

美國反托拉斯法適用智慧財產權 案件基本原則探討

陳家駿* · 羅怡德**

目 次	
壹、前 言	三、智財權相關原則之適用
貳、智財權與反托拉斯法適用標準	四、智財權授權與合理原則
參、智財權與市場控制力	捌、智財權與限制轉售價格
肆、相關產品市場認定	玖、智財權與搭售協定
伍、智財權授權對市場之影響	拾、智財權與獨家交易
陸、智財權與水平／垂直關係	拾壹、智財權特殊型態類型
一、水平與垂直式市場分配	一、交互授權與聯合授權
二、智財權於水平垂直之適用	二、回饋授權
柒、智財權與合理／當然違法原則	拾貳、美國聯邦司法部相關見解之變動——代結論
一、反托拉斯法判斷一般原則	
二、合理原則與當然違法原則之互動	

壹、前 言

智慧財產權近年來成爲國際貿易間經濟強權的重要武器，擁有愈多智財權之國家，愈能在貿易談判上攻城掠地戰無不克，美國 3 0 1 報復條款之威力即因此而舉

* 陳家駿爲美國西雅圖華盛頓大學法學碩士，現任信孚法律事務所律師

** 羅怡德爲美國南美以美大學法律博士，現任輔仁大學法律系副教授

世聞名。同時，在國內產品市場上，智財權更早已成為競爭角力制敵之利器，擁有智財權之廠商，往往能有效地阻止對手，尤其近年來我國高科技業界不斷受外商追索專利及著作權利金，已明顯對我國科技發展造成重大影響。智慧財產權之所以如此強勢，從法律觀點言，最主要乃因其被賦予了一定之專屬排他權 (Exclusive Rights)(註 1)，以鼓勵發明人或創作者之智慧心血，提供其一定之經濟上的利益。此種專屬權限既屬法定授予，則其行使所形成排除他人競爭之效果，似屬邏輯之必然，亦與其他財產權所有人行使其權利之結果相同，與禁止不公平競爭或限制競爭之公平交易法或立於平行地位，但問題是在實務上許多智財權人於其取得或行使專屬權之過程中，卻會以法律所賦予之權利保護外觀形式為掩護，不當行使或濫用其權利或優勢地位，造成不公平競爭或限制競爭實質效果，此時智慧財產權當然與公平交易法產生交集而須受其規範，此我國公平交易法第四十五條所由設也(註 2)。

惟智慧財產權於公平交易法適用之案件雖日益增加，但主管機關公平交易委員會迄今所作過之處分仍屬少數(註 3)，按公平交易法或反托拉斯法，本即屬高技術性之經濟法，而智慧財產權亦屬專業性法律，二者結合之下形成高難度之領域，

註 1：關於外商追索智財權權利金，請參陳家駿，從企業產品製造銷售——談專利追索因應之道，1993 產業科技研究發展管理研討會論文集，經濟部技術處，82 年 1 月；陳家駿、雷憶瑜，資訊業界如何運用公平交易法因應專利追索，資策會資訊法務透析 1994 年 9 月；專屬排他權請參我國專利法第五十六條第一、二項、第一〇三條、第一一七條、著作權法第二十二至二十九條、商標法第二十一條、積體電路電路布局保護法草案第十七條規定。

註 2：我國公平交易法第四十五條規定，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。於此值得探究者，智財權之領域尚包括電路佈局保護、營業祕密保護、工業設計等等，公平法僅列舉此三種，似宜含蓋較廣範圍。

註 3：根據行政院公平交易委員會所發行之公報，就智慧財產權相關案件如專利、著作權、商標等(此處係指智財權本身有爭議之案件)，總計不過三十餘件。

本文爰不揣淺陋嘗試以反托拉斯法內各項基本原則，檢視其適用在智慧財產權之若干觀點，再甫以美國司法部於今年八月份，就智慧財產權之取得及授權與反托拉斯法之間的關係，所研擬出一項規範草案 The U.S. Department of Justice Antitrust Guidelines for the Licensing And Acquisition of Intellectual Property（註4）一併討論。按美國係反托拉斯法與智財權相關實務案例最多且發展最為進步之國家，該草案雖仍待確定，不過其中所提出的多項原則均甚值參考，遂特予介紹供各先進參酌。另值得一提者，近年來智財權權利濫用的發展頗值注意，依美國案例法之發展，權利濫用與反托拉斯間亦有極深之淵源（註5），本文因限於篇幅暫未予討論。

註4：參 The U.S. Department of Justice Antitrust Guidelines for the Licensing And Acquisition of Intellectual Property, Draft for Public Comment, August, 1994; These Guidelines supersede section 3.6 in Part I, "Intellectual Property Licensing Arrangements," and cases 6, 10, 11, and 12 in Part II of the U.S. Department of Justice 1988 Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations.

註5：在涉及智慧財產權權利人濫用權利（Intellectual Property Misuse）不當行使其權利之問題方面，美國司法實務界早在本世紀初期，便針對專利權人不當行使其權利之問題，發展出「專利權濫用」（Patent Misuse）之原則；其後在著作權之部分，也發展出「著作權濫用」（Copyright Misuse）之原則，但目前在美國司法實務與學術界仍為爭執之焦點。「權利濫用」（Misuse / Abuse）之原則源自英美法中衡平法（the law of equity）之觀念，其出現之原因係因權利人在行使其權利時，並未依據正當之方式行使，反而以不公平、不適當之方式行使其權利，為了對於此種不當行使權利方式予以處罰，衡平法乃規定權利人無法完全享受其權利。在智慧財產權行使方面，「權利濫用」之情形往往出現在權利人，企圖利用授權之方式，擴張其所享有之智慧財產權；換言之，權利人往往係利用授權契約之規定，限制被授權人所可以正當從事之行為。在衡平法中限制權利人不當行使其權利之規定，除「權利濫用」原則之外，尚有「不潔之手」（Unclean Hand）之原則，該項原則主要係運用於訴訟中，依該項原則之規定，任何人在訴訟中有所主張時，必須其本身之

貳、智財權與反托拉斯法適用標準

在判斷反托拉斯法與智慧財產權相互間關係時，吾人首先要問的是，決定某項限制競爭或不公平競爭行為，是否違反反托拉斯法時所適用的標準，可否一樣適用於智慧財產權相關案件？還是必須斟酌智財權特殊性質，另外擬訂或衍生出一套不同之規範？關於此點，首先須檢視智財權之法律性質，並比較其與一般財產權之不

行為無瑕疵，如果行為人本身便有不當行為，則其無權主張他人之行為不當。在有關智慧財產權行使之案件中，「基本上，權利濫用」的原則可以適用在下列案件中：1. 智慧財產權人係以不當之方式取得其權利；例如：以向商標專利局或著作權局申報不實資料之方式，取得智財權。2. 智慧財產權人以不當方式行使其權利，造成他人在不得已之狀況下侵害權利人之權利。另外一項亦源自衡平法，且與「權利濫用」、「不潔之手」原則相類似者，乃「禁反言」（Estoppel）原則。本項原則係指如果被告之行為係部分由原告所造成，或原告之行為誘使被告從事不當行為，則就原告本身不當之部分，不得要求被告賠償。

以上參見 Motion Pictures Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co., 243 U.S. 502 (1917). 有關美國法中「專利權濫用」之討論，請參陳家駿，公平交易法中行使專利權之不正當行為，法令月刊第四十五卷第一期，83年1月，P. 16～22；陳家駿，如何利用「專利濫用權利」抗辯？工商時報，81年6月29日及智財權訴訟·被告有利器——權利濫用與公交法，電工資訊雜誌34期，82年10月；有關著作權濫用之一般討論，參見：Nimmer on Copyrights, § 13.09；至濫用一般原則、案例及類型等，另參陳家駿，從智慧財產權觀點——談權利濫用在公平交易法中之適用，資策會資訊法務透析1993年3月，P.24～38；M. Nimmer & D. Nimmer, Nimmer on Copyright Ch. 13 (1989); Smegal, Jr., Misuse Defense Gains in Federal Court, National L.J. Feb. 15, 1993, 18-25; Ashton-Tate Corp. v. Fox Software, Inc., No. CV. 88-6837 TJM. (C.D. Cal. Agu. 18, 1991);

同。基本上，智財權的確有其異於其他財產權之特殊屬性，智財權基本上都屬於思惟創作抽象存在的無體智慧財產，必須附著某種形式媒介，故與傳統的有體財產不同；其次，在獎勵創作（如作者專享）與促進人文、科技進步的社會福祉等公益目的下，智財權過了一段期間之後即開放予社會大眾（如專利、著作權、積體電路佈局等，但營業秘密例外），而有體財產則一般以財產本身存在為期限。

然而，智財權與有形財產在法律性質上亦有相通之處，二者皆具備權利擁有之基礎，如有體財產之所有權觀念，智財權在物理上雖無法佔有，但透過勞力理論 (labor theory) 或人格理論 (personality theory) 亦可建立對無體智慧的權利基礎，此其一；二者皆具有排他專屬權限，有體財產具對世效力的物權，而智財權因專屬享有亦可禁止他人未經授權的使用，此其二；二者皆可透過對第三人提供財產的讓與或使用，發揮其經濟上的效益，如有體財產可出租、出借、轉讓、設定負擔，而智財權亦可經授權他人使用轉讓或設質，擴散智慧財之使用，此其三。從這些相同點可推論出，在反托拉斯法適用智財權案件時，固可依實際案例去特別考慮智財權之若干特性，但適用反托拉斯法之基本原則仍可與一般財產權相同，暫毋須另訂立標準以資適用（註6）。

參、智財權與市場控制力

市場力或市場控制力 (market power)(註7)，在經濟層面可被作為品質、服務或創新程度之指標，但就反托拉斯法而言，則可視為影響、改變或破壞競爭市場上平衡均勢的力量。因此，某廠商對於其較高品質產品，能以較高價格售出的能力

註6：同註4。

註7：Paul S. Grunzweig, Prohibiting The Presumption Of Market Power For Intellectual Property Rights: The Intellectual Property Antitrust Protection Act of 1989, *The Journal of Corporation Law*, P.109, Fall 1990; Competition Policy And Intellectual Property Rights, DECD - Organisation For Economic Co-Operation And Development, P.16, 1989.

並非市場控制力，而係指市場上不論買賣雙方，於相當之一段期間內，在競爭層面下能擁有將物價予以上下控制或維持之實力。基本上，智慧財產之所有人並不當然因其握有無體財產權，而應立即被視為具有市場控制力 (market power per se)，本項原則在美國法中仍有爭議（可以 U.S. S. Ct. 在 *Jeffero Parish* 案中之 *Majurity* 與 *Con-Courning Opion* 為例）。雖然在理論上，智財權所有人就特別產品、製程或著作等享有法律賦予之特別權限，但實際上卻仍可能有其他足夠代替的產品、製程或創作可排除此種市場控制力，如果專利或其他智財權的確賦予市場控制力，則此種市場控制力本身並不致於必然違反反托拉斯法。就如同其他有形或無形財產所有人所可能擁有超越他人的競爭利益，市場控制力不過是一項具優勢之較佳產品，並不當然違反反托拉斯法，而且這種市場控制力的存在，不會立即賦予智財權所有人非得將其權利授予他人的義務。然而，問題是如智財權人以不法方式透過其智慧財之控制，而進行不合理行為以取得或維持其市場控制力，造成競爭之傷害，則當然有反托拉斯法之適用（註 8）。

肆、相關產品市場認定

在反托拉斯法之有關案件中，產品相關市場 (relevant market) 之界定極為重要，因其可以判斷產品在某特定市場中所占地位，從而決定其是否具有壟斷力量；如果在該市場中，與其交易者仍可由其他企業處得到相同之貨物、服務，且在程序上不會過於煩雜，則其中便無不法壟斷之存在（註 9）。因此有關「相關市場」之界定，亦可以確認在其中是否有足以與被告競爭之企業存在。在「相關市場」之定義中，可包括二個不同的概念（註 10）：其一為「相關產品市場」，指被告之產品或服務與其他企業競爭之項目；其二為「相關區域市場」，指被告與其競爭者所競爭之區

註 8：同註 4。

註 9：參見：U.S. v. E.I. Dupont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956).

註 10：參見：Dunfee, *Bounding Markets in Merger Cases: Identifying Relevant Competition*, 78 Nw. U.L. Rev. 733 (1983).

域、消費者可以找尋替代產品、服務之區域。

在決定「相關產品市場」之範圍（亦即決定在那些項目中具有一定之力量）時，必須考量：與產品具有相同或類似功能之產品範圍，以及其與替代產品對消費者所具有之相互需求彈性（註 11）。在決定第一項因素時，應以該產品之功能或用途為標準，用以決定消費者在購物時，是否會在一般情況下將該產品與其他企業之產品同時考量；凡是對消費者或使用者而言，可以發揮相同作用或具有相同功能之產品，大體上均會被認為屬於同一個產品市場（註 12）。但在決定消費者對於類似產品之需求彈性方面，就比較難發展出一套固定之規則，因為這項因素無法僅用功能或效果等項目予以決定，而必須視某項產品價格之變動，對於其他產品之市場需求有何種影響予以決定。如果二種產品之間的互換率相當高，當一種產品之價格有所調整，便會明顯影響另外一種產品之市場需求，則該二種產品便應屬於同一個產品市場（註 13）。由於此種衡量涉及複雜之市場經濟變化，因此可考慮採用其他較為容易判斷之因素，例如：其他企業進入此一市場（或發展相似產品）之困難度的高低，以便決定「相關產品市場」之範圍（註 14）。

吾人可以美國聯邦最高法院在近年中所判斷之案件為例，為了有效決定「相關產品市場」之範圍，其逐漸將過去在涉及克來登法 (Clayton Act) 第七條之企業合併案件中，用以做為判斷之因素（註 15），適用於相關案件（註 16）。這些因素包

註 11：同註 9。

註 12：參見：Thurman Indus., Inc. v. Pay N Pak Stores, Inc., 875 F.2d 1369 (9th Cir. 1989)；但如果二種產品之功能或作用相同，而在價格上有相當之差異，則不會被視為屬於相同之產品市場，因為在一般狀況下，消費者會因價格之差距而排除另外一項產品。參見：U.S. v. Archer-Daniels-Midland Co., 866 F.2d 189 (8th Cir. 1988)。

註 13：同註 9。

註 14：參見：Metro Mobile CTS, Inc. v. New Vector Communication, Inc., 892 F.2d 62 (9th Cir. 1989)。

註 15：參見：Brown Shoe Co. v. U.S., 370 U.S. 294 (1962); FTC v. Ticor Title

括：企業界因為產品之特性，而將其區分為不同種類者；產品本身具有之特性與用途；生產不同產品所需要之設備，可否用以生產其他產品；價格變化對於消費者之影響等等。以上這些標準在判斷智財權案件時，仍應一體適用，並不因而有何差異。

事實上這些不同之因素，只是將法院所必須做成之判斷予以細分，使每一個因素所占之比例降低，也使法院更容易做成決定。但美國聯邦最高法院也曾在其判決中強調，上述各項因素僅在幫助法院做成決定而已，法院依然必須考量其他重要因素，例如：在市場中存有公認之競爭者，則法院不得將其排除（註17）。

在決定「相關區域市場」時，所考量之因素與決定「相關產品市場」時之因素相同，唯一之不同點在於：在此將地理區域取代產品、服務項目（註18）。在做成本項決定時，法院是考量行為所發生之區域，以及消費者會考慮購買不同產品之區域（註19）。在此必須考量：行銷產品之區域、競爭者與其競爭之區域、因產品之特性而形成之銷售區域、因運輸條件之限制而形成之區域（註20）。

伍、智財權授權對市場之影響

當智慧財產授權契約中所做限制，對市場造成在未訂立此契約之前所不會產生之削弱市場競爭現象時，便須考量其中是否涉及反托拉斯法之相關問題，而可能造成本項考量之授權限制情形，大體上包括（註21）：

Ins. Co., 112 S.Ct. 2169 (1992).

註16：參見：Eastman Kodak Co. v. Image Fechnical Services, Inc., 112 S.Ct. 2072 (1992).

註17：參見：U.S. v. Continental Can Co., 378 U.S. 441, 449 (1964).

註18：參見：U.S. v. Philipsburg Nat'l Bank & Trust Co., 399 U.S. 350 (1970).

註19：參見：U.S. v. Marine Bancorporation, Inc. 418 U.S. 602 (1974).

註20：參見：FTC v. Procter & Gamble Co., 386 U.S. 568 (1967); Case-Surayne Co. v. Sunkist Growers, Inc., 369 F.2d 449 (9th Cir. 1966), cert. denied, 387 U.S. 932 (1967).

註21：同註4.

1. 限制被授權人銷售、代理其他產品，或使用其他技術；
2. 對於向可提供替代性技術、智慧財產之被授權人，予以變相性之懲罰；
3. 因為獲取他人之智慧財產，造成市場競爭之競爭；
4. 各個競爭者之間，彼此互相授權對方使用本身之智慧財產。
5. 做為契約標的之智慧財產並不具有太大之作用，卻以此為手段限制其他企業加入競爭；
6. 使少數具有研發某項技術之企業中之若干企業合併或共同研發。

吾人可以就下述幾種市場影響作一分析——

一、技術市場 (Technology Markets)

一般而言，授權契約會影響到相關之產品市場與科技市場；為有效判斷授權契約對於未來研發之影響，美國司法部在某些案件中會界定「研發市場」之範圍。在「技術市場」之範圍方面，應包括被授權使用、予以轉讓或購買取得之智慧財產，以及與該種智慧財產密切相關之其他技術、知識。如果相關智慧財產為以某項專利程序生產之某種產品，則在考量「技術市場」之範圍時，必須納入考量者包括：

1. 其他生產同類產品、消費者認為功能相同之其他產品之智慧財產或技術；
2. 與該項產品競爭之其他產品，以及用以生產該種產品之智慧財產或技術。

如果因為相關資訊不易取得，以致無法界定「技術市場」之範圍，則美國司法部會分析本項授權契約對於其他各項相關產品之影響。在此種狀況下，如果本項相關技術——可用以生產使消費者認為具有替代作用之產品——均具有相同之經濟效益，則美國司法部會假設各項有關技術在同一個「技術市場」中，具有相同之占有率。

如果授權契約所涉及之智慧財產為一項新發展之科技，則美國司法部會以二年做為市場對其之接受期。如果本項智慧財產尚未於商業用途中予以使用，則前述二年之期間由其商業發展開始起算。

二、產品市場 (Good Markets)

在有關產品市場之界定方面，不僅會包括功能相同、相似之各項產品，且會包括授權契約所涉及之產品的上、下游產品，以及與各該產品有關之智慧財產。因為授權契約本身所可能造成之影響，與上、下遊之產品均有關連。

三、研發市場 (Innovation Markets)

有能力就某項智慧財產所涉及之技術從事研發之企業並不多，而且各項研發工作又可與得辨認為特別資產或技術特性相結合，則可以考量本項授權契約對於各企業之研發工作所可能造成之影響。但在界定本項「研發市場」之範圍時，必須注意所設定之範圍是否正確，如果發現各個可以被納入此一「研發市場」之企業在互相合作之後，卻仍然無法有效將產品售價提升至不合理的程度或不合理限制未來研發工作，則本項「研發市場」之界定便不正確。

如果「研發市場」可以正確、合理界定，則在判斷其中各個企業之競爭力時，應依據下述之各項標準：

1. 從事研發所需要之各項特別資產或特性的比例；
2. 研發經費之比例；
3. 相關產品之比例；
4. 足以反映研究相同度之比例。

同時，在評估相關授權契約所可能帶來之競爭效果時，亦會評估：

1. 因本項授權契約之制定，而取消之替代性研究所造成之損害；
2. 因二個以上企業合併其研究所產生之經濟效益。

陸、智財權與水平／垂直關係

一、水平與垂直式市場分配

所謂「水平式市場分配」(horizontal market allocation)，係指在市場結構中位於同一層級之競爭者之間達成協議，就經銷區域、經銷對象或經銷產品等競爭事項予以區分，彼此各自在某一個領域內銷售，彼此互不侵犯（註 22）。此種限制行為，在傳統上一向被視為「當然違法」行為（註 23）；因此行為人既不得證明其行為之

註 22：參見：Timken Roller Bearing Co. v. U.S., 341 U.S. 593 (1951).

註 23：參見：U.S. v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927), Timken Roller Bearing Co. v. U.S., 341 U.S. 593 (1951), 另參見：Palmen v. BRG of

合理性，亦不得證明其市場影響力不足以影響競爭行爲（註 24）。

在決定市場分配行爲是否爲「當然違法」之前，必須先確定其並非「垂直式市場分配」(vertical market allocation)——即在市場結構中不同層級運作者分配市場（例如：生產廠商與其經銷商）(註 25)；因爲「垂直式市場分配」一向不被認爲當然具有反競爭性，且有可能達成合理之商業目的（註 26）。但此種區分不易，例如在商標或專利之授權案件中，如果商標所有人本身亦從事產品之銷售，則其與經銷商之間的分配市場協議，便有可能被界定爲「水平式市場分配」（註 27）。因此行爲人本身之目的便成爲重要因素，如其目的在促成各經銷商間有效之競爭，則其行爲便可被視爲「垂直式市場分配」；如果其目的在避免各經銷商彼此之競爭，則可將其作相反之認定（註 28）。

一旦界定水平式或垂直式之後，下一個問題便在於相關行爲本身之性質：該項行爲究係不當之限制市場競爭行爲或係合理之促進競爭行爲？此時，應由其樣態予以認定，而且必須探究行爲人之目的與該項行爲之效果；故即使行爲人以設立聯合投資 (joint venture) 之方式爲之，亦應探究其設立之真正目的，與其所可能產生之影響（註 29）。

Georgia, Inc., 1115. CT. 401 (1990).

註 24：Ibid.

註 25：參見：Murrow Furniture Galleries, Inc. v. Thomarville Furniture, 889 F.2d 524 (4th Cir. 1989).

註 26：參見：Int'l Logistics Group, Ltd. v. Chryslen Corp., 884 F.2d 904 (6th Cir. 1989).

註 27：參見：Instructional Systems Dev. Corp. v. Aetna Casualty & Surety Co., 817 F.2d 639 (10th Cir. 1987).

註 28：參見：Red Diamond Supply, Inc. v. Liguic Carbonic Corp. 637 F.2d 1001 (5th Co.), cert. denied, 454 U.S. 827 (1981).

註 29：同註 22；另參見：Tidmore Oil Co., Inc. v. BP Oil Co./Gulh Products Div., 932 F.2d 1384 (11th Cir. 1992); Seagood Trading Corp. v. Jenico, Inc. 924 F.

二、智財權於水平垂直之適用

水平式授權關係包括（註30）：

- (1)所涉及之智慧財產與被授權人已有或已控制之智慧財產，具有經濟上之可互換性。
- (2)如雙方為實質或可能之競爭者，則為相關市場中之水平關係。

除上述狀況以外者，一般均為垂直關係；例如：互補性、買賣關係或生產與行銷之不同階級。

至於水平式限制（Horizontal Restraints）一般會對競爭可能有害；除設定價格、瓜分市場、瓜分客戶、限制產量及某些共同杯葛行為，可能符合「當然違法」分析外，其他均運用「合理原則」。

柒、智財權與合理／當然違法原則

一、反托拉斯法判斷一般原則

任何二家以上企業所訂立之契約，不論其內容如何，對於商業行為多少均會有所限制，如果因此而認定其為不法行為，則契約法將不復存在（註31）。因此對反托拉斯法而言，其重點並不在於某項行為可能限制商業活動，而在於其是否可能因此對商業活動造成不合理之限制（註32）。在決定是否有此種不合理限制時，美國法院乃利用二種不同之分析方法：「當然違法原則」（per se illegal）與「合理原則」（rule of reason）（註33）；這二項分析方法之目的，均在決定某項限制對於

2d 1555 (11th Cir. 1991).

註30：同註4.

註31：參見：Nat'l Soc'y of Professional Engineers v. U.S., 435 U.S. 679 (1978).

註32：參見：CHA-Car, Inc. v. Calder Pace Course, Inc., 752 F.2d 609 (11th Cir. 1985).

註33：William C. Holmes, Intellectual Property and Antitrust Law, 5.01, 5.05, CBC, 1992. 參見：FTC v. Indiana Federation of Dentists, 106 S. Ct. 2009 (1986).

市場競爭之影響，以便決定其是否為反托拉斯法所欲禁止之限制行為（註 34）。

(一)合理原則

合理原則為反托拉斯法案件所採用之一般原則，其目的在決定某項限制是否對商業競爭造成不合理限制；但本項原則並非美國國會在立法時所規定者，而是「司法造法」之結果（註 35）。在適用本項原則時，原告必須先行舉證證明某項行為限制競爭，且屬於不合理之限制，而被告則先不須要說明此種限制為合理限制（註 36）；因此除非原告可以盡其舉證責任，否則便無本項原則之適用，原告也將會被判決敗訴。

當決定本項原則應予以適用，便須決定被告行為對於市場競爭之影響，而此種影響係依據「相關市場」之概念予以評估，包括分析雙方或被告之市場占有率、市場影響力與市場結構（註 37）。在本項原則之下，法院必須評估案件中所有相關之因素，以便決定其中是否有對商業行為之不合理限制（註 38）；在這種要求之下，法院必須對受影響之產業有相當之了解，並且必須評估相關行為對於競爭之優缺點。如果被告之行為對於競爭不具有重大影響，或僅有小量影響（de minimis），且被告有正當商業理由支持其採取此項行為，則在合理原則之下，該項行為就不是違法

註 34：參見：Nat'l Collegiate Athletic Ass'n v. Board of Regents of the University of Oklahoma, 468 U.S. 85 (1984).

註 35：參見：Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S., 221 U.S. 1 (1911)。本項原則也是促使美國國會在一九一四年制定克萊登法的原因之一，因為國會認為本項原則給予法官過大之自由裁量權。

註 36：參見：Courley v. Braden Indus., Inc. 613 F.2d 751 (9th Cir. 1980), cert. denied, 446 U.S. 965 (1980).

註 37：參見：Creck Corp. v. Whirlpool Corp., 579 F.2d 126 (2d Cir. 1978) (en banc), cert. denied, 439 U.S. 946 (1978)。但對於是否必須評估被告之市場占有率或影響力，仍有相當之爭議；參見：Nat'l Bancard Corp. v. Visa U.S.A., Inc., 779 F.2d 592 (11th Cir. 1986).

註 38：參見：Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp., 465 U.S. 752 (1984).

之行爲（註 39）。

在「合理原則」之下，某項行爲是否合法，主要在於其是否刺激競爭或妨礙競爭（註 40）。因此法院除決定被告行爲對於競爭之影響以外，尚必須決定可否用其他方式達成相同之促進競爭的效益，故如某項行爲之效果爲相當程度之降低競爭，則其便屬於違法行爲（註 41）。本項原則雖然給予執行機構與法院相當之彈性，但其重點仍在於被告行爲對於市場競爭之影響；因此往往必須同時考量下述各項因素：受影響之產業本身的特殊狀況；在相關行爲發生前與發生後，相關產業所產生之變化；被告之所以採行此項作法，所希望達成之目標、效果；是否有其他限制較少之行爲，亦可產生相同之效果（註 42）。

在美國反托拉斯法之發展歷史中，經濟理論一向扮演很重要之角色，對於執行機構與法院有著極爲深遠之影響（註 43）。在經濟學的影響之下，美國法院一般認爲垂直式非價格之限制（例如：廠商與不同經銷商規定各經銷商之銷售區域），比較有可能產生刺激競爭之效果，因此應適用「合理原則」予以分析（註 44）。但水平式之協定，如各個競爭者間所達成之協議，則普遍被視爲不利於競爭，故應適用「當然違法原則」予以分析（註 45）。在另外一方面，如果法院對於某項限制行爲本身，或對於其所影響之產業，在過去並沒有審理之經驗，則會傾向於採用「合理原則」進行分析，因爲法院對於其中所可能產生之經濟上之影響並不十分確定（註 46）。

註 39：參見：Muenster Butane, Inc. v. Stewart Co., 651 F.2d 292 (5th Cir. 1981).

註 40：參見：Board of Trade of the City of Chicago v. U.S., 246 U.S. 231 (1918).

註 41：參見：Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc., 597 F. Supp. 217 (D.D.C. 1984).

註 42：同註 31, 40.

註 43：參見：R. Bork, The Antitrust Paradox (1978).

註 44：參見：Transource Int'l, Inc. v. Trinity Indus., Inc., 725 F.2d 274 (5th Cir. 1984).

註 45：參見：Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc., 433 U.S. 36 (1977).

註 46：同註 33.

(二)當然違法原則

依當然違法原則，僅須從事有限度之分析，首先決定相關之行為是否確實存在，其次則決定該項行為是否為法院在過去認定屬於「當然違法」之行為中的一項；如果法院在進行上述二項分析之後，均獲得肯定之答案，則可直接認定被告之行為屬於違法行為，而不須考量該項行為在實際上所造成之損害，或被告採行本項行為有無合理之理由（註 47）。

與前述之「合理原則」相比較，當然違法原則並非法院一般所採用者，而係於例外狀況之下方予以採用之分析方式（註 48）。故本項原則為反托拉斯法適用中之例外原則，因此法院在適用本項原則時，必須對於被告所採取之行為類型已有相當之處理經驗，可以確信該項原則在「合理原則」之下亦會被視為不法行為（註 49）。本項原則之採用，一方面係因某些行為之反競爭性相當明顯，因此沒有必要再做進一步分析；另一方面則基於訴訟經濟與法律可預期性之考量，使業界有較為明顯之依循方向（註 50）。

二、合理原則與當然違法原則之互動

如果證明各被告間之行為屬於共同行為，非因巧合或其他合理因素而生之分別單獨行為，則下一步便在評估此等行為對於競爭之影響，亦即其中是否涉及對於市場競爭有不合理之限制；在做此種評估時，美國司法與行政機構均依循前述討論之「當然違法原則」與「合理原則」（註 51）。

由於「當然違法原則」之運用，會使被告之行為直接被認定為反托拉法規禁止之行為，因此在涉及薛爾曼法第一條之案件中，該項原則主要適用於限制轉售價格、水平式分配市場、與部份共同拒絕交易行為等各項。雖然「當然違法原則」所可適

註 47：參見：Northern Pacific Railway Co. v. U.S., 356 U.S. 1 (1958).

註 48：參見：Nat'l Collegiate Athletic Ass'n v. Board of Regents of the University of Oklahoma, 468 U.S. 85 (1984).

註 49：參見：Arizona v. Maricopa County Medical Society, 457 U.S. 332 (1982).

註 50：參見：Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde, 466 U.S. 2 (1984).

註 51：同註 31 ~ 34.

用之案件不只上述各種而已，且在理論上，只要某種行為可被證明對競爭具有特別不利之影響，又無合理之理由予以解釋時，便可適用該項原則；但美國法院在傳統上傾向於採行較為謹慎之態度，而不願意予以輕易援用（註 52）。

所有不適用「當然違法原則」之案件，便必須適用「合理原則」予以分析。由於合理原則為分析反托拉斯法案件之一般原則，因此在實際上運用的相當廣泛（註 53），故要分析其中之共通性並非易事。但在各種不同類型之案件中，決定之重點均在決定其中是否對於競爭狀況構成不合理之限制；而在做成本項決定時，沒有任何一項單一因素可以具有決定性之影響，法院必須平衡所有之因素（註 54）；因此亦造成在實務中，適用本項原則時很容易出現無法掌握之變數。

在各項不同因素中，美國法院最重視之二項因素為：相關限制行為之性質與其所造成之反競爭效果。在分析這些因素時，法院不僅必須考量相關行為對於現有與未來競爭者之影響，且必須考量：相關產業之市場結構與競爭狀況（註 55），其他企業進入此一市場之困難度（註 56），此種行為是否可能在達成較為經濟之生產、促進服務效率，或在保障本身之商譽（註 57）。其中尤其重要者在於各行為人之市

註 52：同註 49。

註 53：在 *Appalachian Coals, Inc. v. U.S.*, 288 U.S. 344 (1933) 案中，法院運用本項原則分析競爭者共用相同之經銷商的行為；在 *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.* 案件（參見：*Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977)），法院則依本項原則分析水平式分配市場之行為。

註 54：同註 45。

註 55：參見：*Lie v. St. Joseph Hospital of Mount Clements, Mich.*, 964 F.2d 567 (6th Cir. 1992); *A Abart Electric Supply, Inc. v. Emesson Electric, Co.*, 956 F.2d 1399 (2th Cir. 1992).

註 56：參見：*Timis Brothers Co., Inc. v. Ford Motor Co.*, 952 F.2d 715 (3d Cir. 1991), cert. denied, 1125 Ct. 3034 (1992); *Bhan v. NME Hosps., Inc.*, 929 F.2d 1404 (9th Cir. 1991).

註 57：參見：*Chited Airlines, Inc. v. Austin Travel Corp.*, 867 F.2d 737 (2d Cir.

場占有率、對市場之影響等，因為某些限制行為由一般小型企業為之可能為合理之限制，但如果由較為大型之企業從事，便可能成為不合理之限制（註 58）；因此有愈來愈多的法院見解認為，如果行為人不具有一定之市場影響力，則彼等所為之任何限制行為，會因為市場競爭而自行喪失效力，故不需援用反托拉斯法予以規範（註 59）。

由於任何共同行為均具有一定之限制競爭的效果，因此在「合理原則」之下，另外一項必須考量之重要因素，在於相關行為所欲達成之「目的」（註 60）；行為人是否希望透過此種行為達成合法之商業目的或有意損害市場競爭（註 61）？但在做本項考量時，行為人是否基於善意或惡意，並不具有決定性之因素，而僅是法院考量之各項不同因素中的一項而已（註 62）。而在行為人所欲達成之目的中，絕不能包含避免競爭，因為在「合理原則」之分析中，無法認為排除競爭行為本身是

1988); *Rothery Storage & Van Co. v. Athas Van Lines, Inc.*, 792 F.2d 210 (D.C. Cir. 1986).

註 58：參見：U.S. Dept of Justice, Antitrust Div., *Vertical Restraints Guidelines* (Jan. 23, 1985), 其中便明白規定，如果行為人之市場占有率低於 10%，則司法部對被告所為之垂直式非低於限制行為不會予以調查；另參見：*Reagin v. Blue Cross & Blue Shield of Kan., Inc.*, 899 F.2d 951 (10th Cir. 1990).

註 59：參見：*Oksanen v. Page Memorial Hospital*, 1991-2 Trade Caser (CCH) para. 69,562 (4th Cir. 1991); *Wilk v. Am. Medical Ass'n*, 895 F.2d 352 (7th Cir. 1990).

註 60：參見：*U.S. v. Columbia Steel Co.*, 334 U.S. 495 (1948).

註 61：參見：*Tidmore Oil Co., Inc. v. BP Oil Co./Gulh Products Div.*, 932 F.2d 1384 (11th Cir. 1992); *Seagood Trading Corp. v. Jenico, Inc.* 924 F.2d 1555 (11th Cir. 1991).

註 62：參見：*U.S. Football League v. Nat'l Football League*, 842 F.2d 1335 (2d Cir. 1988); *Northwest Power Prods., Inc. v. Omark Indus., Inc.*, 576 F.2d 83

一項合理之行爲（註 63）。

雖然在反托拉斯法案件中，美國行政與司法機構一般採用「合理原則」與「當然違法原則」做爲分析案件之基本原則，但並非所有案件均可用此種劃分方式。例如在涉及「搭售」之案件中，便採用另一種不同之分析方式，一方面要求原告負責證明被告之行爲的不當性，另一方面則要求被告證明其行爲之合理性（註 64）。

而且一旦決定某種類型之案件適宜用某項原則予以分析，並不代表在以後便不會有所改變。以商標授權爲例，在一九六七年之 *U.S. v. Arnold, Schwinn & Co.* 案中，美國聯邦最高法院便認爲，一旦商標所有人將貨物售與其經銷商之後，任何限制其銷售區域或銷售對象之行爲，均爲「當然違法」之行爲（註 65）；但不過十年之後，在一九七七年之 *Continental T.V.* 案中，該院卻推翻上述之判決，因爲法院認爲此種限制並不當然具有反競爭性，故應適用「合理原則」予以分析（註 66）。由此可以發現，由於經濟狀況之變化，以及市場結構之改變，法院與執行機構之態度亦必須不斷進行檢視，以做成適當之調整。

三、智財權相關原則之適用

大部份關於授權契約限制之案件，一般均依「合理原則」進行分析；但如授權契約中所涉及者爲單純之限定價格、限定產量、各個競爭者瓜分市場、限制轉售價格與某些共同杯葛行爲，則因各該行爲在反托拉斯法中傳統上便依「當然違法」原則予以判斷，故於授權契約中出現時，美國司法部仍會依「當然違法」原則未做判斷。

在決定應適用「合理原則」或「當然違法」原則時，美國司法部會先決定授權

(5th Cir. 1978), cert. denied, 439 U.S. 1116 (1979).

註 63：參見：註 31, at 696; 另參見：FTC v. Superior Trail Court Lawyers Ass'n, 493 U.S. 411 (1990).

註 64：參見：W. Holmes, Intellectual Property and Antitrust Law § 5.01 [2] (1983 w/1993 Supp.).

註 65：參見：338 U.S. 365 (1967).

註 66：同註 45.

契約中所做之限制，是否會產生經濟活動中效率與生產之結合；而在判斷本項結合狀況是否存在時，會依據契約雙方之業務、相關市場、相關契約限制之目的與所可達成之效果為因素予以判斷。如果發現並無法產生上述效率與生產之結合，且該項限制之內容為適用傳統「當然違法」原則之限制，則會認定其為「當然違法」，否則均會依「合理原則」予以判斷（註 67）。

一般而言，授權契約屬於對競爭有利之行爲，因其可使智慧財產與被授權人之其他生產、行銷要素相結合，故即使雙方具有「水平關係」，一般仍然依「合理原則」進行分析。如果做為授權契約標的之智慧財產較為先進，而且為被授權人普遍使用，則即使契約中有區域限制、銷售競爭者產品限制等，仍會以評估相關市場比例、市場集中度、競爭者加入之困難度等因素，依「合理原則」進行分析。

四、智財權授權與合理原則

在判斷智財權案件之合理原則時，可先擬制出反托拉斯法安全區（Safety Zone），亦即除非授權契約內有特殊之情況，否則符合下述條件者，美國司法部不會對其提起訴訟（註 68）：

1. 授權契約中所做之限制，並非反托拉斯法在傳統上以「當然違法」原則予以分析者，或直接判定其為「當然違法」者；
2. 雙方在各個相關市場中所占之比例，合計不超過 20 %；
3. 本項契約中未涉及二個企業之合併。

這不僅使智財權可以更為有效地發揮其功能，而且可以促進法律之安定性與可預期性，使智財權授權契約、讓與契約與法律行爲，發揮其應有之功效。

在依據「合理原則」進行智財權相關案例之分析時，首先判斷契約中之限制是否具有反競爭效果。如果分析後發現其有此種效果，再評估該項限制是否為創造足以超過此種不良效果之加強競爭效益的必要手段。

進行智財權反競爭效果之分析（Anticompetitive Effects）時，應該注意市場結構、合作及閉鎖性，當授權關係為水平關係時，則其中之限制傾向於造成強化設定

註 67：同註 4。

註 68：以下詳參註 4。

價格、限制產量、取得或維持壟斷力之危險。但如果雙方之授權關係為垂直關係，則授權限制所產生之反競爭效果，會因為該項授權契約可使被授權人取得重要資訊而被切斷。

再者，另應考量經濟效益與正當理由 (Efficiencies and Justifications)，如果美國司法部判斷某項授權契約中之限制具有反競爭性，會先行判斷該項限制是否具有經濟效益，然後再判斷該項限制是否為達成該項效益之必要手段，以及可否採用較為和緩之方式。同時，美國司法部會設法判斷是否有其他亦可達成相同之效果，但卻有其較少反競爭性之限制手段。

然後，再依據快速審查 (Quick-look) 方式分析，一般依「合理原則」進行判斷時，僅須予以快速審查 (Quick-look)，而不須再予以深入分析。如授權契約中所做之限制，為傳統反托拉斯法中「當然違法」行為，且在 "Quick-look" 後發現此種限制之目的並不在達成經濟效益，則美國司法部會對其提訴訟。

捌、智財權與限制轉售價格

在美國反托拉斯法之傳統中，最典型之「當然違法」行為應推限制或維持銷售價格之協議 (price-fixing agreements)，不論其內容為限制第一次銷售價格，或限制其後之轉售價格，亦不論各行為人之間是否為同一層級之競爭者，或不同層級之廠商與經銷商，此種協議一律適用「當然不法原則」之規定（註 69）。而且在型態上不限於明示之維持價格行為而已，下述各項間接限制價格之行為，亦均為法院視為「當然違法」之限制、維持銷售價格行為：

1. 競爭者協議共同取消給予經銷商短期無息遲延付款（註 70）；
2. 同一區域內之醫生同意不收取一定金額以上之治療者（註 71）；

註 69：參見：Goldfarb v. Virginia State Bar, 421 U.S. 773 (1975); U.S. v. Parker, Davis & Co., 362 U.S. 29 (1960).

註 70：參見：Catalano, Inc. v. Target Sales, Inc., 446 U.S. 643 (1980).

註 71：參見：U.S. v. Colgate Co., 250 U.S. 300 (1919); Arizona v. Maricopa County Medical Society, 457 U.S. 332 (1982).

3. 廠商與經銷商協議不予某一經常折價銷售之經銷商繼續交易（註 72）。

由於美國法學界對於法院所採行之嚴格態度迭有批評，因此美國聯邦最高法院在近年之判決中，對於涉及「垂直式」維持價格之案件，便明顯地採行較為寬鬆之態度（註 73）。

由於美國法院認為規定最低售價與最高售價之行爲，均屬於限制售價之行爲，因此一旦被視爲「當然違法」行爲，被告既不得以其所規定之售價爲合理價格做爲抗辯（註 74），而且原則上亦不得以此種行爲符合其他商業目的爲抗辯（註 75）。因爲「當然違法」原則所可能造成之嚴重結果，因此法院在訴訟中，一向要求原告必須提出相當有力之證據，以證明被告之行爲確屬共同限制售價之行爲；如果證據僅顯示生產廠商規定經銷商必須以某種價格出售，但無法證明其與各經銷商達成任何協議，則並不涉及違反薛爾曼法第一條規定之行爲，因本條不處罰任何單獨行爲（註 76）。但美國法院並未要求原告證明被告間存在「明示」之協議，如果可以由

註 72：同註 38。

註 73：參見：Posner, *The Next Step in the Antitrust Treatment of Destituted Distribution: Per Se Legality*, 48 U. Chi. L. Rev. 6 (1981); Wirtz, *Rethinking Price-Fixing*, 20 Ind. L. Ren. 591 (1987). 另參見：Itheatre Enters., Inc. v. Paramount Film Distrib. Corp., 346 U.S. 537 (1954); Business Elecs. Corp. v. Sharp Elecs. Corp., 485 U.S. 717 (1988).

註 74：參見：Mandeville Island Farms, Inc. v. Am. Crystal Sugar Co., 334 U.S. 219 (1948); Albrecht v. Heorald Co., 390 U.S. 145 (1968).

註 75：參見：U.S. v. All Star Indus., Inc., 1992-1 Trade Cas. (CCH) para. 69,869 (5th Cir. 1992)。但如果其中涉及專利授權，則專利人規定使用專利之產品的價格，並不一定會成爲「當然違法」行爲，因爲美國法院一向認爲專利法之規定在某種程度上爲反托拉斯法之例外；參見：U.S. v. Line Material Co., 333 U.S. 287 (1948).

註 76：參見：Utsech v. Dittmer, 947 F.2d 321 (8th Cir. 1991); III Corporate Travel, Inc., v. Am. Airlines, Inc., 889 F.2d 751 (7th Cir. 1989)。但如果生產廠商

證據中顯示其中有某種「默示」契約存在，原告亦足以盡其舉證責任（註 77）。

在確定行為人間是否具有限制、維持售價之協議時，有二種情況為美國實務上最感困擾之情形。其一在於行為人間有著相似或「平行」（parallel）之調整、制定價格行為，而且可以用合理之經濟或經營原因予以解釋；因此在高度集中之產業中，由於彼此競爭激烈，故可能會為了保有市場占有率而與競爭者同步調整價格（註 78）。因此在本類案件中，原告必須以被告間曾開會討論售價，或其調整價格不具有正當商業理由等證據，以證明共同行為之存在（註 79）。

另外一種情況則在於廠商所提供「建議」售價，但對於不按照其「建議」辦理之經銷商，則採取拒絕提供貨物或拒絕續約之行為。早在一九一九年之 Colgate & Co. 案中，美國聯邦最高法院便會明白表示，任何企業均有權選擇其願意與之交易的對象（註 80）；因此在此種情況之下，廠商可以主張其行為不過為企業自主經營之一種表現而已；單純之拒絕交易，因未涉及共同行為，故不違反薛爾曼法第一條之規定。但在企業實務中，廠商為有效維持其所「建議」之售價，往往會採行若干

具有相當之市場力量，故其經銷商因畏懼無法繼續其經銷關係，則其中亦可能涉及不合理之限制；另參見：Simpson v. Union Oil Co., 377 U.S. 13 (1964).

註 77：參見：Am. Tabaco Co. v. U.S., 328 U.S. 781 (1946); In re Petroleum Products, 906 F.2d 432 (9th Cir. 1990); U.S. v. Gravelly, 840 F.2d 1156 (4th Cir. 1988); Arnold Pontiac-GMC, Inc. v. Bud Bear, Inc., 826 F.2d 1335 (3d Cir. 1987); Dillard v. Merrill, Lynch, Pierce, Fenner & Smith, 961 F.2d 1148 (5th Cir. 1992).

註 78：參見：In re Beef Indus. Antitrust Litigation, 1990-2 Trade Cas. (CCH) para. 69,122 (5th Cir. 1990).

註 79：參見：City of Long Beach v. Standard Oil Co. of Cal., 872 F.2d 1401 (9th Cir. 1989); Bogosian v. Gulf Oil Corp., 561 F.2d 434 (3d Cir. 1977), cert Denied, 434 U.S. 1086 (1978).

註 80：250 U.S. 300; 15 U.S.C. § 18.

手段以確保其有效執行；故美國法院在下述狀況中，均判定其中之行爲屬於不法之共同限制競爭行爲：

1. 廠商要求經銷商承諾彼等會依據「建議」價格出售（註 81）；
2. 廠商得到若干經銷商之協助以確保其他經銷商遵循「建議」價格（註 82）；
3. 廠商具有足夠之市場力量以迫使其經銷商遵循「建議」價格（註 83）。

一旦確定行爲人之間具有某種協議，下一個問題便在於其行爲之內容是否爲限制、維持售價之行爲；因爲被告所採行之行爲，並不一定是直接規定彼此或經銷商之售價，而可能是採行其他方式，在表面上似乎與售價無關，但實際上卻直接影響價格之制定。舉例而言，如果各行爲人之間達成協議，同意限制產量、劃分銷售區域、不與提供折扣價之經銷商來往者，其中是否亦包括限制售價行爲？在這些案件中，美國法院會探求行爲人之目的與其效果，如果二者均在限制售價，則至少當相關行爲屬於「水平式」行爲時，法院會認爲其中涉及限制售價，應適用「當然違法」原則（註 84）。因此在下述案件中，美國法院判定被告之行爲，屬於「間接式」限制售價之行爲：

1. 各競爭者間同意將售餘貨物全數買回以穩定價格（註 85）；
2. 各競爭者間同意在貨物中使用相同比例之原料以降低價格（註 86）；
3. 各競爭者間同意不在某項工程中競標以維持價格（註 87）。

註 81：參見：FTC v. Beech-Nut Packing Co., 257 U.S. 441 (1922).

註 82：參見：U.S. v. General Motors Co., 384 U.S. 127 (1966).

註 83：參見：Canadian Am. Oil Co. v. Union Oil Co., 577 F.2d 468 (9th Cir.), cert. denied, 439 U.S. 912 (1978).

註 84：參見註 73 Business Elecs 案；本案確立此種「間接式」限制售價協議之適用「當然違法」原則，限於「水平式」行爲，而不及於「垂直式」行爲。

註 85：參見：U.S. v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940).

註 86：參見：Nat'l Macaroni Manufacturers Ass'n v. FTC, 345 F.2d 421 (7th Cir. 1965).

註 87：參見：Hahn v. Oregon Physicians' Service, 868 F.2d 1022 (9th Cir. 1989).

但這並不表示競爭者之間便無法達成任何可能涉及限制售價之協議，因為適用「當然違法」原則之前提在於行為之目的與效果均在限制競爭；故如果行為人可證明其目的在減少資源之浪費，或不採行聯合行為便不會形成市場，則法院會以「合理原則」予以分析（註 88）。

如果相關之「間接性」限制售價行為屬於「垂直式」行為，則美國法院拒絕適用「當然違法」原則，因為本項原則具有相同大之威力，可能會迫使廠商無法因正當理由而與經銷商解約；故在本類案件之中，均以「合理原則」進行分析（註 89）。

玖、智財權與搭售協定

所謂搭售限制 (Tying Restriction)，係指在智慧財產權相關產品、技術之買賣、租賃或授權中，權利人為促銷其產品（或為加強市場占有率），往往會於契約中規定，如果另一方希望成為某項產品（一般稱為 "Tying Product"）之經銷商或被授權人，則必須同時購買（或使用）其他產品（一般稱為 "Tied Product"），而後者往往係另外一方所不需要之產品，或係另外一方在市場上可以取得品質較好、價格較低之同類產品，此種強制他方接受另外一項產品，以取得其所真正需要之產品的契約，一般稱為「搭售契約」(Tying Agreement)(註 90)。在有關搭售之案件中，如果原告要證明被告之搭售行為係「當然違法」行為，則原告必須證明：

(1)事實上二種不同產品之存在（註 91）。至於是否確有二種不同產品之存在，並

註 88：在註 34 之 Nat'l Collegiate Athletic Ass'n 案中，如果 NCAA 不與三大電視公司洽談大眾美式足球比賽之轉播權利金，而由各大眾自行洽談，則此項轉播可能根本無法實現，故美國聯邦最高法院拒絕適用「當然違法」原則。

另參見：Volve North America Corp. v. Men's Int'l Professional Tennis Council, 857 F.2d 55 (2d Cir. 1988).

註 89：同註 84.

註 90：參見：Jefferson Parish Hosp. Dist. No.2 v. Hyde, 466 U.S. 2 (1984).

註 91：參見：Time-Picture Publishing Co. v. U.S., 345 U.S. 594 (1953).

非以其功能間是否有關為前提，而係以市場上消費者之需求為判斷基準；換言之，係以消費者於購買產品時，是否會以二種不同產品分別予以購買為決定之標準（註 92）。

- (2)雙方之契約中規定，如果買方（或有意取得授權者）希望取僅得某項產品之經銷權或使用權，必須同時向賣方購買另外一項產品（或向權利人取得另外一項產品之授權）（註 93）。
- (3)賣方或授權人在市場中，對於 "Tying Product" 享有足夠的經濟力量，迫使買方或有意取得授權者必須同意接受 "Tied Product"（註 94）。
- (4)該項契約對於貿易具有實質影響（註 95）。

當搭售契約中之 "Tying Product" 為享有專利或著作權之產品，且涉及相當數額之金額時，美國法院在傳統上便直接推定本項搭售契約為不法契約，而將舉證責任倒轉，要求被告須證明該項契約之適法性（註 96）。在 *U.S. v. Paramount Pic-*

註 92：例如 *Service & Training, Inc. v. Data Gen, Corp.*, 963 F.2d 680 (4th Cir. 1992), at 684.

註 93：參見：*U.S. Steel Corp. v. Fortner Enters, Inc.*, 429 U.S. 610 (1977).

註 94：Ibid.

註 95：參見：*Int's Salt Co. v. U.S.*, 332 U.S. 392 (1947).

註 96：同上註；另參見：*U.S. v. Loew s, Inc.*, 371 U.S. 38 (1962). 但在 "Tying Product" 為享有專利之產品時，因為美國國會於一九八八年所通過之「1988年專利授權濫用修正法」(the Patent Misuse Reform Act of 1988, Art of Nov. 19, 1988, Pub. L. No. 100-703, § 201, 102 Stat. 4674 (Codified at 35 U.S.C. § 271 (d)(4)(5) (1988)) 中明文規定，不可僅因某項產品為享有專利之產品，便直接推定該項產品在市場中具有一定之力量；35 U.S.C. § 271 (d)(5) (1988). 故於涉及享有專利之產品的搭售契約案件中，法院必須先決定該項產品在市場中之實際占有率，判斷其是否有足夠之市場力量，迫使買方或被授權人接受 "Tied Product"，而不會再如以往般僅因 "Tying Product" 為享有專利之產品，便直接推定其已具有市場力量；參見：*Calkins,*

tures, Inc. 案中，被告電影公司除要求院商收取一定門票價金給予某些院商「首輪」放映權之外，並於授權契約中規定，院商每年必須向被告租賃一定數量之影片放映，而不問院商實際上有意放映影片之數量，美國聯邦最高法院援引其過去對於專利產品搭售契約之判例，判定被告之行爲係不法搭售行爲，違反薛爾曼反托拉斯法第一條之規定，因爲在該項契約之下，院商因受最低租賃額之限制，故除租賃其有意播放之影片外，尚必須租賃其所無意播放之影片（註 97）。

在另外一個涉及電影公司租賃影片之案件中，被告電影公司採用整批授權之方式，要求電視台必須在一定期間內租賃一定數量之影片，否則便不授權電視台播映該公司所出版之任何影片，而不問電視台實際播映影片之數量（註 98）。美國聯邦最高法院在判決中指出，搭售契約本身是否違法，必須視 "Tying Product" 是否具有足夠的市場力量，足以限制 "Tied Product" 在市場中之自由競爭；在一般涉及搭售契約之案件中，原告雖應舉證說明 "Tying Product" 之市場占有率，以證明該項產品之市場力量，但如 "Tying Product" 享有專利或著作權，則法院可直接推定其已具有足夠之市場力量，而將準證責任倒轉至被告，由被告提出反證證明該項產品不具有足夠之市場力量（註 99）。

近年來由於資訊業的發達，涉及搭售協定之案件亦由過去以電影著作與音樂著作爲主，轉成以資訊產品（包括：電腦軟體、硬體、維修或資料）爲主。在涉及電腦軟體搭售契約之案件中，雖然電腦軟體主要係受到著作權之保障，但美國法院卻傾向於以專利產品搭售之方式處理，因爲在電腦軟體之案件中，美國法院發現軟體

Patent Law: The Impact of 1988 Patent Misuse Reform Act and Noerr-Pennington Doctrine in Misuse Defenses and Antitrust Counterclaims, 38 Drake L. Rev. 175 (1988). 有關該法之討論，以及專利權濫用之問題，請參陳家駿，公平交易法中行使專利權之不正當行爲，法令月刊第四十五卷第一期，83 年 1 月，P.16 ~ 22。

註 97：例如 U.S. v. Paramount Pictures, Inc. 334 U.S. 131 (1948), at 159.

註 98：同註 96，U.S. v. Loew's, Inc.

註 99：同上註，at 51-52.

使用人所重視者並非觀念之表達，而係重視相關軟體可以符合其需求之有效性（或相關軟體可以達成協定目的之有效性），造成電腦軟體在實質上缺乏可代替性，使電腦軟體比其他著作物更接近享有專利之產品（註100）。因此在若干案件中，因為"Typing Product"為享有著作權之電腦軟體，故美國法院便直接推定其具有足夠之市場力量（註101）。

雖然美國法院認為電腦軟體比其他著作物較具有專利產品之特性，且美國法院傳統上推定享有著作權之產品便享有市場力量，但此種態度在近年來已有所轉變（註102）。在 *A.I. Root Co. v. Computer Dynamics, Inc.* 案中，雖然原告主張之"Typing Product"為受到著作權保障之電腦軟體，但因被告之軟體在市場占有率有限（不足5%），且亦不具有任何特殊性，故法院拒絕因該項產品為享有著作權之產品，便直接推定其具有市場力量（註103）。

但在涉及電腦產品之售契約案件中，美國法院也面對另一難以解決的問題：如因原告所主張之"Typing Product"與"Tied Product"均為電腦相關產品，則其中是否涉及二種不同型態之產品？因為在搭售契約案件中，必須有二種不同產品之結合才產生搭售，否則在僅有一種產品之狀況下，便無所謂搭售問題之產生。對於這個問題，美國法院基本上仍以市場中消費者之需求為決定標準，但因為電腦軟體（或

註100：參見：Note, Clarifying the Copyright Misuse Defense: The Role of Antitrust Standards and First Amendment Values, 104 *Harv. L. Rev.* 1289 (1991).

註101：例如 *Digidyne Corp. v. Data General Corp.*, 734 F.2d 1336 (9th Cir. 1984). 本案之"Tied Product"為被告所生產之電腦硬體，"Typing Product"為被告設計供以操作該硬體之電腦軟體；原告所生產之電腦硬體為被告之競爭廠商，被告拒絕單獨授權原告使用其所設計之軟體，迫使原告必須向被告另行購買電腦硬體，才可以獲得軟體之使用授權。

註102：例如 *Mozart Co. v. Mercedes-Benz of N. America, Inc.*, 833 F.2d 1342 (9th Cir. 1987)；本案法院便認為，不可僅因其中所涉及之產品為享有著作權之產品，便直接推定其具有市場力量。

註103：806 F.2d 673 (1986).

其他電腦相關產品)之特殊性,故法院亦同時考量消費者在使用不同產品所獲得之效益性(註104)。在這種分析方式之下,造成在實際案件中判斷不易,而必須由每一個不同案件分別予以決定:

- (1) 當電腦軟體著作權人僅對在其所生產之電腦硬體中使用者,提供軟體之瑕疵擔保,並不涉及搭售問題,因其中並無二種不同產品(註105)。
- (2) 權利人對於享有著作權之電腦資訊採「包裹授權」(Package License)之方式,而不採單位授權,並不涉及搭售(註106)。
- (3) 著作權人之診斷軟體為其維修電腦服務之部分,並不是與電腦維修分別之不同產品(註107)。
- (4) 影印機製造商拒絕將相關零件售予獨立之維修廠商,並僅將零件售與由製造商進行維修之客戶,其中便涉及二項不同產品——零件與維修,因為製造商在安排上便應將其分離(註108)。

授權契約中之「搭售」限制,可能有助於市場競爭,因此,惟有在下列狀況時,才會被判定為不法限制(註109):

1. 在 Tying 產品市場中具有足夠之市場力量,足以限制 tied 產品市場之競爭;
2. 對於 tied 產品之市場造成反競爭效果;以及
3. 「搭售」行為所可能產生之經濟效果低於其反競爭效果。

美國司法院認為即使授權契約中所涉及之智慧財產為專利,且其中有「搭售」

註104:同註93;及同註92與100.

註105:例如 Xeta, Inc. v. Atex, Inc., 852 F.2d 1280 (Fed. Cir 1988).

註106:參見:United Telephone Co. of Missouri v. Johnson Publishing Co., 855 F.2d 604 (8th Cir. 1988).

註107:例如 Service & Training, Inc. v. Data Gen, Corp., 963 F.2d 680 (4th Cir. 1992).

註108:Image Technical Service, Inc. v. Eastman Kodak Co., 903 F.2d 612 (9th Cir. 1990), Affid, Kodak v. Independent Service Organization.

註109:同註4.

之限制，並不代表專利權人因此便享有市場力。但專利權人是否因其有專利便可推定其產品具有市場力，在美國判例中仍有爭議。

當授權契約中所採用之整批授權中出現下述情形時，該項契約會被判定為不法銷售：

1. 其中所涉及之各個智慧財產的內容不同；以及
2. 智慧財產所有人利用其就某一個智慧財產所進行之授權，強制被授權人接受另外一個智慧財產之授權。

拾、智財權與獨家交易

在商務契約之中，如果買方同意僅向特定賣方購買某項產品，或賣方同意僅於某項產品售予特定買方，此種契約便稱為獨家供應或獨家銷售契約（註 110）。這種獨家供應（exclusive dealing）、銷售契約雖然在商業實務中經常使用，但其對於市場競爭卻有相當不利之影響，因為在獨家供應之狀況中，會使與該特定賣方競爭之其他廠商，無法獲得重要客戶；而在獨家銷售之契約中，又可能會使與該特定買方競爭之經銷商，無法獲得有效之供貨源。但在另外一方面，此種契約亦可以促進市場中貨物之流通，由買方之立場而言，如果可以指定其貨源，則不僅可以進行長期規劃，而且可以避免貨源短缺、貨價不穩之困擾；由賣方之立場而言，具有固定之銷售來源，不僅可以有效降低營業成本，而且可以規劃其他方面之發展。

正由於獨家供應、銷售契約本身，可同時對於市場競爭帶來正反二種完全不同之影響，因此造成法院在處理相關案件中特別謹慎，同時判決結果也特別分歧。除此之外，由於其契約本身之特殊性，因此可以適用之反托拉斯法規亦不少；雖然在司法實務中，主要係以克來登法第三條之規定予以規定，但亦有法院採援用薛爾曼法第一條（註 111），或聯邦貿易委員會法第五條予以規範（註 112）；在援用不同

註 110：有關本項問題之一般討論，參見：ABA, Antitrust Section, Refusals to Deal and Exclusive Distributership (Monograph No. 9, 1983).

註 111：參見：Bravman v. Bassett Furniture Indus., Inc., 552 F.2d 90 (3d Cir), cert. denied, 434 U.S. 823 (1977).

註 112：參見：L.G. Bulfour Co. v. FTC, 442 F.2d 1 (7th Cir. 1971).

法規予以規範時，便會涉及不同之構成要件，與法院所採行之不同評估標準，因此更造成處理本類案件之複雜性。

在援用克來登法第三條予以規範時，美國司法實務界基本上係依據美國聯邦最高法院在一九六一年之 *Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co.* 案中所建立之標準予以判斷；本案主要係涉及一家電力公司與一家煤礦公司所訂立之二十年獨家銷售契約，雖然其中之金額相當龐大，但以煤礦公司所處之競爭市場而言，該金額僅占所有煤礦銷售金額的 1% 而已（註 113）。美國聯邦最高法院在本案中，建立三段式分析法以評估獨家供應、銷售契約之合法性（註 114）：

1. 在第一段分析中，首先必須要確立相關之「產品市場」，以確立可能之影響之市場競爭的範圍（其中包括：與該特定買方或賣方競爭者）；
2. 第二步則在確立會受到本項契約所影響之「區域市場」，以確定其可能影響之範圍；
3. 第三步則在評估該項契約，是否對相關市場之競爭造成不利之影響——是否使相當數量之競爭行為消失。

雖然在決定受影響之市場競爭的範圍時，最簡便之方法乃在採用統計之方式，評估相關契約在「相關市場」中所占之比例；但美國法院在實務上卻一向不願意採用此種方式，反而願意運用更為複雜之方式，因為如此才可以有效評估影響之程度與範圍。因此法院在進行評估時，往往會考量：契約雙方當事人在市場中所具有之力量、契約本身與「相關市場」之比例、該項契約對於市場競爭行為可能造成之影響等因素（註 115）。由於法院所考量之因素與援用「合理原則」時所考量之因素相當，因此一般的行為在本類案件中，如果以克來登法第三條予以規範時，係依「合理原則」予以判斷，而非依「當然違法原則」為判決之基礎（註 116）。

註 113：365 U.S. 320 (1961).

註 114：Ibid, at 327-328.

註 115：Ibid, at 333-335.

註 116：參見：*Cornwell Quality Tools Co. v. C.T.S. Co.*, 446 F.2d 825 (9th Cir. 1971), cert. denied, 404 U.S. 1049 (1972); *Advanced Health Care Servs. v.*

由於美國法院對於「當然違法原則」之適用，採行相當謹慎之態度，因此在以薛爾曼法第一條之規定處理獨家供應、銷售契約時，一般均依據「合理原則」作為判決之標準（註117）。因此法院亦會考量各項不同因素，以決定被告之行爲的合理性，其中包括：確立「相關市場」之範圍、相關契約對於市場競爭之影響、相關契約之不合理性等（註118）。

但在援用聯邦貿易委員會法規範獨家供應、銷售契約時，美國法院則傾向採用稍微不同之標準；在 *FTC v. Brown Shee Co.* 案中，美國聯邦最高法院便明白表示，此種契約本身雖僅具有「初期」(incipient) 限制市場競爭之效果，但如果不予以規範，則日後可能會造成全面性之影響（註119）。因此雖然本案被告之銷售金額，在全國鞋業市場中僅占1%，但由於與其訂立獨家銷售契約之鞋商的數目衆多，因此仍判定該契約違反聯邦貿易委員會法第五條之規定。在此種狀況之下，雖然亦可以認為法院採行「合理原則」，但似乎法院在評估各項因素之比重時，對於受影響之數量的重視程度遠超過對於其他因素之重視程度。

授權契約中有關「獨家授權」之規定，有二種可能之型式：專屬授權契約（不再授權其他人）與“tied-out”（限制被授權人不可購買、行銷、使用其他人之產品、技術）。在“tied-out”之情形，有可能出現反競爭效果，但必須視被授權人之競爭者，可否有效發展與其競爭之智慧財產為判斷。但“tied-out”亦可能有助於競爭，因為此種方式會迫使被授權人專注於發展、行銷所被授權之智慧財產，或發展該種智慧財產之特殊用途。

Radford Community Hosp., 910 F.2d 139 (4th Cir. 1990).

註117：參見：US Football League v. Nat'l Football League, 842 F.2d 1335 (2d Cir. 1988); Collins v. Associated Pathologists, Ltd., 844 F.2d 473 (7th Cir. 1988).

註118：參見：Oltz v. St. Peter's Community Hosp., 861 F.2d 1440 (9th Cir. 1988); Englert v. City of McKeesport, 1989-1 Trade Cas. (CCH) Para. 68, 545 (3d Cir. 1989).

註119：384 U.S. 316, 319-322 (1966).

拾壹、智財權特殊型態類型（註 120）

一、交互授權與聯合授權（Cross-License & Pooling Arrangement）

交互授權係指二個智財權所有人，互相授權對方使用自己之智財，而聯合授權，則指二個以上之智財權所有人，將各人之智財集中，共同授權其他人使用。採用此種授權方式之理由甚多，有為達成權利計算之便利，有在避免互相侵害，但亦有在排除其他競爭者。

此種授權方式可以同時具有二種不同之競爭效果。當各個智慧財產所有人（尤其在專利）合作行銷聯合授權中之智慧財產，且共同規定價格或產量，可能會違反薛爾曼法第一條之規定。

雙方如果因訴訟和解而達成交互授權之協議，一般會有助於競爭，但如本項授權關係為水平關係，則美國司法院考量此種授權方式是否為消除雙方訴訟之必要手段。而在聯合授權行為中，參與者並不需要向所有的競爭者開放，但如果參與聯合授權之各個智慧財產所有人具有水平關係，且將各個智慧財產所有人之市場力合併計算後具有一定之市場力量，則待等所從事之聯合授權行為會有害競爭。

二、回饋授權（Grantback License）

智財在實際使用後，會發現其可產生不同之效果，或將其改善後可有更大之效果；智財權所有人為確保本身可享受此種利益，乃於授權契約中要求對方將因使用所獲得之改良成果，再回轉授權給原所有人，或將其讓與原所有人。

此種授權方式可以使權利人與被授權人雙方共同分擔研發風險，且使被授權人可以在日後獲得研發之各項資訊，故其可有助於市場競爭；但在另一方面，亦會造成被授權人無意從事研發，而減少市場競爭，故亦具有反競爭性。美國司法院即考量其對於減少研發成本，以及對於「研發市場」與「科技市場」之影響。

三、無效智財權之執行

註 120：同註 4，關於專利授權之相關案例，請參陳家駿，專利授權與不公平競爭——以美國反托拉斯案例法為中心，公平交易季刊第一卷第二期，82 年 4 月。

法律之所以給予智財權所有人排他權，係因其有助於人類文明與促進人類生活，但如任何人以詐欺之方式獲得智財權，則不僅其權利應無效，且應予以處罰。若不採用此種作法，則任何人均可以不正手段設法獲取智財權，不僅不利於市場競爭，且對其競爭者形成不公平。

如果企業採用詐欺之方式而獲得智慧財產，且欲行使其效力，則在符合其他相關要件之狀況下，可能構成不法壟斷之取得或維持；但此種案例之成立，不包括企業以「不公平方式」(inequitable conduct) 獲得智慧財產者。故當智慧財產所有人知其所有之智慧財產無效，但仍基於惡意提起訴訟，則在符合其他各項相關要件之下，亦可成爲不法壟斷之取得或維持。

拾貳、美國聯邦司法部相關見解之變動 ——代結論

有關智慧財產權授權所引發之反托拉斯法相關問題，雖然早在本世紀初期便已由美國聯邦最高法院做成判例（註 121），但做爲美國反托拉斯法主要執行機關之聯邦司法部，則一直到一九七〇年代中期才有系統之方式，明確表達其對於此一問題之看法。一九七五年美國聯邦司法部主管反托拉斯法部門，列舉九項不法之授權契約限制（註 122）：1. 搭售協定；2. 專屬性回饋授權；3. 轉售對象之限制；4. 限

註 121：參見：Bauer & Cir v. O'Donnell, 229 U.S. (1913); U.S. v. General Electric Co., 272 U.S. 476 (1926).

註 122：Remarks by Bruce Wilson, Department of Justice, "Law on Licensing Practices: Myth or Reality" (1/21/75), reprinted in Antitrust & Trade Reg. Rep. (BNA) No. 799, at E-1 (Feb. 1, 1977). 本項原則一般被稱爲「九不」原則 (the Nine "No-Nos"). (1) Tying Arrangements (unlawful to require a licensee to purchase unpatented materials from the licensor); (2) Assignment or Exclusive Grantback of Improvements (unlawful for a patentee to require a licensee to assign to the patentee any patent which may be issued to the

制被授權人生產或銷售與授權使用之專利無關的產品或服務；5. 與獲授權人約定，在未取得其許可之前，不再授權其他第三人；6. 強制性整批授權；7. 權利金之收取不依合理銷售比例決定；8. 限制被授權人出售使用專利程序所製造之無專利產品；以及9. 限制轉售價格。上述各項原則，基本上反映美國法院對於授權契約限制之看法。

其後美國聯邦司法部於一九七七年制定 International Guidelines 時，亦採納上述之各項原則（註123）。在這份 Guidelines 中，司法部認為下述行為對於市場競爭不利，違反反托拉斯法之規定（註124）：1. 智慧財產權人在授權契約中禁止

licensee after the licensing arrangement is executed); (3) Purchaser of a patented product in the resale of that product); (4) Licensee's Freedom to Deal in Goods and Services Not Covered by the Patent (patentee may not restrict his licensee's freedom to deal in the products or services not within the scope of the patent); (5) Exclusivity in License Grant (unlawful for a patentee to agree with his licensee that he will not, without the licensee's consent, grant further licenses to any other person); (6) Mandatory Package Licensing (mandatory package licensing (licensing only a group of patents) is an unlawful extension of the patent grant); (7) Conditioning Grant of License on Licensee's Agreement to Pay Royalties Not Reasonably Related to Sales; (8) Restricting Sales of Unpatented Goods Made by a Patented Process (unlawful for the owner of a process patent to attempt to place restrictions on his licensee's sales of products made by the use of the Patented process); (9) Dictating the Price Licensee Can Charge for the Licensed Product (unlawful for a patentee to require a licensee to adhere to any specified or minimum price with respect to the licensee's sale of the licensed products).

註123：參見：Antitrust Guidelines for International Operates, reprinted in Antitrust & Trade Reg. Rep. (BNA) No. 799, at E-1 (Feb. 1, 1977).

註124：1977 International Guidelines at Cases E-1.

被授權人將產品銷往美國；2. 專屬性回饋授權；3. 授權契約之雙方互為限制；4. 禁止「平行輸入」；5. 搭售協定。

但隨著經濟情況之轉變，以及執政者的改變，不論上述一九七五年所列舉者或一九七七年所規定者，到了一九八〇年代均有重大改變；不僅聯邦司法部之態度有所轉變，而且美國法院之態度亦有所轉變（註125）。在此種背景之下，美國聯邦司法部於一九八八年所制定之 International Guidelines 中，不僅大幅度變更一九七七年 International Guidelines 之規定，甚至遠較美國法院之相關判例亦有若干出入（註126）。在這份 Guidelines 之中，聯邦司法部不僅明示其政策之改變，而且不再認為授權契約中之限制會對市場競爭造成過大之不利影響，反而認為此種不良影響為授權契約之必然產物（註127）。

在一九八八年 Guidelines 中，聯邦司法部首先明白表示，反托拉斯法與智慧財產權之基本目的均在鼓勵科技發展、保障消費者，因此並不認為二者之間存在任何潛在之衝突，亦不認為享有智慧財產權便會使所有人因此享有市場控制力量（即使在享有壟斷性最強的專利權之狀況下，亦不因此具有壟斷力）（註128）。美國聯邦司法部甚至主張，即使企業因取得智慧財產權而造成其因此具有壟斷力量時，亦不因此產生潛在之違法問題，因為智慧財產權所有人，應有權享受智慧財產可創造之任何市場力量（註129）。基於本項信念，美國聯邦司法部乃主張，即使智慧財產權

註125：參見：Rule, Developments in Antitrust Law Relating to Intellectual Property:

The Administration Views: Antitrust Analysis After the Nine No-Nos, 55 Antitrust L.J. 365 (1986).

註126：參見：Williams C. Holmes, Intellectual Property And Antitrust Law (1993).

註127：參見：1988 Antitrust Guidelines for International Operation, reprinted in 55 Antitrust & Trade Reg. Rep. (BNA) No. 1391 (Nov. 1988).

註128：1988 International Guidelines § 3.6. 有關專利權人是否因享有專利，便當然具有壟斷力量之部分，1988 International Guidelines 便明顯與美國聯邦最高法院之判例衝突；參見：Jefferson Parish Hospital Distrust No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2 (1984).

註129：同上註。

人在授權契約中做成可使其獲得最大回收之限制，此種限制可能會對消費者產生相當程度之助益（註 130）；因此一九八八年 International Guidelines 中一反過去之規定方式，並未列舉任何違法或合法之授權契約限制條款，而完全以該種限制所可能造成違反競爭性與其可能產生之經濟效益予以比較，做為判斷該項限制合法性之標準（註 131）。

在一九八八年 International Guidelines 之下，美國聯邦司法部於判斷某項授權契約之限制是否合法時，除非雙方係以授權契約為掩護，而實際上卻從事不法行為，否則均會依「合理原則」予以分析（註 132）。在「合理原則」之分析方式下，當面對實際案件時，聯邦司法部會採行下述四個步驟進行分析（註 133）：

1. 授權契約中所做之限制條款，是否對相關「科技市場」之競爭有所限制；
2. 授權契約中所做之限制條款，是否對雙方為競爭者或可能競爭者之相關市場的競爭有所限制；
3. 授權契約中所做之垂直限制，是否會造成超過智慧財產權內在力量之排他效力或促成雙方共謀；以及
4. 授權契約中有助於競爭之效益，是否會超過其所造成之反競爭效果。

在界定「科技市場」之範圍時，其中之重點在於涉及互相競爭之科技間的交互授權與聯合授權之競爭效果（註 134）。而在界定「產品市場」時，明令依循有關規範企業併購之 Merger Guidelines 的規定辦理（註 135）。而在評估各相關企業、

註 130：1988 International Guidelines § 3.61.

註 131：同上註。

註 132：本項原則為美國聯邦最高法院在一九一一年之 Standard Oil Co. of N.J. v. U.S., 221 U.S. 1 (1911) 所創造之一項反托拉斯法的司法分析原則。在本項原則之下，法院會評估相關案件中之各項相關事實，然後再判斷其中是否有反托拉斯法所禁止之情形。

註 133：1988 International Guidelines § 3.62.

註 134：1988 International Guidelines § 3.63.

註 135：同上註。

科技之市場占有率時，聯邦司法部會依其可取得之各項相關資訊予以判斷，並且會依據各相關科技本身之優點，用以評估市場占有率（註 136）。如果將授權契約中雙方當事人之市場占有率合併計算後，發現其中可能會造成反競爭效果時，則聯邦司法部會檢視其他相關企業現有之科技或正在進行之研究發展工作，是否足以對抗上述合併計算之市場占有率所代表之市場力（註 137）。

由於不同科技本身所具有之異質性，以及授權契約中所做之限制往往不及企業併購所生之限制嚴格，因此美國聯邦司法部一般並不耽心各個智慧財產權人之間會產生共謀。但如果授權契約之包含範圍過於廣泛，使其真正可能目的在於造成各企業之聯合，而非僅在使競爭者無法取得某項特別資訊時，此種授權契約便值得予以注意（註 138）。

當授權契約因其規定而造成對於市場競爭之限制時，其所造成之影響並不一定限於契約所規範之智慧財產權與因此所製造之產品，而可能會影響到互相競爭之其他智慧財產與產品、具有替代性之智慧財產與產品，乃至上、下游之各項產品；因此，在分析本項授權契約對於各個相關市場之影響時，首先應考量如契約雙方採行合併之方式，是否會對各相關市場造成反競爭效果，其次再分析是否有其他因素足以阻止市場力量之發展（例如：進入市場之難易程度）（註 139）。在經過上述之分析後，僅有少數授權契約會被質疑。因為（註 140）：

1. 一般而言，授權契約所造成之反競爭性，會低於單純合併所可能造成之反競爭性；
2. 聯邦司法部不會考量由於授權契約所造成之可能競爭；
3. 如果被授權人在未訂立授權契約前所持有之智慧財產，遜於其由契約中所獲得之智慧財產時，被授權人之市場占有率應予以降低。

註 136：同註 134.

註 137：同上註.

註 138：同上註.

註 139：1988 International Guidelines § 3.64.

註 140：同上註.

如果聯邦司法部判斷授權契約具有相當程度之反競爭效果，則會考量其中是否有足以平衡此種效果之經濟效益。如果授權契約之當事人主張其中確有此種經濟效益之存在，則必須以「清楚且具說服力」(clear & convincing)之證據予以證明，否則司法部會對該項契約提起訴訟，主張其中之內容不符合反托拉斯法之規定（註141）。但即使授權契約確可產生經濟效益，但契約當事人卻可利用較不具限制性之方式達成時，契約中所採用之限制條款便有可能違反反托拉斯法之規定（註142）。

以上為聯邦司法部 International Guidelines 相關見解，目前美國司法部於今年八月份，就智慧財產權之取得及授權與反托拉斯法之間的關係，研擬出一項規範並取代過去1988年若干見解（註143），惟仍屬草案階段且仍有待各方意見彙整，該等見解本文已於各節中提及。

註141：1988 International Guidelines § 3.66.

註142：同上註。

註143：同註4。