

數位市場結合管制： 從促進創新及智慧財產權保護之觀點

陳龍昇 謝祥揚*

目次

- 一、前言
- 二、數位市場結合之競爭法議題
 - (一) 從Facebook併購Instagram及WhatsApp案談起
 - (二) 新創併購
 - (三) 殺手併購
- 三、促進創新與智慧財產權保護
 - (一) 智慧財產權保護與產業之關聯性
 - (二) 非專屬授權之承諾
- 四、回應公平交易委員會「數位經濟競爭政策白皮書」：代結論

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年向Facebook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FTC、Facebook兩造在訴訟上之主張，以及承審法院的初步意見，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

* 陳龍昇，中興大學法律學系副教授。

謝祥揚，萬國法律事務所合夥律師、東吳大學法律學系兼任助理教授。

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」未必需完全禁止的前提下，本文嘗試提出由收購方之居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。

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3日發布「數位經濟競爭政策白皮書」初稿（以下簡稱「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³。其中，關於數位市場之結合管制，白皮書針對所

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」，政大法學評論，第163期，49-138；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年9月16日，網址：<https://www.ftc.gov.tw/upload/1090916-1.pdf>（最後瀏覽日期：2023年4月26日）。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年；陳威汎，數位平台數據力之競爭法規範，國立台灣大學事業經營法務碩士在職學位學程碩士論文，2021年；李宛諭，大數據與競爭法，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2020年；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年；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年；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，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2018年。

² 參見公平交易委員會，「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」新聞稿，2022年3月3日，網址：<https://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=126&docid=16967&mid=126>（最後瀏覽日期：2023年4月26日）。前開「數位經濟競爭政策白皮書」初稿（以下簡稱「白皮書初稿」）之全文，可於公平交易委員會網站查詢，下載網址：<https://www.ftc.gov.tw/upload/ebab864a-d164-48da-980b-32e4d5d9a4ce.pdf>（最後瀏覽日期：2023年4月26日）。

³ 參見公平交易委員會，「『數位經濟競爭政策白皮書』公布了！」新聞稿，2022年12月20日，網址：<https://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=126&docid=17345&mid=126>（最後瀏覽日期：2023年4月26日）。前開「數位經濟競爭政策白皮書」定稿（以下簡稱「白皮書」）之全文，可於公平交易委員會網站查詢，下載網址：<https://www.ftc.gov.tw/upload/d83b5225-d541-44ec-a61f-568ab6109d56.pdf>（最後瀏覽日期：2023年4月26日）。

謂「殺手併購」(killer acquisition)，提及3個可能面臨的問題與挑戰，包含：(一)「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？」；(二)「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(三)「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)前於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，以下稱「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

⁴ 白皮書，同前註，194。此外，白皮書初稿就此三問題，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、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」。參見白皮書，同前註，120-121。

⁵ 白皮書，同註3，208-209。

⁶ Jerrold Nadler & David N. Cicilline, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations*, available at:

有下降的現象，新創及新業者在數位市場的市占率也顯著下降；對於科技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Rajan、Zingales與Kamepalli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「白皮書初稿」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，即科技巨頭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，等待創業後三年或五年的併購邀約。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。

judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf (last visited: 4/26/2023)。嗣於2022年7月，美國國會司法委員會正式出版該報告，全文可於美國國會網站查詢，下載網址：<https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-117HPRT47832/pdf/CPRT-117HPRT47832.pdf>（最後瀏覽日期：2023年4月26日，以下簡稱「美國國會調查報告」）。

⁷ 參見美國國會調查報告，同前註，35-36。

⁸ 參見美國國會調查報告，同註6，37。

⁹ 參見美國國會調查報告，同註6，37。經引用之論著為Sai Krishna Kamepalli, Raghuram Rajan & Luigi Zingales, "Kill Zone" (February 15, 2021), available at: <https://ssrn.com/abstract=3555915>（最後瀏覽日期：2023年4月26日）。

¹⁰ 另參見美國國會調查報告，同註6，38。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：「競爭不足已導致獨佔業者可以將『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 U. PENN. REV. 1879 (2020).

¹² *Id.* at 1880-1881 (2020) (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

此外，數位經濟市場常見所謂「殺手併購」(killer acquisitions)¹³。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。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¹⁴。

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，可能涉及之智慧財產權利為商標、著作權、專利、營業秘密。就商標而言，因併購後多只會留下併購方的商標或企業表徵，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。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專利；使用者介面本身亦可能取得設計專利。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。本文將探討此二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及困境。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。

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

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”).

¹³ See Colleen Cunningham, Florian Ederer, & Song Ma, *Killer Acquisitions* 129 J. POL. ECON. 649, 650 (2021).

¹⁴ Herbert Hovenkamp, *Antitrust and Platform Monopoly*, 130 YALE L. J. 1952, 2043 (2021).

將先探討Facebook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初稿就數位市場結合管制之相關論述，以代結論。

二、數位市場結合管制之競爭法議題

以下將由Facebook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。

（一）從Facebook併購Instagram及WhatsApp案談起

美國聯邦貿易委員會（Federal Trade Commission，簡稱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Facebook提起訴訟¹⁵。FTC在提起該訴訟的新聞稿表示，經歷多年以來的調查後，該委員會以3比2之表決，決定對於Facebook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）¹⁶。在本件訴訟中，FTC指訴Facebook涉及之限制競爭行為包括：具反競爭效果的併購（anticompetitive acquisitions）、具反競爭效果的平台行為（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Facebook在2012年收購Instagram以及在2014年收購WhatsApp¹⁷（以下合稱「系爭二併購案」）。

案經審理，承審法院於2021年6月23日作成裁定，同意Facebook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¹⁸。其後，

¹⁵ Federal Trade Commission v. Facebook, Inc., Case No.: 1:20-cv-03590. 本案相關爭訟歷程資訊，可參見美國聯邦貿易委員會（Federal Trade Commission）網站，網址：<https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/191-0134-facebook-inc-ftc-v>（最後瀏覽日：2023年4月26日）。

¹⁶ See Federal Trade Commission, "FTC Sues Facebook for Illegal Monopolization: Agency challenges Facebook's multi-year course of unlawful conduct", Press Release, available at: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2020/12/ftc-sues-facebook-illegal-monopolization> (last visited: 2023/4/26).

¹⁷ *Id.*

¹⁸ *Federal Trade Commission v. Facebook, Inc.*, Civil Action No. 20-3590 (JEB), Order of the Court (June 8, 2021), available at: https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/072_2021.06.28_mtd_order.pdf (last visited: 2023/4/26)；前開裁定理由，請參見*Federal Trade Commission v. Facebook, Inc.*, Civil Action No. 20-3590 (JEB),

FTC於2021年9月8日提出「修正起訴狀」(Substitute Amended Complaint For Injunctive And Other Equitable Relief)¹⁹。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Facebook所為之「駁回訴訟」聲請，並同意本件訴訟續行後續程序²⁰。

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，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²¹。FTC主張，在此市場發展趨勢及競爭環境之下，Facebook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，以確保其在轉換至移動裝置使用環境的過程中，仍可維持其市場優勢地位²²。

針對本件系爭二併購案，FTC認為Facebook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)²³。其中，就Facebook

Memorandum Opinion of the Court (June 8, 2021), available at: https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/073_2021.06.28_mtd_order_memo.pdf (last visited: 2023/4/26)。

¹⁹ 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 of the Plaintiff (FTC) Order of the Court (Sep. 8, 2021), available at: https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/2021-09-08_redacted_substitute_amended_complaint_ecf_no._82.pdf (last visited: 2023/4/26)。(以下簡稱FTC「修正起訴狀」)。

²⁰ 法院裁定理由，請參見*Fed. Trade Comm'n v. Facebook Inc.*, Civil Action 20-3590 (JEB) (D.D.C. Jan. 11, 2022), available at: https://ecf.dcd.uscourts.gov/cgi-bin/show_public_doc?2020cv3590-90 (last visited: 2023/4/26)。(以下簡稱「系爭裁定」)。

²¹ 參見FTC「修正起訴狀」，同註19，段落53-55。

²² 參見FTC「修正起訴狀」，同註19，段落61(“To ensure it continued to dominate despite its sub-par mobile performance, Facebook undertook a “major technical risk”—a “multiyear journey of rewriting all of [its] code from scratch to . . . work on mobile.” But Facebook could not accept the possibility that a rival might threaten its monopoly position, and its enormous advertising profits, in the time it would take Facebook to improve its inferior mobile offerings. Realizing it could not maintain its monopoly based on the merits of its own offerings, Facebook then sought to “derisk” the transition to mobile through anticompetitive actions to protect its dominance.”)。

²³ 參見FTC「修正起訴狀」，同註19，段落105(“In sum, Facebook’s acquisition and control of Instagram represents the neutralization of a significant threat to Facebook Blue’s personal social networking monopoly and the unlawful maintenance of that

併購Instagram而言，FTC於「修正起訴狀」即曾引用實任Facebook執行長Zuckerberg先生，於2012年4月9日即Facebook宣布併購Instagram之日寄送予Facebook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.”）²⁴。FTC進而指出：藉由收購及控制Instagram，Facebook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²⁵。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

monopoly by means other than competition on the merits. This conduct deprives users of the benefits of competition from an independent Instagram (either on its own or acquired by a third party), including, among other things: the presence of an additional locus of competitive decision-making and innovation; a check on Facebook Blue’s treatment of and level of service offered to users, including ad load and level of privacy; an alternative provider of personal social networking for users untethered from Facebook’s control; and a spur for Facebook to compete on the merits in response. Facebook’s ownership and control of Instagram also maintains a protective “moat” that deters and hinders competition and entry in personal social networking.”)、106 (“Facebook cannot substantiate merger-specific efficiencies or other procompetitive benefits sufficient to justify the Instagram acquisition.”)。

²⁴ 參見FTC「修正起訴狀」，同註19，段落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.””)

²⁵ 參見FTC「修正起訴狀」，同註19，段落78 (“Facebook’s anticompetitive course of conduct includes the acquisition and continued control of Instagram, which has neutralized a significant independent personal social networking provider; and the acquisition and continued control of WhatsApp, which has neutralized a significant competitive threat to Facebook’s personal social networking services monopoly. Acquiring these competitive threats has enabled Facebook to sustain its dominance—to the detriment of competition and users—not by competing on the merits, but by avoiding competition.”)。

Facebook社群平台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平台離開之使用者，提供其他社群平台服務之選擇、Facebook從事實質競爭之激勵²⁶。Facebook取得並控制Instagram後，也因此形成阻止妨礙社群網路平台競爭及參進的「護城河」，從而，Facebook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²⁷。

至於Facebook併購WhatsApp案，FTC於「修正起訴狀」之陳述意旨略同，並亦強調：Facebook併購WhatsApp之緣由，在於Facebook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台市場，Facebook即有可能無法與之競爭。從而，對Facebook而言，WhatsApp是一個潛在的競爭者（a potential competitor）²⁸。FTC主張：原提供諸多不同產品服務內容之WhatsApp，如能

²⁶ 參見FTC「修正起訴狀」，同註19，段落105（“In sum, Facebook’s acquisition and control of Instagram represents the neutralization of a significant threat to Facebook Blue’s personal social networking monopoly and the unlawful maintenance of that monopoly by means other than competition on the merits. This conduct deprives users of the benefits of competition from an independent Instagram (either on its own or acquired by a third party), including, among other things: the presence of an additional locus of competitive decision-making and innovation; a check on Facebook Blue’s treatment of and level of service offered to users, including ad load and level of privacy; an alternative provider of personal social networking for users untethered from Facebook’s control; and a spur for Facebook to compete on the merits in response. Facebook’s ownership and control of Instagram also maintains a protective “moat” that deters and hinders competition and entry in personal social networking.”）。

²⁷ 參見FTC「修正起訴狀」，同註19，段落106（“Facebook cannot substantiate merger-specific efficiencies or other procompetitive benefits sufficient to justify the Instagram acquisition.”）。

²⁸ 參見FTC「修正起訴狀」，同註19，段落107（“After neutralizing the threat from Instagram, Facebook turned to what it considered “the next biggest consumer risk” for Facebook Blue: the risk that an app offering mobile messaging services would enter the personal social networking market, either by adding personal social networking features or by launching a spinoff personal social networking app. Facebook identified the popular and widely used mobile messaging app, WhatsApp, as the most significant threat in this regard. Once again, though, rather than investing and innovating in an effort to out-compete WhatsApp, Facebook responded to the competitive threat by acquiring it.”）、段落108（“Facebook’s leadership soon realized that a mobile messaging app that reached sufficient scale 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. By early 2012, the risk that a successful mobile messaging app available on multiple mobile operating systems could break into personal social networking had become a strategic focus for the company’s

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²⁹。

就FTC上開指訴，Facebook於訴訟中亦有所回應。在Facebook各項主張及回應中，Facebook主張FTC雖然宣稱如果沒有系爭併購案，消費者將有如何之選擇以及社群平台市場將會如何競爭，但此均為FTC之臆測，並無實據。尤其，Facebook主張，FTC沒有任何方法去證明：假若沒有系爭併購案，社群平台市場將會有如何之後續發展。此外，Facebook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³⁰。

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」（anticompetition 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等軟體平台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³¹。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（competition 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台市場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 leadership.）。

²⁹ 參見FTC「修正起訴狀」，同註19，段落127（“In sum, Facebook’s acquisition and control of WhatsApp represents the neutralization of a significant threat to Facebook Blue’s personal social networking monopoly, and the unlawful maintenance of that monopoly by means other than competition on the merits. This conduct deprives users of the benefits of competition from an independent WhatsApp (either on its own or acquired by a third party), which would have the ability and incentive to enter the U.S. personal social networking market. Moreover, WhatsApp embraced privacy-focused offerings and design, including the principle “of knowing as little about you as possible” and an ads-free subscription model. Such distinctively valuable options for many users would provide an important form of product differentiation for WhatsApp as an independent competitive threat in personal social networking. Facebook’s ownership and control of WhatsApp also maintains a protective “moat” that deters and hinders other mobile messaging apps that could credibly threaten to enter the personal social networking market.”）。

³⁰ 參見系爭裁定，同註20，30-34。

³¹ 同前註。

的市場競爭（meaningful competition）之下，Facebook縱使系爭二併購案並未導致消費者使用社群平台服務的價格，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Facebook提出之「駁回訴訟聲請」³²。

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³³。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。

（二）新創併購

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³⁴。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）。此外，新創業者亦有可能提供消費者價格較為低廉的替代選擇方案³⁵。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³⁶。

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³⁷。

³² 參見系爭裁定，同註20，29-30。

³³ 參見系爭裁定，同註20，3。

³⁴ Hemphill & Wu, *supra* note 11, at 1880.

³⁵ Hemphill & Wu, *supra* note 11, at 1886.

³⁶ Hemphill & Wu, *supra* note 11, 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 B. U. L. REV. 71 (2020).

³⁷ 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

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收時，則此類結合亦有可能對於創新造成傷害³⁸。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³⁹。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⁴⁰。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⁴¹。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⁴²。

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」

should be prohibited.”).

³⁸ US Department of Justice & Federal Trade Commission, 2010 HORIZONTAL MERGER GUIDELINES §6.4 at 23 (2010), available at: <https://www.justice.gov/atr/file/810276/download> (last visited: 2023/4/26).

³⁹ See Kevin A. Bryan & Erik Hovenkamp, *Startup Acquisitions, Error Costs, and Antitrust Policy*, 87 U. CHI. L. REV. 331, 333 (2022).

⁴⁰ *Id.* at 339-343.

⁴¹ *Id.* at 343-344.

⁴² Hovenkamp, *supra* note 14, at 2042.

(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⁴³。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⁴⁴。

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⁴⁵。

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⁴⁶。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

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：既有業者為搶佔未來市場之競爭，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⁴⁷。

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。為達此目的，既有

⁴³ Bryan & Hovenkamp, *supra* note 39, at 341.

⁴⁴ Bryan & Hovenkamp, *supra* note 39, at 342-343.

⁴⁵ Mark A. Lemley & Andrew McCreary, *Exit Strategy*, 101 B.U.L. REV. 1, 94 (2021).

⁴⁶ 系爭裁定，同註20，28-29 (“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.”)。

⁴⁷ Bryan & Hovenkamp, *supra* note 39, at 343-344.

業者可茲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⁴⁸。

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。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⁴⁹。

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），自應同有相同的競爭法上違法疑慮⁵⁰。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、促進創新及智慧財產權保護

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。

（一）智慧財產權保護與產業之關聯性

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一⁵¹。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

⁴⁸ Lemley & McKenna, *supra* note 36, at 74.

⁴⁹ Hovenkamp, *supra* note 14, at 2046.

⁵⁰ *Id.* at 2046-2047.

⁵¹ Peter Lee, *Innovation and the Firm: A New Synthesis*, 70 STAN. L. REV. 1431, 1495-1496 (2018).

可能增加其日後獲得大型業者收購要約的可能性⁵²。

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⁵³。

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，以茲應對。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⁵⁴。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，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⁵⁵。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。

（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。」⁵⁶，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。

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；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

⁵² *Id.* at 1455-1456.

⁵³ *Id.* at 1492.

⁵⁴ *Id.* at 1472-1479.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ 參見白皮書，同註3，121。

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⁵⁷。

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⁵⁸。

基於以上考量，本文認為競爭法主管機關在審理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。以便競爭法主管機關得以審認判斷前述「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」。競爭法主管機關也可從中瞭解，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⁵⁹。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⁶⁰。

此外，更重要者為，當競爭法主管機關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之方式，要求收購方承諾，對於該等其不再使用之具公示性的智慧財產權，例如：專利權、商標權、著作權等，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）之下，應提供希望實施該智慧財產權之人「非專屬授權」(non-exclusive license)⁶¹。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。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，可由法院酌定⁶²。

⁵⁷ Cunningham, Ederer, & Ma, *supra* note 13, at 650.

⁵⁸ Lee, *supra* note 51, at 1492.

⁵⁹ Lemley & McCreary, *supra* note 45, at 97-98.

⁶⁰ Hemphill & Wu, *supra* note 11, at 1904.

⁶¹ Hovenkamp, *supra* note 14, at 2043-2044; Bryan & Hovenkamp, *supra* note 39, at 354 (作者提出以強制授權作為因應之道的建議); Lee, *supra* note 51, at 1499-1450.

⁶² 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，其均系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

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⁶³。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。

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⁶⁴。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、回應公平交易委員會「數位經濟競爭政策白皮書」初稿：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。

「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，

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。

⁶³ Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 YALE L.J. 1483, 1490 (2022).

⁶⁴ Lemley & McCreary, *supra* note 45, at 99.

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。」⁶⁵

誠如美國FTC在前述對於Facebook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⁶⁶。

因此，競爭法主管機關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⁶⁷。

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條規定各款情形始得合法變更。競爭法主管機關更應審慎審酌申報事項，並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

⁶⁵ 參見白皮書，同註3，195。

⁶⁶ 參見系爭裁定，同註20，27（“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.””）。

⁶⁷ Lee, *supra* note 51, 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.”).

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

一、中文部分

期刊文章

1. 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。
2. 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）。

學位論文

1. 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）。
2. 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）。
3. 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）。
4. 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）。
5. 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）。
6. 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）。

其他

1. 公平交易委員會，「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」新聞稿，2022年3月3日。
2. 公平交易委員會，「數位經濟競爭政策白皮書」初稿，2022年3月3日。
3. 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年9月16日，網址：<https://www.ftc.gov.tw/upload/1090916-1.pdf>（最後瀏覽日期：2023年4月26日）。

二、英文部分

1. Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, "Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations," (2022).
2. Sai Krishna Kamepalli, Raghuram Rajan & Luigi Zingales, "Kill Zone" (2021), (available at: <https://ssrn.com/abstract=3555915>).
3. Scott Hemphill & Tim Wu, "Nascent Competitors," *University of Pennsylvania Law Review* (168), University of Pennsylvania Law School (2020).

4. Colleen Cunningham, Florian Ederer, & Song Ma, “Killer Acquisitions,” *Journal of Political Economy* (129.3), The University of Chicago (2021).
5. Federal Trade Commission, “Facebook, Inc., FTC v.” (2021) (available at <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/191-0134-facebook-inc-ftc-v>).
6. Federal Trade Commission, “FTC Sues Facebook for Illegal Monopolization: Agency challenges Facebook’s multi-year course of unlawful conduct” (2020) (available at: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2020/12/ftc-sues-facebook-illegal-monopolization>).
7. United States District Court for the District of Columbia, “Order for FTC v. Facebook” (2021) (available at https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/072_2021.06.28_mtd_order.pdf).
8. United States District Court for the District of Columbia, “Memorandum Opinion for FTC v. Facebook” (2021) (available at https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/073_2021.06.28_mtd_order_memo.pdf).
9. Federal Trade Commission, “Substitute Amended Complaint For Injunctive And Other Equitable Relief” (2021) (available at https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/2021-09-08_redacted_substitute_amended_complaint_ecf_no.82.pdf).
10. United States District Court for the District of Columbia, “Memorandum Opinion for FTC v. Facebook” (2022) (available at https://ecf.dcd.uscourts.gov/cgi-bin/show_public_doc?2020cv3590-90).
11. Kevin A. Bryant & Erik Hovenkamp, “Startup Acquisitions, Error Costs, and Antitrust Policy,” *University of Chicago Law Review* (87), The University of Chicago (2020).
12. Mark A. Lemley & Mark P. McKenna, “Unfair Disruption,” *Boston University Law Review* (100), Boston University (2020).
13. US Department of Justice & Federal Trade Commission, “2010 Horizontal Merger Guidelines” (2010) (available at <https://www.justice.gov/atr/file/810276/download>).
14. Herbert Hovenkamp, “Antitrust and Platform Monopoly,” *Yale Law Journal* (130), The Yale Law Journal Company, Inc. (2021).
15. Mark A. Lemley & Andrew McCreary, “Exit Strategy,” *Boston University Law Review* (101), Boston University (2021).
16. Erik Hovenkamp, “The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech,” *Yale Law Journal* (131), The Yale Law Journal Company, Inc. (2022).
17. Peter Lee, “Innovation and the Firm: A New Synthesis,” *Stanford Law Review* (70), Stanford Law School (2018).

Abstract

This Article attempts to explore antitrust law issues surrounding mergers in the digital market. This Article also offers different approaches to reconsidering merger control from innovation and IP protection perspectives. This Article first looks into the 2020 litigation proceeding brought by the US Federal Trade Commission (FTC) against Facebook, exploring the parties' arguments and the court's preliminary opinions on Facebook's mergers of Instagram and WhatsApp. By doing so, this Article addresses the difficulties an antitrust enforcer may have to face and the potential solutions. Subsequently, this article explores the concepts of acquisition of nascent firms and killer acquisitions and illustrates competition law considerations these two types of acquisitions may invoke.

On the other hand, this Article considers the IP protections that a start-up may adopt for its innovations from the perspective of IP law. This Article also explains why incumbent firms prefer acquisitions rather than licensing or purchases when they are interested in obtaining the innovations created by the start-ups in the technology industry. Considering that it would be unnecessary to prohibit nascent acquisitions altogether, this Article offers a solution: the incumbent's promise for a non-exclusive license, hoping to initiate a policy deliberation. To conclude, this Article responds to the analysis made by the Taiwan Fair Competition Commission in its draft of the "White Paper on Competition Policies for the Digital Economy."

與談

與談人：李素華（臺灣大學法律學系教授）

今年自己本身也參與了一個研究計畫，有關數位平台的研究分析，剛好在研究計畫的內容中，我們也研究科技巨擘的結合案件。今天的報告分析了美國在科技巨擘結合的案件，也點出了這種所謂沙盒併購的議題，報告所提到的案件可以與今年我所參與的計畫研究相互呼應，我所參與的研究計畫剛好比較偏重歐洲相關資料收集，包含交易平台間、通訊平台、社群媒體平台。以Google併購相關資料的取得為例，衍生出來的問題包括競爭法規範，除此之外，還有隱私權議題。綜合而言，我自己參與計畫所研究的歐洲案件，加上今天兩位報告人所看到方向確實是一樣的：科技巨擘的結合案件可能帶出限制競爭的議題，這或許跟傳統的結合案件會有一點不一樣。個人認為，或許報告人也可以考慮進一步研究，這樣的結合案件本身所涉及的損害理論，應該會有別於過往競爭法的規範。關於這些損害理論之異同比較，可以再去歐盟相關的法律體系規範，包括2023年生效的數位市場法。另外，中國大陸剛好也有一個數位經濟平台指南，裡面都有特別針對結合做說明。

綜合國外競爭法主管機關的規範及報告，有幾個重點是未來我們可以注意的趨勢。第一，競爭法主管機關面對報告人所提出來的重要結論之一，亦即面對結合案件本身，可能需要有更謹慎的態度，相較於過往之損害理論，或許有別於傳統競爭法侷限於封鎖效果或協同效果。我們看到歐盟跟中國大陸，針對這種科技巨擘的結合案件，尤其涉及到雙邊、多邊市場的狀況，採取的態度是謹慎的，即便沒有到達競爭法的申報門檻，也要求業者先提供資料，甚至先要有所謂的申報義務。所以或許可以思考，未來競爭法主管機關面對這類案件，結合申報門檻有無需要進行法規的修改。歐盟的做法是對大型平台業者去定義「守門員」，符合這個定義的事業型態對未來競爭的影響有比較大疑慮，所以先把他定義出來，如果是涉及到這類事業的結合案件，他的申報門檻就不太一樣，或者要求先行一個非正式的申報程序。因此，符合這樣定義的事業，在進行併購或被併購的時候，必須要提供資料給主管機關。對於主管機關來說，可以先行掌握市場狀況，而不是開始進行審查。報告人所提到的狀況，亦即事後才發現先前的結合是為了殺手併購，透過先行提供資料的謹慎態度，或許可以避免。這是我個人今年在參與研究計畫時看到的一個方向，或許競爭法主管機關未來需要注意，也可以事先去做準備。

第二個部分是今天報告人也提到的殺手併購。殺手併購其實很久以前我們就已經聽過了，但確實在面對科技巨擘這樣的情況時，可能會更加凸顯，所以殺手併購的議題，或許相較於過往，在未來更需要被注意。

另外，報告人有提到結合案件相關之法規建議，我想指出的是公平法第39條第2項規定事業結合時需要提出相關資料給主管機關評量。如果事業提出資料本身有不實或虛偽，會影響到結合到底要不要禁止，或是該如何附加條件。但依據公平法條文，如果有虛偽不實情況，我國法的處罰金額非常低，即便條文也規定，嚴重狀況可以禁止結合，甚至可以轉讓部分事業。但大家想想，等到實際已經結合了，事後才發現原來當時所提供的資料是有虛偽不實的，這時候再來裁處及要求轉讓事業資產等等，必然有一定難度。所以我比較著重的是，公平法的處罰金額只有十萬元到一百萬元，其實是非常的低，有別於歐盟做法。歐盟處理Facebook跟WhatsApp的案件時，Facebook也提出了錯誤的資料，雖然執委會也說，即便不會因為這個資料而影響到執委會對於本件結合案的最終決定，但最後依然重罰了一億歐元的罰金。這就是回應到今天兩位報告人特別指出，面對科技巨擘這類案件，必須體認到企業的財力非常雄厚。所以我覺得主管機關可以回頭去看看現行法規，是不是有些執法強度可以去做一些調整。剛剛謝律師也特別提到，有關條件、附款，甚至主管機關針對這些結合案件本身需要去做損害理論的分析、哪些資料需要提供的舉證責任等等，或許都是在競爭政策上未來可以去做調整。

最後一部分也是剛剛在講的Google併購案件，這類的結合案件相較於傳統結合案件，可能涉及到其他主管機關，尤其個資、消費者保護，所以如何先建立好機關間的協調，這也許是今天報告所提到的面向外，可以再去思考及補充的。

最後，報告人今天提到「非專屬授權」的建議，我不完全贊同，也不完全反對，因為我覺得很多新的議題需要一些時間去醞釀、發展。昨天晚上在看報告時，有在想這個問題。如果在結合案件加一個附款，併購方或被併購方未來沒有用到某個重要技術時，一定要「非專屬授權」。這樣的附款會不會變成一個「強制授權」的附款？也就是當你沒有實施技術時，技術一定要釋出讓其他人使用，本質上這個附款就像是必須要跟別人訂定契約，讓第三人能夠實施這個技術，最終結果就跟強制授權很像。所以，我不確定在智慧財產權領域內，這種會發生所謂「強制締約」的效果時，某種程度其實是對智慧財產權的限制。面對強制授權，智慧財產法律都會需要比較嚴格的條件，即便是競爭法所產生的強制授權結果，也要符合所謂的關鍵設施理論。所以，針對報告人所提出的非專屬授權建議，我覺得效果太強烈並形同強制授權，或許報告人針對這點可以再做一些思考。