

公平交易法與科技產業的智慧財產權

授權問題初探：美國經驗的借鏡

劉靜怡*

摘要

在以科技為主導的市場上，出現頻率越來越頻繁的智慧財產權授權行為，這類行為在公平交易法上應該受到何種評價，正是近年來對公平交易法主管機關來說越來越顯困難的議題。在這方面，由於美國是個科技產業發展和科技產品向屬先進的國家，有關智慧財產權授權的議題，亦屬眾多，所以，美國法制過去多年來所累積的運作經驗，或有值得探討思考之處。本文說明美國法制針對智慧財產權授權行為的基本處理模式，以及其處理模式所衍生的問題，本文並且針對美國一九九五年授權處理準則或是智慧財產權授權處理準則中所涉及之市場分析做一初步探索，以便做為二〇〇一年一月制定「行政院公平交易委員會審理授權協議案件處理原則」的公平會未來處理關於專利和專門技術授權協議案件的參考。

壹、前言

從法律和科技的發展軌跡來看，以維護市場競爭為目標的反托拉斯法或公平交易法，經常被視為不利於科技創新，尤其是智慧財產權和根據公平交易法所進行的政府管制兩者，往往被認為具有緊張關係¹。然而，面對市場競爭越來越和科技發展無法脫離關係的趨勢²，公平交易法和智慧財產權法兩者之間的關係應該如何處理，方屬妥善，卻似乎是不該以「公平交易法不

* 美國芝加哥大學法學博士(J.S.D., March 1997)，哈佛大學法學碩士(LL.M., June 1994)，現任中央大學產業經濟研究所專任助理教授。

¹ See, e.g., David McGowan, Networks and Intention in Antitrust and Intellectual Property, 24 J. Corp. L. 485 (1999); Aaron Xavier Fellmeth, Copyright Misuse and the Limits of the Intellectual Property Monopoly, 6 J. Intell. Prop. L. 1, 3 (1998).

² 參見劉靜怡，從美國法制經驗看網際網路時代的反托拉斯法，政大法學評論，第六十七期，頁227至288。

該介入科技產業，以免阻礙科技創新」如此過於簡單的邏輯做為處理準繩。倘若以公平交易法和智慧財產權法兩者均以尋求資源和創新的最適分配和促進公共福祉為共同目標³的觀點來看，兩者之間或許應該具有互補作用才對。換言之，就科技產業所需的法制架構而言，公平交易法和智慧財產權法兩者的解釋適用，均應以促進市場競爭和科技創新為目的。然而，不可否認的是，在以科技為主導的市場上，出現頻率越來越頻繁的智慧財產權授權行為，這類行為在公平交易法上應該受到何種評價，正是近年來對於反托拉斯法或公平交易法主管機關來說越來越顯困難的議題。在這方面，由於美國是個科技產業發展和科技產品向屬先進的國家，有關智慧財產權授權的議題，亦屬眾多，所以，美國法制過去多年來所累積的運作經驗，或有值得探討思考之處。從公平交易法的觀點，說明美國法制針對智慧財產權授權行為的基本處理模式，以及其處理模式所衍生的問題，正是本文這篇介紹性文字的主要寫作目的。

基於上述認知，除了就公平交易法面對智慧財產權授權行為時，是否應該介入以及如何介入市場進行管制做一般性的觀察論述，鋪陳背景說明之外，本文將以一九九五年美國聯邦貿易委員會 (Federal Trade Commission, 簡稱 FTC) 和聯邦司法部 (Department of Justice, 簡稱 DOJ) 兩者所頒布的智慧財產權授權處理準則 (Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property)⁴ (以下簡稱為美國一九九五年授權處理準則或是智慧財產權授權處理準則)，做為主要的分析對象。換言之，科技產業的發展日益複雜的結果，智慧財產權授權行為亦將日益頻繁，而且樣態多元，各種授權條件之內容是否公平，尤其是在公平交易法上將受到何種評價，乃牽涉到法律確定性的問題，若法律不確定性過高，對於技術授權人和被授權人兩者均將形成相當高的困擾，造成授權關係不穩定的結果。這也是行政院公平交易委員會 (以下簡稱公平會) 在二〇〇一年一月制定「行政院公平交易委員會審理授權協議案件處理原則」(以下簡稱公平會處理原則)，以做為公平會未來處理關於專利和專門技術授權協議案件的依據之主要原因。由於公平會此一處理原則和美國一九九五年授權處理準則兩者之間具有相當程度的類似性和關連性，美國法制運作的經驗，應該能提供我國公平會某些啟示。所以，本文希望藉由針對美國一九九五年處理準則所進行的分析，釐清公平會處理原則在解釋適用方面可能遭遇

³ See generally Daniel J. Grifford & Leo J. Raskind, *Federal Antitrust Laws* 675-76 (1998).

⁴ See U.S. Dep't of Justice & Federal Trade Comm'n, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* (Apr. 6, 1995).

的相關問題，以便有利於公平會之執法。

貳、智慧財產權帶給公平交易法的挑戰：歷史發展的觀察

從美國過去至今的反托拉斯法運作經驗來看，法院並不是一直將反托拉斯法和智慧財產權法當做兩個具有互補性質的法律領域看待，甚至，在一九六〇年代之前，兩者還是被當做具有根本衝突的兩個法律領域處理。直到六〇年代，才真正出現對此一觀點的反省聲音⁵。不過，深究之下，我們可以發現早在 *United States v. Aluminum Co. of Am. (Alcoa)*⁶一案中，法院主張未濫用獨占力量的廠商不該受到譴責的推理，便已經透露出反托拉斯法和智慧財產權法兩者之間的互補可能性⁷，而此一立場在 *United States v. Grinnell Corp.*⁸一案中，又再次獲得肯認，換言之，在雪曼法(Sherman Act)第二條之下，具有獨占力量本身從未直接被當做非法行為，具有獨占力量的廠商必須另外符合濫用獨占力量的要件，方構成雪曼法此一規範處罰的對象⁹。不過，從另一方面來看，美國法院對於廠商不得濫用某一特定市場上所享有的法定獨占地位(例如智慧財產權)，做為另一市場上的競爭手段的立場，也是相當清楚而明確¹⁰。

歸納過去至今美國法制的運作經驗，就規範廠商濫用智慧財產權此一本質上為法定獨占的市場獨占力量的反托拉斯法原則來說，或許有以下幾個法律原則可資考慮適用。首先，從 *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*¹¹此一判決所立下的原則來看，雖然法院並非賦予廠商一般性的交易義務(*general duty to deal*)，然而，某一廠商一旦取得市場力量(*market power*)，那麼，除非有正當理由，否則通常會被判定為具有交易義務。至於在 *Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationery and Printing Co.*¹²一案中，法院除了以上述交易義務為依據之外，還援用「樞紐設施」或「關鍵設備」原則(*essential facilities doctrine*)，做為判定標準。再者，

⁵ See generally William F. Baxter, *Legal Restrictions on the Exploitation of Patent Monopoly: An Economic Analysis*, 76 *Yale L. J.* 267 (1966).

⁶ 148 F.2d 416 (2d Cir 1945).

⁷ *Id.* at 427.

⁸ 384 U.S. 563 (1966).

⁹ *Id.* at 570-71.

¹⁰ See, e.g., *Eastman Kodak v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992); *United States v. Microsoft Corp.* 147 F.3d. 935 (D. C. Cir. 1998).

¹¹ 472 U.S.585 (1985).

¹² 472 U.S. 284 (1985).

在一個和智慧財產權直接相關的最近判決 *In re Independent Service Organizations*¹³中，法院指出：掌握著作權或專利權的廠商，若有正當理由，對於出售或授權的要求，得加以拒絕而不觸犯反托拉斯法。簡言之，具有獨占地位的廠商，其交易義務並非絕對性的義務，在具有正當理由的情況下，廠商仍得拒絕之。其次，具有獨占地位的廠商不得從事會降低消費者福祉的行為。例如，廠商不得以將受智慧財產權保護的產品和不受智慧財產權的產品兩者搭售起來的方式，擴張其智慧財產權¹⁴，以免對市場競爭者造成市場競爭障礙，以及影響消費者的選擇自由。最後，針對受智慧財產權保護的產品之售後修護零件市場(aftermarket)進行獨占的企圖，法院也認為應該採取負面的處理態度¹⁵。

究其實際，在智慧財產權法的領域裡，美國法院也陸續透過判決發展出某些作法，用來防止智慧財產權的濫用，藉以和反托拉斯法取得協調一致的處理結果。例如，智慧財產權人若有濫用智慧財產權的情形出現，在針對涉入其智慧財產權侵權行為者所提起的侵權訴訟中，便極可能會遭致無法獲得勝訴的結果¹⁶；同時，對手濫用智慧財產權的主張，也經常是以反托拉斯法為依據提起反訴時，可以阻止對手提起智慧財產權侵權訴訟的主要手段¹⁷。總而言之，從上述美國法制的運作經驗中，我們可以發現反托拉斯法和智慧財產權法兩者之間的關係並非絕對對立，在實務操作上，則經常會出現互為補充的關係，以發揮上述防止阻礙市場競爭和科技創新的行為的功效。至於在具體的制度落實方面，則以一九九五年美國聯邦貿易委員會和聯邦司法部兩者所頒布的智慧財產權授權處理準則，以及相關的討論，最值得做為深入分析探討的對象。

相對地，依照公平會處理原則之制定說明，我們也可以看出公平會在制定此一處理原則

¹³ 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000).

¹⁴ See, e.g., *Times-Picayune Publ'g Co. v. United States*, 345 U.S.594, 597, 605 (1953). See also Thomas M. Susman, *Tying, Refusal to License, and Copyright Misuse: The Patent Misuse Model*, 6 J. Copyright Soc. U.S.A. 300 (1989).

¹⁵ See *Kodak*, 504 U.S. at 483.

¹⁶ See, e.g., *John Mills, Possible Defenses to Complaints for Copyright Infringement and Reverse Engineering of Computer Software: Implications for Antitrust and IP Law*, 80 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 101 (1998); *Comment, Is the Patent Misuse Doctrine Obsolete?*, 110 Harv. L. Rev. 1922 (1997).

¹⁷ See, e.g., *James Gould & James Langenfeld, Antitrust and Intellectual Property: Landing on Patent Avenue in the Game of Monopoly*, 37 *Idea: J.L.& Tech.* 449, 452 (1997).

時，亦是抱持和上述論述類似的立場，以便能夠鼓勵授權意願，促進技術之擴散和利用，避免授權爭議阻礙技術之運用和產業之發展：公平會一方面體認到技術授權就技術之充分利用與增加競爭機會而言，具有促進競爭之效果，他方面也認為如就技術授權訂有限制條款，可能帶來限制競爭或不公平競爭之反效果，反而對市場競爭有害，有違反公平交易法之虞。由於規範意旨接近，本文以下針對美國一九九五年智慧財產權授權處理準則所做的分析，亦應有助於釐清公平會的處理原則。

參、美國一九九五年智慧財產權授權處理準則之主要內容

美國聯邦司法部和聯邦貿易委員會於一九九五年所發布的智慧財產權授權處理準則，乃是美國聯邦政府反托拉斯法管制機關在處理反托拉斯法案件時，針對具有爭議性的智慧財產權授權行為，將以何種分析取向和標準做為處理準則的依據，此一處理準則對於預測何種涉及智慧財產權行使的行為會導致反托拉斯法的控訴出現，具有相當重要的澄清意義，同時，對於反托拉斯法和智慧財產權法兩者具有互補關係的主張，亦是重要佐證¹⁸。

美國在一九九五年所頒布的這個智慧財產權授權處理準則，針對美國反托拉斯法和智慧財產權法兩者之間的互動關係所提出的看法，具有相當程度的澄清作用。首先，此一處理準則分析了美國反托拉斯法的一般性原則在智慧財產權契約上的適用樣態¹⁹；其次，此一處理準則明確指出智慧財產權的掌握本身並不直接等於市場力量²⁰；接著，此一處理準則更進一步地指出，一般而言，智慧財產權具有促進市場競爭的功能，而且，某些智慧財產權授權契約內的限制條款，也具有促進市場競爭的目的²¹。

詳言之，此一智慧財產權授權處理準則承認智慧財產權授權有助於提昇效率，所以，反托拉斯法管制機關在處理這類案件時，除非從經驗上來看某一智慧財產權授權契約的限制規定本身被歸類為法院以「本質違法」原則(per se rule)處理的案件類型，否則，管制機關原則上會審視市場情況，遵循「合理原則」(rule of reason)，評估某一智慧財產權授權契約的限制規定是

¹⁸ See generally Azam H. Aziz, *Defining Technology and Innovation Markets: The DOJ's Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, 24 Hofstra L. Rev. 475 (1995).

¹⁹ See supra note 4, §2.0.

²⁰ See supra note 4, §2.2.

²¹ See supra note 4, §3.4.

否可能具有反競爭效果，如果其具有反競爭效果的話，該限制所欲達成的市場競爭效益，是否合理而必要²²。在適用反托拉斯法的合理原則時，掌握智慧財產權的廠商究竟市場力量 (market power) 如何，是判斷廠商有無能力在不損失市場銷售率的情況下、將價格提高到超乎競爭水準之上的關鍵之一，系爭廠商市場力量越強，對該廠商的反競爭行為所做的審查也越加嚴格。再者，根據此一智慧財產權授權處理準則，當某一智慧財產權授權契約的限制規定，降低原本在沒有授權關係的情況下乃是處於水平關係的廠商之間的競爭程度時，就會出現反托拉斯法的爭議。此時管制機關的處理方式，便是探究假設此一授權契約規定在任何相關市場上都未引發反競爭效果的話，是否有可能會創造出更高的市場競爭。最後，由於此一處理準則並不將智慧財產權和市場力量直接畫上等號，所以，在處理具有反競爭疑慮的具體個案時，管制機關必須調查某一智慧財產權授權契約在特定市場上所產生的實際效果。至於市場力量應該如何定義，此一處理準則則是區分三種市場類型：亦即以商品市場 (goods markets)、技術市場 (technology markets) 和研究發展 (創新) 市場 (research and development (innovation) markets，簡稱創新市場) 三種市場類型，分別評估特定廠商的市場力量。

上述智慧財產權授權處理準則在定義市場力量時，明確指出「市場力量是在相當時間內以可獲利的方式將價格維持在競爭水準之上，或者將產出維持在競爭水準之下。雖然智慧財產權往往賦予排除特定產品、製程或作品的權利，但是管制機關不自動假設專利權、著作權和營業祕密的所有人具備市場力量，通常，市場上會有事實上性質相近或者具有此種潛在特質的替代品，防止市場力量的行使」²³。其次，此一處理準則明白指出在智慧財產權領域的問題時，有必要以不同模式界定相關市場，除了傳統的商品市場界定模式之外，此一處理準則還另外加入「技術市場」和「創新市場」兩種市場類型。換言之，在進行反托拉斯法的調查時，管制機關應該先決定市場類型，但是，值得一併注意的是，在做此一決定時，分析重點應該在於某一智慧財產權授權契約的實際效果，而非根據其表面用語決定市場類型²⁴。本文以下將針對此一處理準則就上述三種市場類型的界定，進行簡要說明。

22 Id.

23 See supra note 44, §2.2.

24 See supra note 44, §3.1.

一、商品市場

根據美國一九九五年處理準則之規定，無論是在產出層面抑或是在投入層面，凡是以實際上的商品或財貨(actual goods)構成的市場，便定義為商品市場。針對此種市場類型，管制機關使用的是水平結合處理準則(Horizontal Merger Guidelines)²⁵中的原則，評估商品市場和地理市場，以及市場占有率。究其實際，此一商品市場的分析，其實相當接近於傳統商品市場的分析。

二、技術市場

根據美國一九九五年處理準則之規定，所謂的技術市場(technology markets)，其涵蓋範圍包括「透過授權契約授權之智慧財產權，以及其相近替代品在內」²⁶，根據本智慧財產權授權處理準則的界定，凡是某特定之「智慧財產權和使用該智慧財產權的產品兩者乃是分開銷售」，管制機關便援用此一技術市場的原則分析系爭智慧財產權授權契約的競爭效果²⁷。在針對某一特定技術市場上可能引發反競爭效果的行為進行分析時，管制機關首先必須確定系爭商品市場，接著，則必須確定在此一技術市場上，和系爭科技具有可以互相比較的相當關係的科技，包括哪些科技在內。就經濟分析的角度來看，當符合以下四種標準時，就可能構成相關技術市場：(一)使用該科技的產品，其需求相對而言比較不具有彈性；(二)在使用該科技的市場上，授權該科技的權利金就產品的全部成本或價格而言所占比例甚小；(三)相對於系爭科技而言，替代性科技並不存在，抑或並不如可能成該相關技術市場的系爭科技來得有效率；(四)因為針對該科技的使用已經投入相當多的特定因素，所以，轉換到其他科技的使用上，將導致高昂的成本出現²⁸。簡言之，此一技術市場的界定，乃是以過去美國反托拉斯法在相關市場界定方面所累積起來的經驗為基礎，而其界定架構則是以需求面可能的替代如何回應市場力量的行使而來。

換言之，在決定某一科技有那些替代品，並且進而界定相關市場時，管制機關檢視所有可得的數據，確認哪些可能形成獨占的科技或產品，有可能行使市場力量，至於此處所謂的「科

²⁵ U.S. Dep't of Justice & Federal Trade Comm'n, Horizontal Merger Guidelines (Apr. 2, 1992).

²⁶ See supra note 4, §3.2.2.

²⁷ See Id.

²⁸ See generally Joshua A. Newberg, Antitrust for the Economy of Ideas: The Logic of Technology Markets, 14 Harv. J. L. & Tech. 83, 103-110 (2000).

技」，則不僅限於受智慧財產權授權保護的科技在內，還包括不受智慧財產權保護，但是性質相近、具有可替代性的產品或科技在內。值得注意的是，此一處理準則指出，倘若沒有獨立出另一個使用在產品上的特定科技的市場的話，那麼就不論此一技術市場的有無，只分析某一授權契約在商品市場上的競爭效果²⁹。此種處理方式，多少會混淆掉不同市場類型之間的差異。而且，將另外獨立授權的科技和使用於產品中的科技分開處理時，也會引發對於目前並非獨立授權契約所規範的科技，但是的確可以做為被授權對象的科技而言，到底應該如何處理，就不無疑問了；因為，廠商有可能決定將某一先前未經授權的科技授權出去，而此種授權決定往往會增加該技術市場的競爭性，以及以授權科技從事產品生產製造的下游市場的競爭性。此時便不見得可以立即確認出技術市場。

三、創新市場

根據美國一九九五年處理準則之規定，當某一特定授權契約可能發揮阻礙未來創新的影響力時，管制機關便以創新市場的模式，針對其影響力進行分析³⁰。更進一步言之，當智慧財產權授權契約的內容會影響到目前市場上尚未出現的產品的發展，而且符合沒有任何潛在的市場競爭的條件時，管制機關便適用創新市場的準則³¹。在新興產品或新興科技的情況下，最容易出現創新研發市場，而就運作現況來看，管制機關在製藥和醫學科技相關的產業上，最常援用創新市場的分析模式，尤其是在該市場上系爭授權行為發生之後可以預見的數年內，不會有產品上市銷售，而且，這些因授權行為而被創造出來的產品，會進而創造出另外一個新市場時，便適用創新市場的模式³²。不過，同時值得注意的是，針對創新市場下定義，相當困難，因為，確定哪一個廠商是該創新研發市場上既有能力又有誘因的廠商，本身便極端困難。

值得注意的是，自從此一處理準則頒布之後，相對於涉及研究發展的競爭的創新市場分析受到不少討論³³，技術市場的分析則是未見受到重視。然而，持平而論，直接涉及研究發展的

²⁹ See supra note 4, §3.2.2. n.20.

³⁰ See supra note 4, §3.2.3.

³¹ Id.

³² See, e.g., Joseph Kattan, *After the IP Guidelines: Trends in Intellectual Property Enforcement*, 11 *Antitrust* 26 (1997).

³³ See, e.g., Thomas N. Danhdouh & James F. Mongoven, *The Shape of Things to Come: Innovation Market Analysis in Merger Cases*, 64 *Antitrust L.J.* 405 (1996); Richard M. Brunell, *A Critical*

創新市場固然應該受到重視，但是，直接涉及現有市場上的智慧財產權授權行為的技術市場分析，似乎也該受到更多的重視才對。因為，究諸實際，相關市場的界定，是分析廠商行為對於市場競爭所造成的影響究竟如何的重要前提之一，而目前市場上和科技授權有關的案件越來越多、逐漸成為公平交易法上重要議題的趨勢，都是我們應該正視技術市場分析的理由。

無論如何，透過這個智慧財產權授權處理準則所表現出來的，固然是美國聯邦政府的反托拉斯法管制機關維護市場競爭的決心，但是，其更為重要的意義，則在於讓反托拉斯法和智慧財產權法兩者之間的適用關係更為清晰、更具有可預測性。同樣值得一提的是，此一智慧財產權授權處理準則的出現，也等於是為智慧財產權授權行為提供了一個安全港(safe harbor)：根據此一智慧財產權授權處理準則內所謂的安全港條款規定，除非有極端重要的例外情況出現，否則，如果系爭智慧財產權授權契約表面上不具有反競爭性質，而且授權者和被授權者的總和在各該相關市場上占據百分之二十以上時，管制機關便不會質疑挑戰系爭智慧財產權授權約定³⁴，可以想見的是，此一安全港條款的目的是在於當反競爭效果不可能發生時，提供給智慧財產權人一定程度的可預測性。通常，此一安全港條款在財貨市場的情況下適用較多，就技術市場和創新市場兩者而言，適用餘地則相對有限得多³⁵。

相對地，就公平會處理原則而言，該處理原則在處理步驟上乃是遵循傳統反托拉斯分析的步驟，將授權人在特定市場是否具有市場力量，做為第一個分析步驟。該處理原則清楚指出，市場力量之有無，乃是以界定授權人在其第三點規定本會審理技術授權協議案件，並不因授權人擁有專利或專門技術即推定其在特定市場（亦即 relevant market）具有市場力量。此一規定和上述美國一九九五年授權處理準則的內容相符。其次，公平會處理原則第四點進一步明確指出，公平會審理技術授權協議案件時，不受協議之形式或用語拘束，而是著重於系爭授權協議在特定案件中是否對「商品市場」、「技術市場」和「創新市場」等特定市場可能或真正產生限制競爭或不公平競爭之影響。換言之，公平會處理原則所重視者乃實質協議內容，而非拘泥於授權協議之形式。附帶一提者，公平會之處理原則第四點的規定中，同樣值得注意的是，公平會在審理技術授權協議案件時，將先依公平交易法第四十五條規定進行檢視，形式上雖為專利

Appraisal of the "Innovation Market" Approach, 64 Antitrust L.J. 1 (1995).

³⁴ See supra note 4, §4.3.

³⁵ Id.

法等行使權利之正當行為，但若事實上逾越專利權等正當權利之行使範圍，違反專利法等保障發明創作之立法意旨者，仍應依照公平交易法及本原則處理之。

同時，就市場類型的劃分，公平會處理原則所採取的區分模式，乃是遵循美國一九九五年處理準則所採取之模式。換言之，公平會處理原則亦和美國一九九五年處理準則採取相同的模式，將特定市場區分成「商品市場」、「技術市場」和「創新市場」三種類型來處理。根據美國一九九五年處理準則的界定，凡是在產出層面或投入層面，以實際上的商品所構成的市場，便定義為商品市場，而公平會處理原則亦同樣在其第四點中將商品市場定義為「利用授權技術而製造或提供之商品所構成」者。其次，美國一九九五年之處理準則，將技術市場的涵蓋範圍定義為包括「透過授權契約授權之智慧財產權，以及其相近替代品在內」，以利管制機關援用此一技術市場的原則，分析系爭智慧財產權授權契約的競爭效果，而公平會處理原則將技術市場界定為「與該特定技術具有替代性」者，亦屬相近。最後，根據美國一九九五年處理準則，當某一特定授權契約可能發揮阻礙未來創新的影響力時，管制機關便以創新市場的模式，針對其影響力進行分析。更進一步言之，當智慧財產權授權契約的內容會影響到目前市場上尚未出現的產品的發展，而且符合沒有任何潛在的市場競爭的條件時，管制機關便適用創新市場的準則。這種處理模式，應該也是公平會處理原則中「以可能從事商品之研究發展」為界定範圍之創新市場的規範主旨所在。由於公平會處理原則和美國一九九五年智慧財產權授權處理準則兩者，具有以上在特定市場界定方面的相似性，因此，美國自上述處理準則頒布以來所累積的管制經驗，應該具有參考價值可言。

肆、美國一九九五年智慧財產權授權處理準則頒布之後：特定市場的界定和其他相關發展的檢驗

自從上述一九九五年智慧財產權授權處理準則頒布以來，美國聯邦司法部和聯邦貿易委員會都處理了不少和這個處理準則息息相關的案件，這些案件的處理模式和結果，或許可以為我們就上述智慧財產權授權處理準則的理解，帶來一些澄清和啟示作用。尤其，本文以下的論述將比較偏重於以此一處理準則內所界定的「技術市場」(technology markets)為核心，來理解此一處理準則在公平交易法和智慧財產權法兩者界面上所發揮的功能，應該更能彰顯出公平交易法在面對和智慧財產權有關的市場時，應該如何妥適處理的問題，也因而更能看出這些案例的

深層意義。在透過上述智慧財產權授權處理準則的架構說明這些案例之外，本文也將同時論述這些案例各自所涉及的科技爭議，引發哪些公平交易法管制者可以深思的問題。

一、從現在產品技術市場到未來產品技術市場：從 U.S.v.Microsoft 談起

最近幾年喧騰一時的美國政府控告微軟(Microsoft)公司案，比較為人熟知的部分乃是美國政府司法部主張因為微軟將其「瀏覽器」(browser)產品「搭售」(tying)到該公司前後各種不同版本的視窗作業系統中，而違反了雪曼法(Sherman Act)第一條(Section 1)的規定。就此一案件而言，不法搭售的判斷是否成立，固然值得深究，其所涉及的公平交易法和智慧財產權法兩者交錯的問題，同樣值得探討，本文以下則準備一一分析。

就本文前述智慧財產權授權處理準則的規範架構而論，我們可以發現：涉及技術市場分析的案件，根據學者的區分，至少可以分成三種類型，一為涉及現有產品技術市場(current-goods technology market)的案件，一為涉及未來產品技術市場(future-goods technology market)的案件，另一則為同時涉及現有產品技術市場和未來產品技術市場的案件³⁶。有關技術市場的分析，在微軟案裡其實有值得討論的必要性，而且，以微軟案所涉及的科技產品市場來說，則是現有產品技術市場。其實，在微軟案出現之前，美國聯邦司法部其實便曾處理過一個起訴 American National Can Co. (簡稱 ANC) 和 KMK Maschinen AG (簡稱 KMK) 的案件，主張兩家公司之間一系列以包裝牙膏和藥品的鋁箔管為核心的授權行為具有反競爭效果³⁷。司法部當時指出，在此一案件中，所涉及的相關市場共有三個：一為鋁箔管市場，一為鋁箔管的製造設備市場，另一則為鋁箔管製造科技的市場³⁸；更重要的是，司法部指出：使用受有專利保護或不受專利保護的鋁箔管製造科技，對於鋁箔管製造廠商和鋁箔管製造設備而言，都具有關鍵性，而 ANC 透過 KMK 的授權，則是掌握住世界上四種主要鋁箔管製造科技當中的三種的權利。從以上主張來看，這個案件裡面的鋁箔管製造科技對於兩種未來產品，亦即鋁箔管製造設備和鋁箔管兩者的製造，都是關鍵性的投入因素，此一科技所涉及的智慧財產權市場，具有相當高的集中度，甚至，就此種特定類型的智慧財產權而言，也沒有相近的替代品可言，所以便有將授權技術市

³⁶ See generally Joshua A. Newberg, *Antitrust for the Economy of Ideas: The Logic of Technology Markets*, 14 Harv. J. L. & Tech. 83 (2000).

³⁷ See Complaint, *United States v. American Nat'l Can Co.*, No. 96-1458 (D.D.C. 1996).

³⁸ *Id.*

場獨立出來討論的必要性。

同樣地，追本溯源，美國聯邦政府之所以控訴微軟公司，並不是因為銷售視窗作業系統的微軟公司具有獨占地位，而是將審查焦點集中在其所取得的市場獨占地位，是不是透過反競爭手段達成的，以及微軟公司從事任何反競爭行為，藉以擴展或維持其在市場上的主導力量。此一案件的地方法院，其實便是遵循上述智慧財產權授權處理準則所建立的分析架構，做成判決：首先，法院確定此一案件的產品市場乃是和 Intel 相容的作業系統市場³⁹，其次，根據網路效應(network effects)⁴⁰的理論，法院認為在考量微軟公司在此一市場上的地位如何時，應該考量使用微軟作業系統的消費者所享受到的網路效應利益，此一效應對消費者所造成的吸引力，以及此一效應對潛在的市場競爭者所形成的市場進入障礙等因素⁴¹。無論如何，此一案件所涉及之科技，應屬現有產品的技術市場，而且，雖然不管是法院或者美國聯邦司法部都未曾明確指出作業系統市場和網路瀏覽器市場是否屬於上述處理原則內所界定的技術市場，但是兩者的確都涉及智慧財產權授權行為，而且兩者也都是市場上現有產品必要的投入因素，也就是個人電腦的必要投入因素。換言之，市場上對於作業系統和網路瀏覽器兩者的需求，究其實際都是來自於對個人電腦的需求。更重要的是，雖然微軟公司在市場上所從事的反競爭行為可能嚴重影響個人電腦市場，一般的產品市場分析模式，似乎仍不足以衡量上述行為在市場上到底發揮何種反競爭效果。然而，就本案事實來看，的確有必要針對作業系統和網路瀏覽器兩者區分不同的相關市場，衡量其對市場競爭所發揮的效果。

再者，此處除了現有產品技術市場之外，亦有針對「未來產品技術市場」做一簡要分析的必要。如前所述，如果對於授權科技的需求是來自於目前仍未出現在市場上的未來產品的預期需求，便是所謂的未來產品技術市場。以一九九七年 FTC 針對 Ciba-Geigy Ltd.和 Sandoz Ltd 兩家廠商預定進行結合的案件提出的質疑挑戰為例，FTC 主張當時的「基因治療科技」市場和其他幾個新興的創新市場上的市場競爭，將會因為此一結合而受到相當程度的負面影響，因為上述兩個廠商結合的結果，將導致當時在研究和臨床試驗發展階段的基因科技重要領域內的兩

³⁹ United States v. Microsoft, 65 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. Nov. 5, 1999), at 5-6.

⁴⁰ See Carl Shapiro & Hal R. Varian, Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy 173-75 (1999).

⁴¹ United States v. Microsoft, 65 F. Supp. 2d 1, at 10, 12.

個重要主要的專利檔案所在結合起來。詳言之，在一九九七年當時，美國 FDA 尚未核准任何基因治療科技進行商業化銷售，該市場在當時本質上仍是屬於未來產品技術市場；同時，當時預計在二〇〇〇年之前，都不會出現 FDA 正式核准基因治療科技商業化銷售的案件，FTC 仍然認為上述兩家廠商各自所掌握的專利所衍生出來的基因治療科技，可以被用來排除市場上的競爭者發展未來的基因治療產品，使得該產業內的科技創新受到壓抑。換言之，上述兩家廠商控制的是基因治療科技的發展所需的關鍵投入因素，兩家廠商結合之後，將導致兩者原先各自掌握的智慧財產資產結合起來，具有該市場上無與倫比的專利控制力量，更重要的是，這些智慧財產資產是基因治療科技商業化（此即所謂未來產品）之必須所在，而且，就上述兩家廠商所掌握的專利權而言，亦有針對不同的基因治療專利權分別授權的需求和必要性。

其次，有關電腦軟體產品搭售這個領域的法律原則，嚴格來說美國法制並未完全定案。雖然美國聯邦最高法院在 *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*⁴²（以下簡稱 *Jefferson Parish*）一案中，便曾經對兩項產品「搭售」的問題做過討論和處理。在這個案件中，被告主張其所提供的是「在功能上互相整合在一起的產品」（a functionally integrated package of services），亦即「單一產品」（a single product），不是兩項產品，因此禁止搭售原則所要預防的市場競爭傷害無從發生，無不法搭售可言。並且，在 *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Service, Inc.* 一案中，承審法院也再次肯定 *Jefferson Parish* 案中所立下的基本原則，亦即從消費者的觀點出發，兩項原本由廠商組合在一起的產品是否能夠有意義地被分離開來（meaningfully separable）出售，而不至於影響其運作功能，而且可以定義出互相獨立的消費者需求，就應該是兩項獨立分離的產品。究諸實際，無論是判斷消費者針對兩項具有不法搭售關係嫌疑的產品是否具有互相獨立的消費需求，或者判斷兩項產品究竟是屬於在功能上互相整合在一起的單一產品，抑或屬於能夠有意義地被分離開來出售的產品，無非均涉及探討各個產品本身的設計架構，以及兩個產品之間的設計關係，不管是執法者或者司法者，除非具有相當具有說服力的理由，否則似乎均無法推卸此一責任。

然而，此處同時值得注意的是，*Jefferson Parish* 案所處理的是兩種服務產品組合起來的搭售問題，而 *Eastman Kodak* 案所處理的，則是實體產品與服務產品兩種性質不同的產品兩者組

⁴² 466 U. S. 2 (1984).

合起來的搭售問題。至於兩項軟體產品組合而產生的搭售問題，則未有明確處理原則可言。雖然在 Jefferson Parish 之後，美國某些法院已經在某些涉及科技問題⁴³的案例上，適用 Jefferson Parish 所確立的原則，但是，一般而言，法院對於軟體產品之間的互相結合，是否應該直接適用反托拉斯法的搭售原則來處理，則是有相當程度的猶豫⁴⁴。

可以想見的是，諸如此類的猶豫之所以會出現，大致上是因為法院不願或者認為自己沒有能力介入錯綜複雜的電腦軟體設計架構所導致的結果。深究之下，其實美國法院在其他類型的案件中，也曾經審查過和科技設計架構有關的問題，例如，在 Kumho Tire Co., Ltd. v. Carmichael⁴⁵一案中，法院審查了輪胎設計的問題，在 Castrignano v. E.R. Squibb & Sons, Inc.⁴⁶一案中，則針對藥物的設計問題，予以審查。然而，如同前述，法院似乎很明顯地感到電腦軟體程式碼和上述同樣涉及科技設計架構的案件是有所不同，而且認為評估與科技產品有關的設計，已經超過法院的理解範圍之外⁴⁷。然而，本文認為，既然從法院處理和科技相關的案件中，不難找到反托拉斯法介入的經驗，而且，就反托拉斯政策的長遠發展而言，盲目崇拜電腦程式碼也可能是一種錯誤。換言之，作者固然同意反托拉斯法過度介入科技領域會扼殺科技創新，但是，反托拉斯法執法者和司法者理解電腦軟體功能和電腦軟體程式碼的能力，卻不應被預先低估，同時，一味地預設電腦軟體程式碼本身乃是中性或者良性的科技產物，所以反托拉斯法執法者或司法者可以不理會或不處理電腦程式碼所帶來的市場競爭衝擊，也是相當不智而難以服人的說法。此外，我們或許可以從搭售處理原則在美國反托拉斯法上的發展軌跡，探索出搭售原則在新經濟時代中應該朝何種方向發展。

自從 United Shoe Mach. Corp. v. United States⁴⁸一案以來，美國聯邦最高法院便將反托拉斯法闡釋為禁止某些「搭售」契約。此一解釋的理論依據，主要乃是將這些搭售契約的本質視為

⁴³ See cases cited in *United States v. Microsoft*, 147 F.3d 935, 960 (D.C. Cir. 1998) (Wald, J. concurring). See also *Data Gen. Corp. v. Grumman Sys. Support Corp.*, 36 F.3d 1147 (1st Cir. 1994); *Advanced Computer Servs. v. MAI Sys. Corp.*, 845 F. Supp. 356, 367-70 (E.D. Va. 1994).

⁴⁴ *Cal-dera, Inc. v. Microsoft Corp.*, 72 F. Supp.2d 1295 (D. Utah 1999).

⁴⁵ 119 S.Ct. 1167 (1999).

⁴⁶ 546 A.2d 775, 781-83 (R.I. 1988).

⁴⁷ See also Alan Meese, *Monopoly Bundling in Cyberspace: How Many Products Does Microsoft Sell*, *Antitrust Bulletin* 106 (Spring 1999).

⁴⁸ 258 U.S. 451, 457 (1922).

具有反競爭(anticompetitive)的特質，而此一理論的主要主張如下：如果消費者想購買搭售的產品(tied product)，那麼就沒有理由透過搭售的方式去銷售該產品，亦即即使沒有搭售的形態，該產品應該依然具有市場競爭力，能夠受到消費者的青睞；再者，從尊重消費者自主決定的觀點來看，倘若消費者不想購買搭售的產品，那麼也應該沒有理由准許出售該搭售產品的廠商利用其在被搭售產品(tying product)市場上的強勢力量，「強迫」消費者接受該搭售產品⁴⁹。

美國聯邦最高法院早期在搭售法律原則方面，基本上乃是採取不進一步區分搭售契約的具體類型，均判定為違法的態度⁵⁰。目前無論是法院或者學說見解，則是都將這段搭售法律原則的歷史，視為錯誤的示範。就目前的法院和學說見解而言，乃是認為將搭售契約全然歸為會導致市場競爭傷害，相對而言應該較為罕見的例子，同時，透過搭售的型態而獲致的效率，通常也遭到不該遭遇到的忽略態度⁵¹。儘管在法律原則方面，搭售契約一直是適用「本質違法」(per se illegal)的原則，但是針對此一原則的適用，其實長久以來卻也一直有相當程度的質疑。

深究之下，批評者所持的基本見解是認為搭售契約的「本質違法」，具有相當獨特⁵²的性質，其實美國聯邦最高法院並未宣告所有的搭售契約均屬違法，其基本態度只是限定在當賣方在被搭售產品市場(tying market)上握有優勢力量甚至市場力量，以及經由此一搭售行為，導致搭售產品的市場(tied market)上的商業活動受到相當實質的影響此一條件符合時，這類契約才有被判斷為違法的可能⁵³。不僅如此，同時值得注意的是，聯邦最高法院 O'Connor 法官和其他三位法官在 Jefferson Parish 當中，還進一步指出他們會捨棄此一本質違法原則，轉而適用「合理」

⁴⁹ Times-Picayune Publishing Co. v. United States, 345 U.S. 594 (1953).

⁵⁰ 有關這段判決歷史的說明和分析，參見 Victor H. Kramer, The Supreme Court and Tying Arrangements: Antitrust as History, 69 Minn. L. Rev. 1013 (1985).

⁵¹ See, e.g., Fortner Enters. v. United States Steel Corp., 394 U.S. 495, 514 n.9 (1969) (White, J., dissenting); Herbert Hovenkamp, Federal Antitrust Policy 403-04 (1999); Richard A. Posner, Antitrust Law 171-84 (1976); Frank H. Easterbrook, Vertical Arrangements and The Rule of Reason, 53 Antitrust L. J. 135, 143-46 (1984); Benjamin Klein and Lester Saft, The Law and Economics of Franchise Tying Contracts, 28 J. L. & Econ. 345 (1985); Alan Meese, Tying Meets the New Institutional Economics, 146 U. Penn. L. Rev. 1, 59-86 (1997); Keith Wollenberg, Note, An Economic Analysis of Tie-in Sales: Re-examining the Leverage Theory, 39 Stan. L. Rev. 737 (1987).

⁵² See, e.g., Herbert H. Hovenkamp, Federal Antitrust Policy 426 (1999).

⁵³ Eastman Kodak, 504 U.S., at 461-62.

原則(rule of reason)，才會判斷搭售契約是否違法⁵⁴。

從上述搭售契約法律原則的發展歷史切入，觀察軟體產品的搭售問題，應該是有幫助的。相對於反托拉斯法長遠的發展歷史，在電腦軟體這個新興的市場上，採取任何禁止市場活動的行為之前稍有遲疑，應該是合理的謹慎態度，至少要等到事實證明該項行為具有反競爭性質之後，才應該下判斷⁵⁵。而且，究竟針對電腦軟體產品的搭售行為類型，應該適用「本質違法」原則，還是應該適用「合理」原則，據以判斷是否違反反托拉斯法，也不無討論的空間。

就微軟案來說，Windows 95 或 Windows 98 應該定位為「被搭售產品」(tying product)，而網際網路探險家 (Internet Explorer，即俗稱之 IE) 即是所謂的「搭售產品」。在討論微軟將兩者組合在一起出售的行為是否違反反托拉斯法時，最大的爭執焦點便與 IE 這個瀏覽器產品相關的功能(functionalities)，是否應該被視為是與 Windows 95 或 Windows 98 分離的產品，抑或應該將整體當做一個「整合性產品」(integrated product)來看待。在一九九八年的第一回合微軟案判決裡，法院即指出此處所謂的「整合性產品」，雖然是同指可以分開銷售但搭配在一起運作的產品，然而其特色之所在，應該是多種產品功能組合起來之後，和這些功能分別銷售然後再由消費者自行組合的情況相較之下，可以提供後者所無法提供的優勢，方屬之；同時，銷售該整合性產品者所提供者，也應該不同於消費者自行用不同產品組合起來的產品⁵⁶。再者，同樣重要的是，在這個判決裡，該案法院也指出：所謂的整合，並不是廠商在概念上將兩項產品機械化地拴在一起即可，在整合動作的背後，還應該隱含科技方面的價值，才算符合整合性產品的條件⁵⁷。即使組合在一起出售的兩項產品是被認定為可以分離的(separable)，從過去學者有關搭售產品的討論分析中，我們甚至還發現不乏美國反托拉斯法的重要學者進一步提出以下的見解：兩項組合搭配在一起出售的產品，是否「可以」被設計成即使是消費者本身親自進行該兩項產品的組合，也可能將兩者組合得與出售者所做的組合一樣好，如果答案是否定的話，那

⁵⁴ 466 U.S., at 32.

⁵⁵ 在實際操作上，這當然不是件容易的事。就某些搭售契約的樣態來說，有時候美國法院可能要花十年左右的時間才能達到如何適用反托拉斯法的結論。See, e.g. Frank H. Easterbrook, Allocating Antitrust Decisionmaking Tasks, 76 Geo. L. J. 305, 308 (1987).

⁵⁶ 147 F. 3d. 935, 947 (1998).

⁵⁷ 147 F. 3d., at 947.

麼就不應將其當做整合性產品來處理⁵⁸；換言之，在處理搭售行為時，某一經過組合的產品，是否應該被當做整合性產品，消費者對於該產品設計架構的理解和處理能力，也是重要的判斷環節。根據上述學者的見解，如果消費者無法將兩項產品組合得與被告一樣好，的確是有正當理由可言，例如組合動作本身對於消費者來說的確過於麻煩，或者組合動作必須在產品生產的初期階段就應該完成者，那麼，根據美國聯邦最高法院在 Jefferson Parish 案中所確定下來的「新產品理論」(New Product Rationale)原則⁵⁹，就會把兩種「可分離的」產品視為是「單一產品」。但是，相反地，倘若把產品設計到無法讓消費者選擇無論是否安裝該產品，都可以保持同等產品效能的地步，而且又沒有正當理由可言的話，那麼就會被當做是兩項分開的產品來處理反托拉斯法上的搭售問題。無論上述法院判決或者學者見解是否值得贊同，固然可以有討論空間，但是此處值得注意的是，探究 IE 瀏覽器究竟是 Windows 95 或 Windows 98 的一部分功能，抑或屬於另一個獨立產品，或者，換句話說，從電腦軟體所發揮的功能來看，如何定義單一產品，以及審酌瀏覽器和作業系統兩者，是不是應該被定位為獨立分離的產品，其實都是在進行檢視電腦軟體此一科技產品的設計架構的工作，應該是毋庸置疑的。

二、市場分類困境的開端：以 Intel 案為例

在探討智慧財產權和反托拉斯法互動關係的領域裡，除了上述 Microsoft 的作業系統和網路瀏覽器案之外，最近幾年來另外一個最受矚目的案件，可以說是非 Intel 公司受美國 FTC 調查的案件莫屬了。換言之，針對專利權人是否可以全然掌握授權與否的決定權，在 Intel 一案中可以說是出現了討論焦點相當集中的辯論。在 Microsoft 遭受美國政府聯邦司法部提起反托拉斯訴訟挑戰的同時，美國聯邦貿易委員會 FTC 也對資訊產業界重要的微處理器 (microprocessor) 廠商 Intel 提起 Intel 利用不公平競爭手段，以維護其在微處理器市場上的獨占地位的控訴⁶⁰；FTC 的主要指控內容，乃是以 Intel 本身接近百分之八十的市場占有率來看，等

⁵⁸ Philip E. Areeda, Einer Elhauge & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law* 192-94 (Vol. 5, 1996).

⁵⁹ 此一原則乃是用以決定兩項產品以一種新的方式組合起來之後，是否應該被當做另一個新的單一產品來處理，如果被當做另一個新的單一產品，則無非法搭售之問題可言。此一原則之討論首見於 *United States v. Jerrold Electronics Corp.*, 187 F. Supp. 545 (E.D. Pa. 1960), *aff'd*, 365 U.S.567 (1961)，在 *Jefferson Parish* 一案中可以說是正式確立下來。

⁶⁰ See FTC Complaint, *In re Intel Corp.*, No. 9288 (filed June 8, 1998), available at 1999 F.T.C.Lexis 145 (August 3, 1999).

於掌握微處理器科技技術標準的實質制定權，其透過此一科技掌握權力的運用，亦即以不釋出關鍵技術資訊作為籌碼，要求其他相關廠商同意將本於 Intel 微處理器科技此一基礎所研發出來的專利，授權給 Intel。

就微處理器這個市場來說，雖然市場上產品代際時差乃是以「月」計，而非以「年」計，然而，由於設計和製造成本高昂、經濟規模顯著、消費者變換意願、軟體工程師的技術支援等種種因素使然，所以市場進入障礙相當高。同時，電腦製造其實涉及各種不同領域之間的知識和技術整合，例如，為了確保產品的整合程度，電腦製造商必須自 Intel 處取得各種資訊，包括每一個單一組件的產品特性和其他相關技術資訊在內。同時，電腦製造商必須在設計電腦之前便取得這些資訊，才能夠針對其電腦進行各種檢驗和修正工作，確保該電腦運作的可信賴程度。於是，廠商之間的資訊分享，便成為最關鍵的合作因素之一，而這些資訊分享行為通常有正式的不揭露契約(nondisclosure agreement)做為規範依據，換言之，這些不揭露契約的內容，經常涉及當事人雙方的重大商業利益。

FTC 對於 Intel 所提出的控訴，基本上乃是針對上述的資訊分享行為而來，亦即要求 Intel 廢止其和三家廠商（也就是 Intel 的三個消費者）----Digital Equipment Corporation、Intergraph Corporation、Compaq Computer Corporation----的資訊分享契約。Intel 和以上三家廠商簽訂的這種資訊分享契約的主要目的，在於想要解決 Intel 和三家廠商之間有關智慧財產權的糾紛，並且希望藉此讓上述廠商願意將其具有專利權保護的技術授權給 Intel。Digital 和 Compaq 兩家廠商在這種威脅下很快地便向 Intel 屈服，與 Intel 進行交叉授權。至於另一家廠商 Intergraph，則是透過向聯邦法院取得禁制令的管道，禁止 Intel 此一行為。換言之，Intel 的行為，具有排他性，而此一排他性行為，乃是在上述幾家廠商同意將自己的科技授權給 Intel，以及同意以和平方式解決專利權糾紛之後才停止。

究諸實際，Intel 是透過以下幾種方式維持與擴張其在微處理器市場版圖：首先，Intel 的作為讓自己可以取得該產業中其他廠商所研發出來的科技，讓其他微處理器市場競爭者處於不利的競爭地位。其次，強迫其他廠商針對其具有智慧財產權保護的科技進行授權，會壓抑其他廠商的創新誘因，甚至壓抑其他相關市場上的競爭。再者，電腦製造商（例如 Compaq 這個 OEM 廠商）在面臨不得不將自己的技術授權給 Intel 的情況下，勢將大幅降低電腦製造商支援

其他非 Intel 微處理器平台的能力。換言之，由於 Intel 已經強迫 Compaq 進行授權，而 Intel 又可以進而授權給其他支援 Intel 的微處理器平台的電腦 OEM 廠商，那麼 Compaq 將會比較無法擴充自己在非微處理器技術方面的版圖，支援 AMD 或 Digital 的微處理器系統。

整體來看，透過保護智慧財產權此一制度確保科技創新之可能，以增進公共利益，是智慧財產權制度的主要目的之一，殆無疑問⁶¹。不過，饒富興味的是，Microsoft 和 Intel 兩個廠商在反托拉斯法訴訟下的處境，其實頗有類似之處：兩個廠商所遭的反托拉斯法指控，均和其在掌握市場技術標準的前提下所採取的智慧財產權契約模式有關⁶²。例如，Microsoft 便在反托拉斯訴訟針對其 Windows 作業系統的授權契約，辯稱乃為著作權法所保護的權利之行使⁶³。不過，即使此涉及軟體著作權保護的範疇，到底 Microsoft 的授權契約是否構成無違背市場公平競爭的濫用著作權行為，似乎有待深究，這也是本案法院在作成簡式判決時所持的見解⁶⁴。同樣地，如果 FTC 處理 Intel 案時所持之促進科技創新，必須從反托拉斯法著手，限制智慧財產權人某些權利之行使的主張，某種程度而言有理，那麼我們必須進一步思考的問題，至少應該包括：Intel 究竟應該如何維護其市場獨占地位？如果 Intel 必須受到強制授權或者類似的拘束，那麼其何以有動機投注大量資源研發生產微處理器科技？甚至，類似 Intel 的案件所關注的，究竟是如何保護專利權制度的整體規範意旨，還是限制特定權人濫用專利權的行為⁶⁵？回答這些 Intel 案所引發的智慧財產權和反托拉斯法交錯領域的問題，正如同回答 Microsoft 案內的類似問題一般，相當困難⁶⁶。換言之，智慧財產權人固然有不同意授權的權利，但是，在何種情況下，智慧財產權人可能必須擔負針對其智慧財產權進行授權的積極義務？或者，在何種條件下，廠商不能強制要求智慧財產權人授權？反托拉斯法又該從哪個角度來關切上述問題？

經過若干周折，FTC 和 Intel 雙方在一九九九年八月六日簽訂了一份最終協議命令(final

⁶¹ Id. at 1143.

⁶² See Mark A. Lemley & David McGowan, *Could Java Change Everything?: The Competitive Propriety of a Proprietary Standard*, 520 PLI/Pat. 453, 498-99 (1998).

⁶³ *United States v. Microsoft Corp.*, No. 98-1232, ? 24 (D.D.C. filed May 18, 1998).

⁶⁴ Microsoft, 1998 WL 614485, at *17, *15.

⁶⁵ See Richard H. Stern, *Refusals to License Intellectual Property Rights and Monopoly "Leverage"*, 20 *Eur. Intell. Prop. Rev.* 390, 395 (1998).

⁶⁶ See generally David McGowan, *Networks and Intention in Antitrust and Intellectual Property*, 24 *Iowa J. Corp. L.* 485 (1999).

consent order)。FTC 在這份協議中命令 Intel 不得從事不將技術資訊揭露給其客戶，或者威脅不將其技術資訊揭露給其客戶的行為，同時，也不得拒絕出售微處理器給既有客戶，或者威脅拒絕繼續出售微處理器給既有客戶。但是，根據這個協議的內容，卻有幾個特別值得注意之處：首先，FTC 在本協議中，並未加諸 Intel 任何一般性的強制授權(compulsory licensing)義務，Intel 還是可以自由決定授權對象，以及自由決定授權與否，然而，Intel 一旦授權，而電腦製造商又本於該授權以 Intel 的微處理器為基礎設計電腦時，就不得挾其在微處理器市場上的主導地位，脅迫其客戶對自己進行智慧財產權的授權。換言之，FTC 在這個協議中的命令內容，乃是以保護 Intel 的客戶得以避開無法取得 Intel 微處理器此一產品以及無法取得該產品必要關鍵技術資訊的風險，同時也能夠充分發揮自己所掌握的智慧財產權之完整市場價值。值得注意的是，這份協議列有一項例外，亦即當某一 Intel 客戶保有針對 Intel 微處理器的製造、銷售和進口等事宜提起禁制令(injunction)的權利時，便不受本協議命令的保護。究諸實際，此一例外乃是要讓 Intel 的利益和 Intel 客戶的利益兩者之間可以取得適當的平衡，同時也間接證明了 FTC 的確認 Intel 在就自己的智慧財產權進行保護和商業化方面，和其客戶一樣具有正當的利益可言，而此一正當利益，即使是在主張反托拉斯法執法機關不應該視網際網路時代的科技發展為禁區的觀點下，相當程度而言仍然是可以與反托拉斯法共存的。

雖然美國 FTC 處理 Intel 這個案件的方式，是否明智，有見仁見智的說法⁶⁷，但是我們卻不能否認這個案件其實觸及了一個網路產業中相當困難的反托拉斯法問題：到底，對於像 Intel 這種在美國的市場占有率高達百分之八十的獨占廠商來說，可以使用哪些策略，去維護其獨占地位，在反托拉斯法的評價下才是合法的？

我們或許可以從以下幾個觀點來檢視 FTC 和 Intel 之間的協議內容，以便能夠澄清對反托拉斯法和智慧財產權法兩者關係的一些不必要的誤解：首先，此份協議禁止 Intel 日後因為任何和上述三家廠商（亦即 Intel 的消費者）之間的智慧財產權糾紛，採取保留或者威脅保留某些先進技術資訊的作法；亦即除非上述廠商選擇取得禁止 Intel 進行製造、使用、銷售或輸出其微處理器之禁制令，此一處分內容保障和 Intel 之間有任何糾紛的廠商，仍然可以取得必要的技術資訊。其次，此一要求的範圍，仍然尊重 Intel 的智慧財產權，亦即僅限於 Intel 一般來

⁶⁷ See generally Randal C. Picker, *Regulating Network Industries: A Look at Intel*, 23 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 159 (1999).

說會交給消費者，以便其使用 Intel 微處理器的資訊。但是，Intel 可以基於正當的商業理由，例如廠商違背不揭露契約中所規定的義務時，保留其技術資訊。Intel 案後來在和解中收場，此一和解具有幾個重要的意義：首先，強迫潛在競爭者提供具有智慧財產權保護的權利，應該被當做市場獨占力量的濫用行為。若不採取此一觀點，極可能出現的結果，便是在某一高技術市場上占有主導地位的廠商，可以透過上述市場力量的運用方式，將其主導地位延伸到附屬市場上，甚至下一代產品的市場上。

FTC 的作法，當然也不是沒有值得深究之處。首先，不少批評認為 FTC 不應該在智慧財產權的領域裡，透過反托拉斯法的工具，介入如此之深。此一主張看來有理，但是這些批評，卻可能忽略了一個重點：FTC 在這個案件裡所採取的態度，正顯示出 FTC 想要釐清的爭議點，乃是市場獨占者是否可以剝奪其他市場競爭者或消費者的智慧財產權，或者是否可以限制其智慧財產權行使權利此一問題。換言之，這個案件所處理的，乃是 Intel 這樣的獨占廠商，可否運用商業報復手段，或者揚言報復的作法，強迫其他廠商放棄其專利權的問題，其實有相當正面的意義可言。

再者，值得注意的是，在這個案件裡所涉及的 Intel 拒絕提供給上述三家廠商的技術資訊，乃是 Intel「通常」會提供給其消費者，以便這些消費者能夠順利設計和製造出其使用 Intel 微處理器的電腦之資訊，也就是所謂的關鍵技術資訊(how-to information)而不是可以用來幫助 Intel 在微處理器市場上的競爭對手的技術資訊，嚴格上來說不涉及任何科技交換或者專利交互授權的問題。然而，拒絕提供這些具有關鍵技術意義的資訊，實際上所發揮的功能，幾乎等於切斷上述廠商使用微處理器本身的可能性。

如前所述，Intel 的排他性行為，乃是在上述幾家廠商同意將自己的科技授權給 Intel 之後才停止。這樣的行為其實格外具有威脅性，因為對於科技創新來說，專利權的保護占據相當程度的重要性，亦即市場競爭者或潛在競爭者有必要透過專利權的保護來保護他們的科技，免於市場獨占廠商的掠奪，如果可以容許專利權在 Intel 的行為模式下被強迫授權出去的話，進而強化獨占廠商的市場主導力量的話，無異於傳遞出一個相當強烈的訊息，告訴廠商或許不值得花費時間和資源進行科技的研發。

同時，有人認為 FTC 的作法，無異於強迫 Intel 將自己的技術授權出去給競爭者，不無強

智慧財產權人之難的嫌疑。此一解讀恐怕過於廣泛，就像 Posner 法官在另外一個判決中所強調的，FTC 在 Intel 這個案件裡，其實只是要求市場主導者不能「因為其他廠商具有和其從事市場競爭的武器，便阻其生路」⁶⁸而已。甚至，從另一個角度來看，我們還可以發現 FTC 在 Intel 這個案件的和解模式下，其實不乏以下考慮：為了避免諸如強制授權之類的制度對科技創新形成負面作用，所以 FTC 採取了一個 Intel 和其他當事人都可以到法院去主張自己的權利的處理模式，而不是放任像 Intel 這樣的市場強勢競爭者可以訴諸自助、其他相對處於弱勢的當事人則訴諸一系列禁制令程序以延滯阻撓 Intel 商業活動的方式，解決涉及市場競爭的糾紛，這種處理模式應該是值得肯定的。同時，FTC 在此一案件中所採取的處理模式，也可以說是在深入理解科技產品設計架構以及智慧財產權制度真義之後，以傳統的反托拉斯法執法模式嘗試立下類似案件處理準則的重要努力之一。

更進一步言之，雖然有批評者認為除非 Intel 這個獨占廠商的行為進一步影響到價格或產量的結果，否則 FTC 的作法有欠周延。然而，正如同 Scalia 大法官所說的，反托拉斯法乃是「讓我們透過一面特殊的鏡子，去觀察獨占廠商的行為」⁶⁹，而在美國聯邦法院有關反托拉斯法的判決歷史上，也不乏在沒有出現明顯的價格或產量影響結果的情況下，認定排他性行為違反反托拉斯法的實例⁷⁰。換言之，只要獨占廠商的行為有助於進一步維護其獨占地位，其行為便應受到嚴格的檢驗⁷¹。

Intel 就其晶片架構所掌握的專利權，究竟可以做何種程度與形式的運用，過去幾年來不僅是 FTC 的調查重點之一，也曾經是法院所關切的對象。在 *Intergraph Corp. v. Intel Corp.*⁷² 這個判決裡，Intergraph 向地方法院所取得的禁制令內容，乃是要求 Intel 必須繼續履行其和 Intergraph 之間長期的商業往來關係，除了繼續提供 Intergraph 其晶片和技術資訊，還必須在

⁶⁸ *Olympia Equipment Leasing Co. v. Western Union Tel. Co.*, 797 F. 2d 370, 376 (7th Cir. 1986).

⁶⁹ *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 488 (1992)(J. Scalia, dissenting).
Lorain Journal Co. v. United States, 342 U.S. 143, 153 (1951); *United States v. Otter Trail Power Co.*, 417 U.S. 901 (1974).

⁷⁰ *Lorain Journal Co. v. United States*, 342 U.S. 143, 153 (1951); *United States v. Otter Trail Power Co.*, 417 U.S. 901 (1974).

⁷¹ Philip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law* 77-78 (rev. ed. 1996).

⁷² 3 F. Supp. 2d 1255 (N.D. Ala. 1998).

其所生產的 Pentium II 晶片推出之前，提供和該新晶片架構有關的資訊和協助。法院同樣承認 Intel 針對該晶片的架構具有智慧財產權等正當權利，但是此處的智慧財產權保護，卻不賦予 Intel 拒絕和 Intergraph 繼續其長期商業往來關係的權利。尤其值得注意的是，該地方法院同時認定 Intel 尚未發表推出的 Pentium II 晶片架構，在性質上應該屬於所謂的「必要設施」(或者稱為「樞紐設施」)(essential facilities)⁷³，其理由即在於 Intel 是電腦微處理器產業裡具有市場主導力量的廠商，而電腦產業內的硬體廠商和周邊設備廠商必須在 Intel 提供上述協助的前提下，才能製造出與 Intel 所出售的晶片架構相容的產品；因此，法院下令 Intel 必須將產品資訊和技術支援提供給原告廠商 Intergraph，而且必須確保晶片之供應。不過，值得注意的是，在本案上訴到聯邦巡迴法院之後，聯邦巡迴法院則採取不同的態度，認為本家中關於濫用壟斷地位行為(monopolization)此一主張，無法成立，其主要理由則是 Intel 與 Intergraph 兩者之間不具有市場競爭關係；然而，仔細觀之，聯邦巡迴法院此一判決結果，似乎並未直接回答 Intel 行使其專利權究竟有無限制以及其界限何在的問題，也沒有回答倘若 Intel 的 Pentium II 晶片架構果真具有類似「必要設施」的性質的話，那麼到底是否便意味著 Intel 必須負擔必要設施的法律義務，甚至負擔強制授權的義務此一問題⁷⁴。

總之，如果我們從 FTC 和相關法院判決處理 Intel 這類案件的過程中可以得到某些啟示的

⁷³ 根據美國司法判決的歸納，必要設施的認定，包括下列幾個因素：(一)某一產業的必要設施乃是為一獨占廠商所控制；(二)競爭者事實上沒有能力，或者以合理的代價，另外為自己建立相同的必要設施；(三)獨占廠商拒絕競爭者使用必要設施；以及(四)獨占廠商有能力提供該設施給競爭者使用。See, e.g. MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel. Co., 708 F. 2d 1081, 1132-33(7th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 891 (1983); United States v. Terminal Railroad R.R. Assn., 224 U.S. 383(1912); Consolidated Gas Co. of Fla. v. City Gas Co. of Fla., 665 F. Supp. 1493 (S.D. Fla. 1987), affirmed, 880 F.2d 297(11th Cir. 1989), on rehearing, 912 F.2d 1262(11th Cir. 1990), vacated and dismissed on nonantitrust grounds, 499 U.S. 915 (1991); Bellsouth Advertising v. Donneley Inc. Pub., 719 F.Supp. 1551 (S.D. Fla. 1988), affirmed, 933 F. 2d 952 (11th Cir. 1991). See also generally Philip Areeda, Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles, 58 Antitrust L.J. 841(1990).有關此一原則在反托拉斯法或競爭法方面的發展，國內相關法學論述中具有詳盡說明與分析者，請參閱，張長樹，「樞紐設施原則之研究」(國立政治大學法律學研究所博士論文，民國八十九年四月二十八日)。

⁷⁴ 論者有謂即使是在網際網路市場上，也不應該針對這類智慧財產權人賦予強制授權義務者，see David McGowan, Networks and Intention in Antitrust and Intellectual Property, 24 J. Corp. L. 485 (1999); David McGowan, Regulating Competition in the Information Age: Computer Software as an Essential Facility Under the Sherman Act, 18 Hastings Comm. & Ent. L. J. 771 (1996).

話，那麼至少應該是：在高科技產業裡，反托拉斯法應該在避免獨占廠商不當擴張其獨占力量方面，扮演重要的角色。尤其，當獨占廠商是處在一個以科技創新定義市場競爭的市場上，而其行為又是以壓抑市場上其他獨立廠商或競爭者的科技創新為目的時，反托拉斯法的角色更見明顯。在這個邏輯下，我們其實多少可以找到透過反托拉斯法所賦予的管制措施，介入科技運用脈絡的正當性基礎。

除了上述公平交易法是否應該介入科技架構的一般性問題外，FTC 在 Intel 一案中所使用的界定市場的分析方式，也是一個可以說明在高科技產業中定義市場可能遭遇哪些困難的分類問題之極佳實例。如前所述，現有產品技術市場和未來產品技術市場兩者之間的差異，往往並不是非常明確，同樣地，技術市場的分析也經常同時涉及現有產品、潛在的未來產品、以及相關科技等⁷⁵：在 Intel 這個案件裡，FTC 認為 Intel 的行為，乃是企圖達成下列目的：(一)透過使競爭者處於不利地位的方式，維持其在一般性目的微處理器市場上的獨占地位；(二)在目前這一代和未來的一般性目的微處理器市場上，以及可能包含在一般性目的微處理器市場內的範圍比較狹窄的市場上，取得獨占地位⁷⁶。不過，值得注意的是，到底是哪些微處理器科技有可能構成相關商品市場，FTC 則並未明確指出其樣態。之所以如此，原因之一或許是 FTC 可能是單純將目前這一代和未來的一般性目的微處理器科技，單純當做使用科技的產品來處理，所以才沒有特別指出另一個獨立分開的技術市場。另外一個可能的原因，則是 FTC 的控訴內容，原本便已經包含獨立的微處理器商品市場、以及目前這一代和未來的微處理器市場，從 FTC 的控訴內容看來，似乎以上兩種解釋都可以說得通。

三、標準制定和智慧財產權的界面問題：以 Dell 案為例

例如，在美國 FTC 數年前所處理的 Dell Computer 案⁷⁷中，便涉及是否濫用技術標準制定的問題。此一案件所涉及的技術標準 VL-Bus Standard，為 Video Electronics Standards Association (VESA)所訂定者，其乃透過一 local bus 發揮功能，該 local bus 之主要功能在於為電腦的 CPU 和其周邊設備傳送指令。在 VESA 這個組織內，乃是透過投票方式決定技術標準的採用，而且，

⁷⁵ See generally William J. Baer & David A. Balto, *Antitrust Enforcement and High-Technology Markets*, 5 Mich. Telecomm. Tech. L. Rev. 73 (1999).

⁷⁶ Complaint §41, Intel Corp., No. 9288, 1999 FTC Lexis 38, at *20 (F.T.C. 1999).

⁷⁷ In the Matter of Dell Computer Co., C-3658 (May 20, 1996).

根據 VESA 的運作規則，在投票時各個成員均須確認自己針對系爭技術標準即 VL-Bus Standard，不掌握任何專利權⁷⁸，在這個案件裡，投票者也包括 Dell 電腦公司的代表在內，同時該公司代表也的確做出此一該公司不掌握該技術標準之專利權的陳述。但是，在八個月之後，也就是 VL-Bus Standard 此一技術標準被廣泛採用之後，Dell 卻針對使用 VL-Bus Standard 的其他 VESA 成員，主張專利權。對於電腦和周邊設備製造商來說，知道如何讓產品相容，可以說是具有相當高的效率增進作用。此一技術標準的協議，乃是以任何一家廠商均不能掌握有杯葛或阻礙其他廠商以該技術標準為目標進行研發行為的智慧財產權為前提，然而，當 Dell 主張該技術標準侵害其專利權時，此類技術標準制定活動具有反競爭潛力的事實也就表露無遺了。由於 Dell 一直等到此一技術標準相當成功之後，才提出專利權遭到侵害的主張，所以參與該技術標準制定的廠商，根本無從及時知悉，而 Dell 提出專利權遭到侵害主張的時間點，似乎也有企圖利用專利權所賦予的市場獨占力量，妨礙市場競爭秩序之嫌⁷⁹。尤其，由於其他廠商在擔心侵犯 Dell 的專利權的情況下，可能會避免使用此一技術，因而延遲了此一技術成為產業標準的時間，甚至大幅阻礙了廠商參與此一技術標準制定的意願，反而提高了新技術出現和運用的成本。所以，本案最後雖然以協議收場，但是在 FTC 和 Dell 所簽訂的協議內容中，Dell 的確同意 FTC 所要求的 Dell 不得對任何在其產品中使用此一新型設計的廠商主張專利權，並且在日後的技術標準制定過程中，也不准再出現類似的行為⁸⁰。此一處理模式的特色，在於一方面維護 Dell 的專利權，以免壓抑科技創新的誘因，他方面也不至於讓上述公開的產業標準制定程序遭到濫用。這個案件的處理結果，不無值得我們思考之處，因為，這個案件不但觸動了表面上看來純屬科技運用事務的技術標準制定過程，如果有濫用之嫌，在反托拉斯法上應該受到何種評價的問題；也觸動了智慧財產權的行使應該符合哪些條件，才能被視為正當的問題。本文以下將針對後者做進一步的說明。而以下的分析，主要目的則在於說明雖然國際網路產業具有相當濃厚的科技特性，但是為了避免技術標準遭到不當的操縱，政府管制以反托

⁷⁸ 在此特別值得一提的是，國際上許多類似的技術標準制定組織，包括美國國家標準機構（American National Standards Institute，簡稱 ANSI）和國際半導體設備與材料組織（SEMI）在內，都有類似的規則。

⁷⁹ See also *Wang Lab v. Mitsubishi Elec. Am., Inc.*, 103 F. 3d 1571 (Fed. Cir. 1997); *Hewlett-Packard Co. v. Pitney Bowes Corp.*, No. 95-1806-Jo, 1998 U.S. Dist. Lexis (D. Or. Mar. 23, 1998).

⁸⁰ See in re *Dell Computer Corp.*, No. 931-0097 (FTC 1995).

拉斯法的型態介入網際網路產業，仍有一定的空間可言，而此種必要的介入其實仍然可以自過去至今所歸納下來的反托拉斯法原則中獲得相當實質的支持，毋需另闢蹊徑。

類似本案 Dell 公司所為的俘虜技術標準制定組織的作法，對於市場競爭可能造成一定程度以上的傷害。首先，Dell 透過這樣的作法，將上述集體化的技術標準制定結果轉化成事實上的技術標準，可以取得市場上通用技術標準的排他性控制地位，其次，還可以更進一步地運用此一技術標準，取得在公開標準競爭的情況下無從獲致的市場主導地位。而且，究諸實際，如果 Dell 在參與該技術標準制定程序之初，便宣布自己掌握有該技術標準智慧財產權的事實的話，那麼該產業很可能不會採取這種受智慧財產權保護的技術標準，或者這類標準在市場上也可能會遭遇比較激烈的競爭。

至於類似 Dell 公司在本案中的作法的市場行為，在反托拉斯法上會受到的規範評價為何，則可能是休曼法第二條的濫用獨占地位行為。一般而言，休曼法第二條所禁止的濫用獨占地位行為，有三個要件：(一)濫用獨占地位的主觀意圖；(二)以實現該主觀意圖為目的的反市場競爭行為；(三)該反市場競爭行為成功的可能性⁸¹。根據上述要件，倘若某一廠商在標準制定過程中未曾揭露其掌握某特定技術標準智慧財產權的事實是出於故意掩飾，而非無意疏忽，應該便可以判斷為符合具有濫用獨占地位的主觀意圖此一條件。再者，在標準制定過程中從事類似 Dell 所為之「俘虜」產業標準行為，幾乎便可以判定構成反市場競爭的行為，而且這種行為通常容易導致市場獨占地位濫用的結果。雖然，Dell 公司掌有智慧財產權此一事實，的確應該讓反托拉斯法介入技術標準制定過程時採取比較謹慎的態度，以免過度壓縮智慧財產權人行使其智慧財產權的空間，可是，掌有智慧財產權此一事實，卻無從豁免智慧財產權人不當延伸其智慧財產權以達成壟斷市場目標的責任。而政府管制介入此種涉及智慧財產權的技術標準制定過程，也說明了反托拉斯法在面對技術標準制定這種網際網路產業十分普遍常見的行為時，應該採取怎樣的態度，重新檢視政府管制介入科技架構此一問題。

此處同時應該說明的是，並不是所有牽涉到技術標準的智慧財產權均有反市場競爭的性質。以目前主要國際組織所採行的規則來看，其中固然不乏如向來身居網際網路各種技術標準制定核心組織的網際網路工程特別小組 (Internet Engineering Task Force, 簡稱 IETF), 傳統上

⁸¹ Spectrum Sports v. McQuillen, 506 U.S. 970 (1993).

乃是要求參與者應該開放或者智慧財產權者，然而，究諸實際，智慧財產權也可能和有助於市場競爭的技術標準制定共存，有些標準制定組織便是抱持這種態度，而不要求開放或者放棄智慧財產權，代之以要求智慧財產權人必須基於合理的基礎和條件，進行智慧財產權的授權。

最後，值得附帶一提的是，由於網際網路產業和所有的高科技產業一樣，往往需要有相當多的研究發展工作做為後援。在這種情況下，協調合作進行研發工作，便成為網際網路產業內常見的現象，其中最常見的型態便是所謂的合資(joint venture)或者策略聯盟(strategic alliance)。這類合作型態基本上乃是一方面集合市場上的競爭者，在研究發展、製造和行銷等方面進行合作，然而在銷售和定價等方面則從事競爭。由於這類合資或策略聯盟具有促進經濟效率的作用，而且對於創新需求頗高的網際網路產業來說，因為科技創新非高昂的研發成本和集思廣益往往不足以為功，因而以研發為目的之合資和策略聯盟，格外具有重要性，所以不乏論者主張反托拉斯法在面對這類合資和策略聯盟時必須特別謹慎者⁸²。同樣地，這類合資或策略聯盟形成之後所從事的各種協力行為，是否可能出現類似前述濫用技術標準制定程序的情形，也不無注意的必要，值得網際網路時代的反托拉斯法執法機關視特定個案的具體事實審慎檢驗之。

伍、市場分析困境的初步觀察：以技術市場和創新市場的分析為中心

透過市場分析界定特定市場，是討論系爭授權行為是否違犯之前必經的步驟，這也是美國一九九五年處理準則和我國公平會處理原則兩者共同肯認的原則。然而，特定市場的界定往往並不容易，已如前述，尤其是技術市場和創新市場，一直是美國法制的相關討論中，認為最可能引起困擾的市場分析類型。舉例來說，將技術市場和創新市場兩者分成兩種特定市場的類型，分開處理，是否恰當，便是極受關注的議題。或者，從另一個角度來看這個問題，技術市場和創新市場兩種市場類型的出現，其目的應該是為了處理傳統商品市場分析之下無法處理的限制競爭行為。換言之，之所以需要自傳統的商品市場分析中另行區分出技術市場和創新市場，是為了讓管制機關不必等到實際商品市場受到影響的結果出現，便可以處理某些限制競爭

⁸² See, e.g., Thomas M. Jorde & David Teece, Innovation, Cooperation, and Antitrust: Balancing Cooperation and Competition, 4 High Tech. L. J. 1 (1989); Gene Grossman & Carl Shapiro, Research Joint Ventures: An Antitrust Analysis, 2 J. L. Econ. & Org. 315 (1986).

的行為。無論美國一九九五年處理準則所採取的市場區分類型是否為明智之舉，未來的觀察重點似乎都應該在於主管機關是否有充足的能力定義技術市場和創新市場，以及在特定案件中能否精確衡量這類市場上實際上所產生的限制競爭效果。

從另一個角度來看，另行區分出技術市場和創新市場的理由之一，極可能是為了讓管制機關便於介入在傳統的商品市場分析下無從介入的行為態樣。換言之，技術市場和創新市場的分析，或許可以讓市場力量的分析更具有前瞻效果，在合理的範圍內更能觸及未來可能出現的市場力量，更適合科技產業的市場分析需求。

不過，在界定創新市場時，卻極可能必須面對一些潛在的問題。例如，美國一九九五年處理準則所賴以界定「研究與發展」市場的占有率標準，似乎有流於武斷之嫌，不見得合理；而即使將研究發展經費當做衡量標準，同樣也不見得公允。尤其是美國一九九五年處理準則賴以界定獨占力量的模型，似乎也難以充分說明獨占廠商在研究發展上的投入決策和其在商品市場和創新市場上等各個不同市場上的市場力量消長兩者之間的關係。這些都是值得未來進一步澄清探討的問題。

專就技術市場而言，在美國一九九五年處理準則的界定下，技術市場包括智慧財產權和其他性質相近的替代品，包括消費者在市場力量發揮影響的情況下可能轉而購買的替代科技在內。因此，當我們討論技術市場的界定問題時，不可避免地必須討論系爭主要科技和其他可能已經或者尚未包括在此一相關市場上的科技兩者之間，到底具有怎樣的關係此一議題。首先，如果特定市場上並無性質相近、和系爭科技之間具有合理可互換性的替代品，那麼，這些科技應該都被當做一個相關市場來處理。例如聯邦司法部在 *United States v. Primestar Inc.*⁸³此一案件中便指出：Primestar 是個由五家有線電視所控制的公司，Primestar 準備購買直播衛星 (direct broadcast satellite, 簡稱 DBS) 科技，因為 Primestar 此一收購行動而受到影響的，乃是透過各種不同的方式，包括有線電視、衛星和其他科技在內，傳送到收視戶家中的多頻道影視節目，因此有線電視科技和直播衛星科技兩者，乃是在提供多頻道影視節目傳輸服務此一相關市場上具有互相競爭的關係，是以聯邦司法部認為此一收購行動將出現反競爭影響力⁸⁴。

⁸³ No.1: 98CV01193 (D.D.C. filed May 12, 1998).

⁸⁴ See id. §76-78, 83.

Primestar 此一案件似乎爭議不大，然而，以前述 Microsoft 一案而言，是否在單一相關市場上出現彼此性質相近的科技之間的互相競爭，則具有爭議。根據該案地方法院的分析，Microsoft 一案涉及兩個相關市場：一為針對和 Intel 相容的個人電腦作業系統進行的全球性智慧財產權授權市場，一為網路瀏覽器功能的市場。接著，該案地方法院認為，由於高昂的轉換成本所引發的鎖定(lock-in)問題，以及個人電腦本身的特質所致，因此，作業系統市場實際上僅僅限於 Microsoft 的視窗作業系統而已。由於高昂的購買成本和學習成本之故，使用者也很難輕易地從以 Intel 處理器為基礎的個人電腦轉換非以 Intel 處理器為基礎的個人電腦。其次，由於以其他種類的作業系統為對象而寫作設計的軟體相當稀少，所以消費者也不會從和 Intel 相容的視窗作業系統，轉換到和 Intel 不相容的作業系統。再者，在一般個人電腦之外，在可見的未來，也很難找到可以和以 Intel 處理器為基礎的個人電腦互相競爭的產品⁸⁵。針對上述說法，被告微軟公司所提出的反擊，則是認為蘋果電腦所使用的系統、使用各種不同 UNIX 作業系統的工作站、以及諸如 JAVA 這類跨越平台的作業系統，都是和視窗作業軟體處於競爭關係的產品。

綜上所述，本案地方法院界定相關市場的方式，乃是在超乎市場競爭水準的價格提高的情形下，短期內需求面重要替代品出現的可能性，做一評估。本案法院之所以排除將其他替代性科技放在同一相關市場內進行考量，主要理由在於法院認為就個人電腦而言，這些科技仍非性質相近、和系爭視窗作業系統科技之間具有合理可互換性的替代品，即使退一步而言，某些替代性科技有朝一日成為性質相近、和系爭科技之間具有合理可互換性的替代品，短期之內仍然不見得會出現此一結果。當然，細究之下，本案法院此種分析模式，並非全無問題。尤其，從法院的事實認定來看，更可能引發爭議。尤其是法院對消費者轉換其所使用的科技所做的評估，可能不無遭致質疑的可能性。

更重要的是，在上述智慧財產權授權處理原則中，雖然針對三種市場分別界定，但是在實際操作上，彼此之間的區分並非如此清晰明確。例如，以改進產品和製程為目標的研究發展，乃是創新市場的核心，但是研究發展經常會涉及相當程度的智慧財產權考量，尤其是研究發展過程中若是涉及以該研發過程所使用的智慧財產權進行授權時，這些現有的授權，就有可能會

⁸⁵ Microsoft, 65 F.Supp.2d, at 16, 5, 9-10.

出現必須界定技術市場的議題；換言之，在創新市場和未來產品技術市場兩者之間，會出現重疊的現象。再者，公平交易法管制機關，甚或法院，是否有能力區分研究發展過程中究竟有哪些市場競爭的意義值得深究，恐怕也是必須斟酌再三的問題。同樣地，此一問題是否也出現在技術市場的分析上，同樣值得關心⁸⁶。

再者，針對近年來發展迅速、強調科技領導地位、深受網路效應影響的高科技產業，是否應該適用傳統反托拉斯法的市場分析方式，備受討論⁸⁷。同時，偏於靜態的相關市場分析，是否能夠因應高科技產業，也不無疑問⁸⁸。同樣地，以高科技產業的複雜程度而言，在進行技術市場的分析時，是否應該針對不同產業別的市場競爭特質賦予特別的考量，也似乎不無討論空間。接著，在實際操作上，由於專利範圍並無標準化範圍可言，而且，針對未來產品的市場競爭進行預測，亦屬極端困難之事，所以，在界定技術市場時，不免困難重重，似乎有待美國法制未來發展狀況，進一步予以精緻化。而我國公平會在處理類似案件時，似乎也應該將上述可能遭遇的潛在問題，在可能的範圍內做一妥適的處理。

陸、結論

本文除了分析美國在智慧財產權所涉及的反托拉斯法議題方面所出現的論述外，也以美國一九九五年所頒布的智慧財產權授權處理準則為主軸，說明公平交易法和智慧財產權法兩者之間的關係可能的界定和處理模式，希望對我國公平交易法處理複雜的智慧財產權授權問題，帶來些許助益。本文雖以介紹性文字自我定位，但是，本文仍要強調的是，以上論述至少說明了，從長期的眼光來看，公平交易法和智慧財產權法兩者均以促進市場上的科技創新和消費者福祉為目的。以公平交易法目前及未來不免必須積極面對、以科技為主導因而變化速度極快的市場趨勢而言，對於此一議題進行比較法上的檢視和澄清，仍有其必要性。最後，值得一提的是，公平交易法和智慧財產權法兩者均係本質上技術性相當高的法律，然而，卻是行政管制機關、

⁸⁶ See generally George A. Hay, *Innovation in Antitrust Enforcement*, 64 *Antitrust L.J.* 7 (1995); Lawrence B. Landman, *Did Congress Actually Create Innovation Markets?*, 13 *Berkeley Tech. L.J.* 721 (1998).

⁸⁷ See generally Dwight R. Lee & Richard B. McKenzie, *Technology, Market Changes, and Antitrust Enforcement* (2000).

⁸⁸ David J. Teece & Mary Coleman, *The Meaning of Monopoly: Antitrust Analysis in High-Technology Industries*, 43 *Antitrust Bull.* 801, 826-28 (1998).

甚至立法機關和司法機關必須面對的迫切議題；同時，此一檢視和澄清工作，無法因為規範面的制度內容和運作經驗介紹而竟全功，絕大部分仍須仰賴我國公平交易法執法機關進一步的討論思索和經驗累積。從此一觀點來看，公平會在操作適用其處理原則時，似亦應抱持相同的態度，謹慎執法，以便引導授權行為在有利市場競爭之前提下發展：除了公平會處理原則第六點所規定之「違反公平交易法事項例示」⁸⁹的確定性相對而言較高之外，公平會處理原則中雖然於第五點中揭示十一種原則上「不違反公平交易法事項之例示」⁹⁰，以及在第七點中標舉出「可能違反公平交易法事項之例示」⁹¹，然而，以上兩點所列之各種情形，究竟是否構成公平交易法之違反，似仍具有相當高的不確定性，仍然有待公平會在具體案件中的適用，和相關案件的累積，予以澄清，而這也是公平會處理原則第八點所規定之「技術授權協議之內容非屬本原則所例示之行為態樣者，依公平交易法之規定，於具體個案判斷之」之相同規範意旨所在，以便逐漸形成技術授權人和被授權人得以遵循之遊戲規則。

⁸⁹ 公平會處理原則第六點所例示之「違反公平交易法事項之技術授權協議」，乃是分成聯合行為之禁止和不公平競爭行為之禁止兩種態樣，不公平競爭行為之禁止此一部分，則進一步包括禁止競爭約款，限制技術使用範圍或交易相對人之約款，強制搭售約款，強制以專屬方式回饋授權，專利消滅後或專門技術因非可歸責被授權人之事由被公開後、對使用之限制及支付授權實施費用之義務，授權協議期滿後限制競爭商品之製造、使用、銷售或限制採用競爭技術，價格限制約款，禁止爭執授權技術之有效性，拒絕提供授權協議重要資訊等九種情形。

⁹⁰ 歸納公平會處理原則第五點所例示之十一種「不違反公平交易法」之技術授權協議，包括以下各端：對授權實施範圍所為之限制，授權期間之限制，依一定商品之製造數量等做為計算授權實施費用之基礎之義務，專利期滿後或專門技術因非可歸責於授權人之事由而被公開後被授權人支付授權實施費用之義務，以非專屬之方式回饋授權，最大努力條款，對仍具營業祕密性之專門技術之保密義務，最低製造數量、使用次數或銷售數量之限制，對授權技術之商品、原材料、零件等品質之限制，禁止讓與或再授權，授權協議期滿後不得再使用之限制。

⁹¹ 歸納公平會處理原則第七點所例示之「可能違反公平交易法事項之技術授權協議」，包括以下情形：授權區域之限制，銷售範圍或交易對象之限制、應用領域及範圍之限制，最高製造數量、銷售數量或使用次數之限制，限制必須透過授權人或其指定之人銷售，依照某一商品之製造或銷售數量支付授權實施費用之義務。然而，同時值得注意者為第七點第二項進一步規定「技術授權協議授權人要求被授權人向授權人或其所指定之人購買原材料、零件等，而非為使授權技術達到一定效用，維持授權商品之商標信譽或維護專門技術祕密性之合理必要範圍內，如在特定市場具有限制競爭或妨礙公平競爭之虞，將可能違反公平交易法第十九條第一款或第六款規定」，第三項亦規定「技術授權協議無正當理由，就交易條件、授權實施費用等，對被授權人給予差別待遇之行為，如在特定市場具有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，將可能違反公平交易法第十九條第二款規定」。

評論

范所長建得（清華大學科技法律研究所）

主持人林院長、吳院長、許委員、劉教授、在座各位貴賓：

其實有機會拜讀劉教授的這篇大作，我想，跟大家一樣，會有耳目一新的感覺。我想，其實以最近發展來講，台灣，包括我們公平會一直在面臨許多有關於新興科技帶來衝擊的問題。譬如像公平會在現有整個四 C 產業的規範部分，就投注了相當大的心力。

劉教授的這篇論文所提出的是一個很基礎性的探討。首先，在他整個文章的掌握上面，我們可以看到他掌握三個很重要的美國 leading cases 的發展，再從這邊銜接到美國過去對於整個科技發展當中的發展經驗。我想這個對公平會或是在座各位先進來講，都是在研究規範的發展過程中能夠去參考或者引用的一個很重要的 academic source。其次我們看到這篇論文，主要應該是有兩個很重要而交錯進行的主軸，一個是針對美國法律發展的過程加以剖析，另外一個則是重要的案例所牽涉到，對於新興產品，還有對發展創新市場概念的探討。在國內，我是第一次看到用這樣的角度來做一個區分。但是我認為，這是非常有意義的區分。

那麼，回到論文的本身來探討，我覺得它有幾個特點，首先，我覺得第一個特點應該就呈現在第 1 頁，誠如剛才劉教授所言，我們不應該認為公平交易法介入科技產業如何如何，用這種微觀的角度來看它；我非常同意。其次，則是在第 6 頁這裡，劉教授有特別提到從產品市場、科技市場到研發創新市場的概念。我感覺到，雖然說劉教授剛剛提到，他是匆忙之間所寫，可是我認為仔細去閱讀的話，你可以感覺到他的脈絡和他所指出的差異性。我們想想看，這個發展，大概就跟我們在過去從傳統的商品經濟或從 WTO 的發展經驗來看，也就是從 goods 到 services，再發展到一般的智慧財產，甚至現在的知識經濟；我相信各位可以看到這樣的一個脈絡。至於公平法則通常被定位在市場的管制，先針對 goods、services 到 intangible goods 再到 knowledge based 的 transaction；準此，我們可以發現到，公平法的 rule 也是從市場的角度、產業的規範、到市場的競爭行為，應該同樣有這樣的一個脈絡。這正是我剛才所提到，閱讀這篇文章令人覺得很有意義的地方。可能當我們在說思考問題、分析問題往往就代表你用什麼角度去看問題，我覺得劉教授這個角度的觀察是非常有意義的。當然，除了這此之外，我們也都

發現，像微軟的這個案子應有一個很大的比重，尤其是 Jackson 他在 challenge 微軟的時候，就對於搭售的部分，用力很重；因為他認為那個部分跟消費者密切相關。這個部分在劉教授論文從第 15 頁過來有詳細的探討，算是對於在科技領域中談搭售，一個十分詳盡的介紹，此部分的内容既廣也深，個人認為這也是這篇論文一個蠻重要的貢獻。

再者，個人以為在 17 頁這裡，談到了 Intel 這個例子，我不知道大家會不會同意，但是自己在接觸一些科技的議題、和科技法律的發展以後，就一直認為，在知識經濟的時代去探討反壟斷問題，除了去思考商品、勞務以外，還有什麼東西可以掌握去做為分析的對象？我想那應該是訊息。在 17 頁最底下開始，我覺得劉教授抓住了這個案子的一個重點，因為他所探討的正是一個 information sharing 的問題。實際上，已經有很多人在研究知識經濟的過程中發現到，知識最重要的就在於如何界定它的價值，這是與商品或勞務相對的工作，在這個概念下面，我們可以看到，在 Intel 的案例中，表面上所呈現出來雖是有關於交叉授權或者是拒絕交易的概念，可是在實質上必須要去分析探討的内容卻是在於資訊，資訊的掌握和資訊的意義在哪裡？我覺得這個案例應該是我們後續在處理知識經濟案件當中，非常值得我們去重視的。而這也是我覺得在拜讀這篇論文後，個人受益很大的一個部分。

當然今天我們在這裡是參與討論，所以我也想提出幾點問題來，就教於在座先進，一方面也是給劉教授做參考。首先可能因為在整個問題的探討上，劉教授試圖掌握的是一個非常大的架構，是以當論及搭售的問題時，他雖然正確的直接掌握了 case 及 case law 的發展。（我認為這是一個正確的作法，因為有很多的文章都是直接跳進一些美國 guideline 的探討，那是屬於行政指導的範圍，可是在美國，在案例法的系統，真正重點應該在 case law。）但是我仍感到必須要特別提一下，也就是美國最近對於搭售的分析，可能有一些比較有定見的想法，尤其是在搭售之管制上區隔獨占者或非獨占者之間，可能也有一些看法，這些或許可供劉教授在後續研究時加以考慮，像這點劉教授或許可以在第 14 頁的分析中，把它帶進去。其次，在這篇論文中一再提到的就是獨占力濫用與搭售或其他行為間的關係，這自然也涉及到了構成要件的分析，可是我覺得，在從事反壟斷分析時，有關意圖或是不是有 abuse market power 的現象，是必須高度依賴實證分析(positive analysis)的。例如在微軟案件中，Jackson 便花了很大的功夫去調查市場的結構和微軟在過去做過的一些「惡行」，所以可能劉教授可以考慮在要件分析上將這部分納進去。當然這涉及到主觀上，文章重點是不是要放在這裡的取捨。

再其次，在 19 頁這裡，劉教授透過他一向非常細膩的分析，提出了非常多的關鍵問題。但是我個人有一個感覺，就是問題非常非常多，是以我也會期待劉教授有沒有可能去理出一些方向，讓我們可能從一些方向去尋求解答？或從什麼方向去嘗試處理。這點，我可以舉出一個例子，譬如在 19 頁這裡，劉教授就提出許多很精闢的問題，但是否也有可能讓我們也有一些去思考答案的方向？

再來，最後一點我想要提到的是在第 6 頁這裡，正如我們在前面曾經提到關於科技市場的定義，而在這裡，因為劉教授的論文非常多次提到授權的問題，依我個人的淺見，在進一步談到授權交易市場時，(譬如在第 6 頁，note 26 這裡就提到的授權交易)，科技市場的定義，其實某種程度上面，跟美國的專利法的定義會有點關係。如果劉教授願意的話，可以在有關於科技市場，尤其是涉及到專利授權的時候，同時參考一下美國專利法的規定，這應會對於科技市場或是科技專利市場的定義，有很好的一個補強作用，我相信這也可以是這個論文所談到的主軸，也就是公平法和智慧財產權交互之間的互動關係，落下一個很好的註腳。

整體來說，我覺得這篇文章的原創性很高，學術性很高，而且在實用性上面，參考價值也很高。至於個人所提出來的一些觀點，只不過是我自己的一些想法，也是個人的一些淺見，供大家參考。以上是我個人的一些看法。謝謝。