

國立臺灣大學法律學院法律學系



碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

競爭法非水平結合管制之研究—以巨型平台為中心

A Study on Non-Horizontal Merger Control of
Competition Law: Focusing on Large Platforms

鄭宇宏

Yu-Hung Cheng

指導教授：黃銘傑 博士

Advisor: Ming-Jye Huang, Ph.D.

中華民國 112 年 7 月

July 2023



謝辭

這本論文的完成，必須要感謝許多人。

首先是指導老師黃銘傑老師，修習老師的競爭法專題課時即深受老師啟發對於競爭法的興趣，在撰寫論文過程中和老師的討論，給了我與這本論文的寫作方向，且也總是激發我更深入、嚴謹的思考，在此深深感謝老師的悉心指導。

感謝口試委員王立達老師及莊弘鈺老師，謝謝兩位老師非常用心閱讀我的論文，點出許多論文在論述上的瑕疵之處，也給我一些延伸論述的建議，並感謝兩位老師給我的肯定。

感謝安中法律事務所的包國祥律師，因緣際會下到安中協助專案處理，過程中從包律師學習了甚多公平法實務面向，包律師也不吝給予不管是論文或是課業上的建議，在此深深感謝。

感謝廖義男老師在經濟法專題課上給我的報告許多建議；感謝楊岳平老師在種子論壇時對我論文點出架構上以及實質內容上的修正方向。

感謝淳榆特別抽空來幫我紀錄口試，也給我論文內容實質上的建議及啟發。

感謝茵茵，一起走過國考和論文的難關，並總是鼓勵我，給我支持，謝謝你。

感謝 2405 研究室的靖庭、大巖、冠廷、姿妤，在研究室和大家聊天、吃飯、玩耍，為艱苦的論文時光增添了色彩。

感謝家人，總是無條件支持我，沒有你們我無法走到今天這步。

最後感謝我自己，努力不懈完成這本論文。

宇宏 2023 臺北



摘要

在數位平台經濟的時代，網路效應、大數據及演算法的優勢，造就了巨型數位平台的興起。數位市場集中度高，平台生態系龐大且跨域整合，且市場上有眾多剛起步的新生事業，以研發新創技術、推行新產品進入市場為目的，與既有平台事業間並不具直接競爭關係。頗受質疑之處在於既有平台廣泛地從事垂直及多角化結合，包含收購許多新生事業，可能阻礙、消滅新生事業競爭而減損創新，卻礙於申報門檻、實體審查規範等，這些結合均沒有受到執法機關嚴格審視，引起了結合管制是否錯放的問題。

本文回顧歐美結合管制學理及實務，認為傳統非水平結合管制之理論無法對現實世界個案提出令人確信的預測，且競爭分析缺乏了數位經濟更著重的非價格面向，尤其是動態觀點的競爭分析。其修正方向，關於申報門檻，應朝納入交易價值門檻之方向修正。其次，應提高支配地位平台收購的實體審查標準，判斷被收購的新生事業是否合理可能發展成僅有或少數之顯著競爭對手。關於事後結合管制，在美國法以獨占規範處理新生競爭者收購，具事後取得更多證據的優點，也能檢視系統性收購整體的違法性。最後是救濟措施，除殺手併購外，應運用行為救濟為主，並以確保互操作性為核心。

透過回顧歐美規範，本文建議公平交易法的結合管制規範，應於競爭分析中納入動態觀點，並更重視非價格競爭，維護數位市場競爭秩序並確保消費者享有品質、創新等利益。具體而言，應廢除市占率申報門檻，並考慮於銷售金額門檻外納入交易價值門檻；實體審查部分應將動態觀點納入，判斷垂直、多角化結合是否可能減損現有、未來的創新誘因，以及在判斷重要潛在競爭可能性時應考量數位市場的技術快速變化及技術的未來發展性；在平台事業連續性收購的情形，得透過公平交易法獨占禁止之規範遏止；救濟措施部分應靈活運用，以行為救濟為主，包含強

制授權關鍵技術、智慧財產權、限制數據之運用等，以確保互操作性之維持，維護平台市場內的競爭。

關鍵字：數位平台、巨型平台、結合管制、動態競爭、新生事業、殺手併購

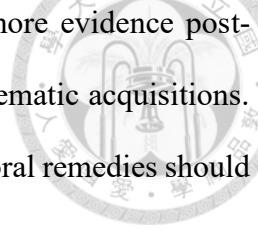


ABSTRACT



In the era of the digital platform economy, network effects and the advantage of big data and algorithm have contributed to the rise of large digital platforms. Digital market is high concentration, and platform ecosystems are extensive and cross-sector integrated. There are numerous newly founded start-ups in the market focused on developing new technologies and introducing new products, which do not directly compete with incumbent platforms. The major concern lies in vertical and conglomerate mergers undertaken very often by incumbent platforms, including acquiring many start-ups, which may hinder or eliminate competition from nascent competitors and even undermine innovation. However, due to the flaw of current notification thresholds and merger assessment, only a few of these mergers have been reviewed by competition authorities, raising questions about whether merger control is underenforcement or false negative.

The paper reviews theoretical and practical aspects of merger control in Europe and the United States, argues that traditional theories of non-horizontal merger control are unable to provide reliable predictions for real-world cases. Moreover, competition analysis lacks emphasis on the non-price aspects, particularly the dynamic competition analysis. The suggested directions for reform are as follows: First, regarding notification thresholds, it should be revised to include transaction value threshold. Second, the substantive standards for acquisitions by dominant platforms should be heightened to determine whether, but for the merger, the acquired nascent firm is the only firm or one of a small number of firms who will reasonably possibly become significant competitors in the near future. Third, regarding ex-post merger control, in the United States, the prohibition of unlawful monopolization is able to assess the acquisitions of start-ups by



large platforms ex post, which offers the advantage of obtaining more evidence post-transaction and allows for an examination of overall legality of systematic acquisitions. As for remedies, in addition to prohibiting killer acquisitions, behavioral remedies should be emphasized, with a focus on ensuring interoperability.

By reviewing the merger control in Europe and the United States, this paper suggests that merger control regulations under Taiwan Fair Trade Law should incorporate a dynamic perspective and place greater emphasis on non-price competition. This is to maintain competitive order in the digital market and ensure that consumers benefit from quality and innovation. Specifically, it is proposed to abolish market share as notification threshold and consider incorporating transaction value threshold. In terms of substantive merger review, the dynamic perspective should be taken into account to assess whether vertical and conglomerate mergers may lessen existing or future incentive for innovation. When assessing significant potential competition, the rapid technological changes and future development of technology in the digital economy should be considered. In cases of systematically acquisitions by dominant platforms, the prohibition of abuse of monopolistic position under Fair Trade Law is able to address such situation. Finally, flexible remedies should be exercised with a focus on behavioral remedies, including mandatory licensing of crucial technologies or intellectual property rights, and restrictions on specific purpose of the data usage, to ensure the maintenance of interoperability and competition in the platform market.

Key words: digital platforms, large platforms, merger control, dynamic competition, nascent firms, killer acquisitions.

簡目



謝辭.....	i
摘要.....	ii
ABSTRACT.....	iv
簡目.....	vi
詳目.....	vii
圖目錄.....	xi
表目錄.....	xi
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究方法與範圍.....	4
第三節 論文架構.....	5
第二章 數位平台經濟之發展及其非水平結合議題.....	6
第一節 數位平台經濟之意義及特性.....	6
第二節 數位平台與結合相關之競爭法議題—以巨型平台為中心.....	13
第三章 非水平結合理論之發展及其對數位平台經濟之因應.....	38
第一節 非水平結合理論及規範之演變—以美國法為中心.....	38
第二節 數位平台經濟對非水平結合理論的衝擊.....	77
第三節 動態競爭分析—以競爭法中的創新為中心.....	87
第四節 本章小結.....	99
第四章 非水平結合管制的動態競爭分析—事前結合審查及事後獨占濫用行為規範之討論.....	101
第一節 新生競爭與創新.....	102
第二節 將動態競爭分析納入非水平結合規範.....	118
第三節 以獨占濫用行為規範處理新生競爭者收購.....	143
第四節 競爭法的救濟措施.....	155
第五節 本章小結.....	164
第五章 歐美法制對公平交易法非水平結合規範之啟示.....	167
第一節 我國非水平結合規範之演進.....	167
第二節 公平交易法與數位平台經濟.....	173
第三節 公平交易法與歐美法制之比較與評析.....	181
第四節 本章小結.....	194
第六章 結論.....	197
參考文獻.....	201

詳目



謝辭.....	i
摘要.....	ii
ABSTRACT.....	iv
簡目.....	vi
詳目.....	vii
圖目錄.....	xi
表目錄.....	xi
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究方法與範圍.....	4
第三節 論文架構.....	5
第二章 數位平台經濟之發展及其非水平結合議題.....	6
第一節 數位平台經濟之意義及特性.....	6
第一項 數位平台經濟之意義.....	6
第二項 數位平台之特性.....	8
第一款 多邊性.....	8
第二款 網路效應.....	9
第三款 規模經濟.....	9
第四款 大數據與演算法.....	10
第五款 多平台使用與轉換成本.....	11
第三項 小結.....	12
第二節 數位平台與結合相關之競爭法議題—以巨型平台為中心.....	13
第一項 平台的垂直整合及單方濫用行為.....	15
第一款 Amazon 零售電子商務.....	16
第二款 Apple 及 Google 應用程式商店.....	17
第三款 Google 搜尋引擎.....	18
第四款 Facebook 社群媒體.....	20
第二項 平台的結合議題.....	21
第一款 平台併購引起的競爭議題概述.....	23
第二款 平台的併購策略對結合規範之啟示.....	29
第三項 小結.....	35
第三章 非水平結合理論之發展及其對數位平台經濟之因應.....	38
第一節 非水平結合理論及規範之演變—以美國法為中心.....	38
第一項 1950-1970 年的垂直封鎖及潛在競爭理論.....	40

第一款 垂直結合及垂直封鎖理論	41
第二款 多角化結合及潛在競爭理論	44
第三款 小結	47
第二項 芝加哥學的興起及後芝加哥學派的修正	48
第一款 芝加哥學派之興起及其批判	48
第二款 後芝加哥學派的新觀點及影響	53
第三項 近期法院見解及行政機關準則之修訂	59
第一款 AT&T 與 Time Warner 結合案	59
第二款 2020 年司法部與聯邦交易委員會之《垂直結合準則》	67
第四項 小結	76
第二節 數位平台經濟對非水平結合理論的衝擊	77
第一項 傳統競爭分析方法的不足	77
第二項 結合規範及分析方法之修改建議	79
第一款 申報門檻之調整	80
第二款 引入動態觀點的損害理論	80
第三款 舉證責任	83
第四款 救濟措施及事後審查	84
第三項 小結	86
第三節 動態競爭分析—以競爭法中的創新為中心	87
第一項 動態競爭與創新	87
第一款 動態效率與創新	88
第二款 創新與競爭之關聯	89
第二項 結合審查中的創新	92
第三項 數位平台市場納入創新分析之重要性	95
第四項 小結	98
第四節 本章小結	99
第四章 非水平結保管制的動態競爭分析—事前結合審查及事後獨占濫用行為規範之討論	101
第一節 新生競爭與創新	102
第一項 FTC 對 Facebook 之反托拉斯訴訟	102
第一款 概說	102
第二款 背景事實及支配地位認定	103
第三款 競爭分析	105
第四款 本案啟示	109
第二項 新生競爭損害理論	109
第一款 定義	109
第二款 潛在競爭與新生競爭之差異	110

第三款 規範途徑：事前結合審查及事後獨占規範.....	112
第四款 相反事實分析.....	114
第三項 小結.....	116
第二節 將動態競爭分析納入非水平結合規範.....	118
第一項 概說.....	118
第二項 結合申報門檻.....	119
第三項 實體審查.....	125
第一款 減損上下游競爭事業之創新誘因.....	125
第二款 排除新生競爭威脅而損害創新.....	126
第三款 效率考量及合意殺手併購的問題.....	135
第四款 歐美新生競爭者收購案例探討.....	137
第四項 小結.....	141
第三節 以獨占濫用行為規範處理新生競爭者收購.....	143
第一項 概說.....	143
第二項 美國《謝爾曼法》第2條之解釋途徑.....	145
第一款 規範正當性.....	145
第二款 規範要件.....	146
第三款 連續性收購.....	151
第三項 《FTC法》第5條之適用.....	153
第四項 小結.....	154
第四節 競爭法的救濟措施.....	155
第一項 概說.....	155
第二項 救濟措施的檢討.....	156
第一款 平台拆分與互操作性.....	156
第二款 平台開放與禁止自我偏好.....	158
第三款 數據的授權與運用.....	160
第四款 智慧財產權或無形技術資產之強制授權.....	162
第三項 小結.....	163
第五節 本章小結.....	164
第五章 歐美法制對公平交易法非水平結合規範之啟示.....	167
第一節 我國非水平結合規範之演進.....	167
第一項 公平交易法之結合規範.....	167
第二項 實務案例發展.....	168
第一款 垂直結合.....	169
第二款 多角化結合.....	171
第三款 整體經濟利益的衡量.....	172
第三項 小結.....	173

第二節 公平交易法與數位平台經濟	173
第一項 我國數位平台經濟之結合案	174
第一款 合資新設紅利點數事業結合案	174
第二款 合資新設支付平台事業結合案	175
第三款 合資新設事業經營純網路銀行結合案	176
第二項 公平會之政策方向	177
第一款 數位市場之特性	177
第二款 殺手併購	178
第三款 隱私在結合審查中的角色	180
第三項 小結	180
第三節 公平交易法與歐美法制之比較與評析	181
第一項 結合審查納入動態觀點、更重視非價格競爭因素	181
第二項 事前結合管制之規範途徑	185
第三項 事後結合管制？	189
第四項 靈活運用救濟措施	191
第四節 本章小結	194
第六章 結論	197
參考文獻	201

圖目錄



圖 1 新生競爭者收購之概念.....	27
圖 2 新生競爭者收購之類型.....	28

表目錄

表 1 1988-2020 年 GAFAM 併購總數及每年平均數.....	22
表 2 平台併購目的及其案例.....	23
表 3 用戶群體、平台部門及其產品示例.....	29
表 4 各平台主要業務及目標事業業務類型.....	30
表 5 目標事業與 GAFAM 的關聯性十分多樣.....	31
表 6 新生競爭與潛在競爭的定義及差異.....	112
表 7 事前結合審查及事後獨占規範審查標的.....	113
表 8 有收購及無收購下的可能結果.....	115
表 9 收購的可能效果.....	115
表 10 歐美針對巨型平台收購新生競爭者結合規範之比較.....	166
表 11 2004 年後已公開決定書之非水平結合類型.....	169



第一章 緒論

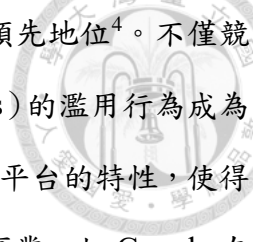
第一節 研究動機

在事業結合的競爭法規範領域，同一相關市場中的直接競爭者之結合，係屬水平結合，這類的結合在傳統上的觀點認為，等同是將兩個原本互相競爭的事業合而為一，使之互相不為競爭，可能帶來提高價格、減少產量之限制競爭效果，因此，傳統競爭法對於水平結合的審查較為嚴格，相關學理的研究也頗為豐富。相對的，包含垂直結合、多角化結合在內的非水平結合因為不會對於價格、產量帶來直接影響，有些甚至還能降低價格，且具備整合互補性資產的效率，過去尤其在美國的垂直結合及多角化結合幾乎不太受執法機關的挑戰，學理關注也較為稀少。

不過，進入了數位平台經濟的時代後，隨著數位科技發展迅速，平台的競爭關係更加複雜，在此其中僅關注水平結合分析是否妥適，不無疑義。質言之，網路效應、大數據及演算法的優勢，造就了超大規模的巨型數位平台 Google, Amazon, Facebook 及 Apple 甚至 Microsoft，掌控資訊、網路科技，甚至學者及媒體給了科技巨頭（Big Tech¹ or Tech Giants）、四大（或五大）巨頭（Big Four or Big Five²）、

¹ See, for example, Riita Katila and Sruthi Thatchenkery, *The Surprising Consequence of Antitrust Actions Against Big Tech*, Harvard Business Review (2023), <https://hbr.org/2023/02/the-surprising-consequences-of-antitrust-actions-against-big-tech> (last visited 2023/4/29); Steve Lohr, *To Rein In Big Tech, Europe Looked Beyond Lawsuits. Will the U.S. Follow?*, N.Y. TIMES (2022), <https://www.nytimes.com/2022/12/10/business/big-tech-antitrust-rules.html> (last visited 2023/4/29); Cecillia Kangm, David McCabe and Kenneth P. Vogel, *Tech Giants, Fearful of Proposals to Curb Them, Blitz Washington With Lobbying*, N.Y. TIMES (2021), <https://www.nytimes.com/2021/06/22/technology/amazon-apple-google-facebook-antitrust-bills.html> (last visited 2023/4/29)

² See, for example, Richard N. Langlois, *Hunting the Big Five: Twenty-First Century Antitrust in Historical Perspective*, 23 THE INDEPENDENT REVIEW (2019)



GAFAs³等稱號，以形容其等之規模以及其在數位科技事業中的領先地位⁴。不僅競爭法濫用支配地位之規範如何應對這些巨型平台 (large platforms) 的濫用行為成為問題，關於結合管制規範方面更是存在爭議，質言之，由於數位平台的特性，使得平台市場呈現集中度高，市場中僅有少數或單一具領先地位之事業，如 Google 在搜尋引擎市場、Android 及 iOS 在智慧手機作業系統的領先地位，且巨型平台 GAFAs 的業務發展亦十分廣泛，而不侷限於單一或少數業務，許多競爭關係更可能是潛在的，也因為科技發展迅速，數位事業中有著許多剛起步的新生事業 (nascent firms, start-ups)，其與既有平台事業間多不具直接競爭關係。近二十年內，巨型平台對數位科技相關事業積極發動收購，自 1988 年以來已陸續收購 500 家以上的事業⁵，其中包含不少剛起步的新生事業，而頗受競爭法學者質疑者即在於，平台積極垂直整合 (vertical integration) 壯大事業規模或延伸市場力，是否阻礙不同產銷階段事業的競爭；抑或平台為了獲取互補或新創技術而直接將新生事業併吞，甚或其唯一意圖係消滅該新生事業帶來之競爭威脅，著名者包含 Facebook 對於 Instagram 及 WhatsApp 的結合，這類的收購有眾多未達結合申報門檻因此未受審查，也多因事業間並無水平競爭關係，屬垂直結合或多角化結合，此在過去數十年間不受執法機關所重視⁶。惟市場的進入及創新扮演著抑制市場中具支配地位事業之重要角色，使支配地位事業在提供既有服務之同時，也需思考產品或服務之創新，以免遭到新進競爭者取代現有的市場地位，因此，保護此些新生競爭者免受反競爭之收購，遂成為傾向獨占結構之平台市場的重要競爭法議題，現行非水平結合規範及政策是

³ 例如學者 Axel Gautier & Joe Lamesch 曾在其論著中以 GAFAM 描述五大平台。See Axel Gautier & Joe Lamesch, *Mergers in the Digital Economy*, CESifo Working Paper No. 8056(2020), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3529012

⁴ 就市值 (market cap) 而言，世界市值前十大之事業中，GAFAM 均名列其中，分別為 Apple (第一位)、Microsoft (第二位)、Alphabet (Google) (第四位)、Amazon (第五位)、Meta Platforms (Facebook) (第八位)。See *Largest Companies by Market Cap, Cos. Mkt. Cap*, <https://companiesmarketcap.com> [<https://perma.cc/T7YM-FMBX>] (last visited 2023/4/26)

⁵ Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, *INVESTIGATION OF COMPETITION IN THE DIGITAL MARKET* 332 (2020).

⁶ Herbert J. Hovenkamp, *Antitrust and Platform Monopoly*, 130 *YALE L.J.* 1952, 2021 (2020)



否有錯誤消極執法（false negative）的問題，即待研究。

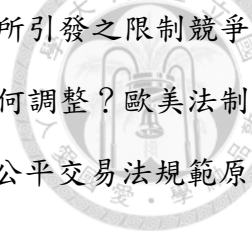
面對諸如此類議題，歐美學說紛紛加強研擬對於巨型平台結合審查之規範改革，包含美國新布蘭代斯學派（New Brandeis School）興起，除認為大即是惡外，也主張應該嚴格審查巨型平台的結合⁷。在立法層面，美國國會於 2020 年發布對於科技巨頭之調查報告，指涉該等事業具有支配地位，並曾從事排他性收購之外⁸，甚至在 2021 年頒布一系列法案以嚴加規範科技巨頭，其中就包含了禁止平台巨頭收購新生競爭者⁹；行政機關方面，2021 年上任之聯邦交易委員會（Federal Trade Commission, FTC）主委 Lina Khan 也已宣示加強對數位經濟事業結合的管制力道，並於 2021 年 9 月撤回了甫發布一年多的垂直結合準則¹⁰。而在競爭法學界，歐美對於平台與結合的相關研究也仍在累積當中，國內對於平台競爭法議題之研究雖也頗為豐富，但大多數仍係以較廣泛的觀點一併處理平台或巨型平台所涉及的競爭法議題，抑或自大數據之觀點切入，在其研究中納入對平台或大數據事業結合之討論；而專門針對事業結合之研究，雖已有針對高科技產業水平結合規範、將創新納入水平結合管制之討論，惟專門針對數位平台非水平結合議題之研究仍較缺乏，也成為本文之研究動機。

⁷ Lina M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 YALE L.J. 710, 710-805 (2017); Lina M. Khan, *The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate*, 9 JOURNAL OF EUROPEAN COMPETITION LAW & PRACTICE 131, 131-32 (2018).

⁸ Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, *supra* note 5.

⁹ 共有五項法案，包含：美國創新與選擇線上法案（American Choice and Innovation Online Act）、終止平台獨占法案（Ending Platform Monopolies Act）、平台競爭與機會法案（Platform Competition and Opportunity Act）、透過啟用服務交換強化相容性及競爭力法案（Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching Act）、結合申報費用現代化法案（Merger Filing Fee Modernization Act）。

¹⁰ Federal Trade Commission, *Statement of FTC Chair Lina M. Khan and Antitrust Division Acting Assistant Attorney General Richard A. Powers on Competition Executive Order's Call to Consider Revisions to Merger Guidelines* (2021), <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2021/07/statement-ftc-chair-lina-m-khan-antitrust-division-acting-assistant-attorney-general-richard-powers> (last visited 2023/4/29); Federal Trade Commission, *Statement of Chair Lina M. Khan, Commissioner Rohit Chopra, and Commissioner Rebecca Kelly Slaughter on the Withdrawal of the Vertical Merger Guidelines* (2021), <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/public-statements/statement-chair-lina-m-khan-commissioner-rohit-chopra-commissioner-rebecca-kelly-slaughter> (last visited 2023/4/29)



是以，本研究之問題意識如下：數位平台經濟以非水平結合所引發之限制競爭疑慮為主軸，競爭法非水平結合管制規範是否完備？若否，應如何調整？歐美元法經驗有何足供我國公平交易法借鑑、參照之處？如何因應我國公平交易法規範原理及產業結構妥適進行政策選擇及法律解釋？

第二節 研究方法與範圍

本論文首先回顧美國、歐盟近年對於數位平台競爭法議題的相關執法經驗及學術文獻，檢視數位平台的特性、濫用行為以及併購所引起的競爭法問題及研究，相較於數位平台濫用行為的執法經驗及學術研究較為成熟，但併購相關的結合議題仍在發展當中，因此進一步探討巨型平台併購所引起競爭法非水平結合問題及其研究重要性，以此作為本論文主要研究問題。

其次，本文選擇事業結合經濟理論之發源地美國，回顧美國法非水平結合的法院實務見解及學術文獻，接著回顧美國、歐盟近年對於數位平台非水平結合管制的相關學術文獻，探討傳統非水平結合管制規範不足之處、可能修改方向及具體規範的解釋適用。除文獻回顧外，也會一併研究歐美近年數位平台結合的指標性個案。最後，本文採比較法分析法，借鑑歐盟、美國執法經驗及學術文獻，對我國公平法非水平結合管制提出若干建議。

本文所指涉之非水平結合（Non-Horizontal Mergers），即凡牽涉非屬同一相關市場之事業結合，或兼具水平及非水平面項之結合，包含垂直結合、多角化結合。因非水平結合管制所牽涉之事業範圍甚廣，囿於研究篇幅及能力，且文獻中多以近年最受執法機關關注且最具限制競爭疑慮的巨型數位平台結合案為討論對象，因此本文選擇以美國的巨型數位平台（即包含前述五大科技巨頭在內）所從事之併購及其所引起之競爭法議題為探討中心，惟討論上仍會盡可能延伸至適用於整體數

位市場結合管制之規範理念及適用原則。



第三節 論文架構

本論文共分六章。第一章已說明本文之研究動機與目的、研究方法與範圍如前。第二章將回顧數位平台的競爭法議題，自數位平台的特性出發，接續討論巨型平台所引起的競爭法問題，最後聚焦在巨型平台併購策略所引發的非水平結合管制之問題，並以之為本論文研究核心。第三章將首先回顧非水平結合管制之實務運作及學理發展，並檢視傳統的結合審查分析方法適用於當今數位平台的結合時可能會遇到的問題以及如何因應、調整結合管制規範，並探討非價格競爭分析中的創新分析概念及其被納入數位平台市場競爭分析的重要性。第四章將自歐美指標個案及相關損害理論出發，討論結合管制規範具體應如何調整，自結合申報門檻、實體審查、事後結合管制、救濟措施一一論述。第五章則回到我國公平法，回顧公平會非水平結合執法經驗、針對數位平台經濟的執法經驗及政策方向，並比較歐美法制經驗與公平法，探究可借鑑之處。第六章則總結本論文，對我國公平法面對數位平台經濟之結合可能之調整提出建議。

第二章 數位平台經濟之發展及其非水平結合議題



隨著數位技術、電腦網路之發展，數位平台經濟（digital platform economy）興起，造就為數眾多的平台事業，以及五大科技巨頭的出現。不過，數位平台經濟有著哪些特性，與傳統經濟的特性有何不同，因此帶來了哪些競爭法議題，如何影響競爭法規框架及分析方法，應先釐清，而基於數位平台經濟的特性，數位市場中頻繁出現的併購案，其引發的競爭法非水平結合議題如何，以及其重要性，將係本章確立並聚焦的議題。

第一節 數位平台經濟之意義及特性

本節首先定義數位平台經濟之意義，並探討學理上給予數位平台之特性，以作為本文討論數位平台引起的競爭法議題如何及應如何分析之基礎。

第一項 數位平台經濟之意義

所謂平台（platform）係媒介不同群體的使用者，以進行交易或其他社會或經濟之目的，促進群體間的互動¹¹，例如傳統社會中的拍賣平台、婚友聯誼社等。而隨著數位科技及網路時代的來臨，網路基礎建設以及消費者端通訊等數位設備的普及，促成數位平台（digital platform）的蓬勃發展。學界對於數位平台雖無一致的定義，然根據文獻中針對「數位平台」累積的特性描述，可簡要定義為利用數位資源，使外部生產者、內容提供者、開發商及消費者，在符合平台治理規則下，能夠有效率地互動，並從其間在線上或線下的交易中創造價值¹²，其範圍應較狹義的

¹¹ 王相傑（2019），《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院法律學系碩士論文，頁 7。

¹² Geoffrey Parker, Georgios Petropoulos & Marshall Van Alstyne, *Digital Platforms and Antitrust*, in THE OXFORD HANDBOOK OF INSTITUTIONS OF INTERNATIONAL ECONOMIC GOVERNANCE AND MARKET

網路平台 (online platform) 一詞來的更廣¹³，透過網路或其他數位技術、設備所串連的平台事業應均可納入數位平台之概念，包含數位平台自行建立之生態系統 (ecosystem)，且因本論文以下著重之平台結合議題，將涉及平台為取得數位技術或數據之收購，因此選擇數位平台之概念。隨著數位平台逐漸主宰了網路經濟活動的核心，學者並將此經濟模式定義為數位平台經濟¹⁴。

數位平台依據平台上不同群組的互動模式之區別，可進一步分類為整合型 (aggregators) 及交易型 (marketplaces) 平台。所謂整合型平台，係指平台為使用者 (user) 提供具價值的服務，並同時促成用戶與外部生產者間的互動。例如，Google 提供搜尋引擎服務，透過匯集、整理龐大資料並以搜尋結果呈現給用戶，而用戶在使用搜尋引擎的過程中也會看到外部生產者或廣告商的產品或服務；又如 Twitter 及 Facebook 等社群平台，不僅提供用戶與其朋友、社群之互動，也使得用戶得藉由平台上所投放的廣告內容與廣告商接觸¹⁵。至於交易型平台，則是扮演促成產品供應商及消費者間有效率的交易為目的之平台，例如媒介司機與乘客的 Uber、提供住宿訂房服務的 Trivago 等，透過數據之蒐集及分析以更精準定位消費者偏好並促成消費者與賣家的交易；再如 Amazon Marketplace，其不僅經營平台，同時有透過平台販售 Amazon 自家的商品，亦屬之¹⁶。

REGULATION 2 (Eric Brousseau, Jean-Michel Glachant & Jérôme Sgard eds., 2020), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3608397; Geoffrey Parker, Georgios Petropoulos & Marshall Van Alstyne, *Platform Mergers and Antitrust*, Boston University Questrom School of Business Research Paper No.376351, 4 (2022), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3763513

¹³ 邱映曦 (2019)，〈競爭法的數位紀元——論數位平台資訊力對競爭法適用之影響〉，國立政治大學法律學系博士論文，頁 9。

¹⁴ 陳志民 (2019)，〈數位平台經濟與市場競爭：國際規範趨勢與案例評析〉，《公平交易通訊》，第 89 期，頁 1。謝文喆 (2022)，〈數位平台經濟之演進與發展潛能〉，《臺灣經濟研究月刊》，第 45 卷 1 期，頁 18-25。亦使用平台經濟一詞者，參見王立達 (2018)，〈競爭法如何因應數位經濟新經營模式〉，《公平交易通訊》，第 82 期，頁 1-2。

¹⁵ Geoffrey Parker, Georgios Petropoulos & Marshall Van Alstyne, *Digital Platforms and Antitrust*, in THE OXFORD HANDBOOK OF INSTITUTIONS OF INTERNATIONAL ECONOMIC GOVERNANCE AND MARKET REGULATION 2 (Eric Brousseau, Jean-Michel Glachant & Jérôme Sgard eds., 2020), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3608397.

¹⁶ Parker, Petropoulos & Van Alstyne, *supra* note 15, at 2-3.



第二項 數位平台之特性

綜觀文獻中對於數位平台特性的探討，可簡要歸納為多邊性(multi-sidedness)、網路效應(network effect)、規模經濟(economics of scale)、大數據(big data)及演算法(algorithm)、多平台使用(multi-homing)及轉換成本(switching cost)。針對數位平台特性的釐清，得以界定數位平台市場的競爭特性，以及延伸出相關的競爭議題。

第一款 多邊性

平台首要的特性即展現於其媒介多邊的參與者或群體，包含廣告商、企業、商家、內容編輯者以及消費者¹⁷，且藉由多邊的互動帶來價值，此稱為多邊性(multi-sidedness)。具體言之，市場不同邊的參與者可以從與彼此的互動間獲得附加價值，這樣的價值可能係對稱的，例如在交易型平台中買家與廠商間達成產品或服務之交易；此價值也可能為非對稱，也就是一方可能從與另一方之互動中獲得更多價值，例如廣告商從使用者的互動中所獲得的價值¹⁸。

此多邊性的特徵，影響了平台針對不同邊的訂價或補貼之策略，形成價格結構非中立性¹⁹。例如，當平台的一方對於另一方具有較高的價值時，平台可能會決定對另一方進行補貼，以吸引用戶使用平台，像是在整合型平台，因為廣告是平台主要的收入來源，平台會以低廉甚至免費的價格以吸引消費者使用²⁰，造就了平台部分服務係零價格之現象。這樣的特性也使得在進行競爭分析時，應注意平台雙邊或

¹⁷ Gautier & Lamesch, *supra* note 3, at 7.

¹⁸ Parker, Petropoulos & Van Alstyne, *supra* note 15, at 5.

¹⁹ 顏雅倫(2016)，〈雙邊/多邊市場之競爭與創新—論競爭法之因應〉，《科技法學評論》，第13卷第1期，頁228。

²⁰ Parker, Petropoulos & Van Alstyne, *supra* note 15, at 5.



多邊互相影響的效應²¹。

第二款 網路效應

所謂網路效應，或網路外部性，即平台系統對於用戶的價值隨著用戶數量增加而增加的效應²²，例如隨著越多用戶使用 Facebook 平台，用戶可以更輕易在平台上找到他們的朋友，並使用平台分享近況、傳送訊息聯繫，平台帶給用戶的使用價值即越高。

網路效應可進一步區分為直接網路效應（direct internet effect）及間接網路效應（indirect internet effect），直接網路效應係指「同一群體中」用戶參與平台所獲價值隨著其他用戶的增加而增加²³，即前述的社交平台中的朋友數量與平台帶來價值間的正向關係。至於間接網路效應，則指網路中不同群體間，另一方群體中的用戶所提供的價值或雙方群體用戶所提供之價值，例如前述整合型平台中，平台透過來自使用者的數據累積，可以為所有平台參與者，包含使用者、廣告商及外部商家提高平台服務之品質²⁴。

第三款 規模經濟

所謂規模經濟係指生產成本隨著生產規模擴大而降低的現象²⁵。數位市場具有固定成本高、變動成本微小甚至趨近於零的特性，也就是說平台的生產成本相較於用戶數量是十分微小的，可以以最小的成本持續吸引用戶的加入²⁶。規模經濟被認

²¹ 陳志民，前揭註 14，頁 1-2。

²² Parker, Petropoulos & Van Alstyne, *supra* note 15, at 3；D. Daniel Sokol & Rosin Comerford, *Antitrust and Regulating Big Data*, 23 GEO. MASON L. REV. 1129, 1148 (2016)。陳志民，前揭註 4，頁 2。

²³ Parker, Petropoulos & Van Alstyne, *supra* note 15, at 6；Nikolas Guggenberger, *Essential Platforms*, 24 STAN. TECH. REV. 237, 278 (2021)。

²⁴ *Id.*

²⁵ Guggenberger, *supra* note 23, at 285。

²⁶ Parker, Petropoulos & Van Alstyne, *supra* note 15, at 5。

為得藉由用戶網路效應及大數據的累積，透過回饋循環(feedback loop)之方式達成，換言之，平台之建立並提供優質服務，吸引眾多用戶的互動，獲取更多數據以洞察用戶需求，從而改善產品服務品質，得以吸引更多外部廠商及用戶之加入²⁷。

不過，上開回饋循環理論之強弱，學理上仍具爭議，有學者認為大數據產業實際上可能存在規模報酬遞減效應（diminishing returns of scale），也就是隨著數據增加，事業自數據所獲得的邊際價值逐漸遞減甚至為零，導致實際上回饋循環效應不若想像中強而帶來規模經濟之競爭優勢²⁸。

第四款 大數據與演算法

平台帶給用戶的價值除前述網路效應外，亦與平台對於大數據之處理及演算法有密切關聯，數位平台藉由提供服務蒐集大數據，並運用演算法針對平台不同用戶需求進行運算，提供更優良的服務品質，創造更高的平台價值，加強網路效應及規模經濟，此乃數位平台與傳統平台之間差異最甚之處。質言之，數位平台具有仰賴大數據及演算法的特性，透過機器學習及人工智慧提升其所蒐集數據之價值，改善其產品或服務之品質，並將生產活動擴及至新的商業領域²⁹，形成範疇經濟（economies of scope）。

文獻認為大數據產業具備以下幾個特性，包含數據產業進入障礙低，且數據普遍存在、易於蒐集，具備非排他性及非敵對性，能同時提供不同事業使用，且所能提供價值之生命週期也甚短，不同平台所需求的數據也具有高度差異化³⁰。至所謂演算法概念上的意義係將數據投入（digital inputs）轉化為數據產出（digital outputs）

²⁷ Sokol & Comerford, *supra* note 22, at 1147-48; Maurice E. Stucke, *Should We Be Concerned About Data-opolies?* 2 GEORGETOWN LAW TECHNOLOGY REVIEW 275, 282-83 (2018)

²⁸ Sokol & Comerford, *supra* note 22, at 1150-51.

²⁹ Parker, Petropoulos & Van Alstyne, *supra* note 15, at 5.

³⁰ Sokol & Comerford, *supra* note 22, at 1135-40.

的任何一套規則，換言之即藉演算一定數量的數據，透過機器學習（machine learning）以尋找出其中規律而作出決策，並藉由不斷對數據的運算以提升演算法的準確性³¹，例如用戶想要得到的搜尋結果或用戶感興趣的廣告內容，在傳統的意義上確實應仰賴足量數據以供學習。有學者即主張由於機器學習對於更大量的數據能夠得出更佳的洞察力，因此能夠獲得大量數據的事業可以更好的提高其服務品質³²，並認為大型平台對於大數據之蒐集、處理及分析，為大型數位平台帶來相較於小型事業高不可攀的競爭優勢或進入障礙，屬應關注之競爭疑慮³³。

不過也有認為大數據本身並不足提升服務品質而成為競爭優勢，反而應將平台之工程技術、服務品質、創新速度等通盤納入考慮始為週全，且鑒於數據產業本身的特性，不至於單獨對競爭帶來危害，甚至可以為市場競爭帶來效率³⁴。近來人工智慧（AI）演算法的革新，使電腦系統得以突破傳統演算法，縱僅有少量數據也能夠藉由機器學習，大幅提升其演算法的效率與價值³⁵。

本文以為，空有數據本身並非關鍵，若數位平台並不具備足夠優良的演算法，則其也無法對龐大的數據進行有效率且有價值的運算，因而無法提升平台服務的價值，故關鍵競爭要素應非大數據本身，實則係演算法與大數據。

第五款 多平台使用與轉換成本

多平台使用（multi-homing）係指平台用戶同時利用複數相同或相類之服務，以實現單一的使用目的而言，例如使用不同的平台查找同一項產品³⁶，文獻也有稱

³¹ 魏杏芳（2019），〈電子商務、轉售價格維持與演算法——由歐盟產業調查與華碩案談起〉，《公平交易季刊》，第27卷第4期，頁17-18。

³² Parker, Petropoulos & Van Alstyne, *supra* note 15, at 5.

³³ Sokol & Comerford, *supra* note 19, at 1141-51；Guggenberger, *supra* note 12, at 285-86；邱映曦，前揭註13，頁71-73。

³⁴ Sokol & Comerford, *supra* note 19, at 1135-40, 1147-51.

³⁵ 馬泰成（2021），〈用戶數據與演算法創新〉，《公平交易季刊》，第29卷第4期，頁18-19。

³⁶ 陳志民，前揭註14，頁2；邱映曦，前揭註13，頁72。

「多棲」或「多點聯結」者，其相對之概念即為單平台使用（single-homing），也就是用戶僅使用單一平台。多平台使用的特性，可使用戶得以不被鎖入在單一平台上，使得單一平台因結合後提升的市場力遭受箝制³⁷。

至於轉換成本（switching costs）則指用戶轉換至其他平台的成本，部分平台具有高轉換成本之特徵。網路效應可能影響用戶的轉換成本，若單一平台所形成的網路效應愈強，用戶面臨轉換至其他平台成本即愈高，例如，即使 Facebook 用戶不願意繼續使用平台，然若其他朋友仍持續留在 Facebook 上，用戶也不會願意轉換至其他社群平台³⁸，此時用戶即面臨較高的轉換成本。又如，在拍賣網站上已建立良好信譽的賣家，若欲轉換至其他平台，因在原本平台上所累積的顧客評價無法移轉至新的平台，因此也面臨較高的轉換成本³⁹。

第三項 小結

數位平台媒合不同群組的使用者，形成數位平台生態系，創造更大的價值，其中多邊性的特質使得平台各邊之間具牽連性，平台的商業模式應考量各邊使用者的相互影響，也可能一邊為零價格的情形，而在平台同一邊以及不同邊之間所形成的網路效應，使得平台對於各邊使用者的價值隨著使用者的增加益加擴大，影響了數位平台一旦成功發展即得以極大規模的規模經濟特徵；再者，與傳統平台模式最大不同之處，數位平台擁有仰賴數據之特性，數據的蒐集及處理優勢使平台得以不斷發展、改善並形成優良的演算法，增進其產品或服務之品質，從而吸引更多用戶使用平台，使得平台市場趨向高度集中，平台壟斷之相關議題在此討論脈絡下於各國逐漸浮現，相關研究及執法行動仍在發展當中，其中數位平台上述的諸特性，引起學界質疑現行競爭法規範是否足以規範數位平台的壟斷議題。不過，上開特性並

³⁷ 陳志民，前揭註 14，頁 2。

³⁸ Stucke, *supra* note 24, at 321.

³⁹ 邱映曦，前揭註 13，頁 18。

無法導出，凡具網路效應、規模經濟及大數據之數位平台一律傾向於獨占的結論，毋寧仍應於平台競爭分析中通盤考量這些特性，包含網路效應及數據近用的不對等是否帶來進入障礙⁴⁰，且用戶是否為單平台使用、是否面臨高轉換成本，也可能影響平台的市場力量。

第二節 數位平台與結合相關之競爭法議題—以巨型平台為中

心

數位平台最主要的競爭法議題，主要環繞在美國的巨型數位平台事業 GAFAM（即 Google, Amazon, Facebook, Apple 及 Microsoft），因其牽涉數量可觀的群體用戶、廠商，並掌握大數據及優良的演算法，引發提高價格、降低品質，以及對於小型事業或新創事業形成明顯的進入障礙之相關疑慮⁴¹，歐美各國執法機關紛紛介入調查審酌該等平台事業是否具獨占力而為排他濫用之行為，以及是否應修正結合規範以因應數位平台的廣泛併購行為。

申言之，面對數位平台商業模式的發展，競爭法特別在單方行為規範在適用框架上面臨挑戰，例如前述平台多邊性以及零價格的特性，使得非價格競爭之分析更具重要性，應如何判斷競爭損害係一大議題；又如美國獨占地位濫用之規範（即 Sherman Act 第 2 條）之適用上，該條之要件係競爭損害所發生的特定市場中，受到了獨占或支配地位的威脅，然而許多由支配地位平台所帶來之競爭傷害係發生在互補性或垂直的相關市場中，這些市場並未受到獨占地位形成之威脅⁴²。在競爭法未能有力規範的背景下，有部分學者認為應拆分平台或對平台採取事前管制。詳

⁴⁰ Lina M. Khan, *The Separation of Platforms and Commerce*, 119 COLUM. L. REV. 973, 1023 (2019)

⁴¹ Parker, Petropoulos & Van Alstyne, *supra* note 15, at 8-14.

⁴² Herbert Hovenkamp, *Monopolizing and the Sherman Act 2*, Faculty Scholarship At Penn Carey Law, 7 (2022), https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2769/; Khan, *supra* note 40, at 1027-28.

言之，近年來巨型平台以積極發展垂直整合為主，整併商品服務之銷售管道並掌握消費者資料及強大的演算法，此即產生平台規模過大、利益衝突，以及資料壟斷之議題，其他小型業者難以與之競爭，因此認為應將平台及其商業部門採取結構性分離⁴³ (structural separation)，或以關鍵設施理論主張平台應開放其資料或演算法⁴⁴。

不僅如此，競爭法的結合審查，在面臨數位平台頻繁且眾多的併購案也引起質疑，美國五大科技巨頭近年來頻繁收購小型事業，然而遭到主管機關或法院挑戰的結合案例並不多。結合競爭分析除前述因應數位經濟特性，平台之間往往從事非價格競爭，例如服務品質、數據蒐集及創新等⁴⁵，而也須調整競爭分析工具外，近年數位科技不僅變化迅速，並朝向提供多元且整合型的服務為趨勢，例如 Google 提供搜尋引擎、雲端硬碟及地圖等數位服務，或如 Amazon 不僅提供線上商城服務，同時也提供串流影音及雲端服務，因此在平台科技演變下，使得產業界線逐漸模糊，原本不屬同一相關市場的競爭對手均可能成為潛在競爭對手⁴⁶，文獻即有以不對稱競爭 (asymmetric competition) 之概念來形容平台產業，意指平台每一邊之群體可能僅與其他競爭事業之所服務之群體部分重疊⁴⁷，使得平台間的競爭關係更加複雜，此即牽涉更多非水平面項的競爭分析，包含動態競爭、多角化以及垂直結合議題⁴⁸。其中引起規範挑戰者在於，數位平台針對可能成為潛在競爭者的新生事業 (nascent firms)，為取得其數據或新創技術，甚至以消滅競爭對手為目的，發動系統性的併購，由於這些事業規模甚小，與巨型平台間並不存在直接競爭關係，因此僅有部分係水平甚至並非水平結合⁴⁹，引發阻礙市場進入以形成獨占、數據集中以

⁴³ Khan, *supra* note 40, at 973-974.

⁴⁴ Guggenberger, *supra* note 23, at 237-238.

⁴⁵ Pauline Affeldt & Reinhold Kesler, *Big Tech Acquisitions—Towards Empirical Evidence*, 12 JOURNAL OF EUROPEAN COMPETITION LAW & PRACTICE 471, 471 (2021).

⁴⁶ 陳志民，前揭註 14，頁 3。

⁴⁷ 王相傑，前揭註 11，頁 43。

⁴⁸ Geoffrey Parker, Georgios Petropoulos & Marshall Van Alstyne, *Platform mergers and antitrust*, Boston University Questrom School of Business Research Paper No.376351, 12 (2021), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3763513

⁴⁹ Hovenkamp, *supra* note 6, at 2039-2042.

及扼殺創新的疑慮，這使得近年歐美各國有提倡應修正結合審查準則，並更加嚴格審查垂直或多角化結合⁵⁰。



以下即初步探討數位平台之競爭法相關議題，並以巨型平台為討論中心，先後由平台的產業結構面進行觀察，併論述其競爭法之濫用行為，以及其併購策略所引發之非水平結合議題。

第一項 平台的垂直整合及單方濫用行為

首先若從平台產業的結構面觀察，有論者認為巨型數位平台有著跨足多個產業領域的趨勢，形成數位經濟的瓶頸（bottleneck）設施⁵¹，也就是多個市場中的供給及需求雙方必須仰賴數位平台所提供的產品或服務，以達成交易之經濟目的，例如商家仰賴線上購物平台的網路商店、支付系統甚至物流；應用程式開發商仰賴手機作業系統平台及其支付系統等⁵²。此進而使得平台得以運用歧視第三方事業的方式以保有或獲得競爭優勢，並獲得獨占利潤⁵³。也有論者認為數位平台市場因網路效應及數據之蒐集累積，形成大者恆大，甚至贏者全拿（winner takes all）的現象⁵⁴。不過，數位平台是否普遍具瓶頸地位，並且該當於競爭法意義上的支配地位（dominant position）而應受非難，在學界及實務界仍具極大爭議⁵⁵，與此同時，平台市場是否演變成市場傾斜（tipping）而變成贏者全拿，抑或形成數平台共存之型態，不僅牽涉平台產品差異化的能力⁵⁶，也與觀察的時間維度大小有緊密關聯，而

⁵⁰ Parker, Petropoulos & Van Alstyne, *supra* note 48, at 3；陳志民，前揭註 14，頁 3。

⁵¹ 競爭瓶頸（competitive bottleneck）的概念，係指平台之一邊成員為單一平台使用，而另一邊成員為多平台使用，此時多平台使用一端之成員，若欲與單平台使用端之成員接觸或互動，僅能透過單平台使用端之成員所選擇之平台。參見顏雅倫（2016），前揭註 19，頁 231-232。

⁵² Guggenberger, *supra* note 23, at 252-55.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ Federal Trade Commission, *Dissenting Statement of Commissioner Rohit Chopra*, 2-3(2020), https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1577503/vmgchopradissent.pdf

⁵⁵ 顏雅倫，前揭註 19，頁 231-232。

⁵⁶ 顏雅倫，前揭註 19，頁 232-233。



非能一概而論。

雖有前述疑義，但現今許多巨型平台已成為數位市場中的垂直整合事業要無疑問，把持了垂直的產品或服務生產鏈⁵⁷，這樣的結構也與近年來歐美對於巨型平台的單方濫用行為調查及處分案有緊密關聯。以下依序論述 Amazon、Apple、Google 及 Facebook 如何作為一個垂直整合型的平台事業，並析述歐美對於各大平台單方濫用行為之調查處分，及其管制寬嚴各異之處。

第一款 Amazon 零售電子商務

Amazon 作為一數位平台，具有雙重角色，其既扮演零售商在其平台上銷售自家商品，同時也提供平台作為第三方獨立賣家向消費者直接銷售的商城⁵⁸。同時作為平台及商家，第三方賣家對於 Amazon 有著極高的依賴性，第三方賣家被鎖入在 Amazon 的生態系統中，蓋 Amazon 有著極大的規模，賣家在這裡擁有穩定的銷量以及長久以來建立的賣家信譽評價，也使得 Amazon 對於第三方賣家的服務價值進一步提升⁵⁹。不過，也是由於作為平台及商家的雙重身分，Amazon 被指收集了第三方賣家在平台上的競爭敏感資訊⁶⁰，並利用這些資訊以決定自家產品定價、複製產品特色，甚至是否進入特定產品領域等，而 Amazon 也利用這樣的關係，使得第三方賣家需要支出更多費用才能獲得優先的看板位置，甚至憂心自己的賣場遭到無預警關閉⁶¹，以上種種使得 Amazon 受歐美介入調查是否涉及濫用行為，其中歐盟的調查主要著重於以下二核心，首先係 Amazon 與賣家之間的定型化契約是

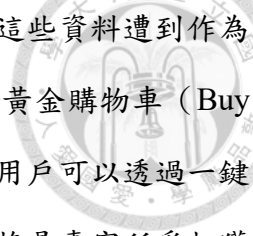
⁵⁷ Guggenberger, *supra* note 23, at 252-55.

⁵⁸ European Commission, *Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon* (2019), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_19_4291 (last visited 2023/1/7)

⁵⁹ Guggenberger, *supra* note 23, at 258-62.

⁶⁰ Dana Mattioli, *Amazon Scooped Up Data from Its Own Sellers to Launch Competing Products*, THE WALL STREET JOURNAL (2020), <https://www.wsj.com/articles/amazon-scooped-up-data-from-its-own-sellers-to-launch-competing-products-11587650015> (last visited 2023/1/7)

⁶¹ Guggenberger, *supra* note 23, at 258-62.



否允許了 Amazon 得以分析並使用第三方賣家的資料，特別是這些資料遭到作為賣家身分的 Amazon 利用是否及如何影響了競爭；其二係關於黃金購物車 (Buy Box)，也就是在 Amazon 商城中的一項十分醒目的按鈕，使得用戶可以透過一鍵點取即將特定賣家的商品加入購物車，因此贏得 Buy Box 的資格是賣家所爭相獲取，而執委會所關注者在於資料在商家獲選黃金購物車中扮演的角色以及該選擇是否涉及商城第三方賣家的敏感資訊⁶²。換言之，即 Amazon 是否利用 Buy Box 使自家產品獲得更高的能見度，從而該當自我偏好的濫用行為⁶³。

2022 年 12 月，歐盟與 Amazon 達成和解，Amazon 同意不將第三方賣家資料使用於自家產品的決策，且同意使競爭對手在 Buy Box 中獲得更高的能見度，再者，使用 Amazon Prime 服務的賣家也不會被迫選擇 Amazon 的貨運服務，並得以與其他貨運商合作⁶⁴。至於美國部分，則尚未有終局決定之作成⁶⁵。

第二款 Apple 及 Google 應用程式商店


Apple 及 Google 同時具備應用程式商店平台提供者以及應用程式開發商之地位，例如 Apple 本身的 App Store 應用程式商店，也提供 Apple Music App；Google 本身的 Play Store 應用程式商店，也提供 Google Search App 搜尋服務等。因為第三方應用程式需要仰賴 Apple 及 Google 的應用程式商店提供應用程式供消費者下載，故這些平台得以控制第三方程式開發商與消費者間的交易，平台可以決定哪些應用程式可以進入應用程式商店中，且程式開發商所開發的應用程式不僅須符合作業系統的互相可操作性 (interoperability)，也須仰賴應用程式商店提供軟體更新，

⁶² European Commission, *supra* note 58.

⁶³ Guggenberger, *supra* note 23, at 259-60.

⁶⁴ Ashley Capoot, *Amazon Reportedly reaches deal with EU regulators over anti-competitive practices*, CNBC (2022), <https://www.cnbc.com/2022/12/06/amazon-reportedly-reaches-deal-with-eu-regulators-over-anti-competitive-practices.html> (last visited 2023/1/6)

⁶⁵ 公平交易委員會 (2021)，《公平交易法國內重要案例之評析—以獨占及其他（非聯合）限制競爭行為為中心》，公平交易委員會 109 年委託研究報告，頁 665-666。



因此被鎖入在應用程式商店之中，而應用程式商店則透過對應用程式內購買（in-app purchase）收費及廣告作為營利方法⁶⁶。鑒於這樣的模式，應用程式商店可能優先偏好自家的 App，例如 Apple 被控在其應用程式商店中優先顯示自家的 App，第三方廠商需花費更多費用以換取優先顯示⁶⁷，Google 也被控將自家搜尋引擎綁定在 Android 作業系統上⁶⁸。此外，應用程式商店平台也針對應用程式內購買的行為收取 30% 的費用，以間接強迫第三方廠商使用 Apple 的支付系統，Epic Games 旗下 Fortnite 遊戲因為違反與 Apple 間之協議擅自建置應用程式內購買機制，遭 Apple Store 封鎖，因此與 Apple 在美國展開反托拉斯訴訟，法院初步認為 Apple 應允許第三方開發商建置應用程式內購買機制，不過並未認定 Apple 具備支配地位⁶⁹。

早自 2010 年代，Google 在應用程式商店之利益衝突地位即受到歐盟之頻繁調查，2018 年 7 月，歐盟認定 Google 濫用其在行動裝置作業系統 Android、應用程式商店 Google Play 及搜尋引擎之市場支配地位，搭售 Google Search App、Google Chrome 及 Play Store，以及要求代工廠商及行動網路業者不得預先安裝競爭者的搜尋引擎，造成第三方廠商難以進入行動裝置網頁瀏覽器及搜尋引擎市場而阻礙創新，違反《歐盟運作條約》（Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU）第 102 條之規定⁷⁰。

第三款 Google 搜尋引擎

除前述行動裝置作業系統及應用程式商店平台外，Google 本身也係搜尋引擎平台提供者，之所以有疑義者在於，Google 身兼搜尋引擎平台及內容提供者的身


⁶⁶ Guggenberger, *supra* note 23, at 262-63.

⁶⁷ *Id.* at 266.

⁶⁸ *Id.* at 269.

⁶⁹ EC Smizer, *Epic Games v. Apple: Tech-Tying and the Future of Antitrust*, 41 LOY. L.A. ENT. L. REV. 215, 231-234 (2021); Natalia Moreno Bellosso, *Epic Games v. Apple: A Case Summary*, 1-6 (2021), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3941761

⁷⁰ 公平交易委員會，前揭註 65，頁 685-691；European Commission, CASE AT.40099 GOOGLE ANDROID (2018), https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf



分，而與第三方網站有直接競爭關係，包含所謂的垂直搜尋引擎（vertical search engines），例如 Yelp 的餐廳評論，以及 Kayak 的航班比較服務⁷¹。截至 2020 年 10 月，Google 在線上搜尋引擎市場占據了 80% 以上的流量，引發其是否具支配地位而為濫用行為的關注，包含 Google 將自家搜尋引擎服務綁定在 Android 作業系統，遭到歐盟認定為違法並裁罰，已如前述，係源自於其身兼搜尋引擎及內容提供者之身分，使其能夠更輕易歧視第三方內容提供者，包含施以排他性契約、對新生競爭者的封鎖等⁷²。此外，Google 也被控在其搜尋頁面直接顯示第三方網站內容，因而減少其他內容提供者之流量，且用戶需要將頁面轉動至較下方才會看到其他搜尋結果，甚至有些搜尋結果沒有出現非 Google 的內容⁷³，這也將排擠其他內容服務業者之生存。

2017 年 6 月，Google 遭歐盟認定利用其在搜尋引擎市場之支配地位，將旗下比較購物搜尋服務 Google Shopping 置於 Google 搜尋結果中置於重要、醒目之位置，且將比較購物服務競爭對手的頁面降級（demote），剝奪消費者真實選擇的權益及減少了其他比較購物服務業者以及 Google 的創新誘因，違反歐盟運作條約第 102 條⁷⁴。然而美國聯邦交易委員會則認為 Google 此舉並未阻礙競爭，反而可以向用戶提供快速且滿足其搜尋之訊息，至於對競爭者的降級則僅為附帶的結果⁷⁵。不過 2020 年 10 月，美國司法部進一步對 Google 提起訴訟，認為 Google 濫用其於搜尋引擎市場及搜尋廣告市場中的支配地位，包含利用對 Android 作業系統的控制與手機製造商簽訂預設搜尋引擎協議，甚至禁止預先安裝任何競爭性的搜尋引擎⁷⁶，

⁷¹ Guggenberger, *supra* note 23, at 269-70.

⁷² *Id.*

⁷³ *Id.*

⁷⁴ *Id.* at 271. 公平交易委員會，前揭註 65，頁 685-687；European Commission, *Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service* (2017), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1784 (last visited 2023/1/11)

⁷⁵ Guggenberger, *supra* note 23, at 271. FTC, *Statement of Federal Trade Commission Regarding Google's Search Practices* (2013), https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-commission-regarding-googles-search-practices/130103brillgooglesearchstmt.pdf

⁷⁶ *Id.* at 272. U.S. Department of Justice, *Justice Department Sues Monopolists Google For Violation Antitrust Laws* (2020), <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-monopolist-google>

案件目前仍在審理當中。



第四款 Facebook 社群媒體

以提供社群平台及廣告服務為業務核心的 Facebook，至 2021 年為止，在全球有 35 億月用戶及 26 億日用戶，是全球最大的社群媒體平台⁷⁷。其收益主要係來自於廣告，並於歷年購過併購 WhatsApp、Instagram 以成長至目前的規模⁷⁸。至於 Facebook 是否具備支配地位，則牽涉其市占率應如何衡量之問題，英國競爭及市場管理局（Competition & Market Authority, CMA）認為，應藉由用戶在社群媒體上花費之注意力或時間之比例來衡量 Facebook 的市占率。若以此計算，Facebook 生態系占用戶在社群媒體花費時間達 73%，顯示了其在社群媒體市場的支配地位⁷⁹。

Facebook 之所以構成瓶頸之處在於，應用程式開發商、出版商以及廣告商需仰賴 Facebook 平台始能接觸用戶，且其同時也與 Facebook 競爭，例如 Facebook 與出版商在廣告業務部分即具競爭關係⁸⁰。然而 Facebook 被控遏制了潛在競爭者的開發商利用臉書的核心服務及延伸服務，例如限制潛在競爭者近用 Facebook 的朋友列表及動態消息（news feed），限制其購買數據甚至阻礙其使用 Facebook 平台⁸¹。與此同時，Facebook 於提供開發者工具及廣告服務時也蒐集數據，使其能夠複製並削弱其競爭對手，例如掌握出版商在 Facebook 的流量結構及廣告收入，並運用此項優勢，此外也從廣告商榨取壟斷利潤，最終造成更高的零售價格並傷害消費者的選擇與創新⁸²。也有指 Facebook 因缺乏競爭壓力，導致其所提供之隱私保護

violating-antitrust-laws (last visited 2023/1/11)

⁷⁷ Guggenberger, *supra* note 23, at 272.

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ *Id.* at 272-273. Competition and Market Authority, ONLINE PLATFORMS AND DIGITAL ADVERTISING: MARKET STUDY FINAL REPORT, 120-122(2020), https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TE_XT.pdf

⁸⁰ Khan, *supra* note 40, at 1002-03.

⁸¹ Guggenberger, *supra* note 23, at 273-74.

⁸² *Id.* at 274-76.



程度較低，因此也會傷害消費者⁸³。

與隱私保護之議題相關，Facebook 在德國被控濫用其在社群媒體市場之支配地位，以用戶同意臉書之資料政策為前提始得使用臉書服務，而該資料政策使得 Facebook 得以蒐集用戶在臉書外相關整合服務之資料，並將其所蒐集之資料與在臉書上蒐集的資料相結合，構成對於消費者之剝削性濫用（exploitation abuse）而違反德國限制競爭防止法（GWB）第 19 條⁸⁴。案經上訴到德國聯邦最高法院，維持臉書違法之結論，目前仍由高等法院審理中⁸⁵。不過，隱私保護之議題是否應由競爭法解決，具極大爭議，部分學者認為應該由消費者保護法處理始為妥適⁸⁶。

第二項 平台的結合議題

數位平台事業，尤其以五大數位平台事業 GAFAM，除前述濫用行為外，其「系統性收購⁸⁷」或「策略性結合⁸⁸」亦屬競爭法關注焦點。2020 年 12 月，美國 FTC 正式控告 Facebook 透過系統性收購 WhatsApp 及 Instagram 以維持其於社交媒體市場的支配地位，構成競爭法之排他濫用行為⁸⁹；同樣地，2022 年美國司法部也控告 Google，其中一項指控即其透過在廣告市場中不法收購，以維持其於數位廣告市場中的支配地位⁹⁰。如下表 1 所示，根據文獻的統計，自 1988 年至 2020 年，GAFAM

⁸³ *Id.* at 276.

⁸⁴ Bundeskartellamt, *Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19 (1) GWB for inadequate data processing*, 1-12 (2019), https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=

⁸⁵ 公平交易委員會，前揭註 65，頁 702。Federal Court of Justice, *Federal Court of Justice provisionally confirms allegation of Facebook abusing dominant position* (2020), https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2020/23_06_2020_BG_H_Facebook.pdf;jsessionid=88166EC965A482B0ED78E68A737FF799.1_cid390?__blob=publicationFile&v=2 (last visited 2023/5/26)

⁸⁶ Maureen K. Ohlhausen & Alexander P. Okuliar, *Competition, Consumer Protection and the right approach to Privacy*, 80 ANTITRUST L.J. 121, 156 (2015).

⁸⁷ 李宛諭 (2021)，〈大數據與競爭法〉，《公平交易季刊》，第 29 卷第 4 期，頁 161。

⁸⁸ 陳志民 (2018)，〈大數據與市場力濫用行為初探〉，《公平交易季刊》，第 26 卷第 3 期，頁 17。

⁸⁹ FTC, *Facebook, Inc., FTC v.* (2021), <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/191-0134-facebook-inc-ftc-v> (last visited 2023/3/7)

⁹⁰ Department of Justice, *Justice Department Sues Google for Monopolizing Digital Advertising*

一共進行了高達 855 次的併購⁹¹，其中又以 Google 為每年平均併購數最多者，占 13.1 次⁹²；而其中在 2015-2017 年這短短三年期間，即進行了 175 次的收購，其中 Google 進行了 52 次，Microsoft 進行了 40 次，Apple 進行了 33 次，Amazon 進行了 30 次，Facebook 進行了 20 次⁹³。文獻進一步探究了被收購事業的存續年分，發現其中位數僅有 4 年⁹⁴。由這些數據可見，數位平台的併購頻繁發生，且更有為數不少之初創立不滿五年之事業遭到併購，引起阻礙競爭之疑慮。平台的併購所引起之競爭法的議題為何，以及其併購策略對於競爭法結合規範帶來如何之啟示，成為值得探究之議題。

表 1 1988-2020 年 GAFAM 併購總數及每年平均數

	併購總數 (件)	每年平均併購數 (件)
Google	249	13.1 (自 2001)
Apple	128	4.0 (自 1988)
Facebook	102	6.8 (自 2005)
Amazon	107	4.9 (自 1998)
Microsoft	269	9.0 (自 1991)

(整理自 Geoffrey Parker, Georgios Petropoulos & Marshall Van Alstyne, *Platform Mergers and Antitrust*, 6; Axel & Joe Lamesch, *Mergers in the Digital Economy*, 15.)

Technologies (2022), <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-google-monopolizing-digital-advertising-technologies> (last visited 2023/3/9)

⁹¹ Parker, Petropoulos & Van Alstyne, *supra* note 48, at 5-6.

⁹² *Id.*

⁹³ Gautier & Lamesch, *supra* note 3, at 14-15.

⁹⁴ *Id.*



第一款 平台併購引起的競爭議題概述

事業可能出於不同的目的發動併購，不同的目的之間對於市場競爭帶來的影響不一。事業可能係出於對目標事業的產品感到興趣，為拓展其經營業務範圍或增強自己產品競爭力為目的；也可能係出於取得目標事業技術、智慧財產權或人才之目的⁹⁵。將五大數位平台 GAFAM 的核心產品或服務與所併購目標事業原先提供的產品或服務進行比較，可以初步觀察出其併購目的，主要包含下表 2 以下四者⁹⁶：

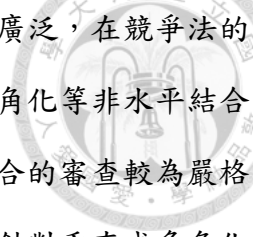
表 2 平台併購目的及其案例

併購目的/類型	案例
1. 為平台的核心產品增添互補功能，提供更高效率的服務。	Google 收購電子郵件群組對話服務商 Neotonic Software。
2. 增加垂直價值鏈中新的功能、產品及服務，使平台市場更加吸引消費者。	Microsoft 收購網路電子郵件服務商 Hotmail、Apple 收購大眾運輸地圖資訊事業 Emagic。
3. 減少與平台核心業務具備替代性、競爭性的市場競爭，或垂直市場中的競爭。	Facebook 收購通訊軟體商 WhatsApp、以及收購以上傳相片為特色的社群軟體商 Instagram。
4. 整合人力資源，或是用戶的資料庫。	（文獻未舉例，但有諸多併購屬此類，如 Facebook 收購 WhatsApp）

（整理自 Geoffrey Parker, Georgios Petropoulos & Marshall Van Alstyne, *Platform mergers and antitrust*, Boston University Questrom School of Business Research Paper No.376351, 5-12 (2021)）

⁹⁵ Gautier & Lamesch, *supra* note 3, at 4.

⁹⁶ Parker, Petropoulos & Van Alstyne, *supra* note 48, at 5-12.



由以上併購目的多端可以看出，數位平台所併購之目標事業廣泛，在競爭法的意義上不侷限於傳統較受關注的水平結合，而更牽涉了垂直、多角化等非水平結合之類型。不過，無論歐美競爭法的結合審查，過去均對於水平結合的審查較為嚴格且有一套縝密之標準，相形之下，尤其在美國，主管機關或法院針對垂直或多角化之非水平結合則多未禁止⁹⁷。此時再加上為因應數位平台經濟的特性，使得競爭分析所面臨之議題更加複雜，例如，平台具多邊的特性，不同邊具備不同的成本及定價策略，結合後不同邊的價格影響應予考慮⁹⁸，某些情形下提供的部分服務甚至價格為零，也未限制任何產量，使得競爭分析工具應予調整⁹⁹；或如平台之結合涉及大量消費者資料，因此引發了數據集中、消費者隱私保護等是否應納入競爭分析中的疑慮；再加上巨型平台出於提前消滅潛在競爭者之目的而對於新生事業發動策略性結合，也鮮少受主管機關的審查，其正當性也頗值探究。以下初步歸納學理上論及的平台併購所牽涉的競爭法議題，包含資料集中及隱私保護的擔憂，以及阻礙潛在競爭及創新之擔憂。

一、資料集中及隱私保護擔憂

巨型平台的結合可能係出於獲取大量消費者數據之目的，引發了數據集中的疑慮，平台得以藉由其資料規模建立競爭優勢，這樣的優勢使得巨型平台可以更輕易將其服務擴展至新的市場以排擠其他對手，或建立市場參進障礙等，對於消費者價格或潛在競爭有所不利¹⁰⁰；也有學者質疑數據驅動的結合將會減損所提供服務之品質，特別是使得消費者隱私保護不夠周全，損害非價格競爭面向¹⁰¹。關於數據在結合競爭分析的考量，有認為與數據相關的結合將減少非價格競爭中的隱私保護

⁹⁷ Sokol, *supra* note 22, at 1364.

⁹⁸ 顏雅倫，前揭註 19，頁 235-236。

⁹⁹ Parker, Petropoulos & Van Alstyne, *supra* note 48, at 3.

¹⁰⁰ Parker, Petropoulos & Van Alstyne, *supra* note 15, at 5-8；Eleonora Ocello & Cristina Sjödin, *Digital Markets in EU Merger Control: Key Features and Implications*, CPI ANTITRUST CHRON. FEB. 2018, 8 (2018)

¹⁰¹ Sokol & Comerford, *supra* note 22, at 1145-47.

102，最極端者甚至認為應將任何對隱私造成的損害獨立檢視，而非僅作為非價格競爭面向分析¹⁰³。不過也有認為這樣的論點並未被實際的案例所證實，且有許多結合案結合事業提出與數據相關的效率並獲得主管機關或法院之支持¹⁰⁴，將競爭法與隱私問題混為一談不僅不必要，且使消費者無法得到真正的保護¹⁰⁵。例如 2007 年 Google 與 DoubleClick 之結合案，雖有隱私保護團體主張聯邦交易委員會應在結合分析中直接考慮隱私問題，但聯邦交易委員會不僅認為數據並非關鍵性投入要素，且其缺乏權力在結合分析中基於保護隱私而管制結合，且認為對隱私侵害事實上比對於價格或其他競爭面向的侵害可能性還要來的小¹⁰⁶。又如 2014 年 Facebook 與 WhatsApp 之結合案，聯邦交易委員會同樣僅重申現有法律規範並建議結合事業提供消費者就資料政策有選擇權，且認為隱私保護的相關承諾應屬於消費者保護法的範疇¹⁰⁷。不過，近來歐盟在數個結合審查個案中則有逐漸重視數據考量的趨勢，認為數據係數位經濟的關鍵，並承認其屬於消費者重視的品質因素而應作為競爭分析中的一環¹⁰⁸。

二、阻礙潛在競爭及創新擔憂

此外，包含殺手級併購在內之巨型平台對於諸多新生競爭者之收購，也引起扼殺創新競爭等之疑慮。質言之，所謂殺手級併購，最初係指市場的既存事業取得目標事業，單純係為了以消滅具前景之潛在競爭對手而扼殺創新為目的，以取得未來競爭的先機¹⁰⁹。此時，因為市場本應產生的競爭遭到阻礙，消費者無從選擇新事業所提供的商品或服務，因此消費者福利會受到減損，且因為創新遭到中斷，也因此

¹⁰² Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, *Debunking the Myths over Big Data and Antitrust*, CPI ANTITRUST CHRON. MAY 2015, 5 (2015).

¹⁰³ Ohlhausen & Okuliar, *supra* note 86, at 134-36.

¹⁰⁴ Sokol & Comerford, *supra* note 22, at 1145-47.

¹⁰⁵ Ohlhausen & Okuliar, *supra* note 86, at 138.

¹⁰⁶ *Id.* at 136; Sokol & Comerford, *supra* note 22, at 1151-52.

¹⁰⁷ Ohlhausen & Okuliar, *supra* note 86, at 136-37; Sokol & Comerford, *supra* note 22, at 1153-54.

¹⁰⁸ 楊宏暉 (2023), 〈從德國 Facebook 案談競爭與隱私之交匯〉,《公平交易季刊》,第 31 卷第 1 期,頁 54-55。

¹⁰⁹ Parker, Petropoulos & Van Alstyne, *supra* note 48, at 13.

減損了創新誘因¹¹⁰。殺手級併購可能發生於平台的中介服務階段，例如未來發展與平台服務具替代性之潛在競爭事業，也可能發生於平台的上游階段，如發展新產品或服務之事業而與平台上游階段部門具有未來潛在競爭關係¹¹¹。相較於殺手級併購概念所發源之藥品市場，有認為在數位平台市場中，執法機關較不容易辨識出平台的潛在競爭者，而平台事業本身具有資訊優勢，例如其得運用本身的數位技術，提前識別潛在競爭者，盡早發動併購¹¹²。其次，平台單純為了取得人才的併購也可能涉及殺手級併購，特別是平台對於垂直價值鏈中的事業或其他非競爭事業之併購，也不可關注¹¹³。

不過，近年學說對於「殺手併購」一詞之運用有概念擴大之趨勢，甚至有將此一概念運用於指涉凡涉及未來競爭的抑制，而不論目標事業的產品是否真的被消滅¹¹⁴。近年隨著高科技產業中併購型態更加廣泛，也出現了所謂反向殺手併購（reverse killer acquisition）的描述，指的是既有事業對於目標事業構成（潛在）競爭威脅，既有事業將目標事業併購後，將自身業務關閉轉而保留目標事業之業務¹¹⁵。在這其中，目標事業因為獲得了既有事業的技術資源，可能得以更良好的發展其現有產品，不過反面言之，既有事業藉此消滅原先可能出現的競爭，以可能有扼殺創新競爭之疑慮。也有學者將近年巨型平台對於剛起步之新生事業（nascent firms）所發動之併購，以收購新生競爭者（nascent competitors）概稱之，並以巨型平台消除潛在競爭疑慮為關注焦點，討論這類結合對於創新及競爭帶來之減損¹¹⁶。

¹¹⁰ *Id.* Kevin A. Bryan & Erik Hovenkamp, *Startup Acquisitions, Error Cost, and Antitrust Policy*, 87 U. CHI. L. REV. 331, 343-45 (2020).

¹¹¹ Parker, Petropoulos & Van Alstyne, *supra* note 48, at 13.

¹¹² *Id.* at 14; Michael A. Cusumano, Annabelle Gawer, David B. Yoffie 著，陳琇玲譯，《平台策略——在數位競爭、創新與影響力掛帥的時代勝出》，初版，頁 82-84，臺北市：商周。

¹¹³ Parker, Petropoulos & Van Alstyne, *supra* note 48, at 14.

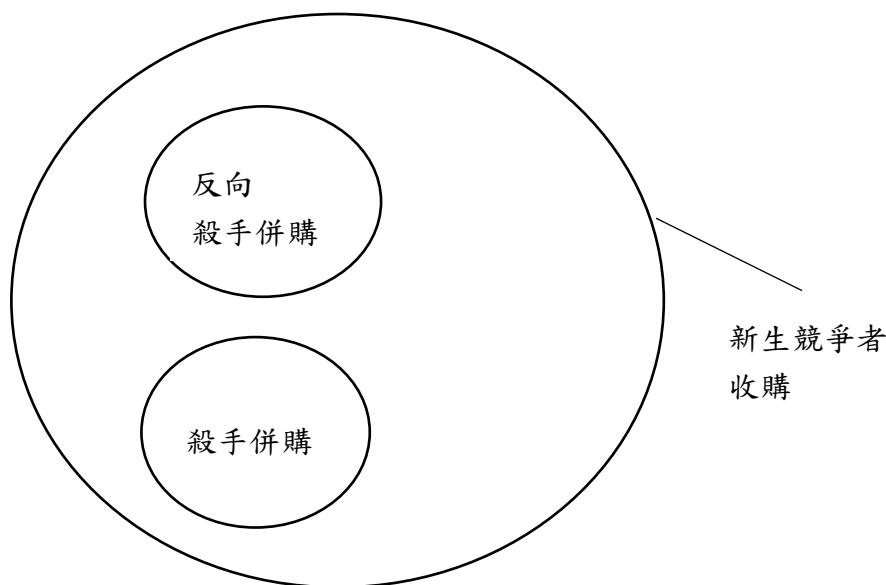
¹¹⁴ John M. Yun, *Are We Dropping the Crystall Ball? Understanding Nascent & Potential Competition in Antitrust*, 104 MARQ. L. REV. 613, 630 (2021); David Perez de Lamo, *Assessing “Killer Acquisitions”: An Assets and Capabilities-Based View of the Start-Up*, CPI ANTITRUST CHRON. MAY 2020. (2020)

¹¹⁵ Yun, *supra* note 114, at 630; Oliver Latham & Isabel Tecu & Nitika Bagaria, *Beyond Killer Acquisitions: Are There More Common Potential Competition Issues in Tech Deals and How can These be Assessed?*, CPI ANTITRUST CHRON. MAY 2020, 11 (2020).

¹¹⁶ *See* C. Scott Hemphill & Tim Wu, *Nascent Competitors*, 168 U. PA. L. REV. 1879, 1879-1910 (2018).

鑒於既有事業對新生競爭者之併購，目標事業的產品或計畫不全然都會遭關閉，關注焦點毋寧在於一項併購是否可能阻礙潛在之未來競爭(如侵蝕既有支配事業之市場力或根本取代之)，而損害創新，因此本文採納新生競爭者收購之概念進行討論，此一概念下並包含最傳統的殺手併購類型(亦即併購後關閉目標事業創新計劃、技術)，並兼及目標事業創新技術未遭到停止者之類型。此外，新生競爭者可能包含已經與既有事業處於同一相關市場，但剛起步而規模不大之事業，也包含目前仍處於不同相關市場，但可能藉由具發展潛力之技術或產品進入相關市場而產生直接顯著競爭之類型，前者之類型屬於水平結合，現行水平結合審查規範尚足以處理，但關於後者之類型，也就是屬於非水平多角化結合之類型，因為在學理及實務上之判斷標準仍有待建構，本研究並將探究範圍設定於屬非水平之類型。關於新生競爭者收購之相關概念意涵，表示如圖 1 及圖 2。

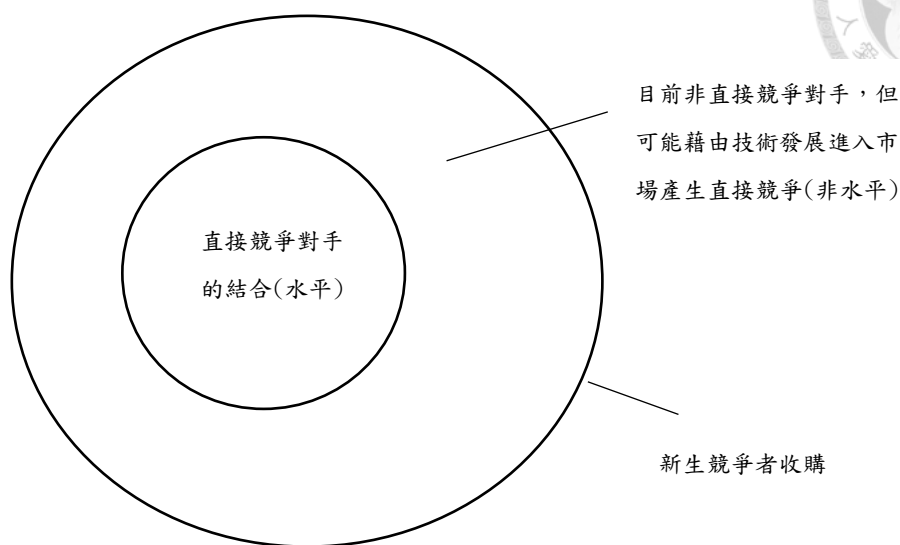
圖 1 新生競爭者收購之概念



(本研究自行繪製)



圖 2 新生競爭者收購之類型



(本研究自行繪製)

儘管可能減損競爭，惟至今日包含殺手併購在內的對新生競爭者之收購仍很少受到關注或審查，主要原因包含以下二者。其一，遭併購的目標事業規模太小，盈餘低於結合審查之最低標準。其二，被收購的新創事業所開發之產品及服務，與GAFAM平台事業所處的市場，在嚴格的市場界定下並不重疊，因此鮮少引發競爭關注¹¹⁷。然而，一個成功的新創事業可能迅速轉變為支配地位平台的競爭對手，特別是在已經吸引了大量用戶的事業；即使與具型平台市場沒有明顯重疊，也可以事後擴展產品或服務範圍，同時在具有可觀規模用戶之情形下，變成顯著的競爭對手。在以上的情形，對新創事業的併購即可能實質限制競爭¹¹⁸。惟相對的，因為新創事業的競爭潛力難以評估，使得反競爭影響之評估存在很大的不確定性，加深了執法上錯誤消極執法（false negative）或執法不力（underenforcement）的風險¹¹⁹。

¹¹⁷ Gautier & Lamesch, *supra* note 3, at 4-5.

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ *Id.*



第二款 平台的併購策略對結合規範之啟示

上開議題，是否有進一步實證數據，彰顯數位平台的併購有著更多的非水平疑慮？有文獻進一步以實證數據，探究近十多年內五大平台 GAFAM 的併購策略，並對於結合規範提出建議。其一，Axel Gautier 等學者研究五大平台於 2015-2017 年共 175 件併購案，依照五大平台生態系中不同的用戶群體作為分類標準，將平台業務型態區分為廣告、企業(businesses)、商家(merchant)、消費者、內容(content)以及平台本身共六類，而同一平台事業所提供的業務類型不限於其一（如表 3 所示），並先後觀察 GAFAM 各自盈餘最多的業務類型以定義其核心業務，再接著統計這段期間被併購之目標事業所面對客戶或業務類型、存續時間¹²⁰，得出這些平台的併購策略具有以下特性，因而在競爭政策及執法方面值得注意：

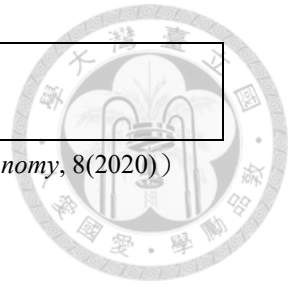
表 3 用戶群體、平台部門及其產品示例

用戶群體	部門	產品示例
廣告主	廣告	廣告網路、目標服務（targeting services）等
企業	企業	雲端服務、生產力軟體、分析軟體等
商家	商家	購物網站、物流服務、線上支付服務
內容編輯者及創作者	內容	應用程式開發工具、音樂、影片、遊戲、內容等線上商城如應用程式商店、音樂串流
消費者	消費者	搜尋引擎、網頁瀏覽器、社群媒體、訊息、地圖服務
平台	平台	設備如智慧型手機、筆記型電腦、穿戴裝置；作業

¹²⁰ *Id.* at 7-12, 14-16.

		系統及介面
--	--	-------

(資料來源：整理自 Axel Gautier & Joe Lamesch, *Mergers in Digital Economy*, 8(2020))



一、垂直、多角化結合更頻繁出現

首先，如表 4 所示，多數被收購的目標事業其產品或服務皆位在 GAFAM 的業務核心領域或與其業務互補之領域，而非擴展其業務領域範圍，此可見五大巨頭所從事的大多數併購，主要意圖係為了加強其現有的商業模式，也就是其最成功的產品或服務¹²¹。例如，以網路購物、電子書閱讀器 (Kindle)、線上影音 (Prime) 及企業雲端服務 (AWS) 為主要業務的 Amazon，對於企業、商家及內容編輯者的收購數量最多¹²²，有助於其鞏固線上商城、影音及企業雲端服務的競爭優勢；以廣告、消費者 (社交服務) 為主要業務類型之 Facebook，則依序對於內容編輯者、消費者及平台之收購最多¹²³，以提供更具吸引力之服務給消費者。除此之外，包含 Amazon、Facebook、Google 及 Apple 均大量收購內容編輯者，這有助於增加其主要產品的吸引力¹²⁴，例如創造更具創意的內容以增加流量。

表 4 各平台主要業務及目標事業業務類型

平台名稱	核心業務類型(按盈餘比重,粗體字標示者為最重者)	目標事業業務類型(件)/總件數(件)
Amazon	商家 、平台、內容	企業(9)、 商家 (8)、內容編輯者(7)/總併購數(30)
Apple	平台	平台 (12)、企業(8)/總併購數(33)

¹²¹ *Id.* at 22. 不過作者也同時指出當中 Google 的併購範圍較為廣泛。

¹²² *Id.* at 17-18.

¹²³ *Id.* at 19-20.

¹²⁴ *Id.* at 22.

Facebook	消費者、廣告	內容編輯者 (8)、消費者 (5)、 平台 (5) / 總併購數 (20)
Google	消費者、廣告	廣告 (1)、消費者 (11)、內容 編輯者 (17)、企業 (14)、平台 (5) / 總併購數 (52)
Microsoft	企業、平台	企業 (26)、內容編輯者 (8)、 平台 (3) / 總併購數 (40)

(資料來源：整理自 Axel Gautier & Joe Lamesch, *Mergers in Digital Economy*, 9-22(2020))

不過，Oliver Latham 等學者則自另一觀察角度，認為巨型平台 GAFA 的收購很少符合殺手併購之定義。首先，其將所謂殺手併購定義為：目標事業與收購事業間在核心業務具直接水平重疊，或與核心業務具垂直關聯，而可能對收購事業帶來競爭威脅，換言之即包含水平及垂直結合之類型；其次，在巨型平台 GAFA 於 2009 至 2020 年間所進行的共 409 次併購中，僅 33 個併購 (8%) 符合上述定義，換言之，根據其定義，在巨型平台領域，很少併購案符合殺手併購的定義，反而屬所謂的反向殺手併購 (收購事業是目標事業的競爭威脅)，相較之下更為頻繁，也就是與收購事業既無水平亦無垂直關聯之事業 (如表 5)，在這樣的脈絡下，應如何處理巨型平台多角化結合中扼殺潛在競爭以及其可能增進之效率間之評估，是應思考之議題¹²⁵。

表 5 目標事業與 GAFA 的關聯性十分多樣

併購類型	案例
1. 核心業務的增進式技術改進：目標事業僅提供特定技	Apple 收購半導體、擴增實境、語音辨識事

¹²⁵ 不過仍應注意近年頗受關注的 Facebook 收購 Instagram 及 WhatsApp 仍屬其定義之少數殺手範圍內。See Latham, Tecu & Bagaria, *supra* note 115, at 1-12.

術，而非直接與收購事業競爭。	業；Amazon 收購分銷商。
2. 非核心產品的互補性資產	Google 收購與其電腦業務相關之資產； Apple 收購地圖事業。
3. 融入收購事業之核心生態系統之垂直服務，但對收購事業的核心業務尚無險動態競爭威脅	Amazon 收購影音串流事業、Apple 收購音樂辨識技術事業。
4. 進入新業務領域	Amazon 及 Google 均收購智慧家庭及安全事業；Apple 收購健康領域事業。
5. 數事業同時對熱門新技術感興趣	例如人工智慧、語音辨識、數據分析。
6. 極為新興的技術	例如 Facebook 的 VR、Google 的機器人、Apple 的自動輔助駕駛。

(來源：Oliver Latham & Isabel Tecu & Nitika Bagaria, *Beyond Killer Acquisitions: Are There More Common Potential Competition Issues in Tech Deals and How can These be Assessed?*, CPI Antitrust Chronicle May 2020, 9-10 (2020) .)

儘管兩學者的統計分別得出不同的結論，但本文以為其仍具共通之處。根據 Axel Gautier 等，其認為五大平台所從事之併購多數係為增強其核心業務領域，可見其併購目的係為了強化本身生態系或自身之市場力量，這些新生事業的產品服務在狹義的市場界定下與平台具支配力之部門並非處於同一市場，多數為多角化結合¹²⁶，這就對應到了 Oliver Latham 等的觀點，也就是當今平台收購的事業範圍

¹²⁶ Gautier & Lamesch, *supra* note 3, at 5.

廣泛，最傳統的殺手併購關注可能不足以處理平台策略性結合所引發之競爭疑慮，其併購型態在競爭法觀點下牽涉更廣泛的垂直、多角化結合分析，可能具阻礙潛在競爭及創新之疑慮，不過同時也應與結合帶來的效率進行衡量。



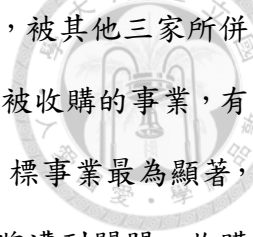
前開實證統計對應了學理觀點，亦即新生事業並無能力直接提供與平台具替代性的產品與平台直接競爭，往往係先在相鄰市場提供新興的產品或服務，與平台所提供的產品僅具互補性或部分具互補性，而平台為排除該位於相鄰市場之新生事業形成其競爭威脅因此策略性結合，由於在結合當下其是否成為競爭對手尚非明確，往往僅牽涉有限的水平面相甚至非水平的結合¹²⁷。換言之，當今巨型平台藉由廣泛併購，一方面對於核心業務領域或與其互補之領域之改善及強化，目的係為了增強本身產品或服務之市場力量，形成更強大的平台生態系統，另一方面也為避免小型事業的產品未來進入平台的核心產品領域與平台直接競爭甚至替代，而數位平台因具備快速發展及多元整合之特性，與被併事業間多數並非嚴格界定下的同一相關市場，因此牽涉更多非水平面向的分析，包含具支配地位的既存事業與巨型供應商、大客戶或銷售互補產品之事業的垂直結合，或是與相鄰市場目前尚不具競爭關係之小型新創事業，惟未來可能發展成直接競爭對手，因此可能會減損未來可能發生之潛在競爭之結合，鑒於這些類型的結合在高科技領域經常出現因此均屬應關注之結合議題¹²⁸。鑑此，非水平結合競爭分析之相關工具是否有因應數位平台之特性而須調整之處，即有待探究。

二、被收購事業存續年數短

其次，文獻也發現這些被 GAFAM 併購的新創事業，具備存續年數短的特徵，且在併購後有多達六成的目標事業產品遭到停產（discontinued）。詳言之，遭到

¹²⁷ 李宛諭，前揭註 87，頁 161。

¹²⁸ Hovenkamp, *supra* note 6, at 2041-42；Bryan & Hovenkamp, *supra* note 110, at 339-43；Carl Shapiro, *Antitrust in a time of Populism*, 61 INTERNATIONAL JOURNAL OF INDUSTRIAL ORGANIZATION 714, 739-41 (2018)



Facebook 及 Google 併購的事業存續年數最短，平均僅有 4 年多，被其他三家所併之其他目標事業則落在平均 6 年至 8 年不等¹²⁹。此外，這段期間被收購的事業，有超過六成在被收購後產品遭到停產，尤以 Apple 及 Facebook 之目標事業最為顯著，其中 Apple 關閉了收購的 33 家事業中的 26 家¹³⁰。若收購後品牌遭到關閉，收購者可能係出於對目標事業的知識或技術，例如智慧財產權、人力資源等感到興趣；若原產品品牌繼續沿用，則動機可能是產品本身或其用戶¹³¹。而這樣的統計結果顯示了 GAFAM 並非出於對目標事業產品感到興趣而採行收購，反而係對目標事業的技術、人才等資產感到興趣，因此才會在收購後關閉大部分的目標事業產品¹³²。即有文獻指出，相較於傳統產業而言，在數位平台的產業，運用數位技術能夠更有效地觀察、發現競爭對手，並進而對其仿效甚或是收購，例如 Facebook 大幅仿效 Snapchat 的功能；以及 Amazon 收購線上鞋類零售商 Zappos、收購電玩遊戲暨串流媒體公司 Twitch、收購中東最大線上零售網站 Souq 等¹³³；再者，相較於也存在許多對於新生競爭者收購的製藥產業，因為係受管制的市場，執法機關對產業的理解較為充足，相對的在數位市場，擁有前揭數位技術者係事業本身，執法機關無法輕易判斷事業間的競爭關係而識別可能產生的競爭疑慮¹³⁴，此一資訊落差的問題彰顯了執法是否有可能不足的疑慮。總而言之，將相鄰市場上的新生競爭者大量收購，運用其技術、人才，固然可能提升雙方之效率，惟將市場中大量新生事業在早期階段就收購，也可能抑制市場中的潛在競爭，阻斷其獨立發展出更具創新產品或服務之可能，並形成學理上所謂的殺戮區 (kill zone)，不僅使得小型事業難以進入

¹²⁹ Gautier & Lamesch, *supra* note 3, at 22.

¹³⁰ *Id.* at 23-24.

¹³¹ *Id.*

¹³² *Id.*

¹³³ 陳志民，前揭註 88，頁 17；Michael A. Cusumano, Annabelle Gawer, David B. Yoffie 著，陳琇玲譯，前揭註 112。

¹³⁴ Claire Turgot, *Killer Acquisitions in Digital Markets: Evaluating the Effectiveness of the EU Merger Control Regime*, 5 EUR. COMPETITION & REG. L. REV. 112, 113-114 (2021); Marina Trattner, *Assessment of Anti-Innovative Mergers in High Technology Markets- What kind of Substantive Test should be done to Protect Innovation?* 37, Master Thesis, Lund University (2016), <https://www.lunduniversity.lu.se/lup/publication/8877324>

巨型平台核心領域市場與其競爭，也使得許多事業之營業及創新僅為了上市或被大型事業收購以獲得投資人的利益，改變產業發展的生態¹³⁵。文獻最後針對競爭政策及執法提出了兩項建議，其一，對於結合事業的營業額審查門檻應進行調整；其二，應修正現行結合競爭分析以更適切考量數位經濟的特殊性¹³⁶。

基於上述統計數據，平台事業頻繁併購新生事業之動機即頗為可議，可能的解釋途徑，就包含了以收購作為排除競爭威脅之手段。質言之，學者認為在市場居支配地位之事業或對於技術有可觀投資的合資企業，更可能採取排他性行為限制競爭對手或潛在競爭對手的創新，而非自己發展創新。蓋支配地位事業其所發展之技術以及市占率往往相當成熟，並且其獲利穩定增長，相較之下，新進入之小型事業則須尋求具替代性的產品而搖身一變，替代成為市場主導事業之機會。在這樣的差異之下，可見事業一旦取得了市場支配地位，其對於破壞式創新的興趣就會大大減少，因為其可能在推動的過程中，自己成為了犧牲者，與其如此其不如依循其既有獲利模式，或利用其已經投資之技術或財產權進行創新，相較之下，小型事業就更有動機發展創新¹³⁷。因此，為防止平台事業藉由併購以排除新生競爭者威脅損害創新，競爭法規範包含結合管制及行為規範是否完備，若否，應如何調整，即成為具重要性之議題。

第三項 小結

數位平台的單方濫用行為在歐美各國紛受關注，其中尤其以巨型平台受到歐美的調查及處分最受矚目，巨型平台因其垂直整合及資料集中優勢的產業結構，漸漸形成數個市場中的事業參與市場無可迴避的樞紐或瓶頸設施，歐盟之處分案中

¹³⁵ Parker, Petropoulos & Van Alstyne, *supra* note 48, at 14-15.

¹³⁶ Gautier & Lamesch, *supra* note 3, at 27-28.

¹³⁷ Hovenkamp, *Schumpeterian Competition and Antitrust*, University of Iowa Legal Studies Research Paper, 6-7(2008).

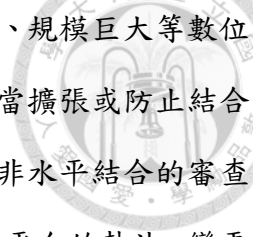
多見巨型平台對於其他市場的競爭者帶來之壓迫，甚至是隱私、創新等較為新興議題之損害描述，惟相對於此，美國則尚未有終局決定之作成，不僅受到美國《謝爾曼法》(Sherman Act) 第 2 條解釋上的侷限，在受到新布蘭代斯學派 (New Brandeis School) 的影響之下¹³⁸，執法態度是否有所轉變，值得持續關注。

除此之外，競爭法中作為防止獨占力不當擴張的結合規範，在面對具有跨市場競爭特性的數位平台併購案件，尤其當今多數平台的結合類型牽涉廣泛之非水平分析，亦引起是否應及如何調整現行結合規範之疑問。國內文獻對於數位平台之競爭法議題或大數據引起之競爭法議題，多有所討論，也有文獻針對高科技產業水平結合中考量創新的議題進行研究¹³⁹，惟相較之下，針對數位平台經濟下的非水平結合所產生的議題，相關研究較為不足。是以，本論文將著重探討非水平結合管制規範，面臨數位平台經濟之興起，是否以及如何妥適規範之議題。

基於前述針對巨型平台併購策略及特性之分析，本文以為，數位平台透過數個接續的併購增強其市場力，應該受到更多的檢討，不僅應評估諸多可能因為目標事業盈餘過低而未達結合審查門檻的結合案是否可能實質減少創新或潛在競爭，該項門檻應該做如何之調整；以及結合競爭分析工具應如何調整，特別是數位經濟中的事業更容易運用其技術仿效競爭對手甚至直接發動結合，直接反映在數位平台針對許多不具水平關係之新生事業的併購案數量繁多上，巨型平台大量取得目標事業技術或人才之情形，固然可能對於平台之技術創新有所效益，然仍可能產生限制競爭之議題，尤其大量目標事業早期即遭巨型數位平台併購並關閉之情形，可能扼殺創新或潛在競爭，實體規範應如何應對，有待進一步探究。

¹³⁸ 2021 年美國總統拜登 (Joe Biden) 上任後，任命具新布蘭代斯學派背景之學者 Lina M. Khan 為聯邦交易委員會主委，其早期即主張現行以福利效果為中心的反托拉斯分析方法有其缺陷，應將結構及競爭過程之觀點納入，以解決美國產業 (特別係網路相關產業) 高度集中、壟斷之問題。參見 Lina M. Khan, *The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate*, 9(3) JOURNAL OF EUROPEAN COMPETITION LAW & PRACTICE 131, 131-32 (2018).

¹³⁹ 蔡儀 (2018), 《競爭法水平結合管制研究—以高科技產業之創新為中心》，國立台灣大學法律學系碩士論文。



質言之，現行結合申報及審查之規範，在面對具有數據集中、規模巨大等數位經濟特色的前提下，能否有效達成其規範目的，以防止獨占力不當擴張或防止結合事業實質限制競爭？平台具有規模巨大、橫跨諸多產業之特性，非水平結合的審查議題日益重要，競爭法規對此是否已經完備？是否需特別因應平台的執法，變更既有競爭分析規範或架構？抑或僅需延用既有競爭分析架構，並針對平台特性進行解釋即足？巨型平台近年頻繁收購具潛在競爭之新生事業，壯大自己業務規模，大多數都未經審查，是否扼殺創新競爭，申報門檻以及競爭分析上應如何調整，亟待探究；然而另一方面，數位平台也具備快速發展的特性，結合管制的寬嚴應如何拿捏，亦即若過度寬鬆，是否導致市場力蔓延或實質限制競爭？若過度嚴格，是否反而扼殺創新？係本論文探究之議題核心。

我國公平交易法之規定雖承襲自德國法，但鑒於歐洲之結合理論、規範係發源於美國競爭法，本論文以下將首先回顧美國競爭法中非水平結合之理論及規範演變，發展至今日面臨數位平台經濟的模式興起，面對巨型平台為數眾多的垂直結合以及對於潛在競爭者的結合，審查規範是否仍為妥適，若否，應如何進行調整。



第三章 非水平結合理論之發展及其對數位平台經濟之

因應

巨型平台針對具潛在競爭之新生事業的頻繁收購，凸顯了競爭法非水平結合規範應如何因應以及是否有所不足之處而應調整之議題。本章將首先回顧以美國法為中心之非水平結合理論，蓋競爭法結合規範之理論係發源於美國法，最早於1914年美國即制定《克萊頓法》(Clayton Act) 規範事業之股票收購結合行為，歐盟則係於二戰以後才引進結合管制，且其在近年訂立之結合審查準則有大篇幅係參照美國結合規範之精神，再者，歐盟競爭法在執法上有納入諸多非純粹競爭法目的之考量，包含維護歐盟區域統合之因素，因此結合規範原理之回顧仍以參照美國法為宜。參照非水平結合規範之發展之後，將進一步點出其因應現今數位平台經濟不足之處，尤其係以創新為中心之動態觀點之競爭分析，並逐步說明創新競爭在競爭法中的重要性以及評估方法，以及在數位平台市場中納入創新分析的重要性如何。

第一節 非水平結合理論及規範之演變—以美國法為中心

所謂結合管制，若依照美國法之概念，旨在審查事業藉由股票或資產之收購，是否擴張其市場力量甚至獲取獨占地位，惡化市場結構而使事業得以遂行阻礙他事業競爭之行為進而減損市場競爭之可能，由此可見結合管制係對於市場結構的管制，並具備前瞻預測性。競爭法結合規範最早發軔於美國克萊頓法，該法第7條第1項規定，禁止任何可能在國家任一地區之任一產業或影響商業之活動，於收購的效果上有實質限制競爭之虞 (may be substantially to lessen competition) 或將產生獨占地位 (tend to create monopoly) 之事業合併或收購。本條所建立之標準十分



抽象，根據歷年來法院之審查，確立事業的結合需「有合理的可能性 (reasonable probability)」實質限制競爭¹⁴⁰，始落入禁止範疇。

至於結合型態，依據結合行為之態樣以及對於競爭影響在法律上之不同評價，可分為水平結合及非水平結合。所謂水平結合 (Horizontal Mergers) 即具競爭關係之同一相關市場之事業之結合，因水平結合改變相關市場集中度，容易帶來事業獨占或取得市場力量之可能，向來較受到主管機關及法院的重視及嚴格審查。反之，所謂非水平結合 (Non-Horizontal Mergers)，係源自美國法之用語，即泛指水平結合以外之結合類型，傳統上認為包含潛在競爭者間的結合 (Mergers between Potential Competitor)、垂直結合 (Vertical Mergers)，以及多角化結合 (Conglomerate Mergers)¹⁴¹，其共通點在於相對於水平結合，非水平結合係不同市場而不具直接競爭關係事業間之結合，因不會直接改變相關市場集中度，以往皆受到較寬鬆密度的審查。美國司法部及聯邦交易委員會於 2020 年發布之《垂直結合準則》(Vertical Merger Guideline) 亦曾給予垂直結合定義，該準則納入規範之結合型態包含狹義的垂直結合 (strictly vertical mergers)、對角結合 (diagonal mergers)，以及互補產品的結合¹⁴² (mergers of complements)。狹義的垂直結合係指不同產銷階段之上下游市場事業或資產之結合；對角結合則指具競爭關係之供應鏈之不同產銷階段事業之結合；互補結合係生產之產品係屬互補關係之事業之結合。

依照上列學理及實務之分類，以及垂直及多角化結合各自帶來的競爭損害¹⁴³

¹⁴⁰ Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294, 323 (1962); 劉孔中 (1998)，〈論結合管制之理論與實際〉，《公平交易季刊》，第 6 卷第 2 期，頁 3。

¹⁴¹ Jonathan M. Jacobson, Matthew J. Bye, Kenneth P. Ewing, Andrew C. Finch, Jonathan Ian Gleklen, Brian K. Grude, ... Melvin A. Schwarz, ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS 371-387 (6th ed, 2007).

¹⁴² U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Vertical Merger Guidelines, 1 (2020), https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/us-department-justice-federal-trade-commission-vertical-merger-guidelines/vertical_merger_guidelines_6-30-20.pdf

¹⁴³ 詳言之，傳統競爭法經濟學理論對於垂直結合的競爭損害，主要關注結合事業在跨市場間的封鎖 (Foreclosure)，而多角化結合則關注結合事業對於潛在競爭的傷害。參見本章第一節第一項之論述。

之不同以進行解釋，所謂（狹義的）垂直結合係指同一產銷階段上下游事業或資產之結合；而所謂多角化結合應即指狹義垂直結合以外之非水平結合類型，包含對角結合、互補結合，以及不具競爭關係且亦非同一產銷鏈之事業結合。

自克萊頓法於 1914 年制定以來，美國主管機關及法院對非水平結合的態度歷經更迭，反映了當代不同學說理論對於市場高集中度的反應、對於非水平結合之反競爭效應之看法。謝爾曼法以及克萊頓法制定初期，反映了該時代對於大企業巨頭的恐懼，力求維持市場的低集中度，一直到了 1950 年代以後，對非水平結合，尤其垂直結合反競爭效應的認識，使得這個時期法院禁止了多宗垂直結合；然而 1970 年代以後，隨著芝加哥學派的興起，對非水平結合的態度轉向正面，認為其帶來正面經濟效益，此一時期爾後，非水平結合執法頗為零星，直至 1990 年代後的後芝加哥學派興起，以及隨後的數位平台經濟蓬勃發展，非水平結合的執法始逐漸再受到關注。以下將詳述克萊頓法制定後至今，法院以及主管機關對於非水平結合的執法見解演變，以及其背後的學理論述。

第一項 1950-1970 年的垂直封鎖及潛在競爭理論

謝爾曼法第 2 條主要係禁止獨占事業阻礙競爭行為之規範，於其制定之初，被認為對於可能導致獨占或市場集中之結合亦有適用，然而由於其文義較為廣泛而非針對結合行為¹⁴⁴，為預先防止事業之結合形成獨占，1914 年美國制定了克萊頓法，其中第 7 條禁止可能實質限制競爭、可能限制事業間交易，或可能形成獨占的股票收購¹⁴⁵。到了 1950 年，美國國會頒布 Celler-Kefauver 法案，修正克萊頓法，使得所規範的結合行為涵蓋對資產的收購；並同時將可能減少任何商業領域競爭

¹⁴⁴ 公平交易委員會（2003），《公平交易法之注釋研究系列（一）第一條至第十七條》，九十二年研究報告。頁 202-03。

¹⁴⁵ David Dale Martin, MERGERS AND THE CLAYTON ACT 1 (1959).

的垂直及多角化結合納入規範之中¹⁴⁶。以下分別就 1950 年代後美國垂直結合及多角化結合之理論及實務見解詳細分述。



第一款 垂直結合及垂直封鎖理論

競爭法學界受到早期哈佛結構學派的影響，其認為市場的結構影響廠商績效，而獨占的市場結構使得廠商遂行垂直結合以鞏固或獲取市場的獨占或寡占地位，因此對於垂直結合採取嚴格審查¹⁴⁷。早期實務於認定垂直結合是否具反競爭效果時，受到垂直封鎖理論之影響¹⁴⁸。所謂垂直封鎖理論係指，例如製造商與零售商結合，迫使零售部門僅能銷售該製造部門之產品而因此「封鎖」其他競爭的製造商，作為損害競爭過程的一種手段¹⁴⁹；且結合後上游結合事業也不再販售其生產之中間財給其他非結合之下游事業，這些非下游事業形同被「封鎖」而排除在原本之交易體系以外¹⁵⁰。

垂直封鎖理論影響了此時期法院對於垂直結合之見解¹⁵¹。最高法院在 1957 年的 *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.* 一案中，除首度確立克萊頓法第 7 條之規範亦適用於垂直結合外，也對於垂直結合反競爭效果的判斷初步建立標準。*E. I. du Pont de Nemours & Co.*（下稱 *du Pont*）係汽車烤漆及座椅織布之供應商，收購當時製造汽車的 *General Motors* 之 23% 的股票，兩事業間係供應商及製造商之關係。本案之主要爭點之一係 *du Pont* 的股票收購是否構成克萊頓法第 7 條之規範而實質限制競爭，蓋克萊頓法第 7 條於 1950 年修正前僅適用於收購競爭對手之股票，而未曾適用於供應商對其客戶之收購，本案法院認為無論收購與被收購事

¹⁴⁶ *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 317 (1962)

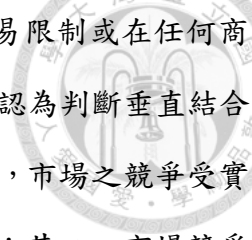
¹⁴⁷ 胡祖舜（2019），《競爭法的經濟分析》，頁 380，台北：元照。

¹⁴⁸ 邱敬淵、李素華（2017），《競爭法下市場封鎖效果之研究》，公平交易委員會 106 年委託研究報告 3，頁 194-196。

¹⁴⁹ Robert Bork, *THE ANTITRUST PARADOX* 231 (1978).

¹⁵⁰ 邱敬淵、李素華，前揭註 148，頁 195。

¹⁵¹ Roger D. Blair, David L. Kaserman, *ANTITRUST ECONOMICS* 344-50 (2nd ed. 2009).



業間是否為競爭對手，只要該收購有合理的可能性導致商業交易限制或在任何商業領域建立獨占地位，即屬於第 7 條之規範範圍¹⁵²。其次，法院認為判斷垂直結合是否有合理的可能性實質限制競爭，應以下列二判斷標準，其一，市場之競爭受實質性（substantial）影響，亦即事業的規模具有相當的市占比例；其二，市場競爭有大規模的市占率比例將遭到封鎖¹⁵³。法院以 du Pont 對 General Motors 的產品供應比例逾 4 成，認為此股票收購使 du Pont 對 General Motors 形成實質的控制，此種控制得以確保汽車烤漆與織布之優先供應，使 du Pont 的競爭對手有合理的可能性被封鎖於此相關市場之相當市占率之外¹⁵⁴。本案為法院首度採納封鎖理論，認為垂直結合可能帶來市場封鎖的效果，從而排除競爭者取得投入或客戶的可能性，而實質限制競爭。

隨後的 *Brown Shoe Co. v. United States* 案，最高法院更進一步說明垂直結合的反競爭效果，並禁止結合。本案中 *Brown Shoe* 係一家鞋子之製造商及零售商（第 3 大零售商），在製鞋相關市場之市占率約僅 4% 左右，與同為鞋子製造商及零售商之 *Kinney* 結合，同時涉及水平及垂直結合。在垂直結合部分，最高法院認為，垂直結合最主要的弊病（vice）在於，透過將任一結合事業的競爭者「封鎖」於原本對其開放之市場以外，而此種安排（垂直結合）可能成為一種競爭的阻礙¹⁵⁵（clog of competition），同時認為判斷是否實質限制競爭，應針對產業的背景進行判斷，並以下列判斷要素為核心，包含產業是否集中、是否走向少數事業支配或持續由少數事業把持交易關係、是否走向垂直封鎖或仍可互相進入、新進入者是否隨時進入或有參進障礙，皆須隨結合的個案而需適當考量¹⁵⁶。法院繼而指出，市場封鎖的效果固然取決於被封鎖的市占率規模，但並非決定性的，因為克萊頓法的適用上本來就較對於獨占濫用規範的謝爾曼法來的寬鬆，而必須同時對各種經濟或歷史因素

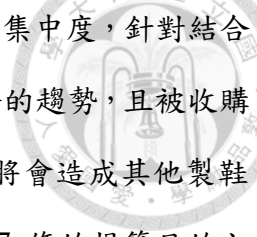
¹⁵² *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 353 US 586, 590-91 (1957)

¹⁵³ *Id.* at 595-96

¹⁵⁴ *Id.* at 610.

¹⁵⁵ *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 324 (1962)

¹⁵⁶ *Id.* at 323.



進行衡量，並著重於該項垂直安排之本質及目的¹⁵⁷，以及產業的集中度，針對結合未來的可能影響進行預測。法院認為製鞋業及零售商有垂直整合的趨勢，且被收購的製造商往往成為該零售商逐漸重要的供應來源，這樣的趨勢將會造成其他製鞋競爭者被排除在原先對其開放之市場以外；其次，克萊頓法第 7 條的規範目的主要在於，事業透過一系列的收購結合，個別的市場力量增長雖非常微小，而難以透過謝爾曼法檢驗，因此此時克萊頓法即須提前預防¹⁵⁸（萌芽原則）。最終法院認定由於製鞋業面臨著一系列的垂直結合，若不提前加以禁止，將可能實質限制競爭；且依據 Brown Shoe 的證詞，其於結合後將會將該事業生產之鞋子販售給下游結合事業，可能在相關市場實質封鎖競爭，且未帶來競爭、經濟或社會的效率。

在 Ford Motor Co. v. United States 案中，最高法院再度採納垂直封鎖理論。本案 Autolite 係一家汽車售後維修零件之供應商（包含火星塞產品），而當時汽車製造商 Ford Motor 欲將其業務擴展至售後零件製造，擬收購 Autolite。結合後事業於售後維修零件市場約占 15% 市占率。地方法院以二理由認為本結合將實質限制競爭，其一係 Ford Motor 於收購前即對售後維修零件市場具普遍性影響，其二即維修零件市場約 10% 的購買量將會遭到封鎖，亦即在此收購下，會將汽車業的寡占結構傳遞給火星塞產業，從而減少未來市場力量分散的機會¹⁵⁹。最高法院結論上亦支持，認為結合後 Ford Motor 將會封鎖其他火星塞製造商，並且以大篇幅論述結合將消除了 Ford Motor 作為維修零件市場的潛在進入者而產生的促進競爭效果¹⁶⁰，地方法院之拆解措施則使 Ford Motor 自己發展售後零件製造，得有效促進競爭。

除以上三者最高法院判決皆明顯採取垂直封鎖理論以外，下級法院也有諸多採取相同觀點者，如 United States Steel Corp. v. FTC 案中，點出根據先前最高法院

¹⁵⁷ *Id.* at 329-30.

¹⁵⁸ *Id.* at 333-34.

¹⁵⁹ Ford Motor Co. v. United States, 405 U.S. 562, 568 (1972)

¹⁶⁰ *Id.* at 575-78.



判決表示之見解，於垂直結合認定反競爭效果時，應考量之因素包含以下六者¹⁶¹：

1. 封鎖任一方的競爭者進入原本係對其開放之市場
2. 垂直安排之性質及目的
3. 對當地或小型事業的不利影響
4. 市占率的集中程度及趨勢，包含由單一或少數事業支配之趨勢
5. 原先單一事業朝向垂直整合或結合的趨勢
6. 潛在競爭者克服參進障礙並與既有競爭者競爭之可能性

由以上六者判斷要素，特別係第五點，顯示此時法院認為克萊頓法第 7 條之立法目的在於阻止產業的集中趨勢，不僅關注寡占市場結構¹⁶²，也關注垂直整合，認為垂直整合的趨勢將使得非整合事業難以與整合事業競爭。此一態度也體現了當時競爭法較保護大小廠商公平競爭的態度，而非將效率作為目標。這時期的法院對於結合嚴格審查，甚至禁止了僅具微小市占率的事業結合，以及創造效率而損害競爭者或提高集中度的結合¹⁶³。

第二款 多角化結合及潛在競爭理論

多角化結合中的競爭分析以潛在競爭理論為核心。在司法部發布之 1968 年結合準則即指出潛在競爭可能扮演對於市場中領先事業之市場力量抑制的角色，司法部將對於最可能進入市場之事業及市場中具龐大市占率之事業結合提出質疑¹⁶⁴。與垂直結合相同地，此時的準則也納入了結構觀點，指出若一事業在市場中市

¹⁶¹ United States Steel Corp. v. FTC, 426 F.2d 592 (6th Cir. 1970)

¹⁶² *Id.* at 603.

¹⁶³ Herbert Hovenkamp, *Competitive Harm from Vertical Mergers*, University of Pennsylvania Carey Law School ILE Research Paper NO. 20-51, 4-5 (2020).

¹⁶⁴ 1968 Merger Guideline, at §18 (a).

占率大於 25% 並購買了另一最可能進入此市場之事業，結合將可能受到挑戰¹⁶⁵。收購事業或目標事業必須具能力及誘因進入市場，且必須係市場中最有可能進入之事業，關於如何判斷一事業是否為最可能進入市場者，準則從該事業相對於其他事業而言是否具備以競爭性規模進入之能力（例如事業的技術及財經資源），以及事業進入市場的經濟誘因（例如事業在風險及利潤方面具吸引力等），進行評估¹⁶⁶。

學理部分，多角化結合固然有整合不同市場事業，發揮規模經濟或範疇經濟之學習效應之效益，惟此時經濟學界提出諸多多角化結合反競爭效果的理論，主要為潛在競爭效果理論（potential competition）、鞏固理論（entrenchment）等¹⁶⁷。潛在競爭理論認為多角化結合可能對於市場的潛在參進帶來危害。學理上又將此種危害分為被察覺的潛在競爭（perceived potential competition）以及實質潛在競爭（actual potential competition）。前者係指在高度集中的市場，結合將使原先被察覺的潛在競爭效果消滅，從而帶來阻礙競爭的效果，亦即市場中既存事業原先因感受到參進者的競爭威脅而影響其訂價等策略，無能為阻礙競爭作為，透過多角化結合消除此一障礙¹⁶⁸。後者則指市場外的事業雖未發揮被察覺的潛在競爭效果，然透過結合規避了經由其他本質上更為促進競爭的手段參進市場的可能性，例如透過內部擴張發展以參進市場，抑或透過取得小型既存廠商參進市場¹⁶⁹。至所謂鞏固理論，則指一具優勢地位事業被另一具更大優勢地位事業透過多角化結合，將阻礙市場其他競爭者競爭並阻礙潛在進入者的參進¹⁷⁰。

多角化結合判例法的發展上，最高法院將潛在競爭理論區分為以上兩者，也就

¹⁶⁵ 1968 Merger Guideline, at §18 (a) (i).

¹⁶⁶ 1968 Merger Guideline, at §18 (a).

¹⁶⁷ 與多角化結合有關的反競爭效果還包含互惠交易所產生者等，參見胡祖舜，前揭註 147，頁 393-401。

¹⁶⁸ Jonathan M. Jacobson et al., *supra* note 141, at 374-375；胡祖舜，前揭註 147，頁 393；唐克光，〈自美國法院判決探討美國政府自冷戰結束後對於國防產業廠商結合之管制〉，《公平交易季刊》，第 24 卷第 2 期，頁 62。

¹⁶⁹ Jonathan M. Jacobson et al., *supra* note 141, at 375-379；胡祖舜，前揭註 147，頁 394。唐克光，前揭註 168，頁 63。

¹⁷⁰ 胡祖舜，前揭註 147，頁 395-397；United States v. Falstaff Brewing Corp., 410 U.S. 526, 559 (1973)



是區分一個在市場邊緣的事業現時是否有發揮促進競爭的影響，若有，則適用被察覺潛在競爭理論，若尚無，則適用實際潛在競爭理論，並分別設定不同的舉證標準¹⁷¹。

「被察覺的潛在競爭理論」可見於 *United States v. El Paso Natural Gas Co.* 一案。*El Paso Natural Gas Co.* 係一家天然氣供應商，供應加州 50% 的天然氣市場，其收購另一家供應落磯山脈以西天然氣的供應商 *Pacific Northwest Pipeline*，係加州天然氣的一個潛在供應者。法院認為，未成功得標的競爭事業並不比成功得標的事業所提供的競爭少，數個供應商的存在給予了市場選擇¹⁷²。也就是說雖然 *Pacific Northwest Pipeline* 目前從未進入加州天然氣市場競爭，然其在競標進入此市場時提供了被察覺的潛在競爭效果，若允許結合將使此效果消滅而阻礙競爭。

至於「實際潛在競爭理論」以及「鞏固理論」則可見於 *FTC v. Procter & Gamble Co.* 一案。*Procter & Gamble Co.* 係一家家用產品製造商，1957 年取得家用液體漂白劑製造商 *Clorox Chemical Co.* 之資產，而 *Clorox Chemical Co.* 於相關市場市占率係 48.8%，與市場其他四家事業合計占 80%¹⁷³。最高法院首先基於鞏固理論認為，在寡占市場中強大的收購事業對規模較小但是具支配地位公司之收購，可能會阻礙小型事業競爭而降低該市場的競爭結構，更加形成以 *Procter & Gamble Co.* 公司為價格領導事業的寡占結構，並提高進入障礙，尤以新進事業不願面對具可觀廣告預算的 *Procter & Gamble Co.* 公司；其次則基於實際潛在競爭理論，認為本結合消除了最可能進入液體漂白劑市場的 *Procter & Gamble Co.* 公司所帶來之實際潛在競爭效果，也就是其未來進入之可能性。綜合上述理由而認為本結合具反競爭效

¹⁷¹ Yun, *supra* note 114, at 623 ; Mark Glick & Catherine Ruetschlin, *Big Tech Acquisitions and the Potential Competition Doctrine: The Case of Facebook*, Institute for New Economic Thinking Working Paper No. 104, 12-26 (2019)

¹⁷² *United States v. El Paso Natural Gas Co.*, 376 U.S. 651, 662 (1964)

¹⁷³ *FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568 (1967)



果¹⁷⁴。

在後續的 *United States v. Falstaff Brewing Corp.* 案中，則可見最高法院針對被察覺之潛在競爭理論及實際潛在競爭理論適用上之解釋。*Falstaff Brewing Corp.* 係一家新英格蘭的啤酒生產商，其收購了在新英格蘭地區以外具支配地位的啤酒生產商 *Narragansett*。法院在本案中認為判斷是否構成被察覺的潛在競爭者，應依客觀證據（objective evidence）視其是否為最可能進入該市場之事業，如事業的財務能力以及欲進入之市場之經濟條件，也就是應依市場上理性的事業之觀點來看是否可能進入，而非單純依事業表示不會進入之主觀證詞判斷，並認定 *Narragansett* 確實在新英格蘭啤酒市場邊際扮演了潛在競爭者之角色¹⁷⁵。法院進一步說明本案無需處理實際潛在競爭理論之問題，且也不正面處理實際潛在競爭理論是否作為競爭法之損害理論，因為市場外的潛在競爭者透過結合進入市場，通常不會對市場競爭帶來顯著改變，而基於克萊頓法第 7 條針對實際潛在競爭者之收購提起訴訟本應證明結合事業並未以其他方式進入市場，且造成競爭的減損¹⁷⁶。

第三款 小結

綜合上述垂直封鎖理論、鞏固理論以及美國最高法院的見解，可看出此時期競爭法學派以及實務見解對於非水平結合十分注重競爭市場結構的觀點，其對於垂直結合以及多角化結合抱持懷疑態度，認為此將增加結合事業的競爭優勢，採取市場封鎖行為等。事實上 1968 年發布的結合審查準則，也用了大篇幅描述競爭主管機關將針對垂直結合的封鎖效果進行關注¹⁷⁷；針對多角化結合，其判斷準則主要援引了潛在競爭理論之概念¹⁷⁸，不過該準則中並未援引鞏固理論，理由在於鞏固地位

¹⁷⁴ *Id.* at 578-581.

¹⁷⁵ *United States v. Falstaff Brewing Corp.*, 410 U.S. 526, 532-34 (1973)

¹⁷⁶ *Id.* at 537.

¹⁷⁷ *Merger Guidelines*, at 8-10. Blair & Kaserman, *supra* note 151, at 350.

¹⁷⁸ *Id.* at 14-15.

的形成也可能帶來效率，而有益於消費者，不應全盤認定其屬於反競爭的¹⁷⁹。



第二項 芝加哥學的興起及後芝加哥學派的修正

第一款 芝加哥學派之興起及其批判

一、芝加哥學派對垂直整合的觀點

芝加哥學派 (Chicago School) 推翻結構學派之結構決定績效的觀點，認為效率好的事業自然會壯大，因此反倒是績效決定了結構，對於市場過於集中無須感到恐懼¹⁸⁰，而事業的垂直結合也僅是廠商出於改善效率的手段之一。針對垂直結合，前述的垂直封鎖理論早年即受到芝加哥學派學者 Bork 的質疑¹⁸¹，一直到 1970 年代以後芝加哥學派逐漸主宰競爭法學界以及實務界，其強力質疑垂直封鎖理論，認為所謂垂直封鎖其實並不一定會發生，事業結合後，上游所生產的中間財，並不一定會退出市場的交易，垂直結合只會使市場參與者間的交易重新組合¹⁸²。其次，芝加哥學派並認為廠商垂直結合係出於效率的考量¹⁸³，並認為垂直結合帶來的效率多端，包含具有消除雙重邊際化之效益，使得上游結合事業無須加價，得逕以邊際成本作為價格將其所生產之中間財售予下游事業，得以降低下游事業之價格¹⁸⁴，亦即垂直結合本身即係透過交易內生化，節省外部交易所產生的交易成本及資源配置的浪費，同時也解決了上下游廠商間因為套牢問題 (hold-up problem) 以及談判

¹⁷⁹ 林心怡 (2005)，〈論全球化時代美國與歐體國際結合管制差異與衝突之緩和〉，《公平交易季刊》，第 13 卷第 2 期，頁 117。

¹⁸⁰ 莊春發 (1998)，〈競爭概念的發展、演變與反托拉斯政策〉，《公平交易季刊》，第六卷一期，頁 37-41；胡祖舜，前揭註 147，頁 19。

¹⁸¹ Robert Bork, *Vertical Integration and the Sherman Act: The Legal History of an Economic Misconception*, 22 U. CHI. L. REV. 157, 157-201 (1954)

¹⁸² 邱敬淵，前揭註 148，頁 196-197。

¹⁸³ 胡祖舜，前揭註 147，頁 380-381。

¹⁸⁴ 同前註。

成本 (bargaining cost)，促進廠商進行專屬性投資，並減少廠商間的資訊不對稱，而能夠促成交易更有效率的實現¹⁸⁵；此外，一如其他垂直交易限制一般，垂直結合也有防止競爭廠商搭便車的優點。整體而言，芝加哥學派認為垂直結合應屬中性甚至有利於競爭。

芝加哥學派對於垂直結合的正面看法來自於單一獨占利潤理論 (single monopoly profit theory)，認為事業並無法藉由擴張其支配地位至相鄰之市場以獲取額外的利潤，理由在於若一事業已經將一組產品的價格設定在利潤最大化的水準，則提高其中一者之價格，將會導致另一者之獲利相應遭到抵銷¹⁸⁶，因此事業並無將其市場力量延伸至其他市場之能力及誘因可言。

對於垂直封鎖理論之否定且轉為較正面看待垂直結合之態度，也見於同時期的法院判決之中。美國法院早期針對垂直結合以外的其他垂直交易限制，原先採取當然違法之原則，直到 1977 年的 *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.* 一案，法院認為垂直非價格限制可能產生更有效率的經銷系統，應採取「合理原則 (rule of reason)」檢驗¹⁸⁷，始有了態度翻轉的跡象。受此影響，隨後的垂直結合案，包含 1979 年的 *Fruehauf v. FTC* 案以及 1987 年的 *Alberta Gas Chemical v. E.I. Du Pont de Nemours* 案亦有見解之轉變，以下分別詳論之。

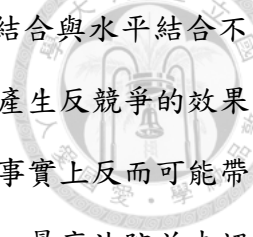
(一) *Fruehauf v. FTC*

Fruehauf 係一家拖車製造商，與製造重型車輪 (HDW) 以及防滑制動裝置 (ASBD) 之製造商 *Kelsey* 結合。*Kelsey* 在重型車輪市場係最大廠商，具 32.5% 之市占率；另在防滑制動裝置市場則為第四大廠商，市占率約 15%。*Fruehauf* 每年自 *Kelsey* 購買之重型車輪占市場總銷售額約 5%。

¹⁸⁵ 胡祖舜，前揭註 147，頁 382。

¹⁸⁶ Khan, *supra* note 40, at 1021；邱敬淵，前揭註 148，頁 121。

¹⁸⁷ Jeffrey Church, *Vertical Mergers*, in 2 ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY 1458 (ABA Section of Antitrust Law ed. 2008)



對此，法院首先一改對於垂直結合懷疑之態度，認為垂直結合與水平結合不同，並不會消滅市場上互相競爭的買方或賣方，因此其不會自動產生反競爭的效果或是減少競爭，不會「被視為」該當實質限制競爭的交易安排，事實上反而可能帶來促進競爭效果¹⁸⁸。其次，法院認為根據 Brown Shoe 一案見解，最高法院並未認為垂直結合係當然違法，而係認為應針對各種經濟及歷史因素進行審查衡量。法院進一步指出，垂直結合不會對競爭構成危害，只是由於結合事業內部的交易而導致（外部）市場銷售上的調整，不過競爭者的數量以及市占率皆未有所變化，其造成的競爭危害可能類同獨占，也可能根本沒有，也可能介於其間¹⁸⁹。最後並指出垂直結合反競爭效果的舉證責任應由原告負擔¹⁹⁰。

確立以上態度以後，法院繼而認定本結合對於拖車市場、重型車輪市場以及防滑制動裝置市場，FTC 之主張皆無理由，並不會產生反競爭效果。關於拖車市場，法院認為 Kelsey 對拖車市場供應的重型車輪僅占其總生產量 7%，因此本結合不會使 Fruehauf 取得競爭優勢，且過去 Kelsey 皆依照客戶需求分配其產量，並不可能出現在重車輪短缺的情形下將 Kelsey 生產的重型車輪獨賣給 Fruehauf 的情形。其次係 ASBD 市場，法院亦認為在法規限制之下，Fruehauf 尚不會大量購買防滑裝置而造成市場參進障礙。再者於 HDW 市場，法院認為此垂直結合不一定會封鎖重型車輪的製造及供應，且即使市場上銷售額遭到封鎖，也無證據得以證明市場封鎖會阻礙任何現有競爭者繼續經營或阻止潛在競爭者進入市場¹⁹¹；同時亦認為無證據證明本垂直結合將使市場進入障礙或現有集中度增加，以及對重型車輪生產規模經濟的不良影響。法院最後總結本結合縱使可能帶來一定程度市場封鎖，但並不會完全剝奪競爭對手的銷售管道，也不會將他們完全排除於市場之外，即使結合後 Fruehauf 完全僅從 Kelsey 購買重車輪，也只是市場中的交易經重新安排而已，

¹⁸⁸ Fruehauf Corp. v. FTC, 603 F.2d 345, 352-54 (2d Cir. 1979)

¹⁸⁹ *Id.* at 354.

¹⁹⁰ *Id.* at 354-55.

¹⁹¹ *Id.* at 359-60.

並無減損競爭的可能性¹⁹²。



(二) Alberta Gas Chemical v. E.I. Du Pont de Nemours

本案法院也表達了與前述案例類似的見解。E.I. Du Pont de Nemours 係當時美國最大的甲醇生產商，其收購一家擁有最大煤炭存量的國際能源事業 Conoco，原告 Alberta Gas 則係一天然氣生產商，利用其生產之天然氣生產甲醇。根據 Alberta Gas 主張，Conoco 原先計畫自甲醇生產商購買大量的甲醇，並將在市場上出售這些甲醇以刺激更多需求，Alberta Gas 原先可以向 Conoco 出售甲醇，惟結合後 Conoco 可以直接透過 Du Pont 內部滿足其甲醇需求，造成原告受有銷售上的損失。法院首先宣示競爭法係保護「競爭」而非保護競爭者，所以應透過分析消費者的損害以評估競爭損害¹⁹³，並再次表達對於垂直結合正面的看法，否認傳統的垂直封鎖理論，認為市場封鎖並不反映任何意義上的實質限制競爭，且在所有的結合型態中，垂直結合可能會帶來效率，也最不可能增加結合事業的市場力量。換言之，垂直結合可以帶來消除雙重邊際化（Elimination of Double Marginalization）的效果，結合後的事業將會自我交易，因此結合事業能夠以較市場上更佳的价格購買上游事業生產的中間財，使得採購成本下降，並能夠將該項利益透過降低其產品價格傳遞給消費者，最終反映在消費者福利上¹⁹⁴。本案對競爭者 Alberta Gas 的損害並非來自於本結合的反競爭效果，而是來自於其結合效率，雖然 Du Pont 的結合行為可能是試圖消除 Alberta Gas 的甲醇生產分銷途徑，不過此一推論有嚴重瑕疵，因為 Alberta Gas 並未證明因為 Du Pont 取消了 Conoco 的甲醇購買計畫，即造成 Alberta Gas 因此被迫退出市場¹⁹⁵。法院繼而點出關鍵點在於，1980 年時 Conoco 的甲醇採購量僅占市場總銷售額的 1.8%，且考量到先前 Du Pont 就已經向 Conoco 購買了近

¹⁹² *Id.* at 360-61.

¹⁹³ Alberta Gas Chemical v. E.I. Du Pont de Nemours 826 F.2d 1235, 1245-1246 (3d Cir.1987)

¹⁹⁴ *Id.* at 1246.

¹⁹⁵ 芝加哥學派並認為透過垂直結合來達成掠奪性行為是不可能的。*Id.* at 1246.

五成的甲醇生產量，因此實際上本結合僅封鎖了不到 1% 的市場¹⁹⁶，並無反競爭效果可言。法院最後再度重申先前 *Fruehauf v. FTC* 相同見解，即使發生了某程度的市場封鎖，僅僅是既有市場的銷售之重新安排調整，並無任何減損競爭的可能性¹⁹⁷。不過法院此時也引文獻所述，若市場集中度非常高者，結論可能有所不同，然而整體仍然否定垂直封鎖之理論。

綜合上述二案，可以看出此時期法院已經不再支持早期的垂直封鎖理論，對於垂直結合採取中性甚至是正面看待的態度，認為垂直結合並不會真正造成市場封鎖，縱使有，也只是市場交易因為部分銷售轉為結合事業內部交易而經重新安排而已，且垂直結合具有消除雙重邊際化的效率，具促進競爭效果。同時期的 1982 年及 1984 年非水平結合準則¹⁹⁸對於垂直結合亦轉為中性看待，對於垂直封鎖理論隻字未提，而聚焦在進入障礙、促進共謀及規避管制之疑慮，直至 2020 年均未更新。詳言之，關於是否促成進入障礙之部分，準則認為應衡量下列判斷標準，包含是否需要進入兩個產銷階段、同時進入兩個市場的困難性是否增加，以及主市場的結構及表現¹⁹⁹。於此時期之後，執法機關對於垂直結合的審查漸趨寬鬆，許多垂直結合案例是與行政機關達成和解甚或是放棄交易²⁰⁰。

二、芝加哥學派對多角化結合的影響

此時的多角化結合也受芝加哥學派影響，拋棄了早期的結構推定標準，轉而採納更細緻的競爭效果分析，例如 *United States v. Marine Bancorporation* 案，位於西雅圖的大型銀行 *Marine Bancorporation* 收購華盛頓斯波砍的小型銀行 *Washington*

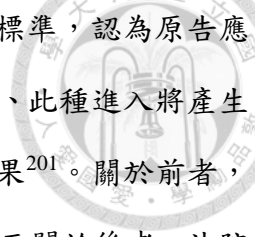
¹⁹⁶ *Id.*

¹⁹⁷ *Id.* at 1247.

¹⁹⁸ 1984 年的非水平結合準則，相較於 1982 年版本，僅作微幅修正，而更強調非水平結合相較於水平結合更有效率。參見胡祖舜，前揭註 147，頁 374；Blair & Kaserman, *supra* note 12, at 352-53.

¹⁹⁹ Non-Horizontal Merger Guidelines, 26-28 (1984)

²⁰⁰ J. Thomas Rosch, *The Challenge of Non-Horizontal Merger Enforcement*, in the Fordham Competition Law Institute's 34th Annual Conference on International Antitrust Law & Policy, 5 (2007); Blair & Kaserman, *supra* note 151, at 354.



Trust Bank。本案最高法院實質性地提高了潛在競爭理論之舉證標準，認為原告應舉證以下二者，包含：潛在競爭者得在未結合的情形下進入市場、此種進入將產生去集中化（deconcentration）的可能性或其他實質的促進競爭效果²⁰¹。關於前者，法院提及必須有未來實際進入的明確證據（unequivocal proof）；而關於後者，法院也提及潛在進入者不僅需增加競爭，更需帶來促進競爭的實質效率。法院並表示縱使此二要件被成功證明，也對於該理論之可行性感到懷疑，且在本案中原告也沒有滿足此二標準的舉證要件，因此最高法院亦未針對前述 *United States v. Falstaff Brewing Corp.* 中的問題表示法律見解。論者認為此一標準之設定，大幅提升了潛在競爭者收購的訴訟難度²⁰²。

到了 1984 年版的結合準則，則係潛在競爭理論最後一次出現在執法機關的準則當中。該準則可說是實質上限縮了 1968 年版的標準，不僅將被察覺及實際潛在競爭理論合併論述，且僅假定收購事業是潛在進入者之情形，並認為符合以下之條件始會受到執法機關之質疑：（1）被收購事業市場集中度大於 HHI 1800。（2）收購事業具特定進入優勢。（3）目標事業具高於 20% 之市占率。（4）將結合帶來之效率納入考量。論者同樣認為所謂進入優勢的概念並不確定，並使得潛在競爭理論難以操作²⁰³。同時因為芝加哥學派對於市場自我矯正採取十分正面的態度，縱果有限制競爭效果亦能透過市場機制恢復競爭，且其所帶來的促進競爭效果更為顯著，對競爭不具威脅性，因此更是不受執法機關的關注²⁰⁴。

第二款 後芝加哥學派的新觀點及影響


芝加哥學派之興起，影響了美國對於非水平結合的執法態度，不過隨著後續產

²⁰¹ *United States v. Marine Bancorporation* 418 U.S. 602 (1974)

²⁰² *Glick & Ruetschlin*, *supra* note 171, at 21-23.

²⁰³ *Id.* at 24-26.

²⁰⁴ 胡祖舜，前揭註 147，頁 392-393。



業管制的鬆綁，產業集中化的問題再起，同時高科技產業帶來挾其網路效應獲得競爭優勢，使得學界批判芝加哥學派所認識的市場競爭過於簡化，促成了 1990 年代之後新產業組織理論 (New Industrial Organization Theory) 或稱後芝加哥學派 (Post-Chicago School) 的興起²⁰⁵，進而改變了學界對於事業垂直結合的動機、效率之認識。整體而言，後芝加哥學派與芝加哥學派不同，不再認為垂直結合總是應正面看待，垂直結合固然會帶來效率，但某些垂直結合也可能創造、增強或促進廠商行使市場力量而帶來反競爭效果²⁰⁶。後芝加哥學派雖同樣認為競爭法追求效率，但其批評芝加哥學派過度相信市場，對於市場競爭的若干假設過於簡化。依前所述，芝加哥學派認為垂直結合僅會造成市場的重新安排，不會減少總產量，且其認為依照單一獨占利潤理論，無論獨占事業是否垂直結合，其所能賺取的皆僅為單一的獨占利潤²⁰⁷。相對的，後芝加哥學派則認為，在特定市場條件下，垂直結合會帶來封鎖效果 (foreclosure)，導致產量減少；其次，其認為單一獨占利潤理論的適用應以符合以下四個假設為前提，包含該獨占供應商受到進入障礙的保護、不受規範監管、下游產出市場係完全競爭，且製造產品需依照固定比例使用投入要素²⁰⁸。後芝加哥學派主要採取了賽局理論 (game theory) 中廠商策略性行為模型 (strategic behavior models) 為基調，認為事業在做競爭決策時考慮了競爭對手對其競爭作為的可能反應²⁰⁹，其動機可能是出於效率考量，亦可能是減損競爭的考量，因此需要針對個案中不同的市場結構權衡效率及競爭損害²¹⁰。

依據後芝加哥學派，垂直結合帶來的反競爭效果，主要可以分為三個層面，其一，垂直結合可能使結合事業得以提高競爭對手成本 (Raising Rivals' Cost²¹¹)，

²⁰⁵ 胡祖舜，前揭註 147，頁 23。

²⁰⁶ Michael H. Riordan & Steven C. Salop, *Evaluation Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach*, 63 ANTITRUST L. J. 513, 519 (1995)

²⁰⁷ *Id.* at 516-17.

²⁰⁸ *Id.* at 517.

²⁰⁹ *Id.* at 518.

²¹⁰ 胡祖舜，前揭註 147，頁 387。

²¹¹ 此一理論認為係舊封鎖理論的替代。參見顏雅倫 (2014)，〈台灣金融產業的競爭政策—以競爭法的觀點出發〉，《公平交易季刊》，第 22 卷第 1 期，頁 177；Herbert Hovenkamp, *Post-Chicago*

對競爭對手產生排他性效果，其中又包含投入封鎖（input foreclosure）及客戶封鎖（customer foreclosure），前者係指阻礙競爭對手對於重要投入要素的取得管道；後者則指阻礙競爭對手供應重要客戶²¹²。其二，垂直結合可能透過促進投入要素或產出的訂價以及其他競爭敏感資訊的交換，以促成默示或明示的共謀行為²¹³。其三，垂直結合可能使事業規避各種價格管制²¹⁴。

後芝加哥學派認為評估垂直結合時應將垂直結合帶來的效率以及反競爭效果進行衡量，且其針對垂直結合反競爭效果，尤其是封鎖策略所帶來反競爭效果的評估，提出了一套縝密的分析步驟，以下詳述之。

一、投入封鎖

首先，針對投入要素的封鎖帶來的潛在競爭傷害之評估，其就以下四個要項進行分析：

（一）對投入價格及對手成本的影響

投入封鎖首先取決於結合事業之封鎖策略是否具影響投入價格及對手成本的效果，換言之，倘若封鎖策略根本不具備影響投入價格或提高對手成本的效果，則投入封鎖根本無法成功實行。至於是否影響投入價格及對手成本，取決於以下幾個要素，首先係替代要素的可取得性，亦即競爭對手是否可以輕易轉與具同等成本效益的供應商交易，若競爭對手能夠輕易轉換至其他替代要素供應商，則封鎖策略較難以影響對手成本。其次，考量遭到封鎖之投入要素市場的競爭，亦即若市場結構上競爭激烈，競爭對手面臨封鎖策略可以輕易擴大產能，以應對增加的投入需求，此時競爭對手即不太可能跟隨結合事業漲價，導致封鎖策略失敗。其三，考慮垂直整合事業的持續競爭，通常上游事業不會任意降低價格，避免挑起價格戰，惟於某

Antitrust: A Review and Critique, 2001 COLUM. BUS. L. REV. 257, 318-21 (2001).

²¹² Riordan & Salop, *supra* note 206, at 519.

²¹³ *Id.* at 520.

²¹⁴ *Id.* at 527-58.

些情形，當封鎖帶來的利益較小，上游整合事業會秘密地降低價格，這時候就不會產生反競爭效應。此外，包含投入要素的需求彈性、投入銷售的價格歧視、對破壞性買者的收購，以及整合事業上游部門的可獲利潤，也會影響投入要素價格及競爭對手成本上漲的可能性²¹⁵。

(二) 對產出市場 (output market) 的反競爭效果

接著是評估封鎖策略對於產出市場的影響，亦即封鎖策略若僅提高競爭對手成本、造成投入要素價格上漲，尚有未足，因依據後芝加哥學派之觀點，競爭法的保護目的係消費者福利，而非保護競爭者，因此封鎖策略必須對於產出市場帶來如價格上漲等反競爭效果始滿足其要件。其評估因素主要包含以下數項，首先為替代產品的可取得性，亦即若消費者面臨產品價格上漲，可以輕易替代至其他產品，則消費者不會受到投入封鎖的損害。其次則評估結合後產品市場的競爭，即若下游市場競爭激烈，則產品市場的競爭對手不太可能跟隨提升產品價格，其評估要素包含計算產品市場的 HHI 值、進入障礙，以及被封鎖的競爭者產出減少或價格上漲的可能程度。第三則評估封鎖策略對垂直整合事業下游部門利潤的影響，亦即若投入封鎖對下游部門的潛在獲益越大，越可能帶來封鎖策略的成功，此項評估包含產品價格的可能上漲規模以及結合前下游部門的市占率，若該項價格提升需與其他具同等或更大規模市占率的事業共享時，則投入封鎖所帶來的利潤較低。其他評估要素尚包含產品市場的產品差異化程度、競爭對手成本增加的幅度，以及被提升的投入成本係影響固定成本或變動成本等²¹⁶。

(三) 對輔助產品市場 (ancillary markets) 的反競爭效果

所謂輔助產品市場，係指購買了投入要素並用以生產產品之事業所組成的市場，惟垂直整合事業並未於該市場生產該項產品。例如汽車零件廠所生產的火星

²¹⁵ *Id.* at 531-39.

²¹⁶ *Id.* at 539-46.

塞，除供應汽車廠商外，也供應高爾夫球車生產商。此項評估關注於輔助產品市場消費者替代到其他產品的能力、輔助市場的集中度，以及進入障礙等因素²¹⁷。

(四) 競爭淨影響的評估

評估完反競爭效果後，需與結合所帶來的效率進行衡量，以評估結合所帶來的競爭淨影響。惟所謂反競爭效果，其證明程度究係僅需證明投入價格上漲即足，抑或須證明至利用該投入之產品價格會上漲為足，非無疑問。後芝加哥學派認為，必須證明產品價格上漲，始能認為垂直結合會帶來反競爭效果，主要原因在於，與水平結合不同，垂直結合可能帶來成本節省等效率，此項因整合帶來之效率可能傳遞給消費者，而對競爭對手之生存不利，因為整合事業藉由改善其成本促使價格下降，此所導致競爭者退出市場，不應被評價為反競爭之行為²¹⁸。

二、客戶封鎖

關於客戶封鎖，後芝加哥學派也採取了四步驟分析，以下詳述之：

(一) 對對手成本及可行性之影響

在某些情形下，競爭對手因為整合事業實行的客戶封鎖所帶來的損失，可能得以透過向市場上其他客戶銷售以彌補。惟若整合事業下游部門是競爭對手的重要客戶，則封鎖政策將大大威脅競爭對手。評估要項包含三者，首先為替代客戶的可取得性，即評估整合事業占遭封鎖對手銷售的比例；其次為市場中最小可行規模（Minimum Viable Scale）的評估，亦即考量如何之生產規模係廠商得以生存之最低標準；再者係封鎖策略對競爭事業邊際成本的影響以及投資成本節省或產品改善的誘因之評估，也就是因為客戶封鎖帶來的客戶流失，可能使得競爭對手的邊際成本提高，或降低被封鎖事業投資誘因，如改善產品品質或其他非價格面項之誘因

²¹⁷ *Id.* at 546-47.

²¹⁸ *Id.* at 547-51.



(二) 對輔助產品市場的反競爭效果

因投入供應商遭到客戶封鎖而退出市場，可能對輔助產品市場產生競爭損害。以下情形將造成輔助市場的競爭減少，包含消費者無法替代其他產品、因賣方競爭減少緩解了結合後投入供應商的競爭、被封鎖對手在結合前係獨行俠 (maverick)，以及輔助市場的產品差異化減少²²⁰。

(三) 遭封鎖的客戶市場的反競爭效

客戶封鎖會促進未整合事業的投入封鎖以減少競爭，例如客戶封鎖可能使遭封鎖的事業退出投入要素市場，使整合事業得以單方面或與其他事業共謀，提高投入要素的價格。此評估要項與前述在進行投入封鎖對投入市場價格及對手成本之評估類似，茲不贅述²²¹。

(四) 淨競爭效果評估

淨競爭效果評估之部分與前述投入封鎖之評估亦同，同樣必須證明對競爭之損害，包含購買產品的消費者可能受到價格的不利影響²²²。

三、 後芝加哥學派的影響

後芝加哥學派興起後，前開提高對手成本以減損競爭的理論，在美國主管機關對於若干垂直結合的審查中遭到應用，使得垂直整合事業承諾開放市場²²³，包含不會封鎖市場，仍然會繼續銷售生產要素給其他競爭事業，或向其他事業購買生產要素。例如 Silicon Graphics 收購 Alias Research 及 Wavefront Technologies 案，Silicon

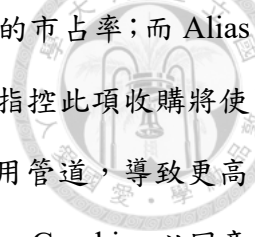
²¹⁹ *Id.* at 554-56.

²²⁰ *Id.* at 556.

²²¹ *Id.* at 556-57.

²²² *Id.* at 557.

²²³ Church, *supra* note 187, at 1460.



Graphics 係經營娛樂繪圖軟體工作站的事業，在相關市場有 90% 的市占率；而 Alias Research 及 Wavefront Technologies 則為繪圖軟體開發商。FTC 指控此項收購將使 Silicon Graphics 封鎖其他軟體開發商對於工作站軟體資源的近用管道，導致更高的價格並減少娛樂繪圖軟體及工作站的創新²²⁴。後 FTC 與 Silicon Graphics 以同意下列條件達成和解，包含要求 Silicon Graphics 保持工作站開放並發布其應用程式介面 (interface)，使 Alias 及 Wavefront 以外的軟體開發者能夠開發適用於 Silicon Graphics 工作站的軟體；要求 Silicon Graphics 向其他軟體開發商不得提供低於其提供其他類型軟體開發商之參與開發計畫條件等²²⁵。

第三項 近期法院見解及行政機關準則之修訂

第一款 AT&T 與 Time Warner 結合案

到了 2000 年以後，遭質疑違法的垂直結合案亦不多，其中包含票務處理事業 Ticketmaster 與 Live Nation 結合案以及有線電視的 Comcast 與 NBC 結合案，學者曾對後者指出，Comcast 與 NBC 的垂直整合將提供 Comcast 誘因，給予 NBC 所製作節目上架特權，且後來證據亦顯示 Comcast 實際上歧視了競爭對手的節目內容²²⁶，惟該結合案後來仍經主管機關施以行為救濟措施而核准結合。至於 2016 年的 AT&T 及 Time Warner 結合案則是近年唯一受到司法部大力質疑，並提起反壟斷訴訟而受到法院審查。本案在法院中所呈現的爭點之核心即司法部及結合事業雙方對於前開提高競爭對手理論之爭論，以及證據調查及認事用法之相關問題，以下詳

²²⁴ Federal Trade Commission, *FTC Approves Consent Agreement with Silicon Graphics, Inc.* (1995), https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/1995/11/fyi-ftc-appoves-consent-agreement-silicon-graphics-inc?fbclid=IwAR0hYmdyTYvKhZbCO47StB7YAaXijoz4N0AHc7nImCC3R3CPSJb9byK_23k (last visited:2022/9/28)

²²⁵ *Id.* 胡祖舜，前揭註 147，頁 388-389。

²²⁶ Khan, *supra* note 40, at 1057.



述該案事實背景及法律爭點所在²²⁷。

一、本案產業背景及結合事業

關於節目製作與供應產業，主要可以分為三階段的生產鏈，包含負責製作節目內容的影音工作室、將節目內容包裹成節目頻道並授權該頻道給供應商的節目商，以及提供頻道訂閱服務的供應商。其中，製作商透過「訂閱契約」將節目內容授權給供應商，供應商應支付「訂閱費用²²⁸」(affiliate fees)給製作商，製作商及供應商間之合作關係即稱為訂閱費談判(affiliate negotiation)，若雙方無法達成議價，則節目內容就會遭到下架(blackout)，不過因為下架將對雙方均帶來不利後果，因此以往是很少發生的，且長期的下架更是稀少。然而，根據相關證據顯示，製作商及供應商間經常以威脅下架作為議價手段，且雙方皆會於議價前分析下架帶來的潛在影響²²⁹。

近期，節目製播產業面臨變化，傳統多頻道視訊節目平台²³⁰(Multichannel Video Programming Distributor, MVPD)供應商除提供直播電視頻道外，也開始提供隨選的節目服務，而近期面臨虛擬的MVPD的加入，其透過網路提供隨選的內容節目，與傳統MVPD競爭。再者，訂閱制服務(Subscription Video on Demand, SVOD)供應商如Netflix的興起，主要提供大量的隨選節目，逐漸增加市占率當中，配合近期的「剪線運動」，使MVPD的客戶流失更多，且市場上居領導地位的SVOD事業均為自產節目之垂直整合事業，反之MVPD業者並非與上游製作商垂直整合而形成劣勢，僅2009年Comcast(供應商)與NBC(節目製作商)之垂直結合，在

²²⁷ 本案事實與法律見解整理自本案一審及二審判決，See *United States v. AT&T INC., et al.*, Civil Case No. 17-2511 (RJL) (D.D.C. June 12, 2018); *United States v. AT&T, Inc.*, 916 F.3d 1029 (D.C. Cir. 2019)

²²⁸ 翻譯用語參見公平交易委員會(2018)，〈垂直結合之省思—AT&T與時代華納結合案簡介〉，《公平交易委員會電子報》第112期，頁1。

²²⁹ *United States v. AT&T, Inc.*, 916 F.3d 1029, 1033-1034 (D.C. Cir. 2019)

²³⁰ 王牧寰(2011)，〈美國有線電視節目載送規則實務現況簡介〉，《科技法律透析》，第23卷第11期，頁7。

結合事業同意負擔救濟的條件下遭到准許，而其中一項負擔係，要求結合事業與競爭者就未達成授權合意時，應提交仲裁，且在仲裁期間內，供應商仍保留對於 NBC 節目內容的播送權²³¹。



AT&T 係美國一家提供通訊及電視服務之大型事業，而其所提供之傳統多頻道視訊節目平台（MVPD）包含 Direct TV 及 U-verse，其中 Direct TV 係衛星電視服務，U-verse 則是透過電信提供之電視服務，兩者合計擁有約 2500 萬的電視收視戶，係最大的傳統 MVPD 供應商。2016 年其推出了透過網路播送的虛擬多頻道節目服務—Direct TV Now，以因應用戶日漸轉往行動裝置、透過網路收視的趨勢。

本案另一事業 Time Warner 則是娛樂商，擁有 Warner Bros.、Turner 及 HBO，後二者係本案訴訟主張涉及之服務核心。Turner 係節目內容製作者，擁有受歡迎的體育節目製播權及製作 CNN 等節目，該事業受惠於節目的歡迎程度，在過去五年內享有節目內容費率增長的利潤，惟其費率增長的幅度逐漸趨緩，且近年也受到數位廣告的挑戰，侵蝕其得以收取的廣告利潤，而其中關鍵因素在於 Turner 缺乏與收視戶的直接關係，使其難以獲得用戶的觀看偏好。HBO 則經營訂閱制的影視服務，提供電視及電影內容，不過不同之處在於，HBO 並非依賴廣告收入經營，而係賺取收視戶之訂閱費用。然而，HBO 的影視服務推送到收視戶，也須依賴其他的多頻道平台供應商或訂閱制服務（SVOD）供應商，這造成與 Turner 相同，HBO 難以直接獲取收視戶的觀看數據偏好，與競爭對手包含 Netflix 或 Amazon Prime 相比形成劣勢。

二、結合事業及司法部之主張

司法部主要認為本結合將使 AT&T 得以藉由取得 Turner 的節目內容，提高競爭對手取得影視節目的成本，或透過下架（blackout）之方式，將收視戶導向其子

²³¹ United States v. AT&T, Inc., 916 F.3d 1029, 1034-1035 (D.C. Cir. 2019)

公司 Direct TV，消費者將遭受價格提升之福利損害，而實質減少多頻道影音供應市場的競爭。具體而言，政府主張槓桿增加理論（increased-leverage theory，或後述之 Nash 議價理論，Nash Bargaining theory²³²），認為本結合將使 Turner 可以就其所擁有的關鍵性影視內容，在訂閱費用的議價上獲得更大的議價槓桿，得以藉威脅下架之方式向競爭對手收取更高的價格，使其他影視分銷商將此高價轉嫁給消費者負擔，消費者因此每年需額外付出數億美元。

結合事業主張，面臨前開影視產業的競爭，不僅 Turner 缺乏與收視戶的直接關係而難以獲取關鍵數據以推送更有優勢的廣告內容，且 AT&T 也缺乏熱門節目內容，透過本結合，將能夠互補各自所缺的競爭劣勢，並帶來成本節省的效率，特別是此將節省雙方針對節目內容進行議價所需付出的訂閱費。此外，在司法部提起訴訟後，Turner 與數家節目平台供應商達成一項仲裁承諾，約定若 Turner 與節目平台供應商無法達成議價時，在進行仲裁之前，Turner 將不會下架其節目內容。

三、法院之認定

本案之結合事業之議價槓桿能力是否會提升，因而得以提高競爭對手成本，導致消費者收看頻道內容的價格上漲而傷害消費者福利，並與本結合帶來的效率衡量，而實質減少多頻道供應市場的競爭，係理論與事實之爭議核心所在。此即牽涉了法院是否認同槓桿增加理論（increased-leverage theory），且本案是否有槓桿增加理論之適用。詳言之，該理論關注廠商之間的議價，認為影響議價之最終協議的重要因素在於，若雙方未能達成協議時，各方的相對損失為何。若一方未能達成協議將遭受更大損失時，另一方即增加更多的議價槓桿，而有越大的議價槓桿有助於取得更有利的價格。換言之，本結合是否會改變 Turner 的議價能力係首要評估重點，亦即評估 Turner 將其節目下架之成本是否會因結合帶來改變。結合前，若 Turner

²³² 此理論探討了二談判者的保留價格（reservation price）之變化如何影響其最終談判後的均衡結果（equilibrium result）。See Hovenkamp, *supra* note 163, at 8-10.

未達成議價，導致長期性的節目下架，其將喪失訂閱費用及廣告收益，但是在結合後，部分下架的成本將會遭到抵銷，因為消費者可能會因為節目內容遭到某平台下架，因此轉向 AT&T 的平台收看，若果真如此，此一下架成本的降低將帶給結合事業更大的議價槓桿，使其收取更高的訂閱費用，導致消費者價格提升。

法院於審理之初，先確立本案的舉證標準。根據 *United States v. Baker Hughes* 一案，原告提起訴訟應先提出表面證據（*prima facie case*）以說明結合可能在相關市場實質限制競爭。法院特別說明，與水平結合的審理不同，原告不得以高市場集中度變化以推定反競爭效果，蓋垂直結合並不會對相關市場的占有率產生立即變化，反之，原告必須提出特定事證（*fact-specific showing*）以證明結合可能是反競爭的。當該項表面證據確立後，舉證責任即轉換至被告方，被告應提出反證該項表面證據係不準確預測結合對於市場競爭的效果，抑或得以充份降低該項表面證據證明度之證據。至此，舉證責任再次轉換至原告方，原告應提出額外的證據證明結合的反競爭效果，並負最終之說服責任（*burden of persuasion*）²³³。

地方法院於審理後，認為無論係司法部所主張之真實世界客觀證據、第三方競爭者的證詞，抑或其專家證人所提出之經濟模型，均無法支撐本案有槓桿增加理論之適用。換言之，儘管法院同意司法部所主張的 Nash 議價理論可以適用在訂閱費用的議價，但拒絕承認其在本案得以具體預測。

關於司法部所提出之真實客觀證據，包含被告方的業務文件以及前受聯邦通訊委員會（FCC）監管的文件，並主張 Turner 之節目內容係十分受歡迎者，惟法院認為前案聲明於本案背景不同，不生拘束力，且認為這並無法說明競爭者若沒有 Turner 的節目即無法有效競爭；此外，第三方的競爭者雖作證認為本結合將會提升結合事業的議價槓桿，但法院認為該項證詞充其量係展現該第三方競爭者的利益，無法充分作此推論；再者，法院也認為鑑於先前的垂直結合案例，節目製作商及供

²³³ *United States v. AT&T, Inc.*, 916 F.3d 1029, 1032 (D.C. Cir. 2019)

應商的整合並未影響訂閱費用的議價，且現今的影視供應市場競爭又較過往激烈且並未出現過高價格的情形。

另外，司法部的專家證人所提出的經濟模型則指出，根據 Nash 的議價理論，結合後 Turner 在訂閱費用的議價槓桿將會增加，因為其節目長期下架的成本將會降低，且根據其計量模型預測了消費者價格將會上漲²³⁴。詳言之，其模型預測了因議價槓桿的增加，將使競爭對手訂閱費用增加 5.87 億美元，AT&T 節省 3.52 億美元，而 2016 年消費者成本增加 2.86 億美元，且未來數年持續增加。不過法院根據以下證據認為司法部模型的輸入 (input)、假設以及得出 Turner 議價槓桿增加的結論均無法獲得支持。首先，法院認為一多部門事業會致力於多部門之間總體的利潤最大化²³⁵，並無疑義，這樣的假設對於垂直整合頻道內容供應商的訂閱費用議定並無二致，頻道供應商係追求頻道節目能夠上架到所有平台，而非承擔一系列的風險以威脅長期性的節目下架為手段而進行議價，根據被告事業所提事證，節目長期下架將會導致 Turner 損失更多訂閱費用及廣告營收，Turner 並無誘因為此行為。第二，法院認為司法部計算競爭損害模型中所使用的輸入 (input) 及假設缺乏充分基礎，詳言之，包含模型中所計算的訂閱戶流失率、移轉率所使用的數值等均非透過可信賴之方法計算，因此不可採。相對的，法院認同被告方所提出的預測，認為以往的垂直整合影視內容定價並未如議價理論及預測模型那般增加，且鑒於影視產業的發展十分蓬勃，隨著 MVPD 以外之業者加入影視內容的競爭，例如 Netflix 等透過網路提供隨選內容服務的業者，影視內容產業的競爭更加激烈，是否會出現如同 Nash 理論般的預測結果即更加難以說明。此外，根據結合事業與頻道供應商所簽訂的仲裁協議，該項協議等同於結合事業承諾不會下架節目內容，節目內容不會遭到結合事業封鎖，這項協議與前案的垂直結合所施以的行為面救濟措施，皆有其

²³⁴ 該模型的 input 包含以下三者：(1) 在內容下架情形下，其他供應商長期流失的用戶數量。(2) 自其他競爭者流失的客戶轉向 AT&T 服務的比例。(3) AT&T 的利潤率。

²³⁵ Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752, 771, 104 S.Ct. 2731, 81 L.Ed.2d 628 (1984)



效果。

四、學者評論

由本案法院與司法部間表示之歧異見解，可見執法機關及法院就垂直結合的反競爭效果評估仍莫衷一是，不同於水平結合，因為垂直結合通常會帶來可觀的效率，增加了競爭分析的困難度與複雜度；加以美國法院自 1979 年以來從未挑戰過垂直結合案，行政機關的垂直結合準則也從 1984 年以後皆未經過修訂，相關的經濟理論歷經了芝加哥學派乃至後芝加哥學派，雖對於垂直結合可能的反競爭效果有所認識，然而理論不僅複雜，在實際評估時相當程度取決於個案的市場現況，且面對真實且複雜的市場能否做出準確預測仍受相當的質疑；再者，本案法院在評估限制競爭效果時，並未將競爭分析限縮於多頻道影音平台相關市場內，而將新興的影音內容服務業者所帶來的競爭均納入考量，因此大大提升了本案司法部就被告結合係實質限制競爭的舉證難度。


司法部的專家證人 Steven Salop 教授及部分學者即針對法院的見解做出以下批判。首先，法院對於議價理論存在錯誤理解，將議價理論的有效性取決於長期下架與否²³⁶。其次，法院認為 AT&T 將不會犧牲下游部門利潤的理解也是錯誤的，根據議價理論，Turner 將能夠為自己的節目內容談到更高的價格，因此其利潤將會增加，而不是被犧牲²³⁷。第三，議價理論的適用前提係下架的「威脅」而非實際下架，經濟分析假設雙方仍會達成協議，因為這對雙方較為有利可圖²³⁸。第四，其認為法官對證據的評估存在偏見，包含法院不應給予競爭者的證詞較低的證明力評價，因為當競爭者同時是結合事業客戶時，競爭者的擔憂與對競爭傷害的擔憂係一致的²³⁹。最後，其主張消除雙重邊際化 (EDM) 必須為結合專有的，其舉證責任也

²³⁶ Steven C. Salop. *The AT&T/Time Warner Merger: How Judge Leon Garbled Professor Nash*, 6 JOURNAL OF ANTITRUST ENFORCEMENT 459, 461 (2018)

²³⁷ *Id.* at 462.

²³⁸ *Id.* at 463-64.

²³⁹ *Id.* at 464-67. Chris Sager, *The Worst Opinion in Living Memory: AT&T/Time Warner and America's*



應由被告負擔²⁴⁰。此外，也有學者認為本結合將減少媒體多樣性，對於小型事業及市場新進者不利，有損動態傷害，且 AT&T 於結合後隨即威脅封鎖節目內容，以利用其新獲得的市場主導地位作為槓桿，將消費者導向結合事業擁有之節目內容²⁴¹。最後，學者 Hovenkamp 則藉本案指出科技進步使得垂直封鎖的擔憂重新浮現，傳統實體產品或服務之提供往往受限於事業的產能 (capacity)，事業得以抗辯其產能有限，僅能將有限的產能分配給自家的垂直整合事業，也使得其得以享受低於市場成本的效率。不過在非實體物的數位經濟市場，事業不將一項數位產品或服務提供給競爭對手近用，由於數位內容 (例如電影節目內容) 並無耗盡之可能，則可以推論出事業係出於別的理由來拒絕提供、封鎖其他競爭者²⁴²，並且認為結合審查之決定並不需要對於價格上漲進行詳細量化，充其量僅需證明價格可能會上漲，即足以支撐實質限制競爭，因此拒絕採納此一理論模型似乎有可議之處²⁴³。

相對的，也有學者支持法院的看法，認為 Comcast 與 NBCU 的結合案與本案有諸多類似，依據該案的計量經濟學研究，司法部所指控的反競爭影響並不存在。復依據影視產業的市場近況，影視產業中垂直整合凸顯了其帶來效率的重要性，結合節目內容產製及供應，可以更精確掌握收視戶的收看內容等消費者數據²⁴⁴。再者，司法部的經濟模型有所缺陷，不僅其核心經濟假設與本案事實不符，忽略結合事業承諾不會封鎖 Turner 的內容，且其預測參數也不穩定，例如該模型中對於結合事業利潤率及消費者競爭強度之數值採用，均可能改變預測的結果，除非能證明該模型曾有過準確預測的紀錄，否則對該模型的懷疑態度係可以理解的²⁴⁵。

Broken Merger Law, 12-15 (2019), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3346431

²⁴⁰ *Id.* at 467-468.

²⁴¹ Khan, *supra* note 40, at 1057. Sager, *supra* note 239, at 18-19.

²⁴² Herbert Hovenkamp, *Whatever Did Happen to Antitrust Movement*, 94 NOTRE DAME L. REV. 583, 607-10 (2019).

²⁴³ Hovenkamp, *supra* note 232, at 8-15.

²⁴⁴ Dennis W. Carlton, Mark A. Israel & Allan L. Shampine, *Lessons From AT&T/TIME WARNER*, in *Forthcoming Competition Policy International*, 1-2 (2019).

²⁴⁵ *Id.* at 3-4.



第二款 2020 年司法部與聯邦交易委員會之《垂直結合準則》

承前所述，自 1984 年以來，非水平結合準則從未經過修正，內容過於簡略，無法為非水平結合的執法提供可預測的方針，尤其在新產業組織理論興起後，其提倡從提高競爭對手成本（raising rivals' costs）理論以及封鎖理論以衡量垂直結合的反競爭效果，然該等評估方法在舊有的非水平結合準則中則付之闕如，鑑於此，司法部及聯邦交易委員會邀集專家共同起草新的《垂直結合準則》（Vertical Merger Guidelines），並於 2020 年發布，其發布之新聞稿指出，新的準則主要目標係給予執法者及各界增加審查上的透明性及可預測性，並宣示對於損害消費者而反競爭的垂直結合的執法承諾²⁴⁶。

本準則主要建立了垂直結合之類型、審查證據、市場界定及集中度評估要點、以及競爭分析的主軸—包含單方效果、共同效果及促進競爭效果。以下詳述其主要內容，以及該準則之問題所在。

一、內容

（一）概述

本準則所規範之結合類型涵蓋一系列的非水平交易，包含狹義的垂直結合（strictly vertical mergers），亦即同一供應鏈的不同產銷階段事業的結合；對角結合（diagonal mergers），即具競爭關係之不同供應鏈的不同產銷階段事業之結合；以及互補產品之結合（mergers of complements）中可能產生的垂直議題。此外，水平結合準則中若干分析架構因其性質共通，也會一併援用，包含結合管制之目的、進入障礙評估，以及救濟措施等。若結合案同時牽涉水平結合，且結合事業可能運用

²⁴⁶ Department of Justice, *Department of Justice And Federal Trade Commission Issue New Vertical Merger Guidelines* (2020), <https://www.justice.gov/opa/pr/department-justice-and-federal-trade-commission-issue-new-vertical-merger-guidelines> (last visited:2022/10/6)

其結合前的營運措施以促進進入另一市場，執法機關也將運用水平結合的分析方法，考量該結合是否排除潛在進入者的競爭。此外，垂直結合之獨特考量在於其有雙重邊際化之效益，相較於水平結合雖然較少受到審查，但也並非總是無害的²⁴⁷。

(二) 反競爭效果的證據

機關會考量任何合理存在且可信的證據以評估垂直結合是否可能實質限制競爭。在水平結合準則第 2.1 節中所提及的證據類型於本準則亦有適用，包含已完成結合的實際效果、基於經驗的直接比較，以及結合事業扮演的破壞性角色 (disruptive role)。機關同時也會考量非結合事業的破壞性角色，例如評估垂直結合是否會懲罰破壞性的競爭對手。證據之來源與水平結合準則相同，包含結合事業、其客戶以及產業中其他參與者及觀察者之文件及聲明²⁴⁸。

(三) 市場界定、相關產品、市占率，以及集中度

機關將會界定一個或數個會因垂直結合實質限制競爭的相關市場，該市場可能涵蓋上游市場及下游市場。機關評估市占率及市場集中度，並搭配其他證據，以最終評估結合是否可能實質限制競爭。其中亦採用水平結合準則第 5 節之方法衡量市占率及集中度，但是並不依賴該指標以作為反競爭效果的篩選或指標。不過若相關市場呈現高集中度，可能與反競爭效果可能性、長期性及範圍之評估是相關的²⁴⁹。

(四) 單方效果 (unilateral effects)

垂直結合之單方效果包含封鎖或提高競爭對手成本，以及使結合事業近用競爭敏感資訊。

²⁴⁷ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Vertical Merger Guidelines, 1-2 (2020)

²⁴⁸ *Id.* at 3.

²⁴⁹ *Id.* at 3-4.



1. 封鎖或提高競爭對手成本

垂直結合可能使結合事業在相關市場利用對自己相關產品的控制，以減損或移除單一或多數實際或潛在競爭對手所帶來之競爭壓力，而提高獲利。例如提高相關產品價格或降低產品品質，以提高競爭對手成本，抑或拒絕供應競爭對手相關產品²⁵⁰。評估之指標包含以下兩者：

(1) 能力 (ability)：

即透過改變供應產品之條款，導致競爭對手流失鉅額銷量（例如競爭對手被迫退出市場、阻礙創新、進入或擴產，或無法為生產活動提供資金，或帶來將高成本轉換至高價格的誘因），或導致競爭對手較不積極就消費者業務競爭。惟若競爭對手得以穩定轉換至其他購買相關產品的對象，例如自我供給，而不會對價格、品質或產品服務可獲取性帶來有意義的影響，則結合事業即無封鎖之能力²⁵¹。

(2) 誘因 (incentive)：

若結合事業無法自減損實際或潛在之競爭策略中獲得利益，則其並無封鎖之誘因。本款將考量結合事業自相關市場之獲利，是否大於其相關產品銷售減損之損失²⁵²。

在考量單方效果對競爭之淨影響後，因垂直結合同時可能帶來經濟效率，因此亦須考量消除雙重邊際化所帶來之效益，即價格可能從邊際成本之加價降低為成本價，再評估結合後下游價格係增加抑或減少。此外，在資料充足的前提下，機關也可能利用經濟模型以量化競爭的淨影響，這些模型包含非結合事業對價格的反應以及對誘因之不同效果的反應。機關不會將模型的預測視為決定性的，毋寧係著重於重複使用合理模型所做出的預測是否能前後一致地預測出實際的價格增加，

²⁵⁰ *Id.* at 4.

²⁵¹ *Id.* at 4-5.

²⁵² *Id.* at 5.

而非僅僅一次的準確預測²⁵³。



除此之外，準則中舉出了若干封鎖及提高競爭對手成本之案例，以供執法參考，包含以下：

- 投入封鎖以及提高競爭對手成本²⁵⁴。
- 透過議價 (bargaining) 提高競爭者之投入成本：結合事業議價時藉由提高投入要素之成本抑或拒絕供應投入要素，使結合事業的議價槓桿增加²⁵⁵。
- 進入兩個產銷階段之必要性：例如 A 公司係某藥品成分之唯一生產商，係 B 非專利藥品公司（該非專利藥品僅由 B 生產）之供應商。C 係擬進入該藥品市場之公司，若 C 進入，將提高產量並降低價格，A 將自 C 的進入獲得利益。若 B 與 A 結合，可能會減少相關市場的競爭，使 C 進入的可能性降低，因結合事業可能有能力及誘因拒絕向 C 提供生產該藥品之成分，使 C 必須同時進入兩個產銷階段，提高其進入相關市場的成本及風險；縱使 C 進入該藥品市場，亦可能面臨結合事業拒絕向其供應藥品成分²⁵⁶。
- 提高競爭者之供應成本：例如結合事業提高零售價格，使上游製造商處於不利之地位²⁵⁷。
- 互補產品的結合：例如電動馬達及電池係製造電動機車的互補產品，如電動馬達製造商及電池製造商結合，將評估結合事業是否有能力及誘因使其他電池製造商處於不利地位，例如對未購買結合事業生產之電池之

²⁵³ *Id.* at 5-6.

²⁵⁴ *Id.* at 6.

²⁵⁵ *Id.* at 7.

²⁵⁶ *Id.* at 7-8.

²⁵⁷ *Id.* at 8-9.



電動機車製造商，提高電動馬達的價格²⁵⁸。

- 對角結合：例如高規格筆電零件製造商及低規格筆電零件製造商結合，將評估結合事業提升價格、降低品質，或減少該零組件可取得性以減損筆電市場之能力及誘因。此情形不會發生消除雙重邊際化的效率²⁵⁹。

2. 對競爭敏感資訊的近用

垂直結合可能為結合事業帶來上游或下游競爭敏感資訊的近用或控制，結合事業可以利用此等資訊以應對競爭者的競爭作為。在此情形下，競爭者可能認為採取促進競爭的行為的競爭價值較小，或避免與結合事業交易，以免於受結合事業利用競爭敏感資訊的風險。若是競爭者因此必須依賴較不滿意的交易對象或因為競爭者選擇較少而須支付較高價格，其將可能成為不那麼有效能競爭的競爭者²⁶⁰。

(五) 共同效果 (coordinated effects)

垂直結合可能消滅或抑制獨行俠 (maverick) 的出現，導致市場易於傾向共謀。例如結合事業得透過其對相關產品或服務的控制，限制獨行俠的非結合事業在相關市場競爭，因此增加共謀行為之可能性²⁶¹。

(六) 促進競爭效果

本準則提出了若干垂直結合帶來的效率，包含結合生產設備資源、消除契約的摩擦等，以及消除雙重邊際化之效率。評估競爭損害以及消除雙重邊際化效率之證據很大一部分係重疊的²⁶²。

此外，與水平結合準則之規範相同，該效率必須是可驗證的 (cognizable) 且

²⁵⁸ *Id.* at 9.

²⁵⁹ *Id.* at 9-10.

²⁶⁰ *Id.* at 10.

²⁶¹ *Id.*

²⁶² *Id.* at 11.

結合專屬的 (merger-specific)。結合事業應負擔證明得以自消除雙重邊際化獲益之責任，但機關也會透過量化以評估其影響，比較結合前後之成本節省。在評估消除雙重邊際化是否為結合專屬 (merger specificity) 時，機關會檢驗結合事業自行提供投入要素之成本是否低於結合前向上游事業採購投入要素之成本，如透過檢視現有契約等方式，並且考量在同一產業相似情形之事業間之契約²⁶³。

二、批評

儘管 2020 年版的垂直結合準則為垂直結合的審查設定更清楚的指引，包含引進了封鎖理論及提高競爭對手成本之評估，惟部分學者認為此準則仍不夠詳盡，其中的部份經濟理論更是仍具爭議，是否能促進執法之確定性有所疑問；加以近年針對數位平台經濟的執法態度轉為積極，惟準則內卻未詳盡數位市場的競爭分析。新任聯邦交易委員會主委上任後，與司法部於 2021 年共同撤回該準則。以下分述論者針對本準則所提出之批評及建議：

(一) 競爭分析方法仍存在爭議，導致執法存在不確定性

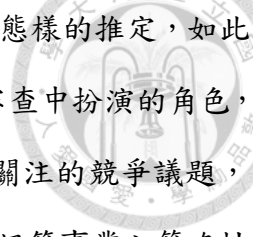
時任 FTC 主委及委員們在相關聲明中表示，該準則所訂定之審查方法仍不夠明確，無法為執法者或企業提供明確的指引，並質疑準則中採納舊有的經濟模型之準確性以及週全性，歸納其等見解如下。

詳言之，針對本準則是否採取安全港原則，即具爭議，後遭到刪除，學者 Salop 認為應先透過執法以建立審查經驗，再建立安全港原則²⁶⁴。此外，準則雖建立了提高競爭對手成本之判斷要素，然準則僅指出事業不具備能力及誘因提高對手成本之情形，則何時具備其能力及誘因，仍不甚清楚²⁶⁵。質言之，過去針對垂直結合的

²⁶³ *Id.* at 12.

²⁶⁴ Steven Salop, *The 2020 Vertical Merger Guidelines: a Suggested Revision*, ANTITRUST BULLETIN, 4-5 (2021)

²⁶⁵ Federal Trade Commission, *Dissenting Statement of Commissioner Rebecca Kelly Slaughter*, 3(2020), https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1577499/vmgslaughterdissent.pdf



審查經驗，已足以建立明線規則 (bright-line rules)，甚至是違法態樣的推定，如此將更能為執法提供明確的方針²⁶⁶。再者，準則忽略了「結構」在審查中扮演的角色，強調垂直結合可能抑制現實或潛在的競爭者進入市場而成為應關注的競爭議題，惟準則中僅關注封鎖、提高競爭對手成本，以及獲取競爭敏感資訊等事業之策略性行為，而有所不足²⁶⁷。這些的見解衝突，反應了後芝加哥學派時期以來仍認為垂直結合對競爭的效果係中性甚至有利，而忽略了在現今數位市場，巨型平台垂直結合可能在阻礙潛在競爭之方面對於市場結構產生影響，使市場更加集中化，傳統針對競爭對手策略行為的分析方法並無法提供穩定的預測。最後，過去執法所採納的經濟模型之預測與現實世界中的結合結果有所落差，例如 AT&T 即違背結合前之承諾，調漲服務內容的價格。現行的分析框架過於重視短期的價格效果，而對於選擇、品質，以及參進可能性較不重視²⁶⁸。

(二) 市場結構、產品差異化及智慧財產權之衡量

學者 Hovenkamp 認為準則並未納入市場結構以及產品差異化的考量，若封鎖或提高價格是發生在競爭市場當中，則銷售會轉移到其他廠商。但若是具有差異化的產品，例如 Time Warner 所提供的節目內容，答案就可能不同²⁶⁹。另外，對於智慧財產權特性的考量也應納入，蓋智慧財產權係無體財產權，具無敵對性 (nonrivalrous)，也就是其可以被無限制的複製。從另一個角度而言，其能夠促進產品差異化並禁止他人複製，而垂直結合競爭疑慮之一即為牽涉智慧財產權之領域，因為智慧財產權的無敵對性以及低邊際成本，可能對各競爭事業的議價範圍產生極大影響，例如結合事業提高授權費用，而市場上又不存在充足替代品的情形，競

²⁶⁶ Federal Trade Commission, *Statement of Chair Lina M. Khan, Commissioner Rohit Chopra, and Commissioner Rebecca Kelly Slaughter on the Withdrawal of the Vertical Merger Guidelines*, 5-7 (2021), https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1596396/statement_of_chair_lina_m_khan_commissioner_rohit_chopra_and_commissioner_rebecca_kelly_slaughter_on.pdf (last visited 2023/5/26)

²⁶⁷ Federal Trade Commission, *supra* note 54, at 2-3.

²⁶⁸ *Id.* at 6-8.

²⁶⁹ Hovenkamp, *supra* note 232, at 21-23.



爭事業將可能提高最終產品的價格，使消費者轉向結合事業²⁷⁰。

(三) 消除雙重邊際化 (EDM) 之評估仍存在爭議

儘管自芝加哥學派興起以來，對於垂直結合會帶來消除雙重邊際化之效率之看法當道，然仍不乏有質疑之觀點，認為過去對於 EDM 的效率主張過於縱容，且在具有顯著市場力量及高進入障礙之市場，該效率是否反應至消費者有所疑問²⁷¹；同時，準則中並未詳細舉出經濟文獻中通認 EDM 不會發生之情形，例如當下游事業被鎖入在與其他供應商的長期契約中時，或存在地理上之不相容性、上游事業之產能有限，抑或下游事業在結合前已經被實質整合之情形等。再者，以未來長期的競爭傷害換取短期的 EDM 效益是否合理亦具爭議，亦即 EDM 雖可以抵消因提高競爭對手產生的傷害，但仍可能造成競爭對手的利潤大規模轉移至結合事業，因而影響其發展長期創新或擴展事業活動之能力。末者，若結合事業提高下游價格而造成競爭對手銷售增加，此將會導致自結合事業上游部門購入投入要素之需求增加，進而使提高下游價格更具誘因，因而抵銷 EDM 對於消費者價格的正面影響，此也係準則中漏未說明者²⁷²。

(四) 漏未考量數位平台經濟之特性

近年來數位平台經濟興起，美國大型平台事業頻繁收購中小型的事業，其中不乏有屬於非水平結合者，然非水平結合相較於水平結合更不受主管機關及法院之關注，不僅經濟學權威 Carl Shapiro 教授認為應針對平台議題調整反托拉斯法，且以反托拉斯民粹主義 (Antitrust Populism)、新布蘭代斯學派 (New Brandeis) 為首之新學派，植基於大即是惡 (Big is bad) 的觀點，反對大規模的數位平台事業，恐懼這些事業對於小型新創科技事業的非水平結合²⁷³，主張因為數位平台市場的某

²⁷⁰ *Id.* at 23-24.

²⁷¹ Federal Trade Commission, *supra* note 54, at 6-7.

²⁷² Federal Trade Commission, *supra* note 265, at 4-7.

²⁷³ D. Daniel Sokol, *Vertical Mergers and Entrepreneurial Exit*, 70 FLA L. REV. 1357, 1358-59 (2018). 反



些特徵，使得這些非水平結合可能引起較大的反競爭疑慮，特別是準則中未詳加著墨之阻礙參進。

平台經濟引起競爭疑慮主要係來自兩個特性，即利益衝突以及平台的競爭優勢。首先係平台的利益衝突，巨型平台透過垂直整合，掌握網路基礎設施及其相鄰之服務，跨越數個不同市場而構成樞紐（bottleneck），使平台掌握守門人（gatekeeper）的控制地位，平台既提供服務，同時又與使用平台的業者競爭，使平台可能有誘因阻礙新進者進入市場。具體的行為包含要求市場參進者使用平台專有系統並付費、以不合理契約條款作為進入市場的條件等，FTC 委員於其撤回聲明中並認為未來的準則應更加重視非價格的提高競爭對手成本策略，包含降低互操作性等²⁷⁴。再者，平台的競爭優勢，來自數位平台經濟市場的網路效應，以及藉由數據蒐集及累積強化自我優勢，而具此優勢地位之事業得以透過垂直結合以阻礙潛在競爭或提高進入障礙，例如延伸其競爭優勢至另一市場，如將某一市場蒐集之數據運用於另一市場，提供更優良之產品或服務，阻礙新事業或相鄰市場具潛在競爭關係事業之進入²⁷⁵；或如在某一市場具支配地位的平台藉收購具潛在重要互補關係或垂直關係之事業，且該事業在平台所處的相關市場係潛在或新生競爭者，競爭疑慮可能更加明顯，因為市場上原本得以挑戰其支配地位的潛在新生事業

托拉斯民粹主義與新布蘭代斯學派主張基調仍有所不同，惟其均認為規模大的科技事業對於市場其他事業帶來壓迫。其中新布蘭代斯學派主張應參考哈佛學派的結構觀點，與僅重視經濟效率、福利效果之（新）芝加哥學派或新哈佛學派不同，認為應將市場結構及競爭過程納入競爭分析當中，同時考量競爭者的保護並懼怕經濟力過於集中導致政治權力集中，反對巨型平台諸如 Amazon 等的垂直整合。參見 Lina M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 YALE L.J. 710, 710-805 (2017); Lina M. Khan, *The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate*, 9 JOURNAL OF EUROPEAN COMPETITION LAW & PRACTICE 131, 131-32 (2018). 新布蘭代斯基本論調並參見 Marshall Steinbaum & Maurice E. Stucke, *The Effective Competition Standard: A New Standard for Antitrust*, 87 U. CHI. L. REV. 595, 609-10 (2020). 該等學者認為應全面緊縮結合審查。

²⁷⁴ Federal Trade Commission, *supra* note 54, at 4-5. Federal Trade Commission, *supra* note 266, at 5-7.

²⁷⁵ 市場力延伸之事例，如 Google 與 DoubleClick 結合案即牽涉 Google 藉由網綁搭售 Google 自家的 AdSense 及 Adwords 服務於 DoubleClick 廣告工具，以將 DoubleClick 在第三方廣告服務工具市場的領先地位延伸至 Google 所在的廣告中介市場；或如 Microsoft 與 LinkedIn 結合案，牽涉 Microsoft 將其在作業系統及生產力軟體之地位延伸至專業社群網路服務市場。See OECD, THEORIES OF HARM FOR DIGITAL MERGERS 20(2023), <https://www.oecd.org/daf/competition/theories-of-harm-for-digital-mergers-2023.pdf>

被收購了，其支配地位將更堅不可破，因此阻礙更低的價格、更具品質的服務以及創新²⁷⁶。最後，有學者認為應將準則之適用範圍擴及至所有的非水平結合，因為其所帶來的競爭疑慮有相似之處，尤其在通訊或網路相關市場中，結合事業是否處於同一供應鏈之不同產銷階段變的日益難以區分²⁷⁷。

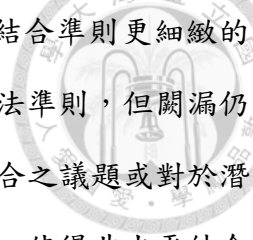
第四項 小結

非水平結合之理論在美國競爭法中並非扮演核心關注角色，自 1950 年代始有第一件結合審查案的作成，最初仍是著眼於濃厚的結構學派之垂直封鎖理論觀點，認為垂直結合會帶來市場封鎖效果，原則上應為違法；至於多角化結合則有基於潛在競爭理論及鞏固理論，認為將會對於潛在競爭者的進入市場帶來不利效果。惟自芝加哥學派興起後，封鎖理論飽受批評、捨棄，對垂直結合逐漸轉向中性甚至有利於競爭看待，多認為垂直結合不會對價格、產量帶來負面影響，相較之下，多角化結合更是不受關注。儘管後芝加哥學派興起後，為垂直結合的提高競爭對手成本理論提出一套更縝密的判斷模式，並以垂直結合提高競爭對手成本並最終導致消費者價格上漲作為競爭損害之認定，不過整體而言，垂直結合受到主管機關或法院質疑的案例仍舊不多，主要還是基於垂直結合大多不會直接造成價格上漲而損害消費者福利，且其具備消除雙重邊際化之效率，主管機關大多以施加結合事業承諾不歧視之負擔而准許之。

近年司法部對 AT&T 垂直結合案提起訴訟，爭執焦點仍在於該垂直結合是否會使結合事業議價能力槓桿增加，進而提升節目價格而對消費者福利不利，然該項理論仍因為證據不足而遭到法院捨棄，顯現出垂直結合相關經濟理論仍具爭議，法

²⁷⁶ *Id.*; Salop, *supra* note 264, at 11-12.

²⁷⁷ Charlotte Slaiman & Joshua Stager, *Comments on the draft vertical merger guidelines*, 6-7 (2020), https://www.ftc.gov/system/files/attachments/798-draft-vertical-merger-guidelines/pk_oti_comments_on_draft_vertical_merger_guidelines_022620.pdf



院在個案中判斷垂直結合帶來的價格上漲本屬困難，舊版垂直結合準則更細緻的判斷準則也付之闕如，2020 年主管機關雖久違再度頒布新的執法準則，但闕漏仍然甚多。尤其又因應數位平台經濟之發展，巨型平台藉由垂直整合之議題或對於潛在競爭者之新創事業收購甚繁，產生阻礙潛在競爭、創新之問題，使得非水平結合議題再度受到關注，反托拉斯民粹主義及新布蘭代斯學派興起並影響主管機關之審查態度趨嚴，2021 年底隨即撤回了甫於 2020 年發布的垂直結合準則，使得接下來主管機關及法院針對新版的非水平結合準則將會如何調整其分析規範，傳統提高競爭對手成本之理論是否應該調整，又應加入何項競爭損害理論，均值得繼續探究。

第二節 數位平台經濟對非水平結合理論的衝擊

立基於前節對於傳統非水平結合理論及規範之回顧，本節將接續探討在數位平台經濟時代，巨型平台事業之垂直結合及對潛在競爭者之新創事業收購，非水平結合的規範應如何調整之學理爭議，包含非水平結合的損害理論應如何調整、反競爭效果之評估及舉證，以及結合救濟措施（負擔）應如何予以考量。

第一項 傳統競爭分析方法的不足

自後芝加哥學派以來乃至 2020 年版的垂直結合準則，可見其仍固守傳統注重價格、產量之分析理論，且競爭損害的認定要件十分嚴格，已如前述。然而在數位平台興起後，平台市場有著多邊性、網路效應、仰賴數據及高度集中化等特性，且平台事業廣泛進行非水平結合，衍伸阻礙潛在競爭、創新等議題，已如第二章所述，但一方面，不僅後芝加哥學派對於廠商策略性行為的關注，並不足以處理數位平台的結合議題，後芝加哥學派主要關注廠商結合對於其從事封鎖策略之能力及誘因

的影響，但卻未關注平台市場中逐漸重要的阻礙潛在競爭之問題，且其在現實世界個案的應用，仍有諸多困難及質疑，不獲法院採納；另一方面，數位平台經濟下事業間的非價格競爭逐漸佔據顯著地位，使得傳統僅注重價格、產量的分析理論顯得有所不足²⁷⁸，2020 年版垂直結合準則也未提及非價格競爭之分析方法，則應如何調整結合競爭分析之審查工具，即成為一大議題。

質言之，數位平台零價格以及仰賴數據的特性，使得平台之間以服務品質、資料或演算法的數量及優勢為競爭要素，這些都是非價格競爭的一部分²⁷⁹，與傳統結合分析方法主要著重於價格、產量有所不同，甚至有些結合案根本對於價格、產量並未有所影響²⁸⁰，此時即彰顯了非價格競爭的評估在數位平台經濟下的重要性。另一方面，相較於發展穩定的產業，得以依照過去事業的市占率以及其競爭行為的考究以預測未來競爭的發展趨勢²⁸¹，但數位市場以數位技術之創新發展為特色，其技術發展更迭迅速，其市場力的久暫不易判斷，並造成事業間的競爭關係漸趨模糊，一結合案究竟屬水平結合抑或非水平結合時有爭議²⁸²，也使得動態競爭的評估更具重要性，亦即應將時間幅度拉長以評估事業結合後的競爭關係變化，考量結合是否損害潛在競爭或創新競爭等因素²⁸³。

²⁷⁸ 在現行以反競爭效果 (effect) 或損害消費者福利 (harm to consumer welfare) 為分析中心的反托拉斯方法，除包含靜態的價格、產量觀點，多數認為也包含或應納入與創新相關之動態觀點，參見 Khan, *supra* note 40, at 1024-1025. Joshua D. Wright, *Antitrust, Multi-Dimensional Competition, and Innovation: Do We Have an Antitrust-Relevant Theory of Competition Now?* George Mason Law & Economics Research Paper, 3 (2009)

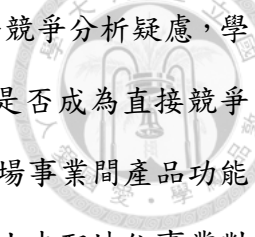
²⁷⁹ Affeldt & Kesler, *supra* note 45, at 471.

²⁸⁰ Parker, Petropoulos & Van Alstyne, *supra* note 48, at 3.

²⁸¹ 例如，透過審查事業的市占率、事業間交易的歷史，以及分析影響其競爭行為的要素，包含價格、產量、品質及創新等方面之決定。See Prepared Statements of FTC, *Competition in Digital Technology Markets: Examining Acquisitions of Nascent or Potential Competitors by Digital Platforms*, Before the Comm. on the Judiciary S. Comm. on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights, 6-8 (2019).

²⁸² 例如 Facebook 及 Instagram 之結合案，Facebook 抗辯其與 Instagram 雖均為社群平台，惟 Facebook 係以文字為特色，惟 Instagram 係以圖片為特色，故 Instagram 充其量僅作為臉書服務之互補品 (complement)，因此不具顯著競爭疑慮。Giulio Federico, Fiona M. Scott Morton & Carl Shapiro, *Antitrust and Innovation: Welcoming and Protecting Disruption*, 20 INNOVATION POLICY AND THE ECONOMY 125, 151 (2021)。兩者提供的社群服務雖特色不同，但數位科技的變化也可能使得 Instagram 發展成 Facebook 之替代服務，成為有力的競爭者。

²⁸³ Parker, Petropoulos & Van Alstyne, *supra* note 48, at 24-27.



再者，著眼於巨型平台對非直接競爭者收購所引發之非水平競爭分析疑慮，學者認為儘管預測潛在競爭之分析存在困難性，例如兩事業未來是否成為直接競爭者，且結合是否明顯增加市場集中度等之預測，再加上高科技市場事業間產品功能高度重疊且可能隨時間迅速變化，更加深了預測難度，然鑒於阻止支配地位事業對於潛在競爭的破壞將帶來競爭和創新的巨大利益，縱使以一定程度的錯誤積極執法為代價，仍應嚴格審查這些巨型數位平台事業之結合²⁸⁴。換言之，過去非水平結合在執法上偏向消極，一部分係受到芝加哥學派對於錯誤積極執法（false positive）即為敵視，其認為錯誤積極執法所帶來的成本往往較大，相對的，縱使錯誤消極執法，亦能夠透過市場自我矯正之機能，恢復競爭狀態²⁸⁵。但近年新布蘭代斯學派興起，其反駁芝加哥學派，認為過去過度重視錯誤積極執法的成本，已達到矯枉過正的程度，面對美國眾多產業領域集中度偏高的現象，特別是數位科技事業，應修正長年消極執法的態度²⁸⁶。鑑於此，現今針對非水平結合管制之態度，有漸漸修正過往過度的消極執法，而應變得更積極，似成為學說上的共識。

經以上分析，現行非水平結合規範應針對數位平台進行調整，甚至更加嚴格，已屬學界共識，但究應如何調整非水平結合之審查密度，不同學者分別就競爭分析之損害理論、舉證負擔、結合救濟措施皆為思考方向，本節將進一步探究之。

第二項 結合規範及分析方法之修改建議

承學理上認為應針對數位平台的非水平結合規範進行調整，不同競爭法學者針對執法架構提出管制及規範建議，分別就申報門檻調整、將動態觀點納入結合分析規範、舉證責任調整、結合事業負擔施加等方面提出建議，以下分述之。

²⁸⁴ Shapiro, *supra* note 127, at 740-41.

²⁸⁵ Bryan & Hovenkamp, *supra* note 110, at 350.

²⁸⁶ Lina Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 *YALE L. J.* 710, 718-46 (2017).



第一款 申報門檻之調整

首先係結合申報門檻應否調整之議題。競爭法的結合管制以向主管機關申報為原則，目前歐美結合申報門檻，大多數都是以結合事業達到一定的營業額門檻為規定，但因為大多數的新生事業或新創事業，其處於剛起步的階段，擁有的資產也難以估計價值，許多皆沒有達到應該申報的門檻，也因此無從進入結合審查，是否妥適即不無疑義。

眾多學者分別建議調整現行的申報門檻，例如德國、奧地利已納入交易價值門檻。除此之外，將歐盟結合規範第 22 條之移送制度適用於涉及新生競爭者的收購，似乎成為執委會的共識。惟相對的，在美國法的脈絡下，因為結合管制本不以事前為限，有認為得透過事後獨占行為規範處理涉及損害創新的新生競爭者結合²⁸⁷。

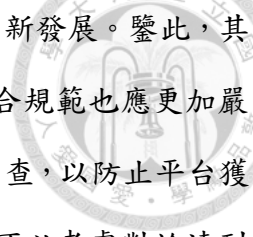
第二款 引入動態觀點的損害理論

再者係非水平結合的損害理論議題。為彌補現行競爭分析方法難以處理數位產業中巨頭濫用行為之問題，新布蘭代斯學派主張跳脫現行以反競爭損害效果（effect）或損害消費者福利之框架，改為著重於市場結構及過程，其尤其關注數位市場的科技巨頭，點出數位市場的進入障礙主要來自兩者，即網路效應及數據近用的不對等²⁸⁸，並進一步提出平台與商業分離理論，自結構之觀點認為平台問題來自於其垂直整合，平台掌握數位商務基礎設施的垂直結構並與利用平台之事業競爭，衍生歧視（discrimination）平台參與者及資訊挪用（appropriation）等議題²⁸⁹，阻礙既有及潛在事業之競爭，並且亦阻礙創新並影響創投資金之進入。政策上應使

²⁸⁷ 參見第四章第二節第二項。

²⁸⁸ Khan, *supra* note 40, at 1022-25.

²⁸⁹ Khan, *supra* note 40, at 983-1007, 1022-25.



平台與商業分離，保持平台的中立地位，避免利益衝突及阻礙創新發展。鑒此，其認為現行垂直交易限制理論過於寬鬆，缺乏案例發展的垂直結合規範也應更加嚴格，除應將涉及特定形式或特定數量數據資料之結合納入結合審查，以防止平台獲取有價值之數據同時在不同市場中運用數據槓桿力以外，甚至可以考慮對於達到一定程度支配地位之平台施加預防性禁令，禁止其參與任何使用該平台之事業市場，亦即禁止其與依賴於平台之事業直接競爭²⁹⁰，屬於極為嚴格之觀點。不過本文以為，從結構之觀點指責巨型平台的非水平結合，並直接禁止平台與其競爭者競爭，毋寧係以競爭法直接保護競爭者本身，從而背離了以反競爭效果為中心的評估框架，這將使得競爭法規範圍擴及於非效率觀點的考量，與競爭法保護經濟效率之目的相違背。


除此之外，也有學者提出平台包圍 (Platform Envelopment) 作為可能的損害理論，指出若干種類的平台結合具動態效果的影響，可能導致市場封鎖。一個平台市場中的大型服務商可以藉由與另一個市場的事業結合，並將其提供的服務與被結合事業進行整合，形成網綁式的服務，藉此阻止競爭者取得用戶，並在新的市場中輕易取得市占率。因此，平台包圍得仰賴網路效應以及藉由自一市場擴展到另一市場的市場力量，以此增進平台在不同市場之間的突出地位²⁹¹。但平台包圍理論的不可行之處在於，其所指稱之實際損害究為何者，係用戶因收購而支付更高的價格，抑或產品品質或選擇遭到減損，並不清楚；況且在此類個案中，消費者也可能因為兩平台結合帶來更大的網路效應而受惠²⁹²。

相較之下，在現行以經濟效率及反競爭「效果」為評估框架的規範之下，在結

²⁹⁰ 此一禁令之發想來自於銀行法之金融及商業分離原則 (the separation of banking and commerce)，有鑑於銀行在商業活動中扮演重要之中介角色之原理，而平台作為數位經濟的基礎設施也具有一定程度類似性，例如數據集中在平台上、政治及經濟權力過度集中等風險，故應維持平台與商業之分離。Khan, *supra note* 286, at 792-97.

²⁹¹ Parker, Petropoulos & Van Alstyne, *supra note* 48, at 15; Thomas Eisenmann, Geoffrey Parker & Marshall Van Alstyne, *Platform Envelopment*, 32 STRATEGIC MANAGEMENT JOURNEY 1270, 1270-85 (2011)

²⁹² de Lamo, *supra note* 114, at 8.



合競爭分析中引入動態效果 (dynamic effects) 之觀點，則為多數較為支持的見解。動態競爭中創新 (innovation) 競爭的評估，早年即有倡議應引入結合審查之分析當中，隨著近年數位平台經濟的興起，巨型數位平台對於新生事業發動大量併購，更引起是否扼殺創新競爭之疑慮，使得動態競爭的評估重要性更為彰顯；且平台以結合預先消滅未來的直接競爭對手，以排除競爭威脅，也使新生競爭 (Nascent Competition) 損害理論逐漸在學界發展，以處理巨型平台對於新生事業的收購問題²⁹³。再者，數據資料扮演了數位經濟的核心角色，因併購係短時間內取得大量數據資料之最便捷方式，數位平台產業出現了許多為取得巨量資料的資料 (數據) 導向併購 (data driven mergers)，因而引發了競爭法在結合審查時應如何考量數據及演算法之角色以及有關數據及演算法創新之議題，其中不乏有論者主張數據資料該當關鍵設施，應開放給其他競爭對手使用²⁹⁴。

綜觀學者對於動態競爭的審查建議可簡要歸納如下。總體言之，應將結合帶來之動態效率與反競爭效果相互衡量，並考慮網路效應、數據聚合效果之存在以及供需端規模經濟所造成之集中度增加等因素²⁹⁵。

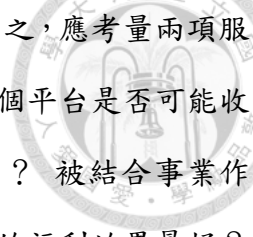
首先，由於動態競爭牽涉對於較長期時間觀點下競爭發展的預測，尤其應假設若不准許結合，被結合事業是否果有能力憑藉其演算法等創新以形成收購事業的實際競爭對手，明顯的事例即如若不允許 Facebook 與 WhatsApp 結合，則 WhatsApp 是否會發展成 Facebook 核心社群服務之直接競爭對手？若為真，結合即可能透過阻礙潛在競爭而損害消費者福利。

其次，學者認為在評估動態效率時應區分結合之型態而定，倘若係提供替代性服務之平台間的結合，應衡量若結合得以透過公平分配在平台生態系統中產生的

²⁹³ 李宛諭，前揭註 87，頁 160-161。

²⁹⁴ Allen P. Grunes & Maurice E. Stucke, *No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data*, THE ANTITRUST SOURCE (APR. 2015), 3 (2015). 其文中提及 OECD 指出在 2008 年至 2012 年所出現的資料導向併購係過去的兩倍。

²⁹⁵ Parker, Petropoulos & Van Alstyne, *supra* note 48, at 24.



附加價值以及減少其中一個服務所帶來減少競爭的不足。具體言之，應考量兩項服務的替代性隨著時間的增減程度；以及如果結合不被允許，另一個平台是否可能收購被結合事業？這樣的結合是否會增加對結合事業的競爭壓力？被結合事業作為一獨立事業、被收購事業、或平台的競爭者之一部，何者帶來的福利效果最好？若二者間服務可替代性預期將增加，即顯示出市場競爭的增加，不過也應權衡透過結合以節省重複投資的浪費所帶來的效益。至若係提供互補性服務平台間的結合，則應考量事業是否係利用結合來將市場力量延伸至另外一個市場，並須以動態的角度評估若不允許結合，巨型平台是否可以自己開發出該互補功能；同時並須考量數據綜效²⁹⁶ (Data synergies)。

第三款 舉證責任

其次係結合審查舉證責任之調整。現行美國競爭法結合審查係採取個案判斷的合理原則 (rule of reason)，也就是原告應完整舉證被告行為具備反競爭效果，這樣的舉證標準被部分見解認為過於偏袒被告，因此有建議引入明線規則 (bright-line rules)，將特定類型的結合推定違法，如採取結構推定 (structural presumption)，以增加執法機關成功阻止巨型平台事業結合之可能性²⁹⁷。例如有學者即認為應建立支配地位平台之推定 (dominant platform presumption)，也就是針對支配地位平台收購了在無結合的前提下可能與平台展開競爭的事業抑或收購了相鄰市場的競爭者之結合，採取違法之推定²⁹⁸，其原理即係前述數位平台市場中的帶來的阻礙參進以及帶來封鎖效果的市場特徵，因此需要針對其結合產生的競爭疑慮進行詳盡評估，故推定其違法。

²⁹⁶ *Id.* at 24-25.

²⁹⁷ 具體而言，其建議參照 *United States v. Philadelphia National Bank* 所設立的結構推定標準，也就是以市占率 30% 作為違法推定門檻。Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, *supra* note 5, at 332-33.

²⁹⁸ Slaiman & Stager, *supra* note 277, at 1-6.

不過也有認為對於平台一律採取推定反競爭的觀點將可能阻礙平台市場的發展及創新，僅需針對最具反競爭疑慮之水平結合轉換舉證責任至結合事業方，由結合事業負擔舉證反競爭效果小於可能產生的效率，同時在垂直結合部分對結合事業課與其他義務以防止前述利益衝突之行為發生²⁹⁹。質言之，儘管數位平台因為其仰賴數據及網路效應之特性，平台規模巨大且容易橫跨諸多市場，遂產生前述利益衝突及資訊挪用之疑慮，但仍非所有類型的結合均屬反競爭者³⁰⁰。另也有學者提及一概將具支配地位平台之併購均採反競爭推定，將可能阻礙平台事業的創新發展³⁰¹。

第四款 救濟措施及事後審查

至於結合負擔施加之部分，有認為鑒於數位平台經濟下非水平結合對其他事業帶來之歧視及自我偏好扭曲競爭之風險，例如平台收購了上游的其中一個供應商，可能使平台有誘因偏好其上游供應部門給平台上的需求端，藉以排擠其他第三方上游事業，造成扭曲競爭之風險³⁰²，為維護平台市場中第三方事業對平台產品或服務之平等近用（equality of access），可以透過賦予巨型平台平等對待義務以消除利益衝突之疑慮，也就是要求結合事業遵守使與垂直部門事業具水平關係的第三方事業應享有與該垂直部門對平台產品或服務之平等近用³⁰³，以避免市場封鎖或阻礙市場參進之效果。具體適用上可以指定特定條件之事業應受到此義務的規範，例如參照歐盟數位市場法規之「守門人（gatekeeper）」定義，同時要求特定事業結合時應申報所有與平台交易的垂直供應商的近用以及配對標準，第三方事業則利用前述資料共享機制以評估平台是否遵守其所申報之內容以及是否對於平台用

²⁹⁹ Parker, Petropoulos & Van Alstyne, *supra* note 48, at 20-22.

³⁰⁰ *Id.* at 22-24.

³⁰¹ Luis Cabral, *Merger Policy in Digital Industries*, 54 INFORMATION ECONOMICS AND POLICY, 2 (2020)

³⁰² Parker, Petropoulos & Van Alstyne, *supra* note 48, at 20-22

³⁰³ *Id.*

戶提供非歧視性之近用，若平台違反此項義務，則對平台採取分拆之措施³⁰⁴。本文以為此行為救濟負擔正面及負面之效應兼有之，其固然得以從根本消除平台歧視其他競爭者而減損競爭之風險，而歧視競爭者也可能阻礙數位平台市場中的創新誘因³⁰⁵，惟亦應思考平台事業是否果真有開放所有競爭者近用之義務，該項義務之課予理論基礎為何，且平台偏好自身產品及服務，其本身也具有一定之效率³⁰⁶，若限制平台必須開放所有競爭者近用，是否反而減損平台之效率，仍有待進一步探究。

除開放平台之近用外，有鑑於數位平台具備仰賴數據之特性，擁有大數據之平台即擁有龐大的規模且能夠更利於平台優化自身產品或服務，甚至開拓新的市場，可見資料在數位平台市場中扮演關鍵投入之角色，因此有建議創設消費者資料權（in situ data rights）的概念，強制平台事業在得消費者同意之前提下，開放平台所擁有之消費者資料給第三方事業，藉以更公平分配平台藉由資訊優勢所獲得的價值創造，並根本消除藉由併購以獲取更多消費者資料壯大平台規模之誘因。關於其運作模式即，新進者平台 B 可以在得到用戶同意前提下，取得用戶在平台 A 上的消費者數據，平台 B 可以將該等數據，利用平台 B 自身的演算法進行運算，以分析用戶偏好並改善自身平台服務，而不涉及轉移該等數據自平台 B。藉此，平台之間的競爭，從蒐集資料本身，轉向分析資料並提供品質更好的服務上，並進一步消除平台以取得資料為目的而發動併購之誘因³⁰⁷。不過，這個制度雖能一定程度減少數據導向之併購，但有鑑於分析技術，即演算法，仍構成數位平台競爭的重要參數，因此這樣的制度並不能有效減緩為取得關鍵技術而發動併購。

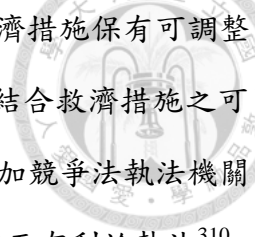
最後，學者建議應引進結合事後評估（ex post evaluation）之制度，同樣鑒於動態觀點，因應結合後市場之變化，應定期針對結合決定進行評估，以確保結合分

³⁰⁴ *Id.*

³⁰⁵ Khan, *supra* note 40, at 1007-11.

³⁰⁶ Hovenkamp, *supra* note 42, at 53-59.

³⁰⁷ Parker, Petropoulos & Van Alstyne, *supra* note 48, at 17-20.



析之妥適性以及救濟措施之有效性³⁰⁸；更甚者，甚至應使結合救濟措施保有可調整之彈性，也就是因應時間變化下平台競爭情形改變，允許調整結合救濟措施之可能，以控制結合對於福利效果的影響³⁰⁹。除此之外，也有建議增加競爭法執法機關對於平台事業的調查權，以更清楚了解平台基礎設施之相關資訊而有利於執法³¹⁰。與此相關的也包含使執法機關保有基於獨占濫用行為規範，在事後對於已完成之結合提出訴訟，請求對於可能減損創新之部分採取禁制措施等救濟。

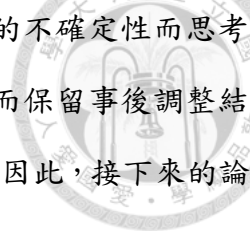
第三項 小結

自芝加哥學派興起以來，反托拉斯分析方法對於所謂反競爭效果或損害消費者福利，較著重於靜態的價格、產量的影響，非水平結合多數不直接影響價格、產量甚至帶來效率而降低價格，而提高競爭對手成本理論的評估仍存在許多疑問而不被法院適用於個案。惟在數位平台經濟下，平台市場的垂直問題重新受到重視，起因於平台扮演數位服務之中介角色，屢被指歧視競爭者、挪用競爭的之資料，以及扼殺平台市場創新競爭的議題漸漸浮現，此漸漸取代了提高競爭對手成本理論、封鎖理論在垂直結合問題中扮演的角色。歸納學理上針對數位平台經濟下結合規範之調整建議，可以將非水平結合之議題歸納為：應如何處理包含殺手併購在內的非水平結合不受結合審查之問題、數位平台非水平結合審查的舉證規範是否應調整、非水平結合競爭分析應如何納入以創新競爭為中心的動態效果評估之問題、結合救濟措施是否應課予結合平台允許所有第三方事業近用平台之義務，甚至開放其資料或演算法給競爭者使用，牽涉數據資料在結合審查中的地位，也頗具疑義，此外，結合救濟措施是否應保有事後調整之可能，也係理論上需要檢討者。這些學理上的建議皆是以將動態觀點之分析納入為核心，例如為妥適評估事業的創新發

³⁰⁸ *Id.* at 26-27.

³⁰⁹ *Id.*

³¹⁰ *Id.*



展與競爭關係而引入創新競爭的損害理論、基於分析未來競爭的不確定性而思考調整舉證責任之必要與正當性、基於結合後市場變化的可能性而保留事後調整結合救濟措施，甚至事後以競爭法規範挑戰已完成結合之可能性。因此，接下來的論述也會以將動態觀點納入競爭法規範以處理非水平結合為中心。

第三節 動態競爭分析—以競爭法中的創新為中心

承上一節所述，隨著數位平台經濟的發展，競爭法的競爭分析議題不在侷限於傳統的價格、產量為主的靜態分析，而是納入以評估潛在競爭、創新為主的動態競爭分析。換言之，傳統競爭分析可能僅著重於反競爭行為或結合是否提高相關產品或服務之價格抑或降低其產量；然而，數位平台經濟中具有零價格以及仰賴數據等特性，反競爭行為或結合不再僅著眼於短期的價格、產量，例如平台（的一邊）提供零價格的數位服務，即與短期內的價格及產量無關，此時對於長期的潛在競爭以及事業的創新更係事業所關注之焦點，分析的角度更為動態，亦即應從更長的時間幅度來分析³¹¹。此時所顯現的議題在於，首先應界定動態競爭關注之內涵為何，其中包含經濟學長期以來關注的創新過程，而事業的非水平結合是否及如何影響創新，將自市場結構與競爭之間的關係開始討論；再者，過去的結合審查規範是否以及如何將創新納入競爭分析之中；最後，數位平台市場所具備的特性為何，以至於納入創新分析具備重要性，應予以釐清。

第一項 動態競爭與創新

在現行以評估反競爭效果為中心的競爭分析框架，除對於靜態的價格、產量進行衡量外，也應一併考量動態層面的創新競爭因素，已如前述。惟何謂動態之觀點，

³¹¹ 惟應注意者係，有些數位平台提供之產品或服務可能仍得以價格、產量進行衡量，例如線上商城平台即是。

又何謂創新競爭，應予先界定之。



第一款 動態效率與創新

競爭法係以促進經濟效率為核心，而根據經濟學文獻，效率之意義係指社會能從最稀少的資源中獲得最大利益之情形³¹²；至所謂效率又可區分為靜態效率（static efficiency）及動態效率（dynamic efficiency）。靜態效率係指無謂損失（deadweight loss）之最小化，其達成係以一產品能夠以最低價格生產而言，因此價格扮演著其衡量之核心³¹³。相對於此，動態效率關注者係用於改善產品製程之創新及投資的最適率（optimal rate），以促進長期而言平均生產成本之降低，並以對於新機械或科技的投資，以增進勞動生產力及採用更優良的生產方式為其形式，藉由成功研發得以增加社會總福利之新產品及生產過程以刺激投資及創新而達成，換言之，動態效率最終提升了創新的能力或誘因³¹⁴。總體而言，動態效率或創新亦有助於消費者福利，短期對於價格的影響雖可能是負面的，但長期下來卻能夠帶來價格降低以及消費者選擇的增加等效率³¹⁵。

創新之概念，可粗略界定為為了營利而發展一些新的想法、表達、過程或事物，對既有產品或製程帶來重大貢獻或改變³¹⁶。鑒於先前之研究多已針對創新的定義有所發展及探討，如論者認為創新的定義，應與競爭法之概念相聯結，並係為了獲取市場優勢³¹⁷，本文擬延續前揭研究對於創新的理解，將創新之概念進一步限縮於本文欲討論之範圍內。本文對創新的定義，首先必須係為了獲取一定市場優勢或市

³¹² N. Gregory Mankiw, *PRINCIPLES OF ECONOMICS*, (8th ed. 2017)

³¹³ Trattner, *supra* note 134, at 11, 13.

³¹⁴ *Id.* at 11-12.

³¹⁵ Richard J. Gilbert & Hillary Greene, *Merging Innovation into Antitrust Agency Enforcement of the Clayton Act*, 83 *GEO. WASH. L. REV.* 1919, 1922-23 (2015).

³¹⁶ Herbert J. Hovenkamp, *Innovation and the Domain of Competition Policy*, 60 *ALA. L. REV.* 103, 104 (2008); Gilbert & Greene, *supra* note 315, at 1921.

³¹⁷ 鍾詔安 (2022), 《將創新納入水平結合管制—借鑑經濟理論與比較法》, 國立台灣大學法律學系碩士論文, 頁 5-7。

場地位，將新的想法或技術藉由研究開發應用於產品、服務或產品製程當中，得以增進產品或服務之價值甚或直接取代原有產品或服務之地位。因此，所謂阻礙創新，即阻礙新想法或技術藉由研發而應用於新產品、服務或製程，此可能損害消費者享受新產品、服務所帶來之效益而損害消費者福利。

至於創新的類型，有論者自創新及圍繞於其周圍之價值的關係，區分為持續性創新（sustaining innovation）及破壞性創新（disruptive innovation）。所謂持續性創新，係發生在既有事業的現行價值網路當中，並為其消費者在既有價值上增加更良好的效用，例如由 VCR 演變至 DVD 即是，或針對消費性電子產品上的晶片（chip）製程進行更新，使運作更加順暢；然所謂破壞式創新則發生在該價值網路之外，顛覆消費者所重視的既有價值，例如透過網路串流媒體使用戶得以隨選時地觀看影音內容³¹⁸，或以智慧型手機（smartphones）取代傳統行動電話。

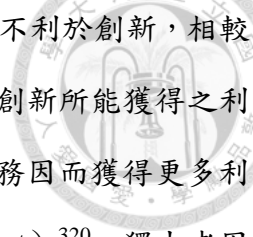
第二款 創新與競爭之關聯

接下來的問題是，結合規範因牽涉競爭法對於市場結構及事業間競爭關係的管制，問題在於事業間的非水平結合是否及如何影響包含既有事業及新生事業的創新與競爭，這可以從學理上針對創新與市場結構之間關聯性的討論出發。

奧地利經濟學家 Schumpeter 認為因為大型事業或獨占事業較具備創新誘因及能力，例如其本身較具能力資助研發項目，且因為身為大型事業，在開發創新項目時較不會擔心競爭者模仿其創新的產品，而能夠保留享有創新的利益，而短暫的市場力量則係成功創新的獎賞（reward）。總的來說，其認為獨占較有利於創新³¹⁹。

³¹⁸ European Commission, *EU Merger Control and Innovation*, 1COMPETITION POLICY BRIEF, 2 (2016), https://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2016/2016_001_en.pdf

³¹⁹ Joseph Schumpeter, CAPITALISM, SOCIALISM & DEMOCRACY 81-106 (1942); Jonathan Baker, *Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation*, 57 ANTITRUST L. J. 575, 575 & 578 (2007); Carl Shapiro, *Competition and Innovation: Did Arrow Hit's the Bull's Eye?* in THE RATE AND DIRECTION OF INVENTIVE ACTIVITY REVISITED 363 (Josh Lerner & Scott Stern eds. 2012).



惟相對於此，諾貝爾獎經濟學家 Kenneth Arrow 則認為獨占不利於創新，相較於獨占者，競爭市場下的競爭者較具創新誘因，因為獨占者藉由創新所能獲得之利益較少，相對於此，競爭者發展創新則能夠搶下其競爭對手的業務因而獲得更多利潤，也因此在此競爭的狀態下較具創新誘因（此亦稱為 Arrow effect）³²⁰，獨占者因憑藉既有業務賺取獨占利潤，較傾向保護既有狀態而非開發新科技顛覆自己³²¹。

儘管 Schumpeter 與 Arrow 的理論相互對立，然而學者 Shapiro 指出二者之理論其實有其共通之處，並對於創新與市場競爭間之關聯帶來啟示。首先，Schumpeter 之理論實應解讀為對於市場力量及具大規模之期望刺激了創新，換言之，在這過程中需要保持市場的可競爭性（contestability），亦即透過向客戶提供更高價值以獲得或保有銷售利潤的預期以刺激創新，其著重於事業在多大程度上可以透過向客戶提供更具價值的銷售以獲得利潤而言，若銷售利潤是由成功的競爭者取得，則市場即具可競爭性。這樣的理論與 Arrow 的理論相吻合，易言之，在一定的事後銷售（ex post sales）水準下，一個事前銷售較少（ex ante sales）的事業，其能夠從創新中獲得的利益較大，而一個就算不創新也能獲得大量銷售的事業（也就是 Arrow 理論下的獨占者，無競爭威脅），其創新的誘因自不明顯；同樣地，可競爭性理論也與 Schumpeter 理論相吻合，亦即著手重大創新的事業會獲得高市場占有率的回報，從而導致市場集中，相對地，一縱使成功創新也不會獲得發展的事業，投資於研發的誘因自然較低³²²。亦有論者指出二理論之所以吻合，係因兩者對於「競爭」概念之理解不同，Schumpeter 所理解之競爭係一動態過程，並於創新、取得獨占，其他廠商再透過創新取代現有獨占者之間不斷發展³²³。

其次之共通點在於專屬利用性（appropriability），專屬利用性越高，愈能刺

³²⁰ Kenneth J. Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in THE RATE AND DIRECTION OF INCENTIVE ACTIVITY: ECONOMIC AND SOCIAL FACTORS 609-26 (National Bureau of Economic Research ed.1962).

³²¹ Shapiro, *supra* note 319, at 362.

³²² *Id.* at 363-364.

³²³ 蔡儀，前揭註 139，頁 14-15。

激創新。換言之，創新成果愈能歸屬於創新事業，則愈能夠降低歸屬於其他事業並延緩他事業之創新。也就是著重於一成功創新的事業在多大程度上能夠獲得其創新所帶來之社會效益，若一創新成果容易遭到模仿，那麼成功創新的事業也就無法發展差異化產品或取得更明顯的成本優勢，使得利潤率降低且削減創新誘因。專屬利用性也與 Schumpeter 的理論吻合，亦即若快速模仿導致成功的創新事業事後面臨高度競爭而削減其利潤，則不可能指望創新³²⁴。

最後共通之處在於綜效 (synergies)，也就是結合互補性資產，以提升創新能力，從而刺激創新。換言之，事業單獨從事創新的效率較差，特別是在有些系統中的價值是整合多個部件之下所創造者，例如資訊及通訊科技產業。有利於綜效的結合或商業行為使得互補性資產得到更有效的運用，而與競爭政策直接相關³²⁵，由此可知因結合可能有利於創新的綜效，所以在數位平台市場執行過嚴的結合政策，也可能會扼殺事業創新的能力。

綜上所述，市場可競爭性、專屬利用性影響了創新的誘因，至於綜效則影響了創新的能力。大抵言之，現今學界普遍肯認市場是否競爭確實扮演影響創新的重要因素³²⁶，但同時也承認，競爭對於創新的影響係模糊的，創新的誘因取決於相當多因素，包含發明的特色、智慧財產權保護的程度、創新前後的競爭程度，生產和研發中進入障礙以及研發的動態。相關經濟理論並無就競爭對創新的影響提供一個適用於所有市場及技術條件的預測³²⁷，市場結構與競爭條件對於創新的影響是複雜的，事業自其研發投資中獲取利益之能力在各行業及技術中互不相同，因此有學者建議在結合審查中應假定事業結合對於創新的影響係中性的³²⁸，不過經濟理論


³²⁴ Shapiro, *supra* note 319, at 364.

³²⁵ *Id.* at 365.

³²⁶ Michael Katz & Howard Shelanski, *Mergers and Innovation*, 74 ANTITRUST L. J. 1, 3 (2007); Gilbert & Greene, *supra* note 315, at 1922-23.

³²⁷ Shapiro, *supra* note 319, at 365-66.

³²⁸ Katz & Shelanski, *supra* note 326, at 6.



仍肯定在某些情形下，結合可能會減少創新誘因³²⁹，反托拉斯法權威 Herbert Hovenkamp 也認為許多違反反托拉斯法的行為可能限制創新，例如，市場中已透過創新取得支配地位之事業，以收購為手段排除現仍不具直接競爭關係之潛在競爭對手所發展具差異化的破壞式創新³³⁰，如此可能遏阻潛在競爭對手藉由成功發展創新而獲取對應的銷售利潤，從而阻礙「可競爭性」，其不僅減損被收購事業的創新帶來之效率（提高產品價值、增加產出），也可能阻礙市場中其他具發展創新潛力之事業從事創新研發之誘因³³¹。總而言之，在結合審查中，應識別出可能減少創新誘因的結合，且在衡量創新競爭因素時，實應針對個案的創新技術、市場結構等因素進行衡量，並重視結合審查中對於破壞式創新的考量。

第二項 結合審查中的創新

如第一節所述，非水平結合準則長期以來係關注封鎖效果，並無對於創新競爭的考量；不過在水平結合審查準則部分，則是逐漸建立了對於創新競爭的認識，並應用於個案之中，頗值參考。

創新的關注，最早出現在 1968 年的結合準則，其將技術變革納入評估市場界定的要素。到了 1980 年代的準則，則進一步提及非價格競爭面向，不過並未給予進一步的闡釋。一直到了 1990 年代，在結合準則中以註腳的形式首度提及了創新的概念，並說明研發所帶來的效率可能更具實質性，但是相對的也較不容易被驗證，且可能是反競爭產量減少的結果；與此同時，執法機關對於事業結合的審查也較少審酌創新要素，一直到了 2010 年的水平結合準則，創新在反競爭損害及效率之章節分別正式出現。在單方效果分析下之第 6.4 節「創新與產品多樣性」

³²⁹ Gilbert & Greene, *supra* note 315, at 1921.

³³⁰ Herbert Hovenkamp, *supra* note 137, at 6.

³³¹ Bryan & Hovenkamp, *supra* note 110, at 339-45. 其指出不受限制的新創事業收購，不僅扭曲研發方向而僅使領先事業產品更加進步，擴大領先事業與落後事業間的差距，導致市場中其他競爭事業退出市場，降低新創事業的收購價格，最終減少新創事業的創新誘因，降低市場生產力的增長。

(Innovation and Product Variety) 明確提及創新的概念，說明結合可能會損害創新，例如影響繼續開發新產品的誘因，且對創新結果的占有 (appropriability) 影響了利用創新利益的能力及效率；不過準則同時也認為，研究及開發成本的節省係巨大的，但卻並非可確認的效率，因為其難以證實或其可能根本係源自於創新活動的減少³³²。

在水平結合準則中對限制創新競爭的評估，納入了前述可競爭性的概念。準則第 6.4 節指出，競爭往往會刺激事業進行創新，機關將考慮結合是否會使結合事業將創新能力減至低於結合前水準而減少創新競爭，減少創新的形式可以是減少繼續現行開發產品的誘因或減少開始開發新產品的誘因。

準則第 6.4 節分別從對創新的短期效應及長期效應衡量創新效果，並以可競爭性之評估為核心。首先係短期效應，準則指出若至少有一家結合事業正著手引進新產品，而此新產品將從另一家結合事業獲取 (capture) 大量收益，則可能減少繼續現行開發產品之誘因，也就是考量一事業的成功創新將在多大程度上奪走另一事業的銷售額，這樣的計算稱為「創新移轉率」(innovation diversion ratio)，亦即應考量結合會導致原先的銷售水準如何在兩事業間移轉，以及結合後的創新誘因是否低於未結合的程度。再者是長期效應，準則指出若至少一結合事業具備於未來開發新產品的能力，並自另一結合事業獲得大量收益，則可能減少未來開發新產品的誘因，此同樣也係創新移轉率之計算。創新移轉率雖牽涉尚未推出的產品而難以衡量，但仍得以參照結合事業的銷售、財務文件或其他證據，評估新產品的銷售數。至於結合可能使事業得以降低研發成本以增加創新誘因，也係應加以比較衡量者³³³。

破壞式創新的概念也出現在 2010 年的水平結合準則中，準則第 2.1.5 節提及

³³² Gilbert et al, *supra* note 315, at 1926-31.

³³³ Shapiro, *supra* note 319, at 391-94.

結合事業作為破壞性 (disruptive) 角色得作為反競爭效果認定之證據類型，稱其為 maverick firm，亦即為客戶之利益在市場扮演破壞性之角色，例如結合事業的一方擁有強大的既有地位而另一方係以新技術或商業模式對市場現有狀態帶來破壞性的威脅，則其間之結合將涉及實際或潛在競爭的減少。學理上也肯認破壞性創新作為一種常見的進入市場策略，這樣的創新形式通常對於帶來福利，顛覆現行市場中的既有領導事業，論者同時也提及破壞式創新難以運用既有市場界定及市場力量分析工具之框架處理³³⁴。

最後係關於效率的考量，準則在第 10 節處納入了前述專屬利用性及綜效的考量，也就是評估結合事業更有效率進行研發的能力，以及自創新中獲得更多利益的能力。具體言之，包含結合互補的能力、研究團隊可以相互合作、在常規業務與研發團隊間進行資訊交換、將互補性資產結合，特別是小型新創事業及大規模的事業。與其他效率考量相同，該等效率必須具備結合專屬性³³⁵ (merger-specific)，自不待言。

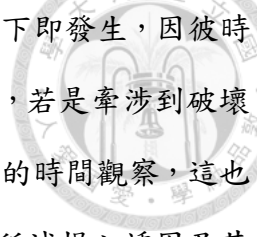
至於在將新的準則引入牽涉創新考量的個案，論者認為過去的審查多著重於集中度之審酌，現於牽涉創新之個案有將市場界定及集中度考量之比重降低，改以著重於行為或交易本身的效果，並引入創新基準，惟如何妥適評估創新對競爭的損害或效率，仍面臨諸多議題而有待個案審查基準之累積³³⁶，特別是如何針對破壞式創新進行審酌，難以根據歷史經驗預測，論者即指出，破壞式創新經常創造出新市場，而未必皆屬水平競爭之水平結合類型，加上參與結合事業之產品或商業模式之發展路徑大多難以預測，甚且要求參與結合事業於結合時精確描述其創新路徑亦屬不易³³⁷，此時疑問之處即在於垂直結合的規範如何評估非水平競爭者間關於破

³³⁴ Trattner, *supra* note 134, at 21-24. 也有論者認為美國水平結合準則中 Maverick Firms 的概念較破壞性創新者更廣。參見蔡儀，前揭註 139，頁 113-14。

³³⁵ *Id.*

³³⁶ 論者認為美國水平結合審查的問題還包含過去執法機關過度著重創新的反競爭效果，忽略其促進競爭方面的效率審酌。See Gilbert & Greene, *supra* note 315, at 1938-40.

³³⁷ 顏雅倫，(2018)，〈破壞式創新與反托拉斯法之執行：論臺灣的挑戰與因應〉，科技部補助專題



壞式創新的影響³³⁸。換言之，結合對於創新的限制可能在結合當下即發生，因彼時即已限制了結合事業的創新誘因；然而，與傳統的創新分析不同，若是牽涉到破壞式創新，結合對於此等創新之誘因所帶來之效果，則需要比較長的時間觀察，這也彰顯了發展動態競爭分析的必要性，對破壞式創新者之結合，其所減損之誘因及其結果可能並非發生在結合當下，而是結合後長期累積之過程，因此更需將時間維度拉長，以動態的角度檢視對於競爭的效果如何。

第三項 數位平台市場納入創新分析之重要性

將創新納入競爭法結合競爭分析當中，已逐漸成為學理及執法機關的共識。在水平結合領域，將創新之動態觀點納入水平結合的分析當中早已成為主流³³⁹，2010年美國水平結合準則修正時即納入創新作為審查分析要項；相對於此，非水平結合雖較被忽視，但學者也肯認應兼及考量動態之觀點，垂直結合對競爭的疑慮雖較水平結合要少，惟仍可能以提高價格、減少產量或阻礙創新的形式損害競爭，而不應關注於其他非經濟效率形式之損害³⁴⁰。

有此共識以後，則應進一步說明數位市場中的競爭法規範，尤其是本文討論的平台事業併購行為的規範，創新考量在此其中的重要性如何，可以自產業經濟學派對於創新之理解加以說明。在早期的芝加哥學派，動態之觀點較被忽視，其較為強調靜態的長期競爭，其認為只要市場進入障礙不存在，長期下來，市場必處於競爭之狀態，縱使價格上漲而使得獨占廠商享有獨占利潤，該等高額利潤也將促使其他事業增加產能抑或吸引新事業進入市場，使獨占無法長期存續，也就是市場會透過

研究計畫成果報告期末報告，頁 12、38。顏雅倫，前揭註 19，頁 246。

³³⁸ 顏雅倫，前揭註 337，頁 38。

³³⁹ Gilbert & Greene, *supra* note 315, at 1919-20.

³⁴⁰ Hovenkamp, *supra* note 163, at 5.



自我校正之機能，長期處於競爭之狀態³⁴¹。

不過這樣的觀點，在以創新為產業發展動能的數位科技產業中，較顯弱勢，奧地利學派(或稱奧國學派)則更強調動態競爭之概念，其雖亦主張自由放任之觀點，惟其假設與芝加哥學派不同，更強調短期的動態競爭，這樣的理論被認為在創新快速且生命週期短的科技產業較為合理³⁴²。質言之，Schumpeter 的破壞性創新理論認為競爭係一破壞性的過程，在此過程中，能力、資產及財富不斷地被創新所破壞，這個無止盡的過程取代了舊技術，以為新的技術鋪路。有別於傳統的新古典主義模型(Neo-Classical Model)所重視靜態的價格及產量的變化，論者形容 Schumpeter 所理解的競爭猶如觀看一場洶湧的風暴，甚至係浪潮而非平靜的海面³⁴³。在這個變化的過程當中，市場的創新促使新舊產品的更迭，新產品得以在短期內取得獨占地位，但是由於創新研發的存在，在新技術出現後又會轉而取代現有的獨占者，而持續更替。換言之，在這過程中係創新競爭扮演主宰地位³⁴⁴。

奧地利學派之前揭理論再加上內生性成長理論之觀點，即得以解釋為何高科技產業僅能容納少數獨占業者，且創新競爭如何在其中扮演抑制獨占事業之重要因素。質言之，內生性成長理論主張，知識經濟的環境中由於存在學習效果(learning effects)，投資得以帶動知識快速累積並促進創新而產生內生性進步，在這樣效果下，使得生產力隨著事業規模擴大而逐漸提高，導致產業形成贏家全拿，偏向獨占型態³⁴⁵。其次，該理論對經濟的理解分為上游研發市場及下游生產市場，主張技術創新的源源不絕，使得生產市場的獨占經常更迭替換，下游生產市場中的獨占者雖享有確保其獲得獨占利潤的創新技術，例如平台的演算法等，但由於上游創新市場有源源不絕的技術、學者的加入，使得研發不斷持續，直至新的技術出現而促成新

³⁴¹ Herbert Hovenkamp, PRINCIPLES OF ANTITRUST, 48-49 (2017); 馬泰成，前揭註 35，頁 7。

³⁴² 馬泰成，前揭註 35，頁 7。Hovenkamp, *supra* note 137, at 1.

³⁴³ Hovenkamp, *supra* note 137, at 1; Schumpeter, *supra* note 319, at 72-81.

³⁴⁴ 馬泰成，前揭註 35，頁 7-8。

³⁴⁵ 同前註，頁 10-13。

的獨占廠商。因此，除非上游的創新被阻礙，否則下游生產市場會受到創新技術的不斷更迭，使得獨占者無法長期保有其地位，出現新的市場霸主取代舊有巨頭³⁴⁶。

換言之，在這樣的理論架構下，同屬於高科技產業的平台市場的競爭即傾向於為了取得市場（competition for the market）而非市場內之競爭³⁴⁷（competition in the market），使得數位平台市場的結構傾向於獨占，藉由研發市場中不斷出現之演算法等創新，平台稱霸者不停更替。由此推論，創新此一因素係確保數位市場免於遭受獨占者長期存於市場之重要因素，因此巨型平台藉由收購以預先排除潛在競爭者成長、研發之行為，應認為構成對於創新的阻礙，其從源頭阻礙了市場外新技術、演算法的研究發展，應屬競爭法應予非難之行為，應受到禁止。縱使認為依照 Schumpeter 之主張而應低度執行反托拉斯法之論者，也認為應該對於廠商阻礙破壞式創新之行為採取較嚴格之態度，一方面，若固守傳統著重價格為主的分析框架，適用於數位市場時，事業在短期內對市場不利之行為可能稍縱即逝，且獨占本身係給與事業發展創新的獎賞（reward），若限制事業之獨占利潤，反而可能減損創新誘因，有損經濟效率，但反面言之，完全放任的執法態度也可能忽略了事業採取排他行為或策略性收購阻礙創新的可能³⁴⁸。從芝加哥學派過去固守敵視錯誤積極執法的角度來說，彼等認為縱使錯誤消極執法也能透過市場的新進者自我矯正市場競爭機能，這樣的觀點在連續性收購成為巨型平台普遍策略的狀況下即無法成立，因為這些被預設能夠達成矯正市場機能的進入者已經被支配事業所收購³⁴⁹。

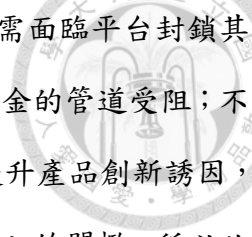
至於新布蘭代斯學派雖也強調創新的重要性，然其保護創新之路徑卻又與以經濟效率為理解中心的競爭法學派有所不同。新布蘭代斯學派對創新的理解係，對

³⁴⁶ 同前註。顏雅倫，前揭註 19，頁 245。

³⁴⁷ 發源於為市場競爭理論（或稱取得市場競爭理論），認為在某些條件下（包含平台獨占），競爭係為了取得整個市場，而非僅取得某市場中的特定市場占有率。See OECD, *Competition for the market*, <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-for-the-market.htm> (last visited 2023/2/17)

³⁴⁸ 顏雅倫，前揭註 337，頁 14。顏雅倫，前揭註 19，頁 246；Howard Shelanski, *Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet*, 161 U PA. L. REV. 1663, 1670-71 & 1692-93 (2013).

³⁴⁹ Bryan & Hovenkamp, *supra* note 110, at 332-34.



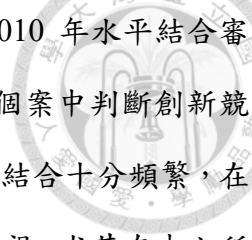
於獨立開發商而言，這些開發商需要仰賴平台以進入市場，但卻需面臨平台封鎖其進入管道或挪用其商業價值數據，進而使其無意願研發、取得資金的管道受阻；不過，平台也有助於降低新產品或服務打入市場的成本，有助於提升產品創新誘因，例如 Android 作為手機作業系統平台，降低了應用程式開發商進入的門檻，所以必須維持平台的中立性以促進平台及其相鄰市場之創新³⁵⁰。質言之，新布蘭代斯學派推翻既有競爭分析框架，改以結構及競爭過程之觀點著眼，認為應保持巨型平台的中立性，始能促進參與平台之競爭者發展創新；相對於此，芝加哥學派及採納許多芝加哥學派觀點之新哈佛學派雖仍維持既有框架，然其也承認應適度修正反托拉斯法以納入對於潛在競爭的評估³⁵¹，且應重視創新在消費者福利效果之重要性，肯認阻礙創新也將傷害消費者福利。本文以為，競爭法的目的仍以保護經濟效率為中心，其中衡量標準則係保護消費者福利，若採取結構之觀點，不可避免地將保護範圍擴及至競爭者或非經濟效率，倘若保護了未甚具效率之競爭者，將可能反而損害創新而傷害消費者福利。因此本文以為仍宜維持現行以反競爭效果或消費者福利損害為中心之競爭分析框架，並因應數位平台經濟之特徵，部分調整分析之架構，以更加契合保護消費者福利之目標。

第四項 小結

競爭法對於動態效率之理解係指，相對於靜態而言，一項產品或製程長期之研發、改善而最終促進更大程度的消費者福利，並以創新為其核心。根據 Schumpeter 所理解的競爭觀，在獨占市場之中破壞式創新扮演了推動市場既有稱霸者更替的力量，這影響了經濟學界及競爭法學界將創新的分析更加細緻地區分成創新誘因

³⁵⁰ Khan, *supra* note 40, at 1007-13.

³⁵¹ Hovenkamp, *supra* note 242, at 589-91； Shapiro, *supra* note 127, at 737-45. 後者針對結合執法部分，其認為鑒於產業集中度的增加以及結合效率經常不被證明，水平結合應該受更嚴格的審查。此外，潛在競爭與創新也係應更嚴格審視之議題。



及創新效率的考量，並認為對於創新的限制構成反競爭損害，2010年水平結合審查中正式引入創新限制及創新效率的概念，執法機關也持續在個案中判斷創新競爭，但動態角度的分析仍較為缺乏。近年數位平台產業中非水平結合十分頻繁，在這類結合審查中引入創新競爭的判斷，也逐漸受競爭法學界所重視，尤其在本文所討論之高科技產業中的數位平台產業，若以奧地利學派及內生性成長理論加以解釋，即能夠反映規模經濟、大數據及演算法等數位平台之特性，使得同為以知識經濟為特色的數位平台市場傾向少數競爭者之狀態，平台市場的競爭以取得市場之競爭為特色，創新能夠使得高科技市場得免受獨占者長期支配，因此，保護創新確實具備重要性，應思考如何將創新競爭納入競爭分析當中，一方面不應過度評價一事業短期內有損靜態價格的行為，另一方面也應注意事業為阻礙長期研發創新之策略性收購。

第四節 本章小結

經回顧非水平結合理論之發展，可見非水平結合傳統上重視結合對市場結構的影響，但在芝加哥學派以價格為核心之競爭效果理論崛起後，轉為重視一項結合對於價格是否有負面影響，並更重視促進效率的考量。不過隨著數位經濟的興起，包含服務品質、創新等非價格競爭要素重要性逐漸增加，使得傳統僅重視價格、產量的競爭分析方法應否調整，成為一大問題。

競爭法針對巨型平台非水平結合的規範，應思考現行申報門檻之標準是否應該調整，以將具備競爭疑慮的結合納入審查。此外，也應納入更多動態競爭分析觀點，評估一項巨型平台之結合是否可能減損短期或長期的創新誘因，以及是否增加創新綜效等。且若無充分證據顯示巨型平台的非水平結合具顯著競爭疑慮，即不應變動現行的舉證規範。再者，結合後的救濟措施，也應考量平台的特性，特別是平台藉由併購獲取諸多數位技術，應審酌是否有阻礙市場創新的疑慮，考慮施加強制

授權的條件等。

以創新為中心的動態競爭分析在數位平台市場占有重要地位，創新構成影響競爭的一項變數，已經係經濟學界及競爭法學界所承認，尤其在數位市場等高科技市場中，以取得市場之競爭為特色之下，保護創新過程始能確保市場源源不絕的競爭，使得新技術有機會取代既有的市場稱霸者，增進消費者福利，因此面對巨型平台之非水平結合，將創新等動態競爭因素納為核心考量有其正當性及必要性。



第四章 非水平結合管制的動態競爭分析——事前結合審

查及事後獨占濫用行為規範之討論



自前章之分析可知應將動態競爭之觀點納入競爭法非水平結合規範以更加妥適處理數位平台的諸多併購，要無疑義，接下來的問題是，面對當今巨型平台對於新生事業收購所浮現之擔憂，應如何在非水平結合的規範中引進動態觀點的競爭分析，規範上分別有事先結合規範及事後獨占濫用規範的處理途徑可以選擇。質言之，有學者認為依現行競爭法，對於巨型平台策略性結合而損害創新及新生競爭之問題，尚無需另外修法或立法即可解決，關於事先結合規範，無論美國克萊頓法第 7 條或《歐盟結合管制規則》(European Union Merger Regulation, EUMR) 尚能夠處理各類型的結合，不過前者由於經歷長時間發展的判例法限縮解釋，其文義已遭大大限縮，透過現行結合規範處理這些收購，實屬不易，而有思考調整其解釋方法的空間。同時，平台為提前消滅實質競爭對手的出現可能而採取收購，這樣的行為可被解釋為競爭法的排他濫用行為³⁵²，可能得運用美國謝爾曼法第 2 條或歐盟運作條約第 102 條此等獨占濫用行為規範於事後的角度進行檢視。

有鑑於在數位平台產業中技術不停發展，各產品服務之間的競爭關係迅速變化，新生事業通常會選擇與平台相鄰的市場中發展，呈現非直接競爭關係之態樣，創新的評估也成為其中的重點，因此本文擬不區分垂直及多角化結合，將其統一納入非水平結合的概念底下，論述其中的新生競爭的評估。本章將先回顧美國聯邦交易委員會對 Facebook 提起的反托拉斯訴訟，點出巨型平台對於新生競爭者收購之減損競爭議題，並連結到近年學者提出的新生競爭損害理論，關注其與創新競爭之間的關聯，接續論述如何以事先結合規範以及事後獨占濫用行為規範處理此類議

³⁵² Hovenkamp, *supra* note 6, at 2040-41.

題，其中的評估標準，包含結合前所進行的結合審查，抑或事後以獨占濫用規範檢視，均牽涉實際上尚未或確定未發生之反事實評估，儘管後者因為擁有的證據或經驗事實較多因此評估上的不確定性較小³⁵³且規範基礎及標準亦不同，然思考方向仍有一些共通之處。不過因為是基於不同之規範，本章仍會區分兩個小節進行分析。最後，本論文亦將析述競爭法在應對此類議題之時，救濟措施應有如何之考量，析述平台拆分、數據開放等議題，並以保護創新競爭之同時，避免阻礙經濟效率為關照核心。

第一節 新生競爭與創新

近年巨型平台對新生事業收購甚繁，競爭法更加著重於巨型平台為消滅新出現競爭者為目的而發動的併購中進行創新等非價格競爭的分析。以下首先回顧屬於此類之案例，即 2020 年美國聯邦交易委員會對 Facebook 所提訴訟，儘管法院仍在審理當中，但 FTC 已於其訴狀中大篇幅描述 Facebook 透過早期收購以移除對己之實際及潛在競爭威脅之意圖，損害包含創新、品質在內的非價格競爭。接著進而連結到文獻提出之新生競爭（nascent competition）損害理論，並析述其理論發展。

第一項 FTC 對 Facebook 之反托拉斯訴訟

第一款 概說

2012 年，時下熱門的社群網路事業 Facebook 收購當時剛起步、僅有 13 名員工、以拍照上傳相片為特色的社群軟體事業 Instagram，不僅美國 FTC 並未表示任何異議，英國公平交易局（即現今競爭與市場管理局）也認為結合事業雙方不會有

³⁵³ 後者僅牽涉現實與一個反事實的比較；前者則牽涉兩個未發生的反事實比較。




直接顯著的競爭而通過此項結合³⁵⁴。2014年，Facebook 進一步收購非常熱門的手機訊息通訊軟體事業 WhatsApp，也被歐美競爭主管機關許可。但到了2020年12月，美國FTC正式控告Facebook，指控其收購Instagram及WhatsApp，係為消滅實際或潛在競爭者為目的，以維持其於個人社群網路平台市場的支配地位，該當排他濫用行為，訴請法院拆分Instagram及WhatsApp。案件首先經法院認為FTC對於Facebook具支配地位之論述理由不足，命FTC補正其理由，在2021年8月FTC針對其訴狀進行補正後，法院於同年同意繼續審理。本案的事實背景，正凸顯了當今對於巨型平台策略性收購中對於動態競爭的重視，屬於諸多過往被允許之巨型平台結合案中，以事後之角度而言，最具減損新生競爭之疑慮者。

第二款 背景事實及支配地位認定

2000年代，個人電腦（Personal Computer, PC）以及網路的成熟發展使得人們聯繫的方式改變，伴隨個人社群網路興起，Facebook於2002年開始經營個人社群網路平台，用戶在社群網路平台上可以發布關於其生活或興趣的內容，並查看其他人所發布之內容。Facebook的崛起取代了My Space，成為社群網路平台的領先者。Facebook一方面提供個人社群平台服務，並根據個人使用平台所留下的活動相關數據，提供個人化廣告並同時販售相關廣告欄位給業者以獲利。

一直到2010年代，Facebook開始面臨創新轉型的重要過渡期，此時Facebook逐漸面臨智慧手機裝置及移動網路（Mobile Internet）之崛起，隨著用戶透過行動

³⁵⁴ Federal Trade Commission, *FTC Closes Its Investigation into Facebook's Proposed Acquisition of Instagram Photo Sharing Program* (2012), <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2012/08/ftc-closes-its-investigation-facebooks-proposed-acquisition-instagram-photo-sharing-program> (last visited 2023/5/18). 英國公平交易局認為當時市場上仍有其他相片分享社群競爭者，而當時相片社群被認為僅為社群網路的互補服務；且Facebook有廣告營收，Instagram則無，被認為短期內在廣告市場不會有顯著競爭關係。See Office of Fair Trading, *Anticipated Acquisition by Facebook Inc of Instagram Inc* (2012), <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/555de2e5ed915d7ae200003b/facebook.pdf> (last visited 2023/5/18)

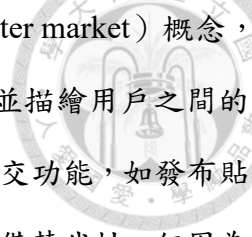


裝置使用網路的比例逐漸增長，如此新的商機為部分新創事業帶來了挑戰過去在個人電腦網路霸主 Facebook 及其他巨型事業的機會，風險資本家將資金轉入如可以在裝置上分享相片的應用程式 Instagram 及訊息服務應用程式 WhatsApp，兩者快速獲得大眾青睞。Facebook 的執行長 Mark Zuckerberg 認為其在移動網路領域十分脆弱。換言之，若無法將其版圖擴及置移動裝置端社群網路，將可能會面臨激烈競爭而終遭淘汰，在經過一段時間嘗試後，Facebook 在推出移動端應用程式屢屢受阻，並發現自己缺乏商業人才以及對於工程敏銳性，無法迅速將其技術自個人電腦轉向移動裝置端，此時 Facebook 內部開始起心動念透過收購這些具備受歡迎的移動裝置應用程式事業，以維持其支配地位，防止該等事業成長成為其競爭威脅。這樣的行為無異於賄賂該等新興應用程式競爭對手使其不參與競爭，阻礙創新及產品品質的提升，此外也使得用戶面臨較為不足的數據保護以及更加侵入性的廣告。

FTC 將本案相關市場界定為個人線上社群網路服務（Personal Social Networking）市場。Facebook 經營線上社群網路服務，在個人社群網路服務市場中具獨占力量，FTC 並舉以下證據以證明之。首先，Facebook 旗下擁有世界最大且最具營利性的社交網路平台 Facebook 及 Instagram，FTC 以用戶在社群上花費之時間、每月活躍用戶（MAU）及每日活躍用戶（DAU）評估得出其具備市場支配地位。此外，Facebook 也具備直接控制價格或排除競爭之能力，直接證據包含歷史經驗、市場現實等（包含劍橋分析醜聞），例如 Facebook 透過濫用數據以降低其服務品質，也未顯著流失用戶。最後，Facebook 的支配地位也受到顯著進入障礙的保護，包含高昂的轉換成本、強大的網路效應等³⁵⁵。

學者 Hovenkamp 認為，這項市場力評估，兼採間接及直接的市場力衡量方法。

³⁵⁵ Federal Trade Commission v. Facebook INC., In The United States District Court for the District of Columbia, 53-72.



在間接方法部分，雖未明確提及，但實際運用了群組市場（cluster market）概念，認為所謂個人社群網路之一系列服務，主軸在於建立社交圖像並描繪用戶之間的互動聯繫，包含提供一系列促進用戶尋找彼此、互動、聯繫的社交功能，如發布貼文、張貼相片、傳送訊息等，易言之，這些服務個別之間雖不具備替代性，但因為被群組式地提供能夠滿足用戶的偏好，且無法被其他生產者輕易複製，再加上網路效應的存在，使得這樣的群組市場對用戶及廣告商帶來更大價值。同時，其他種類的社群平台（包含 YouTube、Netflix、Spotify 等）應被排除，因為用戶在這些平台上僅是被動的消費媒體資源。關於直接部分，則是以品質與用戶數量的變化、若無市場力則對於開發商的措施不會成功等進行論證，雖然法院因為認為間接衡量方法已足論證市場力，而未進一步正式承認此方法³⁵⁶。

第三款 競爭分析

FTC 指稱，Facebook 長期透過收購而非競爭以維持其支配地位，在 2008 年其執行長 Mark Zuckerberg 在一則內部的電子郵件即稱「購買比競爭更好」，也屢有紀錄指稱 Facebook 對於網路相關的新生事業有著收購計畫。此外，個人社群網路平台之特點係具備強大的網路效應，一旦平台的用戶規模達到支配性的程度，就會使得競爭以及進入變得更加困難³⁵⁷。換言之，當時執行長 Zuckerberg 即認識到社群平台因為網路效應的存在，往往僅能容下少數競爭者，透過收購 Instagram，將能夠彌補 Facebook 本身創新的失敗，並防止未來其構成競爭威脅。

易言之，Facebook 對競爭構成威脅者主要圍繞在其對於發展行動網路科技創新者的收購或埋葬（buy or bury）之策略上，最首要者包含：收購並繼續控制 Instagram，消除了一個重要的個人社群網路提供者；以及收購並繼續控制

³⁵⁶ Herbert Hovenkamp, *Digital Cluster Markets*, 1 COL. BUS. L. REV. 246, 262-75(2022).

³⁵⁷ Federal Trade Commission v. Facebook INC., In The United States District Court for the District of Columbia, 21-22.

WhatsApp，以消除其對於 Facebook 支配地位之競爭威脅。這些收購使得 Facebook 得以維持其支配地位，透過避免競爭，損害了競爭及用戶利益。



一、收購 Instagram

作為一個透過手機應用程式以分享照片為特色的社群平台，Instagram 在 2010 年甫於蘋果 App Store 推出，其用戶數量即快速增長，三個月內增加至 100 萬用戶，並於一年內增加到 1000 萬用戶，對此 Facebook 內部曾尋求推出類似的應用程式以與其抗衡，但最後以失敗告終。此外，Facebook 也擔心 Instagram 遭到其他大型事業如 Google、Apple 之收購。與其競爭未果之狀態下，Facebook 開始了收購 Instagram 的計畫，2012 年其內部收購小組即建議執行長收購 Instagram，以消除實質的競爭威脅。Zuckerberg 隨後考慮收購之，並在收購後繼續 Instagram 之經營，以防止其他競爭對手複製該商業模式。2012 年 4 月，Facebook 宣布與 Instagram 正式達成協議，以 10 億美元收購之，該等價格係十分高昂的價格，足以反映 Instagram 對於 Facebook 構成顯著的競爭威脅，Facebook 並在宣布收購後不久，取消了內部對於照片社群的投資計畫，同時根據 Instagram 的內部文件，在被收購前 Instagram 曾計畫發展廣告業務。

FTC 指出，Facebook 透過收購以消除對於其個人社群網路獨占地位之威脅，並以競爭以外之手段維持這種獨占。此行為剝奪了用戶自使用 Instagram 所能獲得的利益，包含市場中存在一個額外的選擇以及創新的平台、檢視 Facebook 所提供之服務是否符合隱私保護的水準、為用戶提供其他別於 Facebook 的社群網路供應商之選擇。Facebook 的收購行為也構成了阻礙個人社群網路市場的競爭及進入，且無法證明具體的結合效率或其他有利於競爭之效率³⁵⁸。

二、收購 WhatsApp

³⁵⁸ *Id.* at 34.



在化解了來自 Instagram 之競爭威脅後，Facebook 將其擔憂焦點轉向移動訊息應用程式的發展，儘管兩者目前並非處於同一市場，但其領導階層意識到一個達到足夠規模的移動訊息應用程式將得以透過增加附加的特色及功能，以競爭性的規模進入個人社群網路市場，並破壞或取代 Facebook 在個人社群網路的獨占地位。早在 2012 年，根據 Zuckerberg 的內部電子郵件中，即指出其認識到訊息 Apps 成為全球趨勢，用戶透過訊息應用程式以建立更廣泛普遍的社群網路，使 Facebook 面臨競爭威脅。此外，Facebook 也觀察到訊息應用程式逐漸取代傳統簡訊，並擴展至傳統社群網路之領域的趨勢。此時 WhatsApp 的快速發展成為了 Facebook 之擔憂焦點，截至 2014 年 2 月止，其在全球擁有 4.5 億月活躍用戶，並以每日 100 萬人之速度增長。此外，與 Apple 提供的 iMessage 不同，WhatsApp 可以在各智慧裝置作業系統上運作，用戶在 WhatsApp 上不僅可以傳送照片、影片、分享位置，進行一對一或一對多的社交，具類似於社群平台的內容分享服務，並為注重隱私之用戶增加了加密的功能³⁵⁹。

面對此競爭威脅，2011 年 Facebook 推出以訊息為主軸之應用程式 Facebook Messenger 為應戰，不過，Facebook 很快即意識到其遠遠落後於 WhatsApp，不僅服務品質、功能等方面，且用戶增長速度也遠遠落後，並認為推出替代性的產品以與 WhatsApp 競爭為時已晚。同樣地，Facebook 也擔憂萬一 WhatsApp 遭其他對手買下，會帶來更大的威脅。在這樣的情境下，最終 Facebook 也決定 190 億美元收購 WhatsApp 以消除上述這些疑慮，在收購後，Facebook 將 WhatsApp 的服務限縮在提供訊息服務，而非任其發展成競爭性的個人社群網路服務商，並阻礙其他競爭對手進入這塊領域發展。

FTC 指出，Facebook 透過收購 WhatsApp 以消除對於其個人社群網路獨占地位之威脅，並以競爭以外之手段維持這種獨占。此行為剝奪了用戶自使用獨立的

³⁵⁹ *Id.* at 35-38.

WhatsApp 所能獲得的利益，而 WhatsApp 具備進入個人社群網路市場之能力及誘因，此外，WhatsApp 注重用戶隱私之設計，對眾多用戶而言係一重要的產品差異化形式，形成對於個人社群網路之顯著競爭威脅。Facebook 無法證明具體的結合效率或其他有利於競爭之效率³⁶⁰。

三、抑制其他競爭對手的行為

Facebook 的平台同時也作為開放給第三方軟體開發者的空間，但此時 Facebook 卻對這些開發者施加不合理的條件，以阻止應用程式開發者取得成功而發展成 Facebook 的競爭威脅，包含限制其互相可操作性（interoperability）之能力³⁶¹。

四、總結

總而言之，Facebook 對於實際及潛在競爭者收購的行為，減損了個人社群平台網路市場的競爭，使得消費者無法享受到社群平台競爭者透過更多的創新以發展、引進具備新特色、功能或商業模式以吸引或留住用戶；同時並阻礙產品品質的改進，例如優化的特色、功能、整合功能以及用戶體驗；還包含減少用戶的選擇，例如使用戶能夠在多個更貼近個人偏好的個人社群網路供應商之間選擇，包含但不限於貼近用戶特性的廣告、服務品質、資料保護相關措施等。Facebook 在科技轉型期間透過收購對其獨占地位帶來威脅之新生事業，損害了創新以及新產品的發展，同時也損及廣告事業相關的創新（廣告事業更加競爭會使事業有誘因開發及引進新的特色、功能以及商業模式，以吸引廣告事業）³⁶²。以上行為不僅排除了個人社群網路市場的競爭，且意圖（willfully）維持其於相關市場的獨占力量，而非透過促進競爭本質（competing on the merits）之行為，構成非法獨占而違反謝爾曼

³⁶⁰ *Id.* at 34.

³⁶¹ *Id.* at 42-53. 例如，拒絕向與 Facebook 社群平台競爭之第三方開發者提供 Facebook 之應用程式介面。

³⁶² *Id.* at 72-75.

法第 2 條，因此該當 FTC 法第 5 條的不公平競爭方法。



第四款 本案啟示

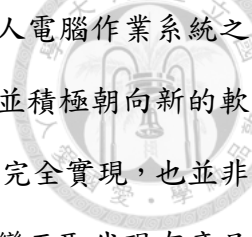
儘管本案仍在法院審理階段，但仍充分顯示出美國執法機關近年對於巨型平台收購新生事業的關注，不僅大篇幅描寫關於收購以排除競爭者之意圖，也正面承認包含創新、產品品質、選擇性等作為非價格競爭的重要面向，並採納新生競爭及創新等損害理論，甚具啟發性，未來法院將如何判斷 Facebook 之相關市場及其市場力量，並是否採納此等損害理論，值得期待。

第二項 新生競爭損害理論

第一款 定義

隨近年巨型平台透過收購具實際或潛在競爭地位的新生事業，以排除其所面臨之競爭威脅，維持其於相關平台市場的支配地位，美國學者提出新生競爭（Nascent Competition）損害理論，作為此類新生事業收購而減損競爭之指控。學者 John M. Yun 將新生競爭定義為，目前在相鄰市場中的競爭，雖在某種程度上具替代性（或預計在不久的未來具替代性）但還沒有達到根據 SSNIP 的情形下與既有事業位處同個相關市場。同時，必須得以合理預測新生競爭者的產品以差異化或發展，對既有事業形成實質性的威脅³⁶³。而所謂新生競爭者（Nascent Competitor），根據學者 Hemphill，指的是具有創新前景而為既有事業帶來未來之顯著威脅。綜合上述，學理上對於新生競爭的定義，指的並非現時於同一相關市場內具直接競爭的競爭者，而較偏向以結合時的觀點而言，尚非同一相關市場事業間之非水平結合。

³⁶³ Yun, *supra* note 114, at 626-28.



學理同時也舉其事例，如早年 Microsoft 推出的 Windows 作為個人電腦作業系統之霸主，當時 Netscape 事業則提供用於個人電腦的網路瀏覽器，並積極朝向新的軟體開發平台發展，後者即扮演新生競爭者之角色，雖其創新尚未完全實現，也並非具替代性的產品，但扮演著對 Microsoft 一大競爭威脅，可能演變而取代現有產品地位；再如同為社群平台但別有特色之 Instagram 之於 Facebook 亦如是。新生競爭者扮演著促進創新過程的重要角色，其創新的形式包含技術進步甚或更加滿足消費者需求之新商業模式，保護此等創新成果，可以使創新帶來之新產品及技術推動經濟成長，且也因為新生競爭者對於創新的開發增加了既有事業的競爭壓力，甚而最終推動了破壞式創新；同時市場上多數創新競爭者間蓬勃發展也降低消費者所需對於創新付出的價格³⁶⁴。從歷史經驗以觀，早年 Myspace 稱霸社群平台市場之時，Facebook 仍屬非常新興的社群平台，但最後靠著其技術及新穎的用戶體驗，最終徹底取代了 Myspace。換言之，擁有新技術的新事業得以挑戰甚至取代既有事業，有時候甚至外部創新技術係為既有事業帶來新的競爭之唯一途徑，使得對於新生事業的保護成為競爭法之核心議題之一，特別是具領導地位的網路平台近年對於新生事業所進行的收購³⁶⁵。

第二款 潛在競爭與新生競爭之差異

美國判例法上與新生競爭理論較為相似但又不同之理論，即第二章第一節有論及之實際潛在競爭理論。質言之，所謂實際的潛在競爭係指，尚未在特定市場上積極生產之供應商之進入或進入可能之預測，包含地理市場之擴張及產品線的延伸等。過去法院判斷一結合案是否阻礙潛在競爭，主要是判斷在沒有結合的情形下，結合事業一方進入他方市場之可能性，並依以下四個要項進行考量，即：相關

³⁶⁴ Hemphill & Wu, *supra* note 116, at 1880-81, 1883-89.

³⁶⁵ *Id.*

市場集中、除目標事業（或收購事業）外無其他潛在進入者、促進競爭之進入可能性、獨立進入之促進競爭效果³⁶⁶。論者認為這些標準的設定非常高，不僅應證明可能進入，更應證明潛在進入事業具獨特的優勢，且其進入將帶來可辨識之促進競爭效果如減少既存事業市場之集中度³⁶⁷。不過過去下級法院針對「可能性」之認定，亦即應具多少之可能性法院始會認定阻礙潛在進入，其實仍存在爭議，第四巡迴法院曾認為應具備明確的證據（clear proof）可能進入市場³⁶⁸；但是第五巡迴法院則認為可能性大於 50%即為足夠³⁶⁹，顯示可能性要件的解釋之設定之寬嚴或許仍值得思考。

相對地，新生競爭則是來自於一個已經存在但尚未成長為顯著競爭者的產品或技術，並且可能是在相關市場之外。與潛在競爭相同，新生競爭涉及對於產品進入的預測，但同時涉及產品及技術的長期發展，也就是未來產品的差異化路線，以及可能在市場取得的成功³⁷⁰。有論者認為在 *United States v. Marine Bancorporation* 案中針對實際潛在競爭理論之標準並不適合適用於新生競爭的案例。質言之，其標準為若不進行收購，結合事業很可能（probably）會進入市場，且並無其他競爭者準備進入市場，這係純粹靜態的觀點，著重在已發展成熟事業之進入可能性預測，有營運發展計畫可資判斷，但新生競爭者之產品或技術可能仍在研發階段，因此更應考慮不斷變化的技術，以及兩個非直接相關之產品或技術間的動態競爭條件，其中創新競爭的考量實係舊有潛在競爭理論所缺乏者；此外，相較於一個已經發展成熟的產品市場，在預測仍在發展中的技術及產品之進入可能性，其證據要求也應有所不同，例如前所述及之可能性標準是否仍應達到明確之程度即不無疑義，同時並應將其他潛在的新生技術納入考量³⁷¹。因此，實際潛在競爭理論與新生競爭理論，

³⁶⁶ Glick & Ruetschlin, *supra* note 171, at 21-24.

³⁶⁷ *Id.* at 26.

³⁶⁸ *FTC v. Atlantic Richfield Co.* 549 F.2d 289 (4th Cir. 1977)

³⁶⁹ *Mercantile Texas Corp v. Board of Governors of the Federal Reserve System* 638 F.2d (5th Cir. 1980)

³⁷⁰ Yun, *supra* note 114, at 621-22, 626-28.

³⁷¹ Yun, *supra* note 114, at 634-35 ; Hemphill & Wu, *supra* note 116, at 1889-1901.

雖均包含了對於是否可能進入市場的判斷，但前者得依已成熟之事業營運發展計畫，以靜態之角度判斷其進入可能性；但新生競爭主要是判斷其新技術或新產品發展軌跡，著重在其未來性，判斷角度包含動態視角，因此概念上比潛在競爭更為廣，以下表 6 說明之。

表 6 新生競爭與潛在競爭的定義及差異

	新生競爭	潛在競爭
定義	若沒有結合，其中一方進入他方市場之可能性	
評估標的	新生事業的技術及產品差異化的未來發展	發展成熟的事業、靜態進入可能性

(本研究自行繪製)

潛在競爭理論之發展上，僅被察覺的潛在競爭理論較受到執法機關的解釋適用，過去最高法院就曾迴避過實際潛在競爭理論的解釋，同時也設定了適用的高度標準。再者，如第三章第一節述及之 *FTC v. Procter & Gamble Co.* 及 *United States v. Falstaff Brewing Corp.* 等案，皆是收購事業作為進入者的情形，相對的，目標事業作為潛在進入者的案例則較為稀少。因此，過去的潛在競爭理論，尤其實際潛在競爭理論，是否能妥適適用在當今新生競爭者收購之情形，不無疑問，當新生競爭者之產品及技術發展路徑需要將更長時間維度的發展納入考量之時，則應思考是否將以創新為中心的動態分析觀點的判斷納入判例法當中，同時也因為高科技產業中的創新進入扮演抑制市場力量的重要角色，因此適度放寬進入可能性之標準，也係值得思考之觀點。

第三款 規範途徑：事前結合審查及事後獨占規範

儘管有著前述限制，然仍不乏學者對於事業透過收購以阻礙新生競爭發展之

行為，提出規範應對分析。若依照美國競爭法規，可能用來處理對於新生競爭者收購的規範分別為扮演事前結合規範的克萊頓法第 7 條，以及事後非難獨占濫用行為之謝爾曼法第 2 條³⁷²。同樣的，也有歐盟學者除事前的歐盟結合管制規則外，亦可引入事後結合管制或以歐盟運作條約第 102 條，達成規範效果³⁷³。透過事前及事後規範處理新生競爭者的收購，考量觀點有根本性的不同。質言之，根據事後的獨占濫用行為規範，應將新生事業的現行發展，以及若先前不允許結合，新生事業可能之發展，兩相進行比較，換言之，在這組比較中僅牽涉了一項對於相反事實的預測；惟若係根據事前結合規範進行預測，應比較若允許結合後新生事業的發展，以及若不允許結合，其獨立之發展，由於兩種情況都涉及對於仍處於發展階段中的新生事業之預測，再加上新生競爭者相對於成熟事業而言，其未來發展尚具備較大程度的不確定性，因此判斷上較為困難³⁷⁴。關於其差異，以下表 7 所示。

因以事前結合規範處理新生競爭者收購，判斷上的不確定性較大，美國法學者多仍會強調事後的獨占濫用行為規範，亦即謝爾曼法第 2 條，因面對的不確定性較少，相較之下更能妥適處理新生競爭者收購之議題。質言之，立於事後的觀點評估一項對於當時仍屬新生競爭者的收購，在以技術快速變化的產業當中尤具優勢，更能夠基於事後產品、技術的演變或收購後價格、品質之變化，以及市場力是否存續等證據，以證明對於新生競爭者的收購確實具反競爭效果³⁷⁵。

表 7 事前結合審查及事後獨占規範審查標的

	(事前) 結合	(事後) 獨占
標準寬嚴	較 Sherman Act 寬鬆	X

³⁷² 雖目前法院僅透過第 2 條適用新生競爭損害理論，但已有學者主張應思考透過第 7 條主張的可能性，且目前 FTC 也有一些案例係基於新生競爭理論而與結合事業達成和解。See Yun, *supra* note 114, at 628-29, 636; Prepared Statements of FTC, *supra* note 281, at 7.

³⁷³ de Lamo, *supra* note 114, at 10.

³⁷⁴ Yun, *supra* note 114, at 638-40.

³⁷⁵ Hemphill & Wu, *supra* note 116, at 1905-09.



若（允許）結合的競爭條件	未知	已知
若（禁止）結合的競爭條件	未知	未知

（本研究自行繪製）

本文以為，在美國法的結合管制脈絡下，事前的結合規範以及事後的獨占濫用行為規範，對於可能減損競爭之新生競爭者收購，均屬於規範之途徑。質言之，現行事前結合規範的判例法尚不足以處理新生競爭者收購帶來的創新及新生競爭議題，應適度透過解釋論納入結合審查分析當中；然而，當事前規範確實無法評估一項新生競爭者之發展，或其執法成本過高時，因是類結合通常具可觀之效率，此時即不應事前阻止結合，或在有明顯創新疑慮時允許結合並附加附款限制以消弭該項疑慮，以免阻礙一項結合可能帶來的創新效率；此外，若自事後以觀，一項或數項對於新生競爭者之收購減損創新或新生競爭時，執法機關即應考慮以事後之獨占濫用行為規範介入，一方面此時可能已經有更多產業發展的證據，同時一些得以證明平台減損競爭之意圖之證據也會慢慢浮現。

第四款 相反事實分析

欲指控損害新生競爭，應判斷若無結合之情形下，新生事業可能的發展是否更加促進競爭，學理上稱此為相反事實（counterfactual）。這些新生事業往往在技術變化快速的領域中發展，因此其最終是否能發展成熟係不確定的，新生事業可能成功創新並最終取代既有事業之地位，但也可能包含其根本採用了錯誤的技術，也可能最終係市場其他上未被收購的事業最終取代了既有事業的結果³⁷⁶。有學者依據相反事實分析，將結合後之結果分為三類，即：目標事業收購後遭關閉，屬失敗或殺手併購，給予 Failure (F) 代號；目標事業繼續營業但無顯著變化，給予 Middling

³⁷⁶ Yun, *supra* note 114, at 616-17.



Outcome (M)；目標事業繼續營運並顯著成長，給予 Success (S)。此外，也同時針對「若無收購」之情形，依其結果分別給予 F,M,S 三者代號³⁷⁷。以表 8 呈現如下：

表 8 有收購及無收購下的可能結果

結果	有收購時	若無收購時
Failure (F)	F1	F0
Middling Outcome (M)	M1	M0
Success (S)	S1	S0

(資料來源：John M. Yun, Are We Dropping the Crystal Ball? Understanding Nascent & Potential Competition in Antitrust, 640.)

分別給定有結合之結果以及若無結合之結果並相互比較，可得出以下排列組合，並得出其福利效果（亦即若結合的情形相較於無結合的情形更差，即屬負值，反之即屬正值，若不變則為 0³⁷⁸），以表 9 呈現如下：

表 9 收購的可能效果

有收購時	有收購與無收購的排列組合	福利效果
Failure (F)	F1 v. F0 (即有收購、無收購均為失敗)	0
Failure (F)	F1 v. M0	負值
Failure (F)	F1 v. S0	負值
Middling Outcome (M)	M1 v. F0	正值

³⁷⁷ *Id.* at 640.

³⁷⁸ *Id.* at 641-42.

Middling Outcome (M)	M1 v. M0	0
Middling Outcome (M)	M1 v. S0	負值
Success (S)	S1 v. F0	正值
Success (S)	S1 v. M0	正值
Success (S)	S1 v. S0	0

(資料來源：John M. Yun, Are We Dropping the Crystal Ball? Understanding Nascent & Potential Competition in Antitrust, 641.)

從此排列組合可以看出，在目標事業結合後關閉之情形，有兩種情形係屬負面福利效果者，而在目標事業無顯著成長的情形，也有一種情形屬負面福利效果者。換言之，藉由此項分析，在結合後目標事業關閉或被關閉之情形，即得以合理懷疑該結合減損目標事業作為一新生事業所可能發展之創新，甚或在未顯著發展之情形也有負面效果之可能；不過，規範上是否可以直接推定對於新生競爭者之結合係屬違法，則仍有討論空間，應有充足的實證數據顯示大多數對於新生競爭者的收購，在收購後目標事業的創新計劃皆遭到終止，才有可能採納此項推定³⁷⁹。

第三項 小結

新生競爭損害理論強調新生競爭者作為推動創新及市場新參進者，以抑制獨占力量之利益，具支配地位之事業透過併購排除此等新生競爭者，將不利於創新競爭。在 FTC 對 Facebook 提起的反托拉斯訴訟中，FTC 實際應用了新生競爭損害理論，以指控 Facebook 透過收購具相近功能之社群軟體 Instagram 以及以訊息為特色之 WhatsApp，以排除新生競爭者帶來之競爭威脅，損害包含創新在內的非價格

³⁷⁹ *Id.* at 642-43.



競爭。此案例可見執法機關在對於巨型平台的併購案中已注意到對創新之損害，採納動態觀點之競爭分析，未來法院之論述值得期待。

在事業結合管制之法院判決中，目前法院尚未明採新生競爭損害理論，而過去與新生競爭理論相似者即發原已久的實際潛在競爭理論。實際潛在競爭理論關注者係尚未在一市場積極生產之事業進入該市場之可能性，此一理論之適用係用於已經發展成熟之事業進入可能性預測，係較為靜態之觀點；然而，新生競爭損害理論則牽涉一剛起步的新生事業，其可能仍在發展創新技術，以至於尚未有成熟的產品，未來的進入市場可能性較難以預測，應將市場中的技術變化發展納入考量，並衡量新生事業與既有事業間動態競爭的條件，例如結合是否消除新生競爭者的創新誘因、降低可競爭性等，採取動態的觀點進行分析，同時考慮放寬進入可能性的標準，以保護市場中的創新進入。

競爭法保護新生競爭規範途徑，包含事前結合管制規範及事後獨占濫用行為規範。規範要件相同者在於兩者規範均應處理相反事實之問題，也就是探究若無結合之情形下，新生競爭者之創新技術或產品是否會成長為既有事業的直接競爭對手，甚至威脅其市場地位。不同之處則在於，事前結合審查規範還需要預測結合後新生事業發展的情形，且是以事前的角度，缺乏充足證據可供預測，預測難度非常高。至於兩者規範在適用要件上更加細緻化的標準，則待下一節探究。

最後，藉由相反事實的探究，可以發現在結合後若新生事業創新計畫遭到終止，則對於福利效果的影響很可能是負面的，該結合有可能已經阻礙了創新競爭，執法機關應審查該創新計畫是否為遭人為終止，抑或係單純的開發失敗。甚至在結合後新生事業的發展係中性結果，此時也有一種情形可能造成負面福利效果，也應審查該事業之創新計畫是否有遭到人為抑制，以排除競爭威脅損害創新。



第二節 將動態競爭分析納入非水平結合規範

第一項 概說

本節討論數位平台市場中非水平結合實體審查規範之諸議題，並以學理上通認最具競爭疑慮之巨型平台事業收購新生事業為討論核心，也就是巨型平台以排除新生競爭威脅而發動的收購，其中也包含收購後即停止目標事業創新技術之狹義殺手併購。

如前所述，已透過創新技術取得市場支配地位之事業，透過併購遂行排除競爭威脅，因為可能損害創新競爭，故思考以競爭法事前結合審查規範適度阻止此類減損創新競爭的行為確實具必要性。不過，數位事業所發動的收購並非所有皆屬具備明顯競爭疑慮者。學理上所謂（狹義的）殺手併購係指收購後將目標事業關閉，未使用其資產，根本未帶來任何效率³⁸⁰，固然值得非難，但若收購後並未將目標事業之資產棄之不顧，而有持續利用的計畫，儘管可能減損新生競爭的發展，但因為也存在部分效率，所以競爭法不會直接將此類收購當作違法看待。收購新生競爭者以及殺手併購並非一全然新興的議題，但在數位市場當中其確實具引入新分析框架的重要性存在，除第二章所言數位平台事業具有更良好的技術偵測平台市場的潛在競爭者之出現而先發制人以外，對於執法機關而言，數位產業的產品迅速發展，不易分辨數位平台事業之間的競爭或潛在競爭關係，此與過去殺手併購經常發生之製藥產業不同，在製藥產業中執法機關比較容易先確認潛在競爭對手³⁸¹，然而執法機關對於數位平台產品之競爭關係的資訊落差加深了執法的困難性，此一困難性會增加執法機關的錯誤成本（error cost）及執行成本³⁸²（administrative cost），為

³⁸⁰ Hovenkamp, *supra* note 6, at 2046-47.

³⁸¹ See Turgot, *supra* note 134, at 113-14; Trattner, *supra* note 134, at 37.

³⁸² 所謂錯誤成本即不應制裁而錯誤制裁或應制裁而錯誤不制裁特定行為，對市場競爭所產生的成



了保護創新競爭，應參照學理引入動態觀點的分析框架，包含調整申報門檻、重新思考判例法建立的反競爭效果的證明標準，以適度消弭消極執法以及執法困難之問題。

具體言之，將動態觀點納入競爭法非水平結合規範應探究以下議題，包含申報門檻及實體審查規範之解釋是否應予調整，前者係因目標事業多數係新創事業，其初始營收甚低甚至為零，因此是否應調整現行規範；後者則圍繞在事前結合管制如何因應數位平台的新生競爭者收購議題，核心問題為是否減損新生事業帶來的競爭及創新，包含如何辨識併購事業的交易意圖，是否意在消滅潛在競爭對手，同時，如何預測目標事業果有能力發展成為收購事業強而有力的競爭對手，也是需要進一步釐清者。

第二項 結合申報門檻

美國的結合審查程序，在克萊頓法制定初期，並無課予事業應向主管機關事前申報之義務，直至 1970 年代 HSR 法案通過，才規定符合特定條件之交易應申報，且主管機關認有競爭疑慮也得向法院提起訴訟，向不以是否為應申報之案件為限；相對的，歐盟結合管制規則（EUMR）對於結合審查採營業額門檻，換言之，結合事業應達到一定之營業額門檻，才需向執法機關申報並受審查³⁸³。歐盟的規定在面對數位平台市場中諸多新生事業可能營業額甚低或甚至尚未有實際營業額，產生基於營業額之申報門檻是否妥適、又應如何調整門檻之疑問。

是否調整現行的門檻，捨棄單以營業額作為門檻，應考量以下數個法律原則。首先係法律明確性，也就是應如何以規範劃清應及不應申報之門檻，係需先予釐清

本；而所謂執法成本即主管機關為調查一特定行為是否為法所應付出的時間、費用等成本。參見鍾詔安，前揭註 317，頁 45-49。

³⁸³ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), Article 1.



者；再者，規範的修改是否會為行政機關帶來龐大執法負擔。以下析述可能之替代規範標準：

一、 交易價值門檻

納入交易價值作為申報門檻，係目前諸多文獻有所提倡者，且歐陸國家中德國、奧地利已有納入此一標準。質言之，在創新產業的結合中，許多目標事業營業額非常低甚至無營業額，文獻認為交易價值即代表了潛在競爭，而營業額則代表實際競爭。換言之，該事業所願意支付而購買的價格係反映其潛在競爭力的重要指標。不過此門檻仍有幾項缺陷，首先，交易價值的認定有時不易，且可能迅速變化，也增加了事業拆分成數筆交易以規避的風險；此外，在數位平台領域，交易價值的地理分布十分模糊，如何確定一項結合的在地關聯性（local connection），亦即如何衡量交易價值反映在對當地區或國家之競爭影響，成為問題，有學者建議可以以區域內活躍用戶數量作為標準³⁸⁴；再者，交易價值應如何訂定以精確捕捉到具競爭疑慮的結合案，而又不會納入過多案件而導致沉重的行政負擔，也具疑問，蓋基於奧國及德國的經驗，在納入交易價值門檻後，僅增加了十幾個案例，也進一步引起了是否將現行的門檻再進一步調低的討論³⁸⁵。

二、 技術/用戶空間之標準

有論者認為應以用戶數量或在市場上所花費的時間作為申報標準，蓋該標準將反映買方願意支付的價格而辨識出應審查的結合。不過，這種標準同樣有缺陷，特別係當結合事業雙方擁有相同用戶群但卻處於截然不同的市場中時，也就是雙方的產品或服務可能根本沒有替代性而無明顯競爭。再者，用戶很少的事業有時也可能屬殺手併購，因此仍存在規範漏洞³⁸⁶。

³⁸⁴ Imanol Ramirez, *Merger Thresholds in The Digital Economy*, 45 DELAWARE JOURNAL OF CORPORATE LAW 433, 465-68(2021).

³⁸⁵ Turgot, *supra* note 134, at 118-20; de Lamo, *supra* note 114, at 4-6.

³⁸⁶ Turgot, *supra* note 134, at 118-20.



三、 2021 年歐盟結合管制規則第 22 條之移送制度適用準則

歐盟在 2021 年發布的行政準則，重新解釋了歐盟結合管制規則第 22 條之規範，要求會員國將結合案轉介執委會審查，以處理對於新生競爭者之收購。歐盟結合管制規則第 22 條規定，若一項結合影響會員國之間的貿易，並可能實質影響提交請求之一個或多個成員國境內之競爭時，會員國得請求轉介執委會審查結合。質言之，歐盟結合管制規則第 22 條早年係作為會員國無結合審查制度之補充；不過，隨著多數歐盟會員國均逐步實施結合審查制度，即弱化了第 22 條的規範角色，執委會甚至形成了一項慣例，即不鼓勵會員國依據第 22 條提出請求，蓋此類的結合案多半對於歐盟內部市場並無顯著影響³⁸⁷。

不過，歐盟於 2021 年發布《關於事業結合規則第 22 條適用於某些類型案件的轉介機制處理原則³⁸⁸》(Guidance on the application of the referral mechanism set out in Article 22 of the Merger Regulation to certain categories of cases，下稱第 22 條處理原則)中，則重新「活化」了第 22 條，以應對現今的新生競爭者收購案。質言之，隨著近年市場發展趨向集中化，特別在數位經濟等以創新為驅動力之產業中，一些具未來發展性但目前營業額甚少或根本沒有的事業，可能扮演促進進爭之角色，對於這些事業的結合即可能有審查之必要，這也促成了執委會以第 22 條轉介審查制度以補足現行基於營業額門檻之不足³⁸⁹，根據第 22 條處理原則，執委會例示了 5 種營業額未達申報門檻但適合轉介執委會審查之案件類型，即：(1) 具顯著競爭潛力之新生事業或新進入者，但尚未開發或實施具可觀營收之商業模式，或仍在該商業模式之初始階段。(2) 重要的創新者或正在進行潛在重要之研究。(3) 實際或潛在之重要競爭力量。(4) 得以近用具競爭性之重要資產（例如原物料、基礎設

³⁸⁷ European Commission, Guidance on the application of the referral mechanism set out in Article 22 of the Merger Regulation to certain categories of cases, 8 (2021).

³⁸⁸ 此一翻譯，參見：黃明超 (2022)，〈歐盟普通法院認可執委會結合案件轉介新規定〉，《公平交易委員會電子報》，第 206 期。

³⁸⁹ European Commission, *supra* note 360, at 9-10.

施、數據或智慧財產權)。(5) 所提供之產品或服務係其他產業之關鍵投入或組件。符合上述這些例示的情形，執委會便會要求會員國將案件轉介執委會審查³⁹⁰。有關轉介的程序，第 22 條處理原則中規定縱使在交易結束後 6 個月內，亦得移交執委會審查，且縱使超出此一期限，執委會仍保有在特殊情形下之干預權。儘管處理原則也賦予結合事業得選擇「預申報」以知悉交易是否可能被移交審查，但仍顯著造成這些未達到現行申報門檻之交易案，相較於已達到申報門檻之交易，面臨更大的不確定性³⁹¹。

儘管這樣的制度，不必修改現行歐盟結合規範，不過仍遭文獻質疑已經有悖於第 22 條之立法原意，且也抵觸了以事前申報為管制前提之立法原則，使得事業應承擔行為合法與否之不確定性³⁹²。亦不乏學者建議應該等待並評估德奧的制度在實務中係如何發揮，以及僅當出現重大漏洞時才對 EUMR 進行修正³⁹³。本文亦認為處理原則中所例示的 5 種情形過於抽象，例如所謂具顯著競爭潛力、實際或潛在之重要競爭力量，應如何界定，尚屬不明，若解釋過寬，將可能打擊過廣，反而不利於產業創新發展。換言之，結合申報制度仍應考量法律明確性、執法成本等因素，始為妥適。

四、 具瓶頸地位之平台之申報義務

有論者認為應賦予具備瓶頸地位 (bottleneck) 的平台申報每筆交易的義務，而無論其收購規模大小。不過此一標準，一方面打擊過廣，一方面也存在適用上之不確定性，亦即如何認定事業具備前開瓶頸地位以及如何監督係一大問題³⁹⁴。另一方面，也並非僅有瓶頸地位的事業具有這些問題，例如 Google 縱使在搜尋引擎市場

³⁹⁰ European Commission, *supra* note 360, at 19.

³⁹¹ Turgot, *supra* note 134, at 119-120.

³⁹² 鍾詔安，前揭註 317，頁 88。

³⁹³ Jacques Cremer, Yves-Alexandre de Montjoye & Heike Schweitzer, COMPETITION POLICY FOR THE DIGITAL ERA 113-16 (2019)

³⁹⁴ Digital Competition Expert Panel, *Unlocking digital competition Report of the Digital Competition Expert Panel*, 12 (2019) ; Turgot, *supra* note 134, at 119 ; de Lamo, *supra* note 114, at 4-6.

中具備瓶頸地位，但在其他市場中可能不具備，因此論者建議應將更全面的評估因素納入，例如高市占率、網路效應、智慧財產權或大數據及用戶群等實質進入障礙納入考量以指定若干事業，並規定被指定的事業遵循一「通知程序（communication procedure）」，被指定之事業僅須申報該交易：目標事業的資產及能力、交易的理由，以及交易帶來的促進創新效果，同時搭配事後結合審查制度³⁹⁵。這項標準，雖然較能捕捉到具實質競爭疑慮的結合案，但同樣也存在如何妥適指定應申報事業的問題，其判斷標準過於抽象。

2022 年底，歐盟《數位市場法》正式生效，該法將指定符合下列各條件之事業為守門人（Gatekeeper），包含：對歐盟內部市場有重大影響、所提供之核心平台服務係商業用戶接觸終端用戶的重要管道、具根本性及持久的地位，或於可預見的未來具此地位³⁹⁶。該法第 14 條規定，守門人與平台核心服務或其他數位相關服務事業之結合或為取得資料之結合，無論根據歐盟或個別國家法規是否應申報競爭主管機關，均應向歐盟申報，包含：在歐盟及全球營業額、業務領域、交易價值或其估值、結合之性質及原因、以及其於歐盟之每年活躍用戶數及每月用戶活躍數等³⁹⁷。其具體運作仍有待觀察。

五、 引入事後結合管制

如前所述，美國執法機關縱使在交易後也得以對交易完成的結合事業提起訴訟，且強調事後的獨占濫用行為規範亦得運用於處理減損創新競爭的支配地位事業的排他性併購³⁹⁸。傾向採取事後審查的觀點反映了新生事業收購是否減損競爭不易預測，在初始階段即以競爭法介入干預可能具較大的錯誤執法可能。仿照美國

³⁹⁵ de Lamo, *supra* note 114, at 4-6.

³⁹⁶ Regulation (EU) 2022/1925 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1929 (Digital Market Act), Article 3.

³⁹⁷ *Id.* article 14.

³⁹⁸ 參見本章第三節。

法制，有歐盟法學者建議可以透過引進事後結合管制，賦予執委會在結合完成後一段時間內仍得介入調查處分，或直接運用歐盟運作條約第 102 條檢視新生競爭者收購³⁹⁹。不過在歐盟管制架構下是否能以事後觀點審查結合，牽涉結合管制制度的修正，若一結合前已經行政機關許可，就較欠缺事後審查的正當性。

六、 小結

自歐美之間對於是否修改申報門檻之意見，可以得知歐美就結合管制程序之相異處。質言之，歐盟結合管制係行政機關主導，執委會針對是否許可或禁止結合進行獨立評估並得做出處分，惟美國的結合管制雖亦有司法部及聯邦交易委員會兩個主管機關，但主管機關若認為結合具減損競爭疑慮，尚須向法院起訴而經由司法判斷。兩項法制均有其優點，歐盟的優點在於可以更積極、迅速地針對事業結合採取調查處分，但相對的就也應使事業就其結合是否受調查有較為明確之規範可循；美國的優點則在於較為彈性，行政機關欲質疑一項結合並不受限於交易完成以前始能提起訴訟，但相對的也有執法較為怠慢之缺點。

若以行政機關主導執法之法制為例，綜合學理及各國規範，本文認為規範上應考量的問題包含行政成本，同時也應使事業有明確的規範可依循，以辨明其結合何時需要申報而何時不需申報。目前得選擇的途徑包含降低門檻，以及維持目前的門檻。本文認為各降低門檻的途徑，均有其規範上的缺陷，不是規範欠缺目的性，就是規範過廣而將不具競爭疑慮的結合也納入審查，較為可採者僅有交易價值門檻。不過，縱然選擇修改能夠在事前納入更多具競爭疑慮的結合，也使執法機關累積審查經驗，但若門檻過於寬鬆，也可能提高了不必要的執法成本以及錯誤執法成本，而在目前數位經濟仍在持續發展，相關學理及執法經驗也仍在進行的同時，是否妥適應持續評估。

³⁹⁹ de Lamo, *supra* note 112, at 6-7。



第三項 實體審查

本項將討論非水平結合管制的實體審查架構，以數位市場動態效率的創新減損為關注核心，歸納歐美過往案例及學理討論，將結合對於動態效率減損之類型區分為：對於既有競爭事業創新能力及誘因之影響、藉收購新生事業排除競爭威脅而損害創新，並討論如何衡量此類結合帶來的效率。最末並回顧最近歐美以事前審查處理收購新生事業的爭議案例及啟示。

第一款 減損上下游競爭事業之創新誘因

在非水平結合審查中納入創新競爭因素，衡量結合是否減損垂直關係市場上其他非結合事業現有研發產品或計劃的創新誘因，成為歐盟競爭法學者之主張⁴⁰⁰，在實務案例上也有相同關注。例如 2011 年 Intel 與 McAfee 結合案中，創新成為歐盟執委會的主要擔憂議題之一。相對於 FTC 認為本案並無導致消費者價格上漲之可能，反而可能降低產品價格，不過歐盟執委會卻考量到此一結合將可能減損 McAfee 競爭者創新能力。據 McAfee 之競爭者，其終端安全產品(endpoint security) 的營收可能遭受影響，導致部分 SSV 廠商退出市場。儘管本結合案帶來的價格效果目前未明，但 McAfee 之競爭者預測結合將可能減少創新及產品選擇。複根據其中一家廠商所言，「McAfee 之競爭者將被迫大幅降價以抑制產量減少，或縮小規模並重新聚焦於利基市場。這兩種情形，競爭者得以運用於投資研發之營收都將受到顯著影響⁴⁰¹...」基於此，執委會對 Intel 施加行為負擔，防止 Intel 封鎖其他既有及

⁴⁰⁰ Turgot, *supra* note 134, at 114. Pablo Ibanez Colomo, London School of Economics, Merger trends in innovation markets, Speech as Prepared for the ENTraNCE Annual Conference (2016/10/14); Pablo Ibanez Colomo, *Restrictions on Innovation in EU Competition Law*, 41 EUROPEAN LAW REVIEW 2016, 12-17 (2016).

⁴⁰¹ Case No COMP/M.5984-INTEL/MCAFEE, at 52.

潛在防毒軟體業者使用其晶片架構研發⁴⁰²。質言之，本案正凸顯了數位經濟中的非水平結合縱然在短期內對於價格、產量並無影響，甚至可能有降低價格的效率，但是在研發創新佔據相當比例的數位產業中，結合案對於創新能力或誘因仍可能產生影響，因此應評估結合後封鎖策略對於創新的影響為何。至於評估方法則可參照前揭水平結合準則中創新短期效應的評估，也就是評估結合對於其他非結合之競爭事業現有研發計畫的創新誘因影響如何，此時的分析即應跳脫水平框架，評估該非水平結合對於其他非結合的競爭事業之創新移轉率。

第二款 排除新生競爭威脅而損害創新

平台藉由收購新生競爭者，作為排除、阻礙該新生事業競爭而減損創新之手段，係近年巨型平台收購所引發之核心議題。這項分析首先應從兩個角度進行思考。儘管有學者認為垂直結合已成為創業家的主要退場機制之一，若不當限制新創以垂直結合作為創業家退出機制，可能對於創業家的退出帶來風險，蓋成熟的科技事業會將新產品的研發交給新創事業以減少或分散風險，若過度阻礙大型事業透過收購小型新創事業以取得新技術，將不利其獲得研發所需之知識、規模經濟及智慧財產權以致不利創新⁴⁰³，不過也有學者認為僅管創業家透過被巨型平台收購成為其重要退場機制，但這樣卻可能使得數位市場因為少了潛在參進者的壓力，造成市場中具支配地位事業因缺乏新創事業演變成獨立競爭者而減損其創新之誘因⁴⁰⁴。由此觀之，平台與新生事業之結合，應在創業家退場機制，以及支配事業收購潛在競爭者是否減損創新，兩要素之間進行權衡，一方面新創事業透過被大型事業收購以回收研發資金，固然係其重要退場機制，與此同時大型事業透過垂直結合也能夠增進其效率，但競爭法的目的也並非僅保護及於此，競爭法應考量市場競爭及

⁴⁰² Maria Luisa Stasi & Silvia Solidoro, *Emerging Trends in US Antitrust and EU Competition Law*, ENTraNCE Annual Conference, 4 (2016).

⁴⁰³ Sokol, *supra* note 273, at 1357, 1371-76.

⁴⁰⁴ Hovenkamp, *supra* note 6, at 2020-21.

經濟效率，因此若這樣的機制反遭大型事業利用而扼殺既有競爭事業的創新誘因抑或排除新生競爭者的威脅，反而也係損害創新而減損競爭。



不過在實體判斷上，以事前的角度預測新生競爭者結合是否限制競爭，不僅新生事業未來發展可能性有著極高不可預測性，且關於收購事業是否具排除競爭意圖或其對競爭威脅之預測皆可能掌握在事業手中，執法機關可能面臨資訊不對稱的情形，從而造成高昂執行成本以及錯誤消極執法的問題，學理上因此有關於新生競爭者收購的實體審查標準是否應該調整的討論，歸納如下。

一、 降低證據門檻或轉換舉證責任？

著眼於新生競爭者收購中反競爭損害的判斷標準過高且抽象，不乏學者認為應降低執法機關的證據門檻之標準甚至轉換舉證責任，以下分析之。

(一) 支配地位平台收購之違法推定 (Presumption of Illegality for Acquisition by Dominant Platform)

將具支配地位平台之收購推定為違法，並由被告舉證結合具備明顯效率，係最激進之觀點，例如學者認為，具獨占地位事業對於任何具經濟能力可能進入且具超乎想像 (more-than-factiful) 進入可能事業之收購，應採違法推定，除非被收購事業與其他 (潛在事業) 並無明顯差異⁴⁰⁵。另一方面，美國國會於 2021 年擬定之《平台競爭與機會法案》(Platform Competition and Opportunity Act) 更是直接禁止符合條文所定義之平台收購實際或新生競爭對手。依據該法案內容，具備一定用戶數量 (5 千萬) 及營業額 (6 千億) 之平台將會被指定為 Covered Platform，不僅收購直接競爭者係違法的，且對於潛在及新生競爭者的收購也遭禁止⁴⁰⁶；此外，該法案中對於競爭的定義擴及到了非價格的面向，包含用戶注意力 (user attention) 以及數

⁴⁰⁵ Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION ¶ 701d (5th ed. 2020).

⁴⁰⁶ 法案第 2 條 (b)(2)



據⁴⁰⁷ (data)。

不過，持反對論點之學者認為，若有完備的實證數據指出支配地位平台的收購往往是違法的，才能採納此項標準，相對的，多數研究均指出新生競爭者收購因具備效率，目前尚無需要因應平台收購新生競爭者而特別嚴格其執法，例如轉換舉證負擔，因為相對於殺手併購而言，大多數對新生競爭者的收購並不存在錯誤執法成本十分巨大之情形，因此，對於多數個案毋寧仍應逐案判斷 (case-by-case) 是否具反競爭性質⁴⁰⁸。本文以為，縱然一項排除新生競爭者且阻礙創新的收購可能帶來巨大社會成本，為減輕執法機關的執法成本，確實有部分減輕執法機關舉證負擔思考之正當性，然而，錯誤積極執法的成本以及對於新生競爭者收購的創新效率也應重視，蓋一律將證明收購新生事業合法的舉證責任轉移至事業，將提升主管機關大量甚至濫行提起訴訟之可能，也可能間接導致市場中的事業減少對於新生事業的收購，最終減損創新帶來的正面效益。具獨占地位事業之收購縱較具競爭疑慮而應提高審查標準，但不代表應直接轉換舉證責任。

(二) Hemphill & Wu：合理能力 (Reasonably Capable) 標準

這類標準認為自錯誤成本的角度，若放任其中一個可能損害競爭的結合，其所造成的代價過大。因此儘管執法機關仍應負擔反競爭損害之舉證責任，但應放寬事前審查之標準，建議將謝爾曼法第 2 條之標準引進，原告僅須證明對新生事業的收購具合理能力維持既有事業之市場力量⁴⁰⁹。換言之，其否認應證明在 but-for 的情形 (若無該交易)，競爭者會自既有事業奪取市場地位。

不過，諸多學者提出下列質疑。首先，第 2 條之舉證標準是否確實低於第 7

⁴⁰⁷ 法案第 2 條 (c)、(d)

⁴⁰⁸ Gautier & Lamesch, *supra* note 3, at 27; Yun, *supra* note 114, at 656-57.

⁴⁰⁹ Hemphill & Wu, *supra* note 116, at 1879-1910; Yun, *supra* note 114, at 650-52. 不過 Hemphill 等人指出事前審查的困難點在於證據不足，待時間經過取得充足證據後，再透過事後規範提出質疑或許較為可行。參見本章第三節。

條，有所疑義。再者，合理能力標準僅適用在並無促進競爭抗辯適用之排他行為。此外，第 2 條及第 7 條間關於相反事實之數量存在不對稱性，亦即第 2 條僅需要評估一個反事實；惟第 7 條則需比較兩個反事實⁴¹⁰。本文認為，謝爾曼法第 2 條之規範原理本與克萊頓法第 7 條有所不同，克萊頓法在適用上本即作為謝爾曼法規範不足之結合行為，其規範要件較謝爾曼法更為寬鬆，將合理能力標準適用於第 7 條尚欠缺理論基礎。

二、 維持既有架構並具體化解釋途徑

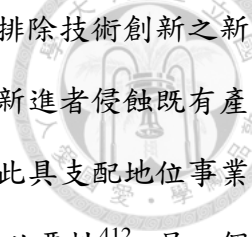
有鑑於違法推定路徑以及合理能力的標準均不可採，本文認為規範上仍應適用競爭法既有的競爭分析架構，並因應此類案型之特點妥適解釋適用，針對具支配地位平台事業之收購提高審查標準。具體言之，以結合規範途徑審查平台收購新生競爭者，若以美國克萊頓法第 7 條為例，對於潛在或新生競爭者之結合係反競爭之要件係，被收購之目標事業有合理的可能性發展成為收購事業的一個重要競爭對手，或為這樣的競爭對手提供一具價值的互補產品；同時，僅當目標事業係唯一或僅有的少數事業具合理之可能性成為收購事業之實質競爭者時，結合才屬反競爭者，蓋亦須考量到如此之非水平結合可能帶來互補性資產整合之綜效；而若須證明此特性，通常應提出目標事業具有重要資產，或具獨特且差異化的途徑，以其他事業未能達成之方式促進顯著的新興競爭，換言之，若市場中有許多事業同樣得以促進競爭，則並無理由認為收購其中一事業即可能抑制市場之競爭⁴¹¹。如何將此項判斷具體化，以下歸納學理上的建議，並於最後統整。

(一) 收購事業是否具支配地位

學者認為，越具備支配地位之事業對潛在競爭者所從事的排他性收購所造成

⁴¹⁰ Yun, *supra* note 114, at 650-52.

⁴¹¹ A. Douglas Melamed, *Mergers Involving Nascent Competition*, Stanford Law and Economics Olin Working Paper No.566, 4-6 (2022)



的競爭疑慮越大，蓋若一事業具支配地位，其也具有較高之誘因排除技術創新之新進者進入市場，或透過取得關鍵技術拒絕授權競爭者，以避免遭新進者侵蝕既有產品的營收表現，或因取得關鍵技術而縮小與領先事業的差距，因此具支配地位事業具備較高的透過收購以排除競爭威脅之動機，也較有嚴格審查之必要性⁴¹²。另一個觀察面向則係收購價格，倘若收購價格明顯高於市場行情，可能表示收購事業將目標事業視為重要的潛在競爭威脅因此願意支付顯著溢價⁴¹³。

(二) 目標事業是否具透過創新技術進入之能力：創新路徑及創新能力之判斷

學者認為在牽涉創新事業的潛在競爭判斷中，得將創新作為競爭損害的考量因素，執法機關得證明目標事業追求一顯著的創新目標，包含創造一個在相鄰市場上具競爭力的產品，以及其有能力及誘因將創新目標推出於市場⁴¹⁴。具體言之，學者建議以目標事業的發展計畫以及是否擁有可識別之獨特資產茲為判斷，這也呼應了在前面章節提到的，收購事業多數係為了取得目標事業有價值之技術或智慧財產權而發動收購，因此，一項對於新生競爭者之收購是否損害競爭，其判斷自然也應環繞在目標事業所擁有之資產上。質言之，獨特資產可能包含品牌、物流或智慧財產權，倘若目標事業具有越獨特的產品，該項結合就越可能消除一個有前途的新生競爭者或競爭者可以使用的互補產品，而應受到較嚴格的審查。換言之，應評估產品的差異化程度以及其潛在的價值特徵。儘管識別獨特的資產可能具挑戰性，但已經有若干標準提供一些判斷方法，例如：其他競爭產品的數量及強度、專利和其他智慧財產權的強度、與類似產品相比的成長率、該資產對於其他競爭者是否有很高的價值、數據集、大型用戶群、融資管道、工程技術及計算能力、結合事業對

⁴¹² Bryan & Hovenkamp, *supra note* 110, at 352.

⁴¹³ Claire Turgot, *supra note* 134, at 114-15; Michael L. Katz, *Big Tech mergers: Innovation, competition for the market, and the acquisition of emerging competitors*, 54 INFORMATION ECONOMICS AND POLICY, 14 (2021); Trattner, *supra note* 134, at 22-24; Bryan & Hovenkamp, *supra note* 110, at 352-53.

⁴¹⁴ Turgot, *supra note* 134, at 114.

創新目標的投資計劃，以及事業內部針對結合後撤資的文件⁴¹⁵，綜合考量。

確定結合事業具備創新計劃及資產後，接著即應判斷新生事業進入市場之可能性並帶來競爭威脅的程度，學者認為這兩項要素互相牽連，新生事業應至少具備50%的進入可能性並預期帶來至少10%的市占率，或雖低於50%之可能性但執法機關得證明結合將帶來非常顯著的潛在競爭損害，此外，也應將進入的所需時間納入考量，蓋若實現需時過久則可能涉及猜測性的評估⁴¹⁶。最後應評估結合是否將消除該項創新開發之誘因，有鑑於新生事業產品可能仍在開發階段，或僅具某一創新資產，參照水平結合準則，應評估對創新的長期效應，也就是該結合對於新技術或產品之開發誘因的影響，及該創新產品的利潤移轉率如何。例如2013年Google與Waze之結合案，當時英國公平交易局（OFT）曾考量該結合是否因消除了破壞性競爭者而減損Google持續創新及改善品質之誘因，其認為Waze係導航服務的先行者，因為網路效應而具有快速強勁增長且具未來成長潛力，不過最終考量到Waze尚未達到足夠規模而能夠受益於無可顛覆的網路效應，缺乏足夠證據認為Waze將成為顯著競爭者或破壞性角色。不過有論者認為從事後角度認為，當時的審查可能有過於謹慎之嫌⁴¹⁷。

（三）目標事業所處市場是否近似

學者Brodley的近似市場（proximate markets）標準，得作為判斷目標事業是否具進入能力及進入優勢。質言之，市場近似性是一個推定的進入優勢概念，兩市場接近的概念係，一市場中之事業擁有得以在另一市場經營之必要的生產及行銷資

⁴¹⁵ Yun, *supra* note 114, at 657-60 ; Susan Athey, *Nascent Competition: Is the Current Analytical Framework Sufficient?* Presentation at the Federal Trade Commission Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century (2018), https://www.ftc.gov/system/files/documents/publicevents/1413712/ftc_hearings_session_3_transcriptday_3_10-17-18fullupdated.pdf ; de Lamo (2020), *supra* note 114, at 9-10.

⁴¹⁶ Jonathan Jacobson & Christopher Mufarrige, *Acquisitions of “Nascent” Competitors*, THE ANTITRUST SOURCE, 13-14 (2020)

⁴¹⁷ OECD, *supra* note 275, at 31.



訊以及其他能力。在其他條件相同的條件下，事業進入一個熟悉的市場風險較小，所涉費用亦較少。為確定接近性，可以透過生產、行銷、技術、客戶關係之相似性進行分析。在數位市場，分析重點可能在於數位技術的知識累積。例如，社群網路的近似市場就包含與 Facebook 所提供社群服務相競爭之市場，以及就相同目標廣告競爭之市場，以及與 Facebook 互補之蒐集數據能力，均為判斷因素。根據這樣的標準，Instagram 及 WhatsApp 均具備與 Facebook 之相似性⁴¹⁸。

(四) 新進產品是否具替代性

新進產品是否與既有產品具替代性亦得納入考量，觀察消費者對於新進者產品的看法。具體言之，在數位市場應著重於評估平台服務之間可替代性以及其隨時間之變化，可以針對消費者使用平台服務的偏好進行分析以評估其可替代性，例如根據調查指出臉書用戶願意接受放棄一個月服務的補償中位數係 48 美元⁴¹⁹，此即得用以比較出消費者對於該服務之偏好程度為何。倘若依據動態之觀點，兩平台間的替代性隨著時間而增加，即使兩者目前所提供服務並不具可替代性，則可能得以解釋成平台的結合係為提前消滅潛在之競爭者⁴²⁰。

(五) 是否有其他直接或潛在競爭者

此外，市場上是否有其他潛在競爭者，也應納入考量。換言之，若既存事業競爭者眾多，或潛在競爭者比目標事業更有優勢，那麼潛在競爭來源的損失可能有限。然而，若市場內競爭（competition in the market）有限，而主要或唯一的競爭是取得市場之競爭（competition for the market），則新生事業被收購而造成的損失對消費者造成傷害較大⁴²¹。具體言之，應判斷市場外是否具潛在參進者及其參進之

⁴¹⁸ Glick et al, *supra* note 171, at 51-54.

⁴¹⁹ Parker, Petropoulos & Alstyn, *supra* note 48, at 24-25.

⁴²⁰ *Id.* at 25-26.

⁴²¹ Federico et al., *supra* note 282, at 151-53. 也有學者認為越具備支配地位之事業對潛在競爭者之排他性收購所造成的競爭疑慮越大，越具支配地位之事業，越具透過拒絕授權關鍵技術以排除競爭者的動機，蓋關鍵技術的授權會減少其他競爭者與領先事業的差距。因此，僅在收購事業係具高度支

能力與誘因如何，此在數位平台經濟以跨域整合、動態發展為趨勢之下，更顯重要性，以 AI 人工智慧技術為例，各大平台均有積極搶進此一技術領域之計畫及資產布局，可見此一市場尚具諸多潛在新進者的競爭壓力。



(六) 反向殺手併購的考量

若系爭結合屬反向殺手併購，關注之重點亦同，僅判斷上應些許調整，轉而判斷收購事業是否進入目標事業市場的可能性判斷，觀察目標事業的市場是否集中、收購者在無交易的情形下是否有誘因進入市場、目標事業的資產對收購事業而言具備多大價值、考量效率問題等⁴²²。

(七) 減損未來競爭或動態競爭

英國 2021 年結合評估準則 (Merger Assessment Guidelines) 可以作為上開學理建議的印證，認為應將結合對於未來競爭 (future competition) 或動態競爭 (dynamic competition) 的減損納入考慮⁴²³。質言之，結合可能因消除了潛在進入者而減損未來競爭，或因消滅結合事業之間動態競爭發展的誘因而減損結合事業現時持續改進產品品質或創新帶來之競爭利益。在消除未來競爭之類型，該準則指出應評估若未結合，結合事業一方是否會進入市場，以及該等未來競爭之限制是否會實質限制競爭，具體而言將依證據評估結合事業是否具誘因及能力於未結合的情形進入市場，也就是相反事實之判斷，以及透過市場中競爭程度以及結合事業是否具支配地位以評估未來競爭強度。在減損動態競爭的類型，準則指出應評估既有事業對另一結合事業進入或擴張之威脅而顯現出之直接反應的證據，以及該事業透過動態競爭成功進入之可能性、與其他事業間競爭的緊密度等，判斷該等收購是否減損動態

配力的時候才較有介入審查的必要性。See Bryan & Hovenkamp, *supra* note 110, at 352.

⁴²² Latham et al., *supra* note 115, at 11-12.

⁴²³ CMA, Merger Assessment Guidelines, 40-45, 53-54(2021),

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1051823/MAGs_for_publication_2021_--_.pdf

競爭之發展，使得結合事業因預料另一結合事業可能進入市場而奪走銷售利潤，採取結合之手段，而非以價格、品質或創新進行應對⁴²⁴。



三、 證據類型

如前，除具體化解釋途徑外，也應盡可能擴大審查中採用的證據範圍，以適度消弭執法機關與結合事業間的資訊落差。包含納入結合事業內部業務文件進行審查，從該等文件中過濾出事業對於市場發展趨勢、關鍵技術應用以及潛在競爭威脅之預測，以及收購事業是否具整合目標事業資產並提升效率之計畫，可認定其主觀收購意圖及客觀市場技術發展及競爭情形；此外，也應將非結合事業對於市場競爭的觀點納入評估，包含競爭者、潛在買家或相鄰市場的潛在事業等，例如在 Facebook 收購 Instagram 一案中當時 Twitter 也有意願收購 Instagram，則相反事實分析也應一併考量 Twitter 在開發相片及影音分享服務的組織能力、知識及技能⁴²⁵。也有學者認為可以參考收購事業過去收購其他事業之模式，以評估其收購意圖⁴²⁶。

四、 小結

歸納以上學理建議後，本文認為衡量新生競爭結合之反競爭損害，應考量在未收購的情形下，目標事業具合理可能性成長為顯著競爭對手，帶來競爭威脅或削弱既有事業之市場力⁴²⁷。其衡量應分別自客觀面及主觀面。

(一) 客觀面：包含二者，其一係目標事業是否具創新能力、誘因及進入能力，例如是否具創新計劃及創新資產等足以創新並進入市場之誘因及能力，參考創新移轉率評估結合對目標事業及其他潛在事業創新誘因的影響；其二係收購對市場競爭的排除效應，亦即評估結合是否導致既有事業的市場維持或更加集中。

⁴²⁴ *Id.*, at 40-45.

⁴²⁵ Turgot, *supra* note 134, at 115. 美國水平結合準則第 2.2.1 及 2.2.3 節也提及結合事業在通常業務下作出的文件以及產業中其他競爭者的看法可作為市場如何運作以及事業如何識別競爭者的證據。

⁴²⁶ Federico, Morton & Shapiro, *supra* note 282, at 152.

⁴²⁷ Jacobson et al., *supra* note 409, at 10-12.

(二) 主觀面：即收購事業之收購意圖，若收購事業具支配地位、且收購價格偏離客觀價值，也無利用目標事業資產之計畫，則得合理推斷具排除競爭之主觀意圖。

此外，應適度擴大證據範圍，包含參與結合事業的內部業務文件、其他非結合競爭事業的看法等。

第三款 效率考量及合意殺手併購的問題

數位市場中的效率，應於競爭分析時納入考量。效率可被分為靜態類及動態類，靜態類的係一次性的；動態類則包含數據、演算法等創新技術⁴²⁸。在新生事業的收購中應考量的效率，主要包含創業家退場之效率，以及既有事業與新生事業間整合創新所帶來之綜效。

首先是創業家退場之效率，已如前所述，在數位產業中新創事業有著「為買斷而進入」(entry for buyout) 現象，也就是因為期望被既存事業以高於其進入利潤的價格買斷而被激勵進入市場。獲得投資的保證可以激勵新創事業創新，以獲得更大的營業額，甚至激勵了本來不會被開發的創新項目，若過度限制巨型科技事業收購新創事業，將可能抑制風險資本家對於新創的投資⁴²⁹，因此應將此等效率納入考量。

其次是結合事業間資產整合帶來之創新綜效考量，或有稱孕育 (Incubation) 抗辯⁴³⁰，亦即收購事業可能會抗辯其係為了以前所未見的方式改善目標事業的業務，或收購事業與目標事業間之資產具互補性，可以得到更有效率的整合，蓋小型事業可能具備研發人才，而大型事業則具備研發資源，可以進行整合以提升目標事

⁴²⁸ Turgot, *supra* note 134, 115-17.

⁴²⁹ *Id.* Tiago S. Prado & Johanne M. Bauer, *Big Tech Platform Acquisitions of Start-ups and Venture Capital Funding for Innovation*, 59 INFORMATION ECONOMICS AND POLICY, 15 (2022); Luis Cabral, *Merger Policy in Digital Industries*, 54 INFORMATION ECONOMICS AND POLICY, 1-7 (2020)

⁴³⁰ Hemphill & Wu, *supra* note 116, at 1902-03.

業產品成功進入市場的機率或提升其速度⁴³¹。不過，這樣的效率抗辯也必須具備結合專屬性，結合事業應提出證據證明若使目標事業獨立發展或遭其他事業收購的情形下就無法得到同等之利益，換言之，若市場上多數收購者之間皆具備推動目標事業發展的相同條件，其效率主張即為無理由者。

不過困難的是，長期的動態效率如何與短期的反競爭（靜態）效果之間進行衡量。關此，或可參考在歐盟水平結合準則，倘若效率實現需時越長，權重即越低⁴³²。反之，一項效率越為具體，而競爭損害卻越猜測性或遙遠，即應思考許可結合。此外，倘若創新損害與效率均屬具體，但其間效果相稱或無法衡量孰輕孰重時，為消弭可能的創新疑慮，此時前揭對於損害創新的考量即得以用於設計救濟措施⁴³³。在數位市場，數位技術可能為競爭事業發展創新的關鍵要素，考慮強制技術授權即為可行途徑⁴³⁴。

最後之問題在於，由於不乏新生事業之所以願意研發創新技術，其目的即為了被市場中既有大型事業收購，以換取高額報酬，屬於合意併購。既有事業願意以高價收購以具潛在發展性的新生事業，且新生事業也對於價格十分滿意，願以此作為其退場機制，看似符合雙方利益，並無值得非難之處，然而，若該合意併購屬於殺手併購，目標事業以獲得高額報酬為代價，與既有事業達成合意併購後便停止其創新開發計畫之情形，由於並未產生任何效率可言，與減少產出的卡特爾（cartel）行為無異⁴³⁵，若收購事業與目標事業確有以併購換取技術退場而不競爭之合意，應屬違法。

⁴³¹ Federico et al., *supra* note 282, at 151-53.

⁴³² Turgot, *supra* note 134, at 116-17.

⁴³³ 鍾詔安，前揭註 317，頁 50-51。

⁴³⁴ 參見本章第四節。

⁴³⁵ Hovenkamp, *supra* note 6, at 2045-48.



第四款 歐美新生競爭者收購案例探討

以下回顧歐美近年關於新生競爭者收購案例，行政機關及法院表示之見解，其中包含二涉及巨型平台作為收購事業，以及一科技產業中的新生競爭者收購。

一、美國：Meta 收購 Within

在美國執法機關宣示加強對巨型平台收購新生事業的管制力道後，首筆新生競爭者收購案件即 2023 年的 FTC v. Meta 案。Meta 近年致力於發展虛擬實境 (Virtual Reality, VR) 硬體及軟體，除推出 Oculus 頭戴裝置外，也積極開發能夠應用在 VR 裝置的 App。2021 年，Meta 為將版圖拓展至 VR 健身領域，宣布收購 within，within 所開發的 Supernatural 係一款用於 VR 設備上的健身 App。

本案法院審理後認為自客觀證據以及主觀證據，Meta 並無充足之進入市場可能性，並無減損潛在競爭之疑慮，因此判決 FTC 敗訴。法院分別就實際潛在競爭理論及被察覺之潛在競爭理論進行判斷。

首先，關於實際潛在競爭理論，法院認為潛在競爭者進入可能性之標準，應採納過去第五巡迴法院的見解，亦即高於 50% 的可能性⁴³⁶。其次之問題係，判斷是否具備進入可能性，應依靠客觀證據或主觀證據？法院認為應先視客觀證據（進入能力及進入誘因）是否充足，若客觀證據薄弱、不明確或衝突，則應審酌主觀證據以釐清客觀證據模糊之處。在 Meta 案中，法院認為並無充足的客觀證據證明 Meta 有合理可能性進入健身專用 VR 應用程式市場，縱使 Meta 擁有資金及工程人才，但 Meta 並未將明顯充足的資源安排在 app 的開發上；且儘管 VR 軟體蓬勃發展的榮景對 Meta 有利，但 Meta 自己進入健身軟體市場並非必要。隨後，法院轉向審酌主觀證據，認為儘管業務文件指出 Meta 希望在 VR 市場上保持顯著地位，以改善

⁴³⁶ Federal Trade Commission v. Meta Platforms INC. Case No. 5:22-cv-04325-EJD, 41-42 (2023)

其 VR 硬體產品，並確保 Meta 的消費者可以體驗高品質的 VR 健身應用服務，但法院認為這一主觀證據無論在 Meta 自行打造 app 進入市場或透過結合進入市場均屬一致，並認為其透過結合以外的方式進入市場的可能性並不大。最後認為其不具有合理的可能性進入市場⁴³⁷。

其次，關於被察覺的潛在競爭理論，根據判例法的要件，除市場中應具備高集中度，且收購事業具有特色、能力及誘因成為被察覺的潛在進入者，尚須該事業在結合前在市場邊緣緩和了（temper）寡占市場事業的行為（應以直接證據或情況證據證明之）。法院亦認為欠缺足夠客觀證據支撐相關市場內的事業察覺到 Meta 為潛在競爭者⁴³⁸。

本案 FTC 雖未能成功舉證 Meta 作為潛在進入者藉由收購帶來之競爭損害，但仍具啟發性。首先，法院在判斷進入可能性時採納了較為寬鬆的標準，僅需大於 50% 即為足夠，此對於進入可能性之認定實質降低，可能影響後續法院在類似個案上的認定，值得繼續關注。其次，法院也揭示了判斷進入可能性應兼採客觀及主觀證據，此有助於接下來法院對於個案進行更嚴謹的審酌，以判斷是否具進入可能性而減損潛在競爭及創新。

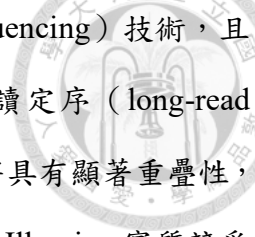
二、英國、美國：Illumina 收購 PacBio

Illumina 是一家提供基因定序系統（DNA Sequencing System）技術的事業，收購一家同為研發基因定序技術的新生事業 PacBio，英國競爭與市場管理局（CMA）及美國 FTC 紛紛質疑該項收購係出於消滅未來的競爭威脅之意圖，將減損市場的創新競爭。

CMA 認為該結合案將減損基因定序系統市場的競爭，且減損基因定序技術之

⁴³⁷ *Id.* at 42-53.

⁴³⁸ *Id.* at 60-64.



創新競爭水準。質言之，Illumina 採用短讀定序 (short-read sequencing) 技術，且係當今市場普遍採用之技術，而 PacBio 則已成功改進其長讀定序 (long-read sequencing) 技術，並根據相關技術文件顯示，這兩項定序技術將具有顯著重疊性，客戶可以基於偏好選擇採用何者，也就是 PacBio 已具備發展成 Illumina 實質競爭對手之威脅性。接著，CMA 依據水平結合單方效果分析方法衡量兩者結合對於競爭的效果，經分析認為不僅結合雙方在基因定序市場的市占率非常高，雖 Illumina 目前仍具絕大部分之市占率，但依據動態觀點顯示 PacBio 目前的市占率並無法推測其推出新基因定序技術後之市占率。其次，結合事業不僅已成為緊密競爭對手，且市場上其他競爭對手開發程度仍甚低，再者，基因定序市場也有高度進入障礙，潛在進入者無法扮演促進競爭之角色。綜合上述 CMA 認為本結合將實質限制競爭⁴³⁹。

FTC 同樣認為 Illumina 作為市場中的獨占事業，收購潛在競爭對手 PacBio 將減損競爭。PacBio 在基因定序技術取得的進步已使其足以挑戰 Illumina 的獨占地位，已經對於 Illumina 帶來競爭威脅。本結合將降低結合事業開發新技術之創新誘因。最終 Illumina 放棄收購 PacBio⁴⁴⁰。

本案雖為生技領域的結合，但生技領域同樣具備以技術創新為核心之特色，既有事業可能出於消滅未來競爭威脅之意圖，而提前收購新生競爭對手，即使其目前仍未具明顯之市占率。本案英美執法機關明確提及消除新生競爭威脅可能減損競爭、損害創新，此可作為執法機關挑戰數位巨型平台收購新生競爭者的論理基礎，不過較具挑戰性者可能在於，數位技術的未來發展能否預測，也就是如何判斷一項

⁴³⁹ CMA, *Anticipated acquisition by Illumina, Inc. of Pacific Biosciences of California, Inc. Decision on relevant merger situation and substantial lessening of competition*, 1-3 (2019), https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5d307b9ded915d2fe8096fb8/Illumina_PacBio_Full_textP1_Redacted.pdf

⁴⁴⁰ Federal Trade Commission, *FTC Challenges Illumina's Proposed Acquisition of PacBio* (2019), <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2019/12/ftc-challenges-illumina-proposed-acquisition-pacbio> (last visited 2023/4/14)

技術的出現或改進，可能與既有產品具替代性，而將於不遠的未來對於既有事業構成實質競爭威脅，係未來執法機關應負責詳細說理者。



三、歐盟：Meta 收購 Kustomer 案

2020 年 12 月，Meta 宣布收購一家新創事業 Kustomer，其銷售客戶關係管理（CRM）軟體並快速增長，企業得透過該軟體管理與客戶之間的交易及溝通，該軟體整合諸多 B2C 通訊管道並支援透過 WhatsApp、Messenger 等通訊軟體與客戶聯繫，因此 Meta 與 Kustomer 之間具備垂直產銷關係。該案經奧地利競爭法主管機關經歐盟結合管制規則第 22 條移送執委會審查⁴⁴¹。

2022 年，執委會與 Meta 達成數項條件並同意 Meta 收購 Kustomer。執委會原先認為該結合將減損客戶關係管理軟體供給市場及客戶關係管理軟體之客戶服務及支援供給市場的競爭，並認為 Meta 具能力及誘因封鎖 Kustomer 的競爭者及新進入者，例如拒絕向 Kustomer 的競爭對手提供 Meta 的訊息傳遞管道應用程式介面（message channel API）。Kustomer 或其競爭對手提供之 CRM 軟體大多向中小企業（SMBs）銷售，上開封鎖策略將導致客戶關係管理軟體價格上漲、品質下降及創新減少，並將損害消費者⁴⁴²。

最後 Meta 向執委會作出以下兩項承諾以消弭上開競爭疑慮，獲執委會准許該交易。包含：Meta 承諾使 Kustomer 的 CRM 軟體競爭者或新進者以無償、非歧視性的條件近用 Meta 的訊息傳遞管道應用程式介面；若 Kustomer 客戶所使用之 Messenger、Instagram 訊息及 WhatsApp 之任何功能改良或更新，也會向 Kustomer

⁴⁴¹ Natasha Lomas, *Europe clears Facebook-Kustomer with API access commitments* (2022), https://techcrunch.com/2022/01/27/facebook-kustomer-eu-clearance/?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAACVt2024J97bjbKMG8RxlxIacBiSXA1VTyaAgCBVpJQYB7zz0b4EYnItRERL4sViSNtpsAYKT3g_Sm6mE1Uuf7Q0i8wHJjfiwErvJTSxzuzQfeeixe7qMNa3qYn0kVUJXbyvXtdsh7Kd60Rs1MeFc_3BFWzPiuKa55ERbFLmyvUZ (last visited 2023/4/10)

⁴⁴² European Commission, *Mergers: Commission clears acquisition of Kustomer by Meta (formerly Facebook), subject to conditions* (2022), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_652 (last visited 2023/4/10)



的 CRM 軟體競爭者或新進者提供同等的改良或更新⁴⁴³。

本案係歐盟宣示透過結合規範第 22 條處理新生競爭者收購之問題後歐盟首件關於數位經濟領域的新生競爭者收購案，也係非水平結合之類型，執委會關注的競爭疑慮同樣也包含對創新的減損效應，蓋 Kustomer 的競爭者或新進者若無法以相同條件近用訊息傳遞管道 API，將導致 CRM 軟體價格提高、品質降低及創新減損。不過，因為本案缺乏終局決定，Kustomer 的競爭者或新進者無法以相同條件近用訊息傳遞管道 API 對於價格、品質及創新帶來之減損係多大程度者，因為未見具體論述故不得而知，未來倘若有類似個案，也應是執委會應詳加論述者。這項救濟同時牽涉互操作性（interoperability）之議題，也就是確保 CRM 軟體供應商均得平等近用訊息傳遞管道 API 以利其改善品質及研發創新，且中小企業在使用不同 CRM 軟體時仍能透過既有的訊息傳遞管道與客戶聯繫，維持原有網路效應所帶來之效率。

值得一提者係，德國競爭主管機關卡特爾署（Bundeskartellamt）曾認為本案應考量基於生態系的競爭損害，也就是擔憂 Meta 可能運用來自 Kustomer 的數據或技術於 Meta 自身的生態系，特別是線上廣告市場。儘管最後因為證據不足而遭到擱置，但已有論者認為此顯示在數位平台結合的領域，結合對於競爭的效果應相當程度脫離單一市場的衡量，而擴大到以生態系的角度衡量市場動態競爭的發展⁴⁴⁴。

第四項 小結

透過事前結合管制規範審查巨型平台的新生競爭者收購，鑒於此類收購仍可能帶來創新綜效的效率，但若採取放任的不執法態度也可能使巨型平台頻繁消滅新生競爭者而維持其支配地位，因此建立一套更細緻的事前審查標準，以辨識出顯

⁴⁴³ *Id.*

⁴⁴⁴ OECD, *supra* note 275, at 28.



具競爭疑慮之非水平結合，並思考調整現行結合舉證標準，係核心議題。

關於結合申報門檻規範，以營業額為基礎的門檻可能不足以將某些具新生競爭疑慮的併購案納入審查，學理及執法實務上紛紛思考改採交易價值基礎門檻，在歐盟則是透過賦予舊規範新用途，將這類收購統一交由執委會審查，新生效的數位市場法更是直接要求守門人平台應申報與平台核心服務相關之所有結合。本文認將申報門檻降低固然具備擴大審查範圍以避免規範不足之優點，卻也可能在面對事前判斷不易的新生競爭收購案帶來更高的錯誤執法風險，考量交易價值門檻較能客觀反映一結合案之潛在競爭疑慮而較為可採，惟仍應持續觀察其運作情形。

接著是實體審查的問題，在目前沒有統計證據指出新生競爭者收購往往是反競爭的前提下，不應推定獨占或支配地位平台事業之收購為違法，仍宜維持現有分析框架，並適度提高對於支配地位平台收購的關注。同時，從事前角度判斷新生競爭者的發展仰賴詳細的事實調查及舉證，並須將新生競爭收購競爭分析架構設定清楚。本文認為實體審查上應以動態效率中尤其創新之減損為核心，區分兩種態樣：結合對於其他上下游競爭事業現有研發計畫創新誘因之影響，以及排除新生競爭威脅而損害創新之問題，分別討論，目前學理上較有待建構判斷標準的係後者，具體來說應衡量者包含收購事業是否具支配地位、新生競爭者是否可能發展成為顯著競爭對手，學理建議可以自目標事業是否具可識別之獨特創新計劃及資產，且在多大程度上可能取代既有產品的銷售而減損創新誘因，並衡量市場上是否有其他競爭者或潛在進入者。證據方面得依據收購事業內部通常業務文件、第三方競爭者或中立人士的看法、收購價格等，判斷收購事業的意圖、有無利用目標事業資產之計畫。在考量對於創新的可能損害之同時，應與創業家退場及創新綜效等效率進行權衡。

最後，新生競爭的事前審查因具備前揭不確定性，而面臨高執法成本及錯誤執法成本之問題，大多數的新生競爭收購案的競爭分析，可能面對的是創新損害不明

確，或縱有創新損害但無法與效率相權衡之情形，此時即凸顯了靈活運用救濟措施的重要性，將消弭創新疑慮作為運用救濟措施的核心，可以適度減輕錯誤執法成本的問題，也能維持市場中的創新競爭。



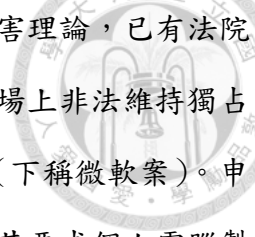
第三節 以獨占濫用行為規範處理新生競爭者收購

第一項 概說

以獨占濫用行為規範，包含謝爾曼法第 2 條或歐盟運作條約第 102 條，處理新生競爭者收購，係近年歐美學理提倡之有力規範途徑，且也被應用在前述 FTC 對 Facebook 的訴訟中。

在程序面，以事後獨占濫用行為規範處理新生競爭者收購，主要受到美國法學者的提倡。美國法的結合管制向以事前及事後管制並存，原因在於克萊頓法早期並無課予結合事業向主管機關申報之義務，僅有所謂的事後管制，直到 1970 年代，有鑑於政府在事業結合是因缺乏證據質疑，但等到結合後事業形成巨大規模並具競爭疑慮時，又已錯失良機，且事後始提出質疑往往也造成無法有效救濟已經產生的競爭疑慮⁴⁴⁵，因此國會通過 Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976（下稱 HSR 法），使符合該法條件之交易應事前向主管機關申報，主管機關事前得調查並決定是否起訴禁止結合，但無礙於主管機關對於非屬 HSR 法所規定應申報之案件，或縱已申報之案件，認有競爭疑慮，於交易完成後起訴禁止結合。是以，透過事後規範已完成之結合，在美國法結合管制體例下較具正當性。

⁴⁴⁵ William Blumenthal, *Symposium: Twenty Years of Hart-Scott-Rodino Merger Enforcement*, 65 ANTITRUST L. J. 813, 813-14 (1997); 謝佩芬 (2005)，〈行政管制走向下反托拉斯法規範手段之研究——以協議裁決為中心〉，《公平交易季刊》，第 13 卷第 1 期，頁 124-125。



在實體方面，將損害新生競爭作為謝爾曼法第 2 條⁴⁴⁶之損害理論，已有法院判決先例。1990 年代，Microsoft 被指控在個人電腦作業系統市場上非法維持獨占地位，並於瀏覽器市場上企圖獨占，違反 Sherman Act 第二條（下稱微軟案）。申言之，Microsoft 係個人電腦作業系統服務 Windows 的供應商，其要求個人電腦製造商接受以預先安裝微軟所提供之 Internet Explorer（IE）網頁瀏覽器作為供應 Windows 作業系統之條件，法院最終認為微軟之行為構成非法維持其於個人電腦作業系統市場之獨占地位且企圖獨占網頁瀏覽器市場，以排除以網頁瀏覽器事業 Netscape 對微軟造成的競爭威脅，違反謝爾曼法第 2 條⁴⁴⁷。

本案之啟示在於，透過謝爾曼法第 2 條之途徑保護創新競爭有其正當性，對於新生競爭者之排除行為，可能損及競爭法保護的創新競爭，因此屬謝爾曼法第 2 條損害理論的其中一環。以微軟案為例，微軟透過其在作業系統市場的獨占地位，透過預先安裝自家的 IE 瀏覽器為手段，以防止其他瀏覽器供應商進入這塊市場與微軟競爭，阻礙了原本在瀏覽器市場中的創新競爭。不過，微軟係透過搭售來維持獨占地位、排除新生競爭者，但在以收購為手段排除新生競爭者的案例中，獨占規範應如何解釋適用，則有待下文更細緻的標準建構。為方便聚焦問題以及分析脈絡，本節將以美國謝爾曼法第 2 條之解釋適用為探討核心，歐盟運作條約第 102 條在解釋上雖與謝爾曼法第 2 條有些微不同⁴⁴⁸，但該項差異並非本文探討核心，且就新生競爭者收購之案例，歐盟運作條約第 102 條之規範解釋上可直接參照，因此不另贅述。

⁴⁴⁶ 謝爾曼法第 2 條規定：任何人獨占、企圖獨占，或與任何其他他人聯合或共謀，以獨占數州之間或與外國的交易或商業的任何部分，應被視為有罪。

⁴⁴⁷ United States v. Microsoft Corp, 253 F.3d 34 (D.C. Cir 2001).

⁴⁴⁸ 如歐盟運作條約對於獨占濫用行為之規範，除排他濫用行為外，亦包含阻礙濫用行為（也就是獨占力延伸），美國法則不包含後者。



第二項 美國《謝爾曼法》第 2 條之解釋途徑

第一款 規範正當性

首先，謝爾曼法第 2 條規範在解釋上是否能夠處理多年前已完成之結合，非無爭議。

FTC 在其政策聲明中認為透過謝爾曼法第 2 條對於多年前已完成的收購提出質疑，具正當性⁴⁴⁹。不過部分學者質疑透過第 2 條規範的正當性。根據 HSR 法案，大多數結合案都是在交易完成前遭主管機關審查，僅少數係在交易完成後立即被主觀機關審查，大多數具競爭疑慮的結合案在事前已受到執法機關審查且許可，若允許執法機關適合解除結合許可，市場中的事業將面臨無法判斷其併購交易合法與否之不確定性⁴⁵⁰。

不過，較為多數的學者肯認以謝爾曼法第 2 條之規範，事後挑戰非法維持壟斷的結合案，不僅根據過去的判例法曾以第 2 條規範反競爭的收購⁴⁵¹，且運用第 2 條規範，因為係從事後觀點，可資運用之證據較多，並能自較全面的觀點評估事業的一系列收購行為；且相較克萊頓法第 7 條而言，能夠更合理分配原被告的舉證負擔，認定效率主張也較為寬鬆，尤其在具顯著效率的結合，此更能避免錯殺了一些具備促進創新效率的新生競爭者結合⁴⁵²。也有文獻指出，事業透過併購交易擴大營運範圍而具競爭疑慮時，本應承擔其交易可能遭受執法機關追究的風險，因此此

⁴⁴⁹ Prepared Statement of FTC, *supra* note 281, at 14-17.

⁴⁵⁰ Timothy J. Muris & Jonathan E. Nuechterlein, *First Principles for Review of Long-Consummated Mergers*, 5 THE CRITERION JOURNAL ON INNOVATION 29, 32-34 (2020)

⁴⁵¹ Melamed, *supra* note 411, at 6-7. 例如標準石油公司案。

⁴⁵² *Id.* Hemphill & Wu, *supra* note 116, at 1882-83. 其認為等待將使執法機關取得在早期無法獲得的重要證據。

等不確定性尚無法全然否定事後挑戰獨占濫用規範的正當性⁴⁵³。臉書案法院的見解認為，克萊頓法第 7 條的結合概念，應非僅止於股票或資產交易完成的當下，而包含持有的狀態，持續至該項交易或持有被解消，這樣的解釋也適用在以謝爾曼法第 2 條提起的訴訟上⁴⁵⁴。本文亦認為，併購之手段也屬於非法獲得或維持獨占地位的行為態樣，具備規範上的正當性。

第二款 規範要件

謝爾曼法第 2 條的構成要件，包含在相關市場具獨占力量，以及故意取得或維持該獨占力量（反競爭或排他行為），而非藉由優越的產品、商業智慧或歷史偶然性⁴⁵⁵。

一、獨占地位

首先，被告應具備獨占地位。若依據傳統觀點，法院係間接界定市場力量，也就是先界定相關市場，再衡量事業在相關市場中的市場力。不過隨著越來越多經濟學者建議採取直接認定市場力的方法，例如價格變化如何影響需求變化的經驗證據，以避免先界定市場再認定市場力的途徑，可能具界定過廣或過狹而不精確的問題，特別是數位平台可能具備以下問題，而應更加仰賴包含數據、案件事實，以及經濟專家證據直接判斷平台的市場力⁴⁵⁶。

首先，在網路或雙邊市場中，相較於傳統市場，較小的市占率即可以顯示充分的市場力量，特別是領先事業占有率並非平均之情形。在個案中縱使僅具備 60% 的市占率，但考慮到網路效應以及邊際成本下降，小型事業要難以自大事業獲得銷售額，事業的市場力也就更為可觀，不過相對的，也應該衡量多平台使用以及低廉

⁴⁵³ 鍾詔安，前揭註 317，頁 122-123。

⁴⁵⁴ Federal Trade Commission v. Facebook INC., Civil Action No. 20-3590 (JEB)50-53 (2021)

⁴⁵⁵ United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 570-71 (1966)

⁴⁵⁶ Hovenkamp, *supra* note 6, at 1959-60.



的轉換成本對於市場力的削減效應⁴⁵⁷。

其次，過於仰賴界定市場，也會忽略多個平台市場間牽連性的問題，換言之，界定雙邊平台市場力量，究係界定哪一邊的市場力，不無疑問。例如本章第一節提及的 FTC 對 Facebook 之訴訟中，Facebook 在個人社群網路雖有高達 60% 的市占率，但在數位廣告市場卻只有 18%，不過該訴狀中也提及了 Facebook 的維持獨占力的行為損害了廣告市場中的創新。藉此推論，FTC 即係指控 Facebook 濫用其在個人社群網路市場的獨占地位，損害網路廣告市場的創新，這牽涉美國法院向來不承認的槓桿理論。不過，學者認為在數位雙邊平台市場的情形並不相同，因為雙邊市場的特性就是不同邊之間的行為會互相影響，因此平台能藉由濫用一市場獨占力量以造成另一邊平台市場的競爭損害，且進一步言之，若採取直接界定市場力方法，即得避免此一問題⁴⁵⁸。

鑒於市場界定方法充滿上述缺陷以及可能界定錯誤進而影響市場力之判斷，學者認為直接衡量市場力是更好方法，換言之，透過運用直接證據，以衡量一事業或一群事業是否對價格具所需的市場力，例如具充足市場力得以訂出非競爭性價格而獲利，並得出一事業或一群事業構成相關市場⁴⁵⁹。

本文以為，數位市場因為技術快速發展，且平台生態系逐漸多元化，使得以傳統市場界定之觀點來看，產品之間是否具備可替代性更加模糊，此時或可援引學者 Hovenkamp 提出的群組市場概念，並依網路效應、轉換成本、多平台使用等因素，直接衡量平台事業的市場力，例如衡量若平台服務品質的降低，是否可能造成消費者選擇不同平台。當涉及所提供服務係零價格之平台時，此等方法更為重要，可參考前述 FTC 在其訴狀中透過綜合考量每日活躍用戶數量、用戶在平台上所花費之

⁴⁵⁷ *Id.* at 1962-63.

⁴⁵⁸ *Id.* at 1963-65.

⁴⁵⁹ 例如在水平結合競爭分析中的單方效果分析 (unilateral effects)，考慮在產品差異化市場中兩相當接近的事業結合是否會帶來相較於結合前更高的利潤最大化價格。*Id.*



時間，以及隱私保護品質未完善之情況下客戶仍未流失之證據、轉換成本及網路效應等，作為觀察社群平台市場力的重要指標。

二、反競爭效果、因果關係

(一) 應否證明反競爭效果 (anticompetitive effects) 及因果關係 (causation) ？


FTC 在其政策聲明中認為，第 2 條的反競爭損害及因果關係的要件相比於克萊頓法第 7 條還要寬鬆，申言之，第 2 條的責任並不取決於潛在進入者將提升市場競爭條件或其實際進入的證據，而是只需視該項排除競爭威脅之行為是否具合理能力 (reasonably capable of) 促進被告維持其市場力量，亦即該行為使獨占力量的更可能被獲得或維持，或更持久⁴⁶⁰，換言之，既無需判斷該收購具實質的反競爭效果，也無須判斷若無被告的收購行為，新生事業是否會實際進入市場並帶來促進競爭效果。

不過學者認為這誤解了前述微軟案中法院的見解，並提出以下論點反駁。首先，過去法院見解係應辨識獨占事業之行為具反競爭效果，以及其因果關係⁴⁶¹。其次，合理能力標準具備適用上的侷限性。問題在於，對於新生競爭威脅的排除是否係具合理能力促進被告維持獨占力量之行為類型，頗具疑義。根據法院在微軟案的見解，法院認為 Microsoft 的排他行為並無任何促進競爭效率，該缺乏促進競爭理由的「不良行為」(undesirable conduct) 事實上抑制了 Navigator 瀏覽器的發展，被告應承擔己身不良行為的不確定後果，因此原告無須舉證較困難的因果關係⁴⁶²。而在 Rambus 案，法院則認為原告未證明若不是 (but-for) 被告之行為，即不會對競

⁴⁶⁰ Prepared Statement of FTC, *supra* note 281, at 15-16. D. Bruce Hoffman, *Antitrust in the Digital Economy: A Snapshot of Fed. Trade Comm'n Issues*, Remarks at GCR Live Antitrust in the Digital Economy (2019), https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1522327/hoffman_-_gcr_live_san_francisco_2019_speech_5-22-19.pdf (last visited 2023/4/14)

⁴⁶¹ Douglas H. Ginsburg & Koren W. Wong-Ervin, *Challenging Consummated Mergers Under Section 2*, Forthcoming Competition Policy International, May 2020, 2-4 (2020)

⁴⁶² *Muris et al.*, *supra* note 450, at 39-40.



爭過程產生損害⁴⁶³，也就是說被告行為雖可能導致其維持獨占地位，但即使沒有被告的行為，被告也可能維持其獨占地位，這樣的不確定性，法院認為應由政府承擔，也就是政府應舉證行為與獨占維持之間具因果關係。再者，根據先前 FTC 的見解，合理能力標準僅適用於缺乏任何促進競爭理由之排他行為，並不適用於具可能效率之結合。因此應認為僅當行為的反競爭性被證明時，合理能力標準才適用於以排他行為扼殺新生競爭之訴訟，也就是僅當此條件被滿足，原告始得免於證明若無被告行為，新生競爭者會成為真正的競爭者。蓋若不如此解釋，則可能會錯殺了可能促進效率之結合⁴⁶⁴。第三，根據 Brown Shoe 案，克萊頓法旨在處理謝爾曼法規範圍以外的獨占萌芽及交易限制，因此其標準比謝爾曼法來說較為寬鬆，而非嚴格⁴⁶⁵。

本文以為，排除新生競爭威脅之結合並非具合理能力不法維持被告獨占力量之類型，蓋對於新生競爭者的收購，縱得排除新生競爭威脅而阻礙創新，但也可能透過整合新生競爭者的資產，或資助其進行創新研發帶來綜效，因此其是否帶來反競爭效果，是否具合理能力減損競爭，並不確定，換言之，一項新生競爭者收購，其意圖及效果可能在於排除競爭者，因此促成或維持獨占維持，但也有可能是收購而提升綜效，並藉由優良的服務改善吸引更多消費者，而維持獨占，而後者的途徑並非競爭法譴責的對象。所以原告自應證明若無該結合，新生事業將進入市場並帶來更佳的價格、創新效果，或現在的競爭條件相較於未結合的情形更差，以確認獨占維持與收購行為之間具因果關係。

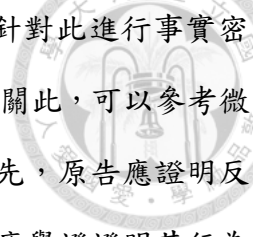
(二) 如何衡量反競爭損害及效率？微軟案中的損害認定

確立了應證明新生競爭者收購具反競爭效果且與收購具因果關係後，接著應說明如何衡量結合可能帶來的反競爭損害以及促進競爭效率，例如結合事業併購

⁴⁶³ Rambus Inc. v. FTC, 522 F.3d 456, 466 (D.C. Cir. 2008)

⁴⁶⁴ Ginsburg et al., *supra* note 461, at 4-5 ; Muris & Nuechterlein, *supra* note 450, at 35-41.

⁴⁶⁵ Ginsburg et al., *supra* note 461, at 5-6.



目標事業之行為是否抑制了目標事業創新技術或產品之發展，針對此進行事實密集的創新競爭分析，並考慮到併購帶來的效率，一併衡量比較。關此，可以參考微軟案法院對於原被告就行為具反競爭/促進競爭效果之說明。首先，原告應證明反競爭效果，也就是被告行為損害消費者福利。若成功舉證，被告應舉證證明其行為確實為促進競爭的一種形式，例如涉及更高的效率或更加吸引消費者。若該項舉證成立，法院將衡量反競爭損害以及促進競爭效果，並由原告（政府）承擔最終的舉證責任⁴⁶⁶。這種方法類似於運用第 7 條評估一可能減損競爭但也具效率的結合，但與第 7 條不同之處在於，在第 7 條主張效率抗辯極為困難。但根據第 2 條，以促進競爭效果以否定競爭法責任之案例並不罕見。

自微軟案以觀，適用第 2 條應衡量反競爭效果及促進競爭效果，接下來的問題即如何在新生競爭者收購的審查中妥適衡量此二者。學者認為在已完成之結合，應著重在收購後市場上發生的實際情形證據上，例如併購後價格、產量或創新係正面或負面，可以推斷併購對於競爭的影響。也有經濟學者認為，若併購後對於價格、產量及創新未有顯著影響，該併購應不具明顯反競爭效果，縱使認為若在沒有併購的情形，創新效果可能更差，但原告應對此負舉證責任，證明在無收購的情形，價格、品質或創新可能更佳⁴⁶⁷。換言之，若結合後產品品質、創新等競爭要素並未明顯改變，且沒有確切證據或理由指出在未併購的情形下競爭條件更加低落，即應認為該結合係屬合法者。

(三) 以收購意圖之證明取代競爭損害之證明？

有學者認為，收購事業策略性文件足以證明獨占及阻止未來進入的具體意圖

⁴⁶⁶ FTC Prepared Remarks of Commissioner Noah Joshua Philips, *Reasonably Capable? Applying Section 2 to Acquisitions of Nascent Competitors*, 6-7 (2021), https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1589524/reasonably_capable_-_acquisitions_of_nascent_competitors_4-29-2021_final_for_posting.pdf

⁴⁶⁷ *Id.* at 8-11. Ginsburg et al., *supra* note 461, at 5-6.

468。縱使無法直接推論，收購意圖的證據應具備顯著的權重用以判斷一項收購是否具反競爭效果，以因應經濟效果證據的不足。質言之，執法機關應尋找並權衡各類有關既有事業意圖消除競爭，並透過收購以實現此一目標的證據，此類證據包含事業感知競爭威脅之內部文件、對於新生競爭者的廣泛收購行為、以及經濟證據如收購價格的比較⁴⁶⁹。

不過也有學者認為，僅依意圖證據，並不符合第 2 條之解釋，因為第 2 條要求證明結合具反競爭「效果」。且依據判例法的觀點，僅具備反競爭意圖，不足以該當競爭法之違反。惟其也認同意圖證據並非完全不能作為證據，執法上仍得依意圖證據加上其他類型的證據，證明該結合係對於潛在競爭的抑制。例如綜合結合當時尚未明朗的內部文件及證詞、收購模式及其效果，以及事後可得之市場統計數據或學理發現，以推斷結合造成的實際競爭效果以及市場力是否持續。再者，縱潛在或新生競爭者可能採取一些策略行為使其看起來像潛在競爭者而吸引既有事業的收購，但當詳細檢視該等新生事業的意圖及誘因時，可能發現其具備或根本缺乏成熟能力以成為實際之競爭對手⁴⁷⁰。

第三款 連續性收購

最後的問題在於，巨型平台透過計畫性的連續性收購（serial acquisitions）或系統性收購（systematically acquisitions）所產生的競爭疑慮，也就是其個別收購的事業可能市占率均十分微小，但加總起來卻具有顯著排除新生競爭威脅的效果。即有學者認為以第 2 條得作為系統性收購的規範途徑，理由在於第 2 條的規範使執

⁴⁶⁸ Jeffery M. Wilder, *Potential Competition in Platform Markets, Remarks as Prepared for the Hal White Antitrust Conference*, 2-4(2019), <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1176236/download> (last visited 2023/4/14)

⁴⁶⁹ C. Scott Hemphill & Tim Wu, *supra* note 116, at 1903-05.

⁴⁷⁰ Ginsburg & Wong-Ervin, *supra* note 461, at 7-8; Hemphill & Wu, *supra* note 116, at 1905-09. 例如早期可能無法預測數據或行動裝置等科技發展對於市場競爭的重要性，或無法預測一事業的支配地位是否堅不可破，或根本缺乏持久的市場力量。這些從事後觀點來看會更加清晰。



法機關能更注重事業一連串的行為模式，且因數位市場容易傾斜以及進入障礙高的特性，則對於新生競爭者的一系列收購將使得獨占平台市場力更加堅不可破，並使獨占事業更有利藉由拒絕授權關鍵技術排除競爭者⁴⁷¹。

不過，有反托拉斯學者提出理論認為，當合法性取決於特定單一行為，而非數行為總合以判斷其是否排除足夠市占率的情形，若將一系列行為分別來看，個別均屬合法，但並不能將所有行為集合在一起看並認為其屬於違法，若得如此為之則容易被濫用指控數個原本合法的行為違法⁴⁷²，同理，個別併購如果原均屬合法，並不能集合數併購並指控其違法，而應根據個別行為逐一判斷（practice-by-practice），其原理即在於若每個個別結合均具促進創新的效率，但若允許執法機關將數個不同結合集合並指控其違法，將錯誤地譴責具效率的行為。不過，執法機關仍得質疑該系列中的「最後一個交易」使市場傾斜向獨占⁴⁷³，並認為法院得衡量結合案發生時市場的整體情形，包含過去以進行之一系列收購對產品開發的影響、未實現的效率，以及對潛在對手的內部討論⁴⁷⁴。

本文則認為第 2 條具質疑連續性收購之正當性及可行性，蓋數個連續性的收購行為縱客觀上雖均不同且可能個別均合法或不容易判斷是否限制競爭，但若依照事業的整體計畫以觀，該客觀上個別不同的收購行為實際上均屬同一企圖獨占或維持獨占的整體行為，且所收購之事業總體依其市占率或取得之資產總類衡量，已達到排除市場競爭之程度，也就是量變產生質變之時，論理上仍有該當謝爾曼法第 2 條之正當性。例如前述 FTC 指控 Facebook 收購 Instagram 及 WhatsApp 一案，FTC 在訴狀中對於整個收購計畫的描述，其用意或許即在於說明 Facebook 的收購計畫整體性，可視為透過數項收購遂行維持獨占地位的違法意圖，因此可以

⁴⁷¹ Wilder, *supra* note 468, at 4; Bryan & Hovenkamp, *supra* note 110, at 353. 也有歐盟學者建議以 TFEU 第 102 條規範系統性收購損害新生競爭的情形。de Lamo, *supra* note 114, at 6.

⁴⁷² Daniel A. Crane, *Does Monopoly Broth Make Bad Soup*, 76 ANTITRUST L. J. 663, 663-64 (2009)

⁴⁷³ Ginsburg & Wong-Ervin, *supra* note 428, at 8-9.

⁴⁷⁴ Kristen C. Limarzi & Harry R.S. Phillips, "Killer Acquisitions," *Big Tech, And Section 2: A Solution in Search of a Problem*, CPI ANTITRUST CHRON. MAY 2020, 4-5 (2020)

將數項行為整體來看，認定其違反謝爾曼法第 2 條。



第三項 《FTC 法》第 5 條之適用

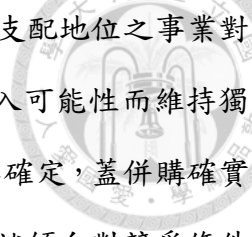
獨占排他行為，亦屬美國《聯邦交易委員會法》(Federal Trade Commission Act, 下稱 FTC 法) 第 5 條之不公平競爭方法之態樣。FTC 有意透過《FTC 法》第 5 條規範包含新生競爭者收購以及系統性收購，其於 2022 年底頒布《聯邦交易委員會法第 5 條不公平競爭方法適用範圍之政策聲明》(Policy Statement Regarding the Scope of Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the FTC Act)，以取代 2015 年頒布之政策聲明，實質性擴大了符合第 5 條不公平競爭方法之行為類型，包含：事業進行的一系列併購，個別來看並不違反反托拉斯法、以及可能減損現在或未來競爭之對於潛在或新生競爭者之併購，這些行為可能仍處於萌芽階段 (incipient) 而尚未取得完整市場力、造成實質競爭損害，或其違反反托拉斯法之精神但並未落入當前法規 (即謝爾曼法及克萊頓法) 之文義當中⁴⁷⁵。

該等政策聲明大幅減輕了 FTC 原先所應負擔的舉證標準。如政策聲明指出，符合第 5 條不公平競爭方法之行為，必須該行為係屬競爭方法，且該競爭方法必須為不公平者，並指出 FTC 將得以跳脫謝爾曼法及克萊頓法中的競爭分析方法，得僅基於證據指不公平競爭方法傾向對競爭條件造成負面影響，而無須證明行為將減損市場競爭，也就是說 FTC 得免於界定市場及市場力，亦無須以合理原則衡量競爭損害，得在初始階段禁止該傾向損害競爭條件之不公平競爭方法⁴⁷⁶。

不過，新生競爭收購是否屬於不公平競爭方法，不無疑問，蓋對於新生競爭者之收購，雖可能排除競爭而損害創新，但也可能具備整合創新資產發揮綜效之效

⁴⁷⁵ Federal Trade Commission, *Policy Statement Regarding the Scope of Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the FTC Act*, 12-15 (2022), <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/policy-statement-regarding-scope-unfair-methods-competition-under-section-5-federal-trade-commission> (last visited 2023/5/26)

⁴⁷⁶ *Id.* at 8-10.



率，並非傾向於對競爭條件造成負面影響之行為類型。再者，具支配地位之事業對於小型競爭者之連續性收購，其加總起來雖可能排除市場的進入可能性而維持獨占地位，但整體而言是否即傾向對競爭條件造成負面影響也並非確定，蓋併購確實作為新創事業之重要退場機制之一，因此，進行一系列收購是否就傾向對競爭條件造成負面影響，也不能一概而論。

第四項 小結

以謝爾曼法第 2 條，對已完成之新生競爭者收購提出質疑，具備相較於事前的結合審查有更多證據得審酌之優點，且其舉證架構更適合用來判斷可能同時具限制競爭效果及促進競爭效率之結合案型，縱使可能破壞法安定性，但這也係結合事業應承擔的部分不利益。

將本條解釋適用於該當排除新生競爭威脅而維持獨占地位，應符合以下要件。首先，事業應係為了獲得獨占或維持獨占，應證明事業具獨占地位，傳統間接認定市場力的方法因為存在缺陷，適度參酌基於證據而直接認定市場力的方法，針對競爭關係更加模糊的數位市場可能更具可行性。其次，應證明事業之行為具反競爭效果，如具備效率也應一併納入衡量，評估是否具反競爭效果之方法，若涉及創新之限制，則與本章第二節提及之方法類同，應評估對於新生競爭者之結合是否阻礙新產品開發的創新誘因；再者，也應審酌因果關係，也就是在若無結合之情形，新生事業將發展成既有事業的直接競爭對手，帶來更佳的競爭條件。以上要件之判斷，得參酌既有事業之收購意圖，並審酌市場統計數據以及其他結合後出現的證據，評估結合後市場的競爭條件以及預測未結合的情形下市場可能的競爭條件如何。最後，事業透過一系列策略性收購，個別來看雖不易判斷是否限制競爭，但綜合其主觀意圖，連續性的收購之量加總已經足排除市場競爭而使事業取得、維持其獨占地位，得透過第 2 條評價其違法。

儘管 FTC 法第 5 條的不公平競爭方法規範也可能作為規範單一新生競爭者或系統性收購之途徑，但該行為是否傾向於對競爭條件產生負面影響，尚無法一概而論，而不適合以第 5 條規範。



第四節 競爭法的救濟措施

第一項 概說

結合管制的另一個核心即救濟措施 (remedy)。當事前結合審查認為一結合案尚不具備實質減損競爭疑慮⁴⁷⁷，而無須禁止其結合時，同時又為了消弭可能產生的限制競爭疑慮，執法機關得單方決定或與事業達成協議，針對結合案訂定救濟措施，以回復至結合前的競爭狀態。如前所述，數位平台尤其以巨型平台所發動之非水平結合，執法機關救濟措施應更加著重可能減損非價格競爭之疑慮，包含服務品質、研發創新等，而且數位市場的競爭更加動態，常需要對技術發展之未來進行預測，事業結合後技術創新發展可能快速變動，救濟措施更應該將此動態觀點納入考慮。此外，因為非水平結合經常帶來效率，因此相較於結構性拆分，行為救濟措施較能兼顧可能的限制競爭疑慮及結合產生的效率⁴⁷⁸。

除此之外，在運用事後獨占排他行為規範檢討排他性收購之行為時，也應當考慮救濟措施之正當性及有效性，尤其應思考數位平台市場的網路效應、規模經濟等特性，也應將大數據、演算法的經濟特性納入考量，思考拆分事業是否為唯一選項，為了維護數位平台市場的效率，又有哪些替代方案可以參考，也不可不慎。

以下將一併論述競爭法在面對巨型平台之非水平結合所可能面臨的救濟措施

⁴⁷⁷ 惟我國公平交易法之規定係衡量整體經濟利益及限制競爭不利益，結合的救濟措施(附款)，依公平交易法第 13 條第 2 項，係為確保整體經濟利益大於限制競爭不利益。

⁴⁷⁸ Turgot, *supra* note 134, at 120-21.

之議題，包含思考拆分平台是否為妥適的救濟措施、是否應強制平台向競爭者開放抑或禁止平台自我偏好、是否強制平台授權數據或限制對於數據之運用，以及智慧財產權強制授權之探討。



第二項 救濟措施的檢討

第一款 平台拆分與互操作性

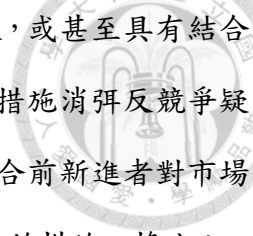
競爭法為消弭平台產生的競爭損害，拆分（break up）係學理上主張的救濟措施之一，也就是將事業之資產或股份剝離，屬結構性救濟措施，本即屬於競爭法結合管制的救濟措施之一。主張應拆分平台之論點，如新布蘭代斯學派自巨型平台利益衝突之觀點，認為應將平台的平台設施及其商業設施結構性拆分⁴⁷⁹。若將拆分救濟應用在結合管制，其使用時機可能透過事後的角度解消一已經完成的結合，也就是當平台的結合被認為具減損競爭效果時，透過結構性拆分平台，以回復到結合前的狀態，徹底阻斷結合帶來的反競爭效果，以回復競爭的市場狀態。

不過，拆分是否能夠回復市場原有競爭及效率，頗受質疑，論者指出在傾向獨占的數位市場，若透過強行拆分，可能破壞數位市場的效率例如網路效應，提高個別事業的成本並進而帶來消費者價格上漲，於是最後市場又回到獨占的狀態⁴⁸⁰，且數位市場具創新週期短暫而快速變化之特性，若未經妥適衡量即拆分事業，也可能破壞發展中的創新⁴⁸¹。本文認為，若未思考數位市場的現有效率即強加拆分，反而可能帶來負面效果，因此運用拆分救濟時應區分情形。倘若係為了消滅新生競爭者而排除競爭的結合類型，甚至在併購後即停止目標事業的產品或技術研發計畫，也未利用目標事業資產或整合，則此類型的結合並未產生任何效率，運用拆分之救濟

⁴⁷⁹ Khan, *supra* note 40, at 976-1093.

⁴⁸⁰ Hovenkamp, *supra* note 6, at 2001-18 ; Herbert Hovenkamp, *Antitrust Interoperability Remedies*, 123 COLUM. L. REV. 1, 1-36 (2023)

⁴⁸¹ Turgot, *supra* note 134, at 120-21.



應屬妥適。但若結合後事業有整合雙方資產而已經難以回復原狀，或甚至具有結合專屬效率時，此時單純的拆分救濟即非妥適，而應思考透過救濟措施消弭反競爭疑慮的同時，保持結合帶來的效率、已經整合的資產價值或維持結合前新進者對市場帶來之競爭機能，論者認為可以採用互操作性（interoperability）的措施。換言之，應思考靈活運用救濟措施，視個案情形兼採結構性拆分以及行為救濟措施，例如強制授權某關鍵技術給既有競爭者甚至是潛在競爭者，或允許數據可攜性，以維持競爭機能。

所謂互操作性，指涉數家事業的技術或系統，以允許用戶同時運用該技術或系統指令之形式連結起來，亦即允許業務具關連性之事業，在某方面競爭，但同時又透過協議或規範互動，包含透過營業訊息或數據的動態即時共享、靜態的數據可攜性（data portability）、非敵對性（nonrivalrous）的生產性資產如智慧財產權的強制共享，以及事業內部管理階層的重新安排。其相較於拆分平台而言，侵入性以及對市場結構的破壞性均較小，若拆分平台可能破壞數位平台的規模經濟或範疇經濟，或阻礙網路效應時，則拆分即並非妥適的選項；反面言之，互操作性也並非放諸四海皆適用，仍應與其他救濟措施相結合，並考量事業結構、產品或服務之類型，以及所涉競爭疑慮而定。當支配地位事業為維持自己的市場力，往往傾向不與競爭者分享技術或系統，但若要求分享具備正當性，則可以使平台競爭者更專注就其服務品質、價格等進行競爭⁴⁸²。

以本章第一節的 Facebook 非法獨占一案為例，現今 Facebook 用戶在平台上張貼的貼文、相片等，並無法轉換攜帶到其他競爭性的社群平台上，透過要求 Facebook 藉共通可讀的格式提供數據可攜性，使用戶的發文紀錄等可以在不同社群平台之間轉換，促進平台之間就其服務功能特色進行競爭。不過，即便 Facebook

⁴⁸² Hovenkamp, *supra* note 6, at 2032-38; Hovenkamp, *supra* note 480, at 1-36. 學者也提到同時應注意搭便車的問題，並制定有效的治理規則，而在平台用戶之間個別交易均以金錢達成者，搭便車的問題較少。



早在 2012 年及 2014 年即已收購 Instagram 及 WhatsApp，但直到今日，三者之間的平台僅進行了很有限度的整合，三方仍是在不同的介面或應用程式上運行，彼此之間所提供的互操作性選項也十分有限，例如，用戶今日雖能夠選擇將 Instagram 上的限時動態（stories）同步分享到 Facebook 上，但同一用戶在 Facebook 及 Instagram 上的貼文或相片還無法無縫互相轉換。因此，在本案中拆分 Instagram 及 WhatsApp，尚不至於破壞其間的效率。除拆分以外，搭配透過互操作性措施，進一步維持、促進被拆分之事業間的競爭機能，如賦予 Facebook 用戶就其貼文、相片可攜性，使 Instagram 在拆分後得就其服務品質與 Facebook 競爭⁴⁸³。

第二款 平台開放與禁止自我偏好

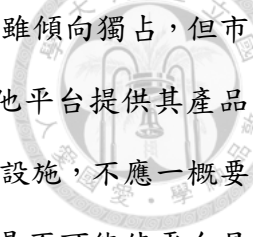
如前，基於平台垂直整合的趨勢，衍伸平台可能歧視競爭廠商的疑慮，例如以不利益或不公平的條款作為廠商進入平台的條件，或甚至拒絕對競爭廠商開放平台。鑑於此項疑慮，有論者認為當平台的垂直結合可能牽涉市場封鎖疑慮時，應強制平台對其競爭者以非歧視的條件開放平台⁴⁸⁴。對此應思考者，平台是否有對其競爭者開放的義務？平台拒絕與其競爭者交易是否違法？而關於拒絕交易是否違反競爭法而應強制開放的標準，相關的討論包含關鍵設施理論（Essential Facility Doctrine）之適用，探討平台是否該當關鍵設施。根據關鍵設施理論，若要該當關鍵設施應符合以下要件，包含：獨占者控制關鍵設施的近用、該設施無法被實際獲合理地複製給競爭者、獨占者拒絕向競爭者提供、獨占者提供該設施係可行的⁴⁸⁵。但此一原則已遭美國競爭法學界大力抨擊，法院也在判例中不斷限縮其適用，以避免競爭者可以過分地取得獨占事業擁有之關鍵設施，減損事業自行開發之誘因⁴⁸⁶。

⁴⁸³ *Id.*

⁴⁸⁴ Parker, Petropoulos & Van Alstyne, *supra* note 48, at 17-20.

⁴⁸⁵ MCI Commc'ns Corp. v. AT&T Co., 708F.2d 1081, 1132-33 (7th Cir. 1983)

⁴⁸⁶ Hovenkamp, *supra* note 341, at 284-85. 依據法院判決，僅當事業係「自然獨占、受法律管制，或公有且其維持或建立受到補貼」之情形，始有此理論之適用。



惟無論採寬或嚴之見解，平台均難以該當此類要件，蓋某些平台雖傾向獨占，但市場中並非沒有其他平台可供競爭者近用競爭廠商仍可以透過其他平台提供其產品或服務，僅優勢不如既有獨占平台。由此推論，平台並非屬關鍵設施，不應一概要求平台應開放給競爭者，而是應回歸競爭損害之預防，判斷結合是否可能使平台具能力及誘因封鎖競爭者近用平台，進而提高競爭對手成本或減損創新誘因，或帶來價格上漲等消費者福利之減損，該等競爭損害是否會因為網路效應而擴大，以決定是否賦予平台與其競爭者交易之義務。例如 Microsoft 與 LinkedIn 之結合案，歐盟執委會考量 Microsoft 可能將個人電腦作業系統之市場力延伸至專業社群網路市場，且網路效應可能更加增強 LinkedIn 在專業社群網路市場之市場力，將對於其他在專業社群網路市場的競爭者不利，最後 Microsoft 承諾不會強迫 PC 製造商預先安裝 LinkedIn 於 Windows 作業系統、對專業社群網路競爭者維持 Microsoft Office 等軟體之互操作性等，作為結合救濟措施⁴⁸⁷。

進一步的問題在於，應否禁止平台自我偏好 (self-preference) 自家產品，例如給予自家產品或服務較明顯的位置，以吸引消費者注意。美國國會提出的《美國創新與線上選擇法案》(American Innovation and Choice Online Act) 擬直接禁止符合該法定義之平台不公平地自我偏好行為⁴⁸⁸。無論是透過規範強制抑或司法救濟措施，均應思考禁止自我偏好之規範正當性為何，包含：自我偏好是否構成歧視性拒絕交易？禁止自我偏好是否帶來效率？有論者認為，一概禁止自我偏好，將與現行競爭法原則上鼓勵多品牌競爭或銷售多重品牌商品之原則相抵觸，零售商藉由同時銷售自家產品及競爭性供應商的產品，可以促進供應商制定更有競爭力的價格，進而最大化消費者福利。但若一概禁止自我偏好，將可能迫使平台在僅銷售自家產

⁴⁸⁷ Ocello & Sjödin, *supra* note 100, 6-7; European Commission, CASE M.8124-MICROSOFT/LINKEDIN, Para. 407-438 (2016), https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124_1349_5.pdf

⁴⁸⁸ 法案擬管制之自我偏好行為態樣，包含：對自家產品收取較低價格、給予自家產品在搜尋或如 Amazon 黃金購物車 (Buy Box) 等工具上的優勢地位。See <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/2992/text> (last visited 2023/4/26); Hovenkamp, *supra* note 42, at 55.



品及競爭對手產品間做出選擇，進而僅銷售自家產品，損及產品多樣性帶來的競爭⁴⁸⁹。

對於平台自我偏好較可行的因應，論者認為可以在事業的管理層面採納互操作性，參照過去競爭法案例中事業自願透過經營結構重組的經驗，允許平台的參與者在一定程度上共同治理平台，例如允許 Amazon 上的供應商針對在平台上銷售的產品類別共同進行決策，並仍由供應商自行決定價格⁴⁹⁰，藉此消弭因垂直整合帶來自我偏好、限制平台上廠商競爭之疑慮。

第三款 數據的授權與運用

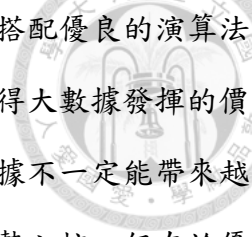
大數據是數位平台特性之一，也為數位平台創造了競爭優勢，使得數位市場趨向集中，有論者因此認為應強制巨型平台與其競爭者共享數據或授權競爭者利用數據，藉以妥適分配數位市場的價值⁴⁹¹。併購係平台事業快速獲取大量數據的重要且便捷之途徑之一，因併購而帶來的資料集中問題，過去也屢屢成為平台結合審查的重要議題，不過，歐美主管機關多認為數據本身並不構成進入障礙⁴⁹²。縱使肯認大數據構成領先地位之平台事業的競爭優勢，但是否即可推論出強制平台授權數據之正當性基礎？此一議題實亦與關鍵設施理論之解釋適用有關，亦即數據是否為關鍵設施，擁有大數據之平台應授權競爭者使用數據？論者認為，僅當「數據為市場新進者必須且無可取代之生產投入，若數據為獨占者掌握並拒絕提供或出售給新進者，就會形成無法克服之進入障礙。」時，才符合關鍵設施理論的定義，然而隨著演算法的革新，使得數位平台可能無須仰賴關鍵多數的數據，即能透過演算

⁴⁸⁹ Hovenkamp, *supra* note 42, at 53-59.

⁴⁹⁰ Hovenkamp, *supra* note 480, at 30-31.

⁴⁹¹ Parker, Petropoulos & Van Alstyne, *supra* note 48, at 17-20.

⁴⁹² 如 2007 年 Google 與 DoubleClick 結合案，FTC 即指出數據雖能提升結合事業之產品競爭力，但關鍵仍在於事業的演算法創新。2014 年的 Facebook 與 WhatsApp 結合案，歐盟執委會同樣認為因為用戶轉換成本低且能夠多平台使用，使得新進者的進入障礙並不高。參見馬泰成，前揭註 35，頁 22-23。



法有效改良其服務品質，凸顯了演算法的重要性，倘若數據無法搭配優良的演算法進行運算、學習，縱有大量數據也無法得出精確的運算結果，使得大數據發揮的價值有限，況且數據的價值也呈現規模報酬遞減的現象，越多的數據不一定能帶來越大的報酬，且各平台所蒐集的數據也具異質性，因此平台競爭優勢之核心仍在於優異的演算法，而非數據本身。由此可推論數據本身只是進入障礙之一，但並非無可取代之進入障礙⁴⁹³，也因此缺乏了一概要求平台開放其數據之正當性。

另一方面，平台藉由結合獲取數據，提升其競爭優勢，執法機關能否限制平台就其因併購所獲取之數據的運用方式。在 2020 年 Google 與 Fitbit 之結合案，Google 承諾不會將 Fitbit 智慧穿戴裝置所蒐集之用戶健康數據，運用於 Google 的廣告業務⁴⁹⁴。這項承諾雖有預防 Google 利用其等數據增進其廣告事業之優勢，但實際上主要是防止 Google 因結合取得用戶健康數據而侵害個資，毋寧含有較重隱私保護之考量。問題在於，以競爭法之觀點限制事業就其因結合取得的資料之運用方式正當性基礎為何。

本文認為互操作性可作為正當性基礎，也就是在事業具藉由結合取得數據並利用該等數據遂行排他行為之能力及誘因時，為使競爭事業能夠更專注地藉由其產品或服務品質及創新進行競爭，對其施加限制數據運用措施或要求其以公平、合理及無歧視之條件授權數據之運用⁴⁹⁵，也就是將互操作性提升競爭機能之理念納入考量。

⁴⁹³ 馬泰成，前揭註 35，頁 16-22。

⁴⁹⁴ European Commission, CASE M.9660- GOOGLE/FITBIT COMMITMENTS TO THE EUROPEAN COMMISSION (2020), https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202120/m9660_3314_3.pdf

⁴⁹⁵ Turgot, *supra* note 134, at 120-121. 不過也有論者指出，要求平台事業授權其他競爭事業運用數據，可能牽涉用戶隱私的問題並增加獨占事業的成本，因而可能不具可行性。參見張媛筑（2018），〈競爭法上使用數據之應有定位與可能造成之衝擊〉，《公平交易季刊》，第 26 卷第 4 期，頁 152-153。但本文認為此得透過用戶同意之機制解決。



第四款 智慧財產權或無形技術資產之強制授權

數位平台的結合，有眾多係為取得目標事業的互補或新創技術或資產，甚或為了消滅該項技術或資產之發展可能性，其中又以智慧財產權等無形技術資產之取得為其核心。理論上事業藉由收購取得智慧財產權，可以專有該財產權之運用，但如此卻與促進競爭之理念處於緊張關係。智慧財產權對於技術或創新成果的保護固然助於鼓勵技術或創新之發展，但若過度保護其權利運用，甚至被事業用作排他之手段，反而可能扼殺市場的創新競爭，因此行使智慧財產權之行為，仍有可能違反競爭法⁴⁹⁶。此時，課與事業就其所取得之關鍵智慧財產權，以公平、合理及無歧視之條件授權競爭者或甚至潛在競爭者，可作為消弭前開競爭疑慮之救濟。

論者認為，在技術及數據普遍被分享之領域，智慧財產權之互操作性可以透過非專屬交叉授權（nonexclusive cross-licensing）達成，具利用規模經濟及網路效應的優點。而且智慧財產權具備非敵對性，可以無限次被授權使用，再加上智慧財產權相較於實體資產而言共享成本極低，因此智慧財產權之強制授權因而適合作為互操作性的措施⁴⁹⁷。參考此一概念，若平台事業買下具創新技術之智慧財產權的目標事業，並擬以該財產作為排他意圖者，或終止該財產之利用，這時透過強制智慧財產權之授權，不僅只會有限度影響事業針對智慧財產權運用之規劃，達到防止事業透過佔有智慧財產權遂行排除競爭之行為，同時能夠促進多事業間運用同一智慧財產權所帶來之效率⁴⁹⁸。此外，若參照歐盟法院對於拒絕專利授權之違法標準見解，認為若拒絕授權之結果，「阻止了具潛在消費者需求之新產品（new product）」

⁴⁹⁶ 楊宏暉（2017），〈基於競爭考量之強制授權—兼談競爭法與專利法之競合〉，《公平交易季刊》，第25卷第1期，頁3-5。另參考公平交易法第45條：依照著作權法、商標法、專利法或其他智慧財產權法規行使權利之正當行為，不適用本法之規定。

⁴⁹⁷ Hovenkamp, *supra* note 480, at 16-17.

⁴⁹⁸ 例如2011年Google與ITA結合案，司法部要求Google應以公平合理無歧視之條件，授權機票搜尋和訂購網站使用ITA提供的電子定價及購物（P&S）系統，並禁止Google為自己之利益使用消費者數據。See *United States v. Google Inc.*, No. 1:11-cv-00688 (D.D.C. Apr.8,2011), www.justice.gov/atr/cases/f269600/269620.pdf (last visited 2023/5/18)

的出現」時，將構成濫用獨占地位⁴⁹⁹。參照此法理，當平台藉併購取得具智慧財產權之新創事業，且該智慧財產權可能成為研發新產品之重要基礎時，強制該項智慧財產權之授權也具正當性。



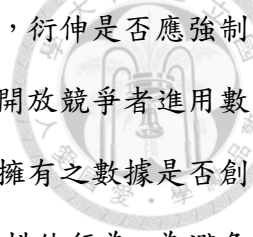
第三項 小結

巨型平台收購新生事業之非水平結合，往往因其對競爭效果之預測困難，貿然且一概採取結構救濟，可能阻礙結合帶來的效率，因此並非妥適，思考如何透過行為救濟措施，以事前之觀點維持未來可能發生的競爭，或在事後維持已完成結合的既有效率，成為核心考量。

在殺手併購的情形，事業結合的目的在於排除潛在競爭對手並終止新生事業的創新計畫，因是類結合並未帶來任何效率，採取結構性拆分可以使市場恢復到原有的競爭狀態。不過，在具備以技術資產遂行排他行為之可能性，但反競爭效果尚非明確，尤其具備相當資產整合可能效率，或事後角度而言已經難以透過拆分回復到結合前的競爭狀態者，即應思考搭配以互相操作性之行為救濟為核心，要求事業允許數據可攜性，或授權具非敵對性的無形技術資產，以維護結合效率並促進非結合事業在市場內帶來的競爭。

其次，平台的結合也牽涉對於自家上下游部門的偏好或歧視性措施，是否應要求平台一概向競爭者開放或禁止平台自我偏好，並不能一概而論，較妥適的方法係以互操作性之觀點，判斷平台封鎖競爭者以平台條件進入是否創造進入障礙排除新進者，平台設施對於競爭者之開放或非歧視性措施是否能增進平台內的競爭，而考慮允許平台參與者共同參與平台產品服務提供的決策，增加競爭者間產品服務多樣性並增進產量，以促進平台市場內的競爭。

⁴⁹⁹ 楊宏暉，前揭註 496，頁 14-16。

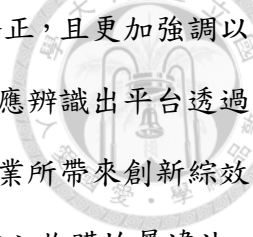


最後，平台因擁有大數據，也透過結合作為獲取數據的手段，衍伸是否應強制平台授權數據之運用或限制其運用方式，同樣地，一概要求平台開放競爭者進用數據或限制其運用，也缺乏正當性，應以互操作性之觀點考量平台擁有之數據是否創造過高的進入障礙及對用戶的轉換成本，以及是否藉由數據遂行排他行為，為避免因此排除新進者帶來之創新效率，有限度地開放數據可攜性或限制數據的運用即得以促進事業間就服務品質之競爭。

第五節 本章小結

當今非水平結合管制之競爭法疑慮，主要凸顯於巨型平台對於新生競爭者的收購。自美國 FTC 對 Facebook 提起的反托拉斯訴訟，主張 Facebook 對新生競爭者的收購係故意維持獨占地位，阻礙品質、創新而減損競爭，以及學理上所提出的新生競爭損害理論，指控巨型平台收購實際或潛在競爭地位之新生事業，維持其於平台市場的支配地位而損害競爭，該等新生事業之所以具重要性在於其所研發之互補新創技術、產品為平台生態系增添價值，並增加了既有事業的競爭壓力，甚至扮演推動破壞式創新的動力。之所以強調新生競爭的理由在於，相較於傳統的潛在競爭理論，預測新生競爭者的發展需要以更加動態的觀點分析該等事業技術的未來發展，並且因應保護平台市場參進之必要性，適度降低司法審查中對於進入可能性標準之認定。因此，將競爭法規範，包含事前的結合審查規範、事後的獨占排他行為規範，以及救濟措施的施加，適用於平台非水平結合時，應考量上述特性妥適進行解釋。

詳言之，首先是事前結合審查規範，在申報門檻的部分，鑒於歐盟結合管制係由執委會所主導，並以申報為管制基礎，諸多學者建議應修改現行門檻，改採如交易價值門檻等，不過也有認為應持續觀察交易價值門檻施行情形再考慮修正者；而在美國的結合管制本來即不以申報為介入結合的前提，行政機關縱於交易完成後



亦得對結合事業提起訴訟，因此學理上的討論不局限於門檻的修正，且更加強調以事後規範處理。至於實體審查，衡量平台對新生競爭者收購，除應辨識出平台透過收購阻礙創新研發、減損競爭之效果外，也應該權衡收購新生事業所帶來創新綜效以及助於新創事業退場之效益，而不應推定巨型平台或支配事業之收購均屬違法，但仍應提高審查之密度。具體而言應注重對於動態效率之減損，可能的減損形式包含兩者，其一為減損既有競爭事業間就現有產品研發創新之誘因，其二則係排除新生競爭者而阻礙創新。後者為巨型平台併購所引起之競爭疑慮核心，歸納學理的建議，應判斷客觀上收購事業是否具支配地位、新生事業是否可能成長為顯著競爭對手，該等可能性標準以 50% 為足，具體可以參考學理自新生事業是否具可識別之獨特創新計劃及資產，認定是否有能力在短期內發展與既有事業具替代性之產品或服務，且該項產品在多大程度上可能取代既有產品而減損創新誘因，同時市場上是否具其他既有事業或潛在進入者；證據上得考量收購事業內部通常業務文件、其他競爭者及產業中立人士的看法、收購價格等，判斷是否具利用目標事業資產之計畫、排除競爭威脅之意圖。在上述分析中，並應將資產整合或新創退場的效率納入考量，並注意合意殺手併購並不能作為競爭減損的合法抗辯。

再來係事後獨占排他規範，這部分在美國法有諸多討論，在美國法的結合管制架構下，由於結合的狀態可被視為自交易完成後仍然持續，因此仍有透過謝爾曼法第 2 條介入的正當性。不過仍應具體檢驗該條之要件，包含應具備獨占地位，且由執法機關及事業各方分別舉證結合當時可被識別的反競爭效果以及效率，執法機關並須證明若無該結合，新生事業可能發展成顯著競爭對手，因此該結合係故意排除新生競爭者而維持獨占或取得獨占地位。事後規範介入重要性特別彰顯於巨型平台透過一系列的收購新生競爭者之行為，若均具單一排除競爭威脅之意圖，致量變產生質變，導致個別的結合可以被視為一系列非法獨占的行為，透過第 2 條檢視一系列行為模式的違法性更為妥適。

最後是救濟措施，儘管結構性拆分具備一勞永逸之特性，也能防止平台利益衝突的問題，但在具動態發展特性的平台市場，單純拆分可能阻礙創新發展的效率。除針對未產生任何效率之殺手併購或得回復原狀之部分採行拆分係妥適以外，為適度回復平台收購新生事業帶來的損害以及市場的動態效率，行為救濟措施較為妥適，並以互操作性之考量為核心，當為防止具支配地位平台透過數據或無形資產遂行排他行為，形成過高的進入障礙，或透過歧視性條款阻礙競爭者接近使用平台時，得要求平台提供有限度的數據可攜性，或要求以公平、合理及無歧視之條件授權智慧財產權或無形技術，或引進平台參與者共同治理、決策之機制，以維持平台市場內的競爭機能。

最後，以表 10 說明歐美針對巨型平台收購新生競爭者結合規範之比較。

表 10 歐美針對巨型平台收購新生競爭者結合規範之比較

		歐盟法	美國法
事前 結合 審查	申報 門檻	傾向認為應修正申報門檻，以解決新生事業收購不受審查之問題。	無需修正申報門檻，因為在美國結合管制規範下縱使於結合完成後，行政機關仍得提起訴訟交由司法審查結合。
	實體 審查	歐美元法無明顯差異，均認為應重視動態觀點之競爭評估，並具體化其審查標準、考慮適度放寬實體標準。(即嚴格審查支配地位平台所進行之收購)	
事後結合 審查/獨占 規範		有學者建議仿照美國管制架構，引入事後結合審查制，允許行政機關在交易完成後一段期間內審查結合，或直接以 TFEU 第 102 條規範。	透過謝爾曼法第 2 條規範。
救濟		應更重視行為救濟措施。	應重視互操作性之維持。

(本研究自行繪製)



第五章 歐美法制對公平交易法非水平結合規範之啟示

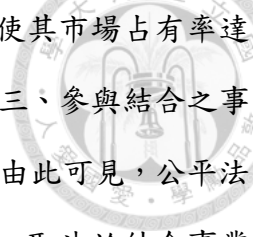
經回顧歐美競爭法非水平結合規範針對巨型平台收購新生競爭者的實務見解及學理論述，發現由於歐美結合管制架構的不同，導致歐美的改革倡議有些許不同，但無妨彼等均主張應將非價格的動態競爭面向納入非水平結合規範競爭分析，重視新生事業對於市場創新進入帶來的競爭效益，並接受執法有限度的錯誤積極執法，這些研究發現對於我國公平交易法（下稱公平法）的非水平結合規範有值得借鏡之處。本章將依序回顧公平交易法非水平結合規範，包含實體規範要件及實務案例，接著討論公平法對數位平台經濟相關結合案的實務見解，以及公平交易委員會（下稱公平會）面對數位經濟有關結合規範的政策方向，最後比較歐美法制經驗與我國公平法之規範後，提出本章結論。

第一節 我國非水平結合規範之演進

第一項 公平交易法之結合規範

我國公平法結合之概念，主要承襲歐陸法，依照公平法第 10 條之規定可見，結合之定義包含事業合併以及對他事業取得控制權，此與美國法著重者係資產或股票之收購，有些許不同。至於公平法結合管制之目的，旨在防止事業藉由結合增強其市場力量甚至形成獨占地位，導致對於市場競爭者或上下游事業產生阻礙競爭之可能性。對此，公平法採事前申報異議制，符合申報要件之事業應向公平會申報結合，而公平會應於一定時期內審查並決定是否允許結合，若逾期未為決定，事業即得合法進行結合⁵⁰⁰。申報結合的門檻規定於公平法第 11 條：「事業結合時，有

⁵⁰⁰ 廖義男（2021），《公平交易法》，初版，頁 250, 258-259，台北：元照。



下列情形之一者，應先向主管機關提出申報：一、事業因結合而使其市場占有率達三分之一。二、參與結合之一事業，其市場占有率達四分之一。三、參與結合之事業，其上一會計年度銷售金額，超過主管機關所公告之金額。」由此可見，公平法兼採市占率及銷售金額的申報門檻制度，若係非水平結合的情形，取決於結合事業是否在相關市場達到一定市占率或銷售金額，而是否應向公平會申報。

至於實體規範要件，依據公平法第 13 條第 1 項：「對於事業結合之申報，如其結合，對整體經濟利益大於限制競爭之不利益者，主管機關不得禁止其結合。」由本條規定可以看出，針對事業結合，公平會將分別衡量「限制競爭不利益」及「整體經濟利益」。不過，如此規範模式，遭學者批評與歐美各國採取的「實質限制競爭之虞」標準互為迥異，換言之，即權衡一切影響市場競爭的因素以判斷是否有實質限制競爭之虞，而若依我國區分限制競爭不利益及整體經濟利益，將能假以市場外的其他經濟利益或其他非競爭相關效率，阻卻結合的限制競爭性，並非妥適⁵⁰¹。不過，公平會為消弭可能之限制競爭疑慮，依公平法第 13 條第 2 項，得附加附款，確保整體經濟利益大於限制競爭之不利益。

至於限制競爭不利益及整體經濟利益之認定，可以參見《公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則》(下稱處理原則)，以下與垂直及多角化結合之實務案例發展合併說明。

第二項 實務案例發展

若自公平會網站「本會行政決定」項下，查詢 2004 年至今已經公開的非水平結合案件決定書，包含兼具水平、垂直結合型態或三者型態兼具之結合案在內，其中公平會均附加負擔不禁止結合，以下表 11 所示，並分述各自之實務分析方法。

⁵⁰¹ 黃銘傑 (2017)，〈公平交易法結合管制之問題點與盲點——以結合類型與實體規範要件為中心〉，廖義男、黃銘傑主編，《競爭法發展之新趨勢——結合、聯合、專利權之行使》，頁 26-28，台北：元照。



表 11 2004 年後已公開決定書之非水平結合類型

決定書字號	結合型態	決定書字號	結合型態
公結字第 112001 號	垂直、水平	公結字第 102003 號	垂直
公結字第 109001 號	多角化、水平	公結字第 102001 號	垂直、水平
公結字第 107002 號	多角化	公結字第 100003 號	多角化、水平
公結字第 106001 號	垂直、水平	公結字第 100001 號	多角化
公結字第 104003 號	多角化	公結字第 099004 號	多角化
公結字第 103004 號	多角化	公結字第 099002 號	垂直、水平
公結字第 103003 號	多角化	公結字第 098004 號	多角化、水平、垂直
公結字第 103002 號	多角化	公結字第 097006 號	垂直
公結字第 103001 號	垂直	公結字第 097003 號	多角化

(本研究自行繪製)

第一款 垂直結合

公平會於審酌垂直結合是否具限制競爭效果，得依處理原則第十一點所揭之因素認定：(一) 結合後其他競爭者選擇交易相對人之可能性。(二) 非參與結合事業進入相關市場之困難度。(三) 參與結合事業於相關市場濫用市場力量之可能性。(四) 增加競爭對手成本之可能性。(五) 導致聯合行為之可能性。(六) 其他可能

造成市場封鎖效果之因素。舉例言之，在台灣數位光訊與東森電視結合案⁵⁰²，公平會以上、下游競爭事業家數多寡，以及結合事業之市占率、市場上是否有其他強力競爭者，判斷結合後其他競爭者選擇交易相對人之可能性及參與結合事業於相關市場濫用市場力量之可能性。再者，公平會依照參與結合事業是否握有上游關鍵性投入，且具備相當市場力量，得藉此對所屬下游業者之競爭者差別待遇，墊高競爭者取得上游要素之成本，衡量是否具增加競爭對手成本之可能性。其次，公平會透過結合是否改變上、下游市場結構，判斷結合導致聯合行為之可能性。

進一步，公平會審酌參與結合事業是否具備誘因遂行市場封鎖策略，包含使下游競爭事業無法取得關鍵投入要素（投入封鎖），或使上游事業無法取得客戶銷售管道（客戶封鎖）。以 Microsoft 與 Nokia 結合案⁵⁰³為例，公平會即衡量：「結合事業若採用提高 Android 授權計劃權利金，墊高使用 Android 系統成本之策略，用以擴張 Windows Phone 安裝基礎，成功與否仍受限於另一個生態系統 Apple iOS 之競爭壓力。...（略）儘管如此，結合後 Microsoft 將擁有自己的裝置製造部門，將降低對於其他行動裝置廠商之依賴程度，因此確實有提高 Android 授權計劃權利金之誘因：一方面可增加行動裝置廠商採用 Android 系統的反誘因（disincentive），以鼓勵其改用 Windows Phone，拉近與另外兩個生態系統在規模上的差距；另一方面增加以決定採用 Android 系統裝置廠商權利金支出，以達到墊高（下游）競爭對手成本（raising rivals cost）之目的，最終將反映在更高的行動裝置售價上。」可見公平會認為結合後 Microsoft 具調漲其授權權利金之誘因，藉此促進自家作業系統的銷售並影響下游競爭對手成本，帶來更高的終端消費者價格。此外，公平會亦曾於個案中考量技術進步因素，認為：「微影設備係以研發技術取勝，價格尚非交易相對人決定交易之首要考量，技術進步係微影設備商競爭勝出之決定性因素，故尚難

⁵⁰² 公結字第 106001 號結合案件決定書。

⁵⁰³ 公結字第 103001 號結合案件決定書。

謂參與結合事業於產品價格有其競爭優勢⁵⁰⁴。」由此可見，公平會已關注到技術優勢之競爭優勢，握有優勢技術的廠商可能藉此阻礙競爭者取得技術利用權，更加鞏固自身優勢，進而影響消費者利益。

總而言之，公平會於審酌垂直結合是否具限制競爭不利益時，係依照結合事業所處市場市占率以及競爭者數量及其競爭壓力，併同實施封鎖市場策略是否符合結合事業自身利益，且最終是否可能影響消費者價格，綜合判斷。此與歐盟非水平結合準則有一致之處，其在評估垂直結合是否限制競爭，主要依參與結合事業是否具封鎖競爭對手之能力、誘因，以及是否造成提高價格等之限制競爭效果，具體言之即判斷結合事業之市場力以及投入要素的重要性、事業是否能自封鎖策略中獲利，最終是否提高下游市場價格⁵⁰⁵。

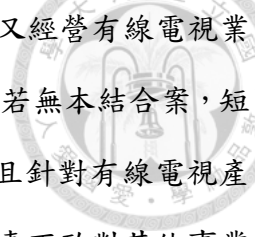
第二款 多角化結合

多角化結合是否具限制競爭效果，主要衡量結合是否具重要潛在競爭可能性，換言之即若結合事業間具重要潛在競爭可能性，則結合可能因為消除潛在競爭者而限制競爭。依處理原則第十二點，公平會得考量下列因素以判斷是否具重要潛在競爭可能性，若具備，則應進一步依其產生類似水平結合或垂直結合之狀態，衡量其限制競爭效果：(一)法令管制改變之可能性及對參與結合事業跨業經營之影響。(二)技術進步使參與結合事業跨業經營之可能性。(三)參與結合事業原有跨業發展計畫。(四)其他影響重要潛在競爭可能性之因素。

歸納公平會在實務個案中判斷是否具重要潛在競爭可能性，在法令管制層面，由於許多個案牽涉有線電視產業的結合，公平會大多衡量有線電視法令改變之可

⁵⁰⁴ 公結字第 102003 號結合案件決定書。

⁵⁰⁵ 陳韻珊 (2015)，〈垂直結合的封鎖效果〉，《公平交易委員會電子報》，第 19 期，頁 1-3。



能性⁵⁰⁶。至於技術進步促使跨業經營之可能性，公平會曾認為「又經營有線電視業務需具備相關技術及硬體設備，申報人目前未從事相關業務，故若無本結合案，短期內難因技術進步而使申報人得以跨業經營有線電視業務⁵⁰⁷」且針對有線電視產業認為「有線廣播電視系統相關技術發展經年且已成熟，技術因素不致對其他事業跨業經營產生影響⁵⁰⁸。」由上述兩案可知，公平會於判斷技術進步影響跨業經營可能性時，係以產業技術是否成熟、事業是否具相關技術及硬體設備為斷，雖是以偏向靜態之角度衡量短期內跨業經營的可能性，不過公平會近年也曾在相關個案中提及「參與結合之 8 家系統經營業者未來尚須面臨其他競爭者(新進或跨區系統經營者、中華電信 MOD)參進所屬經營區而造成市場佔有率逐漸降低之可能⁵⁰⁹…」此可見公平會以一定程度納入較為動態的觀點，考慮未來中華電信 MOD 業者對於有線電視帶來的競爭。其他判斷因素，包含結合不改變市場競爭結構，且須面對其他業者參進市場之考量⁵¹⁰。最後，公平會也曾判斷多家事業合資新設紅利點數事業之多角化結合產生類似水平、垂直結合狀態，進一步分別衡量水平及垂直結合的限制競爭效果⁵¹¹。

第三款 整體經濟利益的衡量

針對垂直結合的整體經濟利益，公平會曾衡量：「垂直結合對於可將因為上、下游事業各自定價(或產品、品質等決策)對於交易相對人所產生之外部性予以內部化，化解因倚賴市場交易所產生之『交易成本』及『雙重邊際化』之問題，帶來價格降低及產量增加之正面效果。」並認為個案中可以透過設計、工程等整合，經

⁵⁰⁶ 例如公結字第 107002 號結合案件決定書。

⁵⁰⁷ 公結字第 107002 號結合案件決定書。

⁵⁰⁸ 公結字第 104003 號結合案件決定書、公結字第 097003 號結合決定書。

⁵⁰⁹ 公結字第 109001 號結合案件決定書。

⁵¹⁰ 公結字第 104003 號結合案件決定書。

⁵¹¹ 公結字第 103002 號結合案件決定書。

由降低價格、提高品質、增加產出及促進創新等形式，透過市場競爭過程，間接反映在最終消費者利益⁵¹²。至於多角化結合的經濟利益，公平會曾考量因範疇經濟為消費者帶來多元選擇，提升消費者價值，例如：「有助於有線電視與其他影音視訊平台整合，強化數位匯流之發展，提供更多隨選視訊服務、增加頻道節目播送數量、更優質之節目內容等有利於消費者多元選擇服務之提升，以及使民眾能以合理價格享受更優質之寬頻與數位匯流服務等整體經濟利益⁵¹³...」。不過有論者指出，部分結合案公平會並未詳細論述該整體經濟利益是否反應至消費者利益或是否屬結合專屬利益，而有改進空間⁵¹⁴。

第三項 小結

我國公平法結合管制係採事前結合申報異議制，以市占率或銷售金額為申報門檻；實體審查面，公平會則分別考量限制競爭不利益及整體經濟利益。回顧過去公平會曾處理的垂直結合及多角化結合案，均附加負擔不禁止結合。在垂直結合部分，公平會主要衡量結合事業市場內的競爭情形，以及遂行市場封鎖策略之利益，並考量是否損及以價格為主的消費者利益。至於多角化結合，公平會在衡量重要潛在競爭可能性時，除以靜態的觀點評估事業所具備的資產及外在競爭條件，評估短期內是否可能跨業經營，近年漸有採取動態觀點認定有線電視的競爭者。整體經濟利益的部分，雖有部分個案緊密考量結合效率是否專屬且能夠反映致消費者利益，但也有部分個案較欠缺詳細說理。

第二節 公平交易法與數位平台經濟

進入數位經濟時代後，數位平台也在我國蓬勃發展，成為國人生活中密不可分

⁵¹² 公結字第 103001 號結合案件決定書。

⁵¹³ 公結字第 107002 號結合案件決定書。

⁵¹⁴ 翁章傑 (2021),《競爭法上結合申報與審查標準之研究：美國與台灣之比較》，國立陽明交通大學科技法律研究所碩士論文，頁 146-148。

的一部分。雖目前尚未有專門對於國內數位平台產業之統計調查報告，但若根據使用網路之行為報告調查，國人在社群媒體的使用，以 Facebook 的比例最高，占 94%，其次則分別為 Instagram 及 Twitter⁵¹⁵。鑒於此趨勢，國內業者也莫不積極發展數位平台，也出現透過併購、新設事業等方式建置數位平台的方式，公平會曾於少數個案中審查，以下說明案例事實並分析公平會的見解。

第一項 我國數位平台經濟之結合案

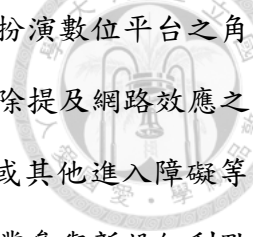
第一款 合資新設紅利點數事業結合案⁵¹⁶

悠遊卡、中華電信、全家便利商店、神腦國際等 8 家參與結合事業參與投資並共同經營點讚公司，點讚公司負責招募紅利點數服務之加盟商家及會員。本案參與結合事業分別經營電子票證頁、電信業、連鎖便利商店業等不同業務，而所共同經營之點讚公司則經營紅利點數服務業務，並無產品替代或上下游關係，是屬多角化結合型態。公平會於競爭分析中考量參與結合事業因共同經營紅利點數服務事業，產生類似水平及垂直結合之效果，因此分別就水平及垂直限制競爭效果分析，雖認為參與結合事業間不僅目前尚不具備潛在競爭關係，也無水平及垂直限制競爭疑慮，但提及考量到雙邊市場之網路效應的特性，有使新設事業市占率增大之趨勢：「紅利點數業務具有『雙邊市場』特性，而本結合案因中華電信於電信相關市場居於首位，且悠遊卡發行量亦高達 4,200 萬張，為國內最大之交通電子票證，是本結合案因『雙邊市場』之『網路效應』而使渠等共同經營之點讚公司在紅利點數市場上趨於獨（寡）占之可能性。」鑑於此，為消弭參與結合事業與未來加盟之其他業者透過紅利點數平台遂行限制競爭行為，公平會附加負擔不禁止其結合。

本案公平會明確衡量雙邊市場中的網路效應特性，使得在雙邊市場中經營的

⁵¹⁵ 財團法人台灣網路資訊中心（2020），《2020 台灣網路報告》，頁 20，<https://www.twNIC.tw/doc/twrp/202012e.pdf>

⁵¹⁶ 公結字第 103002 號結合案件決定書。



事業有著趨於市占率高的趨勢，易言之，本案的紅利點數事業也扮演數位平台之角色，透過數位點數累積機制媒合消費者及商家業者，不過公平會除提及網路效應之概念以外，並未進一步衡量此等雙邊平台是否有著高轉換成本或其他進入障礙等特性。且儘管網路效应有使規模擴大的現象，但衡量本案多家事業參與新設紅利點數平台，也可能為平台不同邊的用戶帶來間接網路效應⁵¹⁷，使得平台另一端的用戶價值提升。有學者認為公平會之所以認定本案具較大競爭疑慮而附加九項負擔，係著眼於參與結合事業在各自市場廠原具相當市場力量（包含電信、超商及電子票證市場），其等原具有可觀數量的用戶（商家及消費者），因此可能帶來龐大規模的網路效應，並進而增強參與結合事業原具之市場力量⁵¹⁸。

第二款 合資新設支付平台事業結合案⁵¹⁹

中華電信、台灣大哥大等參與結合事業合資新設支付平台事業，雖參與結合事業與合資新設支付平台事業間不具備業務重疊或上下游關係，但參與結合事業間具部分水平、垂直競爭關係。公平會衡量參與結合事業水平、垂直結合帶來之限制競爭效果，認為具部分封鎖市場之疑慮，但進一步指出：「又本案結合後，因先驅者優勢及規模經濟與網路效應下，長期而言，或將形成獨占或寡占之市場結構，而不排除新事業於行動之附平台市場有濫用市場力量之可能性。惟行動支付平台市場尚無法令及資本之進入障礙，及考量近距離無線通訊（NFC）技術與產業特性，新設事業仍須面臨強大競爭。縱新設事業未來如有較高市場占有率，並不表示新設事業必然擁有市場控制力，尚可減緩本結合所造成之濫用市場力量之疑慮。」是以，公平會認為縱結合後網路效應可能使新設事業有獨占市場之傾向，亦須實質衡量技術發展因素是否削減其濫用市場力量之可能性。換言之，結合管制雖旨在預防事

⁵¹⁷ 王相傑，前揭註 11，頁 180。在公結字第 103001 號結合決定書（即前述 Microsoft 與 Nokia 結合案）中，公平會競爭分析也明確考量行動裝置作業系統平台的雙邊性，認為平台對於消費者的價值取決於另一端應用程式開發商的規模。

⁵¹⁸ 顏雅倫，前揭註 19，頁 256。

⁵¹⁹ 公結字第 102001 號結合案件決定書。

業因結合發展成獨占而不利市場競爭之結構，但在數位技術相關市場中也需考量技術發展特性，衡量結合事業是否具市場控制力。



第三款 合資新設事業經營純網路銀行結合案⁵²⁰

連線金融科技金融公司與富邦銀行、聯邦銀行、台灣大哥大及遠傳電信等參與結合事業合資新設連線商業銀行股份有限公司（下稱連線銀行），參與結合事業間因具備部分水平關係以及非水平之關係，公平會認為在水平結合部分並不至於降低參與結合之銀行事業間相互競爭以及持續推動數位化研發與創新之誘因。在非水平之部分，認為因法律限制非金融業者單獨參進純網銀市場之可能性，因此參與結合事業中銀行業者與非金融事業（包含連線金融科技公司、台灣大哥大、遠傳電信）並不具潛在競爭關係。其次，公平會並衡量本結合是否可能造成 LINE 通訊軟體 App 若新增連結至新設事業連線銀行功能，是否有搭售等競爭疑慮，認為不僅 LINE 通訊軟體用戶尚能選擇是否使用連線銀行，且 LINE 通訊軟體亦非其他純網銀業者接觸客戶所必須依賴之「瓶頸」，因而認為不具顯著競爭疑慮。

本案也涉及網路銀行數據累積以及消費者個人資料保護之議題，前者，公平會認為儘管連線銀行可以運用 LINE 之用戶資料，但該等資料「並非無法透過其他來源蒐集或以其他資料取代」，也就是競爭者仍能透過其他方式取得用戶數據，因此認為連線銀行具備之數據不構成相較於競爭對手之顯著競爭優勢。後者，公平會並非單獨衡量數據蒐集是否侵害消費者隱私，而是將此作為非價格競爭面相，認為「尚無事證顯示結合前 LINE 通訊軟體或 LINE 集團所屬事業，與其他參與結合事業正在進行個資保護方面之非價格競爭，本結合難認有消除參與結合事業在個資保護面相競爭壓力之效果，因而有損『以隱私為基礎的競爭』。」由此可見，如何

⁵²⁰ 吳佳蓁 (2020)，〈連線金融科技公司等 7 家事業合資新設純網銀「連線銀行」〉，《公平交易委員會電子報》，第 146 期，頁 1-2。



具體衡量隱私保護作為非價格競爭面相，有其困難度。

第二項 公平會之政策方向

為因應數位經濟時代可能產生的競爭疑慮，公平會於 2022 年底正式發布《數位經濟與競爭政策白皮書》，作為其政策方向之論述。以下歸納與本文有關之部分並進行評析。

第一款 數位市場之特性

公平會首先歸納數位經濟的四大面相，以作為競爭分析之基礎。首先，平台具備中介地位，扮演消費者、商家等群體之間的媒介，形成雙邊或多邊的市場結構，平台並能夠對不同邊用戶訂出不同價格，使得部分平台用戶使用服務係「零價格」。其次，數位事業具有獲取大量數據的特性，使得事業的規模或發展潛力往往並非展現在其營業額上，且大量蒐集數據也帶來隱私保護的擔憂，影響公平法的結合申報門檻應否修正，以及是否應介入管制隱私保護之議題。再者，跨域整合也形成數位經濟發展的態勢，帶來延伸獨占力量、取得市場競爭等議題。最後，網路效應及規模經濟等特性，使得數位市場高度集中，不過公平會同時也認為，縱使市場高度集中，平台事業稱霸市場而為獨占者，但基於平台市場具前揭取得市場競爭的特性，稱霸者不停更替，因此無須譴責現階段的市場獨占事業⁵²¹。

剖析數位經濟特性後，公平會進而指出應思考調整數位市場中的市場界定方法，尤應考量數位市場零價格、事業從事品質等非價格競爭⁵²²。再者，數位經濟的動態變化也使得產品替代性不易確定，市場範圍並非明確，蓋數位經濟的動態創新發展，技術呈現不段革新，使得數位事業能夠更有效整合不同產品，構建生態系統（ecosystem），同一生態系之間產品因而形成互補關係，使市場範圍較不明確，再

⁵²¹ 公平交易委員會（2022），《數位經濟與競爭政策白皮書》，頁 12-29。

⁵²² 公平交易委員會，前揭註 521，頁 36-37。

加上間接網路效應連接平台各端用戶，大數據也扮演不同市場平台間開發新創產品及服務之重要投入，益使數位產業市場界線呈現模糊，鑒於此，公平會指出其在界定數位市場時應確實掌握市場變化，以因應動態變化對於產品替代關係的影響⁵²³。再者，因應數位市場創新與動態變化的特性，公平會也指出應在競爭分析中納入動態指標，以更精確分析數位市場的競爭程度及市場力量，包含衡量以下要素：「關鍵多數、轉換成本、參進障礙、接觸終端用戶管道之多元性以及創新程度等⁵²⁴」。

第二款 殺手併購

公平會認為數位市場可能具殺手併購之疑慮，對於殺手併購的定義，援引學者Cunning、Ederer及Ma在一篇對於藥品市場併購之研究文中的定義，即「以消除潛在前景看好但可能存在競爭的創新」的併購類型。公平會認為，殺手併購兼具減損競爭及促進競爭之雙面效果，一方面，殺手併購可能影響新產品的上市，使新產品的研發被終止，並降低創業者的創新精神、難獲融資而不利創業動機；但另一方面，被市場中的領先事業收購，也有使新創事業有利繼續研發，或利於另一新創事業的發展，並可能因為被大型科技事業收購而增加資本市場對新創的投資。公平會也提及，因殺手併購牽涉消滅潛在競爭對手，因此傳統的潛在競爭理論亦得適用於殺手併購的分析⁵²⁵。

針對殺手併購，公平會目前仍無處理經驗，在申報門檻部分，雖提及外國有改以交易價格作為門檻，但未提及我國法應否修正申報門檻之觀點。實體審查部分，其指出得依《處理原則》中多角化結合是否具重要潛在競爭可能性之分析處理，並

⁵²³ 公平交易委員會，前揭註 521，頁 37、158。

⁵²⁴ 同前註，頁 160。

⁵²⁵ 同前註，頁 111-113。



認為應考量以下要項，以兼顧市場競爭及技術創新。

首先係執法成本，針對一項殺手併購是否可能消滅潛在競爭，牽涉對於產業發展的預測，尤以面對快速變化且複雜的數位商業模式，加深執法的成本以及可能帶來錯誤成本之可能。質言之，對此類結合案應判斷「如果事業不被併購，市場競爭將更激烈的反事實（counterfactual）分析」，具高度不確定性，具體應解決的問題包含新創事業的產品可能如何發展、該項競爭可能發生的程度及時間預測等，並盡可能蒐集可得證據，包含參照市場中潛在併購者的看法、市場中中立人的見解如商業預測等。就現階段而言，公平會認為宜持續參照外國執法建議及經驗，並針對涉及殺手併購之結合附加負擔或條件以消弭結合對未來競爭之疑慮⁵²⁶。

第二係潛在競爭理論之應用，現行處理原則雖已有關於重要潛在競爭可能性之判斷，但在技術變革快速的數位產業終將使得潛在競爭可能性更加不確定，亦即縱使現階段不具產品替代關係，可能過一段時間即有所變動，判斷產品或服務之未來替代性將成為挑戰。再者，公平會也提及我國業者的特性，在數位價值鏈中，有別於五大平台係關鍵技術的「開發者」，我國業者則多為關鍵技術的「應用者」，則應思考若殺手併購發生在我國，其對潛在競爭的限制及受競爭法制約的必要性，是否與他國相似⁵²⁷。

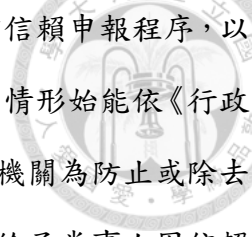
第三係新創事業對併購的期待，倘若一概禁止具領先地位的高科技事業併購新創業者，也可能阻礙技術開發者發展新創事業的誘因，因為如此這些業者就少了一項透過併購獲利出場的管道。此外，也應仔細評估因併購新創事業所帶來的資產、技術等整合綜效⁵²⁸。

最後，公平會論及針對已許可但嗣後發現具限制潛在創新競爭之結合案，我國

⁵²⁶ 同前註，頁 120、195-196。

⁵²⁷ 同前註，頁 120-121、197。

⁵²⁸ 同前註，頁 121、197-198。



法規範下是否有事後再行解消交易的空間，認為應考量保護事業信賴申報程序，以及商業活動有賴可預測及具法安定性之管制規範，在極端例外的情形始能依《行政程序法》第 123 條第 5 款、第 124 條及第 126 條之規定，行政機關為防止或除去對公益之重大危害，得於處分作成後兩年內廢止受益處分，並應給予當事人因信賴處分之財產損失補償⁵²⁹。

第三款 隱私在結合審查中的角色

鑒於數據在數位經濟的重要性，競爭法針對數據驅動的結合中消費者數據隱私之保護，是否及應如何管制也成為問題。公平會曾於日商樂天等事業新設網路銀行結合案中表示見解，認為應先視是否存在數據隱私保護方面的非價格競爭，若有，始進一步衡量結合後對此產生之利益與不利益。不過，主要問題在於數據隱私保護之程度難以客觀透過量化衡量，僅透過質化分析也較欠說服力。公平會認為短期解決途徑在於徵詢隱私或消費者保護主管機關之專業意見，以增加論理上的說服力及全面性⁵³⁰。

第三項 小結

綜觀公平會針對與數位經濟相關的結合案，目前處理案例仍不多，多屬於大型事業合資新設數位雙邊平台事業之類型，雖已在個案中援引雙邊市場及網路效應之概念，但尚欠缺較縝密的論述，例如進一步衡量間接網路效應為不同邊用戶帶來的價值、用戶是否面臨轉換成本、其他新進者是否面臨進入障礙等。不過，公平會曾於個案中考量技術發展對於平台事業帶來的競爭威脅，而認為網路效應帶來之規模不必然賦予平台事業市場控制力，可見其一定程度已納入動態觀點分析，頗值

⁵²⁹ 同前註，頁 194-195。

⁵³⁰ 同前註，頁 122-125、199-200。



贊同。

面對數位經濟的發展，公平會也積極擬定數位經濟的政策，除已描繪出數位市場所具備平台中介性、仰賴數據、跨域整合、市場集中、技術創新發展迅速等因素導致競爭分析應更加注意市場動態變化，殊值贊同，不過，目前大多數論述仍僅有框架性的描述，未來仍應更加精進相關執法方針，例如本文論及的數位經濟結合案，判斷技術發展的未來替代性誠屬不易，短期內公平會具體因應方針如何？是否修改申報門檻？結合實體審查規範是否調整，納入動態創新之因素？又，著眼於我國產業結構之因素，是否會帶來執法必要性低落之結論？面對數位經濟持續發展，殺手併購對我國市場競爭產生之限制是否可能變化？又如跨國結合或域外結合若對我國市場競爭產生影響時如何因應？均係公平會應再續密思考者。

第三節 公平交易法與歐美法制之比較與評析

第一項 結合審查納入動態觀點、更重視非價格競爭因素

自歐美對於數位平台結合的管制相關政策及學理論述之回顧，可知有鑑於平台事業的結合呈現以收購不同市場中其他事業，包含眾多的新生事業，屬於垂直、多角化結合的型態，多數學者均認為應加強管制力道，以防止巨型平台透過頻繁的收購新生競爭者以維持自身支配地位，阻礙技術創新的發展，最終損及消費者利益，其中的途徑包含調整現行競爭法的解釋，在競爭分析時納入平台藉由結合阻礙動態創新的分析，甚至有認為巨型平台的收購均應推定為違法，轉換舉證門檻以維護競爭。依我國公平法第1條之立法意旨，亦揭示維護消費者利益、確保自由競爭的目的，我國實務上亦認為傳統非水平結合所造成的限制競爭疑慮較輕微，但在數位平台廣泛收購新生事業可能帶來阻礙競爭之疑慮下，為維護數位市場新生事業

藉由研發創新帶來增進消費者價值的產品或服務，公平法自也應適度加強非水平結合針對數位平台事業併購之管制力道。

不過，自歐美的啟示可以發現，有認為應推定巨型平台的收購違法，也有認為僅需調整傳統解釋框架即為足夠，我國公平法管制強度應如何因應，即成問題。自公平會於前開數位經濟白皮書所表示之見解，認為科技巨頭有遞嬗的現象，短期內取得市場獨占，並不意味著將永遠稱霸市場而帶來競爭疑慮，毋寧仍面臨不思創新而自招毀滅的危險⁵³¹。再者，事業經由優質的產品或服務，取得消費者的選擇與青睞，致擴大規模而形成獨占地位，係藉由自身努力發展效能競爭而取得的成功，競爭法不應譴責之，僅在事業濫用其市場獨占地位或透過結合形成獨占，阻礙競爭之時，才有非難之餘地⁵³²，此即公平法第9條之規範意旨。因此，在解釋上目前尚欠缺僅基於巨型支配事業具備獨占力量，而對其收購行為採取違法之推定，若推定其結合為違法，將大幅限縮其透過結合跨域發展的可能性，反而有減損其整合不同產品而提升產品服務價值的可能性，有損消費者利益。因此，規範上雖應加強對於非水平結合的管制，但尚無需採取違法推定，而是須因應數位經濟之特性，調整解釋框架，以辨識出具透過結合形成獨占或維持獨占而具阻礙競爭疑慮的非水平結合。

因此，進一步的問題在於應如何調整公平交易法之解釋途徑，以規範具競爭疑慮的數位平台非水平結合，本文認為參照歐美法制，將動態觀點納入公平法的競爭分析方法，應為可行之道。質言之，關於市場力衡量，應認識到技術創新的變革迅速以及數位生態系的高度跨域整合，市場範圍可能不若傳統產業明確，同時產品或服務的替代性也可能在短時間內產生變化，且是否具市場力牽涉更多因素的影響，包含產品服務被群組式提供對各邊用戶是否帶來更多價值、網路效應的強度而影響參進障礙、用戶是否多平台使用、是否面臨轉換成本、是否具關鍵性技術資產或

⁵³¹ 公平交易委員會，前揭註521，頁28。

⁵³² 廖義男，前揭註500，頁201。

為其帶來競爭優勢的大數據等，均應納入考量，換言之，不拘泥於傳統的市場界定形式，納入更實質、直接的市場力認定方法，是未來應考量之方向。而此等市場力衡量標準，尚符合公平法之規範解釋，蓋依公平法第 7 條及第 8 條第 3 項體系解釋，事業是否具獨占地位，尚能依其在相關市場是否具足以影響市場供需而可排除競爭能力之情事，而進行實質認定⁵³³。縱如此之認定標準可能較不具明確性，但為因應數位經濟的前開特性，實仍具調整必要性。

至於競爭效果分析，觀諸歐美學理及執法經驗中對於市場集中化以及數位大型平台興起所發展新興學理論述，可見數位市場中巨型平台的結合，其理解已經自純粹的雙方行為，擴大為包含單方行為的關注，亦即巨型平台透過併購為排除競爭威脅以維持其市場地位之策略；至於管制架構則分為兩派論述，包含應破除現行以競爭效果分析為框架，轉而重視競爭過程及市場結構的主張，以及維持現有框架而適度調整以因應數位經濟特性等兩派理論，本文認為鑑於公平法保護法益的包容性，兩者皆有一定程度的啟示。

首先，參照美國新布蘭代斯學派興起之啟示，其等主張應將競爭法的保護範圍擴及保護競爭者，跳脫以競爭效果為核心的衡量方法，重視競爭結構及過程，彼等學者因此主張大即是惡，應嚴格審查巨型平台的結合，以保護小型業者參與競爭的公平性。我國公平法在立法體例係承襲歐陸「秩序自由主義 (Ordoliberalism)」之觀點，此自廖義男教授指出公平法之憲法基礎在於憲法保障人民職業自由、財產權及契約自由之觀點，可以導出人民依其自由選擇設立事業而生產商品或提供服務應受保障，且國家也有義務維持競爭秩序⁵³⁴，即可以導出應保障大小型業者競爭自由之意旨，同時依公平法第 1 條揭示保護交易秩序、消費者利益、促進經濟之繁榮

⁵³³ 廖義男，前揭註 500，頁 197-199。

⁵³⁴ 廖義男，前揭註 500，頁 6-9。秩序自由主義的主張即透過保護競爭自由，以維護競爭秩序，參見謝長江 (2021)，〈初論非經濟效率因素作為競爭法之目的：從秩序自由主義及新布蘭代斯學派的發展談起〉，《公平交易季刊》，第 29 卷第 3 期，頁 124-130。

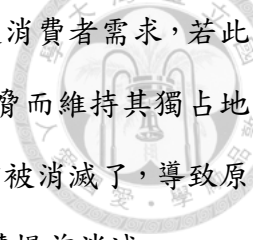
與安定，以及第 13 條就結合審查採衡量整體經濟利益及限制競爭不利益以觀，公平法的保護目的並不限於消費者利益，包含小型事業之競爭自由及競爭秩序之維護，且公平會亦曾於家福公司與惠康公司結合案、統一企業與家福公司結合案中明確衡量應保障中小型供應商與大型量販超市業者在供應條件上的公平性⁵³⁵。執此觀點，在數位平台的非水平結合審查中，一併考量依賴平台事業之小型業者競爭自由的保護，作為保護數位經濟下競爭秩序之考量理由，在我國法上遂具正當性。

另一方面，自維持競爭法保護經濟效率的框架之主張而言，此時即應調整傳統分析框架以因應數位經濟的競爭特性，例如除傳統對價格、產量變動之關注以外，應更重視品質等非價格面向，蓋數位平台具備零價格、跨域整合的特性，平台之間的競爭已經由價格，轉向更廣層面的非價格競爭，如服務品質及多元服務整合成的生態系統等。此外，數位技術以不斷創新為特色，尤其破壞式創新扮演促進數位經濟不斷成長的因素，數位平台的結合諸多牽涉與發展創新有關的關鍵技術，因此應在結合審查競爭分析中納入結合對於市場創新能力及誘因之考量，前已有國內文獻提倡⁵³⁶，本文亦肯認應考量結合對創新的影響，包含應以靜態之觀點，考慮結合對於結合當下創新誘因的影響，若結合使得市場可競爭性帶來影響，將直接影響結合當下的創新誘因，同時也可以透過因為競爭程度之降低對於價格產量之影響一併論證，例如擁有某一關鍵技術之事業被收購，且收購事業也拒絕授權該技術，使得既有事業維持原有的產品規格，導致價格一如既往過高、產量不如預期應產生競爭的狀態多，甚至產品品質停滯不前等⁵³⁷。除此之外，本文也主張結合審查應更加重視阻礙參進之分析，納入動態競爭分析，考量結合後動態競爭之持續發展，判斷結合是否阻礙新生事業未來參進或影響往後之創新誘因，此點特別是在數位平台市場以取得市場競爭為特色的商業模式中，競爭往往是脫離既有價值網路，建立新

⁵³⁵ 謝長江，前揭註 534，頁 146-148。公結字第 109002 號結合案件決定書、公結字第 112001 號結合案件決定書。

⁵³⁶ 鍾詔安，前揭註 317。蔡儀，前揭註 139。

⁵³⁷ Bryan & Hovenkamp, *supra* note 110, at 342-43.



市場的破壞式創新者，其可能帶來完全不同價值服務而更加滿足消費者需求，若此時具備支配地位之事業收購新生競爭者，以消滅未來之競爭威脅而維持其獨占地位，因市場中可能藉由持續的動態競爭帶來技術革新的新生事業被消滅了，導致原先在動態競爭過程中可能產生更多競爭的市場進入或創新誘因遭提前消滅。

第二項 事前結合管制之規範途徑

歐美針對數位平台經濟非水平結合管制方法的執法經驗雖仍在發展中，但相關學理研究頗為豐富，可作為我國非水平結合管制解釋或規範上調整之參考。

首先問題係申報門檻應否調整，與歐美法制比較後，公平法採行事前結合申報異議制，與歐盟的體例較為接近，同樣係以事業申報作為結合管制之前提，而不若美國兼採事前及事後之管制。但與歐盟不同之處在於，相較於歐盟傳統係單採銷售金額之門檻，我國公平法則併採市占率及銷售金額制，縱參與結合事業一方因規模過小而未達銷售金額門檻，只要參與結合之一事業其市占率達四分之一，就應向公平會申報。這般立法模式過去廣受批評而有修正之芻議，公平會近期提出之修正草案中即擬刪除市占率門檻，以示明確性並使企業節省遵法成本⁵³⁸，本文贊同之，蓋依據市占率的申報門檻雖可能得以捕捉目標事業不具可觀銷售金額的結合案，但市占率的衡量牽涉市場界定的議題，況且在數位市場妥適界定市場，在數位經濟跨域整合、生態系壯大的情形，市場界線更加模糊，如何要求事業自己界定市占率並知悉應該申報，恐怕更具不確定性。相對於此，納入交易金額門檻則得以較正確捕捉到具競爭疑慮的數位經濟結合案，不過亦須面臨本地關聯性標準之建立，以及如何妥適訂定金額門檻的問題。本文建議於現有銷售金額門檻外，應增訂交易價值（金額）門檻，同時參照歐盟學理及德、奧經驗，以處理原則補充其細節，初步先


⁵³⁸ 參見：公平交易委員會（2023），預告「公平交易法」部分條文修正草案，https://www.ftc.gov.tw/internet/main/forum/view.aspx?forum_id=466&forum_web_place=2（最後瀏覽時間：2023/7/11）



以較高的交易金額作為門檻，而在數位平台的結合案，得採納平台在國內的活躍用戶數量，作為在地關聯的考量方式，並應持續觀察採納此立法例之國家的施行情形，細緻化在地關聯性的認定方式。

再者係結合管制之實體審查問題，經回顧公平會過往非水平結合個案，已有處理半導體事業藉由結合取得上游握有關鍵技術的大型事業，認為透過結合取得關鍵技術可能影響廠商的競爭優勢。接下來的問題係，如何將此延伸至數位平台經濟下新生事業的收購案型，也就是將目前以判斷既有技術帶來的競爭優勢或市場封鎖效果的靜態判斷，因應數位經濟的技術快速發展，延伸判斷視角至更廣的技術未來發展，為其核心。具體言之，公平會《處理原則》非水平結合限制競爭效果認定應有所調整，納入前開動態競爭的考量，若收購者係具獨占地位的平台事業，應審慎認定是否具透過收購排除競爭威脅之疑慮。關於垂直結合部分，應考慮數位平台透過收購上下游的新興技術，是否提升其競爭優勢、使其具能力及誘因封鎖市場或提升非參與結合事業進入相關市場之困難度，除應評估該項新興技術的未來發展性、如何被融入平台生態系，若具競爭重要性，則應衡量是否會對產品或服務長期的價格、產量及品質帶來不利影響，以及是否對市場的創新誘因帶來限制，而關於創新限制之衡量，可以參照美國法上創新移轉率的計算加以評估，如評估新產品或新生態系統之建立，將如何取代既有產品或生態系的銷售量。本文建議應於處理原則第十一點新增「對市場創新的限制」作為考量因素，並於此項下考量數位經濟之結合是否對靜態的創新誘因，或是動態的未來創新發展的誘因產生限制。

在多角化結合部分，判斷一項結合是否具重要潛在競爭可能性，也應跳脫純靜態的進入能力判斷，在衡量「技術進步使參與結合事業跨業經營之可能性」以及「參與結合事業原有跨業發展計畫」時，應納入動態的觀點，考量一項技術的未來發展性，並且衡量當前數位技術發展趨勢預測事業的跨業發展計畫，相關事例如在生成式 AI (Generative AI) 系統推出前後，已有不少事業布局相關技術準備進入市場，



或如自動駕駛車輛領域，部分平台事業已推出車用作業系統如 Apple CarPlay、Google 車載娛樂系統等，在可預見的未來其等可能進一步進入自駕車市場，即可認定這些領域中科技巨頭事業間可能具重要潛在競爭關係。本文建議應將處理原則第十二點第（二）目及第（三）目分別修正為：「技術進步或創新對參與結合事業跨業發展或於未來產生顯著競爭之可能性」、「參與結合事業原有跨業發展計畫或對取得資產之利用計畫」，以衡量前開動態效果或因創新而產生之重要潛在競爭可能性。此外，有鑑於新生競爭之概念與既有潛在競爭之意涵不盡相同，具備新生競爭關係者也可能構成重要潛在競爭，為避免規範不足，因此本文建議仿照英國結合評估準則，於現行處理原則增訂一點「對未來競爭或動態競爭之減損」作為考量因素，於此項下分別考量結合是否減損因潛在進入者可能進入市場而帶來之未來競爭，或消滅結合事業之間動態競爭發展的誘因而減損結合事業現時持續改進品質或創新所帶來之競爭利益。

誠然，如何預測新生事業之技術未來發展以及產品替代性變化所產生的競爭重要性，當屬不易，但參考歐美之學理經驗，仍得透過盡可能擴大所蒐集之證據範圍並逐步建立審查經驗去克服，在質性證據部分，有鑑於事業的內部通常業務文件對於市場發展以及競爭威脅的預測頗具參考性，可作為審查結合對市場競爭條件及技術發展影響之客觀證據，以及收購事業是否具利用目標事業資產之計畫而判斷其收購意圖之主觀證據；此外，市場中非結合事業的看法也應一併考量，以不失偏頗。另外，公平會也應精進其透過經濟證據分析說理的能力，尤以在數位經濟發展下，對於創新等非價格要素之限制，若能提出實證數據說明限制競爭效果，將更能得到信服。

我國產業目前雖仍以數位關鍵技術的「應用者」而非「開發者」為主，並以硬體研發、製造、代工為強項，缺乏關鍵技術導致技術大幅入超，如我國業者在搜尋、

雲端運算等數位服務開發方面較顯弱勢⁵³⁹，不過，根據經濟部統計數據，我國不僅研發經費以及研發經費占 GDP 之比例均有逐年上升之趨勢⁵⁴⁰，且我國主管機關也積極推動技術創新政策，透過補助等方式鼓勵高科技產業投入研發⁵⁴¹，因此在可預見的未來，我國研發創新為主的業者將逐漸占據推動經濟成長的要角，則數位經濟下的跨國結合，或甚至與我國業者無直接相關的域外結合，在數位無國界的特性下，對我國市場競爭所可能帶來的限制，即有審慎評估之必要性。

最後，有鑑於非水平結合，特別是涉及數位平台業者收購新生競爭者之案例類型，個案中可能考量到新創事業家透過併購退場的利益，以及被收購事業的整合綜效，使得一項結合在結論上是否屬實質限制競爭（在我國法的情形即是否「限制競爭不利益大於整體經濟利益」），並不易清楚判斷，因此若個案具可識別之結合專屬效率，但又存在透過技術封鎖對創新等帶來限制之疑慮，而無法精準衡量兩者時，應妥適運用行為救濟措施，消弭其競爭疑慮，以下第四項將詳細討論之。

未有論者，縱然結合事業可能抗辯該等新創事業原打算以被併購之方式退場，乍看似符合結合事業雙方利益，但公平法保護者畢竟為市場競爭秩序，若此等「合意殺手併購」可以被解釋為事業透過合意，約束彼此透過收購的方式不互相繼續針對技術或新產品為競爭，而足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能，也就是此項合意殺手併購，因雙方互約束新創事業的技術不再利用，導致市場競爭者間彼此透過優良的創新、技術而將更品質更優良的產品推出於市場等互相競爭之效

⁵³⁹ 魏杏芳（2021），〈在競爭與管制之間——以部門憲法觀點談我國數位化進程中的經濟秩序規範〉，收錄於：《法學的想像.第二卷.部門憲法：蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 318-320；陳金隆（2018），〈台灣高科技產業發展問題與對策〉，財團法人國家政策基金會國政研究報告，<https://www.npf.org.tw/2/18308>（最後瀏覽時間：2023/5/12）

⁵⁴⁰ 行政院（2022），〈吸引國際大廠來臺設立研發中心——為臺灣長遠經濟發展奠定厚實基礎〉，<https://www.ey.gov.tw/Page/5A8A0CB5B41DA11E/c8e502ad-3683-46ab-9d75-9a3c9dd2a35c>（最後瀏覽時間：2023/5/12）

⁵⁴¹ 參見經濟部統計數據分析系統，圖表〈研發家數及研發金額〉及〈近三年主要國家研發經費占 GDP 比率〉，<https://dmz26.moea.gov.tw/GA/visualize/VisDashboard.aspx?d=5>（最後瀏覽時間：2023/5/12）

能競爭本質受到減損，仍可能該當公平法第 14 條聯合行為之違反。



第三項 事後結合管制？

自歐美學理，事前結合管制可能帶來較高執法成本及錯誤成本，不僅預測被收購的新生事業未來發展所需投入的成本較為可觀，且也可能較高的錯誤預測可能性。基於這樣的觀點，部分歐美學理建議以事後結合管制規範巨型平台對新生事業收購，不僅從事後的角度較能判斷結合後市場競爭的變化，也能看出平台是否採取系統性的策略將新生競爭者一一收購，以維持其獨占地位。我國公平法是否有比照此採納事後結合管制途徑之基礎，以下自不禁止結合處分的事後撤銷或廢止，以及運用公平法第 9 條的獨占規範處理之途徑，分別討論之。

首先係不禁止結合處分的事後撤銷。在數位平台的結合案，公平會可能因結合時認為整體經濟利益大於限制競爭不利益，而附負擔不禁止結合，但倘結合後市場形成更加集中的狀態，並有事證顯示結合案因消滅了潛在新生競爭者而限制市場競爭，公平會否認為不禁止結合之處分違法，撤銷或廢止之？首先應辨明者，該等不禁止結合之處分於其作成時是否違法？依公平法第 11 條，公平會應於一定期間內異議，否則若逾該項期間，事業即得合法結合，無待公平會另為許可結合之表示⁵⁴²。若公平會在結合時已依其能事判斷結合之限制競爭效果，而作出許可結合之處分，鑒於結合管制制度本來就是以事前的角度預測一項結合可能產生的效果，事後產生錯誤的可能性本來就比較大，此係制度本身使然而非公平會之處分有瑕疵，因此原則上應認為該項不禁止結合處分合法。則此時公平會應循行政程序法第 123 條規定，為防止或除去對競爭公益之重大危害，廢止其處分。然而，復依同法第 124 條，廢止應於兩年內為之，一項結合是否因消滅了新生競爭者而限制競爭，往往需更長的時間始能確定，因此透過事後廢止許可結合處分，理論上雖可行但現實中難

⁵⁴² 台北高等行政法院 108 年度訴字第 1685 號判決。

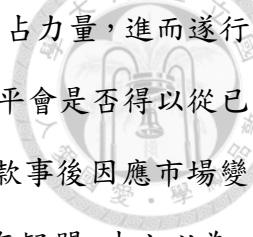


如此規範。

其次，是透過獨占濫用行為規範處理，亦即透過公平法第 9 條第一款或第四款之「阻礙（排他）濫用」規範⁵⁴³，認為事業之結合該當排除新生競爭者而濫用其獨占市場地位。不過，與美國法事前及事後結合管制並存之情形相比，我國公平法僅有事前結合管制，而無事後結合管制，蓋事業之結合符合公平法應申報之要件者，依公平法第 11 條，公平會未於一定期間內為異議決定者，得逕行結合，明文採取事前申報異議制，縱公平會事後認為該結合可能因消滅潛在競爭者而形成獨占或阻礙市場競爭，亦不得採取事後管制之途徑，蓋公平法既賦予事業結合申報義務，事業若已按規定申報且公平會已於監督程序中評估過結合對於市場競爭的效果而不禁止結合，此時再於事後介入管制，不僅於我國事前結合制度未合，並可能侵害結合事業之信賴利益及營業自由。不過，仍有一種應透過事後管制結合的情形，也就是個別結合於結合審查時尚不具明顯的限制競爭不利益，但該當獨占地位之巨型事業透過計畫性執行數項系統性、連續性的收購，使得該等收購的效果累加，顯著增加收購事業的市場力量而形成獨占或阻礙競爭時，因為公平法的結合管制規範僅能針對個別結合進行監督，為彌補公平法就事業透過個別連續性收購而排除市場競爭、取得或維持獨占地位的規範不足之處，此時即有以公平法第 9 條第一項「以不公平之方法，直接或間接阻礙他事業參與競爭」規範之正當性，蓋其不僅藉收購而消除潛在競爭者，構成直接阻礙，且透過收購的方式來嚇阻其他原本欲進入市場的潛在競爭者，也構成間接阻礙。

最後是結合決定事後監督的議題。公平法是否有參照外國學理建議，引進結合的事後監督之可能性？在技術與產品替代性快速變化的數位經濟下，事業結合後，

⁵⁴³ 所謂阻礙濫用，係指「獨占事業憑藉其市場力量，藉由採取干預他事業活動之不當措施，妨礙或阻止市場上現存或潛存之事業從事競爭，破壞或扭曲市場競爭機制，以圖最終達到完全支配或閉鎖整個期已經取得優勢地位之市場，或者進而獨占其他市場而言」。參見吳秀明、楊宏暉（2004），〈十年來公平交易法上之獨占管制〉，《公平交易季刊》，第 10 卷第 3 期，頁 84。



公平會應持續關注市場狀況，探究事業是否果自結合而維持其獨占力量，進而遂行濫用行為，並視情形介入調查處分其行為，自不待言。不過，公平會是否得以從已完成之結合管制相關監督著手，保留不禁止結合時所附加之附款事後因應市場變化再行調整之可能性，甚至保留不禁止結合決定之廢止權，則不無疑問。本文以為，公平法第 13 條第 2 項已以法律明文將結合決定之附款類型限縮於「條件」及「負擔」，是公平會對事業結合後相關行為之監督，僅限於負擔已提及者⁵⁴⁴，若負擔未提及，即應基於行政職權介入調查是否有濫用行為並另為處分。又，公平法採事前申報異議制，公平會尚無在不禁止結合且已逾越等待期間，更動其異議之內容，否則將有悖於事前申報異議制之制度本質，有礙事業之營業自由。基此，如何靈活運用負擔，以達到事後監督結合，防止造成市場競爭效果限制之目的，係一大重點。

第四項 靈活運用救濟措施

如前所述，鑒於數位市場的結合多數屬於新生事業的收購，其所牽涉對於創新、未來的產品品質等競爭效果的限制，有時不易判斷，此外，因應數位關鍵技術或數位市場的競爭結構可能被用作遂行排他行為，此時救濟措施即應因應此特性及議題，以消弭競爭疑慮。首先，參照歐美學理，若一數位平台之結合明顯屬殺手併購，因為此等結合並未產生任何促進經濟之效率，結論上應直接禁止其結合；不過，除此之外，鑒於數位平台的結合多屬於非水平類型，且競爭關係可能變化迅速⁵⁴⁵，儘管可能具限制動態競爭的效果，但也同時具備可能的效率，此外，面對已經完成數年的結合，事後進行拆分也可能面臨無法回復原狀的困難，基於以上理由，應妥適搭配運用行為面救濟措施，包含強制授權關鍵技術或維持數據可攜性等維

⁵⁴⁴ 詹鎮榮（2011），〈行政處分附款法制之傳統與革新—從公平交易法上之結合管制出發〉，《公平交易季刊》，第 19 卷第 4 期，頁 18-19。

⁵⁴⁵ 陳志民、陳和全（2010），〈結合矯正措施之研究〉，第 18 屆競爭政策與公平交易法學術研討會，頁 209。



護互操作性措施，以維持數位市場的動態競爭。

依公平會《處理原則》第十四點對於公平會於結合申報所為決定得附加之附款之類型有所例示，包含結構面措施及行為面措施，其中行為面措施包含「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。」並指出得視個案情形採附加合適之條件或負擔，不受該例示情形所限。基於數位平台所發動的結合，有相當部分係為取得新生事業所研發的關鍵技術，特別是無形的智慧財產權，或其他關鍵數據，為避免平台將該等技術、數據用作遂行排他行為之目的，減損市場的創新以及品質等經濟成長，或阻礙市場其他競爭者及潛在競爭者，參照學理上互操作性維持之概念，若結合案具此疑慮時，公平會得衡量情形附加負擔要求結合事業持續授權該等技術、智慧財產權予非參與結合事業，或限制結合事業就數據之運用⁵⁴⁶，或建立用戶同意機制下結合事業應授權該等數據給其他非結合事業，以維持市場其他事業得以繼續近用技術或數據，回復到結合前市場競爭應有狀態之發展。此外，若在平台與上下游大型業者垂直結合之情形，為消弭結合後平台不當延伸市場力，或對於參與平台之上下游業者不當歧視、差別待遇的競爭限制疑慮，可考慮禁止平台拒絕交易或搭售、要求結合事業應允許參與平台的事業在一定程度上可以就其所參與的規則、提供之服務等有參與決策的空間，例如，要求結合事業經營決策時應考量平台上外部廠商之利益，賦予外部廠商介入決策之空間，並定時提交相關履行報告給公平會檢核，以確保平台內互操作性進而是市場競爭性的維持。

不過，儘管行為救濟措施具較大的彈性，可因應競爭限制態樣妥適調整，但反

⁵⁴⁶ 公平會曾於結合案中參與結合事業不得取得新設事業所蒐集之消費者數據、要求參與結合事業無正當理由不得拒絕授權智慧財產權予其他事業，或僅對新設事業獨家授權與交易。參見公結字第 099002 號結合案件決定書、公結字第 103002 號結合案件決定書、公結字第 103001 號結合案件決定書。

面言之，其有效性如何落實，則係另一問題，換言之，如何確保事業遵守行為救濟措施？公平會是否有監督其落實之能力？有論者認為可以參照美國經驗，指派外部「監管人」持續監督事業是否落實附款。此所指應即參照美國協議裁決（consent decree）中，主管機關指定外部獨立第三人為「監管受託人（monitor trustee）」以監督結合事業是否遵守協議裁決之內容⁵⁴⁷。本文認為頗值參考引進。

最後，我國若發生連續性收購而遭事後認定違反公平法第 9 條獨占濫用規範者，應如何運用救濟措施，以回復競爭狀態，不無疑問。理論上，應透過救濟措施，考慮解除部分已完成之資產結合，或要求強制授權其藉收購取得之關鍵技術，以回復市場競爭狀態，或視情形兩者併用之。依公平法第 40 條，公平會針對違反第 9 條規定者，得限期令停止、改正其行為或採取必要之更正措施。問題即在於，連續性收購的行為皆已完成，如何命其「停止」？至所謂「改正其行為，或採取必要之更正措施」，是否包含解除已完成之結合？參考學理上之解釋，所謂採取必要之更正，相對於消極的停止、改正而言，係命事業積極排除違法之狀態⁵⁴⁸，因此解釋上可以包含解除部分已結合之資產，以排除違法獨占、阻礙競爭之狀態。不過，公平會過去並未曾依第 40 條命獨占事業採取結構性拆分，論者即有認為應明確訂立處理原則，以示行政行為之可預測性⁵⁴⁹。本文以為此亦係公平會在白皮書未交代清楚者，長遠而言，仍應著手研擬相關執法的處理原則，以確保執法明確性。此外，依第 40 條要求事業強制授權關鍵智慧財產權則屬可行，學理向認強制授權屬第 40 條之改正或採取必要更正措施之一類型⁵⁵⁰。上開解除結合、強制授權之措施，應視

⁵⁴⁷ 公平交易委員會（2021），《數位市場與結合管制》，110 年委託研究報告 11，頁 191-192；Federal Trade Commission, *Frequently Asked Questions About Merger Consent Order Provisions*, <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/mergers/frequently-asked-questions-about-merger-consent-order-provisions> (last visited 2023/5/11)；Juan A. Arteaga, *Enforcement of Merger Consent Decrees*, GLOBAL COMPETITION REVIEW (2021), <https://globalcompetitionreview.com/guide/the-guide-merger-remedies/fourth-edition/article/enforcement-of-merger-consent-decrees> (last visited 2023/5/15)

⁵⁴⁸ 吳秀明（2004），《競爭法制之發軔與開展》，初版，頁 651，台北：元照。

⁵⁴⁹ 鍾詔安，前揭註 317，頁 123。

⁵⁵⁰ 黃銘傑（2006），《競爭法與智慧財產法之交會—相生與相剋之間》，初版一刷，頁 181-182，台北：元照。

個案情形，裁量運用其一或搭配運用，自不待言。



第四節 本章小結

回顧我國過往非水平結合案，公平會考量垂直、多角化結合限制競爭效果仍係以較為靜態之觀點，判斷結合帶來之市場封鎖效果是否影響短期的價格要素，或是否影響參與結合事業既有資產條件下跨業發展的可能性，判斷的時間維度較為短期，不過近年有朝向動態之方向認定競爭關係，殊值肯定。因應數位經濟的持續發展，公平會於處理數位雙邊平台相關結合案時，未來應持續在個案精進數位技術相關動態特性的衡量，例如技術的動態發展、數據或演算法帶來之參進障礙、轉換成本、單平台使用等因素。

參照歐美競爭法對數位平台非水平結合之學理及執法經驗，本文認為以下值得供我國公平法借鏡、參照。大方向而言，因應數位經濟持續發展，在公平法結合管制相關規範解釋上應有所調整，甚至進行修正以示明確。此外為了使相關執法更具明確性，除已經發布之白皮書外，可考慮在累積一定執法經驗後針對數位經濟結合之審查制定專門指引。

具體而言，首先，公平法應基於保護消費者利益之本旨，更加重視數位平台之結合案，尤其是平台透過非水平結合取得關鍵技術，可能引起阻礙創新、延滯消費者藉該創新享受品質提升之產品或服務之不利益，適度增加執法的強度。包含在市場力衡量，應將網路效應、轉換成本、是否具關鍵技術等因素納入考量平台之市場力強弱；而在競爭分析部分，考量公平法保護目的之兼容性，為維護競爭秩序之繁榮與安定，在結合審查分析時得以將小型新生事業的競爭自由保護納入考慮，同時為保護消費者利益，應考慮結合案是否可能阻礙技術、產品或服務之創新，進而影響長期的產品服務價格、產量及品質，併為妥適衡量結合的限制競爭不利益。創新



損害的衡量上，應評估未來一項新產品推出後將如何取代現有產品的銷售量以預估對創新誘因及能力之減損程度。

其次，在結合管制的規範適用上，現行的結合申報門檻應刪除市占率門檻，並於銷售金額門檻以外加入交易價值（金額）門檻，以捕捉具限制競爭疑慮之新生競爭者收購。關於實體審查規範，除應針對個案，將前開動態觀點及非價格競爭因素納入考慮，也應同時於處理原則第十一點中增列「對市場創新之限制」並修正第十二點之用語，將創新對於參與結合事業未來產生顯著競爭之可能性、參與結合事業對取得資產之利用計畫等納入考慮，此外並建議新增一點「對未來競爭或動態競爭之減損」，以彰顯新生競爭之內涵，包含更動態及對於未來競爭預測的成分。此外在證據上，應納入結合事業通常業務之文件，包含其業務發展計畫，以及其他非結合事業或中立第三人的看法，以判斷該結合是否牽涉極為重要的創新資產取得、影響市場的參進可能性等客觀情事，以及是否具藉由收購排除競爭之主觀意圖。最後，公平會也應注意到大小型事業併購所帶來之資產整合以及活絡新創市場之效益，但應注意結合事業雙方若具透過併購停止創新計畫之合意，在競爭法上可能被評價為非法限制競爭。

再者，有鑑於我國結合管制係事前申報異議制，因此歐美元法上的事後結合管制或以獨占規範處理個別已完成之結合，於公平法並無適用餘地，惟當今巨型數位平台事業已透過系統性收購建立其生態系並鞏固市場力量，其個別的結合可能不易判斷是否限制競爭，但綜合其整體收購計畫來看，若已構成阻礙新生事業進入市場並維持自身獨占地位時，仍可能違反公平法第9條而應受非難。

最後，有鑑於非水平結合，尤其在高科技的數位經濟領域，除限制競爭效果外，亦可能具備資產整合的效率，公平會基於整體經濟利益的考量而不禁止結合時，仍應注意妥適運用附款，以消弭限制競爭疑慮。包含要求平台以非歧視性的條件授權智慧財產權或開放關鍵數據、不得將結合取得之數據作特定目的之運用，要求結合

事業不得拒絕交易、搭售、應納入參與平台廠商之利益考量等，以維持平台市場內的競爭可以繼續運作。至於連續性收購的救濟，則應考量情形運用結構性拆分或強制授權，視可否回復而選擇、搭配運用之。

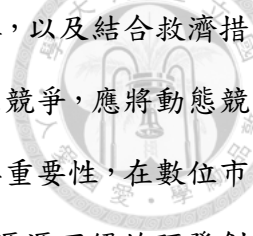




第六章 結論

競爭法非水平結合管制，相較於水平結合而言，限制競爭疑慮較不受到關注。但在進入數位平台經濟時代後，數位市場高度集中、平台廣泛從事非水平結合，引起阻礙潛在競爭及創新等疑慮。歐美競爭法學派，包含近年興起的新布蘭代斯學派在內，均主張應加強對於非水平結合的管制力道。本論文經回顧歐美對於平台併購策略的研究，發現巨型數位平台過去數十年間從事廣泛併購，標的包含諸多不具直接競爭關係的目標事業，不僅達到跨域整合、強化生態系以鞏固平台市場力量之目的，其中牽涉諸多甫創立的新生事業，但這些併購多數都未被執法機關審查，引發是否阻礙市場潛在競爭及創新之疑慮，因此，本論文主張競爭法應加強對於數位平台經濟下的非水平結合管制力道，尤其以最具疑慮之巨型數位平台所發動的併購，是否排除競爭為關注核心。


非水平結合管制之理論，最初主要係關注廠商藉由垂直、多角化結合遂行市場封鎖策略、鞏固自身市場力，或阻礙市場之潛在競爭。不過自芝加哥學派興起後，改以福利效果為分析核心，其認為垂直、多角化結合並無封鎖市場之疑慮，且對於競爭效果如價格、產量多為中性甚至有利競爭，奠定了爾後數十年來對於非水平結合的寬容。儘管後芝加哥學派試著補足芝加哥學派較為簡易的假設，發展出提高競爭對手成本之理論，但其分析框架終究不脫價格、產量之評估，且部分鑑於其分析理論過於繁複，適用於現實世界個案不獲法院採納，到了 2020 年的垂直結合準則，仍舊大幅採納提高競爭對手成本之分析方法而遭批評。數位平台經濟興起後，其具備零價格、平台市場高集中度，以及技術快速發展、市場界線模糊等特性，傳統的分析方法僅重視事業藉由結合遂行策略性行為之能力與誘因，並關注其對價格、產量之效果，已不足適用，歐美多數學理均建議應將動態競爭之概念引入數位平台經濟的非水平結合管制之中，包含調整申報門檻以捕捉具潛在競爭疑慮之結合、競爭



分析納入動態觀點分析、舉證責任應考量執法機關的資訊不對稱，以及結合救濟措施應消弭可能之阻礙創新疑慮等。因為結合可能阻礙創新等動態競爭，應將動態競爭分析納入結合管制，這點在以創新為驅動力的數位市場中尤其重要性，在數位市場的競爭呈現為取得市場之競爭為核心之態勢下，保護市場中源源不絕的研發創新，可以促使數位市場不斷出現的創新而持續推動技術進步及品質改善，因此市場中透過創新取得支配地位之事業，若透過結合阻礙其他新生事業進入與其競爭，扼殺潛在競爭及創新，不利於數位市場的競爭，應受競爭法管制。

前開對於新生事業在競爭過程中重要性之關注，已具體形成於當今美國 FTC 對 Facebook 的訴訟中，認為 Facebook 係為消滅未來競爭對手為目的而併購，以維持其於社群網路市場的獨占地位；學理上也發展出新生競爭損害理論，不同於傳統靜態的潛在競爭理論，新生競爭理論涉及一項尚未成熟的產品之未來發展、是否與既有事業將形成競爭關係的動態觀點分析，而若結合後新生事業的發展計畫遭到終止，則很有可能造成負面的福利效果。競爭法處理新生事業收購的規範途徑，包含事前的結合管制，以及事後的獨占濫用行為管制，本論文認為兩者各自具備規範上的優點，但仍應按各國競爭法管制規範背景進行妥適選擇適用。

質言之，歐盟結合管制以事前為主，因此結合申報門檻是否應修正、是否改採交易價值門檻等成為議題。在實體規範部分，本論文認為原則上應維持現有競爭分析框架，並以結合對創新之限制為考量核心，區分一項非水平結合係涉及減損既有事業之創新競爭，抑或為阻礙新生事業競爭而損害創新等二大態樣，在後者的情形，應分別自客觀面及主觀面，判斷收購事業是否具支配地位、目標事業是否具創新計劃及能力、在相對短時間內進入市場之能力、欲進入之市場是否集中，以及收購事業主觀上是否具排除競爭之意圖，綜合判斷，並應降低判例法中的進入可能性，以 50% 為足夠，同時考量結合可能帶來的資產整合等效率，且觀察是否有合意殺手併購之問題。而事後獨占管制則特別在美國法上具備管制正當性，且其具備事



後可取得證據較為豐富且完整之優點，能夠更適切判斷一項結合對競爭帶來的影響，不過仍應符合獨占規範的各項要件，包含獨占地位、反競爭效果及效率、因果關係等，亦即獨占力量之取得及維持，應限於係該結合排除競爭所導致者，而非藉由結合綜效發展出優異品質所致者。而事後管制最重要也最具價值之處在於，事業透過一系列收購，排除市場上可能的競爭對手，綜合其主觀排除競爭意圖以及客觀上對於競爭限制的量的累積，若已達到排除市場競爭而取得或維持獨占地位之程度，得透過獨占管制規範。最後是競爭法的救濟措施，除明顯屬殺手併購或事後得回復原狀，應直接禁止結合或結構拆分者外，應靈活搭配運用行為救濟措施，納入以增進互操作性而修補競爭之考量，要求平台以公平條件授權智慧財產權等無形技術資產、關鍵數據，或限制平台就特定數據之運用，或增加參與平台的第三方廠商共同治理、決策機制，以維護平台市場內品質層面等非價格競爭。

自完整回顧歐美非水平結合管制之發展進程，本論文認為以下值得我國公平交易法借鏡。首先應維持現有事前結合管制規範架構，針對數位平台經濟的非水平結合增加管制力度，待執法經驗累積後，應訂定數位經濟結合相關之行政準則，以示規範明確性。在市場力衡量部分，應納入數位市場特性如網路效應、轉換成本、是否具關鍵技術等要素直接衡量市場力；競爭影響分析應理解結合可能作為巨型事業單方濫用行為之途，將新生事業之競爭自由納入論理過程，並應納入結合對於長期的品質以及是否將取代現有產品銷售量而減損創新誘因等考量。具體言之，公平法結合申報門檻宜廢除現有市占率門檻，並納入交易價值為修正方向，持續觀察歐美經驗以因應；結合審查的實體競爭分析部分，應修正處理原則，考量關鍵技術是否被用來阻礙創新、參與結合事業是否牽涉新生競爭者而牽涉動態競爭或於未來產生直接競爭等，並應適度擴大證據範圍，納入事業內部文件、其他事業及中立人士之看法，而若是否限制競爭不易判斷，則應考量運用附款之救濟措施，強制事業授權關鍵資產、數據、開放平台近用，或賦予中小供應商的決策影響力。最後，

面對巨型數位平台廣泛系統性收購，若其個別收購加總以達到阻礙市場競爭之違法，得透過公平法第 9 條規範，並視可否回復而選擇拆分或強制授權等救濟。





參考文獻

一、中文參考文獻

(一)專書

Michael A. Cusumano, Annabelle Gawer & David B. Yoffie 著，陳琇玲譯（2020），《平台策略—在數位競爭、創新與影響力掛帥的時代勝出》，初版，商周。

吳秀明（2004），《競爭法制之發軔與開展》，初版，元照。

胡祖舜（2019），《競爭法的經濟分析》，初版，元照。

黃銘傑（2006），《競爭法與智慧財產法之交會—相生與相剋之間》，初版一刷，元照。

廖義男（2021），《公平交易法》，初版，元照。

(二)書之篇章

陳志民、陳和全（2010），〈結合矯正措施之研究〉，收於：《第18屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集》，頁179-238，行政院公平交易委員會。

黃銘傑（2017），〈公平交易法結合管制之問題點與盲點—以結合類型與實體規範要件為中心〉，收於：廖義男、黃銘傑主編，《競爭法發展之新趨勢—結合、聯合、專利權之行使》，頁1-36，元照。

魏杏芳（2021），〈在競爭與管制之間—以部門憲法觀點談我國數位化進程中的經濟秩序規範〉，收於：蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會主編，《法學的想像.第二卷.部門憲法：蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集》，頁295-321，元照。

(三)期刊論文



- 王牧寰 (2011),〈美國有線電視節目載送規則實務現況簡介〉,《科技法律透析》,第 23 卷第 11 期,頁 7-12。
- 吳秀明、楊宏暉 (2004),〈十年來公平交易法上之獨占管制〉,《公平交易季刊》,第 10 卷第 3 期,頁 59-116。
- 李宛諭 (2021),〈大數據與競爭法〉,《公平交易季刊》,第 29 卷第 4 期,頁 123-180。
- 林心怡 (2005),〈論全球化時代美國與歐體國際結合管制差異與衝突之緩和〉,《公平交易季刊》,第 13 卷第 2 期,頁 101-178。
- 唐克光 (2016),〈自美國法院判決探討美國政府自冷戰結束後對於國防產業廠商結合之管制〉,《公平交易季刊》,第 24 卷第 2 期,頁 33-79。
- 馬泰成 (2021),〈用戶數據與演算法創新〉,《公平交易季刊》,第 29 卷第 4 期,頁 1-32。
- 張媛筑 (2018),〈競爭法上使用者數據之應有定位與可能造成之衝擊〉,《公平交易季刊》,第 26 卷第 4 期,頁 125-164。
- 莊春發 (1998),〈競爭概念的發展、演變與反托拉斯政策〉,《公平交易季刊》,第六卷一期,頁 29-90。
- 陳志民 (2018),〈大數據與市場力濫用行為初探〉,《公平交易季刊》,第 26 卷第 3 期,頁 1-33。
- 楊宏暉 (2017),〈基於競爭考量之強制授權—兼談競爭法與專利法之競合〉,《公平交易季刊》,第 25 卷第 1 期,頁 1-36。
- 楊宏暉 (2023),〈從德國 Facebook 案談競爭與隱私之交匯〉,《公平交易季刊》,第



31 卷第 1 期，頁 1-66。

詹鎮榮 (2011)，〈行政處分附款法制之傳統與革新—從公平交易法上之結合管制出發〉，《公平交易季刊》，第 19 卷第 4 期，頁 1-58。

劉孔中 (1998)，〈論結合管制之理論與實際〉，《公平交易季刊》，第 6 卷第 2 期，頁 1-38。

謝文詰 (2022)，〈數位平台經濟之演進與發展潛能〉，《臺灣經濟研究月刊》，第 45 卷 1 期，頁 18-25。

謝佩芬 (2005)，〈行政管制走向下反托拉斯法規範手段之研究—以協議裁決為中心〉，《公平交易季刊》，第 13 卷第 1 期，頁 113-182。

謝長江 (2021)，〈初論非經濟效率因素作為競爭法之目的：從秩序自由主義及新布蘭迪斯學派的發展談起〉，《公平交易季刊》，第 29 卷第 3 期，頁 119-156。

顏雅倫 (2014)，〈台灣金融產業的競爭政策—以競爭法的觀點出發〉，《公平交易季刊》，第 22 卷第 1 期，頁 171-240。

顏雅倫 (2016)，〈雙邊/多邊市場之競爭與創新—論競爭法之因應〉，《科技法學評論》，第 13 卷第 1 期，頁 219-266。

(四) 學位論文

王相傑 (2019)，《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院法律學系碩士論文。

邱映曦 (2019)，《競爭法的數位紀元—論數位平台資訊力對競爭法適用之影響》，國立政治大學法律學系博士論文。

翁章傑 (2021)，《競爭法上結合申報與審查標準之研究：美國與台灣之比較》，國



立陽明交通大學科技法律研究所碩士論文。

蔡儀 (2018)，《競爭法水平結合管制研究—以高科技產業之創新為中心》，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。

鍾詔安 (2022)，《將創新納入水平結合管制—借鑑經濟理論與比較法》，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文，

(五) 網路資料

公平交易委員會 (2022)，《數位經濟與競爭政策白皮書》，載於：<https://www.ftc.gov.tw/upload/e864a976-bba1-4433-aeb6-6ff8c0811977.pdf>

王立達 (2018)，〈競爭法如何因應數位經濟新經營模式〉，《公平交易通訊》，第 82 期，載於：<https://www.ftc.gov.tw/upload/b6d2929d-a667-4188-b835-31d17bf9c67d.pdf>

吳佳蓁 (2020)，〈連線金融科技公司等 7 家事業合資新設純網銀「連線銀行」〉，《公平交易委員會電子報》，第 146 期，載於：<https://www.ftc.gov.tw/upload/1090506-2.pdf>

財團法人台灣網路資訊中心 (2020)，《2020 台灣網路報告》，載於：<https://www.twNIC.tw/doc/twrrp/202012e.pdf>

陳志民 (2019)，〈數位平台經濟與市場競爭：國際規範趨勢與案例評析〉，《公平交易通訊》，第 89 期，載於：<https://www.ftc.gov.tw/upload/26371fdf-8fee-40e3-8335-5e4ad90ddddd.pdf>

陳金隆 (2018)，〈台灣高科技產業發展問題與對策〉，財團法人國家政策基金會國政研究報告，載於：<https://www.npf.org.tw/2/18308>

黃明超 (2022),〈歐盟普通法院認可執委會結合案件轉介新規定〉,《公平交易委員會電子報》,第 206 期,載於:<https://www.ftc.gov.tw/upload/1111102-1.pdf>



(六) 研究報告

公平交易委員會 (2003),《公平交易法之注釋研究系列(一)第一條至第十七條》,九十二年研究報告。

公平交易委員會 (2021),《公平交易法國內重要案例之評析—以獨占及其他(非聯合)限制競爭行為為中心》,公平交易委員會 109 年委託研究報告。

公平交易委員會 (2021),《數位市場與結合管制》,110 年委託研究報告 11。

邱敬淵、李素華 (2017),《競爭法下市場封鎖效果之研究》,公平交易委員會 106 年委託研究報告 3。

顏雅倫,(2018),《破壞式創新與反托拉斯法之執行:論臺灣的挑戰與因應》,科技部補助專題研究計畫成果報告期末報告。

二、英文參考文獻

(一)專書

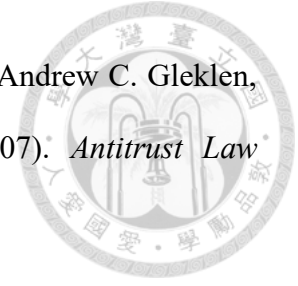
Areeda, Phillip E. & Hovenkamp, Herbert J. (2020). *Antitrust Law: An Analysis Of Antitrust Principles And Their Application*. Wolter Kluwer Law & Business.

Blair, Roger D., Kaserman, David L. (2009). *Antitrust Economics*. Oxford University Press.

Bork, Robert H. (1978). *The Antitrust Paradox*. New York: Free Press.

Hovenkamp, Herbert J. (2017). *Principles Of Antitrust*. West Academic.

Jacobson, Jonathan M., Bye, Matthew J., Ewing, Kenneth P., Finch, Andrew C. Gleklen,
Jonathan Ian., Grude, Brian K.,...Schwarz Melvin A. (2007). *Antitrust Law
Developments*. ABA.



Mankiw, N. G. (2017). *Principles Of Economics*. Boston, MA, U.S.A.: Cengage Learning.

Martin, David D. (1959). *Mergers and the Clayton Act*. University of California Press.

Schumpeter, Joseph A. (1942). *Capitalism, Socialism & Democracy*. Routledge.

(二)書之篇章

Arrow, Kenneth J. (1962). Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention. In National Bureau of Economic Research (Ed.), *The Rate and Direction of Incentive Activity: Economic and Social Factors* (pp. 609-626), Princeton Legacy Library.

Church, Jeffrey. (2008). Vertical Mergers. In ABA Section of Antitrust Law (Ed.) *Issues in Competition Law and Policy* (pp. 1455-1501), ABA.

Shapiro, Carl. (2012). Competition and Innovation: Did Arrow Hit's the Bull's Eye? In L. Josh & S. Scott (Eds.), *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited* (pp. 361-404), The University of Chicago Press.

(三)期刊論文

Affeldt, Pauline & Kesler, Reinhold. (2021). Big Tech Acquisitions—Towards Empirical Evidence. *Journal Of European Competition Law & Practice*, 12(6), 471-478.

Audretsch, David B., Baumol, William J. & Burke, Andrew E. (2001). Competition



Policy in Dynamic Markets. *International Journal of Industrial Organization*, 19(5), 613-634.

Baker, Jonathan. (2007). Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation. *Antitrust Law Journey*, 57, 575-602.

Blumenthal, William. (1997). Symposium: Twenty Years of Hart-Scott-Rodino Merger Enforcement. *Antitrust Law Journey*, 65(3), 813-823.

Bork, Robert. (1954). Vertical Integration and the Sherman Act: The Legal History of an Economic Misconception. *University of Chicago Law Review*, 22(1), 157-201.

Bryan Kevin A. & Hovenkamp, Erik. (2020). Startup Acquisitions, Error Cost, and Antitrust Policy. *University of Chicago Law Review*, 87, 331-356.

Cabral, Luis. (2020). Merger Policy in Digital Industries. *Information Economics and Policy*, 54, 1-7

Cabral, Luis. (2020). Merger Policy in Digital Industries. *Information Economics and Policy*, 54, 1-7.

Carlton, Dennis W., Israel, Mark A., & Shampine, Allan L. (2019). Lessons From AT&T/TIME WARNER. *Forthcoming Competition Policy International*.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3418362

Colomo, Pablo Ibanez. (2016). Restrictions on Innovation in EU Competition Law. *European Law Review* 2016, 41, 1-26.

Crane, Daniel A. (2009). Does Monopoly Broth Make Bad Soup. *Antitrust Law Journey*, 76, 663-675.

de Lamo, David Pérez. (2020). Assessing “Killer Acquisitions”: An Assets and Capabilities-Based View of the Start-Up. *CPI Antitrust Chronicle*, May 2020.

Eisenmann, Thomas., Parker, Geoffrey. & Alstyne, Marshall Van. (2011). Platform Envelopment. *Strategic Management Journal*, 32(12), 1270-1285.

Federico, Giulio. Morton, Fiona Scott. & Shapiro, Carl. (2021). Antitrust and Innovation: Welcoming and Protecting Disruption. *Innovation Policy and The Economy*, 20, 125-190.

Gautier, Axel. & Lamesch, Joe. (2020). Mergers in the Digital Economy. *CESifo Working Paper No. 8056*, 1-34.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3529012

Gilbert, Richard J. & Greene, Hillary. (2015). Merging Innovation into Antitrust Agency Enforcement of the Clayton Act. *George Washington Law Review*, 83, 1919-1947.

Ginsburg, Douglas H. & Wong-Ervin, Koren W. (2020). Challenging Consummated Mergers Under Section 2. *Forthcoming Competition Policy International*, May 2020, 1-10.

Glick, Mark. & Ruetschlin, Catherine. (2019). Big Tech Acquisitions and the Potential Competition Doctrine: The Case of Facebook. *Institute for New Economic Thinking Working Paper No. 104*, 1-60.

Grunes, Allen P. & Stucke, Maurice E. (2015). No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data. *The Antitrust Source* (APR. 2015), 1-14.

Guggenberger, Nikolas. (2021). Essential Platforms. *Stanford Technology Law Review*, 24(2), 237-343.

Hemphill, C. Scott. & Wu, Tim. (2018). Nascent Competitors. *University of Pennsylvania Law Review*, 168, 1879-1910.



Hovenkamp, Herbert J. (2001). Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique. *Columbia Business Law Review*, 2001, 257-338.

Hovenkamp, Herbert J. (2008). Innovation and the Domain of Competition Policy. *Alabama Law Review*, 60, 103-131.

Hovenkamp, Herbert J. (2008). Schumpeterian Competition and Antitrust. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, 1-11.

Hovenkamp, Herbert J. (2019). Whatever Did Happen to Antitrust Movement. *Notre Dame Law Review*, 94(2), 583-638.

Hovenkamp, Herbert J. (2020). Antitrust and Platform Monopoly. *Yale Law Journal*, 130(8), 1952-2050.

Hovenkamp, Herbert J. (2020). Competitive Harm from Vertical Mergers. *University of Pennsylvania Carey Law School ILE Research Paper NO. 20-51*, 1-34.

Hovenkamp, Herbert J. (2022). Digital Cluster Markets. *Columbia Business Law Review*, 2022, 246-278.

Hovenkamp, Herbert J. (2023). Antitrust Interoperability Remedies. *Columbia Law Review*, 123, 1-36.

Jacobson, Jonathan. & Mufarrige, Christopher. (2020). Acquisitions of “Nascent” Competitors. *The Antitrust Source*, 1-15.

Katz, Michael L. (2021). Big Tech Mergers: Innovation, Competition for The Market,



- And The Acquisition Of Emerging Competitors. *Information Economics and Policy*, 54, 1-17.
- Katz, Michael. & Shelanski, Howard. (2007). Mergers and Innovation. *Antitrust Law Journey*, 74(1), 1-85.
- Khan, Lina M. (2017). Amazon's Antitrust Paradox. *Yale Law Journey*, 126(3), 710-805.
- Khan, Lina M. (2018). The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate. *Journal Of European Competition Law & Practice*, 9(3), 131-132.
- Khan, Lina M. (2019). The Separation of Platforms and Commerce. *Columbia Law Review*, 119 (4), 973-1093.
- Langlois, Richard N. (2019). Hunting the Big Five: Twenty-First Century Antitrust in Historical Perspective. *The Independent Review*, 23(3), 411-433.
- Latham, Oliver., Tecu, Isabel. & Bagaria, Nitika. (2020). Beyond Killer Acquisitions: Are There More Common Potential Competition Issues in Tech Deals and How can These be Assessed?. *CPI Antitrust Chronicle*, May 2020, 1-11.
- Limarzi, Kristen C. & Phillips, Harry R.S. (2020). "Killer Acquisitions," Big Tech, And Section 2: A Solution in Search of a Problem. *CPI Antitrust Chronicle*, May 2020, 1-6.
- Melamed, A. Douglas. (2022). Mergers Involving Nascent Competition. *Stanford Law and Economics Olin Working Paper No.566*, 1-25.
- Muris, Timothy J. & Nuechterlein, Jonathan E. (2020). First Principles for Review of Long-Consummated Mergers. *The Criterion Journal on Innovation*, 5, 29-48.

Ocello, Eleonora. & Sjödin, Cristina. (2018). Digital Markets in EU Merger Control: Key Features and Implications. *CPI Antitrust Chronicle*, Feb. 2018, 1-9.

Ohlhausen, Maureen K. & Okuliar, Alexander P. (2015). Competition, Consumer Protection and the right approach to Privacy. *Antitrust Law Journey*, 80, 121-156.

Parker, Geoffrey., Petropoulos, Georgios. & Alstyne, Marshall Van. (2020). Digital Platforms and Antitrust.1-27. In B. Eric, G. Jean-Michel & S. Jérôme (Eds.), *The Oxford Handbook of Institutions of International Economic Governance and Market Regulation*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3608397

Parker, Geoffrey., Petropoulos, Georgios. & Alstyne, Marshall Van. (2022). Platform Mergers and Antitrust. *Boston University Questrom School of Business Research Paper* No.376351.1-30. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3763513

Prado, Tiago S. & Bauer, Johanne M. (2022). Big Tech Platform Acquisitions of Start-ups and Venture Capital Funding for Innovation. *Information Economics and Policy*, 59, 1-24.

Ramirez, Imanol. (2021). Merger Thresholds in The Digital Economy. *Delaware Journal of Corporate Law*,45, 433-468.

Riordan, Michael H. & Salop, Steven C. (1995). Evaluation Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach. *Antitrust Law Journey*, 63(2), 513-568.

Rosch, J. Thomas. (2007). The Challenge of Non-Horizontal Merger Enforcement. In *the Fordham Competition Law Institute's 34th Annual Conference on International Antitrust Law & Policy*. 1-20.

Sager, Chris. (2019). The Worst Opinion in Living Memory: AT&T/Time Warner and America's Broken Merger Law.

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3346431



Salop, Steven C. (2018). The AT&T/Time Warner Merger: How Judge Leon Garbled Professor Nash. *Journal Of Antitrust Enforcement*, 6(3), 459-469.

Salop, Steven C. (2021). The 2020 Vertical Merger Guidelines: a Suggested Revision. *Antitrust Bulletin*. 1-18.

Shapiro, Carl. (2018). Antitrust in a time of Populism. *International Journal of Industrial Organization*, 61, 714-748.

Shelanski, Howard. (2013). Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet. *University of Pennsylvania Law Review*, 161, 1663-1705.

Smizer, EC. (2021). Epic Games v. Apple: Tech-Tying and the Future of Antitrust. *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, 41, 215-251.

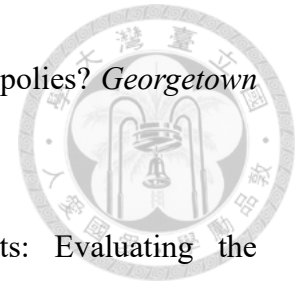
Sokol, D. Daniel. & Comerford, Rosin. (2016). Antitrust and Regulating Big Data. *George Mason Law Review*, 23(5), 1129-1161.

Sokol, D. Daniel. (2018). Vertical Mergers and Entrepreneurial Exit. *Florida Law Review*, 70, 1357-1378.

Steinbaum, Marshall. & Stucke, Maurice E. (2020). The Effective Competition Standard: A New Standard for Antitrust. *University of Chicago Law Review*, 87(2), 595-623.

Stucke, Maurice E. & Grunes, Allen P. (2015). Debunking the Myths over Big Data and Antitrust. *CPI Antitrust Chronicle*, May 2015, 1-10.

Stucke, Maurice E. (2018). Should We Be Concerned About Data-opolies? *Georgetown Law Technology Review*, 2(2), 275-324.



Turgot, Claire. (2021). Killer Acquisitions in Digital Markets: Evaluating the Effectiveness of the EU Merger Control Regime. *Europe Competition & Regulation Law Review*, 5, 112-121.

Wright, Joshua D. (2009). Antitrust, Multi-Dimensional Competition, and Innovation: Do We Have an Antitrust-Relevant Theory of Competition Now? *George Mason Law & Economics Research Paper*. 1-33.

Yun, John M. (2021). Are We Dropping the Crystall Ball? Understanding Nascent & Potential Competition in Antitrust, *Marquette Law Review*, 104, 613-660.

(四) 學位論文

Trattner, Marina. (2016). Assessment of Anti-Innovative Mergers in High Technology Markets- What kind of Substantive Test should be done to Protect Innovation? [Master's Thesis]. Lund University. <https://www.lunduniversity.lu.se/lup/publication/8877324>

(五) 網路資料

Arteaga, Juan A. (2021). Enforcement of Merger Consent Decrees. *Global Competition Review*. <https://globalcompetitionreview.com/guide/the-guide-merger-remedies/fourth-edition/article/enforcement-of-merger-consent-decrees>

Athey, Susan. (2018). *Nascent Competition: Is the Current Analytical Framework Sufficient?* Presentation at the Federal Trade Commission Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century.



https://www.ftc.gov/system/files/documents/publicevents/1413712/ftc_hearings_session_3_transcriptday_3_10-17-18fullupdated.pdf

Belloso, Natalia Moreno. (2021). *Epic Games v. Apple: A Case Summary*. 1-6.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3941761

Bundeskartellamt. (2019). *Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing*. 1-12.
https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=

Capoot, Ashley. (2022). *Amazon Reportedly reaches deal with EU regulators over anti-competitive practices*. CNBC. <https://www.cnbc.com/2022/12/06/amazon-reportedly-reaches-deal-with-eu-regulators-over-anti-competitive-practices.html>

CMA. (2019). *Anticipated acquisition by Illumina, Inc. of Pacific Biosciences of California, Inc. Decision on relevant merger situation and substantial lessening of competition*.
https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5d307b9ded915d2fe8096fb8/Illumina_PacBio_Full_textP1_Redacted.pdf

Digital Competition Expert Panel. (2019). *Unlocking digital competition Report of the Digital Competition Expert Panel*.
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf

European Commission. (2016). EU Merger Control and Innovation. *Competition policy brief*. https://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2016/2016_001_en.pdf



European Commission. (2017). *Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service.*

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1784

European Commission. (2019). *Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon.*

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_19_4291

European Commission. (2022). *Mergers: Commission clears acquisition of Kustomer by Meta (formerly Facebook), subject to conditions.*

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_652

Federal Court of Justice. (2020). *Federal Court of Justice provisionally confirms allegation of Facebook abusing dominant position.*

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2020/23_06_2020_BGH_Facebook.pdf;jsessionid=88166EC965A482B0ED78E68A737FF799.1_cid390?__blob=publicationFile&v=2

Federal Trade Commission. (1995). *FTC Approves Consent Agreement with Silicon Graphics, Inc.*

https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/1995/11/fyi-ftc-appoves-consent-agreement-silicon-graphics-inc?fbclid=IwAR0hYmdyTYvKhZbCO47StB7YAaXijoz4N0AHc7nImCC3R3CP SJb9byK_23k

Federal Trade Commission. (2012). *FTC Closes Its Investigation into Facebook's Proposed Acquisition of Instagram Photo Sharing Program.*

<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2012/08/ftc-closes-its->

investigation-facebooks-proposed-acquisition-instagram-photo-sharing-program



Federal Trade Commission. (2019). *FTC Challenges Illumina's Proposed Acquisition of PacBio*. <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2019/12/ftc-challenges-illumina-proposed-acquisition-pacbio>

Federal Trade Commission. (2020). *Dissenting Statement of Commissioner Rohit Chopra*. https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1582914/final_commissioner_chopra_dissenting_statement_on_zoom.pdf

Federal Trade Commission. (2021). *Dissenting Statement of Commissioner Rebecca Kelly Slaughter*. https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1599131/1923126ascensionslaughterdissent.pdf

Federal Trade Commission. (2021). *Statement of Chair Lina M. Khan, Commissioner Rohit Chopra, and Commissioner Rebecca Kelly Slaughter on the Withdrawal of the Vertical Merger Guidelines*. <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/public-statements/statement-chair-lina-m-khan-commissioner-rohit-chopra-commissioner-rebecca-kelly-slaughter>

Federal Trade Commission. (2021). *Statement of FTC Chair Lina M. Khan and Antitrust Division Acting Assistant Attorney General Richard A. Powers on Competition Executive Order's Call to Consider Revisions to Merger Guidelines*. <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2021/07/statement-ftc-chair-lina-m-khan-antitrust-division-acting-assistant-attorney-general-richard-powers>

Federal Trade Commission. (2022). *Policy Statement Regarding the Scope of Unfair*



Methods of Competition Under Section 5 of the FTC Act. <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/policy-statement-regarding-scope-unfair-methods-competition-under-section-5-federal-trade-commission>

FTC Prepared Remarks of Commissioner Noah Joshua Philips. (2021). *Reasonably Capable? Applying Section 2 to Acquisitions of Nascent Competitors.* https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1589524/reasonably_capable_-_acquisitions_of_nascent_competitors_4-29-2021_final_for_posting.pdf

Hoffman, D. Bruce. (2019). *Antitrust in the Digital Economy: A Snapshot of Fed. Trade Comm'n Issues.* Remarks at GCR Live Antitrust in the Digital Economy. https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1522327/hoffman_-_gcr_live_san_francisco_2019_speech_5-22-19.pdf

Jacques Cremer. (2019). *Competition Policy for the Digital Era. Final Report.* <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

Lomas, Natasha. (2022). *Europe clears Facebook-Kustomer with API access commitments.* https://techcrunch.com/2022/01/27/facebook-kustomer-eu-clearance/?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAACVt2024J97bjbKmG8RxlxlacBiSXA1VTyaAgCBVpJQYB7zz0b4EYnItRERL4sViSNtpsAYKT3g_Sm6mE1Uuf7Q0i8wHJjfiwErvJTSxzuzQfeeixe7qMNa3qYn0kVUJXbyvXtdsh7Kd60Rs1MeFc_3BFWzPiuKa55ERbFLmyvUZ

Mattioli, Dana. (2020). Amazon Scooped Up Data from Its Own Sellers to Launch Competing Products. *The Wall Street Journal.*



<https://www.wsj.com/articles/amazon-scooped-up-data-from-its-own-sellers-to-launch-competing-products-11587650015>

OECD. (2023). *Theories of Harm for Digital Mergers*.
<https://www.oecd.org/daf/competition/theories-of-harm-for-digital-mergers-2023.pdf>

Office of Fair Trading. (2012). *Anticipated Acquisition by Facebook Inc of Instagram Inc*.
<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/555de2e5ed915d7ae200003b/facebookok.pdf>

Prepared Statements of FTC. (2019) *Competition in Digital Technology Markets: Examining Acquisitions of Nascent or Potential Competitors by Digital Platforms, Before the Comm. On the Judiciary S. Comm. on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights*.
https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1545208/p180101_testimony__acquisitions_of_nascent_or_potential_competitors_by_digital_platforms.pdf

Slaiman, Charlotte. & Stager, Joshua. (2020). *Comments on the draft vertical merger guidelines*. https://www.ftc.gov/system/files/attachments/798-draft-vertical-merger-guidelines/pk_oti_comments_on_draft_vertical_merger_guidelines_022620.pdf

Stasi, Maria Luisa & Solidoro, Silvia. (2016). *Emerging Trends in US Antitrust and EU Competition Law. ENTraNCE Annual Conference*.
https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/44186/ENTraNCE_PB_2016_04.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on

the Judiciary. (2020). *Investigation of Competition in the Digital Market*.

[https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-117HPRT47832/pdf/CPRT-](https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-117HPRT47832/pdf/CPRT-117HPRT47832.pdf)

[117HPRT47832.pdf](https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-117HPRT47832/pdf/CPRT-117HPRT47832.pdf)



U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. (2020). *Vertical Merger*

Guidelines. [https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/us-department-](https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/us-department-justice-federal-trade-commission-vertical-merger-guidelines/vertical_merger_guidelines_6-30-20.pdf)

[justice-federal-trade-commission-vertical-merger-](https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/us-department-justice-federal-trade-commission-vertical-merger-guidelines/vertical_merger_guidelines_6-30-20.pdf)

[guidelines/vertical_merger_guidelines_6-30-20.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/us-department-justice-federal-trade-commission-vertical-merger-guidelines/vertical_merger_guidelines_6-30-20.pdf)

U.S. Department of Justice. (2020). *Justice Department Sues Monopolists Google For*

Violation Antitrust Laws. [https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-](https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-monopolist-google-violating-antitrust-laws)

[monopolist-google-violating-antitrust-laws](https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-monopolist-google-violating-antitrust-laws)

U.S. Department of Justice. (2022). *Justice Department Sues Google for Monopolizing*

Digital Advertising Technologies. [https://www.justice.gov/opa/pr/justice-](https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-google-monopolizing-digital-advertising-technologies)

[department-sues-google-monopolizing-digital-advertising-technologies](https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-google-monopolizing-digital-advertising-technologies)