

淺介「美國法務部對智慧財產權授權及取得之反托拉斯法執行準則」草案

劉 紹 樑 *

目 次

壹、前言	伍、合理原則適用於智慧財產權授權
貳、智慧財產權法與反托拉斯法之理 念	行爲之通則
參、反托拉斯法上的經濟分析	陸、類型分析
肆、反托拉斯法對具備反競爭性智慧 財產權授權行爲之分析	柒、結論

壹、前 言

智慧財產權是為了保障人類智慧的結晶，並鼓勵創新以提高人類生活水準，而由法律賦予之排他性無體財產權，具有法定獨占權之性質。而競爭法領域之中所謂的「自由競爭法」，或稱反托拉斯法，則是為確保資源分配效率、消費者權益、以及健全的競爭環境，而制訂之遊戲規則，並且在概念上（雖然在實務上未必如此）係以反獨占為其核心。因此，乍看之下，智慧財產權和反托拉斯法有相當大的理念差距。其實，兩者都是鼓勵創新、確保消費者享受資源分配效率之法規範。隨著科技之發展，無體財產權之價值較傳統財產權（如對土地、廠房等固定資財的所有權）

* 作者為東吳大學法研所副教授

為高，在競爭策略上更因為對科技掌握管道之有無，而會影響企業在市場內的定位。在目前各國積極發展高科技事業，並建構「國家資訊基本設施」(national information infrastructure)，也就是「資訊高速公路」(information super highway)之時，有關智慧財產權的取得及授權行為在競爭法上的評價，更是各國注意的問題。

我國公平交易法（下稱「公平法」）針對智慧財產權法在競爭法領域之適用及效力，只訂有很簡單的第四十五條，該條規定：「依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為，不適用本法之規定。」一般通說將本條視為公平法上除外規定（或稱豁免規定）的一種態樣。不過，如果深究此規定之意義及法理，可知行為如正當，方可不適用本法；亦即行為如不正當，則不可排除本法之適用，可說是一種「贅辭」(tautology)。準此，主管機關在適用上，如何拿捏智慧財產權取得及授權行為的合法性，企業何以遵循法律，是實務上相當重要的問題。目前行政院公平交易委員會（下稱「公平會」）已有若干解釋（如公研釋第〇二六號對著作物之出租、授權行為，又如公研釋第〇六九號對出具侵害專利警告函行為之合法性等），亦陸續有涉及智慧財產權之案件（如對學者公司搭售錄影帶出租之處分案）。不過，目前因為案例有限，以及相關之法理問題尚未有整體的檢討，因此，尚未制訂通盤的執行準則。

相對而言，歐美對智慧財產權授權行為在競爭法下之評價，已有甚多案例。以美國為例，美國法務部(Department of Justice)在一九七〇年曾對智慧財產權整理出「九大違法原則」(nine "no-no's")（註1），也就是對這種行為傾向於採取較嚴格的「本質違法」(per se illegal)行為。（註2）到了一九八八年，美國法務部的見解已有顯著轉變，在該部門所制訂之「國際反托拉斯法執行準則」(International Antitrust Guidelines)之中，已認為「智慧財產權之所有人得享有該權利所賦予

註1：見 ABA ANTITRUST LAW SECTION, ANTITRUST LAW DEVELOPMENT 819, note 145 (3rd ed. 1992)。

註2：見註 Bruce B. Wilson, Patent and Know-how License Agreements: "Field of Use, Territorial, Price and Quantity Restrictions", (1970), reprinted in Patent, Trademark & Copyright Journal (BNA) No.213 at A-9 (Jan. 30, 1975)。

之完全市場力」（註3），顯示在進入科技激烈競爭的時代，反托拉斯主管機關之一的美國法務部，已有較不同之見解。

美國總統克林頓上台之後，將高科技政策視為重大施政方針之一。他所派任主管反托拉斯法事務的法務部次長賓格曼女士 (Assistant Attorney General Anne K. Bingaman) 即於一九九四年一月十日的政策演說之中指出：在她任內會就智慧財產權及反托拉斯法適用的範圍及行為合法性，研擬新的執行政策（註4）。準此，主管經濟分析的助理次長吉伯特 (Deputy Assistant Attorney General Richard J. Gilbert) 即受任主稿「美國法務部對智慧財產權授權及取得之反托拉斯法執行準則」草案 (U.S. Department of Justice Antitrust Guidelines for the Licensing and Acquisition of Intellectual Property，下稱「準則」或「草案」)，並已依照美國行政程序法的規定，於一九九四年八月八日正式公布，並明定大眾得於六十天之內，提供書面意見，以便法務部在核定該草案時參酌。本草案如經制訂，將取代一九八八年「國際反托拉斯法執行準則」第二章第三之六節以及第二章六、十、十一、十二號釋例。依目前跡象顯示，美國法務部遲早會正式制訂針對有關授權及取得智慧財產權行為的反托拉斯法執行準則。準此，我國主管機關未來在執法之時，不妨將其列為參考之素材。以下即就該草案之內容，予以評介。

貳、智慧財產權法與反托拉斯法之理念

美國法務部的各項執行準則和公平法施行細則的性質不同，前者屬於透明化的執行政策，並非立法機關授權訂定的「子法」。因此，準則未必創設任何權利或義務（註5）。不過，就行政執行及刑事執行之觀點來看，準則對美國法務部當然有拘束力。至於準則的適用範圍，依草案第一章之規定，僅限於專利權、著作權及營

註3：見 U. S. Department of Justice, Antitrust Enforcement Guidelines, reprinted in 4 Trade Reg. Rep. (CCH) para. 13,109 at 20,605。

註4：見 7 Trade Reg. Rep. (CCH) para. 50,128 at 49,998。

註5：見 Gilbert 一九九四年八月八發布準則之聲明函。

業秘密這三種智慧財產權之授權及取得行為。換言之，對商標權之行使並不包括在內（註 6）。這並不是商標權的性質過份特殊，而是草案所針對的問題是「科技創新」此一概念性特定市場的反托拉斯法問題，而商標權則通常不會必然涉及科技的問題，反而是以產品間隔化、差異化 (product differentiation) 做為其重點。未來我國公平法第四十五條的分析，或許亦可參考這種區別。

專利權係以具備新穎性、非顯著性、實用性之創新技術或產品，並對世揭露，做為法定獨占權的基礎。著作權則保障著作權人對概念 (idea) 之具體表彰 (expression)，而非概念本身；這兩種智慧財產權之本質，在我國法上亦然。至於營業秘密，則以具經濟價值但不對外揭露者為對象。雖然我國公平法第四十五條的除外規定未予包括，但在解釋上亦可列入。此外，公平法第十九條第五款亦已呈現營業秘密之概念，其具有準財產權之性質，殆無疑義。對於這幾種智慧財產權在美國反托拉斯法下之評價，雖然有因本質、保護期限之差別，因此在個案的特定市場及市場力的認定上有別，但適用反托拉斯法上的產業經濟分析理念，則係同一原則（註 7）。

準則亦開宗明義地指出：智慧財產權和反托拉斯法的旨趣相同，都是促進創新 (promoting innovation) 以及消費者福利 (consumer welfare)，此一名詞在美國反托拉斯法判例及學說上，通常係指資源配置的效率，亦即 allocative efficiency)（註 8）。詳言之，對智慧財產權如予箝制，或不予保護，將使其財產價值降低，因此影響從事創新活動的誘因，對熊彼得 (Joseph Schumpeter) 所指出的動態經濟效率 (dynamic efficiency)，則易受損。諾貝爾得主蘇羅 (Robert M. Solow) 的實證研究亦指出，人類生活水準之提昇，多半是靠創新發明的努力（註 9）。這種智慧財產權及反托拉斯法的法益一元論，在近年 Atari 及任天堂兩家電視遊戲軟體公司的訴訟之中，亦再經美國法院的肯認（註 10）。

註 6：見準則，Section 1, note 2。

註 7：見準則，Section 1, p.2。

註 8：見前揭註。

註 9：見 Robert M. Solow, "Technical Change and the Aggregate Production Function,

" Review of Economics and Statistics, Vol.39, 312-320 (1957)。

準此，美國法務部之草案揭橥三項基本原則：

- (一)就反托拉斯法之分析而言，智慧財產權和傳統財產權並無任何差異。
- (二)不得因為某一案件涉及智慧財產權，即推定其有市場力。
- (三)美國法務部認為智慧財產權之授權，使得具互補性之生產要素 (complimentary factors of production，如勞工、土地、技術) 得以整合，因此，這種授權行為通常是有助競爭，而應予正面評價的行為（註 11）。

智慧財產一經創設，其再予使用的邊際成本不變，此為智慧財產權與一般傳統財產在經濟功能上的差異（註 12）。但是，智慧財產權的排他性質，與一般財產權的排他性，卻為相同。因此，準則的宣示主要在破除對智慧財產權認為是一種「特別權利」的迷思，其實和歐陸公法學上的「特別權力關係理論」由盛而衰的破除迷信過程，異曲同工。同理，有些傳統財產之取得，會有反競爭之效果，取得某些智慧財產權在競爭法上的效果亦同，因此，可以用平常心對待智慧財產權，不必特別質疑其反競爭性 (not particularly suspect under antitrust laws)，（註 13）此為第一基本原則之真諦。

第二基本原則則認為法定獨占權和實際市場力是兩碼子的事，不能劃上等號。所謂「市場力」，在經濟學上之定義係可以使價格持續高於競爭價位，或使產出持續低於競爭狀態下產出之能力（註 14）。換言之，法定獨占權是法律上的認定，市場力則需事實之檢證，這和傳統產權的概念也相同。譬如說，某一鋼筆的專利具有多少市場力，仍要回歸市場分析，而如果在市場界定上，鋼筆和原子筆屬於具替代性之同一產品市場，此一鋼筆上某一設計的專利，其事實之獨占力可能很小。同理，

註 10：見 Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc., 897 F. 2d 1572 (Fed. Cir. 1990)。

註 11：見準則，Section 2.0, p.2。

註 12：見 Richard A. Posner, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, 38 (4th ed. 1992)。

註 13：見準則，Section 2.1, p.3。

註 14：見準則，Section 2.2, p.3。當然，品質、服務等因素也是市場力所呈現的表徵，但不能因品質高、價位高之單純事實，即認為必然有市場力。

「悲情城市」與「愛情萬歲」都是著作權法下的獨占權利，但是在電影的市場之中，仍然要再分別認定其市場力。目前，美國實務界對智慧財產權是否可推定有市場力，意見尚未統合，如在 Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde (註 15) 一案之中，多數大法官在非本案意見 (dictum) 之中，提及如無法在其他處所取得某一專利品，則可推定此專利具市場力，O'Connor 大法官則認為如有替代性高的產品，則不可推定其市場力；高等法院的見解亦有肯定說與否定說 (註 16)。準則對此亦有認知，但仍願回歸經濟分析的原點，而不任意推定市場力之存在，毋寧是較務實的作法。此外，依照 Alcoa 及 Grinnell 等案以來一貫的見解 (註 17)，如果財產 (包括智慧財產權) 之取得，係因較高超之技巧、先見之明或勤奮努力開發之結果 (superior skills, foresight, or industry)，則縱有市場力亦無非難性。

第三個基本原則則闡明智慧財產權對資源配置的正面功能，例如智慧財產權的所有人從事授權行為，可使生產要素結合，加強該智慧財產對業主及消費者的價值，以及創造鼓勵從事研究發展的更大誘因。此外，如果有改良發明與基本發明兩種專利，其授權行為可以避免專利權「阻斥」 (blocking) 的現象。使用限制 (field-of-use restriction)、地區限制等其他授權條款亦有使智慧財產權更有效應用其創新、發明的作用。這種排他性的約定，對被授權人而言，不啻是一種「地盤」的保障，使其對促進此一智慧財產的商業化，以及加強製造、促銷，願意投注更大的投資，也可以避免「搭便車」 (free-ride) 的外部不經濟效果。承認這種限制條款的效力，也會使權利人更有從事授權行為的誘因，因為渠等對於可以保留自為使用、製造的「利基」，獲得法律上的承認 (註 18)。

註 15：見 466 U.S. 2,16 (1984)。

註 16：前者如 Digidyne Corp. v. Data General Corp., 734 F 2d 1336, 1341-42 (9th Cir. 1984)，係涉及著作權；後者如 Abbott Laboratories v. Brennan, 952 F 2d 1346, 1354-55 (Fed. Cir. 1991)，則為最近的見解。

註 17：見 U.S. v. Grinnel Corp., 384 U.S. 563, 571 (1966)，以及 U.S. v. Aluminum Co. of America, 148 F 2d 416, 430 (2d Cir. 1945)。

註 18：見準則，Section 2.3, pp.4-5。

準則並就此第三基本原則，試擬實例一。實例一之 Delta, Inc. 開發存貨管理之電腦軟體程式，以供醫療界使用。其授權書中具有用途（如醫院，或醫療診所團體等不同客戶）及地區限制，而不禁止被授權人從事開發或使用其他的類似軟體，而被授權人與授權人之間，就銷售醫療用存貨管理軟體系統，並無實際競爭關係，報酬金之計算亦無構成專屬採購契約 (requirement contract) 之情形，此時，這種授權行為不論係涉及著作權、專利權或營業秘密，都屬合法，而無庸擔憂美國法務部之取締。（註 19）

參、反托拉斯法上的經濟分析

單純享有智慧財產權之事實，在我國是否就會造成推定享有獨占市場地位？以往在公平法草擬之初，曾有推定獨占市場地位之芻議，但後來已不採。公平法施行細則就有關的考慮因素、認定門檻、市場占有率認定原則等規定，也揭示於第三條至第五條，並無予以推定制度。此外，台北縣錄影節目帶發行商業同業公會在八十一年三月十日，曾向公平會申請釋示，建議將其上游之供應片商（即著作權人或其被授權人）公告列為獨占事業。公平會於同年七月十五日作成公研釋第〇二六號函，認為是否公告，應依前述施行細則有關之規定處理，惟事後並未將供應片商列為第一波之公告獨占事業，可見前述「法定獨占權不等於市場獨占力」的見解，應已為公平會所採。

肆、反托拉斯法對具備反競爭性智慧財產權授權行為之分析

準則認為智慧財產權之授權行為，通常對消費者利益有正面的功效。但是，如果授權行為涉及所授權科技以外之財貨，控制被授權人取得第三人之技術來源，或在特定市場內，取得可以減少競爭之技術，則有反競爭之可能性。準則對這些問題

註 19：見前揭註。

的出發點，仍是特定市場之界定，並明文指出所依據者為一九九二年所修正之水平結合準則（註 20）。針對智慧財產權之特性，美國法務部在界定特定市場之時，特別指出「創新市場」（innovation market）以及「科技市場」（technology market）這兩個概念。科技市場之組成為被授權之技術，以及與其相近之替代技術，使得被授權人能有其他之方式製造被授權技術所包涵之產品（註 21）。

當然，這種「科技市場」之概念如何落實，也會有事實上的考量。譬如，專利權通常有所謂「製程專利」（process patent）以及「產品專利」（product patent）。如係後者，則對替代科技之特定科技市場分析，即較有困難。換言之，此時，該市場與所涉科技產品之市場大致相同。其他的難題尚有替代科技之價值如何認定，以決定是否屬於同一特定市場之問題。譬如，在科技界，往往有無償單向授權，或無償交互授權之情形，或是對數項科技採取「包裹授權」（package license）之情形，此時，要界定相關之科技市場，即有困難。所以，對特定科技市場之分析，與某特定科技產品之市場分析，仍有不可分割之關聯。

至於有關特定科技市場的占有率之分析，在時間上而言，準則所採納的是兩年的資料。如某一科技係新推出於科技市場者，則係以該科技已達商業使用之地步（commercial introduction），才開始二年期間之起算點。如果無法取得相關之市場占有率或其他表徵市場力之類似資料，而各具取代性之科技又具有相同之經濟效率（亦即在成本、使用者認知等角度並無顯著差異，而認為係相近之替代品），則認為該科技市場內之科技權利人，每人之市場占有率相同。（註 22）

除了「科技市場」以外，智慧財產權授權、取得、移轉等行為尚涉及科技產品市場之界定。詳言之，該科技可能對最終或中間產品具有競爭之效應，或影響其上游之產品（upstream inputs）。甚至於因此影響這種上游產品在搭配此科技時，可以製造的其他產品市場，也可能有所影響（註 23）。這種分析，比較接近一般競爭法

註 20：見劉紹樑，「評析美國一九九二年水平結合指導原則」，公平交易季刊，創刊號，頁三七至五六，八十一年十月。

註 21：見準則，Section 3.2.1, pp.6-7。

註 22：見前揭註。

註 23：見準則，Section 3.2.2, p.7。

學上對產品市場 (goods market) 之分析。

所謂「創新市場」是針對研究、發展之活動而規劃出來的一個特定市場。詳言之，如果研究、發展之資源、能力有限，而且有能力從事此種活動之事業數少，其研究發展設備及資源又易於確定，此時，可以就這些具競爭關係或潛在競爭關係之事業之間，所從事研究、發展之活動，另行界定為一個特定市場。美國法務部目前幾件相關之追訴案，即以此見解為其立論基礎（註 24）。此時，如果在假設上，這些具有研究發展能力之事業，可以利用智慧財產權之授權等行為，有效地阻礙相關科技之創新活動，則可將其可予確定之研發資產、研產特性、研發費用、相關產品之市場占有率等因素列入考慮，以分析渠等在研發市場內之相對市場力。此時，美國法務部也會考慮因授權行為造成資源整合的分配效率，以及因替代性研發活動是否被阻絕之不利益，做綜合之判斷。

在實例二之中，美國法務部假設兩家事業就航空噴射渦輪引擎的一種新零組件的開發，從事專利交互授權之行為，此項活動以廠商具有處理高張力材料之能力，做為先決條件。此時，如能確定具有這種處理能力之廠商為何，及其家數多少，即可就此新零組件之創新活動，界定為一個特別之相關市場。此時，具有此種處理能力的廠商家數即很重要，因如在航太噴射渦輪製造業內，或其他相關產業，有相當多具備此等技術之廠商，則任何一家之市場力即不可能大到對研發活動有反競爭性的效果（註 25）。

前述「科技市場」或「創新市場」之名詞雖不見於我國公平法，但是，公平法第四條對於競爭之定義，提及以「價格、數量、品質、服務或其他條件，爭取交易機會之行為」。雖然可解釋為係對產品（包括商品及服務）市場為其主要內涵，但亦不排除兼及「科技市場」或「創新市場」之概念。而公平法第十四條有關聯合行為例外許可之類型化規定之中，也在第二款訂有「共同研究開發商品」等語。準此，前述準則所觸及之市場界定原則，未嘗不可以落實在我國的科技及競爭環境之下。

準則在分析智慧財產權授權等行為在反托拉斯上之評價時，另一個重點為水平

註 24：見準則，Section 3.2.3, pp.7-8。

註 25：見前揭註。

(競爭)關係及垂直(互補)關係之分際及定位。這種區分在一般產品市場之界定分析時，亦為相同。而且，相關廠商也有可能是既有水平關係，又有垂直關係。我國公平法在概念上亦有此區分。譬如當初行政院審查公平法草案時，對經濟部原草案第七條對聯合行為的定義規定，加具「有競爭關係」等字樣，而施行細則第二條第一項則對「事業在同一產銷階段之水平聯合」又有明文的闡示規定。在實務界，公平法第十八條、第十九條其中大部分規定也往往被認為係「垂直限制」。因此，這種區分在我國的公平交易實體法下，不但亦被承認，而且因為水平聯合採事前許可制，垂直聯合採事後追懲制，在公平交易程序法上還有相當大的區別實益。但是，準則進一步指出在涉及智慧財產權行為之時，對水平及垂直關係之認定，應具備下列基本理念：

- (一)不同事業可能在相關科技所涉及的「產品市場」之內，以及其他不相關之「產品市場」內，都具有水平之競爭關係。
- (二)智慧財產權之授權行為往往涉及垂直關係，譬如上游事業設計零組件，下游事業被授權從事製造生產。
- (三)授權人與被授權人在相關「科技市場」之內，可能同時也具備水平的競爭關係。
- (四)授權人與被授權人間具備競爭之水平關係，並不足為慮，而僅為諸多考量因訴之一。(註 26)

這幾項原則在準則實例三及實例四之中，有更明確的說明。例三指出：Alpha 及 Beta 兩公司為農具機械業者，因此在此一特定產品市場之中，互相具有競爭關係。Alpha 公司開發出對曳引車排放廢氣之控制技術，並對 Beta 公司授權此技術。該技術較 Beta 公司現有技術超出甚多，Beta 公司亦無開發此一高超技術或改良其原有技術之能力，所以，對 Alpha 公司此一新技術，無法從事價格競爭。如果 Alpha 公司對 Beta 公司授權此技術，在相關科技市場中，兩者為科技生產者及消費者之垂直關係。其各在農具機產品具備替代性而在產品市場中為水平關係，兩者之界定結果不同。在例四之中，除了前述例三之事實，還假設 Alpha 及 Beta 公司都各有一項有關氣閥功能之技術，而 Beta 所享有之氣閥技術係新開發者，不過，兩者在經濟上具有替代性。如果除了 Alpha 公司授權 Beta 公司使用控制曳引車排放廢氣之技術外，

註 26：見準則，Section 3.3, pp.9-10。

Beta 公司也就前述氣閥技術交互授權予 Alpha 公司，此時兩者之授權行為及在相關科技市場內之定位，兼具水平及競爭之關係。除此之外，兩者在農具機械之產品市場之內，則仍為單純之水平關係。綜前所述，這種就個別市場逐一認定水平、垂直關係之分析為參考，毋寧是較深刻者。

一旦劃分科技市場、創新市場及產品市場之中的水平及垂直關係，授權行為在反托拉斯法下的評價便有「本質違法」(*per se illegal*) 及「合理原則」(*rule of reason*) 兩者擇一的取向。大致而言，在美國的反托拉斯法下，除了轉售價格約定以外，垂直限制多半適用合理原則，而水平限制或聯合，如涉及單純之價格約定(*price fixing*)、瓜分市場、減少供給、或集團杯葛等行為，則適用本質違法之原則。
(註 27) 這種區分在智慧財產權授權行為之下，更有意義，因為這種授權行為往往係互補性之行為，會使授權人或被授權人之誘因相等（如解決前述「搭便車」之問題），或減少交易成本。(註 28) 但是，如果在授權行為某些條款只是藉發揮「整合效率」(*integrative efficiency*) 之名，而進行限制競爭之虛偽行為(*sham*)，則仍可能適用本質違法原則。

準則並以實例五及實例六說明前述原則。依例五，Gamma 公司以其製程專利生產 X 產品，並授權其他競爭對手使用此一技術，惟要求被授權人生產之所有 X 產品，不論是否用此一技術，皆有銷售區域或銷售對象（即 *field of use*）之限制，而此一技術較其競爭對手目前所使用者，並不具優越性。而實際被其授權之廠商，事實上皆未使用此一技術。此時，Gamma 與其他生產 X 產品之業者，在該產品市場之內，皆為水平關係。而此一授權行為對非經使用此一技術而生產之 X 產品，亦有限制銷售地區或對象之約定，雖然不能認為必然具備違法性（因為這種約定可鼓勵專門使用被授權之技術，減低監督使用情形之交易成本，因此也有加強競爭之效能）。但因此技術不具特別之優越性，和競爭對手目前所使用之技術即互有較密切

註 27：見 *National Society of Professional Engineers v. U.S.*, 435 U.S. 679, 692 (1978)，如從經濟學理及實證之檢證，可知某些市場行為之性質及效果顯有反競爭性，此時不必詳予分析其個案之非難性，而採本質違法原則。

註 28：見準則，Section 3.4, pp.11-13。

之替代性，因此不太可能具有發揮「整合效率」之作用。而且，因為被授權人並未有事實上使用行為，也無垂直之科技市場授權關係可言，換言之，在科技市場內，Gamma 與其被授權人為水平關係。準此，美國法務部暗示此例可能係一種本質違法的虛偽行為，而且此一論斷與被授權之智慧財產權係專利權、營業秘密或著作權（如電腦程式）無直接之關聯，不因此而有適用上之差異。

準則中例六之情形與例五近似，只不過將若干假設事實予以變更：（一）Gamma 公司之技術係具有相當新穎性及優越性之創新，其他業者不太可能發展出此等先進技術，且（二）被其授權之競爭對手事實上有使用此技術，在評價其合法性時則適用合理原則，因為 Gamma 公司的技術實際上已為其對手所使用，且具備優越性，而與渠等固有之技術不構成替代品，而形成科技市場內的垂直關係。此時固然垂直限制並不以事實上是否係使用該技術製造之 X 產品為區分對象，但前述之整合效率及交易成本等有助競爭之特性，仍得依合理原則與造成限制競爭之效果，作一個權衡，以認定其個案違法性。此時考慮之市場占有率、集中度、進入市場障礙等因素，與依公平法施行細則第二十四條第二項所述之原則相同。（註 29）

從我國目前理論及實務來看，對例五之見解或許與準則之見解無甚差異。但是在例六之中，依筆者之推測，我國目前的看法或許還未發展到也體認「不以是否被授權人事實上是否使用所授權之技術，而對其製造之 X 產品一概予以銷售限制」可能係有助競爭之市場行為，因為依國內傳統之見解，此時垂直限制契約之規定已超越該智慧財產權之內容，可能就因此一逾越財產權之範圍，而有認定其本質上具反競爭性之傾向。詳言之，公平會在八十一年十二月七日之公研釋○四五號中解釋電腦產品搭售是否違法之疑義，就是一個可做為對比之例。電腦產品往往涉及著作權，因此在研製、產銷過程之中，往往涉及智慧財產權之授權行為。該研釋意見對搭售之構成要件，可謂符合經濟學上經典理論（譬如認為對搭售產品（即 tying product）必須有一定程度之市場力，即可輝映前述公平會亦認知「法定獨占權並不等同市場獨占地位」之見解）。不過，在考慮是否具有正當理由此一因素時，該研釋意見所舉的例子之一，是「保護商品創作者之智慧財產權」。解釋上，例六的約定限制超

註 29：見前揭註。

越了這種智慧財產權的內容，但是其目的係為監控使用該被授權技術，因為生產之 X 產品究竟數量多少，因此，也可以說對 Gamma 公司之製程專利有間接保護之功能。但是這種間接保護之功能雖經美國法務部承認，在我國法上是否也可如此認定？個人願意贊同此一見解，但是對未來公平會的實務見解，以及法院之立場，仍未敢遽下斷言。

伍、合理原則適用於智慧財產權授權行為之通則

制訂準則之目的就是使業者就執法機關之傾向，能在事前有所知悉，以便釐清合法、非法授權之可能分界點，避免對合法之行為予以取締。因此，對於業者而言，知悉非法之行為領域固然重要，如果對合法之行為領域能有直接宣示，而不必業者從非法行為的領域再做反面解釋，則執法效果更佳。準此，準則在第四章中明確宣示屬於合法領域之安全區 (safety zone)。（註 30）詳言之，除非有特殊狀況，美國法務部對授權行為，在符合下列條件之下，通常不會採取取締之措施：

- (一)此種授權行為所涉之限制約定，並非適用本質違法原則之通常類型。
- (二)授權人與被授權人之市場占有率合計不超過百分之二十。依一九九二年水平結合準則之規定，在產品市場之中，市場占有率之計算可依銷售、出貨、生產之金額計算，亦可依銷售、出貨、生產之數量計算。至於在相關「科技市場」內之市場占有率計算，則依前述。

不符合前述條件，並不意謂該授權行為即將受到取締，換言之，這種劃出「本質合法」的安全區，其範圍並不具專屬、排他性，即如宇宙皆有邊際，但其究為何，不以現存已知之行星外緣為準。準此，準則明示：縱然不符合前述機械性原則，只要所涉限制係為發揮整合效率而設計之契約，仍有依合理原則而認定合法之可能。

（註 31）

註 30：見準則，Section 4.1, pp.13-14。

註 31：見前揭註。

依合理原則，限制約定的市場效果是最重要的因素之一。於此，準則參酌一九九二年水平結合準則之內容，特別強調市場結構、行爲聯絡 (coordination) 以及封鎖市場 (foreclosure) 等因素。譬如，如果授權對象及於市場內多數之重要生產者，而其授權行爲涉及不允渠等使用具競爭性之其他技術的規定，則可能造成封鎖市場或增加競爭對手成本的效果，此時再參酌市場集中度、進出市場之困難度、供給及需求之彈性等因素，即可評估此一限制約定之淨效果 (net effect)。同理，如果從事授權行爲之不同智慧財產權所有人，在技術授權契約之中對被授權人都有類似之限制，則較易統合授權人之間行爲之聯絡，而被授權人如在產品市場之中互具水平關係，則更易約定價格。如果所涉市場幅面夠大，而進入市場障礙亦高，則其可能不利競爭。

從封鎖市場的角度來看，排他性交易較可能引起執法者之關切。所謂排他性交易通常可以從產品或科技之供給者及需求者兩方面來觀察。如果是需求者享有排他性之保障，如產品不交由他人經銷，或不授權予他人，此時除非該需求者具有較強之市場力，或係亦進行交互授權且具水平關係之事業，否則通常不具非難性。但如供給者對需求者課以排他性之義務，如以不另向他人取得其他技術為授權條件，此時即有深入分析其行爲之效果的必要。準此，準則將過去幾年對微軟公司 (Microsoft, Inc.) 被調查的疑似違法授權行爲，亦列為可能被取締之排他性授權限制。(註 32) 在該調查案之中，Microsoft 公司被指稱從事實上之排他性授權限制，亦即在其對個人電腦製造商授權 MS-DOS 作業程式之契約之中，就權利金之計算係以被授權人所有銷售產品量為基礎，而不問被授權人所售之個人電腦，是否係用該公司之作業程式，或其他事業所開發之作業程式。在這種計算權利金的方式之下，被授權人如果也對其他作業程式取得授權，灌入其生產之個人電腦之中銷售，勢必會增加額外之權利金支出，因此會欠缺取得其他作業程式授權之意願。因為 Microsoft 公司在個人電腦作業程式的產品市場及科技市場之優勢地位，這種行爲較具

註 32：見準則 ,Section 4.3.2, 及 DOJ Complaint, U.S. v. Microsoft, Inc. Civ. No. 94-1564 (D.D.C., filed July 15, 1994), 以及在該案中所呈之 Competitive Impact Statement (filed July 27, 1994) 等文件，同本註前述。

爭議性。本案之後續發展係 Microsoft 公司在不承認是否有從事違法行為之前提之下，同意終止此種權利金計算之方式，美國法務部則終止調查並以和解命令 (consent decree) 之方式結案。由於此案所涉之癥結已列入準則之中，可見在市場結構相當集中之時，雖然依例六，此種授權行為也具備促進競爭之作用，仍有在未來被美國法務部取締之可能。

準則對排他性授權限制之肯認，則見於例七。依本例，Eta 公司開發出一種新穎且具相當優越性的平面顯示器技術，但無自行生產該顯示器之資力，因此授權該技術予 Rho 公司，並言明 Rho 公司就授權之技術有專屬使用權，但亦不得銷售使用其他類似技術之顯示器。換言之，此種限制為雙面性之排他性交易。再假設在該顯示器之科技市場內，有相當數量之廠商使用其他之技術，進入該產品之市場，亦無太大的困難，但是整個市場未來對這種平面顯示器之需求量多少，則很難預卜。依美國法務部之分析，此種授權行為呈現具備水平關係之科技市場現象。Rho 公司所享有之專屬性保障可鼓勵其增產，其所受之排他性限制則因相關科技市場及產品市場的集中度較低，因此不太可能被美國法務部予以取締。

合理原則既然是一個權衡的原則，即是以限制競爭之弊與促進整合效率之利互為比較，準則承認這種比較往往是主觀上 (qualitative) 之認定，而無法一概量化。（註 33）但是，某一項授權限制與其所想要造成促進整合效率的效果之間，必須有目的與手段上的合理必要性（註 34）。換言之，這種授權限制必須是在現實（而非理論上）的考量之下，最比較不具限制性之約束條款。打一個比方，這種分析和憲法學上解釋法令合憲、違憲之間，所使用的「比例原則」 (least restricted means, das Prinzip der Verhaeltnis Maessigkeit) 相類似。（註 35）因此，就像在合憲控制分析之下，個別法令合憲與否，與政治、經濟的狀態非常有關；有助競爭的授權限制是否係達成該目的確實必要工具，也和市場結構、所處時機很有關聯，譬如市場內新進者 (new entrant) 所得加諸他人之授權限制，在其成為市場中佼佼者以後，

註 33：見準則，Section 4.4, p.18。

註 34：見前揭註。

註 35：見司法院釋字第二三六號解釋劉鐵錚大法官之不同意見書。

即未必仍合法有效；以往該產業如有合謀從事反競爭行爲的歷史包袱，對廠商有意從事之授權限制，也有若干影響，甚至在名目上或現實上授權期間的久暫，也是影響是否有助競爭的考量因素。（註 36）

陸、類型分析

準則在第五章之中，針對某些授權限制之類型再提示美國法務部分析的重點。

首先，就水平限制，美國法務部仍趨向於適用本質違法原則。譬如例八假設兩家公司就生產消費性電子產品，各自享有製造相關印刷電路板的專利，而且這些專利並無原始專利及改良專利等互相阻斥（blocking）之情形。業界在取得這兩家公司之授權時，認為其技術在經濟上是替代品。此時，如果兩家公司將各自擁有之專利移轉予一家雙方合資設立之公司，由其負責授權及權利金之收取。此時，美國法務部傾向將此種共同授權行為視為本質違法之行為。（註 37）

第五章並再宣示不得利用授權行為，對被授權人生產之產品的轉售價格，予以限制。（註 38）大致上，此原則係本世紀初即已建立之原則。（註 39）不過，依美國法，專利權人對於被授權人使用所授權的技術而初次銷售該產品之售價，有權決定，此為美國反托拉斯法上就專利授權效力之「奇異原則」。（註 40）

就涉及智慧財產權授權之「搭售」（tying）行為，準則亦有明文的闡釋，其內容

註 36：見準則，Section 4.4, p.18。

註 37：見準則，Section 5.1, pp.19-20。

註 38：見準則，Section 5.2, pp.20-21，以及所述 U.S. v. Univis Lens Co., 316 U.S. 241, 243-45, 49-51 (1942)。

註 39：見 Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911)。

又，有關價格或非價格垂直限制之經濟分析，見劉紹樑，「公平交易法執行的回顧與檢討」，產業經濟學暨公平交易法學術研討會論文，中央研究院社科所主辦，81年12月29日至30日。

註 40：見 U.S. v. General Electric Co., 272 U.S. 476 (1926)。

與一般對搭售行為之分析，並無甚大差異：（一）對搭售應有相當之市場力，以致可限制在被搭售產品市場內之競爭，（二）搭售對市場可能造成相當程度的負面影響，（三）促進競爭效率之理由不足以權衡限制競爭之不利益。而且，所授權之智慧財產權是否具備市場力，不得遽以推定。這種方式與前述公研釋第〇四五號意見相當近似。（註 41）

交互授權 (cross-licensing) 及權利共享 (pooling arrangement) 之約定在準則的評價上，也是利弊互見。這種相互或開放第三人享用技術之約定可能整合資源之使用、減低交易成本、化解互相阻斥之情形（註 42），或避免舉發、撤銷權利之訴訟費用。但是如果其被做為達成與競爭對手之間瓜分市場或統一價格的工具，則可能係本質違法。（註 43）準則並以 *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma*（註 44）這個大學美式足球聯賽統一分配轉播權案，與 *Broadcast Music Inc. v. CBS*（註 45）這個音樂品著作權包裹授權 (blanket licensing) 案，互為比較：前者因為在手段與目的之間，不具備合理必要之關聯，造成減少供給；而後者係為減少個別音樂著作報酬金議價的交易成本，顯有必要，因此在反托拉斯法的評價上，結果相異。

此外，如果依權利共享之約定，事業各自對共享約定之其他當事人目前已開發及未來可能開發出之技術，皆可以相當低之費用取得交互授權，則被認為可能造成相互搭便車，因此可能降低共享約定當事人各自從事研究、發展活動之誘因。準此，如果參與廠商所占市場比重不少，則美國法務部傾向於採取取締之行動（註 46）。

註 41：見準則，Section 5.4, p.21。

註 42：見準則，例九，p.23。

註 43：見準則，Section 5.5, pp.22-23。

註 44：見 468 U.S.85 (1984)。

註 45：見 441 U.S.1 (1979)。

註 46：見準則，Section 5.5, pp.22-23, 以及所引述 *U.S. v. Automobile Manufacturers Association*, 307 F. Supp. 617 (C.D. Cal. 1969), modified sub nom. *U.S. v. Motor Vehicle Manufacturers Association*, 1982-83 Trade Cas. (CCH) para.

由此可見，美國法務部相當在意透過促進競爭的執法措施，維護研究發展的誘因。同理，美國法務部也承認回轉授權 (grant back) 促進競爭之功效，因為此種約定可促進權利人與被授權人共同承擔風險，而且權利人如有此回饋，則較有先予授權之誘因。然而，如果被授權人因此欠缺自行研發之誘因，或因此造成創新活動之競爭受限，則是可能之負面效果，此時，美國法務部會採用事前狀況分析 (ex ante analysis)，亦即比較完全不予授權與予以授權但亦要求回轉授權兩種情形，以決定整體來說，對創新市場或科技市場的利弊得失為何。

準則第六章針對具有瑕疵之智慧財產權之取締仿冒行為，闡釋其可能違反反托拉斯法之情形。（註 47）依美國法，如果係以詐騙專利局之行為取得專利權，而日後就專利侵害提起仿冒訴訟等行為，則構成休曼法第二條規定所禁止之獨占之行為。（註 48）同理，如果明知自己所擁有之智慧財產權係無效，而惡意提出仿冒訴訟，亦構成獨占行為而違法。（註 49）這種見解與公平會最近就不實宣示專利權內涵之警告函或刊登類似廣告之行為，採取一系列之取締行動，性質十分接近。固然兩者在適用法條上有所不同：公平會之處分依據多半為公平法第二十一條不實廣告及第二十四條之不公平競爭概括條款，而非第十條之禁止獨占行為規定，想係有程序上及實體上之理由，亦即在程序上不得對未經公告之事業適用第十條，而在實體之層

65,088 (C.D. Cal. 1982)，以及 U.S. v. Manufacturers Aircraft Association, 1976-1 Trade Cas. (CCH) para. 60,810 (S.D.N.Y. 1975) 等案。

註 47：見準則，p.25。

註 48：見 Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp., 382 U.S. 172 (1965) 此一代表案例。

註 49：見 Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc., 113 S. Ct 1920, 1928 (1993)，以及涉及無效專利之 Handgrads, Inc. v. Ethicon, Inc., 743 F. 2d 1282, 1288-89 (9th Cir. 1984), cert. denied, 469 U.S. 1190 (1985) 及 601 F. 2d 986, 992-96 (9th Cir. 1979), cert. denied, 444 U.S. 1025 (1980) 案，以及涉及無效營業秘密之 CND, Inc. v. Raytheon Co., 769 F. 2d 842 (1st Cir. 1985) 案。

面，縱有專利權未必有優勢之市場地位，已如前述，且縱有專利，其政府核可之範圍並非行為人被指控對外詐稱之範圍，以獨占行為為事實上之身分犯此一角度而言，無此身分即不可能觸犯此等規定（註 50）。但是，取締這種浮濫警告函之行為，和取締以詐術騙取政府核發專利之行為，旨趣仍有十分近似之處（註 51）。

柒、結論

我國與美國雖然法系不同，但是經濟體制有相當近似之處。個人一向認為公平法不過在表面上以法律為體，其實則以經濟為用。在競爭法的領域之內，不但法系的差異所代表的意義不宜凸顯，反而是競爭法所呈現的經濟邏輯更為重要。準此，本文評介美國法務部就智慧財產權之授權、取得行為在反托拉斯法下的執法準則，不僅以引述其規定為已足，而以與我國法律相關規定、實務見解，以及兩者之經濟分析貫於全文，希望跳脫出傳統從比較法角度研究法學的框框。因此，本文認為「知其所以然」比「知其然」更為重要。

即以「知其然」的角度來看，準則也有相當可供吾人參考之處，譬如就產品市場、科技市場、創新市場分別界定之理念，法定獨占權不等於事實上優勢市場地位

註 50：見公平會(82)公訴決字第○三五號對邱敏鐘不服不受理檢舉之訴願決定書。

註 51：見公平會(82)公處字第○四一號處分書，對映像有限公司刊登引人錯誤之廣告及律師函，誤導他人對其專利權範圍認知錯誤，予以處分；公平會(83)公處字第○三九號及第○四〇號處分書，對日商共立理化研究所株式會社散發警告函之行為，予以處分；公平會(83)公處字第○五四號處分書，對享茂電子實業有限公司散發敬告信函，予以處分；公平會(83)公處字第○六六號處分書，對美商恩普公司刊登涉及專利權之廣告並予傳布，予以處分；以及公研釋○六九號意見，認為「事業以競爭者侵害其專利權為理由，發函競爭者之交易相對人勿與該競爭者從事交易者，在該函中如未明確表示其專利權之範圍及該競爭者所為之具體的侵害事實」，認為已違反公平法第十九條第一款之規定。

之認知，不以法律標籤模糊經濟評斷的洞察，設定合法行為領域（即「安全區」）的透明、便民措施，以假設事實舉例分析，取代空泛標準的陳述種種務實作法，都有我國可攻錯之處。目前公平法之執行已漸漸由萌芽期進如成長期；相關的處分書、研釋意見也逐漸由點建構成線，具備案例法 (case law) 的雋形。以目前產業發展的趨勢而言，保護智慧財產權與維護健全的競爭環境，都是既定持續的政策，兩者固然在理念上並無二致，如何落實在執行面的配合，或有借鏡美國法及美國主管機關實務見解之處。準則是否通過以及其最終內涵如何，皆尚待觀察，不過，此一草案已較符合科技發展的現實狀況。謹以此文拋磚引玉，並祈請研究競爭法及智慧財產權法的先進不吝指正。