

《公平交易季刊》
第 32 卷第 2 期（113/4），頁 1-30
◎公平交易委員會

數位市場結合管制 ——從促進創新及智財保護觀點談起

陳龍昇*
謝祥揚

摘要

本文旨在探討數位市場結合管制之競爭法議題，並嘗試從促進創新及智慧財產權保護的觀點，提出思考脈絡以及可能的解決方案。本文首先探討美國聯邦貿易委員會（下稱 FTC）在 2020 年對 Facebook（後更名為 Meta Platform Inc.）提出之訴訟，並以該訴訟所涉及之 Instagram、WhatsApp 併購案為討論主軸，藉由兩造在訴訟上之主張，以及承審本案之美國華盛頓特區聯邦地方法院（United States District Court for the District of Columbia）的初步意見，探究競爭法主管機關在管制可能面臨的難題，以及可能的因應思考方向。其後，本文進一步討論「新創併購」（acquisition of nascent firms）、「殺手併購」（killer acquisitions），以及其各自涉及之競爭法議題，並提出各該併購案型中的審查思維。

另一方面，本文亦從智慧財產權保護的觀點，提出新創業者於積極投入研發創新時，所可能考慮使用的智慧財產權保護手段。其後並指出為何在科技產業仍慣見以併購方式，取代可能的其他手段（例如：取得授權、購買專利），以達取得該新創業者研發技術成果之目的。在「新創併購」現實上難以全面禁止的前提下，本文嘗試提出由具市場支配地位的既有業者提出「非專屬授權」（non-exclusive license）承諾的初步思考方向，期啟後續政策思辯及對話。最後並回應公平交易委員會於《數位經濟競爭政策白皮書》的相關論述段落，以代結論。

關鍵詞：數位經濟、數位市場、結合、新創併購、殺手併購、創新、數位經濟競爭政策白皮書

投稿日期：112 年 5 月 24 日

審查通過日期：113 年 3 月 25 日

* 陳龍昇為國立政治大學法學院專任副教授、謝祥揚為東吳大學法律學系兼任助理教授，現職為萬國法律事務所合夥律師。本文改寫自公平交易委員會 111 年 12 月 5 日與 6 日主辦之「第 29 屆競爭政策與公平交易法學術研討會」論文。陳龍昇為第一作者、通訊作者，負責第一、三、四章節，貢獻比例 50%；謝祥揚負責第一、二、四章節，貢獻比例 50%。

一、前言

數位經濟競爭法議題，近年來漸受矚目與討論，世界各國競爭法主管機關亦已就此議題有密切注意¹。我國公平交易委員會（下稱公平會）於 2022 年 3 月 2 日發布《數位經濟競爭政策白皮書》初稿²，嗣於 2022 年 12 月 20 日發布《數位經濟競爭政策白皮書》定稿（下稱白皮書）³。其中，關於數位市場之結合管制，白皮書針對所謂「殺手併購」（killer acquisitions），提及 3 個可能面臨的問題與挑戰，包含：1. 「競爭法主管機關如何判斷被科技巨擘收購之新創事業，實際上是科技巨擘未來的競爭對手？」；2. 「在動態的數位經濟中，如何將潛在競爭理論應用於科技巨擘收購新創事業之案件審查中？」以及 3. 「競爭法主管機關若禁止科技巨擘收購新創事業，是否會不利於技術的創新競爭⁴？」。關於競爭法主管機關如何判斷「殺手併購」對

¹ 國內間探討有關於數位經濟與競爭法相關議題之文獻，可參見黃帥升，「數位經濟競爭下的殺手併購」，會計研究月刊，第 438 期，46-51（2022）；宋皇志，「大數據之競爭法議題——以限制競爭為中心」，政大法律評論，第 163 期，49-138（2020）；吳明賢，「數位經濟下新創事業之結合議題」，公平交易委員會電子報，第 155 期（2020），<https://www.ftc.gov.tw/upload/1090916-1.pdf>，最後瀏覽日期：2023/4/26。以此議題為主題之學位論文，請參見朱金藝，有關數位平台反托拉斯規制問題之研究，國立高雄大學法學院博士班博士論文（2021）；陳威汎，數位平台數據力之競爭法規範，國立臺灣大學事業經營法務碩士在職學位學程碩士論文（2021）；李宛諭，大數據與競爭法，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（2020）；王相傑，數位經濟時代下的競爭法問題——以雙邊市場理論的角度出發，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（2019）；蔡水峰，競爭法下數位經濟對企業經營的挑戰，逢甲大學財經法律研究所碩士論文（2019）；鄧婉伶，平台事業之競爭法問題研究——以雙邊市場理論為中心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（2018）。

² 參見公平交易委員會新聞稿，「公平會發布『數位經濟競爭政策白皮書』初稿，對外徵詢公眾意見」（2022/3/3），<https://eycc.ey.gov.tw/Page/9FAC64F67005E355/355291c0-3491-453e-9234-8f69a4bfe7a9>，最後瀏覽日期：2023/4/26。前開白皮書初稿之全文，可查詢：公平交易委員會，數位經濟競爭政策白皮書（初稿），公平交易委員會（2022），<https://www.ftc.gov.tw/upload/ebab864a-d164-48da-980b-32e4d5d9a4ce.pdf>，最後瀏覽日期：2023/4/26。

³ 參見公平交易委員會新聞稿，「『數位經濟競爭政策白皮書』公布了！」（2022/12/20），<https://eycc.ey.gov.tw/Page/9FAC64F67005E355/6e87067e-73e6-433e-a94b-fb4279f822c6>，最後瀏覽日期：2023/4/26。前開白皮書定稿之全文，可查詢：公平交易委員會，數位經濟競爭政策白皮書，公平交易委員會（2022），<https://www.ftc.gov.tw/upload/d83b5225-d541-44ec-a61f-568ab6109d56.pdf>，最後瀏覽日期：2023/4/26。

⁴ 公平交易委員會，數位經濟競爭政策白皮書，同上註，194。此外，白皮書就此三問題，亦提出以下進一步闡述：「競爭法主管機關對於數位平臺購併新創事業而有減損市場競爭之殺手併購行為，應先釐清以下各點以決定競爭法對於前述結合案件之審查如何兼顧市場競爭及技術創新：1、

於技術創新之影響，前開白皮書論及：「新創事業之所以有意願從事創新，期待未來從被併購中獲利是一項不容漠視的事實」；「『殺手併購』也可能是科技業整合互補性產品及技術產能的重要方法」，「被併購事業的資產、技術、人才或智慧財產都被納入到併購事業的生態系統中，持續用以改良其產品與技術，支持併購事業從事進一步的創新⁵。」

在此之前，美國國會司法委員會之競爭法、商業暨行政法子委員會（Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary）於 2020 年 10 月發布「數位市場競爭調查」（Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations，下稱美國國會調查報告）⁶。其中，美國國會調查報告經研究後發現，數位經濟市場的新科技業者數量有下降的現象，新創及新業者在數位市場的市場占有率（下稱市占率）也顯著下降；對於科技

競爭法主管機關之執法成本：競爭法主管機關難以瞭解每個產業的全貌，尤其是數位經濟產業之發展變化快速，商業模式及技術演進更加複雜，因此以 Facebook 收購 IG 與 WhatsApp 等交易之結合案件為例，競爭法主管機關在審查當時難以將 IG 與 WhatsApp 等事業視為 Facebook 未來之競爭對手，而施以矯正措施或是禁止。因此競爭法主管機關如何判斷被科技巨擘收購之新創事業會是科技巨擘未來競爭對手，降低審查時可能發生錯誤之成本，實是一大考驗。2、對於潛在競爭理論的應用：本會『對於結合申報案件之處理原則』第 12 點對多角化結合是否有重要潛在競爭可能性已揭櫫要注意之事項，可是在技術研發頻仍的動態數位經濟中，亦應注意到現今某些不具替代關係的技術，一段時間後可能就改變了……3、新創事業對於併購之期待：新創事業研發能力之延續，需有供應無虞的資金支持，因此新創事業發展初期之財務困境，須向資金供給者（例如投資銀行等金融機構）提出誘人且具發展潛力之商品或服務，以換得技術開發所需的資金，然而對資金提供者而言必然是以取得新創事業股份甚至是收購新創事業作為交換條件，新創事業也未必排斥被大型事業收購，甚至有些新創事業以被大型事業收購為目標。因此，競爭法主管機關除以市場競爭觀點評估科技巨擘收購新創事業之結合案件，應考量若全面禁止前述結合案件，可能損害新創事業持續投入技術研發之誘因，反而不利於技術創新」。參見公平交易委員會，數位經濟競爭政策白皮書，同上註，120-121。

⁵ 公平交易委員會，數位經濟競爭政策白皮書，同上註，197-198。

⁶ Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, "Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations," (2020), https://democrats-judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf, last visited on date: 2023/4/26. 嗣於 2022 年 7 月，美國國會司法委員會正式出版該報告，全文可查詢：Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations, U.S. Government Publishing Office (2022), <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-117HPRT47832/pdf/CPRT-117HPRT47832.pdf>, last visited on date: 2023/4/26 [hereinafter Digital Markets Report].

業新創業者早期階段的資金投入亦顯著下降⁷。就此，美國國會調查報告表示，投注於新創科技產業的創投資金之所以減少，與數位經濟市場盛行的併購行為有密切關聯⁸。就此，前開調查報告引用美國芝加哥大學經濟學者 Sai Krishna Kamepalli、Raghuram Rajan 與 Luigi Zingales 等人合著之「Kill Zone」乙文，認為數位經濟市場的大型企業的重要併購行為，導致該產業新創業者所獲得之投資金額顯著降低⁹。以此觀之，大型業者對於新創科技業者的併購行為，事實上是否必然有助於達成促進創新之效果，顯有疑問，有待進一步實證考察¹⁰。

由以上公平會白皮書及美國國會調查報告之論述可知，近年來數位市場普遍存在一種現象，即科技巨擘多在新興業者有機會發展成具競爭力的對手前，先將其併購。新創業者（start-ups）對此似也樂觀其成，不乏在創業時即設立「早期退場」目標，希能於短期間內吸引大企業目光，等待創業 3 年或 5 年後的併購邀約。此類併購或可稱為「新創併購」（acquisition of nascent firms）¹¹。在競爭法的觀點，此類併購的管制難題在於：被併購方多半幾無市占率，一旦管制者希望介入，如何證明被併購方日後將有一番發展，實為管制上的困境¹²。此類併購案實不乏其例。根據美國學者 Mark A. Lemley 教授等人之觀察統計，以 2014 年為例，當年度併購案交易金額最高的案例為 Facebook（現已更名為 Meta Platform Inc.，下稱 Meta）併購 WhatsApp

⁷ Digital Markets Report, *id.* at 35-36.

⁸ *Id.* at 37.

⁹ *Id.* 經引用之論著為 Sai Krishna Kamepalli, Raghuram Rajan & Luigi Zingales, “Kill Zone,” *SSRN Paper* (2021), <https://ssrn.com/abstract=3555915>, last visited on date: 2023/4/26.

¹⁰ Digital Markets Report, *supra* note 6, at 38. 美國國會調查報告引用美國耶魯大學管理學院 Fiona Scott Morton 教授之意見：「競爭不足已導致獨占業者可以將『創新』引導至其所希望之方向，而非由參進市場的業者依其自身之選擇發揮創意」（“...insufficient competition has given dominant firms the ability to channel innovation in the direction they prefer ‘rather than being creatively spread across directions chosen by entrants.’”）。

¹¹ 關於「初生」（nascent）的市場參進者相關討論，請參見 Scott Hemphill & Tim Wu, “Nascent Competitors,” *168 University of Pennsylvania Law Review*, 1879 (2020).

¹² *Id.* at 1880-1881 (noting, “However, enforcers face a dilemma. While nascent competitors often pose a uniquely potent threat to an entrenched incumbent, the firm’s eventual significance is uncertain, given the environment of rapid technological change in which such threats tend to arise. That uncertainty, along with a lack of present, direct competition, may make enforcers and courts hesitant or unwilling to prevent an incumbent from acquiring or excluding a nascent threat. A hesitant enforcer might insist on strong proof that the competitor, if left alone, probably would have grown into a full-fledged rival, yet in so doing, neglect an important category of anticompetitive behavior.”).

之交易案；在同年度併購價金次於 WhatsApp 併購案的其他 7 件金額中，均為既有業者併購潛在競爭對手之併購案。其中包含 Google 併購 Nest Labs（提供智慧居家服務之新創業者），以及 Meta 併購 Oculus（開發虛擬實境產品之新創業者）¹³。就產業別而言，在前述併購價金前 8 大的併購案中，有 3 件屬於生技醫藥產業（即：Johnson & Johnson 併購 Alios BioPharma、Genentech 併購 Seragon Pharmaceuticals 以及 Mallinckrodt Pharmaceuticals 併購 Cadence Pharmaceuticals），其餘則都是數位經濟產業的併購案，可見數位經濟產業之併購案例確為普遍¹⁴。

此外，數位經濟市場常見所謂「殺手併購」。亦即，收購方之目的在於將被併購方之資產及產品或服務，排除於市場之外。根據學者 Colleen Cunningham 等人的實證分析研究發現，在醫藥產業領域常出現「殺手併購」。尤其，當既有業者的產品與新創業者的產品互相重疊時，既有業者有更高的動機併購該新創業者，且於併購之後，前述由新創業者開發（且與既有業者產品有所重疊）之產品，極有可能無法繼續開發或發展；Cunningham 等人亦表示：前述研究發現並不僅限於醫藥產業，殺手併購實已成為各種產業新創業者「離開市場」的固定模式與策略；Cunningham 等人因此提出警告：不應將既有業者收購新創業者之行為解釋為既有業者係在整合並促進新創業者之創新，而應留意殺手併購對於創新及競爭的傷害¹⁵。從而，對收購方而言，其併購不僅在於取得被併購業者的既有資產，更在於其將被併購方排除於市場外可能帶來的價值。就後者而言，更可包含：一、被併購方日後為其他競爭對

¹³ Mark A. Lemley & Andrew McCreary, “Exit Strategy,” *101 Boston University Law Review*, 1, 19 n.69 (2021).

¹⁴ 生技醫藥產業的併購案對於該產業創新，亦有相當程度影響，尤見被併購方於併購前已研發完成的藥品，於併購後無法繼續存在於市場之情形。See Colleen Cunningham, Florian Ederer & Song Ma, “Killer Acquisitions,” *129(3) Journal of Political Economy*, 649, 650 (2021).

¹⁵ *Id.* at 696 (“Consistent with the killer-acquisitions motive, we show that incumbents acquire firms with overlapping drug projects and that overlapping acquired drugs are less likely to be developed, particularly when the acquirer has strong incentives to protect his existing market power.... Although our analyses focus on the pharmaceutical sector, the core insights extend beyond that specific setting. Acquisitions are the primary form of start-up exit and have become increasingly popular as an exit strategy over time across various industries, suggesting that the potentially damaging consequences reach beyond pharmaceuticals. Our results caution against interpreting acquisitions of nascent technologies solely as incumbents’ efforts to integrate and foster entrepreneurial innovation. Instead, a substantial part of what is fueling this trend may actually be killer acquisitions that potentially harm innovation and competition.”).

手取得後對於收購方產生的不利益；二、被併購方日後發展成為競爭對手，在市場競爭上取得一席之地後，對於併購方可能造成的不利益¹⁶。論者 Justine Haekens 亦指出，殺手併購常見於醫藥及科技產業，並提醒此類併購經常因未達結合事前申報門檻而未能事前接受競爭法主管機關的審查，但對競爭及創新均構成威脅¹⁷。

此外，根據學者 Axel Gautier、Joe Lamesch 針對數位科技巨擘（Google、Amazon、Meta、Apple、Microsoft）的實證研究發現，在數位市場的併購案例中，有多數比例的案例出現：「被併購方的廠牌在併購後即不再被使用」的情形；有 60% 的併購案例出現：「被併購方的產品在併購完成後即不再被供應」的情形；僅有 27% 的併購案例中出現：「被併購方的產品仍以其原有品牌繼續於市場上供應」的情形¹⁸。同時，Gautier、Lamesch 也指出，基於「網際效益」（network effect），在數位市場的併購案例中，如併購方考量被併購方的產品或服務本身已有相當數量的使用者，為維持該等使用者所形成的網際效益，併購方可能會在併購後持續以被併購業者先前使用的品牌，繼續提供該產品或服務¹⁹。就此，學者 Marc Ivaldi、Nicolas Petit、Selçukhan Ünekbaş 等人基於其對數位產業併購案例之案例分析結果，提出不同看法，渠等認為依目前有限的數位產業併購案觀之，似尚難直接看出數位產業的併購案例必然會發生殺手併購的結果²⁰。

無論殺手併購是否普遍確實存在於數位產業之中，對於創新政策而言，提供一個創新友善的法規環境（innovation-friendly regulatory environment），一直是核心議題。在數位市場，可能涉及的智慧財產權利為商標、著作權、專利、營業秘密。就商標而言，因併購交易完成後併購方是否保留被併購方的商標或企業表徵並繼續沿用，抑或者僅留下原併購方之商標或企業表徵，多取決於併購方的併購計畫及整體經營策略，尤其攸關消費者於併購完成後是否可能輕易「轉移」或「調整」其消費或使用習慣，故尚難一概而論。本文所欲探討的核心問題則為，數位經濟市場的結

¹⁶ Herbert Hovenkamp, "Antitrust and Platform Monopoly," *130 Yale Law Journal*, 1952, 2043 (2021).

¹⁷ Justine Haekens, "Mergers as an Abuse of Dominance: Insights from the Towercast Judgment," *44(11) European Competition Law Review*, 513, 514 (2023).

¹⁸ Axel Gautier & Joe Lamesch, "Mergers in the Digital Economy," *8056 CESifo Working Paper*, 3-4 (2020), <https://ssrn.com/abstract=3529012>, last visited on date: 2024/4/10.

¹⁹ *Id.* at 4.

²⁰ Marc Ivaldi, Nicolas Petit & Selçukhan Ünekbaş, "Killer Acquisitions: Evidence from EC Merger Cases in Digital Industries," *SSRN Paper*, 37 (2023), <https://ssrn.com/abstract=4407333>, last visited on date: 2024/4/10.

合對於既有業者及新創業者從事研發創新所生的影響，因此將聚焦於與技術研發有關之範疇。從而，就與企業表徵有關之商標權相關議題，則暫不討論。就著作權而言，新創業者以市場既存的應用程式介面（application programming interface, API）所進一步研發的軟體或程式，乃至於產品內容所涉創作，均可能受著作權保護²¹。就專利而言，數位新創業者提出的商業模式，乃至於與特定介面或載具結合後的使用方法，均有可能申請取得方法發明專利；而圖形化使用者介面本身亦可能取得設計專利²²。新創業者於創業研發期間累積而得之無形資產，亦有可能以營業秘密方式保護。前述著作、專利發明或設計及其他涉及營業秘密之無形資產，均是併購方在評估併購的價值及必要性的焦點，也是新創業者的談判籌碼。管制者自可將此併購的「重心」納為其管制手段。

然而，若併購方取得相關智慧財產權後即不予實施，卻又禁止他人使用該等智慧財產權，恐過度限制公眾利益，致使該等新創業者的創新研發成果，無法為大眾所利用。但若過度限制結合，也可能讓初始投資者欠缺投資意願，反而抹煞新創事業開展事業的契機。本文將探討此三種智慧財產權在數位市場結合管制上的角色，以達成促進競爭、鼓勵創新的管制目的。

基此，本文將探討數位經濟市場中的結合現象及其管制需求與困境。就此，本文將探討美國等國家的司法實務及學說見解，並將自各競爭法主管機關所為調查，探究數位市場普遍存在的合併現象對創新研發的影響。此外，將從促進創新之觀點，探析智慧財產法制所能提供的管制方法及救濟管道，期許數位經濟市場的結合管制能更為全面完善。

我國目前雖尚未出現數位產業結合或併購的矚目案件，但數位經濟產業發展快速，實有預先思考該產業競爭政策之必要。基於前述問題意識，本文第二部分將探討數位市場結合管制之競爭法議題。其中將先探討 Meta 併購 Instagram 及 WhatsApp 案，進而分別探討新創併購及殺手併購所引發的競爭法疑慮。第三部分則分析促進創新及智慧財產保護之議題，並嘗試提出「非專屬授權承諾」（promise for non-exclusive license）之初步思考方向，期啟後續政策思辯及對話。第四部分則回應白皮書就數位市場結合管制之相關論述，以代結論。

²¹ 我國著作權法第 5 條第 1 項第 10 款規定，電腦程式著作為著作權法所稱著作類型之一。

²² 我國專利法第 121 條第 2 項：「應用於物品之電腦圖像及圖形化使用者介面，亦得依本法申請設計專利。」

二、數位市場結合管制之競爭法議題

以下將由 Meta 併購 Instagram 與 WhatsApp 案出發，分析美國司法實務就該案所論及之限制競爭等相關爭議，繼而再分別探討數位市場中，以「新創併購」與「殺手併購」作為結合手段（類型）可能涉及的競爭法議題。之所以選擇此案作為本文討論之開端，主要與 Meta 長期以來的併購競爭策略有關。

依照美國國會調查報告的統計，自 2004 年以來，Meta 併購其他業者的案例至少達 63 件²³。美國國會調查報告亦表示，自該公司過去一連串的併購案例中亦可以瞭解，該公司希望在其他業者可望發展成為 Meta 的競爭對手之前，即予以併購²⁴。在 Meta 併購其他業者的案例中，Meta 併購 Instagram 與 WhatsApp 的兩個案例最受矚目。美國聯邦貿易委員會（Federal Trade Commission，下稱 FTC）雖對於此二合併案提出如後所述之訴訟，指摘該二合併案違反美國競爭法相關規定，然此處更需思考的問題是：當年 Meta 於併購 Instagram 與 WhatsApp 之前，競爭法關於結合管制的相關制度及規定，是否沒有發揮適當把關的作用與功能？競爭法主管機關遲至併購完成數年之後才以訴訟方式追究責任，是否為時已晚？從而，本文擬以本案例相關事實及法院裁定意見之探討，作為思考本文相關問題的起點，探索數位經濟市場中的特殊發展脈絡，並進一步思索其中涉及的競爭議題及技術創新相關問題²⁵。

（一）從 Meta 併購 Instagram 及 WhatsApp 案談起

FTC 前於 2020 年 10 月，在美國華盛頓特區聯邦地方法院（United States District Court for the District of Columbia），對於 Meta 提起訴訟²⁶。FTC 在提起該訴訟的新

²³ Digital Markets Report, *supra* note 6, at 124.

²⁴ *Id.* at 124-125.

²⁵ 至於 Instagram 與 WhatsApp 是否完全契合本文所稱之「殺手併購」或「新創併購」，雖容待深入討論，但該二併購案所顯現的制度問題：既有業者透過併購案排除現有或潛在的競爭對手，以及此類型併購案引發的「抑制創新」的問題及隱憂，乃至於競爭法主管機關於類似案件中可能面臨的困難等，均仍有探究價值。此外，FTC 提起本件訴訟，亦代表美國競爭法主管機關對於數位市場結合議題展現積極執法決心，且 FTC 在本件訴訟確實主張 Meta 的併購行為違反美國競爭法相關規定。探討本件訴訟所涉事實與爭議，自能進一步理解數位市場中的併購生態，並據此延伸思考數位市場結合管制規範有何不足之處，以及應如何優化規範及管制手段。

²⁶ Federal Trade Commission v. Facebook, Inc., Case No.: 1:20-cv-03590. 本案相關爭訟歷程資訊，可參見 Federal Trade Commission, “Facebook, Inc., FTC v.,” <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/191-0134-facebook-inc-ftc-v>, last visited on date: 2023/4/26.

聞稿表示，經歷多年以來的調查後，該委員會以 3 比 2 之表決（Noah Joshua Phillips 及 Christine S. Wilson 兩位委員投反對票），決定對於 Meta 提出訴訟，請求法院核發永久禁制令（permanent injunction）及其他衡平救濟（equitable reliefs）²⁷。在本件訴訟中，FTC 指訴 Meta 涉及之限制競爭行為包括：具反競爭效果的併購（anticompetitive acquisitions）、具反競爭效果的平臺行為（anticompetitive platform conduct）。就本文主題即前者而言，FTC 在起訴新聞稿中具體指明其於本件訴訟所指之併購案包含 Meta 在 2012 年收購 Instagram 以及在 2014 年收購 WhatsApp²⁸（以下合稱系爭二併購案）。

案經審理，美國華盛頓特區聯邦地方法院於 2021 年 6 月 28 日作成裁定，同意 Meta 就本件訴訟所為之「駁回訴訟」聲請（motion to dismiss），但仍允許 FTC 修改其起訴主張²⁹。其後，FTC 於 2021 年 9 月 8 日提出「修正起訴狀」（Substitute Amended Complaint for Injunctive and Other Equitable Relief）³⁰。就此，承審法院於 2022 年 1 月 11 日作成裁定（下稱系爭裁定），駁回 Meta 所為之「駁回訴訟」聲請，並同意本件訴訟續行後續程序³¹。

依 FTC 修正起訴狀所載，FTC 提及：約自 2010 年開始，智慧型手機逐漸普及，且普及率一日千里，因此改變消費者使用數位服務的習慣：從「桌上型電腦」至「行動裝置」。「行動浪潮」（the mobile wave）對於數位產業產生的徹底改變與衝擊，

²⁷ See Federal Trade Commission, Press Release, “FTC Sues Facebook for Illegal Monopolization: Agency Challenges Facebook’s Multi-Year Course of Unlawful Conduct,” (2020/12/9), <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2020/12/ftc-sues-facebook-illegal-monopolization>, last visited on date: 2023/4/26.

²⁸ *Id.*

²⁹ See Federal Trade Commission v. Facebook, Inc., 560 F. Supp. 3d 1 (D.D.C. 2021); United States District Court for the District of Columbia, “Order,” (2021/6/28), https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/072_2021.06.28_mtd_order.pdf, last visited on date: 2023/4/26; 美國華盛頓特區聯邦地方法院前開裁定之理由，請參見 *Federal Trade Commission v. Facebook, Inc.*, 560 F. Supp. 3d, at 4-5.

³⁰ FTC 修正起訴狀書狀全文，請參見 Federal Trade Commission v. Facebook, Inc., Case No.: 1:20-cv-03590-JEB, “Substitute Amended Complaint for Injunctive and Other Equitable Relief,” (2021/9/8), https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/2021-09-08_redacted_substitute_amended_complaint_ecf_no._82.pdf, last visited on date: 2023/4/26 [hereinafter Amended Complaint].

³¹ See Federal Trade Commission v. Facebook, Inc., 581 F. Supp. 3d 34, 40-41 (D.D.C. 2022); United States District Court for the District of Columbia, “Memorandum Opinion,” (2022/1/11), https://ecf.dcd.uscourts.gov/cgi-bin/show_public_doc?2020cv3590-90, last visited on date: 2023/4/26 [hereinafter Memorandum Opinion].

如數位服務業者無法將服務自以「桌上型電腦」為主之使用環境，成功且順利地移至「行動裝置」之使用環境，即恐為市場淘汰³²。FTC 主張，在此市場發展趨勢及競爭環境之下，Meta 因瞭解其恐怕無法藉由其自身提供之服務內容確保其市場優勢地位，即透過從事「限制競爭行為」（anticompetitive actions）之方式，以確保其在轉換至行動裝置使用環境的過程中，仍可維持其市場優勢地位³³。

針對本件系爭二併購案，FTC 認為 Meta 併購之目的係為消弭競爭或其潛在威脅（to neutralize a competitor or to neutralize a competitive threat）³⁴。其中，就 Meta 併購 Instagram 而言，FTC 於修正起訴狀即曾引用時任 Meta 執行長 Mark Zuckerberg 先生，於 2012 年 4 月 9 日即 Meta 宣布併購 Instagram 之日寄送予 Meta 公司各同事之郵件：「關於新創公司可以做的一件事，就是你時常可以併購它們」（“One thing about startups though is you can often acquire them.”）³⁵。FTC 進而指出：藉由收購及控制 Instagram，Meta 消弭對於其臉書社群服務獨占地位的嚴重威脅，且亦以違法手段維繫其市場獨占地位，而非從事實質與其他對手間之競爭³⁶。此舉剝奪使用者得以享受來自於具獨立地位的（或者繼續由原所有人保有所有權，或者由其他人取得）Instagram 的競爭利益，此競爭利益包含：來自於其他來源的競爭決策及創新、制衡 Facebook 社群平臺目前對於使用者提供的待遇及服務層級（就此，包含廣告投放量及隱私保障的層級）、對於自 Facebook 社群平臺離開之使用者，提供其他社群平臺服務之選擇、Meta 從事實質競爭之激勵³⁷。Meta 取得並控制 Instagram 後，也因此形

³² Amended Complaint, *supra* note 30, at paras. 53-55.

³³ *Id.* at para. 61.

³⁴ *Id.* at para. 105.

³⁵ *Id.* at para. 109 (“Facebook’s leadership feared that mobile messaging would serve as a path for a serious competitive threat to enter the personal social networking market. For example, in an April 2012 email, a Facebook data scientist noted: ‘[W]hile these [mobile messaging] apps began as alternatives to SMS, they are increasingly expanding into domains that more closely resemble traditional social-networking services.’ A couple of weeks later, he wrote again to colleagues: ‘We’re continuing to focus on mobile messenger apps. Two takeaways: several of these apps are trying to expand into more full-fledged social networking; and a number are working on international expansion but with varying degrees of success.’ Likewise, in an August 2013 email, the head of Facebook’s internal M&A group warned that ‘the scary part, of course, is that this kind of mobile messaging is a wedge into broader social activity / sharing on mobile we have historically led in web.’”).

³⁶ *Id.* at para. 78.

³⁷ *Id.* at para. 105.

成妨礙社群網路平臺競爭及參進的「護城河」，從而，Meta 主張其併購 Instagram 無礙於市場競爭，甚或有助於促進競爭之抗辯，並不為 FTC 所採³⁸。

至於 Meta 併購 WhatsApp 案，FTC 於修正起訴狀之陳述意旨略同，並亦強調：Meta 併購 WhatsApp 之緣由，在於 Meta 於收購 Instagram 後，認定 WhatsApp 為其下一個可能的競爭對手，而 WhatsApp 一旦決定參進社群平臺市場，Meta 即有可能無法與之競爭。從而，對 Meta 而言，WhatsApp 是一個潛在的競爭者（a potential competitor）³⁹。FTC 主張：原提供諸多不同產品服務內容之 WhatsApp，如能維持其獨立地位（或者繼續由原所有人保有所有權，或者由其他人取得），自有能力與動機，參進社群網路市場⁴⁰。

就 FTC 上開指訴，Meta 於訴訟中亦有所回應。在 Meta 各項主張及回應中，Meta 主張 FTC 雖然宣稱如果沒有系爭二併購案，消費者將有如何之選擇以及社群平臺市場將會如何競爭，但此均為 FTC 之臆測，並無實據。尤其，Meta 主張，FTC 沒有提出任何方法去證明：假若沒有系爭二併購案，社群平臺市場將會有如何之後續發展。此外，Meta 亦主張：FTC 前於系爭二併購案之申報程序中，均未表示反對，則 FTC 自不得在併購案完成多年以後，更易其先前之立場，主張各該併購案不應准許⁴¹。

就此，承審法院於系爭裁定中，認定：依 FTC 目前所提出之主張，已足以說服法院同意讓本件訴訟續行後續程序。其中，系爭裁定提及：雖然 FTC 在本件訴訟中必須具體指出其所指訴之「限制競爭效果」（anticompetitive effects）為何，且亦應指出其所指訴之限制競爭行為究竟如何損及消費者以及市場競爭，而且不論 Facebook、Instagram、WhatsApp 等軟體平臺對一般大眾提供之服務，均無收費，自無法探究「如果其中任一業者提高價格時，消費者將如何選擇」之假設情境⁴²。但法院認同 FTC 所為之主張。FTC 於本件主張之損害，係指對於競爭過程（competitive process）的損害，進而也因此損及消費者的利益。亦即，系爭裁定進一步說明，FTC 於本件係主張服務品質的下降、缺乏創新、對於使用者隱私及個資保護的減少、過多的廣告投放（且消費者無法自行選擇或決定），以及消費者在個人社群平臺市場

³⁸ *Id.* at para. 106 (“Facebook cannot substantiate merger-specific efficiencies or other procompetitive benefits sufficient to justify the Instagram acquisition.”).

³⁹ *Id.* at paras.107-108.

⁴⁰ *Id.* at para. 127.

⁴¹ Memorandum Opinion, *supra* note 31, at 30-34.

⁴² *Id.*

中缺乏其他服務提供者的選項。從而，系爭裁定認為，FTC 在本件訴訟之主張為：在缺乏實質有意義的市場競爭（meaningful competition）之下，縱使系爭二併購案並未導致提高消費者使用社群平臺服務的價格或成本，但系爭二併購案仍造成服務品質下降及缺乏選擇之結果。基於以上理由，系爭裁定准許本件訴訟續行後續程序，駁回 Meta 提出之「駁回訴訟」聲請⁴³。

系爭裁定雖然並非法院最終之判決見解，僅在探討原告即 FTC 之主張及現有舉證，是否已達說服法院其已提出合理可信之主張（a plausible claim），因而得以續行訴訟⁴⁴。但依 FTC 於本件中之主張以及系爭裁定之理由說明，亦不難發現，當具市場支配地位之大型科技業者併購新創業者時，如競爭法未能及時妥適介入，並詳為審查，往後仍有可能發生類似爭議，實值深究⁴⁵。

（二）新創併購之競爭法議題

在系爭二併購案引發的諸多競爭法議題中，新創業者經大型業者收購的「新創併購」應如何管制，實為問題核心。首應說明者為，此處所稱「新創併購」，係指具市場支配地位之科技業者收購尚未具有市場地位之新創業者。對於現居領先地位之業者而言，此類新創業者可能是將來的競爭對手，假以時日甚至可能挑戰（進而取代）現有領先業者於市場中之領先地位⁴⁶。新創業者不僅自己深具創新的動機（蓋如後進業者依舊沿襲市場既有商品或解決方案，多半無法與市場既有業者有所區隔，不僅難成氣候，在市場競爭上亦難有出頭之日），亦有可能提供消費者價格較為低廉的替代選擇方案⁴⁷。尤以，新創業者可能提出迥異於市場現有商品或服務的商業模式，甚至對既有市場產生干擾破壞（disruption），如能成功吸引消費者變更使用習慣，將進而橫掃市場，取代原有領先業者⁴⁸。

⁴³ *Id.* at 29-30.

⁴⁴ *Id.* at 3.

⁴⁵ 宋皇志，前揭註 1，123-126（該文認為，在衡量應否准予大數據公司結合時，我國公平會「應先依公平交易法第 13 條第 2 項衡量結合所帶來整體經濟利益是否大於限制競爭之不利益，並依國內學理考量參進程度與抗衡力量」，作為處分之審酌）。

⁴⁶ Hemphill & Wu, *supra* note 11, at 1880.

⁴⁷ *Id.* at 1886.

⁴⁸ *Id.* at 1888. 關於新進業者的「干擾破壞」所涉及的競爭法議題，請參見 Mark A. Lemley & Mark P. McKenna, “Unfair Disruption,” *100 Boston University Law Review*, 71 (2020).

當然，另需思考的問題是，目前盤據數位產業的各大科技巨擘，在其成立之初，也都是打著「破壞式創新」的旗號，成功挑戰既有市場思維，進而逐漸取得現今堅若磐石的市場地位。試想，在網路尚不發達普遍的時代，有誰會想到要率先投入網路搜尋市場？在智慧型手機尚未出現，也尚未普及的時代，人人尚在使用非智慧型手機，又有誰會另闢蹊徑，投入社群網路的規劃與經營？而這些突破市場既有思維、挑戰消費者使用習慣的創新產品與服務，從最初問世到成功取代既有業者，不過就是3、5年之間的光景。也因此，殊難想像這些高舉創新大旗的科技巨擘，不會憂心未來仍有可能出現其他新創業者提出另一波「破壞式創新」的產品或服務，進而在一夕之間取代今天的科技巨擘。本此危機意識，目前盤據市場大位的既有業者自有可能隨時緊盯市場動態與發展，一旦發現任何可能形成的「破壞式創新」，即應預為準備，隨時應戰。而其應戰之方式，自有可能包含透過收購的方式，取得與該「破壞式創新」的產品或服務，以及其背後的相關技術。也因此，競爭法主管機關在制定競爭政策時，自宜思及各種不同類型的業者可能採取的各種競爭策略，設定適當的市場規範，避免不當或不公平的競爭行為⁴⁹。

基於新創業者可能對於市場競爭帶來之競爭利益，競爭法對於新創競爭（nascent competition）自應有所保護。如有現居市場支配地位之既有業者為求消弭新創競爭之目的而收購新創業者，而該併購對於市場競爭之不利益已達一定程度，且該既有業者又未能採取任何作為補償其因此減損之競爭利益，則該等「新創併購」即顯有競爭法之疑慮⁵⁰。

美國兩大競爭法主管機關——司法部（Department of Justice）及FTC於2010年共同發布之「水平結合處理要點」（Horizontal Merger Guidelines）即曾提及：當結合事業之一方所正在研發之新產品極可能攔截結合事業之另一方的實質營收時，此類結合即有可能對於創新造成傷害。此外，就長遠而言，如結合事業之一方具有「能力」從事新產品之研發，而該新產品極可能在未來攔截結合事業之另一方的實質營

⁴⁹ 關於破壞性創新對於事業、市場的影響，以及競爭法主管機關應如何介入管制之相關討論，請參見魏杏芳，「論破壞性創新與競爭法之執行——回顧與前瞻」，公平交易季刊，第25卷第2期，1-28（2017）。

⁵⁰ Hemphill & Wu, *supra* note 11, at 1890 (“Where an incumbent (1) eliminates or impedes a nascent competitor through acquisition or exclusion, (2) that poses the requisite level of competitive threat, and (3) without fully offsetting competitive benefits, such conduct should be prohibited.”).

收時，則此類結合亦有可能對於創新造成傷害⁵¹。蓋無論哪種情形，均將造成前述所謂「新產品」永無問世之可能。

關於「新創併購」，對於競爭法主管機關而言，最大的管制困境莫過於其所涉及的「不確定性」（uncertainties）。但因其具有高度發展空間及不確定性即遽認「新創併購」可幾近豁免於結合管制之外，則實非的論。

蓋數位市場乃至於社會大眾是否確因新創併購而獲得利益，並非毫無疑問⁵²。首先，新創併購可能減損市場競爭，此在同產業的新創併購之情形尤為明顯⁵³。再者，新創併購對於產業創新亦多有影響。舉例而言，在市場上已存有具支配地位的科技業者之現實環境中，新創產業的研發方向可能有二：一為就該具支配地位科技業者的產品提出改善方案，以便使用業者產品之使用者可以獲得更優良的使用經驗；二為縮短該具支配地位科技業者與其他居於劣後地位的業者間之差異，例如：該具市場支配地位之業者，其現有技術可能已受智慧財產權（例如專利）之保護，其他居於劣後地位的業者或許無法合法使用，但新創業者可自創新角度提出不同之替代方案，幫助居劣後地位的業者在技術上取得衡平之地位。但不論何種情形，具市場支配之業者均有可能透過收購新創業者之方式，確保前二情形不會發生。更有甚者，如具高度創新效能之新創產業為具市場支配地位之業者收購取得，則該新創業者之研發能量極有可能被用以鞏固具市場支配地位業者之技術領先優勢，致使劣後業者永無追及之可能⁵⁴。從而，所謂「不確定因素」應不足以成為管制機關對於「新創併購」結合管制觀望卻步的理由⁵⁵。

至於既有業者收購目前未與其直接競爭之新創業者之情形（例如，系爭二併購案中之 WhatsApp），則應另為考量。其中，首應考量者是准許此類「跨界併購」（conglomerate mergers）對於市場帶來之影響。如果該收購方之既有業者有經濟上動機收購該新創業者，則該收購方之既有業者之其他競爭對手，亦有可能有同樣的經

⁵¹ U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, §6.4, at 23 (2010), <https://www.justice.gov/atr/file/810276/download>, last visited on date: 2023/4/26.

⁵² See Kevin A. Bryan & Erik Hovenkamp, “Startup Acquisitions, Error Costs, and Antitrust Policy,” *87(2) University of Chicago Law Review*, 331, 333 (2020).

⁵³ *Id.* at 339-343.

⁵⁴ *Id.* at 343-344.

⁵⁵ Hovenkamp, *supra* note 16, at 2042.

濟上動機。此時，如果同意該收購方之既有業者收購該新創業者，則意味該收購方之既有業者之其他競爭對手即無法取得該新創業者提供之新創技術⁵⁶。其所帶來之排擠效應亦將影響相同市場內之競爭。

再者，如果新創業者經收購後，其原先研發的創新產品或服務即不存在，對於消費者及社會大眾而言，即無法享有「尋求其他替代方案」之利益，亦為競爭利益上之損失⁵⁷。

尤應考量者為，該收購方之既有業者與被收購之新創業者間之關聯性。如兩者所在之產業密切相關，則更應格外留意該二事業結合對於整體市場競爭帶來之影響⁵⁸。

最後，該被收購之新創業者雖然目前並非收購方既有業者之直接競爭對手，但該新創業者有無跨足收購方既有業者所在產業之可能性或計畫，或者該收購方之既有業者有無跨足該被收購新創業者所在產業之可能性或計畫，均應納入考量。蓋如有此情形，兩者即為潛在的競爭對手⁵⁹。結合事業在即將成為競爭對手之際即為結合，對於市場競爭之傷害，實為明顯。

（三）殺手併購之競爭法議題

競爭法主管機關需格外注意的併購類型，尚包含：「殺手併購」。「殺手併購」與「新創併購」或有類似之處，但未必全然相同。蓋於「殺手併購」，被併購方未必是新創業者。「殺手併購」的特徵為，其主要目的在於：既有業者為搶占未來市場之競爭，在競爭對手的創新產品尚在發展之階段，即預先收購該競爭對手，並終止發展該競爭對手的創新產品⁶⁰。

⁵⁶ Bryan & Hovenkamp, *supra* note 52, at 341.

⁵⁷ Bryan & Hovenkamp, *supra* note 52, at 342-343.

⁵⁸ Lemley & McCreary, *supra* note 13, at 94.

⁵⁹ Memorandum Opinion, *supra* note 31, at 28-29 (“Although WhatsApp was not yet active in the personal-social-networking market, Facebook feared that once the app reached sufficient scale, it ‘could, by adding additional features and functionalities, enter the personal social networking market at competitive scale and undermine or displace Facebook Blue’s personal social networking monopoly.’ ... In other words, Facebook viewed WhatsApp as a likely potential competitor. ... Those facts sufficiently allege that Facebook acquired Instagram and WhatsApp in order to neutralize actual and likely future competitors.”).

⁶⁰ Bryan & Hovenkamp, *supra* note 52, at 343-344.

誠然，對一個在市場上有相當市場實績及市場地位之既有業者而言，當其他新進業者提出創新的產品或服務模式時，基於維護自有競爭利益，並確保原已獲得之市場地位，既有業者當有理由希望排除市場上出現的創新產品或服務⁶¹。為達此目的，既有業者可資使用之法律手段為智慧財產權。如市場上出現的後進產品落入既有業者之智慧財產權權利範圍，既有業者即有可能透過其智慧財產權的權利維護行動，排除市面上的後進創新產品及服務⁶²。

然而，當既有業者透過「殺手併購」之方式，以達確保其市場地位之目的時，競爭法主管機關自當有所作為⁶³。蓋依競爭法之觀點，准予結合事業之併購方案最主要的目的在於促進經濟效益。但「殺手併購」的結果，將致使被併購方原有之研發資產不再為市場使用，不僅未能促進經濟效益，反而導致創新成果的浪費⁶⁴。

此外，在水平競爭之業者間，如其中之一以特定金錢給付為代價，要求另一業者不從事競爭行為（例如，停止銷售特定競爭產品），則此行為極有可能落入聯合行為之範疇，而屬當然違法（*illegal per se*）之行為。但如業者間透過「殺手併購」而可獲得相同效果（即被併購方之競爭產品永久離開市場），自應有相同的競爭法上違法疑慮⁶⁵。從而，競爭法主管機關自當格外重視，並予適當之限制或附加適當之條件，甚至於無其他可資替代之管制手段存在時，則應予禁止。

三、數位市場結合及智慧財產權保護

數位市場事業的結合可能觸及的競爭法議題，已如前述。以下擬由智慧財產權保護之觀點，分析智慧財產權保護之立法本旨，以及智慧財產權與產業之鏈結關聯，進而探討在數位市場結合案件中，競爭法介入管制之必要性與可採取之因應作法。

⁶¹ 吳明賢，前揭註 1，1。

⁶² Lemley & McKenna, *supra* note 48, at 74.

⁶³ 吳明賢，前揭註 1，2-3（該文指出，數位經濟下的結合案件，在實務上可能面臨未達審查門檻，因而未能進一步進入競爭影響的評估。此外，新創事業產品開發亦可能因具有不確定性，使得實務在分析併購新創事業後市場內的競爭，相較於已發展成熟的產品而言，更為困難）。

⁶⁴ Hovenkamp, *supra* note 16, at 2046.

⁶⁵ *Id.* at 2046-2047.

（一）智慧財產保護與產業創新之關聯性

鼓勵並促進創新為智慧財產權法制追求的重要目的，此觀我國專利法第 1 條規定：「為鼓勵、保護、利用發明、新型及設計之創作，以促進產業發展，特制定本法。」即可明瞭。

或者基於說服投資者進一步投入資金之目的，或者為吸引市場之目光，新創業者多半極力向外界（尤其，現居支配地位的既有業者）展示其創新及研發量能。為達此目的，新創業者自有可能將其研發成果申請並取得專利。如新創業者期待在創業後不久之將來即有既有業者詢問收購之可能性，更有可能將其研發成果以專利方式保護。就此而言，專利權之保護對於新創業者自屬促進其創新的動力之一⁶⁶。如新創業者能以其專利權挑戰具市場支配地位之既有市場業者，透過發動訴訟或其他權利主張手段，吸引市場之目光，無論該訴訟或主張之結果如何，新創業者均有一戰成名，甚至可能增加其日後獲得大型業者收購要約的可能性⁶⁷。

相對於專利申請後相當期間即會對外公開，著作權及營業秘密無需向主管機關提出申請之程序，亦無登記或公告之特徵。著作權之部分，外界或可透過該新創業者之產品或服務，瞭解相關著作財產及內容。但就營業秘密而言，則多半涉及企業不願對外公開之機密技術或商業資訊。就新創業者而言，如其因研發成果獲得「嶄新」，甚至具「破壞干擾」現有既存市場模式之產品或服務或相關技術，亦不無可能將該等技術以秘密的方式保護，待適當時機作為適當之使用。也因此，著作權及營業秘密之保障，亦有可能促使新創業者積極投入創新研發，以待來日⁶⁸。

在面對新創業者的積極研發及智慧財產權布局，市場既有業者（尤其具支配地位的領先業者）有幾個可能的選項，以資應對。例如：嘗試向新創業者取得授權，或者甚至買回新創業者的專利權。但科技產業普遍的選擇卻是併購新創業者，而非透過取得授權，或者購得專利或其他智慧財產權的方式，取得新創業者的研發技術成果⁶⁹。其原因可能包含：既有業者如若確實希望使用該新創業者開發之創新技術，

⁶⁶ Peter Lee, "Innovation and the Firm: A New Synthesis," *70 Stanford Law Review*, 1431, 1495-1496 (2018).

⁶⁷ *Id.* at 1455-1456.

⁶⁸ *Id.* at 1492.

⁶⁹ *Id.* at 1472-1479.

則技術移轉之過程中，如有原研發團隊協助，更能加速移轉期程。此外，既有業者除了著眼於新創業者的研發成果之外，尚考量該新創業者的研發團隊，因而希望將其研發團隊，收歸旗下。此類併購又可稱為「挖角併購」（acqui-hire），期待來自新創業者的研發人才未來能夠持續研發量能⁷⁰。然無論何種選項（取得授權、洽購專利、收購新創業者），均可謂為體現新創業者研發成果之智慧財產權及價值的具體展現。

有論者指出，企業申請專利權的考量面向，除自己實施外，亦有為確保其在市場競爭地位，透過專利布局，形成新進業者參進市場（產品技術領域）的進入障礙，此種情形，該專利權並未被實施，僅靜默存在，如同沉睡中的專利（sleeping patents），但卻可發揮維持專利權人的市場地位的功能⁷¹。因此，既有業者可能為鞏固市場地位之目的，收購其他業者的專利權，包含新創公司的創新研發，購得後卻不付諸實施；或是既有業者可能透過收購其他業者之手段，在取得被併購業者的專利權後，即束之高閣，未持續實施⁷²。有研究結果發現，前述情形併購方於併購後，並未因此增加其研發量能，反而可能降低研發誘因⁷³。此與專利制度鼓勵創新研發、促進產業技術提升之本旨是否相符，即有思考的空間。

（二）非專屬授權之承諾

基於前述可知，新創業者之研發創新的動機來源之一，或許即為日後為大型業者收購的機會。就此，白皮書亦曾提及：「競爭法主管機關除以市場競爭觀點評估科技巨擘收購新創事業之結合案件，應考量若全面禁止前述結合案件，可能損害新創事業持續投入技術研發之誘因，反而不利於技術創新⁷⁴。」本文認同前開政策考量。為期兼顧競爭法益之維護，以及新創事業透過併購而展現甚至實踐其創業價值之「合理期待」，本文以下謹提出「非專屬授權之承諾」之初步思考方向，期啟後續政策思辯及對話。

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ Pehr-Johan Norbäck, Charlotta Olofsson & Lars Persson, “Acquisition for Sleep,” *8095 CESifo Working Paper*, 3 (2020), <https://ssrn.com/abstract=3538008>, last visited on date: 2024/4/10.

⁷² *Id.* at 2.

⁷³ *Id.* at 3.

⁷⁴ 參見公平交易委員會，數位經濟競爭政策白皮書，前揭註 3，121。

首先，當具市場一定支配地位之科技業者擬收購新創業者時，競爭法主管機關允宜格外注意以下各項因素：1.該收購業者之市場地位及市場集中情形⁷⁵；2.被收購新創業者對於收購業者及其競爭對手在商業上的重要性程度以及潛在之可利用性；3.收購業者過去的行為模式，例如：該收購業者在先前透過收購取得之技術，是否曾有授權予市場競爭同業之案例⁷⁶。

另如前述，在新創併購之情形，競爭法主管機關允宜留意：具市場支配地位之收購業者對於其因併購而減損之競爭利益，是否採取任何適當作為，以「抵銷」（offsetting）該併購行為對競爭利益之減損。亦即，該收購方有無任何承諾或具體作為，可以彌補或化解因該併購行為可能減損市場競爭之疑慮⁷⁷。

基於以上考量，本文認為在審查科技產業的既有業者收購新創業者的結合申報時，或可考量要求結合事業具體盤點各自之無形資產及智慧財產權，並應提出合理客觀之證明，例如：會計師出具之鑑價報告等，以證明該等無形資產及智慧財產權的公允價格。除可供相關主管機關據為審認判斷前述「被收購新創業者對於收購業者及其競爭對手在商業上的重要性程度以及潛在之可利用性」，亦可從中瞭解既有業者對於被收購新創業者提出之收購條件（尤其價格），是否有顯然不合理之情形。若有顯然不合理之情形，則可能可以解讀該收購之目的或有消弭競爭之可能⁷⁸。此外，或許亦可自該被收購之新創業者有無收到其他業者之收購要約，以及該收購要約之價格等條件，並與本件收購之條件加以互相比對，進而探究本件收購之合理性⁷⁹。

此外，更重要者為，當發現被收購之新創業者的無形資產及智慧財產權，於被收購後極有可能「不為」收購方所實施利用時，亦可思考於其針對結合審查所為之決定以附加條件（負擔）之方式要求收購方承諾⁸⁰：收購方對於該等不再使用之具公

⁷⁵ 此處所指市場之界定，應以與本併購案有關之研發活動所形成之創新市場為優先考量；並於個案情形，輔以斟酌考量併購方所生產主要產品及其替代性產品所形成之產品市場，以及製造該產品之技術及可替代之技術所形成之技術市場。

⁷⁶ Cunningham et al., *supra* note 14, at 650.

⁷⁷ Lee, *supra* note 66, at 1492.

⁷⁸ Lemley & McCreary, *supra* note 13, at 97-98.

⁷⁹ Hemphill & Wu, *supra* note 11, at 1904.

⁸⁰ 宋皇志，前揭註 1，129-130（該文針對大數據公司之結合案為探討，針對此類數位經濟時代下的結合類型，作者亦提出「或可將其視為結合可能衍生之負面效應，甚至以附負擔之處分要求結合雙方將所蒐集之消費者個人資料為目的外使用時，必須事先取得消費者之書面同意。」之建議）。

示性的智慧財產權（例如：專利權、商標權、著作權等），應承諾於一定合理條件（例如：授權期間、授權金、授權範圍等條件）下，提供希望實施該智慧財產權之人「非專屬授權」（non-exclusive license）。實則，有美國競爭法學者認為，於此情形主管機關應要求收購方提出「非專屬授權」之承諾⁸¹。亦即，當該被收購方之智慧財產權或其他經公開之無形資產，經收購後即不為收購方所用時，如有其他業者（不論與收購方有無競爭關係）希望使用或實施該智慧財產權或無形資產，收購方即應以「非專屬授權」之方式，同意授權⁸²。

關於主管機關以附負擔之方式，要求收購方所為之承諾，因係以「附款」之方式為之，自應符合行政程序法第 93 條第 1 項⁸³、第 94 條規定⁸⁴之誡命。亦即，主管機關僅得以收購方於結合後可能不再使用之智慧財產對於結合後之競爭秩序可能造成影響之前提下，始能於公平交易法第 13 條第 2 項規範意旨範圍內，要求收購方提出「非專屬授權」之承諾，以確保整體經濟利益大於限制競爭之不利益，並同時促進智慧財產之創新。

之所以要求收購業者提出「非專屬授權」之承諾，主要制度目的在於避免具市場支配地位的科技巨擘藉由收購新創業者（新創併購）或競爭對手（殺手併購）的方式，讓該等被併購方原已研發完成的創新技術無法發揮其利用價值。此種「據而不用」的競爭策略，不僅將拉開該等科技巨擘與後進業者間之技術差異，更剝奪公眾近用該等創新技術的機會，延滯後進者開發後續創新技術的時程，阻礙技術進一步升級發展，最終反而有害於消費者使用權益及社會大眾的福祉⁸⁵。因此，如能要求

⁸¹ Hovenkamp, *supra* note 16, at 2043-2044; Bryan & Hovenkamp, *supra* note 52, at 354（作者提出以強制授權作為因應之道的建議）；Lee, *supra* note 66, at 1499-1450.

⁸² 本文建議之「非專屬授權」，於若干面向上與專利法第 87 條規定所稱之「強制授權」，或許存有類似之處，其均係基於社會整體公共利益之目的，要求智慧財產權人需在特定情境下受到一定程度的權利限制，必須忍受「非出自於己願」的授權條件。當然，其中亦有若干相異之處。惟受限於文章篇幅，關於本文建議之「非專屬授權」與前述「強制授權」間之異同比較，當另文專論。關於專利權人拒絕授權時，事業是否得依公平交易法等規定請求強制授權之討論，請參見楊宏暉，「創新誘因的維護與競爭法規範——以專利拒絕授權為例」，公平交易季刊，第 12 卷第 2 期，105-107（2004）。

⁸³ 行政程序法第 93 條第 1 項規定：「行政機關作成行政處分有裁量權時，得為附款。無裁量權者，以法律有明文規定或為確保行政處分法定要件之履行而以該要件為附款內容者為限，始得為之。」

⁸⁴ 行政程序法第 94 條規定：「前條之附款不得違背行政處分之目的，並應與該處分之目的具有正當合理之關聯。」

⁸⁵ 楊宏暉，前揭註 82，71-74（討論事業創新研發與市場競爭的考量與影響）。

收購業者提出「非專屬授權」之承諾，或可在併購企業財產上利益與社會大眾公共利益間，求得平衡。

至於如何判斷收購業者在結合後究竟是不予實施被收購方之智慧財產權，抑或者係收購業者擬作為「防禦」(defensive)目的之用，待日後有需要時作為抵禦競爭對手之競爭上武器，則應依個案情形判斷。可能審酌的事項包含：收購條件的合理性（尤其，收購之價格）、收購業者原有的智慧財產布局及實施情形等。尤其，如主管機關經審查收購申請後發現特定業者頻繁以收購之方式，併購尚未成氣候之中小型新興業者，對於所取得之智慧財產亦無具體使用計畫，或可將此等因素納入考量，作為認定該業者於收購後是否極有可能不再使用被收購方之智慧財產之判斷。

因本文建議數位市場既有業者於收購新創業者時，應由主管機關於適當情形要求既有業者提出「非專屬授權」之承諾，主要係針對既有業者「據而不用」、「阻礙創新」之情形，故理論上應適用於各類型結合型態（水平、垂直或多角化結合），但於「多角化結合」之情形，尤應注意既有業者有無藉由併購新創業者因此將其市場影響力擴張至其目前尚未涉入的市場領域。

至於授權期間、授權金、授權範圍等條件，如雙方無法達成共識時，或可由當事人聲請法院酌定。蓋於此情形，收購業者既已提出前述「非專屬授權」之承諾，其他擬欲使用該等無形資產或智慧財產之其他業者如已提出取得授權之表示，則收購業者與該其他業者間而言，就該其他業者擬欲取得之授權，應認雙方當事人已就該「非專屬授權契約」之必要之點意思表示合致，依民法第 153 條第 2 項規定，該「非專屬授權契約」自此成立。就其他非必要之點，如未能達成共識，則依前開民法規定，由當事人聲請法院依情形定之。茲因收購業者於作成該「非專屬授權」之承諾時，係同意以「合理條件」（授權期間、授權金、授權範圍等條件），提出「非專屬授權」之承諾，故如遇當事人就授權條件無法獲得共識而聲請法院酌定時，應由雙方各自舉證證明所謂「合理條件」之「內涵」為何，再由法院依雙方舉證情形酌定⁸⁶。

⁸⁶ 本文建議之「非專屬授權」，固然係因考量「新創併購」、「殺手併購」對於創新研發所造成之負面影響。因此，「促進技術創新」實為本文的主要關懷。但競爭法主管機關要求併購業者提出「非專屬授權」之承諾，理論上似應無「僅限於」前述二種類型的併購案例之理。蓋於其他類型的結合案例亦有可能對於技術創新有所影響，如主管機關於其他類型結合案例經審查後認有要求併購方業者提出前述承諾之必要，尚非不得斟酌個案情形為適當之處理。

前述「非專屬授權」之承諾，對於收購方而言，既已不為收購方所用，則其藉由「非專屬授權」提供他人使用，一方面可以繼續享有授權金之對價收益，另一方面也可能因此洞悉市場脈動，瞭解掌握目前市面上的技術現況及實際使用情形，進而督促砥礪自身研發團隊繼續從事研發創新，以期鞏固市場地位。

實則，如若該等智慧財產權或無形資產為該產業之必要基礎技術，如收購方業者單方面無條件拒絕授權予競爭對手或潛在競爭對手，其本身亦有可能有違法疑慮⁸⁷。從而，要求收購方業者承諾授予非專屬授權，於特定之情形，甚至僅係單純要求該業者履行依法本應為之行為而已⁸⁸。

是以，倘收購方曾向競爭法主管機關承諾非專屬授權之條件，但卻於競爭法主管機關准予其併購後，未依該附加條件履行，亦即無正當理由拒絕將其併購所獲得之相關智慧財產權以非專屬授權方式授權者，主管機關應限期命其改善；逾期仍未改善者，應予以裁罰，甚或廢止准予結合之處分。

最後，當收購方之既有業者考量到其收購新創業者之後，該新創業者之智慧財產權或特定無形資產仍有可能需以合理條件非專屬授權予競爭同業時，收購方之既有業者自當會審慎評估本次收購之必要性，也因此連帶影響新創業者被具支配地位之既有業者收購的機會。於此情形，新創業者為求發展，自當會更加努力尋求出路，或者更為積極研發，以說服既有業者其確有收購之價值；或者找尋其他可能性，繼續參進市場，進而逐步發展至與既有事業抗衡之局面⁸⁹。惟無論何種情形，都有助於促進市場競爭，消費者及社會大眾亦能享受使用各業者（無論既有或新創業者）的創新研發成果。

四、回應公平會《數位經濟競爭政策白皮書》：代結論

文末，謹綜合本文論述意旨，針對白皮書以下段落，提出回應，以代結論。

⁸⁷ Erik Hovenkamp, "The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech," *131 Yale Law Journal*, 1483, 1490 (2022).

⁸⁸ 例如，我國公平會 103 年 2 月 19 日公結字第 103001 號結合案件決定書所附加之負擔：「Nokia 對於標準必要專利之授權，應持續遵守公平、合理及無差別待遇（FRAND）原則。Nokia 若將標準必要專利讓與他事業，應確保受讓事業於授權時遵守前述之原則。」

⁸⁹ Lemley & McCreary, *supra* note 13, at 99.

白皮書就數位市場結合管制議題部分，提及：「殊值一提者，乃對於已作成不異議的結合案，本會是否有比照美國 FTC 及 46 州檢察長在 FTC 同意 Facebook 併購 IG 及 WhatsApp 數年後，又要求 Facebook 出售該 2 事業的執法空間？由於在我國法制下，此一作法，影響層面頗大，其效力近似於撤銷行政處分之效果。以撤銷行政處分為例，依行政程序法第 123 條第 5 款規定，行政機關所為之授予利益之合法行政處分仍可在行政處分後 2 年內，基於為防止或除去對公益之重大危害而予以全部或一部廢止，但此種情形實屬罕見之例外。另外，依該法第 126 條第 1 項之規定：『原處分機關依第 123 條第 4 款、第 5 款規定廢止授予利益之合法行政處分者，對受益人因信賴該處分致遭受財產上之損失，應給予合理之補償。』因此對於已作成不異議的結合案如果事後再予爭執，基於此一結合當事人因信賴結合申報程序的保護，以及法律安定性及可預測性等洵為當代商業活動之基石，亦是本會應審慎納入評估的法律限制⁹⁰。」

誠如美國 FTC 在前述對於 Meta 訴訟中之主張，或許系爭二併購案各自單獨審查均無法指出其有任何違法之處，但如具市場支配地位之科技業者長期透過併購收購新創業者，以達消弭競爭之目的，則屬另事⁹¹。

因此，在結合審查時所為之決定，與結合事業在結合後之其他作為（包含其他結合行為在內），仍應有所區別。縱使特定結合申報案件經競爭法主管機關審查後不予禁止，但仍無礙競爭法主管機關對於結合事業日後其他後續作為之追蹤及監管。就有高度注意必要之結合案件，例如：收購方為收購次數頻繁且併購對象涉及各種不同產業類別，競爭法主管機關似非不得命結合事業定期申報結合後相關事項，俾利掌握相關後續發展⁹²。

再者，正因競爭法主管機關在特定結合審查時未予禁止之決定，於我國行政法制下將被定性為「授予利益行政處分」，主管機關僅得於行政程序法第 123 條規定

⁹⁰ 參見公平交易委員會，數位經濟競爭政策白皮書，前揭註 3，195。

⁹¹ Memorandum Opinion, *supra* note 31, at 27 (“Before delving into that question, it is worth noting preliminarily that while the Amended Complaint references Facebook’s acquisitions of companies other than Instagram and WhatsApp, the agency concedes that it does not allege that those acquisitions ‘each standing alone[] violated the antitrust laws. Instead, the allegations provide factual context for Facebook’s anticompetitive course of conduct.’”).

⁹² Lee, *supra* note 66, at 1499 (“As a further information-forcing mechanism, regulators should require the merged entity to provide ex post evidence of efficiency gains to maintain integrated status.”).

各款情形始得合法變更。因此，於審酌申報事項時，或可考慮要求結合業者提供完整資訊，以利後續審查。此外，同條第 2 款：「原處分機關保留行政處分之廢止權者」、第 3 款：「附負擔之行政處分，受益人未履行該負擔者」等廢止事由，亦非不得納入考量。從而，如原不禁止之決定作成時另以附款要求結合事業遵守一定之義務，或者保留於特定情形廢止不禁止結合之決定時，競爭法主管機關仍得於法律允許範圍內依法選擇相關管制手段。其中，就本文建議於結合審查時，競爭法主管機關得以附加條件之方式，要求收購方應於特定情形下承諾提供「非專屬授權」，亦有公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則第 14 點第 2 項規定：「附加附款之類型例示如下……（二）行為面措施：要求參與結合事業持續供應關鍵性設施或投入要素予其他非參與結合事業、授權非參與結合事業使用其智慧財產權、不得為獨家交易、不得為差別待遇或搭售等措施。」可資參照。

又，行政程序法第 124 條所稱廢止應於「二年內為之」，係自廢止原因發生時起算，並非自原處分作成時起算，亦宜一併留意。

參考文獻

中文部分

- 公平交易委員會，數位經濟競爭政策白皮書（初稿），公平交易委員會（2022），
<https://www.ftc.gov.tw/upload/ebab864a-d164-48da-980b-32e4d5d9a4ce.pdf>。
- 公平交易委員會，數位經濟競爭政策白皮書，公平交易委員會（2022），
<https://www.ftc.gov.tw/upload/d83b5225-d541-44ec-a61f-568ab6109d56.pdf>。
- 王相傑，數位經濟時代下的競爭法問題——以雙邊市場理論的角度出發，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（2019）。
- 朱金藝，有關數位平台反托拉斯規制問題之研究，國立高雄大學法學院博士班博士論文（2021）。
- 吳明賢，「數位經濟下新創事業之結合議題」，公平交易委員會電子報，第 155 期（2020），<https://www.ftc.gov.tw/upload/1090916-1.pdf>。
- 宋皇志，「大數據之競爭法議題——以限制競爭為中心」，政大法學評論，第 163 期（2020）。
- 李宛諭，大數據與競爭法，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（2020）。
- 陳威汎，數位平台數據力之競爭法規範，國立臺灣大學事業經營法務碩士在職學位學程碩士論文（2021）。
- 黃帥升，「數位經濟競爭下的殺手併購」，會計研究月刊，第 438 期（2022）。
- 楊宏暉，「創新誘因的維護與競爭法規範——以專利拒絕授權為例」，公平交易季刊，第 12 卷第 2 期（2004）。
- 蔡水峰，競爭法下數位經濟對企業經營的挑戰，逢甲大學財經法律研究所碩士論文（2019）。
- 鄧婉伶，平台事業之競爭法問題研究——以雙邊市場理論為中心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（2018）。
- 魏杏芳，「論破壞性創新與競爭法之執行——回顧與前瞻」，公平交易季刊，第 25 卷第 2 期（2017）。

外文部分

- Bryan, Kevin A. & Hovenkamp, Erik, "Startup Acquisitions, Error Costs, and Antitrust Policy," 87(2) University of Chicago Law Review (2020).
- Cunningham, Colleen, Ederer, Florian & Ma, Song, "Killer Acquisitions," 129(3) Journal of Political Economy (2021).
- Gautier, Axel & Lamesch, Joe, "Mergers in the Digital Economy," 8056 CESifo Working Paper (2020), <https://ssrn.com/abstract=3529012>.
- Haekens, Justine, "Mergers as an Abuse of Dominance: Insights from the Towercast Judgment," 44(11) European Competition Law Review (2023).
- Hemphill, Scott & Wu, Tim, "Nascent Competitors," 168 University of Pennsylvania Law Review (2020).
- Hovenkamp, Erik, "The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech," 131 Yale Law Journal (2022).
- Hovenkamp, Herbert, "Antitrust and Platform Monopoly," 130 Yale Law Journal (2021).
- Ivaldi, Marc, Petit, Nicolas & Ünekbaş, Selçukhan, "Killer Acquisitions: Evidence from EC Merger Cases in Digital Industries," SSRN Paper (2023), <https://ssrn.com/abstract=4407333>.
- Kamepalli, Sai Krishna, Rajan, Raghuram & Zingales, Luigi, "Kill Zone," SSRN Paper (2021), <https://ssrn.com/abstract=3555915>.
- Lee, Peter, "Innovation and the Firm: A New Synthesis," 70 Stanford Law Review (2018).
- Lemley, Mark A. & McCreary, Andrew, "Exit Strategy," 101 Boston University Law Review (2021).
- Lemley, Mark A. & McKenna, Mark P., "Unfair Disruption," 100 Boston University Law Review (2020).
- Norbäck, Pehr-Johan, Olofsson, Charlotta & Persson, Lars, "Acquisition for Sleep," 8095 CESifo Working Paper (2020), <https://ssrn.com/abstract=3538008>.
- Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and

Recommendations, U.S. Government Publishing Office (2022), <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-117HPRT47832/pdf/CPRT-117HPRT47832.pdf>.

U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission (2010), <https://www.justice.gov/atr/file/810276/download>.

**Merger Controls in Digital Markets:
Protecting Intellectual Property as Innovation Advances**

Chen, Lung-Sheng*

Hsieh, Hsiang-Yang

Abstract

Killer acquisitions and nascent acquisitions by dominant firms in the digital market trigger considerable attention from competition law enforcers around the world. Regulators and scholars have struggled to figure out a strategy that adequately addresses the concerns they have regarding the growing market concentration resulting at least in part from these acquisitions. In this article, we explore antitrust law issues surrounding mergers and acquisitions in the digital market, and also offer different approaches to reconsidering merger controls from the perspectives of innovation and intellectual property protection. In the first part of the article, we look into the 2020 litigation proceedings brought by the US Federal Trade Commission (FTC) against Facebook, challenging Facebook's mergers of Instagram and WhatsApp. We consider the parties' arguments and the United States District Court for the District of Columbia's preliminary opinions, addressing the difficulties an antitrust enforcer may face and the potential solutions. Subsequently, we explore the concepts of acquisitions of nascent firms and killer acquisitions and illustrate the competition law considerations that these two types of acquisitions may invoke.

On the other hand, we consider the intellectual property protections that a start-up may adopt for its innovations from the perspective of intellectual property law. We also explain why incumbent firms prefer acquisitions to licensing or purchases when they are interested in obtaining the innovations created by the start-ups in the digital industry. Considering that it would be unnecessary and also not feasible to prohibit nascent acquisitions altogether, we propose that antitrust law enforcers may request that the

Date submitted: May 24, 2023

Date accepted: March 25, 2024

* Chen, Lung-Sheng, Associate Professor, College of Law, National Chengchi University; Hsieh, Hsiang-Yang, Partner, Formosa Transnational Attorney at Law, and Adjunct Assistant Professor, School of Law, Soochow University.

incumbent firms offer a promise for a non-exclusive license when they are attempting to acquire nascent competitors. We also highlight some determining factors that regulators should take into consideration when assessing whether a particular merger plan would harm competition in the market, as well as innovation. To conclude, we respond to the analysis of the Taiwan Fair Trade Commission in its draft White Paper on Competition Policy in the Digital Economy.

Keywords: Digital Economy, Digital Markets, Merger, Acquisition of Nascent Firms, Killer Acquisitions, Innovation, White Paper on Competition Policy in the Digital Economy.

