

目 錄

目錄.....	1
1. 前言.....	4
1.1. 研究動機與目的.....	4
1.1.1. 研究動機.....	4
1.1.2. 研究目的.....	7
1.2. 研究方法及範圍.....	8
1.2.1. 研究方法.....	8
1.2.2. 研究範圍.....	8
1.3. 論文架構.....	9
2. 智慧財產權制度與競爭政策概論.....	10
2.1. 智慧財產權制度.....	10
2.1.1. 智慧財產權之簡介.....	10
2.1.2. 專利權.....	12
2.1.2.1. 專利制度的起源.....	12
2.1.2.2. 專利制度的目的.....	14
2.1.2.3. 專利權的範圍.....	15
2.1.3. 著作權.....	17
2.1.3.1. 著作權的起源.....	17
2.1.3.2. 著作權的特質.....	19
2.1.3.3. 著作權的目的.....	20
2.1.3.4. 著作權的範圍.....	20
2.2. 競爭政策之介紹.....	21
2.2.1. 競爭機制的優點.....	21
2.2.2. 競爭法的發展歷程.....	23
2.2.3. 競爭法之立法目的.....	27
2.2.4. 競爭法之管制範圍.....	28
2.3. 智慧財產權法與競爭法間之關係.....	28
2.3.1. 鼓勵創新，保護創作之效果相同.....	29
2.3.2. 智慧財產權保障與競爭機制維護之衝突與調和.....	30
2.3.2.1. 從衝突到調和.....	30
2.3.2.2. 專利制度與競爭法間平衡.....	33
3. 智慧財產權獨占性訂價管制之政策考量.....	36
3.1. 競爭法之獨占性訂價管制.....	37
3.1.1. 獨占管制的意義.....	37
3.1.2. 獨占管制的措施.....	38

3.1.3.	獨占性訂價管制的爭議與討論	39
3.2.	智慧財產權與獨占管制間之發展現況	42
3.2.1.	競爭法於智慧財產權上之適用	43
3.2.2.	智慧財產權市場獨占之態樣	56
3.2.2.1.	競爭法上獨占事業之認定	56
3.2.2.2.	專利權的市場獨占態樣	59
3.2.2.3.	著作權的市場獨占態樣	66
3.2.3.	特定智慧財產權獨占管制議題	68
3.2.3.1.	著作權集體管理團體	69
3.2.3.2.	技術標準之智慧財產權策略與獨占管制	72
3.3.	智慧財產權獨占性訂價管制之必要性	83
3.3.1.	從智慧財產權相關案例觀察獨占性訂價之爭議	83
3.3.2.	獨占性訂價管制之必要性	99
4.	智慧財產權獨占性訂價管制方法	106
4.1.	智慧財產權價值評估及侵權損害賠償計算方法	106
4.1.1.	智慧財產權價值評估方法	107
4.1.2.	智慧財產權侵權損害賠償計算方法	117
4.1.3.	小結_與智慧財產權獨占性訂價之關係	124
4.2.	公用事業管制之訂價方法	126
4.2.1.	經濟學上自然獨占之訂價方法	128
4.2.2.	電信管制法	131
4.2.3.	電業管制法	136
4.2.4.	小結_與智慧財產權獨占性訂價之關係	139
4.3.	競爭法上獨占性訂價管制方法	141
4.3.1.	獨占性訂價管制操作之理論基礎	141
4.3.2.	市場比較法	144
4.3.3.	超額利潤法	148
4.3.4.	小結_與智慧財產權獨占性訂價之關係	150
4.4.	專利權獨占性訂價方法	151
4.4.1.	專利權的特性考量	152
4.4.2.	市場比較法	153
4.4.2.1.	專利權自行實施	154
4.4.2.2.	專利權授權實施	160
4.4.3.	超額利潤限制法	163
4.4.4.	專利技術價值法	168
4.4.4.1.	新產品專利	169
4.4.4.2.	降低成本的產品改良專利	172
4.4.4.3.	增加價值的產品改良專利	173

4.4.5.	小結	178
4.5.	著作權獨占性訂價方法	180
4.5.1.	著作權的特性考量	180
4.5.2.	市場比較法	182
4.5.3.	超額利潤法	184
4.5.4.	著作權仲介團體使用費率管制作法	185
4.5.5.	小結	187
5.	結論	189
	參考文獻	192



1. 前言

1.1. 研究動機與目的

1.1.1. 研究動機

在知識經濟的時代中，以知識為基礎的無形資產（特別是智慧財產權）已經成為企業的主要資產與競爭力的重心，對於知識型的產業（包括知識型製造業與知識型服務業）而言，更成為競爭的利基所在，具有特殊的重要性。當今，企業莫不以智慧財產權作為競爭的手段，利用智慧財產權的排他性，築起一面令競爭對手難以跨越的高牆，以維持企業的競爭力。以電腦、通信、網路等科技產業為例，企業在研發階段，便以經營智慧財產的思維，將其研發的成果及產品，以專利或著作之形式加以保護，以增強其市場的競爭力。更甚者，在產品開發階段，即聯合其他業者制定產業標準，著手在產品標準中部署專利，取得制定產業標準的優勢地位，其他事業若想進入此項產業，便必須完全依從該產業標準，否則終將因為規格不相容而被淘汰。在智慧財產權資產化的知識經濟時代，科技領導廠商最常見的做法是集合幾家公司的專利以形成專利授權聯盟(patent pool)，並在主導制定產業標準時將專利授權聯盟中的技術納入產業規格中。因而，其他事業若想進入此項產業必須完全依從產業標準，而一旦依從產業標準則無可避免地構成專利侵權，除非取得該專利授權聯盟的技術授權並繳納權利金。然專利權利金的數額高低往往影響被授權人的利潤，甚至公司的存亡，然而當產業標準係依據專利技術制訂時，被授權人往往有不得不接受不合理授權條款的壓力，造成授權人與被授權人之間授權契約談判籌碼的極度不對等，致使權利金的高低往往無法依據市場機制決定，因而導致市場失靈之結果。

智慧財產權的獨占濫用常顯現在價格訂定及權利金收取的爭議上。以愛滋病專利藥為例，在全球感染愛滋病的 3600 萬人中，大約有 2500 萬位於撒哈拉以南地區。有一些非洲國家，更超於 1/4 的人口感染了愛滋病，這些國家人口壽命預計在未來十年內將會

大幅度下降。以南非為例，受到愛滋病的影響，預計到 2010 年，人口壽命將下降 20 歲。因此，當前愛滋病問題的焦點聚集在讓患者有能力支付必要藥品。在經濟富裕的工業化國家，愛滋病患者可以獲得用於救治的藥物，愛滋病的死亡率已經大大降低。然而，用於標準治療的抗逆轉錄病毒聯合用藥(antiretroviral)，每年需要花費 10,000-15,000 美元。如此昂貴藥價使發展中國家的病人根本無法獲得必要的治療，而 95%的病人正是來自這些國家¹。鑑於價格高昂的藥物治療費用引起的發展中國家的健康危機問題，引起了全球公眾的關注。愛滋病藥物是藥品基於專利權而佔有獨占地位，進而採取獨占性定價的一個典型代表，除此之外，還有其他大量的例子，由於擁有或控制藥品專利權的大公司，在專利權的保護下阻礙了其他公司和產品的競爭，使救治威脅生命的藥品價格高得讓許多病患購買不起。探究其原因，藥品的價格與製藥公司的獨占間具有直接關聯，而製藥公司的獨占又源於藥品專利權的保護和支持。

再者，2001 年台灣廠商巨擘等公司向公平交易委員會，檢舉飛利浦等公司利用其於 CD-R/RW 技術具有壓倒性優勢，為一獨占事業。於授權契約訂有「以淨銷售價格 3% 或日幣十圓中之較高者」為權利金之給付標準，由於訂約時，可錄式光碟市價約日幣三百餘圓，故以淨銷售價格 3% 或日幣十圓計價，差距不甚顯著，惟現今可錄式光碟市價大幅下跌，倘以日幣十圓計算，則權利金比例高達百分之二、三十以上，顯有濫用其市場力量現象。這五年來，在台灣、美國、歐洲的爭議不斷，我國公平會曾明確地作出獨占濫用之處分，違反公平交易法²。

而飛利浦公司在 2006 年初推出 Veeza 授權方案，每片 CD-R 光碟片權利金雖由 4.5 美分（約新台幣 1.44 元）降至 2.5 美分（約新台幣 0.8 元），但權利金費用仍占售價的二至四成，到 2006 年六月為止，仍沒有一家台灣廠商簽新約。鍊德、中環、精碟與達信等四大光碟片廠日前聯手向公平交易委員會提出檢舉，指控飛利浦 CD-R 光碟片的新授權模式 Veeza，涉嫌違反公平交易法。台灣光碟片業者認為過高的權利金讓公司營運艱辛，然大陸等地光碟片業者長期拒交權利金，飛利浦公司一直束手無策，對守法交權利金的

¹ 胡美云，爭取藥品大眾化—藥丸、專利和利潤，來源網址：
<http://www.twchinese.org.my/iprs/intellectual2/c1.html>。

² 本段資料取自行政院公平交易委員會處分書，(九十)公處字第 0 二一號。此案後續經被處分人向行政院提起訴願，復經訴願委員會發回(行政院訴願會九十年十一月十六日台九十訴字第 0 六七二六六號、九十年十一月二十六日台九十訴字第 0 五九四四三號及台九十訴字第 0 六七四 0 一號行政院決定書)，公平交易委員會復於 2002 年 4 月 25 日做出第二次處分書，詳見行政院公平交易委員會處分書，公處字第 0 九一 0 六九號。

台灣業者相當不公平³。後續 3C、6C聯盟關於權利金的爭議也持續發生中。

另外，自從 1999 年國際電信聯盟標準機構選擇 CDMA 作為第三代移動技術即 3G 技術的標準後，由於高通公司(Qualcomm)擁有與 CDMA 無線通信標準相關的關鍵專利權，只要你想生產 CDMA 相關設備，無論是手機、基地台還是交換機等等，都必須付給高通公司專利授權金。因此高通公司是否處於獨占地位，濫用其獨占地位收取高額授權金的爭議就一直存在。在 2005 年 10 月底，諾基亞和易利信等六大電信公司分別向歐盟提起申訴，請求歐盟就高通公司在 3G 移動技術基本專利授權方面的做法展開調查，並制止高通公司的反公平競爭行為⁴。毫無疑問，3G CDMA 技術的使用費用是此次訴訟的導火索。由於高通公司擁有大量專利，其他廠商在發展 3G 技術時，需要和高通公司簽署智慧財產權授權協定。諾基亞、易利信、博通、NEC、諾基亞、松下和德州儀器六大電信公司認為，高通公司對 W-CDMA 標準有較少重要貢獻，在技術方面收取的費用“過高且不合理”，並認為高通公司這樣做的結果將導致 W-CDMA 手機和網路費用的高漲⁵。還有 Broadcom 亦於 2005 年中於美國對高通公司提起相同的反托拉斯(antitrust)訴訟⁶。

此外，微軟公司的視窗作業系統自 1995 年 Windows 95 作業系統推出後，即取得一定的市場地位。在微軟公司視窗作業系統處於獨占地位的同時，微軟公司是否濫用其市場支配力量，而對於市場競爭或秩序造成影響，為各國競爭法關切的重點。歐美國家主要注意視窗作業系統中綑綁微軟公司的網路瀏覽器 (Internet Explorer)、影音媒體播放器 (Media Player) 及即時通訊軟體 (MSN) 的搭售問題⁷。但微軟視窗作業系統售價是否過高問題，我國公平會於 2002 年時，曾就此售價問題與微軟公司達成和解⁸。

由上述的爭議可知，智慧財產權的獨占性訂價的問題，常常是智慧財產權濫用爭議

³ TISA：飛利浦 CD-R 專利授權新策不合理，電子工程專輯，來源網址：
http://www.eettaiwan.com/ART_8800406257_480702_67d61b54200602.HTM。

⁴ 張偉，高通被訴的啟示，來源：<http://column.chinabyte.com/220/2185720.shtml>。

⁵ 諾基亞等 6 公司向歐盟申訴指控高通涉嫌壟斷，通信世界網，來源網址：
<http://www.cww.net.cn/News/2005/11/34610.htm>。

⁶ 博通提起反托拉斯訴訟，防止高通壟斷 3G 時代，電子工程專輯，來源網址：
<http://bbs.pcworld.com.cn/archiver/?tid-2576.html>。

⁷ 崔汴生，美國司法部控告美國微軟公司訴訟案，來源網址：

<http://www.ftc.gov.tw/2000010129991231765.htm>；微軟壟斷案大事記，來源網址：

<http://www.epochtimes.com/b5/1/7/7/n107092.htm>；賴安國，智慧財產權行使與獨占經濟力濫用，台北大學法律研究所碩士論文，2003 年，頁 174 以下。

⁸ 陳建好，從獨占事業濫用優勢地位論過高價格之管制-以歐盟為例，中原大學財經法律研究所碩士論文，2003 年，頁 147-149。

的核心問題。然競爭法該如何看待此一問題為本論文所欲探討的重點。

1.1.2. 研究目的

從爭議已久的專利藥價格過高的議題，到近年來科技產業專利授權金過高的爭議，儘管世界各國競爭法極不願意介入智慧財產權價格的管制，原因或許為基於市場機制下市場自癒能力的思維，亦或許是這些先進國家為智慧財產權下的獲利者。儘管各國對於智慧財產權禁止某些獨占濫用行為，以消除妨礙競爭的行為為主要的管制做法，但上述爭議中根本問題之一，在於獨占性訂價下的高價，又在智慧財產權之保護下，廠商進入障礙很高，即使獨占市場的廠商不採取阻礙新進廠商的行為，一般情況下，廠商還是難以進入該市場。在廠商進入門檻相當高的情形下，仍對價格管制採取放任的態度，結果可預期的就是企業追求其最大的利益，盡其可能訂定高價，也就是所謂競爭法上的「榨取濫用」，不利於整體社會福利，亦可能影響社會經濟的發展。在市場失靈的情況下，市場自癒的能力大幅下降，價格的管制為不得不為的措施，這也是世界上大多數的國家競爭法保留價格管制法源的原因。但價格管制的操作上困難，包括價格的計算及管制的成本，一直困擾各國競爭法主管機關。

本論文鑑於智慧財產權與競爭法間的特殊關係，但智慧財產權人在智慧財產權法保護下，獨占性訂價的爭議有越演越烈之趨勢。本論文的研究目的在於市場自癒能力有所限制時，討論智慧財產權獨占性訂價之管制，在智慧財產權法及競爭法間政策面之適法性，並以智慧財產權的角度切入，在獨占性訂價管制之操作面，試著尋找適當的管制方法，以調和智慧財產權法與競爭法之間的衝突。同時達到保護發明人或創作者，促進創新，並兼顧市場秩序的維護。希望透過本文研究，提供智慧財產權獨占性訂價管制的適用時機及訂價管制的參考標準。

1.2. 研究方法及範圍

1.2.1. 研究方法

本論文之研究方法主要是透過文獻整理、案例分析及法律經濟分析等方式進行。

一、文獻回顧法：整理國際上的現況報導、歐美各國研究資料與國內的現況，經由文獻回顧、收集與整理分析的工作，以研究本論文議題。使用的文獻包含期刊論文、政府公報、雜誌、研討會文獻、網路資料及報刊消息等書面資料。

二、案例研究法：針對與本文相關之國內外案例，討論及比較各國主管機關及法院的政策與態度。

三、法律的經濟分析法：價格管制離不開一些價值判斷問題，嘗試透過經濟效益的觀點加以評價。



1.2.2. 研究範圍

關於智慧財產權獨占管制的議題，在學界討論非常的多，甚至實務上法院的判決案例及主管機關的法制規範，也都針對智慧財產權的濫用予以規範限制，例如，歐美日等先進國家對於智慧財產權授權予以某些行為的限制，以避免智慧財產權人濫用權利。競爭法對於獨占管制的手段，以行為管制為主要的方式，但在許多智慧財產權的案例，例如，專利藥價格過高、飛利浦 CD-R/RW 授權案等案例，行為管制能夠發揮的效果有限。且在智慧財產權保護下，廠商進入門檻相當高，獨占性訂價的爭議層出不窮，似乎回歸績效管制的方法，方是治本之道。

本文係從智慧財產權之特性及實施態樣，兼顧智慧財產權鼓勵創作，保護創作人為出發點，研究在智慧財產權發生獨占性訂價時政策面適法性及操作面的方法，並以專利權及著作權為例，進一步探討獨占性訂價之解決之道，重點試圖找尋適合的價格管制的

操作方法。

1.3. 論文架構

本論文先從智慧財產權法及競爭法基礎介紹切入，瞭解兩者法制發展歷程、立法目的及保護範圍。再進一步討論智慧財產權獨占性訂價的政策面考量，最後以智慧財產權獨占性訂價的操作方式為研究的重點。

本論文第二章為智慧財產權與競爭政策概論。首先，分別從智慧財產權及競爭政策的發展歷程，瞭解智慧財產權法制及競爭法制的精神與宗旨，並釐清兩者間立法目的的衝突。進一步以促進創新的角度切入，尋求智慧財產權法與競爭法間的平衡點，調和兩者的衝突，使其扮演好各自適當之角色。

本論文第三章為智慧財產權獨占性訂價管制之政策考量。首先，從獨占性訂價對於市場經濟的影響討論起，再就現行歐美各國競爭法上對於獨占性訂價管制的看法進行瞭解。其次，考量智慧財產權獨占管制的適法性及探討智慧財產權特定市場之認定。最後，加入各國智慧財產權獨占性訂價相關案例探討，說明獨占性訂價管制的必要性。

本論文第四章為智慧財產權獨占性訂價管制方法。本章為本論文之重點，首先，透過智慧財產權的價值或智慧財產權侵權損害賠償的估算方法，瞭解智慧財產權價值，以評估競爭法的管制是否造成智慧財產權制度的破壞；另基於公用事業形成的原因及成本結構與智慧財產權間有不少相似之處，深入瞭解價格管制的作法實具有參考的價值；再從競爭法管制獨占濫用的角度，瞭解現行競爭法獨占性管制的理論基礎與方法。最後，智慧財產權的獨占性訂價問題，為競爭法獨占管制的特殊議題，本論文以專利權及著作權為例，以智慧財產權的特性為出發點，分別討論獨占性訂價的評估方法。

本論文第五章為結論。本論文對於目前存在之智慧財產權獨占性訂價的爭議，肯定保留價格管制的方法，作為競爭法維持市場秩序的最後手段。但基於智慧財產權鼓勵創作的特性，在操作的手法應有不同於一般競爭法的考量，提供一些未來管制方法上之建議。

2. 智慧財產權制度與競爭政策概論

2.1. 智慧財產權制度

2.1.1. 智慧財產權之簡介

「智慧財產權」(Intellectual Property Rights, IPR, 中國大陸稱之為「知識產權」)係指人類精神活動之成果而能產生財產上之價值者,由法律所創設之一種權利。因此,「智慧財產權」必須兼具「人類精神活動之成果」,以及能「產生財產上價值」之特性。就「人類精神活動之成果」之特性而言,如果僅是體力勞累,而無精神智慧之投注,例如,僅作資料之辛苦蒐集,而無創意之分類、檢索,並不足以構成「人類精神活動之成果」。又此一「人類精神活動之成果」如不能「產生財產上價值」,亦無以法律保護之必要,必須具有「財產上的價值」,才有如一般財產加以保護之必要¹。

「智慧財產權」同時也是一種「無體財產權」²,亦即其保護客體並無一定之有形物體,純屬為法律上抽象存在之概念,其與汽車、房屋等屬於「有體財產權」之物權並不相同,二者有時並存,有時也不同時存在。當轉讓一件智慧財產權所附著之有體物時,如無特別約定,通常僅屬該智慧財產權所附著有體物之所有權之轉讓,屬物權之讓與,至於智慧財產權則仍未移轉。而通常於轉讓「智慧財產權」時,並無附隨其所附著之物之所有權。例如,購買一幅畫時,僅購得該畫之所有權,而不包括畫之著作財產權,因此不得加以重製。而購得該畫之著作財產權時,縱使該原畫已滅失,或歸他人收藏,受讓著作財產權之人仍得重製該畫。「智慧財產權」與一般有體財產權不同,其本質上有如下之特徵:

1. 兼具人格權之特徵。智慧財產權不僅保護財產方面的權利,亦顧及精神層面之保護,

¹ 謝銘洋,智慧財產權之概念與意義,收錄於月旦法學教室試刊號,元照出版有限公司,2002年10月,頁107。

² 施啓揚,民法總則,三民書局,1994年9月,頁28。

提供創作發明人在人格權方面的保護³。

2. 不具有形物體。雖然智慧之創作與發明多數會與有體物相結合，例如，標有商標之產品、依專利方法所產生之商品、著作權保護的小說或 CD，但其並不一定附著於有體物上，或藉有體物而散布，例如，專利之方法、表演或演說，並無形體存在。即使與有體物相結，智慧財產權與其所附著之物的物權也不相同，例如，專利物品或附有商標之產品的所有人或書籍小說的所有人，其並不是專利權人、商標權人或著作財產權人，雖享有物的所有權，但因不是智慧財產權之權利人，並不得行使智慧財產權。

3. 分散性。一般所有權任何人占有該物則排除他人占有及使用，智慧財產權則無此問題，除法律上限制必須經授權始得利用外，可同時被不同的人使用，越多人使用更能增加或突顯其重要性。

「智慧財產權」依據 1967 年「成立世界智慧財產權組織公約」⁴第二條第八款規定，「智慧財產權」包括以下之權利：

1. 文學、藝術及科學之著作。
2. 表演人之表演、錄音及廣播。
3. 人類之任何發明。
4. 科學上之發現。
5. 產業上之新型及新式樣。
6. 製造標章、商業標章及服務標章，商業名稱及營業標記。
7. 不公平競爭之防止。
8. 其他在產業、科學、文學及藝術領域中，由精神活動所產生之權利。



³ 我國著作權法第十五條至第十七條、專利法第七條第四項。

⁴ 參閱世界智慧財產權組織網站之「關於智慧財產權」(About Intellectual Property)，來源網址：<http://www.wipo.int/about-ip/en/>。

智慧財產權法制之立法目的，在於透過法律，提供創作者或發明人專有排他的權利，使其得自行就其智慧成果加以利用，或授權他人利用，以獲得經濟上或名聲上之回報，鼓勵有能力創作發明之人願意完成更多更好的智慧成果，供社會大眾之利用，提昇人類經濟、文化及科技之發展⁵。以下就專利權及著作權進一步介紹。

2.1.2. 專利權

2.1.2.1. 專利制度的起源

Patent這個字是來自拉丁文的litterae patentes，其原意是指公開信件，那是中世紀的統治君主用來授予權利及恩典的公開文件。該信件蓋上君主的印璽之後，這封公開信件便成爲一種權利的證明，見該信者皆應服從。早在西元 500 年左右，根據歷史學家Phylarchus的說法，古希臘時期，凡是糖果糕餅的廚師，發明獨特食品或料理時，可給予一年期間的特權，而不允許他人調製該食品。此一政策目的在於引誘他人想出更好的食物或料理。而真正對產業上的發明予以專利，最初期的紀錄可溯至中世紀義大利的佛羅倫斯。在西元 1421 年藝術家兼技術者的Brunelleschi發明了輸送建築所需大理石之起重機，而獲三年期間的獨占權⁶。此種事例與在Sybaris給予糕餅製造者獨占權的原理幾乎相同。

除了佛羅倫斯外，義大利的威尼斯於 1474 年 3 月 19 日制定了專利法（Venetian Patent Law）⁷。伽利略於 1594 年自威尼斯共和國獲得一汲水系統的專利。但此時威尼斯共和國與其他歐洲王國給予工商業者特權，均是基於政治與經濟的意圖。例如，中央集權、財政的強化或是打破同業公會使經濟活潑化，以及期待外國技術與技術者之移入等⁸。也就是說，他是基於權力者單方面的政策來推行，而非以市民的請求爲基礎而產生者，

⁵ 美國最高法院於Shaw v. Cooper (32 U.S. 292, 8 L. Ed. 689, 1833) 一案之判決中指出「專利法乃兼顧公共利益及發明人利益而設計，對於一項有價值之發明，發明人依照相當之條件公開其發明，而於特定期間內享有銷售該發明所產生之利益，此爲實施該巧思及技術提供誘因，而使發明有益於社會及發明人」；謝銘洋，前揭註 1，頁 117。

⁶ John Gladstone Mills III, Donald C. Reiley III and Robert C. Highley, Patent Law Fundamentals 2d. ed., 2004, Part I. Basic Principles of Patent Protection, Chapter 1. What a Patent Is; Donald S. Chisum, Craig Allen Nard, Herbert F. Schwartz, Pauline Newman F. Scott Kieff, Principles of Patent Law Cases and Materials, Foundation Press, 2001 2nd ed, p.2.

⁷ 鄭中人、李復甸，智慧財產權導論，五南圖書出版有限公司，1999 年初版，頁 11。

⁸ 鄭中人、李復甸，前揭註 7，頁 12。

與現代專利制度之精神有別。

十三、四世紀的英國工商業正在發展初期，國王對於願意從事冒險事業的都市，賦予獨占地位的特權，交換條件是付一定的金額或每年之貢物給國王。此種獨占與排他特權不僅涉及奢侈品、製造品，甚至生活日用品也包括在內。此制度慢慢擴展至各商業都市，結果產生了獨占的同業公會，因而引進技術工人時受到各產業之同業公會的限制，除非給予引進的技術工人某種特權，使其能自由營業或實施發明⁹。此種特權是對特定的個人在一定的營利活動給予獨占，依據主權者或官廳所給予的一定要求文書，這種文書稱為特許狀或專利證書（Letters Patent），原係指一種公開文書而言，此種特許狀授與在英國愛德華二世及三世時廣為使用，沿用至今Patent一字為「專利」之通稱。

英國於 1623 年制定獨占條例是為第一部專利相關的成文法¹⁰。獨占條例第六條規定「真正且最先的發明者，於使用國內新產業的方法製造生產後起十四年間，給予可防止他人行為的保護之特權。此事並未違反法律的精神，對國家亦無害處。」同法第二條則規定特許的種類、效力、有效性，均由習慣法來決定。該法於 1869 年作最後的修正。此獨占條例在 200 年間為各國專利之立法所追從。故通常均視英國的獨占條例為現代專利制度的開端。



1641 年麻州議會將美國最早的專利權「鹽的製造法」授與給Winslow，為期十年。其後康州、維吉尼亞州、南加州、紐約州等先後承認發明的獨占權。1789 年美國憲法制定，第一條第八項中記載「國會...為了促進科學與有用技藝的進步，針對著作物以及發現，應給予著作者及發明者一定期間之排他權利」。此導致 1790 年美國專利法的制定¹¹。到了十九世紀末期，很多的國家都制定了專利法。今日，世界上大多數國家均已設置專利審查及管理機構以處理科技發展所產生的各種發明專利申請。目前世界貿易組織及世界智慧財產權組織也均致力於使各國的專利制定進一步調和。

而我國專利制度之萌芽始於清光緒二十二年頒布之「獎給商勳暫行章程」，專利法規則始於民國元年十二月，工商部公布之「獎勵工藝品暫行條例」，就發明或改良製品，分別予以五年內之專賣權。民國十二年農商部修正為「暫行工藝品獎勵章程」，由十三

⁹ Donald S. Chisum., note 6, p.14.

¹⁰ Donald S. Chisum, note 6, p.15.

¹¹ Donald S. Chisum, note 6, p. 17.

條變為十九條，並增加施行細則二十一條。獎勵範圍擴大為首先發明及改良之物品與方法，均可給予專利。民國二十一年公布「獎勵工業技術暫行條例」二十九條及細則二十七條，此時我國專利制度已成型。民國二十八年公布「獎勵工業技術暫行條例」，其獎勵範圍除發明外，還包括新型及新式樣。直至民國三十三年五月公布了我國第一部專利法，並於三十八年一月一日施行。此後經歷多次的修正，成為現行之專利法¹²。

2.1.2.2. 專利制度的目的

專利制度係由國家對於符合一定發明要件之發明賦予發明人（申請人）一個排他的專屬權以獎勵發明與創作，而發明人則必須於專利申請書中揭露其發明的詳細內容使熟悉該項技藝者能據以實施或者使社會大眾得以一窺其發明，激盪出更進一步的發明¹³。如此專利法用以提升社會整體之技術水準。

美國 1790 年制定第一部專利法(1790 Patent Act)，其第一條規定任何人發明(invent)或發現(discover)任何有用且尚未被公開或使用之技術、製品、引擎、機械、元件或其改良品，皆得申請並獲准專利¹⁴。再如何強調都不為過的是，美國憲法賦予國會制定專利法的權力，其目的是為了促進實用技術的發展；而以專利法賦予發明人專利權，僅是為了達成「促進實用技術發展」的一種手段。

以行政法的角度看待專利法，其無疑係屬一種特別之行政法規。依據行政法理中重要的「公益原則」，行政機關之作爲除了必須受法律規範之外，另一就是必須受公益(allgemeine öffentliche Interesse)所支配¹⁵。此由行政程序法第一百十七條第一款之「不得撤銷事由」、訴願法第八十三條第一項之「情況決定」、以及行政訴訟法第一百九十八條之「情況判決」之立法理由可見一般。因此，專利權法最重要的精神在於提升產業技術的進步，倘若公益與私益有所衝突時，應該以保護公益做為優先考量。

¹² 黃文儀，專利實務，第三版 第一冊，2002 年 9 月，頁 67。

¹³ 黃文儀，前揭註 12，頁 120；謝銘洋，智慧財產權基本問題研究，第三篇 保護技術創新之智慧財產權，翰蘆圖書，1999 年，頁 202-203；何愛文，論專利法制與競爭法制之關係--從保護專利權之正當性談起，台灣大學法律系博士論文，2003 年 2 月，第二章第三節。

¹⁴ Article 1 of 1790 Patent Act: "any person . . . [who] hath . . . invented or discovered any useful art, manufacture, engine, machine, or device, or any improvement therein not before known or used. . ."

¹⁵ 吳庚，行政法之理論與實用，增訂六版，三民書局，2000 年，頁 61。

因此，專利法賦予發明人專利權僅是為了達成「促進實用技術發展」的一種手段，專利法最重要的目的是要促進科技的進步¹⁶，而不只是在保護發明人的利益，亦不只是在保護企業對研發的投資。唯有當對於專利權人的保護可以促進實用技術的發展時，專利法才有保護其權利的必要；反之倘若對於專利權人的保護非但無法促進實用技術的發展，甚至可能有害時，便不應以法律保護之。因此，當專利權人與被授權人因授權契約發生糾紛，或者專利權人向侵權者主張侵權行爲，或者國家主管機關在決定是否要接受強制授權的申請時，應該以當事人之背後所代表的科技進步及社會福祉加以衡量，而不是僅以專利權人的利益來考量。

2.1.2.3. 專利權的範圍

當專利申請權人將其發明申請專利時，其必須將該發明的技術揭露，且技術公開的程度必須已達熟習該項技術者皆可依其專利說明書而據以實施的地步¹⁷。如此一來，一旦專利被公開或公告，專利權人的技術將爲社會大眾所知悉，因此專利法必須賦予專利權人一定的權利，以免其白白將技術揭露給大眾。因此當某一發明在某一國家申請並取得專利之後，在該專利有效期間內，專利法賦予專利權人阻止任何人在該國實施該發明的權利，包含獨立研發出該發明的無辜侵權者(innocent infringer)¹⁸，以保障專利權人的權益；換言之，倘若某人係在完全不知該專利存在的情形下獨自研究發展出相同的發明，即便他完全沒有仿冒的意圖及行爲，仍不得實施其自行研發的成果，除非得到專利權人的授權。此外，專利權人在專利法上所取得的排他權除了由自己來執行外，亦可以販賣或授權予他人來執行以獲取權利金¹⁹。

專利法所賦予專利權人的權利，包含排他權(exclusive rights)²⁰與移轉權。

一、排他權

當一發明申請並取得專利權後，專利權並不當然賦予專利權人實施(practice)該發明

¹⁶ 我國著作權法第一條「立法目的」規定。

¹⁷ 黃文儀，前揭註 12，頁 120。

¹⁸ Rebecca S. Eisenberg, Patents and the Progress of Science: Exclusive Rights and Experimental Use, 56 U. Chi. L. Rev., 1989, p.1021-p.1022.

¹⁹ Rebecca S. Eisenberg, note 18.

²⁰ 鄭中人，智慧財產權法導讀，三版，2003 年 10 月，頁 14。

的權利，而僅是賦予專利權人排除(exclude)他人實施該發明的權利，因此稱之為「排他權」²¹。TRIPS²²第 28.1 條 35 之(a)款及(b)款分別規定物品專利與方法專利之排他權的範圍，其中(a)款規定倘若專利之標的為一物品，專利權人專有排除第三人未經其同意而製造(making)、使用(using)、為販賣之要約(offering for sale)、販賣(selling)或為上述目的而進口(importing for these purposes)該物品之權；(b)款則規定倘若專利之標的為一方法，專利權人專有排除第三人未經其同意而使用該方法，或使用、販賣之要約、販賣或為上述目的而進口至少由該方法直接製成之物的權利。專利依其種類可區分成物品專利與方法專利兩大類，其中物品專利係指以「物品」、「裝置」做為專利標的之專利，依據TRIPS的規定，任何人未經專利權人之同意而製造、使用、為販賣之要約、販賣或為上述目的而進口專利物品，都將構成專利權之侵害；又方法專利係指以「方法」或「製程」做為專利標的之專利，依據TRIPS 的規定，任何人未經專利權人之同意而使用該方法，或使用、為販賣之要約、販賣或為上述目的而進口由該方法直接製成之物，也都將構成專利權之侵害。本論文將受物品專利保護之物品稱為「專利物品」，將受方法專利所保護之方法稱為「專利方法」，將利用「專利方法」直接製成之物稱為「方法專利物品」。

我國在 2003 年元月新修正專利法²³，已將「為販賣之要約」納入專利法中，成為新的專利侵權態樣。新修正專利法第五十六條第一項規定，物品專利權人，除本法另有規定者外，專有排除他人未經其同意而製造、為販賣之要約、販賣、使用或為上述目的而進口該物品之權；同條第二項則規定，方法專利權人，除本法另有規定者外，專有排除他人未經其同意而使用該方法及使用、為販賣之要約、販賣或為上述目的而進口該方法直接製成物品之權。

二、移轉權

專利權人在取得專利權之後，除了自行利用其技術外，亦可透過技術移轉以獲取最

²¹ 趙晉枚、蔡坤財、周慧芳、謝銘洋、張凱娜合著，智慧財產權入門，元照出版有限公司，2002年修訂版，頁22以下。

²² Article 28, para. 1 of the TRIPS Agreement: “A patent shall confer on its owner the following exclusive rights: (a) where the subject matter of a patent is a product, to prevent third parties not having the owner’s consent from the acts of: making, using, offering for sale, selling, or importing for these purposes that product; (b) where the subject matter of a patent is a process, to prevent third parties not having the owner’s consent from the act of using the process, and from the acts of: using, offering for sale, selling, or importing for these purposes at least the product obtained directly by that process.”

²³ 我國專利法第五十六條第二項。

大的經濟利益。TRIPS第 28 條第 2 項 49 規定²⁴，專利權人必須享有讓與或因繼承而移轉其專利的權利，以及訂立授權契約的權利。依據我國專利法之規定，專利權人除了得讓與、信託或授權他人實施其專利外，尚可將其專利權做質權設定²⁵。

專利權之移轉與有體財產權之移轉有甚大差異，蓋有體財產權之移轉，在動產之情形必須有物之交付，在不動產則須為移轉登記，否則不生權利移轉之效力。然專利權之移轉，無論是讓與或授權，只要雙方合意即生權利移轉的效力，不以有形物（如技術資料）之交付為必要²⁶。至於我國專利法第五十九條規定發明專利權人以其發明專利權讓與、信託、授權他人實施或設定質權，非經向專利專責機關登記不得對抗第三人，係將登記做為一種「對抗要件」，據此專利權之移轉即使未經登記亦可生效。

2.1.3. 著作權

2.1.3.1. 著作權的起源



著作權法在法律歷史上發展算晚，在人類漫長的歷史中，文學、藝術或科學等知識一直都屬於公領域的一部份，並沒有出現禁止複製這些知識的相關規範²⁷；而著作權法制的出現，乃是歐洲在近代資本主義體系興起的背景下，於西元 1450 年 John Gutenberg 發展出活版印刷術後，以販賣複製圖書為生的出版印刷業漸漸興起，並逐步將商品關係擴張至文學領域後才浮現此一問題。給予特定資本排他性的複製權最早出現在西元 1469 年義大利的威尼斯市政府，政府基於鼓勵新生印刷產業的發展，並保障其降低風險，威尼斯市政府給予特定商人印製特定書籍的特別權力，成為歷史上版權制度的濫觴²⁸。

而以作為現代著作權法制化典範的英國著作權法來說²⁹，英國最早的著作權保護出

²⁴ TRIPS 28.2: “Patent owners shall also have the right to assign, or transfer by succession, the patent and to conclude licensing contracts.”

²⁵ 我國專利法第五十九條。

²⁶ 謝銘洋，智慧財產權之性質與特徵，月旦法學教室第二期，2002 年，頁 137。

²⁷ Alfred C Yen, The Interdisciplinary Future of Copyright Theory, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*. 10(2), 1992, p.423-p.438.

²⁸ R.V Bettig, Critical Perspectives on the History and Philosophy of Copyright, in *Critical Studies in Mass Communication*. 9(2), 1992, p.131-p.155.

²⁹ 因英國的安妮法案是歷史上首度以專法保護著作權，且其法體系—複製權體系（Copyright systems）相

現在西元 1476 年，當時活版印刷技術剛被引進英國，一位叫Willian Caxton的商人在 Westminsten建立其印刷事業，英國皇室基於保護出版印刷業之投資，以迅速建立本國的出版印刷工業之理由，加上政治控制實施檢查制度的目的，便採行了排他性的執照制度（Exclusive license），給予印刷商獨占的特權；西元 1557 年，延續之前控制印刷品複製與散佈之目的，一個國家特許的印刷公會（the Stationers' Company）成立，此印刷公會係由一群出版商、印刷商等所形成的基爾特（Guild）組織，按照公會章程規定，一切著作物的重製或輸入，必須透過具有會員資格的出版商才可以進行，而該公會也被賦予檢查並沒收非授權出版品之權力；到了 1570 年代，英國的圖書市場變的較為競爭與商業化，因此書本貿易的著作權保護需要更精確的制度來執行，所以在西元 1662 年，基於對商業貿易的著作權保護體系有更明確的認知，英國通過首部規範圖書貿易的法案—印刷法（the Printing Act），正式對文化商品的貿易進行規範³⁰。

西元 1710 年，被稱之為歷史上第一個有作者權精神的著作權法（Copyright Act）—安妮法案（The Statute of Anne）通過，雖然安妮法案的主要重點仍是對圖書貿易資本獨占利益的維護，但由於圖書市場的競爭，使得圖書商品的創造者—「作者」有了介入市場並要求自身利益的機會³¹；而安妮法案確實也反映了此一社會現實，首先其在法案前言中對印刷商與出版商出版未經作者同意之作品的行為予以譴責，並在第一條規定著作人與受讓人享有十四年重製的專有權，雖然法案表面上是作者權益獲得聲張的結果（也因此安妮法案被視為宣稱作者權益的法律基礎），但事實上經由此法案，出版資本家也正式建立了取得創作者智慧勞動的正當性與合法途徑，在之後的著作權歷史中，資本家與作者面對的是更為辯證的關係：一方面作者與出版資本面對共同的利益，在爭取著作權保護延長與國際保護拓展的運動上彼此合作，但另一方面，出版資本掌握了生產工具，從作者的智慧勞動中獲取剩餘價值的事實也使出版者與作者間存在著勞動的剝削關係³²。

較於另一主流傳統—法國為主的著作人權體系，就現實而言更能接近現代著作權體制的真實意涵，因此，在這裡乃以英國的著作權體制發展作為現代著作權保護發展的濫觴。

³⁰ J. Feather, *Piracy And Politics—A History Study of Copyright in Britain*. London: Mansell, 1994.

³¹ Feather, note 30。作者的權益與地位在早期版權制度的發展中一直備受忽視，在 15、16 世紀，圖書的作者姓名甚至不會出現在書本中，而一直到了 16 世紀後半期，由於圖書出版數目增加、競爭較之前大，出版者需要作者不斷的創作以投入市場，此時作者才得以利用此一機會要求經濟報酬；第一個利用作者地位得到經濟報酬的是 Sir Water Scott。而第一個官方有登記，經由其創作之版權獲得經濟利益的是 John Milton，其著作取得十磅的報酬，而七年後其版權的所得為七磅。

³² Feather, note 30。

2.1.3.2. 著作權的特質

著作權法制與其所規範的文化、資訊產品有以下的特徵：

一、資訊文化商品的公共財特質與意義

智慧財產權保護的主體：資訊或構想，其本質為一公共財，具有不會耗盡（inexhaustible）、非排除性（nonexcludability）、共同性（jointness）（可同時使用）、與邊際消費成本為零等特質³³，而資訊或構想的附著物或其有形形式（materialized forms）則具有易於複製且複製成本低之特色，因此易傳播散佈，另外智慧財產或著作權主體並不會因為使用次數或使用人數增加而產生耗盡或損失，如廣播或藥方，並不會因多一點人的使用而增加其成本或減少其使用壽命，反而越多人的使用將會使社會利益增加。而相反的，如果要排除某些人的使用，反而要付出很高的社會成本來建立排除性的獨占制度，對社會整體利益不利。因此，智慧財產具有公共財的特質，宜由政府提供津貼、補助、來鼓勵發明與創作，使用者僅需付出複製成本，使智慧財產使用極大化，資訊自由流通，社會利益也極大化。

另外，著作權商品與一般商品的相異點在於其規範的主體為一文化性或資訊性產物，資訊的接近性涉及人權、權力與社會公平正義原則³⁴，資訊貧富的差距不僅影響人基本的社會權利，也是造成社會不平等的開始。除此之外，文化商品的特色是其所負擔的意識型態具有教化與影響人思想、態度及行為的效果，因此著作權法制對文化商品供給流通所造成的控制效果，值得令人格外深思。

二、著作權法的公共利益取向與私人利益間之衝突

智慧財產與資訊的散布有利於社會利益，然而在資本主義私有制的社會中，生產工具為私人所有，創造與發明都是為商品化與資本蓄積做準備，因此，如果沒有建立排除他人使用以及預防複製的制度，則一旦發明產生，很快便會有人仿冒生產，使原發明商之經濟報酬率受損，影響其開發新發明或推出商品的動力，如此將影響社會的進步，並

³³ 蔡英文，公平交易法與智慧財產權，資訊法務透析，1991年7月，頁36-49。

³⁴ Alfred C Yen, note 27, p. 436.

使公共利益下降³⁵。因此，爲了保障廠商投入的資本，政治力必須介入來排除無付費者的使用以及防止複製的產生；但一旦給予廠商、出版商獨占或排他性的權益，廠商就會提高著作物的價格，甚至訂定獨占價格，使一般大眾接近使用這些資訊的機會變少³⁶；因此，雖然著作權號稱可以刺激著作發明的增加，但卻限制了公眾使用的權利，使資訊流通、接近使用權等社會利益受到威脅，社會整體利益下降³⁷。所以如何維持出版商與公眾利益的平衡，使出版商願意生產而公眾又有合理、公平的使用機會，成爲一般學者用來衡量著作權制度合理性的標準³⁸。

2.1.3.3. 著作權的目的

以我國著作權法第一條述明著作權法之目的，乃在於「保障著作權人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展」。由條文可知著作人之權利保護乃是著作權法之主要目的，以精神之勞動所獲得之成果，亦應獲得如有體物之所有權保護。再者，著作權法第一條又標明「調和社會公共利益」及最終目的在於「促進國家文化之發展」，指出著作權應受保護，但爲社會公共利益，著作亦應爲大眾合理使用及應予以限定保護期限，另著作權法固然保障著作權人精神所有權，但另一層面則在於藉此鼓勵文化之創作與進步，不能因過度保護著作權人而阻礙文化之發展，致妨害文化之累積。如保護著作權人過度，限縮社會之合理使用太嚴格，或著作權保護期間太長，將使文化發展停滯，如此則非著作權法之最終目的³⁹。

2.1.3.4. 著作權的範圍

著作權係對人類精神創作成果之保護，而精神創作爲一個人人格之具體表現，因此法律不僅賦予創作者財產上之權利，使其得以取得實質上之經濟利益，而且通常對於其人格上之表現以予以肯定並加以保護，而賦予其一定之人格權。著作權具有財產權與人

³⁵ 邱振崑，論智慧財產權的國際貿易爭議，台灣經濟金融月刊，第 30 卷 3 期，1994 年，頁 91-104。

³⁶ Alfred C Yen, note 27, p. 425.

³⁷ J.S. Lawrence and B. Timberg, Fair Use and Free Inquiry—Copyright Law and the New Media, New Jersey: Ablex Publishing Corporation, 1989.

³⁸ Alfred C Yen, note 27, p.423-p.424.

³⁹ Alfred C Yen, note 27, p.425.

格權之特徵，依我國著作權法對著作權之定義，所謂著作權係包括因著作完成所生之著作人格權及著作財產權，詳細說明如下：

一、著作人格權

所謂著作人格權（moral right），乃指著作人對於自己之著作所有之人格的、精神的利益且得以受保護之權利。著作權中的人格權係基於人類之精神創作而對創作人所賦予之權利，是以其人格權係建立在創作人對其著作或發明之人格關連性上，必須要有精神上之創作始得享有著作權之人格權。我國現行著作權法規定著作人格權包含公開發表權、姓名表示權及同一性保持權等三種⁴⁰。

二、著作財產權

所謂著作財產權，係指受法律保護之多種著作利用型態之財產上權利，此種權利係專有獨占的利用且可處分之支配權，性質為一種類似物權之權利。包含重置權、公開口述權、公開播放權、公開上映權、公開演出權、公開展示權、改作權、編輯權、出租權等。

著作權財產權是創作人最重要之權利，因為創作人藉著法律所賦予之財產權以極具有獨有性、排他性之權利內容，使得以實現其經濟利益，並獲得實質上的鼓勵。著作權為無體財產權，是一種獨立於有形物之所有權以外，而且與物之所有權無關之權利，因此縱使精神創作物所藉以表現之有形物所有權移轉讓與他人，其智慧財產權並不隨之而移轉；反之著作權之讓與亦不以有形物之交付為必要⁴¹。

2.2. 競爭政策之介紹

2.2.1. 競爭機制的優點

迄今為止，全世界除極少數國家之外，都紛紛走上了市場經濟的道路，可以說，全

⁴⁰ 羅明通，著作權法論，台英國際商務法律事務所，1997年，頁33。

⁴¹ 羅明通，前揭註40，頁34。

世界已經出現了市場經濟一體化的趨勢。而適度的競爭在完善的市場經濟體制中扮演著重要的角色。完善的市場經濟主要強調經濟發展，盡可能提高整個社會的富裕水平，而經濟制度的這項任務主要靠市場競爭來承擔。因為市場競爭能促進與改善國民經濟供應方面的決策結構，推動經濟的發展。企業為適應市場經濟的要求，不斷地改進產品和進行技術革新、節省原料與資金、降低成本，調整企業體質，提高開拓能力，增強競爭實力，以便使自己在日趨激烈市場競爭中脫穎而出，同時帶給社會更新、更廉價的商品。如果沒有了競爭，市場經濟缺乏活力，所以西方的經濟學家、社會學家和政治家都特別重視競爭，致力於保護競爭，認為它是完善的市場經濟的核心。他們之所以如此重視競爭原則，這是因為在他們看來競爭在完善的市場經濟體制中非常重要的，具不可替代的作用。他們認為“在市場經濟中，競爭有兩個任務，即保證最大成就和分散經濟權力”。在完善的市場經濟體制下，經濟過程是由個人和企業在市場上按供需狀況自由地進行決策。這些分散的決策如何協調呢？他們認為也是通過適度的競爭來完成的⁴²。

以美國為例，市場自由競爭機制一直以來都是美國經濟的基礎。即使過去二十年來，反托拉斯法用於加強消費者福利之時，自由競爭機制的保護仍舊是最優先考量的因素。美國傾向採用反托拉斯法，而非採用管制的手段來維持市場之競爭⁴³。經濟學上也肯定市場自由競爭機制是有益提升社會整體福利。由經濟學理論，可以知道事業間的競爭可提升生產能力，同時可以降低價格。反之，事業獨占不僅會造成事業提高產品價格，剝削消費者福利，更可能事業為了追求生產者最大利益，而減少生產量，導致整體福利下降。經濟學理論中亦證實有效的競爭是最佳的機制，透過競爭機制可以達成產品或服務價格、品質及選擇性的最佳化⁴⁴。更甚之，競爭機制除了可以增加現在產品市場消費者福利，對於產品的改良或新產品的開發亦有激勵作用。事業獨占會減少事業開發或改良產品及服務的動力。

建立公平合理的市場競爭環境，是完善的市場經濟體制的支柱，也是維護市場的先決條件，只有這樣，才能有效發揮競爭機制和市場機制的的作用。

⁴² 莊春發，論競爭，反托拉斯經濟學論集 上冊，2002年9月，頁63-90；張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏，經濟學理論與實際 二版，1993年，雙葉書廊，頁166-169；馬濤，論市場經濟的基本特徵，來源網站：<http://base.lnu.edu.cn/news/slwl.html>。

⁴³ 張長樹，公平交易法之基礎，收錄於公平交易法新論 二版，賴源河 編審，元照出版有限公司，2002年10月，頁7。

⁴⁴ 張清溪等，前揭註42，頁166-169。

2.2.2. 競爭法的發展歷程

美國執行競爭政策至今已有一百餘年歷史，在美國通常以「反托拉斯法」(Antitrust Law)一詞替代「競爭法」。美國的競爭法或者說反托拉斯法主要是由三個基本法律及其相關的修正案所建構，這三個基本法律案，包括 1890 年的休曼法(Sherman Act)、1914 年的克萊登法(Clayton Act)與聯邦貿易委員會法案(FTC Act)。1890 年之休曼法 (Sherman Act)，其第一條規範企業之聯合行爲，第二條則禁止企業之獨占行爲。因休曼法之執行成效未如預期，美國國會乃又於 1914 年通過克來登法 (Clayton Act) 及聯邦貿易委員會法 (Federal Trade Commission Act) 二法案。美聯邦貿易委員會爲聯邦貿易委員會法之執行機關，與司法部共同分擔執行克萊登法之責任⁴⁵。

一、休曼法(Sherman Act)

休曼法爲商業活動免受不當的契約限制或獨占之害之法律，該法律最終於 1890 年獲得國會通過正式實施。休曼法的第一條及第二條是該法的關鍵條款，其第一條主要內容謂：任何契約、組成托拉斯的形式或者是共謀而限制州際間或與外國的商業貿易活動，均屬非法⁴⁶。第二條主要內容謂：任何獨占、企圖獨占，或者與他人共謀以達成獨占或部分獨自在州際間或與外國間的商業或貿易活動者，均屬成立重罪⁴⁷。

二、克萊登法(Clayton Act)

國會在制定休曼法時使用了涵蓋範圍廣泛的法律用語，雖然可以適用到任何可能違反競爭的情況上，但是過於籠統反而不易於操作，加上部份利益團體也不願意見到法律

⁴⁵ 王志誠，各國公平交易法制之歷史沿革，收錄於公平交易法新論 二版，賴源河 編審，元照出版有限公司，2002 年 10 月，頁 53-58。

⁴⁶ 15U.S.C. §1 “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

⁴⁷ 15U.S.C. §2 “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000 or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

可以毫無限制的適用，另一方面最高法院在 1911 年的標準石油案中根據合理原則解釋休曼法，也引起公眾對於法院過大的自由裁量權所導致的司法執法產生了信任危機，所以美國國會在 1914 年通過克萊登法(Clayton Act)以補充休曼法的內容⁴⁸。

1. 價格歧視，即對於具有相同購買條件的購買者卻以不同的價格銷售商品；該法指出：從事商業的人在其商業過程中，直接或間接地對同一等級和質量商品的買者實行價格歧視，如果價格歧視的結果實質上減少競爭或旨在形成對商業的獨占，或妨害、破壞、阻止同那些准許或故意接受該歧視利益的人之間的競爭，或者是同他們的顧客之間的競爭，是非法的⁴⁹。

2. 掠奪性定價，以遠低於市場行情的價格爭取競爭者的購買者，目的是消滅競爭或者競爭者。該法指出：禁止任何人為對抗競爭者，對於購買人提供折扣、退款、補貼或者是廣告支助，訂出與競爭者不同的價格。同時禁止以消滅競爭或競爭者為目的，以不合理的低價銷售商品⁵⁰。

3. 排他性交易，以要求購買者停止與競爭對手進行交易為條件的交易。該法指出：以契約禁止交易相對人使用競爭者之商品之行爲，此等行爲如果有實質減損競爭或者造成獨占之虞，則屬非法⁵¹。

4. 購併結合限制，該法對於購買股權或結合行爲加以限制，禁止實質減損競爭或可能構成獨占的直接或間接取得他人股權之行爲。並且詳細制定了一套程序規範市業之結合，要求具有一定市場力量之企業在結合前，須向聯邦交易委員會或美國司法部申請核可，如經一段時間上述兩單位未請求法院禁止其結合，方可進行結合⁵²。

5. 董事或主管的競業禁止，該法指出禁止具有一定市場力量的企業董事或經理人同時任職市場上可能有競爭關係的兩家事業⁵³。

三、美國聯邦貿易委員會法(Federal Trade Commission Act)

⁴⁸ 王志誠，前揭註 45，頁 56。

⁴⁹ Clayton Act §2, 15U.S.C. §13.

⁵⁰ 15U.S.C. §13a.

⁵¹ 15U.S.C. §14.

⁵² 15U.S.C. §18; 15U.S.C. §18a.

⁵³ 15U.S.C. §19.

除了克萊登法外，國會也要求成立一專門機構來執行反托拉斯法的任務，於是有了美國聯邦交易委員會法(Federal Trade Commission Act, FTC Act)，該法後來亦編入美國法典第十五編第四十一條至第五十八條，其中最主要的是FTC法第五條，其主要內容為：「商業上或影響商業之不公平競爭方法及不公平或欺罔行為或慣行，視為違法。」本條文制定於1914年，稍後於1938年修正時加入後段有關“unfair or deceptive acts or practices”的規定，擴大了適用範圍⁵⁴。違反聯邦交易委員會法之行為係由一具有獨立行政管制能力之委員會，「聯邦交易委員會」(Federal Trade Commission, 簡稱FTC)，擔任主要的執法工作，亦即FTC具有調查及起訴涉嫌違反FTC法之人，及作成行政處分的能力。事實上美國聯邦交易委員會主要負責執行兩項法律任務，即聯邦反托拉斯法及消費者保護法⁵⁵。

德國卡特爾之經濟現象發生在十九世紀末，當時由於德國產業技術進步，各行業之工業生產，普遍有供過於求之現象，導致競爭趨於白熱化，因此許多企業使以對價格、銷售地區或其他內容之協議，排除或減少相互間之惡性競爭。當時得過帝國法院之見解，亦認為卡特爾乃係在工商經營及契約自由原則下，所必須忍受之必要之惡，更助長卡特爾組織之氣焰，培育了許多大財團，而逐漸減少競爭。雖然德國於1923年曾頒佈「防止濫用經濟力量規範」，但並未有太大的作用，僅具形式上的意義，結果德國卡特爾空前發達，而有「卡特爾國度」之稱⁵⁶。因此，德國於1933年基於市場管理的目的，頒佈設置強制卡特爾法，而後於1947年發佈「禁止得德國經濟力量過度集中命令」(Prohibition of Excessive Concentration of German Economic Power)。該命令係以美國反托拉斯法為基礎，禁止所有以托拉斯或其他型態的組合，從至獨占市場，並禁止其他限制交易之行為⁵⁷。

最後，德國於1957年以特別法的形式頒佈了《反限制競爭法》(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB)，又稱卡特爾法，這就將社會市場經濟的基本原則和國家的競爭政策以法律的形式確定下來。德國政府在該法1955年的草案中指出，反對限制競爭法的任務是“盡可能地保護有效競爭，排除阻礙市場競爭的一切因素”。這部法律頒佈之後，德國1909年頒佈的《反不正當競爭法》(Gesetz gegen den unlauteren

⁵⁴ 廖元豪，美國聯邦交易委員會法第五條與其他反托拉斯法之關係－兼論我國公平交易法第二十四條之適用範圍，公平交易季刊，2000年10月，頁4。

⁵⁵ 相關法案細節可參照FTC網站，<http://www.ftc.gov/ftc/mission.htm>。

⁵⁶ 王志誠，前揭註45，頁56。

⁵⁷ 王志誠，前揭註45，頁56。

Wettbewerb) 就降低到不很重要的地位。這代表德國隨著市場經濟的成熟和市場集中度的提高, 保護競爭的重點已從反不正當競爭行爲轉到反獨占和反對限制競爭的行爲。《反限制競爭法》是德國在現代市場經濟條件下全面貫徹競爭政策的主要法律依據, 這個法被稱爲卡特爾法。由於卡特爾法確立了德國社會市場經濟的秩序和競爭秩序, 爲了簡要說明這個法律的內容和深遠意義, 人們又把它稱爲德國的"經濟憲法"。

德國反對限制競爭法自 1957 年頒佈之後, 迄今已進行過六次修訂。第一次修訂沒有重大和實質性的內容。1973 年第二次修訂引進企業合併控制, 禁止名牌產品的價格約束, 禁止協調性行爲方式, 此外還改善了對市場支配地位企業的濫用監督。1976 年的第三次修訂加強了對報業的合併控制。1980 年的第四次修訂再次全面強化了對企業合併的控制, 同時進一步改善了對市場支配地位企業的濫用監督, 此外還加強了對中小商業企業的法律保護。1990 年第五次修訂的重點不很明顯, 但其中一個比較重要的內容是改善對中小商業企業的法律保護, 即在可以享受豁免的卡特爾中, 增加了中小商業企業的聯合採購組織。由於這部法律上述前五次修訂都是在原有法律條文的基礎上修補, 所以體例上或者具體規定方面存在著許多問題。例如, 在關於卡特爾無效的第 1 條中, 卡特爾的事實構成還包括"共同目的"這個條件, 這是沿襲了二戰前德國卡特爾法的規定; 在關於"違反社會秩序行爲"的第 38 條含有對價格推薦適用除外的規定。此外, 有些部分特別是關於限制競爭性協定的第 1 部分, 特別需要補充和完善。鑒於這種狀況, 德國從 1995 年開始對《反對限制競爭法》進行第六次修訂, 1997 年 11 月提出了政府草案。經過多方面地徵求意見和修改, 這個草案於 1998 年 5 月在聯邦議院和聯邦參議院獲得通過, 由此使德國反對限制競爭法歷經三年的改革劃上了句號。第六次修訂的反對限制競爭法於 1999 年 1 月 1 日生效。第六次修訂的方向是, 強化德國市場經濟秩序中的競爭規則, 並在保留德國法中有效競爭規則的同時, 將德國法與歐共體法相協調, 目的是使這部法律成爲一部現代化和高效率的競爭法。與前五次修訂相比, 反對限制競爭法的第六次修訂不是對舊法的修補, 而是在體系上重新安排。

而我國公平交易法經過十餘年之制定過程, 於民國 81 年 2 月 4 日正式實施, 其規範內容, 大致上包括獨占行爲、聯合行爲、不公平競爭行爲及多層次傳銷等五種類型。

2.2.3. 競爭法之立法目的

競爭法的立法目的在世界各國的規定多是大同小異，雖然背後的學說理論各有不同見解，不過大體上仍可歸納為增進社會福利與經濟效率兩項目標⁵⁸。競爭法的立法者希望透過維護與鼓勵競爭的市場機制，以避免市場支配力量的過度集中所造成的經濟與社會問題。擁有龐大市場力量的市場控制者，甚至還可能威脅到政府施政，例如，韓國便有此種情形。另一方面，競爭法也希望促進公平且自由的競爭條件，增進消費者大眾的福利。美國早期的休曼法(1890)與克萊登法(1914)反應的是提高消費者福利的經濟目的，其原則是禁止「可能實質減少競爭或產生獨占的任何商業行為」。大多數的美國人相信，增加進入市場的機會和促進市場的競爭是以信仰競爭作為經濟組織活動的基本原則⁵⁹。反托拉斯法因此衍生兩個實用目的，即消除非競爭的事業行為，以及防止市場結構過份地限制競爭。另美國最高法院對於反托拉斯法的見解分析，最高法院法官Black在Northern Pacific Railway v. United States (1958)一案中，最高法院首席大法官Warren在Brown Shoe Co. v. United States (1962)一案中，都表述了反托拉斯法是用於維護和提昇弱勢競爭者地位的觀點，鼓勵在合併和垂直協議的情況下適用反托拉斯法，以維持小規模企業的存在並保護其自由。在Brown Shoe Co. 案中，最高法院大法官Earl Warren指出「從整體上來看，1950年對克萊登法修正案的立法史說明了國會對保護競爭而不是競爭者的關心」首次指出反托拉斯法所要保護的是競爭而非競爭者⁶⁰。

我國公平交易法第一條之規定，公平交易法之規範目的，在於：

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，為供給或需求所為之經濟活動應遵行之規則。換言之，即市場規則與秩序。禁止事業不得為任何足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為⁶¹，在維護公平交易之市場秩序所應建立及遵行之規則，亦含有公平競爭規則之意。
2. 確保公平競爭。競爭是二以上之事業，在市場上爭取交易機會之行為。事業為求得競

⁵⁸ 賴源河，前揭註 43，頁 3-30；宋皇志，技術授權之法制規範—以瓶頸設施理論在專利強制授權的應用為中心，清華大學科技法律研究所碩士論文，2003 年，頁 46。

⁵⁹ 孔祥俊，反壟斷法原理，中國法制出版社，2001 年 6 月，頁 182。

⁶⁰ 孔祥俊，前揭註 59，頁 185。

⁶¹ 我國公平交易法第二十四條。

爭之優勢，勢必努力於降低生產成本與改進生產技術，進而使社會資源得有充分合理之使用。因此競爭具有引導投資、節約資源與激勵提高生產效能之作用。另外，競爭本身亦有淘汰、促進進步及使各個經濟力量相互牽制與制衡之作用。

3. 維護消費者利益。有學者認為，雖然公平交易法第一條將維護消費者利益列入立法目的之中，消費者利益應併與重視，但並非唯一應保護之法益。而消費者利益與事業在市場上自由競爭之利益不能兼顧時，應從維護競爭制度與功能以及整體經濟利益之觀點予以衡量取舍⁶²。

4. 促進經濟之安定與繁榮。競爭之本身係促進經濟安定與繁榮之一種政策手段，換言之，透過對市場競爭秩序之維護，達到促進經濟安定與繁榮之政策目的。

2.2.4. 競爭法之管制範圍

競爭法為維持公平之交易秩序，促進市場之機能，必須確保營業競爭行為之自由與公平。而確保營業競爭行為之自由，消弭對競爭之不當人為限制，就必須對獨占、寡占、聯合行為等限制營業競爭之行為，予以規範，亦應有自由競爭法或反托拉斯法之規範。另外，為確保營業競爭行為之正當，淨化營業競爭之手段，對於不正當營業競爭行為，亦須加以取締禁止，從而應有公平競爭法或不當競爭防止法之規範⁶³。

2.3. 智慧財產權法與競爭法間之關係

智慧財產權為法律所賦予之一種排他性地位，受保護者享有法律上之壟斷地位，因而與競爭法所欲追求之自由競爭與公平競爭在表面上似為衝突，然而嚴格言之，競爭法在功能上屬於從市場機能之維護觀點所提供之進一步保護，因此在保護上，專利、商標、著作權法等與競爭法競合時，並不生互相排斥的問題，而只有從體系之觀點互相界定個

⁶² 黃茂榮，公平交易法之理論與實務，1993年10月初版，頁14；劉孔中，公平交易法與消費者保護法之比較研究，人文及社會科學集刊第7卷第2期，頁4-6。

⁶³ 張長樹，前揭註43，頁3-30；黃茂榮，前揭註52，頁。

別法律之規範目的及其適用範圍之問題⁶⁴。

廣義來說，整體智慧財產權保護呈現出規範競爭之功能，故智慧財產權法為競爭法之特別法；若從狹義之觀點瞭解，競爭法為智慧財產權法之補充法，以補充該體系之漏洞。且為維持競爭之功能亦包括藉由競爭達到革新技術之效果，二者實為一相輔相成之法律體系⁶⁵。智慧財產權因具有提升產業技術、保護文化資產、鼓勵創新發明等公益性質，因此公平交易法對於因行使智慧財產權所造成經濟秩序之影響，賦予其較大之寬容。我國公平交易法第四十五條規定：「依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為，不適用本法之規定。」自該條規定所使用之文字，似意在排除公平交易法對於行使該等權利之正當行為的適用性。然究諸實際，條文僅將「行使權利之正當行為」豁免於公平交易法之適用，其應在表明專利、商標及著作權不阻卻濫用其權利行為之違法性，亦即智慧財產權之行使並不當然排除公平交易法之適用⁶⁶。

2.3.1. 鼓勵創新，保護創作之效果相同

專利法與競爭法之間是否僅存在衝突？常有人主張專利法賦予專利權人獨占權，應不受競爭法的約束，否則將失去專利法獎勵發明的意義，因此，在專利法賦予專利權人製造、販賣、進口及販賣之邀約的權利內，應排除競爭法之適用；亦常見專利權人利用專利權排除競爭的例子，不利市場經濟運作，造成社會整體福利之損失，亦可能不利於產業之發展，因此強烈要求競爭法介入管制專利權使用。但從鼓勵創新的角度觀察，兩者皆有正面的效應⁶⁷。

專利法賦予專利權人二十年的專利權，除經專利權人同意，排除其他人使用該技術的權利，可鼓勵個人和企業將其發明技術公諸於世，如此該技術將可被外界所知悉及使用，加速技術成熟，使產業快速成長，並可刺激新一波的創新發明。亦鼓勵個人或企業投入更多的資源進行研發創新，進而促進產業發展。

⁶⁴ Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis, and Mark A. Lemley, *IP and Antitrust- An Analysis of Antitrust Principles Applied to intellectual Property Law*, Aspen Law&Business, 2003, p.1-9-1-17.

⁶⁵ 張心悌，國際智慧財產權保護擴張與競爭法規範，東吳大學法律研究所碩士論文，1995年，頁12。

⁶⁶ 宋皇志，前揭註58，頁56。

⁶⁷ Herbert Hovenkamp，前揭註54，頁1-10。

競爭法目的在維持自由市場中競爭的機制，企業間透過適當的競爭，除可使企業將資源更有效率的使用，產出更低成本的產品，有利於市場上消費者，亦可促使企業不斷的投入創新研發，以求產品品質的提昇或產品成本的下降；相反的，若市場機制中缺乏競爭，呈現獨占或少數廠商寡占的情況，廠商在缺乏競爭的情況下，會剝削消費者福利，以求自身最大的獲利，亦可能不思創新，吝於投入研發資源，因此不利於創新⁶⁸。由上述可知，專利法和競爭法皆有促進創新的作用，並無衝突之處。

2.3.2. 智慧財產權保障與競爭機制維護之衝突與調和

2.3.2.1. 從衝突到調和

智慧財產目前實際上已經取代有體財產權成爲國家財富的基礎。對競爭法主管機關而言，沒有任何事，比在智慧財產權領域內，審慎準確地適用競爭法來得更重要。這並非易事，尤其智慧財產權可能由大公司的研發部門所發展，也有可能就僅是個體的發明者在自己家裡創造出來的。然而發明家或許只因爲另外一個發明者，領先一步提出專利申請，多年的心血就全部付諸東流⁶⁹；有些發明也有可能在實驗室裡看起來具體可行，但因生產成本的因素，始終無法在市場上成功量產，使得辛苦創造的成果，淪爲紙上談兵。而種種的風險，使得智慧財產權法制必須提供足夠的獎賞，才能激勵企業或個人願意投入大量的財力與智慧。

如果社會公眾可以任意使用或推展他人努力的成果，將嚴重減損投入發明的誘因。所以專利的保障，就賦予專利權人剝奪他人任意使用的機會，但另一方面也就使得利用現有技術繼續創新的動力，因專利而受到限制，也使得專利技術無法自由運用，嘉惠公眾。競爭法的目標，無疑的就是必須在鼓勵創新以及技術流通的兩難間求取平衡。

從鼓勵創新的角度來看，保障智慧財產權必須要達到相當的程度，才能使發明者真正因爲他的努力而受惠。如果別人可以搭便車分享智慧財產，卻不需要分擔研究與發展

⁶⁸ 張清溪等，前揭註 42，頁 194-201。

⁶⁹ 美國專利法所採取的是先發明先保護的制度(first-to-invent)，與其他國家先申請先保護(first-to-file) 的制度是迥然不同。35 U.S.C. §102 (g).

的風險與成本，勢必使得除了國家的投資之外，沒有任何私人願意投入研究。所以具有排他性質的專利或其他智慧財產權的保護，顯然是法律所必須提供的。

然而這樣的保護也必須小心，不宜使智慧財產權的保護逾越必要的限度，如果因為授與專利的範圍過於廣泛，以致後來發明創造的成果，可能被先前的專利權所霸佔或掠取，也同樣會變相阻礙後起的發明者從事創造的動力。

當然從另一方面—促進科技快速流通的角度來看，專利制度做了相當的設計。專利法允許專利權人藉由授權他人而獲利，進而達到經濟規模，可以因被授權人的給付而分散研究與發展的固定成本。同時也允許專利權人在授權條件上設限，以極大化其利益，否則專利權人將因授權利益稀釋而降低其授權的誘因。在另一方面專利法也要求專利權人必須公開其發明創造的成果，以進一步促進科技的創新⁷⁰

與保護智慧財產權同樣重要的，是藉由保護競爭的市場機制來確保科技的快速流通，新產品或製程的發明者，或許總希望能控制創新科技流通公開的速度，維持相當的價格，以充分因獨占而獲利。但不能忘記的是，或許就會有同樣聰明的發明家，或者是擁有同樣財力實驗室，會發展出功能超越的產品或是更有效的製程。競爭法的功能，就在於確保通路或供應商不會不公平地拒絕交易，或是與既有的業者共謀，排除新進者進入市場，或者阻礙競爭者獲得生產或財務上的支持。

美國聯邦反托拉斯法在維護競爭的前提下，依然適用於智慧財產權的領域，並不單純因為專利法上合法，就可以不管所引發的反托拉斯法爭議。固然這兩套法制背後所蘊含的政策意義，某種程度上並不一致，但一般而言，競爭法與專利法與其說是處於相衝突的狀態，毋寧說兩者是互補的法制。從長期的角度，兩者都在藉由鼓勵競爭的基本動力—創新，以達到極大化消費者福祉的目的。

然而在過去美國反托拉斯法執法的歷史，或許是因為執法者（特別是法院）誤解，對智慧財產權領域的適用，並非總是以互補的態度來看待。因為傳統上智慧財產權會被

⁷⁰ 所以有學者形容專利是專利權人與公眾間訂定的契約，專利權人以完整揭露其發明創造來換取公眾賦予其排他的權利。MARTIN J. ADELMAN ET AL., PATENT LAW, 438 (2nd Ed. 2003). 尤有甚者，美國專利法不僅要求申請者提供書面文件，以完整、清晰、簡明及精確的文字，描述製造與使用專利的方法與程序，更進一步要求，必須揭露發明者所知最佳運用專利的模式。35 U.S.C. § 112 後者的要求幾乎已經進入發明者主觀認知的領域。Chemcast Corp. v. Arco Industries Corp. 913 F.2d 923, 16 U.S.P.Q.2d 1033 (Fed. Cir. 1987).

認為是法律所賦予的獨占，而競爭法最基本的原則，就是不樂見人為獨占的發生，出於這樣的觀點，有學者即認為智慧財產權的立法目的，就是與競爭法背道而馳的⁷¹。在二十世紀初期，某些美國法院根本認為專利權或其他智慧財產權是反托拉斯法的例外，依照專利法行使專利權的行為，就可以免除反托拉斯法的審查⁷²。

然而專利是受法律保障的排他性權利，也可以說就該項專利發明的確是法律允許的獨占，但這與在經濟上反托拉斯法要嚴格檢視的相關市場所擁有的獨占地位，兩者是不同的概念，某些法院卻將兩者相混淆，因而在二十世紀的大部分時間，有些美國法院常把反托拉斯法當作限制專利保護範圍的途徑。

典型的方式就是逕行認定某種特定態樣的專利授權就是違法，美國最高法院就曾在 *International Salt Co. v. United States* 一案中⁷³，將專利保護視同為經濟上的獨占，進而推論該項專利導致違法的搭售行為⁷⁴，所以法院在沒有考慮是否有其他品牌的替代產品，也沒有考慮專利權人的市場占有率，更沒有考慮競爭的存在與否，就逕行判定專利權人要求授權製鹽機的專利，被授權者必須附帶向專利權人買鹽的授權方式是違法的。

此一案例美國最高法院採取的判決理由，以現在的通說來看是有缺陷的。雖然專利的確在法律上是一種獨占，但並不必然在經濟的觀點上是一項獨占⁷⁵。專利權人固然可

⁷¹ Stephen Calkins, Patent Law: The Impact of the 1998 Patent Misuse Reform Act and Noerr- Pennington Doctrine on Misuse Defenses and Antitrust Counterclaim, 38 DRAKE L. REV. 175, 176 n. 1, 1989.

⁷² *United States v. General Electric Co.* 272 U.S. 476, 490 (1926). 美國最高法院於本案認為專利權人可以在授權上加上任何合理的限制，以獲取最大的利益，這個案子是對於專利產品的轉售價格限制，最高法院認為 *General Electric* 應該被允許對製造其專利產品的 *Westinghouse* 之銷售價格加以控制，認為價格控制 (price fixing) 通常就是確保專利的適當報酬本質上所必須。不過首席大法官 Taft (也就是曾任總統的 Taft)，或許是意識到問題，加上了「在報酬的合理範圍」(reasonably-within-the-reward) 的標準。See also, *Furth, Price-Restrictive Patent Licenses Under the Sherman Act*, 71 HARV. L. REV. 815, 816 (1958).

⁷³ 332 U.S. 392 (1947). 這並不是單一的案例，類似直接推定專利權人具有獨占力的案件，歷來不乏其例。See, e.g., *Jefferson Parish Hosp. Dist. v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984); *United States v. Loew's, Inc.*, 371 U.S. 38 (1962); see also *Digidynev. Date General Corp.*, 734 F.2d 1336 (9th Cir. 1984), cert. denied 473 U.S. 908 (1985).

⁷⁴ 觀念上必須要說明的，搭售行為在美國反托拉斯法中，是可能同時涉及薛曼法第一條，克萊登法第三條及聯邦交易委員會法第五條。但如果搭售者具有足夠的市場力量 (實務上幾乎是獨占的同義語)，那麼會構成薛曼法下的當然違法的類型。See *Jefferson Parish Hospital No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 12(1984). 概念上與我國公平交易法第十九條第六款的情形，有不同的解釋方式，但如果考慮到公平交易法第十條與第十九條的競合情形，結果應該沒有多大出入。

⁷⁵ HEBERT HOVENKAMP, *ECONOMICS AND FEDERAL ANTITRUST LAW*, 219 (1985); ROBERT P. MERGES ET AL, *INTELLECTUAL PROPERTY IN THE NEW TECHNOLOGICAL AGE*, 998 (3rd ed. 2003); William Montgomery, Note, *The Presumption of Economic Power For Patented and Copyrighted Products in Tying Arrangement*, 85 COLUM. L. REV. 1140, 1156, 1985. 而這也形成了 1995 年司法部與聯邦交易委員會發布的「反托拉斯法對智慧財產權授權處理原則」的基本原則之一，See U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, § 2.2 (1995) [hereinafter IP Guidelines], available at

以排除他人使用他的專利，但專利權人無從排除他人發展或銷售較該項專利更優越，或至少可替代的技術或產品，而一旦有替代品存在，專利權人就無從得到市場力量或者是獨占力的庇蔭。

不過這種過往對專利與反托拉斯法相衝突的觀念，仍然繼續影響法院的判決，而在法律案例課本中，這些案例也依然被引用，而且最高法院也從未明白地推翻過。另一方面，對法院來說，縱使學者已經發表了許多深具洞察力的論述，聯邦主管機關更在 1995 年發布了處理原則，如何界定何時對專利權的保護已經逾越適當的程度，而開始對消費者福祉造成傷害，依然是十分困難。

2.3.2.2. 專利制度與競爭法間平衡

一、加強專利有效性審查與舉發

美國聯邦貿易委員會（The Federal Trade Commission, FTC）於 2003 年 10 月針對競爭及專利制度的法律及政策間平衡議題，提出報告⁷⁶。該報告指出對於競爭及專利間平衡對大的衝擊，就在專利法將一些「顯而易見（obvious）」的發明授與專利權。這些「顯而易見」的專利擁有二十年的獨占地位，造成市場競爭上的不公平，亦嚴重的阻礙產業的發展。例如，在 1895 年，喬治賽爾登（George Selden）獲得了一個申請範圍極大的專利，該專利申請範圍為「將汽油引擎放置自動車中」，專利範圍文義包含當時所有的自動車，但汽油引擎早已被發展出來，為當時的習知技藝。賽爾登簡單的將汽車引擎放置於自動車中，以這種顯而易見的方法，獲得專利，並收取眾多專利權授權金，造成自動車價格提高，並減少銷售量。直到 1911 年，亨利福特（Henry Ford）提出異議，該專利範圍使縮小限制⁷⁷。因此，美國聯邦貿易委員會認為提高專國專利局（U.S. Patent and Trademark Office, PTO）專利審查品質，可適當的維持競爭及專利制度間平衡。透過提昇專利的品質，減少「顯而易見」的技術獲得專利⁷⁸，可以降低反競爭所帶來的成本代價。

<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/ipguide.htm> .

⁷⁶ To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy, The Federal Trade Commission U.S., October 2003.

⁷⁷ *Merges & Duffy, Patent Law and Policy: Cases and Materials*, p.644-p.646.

⁷⁸ See note 76, Chapter 5 II.

此外，在專利核准後有效性的審查，允許其他第三者加入⁷⁹，同時在有效性審查的程序中，以「優勢證據(preponderance of the evidence)」代替「明顯及可令人信服的證據 (clear and convincing evidence)」，降低無效的門檻⁸⁰。

近年來，商業方法及電腦軟體的專利爭議更大，有學者更建議將商業方法專利權之取得年限予以縮減成三至五年。然而，商業方法專利之取得，固將使競爭企業蒙受限制，但亦是鼓勵企業積極研究、創新所不得不然。例如，某些技術先進的企業，每年編列動輒千萬甚至上億美元的專利申請與維護預算，積極發明新的商業方法與技術的結合，若商業方法無法成為專利標的，甚或縮減年限，將使企業因投資報酬率之問題而對申請專利望之卻步，亦勢將阻礙產業發展，顯非根本解決之道。

比較適當的作法亦可考慮從專利核准及舉發的程序改善。首先應強化主管機關商業方法專利之審查機制，除增加具有電腦以及網路專長之審查人員外；更應該建立完整之資料庫，以解決審查中之既有技術搜查困難之問題，以免造成濫行核准；一個謹慎核發的制度下，公平的市場競爭才能獲得保障。

另一方面，加強科廠商智慧財產權教育，提昇業界對於專利之認知。鼓勵廠商對於已核准的商業方法專利如欠缺專利要件，應積極向主管機關提起「舉發」，撤銷專利。如果有某種技術不應擁有專利，但主管機關卻誤給它專利了，這時候，其他人可以提舉發，讓主管機關再審查一次，重新審查專利的有效性。從專利法及政策的改良，尋求「保護發明」及「公平競爭」間平衡的方法。

二、競爭法介入之考量

從法律和科技的發展軌跡來看，以維護市場競爭為目標的反托拉斯法或公平交易法，經常被視為不利於科技創新，尤其是智慧財產權和根據公平交易法所進行的政府管制兩者，往往被認為具有緊張關係。然而，面對市場競爭越來越和科技發展無法脫離關係的趨勢，即使如上一點所述，專利局已合理的控制專利品質下，專利權還有被濫用的機會，如：搭售或獨占性訂價等，競爭法介入維持市場秩序為各國目前所認同，但介入的過程中，必須把握專利法與競爭管制平衡的原則。換言之，就科技產業所需的法制架

⁷⁹ See note 76, Chapter 5 III.

⁸⁰ See note 76, Chapter 5 IV.

構而言，公平交易法和智慧財產權法兩者的解釋適用，均應以促進市場競爭和科技創新為目的。因此，在管制的手法上，應採行為管制的手段為優先，結構與績效管制容易降低企業或個人投入研究創新的動力，應謹慎為之，除非市場競爭序嚴重被扭曲的情況下，當作為最後之手段。



3. 智慧財產權獨占性訂價管制之政策考量

智慧財產權的競爭法管制，由於智慧財產權制度賦予權利人排他的權利，可能造成競爭法所不樂見之獨占市場，進而產生限制競爭及獨占濫用之行爲，因此，在競爭法領域一直是個極度受到關注的議題。本論文對於智慧財產權獨占性訂價進行研究，首要之務在透過檢視現行競爭法和智慧財產權法等法規規定，以及智慧財產權限制競爭管制之發展及現況，對此一議題政策做全面的分析考量。

本章先就傳統競爭法上對於獨占性訂價的性質、爭議及使用限制進行整理，以釐清獨占性訂價在傳統競爭法中的定位。再觀察各國對於智慧財產權競爭管制發展相關法規之演變，智慧財產權不排除競爭法的適用，已爲各國所肯定，從早期視智慧財產權人即具有市場支配力量，因而限制智慧財產權人特定行爲，到近年來各國普遍認知到，智慧財產權的保護雖賦予權利人排他性，但不必然使權利人擁有市場支配力量，還是需要回歸至傳統競爭法對於市場的占有率進行分析，回歸至獨占管制的議題。但也可發現現行法規對於智慧財產權的競爭管制，主要還是著墨在獨占後的行爲管制身上，對於本文所欲討論之獨占性訂價並未有多作限制，但也沒有被視爲可以豁免的事項。

進一步從專利權及著作權爲例，觀察其獨占發生的態樣，從其相異於一般產品市場的市場界定及市場支配力量的觀察，瞭解智慧財產權在市場獨占時所扮演的角色及價值，作爲後續選擇管制措施之參考。再由現行特別的組織管理的措施，如：著作權仲介團體及標準組織的管制，也不難發現該些管制規範除了對於獨占濫用行爲的制止外，對於獨占性訂價的問題也有所著墨，但也可以看出是個困難的議題，處理的態度也相當謹慎。從上述現行法規及實務上的智慧財產權獨占性訂價，雖不爲競爭法執法機關所樂於採用，但在特殊議題中也意識到其重要性，也有相關的處理辦法，可爲競爭法管制的議題。

最後，藉由近幾年來幾個著名的智慧財產權的案例，觀察各國在獨占管制的實務上的處理態度，雖然該些案例中看似主要處理的重點在於獨占後之濫用行爲管制，但也可以看出隱藏背後的爭議點是在於獨占後高價的問題，也說明了在實務上處理智慧財產權獨占性訂價的急迫性。並透過一般競爭法對於是用獨占性訂價的考量及原則檢驗智慧財產權獨占狀況，以說明智慧財產權獨占性訂價的必要性。

3.1. 競爭法之獨占性訂價管制

3.1.1. 獨占管制的意義

經濟學上之獨占（Monopoly）是指整個市場或產業只有一家廠商；而且所生產的產品沒有類似的代替品存在。由於人為法律上的限制，或經濟力量運作自然形成獨此一家，並對其他競爭者阻礙進入，以長期持續保有超額利潤者。至於寡占（Oligopoly），係指在一個不完全競爭市場中，市場被少數廠商所控制，而且在少數廠商中有一個以上，其規模大到足以聯合總體市場廠商，而可以影響市場之價格¹。

競爭法上之獨占是針對事業於特定市場處於無競爭狀態或具壓倒性地位可排除競爭之能力者而言，在範圍上較經濟學之定義為廣，而且在實務上，就產業機構立場，真正由一事業獨占之情形並不多見，少數事業雖然並無進行聯合行為，但實際上卻不為價格之競爭，市場價格由少數廠商控制；至於寡占之局面，事業可能由該產業之大廠，最先開始變更價格，而其他廠商也跟進一起變更價格，最後各廠商維持一定價格，不為競爭達成操縱市場的結果。所以，以我國公平交易法為例，獨占事業之定義於該法第五條第一項規範事業在特定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。而第五條第二項規範二以上事業，實際上不為價格之競爭，而其全體之對外關係，具有前項規定之情形。由上述分析，可知我國公平交易法所謂之獨占，同時包括寡占及獨占。

從經濟分析的觀點，獨占事業應加以禁止或限制的原因，獨占事業為追求事業最大的利益，會造成了社會福利的損失（dead-weight loss），資源並未依最有效的方式加以利用。獨占還造成了其他的無效率，免於競爭威脅的獨占事業，沒有足夠的競爭壓力降低成本，雖然降低成本可以增加其報酬，但一般而言壓力誘因較報酬誘因來得有效²。

此外，獨占事業為了保有其獨占地位，可能會花費其利潤採取阻礙其他廠商進入的額外措施，以確保其獨占的地位。其結果，它的實質收益可能又回復到競爭的水準。但

¹ 郭土木，獨占之規範，收錄於公平交易法新論 二版，賴源河 編審，元照出版有限公司，2002 年 10 月，頁 173-174。

² 張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏，經濟學理論與實際 二版上冊，1993 年，頁 194-200。

是獨占事業如何花費其獨占利潤是值得探討的問題，其花費方式可能反而造成更多社會損失（如向政府官員行賄、運用黑道力量）。它也可能積極投入研發工作，降低成本，造成社會福利的增加。有學者認為在有面臨競爭威脅的獨占事業反而會較競爭市場中的廠商投入更多的資源至研發工作上，以保持其領先者的優勢。不像競爭市場中的廠商，僅能投入有限的資源得以投入研發工作，否則一旦研發失敗將被面臨倒閉。

不過獨占事業也具其存在的正面意義，獨占事業多半可以帶來規模經濟（Economics of Scale）的好處，規模經濟可以帶來低價的產品³。但為達到規模經濟，廠商必須維持在最低度的生產規模之上，廠商才能以最低的成本生產，如果某種產業的規模經濟，僅可容納兩家廠商，倘若該產業中有超過兩家的廠商，則每一家的生產成本會提高，商品售價也將提高。以自然獨占為例，在特定產業中，廠商的平均成本在到達市場需求點之前，是一路下降的，這種產業中容易形成廠商大者恆大的現象，倘若市場需求量僅能允許一家廠商存在，允許兩家廠家進入該產業則會造成生產成本提高，商品價格提高。傳統作法是由法律設置進入障礙，並管制價格。

由上述分析可知，獨占事業的存在不必然不利於社會，在歐陸及我國競爭法採用獨占濫用管制的原則。因此，在上述國家競爭法的規範，原則上容許獨占、寡占的存在，但不得濫用其獨占地位而有害競爭秩序，或阻礙其他事業參與競爭。

3.1.2. 獨占管制的措施

獨占管制係對獨占事業濫用其獨占地位予以管制，而獨占事業濫用行為的類型，主要為「阻礙濫用」及「榨取濫用」兩種⁴。阻礙濫用，係指獨占事業不當運用其獨占力量，以妨礙、封鎖或排除市場之競爭，打擊與損害其競爭者，以便維持或擴大其支配市場地位之行為。阻礙濫用之實施對象為獨占事業之競爭者，屬於水平之濫用，為競爭法主要管制對象。至於榨取濫用，則為獨占事業憑藉其市場支配地位，自交易相對人獲取不合理交易利益之行為，其實施之對象為另一產銷階段之交易相對人，為垂直之濫用。

³ 郭土木，前揭註 1。

⁴ 吳秀明，競爭法制之發軔與展開_獨占性訂價與市場績效管制，2004 年 11 月，頁 178-180。

競爭法之獨占管制，可以從市場結構、行為與績效三個方向進行分類與觀察⁵。「市場結構管制」，乃是以促進市場結構之健全為管制目標，它是指規定於競爭法中，用以保護、維持或產生一個具有競爭性並有利於發展競爭機制之市場結構環境的一切相關措施而言。例如，美國反托拉斯法對於違反競爭法之獨占事業進行解體，作為一種管制的手段，或禁止獨占事業拒絕交易之措施，以維持市場開放，降低、除去市場進入障礙，均為結構管制的手段。「市場行為管制」，其乃針對獨占事業限制競爭之各種行為，予以監督、禁止或處罰。如：獨占事業的搭售或差別待遇的管制。此種行為的管制方法為反托拉斯法上最大宗之管制措施類型。市場行為管制之基本理念為，原則上事業市場行為規範應不予干預，交由市場機制制約，由事業自行決定如何經營與競爭。惟當市場失靈時，市場機制無法約束事業時，便由國家政府取代市場競爭機制，而對於事業之競爭行為予以監督管制。最後，「市場績效管制」係指對於市場結果之糾正與調整，例如，產品訂價的調整、利潤報酬的糾正，在競爭法中為比較少見的管制類型。本論文智慧財產權獨占性訂價管制，即屬於此種管制。

3.1.3. 獨占性訂價管制的爭議與討論

獨占性訂價係指獨占事業運用其支配市場之地位，對於交易相對人訂定過高（當獨占事業為供方時）或過低（當獨占事業為需方時）之商品或服務之價格，顯然有不合理地極大化其利潤，而榨取相對人之利益，屬於獨占管制中的榨取濫用行為。然此類獨占性訂價之行為也是最直接為社會或消費者所詬病與不滿。

獨占性訂價為普遍之經濟現象，獨占事業極大化其利潤，為自然之道理。但對於此一普遍之現象，在競爭法上究竟應任由市場機制自癒或以立法加以管制，各國在競爭政策上存在對立的觀點。

美國反托拉斯法的基本理念，在於視管制措施對於市場競爭之影響為有利於競爭（pro-competitive）或反競爭（anti-competitive）而定⁶，主流學說及相關判例幾乎一致認為，獨占性訂價的高報酬為吸引他事業進入市場的最佳誘因，管制獨占性訂價雖然短期內會使價格下降，但由於報酬下降，將使他事業進入市場意願大幅下降，獨占事業得地

⁵ 吳秀明，前揭註 4，頁 181-184。

⁶ 陳家駿、羅怡德，美國反托拉斯法適用智慧財產權案件基本原則探討，公平交易季刊，第二卷第四期。

位將為更穩固。故應容許獨占事業極大化訂定價格，一方面此為獨占事業在市場上以較高經營效率競爭成功，所獲得應有市場獎勵，鼓勵事業改善經營效率；另一方面高報酬會激發新進廠商的加入，有助於競爭。只要將市場進入的障礙去除，排除人為的限制競爭與不公平競爭，市場的自癒能力自然會將獨占力消除，而改善令人不滿的市場績效，國家的介入反而會干擾市場機制的運作。且美國反托拉斯法違反的獨占行為必須事業在特定市場同時滿足「擁有獨占力」及「實施獨占力」兩要件，單純擁有獨占力，尚不當然構成違反休曼法。依美國聯邦最高法院在United States v. United Shoe Machinery一案⁷之見解，獨占力之實施必須是一種「排他性之措施(exclusionary practice)」。⁸另在Berkey Photo v. Eastman Kodak一案⁸中，美國上訴法院亦認為休曼法第二條之違法，除以不當方法獲取獨占地位外，以合法取得獨占地位者，則不得利用其市場地位去妨礙或排除競爭。故美國法院與學界一致之通說為，獨占事業有權將其產品以利潤極大之價格出售，因為此一行為固然是一種獨占力運用之表現，惟其並不構成一種排他性之措施。並認為獨占性訂價所代表之高利潤會吸引他事業進行投資而進入該市場，或刺激現存之競爭者增加其產量，或使現存同業之價格更具競爭力，而認定獨占性訂價會促進市場之競爭，而非屬排除競爭之排他性措施。因此，美國對於獨占性訂價採取不管制的放任立場。

而歐盟、德國等國家競爭法，則基本上肯定其立法管制。而我國公平交易法第十條第二款規定：「對於商品價格或服務報酬，為不當之決定、維持或變更。」對於獨占性訂價，亦採取管制的態度。歐盟、德國與我國雖然基本上尊重市場機制，但在市場競爭受到各種因素的重大干擾下，導致自癒的功能甚難發揮，認為此時競爭法仍有介入的必要。

獨占性訂價之管制政策之爭議可就管制政策與市場經濟之本質的衝突及管制結果的副作用兩方面說明。

1. 獨占性訂價與市場經濟本質衝突。市場經濟強調自由競爭、經濟活動自由之本身價值。因此，競爭法的主要任務為制定市場競爭活動的規則，而非預設市場行為之結果。基本上競爭法應是以保護市場競爭作為立法的主要目的，即以競爭機制之「制度保護」為主，對市場參與者及消費者的「個人保護」為附帶、間接或反射保護之結果，獨占性

⁷ United States v. United Shoe Machinery, 347 U.S. 521, 74 S. Ct. 699(1954).

⁸ Berkey Photo v. Eastman Kodak, 603 F.2d 263(2nd Cir., 1979).

訂價其目的主要在於保護交易相對人及消費者的個人權益保護。原則上，競爭管制重在維持市場競爭機制，對市場競爭產生正面的影響，雖管制措施無法立即發生效果，但必須給市場發揮其「自癒能力」的時間與空間，容忍在市場尚未調整到健全狀況前，存在欠缺效率之弊端，而希望管制措施在中、長期對於競爭的正面影響⁹。

2. 獨占性訂價的不當副作用。獨占性訂價的高價格固然會為獨占事業帶來高利潤，惟高利潤為吸引新進廠商加入市場的最佳誘因。因此獨占性訂價管制，強迫獨占事業降價，削弱了潛在競爭者進入市場的意願，或對於市場上原處於弱勢之競爭者不利。該弱勢廠商原本正可利用獨占事業訂定高價之機會，採取低價競爭之策略，吸引顧客擴張其占有率，獨占性訂價管制導致這些事業因價格優勢的喪失，面臨強大的競爭壓力，反造成獨占事業的市場占有率更為提高。獨占性訂價管制可能減少市場以競爭本身打破獨占地位之機會。此外，獨占性訂價可能造成懲罰有效率事業的狀況，獨占事業努力提昇效率及投入創新研發，追求產品改良與成本降低，進而獲得市場獨占的地位，獲取更多的利益，獨占性訂價的管制無形扮演懲罰效率與創新的角色，也會連帶造成獨占事業降低努力改善成本及創新研發的意願¹⁰。

上述的獨占性訂價的疑慮，都基於在市場機制中具有自我治癒的能力的情況下。雖然市場自癒的能力雖被寄予厚望，但觀察市場經濟的現實狀況，不具效率的獨占或寡占事業，在市場上比比皆是，不得不說市場自癒的能力確實有其極限。特別是在市場進入障礙過高或是產業具有寡占的特性下¹¹，以下特別加以說明。

1. 市場進入障礙。市場機制能夠充分發揮的前提在於進入市場的障礙不能過高。惟實際上，許多產業均存在甚高的市場進入障礙，此等障礙具有結構性之因素，一旦形成後，不易在短期內消除。例如，在若干產業中具有規模經濟之效應，獨占事業以其巨大之生產規模，享有生產成本上之優勢，新進廠商很難一開始就具有相同或更大生產規模，很難與獨占事業競爭。或進入市場需要龐大資金、或必須具有特殊專門技術、或有法令限制、或獨占事業掌握有生產活動所必要之專利等情形，新進廠商均非一時能挑戰獨占事業之市場地位。獨占事業如處在有前述特性之產業，欲藉市場本身力量治癒市場獨占局面，將會十分困難，此時容易形成所謂之「持續性獨占」。此種狀況下，如果獨占事業

⁹ 吳秀明，前揭註 4，頁 189-195。

¹⁰ 吳秀明，前揭註 4，頁 195。

¹¹ 吳秀明，前揭註 4，頁 203-206。

運用其市場力量，榨取交易相對人之利益，期盼藉由市場力量治癒獨占性訂價的問題，將會落空。

2. 寡占市場之特性。就寡占市場之特性而言，期待寡占事業間進行激烈的競爭，進而促進效率及消費者利益，往往不切實際。常見的狀況是事業間透過價格相互模仿，尋求一定的共識或共同模式，劃分彼此的利益範圍及勢力版圖，高額訂價的狀況也常發生。由於市場結構性的關係，新進廠商進入市場的困難度也很高，期望藉由市場機制打破寡占市場結構，加強市場競爭程度，也有一定的難度。在市場無法自癒的情況下，獨占性訂價的管制有其必要。

綜上所述，獨占性訂價的市場績效管制可能與市場經濟與競爭機能之本質有所衝突，而市場競爭為經濟活動的基本原則，在市場機制能夠發揮作用之際，應儘量讓市場機制自行矯正，以解決獨占性訂價的問題。惟當市場競爭機制之發揮受到短期難以克服之各種障礙嚴重干擾時，且無其他有效的管制手段時，保留獨占性訂價作為管制的最後手段，在立法政策上似仍有其必要。



3.2. 智慧財產權與獨占管制間之發展現況

關於智慧財產權適用獨占性訂價管制的問題，有幾個議題必須予以說明釐清。首先，智慧財產權是否可以排除競爭法的適用，以各國現行對於技術授權的規定及發展演變，觀察智慧財產權的競爭管制重心及競爭法的介入範疇。第二，智慧財產權的市場界定及獨占認定，從專利權及著作權出發，觀察其獨占發生的態樣，從其相異於一般產品市場的市場界定及市場支配力量的觀察，瞭解智慧財產權在市場獨占時所扮演的角色及價值，作為後續選擇管制措施之參考。最後，再由現行特別的組織管理的措施，如：著作權仲介團體及標準組織的管制，已有訂價相關的處理辦法，進而瞭解現行實務上相關的規範，也可窺見智慧財產權獨占性訂價管制的議題，並非政策及法規所不容許之管制作為。

3.2.1. 競爭法於智慧財產權上之適用

競爭法希望透過維護與鼓勵競爭的市場機制，以避免市場支配力量的過度集中，造成經濟與社會問題。擁有龐大市場力量的市場控制者，甚至還可能威脅到政府施政。另一方面，競爭法也希望促進公平且自由的競爭條件，增進消費者大眾的福利。美國早期的休曼法(Sherman Act, 1890)與克來登法(Clayton Act, 1914)以提高消費者福利的經濟目的，其原則是禁止「可能實質減少競爭或產生獨占的任何商業行為」。大多數的美國人相信，增加進入市場的機會和促進市場的競爭，以自由競爭作為經濟組織活動的基本原則。因此，美國反托拉斯法主要的兩個目的，即為消除非競爭的事業行為，以及防止市場結構過份地限制競爭。此外，歐洲國家對於市場機制失靈時，所產生破壞市場秩序的行為或社會福利下降的結果，亦會予以管制干預。¹²

智慧財產權係指人們因其智力成果而依法享有的專有權，主要包括專利權、著作權、商標權和營業秘密等。大多數的國家現在都制定了專利法、商標法和著作權法。智慧財產權同一般財產權一樣，其最重要的特點是專有性，即未經權利人同意，任何人都不得使用權利人的專利、商標或著作權。正是因為智慧財產權的專有性或者排他性，智慧財產權權利人才可以將其創造性的智力成果，在一個有限時間和一定地域內，就某種產品的生產或銷售取得市場優勢地位，甚至獲得獨占地位。然而，授予專有權不是國家保護智慧財產權的最終目的，而是保護智慧財產權的手段，即國家通過給予智慧財產權權利人在使用其智力成果方面，享有排他性的權利，獲取一定的報酬，以鼓勵個人或事業從事發明與創造工作，最終促進產業發展及文化創作，增進社會福利¹³。如，專利權制度可以激發人們的創造和發明活動，促進產業發展；著作權制度可以激發人們從事文化創作，提昇社會文化；商標權制度保護消費者利益，維護市場公平競爭促進工商企業正常發展，則有助於事業改善產品質量，進而激發同類產品的生產商開展價格競爭。

智慧財產權保護雖然和競爭法一樣，目的都是激發人們的競爭性活動，提高資源配置效率，但是它們兩者推動競爭的方式有不同。競爭法是通過禁止限制競爭行為來推動

¹² 郭土木，前揭註 1，頁 48-58。

¹³ 謝銘洋，智慧財產權之概念與法律體系，收錄於智慧財產權之基礎理論，翰盧圖書出版社，2001 年 6 月，頁 9-14。

競爭，因為這些限制競爭行為能夠損害現實的或者潛在的競爭；智慧財產權保護則是通過保護權利人的專有權，即以某些限制競爭的方式，激發人們在知識經濟領域開展競爭。這也是說，在保護智慧財產權和保護競爭二者之間，很難說那一個更重要。下面就各國競爭法對於智慧財產權限制競爭的規範作些瞭解。

一、美國

早期美國司法部對智慧財產權轉讓授權中的限制競爭條款採嚴格管制的態度，特別美國司法部反托拉斯局在 1969 年，提出了智慧財產權轉讓授權協議中的九種限制競爭條款適用本身違法的原則¹⁴。包括：

1. 要求被轉讓人從轉讓人處購買與專利權無關的材料；
2. 要求被轉讓人向轉讓人轉讓協議生效後取得的所有專利；
3. 限制專利產品銷售的買主；
4. 限制被轉讓人就專利權之外的產品或者服務的交易自由；
5. 未經被轉讓人同意，轉讓人不得向其他任何人授權；
6. 要求被轉讓人訂立包裹轉讓協議；
7. 要求被轉讓人對所有產品的銷售，包括與專利權無關的產品銷售支付轉讓費用；
8. 限制製程專利被轉讓人銷售由這種製程生產的產品；
9. 要求被授權人按照固定價格或者最低價格銷售相關產品。

20 世紀 80 年代之前，美國司法部依據這些原則對許多涉及智慧財產權的限制競爭行為提出了指控。然而，隨著美國最高法院在 1977 年大陸電視公司告訴西爾維尼亞公司一案的判決中，對一個垂直地域限制適用了合理的原則，美國司法部對限制競爭的智慧財產權協定不再像過去那樣，動輒適用本身違法的原則，而是在絕大多數情況下，適用合理的原則¹⁵。20 世紀 80 年代，隨著雷根政府上臺，美國政府和法院對垂直限制競爭協定包括與智慧財產權相關的限制競爭協定，更是表現出寬容的態度。美國司法部 1988 年發佈的《反托拉斯法國際適用指南》也充分肯定了智慧財產權保護在推動市場競爭方面的積極因素。指南中指出專利、技術秘密等各種智慧財產權的保護，為技術革新提供

¹⁴ Joseph F. Brodley, *Antitrust Law and Innovation Cooperation*, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 4, No. 3, 1990, p.97-p.112；陳雅娟，美國專利法上「專利權濫用原則」之研究—於專利授權之適用，中正大學法律研究所碩士論文，1996 年，第三章。

¹⁵ *Continental TV, Inc, v. GTE Sylvania, Inc*, 433 U.S. 36, 1977.

了寶貴的激勵機制；及指出技術轉讓是推動技術傳播的一個迅速和有效的途徑；及指出技術轉讓協定中限制性條款是防止搭便車和保證技術轉讓有效的必要手段，應為合法的手段¹⁶。

除了法院判例，美國關於智慧財產權的反托拉斯最新立法是美國司法部和聯邦貿易委員會 1995 年共同發佈的《關於智慧財產權授權的反托拉斯指南》¹⁷。新的指南採納了 1988 年指南關於技術授權部分的核心原則，它們是：

1. 智慧財產權是財產權。即儘管智慧財產權具有某些特殊的性質，但是仍然可以在一般反限制競爭分析的框架內進行考量；所以智慧財產權既沒有特別地排除在反限制競爭法的審查之外，也不必特別地受到反限制競爭法的懷疑。
2. 智慧財產權不等於市場支配力。即不假定專利、著作權或者商業秘密必然具有市場支配力，因為常常會有足夠的實際的或者潛在的替代產品、替代方法和替代作品來阻止市場支配力的運用；與其他有形或無形資產的所有者一樣，即使專利或者其他形式的智慧財產權確實形成了市場支配力，因先進產品、商業智慧和歷史機遇形成的這種市場支配力本身（甚至獨占狀態）並不當然違反反限制競爭法，也並不能因此而強制要求權利人將智慧財產權授權給其他人使用。當然，也存在非法獲得或者維持市場支配力，或者雖然是合法獲得或者維持市場支配力，但是權利人通過不合理地行使智慧財產權來損害競爭的情形。
3. 智慧財產權授權有助於競爭。即授權、交互授權、轉讓或其他智慧財產權的轉移有助於智慧財產權和其他生產要素的結合，從而更有效率、更有價值地利用智慧財產權，降低生產成本，開發新的產品，使消費者受益；即使智慧財產權授權中的使用範圍、區域和其他限制，也可以使被授權人盡最大可能地使智慧財產權的利用取得最佳效果，使被授權人更積極地投入於所被授權的智慧財產產品的生產和銷售，並對所授權的智慧財產權進行新的開發利用，最終有助於競爭。所以，競爭法的執法不應對此進行不必要的干預。

這幾個原則可以說完全否定了原先斷定的智慧財產權與競爭法之間存在著不可調和

¹⁶ Roger B. Andewelt, Competition policy and the patent misuse doctrine, 25 Pat. Trademark & Copyright J. (BNA) 41, 42, 1982；Antitrust Guidelines for International Operations, 1988, <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>.

¹⁷ Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, 1995 April 6, <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/ipguide.htm>.

的內在衝突的觀念，對於智慧財產權是獨占權、智慧財產權是法定的獨占（必然產生獨占力）、智慧財產權限制了競爭等等似是而非的說法予以澄清，恢復了智慧財產權是一個普通的財產權的本來面目，使智慧財產權與獨占之間原先存在的對立得以緩解。就如該指南在序言中指出的，“智慧財產權法和競爭法在促進創新和維護消費者利益上有共同的目的。智慧財產權法通過給予創造者的新穎有用的產品、更有效率的方法和原創表達的作品可以實施的權利，為發明創新及其傳播推廣、商業利用提供了激勵機制”。如果沒有智慧財產權，仿冒者可以更快地將發明創新者的成果，加以使用而不提供任何補償。仿冒將會減少發明創新的商業價值並破壞創新投資的激勵機制，最後損失還是會反應在社會及消費者身上。而競爭法則通過禁止對現存競爭的損害行為，強化競爭機制，來促進事業加強發明創新，進而增進消費者福利¹⁸。

在 1995 年指南的三個基本原則中，以“智慧財產權是財產權”的原則是最基本的原則。該原則在競爭法的適用中，主要涵蓋意思為，第一，雖然智慧財產權有著與其他財產權不一樣的特徵，比如無形而易侵害，但是，競爭法的一般原則同樣適用於智慧財產權，就如同適用於其他任何形式的有形或無形財產一樣，而無須適用完全不同的原則；第二，智慧財產權權利人享有的排他權利，與其他形式的私有產權是一樣的，而智慧財產權的某種形式的行使，也與其他形式的私有產權的行使一樣，可能會有限制競爭的後果，而競爭正是競爭法所能和所要維護的，所以，智慧財產權既不能除外免除於競爭法的審查，也不特別地受到競爭法的懷疑¹⁹。

最近，2006 年 3 月美國聯邦最高法院（US Supreme Court）決定一件關於專利與反托拉斯法之案件²⁰。在 8-0 的投票決定下，該院廢棄（vacate）了美國聯邦巡迴上訴法院（Circuit Appeal Federal Court, CAFC）的決定，同時也推翻該院自己先前的判例。大法官們於本家中無異議地通過，認為在反托拉斯訴訟中，用來進行搭售（tying）的產品即使取得專利保護，此一事實也不足以推定被告廠商當然具有市場支配力量（market dominate power）。

從上述各種規範及案例的演進，即使近年來的不斷調整標準，放寬對智慧財產權的管制的範圍，但可以瞭解美國反托拉斯法對智慧財產權限制競爭的管制是存在。

¹⁸ 王曉曄，知識產權濫用行為的反壟斷法規制，<http://www.iolaw.org.cn/shownews.asp?id=6626>；李兆國，標準制定組織及標準專利之爭議，交通大學科技法律研究所碩士論文，2003 年，第四章。

¹⁹ 前揭註。

²⁰ *Illinois Tool Works v. Independent Ink*, 2006, http://patentlaw.typepad.com/patent/04_2D1329p_20zo.pdf.

二、歐盟

歐盟爲了推動歐盟企業間技術轉讓，提高歐盟企業的技術創新能力，1996年1月31日歐盟委員會發佈了《技術轉讓協定集體適用歐盟條約第81(3)條的第240/96號條例》²¹（以下簡稱“240/96號條例”）。該條例主要由六部分內容構成，第一部分爲條例的適用範圍。第二部分列出了技術轉讓契約中可以得到豁免的條款²²，即這些條款雖然是限制競爭的行爲，但從保護智慧財產權、有利於技術轉讓的目的出發，它們又具有合理性，因此根據歐盟條約第81條第3款而給予豁免。第三部分是技術轉讓契約中不被認爲是限制競爭的條款，即所謂的白色條款²³²⁴。白色條款可以自動獲得豁免。第四部分爲技術轉讓契約中限制競爭的條款，這些條款不能得到豁免，而是直接被禁止，故稱爲黑色條款²⁵²⁶。第五部分所列出的技術轉讓契約條款，既不屬於可以自動地獲得豁免的白色條款，又不屬於應當予以直接禁止的黑色條款，而是所謂的灰色條款；有灰色條款的技術轉讓契約當事人可以向歐盟委員會提出豁免申請。如果豁免申請在四個月內沒有被歐盟

²¹ Commission Regulation EC No 240/96.

²² 根據這個條例，可以得到豁免的限制競爭主要有：

1. 排他性約束。即技術轉讓協定可以規定授權人不得在契約地域使用被轉讓的技術，或者不得允許第三人使用這種技術。這種規定出於兩個方面的考慮，第一是被授權人的利益，即保證被授權人在契約地域內獨自使用新技術，提高市場競爭力，從而實現其購買新技術使用權的目的；第二是推動技術轉讓，提高市場競爭強度。
2. 地域限制。如被授權人不得在授權人的地域內使用被轉讓的技術；被授權人不得在其他被授權人的契約地域內生產該產品或者使用該產品製造流程等。
3. 商品標識限制。即協議可以規定被授權人在協議有效期內，必須使用經授權人確定的商標，但是被授權人有權做出自己是產品生產者的標識。
4. 生產數量限制。即協議可以規定，被授權人生產的授權產品僅限於爲其自己的產品而必要的數量，或者被授權人只能將授權產品作爲自己產品的零配件或者作爲自己產品的關聯產品進行銷售。這種豁免的前提條件是被授權人可以自己決定協議產品的生產數量。

²³ 何愛文，論專利法制與競爭法制之關係--從保護專利權之正當性談起，臺灣大學法律學系博士論文，2003年，第四章；王曉暉，前揭註16。

²⁴ 包含18種不具有限制競爭影響的限制性條款。例如，技術秘密的被授權人在授權契約期間不得洩漏授權人的技術秘密；並且契約可以要求，被授權人在契約期後仍有保密義務；被授權人不得授予再授權，也不得向他人轉讓授權；被授權人得承擔義務，在被轉讓的技術秘密仍具有機密性或者被授權使用的專利，仍受專利保護的條件下，授權契約結束之後不再使用被轉讓的技術；被授權人得在合理條件下，允許授權人使用其對被轉讓技術，進行了的改善或者新應用；被授權人在被授權的產品生產中，得遵守最低的質量規範要求等等。

²⁵ 何愛文，前揭註21，第四章。

²⁶ 黑色條款主要是價格固定；禁止競爭協議（這個條款的目的是，權利人不得通過技術轉讓將其獨占權不合理地擴大到其他領域，從而不合理地限制競爭）；禁止出口；限制用戶；數量限制，即限制被授權人的生產數量、銷售數量或者被轉讓技術的使用次數；強迫被授權人將其改進或者應用被轉讓技術，而取得的權利全部或者部分轉讓給授權人。這個禁止性條款的目的是制止授權人在技術轉讓中濫用其優勢地位，不公平地將被授權人取得的權利據爲己有，從而有利於平衡授權協議雙方當事人的利益；過度的地域限制。即要求授權人在技術轉讓協議的豁免期限之後，仍不得向其他企業授予授權，以阻止在契約地域內使用該技術，或者要求一方當事人在技術轉讓協議的豁免期限之後，仍不得在另一方當事人或者其他被授權人的地域使用該技術。

委員會駁回，這些條款就被視為獲得了豁免。條例的最後一部分是關於法律概念和程式的規定，包括撤銷豁免的條件。

歐盟現行在競爭法與智慧財產權相關的現行法律是 2004 年 4 月 27 日頒佈的《關於技術轉讓協定適用條約第 81 條第 3 款的 772/2004 號條例》(COMMISSION REGULATION (EC) No. 772/2004 of 27 April 2004 on the Application of Article 81(3) of the Treaty to Categories of Technology Transfer Agreements, 一般簡稱為TTBER；以下簡稱“772/2004 號條例”)²⁷。新條例於 2004 年 5 月 1 日至 2014 年 4 月 30 期間有效，240/96 號條例被取代。772/2004 號條例除了申明立法目的與方針的鑒於條款 (whereas clause) 之外，總共十一條。第一條為定義條款，對於若干基本概念予以界定。第九條至第十一條為關於條例效力期間性問題的技術性規定。因此其真正值得關注者，為第二條至第八條。

第二條規定了適用本條例豁免的範圍。對協定或者條款適用本條例予以豁免，意味著條約第 81(1)條不適用於該協定或者條款。依據條約 81(3)條和本條例的規定，81(1)條不適用於雙方當事人准許生產契約產品的技術轉讓協定。即使這種協定如果含有 81(1)條所規定的限制競爭條款，豁免仍然適用。只要被授權的智慧財產權尚未期滿或者尚未被宣告無效，或者被授權的技術秘密仍然具有秘密性，則在協定有效期內本豁免仍然得以適用。

第三條規定適用本條例進行豁免的市場占有率界線 (market-share thresholds)。對於競爭者之間的技術轉讓協定，如果雙方當事人在相關技術市場和產品市場的合計占有率不超過 20%，則前述第二條之豁免適用於該協定。非競爭者之間的協定，如果當事人各自在相關技術市場和產品市場的占有率不超過 30%，則前述第二條之豁免適用於該協定。當事人對相關技術市場的占有率以被授權的技術在相關產品市場的出現情況作為計算。授權人的市場占有率為契約標的之相關產品市場占有率；該契約標的產品包括授權人和被授權人生產的產品。

第四條規定了核心性限制 (hardcore restrictions)。核心性限制條款的存在，將使得整個協定都不適用豁免。具體而言，當協定當事人之間具有競爭性之情形，若協定直接或者間接、單獨或者與受控於當事人的其他因素結合，而具有如下目的，則前述第二條之

²⁷http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2004/l_123/l_12320040427en00110017.pdf#search=%22COMMISSION%20REGULATION%20772%2F2004%22

豁免不適用於該協定：限制當事人一方向第三方銷售產品的價格；限制產量，但在非互惠協定中對被授權人契約產品產量限制除外，在互惠協定中對多個被授權人之一的契約產品產量限制除外；限制被授權人利用自己技術的能力或者限制任何一方當事人的研發能力，除非這種限制是防止被授權的技術秘密為第三方知悉所必須；分配市場或者顧客，但以下情形除外（即以下情形適用第二條之豁免）：（1）要求被授權人僅僅在一個或者多個技術應用領域或者產品市場使用被授權的技術從事生產，（2）在非互惠協定中，要求授權人和/或被許授權不得在一個或者多個技術應用領域或者為另一方當事人保留的排他性地域使用被授權的技術從事生產，（3）要求被授權人不得在特定地域內向其他人授權技術，（4）在非互惠性協定中，限制被授權人和/或授權人主動和/或被動地向為另一方當事人保留的排他性地域或者排他性顧客銷售，（5）在非互惠性協定中，限制被授權人在由授權人分配的排他性地域內或者顧客群內向另一被許授權人進行主動銷售，如果該另一被授權人不是授權協定締結時授權人的競爭者，（6）要求被授權人僅僅為自己使用而生產契約產品，除非被授權人沒有被限制主動和被動銷售作為自己產品零件的契約產品，（7）在非互惠性協定中，如果授權目的在於為特定顧客建立替代性貨源，則要求被授權人僅僅為該顧客生產契約產品。

另外，當協定當事人之間不具有競爭性之情形，若協定直接或者間接、單獨或者與受控於當事人的其他因素結合而具有如下目的，則前述第二條之豁免不適用於該協定：限制一方當事人向第三方出售產品的價格，而不影響強制最高銷售價格或者推薦價格之可能，除非限制本身不構成由於當事人一方壓力或者引誘而形成的固定價格或者最低銷售價格；被授權人是選擇性分銷體系中的零售經營成員，因此向終端用戶主動或者被動銷售，而不影響該體系內成員在未經授權的營業地運營時，對此種主動或被動銷售之限制可以適用豁免；對被授權人可能被動銷售進入的地域或者顧客群進行限制不適用第二條之豁免，但下列情形除外：（1）被授權人在為授權人保留的排他性地域內或者排他性顧客群內進行被動銷售行為進行限制，則對被授權人此種被動銷售行為的限制可以適用豁免，（2）授權人在起初兩年內分配給另一被授權人的排他性地域或者排他性顧客群，該另一被授權人得以在此兩年內在該地域或該顧客群銷售契約產品。此情形下，對被授權人的被動銷售的限制可以適用豁免，（3）在被授權人未被限制主動和被動銷售作為其自己產品之配件的契約產品情形下，要求被授權人僅僅為自己使用之目的而生產契約產品，則此種要求可以適用豁免，（4）授權之目的在於為某顧客建立替代性供應源，因此

要求僅僅為該顧客生產契約產品時，此種要求可以適用豁免，(5) 被授權人從事的是批量經營性貿易，則限制其向終端用戶的銷售可以適用豁免，(6) 選擇性分銷體系中的成員向未經授權的分銷商進行銷售，則對此銷售之限制可以適用豁免。

第五條規定了被排除的限制 (excluded restrictions)，即某些限制性條款被排除而不適用豁免，而其他條款仍然可能適用豁免。下列限制性要求不適用豁免：直接或者間接要求被授權人將其對被授權技術進行的可分割性改進 (severable improvements) 或者新應用，向授權人或者授權人指定的第三人進行排他性授權；直接或者間接要求被授權人將其對被授權技術進行的可分割性改進或者新應用，向授權人或者授權人指定的第三人進行轉讓；直接或者間接要求被授權人不得質疑授權人在一般市場上佔有的智慧財產權之有效性，而不影響被授權人于技術轉讓契約期滿時質疑一項或多項被授權智慧財產權之有效性。另外，協定當事人之間不具有競爭性時，若協定條款直接或者間接限制被授權人利用自己的技術之能力，或者限制任何一方當事人研發能力，則前述第二條之豁免不適用於該條款；除非後者情形下之限制為防止被授權的技術秘密為第三人所知所必須。

第六條規定在具體個案中，如果委員會在任何情況下發現適用前述第二條之豁免的技術轉讓協定具有有悖於條約 81(3) 的效果，則其有權撤銷本條例適用之利益；在下列情形尤其如此：限制第三人的技術進入市場，比如以類似禁止使用第三人技術的限制性協定構成的平行網路之累積效果限制第三人技術；限制潛在的被授權人的技術進入市場，比如以類似禁止授權人向其他人進行授權的限制性協定構成的平行網路之累積效果限制潛在的被授權人的技術；當事人缺乏任何客觀有效的理由而不使用被授權的技術。

第七條規定了不適用本條例的情形。如果類似技術轉讓協定的平行網路佔有相關市場一半以上比例，則委員會有權宣佈本條例不適用於含有與該市場有關的具體限制性條款的技術轉讓協定。

第八條規定了市場占有比例基準的適用。市場占有比例應該基於市場銷售價值資料而計算確定。如果市場銷售價值資料不可獲得，則可依據基於其他可靠的市場信息 (包括市場銷售數量) 的估算來確定市場占有比例。如果企業市場占有比例起初並未達到本條例第三條所規定之 20% 和 30%，但後來上升達到此水平，則從其首次達到此水平的

所在年度起，連續兩年適用本條例第二條所規定之豁免。

與 240/96 號條例相比，772/2004 號條例重要變化在於取消了類似可以自動豁免的“白色條款”。同時，類似“灰色條款”的規定也被取消；這意味著當事人不必再向委員會通知或者申請豁免。當事人必須自己判斷其協定是否適用豁免。其核心性限制條款類似於先前“黑色條款”，但範圍更窄。市場占有比例成爲一個基本的考量因素。這些變化，對於當事人而言減少了 240/96 號條例適用的確定性，但新規定也增加了適用豁免的靈活性。也正是由於這些簡化式變化，772/2004 號條例比 240/96 號條例顯得簡潔抽象。

三、日本

日本是在《獨占禁止法》第 21 條（舊法第 23 條）規定：「依據著作權法、專利法、新型法、新式樣法、商標法之權利行使行爲，不適用本法之規定。」依據該規定的旨意，所有智慧財產權的行爲只要按照各該法律規定所爲的行爲，基本上就不適用《獨占禁止法》，但權利行使並非毫無限制，縱如外觀上是權利行使，但依該行爲目的、態樣會造成對於市場中競爭秩序巨大之影響問題者，不可評價該行爲爲「視爲行使權利之行爲」，而有獨占禁止法之適用。此外，卡特爾方式進行授權、共同排除新進者不予授權、搭售其他技術、限制被授權人研發等，均爲獨占禁止法所不許，亦即智慧財產權的相關行爲已經悖離智慧財產權保護制度設置的原意，則將不被評價爲「行使權利之行爲」，而有「獨占禁止法」的適用²⁸。這一點跟我國的公平交易法第 45 條規範：「依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行爲，不適用本法之規定。」非常相近。

由於法條規範其實還是一種原則、概要性的規範，在具體個案或行爲上如何去評價，有再解釋說明的需要。日本公平交易委員會對於特定行爲，基本上採用下列兩種方式表達其意見：檢討報告及指導原則。前者係由日本公平交易委員會、學者專家、法院、相關經濟團體、智慧財產權協會等研討後所公布之意見報告，尚無法律上的拘束力，但具有參考的價值。後者則是屬於行政規則的性質，對外公佈後，所涵攝特定行爲在未被

²⁸ 楊嘉雯，簡介日本獨占禁止法上有關專利及專門技術授權協議之執行準則，科技法律透析，2000 年 11 月，頁 36-56。吳麗玲，日本競爭法對智慧財產授權行爲規範之研究，頁 7-17，http://61.57.43.68/OpenFront/report/show_file.jsp?sysId=C09404606&fileNo=001。吳翠鳳，日本獨占禁止法的除外適用制度，公平交易季刊，1997 年 11 月，頁 111-113。

變更修改之前，適用法律之解釋基本上將受到拘束²⁹。

日本係於 1947 年獨占禁止法施行，為加強引進國外技術，原由藉外資引入技術者須本於外資法由外資委員會審核，後於 1953 年修訂獨占禁止法，於獨占禁止法第 6 條第 2 項明文規定有關國際交易應向公正去引委員會提出申報。日本因於 1963 年加入 OECD，承諾全面放寬外資導入之審查基準，但為避免國內產業受引進技術契約之不公平拘束，1968 年爰訂定《國際技術引進契約認定基準》，一方面檢視國際契約之內容，另訂定《不公平交易方法處理原則》，該處理原則之核心在判斷技術引進契約是否涉有「優越地位的濫用」。1968 年之處理原則訂立授權契約所涉有關輸出地區、輸出價格、數量、對競爭品之處理、原料採購地區及對象、銷售地區及對象、再銷售對象、改良發明等、權利金之徵收、原料之零件品質、合約結束後等限制事項等，授權者不得有濫用優勢地位之情勢。鑑於日本輸入與輸出技術之成長，並順應全球化經濟之趨勢，加速專利間之流動等，爰廢除前開處理原則，另於 1989 年新訂《關於專利及專門技術授權契約等不公平交易方法運用原則》，該原則並不再堅持「濫用優勢地位」之核心精神，而係以是否「減損競爭」為判定是否違法之核心價值。1997 年為配合一連串專利法之修法，與國際專利保護接軌，廢除獨占禁止法第 6 條第 2 項規定輸入（出）技術應向公正取引委員會申報之規定，並修訂 1989 年之處理原則，於 1999 年修訂公布《獨占禁止法關於專利、專門技術授權協議之處理原則》，作為判斷專利及專門技術等智慧財產權交易行為是否逾越權利行使的範疇。該處理原則涵蓋 1968 年「濫用優勢地位」及 1989 年「減損競爭」之精神，擴大為「對競爭秩序的影響」。2005 年 6 月更通過《獨占禁止法對於專利集管及標準化授權之考量》，而日本獨占禁止法僅規範專利及專門技術之授權，對於商標及營業秘密所涉不公平競爭之行為係規範於不正競爭防止法中，主要救濟途徑未如獨占禁止法有行政指導或行政審決之行政手段，違反不正競爭防止法規定僅為民刑事手段，包括不作為請求權、損害賠償請求權、回復信用請求權及刑事罰³⁰。

四、我國

我國公平交易法第四十五條規定「依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為，不適用本法之規定」，而其立法理由為「著作權、商標專用權及專利權在本質上

²⁹ 吳麗玲，前揭註 28，頁 8。

³⁰ 吳麗玲，前揭註 28，頁 7-8。

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」。本條文規定及立法理由，於立法院審查時，未有立法委員對此條文持不同意見，且制定後及一直沿用自今，未有任何修改³¹。

關於本條規定之性質，存在有不同的學說看法，分別說明如下：

1. 例外排除說³²

例外排除說認為本條規定，性質上屬於例外不適用公平交易法之除外規定，並認為公平交易法為普通法，而智慧財產權法屬於特別法，基於特別法優先於普通法的法律原則，雖智慧財產權法為法律所賦予之獨占權，為一公平交易法之例外情形，得排除在適用範圍之外。

但主張除外條款的學者，進一步認為本條應以是否為「依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為」決定是否排除公平法之適用，此一除外規定的範圍，應從嚴解釋認定，儘量維持公平法之適用範圍，以確保自由及公平得市場競爭環境³³。

2. 訓示規定說³⁴

訓示規定說認為智慧財產權法於競爭法上並無特殊地位，其權利行使應與其他一般財產權之權利行使，於競爭法上受到相同的對待。因為行使智慧財產權之正當行為不適用公平法的規定，已可從公平交易法上相關條文可推知。例如，第十條禁止獨占事業之「濫用市場地位」、第十四條聯合行為的例外許可規定及第十九條對「限制競爭或不公平競爭之虞」的行為加以禁止。因此認為公平法第四十五條規定較接近確認或宣示之性質，智慧財產權之權利行使與競爭法立法目的並無衝突或必須例外合法之必要。

3. 權利濫用說³⁵

³¹ 謝銘洋、陳人傑，公平交易法第四十五條，公平交易法註釋研究系列(三)，頁 549。

³² 謝銘洋，智慧財產權與公平交易法之關係-以專利權為中心，智慧財產權之基礎理論，翰蘆圖書，90年6月，頁 201~203；魏千峰，公平交易法之適用範圍與除外規定，收於賴源河編審，公平交易法新論，頁 102~103。

³³ 謝銘洋、陳人傑，前揭註 31，頁 551。

³⁴ 汪渡村，專利授權限制競爭條款之規範，政治大學法律學研究所，博士論文，79年，頁 423~424；黃銘傑，專利授權與公平交易法-以拒絕授權與強制授權為中心，萬國法律，90年12月，頁 17~18；劉紹樑，淺介「美國法務部對智慧財產權授權及取得之反托拉斯法執行準則」草案，公平交易季刊第二卷第四期，頁 1~20。

權利濫用說認為「依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為」，乃是權利行使必須符合智慧財產權法之立法規範意旨，從而當其權利行使違背了智慧財產權法保護智慧財產之宗旨，則可將之歸為權利濫用行為，應不屬於公平交易法第四十五條之行使權利之正當行為。

4. 阻卻違法說³⁶

阻卻違法說認為應將公平交易法第四十五條之法律地位，視為與公平交易法第四十六條修正後³⁷相同，兩者之規範功能皆為排除公平法禁止規定，而優先適用其他法律之強制或許可規定。但強調僅於智慧財產權行使為「正當」時，始可排除公平法適用，然「正當」此一不確定法律概念為一構成要件，使公平會有就智慧財產權法及公平交易法的立法意旨，就個案情形予以判斷。

由上述關於公平法第四十五條性質的各說中，即使最嚴格的例外排除說也認為應從嚴解釋認定，儘量維持公平法之適用範圍。可見智慧財產權並不因公平交易法第四十五條的規定的存在，而排除公平交易法的適用，而應視智慧財產權行使的行為，是否為符合智慧財產權法立法意旨之正當行為，甚至衡量兩法的立法意旨，就個案情形予以判斷。

我國公平交易法第四十五條條文中所指之正當行為應為智慧財產權法中所附予權利人的專有權或排他權。以專利法為例，專利權人得以排除他人未經其同意而製造、為販賣之要約、販賣、使用或為上述目的而進口該物品之權利，因此專利權人正當行使專利法賦予之權利，禁止他人或事業實施該專利權，而獲得市場上之獨占，得排除公平交易法之適用。因此，有學者認為專利權之排他特性是立法者為保障權利人之權益所例外允許，所以本來就會有限制競爭的效果，因此，公平交易法第四十五條得排除公平交易法之「限制競爭」之規範，僅可適用在「不正競爭」之規範³⁸。但進一步深究專利法賦予專利權人的權利為行使、製造與銷售的權利，故倘若專利權人行使上述該些權利而自然獨占該產品市場，此等行為屬於公平交易法中所言之依照專利法行使之正當行為，但

³⁵ 黃銘傑，前揭註 34，頁 23。

³⁶ 公平交易法第四十六條「事業關於競爭之行為，另有其法法律規定者」，於不抵觸本法立法意旨之範圍內，優先適用該其他法律之規定。」

³⁷ 洪禮卿、蘇永欽、何之邁、范建得、單驥，公平交易法第四十六條修正後之適用問題研究，公平交易委員會委託研究，89年10月，頁26。

³⁸ 謝銘洋，智慧財產權與公平交易法之關係-以專利權為中心，收錄於智慧財產權之基礎理論，翰盧圖書出版社，2001年6月，頁32-35。

該獨占事業行為非專利法所附予之權利，屬於公平交易法第十條中的獨占濫用之行為，並產生阻礙競爭或破壞市場秩序的效果，如：搭售或固定下游廠商售價等，自不應受公平交易法第四十五條所限制，而排除公平交易法之適用。

例如在術授權契約的過程中，常常發生技術授權協議之授權人，為增加自己在市場上的影響力或多獲取額外的經濟利益，常常會在技術授權約款中加入一些限制被授權人生產或交易條件的條款（譬如地區或數量上的生產限制），或者是要求不合理的高額權利金、包裹授權、強制被授權人不能提出該授權專利係屬無效的異議。此時，如果在雙方的市場或談判力量處於非常不對等的狀況下，已經不能單純的從民法或者是智慧財產權法的角度而認為授權人的行為是屬於合理行使權利的行為。公平交易法從維護市場競爭機制的角度，就會對授權人的行為加以限制，以免授權人不當運用該等限制約款，不僅對於授權技術造成獨占，甚或造成限制競爭或不公平競爭。而是否屬於「行使權利之正當行為」的判斷，必須參酌公平交易法的觀點。亦即，首先先判斷該行為是否為「行使權利」之行為，如果權利人的行使行為，已經超出智慧財產權法所賦予之權利範圍外（例如行使專利權已經超出其專利保護範圍），這當然不能算是行使權利的行為，自應受到公平交易法之規範。接下來，再進一步為正當性的判斷，公平交易法的觀點在此時就會一併被納入考慮。但是，公平法第四十五條的「行使權利的正當行為」乃是一不確定法律概念，實務上多參考公平會九十四年所公布之《審理技術授權協議案件處理原則》加以判斷³⁹。

據公平會所訂定之審理技術授權協議案件處理原則第六點所列之「違反公平交易法事項之例示」，技術授權契約中最可能違反公平法的行為類型，大抵屬於公平交易法第十四條（聯合行為）、第十條（獨占事業禁止行為）以及十九條第二款（差別待遇）與第六款（垂直之非價格交易限制）。其中在該處理原則第六點（三）中規定：「技術授權協議之當事人為獨占事業，該當本點所例示之行為態樣，是否違反公平交易法第十條之規定，就具體個案判斷之。」

由上述各國的法律規定及實務見解，我們可以知道智慧財產權並不必然被排除在獨占管制之外，且智慧財產權也並不必然導致獨占意義上的“獨占”。與一般財產權相一

³⁹ 行政院公平交易委員會對於技術授權協議案件之處理原則，94.2.24.公法字第 0940001290 號令發布，<http://www.ftc.gov.tw/2000010129991231155.htm>。

致，智慧財產權雖然具有獨占的性質，並可能在某些情形下限制競爭，但這種獨占同時會激發人們在知識經濟領域開展競爭。而競爭法通過禁止那些損害現實的或潛在的競爭的行為，來保護和推動競爭。如果權利人濫用自己的權利，並導致獨占性的經營活動，使得社會經濟效益減低的話，包括智慧財產權在內的私有產權就自應受到包括競爭法在內的各項法律的限制。

3.2.2. 智慧財產權市場獨占之態樣

在研究智慧財產權獨占管制時，除了前項競爭法的獨占管制是否可適用在智慧財產權的議題需要釐清外，智慧財產權領域適用競爭法的第一項問題，也是最基本的分析，仍然是相關市場的界定。對於專利權或著作權等智慧財產權獨占濫用之議題，相關市場的決定與傳統的商品市場或服務市場有一些不同處。透過整理智慧財產權相關市場的理論與操作方式，唯有對相關市場的正確界定，才能在實際個案中進一步適用或推論競爭法獨占管制的各項法律原則與規範。尤其是最近幾年才被提出的智慧財產權所涉及的技術市場、創新市場的認定問題，如果因認識不清而採取錯誤的界定方式，不恰當的市場界定基本上會立即左右整個限制競爭行為成立與否的結果，也使得基於該錯誤市場界定下的競爭法推論結果變得毫無意義。本項將就專利權及著作權在各種實施態樣下所衍生市場現象，與傳統事業比較，並參考歐美各國的處理原則，以適當界定智慧財產權市場。最重要地在於瞭解智慧財產權的獨占態樣，作為選擇獨占管制手段的參考，評估獨占性訂價管制的必要性，是否存在其他的有效管制手段，

3.2.2.1. 競爭法上獨占事業之認定

事業是否濫用經濟力而應受到公平交易法獨占相關規範之規制，首須確定者，是涉案事業是否已居於獨占等市場控制地位，此涉及相關市場之界定及該事業控制地位之認定。

一、相關市場之界定

1. 產品市場⁴⁰

產品市場是目標產品或服務與其他產品或服務得為有效競爭之一定範圍。申言之，就供需雙方而言，在系爭產品之外，考慮其他產品的用途、品質、製造成本、市場價格等因素，實際上與系爭產品處於有效競爭之狀態者，應屬同一市場。產品或服務是否屬於同一市場可從供應者與需求者兩方面予以考慮。就需求者而言，一產品之價格、效用及品質，依其判斷可合理代替時，則該組產品係屬同一市場。就供應者而言，不同產品之轉換生產，於考量投入成本、獲利程度，認為並不費時費力，則各該產品即具有供應的替代關係，從而屬於同一市場。因此，產品市場的劃定，主要是從市場相對人之觀點來看，亦即應採取所謂，需求市場觀，以買受人對於該產品所認定之合理替代可能性作為衡量標準。也就是說，應視系爭之產品對於顧客而言，是否具有所謂「功能上之替代可能性」，而決定是否屬於同一產品市場。若產品在特性、經濟使用目的及價位上具有替代性，而一般理性消費者為了滿足特定需求時會加以比較，並且認為彼此間可以相互替代，則這些產品即可歸於同一產品市場。因此，目前各國實務皆著重需求方之產品替代可能性之分析與求證，以確定市場是否為同一。

進一步言之，產品的代替性應以合理、相對的角度去評估，因為純從經濟的眼光觀察，任何一種產品均有許多替代品，惟於反托拉斯法上既不可能亦無必要窮盡其極限去搜尋所有的替代品，只要在合理的範圍內確定，具有相對交換可能的產品即為已足。因此，合理相對的替代可能為產品相關市場的確定原則，只要消費者認為某些產品就價格、效用、品質，可取代原來的產品，則此類產品即應包括於同一市場之內。

2. 地理市場⁴¹

地理市場範圍大小完全視供需雙方互動的關係而定。從供給方觀察，以其銷售特定產品或提供特定勞務為範圍。就需求方而言，以實際上其求得經濟滿足的區域為界。綜合供需兩方之活動區域合併判斷，即可以得知地理市場之大小。地理市場的劃定，也是在市場相對人觀點下，視一地理範圍內之產品，對於其滿足特定需求而言，具有替代之可能性來界定。地理市場範圍的確定，首應考慮產品或服務之性質。此外，地理市場的區隔，通常會受顧客通常消費之區域範圍、法律規定、交通運輸成本、產品特性或自然

⁴⁰ 郭土木，前揭註 1，頁 187-188。何之邁，公平交易法實論修訂版，2002 年 9 月，頁 18-21。

⁴¹ 郭土木，前揭註 1，頁 189。

地理環境等因素所左右。又因不同產品、服務之個別情形，也可能會產生全國性或地方性之地理市場。

二、控制地位之認定

德國卡特爾法第十九條及我國公平交易法第五條之一，主要採用相關市場占有率作為衡量事業是否具有市場支配力量，而居於控制地位，以我國公平交易法第五條之一規定如下：

1. 事業無左列各款情形者，不列入前條獨占事業認定範圍：
 - 一、一事業在特定市場之占有率達二分之一。
 - 二、二事業全體在特定市場之占有率達三分之二。
 - 三、三事業全體在特定市場之占有率達四分之三。
2. 有前項各款情形之一，其個別事業在該特定市場占有率未達十分之一或上一會計年度事業總銷售金額未達新臺幣十億元者，該事業不列入獨占事業之認定範圍。
事業之設立或事業所提供之商品或服務進入特定市場，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，中央主管機關仍得認定其為獨占事業。
3. 事業是否具有控制地位並形成市場上唯一的一股經濟力量，乃事業與其他事業相互比較之問題。

另觀察美國實務對於事業市場力量之判定，從學說及實務案例顯示，其將市場經濟力之分析分為下列三種標準⁴²，說明如下：

1. 結構標準

結構標準之首要，即以企業的市場占有率作為經濟力強弱的判斷依據。蓋控制地位既為企業於相關市場經濟力的顯現，則以該企業占有市場比例之多寡，推算其是否具有此地位，為最直接有力的方法。我國公平法即是以此為主要判斷標準。市場占有率主要用以衡量市場競爭程度或廠商對市場價格影響力之大小，其意義是指一個事業在特定市場上所銷售之商品或提供之服務，占該特定市場所有銷售之商品或提供之服務的比例。

⁴² 何之邁，控制企業經濟力濫用之研究，公平交易法專論(一)，頁 442-443。

此方法具有概念清楚、計算容易等優點，並且更能較市場集中度真實準確地表現出每一事業所處之市場結構。因此，被當作在判斷市場力時一種方便好用之操作方法，若市場占有率愈高，表示事業可能處於寡占或接近獨占市場的情形。反之，市場占有率較低，則可能代表市場正處於競爭的環境。

2. 行為標準

行為標準乃是根據企業的行為，推斷其是否居市場之控制地位。一事業若認為自己已經達到超越其他事業之優勢者，必定會有相應的行為表現，最常見者乃是濫用經濟力之行為，如拒賣、歧視、操縱價格等皆屬是，此時由行為之外觀即可透視企業之體質。惟行為標準亦並非毫無缺點，何種行為始屬於控制事業所特有者，殊難一概而論。因為事業雖居於市場之控制地位，仍非一定有濫用行為發生，若以濫用行為反推行為者居於控制地位，一般企業者雖未達到控制地位，亦可有濫用行為出現，故此標準作為判斷控制地位之依據，將造成邏輯上的錯誤，因為無法以有無濫用行為而認定事業是否居於控制地位。因此，此方式受到學者強烈之質疑。

3. 成就標準

事業經營者的成就若達於如同居於控制地位所為者，則判斷其已具有市場之控制地位，乃為成就標準。此項標準係藉著以果推因的方法，倒推得知企業所具有的市場力量，但是往往於複雜的經濟環境之中，如何正確分析那些成就為控制地位的力量所造成，實非易事。故企業表現的成就，若非經過縝密的分析，實際上甚難準確無誤的推知其究否出自優越勢力，或是源於其他因素。

3.2.2.2. 專利權的市場獨占態樣

對於專利權或著作權等智慧財產權獨占濫用之議題，相關市場的決定與傳統的商品市場或服務市場有一些不同處。透過整理智慧財產權相關市場的理論與操作方式，唯有對相關市場的正確界定，才能在實際個案中進一步適用或推論競爭法獨占管制的各項法律原則與規範。尤其是最近幾年才被提出的智慧財產權所涉及的技術市場、創新市場的認定問題，如果因認識不清而採取錯誤的界定方式，此時不恰當的市場界定基本上會立

即左右整個限制競爭行為成立與否的結果，也使得基於該錯誤市場界定下的競爭法推論結果變得毫無意義。

一、市場界定

反托拉斯法討論智慧財產權議題時，基本上認為係界定於技術市場，因為智慧財產權不同於傳統的具體商品，除了非可見性、不可觸摸的無體性外，也不一定具有特定的附著形式或表現方式，所以不易於套用傳統界定一般有體財產權的產品市場定義方式。美國司法部及聯邦貿易委員會考量此一議題，率先於 1995 年的《關於智慧財產權授權的反托拉斯指南》中提出「技術市場」、「創新市場」的定義，以便於智慧財產權授權行為涉及反托拉斯法時用以決定受調查者是否在相關市場上具有市場力⁴³。有關智慧財產權的相關市場最早是在美國國會於 1984 年制訂國家合作研究法案（National Cooperative Research Act）中出現端倪，在該法案中首度提出在分析競爭法下的合作投資行為時應考量各種因素及其在研究、開發、產品；製程以及服務市場（research and development market）上的競爭效應⁴⁴，然後直到 1995 年的《關於智慧財產權授權的反托拉斯指南》中，聯邦貿易委員會及司法部才在該指南中將傳統的相關產品市場再進一步細分為，商品市場（Goods markets）、技術市場（Technology markets）及創新市場（Innovation markets）⁴⁵。由於授權指南中已經明白表示對於有關智慧財產權授權的反托拉斯法分析原則與其他財產權相同，因此在智慧財產權授權案件中的相關市場界定原則及方式基本上可套用水平結合準則的方法。只是對於產品的定義，在授權指南中有新的分類。

1. 商品市場（Goods Markets）

「商品市場」是指一般具可替代性的產品所構成的相關市場（relevant market），在智慧財產權授權指南中則專指透過智慧財產權授權取得之技術，利用該授權技術所產生的中間產品或者終端產品以及實際上其他可替代的商品（goods）所構成的相關商品市場。智慧財產權授權行為也可能影響的是上游原物料產品市場，因為這些原物料需與授權技術配合方能製造出有關的產品⁴⁶。對於商品市場的界定方式與前面介紹的相關產品

⁴³ Joshua A. Newberg, *Antitrust for the Economy of Ideas: The Logic of Technology Markets*, Harvard Journal of Law & Technology, 2000.

⁴⁴ National Cooperation Research Act, Sec. 4302.

⁴⁵ Joshua A. Newberg, note 43.

⁴⁶ FTC IP Guideline Sec. 3.2.1.

市場相同，另外有關市場占有率的估算，則是採用 1988 年制定的水平合併準則的方式，可以是計算商品的製造、銷售金額或是數量⁴⁷。

2. 技術市場 (Technology Markets)

「技術市場」是指那些對於特定的技術可以相互替代的智慧財產權的集合。當智慧財產權與基於該類智慧財產權所產生的產品在市場上可被分開使用時，美國反托拉斯法的執法部門在評估授權行為對於競爭的影響時，便需要先界定技術市場⁴⁸。不過在授權指南中並沒有定義或者說明何謂技術，技術一詞可以解釋為：「技術是一種或一系列工具或者工具組，透過這些工具可將人類的知識轉化而達成人類預期的目的」⁴⁹，「技術，即是融合了整個技術系統中的技術要素，例如有系統的知識、優良的機器設備、市場的需求及組織所設定的目標，當將這些技術的要素都投入技術研發的過程中加以融合，將會產生一技術，這技術將可以用來改良生產的製程、產品的良率及提升服務的品質。」⁵⁰。

反托拉斯法的智慧財產權授權指南中的技術用語，應是指可以成為授權標的之相關智慧財產權的統稱，故其類型應該是專利技術、著作物、電腦軟體、商標、專門技術(know how)等。而且這樣的技術市場應該是指產生某種現存商品的技術所構成的市場，也可謂是產品技術市場。亦即考量技術市場時應該針對特定的產品，該特定產品是指對購買者而言，屬於相同的產品或以相同的價值可等效替代的產品，或稱之為「有效率的替代」(comparably efficient)，這與界定商品市場時通用的交叉彈性需求的替代性不同⁵¹。最高法院亦曾指出經濟上替代性的測試基本上就是就購買者的觀點而言，考量價格因素下，相互競爭的產品應該具有相類似的用途、功能及可互相取代的特性⁵²。不過法院或是反托拉斯法執行機關在面對實際案件時可能還是會產生一些特別的概念，例如在FTC對INTEL的訴狀中曾指出「相關市場是包括未來世代的微處理器以及目前和未來世代的微處理器

⁴⁷ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines (April 2, 1992), Section 1.41, market shares for goods markets "can be expressed either in dollar terms through measurement of sales, shipments, or production, or in physical terms through measurement of sales, shipments, production, capacity or reserves."

⁴⁸ FTC IP Guideline Sec. 3.2.2.

⁴⁹ Azam H. Aziz, Defining Technology and Innovation Markets: The DOJ's Antitrust Guidelines For The Licensing of Intellectual Property, Hofstra Law Review, Winter, 1995.

⁵⁰ 陳瑩真，技術創新類型與知識管理類型之關係探討，國立中山大學企業管理學系，碩士論文，2002年6月，頁7以下。

⁵¹ Azam, note 49.

⁵² United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 380-81, 1956.

技術」⁵³，反托拉斯法似乎已將技術市場範圍過度的界定，或者是認為INTEL已因獨占而能控制現在及未來的市場，無需仔細區別。

在技術市場中的參與者及潛在的參與者間的競爭效應，反托拉斯法執行機關將會考量所有相關因素。當市場佔有率的資料是可得的且可正確反應市場上參與者的競爭效果，反托拉斯法執行機關就會納入市場佔有率資料至該調查評估中。執行機關同時還會尋求其他包括購買者及參與者的估算結果。這些證據在無法取得市場佔有率或無法反應競爭效果時特別重要。當市場佔有率及其他與市場力有關的指標不可取得時，且其顯示競爭的技術是具有相同效益時，執行機關將認為每一個技術都具有相同的市場佔有率。對於新的技術，執行機關一般將採取以兩年的期間去評估市場接受程度⁵⁴。

3. 創新市場（Innovation Markets）

「創新市場」，根據智慧財產權授權指南的解釋，創新市場即是研究、開發市場，所謂的創新市場是由直接關於特定新產品或改良產品或製程改進所構成的市場，以及包括該研究及開發的近似替代者。授權指南對於一事業在創新市場上的市場力有無，是由假設該事業是否可以降低本身的研究開發費用但確不會相對的影響其他事業提高研究開發費用⁵⁵。

對於創新一詞學者也有許多解釋，主要是指出在各種領域中新概念的實施應用⁵⁶。創新應該可以被定義為：基於發明所產生的製造程序，或實施發明的過程，在市場上產生一種新產品，新製程或者新服務⁵⁷。創新市場是所有擁有研究及開發特定形態技術的能力或資源的企業的組合。如果授權契約的參與者合計在某一技術的創新市場上佔有重要的比例，司法部便可能去質疑該授權契約在該技術的競爭者間存在違反反托拉斯法的不當安排。

對於創新市場的界定需求，原因是如果授權安排對於開發新產品或改良產品與改善製程有不利的影響，此時反托拉斯法的執行機關會進行該影響的分析，這種影響可能是在相關產品市場或技術市場有分別的競爭效應，或者是在創新市場具有影響競爭的效

⁵³ FTC Complaint, Intel Corp., No. 9288, <http://www.ftc.gov/os/1998/06/intelfin.cmp.htm>.

⁵⁴ FTC IP Guideline Sec. 3.2.2.

⁵⁵ FTC IP Guideline Sec. 3.2.3.

⁵⁶ 陳瑩真，前揭註 50。

⁵⁷ Azam, note 49.

應。因此一個授權行為可能會在創新上有影響競爭的效應，其無法適當地經由分析技術市場或商品市場獲得合理結果。例如，授權安排可能只會影響尚不存在的新產品開發，或者是該授權安排在相關地理市場上影響新產品開發、商品改良或製程改進，而該地理市場上對於相關產品沒有實際的競爭者或潛在的競爭者⁵⁸。在FTC服務的專家曾撰文敘述進行創新市場界定的五的步驟⁵⁹：(1) 先確認那一種研發（R&D）是創新市場中的產品；(2) 確認可歸屬於該研發產品市場的競爭行為；(3) 從下游產品去分析該競爭行為；(4) 分析在增加研發集中度時，產業對於創新行為的誘因產生如何的變化；以及 (5)對研發效率的影響。

不過有些學者對於智慧財產權授權指南中的創新市場有不同的見解，基本上不認為存在一技術上可以界定的創新市場，授權指南及反托拉斯法執法機關所界定的創新市場其實僅僅只是一個未來的產品技術市場（Future-Goods markets）⁶⁰。目前除了美國反托拉斯法的智慧財產權授權指南外，我國公平會在其 2001 年公布的《審理技術授權協議案件處理原則》中也對相關產品市場提出包括創新市場的定義：

- 
- (1).利用授權技術而製造或提供之商品所歸屬之「商品市場」(goods markets)；
 - (2).與該特定技術具有替代性而界定之「技術市場」(technology markets)；
 - (3).以可能從事商品之研究發展為界定範圍之「創新市場」(innovation markets)。

另外，日本在其 1999 年公布的《獨占禁止法關於專利、專門技術授權協議之處理原則》中僅界定產品市場及技術市場，並未討論所謂的創新市場⁶¹。歐盟亦在 2001 年 1 月 1 日施行《關於水平合作協定適用條約第 81 條》(COMMISSION NOTICE (EC)-Guideline on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements；以下簡稱“水平合作協定”)⁶²⁶³相關市場（relevant market）界定中，將合作研發協議對於市

⁵⁸ FTC IP Guideline Sec. 3.2.3.

⁵⁹ Thomas N. Dahdouh & James F. Mongoven, The Shape of Things to Come: Innovation Market Analysis in Merger Cases, 64 Antitrust L.J. 405, 1996.

⁶⁰ Lawrence B. Landman, Did Congress Actually Create Innovation Markets?, Berkeley Technology Law Journal, 1988.

⁶¹ 楊嘉雯，前揭註 28，頁 36-56。

⁶² Commission Notice – Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements, OJ. No C3/2 2001.

⁶³ 水平合作協定取代了專業化協議集體豁免規則及合作研發集體豁免規則，該兩個豁免規則係為歐盟執

場競爭的影響時，區分成商品市場⁶⁴、技術市場⁶⁵及創新市場⁶⁶來討論。

二、專利權實施態樣與相關市場之關連

專利權實施態樣之不同，會造成事業獨占的現象可能會發生在上述不同商品市場、技術市場及創新市場。專利制度為鼓勵創新發明，並將其創新發明公諸於世，以促進產業發展，賦予專利權人製造、販賣、使用等獨占權，得禁止他人從事前述行為。在目前有些事業之所以在商品市場得以獨占市場，即源於專利權的保護，專利權人憑藉專利權賦予之排他的權利，獨家製造、銷售該專利商品，以其低廉的價格或優越的功能，提昇其商品市場占有率，甚至達到公平交易法上之獨占或獨占整個市場的標準，擁有市場的支配力量，例如，藥品市場中的專利藥，有較一般藥品更好的療效，市占率動輒超過七、八成，藥廠得以獲取高額利潤。當然也有廠商擁有降低商品成本的專利，透過其專利的生產技術製造商品，使其商品成本遠低於與其競爭對手的可替代之商品，使該商品在特定市場中的占有率達到公平交易法上之獨占地位。以下就專利權實施的典型態樣給予進一步討論及分析。



1. 專利權自行實施

專利權人選擇自行行使專利權，同時禁止他人行使該專利權，反應到商品市場之獨占地位。以藥品市場為例，專利藥倘若沒有專利權的保護，藥品一旦推出上市，其他藥廠透過藥品成分分析，還原藥品的成分，多半可以製造出與原廠相同的藥品，專利藥市場所以能獨占市場的主要因素，多數源自於專利權的保護。在專利權自行實施的態樣中，專利權人在自己的專利商品中實施其專利技術，因此，專利權人的市場力量，可藉由商品市場的角度計算該專利產品的市場占有率，以判定專利權人是否處於獨占的地位⁶⁷。比較適當的說法，應該是大多數專利產品在其特定商品市場獨占的地位係透過專利權的獨占的因素。

委員會先用來在EC條約第 81 條架構下評估及規範水平合作協議的規範。

⁶⁴ Commission Notice – Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements, 2.2 p.44~p.46.

⁶⁵ Commission Notice – Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements, 2.2 p.47~p.49.

⁶⁶ Commission Notice – Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements, 2.2 p.50~p.52.

⁶⁷ 專利權人自行實施專利技術，而未授權他人實施，在該專利產品的特定商品市場中，有相同功效或具有可替代功效的產品，在這些故專利產品中亦不能使用到該專利技術。因此，專利的市場力量展現係透過專利產品的市場占有率來觀察。

專利權人的市場力量之判定與傳統事業的市場力量之判定一樣，應考量該專利商品在特定市場之占有率、時間與空間之替代因素、影響特定市場價格之能力及進入市場之障礙等因素⁶⁸。在計算專利商品在特定市場中占有率的時，以需求方角度，將具有相同功能及功能上替代可能性的產品，界定為同一產品市場，並考慮時間與空間之替代因素，計算專利商品在該同一產品市場的占有率。在專利法的規範下，專利權的具有獨有及排他之特性，一旦在特定市場的到達獨占的狀況，如果是因其專利技術帶來的特殊功效所導致，影響市場價格之能力相對會提高，專利權人有足夠之能力訂定商品價格，而不太受其他商品之影響，影響其銷售量的程度相當有限。同樣地，基於專利權獨占之性質，其他廠商無法製造及銷售與該專利商品相同之產品，形成法律規範下的市場進入障礙。上述過程可以評估製造該專利商品的事業是否具有市場獨占力量。但值得注意的是，倘若該專利商品市場占有率超過獨占的標準，該事業的獨占市場力量並不一定源自於專利權，也有可能來自其他的因素，如：行銷的成功、成本的管控等因素。

2. 專利權授權實施

專利權人也可以將專利技術以授權的方式，准許他人製造、銷售或使用含有該專利的物品，為目前最常見之專利權行使方式，屬於技術市場上的交易。此種專利權的行使方式尚可區分成兩種，第一種為專利權人除了授權給他人使用外，自己亦有行使該專利權，此時專利權人與被授權人間，除了是技術市場中上下游供應鏈關係外，在商品市場中亦屬於競爭者關係。第二種為專利權人單純將專利授權給他人使用，自己並未製造、銷售或使用該專利物品，專利權人與被授權人僅存在技術市場中上下游供應關係。

以專利權人與被授權人在技術市場之交易關係，分析專利權與含有該專利產品間關係，與原物料或元件與產品間的關係雷同。一種原物料可以被使用在不只一種產品中，也常見使用在不同且不具替代效果的產品中，也就是一種原物料被使用在競爭法上兩個不同的特定商品市場中。在原物料使用在多種產品的情況下，可以發現有時候原物料在某一產品中占有獨占的地位，即在某一產品中必須使用此一原物料，並無其他可替代的原物料，而在另一種產品中具有可替代的其他原物料，一旦該原物料短缺或漲價，該原物料可以立刻被替代。同樣地，專利與產品間的關係也十分相似，首先，有些專利僅能運用在特定一種產品上，但有些專利可以運用在多種不同產品上，且在該些產品間並無

⁶⁸ 郭土木，前揭註 1，頁 179-181。

可替代性，不屬於同一產品市場。但不同於原物料市場，原物料供給有限，造成原物料市場競爭比較複雜，不同產品間的供需關係會影響原物料之價格，然專利權等智慧財產權並無供給有限的問題，同一個專利技術在不同的產品市場中價值並不同，運在在 A 產品中，專利技術不存在替代技術，專利授權權利金 10%，但在 B 產品市場中存在另一個替代技術，則專利授權金 2%，兩個技術授權市場互不影響。該專利權人在 A 產品的技術授權市場中，具有市場獨占力量；但在 B 產品的技術授權市場中，不具有市場獨占力量。因此，專利權人的市場力量認定，應同時考量商品市場和技術市場的市場占有率。

衡量專利權人是否在專利授權的技術市場擁有獨占的市場力量，應先界定運用該專利技術的特定商品市場範圍為何，再計算專利技術在該商品市場所涵蓋的技術市場中的占有率。以飛利浦CD-R/RW專利集合授權案為例⁶⁹，在計算技術市場占有率前，先確認CD-R/RW是否有可替代的商品，在排除硬碟、DVD、軟碟為可替代的商品後，將界定CD-R/RW為一特定的商品市場。其次，飛利浦等公司的專利技術在CD-R/RW特定商品市場中，是否存在其他可替代的專利或公開技術，並計算飛利浦等公司的專利技術在CD-R/RW技術市場中之占有率，最後，判定飛利浦等公司於CD-R/RW技術市場處於獨占的地位，具有市場支配力量。



3.2.2.3. 著作權的市場獨占態樣

著作權係保護人類文化創作，傳統的著作權保護標的為語文、音樂、戲劇、美術、攝影、圖形、視聽、錄音、建築、電腦程式等，絕大部分的著作物在市場上要被認定為市場獨占，著作財產權人具有市場力量，得以濫用其市場力量，是件不容易的事。以電影為例，在特定市場的的界定時，相同的時間與地理區域內，通常會有數部電影同時上映，對一般消費者而言這些電影間有替代的可能性。如果某一部電影滿場了，消費者選擇看另一部電影的可能性很高；如果某部電影價格高於另一部許多，消費者也很有可能放棄看這一部電影，轉而去另一部電影。在實際狀況下，若將電影的特定市場限定在一日生活圈中的整個院線片市場，不考慮錄影帶租借商品的替代性，即使像鐵達尼號這部賣座的電影，市占率也無法達到獨占的要求，亦不見片商調高票價的行為。此外，著

⁶⁹ In the Matter of Certain Recordable Compact Discs and Rewritable Compact Discs, Investigation No. 337-TA-474, ITC U.S., April 2004.

名的狄斯尼公司的卡通人物，如：米老鼠或唐老鴨的卡通或漫畫，以競爭法的角度觀之，尚無法在其特定市場中（卡通、漫畫市場），被認定為獨占地位。但是在下述幾種狀況下，著作權保護的標的確實可能產生有市場獨占的狀況。

1. 政策或法令規範

在政府政策或法令規範下，某事業因著作權保護形成獨占的狀況。如：在教育部使用部編教科書的時代，中小學使用之教科書統一由教育部委託國立編譯館編撰，中小學授課規定使用該教科書，大學或高中聯考也以該教科書範圍及內容的主要出題依據，當時教科書的市場為一獨占的市場，國立編譯館為政策保護下的獨占事業，在中小學教科書市場中居於獨占的地位。還有在基於保障證券交易人及維持證券交易的秩序，證券相關法令的規定，證券交易所為提供證券交易資料的唯一官方來源，有需要取得相關證券資訊的公司或個人，可以向證券交易所要求提供資訊，證券交易所提供證券資訊的市場上是唯一的供應者，具有市場獨占的地位。上述兩個例子中，教科書及證券交易資訊受著作權保護，他人未經著作權人的同意，不得複製該教科書或使用證交所資訊，否則為侵權著作權的行為。在著作權人獨占市場，具有市場支配力量的時候，即有獨占濫用的可能性，例如：搭售，國立編譯館要求購買教科書時，必須同時購買其他參考書籍；證交所要求證券公司在付費取得證券資訊的同時，需一併訂閱證交所出版的刊物，或者國立編譯館及證交所在需求者必須購買且沒有替代品的情況下，直接將其商品或服務訂定超高價格等。在相關法律的規範及著作權保護下，市場獨占的局面無法透過市場競爭機制矯正。

2. 電腦軟體著作

在電腦軟體著作權領域，由於網路效應的特性，是目前在著作權領域中少數非因行政限制下，可能形成市場獨占的狀況。以軟體巨擘微軟公司所生產的視窗作業系統軟體，在個人電腦市場占有率超過九成，基於使用者習慣及應用軟體互通性的因素，加上著作權的保護下，難有其他競爭廠商不斷嘗試進入個人電腦作業系統市場，仍無法撼動微軟市場獨占的局面，且根據調查微軟視窗作業系統的市占率有逐年攀高的趨勢⁷⁰。在美國微軟被控違反反托拉斯法的案例中，美國聯邦地區法院傑克遜法官基於微軟在全球

⁷⁰ Jackson法官之事實認定書全文，<http://www.naag.org/ms-findings.html>；摘要可參見The Boston Globe, Nov. 6, 1999, C8。

個人電腦作業系統的極高的佔有率、高入門障礙和消費者缺乏商業上顯著的替代性選擇等事實，明確地認定微軟構成獨占企業⁷¹。而微軟所獲得的這種巨大經濟力量的原動力即為智慧財產權，主要是軟體的著作權，即智慧財產權在微軟獲得市場支配地位或獨占地位中，占有非常重要的作用。不過，微軟依法獲得的這種獨占地位本身並不違法，構成違法的是它對這種地位的濫用。如：微軟在與全球經銷商簽署排他性協定時，條款中明文規定關於實施權的取得，是以被授權人向授權人或其指定之第三人購買實施著作權所必要的原料、零件或其他不在著作權授權範圍內的無著作權或有著作權保護的物品為條件的，尤其是其利用視窗 95 作業系統的授權契約，要求個人電腦製造廠商必須附加安裝微軟的IE瀏覽器，作為微軟繼續供應視窗 95 作業系統的條件⁷²。此種著作權授權即有搭售的問題，由於搭售條款的約定，會使被授權人喪失選擇的機會。因此，一般認為此種行為屬於智慧財產權中著作權的濫用，會產生抑制競爭的效果時，即構成對美國反托拉斯法的違反。此外，微軟 2003 年在台灣被指控售價偏高，係濫用其視窗作業系統獨占之市場力量，違反我國公平交易法⁷³，最終，我國公平會決定接受微軟提出的行政和解要約書，雙方達成行政和解。



3.2.3. 特定智慧財產權獨占管制議題

在智慧財產權領域中，針對特定議題早有獨占管制相關的法律規定，有的為競爭法體系下之特別規定，也有是智慧財產權法體系下的特別規定。本項以著作權集體管理團體及產業技術標準團體為例，說明其造成之市場現象及法律對其市場獨占之相關管制規定，尤其對於訂價方面的管制，已見於特別規定中已有相關的規範，可供作為政策管制上或操作上的參考。

⁷¹ 崔汴生，美國司法部控告美國微軟公司訴訟案，<http://www.ftc.gov.tw/2000010129991231765.htm>；微軟壟斷案大事記，<http://www.epochtimes.com/b5/1/7/7/n107092.htm>；陳建好，從獨占事業濫用優勢地位論過高價格之管制-以歐盟為例，中原大學財經法律研究所碩士論文，2003年，頁147-149；賴安國，智慧財產權行使與獨占經濟力濫用，台北大學法律研究所碩士論文，2003年，頁174以下。

⁷² 崔汴生，前揭註61。

⁷³ 陳建好，前揭註71。

3.2.3.1. 著作權集體管理團體

著作權集中管理是指依據著作權人的授權，由特定的組織對著作權進行集中管理，該團體在我國稱為著作權仲介團體⁷⁴。著作權仲介團體在集中大量的著作權後具備規模效應，可以有效降低個人維權以及用戶謀求授權的成本，在一定程度上符合著作權人和用戶的共同利益：單個著作權人通過著作權仲介團體得以行使那些原本不能有效行使的權利，被授權人也因此可以比較方便地獲取所需作品的授權⁷⁵。但是，著作權仲介團體的獨占地位很容易被濫用，給著作權人（會員）和用戶帶來各種各樣的傷害。例如，限制會員退出、歧視會員、強迫用戶接受一籃子授權、索取高額授權費等等⁷⁶。於是，如何從法律上規範著集體管理組織的市場行爲，阻止其濫用著作權或者濫用該市場支配力損害用戶和著作權人的利益。其中著作權仲介團體所定的使用報酬費率，關係利用人所應支付之費額，也涉及著作權人可以分配到的報酬，這一切都掌握在具有獨占地位的著作權仲介團體手中，利用人與著作權人能不能獲得公平的對待，充滿著不確定的危險性。因此，多數國家設置著作權爭議機構，乃係因為避免著作權仲介團體濫用其優勢地位，至於費率的管制問題，考驗著各國著作權仲介團體法制的成敗，在我國也是爭議不斷。

在歐盟的競爭規範方面，不論是歐洲共同體條約（EGV）第八十一條聯合行爲之禁止、或是第八十二條市場優勢地位之濫用監督，都對著作權仲介團體有直接之適用。歐盟競爭規範對著作權仲介團體的適用，最主要還是在濫用監督的問題。依歐洲法院實務，仲團的設立或其組織章程的問題，是依 EGV 第八十二條加以衡量，至於仲團所定的契約或決議則是用 EGV 第八十一條加以檢視。但不論是適用 EGV 第八十一條聯合行爲之禁止、或是第八十二條市場優勢地位之濫用監督，歐洲法院都會考慮法律許可成立仲團的「法定目標」、並平衡權利人與著作利用人之間的利益。

⁷⁴ Shane Simpson, Review of Australian Copyright Collecting Societies, A Report To The Minister For Communications and The Arts, The Minister For Justice, 1995, http://www.dcita.gov.au/Article/0_0_1-2_1-4_10593.00.html.

⁷⁵ 蔡明誠、陳柏如、黃惠敏、黃珍盈，國際著作權仲介團體制度之研究，智慧財產局委託計畫，2003年6月，頁4。章忠信，著作權仲介團體條例簡述，月旦法學 34期，頁3-4。

⁷⁶ 崔國斌，著作權集體管理組織的反壟斷控制，中國大陸清華法學 第6輯，2005年，頁110-115，http://www.lawyerwu.com/data/2005/1013/article_1178.htm。

在歐盟方面，有關「仲團與使用人使用費率的爭議」，由於欠缺專業主管機關的監督機制，而是直接適用歐洲共同體條約有關競爭法的相關規定，因此歐洲法院對於仲團的收費是否濫用市場優勢地位及其判斷標準等，大致可歸納如下：

1. 如果一家仲團實質上在歐洲共同市場占有優勢地位，並且與其他會員國的仲團互為獨家代理，其不僅可以掌控收費標準，且收取數倍於各會員國之其他仲團所收之費用，亦無進一步說明合理化的客觀理由以及轉付著作權人之金額，以致於著作利用人所支付之金額與其所獲得服務之經濟價值不成比例時，即屬一種優勢地位的濫用。

2. 假使某一家仲團在某一會員國是唯一從事該類業務的事業，依 EGV 第八十二條之精神，應可視之為歐洲共同市場上具有優勢地位的仲團；因此若該仲團拒絕對其他歐體的國民提供服務時，即為濫用仲團優勢地位。

3. 歐洲法院對濫用監督所採取的標準係依：為達成目的所需的必要性來作為具體的衡量標準。因此，如果只要採取少許有效的措施，就可以保障著作人之權益，而且不會因此增加契約的行政管理及監控作品被使用情形的花費或支出，但仲團卻採取了其他超越目的的手段時，就算是一種濫用的行為。

4. 將不必要的條件綁在一起作為著作人管理著作之前提，亦屬違法。

美國有關音樂著作公開播演權(public performance right)的著作權仲介團體的發展歷史已經相當悠久。ASCAP於1914年成立，SACEM於1931年成立，BMI於1939年成立。ASCAP以及BMI控制了美國絕大部分的音樂播送權授權交易市場，形成了事實上的獨占。美國早期在面對著作權仲介團體以及因此而生的獨占或寡占市場地位時，其仍以競爭法制之方式規範之⁷⁷。一九四一年，美國司法部依據其競爭法規定，分別與ASCAP及BMI達成「同意命令」(consent decree)的協議^{78,79}，限制該二團體一定的濫用市場地位

⁷⁷ 美國二個最大的著作權仲介團體「American Society of Composers, Authors, and Publishers, ASCAP」及「Broadcast Music, Inc., BMI」，分別成立於1914年及1939年。

⁷⁸ Stanley M. Besen, "An Economic Analysis of Copyright Collectives", 78 Va. L. Rev. 383, 1992, p.401-p.402. 該合意判決中第九部分乃有關合理費用之決定：「ASCAP 在收到利用人對於全部、一部或任何作品要求公開演出授權之書面請求時，應該建議 (advise) 使用者寫下其所認為合理的授權費用，或是為了計算該費用所合理需要的資訊。若ASCAP 要求額外的資訊，亦應建議使用者記入書面，而且應該在收到這些資訊的六十天內建議使用者記入其所認為合理的費用。如果雙方不能在ASCAP 收到授權要求之日起六十天內或是在ASCAP 要求資訊的六十天內達成合意，使用者可要求法院決定一合理的費用。而ASCAP 在收到起訴通知 (notice of filing) 時，應立即將此通知交給反托拉斯部部長。如果雙方無法在自ASCAP 建議

行為之實施⁸⁰，甚至在與BMI的同意命令中，要求若著作使用人與BMI間對使用費率有所爭執，雙方應循仲裁程序解決，而非利用一般的司法判決。一九七六年美國著作權法大幅翻修時，於第八百零一條中規定，立法部門之下應設置一獨立的「著作權權利金法庭」（Copyright Royalty Tribunal），專門處理有關強制授權權利金費率的設定、徵收、變更等事項。此一法庭其後於一九九三年修法時，遭到裁撤，繼之而起的「著作權權利金仲裁小組」（Copyright Arbitration Royalty Panels）制度，概括地承受其任務。

我國著作權法第八十一條規定，著作財產權人為行使權利、收受及分配使用報酬，經主管機關之授權，得組成著作權仲介團體。著作權仲介團體之授權設立、組織、職權及其監督、輔導，另以法律定之。我國依著作權法第八十一條規定制定有《著作權仲介團體條例》，以供主管機關、著作財產權人、著作利用人及其他相關團體做為著作仲介之依據。又我國著作權仲介團體條例第四條第三項規定：「主管機關審核仲介團體授權之申請時，應將使用報酬率提交著作權審議及調解委員會審議」，第十五條第七項更規定，仲介團體經主管機關審議後之使用報酬率，經該團體「變更之使用報酬率高於原定標準時，應報請主管機關提交著作權審議及調解委員會審議。」以確定使用報酬率之公平。著作權法自八十七年修正時，即在第八十二條第一項第一款，將「著作權仲介團體所訂定使用報酬率之審議」定為主管機關所設置著作權審議及調解委員會之職掌之一⁸¹。著作權法於九十年修正時，在著作權仲介團體強力遊說之下，刪除主管機關審議費率之規定，惟著作權仲介團體條例並未配合修正刪除，主管機關曾暫停審議費率一段時間，後來卻又以著作權仲介團體條例並未配合修正刪除而繼續審議⁸²。

（advise）使用者寫下其所認為合理的授權費用或是為了計算該費用所合理需要的資訊之日起九十天內就合理的費用達成合意，且使用者未訴諸法院請求決定一合理的費用，ASCAP 可請求法院決定一合理的費用，且應立即將此通知交給反托拉斯助理次長。」

⁷⁹ 所謂「同意命令」，係指當事人並不當然承認美國司法部對其所為限制競爭行為的指控，但是願意採行司法部所建議的一定措施，達成類似訴訟上的和解之情形。

⁸⁰ 1950年，美國司法部修正有關ASCAP的同意命令之內容；1966年修正有關BMI之同意命令內容；2000年9月美國司法部再與ASCAP達成修改同意命令內容之協議，並於2001年初獲得紐約聯邦地方法院之同意。有關此，可參照下列二份文件：Justice Department Announces Agreement to Modify ASCAP Consent Decree, http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2000/6404.htm，及聯邦地方法院有關此之決定，<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f6300/6396.wpd>。

⁸¹ 著作權仲介團體條例，經濟部智慧財產局，http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_law/copyright_law_1_3.asp。

⁸² 章忠信，著作權仲介團體所定使用報酬費率之審議相關問題析疑，<http://www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php?board=4&act=read&id=156>。

3.2.3.2. 技術標準之智慧財產權策略與獨占管制

標準的發展不斷在變化，以前的標準，多為對產品或服務的技術要求和品質要求，伴隨高科技技術的快速發展，標準也發生著變化，標準的內容越來越豐富，也趨向於將一些技術解決方案納入到標準之中。因此，「技術標準」這個名詞開始出現。技術標準的範圍比標準要小，因為技術標準多指的是涉及資訊技術等高科技技術領域，且標準的內容包含有一定量技術解決方案。所謂技術標準，是指一種或一系列具有一定強制性要求或指導性功能，內容含有細節性技術要求和有關技術方案的文件，其目的是讓相關的產品或服務達到一定的安全要求或產品互通的要求。技術標準的實質就是對一個或幾個生產技術設立的必須要符合要求的條件以及能達到此標準的實施技術⁸³。技術標準中的技術是完整方案，如果達不到生產的技術標準，可以向標準組織尋求技術的授權，支付授權費用從而獲得相應的生產技術，這就是技術標準為什麼越來越看重授權的最重要原因。曾經轟動一時的CDMA美國高通公司商業運作模式、3C與6C的DVD收費事件的核心問題都涉及此問題⁸⁴。對於一些技術上不發達的國家來說，沒有能力來進行技術研發，就只能通過從標準組織獲得授權從而形成生產能力，除了付費之外，關鍵是要服從標準的管理，而標準的管理的實質和核心是智慧財產權政策的制定和利用，由於智慧財產權具有地域性和排它性，一旦這些智慧財產權進入標準行列並得到一定的普及，會形成獨占。並在網路效應下，非標準產品不易被接受，增加市場進入障礙方面，這是標準能夠得以實施全球技術授權原因⁸⁵。以下就標準與競爭法的關係，作進一步瞭解及討論。

一、技術標準授權策略的本質

現實中，我們對於標準的全球技術授權策略有許多認識上的誤解-有許多人認為授權本身僅僅就是標準的授權，也有人認為只要制訂標準就可以坐享技術授權的成果。殊不知技術標準授權的本質是專利的授權，現代技術標準的全球技術授權策略是智慧財產權管理工作，這一管理工作在建立標準之前就先行介入了，沿用了“技術專利化—專利

⁸³ 此定義主要借鑒了ISO對標準的定義：Standards are documented agreements containing technical specifications or other precise criteria to be used consistently as rules, guidelines, or definitions of characteristics, to ensure that materials, products, processes and services are fit for their purpose。What are standards? <http://www.iso.org/iso/en/aboutiso/introduction/index.html>。

⁸⁴ 吳彬，知識產權成貿易戰手段 中國DVD屢遭專利追繳，<http://news.chinabyte.com/394/1644394.shtml>。

⁸⁵ 張平、馬驍，標準化與知識產權戰略，知識產權出版社，2000年，頁14。

標準化—標準獨占化與授權化”思維，構建了全球技術授權策略的始終。技術標準授權的實質是智慧財產權的授權，這一點必須得以明確⁸⁶。

從建立標準的初期，智慧財產權策略管理的工作就展開，首先是申請專利。專利技術是技術標準實施授權策略的基礎，而在專利申請之前的技術標準的公佈，往往又會造成專利的“新穎性”喪失，從而失去獲得專利的可能，這會使標準技術的對外授權效益大打折扣。其次是在技術標準化階段將這些專利技術融入到標準中，在制訂標準的同時就要構建此標準體系的技術授權框架。最後才是標準建立後全球技術授權的實施。在每一個階段，由於標準技術的不同，又會有不同的操作，涉及到標準的著作權、專利技術的授權與管理等等，因此又體現出許多種智慧財產權管理策略。

標準的作用與智慧財產權的作用各有其特點，標準的最主要作用就是市場統一，而智慧財產權的作用就是一定的獨占性及其帶來的經濟利益。一旦能將這二者結合起來，其威力和影響力就非同凡響，其效果是絕不是簡單的 $1+1=2$ ，而是 $1+1>2$ 。現代技術標準，就是成功地利用專利技術和標準化工作的特點，巧妙地將全球技術授權策略構建在技術標準之中，技術標準的全球技術授權策略就是這樣典型的策略⁸⁷。

二、技術標準中的智慧財產權策略

總體看來，技術標準中的智慧財產權策略涉及到著作權策略、商標策略、專利策略、海關智慧財產權保護策略等傳統的智慧財產權策略，而且結合技術授權策略和商業營銷策略。由於各標準化組織所處行業與地域的不同，標準化組織在技術標準中採用的智慧財產權策略也略有不同。一般來講，專利策略是最核心的策略，著作權策略與標識策略起到重要的補充作用。以下透過分析標準化組織的智慧財產權政策，從中可以看出智慧財產權操作的策略。

（一）專利策略

標準與專利本來是互相排斥的。標準追求公開性、普遍適用性，標準技術的使用更強調行業推廣應用；專利技術實施的前提是獲得授權，不允許未經授權的推廣使用。因

⁸⁶ 馬驍，技術標準許可戰略中的法律熱點研究，<http://www.chinalawinfo.com>。

⁸⁷ 張平、馬驍，前揭註 85，頁 31。

此，早期的標準化組織盡可能的避免將專利技術帶入標準中。但是，到了在 20 世紀 90 年代，一方面由於新興技術領域的專利數量巨大，專利對標準的影響越來越大，另一方面，專利技術的產業化速度加快，產品在國際間競爭加劇，使得技術標準的內容由原來的只是普通技術規範向包容一定的專有技術、專利技術方向發展，通過技術標準達到技術與產品獨占的趨勢日益明顯，技術標準迫切的需要專利技術的加入來實現標準獨占的目的，因此專利開始影響標準化組織的管理理念⁸⁸。網際網路技術標準組織 W3C (World Wide Web Consortium) 和 IETF (Internet Engineering Task Force) 就是明顯的例子：在網際網路技術發展的前十年並不像電信技術領域那樣，沒有什麼專利技術對這個領域有影響，相關的網際網路技術標準（包括前期的模糊標準）是開放和合作的。但到了網際網路技術發展的第二個十年，由於軟體技術、電信技術和網際網路技術的緊密結合，使得網際網路相關標準在建立時無法避免的遇到一些專利技術，這一情況，迫使 W3C、IETF、WAP Forum 等網際網路標準化組織都不得不考慮調整政策，借鑒其他標準化組織的經驗，重新建立自己的智慧財產權政策⁸⁹。以 IETF 為例，IETF 原來在標準化工作中對專利技術的觀點是：“儘量採用那些非專利技術的優秀技術，因為 IETF 的目的是使其制訂的標準廣為適用，如果涉及到專利權的問題，標準的適用將涉及專利權的授權問題，從而影響人們採用該標準的興趣”。但現在 IETF 已經完全改變觀念了，專利技術是標準技術方案中必不可少的，如果沒有這些專利，標準方案就是很不完備。IETF 調整了政策，新的專利政策規定在 IETF 的 BCP 97 文件中⁹⁰。2001 年 8 月 16 日，W3C 提出了一個比較完整的 W3C 工作指南草案，向全球徵求意見，其中就涉及到了專利技術的資訊披露規則，以及專利權人向 W3C 提供願意進行專利技術授權的聲明要求⁹¹。在這之中，W3C 將專利權人承諾願意在合理和非歧視狀況下對願意獲得技術授權一方進行的授權，叫做 RAND 授權（即 Reasonable and non-discriminatory 的簡寫），而將專利權人承諾願意在免費的狀況下對願意獲得技術授權一方進行的授權，叫做 RF 授權（即 Royalty-free 的簡寫）⁹²。

伴隨技術的進步，對於一個產品的技術整合的需求也越來越高，使得某一公司完全獨占一項產品全部製造技術的可能性越來越低，更多的現實是幾個大公司共同擁有製造

⁸⁸ 張平、馬驍，技術標準與專利許可策略，<http://www.netlawcn.com>。

⁸⁹ 張平、馬驍，前揭註 88。

⁹⁰ 張平、馬驍，前揭註 88。

⁹¹ W3C Patent Policy Framework W3C Working Draft, Aug 16th 2001 Part1 Overview, <http://www.w3.org/TR/2001/WD-patent-policy-20010816>.

⁹² 前揭註 91。

一項產品的核心技術。爲了能生產出合格的產品，就需要這幾個公司之間的技術交互授權，隨著公司的增加，核心技術的增加，公司間的雙邊交互授權就會體現出效率低下的弊端，就需要這幾個擁有核心技術的公司將自己的專利技術共同“貢獻”出來，進行一種“專利集合”（Patent Pool），於是出現了技術標準和“專利集合”的模式。專利技術本身有公開的特點，獲得授權的專利，都已經以專利文獻的形式向社會公佈，任何人都可以看到，但未經專利權人的授權是不能實施該技術的。技術標準正是充分利用了這一點，將有關的專利技術像專利文獻一樣在技術標準的技術方案中予以公佈，同時聲明權利人願意在合理的條件下向任何有興趣的人實施該專利技術授權，在專利技術的管理上，甚至可以設立專門的管理機構，實施專利技術的“包裹”授權，一次授權幾百個甚至上千個專利，這就是專利集合，這在現代技術標準中非常普遍⁹³。比如美國Apple公司，同Compaq, Matsushita, Philips, Sony Corp.和Toshiba 六家公司在1999年建立一個“防火牆介面”的技術標準(標準的編號IEEE1394)，其建立的專利集合中核心技術專利就有1394個⁹⁴。

從技術層面上講，技術標準體系中的各項技術標準，就是各項技術經認定後彙集成一個技術集合體從而能達到製造一個產品的目的。在這些技術之中，專利技術是核心和重點。所說的標準體系中的智慧財產權問題，主要就是專利權的問題，因而如何挑選出標準體系需要的專利，如何去獲得專利授權，專利授權給標準體系後如何管理，標準體系如何實現標準的對外授權等等各項工作就是標準化工作的關鍵了。一般來說，技術標準的專利策略包括以下兩方面的內容：

1、對標準體系所需的“必要專利”的認定

所謂“必要專利”（Essential Patent）是指經技術標準體系認定是該技術標準體系所必不可少的一項技術，而又因爲該技術是一項專利技術而被專利權人所獨占⁹⁵。

必要專利的必要性，已經成爲技術授權，尤其是標準的技術授權反限制競爭審查的重要一環。對於標準來講，必要專利的必要性主要體現爲兩點：一是其技術的必不可少性使得沒有其他的非專利技術可以來代替它。二是此專利技術必須與標準針對的產品或

⁹³ Carl Shapiro, Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard-Setting, Innovation Policy and the Economy, Volume I. <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/thicket.pdf>.

⁹⁴ Brian Fuller, Apple, five others form 1394 patent pool, <http://www.eet.com/story/OEG19990217S0001>.

⁹⁵ Carl Shapiro, note 93.

方法有直接的聯繫。只有是被確定為必要專利的技術，才可以在技術標準中被列入技術方案⁹⁶。

要獲取“必要專利”，就必須有一個技術標準體系向專利權人申請獲得授權的過程。在標準體系爭取獲得“必要專利”的授權過程中，自然也有遭受到被拒絕的情況，而必要專利對標準體系又是至關重要，對於這種情況，歐盟數位電視DVB標準、美國數位電視ATSC標準一般都進行以下的幾項工作⁹⁷：

(1) 經過技術小組的再評估，看此必要專利是否是標準體系所必需的；

(2) 如還認為是“必要的”，那麼通過技術研究開發以繞開這項專利技術，如以上兩對策均不能達到效果，還需要進一步的工作時，DVB 就向其組織的顧問（顧問是歐盟和歐洲自由貿易協會派駐的）諮詢以尋求進一步行動的指示。ATSC 也是向其常委會（其常委會由美國廣播電視聯盟等 5 大機構組成）要求進一步行動的指示。

2、對於“必要專利集合體”的建立

前面中已經談到過必要專利的重要性，在對各技術標準的研究中，我們發現歐盟數位電視 DVB 標準、美國數位電視 ATSC 標準、第三代移動通訊專利平臺計劃（3G Patent Platform）、家用音視頻互動（HAVI）標準都有對必要專利的定義和對必要專利的認定程序。對必要專利的認定，需要專門的技術小組對一些相關技術的專利認定為必要專利，以使標準的技術核心能凸現出來。有了一個個的必要專利，如何進行管理等工作的要求，就使“必要專利集合體”出現。“必要專利集合體”，在 DVB 標準中稱為“必要專利集合”（Essential Patents Pool），在 3G Patent Platform 中稱為“必要專利平臺”（Essential Patent Platform），在 MPEG-2 標準中，叫“必要專利組合”（Essential Patent Portfolio），它是指將必要專利集中起來的集合，它的作用，除了體現在技術管理的方面以外，還是一個衡量標準體系的技術含量和標準體系技術水平的標誌。

⁹⁶ Sheila F. Anthony, Antitrust and Intellectual Property Law: From Adversaries to Partners, AIPLA Quarterly Journal, Vol.28 Number 1., Winter 2000.

⁹⁷ 1996 年底美國聯邦通訊委員會(Federal Communication Commission, FCC)通過ATSC標準，且在 2000 年封殺將歐洲DVB系統的調變技術列為可選項的提案，目前採納的地區還有：加拿大(1997)、韓國(1997)、台灣(1998)、阿根廷(1998)等國家，美國政府並已訂出系統替代的時程，推動此一系統的發展。歐盟地區則選擇使用DVB標準，而日本則是採用ISDB標準。張平、馬驍，前揭註 88，頁 144。

爲了便於被授權人瞭解標準的智慧財產權資料，尤其是專利資料，以便於將來的標準授權工作，許多標準化組織建立了標準的智慧財產權電子資料庫或標準的專利資料電子資料庫，在 2001 年開始DVB標準網站和ETSI網站開始有非常完備的標準涉及的專利情況電子資料庫⁹⁸，可以按地域和技術分類等進行檢索，ITU組織也有這樣完備的電子資料庫，可見他們對這項工作也越來越重視。另外的標準組織，像MPEG和HAMI，雖然還沒有這樣完備的電子資料庫，但是他們有取名叫“專利組合”(Patent Portfolio)的專利資訊庫，能通過E-MAIL和書面資料的形式提供自己標準體系的專利資訊⁹⁹。

(二) 技術標準與專利結合涉及的利益平衡問題

智慧財產權作爲合法的獨占權，是鼓勵創新、促進知識生產的重要法律機制，其正當行使必須得到尊重和保護。但是，如果智慧財產權，尤其是專利權被濫用，並且對反限制競爭法所保護的自由公平競爭造成破壞時，就要受到反限制競爭法的規範。技術標準的授權，尤其是智慧財產權授權，就涉及是否違反反限制競爭法的問題。整個法律體系就是爲了維護各方利益的平衡，智慧財產權法構建的基礎就是利益平衡。即在保障權利人有合理的獨占權和商業回報的前提下，社會公眾能最廣泛地使用人類的智力成果，能有合理的開放競爭環境。從創新的角度說，對智慧財產權保護不足和保護過度都會阻礙創新，保護不足，則其創新熱情將會隨其創作收入而減少；保護過度，市場上涉及智慧財產權的產品（包括作品）的價格會上揚，產品的散佈會受到阻礙，創新的成本也將會增加，因爲創新本身離不開對前人和別人成果的借鑒。

美國有學者認爲“應用程式介面”(Application Programming Interfaces, APIs)和程式介面不應該被著作權保護或專利保護。因爲這些介面往往是一些技術標準規定的物件，如果將這類的技術標準納入智慧財產權保護的範疇或者智慧財產權授權的範疇，是不利於技術的進步，也是妨礙公共利益的¹⁰⁰。就像電腦鍵盤的佈局設計一樣，當其被社會公眾所認可，就不能再對其進行著作權保護或專利保護，因爲是有損於公眾利益的，電腦鍵盤設計也存在技術標準的問題，但這個標準顯然不能爲此而收取智慧財產權授權費，

⁹⁸<http://www.dvb.org/documents/dvb%20patent%20routine%20description%2005%2006.pdf#search='DVB%20patent'>; <http://webapp.etsi.org/IPR/home.asp>.

⁹⁹ 張平、馬驍，前揭註 88。

¹⁰⁰ Charles Wu, AlternCative View of the Microsoft Monopoly, <http://slashdot.org/features/99/06/25/1810223.shtml>.

技術標準雖然在一定程度能夠為一些權利人(主要是智慧財產權權利人)帶來利益，但是技術標準的目的是為了統一一些技術產品或服務的規格和質量，是為了方便大眾，是要為大眾利益服務的，這是技術標準的根本利益所在，在技術標準領域，會存在標準技術權利人的利益和社會公眾利益調和的問題，所以說現代技術標準領域也不可忽視利益平衡的問題，而實現利益平衡的重要手段就是對技術標準的技術授權進行反限制競爭的審查。

智慧財產權法和反限制競爭法在推動科技創新和促進經濟發展上是一致的，但作為私權利的智慧財產權和為保護社會公共利益的反限制競爭法之間是存在衝突的。智慧財產權的被濫用也會阻礙社會競爭，因此有必要對智慧財產權的濫用加以控制和約束。智慧財產權本身作為一種合法的獨占權，是近現代社會為推動科技進步、經濟繁榮和社會發展而作出的一項重要的制度設計，它一般是作為反壟斷法的適用除外而存在的。由於智力成果或知識產品在科技進步、經濟繁榮和社會發展中起著重要的作用，而它的創造需要巨大的智力和物力投入，並伴隨著巨大的風險，尤其是現代高技術的開發需要付出更高的代價，如果別人可以任意地、無償地利用他人的智力創造成果，那麼知識創造者的利益就得不到保護，其繼續創造的積極性就會受到抑制，最終會阻礙科技進步、經濟的繁榮和社會的發展。智慧財產權法正是為鼓勵知識產品的生產而授予知識產品生產者一定程度的獨占權，以利益驅動機制刺激智力創造活動持續地進行。由於智慧財產權的基本特點之一是其獨占性，它在本質上是法律賦予的一種合法獨占；而反限制競爭法的基本使命就是反對獨占，保護自由公平的競爭，但同時它又有例外，而且，一般說來，智慧財產權就是屬於這種例外中的一種情況，因此兩者之間必然存在著複雜的關係，既具有某些方面的一致性，又可能存在潛在的衝突。

為了處理好智慧財產權保護和反限制競爭的關係，美國司法部和聯邦委員會 1995 年 4 月聯合發佈的《關於智慧財產權授權的反托拉斯指南》(Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property)。歐盟 1996 年 12 月發佈了《技術轉讓協議》，日本公正交易委員會 1999 年 7 月發佈了《獨占禁止法關於專利、專門技術授權協議之處理原則》¹⁰¹。

技術標準在授權中涉及智慧財產權的授權，而標準化組織或標準的持有人也有可能

¹⁰¹ 本文第三章第二節第一項。

利用標準的優勢從事獨占市場或濫用標準、濫用智慧財產權的行為，因此，技術標準也面臨智慧財產權反限制競爭的問題，而且在國外也越來越受到重視。現在各個標準的制訂都非常重視將智慧財產權反限制競爭審查看得很重要，比如 3G 專利平臺計劃（3G PATENT PLATFORM），當 2000 年 12 月 20 日日本公平貿易委員會 JFTC（The Japanese Fair Trade Commission）審核通過了 3G 專利平臺的智慧財產權授權政策，另外兩個官方機構，歐盟和美國司法部也正在審核 3G 專利平臺是否符合智慧財產權反限制競爭的規定¹⁰²。

為處理好技術標準、專利與反限制競爭的關係，國外現在典型的作法就是對標準化組織的技術標準授權政策進行反限制競爭審查，這已經成為技術標準市場准入的必備審查程式，總結起來，技術標準授權政策面臨的反限制競爭審查重點集中在以下兩點：

1. 交互授權和專利集合協定

現代技術標準在技術授權中經常用到的方式就是交互授權和專利技術專利集合。交互授權和專利集合協議是指兩個或者多個不同智慧財產權人之間的一種協定，這種協定規定契約各方可以使用其他方所擁有的智慧財產權¹⁰³。一般說來，交互授權和專利集合協議是有助於競爭的，比如：（1）將互補性技術融合起來；（2）降低交易成本；（3）清除相互阻礙的地位；（4）避免高昂的侵權訴訟¹⁰⁴。但另一方面，這樣的授權協定在某些時候也可能產生限制競爭的效果，尤其是當這樣的協定被用做一種明顯的實現固定價格、分配市場和顧客的機制時，就會對競爭產生嚴重的妨礙作用。當交互授權損害了作為實際或潛在的競爭者之間的競爭，就會引起反限制競爭上的問題。反限制競爭一般並不要求專利集合協議是對外開放的，也就是任何人希望參加就可以參加；但是如果具有市場支配力的實體之間訂立的這種協定排除其他人參加，則觸犯反限制競爭的有關規定。此外，如果一項專利集合協定導致減少參與者進行研究開發的積極性，例如專利集合協議要求成員以相當低的費用相互授權使用目前已開發及未來可能開發出之技術，這會被認為可能造成相互搭便車，可能降低專利集合協議成員各自從事研究開發活動的積極性，從而產生妨礙創新的後果，也將被認為是觸犯反限制競爭有關規定的。

MPEG-2 技術標準通過美國司法部智慧財產權授權反限制競爭審查案例。MPEG-2

¹⁰² 宋皇志，技術移轉之法制規範-以瓶頸設施理論在專利強制授權的應用為中心，清華大學科技法律研究所碩士論文，2003 年，頁 128-138。

¹⁰³ Carl Shapiro, note 93.

¹⁰⁴ Carl Shapiro, note 93.

技術標準最早是哥倫比亞大學和包括Sony等 8 家電子企業最先倡導，當時是各方將 27 個專利“貢獻”出來，建立MPEG-2 技術標準的“專利集合”（Patent Pool），再由標準體系的智慧財產權管理部門對外實施統一授權。MPEG-2 技術標準出來之後，就有競爭對手以違反智慧財產權授權反限制競爭指南為由將MPEG-2 技術標準組織告到司法部，司法部的最終裁決是認可MPEG-2 技術標準的智慧財產權授權模式，理由如下¹⁰⁵：

(1) MPEG-2 技術標準以“專利集合”形式的專利集合模式只包括互補性的而非競爭性的專利，它們各自是為遵守 MPEG-2 技術標準所必需的，並且該專利集合協議對“必要的”（Essential）界定是明確的，因為它要求兩點：一是包括在專利集合中的每一專利沒有技術上的替代品，二是該參加專利集合的專利只在彼此相結合時才對 MPEG 產品有用。那些專利權人不是以競爭性的技術專利集合，而是將單個技術組合成互補的技術成分。

(2) 該授權是非獨占性的。由於參加專利集合的每一個專利仍然可從單一的授權人單獨授權，因此該專利集合不是採取一種要求被授權人接受其不想要的多重授權的機制。要求多重授權在反限制競爭分析中有時被稱為“搭售”，在某些情況下搭售授權證是有害於競爭的。

(3) 該專利集合利用獨立專家來選擇哪些專利是必要的，可以包括在專利集合中來。該專利集合因此避免了不適當地將專利集合中其他專利的競爭性替代專利包括在內的情況。共同的授權人作為獨立的實體聘請專家並支付費用。另外，由於每個成員的授權使用費是以其提供的必需專利的數量為依據，因此這種授權使用費的結構會促使專利集合成員拒絕其他企業非必需的專利。

(4) 該標準體系的專利集合承諾平等進入。這種模式將以同樣的條件向所有的被授權人提供。這種“平等進入”的要求將會排除任何使專利集合被用來損害其成員的競爭對手的可能性。

(5) 該標準體系的專利集合允許單方面同該標準進行競爭，這意味著它沒有任何內容限制授權人開發替代技術，因此該專利集合協定不會限制創新。該專利集合帶來了顯著的效率。專利集合協議減少了積累為製造 MPEG-2 產品所需的各種授權證的時間和費用，

¹⁰⁵ Carl Shapiro, note 93.

通過為這些產品的生產提供便利，該技術標準可能有利於競爭。

2、智慧財產權的資訊披露與禁反言原則的適用

所謂智慧財產權的資訊披露是指標準化組織或標準的發起人為了便於將來推廣標準和豁免自己的責任，要求標準提案人在將有專利權等智慧財產權的技術納入標準之前，必須披露該技術有智慧財產權，甚至要求必須有智慧財產權權利人願意在標準建立後在合理的條件下進行智慧財產權授權或無償授權的聲明。

如果是標準制定過程中沒有履行披露義務，則可以根據衡平法的禁反言（Estoppel）原則進行處理。美國法院曾經處理過類似的兩個案例，分別是Stambler案和Potter案，都是公司未能告知ANSI（美國國家標準委員會）其享有專利權的技術覆蓋了ANSI制定的技術標準，在這兩個案例中，該公司參與了ANSI技術標準制定工作。ANSI的專利政策要求專利權的公開，但該公司並沒有這樣做，且其行為是故意的¹⁰⁶。因此，公司被禁止實施其專利權。另外美國聯邦貿易委員會（Federal Trade Commission, FTC）審議的一個戴爾（DELL）案¹⁰⁷也屬這一類，戴爾案涉及了一個在技術標準制訂過程中對自己智慧財產權的認識問題和標準制訂過程中對相關權利義務約定的問題。

1994年，戴爾公司參加了一項為聲頻電子標準聯合會（Video Electronics Standards Association, VESA）制訂標準的工作，該標準涉及的技術主題是為電腦匯流排設計一種在486電腦的中央處理器（即CPU）和外設之間傳輸指令的技術方案。

在標準建立的初期，標準的提案工作小組要求參與標準制訂的各方申報與該技術方案有關的智慧財產權權利，但是當時沒有一個申報的，該標準方案也因此是一個不含有專利技術的技術標準提案，當時戴爾公司自始至終的參加了標準制訂的全過程。一位戴爾公司的代表兩次寫下“據我所知”這一標準提案沒有侵犯戴爾公司任何專利的保證。實際上，戴爾公司已經在1991年7月獲得了一個專利權。但隨著時間的推移，在VESA匯流排設計技術標準已經被140多萬電腦採用後，尤其是該標準使得這些電腦匯流排得到充分和良好發展的情況下，戴爾公司認為該標準方案侵犯了自己的專利權，並

¹⁰⁶ Joseph Katt, Disclosures and Commitments to Standard-Setting Organizations, http://www.gibsondunn.com/fstore/documents/pubs/Antitrust_Disclosures.pdf.

¹⁰⁷ In the Matter of DELL COMPUTER CORPORATION, DECISION AND ORDER, Docket No. C-3658, May 20, 1996.

尋求司法途徑確認自己要實施專利技術授權收費的主張，並最終在 1995 年走上了聯邦貿易委員會的反限制競爭仲裁庭。

1996 年 6 月聯邦貿易委員會以 4：1 的結果裁決否決了戴爾公司關於向上述標準收取專利使用費的主張。聯邦貿易委員會的主要觀點就是戴爾公司在標準的制訂過程中違反誠信原則，違反標準化組織的內部規定性文件，沒有在智慧財產權權利披露前置的階段披露有關的專利技術，卻在事後主張其自己知道的智慧財產權權利，這種行為是對標準化組織工作的誤導¹⁰⁸。

（四）著作權策略

技術標準的著作權策略主要指的是標準化組織如何管理標準紙本文件、電子文件等作品，其核心是管理標準文件的複製、傳播與發行。相對與專利策略和標識策略，著作權策略在技術標準中的應用要簡單明瞭的多，一般而言，技術標準的著作權策略涉及以下內容¹⁰⁹：

1、明確技術標準化組織標準文件等作品的權利歸屬

標準化組織一般都會在章程中明確約定，標準化組織標準文件等作品的權利屬於標準化組織。以 ISO 為例，ISO 規定所有 ISO 出版物（紙本拷貝或電子版出版物）均受智慧財產權保護；ISO 中央秘書處負責獨立或與其他 ISO 成員合作製作的 ISO 標準、標準化及其相關活動的產品的著作權管理工作。

2、明確著作權權利如何行使

標準化組織一般都會對著作權作品的複製、銷售和發行做出規定，對於不同的標準化組織，其相關政策會略有不同。如果某一個標準化組織需要大力宣揚和推廣其標準，可能會執行比較寬鬆的著作權管理政策，也就是對標準文件等作品的複製、發行不做什麼限制，也就是將自己的一些著作權權利向公眾授權。而有些標準化組織，則會將標準文件等作品的複製權等著作權權利牢牢掌握，除非支付一定的費用，否則不會輕易將這些著作權權利對外授權，像 ISO 就是這樣執行比較嚴的著作權政策。比如 ISO 的《ISO 出

¹⁰⁸ 前揭註 107。

¹⁰⁹ 張平、馬驍，前揭註 88。

出版物著作權、著作權使用權及ISO出版物的銷售政策和程式》規定：由ISO中央秘書處出版的ISO資訊宣傳出版物，如目錄、備忘錄、導則、發展手冊、ISONET出版物以及諸如ISO通報和ISO 9000消息之類的雜誌，中央秘書處均對這些出版物提出了建議零售價；ISO出版物發行的主要渠道是從中央秘書處經由ISO成員組織轉向成員所在國領土內的最終用戶；當成員在ISO標準的準備或委員會草案階段（工作草案-WD或委員會草案-CD）以銷售為目的複製草案的紙張件或不可更改電子版本，特別是複製委員會草案（請注意這些文件只供工作組和技術委員會使用），不管媒體為何種形式（紙張或電子版格式），著作權費均為每一最終用戶淨銷售收入的10%；如果將ISO標準翻譯為某成員國語言，其目的是為了銷售(而不是為制定國家標準)，應付著作權費為有關成員銷售收入的20%¹¹⁰。

3.3. 智慧財產權獨占性訂價管制之必要性

經由本文前一節的討論，我們可以知道在智慧財產權的領域中，會產生的市場獨占問題。也可以瞭解有不少競爭法上相關的規定與辦法，在處理智慧財產權所產生限制競爭的問題，多半以行為管制作為其管制的手段，但也可以發現窮盡所有行為管制手段，最終仍存在訂價過高的爭議狀況。因此，訂價過高的獨占性訂價問題，在智慧財產權市場獨占爭議案件中，常常成為雙方爭議的焦點¹¹¹，但目前並非各國競爭法機關所關注的重點，我們將透過下面的案例及討論瞭解智慧財產權獨占性訂價的問題及管制的必要性。

3.3.1. 從智慧財產權相關案例觀察獨占性訂價之爭議

一、微軟公司視窗作業系統軟體獨占案

1. 事實過程¹¹²

¹¹⁰ <http://www.iso.org/iso/en/ISOOnline.frontpage>.

¹¹¹ 在智慧財產權保護下形成的市場獨占地位，因為有智慧財產權的排他性保護，廠商進入的障礙較高，市場自癒功能受限。以專利為例，他人不得實施該專利技術，廠商進入市場，必須開發出可以替代技術，在一般情況下，並不容易。

¹¹² 崔汴生，美國司法部控告美國微軟公司訴訟案，來源網址：

微軟的視窗作業系統自 1995 年 Windows 95 作業系統推出後，即取得一定的市場地位，消費者對視窗作業系統的需求形成正的網路效應，即某一產品的吸引力會隨著使用該產品人數的增加而增加。使用視窗作業系統的人數越多，則視窗作業系統對人們的吸引力越大，產生所謂的「網路效應」。

以目前微軟公司視窗作業系統的佔有率高達九成以上，在 Intel 相容 PC 作業系統市場中確實是處於獨占地位的，而電腦產品所具有的相當強的網路效應對這種獨占地位的形成和鞏固產生非常重要的作用。微軟每年要投入數以億計的美元用於視窗作業系統應用軟體的編寫，以鞏固其獨占地位。

在微軟公司視窗作業系統處於獨占地位的同時，微軟公司是否濫用其市場支配力量，而對於市場競爭或秩序造成影響，為各國競爭法關切的重點。其中微軟視窗作業系統售價是否過高問題及在視窗作業系統中綁架微軟公司的網路瀏覽器（Internet Explorer）、影音媒體播放器（Media Player）及即時通訊軟體（MSN）的搭售問題。

2. 美國主管機關之處理

1998 年 5 月，美國司法部和 20 個州向聯邦地方法院指控微軟利用其對個人電腦視窗作業系統市場的獨占地位來阻礙軟體業的競爭，從而違反了美國反托拉斯法。聯邦地方法院傑克遜法官於 2000 年 6 月判決中，認定微軟公司實施獨占、企圖獨占以及搭售，違反休曼法，其中之重點如下：(1) 微軟公司在 PC 之作業系統市場具有獨占力，已違反休曼法第 2 條之規定，其以品質以外之反競爭方法取得；(2) 取得網路瀏覽器市場之獨占力，已違反休曼法第 2 條之規定；(3) 非法搭售視窗作業系統與 IE 瀏覽器，係屬二種不同之產品，應已違反休曼法第 1 條之規定；(4) 同樣之事實，也違反了休曼法第 1 條及第 2 條規定相同之州法；(5) 針對這些違法行為，法院因而要求微軟提出計畫，分割其公司為二個企業：一為作業系統，另一為應用軟體公司；(6) 法院之命令中，也同時包含了限制微軟公司之行為之條款¹¹³。

於判決中，美國聯邦地區法院傑克遜法官基於微軟在全球個人電腦作業系統的極高

<http://www.ftc.gov.tw/2000010129991231765.htm>；微軟壟斷案大事記，來源網址：

<http://www.epochtimes.com/b5/1/7/7/n107092.htm>；賴安國，智慧財產權行使與獨占經濟力濫用，台北大學法律研究所碩士論文，2003 年，頁 174 以下。

¹¹³ 崔汴生，前揭註 112。

的占有率、高進入門障礙和消費者缺乏商業上顯著的替代性選擇等事實，明確地認定微軟構成獨占企業。而微軟所獲得的這種巨大經濟力量的原動力即為智慧財產權，主要是軟體的著作權，即智慧財產權在微軟獲得市場支配地位或獨占地位中起著非常重要的作用。關鍵問題是，微軟依法獲得的這種獨占地位本身並不違法，構成違法的是它對這種地位的濫用。但微軟在與全球經銷商簽署排他性協定時，條款中明文規定關於實施權的取得，是以被授權人向授權人或其指定之第三人購買實施著作權所必要的原料、零件或其他不在著作權授權範圍內的無著作權或有著作權保護的物品為條件的，尤其是其利用視窗 95 的授權契約，要求個人電腦製造廠商必須附加安裝微軟的 IE 瀏覽器，作為微軟繼續供應視窗 95 的條件。此種著作權授權即有搭售的問題，由於搭售條款的約定，會使被授權人喪失選擇的機會，因此，一般認為，此屬於智慧財產權中著作權的濫用而被認為不當，如因此產生抑制競爭的效果時，即構成對美國反托拉斯法的違反。這裏所謂發生限制競爭的效果主要是指：搭售的產品(tying product)具有充分的經濟實力，使得被搭售產品(tied product)的市場自由競爭顯然受到抑制的情形。由於美國法院認為搭售產品享有專利權或著作權的，往往推定其具有經濟實力，因而在專利權或著作權授權時要求搭售，便有違法的可能性。

聯邦上訴法院雖然認定微軟公司確實有維持在 Intel 之個人電腦作業系統之獨占地位的不法意圖，然並無獨占視窗瀏覽器市場之不法意圖，因此，聯邦上訴法院駁回地方法院之判決¹¹⁴。

司法部重新接手微軟一案後要求司法部和微軟盡全力達成和解。司法部於 2001 年底與微軟達成和解協議¹¹⁵，並獲法院批准，結束長達五年的反限制競爭爭議。

3. 歐盟主管機關之處理

¹¹⁴ 崔汴生，前揭註 112。

¹¹⁵ 美國微軟與司法院協議內容

1. 禁止微軟公司從事可能排除競爭對手的排他性交易行為。
2. 禁止微軟公司對使用競爭對手產品之電腦製造商進行報復。
3. 微軟公司必須揭露部分技術資訊(API)，以便讓軟體研發商撰寫與該公司 Windows 視窗作業系統及其軟體相容之程式。
4. 微軟公司必須讓競爭對手的 Middleware Products(中介軟體產品)，得以與公司 Windows 視窗作業系統相容並配合操作。
5. 微軟公司產品設計應准許製造商及消費者得除去某些微軟的特定功能圖像(Icons)。
6. 微軟公司須與電腦製造商訂定制式的合約條件。

歐盟委員會在 2004 年 3 月份裁定，微軟在視窗作業系統軟體中捆綁微軟 Media Player 軟體濫用了其獨占的市場地位。歐盟委員會表示，Media Player 的捆綁打壓了 RealNetworks 的 RealPlayer、蘋果的 QuickTime 等軟體的市場，迫使數位音樂和視頻提供商採用微軟的數位媒體格式。為了改變這種狀況，歐盟委員會要求微軟提供沒有捆綁 Media Player 的視窗作業系統軟體版本，使消費者和 PC 廠商自由地選擇多媒體軟體。

歐盟委員會還發現，微軟有意隱瞞技術資訊，使得第三方軟體廠商無法開發出與視窗作業系統的相容程度可以和微軟的類似軟體相媲美的軟體產品，這影響了第三方軟體發展商開發 Linux、Unix、蘋果系統、Novell 軟體的能力。歐盟委員會要求微軟提供軟體規範，使第三方軟體能夠實現與 Windows 伺服器 and 桌面系統的互操作¹¹⁶。

在歐盟委員會裁定後的二年中，雙方就裁定的執行情況多次發生衝突。儘管微軟按歐盟委員會的要求發佈了沒有捆綁 Media Player 的 Windows 版本，但它的價格與正常版本一樣，幾乎無人問津。微軟目前正尋求以類似與美國司法部達成和解的條件，和歐盟反托拉斯調查單位達成和解，但到目前為止，雙方尚未達成和解共識。

4. 我國主管機關之處理

我國公平交易委員會於 2002 年接受立委檢舉微軟公司違反公平交易法，我國公平會對於微軟公司的調查重點包括：(1) 台灣微軟公司是否濫用獨占地位，不當操縱市場價格？(2) 台灣微軟與國內使用者的交易過程，是否利用經濟力運作？"大量授權方案"是否違反公平交易法規定？(3) 微軟經銷商是否趁法務部大力掃蕩非法軟體之際，借機哄抬市場售價？我國公平會除與其他國家主要處理微軟公司軟體搭售的問題外，主要針對微軟獨占性訂價的問題予以調查。¹¹⁷

2003 年 2 月，我國公平會決定接受微軟提出的行政和解要約書¹¹⁸，雙方順利達成行政和解，和解的結果為，微軟首度同意產品最高降價 54.5%，最低降幅 13.2%，平均降幅達 26.7%，而降價後的完稅價格，將是僅次於中國為全球第二低售價，同時產品可分

¹¹⁶ <http://tech.sina.com.cn/it/2006-02-23/0659849041.shtml>.

¹¹⁷ 陳建好，前揭註 61。

¹¹⁸ 行政和解要約書內容主要包含：對消費者及教育用戶軟體產品之價格訂定、促進消費者利益、促進品牌內競爭、合理分享軟體碼等，詳見<http://www.ettoday.com/2003/02/27/184-1418332.htm>.

開銷售。¹¹⁹

5. 小結

觀察微軟視窗作業系統軟體濫用市場獨占地位之案例，各國對於微軟公司之視窗作業系統軟體的獨占市場均無疑問。歐洲、美國或其他如：日本、韓國等國家主要著眼在解決搭售的問題，解決其他軟體產品市場限制競爭的狀況，包含瀏覽器、影音媒體播放器、即時通訊軟體等可以獨立於作業系統操作的附加軟體，透過市場結構的調整，如：美國傑克遜法官將微軟公司分割成作業系統軟體及其他服務軟體的兩家公司。或市場行為的管制，限制微軟公司出版的瀏覽器、影音媒體播放器、即時通訊軟體不能網綁在視窗作業系統中，另外要求微軟公司公開必要的開發原始碼。

對於本文所欲討論的獨占性訂價問題，僅發生在我國的微軟案件中，最終微軟公司提出降價方案與我國公平會達成和解，對於合理的售價計算方式並未有明確的標準。以微軟公司的視窗作業系統軟體的發展史來看，視窗作業系統打敗IBM OS/2 作業系統，迫使OS/2 作業系統退出市場，即便目前仍有免費的Linux作業系統與其競爭，一直以來視窗作業系統的市場佔有率不斷提昇，至目前已經超過 90%的市場佔有率，在微軟不斷的投入研發改善軟體及著作權法的保護下，市場進入障礙很高，已經是不爭的事實，以目前各國要求微軟公司的作為，主要解決搭售的問題，並無法改變視窗作業系統獨占之地位，或是降低市場進入的障礙。在微軟作業系統獨占的局面下，獨占性訂價的問題的確會存在，即便微軟目前的產品訂價是否過高也存在爭議，在美國有一些經濟學家就認為微軟的價格是比自由競爭價格高得多的獨占價格，但也有另一些經濟學家則不以為然。以美國反托拉斯法的一貫態度，認為獨占性訂價的高報酬為吸引他事業進入市場的最佳誘因。只要將市場進入的障礙去除，排除人為的限制競爭與不公平競爭，市場的自癒能力自然會將獨占力消除，而改善令人不滿的市場績效，國家的介入反而會干擾市場機制的運作¹²⁰。因此，美國對於獨占性訂價採取不管制的放任立場。歐盟、日本及我國法制上對於獨占性訂價，則是認為在市場自癒能力受到限制的時候，且無法從市場結構或行為著手，降低市場進入障礙，方會採取對於市場績效的管制作為。分析微軟這個案子，倘若產生售價之爭議時獨占性訂價的問題將是解決的根本之道。

¹¹⁹ <http://www.ettoday.com/2003/02/27/184-1418281.htm>.

¹²⁰ 周翼，微軟壟斷案的網路經濟學分析，<http://www.bloginfo.cn/jingjixue/archive/2005/03/19/793.aspx>。

二、飛利浦公司光碟專利授權案

1.事實過程¹²¹

飛利浦公司、日本新力及太陽誘電三家公司分別擁有數項與可錄式/可重複錄式光碟產品（CD-R/RW）¹²²規格相關之專利，為便於向世界各國之可錄式光碟製造商進行專利授權，採行包裹授權方式，即先由日本新力及太陽誘電對飛利浦公司授權，再由飛利浦公司整合各項專利權，整批授權予被授權人。飛利浦公司等專利權人所擁有之技術具有壓倒性優勢，得排除他事業參與競爭，故應屬公平交易法第五條第二項所指之獨占事業。並於授權契約訂有「以淨銷售價格 3%或日幣十圓中之較高者」為權利金之給付標準，由於訂約時，可錄式光碟市價約日幣三百餘圓，故以淨銷售價格 3%或日幣十圓計價，差距不甚顯著，惟現今可錄式光碟市價大幅下跌，倘以日幣十圓計算，則權利金比例高達百分之二、三十以上，按系爭授權契約既屬整批授權，且各專利權之有效期限不同。飛利浦公司與可錄式光碟製造商進行專利授權談判磋商過程中，給予各家廠商近百餘個專利，而未提出逐項之專利授權要約，且僅載明系爭專利於美國和日本之專利號碼及名稱，完全未告知在其他國家是否有相對之專利，及該等外國專利之有效期間，又未明確說明各別廠商之產品可能使用其那一項專利，以及該專利之申請範圍為何。

2.我國主管機關之處理

民國 88 年 6 月間國內光碟（CD-R）製造商陸續向公平交易委員會檢舉荷蘭商飛利浦、日本新力及太陽誘電，分別擁有數項與可錄式光碟產品規格相關專利，並採行聯合包裹授權，且於 CD-R 光碟產品專利技術市場中具有獨占地位，其不當維持授權金價格之行爲，已損及光碟產品生產廠商權益，涉嫌違反公平交易法第十條、第十四條等規定。

¹²¹ 行政院公平交易委員會處分書，（九十）公處字第 0 二一號。此案後續經被處分人向行政院提起訴願，復經訴願委員會發回（行政院訴願會九十年十一月十六日台九十訴字第 0 六七二六六號、九十年十一月二十六日台九十訴字第 0 五九四四三號及台九十訴字第 0 六七四 0 一號行政院決定書），公平交易委員會復於 2002 年 4 月 25 日做出第二次處分書，詳見行政院公平交易委員會處分書，公處字第 0 九一 0 六九號；何愛文，論專利法制與競爭法制之關係--從保護專利權之正當性談起，台灣大學法律學院博士論文，2003 年；宋皇志，技術移轉之法制規範-以瓶頸設施理論在專利強制授權的應用為中心，清華大學科技法律研究所碩士論文，2003 年。

¹²² 飛利浦等公司在台灣及歐洲訴訟係爭產品僅 CD-R 產品；但在美國訴訟係爭產品包含 CD-R 及 CD-RW 產品。

(1).公平交易委員會第一次處分書¹²³

該案經於 90 年 1 月 11 日公平交易委員會第 480 次委員會議決議，飛利浦、日本新力及太陽誘電透過共同決定授權金價格之合意，以聯合授權方式，取得渠等在台之 CD-R 專利技術市場之獨占地位，不當維持授權金之價格，拒絕提供被授權人有關授權協議之重要交易資訊，禁止對專利有效性之異議，為濫用市場地位之行爲，違反公平交易法第十四條、第十條第二款及第十條第四款規定，處飛利浦新臺幣（下同）八百萬元、日本新力四百萬元及太陽誘電二百萬元之罰鍰，並命被處分人等自處分書送達之次日起，應立即停止前項違法行爲。

(2).行政院訴願會之決定

飛利浦等等公司不服公平會之處分，分別於 90 年 2 月 27 日向行政院訴願會提起訴願，並經行政院於 90 年 11 月 16 日及同年月 26 日分別撤銷原處分，由原處分機關補充資料後另為適法之處分。其理由主要為：

a. 原處分機關卷附資料似無與現階段市場上其他類似儲存媒介產品之比較，足以支持其推論 CD-R 光碟產品與其他光學儲存產品間，在目前市場供需、價格及技術功能上，為唯一具市場地位之可錄一次型光碟產品，並以 CD-R 可錄式光碟授權技術市場界定為特定市場之資料，本部分證據論證容有補強之必要。

b. 訴願人訴稱曾提供被授權人單獨授權之要約及條件供被授權人選擇，被授權人有選擇聯合授權（一次取得三專利權人授權或單獨取得訴願人授權）之自由。渠等聯合授權雖對市場供需造成影響，約定權利金縱使過高亦屬契約自由，為應訴諸民事法院之問題。所稱曾提供被授權人單獨授權之要約及條件供其選擇，是否實情？若本案檢舉人等係自行選擇以聯合授權方式支付權利金，是否仍屬公平交易法規範之範疇。

c. CD-R 技術之所有重要專利為飛利浦等三家廠商所擁有，全球任何 CD-R 之製造、銷售均須取得該等廠商對於 CD-R 擁有技術之授權，取得其一專利權人之專利尚無法製造 CD-R，則渠等間是否具有水平競爭關係。

¹²³ 行政院公平交易委員會處分書，（九十）公處字第 0 二一號。

(3).公平交易委員會第二次處分書¹²⁴

依據公平會的調查顯示，並針對行政院訴願會撤銷公平會第一次處分所持理由，補強資料及說明，主要針對 CD-R 產品市場界定、被授權人得以自由選擇授權模式及飛利浦等廠商是否具有水平競爭關係（同一產銷階段）等議題予以說明。最後，公平會仍認為荷蘭商皇家飛利浦電子股份有限公司（以下簡稱飛利浦公司）、日本新力股份有限公司（以下簡稱日本新力）及日本太陽誘電股份有限公司（以下簡稱太陽誘電）等三家公司，從事下列行為有違反公平法之情事：

- a. 飛利浦等公司以聯合授權方式，共同合意決定 CD-R 光碟片專利之授權內容及限制單獨授權，違反公平交易法第十四條規定。
- b. 飛利浦等公司利用聯合授權方式，取得 CD-R 光碟片技術市場之獨占地位，在市場情事顯著變更情況下，仍不予被授權人談判之機會，及繼續維持其原授權金之計價方式，屬不當維持授權金之價格，違反公平交易法第十條第二款規定。
- c. 飛利浦等公司利用聯合授權方式，取得 CD-R 光碟片技術市場之獨占地位，拒絕提供被授權人有關授權協議之重要交易資訊，並禁止專利有效性之異議，為濫用市場地位之行為，違反公平交易法第十條第四款規定。

(4). 高等行政法院判決¹²⁵

公平交易委員會於 91 年 4 月 25 日公處字第 091069 號處分書仍認為飛利浦等公司專利授權行為違反公平交易法第十四條、第十條第二款及第十條第四款規定，並處原告 800 萬元罰鍰。原告飛利浦等公司仍不服，提起訴願，遭駁回後，遂提起行政訴訟。高等行政法院判決如下：

- a. 法院基於事業所提供之商品或服務具有替代可能性，始有競爭關係之存在，本案「CD-R」乃指符合飛利浦公司與新力公司共同制定之「橘皮書」標準規格（即使用飛利浦公司、新力公司和太陽誘電公司所擁有專利之標準規格技術）所製造生產之光碟產品，且國內光碟製造廠商欲生產製造「CD-R」均需使用飛利浦公司、新力公司、太陽誘

¹²⁴ 行政院公平交易委員會處分書，公處字第 0 九一 0 六九號。

¹²⁵ 臺北高等行政法院判決 92 年度訴字第 00908 號。

電公司等 3 家公司所擁有之專利，單獨使用其中 1 家公司專利即無法生產製造「CD-R」。認定在「CD-R光碟片技術市場」中，飛利浦公司、新力公司、太陽誘電公司非為同一產銷階段之水平競爭關係之事業。認定公平會違反公平交易法第十四條規定之判定有誤¹²⁶。

b. 法院基於飛利浦及其他 2 家公司制定橘皮書設定CD-R標準規格，而CD-R技術的所有重要專利為飛利浦等 3 家事業所擁有，全球任何CD-R的製造、銷售均須取得原告等對於CD-R擁有專利技術之授權，是渠等所提供之專利技術進入特定市場，受技術之限制可排除競爭。依 88 年 8 月 30 日修正發布之公平交易法施行細則第 3 條第 3 項之規定認定飛利浦等 3 家公司在特定市場「CD-R光碟片技術市場」中，可排除競爭，認定其為獨占事業。且在全球CD-R光碟片市場規模已大幅成長及市場供需已改變之情況下，仍漠視市場顯著變更之事實，繼續維持原授權金之計價方式，使授權金金額無法做即時有效變更並反映正常市場需求，核已違公平交易法第 10 條第 2 款之禁止規定。並肯定拒絕提供被授權人有關授權協議之重要交易資訊，並禁止專利有效性之異議，為濫用市場地位之行為，違反公平交易法第 10 條第 4 款規定¹²⁷。

3.美國主管機關之處理

(1). 國際貿易委員會判決（International Trade Commission，ITC）¹²⁸

本案為飛利浦公司基於 337 專利侵權要求美國對國際貿易委員會對國碩及巨擘兩家公司發布禁制令。國碩與巨擘公司提起專利濫用之反訴。

國際貿易委員會的行政法官（Administrative Law Judge，ALJ）於其調查報告中，針對國碩及巨擘兩家公司反訴飛利浦等三家公司專利濫用之指控部份，認定飛利浦等三家公司在CD-R/RW專利授權市場中居於獨占之地位，且其授權的協議在價格固定（price-fixing）、價格歧視（price discrimination）及搭售（tying）的行為，產生限制競爭大於促進競爭之效果，為專利之濫用行為¹²⁹。

¹²⁶ 前揭註 125。理由部份第貳-三點。

¹²⁷ 前揭註 125。

¹²⁸ In the Matter of Certain Recordable Compact Discs and Rewritable Compact Discs, Investigation No. 337-TA-474, U.S. International Trade Commission, April 2004.

¹²⁹ 前揭註 128，頁 220。

關於特定市場的界定，調查報告中將CD-R/RW產品市場視為一特定產品市場（相較於Hard drives、E-mail、Floppy、DVD等產品），而飛利浦等公司的專利集合為該特定之產品市場中所必須使用之技術，沒有其他的技術或專利可以替代¹³⁰。另外，基於專利權受限於專利法中的屬地主義之特性，美國專利僅得以於美國聯邦政府管轄範圍內行使權利，且專利授權無其他地理區域之差異，認定整個美國為單一市場¹³¹。因此，飛利浦等在CD-R/RW專利授權市場具有獨占性地位。

在價格固定（price-fixing）之議題上，該調查報告指出，第一、在專利集合授權的權利金通常要求在一個合理的範圍內，以一般的專利授權為例，通常整體的權利金不會超過產品價格的5%。舉例來說，以IBM專利授權為參考，單一專利權利金通常低於產品的1%，每多一個專利權授權增加1%的權利金，至多不超過5%¹³²。飛利浦等三家公司於CD-R/RW的權利金約為CD-R/RW售價的18%，遠超過一般的5%。第二、由美國司法部發布的專利集合授權的指導原則中，指出專利集合之授權可以整合互補專利、消除技術障礙、降低交易成本等優點，且權利金應為產品售價中的一小部份，而本案中飛利浦等三家公司於CD-R/RW的權利金高達售價的18%，非產品售價中的一小部份¹³³。第三、在臺灣公平交易委員會做出聯合行為判決後，各公司分開授權時，新力及太陽誘電兩家公司大幅降低其授權金，但飛利浦反而收取更多的權利金，違反業界常態¹³⁴。國際貿易委員會行政法官之調查報告依據上述三點，認定飛利浦等三家公司於價格固定的行為，有專利濫用的狀況。

在價格歧視（price discrimination）之議題上，該調查報告指出，第一、在飛利浦等三家公司所提供的授權契約，無法提供被授權人選擇其各自所需的專利來授權，而以單一的包裹式授權契約要求所有廠商接受此一模式，收取相同的費用，是一種典型的經濟歧視。第二、根據調查受飛利浦等三家公司委託代工的製造廠商，透過交互授權的協議，不需支付任何的權利金¹³⁵。國際貿易委員會行政法官之調查報告依據上述二點，認定飛利浦等三家公司有價格歧視的行為，有專利濫用的狀況。

¹³⁰ 前揭註 128，頁 158-166。

¹³¹ 前揭註 128，頁 166-170。

¹³² 前揭註 128，頁 176-177。

¹³³ 前揭註 128，頁 177。

¹³⁴ 前揭註 128，頁 177-178。

¹³⁵ 前揭註 128，頁 179-182。

在搭售 (tying) 之議題上，飛利浦等三家公司之專利集合包含非必要專利，有部份專利在市場上存在可以替代的專利技術，非製造 CD-R/RW 產品所不可替代的必要專利，將該些不必要的專利與其他必要專利放在同一專利集合中授權，顯有搭配的行爲，亦有專利濫用的情形。

綜合上述的理由，行政法官的調查報告認定飛利浦等三家公司在CD-R/RW專利授權市場中居於獨占之地位，且其授權的協議在價格固定 (price-fixing)、價格歧視 (price discrimination) 及搭售 (tying) 的行爲，產生限制競爭大於促進競爭之效果，爲專利之濫用行爲。但在最終的國際貿易委員會的判決中，委員會認同飛利浦等三家公司在CD-R/RW專利授權市場中居於獨占之地位的判定，但在專利濫用的行爲上，對於價格固定及價格歧視的濫用行爲，委員會不表示意見，僅對於搭售的行爲給予判定爲專利濫用的行爲¹³⁶。

(2). 美國聯邦巡迴上訴法院 (Circuit Appeal Federal Court, CAFC) ¹³⁷

飛利浦等三家公司在國際貿易委員會作出專利濫用的判決後，向美國聯邦巡迴上訴法院提起上訴，認爲該等公司並未構成專利濫用之搭售行爲。美國聯邦巡迴上訴法院於2005年9月作出撤銷國際貿易委員會處分的判決。法院認同國貿易委員會對於飛利浦等三家公司於CD-R/RW授權市場中具有獨占地位的判定，撤銷處分的主要理由爲沒有證據證明飛利浦拒絕將該非必要專利移除，且國碩等公司沒有該些非必要專利的替代的專利或技術，也沒有與其他廠商授權替代專利的計畫¹³⁸。因此，沒有證據顯示有造成限制競爭的效果，或限制競爭效果大於促進競爭的效果。所以，聯邦巡迴上訴法院認爲飛利浦等三家公司未構成專利濫用的行爲，而撤銷原處分。

4. 歐盟主管機關之處理

歐盟執委會依據歐洲光媒介產業公平競爭聯盟(Federation of Interested Parties in Fair Competition in The Optical Media Sector, FIPCOM)之控訴，自2003年起針對飛利浦公司有關生產CD-R碟片之專利，強制搭配日商新力公司及太陽誘電公司之相關專利在歐盟市場內授權之行爲，涉嫌違反歐體條約第81條有關限制競爭行爲，及第82條有關濫用市場

¹³⁶ 前揭註 128，頁 2-3。

¹³⁷ U.S. PHILIPS CORPORATION v. INTERNATIONAL TRADE COMMISSION, 04-1361, U.S. CAFC.

¹³⁸ 前揭註 137，頁 32-34。

主導地位之相關規定，因而展開調查。案經飛利浦公司承諾改善其授權條件，以符合歐盟相關規範，並與FIPCOM達成協議¹³⁹¹⁴⁰後，FIPCOM已撤回控訴，執委會競爭總署決定終止本調查案。

5.綜合討論

由上述飛利浦等公司於 CD-R/RW 專利集合授權的案例，不論在台灣、美國或歐盟法院或相關主管機關的判決或處分中，專利集合授權的模式，各國普遍持正面的看法，認為專利集合授權可以使被授權人將所有產品所需專利，經由單一授權合約完成，降低授權交易成本，有助於產業的發展，促進競爭之效果大於限制競爭之效果，而將專利集合授權的行為視為合法，僅在部份特定的行為予以管制或禁止。雖然台灣公平交易委員會雖然在本案中作出聯合行為的認定，應不是對於專利集合授權整體性的否定，認為專利集合授權為一當然違法之行為，而是認定本文中專利集合授權的聯合行為不利於整體競爭秩序，因而給予違反聯合行為的判定。本文主要在討論智慧財產權的獨占性訂價問題，在飛利浦 CD-R/RW 專利授權一案中，有興趣議題在於，第一、各國對於專利授權的市場力之判定及市場界定為何？第二、專利授權獨占性訂價之看法為何？

關於專利授權的市場界定的問題，美國、歐盟及我國的判決均將本案的特定市場界定為「CD-R/RW 技術市場」或「CD-R 技術市場」，地理區域為專利權權利可及的區域，認定飛利浦等公司居於獨占地位，具有市場力量。由本案判決中可知，各國對於專利授權技術市場的認定，並非以專利所使用之 CD-R/RW 產品或 CD-R 產品為限，而直接將其界定於「CD-R/RW 產品之技術市場」或「CD-R 技術市場」。先確認本案爭執之 CD-R/RW 或 CD-R 產品是否具有可替代的產品，如：硬碟、軟碟、DVD 等產品，在確認該些產品與 CD-R/RW 產品或 CD-R 產品間並無替代性後，才將其界定在「CD-R/RW 產品之技術市場」或「CD-R 產品之技術市場」，最後再去考量該專利 CD-R/RW 產品或 CD-R 產品之技術市場中的占有率。主要原因在於，即使專利在某一產品中具有獨占地位，並不代表其必然有市場力量，除非該專利產品並無可以替代的產品。否則在該專利產品存

¹³⁹ http://ekm92.trade.gov.tw/BOFT/web/report_detail.jsp?data_base_id=DB009&category_id=CAT1954&report_id=103819.

¹⁴⁰ 飛利浦於 2006 年 1 月 19 日發表 CD-R 產品的新專利授權模式 Veeza，CD-R 權利金由每片 0.045 美元調降為 0.025 美元，降幅雖達 44%，但飛利浦同時將以往對製造廠商授權，改為對每批出貨授權，並要求廠商將每批出貨做 3 項清楚標示，包括每片光碟上標註商標生產工廠註冊序號、封箱上貼上飛利浦所提供防偽標籤註明商標和序號、每批出貨均須取得飛利浦授權狀態證明文件 (LSCD) 等相關措施。

在有可替代的產品時，由於該專利產品與其他替代產品之間的競爭關係，專利權人應無濫用的可能性。另一種狀況下，某些技術或專利可以使用在不同的產品中，且該些產品並無替代之可能性，則專利應被界定為兩個不同的技術市場。例如：某一專利可以使用在行動通訊產品及電腦產品中，兩種產品並無替代性，則此時該專利的技術市場，是該分別界定在「行動通訊產品之技術市場」和「電腦產品之技術市場」，而非將所有可以使用該專利的產品均納入為該專利特定之技術市場。從本案中市場界定的過程中，並無考量該專利是否可以使用在其他產品中，並將該項產品技術市場一併納入考量市場占有率，可以知道兩個不具替代性的產品，其技術市場亦需分開考量。從理論上分析，專利同時可以用於兩項不同且無替代性的產品上時，該專利權在一項產品技術市場中具有獨占的地位，專利權人具有市場力量，而濫用其市場力量；而在另一產品技術市場中，為一充分競爭市場，專利權人不具市場力量。所以，技術市場之界定必須侷限在一特定之產品市場中。

關於獨占性訂價之問題，從飛利浦等公司於 CD-R/RW 專利集合授權的案例中，問題的核心其實在權利金的合理性，一旦權利金的問題雙方同意和解，其餘爭議均可迎刃而解。在本案訴訟發生之前，雙方早已合意簽訂授權協議，授權文件說明不清、不必要專利包含其中等發生的爭議事項，一直也都存在，也未見被授權的廠商提出任何的違反競爭法或是專利濫用的指控，直到 CD-R/RW 光碟售價大幅下降，造成權利金比例偏高時，雙方協議不成撕破臉，方產生訴訟。所以，本案的核心爭議在於權利金，在飛利浦等公司在 CD-R/RW 技術市場具有獨占地位情形下，權利金的訂價也就是獨占性訂價的問題。美國不論學理或實務上，主張獨占性訂價的高報酬為吸引他事業進入市場的最佳誘因。只要將市場進入的障礙去除，排除人為的限制競爭與不公平競爭，市場的自癒能力自然會將獨占力消除，而改善令人不滿的市場績效，國家的介入反而會干擾市場機制的運作。因此，美國對於獨占性訂價採取不管制的放任立場。所以，在本案上不對權利金過高的指控給予有利判定，以其一貫的立場並不意外。歐盟執委會對於獨占性訂價的問題，雖肯定管制存在的必要性，但在操作上，近二十年來傾向促成廠商雙方的和解為處理獨占性訂價的態度，因此，在飛利浦提出新的授權合約下，雙方和解，歐盟停止調查，無法由透過歐盟實際的處分書，觀察歐盟執委會的對於專利權獨占性訂價的看法。而我國雖然判定飛利浦違反公平交易法第十條第二項的規定，但對於專利授權時合理的權利金的額度計算並未有明確的標準。

由飛利浦等公司於 CD-R/RW 專利集合授權的案例，可以知道在必要專利授權的技術市場中，新廠商的進入障礙非常高，獨占地位的打破非常不容易，就結構管制獲行爲管制無法解決權利金過高的問題，影響市場競爭秩序，不利最終消費者，只有針對權利金的合理性予以管制，方可有效解決此一問題。

三、 高通 (Qualcomm) 公司 CDMA 專利授權案

1. 事實過程

高通公司 (Qualcomm) 成立於 1985 年，當時並沒有引起人們太多的注意，但高通始終全力投入 CDMA 技術的後續研發和專利申請，直到 CDMA 標準陸續成爲第三代行動電話 (3G) 標準後，已經沒有人能和它在這 CDMA 技術方面與高通對抗。高通已經擁有專利 1200 多項，正在申請的專利則高達 1900 多項，它不僅在 CDMA 領域擁有主要專利，而且這些專利大都是最底層的、最核心的，因此大多數使用該技術的廠商根本無法繞過高通，儘管諾基亞、易利信、摩托羅拉等公司也擁有相當數量的專利。目前爲止，CDMA 正迅速風靡全球並已佔據 20% 的無線市場。全球 CDMA 用戶已超過 2 億，遍佈 50 個國家的 113 家運營商已經啓動商業化第 3 代 CDMA 服務。2002 年，高通公司晶片銷售創歷史佳績。1994 年至今，高通公司已向全球的衆多製造商提供了累計超過 10 億多枚晶片¹⁴¹。

高通一開始就確定採智慧財產權授權的商業模式。在高通艱難推銷 CDMA 技術的前期階段，它不得自己先做起來，有了業界對 CDMA 的認可與廣泛採用。隨後，高通放棄了製造業，將手機部賣給了日本京瓷，將基站部賣給了易利信。高通選擇留下智慧財產權授權和晶片兩大業務，他們成爲高通目前占絕對優勢和獨占地位的收益來源。如今，高通擁有與全部 CDMA 無線通信標準相關的關鍵專利權，在商業利益上的體現就是：只要你想生產 CDMA 相關設備，無論是手機、基站還是交換機等等，都必須給高通交專利費。也因此高通自從 1999 年國際電信聯盟標準機構選擇 CDMA 作爲第三代移動技術即 3G 技術的基礎後，關於其是否處於獨占地位的爭議就一直存在¹⁴²。

以歐盟第三代行動通訊 WCDMA 的標準爲例，高通掌控四分之一的 WCDMA 核心。這

¹⁴¹ 美國高通公司，<http://www.enet.com.cn/article/2005/0726/A20050726438671.shtml>.

¹⁴² Telecom Leaders File Qualcomm Antitrust Complaints, <http://www.mobiledia.com/news/38767.html>. ; 趙國壁，6 大廠商“發難”反壟斷大火燒至高通，http://www.cnipr.com/yjdt/yylf/t20051107_59147.htm.

些公司指控高通一直在收取過高的WCDMA核心專利使用費，而這導致了WCDMA手機價格以及網路運營成本的居高不下，為用戶增加了購買壓力並有害於3G的普及。沒有人知道高通究竟向其他公司開價內容，因為有關專利費用的條款都被規範在機密協定之中。不過2004年全年高通總計獲得了4.15億美元的WCDMA專利使用費，同時據產業調查機構Gartner的資料顯示該年共售出了1800萬部WCDMA手機，因此可以計算出商家為每部手機向高通繳納的專利使用費約為23美元。每售出一部WCDMA手機，銷售商大約要繳納8%到10%的專利使用費，而其中約有半數都進入了高通的腰包。再綜合剛才的計算可以得出，大約每部WCDMA手機均包含了50美元的專利使用費，這導致了3G手機的零售價格很難降到250美元以下¹⁴³。

此外，部份競爭對手指控高通正在實施獨占行為，如果客戶許諾只從高通手中購買WCDMA晶片，高通就會向他們收取較低的專利使用費。

2. 爭議現況

2005年10月底，諾基亞和易利信等六大電信公司分別向歐盟提起申訴，請求歐盟就高通在3G移動技術基本專利授權方面的做法展開調查，並制止高通的反公平競爭行為¹⁴⁴。毫無疑問，3G CDMA技術的使用費用是此次訴訟的導火線。由於高通擁有大量專利，其他廠商在發展3G技術時，需要和高通簽署智慧財產權授權協定。

諾基亞、易利信、博通、NEC、諾基亞、松下和德州儀器六大電信公司認為，高通對W-CDMA標準有較少重要貢獻，他們在技術方面收取的費用“過高且不合理”。電信巨頭們聲稱，高通這樣做的結果將導致W-CDMA手機和網路費用的高漲。此外，這六家公司還聲稱，高通參與了一些獨特的商業活動，如：向同意只從高通購買全部W-CDMA晶片的客戶提供優惠的專利費用。因此，諾基亞等公司指控高通正努力排斥市場上的其他競爭對手，並阻止新的競爭對手進入該市場。

Broadcom於2005年中於美國對高通提起反托拉斯(antitrust)訴訟。Broadcom總裁兼首席執行官Scott McGregor表示：“我們的目的很簡單，就是要確保公平競爭，這不僅僅是為Broadcom，同時也是為整個產業。”Broadcom在訴狀中宣稱，高通濫用了無線技

¹⁴³ 張偉，高通被訴的啓示，<http://column.chinabyte.com/220/2185720.shtml>。

¹⁴⁴ 張偉，前揭註143。

術標準設定流程，沒有履行面向蜂窩無線標準按照公平而非歧視條款進行技術授權的承諾，並且高通在蜂窩電話技術及晶片組市場實施了反競爭的行為。並指高通的行為阻止了公平競爭。高通在CDMA技術的獨占地位使得美國移動電話價格高昂¹⁴⁵。

2005年4月，南韓反托拉斯組織，認為高通公司在韓國獨占CDMA技術，違反了韓國反托拉斯規定，對高通公司在韓國的分公司進行調查。主要針對高通公司要求製造商銷量手機韓國本地提交5.25%作為權利金，出口產品則需提交有5.75%的權利金，相較於其他國家是否有偏高的情況¹⁴⁶。

3. 小結

高通公司憑藉其在CDMA技術擁有堅強的專利，在歐美各國對其競爭廠商或CDMA製造廠商提起專利侵權訴訟時，無往不利。經過多場的專利訴訟，可以確認的是高通公司在CDMA技術領域居於獨占地位。其競爭廠商轉向指控高通公司違反競爭法，質疑高通公司在智慧財產權授權時有濫用其獨占地位的狀況，主要爭議集中在高額的權利金及差別待遇之授權協議。

由於高通公司本身也是CDMA晶片的製造商，收取高額的專利技術授權金，將使競爭廠商的晶片難以與高通公司的晶片進行價格競爭，同樣也造成終端產品價格高漲¹⁴⁷，不利於整體社會。差別待遇的授權協議更使其競爭對手無法與其競爭。終究問題的根源，在於高通公司收取的專利技術權利金是否合理，對於高通公司同意只從高通購買全部W-CDMA晶片的客戶提供優惠的專利費用，此種差別待遇造成限制競爭的效果，在傳統的競爭法上可以以行為管制的作法，禁止高通從事該差別待遇的行為，或是以將技術授權及製造晶片分割成兩公司的結構管制作法，予以消除限制競爭的障礙。但高額的權利金問題，在CDMA技術領域已經發展成熟的狀況下，因此，CDMA技術市場進入障礙非常高的情況下，只有以績效管制的作法，方可根本解決此一問題。

¹⁴⁵ Telecom Leaders File Qualcomm Antitrust Complaints, <http://www.mobiledia.com/news/38767.html>；博通提起反托拉斯訴訟，防止高通壟斷3G時代，<http://bbs.pcworld.com.cn/archiver/?tid-2576.html>。

¹⁴⁶ 韓國反壟斷監察機構調查美國高通公司是否違反規定，<http://www.cww.net.cn/News/2006/4/41152.htm>。

¹⁴⁷ 在一般產品專利權利金多半為產品售價的5%，而在3G行動通訊產品市場，高通一家公司即收取超過5%的權利金。整體產品的權利金估計為10~15%。

3.3.2. 獨占性訂價管制之必要性

獨占性訂價的管制實質上是一種市場績效的管制，在歐、美兩地競爭法有不同看法。即使美國法基本上視管制措施為促進市場競爭(pro-competitive)或限制市場競爭(anti-competitive)，對市場競爭之影響作為評斷管制措施的主要考量，但也有美國學者不諱言美國法對於長期享有超額利潤之「持續性獨占事業」應採取何種對策，也頗感頭痛。不過雖然歐盟、德國限制競爭法及我國公平交易法之管制基本上認為市場競爭如受到各種因素重大干擾下，將使其自癒能力很難發揮作用，因此，競爭法在必要時仍有介入直接管制市場績效的例外措施，也就是獨占性訂價的管制，但站在儘量尊重市場機能之立場，將獨占性訂價的管制作法也視為最後的管制手段看待，僅在市場自癒能力受到限制、社會等待的極限及是否存在其他替代方案或優先方案等條件下，進行獨占性訂價之管制，而智慧財產權當獨占性訂價爭議發生時，檢驗是否滿足上述條件而存在獨占性訂價管制的必要性，說明如下：

一、市場之自癒能力有極限

市場自癒能力雖在理論上被寄予厚望，在許多時候確實可以發揮作用，但觀察市場經濟的實際狀況，不得不承認在許多時候，靠市場本身之力量去瓦解獨占事業之獨占利，甚至於僅僅迫使獨占事業不得不調整其排除競爭或榨取交易相對人之行為，都力有未逮。市場進入障礙為限制市場自癒能力的主要因素。

1. 市場進入障礙

市場機能能夠充分發揮之前提要件之一，是進入市場之障礙必須不能過高，則競爭者在獨占事業濫用市場力時，才能夠順利進入市場挑戰獨占事業，促進市場競爭。惟實際上，許多產業均存在甚高的市場進入障礙，此等障礙常有結構性之因素，一旦形成後，非一朝一夕可以輕易排除。

這些不易排除之市場進入障礙，例如：在若干產業中具有經濟規模之效應，獨占事業以其巨大之生產規模，享有生產成本上之優勢，故在競爭上難以超越獨占事業。除此之外，又例如進入市場需要龐大的資金或必須具有特殊之專門技術，或法令之限制、或

獨占事業掌握有生產活動所必要之專利等情形，新進廠商均非一時能挑戰獨占事業之市場地位。獨占事業在具有上述特性之產業，一旦在競爭中占得上風，欲藉市場本身機制迫使獨占力之瓦解，經常是難上加難。此時容易形成所謂之「持續性獨占(persistent monopoly)」，及獨占事業在市場能長期握有獨占力。此情況下，縱使獨占事業運用其市場力量，榨取交易相對人之利益，吾人預期市場能注入活力，自行治癒獨占力濫用之情形，希望恐怕會落空。此時法律對市場結果管制之必要性與正當性，乃節節升高。歐盟法以及德國法即是基於這種考量，而決定管制獨占性訂價。

分析智慧財產權得以市場獨占的情形，本文於前節討論智慧財產權獨占態樣時，以專利權為例，因專利權的保護導致市場獨占，必須在該專利商品的商品市場沒有可以替代的商品，同時在該專利技術的技術市場沒有可以替代的技術的情況下，該專利權方具有市場支配力量。在沒有替代技術的情況下，專利權方具有市場支配力量，專利價值決定權掌握在專利權人手中，才可能發生獨占性訂價的爭議；然在存在等效替代技術時，專利權將具有市場支配力機會極小。觀察專利產生的過程，專利的成本主要在於前期的技術開發成本，技術一旦開發出來，後續應用或轉移成本將會非常低，甚至趨近於零，因此，在買賣或授權時，先期的技術開發成本已支出完畢的情況下，買賣價金或授權金價格只要高於後續技術移轉成本，就有成交的可能性，即使價金低於原先開發成本。所以，當替代技術存在時，即使只有一項競爭的替代技術，雙方的價格競爭將會非常激烈，通常很難超過先期開發成本，除非擁有替代技術的擁有者間聯合協議，因此，造成獨占性訂價的可能性很低。也基於專利權的這種特性下，當專利權得以獨占的狀況，多半在競爭廠商已進行迴避設計失敗，短時間內無法找尋出替代的技術及商品，因此，專利權一旦獨占，新進廠商的市場進入門檻會比傳統的產品更為困難。

再以著作權為例，因著作權而獨占市場，權利人要具有競爭法中市場支配力量，並非不是容易的事。在著作權獨占的態樣中，多半源自於政策及法令的規範，及網路效應所造成。著作權的獨占成因為政策或法令的規定，政府規定如：在教育部使用部編教科書的時代，國立編譯館為政策保護下的獨占事業，在中小學教科書市場中居於獨占的地位。還有在基於保障證券交易人及維持證券交易的秩序，證券相關法令的規定，證券交易所為提供證券交易資料的唯一官方來源，具有市場獨占的地位。上述兩個例子中，教科書及證券交易資訊受著作權保護，受限於政府法令的限制，沒有新進廠商進入市場競爭的可能性，產生獨占性訂價的問題亦沒有可能透過市場自癒的機制，矯正其過高的價

格。此外，著作權獨占另一成因為網路效應，在電腦軟體著作權領域，由於網路效應的特性，電腦用戶使用相同互通的軟體，可以增加資訊交換時的方便性，且不同軟體的使用方式不同，一旦習慣某一類使用介面的軟體，多數用者將會被其所制約，不願亦更換另一種使用介面的軟體，也就是所謂的用戶習慣，因此，一旦電腦軟體領域取得獨占的地位，並透過著作權的保護，其他廠商進入市場的門檻就變成非常高，原因並非來自技術得門檻，而是網路效應及用戶習慣所導致，最好的例子就是微軟視窗作業系統軟體所獲得的這種巨大經濟力量的原動力即為智慧財產權，主要是軟體的著作權，即智慧財產權在微軟獲得市場支配地位或獨占地位中，占有非常重要的作用。

由上述的分析可知，智慧財產權一旦形成獨占後，新進廠商的進入門檻將會非常高，也意謂市場獨占廠商非常有可能長時間的獨占市場，再缺乏競爭的市場中肆無忌憚地訂定高價。

二、社會等待市場發揮自癒功能之忍受極限

獨占性訂價之市場績效管制，雖然與競爭機能之本質有衝突之處，為當競爭機能之能發揮受到短期難以克服之各種障礙嚴重干擾時。保留獨占性訂價之管制作為最後手段，仍有其必要。惟獨占性訂價管制的使用需要謹慎考量，在市場機制自癒能力得以發揮作用時，我們應用最大的耐心和信心予以等待，但此種等待市場發揮自癒能力期限是有極限，有學者提出應視「消費者的時間偏好率」與「獨占性訂價使市場趨於競爭之速度」兩者間之相互作用而定¹⁴⁸。如果消費者對時間偏好率較低，而獨占性訂價使市場趨於競爭的速度非常快，使消費者只需忍受短期之痛苦，很快獲得價廉價美的結果，消費者短期之犧牲是值得的；反之，消費者對時間偏好率很高，而獨占性訂價使市場趨於競爭的速度卻十分緩慢，則消費者必須長期忍受獨占性訂價存在之痛苦，而將希望寄託於未來遙不可及的遠景，對於消費者而言就不值得了。

觀察智慧財產權獨占源自於法律的保護，一旦形成獨占，如前段討論市場進入障礙，非資本或人力投入便可以克服之障礙，而是替代技術的突破或是改變使用者習慣，通常非一朝一夕可以輕易達成，仰賴時間來解決似乎並不容易。因此，即使社會的忍受極限再高，也不容易等待到市場機制發揮所帶來的物廉價美。

¹⁴⁸ 莊春發，獨占事業獨占力量的濫用-獨占性訂價的探討，反托拉斯經濟學論集，下冊，2002年3月。

三、「替代方案」或「優先方案」之尋找

雖然獨占性訂價管制在競爭法中有其存在的必要與價值，但不可否認地，這類市場績效管制，與競爭之本質不符，且施行上亦不容易。一般而言，將獨占性訂價之管制定性為「在市場機能和其他管制措施無法正常發揮功效之例外情形下，作為緊急輔助及補救之方法，而具有所謂最後手段性的獨占管制措施」。而所謂市場機能無法正常發揮，尤在前述市場具有許多結構性之進入障礙時，即屬之。所謂例外性、緊急性、補充性，則指獨占性訂價之管制應僅限於獨占事業榨取濫用之情況嚴重，且無法以市場獲其他管制措施解決問題時，或需非常長時間方能以市場自癒能力產生效果，使採用的管制方法。既然獨占性訂價應具有例外性、緊急性 and 最後手段性，則只要無時間上之急迫性，運用其他方法亦可改善獨占事業之市場績效者，應考慮以其他之替代方案為優先。而所謂之「替代方案」或「優先方案」措施可考量：

1. 強化市場結構管制

採用市場結構管制手法，包含強化結合管制或對於不當獲取獨占地位之處罰採用美國法所慣用之解體措施。在傳統競爭法的企業解構的作法，大多以地域或事業內容為企業切割作法，如：將美國 AT&T 長途電話業務與市內電話業務分割，及將市內電話業務分割成數個區域。但在智慧財產權的領域，最多要求智慧財產權將生產銷售與授權的業務分離，避免智慧財產權權利人以授權的費用補貼生產銷售的費用或以授權金搭售產品的方式，以提高更高的產品市場占有率，但在智慧財產權授權的獨占性訂價的問題，並無法因而獲得有效的解決，所以強化市場結構管制無助於解決智慧財產權獨占性訂價的爭議。

2. 強化對於阻礙濫用行為之管制

獨占事業之所以可以肆無忌憚地實施獨占性訂價，而無懼於潛在市場競爭者之威脅，通常是因為其同時在進行阻礙競爭，提高市場進入障礙之違法行為。因此積極打擊獨占事業阻礙濫用之行為，除去市場競爭障礙，使新事業可進入市場與獨占事業進行公平的競爭，則無須使用獨占性訂價之管制。然智慧財產權最有力排除競爭對手的行為，便是具有排除他人未經權利人同意行使智慧財產權的權利，此種排除性來自法律對智慧財產權這類無形資產的特殊保護。因此，行使法律賦予的排他行為，因而居於市場獨占

的地位，掌握市場支配力量，為法律合法保障行為，並非獨占濫用的行為，競爭法不適合對於此一行為進行管制或限制。

3. 設法降低市場進入障礙

傳統競爭法降低市場進入障礙的作法，如：解除產業之管制，將限制進入市場之法令鬆綁；又如：開放進口、廢除不必要之營業管制措施等。對於長期國營之獨占事業，私有化亦為注入市場活力之契機，惟應避免獨占力單純由公部門移轉到私部門，而無益於市場競爭。在智慧財產權的領域，解除法令的限制，在某些時候可以發揮作用，如：開放教課書的編輯權給多家書商，或將開放股市資訊不限於單一廠商得以供應，降低市場進入障礙，確實可以達到其他廠商進入市場競爭的作用，以解決單一廠家獨占濫用的問題。但基於專利權或是網路效應所產生的市場獨占局面，市場進入障礙就不是這麼容易可透過政策或管制而降低。

4. 以垂直管制取代直接對市場價格之干預控制

例如使獨占事業對旗下由經銷商之種種限制得以放鬆，下由經銷商能以更獨立、自主、更有效率之方式進行其商業活動，則經銷階段之價格極可能下降，而無須對其進行直接之價格管制。基本上，此種作法在一般傳統的競爭做為解決獨占性訂價的機會就不大，且在智慧財產權獨占性訂價的問題，如：專利授權金單純就是價格高低的問題，所牽涉的商業模式並不複雜，以垂直管制取代直接對市場價格干預發揮作用的機會不大。

5. 讓市場價格之決定更公開、透明

很多時候，獨占事業能夠獲取高額之利潤，是因為交易相對人不具有關於價格決定之相關資訊。如有此種情形時，只要另獨占事業提供更多有關訂價之依據、標準等資訊，使獨占事業之決定價格過程更公開透明，可能就會迫使獨占事業從事比較合理的訂價行為。這一部份在許多關於技術授權的規範已有規定，但從實務上的結果觀察，並未發揮約束智慧財產權獨占的廠商訂並高價，獲取高額報酬的行為，通常只流於表面形式，增加權利人的困擾，亦無法滿足交易相對人的期望。

四、智慧財產權實務案例的分析

從實務案例再次分析獨占性訂價發生的案例中，檢驗市場自癒能力是否受到限制、社會等待的極限及是否存在其他替代方案或優先方案等，而存在獨占性訂價管制的必要性。

以飛利浦等三家公司 CD-R/RW 專利集合授權的案例為例，第一、飛利浦等三家公司在專利集合中，各家公司所各自擁有的專利為互補之專利，並無可替代的專利，倘若以結構管制的作法，將專利集合授權的公司分割，將失去專利集合授權的優點，如：一次取得所有專利授權、減少多家授權的交易成本等，在一般的情況下，專利集合授權可以取得較低的授權金。事實也證明在公平交易委員會對飛利浦等公司作出違反聯合行為的處分後，廠商分別向飛利浦、新力、太陽誘電等三家授權的全部權利金高於原先集合授權的金額，足以瞭解「強化市場結構」作法降低權利金並無效果。第二、飛利浦等公司的專利權為 CD-R/RW 產業標準中的必要專利，由於專利法的排他性保護，飛利浦等公司處在獨占的市場地位，且在網路效應下產品標準化，替代產品也不易出現，為避免專利權人拒絕授權，專利法設有強制授權的規定，但強制授權的作法破壞市場競爭機制及專利制度更甚於獨占性訂價的管制，不應視為獨占性訂價之優先方案，因此，在解決專利權獨占性訂價的問題上，亦無有效的「強化對於阻礙濫用行為之管制」的方法。第三、在產業標準制訂完成或是專利權已居於獨占的地位時，既有的專利權受到專利法保護，具有獨占及排他性，進入市場的障礙在於，開發出替代性的技術，以取代現有的專利，屬於技術上的門檻，此種門檻非出自於政策或人為因素，因此不易找到「可以降低市場進入障礙」的方法。至於「以垂直管制取代對市場價格之干預控制」和「讓市場價格之決定過程更公開、透明」的作法，在各國對於技術授權的規範中，均已明列禁止授權廠商對被授權人限制的行為，亦要求授權金的決定力求合理，但由結果觀察，並沒有解決被授權人對於飛利浦等公司授權金過高的指控。

在微軟公司視窗作業系統獨占市場一案中，採用「強化市場結構管制」的作法，將微軟公司分割成作業系統及其他服務軟體部份，可以強化其他服務軟體，如：網路瀏覽器、影音媒體播放器、即時通訊軟體等產品市場之競爭，但對於獨占市場之視窗作業系統軟體之獨占性訂價並無任何的效果。「強化對於阻礙濫用行為之管制」，禁止微軟公司將視窗作業系統軟體與其他軟體綑綁，進行搭售的行為，同樣具有強化其他服務軟體產品市場之競爭，但無助於解決視窗作業系統軟體獨占性訂價之問題。「降低市場進入障礙」的作法，要求微軟開放部份應用介面原始碼，提供與微軟產品公平競爭的基礎，同

樣可以其他服務軟體產品市場之競爭，亦無助於解決視窗作業系統軟體獨占性訂價之問題。至於「以垂直管制取代對市場價格之干預控制」和「讓市場價格之決定過程更公開、透明」的作法，亦不會對視窗作業系統軟體獨占性訂價之問題產生正面的效果。

綜合上述的說明及分析，智慧財產權獨占後，形成的市場進入障礙，相較於一般商品有過之而無不及。智慧財產權為一種無形資產，無形資產的保護不同與一般財產，需要賦予獨有及排他的特性，方可以有效保護智慧財產權權利人。雖然擁有智慧財產權不必然代表具有事業擁有獨占的市場力量，須視智慧財產權與特定產品市場的關係，方可認定智慧財產權人是否擁有市場獨占之地位。可是智慧財產權權利人一旦取得的市場獨占的地位，通常產生高度的進入障礙，這種情況常發生在一些新興科技產業，如：半導體、生物科技、通信、電腦軟體等產業，基於專利權的保護，尤其在專利技術與標準結合的狀況下，專利技術幾乎無迴避的可能性，對於新進廠商形成高度的障礙，有學者稱之為「專利入場券」¹⁴⁹，意指廠商如要進入該市場，必須先行取得專利授權，可見智慧財產權形成的競爭障礙相較於一般商品有過之而無不及。因此，即使智慧財產權人濫用其市場力量，訂定高價剝削交易相對人或消費者，亦不易撼動其獨占的地位，仰賴市場自癒的能力通常遙遙無期。因此，智慧財產權居於獨占地位，從事獨占性訂價的行為，在大部分的情況下，除了直接對價格予以管制，並無其他的有效的的方法，可以調整該獨占廠商之獨占性訂價之行為。獨占性定價之管制適用在智慧財產權領域在適法性並無疑慮的情況下，應肯定其存在之必要。

¹⁴⁹ Carl Shapiro, note 91.

4. 智慧財產權獨占性訂價管制方法

關於智慧財產權的獨占性訂價問題，有認為在智慧財產權的保護下，智慧財產權權利人即等於為獨占事業，即應受到競爭法獨占管制的規範；或有認為根據我國公平交易法第四十五條除外條款，可排除智慧財產權的適用，智慧財產權不受公平交易法獨占管制所規範。上述對於如何適當的認定有關智慧財產權的獨占事業，以及智慧財產權獨占管制及獨占性訂價手段的適用等政策面的問題，已於第三章中予以詳細說明，並肯定在智慧財產權領域獨占性訂價管制措施的存在，有助於維持整體競爭的秩序，本章的重點在於獨占性訂價操作面的討論，探討智慧財產權相關的訂價方法，找尋適當的評估標準，用於管制智慧財產權權利人濫用市場地位之行爲。

在進一步討論智慧財產權獨占性訂價管制方法之前，就智慧財產權特性考量，可先從幾個不同的角度切入瞭解。從專利權人利益的角度，透過智權財產權的價值或智慧財產權侵權損害賠償的估算方法，瞭解智慧財產權價值，以評估競爭法的管制是否造成智慧財產權制度的破壞；從市場獨占形成的角度，公用事業市場地位形成的原因及成本結構與智慧財產權間有不少相似之處，價格管制的作法亦似有其參考的價值；從競爭法管制獨占濫用的角度，智慧財產權的獨占性訂價問題，為競爭法獨占管制的特殊議題，管制的目的及濫用的判定，皆應以競爭法的管制原理原則為出發點。因此，本章將先就智慧財產權價值評估及侵權損害賠償計算方法、公用事業管制法訂價方法及競爭法上獨占性訂價方法等予以介紹。最後，以專利權及著作權為例，分別討論智慧財產權獨占性訂價的評估方法。

4.1. 智慧財產權價值評估及侵權損害賠償計算方法

智慧財產權的保護在 1967 年成立的世界智慧財產權組織（World Intellectual Property Organization，簡稱WIPO）之努力下，目前世界上已開發或開發中的主要國家皆已經加入，各國對於智慧財產權保護的法制趨於一致，也因此智慧財產權的價值也大幅提昇¹。智慧財產權為一種無形資產，基於保護不易的緣故，依照現行智慧財產權的保護制度，

¹ 蔡明誠，從WTO貿易智慧權協定觀點看國際智慧權保護標準之發展，律師雜誌，1999年12月，頁19-30。劉尚志等，國際技術移轉相關法律規範參考手冊，上冊，1998年6月，頁61-62。

賦予權利人在一定期間、一定區域內的獨占性，他人或他事業非經權利人同意，不得使用、製造或銷售。因此，智慧財產權之轉讓、授權、使用及侵權損害賠償都涉及費用的計算問題，由於型態上的差異，智慧財產權的價值評估不同於一般有形資產。目前在智慧財產權領域中，最常見的價值評估用途大致上有兩種，第一種為智慧財產權的價值評估，也有稱為「智慧財產權鑑價」；第二種則是在智慧財產權侵權訴訟中，損害賠償的計算。前述兩種作法間評估目的及計算方式的考量有所不同，以下將就智慧財產權價值評估與侵權損害賠償計算分別介紹。

4.1.1. 智慧財產權價值評估方法

智慧財產權的價值評估，在歐美等國家已經進行了上百年，在技術交易的轉讓或授權、智慧財產權的出資入股或企業破產清償等²情況下，需要評估智慧財產權之價值。智慧財產權的評估，重點不在計算公式及方法上，而是了解智慧財產權在評估中的特殊性，也就是無形資產與有形商品間的差異。同時，不同的智慧財產權（如：專利權或著作權）間也會有不同的特性，評估時的考量亦會有所差異。

一、專利權價值評估³

(一)、專利價值的衡量重點

在專利領域，專利權是否有利用價值，專利權人與被授權人可以充分掌握相關訊息，決定交易內容。但該授權專利是否為「從屬專利」⁴，不論是專利權人或是被授權人很難發現，往往從屬專利的專利權人無意間使用了別人的專利或將自己的從屬專利授權其他人，自己並無察覺，因此，造成自己或被授權方侵害他人專利。另外，專利權是否會被撤銷，也是專利授權當時很難評估的一點。所以，在專利領域進行價值評估前，至少要注意下列幾點：

² 鄭成思，知識產權價值評估中的法律問題，法律出版社，1999年12月，p.13.

³ 鄭成思，前揭註2。

⁴ 所謂「從屬專利」就是，該專利基於另一基礎專利的基礎上進行改良，所改良的部份符合專利法產業上利用性、新穎性及進步性三要件規定，得以獲取專利。但當實施該專利時，必定會使用到所改良的基礎專利，因此亦需得到該基礎專利的授權。

1. 專利有效性

專利是否已經獲證，或是專利還在申請中？倘若專利尚未獲證，雖不代表該專利毫無價值，但尚未獲證的專利相較於已取得權利的專利，必須額外考量通過專利局審查的風險性，一旦無法通過得專利局的審查，此一專利就變成毫無價值。但是在實務上，尚未通過專利局審查的專利買賣案例還是存在，站在買方的立場觀察，在專利尚未核准前，可以以較低廉的價格買到專利；站在賣方的立場觀察，可以節省取得及維持專利的費用，提早將研發的投資回收。因此，在專利有效性評估的過程，倘若專利尚未獲證，則需要進一步評估其獲證的風險性⁵。

同樣地，即使專利已經獲證，亦有被撤銷的可能性，倘若該專利曾經歷舉發程序，且被專利局或法院判定為有效，則該專利效力的可靠度就比較高，如果經歷越多次則專利效力的可靠度越高。另外，從實用性角度觀之，也代表該專利較具實用性。

2. 專利類型

大多數的國家會將專利區分成三種類型。以台灣為例，將專利區分成「發明」、「新型」、「新式樣」三種，其中新型專利不需要通過專利局實質審查，即可取得專利證書。因此，新型專利的效力有可能在未來提請訴訟時，在訴訟中被判定無效的機會較高。所以，這一類未經過專利局實質審查即取得的專利，在進行專利價值評估時，不可與發明專利同等對待。

3. 基礎專利或從屬專利

因為從屬專利的實施，必須得到基礎專利權利人的許可，否則將侵害該基礎專利，所以，即使取得了從屬專利的授權，該授權人也沒有辦法實施該專利。因此，被授權人或受讓人必須評估，取得基礎專利權人的授權或取得強制實施的可能性有多大⁶。

4. 專利期限屆滿還有多久

這是影響專利評估最重要的因素。由於專利保護期限有一定的期間，且無法像商標權得於期限到期後申請延續，專利有效期限還剩多久與取得專利後的獲利有直接關係，期間較長，取得專利權後的報酬越大，如果取得專利的成本大於報酬，這種交易並不會存在。例如：倘若專利期限僅剩兩年，專利權人採用成本法計算專利價值，以「研發成本」、「申請成本」、「維持年費成本」等費用計算轉讓價格，倘若超過取得該專利後未來兩年的報酬，相信應該不會有人會去取得授權；相反地，如果專利期限還剩十幾年，以

⁵ 鄭成思，前揭註 2，頁 54-60。

⁶ 賀傑，專利的價值評估，<http://www.chinacme.com/list.asp?id=1174>。

成本估算出之價格，遠低於實施所得的報酬，此時顯然低估了專利的價值。可見專利有效期限對於專利價值評估的重要性⁷。

5. 市場運用與申請專利範圍的評估

專利說明書中申請專利範圍為法律的依據，專利的權利範圍有多大皆由專利說明書中的申請專利範圍所界定，如果專利申請人在撰寫專利時，將一些非必要的元件或步驟寫入申請專利範圍中，或者將特定實施例寫成獨立項，則會限縮專利範圍，使容易迴避專利，會影響專利市場運用層面。因此，申請專利範圍的內容將影響專利運用的範圍，對於專利的價值也影響很大⁸。

6. 替代性技術或產品的評估

即使專利的有效性無虞，在專利權有效期間內具有獨占性，被授權人或受讓人可以實施該專利產品，但必須預估專利替代技術或產品出現的可能性與出現的時間。如果兩年內將會有下一代的产品出現，即使專利距離屆滿其還有十五年，該期限僅具有法律上的意義，商業上的該專利的價值僅剩兩年。因此，專利的替代技術或產品何時出現將會影響專利價值的評估⁹。

7. 專利授權及專利訴訟的影響

專利的實施分為兩種，一種為專利權人單獨實施，另一種為授權他人實施。一般而言，已簽訂過專利授權合約的專利相較於未曾授權的專利，在技術成熟度與市場接受求程度，已受到肯定，此種專利較具有價值。廠商在簽訂一項專利授權合約的過程中，被授權人一定會對此項專利技術的成熟度、技術發展前景、實施的可行性等因素加以考量、分析，唯有得出肯定的判斷，才會予以授權該專利。此外，授權合約的簽訂和實施，意味著專利技術開始轉化成產品，專利授權合約簽訂的多寡，對於專利總價值是一個增值的因素，授權的次數愈多，專利的總價值應該會愈高，兩者未必是線性正比的關係，但應該是同向增加的關係。此外，授權金的多寡影響專利的價值，授權金愈高，增加專利權利金的收入，自然增加專利的價值¹⁰。

專利權倘若已通過專利訴訟的考驗，不但代表專利的有效性受到肯定，如果加上專利侵權成立，則該專利的價值增加。

⁷ 劉尚志等，前揭註 1，頁 18。

⁸ 賀傑，前揭註 6。

⁹ 鄭成思，前揭註 2，頁 68-73。

¹⁰ 賀傑，前揭註 6。

(二)、專利價值的評估方法

在瞭解專利權之特性後，專利技術的價值評估，比較常見的方法有收益法、成本法和市場法。收益法評估的是專利技術作為一種資產的產出價格，成本法評估的是專利技術作為一種資產的投入價格，市場法評估的是專利技術作為一種資產的市場價格。三種評估方法的評估目的、適用範圍、資料數據來源、資料處理方式各有不同。收益法和市場法適合用於專利技術的商品化，多用於專利技術授權、轉讓或投資入股。成本法適合用於將專利技術資產化，多用於資產重置和補償、財務帳目處理等¹¹。

1. 收益法¹²

收益法的基本理論是將被評估的專利技術未來預期的收益，折算成評估基準日的價值。其計算公式

a. 在專利自行實施的情況

$$V = \sum_{t=1}^n R_t (1+r)^{-t}$$

其中

V – 專利價值

R_t – 專利第 t 年預期的淨收益

r – 折現率

t – 評估的年限

n – 專利剩餘的有用年限



使用上述公式進行評估，需先確定公式中專利第 t 年預期淨收益(R_t)、專利剩餘有用年限(n)、折現率(r)三個基本參數。

(a). 專利第 t 年預期淨收益(R_t)係估算主要考量專利技術實施後，所帶給實施者的價值，也就是用實施後的產品毛利減去實施前的產品毛利再乘上產品數量，計算公式如下：

¹¹ 劉尙志等，前揭註 1，頁 19-24。

¹² 鄭成思，前揭註 2，頁 84-87。

$$R_t = [(P_t - P_o) - (C_t - C_o)](Q_t - Q_o)$$

其中

P_t – 專利實施後的產品價格

P_o – 專利實施前的產品價格

C_t – 專利實施後的產品成本

C_o – 專利實施前的產品成本

Q_t – 專利實施後的產品銷售量

Q_o – 專利實施前的產品銷售量

如果為新產品則公式可以簡化成

$$R_t = (P_t - C_t)Q_t$$

(b).專利剩餘有用年限(n)係為專利技術剩餘的經濟壽命，除最長不能超過法定專利有效保護期限外，不同的專利由於替代技術或替代產品的出現會有不同的經濟壽命。如果被評估的專利技術用於轉讓、許可等模式，則年限應與契約有效期限相同。所以

$$n \leq 20$$

(c).折現率(r)係為將未來評估那一年的價值與現在基準日的價值差異，一般需考慮無風險利率、無風險利率及通貨膨脹率¹³，根據統計資料分析，以開發國家為 25%左右，而開發中國家為 16~27%之間。



b. 在專利授權的情況

$$V = \sum_{t=1}^n [(R_t * Q_t)(1+r)^{-t}]$$

其中

V – 專利價值

r – 折現率

t – 評估的年限

n – 專利剩餘的有用年限

R_t – 第 t 年授權金

Q_t – 第 t 年產品數量

其中專利剩餘有用年限(n)、折現率(r)二個基本參數的確定方式與專利自行實施的時候相同。

¹³ 無風險利率，又稱為最低報酬率，一般可以用銀行定期存款利率；風險報酬率，因不同行業而異，一般為行業的平均收益率減去無風險利率；通貨膨脹率，一般根據近幾年的實際通貨膨脹率推算。

2.成本法¹⁴

成本法，又稱為重置成本法，是以現行市價為基礎，評估重新開發或購買類似專利技術所需要的投入成本，從而確定被評估的專利技術價值的一種評估方法。

成本法評估依據不同可分為兩種。一種是復原重置成本法（Reproduction Cost New），又稱歷史成本法，以被評估的專利技術歷史的、實際的研發條件為依據，再以現行市值進行折算，求得評估值。另一種是更新重置成本法（Replacement Cost New），以新的開發條件為依據，假設重新開發或購買同一專利技術，以現行市場計算，求得評估值。一般較常見的方法為後者更新重置成本法為進行專利技術評估。成本法的基本的公式為：

$$\text{重置成本淨值}=\text{更新或復原重置成本}-\text{有形損耗}-\text{無形損耗}$$

其中

(a).更新或復原重置成本簡稱重置成本，主要包括研究開發成本、交易成本、機會成本等。研究開發成本包括在研究開發過程中的直接成本和間接成本兩類，直接成本有工資、材料、生產研發費用等；間接成本包含管理費、設備折舊費攤提等。交易成本係指在專利技術交易過程中的費用，包含技術服務費、差旅費、管理費、廣告宣傳費、交易稅金、各種手續費等，這是在完成技術交易中不可或缺的支出。機會成本是指由於專利技術的許可或轉讓，給專利技術提供方再投資發展或市場占有方面造成的損失，將其列入成本作為補償。

(b).有形損耗一般是相對於有形資產的折舊，對於無形資產一般來說應該是不存在有形損耗的。成本法借用了有形資產評估中的概念對無形資產進行「折舊」，計算公式如下：

$$\text{有形損耗}=\text{重置成本}*\text{折舊率}$$

折舊率的計算方法有兩種，一種是直線折舊法，另一種為比例折舊法。直線折舊法是按預期使用年限平均分攤的折舊方法，其折舊率的計算方法為

¹⁴ 劉尚志等，前揭註 1，頁 20-21。

折舊率=實際已使用年限/預期使用年限

比例折舊法是一種按一定比例加速折舊的方法，一般採用比例折舊法計算，前期折舊多，後期折舊少，以促進專利技術儘早實施、儘早轉讓，早回收成本，有利於技術發展，較適用大多數技術類型無形資產的評估。其計算公式為：

$$\text{折舊率} = (1 - S_{n-t} / S_n)$$

其中

n – 預期使用年限

t – 實際已使用年限

$$S_n = 1 + 2 + \dots + n = n(n+1)/2$$

$$S_{n-t} = 1 + 2 + \dots + (n-t) = (n-t)(n-t+1)/2$$

(c).無形損耗對於專利技術而言，主要是指基於新技術的發展與出現，造成被評估專利技術的相對貶值。這種無形損耗主要有下列幾種：一是該專利技術本身授權使用的對象增加，使得獨占的力量減弱，產品供給增加，相對被授權者的競爭力下降；二是同類可替代技術出現，即使其技術性或實用性等僅與專利技術相近，甚至比專利技術不如，但具有可替代的可能性，也可以視為與被評估的專利技術競爭者，影響此專利技術的價值；三是出現比專利技術更先進或更經濟的新技術出現，不僅可以替代該專利技術，而且使該技術的技術優勢部份喪失，甚至完全喪失，因而失去經濟價值。無形損耗牽涉對於未來市場或技術的預估，且有不同專利技術類型，很難用統一的公式來計算，造成定量評估的困難。

3.市場法¹⁵

市場法，也稱為現行市值法，是通過市場調查，選擇若干個同類型專利技術在技術市場中的交易條件和價格作為參考及比較的對象，在針對需評估的專利技術的特點，加以適當的調整，從而作出評估的一種方法。但運用市場法評估，要有兩個前提條件，一是存在一個相對規範的技術市場，且存在與被評估專利技術相類似的技術商品作為市場參考物；另一是需要可以合法取得市場參考物的相關數據、參數。

¹⁵ 鄭成思，前揭註 2，頁 89。

採用市場法的難處在於市場參考物的尋找、選擇與判定，以及相關數據的分析、篩選，如果在滿足上述兩個前提下，評估的結果頗令人信服。

從以上三種基本的評估方法，可以看出各種評估方法各有各的特點，也各有其侷限性，因此在實踐中很少採用單一方法進行評估，一般是將三種方法結合運用，或者分別採用不同方法，再將其評估結果進行比較研究。

二、著作權價值評估方法

(一)、著作權價值的衡量重點

著作權從它的財產特性觀察，係指作者或其他著作權人依法享有對其創作作品的商業性使用的支配權或控制權，其中著作人格權係保護著作人人格利益之權利，具有人格權的性質，此種權利是永恆的、不可轉讓的和不可剝奪的。而著作財產權則為保護著作人財產利益之權利，屬於財產權之一種，此種權利是有期限的、可轉讓的和可放棄的。著作權的價值評估，就是針對著作權人創作作品的商業性價值進行評估。在許多實務上的情況，是在著作人轉讓或授權他人使用其作品時，以及使用者在購買該作品使用權時提出鑑價問題。

一般在著作權價值評估的過程中，應把握社會價值與商業價值兼顧原則。著作權的實施，作品的發行，將能夠給使用者帶來一定的商業利潤。在一定程度上，市場需求決定著作權的價值，市場需求是著作權價值評估的重要依據之一。但是，不可忽視的一點是，文藝作品能夠起到一種啓發、教育的積極作用，它所產生的社會價值是不可估量的。因此，在著作權價值評估時，如果僅僅就著作權的商業價值考量，而忽略使用著作權所產生的社會影響和社會價值，那將有悖於著作權法的宗旨。但實際狀況卻是許多格調不高的通俗作品大量湧入市場，而許多具有重大社會價值的優秀文學作品卻難以出版。這個問題討論著作權價值評估時常被提及，但商業運用上之實際操作時卻鮮少衡量這個因素¹⁶。

¹⁶ 鄭成思，前揭註 2，頁 127。

(二)、著作權價值評估方法¹⁷

1. 收益現值法

即將評估標的剩餘壽命期間每年或每月的預期收益，用適當的折現率，還原及累加得出評估基準日的現值。

2. 重置成本法

即將現時條件下被評估資產全新狀態的重置成本減去該項資產得實體性貶值、功能性貶值和經濟貶值，估算資產價值的方法。

3. 現行市值法

即通過市場調查，選擇一個或幾個與評估標的同類或類似的資產作為比較對象，分析比較對象的成交價格與交易條件進行對比調整，估算資產價格的方法。

4. 清算價格法

即根據企業清算時其資產可變現的價值，評定重估其價格的方法。

在以上四種方法中，著作權價值評估時最常使用的方法為收益現值法。例如，在評估某部文學作品的著作權價值時，假設該作品的經濟壽命省餘 10 年，且該 10 年內仍受專利權的保護，預估每年發行 1 萬冊，預期收益為 100 萬元，經過 10 年的累計，加上折現率還原計算，即可得到評估基準日的該作品價值。

但在新作品的評估時，也常有採用現行市值法的評估方式，如果該作品作者先前已經有若干作品出版，則該新作品可與已經出版的舊作品作比較，得到該新作品的著作權價值評估。

5. 綜合商業指標法¹⁸

上述方法雖然可以用於著作權的價值評估，但多為純粹為商業利潤的考量，沒有兼顧作品著作權社會價值的作用。實際上，對有著龐大社會價值的作品，通過對該作品的出版，將給使用者帶來一定的間接利潤。雖然這個利益為是現值，但不等於說這項權利沒有價值。因此，有學者¹⁹提出「綜合商業指標法（General Business Profile Approach）」，該方法將企業購買某項無形資產的全部預計成本和收入等綜合商業指標排列出來，從而確定企業應當支付的權利金。進一步說明如下：

¹⁷ 中華人民共和國「深圳經濟特區無形資產評估管理辦法」第 16 條。

¹⁸ 鄭成思，前揭註 2，頁 136-138。

¹⁹ Joseph K. Andonian, New Method To Determine Royalty Rate, Les Nouvelles, Journal of the Licensing Executives Society, June 1991.

a. 綜合商業指標法的主要內容

綜合商業指標法是指在技術轉讓過程中確定權利金的一種方法。以往權利金簡易估算的方式多半為預期利潤的 25%或是銷售收入的 5%。對於上述無形資產評估的方法，如收益現值法、重置成本法及現行市價法均為建立在一個推測性的數據基礎上，因此，所作出的評估與實際價值可能會有較大的出入。而採用綜合商業指標法可以解決這個問題。

採用綜合商業指標法，使用單位可以用他對本企業生產數據的了解，來決定適當的權利金。企業的綜合指標包括整條生產線投產後的全部成本、銷售收入數據。他可以根據最近企業的生產情況作出估計。例如，假設成本和收入如下：

銷售金額比率	100%
成本	
生產成本	30%
銷售成本	20%
管理成本	13%
發行	7%
研究與開發	15%
總成本	85%
稅前毛利	15%

根據上述假定，企業可以在保證實現 15%的稅前毛利情況下確定權利金。在一般情況下其他生產成本和銷售成本是不變的，因此，研究與發展成本為最關鍵。對於研究與發展成本，企業可以根據情況作出判斷，如，該項技術是否適用已有生產線，價格是否適當，部份引進還是全部引進。

b. 在著作權法評估中的應用

綜合商業指標法雖然是用來確認技術轉讓權利金的方法，但是，加以改造可以適用於著作權的價值評估。以圖書出版的例子來說明，出版社為一個生產單位，除了所生產產品不同於其他企業外，其經營方式大致雷同。可以將其在生產過程中的成本和利潤排列出來。不過需要將成本排列的情況稍作修正。首先，把百分比改為實際數字。其次，把「研究與發展」成本項目改為「補償與形象」。此時假設出版一部 30 萬字的書，定價 100 元/本，總發行量 1 萬本，則其綜合商業指標可以排列如下：

銷售金額	100 萬元
------	--------

成本	
生產成本(排版、印刷等).....	20 萬元
銷售折扣.....	35 萬元
員工工資及福利.....	7 萬元
發行損耗.....	3 萬元
補償與形象.....	25 萬元
總成本.....	90 萬元
稅前毛利.....	10 萬元

使用以上方法，可以得知這樣一部書的著作權價值約為 25 萬元。在一般情況下，出版社的銷售折扣，員工工資及福利、發行損耗、稅前毛利等費用是固定的，生產成本也相對固定。但是，銷售總金額與出版數量和單價值直接相關。當出版數量不多且單價未相對調高時，再扣除生產、銷售工資及福利等項目支出後，補償與形象的支出可能所剩無幾，這是著作權評估的一個特殊問題。

4.1.2. 智慧財產權侵權損害賠償計算方法

智慧財產權的訴訟爭議中，除了侵權與否的判定外，損害賠償的計算也是一個重要的議題，亦可由損害賠償的計算中可以獲知該智慧財產權的價值。智慧財產權的損害賠償，一般原則與民法的填補損害的概念無異，只是在不同的智慧財產權的操作上，因其不同性質而有些許差異。

一、專利侵權損害賠償的計算

目前各國專利侵權損害賠償的計算，多半已明文規定在各國相關法律條文中，在我國專利侵權的損害賠償規定於專利法中。

(一)、我國專利法的規定

我國專利法第 84 條規定，專利權受侵害時，專利權人得請求賠償損害，此為專利侵權之請求權基礎。另於第 85 條規定，請求損害賠償的計算方法為：

1. 依民法第 216 條之規定。但不能提供證據方法以證明其損害時，發明專利權人得就其實施專利權通常所可獲得之利益，減除受害後實施同一專利權所得之利益，以其差額為所受損害。而民法第 216 條規定，損害賠償，除法律另有規定或契約另有約定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限。此乃屬一般損害賠償額度的基本原則，因

此，如專利權受侵害導致專利權人之專利權商品滯銷（所受損害）或其專利權商品因而減少銷售（所失利益），專利權人皆得以主張請求專利侵權人賠償；而後段規定以侵權前之利潤減去侵權後的利潤，作為損害賠償的額度，簡化舉證的困難度。但在證明其利潤損失是由於侵權人的侵權行為所致，而不是其他原因所造成之損害，也就是需證明專利侵權與利潤損失必須構成合理的因果關係²⁰。

2. 依侵害人因侵害行為所得之利益。於侵害人不能就其成本或必要費用舉證時，以銷售該項物品全部收入為所得利益。此部份舉證時，同樣應考量侵害人所得的利益及數額是否構成合理的因果關係。

3. 發明人業務上信譽之減損，得請求賠償相當金額。專利權受侵害，常導致專利權人業務上信譽的減損，如劣質品充斥市面，影響消費者對專利權人之專利產品之正當信賴，造成專利權人之商業信譽受損，因而於專利法規定得請求相當賠償金額。或被侵害人得於勝訴判決後，聲請法院裁定將判決書全部或一部登報²¹。

4. 故意侵害行為，法院得依侵害情節增加賠償金額，最多不得超過三倍。

（二）、美國專利法規定

美國專利法第 284 條、第 285 條對於專利侵權損害賠償作出具體的規定。該法第 284 條規定，在專利權人勝訴的條件下，法院應判給專利權人足以補償侵權所造成的損害賠償，不能少於侵權人使用該發明應支付的合理權利金，再加上法院所確定的利息和訴訟費用。法院並可視個案情況，將損害賠償金額增加到原判定損害賠償金額的三倍。該法第 285 條規定，在例外情況下，法院可以盼給勝訴方合理的律師費²²。

根據上述規定可以看出，美國專利法所規定的專利侵權損害賠償包括以下內容：

1. 專利權人因被侵權而損失的利潤²³

這種以利潤損失計算的賠償額一般都要高於專利權利金，但也給專利權人舉證增加難度，其主要是證明其利潤損失是由於侵權人的侵權行為所致，而不是因為其他原因，也就是專利侵權與利潤損失必須構成合理的因果關係。為了證明這種因果關係的存

²⁰ 蔡明誠，發明專利法之研究，國立台灣大學法學叢書，1997 年 4 月初版，第 234 頁以下。

²¹ 專利法第 89 條：「被侵害人得於勝訴判決確定後，聲請法院裁定將判決書全部或一部登報，其費用由敗訴人負擔。」

²² Rabowsky, B., Recovery of Lost Profits on Unpatented Products in Patent Infringement Cases, 70, S. Cal. L. Rev. 281, 1996；張容綺，專利侵害損害賠償制度之檢討與重構-以美國法作為比較基準，世新大學法律學研究所碩士論文，2004 年，頁 96-100。

²³ Rabowsky, 前揭註 22；汪渡村，專利侵權損害計算標準之研究—以所失利益為中心，銘傳大學法學論叢第 2 期，2004 年，頁 145-155。

在，一般要從三個方面舉證：

- a. 對該專利產品存在市場需求
- b. 專利權人有能力生產該專利產品而滿足市場需求
- c. 市場上缺乏對該專利產品的非侵權替代產品，如果市場存在這種替代品，但是

可以確認專利權人所佔的市場比例。

在證明上述因果關係合理存在的前提下，還須合理計算和證明實際利潤損失。首先要確定專利在該專利產品中所佔比例，從而決定損害賠償金額在全部利潤損失中所佔的比例。在特殊的情況下，也可以將侵權人因侵權行為獲得的侵權利潤做為專利權人的利潤損失。

2. 以專利授權金作為損害賠償的金額

在無法計算專利權人實際利潤損失的情況下，可以從專利授權金來計算損害賠償金額。這種方法舉證方便和易於計算的優點，但對於專利權人來說，一般難於完全彌補實際利潤損失。

專利權利金有可分為兩種，一種為已確認的授權金（established royalty），另一種為合理的權利金（reasonable royalty）。已確認的授權金係指在侵權人對專利權人的侵權行為發生之前，專利權人與其他人已就同一專利達成授權契約所合意的授權金。而欲以以確認的權利金做為判決損害賠償的基礎，必須具備一些條件：

- a. 在專利侵權訴訟發生之前，專利權人已經與他人簽訂授權契約，並以獲得授權對象支付之權利金；

- b. 在同一地區內該專利授權適用權利金費率應是相同的，如果不同，應有合理的解釋與處理辦法；

- c. 已向專利權人支付權利金的對象不只一人，證明這種權利金費用是合理的；

- d. 上述授權契約的設定和支付是專利權人和被授權人在正常情況下，雙方合意所簽訂，而不是由於侵權訴訟威脅或訴訟和解所簽訂；

- e. 上述專利授權與本侵權行為之間具有直接關連。

- f. 至於合理的權利金係指在無法以專利權人的實際利潤損失或已確認的權利金做為損害賠償的計算基礎的情況下，法院依法判決侵權方應向專利權人支付的權利金，這種權利金是損害賠償的最低下限。

- g. 計算合理的權利金是以在專利侵權行為發生時，假設有一個人與專利權人就同一專利自願達成一項授權合約做為前提。在此基礎上再考慮其他因素。這些因素主要有

兩個，一個是侵權已經發生，對於侵權行為應該有所懲罰；另一個是不能由於權利金過低，使侵權人合法地成為類似強制授權的被授權人。但在虛擬的協議情況下，合理的權利金計算方式仍存在爭議²⁴。

3. 三倍賠償

對於故意侵權行為，法院可以依法增加原判定損害賠償金額兩倍以下的賠償，使得最高的賠償金額可以到達原先判定之損害賠償金額之三倍。三倍賠償金額對於打擊專利侵權行為是一種有效的措施，這種賠償制度之設計實質上帶有懲罰性質²⁵。

二、著作權侵權損害賠償計算

在著作權侵權訴訟中，如何確定合理的損害賠償額度，至今仍困擾有關法院及當事人。各國的作法如下：

(一)、德國著作權法規定

在一般情況下，對於著作權侵害可以被看作是一種對財產的不法侵害。因此，就損害賠償而言，適用與其他侵權行為同樣的原則。儘管德國法律首先規定是恢復原狀，但是，如果恢復原狀難以實施或不足以補償損失，也可以給予金錢的補償，這在智慧財產權的損害賠償時，需考量兩項政策，一是，在計算賠償額度時，絕不應讓侵權人占到便宜，侵權人必須受到懲罰；另一為給予受害者的賠償不應是一種懲罰手段。因此，懲罰性的損害賠償或是像美國法中的三倍損害賠償的作法，並未規定在德國法中。然德國法損害賠償的估算包含：

1. 實際損失

著作權人在對因侵權行為所受損失進行評估之前，需要弄清楚侵權人侵權行為相關訊息，在著作權訴訟中，著作權人需要提出侵權物之數量及製作成本，賣出多少及何時賣出，買主是誰及賣價是怎樣的相關資訊。但是，即使原告提出了所有必要訊息，也很難證明他的銷售量受到損害的具體數字。被告之所以能夠將盜版產品銷售出去，即在於以低廉的價格或良好的商業關係，以及被告在其消費者中享有特殊的信譽。在評估損害賠償時，儘管法院有權作出一個大致的評估，但這種評估手段通常十分有限。由於存在這些困難，德國法院長期來一直採用多種方法評估侵權損害賠償。除了實際損失以外，

²⁴ 張容綺，前揭註 22，頁 109-114。

²⁵ Jon E. Wright, Willful Patent Infringement and Enhanced Damages--Evolution and Analysis, 10 Geo. Mason L. Rev. 97, 2001；張容綺，前揭註 22，頁 114。

原告還可以要求獲得被告的利潤，作為普通法上的一種衡平法補救，或者獲得合理權利金（或稱為版稅）。著作權人可以自由選擇用哪種方法來計算損害賠償，但不能採用一種將各種評估方法組合在一起的方法，而必須用某一種方法計算其損失。

2. 被告利潤

在德國，原告很少利用這種方法計算其損害賠償金額。著作權人之所以不願意使用這種方法，理由可能是，在計算時更依賴於侵權人的訊息。另一方面，在要求被告提供利潤數據時，原告經常要詢問被告數據相關細節，然這一點通常被認為權利人利用這一點，從有關細節中獲知競爭對手的情況，而不易被法院所支持。

3. 對正當授權金收入之估算

對於侵權智慧財產權的損害賠償的評估，最常見的方法就是對原告通過正常途徑授權的權利金收入估算。利用這種方法，原告可以對每一項侵權行為要求合理的授權金。一般認為，這項授權金可以看作是權利人所受損害的最低賠償金額。

當然，在統計虛擬的授權金收入時，有關當事人的想法會有很大的差異。原告可能會要求一個較高的授權金如 15% 來計算，而被告則試圖證明在其他授權合約中，授權金僅 2% 或 3%，而要求以較低的授權金來計算²⁶。因此，所計算出的損害賠償會有很大的差異。

德國最高法院有一起著作權糾紛就有上述類似的問題。在被告的辦公室中，警方查封了大量的非法錄影帶，而獲得該錄影帶授權的原告請求損害賠償，最高法院須解決的一個難題就是，在計算賠償數額時是否可以按照行業通行的版稅率來計算。被告認為不應適用該行業通行的版稅率，因為該版稅率包含了製作和發行的收益，而他僅製作盜版錄影帶，但尚未發行。最高法院不同意這種說法，因為在通常情況下，當事人只簽訂一項包含製作及發行內容的授權合約，損害賠償應當在這樣一種完整的授權合約的基礎上計算²⁷。

就版稅率而言，應當把該行業在簽訂授權合約時通常使用的比率作為進一步計算的基礎。然而，在預先估算的授權合約版稅與後來實際估算版稅間，存在許多差異。這些因素必須予以考慮，實際估算的版稅有可能會高於通常達成授權合約所預付的版稅。例如：德國音樂家管理協會“GEMA”為了追蹤調查盜版行為，花費鉅資建立了一套監控

²⁶ 鄭成思，前揭註 2，頁 145-147。

²⁷ 鄭成思，前揭註 2，頁 147。

系統，基於此一因素，GEMA提出損害賠償的主張，即得到法院的支持²⁸。

(二)、日本著作權法規定²⁹

日本對於侵害著作權法的行爲，在計算損害賠償的範圍時，與一般侵權之不法行爲一樣，應以與加害者的侵權行爲有因果關係的損失爲基礎。在實際操作的過程中，對於損失額度的確定是十分困難的，但證明侵權人因侵權所獲利益的數額則比較容易。因此，日本的著作權法規定，在給予被侵權人法律救濟時，將侵權人獲利數額推定爲著作人所有人所受損失數額。被侵權人要求賠償損失時，只要證明侵權人獲利數額即可。但如果被侵權人能證明自己所受損失數額時，亦可要求按實際損失數額賠償。如果侵權人能證明被侵權人所受損失之數額，則可以簡單地推翻法定之推定規定。

(三)、我國著作權法規定

我國關於著作權侵害損害賠償的規定分成著作權財產權及著作人格權兩部份。我國著作權法第 88 條第 2 項規定：

「前項損害賠償，被害人得依左列規定擇一請求：

一、依民法第二百一十六條規定請求。但被害人不能證明其損害時，得以其行使權利依通常情形可得預期之利益，減除被侵害後行使同一權利所得利益之差額，爲其所受損害。

二、請求侵害人因侵害行爲所得之利益。但侵害人不能證明其成本或必要費用時，以其侵害行爲所得之全部收入，爲其所得利益。」

又於該條第 3 項規定：「依前項規定，如被害人不易證明其實記損害額，得請求法院依侵害情節，在新台幣一萬元以上一百萬元以下酌定賠償額。如損害行爲屬故意且情節重大者，賠償額得增至新台幣五百萬元。」

根據以上的分析，著作權法所允許請求損害賠償之計算方式有五種：

1. 就被害人所受損害及所失利益請求賠償：

即依民法第二百一十六條規定：「損害賠償，除法律令有規定外，應以填補債權人所受損害及所失利益爲限。」按侵權行爲之損害賠償以回復原狀爲原則³⁰，惟在著作財產權之侵害，回復原狀實屬不可能，故著作權法明定損害賠償之計算得依民法第 216 條之規定。依本條之規定，受害者著作財產權人得請求之損害賠償包括所受損害及所失利

²⁸ 鄭成思，前揭註 2，頁 148。

²⁹ 半田正夫，著作權法概說，一粒社，第七版，頁 348。

³⁰ 參照民法第 213 條規定。

益。所謂所受損害為財產之減損，成本之損失即屬之。所謂所失利益為財產應增加而為增加的部份，應得之銷售利潤即屬之。舉例言之，某甲發行書籍十萬本，某乙私自非法重製銷售，導致甲所印製的書籍滯銷一萬本，倘若乙銷售數量超過一萬本，則甲因乙侵權著作權行為，所受損害為該滯銷的一萬本書籍的印製成本及管銷成本；另外，如果該一萬本書籍可以順利賣出，則售出獲得的利益即為法律所規定所失利益。

但以此方法計算損害賠償雖符合一般侵權行為填補損害的原則，但在實際進行訴訟時，將面臨因果關係的舉證困難之問題。但有時雖有侵害著作權的行為，卻對於著作財產權人無利益損失，例如權利人本無行使該權利之計畫時，縱有侵權之行為，權利人亦難謂有何所失利益及所受損害。甚至有時可能因盜版之有效促銷而使正版書銷售量增加，故實際上可能無依本條請求損害賠償的可能性³¹。

2. 就被害人利益減損之差額請求賠償：

依著作權法第 88 條第 2 項第 1 款但書，被害人不能證明其損害時，得以其行使權利依通常情形可得預期之利益，減除被侵害後行使同一權利所得利益之差額，此損害即為差額。例如，著作權財產人每月利潤於二十萬元減少為十萬元，則該十萬元的差額即可為權利人所可請求之差額。

3. 就侵害人所得之總利益請求賠償：

依著作權法第 88 條第 2 項第 2 款，被害人得請求侵害人因侵害行為所得利益做為其損害賠償。此利益乃指侵害人扣除成本後因侵權所得之淨利益。依據此法，則被害人

不須證明其是否以受損害或是否能獲得該利益。

此法主要在緩和依民法第 216 條請求損害賠償時之舉證困難而設。惟有時侵害人尚未獲有利益，但如何計算共同成本亦有爭執餘地，且當侵權人之獲利因素非源於使用他人著作權時，如何分配一有問題。

4. 就侵害人所得總價額請求賠償：

依著作權法第 88 條第 2 項第 2 款規定，被害人固得請求侵害人因侵害行為所得利益，為同條但書又規定：「但侵害人不能證明其成本或必要費用時，以其侵害行為所得之全部收入，為其所得利益」，此即為以全部所得之總價額為損害賠償之總額。

此總價額說不考慮侵害他人著作財產權時之人力、物力之成本，而逕行以販賣重製物或其他非法侵害著作財產權所得總額作為損害賠償總額，乍視之似乎不甚公平，惟本

³¹ 許忠信，著作權侵害之損害賠償責任，政治大學法律研究所碩士論文，1994 年 6 月，頁 160。

款原則是上採總利益說，以淨益為損害賠償之總額，僅有當侵害人不能舉證證明其成本或必要費用時，方依總所得額賠償。故本款對於違法之侵害人課予負成本其其他必要費用之舉證以便扣減，亦不失為一種衡平。

5. 由法院酌定損害賠償額度：

依著作權法第 88 條第 3 項規定，「依前項規定，如被害人不易證明其實記損害額，得請求法院依侵害情節，在新台幣一萬元以上一百萬元以下酌定賠償額。如損害行為屬故意且情節重大者，賠償額得增至新台幣五百萬元。」此即為法院酌定損害賠償之依據。

另在著作權法第 85 條第 1 項規定：「侵害著作權人格權者，負損害賠償責任。雖非財產上之損失，被害人亦得請求賠償相當之金額。」由條文可以發現，著作人格權的損害不限於財產上的損害。因侵害著作人格權而導致財產上的損害，在著作權法中並未如侵害著作財產權有明文訂定損害賠償金額得計算方法。因此，原則上依民法第 213 條規定，侵權行為之損害賠償以回復原狀為原則，但無法回復時，方以金錢替代填補其損害。

至於非財產上之損害賠償，係為著作人名譽、聲望之權利受侵害，依據該條後段亦可請求賠償相當的金額，這種精神損害之賠償亦可稱為慰撫金。精神賠償如何斟酌決定，亦為一困難點。日本學者及實務之見解，認為應考慮著作人之社會地位知名度、侵害之程度、侵害行為之態樣、侵害人主觀情事、著作人之社會評價等而定³²。至於德國法亦可請求金錢賠償，其酌定標準乃係基於一般人格權侵害之非財產上損害賠償所發展出來的原則，即應斟酌侵害加害人之侵害行為本身、被害人所受之影響及侵害人主觀態度等判斷之³³。我國最高法院四十七年台上自第一二二一號判決：「名譽被侵害者，關於非財產上之損害，加害人雖亦負賠償責任，但以相當金額為限，民法第一百九十五條第一項定有明文。所謂相當，自應以實際加害情形與其名譽影響是否重大，及被害人身份地位與加害人經濟狀況等關係定之。」該判決雖非針對著作人格權之案例，但判決意旨可供參考。

4.1.3. 小結_與智慧財產權獨占性訂價之關係

智慧財產權價值評估的目的主要在於估算一個的價格，作為技術交易的轉讓或授權、智慧財產權的出資入股或企業破產清償的參考價格，期望所計算得出的價格是交易

³² 半田正夫，前揭註 29，頁 306。

³³ 許忠信，前揭註 31，頁 190。

相對人雙方所接受的範圍或符合出資入股的法令規範；然智慧財產權獨占性訂價的管制目的在於避免權利人濫用其獨占地位，訂定高價榨取下游廠商或消費者，其容忍標準較一般智慧財產權價值評估來得高，更重要地，必須衡量發明人或創作人是否會因獨占性訂價的管制，而抑制發明人或創作人從事發明或創作的意願。而且在部份計算方法上（如：收益法、綜合商業指標法），以商品價格或權利金作為計算的基礎，然該價格與權利金是否過高，正是智慧財產權獨占訂價管制的重點。因此，若由收益法或綜合商業指標法評估所得的價值反推合理的價格或權利金的作法並不適宜。至於成本法或市場法的概念，在歐盟及德國競爭法獨占事業獨占性訂價的管制方法已有運用，本文將於第三節中詳述其理論及操作方法。

同樣地，智慧財產權侵權損害賠償的計算，在計算所失利益或合理權利金時，都需要商品的價格或權利金金額為計算基礎，然該些金額否合理，目前法院也無法明確的給予判定。

不過，在智慧財產權價值評估過程中智慧財產權的特性的考量，如專利權的價值，會與專利類型、專利範圍、專利期限、替代技術等有關，且價值高低呈現極端的分佈，一旦專利為必要且無可替代的技術，在專利權排他性的保護下，專利價值非常高；然一旦專利被撤銷或出現替代技術，則該專利即使再低價，也不會獲得青睞。可知，不同專利間的價值差異極大，但上述衡量的因素在傳統競爭法處理獨占性訂價議題，不會被納入主要考量，單從成本-利潤並無法準確地衡量智慧財產權的價值，忽略這些因素，僅單從成本-利潤的觀點評斷智慧財產權的合理價格，會造成發明人不願以專利方式來保護其發明，就會根本的影響專利制度。同樣地，著作權的價值評估時，基於著作權制度促進文化發展的目的，除了商業利潤外，產生的社會價值及社會影響也應入考量。透過智慧財產權的評估，可以進一步瞭解智慧財產權的特性，作為智慧財產權獨占時，納入是否構成濫用評估的考量因素。

4.2. 公用事業管制之訂價方法

公用事業〈public utility〉係指自來水、電力、瓦斯、電信公共運輸等需要政府直接介入經濟活動的產業。公用事業的出現帶給人們生活的便利，也將人們的生活帶入現代化的生活，從道路、橋樑的鋪設、電信網路的建設及電力系統的建置等，無不為人們生活帶來改變，為社會帶來了進步。從不同角度觀察公用事業特性，會產生不同的定義。有的認為它屬於基礎設施行業，有的認為它屬於自然獨占行業，有的以為它屬於網路型服務行業，也有的認為它屬於政府管制的行業，還有人認為它有責任提供社會物美價廉的產品。

雖然人們因貧富差異造就消費能力的不同，或因喜好的不同而有著各式各樣的消費偏好，但人們對於公用事業的消費行為不因貧富或喜好的差異而有不同。在一個城市裏，富人的名牌轎車和窮人的腳踏車行使在同一條馬路；餐廳裡的美味佳肴和貧民區的粗糙飯食的烹調，所使用瓦斯或許都來自同一家瓦斯公司。對公用事業的各種定義或解釋都可以獲得一個相同的結論：世界上沒有任何一類經濟產業能夠像公用事業那樣涉及到如此廣泛的公眾利益。公用事業與其他產業最大不同之處在其生產之商品是日常生活不可或缺的，因此，商品的供應影響公共利益甚鉅。

既然公用事業的法定服務對象是社會公眾，服務目的是提供大眾優良的產品。因此，不論公用事業是由政府經營或開放民營競爭的目標均可清楚地確定，即有助於進一步改善現有公共服務的質量水準、擴大服務範圍、降低消費成本和增加社會福利水平³⁴。

此外，公用事業最重要的經濟學特徵就是“平均成本隨著廠商規模的增大而持續降低”，具有此種經濟特徵的產業，即使經過競爭也容易產生經濟學上獨占或寡占的局面，即所謂的“自然獨占”。公用事業的自然獨占特徵，許多國家在維繫自然獨占特徵和保持規模經濟的主導思想下，政策和法律上一直採取嚴格控制公用事業行業“過度進入”和“重複投資”的行政手段，以行政許可的方式限制進入廠商的數量，如英國和我國。也有部份國家完全開放競爭，經過市場競爭後，進而達到自然獨占的狀況³⁵。

由上述對於公用事業描述可知清楚地知道，第一、公用事業服務的提供必須普遍，

³⁴ 公用事業費率管制之道，<http://www.ttnn.com/cna/news.cfm/030806/172>。

³⁵ 王文宇，公用事業管制與競爭理念之變革－以電信與電業法制為例，台大法學論叢，第二十九卷第四期，2000年7月，頁85-100。

不能僅及於特定區域或特定人，例如，電力公司不能基於建立電力網路成本，僅服務人口居住密集的城市地區，對於居住在偏遠山區的居民置之不理。第二、公用事業價格必須予以管制，公用事業所提供的產品或服務多半具有基礎設施的特性或為民生必需品，並基於產業的性質，不論是政府獨占經營造成行政獨占或開放民間競爭導致自然獨占的情形，公用事業多具有獨占市場的特性³⁶。由一般的獨占事業經濟學理論可知，公用事業為追求最大利益，會產生濫用獨占地位的獨占性訂價行為。因此，世界各國對於公用事業價格均有管制的措施。

在美國，20 世紀 70 年代前對公用行業價格進行管制，由公用事業管理委員會管理公用事業收費，70 年代以來美國政府逐漸放鬆了對公用行業價格的管制。在日本，公共收費由國會、政府或地方政府分別決定價格。國會決定電報費、電話費、郵費、國營鐵路運費、國產香煙的最高價格等；政府決定國立大學的學費、電費、城市煤氣費等價格；地方政府決定公營自來水水費、公立學校學費等。多年來，日本政府就公共收費制定了許多政策，如公共收費政策、收費認可政策、事業許可制政策等。在德國，政府對獨占行業實行價格控制。政府對交通、通訊、郵政、能源和供水等部門的價格，實行直接管理；對保險費和醫療衛生的收費，實行部分管理；對煙、酒、汽油等採取稅收控制價格。在法國，政府定價的產品或服務主要有煤氣費、電費、郵費、火車客票、公路收費、出租汽車收費、電信服務收費³⁷。

在早期各國的公共事業多數由國家獨占經營，管制公用事業的費率考量在於，國家希望全民能在合理的代價下，享受公用事業所提供的服務，但同時又希望公用事業可以永續經營，供給社會之所需，採用的價格計算方法多半為「報酬率管制法」，以事業經營成本為基礎，訂定報酬率上下限，公用事業訂價不得超過上限，讓全民享受合理價格的產品或服務，訂定報酬下限，除可支應未來持續建設或研發的投入，亦可增加國庫收入。但在缺乏激勵因子的報酬計算方式下，公用事業對於成本的管理及效率的提昇兩方面改善有限，也常被批評經營效率不彰。為激勵公用事業改善經營效率，在價格管制的方法上，特別在計算的方法上考量除必須反應事業經營成本，同時在價格管制的計算機制上增加激勵的因子，鼓勵事業追求效率，進而提供消費者更優惠的價格。另外，近二十年來公用事業民營化的潮流下，除了注意了民營化的資源配置功能，而對公共服務的質量、範圍、價格的變化或對公共福利的改善和增加程度沒亦有相當地關注，也加速公

³⁶ 王文宇，前揭註 35。

³⁷ 政府管理體制的比較，<http://www.china.org.cn/chinese/zhuanti/305780.htm>。

用事業價格管制上計算方式的改良。

因此，在公用事業價格管制的議題上，可以就經濟學的自然獨占訂價方法，以及近年來因民營化及自由化而廣泛討論的電信及電業訂價管制研究，做進一步了瞭解。

4.2.1. 經濟學上自然獨占之訂價方法

從經濟學的角度，以下茲分述四種訂價理論，並對其適用性加以探討。

一、邊際成本訂價法：

公用事業具有長期平均成本遞減的特性，因此，公用事業逐漸形成獨占廠商。依廠商追求最大利潤的原則，公用事業以邊際收益等於邊際成本的產量進行生產 Q_m ，如果任由公用事業自行訂價，其價格會訂為 P_m （圖 4-1）， P_m 訂價可使公用事業的獲利極大化。此時，從福利經濟學的觀點， Q_m 並非最理想的產量，因平均成本（AC）尚未達到最低點，若繼續生產仍可享受平均成本下降的好處；另外，從資源配置的角度而言，消費者願意支付的價格大於最後一單位邊際成本時，更應繼續生產至 $AR=MC$ 為止。產量 Q_a ，價格 P_a 時，消費者剩餘與生產者剩餘總和最大，此時最符合柏雷托最適境界（Pareto optimality），資源配置也最具有效率。政府若從「經濟效率」考量，應要求公用事業以價格與邊際成本（ $P=MC$ ）相等的方式訂價。這種要求廠商得價格訂在 $P=MC$ 的訂價方式稱為邊際成本訂價法。

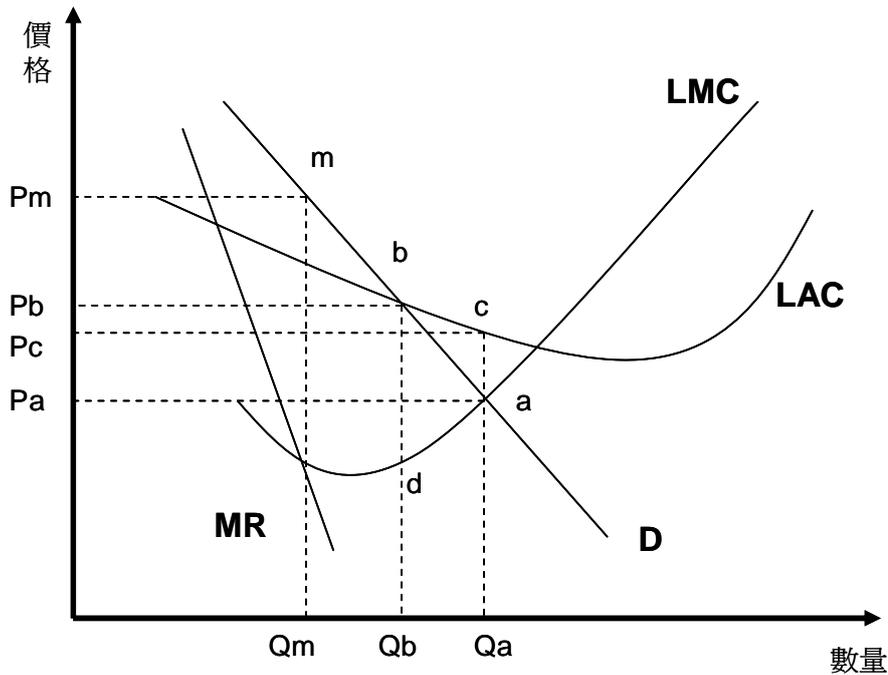


圖 4-1、自然獨占之訂價模型³⁸

以邊際成本訂價法作為公用事業的訂價的標準，其價格訂在 P_a ，因平均成本（ P_c ）高於訂價（ P_a ），公用事業一定會產生虧損。如果沒有政府補貼，沒有事業會願意繼續生產或投入該產業。從實務上觀察，先進國家實施邊際成本訂價法，爭議較小。但在開發中國家則是困難重重，原因在於開發中國家貧富差距過大，造成低所得者補貼高所得者；再者，開發中國家行政效率通常較差，且缺乏自主財源也是重要的原因³⁹。

二、平均成本訂價法

以福利經濟學的角度而言，邊際成本訂價法在補貼與行政有困難時，退而求其次，採用平均成本訂價法。平均成本訂價法係政府要求廠商將價格訂在 $P=AC$ 。以圖 4-1 為例，在平均成本訂價法下，價格為 P_b ，產量為 Q_b ，公用事業不會有超額利潤，亦不會有虧損。

平均成本訂價法優點在於：第一是符合成本，公用事業收支平衡，不需仰賴政府補貼，公用事業可以永續經營。第二是符合公平，消費者支付公用事業合理的費用，使用之公用事業提供之服務或產品，事業不會發生剝削消費者的情況，合乎交易公平。第三

³⁸ 張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏著，經濟學理論與實務 二版 上冊，1993 年，頁 303。

³⁹ 張清溪等，前揭註 38，頁 300-305。

是價格穩定，以平均成本為訂價，價格波動不致過大。但平均成本訂價法從經濟效率得從面來看，有兩個缺點，其一是因其平均成本仍高於邊際成本，故有社會福利淨損失出現，其二是平均成本皆可反應於價格之上，無異是保障低生產效率的公用事業的，間接鼓勵公用事業不需努力提高生產效率⁴⁰。

三、差別訂價法：

差別訂價法是公用事業依據不同消費者、消費量、銷售市場訂定不同價格。不同於獨占市場時差別訂價的結果是使廠商完全得到消費者剩餘〈Consumer surplus〉，公共事業訂價管制基於公益的出發點，以差別訂價的作法補助弱勢團體，例如：大眾運輸系統中殘障票的優惠，該優惠票價的差異，來自運輸公司微幅提高了一般民眾的票價。或基於善用資源的考量，以累進的價格向消費者收取費用，例如：自來水公司的水費訂價，除收取一定基本費外，水價的計算隨著使用水量的度數而增加，自來水用量愈大的客戶，收取相對高的價格，與一般經濟學理論上，價格隨著亮曾大兒減少概念大不相同。

差別訂價法的優點在於增加對社會弱勢的照顧，實現社會公義，使社會大眾均可享受公用事業提供的服務。另外，在資源有限的情況下，差別訂價法以高價抑制消費者浪費社會資源⁴¹。



四、尖峰訂價法

需求量達到廠商最大生產能量的時段或時期，稱為尖峰期（peak period）；需求量小於最大生產能量的時段或時期，稱為離峰期（off-peak period）。公用事業在需求尖峰期間訂定較高價格；在離峰期間收取較低價格，稱之為尖峰訂價法。尖峰訂價法適用於兩種特性，一是需求大小依時段或季節呈現差異，一是生產上有產能的限制。基於上述兩特性，其供需模型如圖 4-2。供給現為水平線ab與垂直線bc所組成，在產量未達最大產能時，其邊際成本為固定的m；D1 代表尖峰時段的需求線，與供給線相交於e1；D2 代表離峰時段的需求線，與供給線相交於e2。依尖峰訂價法，尖峰時段應收取P1 的價格，離峰時段應收取P2 的價格⁴²。

⁴⁰ 張清溪等，前揭註 38，頁 303。

⁴¹ 張清溪等，前揭註 38，頁 202-206。

⁴² 張清溪等，前揭註 38，頁 321。

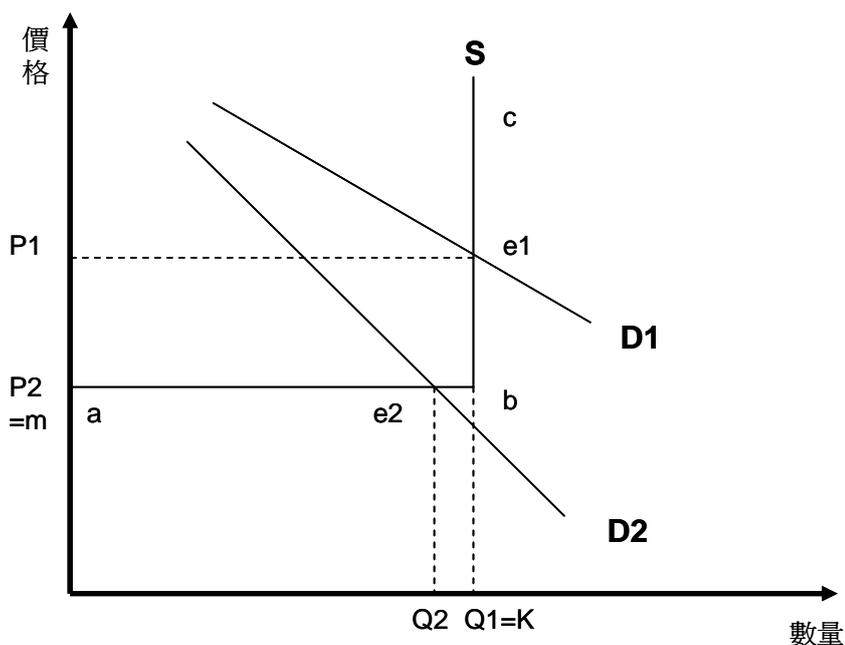


圖 4-2、尖峰訂價模型⁴³

尖峰訂價法可從資源配置、公平負擔、財政負擔三方面分述其優點。就資源配置而言，尖峰訂價法能有效抑止尖峰期不具效率的用電，並誘使用戶使用離峰時段，使產品或服務能有效率的利用。其次，尖峰期與離峰期實施差別訂價，使尖峰與離峰能正確反應服務成本，用戶負擔得以公平。最後，就財政負擔原則，由於資源配置據效率，用戶負擔公平，無形減輕公用事業的財政負擔。總括上述三方面，尖峰訂價法是良好的訂價法，但需考量需求變化是否達顯著差異，若尖峰與離峰需求變化不大，實施尖峰訂價法，反而是徒增成本，加重用戶負擔。

4.2.2. 電信管制法

在分析電信管制法的訂價計算模式之前，先瞭解電信產業的性質及，再進一步觀察電信費率訂價模式的目的及其欲達成的效果。

一、電信產業特性

觀察世界各國電信產業的發展，電信產業具有自然獨占屬性，自然獨占是經濟學中一個傳統概念。早期的自然獨占概念與資源條件的集中有關，主要是指由於資源條件的

⁴³ 張清溪等，前揭註 38，頁 321。

分佈集中而無法競爭或不適宜競爭所形成的獨占。在現代這種情況引起的獨占已不多見。而傳統意義上的自然獨占則與規模經濟緊密相連，指一個企業能以低於兩個或者更多的企業的成本為整個市場供給一種物品或者勞務，如果相關產量範圍存在規模經濟時自然獨占就產生了。自然獨占行業大都集中在基礎設施和公用事業，如公路、鐵路、港口、航空、電力、通信等。特別是電信業投資量大，是典型的資金密集型和技術密集型產業，投資回收期長，需要協調的關係很多，為避免私人資本控制而損害國家和公眾利益，多數國家通過設立國營事業經營電信行業。

電信自然獨占的特徵主要表現在：第一、事業數量有限。投資者為了實現規模經濟和減少對資源的浪費，一般在同一專案上儘量避免重覆建設，所以電信產業的事業數量較少。第二、電信事業經營帶有公益性。電信事業要為社會提供公共通信產品和公共通信服務，滿足社會的公眾利益，事業經營公益性較強，特別是普遍服務機制，使得電信業不能完全按照市場機制和市場規則運作。第三、電信事業的目標與公共目標難以協調。企業經營的目標是追求利潤最大化，自然要維持較高的價格。但自然獨占的公益性又要求以較低的價格和較好的質量服務於公眾，如電信中的普遍服務問題。第四、企業處於支配地位。企業往往利用自己的獨占優勢，以較劣的產品和較差的服務換取較高的收費，甚至附加種種不合理的交易條件。對於消費者來說，只能在為數很少的自然獨占電信企業中進行選擇，使自己處於不利的被動地位⁴⁴。

一般認為自然獨占是指由於市場的自然條件而產生的獨占，經營這些部門如果進行競爭，則可能導致社會資源的浪費或者市場秩序的混亂。實際上，電信業的自然獨占特徵最主要表現在典型的"網路效應"屬性方面，某些經濟領域並不那麼容易放開管制，一些基礎產業行業，如電信，其基礎設施的固定成本極高，如果為激發競爭複製多套基礎設施，社會成本將過於高昂。因此，這些行業仍必須保持國家管制狀態。"因此，既有電信事業重組模式的兩難處境就在於：一方面電信業網路難以拆分，因為電信網路分得過大，局部地區仍然只有一家"獨占"沒有形成本地競爭，分得過小又失去規模效益，容易產生過度競爭和網間接入問題；另一方面如果通過新投資建設獨立網路，又需面對重覆建設問題。為了破除電信業的自然獨占，美國、日本採取了重組的模式（如美國司法部對 AT&T 的重組），營造適合競爭的環境，吸引新進事業投入電信產業，但也產生了一些負面的效果，其中以重覆投資建設，浪費資源及不同電信業者間互聯互通問題最為

⁴⁴ 謝東鷹，公用企業反壟斷規制的法律經濟學分析，
<http://www.intereconomiclaw.com/article/default.asp?id=2803>。

嚴重。也有如英國及我國採用開放一定數量執照，在電信市場中帶入競爭機制，並鼓勵新進廠商投資建設市內網路，透過網路建設的競爭間接引發價格與服務的競爭，以配合國家通信基礎建設之推動，同時，管制數量避免重複投資基礎建設，浪費社會資源，造成整體社會福利的減損，但事業數量管控的政策下，造成電信市場寡占的局面，也會有所減損市場充分競爭下的效率。

二、電信事業資費管制方法

電信開放初期，在電信管制工作中，資費合理化乃電信自由化最重要的工作之一，若資費合理化無法落實，市場機制即無法充分發揮，所以電信事業資費管制一向採行「報酬率限管制法（Rate-of-Return Regulation）」，藉著嚴格限制電信業者投資報酬率上下限，以達到資費管制目的。同時，避免原有業者剩餘獨占力濫用，在電信獨占經營時期，政府往往因政策目的，刻意壓低市話費率，容許交叉補貼存在。開放競爭後，原獨占廠商為加強競爭能力，打擊競爭對手，可能反向交叉補貼，提高彈性較小之市話費率，來補貼彈性較大之開放競爭項目，對新加入者造成不公平競爭。又如果原獨占者於上中下游皆具獨占力，一旦開放市場後，可能對新加入者施以不平等待遇，所以是否需對原獨占者予以垂直分割，需審慎考慮之。因此，如何監督既存業者，慎防其濫用剩餘獨占力，自然成為電信自由化後重要課題之一。此外，亦須注意原有業者掠奪性定價，原具獨占地位廠商，為求排除競爭對手，先以低於平均成本價格，使新加入者因無利可圖而自動退出此一市場，然後再抬高價格，稱掠奪性定價。使用「報酬率上下限管制法」，訂定價格上限以防止業者間不競爭的聯合行為效果；訂定價格下限，以防止原有業者掠奪性定價行為⁴⁵。

然而，隨著電信市場之開放，為求促進競爭，採行較具經濟誘因的資費管制辦法實有其必要，因此，「價格調整上限管制法」已逐漸取代「報酬率管制法」，所謂「價格調整上限管制法」，乃指所限制電信事業之資費調整百分比，不得超過上年度消費者物價指數上漲率之上下一調整性百分比。

以英國、美國等國家的做法看來，這些國家的政府在市場開放到今天，對於具有市場優勢(dominant carriers)的業者，仍然認為應該維持資費管制，不過，所採行的管制方式已經改為一種較具效率提升誘因的「價格調整上限制法」。關於報酬率管制法與價格上

⁴⁵ 陳堯、劉崇堅，價格上限管制制度及其在國內電信事業實施可能性初探，經社法治論叢，10期，1992年，頁143-158。

限管制法的優缺分析如下⁴⁶：

1. 報酬率管制法 (Rate of Return Regulation)

在英、美兩國改爲價格上限管制之前，幾乎全世界的公用事業費率管制都採報酬率管制。我國先前各項公用事業費率也是採行此種方式。報酬率管制法，是限制廠商的利潤水準不得高於費率基礎(rate base)乘以合理報酬率減資金成本的差額，或是公用事業費率之營業收入總額不得超過合理成本(=營業支出+固定資產折舊)與合理報酬的總額。

a. 優點：

(a).保證業者投資的報酬在一定的水準，廠商的營運不會有風險，因此不會有虧損的情況發生，同時也可使偏遠地區的電信服務不致中斷，即達成普及服務的民生需求。

(b).防範原有業者濫用剩餘獨占，採取掠奪性定價，爲求排除競爭對手，先以低於平均成本價格，使新加入者因無利可圖而自動退出此一市場，回復原有獨占之局面，然後再抬高價格。

b. 缺點：

(a).投資報酬率管制法基本上是一種「成本加定價法」(cost plus)，其特性使得經營效率與報酬並無直接關係。業者因本身之經營績效改善導致成本降低，此一管制法卻必須降低費率，導致業者較無誘因提高經營績效。然而，當廠商本身經營不善，使得成本上升，卻可申請提高費率，將成本轉嫁給消費者⁴⁷。

(b).隨著電信業務的開放，民營業者陸續加入電信市場，若再以報酬率決定資費水準，則績效佳的業者因不能保留盈餘，經營績效將受打擊，而績效差的業者因有法定報酬率下限的保障，所以缺乏改善績效的誘因。這種反淘汰的現象，違背市場原則也同時危及消費者的利益。

(c).對於多產品的廠商而言，共同成本是很難區分清楚的。例如市內電話與長途電話，使用的都是同一套電信基礎建設(same infrastructure)。若有部分產品處於管制下的獨占市場，另一部份處於競爭市場，則業務可能會由獨占市場得到的利潤補貼競爭市場的業務，即所謂交叉補貼(cross subsidization)。這樣，對於消費者、競爭對手都不利，亦扭曲了整體資源配置。

⁴⁶ 陳堯、劉崇堅，前揭註 53；高凱聲，論電信事業價格調整上限制制度，經社法治論叢，23 期，1999 年，頁 31-59。黃秋香，電信業價格上限管制之調整係數X值的分析，國立台灣大學經濟學研究所碩士論文，2000 年。

⁴⁷ T. P. Lyon, Incentive Regulation in Theory and Practice, In M.A. Crew, ed., Price-Cap Regulation and Incentive Regulation in Telecommunications, 1993.

2. 價格上限管制法 (price cap regulation)

此管制法最早於 1984 年英國電信公司 (British Telecommunications Company ; BT) 民營化後開始實施。美國司法部在 1984 年將 AT&T 解體之後，隨之聯邦通訊委員會(FCC) 也在 1989 年對其實施價格上限管制。而 FCC 在 1991 年，亦對州際電話接續費之管制，採用價格上限管制法。

價格上限管制是誘因管制的一種，其基本機制是，限制受管制電信業者資費的調漲幅度不得超過前一期物價上漲率減去一個調整係數 X 值，其公式如下：

$$[(P_t - P_{t-1})/P_{t-1}] \times 100\% \leq (\Delta \text{CPI} - X)$$

其中

CPI(consumer price index)消費者物價指數年增率

P_t 為本期費率，

P_{t-1} 為上一期費率，

X 為調整係數(由政府公告之，我國則為交通部)。



公式包含了物價指數和生產力的抵銷值，前者用來衡量整體經濟產出價格的變動，後者代表電信產業生產力超過整體經濟生產力的部分。把前一期物價上漲率納入價格上限公式中，其用意在於因物價上漲造成電信生產成本上升的部分，應適當的反映在資費上。而調整係數 X 值，主要目的是在管制機構對受管制業者基本生產效率的要求。業者必須達到整個電信產業生產力成長的水準，以促使或者技術革新。

a. 優點：

(a).業者經營效率的提升與其報酬有直接關係，因此業者有強烈的經濟誘因降低其生產成本與從事經營效率的改善，以增加其利潤。

(b).價格上限允許業者將投入成本因物價上升而提高的部分，透過資費調升轉嫁給消費者。

(c).在價格上限管制下，管制者只需收集業者的營收及資費資料，以檢視是否符合上限要求。此法執行較容易，且能大幅降低管制成本和時間。同時，資費因只需符合價格上限條件即可，被管制的業者可以進行更具彈性的費率定價，以反映市場的快速變動。因此在競爭市場上，業者可藉由降價來做市場競爭，而此競爭的結果是消費者可享

受到低廉的價格。

b.缺點：

(a).在價格上限管制下，廠商有可能降低服務品質，來增加利潤。而Norsworthy&Macdonald(1994)的實證也顯示美國電信業在效率與品質上有取捨關係(trade-off)。

(b). 雖然價格上限公式中，以物價指數來反應非廠商所能控制的外部衝擊，但廠商面臨的風險不只是生產因素成本的上升，因此單以物價指數來反應外來衝擊是不夠的。如區域性電話公司提高接續費或者公司所得稅提高，都會使得成本上升。針對這個缺點，FCC 在後來的價格上限管制法中有將此因素納入考量。

(c).價格上限管制主要是用來促使廠商有動機降低成本，但如果不確定的因素太多，X 值必須夠小，使得廠商不至於虧損。此外，也有可能造成成本和價格的差距太大，使消費者剩餘減少，此時報酬管制法反而優於價格上限管制法。

4.2.3. 電業管制法



一、 電業特性及管制目的

電力產業為一個標準公用事業的模型，電力產業具有下列的特性。第一、需求彈性小：電力消費量隨價格或所得變動不大。換言之，其消費量改變受景氣循環影響不大。第二、電業是自然獨占產業：電力供應如採完全競爭市場將造成資源浪費。例如：對某一地區開放多家電力公司參與競爭，配電設備的重複建置，將造成資源浪費，是故，獨占的目的是使電力的生產與分配達到最大經濟效率。第三、電力供給不具儲存性：為能順利供應顧客隨時的需要，電力公司必須有超額的備用設備，使得電力公司必須承擔大量的長期資本。第四、成本分攤給所有消費者：由於電力公司屬於獨占事業，廠商追求利潤極大化的行為會剝削消費者的利益，政府為兼顧廠商及消費者的利益，故需管制電力價格⁴⁸。然電價管制的目的有⁴⁹：

(一)、促進經濟效率：價格會影響消費者的選擇。在能源屬性上，電力各具有優缺

⁴⁸ 許志義，台灣電價制度之探討，<http://www.moea.gov.tw/~ecobook/season/sag/sag22.htm>。

⁴⁹ 張錦德，台灣電業自由化之法規制度研究，中山大學公共政策碩士在職專班，碩士論文，2005年，頁7-21。

點。在運輸上電能不失為是一種使用方便、運輸快速的能源，但電力工業是屬於成本密集的產業，尤其是電力在生產與運輸過程中產生大量能源耗損的問題，就現今技術而言尚無法克服，所以電力是一種昂貴的資源。如果電力訂價過低將造成消費者對電力的超額需求，將使消費者放棄使用便宜的煤或石油，而大量使用昂貴電力；反之，過高的電價將使消費者寧可轉而使用其他便宜能源，而不願使用方便、快速的電力。從上述的例子可以知道，政府管制合理的電價是有益於資源的合理配置。

(二)、維持經濟穩定：工商社會對電力的依賴日深，電力的需求彈性甚低，人們對電價特別敏感，其價格變動也會帶動其他產業價格的變動。基於穩定經濟的因素，政府必須將電價加以管制，特別是通貨膨脹期間，更須謹慎控制電價，維持物價穩定。唯過分維持電價穩定亦不利電力產業發展，因為追求低電價的後果將致使電價費率無法反應成本，終使電力公司倒閉或無法累積資本擴建而妨礙經濟發展。政府為求經濟穩定應合理管制電價。

(三)、均衡發展：電力需求與經濟成長關係密切，電費費率對已開發區域與未開發區域採用差別費率，由已開發區域補貼未開發區域，可促進未開發地區加速發展。在法國幾乎有三分之二的地區電費費率低於發電成本，目的在加速該地區的經濟發展。此外，也可針對某一產業或職業給予優惠電價，扶植其順利發展。政府管制電價的方法，尚能達成均衡區域或社會發展的目的。

(四)、激勵性管制訂價：由於電力產業具有自然獨占特性，政府部門欲藉由廣泛且綜合性質的規章制度來影響獨占價格，以管制電業的運作。在傳統以成本為基礎的供電服務及報酬率管制情況下，電業係以其變動及固定成本加上資本的合理利潤制定電價。在此環境下，無法促使電業藉由效率的改善或生產力的提昇來降低

成本，因為此類改善動作不可能提昇獲利，所以幾乎不存有激勵效果。在發電業競爭轉變的過渡期，美國政府透過要求電業執行激勵性管制訂價，在提供同等安全、可靠及品質服務的前提下，由個別企業量身自訂各自的激勵性訂價方案，以期在提供用戶較低的費率同時，亦達成藉由類似競爭方式所帶來的激勵效果。

二、電業管制訂價方法

(一)、成本加成法⁵⁰（報酬率管制法）

我國現行電價計算的方式，依照現行『電業法』第六十條之規定，電價之訂定必須接受政府管制，且僅可有合理利潤。故目前實施之成本加成(cost-plus)的保障收益方式係平均成本定價法($P = AR = AC$)的一種，亦即將電業所追求的利潤目標設在其損益平衡(break-even)點上。此法雖可防制電業獲取超額利潤，卻也使得價格無法反映市場真實供需現況，從而無法達成電力資源的配置效率與技術效率。

除以成本加成為計算的基礎外，基於公共利益及節省能源政策，在電價制度有部份調整措施：

針對改善尖峰用電的問題採用時間電價的計算方式，臺灣自 1979 年 8 月起開始實施時間電價，由於當時係採強制性方式，對電力負載率曾有改進效果。

累進電價訂價方式，超出基本度數，每單位電價為一般基本電價的二至三倍(超約 10%內增為原電費之二倍，超約 10%以上則增收至三倍)。

政策因素的考慮，對特定身份的用戶(如農、漁及軍方用電等)享受特殊的電價折扣優惠。

(二)、激勵性訂價法⁵¹（價格上限管制法）

激勵性管制訂價(PBR, Performance-based ratemaking)則藉由管制上的努力使得電業售價與成本需達成特定程度的連結，如達成成本降低等財務目標，管制者始准予電業在訂價上調整。在激勵性管制訂價模式下，良好的電業表現可享有較高的獲利，不良的電業表現則可藉由某些方式加以懲處，因此激勵性管制訂價模式被視為傳統訂價模式外的另一種具有激勵效果的選擇，亦有學者認為此為電業轉向完全開放過程中一種進化的改革。激勵性管制訂價允許參與者共享藉由效率改良或生產力提昇導致之獲利，此外，執行激勵性訂價有助於政府單位在重整電業過程中適當的管制經由競爭帶來的激勵或移除消費者多元選擇上的障礙。為達到此目標，管制者設定基準(baseline)或起始應計收入，其可藉由物價指數上調或效率改善而下降作調整，同時藉由一系列的激勵管制方案要求電業降低成本以達到設定的目標，其中降低成本的效益則由用戶與股東分享。激勵性管制訂價的執行品質控制關鍵在於能否杜絕電業藉由減少系統可靠度戶或用戶服務的支出方式來降低成本。

而最常使用的激勵性訂價方法為「價格上限法」，計算公式已在電信管制法所提及

⁵⁰ 張錦德，前揭註 49，頁 51-54。

⁵¹ 許志義，前揭註 48。

的相同，限制費率的上升比率不得超出物價指數(例如零售物價指數；RPI)之上升率減去預估生產力上升率(X%)。

由於價格上限法乃是設定其費率的上限而非將費率固定不變，因此只要平均價格不超過價格上限，業者可在此範圍內自由調整其商品與服務價格，藉著提升生產力超越預設的生產力上升率 X%而增加其利潤，促使電力事業經營者必須從事一定程度的績效改善，以降低成本，提昇效率。反之，如果電業費率只是依據業者的成本項目來作調整，則「成本免疫」(cost immunization)的問題將會浮現。因為業者可以將成本的大部分甚至全數轉嫁到消費者身上，導致業者沒有誘因進行作業合理化及尋求更低廉的生產技術以提升經營效率。而「價格上限法」係隨著零售物價指數(RPI)調整，反映的是業者一般性成本變動情況而非業者所面臨的特定成本。如政府電力管制當局不容許業者賺得超額利潤，可針對生產力上升率目標值(X%)加以規範，使得因生產力提升所節省的成本可以由消費者分享。同時，由於外部影響成本的因素與內部生產力調整的因素均反映在價格調整公式中，故可排除非歸咎於電業的外在影響，相對亦保障電業合理的權益。

除了價格上限法外，其他的激勵性訂價方式還有收入上限法，訂定每戶最高收費上限，督促電力業者努力降低成本，但可能造成用戶毫無節制濫用資源。

4.2.4. 小結_與智慧財產權獨占性訂價之關係

公用事業的價格管制與獨占性訂價的管制，均為價格上限的管制。兩者均發生在產業獨占，且具有高度進入障礙的狀況⁵²，尤其在智慧財產權領域中，基於智慧財產權法的保護，當專利權或著作權獨占時，新進廠商進入門檻更會加提高。因此，在保護消費者利益及社會公平正義的理念下，禁止廠商以市場獨占支配力量，從中榨取高額利潤。由本節對於公用事業價格管制的說明，可知公用事業價格管制已有一套成熟的計算標準，因此，公用事業管制的作法能否作為智慧財產權之獨占性訂價管制上的參考，為一值得探討的議題。

仔細考量兩者之差異，公用事業的服務對象是社會公眾，服務目的是提供大眾優良的產品。因此，不論公用事業是由政府經營或開放民營競爭的目標均可清楚地確定，即

⁵² 公用事業具有自然獨占特徵，許多國家在維繫自然獨占特徵和保持規模經濟的主導思想下，政策和法律上一直採取嚴格控制公用事業行業“過度進入”和“重複投資”的行政手段，以行政許可的方式限制進入廠商的數量，如英國和我國。也有部份國家完全開放競爭，經過市場競爭後，進而達到自然獨占的狀況。

有助於進一步改善現有公共服務的質量水準、擴大服務範圍、降低消費成本和增加社會福利水平。所以，在公用事業訂價管制的措施，以考量公眾利益及業者提供永續經營為出發點，限制公用事業經營事業的利潤，以早期電信產業為例，以法律規定合理利潤為8~11%。發展至後期，許多公用事業訂價機制加入激勵因子，用以刺激經營事業改善經營效率。然競爭法對於獨占管制的目的，在於規範獨占事業利用其市場獨占力量，排除其他競爭廠商或阻礙其他廠商進入市場等阻礙濫用的行為，或訂定高價剝削下游廠商或消費者的榨取濫用的行為。

公用事業管制法與競爭法的管制目的並不相同，因此，價格管制的標準亦會有所不同。公用事業管制法，限制事業的最高利潤，從高價管制手法似乎與競爭法限制事業訂價超出一濫用價格相同，但標準有極大的差異。公用事業價格管制基於其所提供之產品或服務多為民生必需，具有較強的公益特性，且價格的波動影響社會物價甚劇，希望以合理的利潤為限；然競爭法的獨占多半來自其技術的優勢或經營效率等事業本身努力的成果，不斷地改善產品及降低成本，以求獲得較競爭市場中事業多的利潤，在一定範圍內並不會構成榨取濫用，必須超出合理價格一定的程度，才會被認定為構成獨占性訂價的違法。兩者訂價的標準不同，公用事業管制法訂價在於使經營事業獲取得以永續經營的報酬為原則，競爭法的訂價管制原則為則需到濫用市場獨占地位，意即報酬或價格超出一般產業水準有一段明顯的距離，故一般在競爭法獨占性訂價的議題，並不會適用公用事業價格管制的標準。尤其在智慧財產權領域，更需要進一步考量，價格的管制是否會影響智慧財產權制度的運作，降低事業及個人從事發明或創作的意願，而失去智慧財產權制度的意義。

4.3. 競爭法上獨占性訂價管制方法

各國競爭法對於獨占事業獨占性訂價管制的觀點不同，美國反托拉斯法認為獨占事業獨占性訂價狀況下的超額利潤，為該市場創造出絕佳誘因，會吸引更多廠商進入該市場，具有促進市場競爭的效果⁵³。所以，美國實務上的作法，將獨占事業獨占性訂價的作法視為合法的市場行為。反觀歐盟、德國或英國等歐陸國家，競爭法的管制強調消費者福利的保護，獨占事業獨占性訂價的情況，雖然市場長期具有自我修復的能力，但無法達到經濟短期的效果⁵⁴，故將獨占性訂價視為濫用獨占地位的行為，而加以管制禁止。我國的立法與歐洲的觀點相同，將獨占事業獨占性訂價視為獨占力量濫用的行為⁵⁵。

4.3.1. 獨占性訂價管制操作之理論基礎

獨占性訂價就是獨占性事業憑藉其市場力量，將其產品或服務訂價過高，獲取不合理的利潤，形同剝削下游廠商或是消費者。然何謂不合理的利潤，構成獨占濫用之行為，德國理論從「假設性競爭」發展起，而歐盟採取「利潤限制」的理念，以下就這兩種理論加以說明。

一、假設競爭理論（Als-Ob-Wettbewerb）⁵⁶

德國限制競爭法對於獨占性訂價之管制，係由「佛萊堡學派」（Freiburger Schule）之創始人 Eucken 等人提出的假設競爭（或稱「虛擬競爭」）之原理開始發展。Eucken 等人除認為國家及法律應主動積極介入維持競爭的存在及品質，不能放任私人運用其經濟上的自由而破壞市場競爭機制帶來的優點，並認為完全競爭的經濟模型為市場最佳的狀態。因此，即使在獨占的市場中，也寄望能達成如同完全競爭市場中的效率與福利。Eucken 認為有關獨占立法與獨占監督之目的，迫使擁有市場力量的獨占事業之行為，必須有如其處在完全競爭市場中的行為，而其所達到之市場績效，亦應如在完全競爭市場下所達成之市場績效一般。在 Eucken 的觀念下，如果獨占事業之行為或績效顯然偏離

⁵³ 陳家駿、羅怡德，美國反托拉斯法適用智慧財產權案件基本原則探討，公平交易季刊，第二卷第四期。

⁵⁴ 陳建好，從獨占事業濫用優勢地位論過高價格之管制-以歐盟為例，中原大學財經法律研究所碩士論文，2003年，頁16。

⁵⁵ 我國公平交易法第十條第一項第二款：「對商品價格或服務報酬，為不當之決定、維持或變更。」

⁵⁶ 吳秀明，競爭法制之發軔與展開_獨占性訂價與市場績效管制，2004年11月，頁213-219。

完全競爭模式下廠商應有的行為或績效時，即構成獨占力量的濫用。另外，對於價格訂定的方法，Eucken 建議將價格訂在供給與需求達到平衡，也就是價格等於邊際成本之處。如邊際成本不易取得，則建議必要時可以平均成本與需求曲線之交叉點取代之。

Eucken等人的假設競爭理論，從福利經濟學的角度觀察，確實可達到最佳績效，達成市場競爭的理想狀態。但在一般市場供需的模型中，邊際成本通常高於平均成本，即使在完全競爭的市場中，正常情況下不會有廠商會願意提供低於平均成本的產品或服務，只有可能發生在政府補貼的產業。以公用事業為例，政府可能基於滿足社會的需求，或為維持民生物價的穩定或其他公益的考量，限制水、電等公用事業單位將訂價訂於邊際成本處，該些公用事業單位的虧損，由政府編列預算補貼⁵⁷。因此，將價格管制在邊際成本的價位是一個與自由市場現實不符的作法。即便依照平均成本訂價，廠商亦發生會無利可圖的狀況，要求獨占性價格管制比造完全競爭市場產品或服務訂價狀況，將使該獨占事業無利可圖，造成廠商不願努力改善經營績效，追求市場的獨占，將與競爭法管制目的不同。競爭法目的在於促進競爭，透過市場競爭機制，競爭廠商間基於市場上的競爭，努力採取降低成本、改良產品或增加效率等作為，以保持其產品在市場上的競爭力，同時可迫使廠商訂定合理價格，有助於提昇整體社會福利，然而獨占事業的產生，除了產業特性的因素外，獨占事業多半係透過市場激烈地競爭後，以其產品製造的優勢及事業經營的效率，獲得客戶或消費者的青睞，不斷地擴大市場占有率，最終形成獨占的局面。事業憑藉優越經營能力，獲得較高的報酬，在自由市場機制下理應視為理所當然，也正是競爭法期望市場競爭所導向的結果，如果擁有優良經營實力的廠商，因獨占可以獲取的報酬率反而減少，管制將變相成為懲罰具有效率的事業，這也就是競爭法並不認為獨占事業的存在是當然違法，而須視該獨占事業是否濫用獨占力量，排除競爭或剝削下游廠商或消費者。所以，Eucken等人建議的管制獨占性訂價的訂價方法，與競爭法的目的似有所不符。因此，有人提出以有效競爭的概念取代完全競爭，使得假設競爭理論較為貼近實際狀況⁵⁸。另外，假設競爭理論可以搭配利潤限制的方法，除考量市場競爭下的成本估算外，允許高於競爭市場的利潤，以獎勵獨占事業經營事業卓越效率，彌補假設競爭理論之不足⁵⁹。

再者，獨占事業所處市場的現實狀況欠缺實質之競爭，在管制時應如何「虛擬」市

⁵⁷ 張清溪等，前揭註 38，頁 300-305。

⁵⁸ 吳秀明，前揭註 56，頁 217。

⁵⁹ 吳秀明，前揭註 56，頁 218。

場上具有競爭之情形，以及訂出合理之價格，實具有操作上之困難。

所以，德國現行競爭法採用「比較市場」的方法來補充「假設競爭」之理論之不足。首先，假設競爭係被運用在競爭法之獨占管制中有關榨取濫用管制之基礎理論。其目的是要作為認定獨占事業之特定交易行為是否構成「濫用」之標準。判斷獨占事業之榨取濫用，「假設競爭」雖為基礎理論，但並非唯一之標準，判斷時可以併採利潤限制之概念，綜合判斷是否構成濫用。其次，該理論以獨占事業實際之行為或市場績效與「假設市場具有有效競爭時獨占事業之行為與績效」相互比較，以作為管制之標準。其是要獨占事業雖處在無競爭或無實質競爭之市場中，但仍須有如市場具有競爭地從事其行為或產出其績效。換言之，市場競爭如因獨占事業之存在而不充分時，法律應促使獨占事業依據「假設競爭」之標準，決定其行為與績效。國家與法律在此時，扮演原本促使市場產生競爭作用之角色，相當程度填補了現實市場所欠缺的競爭機能（當然不可能完全取代競爭）。故在管制獨占性訂價時，即應先假設或虛擬獨占事業所處之市場具有有效之競爭。而此一假設之競爭市場上所應有之價格，就被引用作為判斷獨占性訂價是否違法之標準。故構成濫用之獨占性訂價，在此意義下，是指獨占事業如果處在一個具有競爭之市場上所無法實施之訂價而言。然而，將現存市場虛擬具有競爭，在實際操作上困難重重，不切實際，故後有採用比較市場取代虛擬競爭之管制方法。另外，獨占事業之實際行為或績效偏離比較市場上事業之行為或績效，須達到顯然之程度，始構成濫用。此顯著性之要求，在德國學說與實務界為廣泛之通說，唯有明顯偏離被比較市場上假設性的競爭價格時，認定其為濫用才符合立法之意旨。因為濫用在概念上本來即含有「顯然不當」之意。僅些微之不當，一般而言均不至於構成濫用；不過獨占事業仍有提出「合理抗辯」之可能，使其能免於被認定構成違法。

二、利潤限制理論（Gewinnbegrenzung）⁶⁰

由歐盟競爭法所發展出來的「利潤限制」管制概念，較「假設競爭」理論單純。其管制之概念，認為獨占事業在交易中，如果從交易相對之事業或消費者身上收取過高而不合理之利潤時，即可視為是一種獨占力的表現，此時應視價格不合理的程度，在顯然不合理時，構成違法的榨取濫用。此時其既無須虛擬市場具有假設之競爭，亦無須尋找比較市場。此一方法是以獨占事業之價格中成本與利潤之比例，來判斷獨占事業之利潤是否顯然過高，進而判斷是否構成違法之獨占性訂價。此一理論認為，獨占事業之利潤

⁶⁰ 吳秀明，前揭註 56，頁 219-220。

如果不合理地過高，且無任何正當理由時，只能解釋為是基於市場獨占力運用之結果。故欲採取管制行為時，成本問題便成為決斷的關鍵因素。因此操作上的盲點和結果之不精確都將圍繞在成本問題上。同時，利潤是否過高和是否有顯著性，以及獨占事業之合理抗辯等要件均應維持。

4.3.2. 市場比較法

「比較市場」之管制方法，係以另一個可比較（vergleichbar）且具有較高競爭程度（hoehere Wettbewerbsintensitaet）市場上的商品或服務的價格等市場績效，作為認定獨占事業是否構成濫用之標準。該可比較之市場因具有較強之競爭度，故被視為「假設競爭」市場之化身，且因為其為實際存在之市場，故可根據其市場上之價格作為比較之具體標準⁶¹。因此，德國實務上以具體的「比較競爭市場」取代傳統抽象之「假設競爭市場」理論。

比較市場方法中，其中被援引為比較之市場必須同時具備二項條件，第一為被援引為比較之市場必須為「可比較的市場（vergleichbarer Markt）」。所謂可比較的市場係指獨占事業所控制之市場與所援引比較之市場間，具有可比較性（Vergleichbarkeit）。申言之，在所比較的兩個市場裡，產品間應具有一定的相似性，但該兩市場不一定要位於相同的地理市場或有密切的關聯性。又兩市場中「足以影響市場績效產出之種種因素」應頗為相似，始屬於「可比較的市場」。如果兩市場間差異過大，則可比較性不存在時，該市場即不應被援引為被比較之市場；第二為被援引為比較之市場必須是一個「競爭市場（Wettbewerbsmarkt）」。該援引之比較市場中的競爭強度應明顯比獨占事業所處之市場為高，惟是否達到某種競爭理論上理想之競爭狀態，例如達到所謂完全競爭或有效競爭之程度，則並非必要。另外，兩個市場競爭強度之比較，可從市場結構、市場行為與市場績效之角度和標準來觀察得知。同時比較市場中所選取之價格應以市場中之最高價格作為比較基礎，較有比較之意義⁶²。

然而，由於市場與市場、產品和產品、事業和事業間常存在許多結構性之差異和特色，找出一個可供妥當比較之市場，實具有相當之困難及欠缺精確性。是故，在德國之實務與理論界遂發展出對於比較市場之價格，應視兩市場差距之程度，予以「加成或減

⁶¹ 吳秀明，前揭註 56，頁 225。

⁶² 吳秀明，前揭註 56，頁 227。

成」(Zuschlaege oder Abschlaege)之技術⁶³。以成本結構之差異、商品包裝、研發費用之區別等因素來加或減成，其後之價格始作為比較市場上被引為比較基礎之標準。在德國法院判斷過程中，如一產品有取得專利，而另一產品無專利；或是將一般提供加油服務之加油站與自助式之加油站的油價相比較時，因法律或事實關係對於成本與訂價之水準均會發生影響，故亦應從事類似之調整。此外，如商譽等雖非屬市場或產品之結構性差異，屬於有關事業個別因素之差別上，其對產品價格也有所影響，比較時亦應考慮之。再者，由於法律上所謂的「濫用」，代表一種某程度上的不當或明顯無正當理由等狀態。故獨占事業之訂價如果只是約略高於前述加減成後之假設競爭價格時，仍不能認定其違法。故在假設的競爭價格之上，應仍存在一段所謂的「風險區間」，只有超過此一風險區間之訂價，才屬於違法。從而，德國的理論與實務界遂要求，除上述之調整加成外，仍應在每一個比較過程中，最後再加上一道所謂的「濫用加成」，才構成判斷獨占事業之訂價構成濫用的價格上限標準⁶⁴。此「濫用價格」代表獨占事業之訂價只要超過它，除非能舉證有正當理由（即獨占事業之合理抗辯），否則原則上即應構成濫用。也可謂，價格之差距必須「可察覺且明顯」始足以證明其為濫用，此濫用加成目的在於防止執法機關之誤判並以之彌補與克服比較市場方法本質上所具有之一定不精確性。比較市場之管制方法屬於一種市場績效之管制，自應具備管制上之例外性、緊急性以及最後手段性。主管機關操作時，可以運用發動調查處分之裁量權，設定進入獨占性訂價管制的高門檻。換言之，對於「獨占事業對價格『不當』之決定、維持或變更」之「不當」等不確定法律概念，採嚴格的解釋立場，使得管制之發動更為謹慎。

依德國法之經驗，藉兩市場上價格之比較，作為認定獨占性訂價構成違法之可能性有數種：一、將獨占事業之價格與生產同種類產品之他事業在其他地理市場上之訂價比較；二、將獨占事業之訂價與其自己在其他地理市場上販售相同產品之訂價比較；三、將獨占事業之訂價與類似但不具替代可能性之產品價格比較；四、將獨占事業在同一市場上前後不同時期之訂價作比較。上述比較市場方法，即學理上所謂之「地理上比較市場」、「產品上比較市場」與「時間上比較市場」，茲分別述之如下。

一、地理上比較市場⁶⁵

「地理上的比較市場」(Der räumliche Vergleichsmarktkonzept)是最重要的判斷標

⁶³ 吳秀明，前揭註 56，頁 228-229。

⁶⁴ 吳秀明，前揭註 56，頁 230-231。

⁶⁵ 吳秀明，前揭註 56，頁 235-238。

準。該比較市場係指一個位於其他地理位置，於該市場中具有相同或具有可替代性產品（或服務），為一具有競爭的市場而言。在行為人係地方性獨占事業時，此一地域市場可以是國內的比較市場。而行為人如係全國性獨占事業時，即可能必須採用一個位於國外的比較市場。此外，在地理上比較市場被作為判斷依據之事業，通常是指涉案獨占事業以外的「其他事業」而言，惟亦不排除獨占事業本身於另一個類似、可比較且競爭強度較強的地域市場從事活動時，以該市場作為地理上比較市場，而將獨占事業於該市場之行為作為比較之基礎。換言之，於此所比較者為同一獨占事業在具有不同競爭強度之兩個市場上的訂價行為。

在德國“Valium”一案中，被告為生產具有專利保護的藥品，專利權終止後，被告利用既有之市場力量，訂定高額得售價。柏林高等法院參考英國與荷蘭不同地理市場中三家相同化學成分藥品之生產者的訂價，與被告在德國生產之藥品作比較，以判定被告濫用市場力量，榨取德國消費者。同時，柏林高等法院在該案中認為濫用加成以 25% 為適當，德國聯邦最高法院在同案之判決中亦同意採用濫用加成之方法，來確定涉案事業濫用市場力量之訂定高價。不過，在“Valium II”案，德國聯邦最高法院最終廢棄柏林高等法院所據以作為假設競爭的價格中，有 50.36% 是由各種加成所構成，而且須再加上 25% 的濫用加成，致使最高法院認為其所為判斷基礎之可比較性已喪失。

不過，以地理上比較市場判斷獨占性訂價之方法，在德國實務上遭遇不少操作上的困難。比較市場之方法雖已經比「假設競爭」之理論具體，惟其仍然面臨許多問題，即如何找到一個可比較的市場、如何建構穩定之比較基礎、以及如何盡可能確保其精確性。在許多時候，一個具有充分競爭之比較市場根本不存在，因為國內外類似商品或服務的市場亦同樣不具有充分之競爭。此外，如果國內無法找到適合的比較市場，即使國外可找到一可援引之比較市場，其相關資料之取得以及比較之可行性如何，就產生運用上的重要問題及困境。即便在經濟、政治已日趨整合的歐盟，其國與國、市場與市場間，仍存在相當大的歧異，更毋論在一般國家之間，欲尋獲兩個可比較的地理市場，就更加不易。同時，本國之執法機關能否取得外國市場詳細資料之管道，亦有疑問。在價格計算時，匯率之變動，亦加入而形成另一項影響計算價格精確性的重大因素。前述有關價格之加減成之多寡及按德國實務界之見解，須再加上一定成數之「濫用加成」始構成明顯偏離假設競爭價格之「濫用價格」時，這在比較之市場間如有結構性的差異時，此一濫用加成應加多少才算合理，多半無法有客觀之標準，則又為此種方法增加一項困難之判斷因素。

二、產品上比較市場⁶⁶

所謂「產品上比較市場」(sachlicher Vergleichsmarkt)係指以其他不具功能上之替代可能性，但是卻甚為類似之產品或服務的價格，即以不屬於同一產品相關市場之類似產品或服務的價格，作為比較之基礎，以認定獨占性訂價是否構成濫用之方法。惟在適用時，德國法院與執法機關通常會配合其他方法，綜合判斷價格是否為不當，而避免僅以產品上比較市場為判斷之標準。產品上比較市場之尋找，通常會在國內市場上為之，惟理論上自不排除國際產品比較市場存在之可能。此一比較方法之特色，在於所比較之產品雖非完全相同或屬於功能上可替代之產品，惟基於產品間具有密切之相關性以及各方面之類似性，故於判斷獨占性訂價時，仍得引為評價之參考。至於差異過大的產品，則無納入考慮之可能。此外，因為產品上比較市場係比較不同產品或服務之價格，其產品間與市場間結構性之差異，自然會比地理上比較市場之情形更大，而此種差異，必須透過前述「加、減成」之方法予以調整。

德國實務上曾經採用產品上比較市場之案例，如” Vitamin B-12” 案中，柏林高等法院曾將維他命 B12 與其他維他命之價格相互比較；在” Valium” 案中，聯邦卡特爾署曾就有專利與無專利保護之藥品市場價格比較。

在產品上比較市場，所比較之產品雖甚為類似，但畢竟不屬於同一產品相關市場，故產品間與市場間之差異程度較大，其結果是此方法在操作上會比地理上比較市場之困難度更大，說服力也較弱。基於此一爭議性，本方法一般僅用來輔助說明獨占事集之價格是否合理，而不作為認定其違法之主要依據。

三、時間上比較市場⁶⁷

所謂「時間上比較市場」(zeitlicher Vergleichsmarkt)，係將獨占事業在一市場上對於同一商品或服務，於前後不同之時期的價格作比較，以判斷獨占事業是否構成獨占性訂價之方法。照理而言，同一市場之競爭程度可能會隨時間之不同而有所變化，如前一時期之市場為競爭市場，而目前的市場欠缺競爭，則事業在前一時期市場上之行爲或績效，即在具有較高度競爭之市場下的表現，可以作為現在市場上事業之行爲或績效是否構成濫用之參考指標。故時間上比較市場係以同一事業過去之價格作為比較之基礎，並不涉及他事業、他產品或他市場之比較。比較時，一般應考慮獨占事業漲價之幅度是否過高，以及此一幅度在假設市場存在競爭之情形下，能否同樣達成。其中成本上漲之部

⁶⁶ 吳秀明，前揭註 56，頁 238-239。

⁶⁷ 吳秀明，前揭註 56，頁 240-241。

分如不能合理化漲價之幅度時（即漲價程度遠高於成本上漲之幅度時），即有可能構成濫用。蓋兩時期之間獨占事業之不可避免的增加成本，屬於市場上具有競爭仍會增加之成本，自然不應計入不當漲價之部分。

此一方法係在德國聯邦卡特爾署處理 1970 年代石油危機時所提出的方法。在” Benzinpreis” 一案中，聯邦卡特爾署探討因石油危機而增加的成本，是否可以合理化業者漲價的幅度與持續的時間。在” Deutsche-Statereklame” 一案中，聯邦卡特爾署則考慮海報之價格在奧運前後差距兩倍以上是否合理。

此外學者亦指出，此一方法之實施會使獨占事業喪失進行降低成本、提高效能等合理化措施之動機，因為縱使不進行合理化，獨占事業所提高之成本在此方法下均能被認為是漲價的正當理由。故除非先證明前一時期之價格，係競爭市場下的產物，否則時間上比較市場方法之說服力便顯得相當薄弱，僅能附帶參考。惟前一時期之市場如顯然具有較高度之競爭，則依此方法觀察的結果對於獨占性訂價之判斷，仍具有一定之說明力。故「先證明前一時期之價格為競爭價格」，則為緩和其被批評之關鍵，即必須漲價前市場上存在顯然較強的競爭時，此一方法才有其運用之價值。這種以時間區分之「前後期比較理論」將無可避免地產生一問題，即如果市場之供需關係或景氣情況在所比較的兩個時期間有所變化時，如何將整體經濟通貨膨脹或需求增加等因素所造成的漲價與個別事業基於獨占力所造成之漲價予以區分，仍有其現實面困難之處。

4.3.3. 超額利潤法

所謂「利潤限制」(Konzept der Gewinnbegrenzung)，係指對於獨占事業產品或服務之成本與價格的關係予以分析，而將價格明顯高於成本之情形認定為濫用市場力的一種獨占管制方法。此一方法之重點在將獨占事業過高之利潤，歸因於市場地位不當運用的結果。其假設市場上如果存在競爭，事業之利潤便很難達到如此高之水準，正如現今市場上欠缺競爭，而獨占事業得獲取高額之利潤到不合理之程度時，便推知其增加利潤之原因，很可能與其市場地位之不當運用，有密切的關連性。故獨占事業長期而不尋常的高額利潤是反托拉斯法主管機關（按我國公平會）欲管制並發動調查的主要原因。在超額利潤限制法之操作上，其有幾個必備之判斷要素⁶⁸：

⁶⁸ 吳秀明，前揭註 56，頁 250-251。

1、首先是獨占事業之訂價。

2、其次，為獨占事業之成本。以此價格與成本，即可得出獨占事業之獲利率。

3、再者，為合理利潤之比較對象。通常，獨占事業之獲利率是否合理，需要有相對比較之對象，以查看出其是否有獲得高額利潤。

4、濫用加成。有學者認為，直接以上述合理價格作為違法判斷之標準，可能過於嚴苛。為了防止避免判斷上之「風險區間」，在超額利潤限制法中，亦應該加上「濫用加成」（或稱安全加成）。其幅度約為百分之二十五，超過此一加成後之價格者，即可推定為構成獨占濫用之違法。

5、合理抗辯。獨占事業應有合理抗辯之可能。此點與比較市場相同。故獨占事業之價格超過上述標準，且無正當理由者，即屬構成違法之獨占性訂價。

“Chiquita”一案為歐盟競爭法尚有關利潤限制法之領導案例。在該案中，行為人 United Brand 公司為歐盟市場上從事生產及銷售香蕉的最大廠商，並以“Chiquita”之名稱推出品牌香蕉，基於所生產相蕉之高品質，Chiquita 香蕉的售價高於 United Brand 本身無品牌之香蕉價格約 30%~40%，也高於其他競爭公司的品牌香蕉約 7.4%。換言之，United Brand 不僅訂定比其他公司的競爭者高的價格，它也對有品牌及無品牌之香蕉訂定不同的價格，且 United Brand 對於賣到不同歐洲國家品質相同的香蕉，從事差別訂價，銷售至比利時的香蕉價格最高，其訂價比銷售至愛爾蘭訂價最便宜的香蕉高出 80%，丹麥及德國香蕉之訂價也比愛爾蘭香蕉的訂價高出二至二點五倍。所以，歐洲執委會推論，如果 United Brand 在愛爾蘭之低價位如有利潤，則該公司在比利時、丹麥等國的價格，則顯然具有過高之利潤。執委會同時比較了 United Brand 之 Chiquita 品牌香蕉與其無品牌香蕉之售價，及比較 Chiquita 與其他品牌香蕉間之價格關係，而推論 United Brand 對於 Chiquita 香蕉的訂價，超越了其「經濟價值」，即產品與其經濟價值之間不成比例，顯屬不當。

不過，超額利潤限制法仍存有許多問題與困難。「利潤限制」之管制法，大多必須以產品或服務之成本作為計算與認定之基礎。利潤限制法操作時最大的問題在於多數時後無從或很難得知事業實際支出之成本究竟為何。即使能調查出來，什麼可謂為「適當之成本」？又什麼為「合理之利潤」？無法有一確切的答案。且獨占事業之生產銷售成本與內部之營運成本結構，通常極其複雜，各種成本（如固定成本、研發成本、管理費用成本、銷貨成本）除短期之生產成本外，如何正確合理分派到單一產品上，進而確定其利潤額度，非屬易事。而其中許多相關資料多為商業機密，外人通常無法一探究竟。

業者常可輕易地將成本灌水，而提高成本所佔產品價格結構之比例。主管之行政機關與被管制者，就資料與資訊之掌握以及違法事實之證明而言，被管制者常處於較主管之行政機關有利之資訊取得地位。執法機關既然處於資訊之弱勢，欲掌握確實之證據，證明真實之成本以及利潤確實過高，就相對困難。又一事業如生產或銷售多種產品，經營者常以其中一產品之利潤補貼另一產品之損失（又稱交叉補貼）。此時事業對於成本與利潤之考量，乃是事業整體盈虧之考量，異於生產單一產品之事業。故此時如何計算某單項產品之成本與利潤，實相當困難。故對於利潤限制法之實施應慎重小心為之，並應視個案中證據資訊掌握之情形，必要時，以其作為違法判斷之輔助判決標準。

4.3.4. 小結_與智慧財產權獨占性訂價之關係

智慧財產權的獨占性訂價問題，有認為在智慧財產權的保護，權利人即為獨占事業，即應受到競爭法獨占管制的規範；或有認為競爭法第四十五條除外條款，排除智慧財產權的適用，智慧財產權不受競爭法獨占管制所規範，此部份已於第三章中已討論說明。

「比較市場法」及「超額利潤限制法」為目前德國及歐洲競爭法理論及實務上所使用的方法，分別從市場競爭及成本利潤為出發點，所衍生出的評量方法。此兩種方法運用在智慧財產權所衍生的獨占性訂價的管制，在理論上需額外顧及智慧財產權制度的目的，以專利法為例，專利制度在於鼓勵發明，並將其發明公諸於世，然競爭法的價格管制，若降低事業或自然人從事發明的意願，則破壞專利制度的設計，非競爭法管制之本意。然「比較市場法」及「超額利潤限制法」均未就智慧財產權之特性特別予以考量，僅於抗辯階段，容許行為人以無體財產權的正當行為作為抗辯理由，並非根本的就其特性考量的解決方案。

此外，在實務操作上，智慧財產權的可比較市場的找尋、加成與減成的衡量、成本利潤的估算、合理利潤的判定等競爭法上獨占性訂價操作的困難點，在智慧財產權的操作上亦將有所差異，下二節將就智慧財產權獨占性訂價議題為焦點，分別以專利權及著作權所衍生的獨占性訂價問題作進一步的討論。

4.4. 專利權獨占性訂價方法

從專利實務上的觀察，專利法規定專利權取得要件之一為須具備產業上的利用性，意謂專利技術必須被使用在某項產品中或在某項產品的生產製造流程中。故當一個專利技術沒有適當的替代性技術，且該專利產品沒有其他替代性產品存在時，專利權獨占特定商品市場的狀況就會發生，伴隨著獨占性訂價的問題也會浮現，依靠自由競爭市場機制予以修正的困難度可能遠超過一般商品。例如：某藥廠甲獨家生產一專利藥品，基於專利權賦予的排他性保護規定，該藥廠甲可以在專利權法定保護期限二十年內，獨家生產這種專利藥，在這段期間沒有其他的廠商可以製造相同的藥品。在這種情況下，在市場中沒有相同效果可以替代的藥品與該專利藥競爭，在市場獨占的情況下，藥廠甲為獲取事業的最大利益，將會儘可能地訂定高額的售價，剝削下游廠商或消費者。另外，在標準組織之必要專利（Essential Patents）授權的狀況下，由於網路效應的作用，標準組織定義的產品，一旦成為市場上獨大的產品標準，符合該標準的產品便會成為市場上獨占之產品，具有與電信產業或電力產業雷同之自然獨占的特性。在這種情況下，與標準相關的必要專利，在沒有其他可以替代之技術或其他專利，則欲生產該產品之廠商若沒有取得該專利權人的授權，則無法生產此一標準產品，因此，標準組織下的擁有必要專利之專利權人可能訂定高額的授權金，由目前 CD-R/RW 授權聯盟或 DVD 授權聯盟授權之高價授權金的爭議，就是一個最好的證明。

一般商品獨占性訂價的問題，除美國反托拉斯法認為可以透過市場機制自我調整外，而不介入管制。其餘地區如歐盟及所屬國家，在獨占性訂價的議題，基於短期經濟及社會福利的考量，皆肯定獨占性訂價管制的必要性⁶⁹。歐洲國家在獨占性訂價管制的操作方法上，以市場比較法和超額利潤法為主要的評估方式。此外，公用事業的費率計算方法、專利鑑價及專利侵害損害賠償金額等相關的考量因素及數額計算亦可作為競爭法管制專利獨占性訂價管制的參考。然在專利權獨占訂訂價管制的操作方法時，需要特別瞭解專利權的特性及行使的態樣。

⁶⁹ 各國競爭法對於獨占性訂價的態度，參見本第三章。

4.4.1. 專利權的特性考量

在討論專利權獨占性訂價管制的議題時，首先應從專利制度的層面著手，考量專利權的特性，衡量專利權保護的宗旨。由專利法第一條規定，可知專利權的保護目的在於促進產業的發展及鼓勵創作人將其專利公諸於世，其他事業或自然人得該專利技術大量生產產品或得以在該專利技術的基礎上，開發新的技術或產品。倘若發明人將其創作技術經由專利申請公開其技術，卻在取得專利後受到額外的限制或管制，造成獲得的利益遠不如選擇不公開技術以營業秘密的保護，發明人將不願意將其發明技術以專利的方法公開，而將其技術以營業秘密保護，會阻礙產業發展，甚至造成事業不願意投入開發新技術，足以撼動專利制度的基礎，這種結果絕對非競爭法介入獨占性訂價所期待的結果。所以，競爭法介入專利權訂價管制不應影響專利制度的目的。

另外，專利技術於特定市場獨占，新進廠商的進入門檻可能較一般商品獨占時來的高。專利法規定相同的技術，只會被授與一個專利，多數國家採取先申請制，相同技術由先向官方提出申請的人取得專利權；少數國家採先發明制（例如：美國），需探求該技術是由何人先發明，以決定專利權的所有人。且在專利權獨有性及排他性的特性下，即使存在可以替代的技術，也不可能一模一樣，這些技術間差異，常造成競爭上先天的優劣。因此，專利技術在專利權的保護下，較一般商品更容易獨占市場。例如：實務上常發生一種狀況，相同產品使用某一專利技術可以較使用其他的可替代的專利或技術，節省百分之五十的成本，這種情況下，該專利技術的顯著優勢，輕易使其於該技術市場居於獨占地位。另從成本的特性加以考量，專利權人投入之成本主要為研發成本、專利申請費用、專利維持年費及專利行銷管理費用等，絕大部分屬於所謂的固定成本，不因專利權實施或授權次數的多寡，而增加其成本支出。此部份特性與公用事業相當類似，新進廠商與既有已回收成本的專利權人相較，在授權市場中價格競爭處於相當不利的地位，形成市場進入的門檻將會更為提高。此外，專利權發生在一些會形成產業標準的產業，特定廠商形成市場獨占的機會更大及廠商的進入障礙也將更高。例如：產業標準形成的過程中，通常會有兩個以上的組織訂定不同的標準規範，如光碟燒錄標準，以荷商飛利浦（Philips）公司為首的組織提出 CD+RW 的標準規範，而以日商先鋒（Pioneer）公司領導的組織則提出 CD-RW 的標準規範，也有另外的組織提出 DVD-RAM 的光碟燒

錄標準規範。經過四、五年的市場競爭，目前由飛利浦公司提出 CD+RW 標準規範和先鋒公司提出的 CD-RW 標準規範佔據了 CD 燒錄市場超過百分之九十的市場，市場現況也顯示，飛利浦等公司具有獨占的地位，且在專利權的保護下，其他廠商不易進入該市場。

此外，在衡量專利權濫用獨占地位進行獨占性訂價時，應加入專利品質之考量。在現行的專利制度下，取得專利需滿足產業上利用性、新穎性及進步性等實質要件，其中進步性係指發明技術滿足同一技術領域，具有通常知識者，無法輕易完成，可見專利滿足產業上利用性及新穎性條件後，只需滿足一定的難度即可取得專利。各專利技術難度並不相同，有些專利進步性高度程度較高，有些專利的進步性高度較低，這一部份通常會反應在研發成本上。另外，不同專利運用的範圍不同，基礎專利可以運用在同類的產品中，如：高通（Qualcomm）公司的 CDMA 專利可以運用在所有 3G 行動電話上，但改良專利僅能用在特定結構或外觀上，如：隱藏天線的專利，僅能使用在沒有外露天線的手機中，專利獨占擁有的市場大小不同，這一部份與專利難度或研發成本不一定有直接關聯。因此，在衡量專利獨占性訂價應對不同專利給予不同的看待。

最後，從專利實施的態樣觀察，根據專利法的規定，專利可以自行實施或授權實施。若專利權人選擇自行實施，若基於專利權的保護導致獨占市場，取得商品的市場獨占，則構成產品售價的獨占性訂價。若專利權人選擇以授權的方式，授權他人實施專利及生產該專利產品，在該專利產品獨占的前提下，專利權人掌握專利授權市場（即技術市場）的獨占的市場力量，則可能發生技術授權的獨占性訂價。

4.4.2. 市場比較法

市場比較法係為一般競爭法獨占性訂價的主要管制方法⁷⁰之一，其管制方法重點在於確認該事業為獨占後，找到可比較的市場，取該市場中最高價格為比較基準，再考量市場之差異對該價格加成或減成，加成或減成後之價格為假設競爭價格，如產品訂價明顯高於假設競爭價格（一般濫用加成約為 25%），則推定違反競爭法獨占性訂價之榨取加成，此時該獨占事業若無合理抗辯，則構成違法的榨取濫用。詳細管制流程見圖 4-3。

⁷⁰ 「比較市場法」係為德國目前獨占性訂價之實務作法，詳見本章第三節說明。

專利權獨占性訂價管制採用市場比較法時，應依專利行使的態樣主要可以區分成自行實施和授權實施兩種情況下可能發生不同的獨占市場的狀況分別考慮之。

4.4.2.1. 專利權自行實施

當專利權人自行實施專利時，該專利產品判定為獨占確定，此時該獨占事業得以獨占該產品市場來自既有專利權的獨占保護時，而非事業經營的績效或不斷的創新研究。潛在競爭廠商無法進入該市場，非基於技術能力不足或生產效率不佳，而是製造該產品的關鍵技術早一步被競爭廠商申請成專利，導致無法進入這個產品市場。倘若在沒有可以替代的產品下，是否專利權人就得以在專利保護的期限內，毫無節制肆意地訂訂高價的價格，獲取暴利。最顯著的例子就是專利藥的市場，藥品的開發固然需要一段很長的研究、試驗時間，同時也花費很高的成本。通常有多家藥廠同時對一種疾病進行藥品的開發，在有專利制度的保護下，廠商甲最早成功開發出藥品 A，且申請並獲得專利，其他的廠商乙、廠商丙或更多的廠商，藥品開發的進度比藥廠甲晚，即使只是短短的一天，藥廠甲可以獨占該藥品 A 的市場長達專利法所賦予發明專利的二十年期間；然在沒有專利保護的情況下，藥廠甲因技術領先而獨占市場的期間，很難長達專利期間二十年之久，多但可能只有一年，甚至只有幾個月。除非其他藥廠可以在不使用藥廠甲的專利情況下，開發出另一種相同療效的藥品 B，意謂該專利藥 A 即具有可替代的藥品 B，即使該專利在藥品 A 的技術市場中沒有可替代的技術，但由於該專利所製造出的藥品具有替代藥品，專利權人並不存在獨占的市場支配力，而不須受競爭法獨占濫用的管制。

因此，專利權人自行實施專利，並未將專利技術授權其他廠商實施，相關技術市場並不存在，專利權人因專利產生的獨占力量，會直接反映在商品市場中。此時，專利權人的市場力量，只需要考量為其所生產的商品在特定市場上，是否具有獨占的地位。專利權人所生產的商品在該特定商品市場中，沒有其他足以與其競爭的對手，即具有市場力量得以自行決定產品價格。但值得特別注意，獨占事業即使所生產的商品中使用到專利技術，但不意味其在商品市場中獨占的主要因素一定來自專利權的保護，有時商品之所以打敗眾多替代商品獨占市場的原因，來自廠商生產技術、成本控管或行銷策略等經營管理的成效，使獲得獨占的地位。所以，在商品市場中獨占的因素來自專利權或經營管理績效，獨占性訂價的標準考量也應有所不同。

由上述分析可知，專利自行實施可能影響所及的市場應在商品市場，以下將以市場比較法的流程⁷¹分析專利商品獨占性訂價之管制流程。

一、確定行為人為獨占事業

從事生產專利商品的事業是否為獨占事業之判定，與一般商品在特定市場中是否具有獨占市場地位判斷流程相同。界定特定市場係考量商品之種類、時間及地理區段間之競爭關係，並計算該商品在此特定市場中的占有率，以決定該事業是否為獨占事業。獨占事業的認定不會因為專利的存在與否而有差異，即使該商品因申請獲得專利而造成其他廠商無法製造相同的產品，但也必須在該特定市場中沒有可以替代的商品，專利權人方會具備市場力量，得以肆意訂定高額售價，進行榨取濫用。也就是說，在具有替代商品的特定市場中，雖專利權人擁有專利權排他的特性，可以獨家製造該專利商品，但在有替代商品存在的狀況下，商品價格價格的高低會影響商品銷售的數量，在這種情況下，專利權人並不會因專利的存在，而影響其訂價的策略，也不會有專利導致產品獨占性訂價的問題。

有一點值得特別注意，假設該獨占商品之所以在市場獨占，擁有市場支配力量的來源是否源自於專利的保護。意指倘若在沒有專利保護的情況下，該事業是否能夠成為獨占事業，具體考量的因素包括其他廠商是否具有製造此專利商品的能力、是否存在等質替代的專利（所謂等質替代的專利，須衡量該替代專利在實施上是否有重大缺點，如：增加成本或降低功效）等因素。倘若其他廠商不具備生產該商品的能力或存在等質替代的專利的情況下，此事業仍然取得市場獨占的地位，可以得知事業獨占的原因並非來自專利權的保護，而是事業經營績效所導致，因此，此時專利商品之獨占性訂價非源自專利權的排他性，與一般商品獨占性訂價之管制作法完全相同。

二、找到具有競爭之可比較市場

在比較市場法中，所比較市場必須具備「可比較的市場」與「競爭之市場」的條件，方可成為比較市場法中可引為所比較市場。一般可以就「地理上比較市場」、「產品上比較市場」與「時間上比較市場」分別尋找可比較的市場。

⁷¹ 比較市場法判斷流程見圖 4-3。

「地理上比較市場」係指某特定地理市場中具有獨占市場力量的事業，其生產之獨占商品，可於另一地理區域市場中，存在其他競爭廠商生產相同產品或具有替代性的產品，則該市場可引為地理上比較市場。在專利權人自行實施的態樣中，專利權人可以就該專利商品在不同的地理市場訂定不同的價格，該專利商品在某一特定的地理市場獨占時，在另一地理市場有相同商品或其他可以替代的商品。例如：專利權人在台灣獲得專利，在美國並未申請專利，此時該專利權人所屬事業生產之專利商品，在台灣有專利權的保護，僅有專利權人得以生產該商品，該商品在台灣市場屬於一不具競爭的獨占市場，然在美國該商品並無專利權，任何有意願、有能力的廠商均可以投入生產該產品，此時該商品在美國市場為一具有競爭市場。在台灣市場，專利權人是否在專利權保護下，訂定過高的價格，構成專利權的獨占性訂價，可將具有競爭的美國市場引為所比較市場，作為一比較的基準。但從實務上觀察，一般情況下，該專利權人會在其主要市場申請專利，實施全面的專利的部署，因此，不必然存在一個可比較且具有競爭的地理市場，這時在地理上比較市場的操作比較生困難。

「產品上比較市場」係指產品不具功能上之可取代性，但為類似之產品價格，作為比較之基準，由於在產品上比較市場，所比較之產品雖為類似，但畢竟不是同一產品相關市場，產品間差異程度較大，一般用來輔助說明獨占事業之價格是否合理，而不作為認定其違法之主要依據。在專利權人自行實施的態樣中，該專利權人生產之專利商品，基於專利權的保護取得市場的獨占，德國聯邦卡特爾署在“Valium”一案中，曾就有專利與無專利保護之藥品市場加以比較⁷²，似乎法院同意將專利商品的獨占訂價問題可與類似產品市場作為可比較之市場。但以專利的特性為考量，由於專利無形資產生產成本（邊際成本）趨近於零，一旦專利具有可以替代性的技術或專利的的情況下，專利權人雖有獨占生產該專利商品的權利，但需要考慮其他替代商品的競爭，不會發生專利權造成商品獨占性訂價的狀況，有時為了推廣相同產品的普及性，甚至會免費提供其他廠商使用，此時，專利的存在並不會造成產品的價格增加，專利價值很低，甚至為零。相反地，若該專利商品沒有可以替代的商品時，足以顯示競爭廠商並無法開發出適當的替代技術或產品，該專利技術為獨門技術，其重要性及價值極高。因此，倘若以有效競爭下的技術市場，所獲得的專利價格當作比較的基準，可能會嚴重低估專利應有的價值。另外，倘若以一類似商品但沒有專利的市場被引為專利商品獨占時的產品上比較市場，加成的

⁷² 吳秀明，前揭註 56，頁 239。

考量亦須特別注意，避免因為價格的管制，減低廠商對於技術研發的意願，而有違專利制度設計的初衷。

最後，「時間上比較市場」係指獨占性事業在一市場對於同一商品，於前後不同之時期所為訂價作比較，以判斷獨占事業是否構成獨占性訂價之方法。在專利權自行實施的狀況下，「時間上比較市場」具有參考的價值。以產業標準的專利為例，在產業標準尚未為形成前，通常會有多個組織制訂不同的標準，經過市場競爭機制，最終形成單一標準。在標準競爭階段，各組織為爭取市場占有率，專利技術的開發成本，會合理的反映在產品售價上，一旦成為最終的市場標準，基於專利的保護下，其他廠商無法進入該市場時，獨占性訂價的問題就發生了，獨占事業得以濫用其市場地位，恣意訂定高價，源自於專權的排他性。在上述情況下，「時間上比較市場」可以用來作為專利權獨占時是否構成獨占性訂價之參考。

三、視市場之差異對價格加成或減成

在比較市場法，很困難找到一個可以直接當作標準的市場，因為在市場和市場、產品與產品間存在許多結構上的差異，所以德國的實務與理論界發出「加成或減成」的技術，市場間或產品間之差異予以適當的調整。在專利權獨占性訂價的議題上，應從專利制度目的及專利權的特性予以考量，與所引為的可比較市場相較後，給予適當的加成或減成。第一、專利權合理的加成計算，不違背專利制度鼓勵技術研發的宗旨，專利商品可以較一般商品給予較高的價格加成或可以視為合理的抗辯。第二、不同的專利間，各專利涵蓋範圍或技術難度皆有所不同，也應給予不同的價格加成或減成，例如：專利 A 僅為產品中某一元件的技術，該元件僅佔產品價格的十分之一，而所引比較市場產品中的專利 B 為產品的核心專利，且技術貢獻及技術難度評價不凡，兩者間的差異應於加減成階段中，予以考量。

四、訂價超過濫用加成

比較市場上的價格經過加成或減成後，被視為比較基礎的「假設競爭價格」，但此一假設競爭價格為考慮競爭市場的最高價格及並依市場結構予以調整，所獲得的價格應為競爭市場中可能之最高價格，但獨占事業因其經營的效率，而獲得獨占的地位，理應較競爭市場中有更高的經營報酬，因此，倘若訂價僅有微幅超過該假設競爭的價格，應

無濫用其獨占的地位，不應構成獨占性訂價。所以，德國實務上引入「濫用加成」的作法，在假設競爭價格加上濫用加成，成為「濫用價格」，獨占事業訂價超過濫用價格，才會被判定為獨占之濫用，亦即獨占性之訂價。柏林高等法院在” Valium” 一案中認為濫用加成以 25% 為適當。德國聯邦法院在同案之判決中亦同意採用濫用加成之方法，確定獨占事業是否濫用其市場力量⁷³。專利權的獨占性訂價在確定假設競爭價格後，濫用加成的比率是否會因專利權獨占而有不同，專利權的特性於價格加成步驟中已考慮，此部份並無額外調整的必要。

五、獨占性訂價合理抗辯

獨占事業訂價高於濫用價格，容許獨占事業為其不合理的市場績效作「合理抗辯」。德國聯邦最高法院在” Valium” 一案中，認為縱使價格過高，獨占事業之訂價如無正當理由，始構成濫用。可能之合理抗辯的事由，可能有專利的開發費用過高、專利有效期限所剩不多或市場規模有限等，雖然專利權的行使不必然代表成本一定回收，如同每樣產品的開發，都需要投入開發費用，但產品不一定會成功，即使產品推出市場，也不代表一定可以將研發的投入短期內賺回來。但如果專利權即使成功在市場取得獨占的地位，卻連原本的研發成本都無法回收，將會降低事業投入研發的意願；一般專利制度下專利權僅有二十年的有效期限，如果專利權是在專利期間快要屆滿的兩、三年才被普遍使用，由於可以收取權利金的期間較短，應可容忍其訂定較高的價格；同樣地，如果市場的規模有限，然專利開發費用的投入，均屬於先期的固定成本，如果市場規模有限的情況下，可以容許訂定較高的價格，以求成本的回收，獎勵事業投入研發，滿足專利制度鼓勵發明的目的。

至於專利權正當行使是否可以作為合理抗辯，德國學者及柏林高等法院認為，獨占事業擁有專利權不能作為排除其訂價高之違法性的正當理由，但可以作為訂價過高的合理抗辯理由。專利權之保障，不當然包括獨占事業可以任意收取高額的利潤，如果訂價過高，造成顯然之不公，獨占管制仍有介入之可能。但應顧及專利制度促進發明的宗旨，不應使獨占管制的介入破壞專利制度鼓勵發明的宗旨。

⁷³ 吳秀明，前揭註 56，頁 239。

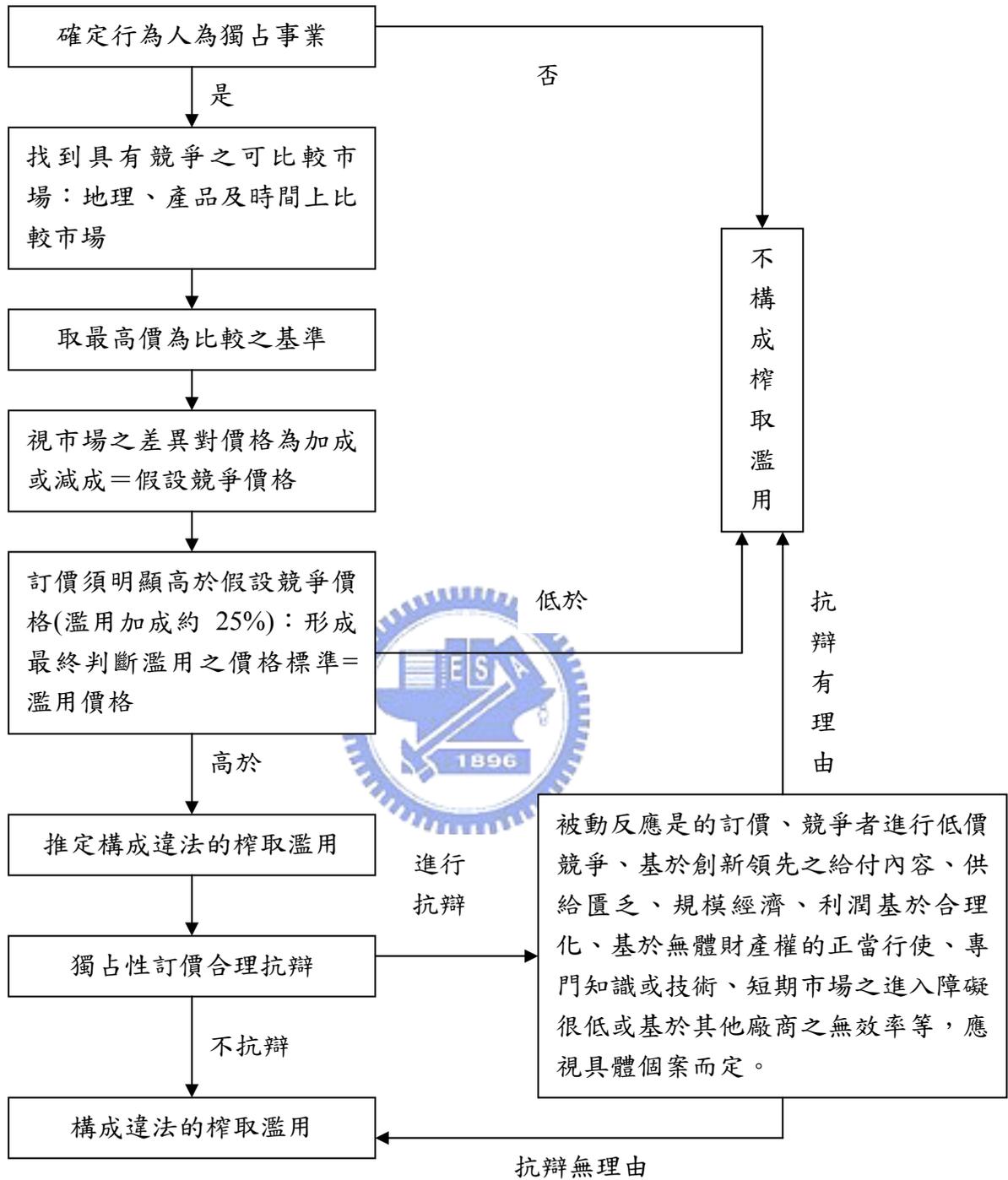


圖 4-3、市場比較法操作流程⁷⁴

⁷⁴ 吳秀明，前揭註 56，頁 239。

4.4.2.2. 專利權授權實施

從專業分工的角度來看，一個擅長於發明的事業，未必是一個好的生產製造的廠商，也未必一個好的推廣銷售的公司。因此，在實務上常見專利權人將其專利權授權他人使用，並非自行實施該專利技術。專利授權可以區分成兩種專屬授權和非專屬授權兩種。專屬授權只授權一家廠商製造、銷售產品的權利；而非專屬授權可同時授權多家廠商製造、銷售產品的權利。不論是專屬授權或非專屬授權，均屬於技術市場之交易，這種交易行為通常發生在廠商與廠商之間，不會直接與消費者有關。當專利權在某一特定的技術市場中處於獨占定位時，專利權人基於獨占市場力量，有機會對下游被授權的廠商收取高額的權利金，導致下游廠商獲利遭到剝削，即便被授權人將高額的權利金轉嫁在產品上時，專利權人獨占濫用之受害者雖並非被授權人，但最終消費者將成為專利權人榨取濫用的對象。

專利授權典型的例子為標準組織的專利授權，標準組織的存在有助於產品快速標準化，解決產品間不相容的問題，使產品快速普及化。產業標準在網路效應推波助燃下，標準產品很快可以達到獨占市場的局面，因此，所有生產該標準產品的廠商都必須獲得標準組織專利權人的專利授權，所以標準組織的專利權人有權決定授權何者使用，也有足夠的市場力量決定授權金金額。例如：3C 和 6C 授權組織，積極推廣影音技術的標準化，並將專利集中統一授權，收取權利金。該組織擁有獨占之市場力量得以決定授權金金額，所收取的費用額度的至今仍是一個爭議。

由上述分析可知，專利授權實施的市場應在技術市場，以下將以市場比較法的流程分析專利授權獨占性訂價之管制流程。

一、確定行為人為獨占事業

一般學理通常將專利授權當作技術市場之交易，技術市場有一點特別的是，有時候一項技術可以用於多種產品上，使用在 A 產品上時沒有其他的替代技術，但使用在 B 產品上的時候，存在至少一種以上的替代技術。因此，單從是否存在替代技術來判定該技術處於獨占地位，即認為該技術的所有事業擁有市場力量，並非一種適當的方法。重

點應該擺在該技術所有人是否擁有市場力量，以上述的例子而言，該技術如果僅基於使用在 B 產品存在替代技術，並未獨占市場就判定該技術不具市場力量，但事實上該技術使用在 A 產品時是必須的，且 A 產品並未有適當的替代產品時，該技術所有人在對於 A 產品所屬的特定市場中擁有市場力量，得以決定該技術交易的價格。這種狀況也會發生在專利權的授權市場上，因此，專利權人是否為獨占事業，應以該使用商品是否獨占為前提，惟有在該商品具有獨占地位前提下，再就在同一商品中區分出技術市場，確定該專利是否存在其他的替代技術或專利，同樣地該專利惟有在該技術市場居於獨占的地位，專利權人才可能擁有市場力量，得以濫用其獨占市場力量，進行獨占性訂價。所以，在確定專利權是否為獨占事業，應同時考量專利產品市場及專利授權技術市場的狀況。

二、找到具有競爭之可比較市場

同樣地就「地理上比較市場」、「產品上比較市場」與「時間上比較市場」討論在專利授權實施的時候，是否可以找到可引為可比較市場。

「地理上比較市場」在專利授權實施的態樣中，該專利是否可能存在某一地理市場該為獨占，然在另一地理市場存在可替代的技術或其他專利，為一有效競爭的市場。專利授權為技術市場中的交易，技術具備高度可移動性，不像實體商品可能由於每個地區的消費習慣不同或其他原因，可能在一個地理市場獨占，但在另一地理市場處於競爭狀態。如果授權專利存有可替代的技術或其他專利，則結果要不是該專利所生產的產品具有較佳的效能或是較低的成本，因而獨占市場，要不然就是處於與其他技術或專利競爭的狀況，應不會因為地理區域的差異而有不同的結果。故「地理上比較市場」在一般的專利授權的態樣中不易找到。

「產品上比較市場」在專利授權的態樣中，在不同專利授權的市場中，找尋類似技術、市場結構且具有競爭的另一專利授權市場，與一般商品操作時有相同的問題，畢竟不是同一技術相關市場，專利技術或專利產品間差異程度較大，使用上較無公信力，但可用來輔助說明獨占事業之價格是否合理。且技術市場交易的特點，一旦存在同等可替代性的技術或其他專利，則該專利的價值將會大幅減低，甚至趨近於為零。所以，即使找到可引為產品上可比較的市場，但所獲得的價格作為參考，作為加成前的參考基準，經過濫用加成後的價格可能無滿足專利權人的期待，會影響事業或個人投入研發資源，

動搖專利制度的根基。

最後，「時間上比較市場」在專利授權的態樣下，是個不錯的選擇，在許多技術市場中，一開始該特定市場中存在多種技術競爭，由於無形資產的特性，市場競爭的結果，最後可能剩下一至二種技術，獨占整個技術市場。因此，當初期該技術或專利處於競爭市場時，技術所有人或專利權人訂定較低的價格，以增強其競爭優勢，擴大其市場占有率，一旦取得獨占地位後，在技術轉換不易的保護下或網路效應的影響下，技術所有人及專利權人得以憑藉其獨占的市場力量，肆無忌憚地將權利金調高，以追求其個人或事業最大利益。因此，「時間上比較市場」被引為專利授權時的可比較市場，具有相當的參考價值。但在實務上發現，當產品尚未普及，市場尚未成長到一定程度前，專利權人並不會開始收取權利金，通常是在技術市場及產品市場競爭告一個段落，所屬的專利已經獨占市場的狀況後，方開始收取權利金，因此，不一定能透過時間上切割，找到一個早期競爭時期的價格做為參考。

三、視市場之差異對價格加成或減成

專利授權所屬的技術市場，在因市場之差異對價格加成或減成的考量，和專利權自行實施時的考量並無太大差異在專利，應從專利制度目的及專利權的特性予以考量，與所引為的可比較市場相較後，給予適當的加成或減成。

四、訂價超過濫用加成

在專利授權時濫用加成的計算，與專利權自行實施的樣態下一樣，專利權的特性於價格加成步驟中已考慮，此部份並無額外考量的必要，假設競爭價格加上 25% 的濫用加成，可以當作是一般的標準。

五、獨占性訂價合理抗辯

在專利授權的態樣下，該專利授權處於市場獨占地位，且其收取權利金的價格，超過濫用價格，亦應容許該獨占事業為其不合理的市場績效作「合理抗辯」。此時合理抗辯的考量與專利權自行實施的獨占性訂價相同。

「市場比較法」運用在專利權獨占性訂價議題，關鍵在於是否可以找到具有競爭之

可比較市場，不論在專利權獨自使用或是專利權授權他人使用的態樣上，基於專利權為一無形智慧財產的特性，「產品上比較市場」在具有競爭或不具競爭的市場中，價格呈現兩極化的差異，因此，不適合以具有競爭的產品市場當作獨占產品市場的參考基準，即使兩產品特性相近。至於「地理上比較市場」及「時間上比較市場」在專利權獨占狀況下不一定會存在，如果相同的專利技術或產品存在「地理上比較市場」及「時間上比較市場」可以當作比較之基準，配合市場的差異予以加成，可訂出一個合理的濫用價格。但須特別注意在不同專利之間，專利權人投入的開發資源並不相同，技術難度、替代技術及產品出現的時間等亦不相同，倘若採用相同的加成幅度，是否會造成發明人將其創作技術經由專利申請公開其技術，卻在取得專利後受到額外的限制或管制，造成獲得的利益遠不如選擇不公開技術以營業秘密的保護，發明人將不願意將其發明技術以專利的方法公開，阻礙產業發展，甚至造成事業不願意投入開發新技術，則有背於專利制度的設計宗旨。因此在價格加成的考量中，因就個別專利的特性予以考量。

4.4.3. 超額利潤限制法



「成本-利潤」管制的概念運用在許多的領域，包括公用事業的價格管制或智慧財產權價值評估時，均有採用其成本與利潤關係作為價格管制或價值評估的方法。在競爭法獨占性訂價領域中，超額利潤限制法係由歐盟競爭法所發展出來，所謂「利潤限制」的概念，就是獨占事業在交易中，從交易相對事業或消費者身上收取過高不合理的利潤時，即可視為是一種獨占力的表現。在管制操作上，成本問題是「利潤限制」方法的核心與關鍵，在確定成本與利潤後，再參酌一般產業通常合理之利潤、同一地理與產品市場上其他廠商之平均利潤、另一地理市場上相同產品之利潤水準或類似之產品市場業者平均獲利之水準，如果該獨占之商品或服務明顯超過上述標準（”明顯超過”一般採用濫用加成的 25%來作為標準），則視為獨占性訂價。同樣地，應容許該獨占事業為其不合理的市場績效作「合理抗辯」。

專利權獨占性訂價的使用超額利潤限制法時，不需要如同市場比較法將專利權區分成專利權自行實施的態樣與專利權授權實施的態樣，雖然在專利權自行實施時所獨占的是商品市場，專利權授權實施時所獨占的市場為技術市場，兩者市場狀況不同，但在利潤限制法下只需要考慮成本與利潤的關係，然不論在專利權自行實施或授權實施的狀況

下，均不影響專利權的獲得成本。以下將以超額利潤限制法的流程⁷⁵分析專利權獨占性訂價之管制流程。

一、確認行為人為獨占事業

不論是專利權人自行實施或授權實施的態樣下，都只有在專利的技術市場及專利商品的商品市場中同時居於獨占的地位，沒有可替代的技術及商品，專利權人才具備市場力量得以訂定過高的商品售價或權利金金額。例如：DVD 標準的專利，必須在在製造 DVD 產品的技術市場中，沒有可以替代的專利或技術，在該技術市場處於獨占的地位，且同時在 DVD 的商品市場中，沒也可以替代的產品，在該商品市場中居於獨占地位，DVD 專利權人方具有市場支配力量。否則即使該專利在 DVD 產品中為必要知技術，但當存在替代性的產品時，專利權人若提高專利價格，將反應在 DVD 產品價格上，將使 DVD 產品在特定市場的市場競爭力下降，甚至被其他替代性商品所取代，這種情況下專利權人並無足夠的市場力量。所以，在確認專利權人是否為獨占事業時，應考量該專利授權的技術市場及該專利產品的商品技術是否為獨占的狀況，並確認商品市場獨占的原因源自專利權的排他特性。



二、確定成本與利潤額度

專利權與一般有形產品間有成本結構上的差異。一般有形產品的成本包含固定成本與變動成本，當產品大量生產時，固定成本平均分攤於每個產品價格裡，相較於原料及生產費用等變動成本而言，固定成本所佔每個產品成本的比例相對為低。但是專利權的成本主要在於先期成本支出，也就是固定成本，這部份的成本包括研究開發的費用、專利申請費用、專利維持費用及專利管理銷售費用等，其中以研究開發費用為最大宗的支出，一旦取得專利，專利權的實施不因將專利授權給一個被授權人或一百個被授權人而增加其成本，同樣地，也不因將專利實施在一個產品或一百個產品中，而增加專利權的成本。專利權的成本結構與本章第二節中公用事業的狀況非常類似。

成本計算為利潤限制法最困難的問題，資料取得不易的問題同樣發生在專利權的成本估算上，專利權的成本支出主要發生在研究開發的階段，成立實驗室，建立研發團隊，進行新產品的開發或是既有產品的效能改善，通常在研發的過程中會產生不只一項的專

⁷⁵ 超額利潤限制法判斷流程見圖 44。

利，但其中具商業價值的專利，可能只有一項，此時如何計算單一專利的成本，實際上有一定的困難，採用專利價值評估時使用重置成本法⁷⁶來估計，是個可行的作法。

除此之外，專利權利潤的估算方法亦與一般產品有異，源於專利權與一般有形產品間有成本結構上的差異，在專利專屬授權買賣中，由於買賣價格明確，利潤計算並沒有問題。但在非專屬授權的情況下，一般實體產品平均成本隨著數量增加越來越接近平均變動成本，因此，超過一定數量後報酬率與因固定成本的影響變小，報酬率考慮產品單價即可，不因數量增加而改變報酬率。然專利權的固定成本占成本的主要部份，變動成本趨近於零，因此，在專利權授權金固定的情況下，報酬率與授權產品的數量息息相關，然專利授權產品總數量預估不易，需要衡量的變數過多，雖然專利權期限為可掌握的資訊，但產品的每年的產量多少無法準確獲知，且替代技術出現何時將影響專利授權產品的數量，甚至終結專利權的使用，也是個不易預期的影響因素。在數量不易估算的情況下，專利權的利潤也就不易估算。

三、確定合理之利潤比例

在利潤限制法中，確定合理利潤比例係透過參酌比較其他市場，如一般產業通常合理之利潤、同一地理與產品市場上其他廠商之平均利潤、另一地理市場上相同產品之利潤水準或類似之產品市場業者平均獲利之水準等，如果利潤已顯然過高者，無須比較其他市場。在目前實務上的操作，專利權授權的市場通常採按產品價格及數量來計算權利金，有採取產品售價比例的算法，也有採取每個產品收取定額的計算方法，與專利權的成本並無關係，因此，以目前的技術市場形成的實務觀察，不容易獲得合理的利潤比例為一個參考的標準值。

四、濫用加成的計算

利用利潤限制法，濫用加成的比例假設競爭法的 25%一致，亦即獲利率超過合理獲利比例的 25%，方為濫用其獨占地位，構成獨占性訂價。

五、獨占性訂價合理抗辯

⁷⁶ 重置成本的估算方式，參見本章第一節。

在專利權處於市場獨占地位，且其收取權利金的價格，遠超過合理得利潤比例，亦應容許該獨占事業為其不合理的市場績效作「合理抗辯」。此時合理抗辯的考量可能有專利市場的規模超出預期，導致利潤超過一般預期。

「超額利潤限制法」運用在專利權獨占性訂價的濫用價格的計算，除了在本成本及授權市場規模不易估算的，成本與利潤間的關係更難以確定。更重要的是專利成本並無法反應事業的研發能力，研發能力強的公司以較少的成本，開發出技術難度較高的技術，取得專利，應給予較高的報酬作為鼓勵，然在「成本-利潤」管制的方法中，並未納入考量，僅可當作一合理抗辯的理由。



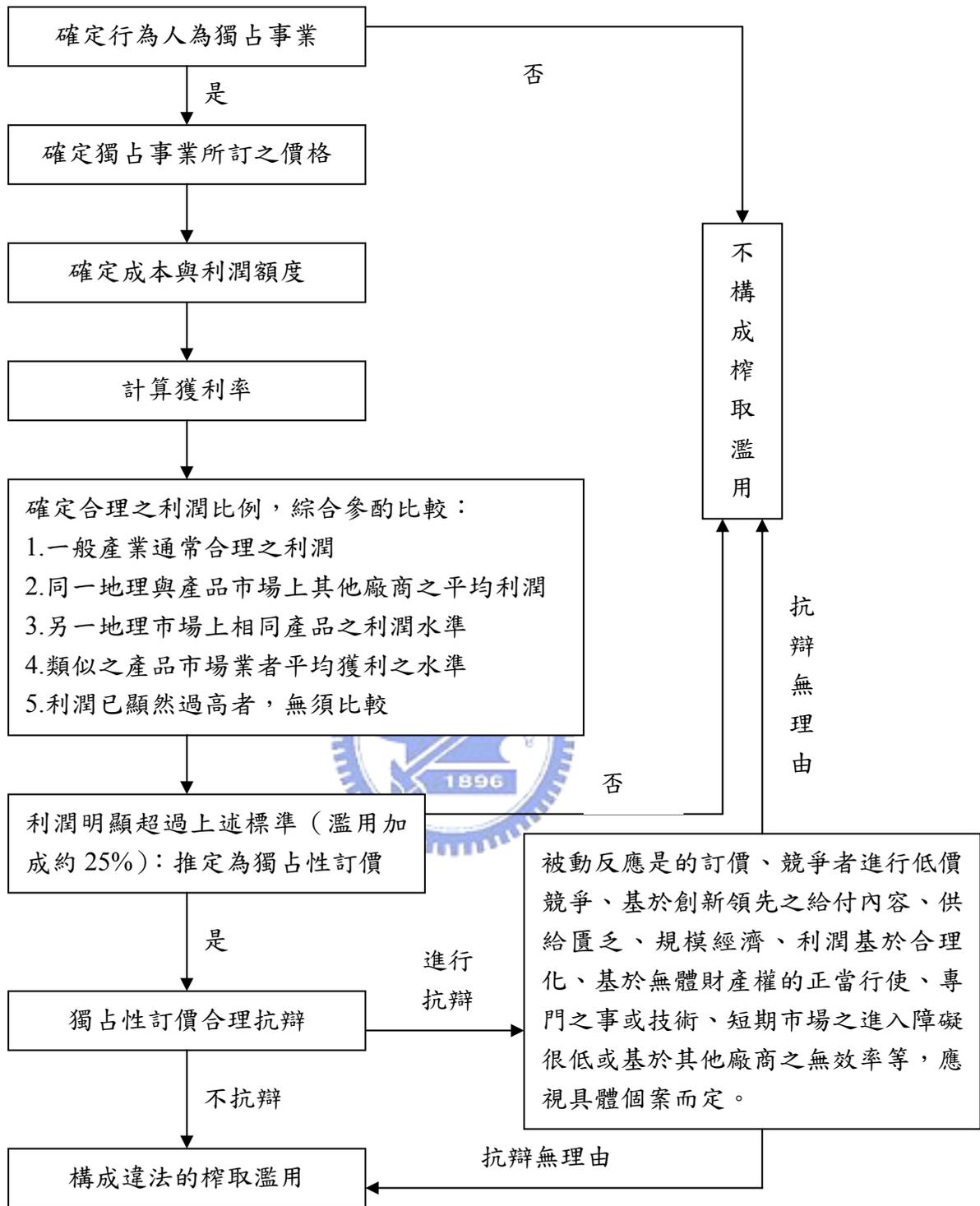


圖 4-4、超額利潤法操作流程⁷⁷

⁷⁷ 吳秀明，前揭註 56，頁 239。

4.4.4. 專利技術價值法

從傳統競爭法的角度，考量事業獨占時濫用市場地位，管制訂定超高價格的行為，主要是基於榨取濫用的思維，並非基於促進競爭的理由。因此，傳統的獨占性訂價的管制方法主要為前述之「假設競爭管制法」及「超額利潤限制法」，前者透過比較市場的操作方法，找出獨占產品或服務的合理假設競爭價格，容許獨占事業在濫用加成的比例範圍內訂訂價格；後者採用成本估算，推算獨占事業的獨占利潤，亦容許在一定比例的濫用加成空間，不構成獨占市場力量之濫用。但套用在專利權的獨占性訂價的問題時，由於專利權無形資產的特性，除了操作的過程中較一般商品來的困難，最重要的是在價格衡量的過程無法兼顧專利法鼓勵發明的宗旨並給予旨，確實反應專利權的價值，以兼顧競爭法及專利法的目的。本文提出「專利技術價值法」係從專利制度角度出發，以技術價值來估測合理專利技術價值作為專利權獨占性訂價時的比較基準。

專利價值的為何，從專利制度設計的目的觀察之。專利制度主要為獎勵發明人將其發明公諸於世，其他人得以基於該發明，作進一步的改良，避免所有人將資源浪費在相同的研究上，可以節省整體社會資源。或其他人專精於製造或行銷的人可使用其專利，得以將該專利使用在產品中，並在降低產品成本。另一個目的，希望透過專利一定期限的獨占權（或稱排他權），鼓勵事業或個人投入更多的資源，從事研究開發的工作，以促進社會及產業的進步。所以，專利制度賦予發明人專利權，在一定期限內的該專利的獨占權。因此，倘若發明人未將其發明以專利保護的形式公諸於世，而採用營業秘密的方法保護其發明，則無法達成促進進步或節省資源的目的，簡言之，從發明人利益的考量出發，唯有在發明人將其發明以專利權保護的利益大於以營業秘密保護的情況下，發明人或事業方會採取以申請專利的方式來保護其發明。所以，在競爭法獨占性訂價管制時，處理專利權的訂價是否過高的時候，需特別考量專利制度的特性，方可避免破壞專利制度的立法宗旨。

雖然專利制度的設計，賦予專利權人對於該專利權具有獨占的權利，得以排除他人未經允許實施的權利。但上述的獨占權並不必然使專利權人擁有特定市場的市場力量，在該專利實施的產品上具有可以替代的技術或其他專利時，或者雖在產品上無可替代的

技術或專利，但該產品在其特定市場中具有其他不需是用該專利的可替代產品時，該專利的專利權人並不會擁有獨占的市場力量，不會發生獨占性訂價的狀況。唯有在該專利獨占技術市場及該專利的產品獨占產品市場的時候，方有獨占性訂價的問題。

在確認專利權人為獨占事業，具有市場力量得以濫用其地位訂定高額價格後，從專利權的效果觀察之，以產品的屬性主要可以區分成三種態樣。第一種為新產品專利，意謂在該專利技術發明前，並未有此項產品，專利技術的公開及授權可以使產品快速地以合理的價格滿足市場需求。第二種為降低成本的產品改良專利，意謂在該專利技術發明後，可以降低產品的原料或生產製造成本，而使產品售價降低，達到銷售量增加或獲利增加的目的。第三種為增加新功能或效能改善的產品改良專利，意謂該專利技術的實施，透過新功能增加或效能改善，吸引更多的顧客，增加產品的售價及利潤。以下就上述三種專利類型，從經濟學的模型進一步分析其專利技術對市場供需的影響，進而估算專利的價值，以確認專利權是否構成榨取濫用。

4.4.4.1. 新產品專利



進一步定義新產品專利，新產品係指在特定市場中尚未出現過的新產品，也可以是在這個新產品出現前，沒有這個特定市場存在。例如：治療愛滋病的藥，在治療愛滋病藥品出現前，並沒有愛滋病藥品的特定市場，第一個出現的新藥品，在其他可替代的藥品開發出來前，可獨占整個愛滋病藥品市場，該藥品專利即是這裡所稱的新藥品專利。

新產品技術以專利的方式保護，而非採用營業秘密的方式保護，對於社會大眾最大的作用，透過專利的授權給所有有意願投入生產的廠商，商品的供給可以快速滿足市場需求，達到供給與需求的均衡點。圖 4-5 為經濟學的新產品簡化的供給需求模型，其中 S 線為產品的供給線，而 D 線為市場需求線，S 線與 D 線交會於 a 點，a 點為供給與需求的均衡點，市場均衡的狀況下，市場價格為 P_1 ，成本為 C_1 ，供應數量為 Q_1 。但若發明人以營業秘密的方式保護其發明，在其他廠商尚未開發出相同技術之前，發明人可以在市場獨占的情況下，計算其最大的利潤，生產數量 Q_2 的新產品（通常會在邊際成本與邊際收益的交叉點），價格為 P_2 ，成本維持為 C_1 。

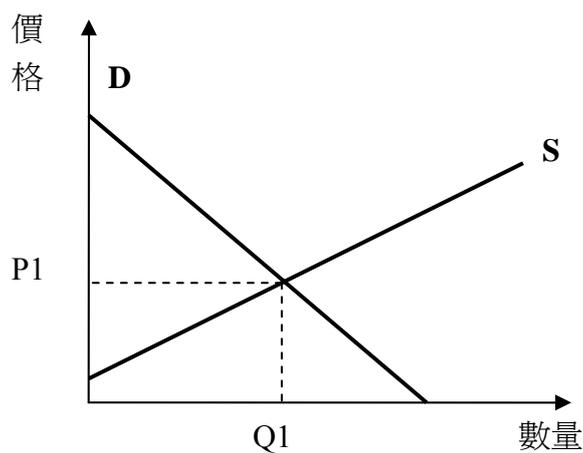


圖 4-5、新產品專利之供需模型圖

因此，在專利制度發揮鼓勵發明的作用下，發明人將發明申請專利，將其技術公開的利益，必須大於發明人以營業秘密保護所獲得的利益。所以，可計算發明人以營業秘密保護時獨占市場利益有多少，作為一個專利權至少應有的利益。圖 4-6 為產品數量與技術年限間的關係，其中橫軸為該產品的期間，縱軸為每年該產品的數量，依圖 4-5 經濟供需的分析，在完全競爭市場下，均衡點發生在數量為 Q_1 的位置，而在同一產品出現前的獨占市場時的產品數量為 Q_2 ， Y_1 為在該特定市場中出現同一產品所需要的時間（相同產品或可替代產品的時間）。可以計算出的發明人的總利益，並將總利益除以專利有效期限內預期銷售的產品數量，即為權利金單價。如果發明人將其發明申請專利所獲得的總利益可以超過其以營業秘密保護所獲得的利益，則發明人會將其發明以專利的形式保護其發明，具有激勵發明的作用，然濫用價格應以超過該權利金一定比例（可考慮為 25%），方構成濫用的價格，計算公式如下：

$$\text{總利益} = (P_2 - C_1) * Q_2 * Y_1$$

$$\text{權利金} = \text{總利益} / \text{專利期限內總數量} = [(P_2 - C_1) * Q_2 * Y_1] / 20 * Q_1$$

$$\text{濫用的權利金} = \text{權利金} * \text{濫用加成}$$

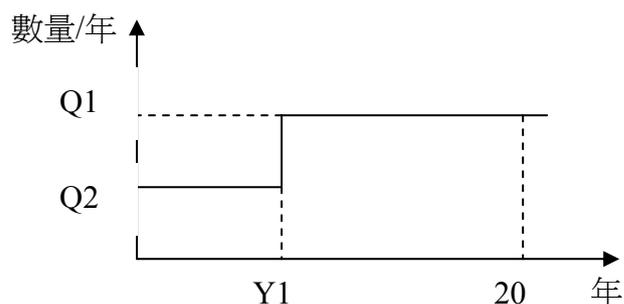


圖 4-6、新產品專利之產品數量與技術年限間的關係圖（專利期限無替代技術）

另一個例子，該獨占之專利技術，在專利期限 20 年尚未到期之前，即出現更好的替代技術或替代產品取代了原先的專利技術，該專利技術不再被使用。圖 4-7 為在專利期限屆滿前出現更好的替代技術或產品的專利產品數量與專利年限關係圖。圖 4-7 中 Q1、Q2、Y1 的定義與圖 4-6 相同，而 Y2 時間為其他更好的取代技術或產品出現的時間。在這種情況下，專利技術所獲得的總收益並不會改變，但由於專利及產品的壽命減短，專利商品的總數量會減少，因此，分攤在每一個產品的權利金將會提高。計算公式如下：

$$\text{總收益} = (P2-C1)*Q2*Y1$$

$$\text{權利金} = \text{總收益} / \text{專利期限內總數量} = [(P2-C1)*Q2*Y1] / [(Y2-Y1)*Q1]$$

$$\text{濫用的權利金} = \text{權利金} * \text{濫用加成}$$

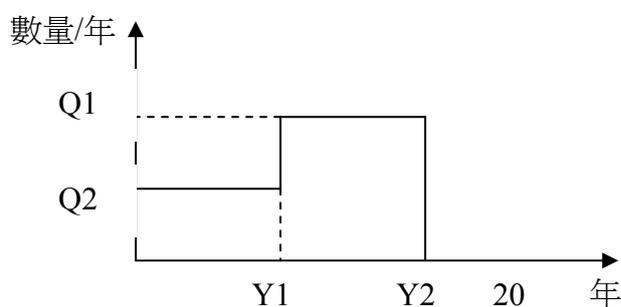


圖 4-7、新產品專利之產品數量與技術年限間的關係圖（專利期限產生替代技術）

由於發明人的總利益固定，在專利期間內專利商品的總數量越多，附加在產品價格的權利金就越低，相反地，如果專利產品數量越低，則產品中授權金的比例就越高，但

是否會發生權利金無限增加的現象，由經濟學供需模型得知，產品售價越高，市場的需求就越少，廠商會追求其最大的獲利，因此，價格最高不會超過市場獨占時 P_2 價格（邊際成本與邊際收益的交叉點），此時供給量為 Q_2 ，每個產品的權利金最高不會超過為 $(P_1 - P_2)$ 。

4.4.4.2. 降低成本的產品改良專利

進一步定義降低成本的產品改良專利，在特定市場中已經存在的產品，新的專利技術使既有的產品成本降低，造就該產品售價下降，產品銷售量增加。圖 4-8 為此類專利情況下的經濟供需模型。

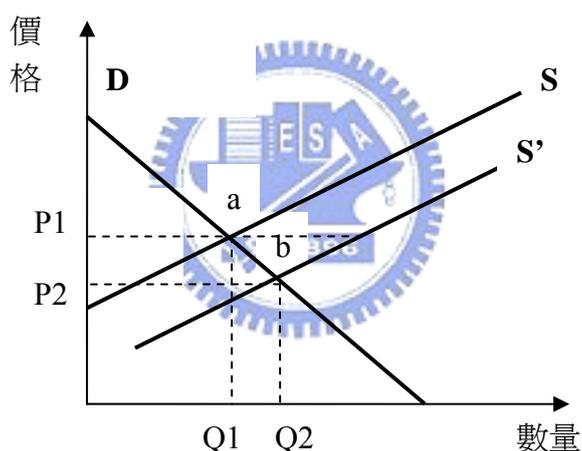


圖 4-8、成本降低之改良專利供需模型圖

在技術進步的情況下，成本由 C_1 下降至 C_2 ，供給線會由 S 線往下移至 S' 線，市場均衡點會由 a 點移至 b 點，價格由 P_1 下降至 P_2 ，數量由 Q_1 增加至 Q_2 。但同樣地，在發明人未申請專利，以營業秘密的方式保護的狀況下，發明人基於絕對的優勢成本，將有可能獨占市場，價格應會落在在 P_1 及 P_2 間，產量介於 Q_1 及 Q_2 間。圖 4-9 為產品數量與技術年限間的關係，其中橫軸為該產品的期間，縱軸為每年該產品的數量，依圖 4-8 經濟供需的分析，在完全競爭市場下，均衡點發生在數量為 Q_2 的位置，而在同一產品出現前的獨占市場時的產品數量為 Q_1 ， Y_1 為在該特定市場中出現同一產品所需要的時間（相同產品或可替代產品的時間）。發明人在獨占時期最大的獲利應將價格訂在 P_1 ，

生產數量訂在 Q_1 ，此時成本為技術改進後的 C_2 ，計算公式如下：

$$\text{總利益} = (P_1 - C_2) * Q_1 * Y_1$$

$$\text{權利金} = \text{總利益} / \text{專利期限內總數量} = [(P_1 - C_2) * Q_1 * Y_1] / (20 * Q_2)$$

$$\text{濫用的權利金} = \text{權利金} * \text{濫用加成}$$

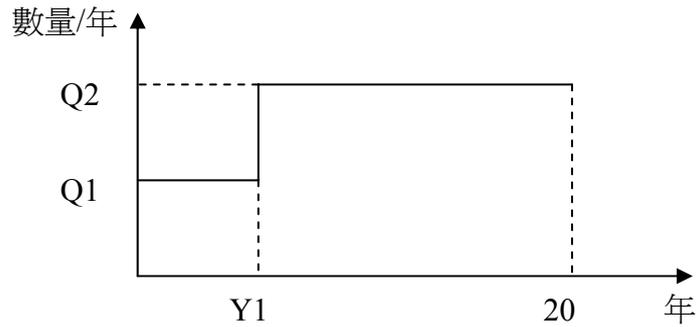


圖 4-9、成本降低之改良專利之產品數量與技術年限間的關係圖

4.4.4.3. 增加價值的產品改良專利

進一步定義增加價值的產品改良專利，在特定市場中已經存在的產品，新的專利技術使得既有的產品增加新的功能或改善原有的效能，刺激消費者需求，使得消費者願意用比原先高的價格購買該產品。圖 4-10 為此類專利情況下的經濟供需模型。

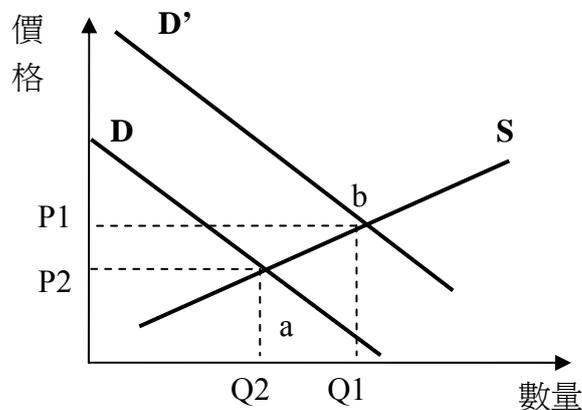


圖 4-10、價值增加之改良專利供需模型圖

發明人的專利技術，係在既有的產品上新增功能或改善效能，是最常見的專利類型，這種專利產品存在未增加功能或改善效能前的原有產品，在特定市場中具有競爭商品。因此，這種專利商品雖可以擴大市場，增加產品售價，但在特定市場中獨占的機會不大，專利權人因為在特定市場中的可替代商品的存在，商品訂價的過程中，專利權人將專利價格提高，會影響其產品的銷售數量，專利權人並無擁有市場力量，亦無濫用市場力量的可能性。除非新增的功能為必備的，先前產品礙於技術問題無法提供；或是改善的效能比先前的產品具有突破性的進步，例如：假設某種治療癌症的藥品，先前的藥物治癒成功率只有一成，當某藥廠發明了一種治癒率高達八成的癌症藥品。雖然有原有的藥品可以替代，但替代的效果差異過大，該藥廠的藥品在市場處於獨占地位，該藥廠且具有市場力量，得以自行訂定價格。

此類型增加產品價值的改良專利，當該專利產品在特定市場獨占時，專利權人會基於其最大獲利的考量，決定售價及產量。此時改良產品所具有的市場獨占局面與新產品的情況類似。圖 4-11 為產品數量與技術年限間的關係，其中橫軸為該產品的期間，縱軸為每年該產品的數量，依圖 4-10 經濟供需的分析，在完全競爭市場下，均衡點發生在數量為 Q1 的位置，而在同一產品出現前的獨占市場時的產品數量為 Q2，Y1 為在該特定市場中出現同一產品所需要的時間（相同產品或可替代產品的時間）。可以計算出的發明人應有的總利益，並將總利益除以專利有效期限內預期銷售的產品數量，即為基本的權利金，如果發明人將其發明申請專利所獲得的總收益可以超過其以營業秘密保護所獲得的利益，則發明人會將其發明以專利的形式保護其發明，具有激勵發明的作用，然濫用價格應以超過該權利金一定比例（可考慮為 25%），方構成濫用的價格，計算公式如下：

$$\text{總利益} = (P2-C2)*(Q1-Q2)*Y1$$

$$\text{權利金} = \text{總利益} / \text{專利期限內總數量} = [(P2-C2)*(Q1-Q2)*Y1] / 20*(Q1-Q2)$$

$$\text{濫用的權利金} = \text{權利金} * \text{濫用加成}$$

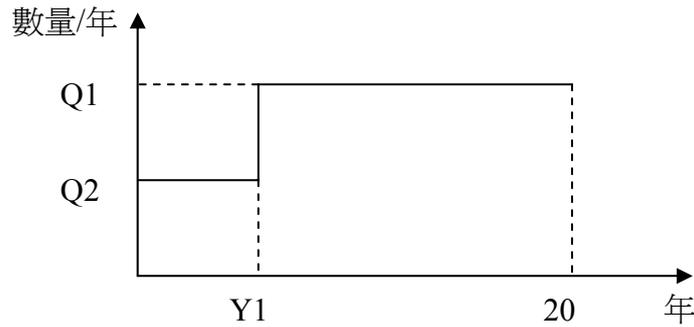


圖 4-11、價值增加之改良專利之產品數量與技術年限間的關係圖

「市場價值法」係站在專利制度的設計精神，鼓勵企業及個人從事研究開發的工作，並獎勵將其研究成果角度，以申請專利的方式，將其發明公諸於世。以前述之角度為出發點，進一步評估發明人或事業若不將其發明公開，而採取營業秘密保護的方式，可以獲得的獨占利益，作為專利應有的最低報酬，加再上濫用加成以鼓勵事業或個人從事研發工作。判斷流程可參照圖 4-12。

專利技術價值法係從專利制度角度出發，以技術價值來估測合理專利技術價值作為專利權獨占性訂價時的比較基準。在市場價值法的評估方法，重點不在保證專利權人的可以回收其投入的成本，端視專利技術的難度及競爭廠商的研發能力而定，倘若專利的難度不高，其他競爭廠商在自行研發情況下很快就開發出相同的技術，則該專利技術的價值相對比較低，技術獨占的期間越短，所應獲得的收益，相對應該比較低，而非任何技術一旦取得專利就一視同仁，可以獲得相同的收益，這個方法另一個作用可以彌補專利制度的不足。

市場價值法的評估方法中，固然可以有效估計不同專利間的價值差異，兼顧競爭法與智慧財產權的保護宗旨，防止專利權人濫用專利權獨占的優勢，實施獨占性訂價，亦可維持發明人將其發明申請專利保護之意願。本文僅就幾種專利常見的基本類型，以最簡化的模型予以分析，但實際上專利權的商業運用更為複雜，此方法中所需的產品經濟模型推估並不容易，其中需要估計相同技術及產品的出現的時間、專利期限內產品數量、產品市場價格數量均衡點和替代技術或產品出現之時間，方可計算專利的實際價值，且不同的產品或技術，所建立出的經濟模型不相同。上述的幾個要素，雖在市場分析及預測的報告中可以取得，但根據經驗產業市場分析所得數據與未來實際發生的市場

狀況通常還是會存在不小得誤差範圍，因此在實際操作時，是否可以作為有效的數據，顯然仍有疑慮。



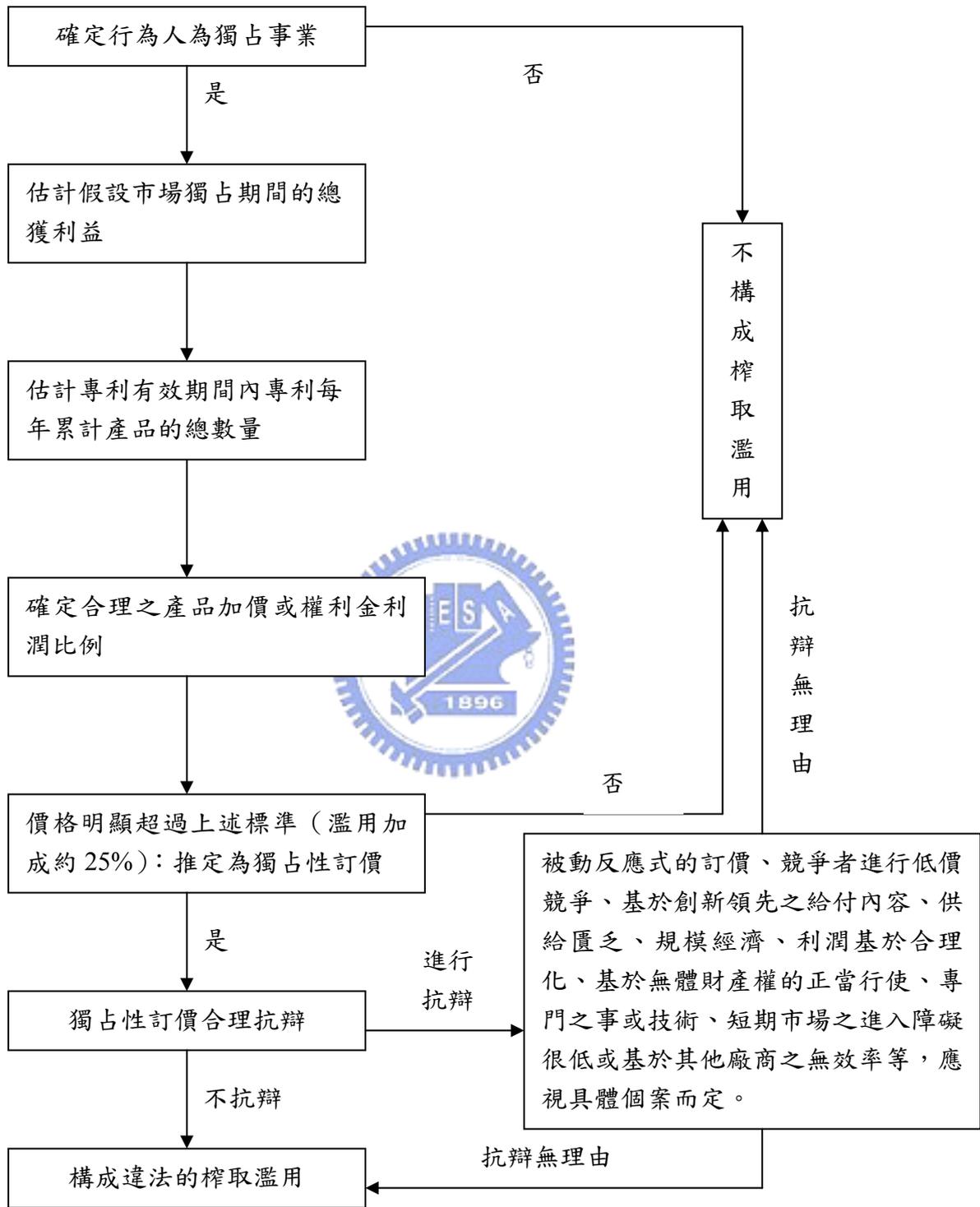


圖 4-12、專利技術價值法操作流程

4.4.5. 小結

「市場比較法」運用在專利權獨占性訂價議題，關鍵在於是否可以找到具有競爭之可比較市場，不論在專利權獨自使用或是專利權授權他人使用的態樣上，基於專利權為一無形智慧財產的特性，「產品上比較市場」在具有競爭或不具競爭的市場中，價格呈現兩極化的差異，因此，不適合以具有競爭的產品市場當作獨占產品市場的參考基準，即使兩產品特性相近。至於「地理上比較市場」及「時間上比較市場」在專利權獨占狀況下不一定會存在，如果相同的專利技術或產品存在「地理上比較市場」及「時間上比較市場」可以當作比較之基準，配合市場的差異予以加成，可訂出一個合理的濫用價格。但須特別注意在不同專利之間，專利權人投入的開發資源並不相同，技術難度、替代技術及產品出現的時間等亦不相同，倘若採用相同的加成幅度，是否會造成發明人將其創作技術經由專利申請公開其技術，卻在取得專利後受到額外的限制或管制，造成獲得的利益遠不如選擇不公開技術以營業秘密的保護，發明人將不願意將其發明技術以專利的方法公開，阻礙產業發展，甚至造成事業不願意投入開發新技術，則有背於專利制度的設計宗旨。因此在價格加成的考量中，因就個別專利的特性予以考量。

「超額利潤限制法」運用在專利權獨占性訂價的濫用價格的計算，除了在本及授權市場規模不易估算的，成本與利潤間的關係更難以確定。更重要的是專利成本並無法反應事業的研發能力，研發能力強的公司以較少的成本，開發出技術難度較高的技術，取得專利，應給予較高的報酬作為鼓勵，然在「成本-利潤」管制的方法中，並未納入考量，僅可當作一合理抗辯的理由。

「市場價值法」係站在專利制度的設計精神，鼓勵企業及個人從事研究開發的工作，並獎勵將其研究成果角度，以申請專利的方式，將其發明公諸於世。以前述之角度為出發點，進一步評估發明人或事業若不將其發明公開，而採取營業秘密保護的方式，可以獲得的獨占利益，作為專利應有的最低報酬，加再上濫用加成以鼓勵事業或個人從事研發工作。

在市場價值法的評估方法，並不保證專利權的可以回收其投入的成本，端視專利技術的難度及競爭廠商的研發能力而定，倘若專利的難度不高，其他競爭廠商在自行研發

情況下很快就開發出相同的技術，則該專利技術的價值相對比較低，技術獨占的期間越短，所應獲得的收益，相對應該比較低，而非任何技術一旦取得專利就一視同仁，可以獲得相同的收益，這個方法另一個作用可以彌補專利制度的不足。但預估專利技術的壽命與替代技術出現的時間有一定的困難度，是操作上對大的問題。

市場價值法的評估方法中，固然可以有效估計不同專利間的價值差異，兼顧競爭法與智慧財產權的保護宗旨，防止專利權人濫用專利權獨占的優勢，實施獨占性訂價，亦可維持發明人將其發明申請專利保護之意願。但此方法中所需的產品經濟模型推估不易，且需要估計同一技術及產品的出現的時間，和替代技術或產品出現之時間，方可計算專利的實際價值。上述的幾個要素，雖在市場分析及預測的報告中可以取得，但在實際操作時，是否可以作為有效的數據，顯然仍有疑慮。

綜上所述，不論是「市場比較法」、「超額利潤限制法」或「市場價值法」，運用在專利權獨占性訂價的管制中，均有其優點及優點，應考量實際的現況，以決定採用之計算方式，為一較佳之方式。



4.5. 著作權獨占性訂價方法

著作權係保護人類文化創作，傳統的著作權保護標的為語文、音樂、戲劇、美術、攝影、圖形、視聽、錄音、建築、電腦程式等，絕大部分的著作物在市場上要被認定為市場獨占，須著作財產權人具有市場力量，並得以濫用其市場力量，是件不容易發生的事。即使著名的狄斯尼人物如米老鼠或唐老鴨的人物著作權，在競爭法的規範下，尚無法在其特定市場中，被認定為獨占。除非在政府政策或法令保護下，如早期國中小學使用之教科書或證券交易所的資訊傳輸，方可能發生著作權獨占的狀況，他人未經著作財產權人的同意，複製該著作物，為侵害著作權的行為。因而，著作權人獨占該特定市場，具有市場支配力量，有獨占濫用的可能性。但仔細思量此種態樣下的獨占力量並非來自著作權保護本身，並非因創作人文化創作的價值所造就市場獨占地位，著作權保護所扮演的角色在於阻礙其他競爭者進入市場。所以，在政府政策或法令保護下，所形成的著作權獨占之問題，以價格的管制方法比較適合作為獨占管制的手段，對其實施價格控管。

著作權仲介團體與利用人間使用費率的議題，也是個著作權保護下，獨占性訂價的一種態樣，一直是多年來著作權法領域極為困擾的問題。歐美國家各國對於使用費率管制的作法，也將於本節中加以說明。

另在電腦軟體著作權領域，由於電腦軟體產業具有網路效應的特性，是目前在著作權領域中少數非因行政限制下，比較有可能形成市場獨占的狀況。以軟體巨擘微軟公司所生產的視窗作業系統軟體，在個人電腦市場占有率超過九成，基於使用者習慣及應用軟體互通性的因素下，同時在著作權的保護下，難有其他競爭廠商進入個人電腦作業系統市場，微軟公司具有市場獨占地位。因此，微軟濫用其市場力量的指控在世界各地不斷發生，尤其以搭售的問題最受到美國與歐洲的討論，當然在市場獨占的情況下，獨占性訂價的問題也同樣存在，如何判定其訂價的合理性，為當前值得研究的課題。

4.5.1. 著作權的特性考量

基於著作權保護獨占市場的情況，如果源自於政策或法令的規範，此種獨占性訂價

管制方法的考量，可考量採用公用事業的價格管制，著重在合理報酬，另基於效率的考量，可採用激勵性機制訂價方式鼓勵獨占廠商改善經營績效，由於獨占非源自於創作的本身，無須考量著作權的特性，防範競爭法的價格管制機制，妨礙著作權制度的運作。

另一種如微軟公司視窗作業系統乃憑藉其公司的研究開發的投入，創作一套電腦作業系統，包含電腦程式、使用者畫面及程式的輔助物等著作權保護的產物。微軟公司的視窗作業系統軟體於市場中具有獨占地位，與其本身創作產物具有方便的使用者介面有絕對的關係，正是著作權保護的對象，因此，進一步在獨占性訂價考量時，應特別衡量著作權制度的目的與宗旨。

我國著作權法第一條述明著作權法之目的，乃在於「保障著作權人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展」。由條文可知著作人之權利保護乃是著作權法之主要目的，以精神之勞動所獲得之成果，亦應獲得如有體物之所有權保護。再者，著作權法第一條又標明「調和社會公共利益」及最終目的在於「促進國家文化之發展」，指出著作權應受保護，但為社會公共利益，著作亦應為大眾合理使用及應予以限定保護期限，另著作權法固然保障著作權人精神所有權，但另一層面則在於藉此鼓勵文化之創作與進步，不能應過度保護著作權人而阻礙文化之發展，致妨害文化之累積。如保護著作權人過度，限縮社會之合理使用太嚴格，或著作權保護期間太長，將使文化發展停滯，如此則非著作權法之最終目的。

基於著作權制度的設計考量，並加以考量著作權人所合理預期的報酬，是否可能因其獨占性訂價之管制，使報酬不具有激勵創作人從事創作的的作用，導致文化創作投入意願的降低，不利於文化的發展。不過，著作權人不像專利權人可以選擇不將發明公開，以營業秘密的方式獨自使用，反獲得更高的經濟利益。倘若著作物不透過公開發行時，便無法將其著作物透過買賣獲取金錢，著作權人將著作物私藏於己不會獲得比選擇公開著作物所可取得經濟利益來的多，雖然某些著作物當作藝術品買賣時，可以獲取更多的金錢，但此時並不為市場之獨占議題。因此，在著作物處於市場獨占地位時，著作物必然大量公開發行，在著作權人並無其他管道得以獲得相對更大的利益，在進行獨占管制時，並不生因獨占管制措施而導致降低著作權人的著作意願，進而破壞著作權制度，只需考量其合理的報酬，並考量著作物對於社會文化的影響及貢獻，無須特別考量著作權之其他特性，以一般競爭法獨占性訂價的計算模式，並不會造成不利於著作權制度的效

果。以下將就著作物市場獨占時，以競爭法獨占性訂價之「市場比較法」及「超額利潤法」操作時，分析是否有有異於一般商品。

4.5.2. 市場比較法

市場比較法係為主要獨占性訂價的管制方法⁷⁸之一，其管制方法重點在於確認該事業為獨占後，找到可比較的市場，取得該市場中最高價格為比較基準，再考量市場之差異對該價格加成或減成，加成或減成後之價格為假設競爭價格，如產品訂價明顯高於假設競爭價格（一般濫用加成約為 25%），則推定違反競爭法獨占性訂價之榨取加成，此時該獨占事業若無合理抗辯，則構成違法的榨取濫用。

首先，在確定行為人為獨占步驟，以著作權的保護標的觀察，特定市場的界定並無困難，由於著作權重製及運送的便利性，通常只需要考慮相關產品市場，而無須特別就相關地理市場界定加以考量的必要，針對產品替代性的檢定，考量產品之本質、最後使用目的、消費者主觀之感覺、價格相似性等加以認定，並進行交叉價格彈性之測試後，計算其市場占有率，判定是否為獨占事業。同樣地，這一套方法適用於著作權保護之著作物之特定市場判定。以電影為例，一部熱門電影如好萊塢電影鐵達尼號，特定市場範圍之界定，需通過上述替代性的檢定後，判定是單一電影影片市場為一特定市場或整個電影市場為一特定市場，或需加上錄影市場後為一特定市場。在一般狀況下，不同電影間還是存在競爭消費市場的狀況，以消費者而言，一個月的花在看電影的費用原則上是有額度限制，因此，選擇了觀看鐵達尼號電影，會排擠選擇看其他電影的預算，因此，整個電視市場應視為一特定市場，即便以鐵達尼電影在市場受歡迎的程度，亦尚難滿足市場獨占的定義，具有獨占的市場力量，方得以濫用該力量，絕大多數著作權保護之產物皆為這種狀況。在電腦軟體領域將會有些不同，以微軟視窗作業系統為例，作業系統被使用各種不同的電子產品中，如個人電腦、伺服器、PDA、行動電話等，特定市場的選定均需衡量產品間的替代性，由於各不同電子產品間並無替代性，因此個人電腦作業系統視為一特定市場，在該特定市場中目前除了微軟視窗作業系統軟體外，還有如Linux作業系統、FreeBSD作業系統等替代產品，在個人電腦市場中，微軟視窗作業系統市場

⁷⁸ 「比較市場法」係為德國目前獨占性訂價之實務作法，詳見本文第四章第三節。

占有率超過九成，且近幾年有越來越高的趨勢⁷⁹。因此，確定微軟在個人電腦的作業系統市場上，具有獨占地位。

在找尋可比較市場步驟，「地理上比較市場」、「產品上比較市場」與「時間上比較市場」都是可考慮的可比較市場。以微軟視窗作業系統為例，在「地理上比較市場」的找尋，雖然微軟視窗作業系統軟體在絕大多數的市場都處於獨占的地位，但在不同的地理區域中，還是有存在不同程度的競爭狀況，在中國政府刻意扶植Linux作業系統的政策下，微軟視窗作業系統軟體雖還是有滿足獨占的定義，但相對的競爭程度有所不同，可以當作一個「地理上比較市場」；同樣地，「時間上比較市場」的找尋，可以參考微軟在1995年第一代產品推出時，當時處於與IBM及APPLE作業系統競爭時，當時的訂價狀況。不過在許多時候基於「地理上比較市場」及「時間上比較市場」都沒有辦法發揮太大的作用。雖然「產品上比較市場」一般使用上作為輔助的使用，在電腦軟體市場上，應是個不錯的選擇，例如：PDA作業系統市場，以2001年的統計數據顯示Palm OS、Linux及微軟Win CE作業系統仍為一有效競爭的市場⁸⁰。行動電話作業系統的市場目前也是由Symbian、Microsoft、Linux、Palm等主要四家公司的作業系統處於競爭的局面。或由同是個人電腦應用軟體市場中的瀏覽器或影音播放器等競爭市場，找尋一個作為比較市場法中所引為「產品上比較市場」。

下一個步驟為價格的加成或減成，不同軟體市場在考慮市場差異時，應考量其研發費用的差異、銷售數量的差異、產品銷售費用的差異等因素，當個人電腦用作業系統軟體研究開發成本遠高於行動電話作業系統，因此差異予以價格加成；個人電腦作業系統市場銷售市場規模小於行動電話作業系統市場，由於軟體生產成本低，相同的研發成本銷售數量較少，應予以價格加成；產品管銷成本，個人電腦作業系統軟體零售市場銷售的部份，需要額外的管銷費用，而行動電話作業系統軟體管銷費用很低，因此，亦有價格加成的需要。

濫用加成步驟的在著作權保護下具有獨占地位的著作物時，亦有必要予以考量，考

⁷⁹ 美國聯邦地方法院公布微軟反托拉斯案之事實認定書，競爭政策通訊，第四卷第一期，消息報導，<http://www.ftc.gov.tw/>；
http://www.books.com.tw/data/magazine/globalviews.nsf/Item_View/B1C8652CBE5E0E9C48256823000F2159-OpenDocument.htm。

⁸⁰ 作業系統：智慧型手持裝置作業系統的現況及未來發展趨勢，拓璞產業研究所，http://203.66.161.5/document/mic_digi/Topology/report_topology/IA/2002/020613.htm。

量著作權的特性，濫用加成的額度並無與一般商品或服務有所差異，以 25% 為標準。

最後，當價格仍高於濫用價格時，需視行為人是否提出合理的抗辯，在行為人無法提出合理抗辯時，方構成獨占性訂價之濫用。

4.5.3. 超額利潤法

超額利潤法係為另一種獨占性訂價的管制方法⁸¹之一，其管制方法重點在於確認該事業為獨占後，分析及確認成本及利潤，再確認合理的利潤，如產品利潤明顯高於合理利潤（一般濫用加成約為 25%），則推定違反競爭法獨占性訂價之榨取加成，此時該獨占事業若無合理抗辯，則構成違法的榨取濫用。

在獨占事業的判定已於前一章中說明⁸²，成本確認一直都是超額利潤法最困難的地方，尤其著作權與專利權在成本結構上，主要為先期的研發或創作成本為主要的成本，其餘產品製造成本僅佔售價一小部份，以微軟視窗作業系統為例，扣除先期成本，微軟視窗作業系統軟體產品成本，僅有光碟一至數片，大量生產成本僅有數十元新台幣，再加上運輸銷售成本，亦不超過百元成本，然微軟視窗作業系統產品銷售金額高達四千元新台幣以上，主要的成本支出在於固定成本。因此成本倘若未取得獨占事業內部研發成本資訊，所估算出的成本將會嚴重失真。採用重置成本法估算也是可以採行的一種作法。成本估算出來後，以產品壽命預估產品總量，計算出產品利潤。

在合理利潤的確認階段，以視窗作業系統軟體為例，可以參考一般其他不同電子產品作業系統的利潤，如：行動電話作業系統軟體，或個人電腦其他軟體的利潤，如：影音播放軟體。這裡利潤的估算，同樣地，具有成本資料取得不易的問題。

濫用加成的額度與一般商品或服務的 25% 為合宜的狀況。最後，當價格仍高於濫用價格時，需視行為人是否提出合理的抗辯，在行為人無法提出合理抗辯時，方構成獨占性訂價之濫用。

⁸¹ 「比較市場法」係為歐盟目前獨占性訂價之實務作法，詳見本文第四章第三節。

⁸² 參見本文第三章第二節第二項。

4.5.4. 著作權仲介團體使用費率管制作法

著作權仲介團體與使用人之間的「費率爭議」，多年來一直是著作權法領域極為困擾的問題。在著作權法於民國九十年十一月十二日修法之前，著作權仲介團體所定之使用報酬率，應先經「著作權審議及調解委員會」審議；修法之後，刪除此項規定。因此目前著作權仲介團體與使用者間有關「費率的爭議」，即應回歸一般契約法的市場原則。但由於著作權仲介團體的本質或特徵，因此當著作利用人未能與著作權仲介團體就使用報酬達成一致，致無法利用著作時，則經常質疑著作權仲介團體收費太高，濫用其市場優勢地位。因此在著作權法修法之後，有不少將原本是屬於專業主管機關或法院管轄費率爭議之問題，直接適用到公平交易法濫用監督的討論。

一、歐美費率標準⁸³

歐美各國對於「適當費率」的認定標準，可歸納以下因素：

(一) 首先被考慮的就是，著作利用人因為使用著作所獲致的金錢上的利益。

雖然WIPO報告⁸⁴中指出，在扣除稅金和市場行銷花費的總收入 10%原則已經逐漸為國際所採用，甚至包括瑞士也在法律中明定 10%原則⁸⁵，但是在德國實務上受到最多批評的，就是這所謂的 10%的原則。但這種固定的費率標準完全欠缺客觀的評價標準，是由具有獨占力的著作權仲介團體所做決定，絕非出於市場價格使然，此一標準應更具彈性才是。

(二) 當金錢上的獲利不易計算時，也並不排除基於其他的計算基礎去計算費率，例如場地的大小、座位數等。

(三) 在費率的形成上，也必須考慮，所利用的著作占全部使用行為的比例如何而定。另外，基於著作權的社會性使然，對公益的利用也應做特殊的考慮。

⁸³ ASCAP v. Showtime/The Movie Channel Inc., 912 F.2d 563 (2d Cir. 1990); 經濟部智慧財產局，經濟部智慧財產局對著作權仲介團體所提使用報酬率審議之說明，2000 年 1 月，頁 4。

⁸⁴ WIPO, Collective Administration of Copyright and Neiboring Rights, WIPO Publication No. 688(E), 1990, p. 77-78.

⁸⁵ 瑞士著作權法第六十條第二項。

（四）平等對待原則。

美國政府與ASCAP 之同意判決當中所顯示出的『差別待遇之禁止』原則指出，ASCAP 對於處於相同地位之使用者不能予以差別待遇，尤其是在概括授權的部分⁸⁶。這其中應特別注意的是，因為不同的利用方式而產生的不同的付費，是否都是基於平均的計算標準（Rechnerischer Durchschnittsatz）；如果收費的標準極偏離此一平均的計算標準，並且非常明顯的對某種利用行為造成不公平的負擔時，則屬違法。

（五）利用頻率與密度。

實務上，著作利用的頻率往往也會影響費率的標準，例如錄音物與錄影物之出租，前者較常被反覆利用，故費率遠高於後者；或是攝影著作在 CD 上的授權費用，也比在傳統印刷媒體上高。

（六）對於國內、外費率標準的比較。

在判斷某授權契約費率是否過高時，必須先尋找一『足夠相似』的市場，進而加以比較。此方法雖較尋找一具有『競爭性』的市場容易，但要在市場運作中找到相似的市場，實際上也具有相當程度的困難。實務上乃發展出了一些作法，包括將國外仲介團體的費率拿來做為比較基準，如德國，之前即曾經拿瑞士和奧地利仲介團體公開演出的費率進行比較。但在比較時應特別注意，前者之作法所隱含之不確定性較高，諸如物價水準高低、市場規模大小、音樂著作類型之差異、消費者習慣之差異等等都是必須考慮的因素。

（七）另外，費率在過去數年間的變化情形如何，也是在主管機關認定仲介團體調整費率是否合理的判斷因素之一。

調高費率，只有在根據生活物價指數或平衡通貨膨脹率所做的調整，才會被認為合理。就此部分，通常會根據物價指數或通膨率等參數，定出一套計算公式。

二、WIPO 相關規範

⁸⁶ 前揭註 83。

WIPO 的文件中指出：雖然很難去定義何謂合理的費率，但是有某些原則和實務經驗已經發展出來而值得我們參考。例如，有兩種費率的基本形式，依所收費用的比例（percentage of the receipts）或是一次付清（lump-sum payment）。前者通常用在當該著作的使用與使用者的主要活動有關時，如電影上映、音樂會、出版等，在國際上已經就此發展出某些普遍可接受的標準（例如『10% rule』）。而後者則通常用在不是使用者的主要活動時。由於一次付清的方式必須建立在很多不同因素的考量上，因此判斷上較為複雜，但是仍有一些被普遍接受的的計算原則。然而，若一個費率或條款與國際接受的標準相當或是沒有實質上差異的話，適用這樣一個費率和條款很難被認為是濫用事實上獨占地位。然而，如果在某個國家的費率比其他國家來的高的時候，並不代表著作權仲介團體就是在濫用其獨占地位，因為也有可能是該國家的費率並不會太高而是其他的國家費率太低。所有的因素都應該被仔細的考慮。接著，該文件提到關於監控著作權之使用以及費用收取所需適用之原則：第一，盡可能全面性（as comprehensive as possible）：對於使著作權人享有權利並得到符合真正使用狀態的報酬來說，盡可能全面性之監控是一個不可或缺的條件。第二，平等待遇原則（equal treatment）：監控的範圍和密度應該建立在不歧視特定種類利用人的利益之上。第三，適當的立法、行政措施（appropriate legislative and administrative measures）：利用人有協力合作的義務，而且法律對於不遵守者必須有執行、制裁程序。

4.5.5. 小結

著作權保護下，著作物獨占性訂價的問題，目前以微軟視窗作業系統及著作權仲介團體的討論最多，其中著作權仲介團體對於費率的標準，已在歐美各國的規範及判例找到一套評量的方法。至於微軟視窗作業系統軟體獨占性訂價的問題，歐美各國均未處理到價格的問題，目前僅在台灣曾有和解的案例，在和解過程中，公平會曾就各國物價與售價的關係予以比較，尋找「地理上比較市場」的市場比較方式，以釐清微軟在不同區域價格的差異，作為濫用獨占力訂價的依據。但是否微軟公司各國的售價有一致性的考量，就不產生售價過高，榨取消費者的問題，答案顯然不是。獨占性訂價的主要考量因素，應在於廠商是否獲取超額的利潤，以微軟公司案為例，微軟公司作業系統在世界各地市場均具有獨占地位，此時採用「地理上比較市場」的市場比較方式，所找出不同地

區的比較市場，並非具有競爭的市場，不能當作一比較市場作為獨占性訂價的判斷的基準。因此，還是須從「成本-利潤」的超額利潤法著手，方可釐清價格是否過高，有效解決獨占性訂價的爭議。但亦產生與一般競爭法相同，實務上操作的難度與複雜度過高的問題，也許正是各國競爭法管制機關不願正面處理的原因。



5. 結論

在全球化的過程中，智慧財產權在企業競爭中所扮演的角色，已經從保護智慧資產、防範他人抄襲的配角位置，躍升為阻礙其他競爭對手進入市場，獲取高額利潤之企業相互競爭手段的主角。觀察現今許多的企業在推出新產品或新服務之前，必定將智慧財產權的保護當作首要任務，在沒有完善的智慧財產權的保護措施前，絕不貿然推出其產品或服務；更甚者，有些企業在產品規劃之初即展開智慧財產權佈局的動作，充分地利用智慧財產權的排他性，築起一面競爭對手難以跨越的高牆，以維持企業的競爭力及優勢，甚至獨占整個市場。因此，此種思維下競爭法介入智慧財產權的領域有其必要性，從近年的學界研究或是實務案例的持續增加，可以充分得到驗證。

然在智慧財產權與競爭法相關的討論上，與傳統競爭法的思維相同，一般著重在行為人獨占後行為的濫用層面，例如搭售、差別待遇等，防範權利人在獨占市場後，採取阻礙競爭的舉動，阻礙新進廠商進入市場或影響其他商品市場之競爭局面。但忽略因智慧財產權所造成的市場獨占局面，所構成的市場進入障礙過高的事實，導致市場自癒功能失靈，正是一種典型獨占事業可以長期掌握市場，獲取超額利潤的態樣。專利權人憑藉專利法賦予排他性保護，專利本身即具有一定技術難度，其他競爭對手不易迴避，得以訂定高額的售價，此時高額的利潤雖可刺激其他廠商進入的意願，但實際上要突破現有專利技術，在許多時候是十分困難的，因此縱使利潤多麼誘人，其他潛在競爭廠商也難以入該市場。因此，企業憑藉智慧財產權所建立的獨占局面，當企業訂定高額售價或授權金時，並無法透過競爭的機制產生自癒的效果。智慧財產權獨占性定價的議題變成必須面對與正視的議題。

本文已於第三章中討論及分析，獨占性定價管制適用智慧財產權的適法性並無衝突與牴觸之處，並基於智慧財產權的排他性的本質，確實存在獨占性定價，獲取高額暴利的可能性，在市場自癒能力受限的情況，唯有以績效管制的手段作為保護社會公眾利益的最後手段。本文透過對微軟作業系統案例、飛利浦 CD-R/RW 案例及高通公司 3G 專利授權案例分析，可以發現現有競爭法或專利法對於智慧財產權濫用的管制措施，並無法解決爭議問題的本質，唯有針對智慧財產權獨占性定價進行管制，方可有效解決此一問題。但由於獨占性定價之管制為一直接對經營績效給予管制，對於競爭機制有本質上的

衝突，需當做最後的手段，謹慎的行使。另針對獨占性定價管制運用在智慧財產權的適法性，智慧產權法並未提供超額利潤的保障，因此競爭法對於智慧財產權獨占性定價的管制，並不會違背智慧財產權的立法目的及宗旨，唯一需要額外納入考量的在於超額利潤額度衡量，是否會影響智慧財產權的發展，例如，價額的管制是否會影響發明人將其技術申請專利意願。

本文並於第四章中，從智慧財產權的角度出發，探就智慧財產權人，若未以智慧財產權型式保護時，所可以獲取的利益為基礎，尋找可行的獨占性訂價操作方式。同時分別以專利權及著作權的行使態樣為例，分析個別智慧財產權的價值，最重要的考量在於不能因競爭法對於獨占性定價的管制，導致智慧財產權法喪失作用，鼓勵發明人將其發明技術公開以專利保護，以促進產業的發展，或激勵創作人努力投入創作，以促進社會文化的發展。本文提出專利價值評估法，將專利依其行使態樣及影響市場的狀況分類，建立簡化的個別類型專利的經濟模型，依據不同專利的價值差異與技術難度，估算出個別專利的合理專利價值，加以衡量社會公益的影響，進而判斷專利權人是否憑藉專利法的保護，恣意剝削交易相對人及消費者，不利於整體社會發展。同樣地，基於不影響著作權法激勵創作人從事創作的動力為出發點，加以分析著作權的行使及獨占的態樣，再進一步在著作權與社會公益做衡量，以評估著作權的合理價值，著作權人獲取超過合理價值過高的利潤，視為剝削交易相對人及消費者，不利於整體社會發展，予以獨占性定價之管制。

獨占性定價管制的操作方法在傳統競爭法中一直都是件令人困擾的工作，相關資訊的取得不易，需耗費相當多的時間及人力，且資訊的正確性時常受到質疑，並且隨著時間及環境的改變，定量的條件也隨之改變，需要重新估算，所耗費之行政的成本很高，因此，如何有效的維持長時間的訂價管制，不是件容易的工作。本文針對智慧財產權所提出的獨占性定價的評估操作方法，也會遭遇相同問題，本文重點在於提出一種對於智慧財產權績效管制時，兼顧智慧財產權法規及立法目的評估考量及方法，具體的操作方法仍需後續就個案建立其經濟模型，雖智慧財產權獨占性定價的管制操作複雜度不低，但在特定的實務案例中，為解決問題的根本之道。

最後，本文肯定智慧財產權之獨占性定價的管制，從實務及案例上觀察，確實有存在的必要，又智慧財產權法與競爭法之間亦無存在法規衝突而無法適用的問題，但衡量

與市場經濟的原理，仍需妥當小心地使用此依管制手段，在缺乏可行及有效之「替代方案」及「優先方案」情況下，將其視之為最後的管制手段使用，亦可調和與市場競爭原理相衝突的現象。本文另從從智慧財產權保護目的為出發點的價格評估法，可改善傳統競爭法的獨占性定價評估法適用時智慧財產權時的缺失，但仍與傳統競爭法獨占性定價評估法具有相同的操作難度，無法降低管制操作的複雜度與準確性，仍有待進一步的研究。即便如此，觀察近年來德國獨占性訂價管制的實務經驗，雖然在操作上遭遇諸多之困難，且訴訟上也遭到重大的挫折，但保留獨占性訂價之立法，確實達到嚇阻的效果。根據實務上的觀察在許多案例中，行為人主動調查過程中，不待正式處分結果公布，主動降價。所以，法律的嚇阻作用及主管機關在處理程序中，已發揮重大的影響力。



