

國立臺灣大學法律學院科際整合法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Interdisciplinary Legal Studies

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



公平交易法對於專利授權行為管制之研究

-從高通案談起

The Regulation of Patent Licensing under Fair Trade Act

- From the Case of Qualcomm

施雅薰

Ya-Hsun Shih

指導教授：黃銘傑 博士

Advisor: Ming-Jye Huang, Ph.D.

中華民國 107 年 3 月

March 2018

國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

公平交易法對於專利授權行為管制之研究
-從高通案談起

The Regulation of Patent Licensing Under Fair Trade Act
- From The Case of Qualcomm

本論文係 施雅薰 君（學號 R01A41007）在國立臺灣大學國際整合法律學研究所完成之碩士學位論文，於民國 107 年 1 月 30 日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授： 黃昭偉

口試委員： _____

張運

莊弘鈺

黃昭偉

誌謝

親自完成一份法學論文，才發現有多麼不容易。再回首平日圖書館架上汗牛充棟的法學論著，看待的眼光亦已不同：原來其中蘊藏著這麼多的心血與汗水，每個引註文獻，皆映射著學者們的精心挑選與過濾排除、皆須經歷皓首窮經的悉心閱讀與反芻吸收；論著中的一字一句，更皆是學者們於昏黃孤燈下反覆辯證、琢磨思量，方才落筆的結晶。每思及此，心中不禁充滿敬意與感謝，因為前人大量的努力，身為後進者才有機會站在前人構築的知識堡壘上，遙望未知的遠方。

這本論文的完成，首要感謝黃銘傑老師的指導。黃老師對於競爭法與智財法之知識廣度、深度與獨到眼光，讓人敬服不已，更極大地幫助自己，在論文進行中獲得相當多突破性的啟發；亦要感謝黃老師的耐心與寬容，讓這篇論文得以在一次次不成熟的論述與方向中逐漸被修正與完整。同時也非常感謝口試委員王立達老師、莊弘鈺老師的指引，儘管只是一個下午的時間，卻讓自己有大開眼界之驚嘆，原來競爭法的高手可以達到如此高度，原來相關議題還可以討論得這麼深、原來還有許多從前未曾思及之面向，值得進一步地深入探究；雖然只是寥寥數小時的討論，但卻能感受到盲點被突破、學識得以成長的喜悅，讓人未來更想要在競爭法與智財法之領域，繼續耕耘與學習。

在科法所の旅程，隨著論文的完成，也走到了結束的終點。很感謝在科法所遇見的朋友們，能夠認識美好的你們，對我而言是難能可貴的幸運。謝謝佑均與擎宇，能和你們相識深聊，人生好像即得以走向更開拓而寬闊的境地；謝謝可瑞這幾年來的關懷與幫忙，總是讓人感到如此溫暖而喜樂；謝謝柔諭、Sabrina、怡穎，在妳們身旁總是如沐春風般地舒服；謝謝柏佑、惠安、Vivian，能有機會和你們聊天時總是覺得那麼地充實且愉快；以及科法所同學們，很高興能和大家一起走過一段學習法律的歲月，也許未來各奔東西，這段時間也是難忘的歷程。

在就讀科法所的期間有幸得到事務所實習的機會，感謝指導律師與指導學長怡芳律師、貞儀律師於實習過程中的指導與照顧；感謝實習好夥伴昕叡與逸儒，雖然當時覺得有些辛苦，但過程中笑鬧著共同經歷的一切，現在回想起來都是開心的回憶。也謝謝昕叡、于淨提供的研討會訊息資料，為論文的完成帶來了不可或缺的助益。

感謝家人的包容與支持，讓自己於進行此份論文的期間，能曾創下 17 天未出家門一步，生活中除論文之外別無其他的專注生活紀錄；因為家人的寬容，也才有除夕夜圍爐過後，伴著法學論著守歲到天明、以及過年期間獨自埋首書桌前的充實時光。

最後，感謝我的母親，這麼多年來容忍著自己的任性追逐、這麼多年來支持著自己每一個夢想與抉擇，如果未來自己有一絲一毫的成就，全都要歸功於母親的愛與成全。感激難以言喻，只能再說一句，謝謝您。

中文摘要

本文主要探討公平交易法下對於專利授權管制可能所需評估之元素。首先，本文先從上位概念出發，分別探討智財法與競爭法制度各自之功能與目的。其次，本文認為可以透過三道關卡，檢驗前述上位概念是否落實於專利授權管制之具體制度中。

第一道關卡為：公平法第 45 條，其界定公平法對於專利授權行為的管制界線。藉由採取綜合衡量標準，來實踐智財法與競爭法兩套制度皆為促進創新之共同目標。

於第二道關卡中，本文認為應以市場力量作為競爭法介入契約自由之先決條件。本文認為專利權、SEP 之市場力量其實可能弱於想像，SEP 之市場力量行使更受到重重限制，至少包括真實性、水平處、垂直處、動態競爭上、行使上之限制。本文並指出，在探討 SEP 所可能帶來對於標準實施者之「專利箝制(patent holdup)」危害之外，同時專利權人所面臨之「反向專利箝制(reverse holdup)」與「逆專利箝制(holdout)」威脅，亦似不應輕易被忽視。

於第三道關卡中，本文主張以合理原則作為檢視專利授權限制之合法性依據。並藉由比較許多國家對於以低市占率作為授權安全區的作法，反思我國未設置安全區可能帶來之執法不確定性風險。

最後，本文依前述三道關卡所探討之評估因素檢視受我國公平會所裁罰之高通案。

於公平法第 45 條之討論中，本文認為於公平會並未證明高通公司之專利授權行為是以損害他人為主要目的，可能未必與一般「權利濫用說」之要件相符，權利濫用之指控得否成立，還有疑義。



於市場力量之討論中，本文認為高市占率與擁有 SEP 似皆不足以證立高通公司擁有在相關市場上「排除競爭之能力」，因而質疑高通公司具有獨占地位之認定可能並不成立。

於合理原則之討論中，本文就三個被指控之行為，分別探討其合理性。

首先，於拒絕授權晶片競爭同業之行為中，本文討論「不告訴承諾」與「權利耗盡」之間之關係，認為高通公司似未有「拒絕授權」之行為、「權利耗盡」可能與高通公司之授權模式無關、「不告訴之承諾」可能需進一步考量其促進競爭效果、「樞紐設施理論」似乎可能不能完全適用於本案。

其次，於採取不簽署授權契約則不提供晶片之手段中，本文認為由於高通公司之專利可能遍及於整台手機系統上，而非僅及於晶片之中。高通公司要求所有可能侵權之手機業者須先簽署授權契約，解決侵權疑慮之後，再提供晶片給他們，此一行為，似應為專利權人正當行使權利之合理行為，而無反競爭之疑慮。

最後，與特定事業簽署含有排他性之獨家交易折讓條款之行為中，本文認為公平會應先判斷實質性之封鎖效應，再評估忠誠折扣促進競爭之面向，得到淨競爭效果，方才能評量系爭行為之違法性。本文認為，或許似亦可參考近來歐盟法院與執委會所採取之「同等效率競爭者」標準，以增加論據之客觀性與說服力。

關鍵詞：競爭法；專利授權；市場力量；標準必要專利；合理原則；權利耗盡；
忠誠折扣



Abstract



This thesis mainly discusses the factors that may need to be evaluated for the regulation of patent licensing under Fair Trade Act.

Firstly, this thesis discusses superordinate concept about the respective functions and purposes of intellectual property law and competition law system respectively.

Secondly, it is considered that it may be possible to test whether the above superordinate concept could be implemented in the specific system of the regulation of patent licensing through three checkpoints.

The first of the three checkpoints is Article 45 of Fair Trade Act, which defines the regulatory boundaries of Fair Trade Act in relation to patent licensing. By adopting comprehensive measures standard, it is believed that the common purpose of promoting innovation for both intellectual property law and competition law systems could be served.

In the second checkpoints, this thesis argues that market forces should be used as a prerequisite for the competition law to intervene in the freedom of contract. It is considered that market power of patent rights or SEP might in fact be weaker than imagined. And the exercise of market power of SEP might be subject to numerous restrictions, including at least authenticity, horizontal, vertical, dynamic competition, and enforcement restrictions. It is also pointed out that, in addition to exploring the potential harm of "patent holdup " to standard implementers, the threats of "reverse holdup" and "holdout" faced by patent holders should also not be overlooked.

In the third checkpoint, this thesis holds that rule of reason should be taken as the basis for examining the legality of patent licensing restriction. Besides, compared with foreign countries, which take low market shares as the licensing Safety Zone, failing to set up Safety Zone in our country might bring uncertainty risk of law enforcement.

Finally, this thesis examines Qualcomm punishment decision made by Taiwan Fair Trade Commission (TFTC) according to the assessment factors discussed in the above three checkpoints.

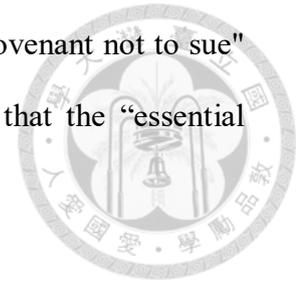
In the discussion of Article 45 of Fair Trade Act, this thesis holds that TFTC has not proved that Qualcomm's patent licensing practices server for the main purpose of harming others, and thus may not be consistent with the requirements of "abuse of rights theory". It is doubtful whether the allegation of abuse of rights could be established.

In the discussion of market forces, this thesis argues that neither the high market shares nor the holding of SEP seems to be sufficient to prove that Qualcomm has the "ability to exclude competition" in the relevant market, and therefore questions the assertion that Qualcomm has a dominant position.

In the discussion of rule of reason principles, this thesis discusses the reasonableness of the three alleged acts, respectively.

First, for the allegation of refusal to licensing competitors, this thesis discusses the relationship between "covenant not to sue" and "doctrine of patent exhaustion", and considers that Qualcomm's licensing practice might not be seemed as equivalent to "refusal to licensing," and "doctrine of patent exhaustion" may be irrelevant to

Qualcomm's licensing model, and pro-competitive effect of the "covenant not to sue" practice might need to be further considered. It is also pointed that the “essential facilities doctrine” seems unlikely to apply entirely to this case.



Secondly, for the no license no chip allegation, this thesis argues that Qualcomm's patents might be spread over the entire mobile phone system, rather than only covering the chip. Qualcomm requires all potential infringing mobile phone companies to sign license agreement to resolve infringement concerns before providing the chip to them. This act might be a legitimate exercise of the rights of the patentee without anti-competitive concerns.

Finally, for the allegation of exclusive rebates dealing with specific undertaking, this thesis argues that TFTC should first evaluate the substantial foreclosure effect, then assess the pro-competitive aspects of loyalty rebates. While obtaining a net competitive effect, the assessment of the illegality of the alleged conduct might be reasonable. It is suggested the criterion of "As Efficient Competitor Test" adopted recently by the European Court of Justice and European Commission might serve as a reference for TFTC to increase the objectivity and persuasiveness of its argument.

Keywords: Competition Law; Patent Licensing; Market Power; SEP; Rule of Reason; Doctrine of Patent Exhaustion; Loyalty Rebates.

目 錄



口試委員會審定書.....	I
誌謝.....	II
中文摘要.....	IV
英文摘要.....	VII
目錄.....	X
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 論文架構與研究方法.....	6
第二章 智慧財產權法與競爭法之制度分工.....	10
第一節 制度目的與功能.....	10
第一項 智慧財產權制度.....	10
第一款 智慧財產權制度之目的.....	10
第二款 智慧財產權制度如何促進創新.....	11
第三款 智慧財產權制度之難題.....	13
第二項 競爭法制度.....	15
第一款 各國競爭法之立法目的.....	16
第二款 美國競爭法之發展.....	21
第一目 美國競爭法案制定歷史.....	21
第二目 美國競爭法背後經濟理論之流變.....	29
第三款 我國公平交易法之目的.....	39
第二節 智慧財產權制度與競爭法制度之交互作用.....	47
第一項 智慧財產權制度與競爭法制度之關係：互斥或互補？.....	47
第一款 智財權與競爭法之互斥性.....	47
第二款 智財權與競爭法之互補性.....	49

第二項 競爭法與新經濟：Procrustean Bed 與謙抑之必要性.....	52
第一款 Procrustean Bed 與新經濟.....	52
第二款 競爭法下的「兩種錯誤」與謙抑之必要性.....	55
第三章 第一道關卡：公平法第 45 條-競爭法與智財法之管制界分標準.....	59
第一節 公平法第 45 條之法律性質.....	60
第二節 「行使權利之正當行為」之意涵.....	63
第一項 學說見解.....	63
第二項 實務見解.....	66
第三項 「權利濫用說」之適用未必妥當.....	69
第四項 從比較法看「權利濫用說」之不宜適用.....	71
第一款 「專利權濫用」與「競爭法制度」於訴訟作用上不同...	71
第二款 「專利權濫用」與「競爭法制度」之內涵不同.....	74
第五項 應採綜合衡量之標準.....	80
第三節 公平法第 45 條與專利授權.....	82
第四章 第二道關卡：契約自由之界線-市場力量作為競爭法介入管制之標準.....	90
第一節 契約自由與市場力量.....	90
第二節 專利授權之法律性質.....	93
第三節 專利授權之相關市場界定.....	98
第一項 商品市場 (Goods Markets).....	98
第二項 技術市場 (Technology Markets).....	101
第三項 研發市場 (Research and Development Markets).....	109
第四項 與標準必要專利(SEP)有關之市場界定問題.....	112
第四節 專利授權相關之市場力量.....	119
第一項 一般市場力量之衡量方法.....	120
第二項 專利權與市場力量.....	124

第一款 專利權之取得即意味市場力量之存在？	124
第二款 SEP 之取得即意味市場力量之存在？	130
第一目 SEP 與「專利箝制」之風險	130
第二目 各種對於 SEP 市場力量之可能限制因素	135
第三目 SEP 管制上之謙抑必要性	146
第五章 第三道關卡：合理原則之運用-競爭法之內在限制	149
第一節 專利授權中可能涉及之反競爭條款	149
第一項 專利授權契約之定性應為無名契約	149
第二項 可能有反競爭疑慮之授權限制與我國《處理原則》之規定 ..	153
第二節 合理原則對於可能之反競爭條款之運用	176
第一項 當然違法原則與合理原則	176
第一款 「當然違法原則」	176
第二款 「合理原則」	179
第二項 合理原則於專利授權行為上之運用	183
第一款 反競爭效果分析	186
第二款 效率與正當化事由分析	191
第三款 安全區	193
第六章 我國公平會對高通公司裁罰案之評析	200
第一節 高通公司簡介	201
第二節 我國公平會之裁罰分析	203
第一項 第一道關卡：公平法第 45 條之適用	203
第二項 第二道關卡：市場力量作為競爭法介入管制之標準	205
第一款 本案之相關市場界定	205
第二款 本案之獨占地位認定	208
第三項 第三道關卡：合理原則之適用	213

第一款 拒絕授權晶片競爭同業並要求訂定限制條款之行為.....	213
第一目 「不告訴承諾」是否有可能導致「權利耗盡」? ..	215
第二目 「專利授權」一定會導致「權利耗盡」? ..	219
第三目 「不告訴承諾」即使不能導致「權利耗盡」，是否仍有促進競爭之正面效益? ..	222
第四目 「樞紐設施理論」之適用? ..	225
第二款 採取不簽署授權契約則不提供晶片之手段.....	229
第三款 與特定事業簽署含有排他性獨家交易折讓條款之行為..	232
第一目 獨家交易條款之法律性質：「忠誠折扣」之可能....	234
第二目 「忠誠折扣」之競爭效果 ..	238
第三目 「忠誠折扣」違法性之評估標準.....	241
第四目 小結論.....	249
第七章 全文結論.....	251
參考文獻	257
壹、中文部分（按姓氏筆劃排列）	257
一、書籍.....	257
二、期刊.....	258
三、學位論文	261
貳、外文部分（按字母排列）	262
I. Books.....	262
II. Articles	262
III. Other References.....	265

圖目錄

圖 1：美國反托拉斯之基本框架	27
圖 2：產業組織理論之「結構-行為-績效」模型	30
圖 3：直接侵權、間接侵權及專利濫用關係之簡單示意圖	79
圖 4：SEP 密集之消費者產品與電力價格之品質調整價格比較(1997-2013).....	133
圖 5：SEP 密集產品與汽車價格(非 SEP 依賴產品)之品質調整價格比較(1997-2013).....	133
圖 6：SEP 必要性評估之結果	135
圖 7：3GPP LTE 申報之數目與平均必要性之評估	136
圖 8：SEP 於審裁訴訟中之成功率	137
圖 9：美國 2017《指南》評估授權安排之一般原則分析架構	193
圖 10：高通公司所擁有之專利在各行動通訊標準中所佔之比例.....	202
圖 11：歐盟執委會「同等效率競爭者」之判斷標準示意圖	244

表目錄

表 1：各國所裁處之行為.....	3
表 2：各種壟斷組織形式.....	21
表 3：哈佛學派、芝加哥學派與後芝加哥學派之比較.....	38
表 4：「專利濫用」制度與「反托拉斯法」制度於訴訟上之比較.....	73
表 5：「研發市場」與「創新市場」組成之比較：.....	109
表 6：智慧財產法院民事第一審專利訴訟事件無效抗辯成立之比率.....	128
表 7：智慧財產法院民事第二審專利訴訟事件無效抗辯成立之比率.....	128
表 8：智慧財產法院民事一審訟訴事件終結勝訴率.....	129
表 9：《處理原則》之一般性規範.....	156
表 10：《處理原則》之安全區規範.....	161
表 11：《處理原則》之禁制區規範.....	166
表 12：水平、垂直關係之反競爭效果分析.....	189
表 13：各國授權行為安全區之相關規範.....	199
表 14：各 SSO 組織智財權政策中所明文確認之授權模式比較.....	223



第一章緒論



“You call it monopoly; I call it enterprise.”

- John D. Rockefeller

第一節 研究動機與目的

2017年10月，台灣公平交易委員會認為高通公司之專利授權行為違反公平法，作出罰鍰金額234億之處分決定¹，為台灣公平會執法有史以來金額最高之處分決定，震撼相關業者與學者專家。

事實上，高通公司已不是第一次因專利授權行為而被裁罰。於2015年，中國已就其授權行為處分高通，其裁罰金額為9.6億美元（約折合新台幣279億元），同樣是中國反壟斷法實行以來最高額的罰鍰；2016年，韓國亦對於高通裁罰韓國公平會史上最高額之1.03兆韓圓（約折合新台幣272億元）。2017年，美國FTC於北加州法院對高通提起反托拉斯訴訟，蘋果公司亦對於高通提起反托拉斯訴訟；由此可知，高通公司之專利授權行為在全世界都引發了違反競爭法之質疑。

再觀察各國的裁罰理由，可以發現各國裁罰之行為都各有不同。中國處罰之理由為高通公司濫用在無線標準必要專利授權市場和基頻晶片市場之市場地位，收取不公平的高價專利授權費、搭售非無線標準必要專利授權、在基頻晶片銷售中附加不合理之授權條款²。

¹ 公平交易委員會新聞資料（10/11/2017），〈美商 Qualcomm Incorporated(高通公司) 於 CDMA、WCDMA 及 LTE 等行動通訊標準基頻晶片市場具獨占地位，然拒絕授權晶片競爭同業並要求訂定限制條款、採取不簽署授權契約則不提供晶片之手段及與特定事業簽署含有排他性之獨家交易折讓條款等違反公平交易法罰 234 億元〉。

<https://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=126&docid=15235>（最後瀏覽日：02/25/2018）

² 中華人民共和國國家發展和改革委員會行政處罰決定書：發改辦價監處罰〔2015〕1 號（02/09/2015）。

韓國處罰之理由為高通公司濫用在行動通訊標準必要專利(SEP)授權市場和晶片市場之市場地位，拒絕/限制將其持有之行動通訊 SEP 授權給晶片競爭對手、利用晶片供應之力量，將晶片供應與專利授權條款相連結，強迫對手簽署與執行不公平之授權條款，迴避 FRAND 承諾；僅提供整組授權，強迫單邊決定之授權條款而無公平補償之計算，且要求手機製造商無償交互授權³。

美國 FTC 起訴之理由為高通公司非法維持在行動通訊方面之基頻處理器、半導體裝置之獨占地位，手段為實施不授權即不提供晶片政策、違反 FRAND 承諾，拒絕授權 SEP 給競爭者、與 Apple 公司進行排他性交易安排⁴。

我國裁罰之理由則為高通公司濫用其行動通訊標準基頻晶片市場之獨占地位，卻拒絕授權晶片競爭同業並要求訂定限制條款、採取不簽署授權契約則不提供晶片之手段及與特定事業簽署含有排他性之獨家交易折讓條款等，其整體經營模式所涉行為，損害基頻晶片市場之競爭⁵。茲將各國裁罰之授權行為簡要整理如下：

³ KFTC. (2016). KFTC imposes sanctions against Qualcomm's abuse of SEPs of mobile communications.

⁴ Federal Trade Commission's Complaint for Equitable Relief. (01/17/2017)

⁵ 公平交易委員會新聞資料，前揭註 1。

表 1：各國所裁處之行為

相關市場		違法行為
中國	無線標準必要專利授權市場 基頻晶片市場	收取不公平的高價專利授權費； 搭售非無線標準必要專利授權； 在基頻晶片銷售中附加不合理之授權條款。
韓國	行動通訊 SEP 授權市場 晶片市場	拒絕/限制將其持有之行動通訊 SEP 授權給晶片競爭對手； 將晶片供應與專利授權條款相連結，強迫對手簽署與執行不公平之授權條款，迴避 FRAND 承諾； 僅提供整組授權，強迫單邊決定授權條款而無公平補償之計算，且要求手機製造商無償交互授權。
美國	基頻處理器市場	不授權即不提供晶片政策； 違反 FRAND 承諾，拒絕授權 SEP 給競爭者； 與 Apple 公司進行排他性交易安排。
台灣	基頻處理器產品市場 行動通訊標準技術市場	拒絕授權晶片競爭同業並要求訂定限制條款； 不簽署授權契約則不提供晶片； 與特定事業簽署含有排他性之獨家交易折讓條款。

表面上看來，高通公司之專利授權行為似乎十惡不赦，才會踩到各國競爭法執法機關之紅線。然而，看似各國幾乎一致認同高通公司之諸多授權行為有違反競爭法之嫌時，背後其實藏有許多不同意見之爭議。台灣公平會是以四比三的決定一票之差，通過對於高通之裁罰案，三位委員也皆在處分書最後附上不同意見書，以表達對於該處分之質疑。與台灣裁罰理由最接近之美國，FTC 是以二比一的決定，亦是一票之差，通過對於高通公司之起訴。抱持不同意見者，係目前 FTC 代理主席(Acting FTC Chairman)之 Maureen K. Ohlhausen，她在不同意見書中寫道，自己通常不會寫不同意見書，因為認同理性的眾人本就會有不同想法、也算是對於其他同僚的支持。但這次特地要寫不同意見書，因為這是個基於有瑕疵的法律理論、欠缺經濟與證據支持之執法行為⁶。

在如此高度分歧的意見爭議下，令人好奇的是，究竟高通公司的授權行為，是如同表面上看來之處處違法，還是其中有可以合理解釋的空間？專利授權行為之競爭法管制，究竟應需考慮哪些面向，才能客觀評估廠商之授權行為是否有違反競爭法規範之虞？

因此，本文想要探討的即是，對於專利授權行為之競爭法管制，應然面上可能需要考量什麼樣的決定因素與判斷標準？與現行法制上有何不同？是否可能有需要建議改進之處？本文並欲從這些因素與標準，來檢視此次台灣公平會對於高通公司的裁罰理由，探討這些理由是否適當、或者是否可能有需要補強之處。

本文認為，專利授權行為之競爭法管控，似牽涉智財法、契約法、競爭法三個法律領域，因此，對於專利授權之競爭法檢視標準，亦似須對此三個領域之介

⁶ Ohlhausen, M. K. (2017). *Dissenting Statement of Commissioner Maureen K. Ohlhausen In the Matter of Qualcomm, Inc.* Retrieved from <https://www.ftc.gov/public-statements/2017/01/dissenting-statement-commissioner-maureen-k-ohlhausen-matter-qualcomm-inc> (最後瀏覽日：02/25/2018)

面處分別加以探討。

詳言之，本文擬提出之管控專利授權行為的假設標準為，專利授權行為應受三道關卡檢視，此三道關卡分別涉及智財法與競爭法之分工、競爭法與契約自由之界線、競爭法之內在界線；依此，本文認為，此三道關卡依序應為：

1. 以公平法第 45 條劃定智財法與競爭法之界線；
2. 以市場力量作為競爭法介入契約自由之標準；
3. 以合理原則作為競爭法執法內在限制之表現。

本文認為，唯有經歷此三道關卡之檢視，皆無法排除專利授權行為具有反競爭性，才應當以競爭法加以裁罰。

第二節 論文架構與研究方法



1. 於論文架構方面：

第一章主要講述書寫此論文之**動機**，以及提出假設性之管制標準。

第二章屬於**上位概念**之建構，主要探求智慧財產權制度之目的、競爭法制度之目的、智慧財產權與競爭法交會時彼此之關係、競爭法之執法應抱持謙抑性之理由。

第三章至第五章屬於**具體制度**之探討，目的在於希望藉由具體制度之設計，落實上位概念之精神。

第三章是管制專利授權的第一道關卡：**公平法第 45 條**之探討。本章欲介紹目前學說、實務對於公平法第 45 條之見解，並對於目前實務上用於判斷「正當權利行使」之「權利濫用說」加以檢討，且提出可能更適當之標準。

第四章是管制專利授權的第二道關卡：**以市場力量**作為競爭法介入契約自由的界線。於本章中，欲先討論專利授權之法律性質、再討論與授權相關之市場如何界定，尤其重於技術市場之討論、之後再就專利權與 SEP 之市場力量相關評估因素進行探討。

第五章是管制專利授權的第三道關卡：**合理原則**之運用。於本章中，首先欲討論目前有哪些專利授權條款可能會涉及台灣公平法上之限制競爭問題，然後再主要引入美國 2017 年之 1 月頒布之《智財授權的反托拉斯指南》，從美國之規範

探討如何利用合理原則之精神與架構，以客觀分析專利授權限制之競爭影響性。

第六章是**具體個案**之適用。本章擬將先前章節所建立之三道關卡用於檢視台灣公平會對於高通公司之裁罰案，試圖分析此次公平會之裁罰理由是否合宜適當，以及是否可能有需要加強補足之處。

第七章**總結全文**，得到結論。

2. 於研究方法方面：

本文之研究方法係以參考學者文獻為主。因為本文認為競爭法似是一個**高度解釋性**的學問，似是背後的理念、價值、目的在引導法院對於法律的適用；執法機關與法院判決很多時候反而似是被修正檢討的對象，非全然為導引行為之準則；因此，本文認為似應從學者之角度建構出對於競爭法管制之應然認識，再以此作為基礎分析管制之合理性。

比較法之部分，關於美國、歐洲、中國相關之法規案例皆為參考之依據，但其中仍較偏向參考美國之作法為主，其原因係因美國是目前世界上創新能量與經濟實力最強的國家。根據 WIPO 所發布之 2017 全球創新指數報告，於世界 127 個國家中，美國排行高居第 4 位⁷；根據富比士之統計，全球科技公司 25 強中有 15 家來自美國，前 10 名大型科技公司中更有 8 家是美國企業⁸，可見得美國在創新、科技之領域遙遙領先其他國家。競爭法作為經濟管制政策的一部分，其之於智財領域亦有促進創新之共同目的，因此，主要向創新能量豐沛的國家學習其競爭政策之擘劃，應是合理之途。

此外，論者指出，在世界各國國家經濟職能與經濟法的產生和發展中，美國是最為典型的代表，因為美國社會經濟、政治和法律的發展，基本上是按其自身規律演變的結果，較少受到諸如戰爭和意識形態等異常因素影響，而讓人最容易看清現代國家經濟職能和法律演變的一般規律⁹。論者進一步認為，反托拉斯法

⁷ Dutta, S., Lanvin, B., & Wunsch-Vincent, S. (2017). *The global innovation index 2017: Innovation feeding the world*. Geneva, Switzerland, by the World Intellectual Property Organization (WIPO), and in New Delhi, India, by the Confederation of Indian Industry (CII). p14.

⁸ Stoller, k. (2017). *The World's Largest Tech Companies 2017: Apple And Samsung Lead, Facebook Rises*. Retrieved from <https://www.forbes.com/sites/kristinstoller/2017/05/24/the-worlds-largest-tech-companies-2017-apple-and-samsung-lead-facebook-rises/#4b1a7010d140>（最後瀏覽日：02/25/2018）

⁹ 漆多俊（2015），〈美國：現代國家經濟調節職能與經濟法產生和發展一般規律之典型代表——李勝利《美國聯邦反托拉斯法百年：歷史經驗與世界性影響》書評〉，《經濟法論叢》，第 28 卷，

的立法與實施，更是美國國家經濟調節職能和經濟法最初和最重要的表現，因為它體現了現代國家經濟職能和經濟法的發端¹⁰。



相較於美國競爭法來自於其國家自身規律演進之結果，歐盟競爭法則自始負有較重之政治任務，即促進歐洲內部單一市場之形成，避免里斯本條約所欲達成之單一市場中四種自由流動與競爭：商品、服務、人才、資本，受到私人企業限制而被扭曲。事實上，即使是歐洲智財法之發展，亦受歐盟力求內部市場單一化之目的所影響。學者指出，自 20 世紀 70 年代以來，依歐盟成員國法取得之智財權被視為是共同體市場一體化之威脅，歐盟共同體內商品自由流動原則和競爭規則便處於第一位和優先適用的地位¹¹。換言之，即使是有屬地性格之智財權，其智財權行使上所適用之競爭規則，仍須受限於歐洲單一市場之優先目的。依此，本文認為，歐盟競爭法發展受到政治意識形態的決定甚深，且其與我國政治環境相去過遠，似非為最適之參考選擇；而美國競爭法發展最久，執法歷史豐富，其根據國家自身規律演進，逐漸從政治意識形態發展至以經濟學之思維統領競爭法之運作，客觀上可能為更值得追尋的學習對象，因此，本文傾向多以美國學者之思想與法院見解作為比較上參考依據。

頁 351。

¹⁰ 漆多俊，前揭註 9，頁 352。

¹¹ 王曉曄（2010），〈知識產權的權利耗盡原則〉，氏著，《王曉曄論反壟斷法》，頁 284，北京：社會科學文獻。

第二章 智慧財產權法與競爭法之制度分工



本論文所討論之標的，在於公平交易法對於專利授權契約之管制，即公平交易法對於專利授權契約之限制與適用，其上位概念即為智慧財產權之行使與競爭法規範之間的權責與功能劃分。故本論文於本章節擬先從智慧財產權制度與競爭法兩套制度之目的與功能出發，再探討兩套制度交會時應然之界線劃分。

第一節 制度目的與功能

第一項 智慧財產權制度

第一款 智慧財產權制度之目的

關於智慧財產權之性質，學者認為，智慧財產權為無體財產權，具有公共財之本質：非對立性(non-rivalrous)與非排他性(non-excludable)。非對立性係同一時空中可以供多人使用、增加任何人來使用智慧財產權標的物並不會減損該標的物之經濟價值；非排他性係指一人使用不會排斥與干擾其他人享有該標的物的能力。惟公共財既然無須付費，則可能會有搭便車者出現，過度使用該物，而導致市場失靈之現象。一旦市場失靈，私人即無意願投資，導致投資不足，長久之後，將使智慧財產標的物供給不足¹²。

為了解決市場失靈之現象，學者認為，應藉由人為方式設計制度提供誘因，來鼓勵智財權之創造、散布、使用、累積；故智慧財產權並非天賦、絕對的自然權利，而是政策與目的導向的權利¹³。美國憲法第 1 條第 8 項第 8 款：「對於著

¹²劉孔中(2015)〈智慧財產權法之一般理論〉，氏著，《解構智財法及其與競爭法的衝突與調和》，頁 2-3，台北：新學林。

¹³劉孔中，前揭註 12，頁 3。

作家及發明家保證其著作及發明物於限定期間內享有專利權，以「**獎進文藝與科學**」¹⁴」亦揭示智慧財產本身不是目的，而是達成更高目的之手段此一理念¹⁵。

由此可知，學者認為，智慧財產權係為以解決市場失靈，促進創新，增進公共利益為目的之政策導向的人為設計制度。

第二款 智慧財產權制度如何促進創新

以下本文擬進一步探討智慧財產權如何解決市場失靈，以及其與創新活動之關係。根據 WIPO 之報告，數十年來之學者研究皆指出，「創新」在驅動長期之經濟發展中皆具有中心之重要角色¹⁶，而智財權保護可以激勵創新。一些證據顯示，智財權保護至少對於部分的研發經費有貢獻，亦即是對於創新之激勵而言，智財權是重要的¹⁷。詳言之，報告指出，在創新研發活動的過程中可能需考量兩大困難：

1. 研發活動具有**風險**：當開始進行解決問題之活動時，並不確定最後究竟是否可以得到解答¹⁸；
2. 如何解決問題的資訊具有**公共財**之特徵：許多人可以同時使用，而解決問題的人通常不能阻止這些資訊被複製。此一特徵亦被稱為研發活動之**獨占性困境**(appropriability dilemma)¹⁹。

¹⁴Article I, Section 8, Clause 8, of the United States Constitution “To **promote the progress of science and useful arts**, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries;”

¹⁵劉孔中，前揭註 12，頁 3。

¹⁶World Intellectual Property Organization. (2015). Executive Summary. *World Intellectual Property Report 2015*. p8.

¹⁷*Id.* at 14.

¹⁸World Intellectual Property Organization. (2015). Chapter 1 A Look Inside the Economic Growth Engine. *World Intellectual Property Report 2015*. p36.

¹⁹*Id.* at 36.

面對這樣的困難，若放置不管，則將會造成市場對於研發活動投資不足的結果。為避免此一問題之發生，政府通常以三種方式介入，而重新形塑現代之創新系統²⁰。



1. 政府會支持**公部門資助**之研究，通常發生於大學與公眾研究組織(PROs)。這些機構通常會從事推動科學前沿之基礎研究，通常不會立刻產生商業上的立即運用²¹；
2. 政府資助**私人公司**之研發活動，藉由公眾採購契約，研發補助，稅額抵扣，獎勵，長期低利貸款與相關機制等等²²；
3. 政府藉由**給予智財權**，作為促進私人融資給私人從事研發之方式²³。

針對第3種方式，再進行深入之探討：研究顯示，許多公司皆認為智財保護對於研發投資的回收而言相當重要。不過，此**因產業而異**，有些產業，像是醫藥與化學業，智財權是整個公司商業模式之核心；在其他產業，公司用其他方式從研發中獲利，最主要藉由比競爭對手提早推出產品，且經由品牌而得到消費者的好感²⁴。

智財權激勵市場力量以導引創新活動，其使得創新機會的決定以**去中心化**之方式來成形。對於位在科技前線個人或公司而言，它們最有容易得知有可能成功的創新計畫，因此，智財系統促進創新活動之資源得到**有效率的配置**²⁵。

²⁰*Id.* at 36.

²¹*Id.* at 36.

²²*Id.* at 36.

²³*Id.* at 36.

²⁴*Id.* at 37.

²⁵*Id.* at 37.

詳言之，智慧財產權可以下列之方式來影響創新的結果：

首先，雖然智財權並未直接解決與研發活動有關之風險問題，其可**促進融資**市場之功能，將資源流通至具有**風險性之研發處**；特別是，證據顯示在創新活動的早期階段，若專利獲得准許，則可保證若此創新成功地被商品化，新創公司之投資者則可位於產生獲利之位置上²⁶。

其次，儘管研發有時意味著單獨的問題，但更常見的是，研發是一種**累積的過程**(cumulative process)，藉此，研究者可植基於現存之知識上來發展新的科技或產品。智財權，特別是專利，對於累積研發之過程扮演重要之腳色，因為專利申請人必須揭露發明底下解決問題的資訊，而這便促進了新科技的**即時揭露**，且使得後繼的研發者得以立基於此知識之上²⁷。

第三款 智慧財產權制度之難題

縱然智財權對於研發能夠帶來上述之助益，然而，在某些情況之下，也有可能造成後繼者創新之障礙。有時候，創新之商業化需要利用到第三人專有之技術。其他權利擁有者可能拒絕授權其之科技，或要求權利金以致於該創新無利可圖-造成所謂的**箝制問題**(hold-up problem)。既使它們願意授權，協調大量的權利擁有者之參與可能會產生太大的成本²⁸。

其次，排他性智財權之准許使得公司具有**市場力量**(經濟學家認為可將價格設定成高於邊際生產成本之能力)。在許多情形下，市場力量受限於替代科技與

²⁶*Id.* at 37.

²⁷*Id.* at 37.

²⁸*Id.* at 37.

產品之競爭。然而，對於激進性創新(radical innovation)而言，市場力量可能是實質重要的。公司可產生高於競爭程度之利潤，是智財系統之經濟邏輯的一部分，但當市場遠離經濟上理想之完全競爭時，其亦意味著資源配置之扭曲。此外，高於邊際成本之定價亦可能減緩技術之擴散。於政策決定中，此一扭曲可藉由智財保護具有**時間限制**來減緩，一旦智財權過期，即無法繼續限制競爭²⁹。

綜上所述，智財權能使風險性高的創新活動得到融資，保障投資人回收以激勵創新研發，並即時提供最新科技之進展，避免重複研發，使後繼者得以更即時地立於前人之知識基礎上進行研發。然而，其產生之箝制問題與市場力量，亦增加了社會的成本。學者亦指出，過度的市場力量集中及過多的專利權保護，不僅可能造成資源配置的靜態損失（static loss），也可能造成後續創新的障礙門檻，導致動態損失（dynamic loss）³⁰，故如何對於智慧財產權進行精細之調控，保有其激勵創新之功能，而避免其帶來之問題，即為難題。

²⁹ *Id.* at 37.

³⁰ 楊宏暉（2008），〈論專利權之間接侵害與競爭秩序之維護〉，《公平交易季刊》，16卷1期，頁97。

第二項 競爭法制度

本文係探討競爭法對於專利授權之管制，主要觀察面向為專利權所可能帶來之獨占問題，因此主要欲討論者為限制競爭，尚不及於不公平競爭之部分。於各國立法例中，有以反托拉斯法、反壟斷法、競爭法、公平交易法等法規管制限制競爭之行為，於本文中皆以競爭法或反托拉斯法之名稱代之，合先敘明。

競爭法是關於經濟管控之法制，其管控之密度自然會與背後經濟理念之發展息息相關。學者指出，古典資本主義社會的經濟法本質，是確保市民對經濟活動有自由放任的權利，特別堅持所有權自由、契約自由與人格平等之法律基本原則，此時法律主要的內容是要求國家權力給予人民最大的經濟活動自由，國家對於經濟活動的介入，採消極之態度³¹。因此，於古典資本主義社會下之經濟理念，是放任市場自由調節，減少國家干涉，以最大化人民之經濟自由。

理論上而言，藉由市場自動調節作用，應可形成整體市場合理的經濟秩序。惟學者指出，實際上自動調節作用並未發揮應有之機能，市場逐漸獨占化或產生如卡特爾等結合體，使資本與生產有集中化現象，進而產生獨占事業，設定獨占價格用以獲取超額利潤，或造成嚴重不景氣與失業等不合理之經濟活動。因此，即需擴大政府之行政功能，由國家積極介入個人經濟活動，以確保整體市場合理的經濟秩序與實現均衡之經濟循環³²。此即為國家欲藉由競爭法干涉個人經濟活動自由之基礎。然而，國家要如何介入個人經濟活動？又能介入到何種程度？以下擬先就各國競爭法之立法目的進行簡介，探究各國競爭法所欲達到之目標，之後再專以美國競爭法之立法沿革、理論發展歷史進行簡介。

³¹ 汪渡村（2015），《公平交易法》，六版，台北：五南，頁3。

³² 汪渡村，前揭註31，頁3-4。

第一款 各國競爭法之立法目的



要了解競爭法，首要者即為瞭解其特質，才能決定其後之解釋與適用。關於其特質，學者指出，競爭法是**高度意識形態與政治性領域**之法律，其意識形態背後對於政治、市場及其相對位置的**想像、信念與價值判斷**，相當大程度決定了競爭法的執法態度與傾向，以及對於高度不確定法律概念的競爭法條文之**如何具體解釋**³³。因此，基於競爭法高度意識形態之特質，就觀察競爭法之價值取向時，似應首先探究其**立法目的**，客觀尋求立法背後所欲達到之價值，方才能依此價值進行個案之解釋與適用。

為何立法目的如此重要？學者指出，立法過程是一個價值博弈、權衡與選擇的過程，因此，法律是一種**行為規則**，也是一種**價值導向**，規範性僅是法律的表象，**價值性**才是法律的本質，價值反映到具體立法上，便是立法者希望達成什麼樣的立法目的。立法目的是指法的根本目的，是立法者通過立法希望獲得的最終後果，因而**立法目的**應是貫穿某法整體之**靈魂**，並對其**具體適用**起著最高的指導作用。故準確解讀立法目的條款具有重要的理論意義與實踐價值³⁴。

比較法看來，依世界各國競爭法之立法目的文義，似亦有著不同的價值取向與模式，一方面各國皆有共同性的價值目標，例如效率、自由、公平、公共利益等等；另一方面，不同國家、不同時期的競爭法價值目標又不盡相同，各個價值目標的地位和先後順序也不盡相同³⁵。

³³ 顏雅倫(2014)，〈第四章 從東北亞與小型經濟體競爭政策看臺灣競爭政策的走向〉，氏著，《臺灣金融產業的競爭政策—以競爭法的觀點出發》，頁 238-239，台北：元照。

³⁴ 孟雁北(2017)，〈第二章 反壟斷法基本理論〉，氏著，《反壟斷法》，頁 31-32，北京：北京大學。

³⁵ 孟雁北，前揭註 34，頁 32。

以歐盟競爭法為例，其競爭法所要追求者主要有三大目標：增進效率、保護消費者與小型企業、創造單一之歐洲市場³⁶。



詳言之，歐盟競爭法之主要目的是**增進效率**，即最大化消費者福利與達到最適的資源配置。傳統經濟學理論指出，商品與服務會在完全競爭(perfect competition)或可運作競爭(workable competition)中達到最有效率的產出，但某些協議(例如水平價格固定協議)會破壞市場效率，故需要競爭法加以管控³⁷。

歐盟競爭法之第二個目的是**保護消費者與小型企業**，此目的藉由防止大型經濟力量之聚集來達成，亦即是防止獨佔以及防止敵對廠商藉由契約而形成一個行動單位³⁸。

歐盟競爭法第三個目的是**促進單一之歐洲市場之形成**，避免該單一市場受私人企業所干擾。例如歐盟禁止各會員國藉由關稅、配額進行貿易保護，但若私人企業依各會員國國界劃分市場，則歐盟對於各會員國之禁令就會被私人企業所破壞³⁹。

此外，這些目的與優先順序**並非靜止不動的**，隨著歐盟競爭政策的發展，還有三個階段的變化：第一階段：競爭政策以促進市場整合為主，亦即是將競爭法條文放入歐盟條約中，最主要的目的就是排除私人企業所造成的歐盟國之間貿易障礙；第二階段：擴大對於企業併購的限制與逐漸自由化公經濟部門，兩者皆為**高度政治性的舉動**；第三階段：促進其他的目的...在這些目的中缺乏清楚的層級，

³⁶ Craig, P., & De Búrca, G. (6th ed. 2015). *EU law: text, cases, and materials*. Oxford University Press. p1001-p1002.

³⁷ *Id.* at 1001.

³⁸ *Id.* at 1002.

³⁹ *Id.* at 1002.

因此，優先順序是基於個案來選擇⁴⁰。



由此可知，歐盟競爭法是多目的系統，且目的之設定受到政治力影響極深，因此在個案適用時，各目的適用的優先順序也莫衷一是，只能就個案判斷。

就其他國家而言，對於競爭法的適用，似亦多採用多目的體系，例如：日本《關於禁止私的獨占及確保公平交易之法律》第 1 條之目的規定：「本法禁止私的獨占、不當交易限制及不公平交易方法，防止事業支配力量之過度集中，排除由協定等聯合對生產、銷售、價格、技術及其他事業活動之不當限制，促進公平且自由之競爭，以發揮事業之創意及商業之繁榮，進而提高就業及國民實質所得水準，並確保消費者利益，達成整體經濟健全發展之目的。⁴¹」

德國《反限制競爭法》雖然沒有立法目的條款，但該法的規制內容也揭示了具有多重目標和作用的特點。依德國學者之見解，德國《反限制競爭法》至少具有三種功能：一是保障契約自由的法律功能；二是保障市場開放的經濟功能；三是保障所得與財富合理分配的社會功能⁴²；

中華人民共和國之《反壟斷法》(2007 年通過) 第 1 條規定：「為了預防和制止壟斷行為，保護市場公平競爭，提高經濟運行效率，維護消費者利益和社會公共利益，促進社會主義市場經濟健康發展，制定本法。⁴³」

⁴⁰ *Id.* at 1002.

⁴¹ 公平會網站：外國及大陸地區競爭法規＞中譯外國競爭法規＞日本＞獨占禁止法(平成 25 年版)(中文) <http://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=1069&docid=11203> (最後瀏覽日：03/01/2018)

⁴² 孟雁北，前揭註 34，頁 34。

⁴³ 公平會網站：外國及大陸地區競爭法規＞大陸地區競爭法規＞中華人民共和國反壟斷法 <http://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docList.aspx?uid=1067> (最後瀏覽日：03/01/2018)

由以上各國立法目的之例示可知，各國競爭法之目的多元，在保護市場競爭之餘，有維護消費者利益者、有保護中小企業者、也有提高國民整體經濟健全發展、社會公共利益者等等。



因此，讓人好奇的是，雖各國競爭法之立法目的毋庸置疑皆是保護競爭，惟藉由保護競爭之手段，背後所欲真正保護的對象，究竟是消費者、中小企業、還是社會公共利益、還是國家整體經濟，各國的立法不一。此問題的癥結點在於，若競爭法之目的在於多元保護—對於市場上的參與者皆欲進行保護時，若被保護的對象利益間互相衝突，究竟進行取捨的優先順序何在？

例如，競爭法的一個基本原則為：保護競爭，不保護競爭者⁴⁴。則在競爭法中保護中小企業的時機為何？在劇烈競爭的環境中，競爭力不足的中小企業被逐出市場時，是否應受到競爭法的保護？例如，為何要管制掠奪性定價之行為？即使犧牲產品多元性，若低廉的價格即是消費者心之所欲，則在消費者福利能夠最大化之情形下，又何必在意被排除淘汰於市場之外的競爭者？

此問題即牽涉到，究竟競爭法應該採取多元目的還是一元目的？

關於此爭議，在美國曾被激烈討論。學者指出，美國在 20 世紀 70 年代末曾爆發關於競爭法立法目的之大辯論，主要參與者是立法目的一元論的芝加哥學派與多元派的傑佛遜主義⁴⁵。

⁴⁴ 如美國聯邦最高法院在 *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962) 一案中所指出者 “Taken as a whole, the legislative history illuminates congressional concern with the **protection of competition, not competitors**, and its desire to restrain mergers only to the extent that such combinations may tend to lessen competition.”

⁴⁵ 孟雁北，前揭註 34，頁 33。

詳言之，學者指出，芝加哥學派認為競爭法的唯一目的是資源優化配置和消費者的社會福利，亦即是，**效率是競爭法的唯一目標**。他們認為，只有在經濟理性的指導下，才能避免將保護競爭與保護競爭者混為一談，才能使競爭法退出政治舞台而納入科學進程⁴⁶。

傑佛遜主義激進派認為，美國競爭法的兩個重心是**政治與社會經濟**，資源配置效率從來不是競爭法的規範目標，也不是執法的先決要件，只要證明競爭過程受損即可。傑佛遜主義溫和派認為，美國競爭法的政策目標不僅限於單一的經濟效率，還有很多**非經濟效率的政策目標**，例如保護中小企業⁴⁷。

惟至今該爭議已偏向芝加哥學派一方之見解。學者指出，目前美國在芝加哥學派的強力影響下，其學界與實務界泰半認為**經濟效率**為競爭法的目標，且應以**消費者福利**為衡量標準⁴⁸。依此，美國競爭法目前理論上似採單一目的之見解。

本文以為，法律制度亦是國家競爭力之要素之一，藉由完善的法律制度促進經濟發展，應是值得努力的目標。美國目前為世界最強盛之國家，其創新能量亦是世界頂尖，由於競爭法是高度意識形態之學問，在國家透過競爭法對於經濟自由進行管控之情況下，如何還能保持企業之創新能量與經濟效率，應亦是我國追求之價值。故本文擬就美國競爭法之發展歷史與學說流派進行簡介，期盼自美國經驗，探討我國競爭法未來可能的依循方向。

⁴⁶ 孟雁北，前揭註 34，頁 33。

⁴⁷ 孟雁北，前揭註 34，頁 33。

⁴⁸ 顏雅倫，前揭註 33，頁 239。

第二款 美國競爭法之發展



第一目 美國競爭法案制定歷史

美國競爭法之制定緣起於大企業之壟斷行為。學者指出，壟斷可以各種型態出現，依具體組織形式進行分類，壟斷可以分為短期價格協定、卡特爾(Cartel)、辛迪加(Syndicat)、托拉斯(Trust)、康采恩(Konzern)等等⁴⁹。以下表簡列之：

表 2：各種壟斷組織形式⁵⁰

壟斷形式	意義	組織型態
短期價格協定	大企業間透過口頭或書面方式，規定一定時期內共同控制某類商品之價格，從而獲取高額利潤。	壟斷形式不具長期性與穩定性； 無法成為壟斷行為的主要表現形式。
卡特爾(Cartel)	生產同類商品的企業，通過以協定的方式來劃分市場、規定產量或確定價格而形成的壟斷組織。	卡特爾的各成員在生產、銷售、財務上均保持自身的獨立； 卡特爾比短期價格協定涉獵的範圍更廣，也更穩定。
辛迪加(Syndicat)	同一生產部門的壟斷企業，在流通過程中，通過訂立共同銷售產品和採購原材料的協定，	各成員仍享有法律上的獨立地位，生產各自獨立；

⁴⁹ 孟雁北，前揭註 34，頁 25-26。

⁵⁰ 孟雁北，前揭註 34，頁 25-26。

	所建立的一種壟斷組織。	惟流通過程中涉及採購及銷售時，各成員失去獨立地位，需根據協定服從整個組織辦事機構的安排與指揮。
托拉斯(Trust)	生產同類商品或在生產上有密切投入產出關係之企業，從生產到銷售，進行聯合並組成一種近乎經濟統一體之組織。	參加者名義上仍是獨立的企業，但事實上幾乎已喪失法律上的獨立性與經濟上的產銷自主權；托拉斯組織之間具有相當之緊密性與穩定性；托拉斯董事會集中掌握全部業務活動和財務活動，原來企業實質上已經成為托拉斯的股東，按股權分配利潤。
康采恩(Konzern)	不同部門的企業組成以實力最為雄厚的企業為核心的壟斷聯合，其參與者並不限於某一行業或某一生產部門的企業，生產、金融、服務等領域的企業均可成為該組織的成員。	一般以金融控制為基礎，其核心或為大公司，或為大銀行，這些大銀行或大公司又是持股公司。

美國競爭法之制定係主要來自於托拉斯之壟斷形式，故又稱為反托拉斯法。約在西元 1800 年左右，美國出現了許多大型的商業組織，稱為「信託(trust，托拉斯)」。它們控制了經濟之所有層面，像是鐵路，石油，鋼鐵與糖等等⁵¹。

研究者指出，此種商業組織濫觴於洛克菲勒之標準石油公司 (Standard Oil Company)，其首先利用普通法上的信託來建立信託組織。該組織之運作方式，是由參與信託組織的各公司將其持股信託給信託組織，並授權受託理事會全權處理，使得該受託理事會即可掌握散布於全美各地之許多公司，而可控制原料供應與商品銷售。標準石油公司創立石油信託組織後，結果造成全美各地煉油廠不斷倒閉，其便趁機予以併購，最後同業競爭者幾乎完全消失，標準石油公司便獨占整個油品市場。在石油信託組織之後，美國各地又出現了許多巨大的信託組織，包糖信託、鉛信託、棉花信託、銅信託、鐵管信託、橡膠信託、煤信託、牛肉信託等等數十種⁵²。

此種信託組織控制產品供應與售價，往往由一家公司就控制了整個產業。失去競爭的結果，小的商行與人民只能跟他們購買，別無選擇，即使價格飆高且不保證品質，因而引發民怨。人民要求政府採取措施，而造就之後許多反托拉斯法案之立法⁵³，在 19 世紀末，許多州通過了反壟斷法，主要的聯邦法案是 1890 年制定之「休曼法」(The Sherman Act, 1890 年)、其後之「克萊登法」(The Clayton Anti-Trust Act, 1914 年)，以及「聯邦交易委員會法」(The Federal Trade Commission Act, 1914)。

⁵¹ FTC, FTC Fact Sheet: Antitrust Laws: A Brief History. Retrieved from https://www.consumer.ftc.gov/sites/default/files/games/off-site/youarehere/pages/pdf/FTC-Competition_Antitrust-Laws.pdf (最後瀏覽日：03/01/2018)

⁵² 李明強 (2012)，《平行競爭關係下的價格操縱行為—以美國反托拉斯法為中心》，頁 14，雲林科技大學科技法律研究所碩士論文。

⁵³ 李明強，前揭註 52，頁 15。

「休曼法」全名為「保護交易及商業免受非法限制及壟斷法」(An Act to Protect Trade and Commerce Against Unlawful Restraints and Monopolies)。其為美國主要的聯邦反壟斷法，係屬於對於 19 世紀 80 年代形成的大規模經濟合併或托拉斯的廣泛成長的一個**政治上的反應**。農民組織、公會和小企業主團結起來促使通過此法規，來保護他們免受新的托拉斯的經濟壓迫⁵⁴。美國國會在 1890 年，以 240 票贊成，0 票反對與 85 票棄權的票數，制定「休曼法」，正是為了回應此股民意壓力⁵⁵。如同「休曼法」提案參議員約翰休曼 (John Sherman) 當時所述：「若我們無法容忍政治上的國王，我們也就應該不允許日常生活中，出現生產、運輸與銷售的國王。若我們不願意屈從於一個皇帝，我們就不應該屈從於具有能力避免競爭與固定任何商品價格之商業上的獨裁者⁵⁶。」本法之主要目的**不是在保護消費者**，而是在禁止任何濫用市場力量控制市場之行為，也就是反獨占、反壟斷之行為⁵⁷。

「休曼法」有兩個主要的條文，第 1 條是**禁止訂立契約、聯合和旨在限制貿易的密謀**。對於違反者的處罰是監禁或/和罰金，其經典之目標為**固定價格安排**⁵⁸：

「休曼法」第 1 條：(15 U.S.C.§1：抑制貿易之托拉斯等非法行為；罰則)

「任何以契約、托拉斯或其他形式之結合、或共謀，限制美國各州間或與外國間之貿易或商業者，均屬違法。

⁵⁴ 維斯庫斯 (Viscusi, W. Kip) 等人 (著)，陳勇軍等人 (譯) (2010)，《反壟斷與管制經濟學》。北京：中國人民大學，頁 60。

⁵⁵ 顏雅倫 (2014)，〈第二章 歐美競爭政策及金融產業相關的演變與發展〉，氏著，《臺灣金融產業的競爭政策—以競爭法的觀點出發》，頁 21，台北：元照。

⁵⁶ 原文：” If we will not endure a king as a political power, we should not endure a king over the production, transportation, and sale of any of the necessaries of life. If we would not submit to an emperor, we should not submit to an autocrat of trade, with power to prevent competition and to fix the price of any commodity.”

⁵⁷ 李明強，前揭註 52，頁 26。

⁵⁸ 維斯庫斯 (Viscusi, W. Kip) 等人 (著)，前揭註 54，頁 60。



任何人有此等違法行為而作成任何合約或進行任何結合或共謀者，應視為觸犯重罪，且一經定罪，其若為營利事業，即應處以一億元以下罰金，若為其他任何人，則依法院之裁量，處以十年以下有期徒刑、或科或併科一百萬元以下之罰金⁵⁹。」

「休曼法」第 2 條禁止**獨占、獨占的企圖**或企圖聯合或密謀「美國各州間或與外國間之貿易或商業者」有獨占行為，對於獨占者的懲罰與第 1 條相同，本條被運用於**市場支配**⁶⁰。

「休曼法」第 2 條：(15 U.S.C.§2：獨占貿易之重罪；罰則)

「任何人獨占、或企圖獨占、或與其他任何一人或數人結合或共謀獨占各州間或與外國間之貿易或商業之任何部分者，應視為觸犯重罪，且一經定罪，其若為營利事業，即應處以一億元以下罰金，若為其他任何人，則依法院之裁量，處以十年 以下有期徒刑、或科或併科一百萬元以下之罰金⁶¹。」

然而，由於「休曼法」本身存在有許多不確定法律概念，規範過於廣泛，給予法院太大的裁量權，適用上常出現爭議。因而，國會於 1914 年通過「克萊登法」(Clayton Act)補充「休曼法」的不足。其針對禁止的事項即採具體列舉之方式，並詳細規定各種獨占行為，以作為法律執行的依據，讓商人有明確的法律規

⁵⁹公平會網站：外國及大陸地區競爭法規＞中譯外國競爭法規＞美國＞休曼反托拉斯法
<http://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=1069&docid=11200>
(最後瀏覽日：03/01/2018)

⁶⁰ 維斯庫斯 (Viscusi, W. Kip) 等人 (著)，前揭註 54，頁 60。

⁶¹公平會網站：外國及大陸地區競爭法規＞中譯外國競爭法規＞美國＞休曼反托拉斯法
<http://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=1069&docid=11200>
(最後瀏覽日：03/01/2018)

定以供遵循。「克萊登法」的立法主要目的，在制止反競爭性的企業兼併以及資本和經濟力量的集中，故其主要之規定有三種態樣：**禁止價格歧視、禁止搭售與獨家交易、禁止可能實質減損競爭或導致壟斷之事業結合行為**⁶²。「克萊登法」後來亦受到多次修正，其第 2 條關於價格歧視的部分由 1936 年之「羅賓遜-帕特曼法」(Robinson-Patman Act)修正；其第 7 條關於合併管制之部分由 1950 年之「賽勒-基福弗法」(Celler-Kefauver Act)進行補救⁶³。

此外，另一部「聯邦交易委員會法」(The Federal Trade Commission Act)係與「克萊登法」同在 1914 年制定，它和「克萊登法」都是在補充、強化「休曼法」，彌補「休曼法」的闕漏。惟，二部法律制定之目的不同，「克萊登法」立法目的是在**明確制定合法與非法的反競爭行為標準**，以作為執法的依據，也讓企業能明確的法律規定可以遵循。反之，「聯邦交易委員會法」，則重在**反競爭行為的防止，與執行機關的建立與執法程序**。該法授權設立「聯邦交易委員會」(The Federal Trade Commission，簡稱 FTC)，作為執行反托拉斯行為的主管機關，用以監督不公平之商業行為，並授予委員會權限已調查與停止不公平之競爭方法與欺騙之行為。同時，對於潛在之反競爭行為，委員會可以先行介入處理，而可獲取較司法機關事後處理更好之效率⁶⁴。

「聯邦交易委員會法」中關於反競爭的實質規定係為「聯邦交易委員會法」之第 5a 節，聯邦交易委員會法第 45 條 (Section 5(a) of the Federal Trade Commission Act, 15 U.S.C. § 45(a).)：

⁶² 李明強，前揭註 52，頁 20-21。

⁶³ 維斯庫斯 (Viscusi, W. Kip) 等人 (著)，前揭註 54，頁 61。

⁶⁴ 李明強，前揭註 52，頁 40。

「聯邦交易委員會法」第 45 條 – 不公平競爭方法之違法性；

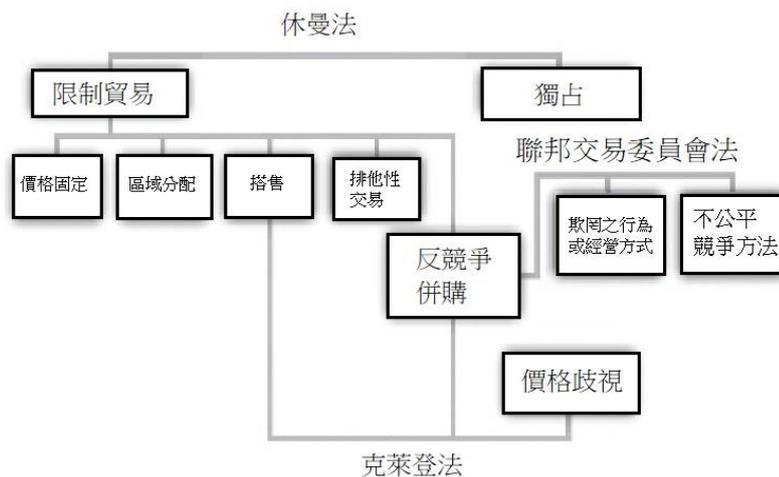
「(a) 違法性之宣告；

(1) 謹此宣告於商業上或對商業有所影響之不公平競爭方法、以及不公平或欺罔之行為或經營方式為違法⁶⁵⁶⁶。」



這三個法案，1980 年的「休曼法」、1914 年的「克萊登法」和「聯邦交易委員會法」，構成了美國反托拉斯政策的基本框架⁶⁷。以下圖簡示之：

圖 1：美國反托拉斯之基本框架⁶⁸



⁶⁵ 公平會網站：外國及大陸地區競爭法規 > 中譯外國競爭法規 > 美國 > 聯邦交易委員會法
<http://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=1069&docid=11200>
(最後瀏覽日：03/01/2018)

⁶⁶ 原文：15 USC CHAPTER 2, SUBCHAPTER I: FEDERAL TRADE COMMISSION：§45. (a) (1)
“**Unfair methods** of competition in or affecting commerce, and **unfair or deceptive acts or practices** in or affecting commerce, are hereby **declared unlawful.**”
<http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-chapter2-subchapter1&edition=prelim>

⁶⁷ 維斯庫斯 (Viscusi, W. Kip) 等人 (著)，前揭註 54，頁 61。

⁶⁸ Chapter 16 Antitrust Law, Figure 16.1 An Antitrust Schematic. *Government Regulation and the Legal Environment of Business v. 1.0*. Retrieved from
https://saylordotorg.github.io/text_government-regulation-and-the-legal-environment-of-business/s19-antitrust-law.html (最後瀏覽日：03/01/2018)

綜上所述，由美國競爭法制定之歷史可知，「休曼法」等法案一開始之立法目的主要是為了回應民意對於大型企業形成托拉斯組織之反感而制定，學者認為，其某種程度上也是一種代表中小型廠商利益更勝於消費者利益的利益團體運動⁶⁹。

甚至，前述之「羅賓遜-帕特曼法」(Robinson-Patman Act)，總體上還被視為國會迫於眾多小企業的壓力而通過的一部相當不利於經濟發展的法案，該法的目的是為了把小企業從 20 世紀 30 年代出現的大折扣連鎖運管的競爭中解救出來，該法還規定，大食品商以比獨立小企業更低的價格來購買它的產品的貨源的行為是非法的⁷⁰。

然而，美國競爭法制雖起源於利益團體之政治壓力，但其競爭政策的發展，卻深受經濟學理論之發展左右。如學者即指出，休曼法之重要用語與經濟學概念相關，故其解釋無可避免會受經濟學家影響，也讓經濟學家有機會形塑競爭政策，當經濟學知識有所變動後，競爭法的原則與執法政策也終將隨之變化⁷¹。因此，了解經濟學理論之流變，對於競爭法內涵之掌握亦為必要，故以下僅就影響美國競爭法最重要的經濟學理論：哈佛學派、芝加哥學派、後芝加哥學派，進行介紹：

⁶⁹ 顏雅倫，前揭註 55，頁 22。

⁷⁰ 維斯庫斯 (Viscusi, W. Kip) 等人 (著)，前揭註 54，頁 60。

⁷¹ 顏雅倫，前揭註 55，頁 23。



1. 哈佛學派的競爭理論：結構-行為-績效(SCP)模型

學者指出，由於 20 世紀 50 年代產業組織理論的主要代表人物都曾在哈佛大學求學與任教，故該理論後來被稱為哈佛學派之競爭理論。該理論曾對美國經濟政策的制定與競爭法的實施起過重要的作用⁷²。

該學派使用的市場分析方法建立在以下三個關鍵概念的基礎之上：

- (1)市場結構 (Structure)：例如供應商的數量、進入的難易程度；
- (2)市場參與者行為 (Conduct)：例如價格政策、廣告策略；
- (3)市場績效 (Performance)：例如效率、技術進步⁷³。

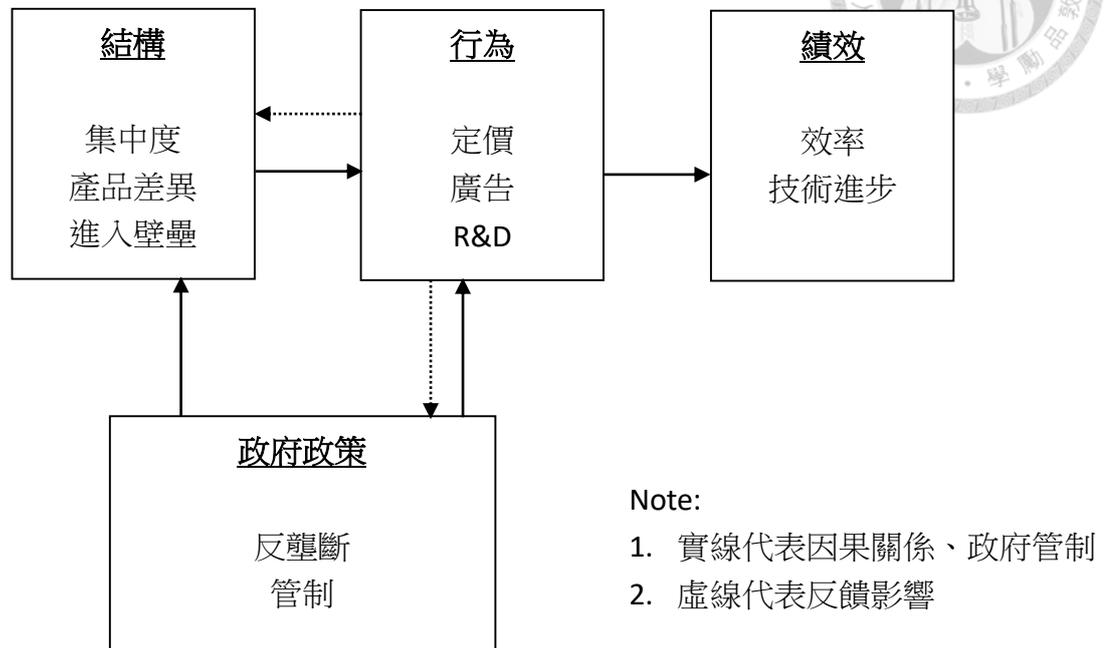
這三個概念的假定關聯是：市場**結構**很大程度上決定了市場**參與者行為**，而市場行為進而決定了市場**績效**，故稱為「結構-行為-績效」模型(Structure-Conduct- Performance, SCP)⁷⁴。如下圖所示：

⁷² 孟雁北 (2017)，〈第一章 競爭與競爭理論〉，氏著，《反壟斷法》，頁 13，北京：北京大學。

⁷³ 維斯庫斯 (Viscusi, W. Kip) 等人 (著)，前揭註 54，頁 54。

⁷⁴ 維斯庫斯 (Viscusi, W. Kip) 等人 (著)，前揭註 54，頁 54。

圖 2：產業組織理論之「結構-行為-績效」模型⁷⁵



此理論之重點在於**市場結構**，其標準是從相關市場的長期性組織結構出發，要求市場上必須保持足夠的競爭者，以維護競爭性的市場結構。根據此理論，只要市場上出現了壟斷者或出現了壟斷的趨勢時，政府即需採取措施干預市場，調整市場結構⁷⁶。

學者指出，哈佛學派背後的經濟學思想，係源自於新古典經濟學之競爭概念，其基於數理經濟學派之**完全競爭**概念，認為可由市場結構表示市場是否處於競爭狀態。其假設於市場廠商人數眾多，完全競爭之情形下，長期均衡之結果可以達到最適之配置效率與生產效率⁷⁷；換言之，完全競爭市場為達成最適效率目標之必需市場結構，市場一旦偏離完全競爭市場結構，就可能出現效率之損失，故唯

⁷⁵ 維斯庫斯 (Viscusi, W. Kip) 等人 (著)，前揭註 54，頁 54。

⁷⁶ 孟雁北，前揭註 72，頁 13。

⁷⁷ 莊春發 (2002)，〈競爭的內涵與公平交易法規範〉。《公平交易季刊》，10 卷 3 期，頁 15。

有擁有**完全競爭市場之結構**，社會才能獲得配置效率與生產效率的至善結果，現實社會的市場結構大都不屬於完全競爭型態，所以在政策上有加以矯正之必要⁷⁸。

學者指出，雖然在「結構-行為-績效」模型中，尚有「行為」之因素，但限於廠商的「行為」掌握不易，難以建立一般化的理論說明廠商行為與績效之關係，或是即使理論上可找到對應關係，現實上實際市場行為資料取得也有所困難，故該學派之實證研究係將「行為」之研究忽略，**直接以「結構-績效」作為研究對象**。於 1951 年至 1970 年止，結構與績效關係的實證研究大都獲得支持，研究的結論也深深地影響美國反托拉斯法政策的制定，亦有許多解決市場集中政策紛紛被提出來⁷⁹。

綜合上述，該學派認為市場結構為市場績效不良之根源，並以實證方式研究兩者之關係，發現市場結構的變數-市場集中度，與市場績效的變數-利潤率，兩者有密切關係⁸⁰；此外，為何不良績效得以長期存在不消失，是因為廠商受到**進入障礙**之保護，這些進入障礙包括絕對成本優勢、規模經濟、資本需求、產品差異化⁸¹。所以為使市場的運作最後能獲得良好的績效，必需使市場結構回復到完全競爭情況，採行的方法即有：對於優勢廠商進行解體拆分、減少市場進入障礙⁸²。

⁷⁸ 莊春發（1998），〈競爭概念的發展，演變與反托拉斯政策〉。《公平交易季刊》，6 卷 1 期，頁 38。

⁷⁹ 莊春發，前揭註 78，頁 49-50。

⁸⁰ 莊春發，前揭註 78，頁 74。

⁸¹ 莊春發，前揭註 78，頁 42。

⁸² 莊春發，前揭註 78，頁 74。

2. 芝加哥學派的競爭理論：經濟效率

學者指出，芝加哥學派是美國 20 世紀 70 年代由一群芝加哥大學之經濟學者與法學家組成之學派，對於 20 世紀 80 年代美國之競爭政策有重要的影響。該學派質疑 SCP 模型實證研究之可靠性，並認為 SCP 模型僅是描述性之框架，缺乏堅實可信的經濟理論基礎，從而徹底顛覆哈佛學派之 SCP 模型⁸³。

學者認為，芝加哥學派背後之經濟學思想為古典經濟學理論，其認為競爭是一種動態的過程，以長期觀點看待經濟行為，若市場沒有人為之障礙，市場力量自然會對社會資源做最佳的配置，而其所呈現的**市場組織和結構**，已隱含是所有可能中**最有效率者**，而人為立法管制或干預常常是反生產性的，故無必要⁸⁴。

換言之，芝加哥學派與哈佛學派對於**績效與結構的思考完全相反**。哈佛學派認為，結構是外生的，結構決定了廠商利潤水準的高低，亦即**結構是因，利潤表現的績效是果**；而芝加哥學派認為，結構是內生的，在既定的市場條件和生產過程的技術本質下，廠商為了利潤率的努力，而決定了市場結構，即**利潤績效是因，結構是果**。如果某個產業需要大規模的廠商，則大規模的廠商就會出現，該產業就會形成高度的集中現象。不受限制競爭所形成的市場結構，應是最有效率的市場結構⁸⁵。

因此，相較於哈佛學派強調「**市場結構**」，認為市場結構一旦偏離完全競爭市場結構的條件，即可能造成配置與生產效率的損失，芝加哥學派強調市場的「**競爭過程**」，認為競爭是產生各種市場結構的一種過程，市場上廠商的規模與集中

⁸³ 孟雁北，前揭註 72，頁 15。

⁸⁴ 莊春發，前揭註 78，頁 31。

⁸⁵ 莊春發，前揭註 78，頁 40。

度，係為市場競爭後的必然結果，也是市場特性、生產技術屬性使然，因此沒有使用公權力降低市場集中的必要。高集中產業有高報酬的現象，代表的是市場淘汰後的結果，以及存活下的廠商較有效率，所以利潤較高⁸⁶。



換言之，學者指出，解釋高集中度與高利潤並存的現象，「效率」是重要唯一的因素，市場競爭的結果，有效率的廠商必有高利潤率，市占率也會因而提高。高集中度與高利潤率共存的現象並沒有非難的理由，反而是整個社會所欲追求的目標⁸⁷。廠商透過提供較佳的產品或較佳的價格，獲得內部成長，很難想像有何理由要對此表現優異的廠商作處罰。或有認為獨占廠商會採獨占性的高價而傷害消費者，然芝加哥學派認為即使獨占廠商一時以獨占性定價亦無所謂，因為**超額利潤的誘因可自市場外吸引潛在廠商進入**，最後使市場趨於競爭，故不但不應非難之，其反而更彰顯市場競爭之功能⁸⁸。

至於哈佛學派所指稱之市場進入障礙，芝加哥學派認為皆不存在。芝加哥學派認為，只有政府有設置障礙的能力，因為**只有政府機構才享有絕對之強制力**。而其他進入障礙，在長期競爭過程中，最後勢必因無法維持而瓦解，不成為市場進入障礙。即便現有廠商和潛在廠商有所差異，也是彰顯現有廠商有效率之處，故其能繼續維持其成本優勢⁸⁹。

芝加哥學派認為市場競爭過程是無國家干預下的市場力量自由發揮作用的過程，國家主要的任務是為市場競爭過程確立制度框架，應盡量減少對於市場競爭過程之干預，對於競爭法適用標準的分析重點，應從市場占有率轉向經濟效益。芝加哥學派對於競爭政策與競爭法的影響非僅止於技術層面，其改變了競爭法的

⁸⁶ 莊春發，前揭註 78，頁 41。

⁸⁷ 莊春發，前揭註 78，頁 80。

⁸⁸ 莊春發，前揭註 78，頁 76-77。

⁸⁹ 莊春發，前揭註 78，頁 46。

基本價值與目標，亦可概括為競爭法的「一個目標與一個方法」--即競爭法的目標是經濟效率，分析方法是經濟學方法⁹⁰。



如芝加哥學派著名學者 Robert Bork 認為，「消費者福利」指的是分配效率 (allocative efficiency)，而「競爭」指的是消費者福利之簡略表達。因此，Bork 推薦，作為政策上之處方箋，消費者福利一詞，可使人們來運用基本經濟學理論⁹¹。

1979 年，美國聯邦最高法院宣示「國會設計休曼法作為消費者福利之處方箋 (consumer welfare prescription)」，從此之後，「消費者福利」即成為美國競爭法明示之目標⁹²。最高法院之「消費者福利」標準，即是受 Robert Bork 之「反托拉斯法悖論 (The Antitrust Paradox)」一書所影響⁹³。Bork 並指出，競爭必須被理解為消費者福利之最大化，或是經濟效率之最大化⁹⁴。

⁹⁰ 孟雁北，前揭註 72，頁 15-16。

⁹¹ Orbach, B. (2013). How Antitrust Lost Its Goal. *Fordham Law Review.*, 81 (5). p2255.

⁹² *Id.* at 2254.

⁹³ *Id.* at 2255.

⁹⁴ *Id.* at 2275.

3. 後芝加哥學派的競爭理論：策略行為

學者指出，芝加哥學派理論的一個重要缺陷，在於過於相信市場之自我調節能力，將競爭目標僅歸結為消費者福利最大化，忽略國家藉由競爭政策控制市場權力形成的作用⁹⁵。

在 20 世紀 90 年代，隨著**博弈論**與**信息經濟學**等新分析工具的出現，新產業組織理論的**後芝加哥學派**興起，使美國之反托拉斯分析中出現後芝加哥學派與芝加哥學派的觀點交錯並存、相互競爭的局面⁹⁶。學者指出，與芝加哥學派相信的完美市場機制相反，後芝加哥學派認為現實市場並不完美，該等不完美可表現於：

- (1) 廠商數量有限，彼此間的**策略行為存在交互作用**，廠商是博弈參與人而非單純的價格接受者；
- (2) 廠商獲得資訊的**邊際成本大於零**，每個廠商幾乎不可能獲得市場需求數量、競爭對手成本和未來趨勢的全部資訊；
- (3) 現實市場中普遍存在**資訊不對稱**，即廠商和廠商之間、廠商和消費者之間，都存在資訊不對稱，佔有資訊優勢的一方往往會利用此優勢獲得利益；
- (4) 由於**沉沒成本**的存在，現存廠商與潛在廠商之競爭是非完全的⁹⁷。

⁹⁵ 孟雁北，前揭註 72，頁 16。

⁹⁶ 孟雁北，前揭註 72，頁 16-17。

⁹⁷ 任劍新（2004），〈美國反壟斷思想的新發展——芝加哥學派與後芝加哥學派的比較〉，《環球法律評論》，26 卷 2 期，頁 235。

基於這些認識，後芝加哥學派認為現實市場中廠商之策略行為可能導致壟斷，並且市場機制本身無法消除這種壟斷，因此，政府用競爭法規制廠商策略行為即有其必要⁹⁸。



學者指出，針對哈佛學派 SCP 模型，企業並非被動地對於給定的外部條件作出反應，而是試圖以**策略行為**去改變市場環境，來影響競爭對手的預期，從而排擠競爭對手，或阻止新對手進入市場；故**市場結構與績效**是企業**博弈結果**，並取決於企業間博弈的類型，而打破 SCP 模型之單向因果關係。後芝加哥學派亦針對芝加哥學派之經濟分析提出挑戰，其利用**非合作博弈模型**實現了對於限制進入價格、默契合謀等策略行為進行動態分析，使一些在芝加哥學派看來認為有利於提高效率之行為，在加入博弈論與不完全訊息後得出不同的結論。於 1992 年之柯達案中，美國最高法院駁斥下級法院採用之芝加哥學派之觀點，首次大篇幅地引用後芝加哥學派之分析，並認為用簡單的經濟學理論來代替對於市場現實之分析是危險的⁹⁹。

另有學者認為，後芝加哥學派的重要貢獻之一，是**提高競爭對手成本 (Raising Rivals' cost) 理論**的提出。廠商之一些策略行為，例如共同拒絕交易、搭售、排他性交易等等，雖未將競爭對手排除出市場，卻會增加競爭對手之生產或銷售成本。競爭對手之成本提高後，可能造成無法達成經濟規模、或需降級使用次級生產資源之後果。行使該等策略行為之廠商即可藉此獲得價格保護傘，即提高自己之價格¹⁰⁰。

⁹⁸ 任劍新，前揭註 97，頁 235-236。

⁹⁹ 孟雁北，前揭註 72，頁 17。

¹⁰⁰ 顏雅倫，前揭註 55，頁 46-47。

提高競爭對手成本之結果有可能會有害於消費者福利或整個社會福利，例如，廠商可以通過垂直限制契約來提高競爭對手成本，競爭對手成本上升導致其產出下降，而後整個行業的產出水準下降。於是，廠商通過垂直限制實現了自然地水平限制，從而實現限制競爭的目的。又例如，生產商要求經銷商只能銷售自己的產品，不能同時銷售競爭對手生產的產品，如此，作為競爭對手的生產商只能另外開闢經銷管道，其成本增加了，同時，經銷商也難以獲得規模經濟；最終消費者勢必在多個經銷商間選擇、比較，而增加了選購的成本¹⁰¹。

綜合上述，學者認為，哈佛學派之競爭法思想為一極端，其主張政府積極干預市場運行；芝加哥學派之競爭法為另一極端，其主張放任自由的市場運行；而後芝加哥學派則為二者之折衷，其主張對廠商之策略行為進行具體之理論和實證分析，既考慮其促進競爭的一面，也考慮其限制競爭的一面，綜合權衡¹⁰²。惟總而言之，學者指出，此三學派大抵皆同意保護消費者福利是美國競爭法之終極目標，分歧則在於競爭法如何最適達成此一目標¹⁰³。最後，以下表綜合比較此三個學派之差異：

¹⁰¹ 任劍新，前揭註 97，頁 242-243。

¹⁰² 任劍新，前揭註 97，頁 236。

¹⁰³ 顏雅倫，前揭註 55，頁 54。

表 3：哈佛學派、芝加哥學派與後芝加哥學派之比較¹⁰⁴



	哈佛學派	芝加哥學派	後芝加哥學派
競爭學說	結構-行為-績效 (SCP)模型	古典經濟學理論	策略行為理論
政策目標	經濟權力分散化	靜態效率	靜態效率與動態 效率
對市場之基本看法	市場不能靠自身的調節實良好的市場績效	市場具有很強的自我調節能力，因而總是有效的	市場不完善是存在的，市場並非總是有效
基本政策主張	嚴格控制市場結構和企業行為	最低限度的干預	溫和的干預
市場進入壁壘	進入壁壘普遍存在	只有政府施加的法律限制才是進入壁壘	企業策略行為可以造成進入壁壘
合謀	即使在集中度不是很高的市場，合謀也容易發生	合謀是很難維持的	重複博弈的情況下，合謀的可能性較大
市場力量的來源	企業之間的水平合作和垂直限制	企業之間的水平合作	企業之間的水平合作和垂直限制 (因策略行為而加強)

¹⁰⁴ 孟雁北，前揭註 72，頁 18。

第三款 我國公平交易法之目的



承前所述，競爭法係為一高度受意識形態左右之學科，法條中諸多不確定法律概念，皆須透過競爭法背後所欲達到之價值加以指引解釋，故探究競爭法之目的，對於競爭法在具體個案上應如何適用有其絕對之必要性。世界各國之競爭法，有採多目的系統者，如歐盟等多個國家；亦有自多目的系統演進至採單一目的系統者，如美國，從保護政治社會、中小企業之多方政策考量，經由多年之思辨討論，而演進至專以著重經濟效率達到保護消費者福利之目的。

就我國而言，由於我國為成文法國家，對於競爭法有「公平交易法」此一明文法典，故目的之解釋，亦應先自公平交易法第 1 條立法目的所揭示之文義作為進行探究之起始點。學者亦認為，公平交易法第 1 條所揭示立法目的之明文規定，不僅宣示立法者所欲追求之政策目標，而可賦予同法其他條文之指導原則，作為主管機關之執法方針，同時在訴訟程序中，亦為司法機關審酌主管機關執法之合目的性及適法性之價值判斷標準¹⁰⁵。換言之，公平法之立法目的，非但為立法政策之彰顯，亦同為行政與司法機關所應遵循的判斷標準。

我國公平交易法第 1 條規定：「為維護交易秩序與消費者利益，確保自由與公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法。」依文義而言，其目的係可分為四部份進行討論：

¹⁰⁵ 石世豪（2003）。〈註釋公平交易法—第一條〉，收於：廖義男（編），《公平交易法之註釋研究系列（一）第一條至第十七條》，頁 48，台北：行政院公平交易委員會。

1. 維護交易秩序：

所謂「**交易秩序**」，係指商品或服務之交易市場上，為供給及需求之經濟活動時所應遵行之規則¹⁰⁶。學者指出，蓋「交易秩序」為一抽象之概念，在個別產業或市場中，「交易秩序」對於消費者、上游供給者、下游需求者或交易關係以外之競爭者、其他第三人及公共利益均可能產生影響；而對於一方有利者，對於他方或其他市場參與者未必即有利。故「交易秩序」此一概念仍有相當程度之開放性，其內涵之解釋，仍有待聯結其他立法目的進一步具體化。本法既稱「維護交易秩序」，實已就交易秩序之內涵朝向「消費者利益」、「自由與公平競爭」及「經濟之安定與繁榮」加以闡明，並非對於各種交易活動均視為中性之全然開放立場¹⁰⁷。換言之，需維護的交易秩序，似僅係指維護與消費者利益、自由公平競爭、經濟繁榮有關之交易秩序，而非所有之交易活動一併皆屬公平法管制之範疇。

2. 維護消費者利益：

公平法是否以保護消費者為立法目的，學說上見解不一，學者有將各學說整理如下：

(1) 從屬說：

消費者利益應從屬於國民全體經濟之內涵中，因此公平法所保護之利益為**全民經濟**，而非單純消費者利益¹⁰⁸；

¹⁰⁶ 廖義男（1994），〈公平交易法之立法目的與保護之法益〉，氏著，《公平交易之釋論與實務》，頁2，台北：三民。

¹⁰⁷ 石世豪，前揭註105，頁50。

¹⁰⁸ 汪渡村，前揭註31，頁7。

(2) 結果說：

保護消費者並非本經濟政策之立法目的，僅是因競爭秩序的維持所產生之附帶利益¹⁰⁹；



(3) 間接目的說：

消費者利益之保護雖屬公平法保護之目的，但不屬於政策上優先地位，因此不能列為公平法直接之立法目的¹¹⁰；

(4) 經濟性從屬關係規範說：

消費者本身屬於經濟關係中基層結構，換言之，保護消費者權益為健全經濟關係結構中最重要的部分，因此，維護消費者利益應為公平法立法目的之一¹¹¹；

本文認為，「消費者利益」應是公平交易法所欲直接保護之法益。蓋就立法歷程探知，行政院送請立法院審議之公平交易法草案第1條，原規定「為維護交易秩序，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法。」但在審議中，立法委員認為公平交易法係為保護消費者權益而立法，因此應將此意旨表明於條文內，乃在「維護交易秩序」句下，加上「與消費者利益」等字¹¹²。由此可知，「消費者利益」之文義為立法者所特別引入，明示其應為公平交易法所欲企及之目的，故在詮釋本法條文之適用時，當然不可隨意逕行忽略之。

惟，此一「消費者利益」之目的，在實際上應如何適用，究竟其是指個別消費者的保護，還是整體消費者利益之保護，仍需加以分辨。學者有認為，參照日

¹⁰⁹ 汪渡村，前揭註 31，頁 7。

¹¹⁰ 汪渡村，前揭註 31，頁 7。

¹¹¹ 汪渡村，前揭註 31，頁 7。

¹¹² 廖義男，前揭註 106，頁 2-3。

德見解，應從公共利益而非個人法益之觀點，解釋為「一般消費者利益」或「消費者整體利益」，而且，係透過公平競爭所促成者為限，不應與個別消費者在個案交易中的實際利益相混淆¹¹³。



本文亦感贊同，蓋公平交易法之核心目的在於維護「自由競爭」及「公平競爭」之交易秩序，亦即是避免限制競爭與不公平競爭之情況發生，而扭曲市場機制，造成資源配置失去效率，其意應在藉由保護市場機制，使資源獲最佳配置，進而促進該市場整體之消費者福利，故解釋上應指**整體消費者利益**之保護；而個別消費者權益應由消費者保護法作為消費者保護之基本法，則非公平交易法應列於優先之考量。至於實務上應如何操作，依學者意見，或可參照美國競爭法之實務經驗及學說見解，將福利經濟學上用以計算福利水準時所界定之「消費者剩餘」概念，援以解釋本條所欲保護之所謂「消費者利益」具體內涵¹¹⁴。

3. 確保自由與公平競爭：

維護交易秩序之範圍，應含有「自由競爭」及「公平競爭」之意涵。於公平交易法第1條舊法中，僅規定：「...確保公平競爭...」之文義；直至民國104年，才修法為「...確保自由與公平競爭...」，其立法理由為『本法規範之行為類型有第二章之「獨占、結合、聯合行為」及第三章之「不公平競爭」。前者屬限制競爭範疇，旨在排除限制競爭之行為，促進市場之自由競爭；後者則在消弭不公平競爭行為，促進事業之公平競爭。現行條文規定「確保公平競爭」不足以涵蓋上開自由競爭之意旨，爰修正為「確保自由與公平競爭」，以切合實際。¹¹⁵』因此，在解釋本法第2章之限制競爭行為時，應以確保市場自由競爭之方向進行思考。

¹¹³ 石世豪，前揭註105，頁51。

¹¹⁴ 石世豪，前揭註105，頁51-52。

¹¹⁵ 公平交易委員會，104.2.4 修正條文對照表，<https://www.ftc.gov.tw/upload/4a035120-41a7-455c-9733-67ced29b6ccf.pdf> (最後瀏覽日：03/01/2018)

學者認為，所謂「確保競爭」之意涵有二，其一是**維護市場之競爭秩序**，其二是**確認競爭為一法制度**並加以保護¹¹⁶。



首先，就**維護市場之競爭秩序**之意涵而言，學者認為由於競爭具有引導、節約、激勵、淘汰與制衡之作用，故以競爭作為推動與調整經濟活動之工具或方法，能促進資源之合理分配、提高事業之經營效率、及生產工具之進步，而有助於社會整體經濟之安定繁榮。故市場之競爭秩序，即以**競爭作為經濟原動力之經濟秩序**，應該予以維護之¹¹⁷。

其次，就**確認競爭為一「法制度」**並加以保護之意涵而言，學者認為，市場上之競爭已非單純之自然事件或現象，而是國家有意推行及保護之一種行為模式或準則，因而具有「**法制度**」之性質。則利用此制度而破壞或扭曲該制度功能與目的之行為，即是一種濫用，並且也構成不法，而應受禁止、取締與制裁¹¹⁸。

惟，即使肯認市場競爭秩序應予以維護，市場競爭應作為一法制度加以保護，其仍處於抽象之概念，具體而言究竟應如何維護與保護競爭，個別競爭者之權益是否亦屬於保護競爭的範疇等等問題，仍須更進一步之討論與辨析。有學者認為，反托拉斯法之執行，應探究其所欲追求的「競爭」到底應包含哪些層次，是市場「**競爭狀態**」的維持？還是市場「**競爭過程**」的維護？從根本上探究「**競爭內涵**」，可能是研究廠商之哪些市場行為會產生反競爭效果之前，須先釐清之課題。否則，僅以模糊之競爭概念為基礎，即對廠商市場行為進行反托拉斯法的判斷，出錯的機會較高，對廠商也不公平¹¹⁹。

¹¹⁶ 廖義男，前揭註 106，頁 4。

¹¹⁷ 廖義男，前揭註 106，頁 4。

¹¹⁸ 廖義男，前揭註 106，頁 5。

¹¹⁹ 莊春發，前揭註 77，頁 4。

另有學者有就何謂「確保競爭」之學說見解，進行下列五點之整理：

- (1) 阻止會減少消費者福利之競爭行為；
- (2) 阻止會減少生產效率之競爭行為；
- (3) 在將可能減少的消費者福利與可能增加的生產效率二因素考量過後，阻止仍會對整體社會福利造成淨損失的競爭行為；
- (4) 阻止對市場開放性的妨礙，或是扭曲競爭過程的行為；
- (5) 阻止會排除弱小廠商的競爭行為¹²⁰。

學者認為，此五項競爭政策的目標，前三者關注生產效率與消費者福利，後二者雖然分別以競爭過程與競爭者為主，但其實只是促進市場機能，提高整體福利的一種工具，否則若只保護競爭過程與競爭者，而無視生產效率與消費者福利之損及與否，那麼保護競爭過程或是競爭者的行為將無任何意義可言¹²¹。

學者認為，法律講究的是公正、行為的意圖性；相反地，經濟則是強調效率、行為所引致之結果。過去歐美競爭政策皆致力於維護一個公平的競爭環境，使廠商透過自由競爭的過程促進整體社會福利的提升，然而過度強調保護競爭過程，反而背離了競爭政策的最終目的——提升社會福利。是故，今日競爭政策的趨勢乃逐漸加入經濟面的觀點，轉而重視生產效率與消費者福利¹²²。

本文贊同學者之見解，認為**確保競爭**之意涵，應在於確保**經濟效率與消費者福利**。我國或許也可以參照前述美國競爭法學說之發展潮流，選擇以經濟效率作為衡量確保競爭之指標，並以經濟分析作為執法之依據。蓋美國各學派雖然於立論上有所差距，然皆無不欲以更精細之經濟學架構，分析廠商市場行為之影響，

¹²⁰ 王文宇（2007）。〈濫用獨占地位之判斷標準--法律概念或經濟觀點？〉，《公平交易季刊》，15卷2期，頁4-5。

¹²¹ 王文宇，前揭註120，頁6。

¹²² 王文宇，前揭註120，頁5。

即用實質之經濟分析，取代空泛之法律概念，使競爭法執法機關得以精細其論述，避免對於廠商之商業行為進行任意裁處之傷害。

4. 促進經濟之安定與繁榮：

有學者認為，公平交易法雖為維護交易秩序，確保公平競爭而立法，但其終極目標，乃在**促進經濟之安定與繁榮**。即維護市場競爭秩序為手段，促進經濟之安定與繁榮為目標。故對於事業為限制或妨礙競爭之行為，固然原則上皆加以禁止及取締，但該行為如更有益於整體經濟利益者，仍可容許之，乃因公平交易法之終極目標，在**促進經濟之安定與繁榮**¹²³。

另有學者認為，促進經濟之安定與繁榮之立法目的，其實隱藏政府可以「國家之手」規劃我國經濟發展的可能性，嚴格而言，其與**市場經濟的架構並不盡相同**。故公平法應僅於確保自由競爭秩序如仍無法達到整體國民經濟之安定與繁榮的政策目標時，此時政府對於總體經濟應可為必要的規劃與調解¹²⁴。

本文亦贊同公平交易法僅應著力於維持市場競爭秩序，**尊重市場經濟**之見解。我國公平交易法係為具有**經濟管制**性質之法律，惟如學者所言，所謂經濟管制，即意味著國家以公權力干預與限制事業之企業活動，因此一方面必須設置相當之主管機關及公務人員執行該職務，而**增加國家之行政成本**；另一方面，事業受行政機關層層管制，在行政程序之過程中，難免使事業**延誤商機**，不能充分發揮企業自由，影響其經營效率並因而影響經濟發展¹²⁵。因此，一旦國家決定採取經濟管制，管制之行政成本、延誤商機弊害即已然不可避免，而國家機關層疊的行政

¹²³ 廖義男，前揭註 106，頁 10。

¹²⁴ 汪渡村，前揭註 31，頁 9-10。

¹²⁵ 廖義男（2015），〈經濟發展與競爭秩序〉，氏著，《公平交易法之釋論與實務（第二冊）》，頁 8，台北：元照。

司法決策速度，是否能夠戰勝市場機制自我調整的迅速與效率，而帶來管制之利益，亦難以評估。故除非有嚴謹之證據證明非政府介入管制不可，給予市場較大幅度之寬容尊重，似為較謹慎經濟之決策。

另有學者指出，競爭原理所重視者為一種過程式的思考方式，如海耶克所稱，競爭為發現過程。故競爭政策所重視者，在於**競爭過程的自由且公正**，於此過程中，最適於經濟社會之企業體乃得以被發現，而經濟之持續成長方可確保¹²⁶。本文亦贊同此見解，若欲促進經濟之安定與繁榮，最好的方式應是尊重市場經濟機制，減少行政干預，一方面避免濫用行政權力干涉市場運作，一方面可以減少行政成本；而競爭法機關之任務，應僅止於確保競爭秩序，讓競爭發揮其創新、淘汰、制衡之作用，其自然會導向促進經濟繁榮之結果。

綜上所述，我國公平交易法表面看來為多目的系統，似有維護交易秩序、維護消費者利益、確保自由與公平競爭、促進經濟之安定與繁榮等四重目標，惟經前述討論可知，「維護交易秩序」之內涵應朝向其他目標加以解釋，即所維護之秩序應與其他目標相關；而「促進經濟之安定與繁榮」應為競爭秩序獲維護後自然會產生之結果，而非用以指導競爭法之方針；故**本法真正之目標**應為「維護消費者利益」、「確保自由與公平競爭」；而這兩者又事實上應是手段與目的之關係，即藉由「確保自由與公平之市場競爭」之手段，達到「維護整體消費者利益」之目的。

故我國公平交易法之目的，解釋上似應為藉由確保市場競爭秩序，從而達到維護整體消費者利益，以致最後得以促進整體經濟繁榮。其實與美國競爭法確保經濟效率以最大化消費者福利之唯一目的似無二致。

¹²⁶ 黃銘傑（1998）。〈中小企業保護與競爭政策-憲法增修“中小企業保障條款”的問題提起〉，《臺大法學論叢》，27卷3期，頁61。

第二節 智慧財產權制度與競爭法制度之交互作用

第一項 智慧財產權制度與競爭法制度之關係：互斥或互補？



綜上所述，智慧財產權制度之目的係為降低市場失靈，激勵創新之人為經濟政策；而我國公平交易法制度之目的係為確保市場競爭秩序，從而達到維護整體消費者利益之經濟管制制度。然而，智慧財產制度雖然一方面能夠激勵創新，另一方面卻也有可能因為過度市場力量集中或箝制作用而阻礙後繼者創新。對於智慧財產權制度阻礙創新之層面，究竟該如何解決？以及全部或部分問題是否適合利用公平交易法制度來解決？則是所欲探討之問題。

第一款 智財權與競爭法之互斥性

學者指出，智財權制度與競爭政策過去曾被認為是彼此衝突的。因為智財權產生獨占，獨占卻是競爭之敵人。反之，競爭政策偏好自由參進(*free entry*)與資產流動性(*asset mobility*)，這也正是智財權所欲限制以製造誘因之處¹²⁷。另有學者指出，競爭法透過反對限制競爭行為來推動競爭，智財權通過某種限制競爭行為來激勵創新，兩者之衝突點存在於濫用智財權的行為**排除、限制競爭**之時；換言之，擁有、正當行使、濫用智財權都不會引起兩者之衝突，僅有**濫用智財權且排除或限制競爭之行為**才是競爭法與智財法之連接點¹²⁸。

然而，在競爭法藉由壓抑限制競爭行為以確保競爭之目的下，亦有可能產生排除創新誘因與能力之疑慮。例如，雖然競爭法傾向反對獨占，經濟學大師熊彼

¹²⁷ Hovenkamp, H. (2015). *Intellectual Property and Competition*. p1.

¹²⁸ 孟雁北 (2017)，〈第九章 禁止濫用知識產權排除、限制競爭行為制度〉，氏著，《反壟斷法》，頁 259，北京：北京大學。

得(Joseph Schumpeter)卻認為，獨占事業若經由不斷創新以維持其地位，即可繼續享有其超額利潤，因此其有較強之資力與較高之誘因從事研發與創新工作¹²⁹。因此，若競爭法對於獨占事業之管制使其超額利潤受剝奪，亦相當對該獨占事業從事創新之能力進行抑制，即過度強調競爭之結果，反而造就研發創新之不利。

事實上，本文認為，若要在創新與競爭之間進行抉擇，就促進經濟發展之角度看來，對於創新之重視，似應更多於競爭之維持。蓋學者指出，目前無論就理論與實證皆顯示，在技術已穩定建立的情況下，**創新**對於經濟發展之貢獻顯著多於**競爭**¹³⁰。

而究竟何種競爭結構才會有助於創新？學者指出，今日更廣泛的共識是，市場結構/創新曲線係成不對稱的倒 U 字型，不論獨占或原子型競爭(Atomistic Competition，指的是廠商數目極多，使市場呈現完全競爭之市場結構)都不特別有益於創新；相反的，大部分的創新發生於**適度的競爭**，**產品差異化**的市場處。目前有些文獻將倒 U 字型更傾斜於競爭側，而認為於平衡時，更多的競爭產生更多的創新¹³¹。因此，在思考智財權之行使與競爭法之衝突時，或應更進一步考量智財權行使所產生之法律上獨占效果，其對於競爭之限制，對於創新可能有何影響。例如，即使智財權行使有限制競爭之可能，但是否僅會帶來產品差異化的效果，反而有利於創新之發生？還是智財權行使僅有限制與排除競爭之後果，可能同時會帶來不利於創新之效應？兩者衝突之後對於創新之影響，可能是可以深入思考之因素。

¹²⁹ 公平交易委員會（2017），《認識公平交易法（增訂第十七版）》，頁 41，台北：行政院公平交易委員會。

¹³⁰ Hovenkamp, H., *supra* note 127, at 1.

¹³¹ Hovenkamp, H., *supra* note 127, at 2.

第二款 智財權與競爭法之互補性



學者指出，近年來，通說對於智財法與競爭法之關係採**互補理論(theory of complementarity)**，認為兩法處於互補之關係，均是透過保障自由競爭而提高效率及消費者福利。詳言之，學者指出，首先，智財法以促進「替代競爭(competition by substitution)」為目的，利用創新、發展未知產品來促進動態競爭及效率；競爭法以促進「模仿競爭(competition by imitation)」為目標，利用既有資源最經濟之使用與價格競爭，來促進靜態競爭及效率，故兩者實為互補；其次，當智慧財產權人或該權利本身阻礙或排除「替代競爭」，或智慧財產權以外的市場因素排除「替代競爭」時，需要競爭法出面限制智慧財產權之行使，以維護「模仿競爭」不被過度的智慧財產權限制¹³²。

另有學者認為，企業的創新和發明既是市場競爭之結果，又是市場競爭之過程。因為自由競爭的市場可以為企業的創新活動提供最大的激勵機制，可以使智財權之專屬權產生真正的社會價值，競爭法與智財法本質上沒有衝突，而是相輔相成¹³³。於美國 2017 年 1 月由 DOJ 與 FTC 所共同頒布的《智財授權的反托拉斯指南》中，認為智財法與競爭法分享**共同的目的-促進創新與增進消費者福利**，智財法提供創新、散布和商業化的誘因；而競爭法藉由抑制傷害競爭的行為來促進創新和消費者福利¹³⁴。

¹³² 劉孔中，前揭註 12，頁 11。

¹³³ 王曉曄（2010），〈濫用知識權限制競爭的法律問題〉，氏著，《王曉曄論反壟斷法》，頁 245，北京：社會科學文獻。

¹³⁴ US Department of Justice & Federal Trade Commission. (2017) "Antitrust guidelines for the licensing of intellectual property." §1.0.

Retrieved from: <https://www.justice.gov/atr/IPguidelines/download> (最後瀏覽日：03/01/2018)。

本文亦贊同此見解，認為智慧財產權法與競爭法之間應屬於**互補**關係，具有共同之目的在於提高效率、促進創新、增進社會福利。承前所述者，智財權與競爭法政策並非完全處於對立關係，**智財權並非必然會造成獨占或阻礙競爭之結果**，而須依產業結構與特性進行進一步的分析，例如小的廠商亦可能因為智財權之取得而顛覆現有之優勢企業，使得市場競爭性加強，或是生醫與化學產業可因智財權的保護而有益於創新；反之，**競爭法政策所保護之競爭，也未必能全然促進創新**，例如原子型競爭即無益於創新；依前文所述者，大部分的創新其實係發生於適度的競爭，產品差異化的市場處，而智財權亦有促進產品差異化之功能，故能否適宜調控智財政策，使得市場產生適度的競爭，而有助於創新之發生，才應是吾人應努力之方向。

換言之，智財權與競爭法皆屬於人為調控之經濟政策，其享有共同之目標為增進整體經濟福利。既然由理論與實證皆證明，創新才是貢獻於經濟發展之主因，智財權與競爭法之設計，即應以促進創新，增進整體消費者福利為目的，而非將智財或競爭本身之價值無限上綱視之。

事實上，學者指出，智財法與競爭法在靜態觀察下多有摩擦，但若動態看來，智財法並非自立於競爭法外之異物，而是其組成元素、賴以運作且也必須考量之因素，二者如影隨形，只能在具體個案考慮整體的法律與經濟關聯後定其分寸。因此，不期待機械式、形式的明確性或安定性，而是滿足於個案中實現的動態平衡¹³⁵。學者更指出，在此動態平衡下，真正有決定性的是一種**價值傾向**：是傾向競爭(pro-competition)，還是傾向於智慧財產權(pro-IP)。從美國 1970 年代專利法

¹³⁵劉孔中（2009），《智慧財產權運用與競爭秩序》，頁 140，台北：經濟部智慧財產局。

弱、反托拉斯法強，到 1990 年代變成專利法強、反托拉斯法弱，背後推動的力量，就是美國了解智慧財產權是其核心競爭力，而不希望被國內外競爭法約束¹³⁶。

本文贊同此見解，智慧財產權法與公平法之調和，最後仍應以所欲尋求之價值作為政策調整之方向。本文認為，其應以**促進創新，增進整體消費者福利**作為最終尋求之上位價值，而同時將智財法與競爭法納入政策考量，使其能相互分工，弭補彼此制度上之缺漏，共同達到所欲追求之目標。

¹³⁶劉孔中，前揭註 135，頁 143-144。

第二項 競爭法與新經濟：Procrustean Bed 與謙抑之必要性



第一款 Procrustean Bed 與新經濟

論者曾有以 Procrustes 之床(Procrustean Bed)譬喻不當管制可能帶來之危險。其指出，在希臘神話中，Procrustes 是海神 Poseidon 之子，他提供了一張鐵床供旅客過夜。但當旅客的身長對該床而言太短時，他會使力拉長旅客的腿以符合該床；當旅客之身長相對於該床太長時，他會將旅客的腿截斷至適合該床的長度。最後，藉由希臘英雄 Theseus 之手，Procrustes 自己也被調整成了合適於該鐵床的長度-Theseus 將 Procrustes 的頭砍下來，以使其身長符合該床。Procrustes 之床在後世即有削足適履、強求一致之意。申言之，其主要的寓意在於，勿將複雜的事物硬塞入簡單的盒子裡，勿將複雜的概念、科技強行塞入預想之模型(preconceived model)中。在變化快速的產業中，規範性管制(prescriptive regulation)特別容易發生 Procrustean 式之問題。由於知識有限，管制很常成為其被管制產業的 Procrustes 之床，當被管制產業快速地發展，昨日舒適的管制之床可能很快地就變成明日科技之酷刑台¹³⁷。

競爭法對於新經濟的管制，似亦應特別注意 Procrustes 之床的問題。為何要在此章節特別談論新經濟？因為新經濟行業的主要資產即是智慧財產權。

詳言之，學者指出，新經濟包括生產電腦軟體、基於網際網路的商業服務、和支援前兩種行業的通信服務和設備等行業。其和過去主要適用競爭法的行業不同，過去適用競爭法的行業包括鋼鐵、香菸生產、製鞋機械等，通常具有多廠、多企業生產、穩定的需求、沉重的資本投資、適度的創新率、緩慢和稀少的進入

¹³⁷ Ohlhausen, M. K. (2014). The Procrustean Problem with Prescriptive Regulation. *CommLaw Conspectus*, 23, p8.

和退出等特點。反之，新經濟的特色在於，產品的平均成本會不斷下降，資本的要求相對不高、很高的創新率、頻繁的進入與退出、網路外部性，以及為了制定標準，其可能需要壟斷和企業間的合作¹³⁸。



由於新經濟企業的主要資產係以智慧財產權的形式存在，這些智財權使新經濟企業可以合法壟斷，且這些企業提供之服務有網路外部性之特點，這些事實使新經濟**傾向壟斷**，但弔詭的是，也**向競爭方向發展**。蓋透過競爭獲得壟斷是競爭的一個重要形式，成功取得壟斷的企業享受到的保護越多，則想要成為壟斷者之競爭越多；假設第一個提出新經濟產品或服務核心部分的企業會有獲利豐厚的壟斷，則這個前景將會**加快創新率**¹³⁹。

依此，新經濟企業與傳統之壟斷企業於特徵上具有相當大的差異，其壟斷造成的效應亦可能不同，由於新經濟企業之資本要求相對不高，競爭者易於進入市場，故壟斷所帶來的利潤更可能吸引更多競爭者競相投入創新，研發出符合消費者需求之產品或服務，從而提升社會整體消費者福利，故在競爭法管制上，是否要用和傳統產業同樣的標準與態度去衡量新經濟產業？若利用相同的衡量標準，是否可能衍生其他疑慮？即為問題所在。

舉例而言，學者指出，新經濟企業的特色之一：網路外部性，其係指產品和服務之價值隨著使用之消費者數量的增加而不斷擴展。此種特性可以引起經營者**跨業務競爭**，也可以對消費者產生**鎖定效應**。例如，中國的微信和支付寶，微信主要提供即時通訊服務，支付寶主要作為網路購物支付平台，但微信在具有一定的客戶量的情況下，以微信紅包的形式具有了支付的功能。若依傳統之相關市場界定理論，主要是從需求者角度進行需求替代分析，但在具有跨業務競爭的新經

¹³⁸ 理查·波斯納（著），蔣兆康（譯）（2010）。《法律經濟學》。頁 315。台北：五南。

¹³⁹ 理查·波斯納（著），前揭註 138，頁 315。

濟行業裡，該種界定方式可能就無法反應互聯網企業間的競爭狀態；另外，鎖定效應的存在，會使採用 SSNIP 方法測試出來的相關產品市場範圍過窄，使互聯網企業更容易被認為具有市場支配地位。而當被認為具有市場支配地位後，其商業行為即可能被禁止或阻礙¹⁴⁰。

依此，競爭法機關在處理新經濟企業之商業行為時，應更加謹慎思考，將過去之執法準則用於新經濟時，是否有可能認定過嚴；對於新的商業行為，在對於該行為所帶來之效應仍屬發展中、多屬未知的情況下，貿然運用傳統理論進行分析，是否得宜。

¹⁴⁰ 汪改麗（2015）。〈論反壟斷法的謙抑性〉，《經濟法論叢》，第 28 卷，頁 110-111。

第二款 競爭法下的「兩種錯誤」與謙抑之必要性



對於快速發展的產業，由於認知難以充分，競爭法主管機關或法院對於商業行為的裁處很可能會犯錯，但犯錯的情況有兩種，在這兩種情況下，犯錯的結果卻可能大相逕庭。

詳言之，競爭法主管機關或法院犯錯的模式可能有兩種：一種是錯誤地認為無辜的廠商的商業行為具有反競爭效應而加以裁處，另一種是錯誤地縱放其行為具有反競爭效應的廠商。本文試將第一種錯誤稱為「**錯誤指責**」(經濟學家稱為第一型錯誤，Type I error)，第二種錯誤稱為「**錯誤縱放**」(經濟學家稱為第二型錯誤，Type II error)。

在「**錯誤指責**」的情況下，學者認為，若法院錯誤指責了有益的行為，該利益就會遺失。因為不管該利益多好，其他的廠商若使用該受譴責的行為，就會依照判決先例而受到制裁¹⁴¹；

而在「**錯誤縱放**」的情況下，若法院錯誤地允許了有害的行為，其造成的福利損失會隨著時間而減少。壟斷是會自我摧毀的，壟斷價格最終會吸引入場¹⁴²。

因此，相較之下，「**錯誤縱放**」會被市場自我修正；但「**錯誤指責**」卻不會自我修正¹⁴³。

¹⁴¹ Easterbrook, F. H. (1984). Limits of antitrust. *Tex. L. Rev.*, 63, p2.

¹⁴² *Id.* at 2.

¹⁴³ *Id.* at 3.

學者認為，錯誤的原因可能來自於「不友善 (inhospitality)」與「無知 (Ignorance)」的傳統¹⁴⁴。



「不友善」係指當法官常會對於商業行為抱持懷疑，會懷疑企業如何用該商業活動來傷害消費者，此時若被告無法說服法官這些行為是競爭的重要因素，法官就會禁止該等行為。經濟學家亦如同法官般抱持懷疑，若經濟學家發現有些他不知道的東西，他會去尋找壟斷作為解釋...在非常無知的領域，由於不明瞭的行為數量龐大，依靠壟斷解釋也變得尋常¹⁴⁵。

然而，此一傳統已被證明是非常昂貴的。智慧遠遠落後於市場。事實上，應該將市場行為視為**隨機的**，廠商會試各式各樣的行為，大部分的行為會失敗，有些廠商會消失，有些廠商的行為提供了更多福利給消費者，例如減少成本或增加品質，而後存活下來。然而，為何特定的行為會有用？這些活下來的廠商未必答得出來，他們只能描述他們做了**什麼**，卻難以描述**為什麼**會有用。要知道為什麼，需要對於市場運作非常詳盡的知識，需要時間與資料加以評估，才有可能回答，也有可能根本沒人能回答¹⁴⁶。

另一方面，「無知」的傳統會被容忍，因為每個成功的競爭行為背後就會有**競爭受害者**；一個製造銷售產品的新方法越成功，就會有更多受害者、及更深的傷害。他們不知道自己為什麼會失敗，別人為什麼會成功(如果知道，他們就會改進了)。具有創造性破壞(creative destruction)的行為在證明其經濟效益之前就先產生了受害者，反托拉斯法邀請受害者上法院帶他們的不滿上法院，由比他們更不

¹⁴⁴ *Id.* at 4.

¹⁴⁵ *Id.* at 4.

¹⁴⁶ *Id.* at 5.

懂商業行為的律師來代表他們。比律師懂得更少的法官，則將這些商業行為當成使得從前成功的廠商現在失敗，或是他們的獲利機會被剝奪了(封鎖)的原因¹⁴⁷。

當時間尚未成熟，被告無法有力解釋自己的成功，而證據也指向「排他」時，法官就會禁止該行為。然而，經濟學家不斷發展對於所有行為的促進競爭的解釋，有時候一種行為可以有好幾種解釋，過去認為有害的行為，現在可能會產生利益；然而，當弄懂為何這商業行為會成功時，已經太晚了。在被翻案的這些年之前，有效率的商業行為皆被丟失了¹⁴⁸。

綜上所述，競爭法中的兩種錯誤雖然都可能發生，惟在對於競爭法「不友善」與「無知」的傳統下，「錯誤指責」之情況實際上較有可能出現。然而，「錯誤縱放」的後果會被市場自我修正；「錯誤指責」所帶來的後果，由於只能靠司法機關推翻判決先例而修正，無法依靠市場力量自行調整，使得此一錯誤可能會存在非常久，例如，以美國對於最低垂直轉售價格限制而言，從 1911 年 Dr. Miles 案¹⁴⁹以當然違法原則限制最低垂直轉售價格，至 2007 年 Leegin 案¹⁵⁰推翻判決先例，改採合理原則分析，已經經過了 90 多年。這段期間該商業行為帶來的利益，則無法為整體社會所共享。學者亦指出，「錯誤指責」之情況不但會使廠商不敢從事具有促進競爭之安排，並可能造成法律上之有害扭曲，因為法律制定者不支持該安排並會設法禁止其之適用¹⁵¹。

¹⁴⁷ *Id.* at 5.

¹⁴⁸ *Id.* at 6.

¹⁴⁹ *Dr. Miles Med. Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911)

¹⁵⁰ *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007)

¹⁵¹ Jones, A., & Kovacic, W. E. (2017). Identifying Anticompetitive Agreements in the United States and the European Union: Developing a Coherent Antitrust Analytical Framework. *The Antitrust Bulletin*, 62(2), p257.



綜上所述，「錯誤指責」似應為執法所需盡量避免之狀況，尤其在新經濟的脈絡下，科技發展迅速，廠商快進快出，要找競爭下的受害者容易，但要分析發展中的商業行為的促進競爭效益，卻須等待經濟學理論的發展以及收集足夠的資料，此往往需要許多時間。因此，法院與競爭法執法機關，在無法預測新科技、新商業模式的未來發展走向的情況下，對於以競爭法管制商業行為似應保持「謙抑性」，勿輕易介入干涉發展中之商業行為；若需涉入，則應有更多的證據與經濟分析，確認可能之利益與對於整體消費者之傷害，方可避免有益於整體社會之商業行為，因錯誤的禁止而被埋沒於時間長河之中。

第三章 第一道關卡：公平法第 45 條-競爭法與智財法之管制界分標準



自前章之探討，可知智慧財產權制度之目的在於解決市場失靈、促進創新；我國競爭法制度之目的在於藉由維護市場競爭秩序，確保競爭，從而達到維護整體消費者利益，與美國競爭法著重經濟效率以最大化消費者福利之目的似不謀而合。

而在兩套制度交會時，一方面，應認智慧財產權法與競爭法之間屬於互補關係，互補所欲追求的效果在於促進創新；另一方面，亦應認競爭法對於以智慧財產權為主之新經濟產業之管制須採謙抑的態度，避免削足適履、錯誤譴責之狀況，以免錯誤扼殺有利之商業行為。

如本文先前強調者，競爭法是高度意識形態之法律，故前述競爭法之追求目的、競爭法與智財法之互補關係、與競爭法之謙抑性，皆應作為上位之指導概念、以及解釋之依據，而落實於下位之制度設計與具體事例。

於以下三個章節中將要討論者，即為我國競爭法制度具體上如何對於專利授權進行管制。本文認為，若欲落實前述之上位精神，則在專利授權契約之競爭法管控上，應有三道具體之檢驗關卡，即公平法第 45 條、市場力量作為契約自由的界線、合理原則之運用。本章先就公平法第 45 條進行討論。

第一節 公平法第 45 條之法律性質



關於公平交易法對於智慧財產權法之管制，主要規定於公平交易法第 45 條：「依照著作權法、商標法、專利法或其他智慧財產權法規行使權利之正當行為，不適用本法之規定。」其立法理由為：「著作權、商標專用權及專利權在本質上皆為法律所賦予之獨占權，故依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為，自不適用本法之規定。」

惟關於本條文之法律性質，學說上向有許多爭議，約有以下學說：

1. 例外不適用說：

智財權之保護與公平法之競爭政策並不相容，但基於智財權之公益考量，而規定智財行使法律上所賦予之權利行為時，可例外不適用公平法之規範，正如不景氣、合理化等聯合行為可例外不適用公平法規定一樣¹⁵²。

從我國公平交易委員會所出版之刊物對於此條文之解釋可知，其係認為公平交易法與智慧財產權法實處於**互補**之互動關係，因為智慧財產權具有提升產業技術、保護文化資產、鼓勵創新發明等公益性質，公平交易法遂對行使智慧財產權所造成之經濟秩序影響，賦予較大的寬容¹⁵³。換言之，公平會似肯認智財權特別具有公益性質，而相較於其他私有財產權得以受較為寬容之評價，似採例外不適用說之立場。

¹⁵² 汪渡村，前揭註 31，頁 254。

¹⁵³ 公平交易委員會，前揭註 129，頁 30-31。

2. 確認說：

本說認為，對於無體財產之保護應與私有財產權採同一保護標準，且於法律政策上，對於智慧財產權之保護亦無需高於私有財產權之保護標準，因此，智慧財之行使權利行為與一般有體物之所有權應該是一致的，只要屬於正當行使權利之行為，即不違公平法之規定¹⁵⁴。

從比較法來看，在美國 2017 年之 1 月《智財授權的反托拉斯指南》中(下稱《指南》)第 2.0 節一般原則中，其第一原則即是執法機關對於涉及智財權的行為與涉及其他形式財產權之行為適用相同之分析¹⁵⁵；似亦採認為對於一般私有財產與無體財產之分析標準無須二致之見解。

依此，無論智財權或是私有財產權，只要屬於正當行使權利之行為，就不受公平法之適用，故第 45 條僅是一種訓示規定或**確認規定**而已，並非因有公平法第 45 條之存在，智財權之正當權利行使行為，方始於公平法上受到保護¹⁵⁶。

本文贊同**例外不適用說**之見解，蓋競爭法與智財法之關係本即不同於競爭法與其他財產權間之關係，競爭法與智財法有共同追求之促進創新、最大化消費者福利之目標，亦屬於互補之作用，**此種關係未見於其他財產權**，當然不應等同視之。

¹⁵⁴ 汪渡村，前揭註 31，頁 254。

¹⁵⁵ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §2.0.

¹⁵⁶ 王偉霖、張俊宏(2007)。〈競爭法規範對技術授權之限制-以美國及臺灣法律為中心〉，《法令月刊》，58 卷 12 期，頁 139。

學者亦有指出，智財權所具有的創新、鼓勵研發與無體財產等特性，與傳統競爭法的規則對象：一般私權利體系大不相同，在公平交易委員會對於智慧財產權特性常予忽視之現況下，對於公平交易法第四五條不宜採取確認說，而應將之解釋為法律價值決定，以積極要求執法機關將前揭特性納入執法考量¹⁵⁷。事實上，在美國《指南》第 2.0 節一般原則中，雖然認為智財權與一般財產權應採用相同的反托拉斯分析標準，但亦指出應考量特定財產權之特定特徵¹⁵⁸。

故本文認為，基於智財權與一般財產權不同之特性，智財權於公平法下之規範標準似應不同於一般私有財產權。且考量智財權對於創新之激勵而有益於公共利益之性質，公平法似宜格外予以尊重，對於智財權之行使，似應較其他財產權，採取較寬容對待之立場。

¹⁵⁷ 王立達(2002)。「競爭法對智慧財產權市場力量之管制—以有線電視頻道授權案件為例」，《月旦法學雜誌》，第 84 期，頁 144。

¹⁵⁸ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §2.0.

第二節 「行使權利之正當行為」之意涵



第一項 學說見解

惟，即使肯認公平法應基於智財法之特性，而給予較寬容之規範標準，實際上該如何認定何謂依智財法「行使權利之正當行為」，仍是一大問題。就行使智財權之正當性的判斷標準，大概有以下幾種學說¹⁵⁹：

1. 權利濫用說：

此說主要繼受美國法「專利濫用之法理」，認為專利權之行使若可歸諸為權利濫用行為，則不受公平法第 45 條之適用，該濫用行為直接適用公平法相關實體規定。故本說之重點在於將「權利濫用」作為「不正當」之權利行使行為，使受公平法之適用¹⁶⁰。

2. 文理解釋說：

本說來自於日本，其認為智慧財產權的限制可分為「物權之限制」、「債權之限制」兩者。所謂「物權之限制」，係基於智慧財本身權利所生之限制；「債權之限制」係基於契約權利所生之限制，唯有**物權之限制**才有公平法第 45 條之適用，因此，行使智慧財產權之行為之正當性，應就各該智慧財所規定之內容加以判斷¹⁶¹；

¹⁵⁹ 汪渡村，前揭註 31，頁 256。

¹⁶⁰ 王偉霖、張俊宏，前揭註 156，頁 139。

¹⁶¹ 汪渡村，前揭註 31，頁 256。

詳言之，物權的權利行使，係指**具有對第三人效力**之授權契約行為。以德國之著作使用權為例，使用權具有任意分割性與在時間、空間、內容上加以調整或限制之可能性。此在單純債權性質之使用權限約定(僅具債權之相對效力)上，由於契約自由而可不受限制，但在具有物權效力而對第三人有影響之使用授權契約上，鑒於交易安全之考量而需要有所限制。此種具有第三人效力之智財權行使因其排他性格而有受競爭法規範之適格性，因此，其濫用將屬競爭法之禁止¹⁶²。

在此脈絡之下，學者認為就限制競爭之層面而言，在無物權行為法制之國家，如美國，其判斷標準在於智財權人是否藉由行使權利而**不當擴大其權利範圍**¹⁶³；

在有物權行為法制之國家，如日本，其標準在於具有第三人效力之權利行使；由於智財權之所以與限制競爭防止法產生衝突，其根源在於智財權之排他效力，因此，需經公平法第 45 條判斷者，以**具有第三人效力**之授權行為為限；而僅具債權效力之行使智財權之行為，因為與一般債權契約相同，皆會構成休曼法第 1 條限制貿易類型之反托拉斯行為，但其與智財權之排他效力無關，因此不必先經過公平法第 45 條之判斷¹⁶⁴。

3. 違反立法意旨說：

本說認為，所謂「行使權利之正當行為」，乃指該當權利行使行為符合各該智財法之立法意旨，從而當其權利行使跳脫了相關智財法保護智財

¹⁶² 許忠信(2008)。〈智慧財產權之濫用與限制競爭防止法之適用-由美國法與日本法看我國公平交易法第四十五條〉，《全國律師》，12卷10期，頁22。

¹⁶³ 許忠信，前揭註162，頁25。

¹⁶⁴ 許忠信，前揭註162，頁25。

之旨趣時，即非再是公平法第 45 條之正當行為。我國《公平交易委員會對於技術授權協議案件之處理原則》第 4 點第 1 項明文：「本會審議技術授權協議案件，將先依公平交易法第四十五條規定檢視是否為依照專利法等行使權利之正當行為，如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時，仍應依公平交易法及本處理原則處理。¹⁶⁵」似採此一見解¹⁶⁶。

4. 例外不適用說：

該說認為，公平法第 45 條規定，應是明示公平法不得干涉未違反各該智慧權法法目的之實施或獨占等行為，另因智慧財產權授權契約所附之限制條款（「債權之限制」），如屬保護智慧財產制度機能所必要，且符合下列二要件者，則該授權契約之限制條款應可例外不適用公平法之規範，其要件為：

(1) 該限制條款於授權實施之意願上，屬不可或缺者；

(2) 如未為授權實施則其造成獨占之可能性高，故其避免獨占產生之促進競爭效益應高於授權條款所可能造成之反競爭效益¹⁶⁷；

¹⁶⁵ 《公平交易委員會對於技術授權協議案件之處理原則》105.8.24.公法字第 10515606031 號令發布之版本，<http://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=163&docid=227>。（最後瀏覽日：03/01/2018）

¹⁶⁶ 王偉霖、張俊宏，前揭註 156，頁 138-139。

¹⁶⁷ 汪渡村，前揭註 31，頁 256。

5. 法益衡量說：

該說認為，關於智慧權因行使所造成之促進競爭效果與反競爭效果，如反競爭效果大於促進競爭效果者，則應受公平法之規範，反之，則無公平法之適用¹⁶⁸。

6. 違法考量因素說：

本說認為，應以違法考量說作為涉及創新案件之重要衡酌因素之一，換言之，對於行為人擁有智財權保護的事實，在競爭法上應該仔細審酌個案情形，在評估系爭行為之限制競爭效果時，應將智財權保護之促進競爭效果確實納入考量，並在評估其效率提升及其他正面效益時，將其鼓勵創新等正面功能納入評估，較為適當¹⁶⁹。

第二項 實務見解

自實務以觀，大法官釋字第 548 號指出，公平交易法第 45 條之規定係為調和智慧財產權人之保障與公平交易秩序之維護二者間所生之衝突。因此，主管機關基於職權認定何謂「行使權利之正當行為」，不但須考量智慧財產權人之利益，亦須顧及自由公平競爭環境之維護與社會公益之平衡...事業對他人散發侵害專利權警告函之行為，雖係行使專利法第八十八條所賦予之侵害排除與防止請求權，惟權利不得濫用，乃法律之基本原則，權利人應遵守之此項義務，並非前揭處理

¹⁶⁸ 汪渡村，前揭註 31，頁 256。

¹⁶⁹ 王立達，前揭註 157，頁 161-162。

原則所增。此釋字似認為智財權人有權利濫用之情事時，則有適用公平法第 45 條之可能。

我國實務上(智慧財產法院 104 年度民公訴字第 1 號)認為，此項排除公平交易法適用規定之要件有二，一是依照智財法「行使權利行為」，二是該項行使權利行為係屬「正當」。則智慧財產權人對於有侵害其智慧財產權之虞者，得依智慧財產權相關法律正當行使其權利，而無公平交易法之適用。惟如以**非正當之行為、濫用其權利或違反誠信原則**為之，造成足以影響交易秩序之情事者，則屬濫用智慧財產權之行為，應受公平交易法之規範。

最高行政法院 98 年度判字第 1479 號判決指出，並非行使著作權法、商標法或專利法權利之行為，即得排除公平交易法之適用。如果權利人在行使上開權利時，**濫用其權利或違反誠信原則**，對**競爭秩序**造成影響，而非屬正當者，仍不能免除公平法之適用。

另外，最高行政法院 88 年度判字第 3238 號判決中指出，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正當行為，不適用本法之規定。」需其行使權利之行為屬正當為前提要件，倘**事業行使權利未符誠信原則，或以損害他人為目的，自難謂正當...**

最高行政法院 89 年度判字第 914 號判決中亦指出，專利權人享有何種專利法上權利，自應依專利法之角度解釋，惟倘專利權人**濫用專利法賦予權利**而對市場或競爭對手造成**不公平競爭**之結果，則屬規範市場競爭之公平交易法範疇，此由公平交易法第四十五條規定僅「行使權利之正當行為」始得排除公平交易法規範，可清楚得知。故公平交易法第四十五條有關「依專利法行使權利之正當行為」

規定之解釋，除據專利法規定判斷專利權人所具有之權利，亦須依公平交易法相關規定，審視權利之行使是否正當，專利權人有無**權利濫用**形成不公平競爭行為之情事，方屬妥適。

綜合觀之，我國法院實務之穩定見解似認為，若智財權之行使未符誠信原則，**濫用權利**，影響**競爭秩序**者，即非屬正當之行使權利行為，則可能有公平法之適用。

第三項 「權利濫用說」之適用未必妥當



關於「行使權利之正當行為」，學說上雖然見解紛異，然實務之標準似一致採認「權利濫用說」，即智財權人若濫用權利，影響競爭秩序，即非為「行使權利之正當行為」。

事實上，從我國專利法之修法歷程中，似亦可以認為立法機關有意將專利權濫用之相關行為歸由公平法來處理，而非以專利法處置。如我國舊專利法第 60 條¹⁷⁰於民國 100 年被刪除，其刪除理由中指出：「本條係關於專利權讓與或授權契約中訂定不公平競爭約款之效力規定。經查美國、德國、日本及大陸地區之專利法，均無類似規定，而係依**競爭法規範相關問題**。至於英國修正前之專利法第四十四條，雖有類似規定，惟該規定亦於二〇〇七年修正時被刪除，回歸該國競爭法處理。足見國際立法例對**專利權讓與或授權契約之不公平競爭行為**，傾向以**競爭法規範**...專利權人如藉由市場優勢地位，於專利權讓與或授權契約訂有**不公平競爭條款**，應認已非屬行使權利之正當行為，而應受公平交易法第十九條及第三十六條之規範。至於在私法上是否認定其約定無效，則宜由法院於個案中依民法相關規定判斷為妥，爰予刪除。」

雖然立法與司法機關似皆認為，專利權之濫用應受競爭法規範，權利濫用即當非為公平法上所稱之「行使權利之正當行為」。惟本文認為，此「權利濫用說」之適用未必妥當。有學者認為，「**權利濫用**」等係屬於權利行使上之一般限制，其基本出發點在於**誠信原則而非競爭秩序之維持**，其適用之範圍及於所有權利之行使行為，而非僅是與競爭目的有關之權利行使行為。在判斷是否構成權利濫用

¹⁷⁰ 我國 100 年修正前之專利法第 60 條：「發明專利權之讓與或授權，契約約定有下列情事之一致生不公平競爭者，其約定無效：

- 一、禁止或限制受讓人使用某項物品或非出讓人、授權人所供給之方法者。
- 二、要求受讓人向出讓人購取未受專利保障之出品或原料者。」

時，重要之考慮因素在於權利人與相對人雙方利益之衡量，至於其行為是否有競爭上之目的、是否有違反競爭之情事，並不重要，此與公平法上判斷是否構成限制競爭或不公平競爭並不相同¹⁷¹。

亦有學者指出，公平法第 45 條僅闡明智財權人濫用其權利時，不得排除公平法相關規定之適用，並非權利濫用行為即等同於公平法相關規定之違反；然於公平會實務運作中，似乎權利濫用行為即等同於公平法相關規定之違反。就此結果，若再繼續堅持「未對人民權利之行使增加法律所無之限制」之說理，恐怕難服人心¹⁷²。

本文贊成學者之見解。蓋智財權人違反誠信原則、權利濫用時，有可能落入公平交易法之規範，跟智財權人一旦違反誠信原則、權利濫用，就立即落入公平交易法之規範，仍是兩種不同之層次。與一般私有財產權相較，既然一般私有財產權人之權利濫用行為，不會立即被認為是影響競爭秩序之行為，何以智財權人一旦有權利濫用之行為，即被視為影響競爭秩序之非正當行為？蓋此種認定方式無異將智財權人置於較私有財產權人更不利之地位。

以下謹再就比較法之角度，說明本文為何認為不應採取「權利濫用說」之理由。

¹⁷¹ 謝銘洋、陳人傑（2005）。〈註釋公平交易法—第四十五條〉，收於：廖義男（編），《公平交易法之註釋研究系列（三）第二十五條至第四十九條》，頁 554，台北：行政院公平交易委員會。

¹⁷² 黃銘傑（2013），〈「行政院公平交易委員會對於事業發侵害著作權、商標權或專利權警告函案件之處理原則」之法理及規範邏輯疑義〉，氏著，《智慧財產法之理論與實務：不同意見書》，頁 426，台北：元照。

第四項 從比較法看「權利濫用說」之不宜適用



以比較法而言，雖然「權利濫用說」來自於美國「專利權濫用」之法理，而美國就專利權不當之行使之處理，亦通常會牽涉專利權濫用與競爭法兩套制度之管制，惟即使兩套制度關係密切，仍不能輕易畫上等號。理由如下：

第一款 「專利權濫用」與「競爭法制度」於訴訟作用上不同

所謂的「專利權濫用」，通常係指專利權人企圖將其權利不當地擴張延伸至原來專利權法保護範圍之外來行使，或者為原來法律保護以外之目的，刻意利用專利權做為其控制競爭之工具¹⁷³。在美國法院所承認的專利濫用，指的是專利實施行為上的濫用，而所謂的專利實施，通常指的是授權上的行為，典型的專利濫用包括搭售、維持轉售價格、專利授權期間超過專利有效期等¹⁷⁴。

一般而言，於美國之專利侵權訴訟中，被告常有三種主要之抗辯：

- (1) 產品不侵權 (Non-infringement)；
- (2) 系爭專利無效 (Invalidity)；與
- (3) 專利無法實施 (unenforceability)。

其中，「專利無法實施」屬於一種衡平法上之抗辯，在此概念下，主要包括三種抗辯：

¹⁷³ 謝銘洋、陳人傑，前揭註 171，頁 552-553。

¹⁷⁴ 楊智傑 (2015)。〈專利侵權之不正行為抗辯與行使詐欺取得專利之反托拉斯法制裁〉，《公平交易季刊》，23 卷 1 期，頁 134。

- 
- (a) 專利濫用行為 (patent misuse)；
 - (b) 專利申請懈怠 (prosecution laches)；
 - (c) 不正行為 (inequitable conduct)¹⁷⁵。

依此可知，基本上，專利權濫用通常是被告作為防禦抗辯之手段而已，專利權之行使如果違反反托拉斯法之規定，往往亦會構成專利權之濫用；但反之，構成專利權之濫用之行為，卻未必已經達到違反反托拉斯法之程度¹⁷⁶。

美國「專利權濫用」與「反托拉斯法」兩套制度之於訴訟上之差異在於：首先，在訴訟中，專利濫用是一種積極抗辯(affirmative defense)，其主要的效果是讓專利權人暫時無法主張侵權行為以及違反授權契約的救濟請求權，但這種救濟權利的喪失並非永久的，最高法院於 Morton Salt 一案中便表示，待專利權濫用狀態的除去之後，此時，專利權人便可回復行使其權利¹⁷⁷；反之，反托拉斯法是一項獨立之訴因(cause of action)，亦即是一個獨立的法律行動，可以直接被提出控訴(claim)，提出反托拉斯法反訴之效果，除了禁制令，尚有三倍懲罰性賠償及負擔律師費用等救濟¹⁷⁸。由救濟效果之差異可知，兩者在訴訟策略上有不同的意義¹⁷⁹。

其次，專利濫用之資格要件相對於反托拉斯訴訟而言，較為寬鬆。主張專利權濫用抗辯之侵權人不必證明其因專權人之濫用行為而受到損害；反之，反托拉斯法則要求原告必須證明其受有反托拉斯損害為前提。通常涉及專利之案件，違反反托拉斯法之規定，往往皆可構成專利之濫用，惟反之不然，亦即一項不當的

¹⁷⁵ 楊智傑，前揭註 174，頁 104。

¹⁷⁶ 謝銘洋、陳人傑，前揭註 171，頁 553。

¹⁷⁷ 何曜任(2011)。〈美國法專利權濫用理論對我國法之啟示〉，《政大智慧財產評論》，9 卷 2 期，頁 13。

¹⁷⁸ 林鈺珊(2009)，《論專利權濫用》，頁 25，國立交通大學管理學院碩士論文。

¹⁷⁹ 何曜任，前揭註 177，頁 30。

行為縱使尚未達到違反反托拉斯法的階段，仍可能構成權利濫用¹⁸⁰。以下表簡單比較之：



表 4：「專利濫用」制度與「反托拉斯法」制度於訴訟上之比較

	專利濫用	反托拉斯法
訴訟定位	積極抗辯(affirmative defense)	獨立之訴因(cause of action)
效果	專利權人暫無法主張侵權行為； 違反授權契約的救濟請求權； 救濟權利的喪失並非永久。	禁制令； 三倍懲罰性賠償； 負擔律師費用。
資格要件	主張專利權濫用抗辯者不必證明其因專權人之濫用行為而受損害。	反托拉斯法則要求原告必須證明其受有反托拉斯損害為前提。
程度	一項不當的行為縱使尚未達到違反反托拉斯法的階段，仍可能構成權利濫用。	通常涉及專利之案件，違反反托拉斯法之規定，往往皆可構成專利之濫用。

¹⁸⁰ 林鈺珊，前揭註 178，頁 25。

第二款 「專利權濫用」與「競爭法制度」之內涵不同



關於美國競爭法之內涵與發展歷史，已於前一章節談及，故此處聚焦於美國「專利權濫用」制度之內涵與歷史發展。有論者將美國專利濫用理論與實務之沿革分成三大時期：放任時期(19 世紀末至 20 世紀初期)，角力時期(20 世紀中期)與共存時期(20 世紀後期)¹⁸¹。本文亦依其區分之時期架構進行介紹：

一、放任時期 (19 世紀末至 20 世紀初期)：[以專利法則判斷專利濫用]

此時期之氣氛主要係專利權人之行為不受反托拉斯法拘束。此時期之早期案例中區分：若依專利所取得之權利，僅受專利原則檢驗，並無受反托拉斯法監督之空間；反之，若依契約所取得之權利，則需接受對契約本質與特性之調查，包括契約是否構成對交易之不合理限制。蓋專利法既然賦予權利人排除他人實施的權利，推到極致，**專利權人自得完全禁止專利發明上市**，舉重以明輕，專利權人當然亦能自由決定他人得使用發明之條件。被告若以反托拉斯法作為專利侵權訴訟之抗辯主張，則未為最高法院所接受。此一時期早期之最高法院亦肯認輔助侵權之類型，認為不具專利之主要部分的壟斷，是使用專利權人發明壟斷之附帶效果，故屬於專利權人控制他人使用其發明之合法結果。法院揭示了以間接侵權擴大對專利權之保護，而凌駕於市場競爭之立場¹⁸²。

為何要肯定**輔助侵權**來擴大保護專利權人，而抑制維護市場自由競爭之反托拉斯法？論者認為，主要考量應在於「訴訟經濟」與「市場分工」¹⁸³。

¹⁸¹ 傅松青 (2012)。〈論美國專利授權契約之搭售與專利權濫用〉，《政大智慧財產評論》，10 卷 1 期，頁 77。

¹⁸² 傅松青，前揭註 181，頁 77-78。

¹⁸³ 傅松青，前揭註 181，頁 79。

首先，就「訴訟經濟」而言，直接侵權人雖然可能同時包括消費者，下游業者與上游業者三種族群，但消費者和下游業者人數眾多且分散，專利權人若要利用訴訟主張權利，不如針對特定之上游業者提訴，較容易收得實益¹⁸⁴；

其次，就「市場分工」而言，由於專利的實施經常設計許多非專利元件之組合，若專利權人專注於研發創新與監督專利元件之製造，而將專利品之實施行為授予下游廠商實行，則不但可符合比較利益之考量，亦可以藉分工收經濟規模的效益。如此一來，專利權人雖無從向下游廠商主張直接侵權，但仍可援引間接侵權之規範，向市場上之競爭對手主張¹⁸⁵。

惟，對於專利權人之寬待，至 1917 年之 Motion Picture Patent¹⁸⁶案中開始受到了抑制。Motion Picture Patent 案常被認為是開創專利濫用原則之案件，其主要涉及之議題為搭售。

詳言之，專利權人在其專利投影機上附加授權限制，明示僅有專利權人公司之影片才可使用其投影機放映。雖然專利權人主要之意圖在於控制整個電影產業，而有違反反拉斯法之虞，且美國才方於 1914 年通過的克萊登法，其第三條即明確禁止專利產品與非專利產品之搭售，綜合看來，本案顯然有可以用反托拉斯法處理之空間，惟最高法院最後仍以**專利法而非反托拉斯法**為判決之依據，認為擴張超出專利權範圍之權利不可被行使，係因為其違反專利政策¹⁸⁷。

最高法院藉由 Motion Picture Patent 案件建立了**專利濫用之判斷標準**，主要有兩大要件：

¹⁸⁴ 傅松青，前揭註 181，頁 79。

¹⁸⁵ 傅松青，前揭註 181，頁 79。

¹⁸⁶ Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Co. 243 U.S. 502 (1917)

¹⁸⁷ 傅松青，前揭註 181，頁 79-81。

第一：專利權人意圖控制法定核准範圍以外之標的。

若專利權人僅在專利被核准之範圍內行使權利，則不管行使權利的結果是否會造成獨占或是在第二市場中造成影響競爭或創新等後果，皆屬合法；因為專利法本來就賦予專利權人控制專利本身之權利，即使這樣的控制在市場上產生相當力量而創造獨占，亦為法之所許。故專利濫用僅發生在專利權人意圖將其專利權延伸至被核准之權利以外時¹⁸⁸。

第二：專利權人之授權限制條件，將會使其在第二產品或專利權以外之處建立獨占而**傷害公眾利益**時。

法院對於獨占之憂慮並非基於反托拉斯法，而是來自於公眾利益之考量，而禁止將專利權人取得對於未受專利權保護之其他產品的控制地位。因此，法院指出專利政策應是希望獎勵非專利產品市場之競爭與創新¹⁸⁹。

由此可知，最高法院在 Motion Picture Patent 案中明示以專利政策為基調，依專利權核准範圍作為專利濫用認定之依據，間接表達捨棄以市場自由競爭為核心之反托拉斯法，而回歸專利法賦予專利權人之權利以請求項為限之標準¹⁹⁰。學者指出，至 1940 年代中期，最高法院已勾勒出**專利濫用之基本結構**：當專利權人試圖不當以**逸出專利法准許之時間或範圍等權利以外**之行為造成專利濫用時，法院會拒絕執行專利權，直到專利權人放棄該濫用行為且傷害消失。而雖然反托拉斯對於搭售之分析與評價可為依專利政策批判搭售行為提供洞見，但專利濫用之基礎仍為專利法則，而非反托拉斯原則¹⁹¹。

¹⁸⁸ Bohannan, C. (2010). IP Misuse as Foreclosure. *Iowa L. Rev.*, 96, p481.

¹⁸⁹ Bohannan, C. (2010). IP Misuse as Foreclosure. *Iowa L. Rev.*, 96, p481.

¹⁹⁰ 傅松青，前揭註 181，頁 81。

¹⁹¹ 傅松青，前揭註 181，頁 83。

二、角力時期 (20 世紀中期)：[以輔助侵權原則限制專利濫用]



學者指出，美國於 1952 年將專利濫用原則法典化，使得專利濫用原則在實務上適用呈現趨弱之趨勢¹⁹²。詳言之，**專利濫用理論**的出現，原本是為了**限制輔助侵權理論之過度擴張**，以避免專利權的範圍不當膨脹。然而，過度放寬專利權濫用理論要件的結果，導致輔助侵權理論的萎縮，造成專利權保護受欠缺。為了折衷專利權濫用理論與輔助侵權理論兩者間的衝突，美國國會於 1952 年修訂專利法，於 35 U.S.C. 第 271 條第(c)項¹⁹³明文規範，如有物品係**專門為與專利物結合以構成專利侵權而生產製造**，並不具有其他可能合法用途時，銷售和進口此項物品者應**成立輔助侵權**；此外並於 35 U.S.C. 第 271 條第(d)項¹⁹⁴規定專利權人對於**構成間接侵權者行使專利權時，不會構成專利權濫用**，此顯係藉由反面規定的方式，來限縮專利權濫用理論的適用¹⁹⁵，國會似意欲劃出專利權人得依輔助侵權之主張，對抗第三人以專利濫用抗辯行使之界限¹⁹⁶。由於專利濫用之衡平效果是限制專利權人實施其專利權，形同限制專利權人合法限制競爭的權利，故亦與反托拉斯有關，至此，市場競爭透過增訂之間接侵權之規定，成為另一影響專利判斷之力量¹⁹⁷。

¹⁹² 傅松青，前揭註 181，頁 85。

¹⁹³ 35 U.S.C. Sect.271. Infringement of patent : (c) Whoever sells a component of a patented machine, manufacture, combination or composition, or a material or apparatus for use in practicing a patented process, constituting a material part of the invention, knowing the same to be especially made or especially adapted for use in an infringement of such patent, and not a staple article or commodity of commerce suitable for substantial noninfringing use, shall be liable as a contributory infringer.

¹⁹⁴ 35 U.S.C. Sect.271. Infringement of patent : (d) No patent owner otherwise entitled to relief for infringement or contributory infringement of a patent shall be denied relief or deemed guilty of misuse or illegal extension of the patent right by reason of his having done one or more of the following:

(1) derived revenue from acts which if performed by another without his consent would constitute contributory infringement of the patent;
(2) licensed or authorized another to perform acts which if performed without his consent would constitute contributory infringement of the patent;
(3) sought to enforce his patent rights against infringement or contributory infringement;

¹⁹⁵ 何曜任，前揭註 177，頁 11。

¹⁹⁶ 傅松青，前揭註 181，頁 85。

¹⁹⁷ 傅松青，前揭註 181，頁 89。

三、共存時期 (20 世紀後期)：[專利濫用原則引進反托拉斯法判斷]

學者指出，1982 年，美國設立「美國聯邦巡迴上訴法院」(CAFC, US Court of Appeals for the Federal Circuit)，專門審理以專利法為訴訟基礎之上訴案件。其在 1986 年之 windsurfing 案中指出，判斷**是否構成專利濫用**，須證明專利權人行為構成非法擴張專利核准之實質或時間之範圍，以及須確認該行為是否產生**反競爭效果**。換言之，CAFC 以反托拉斯原則作為認定專利濫用的基礎，而異於先前最高法院以專利原則作為專利濫用之認定¹⁹⁸。惟，1988 年美國國會修法後，增訂第 271 條第(d)項第 5 款¹⁹⁹，只保留搭售行為作為以反托拉斯法作為認定是否構成濫用之唯一行為態樣²⁰⁰。換言之，在涉及搭售案件，除非專利權人具備市場力量，否則法條明文禁止認定搭售行為構成權利濫用²⁰¹，而其他的形式的專利濫用，則維持修法前之判斷標準。

綜合上述歷史之發展可知，即使專利權濫用有危害自由競爭之虞，美國法院之價值決定仍不動用反托拉斯法，而是利用專利濫用之原則，以專利權在濫用結束前不得實施之方式除去專利濫用之危害。惟美國在發展專利濫用原則時，仍不忘將間接侵害法則規定為專利濫用原則之除外事項，以保障專利權人之權益。後期 CAFC 所主張之以反托拉斯原則作為認定專利濫用的基礎，更是試圖進一步限縮專利濫用原則，讓其僅在具有市場力量時方才成立；雖然最後國會僅將此原則適用於搭售行為上，但相較於專利濫用原則之早期發展歷史，其是利用反托拉斯原則，對於搭售行為之專利濫用成立可能性進行限縮，仍是由專利法來處理搭售問題，而非直接將搭售行為交由反托拉斯法處理。

¹⁹⁸ 傅松青，前揭註 181，頁 89-90。

¹⁹⁹ 35 U.S.C. Sect.271. Infringement of patent : (d)(5) conditioned the license of any rights to the patent or the sale of the patented product on the acquisition of a license to rights in another patent or purchase of a separate product, unless, in view of the circumstances, the patent owner has market power in the relevant market for the patent or patented product on which the license or sale is conditioned.

²⁰⁰ 傅松青，前揭註 181，頁 92。

²⁰¹ 傅松青，前揭註 181，頁 94。

換言之，關於超出專利權許可範圍以及危害專利政策之權利行使行為，美國以專利濫用原則加以限制；同時又制定間接侵權制度，使專利權人得就與專利直接侵權密切相關的行為，獲得在專利權許可範圍以外之擴張保護，故透過專利法中所制定之**直接侵權**、**間接侵權**及**專利濫用**之法制架構，使專利法與反托拉斯法所追求之促進研發創新與維護自由競爭兩大價值得以取得平衡²⁰²。三者之關係以下簡圖示意之：

圖 3：直接侵權、間接侵權及專利濫用關係之簡單示意圖



²⁰² 傅松青，前揭註 181，頁 98。

第五項 應採綜合衡量之標準

從美國之發展歷史，反思我國。我國法制並沒有如同美國般以專利法第 271 條為整合機制，將專利濫用與相關專利侵權訴訟機制併予納入²⁰³。詳言之，我國專利法中並未有**間接侵權**的制度，以擴大對於專利權人之保護，縱然理論上似可以民法第 185 條第 2 項之「造意」、「幫助」侵權之規定，來處理第三人間接侵權之問題，惟實務上被法院認定成立之案件**非常少**²⁰⁴，似可認為相當於我國幾乎沒有可發揮間接侵權功能之空間。在此情況下，專利權人沒有利用間接侵權擴大專利保護之空間，只要其權利行使**超出專利權核准範圍**，則可能構成**權利濫用**；而一旦構成權利濫用，依我國實務見解即有可能受到公平交易法之管制，似將專利權濫用直接劃歸公平法處理，如此之權責劃分，是否合宜？

本文質疑者為，為何其他法領域之權利濫用情事，多半主要以民法進行具體個案是否違反誠信原則之衡量，若要進入公平會之處理範疇，尚須有市場力量之考量；而專利權濫用，則直接劃分為公平會管轄領域？難道專利權人因為取得專利，即需負擔受公平法嚴加監督之不利益商業地位？專利濫用的問題可否如同美國一般，藉由專利法本身之制度加以調整，在一套專利法制中即實現專利法與公平法之共同價值？在當前我國專利法制尚無間接侵權制度以擴張專利權人之保護，無法避免專利權人輕而受到權利濫用之指控之情況下，改變當前對於公平法第 45 條之詮釋方式，是否反而是另一個較為便捷的解決問題方式？亦即是，能否公平法第 45 條中「行使權利之正當行為」之要件並非以權利濫用作為標準，而就專利法與公平交易法之**共同追求目標**以觀，採取其他更能衡平專利權人利益

²⁰³ 傅松青（2013），〈從美國司法判決看專利聯盟的今日與未來〉，《政大智慧財產評論》，11 卷 1 期，頁 129。

²⁰⁴ 經查詢後近年來法院認定專利侵權事件中**不成立**民法第 185 條第 2 項之案件有：智慧財產法院 97 年度民專上字第 20 號、101 年度民專上易字第 1 號、101 年度民專上字第 22 號、101 年度民專上字第 31 號、最高法院 103 年台上字 1423 號等判決；**成立**之案件僅有：智慧財產法院 99 年度民專訴字第 59 號此一判決。

之標準？



有學者認為，考量行使智財權之行為是否正當，考量之原則不宜專以權利濫用之法理為之，尚須衡量、比較該權利之行使行為對智慧財保護之效益與限制競爭之不利²⁰⁵。另有學者認為，公平會目前執法上常忽略智財權之特性，在創新活動將成為未來經濟活動之主軸下，應將公平法第 45 條解釋為法律上價值秩序之規定，即要求執法者必須主動將智財權因素納入執法考量之誠命規範²⁰⁶。換言之，學者認為，智財權之所以不受競爭法一般規範拘束，理由並非在於其具有法定專屬權利，而是其本身對於促進研發層面之競爭、鼓勵創新、提升整體經濟效率具有正面功能；故競爭法之執法應考量個案情形，於評估行為之限制競爭之效果時，將智財權保護之促進競爭之效果確實納入考量，並在評估其效率提升及其他正面效益時，將其鼓勵創新等正面功能納入評估，較為適當。因此，對於何謂行使權利之正當行為，應綜合考量系爭行為對於競爭秩序之影響²⁰⁷。

本文亦贊同學者之見解，因為公平法第 45 條之功能，應在於智財權與競爭法界線之劃分，故其對於該條文之價值指引，應來自於兩套制度所欲追求之共同目標。蓋依先前章節所述者，智財法與競爭法應屬於互補之地位，應彼此調和而共同追逐促進創新、最大化消費者利益、增進社會整體經濟福利之最終尋求之上位價值。因此，在判定行使智財權之行為是否為正當行為時，似應將行使系爭行為所帶來之諸如促進創新、增進效率等正面效益作為評估之因素，再與系爭行為可能帶來的反競爭效果進行衡量，故若系爭智財權之行使行為，經過分析後具有增進經濟利益、鼓勵創新之效果，則該行為應被認為正當，公平法似並無介入之必要。

²⁰⁵ 汪渡村，前揭註 31，頁 255。

²⁰⁶ 王立達，前揭註 157，頁 152。

²⁰⁷ 王立達，前揭註 157，頁 161-162。

第三節 公平法第 45 條與專利授權



公平法第 45 條與專利授權之間的關係，即涉及專利授權行為是否違反競爭法之判斷。就比較法而論，學者指出，從歷史的演進看來包括固有性標準、權利保護標準、競爭損害標準²⁰⁸等判斷標準。

詳言之，學者指出，固有性標準係指授權方所施加之任何實質性的契約限制，都當成專利權人固有性權利的正常行使，不會構成競爭法上之違法行為。其理由在於，專利權人既然都具有效力較強的拒絕授權權利，當然可以有效力較弱之授權限制，所以專利權人有權對被授權人施加任何實質性的授權限制。此標準之缺陷為，其迴避了智財法與競爭法之間的複雜關係，只看到智財權對於創新的激勵作用，未考慮到對於市場可能帶來的反競爭效果²⁰⁹。

權利保護標準係指若授權限制在其依法獲得的權利保護範圍之中，可以認為合法；若授權限制擴大或超過了權利保護範圍，則有可能被認定為違法。該標準源自於針對專利權而提出之專利保護理論，認為專利權人享有在權利範圍內授權的權利，若授權限制超出權利範圍，即可能受競爭法追究，如期後授權，搭售等等。然而此一標準亦受形式主義、欠缺實質性的經濟分析、亦未考慮到行為對於創新的激勵等批評²¹⁰。

競爭損害標準係將授權限制行為對於市場競爭的損害作為判斷其違法與否之依據，其理由在於，若授權限制行為未對市場競爭造成損害，或雖然造成一定

²⁰⁸ 呂明瑜（2013），〈智慧財產權許可限制反競爭審查的一般分析框架〉，《河南財經政法大學學報》，2013 年第 1 期，頁 88。

²⁰⁹ 呂明瑜，前揭註 208，頁 88。

²¹⁰ 呂明瑜，前揭註 208，頁 88-89。

損害，但尚未超過合理限度，即屬於競爭法所容忍之範圍，不被認為是違反競爭法之行為。然而，此一標準仍未顧及智財權的獨特目的、性質與功能，未將智財權激勵創新的價值給予特殊考量²¹¹。



由前文之討論可知，基於競爭法與智財法互補之互動關係與共同追求之目的，公平法第 45 條之法律性質，似應採與私有財產制度不同之**例外不適用說**；而對於「行使權利之正當行為」要件之判斷，本文採**綜合衡量**之標準，即應將智財權行使所帶來之所有正面效益與該行為所產生之限制競爭效果進行評估，以決定有無公平法之適用。亦即是，本文主張之**綜合衡量**標準，即立基於競爭損害標準之上，更將授權所能帶來之特有正面經濟效益，皆一併納入衡量，藉此，方可兼顧競爭法之目的與智財權之獨特價值與功能。

就「專利授權」此一智財權行使之方式，可能帶來之**正面經濟效益**，似可從以下層面進行考量：

1. 權利金之收取：

對專利擁有者來說，透過將專利商品化，以收取權利金之方式回收研發成本，是最常見的一種專利授權類型²¹²。以日本之佳能公司(Canon)為例，其將智財權視為企業三大生存命脈之一，在 1995 年的專利權利金收入是支出的 50 倍；日立公司在同年，所取得的權利金收入達 316 億日元²¹³。而以高通公司為例，其在 2012 年產品銷售營收為 124 億 6500 萬美元，而專利授權的營收為 66 億 5600 萬美元，佔公司總營收達三分

²¹¹ 呂明瑜，前揭註 208，頁 89-90。

²¹² 劉承愚、賴文智（2013），《技術授權契約入門》，頁 23，台北：元照。

²¹³ 鄧之欣（2005），〈國際專利授權談判策略與要訣〉，《智慧財產權月刊》，82 期，頁 7。

之一²¹⁴。



若被授權人同時為專利權人之競爭廠商，權利金將提高該競爭者之經營成本，從而有利於專利權人之競爭優勢²¹⁵。例如，自 1994 年起，IBM 授權權利金之給付條件為：使用一件專利 1%，二件專利 2%，三件專利 3%，四件專利 4%，五個以上的專利 5%，計價單位為平均淨銷售價 (Average Net Selling Price, ANSP)，由於電腦製造產業的利潤原本極微薄；5% ANSP 會更剝削一大部分，當時有幾家個人電腦自有品牌廠商就改成近乎純代工公司，或許此為 IBM 的原意，迫使構成品牌競爭的公司退場，但讓自己所依靠的主機板代工廠商留下²¹⁶。

此外，世界銀行所建構之「知識經濟指數(Knowledge Economy Index, KEI)」，為當前國際間反映一國知識經濟發展整體水平，最受重視的總體指標。在該指標中，包括「創新系統」、「資訊基礎設施」、「教育與技能水準」及「經濟誘因機制」等四大支柱指標，而在「創新系統」此一指標中，由智慧財產授權所得到之「權利金之收取」，亦是世界銀行評審知識經濟的重要評審對象²¹⁷。由此可知，經由技術授權獲取權利金，小從對於個別公司之營運，優勢地位取得，大至作為整個國家知識經濟發展水準之表徵，無論對於個別企業還是國家而言都至為重要。

²¹⁴ 鄧清丰 (2014)，〈研究規劃與智權加值運用提升中科院研發能量〉，《新新季刊》，42 卷 1 期，頁 115。

²¹⁵ 黃章典 (2015)，《專利授權實務》，頁 6，台北：經濟部智慧財產局。

²¹⁶ 陳歆 (1999)，〈各國專利權伸張情勢〉，《智慧財產權月刊》，11 期，頁 5。

²¹⁷ The World Bank, *Measuring Knowledge in the World's Economies*, p3, Table 1. Retrieved from http://web.worldbank.org/archive/website01030/WEB/IMAGES/KAM_V4.PDF (最後瀏覽日：03/05/2018)

2. 商業合作關係之建立：

專利授權可作為**技術資本**，而能成為對合資或結盟企業之貢獻、作為企業購併之交易條件、或與被授權人建立初步商業關係的橋樑²¹⁸。對於某些 ODM 廠商(Original Design Manufacturer，原始設計製造商；不同於 OEM 是由客戶自行設計委託製造，ODM 是為某一特定客戶量身定作)而言，其可能在設計的產品中，加入自己所擁有專利權的技術，若經客戶採用，則更可鞏固與客戶間的關係。

此外，目前廠商之間共同研發或研發聯盟之情況亦日盛，因為隨著產業技術日漸複雜化，特定技術由單一廠商壟斷之情況已不再。為了追求廠商之最大利益，無論是因為個別廠商研發資源稀少而所為之結合，或是因為不同廠商掌握特定領域之關鍵技術，或為分擔先進技術研發風險等等，目前逐漸在政府力量或市場力量之引導下，有許多廠商共同合作研發技術，或是成立特定技術領域的研發聯盟，來加強市場競爭力。且由於共同研發通常會有先期的智財權投入與研發成果智財權的產出，故關於研發所產生之智慧財產權如何授權給其他合作或非合作廠商，即是共同研發契約中之重要約款²¹⁹。

3. 經營策略之運用：

專利授權可配合公司核心競爭技術而作為一種**商業經營之策略**。以英特爾公司 (Intel Corporation)，德州儀器 (Texas Instruments, TI)，IBM 三家公司為例，此三家企業皆為 IT 產業之先進公司，卻採取全然不同之

²¹⁸ 黃章典，前揭註 215，頁 7。

²¹⁹ 劉承愚、賴文智，前揭註 212，頁 25。

專利授權策略。英特爾公司採壟斷技術，拒絕授權之策略，德州儀器公司採邊告邊談之壓迫策略，而 IBM 則是採開放架構，溫和收取權利金之策略。看似三種完全迥然相異之專利授權策略，卻皆為各公司帶來最大之商業利益²²⁰。



詳言之，英特爾公司採「壟斷技術，拒絕授權」之策略，因其主要產品在於微處理器，微處理器的設計及製造技術複雜、單價又高，壟斷技術，獨佔市場，無疑能極大化英特爾之利潤²²¹；

德州儀器主要之產品為記憶體，其採取「邊告邊談」之壓迫策略，其重要原因在於，DRAM 在當時已經成為大宗商品，競爭者眾，無任何一家公司擁有主導市場的定價能力。以專利訴訟排除競爭對手後，所空出的市場仍難被德州儀器所獨占。故以訴訟強勢索取權利金，提高競爭對手生產成本，另一方面則掩護自己產品在市場上報價的競爭力，方能將德州儀器的利益最大化²²²。

而 IBM 係採取「開放架構、溫和收取權利金」之模式，主要在於 IBM 是一多項事業集團，包括電腦系統、軟體、網路、IC 晶片等眾多事業體。對單一事業體而言，擊潰競爭對手或許有利，但對多項事業集團而言，卻需要更多的盟友來建構市場。越多的協力廠商認同並支援 IBM 個人電腦架構，其技術規格可更快速達到普及化，成為市場上技術規格的主流。IBM 電腦架構開放之策略，迅速吸引協力廠商加入，並使 IBM 個人電腦規格成為主流技術，IBM 的專利授權策略，既可享受專利權利金

²²⁰ 黃章典，前揭註 215，頁 104-105。

²²¹ 黃章典（2013），《專利授權交易營運模式分析》，頁 29，國立臺灣大學管理學院碩士在職專班商學組碩士論文。

²²² 黃章典，前揭註 221，頁 30-31。

的實質收益，亦可享有擴大市場佔有率的整體利益²²³。由此可知，專利授權之方式，亦可被視為一種**商業活動的創新**，即公司考量自身之競爭地位，而研究發展出最適合自身企業量身之授權方案，而極大化公司之競爭優勢。



4. 促進創新：

事實上，並非僅有技術落後之企業才需要利用技術授權方式引入技術，許多領導型企業亦藉由技術授權之方式引入他人創新成果，而保持自我之技術領先地位，例如，50% 的 P&G 新產品，是透過引入外來關鍵創新概念而來；許多大型生化製藥公司，其 30% 研發經費，是用於引入外部創新成果於企業內部研發過程。此種領導型企業引入他人創新成果，同時藉此利於自我創新提升之方式稱為**開放式創新 (Open innovation)**，藉由積極導入外部研發之創新概念及成果，而可確保其繼續領先之地位²²⁴。故可知利用授權直接引進他人技術，還有節省研發成本，促進開放式創新之經濟功能。

依此，專利授權所能帶來之正面經濟效益之多元性遠遠超過想像，該等效益對於競爭之促進似應加以考量。

在美國 2017 年《指南》第 2.0 一般原則一節中亦指出，執法機關肯認智財授權能促使廠商結合生產之互補性要素，通常是**促進競爭的**²²⁵。

²²³ 黃章典，前揭註 221，頁 32。

²²⁴ 黃章典，前揭註 221，頁 11。

²²⁵ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §2.0.

在《指南》第 2.3 授權之促進競爭效益一節中，其更指出即使是**具有限制性的授權條款**(如限制使用範圍、地區等等)，**仍可以達到促進競爭的目的**，因為可以使授權人盡可能有效率、有效益地利用其智財權。這些不同形式的專屬性可用來激勵被授權人將智財權商品化並散布之。之所以可以達到激勵之目的，是因為這些限制可以避免被授權人的投資被其他被授權人或是授權人本人搭便車利用

226。

在《指南》第 3.1 反托拉斯法問題之本質一節中，其指出雖然智財授權安排通常是增加福利與促進競爭的，但仍有可能產生反托拉斯之問題，惟若有可能之問題，執法機關將聚焦於該等安排之**實際與可能之效應**，而非僅關注形式上之條款²²⁷。

在歐盟 2014 年之《技術授權集體豁免規則 (Technology Transfer Block Exemption Regulation, TTBER)²²⁸》中，其前言第 4 點亦提到，技術授權的協議通常會**提高經濟效率**，且為**促進競爭**的，因為它們可以減少研發工作的重複，加強對最初研發的激勵，激發漸進式創新，有助於擴散以及產生產品市場之競爭。

歐盟 2014 年《TTBER 指南²²⁹》中，第 2.1 節第 9 點中亦指出，授權本身是促進競爭的，因為它導致了技術的傳播，並促進了授權人與被授權人之創新。此外，即使是限制競爭的授權條款，也往往會產生有利於競爭的效率，這必須在第

²²⁶ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §2.3.

²²⁷ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §3.1.

²²⁸ The European Commission. (2014) “Commission Regulation (EU) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements.” Retrieved from http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.093.01.0017.01.ENG

(最後瀏覽日：03/05/2018)。

²²⁹ The European Commission. (2014) “Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements 2014/C 89/03.” Retrieved from http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2014.089.01.0003.01.ENG

(最後瀏覽日：03/05/2018)。

101 條第 (3) 款中予以考慮，並與對競爭的負面影響相互平衡。因此，絕大多數的授權條款皆第 101 條相容。



就我國而言，我國公平會就專利授權之競爭法規訂有《公平交易委員會對於技術授權協議案件之處理原則》(下稱《處理原則》)」，學者認為，《處理原則》所列規範雖僅能涵蓋部分之行為，但於判斷行為是否正當時，仍具有參考價值²³⁰。於《處理原則》第 4 點第 3 項應審酌之事項中，僅指出應審酌授權協議**所增加技術之利用機會**與排除競爭效果之影響程度。對於專利授權所帶來之促進競爭效應，似僅考量技術散布之經濟作用，對於授權帶來之其他諸多創新、提升效率等經濟利益，似皆未提及，可能是對於授權所帶來之正面效益關注不夠所致。

綜合上述，本文認為，若欲落實競爭法與智財法之共同目標，競爭法執法機關似應多加考慮專利授權所帶來之各種促進創新、經濟效率之正面利益，並列為衡量之標準，以免專利授權行為受競爭法過度管制而扼殺該等利益。具體上或可參考歐美對於智財授權契約，盡皆肯認其具有促進競爭本質之態度，而對於可能造成反競爭效果之授權行為，採審慎評估其影響效果，確切對於正負面效益進行利益衡量之方法，以免本質為促進競爭之專利授權行為受競爭法過度干預，而失其可帶給社會整體之利益。

²³⁰ 謝銘洋、陳人傑，前揭註 171，頁 560。

第四章 第二道關卡：契約自由之界線-市場力量作為競爭法

介入管制之標準



第一節 契約自由與市場力量

本文之主題為專利授權契約，依私法自治原則，當事人間專利授權契約之訂定應享有契約自由，且該契約自由係為受憲法所保障之制度，由大法官釋字第 576 號解釋之解釋文：「契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎，除依契約之具體內容受憲法各相關基本權利規定保障外，亦屬憲法第二十二條所保障其他自由權利之一種。」及大法官釋字第 643 號解釋之解釋理由書：「人民之財產權及契約自由，為憲法第十五條及第二十二條所保障。國家對上開自由權利之限制，應以法律定之，其限制且須符合比例原則，始符憲法第二十三條規定之意旨。」即可明瞭。

由先前章節之討論可知，我國公平交易法具有**確保競爭、維護交易競爭秩序**之使命。確保競爭之方法，在於管限制競爭與不公平競爭之行為。而關於公平交易法與契約法之界線，學者認為，公平法不應介入單純之契約糾紛問題，以避免混淆公私法二元體系、不當侵害私法自治、以公平會權充衡平法院、以及當公平會與民事法院衝突時，衍生人民對其地位之質疑²³¹。學者認為，公平交易法之目的在於維持整體市場競爭秩序，唯有事業因具有一定之市場地位，而有濫用其

²³¹ 廖義男(2015)，〈公平交易法實務案例評析〉，氏著，《公平交易法之釋論與實務（第二冊）》，頁 99，台北：元照。

市場地位，使交易相對人無從作合理選擇、而不得不接受對其不公平合理的交易條件時，才得以市場地位濫用之觀點加以規範²³²。



本文贊同學者之見解，契約法以平衡私益為目的，公平交易法以維護競爭秩序之公益為主，唯有契約之形成已達影響公益之程度，方才有公平交易法涉入之餘地；更不用說，契約自由為憲法保障之制度，故避免契約內容形成受到干預，係為受憲法所肯認之價值。因此，應僅於契約內涵足以影響市場競爭秩序之時，國家方才得有加以介入干預之正當性；至於市場競爭秩序是否受有影響之判斷，則應以**市場力量**有無之分析為主。

本文以智財權之可能獨占性質作為討論標的，故以限制競爭之管制為主。學者認為，限制競爭行為之規範，在監督及禁止事業為限制競爭行為而減損或限制市場之競爭機能。而事業有減損或限制市場之競爭機能可能者，需為該行為之事業在相關市場上具有一定之市場力量者，始有足以影響市場競爭之能力²³³。就公平會之立場，於公平會第 382 次委員會議決議要旨中亦指出，可能對市場產生影響之**限制競爭**行為，限制必以行為人具有**相當之市場力量**始有可能²³⁴。蓋市場力量代表競爭傷害(competitive harm)之潛力，若缺乏市場力量，亦無理由考慮行為，國外學者亦採此見解²³⁵。

自先前章節之討論可知，競爭法應保持**謙抑性**，尤其面對科技不斷發展之新經濟時代，更應避免因未知與敵意而帶來之錯誤指責，而市場力量之探求，亦可作為落實競爭法謙抑性之方法之一，蓋沒有市場力量的存在，行為即應無造就競

²³² 廖義男，前揭註 231，頁 98。

²³³ 廖義男（2017），〈事業市場力量之評估方法〉，氏著，《公平交易之釋論與實務（第三冊）》，頁 74，台北：元照。

²³⁴ 何之邁（2008），〈公平交易法：第三講—個別限制競爭行為（下）〉，《月旦法學教室》，64 期，頁 50。

²³⁵ Hay, G. A. (1997). Market power in antitrust. *J. Reprints Antitrust L. & Econ.*, 27, p705.

爭傷害之疑慮，故若以市場力量作為競爭法機關得以干涉契約自由之界線，應可作為避免執法機關任意指責市場行為之篩選機制。



縱然有市場力量之存在，亦非代表事業之行為即應受競爭法指責，學者指出，市場力量越大，其可影響促進競爭利益之程度亦可能越強，在某些包括創新之設定下，促進競爭利益之規模係隨市場力量而提升²³⁶，故對於市場力量的正確認知與建構，亦應是執法機關判定事業行為對於競爭效應影響之前提。

故本文認為，公平交易法對於專利授權契約之管控，應以**相當市場力量之具備**為前提，在無市場力量之情況下，則回歸契約自由原則處理。為了瞭解專利授權之市場力量評估，本章節擬先自專利授權之特性談起，再逐步探討授權之市場界定、市場力量之評估判斷方法，最後再檢視公平交易法應如何管制之問題。

²³⁶ Kaplow, L. (2017). On the Relevance of Market Power. *Harvard L Rev*, 130, p1406.

第二節 專利授權之法律性質



學者指出，所謂專利授權契約，係指權利人未讓與專利權之權利歸屬，僅將專利法賦予排他性權利，依行為態樣、技術領域別、時間或地區授予他人，被授權人則支付一定之對價；嗣後於契約關係消滅，先前所授予之權利自動回歸原權利人²³⁷。

事實上，關於專利授權行為之法律性質為何，學說上向有爭議，簡要臚列於下：

1. 授與實施權說：

學者認為專利授權之性質，係專利權人保留專利權，不實施其專利，而授與他人實施權，收取權利金者；專利實施權性質上屬於一種債權，在授權範圍內，被授權人得依法實施專利權，依約製造、生產、銷售專利品，專利授權人不得向實施權人主張侵害專利權²³⁸。

依我國智財局網站上之定義：專利權授權是指專利權人將專利授權他人實施，而授權內容可包括製造、販賣、進口、使用或者是其中的部分，視個別的契約內容而定，專利權人仍保有原本之權利，所以授權基本上是讓被授權人處於一個可以使用專利內容而不被專利權人起訴的地位。似亦採授與實施權之說法²³⁹。

²³⁷ 李素華（2016），〈從專利授權契約之本質論專利法相關規範之解釋與適用〉，《政大法學評論》，144期，頁5-6。

²³⁸ 陳聰富（2009），《專利契約》，頁36，台北：經濟部智慧財產局。

²³⁹ 經濟部智慧財產局 專利商品化教育宣導網 Q&A
<https://pcm.tipo.gov.tw/PCM2010/PCM/learningTrain/learn04.aspx#Q6#>
（最後瀏覽日：03/05/2018）。



2. 限制性讓與智慧財產權說：

該說認為授權實施屬於**限制讓與之契約**，係將部分權利之內容移轉讓與他人，日後待受讓人取得權利之原因消滅後，權利即移轉回復至原權利人身上²⁴⁰。

3. 特殊地位說：

該說認為授權接近我國物權法上設定之概念，係從既有的權利上，創設一個新的利用的權利給他人；亦即是，對技術有處分權能之人，就該技術**創設一個特殊地位給被授權人**，使被授權人得作契約目的範圍內之利用²⁴¹。此說的優點在於，藉由給予被授權人**類似物權人地位**的保護，使得即便是原授權人將標的智慧財產權讓與或另外專屬授權給第三人，亦不影響原被授權人之權益，且只要被授權人能舉證其權利受到第三人之侵害，即得本於其類似物權人之地位，向侵權行為人請求排除侵害²⁴²。藉此可保障被授權人地位的安定，提升潛在被授權人尋求授權的意願²⁴³。

4. 區分說：

該說區分專屬與非專屬授權，認為兩種授權之法律性質不同。以專利授權為例，專利之**專屬授權**，係專利權人於授權範圍內，將專利權人之地位（處分權除外），移轉給被授權人，令被授權人取得幾近於受讓人

²⁴⁰ 賴文智（2000），《智慧財產權與民法的互動--以專利授權契約為主》，頁 93，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

²⁴¹ 劉承愚、賴文智，前揭註 212，頁 15。

²⁴² 賴文智，前揭註 240，頁 96。

²⁴³ 賴文智，前揭註 240，頁 97。

之地位。詳言之，該專利權人係將**排他權**於授權範圍內**移轉**給被授權人，而不得再對第三人進行任何授權行為，專利權人本身亦不得實施該專利權，否則將構成對於專屬被授權人之侵害，其因將排他權於授權範圍內移轉給被授權人，而具有**物權或準物權**之性質；

而就專利之**非專屬授權**而言，其法律性質係被定位為一種**債權關係**，被授權人對於專利權人僅享有一種**不作為請求權**，得請求專利權人不得**對其行使排他權**，專利權人亦相對負有此一不行使權利之不作為義務。由於其與專利權人僅處於債權的請求權關係，得請對專利權人請求不得對其行使排他權，除此之外並無其他權利，縱令有侵害該當專利權行為的存在，亦不能直接對侵權人提起訴訟，而只能透過授權契約中的協力義務等條款，請求專利權人排除該當侵權行為²⁴⁴。

本文贊同「區分說」之說法，即專利之「專屬授權」係**移轉排他權**之物權行為，「非專屬授權」係**約定不行使排他權**之債權行為。學者指出，今日國內外多數見解認為，專利法未賦予權利人實施發明之積極權，專利權之性質**僅為消極性之排他權**，僅有排除他人未經其同意而實施該發明之權²⁴⁵。學者認為，雖然所有權之權利內涵包括積極及消極權能，但**專利權之性質有別於所有權**，蓋所有權之權利客體具有一定的客觀及可得確定性，法律是賦予所有人全面支配的積極權能與消極權能，較無疑義；反之，專利權所保護之標的為發明，其為無形之技術思想創作，於權利客體之範圍不易確定下，賦予全面支配的權利，或對第三人及交易秩序之維護有所影響²⁴⁶。

²⁴⁴ 黃銘傑（2013），〈從專利授權之法律性質與定位論新、舊專利法授權規範之問題點與盲點〉，氏著，《智慧財產法之理論與實務：不同意見書》，頁 21-23，台北：元照。

²⁴⁵ 李素華，前揭註 237，頁 26-27。

²⁴⁶ 李素華，前揭註 237，頁 27-28。

此外，學者指出，專利法第 58 條第 1 項²⁴⁷僅承認權利人享有消極性之排他權，TRIPS 第 28 條第 1 項²⁴⁸、美國專利法第 154(a)項第 1 款²⁴⁹，均僅規定專利權人享有排除他人未經其同意而實施發明之權；原發明與再發明之相互依賴關係，亦清楚顯示擁有專利權不代表有權實施發明²⁵⁰。美國聯邦法院於 1987 年之 Spindelfabrik Suessen-Schurr Stahlecker 案中亦認為，即使授權條款為“被授權人被賦予製造、使用、或銷售 X 之權利”，該授權條款不能賦予完整之權利，因為即使 X 之專利權人亦未被賦予該權利。專利權人之權利**僅在於排除**他人製造、使用或銷售 X²⁵¹。

在專利之權能僅有排他權的脈絡下，授權行為之性質即僅在於對於此一排他權之移轉或限制。學者認為專屬與非專屬授權最大的差異在於是否發生排他權之移轉效力，即**專屬被授權人**因處分行為之移轉效力而取得排他權，**非專屬授權人**在無處分行為、無移轉效力下，**僅取得容忍請求權**，即授權人必須容忍被授權人實施發明，不得對該行為主張排他權或提起侵權訴訟²⁵²。

本文贊同此見解，蓋由於專利權之內涵僅為**消極性之排他權**，積極之實施權並非為專利權人所有之權能，故專利權人應無法積極授予他人實施權，僅得就自

²⁴⁷ 專利法第 58 條第 1 項：發明專利權人，除本法另有規定外，專有排除他人未經其同意而實施該發明之權。(民國 106 年 01 月 18 日修正版本)

²⁴⁸ The TRIPS Agreement, Article 28: “The exclusive rights that must be conferred by a product patent are the ones of making, using, offering for sale, selling, and importing for these purposes. Process patent protection must give rights not only over use of the process but also over products obtained directly by the process.” (came into effect on 1 January 1995)

²⁴⁹ 35 U.S. Code § 154 (a)(1) “Every patent shall contain a short title of the invention and a grant to the patentee, his heirs or assigns, of the right to exclude others from making, using, offering for sale, or selling the invention throughout the United States or importing the invention into the United States, and, if the invention is a process, of the right to exclude others from using, offering for sale or selling throughout the United States, or importing into the United States, products made by that process, referring to the specification for the particulars thereof.”

²⁵⁰ 李素華，前揭註 237，頁 28-29。

²⁵¹ Spindelfabrik Suessen-Schurr Stahlecker & Grill GmbH v. Schubert & Salzer Maschinenfabrik Aktiengesellschaft, 829 F.2d 1075, 1081 (Fed. Cir. 1987) (citing 35 U.S.C. § 154).

²⁵² 李素華，前揭註 237，頁 49-50。

身擁有之排他權能進行物權或債權行為之安排，就邏輯而言，物權的安排只有**移轉排他權**與否的差別，在未移轉排他權之情況下，則需動用債之關係**確保被授權人不受授權人追訴**，應該是邏輯上之必然。



第三節 專利授權之相關市場界定



要探討市場力量必須先從市場界定開始，蓋學者認為，市場界定之目的，在於確認一公司或多家公司之組合可行使市場力量之經濟「空間」。美國聯邦最高法院亦稱，若無市場界定，則無法量測被告減損或破壞競爭之能力²⁵³。一般競爭法下之相關市場之範圍主要是從產品市場與地理市場兩方向加以界定，於具體情況下再參酌時間因素之影響，此可參酌我國公平會所制定之《公平交易委員會對於相關市場界定之處理原則²⁵⁴》第三點「相關市場界定之基本原則²⁵⁵」之內容即可明瞭。惟於專利授權之場域，鑒於其涉及技術與研發之特殊性，各國競爭法機關於傳統之產品市場與地理市場外，另有技術市場與研發市場之考量。以下即就專利授權之相關市場作一簡單介紹：

第一項 商品市場 (Goods Markets)

商品市場是指同類商品、或具有替代關係之商品的範圍。所有具有替代關係的商品構成了同一商品市場。智財授權可能影響之商品市場上的競爭包括：

- (1) 使用授權技術所需之原料商品市場上的競爭；
- (2) 使用授權技術生產之中間商品市場上的競爭；
- (3) 使用授權技術生產之最終商品市場上的競爭²⁵⁶。

²⁵³ Newberg, J. A. (2000). Antitrust for the economy of ideas: the logic of technology markets. *Harv. JL & Tech.*, 14, p87.

²⁵⁴ <http://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=1345&docid=13926>，104.3.6.公資字第10421600251號令發布（最後瀏覽日：03/05/2018）。

²⁵⁵ 三、（相關市場界定之基本原則）

本會從產品市場及地理市場二面向界定相關市場範圍；另得視具體個案，衡量時間因素對於相關市場範圍之影響。

²⁵⁶ 呂明瑜，前揭註208，頁91。

美國 2017 年《指南》第 3.2.1 商品市場一節中，其即指出授權安排之限制可能對於利用智財權所生產之**最終**或**中間**商品產生競爭影響，或可能對其他商品之生產產生**上游**的影響²⁵⁷。



歐盟 2014 年《TTBER》第 1 條定義之(f)項中，定義「產品('product')」是指**商品或服務**，包括**中間**和**最終**之商品和服務；在第(g)項中，定義「契約產品」是指基於授權之技術權利直接或間接生產之產品；在第(j)項中，定義「**相關產品市場**」是指契約產品及其替代品之市場，替代品係指基於產品的特性，價格和用途，所有被買方視為可互換或可替代的產品²⁵⁸；在其《TTBER 指南》2.3 市場界定一節中，其指出相關產品市場包括契約產品（納入授權技術）、該契約產品之可互換或可替代之產品（由於產品的特點，價格和用途，而被買方視為可互換或可替代）。契約產品可以是最終和/或中間產品市場的一部分²⁵⁹。

我國《處理原則》第 4 點第 2 項所界定之「商品市場」(goods markets)，則係指利用授權技術而**製造**或**提供**之商品所歸屬之市場，其中「商品」之用語亦包括**服務**。

關於智財領域之商品市場與一般商品市場本質並無不同，故其界定分析方式亦與一般競爭法下之商品市場一致，主要關注在於商品之需求替代性與供給替代性。惟在智財授權之市場界定中，由智財專有性帶來之法律障礙可能是需要關注的問題，因為當智財權之存在而導致市場進入障礙時，該商品市場可能被界定在較小的範圍²⁶⁰。

²⁵⁷ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §3.2.1.

²⁵⁸ The European Commission, *supra* note 228, at Article 1. (f)(g)(j).

²⁵⁹ The European Commission, *supra* note 229, at §2.3. 21.

²⁶⁰ 呂明瑜，前揭註 208，頁 91。

美國 2017 年《指南》第 3.2.1 商品市場一節中指出，對於受授權安排影響之商品市場，執法機關會依美國司法部和聯邦貿易委員會《2010 年水平合併指南(2010 Horizontal Merger Guidelines)》之第 4、5 節來進行相關市場的界定和市占率的衡量。就市占率之計算而言，在大多數情況下，執法機關基於每個公司在相關市場之實際或預計收入(revenues)來衡量其市占率。當其他方法比起收入更能反應供應商之競爭重要性時，市占率也可能透過其他方法加以衡量，例如通過單位銷售量(unit sales)、產能(capacity)、或儲備(reserve)加以衡量²⁶¹。

歐盟 2014 年《TTBER 指南》中指出，界定相關市場之方法主要依據一般歐盟競爭法所適用之《歐盟執委會關於相關市場界定通告(Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law)》，一旦確定了相關市場，就可以將市占率分配給市場上之各種競爭來源，並作為市場參與者相對強度的指標²⁶²。

我國《處理原則》中並未提及相關市場之界定方式，對於商品市場之界定，應依一般《公平交易委員會對於相關市場界定之處理原則》中所列之方式處理。

²⁶¹ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §3.2.1.

²⁶² The European Commission, *supra* note 229, at §2.3. 23, 25.

第二項 技術市場 (Technology Markets)



技術市場指的是由**授權之技術**與其之**替代者**所構成之市場。

為何要在傳統之商品市場外另立技術市場之分析？學者認為，技術市場分析之正確運用可能有助於法院和執法機關避免一些假陽性錯誤(false positives，即將沒有反托拉斯問題的情況誤判為有問題之狀況)，以及假陰性錯誤(false negatives，即實際上存在有反托拉斯問題，但卻被認為沒有問題之狀況)。這種錯誤的一個範例就是假設下游商品市場之競爭與可替代性限制了潛在的上游市場力量。在某些情況下，在**技術市場上顯著的反競爭效應**在**相關的商品市場上卻不明顯**。經濟分析也提供可能之證明標準，其指出一個技術因無彈性之衍生需求(derived demand)而將成為一個相關市場。在美國最高法院之 Standard oil (Indiana) v. United States 中，其只分析商品市場，而忽略了基於授權技術可能產生之反競爭效應與可能之市場力量²⁶³。

技術市場之界定中，一個重要的問題在於，所謂**技術之替代者**，其內涵為何？

美國 2017 年《指南》第 3.2.2 技術市場一節中指出，技術市場包括被授權之智慧財產權（「授權技術」）及其相近的替代者——即足夠相近之替代**技術或商品**，其可以**顯著地限制(constrain)**被授權之智財權市場力量之行使。舉例而言，生產某一特定商品之**製程**的擁有者，其行為可能會被限制，不僅被製造該商品的**其他製程**限制，亦會被與該下游商品競爭之**其他商品**、以及用於製造這些其他商品之**製程**所限制²⁶⁴。

²⁶³ Newberg, J. A., *supra* note 253, at 106.

²⁶⁴ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §3.2.2.

依此，就美國技術市場之定義而言，所謂技術之替代者並不僅限於技術，只要能夠替代該技術者，不管是其他替代之**技術**或是**商品**，只要能夠限制授權技術之市場力量之行使，都會被劃入相關技術市場之範圍。



美國《指南》中假設了一個案例來說明技術市場之界定。於此案例中，兩公司 Alpha 和 Beta 是不同的**專利方法技術**擁有人，該等方法可以製造同一種非專利藥品。這兩家公司打算要成立合資公司，利用他們的專利方法來共同生產藥品。

為了評估評估競爭影響以及界定相關市場，執法機關會先界定一個**技術之相近替代者(close substitutes)**，即界定一群技術與商品，這些技術和商品的假定壟斷者可能在這些技術和商品上行使市場力量，例如，通過施加微幅但顯著的非暫時性價格調漲(SSNIP)。其實這概念和商品市場的分析方式類似。當然，市場力量也可以在其他維度上行使，像是質性。這些維度也可能和技術市場的界定與分析有關。

於此案例中，由於該合資企業的成立，可能會透過藉由降低製造藥品之技術市場之競爭，而提高生產藥品的價格，故執法機關需界定一個**技術市場**，在該市場內評估擬設的合資企業可能對競爭造成的影響。執法機關將確定**其他能夠用來製造該藥品的技術**，並評估相對於 Alpha 和 Beta 擁有的技術而言，該等技術之效益水準與每劑藥物之成本。此外，執法機關將考慮，**來自於其他藥物的競爭**，這些藥物可以作為利用 Alpha 和 Beta 之技術所生產之藥物的替代品，執法機關會考量這些其他藥物之競爭程度，是否會限制同時擁有 Alpha 和 Beta 技術的假定壟斷者提高其價格之能力²⁶⁵。

²⁶⁵ US Department of Justice & Federal Trade Commission, supra note 134, at §3.2.2, example 2.

在評估技術市場之現有或潛在參與者之競爭重要性時，執法機關會考慮所有相關證據。當市占率資料可取得並準確地反映市場參與者之競爭顯著性時，執法機關會將市占率資料納入於評估之中。執法機關亦會蒐集技術買家與市場參與者對於市場參與者之競爭顯著性之評估之證據，此類證據於市占率資料無法取得，或不能準確地呈現市場參與者之競爭顯著性時特別重要。當市占率資料、或其他市場力量之指標無法取得時，且看來競爭之技術具有相當之效率時，執法機關會對於每一技術分配相同之市占率²⁶⁶。

歐盟 2014 年《TTBER》第 1 條定義之(k)項中，定義「相關技術市場(relevant technology market)」為被授權之技術權利及其替代者之市場，替代者係指被授權人基於該等技術權利之特性、關於這些權利應支付之權利金、及其預定用途等理由，認為可互換或可替代之**所有技術權利**²⁶⁷；

歐盟 2014 年《TTBER 指南》中解釋，相關技術市場由授權技術權利及其替代者組成，亦即是由被授權人基於技術之特性、權利金、用途之理由，認為可互換或可替代該授權技術權利之**其他技術**。從授權人銷售該技術開始，有必要確認這些被授權人相應於微幅但固定之相對權利金價格調漲，而可以轉換之其他技術。另一種方法是考慮包含該授權技術權利之產品之市場²⁶⁸。

而就市占率之計算，一種方法是根據**各技術在自授權金之總授權收入中所占**之比例來算市占率，這代表了被授權之競爭技術中一項技術所占之比例。然而，由於缺乏關於授權金之明確資訊，這通常只是一種理論，而非一種切實可行的方

²⁶⁶ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §3.2.2.

²⁶⁷ The European Commission, *supra* note 228, at Article 1. (k): '**relevant technology market**' means the market for the licensed technology rights and their substitutes, that is to say all those technology rights which are regarded as interchangeable or substitutable by the licensee, by reason of the technology rights' characteristics, the royalties payable in respect of those rights and their intended use;

²⁶⁸ The European Commission, *supra* note 229, at §2.3, 22.

式。另一種方法，係根據在下游產品市場上，採用被授權技術之產品之銷售額來計算技術市場上之市占率，在個案中若可行，則可能有必要上述兩種方法皆採用，以便更準確地評估授權人之市場強度，並考慮其他能夠指示現有技術之相對強度的可能因素²⁶⁹。

我國《處理原則》第 4 點將「技術市場」界定為與該特定技術具有**替代性**者所形成之市場，惟由上述之討論可知，歐美技術市場中所稱之替代者，內涵似有所差異；美國所稱之替代者，主要係指具有能夠**限制該技術市場力量行使之技術或商品**，歐盟所稱之替代者，主要似僅指可互換或可替代之所有**技術權利**；我國所稱之替代者內涵為何？並無明文規範可為依據。

就我國著名之飛利浦光碟案為例，公平交易委員會於民國 91 年之公處字第 091069 號處分書中，指出界定「技術市場」之範圍應考量：

- (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**，以及用以生產該產品之**智慧財產或技術**。
- (3) 如因相關資訊不易取得以致無法界定「技術市場」之範圍，參考美國執行實務分析本項授權協議對於其他各相關產品之影響時，如**本項相關技術**（可用以生產使消費者認為具有替代作用的產品）均具有相同之經濟效益，則認為相關技術歸屬於同一個「技術市場」。

而於智慧財產法院 104 年度行公訴字第 1 號行政判決中指出：「就 CD-R 而言，商品市場係指 CD-R 的商品市場，技術市場則係指製造 CD-R 相關及其**替代性之技術**所構成之市場，創新市場則係指製造 CD-R 技術之研發活動所形成之市場，本件所涉及係製造 CD-R 相關專利技術之授權，而非 CD-R 商品之製造或銷

²⁶⁹ The European Commission, *supra* note 229, at §2.3, 25.

售，即與商品市場無涉，且原告等3家公司係就彼等所研發完成之CD-R技術專利作成專利聯盟之授權決定，而相互約定或限制任何一方就所擁有之專利對外移轉或授權，本案市場自應界定為製造CD-R技術及其替代性之技術所構成之市場...就我國光碟製造廠商（即技術需求者）之觀點而言，其於本件處分期間所欲取得技術授權生產製造之產品即為符合橘皮書規格之CD-R（即CD-WO）商品，是以就滿足我國光碟製造廠商之經濟目的而言，其他製造CD-RW、DVD或MD之技術與製造CD-R之技術即不具有合理之替代可能性」（本判決對於市場界定之論理與最高行政法院101年度判字第1001號判決相同，且本判決上訴後受最高行政法院106年度判字第690號判決所維持）。

由此可知，我國公平會與法院似認為，本案之「技術市場」為製造CD-R技術及其替代性之技術所構成之市場，將技術替代者之定義僅限於技術，並未將與CD-R技術所製成之商品相互競爭之商品納入技術市場之考量；此外，其市場界定方法，是以台灣廠商作為技術需求者，以其之經濟目的出發，進行合理可替代性分析，而未進行市場力量之考量，顯然與美國藉由市場力量之制衡來界定技術市場之觀點截然不同。

本文認為，關於技術替代者之意涵，應以美國之觀點較為合宜。蓋學者認為，市場界定之意義與目的，在於辨識制衡與牽制力量的存在；競爭制衡或牽制力量，現已成為主要工業國家競爭法制有關市場界定目的與方法的主流²⁷⁰。

詳言之，學者認為，市場係具競爭關係之事業群所構成之抽象空間，而潛在競爭者的存在，致使市場內之既有事業仍感受到競爭之存在，而無法依其主觀自

²⁷⁰ 黃銘傑（2008），〈技術標準與專利聯盟（Patent Pool）中獨占地位之取得及其濫用時之救濟措施初探美國聯邦交易委員會 In the Matter of Rambus, Inc. 案之啟示〉，《全國律師》，12卷1期，頁30-31。

由決定商品或服務之價格及其他交易條件，故該潛在競爭者之存在對於現存事業即構成一種威脅、制衡之腳色。而市場界定之意義與目的，實在於識別此類制衡或牽制事業或力量之存在與否²⁷¹。



學者指出，美國《2010年水平合併指南(2010 Horizontal Merger Guidelines)》中，所列之以 SSNIP 進行市場界定之方法，即是以微幅但顯著的非暫時性價格調漲之假設，測試有無更外圍之事業會加入現有市場進行競爭，若經反覆測試，直到即使從事微幅但顯著的非暫時性價格調漲，已無新外圍事業會進入與之從事競爭時，即以該競爭事業群存在之空間為特定市場；易言之，在牽制或制衡上開假想獨占事業之力量不存在時，市場界定即告完成²⁷²。

學者認為，同樣的認識亦可見於歐盟競爭法中。於其 1997 年公布之《歐盟執委會關於相關市場界定通告²⁷³》(下稱《市場界定通告》)第一節導言之第 2 點中，其指出「市場界定之主要目的，係以系統方式識別所涉事業所面臨之競爭拘束(constraints)。從產品和地理兩個維度上界定市場，其目標在於識別那些實際競爭對手，其能夠拘束這些事業的行為、並防止他們之行為獨立有效競爭壓力之外。²⁷⁴」由此可知，其特定市場之主要目的，即在於指出此種競爭制衡或牽制力量之存在；而於《市場界定通告》第二節相關市場之定義之第 13 點中，其所指出之

²⁷¹ 黃銘傑，前揭註 208，頁 30。

²⁷² 黃銘傑，前揭註 208，頁 31。

²⁷³ The European Commission. (1997). Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law. Retrieved from [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:31997Y1209\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:31997Y1209(01)). (最後瀏覽日：03/05/2018)。

²⁷⁴ *Id.* at I. INTRODUCTION, 2. "The main purpose of market definition is to identify in a systematic way the competitive constraints that the undertakings involved face. The objective of defining a market in both its product and geographic dimension is to identify those actual competitors of the undertakings involved that are capable of constraining those undertakings' behaviour and of preventing them from behaving independently of effective competitive pressure."

「事業受三個主要來源或競爭拘束所支配：需求替代性，供給替代性和潛在競爭。²⁷⁵」，亦為就競爭制衡或牽制力量之類型所作之說明²⁷⁶。



依學者見解，我國《公平交易委員會對於相關市場界定之處理原則》中，指出產品市場係指在功能、特性、用途或價格條件上，具有高度需求或供給替代性之商品或服務所構成之範圍；地理市場係指事業提供之特定商品或服務，交易相對人可以很容易地選擇或轉換其他交易對象之區域範圍。其中「供給替代性」、「容易地選擇或轉換其他交易對象」已部分隱含有制衡或牽制之意涵，卻欠缺明顯之競爭制衡或牽制力量之認識。而美國之《指南》中，已明言「其可以顯著地限制(constrain) 被授權之智財權市場力量之行使。」之競爭制衡或牽制力量之精髓²⁷⁷，故似應以美國之《指南》所示標準作為劃定技術市場之依據，較為合理。

本文贊同學者之見解，我國行政法院實務上多以「合理可替代性」之分析方法論理來界定相關市場²⁷⁸；但本文認為，所謂「合理可替代性」，應僅是「能夠限制、影響市場力量」的表徵，判斷的核心重點應關注於「能夠限制、影響市場力量」者，而非僅關注表徵。

蓋競爭法之目的在於確保競爭，其首要任務即為偵測市場力量之存在，為了偵測市場力量，才需劃定相關市場，因此，相關市場之概念應是市場力量所及之範圍，如學者所認為者，市場界定之目的，在於確認一公司或多家公司之組合可行使市場力量之經濟「空間」²⁷⁹。則所有會限制、影響該事業之市場力量行使者，

²⁷⁵ *Id.* at. II. DEFINITION OF RELEVANT MARKET 13. "Firms are subject to three main sources or competitive constraints: demand substitutability, supply substitutability and potential competition."

²⁷⁶ 黃銘傑，前揭註 208，頁 31。

²⁷⁷ 黃銘傑，前揭註 208，頁 32-33。

²⁷⁸ 廖義男（2017），〈相關市場界定之論證要求-從行政法院相關裁判觀察〉，氏著，《公平交易之釋論與實務（第三冊）》，頁 43，台北：元照。

²⁷⁹ Newberg, J. A., *supra* note 253, at 87.

皆應該被劃歸在此空間之內。所謂之替代者，則應解釋所有會限制、影響市場力量，使得事業無法任意調漲價格致競爭水平之上者。



以授權技術而言，會限制、影響該授權技術之定價水平者，當然可以是製造同一產品之其他技術，也可以是用另外技術作出來的相近替代產品。

以同一產品之其他技術而言，若用較為廉價之其他技術就能生產出相同產品，潛在之被授權人就會去尋求其他技術，而影響原本授權技術之價格。

而以用另外技術製造出之相近替代產品而言，若相近產品可以替代原來的產品、且其技術又便宜，則潛在之被授權人即有可能改為尋求相近產品之另外技術以製造相近產品，而不再需要原先產品之授權技術，則原本授權技術之價格必然因此而被影響，其市場力量亦會被限制。

故無論就技術、產品而言，皆是有可能影響授權技術定價、而限制影響其市場力量之原因，被同劃歸於技術市場之中，本文認為並無不妥之處，故贊同應以美國《指南》作為劃定技術市場之標準來解釋技術替代者之意涵。

第三項 研發市場 (Research and Development Markets)



美國 2017 年《指南》將過去所列示之「創新市場」重新命名為「研發市場」，就 FTC 之官網指稱，此次指南之更新仍保留「創新市場」之概念，但將其改稱為「研發市場」，以更準確地反映這些市場在執法行動中如何被定義²⁸⁰。論者認為，其更名可能顯示執法機構將考慮藥物與醫療器材部門以外之「研發市場」的競爭效應²⁸¹。

表 5：「研發市場」與「創新市場」組成之比較：

2017 年《指南》	1995 年《指南》
<p>研發市場係由以下資產所組成：</p> <p>與可商品化產品之確定有關之研發、</p> <p>針對特定嶄新與進步之商品或方法之研發，以及對於該研發之相近替代物²⁸²。</p>	<p>創新市場係由以下所組成：</p> <p>針對特定嶄新與進步之商品或方法之研發，以及對於該研發之相近替代物²⁸³。</p>

由此可見，兩市場之概念大致相同，僅是「研發市場」相較於「創新市場」，新增關於可商品化產品之確定有關之研發。

學者有認為，從經濟學意義上看，引入創新市場概念，主要是基於**動態效率理論**。即在價格之核心競爭方式之外，通過新技術、新產品的開發，創造新的市

²⁸⁰ FTC (2016), *FTC and DOJ Seek Views on Proposed Update of the Antitrust Guidelines for Licensing of Intellectual Property*. Retrieved from <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2016/08/ftc-doj-seek-views-proposed-update-antitrust-guidelines-licensing> (最後瀏覽日：03/05/2018)。

²⁸¹ Crowell & Moring LLP (2017), *DOJ/FTC Issue Final Revised Antitrust-Intellectual Property Licensing Guidelines*. Retrieved from <https://www.crowell.com/NewsEvents/AlertsNewsletters/all/DOJ-FTC-Issue-Final-Revised-Antitrust-Intellectual-Property-Licensing-Guidelines> (最後瀏覽日：03/05/2018)。

²⁸² US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §3.2.3.

²⁸³ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §3.2.3.

場需求，或者對已有產品進行改進等，這也是競爭的重要手段，對於提高整個社會效率和消費者福利具有重要意義。因此，正確評估智財授權對創新的影響，消解授權限制對創新的負面作用，即需借助創新市場此一新市場形式²⁸⁴。

惟另有學者認為，「創新市場」之概念雖可兼顧動態競爭議題，然其市場界定上，會牽涉許多**資訊取得之問題**。此種資訊取得之問題，可能造成評估競爭影響之嚴重誤判。並且，於「創新市場」概念中，並未包含**交易市場**之概念，然而，市場事實上卻是以「交易」做為核心概念，一般市場，不論是商品市場、服務市場、技術市場，皆存有具體客體與主體，就其產品、服務與技術在買方與賣方間進行交易；然而，「創新市場」並非智慧財產權實際進行授權或交易之市場，創新市場僅存在參與者及其所投入之創新活動，而不存在實際購買之買方。因此，一個沒有交易的「市場」，不但在定義上出現衝突，亦可能與現行執法機關應用於「市場」之檢驗標準產生扞格²⁸⁵。

歐盟 2014 年《TTBER》中，並無「創新市場」之規範；我國《處理原則》中雖以可能從事商品之研究發展來界定「創新市場」之範圍，惟其概念仍屬抽象。

於我國臺北高等行政法院 96 年度訴字第 296 號判決中，曾有被授權人主張，授權人居於獨占地位，卻要求被授權人接受「**強制回饋授權條款**」，會降低被授權人對相關技術創新研發之意願，而對「**創新市場**」造成不合理的壓抑。

惟法院認為，系爭授權合約所要求之回饋授權係屬「**非專屬性**」，且為**有償**。對被授權人而言，**有對價性**，其可向回饋授權之對象收取權利金，尚不致過度阻

²⁸⁴ 呂明瑜，前揭註 208，頁 93。

²⁸⁵ 李素華、林育廷（2009），《各國專利授權（含標準化技術授權）之規範與實務相關研究》，頁 131-132，台北：行政院公平交易委員會。

礙被授權人研發創新意願，從而對創新市場造成不合理的壓抑...授權人針對必要性專利要求回饋授權，應已足避免授權雙方日後因專利相互牽制導致訟累，足使雙方更專注於創新研發，彼此相互授權，有助於當事雙方之技術知識交流，有助於技術之創新。

由此可知，法院認為只要非專屬、有償對價之回饋授權，即不至阻礙創新之意願，且還有避免訟累，使雙方更專注創新之效果，故不至於對「創新市場」產生傷害。惟自法院之論理可知，我國目前對於「創新市場」之認知，仍屬於抽象概念，其分析方式，亦不如傳統產品市場或技術市場般細膩嚴謹，可見得此一「創新市場」之界定，目前仍停留於概念之形式，尚未有實際仔細之論理操作。

第四項 與標準必要專利(SEP)有關之市場界定問題



理論上而言，SEP 與一般專利所適用之市場界定法則應該相同，惟亦有論者以為應依其之特性而有不同之考量，以下僅就 SEP 可能會遇到之市場界定問題進行探討。

學者認為，表面上看來，SEP 之相關市場界定負擔應該相對較輕，因為其之界定範圍與其之定義直接相關，SEP 既然被定義為必不可少、不可替代之專利，該定義本身已從需求替代與供給替代兩個角度闡明其之不可替代性，似必然意謂一個標準即構成一個相關市場。然而，現實上，SEP 之「必要性」與「替代性」，都是需要進一步判斷與確認之問題²⁸⁶。

以「必要性」來說，學者認為，實際上，大部分標準設定組織(SSO)皆宣稱其不會對標準所涉及之必要性作出判斷，大部分情形下，必要專利的評估都是由授權雙方當事人來完成，因此，在個案中是否真的會構成「必要」，仍需經具體分析來評估；而實現不同功能的 SEP，相關功能在具體產品中屬於「必要的」還是「可選的」，也會影響該 SEP 在特定案件中必須性構成與否之判斷；而即使是已納入標準之專利，也可能在訴訟中喪失有效性，變成無效專利²⁸⁷。

以「替代性」而言，SEP 不可替代之範圍，也是需要考量的問題；學者認為，替代性其實有技術與商業兩個不同層次上的考量。歐洲電信標準協會(ETSI)認為不可替代性應是基於技術而非商業的理由，不可替代性只是技術上的不可替代；反之，美國電器及電子工程學會(IEEE)規定，SEP 需要商業上和技術上都沒有可

²⁸⁶ 仲春(2017)，〈標準必要專利相關市場界定與市場支配地位認定研究〉，《知識產權》，第 7 期，頁 34。

²⁸⁷ 仲春，前揭註 286，頁 34。

替代之非侵權技術方案，故此處之不可替代性包括技術和商業上之不可替代。從技術因素角度出發，確定一項專利為 SEP，必須確定該技術與技術標準所指向的產品或方法，有必然直接之聯繫，且不能為其他非專利技術所替代。從商業因素角度出發，若在某一特定市場條件下，通過某項低於技術標準要求的技術，可以帶來與使用該 SEP 相近之商業增值時，那麼該 SEP 雖然不具有技術角度上的可替代性，卻具備商業角度上的可替代性。此外，學者認為，「替代性」除了考量技術與商業因素，還需考慮**技術發展的動態性**。因為技術之發展也會使必要專利技術被替代，例如 SSO 會根據技術進步更新技術標準，此時相關商品市場就會隨 SEP 範圍之變化而產生變化²⁸⁸。

學者認為，若一 SEP 被認定為**技術上不可替代**且該技術是被授權方生產所必需，那麼可直接認定 SEP 構成一個獨立的相關市場，持有人在該相關市場為 100%之獨占地位。當一 SEP 在**商業上存在可替代方案**，就需要按照相關市場的經濟學界定方法，例如使用 SSNIP 方法來進一步確定可替代性²⁸⁹。

另有學者亦認為，即使由於技術之複雜與多樣，一個技術標準往往有多個必要專利權人，鑑於一個標準之多個必要專利在功能上相互不可取代，一個企業若要生產符合標準之技術產品，即須與此標準之多個必要專利權人進行談判，分別取得這些必要專利的使用權。在此情況下，一個標準之**各個必要專利**，在談判中都可能構成一個相關市場²⁹⁰。

在中國華為訴 IDC 一案中，廣東省高級人民法院即主張，IDC 在中國和美國的 3G 無線通訊技術標準（WCDMA、CDMA2000、TD-SCDMA）中的**每一個**

²⁸⁸ 孟雁北、姜姿含（2015），〈標準必要專利定價行為的反壟斷法規制研究〉，《價格理論與實踐》，第 2 期，頁 31-32。

²⁸⁹ 仲春，前揭註 286，頁 36。

²⁹⁰ 王曉曄（2017），〈論標準必要專利的特殊性〉，《經濟法學家》，12 卷，頁 182。

必要專利授權市場，均構成一個獨立的相關市場。其理由在於，從必要專利的**基本屬性與特徵**來看，標準帶來的封鎖效應與專利權自身具有的法定壟斷屬性相結合，使必要專利成為產業參與者唯一且必須使用的技術，且從**需求替代分析**來看，拒絕任何一個必要專利之授權，均將導致相關產品製造商無法使用相關技術，從而無法生產出符合標準的產品，因此，涉案必要專利技術成為被授權人華為唯一且必須使用的技術，並無其他技術可供替代。再**供給替代分析**來看，專利與標準相結合後，必要專利成為唯一的且必須實施的技術，必要專利權人成為所涉技術市場唯一的供給方。故在涉案必要專利授權市場，並不存在可與 IDC 相競爭的經營者²⁹¹。

在中國發改委對於高通進行反壟斷裁罰一案中，發改委亦主張高通所持有的**每一項無線標準必要專利授權獨立構成的相關產品市場，均佔有 100% 之市占率**。同時，高通分別持有構成 CDMA、WCDMA 和 LTE 無線通訊技術標準的**多項無線標準必要專利**，構成覆蓋特定無線通訊技術標準的**無線標準必要專利組合**，高通在該無線標準必要專利組合授權市場佔有**100% 的市占率**。亦即是，不管從只授權一個 SEP，還是多個 SEP 之組合，皆會被認為在相關市場具有 100% 之市占率。其理由在於，從**需求替代分析**，無線通訊終端製造商生產特定的無線通訊終端，納入相關技術標準的**每一項無線標準必要專利都不可或缺**，都是必須要實施的技術專利，任何一項無線標準必要專利的缺失，都會導致無線通訊終端不能完全符合相關技術標準，不能滿足市場需求；從**供給替代分析**，**每一項無線標準必要專利都具有唯一性**，在被相關無線通訊技術標準採納並發佈和實施後，不存在實際的或者潛在的替代性供給。因此，每一項無線標準必要專利授權均單獨構成一個獨立的相關產品市場。在本案中，由於當事人將持有的無線標準必要專利進

²⁹¹ (2013) 粵高法民三終字第 306 號，http://www.mlex.com/China/Attachments/2014-04-17_BT5BM49Q967HTZ82/GD%20verdict.pdf。(最後瀏覽日：03/05/2018)

行組合授權，相關產品市場為當事人持有的各項無線標準必要專利授權單獨構成的相關產品市場之集合²⁹²。



在歐盟對三星一案中，歐盟執委會認為，三星所擁有的 UMTS SEP 每個都在 UMTS 標準技術規範中，其在 UMTS 標準技術規範中所劃定技術的授權市場上佔有優勢地位。三星在每個相關市場上都佔有 100% 之市占率。雖然擁有一個 SEP 本身並不會授予優勢地位，但 UMTS 實際上是 EEA 中唯一的 3G 標準。由於其被廣泛採用，移動設備製造商必須遵守 UMTS 標準²⁹³。在歐盟對 Motorola 三星一案中，歐盟執委會亦認為，Motorola 之 Cudak GPRS SEP 已於 GPRS 標準技術規範中，其對於授權技術之市場具有 100% 之市占率²⁹⁴。

本文認為，之所以學者會有將 SEP 之替代性分為技術上、商業上之區別，而認為基於技術上之不可替代，一個 SEP 將獨立成為一個相關市場，在該市場中具有 100% 之市占率，其背後基本之思想，仍是認為技術市場中所稱之技術「替代者」，僅止於競爭技術，而非及於競爭產品及其技術；若認為技術市場中所稱之技術「替代者」，應包括競爭技術、競爭產品、及生產競爭產品之技術，SEP 之替代者應該同時進行技術上與商業上之考量，即不會發生每個 SEP 都變成一個獨立市場劃定之狀況。

依先前於技術市場之界定一節中所討論者，將替代者劃定為包括競爭技術、競爭產品、及生產競爭產品之技術，應是較為合理之考量，因為所有得以影響該

²⁹² 中華人民共和國國家發展和改革委員會行政處罰決定書，前揭註 2。

²⁹³ Case AT.39939 - Samsung - Enforcement of UMTS standard essential patents. (2014). para 45, 46. http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39939/39939_1501_5.pdf (最後瀏覽日：03/05/2018)

²⁹⁴ Case AT.39985 - Motorola - Enforcement of GPRS standard essential patents. (2014). para 225. http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39985/39985_928_16.pdf (最後瀏覽日：03/05/2018)

SEP 之市場力量者，應該皆為其之替代者，無論是商業上或是技術上之層面考量皆然；如果商業上之替代者會嚴重影響 SEP 之價值，卻沒有被納入相關市場中，則對於該 SEP 定價能力之市場力量之探究，將無從著手。



在我國實務中，除了高通案之外，雖然沒有直接關於 SEP 之案件，但有類似之情況。於荷商皇家飛利浦公司之單獨授權案中，智慧財產法院 101 年度行公訴字第 1 號行政判決中認為，雖然飛利浦公司與其他兩家公司組成之專利聯盟與技術標準之制定間並無必然之關係，但飛利浦公司與其他兩家公司之專利聯盟，係由為了製造符合標準之商品而於技術上所不可或缺之互補性專利所組合而成，所以他們三家公司所擁有之專利即構成生產 CD-R 商品之關鍵技術/設施。倘缺乏任一公司之專利授權即無法製造符合規格之 CD-R，所以就授權他人製造符合橘皮書規格之 CD-R 技術市場，即各具有優勢之經濟力量，而有壓倒性之地位，並均具有可排除其他事業參與 CD-R 技術市場競爭之能力，應可認定飛利浦及其他 2 家公司已構成公平交易法之獨占事業(此一見解受最高行政法院 102 年度判字第 419 號判決所維持)。

由此判決可知，法院似認為專利聯盟若由互補性專利所組成，而為製造商品不可或缺者，其地位可能即近似於技術標準之制定，這些關鍵專利應該也可以被視為具有 SEP 之特性。在此情況下，由於廠商只要缺乏任一家之專利即無法生產商品，所以每一家的專利各自皆具有獨占地位，其論理似前述中國與歐盟之案例。

惟此案係緣起於公平會 95 年 4 月 26 日公處字第 095045 號處分書，公平會於該處分中，認為飛利浦就其所有之專利單獨授權，因其他授權人所有之相關專利技術並非屬不重要的專利，即被授權人倘欲產製 CD-R，仍須向飛利浦公司外

之其他廠商取得授權...是以，飛利浦**並無**排除該特定市場競爭之力量，爰尚非公平交易法所稱之**獨占事業**。



公平會似認為，飛利浦之技術授權行為，會受另外兩家公司所牽制與制衡，因為其他兩家之專利並非不重要，僅只取得飛利浦之授權亦無法完成產品的生產，故飛利浦非屬獨占。本文贊同公平會之見解，蓋此見解近似於美國《指南》之標準，認為應以市場力量之限制來劃定市場；於本案中，如果其他兩家公司都不授權專利，飛利浦之專利也會一元不值，故飛利浦對於自己的專利，根本就沒有任意提升其價格至競爭水準以上的市場力量，當然不是獨占事業。

本文認為，關於 SEP 之論理也是如此，一個標準中有成千上百個 SEP，即使身為其中之 SEP 擁有者，若**這個產品沒人想要使用**、或是其他 SEP 擁有者不欲授權，SEP 擁有者手上之 SEP 之價值亦會因此受影響，SEP 擁有者其實無從獲取任意調漲價格之能力。故不應將一個 SEP 設定為一個市場，而需將技術上與商業上等等一切足以制衡影響其市場力量之因素皆納入考量，以求市場劃定之準確。

最後附帶一提，SEP 之市場界定問題除了上述技術市場之範圍外，學者認為，**地理市場範圍**的探究也必須注意。因為智慧財產權有**屬地性**，所以相關地理市場之劃定要考量智財權之此一特性。SEP 之相關地理市場應當界定為：**實施技術標準之地理範圍內、SEP 受到保護或發生 SEP 濫用及受濫用影響之地區**²⁹⁵。

在中國華為訴 IDC 一案中，法院即指出，由於智慧財產權具有地域性，在不同的法域，其存在及使用必須符合當地的法律因此，**在專利授權市場中，其授權**

²⁹⁵ 仲春，前揭註 286，頁 36。

範圍必然與相關專利權所及的地域範圍相關。IDC 在每個國家所獲取的相關必要專利，技術方案的內容即使一致，相關的權利卻是**相互獨立**的，其存在的基礎以及行使的範圍均不相同，因此彼此之間並不構成競爭關係或者替代關係。本案中，華為公司所主張的相關市場為 IDC 在中國的 3G 無線通訊技術標準（WCDMA、CDMA2000、TD-SCDMA）中的**每一個必要專利授權市場（地域範圍是中國）**，以及在美國的 3G 無線通訊技術標準（WCDMA、CDMA2000、TD-SCDMA）中的**每一個必要專利授權市場（地域範圍是美國）**，兩者各自在其權利所及地域範圍內（分別為中國和美國）構成獨立的地域市場²⁹⁶。

在中國發改委對於高通進行反壟斷裁罰一案中，主要涉及兩個市場：無線標準必要專利授權市場、基帶晶片市場；其界定無線標準必要專利授權市場之地理市場是**各國之集合**，基帶晶片市場之地理市場是**全球**。發改委認為，由於**專利授權、使用和保護均具有地域性**，單獨構成一個獨立相關產品市場的**每一項無線標準必要專利的地域市場均為一個特定的國家或者地區**。本案中，高通將持有的不同國家和地區的無線標準必要專利進行組合授權，無線標準必要專利授權的相關地域市場為高通持有的**各項無線標準必要專利的國家或者地區市場的集合**。而**基帶晶片**在運輸、銷售、使用和進出口等方面均不存在明顯的地域障礙，在本案中，CDMA 基帶晶片、WCDMA 基帶晶片和 LTE 基帶晶片的相關地域市場均為**全球市場**²⁹⁷。

本文亦贊同該等見解。蓋專利權既為屬地主義，涉及專利權行使即應特別注意其行使之地域，即使各國對應專利案之技術內容相同，由於各國專利法制的差異，可能使專利權之法律效力截然不同，故對於 SEP 之地理市場，似亦應於個案中仔細檢視其可能涉及國家，以探討該國法制對於專利權效力之影響。

²⁹⁶ 粵高法民三終字第 306 號，前揭註 291。

²⁹⁷ 中華人民共和國國家發展和改革委員會行政處罰決定書，前揭註 2。

第四節 專利授權相關之市場力量



「市場力量」被認為是決定競爭法下可責性之最重要的因素，其意義為價格能夠被有利潤地提升至高於競爭水準之程度。市場力量必須超過一定的門檻，才能作為考慮一個被挑戰行為是否具有反競爭性之先決條件²⁹⁸。

因此，反托拉斯法分析通常為兩階段之程序，第一階段，檢測市場力量之程度，即造成競爭傷害(competitive harm)之潛力，若沒有市場力量，分析程序即停止；若有市場力量，則接著評估行為之競爭後果(competitive consequences)。畢竟，既然市場力量即代表競爭傷害之潛力，則無市場力量，即無理由再顧慮該行為²⁹⁹。

在智慧財產領域，對於市場力量之意義亦採相同見解。如美國 2017 年《指南》第 2.2 智財權與市場力量一節中即指出，市場力量是指在一相當長之期間內，能夠有利潤地維持價格高於競爭水準、產量低於競爭水準之能力³⁰⁰。歐盟 2014 年《TTBER 指南》第 15 點解釋，市場力量是指，在一段並非不顯著之期間內，能夠將價格維持在競爭水平以上、或在將產出(產品數量、產品質量和種類或創新)維持在競爭水平以下之能力³⁰¹。

本章節擬自一般市場力量之評估方法起始，再行探討專利權、SEP 市場力量之相關議題。

²⁹⁸ Kaplow, L., *supra* note 236, at 1304-1305.

²⁹⁹ Hay, G. A., *supra* note 235, at 702.

³⁰⁰ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §2.2.

³⁰¹ The European Commission, *supra* note 229, at §2.2, 15.

第一項 一般市場力量之衡量方法



一般市場力量可運用之量測方法可分為**量化分析法**與**質化分析法**，以下分就這兩種分法中常見者進行簡介³⁰²：

(一) 量化分析法：

1. 市場集中度測定 (market concentration ratio³⁰³)

市場占有率 (market shares) =

個別事業的生產值 (量) / 特定市場的總產值 (量) × 100%

說明：市場占有率的計算，依公平交易施行細則第 4 條規定，

可依生產、銷售、存貨、輸入及輸出值 (量) 加以計算，並以中央主管機關所調查資料或其他政府機關計載資料為準。

2. 集中比 (concentration ratio³⁰⁴)

$$CR_n = \sum_{i=1}^n S_i$$

說明：n 為最大幾家廠商數，S_i 為第 i 家廠商市場占有率。

³⁰² 陳志民、林益裕 (2015)，〈非價格垂直限制適用「合理原則」之違法考量因素〉，楊宏暉 (等著)，《第 20 屆競爭政策與公平交易法學術研討論文集》，頁 205，台北：公平交易委員會。

³⁰³ 陳志民、林益裕，前揭註 302，頁 206。

³⁰⁴ 陳志民、林益裕，前揭註 302，頁 206。

HHI 指數 (Hirschman-Herfindahl Index)



$$H = \sum_{i=1}^m S_i^2$$

說明：m 為所有廠商數， S_i 為第 i 家廠商市場占有率。

3. 價格成本差分析 (price-cost margin analysis³⁰⁵)

Lerner 指數

市場力：

$$M = \frac{P-MC}{P} = \left| \frac{1}{e} \right|$$

說明：Lerner 指數是以需求彈性的倒數為測定標準，其判斷方式：

- i. 在**完全競爭**市場，消費者對某廠商產品的**需求彈性無限大**，則該廠商的**市場力為零**。
- ii. 反之，消費者對獨占廠商產品的**需求彈性愈小**，則其**市場力愈大**。

³⁰⁵ 陳志民、林益裕，前揭註 302，頁 206-207。

4. L-P 公式³⁰⁶

此一公式係 Landes & Posner (1981) 利用彈性與價格間的關係，從 Lerner 指數導引出另一個非常簡明有用的公式。



$$\frac{P - MC}{P} = \frac{S_i}{e_m^d + e_j^s(1 - S_i)}$$

說明：

- i. S_i 代表**事業本身市占率**， S_i 愈大，其**市場力也就愈大**。
- ii. e_m^d 代表**市場需求彈性**， e_m^d 愈大，單一事業面對的需求彈性就愈大，其**市場力就愈小**。
- iii. e_j^s 代表**邊緣供給彈性 (fringe supply elasticity)**， e_j^s 愈大，單一事業面臨的需求彈性愈大，其**市場力就愈小**。

³⁰⁶ 陳志民、林益裕，前揭註 302，頁 207。

(二) 質化分析法：



質化分析描述分析相關產品市場之特性、買受人有無抗衡力量，此外，最主要的是**參進障礙有無**的分析，其所考量之要件如下³⁰⁷：

1. 潛在競爭事業進入之可能性 (likely³⁰⁸)

若進入市場的事業，**必須投資相當大的投資成本**，且所投資的生產設備並無移作其他用途，則可認為存有**高度的進入障礙**，現有主導事業在相關產品市場即具有相當的市場力。

2. 進入時間的即時性 (timely³⁰⁹)

要進入市場，除了硬體設備之投資，還有行銷方面(人員行銷訓練、廣告促銷)亦必須花費時間。若潛在競爭者**參進時間過長**，無法及時與已經建立商譽之事業競爭，則現有主導事業在相關產品市場即具有相當之市場力。

3. 促進市場恢復競爭的充分性 (sufficiently³¹⁰)

除了前述進入市場可能性、進入時間及時性之兩個考量外，還需考量**是否可使市場充分恢復競爭**，以利發揮市場機能。倘非如此，亦可能仍存有進入障礙。此障礙可能來自**政府法令的限制**等，若尚存有進入障礙，即表示現有主導事業仍具有相當的市場力。

³⁰⁷ 陳志民、林益裕，前揭註 302，頁 207。

³⁰⁸ 陳志民、林益裕，前揭註 302，頁 207。

³⁰⁹ 陳志民、林益裕，前揭註 302，頁 207。

³¹⁰ 陳志民、林益裕，前揭註 302，頁 207。

第二項 專利權與市場力量

第一款 專利權之取得即意味市場力量之存在？

上述章節簡介者為一般市場力量之評估法，而就專利權方面，由於其通常可能涉及獨占之判斷，故須留意**獨占事業市場力量**之評估。學者指出，我國評估事業是否具有獨占市場力量之標準有四：1.市占率；2.總銷售金額；3.進入相關市場有法令、技術之限制；4.其他足以影響市場供需可排除競爭之情事。發明專利權人依專利法第 58 條第 1 項，專有排除他人未經其同意而實施該發明之權，因而擁有製造某項商品關鍵性技術之**專利權人，即容易取得製造該項商品之獨占地位**³¹¹。

由此，學者似認為，由於專利法規之限制，將造成潛在事業無法進入之參進障礙，而使專利權人取得獨占之市場力量。惟自先前章節之討論可知，專利權惟一之權能，僅是**消極之排他權**，學者亦有認為，專利權人一般僅有排他權，僅於少數例外情況，專利權人始同時擁有**排他權與市場力量**³¹²；學者進一步指出，單純擁有專利權之事實，不代表權利人在相關市場具有市場力量，專利權之行使與一般財產權並無不同，擁有此等財產權及行使權利，亦不當然對競爭秩序產生不良影響，甚而其本質上仍有利於競爭秩序之形成與發展³¹³。

事實上，不推定專利權具有市場力量為許多執法機關之共識，如美國 2017 年《指南》第 2.0 一般原則一節中即指出，執法機關**不推定**智財權創造反托拉斯

³¹¹ 廖義男，前揭註 233，頁 53-54。

³¹² 李素華（2017），〈除去或防止侵害請求權與競爭法規範——從德國 Spundfass 及橘皮書案談技術標準專利權之行使〉，廖義男、黃銘傑（主編），《競爭法發展之新趨勢：結合、聯合、專利權之行使》，頁 432，台北：元照。

³¹³ 李素華，前揭註 312，頁 435。

脈絡下之**市場力量**³¹⁴；我國《處理原則》第3點基本原則中亦指出，技術授權協議案件之審議，並不因授權人擁有專利即推定其在相關市場具有**市場力量**。

論者甚至以為，專利權表面上看起來有獨占力量，實際上其力量可能遠不如想像，因為以下之原因：**來自對手科技之競爭**、專利權之**無法自我執行**(non-self-enforcing)之本質、專利權之**概率性**等等，使得「**專利權構成獨占**」此一過分簡化之主張看來不特別有用³¹⁵。以下僅就這些特性進行簡介：

一、來自對手科技之競爭：

在大部分情況下，專利擁有者在相關技術市場中都不會得到獨占地位，因為相關技術市場也會包括其他專利或非專利技術與該特定系爭專利技術競爭³¹⁶。

二、專利權之無法自我執行之本質：

就專利權之無法自我執行之本質而言，專利擁有者**無法物理上阻擋他人使用技術**，因為技術已經揭露於該專利說明書本身，而且已經被公開(在美國專利法中，專利申請人還被要求須揭露到，使得熟習此藝者能夠實行該專利發明之最佳模式)，因此，專利擁有者**必須訴諸於昂貴且耗時的法律系統**來獲得他人未獲授權使用之賠償³¹⁷。

³¹⁴ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §2.0.

³¹⁵ Teece, D., & Sherry, E. F. (2017). On Patent 'Monopolies': An Economic Re-Appraisal. p22.

³¹⁶ *Id.* at 20.

³¹⁷ *Id.* at 20.

專利權之此一特徵與有體物之情況非常不同，有體物的供應者可以物理上阻擋有體物之提供，在他人未獲授權使用之情況下，有體物的供應者只要停止供應就好，直到確定對方付錢。但專利擁有者自己無法阻擋他人繼續使用³¹⁸。

專利擁有者必須依賴法院來禁止他人侵害他們的專利權。然而，美國在 ebay 案提出了四因素測試法來決定是否允許核發禁制令後，很多法院選擇在證明專利有效且被侵權之情況下仍不核發禁制令。這種在侵權仍持續的狀況下，仍拒絕核發禁制令之情形，即使專利擁有者可得到賠償金，其無異於在專利擁有者不願授權情況下之強制授權。在此情況下，專利擁有者將失去控制其專利技術被使用的能力。非但離獨占力量之情形還差得遠，該專利擁有者根本就是侵權的受害者，除了起訴請求損害賠償和可能之禁制令之外，專利擁有者並沒有其他可行救濟途徑³¹⁹。

三、專利權之概率性：

另一個專利權與有體物之間關鍵的差異在於，專利權具有概率性 (probabilistic)，專利要被認定為有效且被侵權是概率性的，實證研究顯示，訴訟中只有一半的專利會被認為有效且侵權，此情況與有體物非常不同³²⁰。

學者指出，儘管所有財產權都有部分的不確定性，不動產擁有者可能發現財產上有瑕疵，惟保險公司的存在可以處理此風險；商標擁有者亦可能發現其商標被廣泛使用而變成通用標章而失去商標權保護。但與專利相關之不確定性特別嚴

³¹⁸ *Id.* at 20.

³¹⁹ *Id.* at 20-21.

³²⁰ *Id.* at 22.

重，且此特性對於專利在創新與競爭上之效應很重要。關於不確定有兩個重要的面向：商業重要性上的不確定、法律權利範圍與有效性上之不確定³²¹。

美國實證研究顯示，雖然每年有近 20 萬個專利被核准，但大部分被核准專利的商業價值都很低或沒有價值。只有 1.5% 的專利會走到訴訟，只有 0.1% 的專利會走到訴訟的審判階段。在這種不確定的情況下，經濟學家逐漸認為，專利並非賦與專利擁有人排他權，而是賦與在法院主張專利排除他人的權利。當專利擁有人對其被控侵權人主張專利權時，該專利擁有人是在擲骰子。若該專利被認為無效，該產權就蒸發了³²²。並且，專利被宣告無效的風險其實是非常嚴重的，尤其是具有商業重要性的專利。舉例來說，Chiron 公司依其單株抗體專利在 2002 年向 Genentech 公司訴請 10 億美元之損害賠償，該專利卻在該訴訟中被宣告無效；CAFC 在訴訟中認定禮來之 Prozac 專利無效(在專利期限屆期前兩年)，使禮來的股價一天即下跌 31%³²³。

專利之此種概率性特質在我國更為嚴重。就我國之實證研究顯示，智財法院一審之 10 年平均無效率為 55.6%，年度最高無效率為 2010 年的 69.1%；二審的 10 年平均無效率為 54.7%，年度最高無效率為 2011 年的 73.1%³²⁴；無論一、二審，專利平均無效率皆高於五成以上，甚至曾高達七成之多，可見得專利權人於法院行使權利時，其實是冒著相當高專利被無效之風險。詳細之一、二審數據係如以下兩表所示：

³²¹ Lemley, M. A., & Shapiro, C. (2005). Probabilistic patents. *Journal of Economic Perspectives*, 19 (2), p76.

³²² *Id.* at 75.

³²³ *Id.* at 76.

³²⁴ 張哲倫(2017)，〈對智慧財產法院成立 10 年專利審判實務之總體觀察及建議〉，《專利師》，30 期，頁 6。

表 6：智慧財產法院民事第一審專利訴訟事件無效抗辯成立之比率³²⁵

單位：件；%

年月別	合計	判斷權利有效與否			判斷是否落入專利權範圍			權利無效比率
		權利無效	權利有效	未判斷	落入	未落入	未判斷	
合計	547	304.5	95.5	147	91	157	299	55.67
2008年7~12月	5	2	1	2	0	2	3	40.00
2009年	47	29.5	7.5	10	4	13	30	62.77
2010年	68	47	7	14	5	17	46	69.12
2011年	66	40	13	13	12	14	40	60.61
2012年	63	43	10	10	8.5	12.5	42	68.25
2013年	74	45	13	16	13	16	45	60.81
2014年	66	26	17	23	12.5	28.5	25	39.39
2015年	87	47.5	11	28.5	15	27	45	54.60
2016年	63	22.5	14	26.5	19	23	21	35.71
2017年1~2月	8	2	2	4	2	4	2	25.00

表 7：智慧財產法院民事第二審專利訴訟事件無效抗辯成立之比率³²⁶

單位：件；%

年月別	合計	判斷權利有效與否			判斷是否落入專利權範圍			權利無效比率
		權利無效	權利有效	未判斷	落入	未落入	未判斷	
合計	324	177.5	61.5	85	53.5	103.5	167	54.78
2009年	15	7	5	3	3	5	7	46.67
2010年	37	21	5	11	3	12	22	56.76
2011年	41	30	1	10	0	11	30	73.17
2012年	28	13	8	7	6	9	13	46.43
2013年	40	25	7	8	5.5	9.5	25	62.50
2014年	49	25	12	12	9	15	25	51.02
2015年	55	26.5	6.5	22	12	18	25	48.18
2016年	54	29	14	11	13	21	20	53.70
2017年1~2月	5	1	3	1	2	3	0	20.00

我國實證研究亦指出，專利一審案件 10 年平均勝率僅 13%，相較於著作權、商標，勝率均超過 3 成，專利案件的勝訴率，可謂相當低³²⁷。

³²⁵ 張哲倫，前揭註 324，頁 6。

³²⁶ 張哲倫，前揭註 324，頁 7。

³²⁷ 張哲倫，前揭註 324，頁 8。

表 8：智慧財產法院民事一審訟訴事件終結勝訴率³²⁸



		2008年7月至2017年2月			單位：件；%	
項目別		勝訴率	判決件數	勝訴件數		
				合計	勝訴	部分勝訴
民事一審訴訟	合計	21.17	1306	276.5	112	329
	著作	30.90	288	89.0	31	116
	專利	13.05	747	97.5	40	115
	商標	34.03	216	73.5	32	83
	其他	30.00	55	16.5	9	15

由該等實證數據可知，專利權人唯一可行使排他權對抗侵權人之管道僅有透過法院，惟到法院之後，專利被無效的機會超過一半，勝訴的機會僅有一成，相當於專利權人有極大的可能無法透過法院制止被控侵權人。因此，論者指出，被控侵權人可以而且通常會實行該專利技術而不付錢。在許多產業中，這種行為很常見。在這種「廣泛侵權」的狀態下，通常有兩種技術之供應者：名義上之專利擁有者與那些得到他允許而實行該技術之人，以及未經允許而實行技術之未授權公司。在此種情況下，談「專利獨占」很大程度上沒有任何意義³²⁹。

本文贊同論者之見解，專利權表面上看起來具有法律賦與之排他性，事實上此一排他性之落實卻處處受限。非但專利權人不可能如同有體物一般，物理上阻止他人使用技術，即使到法院提起訴訟，亦有一半以上之機會被宣告無效，行使權利如同擲骰子般不穩定；就算經歷費時昂貴的訴訟歷程，通過在有效與侵權之考驗，也未必拿得到禁制令；在此情況下，競爭者參照公開專利說明書要實施專利技術，快速進入市場，可以說並非難事，難認專利權之存在即能賦予參進障礙，而具有市場力量可言。故對於專利權市場力量之衡量，或許可先依一般市場力量之標準衡量，再參酌專利權質化分析上於參進障礙中之先天弱於有體財產權之特徵，例如，在個案中對於該專利權之權利強度（得以主張權利之可能性）進行檢驗等等，才能較客觀地判斷其市場力量之程度。

³²⁸ 張哲倫，前揭註 324，頁 7。

³²⁹ Teece, D., & Sherry, E. F., *supra* note 315, at 22.

第二款 SEP 之取得即意味市場力量之存在？



第一目 SEP 與「專利箝制」之風險

學者有認為，專利權人一般僅有排他權，僅於少數例外情況，始同時擁有排他權與市場力量；SEP 即是屬該少數例外情況，蓋基於技術標準之特殊性、專利權所保護發明與技術標準間之依賴關係，SEP 之性質已不純然為智慧財產法律架構下之排他性財產權，其權利內容進一步擴展為獨占權及具有市場力量³³⁰。

詳言之，SEP 之行使可能會帶來「專利箝制(Hold-Up)」之風險。學者指出，所謂「專利箝制」是指，標準被廣泛使用之後，製造者於花費大量投資於該標準技術之同時，亦會被「鎖定(locked-in)」於該標準技術之中，此時 SEP 擁有者可能藉由專利來箝制市場以索求高額之權利金。此種作法不但會提高潛在競爭者之成本，亦被認為會增加消費者之價格且阻礙競爭³³¹。

另有學者指出，「專利箝制」最廣泛之意義是指任何可使專利權人可以榨取高於公平水準權利金(fair benchmark royalty)之機制。較狹義之意義係指任何由專利權人於事後(ex post)索取高於事前(ex ante)權利金之機制，其中事前係定義為侵權開始、由實施者所投入之沉沒成本、SEP 脈絡下為標準被採用之時間點³³²。在事前/事後之脈絡下，「專利箝制」還可以細分成三種類型：

³³⁰ 李素華，前揭註 312，頁 439。

³³¹ Contreras, J. L. (2017). Technical Standards, Standards-Setting Organizations and Intellectual Property: A Survey of the Literature (with an Emphasis on Empirical Approaches). p16.

³³² Siebrasse, N. (2017). Holdup, Holdout and Royalty Stacking: A Review of the Literature. p21.



1. 沉沒成本專利箝制(sunk costs holdup)：

其指的是當一方同意所有的條款與條件之前，已經進行了投資。沉沒成本專利箝制對於專利權人與實施者都有負面效應，因為專利權人可以得到超過發明本身價值之利潤，因而會導致其會有過分之誘因而來投資專利的技術；對於實施者而言，其會擔心投資的產品可能陷入沉沒成本之箝制，而會減少投資於該產品³³³。

2. 網路價值之佔用(network value appropriation)：

係指由於網路效應之存在，而使特定技術於標準化之後價值增加。其增加之價值是來自於網路效應，而非來自基於特定交易之沉沒成本之存在。專利權人是否應得以從網路效應中獲益，仍有爭議，有認為被納入標準之後，就會有接續而來的網路效應，其實際上可以被認為是實質之沉沒成本，專利權人不應從此獲利；亦有認為從政策上或可允許專利權人可以從網路效應中獲利，因為以動態效率之角度而言，其提供發明之正確誘因，而從靜態效率之角度而言，其並未對於實施者之誘因帶來任何負面效應³³⁴。

3. 分配問題(the apportionment problem)：

其係指專利僅佔整個複雜產品之一小部份，但若專利權人藉由禁制令而避免整個產品之販賣，即使專利之技術對於整個產品的價值貢

³³³ *Id.* at 23.

³³⁴ *Id.* at 24.

獻很低，其仍能榨取整個產品之部份價值³³⁵。分配問題會產生和沉沒成本專利箝制一樣的負面誘因效應。在 SEP 的情況下，可能會產生不重要 SEP 之擁有者卻得以獲取整個標準之價值的情形，且由於 SEP 無法經由迴避設計來避免侵權，標準實施者可能即必須遊說標準設定組織將該技術從標準中移除來避免侵權³³⁶。

學者指出，在個案中似能觀察到「專利箝制」狀況之發生，如 RIM 公司與 NTP³³⁷以 6 億 1250 萬美金之價格和解，此一和解價格是陪審團判賠金額 3350 萬美金之 18 倍。除非有極端高速成長之銷售量，或是陪審團低估了專利技術之價值，此一事實或可作為專利箝制之支持證據³³⁸。另外，在 Microsoft Corp. v. Motorola Inc 案³³⁹中，第 9 巡迴上訴法院亦指出，從來自陪審團之證據顯示，要求 2.25% 之權利金費率並非實現技術價值之善意，而是利用標準本身獲利之意圖——亦即是，要獲取「專利箝制」之價值³⁴⁰。

惟學者亦有指出，雖個案中似可發現有「專利箝制」之狀況，但**實證上卻缺乏證據證明有系統性之「專利箝制」現象**³⁴¹。事實上，實證研究之結果並未支持「專利箝制」之假設。實證研究顯示，過去 16 年來，**依賴 SEP 之產品，相較於任何其他產品，反而經歷了更快速之價格下降**(基於消費者價格指數 CPI 之計算)。對照之下，典型的箝制產業：配電產業，其品質調整價格是增加的³⁴²。如以下兩圖所示者：

³³⁵ *Id.* at 24.

³³⁶ *Id.* at 25.

³³⁷ NTP, Inc. v. Research in Motion, Ltd., No. Civ. A. 3:01CV767, 2003 WL 23100881, at *1 (E.D. Va. Aug. 5, 2003)

³³⁸ Siebrasse, Norman., *supra* note 332, at 71.

³³⁹ Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 795 F.3d 1024, 1053 (9th Cir. July 30, 2015)

³⁴⁰ Siebrasse, Norman., *supra* note 332, at 74.

³⁴¹ Contreras, Jorge L., *supra* note 331, at 17.

³⁴² Galetovic, A., Haber, S., & Levine, R. (2015). An empirical examination of patent holdup. *Journal of Competition Law & Economics*, 11(3), p554.

圖 4：SEP 密集之消費者產品與電力價格之品質調整價格比較(1997-2013)³⁴³

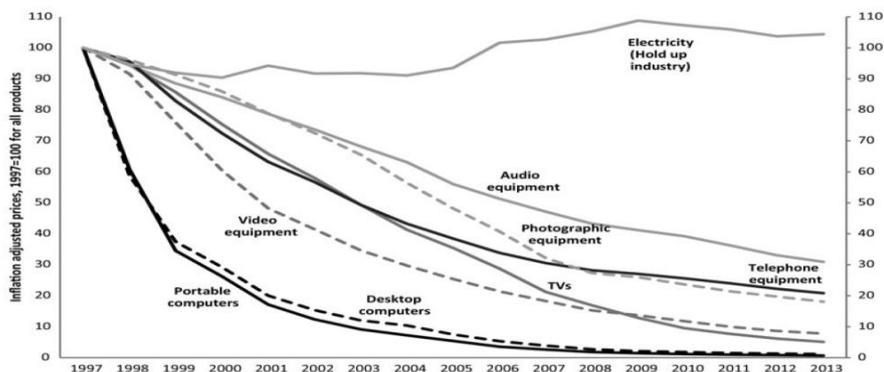
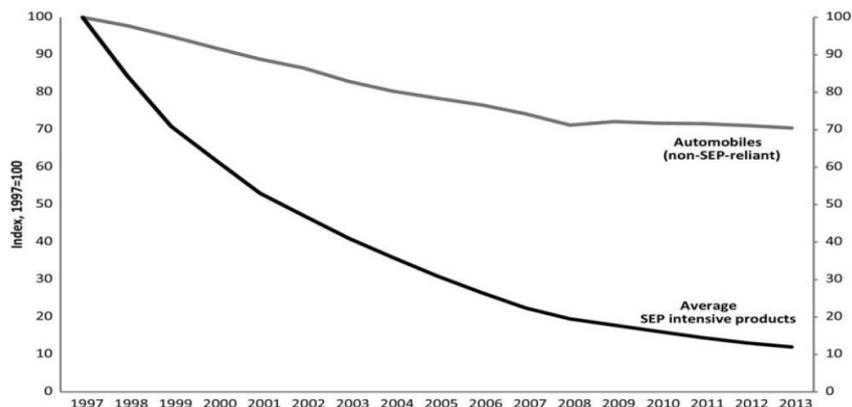


圖 5：SEP 密集產品與汽車價格(非 SEP 依賴產品)之品質調整價格比較(1997-2013)

344



依此可知，儘管個案中似存在「專利箝制」現象，但實證研究之結果，在 SEP 密集之產業，似並未發現系統性「專利箝制」而導致專利權人獲取過多權利金、產品價格過高而損害消費者利益之現象，反而其價格下降之幅度還多於非 SEP 密集產業。因此，是否因 SEP 之存在而帶來「專利箝制」之結果，仍應個案判斷。

³⁴³ *Id.* at 565.

³⁴⁴ *Id.* at 566.

本文認為，除了「專利箝制」此一可能對於市場造成負面效應之因素外，其他還有更多可能會限制 SEP 力量之因素亦需要一併加以考量，基於多重因素都可能對於 SEP 之市場力量造成影響，故對於其力量之判定，應該如同一般專利，在個案中基於各種因素充分評估，方才能判斷其市場力量之影響程度。

事實上，SEP 和一般專利之差別，係在於其被包含於標準之內。然而，有學者認為，**專利被包含於標準之內，不必然會創造市場力量**。美國反托拉斯執法機關在 2007 年智財權報告中指出，分辨兩種潛在之市場力量來源是重要的：來自於技術本身的市場力量、僅是來自於標準之市場力量。實證研究發現，在某些情況下，被納入標準會使一專利成為該市場之「贏家」；但更通常的情況是，有價值的技術，本來就是會被納入標準的天然候選人。換言之，**標準發展組織(SDO)通常是「加冕贏家(crown winners)」，而非創造它們**。舉例而言，一項研究分析了一專利資料庫，這些專利宣稱其等必要於包括電信技術（例如 W-CDMA）和成像標準（例如 MPEG2 和 MPEG4）之一系列標準。研究顯示，經由前引用(forward citations)之衡量標準，**專利被納入標準的最普遍的影響是，對專利的價值或重要性沒有或可以忽略不計的影響**。此結果暗示，**被包含於標準本身不必然、不通常創造市場力量**³⁴⁵。

總而言之，本文認為影響 SEP 之市場力量的因素還有許多，應個案判斷，較為適宜。以下章節僅就可能限制 SEP 市場力量之諸多因素進行探討。

³⁴⁵ Layne-Farrar, A., & Wong-Ervin, K. W. (2016). Standard-Essential Patents and Market Power. p2.

第二目 各種對於 SEP 市場力量之可能限制因素

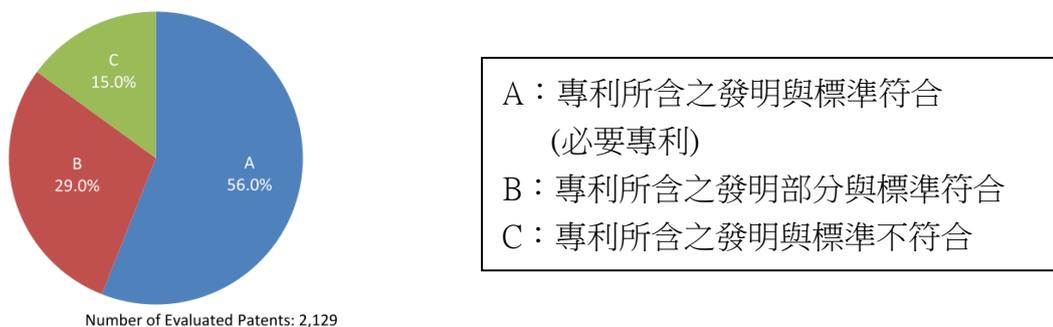


一、SEP 之真實性限制：「必要性」之存在

學者指出，SEP 是專利權人向 SDO 自己聲稱的，SDO 並沒有真正去評估「必要性」，而且這個「必要性」是會隨著時間而改變的，因為標準會持續發展，且下一代標準也會出現。因此，直到經由獨立的法律和技术審查，確定某項被宣佈為「必要的」專利，實際上對於遵守標準是不可避免的，**之前不應推定該 SEP 有市場力量**³⁴⁶。此種將非真正必要於實施標準之專利宣稱其為必要者之現象被稱為「過度揭露(“over-disclosure”)」或「過度申報(“over-declaration”)」。

於 2013 年時，曾有實證研究針對 ETSI 組織申報之 LTE 標準必要專利，其檢視全體 5,919 個專利中之 2,129 個專利(佔 36.0%)，評估這些專利是否真的有必要性。研究顯示，**真正完全對於標準有必要性者，僅佔 56.0%**。研究結果如下圖所示³⁴⁷：

圖 6：SEP 必要性評估之結果



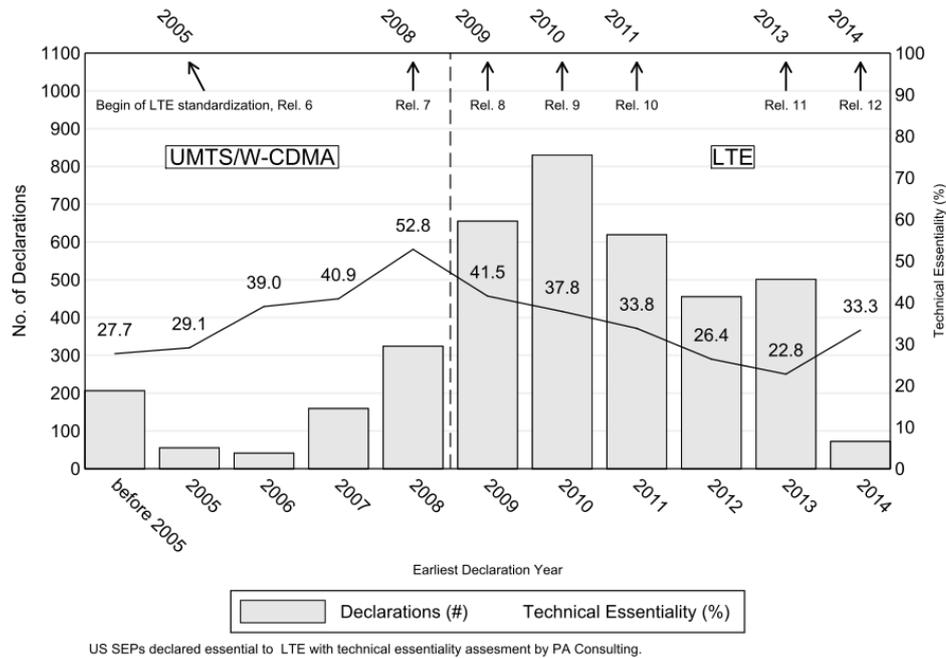
³⁴⁶ *Id.* at 2.

³⁴⁷ Cyber Creative Institute Co. Ltd. (2013). Evaluation of LTE essential patents declared to ETSI, Version 3.0. p19.

另一個針對 ETSI 標準必要專利之研究顯示，許多向其申報之必要專利，經過 PA 顧問公司 (PA 是一家專注於科技與創新產業的顧問公司) 評估之後，具有較低之技術必要性比率。如下圖所示 (折線為技術必要性之比率)³⁴⁸：



圖 7：3GPP LTE 申報之數目與平均必要性之評估



由此可知，向 SSO 申報之標準必要專利，可能大多數並不具有必要性，在未經法院對其必要性進行檢視之前，其是否可以對被控侵權人造成威脅而帶來市場力量，可能會有所疑義。例如，有另一研究顯示，從 2009 年開始，有三家公司 InterDigital、Motorola、與 Samsung 經常基於 SEP 提起訴訟。在這三家公司於 15 個不同司法管轄處基於 85 個 SEP 所提起之訴訟中，有 58 個進入審判程序，其中僅有 7 個專利被視為有效且侵權。相對的，有 18 個專利被宣告無效，17 個被發現不侵權，16 個被撤銷或駁回。換言之，經由法院之測試，每 8 個 SEP 中

³⁴⁸ Audenrode, M. V., Royer, J., Stitzing, R., & Säskilahti, P. (2017). Over-Declaration of Standard Essential Patents and Determinants of Essentiality. p25.

只有 1 個是有效且為技術上實施標準所必要³⁴⁹。由此可知，SEP 之必要性，仍須經法院評估之後才能確定。惟若部份 SEP 並無必要性，則有必要性與無必要性之 SEP 一起授權，亦可能會產生搭售之問題。前述之統計結果如下圖所示³⁵⁰：



圖 8：SEP 於審裁訴訟中之成功率

	Asserted	Invalid	Not Infringed	Withdrawn	Dismissed	Valid & Infringed
InterDigital	8	3	4	0	1	0
Motorola	16	2	4	6	1	3
Samsung	34	13	9	8	0	4
TOTAL	58	18	17	14	2	7

二、SEP 之水平限制：「互補性」的存在

學者指出，即使分析過後，專利真的有「必要性」，也不能驟下結論說個別 SEP 與一組 SEP 即構成明確之相關市場、或 SEP 擁有者具有市場力量。真正的必要專利之間是**完全互補的**(perfect complements)，而創造了許多專利與專利擁有者之連結，使得 SEP 無法單獨被授權。此外，由於被授權人知道在一個標準中有其他 SEP 與授權之 SEP 是互補的，若 SEP 擁有者企圖要求超過其份額之授權金，則被授權人會傾向於推遲談判(push back in negotiations)。因此，與獨占者可以設定價格而無須考慮其他公司反應之情況相反，**SEP 之擁有者無法片面行動，在設定其權利金時，必須考量其他 SEP 之價值**³⁵¹。

學者指出，**因為被授權人只願意接受某個價格總額**，所以當個別設定價格時，SEP 擁有者必須考慮到其他互補 SEP 擁有者所設定的價格，**如果其他互補的 SEP**

³⁴⁹ Jurata, J., & Smith, D. (2013). Turning the Page: The Next Chapter of Disputes Involving Standard-Essential Patents. *Antitrust Chronicle*, 10. p5.

³⁵⁰ *Id.* at 5.

³⁵¹ Layne-Farrar, A., & Wong-Ervin, K. W., *supra* note 345, at 3.

擁有者設定高額的權利金，自己則無法為自己的 SEP 片面地設定高額權利金。

在這個意義上，SEP 擁有者受到了水平的價格限制³⁵²。



三、SEP 之垂直限制：「競爭標準」與「非標準替代產品」之存在

學者指出，即使技術被納入標準之中，表面上看起來關於一特定標準中敵對技術間之競爭已經結束，然而，敵對標準之間的競爭仍然還是存在。敵對標準間競爭之形式可能發生在下游之競爭，即符合不同標準之可替代之終端產品間之競爭；亦可能發生在上游授權處之標準間的競爭。無論競爭之限制發生在上游或下游，皆會使 SEP 擁有者無法取得技術授權市場上之獨占地位³⁵³。

學者指出，若標準技術之被授權人可以轉換至其他技術，則 SEP 擁有者一旦試圖提高價格就會損失銷售量，故其並無法實現獨占力量；同樣地，若終端消費者可以輕易地轉換至不使用授權技術之替代產品，則此種終端產品間之競爭將對於 SEP 擁有人展現顯著之競爭性限制，不管這些替代產品是否須符合任何標準，結果皆相同³⁵⁴。

四、SEP 之動態競爭限制：「標準制定動態本質」與「動態競爭市場」之存在

學者指出，SEP 擁有者之獨立定價能力，會受標準制定之動態本質限制所影響。SSO 會員之間的競爭，不僅發生在標準採用前，也會在標準採用後，例如，對於新發布與下一代技術之採用。若一家公司之技術被包含於標準之中，該公司在定價上就會受到限制，因為標準會不斷演進，該公司必須依靠 SSO，才能讓自

³⁵² Geradin, D. (2007). Abusive pricing in an IP licensing context: An EC competition law analysis, p6.

³⁵³ *Id.* at 6.

³⁵⁴ *Id.* at 6.

己的技術之後也被納入於新標準之中。這種標準之動態、演進的本質，可使 SSO 會員們懲罰之前被認為制定過高權利金之公司，藉由不將這些公司的技術放入下一代標準或是其他不相關標準中來進行懲罰³⁵⁵。

事實上，動態本質之帶來之限制不僅呈現於標準制定上，也呈現於動態競爭的市場之中，例如 ICT 產業。這些產業的特性在於對市場之動態競爭，其藉由激烈的創新活動，使市場領導地位具有高度之爭奪性(contestable)。反之，在其他產業，競爭通常主要以傳統之價格競爭方式，以及經由漸進式創新來呈現³⁵⁶。

在動態競爭的產業中，公司之間會進行創新之競賽，爭相提供新穎優越的產品，藉此贏得市場並得到大量市占率之轉移。換言之，競爭並非來自於已穩定可獲得之替代物，而是來自於尚未出現於市場之全新、創新之產品。一旦贏得市場，接踵而至的獨占性可以帶來可觀之利益，但其為脆弱且暫時的。其只能靠該獨占企業持續創新來維持，且仍要接受新一輪的挑戰，即敵對企業仍會用更好之技術來取代目前領導的技術³⁵⁷。

在這種情況下，此種動態競爭的影響對於獨占地位的評估即需仔細地考量。任何現存者所受到之競爭現制，不僅來自於既存之競爭者，亦來自於市場外之顯著動力。其根本的分析應該要能夠反映這些企業之特殊性特徵。例如基於其短暫性之本質，市占率不應該盲目地被用來當作在這些產業之市場力量的相關指標，且供應端的限制應該在評估階段被仔細地考量。一個表面上看起來具有獨占地位之企業，在仔細考量之後，可能會發現並未擁有任何顯著之市場力量³⁵⁸。

³⁵⁵ *Id.* at 7.

³⁵⁶ *Id.* at 7.

³⁵⁷ *Id.* at 8.

³⁵⁸ *Id.* at 8.

五、SEP 之行使限制：「FRAND 承諾」之存在與「禁制令」之剝奪

另有學者認為，SEP 之 **FRAND 承諾** 會使 SEP 擁有人行使市場力量之能力受到顯著之限制。詳言之，大部分 SDO 之 IPR 政策要求專利技術擁有人必須承諾以 RAND 或 FRAND 條款授權，才會將專利技術導入標準之中。美國法院認為對於 SDO 之該 FRAND 承諾是在 SDO 與專利擁有人之間具有拘束力，對於實施標準之人而言為**第三人利益契約**，而可強制專利擁有人實踐其 FRAND 承諾。因此，該 FRAND 承諾會顯著限制 SEP 擁有人基於其專利技術行使市場力量之能力，因為實施標準之人有能力可以到法庭去強迫專利擁有人，基於法院決定之 FRAND 條款來授權。此在由有體財產的所造成之獨占脈絡下完全找不到可類比的情況³⁵⁹。

此外，承前所述者，專利權具有無法自我執行之本質，必須依靠法院核發禁制令才能阻止侵權人繼續使用專利技術；然而有些情況下，許多法院即使認定專利有效且被侵權，也僅只判賠損害賠償而**拒絕核發禁制令**，其情況無異於對於該專利技術之**強制授權**。此種狀況在 SEP 脈絡下只會比一般專利更為嚴重。

學者指出，美國在 SEP 情況下，**可推知法院較不願意核發禁制令**，因為 SEP 擁有人既然曾承諾 FRNAD 授權，其目的即在於取得授權金，若未與潛在被授權人協商即逕自聲請核發禁制令，顯然違反其承諾，而不符永久禁制令之要件³⁶⁰。學者研究指出，美國法院雖並未將 SEP 類型化為絕對不可獲得禁制令之情形，仍是依照 eBay 所揭示之四個衡平要素評估禁制令的核發，惟於具體案件中，SEP

³⁵⁹ Teece, D., & Sherry, E. F., *supra* note 315, at 21.

³⁶⁰ 黃惠敏（2016），〈標準必要專利之戰爭——禁制令行不行？〉，《月旦財經法雜誌》，39期，頁164。

擁有者需舉證「潛在被授權人拒絕接受授權或拖延協商」，此時 SEP 擁有者已遭受無可回復之損失，才能取得禁制令³⁶¹；



詳言之，美國法院於 eBay 案中所揭示之四個標準為：

- (1) 原告是否遭受無法彌補之損害；
- (2) 其他法律救濟方式（如侵權賠償等）是否足以彌補前述損害；
- (3) 訴訟雙方負擔情形，是否致使禁制令救濟顯失正當或公平性；
- (4) 禁制令核發是否符合公共利益。

學者指出，SEP 擁有者之 FRAND 承諾，會使第 1、2 要件不符合，因為可以獲得金錢賠償、且金錢即足以彌補損害；SEP 本身之存在會使第 4 個要件不符合，因為使用禁制令有可能傷害消費者而影響公共利益³⁶²。因此，在 eBay 案之標準下，可以想見 SEP 擁有者難以克服法院對於禁制令必要性之質疑。

而美國 ITC (International Trade Commission, 國際貿易委員會)於核發排除命令時，雖然不受 eBay 案之四個標準限制，但其亦受限於下列標準：

- (1) 公共衛生與福利；
- (2) 於美國經濟之競爭狀況；
- (3) 在美國相類似或直接競爭物品之製造；以及
- (4) 美國消費者³⁶³。

其中「福利」、「競爭狀況」、「消費者」之考量皆直接指向否決由 SEP 擁有者所要求之排除命令³⁶⁴。

³⁶¹ 黃惠敏，前揭註 360，頁 168。

³⁶² Ginsburg, D., Owings, T., & Wright, J. (2014). Enjoining Injunctions: The Case Against Antitrust Liability for Standard Essential Patent Holders Who Seek Injunctions. p3.

³⁶³ *Id.* at 3.

³⁶⁴ *Id.* at 3.

事實上，根據美國實證資料統計，於 2003 至 2013 年之 10 年間的智慧型手機相關專利訴訟之中，沒有任何一個 SEP 拿到法院禁制令或有效的 ITC 排除命令，能夠拿到禁制令或排除命令者皆是與標準無關的專利³⁶⁵。從該數據似可以推論，於美國法之脈絡下，SEP 比起普通專利更難以獲得禁制令。

歐盟在 Huawei v. ZTE 案中，亦指出 SEP 擁有人要取得禁制令，需要符合相關要件，如事前通知、書面邀約，且證明被控侵權人並未積極回復其要約等等，亦是在能夠證明潛在被授權人不願意接受授權之情形下，方可核發禁制令³⁶⁶。

中國亦有類似規定，在《最高人民法院關於審理侵犯專利權糾紛案件應用法律若干問題的解釋(二)》第 24 條第 2 款中亦明文指出：「推薦性國家、行業或者地方標準明示所涉**必要專利**的資訊，專利權人、被訴侵權人協商該專利的實施許可條件時，專利權人**故意違反**其在標準制定中承諾的公平、合理、無歧視的**許可義務**，導致無法達成專利實施許可合同，且被訴侵權人在協商中無明顯過錯的，對於權利人請求停止標準實施行為的主張，人民法院一般不予支持。」依此，若 SEP 擁有人故意違反 FRAND 義務，導致無法達成授權契約，則在潛在被授權人無明顯過錯之情況下，SEP 擁有人亦無法請求法院核發禁制令以停止實施專利技術之行為。

由專利數量最多的美國、歐洲、中國對於禁制令之態度可知，在潛在被授權人有意願接受授權之情況下，SEP 擁有人即無從對被授權人核發禁制令，亦即是完全無法禁止有意願之被授權人使用自己之專利技術；此情況無異於將 SEP 對有意願之被授權人進行**強制授權**。在這些國家中，若市場上之潛在競爭者只要表

³⁶⁵ Gupta, K., & Snyder, M. (2014). Smart phone litigation and standard essential patents. p23.

³⁶⁶ 黃惠敏，前揭註 360，頁 173。

達接受授權之意願即可使用專利技術而進入市場，則 SEP 產生參進障礙的機會可能不高，亦較無可能施展市場力量。



當然，亦不可忽視的是，在美國、歐洲、中國之外，還有許多國家之禁制令是證明專利有效且不侵權之後，即自動生效者。則在這些國家之中，SEP 擁有者仍然可能藉由禁制令之取得以施展市場力量，故在評估 SEP 之市場力量時，應將各國相關法規作為一併之參考，才能進行準確之判斷。

此外，目前已有 SSO 在其專利政策中對於會員尋求禁制令之行為提出限制之規範。如學者所指出者，IEEE 即是第一個主要的 SSO，其修改自己的專利政策，禁止參與者對於 IEEE 標準之實施者尋求禁制令救濟，除非該實施者拒絕支付由法院所決定之權利金費率。此種規範據推測將作為法院與主管機關，考量 IEEE 標準專利擁有者於尋求禁制令救濟時之導引³⁶⁷。

綜合上述，本文以為，在某些國家或特定之情況下，SEP 之市場力量或許有可能還弱於一般專利權，例如前述美國實證研究中，獲得禁制令者皆為非標準所需之一般專利，而主張 SEP 者反而無法得到任何禁制令救濟。其可能因為使得一般專利權之受限因素，SEP 本質上自然皆有之；SEP 本身還有更多限制其市場力量之因素，如前述之 SEP 於真實性、水平處、垂直處、動態競爭上、行使上之限制。

例如，SEP 本身統計上大部分皆未必真如其名是「必要的」，就算已證明其有「必要性」，也可能基於標準內眾多 SEP 之「互補性」而致其市場力量減弱、或是受「上游的標準」與「下游的終端產品」處之替代者限制、或是受「標準制

³⁶⁷ Contreras, Jorge L., *supra* note 331, at 35-36.

定動態本質」與「動態競爭市場」等動態競爭之存在所限制、或是受「FRAND承諾」使其市場力量受限制、或是被「剝奪核發禁令之機會」而無法產生對於競爭者之參進障礙。



因此，凡是 SEP 即指為獨占、無疑具有市場力量，可能是過度簡化之想法，學者也認為，應該在個案中基於事實來檢驗 SEP，經由仔細分析，才可避免關於市場力量存在的錯誤結論，從而有助於保護競爭和創新³⁶⁸。

最後，比較法上，中國國務院反壟斷委員會於 2017 年所公布之《關於濫用智慧財產權的反壟斷指南（徵求意見稿）³⁶⁹》中，其第 13 條「智慧財產權與市場支配地位」即指出，認定擁有標準必要專利的經營者是否具有市場支配地位，還需考慮以下因素：

- （一）標準的市場價值、應用範圍和程度；
- （二）是否存在具有替代關係的標準，包括使用具有替代關係標準的可能性和轉換成本；
- （三）行業對相關標準的依賴程度；
- （四）相關標準的演進情況與相容性；
- （五）納入標準的相關技術被替換的可能性。

依此可知，其對於 SEP 市場力量的認定，亦非僅由字義上之不可替代性與必要性進行論斷，而是較深入考慮標準之市場價值、替代標準之存在等垂直限制

³⁶⁸ Layne-Farrar, A., & Wong-Ervin, K. W., *supra* note 345, at 3.

³⁶⁹ 中華人民共和國國務院反壟斷委員會，(2017)，《關於濫用智慧財產權的反壟斷指南（徵求意見稿）》，<http://fdj.mofcom.gov.cn/article/zcfb/201703/20170302539418.shtml>（最後瀏覽日：03/06/2018）

因素、以及標準演進等動態競爭因素，顯見學理上所述之 SEP 所可能遭遇的各種限制，現實上似已受執法機關所肯認為應納入考慮之因素。因此，或許前述之各種 SEP 限制因素未來似亦可作為公平會對於 SEP 市場力量評估時參考之借鏡。



第三目 SEP 管制上之謙抑必要性



由上述之討論可知，SEP 之行使雖可能帶來專利籍制之負面效應，但 SEP 本身亦受到各種因素限制，而無法如同一般想像一樣行使市場力量。SEP 之存在本身是否即足以表徵市場力量，因而究竟是否對於 SEP 相關議題是否需要另一套嚴格的管制標準，即有爭議。學者認為，有人主張反托拉斯執法機關應介入管制涉及 SSO 之契約爭議，因為 SSO 可以被看成一種競爭者間的合作，其係與執法機關之間形成一事實上之協議，由執法機關採較嚴格之監理標準，來交換允許此種以標準形式出現之串謀互動(collusive interaction)。然而，沒有證據顯示此一事實上之協議背離標準的反托拉斯法則。也沒有實證顯示違反 SSO 契約(即使造成更高的授權金費率)會具有與競爭對手間串謀互動相似的經濟上後果。同時也可以看到，當解釋與適用休曼法時，法院亦一致地拒絕此見解。SSO 通常都被認為是具有促進競爭效果的³⁷⁰；因此，似無須用更嚴格之標準來看待 SEP 相關議題。

FTC 前主席 Edith Ramirez 在演講中指出，當涉及 SEP 時，分析上仍是適用同樣的主要執法標準³⁷¹。而當 FTC 代理主席 Maureen Ohlhausen 在接受訪問時亦指出，有人希望執法機關能夠針對 SEP、PAE、付費延遲(pay-for-delay)等議題另訂專門特製的指南，但她反對這個建議。她認為，智財議題並非需要不同競爭管轄之特別案件。在沒有壓倒性證據的情況下，不應該建立新的標準³⁷²。然而，學者指出，SEP 可能造成之假想威脅，諸如高價、低產出、低創新率等反競爭效應，並未受到證實，反而來自智慧型手機市場之證據顯示，其產出以指數方式成長、

³⁷⁰ Wright, J., & Ginsburg, D. (2013). Whither Symmetry? Antitrust Analysis of Intellectual Property Rights at the FTC and DOJ. p21.

³⁷¹ Ramirez, E. (2014). Standard-essential Patents and Licensing: An Antitrust Enforcement Perspective. p4.

³⁷² CPI Talks. (2017). Interview with Maureen Ohlhausen – Acting Chairman of the Federal Trade Commission, CPI Antitrust Chronicle. p2

市場集中度卻下降、無線服務之價格低於整體之 CPI³⁷³，似沒有證據支持 SEP 容易造成反競爭效果與消費者傷害，而需嚴加管控。



此外，一般在論及 SEP 之管制時，多半會強調其所為標準實施者一方所帶來之「專利箝制」風險，而認為應對 SEP 擁有者採取較嚴格之管制態度。然而，對於 SEP 擁有者這一方，其所面臨之「反向專利箝制 (reverse holdup)」、「逆專利箝制(holdout)」風險，卻較少被思及。學者指出，「反向專利箝制」指的是被授權人利用其力量槓桿來得到低於 FRAND 之費率與條件；「逆專利箝制」指的是被授權人拒絕接受 FRAND 授權或延遲接受 FRAND 授權(由於多數論文皆未明顯區分「反向專利箝制 (reverse holdup)」與「逆專利箝制(holdout)」，故本文統一用「反向專利箝制」替代此二名詞之意義。)。**鎖定效應是雙向的，當標準實施者由於特定資產投資而被鎖定於定義於標準之技術中，貢獻於 SSO 之創新者亦被鎖入僅存於標準內之市場中**³⁷⁴。

換言之，「反向專利箝制」與「專利箝制」如同一枚硬幣之兩面，「專利箝制」提高了實施者轉換離開標準技術之成本，同時「反向專利箝制」亦限制了 SEP 擁有者將標準必要技術授權於標準之外的機會³⁷⁵。當被授權人拒絕接受授權，SEP 擁有者只能選擇任由其侵權或提起訴訟，然而提起訴訟之成本很高，最後所能獲致之最佳結果卻受限於 FRAND 承諾之授權金上限，完全忽視了 SEP 擁有者為了得到授權金所耗費之昂貴成本³⁷⁶。因此，若僅將執法之目光放在 SEP 擁有者上，而忽略其難以得到適當救濟之弱勢層面、以及所需面臨之「反向專利箝

³⁷³ Reply Submission on the Public Interest of Federal Trade Commissioners Maureen K. Ohlhausen and Joshua D. Wright at 3 n.2, In re Certain 3G Mobile Handsets & Components Thereof, Inv. No. 337-TA-613 (July 20, 2015), p5.

³⁷⁴ *Id.* at 3.

³⁷⁵ Layne-Farrar, A. (2016). The Economics of FRAND. p5

³⁷⁶ *Id.* at 13.

制」風險，此種不平衡之對待，是否有可能削弱發明人貢獻技術於 SSO 之誘因，亦值得思索。



在先前章節曾提及競爭法需抱持謙抑性，因為競爭法常因無知與不友善而犯錯，在競爭法可能犯下的兩種錯誤之中，「錯誤指責」比「錯誤縱放」容易發生，而「錯誤指責」成為判決先例之後只能靠後續法院來推翻，其效果會一直留存到被推翻的前一刻，使得促進競爭的行為無法留存於市場上。然而，「錯誤縱放」的效果會由市場自我修正，所以反競爭行為很快就會從市場上自然消失。因此，應該要盡量避免「錯誤指責」狀況之發生；對於 SEP 之管制，若一開始就以敵意視之，強認其有市場力量、用較嚴格之規範管制，即很可能會造就「錯誤指責」之狀況，使得 SEP 帶來的正面效應無法為世人所用。

在這全世界緊密連結的年代，一個地區之「錯誤指責」之狀況，甚至可能會產全球性的效應，如 FTC 前主席 Edith Ramirez 在演講中所指出者，在同時，執法機關在一個國家剝奪專利擁有者合理的報酬，可能會抑制為下一代標準創造技術之誘因，而這些技術是會使得全世界之消費者皆能受益的。其結果可能會使競爭與創新皆同時受害。換言之，由於激勵這些市場之誘因是以全球為範圍來建立的，地區性的扭曲即可能會產生全球性的影響³⁷⁷。因此，對於 SEP 議題，應該採取者，或許是更謹慎、謙抑的分析態度，以免「錯誤指責」之後果蔓延至全世界，而禍及全球之消費者。

³⁷⁷ Ramirez, E., *supra* note 371, at 2.

第五章 第三道關卡：合理原則之運用-競爭法之內在限制



本文之主題為公平法對於專利授權契約之管制，並提出三道關卡之檢驗流程。於第三章之第一道關卡中，主要探討公平法第 45 條對於專利授權契約應何種態度，才能達到競爭法與智財法互補之目的；第四章之第二道關卡中，主要探討應以市場力量作為競爭法介入專利授權契約自由管制之界線，並對於專利權之市場力量進行探討；本章所欲探討的是第三道關卡，如何將競爭法上之合理原則運用至管制專利授權行為。本節首先擬簡介專利授權中可能涉及反競爭之限制行為，之後擬自美國法之角度，先簡介合理原則之由來與內涵，再探討合理原則應如何運用於專利授權行為之檢驗。

第一節 專利授權中可能涉及之反競爭條款

第一項 專利授權契約之定性應為無名契約

於前文中，對於「專利授權行為」之定性，本文係採取「區分說」之說法，即專利之「專屬授權」行為係移轉排他權之物權行為，「非專屬授權」行為係約定不行使排他權之債權行為。

而就「專利授權契約」本身之性質，學說上亦多有爭議，有租賃契約說，買賣契約說，合夥契約說，無名契約說等等，以下僅就主要之兩學說進行介紹：



1. 租賃契約說：

該說認為智財權之授權契約為**租賃或類似租賃之契約**。以專利授權契約為例，學者有認為被授權人訂立契約之目的，在於使用專利權，而為一定之收益，專利權人則仍保有專利所有權，因而類似租賃契約。至於被授權人交付之專利授權金，則為專利權的孳息，係屬使用專利權之對價，類似於使用租賃物之租金³⁷⁸。

然而，採用租賃說會產生兩個問題，首先，授權契約是否應適用「買賣不破租賃」，即有爭議；其次，在非專屬授權之情況，將權利授權給一人使用，並不會妨礙同時授權給其他人使用，此與有體物出租時，同一時間僅有單一人可以利用的情形不同，故不適合以租賃的概念來理解授權³⁷⁹。

2. 無名契約說：

該說認為：智慧財產權授權契約有其相當獨特之特徵，包括可以依權利之內容、時間、地區，而分別將其使用權由智慧財產權中暫時分離，並以專屬授權或非專屬授權之方式，讓與給被授權人使用，而**民法上並無任何有名契約能同時具備這些特徵者**。認為授權契約屬於買賣契約、租賃契約或合夥契約者，均分別只以授權契約中之一部分特徵與此等契約中之部分特徵相同或近似，即據以論斷，而忽略契約之全貌，將造成法律適用上之偏差，並不妥當。故智慧財產權授權契約，是屬於經濟發展過程中，隨著交易之需要而發展出來之新的獨特之契約類型，與目前民法現有之二十四種有名契約類型不相同，應屬無名契約³⁸⁰。

³⁷⁸ 陳聰富，前揭註 238，頁 6。

³⁷⁹ 劉承愚、賴文智，前揭註 212，頁 11。

³⁸⁰ 賴文智，前揭註 240，頁 103。

實務上亦多有將智財授權契約定性為無名契約之見解。以**著作權授權契約**而言，智慧財產法院 100 年度民著上易字第 6 號判決中指出：「次按民法債編第二章「各種之債」各節所規定之契約，固可謂為有名契約，但並不能因而涵蓋所有類型之契約，本於契約自由之原則，倘當事人因自由訂定而不能歸類之**其他無名契約**，自仍可類推適用民法相關之規定...兩造基於上開合約之約定，於被上訴人完成系爭軟體後，在前開合約期間將系爭軟體繼續供給上訴人不定量拷貝使用於機器出售，再由上訴人按一定標準支付金額，作為使用系爭軟體之代價，應屬具有**繼續性供給契約特性之無名契約**...，則揆諸首揭說明，倘於契約中途發生契約當事人給付遲延時，應可類推適用民法第 254 條至第 256 條之規定，許其終止將來之契約關係，並依同法第 263 條準用第 258 條規定，向他方當事人以意思表示為之。」；據此可知，法院認為該著作權授權契約，可依契約自由被定性為無名契約，且其性質屬於具有繼續性供給契約特性之無名契約。

以**商標權授權契約**而言，於智慧財產法院 102 年度刑智上易字第 4 號判決中，法院指出：「原審審理後，認 0000 公司與 0000 公司雖未簽立書面商標授權契約，然雙方間有成立不定期之商標使用授權契約，又 0000 公司雖以存證信函所為終止雙方契約，要求停止使用 0000 公司商標，惟按**無名之不定期繼續性供給契約**，可類推適用民法相關規定...」法院似亦將商標授權契約定性為無名之不定期繼續性供給契約。

就**專利權授權契約**而言，臺灣桃園地方法院 102 年度簡上字第 80 號民事判決中指出：「按**繼續性供給契約**，乃當事人約定一方於一定或不定之期限內，向他方繼續供給**定量或不定量之一定種類、品質之物**，而由他方按一定之標準支付價金之**無名契約**。民法就不定期之繼續性契約，如租賃、消費借貸、僱傭、委任等，均以得隨時終止為原則，此由民法第 450 條第 2 項、第 478 條後段、第 488

條第 2 項、第 549 條第 1 項規定至明。是無名之不定期繼續性供給契約，應可類推適用民法相關規定，允許契約當事人有任意終止契約之權（最高法院 102 年度台上字第 2243 號判決意旨參照）。...查系爭協議書係由上訴人提供其已取得之專利，授權被上訴人生產系爭產品...，惟系爭協議書並未定有期限，係屬不定期之專利授權契約，倘產品無法成功上市，系爭協議書仍長期繼續拘束兩造，實不利於社會經濟發展，自應類推適用民法關於不定期之繼續性契約任意終止之規定，使任何一方均有任意終止之權利，以符衡平。」（臺灣士林地方法院 101 年度智字第 2 號民事判決亦採同一之定性見解），依此，法院似認為，專利授權契約屬於無名之繼續性供給契約。

本論文贊同學說及實務將專利授權契約定性為繼續性之無名契約之見解。蓋民法債篇中之有名契約，本即是立法者根據過往典型之社會法律關係所預設之處理態度，惟智慧財產權係因現代科技之進展而衍生之無體財產權，其內涵並非立法者於民國早年立法時所得預見，故未有任何一過往之有名契約得以涵蓋現今智財權之所有特徵與內涵，亦實屬可能。基於契約自由之原則，當事人本得就授權之需要自行協商規劃雙方之權利義務，並無非將有名契約之規範強加於授權行為不可之必要，故本文認為，將專利授權契約認定為新型態之具有繼續性供給性質之無名契約，似無疑義。

第二項 可能有反競爭疑慮之授權限制與我國《處理原則》之規定



承前文所述者，本文對於專利授權契約之定性，係認其為一種無名契約，因此，契約中之權利義務，主要皆由契約當事人依其需要而主導劃定，故其內容應可以極為彈性。此外，由前文對於專利授權相關正面經濟功能之介紹可知，專利授權所能達成之功能十分多樣，故其應可根據各公司之獲利預期、經營策略、創新之需求等等目的，而由當事人之間彼此磋商協調，利用授權契約之彈性空間，為彼此之需求量身訂做，規劃出合乎雙方目的之授權條款，達成交易之極大效益。

惟，與專利相關之技術授權有一特色，即進行交易之雙方當事人經常具有**競爭性**。論者指出，技術授權交易從廠商間的關係來觀察，可分為「垂直授權」與「水平授權」。「垂直授權」係指上下游廠商，會使用到某些相同的技術，故由上游或下游的廠商授權予他方使用，避免在生產過程中發生侵權的問題，但問題是上下游廠商取得對方之技術後，可能因此擴張經營領域而成為彼此的對手；「水平授權」係指事業領域相同或具替代性廠商的廠商間授權，藉以刺激技術的進步、擴大市場或減少侵權的糾紛，但亦可能產生使**競爭更加激烈**之問題。換言之，在有技術授權之廠商間，不是直接的競爭對手，就是潛在之競爭對手。由於此種**競爭性的關係**，使得技術授權契約具有相當複雜的限制條款，避免被授權人對於授權人造成不當的損害。常見的型態包括：授權期間的限制、產量限制條款、地域限制條款、客戶限制條款、以及在契約存續屆滿或是因故終止或解除契約時，約定標的技術返還的範圍等等³⁸¹。

此類複雜之限制條款，對於授權人或被授權人而言，大概是除了權利金之外，雙方攻防的主要戰場。事實上，權利金的多寡、計算標準，也都與限制條款有關，

³⁸¹ 劉承愚、賴文智，前揭註 212，頁 21。

通常授權的限制愈少，相對地也就須付出較多的權利金³⁸²。換言之，基於廠商間技術授權之競爭性本質使然，限制條款的存在非但是擁有技術之廠商願意釋出技術之必然前提，亦連動權利金的計算，可以說，限制條款的談判是技術授權契約成立與否之樞紐所在亦不為過。

惟，該等限制條款若不當運用，而有造成限制競爭或不公平競爭時，亦有違反公平法之可能。有文獻基於美國案例之研究，對於可能違反公平法之限制約款有如下之整理：

1. 權利金之收取之差別待遇
2. 銷售區域之限制
3. 售價之限制
4. 生產數量之限制
5. 使用範圍之限制
6. 搭售條款
7. 禁止舉發專利權無效
8. 豁免權之約款
9. 禁止讓與或授權
10. 與授權契約之履行有關之義務
11. 被授權人就技術另有改良或專利之回饋約定
12. 禁止被授權人於授權期滿後繼續利用授權技術之約款
13. 為杯葛其他競爭對手之約款
14. 禁止被授權人於授權期滿後繼續利用授權技術之約款
15. 授權人保留在我國境內銷售使用授權技術之產品的權利約款
16. 授權人得介入被授權人內部人事之約款

³⁸² 劉承愚、賴文智，前揭註 212，頁 93。

依此似可觀察到，美國競爭法對於技術授權契約之限制條款中的許多要素，例如授權金，授權地區與價格，皆有介入審查之可能，看似對於系爭限制條款再進一步重重設限。



而我國在 2000 年左右，由於曾發生飛利浦與鍊德、中環等公司之 CD-R 技術授權談判爭議，且公平會又認定飛利浦、新力及太陽誘電公司之 CD-R 整合專利包裹授權違反公平法之聯合行為規範等事件，而引起產業界與技術授權界高度重視³⁸³。我國公平會有鑑於「技術授權協議之授權人為增加其市場之影響力，或授權協議當事人間為避免相互競爭，常於技術授權協議中附加某些限制約款，以提高其市場地位，獲取較高的經濟利益。該等限制約款若不當運用，不僅對於授權技術造成壟斷，甚或造成限制競爭或不公平競爭，而有違反公平交易法之虞」，「為使公平交易法相關規範更具體化，參考本會以往相關案例之經驗，及我國目前產業發展之現況，並參酌美國、日本及歐盟有關技術授權之相關規定，期使執法標準更臻明確，俾利業者遵循且利相關案件之處理」，乃於 2001 年 1 月 20 日訂定發布底公布《行政院公平交易委員會審理技術授權協議案件處理原則》³⁸⁴（之後更名為《公平交易委員會對於技術授權協議案件之處理原則》，以下簡稱《處理原則》）。

《處理原則》性質上雖屬公平會內部處理原則、使執法標準更臻明確，但其對於權利人及科技產業預測特定交易行為之合法性，仍具重要意義³⁸⁵。此外，我國公平交易法第 45 條規定，依智財法規行使權利之正當行為，不適用公平法之規範。而公平會所通過之《處理原則》，與智財權之行使有密切關係，對於判斷

³⁸³ 李素華（2001），〈專利及專門技術授權與公平法規範〉，《智慧財產權月刊》，31 期，頁 4。

³⁸⁴ 謝銘洋、陳人傑，前揭註 171，頁 564。

³⁸⁵ 李素華，前揭註 383，頁 4。

行為正當時，具有參考價值³⁸⁶。



《處理原則》於 2001 年公布後，至今經過多次修訂，最後一次修訂公布之日期為 2016 年 8 月 27 日。關於《處理原則》之主要規範內容，本文擬用表格整理之方式，將其中要點臚列如下：

表 9：《處理原則》之一般性規範

規範內容	法規依據	內涵	說明
本處理原則之適用範圍	第 2 點	專利、專門技術	<p>1. 專利，係指依我國專利法取得之發明專利或新型專利；於國外取得之專利所為之授權協議，而對我國相關市場產生限制競爭之影響者，僅得準用本處理原則；</p> <p>2. 專門技術，其定義與營業秘密法第 2 條之「營業秘密」要件相當³⁸⁷。</p>
市場力量的判定	第 3 點	擁有專利與專門技術之授權人，不推定具有市場力量	<p>1. 市場力量：經濟學定義係指事業有能力使價格持續高於競爭價位，或使產出持續低於競爭狀態下產出之能力；</p> <p>2. 智財法所賦予之法律上的排他地位，並不等於實際市場力量；法律上的排他地位是法律所創設之地位，而市場力量則須就個案做事實之檢證。故智慧財產權人是否具有市場力量，仍</p>

³⁸⁶ 謝銘洋、陳人傑，前揭註 171，頁 560。

³⁸⁷ 李素華，前揭註 383，頁 6。

			須視其與其他智慧財產或一般商品或服務之間，是否具有替代可能性而定 ³⁸⁸ 。
審查分析之步驟	第 4 點第 1 項	<p>1. 先依公平法第 45 條檢視；</p> <p>2. 若形式上正當，實質上逾越專利權範圍，則依公平法和本處理原則處理。</p>	<p>1. 處理專利、專門技術授權協議案件時，應先行檢視授權協議之限制約款，是否為專利法上行使權利之正當行為，如為專利法上行使權利之正當行為，則依公平交易法第 45 條規定處理之；</p> <p>2. 授權協議之限制約款形式上雖為依照專利法行使權利之正當行為，惟實際上已經逾越行使權利正當行為之範圍，違反保護授權技術制度之意旨時，仍應依公平交易法及本原則之規定處理之³⁸⁹。</p>
特定市場之認定	第 4 點第 2 項	<p>1. 商品市場</p> <p>2. 技術市場</p> <p>3. 創新市場</p>	<p>1. 商品市場：商品市場向來是我國公平法主管機關主要關切與管制的對象，公平法第 5 條規定：本法所稱相關市場，指事業就一定之商品或服務，從事競爭之區域或範圍。由此可知，公平法所關切之相關市場主要係以商品或服務之競爭市場而論³⁹⁰。本處理原則之商品市場定義係指利用授權技術而製造或提供商品之特定範圍，其不僅包含功能相同、相似之各項產品，亦應包含授權協議涉及商品之上、下游</p>

³⁸⁸ 謝銘洋、陳人傑，前揭註 171，頁 552。

³⁸⁹ 洪萱（2008），《論我國技術授權與市場競爭之處理原則》，頁 170，國立政治大學智慧財產研究所碩士論文。

³⁹⁰ 李素華、林育廷，前揭註 285，頁 127。

		<p>商品範圍³⁹¹。</p> <p>2.技術市場:根據美國 1995 之智財授權反托拉斯準則之定義:技術市場係指被授權技術,及足以嚴重影響被授權技術在技術相關市場實施市場支配力量的替代技術或替代物品所構成之市場。若一項智慧財產權與使用該智財權所製造之產品得以在市場上分別被交易時,主管機關即可針對技術市場來分析授權行為所引發之競爭效果³⁹²。</p> <p>認定技術市場範圍時需一併考量者為:</p> <p>(a)其他生產同類產品、消費者認為功能、經濟效益相同或其他具有替代作用產品之專利或專門技術;</p> <p>(b)與該項產品競爭之其他產品,及用以生產該產品之專利或專門技術³⁹³。</p> <p>3.創新市場:</p> <p>根據美國 1995 之智財授權反托拉斯準則之定義:創新市場係指由對於特定新穎或改良產品之研發與相近之研發替代者所組成的市場。相近之替代者係指研發成果,技術,產品,其可</p>
--	--	--

³⁹¹ 李素華、林育廷,前揭註 285,頁 8。

³⁹² 李素華、林育廷,前揭註 285,頁 127-128。

³⁹³ 李素華,前揭註 383,頁 8。

			<p>對相關研發之市場力量之行使產生顯著限制者，舉例而言，其可藉由限制假設獨佔者之能力與誘因，而阻礙研發之步調。主管機關只有在特定廠商擁有特定資產或特性，而有能力從事相關研究發展時，才會對創新市場進行界定³⁹⁴。</p> <p>以創新市場為範圍判斷事業間之競爭關係時，需考量因素有：從事研發所需各項特別資產或特性之比例、研發經費比例、相關產品比例、足以反應研究相同度之比例等。此外，授權協議造成資源整合之分配效率、替代性研發活動是否被阻絕之不利益等因素，亦應綜合判斷之³⁹⁵。</p>
審理授權協議應審酌事項	第 4 點第 3 項	<p>考量相關授權協議內容之合理性，並應審酌下列事項：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 授權人之市場力量； 2. 當事人之市場地位、市場狀況； 3. 授權協議增加技術利用機會與排 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 授權人就授權技術所擁有之市場力量，例如有無能力影響特定市場價格。 2. 授權當事人於特定市場之市場地位及市場狀況，例如：當事人在特定市場之競爭關係（水平或垂直競爭關係）、市場集中度（為獨占、寡占或完全競爭市場）。 3. 授權協議所增加之技術利用機會與排除競爭效果之影響程度，亦即該授權協議是否影響市

³⁹⁴ 李素華、林育廷，前揭註 285，頁 130。

³⁹⁵ 李素華，前揭註 383，頁 8。

		<p>除競爭效果之影響程度；</p> <p>4. 相關市場進出之難易程度；</p> <p>5. 授權協議限制期間之長短；</p> <p>6. 特定授權技術市場之國際或產業慣例。</p>	<p>場競爭秩序，例如：授權協議斷絕競爭相對人取得重要生產因素，或增加其取得重要生產因素成本、授權協議促成價格提升、限制相關商品之生產。</p> <p>4. 特定市場進出之難易程度，例如：新加入者是否需鉅額資金或高度技術性始能進入市場、產品差別化或替代化程度為何。</p> <p>5. 授權協議限制期間長短，例如：授權協議期限並未逾越專利有效期間者，此等協議較不易違反公平法規範。</p> <p>6. 特定授權技術之國際或產業慣例，例如：製藥技術之被授權人往往需就授權技術投入長期的後續研發與臨床實驗，始得量產、商業化。因此，該產業慣例係以獨家授權方式為之，以增加被授權人投入鉅額資金及人力之誘因。此等特殊之國際或產業慣例，在審視授權協議適法性時，需一併考量之³⁹⁶。</p>
--	--	--	---

上述之表格已整理《處理原則》之一般性規範，以下再就《處理原則》所例示之具體不違反以及違反公平交易法之事項進行介紹。

³⁹⁶ 李素華，前揭註 383，頁 10-12。

為了避免造成授權人在進行授權活動時的困擾，公平會於《處理原則》第5點，亦提出部分不會違反公平法的例示，也就是技術授權契約中限制條款的安全區域³⁹⁷。



表 10：《處理原則》之安全區規範

規範態樣	法規依據	條文內容	說明
1.授權實施 範圍限制	第 5 點第 1 項	約定被授權人 實施範圍 限於製造、使用或銷售之限制約款。	<p>此等約款於專利或專門授權協議中經常被援用，權利人得增加權利金取得、測試授權技術在新領域的適用、維持其在技術市場之獨占利益，進而避免搭便車之外部不經濟效果，增加權利人從事技術研發與授權行為之誘因³⁹⁸。</p> <p>詳言之，對被授權人就授權範圍劃分製造、使用、銷售之授權約款，有使智慧財產權更有效應用其創新、發明的作用。此種排他性的約定，一般對市場競爭影響不太。對被授權人而言，不啻為某種保障，促使其對此智慧財產權之商業化，及加強製造、促銷，願意投注更大的心力，亦可避免搭便車之外部不經濟效果，同時亦會使授權人願意從事授權行為之誘</p>

³⁹⁷ 劉承愚、賴文智，前揭註 212，頁 148。

³⁹⁸ 李素華，前揭註 383，頁 11。

			因，提升技術之擴散 ³⁹⁹ 。
2. 授權期間之限制	第 5 點第 2 項	在專利有效期間內，對於授權協議所為期間之限制。專門技術在非可歸責於授權人之事由，致使授權之專門技術喪失營業秘密性而被公開前所為授權協議期間之限制，亦同。	實務上之繼續性契約通常包含契約期間約款，專利或專門技術授權協議亦同，因此，只要該期間約定係在專利有效期間內、或專門技術非因授權人事由而喪失營業秘密性被公開前，均屬有效。此等約定之正當性，亦為營業秘密法第 7 條第 1 項所明定 ⁴⁰⁰ 。
3. 依商品製造、銷售數量或特定原材料、零件使用量計算授權實施費用之約定	第 5 點第 3 項	授權技術係製造過程之一部分或存在於零件，為計算上之方便，以使用授權技術生產之最終商品之製造、銷售數量，或以製造授權技術商品之必要原材料、零件之使用量或使用次數，作為計算授權實施費用之計算基礎。	在授權實務，當事人為便於權利金或授權金計算，往往約定以使用授權技術生產之最終商品製造、銷售數量，或以製造授權技術商品之必要原材料、零件使用量或使用次數作為計算基礎，此等約定亦屬適法 ⁴⁰¹ 。
4. 專利權消	第 5 點第 4 項	專利授權實施費用	依一般法理，專利期滿後或專門技術

³⁹⁹ 洪萱，前揭註 389，頁 172。

⁴⁰⁰ 李素華，前揭註 383，頁 11。

⁴⁰¹ 李素華，前揭註 383，頁 11-12。

<p>減後授權實施費用支付之義務</p>	<p>項</p>	<p>之支付係以分期付款或實施後以後付之方式支付時，約定被授權人於專利期滿後仍應支付其已使用授權技術之實施費用。因非可歸責於授權人之事由致專門技術被公開，被授權人仍須於依約定繼續支付實施費用者。</p>	<p>被公開後，任何人均得使用該等技術。惟有關技術授權實施費用之支付方式係以分期付款或是以使用後再支付授權實施費用，縱其給付授權實施費用時專利有效期限業已屆滿，或非可歸責於授權人之事由致專門技術被公開，被授權人不得即以此項理由拒絕支付授權實施費用。授權人要求被授權人支付授權實施費用，屬智慧財產權行使之合理範圍，尚不違反公平法之規定⁴⁰²。</p>
<p>5.改良技術之非專屬回饋授權</p>	<p>第 5 點第 5 項</p>	<p>技術授權協議約定被授權人應將改良技術或新應用之方法以非專屬之方式回饋授權予原授權人。</p>	<p>所謂回饋授權，係要求被授權人就授權專利所為之改良或新開發之技術，回返授權給授權人之授權行為態樣⁴⁰³。以競爭政策而觀，此等約定係對被授權人事業活動之限制，且使授權人持續取得技術上之壟斷地位。惟回饋授權亦可使授權當事人共同分擔研究開發風險、分享研發資訊，有助於雙方進一步利用授權技術，提升經濟效益。因此，在一定限度內，亦即非專屬性之回饋授權約定係屬適法。反之，專屬回饋授權約定則違反公平</p>

⁴⁰²洪萱，前揭註 389，頁 172。

⁴⁰³洪萱，前揭註 389，頁 173。

			法，蓋其會降低被授權人之技術創新意願 ⁴⁰⁴ 。
6.最大努力條款	第 5 點第 6 項	技術授權協議約定被授權人應盡其 最大努力 ，製造、銷售授權之商品。	授權人為確保授權技術在市場上之利用效益，乃於授權協議中要求被授權人應盡最大努力（licensee's best endeavours），此等約定並無限制競爭作用，原則上無公平法之違反 ⁴⁰⁵ 。
7.專門技術被授權人之保密義務	第 5 點第 7 項	專門技術授權協議約定被授權人於授權期間或授權協議期滿後對於仍具營業秘密性之專門技術負有 保密義務 。	由於 專門技術具有秘密性 ，其法律上之保護型態亦不若專利權。因此，授權人本身已就專門技術採取合理的保護措施，進而要求被授權人於 授權期間或授權協議期滿後，對於仍具有秘密性之專門技術負有保密義務 ，以保障其經濟價值，實屬合理要求 ⁴⁰⁶ 。此項限制雖會產生若干限制競爭效果，但其對市場競爭秩序影響不大，尚無違反公平法規定之虞 ⁴⁰⁷ 。
8.製造數量或使用技術之最低限制	第 5 點第 8 項	為確保授權人授權實施費用之最低收入，授權人要求被授權人利用授權技術製造商品之最低數量，要求授權技術之	所謂數量限制，係指被授權人被要求在生產某些商品時，被限制必須生產多少數量。一般數量之限制可分為 最低產量限制與最高產量限制 ，一般最低產量之限制尚不構成違法之理由，係因為專利權人之所以願意授權，就

⁴⁰⁴李素華，前揭註 383，頁 12。

⁴⁰⁵李素華，前揭註 383，頁 13。

⁴⁰⁶李素華，前揭註 383，頁 13。

⁴⁰⁷洪萱，前揭註 389，頁 173。

		最低使用次數，或就銷售商品要求最低數量之約款。	是希望被授權人能善加利用授權技術，如果產量太少，可能不符合授權人經濟利益之要求，而不願意將授權技術予以擴散，有礙保護授權技術之本旨 ⁴⁰⁸ 。
9. 一定品質之維持義務	第 5 點第 9 項	為使授權技術達到一定效用，維持授權商品一定品質之必要範圍內，授權人要求被授權人就授權技術之商品、原材料、零件等應維持一定品質之義務。	授權人為保障授權技術效用、維護商譽，往往會要求被授權人就授權技術之商品、原材料、零件等應維持一定品質。此等約定亦屬智財權行使之合理要求 ⁴⁰⁹ 。
10. 禁止讓與或再授權	第 5 點第 10 項	被授權人不得就授權技術為移轉或再為授權行為。	授權協議中通常限制被授權人不得就授權技術為移轉或再授權，此等約定為營業秘密法第 7 條第 2 項所明定之適法行為。蓋若允許被授權人得任意將授權技術移轉第三人，恐會影響授權當事人間之信賴關係 ⁴¹⁰ 。
11. 協議期滿後不得使用之限制	第 5 點第 11 項	在授權之專利仍為有效或授權之專門技術仍為營業秘密之前提下，被授權人	專利法明定專利權人專有排除他人未經同意而使用之權利，因此，授權協議期滿後被授權人不得繼續利用，實屬當然 ⁴¹¹ 。

⁴⁰⁸洪萱，前揭註 389，頁 173。

⁴⁰⁹李素華，前揭註 383，頁 13。

⁴¹⁰李素華，前揭註 383，頁 13。

⁴¹¹李素華，前揭註 383，頁 14。

		於授權協議期滿後 不得繼續實施授權 技術。	
--	--	-----------------------------	---

公平會於《處理原則》第 6 點中，亦提出可能違反公平法的例示，供授權人參考，避免觸法，各項內容如下所示：

表 11：《處理原則》之禁制區規範

規範態樣	依據	條文內容	說明	法律效果
1.聯合行為	第 6 點 第 1 項	有競爭關係之技術授權協議當事人間以契約、協議或其他方式之合意，共同決定授權商品之價格，或限制數量、交易對象、交易區域、研究開發領域等，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，授權協議當事人不得為之。	原則禁止、例外許可：聯合行為乃原則禁止，除非該等行為係有益於整體經濟與公共利益、符合公平法第 15 條但書所列各款，並經公平會個案許可者，始得為之。 例如： 具有競爭關係之甲授權人與乙被授權人約定，雙方以 A 授權技術進行之商品生產每日不得超過 10 萬件，或該商品每件售價為 10 元新台幣。此等約定乃限制市場競爭秩序之聯合行為，惟當事人約定目的係為確保或促進產品輸出，針對國外	當事人違反公平法第 15 條。

			<p>市場競爭所為者，即可該當公平法第 15 條但書第 4 款，申請公平會之個案許可⁴¹²。</p>	
2. 禁止競爭約款	第 6 點 第 2 項 第 1 款	<p>限制被授權人於技術授權協議期間或期滿後就競爭商品之研發、製造、使用、銷售或採用競爭技術。</p>	<p>授權協議之限制約款以排除被授權人利用或銷售與授權標的相競爭之技術為目的者，即為所謂排他性交易約款。</p> <p>在判斷排他性之授權協議是否違反公平法時，公平會將斟酌授權標的因為此一排他性約款所增加之利用機會與排除競爭效果之影響程度。</p> <p>又排他性約款是否排除競爭之效果，仍需考量此項限制對於相關市場進出之難易程度、市場集中度與排他協議期間之長短等因素後，如認其有反競爭之效果時，進一步評估該限制對被授權人對授權技術之研發及其改進授權技術意願之程度，不問在授權協議期間或協議期間屆滿後⁴¹³。</p>	<p>1. 當事人若有獨占地位，可能違反公平法第 9 條；</p> <p>2. 當事人可能違反公平法第 20 條第 5 款。</p>

⁴¹²李素華，前揭註 383，頁 15。

⁴¹³洪萱，前揭註 389，頁 174。

<p>3.使用範圍與交易對象限制約款</p>	<p>第 6 點 第 2 項 第 2 款</p>	<p>為達區隔顧客之目的或與授權範圍無關，而限制被授權人技術使用範圍或交易對象。</p>	<p>此種約定常見於授權實務，由權利人安排最適當之權利運用範圍與方式，應屬合理。</p> <p>惟授權人為以此等約定之目的係為區隔顧客、劃分市場區域者，則非公平法所允許。</p> <p>例如：甲授權人限制乙被授權人就 A 授權技術，僅得用於製造家庭使用之自動化設備，A 技術應用於工業用自動化設備另有丙被授權人。</p> <p>為區隔顧客、劃分市場區域之約定，對於市場競爭秩序有相當限制⁴¹⁴。</p>	<p>1. 當事人若有獨占地位，可能違反公平法第 9 條；</p> <p>2. 當事人可能違反公平法第 20 條第 5 款。</p>
<p>4.強制搭售約款</p>	<p>第 6 點 第 2 項 第 3 款</p>	<p>強制被授權人購買、接受或使用其不需要之專利或專門技術。</p>	<p>在商業交易實務，授權協議標的往往非單一技術，而係以包裹授權或概括授權方式為之，其目的可能是授權人為確保商品或服務品質及商譽，因而要求被授權人在接受 A 技術同時，必須一併接受 B 技術。</p>	<p>1. 當事人若有獨占地位，可能違反公平法第 9 條；</p> <p>2. 當事人可能違反公平</p>

⁴¹⁴李素華，前揭註 383，頁 17。

			<p>A 與 B 間若具有密切關連、互補互助之恰當功能，在交易習慣上係屬合理可接受，非為達到或取得市場控制地位之目的者，屬公平法之適法行為；反之，A 與 B 商品具有明顯獨立性，其搭售關係欠缺正當化理由者，即有限制競爭或妨礙競爭之虞。</p> <p>例如：甲公司授權乙公司 IC 製造之 A 技術同時，為提高 IC 製造良率，乙公司需同時接受甲公司之 B 技術，「提高製造良率」即 A 與 B 搭售關係之正當化理由。</p> <p>反之，乙公司在取得 IC 製造 A 技術同時，必須一併接受甲公司之通訊設備 C 技術，A 與 C 間乃分別獨立者，此等搭售約定即可能構成公平法非難⁴¹⁵。</p>	<p>法第 20 條第 5 款。</p>
5. 強制專屬回饋授權	第 6 點 第 2 項	強制被授權人應就授權之專利或專門技術	若約定內容乃被授權人對於改良技術具有專屬回饋授權義務	1. 當事人若有獨占地位，

⁴¹⁵李素華，前揭註 383，頁 17-18。

約款	第 4 款	所為之改良以 專屬 方式 回饋 予授權人。	者，則會限制被授權人之技術改良與研發意願、有礙改良技術擴散至第三人，因此，屬智財權行使過當之限制競爭行為 ⁴¹⁶ 。	可能違反公平法第 9 條； 2. 當事人可能違反公平法第 20 條第 5 款。
6. 專利權消滅後之授權金支付與使用限制約款	第 6 點 第 2 項 第 5 款	授權之 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，授權人 限制被授權人自由使用系爭技術 或要求被授權人 支付授權實施費用 。	蓋專利消滅或專門技術被公開後，任意第三人均得自由利用該等技術，授權人不得以協議方式限制被授權人或要求繼續支付授權實施費用 ⁴¹⁷ 。	1. 當事人若有獨占地位，可能違反公平法第 9 條； 2. 當事人可能違反公平法第 20 條第 5 款。
7. 限制轉售價格約款	第 6 點 第 2 項 第 6 款	限制被授權人就其製造、生產授權商品銷售與第三人之價格 。	授權人限制被授權人就其製造、生產授權商品銷售與第三人之價格，此即轉售價格限制約款，其屬契約自由原則之違反，商品交易價格亦因而無法由市場供需機制決定 ⁴¹⁸ 。	1. 當事人若有獨占地位，可能違反公平法第 9 條； 2. 當事人可能違反公平

⁴¹⁶李素華，前揭註 383，頁 18-19。

⁴¹⁷李素華，前揭註 383，頁 19。

⁴¹⁸李素華，前揭註 383，頁 19。

				法第 20 條第 5 款。
8.不爭條款	第 6 點 第 2 項 第 7 款	限制被授權人爭執授權技術之 有效性 。	以專利權為例，主管機關決定特定技術是否應授與專利，係屬 公共政策問題 ，蓋其賦予專利權人一定期間內之法律獨占、排他權。若特定技術不應受到專利法保護卻取得專利權者，其對社會公益必然產生不利影響，因此， 禁止舉發權利無效約定有礙社會公益之維護 。此外，被授權人既已支付對價，所取得者竟為有瑕疵之權利內容，又無法向其主張授權技術之無效，顯有失公平 ⁴¹⁹ 。	1. 當事人若有獨占地位，可能違反公平法第 9 條； 2. 當事人可能違反公平法第 20 條第 5 款。
9.拒絕提供授權專利資訊條款	第 6 點 第 2 項 第 8 款	拒絕提供被授權人有關授權專利之 內容、範圍或專利有效期限 等。	技術授權協議授權人基於授權協議契約之本旨，對於其所為授權協議標的之內容、範圍或其所有之專利有效期限等基本資料， 應即主動提供給被授權人，以踐行契約履行之主要義務 。惟依公平會以往處理案例，部分授權之事業在授權協議索取權利金談判過程中，拒絕提	1. 當事人若有獨占地位，可能違反公平法第 9 條； 2. 當事人可能違反公平法第 20 條第 5 款。

⁴¹⁹李素華，前揭註 383，頁 20。

			<p>供被授權人有關授權專利之內容、範圍或專利有效期限等基本資料即逕行專利權之追索，即有利用其智財權所有市場之優勢地位，迫使被授權人接受授權協議，授權人所為此種限制對特定市場具有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，違反公平交易法第 20 條第 5 款規定⁴²⁰。</p>	
10. 授權區域限制約款	第 6 點 第 2 項 第 9 款	<p>專利授權協議在專利有效期間內，於我國領域內區分授權區域之限制；專門技術授權協議在非可歸責於授權人之事由，致使授權之專門技術喪失營業秘密性而被公開前對專門技術所為區域之限制，亦同。</p>	<p>授權技術有效期間內，對授權技術所為區域之限制，例如：被授權人僅得於大台北地區使用 A 授權技術。此等約定於交易實務常見，國外立法例亦認為雖會產生限制競爭效果，但其應屬智財權行使之合理範圍。惟《處理原則》係將此等限制約款列為可能違法行為類型，其立法考量或鑑於我國經濟規模不大、土地狹窄，若任由授權人劃分授權區域，將進一步割裂有限市場，因而不利於島內貨</p>	<p>1. 當事人若有獨占地位，可能違反公平法第 9 條； 2. 當事人可能違反公平法第 20 條第 5 款。</p>

⁴²⁰洪萱，前揭註 389，頁 175-176。

			暢其流與商業發展。據此，授權協議若包含區域限制約定者，需依《處理原則》第 4 點規定審視其適法性 ⁴²¹ 。	
11. 最高產量限制約款	第 6 點 第 2 項 第 10 款	限制被授權人製造或銷售商品數量之上限，或限制其使用專利、專門技術次數之上限。	約定內容若為最高數量限制，例如：被授權人使用 A 技術每個月生產之電腦數量不得超過 10 萬台，若超過者，授權人將提高授權金費率。此等約定不僅對授權技術之利用效率有所限制，亦可能影響下游市場之產品供給量、價格與競爭秩序 ⁴²² 。	1. 當事人若有獨占地位，可能違反公平法第 9 條； 2. 當事人可能違反公平法第 20 條第 5 款。
12. 交易相對人之限制	第 6 點 第 2 項 第 11 款	要求被授權人必須透過授權人或其指定之人銷售。	例如：甲授權人要求乙被授權人就 A 授權技術生產之商品，必須由甲之子公司丙負責銷售業務。此等約定亦屬對交易相對人之限制，通常與智財權行使並無密切關連 ⁴²³ 。	1. 當事人若有獨占地位，可能違反公平法第 9 條； 2. 當事人可能違反公平法第 20 條第 5 款。
13. 逕依商標之製造	第 6 點 第 2 項	不問被授權人是否使用授權技術，授權人	例如：授權技術為製造光纖耦合器之熔燒技術，權利金計算	1. 當事人若有獨占地位，

⁴²¹李素華，前揭註 383，頁 22。

⁴²²李素華，前揭註 383，頁 23。

⁴²³李素華，前揭註 383，頁 23。

銷量要求 授權金約 款	第 12 款	逕依被授權人某一商 品之製造或銷售數 量，要求被授權人支 付授權實施費用。	<p>基礎乃被授權人銷售之光纖耦 合器數量，不問銷售之產品是 否使用該熔燒技術所生產者。</p> <p>就專利權及權利行使本質而 言，權利人得主張權利、要求支 付授權實施費用之範圍應僅及 於法定保護界限；若超過此等 範圍者，即屬權利濫用。</p> <p>惟在交易慣例中，亦有基於商 業上之便利而為此等約定，對 特定市場並不當然產生限制競 爭效果者，因此，其適法性亦需 由個案判斷之⁴²⁴。</p>	<p>可能違反公 平法第 9 條；</p> <p>2. 當事人可 能違反公平 法第 20 條第 5 款。</p>
14. 對購買 原材料、零 件等交易 對象之限 制	第 6 點 第 3 項	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 護專門技術秘密性之 合理必要範圍內，如	<p>本款亦為「搭售」型態行為之 一，按搭售可能會產生反競爭 效果，但是有時搭售也會有提 昇競爭之效率或是具有促進競 爭之效果，仍需以合理原則加 以判斷之。</p> <p>惟有時技術授權協議當事人間 藉由對購買原材料、零件等交</p>	<p>1. 當事人若 有獨占地位， 可能違反公 平法第 9 條；</p> <p>2. 當事人可 能違反公平 法第 20 條第 1 款；</p>

⁴²⁴李素華，前揭註 383，頁 23。

		在特定市場具有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，授權協議當事人不得為之。	易對象限制之規定，構成杯葛或搭售等限制事業活動之情形，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 20 條第 1 款或第 5 款規定 ⁴²⁵ 。	3. 當事人可能違反公平法第 20 條第 5 款；
15. 無正當理由差別待遇	第 6 點 第 4 項	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，授權協議當事人不得為之。	以專利權本質而言，權利人擁有法律上所賦予獨占、排他權，本應有權決定個別授權技術之定價，例如：A 授權協議所定權利金為每件產品 20 元新台幣，但 B 及 C 授權協議之權利金則分別為 15 元與 25 元。 惟由成本角度而觀，權利人為授權行為所需成本應無太大差異，其權利金計算方式與基礎亦應相當，若任由權利人憑一時決定給予交易地位相同之其他事業不同定價者，市場交易秩序之混亂當可想而知。據此，本處理原則乃明定，差別待遇約款應以個案判斷其違法性 ⁴²⁶ 。	1. 當事人若有獨占地位，可能違反公平法第 9 條； 2. 當事人可能違反公平法第 20 條第 2 款。

⁴²⁵洪萱，前揭註 389，頁 177。

⁴²⁶李素華，前揭註 383，頁 24。

第二節 合理原則對於可能之反競爭條款之運用



第一項 當然違法原則與合理原則

美國競爭法中對於可能違法行為之分析向有「當然違法原則(per se illegal)」與「合理原則(rule of reason)」之運用。

如美國 2000 年由 FTC 與 DOJ 所公布之「競爭者合作聯盟指導指南(Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors)」第 1.2 節中指出，最高法院用兩種分析方式來決定競爭者間協議之合法性：「當然違法原則(per se)」與「合理原則(rule of reason)」。有些種類之協議很可能傷害競爭，而且沒有顯著之促進競爭效益，沒有理由花費時間和費用去特別研究它們的影響；**一旦被辨認出來，這些協議就會被認為是當然違法的。**其他協議是基於**合理原則**被評估，其涉及對於一協議**整體之競爭影響**的事實上調查。如同最高法院所解釋者，合理原則分析需要靈活的調查，其焦點和細節會基於該協議與市場環境而變化⁴²⁷。

第一款 「當然違法原則」

就「當然違法原則」而言，法院關注的重點是特定的限制競爭行為是否發生，**只要發生了特定的行為，就當然認定該行為是違法行為**，而至於行為的後果，並不是認定行為違法時考慮之要素⁴²⁸。論者有云，「當然違法原則」是反托拉斯法

⁴²⁷ Federal Trade Commission & the U.S. Department of Justice. (2000) "Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors." §1.2.

⁴²⁸ 孟雁北 (2017)，〈第五章 禁止壟斷協議行為制度〉，氏著，《反壟斷法》，頁 135，北京：北京大學。

中的王牌，當一個反托拉斯的原告成功打出這張牌，他需要做的只是計算得分而已。在司法實踐中，該規則也因其不同於模糊的合理原則，有著清晰的界線而受到讚譽⁴²⁹。



學者認為，「當然違法原則」之優點在於避免司法資源的浪費，理由在於因為經濟生活的複雜性，即便是公認具有較大危害性之企業行為，亦往往可以找到若干利於經濟效率、促進競爭之因素，若在每個案件中都進行全面的考察，可能會造成司法資源、社會資源的濫用與浪費；此外，由於被告者通常為大型企業，可動用之訴訟資源往往超過作為原告之中小企業和消費者，若不做出這種一刀切式的規定，很難抵銷雙方之間壓倒性的地位差異。美國主流觀點亦認同「當然違法原則」所能提供之優點在於確定性、可預期性、節省司法資源等等⁴³⁰。

然而此一節省資源之觀點，亦受學者所質疑。學者指出，「當然違法原則」可能會產生錯誤，而錯誤之成本會造成法遵之成本。例如，非常嚴格的搭售規範可能會影響公司，使其避免去採取對社會有益之搭售。設想不周的當然違法原則可能會產生非常高的錯誤成本，高於任何藉由使用當然違法原則所節省之行政成本，如美國最高法院於 1950-1960 年代所採取之搭售規則、以及於 Topco⁴³¹ 案中對於合資案例所採取的態度(在當然違法原則下，譴責競爭上無害之合資市場分割協議)⁴³²。

學者從歷史的角度看來，有些不完美的「當然違法原則」產生了巨大的行政成本、同時沒有增加市場的競爭性。由於這些採用「當然違法原則」的決定一開

⁴²⁹ 李勝利、王超(2017)，〈美國反托拉斯法中的違法判斷準則〉，《經濟法學家》，12卷，頁216。

⁴³⁰ 李勝利、王超，前揭註429，頁217。

⁴³¹ United States v. Topco Assocs., Inc., 405 U.S. 596, 607-08 (1972)

⁴³² Hovenkamp, H. J. (2017). The rule of reason. U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 17-28. p13-p14.

始就是錯的，而產生了嚴重的抗拒。這些「當然違法原則」逐漸接受很多的例外，在訴訟上所耗費的成本和基本的「合理原則」差不多⁴³³。

舉例而言，就維持轉售價格(RPM)此一行為，美國最高法院在 1911 年採取了不夠清楚的「當然違法原則」。8 年之後，在 Colgate 案件中改宣布只有利用「協議」來維持轉售價格才是不合法的。這決定造成了長達 90 年的訴訟噩夢，訴訟當事人花費昂貴的努力來決定轉售價格到底是透過是「單方」還是「協議」來施加的，而不問是否系爭定價行為具有反競爭性。同樣在訴訟中被劇烈爭執的議題還有，這個系爭交易商實際上是一個「經銷商」，或者只是一個可以合法控制價格的「代理商」，然而，這些「代理商」議題對於維持轉售價格之競爭效益一點影響都沒有⁴³⁴。

換言之，「當然違法原則」表面上看起來似乎可以節省訴訟資源，實則是將訴訟資源導向爭執行為形式上之定義，而非就是系爭行為否影響競爭之本質進行探討，反而造就了資源的錯置。

另有學者指出，「當然違法原則」還有以下之缺陷：

1. 適用「當然違法原則」可能會損害公平和正義，儘管該原則之適用可以解決效率問題，但過度簡明的標準會限制或妨礙許多對競爭和經濟發展利大於弊的行為的判斷，在行為的競爭後果具有多面性的情況下，以評價證據有難度為由而一概採取簡明標準，沒有充分的理由，也損害公平與正義⁴³⁵；

⁴³³ *Id.* at 14.

⁴³⁴ *Id.* at 14-15.

⁴³⁵ 孟雁北，前揭註 428，頁 137。

2. 「當然違法原則」的簡單化使其在適用時不可避免存在失誤。波斯納指出：「語言所固有的模糊性與以及人類預見能力和知識的侷限性，限制了決策者精確和窮盡地列舉應當適用一般原則的具體情形的能力。因此，將一項標準轉換為幾項規則，實際上必然導致涵蓋面過寬或過窄。」「當然違法原則」在適用時過於簡單，沒有充分考慮經濟行為的複雜性，非常有可能存在失誤⁴³⁶。

綜合上述，「當然違法原則」表面上看來雖有節省資源、易於操作、可預測等優點，然而可能實際上卻是使資源錯置於形式議題而非集中於探究對於競爭的影響程度；其捨公平正義而就效率，失去法律本身追求正義之目的；其不可避免導致失誤之本質，可能增加更多的錯誤成本使得整個社會皆蒙其害。因此，美國對於限制競爭行為的分析逐漸由「當然違法原則」轉向「合理原則」；學者指出，如今，美國對於「當然違法原則」之適用範圍已越來越狹窄，今日只有在純粹的價格限制、市場區隔協議、一小部分的杯葛行為、共同拒絕交易，以及少數的搭售安排才會適用「當然違法原則」⁴³⁷。

第二款 「合理原則」

再就「合理原則」而言，學者指出，其起源自 1911 年之 Standard Oil⁴³⁸ 案，於該案中，最高法院大法官 White 認為，除非有「理由」，任何人不能決定反托拉斯之案件。因此，開啟了「合理原則」之適用⁴³⁹。而在數年後，1918 年之 Chicago Board of Trade 案中，大法官 Brandeis 提出了對於「合理原則」一般性之權衡標準：

⁴³⁶ 孟雁北，前揭註 428，頁 137。

⁴³⁷ Hovenkamp, H. J., *supra* note 432, at 2.

⁴³⁸ Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911).

⁴³⁹ Hovenkamp, H. J., *supra* note 432, at 2.

合法性之真正測試在於是否該限制可否促進競爭、或是否可能抑制或甚至摧毀競爭。要決定此問題，法院必須通常考量關於限制被適用之行業特有之事實，在限制被施加之前與之後的狀態、該限制之本質及其實際上或可能之效應。限制之歷史、存在之惡、必須採用特定救濟之理由、要達到之目的與結果...皆是相關之事實⁴⁴⁰。

然而，學者亦指出，使所有事情都變成相關事實的測試法其實並沒有用，因為其沒有提供加權、或識別重要因素之衡量方式⁴⁴¹。

另有學者指出，光是基於對反托拉斯法之宗旨的理解不同，即相應地會在衡量合理與不合理上使用不同的標準。學者將之區分為「顯性傳統」與「隱性傳統」兩類⁴⁴²：

1. 「顯性傳統」：認為反托拉斯法宗旨僅在於促進競爭，因此，其僅從限制對於競爭的影響，來理解限制的合理性與不合理性；在此種傳統下有下列合理原則之標準：
 - (1) 若一限制有顯著的反競爭效果，即是不合理的；
 - (2) 若一限制之反競爭效果顯著地超過其促進競爭的效果，即是不合理的；
 - (3) 若一限制之反競爭效果超過其促進競爭的效果，即是不合理的；(省略顯著性要求)
 - (4) 若一限制旨在產生顯著的反競爭效果，即是不合理的；(加入意圖)
 - (5) 若一限制旨在使反競爭效果顯著地超過其促進競爭的效果，即是不

⁴⁴⁰ Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231 (1918)

⁴⁴¹ Hovenkamp, H. J., *supra* note 432, at 39.

⁴⁴² 奧利弗·布萊克(Oliver Black) (著)，向國成、袁媛等人(譯)(2010)，《反壟斷的哲學基礎》，頁 59，大連：東北財經大學。



合理的；

- (6) 若一限制旨在使反競爭效果**超過**其促進競爭的效果，即是不合理的；
- (7) 若一限制**具有或旨在**使反競爭效果**超過**其促進競爭的效果，即是不合理的⁴⁴³；

2. 「隱性傳統」：認為反托拉斯法宗旨係在一個廣泛的、無限制目的範圍內促進競爭，判斷限制是否合理的標準，可以有公正性、選擇多樣性、消費者與小企業的保護、控制力的分散程度、財富再分配、技術創新、企業間交易抉擇權力...等等，舉例而言，其標準可能如下：

- (1) 若一限制是促進或旨在促進**技術創新**的，則其是合理的；
- (2) 若一限制充分滿足或旨在充分滿足**足夠數量的相關標準**，則其是合理的⁴⁴⁴；

由此可知，合理原則標準之選定，其實仍與反托拉斯法所欲落實之目標息息相關，這也是為何在細部探討具體制度之前，須先探討競爭法所欲追求之目的、所欲保存之價值，因為唯有目標確立之後，才能依此上位之價值目標，指導下位原則之運用與解釋。

基於合理原則之種種優點，歷史演進上對於限制競爭行為的分析，逐漸由當然違法原則自合理原則邁進，試簡介學者對於合理原則優點之說明如下：

1. 適用合理原則對於限制競爭行為的違法性判斷更具公正性：

合理原則可使執法機關和法院可以考慮經濟生活中的變量，從而對競爭限制競爭行為進行準確的判斷；避免機械執法對於正常經濟生活帶來的負面

⁴⁴³ 奧利弗.布萊克(Oliver Black) (著)，前揭註 442，頁 59-61。

⁴⁴⁴ 奧利弗.布萊克(Oliver Black) (著)，前揭註 442，頁 61-62。

影響⁴⁴⁵；一方面可以提高經濟效率，另一方面也可以保障被告之公平辯護權⁴⁴⁶；



2. 適用合理原則可使國家**整體利益**更容易實現：

合理原則賦予執法者更大的自由裁量權，使執法者可以根據實際情況，靈活運用法律來規限制競爭行為，更容易實現**整體利益**⁴⁴⁷；

3. **節省修訂當然違法原則之成本**：

對於當然違法原則作出系統與精密性的規定、以及依隨經濟條件變化來不斷修訂當然違法原則以保持精準皆需耗費成本，若採用合理原則即可免去這些成本⁴⁴⁸。

依此，基於合理原則帶來之準確、公正、提升經濟效益等優勢，在此一科技發展日新月異，商業模式不斷推陳出新的年代，競爭法在分析前所未有之新穎商業行為時，或許應先考慮採取合理原則之分析模式，以競爭法所欲達到之目的作為上位之指導原則，以證據為基礎，仔細考量個案事實，分析其對於競爭之影響效應，以免重蹈歷史上貿然採用當然違法原則、未就競爭效果精確分析、而致整個社會蒙受其害之覆轍。

⁴⁴⁵ 孟雁北，前揭註 428，頁 139。

⁴⁴⁶ 奧利弗·布萊克(Oliver Black) (著)，前揭註 442，頁 69。

⁴⁴⁷ 孟雁北，前揭註 428，頁 139。

⁴⁴⁸ 奧利弗·布萊克(Oliver Black) (著)，前揭註 442，頁 69。

第二項 合理原則於專利授權行為上之運用



我國公平交易法本文中，似未明文指出合理原則之運用及其考慮因素，惟於公平交易法之施行細則第 25-28 條中，對各種垂直限制競爭行為列有各種綜合考量因素。如施行細則第 28 條即指出，對於公平交易法第 20 條第 5 款之其他限制事業活動之情形，限制是否不正當而有限制競爭之虞，應綜合**當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品或服務特性及履行情況對市場競爭之影響**等加以判斷，應即屬利用合理原則來分析對於垂直交易相對人之限制是否合理正當。

我國《公平交易委員會對於技術授權協議案件之處理原則》(下稱《處理原則》)第 4 點第 3 項中指出，公平會對於技術授權協議案件之審議，應考慮相關授權協議內容之**合理性**，並審酌授權人就授權技術所具有之市場力量、授權協議當事人於相關市場之市場地位及市場狀況、授權協議所增加技術之利用機會與排除競爭效果之影響程度、相關市場進出之難易程度、授權協議限制期間之長短、相關市場之國際或產業慣例。

就該合理性之審酌要件，似顯示對於技術授權協議案件之處理，應採**合理原則之分析方式**，惟該合理原則應審查之內涵，除了其所列示之市場力量、市場地位及市場狀況、相關市場進出之難易程度...等等因素，是否仍須考量更多其他之因素，仍有疑義。蓋許多列於禁制規範之授權條款皆被認為屬於違反公平交易法第 20 條第 5 款之其他限制事業活動之情形，則該等條款是否適用於施行細則第 28 條或相關細則之判斷標準，目前亦尚未有明文規範；而就《處理原則》第 6 點所例示之禁制事項，究竟全屬於可以合理原則判斷之條款，還是當中有當然違法之條款，自法條中亦無法辨明。因此，實際上如何將合理原則操作於專利授權條款之反競爭分析上，可能還須待更多案例與說明來加以補充。

惟，美國法上對於合理原則之運用已有一定之歷史與經驗，故或許可成為我國未來執法上參考之依據，下文擬自**舉證責任與分析架構**兩部分，探討合理原則在專利授權行為上之可能運用。



首先，就**舉證責任**之層面而言，學者有認為，我國《處理原則》具有「合理原則」與「當然違法」區分不明顯之問題，惟依《處理原則》第6點之規定，禁制事項仍需達到「足以影響相關市場之功能」、「具有限制競爭之虞」才屬禁止之列，與美國法上「當然違法」之精神並不相同。故我國法制下所謂「合理原則」與「當然違法」區別之實益，應在於舉證責任之負擔。若行為屬於「當然違法」類型，舉證責任在行為人，授權人應提出反證證明該行為並未影響市場競爭，否則即認為該行為違法；反之，若適用「合理原則」之類型，應由公平會證明授權人之行為有限制競爭之效果發生⁴⁴⁹。

而就「合理原則」之舉證責任，學者指出，美國法院多年來已發展出三階段舉證責任負擔轉換法，或許可作為我國之參考，以下僅就此進行簡介。

1. 第一階段的舉證責任在於反托拉斯法案件的原告身上：原告需證明被告具有**足夠的市場力量**，足以使反競爭性的限制可行，且**真的至少有一個此種限制存在**；亦即是建立一個初步之競爭傷害(a prima facie of competitive harm)；在此階段中，市場力量是必要條件，而非充分條件，僅證明被告有市場力量，仍不能符合反競爭性的要件，原告需證明系爭行為傷害了市場競爭⁴⁵⁰。

⁴⁴⁹ 王偉霖、張俊宏，前揭註 156，頁 157。

⁴⁵⁰ Hovenkamp, H. J., *supra* note 432, at 16-17.

- 
2. 第二階段的舉證責任轉至反托拉斯法案件的**被告**：被告需證明該行為之促進競爭之**正當化事由**；該正當化事由應該是基於個案評估，而非以類型化之方式判斷⁴⁵¹；
 3. 第三階段的舉證責任轉回至反托拉斯法案件的**原告**：若被告可以提供行為足以促進競爭之正當化事由，則舉證責任再轉回原告，此時原告需證明此種正當化事由應該用其他**最小限制之替代方法**來實現，此種替代方法可以提供相同的效用，並且不會造成競爭傷害⁴⁵²。

最後，若沒有最小限制之替代方法，則法院必須檢視系爭限制與正當化事由，進行衡量以評估**淨反競爭效應(net anti-competitive effects)**⁴⁵³。換言之，只有到舉證責任之第三階段之後，才會有所謂的反競爭與促進競爭之效果衡量⁴⁵⁴。

其次，就**分析架構**而言，美國 2017 年《指南》第 3.4 評估授權限制之架構一節中指出，在絕大多數的案件中，**智財授權安排的限制皆會基於「合理原則」來評估**。執法機關會調查是否該限制有可能具有反競爭效應；若有，是否該限制對於達到促進競爭之利益是必要的、且該促進競爭的利益超過那些反競爭效應⁴⁵⁵。在有些情況下，法院認為一個限制之本質與必要的影響是完全反競爭性的，就會被視為**當然違法**，不用調查該限制可能的競爭效應，例如純粹的價格限制、產出限制、水平競爭者之間的市場區隔協議、某些團體杯葛行為⁴⁵⁶。

⁴⁵¹ Hovenkamp, H. J., *supra* note 432, at 17-18.

⁴⁵² Hovenkamp, H. J., *supra* note 432, at 17-18.

⁴⁵³ Hovenkamp, H. J., *supra* note 432, at 17-18.

⁴⁵⁴ 李勝利、王超，前揭註 429，頁 218。

⁴⁵⁵ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §3.4.

⁴⁵⁶ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §3.4.

至於如何決定一個授權安排之限制是應該用當然違法原則還是用合理原則來分析？美國《指南》指出，執法機關會採取是否可期待系爭限制對於「促進經濟活動整合之效率」有貢獻之標準⁴⁵⁷。



一般來說，授權安排會促進經濟活動整合，因為其有助於將授權人之智財權與被授權人所用有的互補生產要素相結合。如果系爭限制沒有「促進經濟活動整合之效率」，且此種限制之類型已屬於當然違法原則之範疇，則執法機關會以當然違法原則來看待此限制。否則，執法機關會適用合理原則之分析⁴⁵⁸。

若執法機關決定採用合理原則分析之後，接下來要考慮之因素為何？美國2017年《指南》第4 執法機關基於合理原則評估授權安排之一般原則一節中指出，其將分析反競爭效果、效率與正當化事由、以及安全區⁴⁵⁹。以下僅就這些一般原則進行簡介：

第一款 反競爭效果分析

反競爭效果分析係主要會從市場結構、協調行為、封鎖效果、契約專屬性等層面進行分析⁴⁶⁰。

1. 市場結構、協調行為(Coordination)、封鎖效果(Foreclosure)：

先區分是授權人與被授權人之間是處於水平關係還是垂直關係：

⁴⁵⁷ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §3.4.

⁴⁵⁸ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §3.4.

⁴⁵⁹ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.

⁴⁶⁰ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.1.



(1) 水平關係：

會考慮授權安排可能產生之**風險**為：協調價格(coordinated pricing)、產出限制、取得與維持市場力量、減緩或限制新的商品或方法之發展。對於造成競爭傷害者之**可能性**會考量：在相關市場中之集中度、進入障礙、供給與需求對於價格變化之反應程度⁴⁶¹。

(2) 垂直關係：

當授權人與被授權人處於垂直關係時，執法機關會分析是否該授權安排會**傷害授權人或被授權人於水平層面上之競爭**，或可能傷害於**其他相關市場之競爭**。主要會考量之可能競爭傷害為封鎖效果、協調行為⁴⁶²。

i. 封鎖效果：

包含封鎖競爭者使其無法近用(access)重要的投入要素、或增加競爭者**取得重要的投入要素之成本**；對於反競爭性封鎖可能之考量因素為：由系爭授權限制所影響之市場的比例；相關市場的其他特徵，如集中度、進入障礙、供給與需求對於價格變化之反應程度、以及系爭限制之持續時間⁴⁶³。

然而，在僅只是由於產業中部分或所有的被授權人皆選擇系爭授權技術而排除其他技術的情況下，授權安排並沒有封鎖競爭。會造成排他使用可能是**效率的結果**，因為該授權技術具有最低的成本或最高的價值所致⁴⁶⁴。

⁴⁶¹ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.1.1.

⁴⁶² US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.1.1.

⁴⁶³ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.1.1.

⁴⁶⁴ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.1.1.

ii. 協調行為：

若垂直授權安排之限制促進水平之間的競爭者，進行在相關市場中**提高價格或減少產出**之協調，則會造成競爭之傷害⁴⁶⁵。

舉例來說，若競爭技術之擁有者們，對於他們的被授權人們都**附加相似之限制**，被授權人們可能發現這比較容易來協調他們的定價。相似的，彼此身為競爭者之被授權人們，若從一個共同的授權人或互相競爭的授權人之間**接受相同的授權限制**，被授權人們可能發現這比較容易來協調他們的定價。當**相關市場集中度高且難以進入**時，反競爭性的協調行為風險即會增加⁴⁶⁶。

然而，在一個產業中，使用相似的限制也可能是常見與**促進競爭**的，因為其造成該授權技術被有效的利用⁴⁶⁷。以下表就前述反競爭效果分析之結構部分進行簡單整理：

⁴⁶⁵ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.1.1.

⁴⁶⁶ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.1.1.

⁴⁶⁷ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.1.1.

表 12：水平、垂直關係之反競爭效果分析

水平關係		垂直關係	
競爭傷害	協調價格； 產出限制； 取得與維持市場力量； 減緩或限制新的商品或方法之發展。	封鎖效果	協調行為
		封鎖競爭者使其無法近用重要的投入要素； 增加競爭者取得重要的投入要素之成本。	協調提高價格； 協調減少產出。
考量因素	在相關市場中：集中度； 進入障礙； 供給與需求對於價格變化之反應程度。	由系爭授權限制所影響之市場的比例； 相關市場： 集中度； 進入障礙； 供給與需求對於價格變化之反應程度； 系爭限制之持續時間。	相關市場集中度高； 相關市場難以進入。
其他注意事項	X	會造成排除其他技術使用也可能是效率的結果，因為該授權技術具有最低的成本或最高的價值所致。並非因授權安排而封鎖競爭。	使用相似的限制也可能促進競爭，因為其造成該授權技術被有效的利用

2. 涉及專屬性(Exclusivity)之授權安排：



一個授權安排可能在兩個不同的層面涉及「專屬性(exclusivity)」之議題。第一個層面是「專屬授權(exclusive license)」，另一個層面是「排他性交易(exclusive dealing)」⁴⁶⁸，以下分別就這兩個層面進行簡介：

(1) 專屬授權：

此包括專屬授權、或一或多項之部分專屬授權(如地區、使用範圍授權)之情況，其限制授權人授權給其他人或自己使用該科技的能力。一般而言，此種專屬授權只有在：授權人之間是水平關係、被授權人之間是水平關係、或授權人與被授權人之間是水平關係時，才会有反托拉斯法上的疑慮。舉例而言，可能造成反托拉斯法上疑慮之涉及專屬授權之安排為：集體具有市場力量之競爭者之間的交互授權、回饋授權、智財權之購得(acquisitions)⁴⁶⁹。

反之，若是**非專屬授權**，只要不含任何對於授權人或被授權人之競爭行為的限制，**一般就不會造成反托拉斯法上疑慮**。就算授權當事人處於水平關係也一樣，因為非專屬授權通常不會減少，在沒有非專屬授權也會發生的競爭⁴⁷⁰。

(2) 排他性交易：

排他性交易是指在授權時**禁止或限制被授權人授權、販賣、經銷(distributing)、或使用競爭技術**。可能藉由授權中明示之排他交易條款或其他補償條款或其他具有經濟誘因之條款來達成該排他性。此種限制可能造成之

⁴⁶⁸ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.1.2.

⁴⁶⁹ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.1.2.

⁴⁷⁰ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.1.2.

反競爭性之封鎖競爭者使其無法近用重要的投入要素、或增加競爭者取得重要的投入要素之成本、或促進協調價格的提升與產量的減少⁴⁷¹。

然而，其亦有可能具有**促進競爭**之效果。舉例而言，使被授權人免於涉及其他技術交易的授權安排，可能可以鼓勵被授權人發展與行銷該授權技術、或該技術之特別應用。因此，執法機關在評估該安排的合理性時，會考慮這些促進競爭之效果⁴⁷²。

運用在對於授權人排他性安排的反托拉斯分析原則，和其他與授權無關的垂直限制領域(如專屬地域、排他性交易)相似。然而，在某些案件中，**智財權可能比其他產權更容易被剽竊(misappropriated)的事實**，可能可以正當化在其他領域中可能具有反競爭性之限制⁴⁷³。

第二款 效率與正當化事由分析

一旦經由前述分析發現系爭限制具有或可能具有反競爭效果，則接下來執法機關會進行效率與正當化事由之分析，主要會評估系爭限制之促進競爭效率、達到效率之合理必須性、持續期間。以下分就各點進行簡介⁴⁷⁴：

1. 促進競爭效率之評估：

若執法機關認為系爭限制具有或可能具有反競爭效果，接著則會考量**是否該限制是達到促進競爭效率所合理必須者**。若系爭限制是合理必須的，執

⁴⁷¹ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.1.2.

⁴⁷² US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.1.2.

⁴⁷³ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.1.2.

⁴⁷⁴ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.2.

法機關則會衡量促進競爭效率與反競爭效果，來決定於各相關市場中之可能的淨競爭效果⁴⁷⁵。



執法機關對於反競爭傷害與促進競爭效率之必須是定量的。於特定案件中，反競爭效果之風險可能相較於其預期效率是無足輕重的，反之亦然。若於一特定授權安排中之預期的反競爭效果會增加，則執法機關會要求建立更高程度預期效率之證據⁴⁷⁶。

2. 達到效率之合理必須性：

可行且顯著較少限制之替代者之存在，對於是否一限制是合理必須之決定是有關的。若很明顯可以藉由顯著較少限制之方式來達到相似的效率，則執法機關不會重視當事人之效率主張⁴⁷⁷。

然而，在評估時，執法機關也不會去找雖然理論上存在、但就當事人所處的商業環境之實用層面上卻是不切實際的最小限制替代方案⁴⁷⁸。

3. 持續期間：

當一限制具有或可能具有反競爭效果時，該限制之持續期間對於決定其是否為達到假定之促進競爭效率所合理必須者而言是一項重要的因素⁴⁷⁹。

一限制的有效期間可能依賴數個因素，包括當事人單方終止安排之選擇權、鼓勵被授權人更新授權安排之契約條款（例如，最低購買承諾之未付

⁴⁷⁵ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.2.

⁴⁷⁶ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.2.

⁴⁷⁷ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.2.

⁴⁷⁸ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.2.

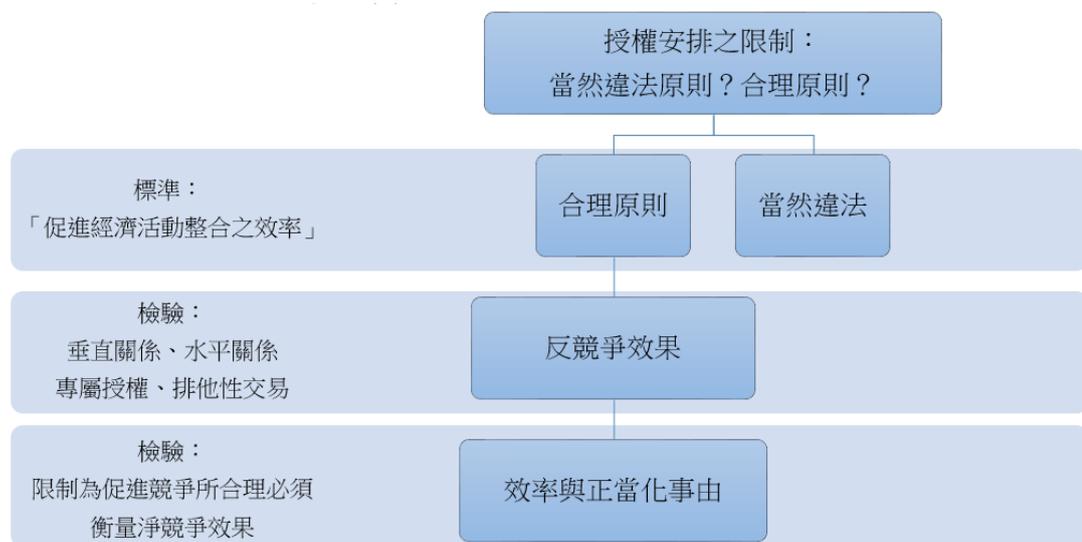
⁴⁷⁹ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.2.

餘額)等等。執法機關會關注該持續期間**明顯超過**需要達到該促進競爭效率所需期間之情形⁴⁸⁰。



綜合上述，以下圖就前述美國執法機關評估授權安排之一般原則的分析架構進行簡要示意：

圖 9：美國 2017《指南》評估授權安排之一般原則分析架構



第三款 安全區

美國 2017 年《指南》中指出，由於授權安排通常會促進創新且增進競爭，執法機關相信安全區之設置，可以**提供某程度的確定性**且因此**鼓勵這些授權安排活動**⁴⁸¹。於商品市場、技術市場以及研發市場之安全區規範不同，以下分別簡介之：

⁴⁸⁰ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.2.

⁴⁸¹ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.3.



1. 商品市場：

要判斷系爭限制是否落入於安全區，通常僅分析商品市場即可。除非單獨分析商品市場，仍不足以認定授權安排對於技術或研發之競爭之影響，才有需要分析其他市場。商品市場之安全區標準為⁴⁸²：

(1) 該限制並非具有**表面反競爭性**(facially anticompetitive)：

所謂的「表面反競爭性」，是指系爭限制通常被當成當然違法來處理、以及其他將總是或幾乎總是傾向於減少產出或增加價格之限制。以及

(2) 該授權人與被授權人總計不超過受該限制顯著影響之各相關市場之市占率之**20%**。

在沒有異常狀況下，只要符合安全區之標準，執法機關就不會質疑智財授權安排中之限制⁴⁸³。

若需要檢驗授權安排對於技術或研發之競爭之影響，且若市占率數據不可得或無法準確表示競爭重要性時，則會需要以下之安全區標準⁴⁸⁴：

2. 技術市場：

(1) 該限制並非具有**表面反競爭性**；以及

(2) 除了授權安排中由當事人所掌控之技術之外，另有**四個或更多獨立之被掌控之技術**，這些技術對於使用者而言，可以相當之成本來替代被授權技術⁴⁸⁵。

⁴⁸² US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.3.

⁴⁸³ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.3.

⁴⁸⁴ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.3.

⁴⁸⁵ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.3.



在沒有異常狀況下，只要符合安全區之標準，執法機關就不會認定智財授權安排中之限制會影響技術市場之競爭⁴⁸⁶。

3. 研發市場：

- (1) 該限制並非具有**表面反競爭性**；以及
- (2) 除了授權安排之當事人外，有**四個或更多**獨立控制之實體，其擁有所需之特別資產或特色、以及誘因去進行可為該授權協議之當事人之研發活動之**相近替代者**之研發⁴⁸⁷。

在評估「相近替代者」時，執法機關會考慮多個因素，包括：其他獨立控制實體在研發努力上之本質、範圍與強度；他們對於財務支持、智財權、訓練人員或其他特定資產之近用；其時機、單獨或透過合作成功將創新商品化之能力⁴⁸⁸；

以上為各相關市場安全區之簡介。執法機關強調，授權安排也不會因為僅僅落在安全區外，就被認為是反競爭性的。事實上，絕大部分落在安全區外的授權為合法且促進競爭的。安全區的設計，是用來提供智財擁有者某程度之**確定性**，在這些情況下，不太可能會有反競爭效果，因此，這些安排可以**被推定為不具反競爭性**，而無須對於特定產業環境進行調查⁴⁸⁹。

⁴⁸⁶ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.3.

⁴⁸⁷ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.3.

⁴⁸⁸ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.3.

⁴⁸⁹ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *supra* note 134, at §4.3.

綜合上述，我國《處理原則》中並未明列何種授權條款屬於當然違法原則、何種條款應適用合理原則分析，依前述對於當然違法原則與合理原則分析優缺點之分析可知，目前美國競爭法潮流係傾向逐漸限縮當然違法原則適用之範圍，而以合理原則對於進行分析，美國在智財授權領域，亦明文指出以合理原則分析為主，僅有特殊之情況才會適用當然違法原則。

在適用合理原則分析的脈絡下，主要考量者應為先檢討系爭授權條款可能帶來之**反競爭效果**；若可能有反競爭效果，再檢討有系爭授權安排之限制是否對促進競爭而言是**合理必須的**，並衡量促進競爭效率與反競爭效果，來決定可能之**淨競爭效果**。此外，為了提供被授權人行為上之確定性，並設置有**安全區**之考量，直接豁免部分授權行為，推定安全區內之行為不具反競爭性，而免受執法機關調查。

而在舉證責任方面，美國法院之三階段舉證責任轉換實務，係將反競爭效果交由原告方舉證、促進競爭效率等正當化事由交由被告方舉證、授權限制之必須性再交由原告方舉證。

本文認為，美國對於將合理原則適用於智財授權條款，有明確之分析步驟；對於合理原則運用時舉證責任之分配亦有一套成熟之標準，此皆為目前皆為我國所付之闕如者。蓋美國目前為科技創新最為先進之國家，從美國 2017 年《指南》中，亦可以處處看見美國對於授權所帶來之創新與促進競爭之效益進行肯認，並藉由安全區之設置、促進競爭與反競爭性之衡量等標準，謹慎劃分競爭法可干預授權行為之界線，因此，在我國目前尚未有相關明文標準之情況下，為達到競爭法與智財法制度上互補之功能、同時作為競爭法謙抑性之展現，美國之《指南》與實務似可為我國未來執法之參考之對象。

最後，關於授權安全區之設置，其實不僅可見於美國《指南》，亦為歐盟、中國所採取。原因可能在於，如學者所指出者，由於智財授權契約具有鼓勵創新的積極作用，對於其限制過於嚴格，可能會降低市場活力⁴⁹⁰



詳言之，歐盟 2014 年《TTBER⁴⁹¹》，第 3 條中即定有市占率之豁免門檻，其規定雙方當事人有競爭關係時，合計不超過相關市場 20% 之市佔率，無競爭關係時，各方不超過 30% 市佔率之安全區範圍。

中國國務院 2017 年《關於濫用智慧財產權的反壟斷指南（徵求意見稿）》，其第 12 條安全港規則中，亦指出為了提高執法效率，給市場主體提供明確的預期，而設立安全港規則。其規範內容大約比照歐盟，定有具競爭關係的經營者，合計不超過相關市場 20% 之市佔率、不具競爭關係的經營者，在涉及智慧財產權的協議影響的任一相關市場上各方不超過 30% 市佔率、或四個以上能夠以合理成本得到的由其他經營者獨立控制的具有替代關係的技術之安全區範圍⁴⁹²。

⁴⁹⁰ 孟雁北，前揭註 128，頁 275。

⁴⁹¹ The European Commission, *supra* note 228, at Article 3.

“1. Where the undertakings party to the agreement are **competing undertakings**, the exemption provided for in Article 2 shall apply on condition that the combined market share of the parties does not exceed 20 % on the relevant market(s).

2. Where the undertakings party to the agreement are **not competing undertakings**, the exemption provided for in Article 2 shall apply on condition that the market share of each of the parties does not exceed 30 % on the relevant market(s).”

⁴⁹² 中華人民共和國國務院反壟斷委員會，前揭註 369。第十二條 安全港規則：

「為了提高執法效率，給市場主體提供明確的預期，設立安全港規則。安全港規則是指，如果經營者符合下列條件之一，通常不將其達成的涉及智慧財產權的協定認定為《反壟斷法》第十三條第一款第六項和第十四條第三項規定的壟斷協議，但是有相反的證據證明該協議對相關市場競爭產生排除、限制影響的除外。

（一）具有競爭關係的經營者在相關市場的市場份額合計不超過 20%；

（二）不具有競爭關係的經營者在受到涉及智慧財產權的協議影響的任一相關市場上的市場份額均不超過 30%；

（三）如果經營者在相關市場的份額難以獲得，或者市場份額不能準確反映經營者的市場地位，但在相關市場上除協議各方控制的技術外，存在四個或者四個以上能夠以合理成本得到的由其他經營者獨立控制的具有替代關係的技術。」

由此可知，美國、歐盟、中國皆利用安全區之設計，讓市占率不高(例如合計小於 20%)，減損市場競爭效果輕微之授權條款免於競爭法之管制。該等作法一方面提供明確之執法標準、另一方面亦作為智財授權本質上有益於創新、促進效率，在市占率低時不易有反競爭效果之肯認。

反觀我國，於《處理原則》中，並未定有安全區之規範。於《處理原則》第 4 點第 3 項中，雖提及須考量授權人之市場力量，惟其主要分析的重點，是授權人所擁有的市場力量愈大、排除競爭的限制愈多、限制期間愈長時，則越有限制競爭的可能⁴⁹³，卻未提及當市占率或市場力量不足時，是否即應排除適用的可能性。

事實上，學者指出，在公平會過去執法經驗中，在著作物授權案件，曾有市占率低至僅有 5.3%之權利人，仍受公平會處分之案例(公平會公處字第 86168 號)⁴⁹⁴。蓋著作權之排他性質為相對排他效力，專利權為絕對排他效力，著作權之排他效力一般而言較弱於專利權。若排他效力較低的著作權人，於市占率僅有 5%左右時，皆難以免於被處分之風險，則排他效力可能較強之專利權人，又該如何在授權活動上自我評估受處分之風險？若無明確之安全區，則即使市占率再低，專利授權契約仍可能動輒受公平法處分，其法律之地位可能還較一般商務契約之當事人為不利。此種狀況，不但有可能失去公平法本欲寬待智財權行使之意旨，也讓專利擁有者一旦進行授權行為即面臨受處分之風險，其較一般契約當事人不利之地位，可謂懷璧其罪。故本文認為，似應可比照國際潮流，明文將市占率之安全區界定於《處理原則》中，給予專利授權人明確、彈性自由協議契約之空間，可能較為得宜。下表為各國對於授權行為安全區相關規範之整理：

⁴⁹³ 劉承愚、賴文智，前揭註 212，頁 147。

⁴⁹⁴ 顏雅倫(2016)，〈公平會智慧財產權授權管制實務之回顧與評析〉，《公平交易季刊》，24 卷 1 期，頁 3。



表 13：各國授權行為安全區之相關規範

國別	規範條文	內涵
美國	2017 年《智財授權的反托拉斯指南》第 4.3 節	規定授權人與被授權人總計不超過受該限制顯著影響之各相關市場之市占率之 20% 為安全區。
歐盟	2014 年《技術授權集體豁免規則 (TTBER)》第 3 條	規定雙方當事人有競爭關係時，合計不超過 20% 之市佔率 ；無競爭關係時，各不超過 30% 市佔率 之安全區範圍。
中國	2017 年《關於濫用智慧財產權的反壟斷指南(徵求意見稿)》第 12 條	規定具競爭關係的經營者，合計不超過 相關市場 20% 之市佔率 、不具競爭關係的經營者，在涉及智慧財產權的協議影響的任一相關市場上各方不超過 30% 市佔率 、或四個以上具有替代關係的技術之安全區範圍。
台灣	2016 年《公平交易委員會對於技術授權協議案件之處理原則》第 4 點第 3 項	審議技術授權協議案件，應審酌下列事項： 1. 授權人就授權技術所具有之 市場力量 。 2. 授權協議當事人於相關市場之 市場地位及市場狀況 。 (無明確安全區之設置)

第六章 我國公平會對高通公司裁罰案之評析



我國公平會於 2017 年 10 月 11 日經由第 1353 次委員會議決通過，基於公平交易法第 9 條第 1 款之規定，認定美商 Qualcomm Incorporated(下稱高通公司)於行動通訊標準基頻晶片市場具獨占地位，卻拒絕授權晶片競爭同業並要求訂定限制條款、採取不簽署授權契約則不提供晶片之手段及與特定事業簽署含有排他性之獨家交易折讓條款等，其整體經營模式所涉行為，損害基頻晶片市場之競爭，屬以不公平之方法，直接或間接阻礙他業者參與競爭之行為，違反公平交易法第 9 條第 1 款規定，而處新臺幣 234 億元罰鍰⁴⁹⁵，也創下我國公平會史上對於廠商所開出之最高額之罰鍰。

先前章節中，於**上位概念**部分，本文已討論我國公平法所欲達成之目標、競爭法與智財法間互補之關係、競爭法對於新經濟應保持謙抑性之態度；於**具體制度**中，本文認為若要落實上位概念，則我國公平法對於專利授權行為之管控需要經歷三道門檻之檢驗，分別是公平法第 45 條之界線、市場力量之評估、合理原則之運用。因此，本章節之主要目的，係希望以先前章節所討論之公平法管制架構，在個案中就公平會所指稱之下列三項違法行為，分析我國公平會對於高通公司之裁罰理由，並檢討此一裁罰是否合理：

1. 拒絕授權晶片競爭同業並要求訂定限制條款之行為；
2. 採取不簽署授權契約則不提供晶片之手段；
3. 與特定事業簽署含有排他性之獨家交易折讓條款之行為。

⁴⁹⁵ 公平交易委員會新聞資料，前揭註 1。

第一節 高通公司簡介



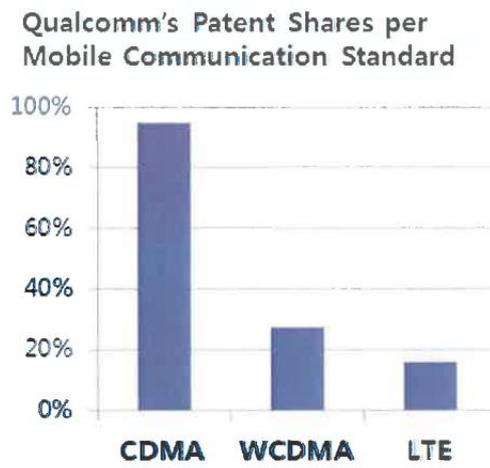
美國高通公司 (Qualcomm Incorporated) 是一家關於通訊科技的公司，因擁有為數不少之標準關鍵專利，而為公司帶來巨額收入。該公司業務原主要在研發無線通訊技術，在 CDMA 技術的基礎上開發了數位蜂窩通訊技術，第一個版本被規範為 IS-95 標準，後來使用同樣主題開發系列新產品，包括 IS-2000 和 1x-EVDO，亦開發和銷售 CDMA 手機和基台。CDMAOne(IS-95) 是高通基於早期第三代行動通訊技術 CDMA 研發之標準，也是最早商業化無線蜂窩網路通訊標準，目前高通是持有高階 3G 移動網路技術專利權最多公司，包括 CDMA2000、1x-EVDO、WCDMA、HSPA(WCDMA 高速版)、TD-SCDMA 及部分 4G 專利，這些發明和其衍生物產生之專利權已經成了高通一項主要業務。依高通公司公布版 2013 第一季財報，營收為 60.18 億美元，60% 利潤來自授權和權利金收入⁴⁹⁶。

依韓國公平會所發之新聞稿，高通公司在 2G (CDMA)、3G (WCDMA) 與 4G (LTE) 行動通訊皆擁有最大數量之 SEP。然而，雖然高通公司在 CDMA 所擁有的 SEP 比例最高，在 WCDMA 與 LTE 之比例卻分別劇降至 27% 與 16%⁴⁹⁷。

⁴⁹⁶ 夏宏中、夏季箏 (2014)，〈由標準關鍵專利探討國際大廠專利策略〉，《新新季刊》，42 卷 2 期，頁 126。

⁴⁹⁷ KFTC，前揭註 3。

圖 10：高通公司所擁有之專利在各行動通訊標準中所佔之比例⁴⁹⁸。



⁴⁹⁸ KFTC, 前揭註 3。

第二節 我國公平會之裁罰分析



第一項 第一道關卡：公平法第 45 條之適用

在公平會對於高通公司之處分書⁴⁹⁹（下稱《處分書》）中第 53 頁指出：「按智慧財產權法律賦予發明人或創作人排他權之目的，係為促使權利人樂於從事創作研發與研究成果之擴散與交流，進而達到鼓勵創造、發明與技術創新之目的，爰公平交易法第 45 條將「行使權利之正當行為」豁免於公平交易法之適用，故專利權人與被授權人間之專利授權契約，應本於契約自由原則商定個別交易條件，一旦雙方發生糾紛，原則上應循民事途徑救濟解決。惟專利權人逾越正當權利行使範圍，濫用其專屬權利，破壞市場交易秩序，損害消費者及整體經濟利益，依據公平交易法第 45 條規範意旨，該權利行使行為仍有適用公平交易法之餘地。」

由此可知，公平會對於第 45 條中關於「行使權利之正當行為」之見解，係採與目前實務一致之「權利濫用說」；惟本文對於「權利濫用說」多有反對，如「權利濫用」與競爭法分屬不同體系，「權利濫用」屬於一般權利行使之限制，理論基礎為誠信原則；競爭法之目的是確保交易競爭秩序，所要管控的是造成競爭傷害之行為，故權利濫用不必然造成競爭傷害，僅以權利濫用即認應受公平法管制，是增加法律未有之負擔...最後本論文認為應採綜合衡量之標準等等，已於先前章節論及，故此處不再贅述。

⁴⁹⁹ 公平交易委員會處分書：公處字第 106094 號

<https://www.ftc.gov.tw/uploadDecision/561633e4-42bd-4a4f-a679-c5ae5226966b.pdf>

（最後瀏覽日：03/07/2018）

然而，本文認為，即使依目前實務見解而採「權利濫用說」，**公平會仍應依循目前對於權利濫用所建構之法學理論基礎**，加以論述，才能指稱專利權人之授權行為構成權利濫用。且基於智財權之本質，關於智財權濫用成立之判斷，亦須特別小心，因為智財權之本身即含有排他之內在性質，故其權利之行使，往往對相對人造就排他之不利益，然而造成他人之**不利益本身**，並不能立即被評價為權利濫用，如實務上早有認為，須**主觀上係以損害他人為主要目的**，始構成權利濫用。如最高法院 45 年台上字第 105 號判例所指出者：民法第一百四十八條係規定行使權利，不得以損害他人為主要目的，若當事人行使權利，雖足使他人喪失利益，而苟非以損害他人為主要目的，即不在該條所定範圍之內。

而究竟何謂**以損害他人為主要目的**，最高法院 71 年台上字第 737 號判例亦指出：查權利之行使，是否以損害他人為主要目的，應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，比較衡量以定之。倘其權利之行使，**自己所得利益極少而他人及國家社會所受之損失甚大者**，非不得視為以損害他人為主要目的，此乃權利社會化之基本內涵所必然之解釋。

本文雖不贊同權利濫用說之標準，但退步言，即便要採用「權利濫用說」作為判定智財權行使非為正當的依據，仍應考量智財權之本質，不能輕易就交易相對人之所受之不利益作為權利濫用之憑證，仍亦須證明**以損害他人為主要目的**之主觀要件，方才能為此論斷。惟綜觀《處分書》內文，似未見公平會對於權利濫用之構成要件進行分析，或證明高通公司之專利授權行為是**以損害他人為主要目的**。若公平會尚未建構權利濫用之要件，可能即無從指稱高通公司之專利授權行為並非「行使權利之正當行為」，則該行為或許得以豁免於公平交易法之適用。

第二項 第二道關卡：市場力量作為競爭法介入管制之標準



第一款 本案之相關市場界定

於《處分書》第 49 頁指出：「本案應為 CDMA、WCDMA 及 LTE 等標準基頻處理器**產品及技術**之相關市場。」依此，公平會似乎認為此案之相關市場包括產品市場與技術市場，以下就此兩個市場分別討論：

(一) 產品市場：

於《處分書》第 49 頁指出：「供應商於生產符合不同技術標準的基頻處理器時，須配合當時世代的技術標準平台，**不同技術標準之基頻處理器間無法互為替代**」，依此，由於基於不同技術標準所製成之基頻處理器僅適用當時之技術平台，故不同標準(CDMA、WCDMA、LTE)之基頻處理器之間無法互相替代，各自成為獨立之產品市場。

該產品市場之**地理市場定為全球範圍**，因為行動終端業者對於基頻處理器之選擇並非基於基頻處理器供應商之地理位置，而是基於數據晶片之價格、品質等因素，在全球範圍下選擇不同來源之基頻處理器，故地理範圍以全球為計算基礎，本文對此並無疑義。

(二) 技術市場：

於《處分書》第 50-51 頁指出：「納入標準之 SEP 具有唯一及不可替代性...被處分人的標準必要專利並無法為其他專利取代，如此標準必要專利在相關技術市場自足見有不可替代性。」

依此可見，公平會對於技術市場之界定，端看該技術(專利)是否可為其他專利取代，顯見其對於**技術替代者**之定義，僅限**技術**，而非及於競爭商品與製造競爭商品之技術。於先前章節之討論可知，本文並不贊同此種界定方式，理由在於此種界定方式並沒有考慮到所有可以顯著制衡該技術市場力量之替代者，其所劃分之市場顯然與可行使市場力量之範圍不符，而失去市場界定之意義。

目前公平會所劃定之**技術市場**，採目前我國實務所採取之**僅包含技術上之替代者**，惟公平會並未進一步討論，於標準必要專利授權中之技術市場劃定，究竟是一個 SEP 授權即構成一個相關市場，每個 SEP 之市占率皆為 100%，如同中國、歐盟所認定者；還是一個標準之所有 SEP 才構成一個相關市場，端看 SEP 擁有者在該標準中所持有之 SEP 所占比率做為市占率之計算標準，在《處分書》中並未討論。

此外，專利權具有**屬地性**，因此，即使技術內容相同，**專利權之法律效力於各地亦應依各國法律個別認定之**，故技術市場之**地理範圍**，應為**SEP 獲得專利權之各國為準**。公平會似應檢視，這些 SEP 究竟是取得哪些國家之專利權，會影響手機廠商者、晶片製造者、代工廠商者分別是那些國家之專利權，從而才能自該等國家之法律規定而判斷該國 SEP 之法律效力，再判斷該等法律效力分別對於手機廠商者、晶片製造者、代工廠商者之影響。

舉例而言，如先前章節所討論者，若某些專利大國(美國、歐盟、中國)對於 SEP 禁制令之取得係採取嚴格之態度，則 SEP 擁有者在該國可能即無法藉由禁制令排除欲取得授權之手機廠商者、晶片製造者、代工廠商者實施其專利，則在該等國家所取得之 SEP 可能即無市場力量可言。

此外，各國對於專利權強制授權之規範也不同，也會影響該國專利權之強度，如中國專利法規定，只要為了專利權被授予滿三年未實施⁵⁰⁰、或是為了公共利益之目的⁵⁰¹，國家即得強制授權，其實係對於可以強制授權的範圍給予相當寬裕之認定，亦相對地大幅縮減專利權人藉由專利權排除競爭之能力，因此，該地之專利擁有者之市場力量，亦似難與他國相提並論之。

因此，本文認為，縱然廠商實際上於製造時可能需要取得全球之專利授權，但各專利所得以展現其市場力量之範圍，仍需依取得專利之當地國家法律為依據，故技術市場之地理範圍，可能應以各國為準，而須分別評估，似不應泛以全球範圍認定之。

⁵⁰⁰ 中華人民共和國專利法第 48 條：有下列情形之一的，國務院專利行政部門根據具備實施條件的單位或者個人的申請，可以給予實施發明專利或者實用新型專利的強制許可：

(一) 專利權人自專利權被授予之日起滿三年，且自提出專利申請之日起滿四年，無正當理由未實施或者未充分實施其專利的；

⁵⁰¹ 中華人民共和國專利法第 49 條：在國家出現緊急狀態或者非常情況時，或者為了公共利益的目的，國務院專利行政部門可以給予實施發明專利或者實用新型專利的強制許可。

第二款 本案之獨占地位認定



於本案例中雖劃定產品市場與技術市場兩個相關市場，惟處分內容似僅以濫用產品市場之獨占地位進行分析，似未深入探究技術市場之獨占濫用行為。因此，關於獨占之分析，本文主要僅以產品市場作為分析之對象，合先敘明。

公平法第 7 條規定，本法所稱**獨占**，指事業在相關市場處於無競爭狀態，或具有壓倒性地位，**可排除競爭之能力者**。公平法第 8 條雖以市占率及營業額作為獨占認定之安全區，惟於其第三項規定，事業之設立或事業所提供之商品或服務進入相關市場，受法令、技術之限制或有其他足以影響市場供需**可排除競爭能力**之情事者，雖有前二項不列入認定範圍之情形，主管機關**仍得認定其為獨占事業**。

從上述規定似可見得，我國對於獨占地位之認定，係以其**排除競爭之能力**為主要之判斷依據。蓋學者認為，法條中所謂「無競爭狀態」，其實是「具有壓倒性地位」之極致表現⁵⁰²；而所謂「具有壓倒性地位」其實是與事業之**市場力量**大小有關，即廠商限制產量、控制價格增加利益的能力⁵⁰³。因此，判斷獨占力量，還是需回歸到市場力量之判斷，惟其具有排除競爭之力量時，事業才有可能繼續性地抬高價格、限制產量。

於公平會所出版之《認識公平交易法》一書中，亦指出事業是否具有獨占力量，能否控制市場，應視其是否擁有「**排除競爭之能力**」而定，故甲事業**即使在相關市場的占有率極高**，但若其僅將價格作些微的提高，即會**引進其他事業**，如

⁵⁰² 陳龍昇（2007），〈淺談公平交易法 [獨占事業] 的意義與種類〉，《萬國法律》，151 期，頁 73。

⁵⁰³ 陳龍昇，前揭註 502，頁 75。

乙、丙、丁等參與競爭，或其他事業欲進入該市場經營並無特別的困難，則甲事業並不能稱之為獨占事業⁵⁰⁴。



我國公平法之法院實務上，經常以事業所具有之市占率作為市場力量之最主要之評估依據⁵⁰⁵。然而，事實上，高市占率不等於即具有市場力量似應是競爭法上之經常見解，如學者即指出，市占率是一種歷史的、回頭看的測量方法，其回答的問題是，「相對於其他銷售者，一公司去年或上個月之銷售得如何」。但市場力量是動態的。一個公司所享有之市場力量之程度，係基於若該公司試圖將價格抬高至競爭水準以上，他會有多少生意被對手搶走的程度⁵⁰⁶。若很小的競爭對手可以迅速擴張或可以具成本效益地或快速地出現的話，在歷史上具有高市占率的公司，實際上可能只具有很小的市場力量⁵⁰⁷。

亦有學者認為，從來沒有人指出市占率可以造就多少市場力量，也沒有方法可以了解之。可自問，50%之市占率通常可以導致利潤最大化之價格提升多少？2%？22%？72%？或反之，若所需之市場力量被定義為至少提高價格 20%，則在通常之案件中，需要多少程度之市占率才能符合此要求？至少 28%？還是 88%？根本沒有權威的法律公告或評論聲稱可以回答這些問題⁵⁰⁸。

事實上，於公平會過去之執法經驗中，亦有高市占率不等於獨占事業之認定。學者指出，於 2006 年雅虎公司於 Yahoo! 奇摩拍賣網站收取交易手續費一案，公平會雖認為雅虎公司於國內網路拍賣市場的市占率達 69.4%，但雅虎公司於國內網路拍賣市場，尚難謂構成公平交易法所稱獨占事業。因為雅虎公司之市占率雖

⁵⁰⁴ 公平交易委員會，前揭註 129，頁 39。

⁵⁰⁵ 廖義男，前揭註 233，頁 60-61。

⁵⁰⁶ Hay, G. A., *supra* note 235, at 715-716.

⁵⁰⁷ Hay, G. A., *supra* note 235, at 716-717.

⁵⁰⁸ Kaplow, L., *supra* note 236, at 1402.

高，但仍須面臨其他拍賣網站與電子商城等平台之激烈競爭，致雅虎公司訂定交易手續費高低之能力受到限制⁵⁰⁹。



依此，市占率與市場力量之關係似並非絕對，其相互影響程度亦難以估量，在評估事業是否具有獨占地位時，似不應僅以市占率作為判斷依據，而應以最重要之核心要素-事業是否擁有「**排除競爭之能力**」來決定。

於《處分書》第 52 頁指出：「被處分人於 CDMA 基頻處理器市場 2008 年至 2016 年市占率每年均超過 7 成，且 2016 年會計年度事業總銷售金額高達..元，該市場僅被處分人及 VIA 參與競爭，被處分人於 CDMA 基頻處理器市場**顯具有壓倒性地位，可排除競爭之能力**；另被處分人於 2011 年至 2016 年 LTE 基頻處理器市場占有率亦均超過 5 成，且市場競爭者如聯發科、海思、展訊及 Intel 等之市占率與被處分人相較亦顯不相當，被處分人於 LTE 基頻處理器市場**具有壓倒性地位，有排除競爭之能力，當屬無疑。**」

依此，可見得公平會認為，因為高通於 CDMA 基頻處理器市場有超過 7 成市占率、LTE 基頻處理器市場有超過 5 成市占率，即具有壓倒性地位，有排除競爭之能力。顯然將**高市占率直接認為有壓倒性地位，有排除競爭之能力**。依先前之討論可知，市占率與排除競爭之能力之間，似不可輕易畫上等號，即便有高市占率，只要潛在競爭者能夠輕易進入市場，仍不能認為該事業具有獨占地位，公平會僅指出事業具有市占率，**欠缺排除競爭之能力之論述**，似難依此即指稱高通公司具有獨占地位。

⁵⁰⁹ 顏雅倫(2015)，〈雙邊/多邊市場之競爭與創新——論競爭法的因應〉，《科技法學評論》，13 卷 1 期，頁 248。

於《處分書》第 52-53 頁有指出：「被處分人擁有 SEP 之技術優勢，業者必須取得被處分人 SEP 授權且確有迴避被處分人必要專利技術自行創新之克服困難等因素...故被處分人於 CDMA、WCDMA 及 LTE 各行動通訊標準之基頻處理器產品及技術相關市場，皆符合上揭獨占事業規定，洵堪認定。」此段提及高通公司具有 SEP 之技術優勢，似可以依此認為 SEP 可能造成產品市場之進入障礙，而具有排除競爭之能力。

對於 SEP 之市場力量，公平會於《處分書》第 51 頁指出：「次按 SEP 具有無可取代的特性，非其他技術可為競爭，故行動通訊標準必要專利之持有者，因其不可或缺性，致於市場中具有相當之影響力，爰手機業者即便選用被處分人競爭同業所供應之基頻處理器，亦當符合 3G 及 4G 之標準，而無法迴避於被處分人所擁有之 3G 及 4G 標準必要專利之外。」依此，公平會僅是以 SEP 定義中之不可或缺性(必要性)，來認定其具有市場力量。

然而，在本論文先前章節亦有提及，或許不能僅依 SEP 之必要性，來認定其具有市場力量之理由。簡言之，本文認為，在某些情況下，SEP 之市場力量有可能還弱於一般專利權，因為使得一般專利權受限之因素，如專利之概率性等等，SEP 本質上自然皆有之；SEP 本身還有更多限制其市場力量之因素，即先前章節所述之 SEP 於真實性、水平處、垂直處、動態競爭上、行使上之限制。

如統計上大多數 SEP 非為真的「必要的」、基於標準內眾多 SEP 之「互補性」而致其市場力量減弱、或 SEP 擁有者之定價能力是受「上游的標準」與「下游的終端產品」處之替代者限制、或是受「標準制定動態本質」與「動態競爭市場」之存在所限制、或是 SEP 擁有者行使權利之能力受「FRAND 承諾」限制、或是被「剝奪核發禁制令之機會」而無法產生對於競爭者之參進障礙等等。



因此，是否因高通公司具有 SEP，即認定其有排除競爭之能力，可能是必須就這些 SEP 在重重限制因素影響之下，實際上到底能帶來多少排除競爭效果，詳細檢驗方能確定之問題，其舉證責任似應在公平會。因此，在沒有實際證據、分析評估提出之前，或許可能不應僅因高通公司擁有 SEP，即認為其有排除競爭之能力。

綜合上述，本文認為，就公平會所提出之資料而言，只能證明高通公司在產品市場具有高市占率，而未能證立高通公司如何具有「排除競爭之能力」之要件，因此，對於高通公司在產品市場之獨占地位之認定，似恐難合理成立。

第三項 第三道關卡：合理原則之適用



承前所述，本文認為公平會似並未證立高通公司在基頻處理器相關市場中具有獨占地位。若在其市場力量未受證明之情況下，理論上所有行為似應享有契約自由之憲法保障，而無以公平法管制之必要，本無須再進行討論。惟為論文完整性，仍就公平會指責之各項違法行為，於合理原則脈絡下，探討處分是否有理由。

第一款 拒絕授權晶片競爭同業並要求訂定限制條款之行為

公平會於《處分書》第 57-58 頁指出：「按被處分人競爭同業與被處分人縱簽有■，然該等契約結果僅使競爭同業於生產晶片獲被處分人不為侵權告訴之承諾，究與製造後對外銷售之權利耗盡授權有別，被處分人競爭同業之交易相對人不因被處分人對競爭同業所為不為告訴之承諾而得免於侵權之風險，此將導致手機業者於選擇基頻處理器供應商時或因授權問題而降低選擇競爭同業基頻處理器之意願，或要求被處分人競爭同業附帶增加侵權訴訟之成本保證，如■曾對公司提出類似要求。」

於《處分書》第 59-60 頁另指出：「被處分人擁有 CDMA、WCDMA 和 LTE 等行動通訊標準必要專利，為基頻處理器相關市場之獨占業者，渠以其垂直整合支配市場之地位，違背標準制定承諾 FRAND 之初衷，未給予競爭同業於請求授權時公平對待的授權協商機會，僅以互不告訴之承諾取代當競爭同業向被處分人要求取得 FRAND 條件之 SEP 授權，造成未獲授權之競爭同業必須面對專利侵權風險而有銷售中斷的不穩定性，並要求競爭同業提供敏感之晶片銷售資訊以供查核，掌握競爭同業之銷售資訊，阻礙基頻處理器業者之研發及商業活動，藉

由限制基頻處理器市場競爭，以確保、維持或加強其在基頻處理器市場支配地位而得執行手機層級的授權商業模式。」



依此，公平會認為高通公司違反 FRAND 承諾，拒絕授權競爭同業，僅以互不告訴之承諾取代授權，由於此一互不告訴之承諾與權利耗盡之授權不同，使競爭同業於販售晶片之後，其交易相對人手機業者仍可能處於專利侵權之風險中，並要求競爭同業負擔侵權訴訟風險而增加其成本或有銷售之不穩定性。高通公司則藉此拒絕授權之行為以維持其於產品市場之支配地位。

本文認為，此一見解牽涉不告訴承諾與權利耗盡之議題，似宜將各議題之本質與彼此之間的關係先加以釐清，較易形成判斷。本文擬自以下三個問題出發，對不告訴承諾與權利耗盡議題進行探討：不告訴承諾是否有可能導致權利耗盡？專利授權一定會導致權利耗盡？不告訴承諾即使不能導致權利耗盡，是否亦有促進競爭之正面效益？

第一目 「不告訴承諾」是否有可能導致「權利耗盡」？



1. 「不告訴承諾」之法律定位：「不告訴承諾」是否相當於「非專屬授權」？

「不告訴承諾」，英文為“covenant not to sue”，亦有被稱為“non-assertion agreement”，指的是專利權人承諾在被告侵權時不提起訴訟之約定。

自美國法來看，許多法院曾認為授權之意義在於使專利權人不提起訴訟，「非專屬授權」之性質似與不提起訴訟之承諾相當。如美國聯邦最高法院於 1927 年之 De Forest Radio Tel 案中指出，既然「授權」並未傳遞獨占上之利益，其係被描述為僅放棄由專利權人提起訴訟之權利⁵¹⁰；美國聯邦上訴法院於 2004 年之 Metabolite Labs 案中指出，此「授權」本質上是授權人對於被授權人之不告訴承諾⁵¹¹；美國聯邦上訴法院於 2005 年 U.S. Philips Corp 案中亦認為一「非專屬專利授權」僅是對於侵權不提起訴訟之承諾⁵¹²。美國地方法院於 2013 年 Innovus Prime 案中，亦有認為專利授權不過是專利擁有者答應不對被授權人提起訴訟的承諾；在聯邦法下，無條件的不告訴契約與「非專屬授權」並沒有實質差別⁵¹³。

惟論者有指出，此「不告訴承諾」之法律性質是否可認為完全等同於「非專屬授權」，在美國並非沒有爭議。因此，在美國 Meso v. Roche 案⁵¹⁴中，曾就對於

⁵¹⁰ De Forest Radio Tel. Co. v. United States, 273 U.S. 236 (1927), “As a license passes no interest in the monopoly, it has been described as a mere waiver of the right to sue by the patentee”

⁵¹¹ Metabolite Labs., Inc. v. Lab. Corp. of Am. Holdings, 370 F.3d 1354, 1369 (Fed.Cir.2004), “This license is, in essence, a licensor’s covenant not to sue the licensee.”

⁵¹² U.S. Philips Corp. V. International Trade Com’N, 424 F.3d 1179 (Fed. Cir. 2005), “A nonexclusive patent license is simply a promise not to sue for infringement.”

⁵¹³ Innovus Prime, LLC v. Panasonic Corporation et al, No. 5:2012cv00660 - Document 73 (N.D. Cal. 2013), “The Federal Courts have been rather clear that, in the patent context, a covenant-not-to-sue is the equivalent of a license.”

⁵¹⁴ Meso Scale Diagnostics, LLC v. Roche Diagnostics GmbH, 2014 WL 2919333, (Del.Ch. 2014)

侵害專利權「不提起告訴之條款、承諾、協議」是否屬於「授權」，向美國聯邦最高法院請求解釋，惟該案最後並未被受理。然而，美國聯邦法院清楚指出，在專利的脈絡下，「不告訴承諾」與「授權」相當⁵¹⁵。



本文贊同美國法院之多數見解。於本文先前章節曾指出，本文對於專利授權採取「區分說」之說法，即認為專利權之權能**僅為消極性之排他權**，故專利之「專屬授權」係移轉排他權之物權行為，「非專屬授權」係約定不行使排他權之債權行為。在此脈絡下，本文認為，「不告訴承諾」是約束專利權人於專利侵權時不得提起訴訟，既然不得提起訴訟，則無法行使專利之排他權，其效果應與非專屬授權無異，即以債權方式剝奪專利權人行使排他權之能力；若「不告訴承諾」實質上有可能即等同於非專屬授權，則對於高通公司僅簽訂「不告訴承諾」契約為拒絕授權之認定，其實有所疑義。

2. 若「不告訴承諾」相當於「非專屬授權」，則簽署「不告訴承諾」是否可能導致權利耗盡？

所謂專利「權利耗盡原則(doctrine of patent exhaustion)」，係指專利物品於首次被同意銷售之後，該物品上之所有專利權即終止之原則。學者指出，其背後之法理有二，從積極層面來看，其目的在於**維護市場流通性**，避免專利物品於售出後之交易行為仍需經由專利權人同意，而造成物品於市場流通時之不確定性；從消極層面來看，其目的在於**防止專利權人雙重獲利**，避免專利權人於第一次銷售時已獲得發明價值之合理補償後，仍透過對於發明後續流通之控制而獲取更多利益⁵¹⁶。

⁵¹⁵ Dennis Crouch. (2015) When is a Covenant-Not-to-Sue a Patent License?

<https://patentlyo.com/patent/2015/10/covenant-patent-license.html> (最後瀏覽日：03/07/2018)。

⁵¹⁶ 林靜雯(2011)，《由美國判決發展看以契約排除權利耗盡原則適用的容許性》，頁3，交通大學管理學院科技法律學程學位論文。

「權利耗盡原則」之重點在於專利物品之**銷售**會使物品上之專利權耗盡，問題在於，專利之**授權**，是否會如同銷售一般可使權利耗盡？



於美國聯邦最高法院 2008 年之 Quanta 案⁵¹⁷中，法院指出若被授權人所銷售、實質上實施了專利權人所擁有之專利電腦零件，是經由專利擁有人所**同意的 (authorized)**，則專利擁有人之專利會被耗盡。在 Quanta 案中，專利權人 LG 之**授權契約**中並未限制被授權人 Intel **銷售**其產品給購買者之權利。限制被放在另一個主契約，且 LG 並未指出違反主契約會造成授權契約之違約，因此 Intel 基於授權銷售產品即可造成權利之耗盡。

於美國聯邦最高法院 2017 年之 Impression Products 案⁵¹⁸中，其指出，只要被授權人於銷售專利物品時**符合授權要求**，即代表該專利權人實際上已**同意 (authorized) 該銷售**，且被授權人之銷售是基於權利耗盡之目的而被對待，如同該專利權人自己完成該銷售，則該銷售會耗盡專利權人於該物品上之權利。反之，若專利權人並未**同意**被授權人進行銷售，則**該銷售無法耗盡**該專利權人之權利。由此可知，最高法院似認為，在授權關係下，是否能夠經由被授權人的銷售而耗盡專利的同意權仍掌握在專利權人手中，若授權契約允許銷售，則被授權人之銷售自然可以使專利權耗盡，當然無疑；若被授權人違反授權契約之限制，則被授權人之行為即是侵害專利權人之權利，自然就沒有權利耗盡可言。

在此邏輯下，若認為「不告訴承諾」之法律定位相當於「非專屬授權」，則在簽署「不告訴承諾」時，若**專利權人未對於銷售行為加以限制**，是否即可認為專利權人並未反對銷售行為，契約相對人之銷售行為並非專利權人所不同意者，則未違反專利權人同意之銷售，**該專利物品之權利耗盡似應有主張之餘地**。

⁵¹⁷ Quanta Computer, Inc. v. LG Electronics, Inc., 553 U.S. 617 (2008)

⁵¹⁸ Impression Products v. Lexmark International, 137 S.Ct. 1523 (2017)

於美國聯邦巡迴法院 2009 年之 TransCore 案⁵¹⁹中，似亦採此見解。法院指出，TransCore 所簽署之不告訴承諾條款中，並沒有明確之限制條件，因此即同意所有可能被認為是侵權之行為：製造、使用、銷售之要約、銷售、進口。由此可知，其並未限制銷售。因此，契約當事人 Mark IV 之銷售行為係經 TransCore 所同意，且 TransCore 之專利權已耗盡。

由於無法從處分書中得知高通公司與競爭廠商所簽署之不告訴承諾條款確切內容，故難以得知是否該不告訴承諾條款中是否有對競爭廠商施加不得銷售晶片之限制。惟假設沒有該等限制，或許競爭廠商即可主張晶片之銷售未受高通公司反對，其銷售或可以相當於經高通公司同意，而有專利權耗盡原則之適用。在此專利權有可能耗盡的脈絡之下，則處分書所指稱之因權利無法耗盡所帶來之諸如交易相對人因侵權風險而降低選擇意願、潛在侵權訴訟之保證導致成本增加等反競爭效應可能皆不會發生。

⁵¹⁹ Transcore V. Electronic Transaction Consultants. 563 F.3d 1271 (Fed. Cir. 2009)

第二目 「專利授權」一定會導致「權利耗盡」？



公平會之論理認為高通公司藉由拒絕授權競爭同業，導致權利無法耗盡，使競爭同業需負擔交易相對人之侵權訴訟風險而增加其成本、或有銷售之不穩定性。但本文想問的是，**即使高通公司以一般方式進行授權，是否必然能導出權利耗盡之結果？**如果未必然導出權利耗盡之結果，例如高通公司已進行授權，但專利物品上之專利權依然存在，則競爭同業所需負擔交易相對人之侵權訴訟風險而增加其成本、或有銷售之不穩定性等不利益，是否即與高通公司之作為無關？

為何會認為於高通公司授權競爭同業製造、銷售晶片之後，還會有權利未能耗盡之可能性，其理由在於權利耗盡之制度的目的之一，亦在於**防止專利權人雙重獲利**。

於我國智慧財產法院 101 年度民專訴字第 73 號民事判決中，法院即指出，我國專利法有關權利耗盡原則規定於 68 年 4 月 16 日增訂時之立法理由為：「為免專利權人在本國取得專利權後，壟斷市場，對於專有販賣權之保護範圍，應作合理限制，准許他人自國外輸入原發明人租與讓與他人實施所產製之物品，藉以維護本國之經濟利益。」。上開立法理由雖以國外輸入作為說明，然由其規定意旨可知，是為平衡專利權人所擁有之散布權利與重製物所有人之所有權，調和兩者之利益，使專利權人讓與或**授與專利權**獲得**合理報償**後，受讓人或**被授權人**得以銷售該具有專利權之產品，使其在經濟或文化價值上充分利用，達到物盡其用目標。故為**避免專利權人雙重得利**，亦為**使商品交易流通自由**，而作限制規定。

由此可知，我國實務亦認為，權利耗盡原則之目的在於避免專利權人雙重得利，與使商品交易流通自由。如果專利權人已從授權獲得其發明之合理報償，則應使被授權人得以銷售專利權商品，專利權人似不應再從後續之交易活動得到更多利益，以避免雙重得利之現象。惟，若反過來思考，如果**專利權人並未從授權中獲得合理報償**，則專利權是否仍應繼續留存，直到專利權人獲得發明之合理報償？

於我國智慧財產法院 101 年度民專訴字第 73 號民事判決中，法院認為，由於(1)被告買光碟機 27,040 台，製造空白光碟片，年度總產能至少可達 1 億片，101 年度此類銷售金額有 43 億餘元，被告並未支付原告任何授權權利金，由其他公司支付，而光碟機之權利金至多為美金 270,400 元，**兩者顯不合比例**。(2)原告之授權契約，其記載「授權產品」為光碟機，而非光碟片，光碟片為光碟機之產品，被告謂原告已授權光碟機，原權利耗盡，與契約所定內容並不相同，且**授權之意思範圍應僅限定於光碟機，而非光碟片**；(3)原告應僅係就一般消費者購買該光碟機，作個人使用，乃於手冊限定相關電源之使用，此與被告 10 年間長期透過其他公司在臺代理商購買大量光碟機，數部光碟機透過機械手臂同時製造，以外銷各國獲取高額收入之營業使用方式者不同，**顯非原告訂立上開授權契約之本意**。

基於以上 3 點理由，法院認為原告收取 1 台光碟機最多 10 美元，其**無授權被告製造光碟片使其能獲取數 10 億元之收入**之意思甚明，依上述情形，原告未因系爭專利之授權而獲得**雙重利益**，對該光碟機製造光碟片亦無妨害其流通予一般使用者之意思，是系爭專利效力對被告製造之光碟片，仍得主張權利。因此，被告抗辯原告之系爭專利之專利權利耗盡，並不可採。

於此判決中，法院認為雖然光碟機為專利權人所授權銷售者，但光碟機之使用人並非以專利權人認為個人使用之意思來利用光碟機，而是利用光碟機大量製造光碟片外銷，不但非在專利權人設想之授權範圍內，且外銷所賺取的收入與專利權人之授權費不合比例，故專利權人若對之主張專利權，並無雙重得利之狀況，故權利耗盡在此並不適用。

回到高通案，高通公司固然可授權給晶片之競爭同業，其目的在於製造晶片，所收取之授權金，亦係基於晶片製造之利潤而計算；惟若該晶片再銷售予手機業者，其對於晶片之使用，並非基於製造晶片之原始目的，而是使手機整體系統得以運作之目的，而手機之價格利潤亦遠大於晶片價格利潤，高通公司對於手機系統得以運作之貢獻，亦似應基於手機利潤而加以評價，才能讓高通公司之技術貢獻得到合理報償。否則，若認為高通公司之專利權在授權晶片製造時即耗盡，則高通公司僅能從晶片製造廠商收取微薄之權利金，卻無法基於手機通訊系統之整體運作收取授權費用，顯然其所獲得之權利金將與其之技術貢獻不合比例。使專利權人無法獲得合理報償，似非權利耗盡制度所欲造就之後果，故是否一旦高通公司授權予競爭同業，專利權即完全耗盡，似仍有值得商議之處。



第三目 「不告訴承諾」即使不能導致「權利耗盡」，是否仍有
促進競爭之正面效益？

退步言，假設「不告訴之承諾」之性質無法被認定為「非專屬授權」，亦無法產生權利耗盡的結果；再假設高通公司一旦授權給晶片競爭同業，權利即會全部耗盡；在此情況之下，高通公司所採取之「不告訴之承諾」儘管不能導致權利耗盡，是否仍有其他促進競爭之效用，而可在合理原則之運作下正當化其行為？

學者有指出，FRAND 承諾防止 SEP 擁有人拒絕授權，但其並非代表授權必須發生在生產鏈的每個層級上。舉例而言，「不告訴承諾」即可能滿足 FRAND 義務，而使得 SEP 擁有人無須對於所有當事人都要進行特定之授權協商⁵²⁰。

甚至，有研究指出，「不告訴承諾」可能是比 FRAND 承諾更好的做法。在 OECD 之研究論文，FRAND 承諾之替代者 (Alternatives to FRAND commitments) 一節中，在探討於 SEP 之脈絡下，有無更好、更可行之方式來避免箝制(hold-up)議題時，即提出以「不告訴型態之承諾」來置換 FRAND 承諾之作法⁵²¹。

事實上，OECD 指出，有些 SSO 已採用「不告訴之承諾」。詳言之，「不告訴之承諾」排除 SEP 擁有人對於在標準脈絡下之專利技術實施者主張侵權之權利。「不告訴之承諾」之優點在於可避免由 FRAND 之模糊性所導致之高成本爭議與造成箝制之威脅。其亦確保對於標準為必要之技術，能夠以最低可能之成本提供

⁵²⁰ Layne-Farrar, A., *supra* note 375, at 15.

⁵²¹ OECD. (2014). Intellectual Property And Standard Setting, Background note by the Secretariat. p37.

[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2014\)27&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2014)27&doclanguage=en) (最後瀏覽日：03/07/2018)。

給實施者，而鼓勵該技術被廣泛地採用⁵²²。我國智財局曾就各 SSO 智財權政策中所明文確認之授權模式進行比較，整理之列表如下⁵²³：



表 14：各 SSO 組織智財權政策中所明文確認之授權模式比較

	RAND 附帶權利金條件	RAND-RF RAND 免除權利金條件	RAND-RF at Restricted terms 免權利金 RAND 附帶智財權政策中所列舉條件	Non-assertion 無條件授權模式
ITU/ISO/IEC	是	是	否	否
IEEE	是	是	否	是
ETSI	是	否	否	否
ANSI	是	是	否	否
IETF	是	是	否	是
OASIS	是	是	是	是
VITA	是	否	否	是
W3C	否	否	是	否

由此可知，「不告訴之承諾」就部分 SSO 而言，亦是已明文確認之授權模式。當然，同時亦需注意的是，這些 SSO 雖然將「不告訴之承諾」列為授權模式，但其可能亦未對「不告訴之承諾」導致權利無法耗盡之可能性進行評估。因此，究

⁵²² *Id.* at 38.

⁵²³ 經濟部智慧財產局（2015），《通訊標準專利訴訟教戰手冊進階版》，頁 62-63，台北：經濟部智慧財產局著作權組。

竟採「不告訴之承諾」之授權方式之淨競爭效果為何，仍需主管機關於個案中仔細衡量，較為適宜。



綜合上述，本文認為「不告訴之承諾」之法律效果有可能相當於「非專屬授權」，故高通公司似未「拒絕授權」，且亦有可能帶來權利耗盡之後果，故可能此一行為其實並無不妥，且未帶來任何反競爭效應。公平會逕認「不告訴之承諾」不等於授權，即作出採取「不告訴之承諾」即等於「拒絕授權」，即無法造成權利耗盡，即造成競爭傷害之結論。或許是因公平會未就「不告訴之承諾」之法律本質進行深入討論，才会有較多直觀之認定，若能在「不告訴之承諾」之法律性質上更加細膩推敲，可能結論上能較為嚴謹。

而對於是否授權即會造成權利耗盡之問題，本文認為可能仍需就專利權人是否已獲得合理報償而實質認定，並非形式上一旦有授權行為，專利權則立即耗盡。若專利權並非因授權而立即耗盡，則高通之行為亦與競爭同業所面對來自於交易相對人要求侵權擔保之困境無關，而似不應依此加以苛責。

再退步言，即使公平會要將「不告訴之承諾」認定為「拒絕授權」，且由於高通公司的行為導致權利無法耗盡，公平會此時仍未依合理原則下所要求者，就高通公司於採取「不告訴之承諾」時，所可能產生之促進競爭效果(如避免一一與被授權人談判之成本、避免 FRAND 衍生爭議、授權成本降低等等)與反競爭效果進行衡量，從淨競爭效果中評估對於競爭之影響程度。反之，公平會僅從「不告訴之承諾」之簽訂，即認為其構成反競爭效果，不啻將 SEP 擁有者簽署「不告訴之承諾」當成「當然違法」之類型，此一舉動，似乎亦與目前競爭法轉向以合理原則替代當然違法之趨勢有所差異，可能亦會讓使採用「不告訴之承諾」作為明文授權模式之 SSO 會員未來在授權時動輒得咎，無所適從。

第四目 「樞紐設施理論」之適用？



於《處分書》第 55 頁指出：「按反托拉斯法處理獨占業者「排除行為」(exclusionary practices)業形成「樞紐設施理論」(essential facilities doctrine)之觀點。所謂「樞紐設施」係指符合下列要件之設施：由獨占業者所擁有或控制；競爭者無法於短期內以經濟合理且技術可行之方式複製或取代該設施；競爭者倘無法使用該設施，即無法與該設施之擁有者或控制者競爭；擁有或控制該設施的業者拒絕將該設施提供給其競爭者。所謂「設施」不限於有形之實體設施，亦包含抽象之能力服務或功能，甚至智慧財產權。如前述，為生產符合 CDMA、WCDMA、LTE 標準之產品，需取得被處分人之專利授權，並無其他可替代之技術。」

依此，公平會似認為 SEP 為獨占業者所持之樞紐設施，故拒絕授權行為應屬於控制樞紐設施而排除競爭者之行為。承前所述，本文不認為高通公司已被證立在產品市場上具有獨占地位，亦不認為簽署「不告訴之承諾」之行為屬於拒絕授權之行為，理當無須討論樞紐設施理論；惟本文認為，即使再退萬步言，假設高通公司具有獨占地位且拒絕授權，公平會所指稱之「樞紐設施理論」亦難以成立。

詳言之，「樞紐設施理論」最早來自於美國聯邦最高法院 1912 年之 United States v. Terminal Railroad⁵²⁴案，於此案中，一群鐵路公司控制了所有出入聖路易市之鐵路橋樑及調車場，而避免了其他競爭之鐵路公司提供出入至目的地的運輸。因此，其構成違法之限制貿易及試圖獨占⁵²⁵。

⁵²⁴ United States v. Terminal Railroad Ass'n, 224 U.S. 383 (1912).

⁵²⁵ Pitofsky, R., Patterson, D., & Hooks, J. (2002). The Essential Facilities Doctrine under US Antitrust Law. *Antitrust LJ*, 70, p446.

惟學者指出，近年來美國聯邦上訴法院對於關鍵設施理論是採從嚴解釋立場，將其適用範圍限制在被告因控制系爭設施足以有效消滅下游市場競爭之情形。若被告只是因控制系爭設施而擁有相當之競爭優勢，尚不能滿足此項要求；若原告或其他人在沒有接觸或使用系爭設施的情況下仍能取得市場佔有率——縱使相當有限，原則上就無法援用關鍵設施理論⁵²⁶。

另有學者指出，歐盟對於智慧財產權的拒絕授權，在何種情況下，會構成獨占地位的濫用，基於專利權保護目的之解釋，認為應有更高的門檻條件。歐盟法院歸結在符合下列四個條件之「例外情況」時，拒絕授權才會該當濫用⁵²⁷：

1. 接近使用該智財權係進入衍生市場所不可欠缺的；
2. 拒絕之結果，排除衍生市場的任何有效競爭；
3. 拒絕交易係無正當理由；
4. 拒絕的結果，阻止了具潛在消費者需求之新產品的出現⁵²⁸。

由此可知，雖然歐美皆發展出「樞紐設施理論」，但在實務運作上，其實皆採嚴格解釋之態度或採更高之門檻，而謹慎使用該理論，並非一旦符合「樞紐設施理論」之要素，即認定有獨占濫用之虞；因此我國在引入「樞紐設施理論」時，似應考慮其適用時之整體脈絡，一併引入歐美之限制評估因素，較為得宜。

退步言，即便不考慮歐美從嚴解釋之立場，光從「樞紐設施理論」之要件來看，SEP 擁有者是否完全該當，亦有疑議。

⁵²⁶ 劉孔中（2015），〈強制授權與競爭法〉，氏著，《解構智財法及其與競爭法的衝突與調和》，頁 146，台北：新學林。

⁵²⁷ 楊宏暉（2017），〈基於競爭考量之強制授權——兼談競爭法與專利法之競合〉，廖義男、黃銘傑（主編），《競爭法發展之新趨勢：結合、聯合、專利權之行使》，頁 326，台北：元照。

⁵²⁸ 楊宏暉，前揭註 526，頁 326-327。



美國「樞紐設施理論」主要有四大要件：

1. 獨占者控制該樞紐設施；
2. 競爭者**無法**可行地或合理地**複製**該樞紐設施；
3. 對於競爭者拒絕其使用該設施；以及
4. 提供該設施的可行性⁵²⁹。

該等要件大致與公平會所列之要件相同。其中，第二要件中所述之**無法複製**，美國法院指的是因為**經濟上之障礙、法規上之障礙、以及商業上之理由**都可以符合⁵³⁰。論者亦有認為，若在 *United States v. Terminal Railroad* 案中，競爭者可以自己另造鐵路橋樑，則無法複製之要件即難以成立⁵³¹。

就該第二要件而言，SEP 從**法規上障礙**之角度來看，似屬於無法複製之樞紐設施。惟從本文先前章節之討論可知，於美國、歐洲、中國等專利大國，在潛在被授權人有意願接受授權之情況下，SEP 擁有者即**無從要求法院對被授權人核發禁制令**，亦即是完全無法禁止有意願之被授權人使用自己之專利技術；此情況無異於將 SEP 對有意願之被授權人進行**強制授權**。

換言之，在某些國家，**只要競爭者有意願接受授權，即能可行地或合理地複製、使用該 SEP**，SEP 擁有者完全無法阻止競爭者的複製、使用行為；因此，在 SEP 之脈絡下，其實可能並無法規上的障礙可言，基於第二要件之不符合，本文認為「樞紐設施理論」可能無法適用於 SEP。

⁵²⁹ Maurer, S., & Scotchmer, S. (2014). The essential facilities doctrine: The lost message of terminal railroad. p14.

⁵³⁰ *Id.* at 14.

⁵³¹ 維斯庫斯 (Viscusi, W. Kip) 等人 (著)，前揭註 54，頁 274。

甚而，本文以為，若以 United States v. Terminal Railroad 案做為比喻，SEP 因為難以取得禁制令而處於類似強制授權之地位，更像是案件中之鐵路橋樑被政府強制徵收，使得所有競爭對手皆能使用利用之，其已然變成公共設施之性質，而非獨占業者得以據為排除競爭者之樞紐設施。

綜合上述，本文認為，「樞紐設施理論」之運用，不能從直觀上僅從其四個要件判斷，仍需引入歐美之嚴格解釋或限制立場，對個案進行評估；而即便僅從該四個要件加以判斷，在 SEP 之脈絡下，「樞紐設施理論」之第二個要件亦難以滿足，因此，公平會所稱之「樞紐設施理論」可能無法完全適用於本案，其理自明。

第二款 採取不簽署授權契約則不提供晶片之手段



於《處分書》第 63 頁指出：「被處分人不簽署授權契約則不提供晶片之政策使得手機業者無法與被處分人就授權條件有充分對等之談判機會，造成手機業者於晶片需求之考量下接受對被處分人較為有利之授權條件並購買被處分人基頻處理器，提升被處分人競爭同業供應基頻處理器之價格，降低交易相對人對於被處分人競爭同業基頻處理器的需求，排除被處分人競爭同業競爭，並使手機業者將其高額權利金之支付轉嫁予消費者，提高消費者為手持裝置所支付之價格。」

公平會似認為，高通公司濫用基頻處理器市場之獨占地位，以不提供晶片為理由，要脅手機業者簽署授權條約，並接受不平等之授權條款，如無償交互授權，而提高高通公司競爭同業之成本、降低對於競爭同業之需求、並提高消費者支付之價格。

依此，公平會似認為，高通公司不應濫用晶片市場之力量，而強制搭售不必要之授權條款，蓋依權利耗盡原則，在晶片販賣時，與晶片相關之專利權亦耗盡，故若取得晶片，本無需再簽署授權條款，且亦不應有不平等之諸如無償交互授權約款。而若在沒有不平等授權條款之情形下，競爭同業之成本不會被墊高，消費者亦不必支付高額之權利金。

因此，似乎開啟整套因果流程之最主要的違法行為即在於第一步：**不簽署授權契約則不提供晶片之政策**。然而，這整套邏輯植基於手機業者的立場：買晶片者當然無須買授權之想法；但對於高通公司而言，其想法卻是：**不想賣晶片給侵權者**，所以**侵權者要先解決侵權問題，才能取得高通公司生產之晶片**。

縱然高通公司是 SEP 擁有人，也簽署 FRAND 承諾，但 FRAND 承諾只是要求高通公司要授權，卻沒有任何義務可強迫高通公司要賣晶片給侵權者；詳言之，高通公司可能認為，這些手機業者(侵權者)要利用高通公司投入大量資源研發之技術，卻不想對於使用付錢，因此高通公司不想藉由賣他們基頻晶片來幫助他們繼續侵權，所以才會有不簽署授權契約則不提供晶片之政策⁵³²。

高通公司利用授權方式，先要求侵權者解決侵權之問題，才能賣晶片給他們，這樣的行為模式，似乎並無過錯可言。或有人主張，手機業者一旦買了晶片，晶片上之專利權即經由銷售而耗盡，則業無侵權可言，手機業者即無須再繳付權利金費用，方為合理。

事實上，首先，高通公司對於手機業者，第一步所要解決的是侵權問題，所以不管有沒有用高通公司的晶片，都要簽署授權契約，採用相同的權利金費率；其次，就算手機業者採用高通公司的晶片，也不代表即權利耗盡而不用再繳權利金，因為高通公司的專利可能不僅在於晶片上，而在於整台手機之系統與設備上，因此，僅購買晶片，也可能無法耗盡整台手機會用到的高通專利。

此點於《處分書》第 29 頁即有指出：「被處分人專利組合包括行動通訊 SEP、非行動通訊 SEP 以及 NON-SEP，絕大多數的專利涵蓋系統層級或設備層級之創新，被處分人專利並非「主要含於通訊晶片內」，此有專家(○○○教授)報告可參。因為被處分人的專利範圍大於設備中的單一元件，也因被處分人專利的價值是在設備層級被實現，因此沒有理由選擇基頻處理器作為被處分人專利權利金的基礎，而最好的授權架構應該使權利金反映出發明所創造出的價值，故適當的權

⁵³² Federal Trade Commission, vs. Qualcomm Incorporated. (2017). Case No. 5:17-cv-00220-LHK, Defendant Qualcomm Incorporated's Motion To Dismiss And Memorandum Of Points And Authorities In Support. p8.

利金基礎應為整體手機設備 (參 ○○○ 及 ○○○ 教授專家報告)。」

當然，這段文字是高通之說法，究竟高通專利是只在晶片上還是在整個系統上，仍需調查事實證據來證明。惟，學者亦有指出，包含 2G、3G、與 4G 標準之無線手機技術中的許多 SEP，係被設計成來優化無線系統與網路；它們的價值因而超越特定元件，而在於整個裝置中。事實上，一研究由 Ericsson 所持有之 SEP 大型組合中之代表性的專利樣本進行檢視，發現超過 80% 的 SEP 皆處於蜂巢式網路或終端裝置層級，而非在個別元件層級。因此，專利授權通常會以終端系統或裝置層級為授權基礎，而非於個別元件層級作為授權基礎⁵³³。

依此，若高通公司為大量 3G、4G 標準之專利擁有人，其專利不僅在晶片層級，而遍佈整個系統設備，似乎也是可合理想像者。在公平會提出堅實之數據資料反駁高通所提出之教授專家報告之前，若我們假設高通公司之說法可信，則即使購買晶片，亦無法耗盡於手機設備層級上之高通專利，因此，買晶片亦不能免除簽署授權契約、繳交授權金之義務，本是當然之理。

綜合上述，本文認為，由於高通公司的專利可能遍及整個手機系統，故大部分手機業者皆有侵權之虞，在這些有侵權之手機業者中，若有想要使用高通晶片者，高通要求其先簽署授權契約，解決侵權疑慮之後，再提供晶片給他們，此一行為，為專利權人正當行使權利之合理行為，似乎沒有需要苛責之處。

⁵³³ Wong-Ervin, K. W., Ginsburg, D. H., Layne-Farrar, A., Robins, S., & Slonim, A. (2017). A Comparative and Economic Analysis of the US FTC's Complaint and the Korea FTC's Decision Against Qualcomm. p15.

第三款 與特定事業簽署含有排他性獨家交易折讓條款之行為



於《處分書》第 66 頁指出：「被處分人以渠於 3G 及 4G 通訊標準及基頻處理器之獨占地位，與■簽署含有排他性之獨家交易折讓條款，不當且有效排除來自其他基頻處理器供應商供應晶片予■之機會，損害基頻處理器市場之競爭。」，本文認為，此段落中雖以■掩蔽廠商名稱，唯於《處分書》第 12 頁中指出：「因被處分人以折讓限制 Apple 獨家交易，導致渠等損失與 Apple 之交易機會」所以公平會所指稱之獨家交易對象，應為 Apple 公司，合先敘明。

由於大部分契約條款都被公平會以■方式遮蔽，無法從內文看到真正之契約條款內文，亦無法判斷是否真有契約條款要求 Apple 不得採用其它廠商之晶片。

於《處分書》第 35-36 頁中，高通公司指出：「被處分人從未要求■，且■亦從未同意獨家使用被處分人晶片，此由■決定就■採購■晶片以及■於雙方有關晶片銷售契約仍存續之期間內反覆向被處分人競爭者要求晶片銷售提案等節可參...此等契約皆未提供權利金折讓予■以交換獨家使用被處分人晶片。...因此■故如契約外觀所示，■並未對■提供權利金折讓以交換獨家採用被處分人晶片。」其否認契約中有排他性交易之條款；並舉出 Apple 向高通之競爭者要求晶片銷售提案作為佐證；

於《處分書》第 37-38 頁中，高通公司指出：「■簽署背景係因■擁有數量可觀之專利組合，而被處分人並未取得■專利之交互授權，為使■承諾於一定期間內不向被處分人主張其專利，被處分人同意支付■款項，■於財務效果上近似於降低權利金費率以補償交互授權價值之安排。

此等條款之安排與採用被處分人晶片係完全獨立且無關聯」其認為契約中有降低權利金費用之條款，目的係為了補償交互授權之價值，而與獨家交易無關；



於《處分書》第 19 頁中，似是 Apple 公司之業者(因為被遮蔽，所以此處是經由上下文之脈絡所推斷者)，亦指出：「2016 年 9 月之後推出之 ■ 手機，則分別搭載 ■ 及被處分人晶片，併銷於市。■ 過去 10 年內曾多次針對被處分人競爭對手產品進行評估，但因未達到技術標準而未採用。」Apple 公司指出，沒有用競爭對手的晶片，是因為對手的晶片未達技術標準所致，亦似非來自於獨家交易的結果。

於《處分書》第 12 頁中，公平會指出：「被處分人亦對其他手機業者以提供優惠權利金費率及技術支援，威脅利誘手機業者與被處分人獨家交易或減少對競爭同業之晶片採購，然無事證可提供。」

依此，究竟高通公司有沒有提供權利金折讓以要求獨家交易排除競爭對手之事實，光從處分書所提供之資料看來無法確定，惟為求討論之完整，在此先假設有獨家交易折讓條款之存在，進行以下之討論。

第一目 獨家交易條款之法律性質：「忠誠折扣」之可能



公平會認為，高通公司利用權利金折讓之條件，要求 Apple 簽署獨家採用高通晶片之條款，誘使 Apple 避免採用同業晶片，而排除其他基頻處理器供應商供應晶片予 Apple 之機會，損害基頻處理器市場之競爭。

關於公平會所指責之「權利金折讓以要求獨家交易」之行為，似為學理上所稱之「忠誠折扣」行為。惟「忠誠折扣」行為是否必然等同於「排他性交易」？「排他性交易」之存在是否必然損害競爭？其間仍有程度上的區分。本文擬自比較法之角度探討「忠誠折扣」在競爭法上可能之判斷標準，再評論公平會之處分是否合宜。

學者指出，在獨占廠商的脈絡下，可能傷害競爭過程與消費者福利之的低價行為或歧視性定價行為包括下列幾種行為：

1. 掠奪性定價(Predatory pricing): 係指具有市場力量或希望獲取市場力量之公司，藉由降低價格以求消滅其競爭者，等到完成掠奪性的圍困(predatory siege)時，再收取超過競爭水準之價格⁵³⁴；
2. 選擇性削價(Selective price cuts): 對於特定類別的顧客給予選擇性的高於成本之削價⁵³⁵；

⁵³⁴ Jones, A. (2016). Roundtable On Fidelity Rebates, the 125th meeting of the OECD Competition Committee, p3.

⁵³⁵ *Id.* at 3.

3. 邊際擠壓或價格擠壓(Margin or Price Squeeze)：係指一垂直整合之企業，以相對於該獨占企業向下游市場之收費，使一同等或合理有效之競爭者無法從交易中獲得足夠邊際利益之價格，提供上游之輸入元素給對手⁵³⁶；

4. 折扣(Rebates)：折扣依其所欲達成之門檻不同，可分成下列幾種類型

(1) 獨家/忠誠折扣 (Exclusivity/ fidelity/ loyalty rebates)：其折扣之條件為買家需獨家(或幾近獨家)來購買，其為激勵之手段，但並未於契約要求獨家購買或交易；或其折扣之條件為買家須購買一定之比例⁵³⁷。

學者指出，獨家交易與忠誠折扣從契約內容上看來或有不同，如獨家交易契約通常以接受獨家購買義務作為契約成立之前提，而於忠誠折扣契約下，買方形式上似有較多的選擇；惟若從實質的競爭效果而言，二者似無太大差異，例如，在競爭法下，二者均以受該約定影響而被排除於競爭外之競爭廠商市占率多寡為主要的判斷依據⁵³⁸。

在 2014 年 intel v. Commission 案中，歐盟普通法院指出，折扣之授予是基於顧客自具有獨占地位之事業處取得全部或大部分需求之條件者，為 Hoffmann-La Roche 案中所稱之忠誠折扣，其後被稱為獨家折扣⁵³⁹。法院認為，此種獨家折扣係被設計用來移除或限制購買者之選擇供應來源之自由，且拒絕其他生產者進用市場。該等折扣被設計成經由財務上之優勢，來避免消費者從競爭之生產者來取得供應。此種獨家折扣，當被具有獨占地位之事業運用時，與共同市場不受扭曲之競爭的目標並不

⁵³⁶ *Id.* at 3.

⁵³⁷ *Id.* at 4.

⁵³⁸ 陳志民、陳和全（2011），《單方行為之研究》，頁 19-20，台北：公平交易委員會。

⁵³⁹ Case T-286/09, Intel v. Commission, EU:T:2014:547, para 76

相容⁵⁴⁰。



(2) 數量折扣 (Quantity/volume rebates)：其折扣連結於購買之數量。此種折扣獎勵大買家，且可能與成本相關⁵⁴¹。

學者指出，忠誠折扣與數量折扣有時候並不易清楚區分，兩者之主要差異，即在於所謂「忠誠」的行為表現⁵⁴²；就競爭效果而言，以「量」為門檻之忠誠折扣，由於通常並未具體限制買方可以和競爭對手交易之比例或數量，其排除及封鎖競爭的可能性相對較低⁵⁴³。

在 2014 年 intel v. Commission 案中，歐盟普通法院指出，數量折扣僅與從具有獨占地位之事業所購買之數量相連結，一般被認為不具有第 82 條(TFEU 102 條)所稱之封鎖效應。數量折扣被認為可反應效率上之增進以及由具有獨占地位之事業所形成之規模經濟⁵⁴⁴。

依此可知，數量折扣通常被認為不會造成競爭傷害，而忠誠折扣則可能會有封鎖競爭之效應；惟學者指出，數量折扣亦有可能被運作成忠誠折扣，且具有誘導忠誠或吸引之效果，特別是當其與成長連結時、或其為回溯性之時⁵⁴⁵。

(3) 成長折扣 (Growth rebates)：其折扣係基於買方於購買之成長⁵⁴⁶。

⁵⁴⁰ Case T-286/09, Intel v. Commission, EU:T:2014:547, para 77

⁵⁴¹ Jones, A., *supra* note 533, at 4.

⁵⁴² 陳志民、陳和全，前揭註 537，頁 21。

⁵⁴³ 陳志民、陳和全，前揭註 537，頁 19。

⁵⁴⁴ Case T-286/09, Intel v. Commission, EU:T:2014:547, para 75

⁵⁴⁵ Jones, A., *supra* note 533, at 4.

⁵⁴⁶ Jones, A., *supra* note 533, at 4.

此外，折扣優惠的方式有下列兩種：

(1) 回溯性折扣 (Retroactive/rolled-back/all unit/ first dollar rebates)：當特定之門檻達到時，折扣適用於所有已購買之單位⁵⁴⁷；一般而言，回溯性折扣較可能造成市場之封鎖。

(2) 增量折扣 (Incremental)：當門檻達到時，折扣僅適用於新增之單位⁵⁴⁸。

學者指出，雖然價格行為有掠奪性定價、選擇性削價、忠誠折扣...等分類，但重點不在於形式上之分類，因為在許多情況下，不同的行為可能造成相同的結果，如掠奪性定價只要將其目標訂於對手之客戶，亦可能以選擇性削價的形式出現。故對於該等行為的分析，應該仍以行為會造就之競爭效果為準⁵⁴⁹。

⁵⁴⁷ Jones, A., *supra* note 533, at 4.

⁵⁴⁸ Jones, A., *supra* note 533, at 4.

⁵⁴⁹ Gual, J., Hellwig, M. F., Perrot, A., Polo, M., Rey, P., Schmidt, K. M., & Stenbacka, R. (2005). An economic approach to Article 82. p6.

第二目 「忠誠折扣」之競爭效果



學者認為，「忠誠折扣」之排除競爭效果，在於槓桿之運作。此槓桿並非從一個市場延伸至另一個市場，而是從市場的一部分延伸至另一部分，即，從獨占企業之供應「不可競爭之部分(non-contestable portion)」延伸至價格「可競爭之部分(contestable portion)」⁵⁵⁰。

詳言之，學者指出，「不可競爭之部分」是賣方出售時，買方一定會購買的量或比例，「可競爭之部分」是沒有折扣計畫時，買方就不會購買之產品的量或比例⁵⁵¹。「忠誠折扣」之實行，可能會使獨占廠商之市場力量從「不可競爭之部分」延伸至「可競爭之部分」，導致封鎖競爭廠商效果。

如學者所指出，買方基於符合忠誠折扣之購買量或比例的要求，勢必得將部分原購自於其他競爭賣方之需求轉移至獨占賣方，此對於賣方市場之競爭往往有負面的影響。若「不可競爭之部分」數量愈大，「可競爭之部分」就愈小，在這樣的狀況下，競爭廠商廠商為了誘離忠誠折扣下的客戶與數量，其所須開出的誘離價格相對就要更低，甚至得低於其邊際成本。此時，競爭廠商儘管具有與實施忠誠折扣廠等同的生產效率，也不足與該廠競爭，導致競爭廠商被擠壓，甚至導致競爭廠商退出市場、具等同效率的新廠無法進場競爭、市場競爭程度減少⁵⁵²。

於 2016 年中國工商管理總局對於利樂公司的裁罰中，關於忠誠折扣之反競爭分析，亦採此見解。其指出，忠誠折扣的反競爭機制，主要在於支配地位

⁵⁵⁰ Jones, A., *supra* note 533, at 10.

⁵⁵¹ 陳志民、陳和全，前揭註 537，頁 65。

⁵⁵² 陳志民、陳和全，前揭註 537，頁 66。

企業利用「不可競爭部分」需求限制和影響「可競爭部分」需求，以及所造成的對客戶忠誠度的其他影響，因而其反競爭效應程度主要取決於將「不可競爭部分」的市場勢力傳導至「可競爭部分」的能力，這還受「不可競爭部分」需求的大小以及「折扣幅度」和「實施方式」等因素的影響⁵⁵³。

於歐盟執委會 2009 年所發布之「適用 82 條(TFEU 102 條)於獨占廠商濫用排他性行為之執法優先性指南⁵⁵⁴」(下稱《歐盟 102 指南》)中，在其之 IV. A (b) 項條件式折扣(Conditional rebates)之第 39 點，其指出由獨占事業所給予之條件式折扣，可能使其利用各顧客之「不可競爭之部分」的需求作為槓桿，來減少其為滿足「可競爭之部分」需求之所需支付的價格，似亦採此見解。

惟，「忠誠折扣」並非僅有反競爭效果，其亦有促進競爭之作用。學者指出，即使是由獨占廠商所提供之「忠誠折扣」，其仍有可能藉由減少價格與製造成本、增加產出而有利於消費者⁵⁵⁵。詳言之，學者認為，「折扣」可能有以下之促進競爭效果：

1. 折扣可以使固定成本之支出受到補償，因此可鼓勵涉及龐大固定成本之研發投資。當涉及高固定成本時，折扣更有可能具有促進競爭之效果⁵⁵⁶；
2. 折扣的目標對象為較可能轉向競爭者的消費者，其隱含對於這些消費者而言，

⁵⁵³ 中華人民共和國國家工商行政管理總局行政處罰決定書 (工商競爭案字〔2016〕1 號)
<http://www.saic.gov.cn/fldyfbzdjz/jzzfgg/201703/P020170309853689741679.pdf>

(最後瀏覽日：03/07/2018)

⁵⁵⁴ The European Commission. (2009). Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings. Retrieved from <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52009XC0224%2801%29>

(最後瀏覽日：03/07/2018)

⁵⁵⁵ Jones, A., *supra* note 533, at 16.

⁵⁵⁶ Gual, J., Hellwig, M. F., Perrot, A., Polo, M., Rey, P., Schmidt, K. M., & Stenbacka, R., *supra* note 548, at 37.

競爭更加激烈，這些消費者明顯可以從此狀況中獲益；其他消費者亦可能從價格上所增加之壓力間接獲益⁵⁵⁷；



3. 在垂直的關係中，採非線性定價方式之折扣，可被用來作為誘使零售商效率行為之激勵機制。舉例而言，折扣可被用來在新增的數量上增加零售邊際，以鼓勵零售商促銷該產品。儘管在批發價格上作統一的降價也可能帶給零售商相同的誘因，但對於供應商來說統一降價的作法成本會高出許多。因此，折扣可以允許供應商以較低的成本來提供誘因，藉此鼓勵供應商來提供更多誘因，且因此而使競爭更加激烈⁵⁵⁸；
4. 競爭市場中，當有多家廠商採用忠誠折扣時，市場價格會更趨近於邊際成本，因此在「搶量」的競爭中，廠商會更為重視較具效率的零售商，而以更大量並且更優惠的價格供給，結果，市場中效率零售商將獲得更多量與更低價的進貨來源，促成市場更具配置效率(allocative efficiency)與技術效率(technical efficiency)⁵⁵⁹；
5. 當一買者較會把折扣優惠轉移至對最終消費者的降價，以圖取更大銷售量時，這類零售買者的彈性較大，其需求購買量就會較大。透過忠誠折扣，供應商可以較低價格供應給該買者，結果是，需求彈性大者獲得較大供應量而且較低價格，市場交易變得更有效率，且不會傷及其它購買者⁵⁶⁰。

⁵⁵⁷ Gual, J., Hellwig, M. F., Perrot, A., Polo, M., Rey, P., Schmidt, K. M., & Stenbacka, R., *supra* note 548, at 37.

⁵⁵⁸ Gual, J., Hellwig, M. F., Perrot, A., Polo, M., Rey, P., Schmidt, K. M., & Stenbacka, R., *supra* note 548, at 37.

⁵⁵⁹ 陳志民、陳和全，前揭註 537，頁 42。

⁵⁶⁰ 陳志民、陳和全，前揭註 537，頁 42。

第三目 「忠誠折扣」違法性之評估標準



從前述之討論可知，「忠誠折扣」雖可能帶來反競爭之效果，但其亦不乏促進競爭之作用，因此，對於「忠誠折扣」於競爭法上之評價，應衡量其促進競爭與反競爭之淨競爭效果，再行評價方為適宜。

以學說而論，有學者就如何評估「忠誠折扣」提出以下之建議：

1. 為何買家同意接受反競爭之獨家交易契約，實際上究竟對於第三方有何負面的外部效應？若競爭主管機關無法確認外部效應，可能就沒有反競爭效應，案件應該被駁回⁵⁶¹；
2. 對於市場進入者會施加何種強度之不利結果？此可藉由計算市場進入者應削減多少價格，才得以在不同的數量水準上進入市場來估計⁵⁶²；
3. 是否事實上有效率之競爭者會因為所施加之不利結果而被屏除於市場之外⁵⁶³？
4. 關於效率之效應需被仔細地評估；關鍵之因素為下游之企業可傳遞價格削減之能力，以及給予下游企業施展努力之誘因⁵⁶⁴。

另有學者指出，廠商採行忠誠折扣時或許可以具有限制現在或潛在競爭對手之能力，惟是否足以傷害市場競爭，仍需進一步仔細探索，尤其需留意使用忠誠折扣的廠商其原來市場力量是否夠大、市場中同時採用忠誠折扣策略的廠商數目

⁵⁶¹ Gual, J., Hellwig, M. F., Perrot, A., Polo, M., Rey, P., Schmidt, K. M., & Stenbacka, R., *supra* note 548, at 39.

⁵⁶² Gual, J., Hellwig, M. F., Perrot, A., Polo, M., Rey, P., Schmidt, K. M., & Stenbacka, R., *supra* note 548, at 37.

⁵⁶³ Gual, J., Hellwig, M. F., Perrot, A., Polo, M., Rey, P., Schmidt, K. M., & Stenbacka, R., *supra* note 548, at 37.

⁵⁶⁴ Gual, J., Hellwig, M. F., Perrot, A., Polo, M., Rey, P., Schmidt, K. M., & Stenbacka, R., *supra* note 548, at 37.

是否很多、是否存在顯著的規模經濟效益、網路外部性、買者轉檯成本等考量因素⁵⁶⁵。此外，學者指出可就**市場之長期價格是否變高之準則**，來判斷**忠誠折扣是否可能限制了市場競爭**。因為一般性折扣是價格偏低而有利於買者的，忠誠折扣亦有此現象。若市場之長期價格變高，則代表著忠誠折扣可能造成廠商壟斷力提升、市場市場競爭減弱，才會使價格增高⁵⁶⁶。

學者認為，要判斷既存或潛在競爭者是否受排擠，應就以下面向加以研判，若以下面向皆符合，則**長期的市場競爭傷害**很可能已經發生⁵⁶⁷：

1. 沒有既存或潛在競爭者具有能力，可以提出相同的忠誠折扣來競奪多數買者的大部分購買量⁵⁶⁸；
2. 既存競爭者的產量被迫減少⁵⁶⁹；
3. 如果既存與潛在競爭者所受的限制減少，則實施忠誠折扣的廠商，提高價格可以獲取更高利潤(假設成本不變)⁵⁷⁰；
4. 買者沒有反制力量，以促使價格維持於或低於實施忠誠折扣策略之前的市場價格⁵⁷¹；
5. 當市場長期價格上升超過實施忠誠折扣前的水準，廠商不可能進入或重新進入市場、或者擴充市場占有率⁵⁷²；
6. 買者因忠誠折扣而獲得之利益，小於後來價格高於折扣策略前水準時的損失⁵⁷³。

⁵⁶⁵ 陳志民、陳和全，前揭註 537，頁 28。

⁵⁶⁶ 陳志民、陳和全，前揭註 537，頁 35。

⁵⁶⁷ 陳志民、陳和全，前揭註 537，頁 35。

⁵⁶⁸ 陳志民、陳和全，前揭註 537，頁 35-36。

⁵⁶⁹ 陳志民、陳和全，前揭註 537，頁 36。

⁵⁷⁰ 陳志民、陳和全，前揭註 537，頁 36。

⁵⁷¹ 陳志民、陳和全，前揭註 537，頁 36。

⁵⁷² 陳志民、陳和全，前揭註 537，頁 36。

⁵⁷³ 陳志民、陳和全，前揭註 537，頁 36。

以比較法而言，歐盟執委會所提出之具「同等效率競爭者(As Efficient Competitor, AEC test)」之標準，似亦可以作為參考之依據。



詳言之，在《歐盟 102 指南》之 III. C 項基於價格之排除行為(Price-based exclusionary conduct)之第 23 點中，其指出激烈的價格競爭通常有益於消費者。為了防止反競爭之封鎖效應，執委會通常僅會在該行為已經、或能夠將被認為與獨占事業具有同等效率之競爭者排除於競爭之外時，才會介入干涉該行為。換言之，歐盟執委會認為，僅有與獨占事業同等效率之競爭者被排除時，才有獨占地位濫用之疑慮。

學者指出，所謂「同等效率競爭者」，係假設市場上存在與系爭企業同等效率之競爭者，評估該競爭者是否得與系爭公司提供相同之折扣，是否當該同等效率競爭者採取同系爭企業折扣水平之銷售策略時，將導致該競爭者無利可圖。通常，在市場上並無可行之替代產品或競爭者無法提供相同條件給每一個別消費者全部需求之情形下，有較高之反競爭封鎖之可能。因具優勢地位之企業可能將以每一顧客需求之「不可競爭部分」作為一槓桿去減少顧客需求「可競爭部分」所支付之價金，較低之價金將誘使顧客仍與具優勢地位之企業交易，進而增強顧客之忠誠度⁵⁷⁴。

在《歐盟 102 指南》之 IV. A (b)項條件式折扣(Conditional rebates)之第 43 點中，其指出相較於獨占供應者之平均價格，相關範圍中預估的有效價格越低，增進忠誠之效應就越強。然而，只要當有效價格持續高於該獨占事業之 LRAIC (long-run average incremental cost, 長期平均增支成本)時，其將正常允許一同等有效之競爭者儘管在折扣之下仍能可獲利地進行競爭。在這樣的情況下，該折扣

⁵⁷⁴ 陳志民、陳和全，前揭註 537，頁 103。

通常不能以反競爭之方式進行封鎖。



在《歐盟 102 指南》之 IV. A(b)項條件式折扣(Conditional rebates)之第 44 點中，其指出當有效價格低於 AAC (average avoidable cost，平均可避免成本)時，以一般規則而言，該折扣可能可以封鎖即使是同等效率之競爭者。當有效價格介於 AAC 與 LRAIC 之間時，執委會會調查是否有其他之因素指向即使是同等有效之競爭者，進入或擴張有可能被影響之結論。有效價格與封鎖之關係以下圖示意之：

圖 11：歐盟執委會「同等效率競爭者」之判斷標準示意圖



於 2014 年 Intel v. Commission 案中，歐盟普通法院否定以「同等效率競爭者」作為「忠誠折扣」之測試標準，其指出，沒有必要考慮執委會是否適用「同等效率競爭者」測試。就算「同等效率競爭者」測試有正面結果，亦不能排除於該機制中固有之潛在封鎖效應⁵⁷⁵。然而，Intel 案於上訴之後，2017 年 9 月歐盟法院推翻普通法院之見解。歐盟法院認為，並非所有之排除行為皆必然對於競爭有害。競爭可能造成市場上效率較低、對於消費者而言從價格、選擇、品質、創新層面上都沒吸引力的競爭者被邊緣化或離開市場⁵⁷⁶。

⁵⁷⁵ Case T-286/09, Intel v. Commission, EU:T:2014:547, para 151.

⁵⁷⁶ Case C-413/14 P, Intel Corporation Inc. v European Commission, ECLI:EU:C:2017:632, ECJ judgment 6 September 2017, para 134.

歐盟法院指出，從折扣系統產生之排除效應，其對於競爭之不利益，可以被效率(這也是對消費者有益)所帶來之利益抵銷或超越。關於系爭行為對於競爭之有利與不利效應，只有在分析該行為對於至少與該獨占企業同等效率之競爭者之封鎖能力後才能決定⁵⁷⁷。因此，其認為「同等效率競爭者」測試對於歐盟執委會評估是否折扣可以對同等效率競爭者造成封鎖效應扮演重要的角色⁵⁷⁸，並要求普通法院需檢視「同等效率競爭者」測試⁵⁷⁹。

依此可知，過去歐盟普通法院與歐盟執委會對於忠誠折扣判斷標準不一致的情形，已被歐盟法院修正，歐盟法院似認為排除效率不足之競爭者為競爭之本質，折扣帶來之效率優勢應足以抵銷其帶來之排它效應，唯有連同等效率競爭者都被排除時，才需檢視折扣帶來之封鎖效應。

就美國而言，學者指出，部分法院認為超過成本之價格折扣並非當然違法，而在價格並非作為排除之工具，但忠誠折扣運作為事實上獨家交易的情況下，陪審團可決定其是否產生實質(substantial)之封鎖效應⁵⁸⁰。舉例而言，在 Sanofi⁵⁸¹ 案中，法院認為 Sanofi 之行為，運作為事實上獨家交易之安排，造成相關市場實質之封鎖，且造成可能或確實之反競爭效果，包括減少產出、品質或價格的上升⁵⁸²。

事實上，美國法院認為，排他性交易封鎖市場需達到實質之比例，才算是違法。例如，美國法院⁵⁸³有認為：法院通常會視相關市場受系爭協議而被封鎖的比

⁵⁷⁷ Case C-413/14 P, Intel Corporation Inc. v European Commission, ECLI:EU:C:2017:632, ECJ judgment 6 September 2017, para 140.

⁵⁷⁸ Case C-413/14 P, Intel Corporation Inc. v European Commission, ECLI:EU:C:2017:632, ECJ judgment 6 September 2017, para 143.

⁵⁷⁹ Case C-413/14 P, Intel Corporation Inc. v European Commission, ECLI:EU:C:2017:632, ECJ judgment 6 September 2017, para 144.

⁵⁸⁰ Jones, A., *supra* note 533, at 12.

⁵⁸¹ Eisai v Sanofi Aventis US LLC (3d Cir, 2016)

⁵⁸² Jones, A., *supra* note 533, at 13.

⁵⁸³ Rheumatology Diagnostics Lab., Inc. v. Aetna, Inc., No. 12-CV-05847-WHO, 2013 WL5694452, at *11 (N.D. Cal. Oct. 18, 2013)

例，來決定該協議是否不合理⁵⁸⁴。美國法院⁵⁸⁵亦指出，幾乎所有的契約都會封鎖市場或從部份市場中排除其他交易者。一個排他性之交易安排，只有其封鎖競爭的程度到達其所影響之商業的**實質比例**⁵⁸⁶才算是非法之獨占⁵⁸⁷。



而關於排他性交易中之**實質性標準**，美國聯邦最高法院⁵⁸⁸解釋：為了確定一給定案例之實質性，有必要權衡契約對於相關領域有效競爭的可能影響，考慮到雙方的相對實力、相關市場區域的商業總量中所涉及之商業比例、先佔下市占率，對於此市場現在與未來的有效競爭之可能影響⁵⁸⁹。

綜合上述，歐盟目前似採取是否排除「同等效率競爭者」作為「忠誠折扣」封鎖市場之測試標準；美國採取者為檢驗是否造成實質上封鎖之標準。本文認為，歐盟之「同等效率競爭者」判斷標準，係以折扣後之有效價格與成本相互比較來判斷封鎖效果，相較於美國更清楚、明確，不但使競爭機關容易適用，亦能使廠商於進行折扣時，有所依據，不易輕蹈法網；並且，排除「同等效率競爭者」亦可作為實質上封鎖之具體指標，如學者所指出者，若廠商採行忠誠折扣都已足以導致「同等效率」的競爭廠商無法繼續經營，則其它「較差效率」的競爭廠商更是無法生存，故分析「同等效率」廠商受到衝擊的大小，是一個足以做為評判忠誠折扣的比較標準⁵⁹⁰。故若連「同等效率競爭者」皆被排除，則毋庸論效率較差之競爭者，故應可將「同等效率競爭者」之排除作為市場已實質上被封鎖之標準。

⁵⁸⁴ Federal Trade Commission, Vs. Qualcomm Incorporated., *supra* note 531, at 19.

⁵⁸⁵ *Abby USA Software House, Inc. v. Nuance Comm'ns Inc.*, No. 08-01035, 2008 WL 4830740, at *2 (N.D. Cal. Nov. 6, 2008)

⁵⁸⁶ *Allied Orthopedic Appliances*, 592 F.3d at 996 (quoting *Omega Envtl.*, 127 F.3d at 1162)

⁵⁸⁷ Federal Trade Commission, Vs. Qualcomm Incorporated., *supra* note 531, at 18.

⁵⁸⁸ *Tampa Elec. Co. v. Nashville Coal Co.*, 365 U.S. 320, 329 (1961)

⁵⁸⁹ Federal Trade Commission, Vs. Qualcomm Incorporated., *supra* note 531, at 18.

⁵⁹⁰ 陳志民、陳和全，前揭註 537，頁 25。

此外，以競爭的本質而言，淘汰效率較低的競爭者，將市場上的資源留給效率較高者運用，使效率較高者可以較佳利用資源，得到更多產出，以提高整體消費者福利，本來就是競爭的重要功能；若競爭手段在排除效率較低之對手情況下，仍能使同等效率之競爭者留存於市場參加競爭，則不但可以將市場資源從低效率者手中有效釋出給高效率者，且同時仍保持高效率者之相互競爭狀態，應是消費者所樂見之情形，故本文認為，採取「同等效率競爭者」之標準，似為一明確、具體、合理之標準。

就我國案例而言，於公平會 2005 年公處字第 094017 號處分書中，其指出被處分人市場占有率為 91%，且因其既有業者之先發優勢、用戶規模及市場占有率，及通關網路服務網路效應及兩面市場特性之影響，顯較競爭對手擁有競爭上之優勢，具有壓倒性地位、可排除競爭之能力，故被處分人為獨占事業。本案涉及忠誠折扣者為被處分人「通關網路服務優惠方案」之「B 方案」，其內容為優惠期間內承諾 100% 使用被處分人通關網路服務，即享有原費率打 6 折的優惠，惟參加廠商若未能遵守承諾，則被處分人有權中止本項優惠方案，並收取已給付之優惠金額與原價之差額。公平會認為，部分忠誠折扣方式，其優惠係附隨於禁止用戶轉換交易對象之約定，或針對可能轉換交易對象之用戶給予大幅折扣優惠，藉以防止其轉換交易對象之情形，由於該類折扣之實施，將造成用戶被特定事業「鎖定」，妨礙競爭者爭取交易機會，進而形成市場封鎖之反競爭效果。

公平會調查發現，選擇參加「B 方案」之用戶比例超過 80%，本案可受非難處為前開用戶於加入優惠方案後 1 年之期間內，倘欲轉換使用競爭對手之通關網路服務，即需負擔已給付優惠金額與原費率之差額作為罰款，增加用戶轉換交易對象時之轉換成本，進而降低用戶選用競爭對手通關網路服務之誘因。是以，「B 方案」明顯係以限制或排除其他競爭者作為目的，而確實亦造成超過該公司 80

％既有用戶無法轉換交易對象之效果。形成通關網路市場人為因素之參進障礙，業已構成違反公平交易法以不公平方法，直接或間接阻礙他事業參與競爭之規定⁵⁹¹。



關於此案，學者批評認為，公平會並未對被處分人之成本及回收可能進行審查，僅就當企業具市場地位時，對於交易相對人選擇自由之妨礙與市場封鎖之效果著墨，顯見實務上公平會忽略折扣後之價格是否低於成本之議題，針對此一行為僅側重考量交易相對人之選擇自由、具市場地位之企業行為所產生之妨礙及市場封鎖之效果。惟企業取得相當市場力量之結果，可能是憑藉自身產品之品質或生產效能之優勢所致，此為市場競爭所樂見之情形，無處罰之正當理由⁵⁹²。

本文亦贊同學者之見解，超過 80％之用戶會選擇「B 方案」，即代表該方案可滿足大多數用戶之需求；該方案的推出，若價格高於其成本，則代表獨占廠商善於運用其規模與效率優勢，不但能提供用戶低廉的服務，且仍能保有利潤而維持企業的運作，結果消費者與廠商兩皆獲益，並無可苛責之處。本文認為，即使是獨占廠商，亦應有使用競爭手段之自由，其競爭自由之界線，或可參考歐盟「同等效率競爭者」之標準，而或可達到兼顧競爭自由、消費者福利、避免市場封鎖之效果。

⁵⁹¹ 行政院公平交易委員會，公處字第 094017 號處分書。

⁵⁹² 陳志民、陳和全，前揭註 537，頁 145。

第四目 小結論



於高通案中，對於忠誠折扣造成之獨家交易效果，公平會指出，Apple 曾兩度評估我國業者是否可能成為基頻處理器供應商，然礙於獨家交易限制，已扼殺我國業者成為潛在供應商以提升技術與產品品質之機會。

首先，如果真的有獨家交易存在，則 Apple 似無從選擇交易對象，為何還會有兩度評估我國業者之行為，似讓人有些困惑；評估結果未獲採納，究竟是獨家交易的後果，還是獨家交易只是拒絕的託辭，可能亦需詳加調查。

其次，究竟我國有多少家廠商因為獨家交易而被 Apple 拒絕，這些廠商在晶片市場上佔有多少比例，獨家交易的影響是否導致晶片市場實質被封鎖之效果，可能亦需加以評估。例如，有論者指出，高通被指控與蘋果進行獨家交易之 2011 至 2013 年，蘋果公司在全世界智慧型手機之市占率僅有 20%，因此，有近 80% 之市場可留給高通之競爭對手來提供晶片。20% 左右的市占率很難稱為達到實質之比例⁵⁹³。

再者，究竟此獨家交易 Apple 所影響之晶片市場，是所有晶片市場，或僅有高階晶片市場，或許可能也需加以討論。如同本案魏杏芳委員於不同意見書所指稱者，所影響的是**高階手機搭載的高階處理器市場**，然而，處分書卻未對應用與非應用於高階手機之處理器進行區別；事實上，**我國聯發科公司主要的產品即搭載於中、低階手機，非為蘋果公司之供應商**⁵⁹⁴，因此，我國廠商究竟有多少屬於蘋果高階手機處理器之供應商，究竟高通公司的行為對於我國的廠商是否真的產

⁵⁹³ Wong-Ervin, K. W., Ginsburg, D. H., Layne-Farrar, A., Robins, S., & Slonim, A., *supra* note 532, at 9-10.

⁵⁹⁴ 公平交易委員會處分書：公處字第 106094 號 不同意見書(摘要) 委員 魏杏芳 頁 75。

生競爭傷害，會有甚麼樣程度的競爭傷害，可能也需加以查明；惟，此處需注意的是，我國晶片公司在晶片市場之現況，也許可能為受到獨家交易之後的影響，例如我國廠商可能本來想要進入高階晶片市場，卻受到高通公司與 Apple 進行獨家交易之結果影響，轉而只能尋求低階晶片市場，亦不無可能。

此外，如本文先前所述及者，忠誠折扣可能有反競爭效果，但亦有促進競爭之面向，舉例而言，折扣可使固定成本之支出受到補償，因此可鼓勵涉及龐大固定成本之研發投資等等，因此，公平會在評估忠誠折扣、獨家交易安排的合理性時，似亦應考慮可能之促進競爭效果。

最後，本文認為，或許公平會可以參考歐盟「同等效率競爭者」之標準，評估權利金折讓之後，晶片之有效價格與 LRAIC (長期平均增支成本)、AAC (平均可避免成本) 之關係。若於權利金折讓之後，晶片之有效價格仍高於 LRAIC，則可能並無排除同等效率競爭者之效果，反之，若晶片之有效價格小於 AAC，則可進一步探究排除同等競爭者，實質封鎖市場之可能性。本文認為，利用「同等效率競爭者」之標準，做一個初步的評估，若排除同等效率競爭者、封鎖市場之效果並不顯著，似無需再進行繁複之事實調查，似亦不失為節省行政資源、解決糾紛之可行途徑。

綜合上述，本文認為，公平會應先建立確實之反競爭結果論據，諸如我國廠商於高低階晶片之產業結構、高通基於此行為所搶下之市占率、對我國廠商造成之排除效果為何等等，再評估簽署該等契約所帶來之促進競爭效果，並進行衡量之後，得到淨競爭效果，方才能評量系爭行為之違法性，目前處分書所提供之論據，似稍有不足，或許似亦可參考歐盟之「同等效率競爭者」標準，以增加論據之客觀性與說服力。

第七章 全文結論



「你稱之為獨占，我稱之為企業（“You call it monopoly; I call it enterprise.”）」是洛克菲勒在 Standard Oil vs. The United States 一案中所發表之名言。百年之前，洛克菲勒的標準石油公司所提供的標準化煤油點亮了千家萬戶，百年之後，高通公司研發的標準必要專利使得聯通全球的手機通訊變得可行。然而，一百年過去了，即使科技日新月異，這些為人類帶來便利生活的企業家，必須被迫站上法庭，為自己商業行為辯護的傳統，卻始終存在。

Standard Oil 案亦是 White 大法官認為，除非有「理由」，任何人不能決定反托拉斯之案件，而開啟合理原則運用之伊始。從整個競爭法之演進歷史，可以發現其實是對同樣的商業模式、行為不斷重新定位評估的過程。同樣的寡占結構，哈佛學派認為結構決定了行為而後決定效率，寡占結構會有勾結行為將造成效率損失，因此必須將大企業拆分小企業來破壞寡占結構；芝加哥學派則認為是市場上最有效率者才能催生寡占結構，寡占結構是結果而不是原因，應該鼓勵而非制裁。同樣的維持轉售價格行為，在百年前看來是反競爭的價格固定行為，百年後看來，卻可能是可以避免搭便車，促進品牌間競爭的促進競爭行為。

寇斯(Ronald H. Coase)曾說：「如果廠商提高價格，法官就會說它是獨占性定價；如果廠商降低價格，就會說它是掠奪性定價；如果廠商維持價格，就會說它們勾結定價。」商業行為的詮釋，全看執法者用什麼樣的角度對待它，要找出指責商業行為的理由並不難，因為競爭本即就有創新、淘汰之多重作用，競爭中永遠找得出被傷害的輸家來指控贏家。因此，重點還是在於，我們最終想要透過競爭法達到什麼樣的目的，讓這個目的導引執法者的判斷標準，才能在執法中不偏不倚，自客觀的角度評估商業行為，寬容有經濟效率的商業模式，排除傷害競爭

的商業行為，從而讓整體消費者都能蒙受福利。至於如何**客觀評估商業行為**，本文認為應先從上位概念開始，探討各制度之基本價值與目的，再利用具體制度落實這些上位價值。



對於上位概念之探討，本文從智財法與競爭法各自的功能出發，主張智財法之功能是防止市場失靈、激勵創新；競爭法之功能是維護交易競爭秩序，最大化整體消費者之福利；而於兩套制度之交會處，論證兩者屬於**互補關係**，**共同目標是促進創新**；且就競爭法之特性，分別探討「錯誤指責」、「錯誤縱放」此兩種錯誤發生的可能性與後果，而得出**競爭法應保持謙抑性**之結論，尤其在科技發展迅速的新經濟的時代，更需避免「錯誤指責」而造成有益商業行為被長期埋沒之損失、以及避免「Procrustes 之床」削足適履之悲劇。

於專利授權管制之具體制度中，本文認為可以利用三道關卡，來落實前述之上位概念。於第一道關卡公平法第 45 條之討論中，本文認為應**綜合衡量**之標準，將行使智財授權所帶來之諸如促進創新、增進效率等正面效益加以評估，再與競爭行為可能帶來的反競爭效果進行衡量，藉以判斷權利行使之正當性，即是將**智財法與競爭法兩套制度皆為促進創新之共同目標化為衡量標準**，來界定公平法對於專利授權行為的管制界線。

於第二道關卡以**市場力量**作為競爭法介入契約自由之管制標準中，本文認為專利權僅在具有相當市場力量之時，才得由競爭法介入管控，以落實競爭法謙抑性之目標。為了準確評估市場力量，則對於市場之界定亦應更為精準，尤其是專利授權所涉及之**技術市場**界定，本文認為以美國《指南》所稱之「其可顯著地限制被授權之智財權市場力量之行使者」，作為技術之替代者，才能使技術市場界定更準確反應市場力量之意義。之後，本文並檢視專利權、SEP 市場力量之評估

因素，並以學者之實證研究報告作為佐證，認為專利權之市場力量其實可能弱於想像，SEP 之市場力量行使更受到重重限制，至少包括**真實性、水平處、垂直處、動態競爭上、行使上之限制**。使得在某些情況下，SEP 之市場力量似乎可能還弱於一般專利權。此外，本文並指出，在探討 SEP 所可能帶來對於標準實施者之「專利箝制(patent holdup)」危害之外，同時專利權人所面臨之「反向專利箝制(reverse holdup)」與「逆專利箝制(holdout)」威脅，亦似不應輕易被忽視。最後，本文認為，對於 SEP 之管制，若一開始就以敵意視之，用較嚴格之規範管制，即很可能會造就「錯誤指責」之狀況，使得 SEP 帶來的正面效應非但無法為世人所用，錯誤之效應更可能從區域擴展至全球，而使全世界同蒙其害，故在 SEP 議題上，似更應提醒執法者隨時留意競爭法之謙抑性。

於第三道關卡則以**合理原則**作為檢視專利授權限制之合法性依據，主要以美國 2017《指南》之分析架構為主，認同只要授權限制達到對於「**促進經濟活動整合之效率**」有**貢獻**之標準，即可利用合理原則進行分析。而分析之架構應為先進行反競爭效果分析、再探討效率與正當化事由，最後由促進競爭效率與反競爭效果之衡量所決定之於各相關市場中之可能**淨競爭效果**中，判斷該授權限制之合法與否。藉此利用競爭結果進行的細膩衡量操作，一方面可以檢討智財法與競爭法所欲達成之創新或效率目標有無在具體個案發生，另一方面亦可避免執法機關對於行為的評價流於主觀，希望能藉此減少競爭法「錯誤指責」之狀況發生。此外，並藉由各國對於以低市占率作為授權安全區的規範，反思我國未設置安全區可能帶來之執法不確定性風險。

最後，本文將先前章節設立之三道關卡用於檢視受我國公平會所裁罰之高通案。

於**公平法第 45 條**之討論中，本文認為於公平會所採用之「權利濫用說」中，並未證明高通公司之專利授權行為是以**損害他人為主要目的**，可能與一般「權利濫用說」之要件有所出入，權利濫用之指控得否成立，還有疑義。



於**市場力量**之討論中，本文認為關於 SEP 之技術市場界定不明確，且忽略專利權之屬地性，而未就 SEP 之技術市場之各國地理範圍加以探討分析。而於市場力量之探討中，本文認為高市占率與 SEP 之存在似皆不足以證立高通公司擁有「排除競爭之能力」，因而質疑**高通公司具有獨占地位之認定可能並不成立**。

於**合理原則**之討論中，本文就三個被指控之行為，分別探討其合理性。

首先，於**拒絕授權**晶片競爭同業之行為中，本文自「不告訴承諾是否有可能導致權利耗盡？專利授權一定會導致權利耗盡？不告訴承諾即使不能導致權利耗盡，是否亦有促進競爭之正面效益？」此三個問題出發，對「不告訴承諾」與「權利耗盡」議題進行探討。

關於第一個問題，本文認為「不告訴之承諾」之法律效果有可能相當於「**非專屬授權**」，故高通公司似未有「**拒絕授權**」之行為，且從法律性質之推演與美國案例之參照，認為「**不告訴之承諾**」亦有可能帶來**權利耗盡之後果**，故可能此一行為其實並無不妥，且未帶來任何反競爭效應。

而對於第二個**是否授權即會造成權利耗盡之問題**，本文認為可能仍需就專利權人是否已獲得合理報償而實質認定，並非形式上一旦有授權行為，專利權則立即耗盡。若專利權並非因授權而立即耗盡，則高通之行為亦與競爭同業所面對來自於交易相對人要求侵權擔保之困境無關，而似不應依此加以苛責。

就第三個問題而言，即使公平會要將「不告訴之承諾」認定為「拒絕授權」，且由於高通公司的行為導致權利無法耗盡，利用「不告訴之承諾」所可能產生之**促進競爭效果**，亦須加以考慮以和**反競爭效果**進行衡量，才能從**淨競爭效果**中評估對於競爭之影響程度。此外，就算有「拒絕授權」行為，由於 SEP 擁有者在取得禁制令上之困難，可能即無法滿足「樞紐設施理論」中競爭者**無法**可行地或合理地**複製**該樞紐設施之要件，因而可能亦不適用「樞紐設施理論」。

其次，於採取**不簽署授權契約則不提供晶片**之手段中，本文認為由於高通公司之專利可能遍及於整台手機系統上，而非僅及於晶片之中，故即使晶片經過銷售之後亦不會耗盡手機系統之專利。既然所有手機業者可能皆為潛在侵權者，高通公司本來即無義務販賣晶片給侵權者。高通公司要求手機業者須先簽署授權契約，解決侵權疑慮之後，再提供晶片給他們，此一行為，似應為專利權人正當行使權利之合理行為，而無反競爭之疑慮。

最後，與特定事業簽署含有**排他性之獨家交易折讓條款**之行為中，本文認為公平會應先建立忠誠折扣所帶來之**確實反競爭結果**論據，諸如我國廠商於高低階晶片之產業結構、高通基於此行為所搶下之市占率、對我國廠商造成之排除效果為何，判斷是否帶來**實質性之封鎖效應**；再評估忠誠折扣促進競爭之面向，折扣可使固定成本之支出受到補償等等，並進行衡量之後，得到淨競爭效果，方才能評量系爭行為之違法性，目前處分書所提供之論據，似稍有不足。本文認為，或許似亦可參考近來歐盟法院與執委會所採取之「**同等效率競爭者**」標準，以增加論據之客觀性與說服力。

綜合上述，經由對於高通裁罰案之分析發現，於史上最高額的裁罰金額背後，其所劃定之市場、對獨占地位之論述、對違法行為之分析，似乎皆有可議之處。

本文認為，或許執法機關可以藉由此一機會，參考國外競爭法對於專利授權之理論與規範，反思此次執法可能依據不足之處，建立一套細密之分析衡量管制標準，非但讓執法時得以更客觀有據，避免「錯誤指責」之狀況發生，而使有效率之授權行為埋沒於時間長河之中，同時也使未來欲從事專利授權者能有所依循，在一定程度之確定性下安心進行商業交易，促進繁榮。

參考文獻



壹、中文部分（按姓氏筆劃排列）

一、書籍

1. 王曉暉（2010），《王曉暉論反壟斷法》，北京：社會科學文獻。
2. 公平交易委員會（2017），《認識公平交易法（增訂第十七版）》，台北：公平交易委員會。
3. 公平交易委員會（2015），《第20屆競爭政策與公平交易法學術研討論文集》，台北：公平交易委員會。
4. 行政院公平交易委員會（2003），《公平交易法之註釋研究系列（一）第一條至第十七條》，台北：行政院公平交易委員會。
5. 行政院公平交易委員會（2005），《公平交易法之註釋研究系列（三）第二十五條至第四十九條》，台北：行政院公平交易委員會。
6. 汪渡村（2015），《公平交易法》，六版，台北：五南。
7. 李素華、林育廷（2009），《各國專利授權（含標準化技術授權）之規範與實務相關研究》，台北：行政院公平交易委員會。
8. 孟雁北（2017），《反壟斷法》，二版，北京：北京大學。
9. 陳聰富（2009），《專利契約》，台北：經濟部智慧財產局。
10. 陳志民、陳和全（2011），《單方行為之研究》，台北：公平交易委員會。
11. 理查·波斯納（著），蔣兆康（譯）（2010），《法律經濟學》，台北：五南。
12. 黃銘傑（2013），《智慧財產法之理論與實務：不同意見書》，台北：元照。
13. 黃章典（2015），《專利授權實務》，三版，台北：經濟部智慧財產局。
14. 奧利弗·布萊克(Oliver Black)（著），向國成、袁媛等人（譯）（2010），《反壟斷的哲學基礎》，大連：東北財經大學。（簡體字版）。
15. 經濟部智慧財產局（2015），《通訊標準專利訴訟教戰手冊進階版》，台北：經濟部智慧財產局著作權組。
16. 維斯庫斯(Viscusi, W. Kip)等人（著），陳勇軍等人（譯）（2010），《反壟斷與管制經濟學》，四版，北京：中國人民大學。（簡體字版）。

- 
17. 廖義男 (1994),《公平交易之釋論與實務》,台北:三民。
 18. 廖義男 (2015),《公平交易法之釋論與實務(第二冊)》,台北:元照。
 19. 廖義男 (2017),《公平交易之釋論與實務(第三冊)》,台北:元照。
 20. 廖義男、黃銘傑(主編)(2017),《競爭法發展之新趨勢:結合、聯合、專利權之行使》,台北:元照。
 21. 劉孔中 (2015),《解構智財法及其與競爭法的衝突與調和》,台北:新學林。
 22. 劉孔中 (2009),《智慧財產權運用與競爭秩序》,三版,台北:經濟部智慧財產局。
 23. 劉承愚、賴文智 (2013),《技術授權契約入門》,台北:元照。
 24. 顏雅倫 (2014),《臺灣金融產業的競爭政策—以競爭法的觀點出發》,台北:元照。

二、期刊

1. 王文宇 (2007),〈濫用獨占地位之判斷標準--法律概念或經濟觀點?〉,《公平交易季刊》,15卷2期。
2. 王立達 (2002),〈競爭法對智慧財產權市場力量之管制—以有線電視頻道授權案件為例〉,《月旦法學雜誌》,第84期。
3. 王偉霖、張俊宏 (2007),〈競爭法規範對技術授權之限制-以美國及臺灣法律為中心〉,《法令月刊》,58卷12期。
4. 王曉暉 (2017),〈論標準必要專利的特殊性〉,《經濟法學家》,12卷。
5. 任劍新 (2004),〈美國反壟斷思想的新發展——芝加哥學派與後芝加哥學派的比較〉,《環球法律評論》,26卷2期。
6. 仲春 (2017),〈標準必要專利相關市場界定與市場支配地位認定研究〉,《知識產權》,第7期。
7. 汪改麗 (2015),〈論反壟斷法的謙抑性〉,《經濟法論叢》,第28卷。

- 
8. 何之邁 (2008),〈公平交易法：第三講—個別限制競爭行為 (下)〉,《月旦法學教室》, 64 期。
 9. 何曜任 (2011),〈美國法專利權濫用理論對我國法之啟示〉,《政大智慧財產評論》, 9 卷 2 期。
 10. 呂明瑜 (2013),〈智慧財產權許可限制反競爭審查的一般分析框架〉,《河南財經政法大學學報》, 2013 年第 1 期。
 11. 李素華 (2016),〈從專利授權契約之本質論專利法相關規範之解釋與適用〉,《政大法學評論》, 144 期。
 12. 李素華 (2001),〈專利及專門技術授權與公平法規範〉,《智慧財產權月刊》, 31 期。
 13. 李勝利、王超 (2017),〈美國反托拉斯法中的違法判斷準則〉,《經濟法學家》, 12 卷。
 14. 孟雁北、姜姿含 (2015),〈標準必要專利定價行為的反壟斷法規制研究〉,《價格理論與實踐》, 第 2 期。
 15. 夏宏中、夏季莆 (2014),〈由標準關鍵專利探討國際大廠專利策略〉,《新新季刊》, 42 卷 2 期。
 16. 陳歆 (1999),〈各國專利權伸張情勢〉,《智慧財產權月刊》, 11 期。
 17. 陳龍昇 (2007),〈淺談公平交易法 [獨占事業] 的意義與種類〉,《萬國法律》, 151 期。
 18. 莊春發 (1998),〈競爭概念的發展, 演變與反托拉斯政策〉,《公平交易季刊》, 6 卷 1 期。
 19. 莊春發 (2002),〈競爭的內涵與公平交易法規範〉,《公平交易季刊》, 10 卷 3 期。
 20. 許忠信 (2008),〈智慧財產權之濫用與限制競爭防止法之適用-由美國法與日本法看我國公平交易法第四十五條〉,《全國律師》, 12 卷 10 期。

- 
21. 黃銘傑 (1998),〈中小企業保護與競爭政策-憲法增修“中小企業保障條款”的問題提起〉,《臺大法學論叢》,27卷3期。
 22. 黃銘傑 (2008),〈技術標準與專利聯盟 (Patent Pool) 中獨占地位之取得及其濫用時之救濟措施初探美國聯邦交易委員會 In the Matter of Rambus, Inc. 案之啟示〉,《全國律師》,12卷1期。
 23. 黃惠敏 (2016),〈標準必要專利之戰爭——禁制令行不行?〉,《月旦財經法雜誌》,39期。
 24. 傅松青 (2012),〈論美國專利授權契約之搭售與專利權濫用〉,《政大智慧財產評論》,10卷1期。
 25. 傅松青 (2013),〈從美國司法判決看專利聯盟的今日與未來〉,《政大智慧財產評論》,11卷1期。
 26. 楊宏暉 (2008),〈論專利權之間接侵害與競爭秩序之維護〉,《公平交易季刊》,16卷1期。
 27. 楊智傑 (2015),〈專利侵權之不正行為抗辯與行使詐欺取得專利之反托拉斯法制裁〉,《公平交易季刊》,23卷1期。
 28. 漆多俊 (2015),〈美國:現代國家經濟調節職能與經濟法產生和發展一般規律之典型代表——李勝利《美國聯邦反托拉斯法百年:歷史經驗與世界性影響》書評〉,《經濟法論叢》,第28卷。
 29. 鄧之欣 (2005),〈國際專利授權談判策略與要訣〉,《智慧財產權月刊》,82期。
 30. 鄧清丰 (2014),〈研究規劃與智權增值運用提升中科院研發能量〉,《新新季刊》,42卷1期。
 31. 顏雅倫 (2016),〈公平會智慧財產權授權管制實務之回顧與評析〉,《公平交易季刊》,24卷1期。
 32. 顏雅倫 (2015),〈雙邊/多邊市場之競爭與創新——論競爭法的因應〉,《科技法學評論》,13卷1期。

三、學位論文

1. 李明強 (2012),《平行競爭關係下的價格操縱行為—以美國反托拉斯法為中心》,雲林科技大學科技法律研究所碩士論文。
2. 林鈺珊 (2009),《論專利權濫用》,國立交通大學管理學院碩士論文。
3. 林靜雯(2011),《由美國判決發展看以契約排除權利耗盡原則適用的容許性》,交通大學管理學院科技法律學程學位論文。
4. 洪萱 (2008),《論我國技術授權與市場競爭之處理原則》,國立政治大學智慧財產研究所碩士論文。
5. 黃章典 (2013),《專利授權交易營運模式分析》,國立臺灣大學管理學院碩士在職專班商學組碩士論文。
6. 賴文智 (2000),《智慧財產權與民法的互動--以專利授權契約為主》,國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。



貳、外文部分（按字母排列）

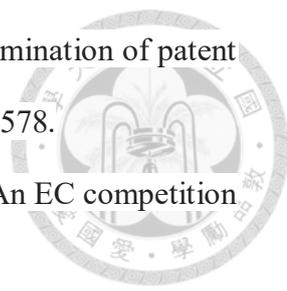


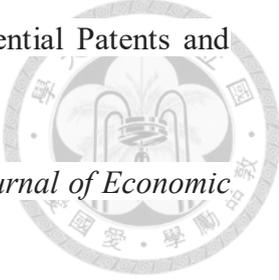
I. Books

1. Craig, P., & De Búrca, G., *EU law: text, cases, and materials*. Oxford University Press, (6th ed. 2015).
2. Dutta, S., Lanvin, B., & Wunsch-Vincent, S. *The global innovation index 2017: Innovation feeding the world. Geneva, Switzerland, by the World Intellectual Property Organization (WIPO), and in New Delhi, India, by the Confederation of Indian Industry (CII)*. (2017).
3. World Intellectual Property Organization, *World Intellectual Property Report 2015* (2015).

II. Articles

1. Audenrode, M. V., Royer, J., Stitzing, R., & Sääskilähti, P. (2017). Over-Declaration of Standard Essential Patents and Determinants of Essentiality.
2. Bohannon, C. (2010). IP Misuse as Foreclosure. *Iowa L. Rev.*, 96, 475.
3. Contreras, J. L. (2017). Technical Standards, Standards-Setting Organizations and Intellectual Property: A Survey of the Literature (with an Emphasis on Empirical Approaches).
4. CPI Talks. (2017). Interview with Maureen Ohlhausen – Acting Chairman of the Federal Trade Commission, *CPI Antitrust Chronicle*.
5. Cyber Creative Institute Co. Ltd. (2013). Evaluation of LTE essential patents declared to ETSI, Version 3.0.
6. Easterbrook, F. H. (1984). Limits of antitrust. *Tex. L. Rev.*, 63, 1.

- 
7. Galetovic, A., Haber, S., & Levine, R. (2015). An empirical examination of patent holdup. *Journal of Competition Law & Economics*, 11(3), 549-578.
 8. Geradin, D. (2007). Abusive pricing in an IP licensing context: An EC competition law analysis.
 9. Ginsburg, D., Owings, T., & Wright, J. (2014). Enjoining Injunctions: The Case Against Antitrust Liability for Standard Essential Patent Holders Who Seek Injunctions.
 10. Gual, J., Hellwig, M. F., Perrot, A., Polo, M., Rey, P., Schmidt, K. M., & Stenbacka, R. (2005). An economic approach to Article 82.
 11. Gupta, K., & Snyder, M. (2014). Smart phone litigation and standard essential patents.
 12. Hovenkamp, H. (2015). Intellectual Property and Competition.
 13. Hovenkamp, H. J. (2017). The rule of reason. *U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 17-28*.
 14. Hay, G. A. (1997). Market power in antitrust. *J. Reprints Antitrust L. & Econ.*, 27, 699.
 15. Jurata, J., & Smith, D. (2013). Turning the Page: The Next Chapter of Disputes Involving Standard-Essential Patents. *Antitrust Chronicle*, 10.
 16. Jones, A., & Kovacic, W. E. (2017). Identifying Anticompetitive Agreements in the United States and the European Union: Developing a Coherent Antitrust Analytical Framework. *The Antitrust Bulletin*, 62 (2), 254-293.
 17. Jones, A. (2016). Roundtable On Fidelity Rebates, the 125th meeting of the OECD Competition Committee.
 18. Kaplow, L. (2017). On the Relevance of Market Power. *Harvard L Rev*, 130, 1303.
 19. Layne-Farrar, A. (2016). The Economics of FRAND.

- 
20. Layne-Farrar, A., & Wong-Ervin, K. W. (2016). Standard-Essential Patents and Market Power.
21. Lemley, M. A., & Shapiro, C. (2005). Probabilistic patents. *Journal of Economic Perspectives*, 19(2), 75-98.
22. Newberg, J. A. (2000). Antitrust for the economy of ideas: the logic of technology markets. *Harv. JL & Tech.*, 14, 83.
23. Orbach, B. (2013). How Antitrust Lost Its Goal. *Fordham Law Review.*, 81 (5), 2254- 2277.
24. Ohlhausen, M. K. (2014). The Procrustean Problem with Prescriptive Regulation. *CommLaw Conspectus*, 23, 1.
25. Pitofsky, R., Patterson, D., & Hooks, J. (2002). The Essential Facilities Doctrine under US Antitrust Law. *Antitrust LJ*, 70, 443.
26. Ramirez, E. (2014). Standard-essential Patents and Licensing: An Antitrust Enforcement Perspective.
27. Siebrasse, N. (2017). Holdup, Holdout and Royalty Stacking: A Review of the Literature.
28. Teece, D., & Sherry, E. F. (2017). On Patent 'Monopolies': An Economic Re-Appraisal.
29. Wong-Ervin, K. W., Ginsburg, D. H., Layne-Farrar, A., Robins, S., & Slonim, A. (2017). A Comparative and Economic Analysis of the US FTC's Complaint and the Korea FTC's Decision Against Qualcomm.
30. Wright, J., & Ginsburg, D. (2013). Whither Symmetry? Antitrust Analysis of Intellectual Property Rights at the FTC and DOJ.

III. Other References



1. US Department of Justice & Federal Trade Commission. (2017) *Antitrust guidelines for the licensing of intellectual property*. Retrieved from: <https://www.justice.gov/atr/IPguidelines/download> (最後瀏覽日：03/01/2018)。
2. The European Commission. (2014) *Commission Regulation (EU) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements*. Retrieved from http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.093.01.0017.01.ENG (最後瀏覽日：03/05/2018)。
3. The European Commission. (2014) *Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements 2014/C 89/03*. Retrieved from http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2014.089.01.0003.01.ENG (最後瀏覽日：03/05/2018)。
4. The European Commission. (1997). *Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law*. Retrieved from [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:31997Y1209\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:31997Y1209(01)) (最後瀏覽日：03/05/2018)。
5. The European Commission. (2009). *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*. Retrieved from <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52009XC0224%2801%29> (最後瀏覽日：03/07/2018)