

促進創新之反托拉斯法執法*

—— 理論建構與臺灣實務評析

顏雅倫**

摘要

本文探討反托拉斯法執法如何評估創新因素，借鏡美國反托拉斯學界相關論辯與執法案例，評論公平交易委員會關於創新之反托拉斯法執法，進一步思考於我國公平交易法下評估創新因素之基本原則、理論與架構。反托拉斯法執法應致力於維持或促進事業創新誘因，併同觀察Arrow效應與源於Schumpeter理論之創新可獲益性，分析系爭行為對相關事業與整體市場創新誘因與能力之影響。鼓勵創新之反托拉斯法政策，應遏止市場支配事業阻礙創新或排除競爭者之排他性行為。評估事業行為對創新的影響時，市場界定與市占率僅為初步指標，競爭主管機關應著重密集事實探究、質化分析和評估直接證據，必要時應考慮對未來創新競爭的影響，或界定研發市場。本文並針對公平交易委員會關於創新之執法重心，即專利或技術授權案件暨結合審查，應如何分析與評估創新因素，提出建言。

* 投稿日：2024年7月19日；接受刊登日：2025年4月29日。〔責任校對：林巧翕〕。

本文係就作者所執行之國家科學及技術委員會106年度補助研究計畫「破壞式創新與反托拉斯法之執行：論臺灣的挑戰與因應」（計畫編號：MOST 106-2410-H-006-040-）之研究成果，經大幅擴充、修正與增補而成。作者感謝兩位匿名審稿人與出版委員會所提供之寶貴意見與建議，惟本文如有疏漏之處，概由作者自負文責。

** 公平交易委員會委員，國立成功大學法律學系教授。

穩定網址：<https://publication.iias.sinica.edu.tw/65011062.pdf>。



關鍵詞：創新競爭、破壞性創新、創新誘因、Arrow效應、創新可獲益性、創新市場、研發市場、反托拉斯法、數位平台、競爭政策。

目次

壹、前言與研究目的	二、創新、智慧財產權與反托拉斯法
貳、創新與競爭之關係	三、結管制與創新
一、創新之意義與類型	肆、創新與公平交易法之執法
二、創新與競爭之論辯	一、公平交易法與公平會相關處理原則
三、評估創新之因素	二、相關案例
四、小結	三、綜合評論
參、美國反托拉斯法就創新因素之評估與論辯	伍、結論與建議
一、創新誘因、動態競爭與反托拉斯法執法政策	

壹、前言與研究目的

近年來隨著數位經濟與各式數位創新之發展與茁壯，使用者無需另行付費之各類數位商品或服務，蓬勃興盛而無所不在，相關數位市場中的事業，彼此之非價格競爭（non-price competition）日益重要。各國反托拉斯法主管機關，也愈加重視如何評估與識別各類事業行為對相關市場非價格競爭之影響。創新為非價格競爭之重要一環¹，與競爭同為市場經濟之重要組成元素。諸多文獻指出，競爭驅動創新，創新則進一步促進消費者福利與經濟成長。競爭對創

¹ OECD, *Considering Non-Price Effects in Merger Control – Background Note by the Secretariat*, at 5-6, DAF/COMP(2018)2 (2018/05/04), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)2/en/pdf).

新之影響，取決於市場是否可競爭（contestable）與成功創新者能否至少暫時獲取創新獲益等因素；創新亦可能影響市場動態暨結構，例如事業可能以創新迫使競爭者退出市場、阻礙市場新進者進入市場，或改變市場既存事業之商業模式。理解與掌握競爭與創新間之複雜互動，建立競爭政策於驅動創新之關鍵角色，包括促進創新誘因與創新散布，得更健全競爭政策，有助創建公平競爭環境，激勵市場參與並引入創新。反托拉斯法執法，對促進創新至關重要，如何於評估各種交易或事業行為時納入創新考量，為各國反托拉斯法主管機關關注之迫切議題²。公平交易委員會（下稱「公平會」）雖曾於少數處分或結合案中，論及創新，但其對創新與反托拉斯法間的關係，尚無深入與一致性的想法，國內曾論述創新與競爭以及相關競爭法問題的文獻，亦不多見。針對此一亟待填補之缺口，援引參考國外執法實務與其奠基之相關理論（包括法律與經濟層面），探究我國反托拉斯法執法，如何於個案中評估創新因素（包括救濟措施設計），建立與創新相關之損害理論，應屬當務之急。

依據世界智慧財產權組織（World Intellectual Property Organization, WIPO）2024年全球創新指數（Global Innovation Index 2024）報告，北美洲（包括美國與加拿大），為世界最創新之地區（大部分係由美國驅動）。美國在78項全球創新指數（GII）創新指標中，有9項排名全球第一³。另美國身為制訂反托拉斯法的先驅，

2 OECD, *Competition and Innovation: A Theoretical Perspective*, OECD Competition Policy Roundtable Background Note, at 5-6, 32-33 (2023/05/05), https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/competition-and-innovation-a-theoretical-perspective_4632227c-en.

3 WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, GLOBAL INNOVATION INDEX 2024: UNLOCKING THE PROMISE OF SOCIAL ENTREPRENEURSHIP, 52, 63 (Soumitra Dutta et al., eds., 17th ed. 2024), https://www.wipo.int/web-publications/global-innovation-index-2024/assets/67729/2000%20Global%20Innovation%20Index%202024_WEB3_lite.pdf. 美國在創新指標中排名第一位之項目，包括全球性公司研發投資者

長久以來即有關於競爭與創新的論辯，亦有豐富文獻討論如何以競爭政策促進與維護創新，常為其他國家甚或歐盟等跨國組織所參照。有鑑於此，本文擬立基於美國反托拉斯法學界對創新之討論，先剖析創新的特性，次則逐一探討創新與反托拉斯法執行的相關議題，包括競爭與創新間的關係、既有廠商排他性行為對創新的影響，以及於結合案中為創新因素評估等，並佐以美國相關之執法案例，解析美國關於創新之競爭政策的最新走向，進而分析我國公平交易法執法實務與深化相關理論。至於公平會如何運用公平交易法第46條及第6條的主管機關間協商機制，維護管制領域的競爭，讓創新融入管制體系等議題，為利集中論述主軸，不納入討論範疇。

因創新之定義、分類，以及創新與競爭間的關係等事項，係屬共通性議題，本文雖以美國文獻與美國學者（包括與歐洲學者合著者）之論述為主，但亦會參酌部分美國反托拉斯學界常引用但非美國學者所著之文獻，特別是關於Joseph Schumpeter與Kenneth Arrow的討論，以及國際組織（如經濟合作暨發展組織（Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD））的報告。另本文限於篇幅且便於聚焦，就美國之執法實務，將以美國反托拉斯法主管機關已制訂且提及創新之指導原則暨相關代表案例為主。最後，本文將依據前述相關討論與評析，據此分析公平會相關處理原則、重要案例（以「創新」、「非價格競爭」、「動態競爭」為關鍵字，於公平會網站公布之行政決定與公平會於電子報說明之未異議結合

（Global corporate R&D investors）、QS大學排名、獨角獸估值於國內生產毛額（Gross Domestic Product, GDP）之百分比、軟體支出於GDP之百分比與無形資產強度（intangible asset intensity）等。全球性公司研發投資者指標，係指前三名全球性公司於研發之平均支出；QS大學排名指標，則為QS世界大學排名之該國前三名大學的平均分數；獨角獸估值於GDP之百分比指標，係指於該國所有獨角獸公司之整體估值占GDP之百分比，該指標所稱之獨角獸，為估值超過10億美金（1 billion）之私人公司；軟體支出於GDP之百分比指標，係電腦軟體支出（包括購買或租賃套裝軟體之總支出）於GDP之百分比；無形資產強度指標，則為無形資產價值於公司整體價值之百分比，並取該國前15家公司之平均，*id.* at 52, 243, 285, 297, 300.

案，搜尋篩選定之)，以及相關行政法院判決，於我國反托拉斯法制與實務架構下，提出評估創新之適宜運作模式與建議。

貳、創新與競爭之關係

一、創新之意義與類型

(一) 創新之定義

按OECD於2006年「競爭、專利與創新」(Competition, Patents and Innovation)背景說明(background note)中，將「創新」定義為新知識之成功發展與應用(the successful development and application of new knowledge)，故其不僅限於發明(invention)，也涵蓋此等發明之實際應用等其他階段⁴。此一定義亦為OECD 2023年「競爭與創新：理論觀點」(Competition and Innovation: A Theoretical Perspective)競爭政策圓桌會議背景說明所沿用⁵。而OECD 2018年版的Oslo手冊：蒐集、報告與使用創新資料指導原則(Oslo Manual 2018: Guidelines for Collecting, Reporting and Using Data on Innovation)將創新定義為新或改良之產品或方法(或其組合)⁶。美國學者有逕行引用OECD 2018年Oslo手冊對創新之定義者⁷，亦有認為，創新係指搜尋、發現、發展、改良、採用與商業

4 OECD, *Competition, Patents and Innovation*, at 17, DAF/COMP(2007)40 (2008/01/08), https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/competition-patents-and-innovation_3d4b7785-en.

5 OECD, *supra* note 2, at 7.

6 OECD, OSLO MANUAL 2018: GUIDELINES FOR COLLECTING, REPORTING AND USING DATA ON INNOVATION 20 (4th ed. 2018), https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oslo-manual-2018_9789264304604-en. 此處所稱之單位(unit)，係指負責創新之行為者，其可為任何領域中的任何機構單位，包括家庭及其個別成員。

7 RICHARD J. GILBERT, INNOVATION MATTERS: COMPETITION POLICY FOR THE HIGH-TECHNOLOGY ECONOMY 2 (2020) (ebook).

化新方法、新產品與新組織架構與流程⁸。綜合上述，創新為新知識（含產品、方法暨其組合）的成功發展與應用。

（二）創新之類型

依前述創新定義，創新最基本分類可分為產品創新（product innovation）與方法創新（process innovation）。產品創新為引入新產品，或開發現有產品且改變其特性；方法創新則為生產或分銷技術之改良，進而降低成本⁹。

Joseph Bower與Clayton Christensen在1995年所發表的“*Disruptive Technologies: Catching the Wave*”一文，將創新分為破壞性創新（disruptive innovation）與持續性創新（sustaining innovation）。持續性創新增加或改善既有產品或服務之特性，然而破壞性創新則對一群主流客戶提供組合不同特質的產品或服務，即令該新產品或服務在某些功能比既有產品或服務來得差。破壞性科技傾向應用於或創造新市場或新應用¹⁰。持續性與破壞性創新，亦可被稱為漸進性（incremental innovation）與突破性創新（breakthrough innovation），此係依據該等創新對價值鏈與周邊流程之影響為區分¹¹。

就破壞性創新，文獻上亦有再將其區分為商業模式創新（business-model innovation）與根本性產品創新（radical product innovation）。商業模式創新，係指發現與既有商業環境完全不同之商業模式，其吸引新客戶進入市場或鼓勵既有客戶為更多消費，並未創造出新的服務或商品，但所創造的新市場會納入不同類型之新

8 Thomas M. Jorde & David J. Teece, *Innovation and Cooperation: Implications for Competition and Antitrust*, 4 J. ECON. PERSP. 75, 76 (1990).

9 OECD, *supra* note 2, at 7; OECD, *supra* note 6, at 20.

10 Joseph L. Bower & Clayton M. Christensen, *Disruptive Technologies: Catching the Wave*, 73 HARV. BUS. REV. 43, 46 (1995).

11 OECD, *supra* note 2, at 7.

客戶，也具有與既有市場不同之關鍵成功因素¹²。至於根本性產品創新，則為引進高度擾動多數消費者習慣與行為之產品與價值；其所創造的市場，往往破壞既有競爭者所仰賴之競爭力或互補性資產。此等創新多由新科技推動，所創造出的市場，常有諸多市場新進者，產品多樣化程度甚高，但在早期階段，新市場結構明顯流動，直到主宰設計出現、整體市場成熟為止。最後將新市場規模化之業者，往往是在正確時間進入市場，並使新市場從利基市場（niche market）轉化為大眾市場的市場後進者¹³。

二、創新與競爭之論辯

（一）Schumpeter與Arrow：市場結構對創新的影響

創新與競爭間的關係，係長期爭議但饒有趣味的議題。經濟學家Schumpeter在1940年代指出，資本主義的進展係一種演化過程（evolutionary process），並非靜止狀態。事業所創造之新商品、新生產或運輸方法、新市場與新產業組織型態，推動與維持資本主義引擎運轉。產業突變（industrial mutation）可自內部革新經濟結構；創造性破壞（creative destruction）為資本主義之必要事實。來自新商品、新技術、新供應源、新型組織型態之競爭，比價格競爭（price competition）更為重要¹⁴。獨占者具有其競爭者所無之優勢，例如財務與人才，創造性破壞得誕生大型事業，大型事業對實現該創造亦有必要。動機（motivation）並不重要，改善方法或龐大設備投入等壓力也能發揮部分、全部或超過競爭機制之功能。即令獨占狀態可能會使獨占者鬆懈，惟取得或維持獨占地位往往需要警覺與活力。獨占事業能抵禦市場暫時性混亂並得為長遠規劃。大型企業能創造與策略性使用在數量與品質上為完全競爭事業所無之

12 Constantinos Markides, *Disruptive Innovation: In Need of Better Theory*, 23 J. PROD. INNOVATION MGMT. 19, 19-22 (2006).

13 *Id.* at 22-23.

14 JOSEPH SCHUMPETER, CAPITALISM, SOCIALISM, AND DEMOCRACY 81-86 (2d ed. 1942).

產能。完全競爭事業之內部效率（特別是技術效率）、發展與判斷新可能性，或改進生產方法之能力，均較為低落。大型企業實為進步（特別是總產出長期擴張）之最強大引擎¹⁵。

惟奪得諾貝爾獎的經濟學家Arrow則提出不同觀點，主張獨占者於發明前之獨占力量，強烈阻礙進一步創新，獨占者之創新誘因顯然低於處於競爭之發明者的誘因。換言之，競爭比獨占更能促進創新，獨占廠商比起競爭廠商較欠缺投資創新的意願，競爭廠商卻有高度誘因藉由創新奪得市場。即使認為獨占事業對創新之可獲益性（appropriability）較高，故有較高誘因創新，但此也會被獨占事業創新前之獨占獲利所產生的抑制誘因所抵銷。獨占者自適度降低成本之發明所獲利益，高於自根本性發明（radical invention）所獲利益¹⁶。獨占者創新誘因之限制，又被稱為Arrow效應（Arrow effect）或替代效應（replacement effect），即獨占者所為之創新係取代其既有產品或服務而非發展新業務的程度。當新產品或方法預期能完全取代舊有者（即激烈創新（drastic innovation）），且獨占者無懼其他事業（或市場新進者）未久將執行類似新概念時，替代效應可能最為強大¹⁷。

Schumpeter與Arrow對立的觀點，引發後續眾多經濟文獻研究與討論。於1960至1970年代，經濟學家F. M. Scherer指出，產業發明暨創新努力和集中度間之關係，相當複雜，此係因高集中度與充裕技術機會往往同時存在。集中度相對低時，技術活力（technological vigor）隨著集中度而增加，惟當四大事業集中度比

15 *Id.* at 100-06; 關於Schumpeter前述見解之摘要，另可參閱Jonathan B. Baker, *Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation*, 74 ANTITRUST L.J. 575, 578 (2007).

16 Kenneth J. Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in THE RATE AND DIRECTION OF INVENTIVE ACTIVITY: ECONOMIC AND SOCIAL FACTORS 609, 619-22 (1962); Baker, *supra* note 15, at 578-79.

17 Baker, *supra* note 15, at 578-79.

率超過50%或55%時，額外之市場力量反不利甚且可能阻礙更強健之技術努力¹⁸。Morton I. Kamien與Nancy L. Schwartz亦有類似見解認為，中間程度之技術競爭，最能激勵創新活動，若創新者預期取得之準租（quasi rent）較高時，中等程度的競爭可能較獨占更佳。而產業技術基礎、事業規模大小，以及接取資本市場的差異，均可能影響競爭出現的可能性¹⁹。

2000年之後，則有Philippe Aghion等人指出，競爭與創新間的關係，呈現倒U（inverted U）線型模式。創新誘因取決於既有事業創新前後間之利潤差異。若競爭得增加創新之增量利潤（incremental profits），從而鼓勵研發投資以逃離競爭（escaping competition），此即逃離競爭效應（escape-competition effect）；此於既有事業處於類似技術水準之「旗鼓相當」（neck-and-neck）領域中，尤為如此。當產品市場競爭不激烈，旗鼓相當之事業幾乎沒有創新誘因；若一開始競爭程度很低，競爭增加可加快平均創新率。但另一方面，當產業競爭程度很高，創新主要由初始利潤已經很低的落後事業（laggard firms）為之，競爭反可能降低落後事業之創新誘因，此即熊彼得效應（Schumpeterian effect），而此時產業領導者並不創新。故若競爭程度初始即非常高，競爭增加會減緩平均創新率。逃離競爭效應與熊彼得效應間之平衡，於低競爭與高競爭水準間變化，形成倒U關係。事業間技術旗鼓相當之均衡程度，隨產品市場競爭而降低；產業中旗鼓相當之程度越高，產品市場競爭與創新間之倒U線型就越陡峭²⁰。換言之，競爭與創新間之倒U型關

18 F. M. Scherer, *Market Structure and the Employment of Scientists and Engineers*, 57 AM. ECON. REV. 524, 530 (1967).

19 Morton I. Kamien & Nancy L. Schwartz, *On the Degree of Rivalry for Maximum Innovative Activity*, 90 Q.J. ECON. 245, 258-59 (1976).

20 Philippe Aghion et al., *Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship*, 120 Q.J. ECON. 701, 702, 715-16, 720-21 (2005). 該文中所稱之逃離競爭效應，係指越多競爭得誘使旗鼓相當事業創新以逃離競爭，蓋於市場處於領先位置之增量價

係，也與公司間的技術狀態有關。如產業中事業彼此技術狀態相似，競爭增加提高創新誘因，此與Arrow之理論一致；惟若產業中事業之技術有相當差異，創新誘因則來自於欠缺競爭所賺取之利潤，此為熊彼得效應，蓋技術落後之事業的創新誘因很小，因其迎頭趕上領先者所獲得之報酬很低²¹。亦有美國重要反托拉斯法學者支持此見解，認為創新於中度集中、產品差異化的市場中最為快速，此等市場有規模相對較大的事業存在，但亦存在足夠競爭，事業為彼此之創新威脅²²。

(二) Schumpeter理論的侷限與貢獻

文獻上對Schumpeter的主要批評，包括除事業規模與市場力量外，尚有諸多因素影響創新者接觸資本之能力。創新者能透過合資、共同生產與共同行銷協議等，減少從事創新之資金需求。且若事業有多部門或生產多種產品，其傾向將資金分配予事業內部收益最高之處，則市場力量與投資特定市場創新間的關聯即會崩解²³。另Schumpeter理論認為高市場占有率（下稱「市占率」）對創新者專屬利用或掌握創新價值有其必要，惟市場既有業者擔憂創新侵蝕自身市占率之恐懼，反可能抑制或阻礙創新，特別是新產品或創新對既有事業之銷售與利潤的替代率高於對其競爭者與新進者時。再者，Schumpeter的主張，暗指事業需要市場力量以掌控足夠獲利，而正當化投資創新活動之成本與風險。惟與可獲益性有關之重要因素，並非高市占率，而為法律保護機制有效性（亦即智慧財產權）

值，伴隨著較高產品市場競爭而增加；熊彼得競爭則源自於產業追隨者成功藉由創新迎頭趕上其競爭者所能獲取之利潤降低，*id.* at 714.

21 OECD, *supra* note 2, at 11.

22 Herbert J. Hovenkamp, *Antitrust and the Patent System: A Reexamination*, 76 OHIO ST. L.J. 467, 506-07 (2015).

23 J. Gregory Sidak & David J. Teece, *Dynamic Competition in Antitrust Law*, 5 J. COMPETITION L. & ECON. 581, 590-92 (2009).

與創新知識本質²⁴。另若創新者並未控制創新之互補產品或互補資產，則互補產品或互補資產之所有人，將會汲取與分享創新所生獲利²⁵。市場新進者與外生因素（*exogenous factor*，即市場或產業外之因素）對創新也扮演重要角色，例如市場新進者常引進革命性新產品或方法，故研發強度與市場集中度間之關係為何，亦無共識²⁶。

Schumpeter雖未直接論及市場結構對創新價值利用能力的影響，其更關心完全競爭模型無法解釋創新和企業家精神，並強調創造性破壞激發經濟進步。Schumpeter批評以完全競爭作為創新理想引擎，有其根據。特別在需要巨額設備沉沒成本的半導體製造，抑或電腦軟體、基因研究等至市場化的研發成本遠高於技術授權與銷售等邊際成本之產業，完全競爭並不可行。依據Schumpeter的觀點，降低競爭可增加創新者之銷售，從而使創新者自創新獲取更多利潤，亦可降低競爭者模仿創新之技術外溢，因而增強可獲益性。反托拉斯執法者即須衡量降低競爭對價格之不利影響與可能的創新利益²⁷。Schumpeter的理論，凸顯競爭對創新可獲益性的影響，亦即事業規模與市場力量，得以讓事業自創新中獲取更大價值而增加創新誘因²⁸。

此外，Schumpeter使用「創造性破壞」一詞描述資本主義之進展，以及競爭與創新之本質，論者常將Schumpeter的見解與「破壞性創新」相連結。即有認為，依據Schumpeter的假設，破壞性創新會規律性地打破平衡，使創新公司獨占市場，直至新破壞性創新出現並驅使原先的創新者退出市場²⁹。只要未破壞基本權利或對公共

24 *Id.* at 592-93.

25 *Id.* at 596.

26 *Id.* at 596-98.

27 GILBERT, *supra* note 7, at 43.

28 *Id.* at 59.

29 Frédéric de Bure & Laurence Bary, *Disruptive Innovation and Merger Remedies: How to Predict the Unpredictable*, 3 CONCURRENCES 1, 1 (2017).

政策目標有負面影響，破壞性創新一般會帶來正面福利³⁰。另有文獻指出，Schumpeter理論中較少被注意到但深植其中的主張，即為動態競爭（dynamic competition）優於靜態競爭（static competition）。而動態競爭仰賴創新產出新產品與方法，同時顯著幅度降低價格，其節省之成本則為未來消費者福利之指標³¹。

（三）Arrow效應、創新誘因與其理論缺陷

文獻上對Arrow觀點的主要批評，則包括其並未考慮可獲益性問題（亦即如何從創新中獲取價值），並假設就特定生產技術之基礎資訊有完美財產權（即相當於清楚界定、執行無成本且無存續期限之專利），其分析也未顧及商業模式創新³²。此外，在Arrow的模型，獨占者於生產及研發都免於競爭，既有獨占者無需從事任何行為阻止潛在競爭者創新。惟既有獨占者預防競爭而為創新之誘因，取決於其創新之獨占獲利，與其使用舊技術面對創新競爭者時所獲利潤間的差異，故獨占者於競爭對手有可能創新，且獨占者為創新有機會排除新競爭時，獨占者有誘因為非激烈創新，以免失去獨占獲利。獨占者亦可能收購得破壞其市場支配地位的新創公司。再者，Arrow未考慮創新與事業既有產品對事業獲利能力的交互作用，獨占者如生產多種產品，其組合效應可創造出正面創新誘因，抵銷或超過Arrow效應帶來的負面誘因，事業也可能改善耐用品增加銷售等誘因。Arrow亦未考量事業累積創新，亦即投資研發以受益於先前創新，與創新可能使市場結構發生改變等因素³³。

惟Arrow效應確實指出，既有產品收益可能阻礙創新，創新對

30 OECD, *Disruptive Innovation and Competition Policy Enforcement – Note by Alexandre de Streel and Pierre Larouche*, DAF/COMP/GF(2015)7 (2015/10/20), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2015\)7/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2015)7/en/pdf).

31 Sidak & Teece, *supra* note 23, at 600-01, 603.

32 *Id.* at 588-89.

33 GILBERT, *supra* note 7, at 46-52.

既有產品之利潤風險，為研發之機會成本。Arrow效應得解釋市場支配事業（*dominant firms*），何以無意願接受破壞其既有利潤之創新機會，除非其得自激烈創新獲得特殊益處，或受高市場進入障礙保護，否則其僅就漸進性創新方具有採行先發制人策略的誘因，故在不需高度專業或昂貴資產之技術領域，容易有許多潛在創新者。而既有公司不建立人為障礙來阻止新競爭，至關重要，蓋破壞性創新往往可能來自市場新進競爭對手³⁴。

三、評估創新之因素

（一）Baker的看法

有學說嘗試跳脫Schumpeter與Arrow此一固有爭論，直接從創新誘因切入。美國反托拉斯法重要學者Jonathan B. Baker即認為，市場集中度與創新之關聯薄弱，研發支出與創新間的關聯亦然。產業創新程度，亦可能係源於創新前競爭程度以外的其他因素，例如該產業之技術機會龐大、事業預期較廣之智慧財產權保護範圍或保留客戶之優勢等³⁵。Baker並進而就創新與競爭間的關係，彙整出四項重要原則。第一，創新本身之競爭（*competition in innovation itself*），即尋求發展相同新商品或方法的事業間之競爭，鼓勵競爭。此種動態，在關於專利競賽（*patent races*）研發競爭的經濟學文獻中，特別顯明。第二，生產既有產品之競爭對手間的競爭，鼓勵此等事業尋求降低成本、改善品質，或開發更佳產品。事業從事研發，係因研發能使其逃離競爭而賺取更多獲利，面臨較少競爭之事業，因既有獲利較多，即有誘因減緩創新努力保護既有獲利。第三，若事業預期創新後，產品市場之競爭會更強，其投資研發之誘因就較低。若事業無法因創新而逃離競爭，反而因此面對更激烈的競爭，事業預期自研發之獲益較低，則事業一開始追求創新之誘因

³⁴ *Id.* at 73-76.

³⁵ Baker, *supra* note 15, at 583-85.

就較低。事業引進新產品，以與其競爭者產品為差異化，係因差異化產品比起事業原有銷售產品，通常面臨較低之創新後產品市場競爭。第四，若事業創新能阻撓潛在競爭者投資研發，事業會有額外誘因創新。蓋創新事業不僅能透過提供買方更佳與更便宜之產品而獲利，亦能藉由阻礙潛在競爭者創新而獲益。例如，若獨占者所為投資，能有效保證其將快速模仿市場新進者引進之創新，這些投資將阻撓潛在對手為與獨占者競爭之創新，卻不會減損獨占者的創新誘因³⁶。

(二) Carrier的見解

學者Michael A. Carrier，則彙整出有利創新之理想市場結構的四項因素。前兩項因素適用於所有市場，即1. 產品與方法創新之區別；2. 激烈與非激烈創新之分野。後兩者則著重特定產業之特性，分別為3. 科技機會（technological opportunity）與4. 可獲益性。首先，就產品與方法創新之區別而言，產品相關研發通常會產出可專利化的創新，方法創新則較不易被專利化，較易被迴避且更難被界定與實施。若方法並未專利化，事業必須仰賴其他機制，諸如規模或獨占力量，以利用其投資，避免創新遭盜用³⁷。

第二個決定市場結構與創新間關聯之因素，為激烈創新（使既有產品或方法不具競爭力的創新）或非激烈創新（通常允許同時使用既有與嶄新之產品或方法）。就激烈創新而言，競爭優於獨占。蓋獨占者較不可能引進會取代獨占者既有產品之新產品，削弱其既有產品之銷售。處於競爭市場之事業，則能獲取新激烈創新之全部利益，而無庸承受先前產品減少銷售之損失。至於互補性非激烈創新，因舊產品不會被取代，且因透過非激烈創新，獨占者能維持其

³⁶ *Id.* at 579-83.

³⁷ Michael A. Carrier, *Two Puzzles Resolved: Of the Schumpeter-Arrow Stalemate and Pharmaceutical Innovation Markets*, 93 IOWA L. REV. 393, 404-06 (2008).

獨占獲利，其至少會有與競爭者相當或更強之誘因投資研發，甚至有誘因取得專利進而阻止研發競爭³⁸。

科技機會（科學與科技進展可能產生可獲利創新之速度）與可獲益性（廠商收回其投資之能力）這兩因素，則會弱化市場結構與創新間的關聯。以科技機會與高可獲益性為特色之產業，一般無須獨占以鼓勵競爭。於科學知識快速變化之產業，創新產出成本較低。科技機會越大，從事研發與獲取創新利益之誘因越大。科技先進的產業，更可能從事可專利產品創新，因而減低市場集中之必要性。而非科技先進之產業以方法創新與營業秘密為特性，通常導致以市場集中的方式利用創新。而當可獲益性增加時，事業投資研發之誘因也會增加。在高可獲益性之產業，較無須獨占以回收投資。許多關於產品與方法創新之討論，亦適用於可獲益性。例如，以專利保護產品創新之事業，通常有高可獲益性。方法創新所屬可獲益性常較低，此導致需要規模防止濫用。可獲益性越高，規模與創新之關聯越弱³⁹。

（三）Shapiro之綜整

對後述美國2010年水平結合準則（2010 Horizontal Merger Guidelines）影響極深之著名反托拉斯法經濟學家Carl Shapiro，統合了Schumpeter與Arrow的觀點而主張，事業從事創新之誘因與能力驅動競爭性，並提出三大原則評估競爭對創新之效果，分別為可競爭性原則（contestability principle）、可獲益性原則（appropriability principle）與綜效原則（synergies principle）。可競爭性原則意指，預期藉由為客戶提供更大價值即得以獲取或保護可獲利銷售，可刺激創新。此原則著重創新公司對消費者提供更高價值而獲取或維持可獲利銷售的能力，若成功創新使事業自競爭對手

³⁸ *Id.* at 406-08.

³⁹ *Id.* at 408-10.

處獲得或保護可獲利銷售，則事業會具有更大的創新動機。然而，若消費者有強烈品牌偏好（brand preference）或高轉換成本（switching cost），可競爭之銷售較少，創新誘因即會減弱。Arrow效應係由可競爭性驅動，蓋創新前銷售較少之事業，可從創新中獲益較多；而不創新亦有相當銷售之事業，其創新誘因減弱。Aghion等人研究中所描述之逃離競爭效應（即旗鼓相當事業有更大創新誘因，產品市場競爭程度越大），係Arrow替代效應之反面敘述。Aghion等人所述的熊彼得效應亦與可競爭性原則一致，按為重大創新之公司得獲取高市占率獎勵，導致創新後之高市場集中度；反之，縱令成功創新也未能顯著成長之小型事業，其投資研發之誘因，即低於大型事業⁴⁰。

可獲益性原則為獲益性增加得刺激創新。可獲益性原則聚焦於成功創新者獲取其創新產生社會利益的程度，此取決於事業得保護其創新相關競爭優勢之程度。可獲益性原則與熊彼得效應吻合，蓋若事業創新後，因其他事業快速模仿，創新後競爭仍然激烈，成功創新者僅能獲取微薄利潤，則難以期待事業創新。智慧財產權強度也強烈影響可獲益性。特定廠商對創新的可獲益性，會因模仿等使創新效益外溢至其他非創新者之行為而降低。於反托拉斯法分析上，重點不在於衡量可獲益性之比率，而在特定結合或商業行為是否內部化重要外溢，因而提高可獲益性。可獲益性原則建立在可競爭性原則之基礎上，考慮競爭者如何回應特定事業的成功創新。若競爭者被動回應（如減少研發努力甚至退出市場），成功創新者之獎勵增加；如競爭者積極回應（如降低價格或加強創新努力），創新利益將移轉至競爭者和／或客戶而減少可獲益性。鑑於外溢效果亦可發生在互補產品供應商間，此時可獲益性原則強化下述綜效原

⁴⁰ Carl Shapiro, *Competition and Innovation: Did Arrow Hit the Bull's Eye?*, in THE RATE AND DIRECTION OF INVENTIVE ACTIVITY REVISITED 361, 364, 385-86 (Josh Lerner & Scott Stern eds., 2012).

則：即結合互補產品可增加創新誘因與創新能力⁴¹。

綜效原則意指整合互補資產（**complementary assets**）能提高創新能力（**innovation capabilities**），進而促進創新。可競爭性和可獲益性原則與創新誘因有關，綜效原則與創新能力有關，但此三原則均與產品市場之集中度無關。若兩家事業，彼此為特定領域最重要且直接之研發競爭者，其為結合即可能減緩該領域之創新，然而若參與結合事業能證明該結合得提升可獲益性，或產生研發綜效，而增強結合後事業創新誘因或能力，即可推翻此降低領域創新誘因之推定⁴²。Arrow正確指出，對既有市場狀態僅有微小甚或欠缺經濟利益之破壞性市場新進者，對創新過程甚為關鍵，對目前市場已有既得利益之廠商，開發或引進破壞性新技術之誘因較低。惟Schumpeter之觀察亦屬的論，得獲取暫時獨占地位或市場力量之預期或前景，對既有事業或市場新進者，均是強大的創新誘因⁴³。

（四）Teece：事業動態能力

組織經濟學家David J. Teece則認為，既有之產業組織文獻，仍侷限於探究市場力量與創新間之關聯，然而技術機會、可獲益性、組織結構、文化與生產能力對創新也有重大影響⁴⁴。Teece嘗試從企業組織與管理的角度切入，主張評估事業能否競爭或創新，應考量事業之動態能力（**dynamic capabilities**），即事業整合資源、才能與資產的績效。事業策略、商業模式、組織過程、生態系結構以及管理，對創新與競爭性有重要影響。大型科技公司（**Big Tech**）之動態能力為其成敗關鍵，數位經濟下，動態競爭需要事業於組織大數

41 *Id.* at 364, 387-88.

42 *Id.* at 365, 368.

43 *Id.* at 400-01.

44 David J. Teece, *Pivoting Toward Schumpeter: Makan Delrahim and the Recasting of U.S. Antitrust Towards Innovation, Competitiveness, and Growth*, 32(3) ANTITRUST 32, 34 (2018).

據、部署人工智慧驅動之營運模式、企業家行為與避免官僚式決策等事項之優越能力。高市占率可能源於機會、網路效應或其他非事業固有能力的因素，將低市占率視為競爭弱點，可能具誤導性。靜態分析方法，較傾向關注一般能力，而忽略動態能力。Schumpeter則隱然聚焦於動態能力和動態競爭。個別事業（尤其是高科技領域）之競爭優勢來自於其正確使用技術、數據與其他資源之能力⁴⁵。

四、小結

創新為整體經濟發展之基石⁴⁶，創新與競爭間之關係，則攸關競爭法之政策取向。就市場結構或市場力量對創新之影響，Schumpeter與Arrow各為兩極觀點之理論代表，Schumpeter主張獨占事業較具創新能力，Arrow則指出獨占事業較欠缺創新誘因。奠基於Schumpeter與Arrow，相關研究與理論已走得更遠，市場結構已非影響創新之決定性判準。Schumpeter之貢獻，在於指出創新等非價格競爭的重要性，以及創新可獲益性之強弱，對事業創新能力與誘因的影響；Arrow則點出創新誘因之重要性，特別是Arrow效應，即評估創新取代獨占事業既有獲利而抑制獨占事業之創新誘因的程度，迄今為止，仍為觀察事業創新誘因的重要指標。

以此為基礎，後續理論亦係從創新類型（包括方法創新與產品創新、破壞性創新與持續性創新、激烈或非激烈創新）、科技機會、事業所處產業特性，以及事業動態或技術能力等面向，更細緻化分析事業創新誘因、創新可獲益性，以及此兩者之互動關係與交

45 David J. Teece, *Innovation, Governance, and Capabilities: Implications for Competition Policy*, 29 INDUS. & CORP. CHANGE 1075, 1080-83 (2020); Nicolas Petit & David J. Teece, *Innovating Big Tech Firms and Competition Policy: Favoring Dynamic over Static Competition*, 30 INDUS. & CORP. CHANGE 1168, 1176-80 (2021).

46 Anne K. Bingaman, *Competition and Innovation: Bedrock of the American Economy* (U.S. Dep't of Just., Remarks at the University of Kansas Law School) (1996/09/19), <https://www.justice.gov/atr/speech/competition-and-innovation-bedrock-american-economy>.

互影響。綜合前述，競爭政策於評估創新時，應考慮到創新類型、事業技術能力，以及產業之競爭性質。影響創新誘因之因素甚多，包括市場結構、技術機會、創新類型、可獲益性與外溢效果等⁴⁷，於個案中共同型塑創新與競爭間的關係。

參、美國反托拉斯法就創新因素之評估與論辯

一、創新誘因、動態競爭與反托拉斯法執法政策

(一) 鼓勵創新之反托拉斯法政策

1. 創新誘因與既有事業之排他性行為

按創新在本質上難以預測，破壞性創新尤然。從Schumpeter的觀點，難以事先衡量或評估特定創新努力之長期效果或何種創新會成功，亦不易就特定行為對未來創新之可能效果為經濟分析⁴⁸。有論者主張，反托拉斯政策如著重短期消費者福利效果而非長期創新經濟利益，可能造成顯著效率損失。技術變革時，價格與成本間之加成（price-cost markups），並非事業行為或產業效能之精確指標。創新競爭或創新投資所生損失或利潤，可能為高風險計畫之結果或回報，而非獨占化（monopolization）或排他性行為⁴⁹。創新競爭所生之產品差異化，生產方法或交易效率改善，以及方法創新，雖然可能提高價格和事業之市占率，但也能提升消費者福利，此不必然顯示獨占化或限制競爭行為⁵⁰。故美國對反托拉斯法抱持懷疑觀點

47 GILBERT, *supra* note 7, at 75-76.

48 Herbert Hovenkamp, *Schumpeterian Competition and Antitrust* 1-4 (Univ. of Iowa, Legal Studies Research Paper No. 08-43, 2008), <https://ssrn.com/abstract=1275986>.

49 Daniel F. Spulber, *Antitrust and Innovation Competition*, 11 J. ANTITRUST ENF'T 5, 8, 15-16, 22 (2023).

50 *Id.* at 18, 31.

者，常援引Schumpeter的觀點，主張盡可能不以反托拉斯法介入市場⁵¹。亦有論者認為，於科技、動態市場宜低度執行（under-enforcement）反托拉斯法⁵²，採取等待與觀察（wait and see）策略，高速率之破壞性創新本身即能防止限制競爭損害⁵³，過度執行競爭法反可能對鼓勵創新帶來風險⁵⁴。動態競爭宜以長期消費者福利標準（long-run consumer welfare standards, LRCWS，即以產品創新與品質，而非僅是低價滿足消費者需求）予以衡量⁵⁵。不確定性與複雜性為動態市場特性，應降低集中度分析之重要性⁵⁶。創新之速度與方向並不仰賴市場結構，而取決於事業能力、其內外部知識、智慧財產權機制與事業互補資產等。市場進入條件則為可獲益性與累積性（cumulateness）之結果⁵⁷。如欲應用動態競爭框架，需更全面性評估供給面因素，特別是進入障礙和在位優勢，避免忽視潛在市場進入，並關注涉及新興競爭者之收購⁵⁸。

51 Spencer Weber Waller & Matthew Sag, *Promoting Innovation*, 100 IOWA L. REV. 2223, 2224 (2015). 亦有文獻指出，美國1970年代興起的芝加哥學派主張應放鬆反托拉斯法之執行，係與Schumpeter的觀點相呼應，see David M. Hart, *Antitrust and Technological Innovation in the US: Ideas, Institutions, Decisions, and Impacts, 1890-2000*, 30 RSCH. POL'Y 923, 929-30 (2001).

52 Howard A. Shelanski, *Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet*, 161 U. PA. L. REV. 1663, 1692-93 (2013).

53 Fiona Scott Morton, *Antitrust Enforcement in High-Technology Industries: Protecting Innovation and Competition* (U.S. Dep't of Just., Remarks at the NYSBA Annual Antitrust Forum), at 5, 8 (2012/12/07), <https://www.justice.gov/atr/file/518956/download>.

54 Makan Delrahim, *Competition, Intellectual Property, and Economic Prosperity* (U.S. Dep't of Just., Remarks at the China Intellectual Property Law Society and the Peking University Intellectual Property Alumni Association), at 4 (2018/02/01), <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-remarks-us-embassy-beijing>.

55 David J. Teece, *Dynamic Competition, Organizational Capabilities, and M&A: A Short Synopsis*, NETWORK L. REV., Summer 2023, <https://www.networklawreview.org/teece-dynamic-competition/>.

56 Sidak & Teece, *supra* note 23, at 610-11.

57 *Id.* at 611.

58 Teece, *supra* note 55.

惟創造性破壞固然會複雜化對市場結果之預測，但反托拉斯執法並不因此而無關緊要。蓋創新雖能推翻企業巨頭，但亦可能因高市場進入障礙或網路效應等因素而衍生強大市場力量⁵⁹。反托拉斯法更擅長識別限制競爭行為，而非藉由直接控制市場結構來調節創新，對反托拉斯法而言，鼓勵創新主要為行為問題，而非結構問題⁶⁰。反托拉斯政策之實施，得改變創新誘因，促進激勵技術創新之誘因平衡⁶¹。從限制創新的誘因切入，至少比掌握創新本身容易⁶²。鼓勵創新之反托拉斯政策，係不論產業，挑戰直接減少創新競爭之行為⁶³。且競爭政策的角色，對破壞性創新比對持續性創新更為重要。蓋獨占廠商為免喪失既有投資價值與因應既有消費者之需求，或因認知侷限，更可能遵循既有軌道為創新。既有廠商有更高誘因阻擋破壞性創新。排他性行為會減緩或阻擋外部產品創新（市場外廠商或新創事業發展新產品而進入市場），而內部創新（既有廠商引進改良產品）也仰賴外部挑戰存在，否則創新會成為一種利他而非必要行為，故反托拉斯法之執法，應提高排他性行為的成本（例如適用反托拉斯法追訴排他性行為）⁶⁴。

美國最高法院於2004年*Verizon Commc'ns., Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*案（下稱「*Verizon v. Trinko*案」）曾認為，有機會至少於短期內收取獨占價格，能吸引商業才華（*business acumen*），誘發產生創新與經濟成長之風險承擔行為。為了保護創新誘因，擁有獨占力量並非違法，除非其伴隨限制競爭行為⁶⁵。此見解認為獨

59 GILBERT, *supra* note 7, at 16.

60 CHRISTINA BOHANNAN & HERBERT HOVENKAMP, CREATION WITHOUT RESTRAINT: PROMOTING LIBERTY AND RIVALRY IN INNOVATION 11 (2012).

61 Hart, *supra* note 51, at 924-25.

62 Hovenkamp, *supra* note 48, at 7.

63 Baker, *supra* note 15, at 592-93.

64 OECD, *supra* note 30, at 5-6; Tim Wu, *Taking Innovation Seriously: Antitrust Enforcement If Innovation Mattered Most*, 78 ANTITRUST L.J. 313, 316-19 (2012).

65 *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 407 (2004).

占事業因其創新之可獲益性而有創新誘因，故創新產業之市場支配事業，往往主張其排他性行為能增加其研發投資的回報，進而增強其投資誘因與產業創新前景，故有利競爭；禁止該等行為或要求市場支配事業與競爭者交易或合作，反可能減少前者之創新誘因、對研發之投資與整體產業的創新，從而損害競爭與消費者⁶⁶。惟排他性行為藉由減少競爭者投入創新，亦可能導致市場支配事業降低創新誘因，從而減少甚至逆轉市場支配事業因可獲益性增加而提升之創新誘因。反托拉斯之執法如鼓勵或增強原被排除之競爭者投資研發，市場支配事業可能因而有誘因增加研發投資，進而減少或逆轉因創新利潤降低而喪失之研發投資誘因⁶⁷。故獨占事業採用排他性措施，以保護其既有投資免於新興科技之威脅，即有害於創新。至於合資、部分結合案或標準設定等，有促進創新的可能，同時亦有產生共謀或排除新科技的危險⁶⁸，寡占事業亦可能共謀對創新為排他性行為⁶⁹。促進創新之競爭政策，應禁止獨占事業阻礙創造性破壞威脅其獨占地位⁷⁰。即令主張反托拉斯法應低度執行或事業規模或市占率並非關注重心者，也仍相當重視既有事業策略性阻礙創新、排除創新競爭者或阻擋創新進入之限制競爭行為⁷¹。

66 Jonathan B. Baker, *Evaluating Appropriability Defenses for the Exclusionary Conduct of Dominant Firms in Innovative Industries*, 80 ANTITRUST L.J. 431, 431-32 (2016).

67 *Id.* at 434-38. 該文更進一步說明，若市場支配事業為回應競爭者增加研發投資也提升自身的研發努力，特別是市場支配事業創新所生之增量收益，於競爭者創新成功時較高（例如市場支配事業預期，其與競爭者都成功創新時，市場支配事業仍會享有高市占率；或其若未創新但競爭者創新時，市場支配事業將失去大量業務予競爭者），亦即市場支配事業將競爭者之研發視為戰略互補（strategic complement），且相關效應夠強大，則反托拉斯法執法所強化的產品市場競爭，可激勵研發競爭而增強產業整體創新誘因，進而裨益消費者。此外，若新產品之推出有利市場支配事業銷售互補產品所獲利潤，市場支配事業於競爭者推出新產品時提升自身產品之增量收益較小，其因應競爭者研發而為創新之誘因也會較弱，*see id.* at 442-45.

68 Hovenkamp, *supra* note 48, at 9.

69 Wu, *supra* note 64, at 319-20.

70 Waller & Sag, *supra* note 51, at 2228-29.

71 Shelanski, *supra* note 52, at 1670-71, 1692-93; Spulber, *supra* note 49, at 22.

2. 高科技產業、平台競爭與創新

更進一步言，如從創新誘因出發，反托拉斯法應保護產品市場競爭，以鼓勵創新。在贏者贏取最多（winner-take-most）或贏者全拿（winner-take-all）的市場，包括許多高科技市場，基於智慧財產權、大量前期研發投入、規模經濟顯著、網路效應等特性，最成功的創新者得在一定期間內獲取巨大收益⁷²。高科技產業也會出現平台競爭現象，平台經營者創造需要許多互補產品的生態系統，此固然增加平台對使用者之價值，但平台一旦因規模產生網路效應而成功，亦可能創建市場進入障礙；平台也可能創造或設計鎖定（lock-in）使用者的策略（諸如使用者於平台上蒐集或累積之資訊不能移轉等）；且若出現市場傾斜現象（即平台達到特定門檻，整體市場會導向單一平台），拒絕接觸特定標準之排他性行為會特別有效。快速技術進步不必然等同於低市場進入障礙⁷³。如何瞭解高科技產業的動態並有效評估相關競爭顧慮，進而處理既有廠商壓迫破壞性創新者進入市場的手段或行為，是反托拉斯法主管機關與法院艱鉅的挑戰⁷⁴。

此外，數位科技帶來各類具破壞性創新特質之數位平台⁷⁵，其多具有雙邊／多邊平台的特質⁷⁶，如同高科技產業般，有所處市場

72 Ronald A. Cass, *Antitrust for High-Tech and Low: Regulation, Innovation, and Risk*, 9 J.L. ECON. & POL'Y 169, 175 (2013).

73 Scott Morton, *supra* note 53, at 2-3, 8, 11.

74 Philip J. Weiser, *Innovation, Entrepreneurship, and the Information Age*, 9 J. ON TELECOMM. & HIGH TECH. L. 1, 12-13 (2011).

75 Martyn Taylor, *What are the Competition Implications of "Digital Disruption"?*, NORTON ROSE FULBRIGHT (Nov. 2016), <https://www.nortonrosefulbright.com/en-au/knowledge/publications/9574b9f5/what-are-the-competition-implications-of-digital-disruption>.

76 關於雙邊／多邊平台的特性，以及在市場界定個數（應以平台整體界定市場抑或應以平台各邊單獨個別界定相關市場）、考量需求相互依存性（demand interdependencies）以評估雙邊市場力量、間接網路效應與關鍵規模客戶群對雙邊／多邊平台替代性與雙邊／多邊市場進入障礙的影響等議題，可綜合參閱

競爭動態迅速、市場界定與市場力量評估不易、創新本即是產品／服務的形成過程與成敗關鍵、客戶資訊為重要競爭資產等特性⁷⁷，也往往擁有或創造出生態系並吸引諸多互補產品加入。惟其所處之雙邊或多邊市場，亦有因網路效應形成贏家全拿或先行者顯著優勢等傾斜現象。故數位平台也可能利用不同市場間的槓桿力量進入市場、採取鎖定、限制客戶轉換、封鎖或搭售等策略，或援引智慧財產權限制數位內容、裝置或軟體功能接取，而阻礙互操作性（interoperability）或相容性⁷⁸。即有論者指出，平台與標準設定為類似之創新工具，平台固然可減低新產品或新廠商的進入成本，並因而增加產品創新發生之速率，降低廠商無庸垂直整合即能引進新產品與接觸大量客戶之成本，但也可能被用來排除競爭。故應以維護創新為中心，防止相關操縱、濫用與欺騙行為⁷⁹。故就平台發展模式或排除行為，須基於可得證據，就其促進競爭利益與限制競爭不利益為細密分析，例如封閉式平台亦可能更有效整合，而得以提供消費者不同選擇。惟沒有理由認為反托拉斯法執法在保護與尊重創新上的角色不能適用於數位市場⁸⁰。

3. 促進創新的反托拉斯執法

故以反托拉斯法干預保護產品市場競爭，能提升創新前競爭，

OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, at 12-16, 37-45 (2018), https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms_a013f740-en; David S. Evans & Richard Schmalensee, *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses* 17-19 (Univ. of Chi. Inst. for Law & Econ. Olin Research, Working Paper No. 623, 2013), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2185373; 顏雅倫，雙邊／多邊市場之競爭與創新——論競爭法的因應，*科技法學評論*，13卷1期，頁224-230，2016年。

⁷⁷ 關於這部分的討論，可綜合參閱Shelanski, *supra* note 52, at 1675-85.

⁷⁸ Taylor, *supra* note 75.

⁷⁹ Wu, *supra* note 64, at 321-24.

⁸⁰ Roger Alford, *The Role of Antitrust in Promoting Innovation* (U.S. Dep't of Just., Remarks at King's College), at 6 (2018/02/23), <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1038596/download>.

而無損於創新後競爭。創新後競爭產生之獨占事業，其因而減損之創新誘因可能相當微小，可為競爭對手之創新誘因所超越。且從促進創新的觀點，得以合理原則評估與界定獨占事業濫用市場地位而為排他性行為影響創新⁸¹，反托拉斯法被告應能提出系爭行為確實能促進創新的相關證據與解釋⁸²。保護產品市場創新之反托拉斯執法，也能提升面對未來新型態或產品競爭之既有廠商的創新誘因，而有利競爭⁸³。類似的理由也適用於快速成長之市場，若市場領先者已經發展出顯著較佳之產品或製造方法，而可能在產品市場取得顯著先行者優勢（例如因強大網路效應或規模經濟），或得透過智慧財產權保護排除競爭對手繞道研發之能力時，即必須注意此等現象是否會阻礙其他市場參與者進入市場⁸⁴。例如美國哥倫比亞特區聯邦巡迴上訴法院（下稱「美國特區巡迴上訴法院」），於指標性的 *United States v. Microsoft Corp.*（下稱「*U.S. v. Microsoft* 案」，*Microsoft Corp.* 下稱“Microsoft”）判決中即指出，不論 Java 或 Navigator 是否業已發展為可行之平台替代品（platform substitute），惟若允許獨占事業任意壓制初生（即令尚未證實）之競爭者，特別是在技術快速進步與經常典範轉移之產業，即與薛曼法（Sherman Act）之目的背道而馳⁸⁵。

換言之，在高科技或快速創新的產業，市場支配事業往往能辨識初生競爭威脅，並有誘因於該等威脅成熟為重要競爭者前即予以消滅，故不需高度、確定證明受威脅的競爭將對市場結果產生重大影響，反托拉斯法即得阻止威脅動態產業競爭之行為。於電腦軟體等產業，市場支配事業本即受益於品牌特定的網路效應（如 Windows 生態系統）、專利保護、規模經濟與聲譽等進入障礙，如

81 Baker, *supra* note 15, at 594-97.

82 Hovenkamp, *supra* note 48, at 6-7.

83 Baker, *supra* note 15, at 594-97.

84 *Id.* at 598.

85 *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 79 (D.C. Cir. 2001).

獨家交易或有意之系統不相容 (system incompatibilities)，非促進創新所必須，將進一步保護既有企業免於價格或創新競爭。Arrow 效應顯示，微弱的反托拉斯執法，至少很可能增加既有事業自現有產品獲得之利潤，亦即增加Arrow 效應，因而阻礙既有事業之創新。而既有事業若透過策略性行為，如獨家交易或掠奪性定價，從而使不受Arrow 效應影響之市場新進者無法從其發明中獲利，將抵銷市場新進者之強大創新誘因。獨占者之排他性行為，可能降低獨占者之創新誘因而損害消費者。故強而有力的反托拉斯執法，得防止市場支配事業之排他性行為威脅創新⁸⁶。

近期亦有研究指出，若在市場競爭 (competition in the market，即數家既存事業得同時獲利)，事業結合可能吸引可獲利之市場進入，結合後會出現市占率稀釋效應 (share-dilution effect)，如市場進入迅速，市占率稀釋效應將使欠缺效率之結合無利可圖；惟當產業具有為市場競爭 (competition for the market) 之特性 (即事業以創新取得短暫市場支配地位，通常又稱為熊彼得競爭 (Schumpeterian competition))，即令沒有結合，新競爭者進入市場競逐市場支配地位後，市場即獨占化，結合欠缺市占率稀釋效應。有鑑於此，評估既有事業於具熊彼得競爭之市場中的收購行為，應關注其對新興與潛在競爭損害，蓋市場進入對促進市場績效至關重要，於缺乏市占率稀釋效應的情況下，收購可消弭競逐成為市場支配事業之競爭期，此時既有事業收購新興或潛在競爭者應受較高程度的反托拉斯法審查⁸⁷。特別在技術變化迅速之市場，市場進入尤為重要，有必要採取措施讓新創公司更有機會發展為獨立競爭者，而非消失在大型數位平台中⁸⁸。

⁸⁶ GILBERT, *supra* note 7, at 189.

⁸⁷ Michael L. Katz, *Big Tech Mergers: Innovation, Competition for the Market, and the Acquisition of Emerging Competitors*, 54 100883 INFO. ECON. & POL'Y 1, 2, 13 (2021).

⁸⁸ Herbert Hovenkamp, *Antitrust and Platform Monopoly*, 130 Yale L.J. 1952, 2040 (2021).

(二) 市場界定、市場力量與創新

傳統的反托拉斯法分析，著重於既有市場之價格效應（price effects），此固然能使反托拉斯法的分析更為嚴謹，但卻不利評估創新損害、對邊界未確定市場的未來價格效應，以及動態競爭。按建構創新效果的實證測試並非易事，多數研發活動也不在市場上交易⁸⁹，在動態競爭市場，市占率與市場地位亦未必是市場力量或競爭地位的指標⁹⁰。再者，不少文獻也指出，特別是破壞性創新，常是創造新市場取代既有市場，未必能透過傳統市場界定予以掌握，或難以於既有相關市場之靜態分析中考量破壞性創新者施加之競爭壓力⁹¹。固然，事前衡量創新限制所生損失與創新自然發展所帶來之利益，難度不低且高度推測⁹²，必須正視反托拉斯法主管機關及法院於預測性事實發現（predictive fact-finding）上所面臨的限制，不論是時間、方法或工具⁹³。惟僅因無法高度確定或預測效果，或準確預測市場未來發展，即放棄評估特定事業行為對創新之影響及反托拉斯法執法可能，無異於忽視眼前的限制競爭傷害或阻止其產生持久影響，此同樣衍生甚高的社會成本⁹⁴。

按競爭與創新速率間的關係非常複雜，在特定個案中分析對創新的可能衝擊，必須同時檢視經濟面與事實面的證據，例如結合前參與結合事業是否能產出更好、更快或不同的解決方案來回應競爭對手的創新、有無證據顯示多數創新重複、創新是否能快速轉移市占率至創新者、創新在產業中是否能被他人快速複製等⁹⁵。牽涉創

89 GILBERT, *supra* note 7, at 36.

90 Teece, *supra* note 44, at 33.

91 Cass, *supra* note 72, at 170; de Bure & Bary, *supra* note 29, at 3.

92 Hovenkamp, *supra* note 48, at 10-11.

93 Douglas H. Ginsburg & Joshua D. Wright, *Dynamic Analysis and the Limits of Antitrust Institutions*, 78 ANTITRUST L.J. 1, 2 (2012).

94 GILBERT, *supra* note 7, at 39.

95 Alford, *supra* note 80, at 5.

新市場之結合案，更應強調限制競爭效果而非市占率⁹⁶。考量評估動態損害時之不確定性，應著重密集探究系爭交易與相關市場等事實，並以彈性方式設計與監督救濟，且關注何者驅動短期與長期之創新⁹⁷。事業內部文件與產業意見，可為執法重要參考資料。而健全評估創新因素之理論，且佐以過往執法案例與對創新、未來價格效應與相關產業之影響的實證研究，平衡對創新競爭之過度執法與不足執法的風險，方能合理化促進創新之反托拉斯法政策⁹⁸。

(三) 小結

1. 創新誘因之評估與分析

如前所述，市場結構與創新間不必然有既定關係存在，而必須就個別產業與事業所處之市場環境，參酌創新類型、科技機會與事業動態能力、可獲益性強弱，仔細分析事業可能呈現之創新誘因及其變化。而從分析創新誘因之切入，比嘗試直接掌握難以預測的創新，甚或破壞性創新，更具有操作可行性。僅從Schumpeter觀點出發，強調應關注動態競爭與創新之不可預測性，避免以反托拉斯法介入市場發展者，往往只偏重高創新可獲益性對創新誘因之重要性，卻忽略評估Arrow效應與競爭者存在時，對既有事業創新誘因之影響，且也未能說明基於何等標準或在何等時點，得結束反托拉斯法執法的等待觀察期間。

即令認為Arrow的觀點基於市場內競爭而著重持續性創新，也不能忽略，創新取代既有產品或方法之效應或程度越強，即Arrow效應最大時，既有事業即越有誘因阻礙創新，故獨占事業最欠缺追

96 J. Thomas Rosch, *Antitrust Regulation of Innovation Markets* (Fed. Trade Comm'n, Remarks at ABA Antitrust Intellectual Property Conference, Berkeley, Cal.), at 21-23 (2009/02/05), https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/antitrust-regulation-innovation-markets/090205innovationspeech.pdf.

97 Scott Morton, *supra* note 53, at 9.

98 GILBERT, *supra* note 7, at 39.

求破壞性創新的誘因。在所謂動態競爭、為市場競爭的領域，既有事業之所以有追尋下一個新市場的強烈誘因，係因在可能的新市場有其他競爭者或潛在競爭者。再者，於高科技產業或各類數位雙邊或多邊市場，事業於取得市場支配地位之前，多致力求取規模經濟、利用網路效應或智慧財產權，進而就其創新享有高可獲益性，同時伴隨高科技機會之驅動，產業與市場特性，此時易於持續維持高創新誘因；惟該等事業一旦取得市場支配地位，考量 Arrow 效應，此時反更需關注該等事業以非促進創新所必要的排他性行為，阻礙（潛在）競爭者參與競爭，進而壓抑市場支配事業本身、競爭者與整體市場之創新誘因。維護創新不應成為特別寬容獨占者或市場支配事業為限制競爭行為的理由。

以2024年8月甫判決之 *United States v. Google LLC* 案（下稱「*U.S. v. Google*案」，Google LLC下稱“Google”）⁹⁹為例，美國哥倫比亞特區地方法院認定，Google於一般搜尋服務市場具獨占地位，且Google藉由與瀏覽器開發商（主要為Apple與Mozilla）間之搜尋預設與營收分享協議（revenue share agreements），以及與Android原始設備製造商（original equipment manufacturers, OEM）間之行動應用散布協議（mobile application distribution agreements, MADAs）與營收分享協議等獨家散布協議，非法維持一般搜尋服務市場之獨占地位。Google與瀏覽器開發商及OEM間之獨家搜尋預設散布協議（default distribution agreements），導致美國過半以上之一般搜尋服務使用者將Google作為預設搜尋引擎，顯著益於Google維持獨占地位。該等散布協議之其中一項限制競爭效果，即為降低搜尋領域之投資與創新誘因。美國哥倫比亞特區地方法院指出，一般搜尋服務

⁹⁹ 該案係由美國司法部（Department of Justice, DOJ）與幾近全部之州檢察長，起訴主張Google非法以散布協議阻礙競爭且維持其在一般搜尋服務市場與各種線上廣告市場之獨占地位，歷經數年的證據開示與近一年的庭審程序，美國哥倫比亞特區地方法院於2024年8月判決，see *United States v. Google LLC*, 2024 U.S. Dist. LEXIS 138798, at 28-29 (2024).

市場已至少有15年停滯不前，僅有Google與Microsoft投入大量資本建立自有之一般搜尋引擎。散布管道之有效封鎖，實質上導致欠缺創投資金投資市場新進者。Microsoft雖然大量投資搜尋引擎Bing，然其幾乎沒有機會成為Apple相關裝置或Android作業系統之預設搜尋引擎，Google之散布協議顯著抑制Microsoft對搜尋引擎增加進一步投資。此外，Apple固然有財務、技術與人力開發或收購一般搜尋引擎，惟Google為換取獨家與非獨家之預設搜尋引擎（即使用者下載Chrome與Safari預設書籤），向Apple支付之營收分享，於2022年已達到200億美金，占Apple營收的17.5%。再者，Apple如欲建立與維護功能齊全的一般搜尋引擎與相應之廣告平台，尚須承擔數十億美金投資成本、品牌商譽之風險，以及五年內可能超過120億美元之營收損失。Google對Apple之營收分享給付顯然遏抑Apple投入搜尋領域。然而，就美國司法部（Department of Justice, DOJ）等原告主張Google因欠缺一般搜尋查詢之真正競爭而降低創新其搜尋產品之誘因，美國哥倫比亞特區地方法院則認為未有太多證據顯示，Google投資研發與人力資本有所落後，Google推出生成式AI聊天機器人Bard（後更名為Gemini），即係回應Microsoft整合Bing與ChatGPT之BingChat（後更名為Copilot）帶來的競爭¹⁰⁰。

美國哥倫比亞特區地方法院對於創新因素的分析，正呼應本文論點，意即在數位、高科技等快速創新與動態發展的產業，縱使沒有明確證據顯示市場支配事業本身喪失或明顯降低創新誘因，其仍為創新，然市場支配事業藉由非促進創新所必要之獨家交易等排他性行為，阻礙競爭者形成網路效應與拉大與競爭者間的差距，損害不受Arrow效應影響之競爭者與整個市場的創新誘因，並抑制未來相關投資，仍可能構成反托拉斯法應非難之阻礙創新的限制競爭行為。

100 *Id.* at 348-52, 381-86, 387-90.

因此，執行反托拉斯法，宜就具體個案分析相關事業的創新誘因，以及系爭行為對相關事業創新誘因之影響，關注既有業者利用其在既有市場的市場力量，排除或阻礙（不論其是否為既有市場）競爭者或創新者的出現或成長，或其他事業之創新行為。而鑑於市場邊界日趨模糊，以及生態性競爭之複雜性與動態發展，於評估事業特定行為是否有害創新時，市場界定或既有之量化指標如市占率或市場集中度，可能僅能作為初步篩選工具，而應更重視基於創新誘因相關理論與實證研究之質化分析（包括創新型態、科技機會、潛在競爭與相關事業能力、相關研發投資、Arrow效應強弱等），以及關於競爭效果之直接證據。

2. 事業排他性行為的認定與救濟措施之設計

當然，如何識別與認定既有事業所為係排他性行為，本身就是艱難的決定。特別在高科技或數位產業，不少服務或產品，在開發或推廣產品階段雖然可能需要投入大量前期成本，但既有事業或平台散布、整合與網綁新產品、服務、軟體或應用的成本並不高，複製新競爭者之應用與服務相對容易，其進入新市場所為行為或變更產品或服務之設計，是否係濫用市場力量排除競爭者，應採何種標準評估與認定，仍未有共識¹⁰¹。法院亦可能拒絕於未有更清楚限制競爭效果的證據下，即於動態與快速變化之技術市場，加諸反托拉斯責任。例如美國第九巡迴上訴法院，於*FTC v. Qualcomm*案中，即援引前述*Verizon v. Trinko*案的見解，認為創新商業模式最初看似限制競爭，然其長遠來看可能對消費者有利；Qualcomm Inc.（下稱“Qualcomm”）的「無授權、無晶片」（no license, no chips）政策，係OEM無論向誰購買晶片，均須按單位向Qualcomm就其專利組合支付授權金，屬晶片供應者中立（chip supplier neutral）；且地方法院於分析Qualcomm授權行為之限制競爭效果時，主要考慮者

101 GILBERT, *supra* note 7, at 192-93, 216-18, 240-41.

卻為本案相關市場（即「CDMA數據機晶片市場與LTE數據機晶片市場」）外、對OEM（即Qualcomm的客戶而非競爭對手）之經濟損害。Qualcomm對OEM之授權政策，也不符合美國最高法院於 *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*案¹⁰²認定拒絕交易為限制競爭行為之要件¹⁰³。

更棘手者，或許為針對獨占者或既有業者違法排他性行為，設計合宜之救濟措施。例如於 *U.S. v. Microsoft*案中，美國特區巡迴上訴法院雖認為Microsoft違反薛曼法第2條（15 U.S.C.S. § 2），但並非以Microsoft拒絕交易（授權）為基礎，而係基於Microsoft欠缺促進競爭之正當理由，而封鎖競爭對手之網路瀏覽器與跨平台Java的可行散布（distribution）管道，以排他性行為維持或試圖維持獨占地位。美國哥倫比亞特區地方法院於發回重審後所為之最終判決（具體條款實為經DOJ、加入DOJ和解之各州（以紐約州為代表）與Microsoft數月談判而達成者），除著重解決Microsoft封鎖與IE（Internet Explorer）潛在競爭之瀏覽器的散布外（見條款III. A, B, C, and H），分別於最終判決條款III. D與E，要求Microsoft應揭露特定應用程式介面（application programming interfaces, APIs），以及授權使用Windows客戶端用於與Windows伺服器操作系統通訊之通訊協定（Communication Protocols, CPs）¹⁰⁴。惟最終判決條款III. E的揭露與授權要求，卻於執行上產生諸多爭議，不論是揭露文件或授權範圍、品質與功能性，均有待釐清，要求Microsoft以合理且無歧視性（reasonable, and non-discriminatory, RAND）條件授權，也引發

102 *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 105 S. Ct. 2847, 86 L. Ed. 2d 467 (1985).

103 *FTC v. Qualcomm Inc.*, 969 F.3d 974, 991-1003 (9th Cir. 2020).

104 *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001); *New York v. Microsoft Corp.*, 224 F. Supp. 2d 76 (D.D.C. 2002); Renata B. Hesse, *Section 2 Remedies and U.S. v. Microsoft: What Is to Be Learned?*, 75 ANTITRUST L.J. 847, 852-62 (2009).

評估與修改授權條件與權利金結構等相關問題，此最終導致最終判決所列之救濟措施期限經法院延長¹⁰⁵。這也顯示課予授權義務以實現互操作性的救濟措施，在執行上可能面臨之艱鉅挑戰，必須盡可能明確且清晰規範義務內容，包括技術與授權範圍，甚至是合理授權金之決定機制，方能降低執行層面的困難¹⁰⁶。至於*U.S. v. Google*案之最終訴訟結果以及合宜救濟措施爭論，預計尚待相當時日才能塵埃落定，惟此案已凸顯針對阻礙創新之市場支配事業排他行為設計救濟措施時，無可避免會踏入針對救濟措施（特別是結構性救濟）之必要性、監督救濟措施履行之成本評估，以及對整體市場創新與競爭之影響等事項為權衡與論辯的深水區¹⁰⁷。

二、創新、智慧財產權與反托拉斯法

（一）智慧財產權與創新誘因

智慧財產權法與反托拉斯法，均有促進競爭與提高消費者福利之共同目的。若無智慧財產權之保護，將降低創新之商業價值並侵蝕投資誘因，最終傷害消費者。反托拉斯法則藉由禁止損害競爭之特定行為，介入阻止競爭對手創新之排他性行為，促進創新與消費者福利¹⁰⁸。有必要承認反托拉斯法係獨立於專利法外之保護創新機

105 Hesse, *supra* note 104, at 862-69.

106 GILBERT, *supra* note 7, at 191-92.

107 關於DOJ等原告提議所提議之救濟措施（包括結構救濟，即出售Chrome，且若日後特定條件觸發，法院有權要求進一步之結構救濟，包括處分Android）以及Google所提議之3年行為救濟（主要為禁止獨家交易），詳請參閱Plaintiffs' Remedies Pre-Trial Brief at 3-4, *United States v. Google*, No. 1:20-cv-03010-APM (D.D.C. Apr. 16, 2025), <https://www.justice.gov/atr/media/1397131/dl?inline>; Executive Summary of Defendant Google LLC's Proposed Final Judgment at 3-5, *United States v. Google*, No. 1:20-cv-03010-APM (D.D.C. Dec. 20, 2024), https://storage.googleapis.com/gweb-uniblog-publish-prod/documents/2024.12.20_1108_Executive_Summary_of_Google_Proposed_Final_Judgment.pdf.

108 U.S. DEP'T OF JUST. & FED. TRADE COMM'N, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, § 1 (2017/01/12), <https://www.ftc.gov/system/files/documents/>

制¹⁰⁹。如從創新誘因觀之，賦予初始發明者智慧財產權，特別是專利，使其有誘因以智慧財產權獲取收益並承擔創新的成本。然因Arrow效應，智慧財產權人或專利權人較無誘因為能取代其既有權利之後續創新。利用既有智慧財產權所需支付之權利金越高，立基於既有智慧財產權為創新所可能獲取的利潤即越低，進而降低使用既有智慧財產權為後續創新的誘因¹¹⁰。創新並非等同智慧財產權，反托拉斯法不應僅因系爭行為依據智慧財產權法為合法，即認為其給予創新誘因。再者，給與智慧財產權人超出創造適宜創新誘因之權利，會傷害而非促進競爭。惟主張特定創新具排他性即違反反托拉斯法，亦不應成立，或僅限於系爭創新實際上並非創新，目的僅係為與競爭對手互補產品不相容時，方有依據¹¹¹。反托拉斯法執法應考量創新累積性、當前研發投資與未來創新誘因之互動，衡酌藉由禁止智慧財產權人排除或提高後續創新者成本之特定行為，或促進後續創新者接取、使用現有技術（如要求智慧財產權人為非專屬授權），是否可提升整體創新誘因¹¹²。

至於在現代經濟扮演重要角色的標準（standardization），往往涉及眾多專利，即有認為堆疊智慧財產權之密織羅網等專利叢林（patent thicket）現象，會阻礙新科技之實際商業應用。鑑於創新多為逐層積累，若又有眾多專利阻礙，則可能會窒息而非鼓勵創新¹¹³。固然，有論者認為，事業追求其技術被納入標準，呈現為市

public_statements/1049793/ip_guidelines_2017.pdf; BOHANNAN & HOVENKAMP, *supra* note 60, at 14.

109 Wu, *supra* note 64, at 315.

110 GILBERT, *supra* note 7, at 65-68.

111 Herbert Hovenkamp, *Antitrust and Innovation: Where We Are and Where We Should Be Going*, 77 ANTITRUST L.J. 749, 749-51 (2011).

112 GILBERT, *supra* note 7, at 68.

113 Carl Shapiro, *Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard Setting*, in 1 INNOVATION POLICY AND THE ECONOMY 119, 120-21 (Adam B. Jaffe et al. eds., 2001).

場競爭而非在市場競爭之動態競爭態勢。若權利金之計算，未考量競逐專利技術被納為標準必要專利（standard essential patents, SEP）之額外投資、風險承擔與相關價值，即可能阻礙對標準之投資¹¹⁴。司法或管制過度介入標準必要專利或專利授權市場，有可能危害促進創新與商業化的合作性標準化協議¹¹⁵。惟過度強調專利財務報酬面向，反可能忽略，降低科技市場進入門檻有助創新¹¹⁶。即使是認為對事業排他性行為執行反托拉斯法未必有利反可能抑制創新者，亦贊成反托拉斯法主管機關於創新成本和障礙顯著、由專利授權或研發活動推動之領域，為反托拉斯法執法¹¹⁷。如物聯網（Internet of Things）等新興領域，專利箝制（patent holdup）與權利金堆疊仍有真實危害，各類裝置與其內含之晶片所涉的智慧財產權權利金，也會決定新應用與其採用率之狀況。若未能防止未來資訊科技與通訊標準之相關專利箝制問題，可能會導致顯著社會福利損失。故若未能出現有效之標準設定私人解決方案，以促進競爭並保護消費者，反托拉斯法之執法即係既有、可行的救濟措施¹¹⁸。

（二）智慧財產權授權之反托拉斯法準則與創新

1. 創新市場概念及其爭議

在美國，反托拉斯法是否應規制創新競爭的討論，始自1970年代中期。美國聯邦交易委員會（Federal Trade Commission, FTC）主

114 J. Gregory Sidak, *Is Patent Holdup a Hoax?*, 3 CRITERION J. ON INNOVATION 401, 450-51 (2018).

115 Jonathan M. Barnett, *Antitrust Overreach: Undoing Cooperative Standardization in the Digital Economy*, 25 MICH. TECH. L. REV. 163, 163-64, 170 (2019).

116 Jorge L. Contreras, *A Tale of Two Layers: Patents, Standardization, and the Internet*, 93 DENV. L. REV. 853, 880 (2016).

117 Gregory Day, *Innovative Antitrust and the Patent System*, 96 NEB. L. REV. 829, 869-70 (2018).

118 Fiona Scott Morton & Carl Shapiro, *Patent Assertions: Are We Any Closer to Aligning Reward to Contribution?*, 16 INNOVATION POL'Y & ECON. 89, 124 (2016).

張Xerox與Rank Xerox結合案將使Xerox取得所有電子印刷技術之專利，消滅辦公室印表機之發展與創新，違反聯邦交易委員會法（Federal Trade Commission Act）第5條。最終FTC以協議裁決（consent decree），要求Xerox無償授權使用其三項乾式紙張影印機專利，並停止其部分專利侵權訴訟，而終結此案¹¹⁹。芝加哥學派興起後，其對由政府介入而給予創新市場更多保護一事，並未有太大興趣，故有段期間DOJ與FTC並未以對創新市場之競爭危害為由提起訴訟，直到1990年代方有變化¹²⁰。自1990年代開始，即有學者提出創新市場（innovation market）概念，主張結合案可能對參與結合事業於結合案前並未實際競爭或潛在競爭之市場上的創新，有負面影響¹²¹。DOJ與FTC於1995年公布「智慧財產權授權之反托拉斯準則」（Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, AGLIP）即採用創新市場概念，表明若授權契約可能會負面影響改良或發展新產品或方法之競爭，DOJ與FTC即會分析在相關產品、技術市場或創新市場之競爭效果¹²²。

但創新市場此概念仍有極大爭議，主要批評有以下幾點。首先，創新乃無形、不確定、不可測量與難以觀察。並無針對創新之交易，而僅有就創新投入（勞力及資本）與產出（科技與產品）的交易。研發支出係創新過程之投入，研發支出或研發能力不同創創新，研發雖為主要創新活動，惟研發支出比率（或研發能力總量）

119 Rosch, *supra* note 96, at 4-5; Xerox Corp., 86 F.T.C. 364, 364-69 (1975). 關於該案的詳細討論，並可見Willard K. Tom, *The 1975 Xerox Consent Decree: Ancient Artifacts and Current Tensions*, 68 ANTITRUST L.J. 967 (2001).

120 Rosch, *supra* note 96, at 5-7.

121 Richard J. Gilbert & Steven C. Sunshine, *Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets*, 63 ANTITRUST L.J. 569, 570 (1995).

122 U.S. DEP'T OF JUST. & FED. TRADE COMM'N, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, § 3.2.3 (1995/04/06), <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2006/04/27/0558.pdf>.

與廠商創新量間，未必是正向關係。廠商規模與集中度，也不能預測市場中整體研發活動與創新之增減。市場因素，包括研發投資之回報減弱、資金機會成本，以及對研發所得之可獲益性的期待，決定事業投資研發之多寡。創新市場常僅是討論潛在競爭的新方法而顯得多餘¹²³。即令研發活動能以市占率的方式為分析，事業於特定創新市場之「市占率」，並不必然為研發是否成功之指標¹²⁴。甚且早期有論者主張，美國反托拉斯法主管機關從未發現創新市場¹²⁵。但支持創新市場概念者則認為，在如製藥等產業，因從事相關研發的能力，與特定廠商之專業化資產或特性相連結，研發路徑與取向幾乎不可能相同。再者，較多的研發有利創新，不受重複研發的困擾，相關科學家或研究者也會透過學術發表得知或受競爭對手發現之影響。製藥業等產業，因高度市場進入障礙與法律管制，也易於界定相關創新者。另限制創新的結果往往僅是沒有創新而難以觀察，創新市場之分析，能就原先難以挑戰之行為增強執法論理基礎¹²⁶。

2. 創新市場與智慧財產權授權相關執法實務：SCM v. Xerox 案

在1981年的SCM Corp. v. Xerox Corp.案（下稱「SCM v. Xerox 案」）中，原告SCM Corporation（下稱“SCM”）主張被告Xerox Corporation（下稱“Xerox”）收購特定專利與其後拒絕授權這些專利等行為，於含有該等專利技術之Xerox產品所獨占的相關產品市場與次市場，得排除SCM有效競爭¹²⁷，美國第二巡迴上訴法院則

123 Richard T. Rapp, *The Misapplication of the Innovation Market Approach to Merger Analysis*, 64 ANTITRUST L.J. 19, 20, 27-29, 33 (1995).

124 Rosch, *supra* note 96, at 12.

125 Lawrence B. Landman, *Competitiveness, Innovation Policy, and the Innovation Market Myth: A Reply to Tom and Newberg on Innovation Markets as the “Centerpiece” of “New Thinking” on Innovation*, 13 ST. JOHN’S J. LEGAL COMMENT. 223, 234-235 (1998).

126 Carrier, *supra* note 37, at 397, 401-02.

127 SCM Corp. v. Xerox Corp., 645 F.2d 1195, 1197 (2d Cir. 1981), *cert. denied*, 455 U.S. 1016 (1982).

認為，是否應依薛曼法第2條對收購專利者之專利權課予限制，應取決於收購專利者在包含系爭專利技術之產品所進入的相關市場，「已」擁有之市場力量。鑑於Xerox係在系爭影印機生產及在系爭專利最終享有獨占權利之相關產品市場與次市場出現前數年，即已取得專利，美國第二巡迴上訴法院最後駁回SCM關於薛曼法第2條之主張¹²⁸。美國第二巡迴上訴法院此一見解，事實上動搖創新市場之理論基礎，蓋創新市場正是假定無已存在之產品市場¹²⁹。故論者批評，若反托拉斯法的審查排除所有於可預見市場業已發展前即完成之收購，將阻礙新發明進入市場，或允許該等市場於未出現漸進性創新下而有顯著價格上升。若不將對創新誘因之影響納入分析中，將減少創新誘因¹³⁰。

3. 2017年 AGLIP：研發市場與創新誘因

DOJ與FTC歷經二十年後，於2017年1月公布AGLIP修正¹³¹，反映DOJ與FTC從1995年公布AGLIP後二十年來的執法經驗，與2007年兩者共同具名之報告「反托拉斯執法與智慧財產權：促進創新與競爭」(Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition)之相關觀點¹³²。2017年AGLIP雖然保留創新市場概念，但將其改稱為「研發市場」(research and development markets)¹³³。

128 SCM Corp. v. Xerox Corp., 645 F.2d 1195, 1206 (2d Cir. 1981).

129 Rosch, *supra* note 96, at 24.

130 Jonathan M. Jacobson, *Do We Need a "New Economy" Exception for Antitrust?*, 16 ANTITRUST 89, 91 (2001).

131 U.S. DEP'T OF JUST. & FED. TRADE COMM'N, *supra* note 108, § 3.2.3.

132 U.S. DEP'T OF JUST. & FED. TRADE COMM'N, ANTITRUST ENFORCEMENT AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: PROMOTING INNOVATION AND COMPETITION (Apr. 2007), <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/antitrust-enforcement-and-intellectual-property-rights-promoting-innovation-and-competition-report.s.department-justice-and-federal-trade-commission/p040101promotinginnovationandcompetitionrpt0704.pdf>.

133 U.S. DEP'T OF JUST., *DOJ and FTC Seek Views on Proposed Update of the Antitrust*

2017年AGLIP指出，美國反托拉斯法主管機關得將授權協議對開發新或改良產品或方法之競爭的可能負面影響，視為獨立研發市場之競爭效果而為分析。例如，該協議可能會影響關於確定可商業化產品之研究，或開發特定商品或服務之創新，亦得影響在相關商品不存在實際或潛在競爭的地理市場上，研發新類型或改良產品。研發市場涵蓋確定可商業化產品、或特定新類型或改良產品或方法之研發，以及此等研發之密切替代品的資產。當研發針對特定新或改良產品或方法時，相近替代品所包括之研發努力、技術和產品，得顯著限制針對相關研發之市場力量，例如限制假設性獨占者減少研發速度之能力或誘因。美國反托拉斯法主管機關僅在從事相關研發之能力，與特定廠商的特定資產或特性相連結時，方界定研發市場；且於能取得市占率、精確反映研發市場參與者之競爭重要性的資料時，即會評估市占率資料。美國反托拉斯法主管機關亦會尋找，買方與研發市場參與者對其競爭者之競爭重要性評估等證據，此於無法取得市占率資料，或市占率資料不能精確代表市場參與者之競爭重要性時，特別重要。美國反托拉斯法主管機關，亦得以參與者就創新所仰賴而可得確定之資產和特性所占比例，例如研發支出或相關產品之占有率，作為參與者在研發市場之市占率的基礎。就具相當能力與誘因從事授權協議當事人研發活動之相近替代研發的事業，美國反托拉斯法主管機關將認定此等事業具相同之市占率¹³⁴。

此外，除非僅分析產品市場不足以處理授權協議對技術或研發競爭之效果，美國反托拉斯法主管機關僅會參考產品市場，以決定智慧財產權授權協議之限制，是否落入2017年AGLIP所規定的安全

Guidelines for Licensing of Intellectual Property, Revisions Undertaken Jointly by the Two Agencies (2016/08/12), <https://www.justice.gov/opa/pr/doj-and-ftc-seek-views-proposed-update-antitrust-guidelines-licensing-intellectual-property>.

¹³⁴ U.S. DEP'T OF JUST. & FED. TRADE COMM'N, *supra* note 108, § 3.2.3.

港。若有必要檢驗對技術和研發競爭之效果，且無法取得市占率資料，或其未能精確代表競爭重要性，則適用下列安全港標準：若無特殊情況，如系爭限制並非明顯限制競爭，「且」除授權協議當事人外，有四家以上獨立事業擁有必要之專業資產或特性與誘因，而從事授權協議當事人研發活動之相近替代研發，美國反托拉斯法主管機關將不會挑戰該授權協議限制。於評估相近替代品時，美國反托拉斯法主管機關得考慮下列眾多因素，包括：其他獨立事業之研發努力的性質、範圍與幅度；其財務支援、智慧財產權、專業人員或其他專業資產；其時點與成功商業化創新之能力（不論是單獨或透過他人）¹³⁵。

2017年AGLIP也指出，集管協議（pooling arrangements）若阻礙參與者從事研發因而減緩創新，即有限制競爭效果。例如集管協議要求成員就現在與未來之技術以最低成本相互授權，得減少其成員從事研發之誘因，因為集管成員必須分享其成功之研發，而每一成員得搭便車其他成員之成果。然而此等協議也有促進競爭之利益，例如利用經濟規模與整合集管成員之互補生產能力（包括清除阻礙），而僅在協議涵蓋研發市場之大部分潛在研發時，可能造成競爭問題¹³⁶。

回饋授權（grantbacks）亦有促進競爭效果，特別是非專屬（non-exclusive）授權者。此等協議讓授權人與被授權人分享風險，並獎勵授權人立基或得知被授權人技術而為進一步創新，因而促進相關授權。惟回饋授權若顯著減少被授權人從事研發之誘因並因而限制競爭，得負面影響競爭。非專屬回饋授權，允許被授權人實行其技術並將其授權給他人，且確保授權人得利用以其技術所開發之改良而有效競爭。相較於專屬回饋授權，非專屬回饋授權較不可能

¹³⁵ *Id.* § 4.3.

¹³⁶ *Id.* § 5.5.

損害競爭。美國反托拉斯法主管機關係依據合理原則（rule of reason）評估回饋授權條款。授權人在相關技術或研發市場是否有市場力量，為美國反托拉斯法主管機關分析回饋授權的重要因素。若特定回饋授權條款可能顯著降低被授權人投資改良授權科技之誘因，美國反托拉斯法主管機關將考量該回饋授權條款促進競爭效果的程度，諸如促進散布被授權人之授權科技改良、增加授權人散布授權科技之誘因，或增加相關技術和研發市場之競爭與產出。此外，美國反托拉斯法主管機關將優先考量回饋授權條款在相關市場增加授權人創新誘因之程度¹³⁷。

（四）小結

美國反托拉斯法主管機關與AGLIP係以合理原則評估多數涉及智慧財產權的競爭顧慮¹³⁸。自1980年代引進的經濟分析，也重在維護創造與創新之誘因，避免損害創新¹³⁹。例如美國反托拉斯法一般不會對單方拒絕協助競爭者之事業課予責任，部分即因此舉可能會損害投資與創新之誘因¹⁴⁰；於考慮以強制授權、強制資料分享或課予事業與其競爭者交易之義務等作為救濟手段時，也應特別顧慮損害創新誘因¹⁴¹。

美國2017年AGLIP將創新市場改稱為研發市場，乍看之下僅是名詞的變動，此回應了創新市場理論將研發等同創新、以研發或研發能力計算創新市占率以及預設研發支出與創新量間有正向關係等

137 *Id.* § 5.6.

138 Noah Joshua Phillips, *IP and Antitrust Laws: Promoting Innovation in a High-Tech Economy* (Fed. Trade Comm'n, Remarks at 2019 Patents in Telecoms and the Internet of Things Public Workshop, ACT | The App Association), at 6, 9 (2019/03/20), https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1508165/app_association_keynote_final.pdf.

139 U.S. DEP'T OF JUST. & FED. TRADE COMM'N, *supra* note 132, at 13.

140 U.S. DEP'T OF JUST. & FED. TRADE COMM'N, *supra* note 108, § 2.1.

141 Alford, *supra* note 80, at 8.

批評，而直接以研發市場代之，以符合執法實務上的實際操作。惟其背後仍然隱含研發為創新之主要活動，而為創新之重要指標等概念。美國第二巡迴上訴法院於1981年的*SCM v. Xerox*案中認為，競爭限制應以既有市場為衡量基礎，特別有礙評估事業特定行為對未來創新（例如新產品或新服務）以及新市場的影響等問題仍然存在。然美國2017年AGLIP就涉及創新且無法取得市占率資料或市占率未能精確代表競爭重要性時，會另行適用非以產品市場為基礎之特殊安全港規定，係就可能影響尚未出現之新產品、新服務或新市場的智慧財產權授權協議為特殊處理，避免僅由既有市場的現況評估可能出現之創新。即令以界定研發市場的方式為分析，欲評估事業行為對創新之可能衝擊，仍應詳細檢視個案之相關事實面、經濟面之具體證據，並以此為基礎進行剖析，特別是對創新誘因有無直接影響。

三、結合管制與創新

結合案審查與競爭評估，本即具有一定前瞻性與預測性，故如何於結合審查中評估各該結合案對未來創新的效果與影響，是反托拉斯法理論與執法起始評估創新因素的重要領域。如前述Shapiro所綜整之三大原則，或創新市場概念，都在美國結合管制扮演相當的角色。以下即分別說明結合案審查創新因素之相關理論、美國執法實務與相關準則，再以小結綜合分析。

（一）相關理論

1. 向下創新壓力

有學者參照美國2010年水平結合準則第6.4節評估創新誘因之方式而指出，應考量結合案對收購者產品或服務創新的侵蝕效果（cannibalization）。按市場既有廠商若引進與其既有產品相互競爭的新產品，部分消費者將放棄該廠商既有產品而轉向新產品，此等侵

蝕效果會阻止既有廠商引進新產品。當生產A產品之A事業與生產競爭性B產品的B事業結合時，僅在B產品銷售之邊際利潤，扣除A產品銷售轉移為B產品銷售所減少之A產品邊際利潤，仍大於結合後生產A與B產品之總成本，結合後事業繼續推出B產品方有利可圖。只要結合後事業銷售B產品之邊際獲利，與A產品銷售轉移至B產品銷售所損失的A產品邊際獲利，兩者差距不大，縱使生產總成本大幅降低，結合後事業推出B產品的獲利，將低於B事業原先獨立於A事業的情況，結合案即得顯著影響引進創新產品的誘因，此又稱為向下創新壓力（downward innovation pressure, DIP）。DIP正反映獨占者得透過改進產品增加需求、降低成本提高單位利潤，或降低需求彈性收取更高單位價格等方式創新，然其不會從事對自身既有產品銷售有侵蝕效果的創新，或為市場新進者或面臨競爭之事業認為有利可圖的創新投資。故於創新重要的領域，允許消滅或實質減少競爭之結合案，具有潛在成本¹⁴²。

2. 生意偷取效應、創新轉換率與創新綜效

前述Shapiro所提出之可競爭性、可獲益性與綜效原則，前兩者可用來檢視系爭結合案是否會顯著降低參與結合事業創新的誘因，綜效原則用於檢視系爭結合是否能提高參與結合事業的創新能力而足以彌補其減少的誘因¹⁴³。其後，Shapiro與歐盟執委會競爭處經濟學家Giulio Federico及耶魯大學經濟學家Fiona Scott Morton更進一步深化理論，提出生意偷取效應（business-stealing effects）、創新轉換率（innovation diversion ratio）以及創新綜效（innovation synergies）等概念，分析水平結合案中的創新因素。所謂生意偷取效應係指一事業爭取客戶所得之獲益，來自於其競爭者之損失，此與前述Arrow效應密切相關。創新敵手間的競爭，一般會加速創新

¹⁴² Shelanski, *supra* note 52, at 1703-04.

¹⁴³ Shapiro, *supra* note 40, at 390-91.

時點，因既存廠商並未內部化其加諸他事業之負面生意偷取效應¹⁴⁴。

故於分析水平結合對結合後事業之創新誘因與能力的可能影響時，必須評估參與結合事業彼此間有無內部化生意偷取效應，著重事業投資發展新產品之決定，若單方創新效果（*unilateral innovation effects*）顯著，下一步則須檢視有無能彌補單方創新效果之結合特定綜效（*merger-specific synergies*）。限制競爭之單方創新效果，於相關產品利潤高且兩事業間生意偷取效應顯著時最大。衡量單方創新價格最簡單與直接的方式，係計算創新轉換率，意即A事業因B事業發展B產品所生的預期損失，占B事業因此之預期額外獲利的比率（A事業預期損失/B事業預期額外獲利），包括B產品對所有A事業產品之數量與價格效果。創新轉換率越高，生意偷取效應就越重要，結合後事業就越可能縮減或終止發展B產品。創新轉換率，係衡量結合後事業因生意偷取效應內部化所面臨之B產品發展計畫成本。若A事業亦有風險性產品發展計畫，則創新轉換率取決於，如B事業研發成功，A事業研發努力成功的可能性。系爭結合案之內部化生意偷取效應越大，兩事業發展計畫間之關聯性越高，則結合後事業即可能認為其中一計畫係屬重複而應取消，此一喪失競爭的可能性即可能傷害消費者¹⁴⁵。

至於創新綜效則大抵有三類，第一種類型為非自願外溢之內部化（*internalization of involuntary spillovers*）。當一事業之成功創新僅有部分排他性時，即會出現科技外溢（*technological spillovers*），該事業之競爭對手得部分模仿該事業之新產品，而不侵害該事業之智慧財產權。若外溢效果顯著，則基於結合後較高的可獲益性，結

144 Giulio Federico, Fiona Scott Morton & Carl Shapiro, *Antitrust and Innovation: Welcoming and Protecting Disruption*, 20 INNOVATION POL'Y & ECON. 125, 128-30 (2019).

145 *Id.* at 130-32.

合案可增加創新並最終裨益消費者。但在個案中，可獲益性效果的重要性可能有限，例如非自願性外溢之內部化非屬結合特定，而可透過合作研發為之。第二種創新綜效，為結合案能促進參與結合事業間自願性技術移轉，但參與結合事業應舉證證明若無系爭結合案（例如透過事前研發合作或事後授權協議），即無從為該有益之技術移轉。此類創新綜效之常見案例為結合案能增加使用特定方法、流程創新的規模¹⁴⁶。

第三種創新綜效則為研發綜效（R&D synergies），即美國2010年水平結合準則第10節所稱結合後事業更有效執行研發之能力。此等研發綜效於特定結合案的重要性，多半取決於參與結合事業如何研發以及其是否有互補能力（complementary capabilities）。特別是，因結合後事業能掌握的規模與範疇經濟，結合能降低研發之增量成本（incremental cost），且得整合互補研發能力。能降低增量研發成本之結合案，自然能增加研發誘因，並進而產生更多創新。惟結合亦可能出現「研發去綜效」（R&D de-synergies）的情況，此有時係因專業人員離開結合後事業，亦得源於結合後事業於組織上未能處理、因應研發新產品之多種方法或解決某些商業問題。最後，參與結合事業需證明，結合案具有未能以保留更多競爭之其他方式達成的重大創新綜效，而得彌補創新誘因減少，以及對目前與未來產品市場競爭，暨對消費者之單方價格效果（生產成本效益之淨值）等損害¹⁴⁷。

3. 威脅創新之結合案特徵

對前述創新市場概念有重大影響的Richard J. Gilbert，論述上雖延續向下創新壓力與外溢內部化等概念，但也指出向下創新壓力之理論模型可能非常簡化，並未考量市場結構與創新誘因間的互動。

¹⁴⁶ *Id.* at 133.

¹⁴⁷ *Id.* at 133-34.

若考量創新與競爭之間的動態關係，競爭對創新誘因之效果，取決於事業距離產業中技術最先進事業的相對技術位置，若事業技術落後過多，而不能自創新獲取顯著價值，即無太多誘因為創新；若市場高度競爭，技術地位相近之事業，就有很大的創新誘因從事創新，以逃脫市場競爭¹⁴⁸。

Gilbert也歸結出三種可能對創新產生單方效果之結合類型，分別為「產品對計畫結合」(Product-to-project mergers，即事業與其他具競爭產品研發計畫之事業結合)、「計畫對計畫結合」(Project-to-project mergers，即參與結合事業均積極參與類似應用方向之研發)，以及「重疊研發結合」(Overlapping R&D mergers，即具類似應用研發能力但尚無特定導向此等應用之研發計畫的事業結合)。產品對計畫之結合案，因產生Arrow效應，降低結合後公司自研發計畫與既有產品中獲得之預期總收益，故得降低創新誘因，可能導致結合後事業終止或延遲推展研發計畫。且即令參與結合事業既有產品彼此並非替代品，利潤因創新減少的風險(潛在替代效應)亦得因產品對計畫之結合案而增加。計畫對計畫之結合，可能導致參與結合事業終止或延遲相似應用之研發計畫，惟此等結合只有在參與結合事業之研發計畫於無結合時均能在商業上成功，且在同一市場競爭時，方會威脅未來價格競爭。另一方面，計畫對計畫之結合，亦可因參與結合事業受益於互補技能或利用知識移轉(事業內技術外溢)而具效率利益。就重疊研發結合，因欠缺既有產品或研發計畫，欲證明重疊研發結合有害於創新與未來競爭，所需證據門檻更高，且研發能力整合可帶來效率利益，事業內部知識移轉則可增加創新誘因¹⁴⁹。若參與結合事業所在之相關研發市場高度集中，計畫對計畫結合與重疊研發結合更可能對消費者造成損害，故得以研發市場篩選不太可能傷害創新之此類結合案¹⁵⁰。

148 GILBERT, *supra* note 7, at 91-92.

149 *Id.* at 92-97.

150 *Id.* at 100.

Gilbert並總結可能威脅創新與未來價格競爭之結合案，多具有下列特徵，分別為：(1)相關研發市場高度集中；(2)結合創造或增強替代效應；(3)相關創新為可獲益性高的新產品（若尚未結合時，一參與結合事業得以成功創新獲取其他參與結合事業大部分生意，且該生意為高獲利，則因結合所生之研發向下壓力會較大。惟另一方面若結合能提高參與結合事業自創新獲利之能力，則結合也可能激勵創新）；(4)公司內部技術外溢低（結合增加之創新誘因低）；(5)參與結合事業於短期內為可能的創新者（預測創新和未來價格競爭之競爭效應的難度，隨完成研發計畫和實現產品商業化利益所需時間之長度而增加）；(6)參與結合事業不具有與競爭無關之強大創新誘因；(7)結合對激勵創新並非必要（有其他可能收購者且對創新或未來價格競爭之傷害風險較低）¹⁵¹。

（二）美國結合管制執法實務對創新因素的評估

1. 2010年前之執法

雖然於結合管制適用創新市場概念，曾引發許多批評¹⁵²，但美國2010年水平結合準則以前，美國援引創新市場概念所為執法，反集中在結合管制。從1990年代至2000年初，DOJ雖關注對創新競爭有危害之結合案，但並無單純或主要基於創新顧慮之執法行動。同一時期，FTC涉及創新市場之執法案件，多數都有傳統產品市場之嚴重水平重疊，或至少得從減少創新競爭或創新市場以外之理由，

¹⁵¹ *Id.* at 101-05.

¹⁵² 例如，精確計算創新市場之市場占有率，特別是針對尚未界定之市場的潛在競爭，以及分析結合案逾兩年後之限制競爭效果時，應如何認定合理評估期間，均有困難，見Rosch, *supra* note 96, at 10, 21-23。於結合管制運用創新市場概念的相關批評，另可參閱George A. Hay, *Innovations in Antitrust Enforcement*, 64 ANTITRUST L.J. 7 (1995); Robert J. Hoerner, *Innovation Markets: New Wine in Old Bottles?*, 64 ANTITRUST L.J. 49 (1995); 至於Gilbert與Sunshine的回應，則可參照Richard J. Gilbert & Steven C. Sunshine, *The Use of Innovation Markets: A Reply to Hay, Rapp, and Hoerner*, 64 ANTITRUST L.J. 75 (1995).

而依傳統潛在競爭理論加以解釋。但因FTC負責製藥公司之結合案，而美國食品與藥物管理局（Food and Drug Administration, FDA）之法規要求，對製藥研發之市場進入創造市場障礙，FDA也提供FTC關於個別創新活動之狀態、方法與可能效果之廣泛資料，故FTC對製藥業之執法行動中，有不少案件係以創新效果為執法決定的主要因素。惟前述DOJ與FTC之執法對象，均選擇和解¹⁵³。直至2009年，美國反托拉斯法主管機關就涉及創新市場的案件，係以要求分割事業或強制授權之協議裁決方式終結案件，尚未以起訴方式為之¹⁵⁴。

此段期間之代表案例，如2001年DOJ於3D Systems（下稱“3D”）收購DTM Corporation（下稱“DTM”）案（下稱「*U.S. v. 3D & DTM*案」），主張3D與DTM此兩大美國工業快速原型製造（rapid prototyping, RP）系統製造商，於RP系統和材料之開發、製造與銷售直接競爭，此收購案將美國工業RP系統市場之競爭對手從三減少至二，結合後事業將在美國市場取得80%之市占率¹⁵⁵；且3D與DTM均獲得許多RP相關專利，兩者間之創新、動態競爭，為推動創新工業RP系統技術發展之主要動力¹⁵⁶。DOJ最終要求參與結合事業分割出售特定RP資產（包括工廠與客戶名單）、併同非專屬授權相關RP專利與軟體著作權，以及就特定技術提供支援或維護服務予DOJ准許之收購者¹⁵⁷。

153 Ronald W. Davis, *Innovation Markets and Merger Enforcement: Current Practice in Perspective*, 71 ANTITRUST L.J. 677, 689-94 (2003).

154 Rosch, *supra* note 96, at 12, 16.

155 U.S. DEP'T OF JUST., *Department of Justice Files Lawsuit to Block 3D Systems' Proposed Acquisition of DTM Corporation* (2001/06/06), https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/2001/8364.pdf.

156 Verified Complaint ¶ 24, *United States v. 3D Sys. Corp.*, No. 1:01CV01237 (D.D.C. June 6, 2001), <https://www.justice.gov/d9/atr/case-documents/attachments/2001/06/06/8896.pdf>; Competitive Impact Statement at 5-6, *U.S. Department of Justice v. 3D Systems Corp. & DTM Corp.*, Case No. 1:01CV01237 (2001/09/04), <https://www.justice.gov/d9/atr/case-documents/attachments/2001/09/04/9019.pdf>.

157 Final Judgment, *United States v. 3D Sys. Corp.*, No. 1:01CV01237 (D.D.C. May 1, 2002), <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/517101/dl>.

惟FTC另於2004年就Genzyme Corporation（下稱“Genzyme”）於2001年即已完成收購Novazyme Pharmaceuticals Inc.（下稱“Novazyme”）一案，終止關於發展龐貝氏症（Pompe Disease）治療方法之研究速度與範疇的調查¹⁵⁸。於該案，FTC採用創新市場評估結合案是否可能減少市場上仍存在之事業的創新誘因，且認為原則上應僅在競爭者數量稀少時，方考慮創新市場分析¹⁵⁹。然不能僅因結合案改變獨立研發計畫數目，而推論結合案對創新之可能效果，必須檢驗參與結合事業是否可能減少投資研發之誘因，以及是否具備更能成功研發之能力。事證（包括Genzyme與Novazyme之協議）顯示，Genzyme在收購Novazyme時並未計畫延遲Novazyme計畫，協議更定有一定期間內採用Novazyme技術產品獲得FDA批准時之Novazyme股東激勵機制。Genzyme與Novazyme結合案完成後兩年，亦無證據顯示該結合案減少Genzyme或Novazyme計畫的研發支出，或者延緩任一研發路徑¹⁶⁰。

2. 美國2010年水平結合準則與相關執法

(1) 美國2010年水平結合準則：創新競爭

美國2010年水平結合準則，不再使用創新市場，而引進創新競爭（innovation competition）概念。該準則指出，結合案得於競爭

158 U.S. FED. TRADE COMM’N, *FTC Closes Its Investigation of Genzyme Corporation’s 2001 Acquisition of Novazyme Pharmaceuticals, Inc.* (2004/01/13), <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2004/01/ftc-closes-its-investigation-genzyme-corporations-2001>.

159 U.S. FED. TRADE COMM’N, *ANTICIPATING THE 21ST CENTURY: COMPETITION POLICY IN THE NEW HIGH-TECH, GLOBAL MARKETPLACE*, VOL. I, Ch. 7, at 16, 18-20, 33 (May 1996), https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/anticipating-21st-century-competition-policy-new-high-tech-global-marketplace/gc_v1.pdf.

160 Timothy J. Muris, *Statement in the Matter of Genzyme Corporation / Novazyme Pharmaceuticals, Inc.*, FED. TRADE COMM’N, at 5-6, 15-17 (2004), <https://www.ftc.gov/system/files/attachments/press-releases/ftc-closes-its-investigation-genzyme-corporations-2001-acquisition-novazyme-pharmaceuticals-inc./murisgenzymestmt.pdf>.

不同面向造成不同單方效果。例如，一結合案得在短期提高價格，但並未提高關於創新的長期顧慮，不論是因為競爭對手能提供充分之創新競爭，或因系爭結合案產生可認知之研發效率¹⁶¹。就創新與產品多樣化，美國反托拉斯法主管機關會考量，系爭結合案是否可能鼓勵參與結合事業削減其競爭努力，至低於若無系爭結合案之應有競爭努力程度。減少創新，可能以降低持續發展既有產品或啟動新產品發展的誘因等形式出現，於至少一參與結合事業正努力引進可能從其他參與結合事業奪取重要收益之新產品，最可能出現此等效果。次來，至少一參與結合事業有能力於未來發展得自其他參與結合事業奪取重要收益之新產品時，最可能出現長期效果。故美國反托拉斯法主管機關也會考量，系爭結合案是否會因結合在特定方向成功研發能力最強的少數廠商，而減損創新競爭¹⁶²。

美國2010年水平結合準則第6.4節另指出，美國反托拉斯法主管機關會評估，參與結合事業的成功創新可能搶占其他參與結合事業銷售之程度，與結合後未來創新誘因低於無結合案時之誘因的程度，亦會考慮結合案是否可能達成如無結合案即不可能發生之創新¹⁶³。於評估結合案對創新的影響時，美國反托拉斯法主管機關亦會評估，參與結合事業更有效率執行研發的能力，此等效率得促進競爭但不會影響短期定價；參與結合事業更能利用創新利益的能力也會納入考量，且授權與智慧財產權之條件，相當重要。研發成本之節省雖可能相當顯著，但其很難驗證或係因限制創新活動競爭而減少，故尚非可認定效率（*cognizable efficiencies*）¹⁶⁴。整體而論，美國反托拉斯法主管機關依據美國2010年水平結合準則所評估

161 U.S. DEP'T OF JUST. & FED. TRADE COMM'N, *Horizontal Merger Guidelines*, § 6 (2010/08/19), <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>.

162 *Id.* § 6.4.

163 *Id.*

164 *Id.* § 10.

之創新損害，為減低於既有產品為創新之誘因，以及對發展未來營業線之誘因的影響。另一方面，該準則也承認部分結合案藉由整合生產能力、增加事業研發能力，或事業提升其投資利益等方式提升創新¹⁶⁵。

(2) 創新與殺手收購

針對大型企業高價收購新創或新興公司以消滅潛在競爭的殺手收購 (killer acquisitions)，在程序上，美國哈特－斯科特－羅迪諾法案 (Hart-Scott-Rodino Act, HSR Act) 雖定有強制申報的門檻 (交易規模和人員規模門檻)，然即令交易未達強制申報門檻，甚至交易已完成，FTC與DOJ均仍能對違反反托拉斯法之結合案採取行動¹⁶⁶。美國2010年水平結合準則也關注大型公司收購高度創新之小型公司，以獲取或消滅其競爭努力¹⁶⁷。該準則指出美國反托拉斯法主管機關會考量參與結合事業之破壞性地位 (disruptive role)，即系爭結合案是否會藉由消滅獨行俠公司 (“maverick” firm，即市場上有利於消費者之破壞性公司) 而減少競爭，例如參與結合事業之一有很強的既有地位，而另一參與結合事業，則運用新科技或商業模式威脅破壞市場條件，該等結合即可能實際或潛在減少競爭¹⁶⁸。

鑑於市場條件與產業結構可能快速變化，市占率可能高估或低估產業參與者目前或未來競爭之重要性，FTC與DOJ依2010年水平結合準則審查水平殺手收購時，特別是在創新與新產品開發為競爭關鍵的產業，會同時分析價格與非價格效果，包括品質與創新競

165 Alford, *supra* note 80, at 4-5.

166 OECD, *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control*, at 3, 7, 19 (2020), <https://web-archiv.e.oecd.org/2020-10-16/566931-start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf>.

167 U.S. DEP'T OF JUST. & FED. TRADE COMM'N, *supra* note 161, § 6.4. 相關討論參見 Herbert Hovenkamp, *Harm to Competition Under the 2010 Horizontal Merger Guidelines*, 39 REV. INDUS. ORG. 3, 8-9 (2011).

168 U.S. DEP'T OF JUST. & FED. TRADE COMM'N, *supra* note 161, § 2.1.5.

爭。於參與結合事業目前並未處於同一相關市場，但未來可能相互競爭，精確預測限制競爭效果不易。FTC與DOJ將採納廣泛證據，包括戰略計畫和其他商業文件、參與結合事業之公開聲明，並探究結合案的原因，以及競爭對手、客戶、產業專家甚或投資者之觀點，評估可能的競爭危害。於依薛曼法第2條評估獨占事業排他性行為時，重點在於排除新興威脅是否合理能顯著促進獨占事業維持市場力量，而不需證明新興或潛在競爭者實際上能發展成可行的替代品¹⁶⁹。FTC與DOJ常挑戰既有公司收購較小但有擴大其市占率或競爭影響力之競爭對手，對可能延遲或阻撓對既有事業之未來競爭的交易，也存有疑慮，而製藥、醫療設備與農業技術市場，管制批准過程有助於識別開發中產品。FTC與DOJ關注的範疇，也包括參與結合事業均為同一未來市場開發產品之結合案。於適當時，FTC與DOJ會以資產出售或智慧財產權授權等救濟手段，維持未來產品之持續開發¹⁷⁰。

(3) FTC 的執法

美國2010年水平結合準則頒布後，在某些案例中，FTC會特地界定相關研發市場，著重保護沿一定路徑之漸進性創新的誘因。當系爭結合案可能會消滅獨立破壞性創新者時，創新也會是關鍵考量因素，特別在事業正計畫以新科技進入市場時尤為顯然¹⁷¹。例如，2018年FTC挑戰新車特許（franchise）經銷商管理系統（dealer management system, DMS）軟體在美國之最大供應商CDK Global

¹⁶⁹ OECD, *Start-Ups, Killer Acquisitions and Merger Control – Note by the United States*, at 3-5, DAF/COMP/WD(2020)23 (2020/06/04), https://www.ftc.gov/system/files/attachments/us-submissions-oecd-2010-present-other-international-competition-fora/oecd-killer_acquisitions_us_submission.pdf.

¹⁷⁰ *Id.* at 5, 7-9.

¹⁷¹ Terrell McSweeney, *Understanding Innovation and Its Role in U.S. Merger Review* (Fed. Trade Comm'n, Remarks at 18th International Conference on Competition), at 2 (2017/03/16), https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1176893/berlin_international_conference_on_competition_final.pdf.

(下稱“CDK”)，擬收購擁有創新商業模式、較低收費、彈性合約條款與高品質客戶服務之新興競爭者Auto/Mate。FTC主張美國特許DMS市場高度集中，CDK收購後將控制近一半之市場，且將消滅Auto/Mate此一關鍵、新興競爭，進而提升價格、減少創新與品質。CDK之收購價與最初對Auto/Mate之估值間的差額，很大程度代表CDK為消除Auto/Mate競爭之防禦性價值，且防止替代買家加速Auto/Mate成長。考量Auto/Mate可能的增長軌跡，Auto/Mate於收購前之市占率，低估其在未來市場競爭的重要性。再者，要有效進入美國特許DMS市場，需大量、昂貴之前期投資與高風險之產品開發暨聲譽障礙，既有之DMS供應商也未能替代Auto/Mate的競爭。CDK與Auto/Mate其後放棄此收購案¹⁷²。

惟在2015年的Steris與Synergy結合案，FTC主張系爭結合案將會消滅Synergy以破壞性X光結紮技術進入美國市場之未來潛在競爭¹⁷³，然美國俄亥俄州北區地方法院則指出，FTC未能證明若無系爭結合案，Synergy本會於合理期間內進入美國結紮市場，故駁回FTC禁制令的聲請¹⁷⁴。故雖FTC願意在結合分析中，考量新科技之潛在破壞效果，以及創新與品質競爭，但難以證明破壞性市場進入的可能性¹⁷⁵。FTC其後以於該案中無法設計有意義救濟途徑（例如處分任何資產或營業），與考量繼續訴訟的高成本，決定終止訴訟程序¹⁷⁶。

172 Complaint ¶¶ 31, 34, 36-55, 57-59, In re CDK Global, Inc., No. 9382 (F.T.C. Mar. 19, 2018), https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/docket_no_9382_cdk_auto_mate_part_3_complaint_redacted_public_version_0.pdf; U.S. FED. TRADE COMM’N, *FTC Challenges CDK Global, Inc.’s Proposed Acquisition of Competitor Auto/Mate, Inc.* (2018/03/20), <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2018/03/ftc-challenges-cdk-global-incs-proposed-acquisition-competitor-automate-inc>.

173 COMPLAINT ¶¶ 68-70, IN RE STERIS CORP., NO. 9365 (F.T.C. MAY 29, 2015), <https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/150529sterissynergypart3cmpt.pdf>.

174 Fed. Trade Comm’n v. Steris Corp., et al., 133 F. Supp. 3d 962, 978-84 (N.D. Ohio 2015).

175 McSweeney, *supra* note 171, at 3.

176 Statement of the Commission, In re Steris Corp., No. 9365 (F.T.C. Oct. 30, 2015),

(4) DOJ 的執法

A. Applied Materials 與 Tokyo Electron 結合案

2013年，就兩家世界上最大的半導體設備製造商 Applied Materials 與 Tokyo Electron 結合案，DOJ 認為參與結合事業均為擁有開發和供應大量非光刻半導體設備所需的必要知識、資源和能力之領先公司，而其彼此間就特定設備之既有競爭重疊，象徵更廣泛之新設備開發競爭，兩家公司均擁有成功開發新設備所需之資產與能力的合適構建組合，而在開發新設備具有顯著優勢，此結合案將弱化下一代半導體製造設備開發之競爭。於 DOJ 不接受 Applied Materials 與 Tokyo Electron 所提出之結合救濟措施後，Applied Materials 與 Tokyo Electron 放棄此結合案¹⁷⁷。

B. *U.S. v. Bazaarvoice* 案

2014年，DOJ 成功挑戰無須申報且已完成之 Bazaarvoice 收購 PowerReviews 案（下稱「*U.S. v. Bazaarvoice* 案」）¹⁷⁸，主張客戶要自行發展出功能與 Bazaarvoice 所提供者相當之商品評價審閱平台（product rating and review platform）及其更新，費用極為高昂，要維持同樣的創新速率也很困難¹⁷⁹。此收購案顯著降低 Bazaarvoice 為

https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/847203/151030steris_synergycommstmt.pdf.

¹⁷⁷ OECD, *supra* note 169, at 9; Nicholas Hill et al., *Economics at the Antitrust Division 2014-2015: Comcast/Time Warner Cable and Applied Materials/Tokyo Electron*, 47 REV. INDUS. ORG. 425, 431-34 (2015); U.S. DEP'T OF JUSTICE, *Applied Materials Inc. and Tokyo Electron Ltd. Abandon Merger Plans After Justice Department Rejected Their Proposed Remedy* (2015/04/27), <https://www.justice.gov/opa/pr/applied-materials-inc-and-tokyo-electron-ltd-abandon-merger-plans-after-justice-department>.

¹⁷⁸ U.S. DEP'T OF JUST., *Justice Department and Bazaarvoice Inc. Agree on Remedy to Address Bazaarvoice's Illegal Acquisition of PowerReviews* (2014/04/24), <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-and-bazaarvoice-inc-agree-remedy-address-bazaarvoice-s-illegal-acquisition>.

¹⁷⁹ Complaint ¶ 38, *United States v. Bazaarvoice*, No. C 13-0133 (N.D. Cal. Jan. 10, 2013), <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/488911/download>.

價格折扣、增加其服務品質或投資創新的誘因¹⁸⁰。美國加州北區地方法院則認為，結合後，Bazaarvoice之市占率、擴張之網路與新增之平台內容，大幅加強Bazaarvoice評價審閱平台相對於任何競爭者之優勢。審判中之相關證據顯示，Bazaarvoice收購PowerReviews，係為強化其在評價審閱平台的市場力量，使競爭者無從在評價審閱平台競爭，並運用其優勢地位避免價格與創新之競爭¹⁸¹。再者，Bazaarvoice未能證明此結合將提升可認知、結合特定且能傳遞給客戶之效率，而足以彌補此交易之限制競爭效果。欠缺證據顯示此結合能促進創新，或若無結合，即無法實現其所聲稱之效率與創新。Bazaarvoice雖處於動態與持續演化之領域，但其並未證明此一市場演化特性得以排除系爭結合案可能限制競爭效果。Bazaarvoice收購其最接近且唯一有意義之競爭者PowerReviews，有限制美國評價審閱平台競爭之虞¹⁸²。DOJ其後與Bazaarvoice協議並經美國加州北區地方法院核可，要求Bazaarvoice出售所有PowerReviews的資產、提供買方四年統合服務、對客戶放棄違約請求以利客戶移轉至買方、放棄對買方聘僱之Bazaarvoice受僱人的營業秘密限制，並指定受託人監督處分程序與Bazaarvoice遵循其他義務¹⁸³。

C. T-Mobile 合併 Sprint 案

美國第三大行動無線電信服務提供者T-Mobile US Inc.（下稱“T-Mobile”），於2011年雖曾因DOJ挑戰而未能被AT&T收購¹⁸⁴，惟

180 *Id.* ¶ 62.

181 *United States v. Bazaarvoice*, No. 13-cv-00133-WHO, slip op. at 41 (N.D. Cal. Jan. 8, 2014), <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/488846/download>.

182 *Id.* at 121, 140-41.

183 U.S. DEP'T OF JUST., *supra* note 178; Third Amended Final Judgment, *United States v. Bazaarvoice*, No. 13-cv-00133-WHO (N.D. Cal. Dec. 2, 2014), <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/488816/download>.

184 於2011年AT&T收購T-Mobile案中，DOJ認為，AT&T若收購獨立、低定價的T-Mobile，將移除顯著市場競爭壓力。T-Mobile在先進高速網路之投資，以及在科技與行動無限電信服務之創新，對消費者有顯著價值。如不禁止此收購案，行動無線電信服務的客戶即可能面臨較高價格、較低多樣性、創新與品

其在2018年6月，宣布擬與美國第四大行動無線電信服務提供者 Sprint Corporation（下稱“Sprint”）合併成立新公司，目標為發展超越或與前兩名之業者Verizon與AT&T相匹敵之5G網路¹⁸⁵。DOJ經調查後，於2019年7月與五州（Nebraska, Kansas, Ohio, Oklahoma, South Dakota）的州檢察長，就此結合案共同與T-Mobile及Sprint達成和解，T-Mobile及Sprint必須出售Sprint的預付業務及特定頻寬資產予Dish Network Corp.（下稱“Dish”，一科羅拉多衛星電視提供者）。T-Mobile及Sprint尚必須提供Dish，至少20,000個基地台（cell sites）與數以百計的零售場所，T-Mobile於Dish建立其自身5G網路的7年內，供Dish接取T-Mobile的網路¹⁸⁶。其後，另有數州再加入DOJ之前述和解¹⁸⁷。和解方案於2020年4月經美國哥倫比亞特區地

質的服務，此為水平結合準則第6.4節所討論的嚴重競爭顧慮，AT&T最終於2011年底放棄該收購案，U.S. v. AT&T Inc., T-Mobile USA, Inc., and Deutsche Telekom AG, Complaint, Case: 1:11-cv-01560, paras. 2-3, 28 (2011/08/31), <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/487776/download>; Michael J. De La Merced, *AT&T Ends \$39 Billion Bid for T-Mobile*, THE NEW YORK TIMES (2011/12/19), <https://dealbook.nytimes.com/2011/12/19/att-withdraws-39-bid-for-t-mobile/>.

185 Brenda Stolyar, *The T-Mobile and Sprint Merger: Everything You Need to Know*, DIGITAL TRENDS, <https://www.digitaltrends.com/mobile/t-mobile-sprint-merger/> (last visited 2018/09/11).

186 U.S. DEP'T OF JUST., *Justice Department Settles with T-Mobile and Sprint in Their Proposed Merger by Requiring a Package of Divestitures to Dish* (2019/07/26), <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-settles-t-mobile-and-sprint-their-proposed-merger-requiring-package>; [Proposed] Final Judgment, United States v. Deutsche Telekom AG, No. 1:19-cv-02232 (D.D.C. July 26, 2019), <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1187706/download>. 關於DOJ就本案之相關競爭分析與競爭顧慮，則可參閱U.S. Dep't of Just., Complaint, United States et al. v. Deutsche Telekom AG et al., Case No. 1:19-cv-02232 (2019/07/26), <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1187721/download>; U.S. Dep't of Just., Competitive Impact Statement, United States et al. v. Deutsche Telekom AG et al., Case No. 1:19-cv-02232-TJK (2019/07/30), <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1189336/download>.

187 U.S. DEP'T OF JUST., *Justice Department Welcomes Decision in New York v. Deutsche Telekom, the T-Mobile/Sprint Merger* (2020/02/11), <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-welcomes-decision-new-york-v-deutsche-telecom-t-mobilesprint-merger>.

方法院判決核可¹⁸⁸。美國聯邦通訊委員會（Federal Communication Commission, FCC）於2019年11月附條件允許T-Mobile與Sprint結合案¹⁸⁹。

惟以紐約州為首的數州檢察長，則以T-Mobile與Sprint結合案會顯著減少零售行動無線電信服務市場（retail mobile wireless telecommunications services，下稱RMWTS市場）之競爭而違反克來登法（Clayton Act）第7條為由，於美國紐約州南區地方法院，對包括T-Mobile的母公司Deutsche Telekom AG在內等被告起訴。被告主要的效率抗辯，為T-Mobile與Sprint結合案能整合T-Mobile與Sprint中、低頻段（mid-band and low-band）頻譜（spectrum），並因載波聚合（carrier aggregation）之技術創新與某些控管無線電互動之實體資產，可加乘整合後的網路生產力¹⁹⁰。美國紐約州南區地方法院認為，原告主張低估利用提升之生產力，發展技術創新、新產品與消費者應用之速率，及此結合案加速此過程的程度¹⁹¹；再者，行動無線技術快速變化，以及創新與多樣化機會，得大量且顯著改變競爭條件¹⁹²。法院對在持續創新或其他快速變化的動態市場內的交易，為反托拉斯效果分析與司法介入時，應格外審慎¹⁹³。法院認

188 U.S. DEP'T OF JUST., *Court Enters Final Judgment in T-Mobile/Sprint Transaction* (2020/04/01), <https://www.justice.gov/opa/pr/court-enters-final-judgment-t-mobiles-print-transaction>.

189 FED. COMM'N COMM'N, *FCC Approve Merger of T-Mobile and Sprint: Transaction Will Close Digital Divide and Promote Wide Deployment of 5G Services* (2019/11/05), <https://docs.fcc.gov/public/attachments/DOC-360637A1.pdf>; FED. COMM'N COMM'N, *Memorandum Opinion and Order, In the Matter of Applications of T-Mobile US, Inc., and Sprint Corporation, Declaratory Ruling, and Order of Proposed Modification* (2019/11/05), <https://docs.fcc.gov/public/attachments/FCC-19-103A1.pdf>.

190 State of New York et al. v. Deutsche Telekom AG et al., Case No. 1:19-cv-05434-VM-RWL, at 60 (S.D.N.Y. 2020), <https://cases.justia.com/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2019cv05434/517350/409/0.pdf?ts=1581513636>.

191 *Id.* at 79.

192 *Id.* at 135.

193 *Id.* at 148.

為，雖原告所提出之表面證據，在傳統產業中可能已足以禁止結合，惟在此動態與快速變化之產業，限制競爭效果的預設係屬誤導。此結合案能讓結合後公司延續T-Mobile作為市場獨行俠之商業策略，且FCC與DOJ已花費大量資源密切審查此交易，並安排Dish作為第四個全國性競爭者，Dish得積極於RMWTS市場競爭，故駁回本案原告援引克來登法第7條禁止本結合案的請求¹⁹⁴。

D. *U.S. v. Visa and Plaid* 案

DOJ於2020年11月向美國加州北區地方法院起訴，主張Visa Inc.（下稱“Visa”）收購Plaid Inc.（下稱“Plaid”）違反克來登法第7條與薛曼法第2條（下稱「*U.S. v. Visa and Plaid*案」）。Visa與Plaid於DOJ起訴未久後，即在2021年1月12日宣布放棄此收購案¹⁹⁵。DOJ將本案產品市場界定為線上借記交易（online debit transactions）市場，包括傳統線上借記服務與新興之銀行借記支付服務（pay-by-bank），線上借記交易提供者係經營雙邊交易平台（two-sided transactions platforms）¹⁹⁶。DOJ認為Plaid已克服線上借記潛在市場進入者所面臨之雞生蛋、蛋生雞障礙（chicken-and-egg barrier）¹⁹⁷，依據Visa內部文件，Plaid之銀行支付借記服務，對Visa造成極大威脅，Visa收購Plaid，將消滅破壞性、創新性之競爭者，Visa亦有誘因不繼續推動Plaid之銀行支付借記服務、提高其價格或降低其品質。此收購案將更提高線上借記市場之高度市場進入障礙、鞏固Visa在線上借

¹⁹⁴ *Id.* at 168-70.

¹⁹⁵ U.S. DEP'T OF JUST., *Visa and Plaid Abandon Merger After Antitrust Division's Suit to Block* (2021/01/12), <https://www.justice.gov/opa/pr/visa-and-plaid-abandon-merger-after-antitrust-division-s-suit-block>; U.S. DEP'T OF JUST., *Protecting Nascent Competition: Visa and Plaid Abandon Anticompetitive Merger* (2023/06/15), <https://www.justice.gov/atr/division-operations/division-update-spring-2021/protecting-nascent-competition-visa-and-plaid-abandon-anticompetitive-merger>.

¹⁹⁶ Complaint at 15-17, *United States v. Visa*, No. 4:20-cv-07810 (N.D. Cal. Nov. 5, 2020), <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1334736/download>.

¹⁹⁷ *Id.* at 3-4, 7, 10-12.

記市場之獨占力量（Visa已控制約占70%之美國線上借記交易市場，且受顯著市場進入與擴張障礙之保護¹⁹⁸）。Visa更可藉此掌握金融科技下競爭替代支付方式的發展方向，據此收購潛在競爭者或對其採取不利行為¹⁹⁹，亦得接取Plaid巨量之消費者數據庫，包括關於特約商店與Visa競爭者之即時敏感性資訊，而更提高市場進入與擴張障礙。DOJ亦認為Visa收購Plaid所可能形成之綜效或任何可認定效率，均不大於該結合案對相關市場之競爭傷害²⁰⁰。

3. *Illumina v. FTC* 案與美國2023年結合準則

FTC於2023年4月，罕見地於下一代基因定序（next-generation sequencing, NGS）平台生產者Illumina, Inc.（下稱“Illumina”）收購開發多癌症早期檢測（multi-cancer early detection, MCED）之GRAIL, Inc.（下稱“GRAIL”）此垂直結合案，推翻行政法官（Administrative Law Judge）之初始決定，命令Illumina出售GRAIL。NGS平台係分析MCED檢測抽取之血液樣本中的遺傳物質²⁰¹。FTC指出，GRAIL正與其他癌症篩檢公司進行創新競賽。Illumina為MCED檢測關鍵投入之唯一供應商，其NGS平台欠缺替代品，且該平台定序準確度、速度與效率等卓越性，受其諸多專利保護。收購後，Illumina自GRAIL的MCED檢測銷售獲得之利潤（包括NGS銷售與GRAIL檢測的利潤），遠超出Illumina向GRAIL競爭對手銷售NGS的利潤，故Illumina將有能力並增加誘因，封鎖與阻礙GRAIL之競爭對手。Illumina內部文件（如戰略計畫）與其他產業參與者之意見，也證實此點。GRAIL之MCED競爭對手，無法避免Illumina

198 *Id.* at 2-3, 8.

199 *Id.* at 4-5, 17-18.

200 *Id.* at 19-20.

201 U.S. FED. TRADE COMM’N, *FTC Orders Illumina to Divest Cancer Detection Test Maker GRAIL to Protect Competition in Life-Saving Technology Market* (2023/04/03), <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/04/ftc-orders-illumina-divest-cancer-detection-test-maker-grail-protect-competition-life-saving>.

以提高成本或其他方式（例如提高向檢測開發商收取的NGS儀器和耗材價格，或拒絕提供所需技術援助或授權協議）所施加的不利影響。該收購將減少創新，可能提高價格，減少MCED檢測的選擇和品質，從而在本案相關市場，即當前和未來美國MCED檢測之研究、開發與商業化，大幅減少競爭²⁰²。

FTC並援引美國特區巡迴上訴法院於*U.S. v. Microsoft*案與*United States v. Anthem, Inc.*案之意見，主張薛曼法並不允許獨占者任意壓制新興（即令未經證實）的競爭者²⁰³；對創新的威脅本身，就具有反競爭之性質²⁰⁴。即使產品尚未推出，反托拉斯法也保護創新競爭²⁰⁵。FTC也認為，Illumina與GRAIL之效率主張，自利、模糊且欠缺支持，未驗證其研發進展之時機、性質與量化價值，亦未考慮其成本與可能障礙（包括重新部署人員與研發活動）²⁰⁶。

美國第五巡迴上訴法院審查FTC決定後，於2023年12月15日判決（下稱「*Illumina v. FTC*案」），贊同FTC將本案之相關產品市場界定為MCED檢測之研究、開發與商業化，而非MCED檢測既有商業市場²⁰⁷，且認定FTC已初步證明，Illumina為新興領域（即MCED檢測）之關鍵輸入的唯一供應商，其於收購於MCED檢測領域唯一開始商品化產品之GRAIL後，將明顯增加Illumina之誘因（其本亦有能力）封鎖GRAIL之競爭者；Illumina透過將重心自NGS產品轉移至臨床檢測，長期目標為（藉由GRAIL）成為臨床測試之市場領導者，而其他MCED測試開發商可能因而卻步投資，該結合案會大

202 Opinion of the Commission at 1-3, 7, 20, 25, 28, 49-51, 58-59, In re Illumina, No. 9401 (F.T.C. Mar. 31, 2023), https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/d09401_commissionfinalopinion.pdf.

203 *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 79 (D.C. Cir. 2001).

204 *United States v. Anthem, Inc.*, 855 F.3d 345, 361 (D.C. Cir. 2017); U.S. FED. TRADE COMM'N, *supra* note 202, at 34.

205 U.S. FED. TRADE COMM'N, *supra* note 202, at 60.

206 *Id.* at 77-78.

207 *Illumina, Inc. v. FTC*, 88 F.4th 1036, 1046-50 (5th Cir. 2023).

幅減少競爭。惟美國第五巡迴上訴法院仍撤銷FTC之命令並發回為進一步程序，蓋法院認為Illumina得僅證明其「開放提議」(Open Offer，即Illumina向競爭之MCED檢測開發者要約長期供應協議)，不會減少競爭，以駁斥FTC關於顯著減少競爭之可能性的初步證明；FTC認定該開放提議為責任認定後之救濟措施，Illumina應證明開放提議能恢復結合前之競爭水準，此與克來登法第7條僅禁止顯著減少競爭之交易，有所不符²⁰⁸。美國第五巡迴上訴法院亦同意FTC的認定，即Illumina未能證明與驗證其所聲稱此結合案效率（包括GRAIL降低商品價格、消除雙重邊際化(double marginalization)、顯著供應鏈與運作效率、研發效率以及加速國際擴張)²⁰⁹。美國第五巡迴上訴法院為判決後，Illumina隨即於2023年12月17日宣布將出售GRAIL²¹⁰。

DOJ與FTC另於2023年12月公布新結合準則，不再分別就水平與垂直結合制訂準則。2023年新結合準則所提出之13項原則或指引，並未論及創新，惟該準則第4大點下（即說明美國反托拉斯法主管機關評估結合適用之分析、經濟與證據工具）之第4.2「評估事業間競爭」(Evaluating Competition Among Firms) E項「創新與產品多樣性競爭之考慮因素」(Considerations for Innovation and Product Variety Competition)中，特別提及創新誘因，即結合後事業可能會減少誘因，繼續或啟動研發原與其他參與結合事業相競爭、但結合後可能會侵蝕其自身銷售之產品。服務提供者也可能會減少繼續被收購公司所提供、有價值升級服務之誘因。結合後事業可能降低從事破壞性創新而威脅參與結合事業業務之誘因，或有誘因改變其產品組合，例如停止提供參與結合事業之一的產品。積極

208 *Id.* at 1051-54, 1057-64.

209 *Id.* at 1064-69.

210 U.S. FED. TRADE COMM'N, *Statement Regarding Illumina's Decision to Divest Grail* (2023/12/18), <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/12/statement-regarding-illumina-s-decision-divest-grail>.

競爭創新或產品多樣性之誘因，取決於事業能力與客戶對新產品或服務之反應。開發新產品或服務，倚賴擁有適當專業與資源。若事業為於特定領域少數擁有專業員工、開發設備、智慧財產權或研究計畫者之一時，該等事業間之競爭將對其創新誘因有更大影響²¹¹。

(三) 小結

傳統上結合案的反托拉斯審查多半著重在可能的價格影響，然如今多數市場已非簡單的商品市場，不論是產品或服務，廠商彼此間在許多層面上競爭而可高度差異化，此時價格僅是競爭面向之一，尚有品質、服務、聲譽與創新等一連串因素可資區別²¹²。在美國，創新成為重要評估因素的案件，仍以水平結合案件為主。於美國2010年水平結合準則前，DOJ與FTC均曾於挑戰結合案時援引創新市場概念，但主要係針對彼此間有直接與重大競爭之水平競爭者間的結合案，並認為該等結合案可能負面影響參與結合事業於技術發展之創新、動態競爭（如*U.S. v. 3D & DTM*案），最終均採取分割事業或智慧財產權授權等結合救濟方式。惟從FTC終止對Genzyme收購Novazyme案的觀察觀之，FTC也體認研發本身不能直接為市占率分析，以及縱令以市占率的方式分析研發，若個案中有明確事證顯示結合案並未負面影響創新誘因、減少任一參與結合事業之研發支出或延緩其研發計畫，事業於特定創新市場之「占有率」，不必然為提升或降低研發之指標，或得證明特定結合案負面影響研發與創新。

211 U.S. DEP'T OF JUSTICE & FED. TRADE COMM'N, *Merger Guidelines*, § 4.2.E (2023/12/18), <https://www.justice.gov/d9/2023-12/2023%20Merger%20Guidelines.pdf>.

212 Stephen Weissman, *Pardon the Interruption: Competition and Disruptive Business Models* (Fed. Trade Comm'n, Remarks at the 32nd Annual Antitrust & Consumer Protection Seminar Washington State Bar Association), at 4-5 (2015/11/04), https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/863443/151105disruptivebusinessspeech.pdf.

美國2010年水平結合準則中並未說明所謂的獨行俠公司，是否即等同於破壞性創新者，或與其他積極競爭者有功能或經濟上的異同²¹³。但美國2010年水平結合準則關注所謂創新競爭，於第6.4節肯認創新為非價格之重要影響競爭因素，並表明美國反托拉斯法主管機關會於水平結合案件中，審酌結合案對創新誘因與參與結合事業更有效研發暨運用創新之能力等影響。而學說上不論是向下創新壓力，抑或是生意偷取效應、創新轉換率等理論，亦與美國2010年水平結合準則論及差異化產品定價時，所提出的移轉率（diversion ratio）與向上定價壓力（upward pricing pressure, UPP）²¹⁴等概念相合，可說將移轉率與向上定價壓力等概念運用於評估創新因素上，而為更細緻的分析。此外，美國2010年水平結合準則雖未採用研發市場的概念，但類似研發市場的評估，諸如參與結合事業之既有或新產品計畫的發展，該等事業之研發能力，以及能為相同研發方向之事業數量，仍為重要考慮因素。

美國2010年水平結合準則頒布後至2023年新結合準則期間，FTC與DOJ特別以損害創新為由介入之結合案，包括部分被認為屬殺手收購之案件²¹⁵，多半均會消滅市場上具特殊競爭優勢、擁有創新產品或商業模式、具破壞性創新特性，或甚至為收購方最接近與唯一有意義之獨立競爭者，同時相關市場亦因技術或專利等智慧財產權、聲譽、網路效應，有效競爭所需資源與能力等因素，而具高

213 Taylor M. Owings, *Identifying a Maverick: When Antitrust Law Should Protect a Low-Cost Competitor*, 66 VAND. L. REV. 323, 353-54 (2013).

214 依據美國2010年水平結合準則第6.1節，所謂移轉率係指A參與結合事業因提高其A產品價格所流失之銷售移轉至B參與結合事業所銷售之B產品的比率，其係用來評估單方價格效果。而若結合案使結合後事業有誘因提高A產品價格移轉銷售至B產品，提升B產品獲利，即會出現負向價格單方效果。若有足夠資料得以評估移轉銷售（diverted sales），主管機關即可以據此評估A產品因系爭結合案所生之向上訂價壓力，U.S. DEP'T OF JUST. & FED. TRADE COMM'N, *supra* note 161, § 6.1.

215 例如前述CDK收購Auto/Mate案、Bazaarvoice收購PowerReviews、Applied Materials與Tokyo Electron結合案，見OECD, *supra* note 169, at 6-7, 9。

度進入障礙。故該等結合案確實可能產生極高的Arrow效應與生意偷取效應，單方創新效果顯著，而可能消滅創新競爭，並降低結合後事業之創新誘因，也符合前述Gilbert所總結、可能威脅創新與未來價格競爭之結合案的特徵。

惟與Schumpeter理論密切相關之創新可獲益性，亦會影響事業創新能力與誘因。從動態競爭的觀點，事業創新之動態能力與誘因，也受其所處之相對技術或資源影響。既有業者雖未必能突破持續性創新的軌跡而為破壞性創新，但其資源與將創新引入市場的能力，卻可能高於市場新進者或新創公司。未能專利化之方法創新或商業模式創新，則可能仰賴規模與資源集中，提升可獲益性²¹⁶。於T-Mobile合併Sprint案中，鑑於DOJ與多州均已與T-Mobile及Sprint達成和解，以資產出售與網路接取等結構性救濟措施，讓Dish成為第四個全國性競爭者，且T-Mobile長久以來即具市場獨行俠特性，美國紐約州南區地方法院即著重於T-Mobile合併Sprint所能達成與強化之創新可獲益性，肯認該結合案確實可能增強結合後事業之創新能力與速率等正當化效率，而駁回紐約州等數州檢察長禁止該結合案之請求。惟若個別結合案所提升之創新可獲益性，並無增強甚至反而弱化相關市場之創新誘因而僅有增加效率，如美國第五巡迴上訴法院於*Illumina v. FTC*案的判決中指出，參與結合事業對結合所生效率足以抵銷其限制競爭損害此一抗辯負有舉證義務，且該等效率必須是結合特定、存在與規模可供驗證，以及至少部分可傳遞予消費者，而效率抗辯並不易成立²¹⁷。

216 故有論者即主張，反托拉斯法執法機關或法院若過度仰賴靜態經濟理論，而對涉及動態市場之創新公司的結合案採取嚴格立場，反可能抑制對社會有利且對競爭威脅較小的商業模式創新，*generally see* Rachel S. Tennis & Alexander Baier Schwab, *Business Model Innovation and Antitrust Law*, 29 YALE J. ON REGUL. 307 (2012).

217 *Illumina, Inc. v. FTC*, 88 F.4th 1036, 1065, 1069 (5th Cir. 2023).

在證據審酌與評估上，FTC與DOJ多仔細審視創新效果之直接證據，就可辨識之可能研發方向、資源與資產，分析個別結合案對創新誘因的影響，以及結合案是否為唯一能提高參與結合事業創新能力之方式及其可能效益，為結合案之競爭分析。於創新競爭或快速變化之市場，傳統市場界定或市占率未必能反映或掌握特定事業之競爭重要性（例如CDK收購Auto/Mate案中，Auto/Mate既有市占率低估其在未來市場競爭的重要性），此時DOJ與FTC即可能綜合參考參與結合事業之公開聲明、戰略計畫、商業或公司內部文件（如*U.S. v. Visa and Plaid*案與*Illumina v. FTC*案）、結合之動機與原因（如CDK收購Auto/Mate案），以及競爭對手、客戶、其他市場觀察者或利害關係人之觀點。

就涉及未來產品或市場的案件，如Applied Materials與Tokyo Electron合併案，參與結合事業彼此間，本即在現有產品中激烈競爭，而因智慧財產權、研發資本與資源等因素，參與結合事業又均屬有能力開發未來或下一代產品或服務之少數競爭者，故較易認定此等結合案將威脅創新競爭或未來潛在競爭。惟*Illumina v. FTC*案，為垂直結合案，Illumina於收購前並未與GRAIL競爭。然而，FTC與美國第五巡迴上訴法院，未如Illumina所主張基於既有產品界定市場，而將相關產品市場界定為美國MCED檢測之研究、開發與商業化，涵蓋尚未進入市場之未來MCED檢測產品暨其研發。此顯現於個案中，有可能得將特定或未來產品之研發市場，界定為相關市場，並據此評估結合案對創新之效果。FTC與美國第五巡迴上訴法院也特別關注Illumina收購GRAIL後，藉由GRAIL進入MCED檢測產品市場而與下游客戶直接競爭，明顯增強Illumina封鎖GRAIL競爭者的誘因，此正是因GRAIL競爭者正積極研發但尚未商業化之MCED檢測產品，對GRAIL之MCED檢測產品，可能有強大Arrow效應。Illumina具封鎖GRAIL競爭者之能力與誘因，更弱化GRAIL競爭者之創新誘因。從此觀之，垂直結合對創新的影響，亦

得自參與結合事業排除創新競爭之能力與誘因，以及是否對參與結合事業之競爭者的創新誘因有負面效果，加以分析。

美國2023年結合準則，不再區分水平與垂直結合，也未如美國2010年水平結合準則提及創新競爭，惟其評估創新與產品多樣性之競爭，亦是從參與結合事業創新之誘因與能力出發，於分析結合後事業是否會降低創新誘因，繼續或研發參與結合事業之一的特定產品或服務，或為破壞性創新，基礎論理亦為Arrow效應。美國2023年結合準則如同美國2010年水平結合準則，同樣關注特定領域僅有少數事業有能力（包括人力、設備與智慧財產權）開發新產品或服務時，該等事業之競爭對其創新誘因的影響。美國2023年結合準則雖未提及研發市場，然參照*Illumina v. FTC*案，特定或未來產品或服務之研發市場，有可能為個案之相關市場，而有能力於該研發市場競爭之事業多寡，則有助於判斷該研發市場之集中度，並可據此初步過濾與分析結合案對創新之效果。

肆、創新與公平交易法之執法

一、公平交易法與公平會相關處理原則

我國公平交易法僅在公平交易法第15條第1項第8款中提及「其他為促進產業發展、技術創新或經營效率所必要之共同行為」而有益於整體經濟與公共利益之聯合行為，得申請公平會許可後為之，曾提及「創新」一詞。此外，公平會所制訂的金融控股公司結合案件審查辦法第5條所列公平會除依「公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則」（下稱「結合申報案件處理原則」）所列考量因素進行審理外，得審酌的因素，即包括對於金融服務創新的影響，「公平交易委員會對於金融業之規範說明」第4點亦有類似說明。於「公平交易委員會對於數位匯流相關事業跨業經營之規範說明」第6

點則規定，結合申報所涉及「整體經濟利益」之評估，公平會得評估是否有助於內容數位化、應用多元化，及提供創新之數位匯流整合性服務。另「公平交易委員會對於技術授權協議案件之處理原則」（下稱「技術授權協議處理原則」）第4點第2項中，列明將審查技術授權協議可能或真正產生限制競爭影響的相關市場，即包括以可能從事商品之研究發展為界定範圍之「創新市場」（innovation markets）。除上述規定外，我國公平交易法相關法規和公平會處理原則並未特別論及「創新」一詞。

二、相關案例

（一）專利或技術授權案件

公平會於荷蘭商皇家飛利浦電子股份有限公司（下稱「飛利浦」）專利技術授權合約違反公平交易法第24條（現為公平交易法第25條）等案件²¹⁸，曾論及回饋授權一方面鼓勵創新研發，使訂定授權契約當事人分享創新成果與分擔日後研發之費用及風險，並避免專利相互箝制，可降低訴訟風險及成本，並提高專利權人授權意願；另一方面卻也可能降低被授權人創新研發相關技術之意願，不合理壓抑「創新市場」，故應依「合理原則」判斷回饋授權是否會對市場競爭造成不合理限制²¹⁹。再者，非專屬回饋授權影響被授權人創新之意願尚不顯著，其正面效益大於限制競爭不利益²²⁰。

巨擘科技股份有限公司（下稱「巨擘科技」）對公平會就其檢舉所為之該案第一次處分²²¹不服而提起行政救濟，主張飛利浦以獨

218 公平交易委員會公處字第095045號處分書，頁12、公平交易委員會公處字第100012號處分書，頁14。

219 公平交易委員會公處字第095045號處分書，頁38、公平交易委員會公處字第100012號處分書，頁16。

220 公平交易委員會公處字第095045號處分書，頁38-39、公平交易委員會公處字第100012號處分書，頁16-17。

221 公平交易委員會公處字第095045號處分書。

占地位要求被授權人接受強制回饋授權條款，排除競爭，阻礙被授權人創新研發意願，而有限制競爭效果，違反當時之公平交易法第19條第6款規定（現行法第20條第5款）。惟臺北高等行政法院則贊同公平會對回饋授權之見解，基於系爭回饋授權為非專屬且有對價性，回饋授權之標的亦有一定限制，回饋授權之對象雖包括飛利浦之關係企業及任何已與飛利浦或其關係企業簽署有關授權產品授權合約之第三人，但依該回饋授權之約定，巨擘科技亦可成為該等第三人為回饋授權之回饋對象，並得自由決定其他授權對象，故客觀上可認定並未顯著影響巨擘科技之技術創新意願，原處分認定該回饋授權之正面利益大於限制競爭之不利益，並無違誤²²²。

其後，公平會於美商Qualcomm以不公平方法直接或間接阻礙他事業參與競爭案（下稱「Qualcomm濫用獨占事業市場地位案」），則認為Qualcomm競爭同業因無法取得Qualcomm所屬標準必要專利之授權而致力技術創新，特別是於高階手機晶片之供應，因迴避Qualcomm標準必要專利之困難及研發創新處於劣勢，競爭受到阻礙²²³；手機業者礙於晶片需求之困境，與Qualcomm簽署無償交互授權條款，除提高手機業者使用其他Qualcomm競爭同業所供應之基頻處理器之成本，減低對於Qualcomm競爭同業處理器相關晶片之需求，並且降低手機業者投資及創新之能力與誘因²²⁴。該案之不同意見書則指出，於考量消費者福利時，也應考量欠缺誘因致不利於持續產品創新或品質提升等長期效果，且競爭同業不能為創新是否完全只歸因於Qualcomm之拒絕授權，實有疑義²²⁵；並有批評公平會處分邏輯只立於技術需求者或使用者的角度，而未考量技

222 臺北高等行政法院96年度訴字第296號判決，該判決並經最高行政法院100年度判字第112號判決予以維持。

223 公平交易委員會公處字第106094號處分書，頁58-59。

224 公平交易委員會公處字第106094號處分書，頁63。

225 公平交易委員會公處字第106094號處分書，魏杏芳委員不同意見書。

術提供者之創新誘因，而兩者應有所平衡²²⁶。最終公平會於2018年8月於智慧財產法院與Qualcomm就公平會公處字第106094號處分書達成訴訟上和解²²⁷。

（二）結合案

於結合仍採事前許可制時，公平會在早期的有線電視結合案中，曾指出在未來四C產業匯流之趨勢下，該等結合案可進一步帶動相關技術之進步，並帶動「創新競爭」，促使有線電視、電信及網際網路等產業投入跨業整合，進而降低該等結合案實施後所帶來之限制競爭不利益，並以此為理由為許可決定²²⁸。但在另一禁止有線電視業者結合的案件，其中一禁止理由則為若允許該案結合，區域市場內將形成無競爭之狀態，在缺乏市場競爭壓力驅策之情形下，勢必更加限制參與結合事業對於降低成本、從事創新與提升服務品質之誘因²²⁹。

於結合改採申報異議制後，在公平會禁止或附負擔許可之結合案中，於雅虎國際資訊股份有限公司（現為「香港商雅虎資訊股份有限公司臺灣分公司」，下稱「雅虎公司」）以現金收購無名小站股份有限公司（下稱「無名小站」）百分之百股份結合案（下稱「雅虎公司收購無名小站結合案」），公平會於衡量該案參進程度時，認為網路服務具高度替代性與模仿性，任何既有事業及新進業者均可能因技術創新進入市場並取得領先地位，創新所獲利益為創新最大誘因，此結合案不會減損市場競爭，反能激勵網路創新者積極投入，而有促進競爭的效果。惟公平會鑑於雅虎公司於國內網路廣告

226 公平交易委員會公處字第106094號處分書，洪財隆委員不同意見書。

227 公平交易委員會網站，美商高通公司訴訟和解案相關資料，<https://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docList.aspx?uid=1611>（最後瀏覽日：2024/05/22）。

228 公平交易委員會（90）公結字第998號許可決定書、公平交易委員會（90）公結字第557號許可決定書。

229 公平交易委員會公結字第091003號結合案件決定書。

市占率、無名小站為當時國內最受歡迎之社群服務網站，以及網路市場大者恆大效應，而附加雅虎公司不得利用市場地位，以不正當方式阻礙競爭者網頁連接、電子郵件之接收與傳送或其他服務之提供等負擔²³⁰。

在統一企業股份有限公司間接持有維力食品工業股份有限公司超過三分之一股份案（下稱「統一與維力結合案」）、好樂迪股份有限公司與錢櫃企業股份有限公司結合案（下稱「好樂迪與錢櫃結合案」）、燁聯鋼鐵股份有限公司（下稱「燁聯鋼鐵」）收購唐榮鐵工廠股份有限公司案（下稱「燁聯鋼鐵與唐榮結合案」），公平會禁止該等結合之理由，即包括參與結合事業結合後市場占有率超過二分之一（燁聯鋼鐵與唐榮結合案），或本分屬結合前市占率第1、2名的廠商，相互為最主要競爭對手（統一與維力結合案和好樂迪與錢櫃結合案），且因市場上其他競爭者未能對申報人形成有效壓力，或潛在競爭者參進可能性與即時性低等因素，結合後，欠缺有效競爭壓力使申報人繼續從事創新、提升服務品質或不調漲價格²³¹。於該等案件之行政爭訟過程中，臺北高等行政法院在統一與維力結合案，曾指出創新及研究發展成果亦屬認定參進障礙之考量因素²³²。就燁聯鋼鐵與唐榮結合案，最高行政法院則於判決中指出創新（包括技術與組織）為經濟成長之動力，然其經常需要透過限制競爭之

230 公平交易委員會公結字第096003號結合案件決定書，頁5。公平會後續於香港商雅虎資訊股份有限公司（Yahoo! Taiwan Holdings Limited）以現金為對價受讓雅虎國際資訊股份有限公司主要營業與資產結合案（公平交易委員會公結字第096005號結合案件決定書，頁4），以及雅虎國際資訊股份有限公司現金取得興奇科技股份有限公司百分之百股份結合案（公平交易委員會公結字第097004號許可決定書，頁5），均認為網路服務具高度替代性與模仿性，事業得迅速進入市場並取得領先地位。

231 公平交易委員會公結字第097005號結合案件決定書，頁7-8（統一與維力結合案）、公平交易委員會公結字第098002號結合案件決定書，頁5-6（好樂迪與錢櫃結合案）、公平交易委員會公結字第098003號結合案件決定書，頁6（燁聯鋼鐵與唐榮結合案）。

232 臺北高等行政法院100年度訴字第1226號判決。

手段達成，故有必要評估特定結合行為之限制競爭結果，是否為有助創新組織或技術之必要成本。而創新需求則為整體經濟利益考量因素之一²³³；經最高行政法院110年度上字第776號判決確定之臺北高等行政法院更四審判決，則肯定公平會經「量」與「質」雙軌分析而認定該案結合整體經濟利益小於限制競爭（單方效果）之不利利益，並指出燁聯鋼鐵不能證明得透過該結合行為為具體且特定之技術與組織創新²³⁴。

在遠傳電信股份有限公司（下稱「遠傳電信」）等9家公司合資新設數位線上音樂服務公司結合案（下稱「數位線上音樂服務公司結合案」），公平會於評估該案整體經濟利益時認為，結合實施後，借助於行動通信服務業者之管理經驗與資金，該案新設公司與參與結合之唱片發行公司，得促進唱片發行與數位線上音樂之研發與創新。公平會於本案附加負擔禁止申報人對其他數位線上音樂服務提供者，無正當理由拒絕授權或差別待遇，或僅對新公司獨家授權與交易，亦不得藉此結合案交換唱片發行業務相關重要敏感性資訊或從事聯合行為²³⁵。在LG Electronics, Inc.等公司共同經營One-Red, LLC並組成專利聯盟案（下稱「One-Red結合案」）與Hitachi, Ltd.等公司取得One-Blue, LLC所有股權並組成專利聯盟案（下稱「One-Blue結合案」），公平會均認為該案所涉市場包括產品、技術與創新市場，但結合許可理由中，並未論及結合案對創新市場之競爭影響，僅泛論該案所涉回饋授權條款允許回饋授權之授權人得獨自授權其專利，避免降低該專利聯盟被授權人之研發誘因，有助於未來創新。公平會於該兩案並附加申報人與One-Red, LLC、One-Blue, LLC不得為限制協議、交換重要交易資訊、對被授權人為一

233 最高行政法院108年度判字第400號判決。

234 臺北高等行政法院108年度訴更四字第78號判決。最高行政法院110年度上字第776號判決亦認為燁聯鋼鐵無法證明系爭結合有緩解短期競爭失衡功效或為進行技術或組織之創新，併此敘明。

235 公平交易委員會公結字第099002號結合案件決定書，頁3-4、8、10。

定垂直交易限制的行為，以及拒絕提供授權專利一定資訊等負擔²³⁶。

於中華電信股份有限公司等合資設立事業經營信託服務管理(Trusted Service Management, TSM)平台案(下稱「TSM平台結合案」)，公平會認為該結合案籌設新事業，經由參與結合事業之原有用戶與持卡人基礎，有利於終端載具與應用之創新研發，並可降低TSM業務此一創新技術服務與新興市場之營運風險。惟公平會考量基於先驅者優勢、規模經濟與網路效應，行動支付平台可能形成之獨寡占市場結構，附加負擔禁止新設事業及參與結合事業拒絕參與結合事業水平競爭者自由進入或退出新設事業、無正當理由拒絕其他行動支付平台互連及介接要求、阻礙其他行動支付平台於行動裝置實現行動支付、為不當差別待遇、共同抵制或杯葛等行為。且新設事業不得經營或提供金融專屬相關服務；而參與結合之電信事業於新設事業設立後4年內，亦不得直接或間接取得超過新設事業有表決權股份或資本總額二分之一²³⁷。在Microsoft Corporation受讓Nokia Corporation裝置及服務事業部門案(下稱「Microsoft與Nokia結合案」)，公平會則肯認該垂直結合案(行動作業系統供應商與行動裝置製造商)能產生包括促進創新之效率利益。公平會於該案並附加Microsoft就智慧型行動裝置相關專利授權不得為不當價格決定或差別待遇，以及就標準必要專利授權應遵守「公平、合理與無差別待遇」(fair, reasonable, and non-discriminatory, FRAND)原則等負擔²³⁸。

於電信業，在遠傳電信與亞太電信股份有限公司頻率與網路共用合作結合案中，公平會認為該案之頻率與網路共用行為，能減少

236 公平交易委員會公結字第100002號結合案件決定書，頁3-5(One-Blue結合案)、公平交易委員會公結字第102002號結合案件決定書，頁2-3、5(One-Red結合案)。

237 公平交易委員會公結字第102001號結合案件決定書，頁11。

238 公平交易委員會公結字第103001號結合案件決定書，頁1-2、9。

參與結合事業之經營成本與重複投資之資源浪費，提升頻率資源、資金與維護人力之使用效率，進而刺激業者開發垂直應用等創新業務。然公平會仍附加負擔禁止參與結合事業於行動寬頻業務資費、終端設備補貼、行銷活動、客戶與帳務資料管理等營運事項為共同經營、委託經營、合作研商或交換資訊²³⁹。於台灣大哥大股份有限公司（下稱「台灣大哥大」）合併台灣之星電信股份有限公司（下稱「台灣之星」）結合案，公平會於評估該案單方效果時，指出「台灣之星及亞太電信係國內行動寬頻服務市場資費方案創新及價格競爭之重要推手」。國內行動寬頻服務市場減少了過去促進價格競爭活絡之業者，該市場之競爭減少。公平會於該案除就資費方案之承接與優惠附加負擔外，其要求台灣大哥大與其他電信事業合作時應遵守之事項，與國家通訊傳播委員會於准許此結合案時基於電信相關法令所為負擔，大致相同²⁴⁰。

2025年初，公平會禁止廣受矚目之Uber Technologies, Inc.（下稱Uber，在我國經營UberEats餐飲外送平台）收購德商Delivery Hero SE在臺灣境內從屬事業富胖達股份有限公司（在我國經營foodpanda餐飲外送平台）及帝力佛英雄商城股份有限公司全部股份案（下稱「UberEats與foodpanda結合案」）。Uber主張UberEats與foodpanda結合得結合研發創新之誘因與能力而實現動態效率，此結合案可增加可獲益性（公平會稱為利潤獨享性），亦即藉由控制外溢效果而增加創新誘因。惟公平會經檢視UberEats之成本項目後認為，UberEats擴大規模以降低成本之效益有限，再考量一些未公開揭露之事證，本結合案較難發揮結合綜效。再者，公平會指出，可獲益性係以可競爭性為基礎，僅有市場上有其他事業爭取未來銷售利潤，事業方有為創新之誘因。UberEats收購foodpanda後，現為UberEats最主要、直接與激烈競爭之foodpanda，即退出市場。

239 公平交易委員會公結字第110001號結合案件決定書，頁2、6。

240 公平交易委員會公結字第112003號結合案件決定書，頁4。

UberEats於存在高度參進障礙之餐飲外送平台市場成為獨占事業後，難以保有創新誘因。參與結合事業也未能證明，此結合案確能增進無法透過結合以外途徑實現之創新能力²⁴¹。

此外，UberEats與foodpanda案決定書於評估限制競爭之不利利益、參進程度與結合救濟措施部分，所描述之結合後市場狀態，包括廠商規模不對稱性、UberEats之最佳替代方案與主要競爭對手（即foodpanda）不復存在、UberEats欠缺旗鼓相當競爭對手、UberEats擴大之網路效應與數據競爭優勢成為既有與潛在競爭者難以跨越之障礙，以及UberEats得藉由與少數關鍵餐廳締結獨家契約條款等排他性措施阻礙競爭者說服餐廳多棲進入市場等情事。公平會並認定，UberEats與foodpanda結合後，消滅彼此間之價格競爭暨創新等非價格競爭，我國餐飲外送平台市場，將形成一家市場支配事業與極少數邊緣廠商組成之結構，現有競爭者及其他邊緣廠商因營運規模差距懸殊，難以在短期內擴張而遞補foodpanda退出市場後的空缺，對UberEats施以競爭壓力，建立市場的可競爭性²⁴²。

就公平會不異議且曾於電子報說明結合評估理由之結合案件，公平會曾於鴻海精密工業股份有限公司收購日商Sharp Corporation股份案（下稱「鴻海收購夏普案」），肯認參與結合事業於產品、技術與客戶之互補，有助於強化研發與創新能力²⁴³。在日月光半導體製造股份有限公司公開收購矽品精密工業股份有限公司案（下稱「日月光收購矽品案」），公平會則認為，因參與結合事業產品線高度重疊，結合後可標準化部分中低階產品製程，該結合案可節省重複研發成本，並再據此投入技術創新與研發²⁴⁴。於連線科技股份有

241 公平交易委員會公結字第114001號決定書，頁19-20。

242 公平交易委員會公結字第114001號決定書，頁15-17、23-25。

243 簡浩羽，鴻海收購夏普，期待譜出美好的戀曲！，公平交易委員會電子報，63期，2016年，<https://www.ftc.gov.tw/upload/1051116-1-1.pdf>（最後瀏覽日：2024/05/22）。

244 馬明玲，非合意併購vs.合意結合——以日矽戀為例，公平交易委員會電子

限公司等7家公司合資設立純網路銀行連線商業銀行股份有限公司（下稱「連線銀行結合案」），公平會基於銀行業市場競爭程度與參與結合之銀行的數位金融服務狀況，認為本結合案不會降低參與結合銀行間持續為數位化研發與創新之誘因²⁴⁵。

三、綜合評論

（一）技術授權、創新市場與創新誘因

按公平會於相關處理原則中甚少提及創新，即令提及創新，也未曾特別說明應如何評估創新因素。國內實務與文獻對創新與競爭的討論，主要集中在智慧財產權授權行為（特別是技術授權協議）與結合管制。國內文獻探討智慧財產權授權之相關競爭法議題，多引用美國文獻，分析智慧財產權保護創新及競爭法介入智慧財產權授權行為之合理性與界線。例如，早期有學者於分析公平會關於有線電視頻道之授權案件時即建議，公平會於解釋適用公平交易法第45條時，應將智慧財產權人專屬排他權利具有促進競爭與鼓勵創新之制度功能，納為違法與否之衡量因素，否則極可能過度侵犯頻道商之專屬權利²⁴⁶。亦有學者參酌Arrow見解認為，鑑於競爭可能為事業創新之決定性誘因，於詮釋公平交易法第45條時，公平交易法不需特別優遇智慧財產權保護，專利拒絕授權，如阻礙競爭或延伸獨占力，仍可能違反公平交易法，但須個案衡量包括對創新誘因與技術研發之影響²⁴⁷。

報，71期，2017年，<https://www.ftc.gov.tw/upload/1060315-2.pdf>（最後瀏覽日：2024/05/22）。

245 吳佳蓁，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，146期，2020年，<https://www.ftc.gov.tw/upload/1090506-2.pdf>（最後瀏覽日：2024/05/22）。

246 王立達，競爭法對智慧財產權市場力量之管制——以有線電視頻道授權案件為例，月旦法學雜誌，84期，頁163，2002年。

247 楊宏暉，創新誘因的維護與競爭法規範——以專利拒絕授權為例，公平交易季刊，12卷2期，頁72-74、85-86、104-105，2004年。

另國內曾有文獻簡介美國1995年智慧財產權授權準則之創新市場概念²⁴⁸，亦有論者援引外國文獻批判創新市場理論，並主張應揚棄創新市場概念，而從技術市場觀察與理解廠商創新與研發²⁴⁹。實務上，類似美國2010年水平結合準則前，美國反托拉斯法主管機關援引創新市場之案例集中於結合管制執法，公平會僅曾在One-Red結合案與One-Blue結合案中，認定該等結合案所涉市場包括創新市場，但並未分析該等結合行為對創新市場之競爭效果。國內真正曾涉及創新市場爭議的個案，反而是公平會並未在處分書中界定創新市場或分析創新誘因的飛利浦等三家公司專利集管授權案，當時即有學者批評公平會於其處分書²⁵⁰中，混淆創新市場（共同制定標準規格）與技術市場（專利集管協議及其包裹授權行為）所涉行為²⁵¹。但亦有論者主張，於高科技產業技術授權案件，創新市場、技術市場與產品市場彼此間高度牽連。如事業本在創新市場相互競爭，後因分工研發與共同制定標準，使其專利技術不具替代性而具互補性，亦應目的性擴張認為該等事業於技術市場亦具有競爭關係²⁵²。公平會過往於個案中就回饋授權之競爭效果分析，亦如美國2017年AGLIP採合理原則，尚屬適當。公平會於飛利浦專利技術授權合約違反公平交易法第24條（現行條文為第25條）等案件，以及Qualcomm濫

248 王偉霖、張俊宏，競爭法規對技術授權之限制——以美國及臺灣法律為中心，法令月刊，58卷12期，頁130-131，2007年。

249 毛彥程，論界定技術市場與創新市場在分析智慧財產權授權行為之必要性及妥當性，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，頁67-112，2007年。

250 公平交易委員會公處字第091069號處分書。

251 黃銘傑，專利集管（Patent Pool）與公平交易法——評行政院公平交易委員會對飛利浦等三家事業技術授權行為之二次處分案，月旦法學雜誌，87期，頁132，2002年。

252 吳秀明，專利聯盟（Patent Pool）與公平法之聯合行為管制（上）——以「飛利浦光碟案」中弔詭的競爭關係為核心，月旦法學雜誌，174期，頁134-135，2009年；吳秀明，專利聯盟（Patent Pool）與公平法之聯合行為管制（下）——以「飛利浦光碟案」中弔詭的競爭關係為核心，月旦法學雜誌，175期，頁85-90，2009年（以下簡稱：吳秀明，專利聯盟（Patent Pool）與公平法之聯合行為管制（下））。

用獨占事業市場地位案中，對回饋授權之限制競爭效果分析結果有所不同，其根源應在於公平會當年並未明確認定飛利浦公司係屬獨占事業，而難以建構足以介入該案回饋授權條款之理論基礎。

整體而論，相較於美國2017年AGLIP，技術授權協議處理原則稍顯簡略，該原則僅對「技術市場」與「創新市場」為定義式簡要說明，而未敘明其明確操作方式，並條項式簡短臚列審議技術授權協議內容合理性應審酌事項，再分別列出不違反與違反公平交易法事項之例示。技術授權協議處理原則，未來得仿照美國2017年AGLIP為下列修正與補充：1. 將創新市場改稱為研發市場，避免創新市場此一名詞隱藏的理論矛盾；2. 說明界定研發市場與分析相關競爭效果之原則，著重具從事相關研發能力與誘因（包括研發努力、技術、產品與特定資產）之特定事業的競爭分析；3. 闡明分析集管協議與回饋授權競爭效果之原則與考量因素。

至於如何認定與判斷標準必要專利授權行為違反公平交易法一事，牽涉眾多議題，本文以下僅著重分析創新因素。如將飛利浦等三家公司專利集管授權案、Qualcomm濫用獨占事業市場地位案，以及美國FTC v. *Qualcomm*案對照觀之，標準必要專利權人間之競爭，係在尋求所屬專利納入技術標準的過程，其創新誘因亦係基此而來；而當其所屬專利被納入技術標準之後，如所屬技術標準已成為產業標準而無替代可能性時，該標準必要專利權人即屬獨占事業²⁵³。國內已有學者指出，是否應適用關鍵設施理論，課與標準必要專利權人授權義務，應考量是否會降低事業研發誘因，以及事業與其相對人之創新意願²⁵⁴。惟如就該等標準必要專利的技術市場而

253 顏雅倫，市場界定、市場力量與智慧財產權授權——我國執法趨勢與挑戰，月旦法學雜誌，279期，頁169-172，2018年；楊宏暉，基於競爭考量之強制授權——兼談競爭法與專利法之競合，收於：廖義男、黃銘傑編，競爭法發展之新趨勢——結合、聯合、專利權之行使，頁323-324，2017年。

254 李素華，專利權行使與公平交易法——以近用技術標準之關鍵專利為中心，公平交易季刊，16卷2期，頁104、111，2008年，該文更進一步指出，即令依

言，標準必要專利權人已為獨占事業，其對替代技術並無創新誘因，此時反托拉斯法的執法，應關注如何平衡標準必要專利權人競逐專利納入技術標準之創新誘因，與執行該技術標準與所屬標準必要專利者為後續創新之誘因。美國第九巡迴上訴法院於 *FTC v. Qualcomm* 案，廢棄地方法院判決之其中一項理由，係認為地方法院與FTC考慮之限制競爭效果，超出該案之相關市場（即CDMA數據晶片市場與LTE數據機晶片市場），惟弔詭的是，美國第九巡迴上訴法院援引 *Verizon v. Trinko* 案的見解，更重視標準必要專利權人創新誘因，此係與標準必要專利權人競逐其專利納入技術標準有關，同樣也超出該案相關市場。

故評估標準必要專利權人授權行為，則宜先個別分析其對研發或標準設定市場、技術市場與產品市場之競爭效果與相關創新誘因，再從生態系觀點統合觀察，綜合認定系爭行為對整體消費者福利之損害，不宜只偏向單一相關市場，或未明確先行說明各該相關市場之競爭影響而逕行混合論述。在標準必要專利權人於技術市場屬獨占事業時，於判斷其授權行為是否具限制競爭效果，應特別關注其行為是否排除或阻礙競爭者（特別是系爭授權行為是否針對競爭者為歧視或差別待遇，而違反FRAND授權義務²⁵⁵），或負面影響相關市場、上、下游甚或發展中市場之創新。系爭授權行為是否違反反托拉斯法，重點應在於其整體效果是否損害消費者，不應割裂認為競爭損害僅能侷限於該案相關市場²⁵⁶。美國第九巡迴上訴法院，或因美國業者於各類產業之技術領先優勢，而更著重保護標準必要專利權人之創新誘因。如考量我國涉及標準必要專利爭議之廠

關鍵設施理論課與專利權人授權義務，仍應允許專利權人有權協商授權條件，而非直接為專利權人決定授權金數額。

255 Herbert Hovenkamp, *FRAND and Antitrust*, 105 CORNELL L. REV. 1683, 1685, 1690, 1704, 1724, 1740-41 (2020).

256 *Id.* at 1686-87.

商，多屬標準必要專利權人之競爭對手或被授權人²⁵⁷，我國學說與實務強化標準必要專利權人授權行為對「技術市場」與下游「產品市場」創新誘因之負面效果的分析，應為當務之急。

（二）結合管制與創新

1. 公平會結合管制實務評析

（1）綜合概論

綜觀公平會歷年來提及創新因素的結合案，可明確發現，若個案中，參與結合事業相互為最主要競爭對手，本屬市占率前1、2名廠商或結合後市占率超過二分之一，再輔以市場上其他競爭者未能對結合後事業形成有效競爭壓力，或潛在競爭者參進可能性低，公平會即認為結合後將欠缺有效競爭壓力使參與結合事業繼續從事創新。此類結合案，具有高Arrow效應與生意偷取效應，單方創新效果顯著，公平會此等見解亦符合FTC與DOJ的執法趨勢，即如系爭結合會消滅市場上具特殊競爭優勢或為收購方最接近與唯一有意義之獨立競爭者，相關市場亦因智慧財產權、聲譽、網路效應，有效競爭所需資源與能力等因素，具高度市場進入障礙，市場上又無其他能形成有效競爭壓力之競爭者，即會消滅創新競爭，因而損害創新。而從其他不異議或附負擔之結合案，如於相關市場中具有對參與結合事業形成競爭壓力之相當事業數量（包括既有或潛在競爭者），公平會即認為該等結合案不至於降低相關事業之創新誘因。

²⁵⁷ 我國有學者認為，各國是否以競爭法介入智慧財產權行使行為，往往與其技術或產業創新活動發展狀態有關，技術領先國家，偏重保障智慧財產權，僅在嚴格、例外情況下，方認為應以競爭法介入智慧財產權行使行為，以避免抑制創新；然而，技術或產業發展後進國家，其事業多為技術標準接受者或被授權人，故特別重視智慧財產權人是否濫用其智慧財產權及市場力量，榨取被授權人利益或阻礙競爭，則傾向認為應適度以競爭法規制外國智慧財產權人之行為，參見莊弘鈺、林艾萱，標準必要專利競爭法管制之分與合：兼論我國高通案處分，公平交易季刊，27卷1期，頁21，2019年；吳秀明，專利聯盟（Patent Pool）與公平法之聯合行為管制（下），註252，頁99-100。

換言之，結合後相關市場中具創新誘因與能力之事業的數量，係評估結合案對創新效果的重要因素，尚與學理相符。但在多數結合案中，目前尚未看到公平會在結合案的審查中如美國般關注獨行俠公司的角色。於涉及專利聯盟或技術、規格標準化的結合案，公平會則持續關注相關潛在排他性行為暨FRAND授權義務的承諾。

(2) 雅虎公司收購無名小站結合案

早期之雅虎公司收購無名小站結合案，係屬我國大型、市場領先事業高價收購新創或新興公司之代表案例。以該案所涉之雙邊平台，其兩邊所提供之服務，分別為「網路資訊提供服務」與「網路廣告服務」，兩邊之使用者或消費者並未透過平台直接交易，應屬非交易平台，而得就平台各邊分別界定為兩個相互關聯（interrelated）之市場（即「網路資訊提供服務市場」與「網路廣告服務市場」），再綜合評估此兩個相互關聯市場之跨平台網路效應與競爭效果²⁵⁸。考慮跨平台網路效應時，即難以忽略無名小站使用者對雅虎公司帶來之加乘效果²⁵⁹，包括進一步擴大雅虎公司網路服務使用者數量、補強其較欠缺之使用者類型，或使其不流向雅虎公司競爭者，以及因而對網路廣告主的正向間接網路效應（雅虎公司網路服務使用者越多，雅虎公司即能吸引更多網路廣告主）。無名小站於此結合案前，經營上雖受限於資金與網路資源，能否繼續募集足夠資金支應後續發展，前景不明，然其已成為僅次於雅虎公司、臺灣網路流量第二大的網站，使用者也快速增加²⁶⁰。

鑑於網路使用者與網路流量對網路廣告營收之正面間接網路效應，從Arrow效應觀之，若無名小站為雅虎公司不論網路瀏覽或使

258 OECD, *supra* note 76, at 13.

259 顏雅倫，註76，頁253，同頁並分析公平會於該案界定產品市場為網路資訊提供服務，但卻以網路廣告營收計算市占率之理論缺陷。

260 數位時代，讓Yahoo!奇摩害怕的無名小站，2006年9月1日，<https://www.bnext.com.tw/article/2772/BN-ARTICLE-2772>（最後瀏覽日：2024/05/09）。

用者之第一替代選擇（無名小站使用者與雅虎公司有七成重疊），雅虎公司實有高度誘因縮減、中斷投資甚或終止無名小站之服務，使無名小站之使用者改用雅虎公司之網路資訊服務（不論其是否與無名小站之服務有替代關係）。無名小站於該結合案完成後7年即宣布關閉，固然有Facebook興起等眾多因素，但其並未因應時代提升服務與創新，亦為主因²⁶¹。雅虎公司隨著美國Yahoo出售核心網路事業予Verizon，在臺灣亦已不復當年盛況，統一企業股份有限公司近年已收購雅虎公司之網路購物業務²⁶²。若以後見之明，公平會十幾年前的結合許可決定，並未阻礙臺灣網路服務的發展。另公平會雖認定雅虎公司市占率約57.0%~59.5%之間，但於本案似認為在網路或數位等快速變動的市場，市占率可能並非絕對性且充分的市場力量指標。惟公平會著重無名小站於網路廣告市占率只有不到2%，卻顯然低估無名小站在網路資訊服務提供市場所生之跨平台網路效應。於創新誘因之分析上，公平會僅著重該案對網路新創業者之誘因，卻忽略從網路流量與網路使用者所生之正面間接網路效應與Arrow效應出發，進一步分析雅虎公司於收購無名小站後，是否會降低創新誘因（特別是針對無名小站之服務與經營），以及若無此結合案，無名小站獨立經營或由其他競爭者收購之可能性，即令加入此等分析未必會變更最終結論，仍屬可惜。未來公平會於類似案件，得參考前述美國結合管制實務與相關準則，強化分析Arrow效應之強弱暨結合案是否因此降低創新誘因。

(3) 台灣大哥大與台灣之星結合案

而對照觀察美國與臺灣的電信業結合案，於美國T-Mobile合併

261 張育寧，為何雅虎買國外網誌Tumblr，卻結束台灣無名小站？，商周，2013年5月26日，<https://www.businessweekly.com.tw/business/blog/3725>（最後瀏覽日：2024/05/13）。

262 公平交易委員會，統一併購雅虎奇摩，公平會不禁止！，2024年7月17日，<https://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=126&docid=17842>（最後瀏覽日：2024/07/18）。

Sprint案中，相關市場之前兩名業者為Verizon與AT&T，而該案另有資產出售與網路接取等救濟措施，讓Dish成為第四個全國性競爭者，以維持參與結合事業與整體市場之創新誘因，故該案所提升之創新可獲益性，主要是放在效率抗辯中評估。公平會於台灣大哥大與台灣之星結合案，事實上僅提及台灣之星為資費方案創新與價格競爭之重要推手（類似市場上之獨行俠），並未實質分析該案對創新之影響。惟台灣大哥大，類似T-Mobile，在全國行動寬頻服務市場市占率排名第三，尚落後中華電信與遠傳電信，但市占率差距不大，且台灣之星因連年虧損，即令無此結合案，已未必能持續投入5G網路與設備建設²⁶³，於市場繼續競爭。故該結合所提升之結合後事業創新可獲益性，未必會降低創新誘因，而其對創新之影響，亦宜納入整體經濟利益一併評估。

(4) UberEats 與 foodpanda 結合案

2025年初的UberEats與foodpanda結合案，為公平會繼2007年雅虎公司收購無名小站結合案後十多年，再度介入之數位平台結合案。前述公平會對結合後創新誘因之分析與結論，以及對結合後市場可能競爭態勢的判斷，符合Arrow效應、Aghion等人所述逃離競爭效應暨熊彼得效應，以及Baker與Shapiro的見解。

按Shapiro提出之可獲益性原則，確實如公平會所述，奠基於可競爭性原則，即競爭者如何回應創新，會影響創新者於創新後的可獲益性。不論是依據可競爭性原則或可獲益性原則，縱使餐飲外送平台之創新可能較難以智慧財產權保護，故UberEats選擇藉由擴大規模內部化外溢效果而增強可獲益性（參照前述Carrier見解），惟當結合後市場上已無規模相當、有意義之競爭者，獨占者UberEats毋庸自競爭對手獲得或保護可獲利銷售（可競爭性銷售甚低），創

263 公平交易委員會公結字第112003號決定書，頁3、7。

新誘因自然減弱，此亦符合Arrow效應與Baker所述的第二點原則。當UberEats與foodpanda彼此為市場上旗鼓相當之競爭者時，方可能出現Aghion等人所稱之逃離競爭效應。UberEats與foodpanda結合後，我國餐飲外送平台市場形成一家市場支配事業與極少數邊緣廠商的結構，UberEats之既有競爭者或潛在競爭者，創新誘因很低（熊彼得效應與可競爭性原則）。參照Shapiro之可競爭性、可獲益性與綜效等三原則，與其深化理論與Federico與Scott Morton等人共同提出的生意偷取效應、創新轉換率與創新綜效等概念，UberEats與foodpanda為臺灣餐飲外送平台最重要、密切與直接之競爭者，其結合能大幅內部化生意偷取效應，單方創新效果顯著，此時必須進一步檢視有無彌補單方創新效果之結合特定綜效。於此案中，較可能之結合特定綜效為藉由規模內部化外溢效果，惟公平會除認為依據UberEats之成本項目與相關事證，本結合案較難發揮結合綜效外，也認定此案參與結合事業未能證明結合特定創新能力。公平會此一立場，也與美國法院在*U.S. v. Bazaarvoice*案與*Illumina v. FTC*案中的態度一致，亦即參與結合事業必須證明系爭結合案得提升可認知、結合特定且能傳遞給客戶之效率與促進創新，而足以彌補限制競爭效果。

UberEats與foodpanda若得以結合，其所形成的臺灣餐飲外送平台市場狀態，可能非常接近美國哥倫比亞特區地方法院於*U.S. v. Google*案所認定的一般搜尋服務市場現況，亦即一家支配市場事業，在高進入障礙之市場，擁有近九成之極高市占率²⁶⁴。再者，Google藉由與瀏覽器開發商及OEM間之獨家搜尋預設散布協議維持獨占地位，潛在競爭者考量與Google在一般搜尋市場之競爭優勢差距（包括規模、數據與網路效應等），其於搜尋領域為投資與創新

264 *United States v. Google LLC*, 2024 U.S. Dist. LEXIS 138798, at 253-59. 美國哥倫比亞特區地方法院係將Google之市占率列為認定Google在一般搜尋服務市場具獨占力量之間接證據。

之誘因自然顯著降低，此也呼應前述之熊彼得效應，以及公平會於UberEats與foodpanda結合案時，論及結合後UberEats擴大之網路效應與數據競爭優勢成為難以跨越的護城河，暨UberEats得以獨家契約條款阻礙競爭者進入市場等競爭顧慮。*U.S. v. Google*案屬獨占事業濫用市場力量的案件，欲採重大變動既有狀態之結構性救濟措施，自必須考量其所衍生之各種執行與監督成本。惟在UberEats與foodpanda結合案，因參與結合事業相關契約已排除接受結構救濟措施或重大行為救濟措施的可能性²⁶⁵，如公平會評估後認為，短期性、暫時性行為救濟措施不足以矯正結合後之限制價格與非價格競爭效果，重建foodpanda施予UberEats之競爭壓力，故直接禁止結合，亦尚符合結合管制之目的。

2. 本文意見

金融控股公司結合案件審查辦法第5條雖曾提及得審酌金融控股公司結合案件對金融服務創新之影響，但其並未具體說明評估原則，且結合申報案件處理原則並未提及創新。公平會雖在部分結合案中曾考慮創新因素，於本屬市占率前1、2名廠商結合且未有其他有效競爭壓力的案例，也符合學理（即結合後相關市場中具創新誘因與能力之事業的數量，係評估結合案對創新效果的重要因素），但尚未建立完整理論架構，特別是Arrow效應、創新可獲益性、相關競爭顧慮，以及該等因素應如何系統性納入結合審查架構予以評估。

參照美國結合管制之學理與執法經驗，從美國2010年水平結合準則到2023年結合準則（不區分水平與垂直結合），評估結合案對創新之效果，即令是垂直結合或多角化結合，也不侷限在傳統封鎖或搭售等審查重點，均是從評估參與結合事業及其競爭者之創新誘因與能力出發。於審查特定結合案是否會降低創新誘因，基礎理論

265 公平交易委員會公結字第114001號決定書，頁23。

為Arrow效應，而美國學說發展出之向下創新壓力、生意偷取效應與創新轉換率，均可參酌，用以評估基於Arrow效應可能降低創新誘因的效果，此於涉及市場領導業者的相關結合案，特別重要。就具雙邊／多邊平台特性之數位平台，應將其行為對創新之影響納為執法重點之一，運用雙邊／多邊市場理論，並考量相關市場之網路效應強弱，綜合分析該等平台之結合、排他性行為對創新之效果²⁶⁶。未來公平會得考慮仿照美國相關結合準則，修正結合申報案件處理原則，說明評估結合案對創新效果之損害理論、審查架構與考量因素。在市場界定部分，除既有之技術市場與產品市場外，就未來或新一代產品或技術之研發，則可參考2017年AGLIP界定研發市場之評估，分析參與結合事業既有或新產品計畫之發展、事業研發能力與資源（包括智慧財產權與研發資本等），以及能為相同研發方向之事業數量等。

於結合審查時，應以證據為基礎，仔細審視對創新影響之直接證據等原則，就能辨識出可能與相關之研究發展方向、資源與資產，分析個別結合案對創新誘因的影響，以及結合案是否為唯一能提高參與結合事業創新能力之方式及其可能效益。此時可綜合參採參與結合事業之公開聲明、戰略計畫、商業或公司內部文件、結合之動機與原因，以及競爭對手、客戶或利害關係人之觀點。如系爭結合案涉及既有或潛在之破壞性創新者，或所謂之獨行俠公司，均應特別分析其對創新的影響，判斷是否可能減緩或消滅創新。就垂直結合與多角化結合，同樣得自參與結合事業排除創新之誘因與能力，以及是否對參與結合事業之競爭者創新誘因產生負面效果，加以分析，並得注意傳統對垂直結合著重有無封鎖與就多角化結合關注搭售等審查重心，未必能妥適評估參與結合事業為非水平競爭者之破壞性創新者，或系爭結合案對破壞性創新之可能影響。

266 顏雅倫，註76，頁244-247。

至於與Schumpeter理論密切相關之創新可獲益性，在結合管制上應如何評估，尚無法從公平會過往案例中看出明確論理脈絡。按結合案提升參與結合事業的創新可獲益性，與事業創新能力密切相關，同時影響創新誘因與創新綜效，其能否提升參與結合事業與整體市場的創新誘因，關鍵為結合後市場上是否仍存在比結合後事業更具市場力量或高市占率之競爭者。結合後事業提升創新可獲益性，若係有助於其創新，進而得與其他更具市場力、高市占率或旗鼓相當而彼此競爭優勢差距不致過大之競爭者相互競爭，即具有提升創新誘因的效果，市場上另有比結合後事業更具優勢之競爭者存在，亦會抑制單方創新效果。

國內固有見解認為，考量於創新競爭中，價格可能並非重要參數；動態競爭更符合高科技事業為創新競爭之本質，於個案中容許一定市場集中²⁶⁷。亦有主張，能否獨享創新利潤或成果攸關事業是否能據此提升創新誘因，此應納入限制競爭效果評估，而非效率抗辯事項²⁶⁸。本文則以為，若具市場支配地位或寡占之事業為結合，而以提升規模經濟或市占率等方式增強創新可獲益性，隨參與結合事業市場力量越高，其因結合強化之創新可獲益性，與其他競爭者之差距愈形拉大，增強參與結合事業與競爭者創新誘因之機會愈低，搭配Arrow效應觀之，反可能更容易降低創新誘因。不論是美國之*U.S. v. Bazaarvoice*案、*U.S. v. Visa and Plaid*案，或我國的UberEats與foodpanda結合案，都顯示在具有強大網路效應、高市場進入障礙之數位服務或平台市場，已具相當高市占率或市場力之事業，若與最接近或唯一有意義之競爭者結合，將愈加擴大網路效應與數據等競爭優勢，殘存競爭者或潛在競爭者之創新誘因與能力均

267 江雅綺，數位經濟的公平隱憂——創新因素、創新要素與事業結合之審查，*交大法學評論*，11期，頁21-25，2022年。

268 鍾詔安，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研究所碩士論文*，頁117，2022年。

會大幅降低，不論結合後事業是否仍為創新，均對整體市場之創新造成不利影響。此時該等創新可獲益性的提升，應歸屬於參與結合事業效率抗辯層次（在我國即為整體經濟利益的評估），必須屬結合特定且可供驗證，而由參與結合事業負舉證責任。

參考美國前述執法實務，如結合案經認定對創新產生強大負面效果或有害創新競爭，DOJ或FTC若非訴求直接禁止，亦會以分割事業或智慧財產權授權等結合救濟方式。目前公平會就與創新有關且具明顯限制競爭疑慮之結合案，除直接禁止外，所為附款幾乎均屬行為面救濟措施，而非結構面救濟措施。在行為面救濟措施上，如雅虎公司收購無名小站結合案禁止不正當阻礙競爭者接取，以及TSM平台結合案中，維持該TSM平台（即新設事業）之自由進出，以及禁止不正當拒絕平台互連與介接要求，或不當差別待遇、共同抵制或杯葛等附款，均與建立與維持數位平台之互操作性有關，可見公平會已注意到針對具有規模經濟效率之平台，維持平台互操作性與自由接取，可能係兼顧效率但又可遏止限制競爭之弊的適宜救濟手段。至於數位線上音樂服務公司結合案、One-Red結合案、One-Blue結合案與Microsoft與Nokia結合案，其救濟措施均涉及智慧財產權授權，公平會於Microsoft與Nokia結合案，更要求就標準必要專利授權應遵守FRAND原則。故若欲嚴肅面對結合案對破壞性創新的可能負面競爭影響，公平會未來仍應嘗試依公平交易法第13條第2項所為授權，於個案中縝密設計結構救濟、實現互操作性或課予一定授權暨接取義務，以因應創新與市場發展，包括如何區劃要求參與結合事業處分之資產、相關執行情序（包括買方條件之設定與主管機關對買方之審核、人員移轉）與搭配之行為義務（例如參與結合事業於一定期間內之支援、技術協助等）、第三方監督（如指定獨立受託人監督），以及盡可能於課予授權義務時明確規範授權技術暨授權範圍，甚至是合理權利金之認定機制等事項等，方能盡力消弭系爭結合案對創新之可能負面競爭效果。

伍、結論與建議

參照前述美國反托拉斯法長久以來就創新因素的理論論辯、實證分析與執法實務，以及現代商業行為與市場創新的激烈變化與遞嬗，時至今日，我國應積極思考如何於公平交易法框架下建立評估創新因素之基本原則、理論與架構。反托拉斯法制衡維護創新與防止過度執法風險，亦須賡續累積相關執法實務與學理基礎。以Schumpeter與Arrow理論為中心、關於創新與競爭的論辯，歷經眾多文獻與理論的爬梳，已漸略有共識。從競爭法的觀點，反托拉斯法執法應致力於維持或促進事業創新誘因的市場，以提升創新，宜就具體個案分析相關事業原有的創新誘因與能力，以及系爭行為對相關事業創新誘因與能力之影響。而Arrow效應，為評估事業創新誘因強弱的重要判準。源於Schumpeter理論的創新可獲益性，藉由提升事業創新與自創新獲利之能力，固然亦可提升事業之創新誘因，但必須立基於Arrow效應上，併同觀之。而區辨創新類型、科技機會、事業動態能力或彼此技術能力的差距等，均得輔助判斷特定行為對事業與整體市場創新誘因與能力的影響。經由前述準則判斷後，事業特定競爭或市場行為，若具降低創新誘因之限制競爭效果，則該等行為即令同時得提升該事業之創新能力，亦多僅能審酌該行為所提高的創新能力，是否具消彌限制競爭效果之促進競爭利益或效率。

是故，鼓勵創新之反托拉斯政策，應挑戰降低創新誘因之行為，特別是市場支配事業阻礙創新或排除新競爭者等排他性行為與各類限制協議²⁶⁹。固然，有論者立基於Schumpeter理論，或強調動

269 國內亦曾有文獻指出，既有事業可能有誘因採取志在攔截介面、使破壞性創新者難以接觸客戶等單方策略，以阻礙破壞性創新。通常，事業擁有越優勢的市場力量，其就更有誘因阻止破壞性創新者出現在市場；故既有事業之市場地位，就成立針對破壞性創新者之限制競爭行為案件，特別重要，參見

態競爭與創新的不可預測性，認為於科技或高度動態的市場，應低度執行反托拉斯法，不應過度執著於市場集中度或事業之高市占率。惟即令創新可獲益性能提升事業創新誘因，Arrow效應仍會大幅降低獨占事業或市場支配事業之創新誘因，並促使其有誘因積極辨識與排除初生、新興或潛在競爭威脅，進而負面影響市場新進者之創新誘因。Arrow效應愈大，既有事業阻礙創新之誘因越強，如既有市場或新市場無競爭者或潛在競爭者存在，既有事業亦會欠缺為市場競爭與創新的誘因。

再者，於高科技產業或各類數位雙邊或多邊市場，事業於市場初始發展階段，多追求藉智慧財產權、規模經濟或網路效應以獲取高創新可獲益性，於達到市場支配地位前，易於持續維持高創新誘因。然事業一旦取得市場支配地位，從Arrow效應觀之，反可能有誘因採取阻礙（潛在）競爭者之排他性行為，再搭配高科技與數位市場常見的市場傾斜現象，以及智慧財產權、規模經濟或網路效應等市場進入障礙，反托拉斯法即有必要遏止此等市場支配事業未有促進創新合理理由與效果之排他性行為，以保護整體市場與不受Arrow效應影響之市場新進者的創新誘因。維護創新不應成為特別寬容獨占者或市場支配事業限制競爭行為的理由。

個案中衡量特定事業行為是否有害創新時，相關事業與市場之創新誘因變化，為重要關鍵。市場界定與市占率僅是初步指標，競爭主管機關尤應著重密集事實探究以評估動態損害、質化分析（包括創新型態、科技機會、潛在競爭與相關事業能力、相關研發投資、Arrow效應強弱等），以及限制競爭效果的直接證據；於必要時，應評估系爭行為對未來或下一代產品或服務之創新競爭或未來潛在競爭效果，或界定研發市場，再據此設計與監督救濟措施。創

新損害理論分析、其他直接證據或量化分析工具，均可補充既有市場界定理論與市占率等相關指標之不足，協助認定市場力量與評估限制競爭效果。

公平會執法實務論及創新之案件，主要集中於專利或技術授權案件暨結合案。就專利或技術授權案件，公平會宜仿照美國2017年AGLIP將創新市場改稱為研發市場，並參酌美國2017年AGLIP關於研發市場界定與競爭效果分析的原則，針對具從事相關研發能力與誘因之特定事業為競爭分析。至於標準必要專利權人授權行為是否違反公平交易法之認定，同時涉及研發市場、技術授權市場與產品市場之競爭效果與創新誘因，於標準專利權人於技術市場屬獨占事業時，應特別關注該授權行為是否負面影響技術市場與下游產品市場之創新誘因，並評估其行為對消費者福利之整體損害。

就結合審查時如何評估創新因素，參考美國結合管制的學理與執法經驗，公平會得考慮仿照美國相關結合準則，修正結合申報案件處理原則，說明評估結合案對創新效果之損害理論、審查架構與考量因素，並宜自參與結合事業及其競爭者的創新誘因與能力出發。審查時應以證據為基礎，仔細審視對創新影響的直接證據，並綜合考慮參與結合事業的公開聲明、戰略計畫、商業文件等，以及競爭對手、客戶或利害關係人的觀點。若結合案涉及既有或潛在的破壞性創新者，應特別分析其對創新的影響。在考慮創新可獲益性時，關鍵在於結合後市場上是否仍存在比結合後事業更具市場力量或高市占率的競爭者。如果參與結合事業具有市場支配地位，其創新可獲益性的提升可能反而降低創新誘因。此時，創新可獲益性的提升應歸屬於參與結合事業的效率抗辯層次，必須由參與結合事業負舉證責任。最後，若公平會認定結合個案對創新產生負面效果或有害創新競爭，如非直接禁止而擬附加條件或負擔，亦宜嘗試縝密設計結構救濟措施，或盡可能明確規範所課予之授權或接取義務範圍與執行細節，以消弭結合案對創新的可能負面競爭影響。

Antitrust Enforcement for Promoting Innovation:

Theoretical Framework and Taiwan Practice Analysis

*Yalun Yen**

Abstract

This article examines the evaluation of innovation factors in antitrust law enforcement, drawing insights from debates on innovation and competition in U.S. antitrust law academia, relevant U.S. enforcement cases, and trends in U.S. competition policy regarding innovation. It further comments on the Taiwan Fair Trade Commission's (the TFTC's) enforcement of antitrust law in terms of the effect on innovation, and explores the fundamental principles, theories, and frameworks for assessing innovation factors under the Taiwan Fair Trade Act. The article argues that antitrust law enforcement should strive to maintain or promote enterprises' innovation incentives, simultaneously assessing the Arrow effect and the innovation appropriability derived from Schumpeterian theory, to analyze the impact of the conduct in question on the innovation incentives and capabilities of relevant enterprises and the overall market. Antitrust policies encouraging innovation should restrain exclusionary practices by enterprises with market dominance that impede innovation or exclude competitors. When evaluating competitive effects on innovation, market definition and market share serve only as preliminary indicators. Competition authorities should focus rigorously on fact-finding, qualitative analysis, and assessment of direct evidence. When necessary, authorities should consider the impact on future innovation competition or define research

* The author currently serves as Commissioner of the Taiwan Fair Trade Commission and Professor of Law at National Cheng Kung University, Taiwan.

and development markets. This article also provides recommendations on how the TFTC should analyze and evaluate innovation factors in its key enforcement areas concerning innovation, namely patent or technology licensing cases and merger reviews.

KEYWORDS: innovation competition, disruptive innovation, innovation incentive, Arrow effect, innovation appropriability, innovation market, research and development market, antitrust law, digital platform, competition policy.