



國立台灣大學法律學院科際整合法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Interdisciplinary Legal Studies

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

結合審查基準之研究—以統一與維力結合案為例

Research on Merger Guidelines:

the Study on Uni-President and Weilih Case

張甘穎

Kan-ying Chang

指導教授：黃銘傑 博士

Ming-jye Huang, Ph.D.

中華民國一〇二年六月

June 2013



## 誌謝

「得之於人者太多，出之於己者太少」是撰寫論文期間最深的體會。

首先，特別感謝指導教授黃銘傑老師。有幸於碩一進入法律殿堂時得以受到黃老師在公司法上之教導，老師批判式的教學令我印象深刻，初識法律總覺得一切都有正確答案，然而老師卻運用實務判決，使我們了解法律解釋與運用在個案上之重要性，並開啟了我嘗試思考法規範正確性之門。在成為老師之指導學生後，每次找老師討論，老師均不吝撥冗並耐心指導，在第一次對於問題意識之討論，老師便侃侃而談並樂於分享一切經驗與見解，往後每次關於論文內容之探討，均令學生倍感知識之浩瀚，並欽佩老師之學者風範。

也特別感謝口試委員莊春發老師與顏廷棟老師，二位老師對本文架構給予建議，並提供豐富的實務經驗，莊老師分享許多經濟適用與解釋之例，顏老師在公平法適用以及比較法移植上指出許多本文缺漏以及值得省思之處，學生獲益良多，促使本文更加完整。能目睹二位學者風采並受到老師們不吝指導，實乃學生之幸。

再者，感謝所有帶領學生一窺法律堂奧的師長，其中特別感謝廖義男老師引領學生進入公平法之門、詹森林老師與吳從周老師對於法律的投入每每振奮課堂上的我、邱聯恭老師對法學教育與法律服務的熱忱及意志令學生難忘。

此外，感謝研討會上提供意見的學長及同學，這些提問都引發更多思考，充實了本篇論文。感謝一路走來有許多人陪同，感謝課業輔導之助教不吝提攜與分享，感謝有機會與科法所同學一起學習，許多人在課堂上熱烈參與討論並提出自身見解與經驗分享，是我所欠缺的，欽佩大家在法律領域上的堅持與努力，非常值得我學習。特別感謝陶子、慧慧、宸緯與宸儒，最後一年修課能遇到你們並一起討論學習真是幸運；感謝大慶、啟明與Stephen對於論文內容的建議與校閱。

也要感謝父母長輩的支持與家人的陪伴，沒有大家幫忙無法完成這個學位。感謝男朋友的鼓勵，讓我決定並考取了科法所，後來兩人結婚，更擔起家庭經濟的負擔，工作之餘仍願意絞盡腦汁與我討論法律議題，陪伴我走完研究所的日子；感謝婆婆在生活上打點一切、感謝父母幫忙照顧女兒，讓我毋庸承擔家庭照顧之責，儘管理首於書堆中；感謝姊姊於女兒出世後，在兵荒馬亂之際給予行動上和精神上的支持；感謝女兒勇敢出世，看著女兒帶著好奇快樂學習的臉龐，提醒了我人生應有的態度，看著女兒成長讓我學習堅強面對生活上的一切難題，也讓我更懂得珍惜幸福。

最後，正因為需要感謝的人太多了，所以感謝上天，讓我擁有這麼多的幸福！

2013/06/20

張甘穎

## 中文摘要



結合管制採取事前申報異議制，主管機關如何一方面預測結合個案對於市場競爭影響，另一方面又提供全體事業透明標準依循，乃我國競爭法主管機關之挑戰。美國自 1968 年以來發布一連串結合準則，於 2010 年更發布最新水平結合準則，兼顧審查彈性與個案透明，值得我國借鑒。

由學派演進與美國經驗，本文歸納出三個趨勢演進：市場結構重要性下降、競爭效果分析關注提升、審查彈性與透明度增加。由於法院高度尊重公平會作為專業獨立機關在不確定法律概念之判斷餘地，我國公平會之意見在結合案件上具決定性影響，因此，本文認為我國結合審查亦應跟隨演進趨勢而修正執法方向，建議我國應降低對市場占有率、市場集中度等結構因素之重視，揚棄步驟式之僵化審查，並提升對競爭效果分析之比重，處理原則更應充實各項審查因素之內容，包括建立整體經濟利益之分析標準，以建立完善與透明之審查基準，俾利事業遵法成本降低。

統一與維力於 2008 年至 2010 年一連串之結合案件包含兩大部分：董事兼充遭公平會處分，以及二度申報結合遭公平會禁止。對於前者，參考美國立法例後，本文認為我國結合定義不夠明確，卻要求事業事前申報，且處罰更加嚴厲，故建議，董事兼充是否符合結合定義宜明確規範，且依其情況無法事前申報者，不宜要求事前申報。對於後者，本文認為公平會禁止結合之理由留有許多質疑空間，除了延續前述不符演進趨勢之缺失外，公平會論述之證據亦不足以支持其決定，故建議市場界定之證據應更多元、納入歷史性資料分析、量化分析前先釐清市場之競爭型態與消費行為。學派演進雖有再度向政府干預傾斜之趨勢，然結合管制應有充分理由，管制前提須確定個案符合結合定義、反競爭效果大於結合所生效率，故公平會應盡其舉證與說理責任，否則管制理由不存在，宜退出管制而交由市場自我調節。

關鍵詞：

結合管制、水平結合、美國結合準則、結合處理原則、統一與維力結合、董事兼充

## Abstract



Since merger parties must file premerger notification once the transaction meets the merger control threshold, merger analysis is necessarily predictive. However, how to evaluate the potential of the merger case and to provide the transparent standard of enforcement practice, is a challenge for the competent authority in Taiwan. Commencing from 1968, the U.S. released several merger guidelines concerning the application of contemporary industrial economics. The horizontal merger guidelines revised in 2010 illustrate the balance between transparency and elasticity, which is a valuable reference for our country.

Based on the ongoing evolution of merger enforcement in the U.S., this essay concludes on three notes: (1) the importance of market structure is in decline, (2) the discussion of competitive effects is expanding, (3) the guidelines provide more details and reflect more diversity of industries. In Taiwan, since the Fair Trade Commission (hereinafter referred to as the FTC) is an independent agency, the court highly respects the evaluation of the FTC, so the decisions of the FTC are decisive on almost all merger cases. To make contributions to the development of merger enforcement policies in Taiwan, which is limited due to heavy emphasis on market definition and concentration, this essay suggests that Taiwan should follow the ongoing trends: play down the role of market share and market concentration factors, abandon the step-by-step approach, emphasize more the analysis of competitive effects, expand the list of factors and explain more.

Uni-president and Weilih Case includes two issues: interlocking directorates in 2008 and shareholdings increase in 2008 and 2010, which met reporting requirements. In the former issue, this essay suggests that the merger definition should draw a clear line in the cases of interlocking directorates, and in the cases of not knowing whether to meet the interlock threshold or not beforehand, should be exempted from notification. In the latter issue, the FTC prohibited Uni-president from increasing its shareholdings of Weilih without clearing asserting itself. Therefore, besides following the trends of evolution, this essay suggests that the FTC ought to introduce a more detailed and sophisticated analysis, reflecting the unique features and circumstances of the case at issue. For this purpose, the FTC should look at a wide variety of evidence, especially of historical events, and use a wide variety of methods when making its final decision. Although the industrial economics tends towards a more interventionist posture, the FTC must discharge the burden of proof: to prohibit a merger on grounds of a stringent evaluation that the disadvantages of adverse competitive effects outweigh the benefits of the merger, or simply to let the market decide.

### Key Words:

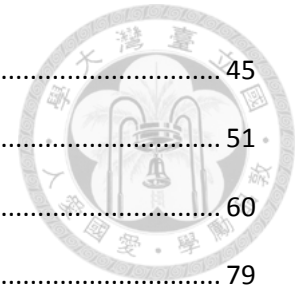
merger control, horizontal merger, merger guidelines, guidelines on handling merger filings, Uni-president and Weilih Case, interlocking directorates

# 目 錄



誌 謝.....	i
中文摘要.....	ii
Abstract .....	iii
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 研究範圍.....	2
第三節 研究方法與比較法之選擇.....	3
第四節 論文結構與流程.....	3
第二章 結合管制目的及類型.....	5
第一節 結合管制之目的.....	5
第一項 反托拉斯法之目的.....	5
第二項 我國公平法結合管制目的.....	11
第二節 結合類型.....	14
第一項 水平結合（horizontal mergers）.....	16
第二項 垂直結合（vertical mergers）.....	17
第三項 多角化結合（conglomerate mergers）.....	18
第三章 結合管制之演進.....	21
第一節 學說演變.....	21
第一項 哈佛學派.....	22
第二項 芝加哥學派.....	25
第三項 後芝加哥學派.....	31
第四項 小結.....	37
第二節 美國水平結合管制—法律規定.....	38
第三節 美國水平結合管制—結合審查準則.....	41
第一項 1968 年結合準則.....	42

第二項	1982 年及 1984 年結合準則.....	45
第三項	1992 年及 1997 年水平結合準則.....	51
第四項	2010 年水平結合準則.....	60
第四節	小結.....	79
第一項	市場結構重要性逐漸下降.....	80
第二項	競爭效果分析之關注提升.....	81
第三項	審查之彈性與透明度增加.....	83
第四章	我國結合規範.....	84
第一節	結合法律之演進.....	84
第二節	結合定義.....	86
第三節	結合之實體審查標準.....	89
第四節	結合實體審查標準之實務.....	95
第一項	公平會實務.....	95
第二項	法院實務.....	98
第五節	美國結合規範對我國之啟示.....	103
第一項	結合審查非步驟式之僵化分析.....	103
第二項	限制競爭不利益分析之完善與透明.....	105
第三項	正視整體經濟利益分析.....	109
第五章	統一與維力結合案.....	114
第一節	案例事實.....	114
第二節	董事兼充案.....	116
第一項	實務決定.....	116
第二項	評析.....	119
第三節	申報結合案.....	123
第一項	實務決定.....	123
第二項	評析.....	129



第六章 結語.....	142
參考書目.....	147





# 第一章 緒論


## 第一節 研究動機與目的

藉由結合而形成大公司或企業集團，乃近代工商業發展、網路科技發達以及全球化下所自然造成，因結合對於迅速達到規模經濟、優勢互補、提升國際競爭力、研發創新等等均有所助益。然而，市場為少數企業把持亦可能增加企業濫用市場力量、促進業者間共謀，導致市場失靈，影響市場競爭秩序甚劇。企業結合乃必要之惡，對於競爭效果之影響優劣參半，故世界各國均試圖調節和監督之，力求將其弊害減至最低，回復市場應有之競爭與活力。

由於經濟法具有其管制目的，各個經濟法依其規範目的而交織成政府管制經濟事務之法，每一部法律均有所負之任務，不應承載太多目的性，否則法律仍須面對內部所生之價值衝突，執法仍應有所取捨。反托拉斯法一路走來，並非所有論者均無異議地贊同政府干預，對於政府管制亦有寬嚴不同之聲音，應如何拿捏？企業法人同為市場上之一員，法人亦有其應享之權利，管制之無限擴張或無法預期將影響企業之營運，管制目的便型塑出政府管制之界線。第一部反托拉斯法（Antitrust Law）出現於美國，演進至今百餘年，立法目的從最初的模糊概念，包括政治民主、社會分配、公平競爭機會、市場秩序維護、消費者保障等，至今僅餘經濟角度之解釋。而我國公平交易法與結合管制之目的為何？由於國內文獻對於反托拉斯法之目的探討不多，本文首先希冀透過釐清結合管制目的，而提供結合審查更明確之方向。再者，關於經濟學應用於反托拉斯法之發展上，後芝加哥學派觀點近年來所造成之影響我國文獻著墨亦不多，故本文於學派演進一節除了哈佛學派與芝加哥學派以外，亦介紹後芝加哥學派。

此外，我國公平交易法繼受外國競爭法之經驗，再加上全球化與跨國公司發展，各國經濟莫不互相牽動，尋求各國競爭法之互相調和成為當代競爭法重要趨





勢。美國為世界上第一個反托拉斯立法之國家，其經驗為後續各國立法所重視，且各國競爭法主管機關莫不以美國 1992 年「水平結合準則」(Horizontal Merger Guidelines) 作為結合案件審查之參考依據，我國公平法實務亦如是。然而該水平結合準則於 2010 年修正，1992 年水平結合準則所採納之五步驟式分析架構因此有所動搖，面對美國最新反托拉斯法執法之重塑，我國是否亦應跟隨經濟理論進步之腳步而有所變更？於相當時間點上，我國發生遭公平交易委員會禁止結合之個案，即 2008 年及 2010 年二度禁止統一企業與維力企業結合、2009 年處分統一與維力董事兼充，故選擇以本案為例。在參考美國相關法律規定與最新水平結合準則後，審視公平交易委員會對本案是否有其他解釋可能、理由與證據是否充分，反思我國公平交易法與結合申報案件處理原則之規範是否妥當。此外，統一於 2008 年與 2010 年兩度申報結合之間的 2009 年受到公平會處分，乃基於統一取得維力恰半數席次，涉及結合定義之概括規定如何解釋適用，最高行政法院雖兩度為本案作出判決，然仍未對結合定義做出有益於事業未來遵循之明確解釋，再加上我國公平法最新修法草案仍未針對結合定義作出相應之修正，故本文亦參考美國立法例而有所討論。

本文期望藉由美國自反托拉斯法立法以來之結合審查經驗、新知識之吸收應用及其演進歷程，而對照觀察我國目前所適用、引進之標準，審視我國結合審查是否過於僵固，宜如何平衡執法透明度以及彈性，並提出我國結合管制未來可行方向之建議。

## 第二節 研究範圍

自「公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則」發布以來，我國公平會所禁止之案件均為水平結合，且水平結合對限制競爭之疑慮最大，故本文雖於結合類型提及非水平結合，然僅研究水平結合。再者，簡化作業程序亦非本文探討之對象，本文僅探討一般作業程序。

此外，結合案件採事前申報制，雖必先涉及結合定義，符合申報門檻者尚須經事前申報程序事項，然本文並未探討申報門檻，且程序事項僅於我國結合規範演進一章，為敘述之完整性而略為提及，研究範圍仍重在結合之實體審查。



### 第三節 研究方法與比較法之選擇

本文研究方法將採取歷史研究法、文獻分析法以及比較研究法。從反托拉斯法學派之演變以及美國法演變檢視反托拉斯法之歷史，藉由歷史脈絡而了解反托拉斯法思維如何因時代推移而演變，進而分析我國反托拉斯法應該何去何從。

本文將透過參考書籍、期刊、論文、報章雜誌及網站資料之搜集、整理及分析，從理論與實務兩方面了解過去、解釋現況，並探討我國公平交易法對於結合規範審查標準之問題，提出對未來管制之建議。在文獻回顧上，外國文獻包括經濟學派之觀點如何影響並落實於法律規範、學說對於結合管制之批評建議、外國有關結合審查基準之規範與實例；在我國則包括公平法演進、公平交易委員會之管制現況、法律規範如何運用於個案結合審查等，整理後並將文獻進行分析與比較。

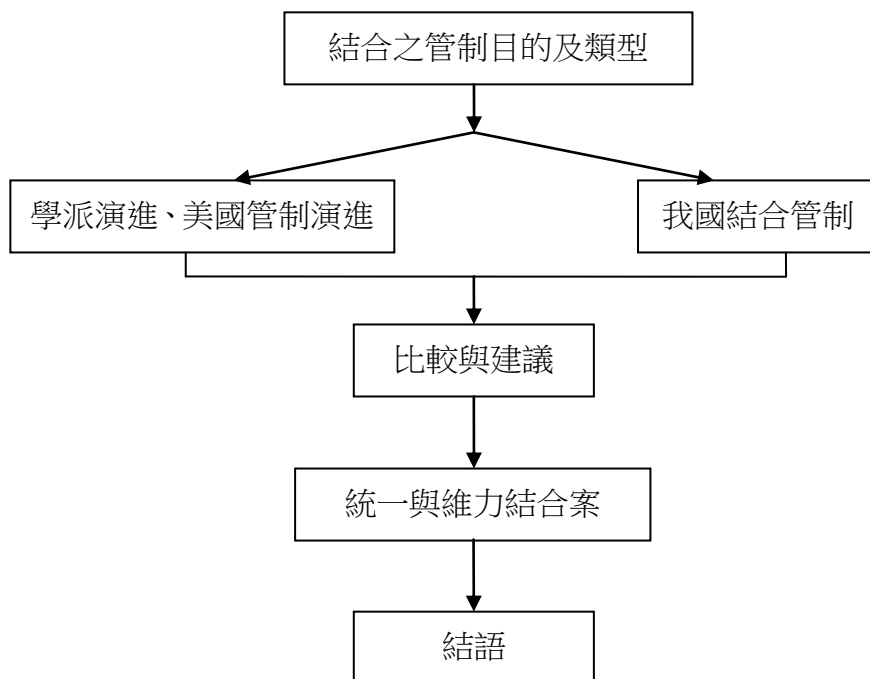
在比較法選擇上，係參考美國水平結合準則及其理論與實務。美國乃孕育世界第一反托拉斯法之國家，至今已有百餘年歷史經驗，審查標準有嚴謹之經濟理論作為基礎、學說與實務均十分豐富，其經驗為後續各國立法所重視，各國競爭法主管機關莫不以該國結合準則作為案件審查之重要參考依據，美國結合指導準則隨時代演進修訂其內容，俾利結合實務依循，於2010年應用最新之經濟學理論修改其水平結合指導準則，研究其水平結合處理原則對我國結合管制富有參考價值，故選擇之。

### 第四節 論文結構與流程

本文於第一章「緒論」描述本文研究動機、目的與範圍限制後，第二章「結

合管制目的及類型」首先釐清反托拉斯法之制定目的，包括美國從第一部反托拉斯法立法到修法之歷史背景，後了解結合管制之目的與必要性，再藉由結合之分類，了解結合之型態與相應管制寬嚴原因。進入第三章「結合管制之演進」後，介紹相關學說與美國經驗，特別是美國結合審查準則自 1968 年以降之演進，最後小結整理出結合審查受學派影響而型塑之發展趨勢。第四章「我國結合規範」則回歸我國法之介紹，包括法律與實務，然後審視我國管制對比美國是否有所不足、美國經驗是否可供借鑒，提出美國對我國結合管制之啟示。第五章「統一與維力結合案」便進入本文之個案研究與評析，事件涉及 2008 年、2009 年、2010 年之一連串決定書、處分書，以及高等行政法院與最高行政法院之判決。最後第六章為全篇之結語。

上述各章節之次序與關係繪製成流程圖如下所示：





## 第二章 結合管制目的及類型

### 第一節 結合管制之目的

經濟法，不同於傳統民法圍繞著權利義務所開展，是政府從社會產業整體的角度，對有社會公共性之經濟活動進行干預，調和經濟活動、促進整體經濟平衡發展，是探討形成經濟基本體制之法規範<sup>1</sup>。而反托拉斯法乃規範經濟主體在市場經濟秩序中活動方式之主要法規<sup>2</sup>，屬於政府調節經濟活動規範之一<sup>3</sup>，既然是國家對經濟管制與干預之政策工具，則應有其目的性，此亦構成政府介入市場經濟之界限。結合管制乃反托拉斯法之一環，故本節於探討結合管制目的之前，先了解反托拉斯法之目的，後始討論結合管制在達成反托拉斯規制目的上所扮演之角色。

### 第一項 反托拉斯法之目的

#### 一、管制目的之演進—美國立法史觀察

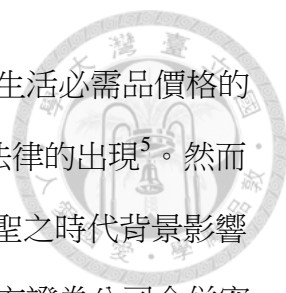
美國南北戰爭後，鐵路業與石油業迅速發展，激烈的競爭伴隨著掠奪性訂價、大企業兼併無法存活之小企業後，存活之競爭者則聯合鞏固地位，各種聯合壟斷之組織形式被廣泛運用於各種產業。小企業被剝奪進入市場參與競爭之機會，而經濟巨頭們聯合定價、採取價格歧視，對大宗客戶給予回扣，對仰賴鐵路運輸但農產品價格低迷之農民則收取高額運費，社會因此普遍對迅速膨脹之大規模企業產生敵視態度<sup>4</sup>。1880年代社會上普遍出現多個托拉斯組織，終爆發抵制托拉斯之大規模群眾運動，國會因此於1890年制定了「休曼法」(Sherman Act，或譯為謝

<sup>1</sup> 公平交易委員會(2003)，《公平交易法之註釋研究系列(一)：第一條至第十七條》，廖義男計畫主持，頁2，台北：公平交易委員會。

<sup>2</sup> 同前註，頁3。

<sup>3</sup> 然政府於反托拉斯法管制之目的並非旨在對市場運作直接干預，而是立於排除市場進入障礙，建立自由競爭之市場秩序之觀點，政府僅於事業活動構成限制競爭時始介入干預，故反托拉斯法係對於市場之間接管制。參王志誠(2004)，〈跨國性併購：政策與法律〉，《臺大法學論叢》，33卷4期，頁222。

<sup>4</sup> 白豔(2010)，《美國反托拉斯法/歐盟競爭法平行論》，頁27-28，北京：法律出版社；Michael D. Whinston, *Lectures on Antitrust Economics*, Cambridge, Mass.: MIT Press, 4 (2006).



爾曼法)，以避免「一個控制一切生產的托拉斯和一個決定一切生活必需品價格的主人」之情形發生，此即宣示了「維持公平市場競爭」為目的法律的出現<sup>5</sup>。然而休曼法字義不夠清晰明確<sup>6</sup>，再加上自由放任與強調個人產權神聖之時代背景影響下，該法於初始十多年對於結合管制形同具文<sup>7</sup>，直至 1904 年北方證券公司合併案 (Northern Securities Co. v. United States)，以及 1911 年的標準石油解體案 (Standard Oil Co. v. United States)，始標識著企業結合必須正視反托拉斯法之規制。

於上述背景下，美國反托拉斯法制定之初，政治社會目的重於經濟目的，在小企業以及農民等社會運動壓力，以及對於托拉斯等大型組織不信任之情況下，有認為壟斷勢力造成愈來愈少企業主導愈來愈多產業部門，猶如私人政府對經濟公平與自由造成破壞一般，等同於破壞政治民主與社會正義，使美國人民同時面臨經濟、社會及政治上之霸權<sup>8</sup>，保護小企業生存與財富重分配乃推動反托拉斯立法之重要因素<sup>9</sup>。亦有認為美國立法當時是自由放任之資本主義時代，自由的州際貿易已經確立，然托拉斯、卡特爾之組織形式濫用其市場力量，導致小企業以及普通民眾發起全國性抗議活動，因此美國反托拉斯法之產生目的是「保護開放市場上之競爭機會」<sup>10</sup>。事實上，休曼法的制定者僅僅明白其必須面對托拉斯組織所造成的社會爭議，然對於所關注之確切問題尚不明朗，在各方利益團體之影響下，立法目的也因而多元化<sup>11</sup>。國會當時認為古典經濟價值與自由政治價值密切相關

---

<sup>5</sup> 孫健、蓋麗麗 (2009)，《顛慄金融史 IV：公司兼併背後的資本力量》，頁 102，台北：海鴿文化。此外，本文係採取「公共利益」之觀點，即認為國會立法目的在於控制壟斷力量，為市場注入競爭活力，並聲明個人消費者之價值高於大型聯合企業。另有「公共選擇」之觀點，認為當代國會尚同時制定了犧牲消費者利益之保護性關稅措施，因此，制定休曼法其實只是為了滿足公眾對管制要求而移轉對保護性關稅立法批評之途徑。See Keith N. Hylton, *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*, New York, NY: Cambridge University Press, 37-39 (2003).

<sup>6</sup> 吳成物 (2001)，〈競爭法對企業併購行為之規範〉，《月旦法學雜誌》，68 期，頁 67。


<sup>7</sup> 1895 年的美國訴奈特公司 (United States v. E.C. Knight Co.) 一案，是休曼法制定後第一宗打到最高法院的官司。最高法院最後認為該案之糖業托拉斯合併只在賓州內進行，並未直接涉及州際商務，不屬於聯邦政府管轄，並以狹義的解釋方法，認為商貿與製造業不同，因此本案不涉及州際或涉外商貿活動，大量削減了該法適用範圍。See Ernest Gellhorn, William E. Kovacic & Stephen Calkins, *Antitrust Law and Economics*, St. Paul, MN: Thomson/West, 27-28 (5<sup>th</sup> ed. 2004).

<sup>8</sup> *Id.* at 19.

<sup>9</sup> Richard A. Posner, *Antitrust Law*, Chicago, IL: University of Chicago, 34 (2<sup>nd</sup> ed. 2001).

<sup>10</sup> 白豔，前揭註 4，頁 32。

<sup>11</sup> 國會於制定休曼法時所追求的可能不是單一目標：在追求有力的、大眾共享的、自然的、以權

<sup>12</sup>，並未意識到同時追求多個政治、經濟、社會目標可能造成價值衝突，因為管制目的不同，所採取之管制方式將可能隨之改變，甚至不同之管制目的根本互相衝突，無法同時實現，譬如：大規模生產與分銷，可以節約成本並促進經濟效率，亦可能讓消費者得以較低之價格享受商品，然而，卻因此同時減少了小企業之競爭機會及生存空間，意即保護小規模之競爭者不受低價損害，以及保障消費者不受高價損害，此二目標往往無法相容<sup>13</sup>。

由美國反托拉斯法制定之歷史可以察覺，在自由放任之經濟背景下，「看不見的手」雖然促成社會財富之累積，然自由放任市場亦生諸多問題，當市場這隻看不見的手運作不完善時，實有賴政府以其看得見的手扶正之。然而，政府之執法目的必須確定，否則將淪於為管制而管制，或管制之漫無界限。再者，若目的是多元的，於目的互相衝突時又該如何取捨？只有確立目的，實體法始得以作為一個整體而運作，然美國立法之初並未明確提供平衡多元目標之方法。

反托拉斯法在經濟效率或社會公平之間如何取捨，迄無定論，現代反托拉斯法專家亦無法設計一套方法完全實現原始之多元立法目的，故裁判與執法更可能受到當代所認知之完善政策影響，而非原始之立法目的<sup>14</sup>。自 1981 年起，主張自由市場之人士入主了反托拉斯機構，使反托拉斯法為社會或政治計畫服務之色彩逐漸消退，轉而為消費者福利最大化與經濟效率服務<sup>15</sup>。有認為經過反托拉斯法實踐及經濟理論發展，雖然最高法院並未表示法官不得優先考量非效率因素，然而法院逐漸傾向於採取效率目標<sup>16</sup>，當今反托拉斯政策並藉由強調競爭，試圖把社會經濟這塊餅做大，至於這塊餅如何分配，則留待其他機制決定（例如市場機制或

---

利為基礎的政治經濟秩序時，也同時得以追求機會、效率、繁榮、公正、和諧及自由。See Gellhorn et al., supra note 7, at 24-25 & 44-45.

<sup>12</sup> Jonathan B. Baker, A Preface to Post-Chicago Antitrust, in: Post-Chicago Developments in Antitrust Law, 61 (Antonio Cucinotta, Roberto Pardolesi & Roger Van den Bergh eds., Northampton, MA: Edward Elgar, 2002).

<sup>13</sup> Posner, supra note 9, at 34.

<sup>14</sup> Gellhorn et al., supra note 7, at 45.

<sup>15</sup> Mark Skousen (著)，楊培雷 (譯) (2006)，《朋友還是對手—奧地利學派與芝加哥學派之爭》，頁 174，上海：上海人民。

<sup>16</sup> Gellhorn et al., supra note 7, at 47-48. 認為當今主流之反托拉斯分析強烈地顯示係由效率主導眾多價值目標。

其他法律規範)<sup>17</sup>。

不過以效率作為終極目標之論點亦遭受許多抨擊，批評者認為，獲得壟斷利潤之廠商為了自身利潤最大化，將耗費所有資源鞏固壟斷力量，且效率利得（efficiency gains）均歸由結合廠商獲得是政治不正確（politically unacceptable），有些法院因此不認同效率抗辯，除非結合雙方得以證明效率利得會傳遞給消費者<sup>18</sup>。亦有許多法官引用 Robert Bork 「反托拉斯悖論」（The Antitrust Paradox, 1978）一書之見解，證明反托拉斯法的目的在於促進消費者福利<sup>19</sup>。亦有論者以財富分配為觀點，強調消費者剩餘（consumers' surplus）均應歸屬於消費者始得以保護消費者<sup>20</sup>。美國聯邦貿易委員會認為其任務在於：審查導致價格上升、選擇降低或創新減少之結合案，並挑戰市場上反競爭之行為，促進產業競爭，特別是嚴重影響消費者之產業。雖然該委員會特別強調捍衛消費者權利為其最終目標，然其手段係藉由維護並增進競爭之自由與活力<sup>21</sup>。

由此可知，縱使美國現今之學說與實務已不再致力於分散政治經濟力量或表示同情小企業<sup>22</sup>，然政府管制乃為了糾正市場失靈、維護市場競爭，而市場競爭此價值本身就有多元之意義，反托拉斯法之終極目的本為政策價值上之取捨<sup>23</sup>，故不論如何，反托拉斯法之目標將呈現多元之傾向。本文認為，雖然當今學說與實務往往表示消費者福利乃目的所在，然處於全球化各國相互競爭之市場經濟狀況下，反托拉斯法作為經濟之基礎法律，無法將效率目標之追求置於次要地位，而消費者福利之促進係基於市場競爭之健全而間接獲得，因此，市場競爭之最終目

<sup>17</sup> Gellhorn et al., supra note 7, at 57.

<sup>18</sup> Herbert J. Hovenkamp, "Merger Policy and the 2010 Merger Guidelines," U. Iowa Legal Studies Research Paper No. 10-34, p. 16-17 (2010), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1693246>.

<sup>19</sup> 然 Robert H. Bork 之標準應係「總剩餘最大」，是消費者剩餘與生產者剩餘之和，因其考慮到產品之消費者和公司股東最終均為消費者。See Whinston, supra note 4, at 6-7.

<sup>20</sup> John B. Kirkwood & Robert H. Lande, The Chicago School's Foundation Is Flawed: Antitrust Protects Consumers, Not Efficiency, in: *How the Chicago School Overshot the Mark*, 90-92 (Robert Pitofsky ed., New York, NY: Oxford University Press, 2008). 該文並批評 Bork 將消費者福利（consumer welfare）等同於效率而致消費者福利之意義模糊。

<sup>21</sup> 參美國聯邦貿易委員會網站 <http://www.ftc.gov/bc> (最後瀏覽日期：04/14/2013)。

<sup>22</sup> 正如 Posner 於其《反托拉斯法》一書之第二版序言中所述，反托拉斯法僅剩下經濟學觀點，而其他觀點（主要指平民主義之觀點，關於平民主義請參閱學派演進一節）基本上已經銷聲匿跡。

<sup>23</sup> Herbert J. Hovenkamp, Antitrust Policy After Chicago, 84 Mich. L. Rev. 213, 234-237 (1985).



的究係促進效率或增進消費者福利雖無定論，然不論為了消費者或經濟效率，均係為了維護市場競爭秩序，故於個案解釋上已相距無幾。

## 二、我國公平交易法之立法目的

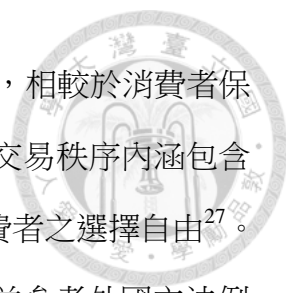
我國於 80 年代社會經濟結構轉變、高度經濟管制解除，配合經濟自由化、國際化以及制度化之政策下，欲建立一個足為企業自由競爭之環境，而歷經十餘年之研擬、聽證會、審議、討論，終於訂定公平交易法（下稱公平法）以作為公平合理之經濟秩序與交易環境<sup>24</sup>。外國立法例上有將限制競爭行為及不公平競爭行為分別以二部法律規範者，然我國立法當時鑒於二種行為規範均為國內所急需，因此採取一部法律同時規範二種行為之立法例：大體上，第二章之「獨占、結合、聯合行為」屬限制競爭範疇，旨在排除限制競爭之行為，促進市場的自由競爭；第三章之「不公平競爭行為」，旨在消弭不公平競爭行為，促進事業之公平競爭<sup>25</sup>。而結合行為則屬於限制競爭行為而受規範。

公平法制定之時，美國執法歷史已近百年，其司法與反托拉斯分析之發展漸趨重視效率因素，故我國借鑒外國立法例時，美國制定休曼法當時之政治社會目的觀已逐漸消失，然我國當時時代背景漸趨重視消費者保護，立法院審議公平交易法草案時加入「消費者利益」作為立法目的之一。詳言之，依公平法第1條，立法目的在於：「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。」由於我國公平法同時規範市場上公平競爭與自由競爭二種行為，故有學者將第1條之「公平競爭」做廣義解釋，認為公平競爭之意義，應以競爭所應具備之各種功能為其內涵，包含市場之自由、開放及效率、分配、創新、制衡等作用加以詮釋，然縱屬廣義解釋，「公平」之意義仍非保障個別競爭者權

<sup>24</sup> 公平交易委員會，前揭註 1，頁 4-6。美國係於自由放任市場經濟產生問題下而立法，並經由執法之寬嚴摸索後形成政府管制之範圍，我國則是在政府退出管制，為防止開放市場發生弊害之背景下立法，二者背景雖有不同，然均係為了尋求管制與放任之平衡點。

<sup>25</sup> 行政院於 2012 年 12 月 13 日函請立法院審議之修正草案已將第二章章名更為「限制競爭」，並將現行條文第十八條、第十九條各款具限制競爭行為性質者列入第二章。





益<sup>26</sup>。此外，對於公平法上所稱之「消費者利益」，有學者認為，相較於消費者保護法側重消費安全之保護及交易過程之規範，公平法所維護之交易秩序內涵包含足以維護消費者利益之市場秩序，其所關注之面向重在維護消費者之選擇自由<sup>27</sup>。亦有學者考量法律體系、規範功能、立法背景、執法機關等，並參考外國立法例後，表示消費者利益之具體意義可解釋為「消費者剩餘」或「消費者整體利益」<sup>28</sup>。另依公平交易委員會之解釋，限制競爭行為之規範意旨，在於排除妨礙競爭行為，促進市場之自由競爭，進而提高事業經營效率，促進整體經濟資源合理分配，間接嘉惠消費者<sup>29</sup>，其意係以維護市場交易秩序（即排除妨礙競爭、促進自由競爭、提高經營效率與資源合理分配）為主要目的，使事業在開放、自由之市場中相互競爭，藉以提升效率、研發創新，從而以較佳之交易條件爭取消費者，間接促成消費環境之健全發展<sup>30</sup>，消費者則因交易秩序完善得以受益。因此，可歸結我國管制限制競爭行為之目的亦屬多元：維護市場自由競爭、促進經濟效率與維護消費者利益，與美國並無二致。

然而，面對市場上各方之間利益不一致，多元目的之間如生衝突，應以何者為最終指導原則？公平交易法第1條與我國實務見解均不甚明確，有學者認為，如同時涉及其他法律，應回歸公平法與其他法律間適用優先次序、公平交易委員會對事業依其他法律所為行為之審查密度，在法律適用之操作面向上加以解決，而最終應以維護競爭制度與功能，以及整體經濟利益之觀點衡量取捨<sup>31</sup>。本文認為，消費者保護雖為當今重要政策趨勢之一，然經濟效率之提升作為最終目的之重要性仍無法否認。因為：一，美國歷史上正由於早期判決有利於企業追求效率發展

---

<sup>26</sup> 「公平競爭」之概念實相當於第 26 條規定之「公共利益」，故公平法施行而對個別競爭者權益產生實際上之保障作用，在法律上僅屬反射利益。參公平交易委員會，前揭註 1，頁 53。此外，行政院最新之修正草案認為現行條文規定「確保公平競爭」不足以涵蓋自由競爭之意旨，故修正為「確保自由與公平競爭」。

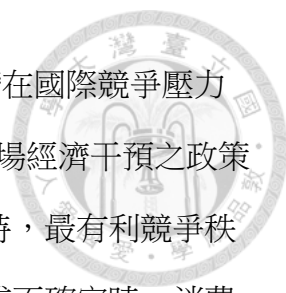
<sup>27</sup> 公平交易委員會，前揭註 1，頁 50。

<sup>28</sup> 公平交易委員會，前揭註 1，頁 51-52。

<sup>29</sup> 公平交易委員會（2009），《認識公平交易法》，增訂 12 版，頁 3-4、31，台北：公平交易委員會。

<sup>30</sup> 公平交易委員會，前揭註 1，頁 53。

<sup>31</sup> 公平交易委員會，前揭註 1，頁 18、56。



而幫助了產業轉型<sup>32</sup>，今全球化下美國仍未怠於效率追求，台灣在國際競爭壓力下，亦宜立於效率發展之下而兼顧消費者福利<sup>33</sup>；二，國家對市場經濟干預之政策應以長期、整體之觀點，故一旦面臨效率與消費者福利之取捨時，最有利競爭秩序整體之權衡方式應為：當具體結合案對於效率提升並不明顯或不確定時，消費者福利之考量自然成為重點，因消費者福利之提升往往亦代表效率提升程度夠大，才會回饋至最終消費者身上，此時，消費者福利之提升得以作為效率增進之證明；當結合案對於效率之提升有明顯之增進時，效率之提升所致之產品價格下降、選擇多樣化、創新與品質提升，實與整體消費者福利之增進相一致<sup>34</sup>。因此，競爭法這部經濟根本大法，在法律體系上之任務應立於整體經濟利益提升，政府管制乃為了維護市場競爭，而市場競爭本質上並未偏袒任何一方利益團體，故競爭法管制似應以較長期而整體之角度，擔負起提高經濟大餅之任務，以維護市場競爭性為宗旨<sup>35</sup>，短期或個別之消費者保護，甚至經濟分配政策，乃其他法令或制度之任務。

## 第二項 我國公平法結合管制目的

反托拉斯法上之結合行為屬於企業進行外部成長的方式之一，企業結合有其自利動機，面臨競爭日益增加之壓力下，維持競爭優勢之方法便是持續進步與成長，透過結合可以促進規模經濟、降低生產成本、增強競爭力、促成產銷合理化<sup>36</sup>、

<sup>32</sup> Gellhorn et al., *supra* note 7, at 25.

<sup>33</sup> 依公平法立法目的總說明，我國公平法立法背景係配合經濟建設朝向國際化與自由化發展，而欲建立公平合理之競爭秩序與環境，維護市場運作、消除有礙市場交易阻力，因此，如考量經濟環境，更應認我國係以提升效率為多元目的之最終目標。

<sup>34</sup> Kirkwood & Lande, *supra* note 20, at 93. 該文認為審查行為效果之價格、數量或選擇等標準均與消費者相關，因而反推認為反托拉斯法之目標係消費者之福利。然本文認為，審查此等標準其實是為了評估競爭是否因結合而減損，重點在於競爭，既非為了保護競爭者，亦非消費者，只是市場上之行為人均因競爭之健全而獲益。

<sup>35</sup> 詳言之，本文認為市場作為不斷競爭之場域，效率乃市場競爭之動力，而消費者利益則為市場競爭之表現，因市場競爭之健全而間接獲得。故長期而言，不論價格降低、品質提升或創新增加係源於效率之增進或係消費者福利之展現，均以市場之競爭性為宗旨。

<sup>36</sup> 參見公平法第 12 條立法理由。

降低進入新市場之成本、創造內部資本市場、利用稅法、多元化<sup>37</sup>等，有學者總結，透過結合而創造綜效之主要目的為二：利潤增加（收入增加或成本降低），以及風險降低<sup>38</sup>。此等成本費用之減少，以及比內部成長更迅速提升效率之自利動機，除了有益於事業自身，一般而言也為社會帶來進步與財富累積，再加上有遭到併購威脅之可能，將會對公司經理人造成壓力，促使其在競爭市場中提升公司經營效率<sup>39</sup>，如結合成功，亦代表企業資產因而移向運用更有效率之一方，也意味著小公司獲得出售機會、鼓勵進入者進入市場<sup>40</sup>，均有利於社會整體。此外，非主導廠商間之結合，可能意味著市場上出現與主導廠商勢力相當之競爭者，進而市場展現出更多之競爭性<sup>41</sup>。

然而，企業所獲利潤亦可能來自於妨害市場競爭或剝削消費者，或者被用於維持壟斷地位、企業可能濫用其結合所獲得之市場力量，而對競爭及消費大眾帶來不利影響，而這些弊害，對一個理性自利之事業而言，不會涵蓋在其進行結合與否之決策計算範圍內，因此，即使結合為當前產業競爭情勢所趨、其所生之效率通常會部分或間接回饋至消費者身上<sup>42</sup>，對社會有其存在之積極意義，然而，結合產生之利弊有如一體之兩面，事業之理性自利往往放任結合弊害影響市場競爭秩序，故政府之結合管制隨之而生。

參酌美國立法史，休曼法制定後之司法解釋採取合理原則並支持廠商採取強化產能之結合手段達到支配地位，引發了第一次兼併浪潮<sup>43</sup>，許多中小企業被兼

<sup>37</sup> Hylton, *supra* note 5, at 312-313.

<sup>38</sup> 伍忠賢（2009），《企業併購理論與實務》，三版，頁 82-87，台北：新陸書局。


<sup>39</sup> 對於「合併是否會促進效率而對社會有益」本身就是個爭議。依傲慢假說、規模極大假說、自由現金流量假說等，經營者之結合動機可能不是為公司或股東利益最大化著想，而是為圖一己之力。參伍忠賢，同前註，頁 87-89。而且，即使結合的動機確實是為公司利益，一些實證研究也發現，大多數併購案件並未創造預期價值。參 Dennis C. Carey（等著），李田樹（譯）（2006），《合併與收購》，頁 81-82，台北：天下遠見出版。本文認為，以企業自利之觀點度之，結合對於其自身是否有利，已由最了解始末之結合事業自身於結合案提出之前仔細度量，而經理人之代理問題宜責由公司治理制度改善，因此，基於競爭法之職責在於市場競爭之維護，毋庸考量結合對企業自身是否有益，宜立於結合案將增進效率，而對社會有益之前提下審查其反競爭效果。

<sup>40</sup> Hovenkamp, *supra* note 18, at 6-7.

<sup>41</sup> Hovenkamp, *supra* note 18, at 6.

<sup>42</sup> *Id.*

<sup>43</sup> Gellhorn et al., *supra* note 7, at 30-31 & 415-416.



併，反托拉斯法因而受到過於寬容對待反競爭行為之批評，再加上反托拉斯法制定之初本有其政治社會目的，因此反對大企業之情緒再度高漲，終而於 1914 年催化了明確規範結合行為之克萊登法（Clayton Act）。因此，美國對於結合規範目的與反托拉斯法一致，主要係基於對大企業敵視態度之時代背景下所產生之規制。此外，相較於聯合、共謀，結合是更緊密結合企業力量與地位之行為，其惡性似乎甚於聯合及共謀，然結合亦有其優點及必要性無法忽略，因此反托拉斯法之結合管制目的便是試圖辨別並挑戰那些創造、增進或確立市場力量、對競爭造成傷害之結合案，同時又要避免對那些有利於競爭或對競爭僅具中立影響之結合案造成不必要之干涉<sup>44</sup>，可謂目的在於：試圖消除那些反競爭效果可能大於所獲利益之結合案<sup>45</sup>。

至於我國，依公平法之立法目的總說明及相關條文之立法理由，我國對事業結合規範係基於：配合國家事業大型化之政策而對事業結合弊害預作防範，因事業大型化發展結果有導致獨占、減少競爭或妨害市場競爭功能之虞。因此基於上述立法說明，我國結合管制之規範目的為：防範事業結合導致經濟力之集中，以管制結合對市場造成之弊害，終而維持市場上之有效競爭<sup>46</sup>。雖然在管制上防範經濟力量集中，實務上往往亦謂管制之目的在於「防止市場結構惡化」，然以公平法第 10 條文義及同條立法理由觀之，我國並未否定大型事業，亦未否定「獨占」此種市場結構，僅於獨占之事業有濫用獨占地位之行為時，方予禁止。因此，縱使結合導致市場結構「惡化」，亦非表示我國公平法之目的在於保護中小企業生存而反對事業結合擴張。相反的，壟斷之惡係源於濫用市場地位之行為而非壟斷本身，即使事業藉由結合而成長到達寡占甚至獨占之程度，只要不具有限制競爭之虞，即免受我國公平法所禁止。詳言之，我國結合管制之目的應配合公平法第 1 條立法目的（以確保市場競爭為最終目的，進而間接促進全體消費者利益）解釋，

---

<sup>44</sup> 2010 Horizontal Merger Guidelines, §1.

<sup>45</sup> Gellhorn et al., *supra* note 7, at 402-404.

<sup>46</sup> 王志誠，前揭註 3，頁 19。

亦即結合管制之目的乃「對事業之結合弊害預作防範，維護具有競爭性之市場結構」<sup>47</sup>。

為了達到反托拉斯法維護市場競爭目的，結合管制所扮演之角色係預防性之管制，然而，尚有疑問者在於：反托拉斯法既已規範獨占、聯合，廠商之行為一旦濫用市場力量便受反托拉斯法明文規範，那麼為何政府管制之手還要伸入對市場影響尚不明確之結合行為？政府對於形成獨占地位或增加市場集中度為預防性之管制是否過度干涉市場經濟？答案是否定的，原因在於：其一，一旦寡占形成後，競爭政策與執行機關對之難以管制，因區分有意識之平行行為（合法且任何情況下均難以約束）與默示共謀（除有意識之平行行為以外，再加上一些共謀得以被推斷之因素）並非如此容易<sup>48</sup>；其二，聯合共謀行為往往只有少數被察覺，而在濫用獨占地位單方調漲價格之情形，反托拉斯法更顯得無力，因為理論上，廠商可以自由地將產品定於任何價格，一旦結合發生後，則難以阻止價格上漲；再者，如能事前阻止弊害發生，則社會成本最小，故次佳選擇便是考量所有因素後，預先防止有助於共謀之市場結構出現<sup>49</sup>，因此實有必要設計結合此種預防性管制方法，雖然對於個案未來之發展無法百分之百之確信，然管制本係立法政策之選擇，經主管機關針對個案之預測與判斷，試圖以較低之成本便阻止具反競爭效果之結合案發生。

## 第二節 結合類型

有學者將反托拉斯法規制之行為分為兩類理解之：共謀性行為（collusive

<sup>47</sup> 劉孔中、莊春發（2002），〈結合管制之個案研究—怡星有線電視公司結合案評析〉，廖義男教授祝壽論文集編輯委員會（編），《新世紀經濟法制之建構與挑戰：廖義男教授六秩華誕祝壽論文集》，頁 1133，台北：元照。然前揭文同頁解釋結合許可之附款必須與市場結構有關時，指出乃因為結合管制之目的在「防止市場結構的惡化」，因此我國往往將「防止市場結構惡化」等同於「維護競爭性市場結構」。

<sup>48</sup> Michael S. Jacobs, Second order oligopoly problems with international dimensions: sequential mergers, maverick firms and buyer power, in: Post-Chicago Developments in Antitrust Law, 162 (Antonio Cucinotta & Roberto Pardolesi & Roger Van den Bergh eds., Northampton, MA: Edward Elgar, 2002).

<sup>49</sup> Herbert J. Hovenkamp, supra note 18, at 7-8 & 11.

practice) 及排他性行為 (exclusionary practice)，前者係合作性之反競爭安排，後者係壓迫共謀團體以外之競爭者。若競爭者為減少其間之競爭而採取明示或默示協議或融合形式之合作抬價行為，例如聯合訂價、橫向併購等，屬於共謀性行為；而排他性行為一般係具有壟斷地位之廠商，犧牲一些自身之壟斷利潤，以使其他競爭者無利可圖而維繫自身壟斷地位<sup>50</sup>。本文所欲探討之結合行為歸屬於反托拉斯法中之「共謀性行為」。

我國公平法之結合定義包含了五種結合類型：合併、股權收購、資產收購、共同經營與受託經營，以及其他經營與人事控制。此五種大致上與企業併購類型相同，合併在公司法上可分為吸收合併與新設合併，收購則可分為資產收購與股權收購。此外，二公司可能藉由簽訂契約（例如委託經營或共同經營契約）而達併購目的，即屬契約合併<sup>51</sup>。因此，前四種類型多為現行公司法上所使用之法律概念，然與公司法稍有不同，公司法係立於保護債權人與少數股東之立場，而公平法著重事業之業務經營及決策趨於統合使其市場行為一致或相互配合，故公平法上結合之認定較寬鬆<sup>52</sup>。

對於結合管制而言較有意義之分類方式，應係依結合主體各方在市場上之競爭關係而區分，可分為水平、垂直與多角化結合三種類型。美國曾出現五次併購浪潮<sup>53</sup>，前三次即分別以水平、垂直及多角化結合為其主要併購模式。此三種類型各對市場競爭產生不同之影響，故反托拉斯法對其關注之重點以及程度亦因而不同。

---

<sup>50</sup> Posner, *supra* note 9, at 40-41.

<sup>51</sup> 伍忠賢，前揭註 38，頁 98。該書第 96 頁以下立於企業併購之觀點，尚列有多種分類方式，然本文立於公平法之觀點故不再贅述。

<sup>52</sup> 王志誠（2001），〈企業併購法制之基礎構造〉，《中正大學法學集刊》，4 期，頁 94-95。

<sup>53</sup> 分別為 1897-1904 年、1916-1929 年、1965-1969 年、1984-1989 年，而第五次兼併浪潮一般認定係始於 1990 年代中葉以後約至 2001 年。參 Stephen M. Bainbridge, *Mergers and Acquisitions*, New York, NY: Foundation Press, 2 (2003)；徐兆銘、喬云霞（2003），〈美國五次併購浪潮及其歷史背景〉，《科技情報開發與經濟》，13 卷 5 期，頁 146。



## 第一項 水平結合 (horizontal mergers)

水平結合係指生產相同產品或高替代性產品事業間之結合<sup>54</sup>，即具有直接競爭關係事業間之結合<sup>55</sup>。第一次併購浪潮即發生在主導性且同產業之事業間，主要係為了獲得壟斷地位、避免大企業間之價格戰，即屬於水平結合<sup>56</sup>。1895年 *United States v. E.C. Knight Co.*一案中，最高法院表明，至少在兼併能帶來集中產能之效果時，休曼法歡迎以兼併之形式實現支配地位。商業界因而得出此結論：休曼法雖然對卡特爾組織形式具有高度敵意，然並未反對以兼併之形式實現支配地位。因此掀起了第一次併購浪潮，直至北方證券一案之判決，方阻止了此波以壟斷為目的之併購浪潮<sup>57</sup>。

水平結合既為競爭同業間之結合，通常為結合事業帶來規模經濟之優點，然亦對市場競爭造成三方面之不利影響<sup>58</sup>：

- 一、 消除了原本存在於合併各方間之競爭，結合後廠商之市場占有率通常會比結合各方還高，因此，若合併各方原本所具有之規模越大，則結合後所消除之競爭便越顯著。
- 二、 合併後之企業可能產生實質市場力量，因而可以單方減少產出以提高產品價格。
- 三、 競爭者之數量減少，相關市場之市場集中度將增加，可能強化結合後市場上剩餘廠商之間明示或默示協調 (coordinate) 產品之價格與產量。

此外，結合亦可能創造價格領導機會，有些結合案之目的甚至在於消除卡特爾協議中不合作或具有攻擊性之廠商<sup>59</sup>。由於水平結合直接影響市場競爭結構，而可能造成上述對市場競爭之減損，故水平結合對競爭造成之衝擊最大，為各國結合規

<sup>54</sup> 吳成物，前揭註 6，頁 66。

<sup>55</sup> U.S. Dep't of Justice, *Merger Guidelines* (1968), Section 4, available at <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11247.pdf> [hereinafter 1968 Guidelines].

<sup>56</sup> 胡甲慶 (2007)，《反壟斷法的經濟邏輯》，頁 168，廈門：廈門大學出版社。

<sup>57</sup> See Gellhorn et al., *supra* note 7, at 30-31, 415-416.

<sup>58</sup> Gellhorn et al., *supra* note 7, at 409-410.

<sup>59</sup> Hovenkamp, *supra* note 18, at 5.



範之重點所在。

## 第二項 垂直結合 (vertical mergers)

垂直結合係指一方為他方實際或可能之供應者間之結合，亦即存有買賣關係事業間之結合<sup>60</sup>。又分為向後 (backward) 垂直結合及向前 (forward) 垂直結合，向後的結合係指與原料供應商結合，向前的結合係指與下游購買廠商之結合<sup>61</sup>，因此，垂直結合不會減少同一市場上之事業數量。美國於 1914 年制訂克萊登法時，正值第一次世界大戰爆發，因戰時需要，政府乃鼓勵企業合作而非互相競爭，戰後重建亦未改變此種態度，因此促進了第二次併購浪潮<sup>62</sup>，直至 1929 年股票市場崩盤進入大蕭條時代方結束。此次併購浪潮雖亦有水平結合，然主要係上下游事業間之垂直結合，且相較於第一次兼併浪潮之目的在於獲取壟斷地位，第二次兼併浪潮之特點則是形成寡占市場結構，於原本單個企業控制之產業中建立起第二大企業，或增強原本產業中較弱小之企業<sup>63</sup>。

垂直結合可作為獲取技術互補、控制生產過程、克服資訊缺乏等目的手段<sup>64</sup>，然主要目的在於降低交易成本，當市場交易成本大於企業內部管理成本時，則企業可利用垂直結合將市場交易對象納入組織內部而節省交易成本<sup>65</sup>。納入組織中對企業所帶來之益處主要有：

- 一、 將潛在敵對關係轉化成較夥伴關係更親密之關係，因而降低契約關係所生之機會主義行為；
- 二、 提供管理階層更多控制與改善業績之途徑（例如，確保客戶服務部門實現公

<sup>60</sup> 吳成物，前揭註 6，頁 66。

<sup>61</sup> 1968 Guidelines, Section 11.

<sup>62</sup> 徐兆銘、喬云霞，前揭註 53，頁 145。

<sup>63</sup> Gellhorn et al., supra note 7, at 416-417. 該文指出，司法及執法機關對於企業規模之寬容態度創造了有利於此波併購浪潮發生之環境。

<sup>64</sup> John E. Kwoka, Jr., & Lawrence J. White eds., *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy*, Oxford: Oxford University Press, 354-355 (5<sup>th</sup> ed. 2009).

<sup>65</sup> 胡甲慶，前揭註 56，頁 169-170。





司對於質量保證之承諾)<sup>66</sup>；

三、 排除了原料投入之不確定性；

四、 結合致相對要素價格改變，廠商選擇不同生產組合所能產生之成本節約與產出因而增加<sup>67</sup>。

然另一方面，垂直結合可能改變產業行為模式而對市場競爭帶來不利：

一、 可能限制競爭者獲得供應源或客戶而排擠競爭對手；

二、 增加新事業之市場進入難度以維持市場勢力<sup>68</sup>；

三、 不完全競爭市場上，高市占率廠商因垂直結合增加利潤，將有能力壓低市場價格而逼退小廠商，除非市場之沉沒成本低，否則該結合廠商得以長期獲取壟斷利潤<sup>69</sup>。

由於垂直結合所致之社會福利正面效果相對多且廣，負面效果相對小且窄，因此多傾向此類結合採取寬鬆管制政策<sup>70</sup>。

### 第三項 多角化結合 (conglomerate mergers)

多角化結合係指非生產相同或替代產品之事業間，同時一方亦非他方實際或可能之供應者間之結合，亦即既非競爭者之間，又不具有買賣關係者間之結合<sup>71</sup>。第三次併購浪潮即以此種結合為主，雖然美國法院當時對於併購及市場結構嚴格限制，克萊登法修改也彌補了原法律未規範資產收購之不足，大量抑制了水平及垂直結合，然而當代正值美國經濟成長的黃金時期，企業因此運用多餘資金轉向跨部門、跨行業之經營。

多角化結合又可分為三種類型<sup>72</sup>：

<sup>66</sup> Gellhorn et al., supra note 7, at 411-412.

<sup>67</sup> 公平交易委員會(1994),《歐美管制結合之研究暨我國對結合規範之檢討》,王連常福計畫主持,頁8,台北:行政院公平交易委員會。

<sup>68</sup> Gellhorn et al., supra note 7, at 412-413.

<sup>69</sup> 公平交易委員會,前揭註67,頁12。

<sup>70</sup> 公平交易委員會,前揭註67。

<sup>71</sup> 吳成物,前揭註6,頁66。

<sup>72</sup> Gellhorn et al., supra note 7, at 409.



1. 單純多角化結合：合併之各方無明顯經濟上關係。
2. 地理擴張之結合：即市場延伸結合（market extension merger），二事業雖販售相同產品，但處於不同之地理市場，則因不具直接競爭關係而不屬於水平結合，應歸類於多角化結合<sup>73</sup>。
3. 產品擴展之結合：生產某產品之公司雖與生產其他不同產品之公司結合，然二產品間製造、加工或行銷技術相類似。

多角化結合之主要目的在於分散風險、降低進入新產業領域經營之風險，多元化經營亦有助於公司業績平穩，降低需求波動對績效之衝擊。由於多角化結合之事業間並非處於同一產銷階段，亦不具上、下游垂直連結關係，而係涉及多個不同市場上之多個事業，其結合並未影響任何特定市場上之市場結構、市占率與集中度，再者，多角化結合使每種產品之平均預期利潤增加，廠商有動機增產而增進消費者剩餘<sup>74</sup>，因此通常多角化結合對競爭不生直接影響，然仍有產生負面影響之可能性：

- 一、 結合廠商毋庸憑一己之力進入被結合廠商所在之市場，未來之市場競爭可能因而降低；
- 二、 大企業可能因此轉變成為具有決定性競爭優勢之主導企業<sup>75</sup>；
- 三、 當各廠商均為多樣化生產之情形下，為免其他市場遭受報復，各廠商間通常相互自制而不願採取激烈競爭手段<sup>76</sup>。


歷經工業革命、企業併購浪潮，以及反托拉斯立法和一系列修法，使美國由原本中小企業為主，演變為充滿巨型企業之國度，除了經濟時代背景、資本市場之運作以外，政府與法院之態度亦為重要影響因素，一方面管制寬鬆提供結合助力，另一方面管制亦影響企業結合方式之選擇，政府干預影響並引導著企業行為，

<sup>73</sup> 1968 Guidelines, Section 17.

<sup>74</sup> 公平交易委員會，前揭註 67，頁 18。

<sup>75</sup> Gellhorn et al., supra note 7, at 415.

<sup>76</sup> 公平交易委員會，前揭註 67，頁 18。



不可不慎。美國結合準則於 1992 年發布水平結合準則，而非水平結合之審查至今仍依 1982 年結合準則，因而將上述分類中之垂直與多角化結合二者劃歸於「非水平結合」一類，另加上水平結合，共分為二類型。此種分類方法係基於結合政策目的，水平結合對市場競爭影響居於三者之最，其審查與考量因而最困難與複雜。現實生活中極少有完全符合產品相同、地理相同之水平結合，產品之間多多少少存有差異、消費者對左右兩側店家會有不同偏好、事業對相異之產品可能具有能力迅速調整生產，因此，識別水平或非水平結合實際上並不容易。最理想之方法係按結合各方之間原本存在之競爭程度，依比例計算出該結合對競爭影響程度，然此競爭程度無法藉由精確計算而具體化<sup>77</sup>，執法機關與法院亦僅能藉由綜合所有可得資訊而針對個案充分說理，作出令人信服之分析方法。水平結合因其對市場競爭影響居於三者之最，而成為研究重點，故本文亦將研究置於水平結合。

---

<sup>77</sup> Hovenkamp, *supra* note 18, at 48-51.



### 第三章 結合管制之演進

不論美國或我國之反托拉斯立法，都只是提出一個框架，均有容納新觀念之空間，理論和分析方法往往隨著政治經濟條件之不同，再加上對經濟學問之新認識而具有不穩定性<sup>78</sup>。即便如前所述，結合管制目的在於消除結合所帶來之弊害而維護具有競爭性之市場結構，然對於何謂「競爭」、何種市場始為「競爭性市場」、市場行為是否有利於市場競爭等問題，則有不同之解釋，因而對於如何達成管制目的亦有不同看法。隨著時代背景不同，社會所普遍接受之解釋觀點亦不盡相同，在市場自由與政府監控、效率與公平之間擺盪，結合管制學派因此而生，進而影響管制當局及法院審判之管制方法與執法寬嚴。

本章首先介紹不同時代背景下學派之演變及觀點，後則介紹美國水平結合管制之演進，以了解當今反托拉斯管制之經濟思維是如何匯流而成，以及美國如何落實學說觀點於結合審查實務。

#### 第一節 學說演變

由於反托拉斯法之法律用語具有不確定性，再加上隨著社會經濟現實改變，吾人對於反托拉斯制度之理解亦隨之改變。有認為反托拉斯之經濟政策角色隨時間推移有大幅度變化，係三股力量抗衡運作之結果<sup>79</sup>：第一，經濟發展與國家政策。隨著經濟發展可能產生新型態之商業組織或行為，以及經濟上對這些行為之新認識，例如工業革命、資訊革命<sup>80</sup>。而國家面對新經濟環境也會對政企關係產生合作或計劃性構想，例如美國於第一次大戰至經濟大蕭條期間，經濟政策便是讓產業在國家所支持之卡特爾下，統一協調生產和定價；第二，企業遊說。企業會遊說政府採行保護措施，而得以借助政府之手對競爭對手打壓，此將促使新理論出現，

<sup>78</sup> Gellhorn et al., *supra* note 7, at 49.

<sup>79</sup> Gellhorn et al., *supra* note 7, at 50-53.

<sup>80</sup> Baker, *supra* note 12, at 68.

以取得反托拉斯法與其他相矛盾政策間之平衡；第三，執法能力與資源。反托拉斯制度是否有能力辨別商業行為之目的與效果究係促進或阻礙競爭。

美國反托拉斯政策早期同受經濟理論以及其他政治社會觀點之影響<sup>81</sup>，然演變至今受經濟觀點影響最深。經濟理論對於反托拉斯法之影響，大致上歷經了哈佛學派、芝加哥學派以及後芝加哥學派，立場於相信政府干預之作用或市場自我調節之能力二者間來回擺盪，至今仍在演變中。以下便分別介紹各學派見解，以瞭解處於不同時代背景所生之觀點，或可供我國借鑒。

## 第一項 哈佛學派

### 一、時代背景與興起

美國早期之反托拉法發展重心在平民主義（populism），執行過程中雖因社會或戰時需要而歷經反托拉斯法「被忽略的年代」<sup>82</sup>，然反托拉斯管制之時所關注之重點均在於：對大企業與少數競爭者之不信任<sup>83</sup>，並強調小企業與消費者之公平機會與公平交易<sup>84</sup>。哈佛學派承襲此種思維，在沃倫法庭（Warren Court）期間<sup>85</sup>最高法院皆有法官致力於推動上述平民主義價值<sup>86</sup>，惟哈佛學派比早期平民主義更能接受現代大型企業組織<sup>87</sup>。

30年代是美國大蕭條期間，凱因斯學派崛起，找到一條有別於自由放任與集權主義之中間道路，提倡大政府與福利國家，為瀰漫絕望情緒之年代帶來一束光

<sup>81</sup> 芝加哥學派認為早期反托拉斯政策與經濟理論相違，因而否認反托拉斯政策受到經濟理論之影響，然實際上僅係學派間觀點不同。See Hovenkamp, *supra* note 23, at 218-223; Herbert J. Hovenkamp, *Post-Chicago Antitrust: a Review and Critique*, 2001 *Colum. Bus. L. Rev.* 257, 259-266 (2001).

<sup>82</sup> Gellhorn et al., *supra* note 7, at 50-51.

<sup>83</sup> 白豔，前揭註 4，頁 4-5

<sup>84</sup> 休曼法立法之初普遍認為，縱使價格因成本減少而降低，托拉斯等組織促使企業力量增強仍然是違反公共利益的，因為它已獲得得以抬高價格之力量，並且可能驅逐那些已經耗費生命於該市場經營之小企業與零售商。See Baker, *supra* note 12.

<sup>85</sup> 沃倫法庭之名稱係指 1953-1969 年 Earl Warren 擔任美國最高法院首席大法官之時。於該期間 (Warren Era)，最高法院為種族問題、民主與自由做出一系列之重要判決。

<sup>86</sup> Gellhorn et al., *supra* note 7, at 445.

<sup>87</sup> Baker, *supra* note 12, at 64.

明<sup>88</sup>，而哈佛學派便是興起於這種對市場失靈批評到達巔峰、普遍相信政府管制之年代，而同時期之經濟學，在不完全競爭方面之理論成果豐碩，體認到除了完全競爭與壟斷以外之市場結構，並認為不完全競爭市場上之企業不會互相競爭，為哈佛學派奠定了理論基礎<sup>89</sup>。1951年 Joe S. Bain 發表「利潤率對產業集中的關係：美國製造業，1936-1940」一文，採取經驗性實證研究方法，發現前八大廠商占 70% 市場占有率之產業，平均利潤率比較高，得出了產業集中度與利潤之間呈現高度正相關之結論後，越來越多學者之經驗性研究得到類似結論<sup>90</sup>。

## 二、理論核心

哈佛學派提出「市場結構—市場行為—市場績效」(structure-conduct-performance model，下稱 SCP) 之產業分析架構。哈佛學派認為結構到績效是嚴格的一元單向關係，市場結構（市場上賣者數量、產品差異程度、成本結構，以及供應者縱向一體化程度等等）決定企業之市場行為（包括價格、研發、投資、廣告等等），而其行為之結果則反映至市場績效（效率、價格與邊際成本比率、產品多樣性、創新率、利潤，以及分配）<sup>91</sup>，因此一切反托拉斯問題源於市場結構，政府應該平等保護小企業以維護市場結構之競爭性。哈佛學派將企業視為「黑箱」，只是將投入化為產出之生產系統或機械，實際上並未將企業視為「組織」<sup>92</sup>，其以市場結構作

<sup>88</sup> Mark Skousen (著)，楊培雷 (譯)，前揭註 15，頁 48-49。平民主義對於反托拉斯之基礎實亦建立在此種中間道路上，亦即懷疑資本主義之財富、權力，同時又不贊同社會主義否認市場與小企業之態度。See Posner, *supra* note 9, 23-24.

<sup>89</sup> 1933 年獨占性競爭理論誕生，解釋了市場中各種競爭程度之存在，「完全競爭」與「完全壟斷」分屬二極端，而絕大多數的市場條件則是介於其間的「不完全競爭」，存在各種不同程度之壟斷力量，然而其採行靜態之分析方法，完全競爭仍被視為最理想之市場結構。參胡甲慶，前揭註 56，頁 10-11。Edward Chamberlin 提出之獨占性競爭理論 (The theory of Monopolistic Competition) 認為寡占市場上之少數廠商運用其「看得見的手」生產相互差異之產品而避免價格競爭、獲取大於競爭市場下之利潤，產品差異以及廣告只是一種表象，並非實質進步，而且會扭曲價格機制，並使自然競爭過程不再，故反對之。See Rudolph J.R. Peritz, *Dynamic Efficiency and US Antitrust Policy*, in: *Post-Chicago Developments in Antitrust Law* 111-113 (Antonio Cucinotta & Roberto Pardolesi & Roger Van den Bergh eds., Northampton, MA: Edward Elgar, 2002).

<sup>90</sup> 莊春發 (1998)，〈競爭概念的發展、演變與反托拉斯政策〉，《公平交易季刊》，6 卷 1 期，頁 52-55。

<sup>91</sup> Jean Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge, Mass.: MIT Press, 1 (1988).

<sup>92</sup> Oliver E. Williamson, *The Merger Guidelines of the U.S. Department of Justice—In Perspective*, p. 8, available at: <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11257.htm>.



為理論核心，故又稱為結構學派。

哈佛學派分析之切入點是靜態的完全競爭模型<sup>93</sup>，認為價格趨近於邊際成本、擁有眾多廠商的完全競爭市場始為最佳之市場結構，將市場內廠商數目與市場績效連結，因此依 SCP 分析方法，市場上之廠商數量越多則市場績效越佳，反之，其他非完全競爭之市場結構不可能具有競爭性：在壟斷市場上，獨占廠商將限制產量、抬高價格，使資源配置低於最優水準；在寡占市場上，少數企業之間可能明示共謀抬高價格，或者透過默示共謀，與競爭者相互依賴或跟隨領導廠商定價，終將不可避免地產生高於競爭市場之價格<sup>94</sup>。總而言之，依照哈佛學派所強調之競爭概念，相信完全競爭市場結構之靜態均衡是可以達成的，然現實生活中多數市場卻偏離完全競爭之均衡狀態，因此推得市場自由放任主義無法保證此種競爭條件，政府便需要介入管制，以促使理想中之完全競爭市場結構實現<sup>95</sup>。

### 三、對於非完全競爭市場結構之觀察

在高集中度或寡占之產業結構中，哈佛學派認為少數廠商之間不可避免地藉由共謀提高產業平均利潤率，然而，對於非完全競爭市場結構下的廠商之所以能保有超額利潤之原因，認為除了廠商間內部勾結，尚須利用進入障礙以阻止外部新廠商進入。Bain 認為，市場進入條件與市場結構同樣影響著企業行為與績效，只是後者係影響廠商之間的互賴關係，而前者係影響已存在廠商與潛在廠商之間的競爭關係<sup>96</sup>，當進入障礙較高時，產業平均利潤率會保持在較高的程度上。而市場進入障礙係指：現存廠商可持續以高於競爭價格銷售，而不會吸引新廠商進入該產業的一切有利於現存廠商之條件<sup>97</sup>。市場進入條件之決定因素包括：規模經

<sup>93</sup> 莊春發，前揭註 90，頁 34。

<sup>94</sup> Gellhorn et al., supra note 7, at 314.

<sup>95</sup> Mark Skousen (著)，楊培雷 (譯)，前揭註 15，頁 161。

<sup>96</sup> Joe S. Bain, *Market Structure: Barriers to New Competition in Individual Industries*, in: Joe S. Bain, & P. David Qualls, *Industrial Organization: A Treatise*, 217 (London, England: JAI Press, 1987).

<sup>97</sup> Joe S. Bain, *The Importance of the Condition of Entry*, in Bain, *Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries*, 3 (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1956).

濟、產品差異優勢、絕對成本優勢、資金需求等四種類型<sup>98</sup>，且領導廠商很容易操縱該等進入障礙<sup>99</sup>。



#### 四、理論影響

將 SCP 分析落實於反托拉斯政策上，為了獲得良好之市場績效，政府必須以反托拉斯法管制市場結構或企業市場行為，然而由於企業行為難以掌握且資料取得不易，哈佛學派之實證僅以「結構—績效」為研究對象，終無法建立行為與結構、績效間之聯繫，惟哈佛學派相信行為並非反托拉斯政策之核心而得以忽略<sup>100</sup>。因此，面對非完全競爭市場，執法機關必須嚴格執行反托拉斯政策以矯正現實市場上之集中度，藉由重組大企業與托拉斯組織以維持廠商數量，故反托拉斯法應採取企業解體、禁止或嚴格限制企業結合等針對市場結構之管制政策，以形成和維護有效競爭之市場結構。此種管控方式符合當代反對大企業經濟力量集中之社會期待，因而被普遍接受。

## 第二項 芝加哥學派

### 一、時代背景與興起

芝加哥學派之思想特徵可追溯至 20 世紀 50 年代，後於 70、80 年代達到頂峰<sup>101</sup>。此學派於主張大有為政府之凱因斯主義、福利國家思想盛行之年代興起，捍衛古典自由主義<sup>102</sup>，後於發生停滯性通貨膨脹、財政與貿易赤字而對凱因斯主義質疑之年代盛行，再加上國際化發展以及西歐與日本之經濟崛起，美國當時面臨著全球大型跨國企業集團發展之競爭壓力，產生如何保護美國國內企業在國際上

<sup>98</sup> 關於各種進入障礙之詳細討論，參陳人傑（2000），《市場進入障礙於事業結合管制之探討》，頁 19-22，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文；莊春發，前揭註 90，頁 42-45。

<sup>99</sup> Hovenkamp, *supra* note 23, 218-219.

<sup>100</sup> 莊春發，前揭註 90，頁 49。

<sup>101</sup> Richard A. Posner, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, 127 U. Pa. L. Rev. 925, 925 & 931 (1979).

<sup>102</sup> Mark Skousen (著)，楊培雷 (譯)，前揭註 15，頁 47-60。



取得競爭優勢之問題。芝加哥積極利用媒體、進入政府相關單位倡導並推動其理念<sup>103</sup>，80年代開始，在經濟目的重於非經濟目的之時代背景下，美國執法機關對於水平結合審查不再嚴格，採用之管制門檻標準比早先最高法院所支持者更高，所運用之市場界定技術一般也界定出較大之市場範圍<sup>104</sup>。美國最高法院同受影響，逐漸去除了大部分沃倫法庭之干預先例，政府對於大企業與企業兼併之敵對態度趨於和緩，逐漸傾向接受芝加哥學派所提出之寬鬆管制政策。

## 二、理論核心

相較於哈佛學派主張政府應立於管制者及審判者之角色，並關注在糾正市場失靈之議題上，芝加哥學派則以自由主義思想為基礎，為市場之運作無礙辯護，認為政府對市場干預才是真正之壟斷力量。芝加哥學派是亞當斯密（Adam Smith）自由放任經濟學（*laissez faire economics*）及「看不見的手」原理之追隨者<sup>105</sup>，相信市場之自由競爭機制會自動、靈活地平衡各方利益，批評沃倫法庭過度干涉市場而懲罰了有效率之行為<sup>106</sup>。對於競爭概念，係以長期、動態過程之角度切入<sup>107</sup>，指出完全競爭模型太過於靜態，「完全競爭」意味著廣告、產品或服務的差異性等一切競爭活動之缺乏<sup>108</sup>，既無法展現競爭活動本質，更忽略了競爭過程之重要性。芝加哥學派為反托拉斯法引入了更嚴謹之經濟理論，例如價格理論、假設廠商為理性之利潤最大化者<sup>109</sup>等等，並提出經濟效率才是反托拉斯法唯一之目的，市場競爭只是手段，只要壟斷可以增進效率，就應當容忍甚至鼓勵之<sup>110</sup>。

## 三、對於非完全競爭市場結構之觀察

<sup>103</sup> Mark Skousen (著)，楊培雷 (譯)，前揭註 15，頁 217、222-223。

<sup>104</sup> Gellhorn et al., *supra* note 7, at 422.

<sup>105</sup> Mark Skousen (著)，楊培雷 (譯)，前揭註 15，頁 2-4。

<sup>106</sup> Hovenkamp, *supra* note 23, 229.

<sup>107</sup> 莊春發，前揭註 90，頁 34-36。

<sup>108</sup> Friedrich A. Hayek, *The Meaning of Competition*, in: Hayek, *Individualism and Economic Order*, 96 (Chicago, IL: University of Chicago Press, 1948).

<sup>109</sup> Posner, *supra* note 101, at 928 & 931.

<sup>110</sup> Posner, *supra* note 9, at 28.



在市場自由競爭下，卻仍出現少數廠商寡占之現象，芝加哥學派之觀點與哈佛學派有諸多不同，其對於非完全競爭市場之解釋大致可整理如下：

#### (一) 高市場占有率僅代表該企業之經營成功

芝加哥學派認為，產業集中度與利潤率具有強烈正相關性之合理解釋是：擁有較多市場占有率之企業是因為其乃有效率而成功之企業<sup>111</sup>。雖然哈佛學派指出產業集中度與利潤率二者之回歸分析呈現高度正相關，然其意義僅止於描述集中度與利潤之間具有關聯性，仍無法證明其間之因果關係。芝加哥學派學者之研究則證明，並非寡占市場上之所有廠商均同等享有超額利潤，因而解釋，獲得較高回報之廠商是由於其優良績效，而非源於與市場上其他廠商之協同行為

(coordination)<sup>112</sup>，此亦反駁了哈佛學派認定的市場結構決定市場績效之見解。

#### (二) 現存之市場結構就是最有效率之市場結構

以長期角度觀察，市場條件一直變化，完全競爭模型之理想均衡狀態永遠不可能達到，然而競爭過程會使資源配置不斷地朝向該均衡邁進，因此，任何市場結構現狀都是效率競爭後之結果<sup>113</sup>，即使出現高度集中市場亦為競爭之過程，企業規模擴大並不等於壟斷力量提升或產業中存在壟斷勢力，相反的，少數廠商居於統治地位之市場，比多數競爭者之市場還具有效率，因集中市場所生之規模經濟效益和技術優勢均使消費者受益而非受剝削<sup>114</sup>。政府管制始為真正之壟斷力量，因為政府政策不是過時便是具有侷限性，往往影響市場自我調節，更何況管制大廠商，亦無助於小廠商競爭力之提升。總之，大企業之產生係源於企業高效率運作而在競爭過程中取勝，產業可能因為持續出現高利潤率而形成高集中度之市場結構，因此高集中度之市場結構乃通往理想均衡之競爭過程，亦為經過市場

<sup>111</sup> Gellhorn et al., supra note 7, at 92-93.

<sup>112</sup> Gellhorn et al., supra note 7, at 315.

<sup>113</sup> 莊春發，前揭註 90，頁 35-36。

<sup>114</sup> Mark Skousen (著)，楊培雷 (譯)，前揭註 15，頁 173。



競爭後最佳之結果。

### (三) 寡占市場上之競爭者於建立和執行協議均有其困難

哈佛學派認為，寡占廠商間之互賴將促使廠商避免競爭而共謀提高價格。然芝加哥學派認為，達成共謀協議並非如此容易，市場上寡占成員們不僅必須對於協議中之條款內容達成共識，尚須有能力察覺和懲罰成員所為之欺騙行為

(cheating)<sup>115</sup>。詳言之，卡特爾協調合作 (cartel coordination) 要能成功，至少面臨兩大障礙：第一，成員必須就共同行動之事項達成一致，包括生產什麼、集體產量多少、起始價格以及成本或市場狀況變化後之價格、各成員之產量配額等等，每個問題往往派生許多問題；第二，背叛集體利益可能更有利於個別企業，在背叛利益之誘惑下，卡特爾具有高度不穩定性，因為當其他成員均堅守協議，而欺瞞行為不易監督或不易察覺時，遵守協議便是愚昧的，理性之卡特爾成員容易選擇欺騙，也因此，為了維護卡特爾之穩定性，必須設計一套辨識並懲罰欺騙行為之方法<sup>116</sup>。由於卡特爾本質上具有內在離心力，明示之共謀協議很可能破局，默示協議也就更容易失敗，因此，芝加哥學派雖承認，少數廠商之市場結構容易出現「企圖」達成共謀勾結之行為，然由於共謀本質上就具有不穩定性而終究難以成功，其所造成之不當影響，相較於耗費成本對其進行反托拉斯訴訟相比，極輕微，因此除非是極為高度集中之市場，毋庸對其施加法律拘束力<sup>117</sup>。

### (四) 潛在競爭者足以節制壟斷力量

產業集中之過程，就是高效率廠商（包括市場上現存廠商與潛在競爭者）將低效率廠商逐出市場之過程，剩下之高效率少數廠商或單一廠商即使具有市場力量，也會顧慮到邊緣廠商 (fringe sellers) 與潛在競爭者可能進入市場而維持低價

<sup>115</sup> Baker, supra note 12, at 65.

<sup>116</sup> Gellhorn et al., supra note 7, at 193-197.

<sup>117</sup> Posner, supra note 101, at 932-933.

格<sup>118</sup>。在沒有任何形式之政府干預下，潛在競爭者所施加之進入或進入威脅便足以節制市場力量，具有超額利潤之定價總會被新進入者瓜分殆盡<sup>119</sup>，市場力量只是暫時存在，大廠商終難以維持其市場地位，隨著時間推移，市場總是趨向於競爭。呼應其對於競爭概念之長期觀點，芝加哥學派反對廣泛地解釋進入障礙<sup>120</sup>。進入障礙，依 George J. Stigler 定義，係新進入者所需付出，而已存在產業內之廠商毋庸負擔之生產成本<sup>121</sup>，只要潛在競爭者能與現存廠商一樣有效率地運作，便能取得與現存廠商相同之長期成本，故實際上不存在進入障礙。依芝加哥學派之定義，單純經濟力量所形成之進入障礙很少見或影響不大，不會形成損害競爭之重要因素<sup>122</sup>，不論是規模經濟、產品差異優勢、絕對成本優勢、資金需求，依照長期競爭過程之觀點視之，均非市場進入障礙<sup>123</sup>。既然市場上不存在進入障礙，對於市場持續集中之原因，芝加哥學派認為是因為市場特性本質上因為規模經濟等因素而容不下過多廠商，或者現存廠商擁有優於競爭者或新進廠商之降低成本、改良產品等能力<sup>124</sup>。因此，廠商之高利潤會吸引進入者進入市場而降低集中度，若沒有新廠商進入，代表市場特性僅適合存在少數廠商，或者現存廠商本身運作就比潛在競爭者有效率，故不論廠商保有高利潤係源於何種情形，政府均不適於介入改變市場結構。與國家壟斷及政府管制相比，私人壟斷乃惡之最小<sup>125</sup>，因此，反托拉斯措施大部分都是不必要的，只有政府干預才是真正之進入障礙。

#### 四、理論影響

芝加哥學派信奉「看不見的手」，因此如前所述，芝加哥學派雖未否認集中度

<sup>118</sup> Baker, supra note 12, at 65.

<sup>119</sup> Hebert J. Hovenkamp, The Reckoning of Post-Chicago Antitrust, in: *Post-Chicago Developments in Antitrust Law 3* (Antonio Cucinotta, Roberto Pardolesi & Roger Van den Bergh eds., Northampton, MA: Edward Elgar, 2002).

<sup>120</sup> Posner, supra note 101, at 932 & 945.

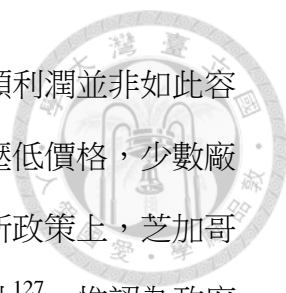
<sup>121</sup> George J. Stigler (著)，潘鎮民 (譯) (1991)，《產業組織和政府管制》，頁 73，台北：五南圖書出版。

<sup>122</sup> 胡甲慶，前揭註 56，頁 16。

<sup>123</sup> 莊春發，前揭註 90，頁 46-49。

<sup>124</sup> Posner, supra note 101, at 945.

<sup>125</sup> Mark Skousen (著)，楊培雷 (譯)，前揭註 15，頁 171-172。



之提高有助於廠商勾結共謀，然認為高集中度之廠商欲收取超額利潤並非如此容易，除了因共謀困難，亦因超額利潤將招致新進入者進入市場壓低價格，少數廠商終因市場自由競爭難以長期保有超額利潤。然而，在反托拉斯政策上，芝加哥學派仍贊同政府干預<sup>126</sup>，將反托拉斯法視為自由放任政策之例外<sup>127</sup>，惟認為政府介入管制是最低限度之需求並限於審慎之干預<sup>128</sup>，既然市場上既有廠商勾結不易成功，潛在競爭者又不受進入障礙阻止，則政策上不支持政府介入分割大企業，亦不認為應嚴格限制市場結構，而傾向於相信市場調節機制得以解決。

芝加哥學派一反於過去以「企業是否具有反競爭行為之市場力量」作為核心問題，而改以「企業是否有為該行為之動機」作為命題，為反托拉斯法帶入了企業行為可能係為了達效率目的之考量<sup>129</sup>。因芝加哥學派認為企業一般無法藉由單方行為而獲得或增進壟斷力量<sup>130</sup>，故反對對於下述行為管制：

- (1)搭售、價格歧視（並將此分析延伸至反對管制垂直結合）、
- (2)維持轉售價格與排他行為、
- (3)掠奪性定價等等單方行為（unilateral action）；

然仍認為政府有介入管制之必要，其所支持者，乃管制本質上之壟斷：

- (1)卡特爾或固定價格、

<sup>126</sup> 芝加哥學派並未完全否定政府管制，相反的，誠如 Posner 於 *Antitrust Law* 第二版序言所述，反托拉斯法現已獲得普遍接受，因此實際的問題在於如何實施得更好、更合理、準確、迅速而有效率，而非如同悲觀主義者所倡導的應廢除反托拉斯法。See Posner, *supra* note 9, at ix-x.

<sup>127</sup> 芝加哥學派認為政府反托拉斯管制目的在於：加速促使企業短期行為接近於長期正確之行為決策。See Hovenkamp, *supra* note 23, at 218-219. 芝加哥學派係介於「完全相信政府這隻『看得見的手』」以及「完全信奉自由市場」二極端間之「極大程度資本主義信奉者」。參 Mark Skousen（著），楊培雷（譯），前揭註 15，頁 213-214。

<sup>128</sup> Daniel A. Crane, “Chicago, Post-Chicago, and Neo-Chicago,” 76 *University of Chicago Law Review*; *Cardozo Legal Studies Research Paper No. 259*, p. 8 (2009), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1375026>.

<sup>129</sup> David S. Evans & A. Jorge Padilla, *Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach*, 72 *U. Chi. L. Rev.* 73, 76 (2005).

<sup>130</sup> 後來 Posner 於 *Antitrust in the New Economy* (2000) 一文指出，如果認為芝加哥學派係拒絕（deny）單方效果存在之可能性，便是誤解了芝加哥學派，芝加哥學派僅係懷疑（skeptical）單方行為，認為強硬之反托拉斯執法會抑制看似反競爭但實質上有效率或中立之行為，而懷疑單方行為並非否認其可能存在。（available at: <http://www.techlawjournal.com/atr/20000914posner.asp>）



(2)直接創造壟斷或有利於卡特爾化之水平結合<sup>131</sup>。

上述本質上壟斷之行為將促進勾結、限制產出而導致福利損失<sup>132</sup>，然而除此之外，不論企業採取內部或外部成長，均為競爭之過程，企業之生存與擴大乃自我調節、效率提升之展現，再加上潛在競爭之壓力足以節制廠商並回復市場競爭<sup>133</sup>，因此主張寬鬆之反托拉斯執法，影響當代主管機關執法，結合案因而少受到挑戰。

### 第三項 後芝加哥學派

#### 一、時代背景與興起

雖然芝加哥學派條理清晰一貫、對市場具有信心又樂觀，並易於操作，然而於科技進步、技術創新迅速與資訊革命之時代背景下，傳統結構分析失去解釋能力，芝加哥學派之理論遭受過於簡化之質疑，有認為經驗性研究方法產生侷限，並對其未訴諸特定正式之寡頭市場模型不滿，再加上非合作博弈理論等新研究方法出現，帶來了統一之方法論，成為策略衝突之工具<sup>134</sup>。亦有批評芝加哥學派以效率作為反托拉斯法唯一目的之見解，並認為芝加哥學派過於信任市場、忽略企業策略行為對市場之影響<sup>135</sup>。總之，產業組織研究於 20 世紀 70 年代開始，集中於博弈論相關領域以及策略行為，80 年代開始出現「後芝加哥學派」(post-Chicago School) 一詞<sup>136</sup>。後芝加哥學派以競爭性市場理論 (Theory of Contestable Markets) 為基礎，博弈理論為工具，對動態競爭、長期福利之探索，強調事實分析，並從市場競爭之博弈過程切入競爭活動研究，更加弱化市場結構之重要性<sup>137</sup>。

<sup>131</sup> Posner, *supra* note 101, at 926-928 & 933.

<sup>132</sup> Mark Skousen (著)，楊培雷 (譯)，前揭註 15，頁 175。

<sup>133</sup> 莊春發，前揭註 90，頁 77-78。

<sup>134</sup> Tirole, *supra* note 91, at 2-3.

<sup>135</sup> See Hovenkamp, *supra* note 23, at 244-247 & 261.

<sup>136</sup> Crane, *supra* note 128, at 3.

<sup>137</sup> 李曉蓉 (2010)，《市場界定與反托拉斯政策研究》，頁 132-133、138、149，南京：南京大學出版社。



## 二、理論核心

### (一) 懷疑市場之健全性

後芝加哥學派主要針對市場健全性做出攻擊，指出某些市場結構以及合作行為比芝加哥學派所認知的還要更複雜、更多樣，特別是在網絡、軟體授權等新興市場<sup>138</sup>。後芝加哥學派運用博弈論觀察到一些芝加哥學派原本認為有益或中性之市場行為，實質上是削弱競爭而具有反競爭性<sup>139</sup>。相較於芝加哥學派，後芝加哥學派雖承襲芝加哥學派之自由主義傳統，然其立場偏向於擔心主導廠商之策略性反競爭行為，並對於政府管制所帶來之矯正效果更有信心<sup>140</sup>。

### (二) 策略行為與個案分析

現今資訊流通迅速，事業得以更快速感覺到競爭對手並作出回應，故競爭已成為競爭者間多重策略與反應之複雜互動過程，再加上市場疆界日益模糊，過去穩定之產業不斷有新競爭者加入，競爭因此更複雜與多元<sup>141</sup>。雖然依囚徒困境（Prisoners' Dilemma），市場上即使僅有兩家廠商，仍可能基於自身利益而激烈競爭，然其前提係於一次性賽局之情況下<sup>142</sup>，而真實世界中，多數情形乃重複性賽局，因此更多博弈論之運用將寡占市場競爭視為一種企業依據前次遭遇而調整自身行為之重複賽局，利用數學方法找出相互依賴之寡占企業所面對可選擇之行為，並預測競爭性互動如何隨著時間展開，是研究企業相互策略性反應之理論，克服了傳統寡占模型靜態且單一時期之限制<sup>143</sup>。例如：超低售價可能並非為了掠奪性定價驅逐競爭者，而是為了懲罰共謀協議之違反者，或者利用市場重複賽局之特性，即今日策略依賴過去歷史判斷，因此降價係為了釋放訊息、建立自己是

<sup>138</sup> Hovenkamp, supra note 119, at 4-5.

<sup>139</sup> Gellhorn et al., supra note 7, at 97-99.

<sup>140</sup> Hovenkamp, supra note 119.

<sup>141</sup> George S. Day & David J. Reibstein (編)，李璞良(譯)(2005)，《華頓商學院—動態競爭策略》，頁 2-3，台北：商周出版。

<sup>142</sup> Kwoka & White, supra note 64, at 204-205.

<sup>143</sup> Gellhorn et al., supra note 7, at 96.

強悍型企業之聲譽，讓市場上其他競爭者不敢隨意削價競爭，甚至嚇阻新進入者<sup>144</sup>。亦即，納入時間因素與競爭者間互動式多重賽局之考量下，問題不再只是企業行為可不可能成功獲利，尚有攻擊競爭者或阻止未來競爭者等目的，而且企業間所形成之長期默契互動（*tacit interactions*）亦可能產生合作之結果<sup>145</sup>。

博弈論雖具有避免單一分析模式之優點，然此亦構成其理論之侷限：無法得出一般化之結論，任何最佳策略行為亦無法適用於各種情勢。因博弈論通常由特定具體之假設所界定，任何細小之變化往往推導出不同之結論，它提供了無限多個均衡可能，而無法推演出一個唯一均衡，個案爭論之重點因而轉移至行為環境認定以及模型前提條件設定上<sup>146</sup>。因此，相較於芝加哥學派市場健全之簡單假設，後芝加哥學派經濟學理論增加了複雜性，許多策略行為雖被列入反競爭行為，然大部分係發生在嚴格假設之前提條件下<sup>147</sup>，甚至理論之前提假設在實際操作上有其困難，因所需資料通常無法取得<sup>148</sup>。

### 三、對市場行為之觀察

後芝加哥學派對於市場行為分析納入沉沒成本、資訊不對稱，及策略行為等探討：

#### (一) 競爭性市場理論與沉沒成本（*sunk cost*）

1982年，競爭性市場理論強調自由進出市場對競爭造成之影響，指出競爭性市場之評估不能只關注在市場上廠商數量，只要進入與退出市場無沉沒成本，且可迅速進入，則市場上廠商將難以獲取超額利潤<sup>149</sup>。由於當今資本市場健全，再加上規模經濟，投資較多可能較有利，因此對進入者而言，產生進入障礙之重點

<sup>144</sup> George S. Day & David J. Reibstein（編），李璞良（譯），前揭註 141，頁 152-154。

<sup>145</sup> Kwoka & White, *supra* note 64, at 206.


<sup>146</sup> 董艷華、榮朝核（2003），〈產業組織理論的主要流派與近期進展〉，《北方交通大學學報（社會科學版）》，2卷4期，頁14。

<sup>147</sup> Hovenkamp, *supra* note 119, at 6-7.

<sup>148</sup> Evans & Padilla, *supra* note 129, at 80.

<sup>149</sup> 公平交易委員會（2002），《經濟理論的競爭觀在執行反托拉斯管制上的定位與應用》，莊春發計畫主持，頁36-38，台北：公平交易委員會。





並非進入時投資多少，而在於一旦倒閉，進入者會損失多少，此時不可逆之成本或沉沒成本便成為重要考量因素<sup>150</sup>，因此該理論提出，競爭之有無並非繫於市場上存在之廠商數量，政府之競爭政策與其重視市場結構，不如重視是否存在充分之潛在競爭壓力，只要市場進入完全自由，毋庸進出市場成本（不存在沉沒成本），則潛在競爭壓力將使任何市場結構下之企業採取競爭行為，換言之，確保潛在競爭壓力存在之關鍵，是盡可能降低沉沒成本，並排除一切人為之進入障礙<sup>151</sup>，市場結構在競爭意義上之重要性因而降低，亦動搖了任何偏離完全競爭模型之市場都是反競爭之假設<sup>152</sup>。雖然真實世界中並無沉沒成本為零之情形，然而可競爭市場理論使反托拉斯管制注意到沉沒成本對於潛在進入者之影響。

## （二）納入資訊不對稱之考量挑戰決策理性

傳統芝加哥學派假設消費者是理性的，且市場上之資訊可以完全從價格反映出來，然而，後芝加哥學派則強調市場上普遍存在著資訊不對稱，並認為當獲取資訊之成本過高時，獲得完全資訊既非可能亦非必要。例如：在耐用品市場上，消費者一旦購買產品後，生產者便可以在後續零件或產品服務之部分提高價格，因此資訊不對稱也是市場力量之重要來源，需要反托拉斯法介入<sup>153</sup>。

## （三）提高競爭者成本（raising rivals' cost）作為排除競爭之策略運用

於 1970 年代以前之反托拉斯政策係關心競爭者之數量：哈佛學派認為企業行為之反競爭策略目的在於消滅競爭者，而芝加哥學派則認為競爭者之頑強與市場之健全將使企業策略行為難以成功<sup>154</sup>。70 年代以後，後芝加哥學派指出，運用提高競爭者成本此一策略，毋庸傷害競爭者即可作為排除（foreclosure）競爭者之替代方案，因藉由提高競爭者產銷成本，使競爭者利潤最大之售價提高、無法達到

<sup>150</sup> Hovenkamp, *supra* note 18, at 58.

<sup>151</sup> 董艷華、榮朝核，前揭註 146，頁 13。

<sup>152</sup> Gellhorn et al., *supra* note 7, at 102.

<sup>153</sup> 李曉蓉，前揭註 137，頁 133-134。

<sup>154</sup> Hovenkamp, *supra* note 119, at 16.



規模經濟或無法獲得足夠之投入，終使競爭者之競爭能力受限制而製造一個「價格保護傘」，便可以提高自己產品之價格<sup>155</sup>。

#### (四) 提出水平結合之單方效果 (unilateral effect) 理論

對於水平結合導致價格上漲之原因，過去之理論僅注意到市場上廠商數量減少而可能促進共謀發生，並且結合發生後伴隨之價格上漲係由全體廠商所共享，相反的，後芝加哥學派提出另一種解釋可能性：結合廠商可能因為單方面提高價格而對競爭造成傷害，特別是在異質產品市場上<sup>156</sup>。

#### (五) 利用促進措施 (facilitating practice) 達成反競爭目的

有些看似中性或對消費者有利之競爭行為，可能實際上是反競爭之促進措施 (facilitating practices)，亦即廠商間無明確協議而得以增進合作之制度性安排與機制<sup>157</sup>，例如：

1. 最惠消費者條款：此條款要求賣方對某部分買方之折扣同等適用於其他買方，故降低了賣方對某部分買方低價銷售之動機<sup>158</sup>。
2. 簽定長期契約並收取解約費用：藉此得以避免新進業者競爭，亦避免現存廠商競相爭取客戶。
3. 價格變動事先聲明與事後通報：使廠商事先知道價格變動，而得以促使廠商達成價格協議並維持價格。

然而，大多數之促進措施亦可能有利於競爭（例如：有些新產品需透過廠商間之協調合作而得以問世），如何識別二者，對於經濟學與政策而言均為重大挑戰<sup>159</sup>，而且若單純因為默示共謀而被視為有罪，將如同禁止寡占市場中本質上無法避免

<sup>155</sup> Hovenkamp, supra note 119, at 16-18.

<sup>156</sup> Hovenkamp, supra note 119, at 19-20.

<sup>157</sup> Kwoka & White, supra note 64, at 209.

<sup>158</sup> 台灣亦有廠商推出「買貴退兩倍差價」之口號，可能是對市場上釋放訊息表明，若競爭者降價，該廠商將奉陪到底，而得以嚇阻其他競爭者削價競爭並促進廠商間合作，實與最惠條款有異曲同工之妙。

<sup>159</sup> See Kwoka & White, supra note 64, at 206-208.

之行為（例如：以類似之形式回應競爭者價格改變）。因此，縱使促進行為顯現市場競爭之不完美，然而，除非促進行為在個案中扮演關鍵性角色，且得以採取實際行動糾正之，否則難以將促進行為列為反托拉斯管制之行為<sup>160</sup>。



#### 四、理論影響

後芝加哥學派之討論歷經約三十年，對市場行為作出更細膩之觀察與解釋，納入競爭之真實性與多樣性，因此對反托拉斯執法產生若干影響，市場結構之重要性再度降低，不再停留於完全競爭或獨占壟斷之優劣或原因探討，更著重於結合對競爭效果之影響，包括：將單方效果納入市場力量運用之探討、對於市場進入之概念受沉沒成本影響、更重視個案產業特殊性等等。

多數學者均承認後芝加哥學派之貢獻，並贊同其對於芝加哥學派所做出之修正，然亦僅止於此。後芝加哥學派尚難取代芝加哥學派，原因在於：

1. 當後芝加哥學派批評芝加哥學派過於理論而不具有實用性之同時，仍未提出更堅強之經驗證據說明芝加哥學派之理論會產生較差之市場績效<sup>161</sup>；
2. 後芝加哥學派對芝加哥學派之攻擊，不啻為五十步笑一百步，因後芝加哥學派雖提出一套與芝加哥學派同樣嚴謹之模型，然而，後芝加哥學派之貢獻往往僅止於提出另一種解釋可能性，並未推翻芝加哥學派之理論，二者形成僵局，實務基於管制成本考量，再加上普遍之信念仍相信市場失靈比政府失靈更容易復原，故往往傾向於選擇維持現狀，即採取芝加哥學派之不干涉立場<sup>162</sup>；
3. 即使芝加哥學派之地位因攻擊而受動搖，仍不可能回到過去 50 年代已被拋棄之立場，而後芝加哥並未提出相反並足以抗衡之理論，未有具體之反托拉斯政策建議是其目前尚未具有吸引力之原因<sup>163</sup>。

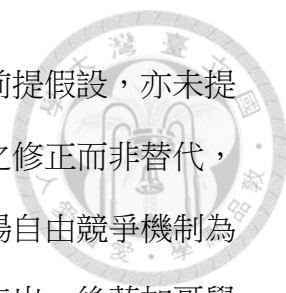
後芝加哥學派藉由提出更多解釋企業行為之反競爭可能性而崛起，然僅能證

<sup>160</sup> Kwoka & White, *supra* note 64, at 209.

<sup>161</sup> Crane, *supra* note 128, at 14-17.

<sup>162</sup> Crane, *supra* note 128, at 18.

<sup>163</sup> Crane, *supra* note 128, at 19-20.



明芝加哥學派可能過於武斷地相信市場，在未推翻芝加哥學派前提假設，亦未提出更有力政策走向建議之情況下，其定位較傾向為芝加哥學派之修正而非替代，畢竟，若對於企業結合無法確定其反效果者，仍傾向以回歸市場自由競爭機制為原則，以免政府失靈對市場造成更嚴重更長久之破壞。有學者指出，後芝加哥學派之出現雖然使芝加哥學派不再是分析反競爭行為之最佳工具，然芝加哥學派卻可能是反托拉斯政策目的下之最佳選擇，因後芝加哥學派之最大危機在於複雜之經濟分析，個案須仰賴法官詳細研究個案企業行為，並判斷是否有合理之基礎作為發生反競爭結果之先決條件，考驗司法與主管機關之執行能力<sup>164</sup>，再加上政策制定之困難與社會成本，後芝加哥學派僅僅取得有限成功<sup>165</sup>，然可以確定的是，後芝加哥學派即使並非統一而可以替代芝加哥學派，然已被視為另一種思維嚴謹之反托拉斯分析方法<sup>166</sup>。

#### 第四項 小結

反托拉斯之學派歷史，在政府與市場、公平與自由之間擺盪，而近年來，美國最高法院同受哈佛學派與芝加哥學派影響，學派之間觀點分歧也因互相影響而融合：芝加哥學派以市場機制健全之觀點認為政府管制宜最小化，而哈佛學派則以制度上限制之角度承認，即使面對真正之市場失靈，政府矯正能力仍有其侷限性，因此不論何學派，往往均得出去除管制之結論<sup>167</sup>。而後芝加哥學派之發展則係對過去理論之修正，提出新問題卻不一定有肯定一致之答案，納入了新觀點，然基礎思維仍維持不變。

經由芝加哥學派之變革，去除了哈佛學派隱含之保護小廠商、防止政治經濟力量集中之思維<sup>168</sup>，芝加哥與哈佛二學派觀點融合，二學派之前提、方法論與意

<sup>164</sup> Hovenkamp, *supra* note 119, at 4-7.

<sup>165</sup> Hovenkamp, *supra* note 119, at 21.

<sup>166</sup> Kwoka & White, *supra* note 64, at 4-5.

<sup>167</sup> Crane, *supra* note 128, at 9-10.

<sup>168</sup> Baker, *supra* note 12, at 67.

識型態已趨於一致，所爭議者在於技術上之問題<sup>169</sup>，再經後芝加哥學派之參與討論，納入更多市場運作之真實情況，對於市場行為之多樣與複雜認識更深，也發現各種可能性與影響因素，難以一概而論。然不論如何，經濟觀點繼續主導著反托拉斯法之解釋，此由美國法官 Posner 於「反托拉斯法」一書二個版本之書名變更可以窺見<sup>170</sup>。

經濟學中對於廠商行為之理論作為反托拉斯訴訟上之證據，從哈佛學派、芝加哥學派到後芝加哥學派，是經濟學進步與深入影響反托拉斯管制之過程。依芝加哥學派之觀點，哈佛學派過於空想而許多假設與經濟學不符，然而依後芝加哥學派之觀點，芝加哥學派又何嘗不是過於理論與理想。哈佛學派確實是經濟學影響反托拉斯政策之起點，芝加哥學派則帶入相反之觀點，二者描繪出光譜的兩端，後芝加哥學派指出該光譜之間，擁有各種形形色色之可能性，該可能性雖無法一一列舉，然而一旦執法機關判斷清楚個案競爭環境傾向於光譜哪一端，便可參考哈佛學派與芝加哥學派之理論而運用於個案解釋。後芝加哥學派對於反托拉斯實務之貢獻無疑在於：對各種市場可能性提出更細緻之研究，避免以單一分析框架一律適用於各種產業。誠如 Posner 指出的，目前所憂慮者不在乎原則與方向，而是執行<sup>171</sup>。隨著經濟研究之增長、企業行為之認識以及執法經驗之積累，共同型塑出執法走向。

## 第二節 美國水平結合管制—法律規定

第一部反托拉斯法，休曼法，出現於美國第一次併購浪潮之前，惟對第一次併購浪潮並未發揮功能，部分原因在於字義不夠清晰明確、政府執法資源不足<sup>172</sup>，再加上該法對於共謀行為採取嚴格態度，因此企業便轉向執行相對寬鬆之結合管

<sup>169</sup> Posner, *supra* note 101, at 925. 該文針對一些反托拉斯法上之議題討論二學派之爭論與融合，以及尚存在之不同點（例如：對於政府介入管制之信任度不同、對於集中度之解釋及去集中度之政策意見不同等）。

<sup>170</sup> Posner, *supra* note 9, at vii.

<sup>171</sup> Posner, *supra* note 9, at viii.

<sup>172</sup> 吳成物，前揭註 6，頁 67。

制，反而促成了併購浪潮<sup>173</sup>。針對結合行為規範之克萊登法，係於 1914 年頒布，後於 1976 年制定第 7a 條，由事後管制改採事前申報異議制。管制主管機關面對概括之法律用語，審查標準隨時代更迭而有所彈性變動，故主管機關另頒布一系列之結合審查準則，使執法標準透明公開，以利企業與相關從業人員依循<sup>174</sup>。以下先對相關法律規範簡單介紹，後介紹結合準則及實務。

美國反托拉斯法主要之實體法律規定為休曼法第 1 條、第 2 條，以及克萊登法第 7 條、第 8 條，然並未特別針對結合予以定義。其中 1890 年的休曼法第 1 條規範以契約 (contract)、托拉斯或任何形式聯合 (combination) 或共謀 (conspiracy) 限制貿易或商業<sup>175</sup>，係規範二以上獨立經濟體間限制貿易之行為，第 2 條規範獨占 (monopolize) 或企圖獨占或聯合、共謀獨占<sup>176</sup>，係適用於單方獲取或維護獨占，以及與他人聯合、共謀獨占，故對於是否適用於結合案件有所爭議，或謂結合是共謀或聯合行為結果的形式之一<sup>177</sup>，或謂休曼法未規範結合行為<sup>178</sup>，備受爭議，而且即使適用於結合案件，亦須證明實際上影響州際商務。1911 年標準石油一案，終成為促使國會於 1914 年通過克萊登法，並設立聯邦貿易委員會 (Federal Trade Commission，下稱 FTC) 之導火線。該判決最終雖然拆分了標準石油，然法院適用休曼法並非採用「當然違法原則」(per se rule) 禁止任何貿易限制，而是基於「合理原則」(rule of reason) 禁止不合理限制競爭之貿易限制<sup>179</sup>。法院所宣布採取之合理原則分析方法，受到來自各方之批評：支持反托拉斯法之團體認為，採取合理原則使大企業毋庸直接面對反托拉斯法之禁止，將削弱反托拉斯法之規範強

<sup>173</sup> Hovenkamp, supra note 18, at 2.

<sup>174</sup> 在 2010 最新結合準則發布之前，FTC 與 DOJ 於 2006 年評估執行實務與舊有的 1992 準則間之落差後，共同發表了「水平結合準則評注」(Commentary on the Horizontal Merger Guidelines，下稱 2006 評注)，該評注於前言指出，舊準則之架構在個案中仍能有效提供建議並得出正確之結論，在執行上亦具健全與充分之彈性，因此認為尚可仰賴舊準則而未修正。


<sup>175</sup> 15 U.S.C. §1.

<sup>176</sup> 15 U.S.C. §2.

<sup>177</sup> 洪慈遠 (2007)，〈論企業跨國結合管制規範之調和一以競爭法為中心〉，頁 17，東吳大學法律學研究所碩士論文。

<sup>178</sup> 林心怡 (2005)，〈論全球化時代美國與歐體國際結合管制差異與衝突之緩合〉，《公平交易季刊》，13 卷 2 期，頁 112-113。

<sup>179</sup> Baker, supra note 12, at 62.



度；支持商業活動之團體則認為，賦予政府自由裁量權限之合理原則使法律標準模糊不清，企業將無法確切掌握商業行為之合法性<sup>180</sup>。因此，國會設立 FTC 確保執法機關忠於國會所支持之競爭政策，且專業之委員會成員將更有益於反托拉斯法之政策發展與執行。1914 年所制定之克萊登法以明文列舉之方式規定四種違法行為<sup>181</sup>，其中第 7 條規範股份取得之結合行為，包括利用表決、代理權授與，以及任何使用股份方法而控制他事業之結合行為，並排除單純因投資而持股以及母公司對子公司未實質減損競爭之結合行為<sup>182</sup>，第 8 條則係對董事及高階主管兼任之規範<sup>183</sup>。該法並確立了結合實質審查標準為「可能實質減損競爭或傾向形成獨占（may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly）」，試圖一開始便阻止壟斷之發展趨勢。此外，並授權司法部（Department of Justice，下稱 DOJ）及 FTC 共同執行克萊登法<sup>184</sup>。後克萊登法於 1950 年修正，彌補了 1914 年克萊登法第 7 條存在之管制漏洞<sup>185</sup>，管制因此及於股份與資產取得、水平、垂直與多角化結合，且適用對象包括事業與個人。在程序方面，1976 年新增克萊登法第 7a 條，要求符合申報門檻之結合案在完成交易前先向主管機關申報，也確立了等待期間<sup>186</sup>，相較於休曼法之事後防範，克萊登法屬於預防性質，於採行事前申報異議制後，始得以有效管制結合行為<sup>187</sup>。

<sup>180</sup> Hylton, *supra* note 5, at 39.

<sup>181</sup> 分別為價格歧視、排他性交易、股權或資產收購之結合，以及連鎖董事。

<sup>182</sup> 15 U.S.C. §18.

<sup>183</sup> 15 U.S.C. §19. 本條係針對水平競爭者間董事連鎖（interlocking directorates）之規範，由董事會所選任或選定之高階主管兼任（interlocking officers）亦在管制之列。而對於無明顯損害競爭之兼任安排有豁免規定，豁免門檻交由 FTC 每年公布。

<sup>184</sup> FTC 尚可援引聯邦貿易委員會法（Federal Trade Commission Act）第 5 條管制休曼法所禁止之行為。

<sup>185</sup> 例如，1914 年所規範者只及於股票收購而不及於以取得財產之方式而達成結合目的之行為、僅針對直接競爭關係之企業間結合行為而不及於垂直或多角化結合、適用之對象只及於事業而不及於個人等。

<sup>186</sup> 15 U.S.C. §18a.

<sup>187</sup> 在此之前，由於結合不會提前宣布，使當局沒有充分時間審查，即使起訴成功，回復原狀之解體或分割等救濟方法之實施，往往也是在事業已結合之多年以後，因此法律無從發揮作用。參白艷，前揭註 4，頁 37-38。再加上對寡占市場中相互依賴性之一致性行動管制困難，且適用聯合或獨占等之事後管制措施均面臨執法上之困境，遂逐漸重視事前預防管制措施。參朱華君（2007），《反托拉斯法對寡占事業規範之研究》，頁 145，台北大學法學系碩士論文；Gellhorn et al., *supra* note 7, at 330。



### 第三節 美國水平結合管制—結合審查準則

法律自頒布以來，條文變化不大，均以「實質減損競爭之虞」作為審查原則，然結合準則卻歷經多次修正，隨著時代變更與知識累積，賦予法律具體意義。結合管制之框架性法律有賴執法機關落實於個案審查，為使結合審查標準透明化，讓結合企業有所遵循，DOJ 於 1968 年制定結合準則（1968 Merger Guidelines，下稱 1968 準則）。結合準則於 1982 年第一次大幅修正<sup>188</sup>（下稱 1982 準則），後於 1984 年略為修正（下稱 1984 準則）<sup>189</sup>，上述結合準則雖均為 FTC 所認同，然並非統一之指導準則，有鑑於此，DOJ 與 FTC 於 1992 年 4 月 2 日共同宣佈制定了「1992 年水平結合準則」（1992 Horizontal Merger Guidelines，下稱 1992 準則）<sup>190</sup>，二主管機關對管制結合之實務立場達成了共識，然此準則僅規範水平結合，垂直結合與多角化結合仍適用 1984 準則。2009 年二機關再次重新審視結合準則並著手進行修正，於 2010 年 8 月 19 日公佈「2010 水平結合準則」（下稱 2010 準則）<sup>191</sup>取代舊準則，成為美國最新管制水平結合之指導原則，該準則指出，個案審查乃確定個案事實之過程，其分析並非一律運用單一不變之方法，主管機關透過經驗、分析工具以及所獲證據做出整體判斷<sup>192</sup>，因此即使有準則之頒布，並非意謂著執法一陳不變。這些準則之演變，有些推動了執法實務之改變，例如 1982 準則屬之；有些則係為了透明化審查實務以及經濟知識之改變而修正，2010 準則即屬之<sup>193</sup>。

美國聯邦結合管制政策仍以法律及司法解釋為準，而上述結合準則乃行政機關為具體執行而發布，雖不具法律拘束力，司法解釋亦不受其拘束，然對企業而

<sup>188</sup> DOJ, Merger Guidelines (1982), available at: <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11248.htm> [hereinafter 1982 Guidelines].

<sup>189</sup> DOJ, Merger Guidelines (1984), available at: <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11249.pdf> [hereinafter 1984 Guidelines].


<sup>190</sup> DOJ & FTC, Horizontal Merger Guidelines (1992, rev. 1997), available at: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm> [hereinafter 1992&1997 Guidelines].

<sup>191</sup> DOJ & FTC, Horizontal Merger Guidelines (2010), available at: <http://www.justice.gov/atr/public/merger-enforcement.html> [hereinafter 2010 Guidelines].

<sup>192</sup> 2010 Guidelines, §1.

<sup>193</sup> Carl Shapiro, 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years, p. 3 (2010), available at: <http://ssrn.com/abstract=1675210>.





言，結合準則乃主管機關審查標準，使結合審理標準更透明、具體，係結合申報准否之重要依據，於法律可行性分析時極有參考價值，而且結合審查採取事前審查制度，案件須先經行政程序後始得以進入法院，反托拉斯訴訟成本極高，企業多不願承擔此種費用，執法機關與受審查企業間可能在進入訴訟前便商議出解決方案，故結合審查政策主要由結合準則所主導<sup>194</sup>；再加上司法實際上亦密切注意準則之動向<sup>195</sup>，因此，這些準則對於結合管制政策之執行一直具有相當重要之地位，影響企業結合之策略運用。

此外，美國為判例法國家，其司法判決先例決定了反托拉斯法的發展與走向，因此即使法律文義以及原則並未修改或變更，然法院判決所具有的自我學習以及矯正功能，使反托拉斯法的概念內涵至今仍在演變<sup>196</sup>，因此法院對於個案的具體解釋適用，在理解美國反托拉斯法演進上亦占有重要地位。本文將重點置於介紹水平結合處理準則，首先介紹舊準則之修正演進，後介紹最新修正之 2010 準則，並輔以相關案例，希冀藉由了解美國執法及司法之結合審查標準在四十餘年來的演變及經驗，供我國結合審查實務參考。

## 第一項 1968 年結合準則

### 一、準則重要內容與哈佛學派

1968 準則分別就水平結合、垂直結合與多角化結合說明其審查分析架構。對於是否挑戰一項水平合併案，係以市場前四大公司之市場占有率（four-firm Concentration Ratio，下稱 CR4）為標準，如市場上前四大廠商之市占率總和超過 75%，屬高度集中市場，應受嚴格審查，若二結合廠商市占率均大於 4% 時推定違法；如 CR4 低於 75%，則僅於個別廠商市占率皆超過 5% 方推定違法。以 CR4 作為集中度標準之思維是：市場上前四大廠商會共謀協調互動，而其他較小廠商則

<sup>194</sup> Gellhorn et al., supra note 7, at 475.

<sup>195</sup> Hovenkamp, supra note 18, at 3.

<sup>196</sup> 薛兆丰（2008），《商業無邊界—反壟斷法的經濟學革命》，頁 38，北京：法律出版社。

會維持競爭，只要前四大廠商市占率越高，其卡特爾定價將越趨近於壟斷價格<sup>197</sup>。

1953 年至 1969 年厄爾·沃倫 (Earl Warren) 擔任美國聯邦最高法院首席法官期間，將其維護公民民主與自由之思想落實到反托拉斯法，引入平民主義價值 (populist values) 解釋克萊登法第 7 條<sup>198</sup>，競爭政策因此偏重公平機會以及保護弱小等社會政治目的，影響了美國早期結合判決，甚至僅占有少數市占率而不具獨占力量之廠商間結合，也因為預防市場結構傾向於獨占之理由而被禁止。哈佛學派之 SCP 分析方法為平民主義價值提供了支持，本準則便是頒布於平民主義與哈佛學派為主流思想之時代，認為反托拉斯政策之關鍵在於市場結構，廠商之行為與績效均受市場結構影響，且市場集中度與廠商利潤具高度相關性，競爭之威脅係源於市場集中，因此政府須從管制市場結構著手，1968 準則之標準因而著重在市場集中度與市場占有率是否過高而傷害競爭，並採行當代經驗研究之 CR4 標準<sup>199</sup>。當市場結構乃管制與否之決定性因素時，或者當市場力量以及結合競爭效果之判斷係利用市場占有率時，市場界定便對訴訟勝敗有決定性之影響，往往成為訴訟之爭點。

1968 準則之基本思維來自一個重大概念：市場集中度上升之水平結合，在本質上可能減損競爭，這在當代係反映出最高法院之先例，然今已不支持如此之審查立場，由下述對準則之介紹可知，主管機關逐漸認識到各個產業均有其獨特性，且各結合個案亦有其獨特情境，因此準則逐漸偏離此一重大概念，轉而強調市場現實狀況及個案行為可能造成之影響，再加上 2010 準則之結合政策主要延續 1982 年以後之準則<sup>200</sup>，故本文對於著重市場結構審查之 1968 準則不再深入探討。

<sup>197</sup> Hovenkamp, *supra* note 18, at 33.

<sup>198</sup> Gellhorn et al., *supra* note 7, at 445.

<sup>199</sup> 雖亦有經濟學者偏好以市場前八大廠商市場占有率 (CR8) 之加總作為集中度標準，然法院幾乎一面倒向使用 CR4。See Hovenkamp, *supra* note 18, at 32.

<sup>200</sup> Shapiro, *supra* note 193, at 2-3.



## 二、相關案例

此時期之法院案例以 *Brown Shoe* 案<sup>201</sup>為代表，本案為最高法院首次針對 1950 年修改後克萊登法第 7 條做出解釋之案例。法院指出：「法案所保護者乃競爭，而非競爭者，然我們不能忽視國會欲藉由保護能生存的小型地方企業來促進競爭，國會明白，維持分散之企業和市場有時會產生較高之成本與價格，然其權衡後，採取反集中化之政策（*decentralization*），因此我們必須執行該決定。」法院甚至認為低成本之大企業，與法律保護小型、地區性企業之目的背道而馳，意即法院為尊重立法意旨所欲保護之非經濟利益，認為結合創造出之效率應受法律譴責，競爭就是分散市場、避免市場上出現大企業，故而最終判決以保護競爭者生存之方式維護競爭。

本案受到諸多批評，有認為以犧牲消費者利益而保護競爭者之目的不當<sup>202</sup>；有認為廠商不應該因為效率反受譴責，而且單純因為所在之相關市場趨於集中，並非禁止水平結合之合理依據<sup>203</sup>；有認為立法目的確實是保護小廠商，然而法院以保護市場上廠商數量之方法無法達成該目標，因為阻止市場占有率很小之廠商間結合，使得市場上中型廠商只能靠一己之力內部成長，而衰弱之小廠商既無力競爭，亦無法出售予競爭者，最終導致小廠商喪失競爭力也喪失資產，根本背離了國會所欲保護小企業之目的<sup>204</sup>，既然集中趨勢之判斷是為了保護小廠商，則小廠商間之結合使市場呈現集中趨勢，應列為支持結合案之因素才對<sup>205</sup>。

1966 年 *United States v. Von's Grocery Co.*<sup>206</sup>亦呈現法院將競爭等同於市場上企業數量之觀點：「國會以下的擔心支持我們作出此判斷：市場中若同時發生小企業數量之減少以及大量之結合案，則該市場將緩慢，但不可避免地將一個由許多小企業組成之市場，轉變成由單一或少數大型企業主宰之市場，競爭將因此被摧毀。」

<sup>201</sup> *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962).

<sup>202</sup> Hovenkamp, *supra* note 18, at 14.

<sup>203</sup> Posner, *supra* note 9, at 122-123.

<sup>204</sup> Hovenkamp, *supra* note 18, at 14.

<sup>205</sup> Hovenkamp, *supra* note 18, at 75-76.

<sup>206</sup> *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270 (1966).

法院強調該市場中獨立企業數量處於下降之趨勢，因而認定本併購案違反克萊登法第 7 條。

20 世紀 60 年代最高法院之水平結合判決顯示，市場占有率與集中度實質上乃決定性之判斷標準，而當市場占有率被用於決定市場勢力和推斷競爭效果時，相關市場如何界定就變得至關重要<sup>207</sup>，市場界定之寬嚴成為禁止合併與否之關鍵，因而成為訴訟攻防重點。事實上，此時期法院認為反托拉斯法想要保護之競爭，須藉由保護競爭者以及市場上廠商數量而達到，與當代哈佛學派所提出之「政府應該平等保護小企業以維護市場結構之競爭性」思維相一致。

## 第二項 1982 年及 1984 年結合準則

### 一、準則重要內容

1982 準則所在之社會背景乃同質性工業產品之年代，異質性產品雖會影響市場上廠商共謀，然而只在極端案例中考量<sup>208</sup>。1984 年微幅修正準則，以非量化因素作為衡量是否起訴之標準更形重要，例如市場進入障礙、有限資源儲備量、剩餘生產力、產品同質性、行銷通路特性、企業過去行為、集中化傾向、經濟效益、影響市占率及集中度因素、垂危公司抗辯等<sup>209</sup>，修正後準則的判斷標準更富有彈性。1982 與 1984 年準則雖然對於進入障礙未予定義亦未提供太多資訊<sup>210</sup>，然其認可市場進入容易可以防止競爭損害後，一些市場集中度較高之結合案件，均因法院認定市場未具顯著之進入障礙而判 DOJ 敗訴<sup>211</sup>，顯示結合審查並非只注重市場結構之量化因素，亦開始注意非量化因素之重要性。

1982 準則中，經濟分析與經濟標準扮演之角色更重要，所引進之典範與衡量方

<sup>207</sup> Gellhorn et al., supra note 7, at 441-442.

<sup>208</sup> Shapiro, supra note 193, at 5.

<sup>209</sup> 公平交易委員會，前揭註 67，頁 75-76。

<sup>210</sup> 1982 Guidelines, Section III(B); 1984 Guidelines, Section 3.3.

<sup>211</sup> Gellhorn et al., supra note 7, at 456.



法根本性地改變了反托拉斯從業人員所為之結合分析<sup>212</sup>，其帶來了五點革命，型塑了後續結合準則之基礎<sup>213</sup>：

(一) 相較於 1968 準則認為水平結合審查是為了防止獲得領導地位、防止市場集中度明顯增加、維護集中市場之分散等<sup>214</sup>，主要在於「維護或增進有利於競爭之市場結構」目的，1982 準則為往後之結合管制標示了統一主題：「結合不應創造或增進市場力量，或促進市場力量之運用。」<sup>215</sup>

(二) 引進「假設壟斷者測試」(hypothetical monopolist test，下稱 HMT) 之方法界定相關市場。1982 準則將相關市場分為產品市場與地理市場，並提出明確之操作標準<sup>216</sup>，與先前判例上所採之合理使用替代性或需求交叉彈性判斷標準有所不同。以「小幅但有意義且非短暫之漲價」(small but significant and non-transitory increase in price，下稱 SSNIP) 作為市場界定之方法，一旦受測市場上之產品 SSNIP 而有其他產品足以替代導致無法獲利時，便將該產品列入相關市場，經反覆測試，直至被納入之產品縱經 SSNIP 亦無其他產品足以替代，此時假設壟斷者漲價而得以獲利，市場界定始為完成，亦即以需求替代因素為基礎，將可能之替代產品納入一假想壟斷者所擁有，而界定出相關產品市場<sup>217</sup>，因此稱之為「假設壟斷者」測試<sup>218</sup>。此種界定方法等於是市場力量 (market power) 之概念界定相關市場，認為市場力量可以用價格之漲幅來衡量，相關市場之界定便是市場力量得以實施之範圍<sup>219</sup>。

(三) 引進 Herfindahl-Hirschman Index (以下簡稱 HHI)，並基於結合後之 HHI 以

<sup>212</sup> Gellhorn et al., *supra* note 7, at 422.

<sup>213</sup> Shapiro, *supra* note 193, at 4; Darren S. Tucker, *Seventeen Years Later: Thoughts on Revising the Horizontal Merger Guidelines*, p. 2 (2009), available at: <http://ssrn.com/abstract=1495160>.

<sup>214</sup> See 1968 Guidelines, Section 4.


<sup>215</sup> 1982 Guidelines, Section I.

<sup>216</sup> *Id.*, Section II.

<sup>217</sup> 黃銘傑 (2005)，〈聯合行為成立與市場界定、影響市場功能認定間之理論與論理 (上) 一評最高行政法院 92 年度判字第 1336 號判決〉，《台灣本土法學》，68 期，頁 23。

<sup>218</sup> 「假設壟斷者」此名詞雖於 1984 準則 Section 2.11 始出現，然 1982 年準則已表達相同之意思。

<sup>219</sup> Kwoka & White, *supra* note 64, at 16.



及 HHI 增加幅度作為審查門檻。1982 準則之集中度量化方式不再採用 1968 準則之 CR4 標準，而改採 HHI，即以市場內所有公司之市場占有率平方後加總作為檢測標準，此方法沿用至今。HHI 係計算市場上所有廠商之市場占有率，包括結合各方之規模以及小規模事業之市場占有率，計算結果將對高市占率之廠商及市占率不平均之市場賦予較大之權重，因此對於市場結構提供較多之資訊，亦即，當市場上所有廠商規模大小均相等時，所得出之 HHI 值最小。其背後思維係：大小規模相等、效率相等之廠商間，會有激烈競爭之行為出現，反之，若市場上僅有一個是大廠商，其他均為小廠商，則較可能出現之情形是小廠商將跟隨大廠商之價格領導，而不會有競爭行為出現，因此，廠商之間規模差距越大，越容易導致較高之市價<sup>220</sup>。1982 準則認為，HHI 賦予大廠商較多權重，較可能反映其在任何共謀互動（collusive interaction）中之重要性<sup>221</sup>。

然此思維僅係可能出現之情形之一，當廠商規模相當，產業又具有規模經濟特性時，廠商便容易形成固定價格協議，而非如 HHI 所假設之競爭激烈。即使如此，計算市場占有率、市場集中度及其變化，只是為了先確立初步違法之結構規則，僅係結合審查之開端，並非唯一因素，HHI 所代表的意義是審查所關注之最低門檻<sup>222</sup>，且對於水平結合採取比非水平結合還嚴格之管制標準，而在結合通過門檻測試後，競爭效果尚待進一步評估是否有其他非市場結構因素得以阻止個案中市場力量之運用。

(四) 採納市場進入，相較於 1968 年準則，淡化了市場集中度之角色，擴大對於競爭效果之重視。其他非市場占有率之因素係作為個案加重或緩和違法之分析基礎，而且，即使市場集中度和市場占有率過高而受質疑，仍需評估進入該市場是否容易。準則指出，若市場進入很容易，致使市場上現存競爭者無法成功地於一段顯著之期間內抬高價格，則主管機關不會挑戰該市場上之結合案。相反的，若

<sup>220</sup> Hovenkamp, supra note 18, at 34-35.

<sup>221</sup> 1982 Guidelines, Section III(A).

<sup>222</sup> Hovenkamp, supra note 18, at 36.



市場進入困難則主管機關較可能挑戰結合案。

(五) 列出影響共謀 (collusion) 之因素。主管機關會評估共謀之容易與獲利程度，例如：產品本質與銷售條件 (包括相關市場上產品之同質或異質性、相關市場上產品與市場外產品之相近程度、結合廠商間產品之相似程度等)、特定交易資訊公開程度與買方市場特性是否有助於察覺並懲罰違反共謀協議者、市場上廠商行為與競爭強烈程度等等<sup>223</sup>，1984 準則增加了邊緣廠商擴張銷售量能力此因素<sup>224</sup>。

1984 準則將 1982 準則 Section V 抗辯因素中之「效率」獨立出來，且一反於過去消極看待效率無法證明、無法衡量而不願評估效率主張之態度，將效率列為結合審查之一環<sup>225</sup>，效率因素因此成為衡量整體競爭效果之因素，不再屬於反競爭效果之抗辯因素。準則指出，結合主要之經濟利益是其促進效率之潛力

(efficiency-enhancing potential)，亦即增加廠商間之競爭並降低價格，並且由於反托拉斯法與結合準則係用來禁止那些明顯危及競爭之結合，因此主管機關多會允許藉由結合達到效率，而不會阻礙大部份之結合。1984 準則允許當事人提出效率主張，只要結合廠商提出明確而令人信服之證據，主管機關在決定是否挑戰該結合案時便會列入考量，而可辨識效率 (cognizable efficiencies) 包括：規模經濟、生產設備之整合、生產專業化、降低交易成本，以及其他關於製造、服務、銷售業務之類似效率，即使實踐上這些效率難以證明。然而，若當事人能以其他方式獲得相同或類似之經濟效率，則主管機關不考慮該效率主張。此外，結合所生之反競爭風險越大，預期所獲得之淨效率程度也必須越大。

1984 準則之抗辯因素移除 1982 準則中效率因素後，僅餘垂危抗辯，而 1984 準則除了垂危公司抗辯 (failing firm defense)，增加垂危部門抗辯 (failing division defense)。由於垂危抗辯將豁免反競爭之結合案，故審查要件較嚴，在符合下述三

<sup>223</sup> 1982 Guidelines, Section III (C).

<sup>224</sup> 1982 Guidelines, Section V (A); 1984 Guidelines, Section 3.43.

<sup>225</sup> 1984 Guidelines, Section 3.5.



要件之情形下，主管機關不會挑戰結合一方為垂危公司之結合案<sup>226</sup>：

1. 在不久的將來，垂危公司可能將無法償債；
2. 垂危公司可能無法依破產法重整；
3. 垂危公司已嘗試其他非結合而仍得以繼續留存於市場上，且對競爭傷害較小之替代方案。

至於垂危部門抗辯，除了上述與垂危公司抗辯相同之第三要件以外，尚須證明該部門如未售出，便會在不久的將來破產，而非僅係基於營運計畫而退出市場<sup>227</sup>。

## 二、1982 準則與芝加哥學派

受芝加哥學派影響，20 世紀 70 年代中期，反托拉斯執法掀起了「芝加哥革命」（Chicago School revolution），然而芝加哥學派提出之新觀點如何與過去已存在而著重在集中度之法律規則互相調和，成為重要問題，美國實務最終仍關注於集中度，然同時將其他效率或進入因素納入考量，作為集中度顯示競爭減損之抵銷因素<sup>228</sup>。1982 年與 1984 年準則即代表此種變革。

1982 準則改變了結合管制之目的，不再是為了維護競爭性之市場結構，而重點在於市場力量對競爭之影響。此乃芝加哥學派所揭示的，市場結構不代表競爭性之有無，重點在於企業是否有能力或動機運用其市場力量。而市場界定所採用之 SSNIP 方法，其背後思維係假設廠商為理性經濟人，符合芝加哥學派對於廠商乃利潤最大化追求者之假設。

芝加哥學派提倡，市場進入障礙未如哈佛學派主張的如此廣泛，市場本身具有健全之調節機制，且潛在競爭者足以節制壟斷力量之使用，市場上現存之廠商乃效率競爭下之生存者，並認為理性自利廠商之行為多有其效率或競爭上目的。落實於 1982 準則中，便是納入了市場進入、效率抗辯因素，1984 準則更將效率列為結合審查之一環，並積極承認效率乃結合之主要利益。1982 準則更增加了明示

<sup>226</sup> Id., Section 5.1.

<sup>227</sup> Id., Section 5.2.

<sup>228</sup> Baker, supra note 12, at 66.





或默示共謀之分析，與當代芝加哥學派對共謀之主張相關：共謀並非容易，須有許多條件符合始可能成功，且應管制那些會促進勾結、本質上壟斷之水平結合。1980 年代早期之執法便因此轉向強調共謀行為<sup>229</sup>。

整體而言，非結構因素之考量增加，執法態度受芝加哥學派影響為之寬鬆，成為促進美國 80 年代併購浪潮的原因之一。

### 三、相關案例

*United State v. General Dynamic Corp.*<sup>230</sup>一案受到芝加哥學派影響，開始呈現法院對於平民主義價值之背離。該案係市場上前二大煤炭商之結合案，市場集中度增加超過 10% 且結合後將控制 50% 之市場銷售，再加上煤炭生產商數量銳減，依過往判決，法院應該會阻止結合案發生，然法院卻強調結構性證據並非反競爭效果之決定性指標，認為歷史銷售數據之市場占有率或集中度無法反映公司未來之競爭能力，對於煤炭生產公司未來競爭力之評估，應以尚未開採之儲備量作為市占率之計算，而非煤炭生產量。法院因而最終認定二公司結合並無實質減損競爭之虞，允許其結合。本案之後，法院對於市場界定以及結合各方未來競爭力評估要求更嚴格、更細緻<sup>231</sup>。

在 *United States v. Waste Management, Inc.*<sup>232</sup>案中，法院考量了市場進入此一非結構因素而允許二垃圾回收廠結合。本案結合後將產生高集中度，廠商市占率亦高達 48.8%，依判決先例應屬本身違法，然法院認定該案之市場進入容易，得以防止結合造成之競爭損害<sup>233</sup>，因此允許結合。

早在 1982 準則發布以前的七〇年代，法院案例已呈現出受到芝加哥學派影響：除市場界定更精緻之評估，納入非結構因素考量以外，法院日益擁護效率目

<sup>229</sup> Posner, *supra* note 9, at 48.

<sup>230</sup> *United State v. General Dynamic Corp.*, 415 U.S. 486 (1974).

<sup>231</sup> *Gellhorn et al.*, *supra* note 7, at 447.

<sup>232</sup> *United States v. Waste Management, Inc.*, 734 F.2d 976 (2d Cir. 1984).

<sup>233</sup> 雖然法院將「家庭經營之個人」列為市場進入者，認定其可以與二垃圾回收大廠有效競爭，此點備受懷疑，然而本案代表法院將非市場結構之因素納入考量，甚至以之推翻了市場占有率之推定。See *Gellhorn et al.*, *supra* note 7, at 456.

標，幾無判決明確表現出對於小企業或政治經濟力量分散之渴望<sup>234</sup>



### 第三項 1992 年及 1997 年水平結合準則

#### 一、準則重要內容

1992 準則為 DOJ 與 FTC 首度共同公布之準則，更清楚地解釋了結合如何導致反競爭效果<sup>235</sup>，惟 1992 準則僅針對水平結合，非水平結合仍適用 1984 準則。1992 準則之社會背景處於同質性產品轉向異質性產品、從工業轉向資訊之年代，其經濟分析之精密度提升，也更完整地解釋了主管機關如何評估各種競爭效果，本準則之創新在於：引進單方效果（**unilateral effects**）、市場進入之分析更詳細且精密<sup>236</sup>。至於效率方面，1992 準則主要停留在考慮企業競爭力或產品價格等生產效率<sup>237</sup>，後 1997 年針對第 4 條「效率」作出修正，詳細闡明合併效率之正當性，並將效率列為審查之重要考量因素，其背景便是由於美國公司面臨著全球市場競爭之挑戰<sup>238</sup>。

1992 準則提出了競爭法主管機關評估合併可能實質減損競爭之具體分析架構，包括五分析步驟，其中效率之分析本文逕以 1997 準則之內容介紹如下。

#### (一) 市場界定及集中度

1992 準則確認並進一步發展了 1982 準則，亦進一步淡化市場占有率指標之地位，市場占有率只是結合競爭效果分析之起點。結合審查始於結合是否顯著增加集中度而導致集中性市場，又市場界定為市占率及集中度之基礎，因此市場界定乃成為結合分析之出發點。

<sup>234</sup> Gellhorn et al., *supra* note 7, at 47.

<sup>235</sup> 許淑幸（1993），《事業結合應申請許可之規範及核駁標準之研究》，頁 11，台北：公平交易委員會。

<sup>236</sup> Shapiro, *supra* note 193, at 5-6.

<sup>237</sup> 公平交易委員會，前揭註 67，頁 80。該文指出，1992 準則所指出之效率係指作業效率（生產規模、生產設備、廠房設備、運輸成本、製造、服務或經銷等）與成本費用（銷售、行政及總成本或與作業無關之費用）之減少。

<sup>238</sup> Gellhorn et al., *supra* note 7, at 411.



市場界定方法仍採取 HMT 方法，然有以下改變：

1. 1982 準則在市場界定上涵括供給面及需求面之相關因素，而 1992 準則只參考需求面<sup>239</sup>，畢竟，供給面之因素於市場參與者或市場進入分析時便會納入，無庸於市場界定时考量<sup>240</sup>；
2. 對於 HMT 所謂之小幅調整價格不再硬性地以 5% 為標準，而依產業本質決定<sup>241</sup>；
3. 對於非短暫之漲價期間，不再硬性規定為一年，而是「可預見之將來」<sup>242</sup>，因此該假設漲價之期間改為依各產業產品特性而有所不同；
4. 將消費者轉換 (switching) 之時間與成本納入考量，若轉換成本低，縱有 SSNIP 仍可能因銷售額降低而侵蝕漲價者之利潤<sup>243</sup>。

市場集中度仍沿用 HHI，且亦區分成三個等級，分類標準雖與 1984 準則相同<sup>244</sup>，然比 1984 準則更為寬鬆<sup>245</sup>：在中度集中市場上，若 HHI 增加 100 以上，主管機關僅認為結合對競爭有潛在不利影響而增加審核之關注，而非如同 1984 準則較可能提出異議；在高度集中市場上，若 HHI 增加 100 以上，主管機關僅「推定」結合會限制競爭，仍容許參與結合之事業舉證說明有其它足以抑制限制競爭效果之因素，並非如同 1984 準則在無例外情形下便提出異議。因此，1992 準則弱化了市場結構因素在審查中之地位，市場占有率與集中度雖然影響了廠商成功運用市場力量可能性之判斷，然並非唯一或重要因素，其只是結合對競爭影響之五步驟分析中之出發點，是否挑戰結合案尚須考慮影響競爭之其他因素：市場進入障礙、效率、垂危公司抗辯等<sup>246</sup>。

## (二) 反競爭效果

<sup>239</sup> 劉紹樑 (1992)，〈評析美國 1992 年水平結合指導原則〉，《公平交易季刊》，創刊號，頁 44。

<sup>240</sup> 1992&1997 Guidelines, Section 1.0.

<sup>241</sup> Id., Section 1.11.


<sup>242</sup> Id.

<sup>243</sup> Id., Section 1.11, 1.12；劉紹樑，前揭註 239，頁 45。

<sup>244</sup> Id., Section 1.51.

<sup>245</sup> 1984 Guidelines, Section 3.11；劉紹樑，前揭註 239，頁 43-44。

<sup>246</sup> 1992&1997 Guidelines, Section 2.0.



1992 準則將結合之反競爭結果分為兩種——單方效果（Unilateral Price Increase）及共同效果（Coordinated Interaction），前者乃 1992 準則新引進，後者延續自 1982 準則「其他因素」一節，二者合而為 1992 準則五步驟中之第二個步驟。分述如下：

### 1. 單方效果

指結合對於靜態定價之影響，審查單方效果之目的在於防止企業結合後藉由單方行為而減損競爭，此種減損在具有市場力量之合併案上最顯著，因單方效果係利用水平結合將企業間之競爭內部化，原本存在於結合企業間之競爭不復存在而改變其行為<sup>247</sup>。在 1984 準則僅僅用「領導廠商條款」一個段落表示，主管機關將防止單一領導廠商創造或增進市場力量<sup>248</sup>，1992 準則擴張該概念，指出縱使結合後未與他廠商為協調行為，單純消除結合廠商間競爭一事，便可能構成實質競爭之減損<sup>249</sup>。

在異質性產品之單方效果方面，1992 準則採取壟斷性競爭模型中，對於異質產品敵視之態度，認為異質產品使廠商受到競爭減少之保護，因而擁有某程度之市場力量，得以獲取高於競爭下之利潤。在異質產品市場上，不同參與者所銷售之產品無法完全取代任一其他產品，其間之替代性程度亦不相同，因此相互間之競爭程度不一<sup>250</sup>。1992 準則對於異質產品水平結合之單方效果，係基於相關市場界定與集中度之推定方法評價之<sup>251</sup>，亦即當結合雙方之市場集中度在 HHI 安全港（safe harbor）豁免之外、市場占有率總和如大於 35%，主管機關便會推定結合雙方之產品被相當多數之消費者視為第一及第二選擇，此外若其他非結合公司不太

<sup>247</sup> 王繼平、于立（2010），〈差異產品市場橫向兼併單邊效應評價方法評述〉，《產業經濟評論》，9 卷 4 期，頁 3-4。

<sup>248</sup> 1984 Guidelines, Section 3.12. 「領導公司限制條款」（leading firm proviso）即市場內擁有 35% 以上市占率之領導廠商與任何市占率 1% 以上之公司結合，即使在 HHI 安全港標準內，仍可能受主管機關挑戰。

<sup>249</sup> Shapiro, supra note 193, at 6.

<sup>250</sup> 1992&1997 Guidelines, Section 2.21.

<sup>251</sup> 王繼平、于立，前揭註 247，頁 5-6。

可能重新配置其生產線以生產類似合併雙方之產品時，則該競爭可能具有顯著單方效果<sup>252</sup>。將「合併雙方產品為其第一及第二選擇之消費者購買量，占市場銷售額顯著比例」列為考量，乃本準則之重要革新，準則已發現，若僅單純考量市占率，可能高估或低估結合廠商間產品之競爭效果<sup>253</sup>。其背後思維是，只要有相當數量之消費者認為結合廠商間之產品為特別相近之替代，再加上其他廠商不會重新調整而利用該價格上漲，則忠誠之核心消費者夠多而足以支持價格上漲並能獲利<sup>254</sup>。

在同質性產品而產能為主要競爭本質之市場上，亦可能有單方效果產生。1992準則指出，結合後廠商若擁有 35% 以上之市占率，便可能藉由提高價格、抑制產出而獲利。之所以得以獲利之條件在於，夠多客戶無法找到經濟上替代來源，亦即競爭者之產出無法充分回應使結合廠商無利可圖<sup>255</sup>。

## 2. 共同效果<sup>256</sup>

結合可能消除競爭，致使市場上廠商更成功地協調互動，採取一致行動（包括合法與不合法之明示或默示共謀）而傷害消費者<sup>257</sup>。審查結合後是否產生共同效果之目的在於，阻止企業結合後之市場易於透過協調互動而運用市場力量。結合後市場上之競爭者之間是否能達成共同行動之三個根本問題為：能否就集體行動之條款達成一致、集體行動者能否察覺違背條款之人、能否懲罰該欺騙行為，若結合後市場情況容易達成上述共同行動之三問題，則代表結合將促進共同效果而減少競爭<sup>258</sup>。

<sup>252</sup> 1992&1997 Guidelines, Section 2.21-2.211. 依準則同條之註釋 22，此等資訊來源包括市場調查、投標資料、參與者之商業文件等。

<sup>253</sup> 1992&1997 Guidelines, Section 2.211.

<sup>254</sup> Hovenkamp, supra note 18, at 25-26.

<sup>255</sup> 1992&1997 Guidelines, Section 2.22. 若競爭者兩年內之產能受限，或雖有多餘產能然增加產能需耗費過高成本，主管機關將認定競爭者無法充分增加產出抑制結合所生之單方效果。

<sup>256</sup> 1982 準則所採之用語乃「共謀」，1992 準則改為「協調互動」，然我國公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則用語為「共同效果」，然三者係指相同概念，本文可能交錯運用。

<sup>257</sup> 1992&1997 Guidelines, Section 2.1.

<sup>258</sup> Id.

概括言之，若市場上廠商數量越少、不合作廠商越不存在、所銷售之產品越具有同質性、廠商間規模越相近，則共謀越容易對三根本問題達成共識而成功協調互動<sup>259</sup>，此外，主管機關會考量市場上或其他類似條件市場上明示共謀之歷史，以及市場條件、交易條件、競爭者之資訊公開透明程度等因素<sup>260</sup>，而且市場上廠商是否有誘因、機會與能力從事減產或漲價之協調行為亦應一併評估<sup>261</sup>，綜合個案情形而判斷結合對共謀難易之影響。

### (三) 市場進入

若市場進入障礙低，市場進入容易，則結合不會創造或增進市場力量，市場參與者不論單方或共謀均無法將價格調高於結合前水準，而所謂市場進入容易，需及時（timely）、可能（likely）且充分（sufficient）地阻礙或彌補反競爭效果。及時性、可能性、充分性是 1992 準則新提出之評估標準，用以衡量進入是否得以阻止或抵銷反競爭效果<sup>262</sup>，分述如下：

#### 1. 及時性

若進入對市場產生實質影響需耗時甚久，則無法阻止結合所生之反競爭效果<sup>263</sup>，因此，進入者必須對相關市場之價格迅速造成影響，從計劃到對市場產生影響，一般以兩年為標準<sup>264</sup>。事實上，進入很少是及時發生的，且於進入提供足夠產量達競爭水準之前，現任廠商可以維持壟斷價格，因此及時性之判斷乃政策選擇，係政策上容忍壟斷價格發生，並節省反壟斷執法資源之時間<sup>265</sup>。

#### 2. 可能性

由於廠商進入市場會產生沉沒成本<sup>266</sup>，廠商進入時會基於長期參與市場之觀點

<sup>259</sup> Hovenkamp, supra note 18, at 31-32, 34 & 47.

<sup>260</sup> 1992&1997 Guidelines, Section 2.1.

<sup>261</sup> 劉紹樑，前揭註 239，頁 49。

<sup>262</sup> 1992&1997 Guidelines, Section 3.0.

<sup>263</sup> Id.

<sup>264</sup> Id., Section 3.2.

<sup>265</sup> Hovenkamp, supra note 18, at 52. 該文指出，反托拉斯政策制定者不同於經濟學者以長期均衡之觀點看待將進入障礙，而是以政策之觀點，將進入障礙認定為允許壟斷定價之期間。

<sup>266</sup> 毋庸沉沒成本便可迅速進入市場之廠商，稱為「無約束進入者」（uncommitted entrants），屬於

考量進入之獲利能力，由於長期而言，進入將使價格回復至結合前水準甚至更低，因此進入之獲利能力評估係以結合前之市場價格作為標準<sup>267</sup>，換言之，誘發進入需進入市場有利可圖，且以結合前獲利水準為判斷標準。若產業是競爭的，然市場正萎縮且廠商無法獲利，那麼即使進入障礙低，進入也不會發生，相反的，利潤高卻沒有進入發生，則市場進入障礙高<sup>268</sup>。

### 3. 充分性

具充分性之進入，需使市場價格回到結合前之水準，包括很多進入發生而具充分性或單一具有充分規模之進入<sup>269</sup>，例如：若結合所生之反競爭效果係異質產品結合導致單方效果發生，則進入之產品必須近似於結合廠商之產品，使之無法藉由漲價獲利，如此始具充分性<sup>270</sup>。若進入之規模不夠充分<sup>271</sup>，則無法影響整體市場條件，有時市場雖然發生很多小規模之進入，然而由於邊際成本過高或規模經濟之限制，進入後無法擴張成與領導廠商匹敵之競爭者，故無法糾正領導廠商索取壟斷價格<sup>272</sup>。

#### (四) 結合效率

市場競爭通常會促使廠商達到內部效率，而水平結合雖可能對市場競爭造成極大之破壞，然另一方面，結合亦可能更有效運用已存在之資產，使結合廠商達到更低之生產成本，或產生顯著之規模經濟，結合主要之經濟利益便是有潛力產生此等效率<sup>273</sup>。1997年針對效率之修正反映出主管機關承認了結合可藉由實現效

---

1992 準則 Section 1.0 中市場參與者之一，而本節中討論之進入係進出市場需花費明顯沉沒成本之「約束進入」(committed entry)。

<sup>267</sup> 1992&1997 Guidelines, Section 3.0.

<sup>268</sup> Hovenkamp, supra note 18, at 64.

<sup>269</sup> 1992&1997 Guidelines, Section 3.0.

<sup>270</sup> Id., Section 3.4. 由於異質產品廠商之結合有能力將漲價之銷售損失內部化，因此得以單方提高價格而獲利。

<sup>271</sup> 1992 準則 Section 3.4 指出，進入可能由於現存廠商之控制或有形無形資產的要求而無法充分回應其銷售機會。

<sup>272</sup> Hovenkamp, supra note 18, at 65.

<sup>273</sup> 1992&1997 Guidelines, Section 4.

率而促進競爭，且該等效率可能夠大而減少或抵銷反競爭效果<sup>274</sup>，例如：結合而創造出背離廠商（maverick）使共同效果不可能發生、降低邊際成本而降低結合廠商漲價之動機，使單方效果不易發生<sup>275</sup>。

主管機關會納入考量之效率，僅指那些無法以其他方式合理獲得，而只有藉著結合始生之效率利益，即「結合特有之效率」（merger-specific efficiencies）<sup>276</sup>。而「可辨識效率」（cognizable efficiencies）係指：結合特有，且已證實、非產生於產出或服務減少之反競爭方式所生之效率<sup>277</sup>。綜合言之，主管機關所認同之效率因素，除規模經濟、生產設備較佳整合、工廠專門化、較低運輸成本以外，新產品、改進產品以及未導致直接、短期之價格變化條件下之其他福利形式亦納入效率考量，亦即納入了動態效率分析。然而，關於效率之資訊均偏在結合廠商一方，且其所主張之效率可能不會實現，因此結合廠商必須證實其效率主張，若效率是模糊、假設性或無法被合理方法證明，將不被考量<sup>278</sup>。

此外，1997 準則指出，若結合之潛在反競爭效果愈大，則主管機關所要求之可辨識效率也愈大，結合所生效率之特性及大小使結合在任何相關市場均不太可能產生反競爭效果時，主管機關才不會對結合案提出異議，此時主管機關會評估效率是否足以抵銷結合對消費者造成之傷害，例如：防止市場價格提升<sup>279</sup>。由於效率並非廠商藉由結合獲取獨占地位之藉口，因此一般而言，效率因素最可能在反競爭效果不大之結合案件影響主管機關之決定<sup>280</sup>。

最後，準則於第 4 條對於是否屬於可辨識效率舉出一些例子：

1. 屬於可辨識效率且非源於反競爭行為所生之效率：整合結合各方原先分別擁有之產品，因而降低生產邊際成本；

<sup>274</sup> Shapiro, supra note 193, at 6.

<sup>275</sup> 1992&1997 Guidelines, Section 4.

<sup>276</sup> 1992&1997 Guidelines, Section 4. 準則指出，主管機關衡量可行之替代方案會以商業情境下實際可能之方案，而非理論上之方案為標準。

<sup>277</sup> Id.

<sup>278</sup> Id.

<sup>279</sup> Id.

<sup>280</sup> Id.



2. 不易證明且可能源於反競爭行為所生之效率：研發；
3. 非結合特有或非屬可辨識效率：採購、經營管理、資金成本等。



#### (五) 垂危抗辯

仍沿用 1984 年之垂危抗辯，然 1992 準則並不認為垂危抗辯係豁免了顯著反競爭疑慮之結合案，而是結合之一方若符合垂危公司要件，則與之結合根本不會增加企業之市場力量，因結合後之市場情況不會比結合一方退出市場之情形還差<sup>281</sup>。對於垂危公司之要件，1992 準則除採用 1982 準則之三要件以外，增加第四要件：若垂危公司未結合將退出相關市場<sup>282</sup>。

至於垂危部門之要件，1992 準則比 1984 準則嚴格，要求垂危部門需應用適當之成本分配規則（cost allocation rules）下，部門營運呈現負的現金流量<sup>283</sup>。

#### 二、1992 準則與後芝加哥學派

70、80 年代以降，經濟學利用數學與博弈論重構產業組織理論，結合準則於 1992 年便因應新理論之改變而修正：結合競爭效果之討論再度增加，新闢單方效果之評估、市場進入之分析更詳盡，納入了沉沒成本之考量等等，均係受到後芝加哥學派影響之結果<sup>284</sup>。

美國於 1998 年以後，逐漸確立「實際可行之反競爭效果」(the viable factually supported anti-competitive effects)標準，若調查分析結果並未表明結合後不會發生「實際可行之反競爭效果」，則該結合案應不予禁止，此標準更形弱化了市場集中度在審查中之角色，而增加了結合之效率因素以及結合後實際市場狀況之分析比重<sup>285</sup>。後芝加哥學派之研究，使得對競爭行為之認知更多樣化，舊準則中之硬性規定之數字減少，例如：HMT 之漲價期間不再硬性規定為一年，價格調整亦不再

<sup>281</sup> Id., Section 5.0.

<sup>282</sup> Id., Section 5.1.

<sup>283</sup> Id., Section 5.2.

<sup>284</sup> Baker, supra note 12, at 69.

<sup>285</sup> 胡甲慶，前揭註 56，頁 164。



以 5% 為標準，而改依個案產業彈性調整。

### 三、相關案例

*F.T.C. v. Staples, Inc.*<sup>286</sup>一案涉及二大型連鎖超市之結合，FTC 利用價格數據以及超市掃描技術，將市場界定為辦公用品超市，而非辦公用品銷售，因此結合雙方乃市場上前二大廠商，法院採納之，因此認定市場集中度過高，再加上市場上大型辦公用品連鎖超市急劇下降，僅餘三家，新進入者無法達到規模經濟，市場進入困難。此外，結合廠商雖提出降低成本與回饋消費者之效率主張，然法院權衡專家證言後，認定結合雙方提出之效率主張不可信，因此最終做出不利於結合雙方之判決。本案雖符合 1992 準則所提出之五步驟分析方法，然一反於過去以高集中度推定價格明顯上漲，改以結合對價格之影響作為反競爭效果之直接證據，也以此統計數據證明相關市場界定。此後，以結合價格效果之直接證據作為市場界定與反競爭效果評估之案例所在多有<sup>287</sup>。

*FTC v. H.J. Heinz Co.*<sup>288</sup>一案涉及反競爭效果與經濟效率之爭。本案乃嬰兒食品市場上第二與第三大廠商之結合，FTC 認為嬰兒食品市場屬於高集中度市場，結合後廠商不但容易與第一大廠商共謀，並且結合雙方貨架空間競爭因結合不復存在而有單方提高價格之動機，至於結合雙方所提之效率主張，既無法證實亦非結合特有之效率，或者增加幅度不足彌補損害，因此認定結合案將減損競爭而提高產品價格；結合雙方則主張，結合將促使其有能力與市場上第一大廠商競爭，結合所生之成本節約將降低價格（藉由工廠重新整合）、新產品開發將促進競爭，因此結合反而會活絡市場競爭。上訴法院認為結合雙方所主張之效率得以透過自身改進產品配方與建立新品牌等對競爭影響風險較低之途徑而得到，結合雙方既然無法以經濟效率推翻結構因素之推定，因此禁止本結合案。法院雖未否定效率辯護之可能性，然「異常」(extraordinary) 效率之要求，令人不禁懷疑，在高度集

<sup>286</sup> *F.T.C. v. Staples, Inc.*, 970 F.Supp. 1066 (D. D. C. 1997).

<sup>287</sup> *Kwoka & White*, supra note 64, at 198.

<sup>288</sup> *FTC v. H.J. Heinz Co.*, 246 F.3d 708 (D. C. Cir. 2001).

中市場上之效率辯護，要到什麼程度才能讓法院接受<sup>289</sup>？誠如結合準則所述，結合之潛在反競爭效果愈大，則主管機關所要求之可辨識效率也愈大，而效率因素最可能在反競爭效果不大之結合案件影響主管機關決定，因此，在高集中度市場上，廠商可能藉由結合獲取獨占地位之風險仍令主管機關或法院卻步，結合雙方試圖以經濟效率說服主管機關或法院接受結合案，仍極其困難<sup>290</sup>。

## 第四項 2010 年水平結合準則

### 一、準則重要內容

上述 1992 準則採取之審查五步驟分析，其實當代主管機關並未嚴格遵循，準則反而誤導大眾對於實務之認知，2006 年評注早已指出此點，2010 年準則之修正便是為了提升執法透明度，彌補實務運作與 1992 年準則之落差<sup>291</sup>。然五步驟即使並非依序之分析步驟，仍然屬於準則之五核心內容，以下雖仍依相同次序介紹 2010 準則，然須注意，2010 準則係更有彈性且更整體之分析，以事實為基礎，著重於競爭效果，五核心內容並非線性而僵硬之分析過程，並非必須始於市場界定，五核心內容不再是五分析步驟，而是整體之綜合評估，主管機關所獲得之證據亦用於分析整體並相互印證<sup>292</sup>，因此，2010 準則首先便於第 2 條介紹各種主管機關分析所可能使用之證據種類與來源，在個案上，採取彈性之分析方法，依所獲得之證據選取適合個案之分析方法<sup>293</sup>。第 3 條指出價格歧視可能影響後續市場界定（第 4 條）、市占率（第 5 條）以及競爭效果之評估（第 6 條、第 7 條），一旦價格歧視可行，即使企業全面調漲價格無利可圖，仍可能針對目標客群漲價而獲利，此時


<sup>289</sup> Kwoka & White, *supra* note 64, at 175.

<sup>290</sup> 效率主張要為主管機關或法院所接受，必須「夠大」足以抵銷反競爭效果，或必須為結合所「特有」，本文認為，此二要件幾乎足以用來反對所有效率辯護，縱使是準則指出的，主管機關認同規模經濟、生產設備整合、工廠專門化、較低運輸成本、新產品等等，其實均可藉由企業自身內部成長獲得，除非證明結合得以大幅縮減達到效率目的之時程，否則效率難獲主管機關青睞。

<sup>291</sup> Shapiro, *supra* note 193, at 7 & 9.

<sup>292</sup> 例如：在結合前，結合對象是否已經或可能成為頭號競爭者，這種證據同等適用於評估單方效果與市場界定。See 2010 Guidelines, §2.1.4.

<sup>293</sup> Shapiro, *supra* note 193, at 7.



主管機關便可能針對該群客戶界定相關市場、評估競爭效果（包括單方效果及競爭效果均與價格歧視相關）<sup>294</sup>。結合審查重點在於評估結合廠商之市場力量，2010 準則第 1 條指出，結合增進市場力量係表現在價格提高、產量下降、創新消失，或其他傷害顧客之行為，因此不限於價格之考量，1992 準則雖已注意到結合對創新之限制，然 2010 準則以更大篇幅闡述之<sup>295</sup>，顯見更重視此議題。以下便依五核心內容介紹 2010 準則。

### （一）市場界定及集中度

1992 年以前之準則，均強調市場界定分析技術，該技術因而日益專業與精確，然市場界定與市場占有率、集中度所描繪者，乃歷史證據，而結合審查重在預估未來，而且未考量所界定出之市場內與市場外產品差異程度，故集中度往往誇大或低估特定結合案之反競爭影響，2010 準則便認為執行機關過分仰賴市場界定，因此將市場界定之角色淡化，並將其他因素之權重增加，建議使用更廣泛之分析工具<sup>296</sup>。畢竟，需求替代是一個由遠到近之光譜，市場界定是必須將較異質之替代品剔除於市場界線之外，乃必要之簡化<sup>297</sup>，而非精確之界線，亦非納入所有客戶對相異產品替代性之評估，而且無法因界定出一個市場後，便得知不同產品間相互競爭之全貌<sup>298</sup>。

然而，這並非意謂著應該排斥運用市場集中度預估競爭效果，有些案件，特別是具有共同效果之案件中，市場集中度更能提供證據<sup>299</sup>。市場界定仍有其應扮演之角色：確定會引起競爭關注之商業界線與地理範圍、使機關辨別市場參與者

---

<sup>294</sup> 2010 Guidelines, §3. 同條並指出價格歧視可行之條件在於：企業得以實施差別定價以及防止客群之間的套利行為。然需注意，價格歧視可能增強企業對特定客群之市場力量，因此價格歧視與結合是否可能增進市場力量高度相關，然而價格歧視本身並不違反反托拉斯法。See Shapiro, *supra* note 193, at 44.

<sup>295</sup> See 2010 Guidelines, §6.4.

<sup>296</sup> Hovenkamp, *supra* note 18, at 41-42.

<sup>297</sup> Hovenkamp, *supra* note 18, at 43.

<sup>298</sup> 2010 Guidelines, §4.

<sup>299</sup> Shapiro, *supra* note 193, at 8.

及計算市占率和集中度<sup>300</sup>。故新準則於第 4 條仍以相當篇幅說明如何界定市場，只是特別指出市場界定本身既非終點亦非分析之起點：「市場界定本身不是結論所在，但它有助於評估結合案之競爭效果。主管機關之分析亦不必然始於市場界定，有些分析工具並不仰賴市場界定。<sup>301</sup>」市場界定與市占率之衡量最終目的在於評估競爭效果，亦即用於判斷結合是否實質減損競爭<sup>302</sup>，因此市場界定與市占率僅僅係作為整體評估的分析方法之一，並非必然採用之分析方法，即使採用，其本身既非目的亦非結論<sup>303</sup>。

2010 準則對於市場界定明確採取狹窄界定之態度，認為狹小市場界定較能精確掌握相近替代品間之競爭，評估結合案之競爭效果，若界定過廣而將差異性大之產品納入市場中，將會誇大其重要性而誤導市場占有率。舊準則中已採取之 HMT 仍予以保留，用於確保市場界定不會太小<sup>304</sup>，亦即確保市場夠廣而足以成立反托拉斯意義之相關市場<sup>305</sup>，然取消特定且反覆之測試過程，因 1992 年準則建立此概念架構以來，在理論上與實踐上執行有所困難，往往無法採用之<sup>306</sup>，故主管機關通常在最小相關市場滿足 HMT 之情形下始仰賴市占率與市場集中度，也因此，有評論認為，與 1992 準則相比，2010 準則其實是放寬了「最小市場原則」<sup>307</sup>。HMT 關注於假設壟斷者之定價動機是否與各自獨立時有所不同，亦即假設壟斷者是否在控制一組產品後，至少會將一個產品提高小幅但有意義且非暫時性之價格<sup>308</sup>，

---

<sup>300</sup> 2010 Guidelines, §4.

<sup>301</sup> Id.

<sup>302</sup> Id., §4.1.1.

<sup>303</sup> DOJ 與 FTC 發布之 2006 年評注已指出，在單方效果理論下評估結合對競爭之傷害時，集中度是不重要的，因單方效果係分析結合廠商在沒有其他競爭者合作下，是否會運用市場力量，與市場界定或市占率無關。而相對的，相同資訊可能同時適用在不同層面之分析，競爭效果之直接證據可能是分析起點，反過來推知市場範圍（例如：證據顯示提供一群產品的廠商數顯著減少而引起價格的上漲，這可能係代表該群產品形成一個相關市場）。See DOJ & FTC, *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*, p. 3, 10, 14 & 16 (2006), available at: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/215247.htm> [hereinafter 2006 Commentary].

<sup>304</sup> 2010 Guidelines, §4. 準則指出，若市場界定太小，則該市場外之產品競爭充分，即使消除市場內產品之競爭關係，亦不會造成直接客戶或下游消費者之損害。

<sup>305</sup> 2010 Guidelines, §4.1.1.

<sup>306</sup> 在理論上，HMT 無法察覺所有實質減損競爭之水平結合，在實踐上，可能難以辨別何者為「次佳替代品」，然而這會影響最終分析結果。See Shapiro, *supra* note 193, at 38.

<sup>307</sup> Shapiro, *supra* note 193, at 37-38.

<sup>308</sup> See Shapiro, *supra* note 193, at 39-40. 該文指出，市場界定 HMT 關注於假設壟斷者獨占一組產品

此時，評估客戶對於漲價之反應時，2010 準則指出，主管機關會評估重獲率（recapture percentage），若重獲率越高、重獲利潤越大，則假設壟斷者漲價便越有利可圖<sup>309</sup>，此乃因為當價格上漲而客戶轉用其它假設壟斷者所擁有之替代品時，假設壟斷者之漲價行為並未損失銷售量，其經濟邏輯與下述單方效果之移轉率（diversion ratios）類似，若產品過去有漲價之經驗，則即使缺乏評估需求體系之資料，仍可能蒐集到重獲率之資訊，過去二十年以來，嘗試利用結合前之價格、成本與移轉率等資訊於 HMT，而毋庸完整評估需求體系<sup>310</sup>。此外，在價格歧視之市場中，假設壟斷者可能得以針對部分客群 SSNIP 而得以獲利，面對此種情形，主管機關可能會環繞這些目標客群（targeted customers）界定相關市場<sup>311</sup>。

除 HMT 之外，亦可將「臨界損失分析」（critical loss analysis）與客戶面臨漲價反應之證據相互印證，此方法長期以來，均由主張市場界定太小之結合雙方提交給主管機關，故 2010 準則解釋主管機關如何評估與操作此分析<sup>312</sup>。「臨界損失」係指讓廠商產品價格上漲而獲利不變之損失銷售量<sup>313</sup>，「臨界損失分析」係比較「臨界損失」與「預估損失」，亦即測試某特定價格漲幅下，多少銷售量損失將使廠商無利可圖，後考量是否預估銷售損失超過臨界水準，如果是，則該價格上漲無利可圖，故市場界定範圍應再擴大，然而由於大多數結合案尚未發生，因此必須以需求彈性評估銷售量之損失<sup>314</sup>，2010 準則指出，主管機關會考量所有客戶替代品而判斷預估損失，且結合前利潤若是高的，一般表示廠商所面對之需求對於價格變動不甚敏感<sup>315</sup>。相較於 HMT 係假定壟斷者之利潤最大化分析，臨界損失分析則

---

所致之定價動機「改變」，與克萊登法實質減損競爭標準所關注之結合導致價格「改變」相互連結。

<sup>309</sup> 2010 Guidelines, §4.1.3.

<sup>310</sup> 因資料往往不夠充分而無法做出可靠且健全之需求體系評估，且一開始之門檻測試便急需相對簡單之市場界定方法。再者，若需求體系可直接評估，則可運用結合模擬預估結合後價格。See Shapiro, supra note 193, at 39-40.

<sup>311</sup> 2010 Guidelines, §4.1.4. 準則第 3 條「目標客群與價格歧視」乃 2010 準則所新增，該條指出，在價格歧視之情形下，即始產品全面調漲價格無法獲利，針對目標客戶之漲價卻可能獲利，因此價格歧視將影響市場界定、市場占有率以及競爭效果之評估。

<sup>312</sup> Shapiro, supra note 193, at 41.

<sup>313</sup> 2010 Guidelines, §4.1.3.

<sup>314</sup> Hovenkamp, supra note 18, at 26-27.

<sup>315</sup> 2010 Guidelines, §4.1.3.

是於價格上漲情形下，比較收入增加程度與客戶轉移程度之盈虧均衡分析（breakeven analysis）<sup>316</sup>。

市占率一般是計算相關市場中生產產品之所有廠商，然若其他市場參與者列入計算可以反映其競爭上重要性時，主管機關也會將其他市場參與者列入<sup>317</sup>，其他市場參與者包括垂直整合廠商、不久將來確定之進入者，以及毋庸沉沒成本（sunk costs）即可迅速調整供給以回應 SSNIP 影響之迅速進入者（rapid entrant）<sup>318</sup>。然而由於市場占有率屬於歷史證據，故主管機關在計算與解釋市占率資料時，會考量合理可預估之市場條件改變，或依個案特性不同，而選擇採用較能反映未來競爭重要性之要素（例如：收入、單位銷售量、擴張產能之能力與動機等）衡量市場占有率<sup>319</sup>。至於集中度，2010 準則以前之執行實務本未嚴格遵照 1992 年準則，執行機關所挑戰之結合案，HHI 幾乎未小於 2400<sup>320</sup>。為反映此實務，2010 準則所使用之 HHI 標準比 1992 年準則寬鬆，高度集中市場之門檻提高到 2500，且結合所增加之幅度大於 200 時，推定結合可能增進市場力量<sup>321</sup>，然而準則亦指出，低集中度、中度集中度、高集中度之門檻區分並非嚴格標準，HHI 之重要性只是提供方法「識別不可能有反競爭疑慮」者，以及需要特別深入審查之結合案，高集中度者確實會受到審查關注，然而尚須深入審查其他競爭因素是否確立、強化或抵消集中度增加所致之競爭傷害<sup>322</sup>。

## （二）反競爭效果

### 1. 單方效果

單純因二廠商間結合所致之競爭消除便可能構成實質減損競爭，在邁向壟斷

<sup>316</sup> Id.

<sup>317</sup> 2010 Guidelines, §5.2.


<sup>318</sup> 2010 Guidelines, §5.1. 準則定義沉沒成本係指進入或退出時，無法在相關市場外回復之成本。2010 準則在此所稱之「迅速進入者」實與 1992 準則第 1 條所謂之「無約束進入者」（uncommitted entrants）相同，且均列為市場上之參與者。

<sup>319</sup> 2010 Guidelines, §5.2.

<sup>320</sup> Hovenkamp, supra note 18, at 40.

<sup>321</sup> 2010 Guidelines, §5.3.

<sup>322</sup> Id.



之結合案最為明顯<sup>323</sup>，然而過往之準則均以寡占行為或共謀為分析基礎，自 1990 年代，單方效果開始受到日益關注<sup>324</sup>，近年來，主管機關調查單方效果甚至多於共同效果，1992 年到 2010 年之間結合執行實務最大改變便是單方效果成為主管機關最常審查之反競爭效果理論<sup>325</sup>。單方效果之分析技術不斷改善，在結合審查中日益重要，2010 準則在 1992 年準則之基礎上，更詳盡地描述了單方效果，於第六條討論了四種市場背景下之審查單方效果模式：異質產品定價（pricing of differentiated products）、議價與競價（bargaining and auction）、同質產品之產能與產出（capacity and output for homogeneous products）以及創新與產品多樣性（innovation and product variety），後者乃全新章節，因此，對於單方效果之評估除了價格效果外，更涵括了創新、產品品質與多樣性。

單方效果中之異質產品分析為 2010 年準則之重要部分，其延續並擴張壟斷性競爭之思維，仍將產品差異性視為對廠商之保護，使廠商得以訂價高於競爭價格而增加利潤<sup>326</sup>。第 6.1 條對於異質產品定價之分析，使用了三種經濟分析工具：轉移率（diversion ratios）、向上定價壓力（upward pricing pressure，下稱 UPP）、結合模擬模型（merger simulation model），分述如下。

#### (1) 移轉率

在異質產品產業中，產品之間是一連串具有差異性之替代品，其中有些產品之間是近似替代品，相互競爭激烈，與其他產品則競爭較不激烈、差異性較大<sup>327</sup>，此乃由於異質產品市場上之各種產品之間替代性程度不同，競爭程度不一，不適合以一致化衡量市場力量之市占率或集中度評估之，後者實為同質性工業產品背景下之分析方法<sup>328</sup>。轉移率係指第一產品由於價格上漲產生之單位銷售損失中，移轉至第二產品所占之比率，它用於量化結合廠商所售產品間之直接競爭程度，

<sup>323</sup> 2010 Guidelines, §6.

<sup>324</sup> Hovenkamp, supra note 18, at 8-9.


<sup>325</sup> Shapiro, supra note 193, at 5 & 11.

<sup>326</sup> Hovenkamp, supra note 18, at 24.

<sup>327</sup> 2010 Guidelines, §6.1.

<sup>328</sup> Shapiro, supra note 193, at 5.





此種分析方式無庸仰賴市場界定、市場占有率或市場集中度<sup>329</sup>。只要夠多客戶認定結合他方之產品為其次優選擇時，結合一方價格上漲所致之銷售損失只是移轉至結合另一方產品，則結合前無法獲利之漲價行為將因為結合而得以獲利。簡言之，移轉率越大，結合雙方產品之直接競爭程度越大，事業結合後越可能提高價格而仍得以獲利，則單方效果越強。需注意者是，利用移轉率評估單方效果，重點在於需求方之分析，與整體市場或供應方無關，無庸考量其他非結合廠商產品之相似程度<sup>330</sup>，除非結合前產品價格與邊際成本(incremental cost)之差額(margins)很低<sup>331</sup>，否則移轉至結合對象之數量無庸接近多數，亦即縱使結合廠商間之產品並非最相似之替代品，有更多銷售量移轉至非結合廠商產品，結合雙方間產品之移轉率毋庸係異質產品市場上最大者，只要夠多客戶認定結合他方之產品為其次優選擇仍可能發生單方效果<sup>332</sup>，2006年評注已經指出此點。

1992年準則於第2.21條對於異質產品市場之單方效果分析，雖未使用「移轉率」之字眼，然亦表達相同概念，指出結合產品相似程度影響單方價格上漲之能力，惟1992年準則於第2.211條係利用合併雙方之市占率總和35%、集中度落於安全港外，而推定合併公司之產品為近似替代品<sup>333</sup>，此一推定於2010年準則中不再出現<sup>334</sup>。2010年準則亦未連結移轉率與市占率之關係，畢竟，移轉率更適合評估異質產品市場，也更直接評估單方效果。

當市場上有電子交易紀錄時，以移轉率評估單方效果極具可行性<sup>335</sup>。然而，移轉率係假設所有競爭者之成本相同，且未考量競爭者之間因應價格而調整生產，亦未考量銷售通路之貨架空間分配以及推銷力度。非結合廠商對於結合廠商

---

<sup>329</sup> 2010 Guidelines, §6.1.

<sup>330</sup> Shapiro, supra note 193, at 18-19.

<sup>331</sup> 2010 準則中所指之增量成本(incremental cost)概念應與邊際成本(marginal cost)相同。See Shapiro, supra note 193, at 23-24.

<sup>332</sup> 2010 Guidelines, §6.1.

<sup>333</sup> 1992&1997 Guidelines 第2.211條指出，以市場集中度衡量單方效果之前提在於，任一產品之市場占有率反映出的不僅僅是消費者對結合產品的優先選擇，尚須反映次佳選擇(因第二選擇乃第一選擇競爭上之限制)。而消費者實際的第一與第二選擇可能藉由市場調查或產業參與者而獲得。

<sup>334</sup> 不再援用之原因：See Shapiro, supra note 193, at 20-21.

<sup>335</sup> Hovenkamp, supra note 18, at 28.

之漲價行為，如係處於同一市場上，則非結合廠商應有能力回應而重新調整規劃其產品才是，因此移轉率只是考量需求方短期之行為，可能誇大反競爭效果<sup>336</sup>。有論者解釋，重新定位在實務上很少成為重要因素，且重新定位產品之難易亦隨市場不同而變化很大，故利用移轉率評估單方效果時，非結合廠商對結合案之回應在移轉率分析暫毋庸考慮，而將重點置於評估結合廠商間產品之競爭程度、相近程度，與整體市場無關<sup>337</sup>。因此，不同於 1992 準則將非結合廠商重新定位產品列為單方價格上漲要件之一<sup>338</sup>，2010 準則逕以結合產品之直接競爭程度作為單方效果之評估，僅於末段指出，其他非結合廠商若提供之產品與結合廠商極其類似，則不可能產生明顯單方價格上漲，有些案例可能引發供應方之回應，類似於市場進入（entry），故判斷產品之重新定位是否足以阻止或抵消異質產品結合所生之單方效果，與評估市場進入相同，均考量及時性、可能性與充分性<sup>339</sup>。

## (2) 向上定價壓力

2010 準則引進移轉銷售價值（value of diverted sales）作為結合一方產品由於結合而產生 UPB 之指標，若「移轉銷售價值」占漲價「損失收入」之比例小，則顯著之單方效果不太可能發生，主管機關依此方式判斷異質產品市場上結合案之單方效果無庸仰賴市場界定、市占率或市場集中度<sup>340</sup>。

得以機會成本之概念思考 UPB。在不考慮其他非結合廠商之反應下，當產品 A 與產品 B 二產品因結合而被置於同一所有權下，A 降價而增加之銷售量之中，有些來自吸引購買 B 產品之客戶，B 銷售量因此被侵蝕，故降價而多銷售 A 引發了結合前所無之機會成本，A 與 B 之間移轉率越高，結合後廠商越沒有動機銷售 A，A 價格越會上漲。A 降價引發 B 銷售量下滑對於結合廠商之利潤影響涉及 B 對於


<sup>336</sup> Hovenkamp, *supra* note 18, at 28-30. 該文指出，零售商有其自利動機推銷販賣最佳之產品，且較不喜歡推銷以壟斷價格販售之商品。

<sup>337</sup> See Shapiro, *supra* note 193, at 16-18 & 21. 該文並指出，若結合以外之他事業產品為極相近之替代，則會有許多消費移轉到這些產品，此時必然降低結合事業產品間之移轉率。

<sup>338</sup> 1992&1997 Guidelines, §2.21.

<sup>339</sup> 2010 Guidelines, §6.1.

<sup>340</sup> 2010 Guidelines, §6.1. 其中，移轉銷售價值 = 移轉至該產品之數量 × (價格 - 邊際成本)。因漲價而損失之收入 = 損失量 × 產品價格。



利潤有多少貢獻，即 B 之價格與邊際成本差額。B 對利潤貢獻愈大，每多銷售一單位 A 所損失 B 銷售量之機會成本愈大，同樣的，A 價格上漲時，A 每單位銷售量下降所生之移轉銷售價值亦因 B 利潤貢獻愈大而愈高，因此結合廠商因同時擁有 A、B 二產品而可能調漲 A 價格，由此可知，單純只考量移轉率高或只考量利潤貢獻大，均不會產生 UPP<sup>341</sup>。最後，準則指出，若移轉銷售價值占 A 價格上漲導致收入損失之比例若很小，則 A 發生顯著之單方效果不可能發生<sup>342</sup>，亦即 A 價格上漲時，導致 A 收入損失很多，但移轉至 B 之銷售量不多，或即使移轉至 B 之銷售量多但由於 B 對於利潤貢獻不高，結合廠商單方調漲 A 價格之獲利不多，A 之 UPP 因此不高。

亦可將效率分析整合進上述方法，例如：創造效率而使 A 邊際成本下降之結合案，產生向下定價壓力（downward pricing pressure），因此事業結合後可能會產生兩股壓力，其一為結合事業間競爭消除而產生 UPP，其二乃結合所生之效率（以邊際成本節約衡量）而使價格有調降之壓力，淨向上定價壓力便係比較上述二相反壓力<sup>343</sup>，亦即可以直接比較產品 A 之邊際成本與機會成本，若機會成本大於效率，則結合案使 A 產生淨向上定價壓力<sup>344</sup>。

### (3) 結合模擬

基於市場界定或市場集中度之審查準則，雖符合直覺，但並非基於任何明確之競爭與福利效應模型，因此其他替代技術方式應運而生，2010 年準則所引進之「結合模擬」即為其中之一，再者，市場界定需透過需求與成本函數之估計而界

---

<sup>341</sup> See Shapiro, *supra* note 193, at 22-24 & 27. 該文證明了移轉銷售價值=移轉率×產品 B 對利潤之貢獻-銷售產品 A 之機會成本。可以說，移轉銷售價值是結合廠商每多銷售一單位 A 產品而額外引發機會成本之衡量方法。

<sup>342</sup> 2010 Guidelines, §6.1. 此外，Shapiro 於 *The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years* 一文證明這裡所指之比例即等於 A 之總向上定價壓力指數（gross upward pricing pressure index），因此比例小亦即 A 之總向上訂價壓力小，即 A 之單方效果發生機會不高。See Shapiro, *supra* note 193, at 25.

<sup>343</sup> 王繼平、于立，前揭註 247，頁 9-11。

<sup>344</sup> Shapiro, *supra* note 193, at 26.

定市場，便可以直接用這些數據估計而模擬出結合效果<sup>345</sup>。結合模擬係利用結合前之資訊以及企業於相關市場行為之假設，而預測結合影響之經驗方法。只要資料取得充分，主管機關便可以為結合個案之單方效果設計量化模型，模型常包括非結合廠商之價格回應，以及結合所生之效率等等<sup>346</sup>，此方法毋庸始於市場界定，而係直接評價異質產品水平結合之單方效果方法之一<sup>347</sup>。2010 準則指出，結合模擬並非決定性之證據，主管機關毋寧著重於結合模擬是否比其他單一模擬（single simulation）更能一貫地預估實質價格上升<sup>348</sup>。事實上，DOJ 與 FTC 在九〇年代以降，便運用結合模擬分析個案之單方效果<sup>349</sup>。

結合模擬方法之優點有<sup>350</sup>：一，不存在市場界定之問題；二，將邊際成本整合至分析中而得以計算淨福利效應，解決結合對競爭效果有利與不利因素間之權衡；三，需求與成本函數做出明確假設，有助於明確爭點。然亦有缺點<sup>351</sup>：一，結合模擬需要對企業間之競爭模式或競爭性質假設，且須選擇合適之模型對需求系統進行正確評估，因此，對於競爭以及相關函數假設影響模擬之結果，一旦選擇錯誤將影響預估之正確性；二，模型可能過於簡單而無法對個案事件作出滿意之預測；三，涉及許多數字，亦流於晦澀難解，影響審查之透明度。

「議價與競價」主要源於 2006 年評注，用於買賣雙方交涉談判以決定價格及其他交易條件之情形，特別是中間產品或服務之產業<sup>352</sup>，此種市場上之廠商所面對之客戶也是企業而非最終消費者，而且很多買方是有力買方（powerful buyer）<sup>353</sup>。其單方效果評估一樣適用上述異質產品定價所述之方法：其一，結合之一廠商於另一結合廠商得標時，越時常或越可能為次得標者時，單方效果越大；其二，

<sup>345</sup> Whinston, supra note 4, at 99-100.

<sup>346</sup> 2010 Guidelines, §6.1.

<sup>347</sup> 王繼平、于立，前揭註 247，頁 7。2006 年評注於第二章已指出主管機關可能運用結合模擬之模型解釋其所蒐集而得之資料。See 2006 Commentary, 25-26.

<sup>348</sup> 2010 Guidelines, §6.1.

<sup>349</sup> 2006 Commentary, 14, 27, 30, 31.

<sup>350</sup> 王繼平、于立，前揭註 247，頁 8-9。

<sup>351</sup> 同前註。

<sup>352</sup> 2010 Guidelines, §6.2.

<sup>353</sup> Shapiro, supra note 193, at 31-32.

在滿足客戶需求上，該次得標廠商比其他廠商具有優勢越大則單方效果越強；其三，結合前得標之獲利越多則單方效果越大<sup>354</sup>。上述三重要因素與異質產品單方效果評估之連結為：第一點類似移轉率，第二點代表次得標廠商與他廠商所提供之產品或服務差異程度，若差異愈大則利潤通常也愈大，即第三點<sup>355</sup>。在異質產品市場中，客戶選擇供應者所提供之各式各樣產品條件中最符合自己偏好者購買之，供應者須判斷價格與消費數量之關係，而相對的，在密封投標之情形，客戶綜合所有條件選擇最受吸引之方案使之得標，投標者須判斷標案與得標之關係，故二者有其相似性，且價格與數量之關係均成反比，然而詳細之單方效果分析端視個案拍賣形式而有所不同<sup>356</sup>。

這種背景下之結合廠商由於需要與客戶洽談價格，賣方往往有許多關於個別客戶之資訊，因此，在中間產品市場上價格歧視十分普遍，DOJ 常需調查判斷是否某類客戶或某些個別客戶可能因結合而受害，例如：大客戶之價格較低、轉換成本高之客戶所獲得之價格比新客戶還高等等，2010 準則第 3 條「目標客戶與價格歧視」之增訂便反映此種情形在實務上之重要性<sup>357</sup>。

於「同質產品市場之單方效果」方面，主管機關將評估結合廠商是否壓抑產出、提高價格而有利可圖。例如：擁有大銷售量基礎之廠商與具有大量產能之廠商結合，可能使抑制產出之策略獲利，因為一方面，結合可能提供結合廠商一個更大之銷售量基礎，使其價格上漲獲利，另一方面，也消除了有能力擴張產出回應價格上漲之競爭者，即使擁有多餘產能之競爭者市占率偏小，其擴張產出之能力可能足以阻止價格上漲，因此與之結合便可避免壓抑產出之策略遭受競爭者回應而失敗<sup>358</sup>。此外，準則尚提出壓抑產量之策略要能獲利之條件有五，資不贅述<sup>359</sup>。

---

<sup>354</sup> 2010 Guidelines, §6.2.

<sup>355</sup> Shapiro, supra note 193, at 33.

<sup>356</sup> Shapiro, supra note 193, at 32.

<sup>357</sup> Shapiro, supra note 193, at 32 & 43.

<sup>358</sup> 2010 Guidelines, §6.3.

<sup>359</sup> Id.

最後，2010 準則比以往還重視非價格競爭之重要性，專於第 6.4 條解釋主管機關審查單方效果時，也會將創新與產品多樣性等非價格競爭列入考量。創新競爭長期而言對消費者有利，有些案件中，產品是免費提供給消費者時（例如：廣播、網路），吸引消費者之競爭便完全在非價格競爭之層面上<sup>360</sup>。主管機關將評估

- (1) 結合一方之創新成功可能奪取結合他方銷售量之程度，若一方創新之獲利大多來自他方之損失，則可能削減創新；
- (2) 結合後創新之動機是否低於未結合前之程度；
- (3) 若結合發生在具有創新互補能力之雙方，則結合可能促進創新發生，此點評估與效率評估相關；
- (4) 結合一方產品之利潤若大多來自犧牲他方產品，則可能停止供應其中一種客戶喜愛之產品，而使產品多樣性下降，然而，若結合是促使產品有效率之整合，減少對客戶價值低的產品時，產品多樣性之減少可能有利於競爭。

結合亦可能增加產品多樣性，因結合可能鼓勵廠商重新定位其產品而增加其產品與他廠商之差異性<sup>362</sup>。2010 準則傾向認為競爭會刺激創新發生，結合則可能消除競爭關係下之創新投入與產品多樣性，然而，仍須配合效率之衡量，依個案情形評估是否可能因為能力互補或重新定位產品等因素促進創新與增加產品多樣性，如此始能判斷結合對創新與產品多樣性之最終效果。

## 2. 共同效果

共同效果一方面使廠商毋庸爭取競爭者手中之客戶致提供更佳交易條件之動機消失殆盡，另一方面亦因毋庸顧慮漲價會使客戶流失而增加價格上漲之動機

<sup>363</sup>。共同效果包括兩種情形：明示共謀如何競爭或限制競爭，以及雖無明示共謀，

<sup>360</sup> Shapiro, *supra* note 193, at 34.

<sup>361</sup> 2010 Guidelines, §6.4.

<sup>362</sup> *Id.*

<sup>363</sup> 2010 Guidelines, §7.

但基於普遍認知，對於破壞協調互動之行為有偵查與懲罰機制<sup>364</sup>。第二種情形需與平行協調行為（parallel accommodating conduct）相區別，平行協調行為並非依據事前認知或協議之結果，而可能是任一競爭者基於他人競爭動態而理性做出之個別回應<sup>365</sup>。

結合可能改變市場參與者之互動，促使共同效果發生，然而廠商間之協調行為為具有多種形式，且結合促使共同效果發生這件事可能無法量化或詳細證明，因此主管機關利用集中度，並配合市場是否易於協調合作之評估而判斷發生共同效果之風險。2010 準則指出，即使無確切證據，只要結合均符合下述三要件，則主管機關便可能挑戰結合案：(1)集中度明顯上升且為中、高度集中市場；(2)主管機關有可靠基礎認定結合使得市場更易遭受協調行為侵害；(3)市場特徵顯示容易發生協調行為<sup>366</sup>。

市場是否易於發生協調行為之證據，主管機關會考量結合前之歷史證據以及其他可類比之地理或相關市場之共謀經驗。例如：若結合前共謀之企圖失敗，表示市場成功共謀不易，然並非困難到得以阻止共謀嘗試，結合後或許會使共謀成功之可能性增加；若廠商之市占率大，且於結合前曾參與明示共謀，則除非市場競爭條件改變，否則主管機關將推定市場條件有助於廠商間協調互動<sup>367</sup>。

市場特性可用來評估事業間傾向於競爭或共謀：

#### (1) 好發協調行為之市場

在交易條件相對透明之市場上，若發起競爭行為容易被其他競爭者迅速且確實地察覺，例如供應者間經常性互相監控價格或客戶；發動競爭吸引同業競爭者之客戶而獲利，然競爭者卻往往得以強烈且迅速回應，致該積極競爭所創造之獲利消失殆盡時，市場容易發生協調行為，例如只有少數重要競爭者、產品相對同質、客戶容易轉換交易對象之市場；若廠商價格上漲不太會流失客戶，或

<sup>364</sup> Id.

<sup>365</sup> Id.

<sup>366</sup> 2010 Guidelines, §7.1.

<sup>367</sup> 2010 Guidelines, §7.2.



者價格下降、搶先提供先進產品給客戶卻無法維繫許多客戶時，市場容易發生協調行為；市場需求彈性越低、越多參與協調合作者得以從成功之共謀中獲利，則協調行為越容易發生<sup>368</sup>。

## (2) 易出現競爭行為之市場

當廠商對市場現狀利害關係較少時，例如擁有較少市占率卻可迅速擴張之事業，較可能發動競爭策略；若事業之銷售特性是偶爾為之且訂立長期契約，或在競爭者做出回應前，有相對多數之客戶會移轉至發動競爭廠商時，容易有競爭行為出現；在競相提高技術創新之市場上，競爭者之回應不會影響已成功創新之獲利，市場上之業者便容易發起競爭。

共同效果之傷害大小端視集體市場力量之大小，若市場上具有市占率小、對於協調合作之利害關係小，又可以迅速擴張銷售量之市場參與者時，則可能摧毀集體市場力量<sup>369</sup>。若存在大買方也可能藉由提出幾個大型契約標案、採購決策不透明化等方式，而策略性破壞賣方市場之協調合作<sup>370</sup>。此外，市場上廠商所生產之產品相互間差異越大，則廠商之間共謀越不易成功，故產品異質性成為結合審查之減輕因素<sup>371</sup>。

## (三) 市場進入

市場進入有三種形式：其一，迅速且容易進入市場以回應競爭者之 SSNIP<sup>372</sup>、其二，在結合發生之前已經打算進入市場、其三，結合發生後始誘發進入。前二者在 2010 準則中被列為市場參與者，甚至第一種情形可能被賦予市占率，而第 9 條所謂的市場進入僅針對第三種情形而言<sup>373</sup>。

2010 準則在市場進入之內容並無多大之改變，然比過往之準則更重視進入歷

<sup>368</sup> Id.

<sup>369</sup> Id.

<sup>370</sup> Id.

<sup>371</sup> Hovenkamp, *supra* note 18, at 47-48.

<sup>372</sup> 即 2010 結合準則§5.1 所稱之「rapid entrant」。

<sup>373</sup> 2010 Guidelines, §9.



史<sup>374</sup>。相關市場上若缺乏成功且有效之市場進入，可能意味著現存廠商之市場價值（market values）大大地超越其有形資產，其無形資產對進入者而言難以複製，因此主管機關可能因此認定市場進入不易<sup>375</sup>。若相關市場曾有失敗之進入歷史，亦有助於判斷進入成功所需之成本、規模、障礙、風險、時點、銷售機會等條件，主管機關評估進入之及時性、可能性與充分性之精確且詳細資訊雖不易取得，甚至無法獲得，然主管機關會考量合理可得且可靠之證據<sup>376</sup>：

### 1. 及時性

2010 準則要求進入必須「夠迅速而使客戶不受結合明顯傷害」<sup>377</sup>，至於實現進入之時間則未如 1992 年準則定有明確但僵固之時間限制，因進入之迅速與否應依各個產業與產品特性之不同而分別判斷。

### 2. 可能性

只有當進入者綜合評估資產、產能、資金、風險、退出市場所蒙受之損失後，預期進入有利可圖始有進入市場可能性，而市場進入之獲利可能性端視於進入市場後可以達到之產出水準、價格，以及依其運行規模可能產生之單位成本<sup>378</sup>。

### 3. 充分性

進入需要足以阻止或抵銷個案所關注之競爭效果時，始具有充分性，例如：進入之廠商得以複製結合一方之競爭規模與強度、一個或多個廠商以小規模進入營運，只要不是明顯處於競爭劣勢，仍可能具有充分性<sup>379</sup>。不具有充分性之進入，例如：在異質產品市場中，進入者提供之產品不夠近似無法取代結合廠商之產品，而不足以使結合廠商之價格上漲無利可圖、新進入者可能由於最佳產能或擴張上之聲譽障礙而受限<sup>380</sup>。

<sup>374</sup> Hovenkamp, supra note 18, at 53.

<sup>375</sup> 2010 Guidelines, §9.

<sup>376</sup> Id.

<sup>377</sup> 2010 Guidelines, §9.1.

<sup>378</sup> 2010 Guidelines, §9.2.

<sup>379</sup> 2010 Guidelines, §9.3.

<sup>380</sup> Id.



#### (四) 結合效率

2010 年準則延續 1997 年準則之效率內容，幾乎未改變。準則指出，競爭通常會促使廠商內部達到效率，而結合之主要經濟利益也是產生顯著之效率，包括產品價格下降、品質提升、服務增進、新產品上市等，故結合可能因雙方資產互補而產生更有效率之競爭者，促進廠商之競爭能力與動機<sup>381</sup>。

效率必須是結合特有之效率（merger-specific efficiencies），若其他損害相同之非結合替代方案亦可產生該等效率，則該等效率將不予考量，然主管機關並不會堅持單純理論上之替代方案，其所列入考量者會是結合廠商所面臨之商業情況下實際可行之方案<sup>382</sup>。由於效率難以證明且量化、資訊多偏在結合廠商身上，再加上廠商所預期之效率可能不會實現，因此由廠商證實其所宣稱之效率，而主管機關查證廠商所宣稱效率之可能性極大小、如何與何時達成效率、達成之成本、該等效率如何促進結合廠商之競爭力與動機，以及為何該等效率係針對結合而生<sup>383</sup>。若廠商所宣稱之效率被類似之過往經驗所證實，則效率最可能被採信，相反的，不明確、假設性或無法合理證明之效率將不被列入考量<sup>384</sup>。

2010 準則指出，任何效率之增進不足以完全抵銷價格增加之結合案均應受到挑戰，「效率之特徵及大小必須使結合案在任何相關市場中均不太可能產生反競爭效果」，而執行機關會考量「可辨識之效率是否可能夠充分而足以抵銷結合案在相關市場上潛在傷害客戶之效果，例如阻止市場上價格增加」，而且準則亦聲明，主管機關雖然不會忽略結合案對於長期效率之影響，例如為研發、固定成本目的而為之結合，然會集中關注於結合對價格立刻造成之影響，而研發相關之效率，一般無法驗證且可能係源於反競爭效果而生<sup>385</sup>。結合在創新方面所生之效率，主管機關雖不考量研發成本之節省，然會評估：

---

<sup>381</sup> 2010 Guidelines, §10.

<sup>382</sup> Id.

<sup>383</sup> Id.

<sup>384</sup> Id.

<sup>385</sup> Id.



1. 研發是否更有效率，且此等效率可能激發創新而不影響短期定價；
2. 結合後廠商是否有更多利潤來自創新<sup>386</sup>。

對於效率與消費者福利之關係方面，結合企業雖未被要求必須將所有效率利得傳遞給消費者，然被要求證明結合案所獲得之效率夠大，足使結合後之價格得以維持或低於結合前之價格<sup>387</sup>，因競爭是為了保護客戶而內部運作效率則否，因此，若潛在反競爭效果越大，則效率必須越大，且必須有越多效率傳遞給消費者才會讓主管機關得出結合案不會對相關市場造成反競爭效果之結論<sup>388</sup>。

結合廠商之邊際成本下降，在單方效果上，可能會降低或阻止結合廠商漲價之動機；在共同效果上，可能會增加背離廠商價格下降之動機，或創造出新的背離廠商，終使協調合作不可能發生或合作無效率<sup>389</sup>。然而，依主管機關之經驗，效率幾乎從未成為結合導致壟斷或接近壟斷之藉口，效率只有在反競爭效果不大時，最有可能扭轉結合審查結果<sup>390</sup>。

#### (五) 垂危抗辯

2010 準則第 11 條指出，若結合之一方即將退出市場，則其市占率以及競爭上重要性等於零，此種結合案便不太可能增進市場力量，客戶之狀況也不會由於結合案之發生而處於更差之境地。與 1992 年準則類似，主管機關認定廠商即將退出市場有其嚴格要件，下述三要件均符合始構成垂危公司抗辯：(1)該廠商在不久的將來無法償還債務；(2)無法成功地重整；(3)曾努力嘗試將有形與無形資產留在相關市場上，並嘗試其他對競爭損害較小之非結合替代方案，然而均未能成功。

而垂危部門抗辯須符合二要件：(1)該部門營運持續呈現負的現金流量，且該負現金流量對獲利公司而言在經濟上不合理；(2)部門之所有者曾努力嘗試將有形與無形資產留在相關市場上，並嘗試其他對競爭損害較小之非收購替代方案，然

<sup>386</sup> Id.

<sup>387</sup> Hovenkamp, *supra* note 18, at 17.

<sup>388</sup> 2010 Guidelines, §10.

<sup>389</sup> Id.

<sup>390</sup> Id.



而均未能成功<sup>391</sup>。

2010 準則不論在垂危公司或垂危部門之要件上，均刪除了 1992 準則中「若未結合將退出市場」之要件，然而垂危抗辯之本質本有未結合將極可能退出市場之意涵，刪除該要件其實意義相同。

#### (六) 其他

此外，2010 準則於第 8 條提及「有力買方」(powerful buyer)，此乃 2010 準則新增加之章節。在中間產品市場上，結合廠商之客戶本身就是具有相當規模之企業，因此結合廠商往往會主張其客戶不會受到反競爭效果影響<sup>392</sup>。準則指出，有力買方可能會限制結合後漲價，但主管機關不會單純因為有力買方存在便推定結合所生之反競爭效果將受抵銷<sup>393</sup>，主管機關甚至會審查有力買方之選擇以及這些選擇如何受到結合而改變，畢竟，不論買方有何談判優勢，均仰賴於是否有其他可供選擇之替代方案，若選擇越多則議價優勢越大，大買方可能由於需求量較大，反而因此選擇較少而議價能力較差<sup>394</sup>。有力買方亦可能因為結合廠商之市場力量提升而受害，一般而言，結合中若有一方在結合前提供有力買方最優條件時，有力買方則因為結合消除了對已有明顯議價優勢之供應者而受害，縱使有力買方有能力保護自己，主管機關也會考量是否結合之市場力量會傷害其他客戶<sup>395</sup>，亦即主管機關會關心結合對所有買方之影響，而非僅僅只是有力買方。

第 12 條關注於買方結合造成之「買方市場力量」(buyer market power) 或稱買方壟斷 (monopsony power)，其分析架構與賣方市場力量提升相同。市場界定係評估賣方面對買方假設壟斷者所支付價格下降之情況下，有無替代方案；若賣方之貨品或服務有很多銷售渠道，則買方之市場力量不甚重要，反之，主管機關可

<sup>391</sup> 2010 Guidelines, §11.

<sup>392</sup> Shapiro, supra note 193, at 44.

<sup>393</sup> 有學者指出，在上、下游市場均高度集中且均有能力迫使對方市場競爭時，對廠商們最有利之結果並非破壞對方市場上壟斷情況，而是自制並分享壟斷利潤。See Hovenkamp, supra note 18, at 71-72.

<sup>394</sup> Shapiro, supra note 193, at 44-45.

<sup>395</sup> 2010 Guidelines, §8.

能認定買方結合將傷害賣方而減損競爭；分析買方市場力量之結合案時，亦須區辨進貨價格之降低係源於市場力量之增加或效率之提升<sup>396</sup>。

第 13 條關注於「部分收購」(partial acquisitions)。若部分收購之結果仍係有效控制目標公司，或實質上收購了所有目標公司之相關資產時，審查分析與結合極相似，因原本存在於其間之競爭均不復存在。而未能有效控制目標公司之部分收購，仍可能產生顯著之競爭關注，但與結合分析有些許不同，此時收購後各方關係之細節及這些細節可能如何影響競爭將很重要<sup>397</sup>。收購方對於競爭影響之分析通常著重在影響力上升、競爭動機下降、競爭資訊流通此三點<sup>398</sup>：

1. 部分收購使收購廠商有能力影響目標廠商之競爭行為，例如使目標廠商不為激烈之競爭行為，或與收購廠商協調合作；
2. 即使收購廠商並未影響目標公司之行為，亦可能降低收購廠商之競爭動機而造成競爭減損；
3. 收購廠商可能因此得以從目標公司獲得非公開、具競爭上敏感之資訊，而導致單方效果或共同效果，二廠商之協調能力上升。

至於部分收購之效率分析上，由於許多結合會產生之效率在部分收購通常無法實現，因此主管機關將評估部分收購是否有可能創造可辨識效率<sup>399</sup>。

## 二、相關案例

2010 準則強調結合分析乃一整體，非必始於市場界定，2005 年 Federated-May 一案，FTC 便始於競爭效果分析。本案涉及二傳統百貨公司之結合，證據顯示，即使在許多不同地理範圍或面對眾多傳統百貨公司競爭，結合雙方定價均維持一致，而且其他非傳統百貨公司之零售商並非相異之市場，再者，廠商定價與消費者購買行為均顯示相關市場夠廣大而不太可能招致反競爭效果，故最終因本案顯

---

<sup>396</sup> 2010 Guidelines, §12.

<sup>397</sup> 2010 Guidelines, §13.

<sup>398</sup> Id.

<sup>399</sup> Id.

示反競爭效果不會發生於任何可能之相關市場，FTC 毋庸進行市場界定即終結本案之反托拉斯調查<sup>400</sup>。

相較於 1997 年 Staples 案仍依賴市場界定、市占率和定價證明辦公用品超市與其他零售商有所區隔，而認定結合案將產生單方效果，2000 年 FTC v. Swedish Match<sup>401</sup>一案，則係評估消費者對於結合廠商產品之偏好，利用移轉率認定第一家公司漲價所流失之客戶中，有 40% 回流向第二家公司作為其次佳替代品之選擇，再加上本案具高利潤(margins)，合併後價格很可能提升，證明了結合之單方效果，因此禁止第一與第三大咀嚼菸草公司間之結合。

#### 第四節 小結


面對事前申報之結合案，執法機關須評估事業之結合是否可能實質減損競爭，等於要求執法機關或法院預測市場趨勢以及該案將來對市場競爭之影響。美國執法機關與法院對於結合審查態度之演變，是由通案單一標準逐漸轉向個案整體性綜合評估之演變過程，也是市場占有率以及市場集中度作為結合案禁止與否決定性指標之逐漸淡化過程，而各主流學派之理論則於此管制演進過程中，成為結管制之養分。

今美國結合實務對於結合審查之決定同受哈佛學派及芝加哥學派影響<sup>402</sup>。結管制一方面保留了哈佛學派觀點，認為規模愈大之合併，產生之寡頭市場結構愈容易導致集中，而更容易促成共謀合作，高利潤可能是高集中度而運用市場力量之結果。另一方面，受芝加哥學派觀點之影響，主管機關及法院認識到，公司間之協調合作並非如此容易，而且看似反競爭之行為可能實際上有增進效率之優點，因此承認高利潤可能是低成本或高效率之競爭結果，逐漸得以容忍較大規模之水平結合以及市場集中。隨後再經後芝加哥學派之修正，鐘擺再度偏往集中度

<sup>400</sup> 2006 Commentary, 11.

<sup>401</sup> FTC v. Swedish Match, 131 F.Supp.2d 151 (D.D.C. 2000).

<sup>402</sup> Crane, supra note 128, at 9.



提升可能增進市場力量運用這一方，看似中性之行為可能是反競爭之策略運用，事業亦無庸仰賴與他事業共謀即可能單方達成反競爭效果，市場機制實未如同芝加哥學派所想像的那麼健全而幾乎毋庸管制。職是之故，結合審查之分析必須更精確地評估個案廠商與產業特性，解釋清楚為何結合案可能或不可能帶來反競爭效果。競爭之概念雖已非 SCP 之線性分析，然可以分別從市場結構、廠商行為及市場績效三個層面觀察競爭之內涵，兼顧競爭之過程與結果、動態與靜態。

美國準則歷經將近半個世紀之演進，其歷程可以歸納為三點：市場結構重要性逐漸下降、競爭效果分析之關注提升、審查之彈性與透明度增加，分述如下。

## 第一項 市場結構重要性逐漸下降

市場結構漸從管制與否之決定性因素，退居為是否需要進一步分析之門檻標準。現今多認為市場占有率以及市場集中度等數據意味著企業過去之表現，不一定對結合未來影響性之預測具有代表性，故在個案上雖作為參考依據之一、於結合審查亦占有一席之地，然其意義與 60 年代所代表者已大不相同：

- 一、 集中度對於競爭效果亦僅係低市場績效之前提，僅屬於分析開端並不具有決定性意義，且受譴責之集中度標準大幅提高。縱使近年來策略行為考量之發展，發現多數為賺取壟斷利潤之策略，均以獲得主導廠商地位或相對高集中度為先決條件，當集中程度越提高，策略運用越有效<sup>403</sup>，法院或執法機關仍會考慮不同市場狀況，進一步審酌其他產業特徵與條件。
- 二、 再者，基於對規模經濟與範疇經濟等生產效率之認識，高集中度在政策意義上不再是拆分大企業<sup>404</sup>。經由芝加哥學派之提倡，以及全球化競爭，即使認為市場結構證據仍占據重要地位之學者，仍承認集中度本身並非目的，結構證據僅係手段<sup>405</sup>。

<sup>403</sup> Hovenkamp, supra note 18, at 4.

<sup>404</sup> Hovenkamp, supra note 18, at 5.

<sup>405</sup> Hovenkamp, supra note 18, at 43-45.



三、市場界定或市場占有率在 2010 準則更非分析起點，僅係整體分析、相互印證之一員，甚至在得以直接進行競爭效果分析之個案上，無庸進行市場界定，特別是在異質產品市場，市占率與市場力量之相關性更低。

因此，即使現今反托拉斯政策觀點並未回歸哈佛學派嚴格管制市場結構之態度，市場結構分析仍占一定分量，即仰賴結構性證據作為結合反競爭效果分析之前提或整體分析之一環，既非審查始點亦非終點。2010 準則更明白指出當市場力量可以被直接確定時，甚至毋庸以市場界定作為分析前提，並納入更廣泛之證據、分析方法，以整體觀點審查結合個案是否實質減損競爭。

## 第二項 競爭效果分析之關注提升

準則內容對於非市場結構因素之比重逐漸提升：1982 準則列出共謀因素、納入市場進入分析、1984 準則獨立出效率因素、1992 準則引進單方效果。2006 評注指出，主管機關適用準則係採取競爭效果分析（competitive effects analysis），此種分析可以直搗結合審查之核心問題：系爭結合案是否可能實質減損競爭<sup>406</sup>？分析包括共同效果、單方效果以及進入障礙，另一方面，結合也可能提高效率。而結合審查所得之證據使用於整體分析，相同證據往往與分析中許多因素相關，各因素互相關聯而相互印證解釋<sup>407</sup>。

在共同效果方面，係哈佛學派就開始注意到之問題，並認為共謀與市場上廠商數量呈負相關，經芝加哥學派以及學說研究發現影響共謀之因素有許多，例如產品之異同、交易條件與資訊之公開分享程度等等，並非單純僅受廠商數量影響。而單方效果乃 1992 準則始納入之概念，芝加哥學派相信市場機制，不認為單一廠商有能力行使市場力量，並認為廠商行為多有其合理正當之競爭生存目的，後來在異質產品市場之發展背景下，經後芝加哥學派研究，始了解其實單純二廠商間

<sup>406</sup> 2006 Commentary, p. 2.

<sup>407</sup> See 2006 Commentary, p. 3-4.





結合，便可能有能力運用其市場力量而減損競爭。

在進入障礙方面，哈佛學派認為，現任廠商得以索取大於競爭價格而不吸引新進廠商進入之因素均屬之；芝加哥學派認為，新進廠商所需耗費而現任廠商毋庸承受之支出者始屬之。結合政策上，採取芝加哥學派長期觀點而認為市場上幾乎不存在進入障礙，雖有其道理，然過於理想，在經驗上亦難令人信服，例如：進入確實有時間落差、進入與否往往也受制於現存廠商之效率與規模經濟等等，準則在進入分析之充分性上，要求進入者在規模與強度上需要足以阻止或抵銷反競爭效果或足以節制壟斷價格，似傾向採取哈佛學派之定義，將規模經濟等現存廠商之競爭優勢而列為進入障礙；在進入之及時性方面，1992 準則定有 2 年作為判斷基準，而 2010 準則刪除該確切但僵固之年份規定，改依個案產業特性判斷，有學者因此認為，在政策意義上毋寧應將進入障礙理解為「忍受現存廠商壟斷定價之時間」<sup>408</sup>，該時間之忍受即代表政策上一方面採取哈佛學派，認定大廠商因擁有進入障礙而得以阻止新廠商進入競爭，另一方面亦相信芝加哥學派所謂之市場調節機制，權衡執法資源後而容許一段壟斷定價時期。

在效率方面，運用集中度分析之前提便是認為結合具有「一般」(ordinary) 效率利得，若結合後之集中度不高或增加之集中度不多，則該結合案會被認定為促進效率，然而，一旦效率之增進需要納入評估，所考量之效率便必須是特別 (extraordinary) 而超乎一般預期<sup>409</sup>。準則演進顯示，結合審查漸趨於重視效率分析，從最開始的，僅僅於極例外之特殊案件中才受到考量<sup>410</sup>，受芝加哥學派影響，演變成現今只要結合通過結構因素之門檻測試，被界定為具有反競爭疑慮後，便須要進行效率分析，效率已成為整體審查的分析項目之一。納入效率因素衡量結合效果與企業自利動機通常不謀而合，大大放寬了企業以結合做為商業策略運用之空間，隨著 1984 年及 1992 年準則頒布後，產生第四次與第五次之併購浪潮。

<sup>408</sup> Hovenkamp, supra note 18, at 52.

<sup>409</sup> Hovenkamp, supra note 18, at 19.

<sup>410</sup> 1968 Merger Guidelines, Section 10; 1982 Guidelines, Section V(A).

惟因資訊多偏在結合廠商手中，因此要求結合廠商提出證明證實其效率主張，廠商為了說服主管機關亦應樂於提供資料，然廠商之主張是否過於誇大、不切實際或無法合理證明，則有賴於主管機關與法院之權衡判斷。



### 第三項 審查之彈性與透明度增加

由於各種產業狀況不一，難以在一個適用於通案之指導準則下一語道盡，因此，準則在兼顧透明度提升之同時，亦應保有審查各種個案所應具備之彈性。美國準則逐漸刪除一體適用於所有案例之具體數據，例如 1992 準則 HMT 刪除漲幅 5% 與一年期間之規定、2010 準則刪除 35% 市占率推定單方效果、進入及時性以二年為標準等僵固規範，改依個案產業判斷。2010 準則質化與量化分析並重<sup>411</sup>，詳述證據來源及其應用，且引進更多經濟分析方法作為審查工具，同時亦留有主管機關依個案與產業狀況而做出判斷之空間，更彈性亦更能反映各產業狀況之多樣性，然一體兩面，可能遭到審查不確定性之質疑。然而，對企業而言，也不會願意接受設立不可推翻之標準來增加審查確定性，或者回歸早期最沒有彈性之 1968 準則，因此，考量結合之真實產業條件，即使必須犧牲一些簡單明確之原則以達到正確審查目的，亦屬值得<sup>412</sup>。事實上，主管機關發布結合準則之功能本係為了提供企業一個方向指引，提供社會一個原則及可預測性，然而也不可能因此便消弭所有評估個案所需之判斷力，1992 準則與其後之實務早有脫節<sup>413</sup>，2010 準則係為了提出更透明之審查標準，保留彈性之餘又詳加舉例說明，在彈性與透明二者間取得平衡。

<sup>411</sup> Shapiro, supra note 193, at 28-31.

<sup>412</sup> Shapiro, supra note 193, at 9-11.

<sup>413</sup> Darren S. Tucker 於 Seventeen Years Later: Thoughts on Revising the Horizontal Merger Guidelines (2009)一文指出十二點應修正之處，因 1992 準則與實際實務審查有所落差。



## 第四章 我國結合規範

### 第一節 結合法律之演進

我國公平交易法（下稱公平法）從 1991 年制定公佈以來，歷經五次修訂，其中有二次涉及結合相關條文，特別是 2002 年第三次修正，乃我國大幅修正結合規範的一次。

1999 年對結合規範之修正僅二處，即刪除市場占有率五分之一之事業公告規定<sup>414</sup>（原條文第 11 條第 2 項）及對違法行為之罰鍰上限提高為五千萬元（第 40 條）。2002 年因應產業結構調整及經濟環境需求，兼顧市場競爭機制之維護，並配合「經濟發展諮詢委員會」產業分組會議結論，要求政府就企業併購秉持簡化程序、排除障礙及提供適當獎勵原則之共識，乃參酌國外競爭法有關結合管制之立法例，再度修正公平法，期能符合國際管制潮流並建立公平合理之競爭機制<sup>415</sup>。以下主要介紹 2002 年對結合管制之修正，包括程序規定及實體規定，然今公平會研擬之修正草案，已於 2012 年 12 月 13 日由行政院函請立法院審議，故輔以該修正草案之相關內容整理如下。

#### 一、程序規定

1. 立法之初尚待執法經驗累積，故結合管制採取「事前申請許可制」，然執法既已漸成熟，為免行政程序冗長、審查案件積累<sup>416</sup>，因此將到達第 11 條結合門檻之案件，修正為「事前申報異議制」以符合事業結合之時效需求，並將等待期間訂為 30 日。2012 年公平會研擬之修正草案，考量到有需要進一步評估事業結合

<sup>414</sup> 依 1999 年修法理由：「公告規定之立法目的，原在使事業符合結合之申請許可要件者，有所遵循，具有預警之作用。惟施行以來，業者反映無此需要，反造成困擾。爰配合第十條第二項獨占事業公告規定之刪除，刪除本條第二項公告規定。」

<sup>415</sup> 參公平會網站 <http://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=132&docid=166>（最後瀏覽日：5/25/2013）

<sup>416</sup> 陳櫻琴（2002），〈新修正公平交易法介紹—結合管制之重大變革〉，《月旦法學》，82 卷，頁 231-232。

整體經濟利益是否大於限制競爭不利益之重大爭議結合申報案，需徵求各方意見並詳細審酌，為免審查時間不夠充裕，主管機關得延長之審理期間由 30 日將酌量增加延長為 60 日，故未來最長審理期間不得逾 90 日；



2. 結合申報之銷售金額門檻，採「雙重門檻制」，要求結合事業銷售金額均需達一定標準，並賦予中央主管機關就金融與非金融事業分別公告之權限。現行法採市場占有率及銷售金額二種結合申報門檻，然實務上，主管機關與業者在相關市場與市占率計算之認定上多有認知歧異，為減少事業投資之不確定性及節省事業之遵法成本，依 2012 年公平會研擬之修正草案，將刪除以市場占有率為結合申報門檻之規定，改成單以事業銷售金額作為結合申報門檻，且該門檻須加計具有控制與從屬關係事業之銷售金額，以有效規範市場經濟力集中，並正確評估經濟上具一體性事業之市場力量；
3. 此外，新增第 11-1 條，免除那些對市場競爭機能並無減損之結合事業申報義務，即針對一些雖符合第 6 條規範態樣，然無管制實益之情形，豁免其事前申報義務，例如：僅涉及原有經濟體內部調整，並非當然產生規模經濟擴大、市場競爭機能減損或事業結合弊害等等關係企業間股權、資產或營業調整之結果（第 11-1 條第 1 款至第 3 款）；以及事業負責人依公司法第 167 條第 1 項但書或證券交易法第 28-2 條規定實施庫藏股之行為（同條第 4 款），乃盡其善良管理人注意義務而為之正當權利行使，且結合之發生乃發行股份之公司行為所致，並無結合管制要求事先申報之道理。2012 年公平會研擬之修正草案，第 1 款新增參與結合事業百分之百持有之子公司，在已持有他事業達百分之五十以上之有表決權股份或出資額，再與該他事業結合之情形，以及第 5 款，單一事業轉投資成立百分之百持股或出資額之子公司時，均因未影響市場結構而毋庸申報。另新增第 6 款概括條款，使主管機關得視實務需要，適時公告調整免予申報之類型。



## 二、實體規定

1. 對第 12 條第 1 項酌作文字修正，結合之審查標準仍然相同，惟第 12 條僅曰「對整體經濟利益大於限制競爭不利益者，中央主管機關不得禁止其結合」，如依法律文義所示，主管機關不論如何一律須就結合許可案所可能形成之「整體經濟利益」與「限制競爭之不利益」進行衡量始得禁止那些經濟利益未大於反競爭效果之結合案，然而，依公平法對於結合之理念，是否阻止結合案發生之原則應係以結合案是否可能影響競爭秩序為標準，因此，適用本條時，宜先確定個案有無限制競爭疑慮，若根本不具限制競爭之情事，便無管制必要，此時無庸權衡整體經濟利益即應予以放行，由 2012 年修正草案對於第 11 條審理期間延長之理由亦可推出此旨<sup>417</sup>；
2. 增訂主管機關對於事業結合得附加附款，以及違反附款之法律效果。此係將原本施行細則第 10 條第 1 項規定，移至母法第 12 條第 2 項，賦予主管機關就不禁止之結合得附加附款之法律依據，使結合審查得以確保整體經濟利益大於限制競爭之不利益。

現行公平法五十餘條文中，規範結合之條文僅六：第 6 條、第 11 條至第 13 條及第 40 條，分別規範結合定義、申報門檻與等待期間、申報之例外、結合審查之衡量標準與附款、違反結合規範之處分及處罰<sup>418</sup>。由修法歷程可知，我國主要係針對申報之程序事項修正，對於結合定義以及結合審查之實體標準均未變更。

### 第二節 結合定義

關注事業間之結合，乃源於二事業因結合而增強市場力量或促進市場力量之

<sup>417</sup> 公平法修正草案總說明謂：「對於有需要進一步評估事業結合之整體經濟利益是否大於限制競爭之不利益之重大爭議結合申報案，因需廣徵產、官、學各界意見並為詳細審酌，爰酌量增加得延長審理期間為六十日。」意即另有結合案件毋庸進一步評估事業結合之整體經濟利益者。

<sup>418</sup> 為使法規完整，公平法修正草案將現行法第 13 條、第 40 條及第 42-1 條整合成草案第 47 條，並酌作文字修正、提高裁處罰鍰之額度。

運用，擁有市場力量之事業便有能力將自己之選擇強加給競爭者或消費者。故當一事業對他事業之業務決策、經營方針及市場行為，具有相當影響或控制力量<sup>419</sup>，即使事業之間分屬不同法人格，被影響或被控制之事業已某程度喪失獨立性，事業之市場力量因此匯集，而為結合管制所關注。

具體而言，我國公平法第 6 條兼取列舉與例示之長，以前四款列舉及第五款概括之方式定義結合<sup>420</sup>：

1. 與他事業合併者。
2. 持有或取得他事業之股份或出資額，達到他事業<sup>421</sup>有表決權股份或資本總額三分之一以上者。其中股份或出資額之計算，依同條第 2 項，應將與該事業具有控制從屬關係<sup>422</sup>之事業所持有或取得他事業之股份或出資額一併計入。
3. 受讓或承租他事業全部或主要部分之營業或財產者<sup>423</sup>。
4. 與他事業經常共同經營或受他事業委託經營者。
5. 直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免者。

上述第 5 款意味著一事業對他事業不論在經營或人事，亦不論是直接或間接，

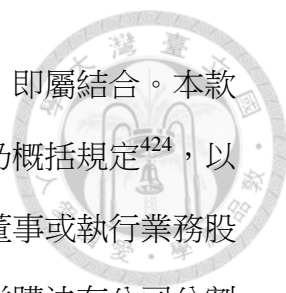
<sup>419</sup> 廖義男（1995），〈事業結合四則實務之檢討〉，《台大法學論叢》，25 卷 1 期，頁 17-18。該文總結公平法第 6 條所列之五款結合情形具有此一共同特徵。

<sup>420</sup> 公平交易委員會，前揭註 1，頁 245。

<sup>421</sup> 所謂之「他事業」我國公平會舊有解釋認為限於既存事業，然一事業不論係投資於既存事業或新設事業，其對該事業市場所可能產生限制競爭之效果並無不同，故已於 2002 年 8 月 20 日公法字第 0910008126 號對外發布停止適用舊解釋。因此二以上既存事業共同投資設立新事業，仍納入結合管制之規範。

<sup>422</sup> 公平會於 2012 年 3 月 27 日依公法字第 10115603922 號令對外發布之解釋，公平法第 6 條第 2 項所稱「控制與從屬關係」情況有三：(1)公司持有他公司有表決權之股份或出資額，超過他公司已發行有表決權之股份總數或資本總額半數；(2)公司直接或間接控制他公司之人事、財務或業務經營；(3)二事業間有公平交易法第 6 條第 1 項第 3 款或第 4 款之情狀而達使一事業對另一事業有控制力時。若有下述二情況則推定具有控制與從屬關係：公司與他公司(1)執行業務股東或董事有半數以上相同；(2)已發行有表決權之股份總數或資本總額有半數以上為相同之股東持有或出資。

<sup>423</sup> 公平會於 1999 年 12 月 3 日依公法字第 03543 號令對外發布之解釋，「主要部分之營業或財產」之認定，除應從系爭財產之「量」占讓與事業總財產之比例，及其「質」相較於讓與事業其他財產之重要性外，更應衡酌參與結合事業之市場地位是否因此而有改變。可參酌下列因素就具體個案綜合考量：(1)讓與部分之財產或營業占讓與事業之總財產價值之比例及其營業額比例。(2)讓與部分之財產或營業得與事業分離，而得被視為獨立存在之經營單位（例如行銷據點、事業部門、商標、著作、專利或其他權利或利益）。(3)從生產、行銷通路或其他市場情形，讓與部分之財產或營業具有相當之重要性。(4)受讓公司取得讓與部分之財產或營業，將構成受讓事業經濟力之擴張，而得增加其既有之市場地位。



只要具控制力量，二原本法律上獨立事業之經濟力量歸於統一，即屬結合。本款包括了各種結合可能之型態，以防第 1 款至第 4 款掛一漏萬，乃概括規定<sup>424</sup>，以實質面觀察事業間是否具有控制從屬關係。例如控制契約<sup>425</sup>、董事或執行業務股東兼充、個人重複持股、財務控制均屬之<sup>426</sup>。此外，我國企業併購法有公司分割制度，其與營業讓與概念極為相近，然仍有不同，在現行法下無法完全替代<sup>427</sup>，故共同新設分割或吸收分割雖屬公平法上之結合，亦僅能以第 5 款將分割納入結合定義。2012 年公平會研擬修正草案報請行政院審查並函請立法院審議，對於結合定義僅斟酌文字修正，然而，如何界定本款之實質控制非無爭議。我國實務上依據本款處分者，多係董事兼充案件，亦即將董事（或其他有決策權限之職務）兼充過半之情形，認定為對他事業之業務經營或人事任免具有控制力<sup>428</sup>。學者為文亦贊同將董事兼充過半列入本條款所規範之對象<sup>429</sup>。

職是之故，結合不單限於合併，而是廣義之控制從屬關係，尚包括股權收購、資產收購、共同經營、受託經營以及其他各種得以運用控制能力者，意即應依事業之經濟實質判定之。無論屬於上述何種型態，只要二以上事業間之業務決策、經營方針及市場行為互相影響而配合，即可能匯集事業間之市場力量<sup>430</sup>。然並非所有事業之結合均受管制，尚需參與結合之事業達一定之門檻，以排除對市場競

<sup>424</sup> 公平交易委員會，前揭註 29，頁 65。

<sup>425</sup> 楊清文（1993），《事業結合之認定及其案例分析》，頁 19-21，台北：公平交易委員會。

<sup>426</sup> 吳秀明（2000），〈論關係企業與公平交易法上之結合管制〉，《臺大法學論叢》，29 卷 3 期，頁 159-161。最高行政法院 96 年判字第 1461 號判決便是財務控制之例，法院以高額資金資助以及負責人與股東之家族關係，認定控制從屬關係存在。

<sup>427</sup> 吳岳琮（2012），《日本競爭法上結合管制於我國公平交易法之啟示》，頁 169-170，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。該文建議結合定義應將公司分割明文規範，俾利事業提出申報。

<sup>428</sup> 最高行政法院 92 年判字第 1005 號判決指出，「『公司業務之執行，由董事會決定之。除本法或章程規定，應由股東會決議之事項外，均得由董事會決議行之。』、『董事會之決議，除本法另有規定外，應有過半數董事之出席，出席董事過半數之同意行之。』行為時公司法第二百零二條、第二百零六條第一項分別定有明文。……其已占董事席位之二分之一以上，則其有透過其從屬公司董事代表人行使董事職權，間接控制金頻道公司之業務經營或人事任免之事實，亦堪以認定，依公平交易法第六條第一項第五款規定，係屬結合行為。」最高行政法院 88 年判字第 3541 號判決則除了董事兼充過半之事實以外，並佐以利害相關人具有密切關係證明之。

<sup>429</sup> 公平交易委員會，前揭註 1，頁 252、吳秀明，前揭註 426，頁 159。

<sup>430</sup> 其中第二款要求持股達三分之一便構成結合，三分之一股權雖未達公司法第 369-2 條所要求之過半數，然已立於可能影響被參與事業之決策與經營管理，得以妨礙市場競爭之地位，既有妨害市場結構或整體經濟發展之危險，即應納入結合管制下。吳秀明，前揭註 426，頁 20-21。

爭不甚影響之情形，亦即該結合須達到一定條件或程度（公平法第 11 條第 1 項、第 2 項、第 11-1 條），始有予以監督管制之必要。

值得注意者在於，企業併購包括合併與收購（Merger and Acquisition），收購又分為資產收購及股權收購，此三者即為公平法第 6 條第 1 款至第 3 款，然子公司或關係企業間、企業集團內部之調整組織結構等，亦為上述結合定義所包括而有公平交易法之適用，此將與一般企業併購係指關係企業以外之公司有所不同，因後者雖在法律上屬合併，然與併購是外部成長之本質有所違背<sup>431</sup>，而且公平法所欲規範之對象應限於對競爭機能有所減損之結合。故公平法於民國 91 年修正時注意到此情形，增訂第 11-1 條，使僅涉及原有經濟體內部之調整等，無損於市場競爭機能之情況，雖符合結合之定義，然免除其申報義務<sup>432</sup>，毋庸結合審查。現實生活中，事業往往擁有某程度之市場力量，而其中僅有達一定門檻，涉及獨占力量而影響自由競爭秩序者<sup>433</sup>，始有管制必要，原有企業集團之內部組織調整根本不涉及市場力量之增加，實非競爭法所關注之範圍。

### 第三節 結合之實體審查標準

結合規範雖曾歷經修法變動，然對於結合實質審查標準並無任何異動，公平會之准駁標準均係依公平法第 12 條衡量「整體經濟利益」是否大於「限制競爭之不利利益」，而面對此等不確定法律概念，公平會先針對一些特定產業發佈了規範說明，例如對於四 C 事業跨業經營行為之規範說明、對於電子市集之規範說明、對於電信事業之規範說明、對於有線電視相關事業之規範說明等等，直至 2006 年

<sup>431</sup> 伍忠賢，前揭註 38，頁 61-62。

<sup>432</sup> 舊公平會實務認為關係企業內部間有結合之可能，故有學者於修法前即建議，此種關係企業在內部所屬事業間重新組織或安排，並未增加可運用之市場力量，不構成結合，因此建議公平法第 6 條之結合定義應設有除外條款。參劉孔中（1998），〈論結合管制之理論與實務〉，《公平交易季刊》，6 卷 2 期，頁 5、11。然民國 91 年修法所採取之立法方式則是排除該等情形之申報義務，而未變更結合之定義。

<sup>433</sup> 競爭法上，多把市場力量（market power）與獨占力量（monopoly power）混用，然獨占力量越來越多用於指稱某種程度以上而引起反壟斷審查與控制之顯著市場力量。See Gellhorn et al., supra note 7, at 112-113.



始針對結合申報案件審理標準之明確與透明化統一制定了「行政院公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則」<sup>434</sup>，並於 2012 年歷經兩次修正。

由於結合申報案件審理標準於公平法第 12 條第 1 項僅作抽象規定，要求公平會在決定是否禁止結合案時衡量整體經濟利益及限制競爭之不利益，為了具體化審查標準，使利益與不利益權衡之審查要素更明確、透明，並降低執法不確定性，俾利結合事業遵循，降低企業遵法成本，使企業間結合計劃得以預測而進行更順暢，以免已投入巨額談判及保密成本，最終卻失敗於法律可行性分析，公平會乃依公平會結合實務，並參照世界各主要競爭法主管機關對事業結合申報審查之規範，於 2003 年 3 月 13 日通過結合申報案件處理原則草案，對外徵詢各界意見後，於 2006 年 7 月 6 日發布「行政院公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則」，後行政院推動「政府組織改造」，主管機關更名為「國家公平交易委員會」，故於 2012 年 3 月處理原則之名稱相應更為「公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則」<sup>435</sup>（下稱處理原則），最後再經 2012 年 9 月修正而成現今之處理原則，其對於水平結合案件之審查方式如下所述。

#### 一、界定受影響之相關市場

依處理原則第 2 點及第 3 點，「特定市場」係指事業就一定商品或服務，從事競爭之區域或範圍，且界定特定市場係綜合產品市場及地理市場加以判斷，並視具體個案，衡量時間因素之影響。其中「產品市場」係指在功能、特性、用途或價格條件上，具有高度需求或供給替代性之商品或服務所構成之範圍。「地理市場」係指參與結合事業提供之某特定商品或服務，交易相對人可以很容易地選

<sup>434</sup> 全文參公平交易委員會網站，

<http://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=161&docid=217>（最後瀏覽日：5/23/2013）。

<sup>435</sup> 行政院公報資訊網，

[http://gazette.nat.gov.tw/EG\\_FileManager/eguploadpub/eg018045/ch04/type2/gov34/num11/Eg.htm](http://gazette.nat.gov.tw/EG_FileManager/eguploadpub/eg018045/ch04/type2/gov34/num11/Eg.htm)（最後瀏覽日：5/23/2013）。

擇或轉換其他交易對象之區域範圍。除考量前開產品市場、地理市場外，公平會仍得視具體個案，衡量時間因素對於特定市場範圍的影響。

市場占有率之計算，依處理原則第 4 點，應先審酌該事業及該特定市場的生產、銷售、存貨、輸入及輸出值（量）之資料，且原則上以劃定特定市場範圍內之銷售值（量）作為基礎，於不宜以銷售值（量）計算之情況下，則依所處特定市場特性採計其他計算基礎，計算所需之資料，得以中央主管機關調查所得資料或其他政府機關記載資料為基準。

## 二、簡化程序與一般程序之區別

結合申報案件衡量結合事業市場力量之審查程序分為「簡化作業程序」及「一般作業程序」：

### （一）簡化程序

適用簡化作業程序之案件，若無第 8 點例外適用一般作業程序之事由時，可縮短結合等待期間，因採用簡化程序之案件，得認其結合之整體經濟利益大於限制競爭之不利益<sup>436</sup>。

依處理原則第 7 點，適用簡化作業程序之結合申報類型包括：

1. 符合公平法第 11 條第 1 項第 3 款銷售金額之申報門檻而申報結合之事業，其市場占有率有下列情形之一者：
  - (1) 參與水平結合之事業，其市場占有率總和未達 20%<sup>437</sup>。但有特定市場前二大事業之市場占有率總和達 2/3 或前三大事業之市場占有率總和達 3/4 之情形者除外。
  - (2) 參與垂直結合之事業，在個別市場占有率總和未達 25%。
2. 參與多角化結合之事業，經考量第 12 點第 1 項所列考量因素，認定相互不具重要潛在競爭可能性者。

<sup>436</sup> 處理原則第 6 點。

<sup>437</sup> 舊處理原則之規定為 15%，因此新處理原則下，依本條申請簡易程序之情形更寬鬆。



3. 參與結合之一事業直接持有他事業 1/3 以上，未達 1/2 之有表決權股份或出資額，再與該他事業結合者。
4. 事業與原已存在控制從屬關係之他事業結合，而無公平交易法第 11-1 條第 1 款之適用。
5. 事業與他事業結合，且該等事業為同一控制事業之從屬公司，而無公平交易法第 11-1 條第 2 款規定之適用。
6. 事業將其持有之第三人有表決權股份或資本額之一部或全部，讓與其具有控制從屬關係之他事業。
7. 事業將其持有之第三人有表決權股份或資本額之一部或全部讓與他事業，且該等事業為同一控制事業之從屬公司。

然而，依處理原則第 8 點，縱屬上述適用簡化作業程序之類型，公平會仍可能基於重大公共利益、結合主體之一乃控股公司、市場界定或市場占有率計算不易，以及市場存在高度參進障礙、高市場集中度等其他具有重大限制競爭不利益疑慮等理由，而例外適用下述一般作業程序處理。

本文認為，一般程序雖提供進一步詳細審查之機制，然若適用一般程序評估後，最終對於市場界定爭議仍大，或對於企業結合無法確定其反效果者，仍應以回歸市場自由競爭機制為原則，以免政府失靈對市場造成更嚴重更長久之破壞。畢竟，市場界定越不確定，市占率與集中度之意義越低，以結構因素推論競爭效果之結論越值得受懷疑，因此主管機關限制事業結合之理由越薄弱。

## (二) 一般程序

一般作業程序審理之水平結合申報案件，經審酌第 9 點、第 10 點所列考量因素及市占率情形後，尚不具有顯著限制競爭疑慮，得認其結合之整體經濟利益大於限制競爭之不利益，然而，若具有顯著限制競爭疑慮，則需進一步衡量整體經濟利益，以評估結合之整體經濟利益是否大於限制競爭之不利益<sup>438</sup>。

---

<sup>438</sup> 處理原則第 6 點。



### 三、衡量結合事業之限制競爭效果

如確定水平結合申報案件須適用一般作業程序，則其限制競爭效果之評估因素如下。

#### (一) 單方效果：

結合後，參與結合事業因消除彼此競爭壓力，而得以提高商品價格或服務報酬之能力。新處理原則之單方效果分析，比舊處理原則更詳盡合理，所列出之評估單方效果因素有：市場集中度變化、市場占有率、非參與結合事業市場占有率及供給反應程度、買方對價格變動的反應程度等。新處理原則未嚴格區分同質與異質性產品市場之不同而區分審查因素，然注意到異質產品市場有其特殊性：在差異化商品或服務之情形，可進一步評估參與結合事業之商品或服務替代緊密程度（是否為對方最佳替代選項、顧客群是否高度重疊或只在參與結合事業間轉換、產品定位及價格之接近程度、是否經由相同通路銷售）及結合前的利潤等。

#### (二) 共同效果：

結合後，參與結合事業與其競爭者相互約束事業活動、或雖未相互約束，但採取一致性之行為，使市場實際上不存在競爭。對於評估共同效果之因素，舊處理原則僅曰：「就市場狀態是否有利於事業為聯合行為，監控違反行為之難易程度，以及懲罰之有效性等三方面進行評估。」而新處理原則列出之許多考量因素：事業家數、市場集中度、參進障礙、產品同質性、事業間規模與成本之對稱性、是否存在擁有獨特競爭誘因且可影響市場競爭程度之事業（例如美國準則所稱之背離廠商、有力買方等），及該事業是否為參與結合事業、市場透明度、交易模式、產能利用率等等。事實上，新處理原則羅列之因素屬於舊處理原則三方面評估項下更具體之評估因素，例如，市場交易條件越透明，越有利於事業聯合並監控違反行為；事業家數越少、集中度越高、事業間規模與成本越相近，便越有助於聯合行為成功；若市場上存在



擁有多餘產能之背離廠商，則聯合行為較不易成功，然縱使聯合行為成功，若領導廠商擁有多餘產能，則可能以之作為懲罰違反行為之機制。

(三) 參進程度：

包含潛在競爭者參進之可能性、及時性，以及是否能對於市場內既有業者形成競爭壓力。

(四) 抗衡力量：

交易相對人或潛在交易相對人箝制結合事業提高商品價格或服務報酬之能力。

(五) 其他影響限制競爭效果之因素。

#### 四、評估「整體經濟利益」

對於具有顯著限制競爭疑慮之結合案件，需進一步衡量「整體經濟利益」是否大於「限制競爭不利益」。依處理原則第 10 點，水平結合有下列情形之一時，原則上認為有顯著限制競爭疑慮：

1. 結合事業市場占有率總和達到 1/2；
2. 特定市場前二大事業之市場占有率達到 2/3，且結合事業之市占率達 20%；
3. 特定市場前三大事業之市場占有率達到 3/4，且結合事業之市占率達 20%。

因此，我國係以市占率、集中度推定案件具顯著限制競爭之虞。若結合具有顯著限制競爭疑慮，申報事業得提出整體經濟利益供公平會審酌，處理原則於第 13 點明定整體經濟利益之考量因素包括：消費者利益、結合事業原處於交易弱勢之一方、結合事業之一屬於垂危事業、其他有關整體經濟利益之具體成效。其中，「垂危事業」有其要件：第一，短期內無法償還其債務；第二，除透過結合，無法以其他更不具限制競爭效果方式存在市場；最後，倘無法與他事業結合，該垂危事業必然會退出市場。



此外，依處理原則第 15 點，公平會可能參酌產業日的事業主管機關之意見，以評估整體經濟利益與限制競爭之不利益。

## 五、附加條件或負擔

最後，公平會對於申報案件所為之決定，為了確保整體經濟利益大於限制競爭之不利益，得依個案附加適當之條件或負擔，以消除因結合而造成限制競爭之疑慮。依處理原則第 14 點，附加附款之類型包括結構面與行為面之措施均無不可。

## 第四節 結合實體審查標準之實務

### 第一項 公平會實務

#### 一、制訂結合處理原則之前

由於公平法對於結合案件之准駁標準僅有第 12 條之抽象規範，在 2006 年制定「行政院公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則」以前，並無任何具體或量化之審查標準，公平會於進行「整體經濟利益」與「限制競爭不利益」衡量孰大孰小之審查實務成為企業遵法之重要參考依據，學者因此嘗試藉由實務案例之整理，從中歸納出判斷之具體標準與內涵，以提供解釋與適用之參考，其中水平結合之實務判斷標準整理如下。

#### (一) 限制競爭之不利益

應考量現有競爭、潛在競爭、外國競爭等，且敵意之結合亦可能產生不利競爭之結果，此外，市場上是否有可用於制衡結合事業之因素亦應納入考量<sup>439</sup>，通常包括市場控制能力、產品價格等之增加，以及減少市場競爭、重大改變市場結構<sup>440</sup>、結合後是否達獨占事業標準、市場進入障礙增加之程度、市場集中度之變化、競爭者數目、產品是否為同質性、企業過去是否有不當限制競爭行為

<sup>439</sup> 劉孔中，前揭註 432，頁 23-25。

<sup>440</sup> 劉孔中，前揭註 432，頁 26-27。



之歷史等<sup>441</sup>；

## (二) 整體經濟利益

是多面向且動態的，通常考量因素包括規模經濟效益（生產、管理、財務融通效率等）、技術效率（技術水準之提升程度）、結合後生產因素價格及產品售價降低程度，以及結合廠商是否為垂危事業等因素<sup>442</sup>。亦有學者將整體經濟利益區分為三大利益<sup>443</sup>：事業利益（經營效率、規模經濟、財務結構、產品品質、國際化等之提升，以及經營成本降低、組織精簡、業務限制之突破、填補功能、避免倒閉等）、產業利益（整體產業發展、對外競爭力、產業轉型、市場開放競爭，及市場競爭程度之增進等）及社會利益（提供良好服務、維持員工就業、落實國家政策、政府無庸再予補貼、提昇公共資源利用率等）。

綜上所述，我國實務在利益與不利益之權衡，係綜合事業、產業與社會整體而判斷，兼顧事業自身、市場結構以及社會國家政策之利益，並未獨厚於市場上之競爭者或消費者。

## 二、制定結合處理原則之後

2006年7月發布處理原則以降，依公平會行政決定書查詢系統<sup>444</sup>所得之結合案件決定書共計23件，其中一件屬垂直結合<sup>445</sup>，一件經申請人申請廢止<sup>446</sup>，兩件經訴願撤銷<sup>447</sup>，因此本文針對剩餘之19件整理其利益與不利益之衡量因素。

不禁止結合之案件中，決定書之內容以評估整體經濟利益為主，對於限制競爭之不利益著墨較少，且多數案例側重於結構因素之分析<sup>448</sup>。至於公平會所採納

<sup>441</sup> 許淑幸，前揭註235，頁20。

<sup>442</sup> 許淑幸，前揭註235，頁19。

<sup>443</sup> 劉孔中，前揭註432，頁25-28。


<sup>444</sup> 公平交易委員會網站 <http://www.ftc.gov.tw/internet/main/decision/decisionList.aspx>。

<sup>445</sup> 公結字第097006號。

<sup>446</sup> 公結字第098004號。

<sup>447</sup> 公結字第096002號、第097002號。

<sup>448</sup> 我國不禁止結合之案例多係綜合水平、垂直與多角化等多種結合型態，對於水平結合分析多僅止於市場結構因素之評估，特別是公結字第099002號，限制競爭不利益之因素僅僅考量市場占有率，而單純水平結合案例如公結字第096003號，對處理原則第9點所列之因素始有較深入之分析，



之整體經濟利益則因應個案較有多元考量，包括：創新研發、設備建置與資源整合、規模經濟與網路效應、技術交流與創新、優質與多元服務、多元選擇、國際競爭力、消費便利與交易效率、雙邊市場之整合性服務、降低議價溝通成本、消弭資訊不對稱、促進數位匯流等等。由准許結合案例可知，我國實務於衡量第 9 點後，縱認定個案限制競爭疑慮低甚至幾無限制競爭疑慮，往往仍顧及結合事業之市占率復認定個案仍有不公平競爭疑慮<sup>449</sup>，故最終以附加負擔之方式准許結合，且多數仍權衡整體經濟利益<sup>450</sup>，無減損競爭疑慮而未審酌整體經濟利益者有五<sup>451</sup>。

禁止結合之案件有四，其中統一與維力二度申報結合均遭公平會拒絕<sup>452</sup>；好樂迪與錢櫃合併一案，公平會雖二度遭訴願撤銷決定，然最終公平會仍做出禁止結合決定<sup>453</sup>，並於最高行政法院判定業者敗訴定讞；此外尚有燁聯鋼鐵收購唐榮鐵工廠一案<sup>454</sup>。面對這些結合雙方均屬市場上第一與第二大事業，結合後集中度大幅提高之案件，主管機關認定其限制競爭疑慮大，縱使結合雙方主張結合將增進經濟規模、資源整合、國際競爭力等經濟利益，主管機關多以「惟其是否得以實現，除尚有待於申報人之實際營運策略及經營行為，且在缺乏市場有效競爭之下，實無有效機制確保能達一定程度之經濟利益」、「本結合就該市場之整體經濟利益，僅有申報人可減少成本並提升己身競爭優勢」等語認定整體經濟利益小於限制競爭疑慮。

整體而言，處理原則確立了第 9 點水平結合之考量因素，公平會決定書亦依循該水平案件審查架構，然事實上，內容實質與制定處理原則前似無不同，均始於市場界定與市占率之結構因素評估，再經衡量經濟利益與不利益得出結論，且

---

然最近案例，公結字第 102001 號，則對同一案例分別依水平結合市場與垂直結合市場分析其反競爭效果，此種區別結合型態之分析方式較明確，應較可採。

<sup>449</sup> 例如公結字第 096003 號、第 096004 號。

<sup>450</sup> 其中兩件為互補性專利聯盟、兩件為單純水平結合，其餘六件尚涉及多角化或垂直結合。


<sup>451</sup> 為公結字第 096003 號、第 096005 號、第 097001 號、第 097004 號、第 099001 號。

<sup>452</sup> 公結字第 097005 號與第 099003 號。

<sup>453</sup> 公結字第 098002 號。

<sup>454</sup> 公結字第 098003 號。





審查均著重在結合對參進障礙、對上下游、同業以及消費者之影響，而單方效果與共同效果評估似為處理原則所新增，然只是名詞上之確立：在單方效果上，公平會過去案例亦評估結合對價格競爭所造成之影響，在共同效果上，過去案例亦有審酌結合對同業競爭之影響、市場上業者數量、產品同質性等因素。不同的是，處理原則在單方效果與共同效果上雖有更詳細之內容，然多於公平會個案審查中未見評估，包括市場透明度、交易模式、產能利用率等共同效果因素；供給反應程度、買方對價格變動的反應程度、商品或服務替代緊密程度、結合前利潤等單方效果評估因素，均未見具體適用之例。

我國以結合所生之經濟利益與限制競爭之不利益二者權衡作為禁止與否之實體標準，然利益與不利益往往是一體兩面，申報人主張結合具有規模經濟、談判優勢等利益，公平會卻可能藉此證明申報人結合後具有該等優勢而致交易相對人抗衡力量削弱<sup>455</sup>，結合雙方之效率主張從而變成譴責結合之理由。此外，其他非市場競爭因素之產業政策，可能因時空背景、政策推廣而納入整體經濟利益之考量，數位匯流之相關結合案便是如此<sup>456</sup>，縱使結合雙方市占率高、進入障礙因法令管制高，公平會仍因數位匯流之產業政策而認定整體經濟利益大於限制競爭不利益<sup>457</sup>。相反的，非受產業政策推展之事業若結合，效率主張成功機會不高，易遭公平會基於結合將減少競爭者，或僅有申報人可減少成本並提升己身競爭優勢之經濟利益等原因，而質疑事業之效率主張難以實現。

## 第二項 法院實務


公平會制定結合處理原則後受到禁止之案例中，對於結合審查分析有兩起案

---

<sup>455</sup> 公結字第 098002 號。

<sup>456</sup> 我國於民國 99 年 12 月核定通過「數位匯流發展方案（2010-2015 年）」，並預計成立「數位匯流專案小組」。參行政院經濟建設委員會網站 <http://www.cepd.gov.tw/m1.aspx?sNo=0014295>（最後瀏覽日：5/27/2013）。後公平會於 99 年及 100 年之案件將數位匯流視為市場趨勢而納入經濟利益考量。

<sup>457</sup> 將產業政策納入整體經濟利益考量是否合適、如何調和產業政策與競爭政策之衝突，參見吳岳琮，前揭註 427，頁 179-180；顏雅倫（2001），《我國結合管制之檢討與前瞻—以金融產業之結合為例》，頁 201-205，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。



件提起行政訴訟並上訴至最高行政法院，其一為好樂迪與錢櫃合併案（下稱好樂迪案），其二為燁聯鋼鐵公司敵意收購唐榮鐵工廠股份案（下稱燁聯案），前者於 2011 年 9 月由最高行政法院判業者敗訴定讞，後者最高行政法院雖以判決不備理由廢棄原判決發回更審，然於 2012 年 9 月臺北高等行政法院更一審再度判定業者敗訴。

好樂迪案於 2003 年申報結合並未遭到公平會禁止，然因故未於預定結合日進行結合，處分即因此失效。好樂迪於 2006 年再次申報事業結合卻遭公平會禁止，後雖歷經二度訴願撤銷原處分，然公平會於 2009 年第三度決議仍禁止結合，好樂迪因而提起訴願、行政訴訟。公平會不予禁止到禁止結合，時隔三年多，處理原則之制定應非改變之原因，2003 年不予禁止理由中所述及之整體經濟利益，包括提高對上游代理商之議價能力、強化國際競爭力、經濟規模降低成本、轉型創新與多元服務等，在 2006 年申報時應亦同樣存在，然最大之差異在於結合後之市占率是否過半，2003 年決議時僅 41%，然三年之間好樂迪市占率逐年微幅增加，迄再次申報，結合將導致超過 50% 之市占率。

本案爭議主要在於市場界定，且好樂迪認為自身產業面臨困境、科技改變導致競爭者眾故無抬價能力，且對於上游伴唱帶代理商高度依賴亦無議價能力，再加上公平會第一次決議不予禁止，因此當事人堅持上訴至最高行政法院。最高行政法院維持原判決，即尊重公平會之判斷，認同產品市場宜定義為「視聽歌唱服務市場」，此係參酌服務特性、活動模式、消費地點、消費金額所得出，並特別指出，其他非提供視聽伴唱服務為主之行業，確實與好樂迪提供之服務內容有所競爭，影響上訴人業績，然「此係『新產品』推出、消費者生活形態、消費習慣改變所致之異質產品市場消長，用之於探討上訴人結合後，是否有利於上訴人所處產品市場產業存活發展而生『整體經濟效益』可也，但並不適用於界定產品市場之邊際」。最高行政法院承認新產品與消費型態出現，然認此不影響市場界定。事實上，產業界線因網路與科技發展漸趨模糊，出現新產品，產生新消費習慣，確

實可能因此劃分出新市場，並非僅得於整體經濟效益考量，畢竟市場界定本來主要就是評估需求面而界定，問題在於新型態消費是否已足以撼動原市場邊界。

好樂迪為上游伴唱產品市場業者之主要營收來源，然其上游之交易對象乃三大伴唱帶代理商，各代理不同唱片公司之著作，如不同意授權條件，將產生立即無法取得該公司所代理之數家唱片公司新、舊歌曲之利用，因此該產業特性在於上下游之間事業家數均不多，且高度相互依賴，到底結合後是否影響上游廠商之抗衡力量，似乎結合當事人與公平會各執一詞，公平會 2003 年之決議認為提高 KTV 業者之議價能力屬整體經濟利益，然結合雙方市占率提高至過半，增幅約 10%，卻認提升結合業者議價能力，將消滅上下游間對抗議價所生之競爭效益，成為限制競爭不利益之因素。為何有如此差異，公平會未進一步解釋，法院亦認前後二次申請相隔三年，時空背景已然不同，參數改變「本可想像」，再加上三年內無新進業者、雙方結合後市占率達到過半等因素贊同公平會之決議<sup>458</sup>，未再要求公平會釐清個案產業之時空背景如何不同而影響決議結論。

燁聯案之爭議在於結合後單方面抬價之可能性，以及結合有無整體經濟利益。燁聯鋼鐵公司認為，不銹鋼產品係國際競爭產品且 WTO 架構下零關稅，價格亦隨國際行情波動，交易相對人得隨時選擇自國外進口，因此結合後不生單方效果之情事，此外，結合更可以帶來許多經濟利益：降低成本及費用、產生規模經濟，且世界不銹鋼產業皆具整併趨勢，結合可以提升國際競爭力。公平會則認本案結合前雙方之市場占有率分屬第一、第二大廠商，結合後，於國內不銹鋼產品市場占有率將超過五成，故有顯著限制競爭疑慮，而結合後所生之規模經濟與國際競爭力屬個別事業利益，結合當事人對於市場供需之穩定與健全產業結構等整體經濟利益卻無具體揭示。

該案上訴至最高行政法院雖一度廢棄原判決，然臺北高等行政法院更一審基

<sup>458</sup> 在進入障礙之衡量上亦有類似情形，公平會 2003 年決議理由認定固定成本不高，進入亦非費時，新進業者倘能取得足夠歌曲授權則尚無進入障礙，然 2009 年公平會第三度禁止結合之理由中，見解全然不同，認為新進業者需付出沉沒成本以及授權成本，導致進入不具及時性，無法遏阻結合所生之競爭效果損失。

於尊重專業行政機關之判斷餘地，為合法性審理後仍判定業者敗訴。最高行政法院廢棄原判決之理由大致有三：（一）商品國內外價格相差無幾、取得容易而競爭激烈，結合後似尚難遽謂有單方提高商品價格或服務報酬之能力<sup>459</sup>；（二）結合後市占率雖過半，然國內不銹鋼市場早已供過於求，且結合如何影響競爭者、交易相對人、市場參進障礙無具體理由；（三）其他鋼鐵公司與鋼鐵工業同業公會之意見認為不銹鋼事業之整併勢在必行，且有益該產業之健全，故似難謂結合非對我國不銹鋼市場有整體利益。

然公平會以及臺北高等行政法院均認（一）進口仍有地緣因素之考量，且深受交期較長、國際行情波動、匯兌風險、進口料源不穩定及品質不易掌握等因素的影響，故進口產品替代性不足。此外，本案結合後，國內市場占有率已達二分之一以上，兩家公司彼此間之競爭壓力消減，單方面調整商品價格之原有顧慮減少，再加上 HHI 與 UPP 之量化分析亦證明結合具有單方效果<sup>460</sup>；（二）結合後市占率過半即符合處理原則第 10 點，故具顯著限制競爭疑慮。此外，考量熱軋機、冷軋機之投資成本及建廠時間，仍非一般產業能輕易轉換，潛在競爭者參進可能性與及時性極低；（三）在整體經濟利益分析方面，由於本案結合對象於結合前之角色係市場價格破壞者<sup>461</sup>，結合後國內價格不再競爭，單方效果致使中下游業者及消費者福利受損害。再者，結合型態屬敵意併購，雙方對立嚴重，進行收購之一方縱然持股達三分之一，亦難正面控制被併購公司，僅能進行杯葛阻擾被併公

<sup>459</sup> 最高行政法院表示：「至於下游廠商進口系爭商品是否受進口期間長短、品質穩定性或匯率之影響，係屬下游廠商購入系爭商品時選擇交易對象或時機所考量之因素，與上訴人結合唐榮公司後有無能力影響市場價格無關。」

<sup>460</sup> 公平會以 HHI 衡量單方效果應係誤解 HHI，HHI 在美國僅作為門檻測試之功能，以識別不可能有反競爭疑慮者，以及需要特別深入審查者，並未依此認定單方效果。而且，縱使市占率在某些限制下得以作為移轉率之指標，HHI 與移轉率之關連至今仍無法證明，更何況 HHI 係立基於同質產品市場之假設，而移轉率與向上定價壓力則是針對異質產品價格競爭之分析。關於市占率作為移轉率指標之說明參閱 Shapiro, *supra* note 193, at 14-15.

<sup>461</sup> 我國公平會對於結合對象乃「價格破壞者」似僅僅以市占率以及產品訂價相近認定之，過於狹隘亦未敘明更具體之事證。依美國 2010 準則，背離廠商（moverick）係於市場上製造混亂而有利於客戶之競爭者，包括擁有新技術或經營模式者、發動降價或其他競爭行為或抗拒產業價格上漲者、有能力與動機擴張產能而影響價格者、時常抵抗產業對價格或其他交易條件之合作規範者等等，或可供我國參考。

司之營運及業務執行，顯見申報人對結合對象之經營並無相助之意，故難以達成其所宣稱之結合目的。

本案與其他結合案相較，其特殊之處在於不銹鋼具高度國際競爭性質，且為敵意收購之案例。對於進口品是否足以替代國內產品而影響單方效果，雙方各執一辭，然藉由行政救濟過程中之爭辯，公平會必須做出更細緻之理由回應，本案更參酌美國 2010 準則採納了 UPP 量化分析工具，雖然雙方對於數據有所爭執，然整體而言對我國未來結合審查分析之精緻化有所助益。由本結合案亦可知，敵意併購於我國難以成功，因依公平會之推論，只要屬於敵意併購而結合雙方有所對立，公平會傾向於不相信結合當事人所主張之經濟利益得以實現<sup>462</sup>。

綜上所述，我國法院對於結合審查係採取尊重公平會決定之態度，其理由係「基於憲法之功能分配，法院對於被告依循上開處理原則適用不確定法律概念所為之決定，除就法律解釋是否正確；事實認定是否有誤；其組織是否合法；是否遵守有關之程序規定；是否根據與事件無關之考量觀點；是否遵守一般之評價標準等為合法性之審查外，原則上予以尊重。」<sup>463</sup>意即法院尊重立法者將結合審查標準以不確定法律概念之方式，委由公平會於執法時進行判斷，故法院僅為合法性審查。雖然燁聯案中之最高行政法院廢棄原判決，似嘗試要求公平會提出非市占率之其他理由、要求公平會盡其舉證責任，然公平會僅補強一些量化證據，未正面回應最高法院意見，亦未說清楚為何不採納與其意見相反之證據，而高等行政法院更一審判決又回歸尊重公平會之判斷。由此可知，我國法院於結合政策形成上多非扮演促進角色，而交由行政主管機關評估決定。

<sup>462</sup> 然而事實上，誠如本文於第二章第一節第二項我國公平法結合管制目的所述，併購威脅將會對公司經理人造成壓力，促使其在競爭市場中提升公司經營效率，且結合代表著企業資產得以移向運用更有效率之一方，也意味著小公司、經營不善之事業獲得出售機會，這些均為結合之優點，公平會卻於本案基於敵意併購而禁止結合，不啻否認結合之積極意義。

<sup>463</sup> 此係燁聯案臺北高等行政法院 100 年訴更一字第 105 號判決中所述，而好樂迪案最高行政法院 100 年度判字第 1696 號亦表示，處理原則係基於憲法分配與法律授權所發布，主管機關執法時當然可以適用，並認同原審所為之合法性審查。



## 第五節 美國結合規範對我國之啟示

美國與我國在法律之部分，同屬抽象概括規定，然美國定有管制原則乃「實質競爭之減損」，而我國僅僅規定審查標準乃整體經濟利益與限制競爭不利益之權衡，然無論如何，結管制之本質均係預測性、判斷性，而試圖預先阻止減損市場競爭之結合案發生，禁止與否反映政策上之抉擇，個案上或有不同，然維護市場秩序之目的之一致。整體而言，最新結合準則對我國有如下之啟示。


### 第一項 結合審查非步驟式之僵化分析

美國反托拉斯政策之演變是市場結構因素逐漸淡化，執法漸趨彈性之過程。當市占率與集中度作為推斷壟斷力量與競爭效果之決定性因素時，市場界定便成為訴訟勝敗之關鍵，市場該如何界定成為爭議重心所在。2010 準則最大改變是將五步驟式分析改為五個相互印證之整體分析，美國在 2006 評注中已強調，準則之適用並非線性、按部就班之過程，分析次序並非必要<sup>464</sup>，此對於參考美國 1992 準則之我國而言，是重大改變，應該思考如何將重點放在結合效果分析上，而非一開始便膠著於市場界定或市占率與市場集中度。

結管制係針對造成市場競爭減損之結合案，市場界定與市占率只是推論證據之一，甚至只是初步判斷之門檻依據，而非決定性因素，其他因素更加重要，得以推翻市場集中度之推定。市場結構之光譜由獨占市場、寡占市場到完全競爭市場，所帶來的刻板印象是競爭缺乏到競爭激烈，即使有學者提出獨占廠商較具有創新能力之觀點，然獨占廠商所背負之「原罪」一藉著減產與提價剝削消費者一至今仍受較多之關注<sup>465</sup>；完全競爭市場現實生活中並不存在，而且「完全競爭市場」事實上是「競爭之完全不存在」亦為學者所認同，然其背負之光環至今仍

<sup>464</sup> 2006 Commentary, Introduction, p. 2.

<sup>465</sup> 事實上，只要差別定價合法，則廠商往往會增產，而且現實生活中，廠商往往三不五時採取降價並增產之策略刺激買氣而增加利潤。



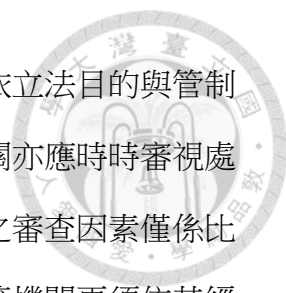
指引著執法者。經濟學上基於嚴謹之假設而對於典型市場結構分類，雖可促進對於市場之認識，然而對於現實之反托拉斯法而言，多數案件均非典型獨占亦非典型完全競爭，而是同時具有其競爭性及反競爭性，因此，根本問題在於競爭之減損與否，即使寡占市場上事業數量減少，仍可能有其競爭性存在，因此，結合之問題不是市場結構，而是對競爭產生之影響，若個案可得之資訊已足以分析競爭效果，則越過市場界定之爭議，逕依直接證據分析結合效果或許更恰當。

美國 2010 準則已明確表示結合審查非必始於市場界定，分析方法亦非單一，而我國結合處理原則雖未明白要求其內容次序即為審查步驟，然結合審查在實務上均依處理原則之順序審查。由於我國處理原則並未如同美國準則詳述許多例證與可能性，因此，個案套用處理原則步驟式分析時，往往流於以市場占有率與集中度決定一切，忽略個案競爭事實分析與論理過程，導致個案核駁理由之說服力薄弱，亦與市場結構因素淡化之趨勢背道而馳。參考美國結合準則，雖然實踐上之經濟分析看似關注於量化數據，然實際上，大量時間花費在審查文件與進行面談之質化證據蒐集與評估上，甚至質化證據始為衡量競爭效果之核心基礎<sup>466</sup>，因此，我國主管機關首先應打破結合審查必須始於市場界定之迷思，以免過分重視市場占有率與市場集中度分析，其次，評估限制競爭不利益時，應拋開市占率以及產業發展政策等先入為主之結論，如此針對個案進行質化證據蒐集始得以全面，個案審查分析始得以完整。否則市場界定爭議性越大，所獲得之市占率參考性及預測性越低，利用市占率推得限制競爭不利益之說服力越低，不若將分析專注於競爭效果。

審查乃確定個案事實之過程（fact-specific process）<sup>467</sup>，因應每個產業特殊情況而評估市場特性，因此，處理原則雖為了執法透明而生，然不等於執法之僵固，美國實務運作於 2010 準則發布前，早已與 1992 準則有所落差，表明行政機關所

<sup>466</sup> Shapiro, *supra* note 193, at 11. 質化證據乃解讀量化數字之基礎，或許正因為如此，美國 2010 準則新增加第 2 條說明反競爭效果之證據，解釋分析時所適用之證據類型以及證據來源，對我國證據蒐集與證據解釋富有參考價值。

<sup>467</sup> 2010 Guidelines, §1.



公布之處理原則亦無法適用於所有個案，主管機關個案審查仍依立法目的與管制本旨，隨時代變化與個案差異而審酌結合案。因此我國執法機關亦應時時審視處理原則是否適應當代、個案是否有其特殊性，處理原則所提出之審查因素僅係比法律更具體之原則方向，不但保有容納新分析工具之彈性，主管機關更須依其經驗，運用分析工具解釋證據，否則僵固適用處理原則又未著墨個案產業現狀，將導致決議理由失之空泛。

## 第二項 限制競爭不利益分析之完善與透明

我國處理原則共十六點三千餘字，含括水平結合、垂直結合與多角化結合，依結合類型羅列審查項目及其衡量因素，彈性有餘而明確性不足，公平會一方面在個案決定書對處理原則所羅列之評估因素未全面考量，另一方面於訴訟攻防中往往出現處理原則所無之審查要件，我國處理原則在實務操作下，優點係得以隨各產業調整個案評估仍游刃有餘，然缺點便是不足以提供結合事業具體指引。針對水平結合案件，參考美國結合準則，我國處理原則第 9 點、第 10 點應可更完善而提供更透明之指引。

### 一、 單方效果

現今競爭市場多屬異質產品市場，美國 2010 準則中異質產品市場篇幅增加許多，然我國結合處理原則雖已注意到異質產品市場有其特殊性，仍未明確區分同質與異質性產品市場而異其審查因素，仍停留於美國 1992 準則，將同質性產品之市占率與集中度標準套用在現今異質產品市場，實務遵循處理原則操作下，亦混淆同質與異質產品市場之審查因素，往往仰賴市占率提高、競爭對手消失而得出結合後具單方效果之結論，反而忽略了在異質產品市場上之單方效果，以「參與結合事業之商品或服務替代緊密程度及結合前的利潤」衡量，比市占率衡量更能





直接彰顯結合事業間之直接競爭程度<sup>468</sup>。

處理原則第 9 點前段之審查因素較類似同質性產品市場之單方效果評估。參考美國 2010 準則第 6.3 條對於同質性產品市場上單方效果，主要是藉由抑制產量而提高價格獲利，此策略要能獲利之條件，包括市占率偏高、競爭者之供給回應小、市場需求彈性低等，均為我國第 9 點前段所評估之因素。此外，美國準則尚有兩點考量因素我國處理原則所未列，或可供我國參考：(1)市面上已流通而價格不受產出影響之產品數量相對較少、(2)抑制產出之產品利潤較低。

在異質產品市場上，單方效果與市場集中度、市占率高低關係不大，重點在於結合廠商間原本存在之競爭程度，美國 2010 準則採用了移轉率、向上定價壓力與結合模擬等經濟分析工具，意義與我國處理原則第 9 點後段所考量之因素雷同：結合事業之商品或服務替代緊密程度（是否為對方最佳替代選項<sup>469</sup>、顧客群是否高度重疊或只在參與結合事業間轉換、產品定位及價格之接近程度、是否經由相同通路銷售）及結合前利潤等。

事實上，公平會於法院攻防已提出向上定價壓力之概念<sup>470</sup>，因此，本文建議我國處理原則之單方效果分析宜更明確區分同質與異質產品市場，並參考美國移轉率等量化方法，納入異質產品市場之單方效果分析，並強調此等衡量毋須始於市場界定或計算市占率。

## 二、 共同效果

實務上，我國多僅停留在評估廠商數量、廠商間規模對稱性，雖然處理原則所羅列之考量因素眾多，然尚無案例針對市場特性是否易於共謀進行深入分析。

<sup>468</sup> 新處理原則第 9 點第 1 項指出：「單方效果…可依結合前後市場集中度變化、參與結合事業市場占有率加以評估…若屬差異化商品或服務之情形，則『可進一步評估』參與結合事業之商品或服務替代緊密程度及結合前的利潤等。」表明主管機關仍認異質產品市場以市占率評估單方效果為優先，然仍得進一步評估結合事業之商品或服務替代緊密程度，忽略了後者不但更適合評估異質產品市場之單方效果，且為更直接之證據。

<sup>469</sup> 然美國 2010 準則指出，結合事業間之產品毋庸為「大多數」客戶所認定之最佳替代品，只要「夠多」客戶在結合一方產品漲價時，認為結合他方之產品為次優選擇時，結合前無法獲利之漲價行為將因為結合而得以獲利。

<sup>470</sup> 參前述燁聯案台北高等行政法院 100 年訴更一字第 105 號判決。

此外，除了處理原則中所羅列之評估因素，亦可考察相關市場上結合前之歷史證據，或將其他可類比之地理或相關市場之共謀經驗納入考量。



### 三、 參進程度與抗衡力量

我國處理原則均各以一句帶過，似過於簡單，參酌美國準則，我國處理原則宜更詳細說明，例如：潛在競爭者參進除可能性與及時性之考量外，其對於市場內既存業者所造成之競爭壓力，是否需達充分抵銷反競爭效果之程度？或者僅造成降價壓力即可？過往之進入歷史是否納入評估？此外，在抗衡力量方面，我國一向僅以事業間之規模相對大小評估，美國有力買方之評估可供我國參考，例如：評估個案中大型下游買方時，其雖可能有能力抑制價格上漲，卻也可能因為高需求而受制約，因此抗衡力量強弱難一概以事業規模大小即下定論。

### 四、 顯著競爭疑慮之認定

我國處理原則第 10 點以市場結構因素區別個案是否有顯著限制競爭疑慮而判斷是否應進一步衡量整體經濟利益，係採取參與結合事業市場占有率（該點第 1 項第 1 款），或市場前 n 大廠商之市占率綜合參與結合事業市占率（該點第 1 項第 2 款與第 3 款）為標準。因此，結構因素在我國結合審查中所占有之地位包括：結合申報門檻、處理原則中之簡易與一般作業程序之差別，以及是否進一步衡量整體經濟利益。

本文認為，既然結合案件已經申報門檻之篩選，又經簡易與一般作業程序之分道，於一般作業程序之結合案，若已經第 9 點確認有限制競爭疑慮，便進一步權衡整體經濟利益，若確認無限制競爭疑慮，便毋庸進一步權衡整體經濟利益，第 10 點「原則上認為有顯著限制競爭疑慮」似無必要。「原則上認為」，似有「推定」之意，既已經第 9 點詳細之競爭效果分析，又何須此種結構因素之推定？是否有必要再以市占率或集中度作為強化限制競爭疑慮之因素？若一市占率過半之事業與市占率極低之事業相結合，雖符合第 10 點然無限制競爭疑慮，是否仍需評

估整體經濟利益<sup>471</sup>？相反的，如未達第 10 點標準之限制競爭疑慮案件，是否須審酌整體經濟利益？依公平會實務，有達第 10 點標準卻未分析整體經濟利益者<sup>472</sup>，有未達標準仍分析整體經濟利益者<sup>473</sup>，甚至有先行分析整體經濟利益者<sup>474</sup>。

依處理原則第 6 點「一般作業程序審理之結合申報案件，水平結合經審酌第九點、第十點所列考量因素及市場占有率情形，……倘不具有顯著限制競爭疑慮，得認其結合之整體經濟利益大於限制競爭之不利益；若具有顯著限制競爭疑慮，則進一步衡量整體經濟利益，以評估其結合之整體經濟利益是否大於限制競爭之不利益」之意旨，顯著限制競爭疑慮之評估須綜合第 9 點與第 10 點分析，則第 10 點之市占率因素係扮演過濾對限制競爭影響性低之案件，而區別出需要特別深入關注之案件，應置於第 9 點審查之前<sup>475</sup>，且其角色應僅為第 9 點之審查密度，舉證責任仍在於主管機關，不得因第 10 點存在便「原則上認為」事業具顯著限制競爭疑慮，而改由事業證明結合無顯著限制競爭疑慮。因此，本文認為，既然在實務操作上，縱無顯著限制競爭疑慮案件仍權衡整體經濟利益，則第 10 點規範似無必要，其存在反而使一般作業程序之限制競爭疑慮依據結構認定，流於將市場結構置於審查第一順位，違背了市場結構因素淡化之趨勢，甚至成為主管機關減輕舉證責任之依據<sup>476</sup>。

<sup>471</sup> 在公結字第 098001 號，結合後市占率過半，然公平會於衡量第 9 點因素後認定無限制競爭疑慮，仍進行整體經濟利益衡量。

<sup>472</sup> 例如公結字第 096003 號、第 096005 號均由市占率過半之業者與市占率僅個位數之業者結合，而公平會並未審酌整體經濟利益。其中，公結字第 096003 號。該案僅列出電子商務主管機關之意見，公平會本身並未特別分析整體經濟利益。

<sup>473</sup> 例如公結自第 096004 號。

<sup>474</sup> 例如公結字第 099002 號。

<sup>475</sup> 臺北高等行政法院 100 年訴更一字第 105 號首先評估市場占有率符合處理原則第 10 點，認定該結合案具顯著限制競爭疑慮後，指出「市場占有率及市場集中度資料僅能提供分析對於競爭影響之開端，於衡量是否禁止事業結合時，仍須依前揭處理原則第 9 點」，此觀點本文認較可採。

<sup>476</sup> 例如於前揭註之訴訟中，公平會即認結合事業之市占率過半，「業屬處理原則第 10 點第 1 項第 1 款所定情形，原則上即應認定為有顯著限制競爭疑慮，最高行政法院判決反指稱被告未詳究本件結合是否有顯著限制競爭疑慮云云，容有誤解」、「本案結合後原告市場占有率達二分之一以上，原則上按處理原則第 10 點第 1 項第 1 款之規定，即應認定為有顯著限制競爭疑慮。原告如欲申請結合，自應提出如何提昇整體經濟利益、或如何減少限制競爭不利益之具體作法或依據，然原告自始至終，均無法提出說明。」處理原則第 10 點無疑成為公平會論述個案具顯著競爭疑慮之重要依據。



### 第三項 正視整體經濟利益分析

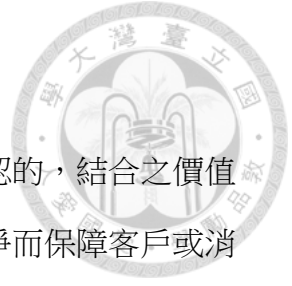
處理原則為具體化主管機關審查要點雖有其貢獻，然其內容以限制競爭不利益為主，對於整體經濟利益處理原則之規定似過於簡略。本文認為公平會對於整體經濟利益分析之問題在於：其一，主管機關心證不明，無助於企業提出文件證實其效率主張、其二，要求企業將經濟利益回饋給消費者與競爭法直接目的不符、其三，個案之間評價標準不一致，分述如下。

#### 一、主管機關心證宜明確公開

處理原則第 13 點指出，於具有顯著限制競爭疑慮之結合申報案件中，申報事業得提出整體經濟利益考量因素供公平會審酌，其因素包括：消費者利益、參與結合事業原處於交易弱勢之一方、參與結合事業之一屬於垂危事業，以及其他有關整體經濟利益之具體成效。第 13 點僅明確列出三種結合所生之利益，其餘則以第 1 項第 4 款概括為「其他具體成效」。結合具有哪些利益當屬事業自身最清楚，由企業自己提出資料證實，再由公平會查證其效率主張，亦為美國準則所採，然公平會如何查證？面對各種類之效率主張，其心證如何？處理原則卻無隻字片語。

我國實務操作上，有參考國際競爭網絡 2006 年結合指導原則工作手冊（ICN Merger Guidelines Workbook），認為結合審查之效率評估條件應包括可證明（evidence）、對消費者有利（pass on to consumers）及結合特有（merger specific），亦即要求申報人應提供該等效率可在結合後合理之短期間內實現、結合案之實施可以降低售價增加產出回饋給消費者、無法以其他非結合之方式達到相同效率，甚至要求應以結合事業未來營運之具體計劃，並佐以具體數據予以證明<sup>477</sup>，然此等審查標準於處理原則中均付諸闕如。本文認為，處理原則應敘明何謂有關整體經濟利益之「具體」成效、事業如何證實、公平會如何審酌、主管機關採信與否之心證，俾利事業提供相關文件審查，亦增進審查之效率與透明。

<sup>477</sup> 參臺北高等行政法院 100 年度訴更一字第 105 號判決。

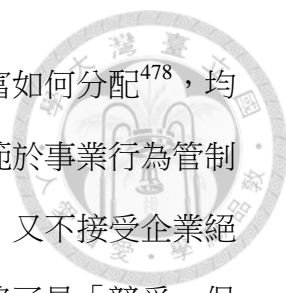


## 二、權衡整體經濟利益之目的在於競爭秩序之維護

雖然效率因素在多數案件中並不影響審查結果，然不可否認的，結合之價值在於其具有產生效率之潛力，而效率之增加可能進一步促進競爭而保障客戶或消費者，雖然企業結合之目的在於創造內部運作效率、增進己身之競爭能力，而非保護客戶或消費者，然對社會而言，若結合因此產生更有效率之競爭者，則可能促進市場競爭進而間接保障消費者群體，企業自利之結合行為便與公平法目的相一致。是故，審查整體經濟利益之目的在於評估結合創造之效率是否促進競爭。

然而，我國處理原則在「整體」經濟利益評估中，特別將「消費者」利益單獨列出，似有特別重視消費者利益之意涵。然參酌美國準則在效率衡量上，並未特別重視消費者福利，亦未要求必須將所有效率利得傳遞給消費者，只是要求企業證明結合案所獲得之效率足以使結合後之價格維持或低於結合前之價格，然於潛在反競爭效果越大之案件，若越多效率能回饋給消費者，較能說服主管機關得出結合案無反競爭效果之虞的結論。回饋消費者雖得以作為效率存在之證明，然效率存在並非必須回饋消費者不可。

職是之故，我國處理原則僅僅列出「消費者」，而對其他結合所生之利益卻未多做例示或解釋，本文認為似有不妥，縱使短期價格乃重要之評估因素，主管機關仍不應忽略結合案對於長期效率之影響，例如：不影響短期價格之研發或創新效率、創新為結合後之事業帶來更多利潤等。因反托拉斯法仍應以促進整體競爭秩序為目的，消費群體僅係間接目的，在「整體」經濟利益衡量上如以消費者為重，似與目的不符。競爭法之責任在於保護競爭，既非競爭者，亦非消費者，競爭者與消費者不過是市場競爭體系之一環，競爭法並非為特定利益團體服務。因此，競爭法主管機關所應重視者仍係市場整體競爭秩序，只要市場競爭秩序健全，則各方理性自利運作下所生之利益，不論價格、品質、創新等利益，終回歸市場全體，作為市場成員之一的事業如同自然人一般，自利動機不應受到非難，企業



整體經營所獲利潤如何使用、是否保證回饋消費者或者社會財富如何分配<sup>478</sup>，均非競爭法主管機關干涉之重點，不應為特定群體利益而強加規範於事業行為管制之上。公平會實務上往往強調企業無法確認獲利回饋給消費者，又不接受企業絕不漲價之保證，可能讓企業無所適從，其癥結點便是公平會忽略了是「競爭」保護消費者群體，要求事業創造出保護消費者為目的之效率乃不合理之要求，公平會毋寧應該審酌結合所創造出之效率是否促進競爭，促進競爭之目的便得以保障消費者群體而與公平法目的相一致。

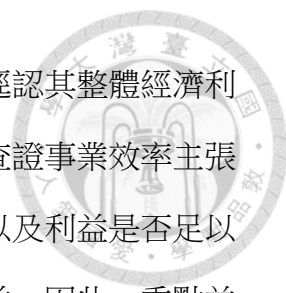
### 三、評估標準一致化

我國實務在整體經濟利益審查上，曾經採納之效率雖包括各種多元利益，然個案之間採納與否卻有莫衷一是之感。公平會於禁止結合之案例中表示，規模經濟與國際競爭力僅係個別事業利益，而且是否得以實現，尚待申報人之實際營運策略及經營行為，且在缺乏市場有效競爭之下，實無有效機制確保能達一定程度之經濟利益。因此，公平會在此類案件進一步要求結合雙方提出穩定市場供需與健全產業結構之具體成效。然而，在公平會不禁止結合之案例中，規模經濟與國際競爭力則納入整體經濟利益評估，並且成為整體經濟利益大於限制競爭不利益之理由。在前者，事業利益似乎非屬整體經濟利益，或重要性遠小於產業與社會利益；然於後者，卻無事業利益或產業、社會利益之區分，令人質疑公平會整體經濟利益衡量標準不一。

本文認為，出現此種問題之原因有二：其一，公平會對於無顯著限制競爭疑慮或低限制競爭疑慮之案件仍進行整體經濟利益衡量，為此公平會需刻意舉出經濟利益，連不夠具體之成效亦列入決議內容，事實上，無限制競爭疑慮之案件原非管制對象，再加上事業自利行為之假設前提下，應認定事業結合具有一般效率

---

<sup>478</sup> 以整體經濟利益之角度視之，壟斷高價所致之財富由消費者轉向生產者事實上是中性的，並非無效率，除非財富在消費者手中能為社會發揮更大之效用。倘言及財富重分配，則應由其他稅收或補貼等手段解決。




利得，故對於低限制競爭疑慮案件之經濟利益亦毋庸衡量，得逕認其整體經濟利益大於限制競爭不利益（處理原則第 6 點）；其二，主管機關查證事業效率主張之方法係評估事業所主張之利益是否明確、真實並合理證明，以及利益是否足以抵銷限制競爭不利益之疑慮，而整體經濟利益當然包括事業利益，因此，重點並非市場上事業數量減少而無有效機制確保經濟利益實現，亦非事業未提出穩定市場供需與健全產業結構之具體成效，以此空泛之理由拒絕承認事業提出之經濟利益主張，當然難以令人信服，公平會毋寧宜審查事業主張之利益是否不切實際、是否夠充分而足以抵銷限制競爭疑慮。

整體而言，法院退出作為政策形成角色之趨勢，我國與美國相同。美國雖屬判例法國家，法院在早期對於反托拉斯政策之形成具促進作用，然行政組織在決定複雜經濟事務上，擁有比法院更有彈性之程序以及更多之人力資源，反托拉斯政策因此逐漸傾向於由行政機關主導乃屬正常<sup>479</sup>。而我國法院則本於尊重立法機關以不確定法律概念授權行政機關個案解釋、尊重專業行政機關判斷餘地之立場，僅為合法性審查，個案評價正當與否乃交由行政主管機關判斷，而主管機關又嚴格依法行政、遵行行政慣例，故公平會結合審查實務以及處理原則之適用狀況始為結合利害關係人關注之焦點，處理原則影響經濟活動甚深，其透明度之重要性不言自明。然而法院應明瞭，若行政機關對於事業結合無法確定其反效果者，仍應回歸以市場自由競爭機制為原則，以免政府失靈對市場造成更嚴重、更長久之破壞，法院作為合法性審查之裁判者應堅守其立場，審酌公平會介入管制之理由是否充分、是否盡其舉證之責，共同維護市場自由競爭。

結合管制不僅包括個案事實之描述，尚有政策與價值判斷之過程，除了對過去產業狀況做出觀察以外，尚需預估市場趨勢以及結合效果等未來情形，因此實證分析是相關研究之重點。以經驗性研究作為政策基礎可降低政策方向錯誤，避免政府管制以促進競爭為宗旨卻事與願違，對市場反造成不良損害，增加執法成

---

<sup>479</sup> Posner, *supra* note 9, at 136.



本。因此，經驗性研究、學術統計或實證調查研究對於反托拉斯執法均甚有助益，我國公平法實務要能持續演進，需體認市場運作與產業現況，藉由實務經驗與學術研究之積累共同向前推進。本文建議，主管機關對產業或經驗研究與調查應多方參考，此將有助於對市場占有率或集中度以外之因素多作著墨。現行處理原則雖有改進，然是否在實務上採用或如何運用於個案分析始為重點，依個案理由觀之，似乎仍以市占率為重，許多分析因素尚流於紙上談兵，因此，執法標準明確化、指標化、一致化乃我國處理原則與結合審查實務當務之急。再者，即使我國市場狀況與美國有所出入，計量經濟學與統計調查等量化分析方法或經驗研究、質化證據之運用對個案分析有所助益，對於理解產業現況或判斷是否有礙競爭實屬重要，然我國實務上運用者寥寥無幾，如能適當運用，將有助於主管機關決定書理由之說服力。





## 第五章 統一與維力結合案

### 第一節 案例事實

2005年9月，統一集團宣佈以6.4億元取得維力食品逾50%之債權<sup>480</sup>。2007年2月7日統一集團對外發布訊息，其由子公司優富資產管理公司處分維力食品有擔保債權，同時，透過開曼統一，以8.9億元買下Linkhope Intl. Co., Ltd. 100%股權，由於該公司乃維力食品之大股東，統一藉此間接拿下維力食品31.84%股權，正式入股維力食品<sup>481</sup>。而統一握有優先權，可以2.5億元買下另外17.91%股權，未來不排除加碼<sup>482</sup>。當時統一對外表示，入股維力只是單純投資，看好維力長期發展以及雙方合作綜效，例如：共同進行原物料聯合採購，或聯手發展中國等海外市場等，增加雙方競爭力，不會改變維力營運模式。

2008年，統一企業擬透過子公司間接持有維力食品超過1/3股份，而向公平會提出申報（第6條第1項第2款、第11條第1項第2款及第3款），公平法審理時間原則上限期1個月（第11條第3項），然委員間在限制競爭與台灣民生食品物價等整體經濟考量上，出現兩方意見互相拉扯，故8月13日決議延長審理統一與維力結合案（第11條第4項），並決議擇日召開公聽會，待聽取專家、消費團體等後再決議，使統一、維力結親受阻<sup>483</sup>。8月28日公平會邀請經濟部、行政院消費者保護委員會、消費者團體、統一、維力、味全等速食麵市場主要供應商及其上游原料產業、下游通路產業，以及學者專家與會，聽取各界意見納入審酌

<sup>480</sup> 台灣未上市股票資訊網（9/22/2005），〈泡麵龍頭合體 統一取得維力逾半債權〉，載於：[http://www.kcc888.com.tw/SQLPage/NewsInto.asp?News\\_id=39399&action=assign&CompanyName=維力食品](http://www.kcc888.com.tw/SQLPage/NewsInto.asp?News_id=39399&action=assign&CompanyName=維力食品)（最後瀏覽日：11/18/2012）。

<sup>481</sup> 台灣未上市股票資訊網（2/8/2007），〈統一入股維力 吃下31.84%股權〉，載於：[http://www.kcc888.com.tw/SQLPage/NewsInto.asp?News\\_id=32321&action=assign&CompanyName=維力食品](http://www.kcc888.com.tw/SQLPage/NewsInto.asp?News_id=32321&action=assign&CompanyName=維力食品)（最後瀏覽日：11/18/2012）。

<sup>482</sup> 蘋果日報（2/8/2007），〈統一企業併購維力炸醬麵〉，載於：<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/finance/20070208/3240316/applesearch/統一企業併購維力炸醬麵>（最後瀏覽日：11/18/2012）。

<sup>483</sup> 維力公司網站—新聞專區（8/13/2008），〈統一、維力結親受阻〉，載於：[http://www.weilih.com.tw/weilih/page/01\\_company/01\\_5.html](http://www.weilih.com.tw/weilih/page/01_company/01_5.html)（最後瀏覽日：11/18/2012）。

參考<sup>484</sup>。公平會最終於 9 月 10 日認為，本結合案難認整體經濟利益大於限制競爭之不利益，故依公平交易法第 12 條第 1 項規定，禁止其結合<sup>485</sup>。統一企業針對該決議表示，將尊重公平會決議，並強調統一仍會善用目前持有維力食品 31.84% 之合法股權，在技術和品質上相互交流、提升，並共同拓展海外市場，期發揮最大之合作綜效<sup>486</sup>。

於公平會作出禁止結合後一個月，統一於維力董監事改選中獲得半數席次，即三席董事與一席監察人，統一所派任之人為統一之總經理、食糧群及速食群之副總經理、投資部門協理，及會計群副總經理，並由總經理羅智先出任維力之董事長，公平會因此認定統一足以控制維力之經營決策，該當公平法第 6 條第 1 項第 5 款「直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免」之規定，二公司將因董事兼充而消弭競爭關係，符合結合管制規範卻未申報，故於 2009 年 2 月依據公平法第 13 條及第 40 條，命統一免除相關人員同時擔任維力董事或監察人之職務，以達無實質控制狀態，並處以罰鍰 50 萬元<sup>487</sup>。在公平會要求改正行為下，統一企業主動辭去二席董事職務，然保留羅智先所擔任的董事長一職，對此，公平會發言人周雅淑表示，公平會將針對維力之經營制度進行調查，若維力是總經理制，有關人事與業務經營是由總經理負責，羅智先擔任董事長便與公平法無涉。統一對外表示，雖然尊重公平會決議，然公司將循正常法律途徑取得明確之法律見解，以利日後遵循<sup>488</sup>，因此提起訴願遭駁回，遂提起行政訴訟，歷經臺北高等行政法院 98 年度訴字第 2814 號判決，統一敗訴提起上訴，最高行政法院 100 年度判字

---

<sup>484</sup> 今日新聞網 (9/10/2008)，〈維護消費者權益 統一、維力結合案 公平會還是不准〉，載於：<http://www.nownews.com/2008/09/10/320-2332832.htm> (最後瀏覽日：11/18/2012)；奇摩理財新聞 (9/10/2008)，〈減損競爭機能 公平會禁止統一維力結合〉，載於：[http://tw.money.yahoo.com/news\\_article/adbf/d\\_a\\_080910\\_1\\_14rx3](http://tw.money.yahoo.com/news_article/adbf/d_a_080910_1_14rx3) (最後瀏覽日：2012 年 11 月 18 日)。

<sup>485</sup> 公平會公結字第 097005 號決定書。

<sup>486</sup> 自由時報電子報 (9/11/2008)，〈統一想娶維力 公平會不准〉，載於：<http://www.libertytimes.com.tw/2008/new/sep/11/today-e5.htm> (最後瀏覽日：5/22/2013)。

<sup>487</sup> 黃嘉琪 (2009)，〈泡麵業兩大龍頭結合 違反公平交易法〉，《公平交易通訊》，16 期，頁 3-4。

<sup>488</sup> 工商時報 (2/12/2009)，〈統一、維力結合未申報 公平法開罰〉，載於：中國時報讀者服務網 [http://reader.chinatimes.com/forum\\_37335.html](http://reader.chinatimes.com/forum_37335.html) (最後瀏覽日：5/22/2013)。

第 1346 號判決廢棄原審判決，發回原審法院更為審理，臺北高等行政法院以 100 年度訴更一字第 155 號判決撤銷訴願決定及原處分，公平會不服提起上訴，最高行政法院 101 年度判字第 1017 號再度判決公平會敗訴。

2010 年統一企業再度擬透過子公司間接持有維力食品近半數股份，第二次申報結合。此次統一提出新主張，認為市場定義應擴及更多之即食食品，包括餅乾、三明治、冷凍水餃、便當等，並輔以學者評估：上述餅乾等與泡麵「是具有高度替代性的同一個市場產品」<sup>489</sup>。公平會對外徵詢公眾評論意見、函請相關業者提供意見，並調閱下游量販店、便利商店之銷售資料進行分析<sup>490</sup>，經綜合評估後，於 9 月 2 日仍認為「難謂本結合對整體經濟利益大於限制競爭之不利益」，再度禁止統一企業與維力食品結合<sup>491</sup>，統一不服提起行政救濟，堅持應以即時性食品作為市場界定，臺北高等行政法院判決統一敗訴<sup>492</sup>，全案仍訴訟進行中。

上述統一與維力前後二次申報結合與一次遭公平會要求申報結合，涉及公平法第 6 條第 1 項第 2 款與第 5 款之結合型態，本文以下首先分析統一與維力董事兼充一案，次分析統一欲間接持有維力股份大於 1/3 而二度申報結合之案例。

## 第二節 董事兼充案

### 第一項 實務決定

公平會於 2009 年 2 月對統一祭出處分書<sup>493</sup>，指出以公平法第 6 條第 1 項第 5 款評估事業間是否具有「實質上控制」，除判斷持有股份或董事席次達特定比例外，尚須綜合具體個案事實論斷，例如透過財務依賴、資訊分享及是否具有否決權等治理權利等，對他事業之經營決策實質控制，致有減損競爭之情形存在。公

<sup>489</sup> 工商時報（9/3/2010），〈公平會再駁統一、維力結合案〉，A21 版。

<sup>490</sup> 中央日報網路報（9/2/2010），〈統一擬併購維力 公平會說 NO〉，載於：

[http://www.cdnews.com.tw/cdnews\\_site/docDetail.jsp?coluid=116&docid=101278614](http://www.cdnews.com.tw/cdnews_site/docDetail.jsp?coluid=116&docid=101278614)（最後瀏覽日：5/22/2013）。

<sup>491</sup> 公結字第 099003 號決定書。

<sup>492</sup> 臺北高等行政法院 100 年度訴字第 1226 號判決。

<sup>493</sup> 公處字第 098035 號處分書。



平會在處分書與訴訟上認定統一對維力具有實質控制力之原因如下：

### 一、 統一得藉由控制自然人代表而控制維力

統一作為法人股東取得維力之三席董事與一席監察人，依公司法第 27 條須指定自然人代表行使職務，且得隨時改派其所指定之代表人，且統一所指定之代表人有其總經理與副總經理，依公司法第 33 條及統一之章程規定，經理人必須遵照董事會決議，故統一得以控制其所派任之代表而控制維力。


### 二、 統一占有維力半數董事席次並擔任董事長足以影響維力決策

統一派員擔任維力之董事之目的在於保障其投資權益、監管維力公司避免業外投資而專注於速食麵本業經營，即意欲影響維力之投資與經營，再加上維力之董事會亦具業務經營與人事任免之權，且該等決議須有過半數之董事出席，故維力公司董事會之召開及議案之決議，均需有統一人員之出席及同意，始有可能通過。此外，統一之代表擔任維力董事長，依公司法第 208 條第 3 項，對內可主持維力公司董事會之會議進行及運作，對外就公司營業上一切事務有辦理之權。因此，統一之代表出席及同意，對維力公司董事會運作不可或缺<sup>494</sup>，統一將利用此影響力避免維力通過執行不利於統一之經營決策。

### 三、 統一代表所擔任之董事及監察人無法由大股東決議解任

由於統一係獲得維力公司大股東之支持始取得半數董、監席次，且統一與大股

<sup>494</sup> 在訴訟上，公平會對於統一董事席次居半，對維力公司運作不可或缺之論述理由大致有三：  
(1)非上訴人取得之董事席次之董事如有 2 人缺席，則上訴人以 4 席占 3 席之勢（逾出席董事 4 人之 2/3），非不得控制維力公司業務方針、業務計畫、重要契約內容、審議盈餘分配或虧損彌補、分支機構之設立增減或裁撤、處理公司財產質押及權利設定、資本增減、重要職員之任免及其他重要事項之決定。惟此點於最高行政法院以「將上訴人能否控制維力公司之業務經營及人事任免，繫於不確定因素(非上訴人取得之董事席次之董事有 2 人缺席)，已難認有據」而駁回，後公平會亦不再如此主張。  
(2)統一對維力公司之控制力來自於積極作為，亦即透過與維力大股東協議，而取得維力公司公司之業務執行機關（董事會）成員席次及擔任該公司之董事長，並非消極不作為，該「取得維力公司董事席次及擔任董事長」積極運作維力公司董事會（執行業務機關）之行為該當公平法第 6 條第 1 項第 5 款。  
(3)從反面控制理論論述，倘被上訴人所掌握之半數董事均不出席維力公司董事會，則依公司法及維力公司之章程，董事會作成「過半數董事出席」無法達成，則維力公司董事會無法達成出席過半之決議前提要件，而無法作成任何有關該公司經營之重要決議，是被上訴人取得董事半數席次及擔任維力公司董事長，可實質控制維力公司之事實要屬確定。



東訂有投資協議書，約定由統一取得維力公司半數董監席位並擔任董事長，因此無法由大股東決議解任之。且該協議書之存在足見上訴人持有維力公司 31.84% 股份，原難取得維力公司半數董、監席次，經由協議安排取得相對於其持股比例較多之董事、監察人席次，益證其具有直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免之情事。


#### 四、 董事兼充屬於公平法實質控制之型態

因水平競爭之事業間將透過經營人員兼任而消弭競爭，故「董事兼充」屬公平交易法第 6 條第 1 項第 5 款所定之結合型態之一。本案統一因維力大股東支持而獲得半數董監事席次，所派任之代表均同時擔任統一或其子公司之董事，以董事兼充方式擔任維力公司達半數之董事，顯見原本競爭之雙方以合作代替敵對，故應受競爭法有關結合之規範。

統一對此處分提起行政救濟，臺北高等行政法院 98 年度訴字第 2814 號判決支持公平會見解，統一不服提起上訴，最高行政法院則以 100 年度判字第 1346 號判決廢棄原判決後，臺北高等行政法院以 100 年度訴更一字第 155 號判決訴願決定及原處分均撤銷，公平會乃提起上訴，最高行政法院再以 101 年度判字第 1017 號判決駁回公平會上訴。

最高行政法院兩次判決均判定公平會敗訴，認為公平會未指出具體事項，僅以統一持有維力董事席次之半，且統一之人員居董事長職位之形式，即認定被上訴人對維力公司有控制關係，顯非足採。其理由整理如下：

- 一、 依結合管制之立法目的觀之，係為了避免結合形成獨占或造成市場過度集中，對於競爭與整體經濟利益造成弊害，因此公平法第 6 條第 1 項第 5 款須控制事業因其對他事業業務經營或人事任免之影響程度，達到妨害市場競爭危險之虞即為已足，非必須達到實質限制競爭之程度，且應就具體個案情形判斷，不以取得他事業董事席次過半數為必要，亦非以負責人兼任為已足。

- 
- 二、統一與維力公司之大股東 Long Life 公司各取得維力半數席次，如依公平會見解，則二公司同時均為維力公司之控制公司，實異於對「控制」法律概念之一般理解。
- 三、統一與維力公司大股東之投資協議書，效果僅及於一定董監事席次之取得，並未涉及之後未來維力公司業務經營或人事任免事項。
- 四、統一公司與維力公司僅董事 1 人相同，並無「執行業務股東或董事有半數以上相同」之情形，自不生與公司法第 369 條之 3 第 1 款規範關係企業控制從屬關係，故無舉重明輕之問題。

## 第二項 評析

本案統一與維力之關係雖不符公平法第 6 條第 1 項第一至第四款，然而維力董事會由統一與維力之大股東占各半數席次、分別占據董事長與總經理二職，統一持有維力股份 31.84% 亦在同條項第 2 款結合定義之邊緣，故如何解釋第 5 款之實質控制乃成為本案爭議所在。由於本案涉及結合定義與董事兼充是否符合定義之爭議，最高法院最終雖判決統一勝訴並質疑公平會之主張，然仍未就第 6 條第 1 項第 5 款於董事兼充案例如何解釋適用提出具體標準，故本文以下首先介紹美國立法例，再了解我國現行實務，最後評析本案。

### 一、美國規範

參考美國反托拉斯法，並未針對結合單獨定義，而係對限制競爭之契約（休曼法第 1 條）、共謀獨占（休曼法第 2 條）、可能實質減損競爭之合併與收購（克萊登法第 7 條）、禁止董事連鎖（克萊登法第 8 條）等行為分別規範，執法機關與法院得以彈性運用此等法律，故美國審酌個案是否違反實質減損競爭乃綜合個案所有狀況判斷，例如：當 A 公司擁有 B 公司越高之財務利益，且 A 與 B 市占率越高時，A 越有降低與 B 競爭之動機，再者，若 A 又某程度上得以對 B 控制，則 A

將有動機運用其控制力使 B 減少競爭，因財務利益與控制二因素實與單方效果之分析因素相當<sup>495</sup>。

對於董事兼充案例，美國主管機關審查是否違反克萊登法第 8 條時，須評估事業間是否具水平競爭關係以及董事會之內部結構<sup>496</sup>，由於條文明確規範不得同時擔任二家符合一定門檻事業之董事或負責人，適用本身違法原則而毋庸進行競爭效果分析，亦無事前申報之要求<sup>497</sup>，即使違背，只要離職或消除水平競爭關係即可，無其他處罰規定，且若原合法任職之負責人，因事後事業之資本、盈餘與未分配收益、或其業務等任何變更導致違反本條時，得於事件發生後一年內辭任<sup>498</sup>，故違反本條之案例不多，僅偶有案例對於雙方是否屬水平競爭關係有所爭議<sup>499</sup>，然一般董事連鎖之案例往往亦同時涉及休曼法第 1 條、克萊登法第 7 條<sup>500</sup>，故個案上多亦進行實質競爭減損之分析。

## 二、我國實務

我國立法方式與美國並不相同，公平法第 6 條設有結合定義，並要求事業結合必須事前申報，董事兼充之案例並非第 6 條第 1 款至第 4 款所列舉，故我國執法均置於第 5 款規範之。依我國現行執法與實務，於董事兼充過半數之情形，雖未明文列入公平法上結合型態之一，但基於法人股東得以隨時改派自然人代表，且董事會具業務經營與人事任免之權，故兼任席次過半在實務上往往均以公平法第 6 條之概括條款處罰之，實務運作下似已將董事兼充過半之情形納入公平法第 6 條第 1 項第 5 款，有學者亦認兼充超過半數則當然形成控制<sup>501</sup>。若事業行為符合

<sup>495</sup> OECD Competition Committee, Policy Roundtables: Minority shareholding and Interlocking Directorates, p.176 (2008), available at <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/41774055.pdf>

<sup>496</sup> Spencer Weber Waller, Corporate Governance and Competition Policy, 18 Geo. Mason L. Rev. 833, 840-841 (2011).


<sup>497</sup> 美國克萊頓法第 7a 條事前申報僅針對第 7 條股份或資產收購之行為，第 8 條董事或負責人連鎖並無事前申報之要求。

<sup>498</sup> 15 U.S.C. § 19(b).

<sup>499</sup> Waller, supra note 496, at 857.

<sup>500</sup> See supra note 495, at 175-182.

<sup>501</sup> 吳秀明，前揭註 426，頁 159。




結合定義且事業規模達結合門檻卻未申報，則除依第 13 條規定處分外，尚可依第 40 條處以罰鍰，公平會並認為縱使事後辭任，仍因兼任之時已構成違法而得處以罰鍰。相較於美國，我國董事兼充雖不適用本身違法原則，然以概括條款規範所有兼充情形，規範範圍很廣又不夠明確，卻要求事業事前申報，且處罰更加嚴厲。

### 三、本案評析與建議

本文認為，董事兼充是否符合結合定義宜獨立明確規範，且依其情況無法事前申報者，不宜要求事前申報。申言之，結合定義係界定出原獨立之事業間因某些行為而經濟力量匯集，事業亦得藉由人員兼任之形式作為控制他事業之手段，二獨立事業間經濟力量因而匯集，故宜列入結合管制。然而董事兼充具有許多形態，何等具體兼充情況屬於我國之結合，則應有具體明確之界線，否則如同本案則有爭議，因公平法第 6 條第 5 款乃概括條款，事實上控制如何解釋各方說法不一：公平會於本案訴訟上表示，只要形成牽制作用，即可認定有控制從屬關係，包括透過權利、契約或其它方式為之，且綜觀其事實上或法律上條件，有可能對一企業之活動產生一定影響者，特別是以契約方式，對一企業內部單位之決議或諮詢，具有特定影響力者；統一則認應以控制行為足以造成市場競爭態勢發生變化始足當之；最高行政法院認為，控制事業因其對他事業業務經營或人事任免之影響程度，達到妨害市場競爭危險之虞即為已足，且認定公平會將「控制」解為形成牽制作用為已足之見解，與文義不符。故法院僅謂實質控制之標準在「妨害市場競爭危險之虞」，此本屬結合預防性目的所當然之解釋，然如何具體適用於董事兼充之結合案件，法院仍未針對本案提出明確見解。

本案統一僅獲得剛好半數之兼任席次，是否符合上述實質控制之「妨害市場競爭危險之虞」標準？且統一與維力大股東簽訂投資協議書，取得半數席次前，已事先了解我國過去僅有處分過半數席次之案例，故主觀上並不認為取得半數席次符合我國結合定義，如何事前申報？此等爭議均源於我國結合定義對於董事兼



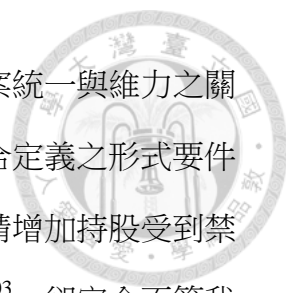


充無明確規範。小於或等於半數之兼充席次，縱使如同訴訟上公平會所主張，得藉由反對特別決議或以消極不作為之方式，對他事業造成實質影響故須納入管制，此種政策選擇應有明確之規範，否則事業之法律風險無法預期，不利於事業遵法，且明文於公平法上，公平會處分理由亦無庸大量引用公司法相關規定作為公平法上「控制」概念之證據。

結合定義涉及事業行為是否納入結合管制、是否須於行為前申報，其概括條款適用範圍本應考量立法目的、參酌第 1 款至第 4 款所歸納類型之精神而解釋。本案雖透過事前契約安排而獲得「半數」兼充席次，然公平法無明確規範，我國過往實務案例又僅針對「過半數」兼任席次之控制事業處罰，本案事業縱依循內部遵法計劃仍無法預見違法情事，實難要求事業事前提出申報，更何況單純之董事兼充屬事實行為，與第 1 款至第 4 款得以事前安排之情形不同，若非以契約等法律行為事前安排，根本無從事前知悉獲得之兼充席次。因此，本文認為，我國對於董事兼充處罰較重，應有明確規範，包括兼充席次、申報門檻，且適度緩和事前申報之要求，俾利事業遵循並降低事業投資之不確定性。

結合定義帶有政策選擇色彩，因事業間經濟力量統合是漸進式過程，應於何時認定具有納入管制需要，乃立法政策選擇，然結合定義如同申報門檻修法刪除市占率計算之原因一般，應迅速明確以利事業提出申報。本案既不符合結合定義，則根本不屬於本法所稱之結合，公平會卻綜合「不符第 2 款之 31.84% 持股」與「不服過往處分案例之兼充半數席次」二者強加本案納入結合管制，認定符合第 5 款結合定義，事業安錯其手足？且若此，單單以第 5 款做為結合定義即可，又何須多款定義<sup>502</sup>。或許，公平會要求統一與維力需申報結合並非無的放矢，事業間經濟力量統合、資源整合不可能一夜形成，更不可能於利益相衝突之事業間發生，故從互相具有利益，到經濟力匯集，到完全整合，是漸進式過程，控制力之行使

<sup>502</sup> 由於我國規範與美國不同，並無美國 2010 準則第 13 條對於部分收購 (partial acquisitions) 可能同樣具限制競爭疑慮之探討。我國公平法第 6 條第 1 項明確定義受管制之行為，縱使持有他事業股份缺一票便達到公平法同條項第 2 款所界定之 1/3 門檻，仍不符合結合定義，故非屬結合，公平會不得綜合所有不符合定義之情形而謂仍得依個案情形認定符合第 5 款概括條款。



與負責人兼任席次之取得往往亦隨利益連結之增強而生，而本案統一與維力之關係可能已達限制競爭疑慮，然本案特殊之處在於，綜合所有結合定義之形式要件看來，統一對維力之整合程度位於管制之臨界，統一又剛因申請增加持股受到禁止結合之處分，公平會極度懷疑統一與維力具有限制競爭疑慮<sup>503</sup>，卻完全不符我國公平法所列舉之結合定義，故本案所凸顯之問題實非控制從屬關係如何認定，毋寧在於我國結合定義作為政策選擇結果之反思：是否宜降低公平法第 6 條第 2 款之持股 1/3 門檻？是否董事或負責人之兼任應獨立規範，且兼任席次無庸過半？

### 第三節 申報結合案

#### 第一項 實務決定

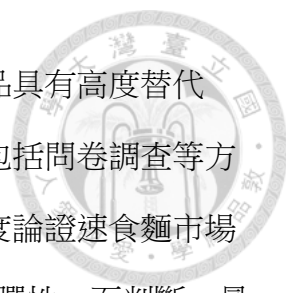
統一遭公平會二度禁止結合後，提起行政救濟表示本案爭點在於市場界定。公平會兩次決議內容差異不大，而高等行政法院判決接受公平會意見，故本文綜合理兩次決定書與臺北高等行政法院之判決後再評析之。

##### 一、市場界定

公平會以需求替代性界定產品市場範圍，包括產品或服務之功能、特性、用途、價格條件、銷售通路或消費者購買狀況等因素綜合觀察。最終認定本結合案所涉之產品市場，應劃為速食麵市場、飲料市場、食用油脂市場及保健飲品市場。其中，爭議最大者乃速食麵市場，至於飲料及食用油脂部分，因維力之市場占有率均不到 1%，公平會認定結合後將不影響該等市場之競爭。故本文以下僅整理並分析泡麵市場。

---

<sup>503</sup> 若統一僅僅因為看好維力而投資，不一定要控制維力，若僅係為了維力處理債信或融資，似亦無庸取得半數席次之多，然而，誠如統一所述，董事兼任係為了確保自身做為股東之投資利益。因財務利益進而取得控制權之情形，實際上類似於單方效果「移轉率」計算背後所隱含之意義，縱使統一初始目的係為了確保投資利益，然雙方利益既已某程度整合，為了整體財務利益，統一將有動機運用在維力董事會所獲得之影響力試圖使雙方競爭趨緩。面對此種漸進整合過程，應合時介入管制，即為政策選擇，而應有明確規範。




統一於第二次申報時主張，五類即食性食品<sup>504</sup>與速食麵產品具有高度替代性，應劃為同一市場，並提出交叉彈性以外之實證分析方式（包括問卷調查等方式）證明。公平會認為市場範圍應由消費型態及市場參進者角度論證速食麵市場之「高度可替代性」，以及即食性食品與速食麵間之「需求交叉彈性」而判斷，最終認定本結合所涉特定市場應界定為速食麵市場，原因有三：

- (1) 統一提出之論文實證分析及專家意見並無實際數據支持，故不足採。
- (2) 在「高度可替代性」方面，速食麵具有食用方便、省時省事、口味獨特、易長期保存等特性，且價格一般多訂於 20 元以下之低價位及 25 至 50 元中高價位，因此與各類鮮食即食食品有所區別，再加上公眾評論、其他速食麵業者之意見，亦認速食麵不論由消費者使用時機、需求及利益、廠商之產品定位及價格設定策略觀之，難謂即食性食品具顯著或高度之替代性。
- (3) 在「需求交叉彈性」方面，公平會觀察便利超商及量販店之銷售金額變化與銷售金額成長幅度後，認為消費者對速食麵產品價格變動之敏感性並不高，速食麵調價時，消費者之選擇並未轉換至即食性食品。最後，再以銷售數量及單價統計資料，試算各類即食性食品與速食麵間價格與需求量交叉彈性，數據仍顯示速食麵與鮮食即食食品不足以劃歸同一市場。

雙方於訴訟上之爭點在於市場界定，統一提出調查報告、經濟分析與法律專家意見報告、市場問卷交叉分析論文、產業分析、碩士論文等等資料，主張得以替代泡麵之產品眾多，替代效應過於複雜，不宜透過需求彈性分析作為市場界定工具，縱使以需求彈性衡量無誤，公平會之分析方式不但僅擇取某一商品與速食麵商品進行分析，難以正確完整顯示系爭商品彼此間替代性，更未提示彈性分析之產品之物品及品項，故無法完整判讀與審視其正確性，此外，僅取樣連鎖便利超市與大型量販店，亦忽略其他重要通路銷售數據。公平會則認定統一所提資料

<sup>504</sup> 即餅乾點心類（包括餅乾、麵包、洋芋片、米果、巧克力）、鮮食食品類（7-11 三明治、超商便當、滷味、鹹酥雞、關東煮、水煎包、飯糰）、主食澱粉類（麵條、速食麵、冬粉、米飯等可與調味醬罐自行搭配者）、調味醬罐類（牛頭牌沙茶醬、XO 醬、廣達香肉燥罐等可與主食澱粉類自行搭配者）、冷凍食品類（雅方羊肉爐、桂冠義大利麵、金品焗烤飯、卡好大水餃、義美炒飯）等。



論述說詞反覆且曖昧不明、未具體指明其所使用之分析工具、行銷意義之陳述而非競爭法市場界定之內涵、難堪為可信之市場界定專論、「拜訪摘要」，並非作者觀點、出處不明、未見作者具名、論文乃研究生在學時文章，作者難經專家適格之客觀標準檢驗等等原因，故均不足採信，並認為其於大型量販店與連鎖便利超市所得之價量分析，已可充分反映出全國消費者對於速食麵與各類即食性食品之偏好與產品替代性，再加上高度可替代性之各項指標、研究所食品品類分類、雜誌產品類別、賣場 DM 及陳列位置、公聽會會議紀錄，以及其他速食麵生產業者之陳述意見，以及世界速食麵協會網頁「事業或公眾認知」等輔助事證，足證泡麵作為一相關市場。

臺北高等行政法院判定，公平會對於統一所提資料均有未予採納之正當理由，且公平會之分析難謂與經驗及論理法則有悖，支持公平會之論證，並認為公平會未公開需求彈性分析數據之詳細資料，僅提出部分數字，遮掩相關計算之物品品項，係基於價量資料涉及各通路商營業上秘密或經營事業有關之資訊，為兼顧維護資訊提供者及訴訟當事人之權益而為之，統一既然從事食品相關產業，自非不得就前開資訊自行研判驗證各類即食性食品對應之需求交叉彈性，故尚無礙其程序權利之保障及訴訟權之行使，再加上，統一未能明確指明公平會依價量資料計算所得數據有何實質錯誤，故駁回統一重為鑑定之聲請。

## 二、限制競爭不利益之分析

由於高等行政法院認為公平會「已綜合考量事業結合限制競爭不利益之各項因素，經核尚與經驗法則與論理法則無違，堪予認定」，與公平會無相反見解，故本文以下逕整理公平會對本案之評估。

### 1. 單方效果

公平會認為，參與結合事業彼此間之替代性及結合後之市場占有率乃影響單方效果之因素，而同質產品市場中，市場占有率第一大廠商與第二大廠商結合所

造成之單方效果最顯著，本結合案即屬之，故參與結合事業彼此間競爭壓力將有所消減，是渠等得以不受市場競爭拘束，而單方調整商品價格。

於第二次決定書中，公平會不再言及泡麵市場乃同質產品，然仍認第一與第二大事業結合不可不慎，更參酌美國準則集中度標準，認定本結合案實施後，集中度與增加幅度甚劇，參與結合事業彼此間之競爭壓力將有所消減，抬價之單方效果因此無法排除。

## 2. 共同效果

第一次決定書認為本案尚無共同效果之事證，然第二次決定書則認為泡麵市場在結合前，前二大廠商行銷策略及與通路談判力未整合，其餘小廠商有利基市場之爭取空間，然結合後既有廠商市占率難以與結合廠商抗衡，將減少產品多樣性，並與結合廠商採取一致性行為，原因如下：

- (1) 其餘既有小廠商必須調整其產品線或行銷策略以為因應，惟因資源有限，只能針對部分品項加強，亦即可能會縮減自身原本產品線導致間接影響消費者選擇之多樣性。
- (2) 如市場領導廠商提高價格或減少產量，其餘既有小廠商以價格競爭爭取市占率之成功可能性甚低，且慮及倘未跟進恐將遭報復或不敵競爭失去占有率，既有廠商從事競爭之誘因及能力將降低。本案速食麵市場前二大廠商結合後，市占率高達將近七成，其餘既有廠商之市占率約為 10% 上下，渠等囿於自身市占率遠不及於參與結合事業，故對抗其結合後事業抬價行為之可能性並不高，倘結合事業有相互約束事業活動之行為，而其餘既有廠商採敵對立場未必符合經濟理性，渠等參與或採取一致性行為之可能程度似會增加。故本案結合實施後，參與結合事業調漲商品價格時，其餘既有廠商採取跟隨調漲之可能性極高，尚難排除結合後之共同效果。



### 3. 參進程度


公平會首先承認單純就生產速食麵所需之基本設備及法令規章而論，參進障礙不高。然而，基於下述原因，認為參進之可能性與及時性低，且難以對市場內既有業者形成競爭壓力：

- (1) 一旦納入銷售通路考量，進入通路所需耗費之時間及資力，則非任何有意參進之新業者所能及時輕易達成。第二次決定書進一步解釋，統一公司與全國門市數將近 5000 家之統一超商及家樂福量販店屬同一集團事業，結合實施後統一公司與維力公司對通路之影響力量更強，將間接影響既存業者或潛在參進者爭取通路之可能性。
- (2) 再加上泡麵市場規模下滑，呈現飽和甚至規模減縮趨勢，對於潛在競爭者而言，不具充分之市場胃納量以達成經濟規模，亦即難謂具有足夠之市場規模吸引潛在競爭者投資生產設備而能有回收或獲利之預期。
- (3) 此外，亦無證據顯示其他既有競爭者有擴大營業規模之計畫而足以對申報人結合後形成足夠之競爭壓力。第二次決定書指出，倘結合後可帶動其他既有業者之創新研發或產品重新定位，或可抵銷結合之單方效果，惟依過去歷史經驗，既有業者推出新品或產品重新定位之效果有限：不但涉及諸多成本，而且成功率不高，因長期建立之品牌形象，對於消費者之選擇具有相當程度之影響力（消費者對新品牌之接受度低，例如國內熱銷品牌為歷史悠久之口味，且康師傅品牌速食麵進入國內市場以來，統一公司或維力公司之市占率無大幅更動）。

### 4. 抗衡力量

公平會認為本案交易相對人或潛在交易相對人箝制申報人提高商品價格或服務報酬之能力將因本結合案而削弱：

第一次決定書認為，參與結合事業之實質議價談判能力將有所提高。然上游麵粉、油脂製造廠等原料業者尚具抗衡力量，因統一及維力所使用之麵粉、油量



分別僅占我國供應量之 5.76% 及 8%。而下游通路商較供應商處於強勢地位，但據連鎖通路商於公聽會中表達之意見，多認為本案結合實施後，通路商對參與結合事業之議價空間將有影響。至於傳統零售通路及消費者方面，則難期具有箝制申報人提高商品價格之能力。

第二次決定書則傾向認為結合後交易相對人更不具抗衡力量。因結合者乃速食麵前二大廠商，結合實施後於速食麵市場更居市場主導地位，上游及下游之抗衡力量相形削弱。再者，速食麵之原物料供應商尚被獨占廠商所主導，未來可能影響水平競爭同業取得供貨之機會，更難期待下游傳統零售商及個別消費者有箝制申報人提高商品價格之能力。

### 三、 整體經濟利益之評估

公平會依據處理原則第 10 點與第 13 點，進一步審酌整體經濟利益後，認定統一並未提出消費者利益之考量因素，且結合雙方既非交易弱勢亦不屬於垂危事業，更無其他有關經濟利益之具體成效，否認了統一對於經濟利益之主張：

1. 在產品價格方面，統一雖承諾五年內不帶頭漲價，然為免實質減損競爭所採取之「結合補救措施」，必須能夠有效「恢復競爭」，該承諾無法達此目的。再者，市場競爭機制始為決定供需價量之最佳方法，統一取得維力公司將近 50% 之控制力，二事業將難以維持競爭。最後，統一縱有規模效益降低生產成本，其是否得以直接回饋予終端消費者，未臻明確。
2. 結合方主張，結合所帶來之其他經濟利益包括：統一可提供食品安全衛生等品質上技術協助、雙方交流「非油炸麵」之研發生產技術、縮短研發時程、降低非油炸麵售價、提高與上游原物料廠商之議價能力，調節多年來國際原物料價格不斷上漲之壓力、雙方交流採購經驗、強化國際競爭力等，然公平會指出，統一於現有持股 31.84% 之情況下即得為上開交流，且結合並非參與結合事業提升整體經濟利益之唯一方法，例如藉由申請共同研發之聯合行為、策略聯

盟、研發聯盟等方式亦可，非必須經由取得額外股權之方式始得進行。

臺北高等行政法院亦認為，「本件結合實施後，雖有原告所稱之規模效益，且可整合資源節省費用，惟結合後生產因素價格之變動，是否影響產品售價降低，而得嘉惠終端消費者，就結合後已削弱之競爭環境觀察，尚乏可信基礎得以支持，故依原告之申報資料所示，是否能發揮所稱促進消費者利益之效果，未臻明確。……本件結合後之規模以觀，原告於交易上應具相當實力……相關銷售通路非僅限於連鎖銷售通路，故被告認原告所述其為交易弱勢，尚乏具體事證可佐，應屬可採。至於原告主張提高國際競爭力部分，依本件參與結合事業之目前持股情形，已非不得於現有事業結構下進行，故被告認本次結合並非達成提昇國際競爭力之必要前提，應無不合，是以本件結合案對整體市場或消費者之整體經濟利益，既無明顯助益，而結合對國內速食麵市場又已具有顯著限制競爭之不利益」，故判定公平會之判斷並非無據。

#### 四、最終判斷：限制競爭不利益大於整體經濟利益

公平會慮及本案參與結合事業係速食麵市場第一大及第二大業者，結合後將有限制市場競爭，降低市場效能之虞，事業一旦出現濫用市場地位之行為，對市場交易秩序之損害將難以回復，再者，泡麵市場之參進障礙高、上下游事業之抗衡力弱，再加上結合對整體市場經濟利益或對實質增加消費者利益不但不明顯、效率亦非必以結合手段始可達成，又無法確保效率實現，故最終認定本結合案之不利益大於利益而禁止結合。

## 第二項 評析

公平會所做出之禁止結合之決定是否正確，並非本文所欲評論者，然管制機關之決定若影響企業決策，應有說服人心之理由，本文認為，結合管制目的在於避免反競爭效果大於結合所生效率之結合案發生，且屬預測性質，故政府介入管





制更需充分之證據始有正當性，否則政府管制理由不存在，宜回歸市場自由競爭。本案公平會之禁止結合理由留有許多質疑空間，管制理由似不夠充分，決議內容應更完善。

同質或異質性產品市場影響分析方法，公平會雖於第一次決定書中指出統一與維力乃同質性產品市場中之第一與第二大事業，第二次決定書雖刪除「同質產品市場」之字樣，然仍未明辨泡麵市場是同質或異質性產品市場，參酌美國 2010 準則，二種市場分析有所不同。本文認為，泡麵係以各式各樣之口味、包裝、品質、重量等不同而相互競爭，故應屬異質產品市場，以下便以異質產品市場之觀點切入評析本案。

#### 一、 市場界定之證據宜更多元

公平會提出應以速食麵市場作為相關產品市場，其理由係基於：產品特性與定價策略等特性，論述泡麵與鮮食即食食品不同，再以便利超商及量販店之銷售金額與數量變化論證消費者之需求彈性低且需求交叉彈性亦低，不足以劃歸同一市場。公平會不認同統一所提出之證據，係基於統一提出之論文實證分析及專家意見無實際數據支持，然質化證據本非量化數據，研究報告、專家意見或問卷調查當然適於作為證據，公平會應針對論證前提或內容回應而解釋為何不足採信，且公平會過去對於市場界定方式亦多以產品特性論述之，公平會以此反駁統一，不啻否認了自身過去之決定。訴訟上，雙方爭點在於市場界定，故進一步對於雙方所提證據有所攻防，環繞於交叉需求彈性之量化分析技術上是否正確、質化證據是否為競爭法專論、是否可信或可供驗證等等。

市場界定本非精確之界線，特別是在異質產品市場界定之情形，將較異質之替代品剔除於市場界線以外之過程，無法納入所有客戶對於產品替代性之評估，亦即市場外之其他產品對某部分客戶而言，縱使屬於替代品，仍可能不被列入相關市場內，市場界定之邏輯本如此。因此，主管機關市場界定之重點在於如何說

理、基於何種原因界定出這樣一個市場而排除其他有替代功能之產品。訴訟上雙方對於質化證據各持己見，量化數據僅公平會提出，卻又因為涉及營業秘密故諸多資訊無法公開，再加上量化分析技術複雜，不易驗證，法院終選擇以公平會之意見為依歸。


本文認為，我國市場界定不論統一主張或公平會分析所參酌之證據，不論質化或量化證據，均可納入更廣泛之資訊相互驗證。故建議，在量化證據方面，統一雖無法獲得同業或交易相對人之價量資訊，然可提出臨界損失分析證明公平會所界定出之市場太小<sup>505</sup>，依此方法無庸界定出明確之市場範圍，然得以證明市場宜擴大之主張，亦即證明特定價格漲幅下，預估銷售損失將超過臨界損失，導致價格上漲無利可圖，故市場界定範圍應擴大；公平會則可參考過去泡麵價格調整之歷史經驗、評估重獲率，以確定所界定之市場是否夠廣而足以構成競爭法意義之市場，可能相關之證據包括：交易條件改變時客戶購買行為之轉換、買方對於價格改變之回應、賣方關於客戶如何選擇替代品之商業決策與文件、競爭者對於價格改變之追蹤與回應、替代品之特性、成本與轉換市場外產品之延遲時間、其他銷售補充品之參與者所提供之證據等等<sup>506</sup>。

在質化證據上，公平會或許傾向於不相信統一作為當事人所提之質化證據，然而，對於市場界定應可參酌結合事業「平時或聲明結合前」所為之一般文件，參考美國 2010 準則，該等文件可提供許多資訊，包括產業條件、商業決定、結合意圖、結合之交易條件等等，此類文件比為了結合辯護所做出之文件更具證明力<sup>507</sup>。企業平時之行為與決策，例如：企業所認定之競爭對象、推出新產品前所為之市場調查或評估、如何評估其競爭對手、其定價策略等等，得以反映產品定位、

<sup>505</sup> 美國 2010 準則在市場界定採納之臨界損失分析並非新的概念，在此之前，結合雙方已提出此種分析方式主張其市場占有率被誇大，2010 年準則只是主管機關為透明化其態度而納入。See Shapiro, *supra* note 193, at 41. 因此，在我國處理原則或實務尚未採納此方法以前，實可由事業提出此分析方式證明公平會界定出之市場過狹。

<sup>506</sup> See 2010 Guidelines, §4.1.3.

<sup>507</sup> See 2010 Guidelines, §2.2.1. 例如在 *F.T.C. v. Staples* 一案，由企業之內部文件發現，Staples 原本在競爭壓力下打算在幾年內大幅降價，然考量到將與競爭對手結合，Staples 降價壓力消除，便取消減價計劃。See Kwoka & White, *supra* note 64, at 185.



目標客群與競爭對象，對市場界定富有參考價值，特別是本案，雖然統一為自己辯護而主張五類鮮食即食性食品與泡麵具充分替代可能性，然其平時為商業決策時，是否亦將鮮食即食性食品視為競爭對手？其為產品定位時，是否將鮮食即時食品（或其他麵條、蒸煮麵、點心麵、沖泡粥等等食品）納入考量？此等證據雖非量化證據，然而極富參考價值與說服力。

再者，價格歧視若可行，市場界定亦應考量是否結合廠商可能針對目標客群實施反競爭效果。依現實生活經驗，便利超市之鮮食即食性食品推出以來，似乎對泡麵產生替代效果，並使泡麵產業之成長受限、貨架空間縮減；泡麵食用方便、正餐食用等特性，在便利超市與鮮食即食食品特性相當，且泡麵價位有低、中、高之別，各有相當價位之即食性食品競爭，便利超市於正餐時段消費者眾，保存期限更非當餐食用之消費者所考量，泡麵與即食性食品相互替代日益明顯，公平會結論與之似有未合。由事業內部資料、價格調整之歷史證據或市場調查報告，或許可能得出便利超市與量販店有其不同之客群，購買行為亦有所不同而影響事業定價策略，例如：便利超市之客群較可能係為了方便食用或臨時起意而少量購買，故以碗麵、桶麵與單一袋麵之銷售為主，且有許多同等價位亦食用方便之鮮食或微波食品供消費者選擇，然量販店則係有計劃性之一次大量購買，作為家庭中以備不時之需的食品，故以家庭號之大包裝銷售為主<sup>508</sup>，因此，對於便利超市通路而言，或許如同統一所主張的，鮮食即食性食品一樣便利且選擇多樣化，與泡麵具充分替代可能性而影響泡麵業績之成長，然而，即使統一與維力之結合無法在便利超市提高泡麵價格，仍可能針對於量販店購買之消費者抬價而減損競爭<sup>509</sup>，則在價格歧視可行之情形下，主管機關或許可以針對量販店之客群而評估結

---

<sup>508</sup> 此外，便利超市之泡麵消費者可能多係為了方便而沖泡並當下食用居多，因此不在乎保存期限，而量販店購買之消費者可能係為了長期保存，以備日常生活上不時之需，且可能以烹調後食用居多。前者可能與鮮食即食食品競爭，後者可能與冷凍、蒸煮食品競爭，泡麵供應者在二不同通路不但定價策略不同，其面臨之競爭關係亦可能有所不同，可能有價格歧視之情形發生，若係如此，則公平會將便利超市與量販店綜合論述便無法顯示市場競爭之真實情況。

<sup>509</sup> 由於量販店占地廣闊，再加上考量其貨架陳列方式、消費者周期性一次採買等特性，本文認為，鮮食即食性食品與冷凍食品與泡麵在量販店似亦不具替代性。



合之競爭效果。

上述市場界定之證據，亦可能得出統一是否將維力作為其主要競爭對手、結合雙方預計結合前後之定價策略等等，因而獲得結合後是否單方調漲價格或減損競爭之直接證據，與限制競爭不利益相互參照作為一分析整體。

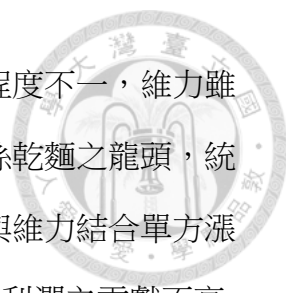
## 二、 結合審查非必始於市場界定

公平會之結合審查分析始於市場界定，進而因統一與維力乃第一與第二大泡麵業者，結合後市占率提高、集中度增加而禁止本結合案，因此雙方爭議置於市場界定，然事實上，結合對於市場影響之重點在於是否限制競爭，按照步驟分析始於市場界定往往模糊焦點。市場界定所劃定之相關市場本非絕對之界線，市場上產品為一連串之替代，而且隨著時代科技與消費習慣之改變，相關市場間之界線亦是流動之概念，本無替代效果之產品可能發展成相互競爭之產品，本具替代效果之產品亦可能漸不再相互競爭<sup>510</sup>，本案因便利超市日益普及，提供之服務日益多元，「方便」在便利超市已非泡麵之專有名詞，泡麵作為正餐之消費亦受到鮮食即時性食品之競爭而銷售趨緩，此亦為不爭之事實，然此種新興消費型態是否已對夠多之客群而言具有替代效果，而足以將原不具替代效果之產品劃歸為同一市場？於個案上，對於這種本不具確定性之市場界線概念若爭議越大，則基於市場界定作出之一連串分析受到之質疑也越大。

職是之故，主管機關或可考慮直接為競爭效果分析，例如：異質產品市場之單方效果應以「移轉率」分析結合雙方產品之直接競爭程度<sup>511</sup>，既毋庸始於市場界定，又可確定結合事業單方決定價格上漲之能力，亦即只要夠多之客群在統一泡麵價格上漲後，轉而購買維力泡麵，則統一與維力結合後便有動機調漲售價，

<sup>510</sup> 美國 *F.T.C. v. Staples, Inc.* 一案之背景係辦公用品連鎖超市之興起，藉由掃描技術與價格數據發現，辦公用品連鎖超市所提供之產品與服務有其特殊性，並非只是辦公用品之銷售，因此相關市場界定排除了其他非辦公用品連鎖超市之零售商。

<sup>511</sup> 市占率和集中度所衡量者係市場整體結構，係以相同標準衡量事業之市場力量，於同質產品市場上具指標性意義，然泡麵市場屬異質產品市場，市場上各種產品之間替代性程度不同，競爭程度不一，故以移轉率、向上定價壓力衡量單方效果較有說服力。



相反的，異質產品市場上各種產品之間替代性程度不同，競爭程度不一，維力雖居泡麵市場之第二大廠商，然統一之強項在於湯麵，而維力則係乾麵之龍頭，統一泡麵漲價，是否有夠多之客群轉而購買維力泡麵，始為統一與維力結合單方漲價之關鍵，若沒有夠多消費者購買維力泡麵，或者維力泡麵對於利潤之貢獻不高，則即使維力市占率居次，統一結合後漲價亦無利可圖，將不生向上定價壓力<sup>512</sup>。因此，移轉率無庸計算市占率，得以更直接之方式計算出競爭效果，毋庸膠著在市場界定分析。

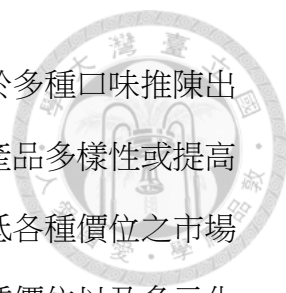
### 三、釐清市場之競爭型態與消費行為

市場如何競爭以及競爭者如何反應，是分析市場結構之前提，大小規模相等、效率相等之廠商間，可能激烈競爭，卻也可能因為規模及成本具對稱性而容易形成固定價格協議，反之，若市場上僅單一大廠商，其餘廠商規模均小，可能大廠商價格領導，小廠商跟隨而無競爭行為，然而，廠商間規模差距大，反可能難以協調共謀，小廠商也可能扮演背離廠商之角色而競爭激烈。因此，泡麵市場競爭現狀屬何種情形？市場特性是否易於產生協調共謀<sup>513</sup>？公平會對於產業競爭隻字未提，逕由市占率數據便想當然耳地認為市占率低之小廠商將不敵競爭並縮減產品線、與領導廠商採取一致性行為，有理由不備之嫌。

我國泡麵市場結構一家獨大，且市占率長期穩定，然此等數據之意義該如何分析解釋，有賴於主管機關對於產業競爭之了解：雖有可能是領導廠商面對之競爭有限，大廠商主導而小廠商跟隨採取一致性行為，亦有可能只是寡占市場上之事業基於個別理性做出之回應，既非明示共謀亦非默示共謀。事業間規模差距甚

<sup>512</sup> 申言之，正因統一強項在於湯麵，維力強勢產品為乾麵，故統一漲價後客戶可能多轉往其他同業競爭者之湯麵產品，則維力並非統一之頭號競爭對手，若統一與維力結合後，無夠多客戶購買維力產品以彌補統一漲價損失，或者移轉率雖高但維力泡麵之利潤低，則統一漲價反而會降低結合後事業之獲利。

<sup>513</sup> 例如：事業發動競爭若容易受到競爭者察覺，則易於共謀；若降價、推出新口味或做出新市場區隔足以吸引並維繫客戶，則不易共謀，反之，若其他事業容易跟進並抵銷創新獲利，則易於共謀；結合前產品定價是否超過邊際成本許多，答案若肯定，可能代表客戶對於價格調整不敏感，亦可能是市場已有協調互動之證據；泡麵市場乃異質性產品，且事業大小規模差距大，此又屬共同效果之緩合因素。



大，要能成功協調合作並不容易，大廠商市占率高亦可能係基於多種口味推陳出新，並利用多品牌經營策略提供消費者多樣化選擇，一旦降低產品多樣性或提高價格，便面臨競爭者推出新品補足<sup>514</sup>，因泡麵市場有高、中、低各種價位之市場區隔，甚至同一事業也推出多元品牌經營泡麵市場<sup>515</sup>，推出各種價位以及多元化口味是搶占泡麵市場之重要策略，因此一旦漲價不合理，低價位等級之客群很容易及時被其他競爭者以新產品搶占；一旦結合事業放棄其所區隔出之市場，同業競爭者極可能及時推出新品並充分補足反競爭效果<sup>516</sup>。如此而言，競爭型態係以琳瑯滿目之產品爭取消費者<sup>517</sup>，不少消費者更非認定品牌而選購<sup>518</sup>，市占率偏低之味王、味丹泡麵亦推出多系列商品，分占低、中、高價位供消費者選擇，故產品重新定位或推出新品難謂不易，競爭非不激烈。

統一長期市占率近半，公平會認定係源於品牌忠誠度，然事實上，泡麵消費者具有嚐鮮心態，品牌忠誠度並非無法撼動<sup>519</sup>，泡麵對於消費者而言乃日常生活

<sup>514</sup> 參考美國 2010 準則第 6.1 條，非結合廠商對於結合廠商之漲價行為，如係處於同一異質產品市場上，則非結合廠商面對漲價，應有能力回應而重新調整規劃其產品，非結合廠商所做出之供應方回應，類似於市場進入，故判斷產品之重新定位是否足以阻止或抵消異質產品結合所生之反競爭效果，與評估市場進入相同，需考量商重新定位產品之及時性、可能性與充分性。


<sup>515</sup> 例如統一企業對於泡麵除了統一麵外，尚有阿 Q、來一客、滿漢大餐等品牌；維力公司之速食麵亦區分出多種系列：維力麵、一度讚、手打麵、素飄香、中華系列等。

<sup>516</sup> 公平會與本文不同，認為我國泡麵之「既有業者推出新品之成功率皆不高，產品重新定位又涉及諸多成本」，然本文認為，我國泡麵業者確實多有自己之強勢產品，但是強勢產品乃各業者不可能放棄之產線，而推陳出新之系列，乃有生命週期而著重新鮮感並非消費者長期接受之產品，因此競爭者推出之新品便足以充分補足競爭之減損。再者，藉由推出新產品或廣告促銷等非價格競爭亦為擴大或維持泡麵市場獲利之重要手段（例如康師傅進軍台灣時，既存業者應戰之方式除了促銷降價，還有推出新產品），雖然推出新品多有其生命週期，然這正是滿足消費者挑選泡麵口味所需，藉由短期新品之嚐試而建立長銷品，亦為既存廠商多年以來所建立品牌形象或系列產品之方法，而且一旦區隔出新的市場，其他競爭業者往往跟進參與競爭，放棄產品多樣化也等於放棄市占率。

<sup>517</sup> 泡麵產品樣式最多，並根據不同消費需求、不同價位，區隔出更細的市場，統一甚至推出多個泡麵品牌塑造不同意象，對於高價位之泡麵亦勇於嘗試價格。參林宜諄（1996），〈泡麵碗裡大戰爭〉，《天下雜誌》，第 187 期，頁 111。因此，本文認為，此種以價位與口味樣式成功作出之市場區隔，一旦取消產品或提高價格，極可能遭到同業競爭者推出新品補足，競爭因而激烈。

<sup>518</sup> 有調查指出，針對可以指認品牌之消費者中，統一麵居冠占一成六，然因統一企業採多品牌策略，來一客占 7%、滿漢大餐占 6%，故消費者購買泡麵之品牌選擇，統一企業加總雖達三成，然亦有二成七之消費者無法指認所購買之泡麵品牌。參行銷人電子報 <http://life.trendgo.com.tw/epaper/4549>（最後瀏覽日：4/9/2013）

<sup>519</sup> 金車 1992 年進軍泡麵市場便是深諳生命週期短暫、年輕消費主力的忠誠度不高等產業特性。且市場上既存事業亦不時推出新品、塑造全新泡麵產品概念，「口味」與「包裝」亦為影響消費選擇之重要因素。參林宜諄，前揭註 517，頁 111-112。



之消耗品，採購頻率屬於短期，故容易新產品、新口味、新包裝之推出便多方嘗試，此由金車、康師傅加入泡麵市場之歷史以及現存事業推陳出新可以窺知。然而嘗鮮過後統一仍獨大，除了品牌等無形資產因素，或許統一產品在價格、口味、品質或選擇多樣化等因素上受消費者青睞，亦即統一市占率獨大或許源於其經營效率。公平會若能採用嚴謹之市場調查或統計分析，或可提供更具說服力之解釋。

#### 四、提升對非價格競爭之重視

統一主張本案得以促進非油炸麵研發之交流，公平會亦於共同效果提及本結合案實施後有多樣性減少之疑慮，實則，結合對產品多樣性或創新研發之影響，在單方效果與整體經濟利益之分析上更重要，公平會審查在非價格競爭評估之比重宜增加。

短期而言，結合一方若發展新品會明顯侵蝕另一方之利潤時，將減少創新或引進新產品動力，此與單方效果在移轉率之分析相仿<sup>520</sup>。藉由結合雙方內部資料，是否結合一方在新口味研發創新成功往往侵蝕另一方類似產品之利潤？統一生產之泡麵以湯麵為主，維力則以乾麵為主，然雙方仍生產乾麵或湯麵與對方競爭，是否結合後將減少或減緩此種競爭？統一所生產乾麵之利潤若越大部分來自於分蝕維力之乾麵市場，則結合後，越可能取消乾麵產品之生產與研發，維力所生產之湯麵亦如是分析，則雙方結合後產品多樣性將減少。然需注意，產品多樣性減少亦可能不具反競爭效果，取消之產品若對客戶而言屬價值低之產品時，產品多樣性之減少反而有利於競爭，相反的，具反競爭性之多樣性減少往往伴隨著其他剩餘產品之價格上漲<sup>521</sup>，因此種多樣性之減少係源於結合後競爭壓力減少。

長期而言，結合是否增加雙方研發與創新成功之能力？創新是否為結合雙方帶來更大之利潤？若結合發生在具有創新互補能力之雙方，則結合可能促進創新發生，統一主張結合得以增進與維力在非油炸麵研發上之交流，是否雙方具有非

<sup>520</sup> Shapiro, *supra* note 193, at 35.

<sup>521</sup> 2010 Guidelines, §6.4.



油炸麵技術所需而互補之能力？此涉及結合後之經濟利益衡量，公平會宜納入評估。

## 五、 重視歷史性資料分析

我國公平會完全忽略市場競爭歷史之重要性，歷史性證據，包括企業平時之行為與決策，得以反映產品定位、目標客群與競爭對象，可以提供許多資訊。例如：共謀歷史可以得知市場是否易於發生共謀、共謀是否容易成功；漲價歷史可以得知客戶消費選擇、競爭者範圍與反應；進入成功或失敗之歷史可以得知進入成功之條件、市場是否具有進入障礙、市場上廠商如何決策；事業所宣稱之效率，若有其他過去類似之歷史經驗證實，較能說服主管機關採信。

特別是進入障礙分析，縱使產業有飽和趨勢，仍有不少進入歷史，可供檢視公平會認為之通路與產品忠誠是否為市場進入障礙。成功上架之歷史，例如以網路當紅團購商品進軍實體通路之阿舍乾麵，可以評估是否快煮麵為泡麵充分近似之替代品<sup>522</sup>？當今進入障礙是否比以往更低、市場開放程度更高？因電子商務與非實體通路日漸普及，降低新進業者所需之投資規模，事業經營所需營運作業固定投資之最低有效規模降低，實體通路之資產有可能反而是競爭上之負債<sup>523</sup>。再者，康師傅泡麵於 2002 年在台灣推出之初，泡麵銷售一空，鋪貨是否容易？實體通路如何打入？耗費多久時日？後來更有慈濟、台酒進入市場，是否受制於通路障礙而無法普及？此外，進口泡麵在實體與非實體通路上之競爭亦日益強烈，公平會是否納入考量？

挑戰品牌忠誠度之歷史，可以參考既存廠商推出新品新系列產品之周期；金車積極創新，積極投入非價格競爭<sup>524</sup>，然至今速食產品僅生產沖泡粥<sup>525</sup>；康師傅

<sup>522</sup> 阿舍乾麵畢竟為快煮麵，須經烹煮，是否得以列入市場參進者，尚需評估消費者認知、泡麵廠商平時之決策與反應是否將之視為市場競爭者。

<sup>523</sup> George S. Day & David J. Reibstein (編)，李璞良 (譯)，前揭註 141，頁 103。

<sup>524</sup> 林宜諄，前揭註 517，頁 111-112。

<sup>525</sup> 金車關係事業網站，<http://www.kingcar.com.tw/tw/products/productList.aspx?CID=6&SCID=11> (最後瀏覽日：5/22/2013)。



2002 年底進入台灣市場激起一波漣漪，然最終仍無法撼動大廠商<sup>526</sup>。此二進入歷史或許代表著現存廠商之無形資產價值龐大無法複製、建立強勢產品為成功占有一席之地之必要條件，因此，縱可能產生新進入者，新進業者亦可能研發出新產品，然消費者是否接受、新進入者是否研發出屬於自身之強勢產品均受考驗，可能難以及時且充分對市場上既有業者形成競爭壓力。

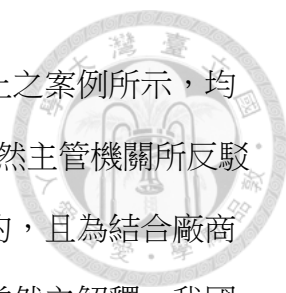
## 六、 確立整體經濟利益分析標準

反托拉斯法之最終目的在於維護市場競爭秩序、促進效率而增進消費者利益，若結合產生效率因而創造出更有競爭力、更有益於消費者之事業，則事業結合之目的與公平法之目的不謀而合。結合過程中之文件可能提供結合意圖、支付溢價原因等證據，可以藉此證明結合是否創造效率。事業結合後成本降低、提高產品價格，對於整體經濟福利是否增加，無法一概而論，端視技術效率產生之成本節省是否大於獨占力增加所致之資源誤置損失<sup>527</sup>，此即整體經濟利益與限制競爭不利益權衡之目的。產生限制競爭不利益之結合案亦可能同時產生經濟利益，公平會無庸為了禁止結合便一概否認事業之效率主張，若無論述依據便不信任廠商效率主張，對事業而言將無所適從，難以作為企業未來遵法之依據，故公平會宜建立審核標準，參考美國準則，因效率證據偏在事業，故由事業證實其效率主張，後公平會則針對事業所提之證據查證是否該等效率誇大、虛假或無法合理證明，亦即公平會宜針對事業證據之不足或不合理提出說明，而非無理由之不採信。

主管機關對於結合企業所宣稱之效率促進確實難以核實，然不採信之原因應有明確之論理過程或標準。本案公平會不採信統一主張之結合效率係基於：(1)非為結合特有之效率、(2)無法確定會將利潤回饋消費者。此二理由不但非處理原則明列之審查標準，亦不若美國準則嚴謹論述。關於第一個理由，我國處理原則未

<sup>526</sup> 章回、楊蕙菁 (2004)，〈低價牌失靈 康師傅市占率退居第三〉，《商業週刊》，第 862 期，載於：<http://www.businessweekly.com.tw/article.php?id=18392> (最後瀏覽日：5/25/2013)。

<sup>527</sup> 許淑幸，前揭註 235，頁 6。



要求整體經濟利益必須屬於結合所特有，然依主管機關過去禁止之案例所示，均有此一要求。參考美國 2010 準則，對於效率主張亦有此要件，然主管機關所反駁效率主張所提出之其他非結合替代方案，須可以達相同效率目的，且為結合廠商所面臨之商業情況下，實際可行之替代方案，此為比例原則所當然之解釋，我國亦應採之。本案公平會主張，採購之規模經濟或國際化等效率，可藉由內部成長或申報聯合採購等達到，然是否商業上實際可行，主管機關則未證明。統一於 2007 年一舉取得維力約 31% 股權，當時亦為了與本結合案相同之利益考量入股，後卻希望增加持股比例，是否 31% 之股權無法達成該目的？結合前，統一與維力是否有證據顯示，已成功合作採購或交流研發、開發國際市場（例如，維力在申報結合前已成功進軍國際<sup>528</sup>、已成功與統一交流研發出非油炸麵）？或者其他同業有類似之成功經驗？或依產業現況，業者在維持各自競爭下亦可達成該等效率？此等問題均賴公平會進一步解釋。


第二個理由則涉及效率與消費者利益之拉鋸，二者通常是一致的，經濟學上證明夠大之邊際成本節約將導致價格下降<sup>529</sup>，且可能因此阻止結合事業單方價格上漲，亦可能導致市場上一致性行為更無效率<sup>530</sup>。然本案公平會決定理由似認為生產成本之降低應直接回饋予消費者，且以「成本減少不等於價格降低」或「企業無法保證降價」作為反駁事業效率主張之理由。然企業保有利潤可用於長期研發創新或用於事業整體競爭力提升，亦同樣有利於消費者，非必降低售價不可，反之，若要求企業必須降價回饋消費者，可能因此減少創新投入而減少消費者選擇多樣性，甚至無法保有任何利得之要求，不啻乃剝奪結合動機，反而阻止得以產生效率之結合案發生。此外，結合後廠商如對於市場價格無完全之影響力，亦難以要求將效率利得完全轉化成價格下降<sup>531</sup>。事實上，結合之所以增進消費者福

<sup>528</sup> 台灣食品發展協會，<http://www.gmp.org.tw/newsdetail.asp?id=7165>（最後瀏覽日：5/22/2013）。

<sup>529</sup> 如欲結合事業之產量大於結合前產量（因而降低價格），需結合後之邊際成本比結合前較有效率一方之邊際成本還低，因此，若結合僅減少固定成本而未減少邊際成本，結合後將無法降低價格。Whinston, *supra* note 4, at 64.

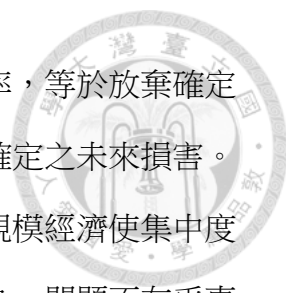
<sup>530</sup> 2010 Guidelines, §10.

<sup>531</sup> Hovenkamp, *supra* note 18, at 17.



利，係在於事業競爭力因結合而提升，整體競爭秩序更加健全，導致產品價格下降、品質提升，消費者利益因而滿足，故主管機關分析之重點在於，判斷事業是否因結合增進效率而活絡市場競爭，結合後之價格維持或降低應僅係效率存在之證據之一。若公平會重視整體經濟利益對回饋消費者之相關性，或可參考美國準則，於處理原則明定效率評估標準：審查重心置於結合對短期價格造成之影響，效率之增進需完全阻止價格上漲，且若潛在反競爭效果越大，則效率必須越大、必須有越多效率傳遞給消費者，始得以說服主管機關得出結合案不會對相關市場造成反競爭效果之結論。

綜上所述，在市場界定與反競爭效果上，統一尚可提出許多證據說服公平會支持其主張，包括臨界損失分析、事業內部平時所為之調查或一般文件等等，公平會亦應提出更有說服力之決定理由，包括：於解釋量化證據時應先評估產業競爭狀況與消費者行為模式，相關資訊可由相關市場上之歷史性證據、相關事業平時一般文件或市場調查統計報告等獲得，若市場界定爭議仍大，實無庸膠著於市場界定，上述證據可用於評估統一與維力結合後是否競爭減損，導致其產品價格上漲、產品多樣性減少與創新降低，此時移轉率以及其他競爭者推出新品或重新定位產品之及時性與充分性扮演重要角色。此外，並需注意是否價格歧視可行而得以對部分客群調漲價格，例如，統一與維力結合後，縱使在便利超市通路上不足以限制競爭，若在其他通路上由於無其他充分替代性食品之競爭壓力，則可能對目標客群產生限制競爭效果。縱使相關市場確定為全國之泡麵市場，參考進入歷史之證據可知，業者在我國泡麵市場上之生存需要強勢產品，故新進業者及時進入、充分對市場造成競爭壓力並不容易，雖然商品口味、包裝等之推陳出新屬泡麵產業爭取消費者之競爭常態，然未開發出強勢產品將難以長期獲利。相對的，既有事業之間爭相細分市場、推出新意象產品時有所聞，故同業重新定位產品或推出新品應具有及時性，足以抵銷非強勢產品之限制競爭疑慮，然而對於強勢產品要充分抑制其反競爭效果仍屬不易。




在效率審查上，公平會無論理過程便否認事業所提出之效率，等於放棄確定可以達到之成本最小化，僅為了維護市場競爭者數目或避免不確定之未來損害。事實上，規模經濟之所以得以成為整體經濟利益，係因為達成規模經濟使集中度增加，然同時促使產品價格下降與市場競爭提升，因此本文認為，問題不在乎事業是否願意將經濟利益回饋給消費者，而是企業所主張可以達成之經濟利益是否不實、是否有其他更符合比例原則且實際可行之手段達成該規模經濟效益，而這正是公平會應於決定理由或於處理原則透明化其審查標準之重心，如此始得以作為具體化事業遵循之審查標準，降低事業遵法成本。



## 第六章 結語

管制目的型塑了政府干預經濟事務之界線，故本文首先探究反托拉斯法之立法目的，以明結合管制在達成該目的下所扮演之角色。依美國立法史觀之，反托拉斯法呈現多元化之目的，包括政治、社會、經濟上之目的，演變至今以經濟觀點主導，然仍有多元意涵。我國制定公平交易法時，立法目的即明示公平法係對於經濟事務之管制，目的在於維護競爭秩序、促進效率與增加消費者利益，所追求之多元目的與美國相同，且均認消費者利益之促進係基於市場競爭之健全而間接獲得，並應以維護市場競爭秩序為宗旨。結合乃事業面對競爭壓力，為了增進效率所可能採取之行為，然結合後獲得經濟利益之同時，亦可能產生限制競爭不利益，在反托拉斯法底下，結合管制便是立於事前防範弊害之角色，試圖消除那些反競爭效果可能大於所獲利益之結合案，以達成反托拉斯法維護市場競爭秩序之目的。


政府對於競爭行為之管制涉及吾人對市場競爭之想像，反托拉斯法管制之演進史大致受到哈佛學派、芝加哥學派與後芝加哥學派之影響，在崇尚政府管制與市場自由之間來回擺盪。哈佛學派著重在市場結構上管制，包括廠商數量、規模大小，並認為進入障礙導致現存廠商坐擁高利潤而毋庸面對外界競爭；芝加哥學派則提出，市場健全運作，故潛在競爭者之進入壓力與事業追求效率之理性自利足以使政府退出多數管制；後芝加哥學派則批評芝加哥學派理論過於簡略，通案適用將忽略市場上競爭行為具有多樣性，且芝加哥學派理論係以一次性賽局作為前提，於一次性賽局中不可能獲利之行為，在重複性賽局之競爭現實下，卻是事業理性自利所為之選擇，故考量多重賽局之互動後，事業可能默示共謀或合作。後芝加哥學派立於芝加哥學派理論之基礎上，提出市場並非完美、提高競爭對手成本、廠商策略行為運用、單方效果理論等等，結合管制因此納入更多真實市場競爭現狀，因應個案行為環境與特性之不同而分析，無一定鐵律。美國結合準則



受各家學派演進滋養，幾經修正，市場結構重要性漸減、競爭效果分析之關注漸升、保留審查彈性卻又增加透明度。最新 2010 準則增添許多個案彈性分析之可能性、舉出主管機關分析所蒐集各種來源之證據資料，及其如何適用於分析，並納入更多樣之分析工具、以相當篇幅關注異質產品市場與非價格競爭，且強調個案審查無庸始於市場界定、無一定分析模式，證據適用於整體分析相互印證。

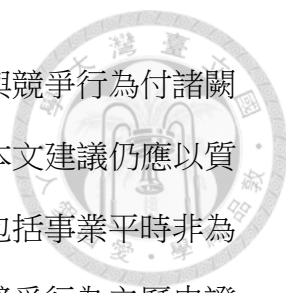
我國公平法上之結合規範以程序修正居多，而實體審查標準二十餘年來均未改變，均係衡量結合個案之限制競爭不利益與整體經濟利益，未來修正草案亦如是。公平會如何於個案上權衡整體經濟利益與限制競爭不利益，早期僅有針對特定產業發布之規範說明，2006 年始發布對結合申報案件均適用之處理原則。細查我國處理原則內容及實務上適用情形後，本文認為處理原則之審查因素雖多，然實際個案適用情形卻仍主要仰賴市占率與市場集中度為分析方法，許多處理原則羅列之考量因素，公平會於個案分析時卻運用不多，其分析方式一方面必須始於市場界定，另一方面忽略了個案產業與行為環境，導致公平會決定理由幾乎以市占率或集中度分析一切，論述與個案連結薄弱，似有公平會恣意決斷之嫌，禁止結合之理由難以說服個案事業，亦無法作為其他事業未來遵法之標準，處理原則作為透明度提升之目的無法發揮。觀察美國最新水平結合準則，因受後芝加哥學派影響而體認現實競爭態樣之多樣化，不再採用步驟式之分析架構，然仍明述具體之分析標準、審查心證，強調個案特殊性之餘，仍提供足以作為事業遵法之標準，值得我國借鑒。因此本文認為，我國結合處理原則在透明化上之嘗試值得贊同，然距離足以作為事業遵法之標準，仍有待努力，除了需要進一步闡述、增加透明度外，亦應揚棄僵化之步驟分析，結合分析毋庸一律始於市場界定與計算市場占有率，且決定書宜多著墨於產業競爭現狀作為禁止與否之理由，並建議參考事業內部結合前之一般資料與歷史性證據，如此修正將有助於豐富我國個案審查之禁止理由，使主管機關正視其他非結構性證據。

在我國法院明確表示基於憲法之功能分配，原則上尊重公平會判斷僅為合法



性審查，故公平會之決定對事業把握結合契機十分重要，其執法標準對事業影響甚劇，處理原則透明度之增加、公平會決定理由之詳盡，均有利於事業遵法，然公平會結合案件決定書之禁止與不禁止理由論理過程仍嫌不足，似無明確標準依循。由於結合管制之目的係「對事業之結合弊害預作防範，維護具有競爭性之市場結構」，既然是預防性質，涉及政策取捨與主管機關之判斷，禁止與否之說理應當更詳細，若不確定競爭效果或限制競爭疑慮微小，則不應禁止結合，宜留待市場發展，否則介入管制反而限制整體經濟利益，政府改善市場失靈之本旨將無法達成。對於市場競爭與政府管制二者之拉鋸，我國目前結合管制實務之現狀可以總結為：除了政府明確推動具產業政策利益而未受禁止以外，市場上第一大與第二大事業之結合案均遭禁止。縱使相關市場界定爭議大或禁止理由論述薄弱，對於市場集中度提升或趨於獨占之恐懼仍主導著結合管制，結構管制仍為我國結合管制之重點所在，然此違背了市場占有率重要性下降之演進趨勢。希冀公平會未來循演進趨勢著重於反競爭效果分析，並擴充處理原則內容，包括舉例詳加論述心證、引進新分析方法，並強調個案競爭現狀與分析之連結，對個案產業環境宜深入掌握，以增進結合分析之說服力與可預測性。

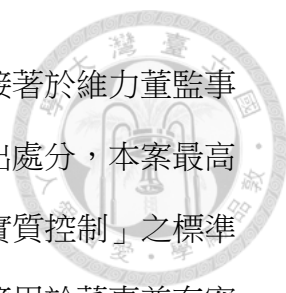
本文第五章統一與維力結合案，具體凸顯出我國在結合審查實務上之缺失：描繪出爭議性頗大之相關市場界定後，據此計算市占率與集中度，再據此推得前二大事業結合之單方效果疑慮大、相關市場上之小廠商將跟隨大廠商定價而增進市場上共同效果、前二大事業因結合而主導地位增加，上下游之抗衡力量相形削弱等等，除了進入障礙，一切以市占率作為分析基礎，因此本案爭議在於市場界定。惟市場界定之爭議越大，市占率與集中度所推得之結論疑慮亦越大，且結合審查之目的在於審視個案是否因結合而減損競爭，若有直接減損競爭之證據，便毋庸採取市場占有率等間接資訊，特別是單方效果之分析方法，為美國 2010 年水平結合準則之修改重點：移轉率、向上定價壓力等量化方法值得我國參考引進。公平會在訴訟上，似亦有強調量化分析之趨勢，然量化資訊之正確解讀有賴於對



產業競爭之認識，我國公平會決定書內容卻對於個案產業環境與競爭行為付諸闕如，對量化資訊之解讀似流於為禁止個案而恣意反對之嫌，故本文建議仍應以質化證據為基礎，特別是參考結合事業結合前之內部一般文件，包括事業平時非為結合案審查而設計之市場調查證據，並多參酌個案產業環境或競爭行為之歷史證據，分析前若能先釐清個案產業競爭環境之事實，禁止理由將更具說服力，亦更能提供具體評估標準而有利於結合事業為法律可行性分析，更有利於整體競爭秩序之維護。

我國公平會實務在未受禁止之結合案例中，整體經濟利益之權衡多有受產業政策影響之例，是否妥當，已有研究探討，本文因此未著墨過多，相對的，我國受公平會禁止結合之案例中，均為市場上第一與第二大事業結合，且均非產業政策發展之重點產業，因此即使事業主張結合將促進國際競爭力、降低生產成本等，均被公平會列入事業自身利益，謂之不足採信或不足以抵銷限制競爭疑慮，似有過分重視產業政策，輕視競爭效率、非價格競爭之嫌疑。再者，上述所謂之「事業自身利益」不但在未受禁止之案例中納入經濟利益考量，亦未衡量「必須為結合特有利益」此要件，故受禁止案例與未受禁止案例相較之下，有寬嚴不一之感。統一與維力結合案中，公平會逕謂結合所獲之事業利益不必然回饋消費者、且非結合特有之經濟利益，不但增加處理原則所無之要件，更無任何理由論述、無證據基礎支持，亦未正面指摘為何事業所主張之經濟利益不足採信。企業雖可能藉由高估結合所具有之效率以取得主管機關之放行、主管機關評估該等效率是否可能實現亦非易事，然我國決定書僅以「是否得以實現，除尚有待於申報人之實際營運策略及經營行為，且在缺乏市場有效競爭之下，實無有效機制確保能達一定程度之經濟利益」、「本結合就該市場之整體經濟利益，僅有申報人可減少成本並提升己身競爭優勢」寥寥數語帶過，以維持競爭者家數確保動態效率而否認事業效率主張，卻未正面回應事業之效率主張是否誇大、虛假或無法合理證明，流於各說各話，事業亦無從得知效率如何證實、效率確係存在之審查標準為何。





統一在第一次申報增加對維力之持股遭公平會禁止後，緊接著於維力董監事改選中獲得半數席次，公平會認此該當結合定義卻未申報故祭出處分，本案最高法院雖判定公平會敗訴，且指出公平法第 6 條第 1 項第 5 款「實質控制」之標準在「妨害市場競爭危險之虞」，然仍未正面解決我國結合定義適用於董事兼充案例所生之疑議。本文認為，爭議源於我國公平法對於常見之董事兼充結合類型未明文規範，事業難以遵法。該當與不該當結合定義本屬明確，統一持有維力股份既未達 1/3，亦未取得過半數席次，既不符結合定義，則非結合管制對象，然公平會於本案卻極欲介入，或許係基於統一與維力之整合程度，不論持股數量或董事兼充席次數目均位於管制之臨界，統一又剛申請增加持股受到禁止結合之處分，若本案在立法政策選擇上，確實具「妨害市場競爭危險之虞」而應列入管制，則本案之意義在於，凸顯出我國結合定義有修正之必要：公平法第 6 條第 2 款之持股達 1/3 以上之定義過高、事業之董事或負責人兼任應獨立而明確定義，且後者依其情況，於當選之時始知符合結合定義，無法事前申報者，不宜要求事業事前申報。

回歸經濟法具有目的性之本質，結合管制之學派理論演進至今，雖有再度向政府干預傾斜之趨勢，然立法目的與管制目的型塑出政府干預之界線，政府管制應有充分理由，管制前提須確定個案為法律所管制之對象、反競爭效果大於結合所生效率，故公平會應盡其舉證與說理責任，否則管制理由不存在，政府便應退出管制而交由市場自我調節。

## 參考書目



### 一、 中文

#### (一) 書籍

- 公平交易委員會 (1994)。《歐美管制結合之研究暨我國對結合規範之檢討》，王連常福計畫主持。台北：公平交易委員會。
- 公平交易委員會 (2002)。《經濟理論的競爭觀在執行反托拉斯管制上的定位與應用》，莊春發計畫主持。台北：公平交易委員會。
- 公平交易委員會 (2003)。《公平交易法之註釋研究系列(一): 第一條至第十七條》，廖義男計畫主持。台北：公平交易委員會。
- 公平交易委員會 (2009)。《認識公平交易法》，增訂 12 版。台北：公平交易委員會。
- 白豔 (2010)。《美國反托拉斯法/歐盟競爭法平行論》。北京：法律出版社。
- 伍忠賢 (2009)。《企業併購理論與實務》，第三版。台北：新陸書局。
- 朱華君 (2007)。《反托拉斯法對寡占事業規範之研究》。台北大學法學系碩士論文。
- 吳岳琮 (2012)。《日本競爭法上結合管制於我國公平交易法之啟示》。國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。
- 李曉蓉 (2010)。《市場界定與反托拉斯政策研究》。南京：南京大學出版社。
- 胡甲慶 (2007)。《反壟斷法的經濟邏輯》。廈門：廈門大學出版社。
- 洪慈遠 (2007)。《論企業跨國結合管制規範之調和—以競爭法為中心》。東吳大學法律學研究所碩士論文。
- 孫健、蓋麗麗 (2009)。《顛慄金融史 IV：公司兼併背後的資本力量》。台北：海鵠文化。
- 陳人傑 (2000)。《市場進入障礙於事業結合管制之探討》。私立輔仁大學法律學研究所碩士論文。
- 許淑幸 (1993)。《事業結合應申請許可之規範及核駁標準之研究》。台北：公平交易委員會。

- 
- 楊清文（1993）。《事業結合之認定及其案例分析》。台北：公平交易委員會。
- 劉孔中、莊春發（2002）。〈結合管制之個案研究—怡星有線電視公司結合案評析〉，廖義男教授祝壽論文集編輯委員會（編），《新世紀經濟法制之建構與挑戰：廖義男教授六秩華誕祝壽論文集》，頁 1113-1138。台北：元照。
- 薛兆丰（2008）。《商業無邊界—反壟斷法的經濟學革命》。北京：法律出版社。
- 顏雅倫（2001）。《我國結合管制之檢討與前瞻—以金融產業之結合為例》。國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。
- Dennis C. Carey（等著），李田樹（譯）（2006）。《合併與收購》。台北：天下遠見出版。
- George J. Stigler（著），潘鎮民（譯）（1991）。《產業組織和政府管制》。台北：五南圖書出版。
- George S. Day & David J. Reibstein（編），李璞良（譯）（2005）。《華頓商學院—動態競爭策略》。台北：商周出版。
- Mark Skousen（著），楊培雷（譯）（2006）。《朋友還是對手—奧地利學派與芝加哥學派之爭》。上海：上海人民。

## （二）期刊

- 王志誠（2001）。〈企業併購法制之基礎構造〉，《中正大學法學集刊》，4期，頁 91-138。
- 王志誠（2004）。〈跨國性併購：政策與法律〉，《臺大法學論叢》，33卷4期，頁 205-265。
- 王繼平、于立（2010）。〈差異產品市場橫向兼併單邊效應評價方法評述〉，《產業經濟評論》，9卷4期，頁 1-16。
- 吳成物（2001）。〈競爭法對企業併購行為之規範〉，《月旦法學雜誌》，68期，頁 64-83。
- 吳秀明（2000）。〈論關係企業與公平交易法上之結合管制〉，《臺大法學論叢》，29卷3期，頁 135-172。
- 林心怡（2005）。〈論全球化時代美國與歐體國際結合管制差異與衝突之緩合〉，《公平交易季刊》，13卷2期，頁 101-178。

徐兆銘、喬云霞（2003）。〈美國五次併購浪潮及其歷史背景〉，《科技情報開發與經濟》，13 卷 5 期，頁 145-146。

莊春發（1998）。〈競爭概念的發展、演變與反托拉斯政策〉，《公平交易季刊》，6 卷 1 期，頁 29-89。

陳櫻琴（2002）。〈新修正公平交易法介紹—結合管制之重大變革〉，《月旦法學》，82 卷，頁 231-237。

黃銘傑（2005）。〈聯合行為成立與市場界定、影響市場功能認定間之理論與論理（上）—評最高行政法院 92 年度判字第 1336 號判決〉，《台灣本土法學》，68 期，頁 17-29。

黃嘉琪（2009）。〈泡麵業兩大龍頭結合 違反公平交易法〉，《公平交易通訊》，16 期，頁 3-4。

董艷華、榮朝核（2003）。〈產業組織理論的主要流派與近期進展〉，《北方交通大學學報（社會科學版）》，2 卷 4 期，頁 10-15。

廖義男（1995）。〈事業結合四則實務之檢討〉，《台大法學論叢》，25 卷 1 期，頁 17-28。

劉孔中（1998）。〈論結合管制之理論與實務〉，《公平交易季刊》，6 卷 2 期，頁 1-37。

劉紹樑（1992）。〈評析美國 1992 年水平結合指導原則〉，《公平交易季刊》，創刊號，頁 37-56。

### （三）網路資源與報章雜誌

林宜諄（1996）。〈泡麵碗裡大戰爭〉，《天下雜誌》，第 187 期，頁 110-116。

章回、楊蕙菁（2004）。〈低價牌失靈 康師傅市占率退居第三〉，《商業週刊》，第 862 期，載於：<http://www.businessweekly.com.tw/article.php?id=18392>。

自由時報電子報 <http://www.libertytimes.com.tw>。

中國時報讀者服務網 <http://reader.chinatimes.com>。

中央日報網路報 <http://www.cdnews.com.tw>。

今日新聞網 <http://www.nownews.com>。

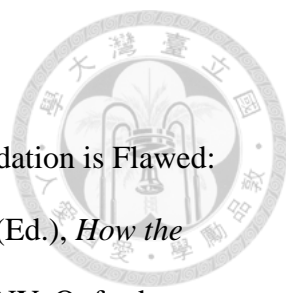
奇摩理財新聞 <http://tw.money.yahoo.com>。



## 二、 英文

### (一) 書籍

- Bain, J. S. (1956). The Importance of the Condition of Entry. In J. S. Bain, *Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries* (pp. 1-11). Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Bain, J. S. (1987). Market Structure: Barriers to New Competition in Individual Industries. In J. S. Bain, & P. D. Qualls, *Industrial Organization: A Treatise* (pp. 217-249). London, England: JAI Press.
- Bainbridge, S. M. (2003). *Mergers and Acquisitions*. New York, NY: Foundation Press.
- Baker, J. B. (2002). A Preface to Post-Chicago Antitrust. In A. Cucinotta, R. Pardolesi, & R. Van den Bergh (Eds.), *Post-Chicago Developments in Antitrust Law* (pp. 60-75). Northampton, MA: Edward Elgar.
- Gellhorn, E., Kovacic, W. E., & Calkins, S. (2004). *Antitrust Law and Economics* (5 ed.). St. Paul, MN: Thomson/West.
- Hayek, F. A. (1948). The Meaning of Competition. In F. A. Hayek, *Individualism and Economic Order* (pp. 92-106). Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Hovenkamp, H. J. (2002). The Reckoning of Post-Chicago Antitrust. In A. Cucinotta, R. Pardolesi, & R. Van den Bergh (Eds.), *Post-Chicago Developments in Antitrust Law* (pp. 1-33). Northampton, MA: Edward Elgar.
- Hylton, K. N. (2003). *Antitrust Law: Economic Theory & Common Law Evolution*. New York, NY: Cambridge University Press.
- Jacobs, M. S. (2002). Second order oligopoly problems with international dimensions: sequential mergers, maverick firms and buyer power. In A. Cucinotta, R. Pardolesi, & R. Van den Bergh (Eds.), *Post-Chicago Developments in Antitrust*

- 
- Law* (pp. 161-182). Northampton, MA: Edward Elgar.
- Kirkwood, J. B., & Lande, R. H. (2008). The Chicago School's Foundation is Flawed: Antitrust Protects Consumers, Not Efficiency. In R. Pitofsky (Ed.), *How the Chicago School Overshot the Mark* (pp. 89-106). New York, NY: Oxford University Press.
- Kwoka, Jr., J. E., & White, L. J. (Eds.). (2009). *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy* (5 ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Peritz, R. J.R. (2002). Dynamic Efficiency and US Antitrust Policy. In A. Cucinotta, R. Pardolesi, & R. Van den Bergh (Eds.), *Post-Chicago Developments in Antitrust Law* (pp. 108-128). Northampton, MA: Edward Elgar.
- Posner, R. A. (2001). *Antitrust Law* (2 ed.). Chicago, IL: University of Chicago.
- Tirole, Jean. (1988). *The Theory of Industrial Organization*. Cambridge, Mass.: MIT.
- Whinston, M. D. (2006). *Lectures on Antitrust Economics*. Cambridge, Mass.: MIT.

## (二) 期刊論文

- Evans, D. S., & Padilla, A. J. (2005). Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach. *University of Chicago Law Review*, 72(1), pp. 73-98.
- Hovenkamp, H. J. (1985). Antitrust Policy After Chicago. *Michigan Law Review*, 84(2), pp. 213-284.
- Hovenkamp, H. J. (2001). Post-Chicago Antitrust: a Review and Critique. *Columbia Business Law Review*, 2001, pp. 257-337.
- Posner, R. A. (1979). The Chicago School of Antitrust Analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, 127(4), pp. 925-948.



Waller, Spencer Weber (2011). Corporate Governance and Competition Policy. *George Mason Law Review*, 18(4), pp. 833-887.

### (三) 網路文獻

Crane, D. A. (2009). *Chicago, Post-Chicago, and Neo-Chicago*. Retrieved from <http://ssrn.com/abstract=1375026>.

Hovenkamp, H. J. (2010). *Merger Policy and the 2010 Merger Guidelines*. University of Iowa Legal Studies Research Paper No. 10-34. Retrieved from <http://ssrn.com/abstract=1693246>.

OECD Competition Committee (2008), *Policy Roundtables: Minority shareholding and Interlocking Directorates* (pp. 175-182). Retrieved from <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/41774055.pdf>.

Posner, Richard A. (2000). *Antitrust in the New Economy*. Retrieved from <http://www.techlawjournal.com/atr/20000914posner.asp>.

Shapiro, Carl (2010). *2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years*. Retrieved from <http://ssrn.com/abstract=1675210>.

Tucker, Darren S. (2009). *Seventeen Years Later: Thoughts on Revising the Horizontal Merger Guidelines*. Retrieved from <http://ssrn.com/abstract=1495160>.

Williamson, Oliver E. *The Merger Guidelines of the U.S. Department of Justice—In Perspective*. Retrieved from <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11257.htm>.