《公平交易季刊》
第 18 卷第 3 期（99/07），頁 99-154
◎行政院公平交易委員會

論競爭法對專利集管之規範─以歐體、美國、日本、我國之技術授權規範為中心

葉名宜*

摘要

專利集管可能具有促進競爭或限制競爭的效果。當專利集管支援某一產業標準或建立事實上產業標準時，還會排除替代（即互相競爭）技術，甚至使得新穎或改良的技術難以進入該市場，從而減少創新。

實際上，創新是持續的過程，一項創新經常成為下一項創新的墊腳石。持續的創新會遇到兩難，即如何繼續為初始創新者保有適當的誘因，並為後繼創新者維持適當的競爭誘因。由於專利與競爭仍影響創新誘因甚鉅，且專利集管各種授權行為及其反競爭性的判斷，遠超過訂立判斷原則時所能預見。有爭議的專利具有明顯的競爭疑慮甚至戮害創新，此種情形在製藥業、生技業、電腦硬體暨半導體業、軟體及網路業等四大高科技產業中尤其明顯。故此，歐體、美國、日本之競爭主管機關對於專利集管相關的授權行為是否具有反競爭性，不斷修正其判斷原則。

相較於歐、美、日之相關規範，我國目前對於專利集管涉及公平交易法相關的

投稿日期：98 年 12 月 2 日　　審查通過日期：99 年 3 月 29 日

* 葉名宜為連邦專利國際專利商標法律事務所之專利工程師。本文係整理自國立成功大學科技法律學研究所碩士論文，特別感謝國立成功大學法律學系助理教授林易典老師之指導，惟文責由作者自負。

規範，似乎不足以判斷相關爭議。有鑑於此，本文參酌歐、美、日與專利集管相關最近修正之技術授權規範，根據專利集管之形成與對外授權二個階段，針對我國現行的技術授權規範提出修法建議。

關鍵詞：智慧財產、智慧權、專利集管、專利授權、技術移轉、聯合行為、專利法、公平交易法、競爭法、反托拉斯法、獨占禁止法。

一、緒言

根據世界經濟論壇（World Economic Forum；WEF）於 2008 年 10 月 29 日公佈的一份全球競爭力報告（Global Competitiveness Report）2008-2009[1]，台灣的競爭力在 134 個國家中的排名從 2007-2008 年的第 14 名滑落到第 17 名。在該份報告的第 26 頁特別指出，我國「創新因素」表現佳且進步 2 名的主因，在於產業群聚發展良好（1 名）、專利權數多（1 名，進步 2 名）、科學家與工程師充足（8 名，進步 6 名）、產學研發合作緊密（10 名）、企業重視研發（16 名，進步 2 名）等。

有關我國創新成績表現優異的例子，可例如經濟部工業局委由工研院於 2007 年組成兩個 LED 照明產業聯盟，包括「LED 照明標準及品質研發聯盟」和「車用先進照明聯盟」，共計有 15 家廠商投入研發和規格訂定，倘若研發順利的話，未來國內可望有專利集管之產生。

我國創新方面有如此優異的表現，為什麼並沒有反應在整體競爭力上？甚至去年還較前年更下滑了三名？當然，從結果看來，除了教育方面（初教與高教）的問題亟待改善之外，體制也是關鍵因素之一。然體制之健全，實奠基於法制環境的保障。惟有在良好的法制環境下，才有足夠的誘因與保障，促使企業願意繼續投注資源從事研發與創新，甚至有專利集管的產生而成為技術輸出國。

歐、美、日各國對於專利集管相關的技術授權規範的立法例及實務管制手段，可以發現各國盡量以五到十年左右的週期，更新技術授權涉及競爭法上相關的判斷，以縮小技術進步與實務判斷之間的落差，並維持創新誘因與競爭秩序的平衡。相較之下，我國公平交易委員會（以下簡稱公平會）「對於技術授權協議案件之處理原則（以下簡稱「技術授權處理原則」）」或實務判決在判斷專利集管涉及之授權協議時，卻與各國技術授權之競爭規範出現多處落差，實有探討之必要。以下本文歐、美、日及我國對於專利集管授權協議之規範與實務判斷，分成專利集管之形成與對外授權二個階段，為一析述。

[1] World Economic Forum, “Global Competitiveness Report 2008-2009,” (2008), available at http://www.weforum.org/documents/GCR0809/index.html, last visited on date: 2009/6/20.

二、比較法上對專利集管之規範與判斷

專利集管（patent pools）[2] 係指雙方或多方當事人藉由協議將各自擁有的專利組成專利包裹，並將此專利包裹授權給集管內的成員後，就形成專利集管。至於是直接由專利權人授權給被授權人、或經由合資事業抑或原專利權人之一進行專利集管之授權，則屬專利集管形成後的實施。透過專利集管的運作，不但可節省研發成本與專利授權金的成本，降低訴訟或被訴的風險，減少彼此擁有的專利互相封鎖或阻礙的情形，更可加強談判的優勢，並有為專利加值的效果[3]，有利於事業間進行競爭性合作[4]。

由於專利集管涉及競爭法、智慧權法、民法等之交錯領域，各國政府在介入管制時，除了訂立技術授權相關規範來判斷之外，更納入經濟分析的觀點，以評估事業的行為對市場競爭的影響。歐體執委會目前主要以 2004 年公告「技術授權集體豁免規則（Transfer of Technology Block Exemption Regulation；以下簡稱TTBER）[5]」來規範二事業間的技術授權協議。至於有關專利集管之技術授權協議，因涉及二

[2] 專利集管發展至今，各國對專利集管定義實已大同小異，多採廣義說，即依美國反托拉斯部採用Joel I. Klein對專利集管如此處的定義。參閱http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/1118.htm, last visited on date: 2007/10/8；J. Clark, B. Stanton, T. Karin, "Patent Pools: A Solution to the Problem of Access in Biotechnology Patents? (White Paper)", United States Patent Trademark Office (USPTO) (2000), 4, supra note 5；Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements, OJ 2004, C 101/02, 27. 4. 2004（以下簡稱「技術移轉協議指導準則」）, 37, Sec. IV. 4, para. 210，取自歐體官方公報（EU-Lex Official Journal）網站 http://eurlex.europa.eu/JOIndex.do?ihmlang=en。

[3] DOJ & FTC (2007), "Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting innovation and Competition,"（以下簡稱「2007 年之反托拉斯ㄧ智慧權報告」）, Ch. 3（2007）.

[4] 關於競爭性合作一詞，有譯為「競合」，參閱布蘭登伯格及奈勒波夫，許恩得譯，競合策略：賽局理論的經營智慧，臺灣培生教育出版公司，封面（2004）；或譯為「競爭性之合作」，參閱蔡宜芯，專利集中授權（Patent Pools）之法律規範—以競爭法為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，20(2003)。所謂競爭性合作一字實為合作（cooperation）與競爭（competition）之組合，此由哈佛大學商學院教授布蘭登伯格與耶魯大學管理學院教授奈勒波夫二人於 1996 年首先提出。競爭與合作是產業競爭常態，如何由賽局觀點，區別不同競爭者與合作者角色，擬定新遊戲規則甚至創立新賽局，並且最終能主導整體價值鏈之分佈，是所有參與賽局之廠商所需仔細思量的；A. M. Brandenburger, and B. J. Nalebuff, *Co-operation*, 17-19 (1996)。不過該書並未提及互補者在研發階段有可能也是潛在競爭者之一員。

[5] COMMISSION REGULATION (EC) No. 772/2004 of 7 April 2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements, OJ L 123/2, 27. 4 (2004)（Transfer

以上當事人間的技術授權協議，歐體執委會另於 2004 年公告「歐體條約第 81 條第 3 項適用於技術移轉協議指導準則（以下簡稱「技術移轉協議指導準則」）[6]」，來闡明如何依據過去歐體條約第 81 條（現行里斯本條約第 101 條）評價技術授權協議。大體上，歐體執委會面對專利集管涉及之技術授權協議，首先審查該協議內容是否違反過去歐體條約第 81 條第 1 項，對於違反第 81 條第 1 項的限制競爭協議，再進一步審查是否得依第 81 條第 3 項予以集體豁免（block exemption）[7]。

美國司法院聯邦交易委員會有關技術授權協議的規範，目前係以 1995 年 4 月 6 日公告之「智慧權授權之反托拉斯準則（Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property；簡稱Antitrust-IP Guidelines或「反托拉斯─智慧權準則」）[8]」處理智慧權授權與反托拉斯法的問題。不過 1995 年之後，專利集管與智慧權授權行為變化的態樣及其反競爭性的判斷，遠超過訂立該準則時所能預見的。在歷經多場公聽會後，於 2003 年 10 月提出「為了促進創新：適當權衡競爭及專利之法律面及政策面之報告（To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy；以下簡稱「2003 年之促進創新報告」）」。復於 2007 年提出「反托拉斯執法與智慧權報告：促進創新與競爭（Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition；Antitrust-IP Report；以下簡稱「2007 年之反托拉斯─智慧權報告」）」，特別就智慧權運用時

---

of Technology Block Exemption Regulation；以下簡稱 TTBER）。根據 TTBER 第 10 條及第 11 條之規定，TTBER 於 2004 年 5 月 1 日生效，其有效期限為 10 年，至 2014 年 4 月 30 日失效，而 2004 年 5 月 1 日起至 2006 年 3 月 31 日為過渡期。至於 2004 年 4 月 30 日前已生效的協議，以及過去根據 TTBER 前身之第 240/96 號規則豁免的協議，均不溯及既往。

TTBER（即第 772/2004 號規則）之前身為第 19/65 號（1965 年 3 月 2 日公告）及第 240/96 號規則（1996 年 1 月 31 日公告）。2004 年 4 月 7 號公告之第 772/2004 號規則取代第 240/96 號規則後，使得特定種類之技術移轉協議在符合 TTBER 的要求後，無須再事前申請或審查，自動獲得集體豁免。參閱 TTBER 的前言第(1)-(3)點。

[6] Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements, OJ 2004, C 101/02, 27. 4（2004)（以下簡稱「技術移轉協議指導準則」）。要說明的是，雖然歐體執委會定有「技術授權集體豁免規則（TTBER）」規範技術授權協議，惟該技術移轉協議指導準則第 III 節第 2.2 條有關生產契約產品（contract products）之協議中提及，TTBER 並不適用於技術集管（包含專利集管），而是依該準則第 IV 節第 4 條以下處理技術集管。

[7] 前揭註 6，第 130-140 段。

[8] U. S. Department of Justice (DOJ) and Federal Trade Commission (FTC), Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, p. 1, footnote 1 (1995)。1995 年之反托拉斯─智慧權準則僅適用於專利、著作權、營業秘密、專門技術等之授權，並不適用於商標授權。

容易引發疑義的六種態樣，例如單方拒絕授權、共同制定標準、交互授權協議與專利集管之組合、智慧權授權行為、智慧權之搭售與組合銷售、以及超過法定期間的專利賦予之市場力範圍等這六種智慧權運用的態樣，提出具體評估原則，作為 1995 年之反托拉斯─智慧權準則的補充。

日本公平會目前是以 2007 年（平成 19 年）9 月公告「智慧財產之利用涉及獨占禁止法的基準（知的財產の利用に関する独占禁止法上の指針；簡稱「智財利用之獨禁法基準」）」取代 1999 年（平成 11 年）7 月公告之「專利．專門技術授權契約涉及獨占禁止法之相關基準（特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針）」，作為處理智慧財產涉及獨占禁止法之相關事宜的現行規範[9,10]。

以下本文將專利集管區分為形成以及對外授權二階段，綜合比較歐、美、日對此二階段之合法要件，並整理於附表 1[11]。

(一) 專利集管形成階段之合法要件

1. 集管成員

(1) 競爭關係

歐美日係利用「反事實（counterfactual）[12]」的論證，假設沒有協議的情況下，

---

[9] 山木康孝，Q&A特許ライセンスと独占禁止法―「特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針」の解説，社団法人商事法務研究会，13(2000)。

[10] 智財利用之獨禁法基準（知的財產の利用に関する独占禁止法上の指針），第 1 部分第 3 點，取自日本公正取引委員會（Japan Fair Trade Commission; JFTC）網站 http://www.jftc.go.jp/pressrelease/07.september/07092803-tenpu.pdf，最後瀏覽日期：2009/12/6。

[11] 有關歐、美、日各國競爭主管機關判斷專利集管合法性的詳細論述，參閱葉名宜，論競爭法對專利集管之規範—以歐體、美國、日本、我國競爭法為中心，第 4 章、第 5 章及第 7 章，國立成功大學科技法律學研究所碩士論文（2009）。

[12] 所謂「反事實」的方式，係假設回到過去締約的時間點，虛擬授權協議存在或不存在時，該協議是否仍會造成限制。唯有經「反事實」的論證之後，才能適當判斷出決定該協議的目的，檢視二事業間有否競爭關係，而不單只評估其造成的效果。

有關利用「反事實」的評估授權協議的詳細論述，參閱前揭註 6，第 28-30 段；Valentine Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 4th edition, 80, 336, 458-459 (2007)；葉名宜，論競爭法對專利集管之規範—以歐體、美國、日本、我國競爭法為中心，第 3 章、第 3 項、第 3 款「利用反事實方式評估授權協議」一節，國立成功大學科技法律學研究所碩士論文（2009）。

評估當事人是否為具有水平競爭關係的實際競爭者（actual competitor）[13] 或潛在競爭者（potential competitor）[14]。倘若在沒有協議時，當事人在受協議影響的任何特定市場中不是實際競爭者或潛在競爭者，則被視為非競爭者（non-competitor）。倘若授權人與被授權人間在沒有授權契約存在之情況下為實際競爭者或潛在競爭者，則雙方具有水平競爭關係[15,16,17]。

(2) 評估市場力─市占率門檻

協議當事人的市占率，理論上雖可依據每項技術之權利金總收入計算而評估其市場力，惟缺乏權利金等透明的資訊，實際上窒礙難行[18]，因此，歐體執委會係根據 2004 年公告之「技術授權集體豁免規則（TTBER）[19]」的第 3 條第 3 項，依下游產品市場中，結合該授權技術的產品之銷售額，與相關產品市場中的總銷售額（無論該產品是否結合授權技術）相比，藉以計算出技術市場的市占率，以合理反映出授權技術的市占率[20]。

美國競爭主管機關根據水平結合準則（Horizontal Merger Guidelines）第 1 節[21] 提出之「小卻顯著非暫時性價格上升測試法（“small but significant not-transitory increase in price” test；SSNIP test）」，並輔以「假設性獨占者測試法（hypothetical monopolist test）」，測量智慧權區域的市占率，倘若市場上只有一位假設性獨占者時，視其能否在不減損利潤下，控制這擴充的產品群進行「小卻顯著非暫時性價格上升」。

其次，美國競爭主管機關亦考量買方證據以及市場參與者的情況，以評估專利

---

[13] 在同準則第 28 段指出，實際競爭者係指同一產品且互不侵權的二事業，雙方在產品市場中是實際競爭者。一旦一方在取得另一方之技術授權後，雙方在技術市場也是實際競爭者。

[14] 至於潛在競爭者係指，(1)被授權方雖取得授權方之技術授權，惟被授權方亦擁有替代性技術；或者(2)雙方均有彼此替代性技術且未交互授權。此一技術互補之關係，亦屬潛在競爭者。

[15] 前揭註 6，第 29-31 段。

[16] 前揭註 8，14。

[17] 前揭註 11，第 2 部分第 2(3)點註 7。

[18] 前揭註 6，第 23 段。

[19] 前揭註 5。

[20] 前揭註 6，第 23 段。在 TTBER 安全港以外的個案中，如果實際可行的話，有需要兼採上述兩種方式，以更正確地評估授權人的市場力。

[21] DOJ & FTC, Horizontal Merger Guidelines, 6-7 (1997). 美國司法部首先於 1982 年的「結合準則（Merger Guidelines）」中發展出 SSNIP 測試法以界定市場並測量市場力，該結合準則之後被 1992 年頒布之水平結合準則所取代，而該水平結合準則於 1997 年 4 月 8 日曾修正。

集管對於技術市場之實際與潛在參與者的競爭顯著性為何。至於新技術，則另賦予二年時間評估其市場接受度[22]。

日本公平會認為，涉及限制競爭之當事人，其產品市占率總和若低於 20%，或存在四個以上擁有可能利用的替代技術之擁有者（無法取得市占率資料時），會認為對限制競爭影響較輕微，不過限制的內容涉及下列銷售限制、研發活動限制[23]與要求對於改良技術負有受讓義務或專屬回饋授權義務等情形則除外。

(3) 行動自由

歐美日競爭主管機關認為，專利集管之授權協議中，授權人必須得以自由獨立對外授權[24,25,26]，而被授權人亦得自由選擇被授權的技術[27,28]或從事技術改良[29]，以減少當事人共同支配市場力[30]，並減少對技術集管外之第三人技術的排斥，始為適妥。另外，日本認為授權人限制被授權人再授權的行為，原則上並不該當於不公平交易方法[31]。

2. 集管技術

(1) 種類

美國認為集管的技術種類包括專利、著作權、或營業秘密。歐體認為，集管的

---

[22] 前揭註 8，10。

[23] 對於共同研發的評估，日本公平會於 1993 年（平成 5 年）4 月 20 日公告「共同研發相關之獨占禁止法基準（共同研究開発に関する独占禁止法上の指針；2005 年 6 月 29 日修正）」第 1 部分第 2 點提出，在判斷共同研發對是否實質地限制技術市場或產品市場之競爭時，認為應對於當事人人數、當事人市占率總和（當事人於該產品市場之市占率總和低於 20%以下）、研究的性質（基礎研究或應用研究）、共同化的必要性、對象範圍、期間等，為一整體的考量。參閱共同研究開発に関する独占禁止法上の指針，第 1 部分第 2 點，取自日本公正取引委員會（Japan Fair Trade Commission; JFTC）網站 http://www.jftc.go.jp/dk/kyodokenkyu.html，最後瀏覽日期：2009/12/6。

[24] 前揭註 6，第 219 段。

[25] 前揭註 6，第 222 段。

[26] 詳細論述參閱本文第三(二)點。

[27] 前揭註 6，第 222 段。

[28] 前揭註 11，第 3 部分第 1(3)(ウ)點。

[29] 前揭註 11，第 3 部分第 2(1)(イ)點。

[30] 前揭註 8，20。

[31] 前揭註 11，第 4 部分第 3(4)點。

技術種類可涉及專利、專門技術、軟體著作權及其鄰接權、或上述之混合。日本則認為集管的技術不僅包括受日本專利法、新型法、半導體積體電路電路佈局相關法律、植物種苗法、著作法、新式樣法、及以專門技術所保護之技術外，更擴及受著作權法保護之電腦程式著作物、以及受新式樣法保護之相關物品形狀的設計[32]。

(2) 必要性

互補專利係指涵蓋特定技術之不同方面又不互相競爭，替代專利則指涵蓋特定技術且相互競爭。歐美日三國認為，只含有必要（互補）技術的專利集管（或技術集管），無論當事人（授權人）之市場地位為何，通常不違反相關規定，惟其授權條件須符合各國相關規定[33]。

惟含有非必要且互補專利的專利集管，相當於集體整批交易，有排除第三人技術的風險。歐體執委會認為，當此專利集管在特定市場中具有舉足輕重之地位時，該協議就有可能構成過去歐體條約第 81 條第 1 項之違反[34]。

至於含有競爭（替代）的專利集管，歐美藉由評估技術整合之效率與必要性（歐）或合理原則（美），而適度放寬含有互補技術之專利集管的認定[35]，日本則否[36]。

另，歐體執委會認為，倘若被授權人的技術嗣後變得過時或不具競爭性，雙方當事人就會變成非競爭者的關係[37]，因此有必要考慮技術的汰舊情形。

(3) 有效性

歐美日三國均不允許技術集管含有無效專利。歐體執委會認為，技術集管會提高被授權人對無效專利成功質疑的成本 / 風險[38]。美國競爭主管機關對於根據無效

---

[32] 前揭註 11，第 1 部分第 2(1)點註 3。

[33] 前揭註 6，第 220 段；前揭註 3，9；前揭註 11，第 3 部分第 2(1)(ア)點。

[34] 前揭註 6，第 221 段。

[35] 前揭註 6，第 218 段。

美國目前根據合理原則分析集管授權協議，對於由競爭技術（替代技術）組成之專利集管，認為應於個案審酌，並不推定為反競爭的。前揭註 3，9。

[36] 前揭註 11，第 3 部分第 2(1)(イ)點。

[37] 前揭註 6，第 33 段。

[38] 前揭註 6，第 229。原因在於，包括多項專利之技術集管中，只要有一項專利仍有效，該項質疑會失敗，意即被授權人仍需支付權利金，故被授權人較無誘因對技術集管中專利有效性提出質疑。隱匿集管中的無效專利迫使被授權人要支付更高的權利金，更妨礙對無效專利所處之技術

的智慧權訂立的虛晃協議，其行使權利而致生限制競爭或不公平競爭之情事，幾乎會依據當然違法原則（*per se* rule）處理[39]。日本公平會認為，有關權利消滅後之技術，授權人對被授權人施加限制或課以支付權利金的義務（惟權利金分期支付或延期支付者例外），會妨礙一般性的技術使用自由，該當於不公平交易方法（相當於一般指定第 13 項之附限制條件之交易）。

(4) 集管技術之選出

歐美二國認為，一項技術對於技術集管所支援之標準是否是有效且必要的，評估過程通常相當複雜，需要具備專業技術知識的獨立專家。其次，歐體執委會也會考量如何選出獨立專家，這些獨立專家履行哪些確切的職責，並要求專家應獨立於組成技術集管的事業[40]。

至於其他與集管技術相關的評估因素，例如以最低成本進行交互授權[41]，或者集管技術是否具有影響力等，亦可納入評估條件中，惟限於篇幅，在此不贅。

3. 集管運作

領域的創新。任何有權之人倘若能藉由質疑的方式，任意終止一項授權，會產生不確定風險，為了限制此一風險，質疑專利有效性時，僅限於針對該項質疑之授權人所擁有的技術，不得擴及技術集管中其他授權人的技術。

[39] 前揭註 3，第 2 章，102，註 117。有關虛晃（sham）一詞，有學者譯為：「虛晃行為」─許忠信，「智慧財產權侵害警告函之比較法觀察─以美國法與德國法之比較為中心」，公平交易季刊，第 16 卷第 3 期，63（2008）；「騙局」─黃惠敏，「智慧財產權利之行使與公平交易法之界線」，全國律師，第 12 卷第 1 期，81（2008）；或「假象」─黃銘傑，競爭法與智慧財產法之交會─相生與相剋之間，初版 1 刷，346，元照出版公司（2006）。由於智慧權之權利行使時，「sham」係指涉及以詐欺取得之專利權，假借正當名義，卻遂行限制競爭之實的行為，因此本文認為以「虛晃行為」較為適妥。

與智慧權權利行使相關的虛晃行為可例如虛晃協議（sham arrangement）或虛晃訴訟（sham litigation，包括虛晃反訴，sham-sham suits），其中虛晃協議可例如：

1) 利用虛晃的授權協議遂行水平劃分地域市場之實（前揭註 8，Sec. 3.4, Example 7）；
2) 利用虛晃的事前（ex ante）多方授權協商，提供標準制定組織的成員遂行直接固定價格的協議的管道（前揭註 3，第 2 章，51、55）；
3) 利用虛晃的交互授權，要求每個參與者同意支付其他參與者高額授權金，不僅對每個競爭者施加高額有效的邊際成本，更有助於形成默示協議而遂行限制產量與提高價格之實（前揭註 3，第 3 章，63-64，註 34）；
4) 在組合銷售（Bundling）專利與專門技術時，有關專門技術的授權是虛晃協議，以遂行卡特爾之實（前揭註 3，第 6 章，121）。

[40] 前揭註 6，第 232 段。

[41] 前揭註 8，29-30，例 10。

(1) 開放性

有關於專利集管的運作，除了要達到經濟效益之外，歐體執委會更認為，技術集管應開放且無歧視讓第三人參與。對於支援產業標準的技術，也應以開放、公平、合理及不歧視的條款授權給第三人，較能反映出授權技術之價值[42]。對於當事人彼此交互授權但不授權給第三人之封閉型標準，可能會有實質的排他性效果，但藉由授權給第三人可避免對競爭的負面影響[43]。

不過，美國競爭主管機關認為，集管協議通常不需要開放給所有想加入的人，除非(1)在結合授權技術之產品的特定市場中，被排除的公司不能有效競爭；以及(2)在特定市場中，集管參與者共同具有市場力，使得此類協議的排他性會損及競爭，美國競爭主管機關會進一步評估，該協議對於參與者所施加的限制，與有效開發利用該集管技術，是否有合理關聯性[44]。

(2) 其他預防性措施

歐體執委會認為，在成立技術集管的文件中，要採取預防措施，以避免交換敏感資訊[45]，並要能預見爭端解決機制[46]。

(二) 專利集管對外授權之合法要件

1. 特定市場

專利集管涉及的特定市場雖然包括產品市場、技術市場、與創新市場，不過各國在評估受協議影響的市場時，不見得都會評估到上述所有市場，須視情況而定。

歐體執委會評價授權協議對競爭的影響，主要係評估相關的產品及服務市場（產品市場）與技術市場[47]。

---

[42] 前揭註 6，第 231 段。
[43] 前揭註 6，第 167 段。
[44] 前揭註 8，28-29。
[45] 前揭註 6，第 233 段。
[46] 前揭註 6，第 234 段。
[47] 前揭註 6，第 20 段。
有關 TTBER 第 3 條使用「產品市場」一詞，是按照地理及產品的範圍來界定。而 TTBER 第 1 條第 j 款更清楚闡明，「產品市場」係用以區隔出相關產品及服務市場與相關技術市場。

美國競爭主管機關評價授權協議對競爭的影響時，原則上是先分析對產品市場的影響。倘若當智慧權與使用該智慧權的產品分開銷售時，可能僅針對技術市場，分析一項授權協議的競爭效果[48]。此外，倘若一項授權協議對於發展新或改良的技術、改良產品或製程的競爭，有不利的影響，但透過分析產品或技術市場不足以解決時[49]，在評估此類授權協議的影響，就有必要先界定創新市場的範圍，並分析授權協議對創新市場競爭的影響。

日本公平會認有必要界定技術或利用該技術的產品進行交易的市場，以檢討該限制行為對該市場內競爭的影響[50]。其次，技術使用之相關限制行為，會影響開發中技術的競爭，雖然從研發活動本身並無法界定出開發中技術的市場或交易，仍應評估研發活動的成果，對於未來技術及利用該技術之產品在交易時的競爭，究竟有何影響[51]。

2. 評估影響市場競爭的方式

(1) 不以市占率判斷違法性之行為

某些技術授權協議內容若以限制競爭為目的（歐日），或具有表面反競爭性（facially anticompetitively）[52]（美），例如意圖透過固定價格、限制產量、劃分市場或消費者來限制競爭的協議，由於對實際或潛在競爭[53]達到反競爭效果[54]，亦即能合理預見該授權協議對特定市場的價格、產量、創新、商品及服務的種類或質

---

[48] 前揭註 8，8。

[49] 例如授權協議可能會影響目前尚不存在的產品之開發，或者影響某個地理市場中新或改良之產品或製程的開發，而該地理市場在相關產品中並無實際或潛在競爭的情形。前揭註 8，10-11。

[50] 前揭註 11，第 2 部分第 2(2)點。

[51] 前揭註 11，第 2 部分第 2(3)點。

[52] 所謂「表面反競爭性」的限制，係指通常以當然違法原則處理的限制，以及將會或幾乎會減少產量或提高價格的限制。前揭註 8，22，註 30。

[53] 「倘若有證據顯示，在不存在協議的情形下，當價格小卻顯著非暫時性上升時，一個公司能夠且將有可能採取必要額外投資或其他必須轉換成本，以至於能進入特定市場時」，歐體執委會便將該公司視為潛在競爭者。這項評估必須根據事實的基礎，且進入市場必須發生的夠快，這樣潛在進入的威脅才能對市場參與者的行為造成限制。

潛在競爭的影響無法以數學關係測量。相鄰地理市場如果有可被轉移、被活化或被擴大產能的部分，以滿足特定市場消費者的需求，則可據此估計出相鄰地理市場之潛在競爭影響。參閱 Lennart Ritter and W. David Braun, European Competition Law: A Practitioner's Guide, 3rd ed., 43.

[54] 前揭註 6，第 15 段。

量，造成可能負面的效果[55]，就無須以市占率審酌該限制是否對市場產生實際的影響。

(2) 安全區

歐美日競爭主管機關認為，競爭者間（或非競爭者間）的一些協議[56]，即使造成限制競爭（但惡性卡特爾、具表面反競爭性及特定行為[57,58]除外），倘若市占率總和低於 20%（競爭者間）或 30%（非競爭者間，僅歐體適用），則會認為該限制之限制競爭的程度未達可察覺性的標準，此時可根據相關安全區規定，獲得集體豁免（歐），或不受質疑（美日）。

美國競爭主管機關通常只參考產品市場，以判斷一項限制是否落入安全區的範圍。此外，倘若相關的市占率數據無法取得或不能正確呈現競爭顯著性，在不存在極端情形的前提下，另外判斷：㈠該限制是否具有表面反競爭性；且㈡在該授權協議當事人控制之技術以外，是否尚有 4 或 4 個以上獨立控制的技術（技術市場），或尚有四或四個以上獨立控制的公司（entities）（創新市場）。若該限制非屬惡性卡特爾核心清單或不具表面反競爭性，且有足夠的獨立技術或公司，則此類限制落於安全區內，不會受到質疑[59,60]。此外，智慧權之移轉並不適用於美國此處安全區的規定，應適用於結合分析。

(3) 以市占率門檻判斷違法性的類型

某些授權協議雖不以限制競爭為目的，但當至少一方當事人擁有或取得某種程度的市場力，且該授權協議有助於產生、維持、加強甚或利用此市場力[61]時，其協

---

[55] 前揭註 6，第 15 段。

[56] 前揭註 6，第 158、163、170、172、175、176、183、184、186、192、198 段。

[57] 日本公平會於 1993 年（平成 5 年）4 月 20 日公告「共同研發相關之獨占禁止法基準（共同研究開発に関する独占禁止法上の指針；2005 年 6 月 29 日修正）」第 1 部分第 2 點指出，在判斷共同研發對是否實質地限制技術市場或產品市場之競爭時，認為應對於當事人人數、當事人市占率總和（當事人於該產品市場之市占率總和低於 20 %以下）、研究的性質（基礎研究或應用研究）、共同化的必要性、對象範圍、期間等，為一整體的考量。前揭註 24，第 1 部分第 2 點。

[58] 前揭註 11，第 2 部分第 5 點。

[59] 前揭註 8，23。

[60] 美國主管機關對此部份的見解，與美國國會在「全國合作研究法」立法時的見解一致。前揭註 8，footnote 31。

[61] 至於市場力係指在一段非短暫的時間內，將價格維持在競爭水平之上，或者將產品數量、質量、種類或創新的產出，維持在競爭水平之下的能力。一般而言，依據過去歐體條約第 81 條第 1

議內容所產生的限制競爭或促進競爭的效果有可能產生可察覺的[62]反競爭效果[63]。倘若不會產生可察覺的反競爭效果，則有可能微小不罰[64]（但惡性卡特爾之競爭限制不適用）。

歐美日三國競爭主管機關以市占率門檻判斷違法性的限制有不少態樣，以下僅例舉權利金義務、搭售及組合銷售、拒絕授權與附隨義務為一梗概說明[65]。

(3.1) 權利金義務

授權協議的當事人在不違反過去歐體條約第 81 條第 1 項的情形下（例如固定價格[66]、競爭者間雙向約定營運權利金（reciprocal running royalty）[67]、不當收取權利金[68]等），可自由決定被授權人支付權利金的數量及方式，例如一次付清、按銷售價格的比例支付、或者按每項結合授權技術之產品支付固定額[69]。倘若在被授權智慧權屆滿後，雙方當事人依慣例仍同意延展權利金義務，亦不違反過去歐體條約第 81 條第 1 項的規定。因為這些權利一旦消滅後，第三人可合法利用並與授權協議當

項認定違法所需要的市場力，程度上小於依據過去歐體條約第 82 條認定支配地位所需要的市場力。

[62] 詳細論述可參閱葉名宜，論競爭法對專利集管之規範—以歐體、美國、日本、我國競爭法為中心，第 3 章第 3 節第 2 款，國立成功大學科技法律學研究所碩士論文（2009）。

[63] 前揭註 6，第 15 段。

[64] Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (*de minimis*), OJ 2001/C 368/07, 22 December 2001.

[65] 其他以市占率門檻判斷違法性的行為態樣，可參閱葉名宜，論競爭法對專利集管之規範—以歐體、美國、日本、我國競爭法為中心，國立成功大學科技法律學研究所碩士論文，第 6 章、第 3 節、第 4 項、第 2 款、第 3 點「以市占率門檻判斷違法性」（2009）。

[66] 前揭註 6，第 157 段。

[67] 營運權利金係指根據產品實際生產數額或銷售總數額計算，於協議有效期間內，持續支付「按件支付權利金」（可按產品產量或產品銷售額之百分比計算），其中銷售額又可分為淨銷售額（net sales price）及總銷售額（gross sales price）。歐體執委會認為在此情形中，授權只是假象，其目的並非整合互補技術或促進競爭。前揭註 6，第 157 段；吳佩玲，「技術引進與移轉評估：以MPEG-4 為例」，網址：http://iip.nccu.edu.tw/mmot/upload/file/T44.pdf，最後瀏覽日期：2009/2/15。

[68] 歐體執委會認為，倘若被授權人只使用自己的技術生產產品，授權人還對此收取權利金，根據 TTBER 第 4 條第 1 項第(a)款及第(d)款的規定，亦屬惡性卡特爾核心限制。前揭註 6，第 157 段。

[69] 例如，在授權技術作為最終產品之投入（input）的個案中，由於最終產品結合了授權技術，根據最終產品價格計算權利金，一般而言並不會限制競爭。在軟體授權權利金的個案中，根據使用人數計算軟體授權金，以及根據每台機器計算，也都不違反過去歐體條約第 81 條第 1 項。前揭註 6，第 156 段。

事人競爭，而這些實際或潛在競爭足以確保延展權利金義務不會有可察覺的反競爭效果[70]。

至於競爭者間的其他類型的權利金安排，即使限制競爭，只要市占率總和低於20%，未達可察覺性的標準，仍可根據TTBER第 3 條安全港規定獲得集體豁免[71]。

倘若非競爭者間的授權協議是根據利用授權技術生產之產品、以及利用第三人授權技術生產之產品，計算其權利金，則該協議可以獲得集體豁免。不過，倘若落在集體豁免安全港以外，則必須援用歐體有關不得競爭義務（non-compete obligation）之分析架構，評估上述方式計算出的權利金所造成的限制是否產生排斥效果。倘有可察覺的排斥效果，除非沒有其他可行的方法計算及監督權利金支付數額，否則此協議即違反過去歐體條約第 81 條第 1 項之規定，且不可能滿足過去歐體條約第 81 條第 3 項之要件[72]。

美國競爭主管機關通常不評估專利集管設定權利金的合理性[73]。對於延展型權利金或超過法定期間的專利收取權利金，倘若被授權人能以較長的期間支付較低的權利金，減輕與專利獨占相關的無謂損失（deadweight loss），也讓專利持有人能回收專利的完整價值，從而維護創新誘因[74]，美國競爭主管機關將彈性適用 1995 年之反托拉斯─智慧權準則之合理原則進行評估。

日本公平會認為，倘若技術權利擁有者對授權人要求過高的權利金，形同拒絕授權[75]。又，授權人設定與利用授權技術無關的權利金（例如根據未使用授權技術的產品的製造或銷售數量計算權利金），則妨礙被授權人使用其他競爭產品或競爭技術，該當於不公平交易方法（相當於一般指定第 11 項之附排他條件之交易、第 13 項之附限制條件之交易）[76]。另外，授權人對被授權人針對使用權利消滅後之技術課以支付權利金的義務，會妨礙一般性的技術使用自由，不過，關於，倘若是因為分期支付或延期支付權利金而對權利消滅後之技術支付權利金，則認為在合理範

[70] 前揭註 6，第 159 段。
[71] 前揭註 6，第 158 段。
[72] 前揭註 6，第 160 段。
[73] 前揭註 3，9。
[74] 前揭註 3，12。
[75] 前揭註 11，第 3 部分第 1(1)點。
[76] 前揭註 11，第 4 部分第 5(2)點。

圍內，而不認為是對被授權人之事業活動施加不當限制[77]。

(3.2) 搭售及組合銷售

歐體執委會將「搭售」與「組合銷售」統稱為「搭售」[78]。搭售行為在被搭售產品之市場中必須達到一定比例，才會產生可察覺的排除效果。歐體執委會認為，倘若搭售與組合銷售的協議當事人，在受到該授權協議影響之相關的技術或產品市場（包括被搭售產品的市場），其市占率總和超過 20%（競爭者間）或 30%（非競爭者間）的門檻，就不能獲得集體豁免，且必須權衡搭售行為的反競爭及促進競爭的效果[79]。另外，倘若授權人在該被搭售產品的市場具有市場力，而不是在搭售產品的市場中具有市場力，則該限制就比照不得競爭（non-compete）或強制購買數量（quantity forcing）的方式進行分析，以反映出競爭的問題是源自於「被搭售產品」的市場，而非「搭售產品」的市場[80]。

美國競爭主管機關認為，某些個案中，被授權人在購買一項產品或服務的智慧權時，要求被授權人要授權一或多個另一項智慧權，被認為是構成違法搭售。雖然搭售協議會造成反競爭效果，不過此類協議仍能達成顯著的效率以及促進競爭的益處。美國競爭主管機關在行使其起訴裁量權（prosecutorial discretion）時，會一併考量反競爭效果與搭售所達成之效率。競爭主管機關並不推定專利、著作權、或營業秘密，必然提供其擁有者有市場力。不過，倘若一項授權協議中，賣方對於該搭售產品（tying product）具有市場力，或者該協議對於該搭售產品之特定市場競爭有不利的影響，抑或該協議之效率正當性不及於反競爭效果，競爭主管機關會對此搭售協議提出質疑[81]。

日本公平會認為，該技術權利擁有者對他事業授權時，在無合理理由下，關於產品標準之相關技術或進行產品市場的事業活動之必要技術，課以被授權人負有在該授權技術之外，接受授權人其他技術授權或者課以被授權人負有購買授權人指定

[77] 前揭註 11，第 4 部分第 5(3)點。
[78] 前揭註 6，第 191 段。
[79] 前揭註 6，第 192 段。
[80] 前揭註 6，第 193 段。
[81] 前揭註 8，26。

之產品的義務，則該當於支配被授權人的事業活動或排除其他事業之事業活動[82]。

授權人對於既有授權技術追加新功能的改良技術授權行為，日本公平會並不認此會對授權造成限制。不過，假設後續提供的產品或服務提供的功能（以下稱為「平台功能」），是以某項特定技術提供的規格或標準為前提，開發出複數個應用技術，則這些應用技術之間會有彼此競爭的情形。倘若被授權人不得不接受新技術的授權，則此項新的授權會妨礙被授權人利用其他應用技術，也會排除其他事業提供其他應用技術進行交易的機會，則該當於不公平交易方法（相當於一般指定第 10 項之搭售、第 13 項之附限制條件之交易）[83]。

(3.3) 拒絕授權

美國於 2007 年之反托拉斯─智慧權報告表明，美國專利法第 271 條第(d)項第(4)款[84]並非為單方拒絕授權創造一項豁免，美國最高法院之法律意見也支持過去的見解，就是單方拒絕授權是授予專利權的核心部份。對於不附條件的單方拒絕授權，要求負有反托拉斯責任，反而會排除這些公司並助長他們的競爭對手，也會限制專利權人實施其專利權核心的排他權。然而，附條件的單方拒絕授權確實危害競爭，應負有反托拉斯責任，因此對於附條件的單方拒絕授權，美國競爭主管機關是以當然違法原則處理[85]。

日本公平會認為，倘若專利集管的事業無合理理由拒絕授權，或拒絕將有影響力的技術授權給其他事業，或者事業競爭者使用其技術後又拒絕授權，抑或利用不當手段採用自己的技術作為技術標準並偽裝成具有授權條件、在標準確定後又拒絕將該技術授權給其他事業，則上述拒絕授權之行為構成限制技術之使用，該當於排除其他事業的事業活動。

---

[82] 前揭註 11，第 3 部分第 1(3)(ウ)點。

[83] 前揭註 11，第 4 部分第 5(5)點。

[84] 美國專利法第 271 條：

（第(d)項）侵害專利權，或幫助侵害之事情發生時，有權行使侵權救濟之專利權人，不得因有下列各款情事之一，而否定其行使救濟之權益，或被視為濫用或不法擴張專利權之罪行：

（第(4)款）拒絕授權或使用其專利權；或

（第(5)款）要授權該項專利或銷售該專利品，其條件是要取得另一項專利授權或購買另一個不同的產品，惟鑑於上述情形，在該專利或專利品之授權或銷售係受該條件影響之的特定市場中，專利權人具有市場力者，則不在此限。

[85] 前揭註 8，6。

(3.4) 其他附隨義務

(3.4.1) 回饋授權

歐美日競爭主管機關大抵認為，回饋授權義務應非專屬的，且應限於對利用集管技術為必要或重要的改良，如此可充實技術集管，使技術集管從中獲益[86]。日本公平會認為，倘若專利集管授權協議內容要求對於改良技術負有專屬回饋授權義務等情形[87]，會被認為屬於「限制競爭影響較嚴重的情形」。

惟美國競爭主管機關認為，技術授權協議之回饋授權條款並非當然違法，而非專屬性回饋授權可能促進競爭或不利於競爭，倘若回饋授權大幅降低被授權人從事研發的誘因時，也會限制創新市場的競爭[88]。因此，美國競爭主管機關將基於合理原則，另根據是否促進被授權人對該授權技術之改良技術的散播、增加授權人散播該授權技術之誘因、或有其他方式可增加相關技術或創新市場之競爭與產量等三項原則，評估特定的回饋授權條款促進競爭的程度為何。此外，美國競爭主管機關亦考量特定市場之回饋授權條款增加授權人原先之創新誘因的程度為何[89]。

(3.4.2) 不得競爭義務

歐體執委會認為，競爭者及非競爭者間協議未達 20%（競爭者間）或 30%（非競爭者間）的門檻，其不得競爭義務均可獲得TTBER豁免。其次，授權人的市場地位越強，不得競爭義務排除競爭性技術的風險就越高[90]。不過仍須審酌第三人進入的容易性、授權人的市場力、不限於影響市場之大小、受影響的產品、與其他限制條件之結合等因素而定。另外，倘若權利金是根據利用授權技術生產之產品以及利用第三人授權技術生產之產品計算，因增加利用第三人技術投入的成本，而導致排斥第三人技術，亦有與不得競爭義務相類似的效果[91]。

(3.4.3) 不爭執協議

歐體執委會認為，在不爭執協議內容中，不得質疑條款（non-challenge clauses）並不當然違反過去歐體條約第 81 條第 1 項，但其歸屬於個別評估的項目，

[86] 前揭註 6，第 228 段。
[87] 前揭註 11，第 2 部分第 5 點。
[88] 前揭註 8，30。
[89] 前揭註 8，30。
[90] 前揭註 6，第 200 段。
[91] 前揭註 6，第 160 段。

而非集體豁免適用的範圍。另外，針對不同的智慧權，歐體執委會也以不同的標準進行評估。因為無效的專利會抑制創新[92]，為了不扭曲競爭，並與保護智慧權的原則一致，理應排除無效的專利。不過，歐體執委會則傾向支持涉及專門技術之不得質疑條款，此乃因已授權的專門技術一旦被揭露，就幾乎不可能或很難再恢復[93]。倘若合約義務迫使被授權人不得對授權技術提出質疑，但又允許授權人有權對被授權人提起違約之訴，就違反TTBER的規定[94]。

美國競爭主管機關在 2007 年之反托拉斯─智慧權報告中指出，將彈性適用 1995 年之反托拉斯─智慧權準則之合理原則，評估與智慧權授權協議相關之不爭執條款等協議[95]。

日本公平會認為，授權人要求被授權人，負有對授權技術的權利有效性不得提出質疑的義務[96]，可使技術交易順暢而促進競爭，因此直接減損競爭的情形也很少。不過，無效權利若繼續存續，會對於該權利之相關技術的利用造成限制，而危害公平競爭，故該當於不公平交易方法（相當於一般指定第 13 項之附限制條件之交易）。另外，被授權人質疑授權的權利有效性時，倘若被授權人可對此提出解除契約時，原則上就不該當於不公平交易方法[97]。

3. 透明度

(1) 授權條款的透明度

美國競爭主管機關於 2007 年之反托拉斯─智慧權報告指出，公聽會小組成員大致同意涉及產業標準之專利集管之授權，在事前（*ex ante*）授權討論時所設定授權條款的過程越透明，越能緩和規格綁架。不過亦有認為透明化反而可能增加被反托拉斯法質疑的風險，而且會增加行政成本又耗時。最後由於上述原因無涉於反托拉

[92] 前揭註 6，第 112 段。
[93] 前揭註 6，第 112 段。
[94] 前揭註 6，第 113 段。
[95] 前揭註 3，10。
[96] 關於不得對權利有效性提出質疑的義務，可例如不得對發明專利提出舉發或無效之訴（無效審判）等。此處所指的不得質疑義務，與後述第 3 部分第 3.4.3 點之不爭執義務，二者不同。不爭執義務是指，禁止被授權人對授權人以及對授權人所指定之事業，行使被授權人所有或取得之全部或一部的權利。前揭註 11，第 4 部分第 4(7)點註 14。
[97] 前揭註 11，第 4 部分第 4(7)點。

斯疑慮，公聽會小組成員並不贊成在標準制定過程中納入事前授權討論。美國競爭主管機關對於標準制定組織（standard-setting organization；SSO）是否應該事前“共同”考慮授權條款，則不表示意見[98]。

(2) 競爭法執法時的透明度：事前預防性的措施

由於集管之形成與運作牽涉到許多不確定的法律概念，因此在歐、美、日各國係透過非正式程序，賦予執行機關較具彈性的執行權力[99]。所謂非正式程序係依競爭主管機關與事業達成協議，或者僅依競爭主管機關片面之意思表示即可作成之不同，而區分為協商程序與諮詢程序[100]。諮商程序在程序上雖由事業先為聲請，但競爭主管機關之答覆內容並不受其請求態度之影響，可見並非與事業磋商達成協議，而是單方行為[101]。其次，諮商程序又可區分為有拘束力以及無拘束力者，其中與專利集管事前預防性的措施較為相關者，應屬無拘束力之諮商程序，例如歐體之指導函、美國之商業審查函以及日本之事前諮詢制度。

(2.1) 歐體之指導函

在歐體，專利集管對外授權只要符合一定要件，即可獲得集體豁免。不過倘若在適用過去歐體條約第 81 條時出現新的或未解決的問題，而產生不確定性，個別事業可向歐體執委會請求非正式指導（informal guidance）。根據歐體理事會於 2004 年 5 月 1 日開始施行的第 1/2003 號規則[102]，倘若歐體執委會認為適合且隸屬於其執行優先權時，執委會可針對過去歐體條約第 81 條及 / 或第 82 條（現行里斯本條約第 101 條及 / 或第 102 條）的解釋，以書面聲明的形式，例如指導函（guidance letter）提供非正式指導[103]，以幫助事業得對於其協議與行為，自行進行

[98] 前揭註 3，7-8。

[99] 蘇永欽、陳榮傳，「『非正式程序』與『補充性規則』簡介二個落實公平交易法的重要機制（上）」，經社法制論叢，第 8 期，41（1991）。

[100] 蘇永欽、陳榮傳，「『非正式程序』與『補充性規則』簡介二個落實公平交易法的重要機制（上）」，經社法制論叢，第 8 期，64（1991）。

[101] 蘇永欽、陳榮傳，「『非正式程序』與『補充性規則』簡介二個落實公平交易法的重要機制（上）」，經社法制論叢，第 8 期，65（1991）。

[102] COUNCIL REGULATION (EC) No. 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1/1, 1-25（2003）.

[103] COMMISSION NOTICE on “informal guidance relating to novel questions concerning Articles 81 and 82 of the EC Treaty that arise in individual cases (guidance letters),” OJ 2004/C 101/06, para. 5

告知後評估（informed assessment）[104]。不過，由於指導函不是執委會的決定，對於成員國有權適用過去歐體條約第 81 條及第 82 條的競爭主管機關或法院而言，並沒有拘束力。然而，當指導函符合某一個案內容時，執委會做成的指導函可以開放給成員國的競爭主管機關及法院作為參考[105]。另外在德國，事業亦可於協議前向競爭主管機關請求諮詢，以得知競爭主管機關對於該類協議可能的評價及態度[106]。

(2.2) 美國之商業審查函

自 1977 年起，美國司法部反托拉斯署（以下簡稱「反托拉斯署」）即採行「反托拉斯署商業審查程序（28 C.F.R.§50.6 "Antitrust Division Business Review Procedure"）」，當事業對於某些商業行為是否違反反托拉斯法有所疑慮時，可主動向反托拉斯署及聯邦貿易委員會提出說明並請求對協議內容為一審查，而反托拉斯署於審查後，即以「商業審查函（Business Review Letter；BRL）」回覆事業[107]。

(2.3) 日本之事前諮詢制度

另外，日本公平會亦有提供事前諮詢制度（事業者等の活動に係る事前相談制度）。日本事前諮詢制度是針對事業有違反獨占禁止法、下請法（"下請代金支払遅延等防止法"之簡稱，即防止承攬價金給付遲延等行為之法）、景品表示法（贈品表示法，包括不當贈品與不當表示法）之虞者所設。惟有關企業結合的部份則不適用[108]。

(2004); Van Bael & Bellis (2005), *Competition Law of the European Community*, (Hague: Kluwer Law International, 4th edtion (2005), 1134-1136; Giorgio Monti (2007), *EC Competition Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1st edition, 413 (2007).

[104] COMMISSION NOTICE on "informal guidance relating to novel questions concerning Articles 81 and 82 of the EC Treaty that arise in individual cases (guidance letters)," OJ 2004/C 101/06, 27 April 2004, para. 22; Jonathan Faull and Ali Nikpay (2007), The EC law of competition, (New York, Oxford University Press, 2nd edition, 91, 2.12-2.18 (2007).

[105] COMMISSION NOTICE on "informal guidance relating to novel questions concerning Articles 81 and 82 of the EC Treaty that arise in individual cases (guidance letters)," OJ 2004/C 101/06, para. 25（2004）.

[106] 劉華美，「德國競爭法之最新發展─GWB及UWB之修正」，財產法暨經濟法，第 7 期，49，註 26（2006）。

[107] 參閱公平會公處字第 091069 號處分書，三、調查經過之第(二)2.(5)點。何愛文，「專利聯盟所生競爭法上爭議」，公平交易季刊，第 11 卷第 4 期，7-8（2003）。李素華，「技術標準制定之競爭法規範與調和」，東吳大學法律學報，第 15 卷第 1 期，169-170（2003）。

[108] 事業者等の活動に係る事前相談制度（Prior Consultation System for Activities of Business），

(三)小結

歐、美、日三國競爭主管機關在判斷專利集管形成階段的合法要件時，主要評估係集管成員、集管技術以及集管管理，除了要評估集管成員的市場力之外，當事人之間的競爭關係亦不全以集管技術組成的替代 / 互補性為斷，並且強調必要技術應由獨立專家選出。至於以上三國競爭主管機關在判斷專利集管對外授權階段的合法要件時，會根據技術種類的不同以及授權態樣的不同，而有不同的評估標準。同時以上三國競爭主管機關在執法時，亦設有事前預防性的措施，以增加執法時的透明度。

三、實務上對於專利集管之判斷

(一) 歐體實務判斷：2008 年之製藥業初步報告

歐體對於專利集管的形成與對外授權雖訂立許多精緻的判斷原則，不過在 2004 年公告TTBER與技術移轉協議指導準則後，尚未出現實際判斷專利集管的訴訟案例，而非訴訟的部分僅見歐體執委會幕僚於 2008 年 11 月 28 日針對製藥業諮詢提出的初步報告[109]，及其於 2009 年 7 月 8 日提出的最終報告[110]。雖然歐體執委會於最終報告宣稱，倘若智慧權的權利存在及權利行使與競爭法不相容，並不能豁免於

參閱日本公正取引委員會網頁：http://www.jftc.go.jp/jizen/jizen.html，最後瀏覽日期：2007/10/20 (2001)。山木康孝，Q&A特許ライセンスと独占禁止法ー「特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針」の解説，日本東京，社団法人商事法務研究会，301-303 (2000)。

[109] European Commission (2009), Competition Staff Working Paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council-Report on the functioning of Regulation 1/2003(2009), 24, available at http://ec.europa.eu/LexUriServ/ LexUriServ.do?uri=COM:2009:0206:FIN:EN:PDF, last visited on date:2009/6/27；European Commission (2008), Pharmaceutical Sector Inquiry Preliminary Report (DG Competition Staff Working Paper), Nov. 2008, available at http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/ inquiry /preliminay_report.pdf, last visited on date:2009/6/27.

[110] European Commission (2009), Executive Summary of the Pharmaceutical Sector Inquiry Report, SEC(2009) 952, July 8, 2009, available at http://ec.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri= COM:2009:0351:FIN:EN:PDF, last visited on date:2009/12/9.

競爭法的介入[111]。但初步報告對於專利集管或產業標準僅提出警告，製藥業尚未形成實際的專利集管，而最終報告僅提出應強化競爭法對於競爭法規範、結合管制以及國家補助管制（State Aid Control），並未提出對專利集管具體的判斷。因此，歐體對於專利集管的實務判斷，仍有待後續觀察。

(二) 美國實務判斷：2008 年之 RFID 商業審查函

美國對於專利集管的形成與對外授權也修訂許多判斷原則，惟公告 2007 年之反托拉斯─智慧權報告後，實際應用於判斷專利集管的案例並不多，目前僅見反托拉斯署於 2008 年 10 月 21 日針對射頻辨識協會（radio frequency identification Consortium LLC；RFID Consortium LLC，以下簡稱該協會）[112] 發出的商業審查函[113]，以回應對於其成員組成與對外授權超高射頻辨識（ultra high frequency RFID；UHF RFID）標準[114] 及系統的詢問。

1. 反托拉斯署建議的協議

在這份商業審查函中，反托拉斯署對於組成RFID之專利集管，建議應包括四大部分，即(A)產生該協會之有限責任公司協議；(B)參與者協議，也就是參與的事業將其專利以非專屬授權的方式，授權給該協會；(C)專利平台協議（Patent Portfolio

---

[111] 前揭註 110，20。

[112] RFID 協會係於 2005 年 8 月成立，在 2006 年指定由 Via 授權（Via Licensing）公司管理，並於 2006 年 10 月提出第二代標準。

[113] Business Review Letter for RFID Consortium LLC (Consortium), available at http://www.usdoj.gov/atr/public/busreview/238429.pdf, last visited on date: 2009/6/25.

[114] 超高射頻辨識系統內設有感應器（reader）與標籤（label）。感應器可以傳送出頻寬在 860 - 960 MHz 的訊號，觸動感應範圍內的 RFID 標籤，藉由電磁感應產生電流，供應 RFID 標籤上的晶片運作並發出電波回應感應器。2004 年，EPC 全球公司（EPC global, Inc.；私人的標準制定組織）發佈第二代 UHF RFID 標準，全名為 EPC™射頻辨識方法第一類第二代 UHF RFID 方法於 860 MHz -960 MHz 之第 1.1.0 版。國際標準制定組織在 2006 年接受了 EPC 全球公司第二代的標準作為 ISO/IEC 18000 的第 6c 部份，賦予其更廣的接受度，以作為管理 UHF RFID 產品的方法。前揭註 113，1-2。

有關RFID產品的應用，可例如捷運悠遊卡、ETC儲值卡、VISA WAVE信用卡、寵物晶片、商店或圖書館的防盜晶片、MiFare晶片卡等，或企業（例如Walmart、裕隆汽車）、醫院（例如三總）及學校（例如台大）利用RFID產品進行管理。參閱陳啟煌，「RFID原理與應用」，台大計算機及資訊網路中心電子報，第 2 期，(2007)，網址：http://www.cc.ntu.edu.tw/chinese/epaper/0002/20070920_2005.htm，最後瀏覽日期：2009/6/25。

Agreement），也就是有關於UHF RFID必要專利之非專屬授權的權利；以及(D)授權管理者條款頁（License Administrator Term Sheet），也就是該協會與專利授權的獨立的授權管理者之間的協議，以管理該協會之授權活動[115]。以下係分述之。

(1) 有限責任公司協議

關於有限責任公司協議，該協會設有管理委員會，其中此管理委員會係由該協會成員選出的員工所組成，並就會員對特定事項[116]的投票權，以及該協會的保密義務[117]予以規定。

(2) 參與者協議

(2.1) 選出必要專利

任一實體（entity）欲參與該協會與專利授權協議，必須至少持有一個以上經獨立的專利評估員（independent patent evaluator）確認的必要專利，且必須與該協會訂立參與者協議。所謂必要專利係指在製造、使用或銷售含有第二代標準之RFID產品時，必定會侵害到該專利，或者是對一項授權契約而言，該專利做為據以實施內容是必須的且無經濟上可實行的替代技術。該協會或其他當事人（包括其他授權人），倘對於獨立專利評估者認定的必要專利有所質疑，可要求重新評估。集管內的專利應為有效且可實施，若該專利最後判決宣告無效，應從專利平台中移出[118]。

(2.2) 當事人對外授權之自由

在簽定參與者協議時，必要專利之持有人需同意，以非專屬授權的方式，授權該協會，以便將上述專利授權給有興趣的當事人。參與者得根據個別磋商後的條款，保留以非專屬授權的方式，將上述專利獨立對外授權的權利[119]。

(2.3) 權利金分配

---

[115] 前揭註 113，3。

[116] 前揭註 113，3；參閱葉名宜，論競爭法對專利集管之規範—以歐體、美國、日本、我國競爭法為中心，第 4 章、第 7 節、第 3 項「美國實務判斷專利集管的經驗」一節，國立成功大學科技法律學研究所碩士論文（2009）。

[117] 前揭註 113，3。

[118] 前揭註 113，4。

[119] 前揭註 113，4。

參與者協議設定將權利金分配給參與者的方式：根據每位參與者貢獻的專利數量，將權利金的一半分配給參與者，另一半則由其他參與者實質均分[120]。

(2.4) 保密義務

如同有限責任公司協議，保密資訊除了有必要提供給授權管理者之外，參與者協議一般禁止參與者揭露由該協會或該協會成員所提供之保密資訊[121]。

(3) 專利平台協議

(3.1) 權利金費率

專利平台協議針對不同形式的UHF RFID設備，訂有個別的權利金費率。這些費率根據產品單位製造的數量計算。被授權人得提出授權條款的修正，以更新、調降授權金費率，不過上述授權契約必須包含任何額外的條款與細則。不得為了有利於被授權人，而溯及適用調降權利金費率[122]。

(3.2) 回饋授權義務

被授權人同意基於公平、合理、且無歧視（fair, reasonable and nondiscriminatory；FRAND）的條款，以非專屬回饋授權的方式授權給該協會。被授權人倘違反此項義務，該協會得撤回專利平台協議。

(3.3) 報告義務

被授權人有義務每季提出關於授權產品的製造、取得或銷售之數量與陳述，以計算上述產品權利金的數額。授權管理者應維護並公開，經該協會授權製造、使用、或銷售 UHF RFID 產品之被授權人名單。

(3.4) 契約期間

專利平台協議第一期為五年，被授權人得於授權契約之任一季結束前或授權期間內終止授權。被授權人得自由使用競爭技術製造產品，只需根據按照UHF RFID標準製造的產品計算權利金。在第一期結束後，被授權人有權更新並修正下一個五

[120] 前揭註 113，4。
[121] 前揭註 113，4-5。
[122] 前揭註 113，5。

年期的授權契約內容，並建議權利金增加的比率上限（12%）[123]。

(4) 授權管理者條款頁

該協會聲明將與獨立的授權管理者締結協議，以監控授權協議的日常運作，包括辨識並徵求專利、進行必要性評估、代表該協會管理並行銷該專利平台、向授權人收取權利金支付額、分配權利金並提供權利金報告，並將上述資訊提供給該協會[124]。

2. 反托拉斯署的分析

除非集管有掩飾共謀意圖之虛晃行為[125]，反托拉斯署仍根據合理原則分析專利集管，並一併審查集管之預期競爭利益與限制競爭的可能性[126]。

(1) 效率

該協會的專利集管，藉由限制規格綁架及授權金累計等威脅，合理且可能地顯示出省下部分有形成本，並降低交易費用。

(1.1) 藉由限制規格綁架及授權金累計等威脅以降低總授權金費率

該協會的七名成員皆有權主張其專利並有可能暫停銷售按照第二代標準之UHF RFID產品。在集管不存在的情形下，這些成員有可能進行規格綁架（hold up）或堅持（hold out）規格。該協會將限制成員從事上述行為的能力，根據合理無歧視（RAND）條款使用他們的專利。據此，該協會可降低UHF RFID產品製造商承擔的權利金費率[127]。

並非所有潛在的封鎖性專利的擁有者都是該協會的成員，而且這些專利擁有者或許不會加入，因此有可能限制效率的提升。雖無法得知整體潛在效益為何，但並不表示集管產生的效益是無法認知的（noncognizable）[128]。

---

[123] 前揭註 113，5-6。
[124] 前揭註 113，6。
[125] 前揭註 39。
[126] 前揭註 113，6。
[127] 前揭註 113，7。
[128] 前揭註 113，7。

(1.2) 降低交易成本

集管有可能會降低授權人與被授權人雙方的交易成本以及被授權人搜尋技術的成本。被授權人也可一次購足該協會成員的專利，而不需分別取得該協會七個成員的授權[129]。再者，專利集管有可能降低授權人的成本，成員不需花費許多時間與金錢，與那些使用專利成員智慧權的製造商個別磋商授權，同時可降低侵權訴訟的可能性。

綜上所述，該協會提出的集管將產生可認知的效益（cognizable efficiencies）[130]，惟其效益並不及於由所有必要專利所組成的集管[131]。

(2) 潛在反競爭效果及相關的安全區

反托拉斯署已訂出多個安全區，使專利集管得以實施，並降低傷害競爭的風險。該協會的提案包括上述安全區，亦綜合考量其對於競爭可能的危害。

(2.1) 無效專利

反托拉斯署認為，以無效或過期專利進行授權，將無法通過反托拉斯之詳細檢驗（antitrust scrutiny）。不過目前所有專利推定為有效，倘若專利最後被判定無效或無法實施，將會從集管中移除。授權人有義務將上述任何調查結果及時通知該協會。再者，有一部分權利金是根據集管中專利數進行分配，其他授權人應有誘因將上述任何調查結果通知該協會[132]。

(2.2) 從集管中排除替代專利

單由互補專利組成的集管不太可能會反競爭。該協會在定義必要性時，不僅是

[129] 前揭註 113，7-8。

[130] 美國反托拉斯法認為，效益（efficiencies）難以證實以及量化，這是因為絕大多數的資訊都掌握在合作的參與者中。此處所稱之「可認知的效益（cognizable efficiencies）」，根據 2000 年之競爭者合作之反托拉斯準則（Antitrust Guidelines of Collaborations among Competitors）第 3.36(a)節之定義，係指可證實的（verifiable，也就是利用合理手段評估）且有可能促進競爭的（potentially procompetitive）。因此，倘若因反競爭而減少產量或服務而省下的成本，不能視為可認知的效益。參閱 DOJ & FTC, Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors, Sec. 3.36(a), 24 (2000); DOJ & FTC, Horizontal Merger Guidelines, 31-32 (1997).

[131] 前揭註 113，8。

[132] 前揭註 113，8。

指對標準而言是必要專利[133]，而是該標準的實施要件[134]。在先前的商業審查函中，反托拉斯署已確認上述定義，倘若謹慎且獨立選用的話，將可排除經濟上可替代的技術[135]。

反托拉斯署也認為，該協會保留專利評估員的獨立性。專利評估員可以是按時計酬。不論專利評估員的判斷與決定的結果為何，該協會可另支付額外費用要求重新評估其調查結果，並重新檢視先前對於必要專利的判斷。此外，該協會已保證，無正當理由，不會撤換專利評估員[136]。

至於替代技術可能造成的傷害，有兩種方式可減少。第一，該協會、協會成員、被授權人、及其他當事人有權質疑任何必要性的調查結果。由於有部分權利金是根據集管專利的數量計算，因此成員有誘因去監督專家的工作，並質疑任何有替代技術的專利。第二，讓專利評估員定期重新檢視其工作內容，倘若一項專利的替代技術被視為是經濟上據以實施的必要內容時，可被辨認出並從集管中移除[137]。

(2.3) 對下游市場的危害

部份協會成員在下游市場中目前處於競爭的狀態，不過他們不太可能用該集管去阻礙這些下游市場中、授權人與被授權人之間或被授權人彼此間的競爭。

其次，倘若該協會僱用獨立授權管理員，則集管授權人不太可能共謀而對該集管造成反競爭傷害。授權管理員可集中被授權人的資訊，不過這些資訊僅限於產品製造及銷售的數量、形式、以及地點。然而，有關個別被授權人的敏感商業資訊，在提供給該協會之前，應避免被成員直接近用。

不過，倘若該協會未僱用獨立授權管理員，而且以該協會的管理委員會作為授權管理員，就不能避免授權人近用被授權人的敏感商業資訊甚而危害競爭。惟對於該協會不聘用獨立授權管理員一事，反托拉斯署婉拒聲明其執法意圖[138]。

---

[133] 審查委員在判斷是否為一份專利是否為該標準所必要的，係就獨立項來判斷。一旦一項獨立項視為必要的（意即互補的），則整份專利可以進入集管中並可用於授權。

[134] 經濟上可替代的技術，係指該標準雖未列入，但是基於生產或設計成本、消費者喜好或其他原因，在製造含有該標準之競爭產品時仍是必要的。

[135] 前揭註 113，9。

[136] 前揭註 113，9。

[137] 前揭註 113，9-10。

[138] 前揭註 113，10。

(2.4) 阻礙創新─回饋授權

範圍較廣的回饋授權條款，會減少後續創新者之利潤進而阻礙創新。至於範圍較窄的回饋授權條款，較無競爭疑慮。該協會的回饋授權條款範圍較窄，僅要求被授權人以非專屬授權的方式，授權其必要的第二代標準。讓所有集管被授權人去實施改良，可望消除集管被授權人阻礙他人使用其必要專利的可能，且可降低被授權人的交易成本，進而促進競爭。此外，被授權人可將其任何非必要專利獨立對外授權，藉此獲取新的專利價值，故此等範圍狹窄的回饋授權不太可能危害競爭[139]。

(2.5) 搭售

一項智慧權之授權，是以接受第二項智慧權授權為條件，其效果會排除第二項智慧權之替代技術的競爭，並產生競爭法上的疑慮。不過，由於此處已納入集管專利之必要性要求，故該集管並不會排除集管專利與替代技術之間的競爭[140]。

3. 反托拉斯署的結論

反托拉斯署認為，該協會提出的專利集管有合理可能產生顯著的效率。其次，該協會也合理減少對於生產含有第二代標準產品的製造商或技術擁有者之競爭危害，並減少抑制創新誘因的風險。因此，對於該協會陳述的行為，反托拉斯署並不會採取反托拉斯執法。

由此可見，美國在 2007 年之後對於專利集管之形成與對外授權的二階段評估，原則上仍採取 1995 年反托拉斯─智慧權準則揭示之合理原則評估，不過涉及產業標準的部份，則根據 2007 年之反托拉斯─智慧權報告揭示的原則，以避免涉及標準之專利集管有規格綁架、危害競爭甚至違反反托拉斯法的疑慮。

[139] 前揭註 113，10-11。
[140] 前揭註 113，11。

四、公平會現行技術授權處理原則之侷限

依目前歐體執委會[141]或美國[142]之觀點，咸認為現時處於不同市場之潛在競爭者有可能進入與競爭者同一市場。其次，歐美日認為不同階段的專利集管、替代技術數量與持有狀況、授權技術的影響力、以及各授權人的市場地位，亦影響對集管成員競爭關係之判斷。然而，我國現行技術授權處理原則未採如此規範，以致在判斷競爭關係時與產業現況，易出現以下落差。

(一) 以集管內技術互補性論集管成員之競爭關係有所偏差

我國現行「技術授權處理原則」除了適用之技術種類較窄之外，其對於競爭關係之認定，是以系爭事業是否為同一產業或處於同一特定市場為斷，惟依前述二階段判斷原則審視此一說法，尚有探討之餘地。以下僅針對成員間的競爭關係與特定市場之判斷為一析述。

1. 集管成員間之競爭關係，應以集管內外技術狀態判斷

事業是否具有競爭關係，應審視各成員於集管內外是否擁有替代性專利（技術），而非以集管內替代性技術之有無作為唯一依據。

以圖 1 為例，為了解決產品領域重疊的封鎖性專利或技術形成專利叢林等問題，並迴避替代性專利形成的專利集管有反競爭之疑慮，擁有替代性技術的競爭者就藉由形成專利集管以解決上述問題。惟專利權本質就具有排他性格，尤其是當參與者為具有競爭關係之專利權人時，數個專利交互或聯合授權之結果，將更增強其排他效力，而具有壟斷技術與市場之可能[143]。倘若由互補性技術組成的專利集管，以開放及無歧視之立場，使集管技術得以有效整合利用，並不當然有反競爭效果。但如果認為由互補性技術組成的專利集管，斷而反推其成員間不具競爭關係，恐有

[141] 前揭註 6。
[142] 前揭註 3。
[143] 謝銘洋，智慧財產權之基礎理論，4 版，元照出版公司，271（2006）。

倒果為因之謬[144]。

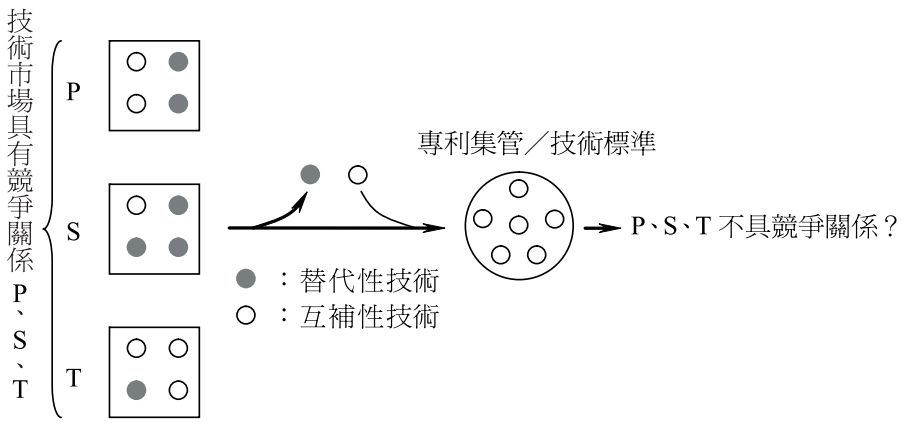


圖 1　以集管內技術互補性論集管成員之競爭關係的謬誤（本文自繪）

2. 集管所在之技術市場對其他技術市場或產品市場競爭之限制

其次，集管所在之技術市場，有可能對其他技術市場、創新市場甚或產品市場競爭造成限制競爭的影響。歐體執委會於 2004 年公布的「技術移轉協議的準則」第 20 段指出，技術本身是一種投入（input），可與產品或製程結合。因此，技術授權會影響技術投入市場及技術產出（output）市場的競爭。例如，銷售競爭產品之二事業，針對與生產該項產品相關的技術所為之交叉授權協議，有可能會限制相關產品市場、技術市場或其他技術投入市場的競爭。

美國於 2007 年之反托拉斯─智慧權報告第三章第III節第C點指出，專利集管成員間水平合作能減少下游產品的價格競爭。尤其是包含替代性技術的專利集管，因這些替代性技術缺乏競爭，故能造成下游最終產品的價格上揚。而參與者又能透過專利集管之機制，交換競爭敏感之資訊（例如價格、銷售、或研發資訊）而串謀之。此外，美國競爭主管機關亦認為，專利集管會阻礙研發、新產品的發展、以及降低製程價格的創新[145]。

易言之，專利集管之技術授權協議可能會有以下反競爭的影響：

[144] 台北高等行政法院 92 訴字第 00908 號判決，法院與飛利浦公司之見解。
[145] 前揭註 3，67。

(1) 限制相關產品市場、專利集管所在之技術市場或其他技術投入市場的競爭[146]：

集管涉及的共同研發或制定技術標準之行為，即類似於四C事業跨業經營行為之規範說明第 7 點第(5)項所述，從而可能阻礙新技術之發展及採用，排除新進業者參與競爭，產生限制市場競爭效果。

(2) 提供具有競爭關係事業間意思連絡之管道，使參與者交換競爭敏感資訊而串謀之[147, 148]，直接抑制市場競爭：

集管有可能作為有競爭關係事業間意思連絡之管道，交換有關各種競爭敏感之重要資訊，而類似於四C事業跨業經營行為之規範說明第 7 點第(3)項所述，甚至導致平行行為甚或構成聯合行為之虞。又，集管由獨立的授權管理者代為管理之行為，亦類似於四C事業跨業經營行為之規範說明第 7 點第(6)項所述，而有可能構成聯合行為。

惟我國現行「技術授權處理原則」並未規範上述行為，這使得我國在判斷四C事業以外之專利集管成員間的競爭關係及界定市場範圍時，有如為專利集管成員開了一扇逃生門，使其得以脫遁於聯合行為之非難。

(3) 在不同市場觀察授權人與被授權人之間的水平 / 垂直關係，會導出不同結論：

授權人與被授權人之間的水平 / 垂直關係的如何認定，會因為從不同的市場觀察而導出不同的結論。例如授權人主要從事相關技術之研發，被授權人則為必須取得授權利用該等專利之產品製造商，若從技術市場的角度，授權人與被授權人間之關係在技術市場為垂直關係。然而從產品市場的角度，授權人亦有可能透過授權協議進入產品市場而與被授權人於同一產品市場中競爭，當然也可能具有水平競爭關係[149]。

---

[146] 前揭註 6，第 20 段。

有關 TTBER 第 3 條使用「產品市場」一詞，是按照地理及產品的範圍來界定相關產品及服務市場。而 TTBER 第 1 條第 j 款更清楚闡明，「產品市場」係用以區隔出相關產品及服務市場與相關技術市場。

[147] 前揭註 8，12-13。

[148] 前揭註 8，67。

[149] 有關從不同市場對授權協議當事人之競爭關係的認定，可參閱葉名宜，論競爭法對專利集管之規範—以歐體、美國、日本、我國競爭法為中心，第 3 章第 3 節第 3 項，國立成功大學科技法律學研究所碩士論文（2009）。

(4) 使已造成限制競爭效果的當事人輕易以其他理由迴避競爭關係的認定：

在飛利浦 CD-R 授權案中，專利集管之數事業對於聯合行為的抗辯，一方面宣稱其於上游創新市場係各自平行研發，並無合意共同決定研究開發領域，亦無相互約束當事人間之事業活動或影響創新市場之研發；另一方面，又宣稱於技術市場時專利集管係由互補性（無競爭性）專利組成，故不具水平競爭關係。

在高科技業高度專業化的情形下，同一產品必須藉由多種技術（或專利）才能製得，握有技術（或專利）越多的一方，就能建立越強大的進入障礙[150]。在寡占市場中，倘若居於水平關係且握有技術（或專利）的多個授權人，利用彼此互補性的技術進行一部分的合作（意即將互補性技術資源集中管理而形成專利集管），但彼此仍保有競爭關係（意即彼此仍握有替代性技術得以競爭或抗衡），由此專利集管建立的進入障礙，其強度恐將較單一技術（或專利）更強。換言之，如僅就互補性技術形成的專利集管之外觀，逕認定這些授權人非屬水平關係或非屬競爭關係，忽略其具有競爭關係的事實，實低估專利集管建立的進入障礙對競爭秩序的影響。

(二) 集管之技術互補性與集管成員之競爭關係的再釐清

故此，我國實務上利用「需求替代性」界定出的市場，以及實務認為“互補性技術非屬同一市場即無競爭關係[151]”的觀念，根有必要再進一步釐清。

在技術市場中，一項授權技術倘若與另一項技術（替代技術），彼此間具有替代可能性，則授權技術及其替代技術就構成技術市場。至於界定出相關的技術市場後，提供互補技術之當事人間究竟有無競爭關係，應另為判斷。今配合圖 2 為一說明。

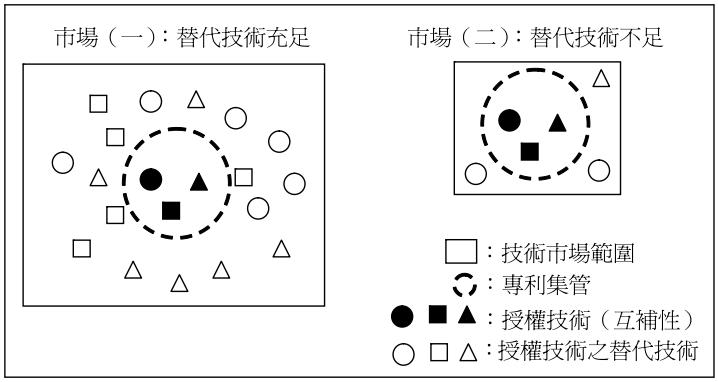
在圖 2 中，假設專利集管係由三個互補性的授權技術所組成。倘若在該專利集管範圍外，還存在足夠數量之替代技術，則根據技術需求替代性界定出專利集管所

[150] 進入障礙又可區分為外生性進入障礙及內生性進入障礙。外生的進入障礙植根於外部市場條件，例如技術、產品性質、研發強度等。而內生的進入障礙則是由事業自主控制進行的，例如專利、對戰略資源的控制等。參閱威廉・G・謝潑德及喬安娜・M・謝潑德合着，張志奇等合譯，產業組織經濟學（The Economics of Industrial Organization, 5th edition, 2004），232-234（2007）。

[151] 謝銘洋，「智慧財產權之發展與公平交易法之互動關係」，律師雜誌，第 315 期，55（2005）；台北高等行政法院 92 訴字第 00908 號判決。

在之技術市場（一）的範圍，比起替代技術不足的專利集管界定出的技術市場（二），範圍要大得多。在技術市場（一）的情形中，專利集管授權之限制行為的違法性有可能比較小或被稀釋，而在技術市場（二）的情形中，專利集管授權之限制行為的違法性有可能比較大或者被不當的放大。

至於上述提供互補性授權技術之事業，彼此是否具有競爭關係，應另綜合判斷替代技術數量與持有狀況、授權技術的影響力、以及各授權人的市場地位為妥。



資料來源：作者自行繪製

圖 2　專利集管與替代技術數量之關係

1. 集管外之替代技術數量與持有狀況，影響對集管內競爭關係的判斷

根據歐、美、日對技術授權的判斷，當事人經交互授權後，得以進入對方所在之技術市場，而成為實際競爭者。以下，以圖 3 為一例示，說明專利集管內外的替代技術數量與持有狀況，如何影響成員間於技術市場的競爭關係之判斷。

(1) 技術持有狀況（一）：集管成員原本為非競爭者

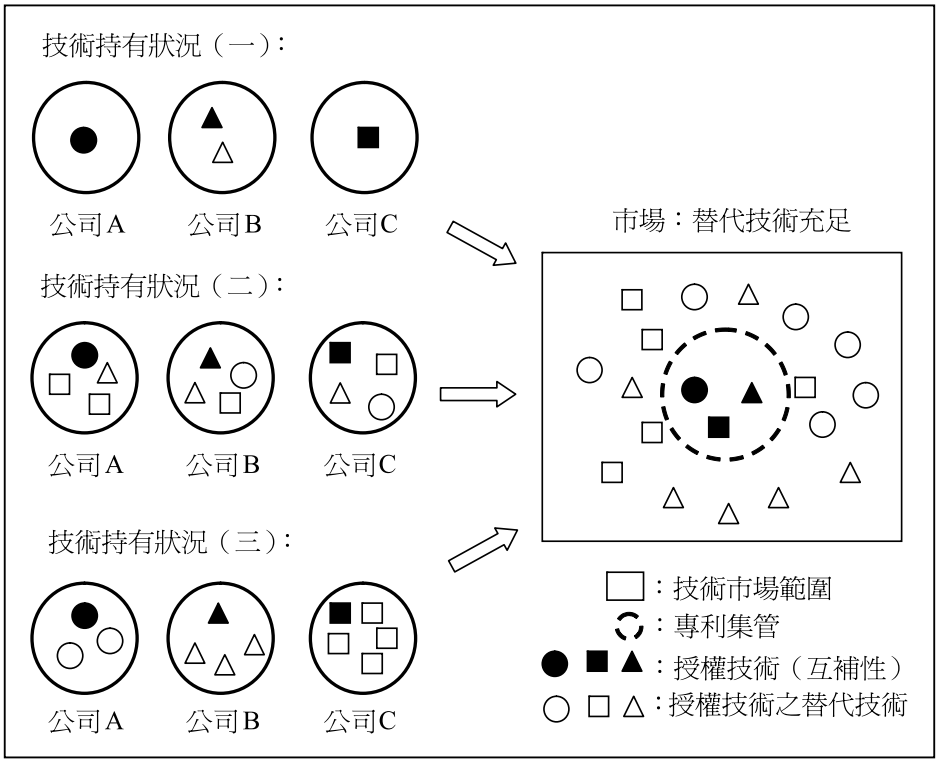
在圖 3 中，假設專利集管係由三個互補性的授權技術所組成，且在該專利集管範圍外，存在足夠數量之替代技術。倘若大多數的替代技術是由其他獨立的公司所控制者，則公司 A、B 與 C 之間在技術市場的競爭關係，有可能是非競爭者，如技術持有狀況（一）所示。惟公司 A、B 與 C 在成立專利集管的過程中，各自將所擁有的技術交互授權給其他成員後，在技術市場中公司 A、B 司 C 就為實際競爭者了。

(2) 技術持有狀況（二）或（三）：集管成員原本為實際競爭者或潛在的競爭者

倘若大多數的替代技術由公司 A、B 與 C 所持有，則公司 A、B 與 C 彼此在授權之前有可能是技術市場的實際競爭者（如技術持有狀況（二）所示）或潛在的競爭者（如圖 3 之技術持有狀況（三）所示）。

申言之，在技術持有狀況（二）中，在集管成立前，公司 A、B 與 C 各自擁有集管技術以及與集管技術互補的替代技術，因此在技術市場中這些公司互為實際競爭者。

至於在技術持有狀況（三）中，在集管成立前，公司 A、B 與 C 各自擁有集管技術以及與集管技術相近之替代技術，因此在技術市場中這些公司互為潛在競爭者。成立專利集管的過程中，公司 A、B 與 C 倘若各自將所擁有的技術交互授權給其他成員後，就為技術市場的實際競爭者了。



資料來源：作者自行繪製

圖 3　技術持有狀況與集管成員競爭關係的判斷

倘若單看由互補技術組成集管之“果”，未調查替代技術數量與持有狀況，逕反推該集管成員不具競爭關係之“因”，有可能忽略圖 3 之技術持有狀況（二）及（三）有關集管成員為實際競爭者或潛在的競爭者的情形，以致對此集管的反競爭性做偏低的判斷[152]。

有學者認為競爭關係不應限於已在市場上活動之既有事業之間成立，而應包括「潛在競爭關係」[153]，也就是應把潛在競爭者納入考量，此為學說所肯定[154]。在上圖之技術持有狀況（三）中，即可說明集管成員具有潛在競爭關係之情形。

承上所述，技術市場之「需求替代性」僅得於界定相關技術市場的範圍，至於界定技術市場後，集管當事人之間有無競爭關係，應另就替代技術數量與持有狀況等，對競爭關係為一綜合判斷，故界定市場與競爭關係二者實不宜混淆。

2. 授權技術的影響力、以及各授權人的市場地位對集管成員競爭關係的判斷

除了考量替代技術數量與持有狀況之外，另應考量授權技術的影響力、以及各授權人的市場地位對競爭關係的判斷。例如，在技術市場中，專利集管之外並沒有存在足夠數量的替代技術之情形中，雖然組成之專利集管所界定出的市場範圍會比較小，但專利集管授權之限制行為的違法性，有可能比較大或者被不當的放大。

五、對於現行技術授權處理原則之建議

全球化的市場中，技術與產品的流通已無國界。惟我國缺乏對於專利集管形成

---

[152] 例如台北高等行政法院 92 訴字第 00908 號判決，法院與飛利浦公司之見解。

[153] 吳秀明，「避難到不公平競爭的聯合行為管制」，競爭法制之發軔與展開，元照出版公司，40（2004）。

吳秀明，「專題演講紀錄：互補性技術專利聯盟與聯合行為—評台北高等行政法院『荷蘭皇家飛利浦公司光碟一案』判決」，競爭政策通訊，第 10 卷第 3 期，14，網址 http://www.ftc.gov.tw/upload/afe4bb66-dd0c-495e-bd67-1bcb12de19a8.pdf，最後瀏覽日期：2007/10/1。

何之邁，「公平交易法之事業定義與潛在競爭概念—簡評最高行政法院 97 年判字第 437 號判決」，台灣法學，第 113 期，174（2008）。

[154] 廖義男，公平交易法之理論與立法，作者自版，104（1995）。

與對外授權二階段的完整評估，以至於在個案判斷時，與各國競爭法對於專利集管的判斷結果出現多處落差。因此，可考慮從比較法上各國管制的經驗，提供我國未來相關修法或制定更完整的技術授權規範之參考。

(一) 專利集管的形成階段

1. 利用「反事實」方式重新檢驗競爭關係

對照我國目前實務判斷（例如飛利浦CD-R授權案）中，公平會原處分書的判斷雖較貼近歐、美、日各國的判斷，惟缺乏市場力的具體分析數據，亦未提出對於集管形成的具體判斷標準，以致案子上訴到法院，法院在不了解專利集管的特殊性下，會將集管組成技術之替代可能性用於判斷集管成員間競爭關係，而混淆競爭關係與技術組成的區別[155]。事實上，專利集管技術的替代互補性的判斷，涉及高度的專業性，實務判決僅以形式推論，單以專利集管組成之專利均為必要技術，恣意推翻獨立專家對技術替代互補性的判斷[156]，率爾推論該等技術間具有互補性而不具競爭關係，似過於背離現實[157]。

本文認為可以參考歐美日係利用「反事實」方式與 SSNIP 測試法，判斷專利集管成員的競爭關係。另，較於我國認為的競爭關係是位處於同一產銷階段或同一特定市場而言，歐美認為授權人與被授權人透過授權協議，有可能會成為實際競爭者或潛在競爭者，此一判斷更為貼近技術市場的狀況。

2. 訂立量化標準

歐美日各國在評估專利集管協議對市場的影響時，利用市占率總和或替代技術數量等，規範出明確的量化標準，可作為評估當事人市場的的指標之一，以提供執

---

[155] 不僅法院，在相關研究中不乏以專利集管內的技術是否具有替代可能性，來判斷集管成員是否具有競爭關係。惟此見解因忽略集管外技術狀況，有可能對成員實際的競爭關係做出誤判。例如郭建廷，「專利聯營與聯合行為」，財產法暨經濟法，第 7 期，2006 年 9 月，205（2006）。

[156] 劉孔中、簡維克，「CD-R案之解析與評釋—以公平法及專利強制授權為重心」，公平交易季刊，第 17 卷第 1 期，18-20（2009）。

[157] 范曉玲，「獨占與兼容：產業標準與專利池之反壟斷審查—從飛利浦所涉聯合行為談起」，萬國法律，第 145 期，55（2006）。

法者與參與事業有可預測的通則。其次，歐美日各國亦訂定微小不罰的具體化標準，例如歐體執委會在執法時，倘若一般非技術協議影響的特定市場之當事人市占率總和不超過 5%或協議涵蓋的產品之年營業額總和，不超過 4000 萬歐元（歐體 NAAT 規則），抑或技術授權協議影響的競爭者間之市占率總和≦10%（歐）或非競爭者間之市占率總和≦15%（歐），則被認為不會產生可察覺性的限制競爭，因而不罰。

對於應以市占率判斷的行為態樣，公平會對於違法的市占率標準寬嚴不一[158]，有些個案中甚至以參與事業比例認定，未以市占率認定[159]。我國於飛利浦CD-R授權案中，同樣並未提出具體影響的市占率證據，以致法院會對此提出質疑。

因此，本文建議，公平會在涉及專利集管之案例中，有必要建立市占率的量化標準與微小不罰的標準，對於參與事業所處之特定市場進行嚴謹的市場分析，以避免“飛躍性”[160]的執法。

3. 成員的行動自由

歐體與美國認為，集管各當事人（授權人）應仍保有獨立對外授權之行動自由。日本也認為，專利集管不得共同協議各當事人使用技術的範圍。在公處字第 090021、091069 號處分書，公平會也曾經考慮此項因素，惟後來的判決中，不見對成員的行動自由有進一步的論述或要求，此點與國際競爭法的潮流似有背離。

4. 與技術相關的因素

(1) 技術種類

附表 1 歸納歐、美、日認為應受規範的技術，至少應包含專利、專門技術、軟體著作權、營業秘密，其他像軟體以外的著作權、植物新品種、商標、商號等，在授權也可能涉及限制競爭或不公平競爭行為，應有納入規範的必要。

---

[158] 馬泰成、洪德昌，「事業聯合行為被判違法之因子分析」，公平交易季刊，第 9 卷第 2 期，37-76（2001）。

[159] 吳秀明，競爭法制之發軔與展開，初版 1 刷，288-289，元照出版公司（2004）。

[160] 前揭註 159。

(2) 技術必要性與獨立專家

歐美認為，專利集管組成的必要技術具高度專業性，擔任技術選出的獨立專家必須具備技術上必要的專業知識，且獨立於組成專利集管的事業，其參與才有份量。

專利集管原則上需由必要（互補）技術組成，含有替代性專利的專利集管則個案審酌（歐、美）。惟對於由競爭技術（替代技術、非必要技術）組成的專利集管是否違反各國競爭法，歐、美、日三國的標準不一，其中歐、美對此的態度較為開放，而日本的態度則趨嚴格。

由競爭技術（替代技術）組成之專利集管，歐、美有放寬的趨勢，歐體執委會認為，互補技術與替代技術有時不易區分清楚，倘若整合這兩種技術能產生效率，且授權人可能需要這二種技術，此兩種技術仍可視為互補技術[161]，藉此放寬對互補技術的認定。而美國目前對於由競爭技術（替代技術）組成之專利集管，並不推定為反競爭的，認為應於個案審酌其競爭效果[162]。另外，歐體執委會認為有必要考慮技術的汰舊情形，倘若在市場中，被授權人的技術嗣後變得過時或不具競爭性，也會影響對雙方當事人之競爭關係的評斷[163]。

(3) 有效性

歐美日各國均認為，授權之技術權利需仍為有效，因為無效的智慧權（專利）會抑制創新，理應從專利集管中排除。美國 1995 年之反托拉斯─智慧權準則更提到，實施無效專利權即牴觸反托斯法。

(4) 替代技術數量

前面已討論集管外之替代技術數量與持有狀況，會影響對集管內競爭關係的判斷。另外，在不易取得參與事業市場率資料時，替代技術的數量亦可作為作為評估市場影響的標準之一。

至於其他與技術相關的評估，例如取得技術的成本、技術的影響力等，亦可納入評估項目，以確實反映出技術市場的實際狀況。

---

[161] 前揭註 6，第 218 段。
[162] 前揭註 3，9。
[163] 前揭註 6，第 33 段。

5. 集管的運作

首先，集管是否需要具備開放性，歐美兩國採不同立場。歐體認為技術集管應開放無歧視讓第三人參與。美國則認為不需要開放給所有想加入的人，除非：(1)被排除的公司不能有效競爭；以及(2)在特定市場中，集管參與者共同具有市場力。其次歐美兩國認為，集管要促進經濟活動效率以及整合互補性資源等。再者，歐體執委會認為，集管應有預防交換敏感資訊，且有預見爭端解決機制。

本文認為，倘能將集管運作的開放性、經濟效益及其他因素納入評估，將使專利集管形成階段的評估更為健全。

(二) 專利集管對外授權各該條款的判斷

其次，對專利集管對外授權之個別授權條款的評估，參酌歐美日相關規定及管制經驗，現行的技術授權處理原則可以朝以下數點修訂：

1. 訂出具體量化標準

由於現行技術授權處理原則缺乏具體市占率的評估反競爭影響的程度，以致於對授權條件的判斷標準不一。建議可參酌歐美日各國的標準，並根據我國產業現況，訂出具體的評估標準（例如市占率），俾提供事業可預測之通則。

其次，歐、美、日三國各有訂立出具體的量化標準，對於不會造成可察覺性的限制競爭予以不罰。由於我國對於微小不罰的原則不夠明確，以致業者可能較無意願向公平會申請聯合行為之許可[164]，因此我國可考慮訂立具體的微小不罰標準。

2. 放寬部份限制

我國對於延展權利金義務，仍持當然違法的態度，而對於不得質疑義務亦未區分技術本質之不同。參酌國際間對於延展權利金義務以及涉及專門技術之不得質疑

[164] 范建得、莊春發，「事業共同研發聯合行為例外許可申請審查原則其基準之擬議」，蘇永欽教授評論，第 11 屆競爭政策與公平交易法學術研討論文集，行政院公平交易委員會，162（2004）。

義務[165]有放寬的趨勢，建議現行技術授權處理原則考慮放寬，並針對涉及專利之不得質疑義務與涉及專門技術之不得質疑義務，作不同的規範。

3. 增加違法類型

雖然拒絕授權是授予專利權的核心部份，不過美日兩國對於附條件的單方拒絕授權或無合理理由拒絕授權會危害競爭，認應以當然違法處理。過去我國學界認為可應用樞紐設施的法理，藉由強制授權加以矯正。不過要構成樞紐設施原則的標準比較高[166]，相較於此，美日兩國將拒絕授權的態樣具體限定在附條件的單方拒絕授權或無合理理由拒絕授權，可作為我國未來修法時的參考。

至於其他行為態樣，例如不得競爭之義務[167]、專利集管平台技術的授權人強迫被授權人接受追加的技術功能、限制開發替代技術、限制與第三人共同研發、限制研究開發領域、對取得知識或經驗的報告義務、對單方解約條件等規範。倘若納入技術授權處理原則中，將使技術授權法制更臻完善且貼近產業現況。

---

[165] 所謂不得質疑義務，係指直接或間接要求被授權人不得對授權技術之有效性提出質疑。

[166] 依歐體認為事業拒絕提供樞紐設施給他人使用時，除了要滿足樞紐設施原則的四要件（獨占事業控制樞紐設施；競爭對手事實上或從合理角度來看，沒有能力重製該樞紐設施；獨占事業拒絕該競爭對手使用該樞紐設施；獨占事業當時提供該樞紐設施有期待可能性）之外，尚需滿足確認特殊情狀（exceptional circumstances）之三要件（拒絕授權會妨礙具有潛在消費需求之新產品或新服務的出現、拒絕授權無客觀的正當理由、拒絕授權攸關於消滅次級市場競爭者）的存在。參閱 MCI Communications v. AT&T Co., 708 F.2d 1081 (1983)；IMS Health GmbH v. NDC Health GmbH, Case C-418/01(2004).

[167] 所謂不得競爭義務，係指課予被授權人不得使用與授權技術競爭之第三人技術的義務。

附　錄

附表 1　歐、美、日及我國對於專利集管之合法性判斷

			歐體	美國	日本	我國
相關規範			2004 年之技術移轉協議指導準則 2004 年之技術授權集體豁免規則（TTBER）	1995 年之反托拉斯—智慧權準則 2007 年之反托拉斯—智慧權報告	2007 年之智財利用之獨禁法基準	技術授權協議之處理原則（2009 年 2 月修正）
一、專利集管形成階段之合法要件						
判斷依據			2004 年之技術移轉協議指導準則	1995 年之反托拉斯—智慧權準則	2007 年之智財利用之獨禁法基準	技術授權協議之處理原則
成員	競爭關係	區分	1. 區分競爭者（位於同一市場，或利用“反事實”方式判斷非同一市場）或非競爭者 2. 區分單向或雙向協議	1. 區分競爭者或非競爭者（利用“反事實”方式判斷） 2. 區分水平（授權人與其被授權人之間，或被授權人彼此之間）或垂直（授權協議影響的是互補關係的活動）關係	區分競爭者或非競爭者（利用“反事實”方式判斷）	公平會：同一產業、同一產銷階段（公平法第七條第二項）、同一特定市場 法院：商品或服務具有替代可能性，始有競爭關係（96 判字第 553 號判決）
		市場力	1. TTBER 安全港： 競爭者間：市占率總和≦20% 非競爭者：市占率總和≦30% 2. TTBER 安全港以外：存在四或四個以上被獨立控制的技術	1. 成員於產品市場之市占率總和≦20% 2. 無法獲得市占率數據：具有四或四個以上獨立控制的技術 3. 市占率數據無法適當呈現出授權協議對技術或創新市場的競爭之影響：該限制不具有表面反競爭性；尚有四或四個以上獨立控制的技術（技術市場）或	1. 涉及限制競爭之當事人於產品市場之市占率總和≦20% 2. 無法獲得市占率數據：存在四個以上擁有可能利用的替代技術之擁有者	

		歐體	美國	日本	我國
			公司（創新市場）		
	行動自由	各當事人仍保有獨立對外授權之行動自由	各當事人仍保有獨立對外授權之行動自由	不得共同協議各當事人使用技術的範圍	
技術	種類	適用專利、專門技術、軟體著作權或前述技術之混合	適用專利、著作權、營業秘密、專門技術（商標授權不適用）	適用發明、新型、植物新品種、新式樣、著作等，商標、商號及其他事業活動用以表彰商品或服務者，營業秘密及其他事業活動與技術或商業資訊相關者	適用專利、專門技術
	必要性	原則上須由必要（互補）技術組成 含有替代技術的技術集管則個案審酌 不過含有不需要的互補技術（亦含有替代技術）之技術集管相當於集體整批交易	原則上須由必要（互補）技術組成 含有替代性專利的專利集管則個案審酌	必須由必要（互補）技術組成	法院：必須由必要（互補）技術組成
	有效性	技術權利仍為有效	技術權利仍為有效	技術權利仍為有效	技術權利仍為有效
	選出	由獨立專家選出	由獨立專家選出		法院：以形式推論而推翻獨立專家的意見（96 判字第 553 號判決）
	成本		不得以最低成本進行交互授權		
	影響力	技術集管與標準之間並無本質上的關連性		評估技術的影響力： 1. 該技術在產品市場中被利用的情形（例如已成為事實上標準） 2. 開發迴避技術以及替代技術的困難度 3. 技術權利擁有者在技術市場與產品市場的市場地位	

		歐體	美國	日本	我國
管	開放性	開放且無歧視讓第三人參與	通常不需要開放給所有想加入的人，除非： (1)被排除的公司不能有效競爭；以及 (2)在特定市場中，集管參與者共同具有市場力。		
理	經濟效益	只含互補（必要）技術之技術集管具有經濟效益	集管要促進經濟活動效率		
	其他	預防交換敏感資訊 預見爭端解決機制	預防交換敏感資訊		

二、專利集管對外授權之合法要件

特定市場			產品市場 技術市場 利用 SSNIP 測試法界定	產品市場 技術市場 創新市場 （產品市場利用虛擬獨占者測試法與 SSNIP 測試法界定，技術市場與創新市場利用虛擬獨占者測試法與 SSNIP 測試法界定）	產品市場 技術市場 （另評估對次級市場的影響） 從需求方的觀點審酌替代可能性	產品市場 技術市場 從需求方的觀點審酌替代可能性
授權人與被授權人之	競爭關係	區分	1.進行授權時雙方須非競爭者 2.考慮被授權人之競爭性技術的影響	授權人與其被授權人之間或被授權人彼此之間是水平關係	區分競爭者或非競爭者	有競爭關係之技術授權協議當事人
		市占率	競爭者間：市占率總和≦20% 非競爭者：市占率總和≦30%	授權人與被授權人於產品市場之市占率總和≦20%	涉及限制競爭之當事人於產品市場之市占率總和≦20%	
	行動自由		1.各集管成員仍保有獨立對外授權之行動自由 2.被授權人保有選擇授權技術的自由 3. 集管提供多元化的授權方案			

	歐體	美國	日本	我國
對競爭的影響的評估方式				
1.不問市占率之違法行為	惡性卡特爾： 競爭者間有關固定價格（例如雙向約定不當的營運權利金、不當收取權利金；專屬授權之雙向協議）、限制產量、劃分市場或消費者之雙向協議	①競爭顯著性（反競爭效果）；②具有表面反競爭性：以當然違法原則處理的限制（固定價格、維持轉售價格、劃分市場或顧客、協議減少產量、某些集體杯葛、附條件的單方拒絕授權） (2)將會或幾乎會減少產量或提高價格的限制	對限制競爭影響較嚴重之行為 (1)競爭者間之限制技術利用行為（該當於私人獨占或不當交易限制，例如限制利用該技術之產品的銷售價格、銷售數量、銷售市占率、銷售區域、銷售商等相關限制，無合理理由拒絕授權、附條件的拒絕授權，或限制其研發活動，抑或要求對於改良技術負有受讓義務或獨家授權義務者） (2)有影響力的技術（例如已成為事實上標準者）	競爭者共同決定授權商品之價格，或限制數量、交易區域、，相互約束當事人間之事業活動，足以影響特定市場之功能者（第六點第一項） 差別待遇、獨家交易、地域、顧客或使用之限制及其他限制事業活動（專利法第六十條）（×）
授權方式				
專屬授權	競爭者間雙向協議（×）	水平競爭關係（×）		
專屬授權＋使用領域之限制	競爭者間雙向協議（×）			
涉及產業標準之授權	封閉型（×）			
權利金義務				
雙向約定營運權利金之交互授權	有限制產量的效果：競爭者間的雙向協議（×）			
產銷價限制				
價格限制 最高價格與建議價格	競爭者間的雙向協議（×）		不公平交易方法	競爭者共同決定授權商品之價格（×）
限制轉售價格	×	×	不公平交易方法	
劃分市場或顧客				

	歐體	美國	日本	我國
授權人與被授權人之排他性（＝負有不得生產以及不得主動與被動銷售之義務）	競爭者間的雙向協議（×）			
禁止被授權人之間的主動銷售	競爭者間的雙向協議（×）			
禁止被授權人之間的被動銷售	競爭者間（×）			
使用區域限制 (1)限制授權人及／或被授權人 (2)第二來源限制	(1)競爭者間的雙向協議（×） (2)競爭者間的雙向協議（×）		不當交易限制	
顧客限制	×			顧客限制（專利法第六十條）（×） 競爭者共同決定交易對象
拒絕授權 (1)附條件的單方拒絕授權 (2)無合理理由拒絕授權		(1) ×	(1) × (2)專利集管（×），SSO（×）	
限制研發				
回饋授權 專屬性回饋授權	排除限制	×	×	×
不得競爭之義務	競爭者間（×），非競爭者間（排除限制）			
共同決定研究開發領域				競爭者共同決定研究開發領域等
2. 微小不罰（不包括不問市占率之違法行為）	競爭者間（或者無法區分競爭者或非競爭者）：市占率	產品市場之市占率總和≦20%	產品市場之市占率總和≦20%	微小不罰： 行政罰法第十九條（其

	歐體	美國	日本	我國
	總和≦10% 非競爭者：市占率總和≦15% 連續兩個會計年度內，市占率超過 10%或 15%的門檻，但超過幅度小於 2%			情節輕微，認以不處罰為適當者，得免予處罰）
3. 超出市占率門檻需個別評估之違法行為	市占率門檻 競爭者間：市占率總和≧20% 非競爭者：市占率總和≧30% （超出 TTBER 安全港以外之判斷同上）	市占率門檻 通常只評估產品市場之市占率總和≧20% （無法獲得市占率數據之判斷同上）	市占率門檻 原則上評估產品市場之市占率總和≧20% （無法獲得市占率數據之判斷同上）	
4. 個別評估的行為態樣				
授權方式				
專屬授權	排除限制	合理原則評估		
非專屬授權	✓	✓		
包裹授權				
獨家授權	✓	合理原則評估		
權利金義務				
權利金計算 (1)根據利用授權技術生產之產品 (2)對非授權技術（ex. 被授權人自己的技術）收取權利金 (3)根據授權技術與第三人授權技術收取權利金	(1) ✓ (2)類似不得競爭義務：競爭者間的雙向協議（×） (3)競爭者間（×），非競爭者間（排除限制）		(1) ✓ (2)不公平交易方法 (3)不公平交易方法	(1) ✓ (2) × (3) ×
延展權利金義務	集體豁免（✓）	不當然違法，視集管是否就過期技術行使其市場力	不公平交易方法	×
無正當理由對權利金差別				×

	歐體	美國	日本	我國
待遇				
產銷價限制				
價格限制 最高價格與建議價格	競爭者間（×），非競爭者間（✓）		不公平交易方法	競爭者共同決定授權商品之價格（×）
產量限制 (1)針對被授權人全體 (2)只針對單一被授權人	(1)競爭者間的單向協議（✓），非競爭者間（✓） (2)集體豁免（✓）			限制產量上限（×）
維持一定品質之義務			✓	✓
銷售限制 銷售商品之最低數量			✓	✓
限制被授權人的經銷商			不公平交易方法	×
劃分市場或顧客				
獨家授權（＝負有不授權給其他人之義務）	集體豁免（✓）			
授權人與被授權人之排他性（＝負有不得生產以及不得主動與被動銷售之義務）	競爭者間的單向協議（✓），非競爭者間（✓）			
禁止被授權人之間的主動銷售	競爭者間的單向協議（✓），非競爭者間（✓）			
禁止被授權人之間的被動銷售	非競爭者間（✓）			
使用區域限制 (1)限制被授權人 (2)限制授權人及/或被授權人 (3)自產自用之限制	(1)集體豁免（✓） (2)競爭者間的單向協議（✓），非競爭者間（✓） (3)集體豁免（✓）		不當交易限制	

	歐體	美國	日本	我國
(4)第二來源限制	(4)競爭者間的單向協議（✓），非競爭者間（✓）			
顧客限制	×			顧客限制（專利法第六十條）（×）
技術使用的限制				使用之限制（專利法第六十條）（×）
使用區域之限制			私人獨占	
限制技術之使用次數 (1)最低使用次數 (2)最高使用次數			(1)✓	(1)✓ (2) ×
最大實施努力的義務			✓	✓
專門技術之保密義務（授權期間或授權協議期滿）			✓	✓
禁止再授權	✓		✓	✓
使用特定商標的義務			✓	
對使用過期技術施加限制			不公平交易方法	
搭售及組合銷售	(1)超出市占率門檻（×） (2)授權人在被搭售產品的市場具有市場力（×） (3)搭售之必要性	(2)授權人在被搭售產品的市場具有市場力（×） (3)搭售之必要性（例如構成搭售之包裹授權，以搭售的標準審視）	(3)無合理理由：私人獨占	約定搭售當然無效（專利法第六十條）（×） (3)搭售之必要性：強制購買、接受不需要的專利或專門技術（×）
限制研發				
回饋授權 非專屬性回饋授權	✓	✓	✓	✓
不得質疑之義務	(1)涉及專利之不得質疑義務		(1)不得質疑義務（✓）	不得質疑義務（×）

	歐體	美國	日本	我國
	（排除限制） (2)涉及專門技術之不得質疑義務（✓）		(2)無效權利不得質疑義務（×）：不公平交易方法 (3)不得質疑義務＋被授權人得解除契約（✓）	
研發技術 限制開發替代技術			×	
限制改良技術			對替代技術組成的專利集管授權人：不當交易限制	
限制與第三人共同研發			涉及專利（×）：不公平交易方法 涉及專門技術（✓）	
技術功能的追加 (1)一般改良技術授權 (2)平台技術的授權人強迫被授權人接受追加的技術功能之授權			(1)✓ (2)不公平交易方法	
研發領域 限制研究開發領域				×
對取得知識或經驗的報告義務				
和解				
不爭執義務			×不爭執義務	
單方解約條件 對被授權人單方面附加不利益的解約條件			不公平交易方法	
透明度 1.授權條件的透明度 2.執法時的透明度	2.指導函	1.授權條件的透明度 2.商業審查函	2.事前諮詢制度	

資料來源：作者自行繪製

參考文獻

中文部分

公平會，日本公平交易法相關法規彙編，公平會 (2001)。

布蘭登伯格及奈勒波夫，許恩得譯，競合策略：賽局理論的經營智慧，臺灣培生教育出版公司 (2004)。

何之邁，「公平交易法之事業定義與潛在競爭概念─簡評最高行政法院 97 年判字第 437 號判決」，台灣法學，第 113 期 (2008)。

何愛文，「專利聯盟所生競爭法上爭議」，公平交易季刊，第 11 卷第 4 期 (2003)。

吳秀明，「專題演講紀錄：互補性技術專利聯盟與聯合行為─評台北高等行政法院「荷蘭皇家飛利浦公司光碟一案」判決」，競爭政策通訊，第 10 卷第 3 期 (2006)。

吳秀明， 競爭法制之發軔與展開，初版 1 刷，元照出版公司 (2004) 。

李素華，「技術標準制定之競爭法規範與調和」，東吳大學法律學報，第 15 卷第 1 期 (2003)。

范建得、莊春發，「事業共同研發聯合行為例外許可申請審查原則其基準之擬議」，蘇永欽教授評論，第 11 屆競爭政策與公平交易法學術研討論文集，行政院公平交易委員會 (2004)。

范曉玲，「獨占與兼容：產業標準與專利池之反壟斷審查─從飛利浦所涉聯合行為談起」，萬國法律，第 145 期 (2006)。

馬泰成、洪德昌，「事業聯合行為被判違法之因子分析」，公平交易季刊，第 9 卷第 2 期 (2001)。

許忠信，「智慧財產權侵害警告函之比較法觀察─以美國法與德國法之比較為中心」，公平交易季刊，第 16 卷第 3 期 (2008)。

郭建廷，「專利聯營與聯合行為」，財產法暨經濟法，第 7 期 (2006)。

黃惠敏，「智慧財產權利之行使與公平交易法之界線」，全國律師，第 12 卷第 1

期 (2008)。

黃銘傑，「專利集管（Patent Pool）與公平交易法─評行政院公平交易委員會對飛利浦等三家事業技術授權行為之二次處分案」，月旦法學，第 87 期 (2002)。

黃銘傑，競爭法與智慧財產法之交會─相生與相剋之間，初版 1 刷，元照出版公司 (2006)。

葉名宜，論競爭法對專利集管之規範─以歐體、美國、日本、我國競爭法為中心，國立成功大學科技法律學研究所碩士論文 (2009)。

廖義男，公平交易法之理論與立法，作者自版 (1995)。

劉孔中、簡維克，「CD-R案之解析與評釋─以公平法與專利強制授權為重心」，公平交易季刊，第 17 卷第 1 期 (2009)。

劉華美，「德國競爭法之最新發展─GWB及UWB之修正」，財產法暨經濟法，第 7 期 (2006)。

蔡宜芯，專利集中授權（Patent Pools）之法律規範─以競爭法為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文 (2003)。

謝銘洋，「智慧財產權之發展與公平交易法之互動關係」，律師雜誌，第 315 期 (2005)。

謝銘洋，智慧財產權之基礎理論，4 版，元照出版公司 (2006)。

蘇永欽、陳榮傳，「非正式程序」與「補充性規則」簡介二個落實公平交易法的重要機制（上）」，經社法制論叢，第 8 期 (1991)。

外文部分

Brandenburger Adam M., and Nalebuff Barry J., *Co-operation*, 1st edition (1996).

Business Review Letter for RFID Consortium LLC (Consortium)(2009).

Clark Jeanne, Stanton Brian, and Karin Tyson, “Patent Pools: A Solution to the Problem of Access in Biotechnology Patents? (White Paper),” United States Patent Trademark Office (USPTO) (2000).

Commission Notice “Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation,” OJ 2001/C 3/02(2001).

Commission Notice "Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements," OJ 2004/C 101/02(2004).

Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (*de minimis*), OJ 2001/C 368/07(2001).

Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, OJ 1997/C 372/05(2001).

Commission Regulation (EC) No. 772/2004 of 7 April 2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements (TTBER).

Communication From The Commission Notice "Guidelines on the application of Article 81(3) Treaty," OJ 2004/C 101/08(2004).

Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1/1, (2003).

DOJ & FTC, Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting innovation and Competition (2007).

DOJ & FTC, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (1995).

DOJ & FTC, To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy (2003).

European Commission, Competition Staff Working Paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council-Report on the functioning of Regulation 1/2003(2009).

European Commission, Pharmaceutical Sector Inquiry Preliminary Report (DG Competition Staff Working Paper), available at http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/preliminay_report.pdf, last visited on June 27, 2009(2008).

Faull, Jonathan and Nikpay, Ali, *The EC law of competition*, 2nd ed. (2007).

Klein, Joel I., "Cross-licensing and antitrust law 1997," available at, http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/1118.htm, last visited on Oct. 8, 2007.

Korah, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 4th ed. (2007).

Monti Giorgio, *EC Competition Law*, 1st ed. (2007).

Ritter Lennart, and David Braun W., *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, 3rd ed. (2005).

The Federal Trade Commission (FTC) and the U. S. Department of Justice (DOJ), Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors (2000).

Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, 4th ed. (2005).

山木康孝，Q&A特許ライセンスと独占禁止法ー「特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針」の解説，社団法人商事法務研究会（2000）。

事業者等の活動に係る事前相談制度（Prior Consultation System for Activities of Business），日本公正取引委員會（2001）。

威廉・G・谢泼德及乔安娜・M・谢泼德合着，张志奇等合译，产业组织经济学（The Economics of Industrial Organization, 5th edition, 2004），中国人民大学出版社出版（2007）。

The Regulation of Patent Pools under the Competition Law — with Particular Reference to Technology Licensing Guidelines of EC, US, Japan and Taiwan

Yeh, Ming-I*

Abstract

Patent pools may produce pro-competitive or anti-competitive effects. Moreover, in addition to reducing competition between the parties, patent pool may also, in particular when they support an industry standard or establish a de facto industry standard, result in a reduction of innovation by foreclosing alternative (competing) technologies. The existence of the standards and the related patent pools may make it more difficult for new and improved technologies to enter the market.

In the real world, innovation is an on-going process, with one innovation frequently providing a building block for the next. The ongoing nature of innovation poses difficult questions about how best to preserve adequate incentives for an initial innovator and maintain adequate incentives for competition become the next innovator. However, patents and competition have adverse effects on the incentive to innovation, and it is unlikely foreseeable that the various licensing conducts of the patent pools and their anticompetitive effects at the time of determination of principles. Questionable patents are a significant competi-tive concern and can harm innovation, especially in four major industries including pharma-ceutical industry, biotechnology industry, computer hardware and semiconductor industries, software and internet industries. Accordingly, Agencies of European Union (EU), United States (US) and Japan continually amend general principles to predict and analyze whether the licensing conducts involving the patent pools are anti-competitive or not.

In comparison with EU, US and Japan, Guidelines on Technology Licensing

Date submitted: December 2, 2009 Date accepted: March 29, 2010

* Yeh, Ming-I, Patent Engineer, Tsai, Lee and Chen Patent Attorneys and Attorneys at Law.

Arrangements provided by Taiwan Fair Trade Commission (FTC) seem to be insufficient to properly evaluate the aforementioned disputes about patent pool licensing. As aforementioned, in light of the currently amended guidelines of EU, US and Japan, this essay attempts to address suggestion for further amendments on the current guidelines according to two stages of patent pool formation and licensing.

Keywords: Intellectual Property, Intellectual Property Right, Patent Pool, Patent Licensing, Technology Transfer, Concerted Action, Patent Law, Fair Trade Act, Competition Law, Antitrust Law, Anti-monopoly Act.