誤縱放對於社會造成之成本主要為嚇阻不足之成本，然而在市場機制的運作下，錯誤縱放之成本將因為有機會受到市場限制因素的矯正，而使得受到縱放之事業不敢任意的濫用其受到縱放所獲得之利益。反觀，

---

<sup>44</sup> 消費者剩餘指的是一項產品或服務之價值與價格之間的差價，例如一項產品或服務的價格為 10 元，但它對於消費者之價值是 20 元，則此時消費者剩餘為 10 元。然而此時，若價格提高至 15 元時，消費者剩餘將剩下 5 元，此一 10 元和 5 元間的落差則為消費者剩餘損失。

<sup>45</sup> Ronald A. Cass & Keith N. Hylton, *supra* note 30, 703-704.

<sup>46</sup> Thomas A. Lambert & Joshua D. Wright, "Antitrust (Over-?) Confidence," [http://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working\\_papers/07-50.pdf](http://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/07-50.pdf), last visited on date: 2013/8/1.

有關錯誤制裁之社會成本則並未受到類似市場機制之矯正<sup>47</sup>。正如 Frank Easterbrook 法官所言，因為司法錯誤而縱放了原屬於反競爭行為的此一錯誤，最終將受到市場力量之抵銷；然而若因為司法錯誤而譴責了促進競爭之行為時，將可能造成明顯之社會成本，因為該行為是受到整體社會之譴責制裁，且此一錯誤制裁並未受到市場力量之抵銷<sup>48</sup>。

有鑑於此，基於錯誤成本理論之分析，因為錯誤制裁將造成消費者無法享有低價之利益，加上國家訴訟因此所投入之執法成本等因素，這些都是屬於無法回復之社會淨損失；反之，當發生錯誤縱放時，國家無須承擔執法成本，遭受縱放之不法行為亦得以藉由市場競爭之自我調節機制而獲得矯正，因此在兩相比較分析之下可以推論出，錯誤制裁之成本應高於錯誤縱放之成本<sup>49</sup>。

#### (四) 錯誤成本理論於掠奪性訴訟之適用

有關掠奪性訴訟之主觀面要件，所討論的是有關意圖之問題，而此一議題可以分為兩個層次，其中第一個層次是證明獨占意圖之標準，包括採用一般意圖標準或特定意圖標準來證明意圖；而第二個層次所要討論的問題則為如何證明意圖之方法，包括將採主觀證據（Subjective Intent Evidence）或是採用客觀證據（Objective Intent Evidence）作為證明具有獨占意圖之證據。

對於掠奪性訴訟之反競爭意圖採用一般意圖標準時，只要被告意識到其提起訴訟之行為有對於競爭者造成損害之可能時，不論其提起訴訟是否具有其他正當理由或同時具有促進競爭之意圖，都將因此被認定為具有掠奪之意圖，這將因此增加錯誤制裁之機率和降低錯誤縱放之機率。對於掠奪性訴訟採取特定意圖標準需證明被告提起訴訟之唯一動機或目的，乃為以掠奪性訴訟之方式損害競爭者或抑止競爭，並藉此進一步取得獨占地位或製造參進障礙。對於掠奪意圖採取特定意圖標準，意味著不對稱的增加有利於被告之錯誤，因此，採用特定意圖標準將因此降低錯誤制

<sup>47</sup> Ronald A. Cass & Keith N. Hylton, *supra* note 30, 710.

<sup>48</sup> 轉引自 Thomas A. Lambert & Joshua D. Wright, *supra* note 46, 6；原文出自 Frank Easterbrook, "The Limits of Antitrust," *63 Texas Law Review*, 2-3 (1984).

<sup>49</sup> 陳志民，前揭註 33，57-58。



裁之機率和增加錯誤縱放之機率<sup>50</sup>。如同前面對於錯誤縱放和錯誤制裁之錯誤成本分析，有鑑於錯誤縱放之錯誤成本將有機會受到市場限制因素之矯正，但在另一方面，錯誤制裁之錯誤成本卻沒有受到類似市場限制因素之矯正，反而可能因為競租行為而進一步增加錯誤制裁對於社會所造成之成本，比較之下，錯誤制裁之成本將大於錯誤縱放之成本。綜上可知，對於證明掠奪性訴訟之意圖，採取特定意圖標準之錯誤成本將小於採取一般意圖之錯誤成本。

第二個層次討論如何證明意圖的方法，採取主觀證據作為證明被告意圖之方法，意味著原告必須提出直接證據去證明被告實際之內心狀態（Actual State of Mind）具有掠奪之故意。而若採用客觀證據作為證明被告意圖之方法，則是得以根據被告之行為而去客觀推論被告之內心狀態，亦即得以客觀事證而進一步去推論被告具有獨占之故意<sup>51</sup>。以下將說明主觀證據和客觀證據之意義，並分別提出不同之指標作為實務上認定掠奪意圖之參考。

根據主觀意圖調查，原告可以藉由提出證據證明被告渴望獲得獨占力量或限制競爭而成立特定意圖，因此，只要原告能證明被告事業內心真正的目的是獲得獨占力量，即使被告的行為對於消費者提供了實質利益，被告仍可能被認定違反休曼法第 2 條而構成獨占。一般來說，用來證明被告意圖之主觀證據指的是直接表述被告意圖之相關證據，簡而言之就是直接詢問被告是否具有掠奪意圖，這包括對於事業內部之報表、備忘錄、開會紀錄、主管意見、書信等文件進行調查，檢視這些文件中是否有直接表述被告欲排除競爭對手的證據存在。事業之高階主管直接表明排除對手競爭的言論，或是在企業內部之備忘錄中表明「將藉由新產品的改良而摧毀競爭對手」的言論，根據主觀意圖調查，將成為特定意圖之指標<sup>52</sup>，而作為認定意圖存在之初步證據。然而，採取主觀證據來為證明獨占特定意圖的相關社會成本可能是巨大的，且證明主觀內心狀態的不確定性和認定的困難，亦將使得事業較有規避反托拉斯責任之空間。

證明意圖的另一種途徑是利用客觀事證去推論被告具有掠奪之特定意圖，稱為客觀意圖調查。根據客觀意圖調查，當客觀事證否定被告具有其他動機之可能性

<sup>50</sup> Ronald A. Cass & Keith N. Hylton, *supra* note 30, 709-710.

<sup>51</sup> *Id.*, 659.

<sup>52</sup> *Id.*, 713.

時，得以推論被告具備掠奪特定意圖。亦即當客觀之間接證據顯示被告唯一之動機或目的，乃為損害或抑止競爭，並藉此取得獨占地位或製造參進障礙時，法院得以推論被告具有掠奪之意圖存在。根據客觀意圖調查，當被告之行為同時具有潛在反競爭效果與有利於消費者之促進競爭效果時，將不能被裁定具有特定意圖<sup>53</sup>。

本文將試圖在以下提供一些參考指標作為推論被告特定意圖之客觀證據，其中包括考量事業先前是否曾進行過相同之訴訟掠奪行為，和考量市場結構是否有利於掠奪者進行回收等證據，作為認定被告訴訟行為是否屬於主觀上無根據，而認定其具有掠奪意圖。

其中一個可以作為推論被告具有掠奪意圖的客觀證據，是調查被告過往訴訟的判決結果。舉例來說，在專利侵權訴訟中，若掠奪性訴訟的被告，曾經以相同的訴訟主張對於其他競爭者提起專利侵權訴訟，而被反訴掠奪性訴訟時，法院可以參考先前審理法院之判決理由和結果。當先前審理法院認定掠奪者所提出之專利侵權主張具有法律依據時，根據依循先例原則（*Stare Decisis*）<sup>54</sup>，可以判例應遵守的原則而作為之後法院的依循。此時，由於專利侵權訴訟原告信賴法院判決，信任其所依據之專利非屬無效專利，因而可以推定專利原告基於此專利所提出之專利侵權訴訟為主觀上有根據。反過來說，當專利原告曾經以相同之專利主張對其他競爭者提出侵權訴訟，然被法院判定專利無效或未有合理事由得以真實期待根據該法律依據而勝訴時，此時，若專利原告又基於相同專利或主張對於競爭者提出侵權訴訟時，法院得以依此作為客觀證據，據以推論專利原告具有反競爭之特定意圖的可能性較高，而可能構成掠奪性訴訟。此外，若被指控實施虛假訴訟行為的反托拉斯被告，於蒐證程序中或審判程序中，對於法官作出事實或法律上之不實陳述，或以作偽證、詐欺、賄賂等方式試圖妨礙法院公正的進行訴訟的審判時，則更可以凸顯出被告掠奪意圖之存在<sup>55</sup>。

就市場結構之參進障礙方面，一般來說，理性事業所為的經營行為都是傾向以追求利潤極大化為目標，事業鮮少會做出損害自身利益之經營行為，因此當事業進行掠奪行為時，必然會先考量藉由掠奪所獲得之預期收益，是否足以支付因為掠奪

<sup>53</sup> *Id.*, 713.

<sup>54</sup> 林利芝譯，William Burnham 著，英美法導論，2 版，元照出版社，57 (2005)。

<sup>55</sup> Ioannis Lianos and Jun Zhou, *supra* note 21, 3.

行為所耗費之成本。而這某種程度的取決於其所身處之市場結構，是否有利於掠奪者在掠奪成功後進行成本之回收。有鑑於此，芝加哥學派之學者以事業所處之市場結構，是否允許掠奪事業於後掠奪期間（Post-Predation Period），藉由收取非競爭價格之方式來彌補其於掠奪期間所受之損失，來作為判斷掠奪性訂價是否成立之一種手段，此一手段稱為補償檢試（Recoupment Test）<sup>56</sup>。此一適用於掠奪性訂價之補償檢試法則，也可同樣的被用來作為檢視掠奪性訴訟是否可信之手段。事業實施掠奪性訴訟之目的，是為了以訴訟為手段而迫使競爭者退出市場之競爭，並藉此取得市場之獨占地位而控制價格以獲取獨占利益。有鑑於此，當市場結構因素有利於掠奪者於後掠奪期間進行補償時，則掠奪行為將是越有利的，例如，當市場結構之參進障礙越高，則掠奪者越可能於掠奪成功後以提高價格獲得補償。根據補償檢試法則，當事業以掠奪性訴訟之方式將競爭者趕出市場之後，下一步將是將是在取得獨占地位後，提高價格以補償進行訴訟掠奪所耗費之成本。然而，獨占者收取獨占價格之超額利潤，將吸引潛在競爭者進入市場，此時若產業之性質使得市場的參進障礙低，新的參進者得以很快的進入市場競爭，則將使得掠奪者難以藉由提高價格來進行回收；相反的，若市場的參進障礙高而使得競爭門檻增加，使參進者難以進入市場或被延遲進入市場競爭之時間，這些因素都將使得掠奪者較有時間與空間進行掠奪之回收。有鑑於此，當掠奪者所提出之訴訟為客觀上無根據，且其所處之市場參進障礙高時，則法院可以以此作為客觀證據，推論反托拉斯被告較有可能具有掠奪之特定意圖。

而以掠奪者之市場占有率推論反競爭意圖，類似於參進障礙高時掠奪者較有可能具備掠奪意圖之推論。當事業的市場占有率非常小時，即使其以掠奪性訴訟將競爭對手趕出市場外，憑藉其有限的市場占有率，縱使得以提高價格，然其所可回收之利潤仍非常小，難以補償進行掠奪性訴訟所耗費之成本。相反的，當掠奪者之市場占有率大時，則掠奪者可以合理的期待，在其以訴訟掠奪而迫使競爭者退出市場之後，將得以進一步獨占市場，並且以提高價格方式回收掠奪之損失。因而，當事業所提出之訴訟為客觀上無根據，而其市場占有率又非常大時，法院可以藉此作為

---

<sup>56</sup> 陳志民，「論反托拉斯法對濫用市場地位行為之管制政策－以掠奪性訂價為分析中心」，法政學報，第 10 期，328 (2000)。

客觀證據推論事業較有可能具有掠奪之特定意圖。

最後，必須特別提到的是，有關前面所提出用來推論特定意圖之指標，只是用來作為法院推論的參考，並非絕對無誤的。例如以過往訴訟之判決結果作為推論時，即使同樣的訴訟主張於對其他競爭者主張時不具有掠奪意圖，亦無法當然的推論掠奪者以相同訴訟主張對抗之後的競爭對手時，也不具有掠奪意圖。同樣的，以市場結構作為推論反托拉被告特定意圖之客觀證據，亦非絕對。參進障礙高之市場中的獨占者，亦得以合法的行使訴訟權利，並非只是因為其對於競爭者提起訴訟的行為，就認定其當然具備有以訴訟掠奪競爭者之特定意圖存在。而具有高市占率的獨占事業亦不因此當然違法，因為反托拉斯法並非處罰獨占之狀態，而是處罰濫用獨占力之行為，因此並不因為事業之高市占率而當然認定其具有掠奪市場的意圖。有鑑於此，無論是以往訴訟之判決結果、市場之參進障礙或市場占有率等作為推論特定意圖的客觀證據，都只是以此作為推論的參考指標而已，並非當然不可推翻，因此，被指控進行掠奪性訴訟的反托拉斯被告，仍得以明確且令人信服之證據而推翻此一推論。

## 四、掠奪性訴訟適用於我國之評析

### (一)前言

有鑑於我國在實務上，尚未有直接依「掠奪性訴訟」此一概念而對事業科以處分或相關法院判決產生，因此本文將對所謂的掠奪性訴訟採取較廣義之定義，將事業在訴訟審判前所採取之濫用保全程序行為，亦納入有關掠奪性訴訟之討論中。

### (二)對具掠奪效果之保全程序的批評建議

我國現行民事訴訟法之保全程序，可分為假扣押、假處分與定暫時狀態之假處分三種類型。一般假處分與定暫時狀態假處分間的區別在於，一般假處分之目的係為保全債權，亦即為了保全將來判決內容之實現，債權人雖取得假處分裁定，但在本案執行前並不能受有任何現實利益，亦即，不能以該保全處分直接實現請求權之

內容<sup>57</sup>；而定暫時狀態假處分之目的在於暫時維持或實現某一法律關係，其並非保全債權人強制執行之方法，而是就當事人權利之範圍加以暫時之保護，雖其最終之目的亦為保全將來判決內容之實現，但與一般假處分不同之處在於取得定暫時狀態假處分之裁定後，債權人得以在本案執行前，即依該裁定所定暫時狀態實現其權利，相對人亦有暫時履行之義務<sup>58</sup>。此外，因一般假處分所保全之權利為請求權，故其本案訴訟係限於給付之訴；然定暫時狀態假處分所爭執者非限於請求權，尚包含支配權或其他法律關係，故其本案訴訟類型可以包括給付之訴、確認之訴或形成之訴<sup>59</sup>，這使得定暫時狀態假處分之適用可能性更為廣泛，許多饒富爭議的問題，例如運用智財權作為限制競爭對手之案件等，都紛紛運用定暫時狀態假處分作為遂行反競爭目的之手段<sup>60</sup>。鑒於定暫時狀態假處分在實務上受到廣泛之運用，且其得以在判決確定前即暫時性實現聲請人權利之此一特性，特別可能成為事業延遲競爭者參進之掠奪武器，因此本文將特別著重於定暫時狀態假處分可能製造之反競爭效果，並以此為主要之論述重點。

民事訴訟法第 538 條明文規定：「於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。」其中在實務上最重要之要件係為必須有定暫時狀態之必要性，聲請人必須對於請求及定暫時狀態假處分之原因提出釋明，惟所謂釋明，本身所要求之舉證程度並不高，只須聲請人提出證據，使法院就其主張之事實產生薄弱之心證，認為大概如此之舉證程度即可<sup>61</sup>。有鑑於我國司法實務上在面對定暫時狀態之假處分案件時，為確保保全程序之迅速性，係採形式審查之方式而不觸及實體之審查<sup>62</sup>，通常只要聲請人提出專利證書及侵權鑑定報告書即為已足，若有釋明不足之部分，法院亦傾向於只要聲請人願提供擔保，法院即予以准許<sup>63</sup>，如此一來往往使得訴訟當事

<sup>57</sup> 呂太郎，民事訴訟之基本理論，2 版，智勝文化出版，296 (1999)。

<sup>58</sup> 馮震宇，「從美國司法實務看台灣專利案件之假處分救濟」，月旦法學雜誌，第 109 期，18 (2004)。

<sup>59</sup> 呂太郎，前揭註 57，296 (1999)。

<sup>60</sup> 馮震宇，前揭註 58，18 (2004)。

<sup>61</sup> 呂太郎，前揭註 57，245 (1999)。

<sup>62</sup> 馮震宇，「台灣智慧財產權法制之發展與重要爭議問題探討」，月旦民商法，第 9 期，82 (2005)。

<sup>63</sup> 范曉玲，「專利權人權利行使與公平競爭之平衡—以台美專利訴訟的幾個近期重要案例為核心」，月旦法學雜誌，第 139 期，224 (2006)。

人間之攻防焦點失焦，從定暫時狀態之必要性考量變成枝微末節的擔保金數額計算<sup>64</sup>。2003年民事訴訟法修正後，根據第538條第一項之條文內容，法院於判斷是否允許定暫時狀態假處分之聲請時，須審酌聲請人是否有「為防止發生重大之損害」或「避免急迫之危險」或「其他相類之情形」而有定暫時狀態之必要性，這些皆屬於不確定法律概念，因此在要件之判定上仍須仰賴利益之衡量。而另一方面，實務上對於何謂重大之損害或急迫等概念，甚或如何進行利益衡量上，則並未有一明確之判斷標準出現<sup>65</sup>。針對此一問題，美國法院在審理是否核發禁制令之案件時，要求法院須依衡平原則而為審理，因此，本文於此將特別介紹美國法上類似於定暫時狀態假處分之暫時禁制令概念，說明美國法院在審理是否核發暫時禁制令時所審查之四項要件，並且期望以此作為我國司法實務之借鏡，使我國法院在保全程序的核發上，抱持著更審慎之態度，避免過於浮濫的核發假處分。

## 1. 借鏡美國法審理暫時禁制令之四要件

有關美國法院審理暫時禁制令案件時，所審查之四個要件，係來自於法院之判例法，以下除了分別說明這四個判斷標準，並試圖於其中納入競爭法之概念，以作為我國司法實務審理假處分案件時之指標，這四個判斷標準包括：

### (1) 本案勝訴之可能性

當專利案件中之一方欲請求法院核發暫時禁制令時，法院首先會考量聲請人於訴訟中之勝訴可能性，例如對於專利權人所聲請之暫時禁制令請求，法院會進一步審查本案訴訟中所涉及之專利權有效性與是否有侵害事實存在，這些皆屬於對於本案訴訟的實質審查。有關專利有效性問題，由於美國專利法第282條已明文規定專利應被推定為有效，因此一般來說，專利權人無須負擔專利有效之舉證責任，而只須提出專利證書證明其所擁有的專利現為有效者即可。就專利侵權是否成立問題，聲請暫時禁制令的專利權人必須以明確且令人信服之證據（Clear Showing）證明專

<sup>64</sup> 馮浩庭，「從美國暫時性禁制令看我國定暫時狀態之假處分—以專利侵權爭議為例」，政大智慧財產評論，第2卷第1期，126(2004)。

<sup>65</sup> 馮震宇，前揭註62，83(2005)。

利確實遭受侵害，例如可以提出專家證詞來證明專利受到侵害<sup>66</sup>。通常法院會採取三階段的判斷，首先由法院詮釋專利權人之專利並界定出專利主張之範圍，接著評估系爭侵權人之侵權標的，最後就系爭侵權人之侵權標的認定是否落入專利權人之專利範圍中<sup>67</sup>。

### (2) 是否有無可彌補之損害

欲請求核發暫時禁制令的專利權人必須說服法院相信，若不核發禁制令將使得聲請人即使將來獲得勝訴，亦無法透過金錢賠償之方式獲得完全之救濟。針對無可彌補之損害與是否核發禁制令間之議題，重要實務發展當屬美國最高法院在 *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*<sup>68</sup>一案中之見解，*eBay* 案中所論述者雖然屬於是否核發永久禁制令之議題，然其中法院所表示之判決意見亦影響了有關暫時禁制令之核發。

*eBay* 案的啟示是，即便在專利權人已獲本案勝訴判決之情況下，美國法院對於永久禁制令的核發態度都日趨謹慎，最高法院除了拒絕適用以本案勝訴而直接推定具有無可彌補損害存在之「一般規則」，同時亦拒絕創造出一項新的範圍使專利權人在「有對其專利進行授權之意願」且「未以實施該專利進行商業活動」時，即認定專利權人非有無可彌補之損害存在，最高法院所重申的立場是，是否核發永久禁制令應該回歸到傳統衡平原則而考量四要件，換言之，尚須考量核發永久禁制令對於雙方當事人間之利益衡平問題與對於公共利益影響之要件。而相較於是否核發永久禁制令，是否核發暫時禁制令則屬於是否在本案訴訟尚無定論前即允許聲請人暫時實現其權利，其對於相對人的影響更為重大，因此當然更應審慎的審酌兩造當事人之利益衡平與對公共利益之影響<sup>69</sup>。

### (3) 當事人間之利益衡平

有關當事人間利益衡平之要件，法院必須比較拒絕核發禁制令對於聲請人造成之不利利益，以及若核發禁制令時將對於相對人所造成之不利利益進行利益衡量。本文

<sup>66</sup> 葉雪美，「解析美國侵權訴訟以設計專利請求初步禁制令之審查—以 Apple 控告 Samsung 侵權訴訟為例」，智慧財產權月刊，第 168 期，82 (2012)。

<sup>67</sup> 馮浩庭，前揭註 64，122 (2004)。

<sup>68</sup> 547 U.S. 388.

<sup>69</sup> 范曉玲，前揭註 63，219 (2006)。

認為可以在此一部份之判斷標準上，納入有關競爭法上對於市場力量之要求，例如，當聲請人屬於市場中之獨占者或具有相當市場力量時，法院核發禁制令應更為嚴謹，因為法院核發禁制令對於相對人來說將有較高的反競爭之虞，例如，具有市場力量之聲請人所根據之專利技術，實際上可能只占其營業額之小部分，卻占相對人營業額之大部分，此時若核發禁制令，對於相對人所造成之不利益將明顯大於對聲請人造成之不利益。此外，亦可考量在不同市場結構核發禁制令對於當事人所造成之不利益，例如，當市場之參進障礙對於相對人來說很高，若即刻核發禁制令，將對於相對人造成明顯之參進障礙，使之無法參與競爭而即刻退出市場時，有鑑於核發禁制令對於聲請人與相對人所造成之不利益明顯不平衡，此時法院應該特別審慎，甚至做出拒絕核發暫時禁制令之決定。

#### (4) 公共利益之考量

基本上，多數法院皆認為保護專利制度的政策色彩本身即具有濃厚的公益性，因此法院很少是以此要件作為拒絕核發禁制令之關鍵因素<sup>70</sup>。然而專利權人擁有專利權並不意味著其可以任意使用權利而無需受到法律之約束，當專利權人具有市場力量，並且是基於反競爭之目的而濫用保全程序時，基於維持整體市場競爭秩序此一公共利益之考量，法院必要時應該得以拒絕核發禁制令。

## 2. 批評與建議

由於我國法院於核發保全程序時所要求之門檻不高，常因此成為新經濟制度下事業反競爭之策略武器，特別是在高科技產業中，科技迅速發展而使得產品週期縮短，能否在市場上搶得先機推出新產品往往成為事業競爭之關鍵因素，一些事業遂於專利訴訟中積極運用保全程序以限制競爭者於市場上之產銷行為，而這其中影響最大者係為得於判決確定前即暫時性實現聲請人權利之定暫時狀態假處分，當法院過於寬鬆的核發此類型之保全程序，將因此使得聲請人有誘因以此作為掠奪競爭者之手段，進一步損及整體市場之公平競爭秩序。

我國司法判例向來認為假處分僅為保全強制執行方法之一種，故原則上僅採形

<sup>70</sup> 馮浩庭，前揭註 64，124 (2004)。



式審查而不對本案進行實質審查；反之，美國法院對於核發暫時禁制令的態度則頗為嚴謹，根據美國的聯邦民事訴訟規則（Federal Rule of Civil Procedure），其授權法院於必要時，得於暫時禁制令審理開始後，命令將本案訴訟之實體審查提前而與暫時禁制令的審理整合一併審理。尤其是在專利案件之暫時禁制令上，雖仍採用核准暫時禁制令所確定之四個判斷標準，但是當法院在處理有關專利案件之禁制令聲請時，法院傾向採取更審慎之態度，而不會隨便的核准暫時禁制令之聲請，這一點更與我國僅以形式審查而例行性的核准聲請人之假處分聲請有相當大之差異<sup>71</sup>。

首先本文認為，我國法院對於定暫時狀態假處分之聲請，要求就假處分請求及原因為釋明，並且以專利權人出示專利證書與侵權鑑定報告書為已足，在這部分來說，似等同於美國法要求禁制令聲請人證明對於本案訴訟具有勝訴之可能性。除此之外，我國之民事訴訟法並明文規定聲請人須釋明有定暫時狀態之必要性，亦即須釋明為防止重大損害、避免急迫危險或有其他相類情形而有定暫時狀態之必要性，就這部分來說，似等同於美國法要求具有無可彌補之損害存在此一要件。基於此一前提，本文試圖提出幾項批評。

首先，我國之司法實務上，對於定暫時狀態假處分之聲請人，只要求其應就其請求及假處分之原因加以「釋明」。而對於提出假處分聲請之專利權人，往往只要求其出示專利證書與侵權鑑定報告書即為已足。本文認為，令專利權人出示專利證書與侵權鑑定報告書作為釋明假處分請求與原因，其實等同於美國法上要求聲請人證明具有勝訴之可能性，只是我國法院對於勝訴可能性之舉證程度，僅要求達到釋明即可。所謂釋明，本身所要求之舉證程度並不高，只須聲請人提出證據，使法院就其主張之事實產生薄弱之心證，認為大概如此之舉證程度即可。換言之，要求「釋明」之舉證程度低於「證明」之舉證程度，對照美國法之舉證程度，大約只達到優勢證據之舉證程度。相較之下，美國法在審理暫時禁制令案件時，要求聲請人必須就其勝訴可能性提出明確且令人信服之證據，此一舉證程度顯然高於我國法所要求之釋明。蓋從立法目的可知，我國法對於假處分之請求及原因僅要求加以釋明，係為確保保全程序迅速性。然而此一立法上之美意，卻淪為新經濟制度下事業尋求排除競爭之武器，因此本文認為，有必要借鏡美國法上審慎核發禁制令之態

<sup>71</sup> 馮震宇，前揭註 58，19-21 (2004)。

度，提高核發禁制令所要求之舉證程度。

此外，我國法亦要求聲請假處分者須釋明其有定暫時狀態之必要性，亦即為防止重大損害、避免急迫危險或有其他相類情形而有定暫時狀態之必要性。在此一部分，除了仍是僅要求以較低舉證程度而釋明必要性，另一方面，實務上對於釋明不足者，亦常以供擔保代釋明之不足而准許核發假處分，這使得我國假處分的核發更形氾濫，相較於美國法院對於核發禁制令所持之審慎態度，我國法院例行性的核發假處分，賦予有心人士可趁之機得以濫用保全程序作為排除競爭之策略性武器。雖然 2007 年智慧財產案件審理法公布後，第 22 條已明文規定「對於釋明有不足者，法院應駁回其申請」，此條文等於規定不許以供擔保代釋明，稍有緩和過度寬鬆核發假處分之疑慮，然實際上法院對於假處分之必要性仍只要求達到釋明此一舉證程度，在聲請人只需以較低之舉證程度釋明必要性即可獲致假處分之核發的情況下，卻又許相對人得以反擔保之方式免為假處分，這樣的作法將使得假處分程序在運作上有失其法律上安定性之虞。

另一方面，若法院許聲請人在僅出具專利證書與侵權鑑定報告，輔以「科技日新月異，產品週期短暫，若不核發定暫時狀態假處分將使聲請人喪失競爭之利益」等寥寥數語作為釋明定暫時狀態之必要性，並予以核發假處分，則等於是使聲請人在釋明勝訴可能性後，即得以寥寥數語而輕易釋明具有無可彌補之損害，此一部分亦與美國最高法院在 eBay 案中拒絕以證明勝訴可能性即推定具有無可彌補損害之立場不符。

因此本文認為，我國司法實務上在決定是否核發定暫時狀態假處分之聲請上，本即不夠審慎嚴謹，除了對於聲請人僅要求負擔較輕之舉證程度，並且於核發與否上，只考量到美國法上有關勝訴可能性與是否具有無可彌補之損害二要件，對於兩造利益之衡平與公共利益之衡量則未有明文，對此，本文主張我國法院可以衡平考量美國法上核發暫時禁制令所審酌之四要件，除了要求聲請人須證明具有勝訴可能性與有無可彌補之損害，尚須進一步考量兩造利益衡平，例如系爭專利技術占雙方之營業額比重、市場結構使得系爭技術影響雙方競爭能力之重要性等等。另外當核發假處分將對整體公共利益造成巨大之不利益影響時，亦應許以法院拒絕核發假處分。

當法院得以審慎之態度嚴格評估核發禁制令所適用之四個判斷要件時，將可以

在核發保全程序此一階段即過濾掉許多具有反競爭目的之濫訴行為。然而，即使是法院所核發之假處分，亦有可能遭相對人主張屬於反競爭之濫訴行為，而進一步進入到違反公平交易法之訴訟主張中，因此接下來將針對進入審訊程序之掠奪性訴訟，引入前面幾章所介紹之美國法概念，作為我國司法實務審判掠奪性訴訟之參考。

### (三) 對具掠奪效果之訴訟行為的批評建議

對於如何認定進入審訊程序中之侵權訴訟是否屬於競爭法所欲規範之掠奪性訴訟，本文試圖在這裡引入有關美國法上之相關概念進行分析。因此，本文將提出一項兩階段之審查方法，幫助判斷專利權人之行為是否屬於濫訴或濫用保全程序之行為。第一階段，法院須認定專利權人所提起之訴訟是否屬於不得豁免於競爭法審查之虛假訴訟。基於專利權人有訴訟權利，因此就專利權人所提出之訴訟，原則上認為屬於正當行使權利之行為，只有在例外為虛假訴訟的情況下，不得豁免於競爭法之審查，但並非已經屬於違反競爭法之行為。因此，第二階段，屬於虛假訴訟之行為將進入到是否有違反競爭法之審查，在我國則為是否違反公平交易法之規範問題。

#### 1. 虛假訴訟行為審查

憲法第 16 條賦予人民有請願、訴願及訴訟之權利。專利法第 96 條也明文規定專利權人之專利權受到侵害時得請求損害賠償。因此，專利權人向法院提起專利侵權訴訟或是聲請保全程序之行為，原則上屬於法律所賦予之正當權利。這一點與美國憲法增補條款規定人民有向政府申請救濟之權利，向政府申請救濟之行為原則上得豁免於反托拉斯審查相同，僅於例外為虛假訴訟時不得豁免於反托拉斯法審查。因此首先，鑒於專利權人提起訴訟之行為係屬於憲法與專利法所賦予之權利，所以原則上應認為屬於正當行使權利之行為，而不該動輒就有受到公平交易法處分之疑慮。然而，若專利權人所提起之侵權訴訟在客觀上與主觀上皆無根據，亦即無論在客觀上或主觀上皆無勝訴可能性時，則屬於美國法上所稱之虛假訴訟而不應豁免於公平交易法之審查。

### (1) 是否客觀無根據

在客觀無根據方面，首先必須考量專利權人是否有提起訴訟之合理事由存在，亦即處於此一位置之客觀當事人是否得以真實的期待依據其所主張之法律依據而勝訴，換言之，合理事由討論的是勝訴可能性的問題。

此外，對於如何認定專利權人所提起之訴訟是否為合理此一問題，則可以納入經濟分析的概念，考量專利權人提起訴訟之勝訴可能性乘上預期從訴訟中獲得之損害賠償是否大於預期在訴訟中耗費之成本，當結果為肯定時，我們可以初步推定專利權人所提起之侵權訴訟是合理的，因此在客觀上是有根據的；若結果是否定的，此時可以藉由舉證專利權人得以藉由此一訴訟行為而獲得的反競爭間接利益，來證明專利權人所提起之侵權訴訟，很可能是具有反競爭之目的之掠奪性訴訟。所謂反競爭之間接利益，例如製造市場中之參進障礙，或是藉此建立起掠奪聲譽等，可使專利權人得以排除競爭而維持或取得獨占地位之利益。

### (2) 是否主觀無根據

當專利權人提起訴訟之行為屬於客觀無根據時，則可以進一步審查專利權人提起訴訟之行為是否在主觀上亦無根據。主觀無根據之審查討論的是專利權人之主觀意圖問題。

證明專利權人反競爭意圖之證據包括主觀證據與客觀證據。在主觀證據上，除了直接訊問當事人、當事人之自白等直接證據，亦可以從專利權人事業內部之報表、備忘錄、開會紀錄、主管意見、書信文件等客觀證據來推論事業之主觀意圖。另外也可以藉由專利權人過往訴訟結果、市場結構之參進障礙、市場力量之大小等客觀證據來推論主觀意圖。

當證據表明專利權人所提起之侵權訴訟在客觀與主觀上皆為無根據，而屬於一虛假訴訟之行為時，則不得豁免於公平交易法之審查，然而這並不當然代表專利權人所提起之專利侵權訴訟已經違反公平交易法之規範，此時尚須進一步針對公平交易法個別條文之違法構成要件作認定，才能論定專利權人是否構成違反公平交易法，而應受到處分。因此接下來將對於進入公平交易法審查之專利侵權訴訟，提出條文適用上之建議。

## 2. 公平交易法要件審查

對於進入到公平交易法審查之掠奪性訴訟，本文認為應該根據涉案事業之市場力量大小，而適用不同之條文處分。這一點可以參考美國反托拉斯法對於獨占行為之規範，分為規範獨占行為與規範意圖獨占行為，二者之分別顯然在於市場力量之大小，當事業具有獨占力量時落入實施獨占行為之規範，當事業尚未達於獨占力量然具有相當之市場力量時，則落入企圖實施獨占行為之規範中。

有鑑於公平交易法作為我國規範競爭秩序之根本法，其根本目的應該是為維護整體市場之競爭秩序，以確保市場之公平競爭，因此，公平交易法之規範範圍應侷限於具有市場力量之事業。本文因而認為，法院應以涉案事業具有市場力量為規範處分前提，將應受規範之事業依市場力量分成具有獨占力量之獨占事業，以及具有相當市場力量而有獨占之虞之事業<sup>72</sup>。

由於相關市場之界定關乎著市場力量大小之認定，因此，本文在這一階段之審查上將分成兩個步驟，首先須先界定相關市場，接著再根據涉案事業於相關市場中之市場力量而分別適用公平交易法第 10 條或第 24 條之規範。實務上，公平會或法院在援用第 24 條處分事業時，往往避開有關市場力量之問題，而以涉案事業之不法行為屬於不公平競爭行為而當然違反公平交易法作為處分理由，然而此一立論往往不夠完備而使得一般事業無所適從，因此本文認為，公平會相關競爭主管機關應該會同專業人士，共同擬定具體之標準，設定公平交易法第 24 條得以被認定屬於有相當市場力量之市占率標準，只有在涉案事業之市占率符合此一門檻，又尚不及於獨占事業之門檻時，才進一步去認定涉案事業是否具有掠奪性訴訟之不法行為，而應適用第 24 條作為處分。

最後，對於不符合公平交易法規範事業違法行為之市占率門檻的涉案事業，若相對人欲主張專利權人之侵權訴訟造成相對人之損害而欲求償時，由於涉案事業之

---

<sup>72</sup> 本文主張規範實施掠奪性訴訟之事業，以具有市場力量為前提之理由包括：第一，專利法係基於鼓勵創新研發之目的而特別賦予專利人一定期間之法定獨占權，為避免損及專利法之立法目的，公平交易法之介入適用應該要有所限縮。第二，基於錯誤制裁之成本將大於錯誤縱放之成本此一原因，本文認為，為了避免錯誤制裁屬於專利權人正當行使專利權之行為，反而造成社會福利之損失，甚至增加司法資源之浪費，因此只有當涉案事業具有危害整體市場競爭秩序之力量，並且企圖以訴訟進行掠奪之此一反競爭不法行為存在時，公平交易法與法院才須介入干預處分。

市場力量不足以損害整體市場競爭秩序，不屬於公平交易法所欲介入規範之範圍，因此相對人應主張民法侵權行為或消費者保護法或是尋求其他法律救濟途徑。

### (1) 界定相關市場

相關市場分為相關產品市場與相關地理市場，二者都涉及需求彈性與供給彈性之問題。界定相關產品市場時須考量涉案產品與替代產品間之需求彈性，需求彈性的認定包括必須去認定二者間之替代彈性與交叉需求彈性，替代彈性指的是二產品間是否在用途或功能上具有替代性，而交叉需求彈性指的則是當涉案產品之價格變動時，需求移轉到其他產品之程度，二者間是否實質性的互相影響。而供給彈性則考量市場中之參進障礙與競爭問題。

就地理市場之界定問題，亦涉及涉案產品與替代產品間之需求彈性與供給彈性問題。在這部分之需求彈性指的是，當涉案產品之價格提高時，消費者轉往其他區域之供應商消費的程度。而供給彈性之問題，則討論市場之參進障礙使得涉案事業是否面臨其他區域之實際與潛在競爭者的競爭問題。

然而在新知識經濟制度下，當訴訟案件爭執之標的涉及智財權之爭議，相關市場之認定將擴及到智財權此一無形資產之概念，因此在智財權訴訟案件中，有關相關市場之界定問題亦不再只是侷限於傳統上有形之產品市場的認定而已，尚須加入一種無形之市場概念<sup>73</sup>。針對智財權之特性，美國司法部與 FTC 特於 1995 年共同頒布了「智慧財產權授權之反托拉斯準則」（Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property），在該準則中將智財權之相關市場區分為產品市場（Goods Markets）、技術市場（Technology Markets）、創新市場（Innovation Markets）<sup>74</sup>。而我國之公平會所訂立之「技術授權協議案件之處理原則」亦將智財權之相關市場做同樣之區分<sup>75</sup>：

- A. 產品市場：指利用授權技術而製造或提供產品、服務之市場範圍。此一市場範圍屬於傳統上反托拉斯法在界定相關市場上所認定之相關產品市場。

<sup>73</sup> 袁建中，「針對技術標準進行專利佈局的實務運作」，全國律師，第 15 卷第 7 期，11 (2011)。

<sup>74</sup> Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property § 3.2.

<sup>75</sup> 參照王偉霖、張俊宏，「競爭法規範技術授權之限制－以美國及臺灣法律為中心」，法令月刊，第 58 卷第 12 期，131-132 (2007)。

- B. 技術市場：包括被授權之系爭技術或智財權，以及與系爭技術或智財權密切相關之其他替代技術。例如，利用專利技術所生產製造之產品，除了須認定其於產品市場中之市場力量，尚須認定其於技術市場中之市場力量。技術市場範圍所考量之因素包括，其他用以生產同類產品之替代技術與其他用以生產競爭產品之替代技術<sup>76</sup>。
- C. 創新市場：係以潛在上可能從事產品或服務之研發者為界定之範圍。對於具有特殊技術而得以研發出新產品或改良產品之事業，亦須納入創新市場中。這些事業不僅是現階段在研發上具有競爭關係之事業，同時亦包括那些有潛力而得以在未來能從事研發競爭之事業。

## (2) 認定市場力量

當界定出相關市場後，接著便是認定涉案事業於相關市場中之市場力量問題。針對智財權人之市場力量議題，雖然美國反托拉斯法假設智財權之取得等於賦予市場力量，然而此種粗略的將取得智財權等同於獲得市場獨占地位之作法卻飽受批評，因此美國聯邦司法部與 FTC 特制訂了「智慧財產權授權之反托拉斯準則」，以作為反托拉斯法涉及智財權議題的處理原則，該原則中明白指出：「雖然智財權使得智財權人得以在相關市場中對於特定產品取得排他性權利，然而由於市場上往往會有其他具有替代性之競爭產品存在，因此在執法立場上，並不直接將智財權和市場力量劃上等號<sup>77</sup>。」換言之，有關智財權人是否具備市場力量之認定，仍須回歸適用一般反托拉斯法上對於市場力量之認定原則，在界定出相關市場後評估市占率以做為認定市場力量之基礎<sup>78</sup>。

<sup>76</sup> 洪萱，論我國技術授權與市場競爭之處理原則，國立政治大學智慧財產研究所碩士論文，101 (2007)。

<sup>77</sup> 劉靜怡，「從美國法制經驗看網際網路時代的反托拉斯法：政府管制介入科技創新發展的迷思？」，政大法學評論，第 67 期，252-253 (2001)。

<sup>78</sup> 該準則中提出了幾項基本原則以做為認定智財權市場力量之依據，其中與認定智財權之市場力量有關之原則包括：(一) 在反托拉斯法下，智財權應與其他財產權受相同之審視。在反托拉斯案件中，應對於無形之智財權與其他有形之財產權採用相同之審查形式，不因其為智財權便因此另外為特別之審查。換言之，有關反托拉斯法案件中適用於其他財產權之分析方法，亦同樣得以適用於智財權之案件中。(二) 不因智財權人擁有智財權，即推定其具有市場力量。換言之，由於市場上往往存在著相似或具有替代性之產品，智財權的存在並非當然創造市場力量，因此智財權人擁有智財權此一事實，並不當然導致具有市場力量之假定。(三) 智財權之授權行為通常屬於有利於市場競爭之行為。參見王偉霖、張俊宏，前揭註 75，130 (2007)；王敏銓，「美國之智慧財

此外，於傳統之市場力量認定上，因為實體財產或資源的不易複製性，使得所有權人享有絕對之所有權，對於欲參進市場之競爭者而言亦將因此而造成某程度的參進障礙<sup>79</sup>。然而在新經濟制度下，科技的快速變遷固然將使新技術不斷推陳出新而挑戰既有事業之市場地位，卻也同時存在著強化獨占力量的市場因素，例如網路效應（Network Effects）便是強化獨占力量最典型的因素。

所謂網路效應又稱網路外部性，根據 Katz & Shapiro 之定義：「指使用者消費某一財貨所獲得之效益，將隨同其他使用同一財貨之人數而增加<sup>80</sup>。」網路效應的特徵包括正回饋效果（Positive Feedback Effects）與需求面的規模經濟（Demand-Side Economies of Scale）。正回饋效果指的是，當使用者的人數增加時，將有越來越多的使用者發現使用是有價值的。正回饋效果在受到價值與人數兩個因素之牽動下，消費者預期會受歡迎的產品將進入正面循環，反之則落入惡性循環之中，這使得產業中將呈現強者更強、弱者更弱之現象，只有具有強烈正回饋特性的事業才能成為市場中之贏家<sup>81</sup>。需求面的規模經濟則指一項產品的每單位生產成本將隨產出增加而降低的現象<sup>82</sup>。換言之，需求面的規模經濟指的是在效用面上所創造之效益，其乃為效率的表現，正回饋效果與需求面的規模經濟屬於網路效應所創造之正面效果，在網路效應影響之下，消費者傾向選擇最多人使用的產品，當一項產品為市場上多數人所使用時，將進一步成為事實上之標準。

網路效應可能引發若干現象，包括造成市場傾斜（Tipping）與產生標準化，此外亦可能對相關市場形成參進障礙，與產生技術上套牢的現象。市場傾斜來自於正回饋效果下，市場中將出現一種事實上標準化（De Facto Standardization）的自然傾向。在已經傾斜（Tipped Market）之市場中，消費者所選擇出來之單一標準將是較有效率的狀態，然而隨著時間的經過，這樣的標準也可能反成為無效率或只是次佳的選擇。當市場中形成一項事實上之標準時，消費者往往已經投入相當成本以從事該標準的學習與訓練，或是已經投入相當成本購買相容性產品，這些成本皆屬於消

---

產權法與競爭法互動綜觀」，全國律師，第 12 卷第 1 期，64 (2008)。

<sup>79</sup> 劉靜怡，前揭註 77，235 (2001)。

<sup>80</sup> 轉引自陳人傑，「網路產業競爭政策初探－以網路效應理論為中心」，科技法律透析，第 13 卷 4 期，33 (2001)。

<sup>81</sup> 劉靜怡，前揭註 77，238 (2001)。

<sup>82</sup> 陳人傑，前揭註 80，33 (2001)。



費者所投入之沉沒成本 (Sunk Cost)。在這樣的情況下，雖然消費者可能知道既有標準不是最好的選擇，但在考量到改採新標準所需承擔之集體轉換成本 (Collective Switching Cost)，消費者可能將被迫選擇繼續套牢於原先之標準中。此外，有別於傳統商業競爭模式的重點在於市場上誰能夠以最低價格產銷最多的產品，在以智財權為主之新經濟競爭商業模式中，競爭焦點已轉為誰能夠在取得智財權保護下，成為市場中第一個推出新技術或產品的先驅者事業，則此一秉持著創新技術而搶先進入市場的事業將有機會因此享有先驅者優勢 (First-Mover Advantage)<sup>83</sup>，而一旦該創新技術能夠憑藉者網路效應而為關鍵多數之消費者所使用時，即得以成為市場中的事實上標準，在此情況下，消費者將被套牢於該技術標準中，這樣的套牢現象亦將形成相關市場的參進障礙，潛在競爭者只有在降低消費者的轉換成本 (Switching Costs) 下，才有可能說服消費者改採其他產品或標準，這樣的參進障礙增加了潛在競爭者的競爭成本，並強化獨占事業的市場力量，使得市場中的其他競爭事業無法獲得公平競爭之機會，同時也使得消費者可能被迫繼續被套牢於品質較差的標準化產品中<sup>84</sup>。

以上所說明的新經濟制度下的產業特徵，尤其是有關網路效應所創造之效果，將可能使先進入市場中之事業有機會成為市場中之事實上標準，此一產業標準對於消費者產生套牢效果，降低了消費者的需求彈性而使其對於產品之保留價格提高，換言之，獨占事業因為網路效應與先驅者優勢等新競爭制度下的產業特徵而有機會進一步提高其於相關市場中之市場力量。

## (四) 實務判決

### 1. 94 年度智上字第 20 號

本案事實

專利權人 O2 Micro International Limited (以下簡稱 O2) 與美商茂力公司間，就冷陰極螢光燈驅動器 (Cold Cathode Fluorescent Lamp Driver, CCFL Driver) 之相關

<sup>83</sup> 張哲倫，「智慧財產權概論－以權利之性質為中心」，月旦法學教室，第 78 期，94-95 (2009)。

<sup>84</sup> 陳人傑，前揭註 80，37-40 (2001)。

專利正進行專利侵權訴訟，華碩為茂力之交易相對人。O2 公司除了向法院聲請假處分，請求於訴訟判決確定前，禁止茂力製售涉嫌侵害專利之二產品獲准許，並且隨後亦向法院聲請假處分，禁止茂力之交易相對人華碩購買、使用、進口茂力所產製之系爭侵權產品獲准。華碩遂提起本案訴訟，主張 O2 一方面延遲本案訴訟之進行，一方面又以具有重大瑕疵之專利權提起專利侵權訴訟，並聲請假處分之行為，顯係於欠缺假處分之實體法權利下，濫用假處分而造成他人損害之行為。

本文見解

本案為涉及主張濫用保全程序之實務判決，本文將以此個案事實做為基礎，運用本文前面所主張之審查步驟進行操作，包括於第一階段認定是否屬於不得豁免公平交易法審查的虛假訴訟行為，對於屬於虛假訴訟行為者，將進入到第二階段有關公平交易法之審查問題。

### (1) 虛假訴訟行為審查

#### A. 客觀無根據審查

在客觀無根據之審查上，首先須確認 O2 是否有聲請保全程序之合理事由存在，其中所考量的議題為專利權人所據以聲請假處分之專利是否有效。就此部分華碩曾提出，O2 持專利有效性在美國尚有所爭議之專利權於我國申請優先權，O2 在明知其專利有重大瑕疵下，竟仍聲稱華碩使用茂力之產品侵害該專利權，並聲請假處分，顯係於欠缺假處分之實體法權利之情形下，濫用假處分為手段，造成他人損害，難謂無故意不法侵害他人名譽權，並故意以悖於善良風俗之方法加損害於他人之營業利益。本文認為就此一部分主張可知，O2 持專利有效性尚有所爭議之專利權於我國申請優先權，並據此聲請假處分與提起本案訴訟，是否屬於合法行使專利權之行為，容有疑義。蓋若所根據之專利權不具備有效性時，則據以提起之假處分聲請與本案訴訟則當不具有勝訴可能性而屬於在客觀上無根據之訴訟行為。

而就 O2 聲請保全程序是否合理之經濟分析部分，由於判決文中之數據資料不足，尚無法進行分析。惟華碩曾主張，O2 利用假處分之司法程序，對茂力之交易相對人華碩達到恫嚇效果，使華碩進而拒絕與茂力交易，迫使華碩等廠商轉而向 O2 訂購產品，以擴大 O2 之市場佔有率，達其不公平競爭之目的，益證 O2 係利用司法程序進行不公平競爭。根據此一主張，本文認為若華碩能夠舉證 O2 確實利用

假處分程序而迫使茂力之交易相對人轉而向 O2 購買產品，並因此擴大 O2 之市占率，則可以據此認定此為 O2 藉由濫用保全程序所可獲得之反競爭間接利益。

### B. 主觀無根據審查

在主觀無根據之審查上，必須利用主觀或客觀證據證明 O2 反競爭之特定意圖。針對此一部分，華碩則主張 O2 應知其所聲請之假處分之債務人僅限於茂力而不及於第三人，然 O2 卻於強制執行程序中請求法院將該假處分執行命令寄發給包括關稅局在內之其他第三人，並要求海關查扣相關進口產品<sup>85</sup>，然嗣經關稅局與法官聯繫後確認相關產品並未經確定判決認定為侵害專利物品，該假處分亦非禁止所有相關產品之進口，華碩因而主張 O2 此行係以羅列寄件人、收件人名目之行徑，混淆關稅局，導致華碩之進出口作業遭受阻礙，O2 之行係為打擊華碩之正常營運為目的而影響交易秩序。本文認為，華碩此一部分之主張若為確實，則屬於 O2 為排除競爭之證據。惟法院認 O2 之行為係依假處分裁定為執行名義，而請海關協助執行者，此行屬於就假處分裁定所為之執行方法，因此難謂違反公平交易法。

又華碩主張 O2 公司曾檢舉茂力臺灣分公司違反公平交易法而不成立，對其員工提起刑事告訴亦經檢察官不起訴處分，顯見被上訴人濫用訴訟、非訟程序以達不當競爭之目的。因此本文認為，O2 曾不只一次對於競爭對手使用訴訟或非訟程序而遭法院判決敗訴或不起訴，可見 O2 有濫用訴訟程序遂行反競爭目的之主觀意圖，惟以過往訴訟結果作為推論當事人主觀意圖之客觀證據非必然無誤，蓋雖 O2 曾於其他訴訟中主張權利敗訴，並非意謂其於本案中主張權利亦將遭致敗訴，所以欲以此推論 O2 所聲請之假處分或提起之本案訴訟是否為主觀無根據，仍有可議。

## (2) 公平交易法要件審查

本案中所提及之冷陰極螢光燈驅動器 (CCFL Driver) 屬於一種零組件。冷陰極螢光燈 (CCFL) 是一種光源，早期的液晶顯示器都使用 CCFL 作為背光元件，此外，也在筆記型電腦、數位相機、導航系統以及其他具有較小 LCD 螢幕的設備中使用多年，2010 年代後，CCFL 逐漸被 LED 取代，市場研究機構指出，在筆記型電腦和 LCD TV 等較大型的顯示器，LED 應用也越來越多<sup>86</sup>，而所謂冷陰極螢光燈驅

<sup>85</sup> MP1015 與 MP1011A 產品。

<sup>86</sup> 參閱維基百科，<http://zh.wikipedia.org/wiki/%E5%86%B7%E9%98%B4%E6%9E%81%E8%>

動器（CCFL Driver），則是為冷陰極螢光燈提供驅動電源的一種設備。本文認為，可以初步將本案之產品市場界定為「為顯示器背光原件提供驅動電源之設備」或是「為冷陰極螢光燈提供驅動電源的設備」，前者的產品市場較後者為大。然而實際上本案仍須透過需求彈性與供給彈性之衡量，才能明確的界定出本案之相關市場。

#### A. 界定相關市場

相關市場的部分須分為產品市場與地理市場分別認定。由於本案屬於涉及專利權之案件，因此相關市場之認定將不僅止於有形之相關產品市場，亦須考量無形之技術市場與創新市場。產品市場須考量需求彈性與供給彈性之問題。就需求彈性部分須考量替代可能性與交叉需求彈性之問題，因此本案首先須尋找市場上是否有其他產品在用途與功能上與本案之冷陰極螢光燈驅動器（CCFL Driver）具有替代可能性，有的話亦須納入相關市場中，查冷陰極燈管逆變器（CCFL Inverter）亦是一種為冷陰極螢光燈（CCFL）提供驅動電源的設備，因此應可將其納入相關市場中<sup>87</sup>。此外，本案中華碩向法院聲請 O2 須容忍其使用非 O2 所生產製造以外之冷陰極螢光燈，由此可見，市場中應不只有 O2 作為冷陰極螢光燈之生產者。而交叉需求彈性部分，則可以考量當冷陰極螢光燈驅動器（CCFL Driver）價格上漲時，消費者轉而購買其他驅動器之程度，若消費者大幅度的轉而購買其他驅動器，則表示相關市場界定的太小，應將替代產品亦納入相關市場中。而在供給彈性方面，本文認為，蓋冷陰極螢光燈驅動器（CCFL Driver）係為冷陰極螢光燈提供驅動電源的設備，生產此一驅動器之相關技術應非甚為困難，進入相關市場之門檻應不高，在參進障礙不高之情況下，任何欲進入一市場之競爭者在具備初階技術下皆得以跨入市場參與競爭，因此本文認為供給彈性可能之相對高的。

就技術市場來說，必須將系爭技術和與其密切相關之替代技術一同納入相關技術市場中，換言之，須將其他用以生產冷陰極螢光燈驅動器（CCFL Driver）之替代技術，以及用以生產競爭產品之替代技術，例如生產前述冷陰極燈管逆變器

---

[8D%A7%E5%85%89%E7%81%AF%E7%AE%A1](http://www.eettaiwan.com/SEARCH/ART/CCFL.HTM?jumpto=view_welcomead_1368014893511), last visited on date: 2013/5/12; EET 電子工程專輯, [http://www.eettaiwan.com/SEARCH/ART/CCFL.HTM?jumpto=view\\_welcomead\\_1368014893511](http://www.eettaiwan.com/SEARCH/ART/CCFL.HTM?jumpto=view_welcomead_1368014893511), last visited on date: 2013/5/12.

<sup>87</sup> 參閱維基百科, <http://zh.wikipedia.org/wiki/%E5%86%B7%E9%99%B0%E6%A5%B5%E8%9E%A2%E5%85%89%E7%87%88%E7%94%A8%E9%80%86%E8%AE%8A%E5%99%A8>, last visited on date: 2013/5/12.

(CCFL Inverter) 之替代技術亦納入相關技術市場中。

就創新市場來說，除了須將現階段得以研發出具有替代功能驅動器之事業納入相關市場中，另外對於那些具有特殊技術而有潛力在未來從事驅動器研發之事業，亦須一併納入相關創新市場中。

就地理市場之界定問題，亦分需求彈性與供給彈性層面，通常地理市場之界定主要考量的是運輸成本之問題。於本案中，考量的是當系爭冷陰極螢光燈驅動器 (CCFL Driver) 價格上漲時，消費者轉往其他區域之供應商消費之程度。本文認為，由於冷陰極螢光燈驅動器 (CCFL Driver) 之體積小且重量輕，在運輸上十分容易，因此當特定區域的驅動器價格上漲時，消費者將可輕易的從其他區域取得同樣功能效用之驅動器，其他區域之供應商亦得以輕易的將驅動器運送至所需消費者區域，因此在地理市場上，無論是需求彈性或供給彈性，應該都具有較高之需求彈性。此外，從本案中 O2 聲請將假處分執行命令送達海關，或許可以略以推論系爭產品之地理市場可能擴及海外。

#### B. 認定市場力量

在界定出明確之相關市場後，接著便是認定 O2 於此相關市場中之市場力量。本案之被告 O2 為專利權人，根據美國聯邦司法部與 FTC 所發布之「智慧財產權授權之反托拉斯準則」，智財權人雖然依據智財權而得以對特定產品取得排它權利，然而由於存在著市場競爭者與替代性產品之競爭，因此在執法立場上，並不因為智財權人擁有智財權即推定其具有市場力量。基於此一立場，專利權人 O2 亦非當然被認定具有市場力量，針對 O2 之市場力量認定，仍須回歸一般反托拉斯原則之適用，亦即在界定出明確相關市場後，再計算 O2 於此相關市場中之市占率。

本文在這一部分主張，當 O2 於相關市場中的市占率超過 1/2 時，屬於獨占事業，可以主張 O2 濫用假處分之行為屬於以不公平之方法，直接或間接阻礙他事業參與競爭而違反第 10 條第 1 款，或是屬於其他濫用市場地位之行為而違反第 4 款；當 O2 於相關市場中的市占率低於 1/2，然具有相當市場力量而足以影響交易秩序時，可以主張 O2 濫用假處分之行為屬於欺罔或顯失公平之行為而該當第 24 條之構成要件，違反第 24 條。當 O2 於相關市場中的市占率不足以影響交易秩序時，則非公平交易法所欲管制之對象，此時華碩可以改而主張民法或消費者保護法等其他法律救濟途徑。

## 2. 99 年度民公上字第 3 號

### 本案事實

本案涉及專利權人武田藥品於民國 94 年間向健亞公司提起專利侵權訴訟，主張健亞公司向衛生署申請臨床試驗之藥品 Vippa 侵害其所擁有之醫藥組成物專利，武田藥品要求衛生署暫緩核發藥品許可證予健亞公司，並同時向法院聲請假處分，禁止健亞公司自行委託、授權他人製造、為販賣之邀約、販賣、使用或為上述目的而進口 Vippa 藥品，經台中地方法院核發假處分裁定在案。之後，武田藥品所提起的專利侵權訴訟本案於 98 年遭最高法院判決敗訴確定，健亞公司在獲准撤銷假處分後，遂以武田藥品濫用專利之行為構成民法第 184 條侵權行為及違反公平交易法第 24 條為由，而對其提起損害賠償訴訟。

健亞主張武田藥品乃透過法院保全程序，從事不公平競爭，以維持市場獨占地位，顯有不法侵害他人權利之明顯意圖，換言之，武田藥品係以聲請取得定暫時狀態處分為主要目的，而非在於執行其專利權，武田藥品之主要目的僅在於不當濫用假處分程序。健亞主張武田藥品自始不當聲請假處分之行為，係濫用訴訟權而構成公平交易法上之不公平競爭行為，原因包括武田藥品明知系爭藥品未侵權，健亞絕無侵權之可能，且武田所持之鑑定報告具有明顯重大瑕疵，然為了排除競爭目的，並繼續享有二年以上之獨占高利潤，乃以不當聲請假處分之方式，藉由提供錯誤不實之資訊，以獲得假處分裁定而可阻撓健亞公司系爭藥品之上市，以從事不公平競爭。

### 本文見解

本案係為保全程序相對人主張聲請人濫用保全程序遂行反競爭目的屬於違反公平交易法第 24 條之行為，而成功獲得損害賠償之案件。

### (1) 虛假訴訟行為審查

#### A. 客觀無根據審查

在客觀無根據之審查上，首先必須確認武田是否有提起訴訟之合理事由存在，亦即提起之訴訟是否具有勝訴可能性。根據健亞之主張，武田據以聲請定暫時狀態假處分之專利侵權鑑定報告中，指出健亞之 Vippa 藥品並未文義讀入武田所有之系

爭專利中，健亞並未構成文義侵權，此點亦為法院所肯認。因此，武田乃是在明知健亞之 Vippar 藥品未文義落入系爭專利之情況下，而以「形式上狀似完備」之鑑定報告提出於法院，並主張健亞構成文義侵害等語，使法院誤採為准許假處分聲請。換言之，由於此一侵權鑑定書中指出健亞並未構成文義侵權，就一般合理客觀之當事人來說，皆不會期待以此鑑定書聲請保全程序將得以獲准，因此就此一部分，應認武田聲請保全程序應屬客觀無根據之行為。

就經濟分析之部分，由於判決文中之數據資料不足，無法以經濟模型分析武田聲請保全程序之行為是否屬於合理訴訟行為。惟法院與武田皆不否認，健亞獲得 Vippar 之藥品許可證，確實因為武田所提出之假處分而致暫緩，Vippar 藥品延遲上市對於健亞之衝擊包括，因銷售所可得之利潤、上市期間長短所得之市占率，且市占率多寡並直接影響長期獲利率之高低，而在此期間，武田所生產之 Actos 藥品因此得以在缺乏競爭之情況下，獲得額外利益。此外，法院於判決理由書中指出，武田於聲請定暫時狀態假處分時，曾主張在未有健亞之產品進入市場之情況下，其所生產銷售之 Actos 藥品在台一年之銷售淨利高達 21,518,480 元，因而根據系爭假處分致使健亞之 Vippar 藥品延誤上市達四年二月，可以推算武田在此期間將可獲得淨利高達 89,660,333 元 ( $21,518,480 \times 4 + 21,518,480 \times 2/12$ )。換言之，武田以系爭假處分成功延遲健亞進入市場之期間，將使其獲得高達將近九千萬之間接利益。此一間接利益，大大強化了武田提起掠奪性訴訟之可能性。

#### B. 主觀無根據審查

在主觀無根據之審查上，必須利用主觀或客觀證據證明武田反競爭之特定意圖。針對此一部分，武田主張其於主觀上認為 Vippar 藥品此種單方製劑既為系爭專利複方製劑中之重要組成物之一，則當然合理懷疑就此種單方製劑之臨床試驗及申請藥證許可行為亦構成侵權，然於此部分法院則認定學名藥之生產並不構成侵權。

至於健亞則主張：第一，系爭藥品對於武田之 Actos 藥品而言乃威脅性極高之競爭對手，系爭藥品進入臨床試驗後，嚴重威脅 Actos 藥品之市占率及價格，武田透過法院保全程序從事不公平競爭，以維持 Actos 藥品之獨占地位，顯有不法侵害他人權利之明顯意圖，亦足見武田係以聲請定暫時狀態假處分為主要目的，而非在於執行其專利權。第二，武田於聲請假處分前，明知 Vippar 藥品未落入其所有之方法專利範圍內，健亞絕無侵害方法專利之可能，且武田明知其據以聲請假處分之鑑

定報告具有明顯重大瑕疵，然為使其所生產之 Actos 藥品在無專利保護之情形下，排除健亞之合法競爭，並繼續享有至少二年以上之原廠藥市占率與高利潤，武田乃不當聲請系爭假處分，藉由提供錯誤不實之資訊，以獲假處分而阻撓健亞 Vippar 藥品合法上市，以從事不公平競爭。

最後，法院之判決理由亦認定，武田明知健亞所生產之 Vippar 藥品僅為單方製劑，此單方製劑並無任何專利權之爭議，與武田所有專利之複方製劑不同，竟仍任意指摘該單方製劑侵害系爭複方製劑之專利，難謂毫無過失。

由以上種種可知，武田聲請系爭定暫時狀態假處分之行為，不只是為行使專利權人之合法權利，而顯然具有反競爭之特定意圖，因此，得以認定武田係於主觀無根據之情況下聲請假處分。武田係在客觀與主觀無根據下聲請系爭定暫時狀態假處分，因此所為屬於虛假訴訟而不得豁免於公平交易法之審查，接下來將對於武田進行公平交易法之審查。

## (2) 公平交易法要件審查

查 Actos 為治療第二類型糖尿病之一種醫療用藥，因此本文初步將本案的產品市場界定為將「第二類型糖尿病治療用藥」。第二類型糖尿病即非胰島素依賴型糖尿病或 NIDDM 成年型糖尿病，醫療期刊上對於此一疾病的研究說明不少，有關 NIDDM 治療藥物包括磺醯尿素類（Sulfonylurea, SU）、雙胍類藥物（Biguanide, BG）、Thiazolidinedione 類衍生物（TZD）、 $\alpha$ -glucosidase 抑制劑、胰島素、非 SU 類藥物者例如 Repaglinide、Nateglinide 等。

### A. 界定相關市場

相關市場之界定分為相關產品市場與相關地理市場。就相關產品市場之部分來說，本案所要界定之系爭產品應該是武田所生產之 Actos 藥品，因此必須先就 Actos 藥品分別討論其與其他產品間之需求彈性與供給彈性。需求彈性部分須考量替代可能性與交叉需求彈性之問題。就替代可能性部分須尋找市場中是否尚有在用途與功能上得以替代 Actos 藥品之其他藥品存在，有的話亦須將其納入相關產品市場中，如前所述及，第二類型糖尿病治療用藥的替代用藥不下十種，因此在界定相關市場時，應將這些替代用藥都納入相關市場中。而在交叉需求彈性部分，則必須考量當 Actos 藥品價格上漲時，消費者（在本案可能是醫療人員）將轉而購買其他替代藥



品之程度，若消費者將因此轉而購買其他替代產品時，則表示二者間之需求彈性高，相關市場界定的太小，應將替代產品亦納入相關市場中。

而就供給面來說，所考量者係市場參進障礙與潛在競爭者之問題。一個新藥的誕生，研發流程包括從藥的探索與價值確效、產品開發之臨床前動物試驗、臨床試驗，具有臨床療效後，才能查驗登記並上市，由實驗室到產品上市，平均研發時程長達 10 到 15 年，所耗資金高達 150 到 200 億台幣<sup>88</sup>。根據美國藥品研究與製造商協會統計，在 2000 年，平均研發一個新藥的成本是 8 億 2 百萬美元，平均 5,000 個藥劑混合物裡面只有一個能夠核准上市，而 10 個能夠核准上市的新藥裡面只有 3 個能夠獲利，所以對於製藥公司來說，其不只是一定要回收個別藥物本身之成本，還要回收研發其他失敗藥物之成本<sup>89</sup>。有鑑於此，本文認為，欲進入藥品市場競爭事業必須事先投入巨額之研發成本，並且亦須承受研發失敗使其所付出之成本血本無歸之情況，因此相較來說，藥品市場的參進障礙相對來說顯然是較高的。然若就市場之實際與潛在競爭來說，前所言及之替代用藥不下十種，因此本文認為武田在第二型糖尿病治療用藥市場，可能仍面臨相當程度之競爭。惟實際之市場力量，仍須透過經濟數據客觀衡量才能認定出確實之市場力量。在技術市場上，則需認定是否尚有其他得以生產 Actos 之替代技術，以及是否尚有得以生產競爭性之替代用藥的技術存在。創新市場上，除了需納入在現階段具有競爭關係之事業，亦須包括那些有能力在未來從事研發競爭之事業。

而就相關地理市場之界定來說，其所考量的係為運輸成本之問題。本文認為，由於醫藥品的體積重量較小，在運輸上並不困難，因此若武田提高 Actos 藥品之價格時，消費者應得以轉而向其他區域之供應商購買，而其他區域之供應商亦得以將產品運輸至訂購者所需之區域以滿足需求，因此藥品地理市場之範圍應該可以被劃的較大。

#### B. 認定市場力量

在界定出適當之相關市場後，接著須認定武田之 Actos 藥品於相關市場中之市場力量大小。本文主張若 Actos 藥品於相關市場中之市占率超過 1/2 時，則對於武

<sup>88</sup> 鄧哲明，「新藥的研發流程概論」，科學月刊，第 519 期，188 (2013)。

<sup>89</sup> 楊智傑，「如何解決藥物近用落差與研發落差？－TRIPS 下各種解決方案與大學專利政策之檢討」，台灣科技法律與政策論叢，第 5 期第 2 卷，80 (2008)。

田之系爭濫用保全程序行為，應以規範獨占事業之公平交易法第 10 條予以處分；若武田之 Actos 藥品於相關市場中之市占率低於 1/2，但仍具有相當市場力量而足以影響整體市場之交易秩序時，則應主張第 24 條作為處分之依據。當武田於相關市場中的市占率不足以影響交易秩序時，則非公平交易法所欲管制之對象，此時健亞可以改而主張民法或消費者保護法等其他法律救濟途徑。

## 五、結論

近年來，科技業間廣泛存在著基於競爭目的而積極布局智慧財產權之現象，其中尤以專利權的策略運用最為頻繁，專利權的運用因而成為企業不可或缺的競爭籌碼，無論國內外皆有利用提起專利掠奪性訴訟以排除競爭的實務案件出現。在我國常見的掠奪性訴訟態樣分為利用訴訟前之定暫時狀態假處分與一般之濫訴行為。

本文一方面主張法院可借鏡美國法上核發暫時禁制令所參酌之四要件，以審慎態度從嚴核發定暫時狀態假處分，期望藉此在是否核發假處分此一階段即過濾掉具有反競爭目的之假處分聲請，此四要件包括聲請人須證明本案具有勝訴可能性，這部分應提出專利證書證明專利現為有效，加上以明確且令人信服之證據證明專利確實遭受侵害；證明若不核發禁制令將使得聲請人即使將來獲得勝訴，亦無法透過金錢賠償之方式獲得完全之救濟；比較拒絕核發禁制令對於聲請人造成之不利益，以及若核發禁制令將對相對人所造成之不利益進行利益衡量；最後考量核發禁制令對於公共利益造成之影響。

另一方面，對於進入審訊程序之濫訴行為，則提出一項兩階段的審查標準，先審查是否屬於不得豁免公平交易法審查之虛假訴訟，對於在主觀上與客觀上皆無根據而成立虛假訴訟者再進一步提出公平交易法要件審查。最後對於涉案事業之濫訴行為在條文的適用上，不同於我國司法實務上在主張訴訟掠奪或濫用司法程序上，多援用公平交易法第 24 條作為規範條文，本文另行主張應根據市場力量不同而分別適用公平交易法第 10 條、第 24 條處分，對於不具市場力量之涉案事業則另行主張民法或消費者保護法進行規範。

## 參考文獻

### 中文部分

- 王偉霖、張俊宏，「競爭法規範技術授權之限制－以美國及臺灣法律為中心」，法令月刊，第 58 卷第 12 期 (2007)。
- 呂太郎，民事訴訟之基本理論，2 版，智勝文化出版 (1999)。
- 林利芝譯，William Burnham 著，英美法導論，2 版，元照出版 (2005)。
- 林宏達，「專利八國聯軍圍攻台灣」，商業周刊，第 1240 期 (2011)。
- 林彥妤，新經濟制度下反托拉斯法主觀要件之研究：以美國「獨占」、「企圖獨占」案件之發展為中心，國立交通大學科技法律研究所碩士論文 (2008)。
- 洪萱，論我國技術授權與市場競爭之處理原則，國立政治大學智慧財產研究所碩士論文 (2007)。
- 范曉玲，「專利權人權利行使與公平競爭之平衡－以台美專利訴訟的幾個近期重要案例為核心」，月旦法學雜誌，第 139 期 (2006)。
- 袁建中，「針對技術標準進行專利佈局的實務運作」，全國律師，第 15 卷第 7 期 (2011)。
- 張哲倫，「智慧財產權概論－以權利之性質為中心」，月旦法學教室，第 78 期 (2009)。
- 陳人傑，「網路產業競爭政策初探－以網路效應理論為中心」，科技法律透析，第 13 卷第 4 期 (2001)。
- 陳志民，「公平交易法關於濫用獨占力規定之執法檢討與展望」，公平會「公平交易法實施 20 週年回顧與前瞻學術研討會論文彙編」 (2012)。
- 陳志民，「反托拉斯法規範掠奪行為之現在與未來－新經濟制度下之省思(二)」，政大法學評論，第 81 期 (2004)。
- 陳志民，「論反托拉斯法對濫用市場地位之管制政策－以掠奪性訂價為分析中心」，法政學報，第 10 期 (2000)。
- 馮浩庭，「從美國暫時性禁制令看我國定暫時狀態之假處分－以專利侵權爭議為

- 例」，政大智慧財產評論，第 2 卷第 1 期 (2004)。
- 馮震宇，「台灣智慧財產權法制之發展與重要爭議問題探討」，月旦民商法，第 9 期 (2005)。
- 馮震宇，「從美國司法實務看台灣專利案件之假處分救濟」，月旦法學雜誌，第 109 期 (2004)。
- 楊智傑，「如何解決藥物近用落差與研發落差？－TRIPS 下各種解決方案與大學專利政策之檢討」，台灣科技法律與政策論叢，第 5 期第 2 卷 (2008)。
- 葉雪美，「解析美國侵權訴訟以設計專利請求初步禁制令之審查－以 Apple 控告 Samsung 侵權訴訟為例」，智慧財產權月刊，第 168 期 (2012)。
- 劉靜怡，「從美國法制經驗看網際網路時代的反托拉斯法：政府管制介入科技創新發展的迷思？」，政大法學評論，第 67 期 (2001)。
- 鄧哲明，「新藥的研發流程概論」，科學月刊，第 519 期 (2013)。

## 外文部分

- Cass, Ronald A. & Hylton, Keith N., “Antitrust Intent,” *Southern California Law Review* (2001).
- Chu, Michael Paul, “Antitrust Solution to the New Wave of Predatory Patent Infringement Litigation,” *33 William & Mary Law Review* (1992).
- Hovenkamp, Herbert & Janis, Mark D. & Lemley, Mark A., *IP and Antitrust – An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law* (2003).
- Hovenkamp, Herbert., *Federal Antitrust Policy : The Law of Competition and Its Practice* (2011).
- Klein, Christopher C., “The Economics of Sham Litigation : Theory, Cases, and Policy, Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission,” the Federal Trade Commission (1989).
- Lambert, Thomas A. & Wright, Joshua D., “Antitrust (Over- ? ) Confidence,” *20 Loy. Consumer L. Rev.* (2008).
- Lianos, Ioannis & Zhou, Jun., “ Optimal Test for Strategic Antitrust Sham Litigation – a

Mechanism Design Approach,” *Working paper* (2007).

Myers, Gary., “Litigation as a Predatory Practice,” *80 Kentucky Law Journal* (1992).

## **A Study on the Regulation of Predatory IP Litigation under Competition Law**

Hsiao, Wan-Ju\*

### Abstract

There has recently been a succession of patent lawsuits in the technology industry, where patent rights have in many cases been used as a strategic weapon. For some corporations, especially those in the major patent-exporting countries such as the United States and certain European nations, it is even common practice to press charges of patent infringement against competitors. As attorney fees in a patent infringement suit filed in the United States constitute a considerable expense to each party involved, some large US corporations tend to sue competitors for infringement as a way of increasing the latter's costs, thereby either deterring potential competitors or forcing existing ones to withdraw from the market if a settlement involving a payment cannot be reached. Some companies compile huge legal expense budgets only to drive opponents out of the market through litigation. While a patentee is entitled by the patent law to sue an infringing party, some companies do not do so to protect themselves or as a legitimate exercise of their legal power, but rather to weaken or hinder their competitors. Even worse, some "wage war to compel settlement".

In Taiwan, discussions on patent litigation are mostly centered on the purpose of the legislation embodied in the patent law, and this view is shared by legal practitioners and scholars alike. A typical conclusion is that the patent law, which is intended to encourage innovation, shall have supremacy in lawsuits involving patent infringement, and that a patentee's filing an infringement suit is a legitimate exercise of power based on the patent law. However, the patent right does not empower its holder to use the right arbitrarily without limitation by law. If a patentee filing a patent suit has monopoly power and if the

---

Date submitted: November 15, 2013

Date accepted: March 28, 2014

\* Hsiao, Wan-Ju, Researcher, the Commerce Development Research Institute. Master, School of Law, Department of Financial & Economic Law, Chung Yuan Christian University.

---

suit filed is a predatory one for anti-competitive purposes and for causing damage to a competitor, there should be room for the competition law to intervene.

The objective of this study, therefore, is to view patent infringement litigation from the perspective of the competition law and to explore, from the same perspective, the potential anti-competitiveness of infringement lawsuits filed by patentees who have market power and whose only purpose is to cause damage to their competitors.

Keywords: Predatory Litigation, Sham Litigation, Noerr-Pennington Doctrine, Preliminary Injunction, Error Cost

