國立政治大學
智慧財產研究所碩士論文

中國大陸反壟斷法對於外資企業經營知識產權之影響

The Impacts of China's Antimonopoly Law on Foreign Investment Enterprises Operating Intellectual Property Rights

指導教授： 劉江彬、宿文堂 教授

研究生：林佳蓉 撰

中 華 民 國 九 十 九 年 二 月

致謝辭

本論文能夠完成，首先要感謝我的指導教授，劉江彬及宿文堂老師，兩位老師提供精闢的見解和口試意見，得以讓論文更加完整，特別是劉老師在照顧學生與提供各種機會上，開拓我的視野；宿老師在問題的討論與指教的有條不紊，讓我常有豁然開朗之感，也要感謝口試委員謝銘洋與李治安老師，謝老師亦是我在台大就讀時的老師，總是一如往常的親切認真，並且在學業上和為人處事上，都給我很大的啟發；李老師的學者風範，讓我在課堂上總是如沐春風。

感謝馮震宇所長在農委會計劃上的指導，從實務上學到很多。

感謝施立成學長撥冗接受論文訪談提供寶貴意見，讓我有個非常愉快的訪談經驗，亦讓本論文增色不少。

特別感謝王文杰教授，提供本論文很多幫助及論述方向與大方出借極具參考價值的書籍，並且對於學生總是不吝關心。

研究所就讀期間，三生有幸能夠遇到 96 級的眾多好友，在這兩年多期間對我的各種幫助與理解包容：謝謝樊老爹總是極具耐心和愛心的引導我、謝謝誠孝毫不吝嗇地在生活各種層面提出超妙又實用的點子、謝謝志承就像大哥哥一樣常與我們天南地北的聊天，能夠加深思想與觀念的轉化、謝謝夢蝶極具深度的觀念解析，除了論文的分析研究外，也引領我到一個更高深的世界、謝謝君頤對於技術上所遭遇的各種問題總是傾囊相授與各種危機處理的大力幫忙、謝謝百年在報告和眾多具體問題上總是願意與我討論、謝謝建暲總是不吝惜花很多時間帶給我許多歡笑與刺激、謝謝沛虹的善解人意和支持鼓勵，和妳聊天總是獲益良多、謝謝詩苹的善解人意和工作分擔、謝謝品慧的善解人意和適時伸出援手，我想善解人意應該是我們班女生的特色、謝謝子秋平常就展現怡然自得的風範，讓我的緊張感降低不少，還好有跟你一起口試，我才來的及趕上期末畢業、謝謝慧玲姐常常口頭鼓勵與生活意見的提供。

亦感謝 95 級的學長姐的幫忙，謝謝雅貞推甄的指導和引領我進智財所、謝謝家毅付出寶貴的時間與我分享學習法律的要點與感想、謝謝容嘉總是像大姐姐一樣帶領我們解決各種學業上的問題、謝謝愛倫溫柔婉約的陪伴和非常及時的指點，謝謝秀真姐總是像媽媽一樣叮嚀著一切，謝謝政大其他所有幫助過我的師長、學長姐和學弟妹們及所有助理們。

也要感謝我的高中同學，謝謝凱婷總是不離不棄，切中要點給我很多啟發，人生高低潮常伴左右、謝謝以文真摯的關心，不論何時見面都能維持與上次一樣心意相通的溫度、謝謝韻年和陳姵這幾年來的陪伴，感受到你們的真誠與勇氣、謝謝王瑄在法律這條路與人生這條路上，總是講出大師級的名言和展現摯友的胸懷與關愛、謝謝逸萍在專業問題上提供我很多寶貴意見和生活上的關心、謝謝一心不論何時都能感受到你的單純與善良、謝謝容榕在我們相同志業的路上提供你的心路歷程、寶貴意見和鼓勵、謝謝雅秀在業務繁忙之中也沒有忘記老朋友。

還要感謝晏林經理在緊要關頭伸出溫暖的手，讓我也學會如何幫助別人。最後，感謝我的父母、弟弟、叔叔嬸嬸與所有家人，因為你們的包容與支持才能讓本論文順利完成。

國立政治大學 National Chengchi University

摘要

近年外資在中國投資日益增多，成為中國政府所重視的經濟政策導向之一，改革開放後，相關法制和制度逐漸健全，藉以吸引更多的外國資金流入，帶動中國經濟蓬勃發展。

中國大陸反壟斷法於 2008 年 8 月 1 日正式生效，對於外資企業造成一定程度的影響，特別是對於外資企業併購所涉及的經營者集中和濫用知識產權所造成的市場支配地位，在反壟斷法施行後，受到全球欲投資中國的外資矚目。

外資在中國欲從事相關的併購和商業行為，除了中國特殊固有的國情外，加以中國知識產權之保護與反壟斷法之立法，讓外資受到相關的限制。中國國情特殊、市場廣大，在政治和經濟上的影響力不可小覷，各國都希望拓展大陸市場，而運用知識產權的排他性為取得市場支配地位最快速的手段，但如何與中國反壟斷法衡平，避免受到有關機關的反壟斷審查以及懲罰，是外資在進入中國市場時需要考慮的要點。

本文企圖從可口可樂收購匯源、中國微軟黑屏事件兩個案例分析中，歸納出中國政府對於外資併購和壟斷所採取之態度，以及中國反壟斷法與知識產權適用上的平衡交錯，並且在結論與建議上提供外資及台商在反壟斷法施行後經營知識產權所應當留意之處。

關鍵字：反壟斷法、經營者集中、市場支配地位、知識產權、外資併購、可口可樂、匯源、中國微軟、黑屏

Abstract

In recent years, foreign investments in China have been increasing because of Chinese Government's economic policy and global economic trends. The gradually improved investment regulations in legal system and environment attract more and more foreign capital inflows, and led China's economy to flourish.

China’s antimonopoly law had effect on August 1, 2008, and had great impacts on foreign enterprises, especially in mergers and acquisitions and market power to which is contributed by the exercises of intellectual property rights.

Foreign companies must consider China's special national conditions. Besides, protections of China's intellectual property rights and anti-trust legislations also exercise restraints on foreign investments in China.

All countries want to develop the market in China, while the exclusive use of intellectual property rights in order to achieve a dominant market position is the most rapid means, but how the Chinese anti-monopoly law equitable to the exclusive IPR would be the key point. Foreign investors who are entering the Chinese market need to consider the main points of the authority concerned in antitrust law reviewing and punishments.

From the acquisition case of Coca-Cola and Huiyuan and Microsoft case in China, this thesis attempts to draw a conclusion of what attitudes towards foreign companies Chinese Government would take in the future.In order to summarize how to balance China's anti-monopoly law and intellectual property rights for foreign mergers and acquisitions. Also, remind Taiwanese investor of business tips from the legal and business points of view.

國立政治大學 National Chengchi University

目錄

第一章 緒論.....1
第一節 研究背景與動機.....1
第二節 研究目的與問題.....2
第三節 研究範圍與方法及其限制.....3
壹、研究範圍及其限制.....3
貳、研究方法及其限制.....3
第四節 分析架構及章節安排.....6
第二章 競爭政策與反壟斷法之關係.....7
第一節 文獻探討.....7
壹、反壟斷法原理.....7
第二節 中國反壟斷法成立背景.....25
壹、市場經濟的必然性.....25
貳、現行法制規範之不足.....30
參、中國反壟斷法立法歷程.....34
第二節 反壟斷法與全球化競爭政策.....44
壹、競爭政策在反壟斷法上的意義.....44
貳、知識產權與反壟斷法之衡平.....47
第三章 中國反壟斷法對於外資企業的影響.....56
第一節 外資企業在中國併購之發展.....56
壹、外資在中國併購之現況及發展歷程.....56
貳、中國併購市場之基本特徵及成因分析.....62
參、外資在中國併購市場之風險分析.....63
肆、外資併購中國上市公司之績效影響因素分析.....65
第二節 中國大陸外資併購之法律制度.....67
壹、外資併購中國企業之法制發展歷程.....67
貳、中國加入 WTO 對外資法律制度之影響.....69
第三節 中國外資併購之反壟斷法律體系架構.....71
壹、外資併購反壟斷管制之法源.....71
貳、外資併購之反壟斷審查標準.....71
參、外資併購反壟斷申報制度.....75
肆、外資併購反壟斷審查程式.....77
伍、反壟斷法制下外資併購之豁免制度.....78
第四章 案例探討.....80
第一節 可口可樂併購中國第一大果汁公司匯源案.....80
壹、案情介紹.....80
貳、雙方同意併購案之動機.....83
參、相關問題.....88
第二節 中國微軟黑屏案.....104
壹、案情介紹.....104
貳、中國微軟的市場地位.....105
參、中國微軟的價格歧視行為.....116

肆、本案分析.....119
伍、小結.....127
第五章 結論與建議.....128
第一節 結論.....128
第二節 建議.....133
壹、避免使用爭議性強之手段.....134
貳、打造優越的產品特色.....134
參、正當行使智財權打擊盜版商.....135
肆、與中國政府溝通，避免成為下一個反壟斷被告.....136
參考書目.....138

國立政治大學 National Chengchi University

圖目錄

圖 1.1 本文研究架構.....4
圖 3.1 2008 年 10 月~2009 年 12 月中國實際利用外資情況.....57
圖 4.1 2009 年中國飲料市場市占率.....84
圖 4.2 匯源果汁集團有限公司持股比例.....85
圖 4.3 2009 年上半年果汁市場市占率.....88
圖 4.4 各種需求彈性.....94
圖 4.5 2007 年中國果汁市場占有率.....98
圖 4.6 中國網民的作業系統使用情況分析報告.....110
圖 5.1 全球重要經濟體 GDP 概況.....129
圖 5.2 2000~2009 年中國 GDP 概況.....129

表目錄

表 3.1 2007 年中國內資企業登記基本情況(與上年底比對).....58
表 3.2 外商投資企業登記基本情況(與上年底比對).....59
表 3.3 近年中國主要併購案例彙總.....61
表 4.1 企業發展史：.....81
表 4.2 可口可樂併購匯源大事記.....83
表 4.3 2009 年上半年果汁市場市占率.....86
表 4.4 2007~2009 年上半年中國主要果汁飲料業者市占率概況.....87
表 4.5 匯源飲料註冊商標.....100
表 4.6 微軟 Windows 7 中文市場售價.....118
表 5.1 兩岸經貿統計表.....133
表 5.2 中國盜版商業損失統計(以百萬美元為單位).....135

第一章 緒論

第一節 研究背景與動機

2007 年 8 月 30 日，大陸 10 屆全國人大常委會第 29 次會議以 150 票贊成、2 票棄權表決通過「反壟斷法」草案，並將自 2008 年 8 月 1 日起施行。「反壟斷法」草案全文共 6530 餘字，包括總則、壟斷協定、濫用市場支配地位、經營者集中、濫用行政權力排除、限制競爭、對涉嫌壟斷行爲的調查、法律責任和附則等 8 章 57 條。同時中共國務院將設立「反壟斷委員會」，負責組織、協調、指導反壟斷工作，研究擬訂有關競爭政策；組織調查、評估市場總體競爭狀況，並發佈評估報告；制定、發佈反壟斷指南；協調反壟斷行政執法工作等[1]。

中共自改革開放引進市場經濟運作機制，先後頒布「價格法」和「反不正當競爭法」等涉及反壟斷的行政法規，但這些法規尚未形成一個有系統和完整的反壟斷體系，對濫用行政權力限制競爭的行為無力制裁，也缺乏獨立的和權威的反壟斷執法機關。這次「反壟斷法」的通過，雖然較其他國家慢了很多，但總是朝與世界接軌進了一步。

「反壟斷法」是保護市場經濟公平競爭制度，充分發揮市場資源配置，保護消費者和社會公衆利益的一部重要法律。美國在 1890 年頒布的「休曼法（Sherman Act）」被認為是世界上最早的反壟斷立法。二次世界大戰結束後，日本、英國、德國等很多國家都頒布了「反壟斷法」。80 年代後期以來，反壟斷、民營化和減少行政干預成為世界各國經濟政策的主流，不僅發達市場經濟國家普遍注重反壟斷立法，強化相關法律制度，發展中國家和經濟體制轉型國家也開始注重競爭政策和反壟斷立法。目前世界上已有 80 多個國家頒布了「反壟斷法」。「反壟斷法」在美國被稱為「自由企業的大憲章」，在德國被稱為「經濟憲法」、在日本被認為是「經濟法的核心」，顯示「反壟斷法」在市場經濟國家有著極其重要的地位。

中共的「反壟斷法」既具有各國反壟斷法的共通性，又帶有鮮明的中國特色，本文就大陸反壟斷法對市場地位認定之看法及外資企業所造成之影響提出論述，並且就本法及中國知識產權法間適用上之交錯提出幾點問題並以案例加以探討，企圖對台商投資大陸提出建議，以茲因應。

---

[1] 中國國民黨政策委員會大陸情勢雙週報 1514 期，頁 7~10。
資料來源： http://www.kmt.org.tw/category_1/category1_2_1_n.asp?sn=164，線上檢索日期 2008/12/01。

第二節 研究目的與問題

世界各國儘管因國情不同，反壟斷立法以及司法實踐存在著差異，但在內容上存在著很大的趨同性。中共的「反壟斷法」涵蓋各國反壟斷法所共同具有的基本內容，在總則之外，分章規定了禁止壟斷協定、禁止濫用市場支配地位、控制經營者集中這三個基本方面的制度。特別本法第五十五條：「經營者依照有關知識權的法律、行政法規規定行使知識權的行為，不適用本法；但是，經營者濫用知識權，排除、限制競爭的行為，適用本法。」

該條之立法說明及理由[2]表示，行使知識產權對於競爭之限制，是法律對於各種利益關係進行權衡利弊後所允許的，故為合法行使權利。

另一方面，若知識產權人超出法律對其專有權規定的範圍而濫用其權利，以謀取或加強其壟斷地位，此種行為不受保護，並且如果排除、限制競爭，則應受反壟斷法之調整。

而目前外資投資中國在經濟面臨全球化的過程中發揮了極大的功能。自1990 年後，外國直接投資(Foreign Direct Investments)已取代傳統獲取資本之方式，成為開發中國家經濟發展最重要的外部資本來源，而中國於 1978 年確立「對外開放」以後，便開始制定利用外資相關政策獲取國外資本以發展其經濟，自此邁入一個嶄新的發展階段。1992 年，中國實際利用外資額中，外國直接投資首次超過當年度的對外借款，其利用外資的資金結構發生根本性的變化。其後，隨著中國市場的開發，外國直接投資的競相進入，中國逐漸成為開發中國家理的第一大資本輸出國，僅次於美國；而依聯合國貿易與發展會議於 2004 年 9 月發布的 2004 年世界投資報告相關資料及數據顯示，中國甚至在 2003 年首次超越美國，成為全球第一大資本輸入國，引進外國直接投資所帶動的經濟發展促使其經濟實力與影響力與日俱增[3]。

然而，外資企業於中國市場上之市占率之高已達壟斷之爭議亦層出不窮，例如中國微軟目前受到壟斷之質疑；而中國最大的本土果汁品牌公司匯源也因可口可樂有意併購而受到中國商務部的審查，最後裁決結果以可口可樂違反本法第二十八條[4]否決之。此等有關於外資之知識產權排他性所造成的市場地位獨占或是

[2] 全國人大常委會法制工作委員會經濟法室編，中華人民共和國反壟斷法條文說明、立法理由及相關規定，北京大學出版社，2007 年 9 月第 1 版，頁 341 以下。

[3] 鄭雅卉，外資在中國併購之相關法律環境研究，交通大學科技法律研究所碩士論文，2008 年 3 月，頁 6-7。

[4] 中國反壟斷法第二十八條：「經營者集中具有或者可能具有排除、限制競爭效果的，國務院反

壟斷，在中國反壟斷法通過之後，外資或台商欲進軍中國，應該採取何種策略以茲因應，為本論文所欲探討及提供建議之處。

第三節 研究範圍與方法及其限制

壹、研究範圍及其限制

本文係以外資投資中國在反壟斷法的規制下，對於市場地位和壟斷之判定為研究核心，並且一併探討外資之強大知識產權所造成之市場地位壟斷情況，與反壟斷法交錯適用之結果。

此外，外資投資中國亦可能涉及多方利益主體，為避免研究過於發散導致失焦，下列限制則為必須：第一，中國對外資企業投資適用之法律因投資、併購主體的不同而適用不同的規定，且該些法律之立法散見於「二級四類」[5]的規範叢林中，且對於內外資採取內為有別的立法模式，使其法律適用複雜度增加許多，本文主要集中於探討外資進入中國後，其知識產權與反壟斷法交互適用之影響，故就中國大陸對於外資投資相關之法律規範將放在一個上位概念討論，而不細究，以免模糊焦點。第二，探討中國知識產權中，因為本文重點在其與反壟斷法之交錯適用，故不個別就專利、商標、著作權分別細論，僅以個案中提到的相關知識產權以為適例。以上兩點為本論文研究範圍之限制。

貳、研究方法及其限制

本論文所採用之研究方法如下：

一、 文獻分析法：針對相關文獻見解予以蒐集、歸納、分析，作為本研究參考資料。本研究所蒐集之文獻，以中國大陸反壟斷法專書、期刊論文及官方法律檔為主，以深入凸顯中國議題；輔以若干台灣與外國文獻，藉著不同角度的觀察，審視中國反壟斷立法及應用之應然與實然面向。

二、 比較分析法：參酌外國立法例，在對照中國目前法制現況，可借重他國

壟斷執法機構應當作出禁止經營者集中的決定。但是，經營者能夠証明該集中對競爭產生的有利影響明顯大於不利影響，或者符合社會公共利益的，國務院反壟斷執法機構可以作出對經營者集中不予禁止的決定。 」

[5] 中國於 2000/03/15 通過《中華人民共和國立法法》，將法律層級分爲「二級四類」。所謂「二級」係指中央級及地方級的法律；所謂「四類」則爲由全國人民代表大會及其常委會通過之法律(《中華人民共和國立法法》第 7 條)；國務院頒佈之行政法規(《中華人民共和國立法法》第 9 條)；並對於法律、行政法規、地方性法規、自治條例及單行條例、規章等頒佈程式皆有規範。

既有的考量與法制經驗，以先進國家之法律實務借鏡。就反托拉斯之立法而言，中國反壟斷法之立法時程與規模雖不能與歐美已開發國家相比，然而搭配歐美等先進國家之反托拉斯法制作為比較基礎，有助於剖析中國相關法制之規範及適用，並凸顯其特殊政經體制背景之特性。

三、 案例分析：本文以「可口可樂併購中國第一大的果汁公司匯源案」及「中國微軟黑屏案」兩案例來探討實務運作上，中國政府對於外資在中國可能造成的壟斷地位採取何種角度視之，從而推測外資在中國所重視之要點加強留意，避免遭到中國政府之限制。

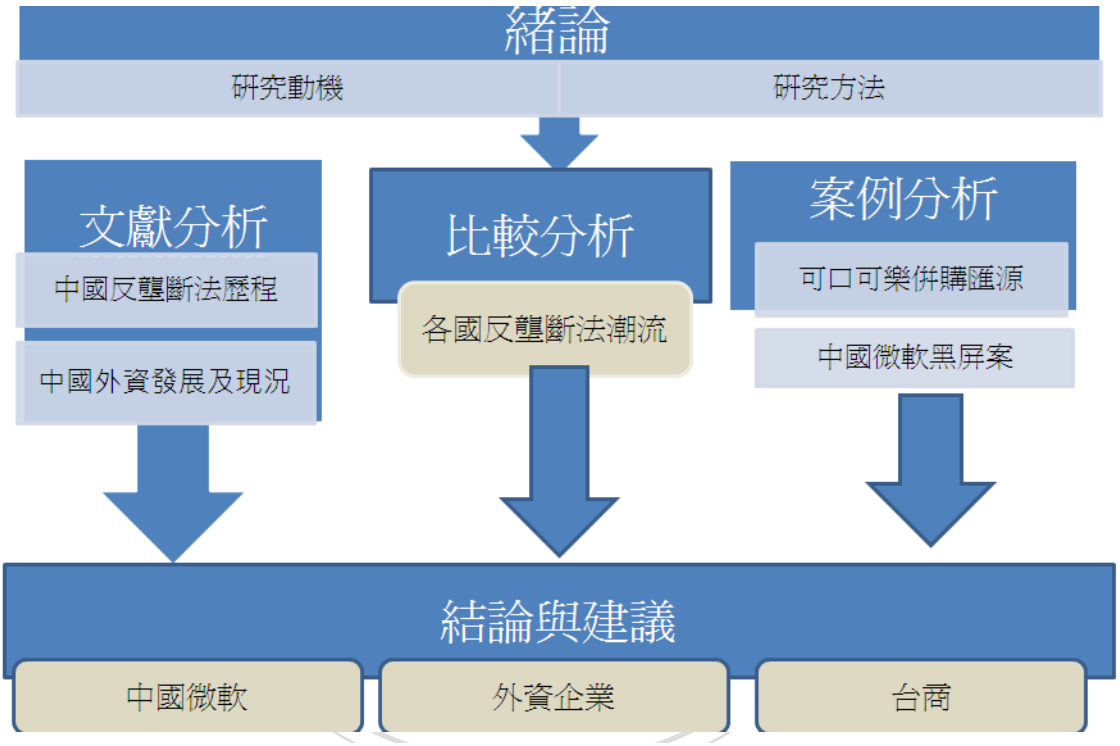


圖 1.1 本文研究架構

本研究礙於現實環境之因素，在方法上最大的限制為實證案例之缺乏。猶如台灣學者王文杰博士所言：「對一個國家法制的研究，若不親自到這個國家去接受更深層次的背景教育，瞭解更全面的法制根源，考察一種具體制度是如何在該國家內部發生作用、接觸當地的法律工作者等等，那麼他們關於那個國家的法律知識總難免帶有書卷氣和理論上的不足，畢竟，經驗的作用是不可替代的[6]。」而本研究過程中並無機會前往中國深入探析其政府、社會型態及其法制發展與企

[6] 王文杰，嬗變中之中國大陸法制，頁 8~9，2008 年 6 月 2 版。

業、個人之互動，特別是中國反壟斷法尚處於剛剛施行之階段的情形下，案例極少，發展有待觀望；此外，在個案方面，受限於研究經費，難以取得中國飲料市場相關統計資料，加上中國學術方面尚未建構全面的資料查詢系統，並且更新速度緩慢，在外資投資統計上，不同項目的統計資料產出速度不同，因此致使本研究某些項目上面，無法取得最新、最快、最全面的資料以進行完整的量化研究分析，就此有賴後續相關研究之補充，此為本研究之限制[7]，並且，在用語方面，兩岸經過五十多年的變化，用語已有些許不同，本文主要仍以台灣用語為主，若與中國用語有別，則會以註釋方式說明，而在智慧財產權方面，基於中國用語已經日漸普級且常見，本文則選擇以中國用語「知識產權」稱之，使吾人亦可理解中國用語之特色，合先敘明。

國立政治大學 National Chengchi University

[7] 參考鄭雅卉，外資在中國併購之相關法律環境研究，交通大學科技法律研究所碩士論文，2008年3月，頁5。

第四節 分析架構及章節安排

為求本研究之完整性，本研究共分為五章以探討中國外資於反壟斷法施行後可能受到之影響，期能藉由本研究之整理分析與評釋，架構中國外資投資體系及其政府對於反壟斷之態度，進而供外資赴陸投資之參考。

本研究之架構簡要說明如下：

第一章為緒論，說明本研究之動機與目的及研究方法、範圍與限制。

第二章第一節則以中國反壟斷法頒布之背景為介紹，由其特殊經濟體制出發，兼論其市場經濟體制；第二節則以反壟斷法與知識產權衡平適用為介紹，及其可能遭遇到法律爭議等議題；第三節則歸納競爭政策與反壟斷法之關係。

第三章說明中國大陸過去十年及目前之外資投資環境的概況，並且介紹中國大陸對於外資投資之相關法律規範，期能闡述整個中國大陸投資之概況，並且加以引出第二章和比對反壟斷法之施行對於中國之外資企業可能有的衝擊。

第四章以下為本研究之核心部分，第一、二節企圖以案例分析之方式，就目前兩個當紅企業受到反壟斷法之規制，而中國大陸官方對於反壟斷審查之態度如何將影響該爭議案的勝敗，並且，系爭兩企業各涉及品牌及著作權等問題，在知識產權排他性與反壟斷法的審查和市場占有率的認定下，中國政府採取如何的判斷標準；第三節則在比較反壟斷法在兩案例上的法律適用與事實認定，歸納出將來中國政府可能採取的法律見解；第四節則從此兩案件中，觀察歸納日後外資企業面對反壟斷問題所將採取的態度和策略，進而可能影響其投資意願。

第五章總結中國外資受到反壟斷法律規制，本研究從其規範中釐清其反壟斷審查體系，並配合中國法制背景點出規範不足之處，呈現中國反壟斷法就此後續發展趨勢，並且總結前述各章節之討論，提供筆者整理相關個案後，台商投資大陸所應留意之處之淺見。

第二章 競爭政策與反壟斷法之關係

第一節 文獻探討

壹、反壟斷法原理

一、壟斷及其分類

壟斷，最早是一個經濟學概念，是指一個或者少數幾個市場主體單獨或聯合控制市場的情形。按照正統產業組織理論的觀點，市場結構、市場行為和市場績效是構成市場的三個基本範疇，它們之間存在著因果關係，即市場結構決定市場行為，而市場行為又決定著市場運行的經濟績效，集中的市場結構，必然導致削弱競爭的市場行為，從而產生超額利潤，破壞資源的配置效率，因而市場結構是最主要因素。這種以哈佛學派為代表所形成的產業組織理論被稱為結構主義理論，至今仍然是分析壟斷的重要依據。進入 20 世紀 80 年代以後，結構主義理論開始受到以芝加哥學派為代表的“非正統產業組織理論”的質疑，他們認為，在市場結構、市場行為與市場績效的相互關係中，市場績效起著決定性的作用，經濟效率作為市場績效的重要指標，對市場結構的形成產生決定性影響。因而，高集中度未必一定導致壟斷，因為高集中度僅表明市場主體有了實施壟斷的優勢力量，而真正構成市場壟斷、對市場經濟的發展產生影響的是市場主體濫用市場控制地位、構築市場進入壁壘的行為。由於這種理論注重對市場行為的直接分析，又被稱為行為主義學派。產業組織理論為國家對市場競爭進行法律規制的必要性和合理性提供了理論基礎，而隨著結構主義向行為主義的轉變，國家的反壟斷政策和法律也開始從規制市場狀態向規制濫用市場行為轉變。

壟斷的法律概念是以其經濟學上的概念為基礎的，但與經濟學上的概念又有著一定的差別。法律所禁止和反對的壟斷，是指市場主體違反反壟斷法的規定，單獨或者聯合實施的對市場運行過程進行排他性控制，或者對市場競爭進行實質性限制，從而妨礙自由、公平的競爭秩序的行為。這種壟斷概念，著重強調了壟斷的違法性和社會危害性特徵，法律未禁止的經濟壟斷不屬於法律意義的壟斷，但對於法律禁止的非經濟壟斷，如行政機關和法律、法規授權的具有管理公共事務職能的組織，或者行業協會所實施的壟斷行為，同樣屬於法律意義上的壟斷。

可見，法律意義上的壟斷概念的外延與經濟學意義上的壟斷概念既有重合，又有交叉，不能混為一談。反壟斷法所涉及的壟斷，專指法律意義上的壟斷[8]。

二、反壟斷法之立法體例

從各國反壟斷立法情況來看，其立法體例大致上有三種基本類型：

（一）合併立法：即將反不正當競爭行為與反壟斷或者反限制競爭行為的法律規範納入到一個法律部門之中，不再區分為反不正當競爭法與反壟斷法或者反限制競爭法。

澳大利亞、匈牙利、俄羅斯、塔基克斯坦、我國等均採取了合併立法。

（二）分別立法：或者說是分立立法，即將反不正當競爭行為與反壟斷或者反限制競爭行為的內容分別規定在不同的法律部門之中，從而由反不正當競爭法和反壟斷法或者反限制競爭法共同構成競爭法體系。德國、瑞士、日本、韓國等採取分別立法。

（三）制定法與判例法並存：即反壟斷法主要採取制定法形式，有專門的制定法，而反不正當競爭法主要存在於判例法之中，沒有專門的反不正當競爭法。美國、英國採取這種立法例，在這些判例法國家，反壟斷法首先採取的成文法，判例法是在成文法基礎上形成的，因而反壟斷法的判例不同於其他傳統意義上的判例法[9]。

三、全球反壟斷潮流

（一）美國反托拉斯法

美國的反托拉斯立法已有百餘年，但學者對反托拉斯的立法目的，並無一致的見解，就反托拉斯法的目的而言，芝加哥學派以為主要是為了增進市場效率，致力於使利潤得最大化，因此應禁止無效率行為之存在，且認為市場是具競爭性的，即便在於寡占及聯合之情形下，亦很難阻斷所有競爭的途徑，蓋其所獲之高額利潤，會吸引新競爭者進入市場，使其地位動搖，也就是廠商會尋找有利可圖的市場，所以，所謂自然的進入障礙，

[8] 姜發根，「競爭法（二）」，發表於大陸北大法律資訊網；網址：http://big5.chinalawinfo.com/article.chinalawinfo.com/article/user/article_display.asp?ArticleID=40829；最後瀏覽日期：2009 年10月30日。

[9]孔祥俊，反壟斷法原理，頁 29~30，中國法制出版社，2001 年 6 月。

多半係屬想像，現實狀況存在不多，反倒是政府設置的進入障礙，才可能是廠商參與競爭的最大限制；且此學派的理念認為，無關於社會中的財富權利如何分配，僅在乎使社會整體利益財富最大化，故不論廠商增加獲利數額大於消費者損失，或者在相反的情形下，皆屬有效率之行為。因此，政府應使進出入市場完全自由,使市場處於完全競爭,方能對社會最有利。至於相衝突之利益團體的財富分配的非經濟性爭議，此學派並無表示意見。

Populist（民粹主義）其實是指反對芝加哥學派對於反托拉斯法解釋內容的學者，泛指Populist。他們不採用普通法或是經濟學上的分析，而去參考聯邦關於反托拉斯法的立法歷史[10],認為反托拉斯法傳統上有二個重點，分別屬於政治方面及社會經濟層面，前者係指對大企業及少數競爭者的不信任，重視市場力量的分散及弱勢者的機會，後者則是指以小商人及消費者的競爭規則角度出發，視企業家是否有公平競爭之機會、消費者是否有公平交易之機會；因此，制定反托拉斯法是為了保障競爭秩序，消除脅迫及剝削的市場行為，維護競爭者得以相互對抗的環境，故而資源的配置效率從未成為反托拉斯法的規範，亦非執法的先決條件，只須證明競爭的過程受到損害，即為已足[11]，

而持論較為溫和的Hovenkamp，認為Sherman Act的目的之一雖有經濟效率，但以為反托拉斯法基本上係授權立法（enabling legislation），要求法院體察市場及廠商行為並發展出一套法則，使之有利於社會，因此，法則的標準將不可避免地隨著意識型態、科技及美國的經環境而改變[12]。因此，著重分配效率及動態效率，允許競爭與效率並存的狀態[13]。

反托拉斯法的中心概念在「競爭」，其由來是為形容阻止利用「信託」行為以達成聯合壟斷之手段而來，因此美國國會當初制定反托拉斯法之目的，乃係主要考量數家大型企業正在累積龐大之經濟力量，擔心如此

[10] Richard A. Posner ,Antitrust law,p35, University of Chicago Press, 2nd edition (2001)

[11]參見Fox & Sullivan, Antitrust-Retrospective and Prospective: where are we coming from? Where are we going?., 62 N.Y.U.L. Rev. 936(1987). ；轉引自賴源河，公平交易法新論，頁5至16，元照出版社，2002 年 10 月。

[12]請參見Hovenkamp, Fedral Antitrust Policy, p.48-52, 68(1994).，轉引自賴源河，前揭註，頁 13。

[13] 吳姵潔，論反托拉斯法與專利授權之衡平－以專利集管爲例，頁 49~50，中原大學財經法律研究所碩士論文，2003 年 6 月。

之發展會損及個人與一般大眾之權益，是以對於有妨礙自由競爭之行為，皆透過立法之方式予以禁止，其中，有屬於一般性之禁止條款，有以特別明文方式規定禁止之條款，但不論採取任何之立法模式，運用此些規範的同時，在該法規範未能明確清楚地辨別該行為時，尚須配合及依據聯邦各法院歷年來之判決，對於該行為於適用法律進一步之解釋，此即所謂「法官造法」，加上考量各主要負責行政機關之行政解釋，方能作出判斷結果[14]。

美國基本的反托拉斯立法為數不多：主要有《1890 年謝爾曼法》（Sherman Act）、《1914 年克萊頓法》（Clayton Act）和《1914 年聯邦貿易委員會法》（Federal Trade Commission Act）。其中《克萊頓法》通過《1936 年羅賓遜－派特曼法》（Robinson－PatmanAct）和《1950 年塞勒－凱佛維爾反兼併法》（Celler－Kefauver Act）進行了重大修正。

《謝爾曼法》集經濟制裁與刑事處罰於一體，禁止為了限制貿易而為的契約、聯合、通謀、以及壟斷或者試圖壟斷，違者將被處以罰款或者監禁，法院還可以判決對違法者的未來行為進行監控[15]。

《克萊頓法》主要針對一些特殊的限制貿易的行為，包括排他性交易安排、捆綁銷售、價格歧視、合併與兼併、連鎖董事會等，違反者將被處以罰款[16]。

---

[14]陳家駿、羅怡德，公平交易法與知識產權—以專利追索爲中心，五南圖書出版公司，頁 241~244，1999 年。

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

[16]§ 12. Definitions; short title
(a) "Antitrust laws," as used herein, includes the Act entitled "An Act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies," approved July second, eighteen hundred and ninety; sections seventy-three to seventy-seven, inclusive, of an Act entitled "An Act to reduce taxation, to provide revenue for the Government, and for other purposes," of August twenty-seventh, eighteen hundred and ninety-four; an Act entitled "An Act to amend sections seventy-three and seventy-six of the Act of August twenty-seventh, eighteen hundred and ninety-four, entitled 'An Act to reduce taxation, to provide revenue for the Government, and for other purposes,' " approved February twelfth, nineteen hundred and thirteen; and also this Act.
"Commerce," as used herein, means trade or commerce among the several States and with foreign nations, or between the District of Columbia or any Territory of the United States and any State, Territory, or foreign nation, or between any insular possessions or other places under the jurisdiction of the United States, or between any such possession or place and any State or Territory of the United States or the District of Columbia or any foreign nation, or within the District of Columbia or any Territory or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States: Provided,

《聯邦貿易委員會法》由聯邦貿易委員會負責執行。該法是一個“口袋法”（catchall act），它被視為所有其他反托拉斯法乃至其他經濟立法的補充[17]。

此外，一些特定行業的專門立法對特定行業的競爭行為做出了專門的規定，如《聯邦航空法》[18](Federal Aviation Act of 1958)、《聯邦食品、藥品與化粧品法》[19](Federal Food, Drug, and Cosmetic Act)、《聯邦電信法》[20] (Federal

---

That nothing in this Act contained shall apply to the Philippine Islands.
The word "person" or "persons" wherever used in this Act shall be deemed to include corporations and associations existing under or authorized by the laws of either the United States, the laws of any of the Territories, the laws of any State, or the laws of any foreign country.
(b) This Act may be cited as the "Clayton Act".

[17] **Federal Trade Commission Act** (15 U.S.C. §§ 41-58)
Under this Act, the Commission is empowered, among other things, to (a) prevent unfair methods of competition, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce; (b) seek monetary redress and other relief for conduct injurious to consumers; (c) prescribe trade regulation rules defining with specificity acts or practices that are unfair or deceptive, and establishing requirements designed to prevent such acts or practices; (d) conduct investigations relating to the organization, business, practices, and management of entities engaged in commerce; and (e) make reports and legislative recommendations to Congress.

[18] The Federal Aviation Act of 1958 (P.L. 85-726, 72 Stat. 731) created a Federal Aviation Agency (later called the Federal Aviation Administration; FAA) and empowered it to oversee and regulate safety in the airline industry and control civilian and military use of the airspace over the United States. The authority to regulate air travel and the airline industry is based on Congress's power under Article I, section 8 of the Constitution to regulate inter-state commerce. When the technological advance of air travel became commercially viable and a societal reality, Congress was empowered to regulate the airline industry. Although the Department of Commerce had regulated air travel since the 1920s, in 1938 Congress passed a law creating the Civil Aeronautics Board (CAB).

[19] The Food and Drugs Act of 1906 was the first of more than 200 laws that constitute one of the world's most comprehensive and effective networks of public health and consumer protections. Here are a few of the congressional milestones:
The Federal Food, Drug, and Cosmetic Act of 1938 was passed after a legally marketed toxic elixir killed 107 people, including many children. The FD&C Act completely overhauled the public health system. Among other provisions, the law authorized the FDA to demand evidence of safety for new drugs, issue standards for food, and conduct factory inspections.
The Kefauver-Harris Amendments of 1962, which were inspired by the thalidomide tragedy in Europe (and the FDA's vigilance that prevented the drug's marketing in the United States), strengthened the rules for drug safety and required manufacturers to prove their drugs' effectiveness.
The Medical Device Amendments of 1976 followed a U.S. Senate finding that faulty medical devices had caused 10,000 injuries, including 731 deaths. The law applied safety and effectiveness safeguards to new devices.
摘自 FDA US. Food and Drug Administration，資料來源:
http://www.fda.gov/RegulatoryInformation/Legislation/default.htm，最後瀏覽日期:2010/01/29。

[20] The Telecommunications Act of 1996 is the first major overhaul of telecommunications law in almost 62 years. The goal of this new law is to let anyone enter any communications business -- to let any communications business compete in any market against any other.
The Telecommunications Act of 1996 has the potential to change the way we work, live and learn. It will affect telephone service -- local and long distance, cable programming and other video services, broadcast services and services provided to schools.
摘自 FCC Federal Communications Commission，資料來源: http://www.fcc.gov/telecom.html，最後瀏覽日期:2010/01/29。

Telecommunications Act)等。對這些企業的競爭行為首先適用專門法，在專門法沒有規定的情況下，才適用一般的反托拉斯法。

自1890年《謝爾曼法》實施以來，美國反托拉斯法一直處於不斷的發展變化之中。

美國反壟斷之立法已趨於完備和成熟，為其他有意立法之國家重要借鑑目標，中國大陸反壟斷法亦多參考美國發展標準，在研究中國之議題時，對於美國法律和實務見解應該一併考量，方為全面[21]。

本文僅點出美國反托拉斯法之特色，研究美國反托拉斯法，必須瞭解每項法律產生的背景及其實際運用，及美國政府政策與經濟理論對於法院見解之重大影響，而因美國對於全球反壟斷法潮流之影響力不可小覷，本文限於篇幅，僅論及上述重要法案。

(二)歐盟競爭法

歐洲經濟共同體(The European Economic Community , ECC)是根據歐洲經濟共同體條約[22](Treaty establishing the European Economic Community, the EEC Treaty)而於 1958 年成立。歐洲國家建立歐洲聯盟目的之一，或稱歐洲聯盟成立之原始目標之一，即係為建立一個範圍更廣闊之統一市場，以消除會員國相互間貿易之障礙。職是之故，經濟議題可稱為歐盟之主軸。因此，歐洲經濟共同體條約第 3 條[23]，揭櫫其主旨在於消除各會員國間之關稅及貿易障礙，裨使會員

---

[21]楊松才，美國反托拉斯法簡析，大陸北大法律資訊網，資料來源：http://big5.chinalawinfo.com/article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=49823；最後瀏覽日期：2009 年11月2日。

[22] 又稱羅馬條約。

[23] **Article 3**

1. For the purposes set out in Article 2, the activities of the Community shall include, as provided in this Treaty and in accordance with the timetable set out therein:
(a) the prohibition, as between Member States, of customs duties and quantitative restrictions on the import and export of goods, and of all other measures having equivalent effect;
(b) a common commercial policy;
(c) an internal market characterised by the abolition, as between Member States, of obstacles to the free movement of goods, persons, services and capital;
(d) measures concerning the entry and movement of persons as provided for in Title IV;
(e) a common policy in the sphere of agriculture and fisheries;
(f) a common policy in the sphere of transport;
(g) a system ensuring that competition in the internal market is not distorted;
(h) the approximation of the laws of Member States to the extent required for the functioning of the common market;
(i) the promotion of coordination between employment policies of the Member States with a view to

國間商品、勞務、人員及資本得以自由流通。又歐盟實施共同之農業、交通、運輸及經濟政策，以協調各會員國國內法規，且調整稅率因應共同市場之運作需要。因此，如何掃除共同市場內之貿易障礙，並維護其間之競爭秩序，實為歐體競爭法之主要任務。值得一提，歐體競爭法，乃是由條約、規則、指令、歐洲法院判決、執委會通告或指導原則而建構成一競爭規範，嚴格言之並非為一部完整統一之法典，然而其重要性不因此而抹滅。於本條約中，除對事業之聯合行為及濫用市場控制地位之行為加以規制外，考量市場障礙之產生雖可能由於私人事業之造成，亦可能因政府行為而產生，故對國家補助與公營事業也設有規定[24]。

根據歐洲經濟共同體條約第2條[25]規定，歐洲經濟共同體具有多重目標，即通過確立共同市場，加速提高生活水準，促進經濟持續和平衡的發展。

歐洲聯盟條約(The treaty on European Union)於1992年2月7日在荷蘭馬斯垂克[26]（Maastricht）簽署，惟該條約遲至1993年11月1日才生效，歐洲聯盟條約對於歐洲經濟共同體條約進行補充，並創設了歐洲聯盟(European Union, EU)增加了共同的對外政策，在環境和社會領域進行合作以及在成員間形成金融聯盟

---

enhancing their effectiveness by developing a coordinated strategy for employment;
(j) a policy in the social sphere comprising a European Social Fund;
(k) the strengthening of economic and social cohesion;
(l) a policy in the sphere of the environment;
(m) the strengthening of the competitiveness of Community industry;
(n) the promotion of research and technological development;
(o) encouragement for the establishment and development of trans-European networks;
(p) a contribution to the attainment of a high level of health protection;
(q) a contribution to education and training of quality and to the flowering of the cultures of the Member States;
(r) a policy in the sphere of development cooperation;
(s) the association of the overseas countries and territories in order to increase trade and promote jointly economic and social development;
(t) a contribution to the strengthening of consumer protection;
(u) measures in the spheres of energy, civil protection and tourism.
2. In all the activities referred to in this Article, the Community shall aim to eliminate inequalities, and to promote equality, between men and women.

[24] 何之邁，歐洲共同體經濟法論，1995 年 5 月，頁 3~4。

[25] **Article 2**
The Community shall have as its task, by establishing a common market and an economic and monetary union and by implementing common policies or activities referred to in Articles 3 and 4, to promote throughout the Community a harmonious, balanced and sustainable development of economic activities, a high level of employment and of social protection, equality between men and women, sustainable and non-inflationary growth, a high degree of competitiveness and convergence of economic performance, a high level of protection and improvement of the quality of the environment, the raising of the standard of living and quality of life, and economic and social cohesion and solidarity among Member States.

[26] 故又稱馬斯垂克條約。

的目標。歐盟條約將歐洲經濟共同體更名聯盟(The European Community, EC)[27]。

歐盟競爭法起源於歐洲經濟共同體條約。為了建立確保歐共體內部市場競爭不被扭曲的體系，鼓勵所有經濟資源如貨物、人員、服務和資本的自由流動，不受國界的阻礙，建立一個單一和統一的市場，維持一個合理的市場結構，提高經濟效率，1957 年德國、法國等六個歐洲國家在羅馬簽署《歐洲經濟共同體條約》(European Economic Community Treaty)，主要包括禁止限制競爭協議（歐共體條約第 81 條[28]）、禁止濫用市場支配地位（第 82 條[29]）、原則禁止國家補貼（第 87-89 條[30]）。歐共體在條約生效後的 30 多年裡逐漸形成了一套完備的競爭法律

[27]孔祥俊，反壟斷法原理，頁 79-80，中國法制出版社，2001 年 6 月。

[28] Article 81

1. The following shall be prohibited as incompatible with the common market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market, and in particular those which:
(a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;
(b) limit or control production, markets, technical development, or investment;
(c) share markets or sources of supply;
(d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
(e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.
2. Any agreements or decisions prohibited pursuant to this article shall be automatically void.
3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:
- any agreement or category of agreements between undertakings,
- any decision or category of decisions by associations of undertakings,
- any concerted practice or category of concerted practices,
which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:
(a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;
(b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.

[29] Article 82

Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between Member States.
Such abuse may, in particular, consist in:
(a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;
(b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;
(c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
(d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

[30] **Article 87**

1. Save as otherwise provided in this Treaty, any aid granted by a Member State or through State

體系，但是條約沒有明文規定企業合併控制。理事會在 1989 年 12 月制定了《企業合併控制條例》(EC merger control regulation)，主要管制企業合併，凡是在歐

---

resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the common market.
2. The following shall be compatible with the common market:
(a) aid having a social character, granted to individual consumers, provided that such aid is granted without discrimination related to the origin of the products concerned;
(b) aid to make good the damage caused by natural disasters or exceptional occurrences;
(c) aid granted to the economy of certain areas of the Federal Republic of Germany affected by the division of Germany, in so far as such aid is required in order to compensate for the economic disadvantages caused by that division.
3. The following may be considered to be compatible with the common market:
(a) aid to promote the economic development of areas where the standard of living is abnormally low or where there is serious underemployment;
(b) aid to promote the execution of an important project of common European interest or to remedy a serious disturbance in the economy of a Member State;
(c) aid to facilitate the development of certain economic activities or of certain economic areas, where such aid does not adversely affect trading conditions to an extent contrary to the common interest;
(d) aid to promote culture and heritage conservation where such aid does not affect trading conditions and competition in the Community to an extent that is contrary to the common interest;
(e) such other categories of aid as may be specified by decision of the Council acting by a qualified majority on a proposal from the Commission.

Article 88

1. The Commission shall, in cooperation with Member States, keep under constant review all systems of aid existing in those States. It shall propose to the latter any appropriate measures required by the progressive development or by the functioning of the common market.
2. If, after giving notice to the parties concerned to submit their comments, the Commission finds that aid granted by a State or through State resources is not compatible with the common market having regard to Article 87, or that such aid is being misused, it shall decide that the State concerned shall abolish or alter such aid within a period of time to be determined by the Commission.
If the State concerned does not comply with this decision within the prescribed time, the Commission or any other interested State may, in derogation from the provisions of Articles 226 and 227, refer the matter to the Court of Justice direct.
On application by a Member State, the Council may, acting unanimously, decide that aid which that State is granting or intends to grant shall be considered to be compatible with the common market, in derogation from the provisions of Article 87 or from the regulations provided for in Article 89, if such a decision is justified by exceptional circumstances. If, as regards the aid in question, the Commission has already initiated the procedure provided for in the first subparagraph of this paragraph, the fact that the State concerned has made its application to the Council shall have the effect of suspending that procedure until the Council has made its attitude known.
If, however, the Council has not made its attitude known within three months of the said application being made, the Commission shall give its decision on the case.
3. The Commission shall be informed, in sufficient time to enable it to submit its comments, of any plans to grant or alter aid. If it considers that any such plan is not compatible with the common market having regard to Article 87, it shall without delay initiate the procedure provided for in paragraph 2. The Member State concerned shall not put its proposed measures into effect until this procedure has resulted in a final decision.

Article 89

The Council, acting by a qualified majority on a proposal from the Commission and after consulting the European Parliament, may make any appropriate regulations for the application of Articles 87 and 88 and may in particular determine the conditions in which Article 88(3) shall apply and the categories of aid exempted from this procedure.

共體範圍內造成影響的合併都是條例的適用對象。整個競爭法律體系除歐共體條約外，還包括據此制定的部長理事會和委員會的條例、指令和決定[31]。

歐盟競爭法對於推動單一市場、建立統一的歐盟大市場發揮了重要作用。為適應經濟發展和歐盟擴大的需要，從 1999 年開始對競爭法的整體的改革方案提交歐洲議會和成員國討論。2002 年在歐盟競爭法中引入了卡特爾(Cartel)寬大處理制度。《關於實施歐共體條約第 81、82 條的第 1/2003 號決議》 (Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty)和《關於企業合併控制的第 139/2004 號決議》 (Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings)對競爭法的三大支柱禁止限制競爭協議、禁止濫用市場壟斷地位和企業合併控制進行了修改，並從 2004 年 5 月 1 日起開始實施。

歐盟新競爭法賦予了成員國競爭主管機關和成員國法院執行歐盟競爭法的權力，強化了私人推動競爭法實施的救濟途徑，並且在企業合併控制規則方面加強了靈活性、可預見性和科學性。

1. 歐盟競爭法律制度的主要內容可分為：

(1) 禁止限制競爭協議

歐盟條約第 81 條第（1）款[32]原則禁止一切可能影響成員國之間貿易，以

[31]主要包括《關於實施歐共體條約第 81、82 條競爭規則的第 1/2003 號決議》(Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty)、《關於在歐共體條約第 81 條、82 條下處理申訴的委員會通告》(Commission Notice on the Handing of Complaints by the Commission under 81 and 82 of the EC Treaty)、《關於競爭主管當局網絡合作的通告》、《關於歐盟委員會根據歐共體條約第 81、82 條調查程式的第 773/2004 號決議》、《關於實施條約第 81(3)條的指南》、《關於控制企業集中的第 139/2004 號決議》(Council Regulation (EC) No. 139/ 2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation))、《關於在控制企業集中的理事會條例下評估橫向合併的指南》(Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings)、《關於實施理事會第 139/2004 號條例的 802/2004 號條例及其附件（包括 CO 申報表,簡化 CO 申報表和簡化 RS 申報表）》(Commission Regulation (EC) No. 802/ 2004 of 7 April 2004 implementing Council Regulation (EC) No. 139/ 2004 on the control of concentrations between undertakings.)等。

[32] Article 81

1. The following shall be prohibited as incompatible with the common market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market, and in particular those which:

(a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;

(b) limit or control production, markets, technical development, or investment;

(c) share markets or sources of supply;

(d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing

阻止、限制或扭曲競爭為目的或產生此結果的協議、決定或協同一致的行動。同條第（3）款[33]規定了限制競爭協議的豁免須符合四個條件：有利於提高產品的生產銷售或有利於經濟發展和技術進步；消費者可以分享效率提高帶來的收益；為達到上述目的而限制競爭是不可避免的；沒有排除相關企業產品競爭的可能性。

(2) 禁止濫用市場支配地位

根據歐盟條約第 82 條[34]規定，構成濫用市場支配地位需要三個條件：一家或多家企業在共同市場具有支配地位；濫用支配地位；對成員國之間的貿易具有現實或潛在的影響。支配地位、濫用和濫用獲得的利益包括在相鄰市場。第 82 條列舉了過高定價、掠奪性定價、價格歧視、拒絕交易、搭售、限制生產銷售或技術開發等濫用支配地位的行為，但並不限於這些情形。

(3) 企業合併反壟斷審查

歐盟有關合併審查的立法主要有：《合併條例》(以理事會第139/2004號決議（2004）取代第4064/89號決議(1989年))，以及同時頒布的《橫向合併評估指南》(Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings)和《合併調查最佳實踐指南》(DG COMPETITION Best Practices on the conduct of EC merger control 2004)。

2004年5月1日開始，有關合併反壟斷審查制度的變化主要有三方面：

---

them at a competitive disadvantage;
(e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

[33] Article 81
3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:
- any agreement or category of agreements between undertakings,
- any decision or category of decisions by associations of undertakings,
- any concerted practice or category of concerted practices,
which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:
(a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;
(b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.

[34] 見前文註。

a. 實體上的變化——評估合併的標準：

《合併條例》第 2 條[35]規定：“集中如果在共同市場或其大部分將嚴重妨礙有效競爭，特別是通過產生或加強市場支配地位的形式，將被宣佈與共同市場不相容”。歐盟委員會強調合併對競爭的影響，而非市場支配地位本身，這與美國的標準也趨於一致。依該條例規定，如果參與合併的企業的市場占有率不大，合併不會影響市場的有效競爭，合併就可以在第一階段得到通過；如果參與合併的企業在歐盟市場的市占率不超過 25%，在不影響適用條約第 81、82 條的前提條件下，合併可以通過審查[36]；如果合併後企業的市場占有率在 25—40%之間，除非特殊情況，一般也認為不可能產生市場支配地位。

[35] **Article 2**
Appraisal of concentrations
1. Concentrations within the scope of this Regulation shall be appraised in accordance with the objectives of this Regulation and the following provisions with a view to establishing whether or not they are compatible with the common market.
In making this appraisal, the Commission shall take into account:
(a) the need to maintain and develop effective competition within the common market in view of, among other things, the structure of all the markets concerned and the actual or potential competition from undertakings located either within or outwith the Community;
(b) the market position of the undertakings concerned and their economic and financial power, the alternatives available to suppliers and users, their access to supplies or markets, any legal or other barriers to entry, supply and demand trends for the relevant goods and services, the interests of the intermediate and ultimate consumers, and the development of technical and economic progress provided that it is to consumers' advantage and does not form an obstacle to competition.
2. A concentration which would not significantly impede effective competition in the common market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position, shall be declared compatible with the common market.
3. A concentration which would significantly impede effective competition, in the common market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position, shall be declared incompatible with the common market.
4. To the extent that the creation of a joint venture constituting a concentration pursuant to Article 3 has as its object or effect the coordination of the competitive behaviour of undertakings that remain independent, such coordination shall be appraised in accordance with the criteria of Article 81(1) and (3) of the Treaty, with a view to establishing whether or not the operation is compatible with the common market.
5. In making this appraisal, the Commission shall take into account in particular:
- whether two or more parent companies retain, to a significant extent, activities in the same market as the joint venture or in a market which is downstream or upstream from that of the joint venture or in a neighbouring market closely related to this market,
- whether the coordination which is the direct consequence of the creation of the joint venture affords the undertakings concerned the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products or services in question.

[36] Concentrations which, by reason of the limited market share of the undertakings concerned, are not liable to impede effective competition may be presumed to be compatible with the common market. Without prejudice to Articles 81 and 82 of the Treaty, an indication to this effect exists, in particular, where the market share of the undertakings concerned does not exceed 25 % either in the common market or in a substantial part of it.

在委員會的實踐中，絕大多數的市場支配地位產生於合併後企業的市場占有率達到 40—75%之間。如果超過 75%，雖然不是絕對壟斷，但一般會被認為產生或者加強市場支配地位。除了根據市場占有率評估企業合併對競爭的影響外，還要結合消費者的需求、產品供應、潛在的競爭對手、市場進入障礙等因素作出分析。

b.程式上的變化—更具靈活性的審查期間：

合併申報的時間予以提前，以前需要有約束力的協議，現在只需要意向書和當事人完成交易的誠信(Good Faith)即可。這樣給予當事人更多的靈活性來選擇什麼時候將交易提交委員會或競爭當局審查，但未經批准不得實施合併交易的限制依然未變。

(a)申報程式

申報程式是企業合併行為發生法律效力的一個必經步驟，也是企業合併程式的第一步。根據新《合併條例》第 4 條第 1 款[37]的規定，企業應在簽訂合併合同、公佈公開招標以及取得控制力之後儘快地對具有共同體影響的合併進行申報。在計畫中的協議或投標將要產生具有共同體影響的合併時，如欲說服相關企業使委員會相信其簽訂合併協定的意圖為正當，或有關企業已經制定了具體的合併計畫[38]，企業也應當儘快進行申報，當然要符合具有共同體影響的合併的條件。如果沒有事先的申報，無論是故意還是過失，都將受到罰款。在企業通報之前以及委員會宣佈合併與共同體市場相協調之前，合併必須暫停。

(b)第一階段審查

第一階段審查的目的是審查合併行為是否存在與共同體市場不相協調的

[37] **Article 4**
Prior notification of concentrations and pre-notification referral at the request of the notifying parties
1. Concentrations with a Community dimension defined in this Regulation shall be notified to the Commission prior to their implementation and following the conclusion of the agreement, the announcement of the public bid, or the acquisition of a controlling interest.

[38]例如簽訂了諒解備忘錄或相關企業簽名的意願信等，或在公開招標的情況下，已經公開宣佈了雙方的招標意願。

嫌疑。如果能排除嫌疑，審查就到此結束，否則將正式立案調查。委員會在收到全面申報材料後，須在 25 個工作日內作出批准或需要進一步審查的決定。如果委員會收到成員國提出的申請，請求將實質性影響成員國國內獨立市場的合併移交給成員國主管機關處理，或者相關企業為了使合併行為與共同體市場相協調，按照委員會提出的附加條件和義務作出了承諾，委員會可以將 25 個工作日延長到 35 個工作日。第一階段審查分為常規程式和簡化程式兩種，當併購案件滿足一定的條件時，當事方可以要求適用簡化程式。適用簡化程式的當事方可以少提交一些資訊，競爭總部在內部審批程式上相對簡單。在第一階段的審查中，委員會可以作出以下 3 種決定：

(1)申報的合併不屬於企業合併控制條例管轄的範圍，即委員會不具有管轄權；(2)申報的合併屬於委員會管轄範圍，但是不需要對合併進行進一步審查即可認定合併與共同體市場相協調；(3)申報的合併屬於委員會管轄範圍，但委員會對合併是否與共同體市場相協調存在高度懷疑，需要對合併進行第二階段的審查。

(c)第二階段審查

對是否與同共體市場相協調存在懷疑之處的合併，委員會必須進行第二階段的審查。這個階段的審查期限是 90 個工作日。如果合併企業按照委員會在最終決定中提出的附加條件和義務作出了承諾，只要該承諾是立案調查之日起的 55 個工作日內作出的，可以將該期限延長到 105 個工作日。如果申報合併的企業在委員會啟動第二階段調查程式開始後的 15 個工作日內提出延長期限的請求，上述期限也可以延長到 105 個工作日。在此期間，委員會除了調查外，會對合併進行深入和詳細的分析，特別是分析合併對歐盟市場的影響[39]。

管轄權上的變化—歐盟委員會和成員國的案件劃分：

一般而言，歐盟委員會只對具有共同體意義的合併交易具有管轄權，即所有合併當事方世界範圍內銷售總和超過 50 億歐元，且至少兩個合併

[39] 王軍、解琳，歐盟法對企業合併的規制，資料來源：http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleId=38458，最後瀏覽日期：2010 年 1 月 28 日。

當事方中任何一方在歐盟範圍內的銷售額超過 2.5 億歐元。這一申報門檻並未改變，但新條例賦予當事方選擇的權利，即合併當事方可以在申報前請求將交易提交歐盟委員會或成員國競爭當局。如果一項交易需要在至少三個以上成員國予以申報，合併當事方可以請求將交易提交歐盟委員會，經有關競爭當局同意，歐盟委員會行使排他管轄權。新的《合併條例》強化了"一站式申報"——向歐盟委員會申報在所有 25 個成員國中具有法律效力，從而使合併當事人降低交易成本，減少官僚體制和法律上的不確定性[40]。

(三)日本獨占禁止法[41]

日本獨占禁止法乃於美軍占領期間制訂，將美國謝爾曼法、克萊頓法和聯邦貿易委員會法加以綜合形成的產物。二戰以前，日本經濟權力集中在大財閥手中，集權政府控制下的合法卡特爾遍佈整個經濟活動。

促使日本經濟民主化是其反壟斷法制定之原因，日本政府於 1947 年制定獨占禁止法，該法體現了美國反托拉斯法的基本內容精神[42]。整體上而言，反壟斷法更多地體現美國反托拉斯法的預防性保護措施；該法還包括比美國法更嚴格之條款。

日本反壟斷法所規範的壟斷行為有三種基本類型：私人壟斷、卡特爾和其他不合理之貿易限制、不公平交易行為。儘管反壟斷法還規定了其他類型的經濟行為，這些行為都可以歸入該三類行為之中。該三類行為構成了日本反壟斷法的三根支柱。

---

[40] 歐盟競爭法律制度，中華人民共和國商務部條約法律司，資料來源：http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/dzgg/gwyxx/200411/20041100306416.html，最後瀏覽日期：2009 年 11 月 3 日。

[41] 孔祥俊，反壟斷法原理，頁 109~113，中國法制出版社，2001 年 6 月。

[42]第一条　この法律は、私的独占、不当な取引制限及び不公正な取引方法を禁止し、事業支配力の過度の集中を防止して、結合、協定等の方法による生産、販売、価格、技術等の不当な制限その他一切の事業活動の不当な拘束を排除することにより 公正且つ自由な競争を促進し、事業者の創意を発揮させ、事業活動を盛んにし、雇傭及び国民実所得の水準を高め、以て、一般消費者の利益を確保するとともに 国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的とする。

1. 私人壟斷

日本獨占禁止法第二條第 5 項[43]將私人壟斷界定為具有優勢地位的企業排除其他企業的商業活動之"控制"或"排斥"，包括：(1)掠奪性定價；(2)搭售。

該法第四章還有與禁止私人壟斷密切相關的其他條款，包括：(1)控股公司的禁止；(2)對大公司持股的特定限制；(3)控制公司的股份取得；(4)合併控制。這些規定都在於控制經濟權力的過份集中。就反壟斷法對私人壟斷的禁止性規定而言，這些條款可以視為是"預防性措施"。如前述，私人壟斷以存在有權力的企業(powerful enterprises)為前提條件。維護有益於有效競爭的市場條件應當是競爭政策的目標，上述條款的意圖就是實現該目標。

(1)卡特爾和其他不合理之貿易限制

獨占禁止法對於卡特爾的規定是基於"當然違法原則(per se illegal[44])"。1953 年的修正案引進了有條件的禁止規定，即禁止"實質性地違反公共利益"的限制競爭之卡特爾，而允許蕭條的卡特爾和合理化的卡特爾。

獨占禁止法第二條第 6 項[45]將卡特爾(或稱"不合理的貿易限制")界定為競爭

---

[43]**第二条**　この法律において「事業者」とは、商業、工業、金融業その他の事業を行う者をいう。事業者の利益のためにする行為を行う役員、従業員、代理人その他の者は、次項又は第三章の規定の適用については、これを事業者とみなす。

5　この法律において「私的独占」とは、事業者が、単独に、又は他の事業者と結合し、若しくは通謀し、その他いかなる方法をもつてするかを問わず、他の事業者の事業活動を排除し、又は支配することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限することをいう。

[44]「當然違法原則」,法院在認定有卡特爾合意存在後,即不再須要證明對競爭造成實質的損害，亦不須審酌正當性（justification defense）之有無,因爲當然違法原則,意指合意之存在本身，即推定會直接且立即（direct and immediate）對國內之貿易造成限制競爭。美國最高法院第一次於價格固定協議（price-fixing）案中，宣示當然違法原則時，其理由述及：其反競爭的負面效果是相當明顯的,不容許任何有促進競爭之正當性抗辯。而當然違法原則所適用之類型，則爲最高法院判例形成的違法推定類型。此一當然違法原則，乃是基於訴訟經濟及企業對法律預期可能性之考量，所做的程式上的合理原則之例外原則。換言之，合理原則乃是法院分析反競爭之主要原則，而當然違法原則是法院判斷反競爭之例外原則。

以聯邦最高法院判例過去案例而言，如行爲本身涉及競爭者間之價格固定（price-fixing）協議或分割市場（divide market）協議，因明顯減損競爭效能，一旦經調查認定該行爲確實存在，則被歸屬當然違法之類型，原告即毋庸再舉證證明被告之行爲有反競爭效果，且不必再認定相關市場、認定市場力量有無或是促進競爭之正當性（pro-competitive justification）。

值得注意的是，法院於適用「當然違法原則」時，首先須先確定系爭行爲確實存在，其次再檢視該行爲是否屬於法院過去所認定之「當然違法」類型，如是，即可認其違法，而不須再考量該行爲在實際上所造成之損害,或被告採行該項行爲之理由爲何,因此,當然違法原則，因爲行爲本質上明顯反競爭，所以在判斷休曼法第一條第個二要件「不合理之限制」時，實爲一「簡化之合理原則」。

再者,美國判例中形成之當然違法原則類型,並不是美國立法（反托拉斯法）上的排除類型，最高法院仍得於個案中加以斟酌，甚至於後案中推翻前例。

參考資料來源：邱淑芬,「知識經濟時代公平交易法對競爭者間合作聯盟之規範」,行政院公平交易委員會計畫，頁 12~13。

[45] **第二条**　この法律において「事業者」とは、商業、工業、金融業その他の事業を行う者をいう。事業者の利益のためにする行為を行う役員、従業員、代理人その他の者は、次項又は第

者之間消除或限制其相互之間的競爭協議(agreement)或默示合意(understanding)。例如，固定價格、限制產量、劃分市場和消費者，都是最為典型的卡特爾。只要競爭受到了實質性的限制以及違反了公共利益，按照反壟斷法這些活動即已違法。

(2)不公平交易行為

與前兩者相比，不公平交易行為更難以界定。廣義上說，不公平交易行為包括：(1)拒絕交易；(2)不合理定價；(3)不合理引誘和強迫消費者；(4)對交易附加不合理條件；(5)濫用權力交易；(6)不合理地干預競爭者之事務。

通說認為，禁止不公平交易行為是對私人壟斷的預防性措施。如果對聯合抵制、傾銷、排他性交易、搭售和巨獎銷售[46]之類的經濟活動放任不管，從是一種或者多種此類活動的企業就能夠獲取從事私人壟斷活動的足夠經濟權力。因此。根據這種理論，必須禁止不公平交易行為，以防止私人壟斷。

(四)台灣公平交易法

公平交易法之制定過程，長達十餘年，其間贊成與反對之聲浪，此起彼落。惟不論如何，該法終於於在 1991 年 2 月 4 日經立法院三讀通過，並於同日正式施行。此一立法代表著我國經濟管制時代之結束，自由競爭經濟時代之來臨。

第一條明定其立法目的：「為維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法；本法未規定者，適用其他有關法律之規定。」觀諸整部公平交易法，其規範內容大致上包括獨占、結合、聯合行為、不公平競爭及多層次傳銷等五種類型[47]。

公平交易法規範內容分為兩大部分，一為自由競爭法(即反托拉斯法)，一為公平競爭法(即不正競爭防止法)，前者規定於本法第二章，規範企業之獨占、寡占、結合及聯合行為等，採低度立法原則，容許獨占、寡占之存在，但不得濫用其獨占地位阻礙競爭，聯合行為原則禁止，例外許可。後者規定於本法第三章，

三章の規定の適用については、これを事業者とみなす。

6 この法律において「不当な取引制限」とは、事業者が、契約、協定その他何らの名義をもつてするかを問わず、他の事業者と共同して対価を決定し、維持し、若しくは引き上げ、又は数量、技術、製品、設備若しくは取引の相手方を制限する等相互にその事業活動を拘束し、又は遂行することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限することをいう。

[46] 指經營者銷售商品或者提供服務時，附帶性地向購買者提供物品、金錢或者其他經濟利益有獎銷售行爲。

[47] 賴源河，公平交易法新論，頁 96，月旦出版社，1995 年 5 月。

規範仿冒及不實或引人錯誤之表示或廣告等不公平競爭行為，採高度立法原則，違者重罰。自由競爭法與公平競爭法應否同併立法，在公平法立法過程中迭有爭議，惟最後仍將其併同立法。自由競爭法重在追求經濟效益，而非公平分配，促進「動的安全」，所謂「經濟憲法」指此部分。公平競爭法重在維護財產權，即「靜的安全」。

公平法規範之前半部乃自由競爭法，包括對獨占、寡占、結合及聯合行為之規範。

所謂獨占，依公平法第五條第一項規定，謂事業在特定市場處於無競爭狀態，或具有壓倒性地位，可排除競爭之能力者。我國公平法未對大型經濟規模之產業抱徹底否定之態度，僅參考韓國、西德等國立法例，採較進步之防弊主義立法，故該法第十條即僅就獨占之事業以不公平方法濫用其獨占地位之行為，方與禁止。至於二以上事業寡占則視為獨占加以規範(同法第五條第二項)。

所謂結合，依本法第六條規定，除包括公司法規定之合併外，並包括(1)持有或取得他事業之股份或出資額，達到他事業有表決權股份或資本總額三分之一以上者。(2)受讓或承租他事業全部或主要部分之營業或財產者。(3)與他事業經常共同經營或受他事業委託經營者。(4)直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免者。

公平法立法意旨認為事業結合之結果，易致壟斷市場足以影響交易秩序，當有限制之必要。

所謂聯合行為，依本法第七條規定，謂事業以契約、協議或其他方式之合意，與有競爭關係之他事業共同決定商品或服務之價格，或限制數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區等，相互約束事業活動之行為而言。我國公平法立法意旨認為聯合行為即所謂「聯合壟斷」，因其危害市場機能，嚴重影響消費者權益，實不遜於獨占或結合，故明文加以禁止[48]。

[48] 賴源河，公平交易法新論，頁 109~110，月旦出版社，1995 年 5 月。

第二節 中國反壟斷法成立背景

壹、市場經濟的必然性

一、從計畫經濟體制至社會主義市場經濟體制之變革[49]

1949 年大陸成立新政權，中國政府一直推行計劃經濟，對於經濟活力與發展的速度嚴重束縛，故於20世紀70年代末對此體制進行改革[50]。2003年10月大陸進一步明確此體制之目標與任務[51]。按預定計劃，2010 年大陸將建立起比較完善的社會主義市場經濟體制，至2020 年則建立起比較成熟的社會主義市場經濟體制。

中國確立社會主義市場經濟理論之歷史發展過程，1992年鄧小平南巡講話中提出「計畫多一點還是市場多一點，不是社會主義與資本主義的本質區別。計劃經濟不等於社會主義，資本主義也有計劃；市場經濟不等於資本主義，社會主義也有市場。計畫和市場都是經濟手段。社會主義的本質，是解放生產力，發展生產力，消滅剝削，消除兩極分化，最終達到共同富裕」。1993年第9屆全國人大會第2次會議，正式把社會主義市場經濟體制寫入中國《憲法》[52]，完成社會主義市場經濟理論在中國的確立過程。

其後，致力於造就活力之市場經濟主體，並使之多元化[53]，而形成企業競爭氛圍，並有與之相適應之價格機制、競爭機制、供求機制、風險機制等之建立；

---

[49] 金河祿，經濟行政的結構及其法律控制－中韓兩國比較研究，頁36-38，法律出版社，2006 年 12 月。

[50] 1978 年先於農村推行家庭聯產承包爲主的責任制，1984 年改革由鄉村移至城市；1992 年大陸確立「建立社會主義市場經濟體制」的改革方向。

[51] 目標爲統籌城鄉發展、統籌區域發展、統籌經濟社會發展、統籌人與自然和諧、統籌國內發展和對外開放要求，更大程度地發揮市場在資源配置中的基礎性作用，增強企業活力和競爭力，健全國家宏觀調控，完善政府社會管理和公共服務職能，爲全面建設小康社會提供強有力的體制保障與統籌；主要任務是完善公有制爲主體、多種所有制經濟共同發展的基本經濟制度；建立有利於逐步改變城鄉二元經濟結構的體制；形成促進區域經濟協調發展的機制；建設統一開放競爭有序的現代市場體系；完善宏觀調控體系、行政管理體制和經濟法律制度；健全就業、收入分配和社會保障制度；建立促進經濟社會可持續發展的機制。

[52] 第三條：「我國正處於社會主義初級階段。國家的根本任務是，根據建設有中國特色社會主義的理論，集中力量進行社會主義現代化建設。中國各族人民將繼續在中國共產黨領導下，在馬克 思列寧主義、毛澤東思想指引下，堅持人民民主專政，堅持社會主義道路，堅持改革開放，不斷完善社會主義的各項制度，發展社會主義民主，健全社會主義法制，自力更生，艱苦奮鬥，逐步實現工業、農業、國防和科學技術的現代化，把我國建設成爲富強、民主、文明的社會主義國家。」

[53] 如國有企業轉讓、股份制改造、設立合資企業及外資企業等改革開放、企業產權制度改造、全民所有制企業產權制度改造，實現企業所有權與企業經營權的分離等。

另為充分發揮市場機制自律性調節的積極作用，須有合理統一的市場規則，故自1993年以來，努力於社會主義市場經濟法律制度建設，已基本構建了社會主義市場經濟法律體系[54]。

二、社會主義市場經濟之特徵

（一）「社會主義」：

在中國有三個發展階段，第一階段，遵照馬克斯、列寧關於社會主義論述，「生產資料公有制、消除商品和貨幣交換、計劃生產、各盡所能按勞分配原則」此階段係公有制、計劃經濟，是無產階級專政制度；第二階段，社會主義採計劃經濟為主，市場經濟為輔，將兩者相結合之經濟制度，為毛澤東領導時期之主張，惟仍受傳統社會主義模式之束縛與限制，未突破蘇聯僵化之社會主義模式；第三階段是在1978年11屆三中全會後，鄧小平提出建設有大陸特色社會主義理論。

（二）「社會主義經濟」：

為社會主義性質的經濟或生產資料社會主義公有制經濟歸至聯合勞動者共同佔有和支配的一種經濟的社會形式，在社會主義初級階段，實行公有制為主體，多種經濟成分共同發展的基本經濟制度，確保國家所有和集體所有的資本在社會資本總量中占優勢，保證國有經濟（即社會主義全民所有制經濟）控制國民經濟命脈[55]，對整個經濟發展起主導作用，主要表現在兩方面：1.促進國民經濟沿社會主義方向發展；2.保證國民經濟順利運行，並良性循環，避免社會生產的無政府狀態和無序競爭造成的社會資源的浪費，並使國有經濟對於國民經濟發展的導向和經濟運行整體態勢發揮有效的控制作用[56]。

---

[54]目前在大陸已經制定並實施有關市場經濟的基本法律，不僅有《公司法》、《私營企業法》、《合夥企業法》、《企業所得稅法》用於規範市場主體；《計畫法》、《銀行法》、《外匯管理法》、《價格法》等用於規範國家宏觀調控的法律；而《反不正當競爭法》、《產品品質法》、《勞動法》、《勞動合同法》和《消費者權益法》等用於規範市場管理的法律；另還有《保險法》和《失業保障法》等用於規範社會保障的法律。

[55]指關係國計民生的重要部門和關鍵領域，主要包括：1.涉國家安全的行業，如國防、航太工業；2.自然壟斷行業，如森林、石油、天然氣、煤炭及其他重要礦產之開發與冶煉；3.提供重要公共產品和服務的行業，如鐵路、海運、航空、城鄉公用事業、金融業等；4.支柱產業和高新技術產業中的骨幹企業。

[56]曹平、高桂林、侯佳儒著，中國經濟法基礎理論新探索，頁181-187，中國法制出版社，2005 年 12 月。

（三）「社會主義市場經濟」：

中國的社會主義市場經濟，是指社會主義初級階段的經濟體制，為具有中國特色的社會主義市場經濟，經過了計劃調節和市場調節相結合、以計劃經濟為主，市場調節為輔、社會主義經濟是公有制基礎上的有計劃的商品經濟、計劃與市場內在統一的體制、計劃和市場，都是經濟手段。中國建立及發展社會主義市場經濟體制之原因，第一為發展現代經濟、優化資源配置的需要；第二為和世界經濟全球化接軌的需要；第三為實現跨世紀經濟發展戰略的需要[57]。

三、社會主義市場經濟與資本主義市場經濟本質區別

首先說明市場經濟，在國內外文獻中有三種不同的涵義：

（一） 是指生產的產品是用作交換的商品，是市場經濟等同商品經濟，以區別於自給自足之自然經濟。

（二） 是指在社會經濟中配置資源的手段，是市場經濟等同市場機制，以區別於計畫和國家干預來配置資源的方法。

（三） 是指一種社會的經濟制度，資產階級經濟學家通常將市場經濟等同資本主義經濟，以區別於社會主義的計劃經濟。

簡言之，市場經濟是指在商品經濟已有一定發展的基礎上形成作用，用以配置資源和維護人們一定經濟利益關係的經濟體系[58]。通過對市場經濟運行機制調節和配置資源，因為它能調整參與市場行為主體的經濟利益關係，從而能對其產生強有力的激勵、約束功能。市場經濟既是一種配置生產資源的手段，同時也是一種維護人們某種經濟利益的經濟制度，即維護參與市場經濟活動的各個行為主體按照他們所投入的資源、產品多少好壞來獲取不同利益的經濟制度。這種經濟制度並不是獨立地或孤立地存在；相反，它只能且必然是從屬於或依附於某一社會基本制度的一種派生的經濟制度。

---

[57] 戰略目的在提高經濟整體素資、注重結構優化、規模經濟和科技進步等效益。

[58] 參考丁冰，試論社會主義市場經濟與資本主義市場經濟的本質區別，資料來源：中國教育和計算器網站之電子刊物欄， http://www.edu.cn/20030708/3088068.shtml，最後瀏覽日期：2009/12/24。

在社會化大生產的商品經濟條件下，無論是資本主義經濟還是社會主義經濟都需要把市場作為配置資源的一種手段，即在資本主義制度下存在市場經濟，在社會主義制度下也存在市場經濟[59]。

社會主義市場經濟與資本主義市場經濟本質區別大略區分成下列兩點[60]：

(一)兩種市場經濟各自與之相結合的社會基本制度不同

社會主義市場經濟的所有制結構必須是堅持以公有制為主體、個體經濟、私營經濟等多種成分共同發展；資本主義市場經濟的所有制結構則根本不存在公有制的成份，而是以生產資料私有制為基礎的。這乃是兩種市場經濟最本質的區別所在。

(二)兩種市場經濟的分配制度不同

資本主義市場經濟實行的是按資分配或按生產要素分配的原則，因而必然帶來收入差距懸殊，兩極分化現象。社會主義市場經濟則實行以按勞分配為主，其他分配方式為輔的制度，因而會兼顧公平與效率，防止兩極分化，達到共同富裕的目的。

而資本主義自由市場經濟體制[61]，是把經濟自由思想作為其產生與發展的根本理論基礎，認為自由競爭型的市場經濟模式是實現資源最佳配置的唯一方式，此模式，是指在完全競爭條件下包括生產、交換、分配和消費在內的社會經濟全部環境過程，以及社會的全部經濟生活，受到市場供給和需求的自發調節與支配，而無須政府的計劃與控制，國家的作用，僅在於為市場的存在和市場機能的正常運作，提供法律和行政的保障；此體制包含下列三個基本要點：

（一） 整體的決策須充分反映通過市場需求，且所有市場經濟活動須得到通過市場反映出來的供需關係的調整。

（二） 市場運行及經濟主體所有經濟活動的調節，完全依賴市場機制的自律性

[59] 論社會主義市場經濟與資本主義市場經濟的本質區別，資料來源:http://www.wenmi114.com/wenmi/lunwen/xingzhenglunwen/2009-12-22/20091222187047.html 最後瀏覽日期：2010/01/20。

[60] 同前註。

[61] 晏智傑，西方市場經濟理論史，頁 115，商務印書館，1999 年。

調節；且經濟主體有完全充分的經營決策權。

（三） 現代資本主義的自由市場經濟體制，並不完全排斥國家對市場經濟的干預，且於一定範圍內得到認可並靈活運用。

關於資本主義自由市場經濟沿革，在十九世紀30年代以前，以私有制為基礎的資本主義經濟，片面強調市場機制調節，反對國家干預經濟，由於市場調節本身所固有的盲目性、滯後性和收入分配的不公平性，使生產陷入無政府狀態和週期性經濟危機中，致30年代爆發空前嚴重的經濟危機，使迷信市場機制萬能為特徵之新古典市場經濟理論[62]（又稱劍橋學派）破產；為維護資本主義，凱因斯主義[63]便應因而生，此理論是一宏觀經濟理論體系，其主張「反對自由放任」、「國家干預經濟」，以實現充分就業和經濟增長，但此理論缺乏微觀的理論基礎；其後，英、美學者就此理論進行解釋與補充，試加以發展，一般統稱為"後凱因斯主義或新凱因斯主義[64]"發展迄今，可分兩大分支，為"新古典綜合派[65]"（又稱後凱因斯主流經濟學派）、"新劍橋學派[66]"兩大學派。戰後西方各資本主義國家的市場經濟，可以說在不同程度和不同形式下，都通行的是上述把國家干預和市場結合的現代化市場經濟。

從上述，資本主義經濟發展史是由片面市場調節走向計畫與市場相結合之路，而社會主義經濟發展史是由片面計畫調節走向計畫與市場相結合之路，二者殊途同歸，此事實說明計畫與市場，是相互補充相輔相成，而不是相互對立的關係[67]。

---

62 新古典市場經濟理論，是19世紀末20世紀初由英國經濟學家馬歇爾創立，主要代表人物有馬歇爾、庇古、羅伯遜等人，用折衷主義的方法把「供求論」、「生產費用論」、「邊際效用論」、「邊際生產力論」等融合，建立以"均衡價格論"爲核心經濟學體系。即以均衡價格衡量商品的價值；此派迄今仍是微觀經濟學的基礎。

63 凱因斯主義，是以凱因斯1936 年出版的「就業利息和貨幣通論」爲基礎，其認爲決定社會就業量的是有效需求，政府有提高有效需求之責任，故須調節和干預經濟生活，刺激和管理需求，以實現充分就業和經濟增長。

64 後凱因斯主義，英美兩國一些經濟學者就凱因斯理論進行解釋與補充，而凱因斯所使用之方法，是短期總量比較靜態分析，爲使凱因斯的理論達到長期化、動態化，他們提出"經濟波動論"、"經濟增長論"等理論。

65 新古典綜合派，把凱因斯主義關於國民收入的決定與其波動的宏觀分析與新古典經濟理論關於單個產品和單個生產要素的價格決定的微觀分析綜合所創，認爲只要採取適當的財政政策和貨幣政策（即實行國家經濟干預），就能使現代資本主義經濟免於過度繁榮與蕭條，而得穩定增長，實現充分就業。

66 新劍橋學派，力圖把經濟增長理論和收入分配理論結合，著重考察在經濟增長過程中勞動收入和財產收入在國民收入中相對市占率的變化，認爲收入分配失調是資本主義社會的癥結所在，強調應由國家採取各種措施對國民收入的分配進行調節，以實現收入的"均等化"。

67 參考劉嘉裕，中國大陸反壟斷法之研究，頁 15~16，高雄大學法律系碩士班碩士論文，97 年 7

貳、現行法制規範之不足

一、中國大陸經濟法概述

中國大陸現代意義上的經濟法概念，形成於20世紀70年代末，1979年第五屆全國人大第二次會議，首次提出了"經濟法"概念。中國經濟法主要繼受前蘇聯的「縱橫統一說」，認為在社會主義條件下，國家對國民經濟的組織管理和公有制單位開展經濟活動是一個統一的整體[68]。

2001年9月，全國人大常委會決議指出，社會主義市場經濟法律體系，係由憲法、民商法、行政法、刑法、經濟法、社會法、訴訟法和非訴訟程式法等七個法律部門構成。至此，經濟法已成為中國大陸社會主義法律體系中，一個非常重要的獨立法律部門。

（一）大陸經濟法的法源[69]：

在大陸法系國家，經濟法法源是成文法的單行法規，政策、習慣也可以作為經濟法的法源，而學說與法理在法律適用中僅具有一定的指導意義，不能作為經濟法的直接法源。在英美法系國家，判例法佔據著第一重要的位置，單行法規等制定法地位舉足輕重，學說與法理也能發揮一定的作用。

與其他部門法領域不同的是，在經濟法領域，鮮有成文的經濟法典，更多的是經濟單行法。大陸經濟法的法源主要是制定法，包括經濟法律法規、行政規章、政策和習慣等，至於判例、學說和法理在司法實踐中往往也具有一定指導意義。

而大陸經濟法法源主要包括：

1. 法律[70]

在大陸經濟法法源中，其效力和地位僅次於憲法，是經濟法的最主要的法源。

2. 行政法規[71]

月。

[68] 史際春、徐孟洲合著，經濟法，頁 11，1994 年 1 月。

[69]同前註，頁 53~55。

[70] 即僅指全國人民代表大會及其常務委員會制定的規範性檔。如《反不正當競爭法》、《價格法》、《廣告法》、《消費者權益保護法》、《產品質量法》、《企業所得稅法》、《稅收徵收管理法》、《大陸人民銀行法》等等。此外，全國人大及其常委會作出的具有規範性的決議、決定、規定、辦法以及立法解釋等，也屬於"法律"類經濟法的法源。

[71] 行政法規是指作爲國家最高行政機關的國務院，根據憲法和法律或者最高權力機關的授權而制定的規範性檔。此外，國務院發布的規範性的決定和命令，同行政法規具有同等的法律效力，也屬於經濟法的法源。

在大陸經濟法的法源中，行政法規的數量要遠遠多於法律，其效力和地位僅次於憲法和法律，是經濟法的重要法源。

3. 地方性法規

省、自治區、直轄市和經國務院批准的較大的市的人民代表大會及其常委會可以根據本地方的具體情況和實際需要，在不同憲法、法律、行政法規相抵觸的前提下，制定地方性法規[72]。

4. 規章

規章是行政性法律規範檔，依其制定機關不同，可分為部門規章[73]和地方規章[74]。雖然規章不屬立法的範疇，但其是在執行法律、行政法規和地方性法規的基礎上制定施行的，也屬經濟法的法源。

5. 政策與習慣

政策[75]是國家或政黨為完成一定的時期任務而制定的活動準則。習慣[76]是指人們在長期的生產、生活中所形成的一種行為規範。在經濟法領域，由於其具有很強的政策性，政策與慣例發揮作用的空間相對更大，作為法律法源的地位也更突出。

6. 其他輔助法源

包括司法解釋[77]、行業自治規則[78]、判例和學說。

二、中國大陸市場競爭法制

從社會主義市場經濟轉向資本主義市場經濟過程中，其資本主義市場化的程

---

[72] 如中國大陸《反不正當競爭法》頒布實施後，全國先後有二十餘個省市制定了地方性的《反不正當競爭條例》。雖然地方性法規在效力上具有從屬性，在適用範圍上也具有地域侷限性，但其是地方權力機關根據憲法的授權而制定的，同樣具有法的效力，屬於經濟法的法源。

[73] 部門規章是指國務院各部、委、局及直屬機構在本部門的許可權範圍內所制定的規範性檔，內容主要限於執行法律或者國務院的行政法規、決定、命令的事項。

[74] 地方規章是指省、自治區、直轄市人民政府以及省、自治區人民政府所在地的市和經國務院批准的較大的市的人民政府依照法定職權和程式制定的規範性檔。

[75] 中國大陸《民法通則》第 6 條規定，民事活動必須遵守法律，法律沒有規定的，應當遵守國家政策。因此，國家政策是當代大陸法的非正式法源之一，可以成爲經濟法的法源。

[76] 《民法通則》第 142 條規定，中華人民共和國法律和中華人民共和國締結或者參加的國際條約沒有規定的，可以適用國際慣例。可見在中國大陸，經國家認可的習慣具有法的法源的意義，可以作爲經濟法的法源。

[77] 司法解釋指的是最高司法機關，主要是最高人民法院就司法實踐中有關案件的審理和法律適用提出的指導性意見或解釋。這種解釋通常是有關法律適用的普遍性指導意見，一般採取規範性檔的形式發布，對市場主體具有普遍的約束力，因而可作爲經濟法的輔助法源。

[78] 行業自治規則是指市場主體就其組織、運作和內部關係而自主制定規則，如公司章程、交易所業務規則、行業規約、標準合同或條款等。這些規則只要爲法律法規所認可，對相關市場主體產生拘束力，而且在各自範圍內處於優先適用的地位，可以作爲經濟法的輔助法源。

度逐步加深，中國大陸競爭法制歷經了從無到有、從摸索到定調的軌跡，輔以體制轉軌的環境現實，其競爭法制大量地繼受西方傳統市場經濟國家的競爭法規範[79]，但繼受過程中考量自身的特殊國情，發展出其有別於傳統競爭法規範的另一種特殊風貌[80]。

（一） 市場競爭法制之體系

競爭法的體系，是由競爭法的調整對象所決定的。競爭法是調整國家對市場競爭進行控制、管理和協調過程中所產生的各種社會關係的法律規範體系，從其所規範的反競爭行為的類型來看，主要包括壟斷行為、限制競爭行為和不正當競爭行為，與之相對應，競爭法也就包括了禁止壟斷行為的法律規範、反對限制競爭行為的法律規範和反不正當競爭行為的法律規範。

競爭法禁止壟斷行為，禁止壟斷行為的法律規範，稱之為反壟斷法。競爭法所規範的壟斷行為，是指經營者以獨占或有組織聯合等形式，憑借其經濟優勢或行政權力，操縱或支配市場，限制或排斥競爭的反競爭行為。

競爭法反對限制競爭行為，反對限制競爭行為的法律規範，稱之為反對限制競爭法。所謂限制競爭行為，是指經營者濫用經濟優勢地位或者若干經營者通過協議聯合的方式排斥競爭、損害競爭對手合法利益的反競爭行為。由於這種行為實質性地限制了市場上的有效競爭，抑制了競爭機制對市場及資源配置的調節功能，損害了社會公共利益和其他經營者以及消費者的合法權益，並阻礙經濟的健康發展。

不正當競爭行為有著廣義和狹義之分，前述不正當競爭行為是從狹義角度而言的，廣義的不正當競爭行為除了狹義的不正當競爭行為外，還包括壟斷行為和限制競爭行為。

現代競爭法的體系包含兩個部分內容：

《反壟斷法》和《反不正當競爭法》，分別維護著市場上的自由競爭秩序和公平競爭機制。中國大陸現狀，即將競爭法制分為《反壟斷法》和《反不正當競爭法》兩大部分，壟斷和限制競爭行為作為一個整體由反壟斷法統一調整[81]。

---

[79] 中國在轉型過程中，不只競爭法制，大部分法律多繼受歐陸等國家而來。

[80] 參考鄭遠翔，中國大陸反壟斷法立法研究─以「行政性壟斷」爲核心之分析，頁 2，交通大學科技法律研究所碩士論文，2005 年 6 月。

[81]參考劉嘉裕，中國大陸反壟斷法之研究，頁 57~59，高雄大學法律系碩士班碩士論文，97 年 7

（二）《反壟斷法》與《反不正當競爭法》之關係

1. 立法目的不同：《反壟斷法》是為預防和制止壟斷行為，以宏觀角度維護市場有效競爭秩序；而《反不正當競爭法》是為了防止競爭過度，消除惡性競爭的影響，主要是維護微觀的競爭秩序。

2. 調整對象不同：《反壟斷法》調整則是經營者以及行政機關和法律、法規授權具有管理公共事務職能的組織所從事的壟斷行為、限制競爭行為等；而反不正當競爭法調整的是經營者從事不正當競爭活動而引起的社會關係，其所規範的對像是經營者及狹義上的不正當競爭行為。

3. 價值理念的不同：《反壟斷法》是從維護市場的有效競爭出發，通過規範壟斷和限制競爭行為，防止少數經營控制或操縱市場，從而保證市場上有足夠的競爭者，保障經營者能夠為自由、有效的競爭；而《反不正當競爭法》則主要是反對經營者出於競爭的目的，違反市場交易中的誠實信用原則和公認的商業道德，通過不正當的手段攫取他人競爭優勢的行為，其通過制止不正當競爭行為，以避免善意的經營者和消費者受到損害，從而達到維護公平競爭的市場秩序的目的。

4. 保護的對象不同：《反壟斷法》側重於保護自由、公平的競爭機制和市場秩序，其所保護的是競爭而非競爭者；而《反不正當競爭法》側重於保護受不正當競爭行為侵害的當事人，一般表現為特定的經營者。

5. 法律屬性存在差異：壟斷行為和限制競爭行為危害的首先是社會公共利益，所以，《反壟斷法》具有濃厚的公法色彩；而不正當競爭行為在許多國家，被視作侵權行為，侵害的往往是特定的受害人的利益，《反不正當競爭法》被認為是民法的特別法，具有私法的性質。

6. 規範方式不同：《反壟斷法》之規定與適用較為原則性、靈活性、政策性；而《反不正當競爭法》規定與適用較為具體。

7. 調整方法和救濟措施不同：《反壟斷法》主要是事前預防和管制，偏重行政手段，輔以民事和刑事制裁手段；而《反不正當競爭法》主要是事後救濟，以民事制裁手段為主，輔以行政和刑事制裁的手段[82]。

月。

[82] 曹康泰主編，中華人民共和國反壟斷法解讀-理念、制度、機制、措施，頁16，中國法制出版社，2007 年10 月。

參、中國反壟斷法立法歷程

一、制定反壟斷法之原因

（一）立法背景

1949 年中華人民共和國成立，此後 30 年中國政府推行計劃經濟體制，由國家專門機構規劃制定各領域經濟發展的目標，使中國大陸經濟穩定地朝政府欲推動的方向發展，但亦因限制經濟的自由發展，使經濟環境欠缺活力，發展速度落後。1970 年代末期，中國大陸開始對計劃經濟體制進行改革，開始實施改革開放政策；1992 年，中國大陸確定以建立社會主義市場經濟體制做為改革的方向。1994 年中國第八屆全國人大常會將反壟斷法之制定納入立法規畫 ，惟此時政府職能尚未轉換，人民對反壟斷法的觀念未臻成熟甚至存有誤解，於主客觀環境皆未具備的情形下，反壟斷法並未有所發展。

與世界上成熟的市場經濟體制相較，中國大陸的市場競爭情況不良——中國大陸政府在企業的成立及市場退出機制方面設有各種繁瑣不必要的行政審批和進入障礙；各種違法違規的不正當競爭行為大量存在，不正競爭問題普遍存於國有企業與非國有企業之間、中資企業與外資企業之間、大型企業與中小型企業之間、本地企業與外地企業之間等；行業壟斷和地方保護主義思想導致各種行政干預或政策限制。中國於 1993 年及 1997 年先後頒布「反不正當競爭法」及「價格法」等涉及反壟斷的法規，但這些法規未形成一個完整的、有系統的反壟斷法體系，對濫用行政權力限制競爭的行為並無制裁規定，也欠缺對反壟斷法執法機關的規劃設計。

2001 年 12 月 11 日，中國大陸正式加入 WTO，開放國內市場，促使社會主義市場經濟體制加速發展，對反壟斷法的需求愈來愈迫切，因此反壟斷法的制定也明顯加快。2007 年 8 月 30 日，中國大陸第 10 屆全國人大常委會第 29 次會議中，以 150 票贊成、2 票棄權表決通過反壟斷法草案，並於 2008 年 8 月 1 日起施行。該法案包括總則、壟斷協定、濫用市場支配地位、經營者集中、濫用行政權力排除、限制競爭、對涉嫌壟斷行爲的調查、法律責任和附則共 8 章 57 條。中共國務院規定反壟斷執法機構，負責組織、協調、指導反壟斷工作，根據工作需要，可以授權省、自治區、直轄市人民政府相應的機構，依照反壟斷法規定負

責有關反壟斷執法工作；並研究擬訂有關競爭政策；組織調查、評估市場總體競爭狀況，發佈評估報告；制定、發佈反壟斷指南；協調反壟斷行政執法工作等。

中國大陸反壟斷法的通過，在時間上雖較世界各國晚了不少，但總向世界之接軌邁進一大步。其內容涵括各國反壟斷法所共同具有的基本規範，並依據特殊國情規定了禁止行政性壟斷等內容，於國際化外亦帶有鮮明的中國特色。

（二）立法目的

中國反壟斷法第一條揭示該法立法目的：「為了預防和制止壟斷行為，保護市場公平競爭，提高經濟運行效率，維護消費者利益和社會公共利益，促進社會主義市場經濟健康發展，制定本法。」中國大陸反壟斷法之立法目的包括：維護自由公平競爭機制、提升經濟效率、消除市場壁壘及保障消費者利益等層面。

1. 維護自由公平競爭機制

反壟斷法透過消除對自由競爭之限制，如禁止濫用支配地位及禁止為限制競爭之協議等規定，達成維持市場自由及公平競爭之目的。

2. 提升經濟效率

反壟斷法所保護者為「競爭」而非「競爭者」，提升經濟效率，維護完全競爭市場之運行。在完全競爭之市場下，透過「市場之手」引導價格，通過成千上萬經營者及消費者的獨立決策與交互作用，使國民所獲得的資源配置最佳化。壟斷行為則可能造成市場失靈的現象，使企業能夠左右價格，需求和生產結構被扭曲，損害市場機制，導致生產或消費的無效率。政府須利用反壟斷法校正市場失靈現象，回復市場競爭效率。

3. 保障消費者利益

維護市場之公平自由競爭，使生產者以最低成本生產最高品質之產品，消費以最低之價格購入這些最高品質之產品。

4. 消除市場壁壘

中國大陸由於歷經數十年之計畫經濟體制，遺留下比比皆是的各種分割、封鎖市場的壁壘，構成自由競爭的重大威脅，阻礙了市場經濟體制之建立。中國大陸的反壟斷為除此遺害，透過禁止行政壟斷等中國大陸獨有之規定，期有效發揮消除市場壁壘之功能。

二、反壟斷法之立法過程[83]

1987 年 8 月，國務院法制局，國家體改委、國家工商行政管理局等七部門成立了《反壟斷法》起草小組，並於 1988 年提出了《反壟斷和不正當競爭暫行條例草案》。在這部草案中，立法者採取合併立法的模式，對反壟斷和反不正當競爭同時作出規定。但其後立法意圖發生變化，擬分別制定《反不正當競爭法》和《反壟斷法》，1989 年的第五次稿中取消了反壟斷法的內容，名稱也改為《制止不正當競爭條例》。立法模式也由此過渡為分別立法模式。後由於各方對立法中的一些基本問題分歧較大，起草工作停頓下來。1993 年 9 月 2 日，第八屆全國人大常委會第三次會議審議通過了《中華人民共和國反不正當競爭法》。

1994 年中共中央中發「1994」2 號檔批准的《第八屆人大常委會立法規劃》確定，制定《反壟斷法》，並授權國家經貿委和國家工商局共同起草。

1994 年 5 月，《反壟斷法》起草領導小組和起草工作小組正式成立。

1997 年 7 月，形成《反壟斷法》（草案大綱第一稿）。1998 年 11 月，形成《反壟斷法》（草案大綱第二稿）。

1998 年以來，中國反壟斷立法越來越多地受到關注。1998 年 11 月和 1999 年 12 月，起草工作小組與 OECD 合作，共同舉辦了 2 次反壟斷立法國際研討會。在會上，國內外反壟斷法方面的專家、學者、政府官員，圍繞中國反壟斷立法展開了討論。起草小組根據大家的意見和建議，對《反壟斷法》（草案大綱）進行了反復修改。2000 年 6 月，起草小組對《反壟斷法》（草案大綱）又進行了修改，形成了第一次《反壟斷法》（徵求意見稿），分送有關部門徵求意見。

在國務院體制改革中，國家經貿委撤銷，一部分人員組成“發展與改革委員會”，而參與《反壟斷法》起草的部分人員併入原外經貿部，外經貿部後改組為商務部。

2004 年 2 月 26 日，商務部單獨向國務院提交了《反壟斷法》（送審稿）。

2005 年國務院成立《反壟斷法》審查修改領導小組、《反壟斷法》修改工作小組、《反壟斷法》修改專家小組，集中對中國《反壟斷法》進行審查修改，向全國人大提交中國《反壟斷法》的審議草案。

全國人民代表大會將《反壟斷法》列入了 2006 年的立法計畫。

---

[83] 王曉瑨，中國反壟斷法的立法狀況介紹，資料來源：http://www1.open.edu.cn/file_post/display/read.php?FileID=31011，最後瀏覽日期：**2009/12/25。**

國務院反壟斷法的審查修改工作在2005年和2006年初進行了多次審查修訂，並召開了多次國際型研討會和徵詢國家有關機關、部門、大型企業、跨國公司、國際組織的意見，加緊工作，對《反壟斷法》的草案提出過多次審查修訂稿，迨2007年8月提交第十屆全國人大常委會第二十九次會議審議，經三次審議，2007年8月30日會議中以150票贊成票表決通過了《中華人民共和國反壟斷法》。所以，大陸的競爭立法採取的分別立法的模式。

三、反壟斷法之立法宗旨

反壟斷法第一條規定「為了預防和制止壟斷行為，保護市場公平競爭，提高經濟運行效率，維護消費者利益和社會公共利益，促進社會主義市場經濟健康發展，制定本法。」

中國處於社會主義市場經濟的建立初期，市場還不夠健全，維護競爭機制，提高經濟效率是中國發展市場經濟的根本要求。反壟斷法不僅反對經濟性壟斷，也反對政府濫用行政權力，排除限制競爭的行為；同時，考慮到中國的經濟水準，現階段市場經濟中存在的實際問題，本法之目的也包括增強國家在國際上的競爭力、維護國家經濟安全、適當保護中小企業以及環境保護等其他社會公共目標。

根據本條規定，反壟斷法之立法宗旨包括以下幾方面的內容：

（一）預防和制止壟斷行為。本法所稱的壟斷行為，包括經營者達成壟斷協議、濫用市場支配地位和具有或可能具有排除、限制競爭效果的經營者集中。壟斷行為，通常會排除或限制市場競爭，造成整體經濟效率低下，破壞社會生產力的發展。反壟斷法通過規定有關制度，預防和制止壟斷行為的發生。

（二）保護市場公平競爭。保護市場競爭機制，實現資源的有效配置，提高整體經濟效率，市場競爭鼓勵經營者降低成本、提高個別生產效率，以維持經營者在市場中的生存。

（三） 維護消費者合法權益。反壟斷法通過保護競爭機制，遏制壟斷行為，使市場始終保持"有競爭"的狀態，在競爭的作用下，迫使經營者以最低的成本生產最高質量的商品，並使消費者能以最低的價格購買到這些商品。因此，提高消費者福利，維護消費者的整體利益，也是反壟斷法的重要目標。

維護社會公共利益。反壟斷法從中國實際出發，維護社會公共利益作為立法的目標之一，在具體規定上體現了對社會公共利益的保護。例如，規定為實現節約能

源、保護環境、救災救助及為保障對外貿易和對外經濟合作中的正當利益的壟斷協議可以得到豁免；對具有或可能具有排除、限制競爭效果，應予禁止的經營者集中，如果經營者能夠證明該集中符合社會公共利益，可不予禁止。反壟斷法中所涉及的社會公共利益目標包括促進國民經濟發展、提高國內企業的國際競爭力、保護對外貿易、社會就業、環境與資源保護及救災、救助等[84]。

四、三種主要之壟斷類型

各國現有反壟斷法規範內容包括經濟力量過度集中、壟斷協議和濫用市場支配地位。中國《反壟斷法》第三條：「本法規定的壟斷行為包括：

（一）經營者達成壟斷協定；

（二）經營者濫用市場支配地位；

（三）具有或者可能具有排除、限制競爭效果的經營者集中。」。

各國司法實務中，目前「合理原則(rule of reason)[85]」比「當然違法原則(per se illegal)」適用上更為廣泛。然而並不必然代表著反壟斷法的調整範圍趨向於不確定，蓋於判斷反壟斷法是否需要對某些行為或狀態進行規制時，其判準為「是否

[84]全國人大常委會法制工作委員會經濟法室編，中華人民共和國反壟斷法條文說明、立法理由及相關規定，北京大學出版社，2007 年 9 月，頁 1~3。

[85]「合理原則」係美國法院爲判斷休曼法第一條第二個構成要件「不合理限制競爭」而發展出來的理論。其主要內涵，係認爲法院於審酌事業行爲是否違法時，須綜合考量多種相關因素，評價被指控事業之行爲目的與所造成之結果，俾據以決定其行爲是否違法，而非僅因該禁止行爲之發生，即認定其違法性。亦即，法院於適用此原則時，須決定被告行爲對於市場競爭之影響，而此種影響係依據「相關市場」（relevant market）之概念予以評估，包括分析雙方或被告之市場占有率、市場影響力與市場結構等。在本原則下，法院必須評估案件中所有相關之因素，以便決定其中是否有對商業行爲之不合理限制。
實務上，在「合理原則」之下，美國法院對於限制競爭行爲之認定必須同時考量諸多因素，例如：受影響之產業本身之特殊狀況、在相關行爲發生前與發生後，相關產業所產生之目標、效果、被告之所以採行此項做法，所希望達成之目標、效果、是否有其他限制較少之行爲，亦可產生相同之效果。
由此可知，美國法院在適用合理原則時，必須對於受影響產業有相當程度之瞭解，俾進一步評估系爭行爲對於競爭所造成之影響。如評估結果，被告行爲對於競爭不具有重大影響，或僅有些微影響，且被告有正當商業理由支持其採取此項行爲時，在合理原則之下，該行爲便不致被認定爲違法行爲。
再者，法院不但判斷限制競爭之情形，亦同時斟酌「正當性」（justifications）。法院同時評估限制競爭及促進競爭之影響，是否已無其他限制競爭更小的方式可以達到。綜上，在合理原則案件中，法院必須對行爲，在本質上和效率上，是否明顯、不合理的反競爭，加以判斷。
依據合理原則，原告就「對貿易不合理的限制競爭」負舉證證責任，如果，原告已經舉證證明確實「對貿易不合理的限制競爭」存在，則舉證責任移轉至被告，被告則必須證明系爭卡特爾行爲「能夠促進競爭」（sufficiently pro-competitive）。如果，被告亦能舉證證明系爭卡特爾行爲確實能夠促進競爭，則舉證責任又移轉至原告，由原告證明該限制競爭之行爲，沒有合理之理由去達成所謂的促進競爭此一目標。
參考資料來源：邱淑芬，「知識經濟時代公平交易法對競爭者間合作聯盟之規範」，頁 10~11 行政院公平交易委員會計畫，2003 年 3 月。

有利於促進經濟和社會兩方面的發展」及「能否有效兼顧與統籌各種需要法律保護的利益，特別是消費者之權益」。具體言之，當代反壟斷法所需要調整的範圍應當主要包括以下幾方面的內容：

1. 壟斷協議

這種壟斷行為最為常見、危害極為明顯。因為不同經營者之間的競爭，乃是市場機制和價值規律產生作用的根本原因，競爭實現了各種經濟資源的自由流動，並促使經營者不斷地提高生產效率，提供更為質優價廉的產品。

而壟斷協議會削弱甚至消除競爭，使得經營者滿足現有的經濟技術條件而不思革新；一些經營者結成同盟，會產生對其他經營者的競爭的排斥，也增加了潛在經營者進入市場的難度；而價格的固定和市場的劃分，使得來自消費者的市場壓力減輕，從而導致消費者權益的弱化。總之，壟斷協議不利於市場的擴大和發展，不利於保護消費者、經營者的合法權益和社會公共利益。

具體而言，反壟斷法調整的壟斷協議行為應當包括**橫向定價協議、市場劃分協議、聯合抵制協議、縱向定價協議、排他交易協議、串通招投標**等多種形式。常見類型有下列三種：

一是基於動態的、發展的觀點而否定壟斷協議者所謂的「合理價格論」。固定的合理的價格，由於經濟及商業情況的變化，就可能成為明天不合理的價格。價格一經確定，就可以因為缺乏競爭而維持不變。創設這種潛在力量的協議，完全可以被認為是對其自身不合理的或違法的限制，而不必再詳細地考察每一特定的價格合理與否。

二是逐漸把保護消費者權利作為確定行為合法性的重要標準。以美國對縱向定價協議的態度為例，在 20 世紀 50 年代其以最高法院判例和國會立法的方式，肯定了各州關於維持轉售價格的立法。儘管在其之後，該種行為對經營者利益和市場競爭度的影響並沒有發生本質變化，但隨著消費者運動在 60 年代的興起，在 1976 年以後至今，國會和最高法院的態度發生了根本轉變，重新認為維持轉售價格協議是非法的。

三是在確定某些協議行為是否需要適用反壟斷法時，統籌考慮更多的因素。美國在 1890 年制定『休曼法(Sherman Act)』的時候，確立的是「當然違法原則」，即行為只要在形式上構成了壟斷協議，就會無例外地被納入反壟斷法調整範圍。

然而多年實踐表明，適用「合理原則」更為科學，即行為本身不違法，只有當行為對競爭、對經濟和社會的發展造成實質性的障礙的時候才需要受到法律的規制。新的立法往往賦予了司法機關較大的靈活性，以便實現經濟、社會和人的全面、協調、可持續的發展。這裏面典型的例子就是各國有對中小企業卡特爾、進出口卡特爾等等的豁免。在中國大陸反壟斷法則規定於第十三至十六條[86]。

2. 濫用市場支配地位的行為

市場支配地位本身並不違法，反壟斷法並不禁止市場支配地位本身，而只是禁止支配地位濫用的行為。濫用市場支配地位，又被稱為濫用市場優勢地位，是企業獲得一定的濫用市場支配地位以後濫用這種地位，對市場的其他主體進行不公平的交易或排斥競爭對手的行為。如何判定一個具有市場支配地位的企業是否實施了濫用行為，反壟斷法必須制定一個標準。

市場優勢地位企業濫用市場支配地位的行為一般包括搭售行為、價格歧視、掠奪性定價（傾銷）、獨家交易等，其目的在於損害、消滅已經存在的競爭者；或者通過提高、強化市場壁壘，阻止和排斥潛在可能的競爭者進入市場。這顯然限制了生產和銷售的擴大，不利於生產效率的提高和新技術的產生與推廣，嚴重妨礙了社會發展。

---

[86] 【第十三條】禁止具有競爭關係的經營者達成下列壟斷協定：
（一）固定或者變更商品價格；
（二）限制商品的生數量或者銷售數量；
（三）分割銷售市場或者原材料採購市場；
（四）限制購買新技術、新設備或者限制開發新技術、新產品；
（五）聯合抵制交易；
（六）國務院反壟斷執法機構認定的其他壟斷協定。
本法所稱壟斷協定，是指排除、限制競爭的協定、決定或者其他協同行爲。
【第十四條】禁止經營者與交易相對人達成下列壟斷協定：
（一）固定向第三人轉售商品的價格；
（二）限定向第三人轉售商品的最低價格；
（三）國務院反壟斷執法機構認定的其他壟斷協定。
【第十五條】經營者能夠證明所達成的協定屬於下列情形之一的，不適用本法第十三條、第十四條的規定：
（一）改進技術、研究開發新產品的；
（二）提高產品質量、降低成本、增進效率，統一產品規格、標準或者實行專業化分工的；
（三）提高中小經營者經營效率，增強中小經營者競爭力的；
（四）實現節約能源、保護環境、救災救助等社會公共利益的；
（五）因經濟不景氣，緩解銷售量嚴重下降或者生明顯過剩的；
（六）保障對外貿易和對外經濟合作中的正當利益的；
（七）法律和國務院規定的其他情形。
屬於前款第一項至第五項情形，不適用本法第十三條、第十四條規定的，經營者還應當證明所達成的協定不會嚴重限制相關市場的競爭，並且能夠使消費者分享由此產生的利益。
【第十六條】行業協會不得組織本行業的經營者從事本章禁止的壟斷行爲。

同時，市場支配力的濫用還表現為優勢地位企業不正當的確定、維持、變更商品價格的行為，同時商品質量和服務水準也更加缺乏保證，對廣大消費者的權益造成損害。

本法第十七條:「禁止具有市場支配地位的經營者從事下列濫用市場支配地位的行為：

(1) 以不公平的高價銷售商品或者以不公平的低價購買商品；

(2) 沒有正當理由，以低於成本的價格銷售商品；

(3) 沒有正當理由，拒絕與交易相對人進行交易；

(4) 沒有正當理由，限定交易相對人只能與其進行交易或者只能與其指定的經營者進行交易；

(5) 沒有正當理由搭售商品，或者在交易時附加其他不合理的交易條件；

(6) 沒有正當理由，對條件相同的交易相對人在交易價格等交易條件上實行差別待遇；

(7) 國務院反壟斷執法機構認定的其他濫用市場支配地位的行。

本法所稱市場支配地位，是指經營者在相關市場內具有能夠控制商品價格、數量或者其他交易條件，或者能夠阻礙、影響其他經營者進入相關市場能力的市場地位。」

本條之說明及立法理由指出[87]：

(1) 市場支配地位

企業或企業集團能夠左右市場競爭或不受競爭機制的制約，不必考慮競爭者或交易對手之反應即可自由定價。經營者在相關市場內具有控制商品價格、數量或其他交易條件，或是能夠阻礙、影響其他經營者進入相關市場能力，為有市場支配地位。

而反壟斷法並不禁止經營者具有市場支配地位，而是禁止具有市場支配地位之經營者濫用其地位而從事排除、限制競爭的行為，同法第六條:「具有市場支配地位的經營者，不得濫用市場支配地位，排除、限制競爭。」即本此意旨。

(2) 濫用市場支配地位之概念及具體情形

濫用市場支配地位是指支配企業為維持或增強其市場支配地位而實施之反競爭

[87] 全國人大常委會法制工作委員會經濟法室編，中華人民共和國反壟斷法條文說明、立法理由及相關規定，頁 99 以下，北京大學出版社，2007 年 9 月第 1 版。

行為，其特徵如下：

a. 行為主體為具有市場支配地位之企業。

b. 行為目的乃為維持或增強其支配地位而實施濫用。

c. 行為本身為排除、限制競爭之行為。

本法第十八條：「認定經營者具有市場支配地位，應當依據下列因素：

(1) 該經營者在相關市場的市場占有率，以及相關市場的競爭狀況；

(2) 該經營者控制銷售市場或者原材料採購市場的能力；

(3) 該經營者的財力和技術條件；

(4) 其他經營者對該經營者在交易上的依賴程度；

(5) 其他經營者進入相關市場的難易程度；

(6) 與認定該經營者市場支配地位有關的其他因素。」

第十九條：「有下列情形之一的，可以推定經營者具有市場支配地位：

(1) 一個經營者在相關市場的市場占有率達到二分之一的；

(2) 兩個經營者在相關市場的市場占有率合計達到三分之二的；

(3) 三個經營者在相關市場的市場占有率合計達到四分之三的。

有前款第二項、第三項規定的情形，其中有的經營者市場占有率不足十分之一的，不應當推定該經營者具有市場支配地位。

被推定具有市場支配地位的經營者，有證據證明不具有市場支配地位的，不應當認定其具有市場支配地位。」

本條之說明及立法理由指出[88]：

本條為推定市場支配地位之規定，本法第十八條為認定市場支配地位應當依據的因素的規定。在具體執法過程中，依該條各項因素進行判斷；然而為節省執法成本和對經營者實行有效監管，本條規定推定制度，即反壟斷執法機構僅根據本條規定經營者之市場占有率，就可以推定該經營者具有市場支配地位。

而本條第三款規定了經營者對反壟斷執法機構的推定予以反證推翻之制度，舉證責任在於被推定之企業。被推定之經營者可以根據本法第十八條規定的認定經營者具有市場支配地位應當依據的因素及其他因素，通過證明他們之間存在實

[88] 同前註，頁 112 以下。

質性競爭，或者與另外競爭對手相較，不具有突出的優勢地位等證據反證其不具有市場支配地位。

（三） 經營者集中

各國反壟斷立法一般把企業合併造成的經濟力量過度集中也納入反壟斷法的調整範圍。根據美國的「克萊登法(Clayton Act)」以及各國以後的立法例，反壟斷法中的企業合併除了企業法意義上的公司合併，還包括各種形式的組合或聯合，如對其他企業的股份或資產的收購。一般包括橫向合併、縱向合併以及所謂混合合併三種形式。

造成經濟力量過度集中的企業合併對競爭和經濟發展的弊害在於：由於經濟力量的過度集中，市場上往往只存在幾個甚至一個經營者，大大增加了濫用支配地位行為和壟斷協議行為發生的危險性，使其他競爭者的處境更為不利，潛在競爭者進入市場的難度也大大提高，產生「阻卻競爭」(dissuading competition)效應。

另外，考慮到中國已經入世，而市場環境和企業競爭力恐怕還沒有同步的質的提高，出於「統籌國內發展和對外開放」的考慮，一方面，對競爭強度過大、企業經營處於困境之中且退出困難的產業，不光不能限制合併，還要鼓勵兼併、收購；另一方面，反壟斷法要重視把跨國企業、境外企業涉及到的合併（主要是橫向合併）納入調整範圍的問題，在開放的同時通過反壟斷法的域外適用保護國內的發展。

本法規定於第二十條至三十一條。而其主要態樣規範於第二十條：「經營者集中是指下列情形：

（一）經營者合併；

（二）經營者通過取得股權或者資的方式取得對其他經營者的控制權；

（三）經營者通過合同等方式取得對其他經營者的控制權或者能夠對其他經營者施加決定性影響。」

第二節 反壟斷法與全球化競爭政策

壹、競爭政策在反壟斷法上的意義

一、競爭法與競爭政策

競爭政策是一個使用廣泛的術語，但未有一個嚴格的定義。一般而言，競爭政策可以從廣義和狹義上進行理解，廣義的競爭政策是指影響市場競爭的所有政策，主要是競爭立法和競爭執法所體現的競爭政策以及其影響市場競爭的政策。狹義的競爭政策是指競爭立法和競爭執法所體現或奉行的政策，甚至有時被等同於反壟斷法。以歐盟為例，按照歐盟條約之規定，歐盟是建立在"具有自由競爭的開放市場經濟"基礎上的，並應當包括"確保內部市場的競爭不被扭曲的制度"。

競爭政策還可分為積極和消極的競爭政策。積極的競爭政策是指積極促進競爭的發展之政策；消極的競爭政策是指限制或者抑制競爭之政策。總體而言，競爭政策是促進競爭、制止限制競爭的政策選擇，但並不排除對於特定行業，如自然壟斷行業，採取抑制競爭的政策。

有認為競爭政策具有兩個主要分支：一是競爭執法當局促使其他政府機關調整其政策，以便只在絕對必要時才對市場競爭進行干預，使其干預減少到最低限度；二是競爭執法。作為法律實施者，競爭執法當局對排斥競爭者會以勾結代替競爭的行為進行調查和起訴或禁止，且禁止企業單方限制實際或潛在的競爭者之獨占化或濫用支配地位。

競爭政策與競爭法或反壟斷法之關係非常密切，而其關係之界定又取決於如何理解競爭政策。一般而言，競爭政策是高於競爭法而又體現於競爭法中的一種精神或理念，競爭政策可以是競爭法靈魂，競爭法是競爭政策的具體實現形式[89]。

二、反壟斷法的發展趨向

從各國競爭法之發展動態觀之，有下列趨勢值得注意：

（一） 隨著市場全球化趨勢之發展，**企業併購風起雲湧，競爭執法機關對跨國**

[89] 孔祥俊，反壟斷法原理，頁 11~13，中國法制出版社，2001 年 6 月。

性的企業集中之控制在於鬆綁。儘管併購須經競爭執法機關的審批，競爭執法機關通常對於併購附加限制條件，但禁止併購的情況較少。

（二） 隨著科學技術的進步，對自然壟斷領域的解除管制並引入競爭機制，在許多國家已受到重視，例如德國推動郵電行業進入自由競爭。許多國家在關鍵設施的准入等方面大力引進競爭機制，並通過反壟斷法予以實施，如澳洲特別修改了貿易行為法，加入促進關鍵設施競爭的內容。

（三）競爭執法正在加強。例如，美國對微軟的訴訟案，表明其對於禁止濫用獨占地位的決心；日本等國家減少反壟斷法的豁免條款，以擴大該法的試用領域。

（四）經濟轉軌國家和發展中國家加強競爭立法和競爭執法，意圖以此推進市場化進程，形成自由競爭的市場體制。

（五）許多國家加強了競爭執法機關的地位。

但是競爭關係是複雜的，各個行為和個案的經濟後果可能是千差萬別的，試用劃一的規則不利於促進經濟發展，特別是競爭更主要是政治選擇的結果，所選擇的規則首先要反映政治的需要。因此，競爭法的適用具有濃厚的自由裁量色彩，常常需要大量的經濟分析，由此導致了較差的確定性和可預見性。反壟斷法的抽象性、原則性條款多，需要根據經濟形勢和個案進行經濟分析和自由裁量[90]。

三、經濟全球化與競爭執法的國際合作

全球化是目前經濟發展最重要的趨勢，經濟全球化在反壟斷法上之反映，主要是出現了許多跨國性的反壟斷法案件，從而既要求國內的反壟斷立法和競爭執法機關要面對全球化問題，如國際卡特爾(international Cartel)、跨國兼併(world-scale mergers)和跨國性的濫用支配地位，又要求國與國之間的反壟斷執法合作。

競爭執法機關也會面臨新的情況和問題。例如，因行為人不屬於其管轄範圍而對一些影響其國內市場的跨國反競爭行為束手無策，或者其採取的執法行動可能影響其他國家，或其他國家採取之執法行動影響到其本國。為克服這些困難，需要一些國際合作。早在 20 世紀 60 年代，經濟合作組織(OECD)就建議成員國在影響國際貿易的反競爭行為方面進行合作，該建議又於 1995 年進行修改，即行成”理事會關於成員國之間在影響國際貿易的反競爭行為方面合作之修改建

[90]同前註，頁 14~16。

議”。儘管該組織尚未形成正式的制度，但由此產生了許多雙邊協議，其中最為重要的是美國和歐盟之間的雙邊協議。它規定了在影響對方的案件中進行告知、合作和協調的制度，並要求相互保密，特別是規定了積極合作和消極合作，前者即雙方都可以要求對方對影響其利益的行為採取行動，後者即尊重對方的執法行動。在微軟案件以及尤其是合併案件中，這些合作制度得到了廣泛的實行。

在跨國合併案中，特別需要有關國家之間的合作。跨國合併常常需要向多個國家的競爭執法機關申報，由此也會導致各國要求的不一致和合併的不確定性，甚至導致合併受阻。經營者也需要國家的競爭執法機關之間的相互合作也便利其從事跨國經營[91]。

四、在中國提出知識產權領域反壟斷問題的意義

知識產權領域的反壟斷法律問題不僅是西方反壟斷法律制度中的一個重要問題，而且也是近年來反壟斷法理論乃至知識產權理論研究中的一個重要問題。在中國大陸，知識產權與反壟斷法之間的複雜關係長期沒有引起中國經營經濟法學界和知識產權法學界的足夠重視。在很長一段時間裡，有關反壟斷法的論著一般不提知識產權領域的反壟斷問題，而只是籠統地將知識產權作為反壟斷法的適用除外；有關知識產權的論著幾乎也不提及反壟斷法，而只是籠統地提及知識產權的獨占性(即壟斷性)；在立法上，中國長期沒有基本的反壟斷法律制度，更談不上與知識產權有關的反壟斷法律制度了。

基於此，在中國加強對知識產權領域的反壟斷問題之研究，無論在理論上還是在實踐上都具有重要意義。在理論上，對知識產權領域的反壟斷問題進行深入、系統的研究，有利於反壟斷理論研究的深化和精細化，揭示知識產權與反壟斷法的必要性和應遵循的法律原則，從而豐富和完善反壟斷法理論乃至於經濟法理論，同時也從另一方面豐富了知識產權法的理論。在實踐上，對知識產權領域的反壟斷問題進行深入、系統的研究，可以為中國反壟斷法之制定、實施，特別是在知識產權領域的實施提供基本的理論依據和具體的參考意見。如何制定和實施一部既體現國際潮流又適合中國國情的反壟斷法，是中國經濟法制建設中的一項重要課題，而如何認定、處理與知識產權有關的壟斷行為，已成為其中的一個突出的難題。事實上，這也將是新世紀知識經濟時代，各國乃至國際反壟斷法立法與實

[91]同前註，頁 18~19。

施所面臨的新課題之一。因此，深入、系統地研究這一問題有利於幫助解決中國反壟斷立法及其實施中的這一難題。

經過 13 年的反覆醞釀，《中華人民共和國反壟斷法》終於在 2007 年 8 月 30 日第十屆全國人大常委會第二十九次會議上獲得通過，自 2008 年 8 月 1 日起施行。而且，該法在附則第 55 條明確規定：”經營者依照有關知識產權的法律、行政法規規定行使知識產權的行為，不是用本法；但是，經營者濫用知識產權，排除、限制競爭的行為，適用本法。”這就在中國建立起了基本的反壟斷法律制度的同時，也確立了對知識產權行使行為進行了反壟斷法規制的基本問題和制度，具有非常重要的意義。因此，今後的主要問題就是如何使得這樣的基本原則和制度在實踐中得到有效實施[92]。

貳、知識產權與反壟斷法之衡平

一、知識產權與反壟斷法的一般分析

（一）知識產權法律機制的主要表現

知識產權作為一種法律機制，其內容和作用形式是多方面的，大致上可以概括為以下三個主要原則。

第一，知識產權的激勵機制。這是知識產權機制中最基本、最主要的方面。知識產權作為特定的知識財產創造者依法獲得的一定壟斷權，實際上可以看作是國家通過相應的法律制度來解決之是產品的外部性問題，從而避免出現無償利用他人智力成果的「搭便車」行為。

知識產權的激勵機制在於知識創造活動，知識產權法明確賦予知識創造者以某種專有權，讓其對該智力成果想有在一定期間內的獨占權，這就以利益驅動機制刺激這種智力創造活動持續地進行，故知識產權正是依法為在交易中獲利以彌補智力支出而設置的一定程度的壟斷使用權。

第二，知識產權的調節機制。這種調節實際上也是一種利益的調節。知識產權的激勵機制是以賦予社會個體(智力成果創造者)對特定知識產品的壟斷權來實現的。但是，由於知識產品本身具有一定的繼承性，任何新的知識成果的創造都離不開對前人創造出的知識成果之繼承，並且知識產品在本質上還帶有公共物

[92] 王先林，知識產權與反壟斷法，頁 28~29，法律出版社，2008 年 9 月 2 版。

品的屬性，其消費和或使用不具有排他性，因此知識產權作為社會個體對特定的知識產品擁有的壟斷權就不應是絕對的、無限制的，而應是有一定限度的，以調節社慧個體與社會整體之間的利益平衡。這種調節機制主要表現在：知識產權在時間尚有限制，即無論是專利權、商標權或著作權都有一定的期限，其法定期限屆滿即不再受保護，成為社會工有的知識，使知識來源於社會，又歸於社會。知識產權的這種時間、範圍等方面的限制，有利於保護知識創造者利益之同時，又促使知識的廣泛傳播和有效利用，做到個人利益和社會利益的平衡，亦利於促使實現公平和效率的統一。

第三，知識產權的規範與保障機制。規範與保障機制應該是任何法律機制都具有的，以達規範行為、保障利益之作用。知識產權的規範與保障機制表現在：(1)保護依法取得的知識產權，防止對他人知識產權之侵害行為。(2)規範知識產權的行使行為，防止依法取得的知識產權被不正當使用，維護市場公平交易的競爭秩序[93]。

本身合法的權利也存在被濫用的可能，禁止權利濫用是一項重要的法律原則。規範知識產權的行使行為，保障市場公平交易的競爭秩序也應是知識產權機制的一部分。這方面的問題，有些是知識產權機制本身能夠解決的，即通過知識產權法自身的權利限制規範(如著作權法中的合理使用、專利法中的強制許可及著作權法、專利法和商標法共有的權利耗盡原則)來解決，有些往往需透過與其他法律(尤其是反壟斷法)的機制結合起來加以解決，後者亦是本論文的重點。

（二）知識產權法律制度的完善：保護的有效、充分、合理與適度

如前所述，應然狀態的知識產權機制實際作用的發揮要取決於多種因素。其中，知識產權法律制度本身是否完善是一個非常重要甚至是首要的因素，因為知識產權機制就是通過相應的法律規定及其實施來發揮作用的。

任何法律制度都不是一成不變的，隨著時代的前進而不斷地發展和完善。以高科技產業技術[94]為核心的知識經濟，對於各種法律制度都不同程度地帶來衝擊。知識經濟與知識產權的特殊聯繫，使得知識產權法律制度受到更大、更直接的衝擊。兩者間存在一種互動關係，就現有的知識產權法律制度觀之，其至少面臨以

[93]同前註，頁 40~44。
[94] 中國稱爲高新技術。

下問題：

第一，知識產權保護範圍的問題。隨著知識經濟的興起，新的技術領域不斷湧現，如生物技術、基因工程、電腦軟體[95]、半導體晶片、衛星傳播、網際網路資訊等這類高新科技接連出現，都對現有的知識產權法帶來了新的問題。這些技術應否受到知識產權法保護及如何保護，即成問題。

第二，知識產權的保護期限問題。技術的生命週期縮短，如此一來，現行的知識產權法規定有關專利權和著作權之保護期限即有重新考慮之必要，至少應該考慮不同行業的不同情況。

第三，知識產權保護強度的問題。由於知識產權保護對於技術進步、經濟增長和社會發展有著非常重要的意義，因而提高知識產權的保護水準、加大知識產權的保護強度就顯得十分重要[9697]。

（三）反壟斷法與實質公平

反壟斷法應當體現實質公平的價值。這是相對於相同情況做相同法律調整要求的形式正義而言的。反壟斷法無論是對壟斷狀態的控制還是對壟斷行為之禁止，也不論是對經濟性壟斷的調整還是對行政性壟斷之規制，都是以促進和保障自由平等基礎上開發競爭為目標和使命[98]。

（四）反壟斷法與社會整體效率

反壟斷法應當體現社會整體效率的價值。在市場經濟的條件下，效率主要通過競爭來實現，因為競爭是市場經濟活力的泉源，通過競爭，市場在資源配置中的基礎性作用得到發揮；通過競爭，市場主體在優勝劣敗的競爭動力和壓力雙重作用下不斷地改善經營管理，提高技術水準，提高質量改善服務，從而促進國民經濟發展，消費者也從中得到實惠[99]。

---

[95] 中國稱爲計算機軟件。

[96] 面對這些新問題，知識產權法律制度必須適時地作出調整和變革。由於與知識經濟相伴而生的不僅有科技、經濟的一體化，而且還有經濟乃至法律的全球化，因而這些問題不僅是某一個國家的問題，而是各國所共同面臨的問題。

[97]王先林，知識產權與反壟斷法，頁 44~46，法律出版社，2008 年 9 月 2 版。

[98]同前註，頁 65~66。

[99]同前註，頁 67。

二、知識產權與反壟斷法之衝突可能性與協調必要性

（一）知識產權與反壟斷法之間的一致性與潛在衝突

從前述可看出，知識產權基本特點之一是具有專有性，或稱獨占性與壟斷性，他表明知識產權在本質上是法律賦予的一種合法壟斷；而反壟斷法的基本使命就是反對壟斷，保護自由公平競爭，但同時也有例外，一般而言，知識產權就是屬於例外之一。

1. 知識產權與反壟斷法的一致性

知識產權本身雖然具有某種壟斷性，是一種法定的壟斷權，但是作為知識產權客體的智力成果，常常是初始權利人為競爭目的或在競爭過程中的創造。對與創造成果之保護，可以使經營者能夠事先跟具法律將會賦予的獨占程度，比較確定地預期其技術開發和創新投資的經濟回報，從而鼓勵其通過技術創新增強市場競爭力，更好地釋放其競爭潛能。而每個企業的技術水準和競爭力的提高，也將必通過由此激化的競爭，推動整個國民經濟素質和國際競爭力的提高。

而反壟斷法正是以保護自由公平的競爭並以此來促進創新和經濟發展作為其要達到的目的和要實現的功能。一個有效的反壟斷機制，可以通過減少進入市場的障礙來促進競爭；而一個富有活力的競爭機制，又可以激發新的創新能力，進而推動技術創新。

反托拉斯法通過保護專有性知識產權以外的競爭機會來促使後續創新，知識產權法則通過要求初始創新的公開(至少對專利而言)以及為後續創新者提供「合理使用」和不受知識產權「濫用」威脅的權利來促使後續創新。

其次，知識產權與反壟斷法可以統一於對消費者的保護上。知識產權無論是通過鼓勵創新、促進經濟發展，在總體上增加消費者福利，還是通過對具體市場上的假冒等侵犯知識產權行為的制止和制裁來使消費者免遭交易中的損害，都可以達到保護消費者的目的。而反壟斷法無論在哪個國家、哪個時期，也不論是更加突出公平還是更加突出效率，在保護消費者利益、增進消費者福利方面則是完全一致。因此，可以說知識產權與反壟斷法都具有推動創新和增進消費者福利的共同目的。

2. 知識產權與反壟斷法之間的潛在衝突

籠統和抽象的說，知識產權在本質上是完全的或有一定限制的壟斷的創造物。相反地，競爭政策都是關於自由的，反壟斷的。

第一，知識產權本身雖然是合法的壟斷權，但是它畢竟再一定範圍限制了競爭，因此允許這種對競爭的限制是法律權衡利弊的結果，知識產權的存在本身並不能說明他沒有任何消極後果，只是這種消極後果是在可容忍的範圍之內。這種在法律規定範圍內對競爭的限制可以看作是國家實施知識產權制度以激勵創新的必要代價。

第二，由於擁有知識產權這種獨占權往往會使企業在某一特定市場上形成壟斷或支配地位，至少是加強了這種地位，因此如果有關企業的這種壟斷或支配地位被用來實施非法限制競爭的行為，如不正當地拒絕許可他人利用其知識產權以消除或減少自己在特定市場上的競爭壓力、在許可他人利用其知識產權的過程中附加了某種明顯限制正常競爭的條件，以獲取壟斷利益，那麼這種對合法壟斷權的不正當行使行為就違背了自由公平競爭的原則，同樣會構成反壟斷法之違反。

因此，無論是從知識產權的性質來看，還是從其經濟功能和行使的具體情形來看，反壟斷法的要求與知識產權都可能發生衝突。**這種衝突主要表現在，權利主體在行使知識產權的過程中不適當地擴張了壟斷權的範圍，或憑藉合法壟斷進一步謀求非法壟斷或優勢競爭地位的目的，從而直接觸犯了反壟斷法。**

（二）協調知識產權與反壟斷法之間衝突的必要性

由於知識產權的基本性質是民事私權，儘管亦帶有公益性質，但是主要和直接的還是為了私益目的，而反壟斷法則是經濟法，是以社會為本位、以"公"的因素為主導的，主要為了社會公益目標。因此兩者的潛在衝突反映了個體權利和社會整體利益之間在特定情況下可能存在的衝突。市場經濟雖要求充分地遵行民事權利和一體保護的原則，但在社會個體行使民事權利與社會整體利益發生現實衝突時，則要求這種個體的民事權利應該受到一定的限制。

當權利人在行使知識產權超出法定範圍，與反壟斷法通過保護競爭所要實現的社會整體目標相違背時，反壟斷法應當予以適用，以對知識產權的行為加以必要的限制。且只要反壟斷法本身不被濫用，就不會對知識產權的正當行使構成威脅，更不是對知識產權基本性質的否定。

因此，反壟斷法對於知識產權的行使行為進行規制，其必要性是顯而易見的。

關鍵點是，**反壟斷法應當按照何種原則和何種程度上進行規制**[100]。

三、知識產權濫用與反壟斷法在規制知識產權濫用中的特點及意義

（一）知識產權濫用及其法律規制體系

知識產權濫用構成要件的分析如下：

第一，知識產權濫用的主體正是在行使知識產權的權利人。這一要件就是將知識產權濫用與單純違法行為區分開來。知識產權濫用雖是一種違法行為，但它與一般違法行為有著階段性的區別。**知識產權濫用主體首先是擁有合法權利的權利人，至少是形式上依照法律取得某種知識產權的人，當其處於正當行使權利的階段，不存在濫用問題，只有在行使權利的行為超過了法律允許的界限或違背設定權利目的時才會構成權利濫用之違法。**

第二，知識產權濫用的客體是國家、社會的利益和他人的合法權利與利益。如果權利人在行使知識產權之過程中，超出了正當的界限，就會破壞這種平衡，致使國家、社會的利益和他人的合法權利與利益受到損害。

第三，知識產權濫用的主觀方面是權利人損人利己的故意。在很多情況下，**這種故意是透過其行使知識產權過程中的一些客觀表現去推定的。**

第四，知識產權濫用的客觀方面是有危害或者可能危害他人權利和利益後果的行為。已經造成現實危害及可能造成危害的行為皆包括在內。

雖然知識產權的濫用不必然構成反壟斷法意義上的非法行為，但知識產權本身明顯的獨占性特點決定了其濫用往往與限制競爭或壟斷行為有所相關。為防止知識產權濫用，其行為應受到相對規制。一般認為，有內部和外部限制兩種，前者是權利本身包含義務，後者是以公法措施適當限制權利的不可侵犯性，以民法的誠信原則、權利濫用禁止原則及公序良俗原則限制權利行使的自由權。

實際上，知識產權濫用不只是涉及反壟斷單方面的問題，例如，專利權濫用不僅涉及專利法，因為濫用法定的壟斷權容易受到反托拉斯法的禁止，但是在合法利與權利和違犯反托拉斯法之間還有許多行為，雖不見得皆構成壟斷行為，但是已構成專利權之濫用。知識產權濫用原則所體現的公共政策包括創新政策、競爭政策、表達自由政策等等，而這些也蘊含在反壟斷法的公共政策中。只是相對而言，

[100]同前註，頁 78~97。

創新政策主要由知識產權法來體現，競爭政策則側重由反壟斷法體現之。

（二）反壟斷法在限制知識產權濫用中的特點

知識產權的濫用受到反壟斷法的限制，主要體現了反壟斷法通過維護有效競爭來使得社會個體的知識產權行使行為不致破壞了社會整體利益。這是由反壟斷法的社會本位性和保護競爭的特點和角度所決定的。反壟斷法做為典型的經濟法，其所進行的限制必然主要運用不同於民法的公法學上的方法，有專門機關的主動介入，政府干預[101]。

四、中國知識產權領域的反壟斷問題---反壟斷法第 55 條的理解與適用

中國真正建立知識產權制度僅三十年的時間，在這一初創時期主要強調對知識產權的保護是必要的，但只強調權利的行使而沒有確立相對應的約束機制，就會導致權利濫用。其中，反壟斷法的建立是約束知識產權行使的一個非常重要機制。在當今激烈的國際科技、經濟競爭中，許多國外大企業在中國大陸市場上的壟斷行為都與知識產權的不正當行使分不開，因此建立與知識產權有關的反壟斷法律制度對於保護中國的經濟利益具有重要的意義。在 TRIPS 中有關對強化知識產權保護與限制競爭的行為進行控制的規定相比，中國的法律對兩者都存在著相當差距，對於前者，若不設法彌補，就會導致已開發國家之指責，可能遭受經濟制裁的報復；對於後者，則會使本國內市場機制失靈而導致利益受損。

中國反壟斷法在附則第 55 條確立了對知識產權行使行為進行反壟斷法規制的基本原則，具有非常重要的意義。長期以來，中國法學界和實務部門對於反壟斷法與知識產權法的關係，尤其是反壟斷法應當如何對待知識產權的行使行為有著不同的看法。在中國反壟斷立法過程中，有的基於知識產權本身的合法壟斷權的性質，主張反壟斷法不應該規定知識產權問題，或者僅僅明確知識產權是反壟斷法的適用除外領域；有的則認為反壟斷法中不僅要規定知識產權問題，而且還要具體規定，甚至要設置知識產權問題專章，以便為行政執法和司法提供明確的規則。

反壟斷法第 55 條：「經營者依照有關知識產權的法律、行政法規規定行使知識產權的行為，不適用本法；但是，經營者濫用知識產權，排除、限制競爭的

[101]同前註，頁 92~97。

行為，適用本法。」將行使知識產權的正當行為作為反壟斷法的適用除外，又規定對濫用知識產權的壟斷或限制競爭行為進行反壟斷法規制。這是一種合理的規定，正確地掌握和處理反壟斷法與知識產權之間的關係；亦是一種較明確的規定，因為一些國家和地區的相關條文需要作所謂的反面理解才能得出後一方面的結論來，而本條則直接作出了正反兩方面的規定，反壟斷法與知識產權法分處兩個不同的領域，但都屬於各國的基本經濟政策和法律制度，兩者之間的關係比較複雜。一方面，兩者在總體上存在一致性：首先，兩者均具有促進競爭和推動創新的基本功能，反壟斷法的基本目標是反對壟斷，維護市場的自由公平競爭，以維護經濟活力，這就要求並保障經營者之間開展正常的競爭以尋求新的創新之路，為創新提供壓力，同時防止取得支配地位的企業損害和阻礙創新；而知識產權法則通過授予和保護經營者重要但有期限的獨佔權來獎酬其在創新上的投資，為創新提供動力，同時維護公平的市場競爭秩序；其次，兩者均具有保護消費者利益的目的和功能，反壟斷法通過保護和鼓勵競爭來保護和實現消費者的福利；知識產權法不僅通過鼓勵創新，促進經濟發展在總體上增加消費者福利，而且通過對具體市場上的假冒等侵犯知識產權行為的制止和制裁來使消費者免遭交易中的損害。因此，反壟斷法和知識產權法在促進競爭、推動創新和保護消費者方面存在著一致性。

認識這種一致性，進而妥善處理兩個法律領域之間的關係是十分重要的，這既涉及不同法律之間在宏觀上的銜接和協調，更直接關係到實踐中具體行為的認定和處理，正是基於這種一致性，反壟斷法就要尊重和保護正當的知識產權行使行為，這時對競爭的某種限制就應當視為國家實施知識產權制度以鼓勵創新的必要代價，因此經營者依照有關知識產權的法律行政法規規定行使知識產權的行為，不適用反壟斷法。但是，反壟斷法和知識產權法在具體方面又表現出差異，甚至可能形成某種衝突，僅從表面上看，兩者就差異明顯，因為反壟斷法是反對壟斷和保護競爭的，而知識產權法恰恰就是授予和保護某種對競爭進行限制的權利的。雖然這種表面上的不一致並不必然帶來它們實際上的衝突，但它確實蘊含著這種衝突的可能性，兩者之間的實際衝突不是由於知識產權的擁有本身引起的，而是由於知識產權的具體行使行為引起的，並且是知識產權的不正當行使(濫用)行為引起的，即知識產權權利人在行使其權利的過程中超出了法律允許的範圍或者正當的界限，不正當地排除，限制了市場競爭。在此，區分知識產權的擁有和知識

產權的行使以及知識產權的正當行使與不正當行使是非常必要的，知識產權的擁有本身並不必然導致與反壟斷法的衝突，而且知識產權的正當行使也不會產生與反壟斷法的衝突，然而，知識產權權利人不正當行使其權利，並且排除。限制了市場競爭，就會導致這種衝突。

正是基於這樣的認識，中國反壟斷法第 55 條既體現了對知識產權的尊重和保護，又使這種權利的行使受到必要的限制。反壟斷法適用於知識產權的不正當行使行為，並不意味著對知識產權本身作為法定壟斷權的基本性質的否定，而是在成立並且排除、限制了市場競爭，就會導致這種衝突。實際上，區分知識產權的擁有與知識產權的行使是反壟斷法對待知識產權問題的基本原則和邏輯[102]。

國立政治大學 National Chengchi University

[102] 王先林，知識產權行使行爲的反壟斷法規制-反壟斷法第 55 條的理解與適用，法學家，2008 年第一期，頁 25~27。

第三章 中國反壟斷法對於外資企業的影響

第一節 外資企業在中國併購之發展

壹、外資在中國併購之現況及發展歷程

中國以社會主義立國，在建立政權之初，為達成烏托邦共產主義社會， 經濟政策係以公有制為主的計畫經濟，對社會經濟生活所需之一切生產資料[103]進行全國性的集中控制與分配，勞動產品僅為社會統一分配之對象，而非交換客體；隨著中國經濟體制的改革，計畫經濟體制與市場經濟相互消長作用下，普遍存有因兩種制度並行而生的矛盾之處，經濟體制與思想觀念之興革並非易事，且關於證券、金融等資本市場在中國處於發展階段，中國以嚴密之行政管制手段監管，因此與完全的市場機制尚有距離；然而，在中國對外經濟不斷開放並放寬外資准入的條件[104]，以及經濟水準逐漸提高、內部投資環境逐步改善、國有企業改革等產業策略等誘因下，中國外資併購制度逐漸形成。

近年來，中國以其巨大的市場潛力、較低的勞動力成本和優惠政策成為國際直接投資的主要市場[105]。1991 年，中國實際吸收外資達 44 億美元，2004 年已達 620 億美元，從 2008 年 10 月開始，中國外資流入增長速度開始出現負值，2008 年 11 月出現顯著下降趨勢。自 2008 年 10 月至 2009 年 3 月，中國吸收外資出現自 1997 年以來首次連續 6 個月的下降。2009 年第一季度中國新批外商投資企業 1793 家，同比[106]下降 30.4%，實際吸引外商直接投資 217.8 億美元，同比下降 20.6%。雖然外資流入中國的規模和速度有所減緩，但總體而言，其流入總量仍保持了一定規模[107]。

---

[103] 參照王文杰，《嬗變中的中國大陸法制》，頁 119，新竹國立交通大學出版社，2004 年 12 月。

[104] 中國加入 WTO 後，隨著中國執行包括《與貿易有關的投資措施協議》(Agreement on Trade-related Investment Measures, 簡稱 TRIMs)在內的 WTO 各項規則而逐步開放外資投資領域，優化投資環境，提供了外商更爲廣闊的投資空間。

[105] 羅志松，外資併購的東道國風險研究，人民出版社，2007 年 3 月，頁 171 以下。

[106] 發展速度由於採用基期的不同，可分爲同比發展速度、環比發展速度和定基發展速度，均用百分數或倍數表示。同比發展速度主要是爲了消除季節變動的影響，用以說明本期發展水準與去年同期發展水準對比而達到的相對發展速度。如，本期 2 月比去年 2 月，本期 6 月比去年 6 月等。

同比增長速度=（本期發展水準-去年同期發展水準）/去年同期發展水準 × 100%

[107] 郝紅梅，我國吸收外商投資趨勢分析，中國金融，2009 年第 11 期，頁 34~35。

圖 3.1 2008 年 10 月 ~2009 年 12 月中國實際利用外資情況

資料來源：商務部外資統計

商務部新聞發言人姚堅表示，2009 年全年實際利用外資 900.3 億美元，同比下降 2.6%。12 月當月，實際利用外資 121 億美元，同比增 103%，連續 5 個月實現正增長。

姚堅表示，09 年吸收外資有以下特點：第一，製造業仍是吸收外資的主要部分，實際使用外資降幅繼續收窄；第二，服務業所占比重略有上升；第三農業領域實際使用外資同比增 35.5%。增幅較大。

2009 年中國非金融類對外直接投資 433 億美元，同比增長 6.5%，其中併購成為重要的投資方式，併購總額為 175 億美元，占同期投資總額的 40.4%[108]。

隨著外資規模的擴大，以新建投資方式進入的外資帶來土地需求增加、電力能源緊張等新問題。與此同時，中國國有企業改革正迫切希望引進資金豐厚的投資者。中國國有企業截至2007年底已達63.43萬戶(見表3.1)，註冊資金達4.77萬億元人民幣，總戶數達320.2萬戶，註冊資金達21.2萬億元人民幣。

[108] 2009 年 FDI 同比降 2.6% 12 月同比增 103%，新浪財經，資料來源: http://www.howvc.com/Html/economy/macro/china-road/85661.html，最後瀏覽日期:2010/02/23。

表 3. 1 2007年中國內資企業登記基本情況(與上年底比對)[109]

項目		單位	2007 年	2006 年	增長率(%)
總數	戶數	萬戶	320.2(100%)	337.25	-5.04
	註冊資金	億元	21.2萬(100%)	18.07萬	17.32
公司	戶數	萬戶	136.82(42.72%)	132.94	2.92
	註冊資金	億元	15.43萬(72.77%)	12.45萬	23.93
國有企業	戶數	萬戶	63.43(19.9%)	71.38	-11.09
	註冊資金	億元	4.77萬(22.51%)	4.64萬	2.77
集體企業	戶數	萬戶	96.35(30.08%)	109.43	-11.95
	註冊資金	億元	0.67萬(3.15%)	0.70萬	-4.88
項目		單位	2007年	2006年	增長率(%)
股份合作企業	戶數	萬戶	18.35(5.73%)	18.68	-1.75
	註冊資金	億元	0.22萬(1.03%)	0.1765萬	24.84
其他企業	戶數	萬戶	5.01(1.57%)	N/A	N/A
	註冊資金	億元	0.12萬(0.55%)	0.1037	16.42
合計	其中：法人企業	億元	175.37	184.04	-4.71
	均註冊資本	萬元	662.01	535.86	23.54

資料來源：本研究整理

而外資企業截至 2008 年底，全國實有外商投資企業 43.49 萬戶（含分支機構 14.69 萬戶），同比增長 7.01%，投資總額 2.32 萬億美元，同比增長 10.21%；註冊資本 1.3

[109] 全國內資企業登記管理基本情況，摘自《中國工商報》
資料來源： http://old.zhenjiang.gov.cn/cyzj/gongsxx/20081027/041501691.html
，最後瀏覽日期 2009/10/23。

萬億美元，同比增長 12.56%；企業法人戶均註冊資本 451.47 萬美元，同比增長 11.84%。外商投資企業繼續保持穩定增長態勢。企業投資規模進一步擴大，投資總額在 1000 萬美元以上的企業實有 4.3 萬戶，占外商投資企業總戶數的 14.93%，比上年底增加 2375 戶，增長 5.84%。

表 3.2 外商投資企業登記基本情況(與上年底比對)[110]

項目		2008年	比例(%)	增長率(%)
一、企業總數	合計(萬戶)	43.49	100	7.01
	1.中外合資企業	11.13	25.59	N/A
	2.中外合作企業	6.16	14.17	N/A
	3.外商獨資企業	25.75	59.21	N/A
	4.中外股份公司	0.45	1.03	N/A
其中	投資總額1千萬美元以上	4.3	14.93	5.84
二、投資總額(萬億美元)		2.32	N/A	10.21
三、註冊資本(萬億美元)		1.3	N/A	12.56

資料來源：本研究整理

從中國國內看，新修訂實施的《外商投資產業指導目錄》進一步擴大了鼓勵外商投資的領域，中國正在加速優化產業結構為外資企業在中國深度發展提供了機遇，國家鼓勵外資加快向有條件的地區和符合國家產業政策的領域擴展，這些都為中國吸引外資創造了條件。但與此同時，增強自主創新能力、節能環保、保護知識產權權等因素對中國吸收外商投資工作又提出了新的要求。

中國吸收外商投資的規模和品質，還是取決於中國的綜合引資要素優勢。總體觀之，中國將進入直接投資淨流入減少的階段，而海外融資、收購兼併等類型的外資還會繼續增長，將逐步超過直接投資。

目前，外資併購難有大的突破和發展。中國國內市場產能過剩，產權交易市場有一定程度的發展，外資併購法律框架基本確立，企業資產中含有併購方所重視的優勢資產，

[110] 2008 年全國外商投資企業登記管理基本情況，
資料來源：http://www.byaic.cn/news/newly/306.aspx，最後瀏覽日期：2009/10/23。

這些因素成為外資在中國併購之誘因。企業和政府部門在外資併購的政策層面和審批管理層面仍存在分歧，導致外資併購短期內難有大的突破和發展。

創造吸收外商投資的新優勢之方式，一是穩定現有外資企業的經營，以較為寬鬆的政策使外資企業實現穩定的經營業績和更高的生產效率；二是擴大對外開放領域，尤其金融服務及服務外包等領域，為外商進入中國創造新投資機會[111]。

回顧外資在中國的併購過程，可劃分為三個階段[112]：

1990~1995 年的探索階段。這一時期，由於中國資本市場剛剛開始起步，上市公司還處於初級發展階段，因此最早出現的是外資以股權併購方式收購非上市國有企業，比較著名的案例是"中策公司"收購案[113]，儘管中策公司的收購後來被斥為是外資在中國投機性併購的典型，但不可否認，被中策公司收購後的大多數企業之經濟效益在短期內都有了好轉。隨後外資在中國併購掀起了一小股熱潮。

1995~2002 年的停滯階段。由於外資併購過程中，出現了關於國有資產流失問題的激烈爭論。同時，在上市公司股權協議轉讓中，也存在許多欠缺規範的現象，出現了外資通過資產收購方式繞過股權收購的複雜審批程式，對一些上市公司的核心資產進行控制等現象。出於市場開放進程及防止國有資產流失等因素考慮，國務院於 1995 年 9 月 23 日頒文宣佈：「在國家有關上市公司國家股和法人股管理辦法頒布之前，任何單位一律不准向外商轉讓上市公司國家股和法人股。」自此，外資被明令禁入中國 A 股[114]市場，外資併購步入了八年的沉寂期。中國政府一度暫停了外資併購上市公司的行為，但外資通過資產併購等方式對上市公司的滲透卻從未停止[115]。

---

111 郝紅梅，我國吸收外商投資趨勢分析，中國金融，2009 年第 11 期，頁 34~35。

112 羅志松，外資併購的東道國風險研究，人民出版社，2007 年 3 月，頁 173~176。

113 1992 年四月，香港中策公司通過整體併購非尚是國有企業和合資企業中的國有股權，控制一系列國有企業，造成轟動一時的"中策現象"。

114 A 股即人民幣普通股票。它是由中國境內的公司發行，供境內機構、組織或個人(不含港、澳、台投資者)以人民幣認購和交易的普通股股票。A 股不是實物股票，以無紙化電子記帳，有漲跌幅限制（10%），參與投資者爲中國大陸機構或個人。

115以上海產權交易市場爲例，從 1994 年 4 月至 1999 年年底，共發生外資併購交易 98 宗，涉及交易金額 7.29 億元；從 2000 年到 2002 年年底，上海產權市場累計爲外資併購交各類產權近 200 宗，交易金額超過 120 億元，呈逐年遞增的趨勢。截至 2009 年底，上海累計批准外商投資企業項目近 5.56 萬個，吸收合同外資 1598.17 億美元，實際到位外資 953.06 億美元。考慮到上海的實際需要，上海市已在全國率先推出外資併購法規試點，2009 年 4 月，由國資辦、外資委和工商局聯合頒布了《關於外資併購上海市企業的若干規定》，目前已依此規定實施了十幾家外資企業對中資企業的併購。

摘自上海聯合產權交易所，資料來源：
http://new.suaee.com/suaee/portal/info/content.jsp?infoid=a7ba06a0-fc60-11de-99a6-2a337f000001&typeid=24c033c0-2987-11d9-a772-25c1c0020381&time=2010-01-08，最後瀏覽日期：2010/01/08。

2002 至今的發展階段。隨著中國加入 WTO 後，中國融入世界經濟的步伐加快，各界對外資併購的認知度逐步統一。中國政府開始鼓勵外資以併購方式參與國有企業改組改造，在制度上不斷為外資併購鬆綁，積極為跨國公司開展股權併購創造良好環境，先後制定並頒布了一系列與外資併購相關的規章和條例[116]。

近年來中國主要併購案亦與日俱增，茲列舉出大型外資併購案，彙整如下表：

表 3.3 近年中國主要併購案例彙總[117]

時間	事件	涉及行業	價格(RMB)	收購比例	溢價	結果	影響	備註
2003.10	樂凱與柯達合資	感光材料	1 億(美元)	20%	192.5%	7 家感光企業進入柯達陣營	柯達市場占有率達到 50%	樂凱被“中國名牌”名單除名
2005.04	AB 公司增持青島啤酒	消費品	13 億	27%		成為青島啤酒第二大股東	國內啤酒廠商紛紛與外國巨頭合資	英博併購 ab 百威啤酒可能威脅青島啤酒
2005.11	拉法基收購四川雙馬投資集團	水泥	3800 萬(美元)	100%		2007 年 7 月宣佈收購成功	大的水泥企業基本成為合資企業	四川雙馬有重大資產重組
2006.12	高盛控制的	消費品	20 億	60.72%		2007 年	高盛控制	高盛最近大

[116] 中國外資併購國有企業現行法律規範有《關於國有企業利用外商投資進行資產重組的暫行規定》、《關於向外商轉讓上市公司國有股和法人股有關問題的通知》、《利用外資改組國有企業暫行規定》、《關於外國投資者併購境內企業的規定》、《關於規範國有企業改制工作的意見》及一系列關於國有資產轉讓的特殊規定，例如：《國有資產評估管理辦法》、《國有資產評估管理辦法施行細則》、《國有資產評估管理若干問題的規定》、《國有資產評估專案核准管理辦法》、《國有資產評估項目備案管理辦法》、《企業國有產權轉讓管理暫行辦法》、《關於企業國有產權轉讓有關問題的通知》、《關於改革國有資產評估行政管理方式加強資產評估監督管理工作的意見》及《關於做好企業國有產權轉讓監督檢查工作的通知》等。

[117] 可口可樂收購匯源案告吹，中金在線，資料來源：http://www5.cnfol.com/big5/special.cnfol.com/3047,00.shtml，最後瀏覽日期 2009/12/3，。

	羅特克斯併購雙匯發展					2 月獲得證監會通過	雙匯、雨潤	舉購買養豬場
2007.03	強生收購大寶	日化	23 億元	100%	500%	2008 年 7 月 30 日收購成功	民族品牌全軍覆沒	《反壟斷法》實施前的最後一個外資併購案
2007.04	達能欲收購娃哈哈所有非合資企業	消費品	40 億元	51%	0	雙方有爭執，未有結果	商標案爭議多	08 年 9 月 2 號達能遭遇在中國的第七次敗訴

未來，外資在中國的併購活動將更加頻繁，將掀起全球企業併購中國的熱潮。

貳、中國併購市場之基本特徵及成因分析[118]

如果將中國國有資產的賣方(或稱之為法人財產所有者代表身分的國有資產管理者)視為併購市場的供應方，而將外資(主要是跨國公司)視為併購市場的需求方，目前外資在中國併購市場呈現出三個特點：

一、併購市場的供求總量

典型的賣方市場。根據中國政府政策發展方向，中國國有大企業集團只保留 80~100 家，其餘大部分國有企業都將待價而沽，以吸引戰略投資者。如近年來全國各地掀起了一股地方國有資本出售和重組的浪潮，為跨國公司進行併購提供了巨大的選擇空間，而跨國公司對於國有資產出售表現得較為保守。

二、外資併購市場供求雙方的行為動機

兩者間不一致。作為買方的跨國公司是從市場需求方的角度，以較為理性的價值判斷併購；而作為賣方的國有資產產權代表(政府國有資產管理部門)，則從推進國有企業改革的角度來推進外資併購，帶有濃厚的行政色彩和"甩包袱"的想法。從目前中國各地

[118] 羅志松，外資併購的東道國風險研究，人民出版社，2007 年 3 月，頁 177~179。

出售的國有資產觀之，絕大部分屬於質量較差、經營不佳的企業，優質企業或資產併不願意出售。

儘管中國政府推進外資併購的初衷是希望能引進先進的技術和管理方法。**對跨國公司來說，對外併購是為了節約成本，獲取市場和資源等利益，但儘管許多跨國公司對併購投資這種快捷的進入方式很感興趣，但對中國的政策缺乏深入的瞭解，對中國市場複雜的人際關係難以把握，更害怕股權交易背後蘊藏著其它因素，出於謹慎心理，目前仍普遍持觀望態度。**並且，外資一般而言較垂青於具有較大的潛力、經營狀況良好的企業；而對那些經營狀況不佳、資產結構較差、市場前景又不看好的企業則不感興趣。這一定程度也形成買賣雙方欲購買及欲出售的標的無法一致的奇特現象。

三、制度環境方面

中國為外資併購創造的環境仍不完善。

現在三個方面，一是資本市場開放度尚有不足。制約外資併購發生的因素有很多，但外商最關心的是所獲取的利潤能否拿走，是否有暢通的融資管道保證其近來後能夠繼續維持經營。由於外資併購很大程度上需要利用資本市場來進行，而目前中國資本市場仍未完全開放，外匯管制還相當嚴格，客觀上制約了外資併購的發生。二是相關的併購規章、制度還不夠健全。突出表現在目前中國的產權交易制度還不夠健全，產權交易平臺還不完善，特別是產權交易中的公開競價機制究竟如何運作缺乏可操作的實施意見。三是股權併購的交易主體也不夠明確。在國際併購市場上，政府的角色是處於裁判地位的，而交易雙方則是法人制企業，依靠市場規則來進行交易。中國目前作為國有資產所有者的代表，直接作為併購的參與方，一方面制定交易的規則，如股權限制比例、對外資的開放領域等，同時又直接參與跨國公司的談判，一定程度上使跨國公司感覺缺乏公正性，影響了交易的實現。

參、外資在中國併購市場之風險分析[119]

隨著中國投資環境日漸改善，越來越多的跨國公司在中國進行投資，其中併購也逐步成為跨國公司考慮選擇的投資方式，也因此推動中國相關制度的建立，但也出現一些新的問題，主要體現在四個方面：

[119] 羅志松，外資併購的東道國風險研究，人民出版社，2007 年 3 月，頁 190。

一、對中國傳統文化制度的挑戰

外資在併購後，首要的任務就是進行整合，然而在整合過程中，會遇到中外文化傳統的差異。跨國公司往往將一些所謂的國際慣例、國際標準灌輸給中國境內企業的管理者和員工，有些慣例實際上是與中國傳統文化制度不一致，甚至相反，但跨國公司往往憑藉其強大的經濟實力和中國不斷擴大的開放，不斷將一些新的思維方式引入，影響了中國的新一代。如肯德基文化、麥當勞文化，這些一定程度上對中國一些傳統觀念構成影響。

二、對中國產權制度的挑戰

這主要體現在產權評估制度的變化。目前中國國有資產對外資出售，儘管要求實行公開競價，但受中國公開競價制度不完善以及欠缺具體操作規範，許多地方還是出現了外資利用"賄賂"等方式，故意在國有資產出售時壓低售價，以低價買進一些好的資產，導致國有資產流失。

三、對政府進行決策的影響

一些跨國公司通過在中國之行業性的龍頭企業，往往憑藉其在某些行業中的控制力，對政府制定的政策進行影響。此外，越來越多的外資在中國企業通過與地方政府共同成立一些課題研究項目，利用中國國內的力量，通過出資參與政策設計和政策制定，為他們爭取有利的地位。

四、面對中國政治制度的挑戰

有些跨國公司進入中國以後，憑藉其強而有力的經濟實力和中國有些地方政府的寬鬆政策，對中國的一些特殊政治制度安排提出了挑戰。最典型的是沃瑪爾(Wal-Mart stores)的工會事件。沃瑪爾是世界 500 強企業中排名第一的企業，在全球十個國家開設了超過 4900 家商場，但是沒有任何一家成立工會，2004 年沃瑪爾以"在全球都沒有成立工會"為由，認為其為慣例，在中國也不例外，拒絕成立工會，引起了全中國的關注。儘管最後在中國政府的壓力下，沃瑪爾最終答應成立工會，但這點出"國際接軌"不可濫用，特別是涉及中國政治制度的方面是不能妥協的。

肆、外資併購中國上市公司之績效影響因素分析[120]

全球化浪潮下，隨著中國對外政策、經濟、法律等不斷改進和完善、世界範圍內新的金融工具的創新、中國加入 WTO 兌現入世承諾和一系列相關政策與措施相繼頒布，外資併購已經成為中國資本市場上持續引人矚目的焦點。外資併購國內上市公司，對於公司績效有積極的一面，也有消極的一面：從有利的角度來看，外資併購上市公司可帶來先進的經營理念、管理方式和核心技術，提高上市公司的整體管理運營水準與競爭力；從不利的一面來看，外資併購集中於國內某些產業，併購後的企業又大多由跨國公司控股且可能形成行業壟斷，利益被跨國公司侵吞。一項併購交易涉及許多方面，如收購公司和目標公司的財務狀況、所處的產業、目標公司的治理結構、交易的支付方式等特徵，這些公開資訊與併購績效都有或多或少的聯繫。

一、併購支付方式對外資併購中國上市公司績效的影響

（一）通過股權直接收購

外資通過股權協定轉讓進行併購的模式最為簡單，不涉及太多技術性創新，而且由於非流通股與流通股之間的巨大價差，成本相對於二級市場[121]收購要低。但這種方式在較長時間內受到相關法律法規限制。

（二）增資擴股

在一個充分競爭的市場裡，無論是換股還是發行可轉換債券，發行定價能夠做到以市價為基礎，使出資方獲得上市公司的股權，也使大股東與小股東的持股成本處於較公平的地位，體現了公平交易原則。

（三）間接控股模式

外資通過整體買斷上市母公司或控股股東企業，從而達到間接控制上市公司目的。

（四）反向收購上市公司核心資產

通過這種方式，外資可以繞過股權收購所要面臨的繁瑣審批程式，而且可以控制上市公司的核心資產。從風險控制角度來看，併購的支付方式是由併購雙方基於各自的利益和風險權衡而達成的妥協。由於在現實的資本市場中存在資訊不對稱，從而導致併購

[120] 潘平，外資併購上市公司績效的影響因素分析，經濟論壇，總第 455 期第 7 期，2009 年 4 月，頁 100~103。
[121] 二級市場是一個資本市場，使已公開發行或私下發行的金融證券買賣交易得以進行。換句話說，二級市場是任何舊金融商品的交易市場，可爲金融商品的最初投資者提供資金的流動性。

雙方在併購時所承擔的風險和收益不對等，對併購後的公司整合有重大影響，從而影響公司績效。有鑒於此，選擇合適的支付方式有利於降低併購中的支付風險，促進併購績效的提升。

（五）不同的股權結構對併購績效的影響

當外資進入目標企業後，目標企業的股權結構會隨之發生改變。如果外資股東成為被併購企業的大股東，居於控制地位，那麼外資股東就有積極性參與公司治理，在公司治理中發揮關鍵性作用。同時必然將其企業文化、管理機制和先進技術導入上市公司，給企業帶來全新的活力，有較大的激勵使目標公司獲得一個正的併購績效。由於其控制人的地位以及全球戰略和利益驅動，外資股東有能力且願意付出監督成本，來加強對經營者的監督和約束，挑選符合自身利益的代理人來經營企業，並能夠有效防範外部市場的惡性收購行為，最終形成一個較為完善、有效率的公司治理結構。從另一方面來講，相對於跨國公司而言，中國的內資上市企業本身缺乏有效率的公司治理結構，在轉軌經濟國家的背景下，政府對企業有較大的主導作用，國營企業與私營企業產權交織不清，官商結合的現象普遍存。即使是私營企業之間，由於誠信問題和地方政府各種形式的干預，也會引起產權糾紛。而且很多併購活動就是在政府主導下完成的。因此，外資併購對於公司治理結構優化，還具有戰略上的價值。

外資是否作為併購後第一大股東對併購後的經濟績效具有重要的影響。如果外資在併購後成為第一大股東，那麼將取得良好的併購績效。如果外資在併購後不是第一大股東，那麼整個上市公司的企業文化、管理機制方面都不會有質的變化，但可能在技術和財務方面有改善。

至於外資併購對國家經濟的影響和對它的監管，認為應該從：1.加強目標公司內部治理、2.完善國有資產管理手段、3.明確外資活動領域和併購手續、4.提高對涉嫌壟斷的併購案例進行認定的能力，這四個方面來完善監管，從外部促進外資併購績效。

第二節 中國大陸外資併購之法律制度

壹、外資併購中國企業之法制發展歷程[122]

一、改革開放，引入外資

中國自70年代末期，放棄長期以來所堅持的鎖國政策，實行對內改革、對外開放的措施。其中，對外開放的政策中，以各項投資優惠措施為誘因，促使境外投資者紛紛進入大陸，也使大陸逐步融入國際經濟社會之中。

大陸的外資政策是改革開放的一個重要指標，外資在中國的發展與中國當時計畫經濟體制的資源配置背景，卻存在巨大差異，外資強調自由競爭，與中國公有制社會經濟主義運作模式殊異。

中國投資法律環境的內容為外商在進入中國所必須理解和研究的，因其投資所衍生出的種種問題，如投資保障、法律保護、投資爭議、投資法律體系的內容、經濟環境發展的變遷等等，外商皆應重視。

儘管晚近幾年來中國法制發展有長足進步，但在架構上其經濟體制的轉換過程中，外商投資法律體系仍是充斥著諸多矛盾與漏洞，尤其在1986年以來，中國成為GATT會員之後，開始重視與各國的國際貿易關係，2001年加入WTO，更使其面對WTO框架下，外資法律體系之變化與衝擊。

二、外商投資企業的法律架構

中國自 1978 年對外開放以來，對於外資的引入多少存在疑慮。為使外商投資企業能在生產、經營過程中，對其所涉及的相關行為得有法令依據，中國陸續頒布大量的外商投資企業法令以為因應。這些法令隨著外商投資大陸的增加而逐漸鋪陳出來，除了在於外來投資者所處母國基本上都有一套相關完善的法律體系，進而也相對地要求大陸必須建構一套法律以為適用，尤其對於社會主義國家而言，經由外商投資法律規範，能使得外商受到法律相關的保障；再者，中國的外商投資法律體系建構，很大層面上比本身既有的法律體系來的更快(1979 年中外合資經營企業法、1988 年中外合作經營企業法、1986 年外資企業法皆早於 1993 年公司法的出現)，充分說明外商投資企業法制的制定，

[122] 王文杰，嬗變中之中國大陸法制，頁 247~253，2008 年 6 月 2 版。

更多是考量功利因素之需求，而非基於法治精神的訴求。

觀諸中國外商投資法律體系，依其縱向法律位階而言，可分為憲法、法律、國務院根據憲法與法律所發布的行政法規、以及國務院各中央部門依其職權所發布的規章與地方政府所發布的地方性法規等幾個層次。這種體系適用上不協調和多層次化的特性，無助於外商投資，也欠缺透明度和規範性，另外外商投資者對中國法律環境產生疑慮。

就中國現行外商投資企業法律體系架構，展現出下列情形：

（一）憲法

中國憲法第十八條規定，「中華人民共和國允許外國的企業和其他經濟組織或者個人依照中華人民共和國法律的規定在中國投資，同中國的企業或者其他經濟組織進行各種形式的經濟合作。

在中國境內的外國企業和其他外國經濟組織以及中外合資經營企業，都必須遵守中華人民共和國的法律。它們的合法的權利和利益受中華人民共和國法律的保護。」這是中國外商投資立法的原始法律依據淵源。

（二）法律

中國自對外開放以來，已先後完成多個專項法律，其內容包括以外商投資方式及其企業主體型態，如中外合資經營企業法、外資企業法、中外合作經營企業法，這是現行中國外商投資企業法的主要準據法，其立法上具有以外資「身分」上的針對性。

由於大陸的外商投資企業法中，對於外商投資企業在依法設立之後便屬於中國的法人組織，受中國法律之規範，因而涉及到外商投資企業在大陸營運所涵蓋的相關經濟法規，諸如勞動、金融、海關、公司、專利、商標、合同等等，這些相關法律均與外商投資企業在經營中密切相關，這部分可視為輔助性法律；而一般的法律，如民法通則、民事訴訟法、工會法、刑法等，亦多少涉及外商投資的規定，這部分與中國中國法人或自然人事務一體適用。隨著外商投資企業投資中國的數量不斷擴大，其經營發展上也需逐步擴大對於中國中國法律規範的適用，特別是在以商務領域上的運作方面，在面臨適用大陸法律的同時，因應其經營與發展之需求，也進一步訴求大陸法律制度能有更周延的建構，這種刺激也構成大陸法律發展的動力之一。

（三）行政法規與部門規章

在外商投資企業的法規中，由中國國務院各個中央部門依其本部門的權限可以制定或發布有關保護及鼓勵外商投資的法規[123]，國務院以及國務院各部門所制定關於外商投資的規章可謂玲瑯滿目、備極繁瑣。關於中國中央部門的行政命令部分又可分為兩個層次，一為經由國務院院務會議通過所直接發布的行政法規；一為經由國務院直屬一級部門以及直屬辦事機關依職權所直接發布的行政規章。這一層次的立法體系構成了外商投資法律的主體，其體系較為龐雜，涉及層面廣泛。

（四）地方性法規

中國憲法第九十九條，「地方各級人民代表大會在本行政區域內，保證 憲法、法律、行政法規的遵守和執行；依照法律規定的權限，通過和發布決議，審查和決定地方的經濟建設、文化建設和公共事業建設的計劃。

縣級以上的地方各級人民代表大會審查和批準本行政區域內的國民經濟和社會發展計劃、預算以及它們的執行情況的報告；有權改變或者撤銷本級人民代表大會常務委員會不適當的決定。

民族鄉的人民代表大會可以依照法律規定的權限采取適合民族特點的具體措施。」基於此，中國地方政府可依其實際需要制定屬於有關外商投資的相關法規，尤其是大陸經濟特區與沿海開放的城市中，外商投資的機會相對增多，其所制定的法規也常源於一定區域經濟發展與外來投資增加的需要。

中國地方政府對於涉及外商投資的相關法規常針對一定地域之經濟發展作出較詳盡的規定，以適應其實際的需要，這些地方性法規的特性適用效力較小，規範內容較為侷限、制定程式較為簡單，也因為缺乏一個統籌的規畫而常導致與中央法規的牴觸。

貳、中國加入 WTO 對外資法律制度之影響[124]

中國自 1979 年頒布實施《中外合資經營企業法》以來，經過二十多年努力已形成較完整的吸收外商投資法律體系，全國人大頒布《中外合資經營企業法》、《中外合作經營

[123] 中華人民共和國國務院組織法第十條，「各部、各委員會工作中的方針、政策、計畫和重大行政措施，應向國務院請示報告，由國務院決定。根據法律和國務院的決定，主管部、委員會可以在本部門的許可權內發佈命令、指示和規章。」

[124] 參考鄭雅卉，外資在中國併購之相關法律環境研究，頁 44~48，交通大學科技法律研究所碩士論文，2008 年 3 月。

企業法》、及《外資企業法》及國務院發布的《中外合資經營企業法實施條例》、《中外合作經營企業法實施細則》、《外資企業法實施細則》等規範，其中有關併購、分立、股權分置重組及資產轉讓等相關規定，係中國吸收外商投資法律體系之基礎，同時也是所有涉及外商投資及港澳臺投資審批規定的上位規範，而配套的外部環境[125]亦皆發生根本性的變革，啟發外資投資策略與模式產生不同的思維及選擇。

自 2001 年年底中國加入 WTO 已滿八週年，入世承諾五年過渡期亦已屆至。近年來中國的進出口貿易、外資引進仍繼續大幅提高，外匯存底成倍增長，標誌著中國對外開放將跨入新階段。

隨著經濟全球化與 2001 年年底中國加入 WTO 後相關的引資政策調整等因素，自 2002 年起，外資併購開始有了較完善的法律規範體系，相關系列規定不斷發布，以求經濟體制的改革得與國際接軌。2002 年初，國務院公佈新版《指導外商投資方向規定》及《外商投資產業指導目錄》，大幅減少限制，相對鼓勵外資併購中國境內企業，符合產業結構調整的利用外資政策。

在 2002 年後展開的開放成長期階段內，中國為配合履行WTO 相關協定內容之要求，以銜接中國的外資法律制度及 WTO 架構下之基本規則，成為中國重要課題，又主要集中在投資領域及投資條件的開放兩方面。中國在此背景下，陸續發布相應的外資併購法規[126]。

[125] 會計、稅制、資產評估管理、外匯管理等層面之併購外部環境，亦將隨著外資進入內陸市場的契機而有所變動。

[126] 包括有《關於外國投資者併購境內企業股權有關稅收問題的通知》、《關於要約收購涉及的被收購公司股票上市交易條件有關問題的通知》、《關於加強外商投資企業審批、登記、外匯及稅收管理有關問題的通知》、《外商投資創業投資企業管理規定》、《企業國有資產監督管理暫行條例》、《關於規範國有企業改制工作的意見》、《境外金融機構投資入股中資金融機構管理辦法》、《企業國有產權轉讓管理暫行辦法》、《關於規範上市公司實際控制權轉移行爲有關問題的通知》(已廢止)、《關於推進資本市場改革開放和穩定發展的若干意見》、《證券投資基金管理公司管理辦法》、《外商投資商業領域管理辦法》、《關於外商投資舉辦投資性公司的規定》、新版《外商投資產業指導目錄》、《關於完善外資併購外匯管理有關問題的通知》、《企業國有產權向管理層轉讓暫行規定》、《關於國有企業國有產權轉讓有關問題的通知》、《關於做好股權分置改革諮點工作的意見》、《關於做好股權分置諮點改革有關稅收政策問題的通知》、《關於上市公司控股股東在股權分置改革後增持社會公眾股份有關問題的通知》、《關於上市公司股權分置改革的指導意見》、《上市公司股權分置改革管理辦法》、《關於上市公司股權分置改革中國有股股權管理有關問題的通知》、《關於上市公司股權分置改革涉及外資管理有關問題的通知》、《關於做好企業國有產權轉讓監督檢查工作的通知》、《關於進一步規範國有企業改制工作的實施意見》、新版《公司法》及《證券法》，及《外國投資者對上市公司戰略投資管理辦法》、《上市公司收購管理辦法》、《關於外國投資者併購境內企業的規定》等。

第三節 中國外資併購之反壟斷法律體系架構

中國決定實施反壟斷法後，外資如何因應反壟斷的法律制度、提供了如何的風險和機會，反壟斷法不同於以往的立法，建立嚴格的懲罰制度，讓執法機關對於構成壟斷的行為加以懲罰。即使雙方當事人在中國以外所為交易，只要交易影響競爭中的市場地點在中國，依然受到反壟斷法之規制。雙方必須協調多個不同國家反壟斷之適用，如歐盟、美國、南美洲、韓國和日本。世界各地的反壟斷法律師都認為中國將成為下一個主要的全球交易反壟斷審查重心[127]。

壹、外資併購反壟斷管制之法源

《反壟斷法》第 31 條中規定了外資併購的國家安全審查問題，即「對外資併購境內企業或者以其他方式參與經營者集中，涉及國家安全的，除依照本法規定進行經營者集中審查外，還應當按照國家有關規定進行國家安全審查。」從條文所處體系和文義上看，該條所指的"國家安全審查"不屬於也不適用《反壟斷法》中所規定的經營者集中審查範圍，而是其他法律的審查範疇。《反壟斷法》中規定的國家安全應該不是《國家安全法》中的傳統國家安全概念能夠涵蓋的，應當包括國家經濟安全的內容在內，即包括非傳統安全範疇。2006 年 9 月實施的《關於外國投資者併購境內企業的規定》規定了外資併購中的國家經濟安全審查制度。從目前法律規定的精神來看，《反壟斷法》所指的外資併購"國家安全審查"僅得由《併購規定》這一制度來擔當。但是《併購規定》只是簡單的規定了外資併購可能影響國家經濟安全因素的，當事人應當就此向商務部進行申報，而沒有就國家經濟安全的定義以及審查標準作出具體規定，缺乏操作性[128]。

貳、 外資併購之反壟斷審查標準[129]

如何分析一項具體的併購國內上市公司案是否構成壟斷的問題，各國反壟斷法中規定的細節不盡相同。從長遠看，應就如何認定存在市場優勢地位致使併購造成過度集中的程度，如何判斷市場占有率、資金實力、強行定價能力、市場的准入壁壘等，作出適

---

127 CHINESE ANTITRUST REGIME MAY AFFECT PES，
資料來源： http://english.sina.com/business/p/2008/0805/176357.html，最後瀏覽日期：2009/12/30。

128 徐維餘，我國外資併購中國家經濟安全審查法律問題，頁 38~39，法治研究，2009 年第 3 期。

129 謝曉彬，論外資壟斷性併購的實質標準及其審查，頁 119~121，寧波大學學報（人文科學版），第 22 卷第 1 期。

合中國國情的要件標準。因此，在裁定併購是否因壟斷而應該被禁止時，必然會涉及以下方面的實質性標準問題：

一、 關於相關市場的界定

無論是《併購規定》還是《反壟斷法》都沒有對界定相關市場的標準和程式做出明確的規定。《併購規定》第五十一條第 3 款、第 4 款分別規定「併購一方當事人在中國的市場占有率已經達到 20%」和「併購導致併購一方當事人在中國的市場占有率達到 25%」，這其中相關市場的認定，市場占有率由何機關統計，以及統計標準等問題均需明確。《反壟斷法》第四條也僅統述「本法所稱相關市場，是指經營者在一定時期內就相關商品或者服務進行競爭的範圍或者區域。」這在實踐中容易產生歧義，給執法部門太多的自由裁量權。

《反壟斷法》[130]雖明確規定國務院設立反壟斷委員會，負責組織、協調、指導反壟斷工作，但該委員會僅僅是履行反壟斷工作職能的議事協調機構。依據中國有關法律、行政法規的規定，調查處理壟斷問題的有關部門或監管機構主要有商務部反壟斷調查辦公室、國家工商總局交易局反壟斷處和國家發改委，但實際上有權負責執法的部門或機構不下十幾家。如此一來，由於執法機構的不統一可能會造成機構之間互相牽制或相互推諉的情況發生。執法權力顯得過於分散，多有交叉，由此勢必影響反壟斷的權威和實效。因此，中國關於反壟斷執法機構的規定過於籠統，顯得執法的統一性和權威性不足，應明確設立一個權威、獨立、統一的執法機構，以適應反壟斷法及國家經濟安全的需要。

二、如何評價外資併購帶來的市場壟斷效應

（一）市場占有率的界定

從中國《併購規定》的反壟斷條款來看，規定以併購一方當事人當年在中國市場的營業額、或一年內併購國內關聯行業的企業累計數、或併購一方當事人在中國的市場占有率、或併購導致併購一方當事人在中國的市場占有率作為申報標準。但是作為最後作出規制（因涉嫌壟斷而取消交易）的實質性標準，應以市場集中度（市占率多少）為標準。中國《反壟斷法》第 19 條明確規定，「有下列情形之一的，可以推定經營者具有市場支配地位：（一）一個經營者在相關市場的市場占有率達到二分之一的；（二）兩個經

[130]第十條「　國務院規定的承擔反壟斷執法職責的機構依照本法規定，負責反壟斷執法工作。
國務院反壟斷執法機構根據工作需要，可以授權省、自治區、直轄市人民政府相應的機構，依照本法規定負責有關反壟斷執法工作。」

營者在相關市場的市場占有率合計達到三分之二的；（三）三個經營者在相關市場的市場占有率合計達到四分之三的。但是，有前款第二項、第三項規定的情形，其中有的經營者市場占有率不足十分之一的，不應當推定該經營者具有市場支配地位。被推定具有市場支配地位的經營者，有證據證明不具有市場支配地位的，不應當認定其具有市場支配地位。」

（二）市場集中度的計算

就中國的《併購規定》來看，規定了併購一方當事人在中國的市場占有率已經達到20%，或併購導致併購一方當事人在中國的市場占有率達到25%作為主要的申報標準。審查機關也應當就其市場占有率作出是否干預交易決定的標準。但應注意的是，這種標準理應隨著中國經濟發展具體狀況予以調整和完善。中國可參照美國的做法，頒佈《外資併購反壟斷指南》作為反壟斷審查機關的法律依據。該指南可根據中國經濟發展的不同階段予以不斷地調整。

《併購規定》第五十二條接著規定，「商務部和國家工商行政管理總局認為可能造成過度集中，妨害正當競爭、損害消費者利益的，應自收到規定報送的全部檔之日起90日內，共同或經協商單獨召集有關部門、機構、企業以及其他利害關係方舉行聽證會，並依法決定批准或不批准。」令人感到疑惑的是，這裡的“依法”不知道依的是什麼法？這無形中造成了法律非透明化的現象。而最終審查機關也無法依據具體標準作出裁決，同時也導致審查機關自由裁量權的過分寬幅，尋租[131]問題便會接踵而至。而鑒於各方面對經營者集中的申報標準意見不一致，《反壟斷法》不再規定經營者集中的具體申報標準，該法第二十一條規定：「經營者集中達到國務院規定的申報標準的，經營者應當事先向國務院反壟斷執法機構申報，未申報的不得實施集中。」[132]

[131] 尋租，又稱爲競租，是爲獲得或維持壟斷地位從而得到壟斷利潤（亦即壟斷租金）所從事的一種非生產性尋利活動的。微觀而論，就單個尋租者而言，其尋租代價不會超過壟斷地位可能給他帶來的好處。但在很多情況下，由於爭奪壟斷地位的競爭非常激烈，尋租代價常常要接近甚至等於全部的壟斷利潤。宏觀進一步考慮整個尋租市場，問題更爲嚴重。整個尋租活動的全部經濟損失等於所有單個尋租者尋租活動代價的總和，而且，這個總和還將隨着尋租市場競爭程度的不斷加強而不斷增大。

[132]規定於國務院關於經營者集中申報標準的規定第三條：「經營者集中達到下列標準之一的，經營者應當事先向國務院商務主管部門申報，未申報的不得實施集中：

（一）參與集中的所有經營者上一會計年度在全球範圍內的營業額合計超過100億元人民幣，並且其中至少兩個經營者上一會計年度在中國境內的營業額均超過4億元人民幣；

（二）參與集中的所有經營者上一會計年度在中國境內的營業額合計超過20億元人民幣，並且其中至少兩個經營者上一會計年度在中國境內的營業額均超過4億元人民幣。

營業額的計算，應當考慮銀行、保險、證券、期貨等特殊行業、領域的實際情況，具體辦法由國務院商務主管部門會同國務院有關部門制定。」。

總體上看，中國目前這種從併購企業的市場占有率出發，防止企業併購後擁有的市場占有率過大和出現市場集中度過高的情況是合適的。但是從長遠來看，尤其是隨著市場的完善和統計事業、資訊產業的進步，採用HHI指數[133]更為精確，更能反映市場的集中度。若HHI指數**低於1000**則該市場屬於**不集中市場**，在美國實務上，司法部對於此類廠商之結合行為並不會加以干涉；若HHI指數**介於1000至1800**之間，則該市場屬於**中度集中市場**，美國司法部通常會針對廠商結合後HHI指數之增加幅度超過100點者加以規範，惟經考量廠商財務狀況、市場進入障礙、經濟效率等因素後，若司法部認為此合併不會潛在的削弱市場競爭，則不會加以管制；若HHI指數**高於1800**，則該市場屬於**高度集中市場**，若事業結合後HHI 指數增加幅度超過100點，通常司法部會加以管制；增加幅度介於50 與100點之間者，司法部通常會考量其他因素後，再決定是否加以管制[134]。

（三）市場進入壁壘等其他因素

在考慮企業的併購行為是否需要用法律加以規制時，市場占有率和市場集中度等指標能夠比較簡便地加以檢測，但是，隨著實踐的不斷深入，隨著各種特殊情形的不斷發生，執法和司法機關在禁止企業併購時除了要分析考慮企業的市場占有率等因素外，還

---

[133] HHI stands for Herfindahl-Hirschman Index, a measure of market concentration. The HHI is calculated by summing the squares of the individual market shares of all the firms in the market. For example, a market containing five firms with market shares of 40 %, 20 %, 15 %, 15 %, and 10 %, respectively, has an HHI of 2 550($40^2 + 20^2 + 15^2 + 15^2 + 10^2 = 2550$). The HHI ranges from close to zero (in an atomistic market) to 10000 (in the case of a pure monopoly). The post-merger HHI is calculated on the working assumption that the individual market shares of the companies do not change. Although it is best to include all firms in the calculation, lack of information about very small firms may not be important because such firms do not affect the HHI significantly.

赫芬達爾—赫希曼指數，簡稱赫芬達爾指數(Herfindahl-Hirschman Index，簡稱 HHI)，是一種測量產業集中度的綜合指數。它是指一個行業中各市場競爭主體所占行業總收入或總資產百分比的平方和，用來計量市場占有率的變化，即市場中廠商規模的離散度。赫芬達爾指數是產業市場集中度測量指標中較好的一個，是經濟學界和政府採用的指標，是用某特定市場上所有企業的市場占有率的平方和來表示，其公式為：$HHI = \sum_{i=1}^{N}(X_i/X)^2 = \sum_{i=1}^{N} S_i^2$ 式中：

X：市場的總規模 、Xi：i 企業的規模 、Si＝Xi／X：第 i 個企業的市場占有率 、N：該產業內的企業數。

赫芬達爾一赫希曼指數是計算某一市場上 50 家最大企業(如果少於 50 家企業就是所有企業)每家企業市場占有市占率(取百分之的分子)的平方之和。顯然， HHI 越大，表示市場集中程度越高，壟斷程度越高。該指數不僅能反映市場內大企業的市場占有率，而且能反映大企業之外的市場結構，因此，能更準確地反映大企業對市場的影響程度。

摘自 MBA 智庫百科，資料來源：

http://wiki.mbalib.com/zh-tw/%E8%B5%AB%E8%8A%AC%E8%BE%BE%E5%B0%94%E2%80%94%E8%B5%AB%E5%B8%8C%E6%9B%BC%E6%8C%87%E6%95%B0，最後瀏覽日期：2010/01/09。

[134] The U.S. Department of Justice considers a market with a result of less than 1,000 to be a competitive marketplace; a result of 1,000-1,800 to be a moderately concentrated marketplace; and a result of 1,800 or greater to be a highly concentrated marketplace. As a general rule, mergers that increase the HHI by more than 100 points in concentrated markets raise antitrust concerns.

Lawrence J. White, Antitrust and merger policy: a review and critique,The Journal of Economic Perspectives, pp13~21,(1987)

要分析考慮市場進入壁壘等其他因素。一方面，要考慮“併購後企業能否將多數競爭者排擠出市場、能否具有漲價能力、能否構成市場進入障礙等”；另一方面，還要考慮“市場上是否存在著可以抵消市場占有率的因素，如市場不穩定、買方市場勢力、競爭者的市場地位、潛在市場進入、進口產品以及其他產品的潛在競爭問題”等。如果市場壁壘較低或不存在，那麼潛在的競爭事實上不存在，併購就不可能產生或加強市場勢力，進而濫用權力；反之則會惡化市場競爭條件。

參、外資併購反壟斷申報制度[135]

一、申報義務人

《關於外國投資者併購境內企業的規定》第五十一條規定：「外國投資者併購境內企業有下列情形之一的，投資者就所涉情形商務部和國家工商總局報告。」可見，承擔申報義務的當事應當是外國投資者，而不是目標企業；但是，目標企業應當給必要的協助，因為作為併購主體之一的目標企業，掌握併購活的詳細資訊，有助於審查機關瞭解真實情況，提高審查效率。

二、申報形式

外資併購反壟斷申報可以分成事前申報、事後申報、事後備案種基本類型。根據《關於外國投資者併購境內企業的規定》，主要採取事前申報這一形式，這固然有利於有效遏制壟斷行為的發生，維護公平競爭。但是，在實踐中，會增加國家行政成本，降低效率；過長的審查時間會妨礙正當的外資併購，挫傷企業發展，因此，學者建議中國對於申報的方式可以具體問題具體分析，通過不同層次的申報標準把事前申報、事後申報、事後備案種基本類型有機結合起來。具體可分：(1)外資併購規模不超過一定數額的，可採用事後備案形式，即免於進入併購審查程式，但併購完成後須向審查機構備案；(2)外資併購規模超過法定最低限未超過法定最高限的，可採用事後申報形式，即在併購交易完成審批機構審查;(3)外資併購規模超過法定最高限的，適用事前報形式，即併購交易完成前必須提交審查機構審查。

[135] 洪小潞，外資併購反壟斷審查問題研究，頁 281~282，《商場現代化》2008 年 7 月（上旬刊）總第 544 期。

三、涉嫌外資併購壟斷申報的內容

併購申報的內容大體上包括併購情況的說明材料以及對有關妨礙的因素等，但是在實際操作中，因案件不同會有較大的不同。從性質上可以把申報內容分為必須提交的材料和可以提交的材料：

（一）必須提交的材料

1. 併購雙方當事人的基本狀況，包括名稱、註冊地、法人代表、行業業務、註冊資金、經審計的會計報表等。
2. 併購的主要情況，包括併購模式、併購交易合同以及相關的協定等。
3. 併購當事人與壟斷申報有關的情況，包括併購當事人營業額、市場占有率等方面的資料，併購當事人所從事行業的情況介紹。
4. 地方審批機關對地方市場競爭秩序影響的說明。
5. 在有競爭關係的境內企業、有關職能部門或者行業協會提出請求的情況下，申報義務人應當對上述請求中的有關問題作出合理說明。

（二）可以提交的材料

1. 關於該併購對是否妨礙市場競爭、是否形成壟斷或壟斷趨勢以及是否會損害消費者利益的分析和說明。
2. 關於豁免的理由和相應的證明材料。

（三）不提交的法律後果

如果申報義務人沒有提交必須提交的材料，審查機關可以通知其提交，並以申報義務人最後提交的時間為准計算審查批准的期限。

申報義務人拒絕提交必須提交的材料，審查批准機關應當決定不批准併購。如果申報義務人沒有提交可以提交的材料，審查機關應當依照提交的必須提交的材料作出決定，但是在缺乏可以提交的材料的情況下，審批機關作出的決定很可能對併購當事人的利益不利。

肆、外資併購反壟斷審查程式

《關於外國投資者併購境內企業的規定》第五十二條[136]就外資併購境內企業反壟斷審查範圍、標準、步驟及時限均予規定。可見就外資併購反壟斷審查制度言，中國目前採取之主要審查方式如下：

一、兩階段審查

（一）初步審查

初步審查以書面非公開審查為主要形式，商務部和國家工商行政管理總局按照初步審查標準決定是否啟動下一步的聽證程式，又所謂的「初步審查標準」按照法條文意為「可能造成過度集中，妨害正當競爭、損害消費者利益」，條文中並未對上述標準作出量化解釋，在具體審查過程中取決於審查機關主觀判斷，而判斷的參數為《關於外國投資者併購境內企業的規定》第五十一條[137]及第五十三條[138]所列，分別為境內併購與境外併購判斷反壟斷的經濟合理限度之標準。所謂對外資併購的經濟合理限度之標準，即是以**規模標準、市場占有率及市場集中度**等參數來判斷外資併購後有無形成壟斷或實質上限制競爭的疑慮，並以此確定該外資併購案是否具備經濟合理性。目前各國反壟斷立法主要皆以考量絕對規模、市場占有率及市場集中度為要素，而《關於外國投資者併購境內企業的規定》所設定的標準則主要考慮了絕對規模及市場占有率兩種因素，主要係因企業的市場占有率得以顯現企

---

[136]《關於外國投資者併購境內企業的規定》第五十二條：「外國投資者併購境內企業涉及本規定第 51 條所述情形之一，商務部和國家工商行政管理總局認爲可能造成過度集中，妨害正當競爭、損害消費者利益的，應自收到規定報送的全部檔之日起 90 日內，共同或經協商單獨召集有關部門、機構、企業以及其他利害關係方舉行聽證會，並依法決定批准或不批准。」

[137]《關於外國投資者併購境內企業的規定》第五十一條：「外國投資者併購境內企業有下列情形之一的，投資者應就所涉情形向商務部和國家工商行政管理總局報告：

（一）併購一方當事人當年在中國市場營業額超過 15 億元人民幣；

（二）1 年內併購國內關聯行業的企業累計超過 10 個；

（三）併購一方當事人在中國的市場佔有率已經達到 20%；

（四）併購導致併購一方當事人在中國的市場佔有率達到 25%。

雖未達到前款所述條件，但是應有競爭關系的境內企業、有關職能部門或者行業協會的請求，商務部或國家工商行政管理總局認爲外國投資者併購涉及市場占有率巨大，或者存在其他嚴重影響市場競爭等重要因素的，也可以要求外國投資者作出報告。

上述併購一方當事人包括與外國投資者有關聯關系的企業。」

[138]《關於外國投資者併購境內企業的規定》第五十三條：「境外併購有下列情形之一的，併購方應在對外公布併購方案之前或者報所在國主管機構的同時，向商務部和國家工商行政管理總局報送併購方案。商務部和國家工商行政管理總局應審查是否存在造成境內市場過度集中，妨害境內正當競爭、損害境內消費者利益的情形，並做出是否同意的決定：

（一）境外併購一方當事人在我國境內擁有資產 30 億元人民幣以上；

（二）境外併購一方當事人當年在中國市場上的營業額 15 億元人民幣以上；

（三）境外併購一方當事人及與其有關聯關系的企業在中國市場佔有率已經達到 20%；

（四）由於境外併購，境外併購一方當事人及與其有關聯關系的企業在中國的市場佔有率達到 25%；

（五）由於境外併購，境外併購一方當事人直接或間接參股境內相關行業的外商投資企業將超過 15 家。」

業的經濟實力以及在市場上的競爭力，並且隨著市場占有率的提高，同時意味著其濫用市場優勢的可能性亦相應增加，因此《關於外國投資者併購境內企業的規定》以市場占有率用以衡量外資併購的經濟合理限度具有很強的現實意義。初步審查僅對申報人提交之反壟斷報告進行審查，即使對符合初步審查標準者，尚須斟酌是否有審查豁免的情形，而得以直接終結審查程式，作出同意併購之決定。

（二）聽證審查

聽證程式則以公開審查及綜合審查為特點。中國商務部和國家工商行政總局對符合初步審查標準者，應啟動聽證程式，以確定該併購是否最終存在過度集中，妨害正當競爭、損害消費者利益之情形。該聽證會可由商務部和國家工商行政管理總局共同召集或經協商由商務部和國家工商行政管理總局一方單獨召集有關部門、機構、企業與其他利害關係人參與[139]。

二、審查期限

審查期限為自審查機關收受報送之全部檔日起算 90 天，若申報義務人文件不齊，審查機關應對其提出補充申報要求，條文未規定審查期限可否延長，有待立法明文或實務解釋。

伍、反壟斷法制下外資併購之豁免制度[140]

壟斷審查豁免的法定理由規定在《關於外國投資者併購境內企業的規定》第五十四條[141]，符合該條所列條件之併購，可向商務部和國家工商行政管理總局申請審查豁免。適用除外的反壟斷豁免係屬反壟斷法中之重要制度，其目的在於賦予審查機關就審查標準較為靈活彈性的審查空間，避免對併購投資一刀兩面地切割[142]，惟關於反壟斷豁免須向審查機關提交豁免申請並經批准後方能主張。壟斷審查豁免事由除符合《關於外國投資者併購境內企

[139] 參考鄭雅卉，外資在中國併購之相關法律環境研究，頁 151~153，交通大學科技法律研究所碩士論文，2008 年 3 月。

[140]同前註，頁 155。

[141]《關於外國投資者併購境內企業的規定》第 54 條：「有下列情況之一的併購，併購一方當事人可以向商務部和國家工商行政管理總局申請審查豁免：（一）可以改善市場公平競爭條件的；（二）重組虧損企業並保障就業的；（三）引進先進技術和管理人才並能提高企業國際競爭力的；（四）可以改善環境的。」

[142] 壟斷豁免賦予審查機關較大的自由裁量權，就壟斷審查豁免的法定事由，由併購當事人結合自身併購活動之具體情形，向審查機關說明之。至於併購究否存有豁免事由則有待審查機關自由裁量，法律並無就此設立量化標準。

業的規定》第五十四條所列四種情形外，豁免與否之判斷尚可依據其他事由而定，蓋此與一國經濟發展緊密相連，又中國地域廣闊，各地市場發展未必忖衡，同一外國投資者在不同時間不同地點進行類似之併購活動，可能得出完全不同的豁免審查結論，此亦係壟斷豁免事由無法精確量化之主因。而雖然《關於外國投資者併購境內企業的規定》已考慮到反壟斷豁免問題，但依該規定內容觀之，仍有許多立法細化空間，具體而言可依「改善市場競爭條件」、「潛在的市場進入」、「整體經濟和社會公共利益」等豁免條件。

國立政治大學 National Chengchi University

第四章　案例探討

第一節 可口可樂併購中國第一大果汁公司匯源案

壹、案情介紹

一、匯源果汁集團簡介

匯源果汁集團主要三大公司包含**匯源國際控股有限公司(於英屬維爾京群島註冊成立)，中國匯源果汁控股有限公司(於開曼群島註冊成立)，中國匯源果汁集團有限公司(於開曼群島註冊成立)，以上三家在法律上屬於外資公司**[143]，其中**中國匯源果汁集團有限公司**是主營果、蔬汁飲料的大型現代化企業集團，並先後在中國各地成立以省分命名的匯源果汁公司[144]，董事長為朱新禮，2008 年度營收達人民幣 2,819.7 百萬元[145]，員工 4,935 名，持有 100%**中國匯源股份果汁控股有限公司，再間接持有 41%中國匯源果汁集團有限公司股份成為最大股東，本次併購案標的為中國匯源果汁集團有限公司股份**。

目前，匯源已成為中國果汁行業第一品牌。匯源商標被評為"中國馳名商標[146]"，據著名調查機構 AC 尼爾森最新公佈的資料，匯源 100%果汁佔據了純果汁 46%的市場占有率，中高濃度果汁佔據 39.8%的市場占有率。同時，濃縮汁、水果原漿和果汁產品遠銷美國、日本、澳大利亞等 30 多個國家和地區。

2007 年 2 月 23 日，中國匯源果汁集團有限公司股票在香港聯交所成功掛牌上市，公開認購部分共獲得超額認購 937 倍，上市當日股價上漲 66%。

---

[143] 2005 年"中國匯源果汁集團有限公司"在開曼群島註冊成立，2007 年在香港掛牌上市。匯源悄然改變"國籍"變身外資企業的目的主要是爲了能夠實現在香港被稱爲"紅籌上市模式"的上市。這種模式是得到國家政策和法律認可。在開曼群島註冊的公司，無須繳納個人和企業的增值稅以及所得稅，甚至連股權交易也沒有任何稅收。在這些地方註冊成立的公司，向該國上交的稅比香港還低。爲了融資和海外上市的需要，中國眾多企業選擇和匯源一樣的海外投資路線圖，中國企業實際控制人以個人或法人名義在開曼群島、維爾京群島、百慕達等境外地設立特殊目的公司，然後返程投資取得境內企業的資產或者權益，使得中國企業變成外商投資企業，再以境外特殊目的公司的名義在境外交易所上市。
匯源改國籍就成外企　律師：海外註冊爲避稅- 大洋新聞，資料來源： http://59.42.241.184：82/gate/big5/news.dayoo.com/finance/57399/200903/26/57399_5552089.htm
，最後瀏覽日期：2009/12/9。

[144] 匯源在各省分的據點有，上海、山東、四川、江蘇、吉林、新疆等等。

[145] 見匯源 2008 年年報，頁 1。

[146] 根據中華人民共和國國務院批准的國家工商行政管理總局「三定」方案以及《馳名商標認定和保護規定》，馳名商標的認定與管理機構是由國家工商行政管理總局商標局、商標評審委員會。

依其大品牌優勢，明確細分市場。隨著中國國內果汁市場的日漸成熟，2007 年底，匯源果汁全面整理旗下各線產品，依“匯源”的整體品牌，根據市場細分、產品特性和消費者需求的不同，將旗下產品細分為六大系列[147]，以便進攻不同市場。

表 4.1 企業發展史[148]：

2007 年：“中國匯源果汁集團有限公司”在香港聯交所成功掛牌上市。
2006 年：榮獲“全國工業旅遊示範點”稱號。
2005 年：“中國匯源”在境外註冊成立，榮獲“產品質量國家免檢”資格。
2004 年：榮獲“中國名牌產品”稱號。
2003 年：在中國飲料行業，首家通過“安全飲品認證”； 與美國英宗公司合作，在中國獨家經營百利哇卡通多維兒童飲料。
2002 年：榮獲“農業產業化全國重點龍頭企業”稱號；“匯源”商標成為中國馳名商標。PET 瓶無菌冷灌裝的先河。
1999 年：匯源集團榮列“中國飲料工業十強”，並連續八年獲此殊榮。
1998 年：面向全國佈局建廠，匯源進入快速發展期。
1997 年：在中央電視台黃金時段投放廣告，匯源果汁逐步成為全國知名品牌。
1996 年：匯源 1L 家庭裝系列產品成功上市。
1995 年：匯源第一包 250ml 純果汁成功上市並熱銷。
1994 年：將總部遷到北京，開發國內果汁市場，籌備建設工廠。
1993 年：引進德國水果加工設備，當年安裝投產，當年出口濃縮蘋果汁。
1992 年：匯源集團創始人朱新禮創立了山東淄博匯源公司。

二、可口可樂併購匯源之經過

美國可口可樂公司是軟飲料[149]銷售市場的領袖和先鋒，亦是全球最大的果汁飲料經銷商。透過全球最大的分銷系統，可口可樂產品暢銷世界超過 200 個國家及地區，擁有全球軟飲料市場 48%的市場占有率[150]。2009 年全球百大品牌第一名，其品牌價值已超

[147]年輕時尚的消費人群推出**奇異王果**；兒童果汁**樂樂園產品**系列；高端市場：**100%純果汁、C 她 V 他系列產品**；**全有系列**：針對果蔬汁愛好者；**果汁醋**針對“三高”人群，具有降血壓、降血糖、降血脂等功能。

[148] 匯源網站，資料來源： http://www.huiyuan.com.cn/about/index.html，最後瀏覽日期：2009/12/3。

[149] soft drink 直譯，又名清涼飲料、無醇飲料或非酒精飲料，指酒精含量低於 0.5%(質量比)的天然的或人工配製的飲料。在歐美地區原本的定義是指由濃縮原料製成的碳酸或非碳酸飲料，但現在已是不含酒精之飲料的通稱。

[150] 可口可樂公司，人民網，資料來源： http://mnc.people.com.cn/BIG5/54849/69893/91278/index.html，

過 687 億美元[151]，穩坐世界第一品牌寶座。

2008 年 9 月 3 日，可口可樂公司與旗下全資子公司 Atlantic Industries 聯合宣佈，將以每股 12.20 港元、合計 179.2 億港元（約合 24 億美元）的代價，收購匯源果汁集團有限公司（以下簡稱匯源果汁公司）全部已發行股本。此外，還計畫收購匯源果汁公司所有可轉換流通債券和選擇權，交易總價值達 196 億港元（約合 25.1 億美元）[152]。

2008 年 9 月 4 日，在參與投票的四萬餘人中，對可口可樂收購匯源持不贊同意見的比例高達 82%。據官方背景的新華網網上調查，逾 83%的網友反對將匯源「許配」給可樂，認為不能讓國人引以為豪的民族品牌被吃掉，影響中國民族品牌走向國際之路，部分較激進的人更認為這是品牌賣國的可恥行為，令審批部門特別敏感[153]。

2008 年 9 月 18 日，大陸商務部收到可口可樂公司收購中國匯源公司的經營者集中反壟斷申報材料。2007 年匯源果汁在國內純果汁及中濃度果汁市場占有率分別達 42.6%和 39.6%，果汁飲料市場占有率為 20%，在中國市場上所有果汁品牌中市場占有率第一。因為這次收購涉及到商務部的經營者集中申報標準的反壟斷審查，可口可樂公司在 9 月份就向商務部遞交了相關的審查材料，但是據商務部稱審查後認為材料不符合要求，要求可口可樂公司補充相關材料，最後一次補充材料在 11 月 19 日，商務部認為最後一次補充材料後，申報材料達到了大陸《反壟斷法》第二十三條[154]規定的要求，11 月 20 日商務部對此項集中予以立案審查，12 月 20 日決定在初步審查基礎上實施進一步審查。

2009年3月18日，商務部就可口可樂公司收購源公司案反壟斷審查做出裁決，決定禁止可口可樂收購匯源。

最後瀏覽日期：2009/12/5。

[151] 美國商業週刊《Business Week》，資料來源：http://bwnt.businessweek.com/interactive_reports/best_global_brands_2009/，最後瀏覽日期：2009/12/5。

[152] 劉華，可口可樂併購匯源果汁案例分析，上海市經濟管理幹部學院學報，2009 年 5 月，頁 51。

[153] 匯源可樂難完婚 原因豈止反壟斷，明報財經網，資料來源：www.mpfinance.com/htm/Finance/20090330/.../mm_mma1.htm，最後瀏覽日期 2009/12/4。

[154]第二十三條：「經營者向國務院反壟斷執法機構申報集中，應當提交下列文件、資料：
（一）申報書；
（二）集中對相關市場競爭狀況影響的說明；
（三）集中協議；
（四）參與集中的經營者經會計師事務所審計的上一會計年度財務會計報告；
（五）國務院反壟斷執法機構規定的其他文件、資料。
申報書應當載明參與集中的經營者的名稱、住所、經營範圍、預定實施集中的日期和國務院反壟斷執法機構規定的其他事項。」

表 4.2 可口可樂併購匯源大事記[155]

1. 2008 年 9 月 3 日，可口可樂公司宣佈，計劃以二十四億美元收購在香港上市的匯源果汁。匯源股價當日股價飆升，收盤勁升 1.64 倍。
2. 2008 年 9 月 4 日，在參與投票的四萬餘人中，對可口可樂收購匯源持不贊同意見的比例高達 82%。
3. 2008 年 9 月 5 日，中國本土果汁企業準備一同呼籲國家審查該宗併購案。
4. 2008 年 11 月 3 日，匯源發佈聲明稱,可口可樂併購匯源案當前已正式送交商務部審批。
5. 2008 年 12 月 4 日，商務部首次公開表態，已對可口可樂併購匯源申請進行立案受理，但具體立案日期及何時結果揭曉均對外保密。
6. 2009 年 3 月 5 日，匯源董事長朱新禮表示，可口可樂董事會內部反對併購匯源的聲音越來越多。
7. 2009 年 3 月 10 日，中國商務部部長陳德銘表示，商務部正在根據反壟斷法依法審核可口可樂收購匯源案，不會受任何外部因素的影響。
8. 2009 年 3 月 18 日，中國商務部正式宣佈，根據中國反壟斷法禁止可口可樂收購匯源。這是反壟斷法自去年八月一日實施以來首個未獲通過的案例。

貳、雙方同意併購案之動機

一、可口可樂併購匯源之動機

可口可樂以 179.2 億港元收購匯源果汁，創下可口可樂公司 1927 年進入中國以來 80 多年歷史上最大手筆的收購紀錄，也是其 1892 年成立以來近 120 年歷史上的第二大收購。可口可樂併購匯源的動機分述如下[156]：

（一）欲壯大其飲料市場的市占率

2009 年中國飲料市占率，可口可樂占 27%、康師傅占 18%、百事可樂占 12%、統一占 7%、娃哈哈占 10%[157]。

[155]匯源果汁集團簡介,世界商業報導,資料來源: http://biz.icxo.com/htmlnews/2008/09/03/1310615_0.htm，最後瀏覽日期：2009/12/3。
[156] 劉華，可口可樂併購匯源果汁案例分析，上海市經濟管理幹部學院學報，2009 年 5 月，頁 51~52。
[157]摘自 康師傅 TDR 預定 12.18 掛牌，PC home 新聞，資料來源：

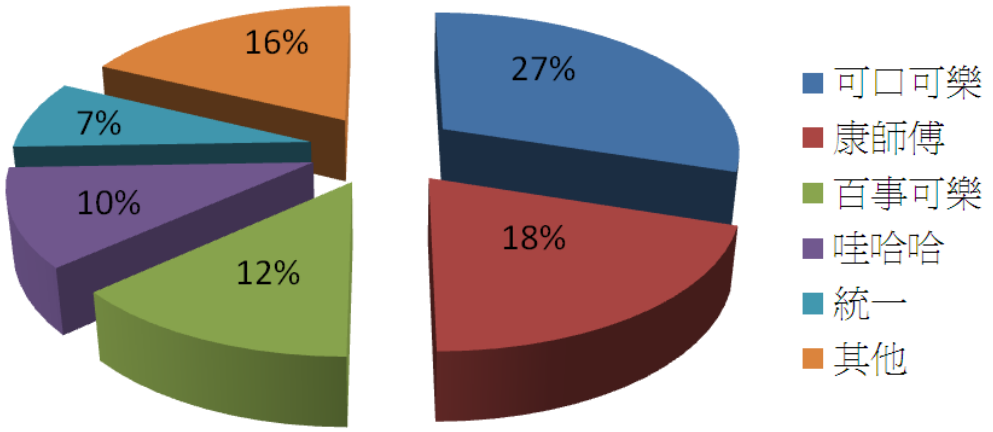


圖 4. 1 2009 年中國飲料市場市占率

資料來源：本研究整理

可口可樂正面臨著很大的經營壓力：碳酸飲料的銷售下降，可口可樂的市場占有率被百事可樂緊追在後，純淨水方面無法與娃哈哈抗衡，在果汁市場輸給了匯源，在茶飲料市場[158]則輸給了康師傅和統一。儘管棕色帶汽的可樂產品永遠是可口可樂公司的立身之本，但非碳酸飲料，特別是果汁飲料在健康和營養方面更勝一籌，已成為增長最快的軟飲料和碳酸飲料後的第二大飲料市場。

（二）匯源品牌的吸引力

可口可樂公司趕超中國本土品牌的最好手段是憑藉其經濟實力和嫻熟的資本手段，併購知名的本土品牌，加速本土化的佈局。**匯源**果汁公司是中國最大的果汁供應商和出口商，在**純果汁和中濃度果汁**市場穩居領導地位，**所占市占率分別高達42.6%和39.6%**。匯源品牌是中國果汁行業的第一品牌[159]，可口可樂公司意圖增強中國業務，如收購成功，可口可樂公司將取得匯源果汁公司引以為傲的品牌價值、市場占有率、市場潛力和行銷網路。由**於可口可樂公司在低濃度果汁市場上擁有優勢，而匯源果汁公司在高濃度果汁**

http://news.pchome.com.tw/society/commonsdaily/20091128/index-12593528059197944002.html，最後瀏覽日期：2009/12/5。

158 根據康師傅 2008 年度的年報，康師傅茶飲料在 2008 年的銷售量市場占有率爲 45.6%，茶王康師傅在茶飲料市場上的絕對領先，統一茶飲料的市占率爲 23.6%，根據 AC 尼爾森 2008 年 12 月的零售報告研究，娃哈哈茶飲料 2008 年度的銷售量市場占有率爲 14.2%，在中國包裝茶飲品中位居第三，次於康師傅和統一。排在康師傅、統一和娃哈哈之後的可口可樂，茶飲料市占率不足 10%，但卻是茶飲料市場上的一匹黑馬。

159 被評爲“最具市場競爭力品牌”、“中國最具影響力品牌”、“消費者心目中理想品牌第一名”、“消費者實際購買品牌第一名”和“消費者購物首選品牌第一名”，並榮列“全國重點保護品牌榜”。匯源產品被授予“中國名牌產品”稱號和“產品品質國家免檢資格”，被視爲“中國消費者放心購物品質可信產品”。

市場上擁有優勢，兩者的產品將形成良性互補，可口可樂公司在與同類本土企業的競爭中將占得先機。

二、匯源同意收購之動機[160]

匯源果汁公司的三大股東為匯源控股公司、法國達能集團和美國華平基金，持股比例分別為 41%、23%和 7%[161]。

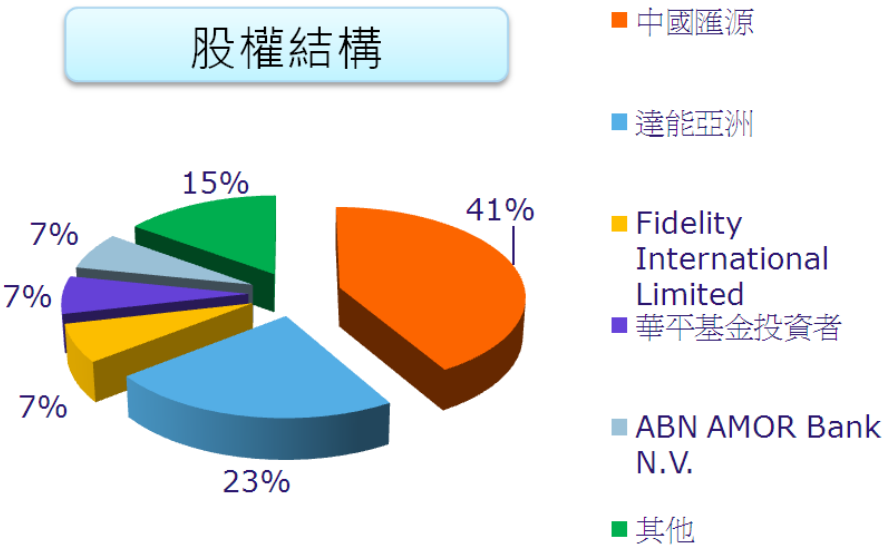


圖 4.2 匯源果汁集團有限公司持股比例

資料來源：政大智財所97級黃淑媛、詹淑珠提供

（一） 不合常理的收購溢價

在全球市場一片低迷的狀況下，該項收購給出了近三倍於股價的超常溢價。在此項交易中，朱新禮通過全資控股的匯源控股公司，將坐收超過 74 億港元的股份出讓款，並出任名譽董事長。達能集團最初是以戰略投資者身份進入匯源果汁公司的，第二大股東地位也非常穩固。華平基金的身份是財務投資者，透過合併出售，相對能賣高價。

（二）資金及經營壓力

果汁飲料既是勞動密集型產業，也是典型的資金密集型產業。從原料基地建設、運輸和加工環節、廣告推廣，到銷售通路，無不需要大量的資金投入。2008 年年報顯示，

[160] 劉華，可口可樂併購匯源果汁案例分析，上海市經濟管理幹部學院學報，2009 年 5 月，頁 52~53。
[161] 參考匯源 2008 年年報，頁 33。

匯源果汁公司的銷售成本上升 11.9％[162]，但價格只提高 2.6%[163]。2009 年上半年，匯源果汁的銷售額同比減少 5.2%，毛利潤降幅高達 22.2%，現金與現金等價物下降 48%，而存貨增長 33.42%。

從短期來看，**低濃度果汁在中國更受歡迎。2009 年上半年匯源年報顯示，匯源在純果汁和中濃度果汁市場穩居領導地位，銷售量所占市占率分別高達 45.4%和 49.3%，但在低濃度果汁市場的占有率僅為 5.4%[164]，遠遠落後可口可樂、統一和康師傅等主要競爭對手[165]。**

表 4. 3 2009 年上半年果汁市場市占率[166]

	市場占有率%	
2009 年上半年	**銷售量**	**銷售額**
100%果汁		
滙源	45.4	43.6
第二名競爭者	9.5	12.9
第三名競爭者	5.4	6.7
第四名競爭者	3.9	4.7
26–99%中濃度果蔬汁		
匯源	49.3	45.5
第二名競爭者(統一)	30.9	30.0
第三名競爭者(康師傅)	2.9	1.9
第四名競爭者	1.6	2.1
25%以下低濃度果蔬汁		

[162] 見匯源 2008 年年報，頁 14。
[163] 同前註。
[164] 見匯源 2009 年上半年業績報告，頁 1。
[165] 據 AC 尼爾森資料顯示，僅在果汁飲料領域，中國的果汁飲料市場前三強的排名分別爲：可口可樂、康師傅和統一。而據 AC 尼爾森對中國果汁市場最有代表性的華南市場 2 月份的統計，可口可樂“美汁源”市場占有率爲 38.2%，而統一“多果汁”系列市占率爲 19.9%，康師傅旗下“每日 C”和“康師傅果汁”雙品牌合共占 14.2%，而百事可樂的“果繽紛”占 6.1%，健力寶占 3.2%.由此可見，低濃度果汁市場三強之爭，一直是可口可樂、統一與康師傅三大家之爭。
摘自 原料降價引爆果汁大戰，南方網，資料來源：
http://food.southcn.com/rdjj/content/2009-05/13/content_5152821.htm，最後瀏覽日期：2010/01/11。
[166]見匯源 2009 年上半年業績報告，頁 19。

第一名競爭者(可口可樂)	32.5	33.8
第二名競爭者(統一)	20.2	17.4
第三名競爭者(康師傅)	17.0	14.4
第四名競爭者	8.1	9.9
匯源	5.4	4.3

資料來源：摘自匯源2009年上半年業績報告

整體果汁市場市占率如下表：

表 4.4　2007~2009 年上半年中國主要果汁飲料業者市占率概況[167]

項目	2007 年上半年	2008 年上半年	2009 年上半年
可口可樂	20.4%	23.0%	25.3%
統一	20.3%	16.9%	13.1%
康師傅	13.4%	13.2%	11.3%
匯源	16.1%	14.6%	11.2%

資料來源：AC Nielsen、IBTS 彙整

[167] 摘自 預估 09 年統一在中國市場茶飲料的營收爲 40.49 億元人民幣，DJ 財經知識庫研究報告，資料來源：http://www.funddj.com/kmdj/report/ReportViewer.aspx?a=30354748-2d9d-4728-b72e-cae3743ec5df，最後瀏覽日期：2010/01/10。

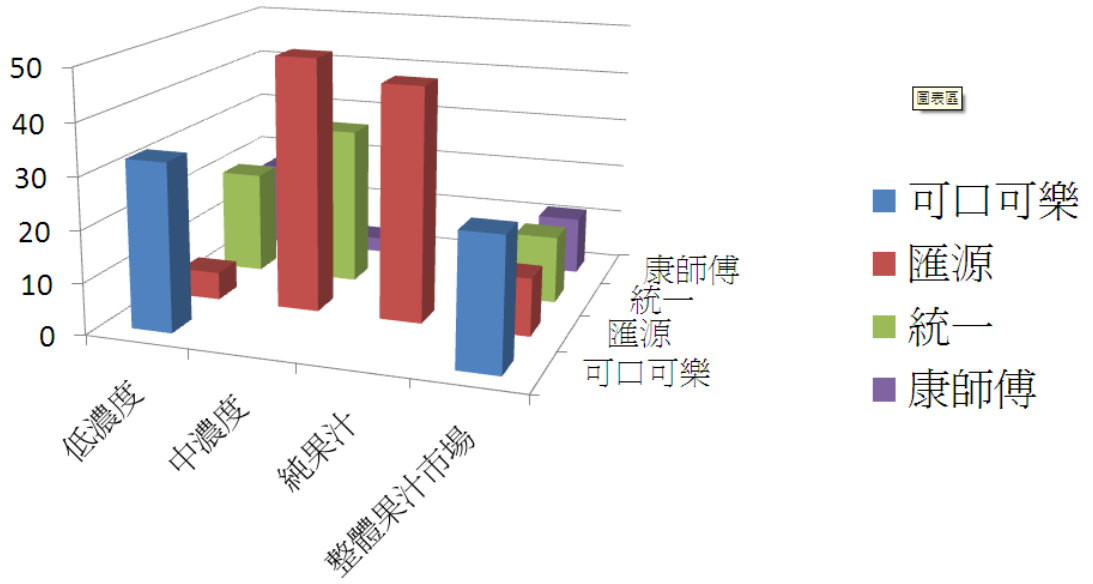


圖 4.3 2009 年上半年果汁市場市占率

資料來源：本研究整理

對快速消費品行業來說，管道就是生命線。可口可樂公司依靠其在終端上的優勢後程發力，在低濃度果汁市場登上了冠軍寶座。以單品牌銷售的匯源，相比多品牌的飲料公司，面臨的管道壓力顯而易見。

參、相關問題

大陸商務部依據《反壟斷法》的相關規定，從市場占有率及市場控制力、市場集中度、集中對市場進入和技術進步的影響、集中對消費者和其他有關經營者的影響及品牌對果汁飲料市場競爭產生的影響等幾個方面對此項集中進行了審查。審查工作嚴格遵循相關法律法規的規定。審查過程中，充分聽取了有關方面的意見。

商務部認定：此項集中將對競爭利影響。集中完成後可口可樂公司可能利碳酸軟飲料市場的**支配地位，搭售、捆綁果汁飲料**，或者**設定其他排他性的交易條件限制果汁飲料市場競爭**，導致消費者被迫高價格、更少種類的產品；同時，由於既有市場進入的限制作用，潛在競爭難以消除制競爭效果；此外，集中還**擠壓了國內中汁企業生存空間**，給中國果汁飲料**市場競爭造成不良影響**。為了減少集中對競爭產生的不利影響，可口可樂公司就附加限制性條件進行了要求申報方提出可行的解決方案。經過評估部認為修改方案仍不能有效減少此項集中競爭產生的不利影響。據此，根據反壟斷法十八條[168]，商

[168]第十八條：「認定經營者具有市場支配地位，應當依據下列因素：

務部做出禁止此項集中的決定[169]。

一、經營者集中

（一）經營者集中之概念[170]

反壟斷法規定於第二十條至三十一條。而其主要態樣規範於第二十條：「經營者集中是指下列情形：

1. 經營者合併；
2. 經營者通過取得股權或者資的方式取得對其他經營者的控制權；
3. 經營者通過合同等方式取得對其他經營者的控制權或者能夠對其他經營者施加決定性影響。」

經營者集中是指經營者通過**合併及購買股權或資產等方式進行的企業經營行為，其直接的後果可能導致同一競爭領域的經營者數量減少，集中後的企業更加龐大**。經營者集中是當今各國提升產業結構和企業組織結構的重要手段，也是企業迅速擴張、提高規模經濟效益和國際競爭力的有效手段。經營者集中往往對競爭方面產生一定影響，由於經濟力量的集中和市場結構的改變，容易導致市場中的競爭者數量減少，相關市場競爭程度降低，也使數量減少了的競爭者之間容易做出協調一致的行為，並且產生和加強市場支配力量，有可能排除和限制競爭，損害消費者利益，所以各國反壟斷法都將經營者集中的管制方式作為其重要的內容之一。

本條明確規定中國反壟斷法所調整的三種經營者集中之形式。

（一）該經營者在相關市場的市場占有率，以及相關市場的競爭狀況；
（二）該經營者控制銷售市場或者原材料採購市場的能力；
（三）該經營者的財力和技術條件；
（四）其他經營者對該經營者在交易上的依賴程度；
（五）其他經營者進入相關市場的難易程度；
（六）與認定該經營者市場支配地位有關的其他因素。

第十九條　有下列情形之一的，可以推定經營者具有市場支配地位：
（一）一個經營者在相關市場的市場占有率達到二分之一的；
（二）兩個經營者在相關市場的市場占有率合計達到三分之二的；
（三）三個經營者在相關市場的市場占有率合計達到四分之三的。

有前款第二項、第三項規定的情形，其中有的經營者市場占有率不足十分之一的，不應當推定該經營者具有市場支配地位。

被推定具有市場支配地位的經營者，有証據証明不具有市場支配地位的，不應當認定其具有市場支配地位。」

[169] 方立維，大陸商務部就可口可樂公司收購中國匯源公司案反壟斷審查做出裁決，月旦法學 E 週報。

[170] 中華人民共和國商務部條法司 編，中國企業併購反壟斷審查相關法律制度研究，北京大學出版社，2008 年 4 月，頁 116~117。

1. 經營者合併。經營者合併是指兩家或兩家以上的企業通過訂立合併協議，根據相關法律合併為一家企業的法律行為，經營者合併通常有兩種方式，一是吸收合併，一是新設合併。

2. **經營者通過取得股權或是資產的方式取得對其他經營者的控制權。**有兩種方式，第一種是一家企業通過購買、置換等方式取得另一家或幾家企業的股權，該企業成為另一家或幾家企業的控股股東並進而取得對其他經營者的控制權；另一種方式是一家企業通過購買、置換、抵押等方式取得另一家或幾家企業的資產，該企業成為另一家或幾家企業的控股股東或實際控制人，取得對其他經營者的控制權。

3. 經營者通過合同等方式取得對其他經營者的控制權或者能夠對其他經營者施加決定性影響。一家企業可以通過委託經營、聯營等合同方式與另一家或幾家企業之間形成控制被控制關係或者可以施加決定性影響，也可以通過合同方式直接或間接控制其他經營者的業務或人事等，或者在業務或人事方面施加決定性影響。

中國公司法第 217 條與本條第二、三項相關的內容，規定用語如下：控股股東，是指其出資額占有限責任公司資本總額百分之五十以上或者其持有的股份占股份有限公司股本總額百分之五十以上的股東；出資額或者持有股份的比例雖然不足百分之五十，但依其出資額或者持有的股份所享有的表決權已足以對股東會、股東大會的決議產生重大影響的股東。實際控制人，是指雖不是公司的股東，但通過投資關係、協定或者其他安排，能夠實際支配公司行為的人。關聯關係，是指公司控股股東、實際控制人、董事、監事、高級管理人員與其直接或者間接控制的企業之間的關係，以及可能導致公司利益轉移的其他關係。但是，國家控股的企業之間不僅因為同受國家控股而具有關聯關係。

（二） 經營者集中申報制度

本法第二十一條規定，「經營者集中達到國務院規定的申報標準的，經營者應當事先向國務院反壟斷執法機構申報，未申報的不得實施集中。」

根據國務院關於經營者集中申報標準的規定第三條，「經營者集中達到下列標準之一的，經營者應當事先向國務院商務主管部門申報，未申報的不得實施集中：

（一）參與集中的所有經營者上一會計年度在全球範圍內的營業額合計超過 100 億元人民幣，並且其中至少兩個經營者上一會計年度在中國境內的營業額均超過 4 億元人民幣；

（二）參與集中的所有經營者上一會計年度在中國境內的營業額合計超過 20 億元

人民幣，並且其中至少兩個經營者上一會計年度在中國境內營業額均超過 4 億元人民幣。」

匯源果汁年度業績報告中顯示 2007 年，匯源果汁銷售額達到 26.56 億元，利潤 6.4 億元[171]。根據可口可樂公司公開披露的資料，可口可樂在中國的銷售額早在 2005 年時就已超過了 100 億元。在可口可樂公司收購匯源公司案中，由於交易後可口可樂公司將取得匯源公司絕大部分甚至 100%股權，從而取得了匯源公司的決定控制權，因此，該交易符合集中的法定標準；同時，**可口可樂公司和匯源公司 2007 年在中國境內的營業額分別為 12 億美元(約合 91.2 億人民幣)和 3.4 億美元(約合 25.9 億人民幣)，分別超過 4 億元人民幣，達到並超過了《國務院關於經營者集中申報標準的規定》的申報標準**，因此本案必須接受相關審查[172]。

（三）經營者集中審查

對審查經營者集中需要考慮的因素，反壟斷法第二十七條明確規定：「審查經營者集中，應考慮下列因素：**（一）參與集中的經營者在相關市場的市場占有率及其對市場的控制力**；（二）相關市場的市場集中度；（三）經營者集中對市場進入、技術進步的影響；（四）經營者集中對消費者和其他有關經營者的影響；（五）經營者集中對國民經濟發展的影響[173]；（六）國務院反壟斷執法機構認為應當考慮的影響市場競爭的其他因素[174]。」

商務部審查經營者集中案件時，對集中給市場競爭造成的影響從上述六方面進行全面評估。說明如下：

1. 如何界定此收購的相關市場是否造成壟斷？

根據反壟斷法第十二條規定，**相關市場是指經營者在一定時期內就特定商品或服務進行競爭的商品範圍和地域範圍。**在反壟斷執法實踐中，通常需要**界定相關商品市場和相關地域市場。**

任何競爭行為均發生在一定的市場範圍內，界定相關市場是明確經營者競爭的市場

[171] 見匯源 2007 年年報，頁 1。
[172] 沈傑，“可口可樂併購匯源”折射的反壟斷問題，商業流通，頁 18。
[173] 第五項關於經營者集中對國民經濟發展的影響是世界各國經營者集中制度通行做法，目的是從巨集觀角度、在更高層次上維護市場競爭的有效性，與反壟斷法維護社會公共利益和促進社會主義市場經濟健康發展一脈相承。
[174] 第六項關於國務院反壟斷執法機構認爲應考慮的影響市場競爭的其他因素，這裏所指的其他因素僅限於影響競爭的因素，不包括非競爭考量的其他因素，這些因素是其他法律和政策需要解決的問題。

範圍的過程。因此，相關市場的界定是對競爭行為進行分析的前提，是反壟斷執法工作的重要步驟，如何合理界定相關市場，對識別競爭者和潛在競爭者、判定經營者市場占有率和市場集中度、認定經營者的市場地位、分析經營者的行為對市場競爭的影響、判斷經營者行為違法性以及需承擔的法律責任等關鍵問題，具有重要的作用。相關市場是指經營者在一定時期內就特定商品或服務進行競爭的商品範圍和地域範圍。可見界定相關市場一般需要界定相關商品市場和相關地域市場[175]。

依照美國休曼法第二條[176]針對獨占及控制企業經濟力之濫用加以禁止及懲罰，禁止三種違法行為—實施獨占（monopolizing）、意圖獨占（attempting to monopolize）與共謀獨占（combining or conspiring to monopolize）。

在實施獨占之案子裡，原告必須證明被告在相關市場具有獨占力量，而且故意取得或維持該獨占力量。而在意圖獨占之案件中，最高法院已經建立三個要件以定義意圖獨占，首先，獨占者必須在**相關市場**意圖獨占；其次，獨占者必須將其內心企圖獨占之意思透過行為表現出來；最後，原告不僅要證明獨占者之不公平競爭，還必須證明其行為將可能對競爭造成損害[177]。因此，在處理休曼法第二條之相關案件時，欲決定一個廠商是否具有市場力量時，相關市場範圍之認定就顯得格外的重要。

美國司法部及聯邦貿易委員會1992 年公佈之水平結合指導原則（Horizontal Merger Guideline）將市場定義如下：「一個假設的追求利益最大化且不受價格管制的廠商，在一個（群）產品及地理區域內，是這些產品現在及將來之唯一製造販賣者，能夠在其他買賣條件不變之情況下，強制微小而持續之價格提升，能夠滿足這些條件之最小市場就是一個相關之產品市場或地理市場。」[178]，反托拉斯法之市場定義係包含產品市場及地理市場兩種，歸納如下。

---

[175] 可參考歐盟 1997 年發佈了《關於界定歐共體競爭法意義上相關市場的通告》。“相關產品市場”，是指根據產品的特性、價格和用途對消費者來說具有可互換可替代的所有產品或服務的組合，“相關地域市場”是指所涉及的企業進行商品或服務供求活動的地域，該地域的競爭條件是充分同質的，並且與相鄰地域的競爭條件明顯不同。

[176] Section 2. Monopolizing trade a felony; penalty
Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding $10,000,000 if a corporation, or, if any other person, $350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

[177] James P. Puhala, Antitrust law: Berkey photo and Alaska airlines different approaches to monopoly leveraging claims, Western New England Law Review,(1994).

[178] 1992 Horizontal Merger Guidelines, 57 Fed. Reg. 41552 (Sep. 10, 1992).

(1)產品市場

1942年經濟學者George Stigler以經濟觀點表示「一個商品市場是一個區域，在該區域內商品價格趨向一致，價格之不一致僅存在於反映運輸成本之情況下」[179]，在市場內商業完全自由的交易，實際及潛在之套利將會消彌非因運輸成本而增加之價格利潤。然而經濟學家Joan Robinson認為該定義與現實生活之市場概念相去甚遠，在現實生活之中，廠商在做成相關商業行為決策時，必須同時考慮替代性產品之競爭[180]，換句話說，在定義特定市場時，某產品之替代性產品必須一同包含在相同之市場內，始能反映真實社會之市場現象。隨後，經濟學家開始以需求交叉彈性（cross elasticity of demand）來顯示某產品之銷售對於其他產品價格變化的反應程度，更進一步以之作為判別某產品與另一產品是否屬於相同市場之標準。

在DuPont案[181]中，聯邦上訴法院支持地方法院之見解，認為被告DuPont所生產製造之**玻璃紙**，雖然在美國境內擁有75%之市場佔有率，但是其**面臨了其他各種產品之實質競爭**，因此在決定DuPont公司之市場力量時，其市場應界定為彈性包裝材料（flexible packaging materials），因而判認DuPont公司在該市場並不具備市場力量，而無法以獨占力量哄抬產品價格。行政部門上訴表示，玻璃紙及其他種類之包裝材料**既非替代品，且其價格亦不相同，因此其他種類之包裝紙市場與玻璃紙市場應分屬於兩個不同種類之市場**，也就是說，其他種類之包裝紙對玻璃紙造成之競爭，不應該被列為判斷DuPont 公司是否有獨占之考量依據。

針對行政部門之答辯，最高法院認為系爭市場之定義將決定DuPont公司在該市場是否擁有獨占力，換句話說，最高法院已經確認**市場定義與市場力量彼此相互間，已經存有實質關連**，且確認市場定義之目的係為了評估市場力量。最高法院為了評估市場力量，進一步舉出了兩種測試方法，即**需求交叉彈性及合理替代性**（reasonable interchangeability），所謂**需求交叉彈性**係指某產品之銷售對於其他產品價格變化的反應程度，如果玻璃紙之售價微幅降低會導致相當數量之其他彈性包裝紙之消費者，轉而購買玻璃紙時，就表示玻璃紙與其他彈性包裝紙間具有高度之需求交叉彈性，也就是說兩種產品應該被視為在相同之市場彼此競爭。

[179] George J. Stigler, The Theory of Competitive Price 92 (1942).
[180] Joan Robinson, The Economics of Imperfect Competition (2d ed. 1969).
[181] United States v. E.I. DuPont DE Nemours & Co. 351 U.S.377（1956）.

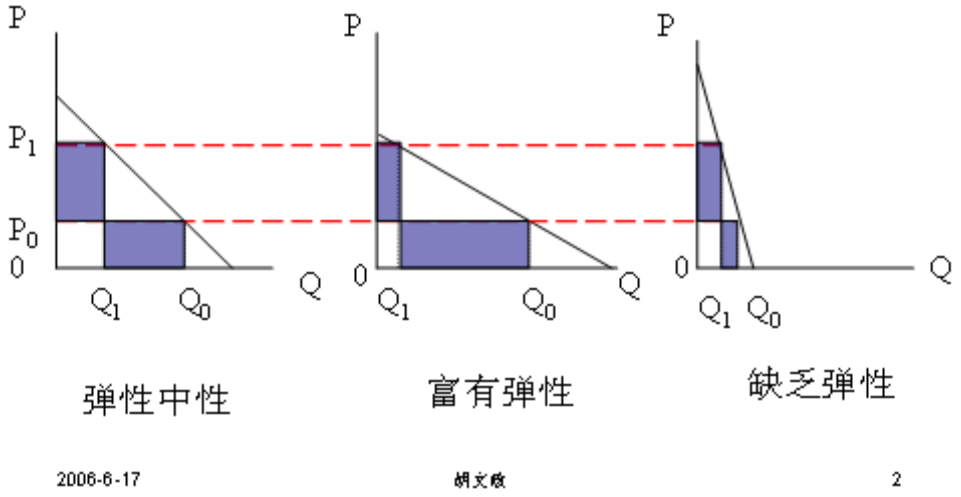


圖 4.4　各種需求彈性[1]

而所謂的合理替代性係指，消費者為達相同目的，會合理地尋求其他的替代產品替代時，此兩種產品間即具有合理替代性，而**替代性有無，則係由消費者在類似用途之競爭產品間，針對價格、特質及妥適性加以評量**。在相同用途而不同特質之兩樣產品間，其價格將呈現多樣化，也就是說，有可能便宜之產品會將昂貴之產品逐出市場之外，但是也有可能，高價格高品質之產品主導了整個產品市場。

最後最高法院審視了地方法院所調查之事實證據，發現「儘管玻璃紙在市場上處於優勢地位，但是其仍然面臨了許多相同用途之其他材質包裝紙之競爭，且其認為玻璃紙及其他材料之包裝紙相互間，具有相當之功能替代性，且其期待程度已經足以將玻璃紙及其他材料之包裝紙，納入相同之市場」，因此，最高法院維持了地方法院之判決，判認DuPont公司在包裝紙市場並未擁有市場力量。

雖然需求交叉彈性對市場界範圍供了一套界定方式，但是其在實際運用上仍然面臨許問題，首先面臨的問題是**交叉彈性要有多大，兩項產品才可以算是具有替代性而可以併入同一市場？**其次，**對消費者而言，交叉彈性並不具備對稱性**[182]；最後，有些商品之替代性只有在特定價格之下才會發生[183]，換句話說，**有時候必須某種產品之價格超過某種門檻金額時，兩種產品之替代性才會顯現**，若該產品之價格未超過門檻金額，將可

[182]舉例來說，消費者使用甲產品其對乙產品之交叉彈性為 2，而使用乙產品其對甲產品之交叉彈性為 0.1，甚至為負數，此時甲乙兩種產品是否應列為同一市場即難以認定。

[183]例如美國在石油危機時，每噸煤之價格為四十美元，而石油每桶七美元，油價在每桶七美元到十二美元間時，一般廠商並不考慮以煤代替石油，只有在每桶石油價格超過十二美元時，廠商才會考慮以煤代替石油作為替代能源。

能令人誤判兩種產品間不具有替代性[184]。

為了克服此種困難，聯邦貿易委員會及利用下列四種原則佐以需求交叉彈性來界定市場範圍：（1）產品間是否有持續相當之價格差異？（2）產品是否存在充分之特徵，使產品只適合特定之用途？（3）購買者對於特定產品是否存有特別之偏好？（4）由購買者或銷售者之立場觀察，該兩項產品是否處於競爭狀態？[185]

在研究應將何種產品納入同一市場時，前面已述及從需求面之需求交叉彈性加以判斷，然而市場上所存在之競爭並非僅有既存產品之競爭，當產品之價格夠高時，仍然可能誘使其他廠商提高該產品之產量而形成價格抑制效力，既然界定市場範圍之目的在於評估廠商之市場力量，因此，在**界定市場範圍時，除需求面外，似仍應該一併考慮供給面所存在之潛在競爭，方為妥適。**在衡量供給面所存在之潛在競爭時，和需求替代之概念相同，係以供給交叉彈性作為評估之方式，研究某廠商將價格抬高1%時，市場上相同產品供給量所增加之比例。若比例高即供給交叉彈性高，表示其他廠商容易增加該產品之產量，而某廠商抬高產品價格之行為不易維持，也就是說某廠商不具備市場力量，反之，若供給交叉彈性低，表示其他廠商不易增加該產品之產量，而某廠商就具備了市場力量[186]。

(2)地理市場

在產品市場中，即使廠商所生產之產品間具有替代性，但空間所產生障礙，會使產品間之替代性受到限制，換句話說，即使業者們所供應的產品具有替代性，若其營業之地理區域有所不同，彼此仍不會立於競爭關係；因此在界定市場範圍時，除了考慮產品市場之外，還必須考慮地理市場。所謂地理市場，係指在一個特定地理區域，當一個廠商能夠增加價格，而沒有許多消費者因而轉向區域外之廠商購買產品，或區域外之廠商沒有很快的將替代性產品輸入此區域時，則該特定區域即為一個相關的地理市場[187]。在測定地理市場之範圍時，最主要係使用兩種方法，一種是銷售法（shipment approach），另一種則是價格法（price approach）[188]分述如下：

---

[184] 莊春發，< 論市場範圍之界定> ，《反托拉斯經濟學論集上冊》，頁428-429，台北，瑞興圖書股份有限公司出版（2002）。

[185] Coate, M.B., Analysis of three approaches to market definition, In Zerbe, Richard O. Jr., eds Research in Llaw and Economics, Vol.9,(1986).

[186]曾遠豪，知識經濟時代競爭規範之挑戰--以美國微軟之反托拉斯訴訟爲題材，頁 24~28，中原大學財經法律研究所碩士論文，2003 年 6 月。

[187] Herbert Hovenkamp, Supra note 5, p113.

[188] Gregory J. Werden, The history of antitrust market delineation, Marquette Law Review, Fall, 1992.

a.銷售法

其係以產品之移動性，判別兩個地區之產品是否屬於同一個地理市場，其以**當地生產及銷售之產品，佔該產品在該區域銷售總額之比例**LIFO(little in from outside) **及當地生產及銷售之產品，佔外地生產該產品總額之比例**LOFI(little out from inside)做為參考指標，必須LIFO及LOFI都超過一定之門檻，才可以將兩個區域視為同一地理市場 ，換句話說，必須該兩個區域間，輸入及輸出該產品之比例很小時，該兩個區域使為同一個地理市場，此項測定方式是由Elzinga and Hogarty所提出，在其提出當時，原本設定兩個指標均超過75% 時[189]，即可認定為同一地理市場，其後，其又將該比例提高為90% [190]。

B.價格法

市場上之產品價格與套利可能性（arbitrage possibilities）息息相關，因此為避免套利行為之發生，產品價格將趨向一致，基於此種價格一致性之概念， Areeda & Turner遂將其視為測定地理市場之指標[191]，即**利用產品價格在同一市場快速且容易趨於一致之特性，將不同區域之產品價格扣除運輸成本後，檢視其價格之差異性**。若其差異性顯著，則兩個區域則為不同之地理市場，反之，若其差異性不明顯，則可以將兩個區域視為一個地理市場。

銷售法與價格法在其運用上均有缺失，銷售法最主要之缺失在於執行上有其困難，蓋其所蒐集之資料，必須涵蓋市場上所有廠商之資料，而每個廠商並不見得均會保留相關之銷售資料，如此一來，不但將增加蒐集資料之困難性，也可能會影響評估數據之正確性。其次，由於銷售法僅以實際銷售之資料為測定依據，而未能將潛在競爭之影響加以納入考慮，因此其市場範圍之界定亦有欠周詳。而價格法之缺失，除了價格資料及運輸成本資料不易蒐集外，其最主要在於兩個區域產品價格趨於一致，可能係肇因於勾結之結果，如此一來，其所界定之地理市場範圍將與實際之地理市場範圍產生落差。因此在實際測定地理市場範圍時，實不宜偏用哪一種方式，宜兩者一併考慮較為允當[192]。

---

[189] Kenneth G. Elzinga & Thomas F. Hogarty, The Problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits, 18 Antitrust Bull. 45 (1973)

[190] Kenneth G. Elzinga & Thomas F. Hogarty, The Problem of Geographic Market Delineation Revisited: The Case of Coal, 23 Antitrust Bull. 1, 2-3 (1978)

[191] Phillip E. Areeda & Donald F. Turner, Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act, 88 Harv. L. Rev. 697, at 351-57.(1975)

[192]曾遠豪，知識經濟時代競爭規範之挑戰--以美國微軟之反托拉斯訴訟爲題材，頁 29~30，中原大學財經法律研究所碩士論文，2003 年 6 月。

可口可樂併購案中，商務部關於界定相關市場的過程，分別考察**果汁類飲料和碳酸類飲料之間可以及三種不同濃度果汁飲料之間的可替代性。**

界定相關市場通常採用兩種方法。一是需求替代：從需求者角度來看，通常商品之間的替代程度越高，競爭關係就越強，就越可能屬於同一相關市場。二是供給替代：從經營者的角度考察，通常生產設施改造調整的投入越少，承擔的額外風險越小，轉而提供緊密替代商品越迅速，該商品在市場上的競爭力越強，則供給替代程度就越高，就越可能屬於同一相關市場。分析如下:

a.果汁類飲料和碳酸類飲料之間替代性較低,因為果汁飲料明顯屬於非碳酸飲料，從用途、口味上講，人們追求的是蔬果飲品的健康元素以及碳酸飲料的口感，二**者明顯不能相互替代。**

b.三種不同濃度果汁飲料同屬果汁類飲品，在用途、口味、價格上相近，生產原料以及加工工藝類似，差別主要是濃度不一，人們在缺少其中一種產品時通常可以接受另一種產品的替代，因而存在很高的需求替代性和供給替代性。

本次交易所涉相關產品主要包括無酒精飲料中的兩大類,果汁類飲料和碳酸軟飲料。根據商務部在審查中掌握的資訊，兩家公司在果汁類飲料產品類別中存在重疊，而碳酸軟飲料產品只有可口可樂公司生產，匯源公司並不生產碳酸軟飲料。本次併購的**相關市場被界定為果汁類飲料，其中包括 100%純果汁，濃度為 26%—99%的混合果汁，以及濃度在 25%以下的果汁飲料。**

根據市場調查和搜集的證據，商務部將此案相關市場界定為果汁類飲料市場，理由是：**果汁類飲料和碳酸類飲料之間替代性較低，且三種不同濃度果汁飲料之間存在很高的需求替代性和供給替代性。**

2.為何商務部認為可口可樂有能力將其在碳酸軟飲料市場的支配地位傳導至果汁飲料市場[193]？

據中國飲料工業協會統計，2007 年可口可樂公司占全國碳酸飲料市場占有率為 60.6%。同時，考慮到該公司在資金、品牌、管理、營銷等諸多方面已取得的競爭優勢，經認真核實和評估，商務部認定，可口可樂公司在碳酸軟飲料市場佔有市場支配地位。反壟斷法第二十八條規定，經營者集中具有或者可能具有排除、限制競爭效果的，國務

[193] 沈傑，“可口可樂併購匯源”折射的反壟斷問題，商業流通，頁 18。

院反壟斷執法機構應當作出禁止經營者集中的決定。同時第二十七條的規定，審查經營者集中，應當考慮諸多因素：

(1) 二者在相關市場的市場占有率和市場控制力

根據 AC 尼爾森的調查資料，2007 年，匯源在中國 **100%果汁及中濃度果汁**市場占有率分別達 **42.6%和 39.6%，處於明顯領先地位**。2007 年中國果汁飲料市場占有率排名前三位分別是[194]：統一企業、可口可樂、匯源果汁，市場占有率在分別是 18.69%、15.04%與 13.95%。若收購匯源後，可口可樂的市場占有率可能達 28.99%，超過同年度位居第一的統一。

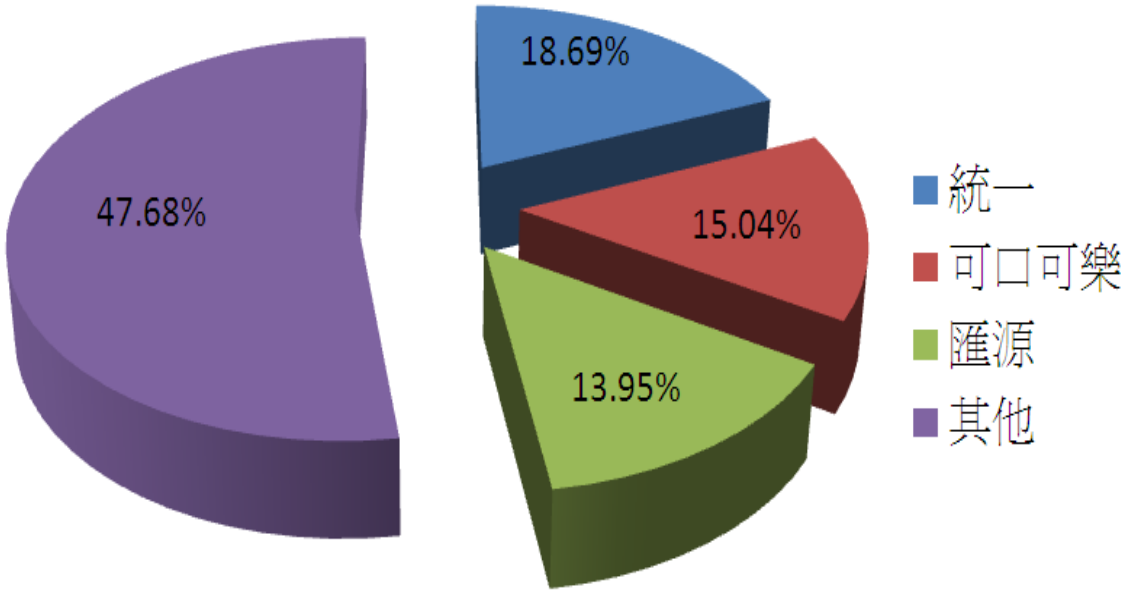


圖 4.5　2007 年中國果汁市場占有率

資料來源：本研究整理

可口可樂公司占全國碳酸飲料市場占有率為 60.6%，在碳酸軟飲料市場佔有市場支配地位。**碳酸飲料和果汁飲料儘管彼此間替代性不強，但卻同屬非酒精飲料，彼此屬於緊密相鄰的兩個市場。此次收購完成後，可口可樂公司在碳酸飲料已有支配地位基礎上又進一步增強了其在果汁類飲料市場的競爭優勢和影響力[195]，即產生"傳導作用[196](Leverage Effect)"。**

[194] 摘自可口可樂：併購後果汁市場占有率不超過 20%，釀造網，資料來源：http://www.niangzao.net/News/899/89900.html，最後瀏覽日期：2010/01/11。

[195] 對反壟斷調查中場市占率和市場控制力的考察不只是參與集中者市場占有率的簡單相加，而應綜合考慮市場環境以及參與者的特定情況，即反壟斷法的使用的正常運行。

[196] 詳下述。

(2) 經營者集中對市場進入的影響

在現代化知識經濟的市場競爭中，品牌戰略在企業管理中被廣泛應用。達能[197]收購樂百氏、娃哈哈商標糾紛案[198]都是很好的例證。培養品牌就是培養消費者的忠誠度，這就使新產品被消費者接受產生一定障礙，增加了潛在競爭者進入市場難度。**此次交易完成後，正如商務部公告所提到的，可口可樂公司將獨自擁有"美汁源(可口可樂自有品牌)"和"匯源"兩個最具影響力的果汁品牌，通過控制品牌這一影響競爭的關鍵要素，可口可樂公司對中國果汁飲料市場控制力將明顯增強，加之其在碳酸飲料市場已有的支配地位以及相應的傳導效應，集中將使潛在競爭對手進入果汁飲料市場的障礙明顯提高。**

(3) 經營者集中對消費者和其他有關經營者的影響

此次收購完成後，可口可樂公司在碳酸飲料已有支配地位基礎上又進一步增強了其在果汁類飲料市場的競爭優勢和影響力。**為謀求其自身的利潤最大化，可口可樂公司有能力在併購後利用其在碳酸軟飲料市場上的支配地位，將果汁飲料與碳酸飲料搭售、捆綁銷售或附加排他性交易條件，將其在碳酸飲料市場上的支配地位傳導至果汁飲料市場，**

---

[197] 達能集團 1987 年進入中國，成立廣州達能優酪乳公司。此後，先後進入餅乾、純淨水、啤酒、乳業、果汁等領域。通過十餘次併購行動業已在中國食品飲料行業佔據了重要地位，大量的資本運作中，最爲著名的是參股光明乳業、控股樂百氏集團及合資娃哈哈等。目前，達能持有樂百氏、光明乳業、深圳益力、上海正廣和飲用水、匯源果汁等眾多龍頭飲料企業的股權，與娃哈哈、蒙牛乳業等品牌則通過合資公司的方式分享收益。

[198] 1996 年香港百富勤與娃哈哈食品集團公司洽談投資合作，隨後又拉進戰略合作者達能集團一起來洽談合作，洽談成娃哈哈食品集團公司與娃哈哈美食城股份有限公司以現有廠房、設備、土地出資，香港百富勤與達能以現金出資組建五家合資公司，在正式簽訂合資公司合同時，改爲百富勤與達能在新加坡組建的金加投資公司投入，形成娃哈哈佔 49%，金加公司佔 51%的合資公司。 1998 年 4 月百富勤的董事改由達能方派出的董事替代，事後才知道百富勤由於亞洲金融風暴的影響，已將股權出售給了達能，金加投資公司變成了達能獨家控股公司。因此，娃哈哈與達能的合資公司變成了達能控股公司。達能向媒體申明，當時簽訂合資合同的同時，簽訂了商標轉讓協議，而且是經過政府蓋章同意的，因此，合資公司擁有商標的所有權，而由於在商標的有關變更權、商標所有權變更登記沒有完全確定下來的情況下，簽訂了合資企業獨家擁有娃哈哈商標使用權的使用合同。事實上，娃哈哈確實與合資公司簽訂了商標轉讓協議，地方政府亦同意蓋了章，但是地方政府蓋章同意的權限是同意娃哈哈向國家商標局申請轉讓，而真正的審批權是屬於國家商標局。娃哈哈報批後，國家商標局從保護自己民族的馳名商標與知名品牌的角度出發，未予批准，因此，該商標轉讓協議並未生效。外資也曾到商標局交涉，知道商標局沒有批准以及不批准商標轉讓協議的原因，故其又要求籤署商標使用許可合同。該商標使用許可合同名義上雖然是許可，而實質卻是一份變相的轉讓協議，剝奪了中方的所有權，規定了中方使用商標需經合資公司董事會同意方可使用的限制條款。外資知道，根據當時的商標法律規定，商標使用許可合同也必須強製備案，這份變相的商標使用許可合同同樣不可能獲得商標局的批准。因此，其又提出兩份內容完全不一致的、上報商標局備案與實際執行亦不一致的合同，而且要求中方強制執行未到商標局備案的合同，據當時強製備案的要求，未到商標局備案的合同是無效的，有效的應當是按照當時上報備案的簡式合同，而該有效合同對中方並沒有相關的限制性條款，而且該份有效合同中規定了商標許可使用期限爲商標有效期(根據商標法規定，商標有效期限爲十年)，因此，從 1999 年商標使用許可合同簽署到現在，許可期限也基本屆滿。
娃哈哈與達能糾紛案簡介，資料來源：
http://hi.baidu.com/%D0%A1%BF%D7%B5%C4%B7%A8%C2%C9%C9%FA%BB%EE/blog/item/d540fec467d190c939db495f.html，最後瀏覽日期：2009/12/29。

這將嚴重削弱甚至剝奪其他果汁類飲料生產商與其形成競爭的能力，從而對果汁飲料市場競爭造成損害，最終使消費者被迫接受更高價格、更少種類的產品。

二、品牌與民族之爭

商務部在裁決公告中提到品牌對市場競爭的影響，禁止決定是否在保護民族品牌，一直是爭議的焦點。匯源在中國的飲料產品，推出多種口味的果汁和飲料，在中國市場上都大受歡迎，已註冊 20 個商標，列表如下：

表 4.5 匯源飲料註冊商標[199]

序號	商標	序號	商標
1.	匯源	11.	匯源寶
2.	匯源真晶葡萄	12.	匯源樂樂園
3.	匯源真蜜桃	13.	匯源真菠蘿
4.	匯源真爽檸檬	14.	匯源國際
5.	匯源水果麗人	15.	匯源果肉多
6.	匯源真鮮澄	16.	匯源果鮮美
7.	匯源之戀	17.	匯源果阡美
8.	匯源真蜜桃	18.	匯源果汁醋
9.	匯源真鮮澄	19.	匯源乳果麗人
10.	匯源八寶	20.	匯源養身果

資料來源：本研究整理

在收購消息公佈後，品牌一直是收購案的爭議焦點。儘管自始至終，可口可樂都強調將保留匯源品牌，但是由於匯源是國家認定的知名品牌，也獲得馳名商標的認定，因此同業對於併購都持相當反對的態度，而據此引發的品牌與資產分家的替代方案也一度受輿論關注。

雖然此一替代方案沒有得到商務部確認，但在 2009 年 3 月 18 日的公告中，商務部曾表示：「為了減少可口可樂併購匯源對競爭產生的不利影響，商務部與可口可樂公司

[199] 中國商標網，資料來源： http://sbcx.saic.gov.cn/trade/，最後瀏覽日期：2009/12/28。

就附加限制性條件進行了商談[200]，要求申報方提出可行的解決方案[201]。」商務部曾告知可口可樂，收購後，可口可樂必須放棄中國匯源果汁這一品牌。

鑒於參與集中的經營者沒有提供充足的證據證明集中對競爭產生的有利影響明顯大於不利影響或者符合社會公共利益，且在規定的時間內，可口可樂公司也沒有提出足以消除不利影響的解決方案，因此決定禁止此項經營者集中。

商務部認為，果汁飲料屬於食品、快速消費品，直接面向廣大消費者。對於此類產品，品牌具有重要意義，品牌意味著產品的質量、價格、是否能被消費者信賴等一系列因素。由於消費者對現有品牌的忠誠度，新品牌要說服零售商改變供應商十分困難，因此，品牌構成了飲料市場進入的主要障礙。

由於既有品牌對市場進入構成的障礙，潛在競爭者很難進入這個市場與可口可樂形成實質性的競爭，從而消除或者抑制可口可樂公司可能從事的濫用行為。商務部解釋，市場進入問題是反壟斷審查中必須回答的一個問題，與民族品牌問題是兩個概念。因此匯源是不是民族品牌不是反壟斷審查需要考慮的因素，與商務部禁止此項收購無關。

三、本案分析

(一)、傳導效應理論適用性

商務部採取所謂的「傳導效應」，是從英美法上學理承繼而來，係指當壟斷企業在一個市場有支配力，而得以誘使另一個市場的銷售量，例如，考慮兩個市場：照相機市場(第一市場)和底片市場(第二市場)。該相機市場由一家企業獨占，許多公司則競爭底片市場。假設該相機壟斷企業開始在銷售相機加上的唯一條件是買方購買同公司的底片，如果該壟斷企業銷售量足夠接收底片市場，將驅逐其他底片競爭者退出市場。這就造成相機市場對於底片市場的傳導效應[202]。在英美法的適用歷史上，

[200] 經營者集中對市場競爭的影響較爲複雜，有些情況下，集中既會產生減少運營成本、提高經濟效率的有利影響，也有可能對特定的市場競爭造成一定程度的不利影響。爲了在保留有利影響的同時避免排除、限制競爭的負面影響，根據反壟斷法二十九條規定，通過申報方承諾，商務部可決定附加減少集中對競爭產生不利影響的限制性條件。在做出審查決定前，商務部與可口可樂公司關於消除排除限制競爭效果的解決方案問題，進行了多輪的附加限制性條件的商談。

[201] 商談中，商務部向可口可樂明確指出此項收購的各項競爭問題，並要求其在限定期限內提出解決方案。2009 年 3 月初，可口可樂向商務部提出了初步解決建議。經評估，商務部認爲該方案未能解決競爭問題，建議可口可樂公司對該方案進行修改。此後，商務部與可口可樂公司進行了進一步商談，可口可樂公司提出了最終方案。經再次評估，商務部認爲，盡管對部分問題的救濟方案有所改進，但仍不足以消除此項收購產生的不利影響。

[202] Leverage occurs when a monopolist uses power in one market to induce or foreclose sales in another market and thereby monopolize both.1 For example, consider two markets: a market for cameras and a market for film. The camera market is dominated by one firm; many firms compete in the film market. Suppose the camera monopolist begins selling its cameras only on condition that the buyer also purchase all film from the monopolist.2 If the monopolist takes over enough sales in the film market, it will drive other film competitors out. The monopolist then has a film monopoly in addition to a camera monopoly. This is leveraging.

法院、評論家和立法者指責傳導的行為造成危險競爭狀態。他們的論據集中在結構變化的第二市場。例如，迫使其他底片製造商退出市場，原來壟斷競爭的市場產生另一個新的壟斷市場。據推測，如此一來原來的壟斷廠商才能提高價格，限制供應，牟取新市場的壟斷利潤。

而搭售是傳導效應最顯著的例子[203]，其他還有垂直併購、排他性交易、壟斷[204]等等，一般而言，傳統的傳導理論考量的是第二個市場，也就是被第一市場支配力所影響的市場，因此而扭曲了消費者的選擇，**傳統的傳導理論認為，壟斷者可以經由次級市場獲得額外利潤，並把該利益加到主要市場的壟斷利益當中，但是芝加哥學派對於此理論有嚴厲的批評，認為**兩種產品同時使用，如果增加其一之價格會限制壟斷者對於增加另一產品價格的能力，因此，壟斷者可以在一個市場得到它的所有的壟斷利潤，或其所有市場的壟斷利潤，其他，但不能增加總額壟斷利潤，因此不會有更多的壟斷利潤[205]。

從芝加哥學派的觀點來看，可口可樂併購匯源，即便產生所謂的傳導效應，可口可樂依然無法從果汁市場取得更多的壟斷利潤，但是商務部所強調的是對於果汁市場的影

Feldman, Robin Cooper, *Defensive leveraging in antitrust,* Georgetown L.J., p1 (Jun 1999), *available at* http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3805/is_199906/ai_n8877368/?tag=content;col1, last visit at 2010/02/19.

[203] Leverage occurs when a monopolist uses power in one market to induce or foreclose sales in another market and thereby monopolize both.7 It is most frequently discussed in analyzing tying cases. Tying occurs when a firm agrees to sell a product only on condition that the buyer either purchase a different product as well or agree not to purchase the second product from another supplier.8 The classic tying case is International Salt Co. v. United States,9 in which a firm produced machines that injected salt tablets into canned goods.10 The firm leased the machines on condition that the lessee use only the firm's salt tablets. The Supreme Court condemned the practice under sec 3 of the Clayton Act11 and sec 1 of the Sherman Act, expressing concern over a creeping tendency toward monopolization in the salt market.
Feldman, Robin Cooper, *Defensive leveraging in antitrust,* Georgetown L.J., p3 (Jun 1999), *available at* http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3805/is_199906/ai_n8877368/?tag=content;col1, last visit at 2010/02/19.

[204] Although leverage theory is best known in the context of tying cases, antitrust authorities also have applied leverage theory in cases involving vertical mergers, exclusive dealing, reciprocal dealing, and monopolization under sec 2 of the Sherman Act.
Feldman, Robin Cooper, *Defensive leveraging in antitrust,* Georgetown L.J., p3 (Jun 1999), *available at* http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3805/is_199906/ai_n8877368/?tag=content;col1, last visit at 2010/02/19.

[205] Traditional leverage theory lost ground with the emergence of the Chicago school of antitrust and its focus on price theory to analyze behavior. Chicago school scholars sharply criticized leverage theory. They acknowledged that leveraging changes the secondary market from a competitive one to a monopoly.They argued, however, that the interaction of pricing in the two markets prevents the monopolist from charging monopoly prices in both. By definition, the two products are used together. Thus, increasing the price of one will restrict the monopolist's ability to raise the price of the other. As a result, the monopolist can gain all of its monopoly profit in one market, or all of its monopoly profit in the other, but it cannot increase the total amount of monopoly profit available. A second monopoly obtained through leverage, therefore, generates no more monopoly profits than the original monopoly alone.

Feldman, Robin Cooper, *Defensive leveraging in antitrust,* Georgetown L.J., p5 (Jun 1999), *available at* http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3805/is_199906/ai_n8877368/?tag=content;col1, last visit at 2010/02/19.

響，若可口可樂採取搭售手段，可能改變原來果汁市場的結構，因而擠壓其他競爭者的生存空間。

(二)、收購後對於果汁市場所造成的 HHI 指數影響評估

首先利用 HHI 指數評估市場集中度，將 2007 年上半年的果汁市場各廠家的市場佔有率[206]，及中國果汁飲料市場據估計約五十個廠商[207]，除了前四大廠商外，其他 46 家廠商皆假設市占率相同，套入下列公式：

$HHI = \sum_{i=1}^{n}(X_i/X)^2 = \sum_{i=1}^{n} S_i^2$ 式中，X：市場的總規模 、Xi：i 企業的規模 、Si＝Xi／X：第 i 個企業的市場占有率 、N：該產業內的企業數。計算得出

$(20.4^2+20.3^2+13.4^2+16.1^2+46\times0.65^2)=1286.445$，若依照美國司法部門的實務見解，HHI 指數**介於 1000 至 1800** 之間，該市場屬於**中度集中市場**，美國司法部通常會針對廠商結合後 HHI 指數之增加幅度超過 100 點者加以規範，惟經考量廠商財務狀況、市場進入障礙、經濟效率等因素後，若司法部認為此合併不會潛在的削弱市場競爭，則不會加以管制。可口可樂與匯源合併後，HHI 指數計算如下:（ $(20.4+16.1)^2+20.3^2+13.4^2++47\times0.65^2$）=1914.1715，增加幅度超過 100，且 HHI 指數**高於 1800**，已經屬於**高度集中市場，加上商務部在評估考量併購後對於其他果汁廠商所造成的進入障礙，對於可口可樂做出禁止併購的決定，在 HHI 指數上有其根據。**

(三)、檯面下考量的民族品牌

中國大陸基於本土產業的保護主義，對於外資在行政程序上的阻撓和關卡為各國想要進軍中國營運的一大難題，本次除了保護主義外，加上中國民眾對於匯源的品牌情感，難以接受從小喝到大的果汁本土品牌被外資可口可樂接收，即便是可口可樂答應保留匯源品牌，對於中國民眾而言，並不具說服力。雖然商務部否認與民族品牌有關，但是作者認為中國國情特殊，以致於該品牌的本土性為考量因素之一。

四、商務部態度對將來外資之影響

本次眾所矚目的併購案失敗是否意味著中國外資政策發生改變或者說中國實行投資保護主義，引起許多專家疑惑，由於審查結果與不少專家對於飲料市場無壟斷的心理預期相背，也導致此次反對聲音高漲[208]。但商務部澄清，對外開放是中國的一項基本國

[206] 見圖 4.5
[207] 見表 4.5
[208] 商務部此前召開的非正式不公開的聽證會上，所有參加企業都投了反對票，原因在於快銷品行業內，

策。在經濟全球化背景下，國際間的貿易與投資活動日益頻繁，國家間的經貿關係日益增強，為了促進經濟更好更快發展，中國歡迎外商來華投資，鼓勵其在中國境內參與競爭。

隨著加入世貿組織，中國市場開放程度進一步提高，外資來華的準入門檻明顯降低，越來越多的跨國公司進入中國，在傳統的綠地投資[209]之外，併購中國境內企業已成為一種常見的方式[210]。

跨國公司併購境內企業帶來了資金、技術和管理經驗，有利於國民經濟發展；但是，如果併購導致跨國公司在某一市場取得或加強支配地位，產生排除、限制競爭的效果，反而會阻礙經濟發展。反壟斷法的經營者集中控制制度目的就是在鼓勵經營者進行公平競爭、自願聯合、擴大經營規模、提高市場競爭能力的同時，有效消除集中可能產生的不利影響。**反壟斷法對國內外企業的壟斷行為是統一適用，並沒有專門針對跨國公司。**

商務部依據反壟斷法禁止可口可樂收購匯源，官方說法是基於對市場競爭的考慮，目的是維護中國果汁飲料市場的有效競爭，是個案決定，不會影響更不會改變中國的外資政策，但中國開放外資後，法制逐漸完善，市場亦蓬勃發展，本次個案，對於外資在中國的投資投下不小的震撼彈，加上反壟斷法實施的推波助瀾，未來外資投資中國所持之態度恐將有所保留。

第二節 中國微軟黑屏案

壹、案情介紹[211]

2008 年 10 月 22 日微軟中國公司對一些中國用戶實施開始在中國地區同時推出兩個重要更新，分別為 Windows 正版增值計畫通知（WGA 通知）和 Office 正版增值計畫通知（OGA 通知），作為推行軟體正版計畫的重要舉措，而 WGA 與 OGA 旨在幫助用

一個廠商在某個品類具有高銷售市占率，就會擠壓競爭對手在同一零售管道的位置和資源。

[209] 綠地投資又稱創建投資或新建投資，是指跨國公司等投資主體在東道國境內依照東道國的法律設置的部分或全部資產所有權歸外國投資者所有的企業。創建投資會直接導致東道國生產能力、產出和就業的增長。綠地投資作爲國際直接投資中獲得實物資產的重要方式是源遠流長的。早期跨國公司的海外拓展業務基本上都是採用這種方式。綠地投資有兩種形式：一是建立國際獨資企業，其形式有國外分公司，國外子公司和國外避稅地公司；二是建立國際合資企業，其形式有股權式合資企業和契約式合資企業。

資料來源：http://baike.baidu.com/view/636237.html?goodTagLemma，最後瀏覽日期：2009/12/10。

[210] 2003 年頒布《外國投資者併購境內企業暫行規定》以來，商務部累計批準了近 5000 起併購案。摘自商務部：2003 年以來我國累計批准近 5000 起併購案，中華人民共和國中央人民政府網，資料來源：http://www.gov.cn/jrzg/2009-03/24/content_1267778.htm，最後瀏覽日期：2010/01/11。

[211] 參考陳俊、吳墨，微軟反壟斷案給我們留下的啓示，國際市場，頁 28~31。

戶甄別電腦中安裝的微軟 Windows XP 專業版和 Office 應用軟體是否是獲得授權的正版軟體，並且針對盜版的 Windows XP 專業版，採用了一套開機後自動將桌面背景變為純黑色，用戶重設背景後才能正常工作，但是每個一個小時就會自動再次變成黑屏情況。另外，在螢幕右下方將會永久顯示"您可能是軟體盜版的受害者"[212]。

微軟「黑屏行動」的本意，表面上是正當地希望中國所有的消費者都使用正版系統，其實是不正當地迫使人們放棄 XP，轉向 vista 並緊跟他們被動使用下代作業系統，並為微軟其它應用軟體(例如 Office、資料庫、開發工具、伺服器、遊戲、手機作業系統、網路服務等等)打開方便之門。所謂的 OGA，是微軟製造的反盜版 Office 軟體。按照微軟的官方解釋，它承諾通過教育、工程和強制執行政策和法律等手段保護其客戶和合作夥伴免受假冒者侵害的一部分。OGA 將區分正版 Office 軟體和假冒軟體之間的價值，使客戶享受使用正版 Microsoft Office 軟體所帶來的可靠性、附加價值、資訊和安心。

由上面的界定可知道微軟的 windows 正版增值計畫 WGA 和 OGA 每天都會強制自動勾選更新，且依照一般用戶使用習慣不會細查其更新內容，亦不會細看來自可信網站的使用者使用協定。一般情況下，可能會導致用戶自動下載安裝從而導致黑屏產生。

貳、中國微軟的市場地位

一、中國軟件著作權之保護

根據《中華人民共和國著作權法》，明確規定將計算機軟件列為著作權的保護客體[213]。2001 年為配合著作權法制定，修正後的《計算機軟件保護條例》也列舉了著作權人享有的各項權利，規定了軟件的保護期限和侵權行為以及相應的法律責任[214]。

軟件出版物與傳統出版物相比，有其自身特點：開發高度複雜，產品更新換代快，開發時難度大、投資高，但開發出來後很容易被複製，且複製成本很低。因此在實踐中，與傳統出版物的版權保護相比，軟件的版權保護問題有：（1）電子出版物的非法複製非

[212] 微軟"黑屏"比使用盜版更惡劣，資料來源：http://blog.sina.com.cn/s/blog_549e4f560100awcm.html，最後瀏覽日期：2009/12/14。

[213] 第三條規定，「本法所稱的作品，包括以下列形式創作的文學、藝術和自然科學、社會科學、工程技術等作品：（八）計算器軟件。」

[214]第十四條：
「軟件著作權自軟件開發完成之日起產生。
自然人的軟件著作權，保護期爲自然人終生及其死亡後 50 年，截止於自然人死亡後第 50 年的 12 月 31 日；軟件是合作開發的，截止於最後死亡的自然人死亡後第 50 年的 12 月 31 日。
法人或者其他組織的軟件著作權，保護期爲 50 年，截止於軟件首次發表後第 50 年的 12 月 31 日，但軟件自開發完成之日起 50 年內未發表的，本條例不再保護。」

常簡便，盜版者只要擁有一台電腦，即可從事這種非法複製。(2)《著作權法》中規定了合理使用的條款，“為學校課堂教學或者科學研究，翻譯或者少量複製已經發表的作品，供教學或者科研人員使用”[215]屬於合理使用範疇。但是對於微軟公司的 Windows XP 這種系統軟件來說，多數盜版皆為一般使用者。正因為 Windows XP 盜版氾濫，微軟公司的合法權益不能得到很好的保護，於是採取了“黑屏”行動。

中國電子出版物的著作權保護制度，包括兩種途徑：一是法律途徑，二是從中國現實的國情出發，在《著作權法》、《計算機軟件保護條例》等知識產權法律中規定了保護其著作權的行政途徑[216]。無論是法律保護還是行政保護，軟件出版物的版權保護主體應該是國家，但是，微軟的“黑屏”究竟違不違法？在中國討論頗多。

二、中國學術界對於黑屏案相關評論

微軟“黑屏”事件一出現即引起了諸多爭論，北京中銀律師事務所律師董正偉稱其違反了《物權法》、《合同法》、《反壟斷法》，並到公安機關報案[217]；上海大學教授陶鑫良認為，“黑屏”行為不是知識產權意義上的技術措施，只是一種單純的技術手段[218]。如果以此來打擊盜版使用者，就是對技術措施的濫用；北京郵電大學教授劉德良認為：這也不屬於民法上的私力救濟，而是在行使司法權。持相反意見的北京大學尹田教授認為從程式上看，“黑屏”行為屬於私力救濟，由於中國的法律對私力救濟既無明確規定也沒有明確禁止，也就談不上違法[219]。

在有關企業版權保護的歷程中，不同階段有不同的商業模式：起初是縱容盜版、占有市場；其次是私人違法取證、訴訟維權；再次是行政舉報、私下和解；最後是遊說政府、預裝軟體。中國學界和民眾普遍認為，微軟公司事實上已取得了壟斷地位，構成了實質上的市場壟斷。

多數中國學者認為“微軟黑屏計畫”是一種濫用市場支配地位的壟斷行為[220]。分述

---

[215] 本法第二十二條第六款參照。

[216] 中國著作權法第四十七條 ：

「有下列侵權行爲的，應當根據情況，承擔停止侵害、消除影響、賠禮道歉、賠償損失等民事責任；同時損害公共利益的，可以由著作權行政管理部門責令停止侵權行爲，沒收違法所得，沒收、銷毀侵權複製品，並可處以罰款；情節嚴重的，著作權行政管理部門還可以沒收主要用於製作侵權複製品的材料、工具、設備等；構成犯罪的，依法追究刑事責任：（一）未經著作權人許可，複製、發行、表演、放映、廣播、彙編、通過資訊網路向公眾傳播其作品的，本法另有規定的除外。 」

[217] 律師向公安部舉報：微軟黑屏是最大駭客行爲，北京晨報，2008-10-21·

[218] 微軟黑屏事件的四個“有沒有”，光明日報，2008-11-10·

[219] 宋祥輝，從微軟“黑屏”事件淺談私力救濟，頁 105，法制與社會，2009 年 7 月。

[220] 袁青，從“微軟黑屏計畫”談濫用市場支配地位行爲的法律規制，財經政法，2009 年 5 月。

如下:

（一）超越民事自助行為

保護著作權利人所採取保護其信息網絡傳播權的技術措施，國際間稱為「科技保護措施(Technological Protection Measures)」，台灣著作權法第三條第一項第十八款稱為「防盜拷措施」。中國的《信息網絡傳播權保護條例》第四條除了禁止故意避開或者破壞技術措施的行爲，還進一步禁止故意製造、進口或者向公眾提供主要用於避開、破壞技術措施的裝置、部件(即零件)，或者故意爲他人避開或者破壞技術措施提供技術服務的行爲[221]。

按照技術措施的對外特性，可分為消極防禦性技術措施、積極防禦性技術措施、攻擊型技術措施[222]。技術措施作為一種私力救濟方式，其正當性也應有必要的限度。

首先，權利人採取的技術保護措施只能是防禦性的，決不能是攻擊性的，這已是業界和法律界的共識。技術措施非但不能攻擊知情或不知情的用戶，也不能攻擊抱有合法或非法目的的軟體複製者，不能因此而損害公共的利益。

其次，技術措施可以給侵權盜版活動製造障礙，但是不能超出制止侵權行為所必須的限度。此外，技術保護措施只能被用來保護法律賦予的權利，不應被用來取消法律規定的權利限制，破壞權利保護與公眾利益之間的平衡。

基於以上所述，中國普遍認為微軟“黑屏”措施屬於攻擊性技術措施，其“黑屏”方案可能對電腦使用者造成其它損害甚至是對公共利益和安全造成損害，因為電腦作為一種工具應用在社會管理的方面，黑屏行為會造成電腦的功能失效或者不正常，這可能導致該電腦所控制的或者管理的系統的不正常，從而產生難以估計的連鎖後果，

---

[221]但法律或行政法規規定可以避開的除外。例如，條例第十二條即規定，下列情形可以避開技術措施，但不得向他人提供避開技術措施的技術、裝置或者部件，不得侵犯權利人依法享有的其他權利：
（一）爲學校課堂教學或者科學研究，通過信息網絡向少數教學、科研人員提供已經發表的作品、表演、錄音錄像製品，而該作品、表演、錄音錄像製品只能通過信息網絡獲取；
（二）不以營利爲目的，通過信息網絡以盲人能夠感知的獨特方式向盲人提供已經發表的文字作品，而該作品只能通過信息網絡獲取；
（三）國家機關依照行政、司法程序執行公務；
（四）在信息網絡上對計算機及其系統或者網絡的安全性能進行測試。

章忠信，中國大陸信息網絡傳播權保護條例開始實施，資料來源:
http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=164，最後瀏覽日期:2010/02/09。

[222]消極防禦性技術措施，是指標對外來的破壞，能夠通過該措施進行某種程度的阻礙，但無論阻礙是否成功，一般都對該外來的技術措施並無影響，例如普通加密措施。積極防禦性技術措施，是指標對可能或必然產生的外來破壞，通過判斷和識別，先行制止該破壞行爲的發生，其中有可能對該外來的技術措施進行“先發制人”的破壞，例如防毒軟體。攻擊型技術措施，是指以破壞對方爲目的、對其自身正當功能毫無必要(或者其自身並無破壞對方之外的其他功能)的技術措施，典型的如病毒程式。

認為微軟“黑屏”行為不具有正當性[223]。

「微軟黑屏」屬於中國民法典侵權行為編第十八條的自助行為[224]，自助行為的一個重要特點是只能適用於在權利或利益受到侵害之際並且其所採取的措施對他方造成的損害大小不能超出所保護的權益[225]。「微軟黑屏」實施的時間並非是其版權正在遭受侵害，而是已經發生後，其對用戶所造成的損害(個人隱私權、一般行為自主權)於衡量後，應仍大於其版權上的經濟利益。

（二）危害網路資訊安全

《中華人民共和國計算機資訊系統安全保護條例》第 23 條規定：「故意輸入電腦病毒以及其他有害資料危害計算機資訊系統安全的」。黑屏事件是在使用者安裝了盜版軟件後主動進攻使用者電腦，進而影響使用者的電腦程式運作，依據本條，微軟於用戶更新時置入黑屏程式，已危害使用者的電腦資訊系統運作安全。

根據《中華人民共和國刑法》規定，對電腦資訊系統功能進行刪除、修改、增加、干擾，造成系統不能正常運行，行為結果嚴重者，構成“破壞計算機資訊系統罪”和“非法侵入計算機資訊系統罪”[226]。

微軟中國官方網站上對正版驗證計畫聲明“正版驗證過程將收集必要的系統驗證資訊，以確定軟件是否為正版。這些驗證不收集您的姓名、位址、電子郵寄地址或微軟用來識別您的身份或與您聯繫的任何其他個人資訊。”但這並沒有消除用戶對微軟是否**收集個人資訊、侵犯個人隱私**的疑慮。微軟未經使用者同意，肆意侵入使用者電腦系統的行為，已侵犯了人民的隱私權，對資訊安全、商業秘密和國家秘密構成潛在威脅。

（三）屬於濫用市場支配地位的行為

---

[223]宋祥輝，從微軟“黑屏”事件淺談私力救濟，頁 105，法制與社會。

[224] 中國民法通則第十八條規定，「爲維護自己的合法權益而對加害人實施自助行爲的，行爲人不承擔民事責任。自助行爲超過必要限度的，行爲人應當承擔相應的責任。」

[225] 台灣民法關於自助行爲之規定，於一五一條中明文：
「爲保護自己權利，對於他人之自由或財產施以拘束、押收或毀損者，不負損害賠償之責。但以不及受法院或其他有關機關援助，並非於其時爲之，則請求權不得實行或其實行顯有困難者爲限。」

[226] 依據中國刑法第二百八十六條：
「違反國家規定，對計算機資訊系統功能進行刪除、修改、增加、干擾，造成計算機資訊系統不能正常運行，後果嚴重的，處五年以下有期徒刑或者拘役；後果特別嚴重的，處五年以上有期徒刑。
違反國家規定，對計算機資訊系統中存儲、處理或者傳輸的數據和應用程式進行刪除、修改、增加的操作，後果嚴重的，依照前款的規定處罰。故意製作、傳播電腦病毒等破壞性程式，影響電腦系統正常運行，後果嚴重的，依照第一款的規定處罰。」

《反壟斷法》第十九條規定：「有下列情形之一的，可以推定經營者具有市場支配地位：一個經營者在相關市場的市場占有率達到二分之一的。」

微軟的 Windows 和 Office 兩款產品在中國國內的市場占有率非常高，以超過 90%的市場占有率成為個人辦公軟件市場的絕對領導者[227]。微軟已經具有了市場支配地位。"黑屏"正是微軟利用其市場支配地位排除競爭對手，打擊盜版，進而維持其正版軟件的壟斷高價[228]。

三、中國微軟 Windows 產品市場占有率

由中國知名的協力廠商資料統計分析服務提供者 CNZZ[229]發佈 2009 年 11 月中國互聯網[230]網民使用的作業系統市場占有率統計報告。報告中 CNZZ 從互聯網全網統計資料中選取中國網民上網行為資料進行分析，資料涵蓋 90%以上中國網民[231]。CNZZ 資料專家指出，中國互聯網網民使用最多的作業系統是 Windows XP，涵蓋了大多數中國互聯網網民，Windows Vista 推出發展至今，其在中國市場占有率超過 4%，微軟最新作業系統 Windows 7 在中國已覆蓋 1.14%的市場占有率，進入作業系統前三名。隨著 3G 時代的到來，手機上網用戶逐漸增多，嵌入式手持終端系統已經佔據一定的市場占有率[232]。

[227] 孫永傑，微軟沈穩、Google 張狂？，數位內容產業週報，資料來源：http://proj3.moeaidb.gov.tw/nmipo/content/weeklypaper/Theme/Default/Detail.aspx?type=4&sn=b2c3c0c71ae14aecaf4afaaa929c5d08&id=AD6D4DD6EFD147B68C70D29AC71CCD8E，最後瀏覽日期：2009/12/21。

[228] 姚麗，"微軟黑屏"案的思考——兼談中國大陸反壟斷法對濫用市場支配地位的規定，法制與社會，2009 年 4 月，頁 102。

[229] 官方網站說明，CNZZ 的主旨是按照客觀、真實、公正的原則，以中國互聯網網民行爲資料爲依據適時發佈"中國互聯網市場分析報告"，爲廣大網民和中國互聯網發展提供決策依據，CNZZ 提供用戶公益性的幫助。資料來源： http://data.cnzz.com/main.php?s=os，最後瀏覽日期：2009/12/28。

[230] Internet，台灣稱網際網路。

[231] CNZZ 通過提取資料樣本中每個訪客的 User Agent 標識(User Agent 標識是 HTTP 請求中的使用者標識，發送一個能夠代表用戶端類型的字串，如流覽器類型、作業系統等資訊)，計算出中國互聯網網民使用的作業系統市場占有率。

[232] 資料來源： http://data.cnzz.com/main.php?s=os&st=2009-11-01&et=2009-11-30，最後瀏覽日 期：2009/12/28。

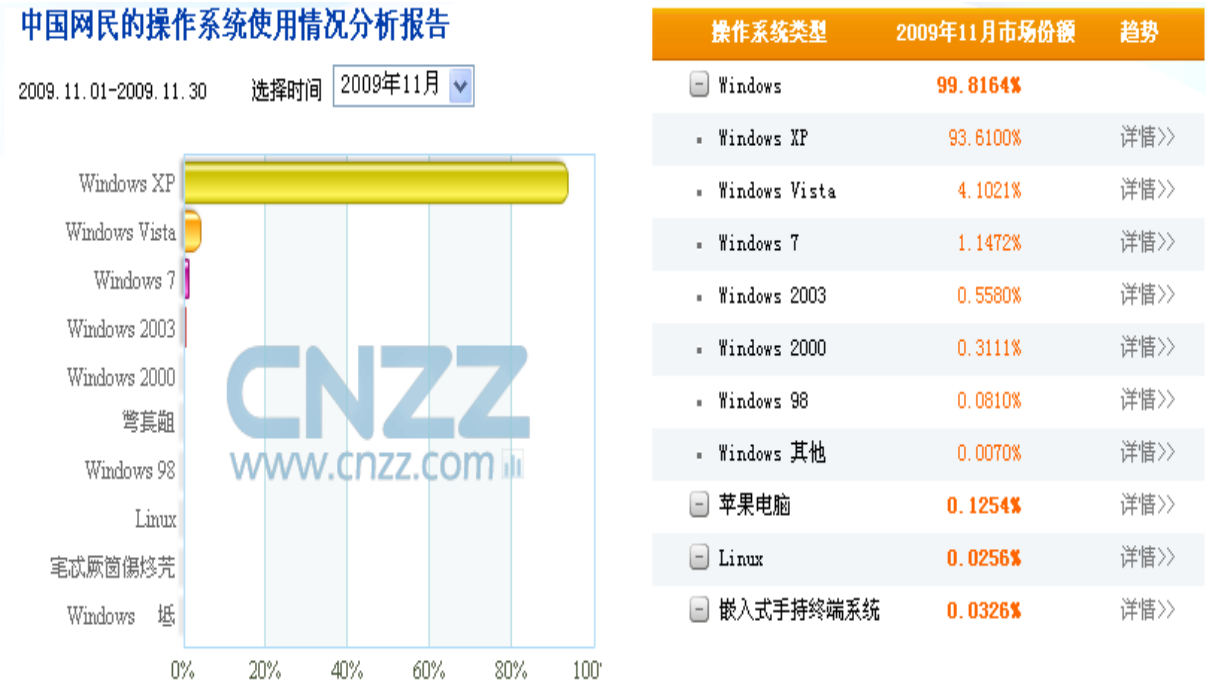


圖 4.6 中國網民的作業系統使用情況分析報告[233]

微軟的 Windows 和 Office 兩款產品在中國國內的市場占有率非常高，其在作業系統軟體和辦公軟體市場的占有率均超遠遠超過了 90%[234]。

依據反壟斷法第三條規定的壟斷行為包括：(一)經營者達成壟斷協定；(二)經營者濫用市場支配地位；(三)具有或者可能具有排除、限制競爭效果的經營者集中。第十九條規定，有下列情形之一的，可以推定經營者具有市場支配地位：(一)一個經營者在相關市場的市場占有率達到二分之一的；第十八條認定經營者具有市場支配地位，應當依據相關市場的市場占有率、競爭狀況、控制銷售市場、財力和技術條件；其他經營者對該經營者在交易上的依賴程度、進入相關市場的難易程度；與認定該經營者市場支配地位有關的其他因素等等。就中國微軟在中國的市占率和財力[235]、技術條件，相較於中國其他軟體廠商，應當符合第十八條的市場支配地位。

---

[233]同前註。

[234]微軟"黑屏"比使用盜版更惡劣，資料來源： http://blog.sina.com.cn/s/blog_549e4f560100awcm.html，最後瀏覽日期：2009/12/14。

[235]由於微軟與中國 PC 廠商有關 Windows 操作系統 OEM 價格一直保密，也沒有在財報中透露在中國的具體營收，微軟中國每年的收入一直是個謎，根據微軟中國總裁張亞勤的說法，2007 年微軟及其合作夥伴在全球產生 4200 億美金收入及 1400 萬工作職缺，是中國整個 IT 產業的 1/3。
張亞勤表示，2007 年中國的收入 155 億美元，創造 160 萬就業機會，也是中國 IT 產業的 1/3。若其提供的數字正確，根據微軟在全球營收的比例，**微軟在中國每年要掙走超過 8 億美金**。
摘自中國高清網，資料來源： http://news.800evd.com/html/hd/05/20080218/108.html，最後瀏覽日期：2010/01/08。

四、有無濫用市場支配地位

（一）市場支配地位之定義[236]

對市場支配地位進行界定是對濫用市場支配地位行為進行法律規制的一項重要和複雜的基礎性工作。所謂市場支配地位(dominant market position，又譯為市場優勢地位)是指企業的一種市場狀態，一般是指企業在特定市場上所具有的某種程度的支配或者控制力量，即在相關市場上，擁有決定產品產量、價格和銷售等方面的控制能力。

在反壟斷法的實踐中，市場結果、市場行為都不能單獨作為確定市場支配地位的基本依據。市場占有率不是決定市場支配地位的唯一標準，還必須同時考慮其他因素[237]，但市場占有率在確定市場支配地位中仍然具有決定性的意義[238]。市場支配地位的形成通常是多種因素綜合作用的結果，而市場占有率又是其中最重要的因素[239]。

總體來說，市場支配地位可概括為企業在特定市場上具有控制商品、服務價格、排除市場競爭的力量。也就是說，企業取得了可以不受競爭壓力影響的地位，從而其市場行為可以在較大程度上不必顧及同行競爭者和交易相對人(供應商、顧客和最終消費者)的反應。

本法第十七條第二款規定：「本法所稱市場支配地位，是指一個經營者或者數個經營者作為整體在相關市場內具有能夠控制商品價格、數量或者其他交易條件，或者能夠阻礙、影響其他經營者進入相關市場能力的市場地位。」這大致上可包括以下情形：

第一，企業在相關市場上完全沒有競爭者，這主要是指處於獨家經營的壟斷狀態，

---

[236]王先林，論濫用市場支配地位行爲的法律規制，法商研究，2007 年第四期，頁 10~13。

[237] 如新競爭者進入市場的障礙、企業的財力、企業垂直聯合的程度、企業轉向生產其他產品的可能性、交易對手轉向其他企業的可能性以及市場行爲等。

[238] 許多國家的反壟斷法都試圖對市場支配地位本身作出界定。這種界定是依各國自身的實際情況和具體的政策取向，因而各自規定的具體內容不盡相同，由此也在一定程度上反映出各國反壟斷法在寬嚴程度上的差異。有的國家的反壟斷法對市場支配地位的規定是概括性的，有的則有具體的數量標準。

[239] 一些國家的立法在總體上界定市場支配地位的同時，還基於市場占有率的重要意義把其作爲企業具有市場支配地位的法定推斷。在這方面，德國反限制競爭法 6 第 19 條的規定最具有代表性。該條第 2 款規定，如果一個企業作爲某類商品或者工商業服務的供應者或需求者，在相關產品市場和相關地域市場上符合了以下條件，即具有市場支配地位：(1)沒有其他競爭者或者沒有面臨實質上的競爭;或(2)相對於其他競爭者具有突出的市場地位;在此，特別要考慮該企業的市場占有率、財力、進入採購或者銷售市場的管道、與其他企業的聯合、其他企業進入市場所面臨的法律上或事實上的障礙、本法適用範圍內和適用範圍外的企業與該企業之間存在的現實的或潛在的競爭、該企業將其供應或者需求轉向其他商品或者服務的能力以及市場相對方轉向其他企業獲得商品或服務的可能性。德國反限制競爭法同時還規定，兩個或者多個企業作爲某類商品或者工商業服務的供應者或需求者，相互之間不存在實質上的競爭，並且它們作爲整體滿足第 1 句規定的條件時，則該兩個或多個企業具有市場支配地位。該條第 3 款規定，一個企業至少佔有 1/3 的市場占有率，才能推定它具有市場支配地位。由多個企業組成的整體具備以下條件時，推定其具有市場支配地位：(1)3 個或 3 個以下企業組成的整體，共同佔有 1/2 的市場占有率，或(2)5 個或 5 個以下企業組成的整體，共同佔有 2/3 的市場占有率，但企業能夠證明，它們之間存在實質性競爭或者企業組成的整體，相對於其他競爭者並不具有突出的市場支配地位的，不在此限。

它既可以是一種自然壟斷[240]，也可以是依法律規定而獲得和維持的。

第二，**企業在相關市場上雖有競爭者，但由於其居於非常顯著的市場地位**，其他企業難以進入該市場，從而不存在實質性競爭的準壟斷狀態。

本法第十九條規定：有下列情形之一的，可以推定經營者具有市場支配地位：(1)一個經營者在相關市場的市場占有率達到 1/2 以上的;(2)兩個經營者作為整體在相關市場的市場占有率達到 2/3 以上的;(3)三個經營者作為整體在相關市場的市場占有率達到 3/4 以上的。

本法第十八條對認定經營者具有市場支配地位應當考慮的因素增加了新的內容，即認定經營者具有市場支配地位應當依據下列因素：**(1)該經營者在相關市場的市場占有率以及相關市場的競爭狀況;(2)該經營者控制銷售市場或者原材料採購市場的能力;(3)該經營者的財力和技術條件;(4)其他經營者對該經營者在交易上的依賴關係及其程度;(5)其他經營者進入相關市場的難易程度;(6)與該經營者市場支配地位有關的其他因素。**明確將其他經營者對該經營者在交易上的依賴關係及其程度作為認定經營者具有市場支配地位所依據的一個因素，有利於將那些雖然未必擁有顯著的市場占有率，但卻擁有某些方面的特定優勢(如重要的銷售管道或者不可替代的銷售平臺)，以致其他經營者在交易上對其形成明顯依賴關係的經營者，在一定情形下也認定為具有市場支配地位。

由上可見，**中國反壟斷立法在界定市場支配地位時雖然沒有將市場占有率作為唯一的指標，但市場占有率無疑是最重要的指標。**

而市場占有率的確定涉及相關市場的界定問題。市場支配地位只有置於相關市場上才有意義[241]，本法第十二條第二款規定，「本法所稱相關市場，是指經營者在一定時期內就相關商品或者服務進行競爭的範圍或者區域」，包括**相關產品市場和相關地域市場**。相關產品市場，是指根據產品的特性、價格及其使用目的等因素可以相互替代的一組或者一類產品所構成的市場。相關地域市場，是指相關經營者供給或者消費者購買相關商品的地域範圍，並且這一地域內的競爭條件大致上一致。

此外，有時還涉及相關時間市場。所謂相關時間市場，是指相關市場內的商品或服務所能展開競爭的時間範圍。由於**相關時間市場在很多情況下可以融入相關產品市場的**

[240] 自然壟斷指因產業發展的自然需要而形成的壟斷狀態。一般來說，規模經濟能夠形成自然壟斷，如供應自來水、電氣；又如小鄉鎮，一家租車店或一家洗衣店就足以覆蓋服務需要，也屬自然壟斷；再如高科技產品，由於技術研發能力，在一定時期只有一家或少數廠家能夠生產，而形成自然壟斷。

[241] 在企業的年銷售額確定的情況下，如果將該企業放到一個較小的市場上，它就佔有較大的市場占有率，而如果將該企業放到一個較大的市場上，它就佔有較小的市場占有率，相應的，這也影響到對該企業是否具有市場支配地位的判斷。因而，界定相關市場是確定市場占有率並進而確定市場支配地位的重要前提。

界定之中，即在界定相關產品市場時應當考慮時間因素特別是在涉及具有知識產權的產品時，因此可不將其作為一個單獨的問題。

相關市場的界定是一個事實的認定問題，西方國家的判例和法學理論在這方面有很多成熟的做法和精闢的見解[242]，可供中國相關執法機構參考。當然，最終的實際操作還必須結合中國的具體國情綜合判斷之。

（二）市場支配地位認定中的知識產權

1. 對知識產權與市場支配地位關係的一般認識

知識產權與市場支配地位的關係比較複雜，就濫用市場支配地位與知識產權的主張呈現出不完全一致的情形[243]。具體說來，一般**不會僅僅因為某企業擁有知識產權即認定其具有市場支配地位**，因為很可能存在著作為這些知識產權標的的專利、版權作品或技術秘密等的替代物；這類替代技術、替代產品的存在，會使知識產權人難以支配市場。在2006 年 Illinois Tool Works Inc v Independent Ink Inc 案[244]中，最高法院引用了《知識產權

[242] 一些國家或地區的反壟斷法對市場支配地位的界定不是來自立法中的明文規定，即不對其作一般的法定推斷，而是在有關判例中確立規則，因而這種規則並非連貫的、一致的。美國法院在認定企業在相關市場上是否具有壟斷力時，曾經就以企業佔有的市場占有率作爲唯一的判斷標準。但後來美國聯邦最高法院在 1956 年的杜邦公司案中將壟斷力定義爲企業控制價格的力量或者排除競爭的力量，因而市場占有率就不再是衡量市場支配地位的唯一指標。
歐盟競爭法中的市場支配地位也不是立法明確加以規定的，而是由歐洲法院用判例加以確定的。歐洲法院在 1978 年的齊奎他(Chiquita)案中指出，市場支配地位是指企業可以不受限制地開展經營活動的能力，且本身構成其他企業進入市場的障礙。歐洲法院在 1978 年的 United Brands v. Commission 案的判決中認爲，**市場支配地位是指一個企業所享有的經濟力的地位，這種經濟力能夠使該企業無需考慮其競爭者、顧客和最終消費者的反應，而採取顯著程度的獨立行動來妨害相關市場內有效競爭的維持。**但是，由於市場支配地位本身含義的不確定性，因此認定一個企業是否具有支配地位是不容易的，對法學家來說尤其如此。歐盟委員會和歐洲法院也都沒有作出一個明確的和令人信服的裁決。

[243] 在執行反壟斷政策比較嚴厲的時期和國家，人們常常將擁有知識產權等同於擁有市場支配地位本身。在 20 世紀 80 年代之前，美國法院往往推定具有著作權、專利權的產品便一定具有市場支配力。但此後，尤其是 1995 年的美國司法部和聯邦貿易委員會聯合發佈《知識產權許可的反托拉斯指南》以來，各國反壟斷執法機構在這一問題上的立場發生了重大的變化。該指南所闡明的三個核心原則之一，便是反托拉斯部門並不假定知識產權產生反托拉斯意義上的市場支配力，即知識產權作爲壟斷權本身並不能導致其權利所有人具有市場支配力的結論。

[244] Illinois Tool Works 附屬公司 Trident 公司生產打印機頭(台灣稱印表機)並對該技術擁有專利，該公司要求購買者在購買打印機頭時必須購買其生產的未申請專利的墨盒(台灣稱墨水匣)。打印機墨盒制造商 Independent Ink 根據美國反托拉斯法向加利福尼亞州聯邦地方法院起訴，指控 Trident 公司在其專利產品打印機頭上綑綁銷售(台灣稱搭售)非專利產品墨盒的行爲違法。聯邦地方法院審理後，以 Independent Ink 未提供 Trident 擁有專利權市場支配力的證據爲由駁回訴求。Independent Ink 提起上訴，2005 年 1 月，上訴法院推翻原判，裁定 Independent Ink 無須證明專利權市場支配力的存在。2005 年 4 月，Trident 訴至最高法院。最高法院對於市場力量之認定，已從依賴『假設』轉移到『要求證據』，基於美國國會之修法、大部分經濟學者意見、美國頒佈《知識產權許可的反托拉斯指南》，即便在反托拉斯法領域，對於**就搭售商品具有專利權者，亦不因此被美國法院推定具有市場力量**，任何判定涉及專利商品之搭售協議係屬違法之前，需由證據證明專利權人在專利產品之相關市場具有市場力量。而非僅由假設認定之。
摘自 2005 年度美國聯邦最高法院十大專利案件評介，中華人民共和國國家知識產權局，資料來源：http://big5.sipo.gov.cn/www/sipo2008/dtxx/gw/2006/200804/t20080401_353184.html，

許可的反托拉斯指南》和經濟學家的共識作為其判決的依據，一致支持了這樣的立場[245]。在有些情況下，排除侵權物品銷售的權利可以通過妨礙競爭來產生市場支配地位；同樣，在有些情況下，知識產權的擁有會被視為產生事實上的壟斷。雖然擁有知識產權本身不等於具有市場支配地位，但是，如同其他財產權一樣，知識產權有時又確實是企業獲得市場支配地位的一個重要的甚至是關鍵的因素[246]。

2. 相關市場界定與知識產權

一般而言，市占率涉及相關市場的界定，而相關市場涉及產品市場之界定，而其界定該價格與競爭狀況之相關市場時，有合理替代性的原則可以援用，亦即消費者為達相同目的會合理尋求的替代產品(reasonable interchangeable)[247]，此外亦有進一步分析產品間所謂交叉需求，即某產品銷售因其他產品價格變化的反應，若反應越強則越能證明該兩種產品在相同市場競爭而屬於同一產品市場[248]。

然而即使在透過產品市場界定為同一相關市場後，仍可能因為業者銷售或從事競爭之地理區域不同，以及購買者有效選擇產品的地理區域不同而屬不同之相關市場，此即市場界定方式中之地理市場。

近年來，由於知識產權於市場競爭中日益重要，而因此有技術市場與創新市場等討論。所謂的技術市場是由用來授權的知識產權及可以替代該知識產權的其他技術所組成的。當專利產品與專利本身是可以分開來銷售時，主管機關就可以特別針對該項專利的技術市場分析其授權行為的競爭效果[249]。而若一個仍在研究發展階段之技術領域，尚未有人實質取得知識產權，但各種市場競爭或併購、結合等行為仍可能影響研究發展市場亦即創新市場的競爭[250]。此外，鑒於網際網路應用與設備不斷更新，市場之認定與時間之因素關係密切，而有所謂劃定「時間上的相關市場」(der zeitlich Markt)之討論[251]。

最後瀏覽日期：2010/01/12。

[245] 因此在美國，這個問題現在已經解決了。在歐盟，法院長期以來使知識產權所有人確信擁有知識產權並不等於具有市場支配地位。專有權基本上是消極的權利，它們並不自動導致利用受保護產品的積極的權利。商業利用的實際可能性取決於該受保護產品或方法在市場上的需求情況和競爭程度。不過，法院從來沒有排除知識產權的擁有和行使確實存在構成市場支配地位的可能性。

[246] 王先林，濫用市場支配地位與知識產權，電子知識產權，頁 16~19。

[247] U.S. v. E.I. DuPont DE Nemours & Co.,1956.

[248] 351 US 377.

[249] IP Guidelines § 3.2.2.

[250] IP Guidelines § 3.2.3.

[251]關於此一市場的概念，見劉孔中，德國限制競爭防止法對支配市場事業之規範，東海大學法學研究第八期(1994)，頁 167。

於微軟案中，對於相關市場的界定顯然仍以產品市場為主，而其地理市場即為全世界的市場。在從事相關產品市場之界定時，市場之類型化處理往往是必要的；有論者將電腦資訊系統大略區分為四個部分：硬體、作業系統、應用程式和使用者[252]，其中作業系統居於類似管理者地位，提供一個合宜的工作環境，使電腦系統中的硬體、軟體和資料等資源做合理的分配以及有效的使用，包括控制各種電腦週邊設備間的互動，以及應用軟體、硬體訊息和資料傳送轉換，可以說是控制電腦運作最核心、最基本的基礎軟體[253]。

3.市場支配地位認定與知識產權

無論在歐盟還是在美國或其他國家，現在一般都不認為擁有知識產權就等於擁有市場支配地位。由於知識產權本身不等於市場支配地位，因此在認定涉及擁有和行使某項知識產權的企業是否擁有市場支配地位時，也需要按照反壟斷法的分析框架來進行，知識產權是其中的一個方面，並存在某些特殊的因素。

市場占有率的大小是否實際反映了市場支配力，這往往還要取決於企業在市場上所面對的實際競爭的情形和競爭者進入市場的難易程度等多種因素。**由於市場進入障礙是決定企業是否具有市場支配地位的一個重要因素，而知識產權具有明顯的排他性，因此在分析知識產權與市場支配地位的界定問題時就需要注意知識產權在形成市場進入障礙中的作用[254]。**

4. 濫用市場支配地位行為的知識產權

(1) 關於知識產權與濫用市場支配地位關系的一般認識

企業擁有支配地位本身並不違法，只有在企業濫用其市場支配地位時才可能存在違反反壟斷法的問題。在涉及知識產權的場合，這裡的關鍵問題是具有市場支配地位的企業在什麼情況下將其知識產權用作濫用支配地位的工具。對“濫用”的確認實際上是運用“合理原則”對具體案件進行權衡、分析的結果，因而同樣的事實因不同的執法機構和法院的判斷可能有不同的結論。

---

[252] A. Silberschatz, J. Peterson, P. Galvin, Operating System Concepts, 3rd Edition, Addison-Wesley Publishing
Company, Inc., 1991

[253]鄭緯綸，論資訊產業市場力量之管制—以微軟案爲主軸，頁 4，清華大學科技法律研究所，97 年 7 月。

[254]王先林，論濫用市場支配地位行爲的法律規制，法商研究，2007 年第四期，頁 10~13。

在涉及知識產權時，涉及到反壟斷法與知識產權法的平衡與協調問題。如同在其他財產權領域一樣，基於知識產權的市場支配力，其獲得或維持有可能違反反托拉斯法；即使其獲得或維持是合法的，也可能會使權利人在涉及知識產權的行為方面具有損害競爭的較強實力。**由於知識產權本身的排他性，因此在認定涉及知識產權的市場支配地位濫用時就需要正確區分知識產權的合法行使與非法行使之間的界限。**基於知識產權的專有權性質，儘管反托拉斯法禁止某些排他性行為，但是它們並不否定專利權人排除他人使用其專利的權利[255]。

(2) 相關反壟斷實踐中對濫用市場支配地位與知識產權關係的處理

無論知識產權法的目的還是反壟斷法，都不能使允許壟斷者依靠藉口的商業理由來掩蓋實質上的壟斷行為。

當知識產權所有人在產品市場上享有準壟斷地位，並且知識產權的利用伴隨著企圖在派生市場上阻止新競爭者或者排擠現有競爭者的行為時，如果知識產權的行使與反壟斷法中禁止市場支配地位濫用制度相悖，就應限制其行使。知識產權行使的事實本身並不能構成反壟斷指控有效抗辯。

在企業具有支配地位的主要市場上，禁止市場支配地位濫用制度主要規制拒絕許可、過高定價、掠奪性定價、搭售和差別待遇(特別是價格歧視)等比較典型的濫用行為。對這些行為本身的認定就已經不容易，如果其中還涉及知識產權問題時就會更加複雜[256]。

參、中國微軟的價格歧視行為

中國大陸反壟斷法第十七條規定，禁止具有市場支配地位的經營者從事下列濫用市場支配地位的行為：

（一）以不公平的高價銷售商品或者以不公平的低價購買商品；

（二）沒有正當理由，以低於成本的價格銷售商品；

此二款即在規範過高定價、過低定價與掠奪性定價[257]，立法理由認為，此種行為違

[255] 同前註。

[256] 王先林，濫用市場支配地位與知識產權，電子知識產權，頁 16~19。

[257] 掠奪性定價（Predatory Pricing，又稱劫掠性定價、掠奪價、有時亦稱掠奪性定價歧視(Predatory Price Discrimination)，作爲一種典型的濫用市場支配地位行爲，其行爲特徵是一個或多個優勢企業爲了排擠競爭對手，而**在一定時期、一定市場以低於成本的價格銷售產品**。在達到排除競爭對手形成壟斷的目的後，優勢企業即大幅提高產品價格，以攫取高額壟斷利潤。由於這種行爲的目標針對有直接競爭關係的企業，故其損害被專家稱爲“第一線競爭的損害”。
徐莉，掠奪性定價的認定，法制與社會，2009 年 2 月，頁 122~124。

背企業中的平等互利原則,任由強勢的企業在交易活動中以不公平的高價銷售商品或者以不公平的低價買賣商品,損害交易相對人及勢力單薄的中小企業之利益[258]。價格歧視[259](Price Discrimination,又稱差別取價)是生產者和經營者對購買相同等級、相同質量的產品或服務的消費者要求支付不同的價格,或者買方對於相同等級、相同質量的產品或服務要求賣方支付不同的價格,從而使相同產品或服務的生產者或經營者因銷售價格的不同或者買方因進貨價格的不同而獲得不同的交易機會,直接影響他們之間的公平競爭。

有論者認為[260],透過黑屏行為本身歸根結底是關於產品的定價,從消費者的看法是由於正版與盜版之間過於懸殊的價異才導致更多的人選用盜版,當然盜版本身是違法行為,但是微軟的黑屏行為亦是具有違法用一種違法行為去制止另一種違法行為,並且,透過黑屏手段,使消費者不堪其擾,加上購買其他廠商軟件的重新學習上手成本,消費者多半考慮原本使用之軟件,變相強迫消費者接受高價的正版,而正版的定價採取價格歧視,**就微軟產品的定價調查發現微軟公司就針對中國消費者分別採取了價格歧視、超高定價及掠奪性定價的濫用市場支配地位行為:**

微軟公司為了與中國國產軟件 WPS97 競爭,在 WPS97 發佈前夕,匆忙推出人民幣 97 元超低價格的 Word97 版[261]。不論是視窗 98、Word97,其目的都是以掠奪性定價及價格歧視打擊市場上其他競爭者及造成消費者損害[262]。中國消費者因為微軟公司的差別定價一年就要多支出數十億。

最新版的 Windows7 家庭普通版預售價僅為 399 元(人民幣,下同), Win7 家庭高級版 699 元的預售價也比 Vista 的相同版本低了 200 元。此外,Windows7 專業版預售價為 1399 元,最高級的旗艦版預售價為 2460 元。同時,微軟還把 Win7 和 Office2007 中

---

[258] 全國人大常委會法制工作委員會經濟法室編,中華人民共和國反壟斷法條文說明、立法理由及相關規定,北京大學出版社,2007 年 9 月,頁 101。

[259]價格歧視是一種重要的壟斷定價行爲,是壟斷企業通過差別價格來獲取超額利潤的一種定價策略。它不僅有利於壟斷企業獲取更多壟斷利潤,而且使條件相同的多數買主處於不公平的地位,妨礙了它們之間的正當競爭,具有限制競爭的危害。因而,世界各國的反壟斷法規基本上都對它作出了限制。摘自 MBA 智庫百科,資料來源: http://wiki.mbalib.com/zh-tw/%E4%BB%B7%E6%A0%BC%E6%AD%A7%E8%A7%86,最後瀏覽日期:2010/02/17。

[260] 姚麗,"微軟黑屏"案的思考——兼談反壟斷法對濫用市場支配地位的規定,法制與社會,2009 年 4 月,頁 102。

[261] 中國反壟斷調查預案出爐調查跨國公司壟斷行爲,資料來源 : http://big5.cri.cn/gate/big5/gb1.cri.cn/1827/2004/05/19/302@164856_1.htm,最後瀏覽日期:2009/12/21。

[262] 徐昀、李華根,微軟"黑屏"事件的法律透析—從知識產權反壟斷的視角,湖北函授大學學報,第 21 卷第 3 期,2008 年 9 月,頁 53~55。

文版進行捆綁(搭售[263])組成套裝銷售，幾個版本價格增加了 99 元[264]。

表 4.6 微軟 Windows 7 中文市場售價[265]

地區 / 版本	微軟中國價格 (RMB)	微軟臺灣價格 (NTD)	微軟香港價格 (HKD)
Windows 7 家庭普通版	$399 (NT$1856)	X	X
Windows 7 家庭高級版	$699 (NT$3252)	升級版 NT$4170	升級版 HKD$1,099 (NT$4503)
		完整版 NT$6990	完全版 HKD$1,699 (NT$6962)
Windows 7 專業版	$1399 (NT$6508)	升級版 NT$6880	升級版 HKD$1,760 (NT$7212)
		完整版 NT$9890	完全版 HKD$2,599 (NT$10651)
Windows 7 旗艦版	$2460 (NT$11445)	升級版 NT$8390	升級版 HKD$1,860 (NT$7622)
		完整版 NT$10590	完全版 HKD$2,699 (NT$11061)

資料來源：本研究整理

相同的版本，在美國市場發售的 Windows 7 家庭進階版為 199.99 美元（約 NT$6353），專業版為 299.99 美元（約 NT$9530），旗艦版為 319.99 美元（約 NT$10166）。香港市場的 Windows 7 售價也遠高於中國市場售價。相較之下，中國市場家庭版與專業版的價格確實是全球最低，不過 Win7 在中國依舊遭遇盜版，中國使用者普遍認為定價

[263]搭售係指生產多樣產品或服務的廠商，將兩種或兩種以上的產品或服務組合以一特定價格銷售之行銷策略。搭售在反壟斷法第十七條規定：「禁止具有市場支配地位的經營者從事下列濫用市場支配地位的行為：（五）沒有正當理由搭售商品，或者在交易時附加其他不合理的交易條件。」

[264] 建議對 Win7 價格反壟斷執法定價 100 元反盜版，資料來源：http://big5.ce.cn/gate/big5/blog.ce.cn/html/65/83865-368618.html，最後瀏覽日期：2010/01/05。

[265] 同前註。

依然過高。

肆、本案分析

一、黑屏行為的本質

為解決伯恩公約之後，網際網路數位化科技對於傳統著作權法所產生之衝擊，聯合國所屬之世界知識產權組織(WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, **WIPO**)於一九九六年十二月二日至廿日在瑞士日內瓦總部通過了「世界知識產權組織著作權條約（The WIPO Copyright Treaty,簡稱 WCT）」及「世界知識產權組織表演及錄音物條約（The WIPO Performances and Phonograms Treaty,簡稱 WPPT）」等二項國際條約。在該二項條約中，均分別就科技保護措施於 WCT 第十一條及 WPPT 第十八條作相關規定如下：

WCT 第十一條　有關科技措施之義務

締約各方應有適當之法律保障及有效之法律救濟規定，以對抗規避著作人所使用於行使本條約或伯恩公約所定權利，或供作制止未經著作人授權或法律所允許對其著作所為行為之有效的科技措施[266]。

WPPT 第十八條　有關科技措施之義務

締約各方應有適當之法律保障及有效之法律救濟規定，以對抗規避表演人或錄音物製作人所使用於行使本條約所定權利，或供作制止未經表演人或錄音物製作人授權或法律所允許而對其表演或錄音物所為行為之有效的科技措施[267]。

關於科技保護措施之規定，於美國及歐盟著作權相關指令(directives)已有若干明文，在歐盟方面，一九八八年英國著作權法第 296 條即已禁止製造、散布或銷售規避防拷系統(circumvent copy-protection systems)之設備[268]，一九九一年歐盟電腦程式保護指令

266 WCT Article 11 Obligations concerning Technological Measures----Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law.

267 WPPT Article 18　Obligations concerning Technological Measures----Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by performers or producers of phonograms in connection with the exercise of their rights under this Treaty and that restrict acts, in respect of their performances or phonograms, which are not authorized by the performers or the producers of phonograms concerned or permitted by law.

268 參考 Copyright, Designs and Patents Act of 1988, Part VII, § 296. (1) This section applies where copies of

第七條第(1)項第(C)款亦禁止散布規避科技保護之設備[269]；為履行 WCT 及 WPPT 之規定，美國於一九九八年十月月二十八日完成「一九九八年數位化千禧年著作權法案(The Digital Millenium Copyright Act of 1998，簡稱 DMCA[270])，修正其著作權法。DMCA 第 103 條於美國著作權法增訂第 12 章有關規避科技保護措施之責任，使其符合 WCT 及 WPPT 之規定，其所指之「科技措施」分為兩類，包括防止未經授權而「接觸(access)」著作之科技措施，以及防止未經授權而侵害著作權法所保護之權利之科技措施[271]。

本案所為黑屏行為，在歐盟、美國等先進國家立法中，屬於有效的科技保護措施，符合 WCT 第十一條之意旨，微軟得以借用黑屏手段制止未經授權之盜版軟體使用。

各種科技保護措施，在各國軟體著作物之保護中，非常廣泛地被使用，也難以論斷為民事自助行為和有無違反比例原則；並且，黑屏手段從技術上並未有複製、竊取使用者電腦中的資料，也難以被認為違反使用者的隱私權。

再者，黑屏行為與價格歧視也不能混為一談，因為黑屏行為是要打擊盜版使用者，而與微軟的定價並無直接關聯，中國學者見解在立論基礎上並無根據。

---

a copyright work are issued to the public, by or with the licence of the copyright owner, in an electronic form which is copy-protected. (2) The person issuing the copies to the public has the same rights against a person who, knowing or having reason to believe that it will be used to make infringing copies (a) makes, imports, sells or lets for hire, offers or exposes for sale or hire, or advertises for sale or hire, any device or means specifically designed or adapted to circumvent the form of copy-protection employed, or (b) publishes information intended to enable or assist persons to circumvent that form of copy-protection, as a copyright owner has in respect of an infringement of copyright. (3) Further, he has the same rights under section 99 or 100 (delivery up or seizure of certain articles) in relation to any such device or means which a person has in his possession, custody or control with the intention that it should be used to make infringing copies of copyright works, as a copyright owner has in relation to an infringing copy. (4) References in this section to copy-protection include any device or means intended to prevent or restrict copying of a work or to impair the quality of copies made. (5) Expressions used in this section which are defined for the purposes of Part I of this Act (copyright) have the same meaning as in that Part. (6) The following provisions apply in relation to proceedings under this section as in relation to proceedings under Part I (copyright) (a) sections 104 to 106 of this Act (presumptions as to certain matters relating to copyright), and (b) section 72 of the Supreme Court Act 1981, section 15 of the Law Reform (Miscellaneous Provisions) (Scotland) Act 1985 and section 94A of the Judicature (Northern Ireland) Act 1978 (withdrawal of privilege against self-incrimination in certain proceedings relating to intellectual property); and section 114 of this Act applies, with the necessary modifications, in relation to the disposal of anything delivered up or seized by virtue of subsection (3) above.

269 Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs Official journal NO. L 122 , 17/05/1991 P. 0042 - 0046, Article 7 Special measures of protection ----1. Without prejudice to the provisions of Articles 4, 5 and 6, Member States shall provide, in accordance with their national legislation, appropriate remedies against a person committing any of the acts listed in subparagraphs (a), (b) and (c) below: .....(c) any act of putting into circulation, or the possession for commercial purposes of, any means the sole intended purpose of which is to facilitate the unauthorized removal or circumvention of any technical device which may have been applied to protect a computer program.

270 Pub. L. No. 105-304 (H.R. 2281), 112 Stat. 2860 (1998)

271章忠信，著作權法制中「科技保護措施」與「權利管理資訊」之探討，萬國法律，89 年 12 月。

二、微軟市占率之認定

微軟在美國[272]及歐洲[273]的反壟斷訴訟中，對於微軟在市場占有率上的認定，以正版為主，因為歐美盜版之情況與中國大陸大相逕庭，在適用到中國個案時，須考量到微軟在中國雖有90%以上的市占率，但是80%以上都是盜版，不應一併納入市占率之計算，盜版不是微軟所製造販售之產品，不在微軟所能控制的銷售市場範圍之內，無法產生所謂的市場支配力量，但是中國基於保護主義的作用下，將盜版率也算入，在國際上可以說是前所未見，若將來採取此種認定標準，在國際間對於反壟斷法的理論與實務上，將會受到極大的批判，本文認為若採此種計算方式顯然是為了打擊外資企業，國際間對於中國保護主義之詬病將會更深，中國就此不可不慎。

三、微軟定價策略

身為全球化經營的公司，微軟向來採取全球一制的定價模式，但也會針對不同地域及不同使用者提供不同版本以供選擇，中國《價格法》第十四條第五項[274]規定，經營者提供相同商品或者服務，不得對具有同等條件的其他經營者實行價格歧視。這裡所稱的"價格歧視"，是指商品或服務的提供者提供相同等級、相同品質的商品或服務時，使同等交易條件的接受者在價格上處於不平等地位。經營者沒有正當理由，就同一種商品或者服務，對條件相同的多數買主實行不同的交易待遇，在反壟斷法第十七條第六項也做出了類似的規定，從經濟學上來說，價格歧視作為一種壟斷價格，它既是壟斷者獲取最大壟斷利潤的一種手段，又會導致不公平競爭，理所當然地應該加以限制。但是，限制價格歧視並非要取消一切價歧視。微軟是根據同一產品提供不同功能的版本，讓不同需求的使用者選擇，並且配合中國實際經濟情況，已經推出了全球較低價的版本，且在全球就同一產品都採取類似的定價模式，並非是所謂的「不合理」的價格歧視。

關於微軟的定價策略，根據本論文向台灣微軟股份有限公司法務暨公共事務處資深法務長施立成律師所訪談的內容[275]提及，在金磚四國[276]等開發中國家，微軟與其他跨國

---

[272] United States v. Microsoft Corp., Civ. Action No. 98-1232

[273] Articles 4, 5(a), 5(b), 5(c) and 6(a) of Commission Decision C(2004)900 final of 24 March 2004, Case COMP/C-3/37.792.

[274]第十四條　經營者不得有下列不正當價格行為：（五）提供相同商品或者服務，對具有同等交易條件的其他經營者實行價格歧視。

[275] 該次論文訪談日期為 2010 年 2 月 4 日，在此特別感謝施立成學長，但本文相關內容仍由作者負責。

[276] 金磚四國是指巴西、俄羅斯、印度及中國四個有希望在幾十年內取代七大工業國組織成為世界最大經濟體的國家。這個簡稱來自這四個國家的英文國名開頭字母所組成的詞 BRIC（Brazil、Russia、India、China），其發音類似英文的「磚塊」（BRICK）一詞。

境企業相同，在價格上一定會有特別的考量，也希望透過此方式降低盜版的誘因，但微軟在定價方面不會也不可能跟盜版相比[277]，微軟有全球一致的定價機制，但會考量當地市場狀況在合理範圍內調整定價範圍[278]，且希望能取得當地政府的配合，例如政府認可支持、教育人民、學術界對於智財保護的共識[279]、執法面取締等等，就整個大環境而言，不是一家公司就能達到上述的效果，必須各種因素一同配合，至少需要四到五年的時間。

四、微軟在中國營運現況

關於近年來微軟在中國實際的營收，施律師表示，站在公司經營者的角度是不能夠透露的，並且美國的沙氏法案(SARBANES-OXLEY ACT)[280]中對於上市公司在全球子公司正確的營收數據，禁止自行發佈，以免影響美國本土股價或是產生內線交易等問題，所以無法提供相關營運數字，而中國媒體所報導每年八億美金營收並不正確，雖然近年來在中國營運狀況的確碰到很多挑戰，但微軟近年在中國的研發、行銷和投資的金額頗多，單從帳面價值(Book Value)扣除人事成本、行銷成本，還是有營收，不是呈現赤字，並非完全虧損，即使由一般外商投資的角度來看，金額頗大，但要從長期策略性商業經營和人才培育的長遠角度來觀察，並不能純粹從帳面價值來衡量短期的 ROI[281]，而微軟

[277] 施律師表示，與盜版相比不會有一個結果，因爲盜版甚至可以免費取得。

[278] 但是因爲跨國境的比較，調整的百分比有一定的限度，不能相差太大。

[279]施律師表示，中國政府、學界對於 IPR 的保護，實務上目前仍較著重於中國本土產業的智財保護，區分本國外國，如何去除此種界線，目前較難跨越，因中國政府認爲本土產業較需要扶持，因而也加重保護主義的色彩。

[280] SARBANES-OXLEY ACT OF 2002，美國在爆發安隆、世界通訊、默克藥廠等一連串之會計醜聞案後，暴露出美國自 1933 年證券法及 1934 年證交法制定以來，公司治理及證券市場管理架構之最大危機，爲重建投資人信心，美國國會於 2002 年 7 月 30 日公布 SARBANES-OXLEY ACT OF 2002(以下簡稱沙氏法案)，強化證券市場之監控及公司治理，爲美國自 30 年代推行公司治理架構以來，美國證管會、發行公司及會計師等，影響最爲重大之財經改革法案。

沙氏法案之特點在投資人保護、公共利益與公司利益間取得平衡的解決之道，透過特定之限制性機制，如：強調公司管理階層之經營責任、加強對內部控制與風險管理之要求；確保會計師之獨立性、強化於會計師專業之業務限制與管理、強化會計師與審計人員之獨立性、強化主管機關之監督等來達成。

[281] A performance measure used to evaluate the efficiency of an investment or to compare the efficiency of a number of different investments. To calculate ROI, the benefit (return) of an investment is divided by the cost of the investment; the result is expressed as a percentage or a ratio.

The return on investment formula:

目前主要的競爭對手 Google 在中國也面臨同樣的困難[282]。

而同樣在智慧財產保護較弱的國家，例如印度，經營的狀況可能和中國有所差別，施律師表示，根據他個人的觀察，印度市場較偏重委外服務(Outsourcing)，著重於 IT 服務業，利用當地人的知識，所以近年來線上服務也做得很好，可能他們的客戶會要求一定資產管理程序要求，主要大客戶也會在合作協議上要求智財保護，而中國是以製造業為主，可能較重視降低製造成本(Cost Down)的部分。然而，在中國的智財保護和反盜版方面，微軟雖然已經致力於打擊盜版，例如 2009 年的番茄花園案[283]，但是在中國

$$ROI = \frac{(Gain\ from\ Investment\ -\ Cost\ of\ Investment)}{Cost\ of\ Investment}$$

Return on investment is a very popular metric because of its versatility and simplicity. That is, if an investment does not have a positive ROI, or if there are other opportunities with a higher ROI, then the investment should be not be undertaken.

摘自 INVESTOPEDIA，資料來源: http://www.investopedia.com/terms/r/returnoninvestment.asp，最後瀏覽日期:2010/02/18。

[282] 中國政府對"谷歌 Google"也不如本土產業友善。

[283] 2009 年 8 月 20 日，中國蘇州市虎丘區人民法院對番茄花園侵犯著作權案做出一審判決。經營番茄花園網站的被告單位成都共軟網路科技有限公司以及四名被告因未經著作權人許可複製發行電腦軟體，以侵犯著作權罪被處罰款並追究刑事責任。番茄花園網站曾以其提供盜版軟體下載在國內具有一定知名度。據非官方估算，在中國番茄花園版的盜版 Windows XP 軟體的裝機量超過千萬。番茄網站頁面上大量的中外知名軟體公司的侵權盜版資訊，對正版軟體的銷售造成巨大衝擊，給包括微軟在內的權利人帶來了難以估量的經濟損失。

在本案中全面策劃並操控番茄花園商業運作的主犯孫顯忠和番茄花園工作室負責人洪磊都分別被判處有期徒刑 3 年半，並處罰金 100 萬元人民幣；被告張天平、梁焯勇分別被判處有期徒刑 2 年，並處罰金 10 萬元人民幣；被告單位成都共軟網路科技有限公司被判處沒收違法所得 292 萬餘元人民幣，並處罰金 877 萬餘元人民幣(相當於其違法所得的三倍)。

這是中國第一起打擊大規模的軟體網路盜版行為的成功刑事案例。本案的判決宣告了中國最大軟體網路盜版集團的覆滅，是中國打擊軟體網路盜版的一個里程碑。更加發人深省的是番茄花園案揭示了一個新的盜版盈利模式，即盜版者向公眾免費提供盜版軟體、通過廣告收益獲取鉅額利潤。這已引起政府執法機關和權利人的高度重視。

微軟全球副總法律顧問、大中華區副總裁劉鳳鳴表示："軟體盜版妨礙本地經濟發展、抑制創新熱情並給用戶及其業務發展帶來風險。微軟公司感謝政府執法機關及商業軟體聯盟在本案調查及審理過程中所付出的巨大努力，保護了微軟作為權利人的合法權益。本案的判決也例證了執法機關打擊網路盜版犯罪的決心和能力，展現了中國政府在知識產權保護方面的切實舉措。未來，微軟將一如既往地通過教育、技術、協助執法這三方面的行動，推廣正版軟體的價值，打擊制售和傳播盜版軟體的非法行為，與合作夥伴和用戶共同努力，不斷提升使用正版軟體的體驗。"

摘自中國新聞網，資料來源: http://www.cns.hk:89/it/news/2009/08-20/1827774.shtml，最後瀏覽日

媒體或是民眾普遍對於侵權被告採取同情角度[284]，而微軟前一陣子在全球推動的「黑桌布反盜版科技保護措施[285]」，中國媒體把它形容為「黑屏」，並講的很嚴重，認為有侵害隱私之虞、涉及國家安全等等，是有些過度誇大，即便是發生在醫院、國防單位，實際上也不會影響功能，只是一種暫時性作用，有提醒效果，目的在降低盜版，在全球都有類似手段，但是僅有中國才有如此大的反彈。

除了作業系統之外，微軟在中國的其他產品，例如移動通訊和嵌入式系統、網際網路技術產品和服務、數位娛樂、伺服器與開發工具、新興市場等等相關產品，也或多或少會受到盜版的影響，只是相較於 Windows、Office 作業系統的廣泛使用所致的廣泛盜版，這些產品因為市占率沒有作業系統那麼高，所以盜版率也沒有像作業系統那麼高，盜版的來源也不一定相同；其他產業，例如電影工業、音樂產業，都因為是無形財產的特性，一樣受到盜版的侵襲，不只是微軟，這在中國是一種普遍的現象。

對於中國尚未有機會使用過電腦的廣大人口[286]，造成所謂的「數位落差[287]」現

期:2010/02/18。

[284] 一份網路調查卻顯示，超過八成的網友同情曾給他們提供便利的“番茄花園”。有網友評論說：微軟的產品太貴了！在美國可能只需要花 1 個小時的工資買一套軟體，但在中國可能需要花 1 個月的工資才能買一套同樣的產品。

“就像電視機、個人電腦這些硬體價格再高，也不能去偷一樣，軟體的價格再高，也不能盜版，竊取別人合法的智慧財產權。”中國軟體聯盟秘書長孫彥在接受中國智慧財產權報記者採訪時表示，超過八成的線民同情番茄花園，從一個側面反應了公眾對無形財產權意識的淡漠。曾在國內軟體企業工作的孫彥說，以前他們生產的 38 元一套的軟體，還是有盜版滿天飛。顯然，盜版不是因爲高價，而是人們沒有把軟體中的知識成果當成一種像電視機、電腦這樣不可侵犯的個人財產。

對於正版高價的質疑，微軟智慧財產權總監于維東表示，正版產品需要有大量投入來支援這個產業的發展，盜版軟體特別是這種免費下載，它沒有什麼投入，也不需要做市場和服務，所以它的價格永遠不可能和正版來比。孫彥則認爲，只有堅決打擊盜版，正版才有降價的可能。如果一套軟體發展成本 100 萬元至 200 萬元人民幣，因爲盜版充斥市場，只能賣出 100 套，每套成本就達 1 萬元人民幣，而一旦能賣出 1 萬套，每套成本就只有 100 元人民幣了。

規制智慧財產權權利濫用

還有網友評論，微軟利用市場壟斷地位，過高定價，本身就是一種壟斷行爲。“反壟斷也不是侵權盜版的藉口。”

摘自《中國首起軟體網路盜版案“番茄花園”一審宣判》，中國知識產權報資訊網，資料來源:
http://www.cipnews.com.cn/showArticle.asp?Articleid=10694，最後瀏覽日期:2010/02/18。

[285] 即前文所提到的「Windows Genuine Advantage(WGA)」，請見官方網站:http://www.microsoft.com/genuine/，最後瀏覽日期:2010/02/23。

[286] 中國是世界上人口最多的國家，根據國家統計局 2009 年 2 月 26 日發佈的《中華人民共和國 2008 年國民經濟和社會發展統計公報》，2008 年末總人口爲 13.28 億人。中國現有電腦上網人數，預計到 2010

象，微軟採取的是朝向「數位包容[288]」的角度走，例如台灣也有的數位鳳凰計畫[289]，中國也有類似的專案，都是針對偏遠地區孩童等經濟弱勢者的純公益性質活動，不屬於市場開發，而是著重於免費教授電腦及網路使用等基本技能。

年會增加到 2.5 億人，據此，尚未使用電腦的人數約爲 11 億人。

[287]英文爲 digital divide，中文最常譯爲數位落差。詞彙首見於 1995 年美國商業部國家通信及資訊委員會（National Telecommunications and Information Administration, 簡稱 NTIA），定義爲因資訊通訊科技取用與否，在個人或群體之間所產生的斷裂缺口，最爲關注的則是學校因經費多寡形成擁有電腦與網路的設備差距議題。早期多半從「擁有」與「沒有」電腦、網路使用等接近資訊設備的機會與運用能力之有無，來區別數位落差存在的現象，然時代變遷，資訊設備與觀念條件隨之更新，數位落差衍生新的定義與更多的討論面向。

摘錄自劉秋菊，數位落差的定義，資料來源:http://blog.ilc.edu.tw/blog/blog/2435/post/6742/29470，最後瀏覽日期:2010/02/18。

[288]數位包容(e-Inclusion/digital inclusion)係指用來建立一個沒有歧視的資訊社會所推動之所有政策與活動。在這樣的社會中，個人不會因爲教育程度、性別、年齡、種族以及居住地區之不同，而有不同接觸與使用資訊的機會。

數位包容是歐盟繼美國提出數位落差/差距(digital divide)現象、數位機會(digital opportunity)措施之後，進一步用來推動建立具有包容性資訊社會的各項資訊措施，讓不同教育程度、不同性別、不同年齡、不同種族、不同居住地區之民眾，都享有同等的資訊接觸與使用機會，使民眾都能夠享受到資訊科技對於學習、生活、就業的福祉，建立一個數位包容的數位，必須先要訂定周延的政策、發展完備的知識體系、不斷的進行研究發展以及提供具體可行的作法。政策用來產生動力，知識用來激發創意，研究發展用來引導行動，可行的作法用來實踐政策與理念，環環相扣、缺一不可。具體的作法包括：

(1)提供每一個人都有接觸與使用資訊科技的機會；

(2)設計各類輔助工具，以協助身心障礙者可以方便使用資訊科技；

(3)規劃實施相關教育活動，使每一個人具備數位包容社會應有的知識、技能與態度。

爲建立數位包容的社會，政府應該投入資源或集合民間力量，讓每一所學校都擁有足夠的資訊設備，並且培養學生具備一定的資訊素養，對於身心障礙者資訊輔助措施的購置與研發更應重視，以化解其資訊障礙。

摘自吳清山、林天佑，教育名詞-數位包容(e-Inclusion/digital inclusion)，資料來源:
http://www.sundigital.net/tw/index.php?option=com_content&view=article&id=88:2009-05-15-04-44-15&catid=80:2009-05-15-04-18-45&Itemid=119，最後瀏覽日期:2010/02/18。

[289]又稱 WOMEN UP 2.0，期望連結政府女性就業政策與民間資源，透過提昇資訊能力訓練及就業支援服務，協助資訊弱勢婦女提昇就業力，進而達成就業輔導的目標連結政府女性就業政策與民間資源，協助以下目標群婦女創業或就業創業婦女： 協助其能更多元地規劃運用資訊科技於營運(如客戶服務、商店或產品之推廣)上，藉以提出可行之創業具體計畫書失業或二度就業婦女：提升資訊科技能力，並藉以應用於潛在的工作上(如客戶之連絡、組織與活動推廣、資源募集等) ，提高受雇機會廣泛接觸潛在合作組織與女性，增加擴散服務之可能性透過國際間之合作，分享計畫模式與經驗。

資料來源: http://womenup.ecba.org.tw/Pages/default.aspx，最後瀏覽日期:2010/02/18。

中國反壟斷法通過之後，微軟受到媒體的關注，根據施律師個人觀察，微軟在中國所採取的應對措施，在現階段著重於盡力與主管機關及學界溝通，希望在認定市占率上，能夠採取與先進國家一致的標準[290]，不能將盜版列入計算範圍。微軟目前與中國政府有五年為期的策略合作[291]，期滿之後的延展可能性頗大，因為微軟看重中國廣大的市場及人力資源，智庫方面也是很多，重點放在基礎研究[292]，是否能商品化是另一回事，例如亞洲研究院主要產出是國際期刊論文發表，不是直接產生馬上有商業價值的產品。

整體來說，應該從全球布局的角度看待微軟在中國的發展，微軟對於中國的市場和人才相當重視，即便是目前營運狀況遭逢許多挑戰，依然依照其全球布局，在中國進行研發和產品銷售，不會因盜版猖獗問題而考慮退出市場，並採取與中國當地合作夥伴企業共存共榮，及與中國政府溝通的方式希望降低保護主義的影響，及在學界、教育界、

[290] 施律師表示，在界定產品市場、相關市場定義等等，都是每個產業在反壟斷法上所遭遇到的難題。

[291]自1999年成立微軟（中國）有限公司成立後，微軟正式進入中國大陸。雖然對中國大陸市場的前景感到樂觀，但是卻遇到猖獗的盜版問題，使得微軟在中國大陸的收益銳減。雖然微軟開始也有自救的行動，不過往往成效不彰。在中國的收益不但不增加，反而因爲微軟打壓盜版的動作對微軟的公司形象造成損害。於是微軟在中國的及盜版策略上有所改變，除了與中國政府單位合作，作出「與中國軟體產業共同成長」的承諾(見Karby Leggett, "Microsoft to Invest $750 Million In China, a Priority for Company," *Wall Street Journal* (New York), 2002/6/28.)，長期深耕中國大陸的軟體市場外，另一個動作就是與美國政府合作，利用美國政府對中國政府施壓，使其重視智慧財產權問題。

摘自曹瑋鑫，美商微軟公司進入中國大陸市場與合作策略研究，頁60，國立中山大學大陸研究所碩士論文，2006年6月。

[292]比爾蓋茲認爲要在資訊變化頻率不斷加快的時代保持競爭優勢，用人與基礎研究是最重要的二項關鍵因素。於是微軟決定於 1998 年時在北京設立微軟中國研究院（後更名爲微軟亞洲研究院）延攬中國大陸人才，並聘請李開復擔任院長一職。除了建立微軟中國研究院外，微軟也積極與中國大陸的教育單位合作，培養軟體產業人才。像是早在 1997 年，微軟與中國國家教委高校工科計算機基礎教育課程指導委員會合作，針對中國大陸高級教育部門師資培訓開設課程；以及在 2003 年與教育部簽署「中國基礎教育信息化合作框架」協議，根據此次協議內容，微軟將在未來五年內提供價值 1000 萬美元捐助，用以支持基礎教育和師資教育，尤其是在農村和邊遠地區。由此可見，微軟到中國大陸投資的一項重要因素正是爲了要培養並取得中國大陸撰寫軟體的人才。除了研發人才外，中國大陸可以提供微軟發展的還有其成長中的個人電腦與網際網路市場及相對便宜的勞動力。微軟正可以利用中國大陸市場發展的機會，在與中國大陸政府合作發展中國大陸的軟體產業的同時建立其產業標準，以符合微軟目欲達到的目標—取得網路軟體作業平台的標準。

摘自曹瑋鑫，美商微軟公司進入中國大陸市場與合作策略研究，頁 54~56，國立中山大學大陸研究所碩士論文，2006 年 6 月。

產業界方面進行合作以減少民族主義造成的反彈，達到雙贏局面，這是需要較長期的努力，而中國對於本土企業的扶植與保護，使得外資目前與本土企業競爭日益激烈，例如谷歌與百度的競爭，在外資進入中國時，能否真正本土化適應中國民眾需求與使用習慣，及外資進入中國應採用何種策略與營運模式以符合中國市場的獨特性，皆是進軍中國成功與否的重要關鍵。

伍、小結

若依照中國學者見解，微軟在中國取得了可以不受競爭壓力影響的地位，**在相關作業系統市場的市場占有率以及相關市場的競爭狀況、其財力和技術條件，無其他競爭廠商得以匹敵**，從而其市場行為可以在較大程度上不必顧及同行競爭者和交易相對人(供應商、顧客和最終消費者)的反應。市場上雖有可替代之作業系統軟件，但就其產品相關市場整體觀之，依本法第十二條第二款，中國微軟就軟件作業系統市場有市場支配地位應無疑義，而其黑屏行為，直接目的雖是打擊盜版及保護知識產權(軟件著作權)，深入分析知識產權與市場支配地位的界定，中國微軟依據其知識產權的排他性而有黑屏行為，手段上已具備違法性並違背比例原則，背後真正的理由是以其市場支配地位，進行掠奪性定價、過高定價等價格歧視之濫用市場支配地位行為，企圖打擊市場上其他對手，**當知識產權所有人在產品市場上享有準壟斷地位，並且知識產權的利用伴隨著企圖在派生市場上阻止新競爭者或者排擠現有競爭者的行為時，就應限制其行使。知識產權行使的事實本身並不能構成反壟斷指控有效抗辯**，此種行為對於市場消費者造成須付出過高的代價購買正版及壓縮市場上其他對手生存空間，而又有其他限制較小的打擊盜版手段，根據合理原則的判斷標準，其手段與對軟件市場的影響結果，已構成本法第十七條一、二款之違反。

然而，以上分析是基於中國學者角度解讀，將來是否採取此種標準尚處於未知，外資企業在中國營運時，需要特別留意中國保護主義在反壟斷法作用上的影響。

第五章　結論與建議

第一節　結論

美國卡內基國際和平基金會[293](CARNEGIE ENDOWMENT FOR INTERNATIONAL PEACE)研究中國經濟專家亞伯特・凱德爾[294](Albert Keidel)於 2008 年 7 月 8 日發表的研究報告[295]表明，到 2035 年，中國將取代美國成為世界第一大經濟體；到 2050 年，中國經濟總量將是美國的兩倍。中國經濟快速增長主要由內需推動[296]，而非依賴出口；中國經濟增長勢頭在未來幾十年將持續保持下去，十年來中國經濟年均增長率都超過 10%。中國國家統計局公布的最新數據顯示，2009 年中國錄得國內生產總值（GDP）近 33.54 萬億元人民幣，比 2008 年增長 8.7%，英國普華永道會計師事務所最新報告則稱，中國可能最快在 2020 年取代美國，成為世界第一大經濟體[297]。

國立政治大學 National Chengchi University

[293] 卡內基國際和平基金會是一個私人、非營利性組織，致力於促進各國之間的合作，以及促進國際社會的積極參與。

[294] 凱德爾曾擔任世界銀行經濟學家和美國財政部官員。

[295] Albert Keidel,*China's Economic Rise—Fact and Fiction*, Policy Brief 61(2008)

[296] 以目前的市場評估方法，中國國內生產總值(GDP)約爲 3 萬億美元，美國爲 14 萬億美元。而根據頗具爭議的購買力平價計算方法，中國 GDP 已經大約爲美國的一半。

[297]中國「成爲世界第二大經濟體」，BBC 中文網，資料來源: http://www.bbc.co.uk/zhongwen/trad/business/2010/01/100121_china_economy.shtml，最後瀏覽日期:2010/02/20。

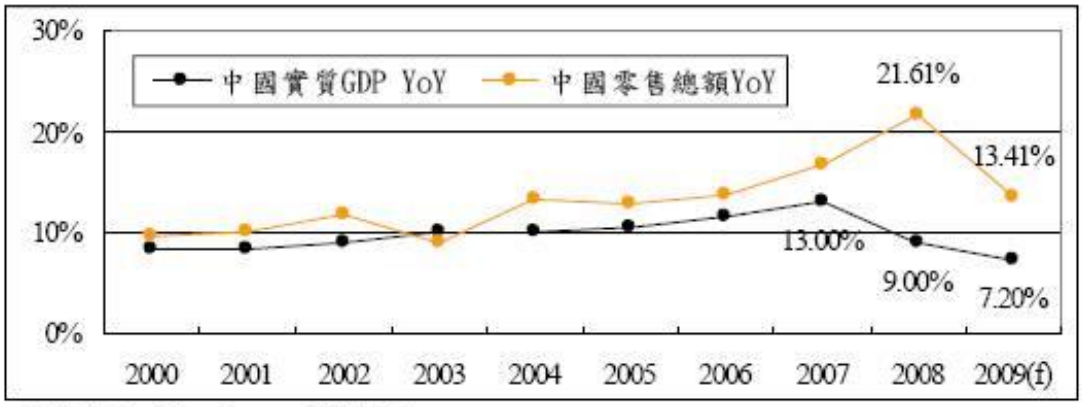
全球重要經濟體GDP成長率概況

項目	2007	2008(e)	2009(f)
美洲			
美國	2.00%	1.30%	-1.40%
加拿大	2.52%	—	-1.30%
巴西	5.40%	—	2.85%
阿根廷	8.63%	7.03%	-0.25%
歐非中東			
歐元區	2.63%	0.73%	-1.70%
德國	2.50%	1.30%	-2.80%
英國	3.00%	0.70%	-2.60%
法國	2.20%	1.60%	-1.80%
義大利	1.50%	0.50%	-2.25%
亞太地區			
日本	2.08%	-0.65%	-2.60%
中國	**11.90%**	**9.00%**	**7.20%**
印度	9.25%	—	—
南韓	5.00%	-3.40%	—
澳洲	4.18%	—	1.00%
台灣	5.70%	0.24%	-5.00%

資料來源：Bloomberg、IBTS彙整

圖 5. 1 全球重要經濟體 GDP 概況

中國實質GDP YoY暨零售總額YoY概況



資料來源：Bloomberg、IBTS彙整

圖 5. 2 2000~2009 年中國 GDP 概況

由於其經濟成功倚重的是內需而非出口，中國正在加速優化產業結構為外資企業在中國深度發展提供了機遇，國家鼓勵外資加快向有條件的地區和符合國家產業政策的領域擴展，這些都為中國吸引外資創造了條件。

經濟全球化在反壟斷法上之反映，主要是出現了許多跨國性的反壟斷法案件，

從而既要求國內的反壟斷立法和競爭執法機關要面對全球化問題，跨國兼併和跨國性的濫用支配地位特別受到重視。

在中國外資法制與時俱進的同時，反壟斷法適時的頒布，對於外資在中國優勢地位的影響造成震撼，特別是以知識產權而有市場支配地位的企業，在運用其知識產權時，應該注意具有市場支配地位的企業在什麼情況下將其知識產權用作濫用支配地位的工具，無論知識產權法的目的還是反壟斷法，都不能使允許壟斷者依靠藉口的商業理由來掩蓋實質上的壟斷行為。知識產權本身雖然具有某種壟斷性，是一種法定的壟斷權，但是作為知識產權客體的智力成果，常常是初始權利人為競爭目的或在競爭過程中的創造。對創造成果之保護，可以使經營者能夠事先根據法律將賦予的獨占程度，比較確定地預期其技術開發和創新投資的經濟回報，從而鼓勵其通過技術創新增強市場競爭力，更好地釋放其競爭潛能。而每個企業的技術水準和競爭力的提高，也將必通過由此激烈的競爭，推動整個國民經濟素質和國際競爭力的提高。

而反壟斷法正是以保護自由公平的競爭並以此來促進創新和經濟發展作為其要達到的目的和要實現的功能。一個有效的反壟斷機制，可以通過減少進入市場的障礙來促進競爭；而一個富有活力的競爭機制，又可以激發新的創新能力，進而推動技術創新。知識產權在本質上是完全的或有一定限制的壟斷的創造物。而競爭政策強調市場自由競爭與反壟斷。

知識產權本身雖然是合法的壟斷權，但是它畢竟一定範圍限制了競爭，因此允許這種對競爭的限制是法律權衡利弊的結果，知識產權的存在本身並不代表沒有任何消極後果，只是這種後果是在可容忍的範圍之內。這種在法律規定範圍內對競爭的限制可以看作是國家實施知識產權制度以激勵創新的必要代價。

由於擁有知識產權這種獨占權往往會使企業在某一特定市場上形成壟斷或支配地位，至少是加強了這種地位，因此如果有關企業的這種壟斷或支配地位被用來實施非法限制競爭的行為，如不正當地拒絕許可他人利用其知識產權以消除或減少自己在特定市場上的競爭壓力、在許可他人利用其知識產權的過程中附加了某種明顯限制正常競爭的條件，以獲取壟斷利益，那麼這種對合法壟斷權的不正當行使行為就違背了自由公平競爭的原則，同樣會構成反壟斷法之違反。

因此，無論是從知識產權的性質來看，還是從其經濟功能和行使的具體情形來看，反壟斷法的要求與知識產權都可能發生衝突。這種衝突主要表現在，權利

主體在行使知識產權的過程中不適當地擴張了壟斷權的範圍，或憑藉合法壟斷進一步謀求非法壟斷或優勢競爭地位的目的，從而直接觸犯了反壟斷法。

當權利人在行使知識產權超出法定範圍，與反壟斷法通過保護競爭所要實現的社會整體目標相違背時，反壟斷法應當予以適用，以對知識產權的行為加以必要的限制。只要反壟斷法本身不被濫用，就不會對知識產權正當行使構成威脅，更不是對知識產權基本性質否定。

因此，反壟斷法對於知識產權的行使行為進行規制，關鍵是**反壟斷法應當按照何種原則和何種程度上進行規制**。

反壟斷法第 55 條既規定將行使知識產權的正當行為作為反壟斷法的適用除外，又規定對濫用知識產權的壟斷或限制競爭行為進行反壟斷法規制。

反壟斷法與知識產權法分處兩個不同的領域，但都屬於各國的基本經濟政策和法律制度，兩者均具有促進競爭和推動創新的基本功能。反壟斷法尊重和保護正當的知識產權行使行為，這時對競爭的某種限制就應當視為國家實施知識產權制度以鼓勵創新的必要代價，因此經營者依照有關知識產權的法律行政法規規定行使知識產權的行為，不適用反壟斷法。

關於知識產權或商業實力所形成的市場支配地位，中國商務部著重於市場占有率及市場控制力、市場集中度、集中對市場進入和技術進步的影響、集中對消費者和其他有關經營者的影響及品牌對市場競爭產生的影響等幾個方面，商務部依據反壟斷法禁止可口可樂收購匯源，官方說法是基於對市場競爭的考慮，目的是維護中國果汁飲料市場的有效競爭，是個案決定，不會影響更不會改變中國的外資政策，但中國開放外資後，法制逐漸完善，市場亦蓬勃發展，本次個案，引發民族品牌的疑慮，中國的保護主義，對於外資在中國的投資投下不小的震撼彈，加上反壟斷法實施的推波助瀾，未來外資投資中國所持之態度恐將有所保留。

目前由於各國本身的經濟衰退，外資公司比以往更希望藉由中國的經濟成長獲利，儘管各國都期待中國能領全球走出經濟衰退，外資仍然覺得在中國貿易相當困難。一般的外資公司，即使在中國 2001 年加入 WTO 時曾承諾改革，在法制明確化與取消貿易障礙後，仍然持續阻撓外商接觸中國消費者的機會[298]。外資公司最關注的事情並非「是否有高水準的員工」或「經營成本過高」這種一般商

[298] Selling foreign goods in China, The Economist, Oct 15th 2009, source：http://www.economist.com/businessfinance/displaystory.cfm?story_id=14660438,last visited at 2009-12-31.

業上的考量，所責難的反而是補貼競爭、市場限制、衝突的法規、缺乏知識產權的保護、以及官僚系統的黑箱作業與專斷。出版、通訊、油氣探勘、行銷、藥品、銀行與保險等行業，對於外國人仍有重重限制，甚至完全不得進入這些行業。貪汙腐敗、保護主義[299]與繁文縟節[300]依舊在各種領域限制外國人。

中國國情特殊，加上保護主義盛行，在行政程序上對外資進行干擾，外資經營知識產權必須依照中國各地情況對於商品、競爭策略、併購手段等等，實質上需配合中國政府政策方向及民眾觀感。

台商依照中國法令在經濟上屬於外資，政府開放台商赴大陸地區投資已近 20 年，依據經濟部投審會統計資料顯示[301]，截至 2009 年 11 月止，核准台商赴大陸投資計 37,674 件，投資金額為 813 億美元；另據大陸商務部統計，台商赴大陸實際投資金額則為 492.8 億美元。

國立政治大學 National Chengchi University

299 地方官員常常藉由優先授與土地使用權與資金，或者免除官僚體系的種種限制，來盡力保護當地公司，以發達地區經濟。

300 爲了能在中國運作，「美中貿易全國委員會」必須提供的檔來自於美國國務院、中國駐美大使館、華盛頓與上海市、地方稅務機關、以及中國國家工商行政管理總局的地方分支機等等，等 待時間超過半年以上，方能取得爲期一年的許可執照。這些程式花費高、手續繁雜，但至少尚有既定的流程可資遵行，其他法規範外的程式則令人難以措其手足。

301 資料來源：經濟部投資審議委員會，http://www.moeaic.gov.tw/，最後瀏覽日期：2010/01/04。

表 5.1 兩岸經貿統計表[302]

3.兩岸經貿統計表
Cross-strait Economic Statistics

金額單位：百萬美元
Unit:US$1million

年月別 Year	台灣對大陸出口(1) Exports from Taiwan to Mainland China		台灣由大陸進口(2) Imports from Mainland China toTaiwan		核准赴大陸投資(3) Approved Investment in Mainland China	
	金額 Amount	增減% * Change(%)	金額 Amount	增減% * Change(%)	件數 Cases	金額 Amount
2006	63,332.4	12.5	24,783.10	23.3	237	174.16
2007	74,279.1	17.3	28,019.2	13.1	264	246.99
2008	73,982.1	-0.4	31,415.9	12.1	9,329	3,168.41
2009'1	2,763.6	-59.0	1,338.7	-51.5	934	962.21
2009'2	3,705.6	-25.0	1,387.3	-21.9	490	1,092.71
2009'3	4,690.8	-36.6	1,942.6	-33.2	383	1,229.24
2009'4	4,654.7	-33.7	1,735.0	-39.1	8,725	4,334.31
2009'5	4,942.2	-30.2	1,771.1	-39.2	1,284	2,034.61
2009'6	5,245.9	-29.2	2,052.7	-30.8	488	1,252.74
2009'7	5,219.7	-22.6	2,023.8	-31.4	840	2,607.14
2009'8	6,087.8	-17.7	2,154.1	-31.6	13(25)	430.49(143.79)
2009'9	6,142.2	-0.3	2,493.1	-7.5	27(38)	807.85(180.12)
2009'1-2009'9	43,452.5	-28.6	16,898.3	-32.4	141(166)	3,485.75(620.99)
TOTAL	597,566.1	-	188,186.7	-	37,488	79,667.20

考量兩岸市場的差異性，台灣企業多數屬於外銷導向，由於大陸有龐大的本國市場，且將來於產業型態上存在有相當變化的可能，因此未來大陸主管機關對於反壟斷法的執行，不排除可能會隨經濟發展的變化，而趨向採取更為嚴格的審查，對於台商於大陸當地的併購活動，勢必將帶來一定程度的衝擊。因此，宜對於相關法規內容及政策立場持續關注，以維護台商企業之權益。

第二節 建議

在中國政府的保護主義之下，對於外資併購所造成民族品牌消失或由外資所掌控，本文認為屬於商務部審查的實際項目之一，商務部在可口可樂併購匯源案中雖未曾提及國家經濟安全[303]，但在中國保護本土企業的態度以及民眾心中所持

[302] 資料來源： 海基會台商服務中心訊息，http://www.sef.org.tw/public/Data/9122717424371.jpg ，最後瀏覽日期：2010/01/04。

[303]反壟斷法第三十一條，「對外資併購境內企業或者以其他方式參與經營者集中，涉及國家安全的，除依照本法規定進行經營者集中審查外，還應當按照國家有關規定進行國家安全審查。」2006 年 8 月 9 日發布《關於外國投資者併購境內企業的規定》第 12 條「國家經濟安全」條款，「外國投資者併購境內企業並取得實際控制權，涉及重點行業、存在影響或可能影響國家經濟安全因素或者導致擁有馳名商標或中華老字型大小的境內企業實際控制權轉移的，當事人應就此向商務部進行申報。當事人未予申報，但其併購行為對國家經濟安全造成或可能造成重大影響的，

的民族主義雙重作用下，外資在前進中國時，對於中國本土企業和品牌應該加以尊重，不能以消滅中國民族品牌為目標，應多採用企業策略合作手段而非併購，加以中國政府就企業併購所造成的經營者集中已有明確規定，日後達到相關市占率的外資企業欲併購中國企業，到達第一關門檻即須接受審查，第二關在中國政府保守態度下，通過反壟斷審查恐非易事。如此一來，外資應避免在反壟斷法施行後，仍舊使用過去一貫的併購手段，中國本土企業近年來對於民族品牌越來越重視，唯有瞭解中國政策方向後，配合中國國情，方能夠達到企業策略目標。

關於反壟斷法施行後的知識產權經營方面，外資企業應配合中國政府政策，採取與中國政府合作溝通模式。分述如下：

壹、避免使用爭議性強之手段

中國實施反壟斷法後，外資企業經營知識產權應當朝向避免濫用知識產權之行為，例如： 搭售、過高定價、過低定價、掠奪性定價等價格歧視，本文案例中的黑屏手段激起大陸消費者不滿，非自願性之更新有悖人民法感情，引起中國民眾強烈反彈，品牌形象受損[304]，消費者可能轉而使用其他品牌作業系統或開源軟體，外資應改以配合中國國情，將重點放在加強與中國軟體產業的合作及與中國政府的合作，以立於穩定的不敗之地。

貳、打造優越的產品特色

以中國微軟為例，軟體僅相容性障礙維持既有市占率，而未在實質上強調產

商務部可以會同相關部門要求當事人終止交易或採取轉讓相關股權、資產或其他有效措施，以消除併購行爲對國家經濟安全的影響。」

[304]在微軟進入中國大陸的前期所採的是強硬取締盜版的策略，欲藉由取締盜版來增加微軟的盈收，但是因爲中國大陸政府並未支持微軟所以成效並不大，反而讓微軟在中國大陸的形象大打折扣。於是微軟在在2000 年之後，將重點放在加強與中國大陸軟體產業的合作，確定了在中國大陸長期的發展策略。微軟認爲要降低中國大陸的盜版問題就要幫助中國大陸建立自己的軟體產業，使其體認到知識產權的重要性，讓中國大陸自發性的重視盜版問題，如此微軟才有可能從中獲利。所以微軟開始加強與中國大陸政府的合作，加強對中國大陸軟體產業的投資。像是爲了解決中國大陸對微軟在安全問題上的顧慮，所以在2003 年與中國大陸政府簽訂政源代碼備案計劃協議，讓中國大陸政府可以有條件的獲取微軟產品的原始碼。另外，微軟與上海政府合資成立上海微創有限公司，藉由這家公司的成立，希望帶入軟體產業的技術與經營管理技巧。摘自曹瑋鑫，美商微軟公司進入中國大陸市場與合作策略研究，頁121，國立中山大學大陸研究所碩士論文，2006年6月。

品特色、增進產品效能，可能逐漸遭競爭者取代。中國國產企業紛紛推出相關市場的產品，企圖以較低的價格取代外資企業的產品，即便目前中國的技術、資金、產品品質依然無法與外資匹敵，但價格上的優勢可能侵蝕外資的市占率，並且中國企業日益進步，外資應該在既有產品上推陳出新，讓品質及效能提升，方能維持市場競爭優勢。

參、正當行使智財權打擊盜版商

中國盜版問題造成美國的商業損失仍是名列前茅，並於 2009 年列入「301 特別觀察名單」。在 2008 年時，大陸盜版造成的商業損失高達 29.40 億美元，比次高的俄羅斯多 16.7 億美元，而 2007 年大陸造成的 29.99 億美元損失。與 2007 年相比，小幅下降，但仍造成巨額損失。

表 5.2 中國盜版商業損失統計[305](以百萬美元為單位)

	商業軟體				音樂錄製品				電影				娛樂軟體				書籍		合計	
	損失		百分比		損失		百分比		損失		百分比		損失		百分比		損失		損失	
	2008	2007	2008	2007	2008	2007	2008	2007	2008	2007	2008	2007	2008	2007	2008	2007	2008	2007	2008	2007
優先觀察名單																				
阿根廷	265.0	222.0	75%	74%	75.1	84.7	60%	60%	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	340.1	306.7
敘萊	NA	NA	NA	85%	2.4	2.4	100%	99%	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	2.4	2.4
加拿大	742.0	696.0	32%	33%	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	742.0	696.0
智利	109.0	103.0	66%	66%	21.0	29.6	66%	44%	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	130.0	132.6
埃及	81.0	72.0	59%	60%	NA	15.0	NA	75%	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	32.0	81.0	119.0
印度	1060.0	1013.0	66%	69%	36.2	13.8	55%	55%	NA	NA	NA	NA	NA	129.9	NA	89%	NA	38.0	1096.2	1194.7
印尼	302.0	226.0	86%	84%	20.0	20.2	95%	92%	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	32.0	322.0	278.2
墨西哥	497.0	460.0	60%	61%	419.7	527.0	80%	71%	NA	NA	NA	NA	NA	273.0	NA	88%	NA	41.0	916.7	1301.0
巴基斯坦	77.0	63.0	85%	84%	NA	25.0	NA	100%	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	55.0	77.0	143.0
中國	2940.0	2999.0	79%	82%	564.0	451.2	90%	90%	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	95%	NA	52.0	3504.0	3502.2
菲律賓	105.0	88.0	70%	69%	117.0	88.3	83%	80%	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	49.0	222.0	225.3
泰國	2773.0	2268.0	70%	73%	NA	313.0	NA	58%	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	79%	NA	42.0	2773.0	2623.0
合計	295.0	257.0	76%	78%	17.8	21.7	65%	50%	NA	NA	NA	NA	NA	91.4	NA	77%	NA	37.0	312.8	407.1

身為世界第三大經濟體，大陸內部商品市場上卻是盜版盛行、仿冒充斥，大

[305] IIPA 2009 "SPECIAL 301" RECOMMENDATIONS,
2007 and 2008 ESTIMATED TRADE LOSSES DUE TO COPYRIGHT PIRACY，資料來源：http://www.iipa.com/pdf/2009SPEC301LOSSLEVEL.pdf，最後瀏覽日期：2009/12/22。

陸知識產權保護**成效不佳**的原因，在於著作權的地方行政管理機關不健全[306]。

大陸在國際壓力及國際條約下，已制訂符合國際標準的知識產權規範，但由於僅能依賴**組織運作不全的行政機關去保護知識產權**，第一線**地方政府的層級，卻無法將其落實與貫徹**。法令政策制訂與執行間的落差是大陸知識產權保護最嚴重的問題[307]，讓盜版問題更加猖獗[308]。

盜版品，特別是數位著作物，在大陸屢禁不絕的最主要原因是快速度與通暢的行銷管道，造成正版品無價格競爭力。根除盜版必須由政府、正版出品者和消費者三方共同努力，但以現在的情況來看，仍有待共同努力。大陸出版社體制和發行銷售的政策才是造成盜版的最根本問題。

對於中國盜版嚴重的情況，可以透過《世界知識產權組織版權條約》、《世界知識產權組織表演和錄音製品條約》 、《互聯網條約》等國際條約或是其他商業手段與中國政府合作溝通[309]，改善查緝績效。

外資企業應以常業盜版商為主要對象，提起著作權侵權訴訟，並且配合中國著作權法第 49 條[310]的訴前禁令，以保全措施降低盜版之散佈情形。

肆、與中國政府溝通，避免成為下一個反壟斷被告

中國依照各國反托拉斯法，制定出自己的反壟斷法，但是在法律承繼上卻不是完全理解適用與全部照單全收，加入了本國特色的反壟斷法，在適用上又被保護主義影響，本文舉出併購、認定市場占有率的兩例之癥結，可以觀察到中國在

---

306 目前中國絕大多數省級政府尚未建立版權局，縣級政府建立版權局更少；省版權局徒有虛名，其大多數與新聞出版局、文化局合署辦公，沒有自己的編制亦不能獨自行使職權。

307 陳鈺盛，中國大陸知識產權之制度改革與執行落差－以地方保護主義之觀點，國立東華大學財經法律研究所碩士論文，98 年 1 月，頁 3。

308 根據「大陸音像協會」資料顯示，目前大陸正版唱片實際市場占有率僅有百分之五至百分之十，其餘九成都被盜版品佔據。2009 年 2 月 1 日大陸政府修改了「音像製品管理條例」，不僅明確加大取締走私與盜版力度，並首次增加「根據刑法追究刑事責任」的內容，但依然沒有達到遏止盜版之效果。摘自中國盜版業者與圈內人士勾結反盜版難上加難，資料來源：http://www.epochtimes.com/b5/2/4/6/n181726.htm，最後瀏覽日期 2009/12/08。

309在陳永正擔任微軟（中國）總經理後與中國大陸政府積合作，不僅配合中國大陸政府的政策，並帶動中國大陸的軟體產業。一但中國大陸的軟體產業帶動中國大陸國內廠商增加，盜版問題一樣也會成爲中國大陸國內廠商的問題，到時候自然會出現使用正版的聲音，微軟打擊盜版的動作也就不容易再對微軟的形象造成傷害。另外，美國政府一直以來都以盜版問題對中國大陸施壓，希望中國大陸政府注意盜版問題。
摘自曹瑋鑫，美商微軟公司進入中國大陸市場與合作策略研究，頁115，國立中山大學大陸研究所碩士論文，2006年6月。

310 第四十九條：「著作權人或者與著作權有關的權利人有證據證明他人正在實施或者即將實施侵犯其權利的行爲，如不及時制止將會使其合法權益受到難以彌補的損害的，可以在起訴前向人民法院申請採取責令停止有關行爲和財產保全的措施。 」

解釋反壟斷法的適用上，保護本土企業為最終目標，亦有被詬病是一部對付外資的法律，目前外資所能著力之處，僅是透過各種管道向各級政府反映與溝通，盡量朝向國際上的反壟斷法標準去做，避免處處受到中國保護主義與行政手段之干擾。

參考書目

一、中文書籍

1. 中華人民共和國商務部條法司 編，中國企業併購反壟斷審查相關法律制度研究，北京大學出版社，2008 年 4 月。
2. 王先林，知識產權與反壟斷法，法律出版社，2008 年 9 月 2 版。
3. 劉劍文 主編，TRIPS 視野下的中國知識產權制度研究，2003 年 12 月。
4. 王新奎、劉光溪 主編，WTO 與知識產權爭端，上海人民出版社，2002 年 1 月 2 版。
5. 王文杰 主編，反壟斷法的立法與實踐經驗，清華大學出版社，2004 年 6 月。
6. 全國人大常委會法制工作委員會經濟法室編，中華人民共和國反壟斷法條文說明、立法理由及相關規定，北京大學出版社，2007 年 9 月。
7. 羅志松，外資併購的東道國風險研究，人民出版社，2007 年 3 月。
8. 國家工商行政管理總局公平交易局、中國社會科學國際法學研究中心 編著，反壟斷典型案例及中國反壟斷執法調查，法律出版社，2007 年 4 月。
9. 唐安邦 主編，中國知識產權保護前沿問題與 WTO 知識產權協議，法律出版社，2004 年 6 月。
10. 劉恒，外資併購行為與政府規制，法律出版社，2002 年 12 月。
11. 張傑軍，反壟斷、創新與經濟發展，知識產權出版社，2008 年 2 月。
12. 包錫妹，反壟斷的經濟分析，中國社會科學出版社，2003 年 7 月。
13. 李志強，跨國併購法律實務，上海遠東出版社，2007 年 1 月。
14. 金海軍 譯，知識產權法的經濟結構，北京大學出版社，2005 年 5 月。
15. 史建三、石育斌、易芳，中國併購法律環境與實務操作，2006 年 2 月。
16. 衛新江，歐盟、美國企業合併反壟斷規制比較研究，北京大學出版社，2007 年 2 月 2 版。
17. 孔祥俊，反壟斷法原理，中國法制出版社，2001 年 6 月。
18. 賴源河，公平交易法新論，元照出版社，2002年10月。
19. 陳家駿、羅怡德，公平交易法與知識產權—以專利追索為中心，五南圖書出版公司，1999 年。
20. 何之邁，歐洲共同體經濟法論，1995 年 5 月。

21. 金河祿，經濟行政的結構及其法律控制－中韓兩國比較研究，法律出版社，2006 年12月。
22. 曹平、高桂林、侯佳儒著，中國經濟法基礎理論新探索，中國法制出版社，2005 年12月。
23. 晏智傑，西方市場經濟理論史，商務印書館，1999 年。
24. 史際春、徐孟洲合著，經濟法，1994 年 1 月。
25. 曹康泰主編，中華人民共和國反壟斷法解讀-理念、制度、機制、措施，中國法制出版社，2007 年10 月。

二、中文期刊

1. 王先林,知識產權行使行為的反壟斷法規制-反壟斷法第55條的理解與適用，法學家，2008 年第一期。
2. 郝紅梅，我國吸收外商投資趨勢分析，中國金融，2009 年第 11 期。
3. 潘平，外資併購上市公司績效的影響因素分析，經濟論壇，總第 455 期第 7 期，2009 年 4 月。
4. 徐維餘，我國外資併購中國家經濟安全審查法律問題，法治研究，2009 年第 3 期。
5. 謝曉彬，論外資壟斷性併購的實質標準及其審查，寧波大學學報（人文科學版），第 22 卷第 1 期。
6. 洪小潞，外資併購反壟斷審查問題研究，《商場現代化》2008 年 7 月（上旬刊）總第 544 期。
7. 劉華,可口可樂併購匯源果汁案例分析,上海市經濟管理幹部學院學報,2009 年 5 月。
8. 方立維,大陸商務部就可口可樂公司收購中國匯源公司案反壟斷審查做出裁決，月旦法學 E 週報。
9. 沈傑，“可口可樂併購匯源”折射的反壟斷問題，商業流通。
10. 莊春發，< 論市場範圍之界定> ，《反托拉斯經濟學論集上冊》，台北，瑞興圖書股份有限公司出版，2002 年。
11. 宋祥輝，從微軟“黑屏”事件淺談私力救濟，法制與社會，2009 年 7 月。

12. 袁青，從“微軟黑屏計畫”談濫用市場支配地位行為的法律規制，財經政法，2009 年 5 月。
13. 姚麗，“微軟黑屏”案的思考——兼談中國大陸反壟斷法對濫用市場支配地位的規定，法制與社會， 2009 年 4 月。
14. 王先林，論濫用市場支配地位行為的法律規制，法商研究，2007 年第四期。
15. 王先林，濫用市場支配地位與知識產權，電子知識產權。
16. 徐昀、李華根，微軟“黑屏”事件的法律透析—從知識產權反壟斷的視角，湖北函授大學學報，第 21 卷第 3 期，2008 年 9 月。
17. 章忠信，著作權法制中「科技保護措施」與「權利管理資訊」之探討，萬國法律，89 年 12 月。
18. 邱淑芬，「知識經濟時代公平交易法對競爭者間合作聯盟之規範」，行政院公平交易委員會計畫，2003 年 3 月。

三、學位論文

1. 鄭雅卉，外資在中國併購之相關法律環境研究，交通大學科技法律研究所碩士論文，2008 年 3 月。
2. 劉嘉裕，中國大陸反壟斷法之研究，高雄大學法律系碩士班碩士論文，97 年 7 月。
3. 吳姵潔，論反托拉斯法與專利授權之衡平－以專利集管為例，中原大學財經法律研究所碩士論文，2003 年 6 月。
4. 鄭遠翔，中國大陸反壟斷法立法研究—以「行政性壟斷」為核心之分析，交通大學科技法律研究所碩士論文，2005 年 6 月。
5. 曾遠豪，知識經濟時代競爭規範之挑戰--以美國微軟之反托拉斯訴訟為題材，中原大學財經法律研究所碩士論文，2003 年 6 月。
6. 鄭緯綸，論資訊產業市場力量之管制—以微軟案為主軸，清華大學科技法律研究所，97 年 7 月。
7. 曹瑋鑫，美商微軟公司進入中國大陸市場與合作策略研究，國立中山大學大陸研究所碩士論文，2006 年 6 月。

8. 陳鈺盛，中國大陸知識產權之制度改革與執行落差－以地方保護主義之觀點，國立東華大學財經法律研究所碩士論文，98 年 1 月。

四、英文書籍

1. Richard A. Posner ,*Antitrust law*, University of Chicago Press, 2nd edition (2001)
2. Joan Robinson, *The Economics of Imperfect Competition*, 2nd edition (1969).
3. George J. Stigler, *The Theory of Competitive Price* (1942).
   A. Silberschatz, J. Peterson, P. Galvin, Operating System Concepts, 3rd Edition(1991)
4. Hylton, Keith N, *Antitrust law : economic theory and common law evolution*, Cambridge, U.K. ; New York : Cambridge University Press(2003)
5. Aba Publishing, *Antitrust law and economics of product distribution*, Chicago, Ill. : Section of Antitrust Law, American Bar Association(2006)
6. Sullivan, E. Thomas, *Understanding antitrust and its economic implications*, Newark, N.J. : Matthew Bender/LexisNexis,4th edition (2003)
7. Phillip Areeda, Louis Kaplow, *Antitrust analysis : problems, text, cases*, New York : Aspen Law & Business, 5th edition(1997)

五、英文期刊

1. Albert Keidel, *China's Economic Rise*—Fact and Fiction, Policy Brief 61(2008)
2. James P. Puhala, Antitrust law: *Berkey photo and Alaska airlines different approaches to monopoly leveraging claims*, Western New England Law Review,(1994).
3. Coate, M.B., *Analysis of three approaches to market definition*, In Zerbe, Richard O. Jr., Research in Llaw and Economics, Vol.9,(1986).
4. Gregory J. Werden, *The history of antitrust market delineation*, Marquette Law Review, Fall, (1992)

5. Kenneth G. Elzinga & Thomas F. Hogarty, *The Problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits*, 18 Antitrust Bull. 45 (1973)
6. Kenneth G. Elzinga & Thomas F. Hogarty, *The Problem of Geographic Market Delineation Revisited: The Case of Coal*, 23 Antitrust Bull. 1, (1978)
7. Phillip E. Areeda & Donald F. Turner, *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act*, 88 Harv. L. Rev. (1975).
8. Feldman, Robin Cooper, *Defensive leveraging in antitrust*, Georgetown L.J. (1999)
9. Wu, Z., *Perspectives on the Chinese Anti-Monopoly Law*, ANTITRUST LAW JOURNAL, VOL 75; ISSU 1(2007)

六、網路資源

1. 中國國民黨政策委員會大陸情勢雙週報：http://www.kmt.org.tw/category_1/category1_2_1_n.asp?sn=164
2. 中國教育和計算器網站之電子刊物：http://www.edu.cn/20030708/3088068.shtml
3. 大陸北大法律資訊網：http//big5.chinalawinfo.com/article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=49823
4. 中華人民共和國商務部條約法律司：http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/dzgg/gwyxx/200411/20041100306416.html
5. 中國反壟斷法的立法狀況介紹：http://www1.open.edu.cn/file_post/display/read.php?FileID=31011
6. 全國內資企業登記管理基本情況，摘自《中國工商報》：http://old.zhenjiang.gov.cn/cyzj/gongsxx/20081027/041501691.html
7. 2008 年全國外商投資企業登記管理基本情況：http://www.byaic.cn/news/newly/306.aspx
8. 上海聯合產權交易所：

http://new.suaee.com/suaee/portal/info/content.jsp?infoid=a7ba06a0-fc60-11de-99a6-2a337f000001&typeid=24c033c0-2987-11d9-a772-25c1c0020381&time=2010-01-08

9. 可口可樂收購匯源案告吹，中金在線：http://www5.cnfol.com/big5/special.cnfol.com/3047,00.shtml
10. 匯源改國籍就成外企　律師：海外註冊為避稅- 大洋新聞：http://59.42.241.184：82/gate/big5/news.dayoo.com/finance/57399/200903/26/57399_5552089.htm
11. 匯源網站： http://www.huiyuan.com.cn/about/index.html
12. 可口可樂公司，人民網：http://mnc.people.com.cn/BIG5/54849/69893/91278/index.html
13. 匯源可樂難完婚 原因豈止反壟斷，明報財經網：www.mpfinance.com/htm/Finance/20090330/.../mm_mma1.htm
14. 匯源果汁集團簡介，世界商業報導：http://biz.icxo.com/htmlnews/2008/09/03/1310615_0.htm
15. 2009 年中國大陸飲料市占率， PC home 新聞：http://news.pchome.com.tw/society/commonsdaily/20091128/index-12593528059197944002.html
16. 娃哈哈與達能糾紛案簡介：http://hi.baidu.com/%D0%A1%BF%D7%B5%C4%B7%A8%C2%C9%C9%FA%BB%EE/blog/item/d540fec467d190c939db495f.htm
17. 中國微軟財務營收，中國高清網：http://news.800evd.com/html/hd/05/20080218/108.html
18. 中國商標網： http://sbcx.saic.gov.cn/trade/
19. 2009 年 FDI 同比降 2.6% 12 月同比增 103%，新浪財經：http://www.howvc.com/Html/economy/macro/china-road/85661.html
20. 微軟“黑屏”比使用盜版更惡劣：http://blog.sina.com.cn/s/blog_549e4f560100awcm.html
21. 孫永傑，微軟沈穩、Google 張狂？，數位內容產業週報：http://proj3.moeaidb.gov.tw/nmipo/content/weeklypaper/Theme/Default/Detail.a

spx?type=4&sn=b2c3c0c71ae14aecaf4afaaa929c5d08&id=AD6D4DD6EFD147B68C70D29AC71CCD8E

22. 中國互聯網市場分析報告： http://data.cnzz.com/main.php?s=os
23. 中國反壟斷調查預案出爐調查跨國公司壟斷行為：http://big5.cri.cn/gate/big5/gb1.cri.cn/1827/2004/05/19/302@164856_1.htm
24. 經濟部投資審議委員會：http://www.moeaic.gov.tw/
25. 海基會台商服務中心訊息：http://www.sef.org.tw/public/Data/9122717424371.jpg
26. IIPA 2009 "SPECIAL 301" RECOMMENDATIONS,2007 and 2008 ESTIMATED TRADE LOSSES DUE TO COPYRIGHT PIRACY：http://www.iipa.com/pdf/2009SPEC301LOSSLEVEL.pdf
27. EU Competition law, Rules applicable to Merger Control, Situation as at 14 July 2009：http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/legislation.html
28. CHINESE ANTITRUST REGIME MAY AFFECT PES：http://english.sina.com/business/p/2008/0805/176357.html
29. 《Business Week》：http://bwnt.businessweek.com/interactive_reports/best_global_brands_2009/

國立政治大學 National Chengchi University