

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

新經濟制度下，智財權行使與非價格掠奪行為之關聯性 及 反托拉斯法規範必要性之分析

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC92-2414-H-032-009-

執行期間：92年08月01日至93年07月31日

執行單位：淡江大學公共行政學系(所)

計畫主持人：陳志民

報告類型：精簡報告

處理方式：本計畫可公開查詢

中 華 民 國 93 年 11 月 22 日

中文摘要

新經濟(new economy)制度的來臨，不僅對廠商的生產模式與競爭思維產生鉅大的改變，連帶的也對反托拉斯法(antitrust law)規範市場競爭秩序的功能產生前所未有的挑戰。論者紛紛從新經濟制度產業特色，如高固定/低邊際成本、網路效果、資訊不對等、以及創新快速等面相出發，質疑傳統反托拉斯法原則已不足因應可能出現在以「知識」為主要生產投入，「智慧財產權」為主要產出的經濟環境中之不當競爭行為。本文以「市場掠奪」此一濫用獨占地位的行為為研究對象，從學理與比較法的觀點，探討類似觀點的正確性。

歸納本文初步研究結論，新經濟制度對反托拉斯法的衝擊，固然難以避免，但此並不表示反托拉斯法或公平法一定要創立或引用新的執法原則。本文認為，明確定位反托拉斯法的規範目的，與運用學理重新闡釋既有的法原則與概念，傳統反托拉斯法架構應足以因應多數的新經濟市場掠奪行為。就研究結論對我國公平法的啟示而言，本文特別指出，在一片要求政府關切市場交易因網路效果或資訊不對等所產生之交易當事人談判地位懸殊的聲浪下，各國在運用反托拉斯或競爭法以規範「價格」或「非價格」掠奪行為時，似有漸趨「垂直化」的執法傾向，而忽略了行為的水平面效果評估。本文主張，不論是運用以效果面管制為主的「不當競爭」規定，或是行為面管制的「不公平競爭」規定來規範市場掠奪行為，水平市場競爭效果的評估，皆應被定位為門檻要件。忽略了此一基本原則，將使公平

法在和其他法規就同一市場競爭行為出現規範競合時，產生無法在理論上無法調合的衝突。據此論點，本文進一步檢討我國公平會就相關議題所為之解釋與決議，以及所制定的相關「審理原則」的妥適性。

關鍵字：新經濟、創新競爭、反托拉斯、公平交易法、掠奪、智慧財產權、獨占力濫用、相關市場、市場力量、「關鍵設施理論」

壹、新經濟制度之特色

何謂新經濟(或知識經濟)? 論者因觀察角度的不同, 而有不同的定義。從總體經濟的角度來看, 美國聯準會主席 Greenspan 認為, 其所代表的是一個由資訊科技所趨動的快速但尚不至於引發通貨膨脹的經濟體制。¹ 在 2000 年亞太經濟合作會議(APEC)領袖會議所通過的「APEC 邁向知識經濟」(Towards Knowledge-based Economies in APEC)中, 對新經濟制度的定義為: 「在一經濟體中, 知識的創造、擴散與運用為促進所有產業成長、財富創造與就業之主要動力。」² 學者 DeLong & Summers 則認為, 新經濟制度下的總體經濟特色則是資訊科技的發展, 將降低存貨變動對景氣循環的影響力。³ 而從投資或財務經濟學的角度來看, 美國資訊科技公司近幾年來的財

務表現, 讓不少人認為, 新經濟所揭示者, 乃股票價格不再過度仰賴傳統所謂的每股盈餘(earning)或其他基本面考量。⁴ 另外, 有學者從僱傭關係的角度, 分析新經濟制度下之企業雇主, 是否已逐漸揚棄傳統固定與長期僱傭模式, 而改以個案與外包式的非長期聘僱關係取代之。⁵

不過, 即使百家爭鳴, 人言言殊, 對探討建立新經濟中市場競爭秩序較具意義者, 當屬個體經濟面的觀察, 尤其是新經濟產業不同於工業或農業經濟之產業特色。此一議題的掌握, 對了解相關廠商競爭行為的動機與目的, 及其對社會整體福利效果的影響程度, 有實質的重要性, 同時也是競爭主管機關因應新經濟制度衝擊所不可或缺的前題資訊。對此, 經濟合作發展組織(OECD)之看法頗具代表性。

依該組織的定義, 所謂的新經濟或知識經濟, 乃“直接以知識與資訊的生

¹ Rich Miller, *The New Economy Lives On*, Business Week on Line (2001 May 10).

² 引自許志義等著, 「知識經濟體制下競爭政策面臨之挑戰及其因應方向」, 行政院公平交易委員會公平法施行十周年回顧與前瞻學術研討會應論文集, 頁 700 (2002 年 1 月 27 日)。

³ J, Bradford DeLong & Lawrence H. Summers, *The 'New Economy': Background, Historical Perspective, Questions, and Speculations*, in *Economic Policy for the Information Economy* Federal Reserve Bank of Kansas City 4, (2001) 下載自

<http://www.kc.frb.org/Publicat/econrev/Pdf/4q01delo.pdf>.

⁴ Laura D'Andrea Tyson, *Why the New Economy is Here to Stay*, BusinessWeek Online (April 30, 2001).

⁵ 請參閱 David Neumark & Deborah Reed, *Employment Relationships in the New Economy*, NBER Working Paper 8910 (April 2002). 下載自 <http://www.nber.org/papers/w8910>; 董安琪著, 「知識經濟與知識創業家」, 科學發展, 第 353 期, 頁 66-67 (2002 年 5 月)。

產、擴散與運用為本的經濟。⁶ 引申而論，新經濟制度，可被視為是一個以知識(knowledge)為主要生產投入，而以智慧財產為主要產出的產業。知識對傳統經濟當然也有其重要性，但與新經濟制度不同者，乃知識對於前者的重要性，往往取決於其將可創造出何種實用與有價值之有體物；而對後者，知識的價值在大多數的情況下，往往反應在如基因序列的發現、一連串的電腦碼、甚至於是一個著名的企業識別標幟之上。⁷ 具體歸納而言，與競爭政策最具關聯性的新經濟制度產業特色，主要有下列幾項：一、高固定成本與低邊際成本的生產結構；二、網路效果的普遍性；三、「勝者全拿」(winner-take-all)式之創新競爭；四、產業群聚效應(cluster effect)的出現。⁸

一、高固定成本與低邊際成本的生產結構

新經濟制度下之相關產業，如資

訊、通信、生化等，多數均具有高固定成本與低邊際成本的生產結構；之所以如此，與上述新經濟制度以知識為主要生產投入的特質有關。從國外的經驗可知，研發以及產品或服務行銷基礎設備等固定成本支出，佔廠商總銷售金額的比重有大幅增加的趨勢。以美國為例，1997年藥品業研發費用占其總銷售量的比例，最高達42.5%，包裝軟體業(packaged software)28%，電子零件業20%。⁹ 而一旦研發出現具體成果(如新產品問世)，或行銷基礎設施完成後，產品或服務的邊際成本往往很低。以電腦科技業為例，微軟生產Windows作業系統的主要成本乃研發成本，產品研發後，銷售多一份Windows軟體對微軟所造成的成本增加，可說是微乎其微；同理，當英特爾(Intel)將生產設備建置完成後，多生產一單位或一百個單位的Pentium微處理器的成本，並無太大的差異。此一產業特色，使得在傳統

⁶ 許志義等，同前註4。

⁷ DeLong & Summers, *supra* note 5, at 35.

⁸ 有關新經濟制度如何影響與改變未來市場交易模式與商業行為，本文前註2所引之「經濟學人」(The Economist)專題報導中，有極為精要的整體性分析，殊值參考。

⁹ 轉引自 David S. Evans & Richard Schmalensee, *Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries*, NBER Working Paper 8268, 63 (May 2001). 下載自 <http://www.nber.org/papers/w8268>

經濟中，佔收益比重最高的原料(raw materials)支出，在新經濟產業中的重要性大幅下降。再以美國為例，1998年原料支出對製造業收益所占的比重約為 52%，但對相關新經濟產業的比重則不到 30%，其中軟體業只有 19%、藥品業 29%、半導體業約 19%。¹⁰ 此一產業特色，使廠商於決定行銷策略時，會較著重於其對增加產品或服務需求量的效果，以期能分攤高額固定成本，並實現規模報酬遞增(increasing return to scale)之經濟利益。

二、網路效果(network effect)的普遍性

新經濟制度下另一項明顯的產業特色，則是網路效果之普遍性。所謂網路效果，乃指產品或服務之價值，隨著預期需求人數的增加而增加；而產業之所以有網路效果出現，通常肇因於產品或服務於使用過程中存有密切的消費互補(complementary)關係。¹¹ 舉例言之，當使用傳真機或相同電腦文書處理軟體(如 Word)的人數愈多，

消費者也愈能夠從其中享受到通訊與文書檔案共享或轉換的便利，連帶的，也提高了更多消費者使用傳真機或該文書處理軟體的意願。網路效果加上高固定/低邊際成本之產業特色，其因此所創造之不同於傳統產業的價格與產出表現，可利用以下簡化之供需圖形加以說明。

圖 1 中之 D 與 S 分別代表傳統經濟制度下的需求與供給曲線，P* 與 Q* 為原始均衡價格與產出。當市場需求產生變動，而由 Q* 增加為 Q1 時，市場之供給價格上升至 P1。依基本的供需法則，此將迫使消費者降低其需求至 Q2，也提供了廠商降低其產品售價之誘因，市場機制運作的結果，產品之最終價格與產出終將回歸到原始的均衡水平。當然，於傳統經濟制度下，也不乏出現高固定/低邊際成本特色之產業，如鐵路運輸或具自然獨占傾向之水電公用事業等，需求的增加，也會帶動生產成本與最終價格的下降。以圖 1 為例，假設需求的增加，使廠商每單位的供給成本降低，供給線 S 平行外移至 S1，Q1 與 P2 成為市場新的均衡產出與價格。代表消費者福利

¹⁰ *Id.*, at 7-8.

¹¹ Nicholas Economides, *The Economics of Networks*, 14 INT. J. INDUS. ORG. 673, 678, 679 (1996).

效果之消費者剩餘也較原始均衡時為大。

一旦出現網路效果時，市場產出、供給、和消費者剩餘皆可能因此而有更為顯著的改善。以圖 2 為例，當需求由 Q^* 增加為 Q_1 時，除供給線外移至 S_1 外，消費者對該產品之保留價格(reservation price)也因網路效果的出現也提高，帶動需求曲線外移至 D_1 。惟於 D_1 下，對應於特定價格 P_2 之市場需求為 Q_3 ，而需求的由 Q_1 增加為 Q_3 ，將進一步降低廠商之每單位供給成本，假設此將使供給線進一步向外移至 S_2 ，新的市場均衡價格與產出成為 P_2 與 Q_3 。而從圖 2 可知，不論是消費者或生產者剩餘均會較圖 1 為大。總而言之，當市場中出現高固定/低邊際成本之特色時，市場需求的增加，供給廠商之生產效率與報酬率也因供給面規模經濟的實現而增加，而由於生產成本因需求增加而進一步下降，供給增加的結果，市場價格非但不會因需求的增加而上升，反而有可能下降(視供給線外移之程度而定)，而創造出「需求面規模經濟」(economies of scale on the demand side)

的正面回饋效果。¹²

伴隨網路效果的出現，使得產品規格化(standardization)成為新經濟產業中另一項常見之特色，尤其是在通信業與軟體業中。事實上，如果產品或服務的價值會隨著消費者人數的增加而增加，如何以規格化的方式，提高消費過程中產品或服務彼此間之互補性，成為廠商能否充分利用網路效果，以擴大需求與利潤之一項相當關鍵的競爭策略。¹³ 例如，不同電腦軟體間之檔案轉換問題(如微軟的 Office 與 IBM 的 Suite)，或不同電信公司間之拒絕接續(interconnect)等行為，皆是常見的規格化競爭。近年來，廠商利用規格化以套牢消費群的行為，已引起各國競爭主管機關的關切，有不少人認為，打破不同競爭作業平台間的不相容性，可避免市場出現獨占；但也

¹² 此一觀察結論，或可用以解釋何以市場占有率高之新藥或新書(如哈利波特)，隨著需求人數的增多，價格卻不升反降；而針對特定疾病所研發之藥品或專業的學術論著，即使需求不高，但價格往往居高不下的原因。DeLong & Summers, *supra* note 5, at 48. 二項產品均具有高固定成本與低邊際成本的特色；惟成為多數人討論話題的哈利波特，或試驗成功而為多數人所需之一般藥品，卻有學術著作或“孤兒藥”(orphan drugs)所不具備之網路效果。

¹³ Economides, *supra* note 13, at 676-77.

有論者認為同時也應評估其因此而延緩了網路效果出現之負面福利效果。¹⁴ 對於規格化競爭與相容性問題，將於本文第肆節中詳述。

三、「勝者全拿」(winner-take-all) 式之創新競爭

新經濟產業的競爭模式，往往以「勝者全拿」式的不斷創新為其主軸。較常見者，乃一項新研發成功之科技產品甫一上市，即席捲了包括周邊配備產品在內的相關市場。在新經濟制度下，全面性「創新-毀滅-創新」的熊彼得式(Schumpeterian)競爭模式之所以會取代較為漸進式的史密斯式(Smithian)競爭，與上述網路效果的普遍性有密不可分的關聯。以電腦軟體業為例，當 Windows 的價值隨著使用者人數的增加而增加時，其同時也鼓勵其他軟體業者研發能與 Windows 作業系統相容的應用軟體，而和 Windows 相容軟體的不斷出現，對 Windows 的市場需求也會產生進一步推波助瀾的效果，因為在相同的支出

下，消費者當然會偏愛能與最多配套軟體相容的作業系統。競爭的結果，相關市場不可避免的將出現「一家獨大」的現象。¹⁵ 從商業競爭的角度來看，網路效果與勝者全拿的特色，也突顯了產品創新對新經濟廠商在競爭策略決定上的重要性。廠商如能利用不斷的推陳出新，持續建立與維持在市場上的領導地位，將可以儘早獲取消費者對其品牌的青睞，甚至於建立相關產品的市場規格，充分發揮經濟學上所謂的「先驅者優勢」(first-mover advantage)，使網路效果所產生的利益更為顯著。

「勝者全拿」所產生之高市場占有率，讓成功取得市場優勢的主導廠商，得在一定期間內，享有超出其競爭對手甚多的營業利潤。¹⁶ 此一利潤極度不對等的情況，極易引起競爭對手將其解讀為是利用不當競爭手段建構市場參進障礙，所衍生的獨占利潤，並據此要求政府禁止廠商特定之行銷行為，或透過強制性的命令改變

¹⁴ Economides & Frederick Flyer, *Compatibility and Market Structure for Network Goods*, discussing paper EC-98-02, Stern School of Business, N.Y.U.(1998). 下載自 <http://www.stern.nyu.edu/networks/98-02.pdf>

¹⁵ Economides, *United States v. Microsoft: A Failure of Antitrust in the New Economy*, 32 U. WEST L.A. L. REV. 3, 11 (2001).

¹⁶ Delong & Summers, *supra* note 5, at 34; Economides, *id.*.

現行的市場結構。固然，類此的指控不全然是無的放矢；但於採行任何矯正措施時，執法者也需注意其對網路效果實現所可能出現之延滯效果。畢竟，誠如學者 Porter 所言，從提高生產力的角度來看，只要高獲利廠商須時時面對有動態改善 (dynamic improvement) 可能之競爭壓力，高報酬與生產力仍具有正向的關係。¹⁷

四、產業群聚效應(cluster effect) 的出現

另一項同樣環繞於網路效果之新經濟產業特色，則是群聚效應的出現，也即相關廠商，往往有集中於特定區域的傾向。之所以如此，與廠商考慮利用其他企業成功創造的網路效果，及其所帶動之相關上、下游週邊產業之需求增加有關；其中最為人所知者，當屬美國的矽谷。¹⁸ 另外，據報載，台灣近年來的科技發展，也逐漸形成了六大“研發聚落”；從台北的南港軟體園區、桃園的宏碁渴望園區、華亞科技園區、到新竹的竹北生醫園區等，其成敗皆攸關未來我國的科技產業的走向。¹⁹ 從競爭的角度來看，集中與區域化競爭的強化，可使創新過程、專業化勞動力、競爭資訊

與資源的取得等更為快速；而群聚效應的出現，也突顯了即使在多數新經濟產業的競爭場域已高度全球化的同時，地區性競爭強度的維持，對提高主導廠商以及相關週邊廠商生產力所具有之功能，仍不容忽視。Porter 教授認為，一旦群聚效應出現，具主導地位廠商若因地區性競爭之缺乏，而出現無效率或生產力降低的現象時，地區性之上、下游配套廠商之生產力也將因網路效果的關係而連帶下降，國家將因此而必須付出雙倍的代價。此一觀察結論對反托拉斯法原則最直接的啟示，則是競爭主管機關於嘗試界定「相關地理市場」(relevant geographical market) 時，地區競爭強度仍是無法全然漠視的考量因素。

貳、反托拉斯法規非價格掠奪行為之學理分析架構--「提高對手成本」(Raising Rivals' Costs; RRC)理論簡介

除直接在產品或服務為不當的削價競爭外，具市場地位的廠商，尚可利用較為間接與非價格的方式，來遂行其市場掠奪的目的。手段從最極端的不法人身安全脅迫、到限制競爭的立法遊說、乃至於屬於商業競爭範疇內的拒絕交易(refusal to deal)、過量購買(over-purchasing)、以及利用長期租賃契約讓承租人不願與競爭對手交

¹⁷ Michael E. Porter, *Towards a Productivity-based Approach to Evaluating Mergers and Joint Ventures*, 46 ANTITRUST BULL. 919, 928 (2001).

¹⁸ *Id.*

¹⁹ 「六大研發聚落成形，台灣經濟新命脈」，*經濟日報*，第 1 版 (92 年 3 月 1 日)。

易等安排，不一而足。其所可能產生的反托拉斯法爭議，與掠奪性訂價行為相較，可說是有過之而無不及。本節將分析重點置於最後一類型，特別是對廠商有無可能在不需負擔掠奪損失的前題下，實現排除競爭之目的。由於非價格掠奪手段之多樣化，本節的討論，亦著重在基本理論與傳統違法態樣的原則性介紹；至於在新經濟制度下，將出現何種非價格掠奪行為，以及反托拉斯法將如何因應等問題，則留待本文第肆節詳論。

非價格掠奪行為可能產生的反競爭效果，可以 Steven Salop 與 Krattenmaker 二位學者所提出之「提高對手成本」理論，作為分析的基礎架構。Salop & Krattenmaker 認為，反托拉斯法對市場掠奪行為的判斷，過於集中在價格面與掠奪者承受掠奪損失的觀察；特別是當市場結構並非芝加哥學派所言之處於完全競爭，而是出現有寡占特質時，有意掠奪市場的廠商，得策略性地利用非價格競爭手段的安排，大幅增加對手與其競爭之成本，進而封鎖了對手參與競爭的可能

性。²⁰ RRC 理論將這些具有排除競爭效果的非價格掠奪行為，分為「直接策略性排除」(direct strategic foreclosure)與「間接策略性排除」(indirect strategic foreclosure)二大類；後者主要在說明，廠商可策略性的運用如垂直整合等行為，來改變市場的結構，而使勾結更易成功與更趨穩定，與市場掠奪較無直接關聯。反之，「直接策略性排除」行為，則往往具有封鎖市場與排除潛在競爭之反競爭效果。

在 Salop & Krattenmaker 的理論下，常見的直接策略排除行為，有生產要素的「排他權取得」與「過量購買」(over-purchasing)二種型態。前者指具市場地位的掠奪廠商，透過和生產成本較低或市場所有的生產要素供應商簽訂獨家購買與銷售契約，禁止上游供應商將原料出售給掠奪廠商之競爭對手。如果該原料或要素投入為

²⁰ Thomas G. Krattenmaker & Steven C. Salop, *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price*, 96 YALE L. J. 209, 224 (1986); Salop & David T. Scheffman, *Raising Rivals' Costs*, 73 AM. ECON. REV. 267 (1983); Krattenmaker & Salop, *Competition and Cooperation in the Market for Exclusionary Rights*, 76 AM. ECON. REV. 109 (1986).

生產所必需，則此一安排無異將迫使與掠奪者具同等生產效率的對手，只能向生產成本較高的供應商購買生產原料，甚至於必須同時跨足上下游市場，否則將無從取得該投入要素。由於此形同掠奪者掌控了對手是否能參與市場競爭的瓶頸，Salop & Krattenmaker 將其稱之為「瓶頸效果」(bottleneck effect).²¹

從美國法的發展來看，早於修曼法實施初期的 *U.S. v. Terminal Railroad Association* 一案²²中，美國聯邦最高法院即已對「瓶頸效果」之不法性表達關切之意。該案被告為位於美國聖路易市，並控制該地往返密西西比河兩岸運輸設施的鐵路公司會員組織。由於該組織成員一致同意對非會員鐵路公司使用該組織所控制之設施時，須得到全體會員無異議的同意並支付與會員不同的費率，²³ 美國聯邦最高法院認為，此將迫使非會員經營成本增加，而不願意支付差別費率的公司，除自行投資建造運輸設施外，別無其他選擇。此行為明顯具有

反市場競爭的負面效果，已違反了修曼法第一與第二條之規定。²⁴ 被告除需停止差別取價等相關行為外，大法官更要求被告必須允許現有或未來競爭對手有使用甚至於參與控制運輸設施的權利。²⁵ 半個世紀後，美國聯邦最高法院再度於 *Otter Tail v. U.S.* 一案中，肯定了 *Terminal Railroad Association* 一案的作法。²⁶ 被告 Otter Tail 為同時涉足發電、輸電與下游電力零售(retailing)市場的廠商，其於輸電市場部分並享有市場獨占權。本案涉及 Otter Tail 拒絕提供原告(市政府)電力輸送服務，原因為原告終止了與 Otter Tail 的電力零售關係，而改與其他零售服務業者簽約。²⁷ 美國聯邦最高法院認為 Otter Tail 的行為違反了修曼法第二條之規定；另外，由於 Otter Tail 掌控輸電設備此一電力市場關鍵設施的優勢，若任由其得拒絕提供輸電服務予未使用其電力零售服務之廠商，則 Otter Tail 得藉此將其在輸電市場中之獨占力擴張至下游的零售市

²¹ Krattenmaker & Salop (1986), *id.*, at 235.

²² 224 U.S. 383 (1912).

²³ *Id.*, at 399-400.

²⁴ *Id.*, at 408.

²⁵ *Id.*, at 411.

²⁶ 410 U.S. 366 (1973).

²⁷ *Id.*, at 368-77.

場，進而排除該市場中競爭者參與競爭之成本與可能性。據此，聯邦最高法院支持能源主管機關強制 Ottertail 須提供輸電服務的決定。²⁸

不論是 *Terminal Railroad Association* 或 *Ottertail*，判決中科以被告積極義務的救濟手段，為後來許多的聯邦上訴法院解讀為，在符合一定條件下，一個掌控市場競爭所不可或缺資源的獨占廠商，有與其競爭對手合作與交易的義務，從而開啟了學理上適用「關鍵設施原則」(essential facility doctrine)，以解決類似非價格掠奪市場行為之先河。美國聯邦第七上訴巡迴法院於 *MCI v. AT&T* 的判決，可視為是其中的代表性判決。²⁹ 該案建立了適用「關鍵設施原則」的具體法律構成要件，也即，當事人需證明(1)、被告掌控有競爭所必需之關鍵設施；(2)、競爭者無法在切合實際的合理範圍內複製該設施；(3)、被告拒絕競爭者使用其設施；(4)、要求被告提供該設施是可行的(feasible)，而不存在有得不

提供設施與競爭者的正當商業理由。³⁰ 本案法院認為，由於 AT&T 已完全控制了 MCI 競爭所需之地區電話交換設施，而 MCI 也不可能在合理的範圍內複製此類設施，再加上 AT&T 無法提出不提供設施與 MCI 之正當理由，第七巡迴上訴法院要求 AT&T 有與 MCI 交易之義務。

至於「過量購買」之所以具有提高競爭成本的效果，主要在於掠奪者可以利用大量收購生產投入原料的手段，抬高原料之市場價格，而使競爭對手之生產成本增加。³¹ 而如果事業所在的市場具有相當高的最低效率規模(minimum efficient scale)時，「過量購買」的策略，將迫使競爭者必須進行無效率的生產，而居於競爭上的劣勢，或降低潛在競爭者加入市場競爭的意願。³² 美國鍊鋁公司(Alcoa)即曾因為在市場對鋁的需求量增加之前，大規模收購鍊鋁所需之原料 bauxite，而被美國政府以濫用市場力量以維持市場獨占地位為由起訴。³³ 於判決中

²⁸ *Id.*, at 381-82.

²⁹ 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983).

³⁰ *Id.*, at 1133.

³¹ Krattenmaker & Salop(1986), *supra* note 89, at 236.

³² HOVENKAMP, *supra* note 23, at 289.

³³ 148 F.2d 416 (2nd Cir. 1945).

Hand 法官認為，再也沒有比被告這種「漸進式」地(progressively)收購競爭對手的每一項新的競爭機會，以及讓新加入的競爭者必須面對一個龐大且具有經驗、關係、與人員等競爭優勢的商業組織所預先設計之產能要求，還要來得有效的排除競爭行為。³⁴

至於以長期租賃契約安排掠奪市場的問題，出現在美國早期的 *United Shoe* 一案。該案被告(United Shoe)為製鞋設備之獨占廠商，對於其享有專利權的製鞋機器，被告一向採取只租不賣之策略，使用者須簽訂十年的租約。承租人雖得於期前解約返還機器，但需支付額外的解約金，若承租人選擇以舊機換新機，解約金的數額可享有折扣。另外，United Shoe 依市場競爭程度的不同，對不同的使用人，收取不同的租金。³⁵ 法院認為，被告相關的行為，不僅將降低製鞋市場競爭者的競爭意願，預先將機器維修費用加入租金中，也妨礙了市場出現提供獨立維修服務廠商的機會，迫使任何有意生產製鞋設備的業者，必須同時提

供維修服務。另外，只租不賣的策略，也將使二手市場出現的機會降低。 承審法官 Wyzanski 於判決中表示，被告的行為不是一項有價值的競爭，而是在進一步增強其對市場之支配力。³⁶

參、新經濟制度下之非價格掠奪行為及其規範

與傳統經濟相較，新經濟市場出現非價格掠奪行為的機會，大於傳統經濟。如前所述，由於產業所普遍具有的規模經濟效應，廠商若利用類似過量購買的行為，預先實現市場最小最適規模，使競爭對手的競爭成本增加，其對市場競爭的影響範圍也可能要遠大於傳統經濟。本節以下將運用 RRC 理論所建立的分析架構，介紹新經濟制度下可能會被歸類為是非價格掠奪行為的主要類型。綜言之，這類型的行為多與智財權權利的不當策略性使用有關。

一、新經濟制度下之非價格掠奪行為類型

在 RRC 的架構下，新經濟制度對

³⁴ *Id.*, at 429-31.

³⁵ 110 F. Supp. at 314-29.

³⁶ *Id.*, at 345.

應於「排他權取得」、「過度購買」與「長期租賃」等競爭策略，主要有「智財權之拒絕交易」、「掠奪式創新」、與「具掠奪效果之懲罰性賠償約款」(以下簡稱「懲罰約款」)等三大交易安排類型。

(一)、智財權之拒絕交易

在以智財權為主要產出的新經濟制度下，智財權的授權成為市場中相當重要的交易行為，連帶的，智財權所有人在授權過程中，有無濫用其因享有特定智財權所生之市場地位，進而限制或消滅市場競爭的行為，乃此一領域內最常與反托拉斯法相勾稽之問題。特別是當拒絕授權的智財權為產業研發與競爭所不可或缺者時，為求市場競爭秩序的維持，是否可引用前述關於「關鍵設施」的理論，強制智財權所有人有授權或繼續交易的義務？更成為近來反托拉斯學者所關心的重點之一。另外，作為一項具有掠奪市場潛在功能的交易安排，此處所指的拒絕授權，尚包括具差別待遇效果的授權行為，如向不同的被授權人，就相同的授權標的，收取不同的

授權費率即是。

(二)、掠奪式創新

創新原為新經濟制度下一項重要特質，而總和而論，絕大多數的學者也同意，創新具有降低成本，增加產出，以及提供消費者多元化選擇等提昇社會整體淨利益的正面效果，即便創新過程中，可能會出現「勝者全拿」式的排除競爭效果，但這是創新與競爭的本質，反托拉斯法不僅不應禁止，反而應加以鼓勵。但對支持 RRC 理論的學者而言，將創新一視同仁的認為全然不具任何反競爭效果，似乎是過於樂觀的結論。從行為所潛在具有的不當提高對手競爭成本之效果來看，不論創新手段或創新結果，創新廠商皆有可能進行非社會最適 (socially optimal) 的創新行為，而遂行其建構參進障礙與掠奪市場的目的。

例如，就創新手段而言，與「過度購買」理論所類似者，乃具掠奪效果的創新，可能是廠商不當擴張其智財權保護範圍的方式，預先創造出綿密的權利保護網，讓其他有意實行創新的潛在競爭者「動輒得咎」，而出現了以「過度出售」的方式，建構市

場參障礙的結果，如專利權人不斷的以無明顯邊際效用的發明或產品改良，要求給予專利的“patent around”行為、電腦軟體著作權的不斷版本升級(versioning)，但內容卻大同小異、以及商標權行使中，所出現的產品過度差異化的問題等。由於潛在競爭者在創新過程中，需顧及其創新產品是否會侵害到其他廠商既有的智慧財產權利群組，而有被訴的風險，或是會與廠商既有的產品品牌產生過高的重疊，致消費者對其所研發的產品接受度不高，類似的考量，將使潛在競爭者從事產品研發與創新的成本增加，而有意掠奪市場的創新廠商也可利用此一弱點，鞏固或擴張自己的市場地位。另外，廠商雖明知其無法如期推出創新產品，但仍於市場上「預告」(pre-announce)新產品上市的時間時，其行為對競爭對手而言，可能將誤導其調整並從事不具效率的對抗競爭行為，消費者也可能因此而延緩或放棄購買競爭產品的計劃，而出現不利市場競爭的結果。

最後，就創新結果而言，不少的反托拉斯法爭議問題，環繞在廠商假

創新之名，行排除既存或潛在競爭對手之實的行爲。例如，廠商所謂的創新產品，可能係針對原專利產品規格所作的修改；其目的是使得原本生產與該產品相容的週邊產品廠商，無法或需重新研發與創新產品相容的週邊產品，否則只有退出市場一途。當實施創新廠商有意進入相關週邊產品市場時，此一規格化問題將增加生產週邊產品廠商的競爭成本，而讓創新廠商得以將其在智財權產品市場的競爭優勢，進一步擴張至週邊產品市場。

(三)、懲罰約款

具體而言，長期租賃策略之所以具有提高競爭對手成本的理論可能性，往往是因為契約中的違約懲罰約款。對承租人而言，一旦接受了該契約安排，該賠償金額內化為決定是否違約以改用其他替代設備或服務的成本，進而降低其轉換的意願；對有意與具市場地位出租人競爭之廠商而言，非提供至少足以彌補承租人違約賠償金額的交易條件，將無法吸引足夠的締約對象，以利其加入市場競爭，而導致市場產出減少，創新報酬降低，以及獨占者利潤增加等負面效果。引

申而論，市場中常見的預付定金或加盟契約的加盟權利金約定等，是否具有建構市場參進障礙與市場掠奪的效果，也可在此一理論架構下進行分析。³⁷

二、反托拉斯法對新經濟制度下非價格掠奪行為之規範(一):智財權拒絕交易行為

智財法的立法目的，既是在透過保障權利人獨占利潤的方式，以提供社會研發與創新的誘因；則一旦權利授予後，權利人行不行使該權利、³⁸ 或如何行使其權利等，原則上應委由權利人自行決定，法律不應加以干預。不過，誠如其他的權利行使一樣，一旦出現了類似我國民法第 148 條所稱之“違反公共利益”的情形時，行使權利的自由可能就會受到法律的限制。從反托拉斯法的角度來看，當智財權人行使權利的方式有侵害市場競爭秩序此一公共利益的可能性時，反托拉斯法介入調整當事人關於智財權的交易

安排的必要性與正當性也將提高。特別是，當涉案的智財權為市場競爭所不可或缺的要素時，掌握該智財權的權利人，可以透過諸如拒絕交易或具差別效果的交易安排等不當競爭手段，排除來自潛在競爭者之競爭。但反托拉斯法有介入的必要，與主管機關應運用類似智財權法中「強制授權」概念的「關鍵設施理論」，強制權利人有授權或交易的義務，二者並無必然的因果關係。智財權人是否需承擔強制交易的積極義務，仍在於其行為對市場競爭的負面效果，是否無法僅以宣告不法與財產處罰等較為消極制裁方式來加以矯正。本節以下將就智財權權利人拒絕交易行為的違法性判斷標準，以及所謂「關鍵設施理論」於新經濟制度下適用的可行性等問題，以美國法相關案例為例，為一學理上的分析。

(一)、智財權拒絕交易違法性之前題要件—市場力量

不論是拒絕授權、或採行具差別效果的授權，其之所以被評價為不當競爭行為，需以智財權人於相關市場中具有市場力量為前題。其中，較易為

³⁷ Phillippe Aghion & Patrick Bolton, *Contracts as Barriers to Entry*, 77 AM. ECON. REV. 388, 399 (1987).

³⁸ 就專利權或著作權而言，權利人原則上應有不行使權利的自由；但商標權的不行使，則可能構成權利被撤銷的事由。參閱我國商標法第 31 條第 1 項第 2 款之規定。

人所忽略者，乃享有智財權，不等於權利人於相關市場中即當然享有市場力量。市場力量的決定標準，不在於個別權利人對於利用其智財權所生產的產品或服務是否具有專屬的價格與產出的決定權；而應從權利人是否仍需面對其他足以替代其產品或服務的競爭來加以判斷。³⁹ 具體言之，微軟之所以被視為在電腦作業系統軟體市場上具有市場力量，並不是因為著作權法讓微軟對 Windows 軟體享有專屬的使用與授權權利此一事實；而是在作業系統此一市場中，尚無足以與之抗衡的作業系統，使得消費者不得受限於微軟的授權安排所致。

以上對於市場力量的看法，反托拉斯法學界與實務界近來有持不同意見者。爾等認為，即使水平市場中存在有具替代性的競爭廠商，但消費者很可能於消費之初，受限於本身對產品資訊了解的不充分，而被誤導套牢於既定的消費關係中而無法脫身。對

³⁹See Edmund W. Kitch, *Elementary and Persistent Errors in the Economic Analysis of Intellectual Property*, 53 VAND. L. REV. 1727 (2000); *Abbott Laboratories v. Brennan*, 952 F.2d 1346, 1354-55 (Fed. Cir., 1991).

市場中充斥著「網路效果」的新經濟制度而言，即使對產品品質或交易條件並無資訊不對等的情形，套牢於較差產品或服務的現象仍相當普遍。因此，於評估廠商的市場力量時，不應僅限於替代競爭者有無之分析；廠商對於自己品牌的產品，仍有可能在市場出現資訊不對稱或網路效果下，而享有反托拉斯法所稱之「市場力量」。由於智財權，特別是專利權，其內容往往涉及較複雜與專業的技術發明，對使用該專利產品的最終消費者而言，因資訊不充分而被套牢的機率可能更高。此種將市場力量的衡量，由傳統的水平面擴張至垂直面評估，所創造出的「單一品牌獨占」理論，對於急欲解決智財權人拒絕授權問題者而言，提供了一項相當具有吸引力的執法依據，並具體反應在美國反托拉斯法名案 *Kodak* 一案中的多數意見書中。⁴⁰

Kodak 公司為美國主要的幾家生產影印機的公司，惟跟其競爭者如 Xerox 或 Canon 等相較，其市場占有率

⁴⁰ *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Serv.* 504 U.S. 451 (1992).

約只有 20%上下。⁴¹ 本案訴訟起因於 Kodak 對購買其影印機的消費者採行搭售(tying)安排，要求消費者必須同時使用其售後維修服務，或自行維修影印機，否則將不提供維修所需之專利零件。為確保此一約款能確實執行，Kodak 終止了其與獨立維修組織 (Independent Service Organization; ISO) 廠商間的專利零利授權與供給契約，並儘可能的回收從舊影印機所流出的二手零件，以避免 ISO 廠商仍可取得維修零件。⁴² 據此，ISO 提起本案的反托拉斯法訴訟，主張 Kodak 將主要產品(維修零件)，與被搭售產品(售後維修服務)，二者合併出售的行為，具有提高 ISO 提供影印機維修服務成本的效果；事實上由於取得維修零件的困難度增加，已有許多獨立維修廠商已退出市場，對維修服務市場的競爭產生了實質的排除效果。

美國聯邦最高法院於本案中，詳細討論了關於搭售行為違法性的各類構成要件，尤其是對 Kodak 市場力量有

無的分析，更是引起廣泛的討論。針對此一部分，Kodak 認為，即使其對於 Kodak 影印機維修零件因專利權而享有對自己產品的“獨占”地位，但受限於影印機市場的競爭，其並無法濫用該地位以提高其在售後維修市場中的利潤，因為消費者若不願意在未來被套牢於 Kodak 收費較高的售後維修服務關係時，在一個競爭的影印機市場中，消費者仍可以以不選購 Kodak 影印機來制衡 Kodak 的銷售安排。Kodak 認為，短期而言，也許搭售可以為 Kodak 帶來更多的利潤；但長期來講，Kodak 仍必須考慮到因此而可能在影印機市場所減少的交易量與利潤，而無法如原告所稱的可以任意調漲價格。⁴³ 但 Kodak 的抗辯不為聯邦最高法院所採，持多數意見大法官認為，在類似影印機設備的“耐久財”(durable goods)交易中，有二類交易成本將限制了 Kodak 所預期之競爭效果的出現。

其一，相較於 Kodak，消費者對於交易存有較高的資訊取得成本。Kodak 的理論乃建立在消費者有能力於選購

⁴¹ Image Technical Serv. v. Eastman Kodak Co., 903 F.2d 612, 616 n.3 (9th Cir. 1990) (Kodak 案上訴法院判決)。

⁴² 504 U.S. 458.

⁴³ *Id.*, at 466.

之初正確估算出所欲購買的耐久財總成本，包括其壽命、維修頻率、性質與費用、設備與維修服務的品質和價格、其他足以取代、升級舊設備之替代品可行性的評估等，⁴⁴ 對於交易標的為複雜的耐久財時，相關的判斷資訊很難或根本不可能取得。對此，Kodak 則回應，如果真存有此一資訊差距，則對資訊的需求，將誘使 Kodak 的競爭者提供此一資訊與消費者，以增加自己的交易機會。另外，市場上仍可能存在對各廠牌影印機設備品質與價格相當了解的專業買方，例如大型的影印店。爾等在與 Kodak 談判時，有足夠的談判力量，可以把影印機與售後維修服務的整體價格，儘可能壓低到市場的競爭水平，處於資訊劣勢的消費者也可因此而受利。⁴⁵ 不過，聯邦最高法院認為，即使有資訊的提供者，當取得該資訊的成本大於其利益時，消費者仍不會有取得資訊的意願；而當所謂的專業買方占 Kodak 銷售量的比例低於資訊不足的消費者時，Kodak 可以採行一統一的非競爭價

⁴⁴ *Id.*, at 473 & n. 20.

⁴⁵ *Id.*, at 475.

格從後者獲取高額的超額利潤，用以彌補其因此所喪失的對後者的交易機會，所以專業買方不當然有能力來制衡 Kodak 採行不當訂價行為的能力。⁴⁶

其二、消費者一旦購買了 Kodak 影印機，若事後因搭售安排而打算改用其他廠牌的影印機時，需承擔相當的轉換成本(*switching costs*)。這個成本可能將迫使使用者選擇繼續維持與 Kodak 的契約關係。當然，此一現象或許會讓 Kodak 的潛在消費者望而卻步，而不願購買 Kodak 的產品；但只要 Kodak 從被套牢消費者中所可獲得的額外利益，超出喪失潛在交易機會的損失時，搭售安排仍不失為有利可圖的策略，遑論 Kodak 仍可以對二類型使用者進行差別取價，以避免潛在消費者的流失。⁴⁷

Kodak 案雖然提供了美國法院與競爭主管機關一項新的規範市場掠奪行為的理論依據，但其以垂直交易關係特質取代水平市場排除效果的評估，以作為市場力量界定方式的作

⁴⁶ *Id.* 於本案例中，美國聯邦最高法院依相關事證，甚至於認為 Kodak 正在對這二類消費者進行差別取價的行為。*Id.*, at 476.

⁴⁷ *Id.*, at 476-77.

法，在學理上有諸多值得討論之處，
本文將於第陸節中詳述。

(二)、反托拉斯法對智財權拒絕交易行為之規範手段--「推定合法」原則及其反證

智財權人符合上述關於市場力量之要件後，若其拒絕交易行為對市場產生負面效果時，始有運用反托拉斯法規範之可能。但即便如此，法院或主管機關仍須面對如何調和與傳統「契約自由原則」產生衝突的二難問題。綜合美國法之相關案例，法院有儘可能尊重智財權人選擇是否進行授權與交易的自由，非不得已不以反托拉斯法介入調整交易關係的傾向。但於此同時，法院又須兼顧到如何允許例外情形存在，以期能適時的規範具明顯排除競爭效果之惡意拒絕交易行為。就規範手段而言，除下節將詳論的「關鍵設施理論」之運用外，推定拒絕交易行為為合法行使智財權的行為，再就個案具體事證判斷是否有足以推翻該推定的反證，則是另一項為下級法院所採行的執法原則。

1、Data General v. Grumman

Systems Support⁴⁸--「推定合法」原則之建立

Data General(“DG”)為個人電腦製造商。雖然其市場占有率不到5%，但在DG電腦維修市場中，DG享有高達90%的市占率。被告Grumman為DG在售後維修市場的競爭者，同時也是市場中主要的獨立售後維修服務公司。自1980年代中期開始，DG開始改變其一向對獨立維修公司的開放支援政策，而採行一系列維修技術限制授權措施，其中包括拒絕授權Grumman“ADEX”此一維修所需軟體，使得Grumman只能依賴由DG離職工程師所拷貝之備份等方法，才有可能提供DG電腦的維修服務。⁴⁹DG因此對Grumman提起侵害著作權之訴，於訴訟中，Grumman反訴DG拒絕授權之行為具有排除維修市場競爭的效果，已違反反托拉斯法。

美國聯邦第一巡迴上訴法院於本
案中建立了智財權權利人不行使智財
權的行為，在法律上應首先被推定為
具有正當商業理由，而為合法的行

⁴⁸ 36 F.3d 1147 (1st Cir. 1994).

⁴⁹ *Id.*, at 1154-55.

為;⁵⁰ 換言之，反托拉斯訴訟原告，僅得以拒絕交易行為具有實質排除市場競爭的效果，來推翻此項推定，例如被告取得相關的智財權係利用專利詐欺(patent fraud)，或其他會導致智財權無效的行為等。⁵¹ 但原告所提出了二項主要的反證，均不為法院所採。其一，原告援引最高法院於 1985 年的著名判決 *Aspen Skiing*，⁵² 主張當事人一旦成立了合作交易的關係，任何一方於事後不得任意的終止彼此的合作關係，尤其是當契約關係的終止，將大幅增加另一方當事人於市場上之經營成本時，當事人甚至於還有繼續合作關係的義務。⁵³ 但法院認為二案的爭議事實具有關鍵性的不同。*Aspen Skiing* 雙方當事人的合作關係肇始於市場仍處於競爭狀態時，並行之有年；而當事人所推出的“一票玩到底”的行

銷方式，從合作之初到一審原告 *Aspen Skiing* 公司取得當地市場獨占地位為止，一直深受消費者的喜愛，而證據也顯示，同樣的消費者反應也出現在其他著名的滑雪聖地。因此，法院得以合理的推論出，類此之聯賣行為是具有滿足消費者需求的正面福利效果。⁵⁴ 反之，本案反托拉斯被告 DG 在 DG 電腦售後維修市場中，從其開放授權到拒絕授權為止均是市場中的獨占者，市場中從未出現競爭狀態，⁵⁵ 換言之，強制當事人繼續維持交易關係的必要性與正當性顯然較低。其二、Grumman 試圖依 ADEX 著作權的取得過程違反法律的規定，故無法享受著作權的保護為由，推翻智財權合法使用之推定。⁵⁶ 但法院認為，ADEXD 全係透過 DG 的內部研發所產生的，不可能有取得過程不法的情形存在。法院進一步指出，即使 DG 有利用 ADEX 軟體以鞏固其在售後維修市場中之市場力量的意圖，但 ADEX 軟體的出現對提升售後維修服務效率所具有之顯著效果，仍是反托拉斯法

⁵⁰ *Id.*, at 1186-87.

⁵¹ *Id.*, at 1188.

⁵² *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985). 本案涉及美國科羅拉多州滑雪聖地 Aspen 地區二家滑雪服務公司，因其中具市場支配地位的當事人擬終止彼此間對滑雪場地聯合開放，讓消費者可以一票同時享受二家公司服務的合作契約，導致市場市場占有率較低之一方將處於競爭上極大的劣勢，故提起此一反托拉斯法訴訟，主張卻終止契約之一方濫用市場地位，企圖排除滑雪市場中的競爭。

⁵³ 36 F.3d 1188.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Id.*

違法性評估中所不可忽略的事實。⁵⁷

2、Image Technical
Services, Inc. v.
Kodak⁵⁸-- 「託辭」
(pretext)作為一項反證

1992 年的 *Kodak* 案被美國聯邦最高法院發回後，地方法院陪審團認定 *Kodak* 的搭售行為已構成排除競爭行為，並判決 *Kodak* 須賠償美金 7180 萬元予 ISO 廠商，地方法院並同時以禁制令強制 *Kodak* 在未來 10 年內出售維修所需的所有零件給 ISO 廠商。⁵⁹ 對地院判決，*Kodak* 提出此一上訴，質疑法院在反托拉斯法下強制 *Kodak* 有交易義務之正當性。

對於智財權人是否有拒絕交易的權利，聯邦第九上訴巡迴法院引用 *Data General* 之「推定合法」原則，肯定其應屬正當的智財權行使行為。然而法院進一步闡釋所謂的推定合法，不應過度拘泥於“形式區分”(formalistic distinction)，而應建立在對“實際的市場現實”(actual market reality)考量；於運用此一原則時，需考

慮該原則在調合相關立法目的的功能，以及管制對實現各該立法目的所具有的長期效果。⁶⁰ 法院於調查過程中，應著重在探究拒絕交易行為本身，和智財法與反托拉斯法二者所欲實現的主要共同立法目的——公共利益(public interest)，是否有關。⁶¹

據此闡釋，法院認為除了 *Data General* 一案所提及之智財權係以不當或不法手段取得者外，若拒絕交易行為本身是用以掩飾具反競爭效果的行為，則不論是智財法或反托拉斯法，皆不應允許被告得以在任何“託辭式”(pretextual)的所謂商業正當理由的架構下，來主張其拒絕交易行為是智財權的正當行使行為，故不違反反托拉斯法。⁶² 當然，此一認定標準，無可避免的會涉及被告是否具有從事反競爭行為動機的探究。*Kodak* 抗辯其主觀上的競爭動機為何，與反托拉斯法違法性的評價無關；而其對競爭對手是否採取敵對的競爭態度，也不該當法院所言之只是在掩飾其從事反競爭行為的一項“託辭”，而得以推翻合法

⁵⁷ *Id.*, at 1189.

⁵⁸ 125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997).

⁵⁹ *Id.*, at 1202.

⁶⁰ *Id.*, at 1218.

⁶¹ *Id.*, at 1218.

⁶² *Id.*, at 1219.

推定的反證。不過，由於 Kodak 零件銷售部門經理於作證時表示，在決定零件的銷售策略時，“專利權的行使”從未是其考量的因素之一；⁶³ 再者，法院也發現維修 Kodak 影印機所需的零件有上千項，Kodak 只就其中的 65 項零件享有專利權，但其拒絕交易的標的卻是全面性的包括不受專利保護的零件在內。法院據此認定 Kodak 的行為並不具有正當商業理由，而僅是反競爭行為的託辭而已。⁶⁴

3、*In re Independent Service Organizations Antitrust Litigation (“Xerox”)*⁶⁵

本案事實與 Kodak 案極為類似，均涉及被告拒絕將維修影印機所需之零件與電腦軟體出售或授權與獨立維修組織之行為。其後，Xerox 與部分的 ISO 廠商達成和解，Xerox 同意於六年半內暫緩實施拒絕出售零件的政策，並同意繼續授權 ISO 廠商使用其維修所需電腦軟體四年半。⁶⁶ 惟本案原告選擇不加入此項和解，主張 Xerox 於出售其專利零件時，對最終消費者與

ISO 廠商採行差別取價，迫使 ISOs 需大幅調高其服務收費；Xerox 的目的，無非在排除原告於售後維修市場競爭的能力，以利其擴大在此一市場的市場力量，已違反了修曼法。⁶⁷ Xerox 則反訴原告在未經其授權的情形下，取得並使用其專利零件，侵害 Xerox 之專利權。

就有無交易義務一項爭議，美國聯邦巡迴上訴法院(Federal Circuit Court of Appeal)在 *Data General*「合法推定」原則下進行審查，重點當然是在於有無反證足以推翻該項合法推定。除被告係透過不法或不當手段取得智財權外，若原告能證明被告所提之侵害智財權訴訟，純屬客觀與主觀上毫無根據 (objectively and subjectively baseless)的「假象」(sham)訴訟，⁶⁸ 也可推翻該項推定。⁶⁹ 對於前項反證理由，原告並未主張。至於「假象」訴訟的反證理由，原告則引用 *Kodak* 案的「託辭」原則，主張被

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000).

⁶⁶ *Id.*, at 1324.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ 本 乃美國反托拉斯法下豁免合法行使憲法保障權之行為人免受反托拉斯法制裁之 Noerr-Pennington 原則的例外。See *Eastern R.R. Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 (1961).

⁶⁹ 203 F.3d at 1326.

告之侵權反訴乃其意圖遂行反競爭行為之一項藉口；是一項主觀上毫無根據的訴訟。但法院認為於「假象訴訟」的判斷過程中，若訴訟本身並非客觀上毫無依據時，法院即無討論被告是否有以該訴訟進行不當競爭行為的意圖。在本案中，Xerox 並未如 Kodak 一樣實行搭售、或有專利詐欺等行為出現，所以 Xerox 有權於專利權所保護的範圍內，決定其專利零件的交易對象，而法院也無需考量 Xerox 的行為是否為一項託辭。即使拒絕交易行為可能具有反競爭效果，法院仍需從反托拉斯法的實體規定進行分析，方能確定。不能單以被告可能具有反競爭的意圖，而立即推論出其合法行使智財權的說法純屬託辭。

(三)、「關鍵設施理論」規範智財權拒絕交易行為之妥適性分析

1、美國法相關判決介紹

除上述以反證推翻「合法推定」的審理原則外，另一項為學者主張用以解決不當拒絕交易，而性質上更為積極的作法，則是將拒絕交易的智財權本身視為是一項「關鍵設施」，而

科以行為人有交易之義務。唯此一主張在美國反托拉斯法實務上的接受程度仍有待觀察。就相關判決而言，即使承認「關鍵設施理論」為值得採行的原則，於適用至與智財權相關之案件時，也往往採頗為保留的態度。⁷⁰ *Aldridge* 與 *Intergraph* 二案，是其中最具有代表性的判決。

Aldridge Co. v. Microsoft 一案，涉及微軟作業系統 Windows 是否應被視為是「關鍵設施」的爭議。⁷¹ 原告 *Aldridge* 為一電腦軟體研發公司，其所研發之快取記憶程式 Cache86 軟體可大幅提昇 MS-DOS 作業系統的磁碟讀寫的速度。⁷² 本案爭議起因於微軟在 Windows 95 作業系統中，將 Cache86 列入所謂的「不詳程式」(unknown program)，而會在消費者使用該程式時出現警告訊息，並自動將電腦從 Windows 轉換為 DOS 模式的作業環

⁷⁰ 反觀歐盟對於此一原則的運用，則採取較為有彈性的態度，參閱 Sergio Baches Opi, *The Application of the Essential Facility Doctrine to Intellectual Property Licensing in the European Union and the United States: Are Intellectual Property Rights Still Sacrosanct?*, 11 FORDHAM INTELL PROP. MEDIA & ENT L. J. 409, 427-435 (2001).

⁷¹ 995 F. Supp. 728 (D. Ct. S. D. Texas, 1998).
⁷² *Id.*, at 733.

境。⁷³ 此將降低系統的執行功能與速度。原告認為微軟的目的在阻礙快取記憶程式研發廠商的競爭，以擴張本身在該市場的力量，已構成修曼法第二條意圖獨占的行為。另外，由於 Windows 已成為市場最主要的作業系統，被其列入不詳軟體之廠商，將很難在快取記憶程式市場中競爭，連帶的也將降低廠商進行研發之意願。Aldridge 因此要求法院將 Windows 95 視為是一項關鍵設施，微軟有開放予其他軟體研發商使用的義務。⁷⁴

於決定 Windows 95 是否為關鍵設施時，地方法院引用 *MCI v. AT&T* 一案所建立的四項判斷要件，並將其中第一項要件“被告掌控有競爭所必要之關鍵設施”，進一步細分為三大次要要件：(1)、被告需為獨占者；(2)、系爭設施確屬關鍵；(3)、獨占者對該設施確有修曼法所欲禁止之控制行為。⁷⁵ 就獨占力量的有無部分，原告認為微軟不論是在“全球個人電腦作業系統”市場，或是其意圖進一步擴張占有率的“美國磁碟暫存程式”市場中，均享有獨

占力量，微軟對此並未表示異議。⁷⁶ 至於在設施是否確屬關鍵部分，由於反托拉斯法的目的在促進競爭，法院認為設施「關鍵」與否，取決於設施開放對於原告與市場整體競爭是否絕對必要，二者缺一不可。法院同意，Aldridge 的軟體必須與作業系統相容，始有可能於個人電腦中正常運作；但原告並未證明微軟必須開放 Windows 作業系統，“市場”的競爭始有可能存在。就作業系統市場而言，原告並未提出任何證據以證明 Cache86 無法在 IBM 的 OS/2 等其他作業系統中被執行，事實上 Cache86 仍可以在 MS-DOS 與舊版的 Windows 下執行，而二項作業系統目前仍享有 21.5% 的市場占有率。⁷⁷ 雖然 Aldridge 於當時主張，到西元 2000 年時，前二項作業系統的市占率會大幅下降至只有 0.4%；但 Aldridge 仍無提出屆時 Windows 以外的其他作業系統軟體預估市占率將會產生如何的改變，而得以讓微軟成為市場主宰者。⁷⁸ 同樣的，原告也未能證明「磁碟暫存程式」

⁷³ *Id.*, at 736.

⁷⁴ *Id.*, at 751.

⁷⁵ *Id.*, at 752.

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ *Id.*, at 753.

⁷⁸ *Id.*

市場中的競爭，也將因微軟的拒絕開放行為而消失。即使如原告所言，微軟的行為，將可使其在 Windows 95 系統下執行之磁碟暫存程式軟體市場享有 100% 的市占率；但本案所關心者，是磁碟暫存程式軟體市場的競爭，而非“Windows 95 市場”的競爭。再者，與其他適用「關鍵設施理論」不同者，Windows 95 並非是原告所賴以銷售其產品的中介設施，Cache86 是一項工具 (utility) 軟體，而非如 Word 是應用 (application) 軟體，其主要的功能即在改善舊版 Windows 的執行速度問題，而這正好也是 Windows 95 問市的主要目的。反托拉斯法非但不能阻止廠商進行產品的改良，若本案法院將 Windows 95 視為是關鍵設施，則無異是強迫微軟不能改良其產品的使用效率，以求 Aldridge 得以於市場中競爭，此與反托拉斯法的立法精神有明顯的出入。⁷⁹

其次，法院也認為本案微軟並未出現修曼法所欲禁止的控制行為類型。依法院之歸納，美國各級法院運用「關

鍵設施理論」所處理的案件類型，有以下四大類：⁸⁰ 具自然獨占 (natural monopoly) 傾向的市場、法律禁止系爭設施的複製、公部門所補貼之設施，無法有效由私部門建造、以及在相關地理市場中唯一的設施等。法院認為 Windows 並不符合上述四項類型中的任何一項。⁸¹ 據此，法院駁回了原告之訴。

同樣的，在一年後的 *Intergraph v. Intel* 一案中，⁸² 美國聯邦巡迴上訴法院對「關鍵設施理論」於智財權拒絕交易案件中的適用可行性，仍採較為限縮的看法。Intergraph 為 Intel 的 OEM 廠商，其主要的產品為整合 Intel 所授權之微處理器技術，以研發、生產、以及銷售用在電腦繪圖的工作站；其中，“Clipper”為 Intergraph 所享有之一項重要專利技術。1994 年，Intel 指定 Intergraph 為其“策略客戶”(strategic customer)，並提供 Intergraph 各類技術支援，以及專屬資訊與產品等優惠授權措施。1996 年，Intergraph 向部分 Intel 其他 OEM 廠商提出侵害專利權

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ *Id.*, at 754.

⁸¹ *Id.*, at 754-755.

⁸² 195 F.3d 1346 (Fed. Cir. 1999).

的訴訟，主張爾等於使用 Intel 的微處理技術時，也非法使用了 Intergraph 的“Clipper”技術。⁸³ 被訴的 OEM 廠商乃向 Intel 請求協助，並由 Intel 出面與 Intergraph 進行關於“Clipper”技術的專利授權事項。但 Intel 所提出之包括交叉授權在內的授權協議均遭 Intergraph 以對其保護不週為由而拒絕之；Intel 隨之終止了先前基於“策略客戶”計劃對 Intergraph 所為之各項技術支援與優惠的授權措施。Intergraph 則在 1997 年對 Intel 提出專利侵權與反托拉斯訴訟，主張 Intel 為獨占者，其行為已違反了修曼法第一與第二條之規定，要求法院禁止 Intel 終止對 Intergraph 的技術授權；地方法院判決 Intergraph 勝訴，並於判決中以禁制令(injunction)要求 Intel 對 Intergraph 持續授權的行為。⁸⁴ Intel 提起上訴，主張其中止授權行為具有商業正當性，在反托拉斯法下，Intel 並無義務必須把事涉商業機密的專屬技術或智財權等，授權與正在對 Intel 興訟並請求損害賠償之廠商。Intergraph 則以 Intel 的專利技術，

是其在競爭激烈的電腦繪圖工作站市場中所無法或缺者回應。經審理後，聯邦上訴法院以下列幾項理由駁回了 Intergraph 所提起之反托拉斯訴訟。

首先，就 Intergraph 所主張的 Intel 享有獨占力量，並有濫用該力量情事，上訴法院認為原被告不是處於同一相關市場的競爭者，而是供應者與客戶間的關係。因此，即使 Intel 於“微處理器”市場享有 60%-65% 的市場占有率，但此一事實與本案的反托拉斯法爭議無關，因為 Intel 的拒絕授權行為，純屬其本身既有經濟力量之行使，並無便利其遂行獨占相關市場的威脅效果。雖然地院認為，原被告於未來的“繪圖次系統”(graphic subsystem)市場中將成為競爭者，但 Intel 與 Intergraph 皆承認，彼此在此一市場中均不具有獨占力量。⁸⁵ 法院進一步指出，具市場優勢地位廠商的單方商業行為，或許會對其他相關事業產生嚴苛的經濟後果，但只要其行為不具有擴張市場力量或創造獨占者等負面效應，以保護競爭而非競爭者為

⁸³ *Id.*, at 1350.

⁸⁴ *Id.*, at 1350-51.

⁸⁵ *Id.*, at 1354.

立法目的的修曼法不應介入干預。⁸⁶ 雖然地方法院認為，Intel 的行為不具有任何正當商業理由；但上訴法院仍堅持，既然 Intel 的行為無礙於市場競爭而不違反修曼法，Intel 並無法律上的義務需就其為何不協助其他廠商於市場中生存提出合理化的說明。⁸⁷ 而就「關鍵設施理論」部分，上訴法院認為，美國法院過去在修曼法下適用此一理論的案例，均涉及原被告彼此在設施本身或與設施相關的垂直整合市場中具有競爭關係者，由於 Intergraph 與 Intel 並未於任何市場中從事競爭，故無適用該原則的餘地。⁸⁸

2、「關鍵設施理論」

用以解決智財權拒絕交易行為之再檢討

由上述相關判決可知，美國法院對運用「關鍵設施理論」以解決智財權拒絕交易行為仍採保留的態度。另外，從反托拉斯學理上來看，於運用「關鍵設施理論」時，競爭主管機關可能會面臨以下幾項難以克服的成本與負面誘因問題，而大幅降低該理論

適用之可行性。

(1)、「關鍵」或「便利」(convenience)?-設施本質之定性成本

不論法院或競爭主管機關如何盡力去定義關鍵設施的內涵，於實務操作上仍難以避免被告質疑：某一設施對原告而言，真的是其參與競爭所無法取代的“關鍵”設施？抑或只是得以讓原告能以較低成本從事競爭的“便利”或“經濟”(economical)設施？法院或主管機關可能無法有一明確的界定。即使依 MCI 一案的定義，設施須是原告“無法在切合實際的合理範圍內”進行複製者，或是 *Intergraph* 一案地方法院之定義：「為競爭所必要，而必須合理(reasonable)與及時(timely)使用之商業資訊」⁸⁹ 皆無法排除開放設施具有讓原告得以較低成本競爭，而形同搭開放設施所有人便車的解讀。這或許可以說明何以美國法院試圖將得以適用「關鍵設施理論」的案件，侷限於特定而具體的設施類型，如具自然獨占特質或被管制產業中的設

⁸⁶ *Id.*, at 1354-55.

⁸⁷ *Id.*, at 1359.

⁸⁸ *Id.*, at 1357.

⁸⁹ 3 F. Supp. 2d 1255, 1278 (N. D. Ala. 1988).

施。但即使類型化有助於降低法律定性成本，其能否適用至智財權拒絕交易行為？仍非全無疑義。若以 *Aldridge* 一案的分類，智財權成為一項關鍵設施，其法律上的基礎最有可能是建立在專利權或電腦軟體著作權因網路效果而出現單一產品規格化之「自然獨占」傾向。但以自然獨占為由而要求開放設施的作法，其妥適性有待商榷。

其一、法律之所以要求自然獨占者需開放設施，其目的在避免設施之控制者藉此不當妨害設施所處市場的競爭，電信關鍵設施的控制者有義務需開放設施予其競爭者接續即屬一例。但在市場競爭隨設施開放而強化的同時，設施所有人原本可實現的「供給面規模經濟」將因需求的降低而消失。論者或謂此一部分損失可由要求使用人支付一定對價或授權權利金的方式來加以抵銷，但這恐怕是過於樂觀的看法，理由將於第(2)小節中詳述。而在一個具有網路效果的關鍵設施市場中，強制開放設施的成本尚需包括社會「需求面規模經濟」效果的喪失，但此一成本如何計算？如何要求使用者補償？皆是難以決定的問

題。

其二、除維持市場競爭的理由外，學理上亦有認為「關鍵設施理論」具有避免競爭者進行對設施的競租(rent-seeking)行為，而導致無效率資源投入的功能。換言之，假使能“站在巨人的肩膀上”，從事效能更佳的产品研發與生產，甚至於取代原來的關鍵設施，讓市場出現品質更好的產品，對社會而言，未嘗不是美事一樁。只是，在相關案件中，我們從來不曾看過法院或主管機關評估此一預期效果是否真的可能發生。事實上，即使開放較不開放更能鼓勵品質更佳的产品問世，於決定是否在反托拉斯法政策上採行「關鍵設施理論」時，仍需考量該設施對降低設施所有人與使用人進行創新研發誘因的可能成本。此將於以下第(3)小節中詳論之。

(2)、設施開放補償費率之決定與「搶劫」(hold-up)成本

支持「關鍵設施理論」者常認為，設施控制者並不會因被迫開放設施而蒙受不公平的損失，因為使用該設施

者，仍需支付相當對價。⁹⁰ 但這樣
的看法忽略了該原則建立後，當事人於
協商智財權授權費率時所可能出現的
搶劫成本。其理由在於，一旦智財權
人在反托拉斯法下有授權義務時，該
智財權於市場中之轉讓價格與有興趣
承購該權利者的人數將因此而減少。
如果減少的量相當顯著時，甚至於可
能讓權利人所享有之智財權，在效果
上形同是針對有權主張「關鍵設施理
論」的被授權人所為的專屬投資與資
產，而讓被授權人有機會得以對權利
人進行各類的投機行為(opportunistic
behavior)。其表現在關鍵設施授權費率
談判上，即是被授權人得以強迫權利
人接受其刻意壓低的授權費率，而對
權利人產生了類似搶劫的效果。換言
之，類似智財權強制授權的「關鍵設
施理論」具有提高授權協議雙方當事

人談判陷入僵局機會的潛在效果。這
個問題能否藉由公權力的介入，如讓
法院有權於個案中決定，或透過立法
的方式明定費率決定的考量標準等來
加以解決？筆者持保留的態度。首先，
筆者不敢期待法院有能力對於授權契
約雙方當事人彼此僵持不下的授權
費率談判，得出一項足以抑制被授
權人搶劫動機的“合理授權價格”。遑
論在法院決定授權費率後，事後的履
行監督與因應情事變更而需機動調
整授權費率的問題，皆是遠超過法院
所能負荷的執法成本。⁹¹ 而由立法
明定費率決定標準，如智慧財產局
依著作權法第六十九條第二項授權
所訂定之「音樂著作強制授權申請
許可及使用報酬辦法」第十二條之
計算公式，看似較為明確，但以智財
權授權市場的高度專業性與變動性，
依賴「當事人所提供之文件」來決
定費率，所具有的解決紛爭功能有
多大，仍值存疑，對於費率的爭議
恐難因此而稍有緩和。另外，誠如
學者 Robert Merges 所言，用立法
方式解決授權費率爭議，

⁹⁰ 例如歐盟執委會於最近的 IMS Health 一案，即以此一理由作為適用關鍵設施理論的依據。該案經當事人上訴至第一審法院(Court of First Instance)後，法院已暫停了執委會的強制授權命令，但仍不排除關鍵設施理論得作為反托拉斯法救濟手段的可能性。 See Robert G. Badal & Hilary E. Ware, *U.S. Company Compelled to License Its Software by E.U. Antitrust Authorities: The Case of NDC Health v. IMS Health 3*. 下載自 <http://www.hewm.com/use/articles/imshealth.pdf>.

⁹¹ Areeda, *Essential Facility: An Epithet in Need of Limiting Principles*, 58 ANTITRUST L. J. 841, 853 (1989).

容易出現「立法套牢」(legislative lock in)現象，也即法律修改程序的過於冗長，將使法定費率決定標準與授權市場之現實出現差距，進而使所決定出來的授權費率合理性大打折扣。⁹²。

(3)、「關鍵設施理論」

對勾結行為與創新誘因之影響

即使上述關於授權費率的問題能夠解決，強迫開放關鍵設施的作法，將使權利人喪失因掌握關鍵設施所帶來的競爭優勢(如較有效率的生產)，降低其進行價格或非價格競爭的誘因，間接提供了相關市場內有意進行聯合行為廠商形成勾結的有利條件。⁹³ 再者，設施開放使用的過程中也讓使用者有機會得以了解設施所有人有關的機密資訊，如生產成本、專利產品的內容、或電腦軟體著作權的程式等，這無異是降低市場卡特爾成員協商勾結協議內容的成本，讓卡特爾的穩定

度增加，⁹⁴ 「關鍵設施理論」竟可能成為市場勾結的一項便利機制(facilitating mechanism)!

另一項與「關鍵設施理論」相關的負面效果，則是該原則不可避免地將降低設施所有人與使用人雙方進行產品創新的動機。對設施所有人而言，當設施為具高固定投入成本特質的智財權時，權利人在預見其研發成果於未來有可能會被要求強制授權競爭對手使用時，此一風險將內化為其是否於現期進行研發的成本考量。與不適用「關鍵設施理論」的情形相較，此時其所願意投入於研發與創新的資源較低。⁹⁵ 就被授權人而言，當其有權要求智財權人授權，而授權費率又有被刻意壓低的傾向，被授權人取得該設施的成本，勢必要比不適用該理論，而讓當事人雙方透過對等談判所得到的授權費率來得低。當然，對被授權者而言，其可能因此而得以降低研發新產品的成本，提供更好的產品；但取得成本的降低，也同時降低了

⁹² Robert P. Merges, *Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations*, 84 CALIF. L. REV. 1293, 1308 (1996).

⁹³ Keith N. Hylton, *Economic Rents and Essential Facilities*, 1991 B. Y. U. L. REV. 1243, 1252-53 (1991).

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ Abbott B. Lipsky & J. Gregory Sidak, *Essential Facility*, 51 STAN.L. REV. 1187, 1219 (1999).

被授權人挑戰關鍵設施的動機。舉例言之，假設微軟的 Windows 作業系統是一項關鍵設施，微軟有開放授權之義務。此對應用軟體研發商而言，或可降低其研發新軟體的成本，使市場出現新應用軟體的可能性增加；但另一方面，當取得視窗授權成本降低時，除將誘使軟體研發商增加對 Windows 的授權需求外，也同時降低其投入大量研發成本，以開發其他足以取代 Windows，且品質更佳的作業系統軟體的動機，因為無利可圖！最終的結果可能是，社會增加了更多與更好與 Windows 相容的應用軟體，但由於市場對 Windows 的依賴增加，其同時也強化了 Windows 因網路效果所生之套牢效果。⁹⁶

3、小結--「關鍵設施理論」之替代規範原則分析

對於「關鍵設施理論」最後值得檢討者，乃是否有其他得以替代且對智財權人權利行使限制較少的管制手段？本文認為，可能的替代手段，可以在

⁹⁶ Thomas F. Cotter, *Intellectual Property and the Essential Facilities Doctrine*, 44 ANTITRUST BULL. 211, 241 (1999).

回歸市場運作機制與反托拉斯法規範濫用市場力量的基本審理原則二個層面來加以分析。

(1)、回歸市場規範之精神

即使出於自願而為授權的市場交易機制有其不足之處，與上述「關鍵設施理論」所產生的問題相較，市場是否仍為較佳之解決智財權授權爭議的場域？是值得深思的第一個問題。對此，Coase 的產權理論，提供了一項可能的理論基礎。從「交易成本」與「效率」的概念出發，Coase 認為，於當事人間交易成本很低時，法律對財產權主體的界定，對財產能否被有效率的使用無涉。假使當事人之一方對財產權所賦予的價值高於權利人時，雙方當事人可以透過協商，以一個高於權利人但低於交易相對人保留價格的價格，達到財產權移轉的目的，實現使用的配置效率。當市場交易成本很高時，Coase 認為，財產權主體的歸屬判斷，應以最能降低交易成本的方式為之。⁹⁷ Calabresi & Melamed 在

⁹⁷ See Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. L. & ECON. 1 (1960).

Coase 的理論架構下，將法律上對權利轉讓與使用爭議的主要規範手段，區分為「財產法則」(property rule)與「補償法則」(liability rule)二大類型。前者與 Coase 定理下的「低交易成本」相呼應，也即權利的取得與使用，須得到權利人之同意，違反者，法律通常是以「禁制令」(injunction)等「權利回復」的方式來加以制裁；後者則是因應市場高交易成本，當事人很難於事前取得權利人之授權，故法律乃例外地允許當事人得不經同意使用權利，但須於事後補償權利人的一項法則。⁹⁸ 很顯然的，從權利保障原則來看，「財產法則」應是設計法律制度的基本原則，⁹⁹ 「補償法則」是例外，採行何

⁹⁸ 第三種可能但較少見的規範手段，Calebresi & Melamed 稱之為「不可轉讓法則」(inalienability rule)，也即，某些權利的轉讓，是法律基於效率以外因素的考量下所禁止者，如人格權。See Guido Calebresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972).

⁹⁹ 就智財權而言，此一「財產法則」優先的精神，充分反應在「與貿易相關的智財權協議」(Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights; TRIPs)第 31(b)條之中。依該條之規定，除非事涉國家緊急事項，或基於公共利益的非商業使用考量，各會員國於制定未經授權得使用智財權的相關立法時，需以被授權人事先已提出合理的交易條件，試圖取得權利人授權，但仍無法於合理的期間內達成授權協議為前題。

者的決定標準在於交易成本的高低。

就其本質而言，「關鍵設施理論」在屬性上屬於例外的「補償法則」；故於思考有無必要排除原則性的「財產法則」時，重點在於系爭行為是否為高交易成本之行為，故非得運用非市場的手段來解決不可。就智財權授權行為而言，原則上多屬交易成本不高之行為，¹⁰⁰ 可能出現例外者，乃隱含於發現智財權侵害行為與因智財權鑑價不易所生之察覺成本(detection cost)與鑑價成本(valuation cost)。¹⁰¹ 但即便如此，此與法律上是否即應拋棄「財產法則」改採「補償法則」，並無必然

¹⁰⁰ Robert P. Merges, *Comments: Of Property Rules, Coase, and Intellectual Property*, 94 COLUM. L. REV. 2655, 2664 (1994). 就授權範圍而言，不論是專利、商標、或著作權，在大多數的情形下，皆有相當明確之界定標準。就授權當事人而言，專利或商標授權所涉及之當事人通常只有二造，著作權之授權範圍通常也相當明確。固然，著作權有可能出現被授權人人數眾多，而個別交易的成本過高的情形，但此一現象的存在，並不當然得以合理化關鍵設施原則之存在。請見本節以下之分析。

¹⁰¹ 依 Merges 的看法，權利人與侵權行為人很可能彼此相隔遙遠，智財權的授予與侵權行為也可能發生於不同的時期，或智財權被無意的使用於產品之中等現象，皆可能延緩了智財權授權談判、協商、與達成協議的時間。而鑑價成本特別容易出現在被指控侵權之產品，事實上是對受保護智財權的部分改良，但侵權行為人於投資生產之時，可能不知道有此一智財權存在，或是認為其改良行為，已非原智財權所保護之範圍內。主觀上對智財權價值的認定差距，也會讓授權契約談判的成本增加。Id., at 2657-58.

的因果關係。誠如 Coase 所言，高交易成本下之權利界定，應以最能降低交易成本的方式為之；但將權利歸屬於被授權人的「關鍵設施理論」，卻不見得是最能降低交易成本的方法。若將本文以上所提及之定性、搶劫、便利廠商勾結、與降低創新誘因等成本，以及「補償法則」下法院或主管機關所需面對的「補償」授權費率的難以決定等問題列入考量，「財產法則」反而可能是成本較低的解決拒絕交易的法律設計。¹⁰² 除了上述之提供被拒絕授權廠商進行研發以打破設施關鍵性的誘因外，「財產法則」另一項優於「關鍵設施理論」之處在於授權過程中所出現的高交易成本，也可能促使授權當事人透過設立相關授權組織等方法來加以解決。例如，美國音樂著作權人為解決被授權人數眾多的交易成本問題，所設立之 ASCAP 與 BMI 中介團體，即是以會員預先同意的授權條件與授權費率計算公式作為

¹⁰² See Stanley M. Besen, Willard G. Manning, Jr. & Bridger M. Mitchell, *Copyright Liability for Cable Television: Compulsory Licensing and the Coase Theorem*, 21 J. L. & ECON. 67, 87-94 (1978); A Mitchell Polinsky, AN INTRODUCTION TO LAW AND ECONOMICS 22-25 (1989).

授權的依據；而為避免鑑價成本所造成的授權障礙與杯葛，由業者出於自願並預先為交叉授權(cross licensing)承諾的專利集管(patent pool)安排，皆是其中廣為人知的配套組織安排。¹⁰³

(2)、回歸反托拉斯法

規範濫用獨占力量之基本原則

若真有必要對智財權拒絕交易行為進行非市場導向的管制時，反托拉斯法的相關原則是否真的不足？從概念上來看，關鍵設施若真的是競爭者生產相關產品或提供服務所不可或缺之要素，且競爭對手無從合理複製或從他處取得，則依以替代性有無作為界定相關產品市場的反托拉斯法標準，設施本身即可形成一相關市場，而設施所有人為該市場內具有市場力量之獨占者，若無正當商業理由而有拒絕授權或交易的行為時，可在傳統反托拉斯法關於濫用獨占地位的分析架構下來加以解決。¹⁰⁴ 與「關鍵設施理論」相較，此一作法有如下幾項優點。

¹⁰³ See Merges, *supra* note 217, at 1340-58.
¹⁰⁴ HOVENKAMP, *supra* note 23, at 274-75.

首先，MCI 一案所建立的四項構成要件，誠屬疊床架屋之舉。嚴格而論，該原則下之“被告掌控有競爭所必需之關鍵設施”此一事實，在反托拉斯法下的適法性評價是中性的；拒絕分享關鍵設施是否具反競爭效果，仍取決於競爭對手有無可能從他處取得替代設施，或是在“切合實際的合理範圍內複製此類設施。”而這些因素必然會反應在以替代性有無為標準的相關市場與市場力量的界定過程。換言之，一旦設施缺少替代可能性時，即使不賦予它“關鍵”之名，其因此所可能產生的反競爭效果，仍需受濫用市場力量原則的約束，吾人實無需另行創造此一原則，而讓法院與主管機關面臨難以克服的定性成本。¹⁰⁵

再者，MCI 原則下的“拒絕使用”與開放使用可行性二項要件，皆可以在傳統以合理原則審查濫用市場力量的架構下，進行行為對市場正面與負面效果的經濟分析。就智財權的拒絕交易部分，更有上述之「推定合法」與反證推翻等法律原則得以引用，以

¹⁰⁵ See Lipsky & Sidak, *supra* note 220, at 1214-1215.

防止不當使用智財權作為掠奪市場的工具，實無必要假手「關鍵設施理論」。而一旦拒絕交易的正面效果大於負面效果時，於合理原則下，該拒絕交易行為仍不違法。此一結論可總結本文對「關鍵設施理論」主要觀點：於反托拉斯法中討論該理論，須與拒絕交易行為對市場整體競爭的影響程度為依歸，偏離此一主軸，將使反托拉斯法在保護“競爭”而非“競爭者”此一主要立法目的受到不當的扭曲。畢竟，在面對競爭者指控拒絕授權使用的智財權為關鍵設施時，被告仍得以契約自由作為抗辯；但缺少市場競爭效果評估之「關鍵設施理論」，反托拉斯法院可能需承擔相當高的執法成本，始有可能合理化該理論之運用。¹⁰⁶誠如上述，反托拉斯法既有的審理原則已足以勝任此一任務。

三、反托拉斯法對新經濟制度下非價格掠奪行為之規範(二): 掠奪式創新行為

¹⁰⁶ See Lawrence A. Sullivan & Anne I. Jones, *Monopoly Conduct, Especially Leveraging Power from One Product or Market to Another*, in ANTITRUST, INNOVATION, AND COMPETITIVENESS 165, 176, 184 n. 61 (THOMAS M. JORDE & DAVID J. TEECE ed. 1992.)

如前所述，創新固然在多數情形下對市場競爭具有正面的效果，但於創新過程中，也可能出現意圖掠奪市場的廠商，以不正當的創新手段與結果，來達到降低競爭對手創新競爭誘因與建構市場參進障礙的目的。RRC 理論學者所提出之相關掠奪式創新行為類型中，部分是掠奪者無需承擔掠奪成本，或只需承擔少許成本者，如“空氣軟體”(vaporware)的散佈；但部分行為的實施，掠奪者在提高競爭對手參進成本的同時，本身也須承擔一定的掠奪成本者，如不當擴張智財權保護範圍。因此，各該被懷疑為掠奪市場的行為類型，就其成功維持或擴張掠奪者市場力量的效果而言，其可信度有多高？反托拉斯法是否為最適當的規範手段？均值得從學理上為進一步的檢試。

(一)、智財權保護範圍的擴張與市場掠奪

主觀而言，創新行為之所以對潛在競爭者形成不當的市場參進障礙，往往與實施創新者其創新目的在積極與不當的擴張既有智財權保障範圍，使競爭對手難有創新競爭的立足空間，或是讓潛在競爭者在創新過程中，極易產生侵害既有智財權的爭議，而需面臨被訴的風險有關。從行為之客觀福利效果來看，類似創新行為之邊際利益也往往低於其對市場競爭所產生的限制不利益。此一可能性，可從“反公有物悲劇”(tragedy of anticommons)理論出發來加以說明。¹⁰⁷ 學者 Heller 認為，保護智財權的目的，固然在避免因權利未私有化，導致社會上從事創新或著作的誘因降低，而出現 Hardin 所言之“公有物悲劇”(tragedy of commons);¹⁰⁸ 但倘若智財權的保護範圍被切割得過細，使得原智財權人後

¹⁰⁷ Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition From Marx to Markets*, 111 HARV. L. REV. 621 (1998); Heller & Rebecca S. Eisenberg, *Can Patents Deter Innovation?-- The Anticommons in Biomedical Research*, 280 SCIENCE 698 (1998); Arti K. Rai, *Fostering Cumulative Innovation in the Biopharmaceutical Industry: The Role of Patents and Antitrust*, 16 BERKELEY TECH. L.J. 813 (2001).

¹⁰⁸ Garrett. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 SCIENCE 1243 (1968).

續針對原權利所為的不明顯或微不足道的改變，也得享有新的智財權保護時，勢必將使有意與原智財權人一較高下之競爭者，在進行相關研發創新行為時，需無效率地投入額外成本以注意是否已侵害了為原智財權人加以擴張，但創新效果低於其限制市場競爭所生成本的智財權。對有意排除市場競爭的原智財權人而言，此一方法可延緩潛在的研發競爭，進而達到其蠶食鯨吞市場的目的。以下分別從專利、著作、與商標權三個角度，具體說明其可能引發的競爭問題。

1、專利權

就專利權而言，因專利權保護範圍的過度細分，而誘使廠商投入過多資源進行 patent around 的行為，不僅提高了下游廠商取得相關專利授權生產新型產品的成本，延緩新產品問世的時程，連帶的，也迫使競爭廠商需在愈來愈窄的發明空間中，進行從成效分析角度來看，純屬無效率的 invent around 行為。美國近年來透過放寬專利權授與要件，於生物醫藥產業中過度積極鼓勵研發的行為，已讓部分學者質疑該產業是否出現了“反公有物

悲劇”。例如對生技公司所發現的新基因片段(gene fragment)，在還未能確定其具有何種治療或檢驗疾病的潛在價值之前，即給予專利權保護的作法，不僅讓美國各公私立生技研究機構，紛紛投入大量的人力與設備進行發現基因序列的研究，也讓未來需利用各該專利以生產相關治療與檢驗產品的下游藥商的生產成本增加，因為可預見的是，多數藥品生產所需的專利，絕非單一的基因片段，而是複數的基因片段組合。若握有複數基因片段專利權的廠商有意涉足下游藥品市場時，¹⁰⁹ 其運用專利權優勢以封鎖來自既有藥商競爭的可能性也將升高。除非競爭者有能力得以在不侵害專利權的前題下，同時進入上游的生技研發市場，¹¹⁰ 否則將很難有效的與原基因專利所有人進行競爭。而即使此一

¹⁰⁹ 例如，Human Genome Science, Millennium, 及 Abgenix 等著名生技研發公司，近來將其經營範圍擴張至下游之臨床研發市場 Rai, *supra* note 232, at 817.

¹¹⁰ 如藥商 Novartis 公司有自己的實驗室稱之為 Genomics Institute; 而輝瑞(Pfizer)藥廠也建立所謂的「全球研發中心」(Global Research and Development Center), 以利用基因技術研發新藥。Rai, *id.* 另外，GlaxoSmithKline 藥廠，也於 2001 年於西班牙設立了研究中心，以研發治療霍亂或結核病等常見的熱帶地區疾病。See *Drug for the Poor: Exotic Pursuits*, ECONOMIST 54 (February 1st, 2001).

競爭策略可行，若授權生產的成本遠低於內部整合生產的成本時，後者仍是一項資源配置無效率的行為。2003年的 SARS(非典型急症呼吸道症候群)疫情，更印證了此一問題存在的可能性。當全球因 SARS 而陷入一片恐慌的同時，一場專利權的角逐戰已悄悄的在美國展開。據報載，¹¹¹ 加拿大科學家以對 SARS 病毒的基因解碼向美國專利局申請專利。美國疾病管制局(Centers for Disease Control and Prevention; CDC)也不遑多讓的以其發現了 SARS 此一病症為由，向專利局提出申請；另外，香港大學的科學家，則是以第一次在顯微鏡下觀察到 SARS 病毒，而要求美國專利局針對病毒本身，給予專利。

2、著作權

著作權領域內，與 patent around 行為接近，而常引發不當或不公平競爭爭議者，乃著作權人透過對著作權保護範圍的擴張解釋，以及對內容的不當修改，來達到提高後續使用者的轉換與參與競爭成本。類此之作法，

可能具有讓市場研發創新的動力受到不當阻礙，也延緩了較佳著作物出現的時點。

就擴張著作權保護範圍而言，美國 1995 年的 *Lotus v. Borland* 一案或可用以說明其與維持市場競爭秩序的可能衝突。¹¹² 該案涉及被告在所推出的試算表(spreadsheet)軟體 Quattro 與 Quattro Pro 中，使用了 Lotus 公司先前所推出之同類試算軟體 Lotus 1-2-3 的選單指令(menu commands)功能。Borland 希望藉此以降低有意使用 Quattro 軟體的 Lotus 使用者的學習成本；惟相較於 Lotus 1-2-3, Quattro 仍有相當多不同的創新功能。¹¹³ 面對新產品的競爭，Lotus 向法院提起 Borland 侵害著作權訴訟，主張 Lotus 1-2-3 中之選單指令功能是受著作權保護的程式，Borland 不得在未經授權的情形下將其整合於自己的產品中。本案雖是單純的著作權法案件，而未涉及反托拉斯法；但其爭議事實本身，也突顯了擴張著作權保護範圍，在提高競爭者成本與建構市場參進障礙所具有的潛

¹¹¹ Antonio Regalado, *Scientists' Hunt for SARS Cure Turns to Race for Patent Rights*, THE WALL STREET JOURNAL ONLINE (May 5, 2003).

¹¹² 49 F.3d 807 (1st Cir. 1995).

¹¹³ *Id.*, at 810.

在反競爭效果。

至於著作物的不當修改，美國聯邦上訴法院在 2001 年微軟案的判決中，即肯定地院所提出之對微軟視窗軟體版本更新是否具有掠奪市場效果的質疑。法院發現，微軟在 Windows 95 版中，技術性的將 IE 瀏覽器與 Windows 搭配授權後，在其後的 Windows 98 版本，則刻意的將 IE 排除於「新增或移除程式」(Add/ Remove Programs)的功能選項之外，增加 OEM 廠商使用其他瀏覽器的成本。另外，法院也發現，微軟在 Windows 98 中將瀏覽器與作業系統的相關原始碼，置於相同的檔案中，使得 OEM 廠商及使用者在企圖移除瀏覽器功能的同時，也必須移除重要的作業系統功能而導致電腦當機。¹¹⁴ 這些修改電腦軟體內容的行為，為法院認定為將大幅提高 OEM 廠商改用 Netscape 瀏覽器 Navigator 的成本。

3、商標權

就排除效果而言，商標權人的「品牌擴散」(brand proliferation)行為，係

¹¹⁴ U.S. v. Microsoft, 253 F.3d 34, 65-66 (D. C. Cir., 2001).

與專利或著作權的不當擴張保護範圍雷同的競爭策略。美國反托拉斯法實務曾據此一理論基礎，制裁了生產速食麥片(ready-to-eat cereal; “RTE”)的主要廠商不斷推出與促銷所謂的新口味 RTE 的行為。¹¹⁵ 美國 RTE 市場自二次大戰後，即呈現高度寡占的傾向，前 6 大生產商享有至少 95% 的市占率。相對於此一高獲利市場，潛在競爭者進入 RTE 市場的速度似乎相當的緩慢。學者 Schmalensee 懷疑，此與市場存有高度參進障礙有關；而參進障礙的出現與 RTE 主要生產廠商的品牌擴散及過度促銷或廣告(excessive promotion or advertising)行為有關。證據顯示，從 1950 到 1972 年間，6 大生產商總計推出了 80 種不同口味的 RTE 品牌。¹¹⁶ 由於 RTE 市場的競爭具有經濟學上所謂的“區域化”(localized)特質，¹¹⁷ 以及消費者口味偏好的相對不

¹¹⁵ 本節以下之說明，主要乃參考 Richard Schmalensee, *Entry Deterrence in the Ready-to-eat Breakfast Cereal Industry*, 9 BELL J. ECON. 305 (1978).

¹¹⁶ *Id.*, at 306.

¹¹⁷ 競爭效果的“區域化”，乃指即使市場上存有許多的品牌，但每一個品牌本身實質上具有寡占者的力量，會受到其任何的價格或產品特質(如 RTE 的口味)的變動所影響者，也可能只侷限少數的競爭品牌。*Id.*, at 309. 此一特質具體反應於競爭法原則者，乃所謂的“次市

流動性(relative immobility)，使得改變既有產品特性，以迎合不同消費者需求的成本可能很高。事實上，在 RTE 市場中，當消費者口味改變，而使銷售量降低時，廠商的作法常常是放棄該既有產品而改推出新的品牌來從事競爭。¹¹⁸

類此特質，可被有意掠奪市場的 RTE 業者，用以作為建構參進障礙的策略手段。掠奪者可以在潛在競爭者進入市場前，不斷的推出新 RTE 品牌，在提供消費者多樣化口味選擇的同時，也創造出更明顯的不流動效果；潛在競爭者在面對以不同新產品口味參與競爭的空間被大幅窄化後，即使加入競爭也必然無利可圖的考量下，選擇不加入市場競爭，似乎是合理的預期。

4、反托拉斯法或智財法?--規範手段之檢討

嚴格而論，智財權人擴張自己的

場”(sub-market)概念。David T. Levy & James D. Reitzes, *Product Differentiation and the Ability to Collude: Where Being Different Can Be an Advantage*, 38 ANTITRUST BULL. 349, 367 (1993). 該項概念是否允當? 請參閱本身第陸節的分析。

¹¹⁸ Schmalensee, *id.*, at 310.

權利保護範圍的行為本身，並非當然違法，如果後續之研發或使用人，能夠在合理的協商成本內取得原智財權人的授權，則原則上不會有競爭法上的爭議。之所以出現反托拉斯法的問題，往往是來自於原權利人在不斷擴張版圖，以壓縮對手競爭空間的同時，亦拒絕授權予競爭對手。因此，本文以上關於反托拉斯法規範智財權人拒絕授權行為的討論，也可適用於此。換言之，須在確定拒絕廠商於相關市場中，的確有市場力量後，在合法推定的原則下，探討個案是否有足以推翻該推定之具體事證。至於在認定為違法後的救濟手段，原則上應以禁止或改變相關交易條件或是從市場結構面進行調整為主。例如，在上述 RTE 一案中，美國 FTC 與學者 Schmalensee 均認為可行的規範手段包括：¹¹⁹ 1、解體(divestiture)，以降低市場集中度，促進市場的價格競爭。而寡占廠商超額利潤的降低，也可抑制其不斷以廣告或其他促銷手段推出新產品以阻礙競爭者競爭的能力；2、禁

¹¹⁹ *Id.*, at 321-23.

止被告進行合併行為，以落實解體的效果；¹²⁰ 3、禁止所謂的“上架計劃”(shelf-space plan)，也即禁止被告與通路商達成協議，允諾將被告的產品置於較佳的置物架位置等。¹²¹

然而，反托拉斯法固然可作為解決不當擴張智財權以掠奪市場的行為，但問題的源由，實與智財權法中關於權利授與的界定方式有更密切的關係。因此，若能從上游對智財權授與的構成要件採較嚴格的解釋，以避免浮濫，就解決此一問題的實效性而言，可能要高於下游的反托拉斯法。也有學者指出，反托拉斯法對於拒絕授權的規範角度，比較傾向於從被告拒絕的動機與原因，是否具有對市場競爭有利的合理化理由著手；至於授權或不授權對後續創新者(sequential innovator)的創新誘因影響程度如何，其關切程度可能不及智財權。¹²² 本文認為，此項差異也許不是智財法的規範效果優於反托拉斯法的主要原因；

畢竟，在合理原則下，反托拉斯法院仍可利用要求原告當事人舉證的方式，就拒絕授權與降低創新誘因的影響，為一定程度的評估。二者規範效果的優劣，主要在於主管機關或法院在規範或制裁手段的選擇彈性大小不同。反托拉斯法受限於“保護競爭，不保護特定競爭者”的立法精神，原則上應以較被動與從市場整體面出發的制裁手段，“回復”市場被扭曲的競爭秩序；反觀以鼓勵創新為主要目的的智財法，則可以運用較積極與個案性的方法，就原智財權人的保護與創新效果二者間的平衡，進行個案的權利微調(fine-tuning)工作。據此，本文以下分別從相關法律原則與規範手段二個角度，思考智財法在預防廠商濫用智財權以建構市場參進障礙上所可具有的規範功能。

(1)、智財權法之上游

控管功能

上述關於美國專利主管機關對於生物科技產業專利申請流於寬鬆的說明，足以顯示解決不當擴張智財權保護範圍的正本清源作法，應是對權利授與的要件，採取較為嚴格的解釋。

¹²⁰ *Id.*, at n. 35.

¹²¹ *Id.*

¹²² John H. Barton, *Patent and Antitrust: A Rethinking in Light of Patent Breadth and Sequential Innovation*, 65 ANTITRUST L. J. 449, 460-61 (1997).

就美國專利法規定而言，最直接的方法，即是對可專利性(patentability)要件中的實用性(utility)要件採較為嚴格的標準，¹²³ 而對於還未能確定具有何種具體的治療或檢驗疾病潛在價值的基因片段，應以不符合實用性要求而不授與專利保護，以避免申請人得因掌握對後續研發所不可或缺之基本研發工具，而讓潛在的後續研發者面對無法承擔的不合理競爭成本。¹²⁴ 美國法對此要件之判斷標準，主要是建立在聯邦最高法院1966年著名的 *Brenner v. Manson* 一案。¹²⁵ 該案涉及單純發明得以用來製造類固醇(steroid)的製程(process)，是否符合實用性要求的法律爭議。聯邦最高法院在維持美國專利商標局(Patent and Trademark Office; PTO)駁回申請決定的判決中表示，任何申請專利的發明或創新，必須具有實質(substantial)效用，¹²⁶ 若所申請的創新內容，尚未被發展到“在目前可行形式下有具體利益存在”(“where

specific benefits existed in currently available forms”)的階段，則不應享有專利權保護。¹²⁷ 大法官強調，專利權不是“狩獵的執照”(hunting licenses)，它不是對“搜尋”(search)本身的獎勵，而是對搜尋後的成功結果(successful conclusion)的報酬。¹²⁸

雖然 *Manson* 一案確立了以“實質”與“具體”效用作為實用性的判斷標準，但最高法院以“目前可行形式”之具體利益為門檻，對研發成果普遍具有高度不確定性的高科技產業而言，可能失之過苛。因此，美國 PTO 於 2001 年修正公布的「專利申請審查準則」(Guidelines for Examination of Patent Applications Under 35 U.S.C. 112)，似乎是較為持平的標準。¹²⁹ 總和而言，該準則對於實用性的要求，乃研發成果需具有被普遍認同(well-established)的效用，或具體(specific)、實質(substantial)，且為對該研發具有一定技術者所認定為可信(credible)的實際(practical)效用。¹³⁰ 而為便利內部人員

¹²³ 在美國法下，每項專利申請案，需符合以下三項實體要件：(一)新穎性(novelty)；(二)非不顯著性(non-obviousness)；(三)實用性。35 U.S.C. 101-103 (2000).

¹²⁴ Rai, *supra* note 232, at 839.

¹²⁵ 383 U.S. 519 (1966)

¹²⁶ *Id.*, at 535.

¹²⁷ *Id.*, at 534-35.

¹²⁸ *Id.*, at 536.

¹²⁹ 66 Fed. Reg. 1092 (Jan. 5, 2001).

¹³⁰ *Id.*, at 1098; *see also* Joshua C. Benson, *Note: Resuscitating the Patent Utility Requirement*,

進行個案審查，PTO 另外針對該準則制定了「訓練教材」(training materials)。依該教材的定義，所謂的“可信”的效用，乃指被對申請保護的研發具有普通技術者所確信為目前可行的效用；具體效用，則是就申請發明所進行的某一特定使用(usage)；實質效用，則需符合已於現實世界中使用(real world use)的標準，換言之，若發明本身需進一步研究後，始能在現實世界中使用，則不屬於所謂的實質效用；至於普遍認同的效用，則是指發明的效用是眾所週知(well known)、或立即而明顯(immediately apparent)、或得被單獨或借有技術者之助而推知者。¹³¹

除了由專利權授與過程著手，對專利範圍(patent scope)採取較限縮的解釋，也是另一項可行的智財權控管機制。例如，在 *Regents of the University of California v. Eli Lilly & Co.* 一案中，¹³² 地院被告 Lilly 藥廠因生產人類用胰島素(insulin)，而被美國加州大學指控侵害了該校所擁有的對老鼠胰島素

DNA 序列的分離技術專利。聯邦巡迴上訴法院拒絕將加州大學的該項專利技術保護，擴張至人類的胰島素 DNA 分離技術中，因為原告並未符合專利法中「書面說明」(written description)的要求。依該要件，專利申請人對主張保護的專利發明，需以書面具體描述之；其程度需讓對該申請事項具有普通技術之人，得以清楚地得出“該發明確是由發明人所發明”的結論。¹³³ 加州大學對於人類胰島素 DNA 序列的分離技術，只作了一般性的描述，附加以老鼠胰島素基因序列分離技術為參考佐證，但並未提供與該 DNA 的結構(structure)與物理特徵(physical characteristics)有關的資訊；單純描述準備人類胰島素 DNA 的方法，或是附帶說明該 DNA 之蛋白質類型，並不同於對該 DNA 本身的描述，因為申請人並未如老鼠胰島素 DNA 一樣的提供關於人類 DNA 更詳細的序列資訊。¹³⁴ 針對 Lilly 案，美國 PTO 也於 2001 年頒佈了「書面說明」的審理準則。¹³⁵ 準

Again: *A Return to Brenner v. Manson*, 36 U.C. DAVIS L. REV. 267, 287 (2002).

¹³¹ Benson, *id.*, at 288.

¹³² 119 F.3d 1559 (Fed. Cir. 1997).

¹³³ *Id.*, at 1566.

¹³⁴ *Id.*, at 1567.

¹³⁵ Guidelines for Examination of Patent Applications Under the 35 U.S.C. 112, P1, “Written Description” Requirement, 66 Fed. Reg.

則之基本立場傾向於支持 *Lilly* 案法院的看法，也即對於生物科技專利保護範圍，採取較為限縮的認定標準，以避免專利權人得利用類似像基因片段的發現，不當擴張智財權範圍，進而阻礙後續研發出現的可能性。¹³⁶

至於著作權的部分，著作權法關於著作物是否受著作權法保護的相關判斷原則，也可作為優先於反托拉斯法的一項控管不當競爭行為的機制。例如在上述 *Borland* 一案中，美國聯邦第一上訴巡迴法院，即是以「選單指令」本質上乃「操作方法」(method of operation)，非具原創性的表達，故不在美國著作權相關法規的保護範圍內為由，駁回了 Lotus 的侵權訴訟。¹³⁷ 法院雖然從文義上闡釋所謂「操作方法」的定義，¹³⁸ 但該案協同意見法官 Boudin 的見解，對本文所探討主題甚具啟發意義。綜合 Boudin 的判決理

1099 (January 5, 2001).

¹³⁶ Rai, *supra* note 232, at 841.

¹³⁷ 49 F.3d 815.

¹³⁸ See *id.*, at 815-819. 具體而言，法院認為，所謂的「操作方法」乃指“人操某一特定事物，不論是汽車、食物製程、或電腦，的手段。”也因此，對如何操作某事物的文字說明，無法將著作權的保護範圍延伸至操作方法上；同樣的，如果一項新操作方法單純只是被使用，而未被加以描述時，任何人皆可以使用該方法，且用自己的方式來描述之。*Id.*, at 815.

由，「選單指令」功能之所以並受保護，乃因保護之利益低於其成本。特別是，當把學習電腦軟體使用過程中常見的「套牢成本」列入考慮時，授與「選單指令」著作權保護，將迫使消費者使用其他試算表軟體的誘因降低。Boudin 指出，消費者之所以改用 Quattro 軟體，絕不是因為其中有 Lotus 的「選單指令」功能，而是 Borland 在新軟體中提供了有別於 Lotus 的新功能。¹³⁹ 因此，對 Lotus 而言，允許 Borland 得使用其「選單指令」功能，並無不利之處，其創新的努力，已因先前的 Lotus 1-2-3 的著作權保護而得到實質的回饋。如果 Lotus 1-2-3 一直是市場中最好的軟體，消費者還是會選擇使用該軟體；但若 Quattro 是較好的軟體時，則法律也應設法降低消費者學習改用其他試算軟體的成本，而讓其有機會享受更大的便利，同時也獎勵 Borland 的研發貢獻。¹⁴⁰

(2)、智財權法之下游

權利微調功能

除了由上游控管智財權保護範圍

¹³⁹ *Id.*, at 820.

¹⁴⁰ *Id.*, at 821.

外，另一項規範方法，則是在下游對智財權權利人科以相關的法律義務，以儘可能降低智財權被濫用為市場掠奪工具的可能性。其中，又以性質上和「關鍵設施理論」最相近的強制授權或開放使用原則最為常見。

例如，在「與智慧財產權相關之貿易協定」(Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights; TRIPs)第 31(1)條中即明定，若「第二專利」(the second patent)的研發成功，勢必會侵害「第一專利」(the first patent)時，簽約國得制定法律，強制第一專利權利人有授權的義務。此一針對「依賴專利」(dependent patents)所為之強制授權要求，當有助於緩合類似基因片段專利權拒絕授權等擴張專利保護範圍之競爭法上問題。同樣的規範精神，反應在著作權法中的「合理使用」(fair use)原則。在上述 *Borland* 一案中，Boudin 法官即建議，可以考慮把 *Borland* 使用 Lotus 1-2-3 「選單指令」視為是一項合理的使用，因為使用的目的，並未侵害「選單指令」對 Lotus 所生之利益，而是在創造一項更具吸引力的軟體，提供考慮改用 Quattro 消

費者一項回收先前投入學習使用 Lotus 1-2-3 成本的機會。¹⁴¹ 另外，RTE 一案美國政府原告所提出的建議制裁手段中，也包括了商標權的強制授權。也即，被告 RTE 生產商，需將其商標與相關的生產方法免費授權給其他願意遵守被告產品品質要求的競爭廠商，期間最多不超過 20 年。¹⁴² 依學者的看法，¹⁴³ 此一授權要求，將可使品質與被告相當之競爭對手產品，得以在被告的商標下進行促銷，避免因品牌擴散而不當增加對手的競爭成本。其次，商標的強制授權，也可確保被告的任何 RTE 品牌，至少有二家以上的廠商在銷售，進而強化市場中各類品牌的價格競爭。

惟不論是強制授權或合理使用原則，在實際運用過程中，皆可能出現難以克服，而讓執法成本大幅增加的問題；本文以上對於反托拉斯法中「關鍵設施理論」的討論與批評，足供參

¹⁴¹ 於提出此一建議時，Boudin 法官也了解，由於 *Borland* 的行為屬於“商業使用”(commercial use)，依聯邦最高法院當時之見解，可能會被推定為無法適用「合理使用」原則；但其認為，該原則既是由司法機關所創造，沒有理由不可基於新的目的考量而有所調整。 *Id.*

¹⁴² Schmalensee, *supra* note 240, at 321.

¹⁴³ *Id.*, at 322.

考。而誠如文中對運用「關鍵設施理論」可行性的初步結論，與強制授權或合理使用相關的決定授權內容或授權費率的成本，也可能會高到讓原本所欲實現的效果無法出現，¹⁴⁴ 故於發動各該規定時，仍應持較為保留的態度。但如果真有使用必要，本文認為「強制授權」規定就調和法現實面與立法目的衝突的功能來看，仍優於反托拉斯法的「關鍵設施理論」。理由有二：

其一、如前所述，回復市場競爭秩序為反托拉斯法的主要立法目的；至於像創新與消費者的利益，終究也可以在充分的市場競爭過程中獲得實現。也因此，當反托拉斯法主管機關或法院試圖以強制開放使用的方式，來解決市場力量濫用的問題時，很難不與反托拉斯法理應是“競爭者盲目”(competitors-blind)的核心立法精神產生齟齬。反觀，智財權法所關切的

核心問題，環繞在權利的保護或不保護，對創新的淨效果為何；至於被要求授權者，是否具有市場力量，往往不是強制授權的前題要件。此一不同於反托拉斯法的特色，讓國家得以在實現與競爭秩序無直接關聯的政策目標(如避免國家緊急狀況或與提昇公益)下，適用強制授權規定，而不致引發與立法目的衝突的爭議。以 TRIPs 關於強制授權的第 31 條規定為例，該條對簽約國制定強制授權法律的主要條件限制中，除對半導體技術的強制授權外(該條第©項)，並不涵蓋市場力量與反競爭行為的問題(該條文第(a)至第(j)項)。事實上，條文中與市場競爭有關的規定，並非在限制國家制定該類法律的權力，反而是在豁免簽約國得不受各該限制條件的約束。例如，依該條第(k)項的規定，若強制授權的目的，在矯正一項經司法或行政機關認定為反競爭的行為時，得不受第(b)項(需先行與權利人協商而未能於合理的期間內取得授權)與(f)項(授權的主要目的，在供應強制授權國的國內市場)等限制規定。類似規定也見於我國專利法第七十八條關於特許實施的規

¹⁴⁴ 舉例言之，假設把微軟的 Windows 軟體視為是強制授權的對象，據微軟以外的其他業者估計，該軟體所涉及之原始碼，約包括了 2000 到 3000 萬條程式。單是了解如此複雜的程式內容，以決定授權的具體範圍，可能即是一項費時的工作。Mark Furse, *United States v. Microsoft: High-tech Antitrust*, 13 INT. REV. LAW COMPUTERS & TECHNOLOGY 237, 247 (1999).

定。

其二、誠如本文對於「關鍵設施理論」之分析，反托拉斯法院對於強制開放使用後，市場是否會因此而出現品質更好的創新產品或服務，並不列入該原則的適用要件中。相對的，智財權的強制授權規定，往往以強制授權或開放使用的結果，需較原發明具相當經濟意義之重要技術改良者為前提(TRIPs 第 31 條第(1)項；我國專利法第八十條第四項)。從避免出現資源配置無效率的角度來看，智財法實優於托拉斯法。

(二)、虛偽創新與市場掠奪—「空氣軟體」(vaporware)之掠奪效果

1、理論基礎與實證研究

創新另一項受到學者討論的掠奪效果，則是以產品預告(product pre-announcement)的方式，降低消費者購買對手產品的意願；在預告廠商實際上並無推出新產品計劃的情形下，虛偽創新行為卻有讓競爭對手無法取得充分需求，以進行有效率競爭的反競爭效果。廠商預告其產品問世時間與功能的行為，原則上只要所提供的資訊正確，對於市場競爭應有激勵的

作用，例如，可以增加消費者對新產品的接受度，讓經銷商得就其存貨預作規劃，也可讓和預告產品相關之週邊與競爭產品廠商，得即早儘行研發與調整行銷策略等，對消費者福利而言，應有一定正面的效果。¹⁴⁵ 但學者 Farrel & Saloner 認為，¹⁴⁶ 於具有網路效果的產品市場中，產品預告，可能讓消費者選擇等待新產品，期待未來新產品成功後，得以享受網路效果的利益；競爭對手將因此而無法取得足夠的需求以實現網路效果。固然，消費者是產品品質與廠商信譽的最終評斷者，法律實無介入干預產品問世時間的必要；¹⁴⁷ 但當市場出現網路效果時，更新且不相容產品的問世時間，對新產品能否取代舊有技術有關鍵性

¹⁴⁵ Robert Prentice, *Vaporware: Imaginary High-Tech Products and Real Antitrust Liability in a Post-Chicago World*, 57 OHIO ST. L. J. 1163, 1173-75 (1996); David Dranove & Neil Gandal, *The DVD vs. DIVX Standard War: Empirical Evidence of Vaporware* 20 (Working paper, November 9, 2000)(認為廠商預告 DIVX 技術上市時間，對 DVD 廠商產生了競爭上的壓力，進而加速了 DVD 出租市場的出現。) 下載自

<http://repositories.cdlib.org/iber/cpc/CPC01-016/>

¹⁴⁶ J. Farrel & G. Saloner, *Installed Base and Compatibility: Innovation, Product Preannouncements and Predation*, 76 AM. ECON. REV. 940, 942-43 (1986).

¹⁴⁷ F. FISHER, J. MCGOWAN, & J. GREENWOOD, *FOLDED, SPINDLED, AND MUTILATED: ECONOMIC ANALYSIS OF U.S. v. IBM* 289 (1983).

的影響，因為利用產品預告，大廠商往往可以決定具網路效果市場中規格(standards)競爭的最終結果。¹⁴⁸

再者，有學者認為，空氣軟體的出現，迫使競爭對手需投入相當的成本，向現在的使用者擔保其產品在未來對預告新產品仍具有使用上的優勢。¹⁴⁹ 雖然散佈空氣軟體的廠商有商譽受損與消費者集體抵制的風險；但這些制衡力量的實效如何，仍取決於其他相關的變數。如果因散佈空氣軟體的商譽損失，遠低於廠商因建構參進障礙後所可獲得的額外利益時，廠商仍會採行散佈空氣軟體的行為，特別是以空氣軟體作為掠奪手段，要較掠奪訂價要來得可行，因為前者並沒有必須在後掠奪期間回收的高額掠奪損失。¹⁵⁰ 而消費者的抵制能否奏效，也與集合消費者成本的高低有關。當消費者人數眾多，且分散各處時，聯合抵制的成本可能高過於個別的抵制利益。再加上若產品不具需重覆購買

(repeated purchases)的特質，消費者聯合抵制的誘因也會因此而降低。

對於空氣軟體掠奪效果的有無，美國近年來已出現相關產業的實證研究。例如，針對美國 DVD 與 DVIX(Digital Video Express)規格競爭的實證研究中，Dranove & Gandal 發現，即使 DVIX 技術產品最後無疾而終，¹⁵¹ 但在 DVIX 廠商於 1997 年 9 月預告該產品上市時間後，的確延緩了市場採行 DVD 技術的速度。¹⁵² 雖然此項研究所涉及的是潛在競爭技術(DVIX)挑戰既有技術規格(DVD)，故應不致於出現競爭法上的問題；但 Dranove & Gandal 也認為，如果是既有技術規格廠商所散佈的空氣軟體，在延緩替代規格被市場採行的效果上，應更為明顯，主管機關介入管制的必要性也將增加。¹⁵³ 另外，在電腦軟體業中，Bayus, Jain, & Rao (BJR)發現，由於軟體研發過程的不確定性，產品預定上市與實際上市日期往往有時間上的落差。例如在 1985-1995 年間，美

¹⁴⁸ Farrel & Saloner, *supra* note 271, at 942; M. Lemley & David McGowan, *Legal Implications of Network Economic Effects*, 86 CAL. L. REV. 481, 505 (1998).

¹⁴⁹ Prentice, *supra* note 270, 1201-02.

¹⁵⁰ *Id.*, at 1205-06.

¹⁵¹ 有關 DVIX 於美國市場的興衰，請參閱 Dranove & Gandal, *supra* note 270, at 10-12.

¹⁵² *Id.*, at 19.

¹⁵³ *Id.*, at 20.

國 123 種事先預告上市日期的軟體中，約有 50%以上皆是在預告後的 3 個月內始上市，故此似乎為產業的常態，不足為奇。¹⁵⁴ 理論上，若廠商是基於善意而預告產品上市日期，則愈早宣告，其發生錯誤而延誤預定上市日期的可能也愈高；但在相關的數據分析中，BJR 並無法建立此一正向關係。在排除其他相關的影響變數(如廠商規模大小、公營或私營、以及產品預告的年份)後，BJR 認為，此一結論可以被解讀為，部分的產品預告行為，是廠商基於市場競爭策略之需所散佈出來的空氣軟體。¹⁵⁵ 至於是否具有掠奪效果？BJR 的分析模型間接呼應本文前所介紹之以低價作為暗示成本結構理論，認為由於散佈不實空氣軟體需承擔商譽受損的風險，因此具有暗示對手散佈者乃市場中研發成本較低的廠商的嚇阻效果。¹⁵⁶

2、美國法院與競爭主管機關之態度

相較於上述學理與實證分析，美國競爭主管機關與反托拉斯法院，對於空氣軟體的市場掠奪效果，則傾向於將其推定為合法，除非有證據足以證明廠商明知該產品預告為不實，且對市場競爭將產生實質衝擊者。例如在 *ILC Peripherals Leasing Co. v. IBM Corp.* 一案中，¹⁵⁷ 原告主張 IBM 於 1973 年預告即將上市的網路控制程式 (network control program; NCP)，並未如期在該年度 3 月，而是延至該年 10 月才上市，該行為應屬違反修曼法第二條之掠奪行為。¹⁵⁸ 但法院認為，對較複雜的新產品而言，產品較預定日期晚上市，並非那麼的不尋常；只要 IBM 非屬“明知為不實”(knowingly false)而為宣告者，即使 IBM 已預見該程式的使用者可能不多，仍屬合法的因應競爭行為。¹⁵⁹ 而在 1995 年的美國 DOJ 與微軟的協議裁決 (consent decree) 中，針對審查法院所提出何以

¹⁵⁴ Barry L. Bayus, Sanjay Jain, & Ambar G. Rao, *Truth or Consequences: An Analysis of Vaporware and New Product Announcements*, 37 J. MARKETING RES. 3, 5 (2001).

¹⁵⁵ *Id.*, at 7.

¹⁵⁶ *Id.*, at 11.

¹⁵⁷ 458 F. Supp. 423 (N. D. Cal. 1978).

¹⁵⁸ *Id.*, at 436.

¹⁵⁹ *Id.*, at 442.

協議中並未提及微軟散佈空氣軟體之質疑，DOJ 重申美國法的一貫立場，認為依當時的證據，實無法證明微軟有明知不實而散佈的情事；貿然禁止之，將可能剝奪了產品預告所帶給消費者資訊最大化的好處。¹⁶⁰

至於市場競爭衝擊部分，美國聯邦各級法院已在許多關於不實廣告的案件中，表達了單純的散佈誤導資訊的行為，並不當然就違反反托拉斯法，尚需該行為對市場競爭具有實質的負面效果始該當之。例如，在 *Berkey Photo* 一案中，¹⁶¹ 對於 Kodak 公司在廣告中對新相機產品的描述與實物有所出入之指控，法院表示，修曼法並非解決所有可能會影響商業生活罪惡的萬靈丹；在允許原告以對消費者散佈誤導資訊為由，而得請求 3 倍損害賠償時，原告有義務就不實資訊對市場競爭的影響是微不足道(*de minimis*)的推定，舉證加以推翻。¹⁶²

A. 3、小結

綜上所述，即使相關的產業實證研究顯示，產品預告行為在客觀上的確有可能延緩了競爭產品加入競爭的時間，但美國司法機關仍對所謂空氣軟體的違法性持頗為保留的態度，除以行為對市場影響程度的高低作為主要分析標準外，主觀上是否有明知不實而散佈的意圖也是行為構成違法的要件。本文認為，此一分析架構，應與前述美國法目前對於價格掠奪行為之規範方式相當。法院之所以強調行為對市場的影響程度高低，不外乎在決定掠奪成功之危險可能性為何；當空氣軟體市場存有足夠的競爭者來加以制衡時，明知不實而散佈空氣軟體的行為，應不會有競爭法上的問題。也即，當市場上對預告產品真實性存疑的消費者人數，大到足以讓競爭對手提供正確訊息有利可圖時，空氣軟體的負面效應是可以因此而被抵銷的。再者，本文認為，「商譽」的損害，仍是意圖散佈空氣軟體建立參進障礙廠商所需面對的最大成本。固然，有學者認為，當散佈空氣軟體所得之利

¹⁶⁰ MEMORANDUM OF THE UNITED STATES OF AMERICA IN RESPONSE TO THE COURT'S INQUIRIES CONCERNING "VAPORWARE", 下載自 <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f0000/0050.htm>

¹⁶¹ *Berkey Photo v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263 (1979); *cert denied* 444 U.S. 1039 (1980).

¹⁶² *Id.*, at 288. n. 41.

益大於商譽受損之成本時，散佈空氣軟體的行為仍可能出現；但本文認為除非廠商準備退出市場，而可以全然不顧空氣軟體對商譽所產生的品牌外溢效果，¹⁶³ 否則，此一可能性並不高。特別是在新經濟制度下，廠商的高固定成本投入中，有相當大比例的沉沒成本，若打算以散佈空氣軟體的方式來回收退出市場的損失，則空氣軟體除了需套牢既有的使用者外，也必須能吸引相當數量基於使用預告產品的期待下，而願意於未來改用新產品的新使用者，始有可能實現。同樣的，這與市場現實可能有相當的出入。

另外，法律之所以將明知不實列為要件，其實益仍可在本文上述之避免執法錯誤成本的架構下加以分析。假使對已出現於市場的降價行為，仍需以主觀意圖要件作為避免出現誤合法價格競爭為價格掠奪的情形時，可以想見的是，法院或主管機關對於能否問世尚屬未定的預告產品，需在預告之初即判斷當產品未能如期出現時，市場競爭將受到何種程度的負

面影響，其誤判而產生「第一類型錯誤」的機會與成本也將高於掠奪性訂價的情形；連帶所及，透過舉證責任轉換或證明主觀要件存在的要求，以達到誘使原告進一步搜尋證據以降低錯誤成本的必要性，也有過之而無不及。誠如美國聯邦第二巡迴上訴法院在 *National Association of Pharmaceutical Manufacturers v. Ayerst Labs.* 一案中所言，¹⁶⁴ 對於被指控為不實的產品說明，反托拉斯法之所以先推定其為善意與對市場影響輕微，乃出於即便“欺騙”(deception) 不具有任何的正面價值，但針對欺騙所提起的反托拉斯法訴訟，隱含不容法院忽略的執法成本；因為在多數可觀察的案件中，會被指稱為不實的言論可能相當普遍，但其對對手機會的影響通常相當小，故法院將不實的描述推定為微不足道，應屬明智之舉。

(三)、創新結果與市場掠奪---規格化與相容性問題。

產品或服務規格化(standardization)

¹⁶³ 也即廠商對 A 產品為不實產品預告，所導致消費者降低對該廠商 B, C, D 產品的需求。

¹⁶⁴ 850 F.2d 904, 916 (2nd Cir. 1988).

現象，於新經濟市場中相當常見，¹⁶⁵ 也具有不可忽略的促進競爭效果。例如，單一規格的出現，可加速網路效果與需求面規模經濟的實現，而產品製程的統一，也讓供應商的生產成本降低，帶動供給面規模經濟的發生。再者，產品或服務的規格化，連帶的也提高了市場中互補產品彼此間的相容性(compatibility)，提高產品競爭的強度，使市場價格下降。¹⁶⁶ 最後，規格化使交易當事人間的協商溝通更趨簡易與明確，可讓供應商與最終消費者或互補產品廠商間的交易成本大幅降低。即使如此，具市場地位之廠商，是否可能利用創新以統一市場產品規格，進而濫用由產品相容性所產生的競爭優勢，以提高競爭對手或互補產

¹⁶⁵ 某些規格的出現，是透過市場運作，特別是網路效應的作用而形成，例如微軟的 Windows 軟體成為電腦作業系統軟體的規格。某些規格則是由政府制定的，例如各類型的通訊協定，網路 protocol 約定，以及 1990 年代，美國政府制定了高傳真電視的規格等皆屬之。再者，規格也可能是私人規格制定組織所制定，如各類職業公會，針對產品或服務提供的品質與原料規格限制等。HOVENKAMP, LEMLEY & JANIS, 2 IP AND ANTITRUST 35-6 (2002). 就反托拉斯法而言，後二類型的規格制定程序與聯合行為較有關聯；本文所探討者主要為第一類型的規格化問題。

¹⁶⁶ Farrel & Saloner, *Standardization, Compatibility, and Innovation*, 16 RAND J. ECON. 70, 70-71 (1985).

品廠商的競爭成本？仍持續受到反托拉斯學者的關注。歸納文獻的相關討論，規格化在學理上的潛在掠奪效果，可由其對市場的水平與垂直效果來加以說明。

水平的掠奪效果，乃指單一規格對有意與規格制定者進行規格競爭者所產生的排除效果。當市場中關於不同規格間的優劣資訊完全充分，而使用者可隨時改用其他規格時，即使不同規格間的競爭係以接續性的方式出現，暫時性的產品規格化並不會出現對競爭不利的結果。¹⁶⁷ 但若規格的使用者，在面對接續式規格競爭的市場環境，無法預知未來有無更好的規格出現，或市場其他的使用者是否也會改採該新規格時，現期為多數使用者所採用之規格，即可能長期成為市場中之支配規格，讓品質更佳的競爭規格無法出現。¹⁶⁸ 若再將使用者因網路效果而傾向於繼續使用既有規格，而不願改採新規格的誘因列入考量，則市場出現 Farrel & Saloner 所稱之規格替代速度“過度遲緩”(excessive inertia)

¹⁶⁷ See *id.*, at 72-74.

¹⁶⁸ See *id.*, at 75-79.

的可能性也愈高。¹⁶⁹

就實務而言，對於特定產品或服務規格單純因使用者選擇的結果，而出現了水平掠奪效果的現象，不論選擇是不是在資訊不充分的情形下所為，美國反托拉斯法院仍傾向於尊重市場機制運作的結果。其中，上述 *Berkey Photo* 一案判決中，針對被告 Kodak 公司推出新產品規格的作法，是否將降低競爭對手創新誘因，而使消費者需受制於品質較差產品的問題，法院有一段頗值深思的判決理由：

「很顯然的，沒有一個
人可以在任何合理的確
信下，決定某一產品是
否“優於”(superior)另一
項產品。喜好純粹是個
人品味的表現。唯一可
以被回答的問題是，對
於特定產品是否有充分
的需求以讓其值得被生
產；而只要消費者自由
選擇的機會被保留，其
結果也只能從市場的反

應去推知。」¹⁷⁰

當然，法院也了解此一看法乃建立在消費者仍有選擇的機會上，當市場出現資訊不對等、網路效果、或獨占等足以讓消費者選擇受限之現象時，此一結論是否仍成立？對此，法院仍持肯定的看法，認為即使市場因獨占而使供給面的競爭力量無法有效發揮，獨占廠商也需對消費者的需求有所反應，如果仍持續地供應不受消費者青睞的產品，其結果是銷售量的降低與競爭的增加。因此，“如果一項獨占產品在市場中被接受，只要其之所以成功，與任何形式的脅迫(coercion)無涉，事後法官或陪審團是否認定該產品為較差的產品並不重要。”¹⁷¹

至於規格化垂直掠奪效果，美國法下主要的訴訟類型多屬規格制定者，事後修改規格內容，使相關的週邊產品產生不相容的現象，而無法或是需承擔額外的成本，始有可能繼續於市場銷售相關產品。相關反托拉斯法案件之原告，往往係基於規格制定者擬以修改與操縱規格相容性的手

¹⁶⁹ See generally Farrel & Saloner, *supra* note 271.

¹⁷⁰ 603 F.2d 287.

¹⁷¹ *Id.*

段，來達到排除週邊產品市場中既有廠商的競爭或實現其垂直整合目的為由而提起訴訟。例如，IBM 公司在 1980 年代，對其電腦產品進行一系列產品整合的規格修改，即引起週邊電腦配件生產商的反彈。雖然相關判決皆強調，以規格修改是否具有明顯提昇產品功能為判斷的標準；但或許是受限於科技的專業知識，被美國法院依此而認定為具有市場掠奪效果的規格修改案件尚未出現。

第一類型案件，乃規格改變具有明顯改良或提昇產品功能者。對此，法院基於反托拉斯法不應成為市場創新行為絆腳石的考量，傾向於將其視為是當然合法。在 *California Computer Products v. IBM* 一案中，¹⁷² IBM 因為將原本需外接的磁碟機，改為內接，並以較低價格出售整合後的 IBM 電腦，而被生產與 IBM 電腦相容的外接磁碟機與相關配備廠商 CalCom 指為產品修改純屬“技術操縱”(technological manipulation)，並未明顯提昇產品的使用功能，但卻有協

助 IBM 同時成為電腦磁碟機與相關配備市場獨占者的效果。¹⁷³ 但美國聯邦第九上訴巡迴法院對 IBM 的修改規格的行為，則持肯定的看法。法院認為，此一作法除了可以大幅減少使用外接磁碟所需的其他配備與所占的電腦空間外，新的產品規格也讓廠商可以以更低的成本生產執行同樣功能的電腦產品；從買方的角度來看，這絕對是一項功能更好的產品，而只要消費者得以受利，IBM 並無協助 CalCom 或其他電腦配件生產商得以在市場中存續或擴張業務的反托拉斯義務。¹⁷⁴

第二類型的案件，則是規格的改變是否具有明顯提昇產品功能的效果，當事人存有歧見者。在最近的 *CR Bard Inc. v. M3 System Inc.*¹⁷⁵ 一案中，原告 Bard 公司對被告提起專利侵權訴訟，主張 M3 System 侵害了 Bard 所製造的檢體採集槍 (biopsy gun) 專利；M3 System 則以 Bard 行使專利的行為已違反反托拉斯法為由，而提起反訴。M3 System 特別指出，Bard 陸續推出新型採集槍的目的，在於使採集

¹⁷² 613 F.2d 727 (9th Cir. 1979).

¹⁷³ *Id.*, at 744.

¹⁷⁴ *Id.*

¹⁷⁵ 157 F.3d 1340 (Fed.Cir., 1998).

槍無法與 M3 System 所生產的採集槍替換針頭相容，而得以將其在採集槍市場所享有的市場力量，擴張至替換針頭市場。¹⁷⁶ 雖然 Bard 主張新型採集槍，具有 M3 System 針頭所無法執行的檢體採集功能，但地院陪審團仍判決 Bard 的行為違反了反托拉斯法。陪審團的主要依據來自於地院法官的法律原則說明，要求陪審團必須在有足夠證據證明 Bard 有獨占市場的意圖、產品規格修改行為對市場競爭具有限制或排除效果、以及行為具有成功的危險可能性時，始能認定其違反修曼法第二條關於意圖獨占的規定。地院附帶指出，原則上，規格的修改若能創造品質更好的產品，則不會構成具限制或排除效果的行為；但於修改效果不明確或有爭議時，若有直接證據證明 Bard 有獨占市場的特定意圖時，即可認定該行為具有限制或排除競爭的效果。¹⁷⁷ 但此一看法不為上訴法院所採。上訴法院再次強調 Bard 並無不得修改其產品規格以利 M3 System 參與競爭的義務。由於不論是

採集槍本身或替換針頭，皆是 Bard 合法享有專利保護的產品，因此，若 M3 System 因 Bard 的產品修改行為而導致替換針頭的銷售量減少，原因在於受法律保護的專利權本身，而與後續合法行使智財權的規格修改行為無關；如果將此一規格修改行為也視為違法，則法院將創造出一項與競爭原則相背的新穎且有害的反托拉斯法理論。¹⁷⁸

四、反托拉斯法對新經濟制度下非價格行為之規範(三): 具掠奪效果之「懲罰約款」

學者 Aghion & Bolton 指出，¹⁷⁹ 「懲罰約款」使買方一旦進入了該長期契約關係後，退出而改與其契約相對人競爭對手交易的成本，遠大於其轉換交易對象所可取得的額外利益，而被迫需繼續維持該契約關係。對於更具生產效率的潛在競爭者而言，將產生交易對象減少而被阻隔於市場競爭外的效果。當然，如果較具效率的潛在競爭廠商仍可以以幫買方吸收「懲罰約款」損失的方式，來獲取其

¹⁷⁶ *Id.*, at 1369.

¹⁷⁷ *Id.*, at 1370.

¹⁷⁸ *Id.*

¹⁷⁹ Aghion & Bolton, *supra* note 162, at 389.

青睞；但此作法等同於將潛在競爭廠商未來因較具效率競爭所可產生之經濟租(economic rent)的部分或全部，預先移轉至較不具生產效率的競爭對手手中，而產生了資源配置的無效率。另外，由於潛在競爭者需承擔此一額外的競爭成本，獨占廠商也可因此而壓低收購競爭者的價格，而實現阻礙競爭的目的。

此一理論於智財權領域的適用情形，可以 1950 年及 1969 年美國 *Hazeltine* 公司所面臨的二件反托拉斯法訴訟事實為例說明之。¹⁸⁰ 被告 *Hazeltine* 的專利授權契約中，要求被授權人需簽訂 10 年的長期授權契約，始能取得其 200 項關於收音機專利的授權。在授權費率部分，該專利授權契約中也明定，被授權人除需支付固定的年費外，不論被授權專利技術有無使用於收音機的生產製造上，尚需以收音機的銷售量，依一定的比例支付權利金。¹⁸¹ 此項契約安排實質上等同於是對被授權人的「懲罰約款」，

因為當被授權人使用 *Hazeltine* 競爭對手的技術而增加其收音機的銷售量時，其必須支付給 *Hazeltine* 的權利金也會隨之增加，連帶的讓被授權人使用其他與 *Hazeltine* 具競爭關係對手技術的誘因降低。¹⁸² 類似的問題，也出現在微軟案中。在微軟與個人電腦 OEM 廠商的長期授權合約中，微軟要求以實際銷售的個人電腦數量，而非以實際使用其 Windows 軟體的電腦數量，支付權利金；另外並規定了廠商的最低銷售量，若被授權廠商未能達到該銷售量要求，不足部分將作為微軟要求廠商延長授權契約期限的依據。

¹⁸³

對於能否以反托拉斯法解決「懲罰約款」爭議，各國實務上有不同的看法。美國反托拉斯法法院傾向於尊重契約法下的契約自由原則，「懲罰約款」只要是契約法所允許者，在反托拉斯法下也應屬合法；而歐盟則是對「懲罰約款」的反競爭效果持較為

¹⁸⁰ *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research Inc.*, 395 U.S. 100 (1969); *Automatic Radio Mfg. Co. v. Hazeltine Research, Inc.*, 339 U.S. 827 (1950).

¹⁸¹ 339 U.S. 829.

¹⁸² *Brodley & Ching-to Albert Ma, Contract Penalties, Monopolizing Strategies, and Antitrust Policy*, 45 STAN. L. REV. 1161, 1184.

¹⁸³ *U.S. v. Microsoft*, 56 F.3d 1448 (D.C. Cir. 1995).

肯定的態度。¹⁸⁴ 相同的是，二國競爭主管機關均未如 Aghion & Bolton 般對「懲罰約款」進行有系統的市場效果分析，而是相當零散地以各類不同的法律原則作為判決的理由，¹⁸⁵ 或是僅就可能的反競爭效果一筆帶過，而未提供具體可資遵循的審查判斷標準。

以美國法為例，上述 *United Shoe* 一案，被告之行為之所以為法院認定為違法，並非針對該契約約款的反競爭效果，而是將其視為是其他排除競爭行為如差別取價、搭售、及收購等的一部分，而概括的以整體反競爭效果大於可能的促進競爭效果為判決的主要理由。¹⁸⁶ 而在對 Hazeltine 的第一次訴訟中，美國聯邦最高法院雖認定 Hazeltine 的專利授權約款，是合法行

使專利權的行為；¹⁸⁷ 但在第二次的訴訟中，則認為 Hazeltine 的行為構成專利濫用(patent misuse)，因為被授權人需對未使用授權人專利的最終產品支付權利金。另外法院也發現，被授權人係受脅迫，才接受了此一不合理的授權契約。¹⁸⁸ 至於該授權約款對市場競爭，特別是對有意進行創新競爭者的排除效果為何？除 Harlan 大法官的反對意見外，判決中並無任何著墨。Harlan 認為，Hazeltine 授權約款的可罰性不在於其對被授權人的個別傷害，而在於該約款對社會所導致之無效率的經濟資源配置。¹⁸⁹ 引用學者 Baxter 的見解，¹⁹⁰ Harlan 將所謂的配置無效率，具體區分為以下二類。其一，被授權人將因此而缺少使用較便宜的替代原料，以生產非專利最終產品的誘因，而使市場的產品價格提高，產出減少；其二，專利權人將可因此而獲取更多與專利保護無關的超額利潤，使市場更加偏離完全競爭的狀

¹⁸⁴ 對於懲罰性的違約賠償(liquidated damages)，美國契約法原則上採禁止的態度，但實務上，因為原告舉證責任的困難、學者主張修改契約法禁止原則以及不易認定約款是否具有“懲罰性”等因素，而使得美國法院在許多案例中接受了具懲罰效果的賠償約款。Brodley & Ma, *supra* note 307, at 1179. 至於大陸法系則原則上採取允許當事人得自由約定懲罰性違約金，除非所約定的金額有不合理的現象。我國民法第 250 條與 252 條即屬此類型的立法。See also Brodley & Ma, *id.*, at 1181-82.

¹⁸⁵ 相關判決理由的歸納整理，請參閱 Brodley & Ma, *id.*, at 1182.

¹⁸⁶ Brodley & Ma, *id.*, at 1177.

¹⁸⁷ 339 U.S. 833.

¹⁸⁸ 395 U.S. 135-36, 139-40.

¹⁸⁹ 395 U.S. 144.

¹⁹⁰ William Baxter, *Legal Restrictions on Exploitation of the Patent Monopoly: An Economic Analysis*, 76 YALE L. J. 267 (1966).

態。¹⁹¹ 至於在微軟案，DOJ 最後是以協議裁決的方式，要求微軟必須放棄以銷售電腦數量或其他具同等效果的手段計算授權費率，而與微軟達成行政和解。¹⁹² 在協議的「競爭影響說明」(Competitive Impact Statement)部分，DOJ 認為微軟的費率約定，對 OEM 廠商而言，形同額外支付與微軟的使用稅，並將降低 OEM 使用其他作業系統的意願，而使競爭的作業系統軟體研發商，因無法取得足夠的要求授權客戶，而增加與微軟競爭的成本。另外，最低銷售量要求與長期授權契約的使用，也擴大了授權約款的市場排除效果，延緩了能與微軟以外作業系統相容的應用軟體出現的時機。¹⁹³

在歐盟法下，討論「懲罰約款」與競爭法關係之較具代表性案例，當屬 *Elopak Italia v. Tetra Pak* 一案。¹⁹⁴ Tetra Pak 是歐洲具支配地位的包裝機器與紙箱製造商。如同 United Shoe，Tetra Pak 在歐盟的許多國家中針對其包裝機器採取只租不賣的方式，租賃

期間往往長達 9 年，且承租人若擬違約改用其他廠商的機器，需支付相當高的違約金，包括承租人於簽約之初所預付的所有租金，以及由 Tetra Pak 選擇最高可達總租金金額 10%，或一年租金的懲罰性賠償。¹⁹⁵ 由於市場中對機器的需求成長緩慢，且 Tetra Pak 不斷的收購潛在競爭對手，使市場出現相當高的參進障礙，足以取代 Tetra Pak 的包裝技術與機器也因此而無法出現於市場中。¹⁹⁶ 於調查相關事證後，歐盟執委會(European Commission)決議 Tetra Pak 的租約安排，已構成歐洲經濟共同體條約第 86 條(歐盟條約第 82 條)的“濫用支配地位”(abuse of dominant position)行為。理由為 Tetra Pak 的「懲罰約款」，具有以人為消滅潛在競爭的手段，不當限制消費者需維持與 Tetra Pak 租賃關係的效果；而不斷收購對手的目的，純是出於排除競爭技術的考量。¹⁹⁷ 至於執委會是透過何種具體判斷要件而得出此一結論，決議中並未詳論。

從美國或歐盟法中，似乎無法得

¹⁹¹ 395 U.S. 145.

¹⁹² 56 F.3d 1452.

¹⁹³ 59 Fed. Reg. 42845, 42848-49.

¹⁹⁴ 4 C.M.L.R. Antitrust Rep. 551 (E.C. Comm'n 1991).

¹⁹⁵ *Id.*, at 567, 603-05.

¹⁹⁶ *Id.*, at 616-17.

¹⁹⁷ *Id.*, at 617, 618.

出較為具體的審理準則；但本文認為，前述關於掠奪性訂價的相關原則說明，應可作為思索建立規範架構的起點。換言之，「懲罰約款」是否具有反競爭效果，應從以下幾個角度加以衡量。

首先、如同絕大多數的反托拉斯法違法要件，要求「懲罰約款」的廠商必須具有一定的市場力量。對買方而言，若其可預見「懲罰約款」具有在將來對買方不利的排除競爭效果，而仍有其他不要求「懲罰約款」的廠商時，市場中出現懲該類契約條件的可能性將降低。

其次，由本文以上對掠奪性訂價的討論可知，判斷要件中最關鍵者，實施「懲罰約款」廠商利用其來達到市場掠奪目的之可行性有多高的問題。也即在「補償檢試」法則下，該行為“成功的危險可能性”為何。從本文以上關於芝加哥學派對掠奪性訂價的看法說明，¹⁹⁸ 最基本的問題是：當契約相對人，在預見「懲罰約款」具有鞏固或擴張掠奪廠商市場占有率時，

何以仍願意支持掠奪者成為未來的獨占者？第一種可能即是契約當事人間對於懲罰約款的可能掠奪效果，出現了資訊不對等的現象；但誠如以上所述，這是可以透過競爭對手提供關於掠奪者意圖獨占的相關制衡資訊來加以解決的。¹⁹⁹ 另一項解釋則是，掠奪者以較對手更具吸引力的交易條件，讓相對人願意接受「懲罰約款」。例如，Posner 在評論 *United Shoe* 一案時指出，如同掠奪性訂價行為，掠奪廠商於運用「懲罰約款」以降低對手競爭的同時，需以低於對手之價格，以補償消費者因未來無法轉換至其他產品或服務所生的成本，方有可能於締約之初說服相對人接受該契約。²⁰⁰ 若市場的競爭或潛在競爭相當激烈，而使價格接近成本價時，「懲罰約款」與掠奪性訂價相同，是一種會讓掠奪廠商需不斷蒙受損失而少見的不理性商業競爭策略。但此一看法，在「懲罰約款」出現於新經濟市場中之專利或著作權授權契約時，是否有加以修正之必要？本文在此提出幾項初步的

¹⁹⁸ 見本文第貳節第(一)小節的分析。

¹⁹⁹ 同上註。

²⁰⁰ POSNER, *supra* note 35, at 231.

看法。

其一，快速創新固然讓廠商需隨時面對新競爭廠商的競爭壓力，包括提供掠奪廠商競爭策略的制衡資訊，以降低消費者因資訊不對等所生之交易劣勢；但也正因為創新快速使消費者對未來新產品出現時機有更高度的不確定性，市場出現 *Kodak* 案所關切之即使有制衡資訊出現，但多數消費者仍會接受既有的產品，而不願再負擔額外的成本去掌握與了解新競爭產品資訊的消費傾向也將更加明顯。尤其當產品網路效果顯著時，需求面規模經濟的考量，反而有可能使“隨波逐流”地使用他人已普遍使用之產品，而選擇當一個“理性的無知者”(rational ignorant)，是成本最低與最理性的消費選擇。²⁰¹

其二，即使市場資訊充分，於考慮是否接受掠奪者「懲罰約款」時，契約相對人仍可能在搭便車的考量下，接受對自己未來不利的契約安排。以智財權授權行為為例，被授權人可

²⁰¹ 此僅在說明，新經濟制度中制衡資訊的提供對解決資訊不對等問題的功能限制，並不表示本文支持以此一現象推論出廠商有市場力量的結論。請參閱本文第陸節的分析。

以利用讓市場上其他有授權需求者，和授權費率較高但無「懲罰約款」的其他授權廠商締約，而自己仍以較低之授權價格向掠奪廠商取得授權，一來享有較低的價格，二來也毋庸顧慮掠奪者的對手，會因無法取得足夠的授權需求，而被迫退出市場。²⁰² 惟如果市場中每一個被授權人皆作如是想，掠奪廠商仍有可能因此而取得獨占者的地位；特別是當被授權人人數眾多且分散各地時，由於搭便車行為不易被發現，掠奪成功的機會也愈高。雖然本文於論及掠奪訂價搭便車行為之處，曾提及當贊助價格掠奪者的消費者人數愈多，消費地域愈廣，低價利益口耳相傳的效果也愈明顯；但與智財權授權不同者，在於掠奪性訂價的受益者，多數為產品或服務的使用者，而智財權被授權人往往是以授權智財權為中間投入要素之一的最終產品生產商。簡言之，前者多為利害不相關的最終消費者；而後者是彼此處於牽一髮而動全身的競爭者；對於後者，實難期待爾等會將授權人所

²⁰² POSNER, *supra* note 35, at 231.

給予的低授權費率資訊，與他方分享。再加上競爭者間關於生產成本資訊的交換行為，有被認定為聯合行為的違法風險，此更可能降低廠商散佈低授權費率的意願。²⁰³

其三，利用「懲罰約款」之掠奪廠商，固需對契約相對人為一定的補償，但不同於價格掠奪者，在於補償的成本，不當然是由掠奪廠商直接來承擔，而可能是由生產成本較低與較具效率的潛在競爭者來支付。如前所述，表面上看來，市場參進並未受到阻礙；但此一經濟租的無效率移轉，代表的是社會整體福利的應提高而未提高，值得競爭主管機關的重視。

第三項評估「懲罰約款」違法性的要件，乃掠奪者的意圖。意圖作為市場掠奪要件的必要性，已於前述，在此不贅。值得討論者，乃該如何藉由各類客觀變數，以區分惡意的市場掠奪與正當商業考量下的「懲罰約款」。依學者 Brodley & Ma 的見解，當事人決定契約期間長短的依據為何，是主要的參考變數。例如，若當

事人在面對有新競爭者加入的同時，也要求相對人延長「懲罰約款」適用期間時，通常可作為有掠奪意圖的初步證據，但非絕對的證據。²⁰⁴ 另外，當事人若是依據潛在競爭者取得足以實現最小效率規模的消費者人數，而決定契約期間的長短時，由於具有延緩競爭者加入市場競爭的時間，也可視為是掠奪意圖存在的證據之一。²⁰⁵ 再者，「懲罰約款」或可視為是被授權人因使用授權產品過程中，所可額外取得但無法為授權人於授權之初將其列入計算授權價格的外溢資訊，而有其必要性；但當契約期間超出產品週期或預定週期時，此一正當性將隨之降低；其用以作為排除競爭與掠奪市場的可能性則相對提高。²⁰⁶

最後，即使「懲罰約款」已符合上述要件，法院或競爭主管機關仍需檢討該約款是否具有促進競爭的正面效果。學理上的討論，多集中在「懲罰約款」對保護賣方就該契約所為之相對投資，不被買方的任意違約行為

²⁰⁴ Brodley & Ma, *supra* note 307, at 1202-03.

²⁰⁵ *Id.*, at 1203.

²⁰⁶ *Id.*

²⁰³ 參考我國公平交易法第 7 條之規定。

所剝削的功能。²⁰⁷ 由於賣方的投資是針對特定買方所為，一旦買方終止契約關係，該項投資可能無法移為他用，而不具有任何或極低的殘值 (salvage value)。「懲罰約款」可彌補買方事後投機行為所造成賣方信賴利益的損失，從市場競爭的角度來看，也間接降低了契約當事人從事市場交易的風險成本，強化廠商參與市場競爭的意願。

肆、對我國公平交易法規範市場掠奪行為之啓示

一、網路效果、套牢理論、與相關市場界定問題

雖然相關市場的界定與市場力量的衡量，可能是反托拉斯法所有問題中最困難者，但其也是絕大多數競爭行為適法性判斷的前題要件。以掠奪性訂價而言，用以判斷行為是否具有成功可能性的「補償檢試」法則，必須確定掠奪者實施掠奪行為的場域範

圍，以及在該場域中有無足夠的市場占有率與排除潛在競爭的能力，始能得知掠奪者在後掠奪期間有無回收掠奪損失的機會；即使在強調動態策略性競爭的賽局理論下，在相關市場中不具一定市場支配地位的廠商，是難以進一步以掠奪價格，來建立掠奪聲譽或散佈成本資訊，以實現維持本身市場地位的目的，遑論將其擴張至其他市場。同理，在非價格掠奪行為中，當相關市場中之競爭者眾，而消費者或智財權的被授權人可輕易地於市場中取得替代產品或技術授權時，廠商也無法以拒絕交易、掠奪式創新、或「懲罰約款」等安排來掠奪市場。

各國於面對此一無法規避的艱鉅任務時，多數仍以 SSNIP (small but significant and non-transitory increase of price) 法作為主要的判斷原則。也即由假設最小的市場出發，觀察該市場中之假設獨占者試圖在一定期間內(如 1 年)提高產品或服務價格達一定比例(如 5%)時，需求與供給面的替代效果，以決定特定的產品與地理市場為

²⁰⁷ See S.E. Masten & E.A. Snyder, *The Design and Duration of Contracts: Strategic and Efficiency Considerations*, 52 LAW & CONTEMP. PROB. 63 (1989); Masten & Snyder, *United States versus United Shoe Machinery Corporation: On the Merits*, 36 J. L. & ECON. 33 (1993); William P. Rogerson, *Efficient Reliance and Damage Measures for Breach of Contract*, 15 RAND J. ECON. 39 (1984).

何。²⁰⁸ 歸納而言，替代效果強弱與市場範圍的大小，大致取決於既有競爭(如既有對手的成本、產品同質性程度、運費等)與潛在競爭(主要為邊緣廠商進入市場的參進障礙)的強度為何。我國公平法本身對於此一問題，雖無明確的規定，僅於第五條中表示：「第一項所稱之特定市場，係指事業就一定之商品或服務，從事競爭的區域或範圍。」但公平會目前尚在研議中的「結合申報案件處理原則」草案，其中第三條已明定以 SSNIP 作為市場界定的標準。依該條之規定，於界定特定產品與地理市場時，公平會將視“假設性獨占者”，是否有能力將產品價格作“微幅但顯著與持續”的提高，而無需顧慮獨占利益會因消費者改購買其的替代產品或轉換至其他地理區域另覓供給廠商，或是其他潛在供給廠商可以迅速的轉換生產線進入系爭產品市場，或是位於其他區域的供給商將轉換至假設獨占者的市場而減少。如果會產生利潤減少的效果，則此一假設市場的範圍過窄，需將相關的潛在競

爭者與競爭場域納入。至於在特定市場界定後，廠商市場力量的衡量，主要取決於廠商在該特定市場中之市場佔有率、商品或服務於特定市場變化中替代可能性、事業影響特定市場價格的能力、他事業加入特定市場有無不易克服之困難、商品或服務之輸出入情形等(公平法第五條與公平法施行細則第二條)。

本文於第參節第一(二)、第二(二)小節，以及第肆節第二(一)小節中已分別說明了新經濟制度中，產品創新快速與網路效果等產業特色，對由替代可能性出發的 SSNIP 法則可能產生的衝擊，以及美國法所為之因應。無可諱言的，新經濟制度，必定會讓 SSNIP 法則面臨更多適用上的困難；但本文更感興趣的是，在眾多基於網路效果或資訊不對等考量下所提出的新理論或執法原則，是否真的較 SSNIP 法則更可行？有無可能將各該新理論與法則所關切的問題層面納入 SSNIP 法則中，而無需另立原則？均值得從學理上深入探討之。

(一)、「創新市場」

的界定困難與存在必要

²⁰⁸ 參考美國 1992 年合併準則。57 Fed. Reg. 41,552 (1992).

性

或許有鑑於「勝者全拿」式的創新競爭對新經濟產業發展的重要性，美國競爭主管機關於 1995 年的「授權準則」中，將相對於產品或技術而言，性質上更為抽象與不確定的創新與研發能力，明定為智財權授權行為中的相關市場類型之一。²⁰⁹ 此為我國公平會所仿效，於 2001 年的「審理技術授權協議案件處理原則」第四條中，也將創新市場列為專利與專門技術的授權協議所可能產生限制競爭效果的相關市場之一。立意雖佳，但於實際操作時，卻可能困難重重；最主要的問題在於，在高度不確定的創新過程下，主管機關該依何標準來決定廠商間目前正在進行但尚未有具體成果的研發工作，是相互間具有替代性，而可被列為是屬於具有競爭關係的同一創新市場？「授權準則」固然提供了幾項

²⁰⁹ 創新市場的概念，起源於美國國會 1984 年所制定之「國家合作研究法」(National Cooperative Research Act)以及部分美國法院關於合併的反托拉斯法判決。就前者而言，立法者乃希望藉由強調研發市場競爭的重要性，以降低廠商進行合資事業可能違反反托拉斯法的風險。Clovia Hamilton, *Adequacy of the 1995 Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property in Complex High-Tech Markets*, 7 COMP. L. REV. & TECH. J. 23, 25-26 (2002).

具體的判斷要件，例如廠商投入研發的費用支出、研發設備、現有或發展中的技術、以及其他與研發相關的資產與商業條件等，依各該標準所決定出之研發能力與誘因相當之廠商，即使彼此在產品市場中不具有競爭關係，仍會被列為是創新市場中之競爭者(「授權準則」第 3.2.3 條暨例示 4)。但這些看似具體的要件，實質上與創新結果與創新市場競爭的強弱並無必然的關聯。簡言之，即使研發費用支出、研發設備精良程度、與掌握技術多寡等條件相同的廠商，渠等最終的創新成績可能相差甚遠；而研發設備與投入費用遠不及其他廠商者，也不當然沒有能力在創新成果上與規模較大的廠商一較長短，²¹⁰ 而需被排除於創新市場之外。在知識經濟市場中，「小蝦米」戰勝「大鯨魚」的例子，俯拾皆是。有鑑於此，經濟學家有從創新結果獲得專利數多寡或創新結果在技術與經濟上的重要性等，試圖能更精確的界定創新市場的範圍，但從

²¹⁰ Azam H. Aziz, *Note: Defining Technology and Innovation Markets: The DOJ's Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, 24 HOFSTRA L. REV. 475, 502 (1995).

實務操作的層面來看，問題仍相當多。²¹¹

界定創新市場所面臨的困境，實起因於「智慧資本」(intellectual capital)的難以量化，換言之，我們很難發現研發所需「知識」(knowledge)的市場範圍在那裏，以及誰具有支配該市場的潛在可能。²¹² 具體的最終研發產品市場，仍是較可能被客觀界定的市場。果真如此，則接下來的問題即是，「創新市場」是否有獨立存在必要？傳統利用 SSNIP 界定產品市場的做法，是否真的無法反應創新對市場競爭的影響程度？當假設獨占者的漲價行為，使消費者轉而與其他廠商進行交易時，其轉換行為在相當程度內，實已揭露了消費者將所選擇的替代廠商，視為在研發與創新能力上與假設獨占者具有競爭或潛在競爭能力者。特別是新經濟市場交易產品普遍具有耐久性(專利機器、電腦軟體等)特色，左右消費者購買決定的因素，已非單純只有現存產品的價格調整幅度而已，有更多的考量是集中在後續的產

品技術更新與版本升級的速度與取得成本之上。同理，在解讀當假設獨占者漲價，潛在供應商轉換生產模式以參與獨占市場競爭意願之強弱時，不可過於靜態的將其定位在潛在競爭者，就獨占者漲價的特定產品之價格供給彈性；潛在競爭者有無與假設獨占者在後續產品研發能力上匹敵的能力，應是更為動態與決定性的考量因素。綜言之，不論從需求或供給面來看，SSNIP 法則中對“潛在競爭”壓力與產品市場範圍大小的檢試過程，應可反應創新行為對市場競爭的實質影響效果，無需假手另一個新的「創新市場」。

(二)、垂直「套牢」

效果與市場界定

類似的論理，可用以檢試近來備受討論的公平法該如何規範“套牢”與“轉換”成本充斥的新經濟市場競爭行為。對此，*Kodak* 案所涉及的事實與法院的論理，提供了絕佳的法律分析素材。就相關市場界定而言，在仔細閱讀 *Kodak* 案多數意見法官的判決理由後，不難感受到美國聯邦最高法院經由本案，再度肯定了所謂“次市

²¹¹ *Id.*, at 503-04.

²¹² Hamilton, *supra* note 334, at 26.

場”(submarket)於反托拉斯法中的價值。也即，主管機關可以在建立了“影印機”此一產品市場後，再以 Kodak 客戶對其售後維修零件之高度依賴性為由，進而區分更小的競爭場域。從 1970 年代初期開始，²¹³ 次市場的概念即陸續在部分美國反托拉斯法判決中被引用，我國公平會也不例外。例如，在 91 年 3 月 4 日所發布的修訂「公平交易法對電信事業之規範說明」中，²¹⁴ 公平會對相關產品市場的定義為“係指所有能夠滿足特定需求，且在功能價格條件具緊密替代性之產品或服務或服務及其供給者的組合。”依此定義，公平會將電信市場，更進一步區分了語音通信、數據通信，而在語音通信市場中又可區隔市話、長途、國際、行動電話等“次市場”，至於公平會是如何具體得出此一次市場分類，則不得而知。「次市場」概念的運用對於反托拉斯法理論所產生的衝擊在於，傳統從觀察水平(horizontal)競爭者產品替代關係強弱，決定相關市場與

市場力量的作法可能已不具有最終的關鍵性；相對的，當單一品牌廠商與其消費者間的垂直(vertical)關係中，出現了可能讓消費者後續消費選擇決定成本增加的交易特質時，競爭主管機關即可據此而推翻先前從水平面出發所得之相關市場結論。

此一界定法則，有進一步檢討的必要。不論是美國聯邦最高法院賴以細分次市場的依據，如消費者對廠商屬於個別經濟單位的認知(recognition)、產品是否具有特殊屬性(peculiar characteristics)、廠商是否有獨特的生產設施(unique production facilities)、和專屬經銷商(specialized vendors)普及程度為何等，²¹⁵ 或是 Kodak 案所揭櫫的買賣雙方資訊不對等之現象，以及學說上供應商可利用網路效果以建立忠實顧客群等類型化與理論說明，皆僅在描述單一企業生產與銷售過程中所出現的特定經濟現實；這些偏向於垂直面交易特質的存在與否，無法解釋究竟有多少原本能與之抗衡的廠商，將因此而不再被視

²¹³ 最著名的案例，當屬 1962 年的 U.S. v. Brown Shoes 一案。370 U.S. 294, 325 (1962).

²¹⁴ 公壹字第 0910001896 號。

²¹⁵ 370 U.S. 325.

為是競爭者。套牢現象在水平市場的外溢效果程度為何，仍是較精確掌握相關市場的範圍為何的主要判斷依據。舉例言之，假設產品銷售量占市場總銷售量 5% 的 A 廠商，因市場資訊不對等、網路效果、消費者之偏愛、或不願犧牲與 A 交易所帶來的便利性等原因，使 A 的產品可以百分之百的套牢其消費者。很顯然的，百分之百的套牢能力，與反托拉斯法相關市場應否縮小並無必然的關聯性，相關市場為何，主要仍取決於其他 95% 廠商和潛在競爭廠商與 A 產品間是否具有競爭替代的關係。

當然，論者對上述觀點，可能會有以下二項質疑。其一，即使 A 與其他 95% 的廠商具有替代關係，而應被視為是水平的競爭者，但就垂直面而言，A 可以將其所套牢的 5% 的消費者，隔絕於水平市場的價格競爭之外，而向爾等榨取獨占利潤，則是不爭的事實；全然不重視垂直面的經濟效果，對消費者似有失公平。但因資訊不對等所生之套牢效果，是所有市場交易行為的潛在特質，即便契約當事人於事前極盡調查與談判之能事，

沒有一項契約是在充分資訊下所完成的。即使是在產品同質的完全競爭市場下，也不難發現廠商在一定價格範圍內，仍可掌控一定的“死忠”消費者。除非當事人願意負擔違約金或債務不履行的損害賠償等“轉換”成本，否則不論是因資訊不充分或是因消費者個人看似不理性消費偏好，因契約的訂定而被“套牢”於特定交易關係，乃交易當事人所需接受的市場常態，只是套牢的程度因契約類型的差異而有所不同而已。事實上，一個不具有套牢當事人效果的契約，在法律上不僅不具有任何意義，也無法實現透過市場交易達到財貨最適配置效率的經濟目的。也因此，若要求市場每次出現套牢現象時，必須反應於市場界定的判斷過程，則推演到最後，每一項市場交易所涉及的特定產品，均可獨立作為一個相關市場。此對行為影響市場競爭程度與違法性判斷而言，並無助益。換言之，反托拉斯法仍需建立套牢效果的“警示”門檻，始有可能界定出有意義的反托拉斯法相關市場；而也唯有從水平市場中觀察現有與潛在競爭者對套牢產品的替代效果著手，法院或

主管機關才有機會得知，廠商是否已跨越了該項門檻。

從另一個角度來思考“次市場”的必要性：如果垂直交易關係中種種具有套牢相對人的特質，足以讓執法者進一步限縮既定市場的話，何不以限縮後的市場作為相關市場？而需大費周章的先以 SSNIP 法則界定主市場後，再作主、次市場的區分？此一問題剛好與第二項可能用以質疑本文論點的看法有關；也即，主張次市場概念應存在者也許認為，市場競爭的面相，不僅僅在於價格，還包括諸如廣告、品牌異質程度、消費者特殊消費習慣、與銷售服務等非價格競爭；而非價格競爭是無法經由以觀察價格變動所產生的交叉需求彈性來加以反應，必須借助次市場。筆者非經濟學家，但對於此一看法，始終存有疑問。

SSNIP 法則所依賴的“需求的價格交叉彈性”理論，乃衡量消費者對特定產品價格調漲程度的“敏感度”為何，也即，因價格調漲程度超過其所願支付的保留價格，而改買其他替代產品的消費者人數是否多到讓漲價廠商無利可圖，來決定市場範圍。而決定消費者

“保留價格”的因素為何？難道產品是否具有特殊屬性、其專屬經銷商普及程度如何、消費者是否因廣告或交易習慣而形成對某一特定廠商特別偏愛、或是因網路效果的考量，而“不得不”購買一項已普遍為市場多數人所採用的規格化產品等消費偏好，不是消費者決定保留價格的依據嗎？而如果價格的“顯示偏好”(revealed preference)功能無法發揮，²¹⁶ 那該如何以非價格的方法，將這些對特定產品的偏好，反應於相關市場的界定過程中呢？本文認為，論者所提及的各類可能讓廠商套牢消費者的現象，是最終價格形成的“原因”；因此，一旦以最終價格的變動為依據得出相關市場後，如果再以各該“原因”為由進一步限縮市場範圍，將出現重覆界定與限縮市場的錯誤結論。²¹⁷

²¹⁶ 所謂的“顯示偏好”原則，乃指當事人對特定物或事項的偏愛程度，只能由其外顯的行為本身去判斷。DAVID D. FRIEDMAN, PRICE THEORY—AN INTERMEDIATE TEXT 25 (2nd ed. 1990).

²¹⁷ See Areeda, *Monopolization, Mergers, and Markets: A Century Past and the Future in COLLABORATIONS AMONG COMPETITORS* 461, 482 (ELEANOR M. FOX & JAMES T. HALVERSON eds., 1991); 另誠如 Pitofsky 教授所言，如果法院或主管機關認為，特定“次市場”中的消費者值得以反托拉斯法來保護，則市場界定的過程需持續下去，以得出一個能夠反應此一法益保

(三)、垂直「套牢」

效果與市場力量之衡量

就市場力量的衡量而言，Kodak 案所揭示的套牢理論之貢獻在於，其提供了一項市場占有率之外，評估廠商有無足以行使反市場競爭效果行為的標準。換言之，套牢現象的納入，可較為清楚的呈現於相關市場中市場占有率不高，但產品具套牢效果的被告，其行為對阻礙競爭的淨效果，此對於強調動態競爭的新經濟制度而言，別具有意義。而公平會在修正「結合處理原則」草案中，即將事業因經營經驗、聲譽、高度的品牌忠誠度、供應者與需求者之關係非常密切、甚高的轉換成本所享有的“策略優勢”(第七(七)2(1)條第 C 點)與網路效應特性(第 D 點)等具有套牢消費者的因素，列為其評估參進市場是否足以嚇阻結合事業濫用市場力量的依據。國內學界也有就美國以外其他國家競爭法規中相當的概念加以論述者。²¹⁸

護的“相關市場”，而非以“次市場”的觀念來替代之。Robert Pitofsky, *New Definition of Relevant Market and the Assault on Antitrust in FOX & HALVERSON, id.*, at 491, 501.

²¹⁸ 例如，吳秀明教授對德國法以交易事業間所形成之依賴性，作為在獨占與寡占市場外，

於運用垂直面的套牢現象來強化市場力量與行為反競爭效果的認定，主要是希望能更真實反應市場占有率不高，但卻有妨害潛在競爭可能性廠商的市場地位。因此，核心問題仍在於垂直面的套牢現象，究竟給了套牢消費者的廠商多少建構市場參進障礙的能力；呼應本文的立場，垂直面的經濟現實仍無法提供在反托拉斯法上具有意義的答案。就法政策制定而言，這也顯示了，以轉換成本與套牢現象作為市場力量的輔助判斷要件，仍需以市場占有率作為初步篩選規範對象的門檻；執法者或可視政策需要，而將門檻降低；但對於不及該門檻者，即不需再以套牢理論相繩。惟國內實務與學界對此問題的態度，仍不明確，甚至於有偏向以垂直套牢關係

另一項足以發動公平法規範的市場力量判斷標準，即有詳細的介紹。就上位概念而言，該文所提及之具體判斷標準，如「基於產品完整供應之依賴性」、「基於匱乏而生之依賴性」、「對於特定事業之依賴性」、以及「對於需方之依賴性」等，皆可視為垂直交易關係中，足以讓當事人之一方受限於他方，而出現無法自由選擇交易相對人之「轉換」成本與「套牢」效果，而與本文所欲探討的主題相當。參閱吳秀明著，「從依賴性理論探討相對市場優勢地位—以公平法立場之研析適用」，第五屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，頁 168-187 (行政院公平交易委員會，1999 年 11 月)。

的出現作為優先於市場占有率考量的
執法傾向。²¹⁹ 如同本文以上對於以垂

²¹⁹ 礙於篇幅，筆者不擬於本文具體詳述此一
傾向。公平會第二屆委員於第三二五次及三二
六次決議中，原則通過了以德國法「依賴性理
論」與市場占有率作為公平交易法第十九條第
一、二、六款判斷事業之行為是否構成其門檻
要件之依據，該決議內容中首先提到，“對於
市場占有率不高之事業，倘他事業之營運必須
『不可偏離(或無可取代)地依賴』該事業，則
該事業即具有相對優勢地位，得列入競爭法之
規範。”轉引自吳秀明，前註文第 187 頁註
釋 130。但決議文接下來所舉的二項例子，
則突顯了公平會顯然是將垂直面依賴關係的
重要性置於市場占有之前。決議指出，“例如
特殊商品之經銷商，因須購置無法轉作其他用
途之設備(轉換成本過高而被套牢)，致該商品
之經銷商對生產廠商具有不可偏離之依賴
性，則此生產廠商即符合依賴性理論之門檻要
件。”(斜體字為筆者所加)雖然在其後的例子
中，公平會提及“具有強大力量之通路業者，
對於商品生產者而言，即具相對優勢地位，此
時商品生產者對於通路業者亦可能有高度依
賴性存在”，似乎重申了市場占有率的必要
性，但從邏輯上論斷，只要公平會支持第一個
例子的觀點，其已把市場占有率的重要性置於
垂直依賴性之後。不過該決議最後並未為第三
屆委員所追認，所以公平會的態度為何，仍屬
不明。

就比較法的觀點來看，德國法似乎仍有此
傾向。從吳教授的大作中可以發現，德國法院
對判斷依賴關係是否存在所建立的類型化標
準，其細密的程度，遠超過美國的反托拉斯
法。但綜觀法院所提供之標準，仍多著重於垂
直關係的審查。例如，在判斷「對於頂尖產品
之依賴性」時，德國法院會特別考慮商品或服
務的聲譽、廣告、銷售普及度、以及消費者不
可取代的品牌意識。又如，在決定事業是否對
特定事業產生依賴關係時，諸如契約關係時間
的久暫、事業特定針對該交易關係之投資轉用
至其他品牌之難易、產品本身專門化、特殊
化、個別化的程度、以及因長期交易關係所表
現之營業內涵與企業形象而使顧客產生該事
業與該品牌之生產者間有同一性的認定效果
等因素，皆是法院考量的重要指標。再者，於
決定因生產者的商品有特別高之比例係集中
透過某一需求者為其銷售所形成的「對於需
方之依賴性」時，法院需判斷生產者之總銷售
額有多少比例係供給給該需求者，由其銷售
者的「銷售佔有率」，而非銷售者本身的市場佔有

直交易關係限縮具競爭替代可能廠商
與市場範圍作法的質疑，此一執法傾
向，也必然會增加過度膨脹廠商市場
力量的風險。此外，也讓競爭主管機
關過度將資源集中在調整契約形成
後，個案當事人間看似不對等與不公
平的權利義務關係，而扮演著與一般
法院極為雷同的角色；但卻忽略了和
公平法維持競爭效能更有關係的水平
市場有無提供被套牢交易相對人替代
選擇機會的評估。更常為執法機關與
學者所忽略者，乃不以一定水平市佔

率來決定之。吳秀明，前註文頁 174, 183, 185。
水平市場占有率雖也是法院所會考量之要素
之一，但並無一統一的門檻標準，而是在個案
中具體判斷。例如在判斷「對於頂尖產品群之
依賴性」時，德國文獻中較常被提及的判斷標
準為事業的市場佔有率。但需高至何種程度始
為已足？並無統一的標準。德國法實務上的
作法，乃將市場集中度較高者提高其市佔率門
檻(35%至 40%)，反之，則降低其門檻(3%)。
吳秀明，前註文頁 177 註釋第 92, 93。此一
區分，令筆者感到不解。如果德國法院考量市
場佔有率的目的，在於了解依賴事業有無其他
合理的替代選擇交易對象，而有「偏離之可能
性」時，則市場集中度高的市場，期待事業偏
離的可能性相對較低，理論上應降低市佔率門
檻，以期能更妥當的規範可能的濫用市場地位
行為；反之，市場集中度較低或相當分散者，
應提高其市場佔有率門檻。筆者對德國法的
了解有限，但德國法院這種「遇低則低」的作
法，正突顯了由垂直依賴關係來主導整個市
場力量判斷過程的態度，也很難不讓人產生對
於市場集中度很低，而法院在依具體判斷類
型，主觀上認為具有出現高度垂直依賴性關
係可能性的市場中，為免出現規範上的漏洞，
故將門檻降低，以配合法院對市場垂直交易
關係不公平的關懷的解讀。

率為標準的套牢理論，將提供契約當事人事後進行法院或執法機關無法在合理執法成本內加以控制的投機行為誘因。

首先，就被套牢交易相對人替代選擇而言，誠如 *Kodak* 案反對意見法官所言，如果市場中有足夠的競爭者，預見未來會被套牢的當事人應會選擇不加入該契約關係。如果其仍選擇締約，則在相當程度內反應了套牢成本應低於當事人透過該契約所可期待的利益現值；此時，法院或主管機關似乎不應再以反托拉斯法介入干預。當然，*Kodak* 案多數意見法官指出了資訊不對等的現象將大幅限制了交易相對人替代選擇的可能，而我們也無法期待競爭廠商必然會提供相關的資訊，或潛在消費者會以拒絕購買的方式，來制衡優勢地位廠商擴張市場力量。但即便如此，誠如本文以上對相關市場界定的說明，²²⁰ 是否該允許被套牢者循反托拉斯法途徑救濟，仍需視套牢對水平競爭關係的影響程度為何而定。至於 *Kodak* 案所提及之只要

廠商從套牢消費者所可取得之額外利潤大於客戶流失的潛在損失時，廠商仍具有濫用市場地位的動機問題，則如同本文在探討「空氣軟體」時所提出的看法，除非廠商打算「見好就收」，退出市場，否則，隨著新經濟制度的來臨，廠商勢必會愈來愈關心其行為對商譽的長期負面影響。

其次，不以水平市場為初步違法門檻，而單以套牢或廠商彼此無可取代的依存關係來界定市場力量的方法，將提供締約後對契約結果與當初預期不符的當事人，得以「套牢」為由，主張相對人正濫用其「市場力量」之投機行為誘因。反托拉斯法下之市場力量概念，應以契約成立時之市場結構為依據。Scalia 大法官於 *Kodak* 一案中即已提及，允許以契約後的垂直套牢關係為由提起反托拉斯法訴訟，將大開濫訴與商業恫嚇之門。²²¹ 為期能更妥適的運用套牢理論，法院

²²¹ 504 U.S. 489. See also Benjamin Klein, *Market Power in Antitrust: Economic Analysis after Kodak*, 3 SUP. CT. ECON. REV. 43, 58 (1993); Alan H. Silberman, *The Myth of Franchise "Market Power"*, 65 ANTITRUST L. J. 181, 183 (1995); *Queen City Pizza, Inc. v. Domino Pizza, Inc.*, 922 F. Supp. 1055, 1062 (E.D.Pa. 1996)(主張後契約之爭議，應屬契約法管轄之事由)。

²²⁰ 見本文頁 100-101 的說明。

與主管機關必須就主張被套牢的受害者中，區分出何者純屬因事先對交易風險與利益評估失誤，而企圖於契約後為自己卸責的投機主張，而何者的確是因出於與資訊不對等、產品的特殊性或個別化、或網路效應等相關轉換成本的考慮，而被迫套牢於和既定廠商的交易關係而無法脫身。後者的判斷，更涉及到資訊是否真的不對等？是否真的是因為產品功能過於複雜，使資訊取得成本過高，還是肇因於當事人資訊取得的怠惰？產品是否只是針對個別契約當事人具有特殊性或不可取代性，還是市場普遍的現象等爭議的考量。不以統一的水平市場考量標準作為門檻，以排除對市場競爭不具實質傷害效果之套牢，或是以法院或主管機關在個案中主觀認定的套牢效果強弱，機動調整門檻高低的作法，皆會大幅提高執法成本，而讓所謂的套牢理論無法被客觀與合理的運用。²²²

²²² 國內論者不少對本文所強調的以水平市場競爭效果評估(如市場佔有率高低)作為公平法執法前題要件的立場持保留態度者，最常提到的理由乃，本文乃偏向於「反托拉斯」與「效果面」管制的見解，但我國公平法尚包括對「不公平競爭」與「行為面」管制的規定，特別是

二、對公平法規範新經濟價格掠奪行為之啟示

從本文之分析主軸來看，我國公平法中涉及掠奪性訂價的規定主要為第十條關於獨占力量濫用之規定，特別是其中第一項第一款規定，獨占事業不得以「不公平之方法，直接或間接阻礙他事業參與競爭」；第二款中規定獨占事業不得就「商品價格或服務報酬，為不當的決定、維持或變更」亦同。另外，事業若以差別取價的方

像公平法第 20、21、與 24 條等，對後者而言，水平市場競爭程度如何，不應是行為是否違法的前題。此看法所涉及之議題層面(如公平法立法目的與立法例設計等)相當廣，足以另文深入探討之。在此，筆者僅簡要提供二項看法以作回應。首先，引申本文對垂直市場角色的檢討，過於涇渭分明的行為面/效果面二分法，將使得公平法中關於前者相關條文的執行，徒具滿足執法者於個案中實現「直覺正義」(intuitive justice)的形式功能，而對公平法所真正關心的市場競爭是否受到傷害的問題，往往只能附帶的傳達「隔靴搔癢」式的關懷。再者，即使就法論法，筆者認為公平法關於不公平競爭的規定，也必須存在有水平市場的門檻，而不應被解釋為與「效果面」無關。試想，不論是不實廣告、仿冒、妨害商譽、或其他不正行為等，本質上不就是詐欺與侵權行為嗎？為何民法或相關法規中關於詐欺、瑕疵擔保或損害賠償規定等無法用以規範此類行為，而需於公平法中另訂之？換言之，公平法必定有不同於民法保護「私益」的「公共利益」目的要實現，始有足夠的正當性，將理應由私人負擔之訴訟成本，轉移至需由全民共同負擔的公部門。此一公共利益顯然指的是，當條文所列行為的負面效果，已不僅僅只出現在個別契約當事人間，而是已經對整體市場競爭效能產生「量」與「質」上的實質扭曲。回歸本文之立場，此一公共利益的衡量，當然與水平市場的競爭狀態有密不可分的關係。

式進行掠奪，而有限制市場競爭或妨礙公平競爭之虞時，除有正當理由外，仍有可能成立公平法第十九條第二款之「對他事業給予差別待遇」之行為。就具體的審理原則而言，筆者前曾另文指出，²²³ 應包括市場結構的分析、掠奪計劃之預期可行性與補償可能性的評估、以及「價格-成本」關係的檢驗，以及行為正面效果的抵銷等過程。其中，市場結構與掠奪行為可行性與補償可能性為門檻，只有在跨越該門檻後之行為，始有進行價格與成本關係檢試之必要。此對於被公平法歸類為「不公平競爭」的第十九條第二款仍有適用之餘地。

就新經濟市場而言，筆者主張以「補償檢試」法則作為違法判斷門檻的基本立場不變。雖然基於功能性考慮，而有必要將筆者原先認為不具實質重要性的「意圖」要件重新列入檢試過程內，以因應新經濟下研發投入成功與否的高度不確定現象與降低誤判成本，但該要件的適用，仍以行為具有補償可能性為其前題。換言之，

即使有掠奪意圖，只要不具有補償可能，該行為即非“掠奪”行為，而不需大費周章的引用刑法理論，以公平法第十條的規定是採「抽象危險」立法，故需先將其視為是不法，再以「微罪不罰」的原理免除其責。²²⁴ 理由在於，對以規範市場競爭為出發點的公平法，筆者懷疑主管機關有能力可以在不考慮獨占者行為對市場競爭的「具體」傷害程度為何的情形下，決定是否已具有「抽象危險」？於競爭具高度動態特質的新經濟市場中，此項質疑更屬合理。遑論從公平法第十條的文義來看，不當然可以得出該條規定為「抽象危險」立法。簡言之，只要細看第十條的各款文義，筆者實難以想像可以在不對行為的具體市場效果，包括市場結構、市占率、潛在競爭強度等與補償可能性息息相關的要素進行評估前，即可得知行為已出現「直接或間接阻礙」(第一款)、「不當」(第二款)、「正當理由」(第三款)、及「濫用」(第四款)等現象，而可視為已有抽象的危險。再者，雖然學者必

²²³ 陳志民著，前註 22。

²²⁴ 陳丁章著，前註 154，頁 180-81。

然會持續對判斷「價格-成本」要件中的「成本」所指為何，為更深入的研究；但參考本文以上關於新經濟產業中成本估算不易，以及學理上不排除「限制性訂價」掠奪效果的說明，該項要件於新經濟制度下的重要性已不若已往，可以考慮以 Fisher 所提出之法則取代之。

就實務面來看，公平會尚未於具體案件中，就如何以公平法第十條第二款規範事業掠奪訂價行為表達明確的態度，只有在對中華電信公司所推出的「○九九隨身碼」服務之訂價方式及結構，被同業指控有妨礙公平競爭之虞一案中，略有論及。在提供該項電信服務時，中華電信以「平均訂價」的方式，對於由市話發話轉接至市話或行動電話之通話，皆收取每秒 0.06 元(每分鐘 3.6 元)的費率。但在當時仍屬由中華電信獨占的國內市內電話市場，用戶相互通信的費率為 5 分鐘 1.7 元，市內電話與行動電話間費率為每分鐘 6 元；公平會於第 414 次委員會中表示，「○九九隨身碼」服務，很可能讓中華電信得以將轉接至市內電話時溢收之通信費，交叉補貼轉接至行動

電話時短收之通信費，而得以延伸其在市場電話市場中之獨占力量至已開放競爭之行動電話市場，以影響該市場的公平競爭。據此，公平會作成決議建議交通部要求中華電信以「去平均化」(de-averaging)的計價方式，分別按照所實際發生之成本計收話費。由於無法得知中華電信提供行動電話的平均變動成本為何，故本案能否被解讀為我國公平法第十條第二款的規定？是否包括典型的掠奪性訂價(當成本高於每分鐘 6 元時)與策略性的限制性訂價(當成本低於 6 元且較其他同業為低)行為二者，則有疑問。

公平會 91 年 2 月所制定的「公平交易法對 4C 事業跨業經營行為之規範說明」中(以下稱「4C 說明」)，有較為明確的立場表達。依「4C 說明」中的第五點第三項的規定，所謂的掠奪性訂價乃指“獨占事業犧牲短期利潤，訂定低於成本之價格，迫使其競爭者退出市場，或阻礙潛在競爭者進入市場，藉以維持市場占有率，並在長期下獲取超額利潤之行為。”另外，掠奪性訂價需符合以下三項要件：

1、事業的訂價低於其「平均變

動成本」或「平均增支成本」(當聯合成本占總成本的比例很高時，宜以後者為準據)。

2、事業意圖藉由訂價行為阻礙或排除競爭者。

3、事業有能力在阻礙或排除競爭者後，回收所生虧損並將價格調升至獨占水準。

說明中也表示，一旦事業行為符合上述構成要件，可能涉及違反公平交易法第十條規定，但若低於成本之價格係基於短期促銷，或因未預期之成本上漲所造成，則視為有正當理由。

如果「4C 說明」可以代表公平會對掠奪性訂價的普遍執法態度，則公平會顯然已打算採用「補償檢試」法則，值得肯定，但可能非如本文所建議者，將該法則定位為是門檻要件，而是一通盤性考量的方法。果真如此，則對於無法回收損失，但有掠奪意圖，以及有能力回收損失，但不具有掠奪意圖者，該如何納入規範之列？另外，說明仍以「成本下掠奪」為主要規範對象，對於像限制性訂價之「成本上掠奪」是否屬於不當的價

格決定？該如何規範？是否屬於第十條第四款所稱之「其他濫用市場地位行為」？本文關於意圖要件存在必要性，以及運用「補償檢試」法則輔以對市場價格或產出跨期效果的控管方式說明，可提供公平會參考。

公平會在早期所處理過和不當低價競爭行為相關的案例中，多以第十九條第三款之以「利誘」方式，使競爭者的交易相對人與自己交易之行為規定來加以規範，但並無一統一的分析架構。²²⁵ 例如在「熊貓股份有限公司被檢舉以不當低價爭取競爭者之交易相對人案」中，對已位於新店區經營有線電視系統業之被檢舉人，為有效開拓市場而推出「一元看一年」之促銷措施，雖然被檢舉人主張其為新進業者，低價促銷乃其建立知名度的競爭手段，且其市場占有率較低，對市場競爭的影響較為有限；但公平會以事業若偏離合理價格，打擊或消滅競爭者，縱係以價格為競爭工具，仍屬妨害商業競爭倫理及市場效能的不正競爭行為，至於行為人之市場地

²²⁵ 相關案例說明，請參考陳丁章著，前註154，頁153-58。

位為何，以及行為是否會產生實質之限制，則非所問。²²⁶ 至於何謂「商業競爭倫理」？何以可以在不考慮市場地位與行為的實質限制效果下，得到該行為必有妨害市場競爭效能的可能？則無從得知。有趣的是，在其後的「某服飾公司牛仔褲低價特賣案」與「瑞聯航空一元機票案中」，則又有不同的認定理由。在前者，公平會認為其乃庫存壓力大，為消化庫存所為之短期性促銷，且結果有助市場競爭，故不構成利誘；而在後者，則以行為人為市場之參進者，且其市場占有率又不高，所以不罰。²²⁷ 論理過程之缺乏一致性可見一般。

之所以如此，本文認為仍出於公平會早期對於第十九條係「行為面」規範的過度迷思，以及企圖以垂直面考量色彩相當濃厚的是否為「利誘」，來判斷廠商行為在水平市場違法性所產生的矛盾。此可由公平會於 82 年第 71 次委員會針對公平法第十九條所通過的「妨礙公平競爭之虞之適用考量」決議中窺知一二。公平會認為，事業

之競爭行為是否該當第十九條有妨礙競爭之虞的構成要件，需就「競爭手段」本身是否具有「不公平性」，或其「競爭結果」是否「減損市場之自由競爭機能」(分別或綜合)加以判斷。而判斷過程，應以行為本身符不符合公平性為門檻，也即，若行為經認定為不合法，則屬「當然違法」；反之，若手段之「不公平」性格不明顯，則仍需在「合理原則」下，檢試行為對市場競爭的減損效果。至於競爭手段的「不公平」性該如何判斷？決議中，僅指出第十九條各款中已有明定者，如第三款、第四款中之脅迫性競爭行為，或是第五款以脅迫或利誘方法，獲取他事業之產銷機密等，由於上開行為原則上為刑法所禁止之行為，“故其市場行為之違法性或違反公平性應無疑義”。至於其他可能情形，尚須自具體個案中，考量行為對“商業倫理”及“公序良俗”的違反程度來決定其公平性。從此一決議，我們看到的是公平會裁量權的大幅擴張，看不到的，仍然是何謂有妨礙公平競爭之虞的行為。當需要被解釋的對象是「不公平」的具體內涵時，公平會以行為

²²⁶ 同上註，頁 155。

²²⁷ 同上註，頁 156。

是其他法律所禁止的「犯罪行為」，故當然為「不公平」行為的論理過程，事實上是一種“套套邏輯”(tautological)式的解釋方式，對問題的釐清沒有實質的幫助。公平會更應該關心與提出說明者，乃既然刑法已有所規範，何以公平法又將其列為被禁止的行為？是否行為本身具有刑法所未能盡其功的不法效果，而值得國家投入雙重的執法成本來框架之？同理，以「商業倫理」或「公序良俗」等高度抽象、道德性、與不確定性的法律概念，認定低價競爭行為為不公平競爭行為的問題在於，論者將無法檢試此一理由是否正確，而失去其解釋與提供行為人預測行為是否合法的能力。因為「低價競爭行為」可能是因為違反「商業倫理」或「公序良俗」而被視為不法，但如果說「低價競爭行為」因為不法，所以違反「商業倫理」或「公序良俗」，也屬正確。也因此，若不把所謂的「商業倫理」或「公序良俗」的內涵轉換成不具循環論證色彩的判斷標準，相關當事人將無從得知何以「低價競爭行為」會是公平法下的不法行為。所幸，隨著執法經驗的累

積，以及從「4C說明」中所揭示的公平會對掠奪性訂價行為的規範態度走向，此一不一致的現象應可於未來獲得改善。

三、對公平法規範新經濟制度非價格掠奪行為之啟示

由於學理上可被歸類為非價格掠奪之行為態樣不一而足，本文的探討重點置於 IP 權利人以不當授權權利金以外的方式，濫用作為掠奪市場行為的討論重心。在 RRC 理論下，本文詳細分析了 IP 權利人以「拒絕交易」、「掠奪式創新」、和「懲罰約款」等方式，提高競爭對手競爭成本，進而遂行其掠奪市場目的的可能性、反托拉斯法管制的必要性、以及具體管制手段設計等問題。初步的研究結論可供我國引為執法參考之處，可由政策面、法條與審理原則妥當性分析、與相關案例評析等三方面來加以說明。

(一)、政策面啟示

就執法政策而言，新經濟制度固然對公平法勢必會產生前所未有的衝擊，特別是 IP 非價格掠奪行為所涉及的創新誘因保護與市場競爭秩序維持二者間的衝突，更顯激烈；但從本文的

分析可知，此並不表示傳統反托拉斯法的相關原則與規範架構必然會出現捉襟見肘的窘態。只要掌握公平法是以保護市場「競爭」而非「競爭者」為主要立法考量，以及「市場力量」的存在，對行為合法與否所應扮演的關鍵角色二個思維主軸，則類似「拒絕交易」、掠奪式創新中的不實產品預告行為或產品規格化與相容性問題、以及「懲罰約款」等爭議，皆可以在傳統反托拉斯法中對「獨占」行為的分析架構下進行更具一致性的判斷。當然，新經濟制度中有愈來愈多複雜的智財權行使方式與交易安排，可能會使反托拉斯法的規範功能漸趨模糊，競爭主管機關自然會有另創規範原則的想法。但如同本文於討論「關鍵設施理論」與「智財權保護範圍不當擴張」處所提出的看法，此時仍需考慮變動或新增法律原則所附帶的執法成本高低與可能的反競爭效果，以及是否有替代的管制法規，而不一定需以公平法來加以規範。就後者而言，本文基於立法目的不同為由，傾向於產業政策優先於競爭政策的立場，也即在公平法第四十五條所揭示

的精神下，依相關智財權法規來決定不當擴張權利保護範圍的合法性。但殊值一提者，乃即使是智財權的不當行使行為，也不代表當然即違反公平法的規定，在本文強調市場力量重要性的立場下，仍需進一步檢試不正當行使智財權行為，對市場競爭的影響程度為何，始足當之，即使擬以公平法中關於「不公平競爭」的相關條文(如第二十四條)來規範時亦同，詳見以下的說明。

(二)、法條規定與

審理原則妥當性分析

就條文之具體規定而言，非價格掠奪行為，主要涉及公平法第十條第一款之「以不公平方法，直接或間接阻礙他事業參與競爭」，以及第四款的「其他濫用市場地位之行為」二項規定；另外，在「4C 說明」中的第五點第(五)項關於 4C 產業「提高競爭者經營成本」的說明部分，也以公平法第十條為管制的主要可能依據。值得一提者，乃當有證據顯示，行為人係基於傷害特定事業之目的，而以「空氣軟體」或創造產品規格化與相容性問題等「掠奪式創新」行為，或是以「懲

罰約款」來增加交易相對人改與其他競爭者交易之成本與降低交易誘因時，可能會產生是否可適用第十九條第一款「以損害特定事業為目的，促使他事業對該特定事業斷絕...購買或其他交易之行為」規定的疑義。惟從條文「斷絕」二字之文義來看，該條所欲規範者，應屬促使他事業中止與特定事業既有的交易關係，而不包括他事業因轉換成本考量，而「拒絕」與該特定事業建立新關係的情形。因此，公平會若擬在不公平競爭的架構下管制非價格掠奪行為，勢必得另闢他途，而筆者猜測，最有可能被引為執法依據者，當屬公平法「不公平競爭」章中，最具「行為面」管制色彩的條文，例如第二十一條與二十四條。前者，或可作為禁止廠商散佈類似像「空氣軟體」等不實訊息的行為，而後者的規範範圍更廣，除了「空氣軟體」可被視為是該條所稱之「欺罔」行為外，本文所探討的以智財權作為掠奪市場手段的行為，從形式上來看，無一不可被列為是「顯失公平」的行為。但同樣的，從本節第一小節中之說明可知，若不回歸以水平市場

為發動公平法規範門檻的精神，進行涉案行為是否有“限制競爭或妨礙競爭之虞”(第十九條)，或“足以影響交易秩序”(第二十四條)等效果面評估，相關爭議將無法獲得妥善的解決。至於不實廣告部分，從第二十一條的文字來看，或許找不到需以水平市場競爭效果作為適用前題的依據，但此一解讀，將使基於保護不同法益為出發點所建立的法體系，及相關的執法界限漸趨模糊，而讓法律救濟所生的利益歸屬與成本分擔原則受到扭曲。²²⁸ 美國法以 *Berkey Photo* 為主的相關案例判決理由，實值我國公平會引為執法的參考依據。²²⁹

或許是出自於對上述相關質疑的回應，公平會於第 528 次委員會中通過了「公平交易法第二十四條案件處理原則」。²³⁰ 於原則中，公平會宣示了以第二十四條中「足以影響交易秩序」作為區分適用該條規定或民法與消費者保護法之標準，以及第二十四條於公平法內部規範體系中的「補充

²²⁸ 見前註 347 中的說明。

²²⁹ 見本文頁 83 之說明。

²³⁰ 91.1.9. 公法字第 九一

原則」地位，也即，必須當公平法中其他條文均未規範，而行為仍有進一步規範之必要時，始有該條之適用。原則第五點具體闡述了判斷「足以影響交易秩序」應考量事項，例如“受害人數之多寡、造成損害之量及程度、是否會對其他事業產生警惕效果及是否為針對特定團體或組群所為之……顯失公平行為”，且包括對交易秩序有潛在影響可能的行為。至於“單一個別非經常性”之交易糾紛，則應尋求民事救濟，而不適用第二十四條之規定。總而言之，公平會此種傾向於以水平市場效果面的評估作為執法前題，並淡化垂直交易關係特質在評估過程中所扮演的角色(單一個別經常性的交易不受規範)，與本文所主張的立場一致，值得肯定。另外，原則中對已跨越門檻，但行為態樣屬於「限制競爭」與「不公平競爭」規定中所未規範之「欺罔」或「顯失公平」行為，也展現了試圖具體化的努力。例如，散佈「空氣軟體」的行為，很可能該當原則中第六點第(二)項所謂的「不實促銷手段」，而其他類型的智財權非價格掠奪行為，則有可能被歸類為是第七

點所列舉的顯失公平的行為，特別是第(三)項所提及的濫用市場相對地位，所進行的因“資訊未透明化所造成之顯失公平行為”。此對於提高第二十四條適用的明確性而言，也有相當正面的意義。

但原則中仍有值得進一步檢討之處。特別是原則中仍相當強調由交易行為本身的符不符合商業倫理或公序良俗，作為判斷合法性的基礎。例如在定義何謂「顯失公平」行為時，公平會在原則第七點中所例示的三種具體類型中，就有二大類型是以「倫理」作為其類型化的基準，包括第一項的「不符合商業競爭倫理之不公平競爭行為」，以及「以不符合社會倫理手段從事交易之行為」。以此抽象概念作為解釋法律內涵的限制與不妥之處，已如前述。當然，公平會或許認為，公平法第二十四條的立法目的，本即具有授權行政主管機關運用專業以實現特定道德與倫理價值的考量，因此，在符合門檻要件後，即應就行為本身來審查。但此一說法的前題，乃公平會有把握能夠在具體個案中準確拿捏所謂「商業倫理」與「社

會倫理」的意義及其與市場競爭的關聯性。再者，如果相關的考量事項，可以不用以「不公平」與「倫理」概念作為類型化的基礎時，則應避免之，以免徒生爭議。依本文以上對於 SSNIP 法則與市場界定問題的分析可知，消費者因資訊不對等或其他因垂直交易因素而讓交易相對人取得競爭上相對優勢地位的現象，應可透過需求的價格彈性來加以反應，毋需另立為獨立的判斷要件。就二十四條而言，因此而取得的優勢地位，應可於門檻要件「足以影響交易秩序」中來加以考量。但公平會卻在原則第七點第三項中，以例示的方式，說明何謂“市場相對優勢地位”，也即「市場機能失靈供需失衡時，事業提供替代性低之民生必需品或服務」，以及事業因「資訊不透明」所取得的競爭優勢者，但對於在「行為面管制」精祿下，理應加以具體化的濫用行為類型，卻仍然是以「悖於商業倫理或公序良俗」和「顯失公平」一筆帶過。對於最有可能用來規範新經濟制度中非價格掠奪行為的本點說明而言，未來所引發的執法爭議可能更大。

(三)、相關案例評析

就公平會處理的案例中，涉及以智財權進行本文所探討的非價格市場掠奪行為類型的案例並不常見，其中，較具指標性意義者，當屬「荷蘭商皇家飛利浦電子股份有限公司等因以聯合授權方式，違反公平交易法」一案。²³¹ 據相關當事人檢舉指出，被處分人等因透過共同決定授權金價格之合意，以聯合授權的方式，取得在台之 CD-R 光碟片技術市場獨占地位，並進而濫用該市場優勢地位，遂行不當維持授權權利金，拒絕提供交易重要資訊，禁止被授權人對聯合授權專利的有效性提出異議等行為。公平會決議認定被檢舉人行為已構成違法，其中與智財權非價格掠奪行為相關者有二。

關於相關市場與市場力量界定的問題。公平會以寫錄方式、產品功能、以及產品售價上均有明顯的區隔，從消費者的角度來看不具產品替代性，以及生產技術之不具有轉換可能性為

²³¹ 公貳字第 九一 三七五 號。

由，排除了 CD-R 與其他後續發展產品如 CD-RW 及 DVD 光碟片屬於同一相關市場，而以「CD-R 光碟片技術」單獨作為本案的相關市場。而在此一市場下，公平會發現飛利浦公司、日本新力和太陽誘電等被檢舉人所共同制定的標準規格，為市場中所有生產 CD-R 光碟片廠商所須共同遵循的規格，市場中並無第二種規格存在；而由於我國 CD-R 光碟片產量占全球百分之六、七十以上，故受影響的程度不可謂不鉅。雖然被檢舉人抗辯，他人仍得自由開發競爭技術規格或提供競爭產品，但公平會認為以現階段市場被規格化的程度，很難期待競爭廠商有能力在短期內進入市場提供替代規格，被檢舉人享有絕對的市場優勢地位應無疑問。姑且不論 CD-R 有無與其他產品替代之可能此一相當技術性的認定是否正確，公平會能夠以水平市場的界定與行為對該市場的影響程度，為其執法的前題，誠屬正確的作法。

其二，對於被檢舉人之非價格掠奪行為部分，公平會則是引用第十條第四條「其他濫用市場地

位行為」來規範之。公平會認為，所謂的「濫用」，除以行為來妨礙或封鎖競爭，以維持或強化獨占力量外，尚應包括「榨取的濫用」。後者的類型包括「價格的濫用」、「交易條件的濫用」、「搭售」、「不公平競爭手段」等。首先，「價格的濫用」該如何與第 2 款的「價格之不當決定、維持、或變更」相區別？市場上有無可能存在「決定」、「維持」、與「變更」之外的價格濫用行為？頗值懷疑。再者，依公平會的定義，所謂的「榨取的濫用」乃指以「榨取、剝削其交易相對人為主要目標者」。很顯然的，在從水平面確立市場力量的門檻要件後，公平會又不自覺的要回歸垂直面交易關係特質的考量，以判斷行為到底公不公平。也因此，決議中詳細討論了被檢舉人未能將授權專利有效期限提供予被授權人，「以踐行契約履行的主要義務」，以及禁止被授權廠商對可能無效的專利進行異議的交易條件，將產生契約當事人在支付了權利金後，卻無法取得具等價的交易標的等情事，將對交易相對人相當不公平，故屬於濫用市場地位行

為。本文認為，公平會的違法結論也許是對的，但其論理過程卻不見得妥適。既然是以公平法第十條為執法依據，則重點仍是各類交易條件的水平效果評估。如前所述，垂直交易條件本身所代表的經濟意涵，可能只是具市場獨占地位廠商行使其「既定」市場力量的不同型態，主管機關無從得知，這些交易安排究竟對獨占者維持或擴張該力量的助益有多大。換言之，對於被檢舉人不提供授權資訊和不允許挑戰授權專利合法性的作法，公平會所應提說明者，乃這些交易安排，對於潛在替代規格進入市場，或增加被授權人選擇授權對象所具有的妨礙效果及其程度為何。至於授權人有無履約？被授權人有無契約上之損害等，似不宜以第十條來作為規範的基礎。另從本文以上說明可知，美國法於規範智財權人「拒絕授權」或「規格化」問題時，也均是以行為對市場參進與潛在競爭強度的限制程度，作為規範之依據。

就「懲罰約款」而言，公平會在最近委員會中，針對加油站加盟契約的「履約保證金」安排所作的相關決議，可

視為是此類行為的代表性案例。例如在 90 年 3 月 8 日的第 487 次委員會中，²³² 公平會對「中國石油股份有限公司暨台塑石化股份有限公司被檢舉向加油站收取履約保證金，涉及違反公平交易法案」，關於中油公司向自願加盟站收取 60 萬元履約保證金，向供貨聯盟站與油品買賣簽約站收取 30 萬元履約保證金，並且對於違約轉向台塑購買汽、柴油之自願加盟站與供貨聯盟站，分別沒收其保證金的交易安排，採取不處分的決議。公平會所持的理由乃，即使中油仍具市場顯著的優勢地位，但由於「懲罰性違約金」為我國民法第二五〇條所承認的契約交易安排，故除非其金額顯不合理，否則應不構成市場力量的濫用。而由於加盟契約的交易風險之效果，中油以沒收違約保證金的方式，以確保加油站不會任意脫離加盟體系，應屬合理的行為。公平會發現，中油和自願加盟站與供貨聯盟站簽約與違約退出時，其所需承擔的費用分別為 50 萬元與 12 萬元，故保證金金額有相當合理

²³² 見「競爭政策通訊」，第五卷第三期，頁 46-48。

化的基礎。另外，從加盟契約期限來看，中油所收之履約保證金，只佔自願加盟站與供貨聯盟站預估售油收入0.4%以下，尚無過當之處。最後，公平會發現中油並無脅迫簽約之情事，而油品零售市場在台塑加入後，該公司在三個月內迅速達到18%的市場占有率，市場競爭日趨活絡，難謂中油的沒收行為有妨礙他事業參予競爭的情形。

本文基本上贊同公平會此一決議結論；但從Aghion & Bolton模型以及本文關於審查「懲罰約款」掠奪效果的初步看法，²³³ 決議理由仍有更細緻化的空間。從決議中提及中油之顯著市場地位可知，公平會應是依第十條對本案進行審查；果真如此，則公平會似乎又犯了類似於本文前述之以是否為刑法所禁止者，作為其解釋第十九條「不公平」行為依據的謬誤，而以交易安排為民法所許可者，作為違約金不違反公平法的理由之一。決議中以違約

²³³ 需指出者，乃本文前所提之看法，係針對新經濟制度及以市場未受管制為前題，對於長期受管制的我國油品市場而言，未必能全盤適用。本文以下僅針對有適用可能性者加以論述。

金相較於加盟站的預期獲利而言尚屬合理的理由，也令筆者不免有公平會擬在民法第二五二條「法院得酌減過高違約金」的立法精神下，決定履約金公平法違法性的聯想。事實上，履約金對加盟站是否造成過高的負擔，與該交易安排是否違反第十條無涉，有關係者，乃公平會所提到的另二項理由：市場參進難易與違約金保護中油對加盟所為之相對投資，不被加盟站事後任意終止契約的投機行為所剝削；在本文所提供的架構下，前者為門檻要件，後者則是用以抵銷違約金負面競爭效果的正當商業考量。公平會固然以台塑進入市場後不久，即能取得18%的市場占有率為由，認為中油之履約金並未對市場造成參進障礙。但假設台塑以補償違約加盟站被沒收履約金的方式，來吸引中油加盟站“變節”時，公平會究應將該行為視為是一般的商業競爭行為，而以平常心待之？還是需進一步借助RRC或Aghion & Bolton理論，思考中油的交易安排，是否會造成台塑競爭成本無效率的增加，而出現社會的淨福利損失？後一問題的考量與中油履約金係為保護其

對加盟所為之相對投資抗辯的合理性有關。當然，從本案為公平會所採為證據的中油違約損失數據來看，履約保證金的金額似屬合理；但就建立普遍審理原則而言，違約金的審查重心應在於業者的保護相對投資抗辯是否屬實？是否全為不具殘值的成本投入？以及違約金就該相對投資成本而言是否符合比例等問題。另外，隨著我國油品市場漸趨自由化，加盟業者事先所可選擇交易對象增加的情形下，主管機關將更有理由將違約金安排視為是「契約自由原則」下之產物；但由於油品市場具明顯寡占特質，主管機關同時也須注意，有無業者在契約訂立後任意的調高履約保證金，²³⁴ 而策略性地讓其他競爭者須替加盟業者承擔違約損失後，始有可能參與競爭的現象出現。

91年11月21日，公平會在第576次委員會中，就「台灣聯合環球石油

股份有限公司被檢舉利用高額違約金約束民營加油站」一案，依公平法第二十四條之規定，作出了被檢舉人違法的處分。²³⁵ 公平會依先前公聽會所作成的第529次決議，要求在新進供油業者因行政作業程序不及，而無法即時進入市場之前，各既有供油業者需延長原契約中的得終止契約的期限，且必須提供過渡期讓加油站業者比較選擇，而新供油業者未來也需於供油契約中提供相同的終止契約權利保護，不得以高額的履約保證金來拘束加油站，認定本案被檢舉人對向其認股的99家加油站股東，收取300萬元的保證本票的行為，係“利用高額履約保證金約束業者..無正當理由限制交易相對人中途終止契約之權利，致影響其他新舊供油商之參進市場，及加油站業者自由交易的決定，為足以影響交易秩序之顯失公平行為，違反公平交易法第24條規定[。]”

本決議既然是作成於第二十四條的案件處理原則公佈之後，何以公平會未能藉由本案，例示

²³⁴ 據報載，事後中油針對續約的客戶，已調高違約金，統一訂在100萬元。中油則主張，在市場自由化後，中油為協助民營加油站銷售項目多角化所為之相對投資也增加，提高違約金是合理的商業行為。見「中油大幅調高違約金 T-U 抗議：變相綁樁」，自由電子新聞網（91年3月17日）。下載自 <http://www.libertytimes.com.tw/2002/new/mar/17/today-e8.htm>

²³⁵ 公處字第091189號。

該原則的具體審查過程？令人遺憾。特別是原則中既已將「足以影響交易秩序」列為適用第二十四條規定的前提，決議中對此的說明，實過於簡略。即使高額的保證金具有限制加油業者選擇供油廠商的自由，但契約本身當然有「限制」的本質，是否違反公平法，仍需取決於該約款對競爭的影響程度為何。換言之，公平會應對履約保證金「致」影響其他供油業者參進市場的因果關係建立過程有更詳細的說明，否則實無法得出該約定必有“影響交易秩序”的效果。除處理原則中所列的考慮事項(受害人數多寡、市場受影響的量等)，Aghion & Bolton 模型及 RRC 理論，應可提供公平會更具廣度與深度的執法內涵。

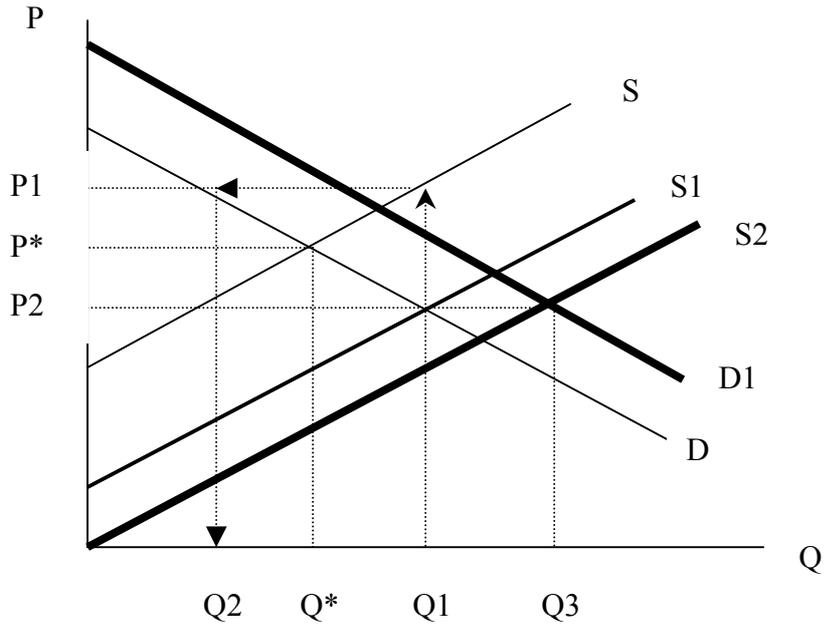


圖 2

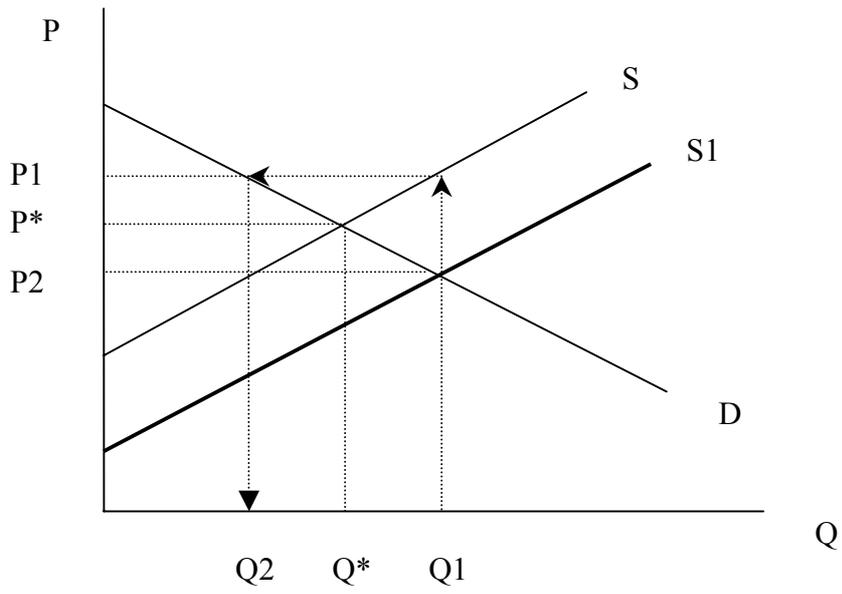


圖 1