

102 年度委託研究報告 1

非價格垂直限制適用「合理原則」之違法考量因素



公平交易委員會
中華民國 102 年 12 月

102 年度委託研究報告 1

PG10205-0099

非價格垂直限制適用『合理原則』之違法考量因素

受委託單位

中原大學

計畫主持人

陳志民

共同主持人

林益裕

研究人員

潘亭羽 林郡怡 翁銘鴻

本報告不必然代表公平交易委員會意見

中華民國 102 年 12 月

簡 目

圖 次.....	IX
提 要.....	i
第一章 導論.....	1
第一節 研究主旨.....	1
第二節 背景分析.....	3
第三節 研究方法、步驟與預期成果.....	11
第二章 非價格垂直限制之反托拉斯經濟理論.....	13
第一節 概說.....	13
第二節 搭售行為之經濟分析.....	30
第三節 排他交易行為之經濟分析.....	46
第四節 區域及顧客限制行為之經濟分析.....	60
第三章 美國法對非價格垂直限制之規範.....	77
第一節 美國法對垂直非價格限制之法律規範.....	77
第二節 美國聯邦最高法院對垂直非價格限制之判例法律原則演變.....	79
第三節 美國聯邦下級法院及競爭主管機關近來代表性判決介紹.....	101
第四節 美國法關於非價格垂直限制之學理分析.....	106
第五節 小結.....	114
第四章 歐盟法對非價格垂直限制之規範.....	115
第一節 歐盟競爭法對非價格垂直限制之競爭法規範架構.....	115
第二節 歐盟相關判決介紹.....	119
第三節 歐盟競爭法對非價格垂直限制之學理分析.....	135
第四節 小結.....	139
第五章 公平交易法對非價格垂直限制之規範與問題.....	141
第一節 公平交易法對非價格垂直交易限制之法規架構.....	141

第二節 相關案例介紹.....	142
第三節 公平交易法對非價格垂直限制之學理分析.....	164
第四節 小結.....	168
第六章 研究發現對我國執法與政策制定之啟示與建議.....	169
第一節 公平法規範垂直非價格限制之上位原則：建立統一的審理分析架構.....	169
第二節 具體上位審理原則及其考量順序.....	170
第三節 個別垂直非價格限制類型的具體考量因素.....	177
第七章 結論.....	181
附錄	
參考文獻.....	199

詳 目

第一章 導論	1
第一節 研究主旨	1
第二節 背景分析.....	3
一、「品牌間競爭」(interbrand competition) 是否存在為核心之執法原則	6
二、非價格垂直限制與促銷誘因	6
三、非價格垂直限制與避免搭便車行為	6
四、非價格垂直限制與「品質控制」問題	7
第三節 研究方法、步驟與預期成果	11
一、掌握外國執法經驗，提高本國執法品質	11
二、促進法規範之明確性.....	11
三、提供政策與法規制定的學理基礎，引發學界研究興趣.....	11
第二章 非價格垂直限制之反托拉斯經濟理論	13
第一節 概說.....	13
一、事業行銷策略之考量.....	13
二、垂直限制行為的法律適用	13
三、非價格垂直限制行為適用「當然違法」或「合理原則」之探究..	14
四、經濟分析之意涵.....	16
第二節 搭售行為之經濟分析.....	30
一、搭售行為之意涵.....	30
(一) 搭售.....	30
(二) 搭售之構成要件.....	30
(三) 搭售之違法標準.....	31
(四) 違法搭售行為之法律效果：	32

(五) 學者對於搭售行為的相關看法：	32
(六) 小結.....	35
二、搭售行為之促進競爭及限制競爭效果	36
(一) 搭售之促進競爭效果	36
(二) 搭售之限制競爭效果	38
三、搭售行為的違法考量因素	39
(一) 搭售事業在搭售產品市場是否具有相當的市場力.....	39
(二) 搭售事業排除被搭售產品市場事業參與競爭之能力.....	40
(三) 搭售行為是否會增進社會福利效果	41
(四) 小結.....	45
第三節 排他交易行為之經濟分析	46
一、排他交易行為之意涵.....	46
(一) 排他交易.....	46
(二) 排他交易之構成要件	46
(三) 違法排他交易行為之法律效果	47
(四) 學者對排他交易行為之相關看法	47
(五) 小結.....	49
二、排他交易之促進競爭及限制競爭效果	50
(一) 排他交易之促進競爭效果	51
(二) 排他交易之限制競爭效果	52
三、排他交易行為的違法考量因素	53
(一) 排他交易事業是否具有相當市場力	54
(二) 排他交易造成被預先排除參與競爭者的程度大小.....	56
(三) 排他交易是否會增進品牌間的競爭	57
(四) 排他交易是否會增進社會福利效果	57
(五) 小結.....	60

第四節 區域及顧客限制行為之經濟分析	60
一、區域或顧客限制行為之意涵	61
(一) 區域限制與顧客限制	61
(二) 區域限制與顧客限制之構成要件	61
(三) 違法區域或顧客限制交易行為之法律效果	62
(四) 學者對排他交易行為之相關看法	62
(五) 小結	64
二、區域及顧客限制行為之促進競爭及限制競爭效果	65
(一) 區域及顧客行為之促進競爭效果	66
(二) 區域及顧客限制行為之限制競爭效果	67
三、區域及顧客限制行為的違法考量因素	68
(一) 區域及顧客限制之上，下游事業是否具有相當市場力	68
(二) 減少品牌內競爭對整體市場競爭影響程度的大小	69
(三) 區域或顧客限制是否有增進社會福利效果	70
(四) 小結	73
(五) 本章總結（共通性及差異性分析）	73
第三章 美國法對非價格垂直限制之規範	77
第一節 美國法對垂直非價格限制之法律規範	77
一、修曼法第 1 及第 2 條	77
二、克雷頓法第 3 條	78
三、FTC Act 第 5 條	78
第二節 美國聯邦最高法院對垂直非價格限制之判例法律原則演變	79
一、垂直區域及顧客限制	80
(一) 以「形式劃分」為據之法律原則的妥當性	85
(二) 「單一利潤」理論與「品牌間競爭」(interbrand competition) 作為核心原則	85

(三)「誘因差異」與「專屬性投資」理論對判決之影響.....	86
(四)「誘因差異」理論對判決的影響(二): 垂直區域限制與避免 搭便車行為.....	87
(五)「誘因差異」理論對判決之影響(三): 垂直區域限制與「品 質控制」問題.....	87
二、搭售契約.....	88
(一)「個別產品」要件.....	88
(二)「市場力量」(market power)要件.....	89
(三)「脅迫」(coercion)要件.....	94
(四)影響被搭售產品市場中相當數量之州際間交易.....	95
(五)搭售之競爭效果評估.....	95
三、排他交易.....	96
第三節 美國聯邦下級法院及競爭主管機關近來代表性判決介紹.....	101
一、排他交易.....	101
二、搭售.....	104
三、區域及顧客限制.....	104
第四節 美國法關於非價格垂直限制之學理分析.....	106
一、市場力量.....	107
(一)市場占有率.....	108
(二)「搭售」契約被接受的比例.....	108
二、限制的目的和效果.....	108
三、「品牌內」與「品牌間」競爭的權衡.....	108
(一)評估「品牌內競爭」與「較少限制手段」的必要性.....	109
(二)操作「合理原則」的必要性及可行性.....	111
第五節 小結.....	114
第四章 歐盟法對非價格垂直限制之規範.....	115

第一節 歐盟競爭法對非價格垂直限制之競爭法規範架構	115
一、集體豁免之前提要件	116
二、「惡質限制」(hardcore restrictions)	116
三、特殊垂直交易類型	117
第二節 歐盟相關判決介紹	119
一、區域及顧客限制	119
二、搭售	123
三、「汽車集體豁免規則」(Motor Vehicle Block Exemption Regulation ; MVB ER) 相關案例	129
四、排他交易	130
五、網路交易限制	132
第三節 歐盟競爭法對非價格垂直限制之學理分析	135
第四節 小結	139
第五章 公平交易法對非價格垂直限制之規範與問題	141
第一節 公平交易法對非價格垂直交易限制之法規架構	141
第二節 相關案例介紹	142
一、區域及顧客限制	142
(一) 有關和泰汽車股份有限公司被檢舉涉及違反公平法規定案	142
(二) 巨大案	146
(三) 和成欣業案	149
二、搭售	151
三、排他交易	155
四、違反公平法第 24 條之案例－「長榮、華航針對兩岸直航及轉機航線，利用航空票務代理旅行社後退金機制案」	159
第三節 公平交易法對非價格垂直限制之學理分析	164
一、法律適用之問題	164

二、實質審理原則的操作問題	166
第四節 小結	168
第六章 研究發現對我國執法與政策制定之啟示與建議	169
第一節 公平法規範垂直非價格限制之上位原則：建立統一的審理分析架構	169
第二節 具體上位審理原則及其考量順序	170
一、「市場力量」之衡量	170
（一）特定市場（相關市場）之界定	170
（二）市場力量門檻的決定	171
二、涉案行為之「封鎖－排除」效果	172
三、涉案行為之「促進勾結」效果	173
四、效率抗辯	174
五、「意圖－目的」的判斷	177
第三節 個別垂直非價格限制類型的具體考量因素	177
一、搭售行為	177
二、排他交易	178
三、區域或顧客限制行為	179
第七章 結論	181
附錄	
參考文獻	199

圖 次

圖 1 茲就被搭售產品市場在完全競爭、獨占性競爭及搭售行為下所導致 之社會福利效果比較分析	44
圖 2 排他交易降低交易成本.....	60
圖 3 區域或顧客限制之規模經濟效果	72

提 要

關鍵詞：非價格垂直限制、公平交易法、合理原則

一、研究緣起

「垂直交易限制」(vertical restraints)乃國內外市場中常見之行銷安排。事業基於商業策略之考量，於擬利用「經銷」或「代理」方式，授權下游業者代其銷售產品或提供服務的同時，往往會在相關之經銷或代理契約中，要求下游業者須遵守一定關於銷售價格或非價格的交易條件，前者如維持「最低」或「最高」轉售價格於一定之價格水平，後者較常見者，則如「排他交易」(exclusive dealing)、「經銷區域限制」(territorial restrictions)、或「搭售」(tying)條款等。然近來商業模式日新月益，再加上網路行銷之興起，垂直限制的類型與對市場競爭之可能影響更形複雜。就我國而言，垂直經銷體系以汽車、機車及腳踏車事業發展最為完備及多元，然渠等之經銷契約或有涉及垂直交易限制而引發競爭法評價必要性爭議者也相對層出不窮。綜觀常見之爭議內容，以「非價格垂直限制」約定居多。以「經銷區域限制」約定為例，檢舉廠商通常會主張，該約定剝奪了經銷商間進行「跨區競爭」的可能性，刻意創造下游市場之區域獨占經銷商，此非但限縮了最終消費者選擇交易對象的機會，上游業者亦可透過此一安排進行差別取價。另外，具市場地位之事業可利用「搭售」安排，讓被搭售產品市場中之競爭者難以與其競爭，而將其市場力由原先的主要產品市場延伸至被搭售產品；同理，具市場力之廠商可藉由「排他交易」安排，減少競爭對手之交易與實現經濟規模的機會，進而封鎖市場既存或潛在競爭。相對的，經濟學理上對於非價格垂直交易限制之促進競爭效果早有諸多的論述。較常被提及者，乃垂直交易限制具有解決上下游接續性獨占問題、避免對銷售服務之「搭便車」行為、促進「不同品牌間競爭」、及控制產品品質等。因此，各國於運用競爭法規範非價格垂直限制

時，普遍均會採行「合理原則」(rule of reason)之審查標準，將垂直限制之反競爭與促進競爭效果同時納入考量，判斷限制約定之淨競爭效果，以及其在法律上的最終評價。

按我國公平交易法（以下簡稱：公平法）第 19 條第 6 款規定：「有左列各款行為之一，而有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，事業不得為之：……以不正當限制交易相對人之事業活動為條件，而與其交易之行為。」；次按同法施行細則第 27 條規定：「所稱限制，指搭售、排他交易、區域、顧客或使用之限制及其他限制事業活動之情形；而前項限制是否不正當，應綜合當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品特性及履行情況對市場競爭之影響等加以判斷。」相關規定明顯非採「當然違法」，而係考量「合理原則」，與各國競爭法主管機關近來之執法立場一致。不過雖然施行細則已規定了諸如「市場結構」、「商品特性」、「意圖」、「目的」、「市場地位」、「對市場競爭之影響」等，但從過去的相關個案來看，似仍欠缺一項明確與一致性的分析架構與考量因素。為有效處理垂直限制案件，使公平會的執法能更透明，實有必要透過國內外之執法實務之研究與瞭解國內特定產業之經銷體系及其競爭動態，嘗試擬訂關於非價格垂直限制適用「合理原則」之具體考量因素，以作為公平會執法之參考。

二、研究方法及過程

本計劃以經濟分析與法律之比較研究為主軸，輔以各國具體案例作為介紹評析之主要對象。計劃進行將藉由切插案例分說與產業樣態，緊貼法規所定與法律概念。經濟與法律、文獻與案例，皆雙軌運行交互佐證，並完整整理美國與歐盟之執法經驗，配合經濟理論，評估相關案例之利弊得失。計劃最後綜合研究結論，提出對我國執法與制定相關政策的具體可行建議。

有鑑於此一議題之重要性，本計劃擬從學理與實務的角度，就上述議題進行比較法與經濟分析之研究。計畫總體內容可大致歸納為以下幾項重點：

- (一) 先歸納出最常出現於我國實務上之非價格垂直交易限制行為類型，以及公平會及行政法院在相關個案中所運用之競爭法原則和論述理由。從其中再進一步檢視學理上的相關問題。本計劃將以「搭售」、「區域限制」、「顧客限制」、及「排他交易」等四大類型為研究之主要對象。
- (二) 從經濟分析觀點，檢視競爭法處理非價格垂直交易限制之必要性及理由，以及公平法對於關切問題所可扮演之角色及可能的限制。
- (三) 從比較法的觀點，搜集整理美國及歐盟之法規與案例，並嘗試歸納與分析其與經濟理論間之關聯性，進一步從中匯整出可資我國執法參考的一般性理論原則。
- (四) 據上述初步研究結論，評估國內法規適用情況，檢視公平會個案處分或不處分理由在學理上可進一步檢討之處。

依據研究結論，提出公平會（以下簡稱：公平會）未來運用「合理原則」處理非價格垂直交易限制行為之具體參考因素。

三、重要發現

經由經濟分析工具的運用，計畫初步結論發現，垂直非價格限制雖有其形式上的差異性，但就其對市場的競爭效果而言，實可以在一共同的架構下來加以理解。簡言之，解決「接續性獨占」問題、避免經銷商進行「搭便車」行為、控制產品品質、提供產品促銷誘因等正面效果，或是「封鎖-排除」及「勾結」等反競爭效果，均可運用於分析「搭售」、「排他交易」、「區域或顧客限制」等交易安排在公平法下的合法性判斷過程。

而從美國及歐盟競爭法近來的發展可知，此一重經濟實質，輕形式外觀的執法原則，已成為競爭法規範垂直交易限制的趨勢，深值我國競爭法主管機關參酌。

四、主要建議事項

（一）立即可行之建議

依據上述之研究發現，計畫在第 6 章中提出對公平會短期內可立即實施之執法建議。歸納而言，公平會未來在個案研析過程中，應更強化經濟分析的運用，特別是關於「特定市場」、「市場力量」、「品牌間競爭」之強度、限制約定之「封鎖」及「勾結」效果等，計畫均從經濟分析及比較法之觀點，提出具體的判斷因素及考量順序供主管機關參考。

（二）長期性建議

就執法層面而言，計畫建議主管機關在未來審議關於垂直非價格限制行為時，應儘可能回歸以「限制競爭」（「反托拉斯」）之立法與原則來處理。過於依賴「不公平競爭」條文，恐將引發更多的執法不確定性與爭議。就立法層面而言，現行公平交易法第 19 條第 6 款將規範對象限於「事業」間之約定，排除對「消費者」所實施之垂直非價格限制約定（如搭售限制），可能會導致對市場競爭影響程度相同之交易限制行為，卻須分別適用第 19 條及第 24 條等在違法處分效果有明顯差異的不同條文。此似有必要於未來列入修法的條文項目之一。

第一章 導論

第一節 研究主旨

「垂直交易限制」(vertical restraints)乃國內外市場中常見之行銷安排。事業基於商業策略之考量，於擬利用「經銷」或「代理」方式，授權下游業者代其銷售產品或提供服務的時，往往會在相關之經銷或代理契約中，要求下游業者須遵守一定關於銷售價格或非價格的交易條件，前者如維持「最低」或「最高」轉售價格於一定之價格水平，後者較常見者，則如「排他交易」(exclusive dealing)、「經銷區域限制」(territorial restrictions)、或「搭售」(tying)條款等。然近來商業模式日新月異，再加上網路行銷之興起，垂直限制的類型與對市場競爭之可能影響更形複雜。就我國而言，垂直經銷體系以汽車、機車及腳踏車事業發展最為完備及多元，然渠等之經銷契約或有涉及垂直交易限制而引發競爭法評價必要性爭議者也相對層出不窮。綜觀常見之爭議內容，以「非價格垂直限制」約定居多。以「經銷區域限制」約定為例，檢舉廠商通常會主張，該約定剝奪了經銷商間進行「跨區競爭」的可能性，刻意創造下游市場之區域獨占經銷商，此非但限縮了最終消費者選擇交易對象的機會，上游業者亦可透過此一安排進行差別取價。另外，具市場地位之事業可利用「搭售」安排，讓被搭售產品市場中之競爭者難以與其競爭，而將其市場力由原先的主要產品市場延伸至被搭售產品；同理，具市場力之廠商可藉由「排他交易」安排，減少競爭對手之交易與實現經濟規模的機會，進而封鎖市場既存或潛在競爭。相對的，經濟學理上對於非價格垂直交易限制之促進競爭效果早有諸多的論述。較常被提及者，乃垂直交易限制具有解決上下游接續性獨占問題、避免對銷售服務之「搭便車」行為、促進「不同品牌間競爭」、及控制產品品質等。因此，各國於運用競爭法規範非價格垂直限制時，普遍均會採行「合理原則」(rule of reason)之審查標準，將垂直限

制之反競爭與促進競爭效果同時納入考量，判斷限制約定之淨競爭效果，以及其在法律上的最終評價。

按我國公平交易法（以下簡稱：公平法）第 19 條第 6 款規定：「有左列各款行為之一，而有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，事業不得為之：……以不正當限制交易相對人之事業活動為條件，而與其交易之行為。」；次按同法施行細則第 27 條規定：「所稱限制，指搭售、排他交易、區域、顧客或使用之限制及其他限制事業活動之情形；而前項限制是否不正當，應綜合當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品特性及履行情況對市場競爭之影響等加以判斷。」相關規定明顯非採「當然違法」，而係考量「合理原則」，與各國競爭法主管機關近來之執法立場一致。不過雖然施行細則已規定了諸如「市場結構」、「商品特性」、「意圖」、「目的」、「市場地位」、「對市場競爭之影響」等，但從過去的相關個案來看，似仍欠缺一項明確與一致性的分析架構與考量因素。為有效處理垂直限制案件，使公平會的執法能更透明，實有必要透過國內外之執法實務之研究與瞭解國內特定產業之經銷體系及其競爭動態，嘗試擬訂關於非價格垂直限制適用「合理原則」之具體考量因素，以作為公平會執法之參考。

有鑑於此一議題之重要性，本計劃擬從學理與實務的角度，就上述議題進行比較法與經濟分析之研究。計畫總體內容可大致歸納為以下幾項重點：

- (一) 先歸納出最常出現於我國實務上之非價格垂直交易限制行為類型，以及公平會及行政法院在相關個案中所運用之競爭法原則和論述理由。從其中再進一步檢視學理上的相關問題。本計劃將以「搭售」、「區域限制」、「顧客限制」、及「排他交易」等四大類型為研究之主要對象。

- (二) 從經濟分析觀點，檢視競爭法處理非價格垂直交易限制之必要性及理由，以及公平法對於關切問題所可扮演之角色及可能的限制。
- (三) 從比較法的觀點，搜集整理美國及歐盟之法規與案例，並嘗試歸納與分析其與經濟理論間之關聯性，進一步從中匯整出可資我國執法參考的一般性理論原則。
- (四) 據上述初步研究結論，評估國內法規適用情況，檢視公平會個案處分或不處分理由在學理上可進一步檢討之處。
- (五) 依據研究結論，提出公平會（以下簡稱：公平會）未來運用「合理原則」處理非價格垂直交易限制行為之具體參考因素。

第二節 背景分析

整體而言，在 1960 年代之前，競爭法對於該如何評價垂直限制（vertical restraints）並未形成一致的共識，導致學理和實務上眾說紛紜。究其原因，除了經濟學理上對於廠商使用垂直交易契約之動機及其市場效果之了解與研究尚屬有限外，競爭法過於以涉案交易行為之形式類型化區分作為適用法律原則之依據，亦是引發執法爭議的主要原因。綜言之，在當時的法院及競爭主管機關，往往過度著眼於垂直交易關係中，產品之所有權已移轉至下游經銷商或零售商的法律事實，而對於後續上下游廠商間針對下游市場銷售行為所為之限制安排，通常會以較為負面與懷疑的態度來看待，認為是對法律上所有權人權能之不公平限制，有礙市場財貨之自由流通，而傾向於以「當然違法」（per se illegal）原則來規範之。

另外，傳統反托拉斯理論也認為，垂直價格或非價格交易限制，可被廠商用以遂行上下游市場勾結的工具，並作為「封鎖」（foreclose）市場競爭，並進一步將其市場力量延伸（extend）至另一個市場的媒介。例如，上游廠商可集體要求其下游經銷商採行最低 RPM，使經銷商無法將

任何進貨成本降低的利益反應於最終售價，降低上游製造商違背聯合協議進行秘密降價的誘因，而使製造商間的卡特爾協議更形鞏固。反之，下游經銷商也得集體要求上游製造商實施 **RPM**，以協同監督經銷市場中之聯合訂價行為。再者，廠商可藉由區域限制、排他交易（**exclusive dealing**）、或是搭售等安排，來排除上、下游廠商進入市場參與競爭的可能，進而提供了「當然違法」原則一項經濟學理上之基礎。

此一傾向「當然違法」的執法態度，從 1960 年代起有了轉變。以芝加哥大學 **Arnold Director** 教授為首的部分法學與經濟學者，即學界統稱之「芝加哥學派」（**the Chicago School**），開始重新思考以封鎖與排除市場競爭為由，將諸多垂直交易限制視為是當然違法的妥當性。相關理論頗多，但歸納而言，芝加哥學派學者認為廠商透過其市場力量所可獲得的超額利潤多寡，受制於廠商所面對的需求線且是固定的；故存在於上下游廠商間之各類價格或非價格交易限制安排，只是實現「單一利潤」（**single profit**）的各種不同手段而已。再者，垂直交易安排雖限制下游經銷商之交易決定自由，但同時也創造或保護下游經銷商在相關市場中之市場地位（如區域限制或排他交易安排），製造商何以願意採行會降低市場對其產品最終需求的交易安排？背後動機頗值探究。諸多的非價格垂直交易契約，如排他交易、及區域劃分等，實質上等同創造或強化了「接續性獨占」的效果，對上游製造商不利。對此，**Lester Telser** 教授於 1960 年的一篇重要論文中，提出了最低 **RPM** 有避免下游經銷商從事「搭便車」行為功能的看法。其認為，在許多情況下，上游製造商會期待下游經銷商向消費者提供詳細的售前服務，以利其充分了解產品的特性及吸引其青睞。但提供售前服務，將增加下游經銷商的成本；而當消費者可以在提供售前服務的經銷商處，取得其所需的相關產品資訊後，再向未提供售前服務的經銷商以較低的價格取得該產品時，經銷商對產品所為之售前服務成本的投入，形同「造福」意圖不勞而獲的折扣經銷商。製造商若不加以控制此一

搭便車誘因，將無經銷商願意提供售前服務。從此一角度來看，利用區域劃分的方式，增加買方進行比價的交通成本，或透過排他交易，讓經銷商享有類似獨占地位等，均有利於製造商排除或控制下游市場出現「搭便車」行為。再者，上述之交易安排，也同時保障下游經銷商的營業利潤，間接促使爾等較願意提供相關的講解說明服務來促銷產品，此對於市場新進業者而言，特別具有其必要性及其商業功能。除「售前服務」外，搭便車的對象亦可能及於廠商的「品牌」或「商譽」。經銷商可利用銷售知名製造品牌商品的機會，吸引慕名而來消費者後，再向其促銷價格較低的其他商品。品牌廠商可利用排他交易安排，避免競爭競爭對手所不當攫獲自己苦心經營的品牌形象。簡言之，芝加哥學派認為，對於垂直交易限制安排，我們不應一面倒地從「限制」交易自由及潛在的排除競爭效果，來看待其合法性；而應同時顧及其在「控制」上下游廠商間「誘因差異」，以及在面對市場不確定因素時的「風險分擔」所扮演的角色。全然禁止之，將使市場出現無效率的行銷安排，有礙消費者利益的實現。

此一看法，具體反映在美國反托拉斯法關於垂直區域限制的著名案例 *Continental TV v. GTE Sylvania* 案（433 U.S. 36【1977】；以下簡稱“Sylvania”）。該案的最大意義，在於其正式宣告美國反托拉斯法「形式劃分」年代的落幕。誠如 Powell 大法官在其主筆的多數意見書中所言：「現實應主宰判斷……反托拉斯法的目標是實質。」（“Realities must dominate the judgment....The Anti-Trust Act aims at substance.”）此一觀點的具體展現即在於美國聯邦最高法院改以「合理原則」，透過對行為正反面市場經濟效果的研析，以淨效果作為涉案行為是否合法的依據。而歸納美國法在 *Sylvania* 案後之發展，法院於審理非價格垂直交易限制之核心原則及會考量之主要促進競爭效果有如下幾點：

一、「品牌間競爭」(interbrand competition) 是否存在為核心之執法原則

上述關於垂直交易限制競爭效果之學理研究，已足以讓聯邦最高法院無法再將其視為「當然」違法，而須在「合理原則」下檢視相關涉案行為。聯邦最高法院首先指出，垂直區域限制固然限制了特定區域內經銷商人數，而有降低「同種品牌內競爭」(intra-brand competition) 的效果，但經銷商能否透過此一安排從市場中獲取更大的不當利得，仍受限於消費者有無跨區購買，而能自其他競爭品牌經銷商取得替代商品。法院認為，這二類型的競爭強度彼此間並無關聯。換言之，獨占廠商的下游經銷商間之競爭可能非常激烈，但一個不具市場力的品牌廠商，也可能因採用獨家經銷制度，而剝奪品牌下游市場之競爭可能性。但對反托拉斯法而言，「不同品牌間競爭」(interbrand competition) 才是主管機關與法院所應關切者。

二、非價格垂直限制與促銷誘因

從促進「不同品牌間競爭」之論點上，美國法院與學界進一步引申出非價格垂直限制具有控制上、下游商間因「誘因差異」所產生之非最適行銷問題的功能。特別是對新進廠商而言，利用類似區域限制或排他交易的安排，得以確保經銷商於於下游市場中之一定利潤，提高經銷商銷售與促銷其產品的意願，對不具市場知名度的新產品而言，實有其必要性與實益。

三、非價格垂直限制與避免搭便車行為

相對的，對市場中之既有廠商而言，非價格垂直交易限制可讓經銷商有意願提供售後服務與維修。對許多產品而言，服務及維修是相當重要的消費考量因素；其品質的高低，也攸關製造商之商譽及產品競爭力。然而，若經銷市場存有「搭便車」誘因，則即便每一個經銷商均了解，提供售後服務與維修會比不提供要來得有利，製造商所期待的服務與維修也可

能不會出現。對此，雖有學者認為，以非價格垂直限制約定來鼓勵提供維修服務，將導致產品過度的差異化，反而降低了「不同品牌間競爭」。但此一質疑明顯是假設促銷行為所提供之關於產品價格、品質、或服務等資訊，並非社會所需者；若非如此，則禁止非價格垂直限制，將迫使廠商改以較無效率的行銷安排，以提供市場所需的相同訊息或維修服務。事實上，以產品過度差異化為由，尚須主管機關有足夠的資訊，得以確認市場中的「最適量」消費訊息及服務為何。

四、非價格垂直限制與「品質控制」問題

除「搭便車」行為外，因「品質控制」所生之誘因差異問題，亦是美國法院於實務上經常會考量之「合理原則」判斷因素，特別在涉及「搭售」與「排他交易」的案件中。除「品質控制」往往對製造商產品具有促銷效果之效率考量外，美國聯邦最高法院也指出，不論是習慣法或成文法的發展，美國有愈來愈多的法律規定，要求製造商應對產品的安全與品質負起直接的責任。法律上損害賠償責任的加重，相對的，也提高了製造商進一步掌控下游產品銷售與服務提供方式的正當性。

不過在此一全面性走向「合理原則」的執法趨勢下，美國法實務上所面臨的挑戰乃如何操作類似「不同品牌間競爭」或「搭便車」因素。就前項因素而言，實務上多數是集中在涉案廠商市場力量有無的判斷，而由於界定相關市場的困難，導致在 *Sylvania* 案後，實務上非價格垂直限制原告於訴訟中勝訴的機率微乎其微。至於「搭便車」及其他相關之促進競爭效果，同樣面臨論者的質疑，認為在現實市場中，此是否是一普遍存在的產業特徵，而得以全面性的被適用於所有的非價格垂直限制行為。故除了於法院實務上需盡可能建立具體之「品牌間競爭」判斷因素外，關於涉案市場是否易於出現「搭便車」行為的產業實研究，也是建立更具可預見性操作原則不可或缺者。

在歐盟法部分，垂直交易限制在近年來並非執委會及歐盟法院的執法重點。歐盟自 2000 年後，採行了較強調實質經濟效果，而非法形式區分之審理原則，此具體反映於 2010 年執委會所頒佈的「垂直限制規則」及「垂直限制處理原則」(Guidelines on Vertical Restraints) 中。在該原則第 110 至 117 段中，執委會仍具體規定了運用歐盟運作條約第 101 條規定審理垂直交易限制時，主管機關所會考量之負面與正面市場效果因素。原則上，當涉案事業市占率低於 30% 時，即落入不受規範之安全港範圍內，除非是屬於被「處理原則」中列為是「惡質」(hard-core) 之行為類型。依「處理原則」第 100 段之規定，歐盟所擬防免之垂直限制反競爭效果乃 (1) 提供市場參進與擴張之門檻，而對競爭供應商或買方產生了封鎖效果；(2) 弱化供應商及其競爭者之競爭諸因，或促進供應商間之勾結，而降低了「品牌間競爭」的強度；(3) 弱化了同種品牌內不同經銷商間之競爭或促進其等進行勾結行為；(4) 創造不利於市場整合之障礙，特別是當垂直限制限制了消費者於不同會員國間選擇交易對象時。

至於在垂直交易限制的可能促進競爭效果部分，執委會在「處理原則」第 106 段中強調，垂直限制具有促進非價格競爭、確保產品品質、以及避免經銷關係中出現非最適投資與銷售之情形。執委會進一步於第 107 段中，列舉了以下於個案中所會考量之促進競爭因素：(1) 解決「搭便車」問題；(2) 有利於開拓或進入新市場；(3) 解決經銷商「品質商譽」被搭便車的問題；(4) 解決因「專屬性投資」(specific investment) 所生的「搶劫成本」(hold-up) 問題；(5) 解決「垂直外部性」(vertical externality) 或「雙重邊際化」(double marginalization) 問題；(6) 實現經銷市場中之規模經濟；(7) 解決資本市場不完美性問題；(8) 有助於建立統一品質規格與品牌形象。

歐盟競爭法中雖無「當然違法」的概念，但在「處理原則」第 48 段及 50 段中，執委會將「轉售價格維持」及「目的」在禁止會員國間平行

交易及分割內國市場之「區域」或「客戶」限制條款，視為是「惡質性」(hard-core)的垂直交易限制類型，而排除於得適用集體除外規定之安全港範圍外。「惡質」的概念，往往會誘導競爭主管機關及法院在實務上傾向於以較嚴格的標準檢視此二類行為，而出現實質上等同視用「當然違法」原則之執法結果。但有鑑於學理上對於垂直限制之正面效果的研究與了解更為深入，因採行「當然違法」而出現「錯誤制裁」的機率也隨之增加，「處理原則」在第 61 段到 64 段中「惡質」垂直限制仍得主張除外適用之情形。例如，垂直區域限制或排他交易等，若系屬廠商進入新市場、開發新產品、或是經銷商促銷供應商產品意願所必需者，則仍有依歐盟運作條約第 101 條第 1 項或第 3 項主張行為不屬於違法的垂直限制，或是得除外於該條之規範範圍外。

我國公平法對於非價格垂直交易限制行為，理論上有二項主要的規範依據。當涉案事業符合公平法對獨占事業之規定要件時，則有可能將其視為是獨占者濫用市場地位之行為，而依公平法第 10 條之規定來加以處理。另一項更為普遍及常見者，乃公平法第 19 條第 6 款之規定，將非價格垂直限制之行為視為是「以不正當限制交易相對人之事業活動為條件，而與其交易」之行為來規範之。另外，依公平交易法施行細則第 27 條規定：「……限制是否不正當，應綜合當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品特性及履行情況對市場競爭之影響等加以判斷」。此規定，公平會已可在現行的法律架構下，以「合理原則」檢視相關之非價格垂直限制。不過，相較於美國與歐盟之執法經驗，其對「合理原則」之運用，仍有待進一步充實之處。綜觀公平會過去與最近之相關處分案例，其論理仍多集中於非價格垂直限制對「同種品牌競爭」的壓抑效果，至於「不同品牌間競爭」的部分，則少有深入的論述，或單純以涉案事業於相關市場中之市占率推論「不同品牌間競爭」不存在或無法發揮抵銷「同種品牌競爭」之限制競爭效果。例如在「和成欣業股份有限公司對於現場專

案實施個案報備制度及越區核備協調，屬不正當限制交易相對人之事業活動為條件」一案（公處字第 100005 號）中，公平會對於被處分人所實施的「現場專案」及「越區交易部分要求個案報備並配合執行越區核備協調」之行為，公平會似單以被處分人於「於陶瓷衛浴市場」中約 20% 之市占率，而認定相關區域限制約定，無法藉由不同品牌間之競爭來加以平衡，故「無論其目的係為維持市場地位或品牌內之服務效能競爭，即使不妨礙到其他競爭者進入市場，但前揭做法已對交易相對人為區域、顧客之限制，以不正當限制交易相對人之事業活動為條件而與其交易之行為，致有限制競爭或妨礙公平競爭之虞，減損經銷業者間之品牌內競爭，核屬構成公平法第 19 條第 6 款之違反」。類似之論理，也出現在「和泰汽車股份有限公司限制經銷商之銷售責任區域，核屬以不正當限制交易相對人之事業活動為條件而與其交易之行為」案中（公處字第 101031 號）。公平會在該案中仍強調和泰汽車於相關市場中接近 30% 的市占率，已對品牌內經銷商間之競爭產生明顯之限制效果；至於不同品牌間競爭問題，公平會似仍單以消費者對於 Toyota 已具高度的「品牌忠誠度」為由，而認定不可能發生。再者，在「美利達工業股份有限公司限制經銷商從事網路銷售，核屬以不正當限制交易相對人之事業活動為條件而與其交易之行為」一案（公處字第 101063 號），對於被處分人所提之禁止網路交易，旨在保護其商標權之抗辯，公平會以「被處分人尚非無侵權主張之救濟途徑」為由，而不採之。另被處分人所提之避免「搭便車」之主張，公平會則認為，「實體」與「網路」服務被搭便車的可能性具有對稱性，故「消費者究以實體或網路為交易，此與消費者之消費習慣及對網路交易之信任度有關，或有消費者於實體體驗後而於網路交易，惟按網路資訊豐富，仍不乏消費者係因網路資訊之蒐詢比較與引介，考量網路交易之安全性而於實體購買」，而認定此一抗辯理由並不充分。然而，從比較法與經濟分析的觀點來看，公平會對垂直限制之正當性理由判斷，

仍有相當值得進一步檢討的空間。

第三節 研究方法、步驟與預期成果

本計劃以經濟分析與法律之比較研究為主軸，輔以各國具體案例作為介紹評析之主要對象。計劃進行將藉由切插案例分說與產業樣態，緊貼法規所定與法律概念。經濟與法律、文獻與案例，皆雙軌運行交互佐證，並完整整理美國與歐盟之執法經驗，配合經濟理論，評估相關案例之利弊得失。計劃最後綜合研究結論，提出對我國執法與制定相關政策的具體可行建議。本計劃預期可達成以下成果：

一、掌握外國執法經驗，提高本國執法品質

本研究在短期內可提供公平會於個案審查非價格垂直交易限制及其抗辯理由之學理與基礎，有助於強化個案決定之說服力及品質。

二、促進法規範之明確性

讓主管機關及被調查事業，得以有較一致性與具體之法律依據，用以評估事業在規劃產品或服務行銷通路時，所可能涉及之違反競爭法規風險及解決之道。

三、提供政策與法規制定的學理基礎，引發學界研究興趣

除短期審理個案的參考價值外，本計畫中關於實務處理方式之利弊得失分析，必可提供競爭及產業主管機關對競爭法規範非價格垂直交易安排之內涵有更深入的了解，並反應在未來處理個案與擬定相關法規之思辯過程中。公平會也可以以更嚴謹的理論基礎，提高其處分理由之說服力。另，透過研究報告的公開，必然會引發更多學者投入此一議題的研究，長期而言，將可豐富整體關於垂直交易限制行為與競爭法關聯性議題之研究內涵。

第二章 非價格垂直限制之反托拉斯經濟理論

第一節 概說

一、事業行銷策略之考量

一種商品從生產製造到經銷給消費者至售後服務之流通過程中，往往必須經過數個行銷階段才能完成。此種從上游至下游之行銷策略，可由一家事業獨自採垂直整合（**Vertical Integration**）完成，亦可由不同之事業透過垂直交易安排分工完成。倘由一家事業自行完成，此在競爭法的規範上，主要涉及個別事業有無市場力之濫用；倘由不同事業分工完成，所涉及的是上下游事業間交易條件有無不公平競爭問題，此即競爭法所謂之垂直限制（**Vertical Restraints**）行為，包括約定轉售價格、搭售、獨家交易、區域、顧客或使用限制等交易條件之正當性與否。

二、垂直限制行為的法律適用

垂直限制行為依其限制之內容概分為價格或價格以外之限制，價格之垂直限制行為在我國公平法的規範為第 18 條，禁止事業對其交易相對人就所供給之商品進行轉售價格之限制，一般稱為「約定轉售價格」（**Resale Price Maintenance**）行為之禁止；而價格以外之垂直限制行為之規範在公平法第 19 條第 6 款：「事業不得以不正當限制交易相對人之事業活動為條件，而與其交易之行為。」此法條之制定，依當時之立法理由為「事業以不正當限制交易相對人之事業活動為條件而與之交易之行為，不僅使交易相對人之營業自由受到拘束，且會妨礙與交易相對人從事交易之第三人權益，致妨礙公平競爭，故應予禁止。」另依公平交易法施行細則第 27 條第 1 項規定「本法第 19 條第 6 款所稱限制，指搭售、獨家交易、區域、顧客或使用之限制及其他限制事業活動之情形。」同條第 2 項又規定：「前項限制是否不正當，應綜合當事人之意圖、目的、市場地位、所

屬市場結構、商品特性及履行情況對市場競爭之影響等加以判斷。」本文之研究範圍在此。

此外，由於我國公平法規定「非價格垂直限制行為」之事業必須具有相當市場力才會構成違法。而所謂具有相當市場力應可區分係屬於獨占事業或非獨占事業，倘採行非價格垂直限制行為之事業已符合公平法第 5 條之 1「獨占事業之認定標準」，且其行為適用公平法第 10 條第 1 條及第 4 款之構成要件時，應可利用該條款加以規範；惟倘其市場力並未達到獨占事業之認定標準，惟仍有相當的市場力（我國公平法雖無明文規定，但過去公平會實務上的認定為市場占有率 10%，但亦有少數低於 10%的案例），則可適用公平法第 19 條第 6 款加以規範（至於是否可適用第 19 條其他條款，如第 1、2、4 款，由於該等條款究係歸屬限制競爭行為或屬不公平競爭行為，過去在主管機關或學者之間尚有不同意見並無定論，而且該等行為既已有第 19 條第 6 款可適用，實無再依條第 1、2、4 款加以規範之必要）；另倘未具有相當市場力以上之事業採行非價格垂直限制競爭行為，原則上並無違反公平法，但倘事業以不正當限制交易相對人之事業活動為條件，而與為交易之行為，而該「事業」，相對於「交易相對人之事業」具有相對優勢地位，意即交易相對人有高度依賴關係時，或交易相對人為「消費者」時，並不排除有公平法第 24 條（除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為）概括條款之適用，但此為另一研究課題。

三、非價格垂直限制行為適用「當然違法」或「合理原則」之探究

在探究此一非價格垂直限制行為是否違反公平法第 19 條第 6 款時，必須同時考量公平法第 19 條前段規定「有左列各款行為之一，而有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，事業不得為之。」何謂「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」，依公平會第 71 次委員會議所揭示的見解，按事業之競爭

行為是否該當公平法第 19 條「妨礙公平競爭之虞」的構成要件，應就事業採取之「競爭手段」本身是否具有「不公平性」或其「競爭結果」是否有「減損市場自由競爭機能（分別或綜合）加以判斷，其競爭手段顯已失公平者，即具有可非難性，構成「妨礙公平競爭之虞」的適用要件，相當於所謂「當然違法」。其競爭手段之「不公平」未達當然違法時，應進一步從其競爭結果是否增加或減損市場之自由競爭機能併同認定之。減損者，必須再從「合理原則」審酌有無「妨礙公平競爭之虞。」此一原則性之揭示一直為公平會所援用。爾後配合公平法於民國 88 年 2 月 3 日第 1 次修法，將第 19 條前段「妨礙公平競爭之虞」之文字修正為「而有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」，並經公平會第 481 次委員會議就其適用之原則再作討論確認，仍依上開第 71 次委員會議之意見辦理。另所謂「之虞」一詞，係採「抽象危險性」之判斷標準，並不以個別行為之實施會對市場產生實質的限制為必要，而只要該行為實施後有「限制競爭或公平競爭之可能性」之程度即可。過去公平會對於公平法第 19 條所列舉之 6 款有限制競爭或妨礙公平競爭之虞之行為態樣（包括第 1 款之杯葛，第 2 款之差別待遇，第 3 款之不當爭取競爭者之交易相對人，第 4 款之不當迫使他事業參與限制競爭，第 5 款之不當獲取他事業營業秘密及第 6 款之不正當限制交易相對人事業活動）應如何區分那些行為屬於限制競爭，適用「合理原則」，那些行為屬於不公平競爭，適用「當然違法」雖有不同意見而無定論¹，但對於第 6 款之不正當限制交易相對人事業活動行為之執法立場一

¹ 公平交易委員會曾於該會第 382 次委員會議擬議將公平交易法第 19 條第 1、2、6 款之行為態樣歸屬為限制競爭行為；而第 3、4、5 款歸屬為不公平競爭行為，但因有不同意見而一直並無定論。其不同之論點為第 19 條第 1 款之杯葛行為係藉由他事業之力量排擠競爭者，本質上係違反效能競爭，其行為本身具有高度商業倫理之非難性，因此無須另考量杯葛發起人之市場地位，故應歸屬為不公平競爭行為；而第 19 條第 4 款，事業以脅迫、利誘或其他不正當之方法，使他事業不為價格之競爭，參與結合或聯合行

直採取「合理原則」並無爭議，主要是該款之「競爭手段」不公平性並不明顯，因此，必須再對競爭結果有無對市場競爭結構產生不良之影響再作探討，作為論斷違法與否之依據。倘有影響者，才能論為違法，倘無影響者，即不違法。

四、經濟分析之意涵

公平法第 19 條第 6 款之非價格垂直限制行為法律之適用上既以「合理原則」為之，其就經濟分析之意義而言，就是探討其所產生之正面促進競爭及反面限制競爭效果如何。所謂經濟分析（Economic Analysis），簡言之，就是經濟學的分析。經濟學的分析必須有賴於許多分析工具（tools box），該分析工具通常是以文字、圖形或數學符號來表達兩個或兩個以上變數之關係，再透過經濟模型（Economic Model）之建構或推理的過程，得出可信賴的結論，用以解釋評估經濟變數及預測未來的趨勢。而經濟學的分析運用到法律上即一般所謂法律經濟分析（Economic Analysis of Law）。或謂此一分析方法係以經濟學的理論和方法研究法律問題，或以法律為分析對象，而以經濟分析為分析方法²。或謂法律學與經濟學是兩門不同的學門，而法律經濟學（Law and Economics）顯然要結合兩者，兩者最有可能交集之處有二，其一是以「法律規範經濟事務」，其二就是

為，此為限制競爭行為之外部強制，本質上乃屬限制競爭行為之一環，故應歸屬為限制競爭行為；另第 19 條第 3 款應區分為具有相當市場地位之事業從事不當之「低價競爭」行為，歸為限制競爭行為，而事業以不當提供「贈品、贈獎或其他類似之方法」，爭取交易相對人歸為不公平競爭行為。至於第 19 條第 2、6 款歸為限制競爭行為一直並無爭議，其非難之處在於對市場競爭結構產生不良影響，必須考量是否具有市場地位來判斷是否會減損市場自由競爭，故應以「合理原則」加以審酌。同時第 19 條第 5 款歸為不公平競爭行為也一直並無爭議。

² 謝哲勝主編，法律經濟學，頁 4（2007 年 5 月）。

「以經濟方法分析法律設計」³。至於經濟分析運用在反托拉斯的案件上，在 1960 年代之前，其實所謂法律經濟分析就是「反托拉斯」的經濟分析，因為反托拉斯所涉及之市場、競爭、訂價等都是傳統經濟學中的重要研究課題，甚至於晚近競爭法所關注的議題包括具有顯著獨占力之濫用、合併、聯合行為、掠奪性定價及捆綁銷售等，其相關的法律文字意涵都很難自外於經濟學原理。但在此也必須特別提出的是，法律的條文經常有許多不確定之法律概念，而且法律所保護的法益經常是多元性，因此對於無法運用經濟分析方法加以量化或解釋時，仍必須再回到法律條文之構成要件是否該當加以判斷之。

五、經濟分析工具之運用

依 ICN (International Competition Network) 於最近 (2013) 文件指出⁴，經濟學提供競爭法執法機關整體概念架構 (Conceptual framework) 和經濟分析工具 (tools)，該等分析工具包括從簡單的價格比較和相關分析 (Simple Price Comparisons and Correlation analysis)，到較複雜的多元迴歸模型 (Simulation models)，惟因較複雜的模型需要大量的資料，並非短時間可獲得，有時較簡單的模型即已足夠。

早期經濟調查 (Early stage economic investigation) 工作對經濟分析扮演重要角色。因舉凡特定市場之界定、市場占有率、市場集中度、買方抗衡力量、進入障礙、競爭效果與效率分析等均會運用到。一但有了足夠的調查資訊就可決定經濟分析的工具，以檢視相關事實是否符合公平市場的競爭狀態。而經濟分析工具包括量化和 (或) 質化 (Quantitative

³ 朱敬一、林全等，經濟學的新視野，頁 136 (2010 年 3 月)。

⁴ See International Competition Network, updated Chapter 4 of the ICN Investigative Techniques Handbook of Merger Review. “The Role of Economists and Economic Evidence in Merger Analysis”, at 2-8. Prepared by the Merger Working Group. Presented at the 12th Annual conference of ICN. Warsaw, Poland, April 24-26, 2013.

and/or Qualitative) 分析，亦可加入所謂自然實驗/重大事件分析法 (Natural experiments / Shock Analysis) 做一些支持補充性看法，以下將有進一步說明。

六、特定市場（相關市場）之界定

本章係非價格垂直限制行為之經濟分析，將利用經濟分析之方法分別就「搭售」、「排他交易（獨家交易）」、「區域限制（區域限制）」及「顧客限制」等四大類型行為之意涵及其所產之促進競爭（正面）及限制競爭（反面）效果，以及針對該等行為是否違法之考量因素加以探究。但在探討這些問題之前，均必須先界定一個「特定市場（Relevant market，或稱相關市場）」，如此才能進入「市場力」（market power）之衡量，因這兩個問題之分析方法在上述四大類型的非價格垂直限制行為均有適用，因此本節先加以介紹。

特定市場之界定，依 ICN (International Competition Network) 於最近 2013 年之文件指出略以⁵，主要在於劃定事業間之競爭範圍，經濟學家經常利用量化技術法 (Quantitative techniques) 和質化事證法 (Qualitative evidence) 來界定市場範圍，另外，還有所謂自然實驗（或重大事件）分析法 (Natural experiments / Shock Analysis)，這些評估方法主要來自需求替代、供給替代和潛在競爭者之有無，其中尤以需求替代最為主管機關所重視，因為它對於商品（或勞務）產生最直接和立即的競爭壓力。再者，執法機關在界定特定市場時，主要包括相關「產品市場」（product market）和地理市場 (Geographic market) 兩個層面，此乃因消費者會認為這些商品（或勞務）在特性、價格、用途和區位上有相互替代的可能性。當然如再考量時間的長、短期因素，則一個特定市場的界定必須包括相關產品市場、地理市場及時間因素才算周延。以下謹就界定特定

⁵ *Id.*, at 9-14.

市場之評估方法分別說明如下：

(一) 量化技術法 (Quantitative techniques)

1. 相關產品市場

(1) DOJ 界定法 (又稱為 SSNIP 法)

此方法又謂「假設性獨占者檢測」(hypothetical monopolist test)，其測試步驟先從假設市場上僅有一個獨占事業開始，檢驗該假設性獨占者是否有能力在不減損利潤下，進行「微幅但顯著的非暫時性價格調漲 (small but significant non-transitory increase in price: SSNIP)，所謂「微幅但顯著」，通常係指以漲幅但顯著」，通常係指以漲幅在 5% 到 10% 之間的價格調整，「非暫時」則是指其價格調整後，維持至少一年以上，若價格調整將使該假設性獨占者利潤減少，則表示原先認定之市場範圍過於狹隘，而須將其具替代性的產品納入，或將市場的地理範圍放大，然後在進行 SSNIP 的檢驗，直到市場參與者有能力將價格調漲卻不減損利潤為止，即完成市場界定⁶。

(2) 供需價格交叉彈性法⁷

價格交叉彈性係衡量某一產品價格變動百分比會影響另一產品需求量 (或供給量) 變動之百分比。其用於了解兩產品間是否具有替代、互補或毫無關係，根據價格理論，認為具有高度替代性的產品應屬於同一市場，實務上通常以需求或供給的交叉彈性來衡量產品間的替代彈性。茲分別說明如下：

⁶ 公平交易委員會，公平交易法相關法規及行政規則彙編，頁 473-474 (2012 年 12 月)。

⁷ 陳銘煌，公平交易法界定市場範圍之理論模型與實證分析－以農產品市場為例，公平交易季刊，第五卷第三期，頁 10-11 (1997 年 7 月)。See also ICN, *supra* note 4, at 16, 55.

A. 計算公式：

$$EP_x Q_y = \frac{\Delta Q_y / Q_y}{\Delta P_x / P_x}$$

符號說明：

- (A) X、Y 代表不同產品
- (B) P_x 代表 X 產品之價格
- (C) Q_y 代表 Y 產品之需求量（或供給量）
- (D) ΔP_x 、 ΔQ_y 分別代表 X 價格和 Y 數量變動
- (E) $EP_x Q_y$ 代表 X、Y 兩產品之交叉彈性

B. 結果說明：

(A) 需求交叉彈性（cross elasticity of demand）

- a. 當彈性為正，兩產品間為替代關係，可歸屬同一相關市場。
- b. 若彈性為負，兩產品間為互補關係，則不屬同一相關市場。
- c. 若彈性為零，兩產品間為毫無關係。

(B) 供給交叉彈性（cross elasticity of supply）

- a. 當彈性為正，兩產品間為互補關係，則不屬同一相關市場。
- b. 若彈性為負，兩產品間為替代關係，不歸屬同一相關市場。
- c. 若彈性為零，兩產品間為毫無關係。

由於受限於資料的取得及交叉彈性不對稱等因素，實證交叉彈性有其困難性。因此，美國法院傾向採行影響該彈性之相關指標作為判斷基礎。例如採用顧客認知產品特性及用途、生產設備不同、價格差異及敏感度。

(3) 價格相關係數法（price correlation test）⁸

由於價格係市場供需所決定，是以價格決定及其過程所提供的信息可以界定市場範圍的大小。如果一種產品特定百分比的價格變化，引起另一

⁸ See also ICN, *supra* note 4, at 12-13, 54.

產品價格高度一致的百分比變化，則兩產品為具有替代性，應屬同一相關市場。反之，則不屬於同一相關市場。但亦有可能兩個產品價格變動測有高度相關係數係受到外在供需因素的影響，例如，都屬於原料成本高之產品價格變動係受到原料成本變動之影響而有價格變動一致性，而並非係有競爭之相關市場，此種情形稱為偽相關（Spurious Correlation），另有一種應歸屬於同一相關市場，但其相關係數甚低，因可能兩產品間之價格變動具有落遲性（time lag），必須利用畫出點狀價格變動圖，以目視方法加以檢視。準此，好的價格相關係數法分析，不但需要每種產品的價格資料，而且也需要了解影響供需的相關因素。茲將相關情形說明如下：

A. 計算公式

$$\rho = \frac{\sigma_{12}}{\sigma_1\sigma_2}$$

符號說明：

- (A) 假設有兩個變數（產品） X_1 、 X_2
- (B) σ_{12} 代表 X_1 和 X_2 的共變異數（covariance）
- (C) σ_1 和 σ_2 分別代表 X_1 和 X_2 變異數的平方根
- (D) ρ 代表 X_1 和 X_2 的相關係數

B. 結果說明

- (A) 價格相關係數介於 1 和 -1 之間
 - (B) $\rho = 1$ ，代表完全正相關，兩產品價格變動方向完全一致。
 - (C) $\rho = -1$ ，代表完全負相關，兩產品價格變動方向完全相反。
 - (D) $\rho = 0$ ，代表兩產品價格變動方向完全無關。
- (4) 臨界損失分析法（critical loss analysis）⁹

臨界損失分析法之概念係由「假設性獨占者檢測」（Hypothetical monopolist test）而來，事業提高價格將產生兩種相反的效果，一方面提

⁹ *Id.*, at 15-16, 54-55.

高每單位價格，增加利潤；但另一方面消費者減少購買（或轉移到競爭對手），減少銷售量。臨界損失分析法主要在於評估事業提高價格是否有利，並藉以比較價格提高後之臨界損失（Critical Loss）與實際損失（Actual Loss）的大小，倘實際損失大於臨界損失時，則表示提高價格後無利可圖，消費者將轉移到其它競爭產品，因此應擴大特定市場範圍，將候選市場（Candidate market）納入；反之，實際損失小於臨界損失時，價格提高後有利可圖，消費者不再轉移到其它競爭產品如此，特定市場即可確定，茲將相關情形說明如下：

A. 計算公式：

$$\Delta P \times (Q - \Delta Q) = (P - MC) \times \Delta Q \quad (\text{首先假設 profit=Loss})$$

$$\Delta P \times (Q - \Delta Q) / PQ = (P - MC) \times \Delta Q / PQ \quad (\text{兩邊各除以 } PQ)$$

$$\frac{\Delta P}{P} = \frac{\Delta Q}{Q} \left[\frac{P - MC}{P} + \frac{\Delta P}{P} \right] \quad (\text{由上式整理而得})$$

$$\frac{\Delta Q}{Q} = \frac{\Delta P / P}{(P - MC) / P + \Delta P / P} \quad (\text{由上式整理而得})$$

$$Y = \frac{t}{m + t} \quad (\text{加以簡化之})$$

符號說明：

(A) Y 代表臨界損失（ $\Delta Q / Q$ ）

(B) t 代表價格上漲幅度（ $\Delta P / P$ ）

(C) m = $(P - MC) / P$ ，代表邊際貢獻率

B. 舉例說明

例如，某一相關產品市場可能包括 A、B、C 三種產品，其中 A 產品的邊際貢獻率為 50%，當價格上漲 5% 時臨界損失為 $Y = 0.05 / (0.5 + 0.05) = 0.091$ 。此說明若實際銷售額損失超過 9.1% 時，則產品市場界定為 A、B、C 三種產品，若實際銷售額損失小於 9.1%，則相關產品市場應界定為 A 產品市場。

(5) 國際商品統一分類制度

依據「國際商品統一分類制度」(以下稱為 **HS** 制)之市場界定，公平會於 82 年公告獨佔事業時，生產產品曾依「經濟部工業產品分類」(**SIC**)，進口品則依「中華民國海關進口稅則暨輸出入貨品分類表」(**HS**)，界定公告製造業與服務業獨佔事業之認定¹⁰。

2. 相關地理市場分析

(1) Elzinga – Hogarty 法¹¹ (又稱為市場交易流量界定法)

此一方法係利用發貨量來界定地理市場，其界定方法包括：

A.LIFO (Little in from outside，是否有少量來自進口)

公式： $LIFO = (\text{地區內消費者向地區外生產者之購買量}) / (\text{地區內消費者的總購買量})$

說明：若 LIFO 小於 10%，亦即低於 10%的購買量來自地區外側生產者，因該數量比例不大，因此，可界定該地區即為相關之地理市場。

B.LOFI (Little out from inside，是否有少量出口)

公式： $LOFI = (\text{地區內生產者出口至地區外消費者的數量}) / (\text{地區內生產者的總生產量})$

說明：若 LOFI 小於 10%時，亦即出口量比例不大，則該區即可視為相關的地理市場。

C.依 ICN 的看法，若 LIFO 和 LOFI 均低於 10% (亦即 1 減 LIFO 和 1 減 LOFI 均高於 90%)，可視該地區的相關地理市場為強勢市場

¹⁰ 林大侯等，市場範圍界定及獨佔事業行為探討，頁 11-12 (1994 年 4 月)；劉邦典等，服務業市場範圍之界定與獨佔事業之認定，頁 28-29，台灣經濟研究院 (1993 年 3 月)。

¹¹ 此一界定方法第 1、2 點，參見陳銘煌，前揭註 7。

(Strong market)；若低於 25%，即為弱勢市場 (Weak market)¹²。

(2) 交易成本法

若兩地區間的交易成本較兩地區間的價差為低，則兩地區間的消費者可以跨越交易，則該兩地即為劃為同一相關市場。

(3) 運輸成本法

另可從供給者的角度，觀察產品本身是否適合儲存，運送以及運輸成本佔產品價格比例等，都會影響市場範圍的大小。一般而言，運輸成本佔產品價值越低者，消費者越有意願尋求較遠距離的供應者，而且供應者也較有意願。如此，市場範圍就可擴大；反之，則市場範圍較小。

(二) 質化事證法 (Qualitative evidence)¹³

1. 相關產品市場

經濟學家和專業小組經常利用以下事證（但並不侷限）來評估產品的相關市場：

- (1) 詢問產品的特性、價格、功能、消費者的使用習慣。
- (2) 當產品價格相對改變或有其它競爭變數改變時，消費者改變購買產品的事證。
- (3) 當產品價格相對改變，或有其它競爭變數改變時，賣方的商業決定係依據購買替代品改變的事證。
- (4) 消費者在產品間的偏好強弱的事證，例如品牌忠誠度等。
- (5) 從消費者的觀點而言，法律或管制規定影響產品的替代性。例如，產品證明標準等。
- (6) 移轉產品購買的時間和成本，相對產品價值而言，高移轉成本較無

¹² See also ICN, *supra* note 4, at 50.

¹³ *Id.*, at 10-12.

替代性。

2. 相關地理市場

評估方法包括以下事證（但並不侷限）：

- (1) 產品之運輸成本和困難性。
- (2) 產品之特性（例如易腐性、脆弱性等）、地理特性或其它影響消費者從區外取得的情形。
- (3) 當產品價格相對改變或其它競爭變數改變時，消費者從不同區位購買的事證。
- (4) 當產品價格相對改變或其它競爭變數改變時，賣方的商業決定係依據買方改變地理區的事證。
- (5) 消費者從其它地理區取得商品或勞務的意願。
- (6) 供應商越區供應能力的限制，例如產能、品牌接受度、通路建立和售後服務能力等。
- (7) 法律或管制規定影響區外供應成本，例如進口關稅，進口執照或政府許可規定等。
- (8) 移轉產品越區供應的時間和成本，移轉成本較高者較無替代性。

(三) 自然實驗（或重大事件）分析法（**Natural experiments / shock Analysis**）¹⁴

所謂自然實驗（或重大事件）分析法，係分析事業在面對重大事件或衝擊時，如何調整價格、產量、成本和利潤等，所謂重大事件或衝擊，例如：新品牌進入市場、創新產品出現、特別廣告促銷競爭、罷工產品供應中斷或貿易摩擦、政府干預等。此一分析方法非常有效，因為在沒有其他因素而突然無預期地發生，可以真正了解到消費者和（或）競爭者之反映對於市場競爭的影響。因此，必須就過去產業所發生過的事件深入研析，

¹⁴ *Id.*, at 14-15.

將有助於產品相關市場的界定。例如，某一相關產品市場有 A、B 兩產品，如果 B 產品的關稅提高，導致其市場價格提高，然後觀察 A 產品的動向可以了解其是否屬於同一產品市場。如在其它條件不變情況下，A 產品也提高其售價和銷售量，則 A、B 兩產品屬於同一產品市場。

同樣的觀察可以運用在相關地理市場的界定。例如，當產品進入某一地區，將導致該地區與鄰近地區價格下跌，如此，這兩個地區應屬於同一地理市場。

自然實驗分析法吸引人之處，在於其結果是直接的從市場的變化即可推斷，而且有時所需要的資料較少。但值得注意的是有時消費者和供應者對於某一重大事件的反應態度可能不同而有高估或低估情形。總之，此一方法對於市場界定的分析提供一些支持補充性看法。

七、市場力的衡量方法

當特定市場（相關市場）界定後，即可進入「市場力」的衡量，要衡量「市場力」就必須確認市場有多少家事業以及每一個別事業的生產量，銷售量及產能。其可運用的方法概可分為「量化分析」與「質化分析」，量化分析雖可提供具體的相關數據做為研判的基礎，但就具體個案判斷違法與否仍須配合質化分析較為周延。以下僅介紹最常用的量化分法¹⁵及質

¹⁵ 量化分析方法尚有其他方法，包括①需求和價格分析法（demand and price analysis，意即利用特定事業漲價後，消費者能以低的轉換成本轉向競爭對手購買後，如此特定事業銷售數量減少，其價格提高是否有利可圖，有利可圖就具有市場力；反之，無利可圖就沒有市場力）；②自然實驗法（natural experiments method，意即利用有競爭與無競爭地區在橫斷面價格之比較，如事業於無競爭區域的產品價格明顯高於有競爭區域的產品價格甚多，表示該事業具有市場力；反之，則無）及③廠商利潤分析法（firm profitability analysis，意即利用利潤公式來衡量市場力，其公式為 $\pi = R - C - D - iV$ ， π 代表經濟利潤；R代表當年度總收入；C代表成本；D代表折舊；i代表利率；V代表投資金額。所計算而得之利潤與市場力呈正比），可參酌採用。

化分析方法如下：

(一) 量化分析方法

1. 市場集中度測定¹⁶ (market concentration ratio)

(1) 市場占有率 (market shares)

$$MS = \text{個別事業的生產值 (量)} / \text{特定市場的總產值 (量)} \times 100\%$$

說明：市場占有率的計算，依公平交易施行細則第 4 條規定，可依生產、銷售、存貨、輸入及輸出值 (量) 加以計算，並以中央主管機關所調查資料或其他政府機關計載資料為準。

(2) 集中比 (concentration ratio)

$$CR_n = \sum_{i=1}^n S_i$$

A. 符號說明：n 為最大幾家廠商數， S_i 為第 i 家廠商市場占有率。

B. 相關說明：

(A) 集中比(CR_n)係衡量某一產業前 n 大廠商之市場占有率之總和，最常用之集中比為前四大(CR_4)和前八大(CR_8)廠商之市場集中程度。集中比越高，市場越趨向壟斷；反之，則越趨向競爭，是一種衡量市場力之重要指標。

(B) 集中比大小從 0 到 100%，歐、美各國之分類標準不一，一般而言，以 CR_4 為例，區分概念如下：

a. $CR_4 = 0$ 至 50%，表示低度集中市場。

b. $CR_4 = 50$ 至 80%，表示中度集中市場。

¹⁶ 市場集中度的測定方法，除了最常用的市場占有率，集中比，H 指數外，其他尚有 Rosenbluth Index，Entropy Index，吉尼係數及綜合指數等。參見陳銘煌，公平交易法與產業經濟分析，頁 91-93 (2002 年 12 月)。

c. $CR_4 = 80$ 至 100% ，表示高度集中市場。

(3) H 指數 (Hirschman-Herfindahl Index)

$$H = \sum_{i=1}^m S_i^2$$

A. 符號說明： m 為所有廠商數， S_i 為第 i 家廠商市場占有率。

B. 相關說明：

(A) H 指數係衡量某一產業所有廠商之市場占有率平方之總和，其利用個別廠商市場占有率之加權方式，瞭解較大廠商影響市場競爭程度，係另一種計算市場集中程度之指標。

(B) H 指數從 0 到 10000，歐、美各國分類標準不一，一般而言，概區分如下：

a. H 指數 = 0 至 1000，表示低度集中市場。

b. H 指數 = 1000 至 1800，表示中度集中市場。

c. H 指數 = 1800 至 10000，表示高度集中市場。

2. 價格成本差分析 (price-cost margin analysis)

(1) Lerner 指數

$$\text{市場力} : M = \frac{P - MC}{P} = \left| \frac{1}{e} \right|$$

說明：Lerner 指數是以需求彈性的倒數為測定標準，其判斷方式：

A. 在完全競爭市場，消費者對某廠商產品的需求彈性無限大，則該廠商的市場力為零。

B. 反之，消費者對獨占廠商產品的需求彈性愈小，則其市場力愈大。

(2) L-P 公式

此一公式係 Landes & Posner (1981) 利用彈性與價格間的關係，從 Lerner 指數導引出另一個非常簡明有用的公式。

$$\frac{P - MC}{P} = \frac{S_i}{e_m^d + e_j^s(1 - S_i)}$$

說明：

A. S_i 代表事業本身市占率， S_i 愈大，其市場力也就愈大。

B. e_m^d 代表市場需求彈性， e_m^d 愈大，單一事業面對的需求彈性就愈大，其市場力就愈小。

C. e_j^s 代表邊緣供給彈性（fringe supply elasticity）， e_j^s 愈大，單一事業面臨的需求彈性愈大，其市場力就愈小。

（二）質化分析方法

所謂質化分析除對相關產品市場之特性以及買受人有無抗衡力量加以描述分析之外，最主要的是參進障礙有無的分析，其所考量的要件如下：

1. 潛在競爭事業進入之可能性（likely）

若進入市場的事業必須投資相當大的投資成本，且所投資的生產設備並無移作其他用途，則可認為存有高度的進入障礙，現有主導事業在相關產品市場即具有相當的市場力。

2. 進入時間的即時性（timely）

考量事業進入市場除有投資硬體設備之外，還要在人員行銷訓練及廣告促銷活動等方面花費時間。如果潛在競爭者參進時間過長，即無法及時與已建立商譽的主導搭售事業競爭。如此，現有主導事業在相關產品市場即具有相當的市場力。

3. 促進市場恢復競爭的充分性（sufficiently）

除了考量事業進入市場之可能性及進入時間的及時性之外，尚須考量是否可使市場充分恢復競爭，以利發揮市場機能。倘非如此，亦可能仍存有進入障礙。此障礙可能來自政府法令的限制等，倘尚存有進入障礙，即表示現有主導事業仍具有相當的市場力。

以上有關市場力的衡量方法雖提供量化和質化的分析方法，但有些量化方法會涉及市場供需彈性如何計算問題。針對此一問題，Richard A.

Posner 教授在 *Economic Analysis of Law* 一書中曾提到，略以¹⁷，在美國許多反托拉斯的案例，會依賴一些較粗淺的產品市場或地理市場之概念加以替代。例如，在某一產品市場沒有相當接近的替代品（意即，對消費者而言，沒有相同服務或價位之替代品），而且賣方無法及實製造供應。如此即可推定此一產品市場供需彈性甚低。因此，倘某一事業在此一產品市場擁有相當的市場占有率，即可推定此一事業具有「市場力」。除非相關地理市場界定過於窄小，在產品價格上漲時，其他地理市場的事業可進入參與競爭，必須再重新界定相關市場，此一意見亦值得參考。

第二節 搭售行為之經濟分析

一、搭售行為之意涵

（一）搭售

所謂搭售（tie - in sales），依公平會之見解¹⁸：「係指二以上可以獨立購買之產品，出賣人要求買受人必須同時購買，否則不予銷售之情形。惟須注意者，本款所稱搭售，須係二個合併販賣之產品或服務為獨立可分之物，是如二以上產品，在一般交易習慣上係合併出售者，原則上並不符合搭售之定義。例如影印機與影印紙為可分之物，而一套西裝之上衣與褲子屬不可分之物，前者在交易習慣上可以單獨出售，而後者為整套出售，故前者可能構成搭售，後者則不構成。」

（二）搭售之構成要件

至於判斷是否構成搭售之要件，公平會之釋示¹⁹如下：

¹⁷ RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 390 - 391 (2011).

¹⁸ 公平交易委員會，認識公平交易法，頁 233，增訂第十四版（2012 年 8 月）。

¹⁹ 公研釋字第 045 號。參見公平交易委員會，前揭註 6，頁 865。

1. 至少存在二種可分的產品（或服務）

在分析任何搭售契約時，首先必須確立者為必須存在 2 種可分的產品（或服務），至於如何判斷是否可分，可考慮下述因素：

- (1) 同類產業之交易習慣；
- (2) 該 2 產品（或服務）分離是否能有效用價值；
- (3) 該 2 產品（或服務）合併包裝、販賣是否能節省成本；
- (4) 出賣人是否對該兩產品（或服務）分別指定價錢；
- (5) 出賣人是否曾分別販賣該 2 產品（或服務）；

2. 須存在明示或默示之約定，買受人無法自由選擇是否向出賣人同時購買搭售與被搭售產品。

（三）搭售之違法標準

另在判斷搭售是否違法之標準，依上述公平會之釋示，應考慮以下因素：

1. 出賣人必須在搭售產品擁有一定程度的市場力

搭售行為違法與否的考量因素中，出賣人在搭售產品市場擁有足夠之市場力是極為重要的考量因素之一。因若出賣人並未具足夠之市場力，其將很難成功地推動其搭售設計，即或是足夠，其對於市場競爭之不利影響亦不致過於嚴重。

2. 有無妨礙被搭售產品市場競爭之虞

搭售之實施有妨害被搭售產品市場公平競爭之虞時，例如被搭售產品的市場受到一定程度、數量或比例之排除時，即屬違法。

3. 是否具有正當理由

例如若為了確保出賣人之商譽及品質管制，若保護商品創作之智慧財產權，亦可視為具有商業上之正當理由予以容許。

(四) 違法搭售行為之法律效果：

事業之搭售行為，若經公平會判定違反公平法第 19 條第 6 款規定，其所生之法律效果包括行政效果、刑事效果及民事效果。依照公平法第 36 條，違反第 19 條規定，由中央主管機關，依照該法第 41 條規定，先採行政處分，如未停止違法行為，再為相同或類似行為，即依刑事處分，亦即依「先行政後司法原則」處理。至於違法行為所生之損害賠償之民事責任，依公平法第五章規定辦理。

(五) 學者對於搭售行為的相關看法：

觀察過去學者對搭售行為之看法，大部分見解與公平會相同，但亦有些不同的內涵見解可供參酌：

1. 呂芳慶、范建得、莊春發²⁰ (1996)：「所謂搭售，係指當事人一方同意在他方同時接受另一項產品的條件下，提供（出售或出租）某項產品之安排，此時買方所欲購買的產品謂之主產品（tying good），而買方被要求同時買下的產品謂之搭售產品（tied good）。」
2. 林國棟²¹ (1997)：『搭售係賣方要求一產品或服務之購買者，「須同時購買他種獨立可分之產品或服務項目，或至少同意不向其他供給者購買上述他種獨立可分之產品」以作為銷售者出售產品之先決條件，否則拒絕出售該產品。其中前述第一項產品或服務稱為搭售產品（tying good）；第二種產品稱為被搭售產品（tied good）。』

該文認為在實際判斷搭售行為時，可以考慮以下數點：

²⁰ 呂芳慶、范建得、莊春發，公平交易法適用「合理原則」之經濟分析—以垂直非價格限制行為為中心，頁 12-13（1996 年 3 月）。

²¹ 林國棟，廠商搭售行為的經濟分析，公平交易季刊，第五卷第四期，頁 80-82（1997 年 10 月）。

- (1) 同類產業間的交易慣例。
 - (2) 此二種產品（或服務）分開銷售是否仍有個別的效用價值。
 - (3) 此二產品（或服務）在合併包裝、販賣時是否能有效節省成本，並足以反應在產品的售價上而使消費者獲益。
 - (4) 搭售廠商是否對此二產品（或服務）分別指定其價錢。
 - (5) 搭售廠商是否曾個別販賣此二種產品。
3. 林益裕、富瑩、游素素、顏廷棟等²²（1998）：「搭售，又稱搭售契約（tie-in contract），係指於買賣（或租賃）契約之成立人，賣方要求欲購買某一商品（或勞務）之買方，須同時購買另一種商品作為完成交易之條件，此第一項商品即稱為搭售商品，第二項商品則稱為被搭售商品。就買方而言，搭售商品與被搭售商品間，恆無經濟效用之互補或補助之功能；縱或有之，亦無同時購買之義務。」
4. 楊宏暉²³（2004）：「搭售屬於垂直非價格交易限制的一種，相較於其他僅影響品牌內競爭之垂直非價格限制（如獨家交易、區域及顧客限制等），搭售通常涉及品牌間及水平閉鎖效果。

該文試由產品的連結作用出發，將搭售區分為「狹義搭售」及「廣義搭售」兩種。狹義搭售係指將兩種產品在交易上予以綑綁，買受人只有全有或全無兩種選擇，連結力最強，另廣義搭售係指出賣人促使買受人同時購買兩種產品的結果來觀察，其樣態較為多樣，例如經濟上的搭售，出賣人以低於個別產品單價的總

²² 林益裕、富瑩、游素素、顏廷棟等，我國公平交易法垂直限制行為為執法實務之檢討一兼論歐盟、德、法、美、日垂直限制規範之檢討，行政院公平交易委員會八十七年度研究發展報告，頁 11-12（1998 年 6 月）。

²³ 楊宏暉，搭售行為之法律分析，公平交易季刊，第十二卷第一期，頁 100-102（2004 年 1 月）。

和來搭配銷售，雖然買受人也可以分別購買主產品，但由於併搭利益的誘惑力，促使他買下該搭售組合。由於狹、廣義搭售均可能對市場競爭產生不利影響，但就法律的規範面來看，競爭法大致上以探討狹義搭售作為主軸；而廣義搭售，則大多涉及不正競爭法的議題，而與市場力之運用無關。

至於搭售的構成，必須是兩種可分的不同產品，若屬同一產品或具完全替代性（complete substitutes），則只有一種產品，並無搭售而言，其合併販賣可能屬於數量折扣問題。

另搭售產品或主產品（tying good），以及被搭售產品（tied good）之認定是從交易相對人的角度來看，即交易相對人想取得的是搭售產品，而不想要或想從其他出賣人取得被搭售產品，而搭售產品與被搭售產品並不需要同屬一出賣人，縱分屬不同出賣人，其所造成的效果並無不同。」

5. 陳志民、陳和全、陳昭文、劉好珊等²⁴（2011）：搭售行為可分為單方搭售（unilateral tying）與協同搭售（concerted tying）二個類型。前者理論上應在「合理原則」下進行檢視，綜合評估行為之效果，特別是搭售是否具有讓事業得以進行封鎖，排除競爭的效果，而得以將市場力延伸至他市場，以及搭售所具有之降低交易成本及確保產品品質等正當商業上考量等。至於協同搭售，性質上則較屬於雙方聯合行為，法律上也較傾向以較嚴格之「當然違法」原則來檢驗其促進勾結的效果如何。

另所謂「捆綁折扣」（bundling discounts）係指若買者同時購買兩種（或多種產品時，賣者就給予折扣，因此，包裹的價格小

²⁴ 陳志民、陳和全、陳昭文、劉好珊等，單方行為之研究，行政院公平交易會 100 年委託研究報告 3，頁 16-22（2011 年 12 月）。

於各成分產品拆開分買時的價格總和。捆绑與搭售的差別是，前者包裹內各類型產品之比例固定，而後者之數量可以由買者自由選擇。

(六) 小結

1. 搭售為市場上事業在安排其產品（或服務）之行銷方式常見之策略，由於其行為內涵相當多樣，搭售之意涵，除了出賣人必須明示或默示約定買受人必須同時購買二以上可以獨立購買之產品（或服務），否則出賣人不予銷售，亦即學者所謂之「狹義搭售」或「單方搭售」之外，尚有出賣人與買受人經由雙方合意，或二以上銷售搭售產品之競爭事業，或二以上同時銷售搭售產品與被搭售事業共同合意來落實買受人之搭售行為等，亦即所謂「協同搭售」，但其性質上較屬雙方之聯合行為，另買受人也可分別向出賣人購買搭售產品及被搭售產品。但由於同時購買的總價較個別購買較低，此一經濟上的搭售，或所謂「廣義搭售」，雖對市場競爭亦會產生影響，但大多涉及「利誘」之不公平競爭議題，此等非屬本研究「非價格垂直限制適用『合理原則』之違法考量因素」範疇。
2. 至於判斷是否構成搭售要件之要件，如何界定是否可區分為二種不同之產品時，可依公平會之見解，考量交易習慣，兩產品分開使用是否仍具有效用，是否節省成本以及過去有無曾分別指定價格或販賣之情形等加以判斷。
3. 另搭售行為必須出賣人在搭售產品（服務）上擁有相當的市場力及妨礙被搭售產品（或服務）公平競爭之虞才構成違法，至於二產品（或服務）具有完全替代或藉合併包裝以節省成本，並反映在產品售價之降低使消費者受益，則可認定具有正當理由，並不違法。
4. 另有所謂「捆绑折扣」，買者若同時購買兩種（或多種）產品時，

賣者就給予折扣之行為態樣，由於其同時購買兩種（或多種）產品之比例固定，其與「搭售」購買數量可以由買者自由決定尚有差別，故未併同分析。

二、搭售行為之促進競爭及限制競爭效果

搭售行為在競爭法主要被非難之處在於事業將其搭售產品市場的市場力延伸（Leverage）到被搭售產品市場，此種行為會破壞被搭售產品市場機能，造成市場被預先封鎖排除（foreclosure）效果，進而在被搭售產品市場獲利，並增加搭售事業的總利潤，因而對社會福利造成不利之影響；但搭售行為亦可能提升效率，降低交易成本與搜尋成本等有利結果，因此在分析搭售行為時，必須針對事業採行搭售後對市場競爭者、交易相對人及消費者產生之促進競爭（正面）及限制競爭（反面）之效果詳加分析，作為判斷該行為是否違法之依據，以下謹參酌過去學者之相關看法²⁵，分別針對搭售行為所產生的主要正、反面限制競爭效果作一說明。

（一）搭售之促進競爭效果

1. 提高生產與配置效率

事業採行搭售後，經由搭售產品與被搭售產品一起出售之結果，將有助於降低交易成本與搜尋成本，提高生產與配置效率。同時消費者也可能因事業成本的降低而享受到價格下跌的好處，此就消費福利的觀點而言，有其正面的意義。

2. 有利於產品品質的控制

事業採行搭售的策略或是為確保搭售產品與被搭售產品的品質與信譽，尤其是耐久財機器製造商，經常將保養契約或零組件

²⁵ 學者相關看法，其來源參見呂芳慶、范見得等，前揭註 20；林國棟，前揭註 21；林益裕、富瑩、游素素、顏廷棟等，前揭註 22；楊宏暉，前揭註 23；陳志民、陳和全、陳昭文、劉好珊等，前揭註 24。

與搭售產品一起銷售，以確保產品的信譽與機件之正常運作。另在加盟連鎖契約的安排上，授權事業也經常要求其加盟店必須向其指定之供應商購買所需的原料或設備，避免產生非加盟主所指定供應商之搭便車行為（free riding），藉以確保加盟產品之品質，以免損害到整個加盟體系的企業形象，此亦有利於消費者。

3. 有助於新產品進入市場

當事業有一搭售產品在市場上普受歡迎，且有相當知名度時，如其有一新的產品欲進入被搭售產品市場，經常會採行搭售策略，此藉由搭售產品的銷售市場打開新產品進入市場，將有效降低新產品進入市場之風險，亦可增加被搭售產品市場競爭家數，增加消費者選擇的機會，有利於市場之競爭。且此一搭售通常只是進入新市場的初期策略，將不會對被搭售產品市場造成重大的傷害。

4. 有助於差別取價的採行

主張差別取價是搭售之促進競爭效果者，認為事業為提高其利潤，最有效的方法就是對不同消費群採取差別取價（對保留價格高的消費群訂定較高的價格；對保留價格低者訂定比較低的價格）。為了測知消費者的保留價格，事業可利用被搭售產品的購買量，來衡量搭售產品的使用數量，進而依使用數量的多寡判斷消費者保留價格的高低，作為採取差別取價的依據。此一看法若從配置效率出發，主要著眼於差別取價行為有助於增加產出，使原本在獨占價格下，不願購買產品的消費者，有機會以較低價格得到產品，從而減少獨占的「無謂損失（deadweight loss）」，但若從消費者福利為主的觀點，所謂無謂損失的減少，將使部分消費者的剩餘（consumer surplus）移轉到生產者剩餘（producer surplus）手中。因此，是否可歸屬於正面的促進競爭效果上值得商榷。

（二）搭售之限制競爭效果

1. 延伸市場力至被搭售產品市場

搭售最為人所詬病之處在於事業利用其在搭售產品的市場力擴充延伸至被搭售產品市場，以致預先排除或扭曲競爭者在被搭售產品市場的自由與公平競爭而獲利，此為學理上所稱的「槓桿－排除（leverage-foreclosure）效果。因此，評估事業搭售之市場力延伸效果，可以觀察其是否因採行搭售而擴充其市場占有率，進而提高利潤率。如搭售的採行並沒有增加其市場占有率及利潤率，則表示，並不具有延伸市場力的效果。

2. 增加競爭對手成本，提高市場進入障礙

搭售因跨及搭售產品與被搭售產品兩個市場之公平競爭問題，使得競爭對手必須考量同時是否進入兩個市場所需增加資金的壓力與市場風險，此一增加對手成本與風險的策略，將提高市場進入障礙。再者，如被搭售產品市場具有規模經濟（economics of scale）利益時，亦會使潛在競爭者卻步，擔心沒有足夠的需求量來降低銷售成本，因而放棄加入市場參與競爭。

3. 促進勾結，作為監督卡特爾成員的工具

搭售之採行，將使被搭售產品市場競爭家數減少，市場趨於集中化，有利於促進事業間勾結（collusion）形成卡特爾。且當市場形成卡特爾時，搭售又可用來監督其成員是否有私自降價的工具，如有成員欺騙，將很容易地可由消費者獲得信息而受到卡特爾組織的報復與制裁，如此相互為用，將使卡特爾的共謀協議更為穩固。

4. 利用訊息的不完全，影響消費者利益

搭售的另一受人詬病之處，在於利用買受人訊息不完全情況下，購買了自己不想購買或想向其他出賣人購買被搭售產品之自

由。此一限制買受人締約自由之作法將影響消費者利益。再者，搭售的採行，亦會增加買受人在交易過程中對兩種產品真實價格比較之困難而被誤認為其所購買的產品價格較為低廉，而事實上買受人可能做了錯誤的決定，事業可能係利用差別取價掠奪消費者剩餘，獲得較高的收益。

三、搭售行為的違法考量因素

由上述搭售行為之意涵及其促進競爭與限制競爭效果分析，可以了解我國公平法第 19 條第 6 款之搭售行為適用「合理原則」處理並無疑義。只是依目前審理搭售個案構成要件違法與否大都依第 19 條前段「有（無）限制競爭或妨礙公平競爭之虞」以及公平交易施行細則第 27 條第 2 項「前項限制是否不正常，應綜合當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品特性及履行情況對市場競爭之影響等加以判斷」。此等概括性原則的審酌，雖賦予主管機關較大的行政裁量權，使得依具體個案就各項裁量因素而為妥適之判斷，但所謂當事人之「意圖」、「目的」應屬於主觀因素，其餘 4 項雖屬客觀因素，惟除「市場地位」屬「量」的判斷因素外，其餘 3 項均屬「質」的判斷因素。因此，一般事業難以察知其行為是否違法²⁶。故如能配合完整的經濟分析，將使等件的審理更見周延，亦有利於事業在採行搭售之行銷策略時知所遵行。以下謹就搭售行為適用「合理原則」之違法要件考量因素，分別分析說明如下：

（一）搭售事業在搭售產品市場是否具有相當的市場力

搭售事業採行搭售策略是否能夠成功的重要因素之一，就是搭售事業在搭售產品市場是否具有相當的市場力。如有，才能將市場力延伸到被搭

²⁶ 陳婉珍，歐盟競爭法上獨家交易之規範—兼論我國公平交易法，頁 156-160，國立中興大學法律學系碩士論文（1997 年 7 月）。

售產品市場，此種帶有強制性的銷售行為，主要在於限制買受人購買其所不願購買的被搭售產品。當然「市場力」的衡量必須先界定一個「特定市場（Relevant market，或稱相關市場）」，特定市場的界定，至少應包括「相關產品市場」「相關地理市場」及時間因素，而衡量「相關產品市場」的方法，有量化技術法、質化事證法及自然實驗（或重大事件）分析法，其中量化技術法又包括「DOJ 界定法（或稱為 SSNIP 法）」、「供需價格交叉彈性法」、「價格相關係法」、「臨界損失分析法」、「國際商品統一分類法」；「相關地理市場」的測定方法尚有「elzinga-hogarty 法（又稱為交易流量界定法）」、「交易成本法」及「運輸成本法」等，這些方法在本章第一節已有介紹。只是這些方法的選用，因涉及相關資料取得之限制及交叉彈性、相關係數等之計算困難，因此在實際個案的審理上或可參酌美國法院的作法，以相關的指標作為判斷的基礎，例如，衡量「供需的價格交叉彈性」時可以顧客的認知，產品特性及用途或價格差異等加以替代。當「特定市場（相關市場）界定後，即可進行「市場力」的衡量，包括「量的分析方法」與「質的分析方法」。量的分析方法包括「市場集中度測定（包括市場占有率，集中比及 H 指數等）」、「價格成本差分析（包括 Lerner 指標，L-P 公式）」；質的分析方法包括「潛在競爭事業進入的可能性（likely）」、「進入時間的及時性（timely）」及「促進市場恢復競爭的充分性（sufficiently）」，這些衡量方法在本章第一節已有介紹，可參考。另 Richard A. Posner 教授亦提出一種依產品市場或地理市場概念之粗淺觀察法亦值得參考。

至於事業要有多大的市場力，才構成違法，以「市場占有率」的大小作為判斷標準而言，目前我國公平會以「市場占有率」10%以上作為有相當市場力而論為違法，此門檻已行之多年，是否改變亦值得探討。

（二）搭售事業排除被搭售產品市場事業參與競爭之能力

搭售事業除了在搭售產品市場具有相當的市場力之外，由於搭售係藉

「槓桿－排除」作用，將搭售產品之市場力延伸至被搭售產品市場，影響被搭售產品市場公平競爭；惟倘被排除的事業本來效率就較差，尚無可非難，但若被排除事業在被搭售產品市場具有同等效率，則具有非離性。以下僅就經濟分析的角度，提出「同等效率事業法」(Equally Efficient Enterprises Test, EEF) 做為衡量被搭售產品市場同等效率事業是否被排除參與競爭之準據，所謂「同等效率事業法」，係依搭售事業所生產產品之成本與銷售價格資料，檢驗該主導搭售事業於被搭售產品市場之銷售價格是否高於其生產該產品之「長期增支成本」²⁷ (Long Run Incremental Cost, LRIC)，只要該價格仍高於「長期增支成本」，應不至於產生排除同等效率事業參與競爭之效果；反之，如低於其「長期增加成本」，將有排除被搭售產品市場具有同等效率事業參與競爭之可能性，則具有非難性。

(三) 搭售行為是否會增進社會福利效果

1. 搭售行為既然對市場競爭者，交易相對人及消費者會產生促進競爭（正面）及限制競爭（反面）之效果，就經濟分析方法來論斷此一適用「合理原則」時，除了必須依前述考量「搭售事業在搭售產品市場是否具有相當的市場力」及「搭售事業是否有排除被搭售產品市場同等效率事業參與競爭之能力」之外，必須再考量該搭售行為是否有增進社會福利效果 (social welfare effects)。由於搭售行為會產生正，反面之競爭效果，倘正面的促進競爭效果大於負面的限制

²⁷ 「增支成本」係事業為增加某項特定產品、服務或產量，而直接或間接的可歸屬成本。「長期」則是指事業因應需求量變化而進行調整生產規模所需的期間。「長期增支成本」相當於不提供該項產品（或服務）的「可避免之成本」(Avoidable cost, AC)，在大多數情況下，「可避免之成本」與「變動成本」(variable cost) 將是相同的。參見公平交易委員會，前揭註 6，頁 478。

競爭效果，則將產生「正值」的社會福利效果。反之，則將產生「負值」的社會福利效果。但如何估算正，反面的社會福利效果本來就是一件困難的工作，而且利用經濟模型做實證，在不同假設前提下會得到不同的結論。本文援引呂芳慶、范建得、莊春發等學者²⁸，指出過去文獻的相關論證如下：芝加哥學派的學者認為，美國法院認為廠商的搭售行為，會有延伸獨占力之可能，因而可在被搭售市場獲利，因此倘能證明廠商採行搭售後廠商不能增加利潤時，即無產生延伸獨占力之問題。芝加哥學派是在以下三項假設：一為搭售與被搭售產品為互補關係；二為被搭售產品市場為完全競爭結構；三為搭售與被搭售產品為固定比例）前提下，獲得獨占廠商搭售目的不在於獨占力延伸，因為獨占力延伸在上述三項前提下，獨占廠商不會增加其利潤；隨後研究的學者就針對芝加哥學派學者的三項假設加以改變，如改變第三項假設（將搭售與被搭售產品改為變動比例），則會產生獨占廠商採行搭售行為仍有增加利潤的可能；最近的研究文獻，有所謂 CMS 模型（Carbajo, de Meza and Seidmann, 1990），將第二項假設被搭售產品市場改為不完全競爭之偶占（duopoly）及獨占者產品與其他廠商被搭售產品為不同產品情況下，利用賽局分析方法，獲得廠商借助搭售後，將使成批產品與被搭售產品差異化，而有提高被搭售產品價格的可能。另 Whinston（1990），假設被搭售產品市場有生產的規模經濟，搭售亦有提高市場占有率，抬高對手成本，將對手排除於市場競爭之外；Seidmann（1991），則利用兩家廠商同時生產搭售產品之模型設計，以及有一家廠商宣告成批出售，如此，雙方透過暗中勾結，可以帶動雙方增加利潤，又使獨占力的延伸，又獲得重生。

²⁸ 呂芳慶、范建得等，前揭註 20，頁 138-160。

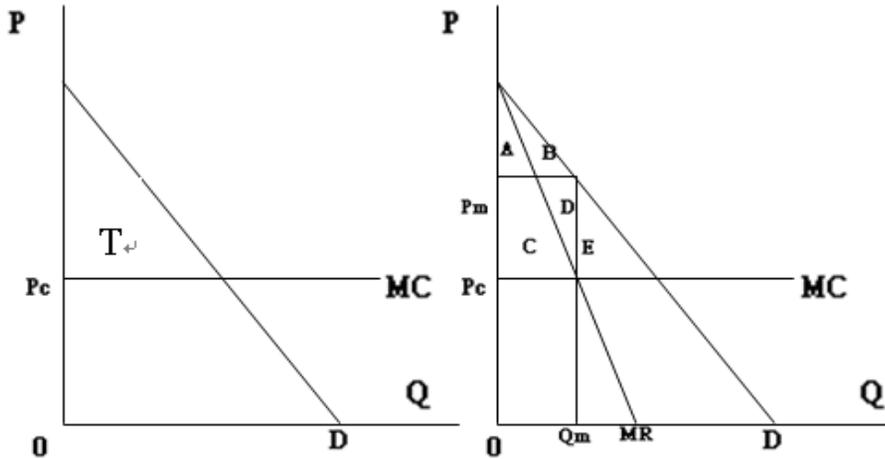
本文援引這些學者的看法，主要在於陳述，搭售行為是否會造成獨占例延伸主要與經濟模型之假設條件密切相關，在不同之假設條件下，將導出不同的結果，但總括而言，如果搭售行為的採行，不管是生產與配售效率的提高、產品品質的確保、有利於促進新產品進入市場或採取差別取價等結果，最後導致效率的提高，促使整條邊際成本線下移，依下列圖 1²⁹分析，邊際成本（marginal cost，MC）線將由 MC 下移至 MC'，再依邊際成本（MC'）等於邊際收益（Marginal Revenues，MR）法決定市場交易量為 OQ_T （較 OQ_m 增加）及市場價格為 OP_T （較 OP_m 下降）。準此，就社會福利效果而言，若與獨占性競爭做比較，獨占性競爭廠商擁有一定之決定價格能力，故假設其所面對的就是一條負斜率的需求曲線，將增加消費者剩餘（consumer surplus， $CS=A'+B'>A+B$ ）及生產者剩餘（producer surplus， $PS=C'+D'+M'+N'>C+D$ ），同時也會降低社會福利無謂損失（social deadweight loss， $DW=E'<E$ ）之效果。

2. 或謂搭售行為若與完全競爭市場比較，將使部分消費者剩餘移轉到生產者剩餘而認為有財富不當移轉情形，但此涉及市場結構之不同，若以「合理原則」來考量，完全競爭市場之個別事業並無市場力，採行搭售策略很難論斷為違法，因此，只有獨占性競爭之事業，方有可能因具有相當市場力才可能論斷為違法。準此，有關搭售行為若能導致市場交易量增加及產品價格下跌，因而消費者剩餘增加及社會福利無謂損失減少之情形，亦可納入公平交易法施行細則第 27 條第 2 項在綜合判斷搭售行為是否「不正當」之重要考量因素之一。

²⁹ 圖 1，係參酌 Richard A. Posner，前揭註 17，頁 358-359。

圖 1 茲就被搭售產品市場在完全競爭、獨占性競爭及搭售行為下所導

致之社會福利效果比較分析：



完全競爭

$$CS = T(A+B+C+D+E)$$

$$PS = 0$$

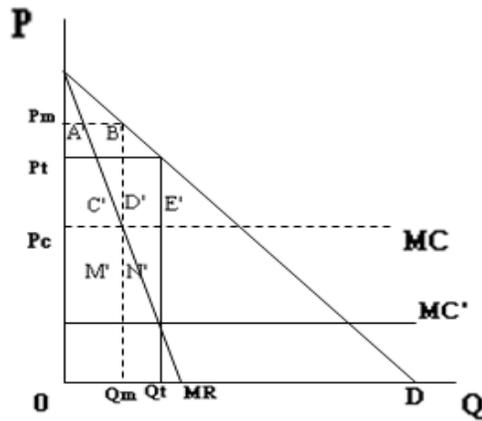
$$DW = 0$$

獨占性競爭

$$CS = A+B$$

$$PS = C+D$$

$$DW = E$$



搭售行為

$$CS = A' + B' (>A + B)$$

$$PS = C' + D' + M' + N' (>C + D)$$

$$DW = E' (<E)$$

(四) 小結

1. 就經濟分析方法的運用，以「合理原則」為中心來衡量搭售行為的違法考量因素，必須很完整地從特定市場（相關市場）的界定、搭售事業市場力之衡量、被搭售產品市場之同等效率事業是否被排除參與競爭以及搭售行為是否有增進社會福利效果著手。本文雖然提供許多分析方法與過去的文獻探討，但這些分析方法之採行必須視具體個案之相關資料是否容易蒐集而定。另特別提出的是利用經濟模型來分析個案，由於在不同的假設條件下，將導出不同的結果，因此，在實際運用時，應注意是否與市場實際情形相符。並可參酌競爭者、消費者或專家學者所提供的證言較為周延。
2. 再者，經濟分析工具的提出，包括量化分析、質化分析或自然實驗（重大事件）分析法，在於提供一個比較客觀的方法或數據做為判斷違法與否的依據，但法律的保護法益經常是多元性的。因此，對於涉及不確定之法律概念時，如搭售限制是否「不正當」時應考量「意圖」、「目的」等仍無法以計量的方法來衡量，因此必須回到法條本身之構成要件來論斷。
3. 利用經濟分析計算出來的數據，到底要採什麼門檻做為論斷違法之標準（亦即所謂安全港問題，safe harbor），或者是否需要訂定一個處理原則（guideline），以利執法與業者參考，仍是值得主管機關深思的問題。例如：有關公平法第 19 條第 6 款，市場力多寡才算違法之要件，過去公平會大多數的案例以市場占有率 10% 為門檻，但亦有少數案例適用依賴性理論，採低於 10% 之案例³⁰。但相

³⁰ 參見「葳騰國際股份公司搭售案」之市場占有率僅 5.3% 即構成違法，公平交易委員會會字第 079 號處分書。

對於美國及歐盟而言，市場占有率必須超過 30%³¹。才被認定為具有相當的市場力，亦值得參考。

第三節 排他交易行為之經濟分析

一、排他交易行為之意涵

(一) 排他交易

所謂「排他交易」(exclusive dealing)係指上游出賣人透過契約的安排將產品賣給其下游之經銷商或零售商，但其交易條件為約定其買受人不得經銷與其競爭對手的相同產品；反之，當下游事業的市場力較大時，亦有可能反過來透過排他交易之安排，由下游之買受人要求上游事業只能將其產品或生產要素賣給自己，此可能發生在市場力不大的中小型製造商對經銷商或行銷通路之依賴，冀望得到行銷能力強的經銷商合作拓展業務。

另依公平會之見解³²，「獨家交易或稱為排他性交易，有兩種型態；一為獨買，另一為獨賣。前者指上下游間（即交易相對人間），由賣方要求買方只對其購買所需的商品，而不得與其他供給人有類似之交易；後者則是相反，亦即是買方要求賣方只能對其賣出其所生產的貨品，而不得與其他的需求者進行類似的交易。」

(二) 排他交易之構成要件

有關排他交易（或稱獨家交易）之構成要件如何，公平會並未正式加以釋示；至於排他交易（或獨家交易）行為是否違反公平法，依該會之函釋³³，主要係依據公平交易法施行細則第 27 條第 2 項規定「前項限制

³¹ 陳志民、陳和全、陳昭文、劉妤珊等，前揭註 24，頁 86。

³² 公平交易委員會，前揭註 18，頁 235-236。

³³ 參見公研釋 105 號「獨家交易安排、區域或顧客之限制行為是否違反公平交易法」，前揭註 6，頁 863-864。

（含獨家交易等）是否不正當，應綜合當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品特性及履行情況對市場競爭之影響等加以判斷。」此一綜合性的判斷因素，即屬於「合理原則」（Rule of Reasons）無疑。

（三）違法排他交易行為之法律效果

事業之排他交易行為，若經公平會判定違反公平法第 19 條第 6 款規定，其所生之法律效與前述第二節搭售行為相同，請參照。

（四）學者對排他交易行為之相關看法

1. 呂芳慶，范建得，莊春發³⁴：「所謂獨家交易，以中文解釋，並不易正確表達受規範範圍的真義；按相關的英文名詞，至少有下列幾種行為與獨家交易有關，如 Sale distributor（獨家分銷或經銷）；Exclusive purchase（獨買）；Exclusive agent（獨家代理）；Bilateral exclusive distribution arrangement（雙邊排他性經銷安排）；Selective exclusive distributorship（選擇性排他性經銷）；Requirement contract（供應契約；獨買或獨賣契約）。我國公平會內部很早就把“exclusive dealing arrangement”稱為「獨家交易安排」，並將之定義為「供應商限制經銷商僅能向其購買，而不能銷售競爭者品牌商品的交易限制。由這個定義可知，我國法，所稱的獨家交易同時包括獨家經銷、獨買、獨賣、供應契約以及排他性交易的概念在內。」
2. 范建得，陳丁章³⁵：「所謂獨家經銷（sale distributor），Exclusive agent（獨家代理），Exclusive purchase（獨買），Bilateral exclusive distribution arrangement（雙邊排他性經銷安排）及 Selective exclusive

³⁴ 呂芳慶、范建得等，前揭註 20，頁 13。

³⁵ 范建得、陳丁章，限制競爭或妨礙公平競爭之行為，收錄於公平交易法之註釋研究系列（二），頁 168-169，公平交易委員會（2004 年 11 月）。

distributorship（選擇性排他性經銷）等均屬於排他交易之一。即是指參與交易行為之一方（或雙方），就所為之交易，因他方之要求（或任何之事實上因素）而承諾（或屈服）排除與他方競爭者交易之可能性。」

3. 梁基祥³⁶：「一般所稱的獨家交易安排，係指買者（或賣者）對一特定的賣者（或買者）承諾只向其購買（或出售）一種或多種產品之契約。另外，還有一種類型的獨家交易安排可以說是上述兩種契約的組合。」
4. 林益裕、富瑩、游素素、顏廷棟等³⁷：「專賣店制，本質上屬於學理上所謂附排他性條件之交易（**exclusive dealing**，又稱獨家交易），係指於契約條件上，禁止買方與賣方之競爭者交易而言。由賣方之立場而言，屬於一種獨家購買；換言之，即廠商限制其經銷商僅得專賣該廠商之品牌商品，易言之，即不得販賣其他競爭品牌商品，故又稱排他特約店契約。」
5. 陳志民、陳和全、陳昭文、劉好珊等³⁸：「實務上，忠誠折扣（**royal discounts**）與獨家交易（**exclusive dealing**）在契約內容上或有不同，獨家交易契約通常是以接受獨家購買義務做為契約成立之前提，買方只有選擇接受或不接受的可能。相對的，在忠誠折扣下，買方形式上似有較多的選擇。但從實質的競爭效果而言，二者似乎無大不同。例如，在反拖拉斯法下，二者均是以受該約定影響而被排除於競爭外之競爭廠商是占率多寡為主要的判斷依據。」

³⁶ 梁基祥，獨家交易安排之經濟分析，公平交易季刊，第五卷第三期，頁 87-88（1997年7月）。

³⁷ 林益裕、富瑩、游素素、顏廷棟等，前揭註 22，頁 9。

³⁸ 陳志民、陳和全、陳昭文、劉好珊等，前揭註 24，頁 19-20。

6. 陳宜亨、楊淑貞³⁹：「獨家交易契約是垂直限制的方式之一，在上下游的代理與關係中，用以限制零售商僅能銷售單一製造商的產品。獨家交易契約被認為可以減少代理的機會成本，而使代理商銷售努力回饋社會最適量，故有利於社會福利。」
7. ICN 之見解⁴⁰：「所謂法理上之排他交易（De jure exclusive dealing）無論係用何種名詞，包括 exclusive purchasing、single branding、requirement contract、no-complete obligation 等，其結果均在防止其競爭者的購買，而達事實上的排他交易（De facto exclusive dealing）。」

（五）小結

1. 排他交易為市場上之事業為安排其產品（或）服務常見之方式之一。排他交易的內涵相當多樣，除了一般所稱之獨家交易之外，尚有其他名詞。例如獨家經銷、獨家代理、獨買、獨賣、雙邊排他性經銷、選擇性排他經銷、專賣店制及忠誠折扣等。因此，在認定公平法第 19 條第 6 款「獨家交易」之適用時，宜以事實上導致買受人不敢購買競爭者產品之排他交易為考量，而不受其形式上簽約名稱之限制，方有助於公平法之執行。再者，由於本研究計畫依據招標單位之需求，將「排他交易」列為非價格垂直限制行為之四大類型之一，惟公平法施行細則第 27 條第 2 項所例示的類型為「獨家交易」，且一般對於「排他交易」又常稱「獨家交易」並無嚴格區分。準此，雖兩者內涵範圍不一定完全相同，但基於分析及援引過去相關文獻方便起見，在文內所謂之「排他交易」，有時與「獨家交易」混合使用，併予敘明。

³⁹ 參見陳宜亨、楊淑貞，獨家交易的社會成本和市場封閉效果，公平交易季刊，第十一卷第三期，頁 1-16（2003 年 7 月）。

⁴⁰ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, UNILATERAL CONDUCT WORKBOOK, CHAPTER 5: EXCLUSIVE DEALING, PREPARED BY UNILATERAL CONDUCT WORKING GROUP, 33,(2013).

2. 有關「排他交易（或獨家交易）」之構成要件，公平會並未正式加以釋示。因此在個案實質審查時可參酌「排他交易」之意涵，倘垂直上、下游交易之一方，就所為之交易，有因他方的要求，導致實質上有排除他方競爭者參與交易之可能性，即已構成排他交易。
3. 我國公平法對於排他交易（或獨家交易）適用「合理原則」加以規範並無爭議，只是過去公平會在處理相關個案時，所依據的公平交易法施行細則第 27 條第 2 項在論斷該限制（含獨家交易等）是否「不正當」，除了考量主導「事業」是否具有相當市場力屬於「量化」判斷因素之外，其餘「意圖」、「目的」、應屬主觀認定；所屬市場結構、商品特性及履行情況對市場競爭之影響」大都屬於「質」的判斷因素。因此，倘能就事業的排他交易行為進行經濟分析，探討排他交易可能產生促進競爭效果（正面：pro-competitive effect）與限制競爭效果（反面：anti-competitive effect），並考量排他交易（或獨家交易）對社會福利所產生的效果，將使「合理原則」之認定更為周延。

二、排他交易之促進競爭及限制競爭效果

排他交易之安排係以限制交易相對人之事業自由活動為代價，這種附有條件的交易，其動機非常複雜，其對市場競爭之影響，就經濟分析的觀點而言，具有正、反面的競爭效果。正面的促進競爭效果主要來自上下游雙方對生產及交易成本的節省，將有助於效率的提升；而其反面的限制競爭效果大都來自行銷通路的阻絕，提高參進障礙，增加競爭對手成本，不利於市場競爭，造成社會福利的損失。因此，在評估排他交易時，必須針對事業採行排他交易前，後對市場競爭者，交易相對人及消費者所產生的正、反面競爭效果評加分析，做為判斷該行為是否違法之依據。以下僅參酌過去學者的相關看法⁴¹，分別就排他交易所產生的主要正，反面競爭效

⁴¹ 相關學者與註 34、35、36、37、38、39、40 相同。

果作一說明：

(一) 排他交易之促進競爭效果

1. 降低生產及交易成本，提升效率

排他交易安排可使上游製造商（或供應商）在取得產品穩定銷售通路及確保銷售數量後，將使生產和經銷計畫的運作更有效率，有助於降低生產成本。同時經銷商在接受排他交易安排後，除可獲得穩定的貨源保證，降低存貨及倉儲等管理成本之外，尚可接受製造商（或供應商）所提供多方的協助，包括財務支援（如貸款，貸款保證等），銷售與管理人員訓練，行銷支援（如共同行銷，專業促銷活動，廣告支援等）及市場相關資訊提供等多方的好處。此一上、下游經銷體系在銷售及服務上所共同發揮的互補功能（**complementary function**），將有助於提升經銷效率與消費者利益。

2. 有助於產品品質與服務的維護

排他交易的安排可以提供一個維持品質的有效方法，其主要理由在於經銷人數減少，上游製造商（或供應商）較容易監督經銷商的所作所為。再者，專門銷售獨家產品的經銷商較有意願專注於促銷其產品，並會作公開展示說明，且若市場發生供需波動而有缺貨時，上游製造商（或供應商）會盡速補充貨源，使消費者不至於受到缺貨之苦。

3. 降低製造商（或供應商）之間的搭便車行為

製造商（或供應商）為了使經銷商順利銷售其產品，經常會提供許多協助性的投資，而這些投資將增加製造商（或供應商）的成本，而必須反映在價格的上漲，倘經銷商非屬排他交易之安排，而是銷售多種競爭品牌，而該等投資又不具排他性，則競爭品牌廠商自得以較低的價格搶奪顧客，因此產生「搭便車行為（**free riding**）」。準此，

倘有排他交易之安排，將可避免搭便車行為之發生。尤其是製造商（或供應商）對經銷商投資的設備或訓練，係為利於提供特殊消費者時，以透過排他交易之安排，可同時解決供應商對消費者專屬性投資（consumer specific investment）的搶劫成本（hold-up）問題的發生。

4. 促進品牌間的競爭，有利於市場競爭

排他交易的安排，可獲得經銷體系對製造商（或供應商）單一品牌的忠誠（securing full dealer commitment），並促使製造商（或供應商）在產品行銷上的協助。況且事業訂定排他交易契約中，除有獨家交易條款之外，經常有包括區域或顧客限制之條款。如此，對內雖會避免品牌內競爭（Intrabrand competition），但對外則會增強品牌間（Interbrand competition）之功能。

（二）排他交易之限制競爭效果

1. 阻絕經銷商通路，預先排除競爭對手

排他交易安排之反面限制競爭效果，主要在於當製造商（或供應商）與經銷商訂定排他交易契約後，將使現有或潛在競爭者之經銷通路受到阻絕。尤以具有相當市場力的事業進行排他交易後，甚至連與其具有同等效率的競爭者亦無法進入市場，形成所謂「絕對的預先排除」（absolute foreclosure），最後亦可能形成獨占現象，此對於消費者利益與社會福利均有損失。

2. 提高競爭對手成本，不利於市場競爭

當事業進行排他交易安排時，如其不具有相當市場力，其對於市場競爭影響較小，或許尚可忽略，因不構成違法；惟當具有相當市場力之事業在市場上採行排他交易安排時，其對於市場競爭之影響，將使現有或潛在競爭者如要參與市場競爭，可能要被迫同時進入上游（製造或供應）及下游（經銷或零售）兩個市場。如此，必須增加投

資，提高參與競爭的困難性；倘若不採取同時進入兩個市場的途徑，只有在市場上另外尋找是否還有其他經銷商可以合作，但事實的情形，經常是占有區位較好或效率較高的經銷商已被主導排他交易的事業選走，剩下的經銷商可能較無效率因而使成本提高，造成競爭瓶頸（bottleneck）現象，或因經銷數量無法達到最適規模，因而增加成本，而無法有效地參與競爭，此即所謂「數量的預先排除（quantitative foreclosure）現象。

3. 排他性交易安排，有利於卡特爾之維持

事業與有競爭關係之他事業合意採行卡特爾（聯合行為）之「客體」經常是價格之聯合，而價格之聯合倘無其他配套措施，參與聯合行為之個別事業，或基於市場供需因素或基於利潤的追求，經常會偷偷地降價促銷，如此卡特爾很容易瓦解。惟倘採行卡特爾的事業能同時有排他交易安排時，因其經銷人數較少容易監督，減少監督成本，將有利於卡特爾的維持。

4. 限制經銷商營業自由與消費者的多元選擇

經銷商一經簽定排他交易契約，即無法自主決定是否交易，或與誰交易的選擇，此就事業營業自由的觀點而言，顯然受到極大的限制。且如市場上僅有排他交易安排時，將使經銷通路的販賣地點侷限銷售一種品牌，導致消費者無法同時比較各品牌之優劣。如此勢必影響消費者必須花更多時間之蒐尋成本，顯見排他交易之安排，將不利於消費者多樣選擇的自由。

三、排他交易行為的違法考量因素

由上述「排他交易」之意涵及促進競爭與限制效果分析可知，「排他交易」與「搭售」一樣，均為適用「合理原則」處理並無爭議。只是目前處理此一行為態樣為法與否之構成要件，係依公平法第 19 條前段「有

（無）限制競爭或妨礙公平競爭之虞」以及公平交易法施行細則第 27 條第 2 項處理。此等抽象概念性條文的審酌，如能配合完整的經濟分析，將使案件的審理更見周延，由於「排他交易」與「搭售」行為違法考量因素有諸多相似之處。因此，倘在本章第二節「搭售」時已提出之分析方法，本節即不再詳述。謹將排他交易的違法考量因素分別分析說明如下：

（一）排他交易事業是否具有相當市場力

1. 事業基於行銷策略考量採行排他交易行為，若該事業之市場占有率不大，並不會影響市場整體之交易量，因而被預先排除交易比率不高，此種微小的封鎖效果並不會阻礙既有及潛在競爭者參與競爭；反之，若該事業具有相當的市場力，將影響市場大部分交易量，造成市場限制競爭。因此，在判斷排他交易行為的違法考量因素，首先必須以「市場占有率」的大小作為判斷標準，至於「市場占有率」要多大才構成違法，必須透過案例之累積或執法政策之考量。目前我國公平會以「市場占有率」10%之市場力作為有無違法之門檻，此一門檻已行之多年，是否改變亦值得探討。
2. 當然「市場力」的衡量與「搭售」一樣，必須要界定一個特定市場（或稱相同市場），特定市場的界定，應包括「相關產品市場」，「相關地理市場」，及時間因素。而衡量「相關產品市場」的方法有量化技術法、質化事證法及自然實驗（或重大事件）分析法，其中量化技術法又包括「DOJ 界定法（或稱為 SSNIP 法）」、「供需價格交叉彈性法」、「價格相關係法」、「臨界損失分析法」、「國際商品統一分類法」；「相關地理市場」的測定方法尚有「elzinga—hogarty 法（又稱為交易流量界定法）」、「交易成本法」及「運輸成本法」等，這些方法在本章第一節已有介紹。只是這些方法的選用，因涉及相關資料取得之限制及交叉彈性、相關係數等之計算困難，因此在實際個案的審理

上或可參酌美國法院的作法，以相關的指標作為判斷的基礎，例如，衡量「供需的價格交叉彈性」時可以顧客的認知，產品特性及用途或價格差異等加以替代。

3. 當「特定市場（相關市場）界定後，即可進行「市場力」的衡量，其方法與「搭售」一樣，包括「量的分析方法」與「質的分析方法」。量的分析方法包括「市場集中度測定（包括市場占有率，集中比及 H 指數等）」、「價格成本差分析（包括 Lerner 指標，L-P 公式）」；質的分析方法包括「潛在競爭事業進入的可能性（likely）」、「進入時間的及時性（timely）」及「促進市場恢復競爭的充分性（sufficiently）」，這些衡量方法在本章第一節已有介紹，另 Richard A. Posner 教授所提出之依產品市場或地理市場概念之粗淺觀察法，在本章第一節亦有說明，可參考。

以上這些「量」的衡量方法如涉及市場需求（或供給）彈性的計算並不容易，因此，在實際運用時，所使用的指標大都以市場占有率為主，再利用集中比公式，計算市場上所有涉及排他交易事業之市場占有率之和，藉以瞭解市場上排他交易之涵蓋率（vertical restraint index；尚稱 VRI）之大小，若 VRI 低於某一標準時（如美國司法部之處理標準為 VRI 低於 60%⁴²），得推定為合法，；另亦可利用 H 指數來計算同一市場中所有實施垂直交易限制事業的市場占有率平方和，來計算垂直限制指數（vertical restraint index；簡稱 VRI），倘 VRI 低於 1200，亦得被推定為合法。此等方法的運用均屬於市場結構（market structure）的篩選機制，可作為排他交易事業有無相當市場力重要考量因素。

⁴² 參見呂芳慶、范建得等，前揭註 20，頁 65-66，援引美國司法部（Department of justice，DOJ）之處置標準。

(二) 排他交易造成被預先排除參與競爭者的程度大小

1. 以排他交易事業是否具有相當的市場力作為判斷排他交易是否違反公平法第 19 條第 6 款之首先考量因素，可以讓一些不會造成限制競爭效果的案件先加以排除。接著，必須考量的是，事業採行排他交易後被預先排除參與競爭者的程度大小，即所謂「市場被預先排除程度（degree of market foreclosure）」的多寡。但如何衡量並不是件容易的工作，必須同時考量多方因素，包括：

(1) 排他交易契約的長短：

若其排他交易契約是短期的，並不易產生限制競爭的效果；反之，若是長期的排他交易契約，對於市場競爭的傷害較大。至於契約長短多少才產生限制競爭的效果，依 ICN（International Competition Network）的文件資料⁴³顯示，以有效競爭者 2 年內可挑戰具有相當市場力之現有事業之衡量方法可作參考。

(2) 被排除事業自己建立經銷管道的難易程度：

被排除事業倘無法覓得排他交易以外的經銷管道，則必須自行建立經銷管道，否則產品找不到通路即無法參與競爭。惟要自行建立經銷管道除了必須同時投資上，下游兩個不同的市場，增加投資成本之外，尚必須考量有無進入市場障礙，例如政府法令對生產製造，供應或通路經營有無限制，該等限制有無或難易，將影響被排除事業能否參與競爭的重要考量因素。

(3) 競爭者、消費者或專家之證言：

排他交易有無造成市場被預先排除競爭之影響，亦可從競爭者、消費者或專家的證言，瞭解在有（無）實施排他交易地區或從過去幾年之時間序列資料，排他交易產品之價格是否有上漲以

⁴³ ICN, *supra* note 40, at 60.

及其價格上漲倘非來自市場供需因素或產品品質改變或服務提升所造成，即是排他交易造成市場封鎖的結果。

（三）排他交易是否會增進品牌間的競爭

排他交易安排已使同一「品牌內競爭」(Intra-brand competition) 消失，但若市場上還有其他品牌參與競爭，將降低對於市場限制競爭之效果，亦即，如「品牌間競爭」(Inter-brand competition) 力量夠大，將可抵消「品牌內」限制競爭的效果，甚至於有助於整個「市場競爭」之促進。再者，一個經銷商因排他交易而只能販賣一個品牌，使得製造商（或供應商）願意投入更多的促銷與服務，提升市場內不同品牌間之競爭，而且不會產生個別經銷商因銷售多種品牌之搭便車（free riding）之現象。至於排他交易是否會增進「品牌間」的競爭，導致產品的零售價格下降，增加社會福利。過去學者⁴⁴依各種經濟模型或賽局模型實證的結果，發現在不同的假設下（上，下游事業都沒有採用獨家交易安排；只有一家上游事業採用獨家交易安排；只有一家下游事業採用獨家交易安排；或上，下游都採用獨家交易安排等），會得到不同的結果。顯見要將經濟理論運用到現實的社會必須在經濟模型接受實際檢驗後，在運用時才不會出現差錯。

（四）排他交易是否會增進社會福利效果

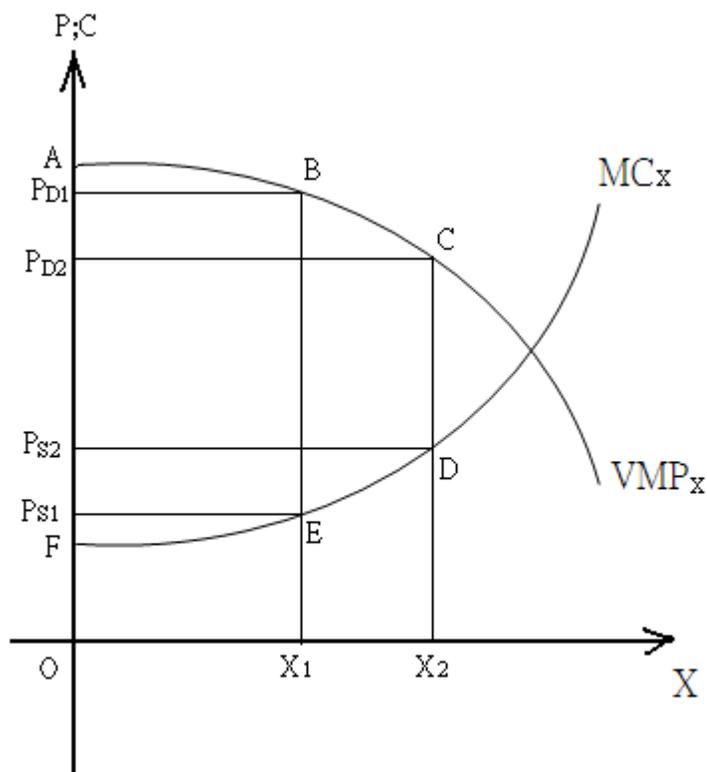
排他交易行為對市場競爭者、交易相對人及消費者會產生正、反面之

⁴⁴ 參見梁基祥，前揭註 36，頁 111-120。作者援引國外相關學者的討論，認為獨家交易安排在不同的假設條件所設立的模型，會得出對製造商、經銷商或消費者產生不同的影響結果；參見陳宜亨、楊淑真，前揭註 39，亦利用兩規模不同的製造商與兩完全相同的代理商的模型例子，探討在兩代理商的邊際產量遞減情形下，獨家交易契約安排有使社會總銷量減少、社會福利減少，最後小規模廠商會被迫離開市場，獨家交易契約形成大規模廠商的市場封閉的策略，會損及社會福利。

促進競爭效果，倘正面的效果大於負面效果時，則將產生「正值」的社會福利效果。反之，則將產生「負值」的社會福利效果。但如何估算正、反面的社會福利效果本來就是一件困難的工作，且在個案實證時，亦會因所使用的經濟模型在不同的假設條件下，出現不同的結果。但總括而言，排他交易安排若因上、下游事業在經銷及服務上發揮互補功能，將會提升配置效率，降低交易成本，增加市場之交易量及產品價格下跌。依下列圖 2 的分析⁴⁵，事業進行排他交易後，倘減少彼此之交易成本（由上游事業移轉至下游事業的必須費用），從實施前之（ $P_{D1}-P_{S1}$ ）下降至實施後之（ $P_{D2}-P_{S2}$ ），市場交易量由 X_1 增至 X_2 ；產品價格由 P_{D1} 降至 P_{D2} ，且上、下游事業之總利潤亦由原（ $AB P_{D1} + FE P_{S1}$ ）增至（ $AC P_{D2} + FD P_{S2}$ ）。準此，就社會福利效果而言，將增加消費者剩餘及生產者剩餘，同時也會降低社會福利無謂損失；反之，則無。其分析方法與「搭售」相同，可參考。顯見觀察排他交易產品之實際漲跌情形（可採自然實驗法，蒐集競爭者、消費者或專家證言，或觀察過去排他交易產品之「價」、「量」的時間序列資料，在市場沒有供需或成本變動之干擾情況下之實際漲跌情形），即可推定其是否有增進社會福利效果，此亦可列為排他交易行為是否違法之考量因素。

⁴⁵ 圖 2 係參酌林育鋒，垂直合併之經濟分析，國立中央大學產業經濟所碩士論文，頁 16-17，1998 年 6 月。

圖 2 排他交易降低交易成本



符號說明：

1. X_1 、 X_2 為中間財 (X) 之交易數量。
2. MC_x 表上游產業的供給曲線， VMP_x 代表下游購買 X 的需求曲線， MC_x 與 VMP_x 在圖形中有呈現互為倒影的關係。
3. P_{D1} 、 P_{D2} 代表下游購買 X_1 、 X_2 之購買價格，其利潤分別為 ABP_{D1} 與 $ACPD_2$ 。
4. P_{S1} 、 P_{S2} 代表上游事業賣出 X_1 、 X_2 之賣出價格，其利潤分別為 FEP_{S1} 及 FDP_{S2} 。
5. 降低交易成本後之上、下游總利潤由 $(ABP_{D1} + FEP_{S1})$ 增至 $(ACPD_2 + FDP_{S2})$ 。

（五）小結

1. 以「合理原則」為中心來分析「排他交易」的違法考量因素與「搭售」一樣，必須很完整地從特定市場（相關市場）的界定著手，再進行排他交易事業「市場力」的衡量，有了市場力的衡量之後，可先排除一些不具相當市場力事業的排他交易行為個案，接著可針對具有相當市場力事業之排他交易導致競爭事業或潛在競爭事業被預先排除的程度大小，最後再考量排他交易是否具有增進社會福利效果，作為綜合判斷是否違反公平法第 19 條第 6 款之規定。
2. 經濟分析方法的提出，包括量化分析、質化分析或所謂自然實驗／重大事件分析法，旨在提供一個比較客觀方法或數據作為判斷違法與否的依據，但經濟分析方法很多如何選用，涉及資料的取得與困難度有時並不是容易的事，因此，在個案的審查上，或許多加參酌市場上競爭者，消費者或專家學者所提供的證言作為替代。例如供給（或需求）的交叉價格彈性不易計算，則可以顧客認知產品的差異性，產品的特性或價格的差異來衡量競爭產品是否屬於同一相關市場。
3. 利用經濟分析來衡量排他交易是否違法倘涉及「量」的分析不免涉及要到什麼門檻才違法，例如市場占有率多少，排他交易的涵蓋率多少，被預先排除競爭程度的大小等，因涉及時空及社經環境不同及執法政策的考量，是否需要有一個明確的判斷標準，或訂定一個處理原則（guideline），以利執法與業者參考，仍是一個值得深思的問題。

第四節 區域及顧客限制行為之經濟分析

我國公平交易法施行細則第 27 條第一項雖將非價格垂直限制行為區分為搭售、獨家交易（排他交易）、區域或顧客限制等四大主要類型，但若就產品市場之競爭而言，除搭售涉及搭售產品與被搭售產品兩市場之競爭外，而後三者所涉及的均為同一產品市場的交易限制競爭問題。其中尤

以區域及顧客限制之類型更不易區分，因事業之行銷策略安排，如將某一特定區域分配給某一經銷商，事實上已將若干特定的顧客分配給該特定的經銷商，顯見區域限制及顧客限制經常是同時出現在同一契約中，由於兩者所產生之限制（或促進）競爭效果可以相互適用，加以其所涉及的都是事業交易後，就交易標的物之「流通方式」予以限制。準此，本節所謂區域及顧客限制競爭行為將予以合併分析說明。

一、區域或顧客限制行為之意涵

（一）區域限制與顧客限制

何謂區域限制（**territorial restriction**），何謂顧客限制（**customer restriction**），依公平會的見解⁴⁶，「區域限制是指劃定一定之銷售區域，限制交易相對人僅能在特定區域內銷售，不能越區銷售的限制交易行為；至於顧客限制則是限制交易相對人僅能將產品受與或不受與特定第三人的限制行為。」渠進一步說明「事業就區域及顧客限制方法，通常係透過指定地區經銷商方式為之，地區經銷商是指製造商或總經銷商將一全國性市場劃分為數個子市場（不論是以地理區域或是以客戶屬性作劃分的標準），而就每一子市場指定一個或數個經銷商，並要求其不得越區銷售，使得在每一子市場中，就其單一廠牌而言，有地區性的獨占或寡占的出現。這種現象與獨家交易有類似之處；主要差別在地區經銷商是屬地區性或分割市場中的獨家交易情況。」

（二）區域限制與顧客限制之構成要件

有關「區域限制」或「顧客限制」之構成要件如何，公平會並未來正式加以釋示，至於區域限制或顧客限制行為是否違反公平法第 19 條第 6

⁴⁶ 公平交易委員會，前揭註 18，頁 237。

款規定⁴⁷，該會在認定上，將依具體個案考量當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品特性、及履行情況對市場競爭之影響等因素加以判斷，不能一概而論。顯見公平會對於「區域限制」或「顧客限制」行為是否違法係採「合理原則」處理。

（三）違法區域或顧客限制交易行為之法律效果

事業採行區域或顧客限制交易行為，若經公平會判定違反公平法第 19 條第 6 款規定，其所生之法律效果與前述「搭售」及「排他交易」行為相同，請參照。

（四）學者對排他交易行為之相關看法

1. 呂芳慶、范建得、莊春發⁴⁸：「製造商為消除經銷商的搭便車，降低市場交易成本或市場上的差別取價等原因，常將其產品在地理區內分配予單獨的配銷商銷售，不允許第二家經銷商出售，這類型為文獻上稱之為區域限制（territorial restriction）；另製造商分配若干特定的顧客予每位經銷商，在這種情況下，被分派為若干顧客的經銷商，就變成這些顧客該產品的獨家供應商，其在文獻上將之稱為顧客限制（customer restriction）。」
2. 范建得、陳丁章⁴⁹：「所謂區域限制，即是進行交易之一方，對他事業活動之地理市場，逕為劃定，並約作交易條件之謂。依此觀察，區域限制約款，本即可能破壞供需自然形成之地理市場，扭曲相關市場參與者基於交易成本所為之決定。此外，區域限制約款之強度與設計不同，其經濟上之效益亦將各異，若進一步從市場秩

⁴⁷ 參見公研釋字 009 號「製造商限制經銷商之交易對象及對不同經銷商予不同待遇之行為有無違法公平法」。公平交易法相關法規及行政規則彙編，前揭註 6，頁 87。

⁴⁸ 呂芳慶、范建得等，前揭註 20，頁 115。

⁴⁹ 范建得、陳丁章，前揭註 35，頁 170-171。

序，可能受到干擾程度分類，其由弱而強進行排序者，分別為主要責任區制（**primary area of responsibility**，即積極地課予他方於一定區內之最低交易量義務或消極地訂定責任區內最低交易量之標準，以作為折讓獎勵依據；亦即在契約上不會限制經銷者在該區域之外的地方販售供給者之產品），越區獲益分享制（**profit Passover**，即約定越區行銷之事業，需將獲益與「被越區」之他方，以一定比例分享），窒息式區域限制（**airtight territorial restraint**，即完全禁止交易相對人越區交易，通常以罰則作後盾，這種限制完全禁止品牌內競爭之意。」

另該文所為顧客限制「即是進行交易之一方，對他方事業之交易相對人，逕為限制，並約作交易條件之謂。此等顧客之限制，包括以正面表列之方式，限制交易相對人只能（或應優先）與特定（或可得特定）的顧客為交易，也包括以負面表列之方式，禁止交易相對人與特定（或不得特定）之顧客為交易。」

3. 林益裕、富瑩、游素素、顏廷棟⁵⁰等，「所謂區域限制，係指廠商對經銷區域之限制，且通常附隨有顧客限制之效果（**customer restriction**），究其實，於限制之程度與態樣上，仍有不同之情形。於地區商之數目而言，僅於同區內設單一經銷商者，稱為閉鎖性地區授權制（**closed territorial restriction**）；於同區內設立數家經銷商者，稱為開放性地區授權制（**open territorial restriction**）。此外，依其限制之程度，亦有下列型態：（1）嚴格地區授權制（**strict territorial restriction**，即全面禁止越區銷售）；（2）排他性地區授權制（**exclusive territorial restriction**，即禁止在授權區外，積極從事銷售）；（3）限制銷售據點制（**location clause**，乃限制其營業場所

⁵⁰ 林益裕、富瑩、游素素、顏廷棟等，前揭註 22，頁 10。

之設立地點)；(4) 責任地區授權制 (area of primary responsibility，即於授權區域上，課以其銷售量須達一定水準之義務。上述由限制強弱而言，以第(1)類型最為嚴厲，第(3)、(4)類型較為寬鬆。另亦有不限制經銷區域，惟倘有越區銷售時，須與該區被侵權之經銷商分配利潤，此稱為利潤分配制 (profit passover)。

另所謂顧客限制，又稱為「專屬批發商制」，此制度係廠商嚴密控制其商品流通管道，因此將各零售商分配並註冊於特定之批發商。亦即各零售商得向特定之批發商進貨。從限制交易觀點，此制形同嚴格之地區授權制。」

4. 洪禮卿、鄭優、施俊吉、何之邁、黃營杉、范建得⁵¹等：「在實務上，鮮少企業對於經銷商採取限制是基於某一特定因素而已，也因此限制經銷商上也有一套的作法，包括給予相當限制與義務之後，一定要給予其利潤的保障以及權利。例如某企業可能會要求經銷商只能賣他的產品，但是同樣的也會保障你的收益，將一特定區域劃分給該經銷商。」

(五) 小結

1. 區域限制及顧客限制行為經常同時出現於同一契約之中，由於兩者都是事業對其交易相對人於交易後，就其「交易標的物」之流通方式予以限制，且兩者所產生限制（或促進）競爭之效果均可相通適用，故予以合併分析說明。

⁵¹ 洪禮卿、鄭優、施俊吉、何之邁、黃營杉，事業垂直限制行為之公平交易法適用問題研究－以鮮乳業、高壓氣體業、汽車業及水泥業四產業為例，1999年公平會合作研究計劃2（1999年6月）。

2. 區域限制行為經常附隨有顧客限制之效果，但由於限制程度與態樣不同，其對市場競爭及交易秩序影響亦有不同，從最嚴格的全面禁止越區銷售之窒息式區域限制制（airtight territorial restraint），其次為越區獲利分享制（profit Passover），到最寬鬆的訂定最低交易量限制之主要責任區制（primary area of responsibility）。準此，在以「合理原則」實質認定有無違反公平法第 19 條第 6 款規定時，應有不同的對待。
3. 有關「區域限制」或「顧客限制」之構成要件，公平會並未正式加以釋示，至於其是否違反公平法第 19 條第 6 款規定，過去公平會利用「合理原則」加以處理並無爭議。惟其所援引之公平交易法施行細則第 27 條第 2 項規定論斷其是否違法時，除了考量主導「事業」是否具有相當之市場力之外，其於就動機、目的、所屬市場結構、商品特性及履行情況對市場競爭之影響大都屬於主觀之認定居多。因此，倘能就事業的的該等行為進行經濟分析，探討其可能產生之正反面競爭效果，以及對於社會福利效果之影響，將使以「合理原則」作為審查個案違法與否更為人信服。

二、區域及顧客限制行為之促進競爭及限制競爭效果

事業採行區域及顧客限制行為的動機或有其行銷及管理之考量，惟就經濟分析的觀點而言，因其會產生正，反面的競爭效果而受到關注。正面的促進競爭效果主要來自個別產品之品牌及品質的確保，增加產品差異化，避免搭便車及激勵經銷商之投資意願；而其所產生反面的限制競爭效果，諸如減損同一品牌內的競爭，經銷商之營業自由受到限制以及消費者的自由購買受到限制等。因此，以經濟分析評估區域及顧客限制時，必須針對其對市場競爭者、交易相對人及消費者所產生的正、反面競爭效果詳加分析，作為判斷該行為是否違法之依據。以下就參酌過去學者的相關看

法⁵²，提出其所產生之主要正，反面競爭效果。

(一) 區域及顧客行為之促進競爭效果

1. 降低經銷商（或零售商）之間的搭便車行為

製造商（或供應商）願意將產品交由當地經銷商（或零售商）來配銷，主要係考量其包括運送、信用、修理、廣告或促銷活動等服務較有比較利益，但可能延伸的弊病，就是某些事業或顧客可能利用他事業已提供的服務如試聽、試看或產品功能解說等，但以較低的價格說服顧客向其購買的搭便車（free riding）行為，致侵害已提供服務事業之利益，造成不公平競爭現象。因此，若有區域或顧客限制的話，將可避免購買者在某地享受免費服務，卻在較便宜的他地交易情形，此亦有助於經銷商（或零售商）增加提供服務。

2. 降低交易成本，提升配銷效率

事業對其產品之行銷策略有多種方式，包括自己獨自完成之垂直合併（Vertical Merger），或採行加盟方式（franchising），或採行垂直限制（vertical restraint）如區域或顧客限制等。其最後所以會選擇區域或顧客限制的策略，在於交易成本的節省以及認為由下游的經銷商（或零售商）來做較有效率，並有助於降低交易成本。

3. 有利於地區性事業經濟規模，降低產品售價

每家地區性之經銷商（或零售商）在各自之地理市場範圍內，由於其服務品質之不同，在消費者心中評價自有差別.但會受困於其銷售量無法達到最適規模，而無法降低成本與售價。倘製造商（或供應商）採行區域或顧客限制措施，將使地區性經銷事

⁵² 相關學者見解，前揭註 48、49、50、51。

業較容易實現規模經濟，並導引市場需求線向外移動，使其長期平均成本降低，有利於增加銷售量，並降低產品售價。

4. 有助於產品品質與服務的確保

有了區域及顧客限制之契約之後，經銷商（或零售商）因可避免投資風險之不確定因素，因而將致力於加強售後服務，藉以維護品牌商譽及品質，此對於享有較高商店信譽（good will）的事業及欠缺充分資訊的消費者而言，亦可免除選購商品之搜尋成本（searching cost）與不安全感。

（二）區域及顧客限制行為之限制競爭效果

1. 減少品牌內競爭，有利於瓜分地區性市場

區域及顧客限制之實施，將使某一地理區域的特定品牌之銷售，被一家（或少數幾家）所控制，如此，同一品牌的事業不能相互競爭，如製造商（或供應商）具有相當的市場力量，再採行區域及顧客限制，將使經銷商（或零售商）在地理區內一樣擁有相當市場力量，形成所謂連續性獨占（successive monopoly）結構，有利於地區性市場之瓜分，而不利於消費者。

2. 限制經銷商（或零售商）營業自由與消費者的多元選擇

經銷商（或零售商）倘基於市場供應或交易成本的考量，原可自由決定經銷地區，惟如因簽定區域及顧客限制的約款，立即破壞由市場供需及交易形成所自然形成的地理市場，由於營業自由受到限制，將造成特定區域內之財貨流通不足，致影響末端消費者的多元選擇。

3. 有利於形成市場上的差別取價，剝奪消費者剩餘

製造商（或供應商）採行區域或顧客限制約款時，就可針對某些地區的消費者對產品之價格變動較不敏感，亦即其需求價格

彈性較低者訂定較高之價格；而有些地區的消費者對產品之價格變動較為敏感，亦即其需求價格彈性較高者，就訂定較低的價格。如此針對不同的消費族群（或不同地區市場）因需求價格彈性不同，而非生產成本的不同，就採取差別訂價提高利潤。而這些利潤來源係自「消費者剩餘」移轉而得，顯然對消費者並不公平。

4. 形成事業間暗中勾結的工具，有利於卡特爾的運作

上游事業之間實施水平卡特爾，倘無同時約訂其下游的經銷商（或零售商）只能在其分配的地區市場內銷售其產品，經常企圖心較強之零售商很容易發動價格戰。因此，倘施行聯合行為之事業間同時採行區域或顧客限制措施，將可遏止此種行為的發生，顯見此種限制措施可變成事業間勾結的工具，使卡特爾的運作更容易運作。

三、區域及顧客限制行為的違法考量因素

由上述「區域及顧客限制」之意涵及其促進競爭與限制競爭效果分析可知，「區域及顧客限制」與「搭售」、「排他交易」一樣，均適用「合理原則」並無爭議，且此一限制競爭行為違法與否之法律適用規定亦與前兩者相同。因此，本節所提出之區域及顧客限制行為所考量之因素，倘於本章第二節「搭售」及第三節「排他交易」時已提出之分析方法，就不再詳述。謹將區域及顧客限制行為之違法考量因素分別說明如下：

（一）區域及顧客限制之上，下游事業是否具有相當市場力

1. 某一品牌之上游製造商（或供應商）對下游經銷商（或零售商）採行區域或顧客限制行為時會涉及兩個特定市場之事業市場力的問題。倘該上游之製造商（或供應商）及下游的經銷商（或零售商）均不具有相當市場力，其對市場競爭之影響不大；反之，倘該上，

下游事業具有相當之市場力，則由其上，下所形成之連續性獨占（*successive monopoly*）結構，對市場競爭影響最大。準此。在考量區域或顧客限制交易行為的違法因素，首先必須同時考量上，下游事業的市場力大小作為判斷標準。在此特別提出的是上，下游事業的市場力是否必須採同一門檻，或下游的經銷商（或零售商）應採較寬鬆的門檻是值得探討的問題，因競爭法的執行，倘無產品差異化的考量，主要在於促進品牌間的競爭。因此，下游事業的市場力似可採較寬鬆之門檻。

2. 當然「市場力」的衡量，與「搭售」、「排他交易」一樣必須先界定一個特定市場（或稱相關市場），包括「相關產品市場」、「相關地理市場」及時間因素，其界定方法及各種方法選用所遭遇的難題，暨如何尋求替代的方法均在前二節已有說明本節不再重複敘述。在此，特別提出的是某一品牌依經銷契約限制區域或顧客所劃定之市場範圍，在衡量市場力時，亦可參酌同一特定市場其他品牌依市場供需及交易成本所自然形成的市場範圍。
3. 當特定市場（相關市場）界定後，即可進行「市場力」的衡量，市場力的衡量方法與「搭售」、「排他交易」一樣，包括「量的分析方法」與「質的分析方法」，另還有 **Richard A. Posner** 教授所提出之依產品市場或地理市場概念之粗淺觀察法。這些方法第二節「搭售」，及第三節「獨家交易」說明市場力的衡量方法以及各種方法所面對的困難均已有說明，請參考。在實際個案審查時，「市場占有率」及系爭事業之區域與顧客限制行為之涵蓋率，仍是最主要的運用方法。

（二）減少品牌內競爭對整體市場競爭影響程度的大小

區域或顧客限制措施的施行，會使某一地理區域的特定品牌，只有一家（或少數幾家）供應，因而同一品牌的廠商即不能相互競爭，此種限制

品牌內競爭（intrabrand competition），倘無其他品牌參與品牌間競爭（interbrand competition）的話，則對整體市場的競爭影響較大。至於要如何衡量品牌內競爭降低的大小並不是一件容易的事，或可參考以下變數：

1. 區域或顧客限制造成銷售據點及銷售人員減少的多寡

若有大幅減少現象，其對市場競爭影響較大，因其可能來自「窒息式區域限制」約款；反之，若銷售據點及銷售人員變動不大，則對市場競爭影響不大。

2. 越區銷售比率的大小

由於區域或顧客限制約款的強度與設計不同，從最嚴厲並有罰則的區域或顧客限制到較寬鬆的只要達成最低交易量的主要責任區制。因此，對於較寬鬆的約制將會越區銷售情形，如其比率高者，則對市場競爭影響小；反之，則對市場競爭影響大。

3. 限制區域或顧客交易契約的長短

若契約有效時間是長期的，對市場競爭的傷害較大；反之，則較小。至於契約長短期如何才會產生限制競爭效果，本章第三節分析「排他交易時」已有說明，可參考。

4. 至於區域或顧客限制固然減少品牌內競爭，但它是否會影響品牌間競爭，甚至尚有可能增進品牌間的競爭，藉以抵銷減少品牌內競爭對整體市場競爭之影響，由於涉及實證問題，學者之間尚有不同看法而無定論⁵³。但可以確認的是，由於消費者對於某一品牌的忠誠度及品牌差異化的結果，限制品牌內競爭，對於市場競爭及消費者利益仍有減損效果。

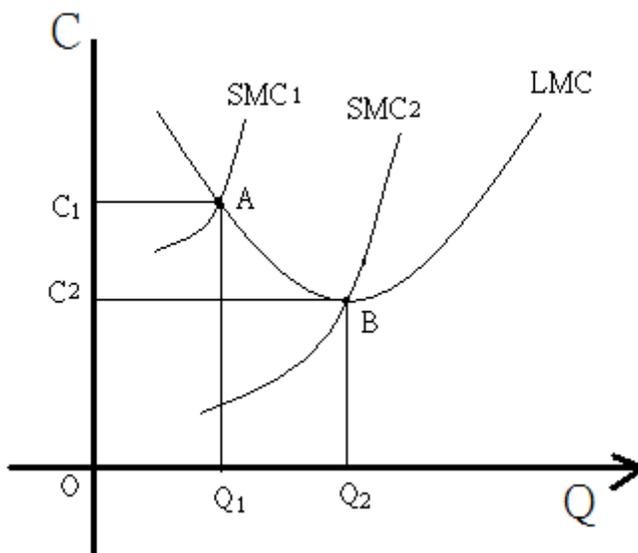
（三）區域或顧客限制是否有增進社會福利效果

⁵³ 呂芳慶、范建得等，前揭註 20，頁 129-130。

1. 具有相當市場力之上游製造商（或供應商）採行區域或顧客限制後，將產生上、下游市場連續性獨占結構，此與未設定該限制前比較，將會產生上游製造商（或供應商）超額利潤減少，下游經銷商超額利潤增加以及消費者剩餘減少現象，倘上、下游二者超額利潤增（減）結果比消費者剩餘減少為大，則可增加社會福利效果；反之，則可能減少社會福利效果。
2. 但總括而言，倘事業採行區域或顧客限制的結果，可以形成地區市場具有規模經濟效果，如此將可提高生產效率，增加交易量，並促使邊際成本下降，導引零售價格下降。依下列圖 3 的分析⁵⁴，事業採行區域或顧客限制後，市場交易量之規模由 OQ_1 增加至 OQ_2 （但超過 OQ_2 就不適用），短期邊際成本 OC_1 （較小規模之 SMC_1 與長期邊際成本 LMC 之切點 A ）降至 OC_2 （較大規模之 SMC_2 與長期邊際成本 LMC 之切點 B ）。將有利於促使零售價格下降。準此，將會增加消費者剩餘與生產者剩餘，同時也會降低社會福利無謂損失；反之，則無。其分析方法與「搭售」相同，可參考。至於事實上是否會因「效率」的發揮而降低零售價格涉及實證問題。另在實際個案的審查，並可採用競爭者、消費者或專家學者的證言，以及觀察市場在沒有供需或成本變動之干擾情況下，系爭產品之實際上漲（或下跌）情形，即可推定其有減損（或增進）社會福利效果，作為判斷區域或顧客限制是否違法之重要考量因素。

⁵⁴ 圖 3 係參酌胡春田、巫和懋、雷德明、熊秉元合著，*經濟學-21 世紀全球視野*，頁 169-171，（2011 年 2 月）。

圖 3 區域或顧客限制之規模經濟效果



符號說明：

1. OC_1 與 OC_2 分別代表不同規模 SMC_1 與 SMC_2 之邊際成， LMC 代表長期邊際成本。
2. OQ_1 與 OQ_2 代表不同規模之市場交易量。

(四) 小結

1. 以合理原則為中心來考量「區域或顧客限制」行為是否違法之因素，與「搭售」、「排他交易」一樣必須很完整地從特定市場（相關市場）的界定著手，再進行「市場力」的衡量，其界定及衡量方法與前兩節所述均相同，只是區域或顧客限制行為涉及上、下游兩個市場之事業是否具有相當市場力之門檻是否採取同一標準，或下游事業要採取較為寬鬆之標準仍是值得探討之問題。
2. 區域或顧客限制行為是否違反公平法第 19 條第 6 款規定之考量因素，除了考量系爭上、下游事業是否具有相當的市場力之外，尚可考量其所減少品牌內競爭對整體市場競爭影響程度的大小以及該等限制是否增進社會福利效果而定。
3. 經濟分析方法的提出，包括量化分析或質化分析或自然實驗/重大事件分析法，皆在提供一個比較客觀的方法或數據作為判斷違法與否的標準，只是有時涉及分析方法的選用、資料的取得、或在實證上可能因不同的假設條件產生不同的結果因此，在個案審查時，尚可參酌競爭者，消費者或專家學者所提供的證言較為周延。
4. 另以「合理原則」審理公平法第 19 條第 6 款所涉及的行為態樣，區域或顧客限制是否「不正當」，與其他「搭售」、「排他交易」一樣，是否需要訂定一個明確的判斷標準或訂定一個處理原則，以利執法與業者參考，仍是一個值得主管機關深思的問題。

(五) 本章總結（共通性及差異性分析）

1. 共通性

- (1) 非價格垂直限制行為包括搭售、排他交易（獨家交易）、區域限制（區域限制）及顧客限制等四大類型之行為態樣。就我國公平法之規範，均依第 19 條前段及第 6 款規定來論斷有無違反公平法，且其違法之法律效果，包括行政責任、刑事責任及民事

責任，均依公平法第 36 條、41 條及第五章規定辦理。另就經濟分析之意義而言，以「合理原則」探討非價格垂直限制行為就是在探討其所產生之正面促進競爭及反面限制競爭效果如何之問題。其正面之促進競爭效果大都來自效率的發揮；其反面之限制競爭效果大都來自市場封鎖與排除競爭之結果，此等經濟分析原理均可共通使用。

- (2) 經濟分析方法的提出，包括量化分析、質化分析或自然實驗/重大事件分析法，旨在提供一個比較客觀的方法或數據作為判斷違法與否的標準，只是有時候涉及分析方法的選用、資料的取得，或在實證上可能因不同的假設條件下產生不同的結果。因此，在個案審查時，尚可參酌競爭者、消費者或專家學者所提供的證言較為周延。另公平法的保護法益是多元性。因此，涉及非價格垂直限制為是否「不正當」時，考量「意圖」、「目的」等無法以計量的方法來衡量時，因此，必須再回到法條本身之構成要件來論斷。另利用經濟分析計算出來的數據，到底要採什麼門檻做為論斷違法之標準（亦即所謂安全港問題，**safe harbor**），或者是否需要訂定一個處理原則（**guideline**），以利執法與業者參考，仍是值得主管機關深思的問題。以上均是探討非價格限制競爭行為共通性的課題。

2. 差異性

由於四大類型之非價格垂直限制行為涉及產別市場或上、下游經銷階段之不同，其行為間尚有一些差異性。茲分別說明如下：

- (1) 就該等行為所產生的正面促進競爭效果而言，大都來自效率的發揮，惟搭售行為主要來自生產與配置效率的提升，排他交易行為主要來自交易成本的降低，區域或顧客限制行為主要來自

區域性事業經濟規模擴大之效果。另該等行為均有利於產品品質之控制與維護，避免產生搭便車行為（搭售之搭便車來自被搭售產品之其他供應商；排他交易來自同一產品市場之製造商或供應商；區域或顧客限制來自同一廠牌之其他經銷商或零售商，其間尚有一些差異）；再者，反面之限制競爭效果大都來自封鎖與排除競爭，而搭售行為主要來自增加競爭對手成本（必須同時進入搭售產品與被搭售產品的市場）；排他交易行為因完全消除品牌內競爭，故競爭對手必須同時進入上、下游市場；區域或顧客限制行為則因減少品牌內競爭，有利於瓜分地區性市場。至於該等行為有利於上、下游事業促進勾結，作為監督卡特爾成員之工具，以及利用訊息不完整，影響消費者利益等都有涉及。

- (2) 在分析搭售、排他交易、區域及顧客限制等非價格垂直限制行為之前，均必先界定一個特定的市場（相關市場），其中搭售行為將涉及搭售產品與被搭售產品兩個產品市場之界定，而排他交易、區域及顧客限制行為等其他非價格垂直限制行為僅涉及一個產品市場之界定。另區域或顧客限制行為因限制越區銷售，因此，必須在同一產品市場之中再行界定一個區域性之子市場，以利整個市場與區域性市場之競爭分析。
- (3) 由於事業採行非價格垂直限制行為首要條件必須具有相當市場力才能構成違法。有關四大類型是否必須具有相同之市場力衡量標準，本章認為除區域或顧客限制行為之下游事業似可採較寬鬆之門檻標準（因此一行為態樣必須同時衡量上、下游之市場力，如考量競爭法之執行，倘無產品差異化之考量，主要在於促進品牌間的競爭，因此對於僅限縮同一品牌內之競爭可採較寬鬆之看法）之外，其餘行為態樣可採同一衡量標準。

- (4) 有關排他事業參與競爭之能力或程度之大小，由於其所排除對象之事業所處之產品市場或經銷階段不同，其衡量方法亦有不同。本章於搭售行為提出「同等效率事業法」；於排他交易行為提出量化（排他事業之涵蓋率、垂直限制指數）及質化（排他交易契約之長短、自行建立經濟管道之難易程度、競爭者、消費者或專家之證言）之衡量方法；於區域或顧客限制行為提出四個衡量方法（包括此一行為造成銷售據點及銷售人員減少的多寡、越區銷售比率的大小、交易契約之長短及消費者對於某一品牌忠誠度與品牌差異化的大小），俾供參酌。
- (5) 就非價格垂直限制行為是否會增進社會福利效果，由於涉及對市場競爭者會產生正面之促進競爭及反面之限制競爭效果，至於如何估算正、反面之社會福利效果本來就是一件困難的工作，且過去學者專家利用各種經濟模型做實證，經常在不同假設前提下會得到不同之結論。但總括而言，本文認為倘非價格垂直限制行為之採行，最後有利於效率的提高，進而降低成本（如搭售行為有利於生產及配置效率之提高；排他交易行為有利於交易成本之節省；區域或顧客限制行為有利於規模經濟之發揮），並反映到最終產品之下降，均都有利於消費者利益，並增進社會福利效果；反之，則不利於消費者利益及社會福利效果。此一從「效率－成本－價格」之相關分析，最後以透過最終產品價格之漲跌來判斷是否增進社會福利效果，也可說是在探討非價格限制行為時共通性之分析方法。

第三章 美國法對非價格垂直限制之規範

本章介紹美國法對於垂直非價格限制之規範經驗及個案研究，嘗試從中歸納出法院判決或競爭主管機關處分背後之法律與經濟理論基礎，並檢視是否有足供我國公平會參考之處。

第一節 美國法對垂直非價格限制之法律規範

綜合美國法而言，垂直非價格限制約定主要受到以下幾項聯邦法規之規範：(一) 修曼法 (Sherman Act) 第一條禁止企業進行限制州際間交易之行為；(二) 修曼法第二條，禁止事業濫用其市場力量，取得或維持其獨占地位之行為；(三) 克雷頓法 (Clayton Act) 第三條，關於企業針對商品 (commodity) 之搭售與排他交易約定；(四) 聯邦交易委員會法 (Federal Trade Commission Act ; FTC Act) 第 5 條，禁止企業以不公平競爭方法排除競爭之行為。

一、修曼法第 1 及第 2 條

依修曼法第 1 條之規定，任何以契約、信託或其他方式所形成之聯合或共謀行為，而具有限制州際間，或與外國間之貿易與商業者，將被認定為違法。不同於我國公平法第 7 條將聯合行為侷限在「水平聯合」的立法例，修曼法第 1 條之規範範圍亦包括「垂直聯合」行為。故若上下游廠商間針對限制經銷區域、客戶限制、搭售、或排他交易等行為已形成合意或共識，則亦可能構成第 1 條之聯合行為。整體而言，美國法運用修曼法第 2 條規範非價格垂直限制的案例相對少見，其主要原因或許在於第 2 條原告於訴訟中需先界定相關市場，並證明被告於該市場中具有相當市場地位等具相當難度的證據門檻要件有關。不過，近年來有愈來愈多的法院，在涉案行為無法成立第 1 條的案件中，支持以第 2 條規定處理類似排他交

易、搭售、或捆綁折扣（**bundled discount**）等非價格垂直限制行為⁵⁵。

二、克雷頓法第 3 條

依該條之規定，事業若以不使競爭對手之商品作為其給予交易相對人類似折扣或折讓等優惠的條件，而該安排具有減損實質競爭或創造獨占之傾向時，該行為即有違反競爭法的可能。適用該規定的行為尚包括搭售行為，而其與修曼法規範搭售行為之區別，在於涉案產品究屬有形之商品（**commodity**）或尚涉及無形之服務。雖然美國聯邦最高法院在 *Standard Oil Co. v. United States (Standard Stations)* 一案中，已表示排他交易具有促進競爭的效果，但法院並不需要全面性廣泛的「合理原則」來進行審查⁵⁶；該條「實質減損競爭」要件，只要行為對交易之相當部分足以產生競爭封鎖效果者，即該當之⁵⁷。

三、FTC Act 第 5 條

該條文授予美國聯邦交易委員會（**FTC**）得處分使用「不公平競爭方法」（**unfair methods of competition**）進行競爭行為。不過，雖然 **FTC** 對於「不公平競爭方法」享有相當廣的解釋權限，但從過去的經驗來看，第 5 條在處理單方濫用市場力量行為的案件中，並未如第 2 條來得頻繁，法院對於少數嘗試以第 5 條處理的案件，均採相當保留的態度。**FTC** 若未能提出正當理由說服法院接受不依修曼法反托拉斯法規來處理相關案件，案件通常會被撤銷。此一現象在近年來似開始產生轉變，美國 **FTC** 在過去三年來似有逐漸擴張 **FTC** 第 5 條適用範圍的趨勢，特別是在處理具排除

⁵⁵ J. Thomas Rosch, Vertical Restraints & Sherman Act § 2, speech before CONFERENCE ON CURRENT TOPICS IN ANTITRUST ECONOMICS AND COMPETITION POLICY, p.2, 5 (June 13, 2007) .

⁵⁶ 337 U.S. 293, 306-07(1949).

⁵⁷ *Id.*, at 313-14.

競爭效果垂直交易限制的案例⁵⁸。其中，最受到矚目者，當屬對 Intel 公司的不當授權條件案⁵⁹。該案涉及 Intel 公司與其下游交易當事人間之排他交易、搭售、及忠誠折扣等單方排除競爭安排。本案之所以受到關注的原因在於，FTC 並未以傳統反托拉斯條款，特別是修曼法第 2 條濫用獨占力的規定來處理本案之相關議題，而引發學者對於競爭主管機關是否過度擴大管轄權的疑慮。由於本案最後以和解收場，故法院的態度如何仍有待未來觀察。

第二節 美國聯邦最高法院對垂直非價格限制之判例法律原則演變

除了搭售契約外，美國反托拉斯法對於非價格垂直限制約定原則上已改以「合理原則」作為審理的原則。不論是競爭主管機關或是法院，均需就涉案行為之促進競爭與反競爭效果進行評估；原則上，只有在行為具淨反競爭效果疑慮時才可禁止之。不過非價格垂直交易限制適用「合理原則」並非美國聯邦最高法院長期一致的看法。事實上，早期聯邦最高法院是將非價格與價格垂直交易限制行為之限制競爭效果等同視之，而一律適用「當然違法」原則。此一觀點一直要到 1977 年的 *Continental TV v. GTE Sylvania* 一案才有了明顯的轉變。而從最高法院的判例法律原則的演變過程，我們也可以明顯觀察到經濟理論對法院判決理由之影響。

⁵⁸ See *In the Matter of Transitions Optical, Inc.*, FTC File No. 091 0062(2010), available at <http://ftc.gov/os/caselist/0910062/100427transopticaldo.pdf> (last visited Nov. 14, 2013) ; *In the Matter of Pool Corporation*, FTC File No. 101 0115 (2012), available at <http://www.ftc.gov/os/caselist/1010115/120113poolcorpdo.pdf> ; *In the Matter of Sigma Corporation*, FTC File No. 101 0080, available at <http://ftc.gov/os/caselist/1010080/120228sigmado.pdf> (last visited Nov. 14, 2013).

⁵⁹ *In the Matter of Intel Corporation*, File No. 061 0247 (2010), available at <http://ftc.gov/os/adjpro/d9341/101102inteldo.pdf> (last visited Nov. 14, 2013).

一、垂直區域及顧客限制

雖然區域及顧客限制約定早已被業界所採行，但美國聯邦最高法院一直要到 1963 年的 *White Motor v. U.S.*案⁶⁰，才有機會就此一垂直交易限制約定於反托拉斯法下之合法性表達最終之司法見解。本案被告 *White Motor* 乃製造卡車（truck）及其零配件之美國廠商，其所生產之產品，乃透過批發商及零售商銷售至最終市場。本案為美國司法部所關切並依修曼法第 1 條規定起訴者，乃 *White Motor* 及其下游經銷商間之「區域」及「顧客」限制約款。在前者，*White Motor* 要求其經銷商只能將產品售與在其被指定的銷售區域內設有營業地或總部之個人或公司。至於「顧客」限制部分，*White Motor* 禁止經銷商出售產品予其認為重要的特定客戶，如聯邦或州政府，而是由 *White Motor* 直接與這些客戶洽談銷售事宜。

針對美國司法部的調查與起訴，*White Motor* 在聯邦地區法院提出幾項抗辯事由，以證明實施二限制約款之合理性與必要性。就區域限制部分，*White Motor* 認為其乃鼓勵經銷商深耕其被指定銷售區域市場的必要手段。換言之，透過保障每一經銷商得以不受來自其他 *White Motor* 經銷商的競爭壓力及保障其利潤，可讓其等有更強的促銷 *White Motor* 產品的動機，進而和其他卡車製造商在相關市場中分庭抗禮。至於「客戶」限制部分，則主要著眼於經銷商對於經銷產品之技術知識的了解不若 *White Motor*，故無法提供特定重要客戶對產品資訊及服務的要求。另外，保留特定客戶由 *White Motor* 直接來接洽與銷售，是在確保這類客戶能得到其該有的銷售折扣或折讓，維持其對 *White Motor* 品牌產品之滿意度。不過，相關抗辯事由並未為聯邦地區法院所採。地區法院法官認為 *White Motor* 此二項約款，實質上等同於水平市場分割（horizontal market division）及轉售價格維持（resale price maintenance），而這二項行為在修

⁶⁰ 372 U.S. 253 (1963).

曼法下均屬「當然違法」行為，被告不得以其他理由合理化其正當性，故以「簡易判決」(summary judgment) 認定被告敗訴。

本案經上訴後遭美國聯邦最高法院廢棄發回下級法院審理。多數意見大法官不認為非價格垂直區域及顧客限制可以直接被認定為等同水平之市場分割；但也未明白表示應適用「合理原則」。聯邦最高法院的主要理由在於法院對於非價格垂直限制的了解仍相當有限，特別是對於非垂直整合事業而言，垂直區域及顧客限制對於產品之行銷而言是否有必要性，仍需進一步調查與分析，始能掌握其對市場競爭的實質影響為何，故不宜以簡略的「簡易判決」程序來審理本案。⁶¹即便如此，**Brennan** 大法官仍在其協同意見書中，提供了下級法院在更審程序中所應深入調查之違法認定因素⁶²。例如，非垂直整合事業可能有必要利用區域限制約款，來讓下游經銷商有意願展示、促銷或廣告其產品，此對於新進事業或市場接受度尚不確定之產品而言，尤屬重要。不過，**Brennan** 也強調，法院也要顧及區域限制相較於其所擬實現之行銷目的而言是否過度，特別是對於違法約定之經銷商的處罰機制是否過當。相較而言，直接終止違反約定經銷商經銷或加盟權利之處罰規定，其對競爭之限制效果要低於單純要求違反者需將所得利益移轉予理應取得該交易機制之區域經銷商。另外，是否有限制較少的替代手段，也是法院應進一步了解者。至於顧客限制，**Brennan** 大法官則認為其限制競爭的風險高於區域限制，因為其幾近於全然剝奪了經銷商與上游供應商之競爭機會，且與確保促銷或廣告誘因等具促進不同品牌競爭的考量無關，⁶³而可能被供應商用以作為隱藏其對保留顧客收取非競爭價格的工具。

美國聯邦最高法院在其後的 *US v. Arnold, Schwinn & Co.* 案，正式宣告

⁶¹ *Id.*, at 261, 263.

⁶² *Id.*, at 269-71.

⁶³ *Id.*, at 272-273.

將適用「當然違法」原則審理垂直區域限制約定⁶⁴。本案被告 Schwinn 於 1951 年是美國最大的腳踏車及零組件之製造商，市占率達 22.5%。其後因經營效率不佳，市占率急速下滑至 1961 年的 12.8%，利潤也大幅減少。為改善此一問題，Schwinn 決定改變其經銷策略，期能提高產品行銷之品質與效率，並依據信用風險、銷售及服務能力等標準，選擇了約 5500 家加盟零售店。就「區域限制」部分，Schwinn 旗下 22 家批發商，Schwinn 與部分批發商採賣斷之經銷安排，其他批發商則以代理（agency）或寄售（consignment）的方式，協助銷售 Schwinn 的產品。每一批發商均有各自負責的銷售區域，且只能於該區域內進行銷售行為。就「顧客限制」部分，Schwinn 要求批發商只能將產品售予各區域內經其許可之加盟零售商，同時零售商也只能售與最終消費者，不得再轉售給其他零售商。

美國司法部針對 Schwinn 的經銷安排，依違反修曼法第 1 條規定為由，向聯邦地區法院提起反托拉斯訴訟⁶⁵。司法部主張該行銷安排實質上已構成水平聯合行為，故向法院主張應以「當然違法」審理本案。聯邦地區法院經審理後，就採行賣斷經銷的批發商部分，法官認為「區域限制」部分已構成當然違法，但就採行代理或寄售的批發商，聯邦地區法院法官則認為不違法。至於「顧客限制」則被認定為不違法。本案經上訴至聯邦最高法院後，最高法院大法官不支持聯邦地區法院的見解，而正式宣告就賣斷經銷部分，不論「區域」或「顧客」限制，均屬當然違法。持此一見解的多數意見法官認為，依修曼法的精神，一但產品的所有權與控制權移轉後，不論是對銷售區域或銷售對象的限制，均屬當然違法；由於這類型約定對競爭的限制相當明顯，約定本身存在的事實，即足以認定其違法

⁶⁴ 388 U.S. 365 (1967).

⁶⁵ 237 F. Supp. 323 (N.D. Ill. 1965).

⁶⁶。但對於代理或寄售批發商部分，則由於產品所有權及銷售風險尚未移轉，故不論是「區域」或「顧客」限制，則應適用「合理原則」來審理⁶⁷。對此一判決，Stewart 大法官在不同意見書中提出嚴厲的批評，認為多數意見的判決理由是一項「僵化且無關的公式」(wooden and irrelevant formula)⁶⁸。多數意見顯然是建立在習慣法禁止所有權人就後續財產權利人限制其轉讓 (restraint of alienation) 之傳統古老原則。但誠如 Stewart 大法官所言，幾世紀前認定財產權一但轉讓後，原權利人對該財產後續利用即無任何利害關係的看法，在複雜行銷政策、大規模廣告、及具垂直整合關係的製造商與零售商隨處可見的今日，已不合時宜⁶⁹。Schwinn 案係一過於重形式而輕實質的判決理由，不斷受到學界與實務界的批評，導致在不到 10 年的時間，美國聯邦最高法院即在 1977 年的 *Sylvania* 案中，推翻了該項判例，改以「合理原則」審理垂直區域限制約定⁷⁰。

Sylvania 為美國一家小型電視製造與銷售公司。為挽救其在全國日趨下滑的市占率，自 1962 年起，*Sylvania* 決定改採加盟 (franchise) 方式，將其產品透過經篩選的小型加盟店來銷售，並逐漸結束與獨立經銷商的合作關係⁷¹。為達擴展市場目的，*Sylvania* 限制每個銷售區域的加盟店數，並要求所有的加盟店只能從其所授權銷售的區域出售 *Sylvania* 的產品，*Sylvania* 有權依各加盟區域的經營成效，來決定是否增加加盟店數。除了銷售區域的限制外，*Sylvania* 仍允許加盟店得銷售他種品牌產品。

⁶⁶ 388 U.S. 379.

⁶⁷ 388 U.S. 370 - 82.

⁶⁸ *Id.*, at 394.

⁶⁹ *Id.*, at 392.

⁷⁰ 陳志民，To *Sylvania* and Beyond：一項分水嶺判決之理論建構及延伸觀點，公平交易季刊，第十九卷第一期，頁 1 (2011 年 1 月)。

⁷¹ 前揭註，頁 39。

Sylvania 轉型的經營策略，明顯提高了其銷售量及市占率，截至 1965 年為止，該公司已成為全美第八大的電視銷售品牌⁷²。

本案上訴人 Continental TV 原為 Sylvania 在舊金山地區的加盟店，由於 Sylvania 認為該地區的銷售狀況不如預期，決定在距離上訴人加盟店約 1 英里處增加一家新的加盟店。上訴人大表不滿，並自此與 Sylvania 在業務經營上履有爭執，導致 Sylvania 案最後決定終止其與上訴人間的加盟契約⁷³。Continental TV 則提起本訴訟，主張 Sylvania 的銷售區域限制政策，已對市場交易與競爭產生限制效果，違反了修曼法第 1 條之規定。

本案於地院審理時，法官即依此前述之 *Schwinn* 案指示（instruct）陪審團，將審理重點置於產品所有權與風險是否已移轉，而不須再考量區域限制約定是否合理的問題⁷⁴。不過，本案經上訴至聯邦巡迴法院後，巡迴法院法官以本案不論在涉案行為本質、市占率、及其對市場競爭衝擊等方面，均和 *Schwinn* 不同，故有將本案改採「合理原則」之必要⁷⁵，而聯邦最高法院最終也支持此一看法，並進而廢棄 *Schwinn* 一案。由於聯邦最高法院對 Sylvania 案之判決，深受當時關於垂直交易限制約定經濟理論的影響，若能對各該理論有初步的認識，將有助於了法院之判決論理及何以 Sylvania 案會是美國反托拉斯法上之一項里程碑。

Sylvania 案的最大意義，在於其正式宣告美國反托拉斯法「形式劃分」年代的落幕。誠如 Powell 大法官在其主筆的多數意見書中所言：「現實應主宰判斷……反托拉斯法的目標是實質。」（“Realities must dominate the judgment....The Anti-Trust Act aims at substance.”）⁷⁶並於判決中，明白

⁷² 前揭註，頁 39。

⁷³ 前揭註，頁 40。

⁷⁴ 433 U.S. 41.

⁷⁵ *Id.*, at 42.

⁷⁶ 433 U.S. 47.（轉引 Hughes 大法官在 *Appalachian Coals, Inc. v. U.S.* 一案中的論述）

宣示「垂直區域限制」改以「合理原則」審查之。最高法院並進一步從芝加哥學派經濟理論觀點，批評建立在過度「形式」區分之上的法律原則，並深入討論垂直交易限制所具有之促進競爭效果，及其與廠商使用相關限制手段之關聯性。

(一) 以「形式劃分」為據之法律原則的妥當性

聯邦最高法院認為，傳統執著於以所有權移轉與否，作為適用「當然違法」或「合理原則」的標準，不僅缺乏支持之理由，也未說明何以垂直交易限制之競爭效果，會隨著交易形式的不同而有所不同⁷⁷。至於判例中提及垂直限制有違習慣法中保護所有人有「讓與的權利」的精神，以及無法保護獨立經銷商價格決定自由等理由，大法官在 *Sylvania* 判決的註腳 21 中亦有所批判⁷⁸。對於前者，聯邦最高法院引用 Stewart 大法官在 *Schwinn* 案中的不同意見書認為，四百年或一百年前的習慣法如何規定，與反托拉斯法該如何看待垂直經銷限制對今日美國經濟所生之負面效果，二者並無關聯。至於保護對市場產品或服務價格、品質、或數量全無影響力經銷商之營業自主權，將使反托拉斯政策因與市場考量分離，而喪失客觀的判準。

(二) 「單一利潤」理論與「品牌間競爭」(interbrand competition) 作為核心原則

受「單一利潤」理論的影響，美國聯邦最高法院在依「合理原則」對本案行為進行市場效果評估時首先指出，垂直區域限制固然限制了特定區域內經銷商人數，降低同一品牌經銷商間之「品牌內競爭」(intra-brand competition)，但經銷商能否透過此一安排從市場中獲取更大的不當利

⁷⁷ 433 U.S. 54.

⁷⁸ *Id.*, at n.21.

得，仍受限於消費者有無跨區購買，而能自其他競爭品牌經銷商取得替代商品。當然，在此一邏輯下，判決理由內也反映了芝加哥學派所認為的反托拉斯法中只有「水平」問題的論點。聯邦最高法院認為，「品牌內」與「品牌間」競爭強度二者間並無關聯。換言之，獨占廠商的下游經銷商間之競爭可能非常激烈，但一個不具市場力的品牌廠商，也可能因採行獨家經銷制度，而剝奪品牌下游市場之競爭可能性。但對反托拉斯法而言，「品牌間競爭」(interbrand competition) 才是主管機關與法院所應關切的議題⁷⁹。

(三) 「誘因差異」與「專屬性投資」理論對判決之影響

承續對形式區分之不信任，聯邦最高法院進一步在芝加哥學派的理論下，歸納出垂直區域限制在促進「品牌間競爭」上，所具有的實質經濟效果⁸⁰。在控制上、下游商間之「誘因差異」問題上，大法官首先提及其與創造促銷誘因之關係。特別是對新進廠商而言，利用類似區域限制的方式，確保經銷商於劃定市場中之一定利潤，可提高經銷商銷售與促銷其產品的意願，對不具市場知名度的新產品而言，實有其必要性與實益。引申聯邦最高法院的理由，以垂直區域限制保障經銷商利潤，除可創造出更為積極的促銷誘因外，當促銷行為涉及高沉沒成本的投資時，透過垂直區域限制約定，下游經銷商於一定銷售地理範圍內，因而取得之一定市場地位與超額利潤，本質上類似上游廠商預付與經銷商之「違約金」，可降低經銷商面對因「專屬性投資」而對促銷行為卻步之疑慮。

⁷⁹ *Supra* note 77, at 52 n.19.

⁸⁰ *Id.*, at 55-56.

（四）「誘因差異」理論對判決的影響（二）：垂直區域限制與避免搭便車行為

相對的，對市場中之既有廠商而言，垂直交易限制約定可讓經銷商有意願提供售後服務與維修。法院認為，對許多產品而言，服務及維修是相當重要的消費考量因素；其品質的高低，也攸關製造商之商譽及產品競爭力。然而，若經銷市場存有「搭便車」誘因，則即便每一個經銷商均了解，提供售後服務與維修會比不提供要來得有利，製造商所期待的服務與維修也可能不會出現。對此，雖有學者認為，以垂直區域限制約定來鼓勵提供維修服務，將導致產品過度的差異化，反而降低了「品牌間競爭」。但此一質疑明顯是假設促銷行為所提供之關於產品價格、品質、或服務等資訊，並非社會所需者；若非如此，則禁止垂直區域限制，將迫使廠商改以較無效率的行銷安排，以提供市場所需的相同訊息或維修服務。⁸¹事實上，以產品過度差異化為由，尚須主管機關有足夠的資訊，得以確認市場中的「最適量」消費訊息及服務為何。

（五）「誘因差異」理論對判決之影響（三）：垂直區域限制與「品質控制」問題

除「搭便車」行為外，因「品質控制」所生之誘因差異問題，亦是聯邦最高法院於本案不再適用「當然違法」原則的理由之一。除「品質控制」往往對製造商產品具有促銷效果之效率考量外，最高法院也指出，不論是習慣法或成文法的發展，美國有愈來愈多的法律規定，要求製造商應對產品的安全與品質負起直接的責任。法律上損害賠償責任的加重，相對的，也提高了製造商進一步掌控下游產品銷售與服務提供方式的正當性。

82

⁸¹ *Id.*, at 56 n.25.

⁸² *Id.*, at 55 n.23.

二、 搭售契約

雖然搭售（*tying*）安排仍被美國聯邦最高法院認為是「當然違法」（*per se illegal*）之行為，但綜合相關之案例發展，法院於審理個案時，仍會就市場結構與競爭效果等，進行實質上是「合理原則」（*rule of reason*）的反托拉斯法分析。綜合美國聯邦最高法院相關之判決，檢驗搭售之法律要件大致有以下幾點：1. 涉案行為須包括二項個別產品（*separate products*）；2. 涉案事業須在主要產品（*tying product*）市場中享有市場力量；3. 有事證證明買方確因被脅迫而接受搭售安排；4. 搭售將影響被搭售產品市場中相當數量之州際交易；5. 搭售對被搭售產品市場產生了反競爭效果⁸³。以下除了從法院判決理由說明相關要件外，並將搭配學理說明搭售所可能具有之促進競爭功能。

（一）「個別產品」要件

搭售之所以產生競爭法上之疑義，乃在於賣方要求買方同時購買其原本可分別並單獨購買之他產品，作為出售買方所需主要產品的條件，而剝奪了競爭者交易機會與參與競爭的可能性。因此，涉案之產品或服務必須是性質上買方可分別購買者，始有構成「搭」售之可能。換言之，若二項產品服務使用上無法分離，或是被搭售產品實質上是主要產品的一部分，則二者應屬單一產品。實務上，美國法院一向以「需求特徵」（*character of demand*）理論，視組合產品於交易過程中，是否普遍存在著個別獨立的需求來判斷，例如市場過去針對組合產品交易的型態，如買方同時及接續購買二項產品的比例差異為何，或是交易計價是否是二項產品分別計價等⁸⁴。殊值一提者，乃組合產品即便從需求特徵來看屬於個別產品，但二

⁸³ HERBERT HOVENKAMP, *FEDERAL ANTITRUST POLICY: THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE* 351 (1994).

⁸⁴ *Jefferson Parish Hosp. Dist. v. Hyde*, 466 U.S. 2, 22-24 (1984).

者合併使用若可提高使用效能，或是為有效率行銷產品所必須時，能否基於「功能」的考量，而將二者視為是單一產品？部分論者持肯定的見解。例如 O'Connor 大法官在 *Jefferson Parish* 案之協同意見書即指出，當產品組合銷售具有實質經濟利益（economic advantages）時，將產品視為是個別產品即屬不恰當⁸⁵。另外，在部分垂直行銷安排類型，如加盟（franchise）契約，品牌商標的授權搭配產品的購買義務，對於建立產品品牌形象與商譽有相當程度的必要性與關聯性，故部分美國法院將二者視為是單一產品，而不構成搭售⁸⁶。

（二）「市場力量」（market power）要件

事業必須於相關市場中具有一定的市場力量，始有可能成功地實施具反競爭效果之單方行為。以搭售為例，事業若在主要產品市場不具市場力量，則不願受制於搭售安排之買方，得以拒絕賣方之要求，另覓其他的替代交易對象，使搭售計畫無法成功。然而，即便從經濟的觀點來看，上述論點不言可喻，但綜觀美國判例，反托拉斯法院對於「市場力量」要件該不該成為搭售之要件之一，以及該如何界定市場力量等相關問題，並非一開始即有明確的答案，而學理上的辯論也未曾稍息。相關的討論大致可歸納為以下二點：其一、「市場力量」的門檻應設在何處？其二、如何判斷市場力量是否存在及其程度如何？

1. 「市場力量」門檻

在 1953 年的 *Times-Picayune Pub. Co. v. U.S.* 案⁸⁷中，Clark 大法官針對報社要求廣告托播商需同時購買其早報及晚報廣告版面的要求，試圖建立修曼法及克雷頓法在審理「市場力量」時的不同法律門檻。

⁸⁵ *Id.*, at 40-41.

⁸⁶ HOVENKAMP, *supra* note 83, at 368.

⁸⁷ 345 U.S. 594 (1953).

Clark 認為，克雷頓法應較修曼法關於「市場力量」要件之門檻規定要來得低，否則克雷頓法即沒有獨立存在的價值。例如，修曼法第 1 條適用於會產生「限制交易」(in restraint of trade)的行為，相對的，搭售行為只要會產生「實質影響市場競爭」之效果，克雷頓法即有適用之可能。據此，Clark 大法官作出進一步的區分標準：原告若能證明被告在主要產品市場具有相當市場力量，且搭售安排限制了被搭售產品市場中相當數量的競爭時，則原告即可主張搭售已構成修曼法第 1 條「當然違法」的行為。反之，若原告只能證明其中之一，則行為仍可依克雷頓法，依「合理原則」進行檢視。⁸⁸這樣的區分標準，讓部分在主要產品市場內不具市場力量廠商之搭售安排，也有違反反托拉斯法的風險。相對的，具有市場力之廠商，只要其搭售安排足以在被搭售產品市場產生實質之排除競爭效果時，即會被認定為當然違法，不得提出相關的效率抗辯⁸⁹。不過，此二分法並未在後續案件中為下級法院所採，總體而言，不論是修曼法或克雷頓法，已少有法院於搭售案件中不審視被告於主要產品市場中是否有一定之市場力。

較值探討者，乃「市場力量」門檻高低的設定問題。對此，美國聯邦最高法院從未表示違法搭售之具體市場力量門檻為何。美國早期較受矚目的搭售案件有不少均涉及不當利用專利權強迫被授權人接受搭售條件的問題，聯邦最高法院在審理這類型案件時，較傾向於將其視為是「專利濫用」之行為，「市場力量」並非審理之重點；即使部分法院注意到了「市場力量」的問題，但基本上均認為，「專利權」等同於「獨占」，而並未進一步就專利所涉及之相關市場範圍及市占

⁸⁸ *Id.*, at 608-09.

⁸⁹ HOVENKAMP, *supra* note 83, at 354.

率高低等加以分析。當然，將取得智財權與獨占力等同視之的觀點，在 1988 年美國國會修改專利法（Patent Act），以及聯邦最高法院 2006 年 *Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink., Inc.* 案⁹⁰後，已不再為法院所適用。但聯邦最高法院在 *U.S. Steel Corp. v. Fortner Enterprises*（*Fortner II*）案⁹¹之前，對於值得發動反托拉斯法進行調查的「市場力量」門檻，仍多以抽象之概念來界定，如賣方是否在主要產品市場中具有「支配」力量⁹²，或是控制了相當數量之主要產品，而讓賣方「享有足夠的經濟力量，而得以對被搭售產品市場的自由競爭施加可觀的限制。」⁹³甚至於在 *Fortner Enterprises v. U.S. Steel Corp.*（*Fortner I*）案中，美國聯邦最高法院，更以被告以較優惠的房貸條件，吸引買方必須同時購買其價格較同業為高之房屋，該房貸條件對買方所創造出之「獨特」（unique）經濟利益，已足以推論出賣方在主要產品市場已具有市場力量⁹⁴。*Fortner II* 案中推翻了 *Fortner I* 案的見解，認為產品的「獨特性」本身，尚不足以構成市場力量，除非另有事證證明獨特性的確可以創造市場力量。如果優惠房貸僅在反映賣方比競爭對手更有意原願接受較低的利潤，或承擔較高的風險，則法院常無法從所謂的「獨特性」，推論出賣方有較具優勢的經濟力量⁹⁵。這種不再只依賴抽象概念描述市場力量的界定方法，更具體的反映在 *Jefferson Parish* 案中。對於該案所涉及醫院搭售醫療手術與麻醉服務，美國聯邦最高法院認為，被告醫院在「手術服務」主要產品

⁹⁰ 547 U.S. 28 (2006).

⁹¹ 429 U.S. 610 (1977).

⁹² 345 U.S. 611. (Time-Picayune).

⁹³ *Northern Pacific Railway v. United States*, 356 U.S. 1, 6-8, 11 (1958).

⁹⁴ 394 U.S. 495, 505 (1969).

⁹⁵ 429 U.S. 622.

市場中約 30%的市占率，非修曼法下之具市場支配地位的廠商，因為消費者尚有 70%的替代手術醫療選擇存在⁹⁶。

殊值一提者，乃原告於本案中提出「市占率」無法精確反應出被告市場地位，因為醫療服務本身高度的專業性，使得消費者無從判斷醫療品質與價格間之關係，而醫療保險給付，也會讓消費者不具有比價的誘因。對此，美國聯邦最高法院認為，若「資訊不對等」與「第三人給付」真的會限制消費者進行替代選擇，則有無搭售安排，對於消費者的選擇結果並無任何影響，也不會擴大或減少被告醫院於相關市場中的市占率及市場力量⁹⁷。

2. 「市場力量」之衡量

對於反托拉斯法如何衡量廠商市場力量，經濟理論已有相當的討論。例如，著名的「拉納指數」(Lerner's Index)，以廠商訂價與邊際成本之差距，以及該差距與訂價間之比率作為市場力之指標。另外，也有以事業是否有能力長期獲取超額利潤，或是否有能力進行差別取價 (price discrimination) 等事實，作為推論市場力量存在之依據。實務上，普遍為各國所採行之衡量方法，乃首先透過所謂的 SSNIP (small but significant and non-transitory increase of price) 法則，運用經濟學上產品或服務之需求價格交叉彈性 (price cross-elasticity of demand) 理論，觀察產品或競爭區域間之替代可能性，界定個案所涉及之「相關市場」(relevant market)，再判斷涉案被告於該相關市場內之實際市場占有率為何。簡言之，「市占率」高低，乃反托拉斯法院及競爭主管機關判斷事業是否有市場力的初步也可能是最主要的標準。

⁹⁶ 466 U.S. 26-27.

⁹⁷ *Id.*, at 27-28.

上述 SSNIP 界定方法從出現之初即受到不少的批評⁹⁸。哈佛大學法學院教授 Louis Kaplow 更在最近的一篇論文中，對市場界定的缺失與必要性作全面性的批評⁹⁹。其認為該法則將導致執法者專注於「個別」與「特定」產品間之替代關係，而漠視了「市場整體」之替代彈性，故此方法所得出之市場力量將隨檢測者主觀所選定之比較產品市場，而缺乏一致性。故當有證據得以直接證明廠商行為之反競爭效果時¹⁰⁰，如行為導致市場整體產出減少，則不須界定「相關市場」與「市占率」，仍可得出事業具市場力之事實。

另一項對 SSNIP 的批評，在於「市占率」往往無法真實反映賣方因「市場的不完美性」(market imperfection) 所得進一步取得對買方之交易優勢。就搭售安排而言，最有名的案例，當屬 1992 年的 *Eastman Kodak v. Image Technical Service*¹⁰¹ 一案。Kodak 公司遭 Kodak 影印機獨立維修商起訴，主張該公司自 1985 年開始，只將維修零件售予同時使用 Kodak 公司所提供之維修服務的使用者，並同時嚴格管控零件之流向，使獨立維修商難以取得零件以進行維修服務。獨立維修商主張，Kodak 的搭售案安排，讓 Kodak 公司得以排除維修市場之競爭，並取得獨占地位，違反修曼法第 2 條之規定¹⁰²。Kodak 則辯稱，美國影印機市場是屬於競爭市場，因此，任何 Kodak 可以藉由搭售而在被搭售產品市場（維修服務）所增加的利潤，均會

⁹⁸ 相關批評的整理簡介，可參見 Louis Kaplow, *Why (ever) Define Market*, 124 HARV. L. REV. 437, 476-79 n. 78, 79, & 80 (2010).

⁹⁹ See generally Kaplow, *id.*

¹⁰⁰ See Eric L. Cramer & Daniel Berger, *The Superiority of Direct Proof of Monopoly Power and Anticompetitive Effects in Antitrust Cases Involving Delayed Entry of Generic Drugs*, 39 U.S.F. L. REV. 81, 100 (2004).

¹⁰¹ 504 U.S. 451 (1992).

¹⁰² *Id.*, at 458-59.

被影印機市場所減少的需求損失所抵銷，也不可能因此而得以擴大其在維修服務市場的市場力量¹⁰³。

美國聯邦最高法院於判決中否決了 Kodak 關於市場力量的抗辯。法院指出，Kodak 的論述建立在完美市場假設之上；但對於像影印機這種複雜的耐久財，使用者與廠商間對於產品有一定程度的資訊不對等。買方無法於決定購買何種品牌影印機之初，正確估算購買後維修之頻率與成本，以判斷購買 Kodak 影印機是否對其有利。而一旦買方因資訊上的落差而作出錯誤的消費決定，將因此而被套牢（lock in）於與 Kodak 的售後維修服務關係，或需承擔一定的轉換成本，始得脫離該關係。

不過該案判決仍有 4 位大法官持不同的意見，認為資訊不對等的問題，有可能可以透過較為市場導向的方法來加解決，消費者並非如多數意見所想像的那麼無助。反對意見認為，消費者在取得與運用資訊的能力上並非完全一致。較專業的買方得提供關於影印機品質與相關維修資訊予較弱勢之買方，以協助其改善資訊不對等的問題。另外，若資訊是消費者所需，則競爭對手也有提供正確資訊，以爭取其等青睞的誘因。再者，誠如 *Jefferson Parish* 案所言，搭售與否並無法解決法院所關切的資訊不對等，以及 Kodak 因此而得維持或擴大其既有的市場力量等問題。

（三）「脅迫」（coercion）要件

違法搭售安排必須要具有脅迫買方同時購買被搭售產品的效果，且該項脅迫足以影響買方最終之消費選擇。美國法院對於搭售契約中之「脅迫」要件具體內容為何，有不同的判斷標準，大致可歸納為以下四種主要

¹⁰³ *Id.*, at 465-66.

見解¹⁰⁴：

1. 買方是否被強迫需購買被搭售產品才能取得主要產品，或是買方有無單獨購買主要產品的可能。
2. 賣方被告是否在主要產品市場中有市場力量。
3. 買方是否本來即會購買被搭售產品，故強迫其同時購買，並不會對造成損害。
4. 若沒有搭售要求，是否買方替代選擇的機會就不會被剝奪。

從 *Jefferson Parish* 的判決理由來看，美國聯邦最高法院似乎融合這四項見解。例如，最高法院指出，當賣方享有足夠的市場力量，可以要求買方從事其在「一個競爭市場中將不會採行的行為」時，搭售行為才有違法的可能；同理，若賣方可以強迫買方購買的方式，來限制市場中有價值的競爭，則制裁搭售安排，也具有正當性¹⁰⁵。

（四）影響被搭售產品市場中相當數量之州際間交易

此一要件的主要目的，在確認被告得利用搭售來排除被搭售市場競爭的程度，及延伸市場力的可能，故所謂的「相當數量的交易」（**substantial amount of commerce**），理論上應以競爭者因搭售而被排除於相關市場中競爭的「比例」（**percentage**）為標準。不過美國聯邦最高法院傾向於以被告於被搭售產品市場中之銷售金額作為標準¹⁰⁶。

（五）搭售之競爭效果評估

由於除了涉及專利產品之搭售，在 2006 年 *Illinois Tool Works* 案後，

¹⁰⁴ HOVENKAMP, *supra* note 83, at 364.

¹⁰⁵ *Id.*, at 365.

¹⁰⁶ 例如在 *United States v. Loew's, Inc.* 一案中，認定被告之銷售金額超過\$60,000，已足以影響相當市場交易量。371 U.S. 38, 48 (1962).

改依「合理原則」審理外¹⁰⁷，其他類型的搭售安排，於現行美國反托拉斯法下，仍被歸類為是「當然違法」之行為。故理論上美國法院並無須評估搭售安排之競爭效果，特別是潛在之促進競爭功能。但就實務上的判決來看，法院事實上仍會就搭售之競爭效果為一定程度的論述。除「延伸市場力」、「建構市場參進障礙」、「規避市場管制法規」、及「差別取價」等常見之搭售反競爭效果外，亦不乏於判決中就學理上常見之搭售促進競爭效果加以討論者¹⁰⁸。例如，搭售可提昇生產效率，解決垂直整合事業上、下游市場所可能出現之無效率生產要素組合問題。另外，搭售可能是係廠商控制產品品質之手段。特別是在加盟連鎖業中，常見授權廠商要求下游加盟店需同時向其或其所指定之供應商購買生產加盟產品所需之原類料或設備，作為授權加盟之條件。其主要目的，在於控管加盟業者因未能遵守相關之品管要求，而導致產品品質降低，而連帶影響了其他遵守品管要求加盟店之銷售利益，並傷害加盟事業之整體企業形象。再者，當上游廠商對於下游廠商是否具有成功促銷產品能力，可能所知有限，而下游廠商對於市場需求未能準確預估，也可能無從得知引入新產品是否能獲利時，搭售安排可讓上、下游業者得以透過契約合理將市場不確定性風險分配與締約雙方，增加交易關係形成之機率及擴大產品銷售量。

三、排他交易

如前所述，排他交易安排於美國法下同時受到修曼法、克雷頓法、及 FTC Act 之規範。其中，克雷頓法第 3 條的規定，乃多數訴訟中原告所據以起訴之法條依據。該條中之「效果」要件判斷，即「實質減損競爭」及

¹⁰⁷ 547 U.S. 28 (2006).

¹⁰⁸ 相關的討論，可參見陳志民，論美國反托拉斯法對搭售安排「個別產品」要件之認定標準，第五屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，頁 477、489-494（1999 年 5 月）。

「創造獨占」的可能性認定，也往往是各級法院於個案中所面臨的最大挑戰。

1922 年的 *Standard Fashion Co v. Magrane-Houston* 案¹⁰⁹，是美國聯邦最高法院在 1914 年克雷頓法實施後，第一次就排他交易行為表達反托拉斯法上的見解。Standard Fashion 乃位於紐約州的一家專門行銷女裝及童裝服飾紙板（paper patterns）的公司，Magrane-Houston 則是位於波士頓的一家服飾零售店。1914 年二家公司締結契約，Standard Fashion 允諾以折扣價出售紙版予 Magrane-Houston，Magrane-Houston 則同意不銷售其他公司之紙板。至 1917 年，Magrane-Houston 停止銷售 Standard Fashion 的紙板，並開始銷售 Standard Fashion 競爭對手 Mc Call 公司之紙板。Standard Fashion 主張 Magrane-Houston 違約，但後者則主張 Standard Fashion 的要求已違反了克雷頓法第 3 條之規定。於下級法院的訴訟中，Standard Fashion 主張排他交易安排於業界相當普遍，對於供應商、經銷商及消費者而言均屬有利，且在欠缺專利或著作權保護下，排他交易契約對保護紙板商的原創服飾設計而言，實屬必要。然而下級法院並不採此一抗辯理由，並認定由於有將近 40% 的 Standard Fashion 下游經銷商均採行此一排他交易契約，已對競爭產生實質的限制效果而違法了克雷頓法第 3 條之規定。

本案經上訴至美國聯邦最高法院，聯邦最高法院大法官一致認為修曼法中的「合理原則」不適用於克雷頓法第 3 條¹¹⁰，但其同時也表示，該條中之「實質減損競爭」要件，並非指交易安排只要有減損競爭之「可能性」（possibility）即屬違法，尚需進一步檢視其有無被實現之「可行性」（probability），以及其是否能創造出真正獨占的趨勢¹¹¹。但聯邦最高法院

¹⁰⁹ 258 U.S. 346 (1922).

¹¹⁰ *Id.*, at 356.

¹¹¹ *Id.*, at 356-57.

並未具體闡述如何區分「可能性」與「可行性」的標準，而仍只是依下級法院的看法，認為有相當比例的 *Standard Fashion* 經銷商均受此一排他交易安排拘束，而認定 *Standard Fashion* 違反克雷頓法第 3 條之規定。

類似的爭議出現在 20 年後的 *Fashion Originators' Guild v FTC* 一案¹¹²。*Fashion Originators' Guild* 是由紡織及女裝生產商所組成之同業團體，其組成的目的，乃在因應來自抄襲組織成員原創服飾設計的生產與經銷商的競爭。組織成員要求服飾生產商不得使用抄襲組織成員設計的供應商所提供之布料；生產商亦不得將服飾售與銷售抄襲業者服飾的零售商。本案經 FTC 調查後，認為行為已構成「不公平競爭方法」，而依 FTC Act 第 5 條禁止 *Fashion Originators* 採行該行銷策略。聯邦最高法院於本案中支持 FTC 的見解，以 *Fashion Originator* 於市場中具一定市場支配力量，作為其行為已違反克雷頓法及 FTC Act 的理由。最高法院特別指出，在 1936 年，組織成員在全美女裝的銷售量中，有 60% 的批發價格超過 10.75 美元，38% 超過 6.75 美元。此一事證被聯邦最高法院認為已有能力創造市場獨占趨勢，及遂行對對手不公平之競爭手段¹¹³。至於 *Fashion Originator* 所提出，該排他交易安排乃為確保成員設計成果不被競爭對手抄襲之抗辯理由，最高法院則認為與本案並不相關。

綜合上述二案聯邦最高法院的見解，實施排他交易之事業若於相關市場中具有支配力量，其行為即有違法之可能。但在 1947 年的 *Standard Oil of California v US* 案¹¹⁴，最高法院採取了對被告更為不利之判斷標準。*Standard Oil* 是加州一家石油公司，至 1946 年為止，該公司占美國「西岸地區」(*Western Area*)，包括 *Arizona*、*California*、*Idaho*、*Nevada*、*Oregon*、*Utah* 及 *Washington* 等州的零售汽油銷售量的 23%。其中，有

¹¹² 312 U.S. 457 (1941).

¹¹³ *Id.*, at 467-68.

¹¹⁴ 377 U.S. 293 (1949).

6.7%是透過與獨立加油站簽訂排他交易契約的方式來銷售，每年營業金額約 5800 萬美元。至 1947 年為止，Standard Oil 已和 5937 家獨立加油站締約，約占西岸地區所有零售加油站的 16%。市場中另有其他 6 家主要競爭業者，合計市占率約 42.5%，以及 70 家小型的煉油公司¹¹⁵。在此一市場結構下，難謂 Standard Oil 具有聯邦最高法院所關切的市場支配地位。不過，美國聯邦最高法院於本案中建立了「量化相當性」(quantitative substantiality) 的檢視原則。聯邦最高法院一改過去以是否具市場支配力量作為主要標準的執法態度，而改以排他交易及其對競爭的限制是否會對涉案產品市場的競爭產生相當實質之影響作為依據¹¹⁶。而依上述之相關數據，聯邦最高法院認為本案所涉及之排他交易安排已該當克雷頓法第 3 條之「實質減損競爭」要件。

殊值一提者，乃主審大法官 Frankfurter 於本案中特別提及了排他交易與搭售契約在經濟效果上的不同，前者有較明顯的促進競爭效果¹¹⁷。例如，對買方而言，可確保供給、有利於進行長期的銷售規劃、節省倉儲成本；而從賣方的角度來看，可大幅降低銷售費用，避免因市場價格波動對其所產生之資金及經營上的不確定性等。據此，Frankfurter 承認搭售和排他交易應有適用不同審理標準的必要。但其最後並未於判決中反映此一立場，主要乃考量到法院可能沒有能力妥善處理其中所涉及之複雜經濟議題。

Standard Oil 過於狹隘的以相關市場中交易數量受影響程度作為判準的見解，在之後的 *Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co.* 一案受到質疑¹¹⁸。Tampa Electric 乃位於美國 Florida 州的一家電力公司。1955 年為因應

¹¹⁵ *Id.*, at 295.

¹¹⁶ *Supra* note 114, at 314.

¹¹⁷ *Id.*, at 305-06.

¹¹⁸ 365 U.S. 320. (1961).

用電需求的增加，Tampa Electric 決定擴廠並和 Nashville Coal 簽訂了 20 年的長期煤礦供給契約，Nashville 將供應這段期間 Tampa Electric 所需的所有煤礦。相關證據顯示，除 Tampa Electric 的需求外，Florida 半島每年的煤需求量約 700,000 噸，在 Tampa Electric 營運地區另外尚有 700 家煤礦供應商。依 Tampa Electric 預估每年最高的需求量 2,250,000 噸來算，約只占市場的 1%¹¹⁹。1957 年 Nashville Coal 通知 Tampa Electric，因該供應契約違反聯邦反托拉斯法，故其無法履約，導致 Tampa Electric 必須以更高的價格向其他廠商購買所需的燃料。Tampa Electric 遂向法院提起訴訟主張該契約有效。地院及上訴法院均認定 Tampa Electric 的契約已違反了克雷頓法第 3 條而無效。

美國聯邦最高法院推翻了上訴法院的判決，並在發回地院重審的判決理由中，建立了三階段的「質化相當性」(qualitative substantiality) 審查原則¹²⁰。在該項審查原則下，排他交易契約有無「實質減損競爭」或「創造獨占」的可能，法院應先檢視：

- (一) 受排他交易安排影響之涉案產品為何；
- (二) 受排他交易安排影響的相關地理市場範圍為何；
- (三) 相當程度的相關市場競爭將因排他交易安排而受到封鎖，換言之，其他競爭事業繼續或加入市場競爭的機會是否會因此而受到相當的限制。

在判斷「相當性」及權衡行為對相關市場競爭之影響程度時，法院除需考量相關當事人間之市場力量，受影響交易量相對於相關市場整體交易量的比例外，也要考量該被排除之交易比例對於相關市場中有效競爭之立即及未來效果。排他交易契約本身是否包含相當的交易金額，並非判斷行

¹¹⁹ *Id.*, at 324.

¹²⁰ *Id.*, at 325-27.

為違法性的決定性因素。

第三節 美國聯邦下級法院及競爭主管機關近來代表性判決介紹

一、排他交易

美國聯邦第 3 上訴巡迴法院 2005 年的 *U.S. v. Dentsply Intern., Inc.* 案¹²¹是近年來美國聯邦下級法院針對排他交易安排案件中較受矚目者。被告 Dentsply 是美國主要的人工假牙製造商，雖然在「預鑄人工假牙」的相關市場中共有約 12 到 13 家製造商，Dentsply 的市占率從營收來計算約占 75%-80%，從銷售單位來計算也約有 65%，是第二大競爭業者的 15 倍。Dentsply 向來的政策是不鼓勵其經銷商銷售競爭對手的產品，對於不遵守該要求之經銷商，將面對被終止經銷權的風險。相較其競爭對手而言，Dentsply 自 1990 年開始即是市場中最積極的促銷者，其在市場上也以相當具侵略性的價格調漲策略而聞名，並已於市場中建立了居高不下的「價格傘」(price umbrella)，有報告指出，至 1996 年為止，Dentsply 從假牙產品的獲利增加了 32%，從 1680 萬美金增加至 2220 萬美金。

聯邦地區法院否決了美國政府認為 Dentsply 已違反修曼法及克雷頓法的指控。法官認為，Dentsply 的排他交易要求，並無法成功地妨礙其競爭對手透過與其他經銷商合作，來達到進入市場的目的。另外，Dentsply 的經銷商若不滿意其經銷策略，隨時可退出其經銷體系；而美國政府也未能證明 Dentsply 可以成功地阻止潛在競爭者加入市場競爭，潛在競爭者可選擇直接將產品售予實驗室來和 Dentsply 競爭。

美國政府對上訴程序中不再爭執修曼法第 1 條及克雷頓法第 3 條，而是針對被告之行為是否已構成濫用市場力量，而有適用修曼法第 2 條的餘

¹²¹ 399 F.3d 181 (3rd Cir., 2005) .

地。美國司法部主張，Dentsply 在相關市場中 75%-80% 的市占率，建立了「價格傘」(price umbrella)，重覆且具侵略性的價格調漲策略，以及排除競爭對手與主要經銷商進交易等事實，均足以證實 Dentsply 具有修曼法第 2 條之市場力量。相對的，Dentsply 則主張競爭者已於市場中享有一席之地，而其價格並非非競爭價格。Dentsply 之所以有如此高的市占率與利潤，乃其積極促銷的成果，而非透過反競爭的行為實現。

第 3 巡迴上訴法院於判決中首先確立了修曼法第 2 條的適用，應包含以下三項要件的審查。其一、市場力量要件；其二、涉案之行為需具有反競爭的效果；其三、該行為是否具有商業上的正當性。就市場力量的部分，上訴法院認為 Dentsply 的市占率已足以讓法院推定為具有市場力，此外，Dentsply 也有能力長期的維持其與其他競爭對手相當差距的市占率優勢。證據顯示，Dentsply 確實有能力可以排除競爭對手利用既有的經銷商來銷售競爭產品。再者，Dentsply 的市場力量展現在其維持產品的市場高價格的能力之上，且當競爭對手未跟進漲價時，Dentsply 也並調回其價格，加上其獲利持續增加，此均證明 Dentsply 可以不用顧及競爭對手的反應來決定其產品之產出與價格。

在排他交易的反競爭效果部分，上訴法院強調，所謂的「排除」，並不需要達到全面性的排除競爭對手競爭的機會，而是是否限制了相當數量競爭者參與競爭的機會。雖然地院認為競爭製造商可以以直接銷售予實驗室的方式來因應 Dentsply 的排他交易安排，但上訴法院發現，實務上，基於交易信用與服務等考量，多數的買方仍較偏愛與經銷商進行交易，故 Dentsply 的交易安排，將迫使競爭對手使用較無效率的行銷管道，降低其等對 Dentsply 的競爭威脅。

最後，就商業正當性部分，Dentsply 在地區法院訴訟過程中曾提出，排他交易安排乃在確保經銷商專注於促銷 Dentsply 的產品，並避免經銷商進行對 Dentsply 行銷投資的「搭便車」行為，但不為地院法官所採。

地院法官認為，本案經銷商對於客戶因「搭便車」行為，而無法享受相關必要服務的後果，與 Dentsply 具有相同甚或更直接的利害關係。蓋對服務不滿意的客戶，可以改向其他 Dentsply 經銷商購買 Dentsply 的假牙產品，Dentsply 的產品銷售量並未受到影響，但對經銷商而言，則是客戶流失的一項損失¹²²。另外，Dentsply 也未能提出具體事證以證明使用排他交易對此一商業考量的必要性。上訴法院依據地區法院的見解，駁回了 Dentsply 的抗辯。

若一項值得注意的案例，乃 *Intel* 案。2009 年美國聯邦交易委員會依限制市場競爭及意圖維持其獨占地位為由，起訴 Intel。FTC 認為 Intel 利用其在個人電腦「中央處理器」(CPU) 市場的市場力量，以一系列的相關行為阻礙其競爭對手與電腦製造商進行交易。就涉及排他交易部分，FTC 指出，為防止電腦 OEM 廠使用其他競爭者，如 AMD 或 Via 公司的 CPU, Intel 一方面對於使用競爭者產品的電腦商，終止對其的產品及技術合作，中斷供應，並減少對其的行銷協助。另一方面，對於向 Intel 採購 100% 或接近 100% 公司所需的廠商，Intel 則確保其於缺貨時貨源不會中斷，免除其智財權訴訟的責任，或提供其財務支援用以和使用非 Intel 產品之 OEM 廠商競標等。

本案特別之處在於，FTC 是依 FTC Act 第 5 條關於不公平競爭 (unfair competition) 的規定來起訴，其構成要件相較於修曼法要來得寬鬆許多。雖然美國聯邦最高法院曾表示，違反修曼法的行為，FTC Act 也具有管轄權，但從法院過去的判決看來，FTC 處理本案的方式，實屬罕見。本案最後以和解收場，故無從得知法院對此的態度為何。不過本案也引發了美國學界對於適用不公平競爭手段法規，解決垂直交易限制行為的論辯。其辯論內容，頗值我國運用第 24 條處理類似案件時之參考。

¹²² U.S. v. Dentsply International, Inc., 277 F. Supp. 2d 387, 441 (D.Del. 2003).

二、搭售

近年來美國法關於搭售案件受到最多討論者，當屬 *U.S. v. Microsoft* 案¹²³。與傳統搭售行為不同者，乃本案的涉案產品為電腦軟體。此一特色，讓聯邦上訴巡迴法院就本案改採「合理原則」來審視搭售行為。聯邦上訴巡迴法院首先指出，傳統的「個別產品」(separate product)要件，全然忽略了主要產品與被搭售產品間組合使用的提昇使用效的功能，特別是在電腦軟體市場，不論軟體研發商的市場規模大小，軟體的整合研發乃此一產業的競爭常態。再者，也由於創新競爭是電腦作業系統平台軟體普遍存在的特色，聯邦上訴巡迴法院認為，其可能具有諸多法院依過去經驗所無法知悉與掌握的效率。法院若適用「當然違法」原則，將導致「錯殺」的成本大幅增加，並將因此而損及消費者享有更好科技產品的機會。

三、區域及顧客限制

在 *Sylvania* 案後，美國聯邦下級法院對於區域及顧客限制條款多已採行「合理原則」進行審查，特別是判決中所強調之「品牌間競爭」重要性高於「品牌內競爭」見解，使得水平競爭是否存在，以及被告在相關市場中之市場力量高低，成為行為是否違法的最主要考量因素。不過實務上仍有部分下級法院強調「品牌內競爭」分析的不可偏廢。例如在 *Eiberger v. Sony Corporation of America* 案¹²⁴中，原告 Eiberger 是 Sony 公司口述記錄設備 (dictation equipment) 的授權經銷商。於訴訟中，原告主張 Sony 對跟區銷售的經銷商收取「保證金」(warranty fee)，且在 Eiberger 拒絕支付該項費用後，終止其經銷權，導致其蒙受相當的營業損失。在該制度下，區域經銷商在提供售後維修服務予從區域外經銷商取得產品的客戶後，Sony 公司即先行支付費用予維修經銷商，再將該款項轉入出售產品的經

¹²³ 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

¹²⁴ 622 F.2d 1068 (2nd Cir. 1980).

銷商帳戶中。被告抗辯稱，「保證金」制度可以確保經銷商有適時提供客戶售後及維修服務的誘因¹²⁵。被告更依循 *Sylvania* 案中之主張，即使「保證金」制度會讓 Sony 經銷商間之競爭受到一定的限制，但只有該制度具有正當的商業上理由，即屬通過「合理原則」的檢視，而為合法的行為¹²⁶。

但此一抗辯並不為聯邦上訴法院所採，理由有二。其一，自「保證金」開始實施以來，Sony 在收到經銷商告知有跨區銷售的產品時，Sony 即直接透過產品序號，要求出售該產品的經銷費支付保證金，其從未確認經銷商是否已提供了相關的維修服務，或是先詢問出售經銷商有無提供服務意願、產品是否仍在保固期內等。Sony 採行該制度的出發點，顯非在避免市場中出現「搭便車」行為¹²⁷。再者、由於「保證金」的數額往往高於跨區銷售的的利潤，所以該制度已大幅限制了經銷商跨區銷售進行「品牌內競爭」的誘因，使產品價格被不當的提高¹²⁸。

另外，在行政主管機關部分，美國 FTC 曾在 1980 年調查 Coca-Cocla 和 Pepsi 二家軟性飲料公司對下游裝瓶商實施經銷區域限制¹²⁹。經調查後，FTC 認定該區域限制行為消弭了裝瓶商間之價格競爭，剝奪客戶的產品運送選項，妨礙了產品運送服務市場的競爭。面對 FTC 的決定，美國國會制定了「軟性飲料品牌間競爭法」(*Soft Drink Interbrand Competition Act*)，授權製造商得在商標授權契約中，使用區域限制條款¹³⁰。但該法案不適用於授權商品於相關市場中並無實質與有效的競爭，

¹²⁵ *Id.*, at 1073.

¹²⁶ *Id.*, at 1076.

¹²⁷ *supra* note 124, at 1077-1078.

¹²⁸ *Id.*, at 1080.

¹²⁹ *Coca-Cola Co.*, 91 F.T.C. 517 (1980); *PepsiCo., Inc.*, 91 F.T.C. 680 (1980).

¹³⁰ 15 U.S.C. §§3501-3503.

以及區域限制約定，係透過價格限制、水平交易限制、或集體杯葛等方式來實施者。

第四節 美國法關於非價格垂直限制之學理分析

在美國法下，除了「搭售」契約外，垂直非價格限制約定在 *Sylvania* 案後，基本上已改採「合理原則」來進行審查。而審查的重點主要放在相關市場中水平競爭的強度，以及垂直非價格限制之與當商業理由，特別是其與避免「搭便車」行為與「維持產品品質及聲譽」間之關係。影響所及，乃訴訟原告的舉證責任加重，特別是關於垂直非價格限制的經濟效果評估與抵銷，導致原告於訴訟中勝訴的機會大幅降低¹³¹。至於「搭售」契約，美國聯邦最高法院經由 2006 年的 *Illinois Tool Works* 一案，似乎已為將來全面改採「合理原則」埋下伏筆¹³²。事實上，部分美國聯邦上訴法院長期以來即認為，「當然違法」與「合理原則」的差異，在「搭售」契約的個案分析中已不存在¹³³。

歸納而言，被聯邦下級法院認定為符合「合理性」要求之垂直非價格限制主要有以下幾種類型：¹³⁴

- 一、限制跨區運送（limitations on transshipping）
- 二、禁止產品轉售

¹³¹ Marina Lao, *Resale Price Maintenance: The Internet Phenomenon and Free Rider Issues*, 55 ANTITRUST BULL. 473, 507-10 (2010)

¹³² 學者亦有持類似看法者，See Christian Ahlborn, David S. Evans & A. Gorge Padilla, *The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to Per Se Illegality*, 49 ANTITRUST BULL. 287, 289 (2004).

¹³³ Julian O. von Kalinowski, Peter Sullivan, Maureen McGuirl, Ralph Folsom & Frank Fine, ANTITRUST LAWS AND TRADE REGULATION § 22.02 note 5, at 7.

¹³⁴ Julian O. von Kalinowski, Peter Sullivan, Maureen McGuirl, Ralph Folsom & Frank Fine, ANTITRUST LAWS AND TRADE REGULATION § 19.02 (2nd ed. 2013).

- 三、禁止銷售予次經銷商（subdistributors）
- 四、禁止銷售與未經授權經銷商
- 五、分配客戶協議
- 六、獨家經銷契約及「主要責任區域」（areas of primary responsibility）約定
- 七、指派經銷地區
- 八、限制指派經銷地區外之銷售

而在少數被認定為不合理的非價格限制中，法院認定違法的主要理由在於相關的限制約定非被告當事人單方所為，而已涉及聯合勾結行為，特別是當限制約定是出自於下游經銷商集體要求下所為，且被告未能提出證明「品牌間競爭」確實存在的證據者¹³⁵。

至於在法院或競爭主管機關於進行個案審查時，其所會考慮的因素主要有三¹³⁶：

一、市場力量

雖然市場占有率（market share）非決定市場力量的唯一因素，但從美國下級法院的判決整體觀之，垂直非價格限制的「不合理性」（unreasonableness）的確與被告之市占率是否已達到足以市場支配（dominance）程度呈正向的關係。雖然實務上並未有統一的市占率門檻，但相關個案中，法院有認為被告之市占率雖已達 43%，但仍未達到違法所需的門檻；而從被認定違法的案例中，被告市占率往往需高達 70% 以上，相關的非價格限制才被認定為「不合理」的風險¹³⁷。

至於「搭售」契約，在 *Kodak* 案將「套牢」引入於分析架構後，搭

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ *Id.*, note 22 & 23.

售被告於「主要產品」市場中之市場力量的判斷標準，主要有以下三項¹³⁸：

（一）市場占有率

對此，美國法院並未要求被告需達到「獨占」或「支配」的程度，但其仍需達到足以影響價格或強迫買方接受搭售要求的經濟力量始有可能被認定為當然違法的搭售行為。不過在 *Jefferson Parish* 一案，聯邦最高法院已表示，市占率 30% 仍未達到違法的門檻。

（二）「搭售」契約被接受的比例

部分法院由搭售契約被接受的比例高低來決定市場力量。但由於買方仍可能基於對搭售產品的喜愛而購買，故除非無合理的理由可以解釋何以買方願意接受搭售安排，否則，此一推論存在著錯估市場力量的風險。

二、限制的目的和效果

在「合理原則」下，涉案之非價格限制必須會對市場產生反競爭的效果，方有構成違法之可能。特別值得一提者，乃美國聯邦下級法院在不少判決中均已表示，被告單有反市場競爭的「意圖」或「目的」，或使用「不公平競爭手段」，但行為不具有反競爭之「效果」者，仍不違反修曼法第 1 條之規定¹³⁹。

三、「品牌內」與「品牌間」競爭的權衡

在 *Sylvania* 案後，此一要件的權衡評估，往往是訴訟成敗的最關鍵因素。而依 *Sylvania* 的見解，在評估品牌間競爭效果時，法院並不需考量是否有較涉案的非價格垂直交易限制對市場競爭限制更少的替代手段，因為法院沒有能力判斷由一項限制約定轉換成另一項限制約定的實質社會利得

¹³⁸ JULIAN O. VON KALINOWSKI et al., *supra* note 133, § 22.02.

¹³⁹ *Supra* note 133, note 24.

(significant social gain) 有多高¹⁴⁰。

雖然美國司法實務對非價格垂直限制走向，似對被告有利，但仍有部分學者從經濟與法律的觀點提出不同的看法。經濟面的批評，主要在於法院過於重視「品牌間競爭」而忽略了「品牌內競爭」的重要性，以及法院不應忽略「較少限制手段」的存在。至於在法律面的批評，則主要是認為「合理原則」的操作過於繁複，往往超出法院所能妥適處理的範圍，而出現在實務上一面倒的均由被告勝訴的現象。部分論者除了主張不應將所有的非價格限制均適用「合理原則」外，也嘗試建構較為具體的「合理原則」操作原則。

(一) 評估「品牌內競爭」與「較少限制手段」的必要性¹⁴¹

批評 *Sylvania* 案過度強調「品牌間競爭」重要性之學者，以 Robert Steiner 教授最具代表性¹⁴²。在其一系列的論述中，Steiner 教授認為 *Sylvania* 的錯誤，源自於傳統經濟學理論普遍將上、下游廠商視為是「互補」(complementary) 的垂直交易關係，而忽略了現實市場中，即便是同一品牌內之製造商與經銷商間，彼此可能基於爭取更高的零售利潤分配比例，而進行「垂直競爭」(vertical competition)¹⁴³。持「互補」關係論點者，會認為上游廠商與下游廠商在市場力與利潤變動上，二者間不可能出

¹⁴⁰ 433 U.S. 58 n.29.

¹⁴¹ 以下分析乃引自陳志民，前揭註 70，頁 31。

¹⁴² Robert L. Steiner, *The Nature of Vertical Restraints*, 30 ANTITRUST BULL. 143 (1985) ; Steiner, *Intrabrand Competition - Stepchild of Antitrust*, 36 ANTITRUST BULL. 155 (1991) ; Steiner, *The Effect of GTE Sylvania on Antitrust Jurisprudence: Sylvania Economics—A Critique*, 60 ANTITRUST L. J. 41 (1991).

¹⁴³ Steiner, *Vertical Competition, Horizontal Competition, and Market Power*, 53 ANTITRUST BULL. 251, 254 (2008) ; Steiner, *The Evolution and Applications of Dual-Stage Thinking*, 49 ANTITRUST BULL. 877, 894-95 (2004) ; Steiner, *The Leegin Factors—A Mixed Bag*, 55 ANTITRUST BULL. 25, 35-36 (2010).

現反向的關係；但 Steiner 教授則從一些產業的實證研究中發現，上游製造商利潤的增加，反而促使下游零售商的利潤減少¹⁴⁴。例如，在對美國玩具市場的研究中，Steiner 發現當上游玩具製造商於 1950 年代開始進行全國性的產品廣告後至 1972 年為止，上游製造商的獲利增加了 8%，但同時期下游廠商的經銷利潤卻下滑了約 16%¹⁴⁵。可能的理由在於，廣告提高了產品之知名度，與消費者對產品之需求，連帶使經銷商有必須進貨的壓力，也讓經銷商對製造商之價格談判力減弱，使製造商有更大的空間來提高其出貨價格；而在「品牌內競爭」未受限制的情況下，經銷商的零售價格及「零售毛利率」(retail gross margin；RGM)，勢必因競爭而降低¹⁴⁶。反之，在某些「品牌間競爭」激烈的產業，如服飾業，零售價及毛利率卻不降反升¹⁴⁷。Steiner 認為，從這些歷史實證證據顯示，「品牌間競爭」的強弱，與下游市場零售價格的高低，不當然有必然的關聯；因此，「品牌間競爭」的存在，非但無法確保得以抵銷「品牌內競爭」被限制之負面效果，且很有可能會同時消弭了「垂直競爭」所可創造的利益，如更有效率的行銷方法，或較低之零售價格。

另外，Warren Grime 教授指出，「品牌內競爭」可確保零售商得進行有效率的「多品牌」(multi-brand)行銷，與較低之零售價格。對同時銷售多種競爭品牌的零售店而言，「品牌間競爭」出現在同一零售店內，在無垂直價格或非價格限制的情形下，零售商有較大的空間助消費者，以較低的價格取得對其最適合之品牌產品，真正落實「一次購足」(one-stop

¹⁴⁴ Robert L. Steiner, *The Inverse Association Between the Margins of Manufacturers and Retailers*, 8 REV. INDUS. ORG. 717, 721-23 (1993).

¹⁴⁵ *Id.*, at 721-722.

¹⁴⁶ Steiner, *The Evolution and Applications of Dual-Stage Thinking*, *supra* note 143, at 887.

¹⁴⁷ Steiner, *The Leegin Factors-A Mixed Bag*, *supra* note 143, at 37-38.

shopping) 之經濟效益¹⁴⁸。再者，零售商是否將忠實地將垂直限制所生之利潤用於產品促銷，取決廠商後續仍否有效監督¹⁴⁹；相對的，上游廠商可以使用其他監督成本與競爭限制效果較低之行銷手段，如全國性的促銷廣告或直接支付促銷折讓給真正促銷的零售商，來實現控制上下游廠商之誘因差異問題¹⁵⁰；或是以降低上游批發價格的方式，仍能在不限制下游市場競爭的前提下，鼓勵經銷商提供有利之售前服務¹⁵¹。

(二) 操作「合理原則」的必要性及可行性

Sylvania 案在改採「合理原則」審查非價格限制的同時，卻並未就如何操作「品牌內競爭」與「品牌間競爭」，以及避免「搭便車」行為及確保產品品質與商譽等效率抗辯，提出具體的判斷因素或標準。此一遺漏所引發後續的學理爭議有二。其一、現實生活中，究有多少產品或服務，是消費者非得借助售前說明，方可作出最有利之消費決定者？過多的資訊提供，有可能不僅無助於消費者選擇，甚至於出現產品過度差異化，整體福利效果降低的結果¹⁵²。其二、「合理原則」判斷因素的不確定，使原告於訴訟中的舉證成本與法院的執法成本大幅提高。例如，以確保下游經銷商利潤，以誘使其有意願促銷品牌產品的效率理由，在實務上，將很難和垂

¹⁴⁸ Grimes, *The Life Cycle of a Venerable Precedent: GTE Sylvania and the Future of Vertical Restraints Law*, 2002 ANTITRUST 27, 29 (2002).

¹⁴⁹ Benjamin Klein & Kevin M. Murphy, *Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms*, 31 J. L. & ECON. 265, 266 (1988).

¹⁵⁰ Grimes, *supra* note 148, at 28. .

¹⁵¹ Robert Pitofsky, *The Sylvania Case: Antitrust Analysis of Non-price Vertical Restrictions*, 78 COLUM. L. REV. 1, 19 (1978).

¹⁵² Richard Schmalensee, *Entry Deterrence in the Ready-to-Eat Breakfast Cereal Industry*, 9 THE BELL. J. ECON. 305, 316 (1978)；早期受哈佛結構學派的影響，因產品過度差異化，使市場出現參進障礙，曾是美國反托拉斯法所關切的議題。See Hovenkamp, *The Law of Vertical Integration and the Business Firm: 1880-1960*, 95 IOWA L. REV. 863, 911 (2010).

直限制係由下游經銷商所發動用以穩定下游聯合行為的負面效果作明確的區分¹⁵³。

針對第一個問題，學理及實務上即有論者主張部分非價格限制繼續維持「當然違法」原則。例如，美國聯邦交易委員會前主席 Pitofsky 即認為，由經銷商所策動之非價格垂直限制，應繼續以當然違法原則來審理，因為相較於由上游供應商所要求之限制，經銷商所策動者，往往有更強的穩定卡特爾的效果¹⁵⁴。再者，非價格垂直限制，若涉及上游供應商保留其專屬之銷售區域、產品、或交易相對人，則此類安排實質上等同於「水平」的市場限制，也應以「當然違法」原則來審理。¹⁵⁵ 最後一類應維持「當然違法」原則者，乃具有直接或間接維持最低價格之非價格垂直限制。例如，上游製造商以垂直區域限制的方式，來避免折扣商取得商品，以維持最低轉售價格維持之協議¹⁵⁶。

至於「合理原則」的具體操作考量因素，Pitofsky 則提出了以下的判斷建議與考量順序¹⁵⁷：

1. 「品牌內競爭」是否已實質或全部被排除

相較於「品牌間競爭」必須衡量垂直限制對福利效果，「品牌內競爭」是否受到限制的程度是較容易被判斷。若「品牌內競爭」並未受到實質的限制，則法院或競爭主管機關即不用再進行後續更為繁複的市場效果分析。例如，製造商若在一相關市場中指定 5 家到 10 家經銷商，再限制這些品牌經銷商不得銷售給未經授權的經銷商或銷售區域，由於品牌內競爭並不會因此而受到實質的限制，故主管機關國法院即不需再進行「品牌

¹⁵³ Pitofsky, *supra* note 151, at 19.

¹⁵⁴ *Id.*, at 30.

¹⁵⁵ *Id.*, at 31-32.

¹⁵⁶ *Id.*, at 32.

¹⁵⁷ *Id.*, at 34-37.

間競爭」的分析。

2. 限制約定的目的 (purpose)

當限制「品牌內競爭」的效果顯著時，Pitofsky 認為接下來即需優先檢視製造商實施垂直交易限制的目的 (purpose) 為何。不過，他也指出，通常一項垂直限制中會同時包括正面促進競爭的目的，以似負面反競爭的目的，且不易區分。例如在區域限制的案例中，廠商究竟是基於避免搭便車，或是刻意讓競爭的經銷商無法取得產品而實施類似的限制，在訴訟過程中，可能無法明確的被區隔。故除非有明確的證據可以認定，否則「目的」雖應被考慮，但所占的比重不應太高。

3. 上游廠商的市場力量

當廠商為獨占者或接進獨占時，由於「品牌內競爭」已接近於全部被排除，也不可能期待上游廠商可以藉由垂直限制來強化自己在「品牌間競爭」的能力，垂直限制在這種情況下，應被視為是違法。相對的，若上游廠商是新進廠商，或是面對激烈「品牌間競爭」的小型垂危事業，則非價格的垂直限制應被視為是具有正當性的安排。至於實務上更常見，游走於這二類極端案例類型的案件，Pitofsky 認為，則需視垂直限制之約束程度是否嚴格而無彈性，若非如此，則垂直限制在促進上游市場勾結的效果也相對較弱。當被告能提出實質與正當的促進競爭效果時，行為就愈有可能是正當的行為。

4. 是否有合理的替代手段 (reasonable alternatives)

此處所指的「合理」，並非「最佳」(perfect) 或「限制最少」，且足以取代非價格限制約定來實現促進競爭效果的約定。若採此一標準，對於被告而言過苛，蓋在多數情況下，原告均不難找到一項較系爭限制手段限制較少的手段來實現效率目的。

5. 產品異質化 (product differentiation) 的程度

產品的異質化程度愈高，上游廠商就愈有可能透過垂直非價格限制來

提供最終市場價格，因此理論上應受到較嚴格的檢視。不過，應注意的是，就垂直非價格限制約定的促進勾結效果而言，產品的異質性愈高，反而不利於卡特爾的形成。另外，即使產品異質化的程度很高，但若經銷區域內有多家經銷商，或是垂直限制約款的不具有嚴格約束力時，垂直非價格限制的競爭問題也不大。故如同「目的」一樣，「產品異質性」的判斷應居於輔助性的角色。

第五節 小結

本章介紹美國反托拉斯法關於垂直非價格限制的規範演變及學理的分析。除了介紹搭售、區域及顧客限制、獨家交易等具體案例，歸納美國聯邦最高法院的判決理由及因此所建立的法律原則外，也整理了美國聯邦下級法院的判決及其對實踐聯邦最高法院判例的狀況。雖然各不同的垂直非價格交易限制類型，已有各別的法律判斷要件，但就美國反托拉斯法就此議題的規範趨勢來看，*Sylvania* 案應是其中最具關鍵點者，其影響乃此後，幾乎大部分的非價格限制均在「合理原則」下進行審查，影響所及，乃在近年來的相關訴訟中，反托拉斯原告勝訴的機會微乎其微。此一發展趨勢，引發美國學界部分學者的批評，特別是關於 *Sylvania* 案中過度關注「品牌間競爭」的問題，而漠視了「品牌內競爭」對市場的重要性，以及實務上操作「合理原則」的困難，並據此提出修正的審查建議。本章最後以美國聯邦交易委員會前主委 Pitofsky 針對在「合理原則」下審查垂直非價格限制之具體考量因素及順序作結。依其見解，法院或主管機關應優先以「品牌內競爭」受限制的程度為審查的起點。只有在「品牌內競爭」受限程度相當明顯時，才有必要就「市場力量」、「合理替代選項」、「產品異質化程度」等因素加以考量。雖然該架構並非針對特定限制類型所為，但提供了實務上建構具體「合理原則」實查因素的一項明確上位概念，具相當參考價值。

第四章 歐盟法對非價格垂直限制之規範

本章介紹歐盟競爭法對非價格垂直限制之規範經驗與個案研究，嘗試從中歸納出法院判決或競爭主管機關處分背後之法律與經濟理論基礎，並檢視是否有足供我國公平會參考之處。

第一節 歐盟競爭法對非價格垂直限制之競爭法規範架構

就歐盟法的「主要法源」(primary source)而言，「歐盟運作條約」(Treaty on the Function of the European Union；TFEU)第101條(前歐體條約第85條)及第102條(前歐體條約第86條)乃規範歐盟市場競爭秩序最主要之條文。TFEU與美國修曼法第1條之規範功能類似，主要在限制企業採行具限制市場競爭「目的」(object)與「效果」(effect)之卡特爾行為，包括水平與垂直卡特爾。依該條第2項之規定，違反該條第1項之行為，乃屬無效(void)。另外，依該條第3項規定。部分企業間之協議、約定或決定，得豁免於違法行為之列。得豁免之行為，乃指有助於改善產品的生產與經銷，或促進技術及經濟進步，而消費者得分享其利益，且不會對相關企業造成非達成該目的所不可或缺的限制，或讓企業有可能排除相關產品相當部分的市場競爭。在2004年5月1日之前，執委會(Commission)享有第3項豁免規定之專屬管轄權，但歐盟第1/2003號規則第5及第6條，進一步授權會員國國內競爭主管機關及法院，亦得適用該項規定¹⁵⁸。

TFEU第102條則類似於修曼法第2條之規定，主要在規範具市場力量之企業單方面濫用該力量，以迫使其交易相對人接受不利市場競爭之交易條件。主要被禁止之行為類型有：直接或間接對交易相對人實施不公平之購買或銷售價格，或其他不公平的交易條件；限制生產、行銷、或技術

¹⁵⁸ JOHN FAIRHURST, LAW OF THE EUROPEAN UNION 678 (9th ed. 2012).

發展，而對消費者產生歧視；對不同的交易相對人，就相同的交易，實施不同的交易條件，而使其處於競爭的劣勢；以交易相對人接受依交易性質或商業慣例與契約無關之附隨義務，作為契約成立的條件。實務上，法院於審理第 102 條案件時，會著重於以下三項法律要件的判斷：(1) 被告企業是否具有市場支配地位；(2) 被告是否有濫用該支配地位之情事；(3) 濫用行為是否已影響了會員國間之貿易。

整體而言，垂直交易限制在近年來並非執委會及歐盟法院的執法重點，此與歐盟自 2000 年後，採行了較強調實質經濟效果，而非法形式區分之審理原則有關，且具體反映於 2010 年執委會所頒佈，關於垂直交易契約之集體豁免 (block exemption) 的第 330/2010 號「垂直限制規則」(Commission Regulation on the application of Article 101 (3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices)，及「垂直限制處理原則」(Guidelines on Vertical Restraints) 中。

綜觀「垂直限制規則」，其主要的規範重點如下¹⁵⁹：

一、集體豁免之前提要件

「垂直限制規則」中首先規定了主張豁免的幾項前提要件。其一、行為需非規則中所排除的「惡質限制」(hardcore restrictions)。另外，規則適用於買賣雙方事業市占率低於 30% 者。最後，規則中特定針對 3 種垂直交易類型附加適用豁免的其他件。

二、「惡質限制」(hardcore restrictions)

規則中列出 5 種「惡質限制」的垂直交易契約，交易當事人即使市占率均低於 30%，仍無法主張豁免。第一類「惡質限制」乃「最低轉售價

¹⁵⁹ *Id.*, at 705.

格維持」約定；第二類乃「區域及顧客限制」，但規則中對此有例外得適用豁免的規定（規則第 4 條（b）項）；第三類乃關於「選擇性經銷」約定。所謂「選擇性經銷」（selective distributions），指供應商直接或間接將產品或服務出售或提供予依特定條件篩選的經銷商，而經銷商允諾不將產品或服務出售給供應商所保留實施該經銷制度區域內之未經授權經銷商（規則第 1 條第 e 項）。選擇性經銷契約不得將限制約定擴及到經銷商之買方；另外，也不得限制銷商不得銷售產品或提供服務於經銷區域內之其他經授權經銷商。第四類則是關於零件的銷售。零件製造商在將零件售予將零件使用於自己產品中的買方時，不得將銷售交易限制擴張至產品的最終使用人、獨立維修或服務之提供者。

三、特殊垂直交易類型

依規則第 5 條之規定，以下三項垂直限制，若出現以下約定條件時，也將被排除於豁免範圍之外。（1）垂直限制契約中之不競爭義務（non-compete obligations）期間為無限期，或超過 5 年以上；（2）約定在契約終止後，買方仍有不製造、購買、銷售、轉售產品或服務之直接或間接義務者；（3）契約要求選擇性經銷商有不銷售特定競爭品牌產品的直接或間接義務。

「垂直限制處理原則」乃在補充說明未於規則中明定，但是執委會所將採行之案件審視方法及評個行為競爭效果之因素。原則第 110 至 117 段中，執委會仍具體規定了運用歐盟運作條約第 101 條規定審理垂直交易限制時，主管機關所會考量之負面與正面市場效果因素。原則上，當涉案事業市占率低於 30% 時，即落入不受規範之安全港範圍內，除非是屬於被「處理原則」中列為是「惡質」之行為類型。依「處理原則」第 100 段之規定，歐盟所擬防免之垂直限制反競爭效果乃：（1）提供市場參進與擴張之門檻，而對競爭供應商或買方產生了封鎖效果；（2）弱化供應商及其競

爭者之競爭諸因，或促進供應商間之勾結，而降低了「品牌間競爭」的強度；(3) 弱化了同種品牌內不同經銷商間之競爭或促進其等進行勾結行為；(4) 創造不利於市場整合之障礙，特別是當垂直限制限制了消費者於不同會員國間選擇交易對象時。

至於在垂直交易限制的可能促進競爭效果部分，執委會在「處理原則」第 106 段中強調，垂直限制具有促進非價格競爭、確保產品品質、以及避免經銷關係中出現非最適投資與銷售之情形。執委會進一步於第 107 段中，列舉了以下於個案中所會考量之促進競爭因素：(1) 解決「搭便車」問題；(2) 有利於開拓或進入新市場；(3) 解決經銷商「品質商譽」被搭便車的問題；(4) 解決因「專屬性投資」(specific investment) 所生的「搶劫成本」(hold-up) 問題；(5) 解決「垂直外部性」(vertical externality) 或「雙重邊際化」(double marginalization) 問題；(6) 實現經銷市場中之規模經濟；(7) 解決資本市場不完美性問題；(8) 有助於建立統一品質規格與品牌形象。

歐盟競爭法中雖無「當然違法」的概念，但在「處理原則」第 48 段及 50 段中，執委會將「轉售價格維持」及「目的」在禁止會員國間平行交易及分割內國市場之「區域」或「客戶」限制條款，視為是「惡質性」的垂直交易限制類型，而排除於得適用集體除外規定之安全港範圍外。「惡質」的概念，往往會誘導競爭主管機關及法院在實務上傾向於以較嚴格的標準檢視此二類行為，而出現實質上等同視用「當然違法」原則之執法結果。但有鑑於學理上對於垂直限制之正面效果的研究與了解更為深入，因採行「當然違法」而出現「錯誤制裁」的機率也隨之增加，「處理原則」在第 61 段到 64 段中「惡質」垂直限制仍得主張除外適用之情形。例如，垂直區域限制或排他交易等，若係屬廠商進入新市場、開發新產品、或是經銷商促銷供應商產品意願所必需者，則仍有依歐盟運作條約第 101 條第 1 項或第 3 項主張行為不屬於違法的垂直限制，或是得除外於該條之規範

範圍外。

第二節 歐盟相關判決介紹

一、區域及顧客限制

就非價格垂直交易約定的競爭法規定而言，歐洲法院 1964 年的 *Consten & Grundig v. Commission* 具有相當的時代意義¹⁶⁰。該案中，德國著名的電器製造商 Grundig 公司授權 Consten 公司為其在法國的獨家經銷商，並禁止其他國家經銷商將產品出售至法國。Grundig 並將其國際商標 GINT 授權給 Consten，用以排除產品的平行輸入。Consten 在法國的競爭者 UNEF，自德國以較低廉的價格引入 Grundig 的產品。Consten 在法國法院提起訴訟，主張 UNEF 的行為違反了有關法國的不公平競爭法規，並侵害了 GINT 的商標權。UNEF 亦向執委會提起控訴，主張 Consten 與 Grundig 間之契約約定，因禁止產品於會員國間流通，故違反了歐體競爭法之規定。執委會經調查後，支持 UNEF 的主張，認定該區域限制因違反了當時羅馬條約第 81 條（TFEU 第 101 條）之規定而無效。

當事人向歐洲法院提出上訴，但歐洲法院仍支持執委會的看法。判決中，法院特別強調，禁止平行輸入的約定，將造成市場分割的效果，妨害會員國間財貨與服務的流通，這將與歐洲市場整合的目標相悖。

Grundig 基於市場整合目的，禁止絕對性與封閉式的區域劃分約定的原則，自此為歐洲法院及執委會所奉行¹⁶¹。事實上，此一目的功能性的原則考量，也是歐盟競爭法處理垂直區域限制與美國反托拉斯法的主要不同之處，並具體展現在歐盟法院（Court of Justice of European Union；

¹⁶⁰ Case 56 & 58/64, [1966] CMLR 418.

¹⁶¹ Case 56/65 Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm GmbH [1966] ECR 235; C-468/06 Sot. Lelos kai Sia v GlaxoSmithKline [2008] ECR I-7139; C-501/06 GlaxoSmithKline v Commission [2009] ECR I-9291.

CJEU) 2011 年的 *Murphy* 案¹⁶²。該案涉及英格蘭足球超級聯盟 (English Football Association Premier League ; FAPL) 與歐盟會員國間之賽事轉播授權契約，對於取得轉播權之被授權人所加之轉播限制約定。依 FAPL 之政策，被授權人需遵守下列相關的授權規定：

- (一) 不得於授權區域外實施轉播權利
- (二) 需對轉播賽事附加亂碼，以避免授權區域外的觀眾收看授權節目。
- (三) 不得將解碼器銷售至授權區域以外的地區

FAPL 隨後發現，英格蘭有部分酒吧 (pubs) 使用希臘之解碼卡轉播比賽節目，乃向英國法院提出訴訟，主張希臘業者已違反了授權契約之約定。針對授權契約是否違反 TFEU 第 101 條之規定，英國法院乃向歐盟法院提出爭點釋明的要求。

CJEU 首先於判決中指出，依過去歐洲法院之判例，違反 TFEU 第 101 條第 1 項的行為，若屬具限制歐盟市場競爭之「目的」者，則執委會只需證明確有該協議存在，而不需證明該協議確有分割歐盟市場及損害消費者利益之效果；反之，若行為不具限制競爭之「目的」，但有潛在限制競爭之「效果」時，則執委會有義務應證明該效果的存在。故本案應先釐清者，乃 FAPL 的區域授權要求，究屬具限制競爭「目的」或「效果」之行為。對此，CJEU 認為，依歐盟過去判例，專屬的授權轉播區域約定本身，不能被視為是具有限制競爭競爭「目的」之行為。再者，從政策的角度來看，此一解讀，也與歐盟競爭政策的立場一致，蓋 2010 年的「垂直

¹⁶² Cases C-403 & 429/08 Football Association Premier League and others v QC Leisure and others, and Karen Murphy v Media Production Services [2011] ECR I-0. 本節中關於本案的討論，乃參考轉引自 Stuart Pibworth, *The Murphy Judgment: Not Quite Full Time for Football Broadcasting Rights*, 8 THE COMPETITION LAW REVIEW 209 (2012).

限制規則」及「垂直限制處理原則」均未禁止業者採行專屬區域授權約定，甚至在「處理原則」第 164 段中，執委會也承認其具有一定促進競爭的效率功能。

然而，誠如 *Grundig* 案所強調的，具有妨害市場整合的絕對排他區域約定，應是歐盟競爭法應嚴格禁止的行為。此一原則也是「垂直限制規則」所依循的原則。依規則第 4 條 b 項的規定，垂直獨家經銷契約中之禁止主動跨國銷售約定，仍可適用除外規定；但對於禁止被動跨國銷售約定，則被認為是一項絕對的區域保護，將與單一市場之目標相違，故不得主張豁免。依 CJEU 的見解，本案三項主要限制約款中，第三項禁止銷售解碼卡至授權區域外，已構成被動跨國銷售之限制，係屬規則中所列之「惡質」限制，且具限制競爭「目的」的行為。

2010 年 1 月 27 日，原告向歐盟執委會檢舉，聲稱被告 Oxford University Press (OUP)、Burlington Books (Burlington) 及 Pearson PLC (Pearson) 涉嫌違反 TFEU 第 101 條，就系爭英文教學書籍 (English language teaching books，以下簡稱 ELT books) 有限制經銷商銷售 ELT books 的區域範圍的約定¹⁶³。原告試圖從希臘以外的 OUP、Burlington 和 Pearson 或其各自獨立的經銷商訂購書籍，但皆被拒絕販售給在希臘境內的公司。OUP、Burlington 和 Pearson 已在各個會員國內將自己的書籍與當地經銷商簽訂獨家經銷協議，並終止直接銷售給其他同原告一般的經銷商。再者，該獨家經銷協議中包含了被動和主動的銷售限制，如禁止經銷商銷售到非其授權銷售範以外的地區，包含跨國境的銷售行為。

執委會在評估是否就案件發動調查時，其主要考慮的因素有 (1) 對侵犯歐盟內部市場運作的潛在重要的影響；(2) 進一步的調查最終將導致侵權的調查結果；(3) 深入調查將是曠日廢時的，且成立侵權的可能性有

¹⁶³ Case COMP 39771.

限。執委會可優先考慮在這方面調查的三個標準中的兩個或依賴其他不同的標準來決定之。另外，執委會也可以假設，一個國家的法院或競爭主管機關，較有可能進行有效率的審查，或是涉案行為已經停止等。本案經執委會調查後認為，進一步的調查被告跨境的限制銷售（被動銷售限制）和其實際的對市場的影響相較下是不成比例的。執委會認為原告指控的行為，對歐盟內部市場運作影響有限。原告指稱的限制其業務營運皆是侷限在希臘境內。雖然原告關注被告的作法也涉及歐洲其他會員國，但在整個調查過程中提出的證據僅侷限在希臘。

其次，也沒有提出任何可能侵犯到希臘以外市場的實質性證據，證明將會顯著影響到跨境貿易，從而影響到歐盟內部市場運作。再者，英語教學書籍似乎沒有一個顯著的跨國需求性存在。即便有，這種需求也是相當有限的，亦不足以出現對歐盟內部市場運作的顯著影響。

出版商和其獨家經銷商訂立的銷售協議，必須遵守歐盟競爭規則，特別是「垂直限制規則」及「垂直限制處理原則」。執委會初步調查認為，原告沒有提供任何的證據證明出版商對希臘以外的經銷商施以任何可能的被動銷售限制。證據反而表明，針對 **ELT Books** 拒絕銷售給原告的業務決策，是由經銷商個別為之的，非屬由出版商的任何被動銷售限制。因此沒有建立侵權的可能性。然而，即使在 2009 年之前 **Pearson** 被發現有侵犯到被動銷售限制，但在希臘競爭管理局決定全面檢討後，已從經銷協議中刪除相關條款。因此，可認定該侵權事實已不再有足夠的證據表明影響持續存在，而可作為採取制裁行動的理由。

二、搭售

(一) Hilti 案¹⁶⁴

Hilti 公司乃全歐洲最大之釘槍、釘子及釘槍匣之生產者，將其產品整合為火藥擊釘系統（Powder Activated Fastening System 簡稱 PAF 系統），而 Eurifix 及 Bauco 公司為另兩家僅生產釘子之公司，其生產釘子之規格亦相容於 Hilti 公司之釘槍，由於 Hilti 公司擁有釘槍匣之專利，故挾其市場優勢地位搭售其所生產之釘子，要求顧客於購買釘槍匣時，亦需併同購買其所生產之釘子，造成釘子市場上 Eurifix 及 Bauco 公司之銷售影響。故 Eurifix 及 Bauco 公司向歐盟執委會指控，Hilti 公司濫用市場優勢地位，阻礙或排除生產相容於 Hilti 公司設備之釘子市場之競爭者，違反歐洲共同體法第 82 條之規範。

適用第 82 條之先決條件，即是對於企業是否具有優勢地位進行判斷，而判斷之第一步驟及事先劃定相關市場。本案中，執委會認為釘槍、釘槍匣及釘子乃三個獨立之個別市場，並運用槓桿理論對相關市場效果進行分析，由於 Hilti 公司在釘槍匣市場上具有優勢地位，故其搭售釘子之行為，將產生其在釘槍匣市場上之市場優勢力量影響釘子市場之效果，而就 Hilti 公司所提出之基於安全性之抗辯，執委會經調查後發現，如果 Hilti 公司擔心其產品之安全問題，即應向有關當局提及其產品之危險性，且事實上亦未發生以 Hilti 公司所生產之釘槍匣使用其他企業所生產之釘子將會導致不安全之結果。因此認定 Hilti 公司之搭售行為構成濫用市場優勢地位，阻礙或限制了獨立製造商進入市場，破壞釘子市場之競

¹⁶⁴ 整理自 88/138/EEC: Commission Decision of 22 December 1987 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty (IV/30.787 and 31.488 - Eurofix-Bauco v. Hilti)、初審法院審理案號 Case T-30/89, Hilti v. E.C. Commission [1988]、歐洲法院審理案號 Hilti AG v Commission of the European Communities (C-53/92 P) [1994].

爭，故違反第 82 條（現為 102 條）之規定。

Hilti 公司不服提起上訴，主張執委會錯誤界定相關市場，Hilti 公司所生產之釘槍、釘槍匣及釘子產品並非三個獨立之市場，應被視為單一市場下不可分割之整體（即 PAF 系統），然而法院認同執委會之觀點，且自 1960 年代開始，即有獨立廠商專門生產相容於 Hilti 公司設備之釘子，故應可認為個別獨立之市場。

最後，第一審法院認定 Hilti 公司仍構成濫用市場優勢地位之行為，駁回上訴，雖然事後 Hilti 公司在上訴歐洲法院，但仍以駁回告結。

（二）Tetra Pak II 案¹⁶⁵

Tetra Pak 公司是生產包裝食用液體、半液體之無菌及非無菌紙盒，與填裝紙盒機器之世界大廠之一，而 Tetra Pak 公司生產之紙盒（俗稱「利樂包」），主要是用來包裝牛奶。

於 1985 佔有歐盟市場大約 78% 之市占率，而 Tetra Pak 公司要求購買或租賃其填裝紙盒設備之顧客，必須同時購買其包裝紙盒，且僅能由 Tetra Pak 公司提供產品之保養、維修及供給零件之服務，故其競爭對手 Elopak 指出 Tetra Pak 公司之上述行為將導致其退出義大利牛奶包裝市場，遂向執委會指控 Tetra Pak 公司之搭售策略，有違反 82 條之虞。

執委會藉由牛奶作為相關產品，判斷系爭企業之相關市場，將 Tetra Pak 公司之產品分為四個獨立之市場，連結成為兩個不同之市場：

1. 無菌包裝市場

（1）食用液體無菌紙盒填裝設備：92%

¹⁶⁵ 整理自 92/163/EEC, Commission Decision of 24 July 1991 relating to a proceeding pursuant to Article 86 of the EEC Treaty (IV/31043 - Tetra Pak II)、初審法院審理案號 Case T-83/91 Tetra Pak International SA v. Commission (6 October 1994)、歐洲法院審理案號 Case C-333/94, Tetra Pak International SA v. Commission (14 Nov 1996)。

(2) 食用液體無菌紙盒：89%

由上可見，Tetra Pak 公司於無菌紙盒及其填裝設備市場擁有極高之市場占有率，且市場上唯一之競爭者為僅具市占率 5%-10%間之 PKL 公司。而上述市場由於技術要求，故參進障礙極高¹⁶⁶。

2. 非無菌包裝市場

(1) 食用液體非無菌紙盒填裝設備：52%

(2) 食用液體非無菌紙盒：48%

於該市場上僅有 Elopak 公司(27%)及 PKL 公司(11%)，於市占率相較之下，Tetra Pak 公司於此市場上仍居於領先地位。

執委會認為 Tetra Pak 公司上述之搭售行為，要求顧客一併購買之義務與契約本身之目的並無關聯，基本上違反了 82 條之規範。但 Tetra Pak 公司對於執委會之認定提出下列抗辯，主張系爭行為應未違反規定：

(1) Tetra Pak 公司並非填裝設備及容器之供應者，而是供人消費之液體、半液體食品之「整合分銷系統」之供應者。該系統包含專有技術、設備、容器、服務及培訓。

(2) 規模經濟、節省成本、穩定與顧客之關係

(3) 技術考量

(4) 產品責任和大眾健康之考量

(5) Tetra Pak 公司名譽之保護

(6) 商業習慣

首先，執委會就技術考量之抗辯，認為若真如 Tetra Pak 公司所說，在填裝設備上僅能使用其紙盒時，將必然成為技術搭售，而無約定義務之必要。而就商業習慣之抗辯，初審法院指出，雖然搭售可能是商業上習慣或具有某種商業上之實質關聯性，但當市場上之其他競爭者僅提供一種產

¹⁶⁶ 92/163/EEC, Commission Decision, id para 18.

品之時，組合兩種產品之搭售，即屬違法搭售行為¹⁶⁷。事實顯示，在食用液體非無菌紙盒市場上，曾有企業僅提供紙盒，而未搭售紙盒之填裝設備，故駁回 Tetra Pak 公司之抗辯。

Tetra Pak 公司又以搭售行為是為確保衛生安全，確保公眾之健康，惟法院認為具有市場優勢地位之企業不負有主動排除其認為有危險性之任務，且 Tetra Pak 公司亦可藉由向購買者揭露相關產品資訊以避免危害。

Tetra Pak 公司之抗辯皆無法取得採信，該案執委會認定 Tetra Pak 公司，違反第 82 條規範之決定，經由上訴後，亦受到初審法院、歐洲法院充分之支持。

（三）Microsoft 案¹⁶⁸

Microsoft 公司乃個人電腦作業系統之大廠，其營運範圍擴及全球市場，並佔有 90% 之市占率¹⁶⁹，而於其販售個人電腦作業系統（Windows OS）時，搭售其所生產之影音播放軟體 Windows Media Player（簡稱 WMP），使消費者無法在市場上購買到不含該影音播放軟體之個人電腦作業系統。

而執委會認為雖然 Windows OS 搭售媒體播放功能已有一段時間，但市場上仍存有對於兩產品，僅有個別需求之消費者，且市場上亦存有單獨販賣此兩產品之原來設備製造商 Original Equipment Manufacturer（簡稱 OEM）。且 Microsoft 公司在個人作業系統市場上之競爭者，皆未將媒體播放程式與作業系統搭售。

但此一認定受到 Microsoft 公司抗辯，主張 WMP 與 Windows OS 乃

¹⁶⁷ Case T-83/91, CFI, para 37.

¹⁶⁸ 整理自 Commission Decision of 24 March 2004 in case COMP/C-3/37.792、初審法院審理案號 Case T-201/04 Microsoft Corp v. Commission（2007）E.C.R-II-0000.

¹⁶⁹ COMP/C-3/37.792, Commission Decision, para 432.

科技整合之產品，對於數位媒體領域是一卓越之進步，使軟體設計者與網站建立者，能有效利用穩定且定義明確之視窗平台，並主張若將 WMP 移除，將導致 Windows OS 某些功能無法正常運作。

但法院認為應依消費者需求決定 WMP 及 Windows OS 是否為個別產品，從產品功能性來看，Windows OS 為「系統軟體」；WMP 即屬於「應用軟體」，且實際上，在設計銷售此兩種類型之產品時，皆獨立運作¹⁷⁰。再者於 Microsoft 公司之網頁上亦開放 WMP 單獨之下載¹⁷¹。基於上述因素，根據市場消費者之購買現象，顯現作業系統提供者與媒體播放程式提供者乃分屬不同之事業。故法院認為 WMP 與 Windows OS 為分別之產品。

執委會亦認為 Microsoft 公司要求 OEM 僅得販售附有 WMP 產品之 Windows OS，強制消費者接受此種 Windows OS，將使消費者無從選擇其中一項產品，並妨礙非 Microsoft 公司生產之影音播放軟體之適用。

執委會認為 Microsoft 公司之搭售行為，將於媒體播放程式市場產生相當之排擠效應，更由於網路效應¹⁷²進一步擴張 Microsoft 公司於該市場之市場占有率。而法院亦認同此一推理，因為若 Microsoft 公司事先安裝 WMP 於 Windows OS 之時，將造成使用者，不再另行考慮其他之媒體播

¹⁷⁰ 蘋果電腦在市場上即分別提供 OS 及 Quick Time 媒體播放程式；再者，Microsoft 公司於媒體播放程式最大之競爭者 RealNetwork 亦未曾研發或設計 OS 系統。

¹⁷¹ Case T-201/04, CFI, para 929-930.

¹⁷² 網路效應係指某特定產品對於個別使用者所具有的價值，乃是取決於總使用人數之多寡，亦即個別消費者使用某一產品之效用會隨著其他使用同一產品之消費者數量之增加而遞增。例如電話，當只有一個人使用電話時，電話不具任何價值，但隨著電話使用者之增加，通話節點越多，電話為使用者所帶來之效用便越大，對消費者更具吸引力，從而增加購買之誘因，同時也增加整個通信網路之總價值。參見楊宏暉，新經濟時代的反托拉斯法挑戰－網路效應與微軟案之初探，政大法學評論，第七十七期，頁 207（2004 年 4 月）。

放程式。再者 Microsoft 公司要求 OEM 公司不得安裝它牌之媒體播放程式，亦會產生排除效果。故認為 Microsoft 公司違反歐洲共同體條約第 82 條之規定。初審法院基本上支持執委會之決定，而駁回 Microsoft 公司之上訴。

(四) Microsoft 違反改善搭售承諾案

2009 年 12 月 16 日執委會根據歐盟運作條約 TFEU 第 102 條及第 No 1/2003 號規則第 9 條第 1 項之規定，要求微軟公司提供具有約束力的承諾，以符合執委會關注的微軟網頁瀏覽器 Internet Explorer (“IE”) 與微軟公司占有主導地位的客戶端 PC 作業系統 Windows 間的搭售行為¹⁷³。

針對歐盟執委會先前對微軟搭售行為的調查，為解決執委會的顧慮，微軟公司承諾，特別是在 Windows 客戶端 PC 運行系統 Windows 7 出賣後，就不同的版本的作業系統（Windows XP, Windows Vista, Windows 7），藉由一個客觀的選擇顯示畫面，提供 Windows 用戶不同的網頁瀏覽器選項。但其後執委會被告知微軟並未依承諾履行。2012 年 7 月 4 日，微軟承認，在 Windows 7 Service Pack 1 (Windows 7 SP1) 用戶的使用者系統中顯示選擇畫面無法被執行。2012 年 7 月 16 日，執委會決定重新開啟調查，並繼續進程序。

執委會在 2012 年 10 月 24 日通過了一項異議聲明，並在 2013 年 3 月 4 日，通過對此一違反承諾行為給予制裁。執委會的理由在於微軟公司未能遵守該承諾，使得從 2011 年 5 月至 2012 年 7 月這 14 個月的期間，受到微軟公司未能遵守該承諾影響的用戶約為 1,530 萬人。鑑於微軟公司的技術資源和專門知識，其應能避免這樣的錯誤，且應有更好的流程規劃以確保提供正確的選擇畫面給受影響的 Windows 用戶，故微軟公司行為已有疏忽。執委會強調，不論個案的具體情況如何，未能履行遵守承諾的決

¹⁷³ Case COMP/39.530.

策，原則上，即是嚴重違反了歐盟的法律，故處以 5.61 億歐元的罰款，為微軟公司 2011 年 6-7 月的會計年度營業額的 1.02 倍。

三、「汽車集體豁免規則」(Motor Vehicle Block Exemption Regulation ; MVBER) 相關案例

歐盟於 2002 年特別針對汽車產業所制定實施的集體豁免規定¹⁷⁴，雖然已於 2013 年 5 月 13 日起，因「垂直限制規則」的實施，而不再被適用；但在 2010 年到 2103 年此一過渡時期，會員國及歐盟法院仍針對該項規則，作出對垂直交易限制競爭法制具相當啓發的判決。其中，2005 年於法國法院所提起之 *Auto 24* 是其中頗具代表性之案例。

2005 年法國汽車經銷商 Auto 24 對 Jaguar Land Rover (JLR) 提起訴訟，主張 JLR 以其制定的經銷商限量 (numerus clausus) 措施，拒絕 Auto 24 作為在法國南部 Périgueux 城市的汽車經銷商，違反歐盟競爭法之規定。本案爭點涉及 MVBER 規定之解釋。依 MVBER 第 1 條第 f 項之規定，選擇性經銷系統係指，經銷系統的供應商以特定之篩選標準，直接或間接的選擇經銷系統中經銷商的制度，可進一步區分為兩種類型：

- (一) 定量選擇性經銷系統 (quantitative selective distribution system) 的供應商，使用篩選標準選擇經銷商或維修商，直接控制了經銷系統中二者的數量。(g 項)
- (二) 定質選擇性經銷系統 (qualitative selective distribution system) 的供應商，藉由所需的商品或服務的性質作為篩選條件。這些條件可能包括諸如專門技術、銷售能力或提供特定的售後服務……等，這些具體的前提條件，都是為了滿足供應商篩選經銷商及維修商的授權條件。(h 項)

¹⁷⁴ COMMISSION REGULATION (EC) NO 1400/2002.

本案在進入法國最高法院審理前，巴黎上訴法院認為，Auto 24 錯誤運用 MVBER 第 1 條第 1 項第 g 款以及民法第 1382 條，條文中並沒有規定供應商需說明對定量篩選措施背後的正當性。但 Auto 24 主張巴黎上訴法院必須去檢驗選擇標準的客觀性、經濟上使用價值、能否改善客戶服務和實施的條件等，才可進一步認定 JLR 是合法設置篩選措施。且在一個定量選擇性分銷系統（quantitative selective distribution system）的選擇標準下，在篩選經銷商時必須是「具體、客觀的」且追求的目的和實施的方式須是以非歧視的方式為之。

對此，法國最高法院向歐洲法院（ECJ）提出聲請，請求釋明何謂汽車集體豁免條例（MVBER）下的「定量選擇性分銷系統（quantitative selective distribution system）」，其篩選標準是否必須是客觀合理和非歧視性的，才能依 MVBER 主張豁免。歐洲法院指出，汽車集體豁免條例（MVBER）第 1 條對於定量選擇性分銷系統的標準是要能被具體確定即屬已足。本案被告明確的將其經銷商限制在 109 處及 72 家，所以其選擇的標準已可明確的確認。而只有符合此一標準，供應商即有權採行其認為適合之篩選標準。

四、排他交易

歐盟關於排他交易的競爭法案例，可以 *Hoffman La-Roche*¹⁷⁵、*Stergios Delimitis*¹⁷⁶及 *Van den Bergh Foods*¹⁷⁷案等較具代表性。*Hoffman La-Roche* 代表歐法院早期對排他交易持「當然違法」的執法態度。*Hoffmann-La Roche* 公司（以下簡稱 Roche）是成立於 1896 年的瑞士藥品公司，乃世界上最大之散裝維他命製造商，1974 年 Roche 公司在歐洲共

¹⁷⁵ Case 85/76, *Hoffmann La-Roche and Co AG v. Commission*, [1979] ECR 461.

¹⁷⁶ Case C-234/89. *Stegios Delimitis v. Henninger Brau AG*, [1991] ECR I-935.

¹⁷⁷ Case T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd v. Commission*, [2003] ECR II-4653.

同體的維他命（僅販售 8 種維他命）銷售額占全球銷售量的 65%¹⁷⁸。而 Roche 公司與部分公司簽訂「忠誠折扣」契約，由這些公司大量地購買 Roche 公司生產之維他命。即若顧客自 Roche 公司自行生產之維他命種類購買其所需求之大部分或全部，Roche 公司將根據顧客全部購買量給予折扣。雖然被告抗辯其交易相對人本身於相關市場中也具有實質的市場力量，而折扣安排並未強迫交易相對人一定不能向 Roche 購買維他命，但歐洲法院顯然是以 Roche 所具有之高市場占有率，作為其認定行為違法的主要依據。法院認為上述被告的抗辯無法排除 Roche 公司具有市場支配力的事實，而這樣的支配力展現在被告的交易廠商有向 Roche 購買的義務才能享有折扣之上，此乃對交易自由的額外干預，而市場競爭會因市場中存有一個具支配力的廠商而必然被弱化¹⁷⁹。

不過此一較為法形式判斷的執法原則，在 *Stergios Delimitis* 案中有了調整的趨勢。本案涉及啤酒釀造商與下游經銷商間的獨家銷售契約，經銷商允諾只銷售被告所釀造的啤酒及軟性飲料。法院於判決中採用了二階段判斷原則：排他交易契約封鎖競爭對手加入市場競爭的程度，以及涉案契約之重要性。至於封鎖的程度，則取決於受排他交易安排約束的經銷商人數、契約期間的長短、及和不受排他交易安排的經銷商人數相較，受約束經銷商人數所占的比例高低等¹⁸⁰。不過，更重要的是，法院認為封鎖效果的強弱，最關鍵的，仍是被告市場力量的強弱。即使排他交易確會對競爭的經銷商產生競爭上的不便，但若釀酒商在相關市場中不具市場力量，其封鎖的可能性即會受到很大的限制。

2003 年的 *Van den Bergh Foods* 案，則明顯的是採類似美國法的「合

¹⁷⁸ *Supra* note 175, at para. 77.

¹⁷⁹ *Id.*, at para. 120.

¹⁸⁰ *Supra* note 176, at I - 995.

理原則」來進行審查。本案涉及愛爾蘭具支配地位的單人份即食冰淇淋（impulse ice cream）供應商 HB，多年來免費或以象徵性的租金，提供冷藏櫃予零售商，前提是零售只能用其來冷藏 HB 的冰淇淋。法院指出，衡量排他交易在競爭法下的合法性，不能單以法律的形式判斷，而應就實施排他交易行為市場中之經濟條件為實質的競爭分析。而針對經濟分析的部分，法院認為應考量因提供冷藏櫃所導致零售商對被告的依賴、被告於相關市場中之支配地位、產品之普及度、因缺乏一般經銷通路空間所生之限制、及貯藏第二個品牌冰淇淋的缺點及風險等¹⁸¹。至於在正面效果部分，法院認為任何藉由排他交易約定以提昇生產或服務效率的主張，均不能導致被告廠商的市場力量會因此而擴大。本案經法院分析後發現，排他交易約定對零售商的封鎖效果達約 40%，而被認定為已對競爭者產生難以克服的參進障礙。

五、網路交易限制

雖然對於競爭法而言，網路交易確實存在著部分不同於非網路交易的特色，如更加透明的交易訊息，可能更有利同業間進行勾結行為，或是網路效應的出現，對於評估業者市場力量的影響等，但歸納實務的交易現況，網路與非網路的區分並非那麼的明顯。依區盟的調查，網路消費者於進行消費前搜尋時，並不只侷限在網路的搜尋方法，約有 47% 的消費者會使用至少一項的非網路搜尋工具；相同的，也約有 49% 的非網路消費者，會在購買前使用網路搜尋工具。據此，歐盟認為，另行建立特別針對網路交易的競爭規範原則不僅困難，也會將執法資源無效率的浪費在界定涉案行為是否是「網路」交易，且提高當事人進行「法院逛尋」（forum shopping）的誘因¹⁸²。

¹⁸¹ *Supra* note 177, at II-4656.

¹⁸² OECD Policy Roundtables: Vertical Restraints for On-line Sales 77,

不過在 2010 年的「集體豁免規則」制定過程中，曾有論者表示，「規則」中的部分規定，恐不應適用於規範網路交易行為。例如，規則第 4 (b) 條針對獨家區域經銷行為，區分「主動銷售」(active sales) 與「被動銷售」(passive sales) 二種類型。前者指經銷商主動以網路或非網路的郵件、廣告、或親自拜訪等方式，向位於其他經銷區域的特定消費者或消費團體為促銷之行為。被動銷售，則指消極接受來自其他經銷區域消費者之購買要求。為確保垂直區域限制的效率提升功能，規範允許上游供應商限制下游經銷商「主動銷售」行為，但禁止限制「被動銷售」行為。不過，以今日網路的普及度及使用的頻率來看，消費者與業者出現「被動銷售」行為可能更加方便，且增加區分「主動」與「被動」的困難度，連帶讓原本所擬保護之獨家區域經銷制度利益出現。對此，歐盟則認為，網路的存在，並不表示每個人均可輕易的搜尋且造訪每一個網站，這也是何以業者往往必須支付額外的成本，以增加自己網站的曝光率及到訪率。再者，依規範的定義，所謂的「主動銷售」乃依促銷行為是否會「吸引」(attract) 消費者作為判斷的主要依據之一。搜尋引擎上的托播廣告價格乃隨著其所鎖定之行銷區域範圍及人數而有所不同，範圍及人數愈多者，其價格也會愈高。與非網路的行銷方法，通常無法呈現此一價格與吸引力關係相較，「主動」與「被動」銷售的區分方式，在網路交易中似應更容易被操作¹⁸³。

為求具體與明確，執委會在「垂直限制處理則」第 52 點中指出下列對經銷商使用網路銷售的規定，將大幅限制了經銷商接近廣大消費者的機會，故應認定為是限制「被動銷售」的違法行為：

<http://www.oecd.org/competition/VerticalRestrictionsForOnlineSales2013.pdf> (last visited November 10, 2013).

¹⁸³ *Id.*, at 78.

- (一) 要求經銷商採行措施，避免位於其他獨家經銷區域消費者有機會瀏覽其網站，或是自動的將消費者轉引至其他經銷區域的製造商或其他經銷區域經銷商之網站。但得要求經銷商需同時在網頁中列出其他供應商或經銷商網址。
- (二) 要求經銷商在從網路使用者的信用卡資料中發現其乃位於其他經銷區域的消費者時，應即終止該項交易。
- (三) 限制經銷商於網路上總銷售量；但不包括在未禁止經銷商網路銷售的前提下，要求經銷商需有一定量或價值的產品，透過非網路的管道來銷售，以維持其有體商店的經營效率，或是要求經銷商需符合其經營模式。
- (四) 對經銷商擬於網路上銷售的產品要求較高的價格，但不包括要求經銷商支付一固定的費用，用以支持經銷商的非網路或網路銷售。

但上述的規定，不排除供應商得要求經銷商於進行網路交易時，應符合一定的品質標準。例如在選擇性經銷契約中，供應商得要求經銷商應有一定數量的非網路商店作為其加入經銷體系的條件（處理原則第 54 點）。

歐盟各會員國內法尚未發展出供應商在何種條件下，得限制經銷商進行網路交易行為較一致的審理原則。除了全部禁止網路銷售的國家外，各會員國內國判決也出現使用不同審查因素的情況。例如在 2006 年的一項判決中，法國競爭主管機關認為，類似像香水或音響，由於其品質無法在網路交易過程中被體驗或再現，故供應商禁止產品於網路上銷售有正當理由，但同樣的看法，卻不適用於當銷售產品是手錶時。¹⁸⁴ 而這種依產品類型能否於銷售前被體驗的標準，更在其後 2008 年 *Christian Dior et al* 案

¹⁸⁴ Maurits Dolmans & Andrew Leyden, *Internet and Antitrust: An Overview of EU and National Case Law*, E-COMPETITIONS, N. 45647 (2012).

中，轉換成原告 e-Bay 有義務證明，何以香水供應商以「非網路」實體商店作為選擇經銷商的作法，會對市場產生何種限制競爭的效果¹⁸⁵。德國的國內法相較於其他會員國向來較為嚴格。例如在 *CIBA* 案中，雖然被告提出了期於消費者配戴隱型眼鏡衛生的考慮，故對於網路銷售的限制規定應屬合理，但德國競爭主管機關則認為，*CIBA* 可以要求經銷商出具其最近關於配戴合適的證明等較少限制手段，來達到相同的保護消費者的目的，聯邦卡特爾署發現，*CIBA* 真正關心的，是產品一旦在 e-Bay 上銷售，將在市場上對其產品價格形成很大的壓力¹⁸⁶。相對的，荷蘭法院則曾以「非網路」經銷商可提供更個人化的銷售建議與產品安裝，故較「網路」經銷商有更高的附加價值為由，而允許供應商對二者採行不同的供應條件。同理，法國巴黎上訴法院也肯定了產品在「非網路」通路上架時間早於「網路」1 年的差別交易條件安排¹⁸⁷。英國則在今年（2013）8 月，處分了該國主要的行動摩托車（mobility scooter）的主要製造商 Roma Medical Aids Limited 公司¹⁸⁸。該公司與下游經銷商簽定了禁止網路銷售及網路價格廣告的經銷契約。雖然該公司辯稱，行動摩托車乃在協助行動不方便者的一項醫療器材，必需透過現場的試用與調整，才能儘可能符合使用者的個人需求，此亦為此一產業行之已久的慣例。但針對同樣的事實，英國競爭主管機關則認為，正因為使用者均是行動不方便之人，故更有必要透過網路交易，讓其等能更方便的取得所需之行動摩托車。

第三節 歐盟競爭法對非價格垂直限制之學理分析

¹⁸⁵ *Supra* note 184, at 4-5.

¹⁸⁶ *Id.*, at 4.

¹⁸⁷ *Id.*

¹⁸⁸ Press releases 2013 - OFT issues decision in mobility scooters case, available at http://www.of.gov.uk/news-and-updates/press/2013/57-13#.Un8KpJEjJ_Q (last visited Nov.10, 2013).

從本章的介紹可知，歐盟競爭法從早期的強調法形式要件的區分，演變至今已逐漸走向以市場效果為基礎的審理原則，此可從關於垂直交易限制的集體豁免規則，及指導原則中的具體規定中看出。此一走向雖與美國法的發展相當一致，不過，在具體規定上仍有與美國法不同之處。例如，美國法對於垂直區域劃分約定，在評估其促進競爭效果時，並不區分限制內容究屬「主動銷售」或「被動銷售」而異其處理方式。另外，由於垂直交易限制的經濟理論發展已相當複雜，對於非價格垂直限制的市場效果及其對競爭法的政策啓示並無一致的看法，故即便要在類似「合理原則」的架構下，執法的不確定性仍在所難免。如何讓執法的透明度與可預見增加，一直是歐盟和學界所關心的議題。

就實務的作法而言，歐盟執委會 2008 年關於歐體條約第 82 條適用優先順序的「指導原則」(guidance)¹⁸⁹，即是其中最具代表性的嘗試。該原則並不涉及實質法律要件之解釋與適用問題，而是提供個案考量的因素的優先順序。在該「指導原則」中，執委會首先列出適用於所有具排除競爭效果的一般審理要件，即「市場力量」(第 9 點至第 18 點)，「反競爭封鎖」(anticompetitive foreclosure)(第 19 點至第 22 點)，以及「目的必要性及效率」(第 28 點至第 31 點)。在前者，執委會將考量因素有「支配事業的市場地位及其競爭者」、「事業擴張及進入(expansion and entry)」的可能性、以及「買方之抗衡力量」(countervailing power)。至於後者，「指導原則」第 20 點列出了執委會通常會介入干預，以判斷行為是否有實質的市場封鎖效果的因素，包括：

(一) 支配事業的市場地位；

¹⁸⁹ GUIDANCE ON THE COMMISSION'S ENFORCEMENT PRIORITIES IN APPLYING ARTICLE 82 OF THE EC TREATY TO ABUSIVE EXCLUSIONARY CONDUCT BY DOMINANT UNDERTAKINGS ISSUED IN DECEMBER 2008, [2009] OJ C45/7.

- (二) 相關市場的條件；
- (三) 支配事業競爭對手的市場地位；
- (四) 顧客或要素提供者（input suppliers）的市場地位；
- (五) 涉案行為影響相關市場整體銷售量之比例，通常行為的持續期間愈久，以及行為被實施的頻率愈規律，其封鎖的效果也會被視為愈強；
- (六) 實質封鎖（actual foreclosure）的可能事證，例如因涉案行為，支配事業市占率增加，或下降的速度減緩；
- (七) 排除策略（exclusionary strategy）的直接證據，如事業內部文件直接顯示支配事業擬以涉案行為排除競爭者參與競爭的機會。

至於在「目的必要性及效率」考量部分，依「指導原則」第 30 點的規定，執委會將考量的因素包括：

- (一) 行為在過去是否曾實現所主張的目的或效率，或有可能可以實現；
- (二) 對實現效率目的而言，涉案行為乃不可或缺，且沒有限制較少的手段可以替代；
- (三) 行為所實現的效率超過其對相關市場中之競爭與消費者利益所生之限制；
- (四) 行為不會因移除了所有或多數實質或潛在競爭的來源，而排除了市場中的有效競爭。

在學界部分，Geradin & Neto（G & N）在最近的一篇研究論文中，提出了在以效果導向與「合理原則」的精神下的審查基準¹⁹⁰。就上位的

¹⁹⁰ Damien Geradin & Caio Mario da Silva Pereira Neto, *For A Rerorous "Effects-Based" Analysis of Vertical Restraints Adopted by Dominant Firms: An Analysis of the EU and Brazilian Competition Law* (June 2012), available at SSRN:

基本原則而言，二位學者強調，在效果導向的原則下，垂直限制的審查重點應集中在行為是否有「封鎖」(foreclosure)的效果評估上，而評估的程度必需要到達到行為會創造出「實質」(actual)的競爭損害，而不能單以「足以」(capable of)或有可能產生競爭損害作為認定違法的依據。

在垂直限制約定部分，G & N 一樣認為，「市場力量」是最重要的前提要件。不過在判斷被告是否有足夠的市場力量時，除市占率外，尚應考量市場中的動態因素，如進入障礙及買方力量等，而再從市占率推論封鎖效果時，執委會也應注意，市場是否有最小效率規模 (minimum efficient scale) 的要求¹⁹¹。以排他交易約定為例，二人認為接下來應判斷者，乃該約定所影響的交易量。而當排他交易約定所影響的範圍不大時，主管機關仍應在個案中進一步檢視，受制於排他交易安排的買方，是否是市場中對價格反應最敏感的買方，因為這涉及到排他交易排除市場中「具同等效率競爭者」(equally efficient firm)的封鎖可能性高低。另一項應加以考量的因素，乃約定持續期間的長短，這部分的分析，應同時包括契約是否允許買方得提前解約而無需負任何的違約責任¹⁹²。這部分涉及到買方能否快速的轉換交易對象及約定對市場的封鎖的強度。當市場封鎖效果的效果顯著時，主管機關應再進一步評估排他交易約定的促進競爭效果，如降低需求來源的不確定性及確保品質商譽等考量。

至於在搭售契約的例子，就反競爭封鎖部分，G & N 建議法院與執法

<http://ssrn.com/abstract=2173735>(last visited Nov. 14, 2013). 不過，對於是否有必要制定類似處理原則的方式，來增加執法的可預見性，學者有持較保留看法，而認為其將使法律的執行更不具彈性，特別是垂直限制交易的經濟理論相對複雜的情況下，更有此風險。Seth B. Sacher, *To Issue or Not to Issue Guidance: Comments on Geradin and Pereira Neto*, 9 COMPETITION POL'Y INT'L 46, 50-51 (2013).

¹⁹¹ Geradin & Neto, *id.*, at 48.

¹⁹² *Id.*, at 49.

機關除了市場力量外，特別應考量以下因素：

- (一) 當事人於被搭售產品市場是否有制衡搭售的「反策略」(counterstrategies)；
- (二) 得運用「反事實分析」(counterfactual analysis)的方法，對於行為的「因」與「果」的重新定義，檢驗搭售行為的因果關係。例如，若證據可得的話，主管機關可以比較涉案市場及另一缺少涉案市場部分市場特徵的市場，以觀察市場效果的不同；
- (三) 搭售的效率考量¹⁹³。

第四節 小結

本章介紹歐盟競爭法關於垂直非價格限制的規範演變及學理的分析。從關於搭售、區域及顧客限制、排他交易等具體案例的判詔可知，歐盟對於垂直非價格限制的規範趨勢，大致上與美國法的走向類似，均由早期的重視法形式要件的適用與詮釋，轉為強調限制約定對市場競爭的實質經濟效果評估。不過，歐盟法仍有部分規定與美國法不同，如區分「主動銷售」與「被動銷售」的限制型態而異其法律效果。另外，整體而言，歐盟關切網路交易競爭問題時程度，較美國要來得高，案例也較美國為多。

雖然各不同交易限制類型有其不同的法律要件與判斷因素，但歸納而言，實施垂直非價格限制的廠商是否具市場力量，涉案約定的反競爭效果，特別是市場封鎖的效果，以及行為的目的必要性及效率考量是歐盟的判決理由中的三大考量因素，與美國法實質上也相當類似。不同之處在於，美國法在實務上並未如歐盟般將考量因素及考量順序等形成「處理原則」的作法。本章介紹了歐盟 2008 年針對包含垂直交易限制行為在內之決定執法優先順序「處理原則」，以及學者最近針對同一議題所為之學理

¹⁹³ *Id.*, at 64-65.

建議。對於屬於成文法系的我國而言，應可作為嘗試建立具體的合理原則考慮因素時之概念起點。

第五章 公平交易法對非價格垂直限制之規範與問題

本章介紹我國公平法規範垂直非價格限制之現狀及實務上所衍生之相關問題。第一節先就公平法對非價格垂直限制之法規架構作一簡要的介紹。第二節整理介紹公平會近來相關之代表性案例。第三節提出公平法規範非價格垂直限制過程中所出現之法律與經濟學理問題。第四節總結本章。

第一節 公平交易法對非價格垂直交易限制之法規架構

我國公平法對於非價格垂直交易限制行為，理論上有二項主要的規範依據。當涉案事業符合公平法對獨占事業之規定要件時，則有可能將其視為是獨占者濫用市場地位之行為，而依公平法第 10 條之規定來加以處理。另一項更為普遍及常見者，乃公平法第 19 條第 6 款之規定，將非價格垂直限制之行為視為是「以不正當限制交易相對人之事業活動為條件，而與其交易」之行為來規範之。另外，依公平交易法施行細則第 27 條規定：「……限制是否不正當，應綜合當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品特性及履行情況對市場競爭之影響等加以判斷」規定，公平會已可在現行的法律架構下，以「合理原則」檢視相關之非價格垂直限制。不過，相較於美國與歐盟之執法經驗，其對「合理原則」之運用，仍有待進一步充實之處。再者，公平會近來在部分案件中，也嘗試以第 24 條關於「欺罔或顯失公平」行為規定，搭配「相對優勢地位」理論，來歸範垂直交易限制約定。

第二節 相關案例介紹

一、區域及顧客限制

(一) 有關和泰汽車股份有限公司被檢舉涉及違反公平法規定案¹⁹⁴

本案緣由：台北市計程車客運商業同業公會（下稱檢舉人）來函檢舉和泰汽車股份有限公司（下稱被檢舉人）為所屬之經銷商北都汽車股份有限公司（下稱北都汽車）、國都汽車股份有限公司（下稱國都汽車）劃定特定之銷售區域，限制其交易相對人僅能在特定區域內進行交易，並對同為計程車業者之個人、合作社與交通公司給予差別待遇，涉有違反公平法規定。

檢舉人被檢舉人基於計程車市場優勢，在獨家交易合約書中劃分銷售區域，限制交易相對人僅能在特定區域內與經銷商購車，不能越區交易，限制經銷商之交易自由；另因北區經銷商有北都汽車及國都汽車，長期以來，北都汽車之車價均較國都汽車高 1%或 2%，致北都汽車轄區內，檢舉人會員所屬計程車駕駛流失，轉投入國都汽車轄區內之交通公司，危害計程車市場及駕駛人利益，被檢舉人涉及違反公平法第 19 條第 6 款之規定。

本案之市場界定部分，查汽車依功能屬性及其公路監理目的分為大客車（Bus）、大貨車（Truck）、小客車（Passenger car）、小貨車（Pick-up Truck），該等車型分類因價格、效用、規格及消費者之選擇等各有不同並不具替代性，分屬不同產品市場。次查本案案關商品為供計程車用之汽車，係為以載人為目的之小型客車，與自用一般車、商用租賃車相較，僅係使用者依其需求不同而為不同之使用，同一品牌同一車款均可作為該三種用途，三者間之替代性與品牌間或品牌內異質產品之替代無關，均屬小

¹⁹⁴ 公平交易委員會，公處字第 101031 號處分書。

型客車之利用，故本案之相關市場應為小型客車市場。另因小型客車之製造、運輸、銷售通路上並無特殊之區域限制，以我國現行地理環境及交通因素觀之，於不同地理區域購買汽車之交易成本並無太大差異，經銷商將新購汽車運送至買受人處所係附屬於購車交易之服務，商業習慣向無另外收取運費或附加於車價，故原則上並無因跨區交易而衍生運輸成本。按各經銷商因其所屬責任區域之供需條件不同，本即有不同之訂價策略，致各經銷區域之售價間存有價差。本案因各區域經銷商間之售價仍存有價差，且交易成本並無太大差異，故本案之地理市場應可界定為全國。

就相關市場界定部分，小型客車市占率以被檢舉人所代理銷售 TOYOTA 系列車種居首，94 年迄今之各年市占率約為 26% 以上，最高時為 98 年曾達 34.99%。因進口車價格較昂貴，極少為計程車從業人員所選用，若僅以國產小型客車內銷總值計算，則被檢舉人代理之國瑞 TOYOTA 車系占有率為 42.56%，仍高居第一名。另據業者表示省油、售價及耗損等為選購車輛時考量之主要因素，被檢舉人汽車因零件替換率低、不易故障、省油向為計程車業者所偏好，約 7 成以上業者以 TOYOTA 汽車為首選。又查 95 年以迄，被檢舉人汽車於計程車使用之比率逐年成長，大台北地區尤甚，國內雖有其他品牌與之競爭，但排名第二業者（不論含進口車或僅以國產車計）之市場占有率均與之相去甚遠，且銷售量逐年下降，足見計程車業者對被檢舉人有相當之品牌忠誠度。次查被檢舉人之經銷商計有 8 家，各依渠與被檢舉人約定之所屬責任區域獨家經銷 TOYOTA 汽車，自民國 77 年以迄所屬責任區域獨家經銷被檢舉人提供之豐田產品，合作期間長達二十多年，與被檢舉人間相互依賴關係深切，且按汽車經銷業係一高度成熟市場，各廠牌汽車均有其完整的經銷體系，經銷商轉換交易管道不易。故計程車業者及經銷商對被處分人皆有其偏離不易之依賴性。綜上，以被檢舉人之市場占有率及交易相對人之偏離可能性，均足論被檢舉人有相當之市場力。

查被檢舉人與經銷商間訂有「TOYOTA 產品經銷商契約書」，該契約書第 2 條第 2 點：「以本契約諸條件為前提，甲方指定乙方為附件 2 所定責任區域內經銷產品之經銷商」。同條第 3 點：「……經甲方判斷乙方之經銷業務有問題，且無改善希望時，甲方得變更乙方之經銷產品及責任區域。」第 17 條第 1 點：「乙方於其責任區域內，應以其自行擬定之推販計劃……致力於市場需求之開拓及對顧客之推販」次查被檢舉人依縣市行政區訂定 8 個責任區域，由一經銷商負責所屬責任區域內之銷售。旗下所屬經銷商計有國都、北都、桃苗、中部、南都、高都、東部及蘭揚等公司。

被檢舉人既設有不同經銷商，本應允許品牌內之價格競爭，然被檢舉人限制經銷商跨轄區銷售並訂定執行「大口批售補助辦法」以落實之，該辦法明定經銷業者於 96 年 1 月 1 日至 98 年 8 月 31 日間於轄區內之銷售獲有補助，轄區外則全面取消補助，轄區內外之銷售折讓補助差異為 2%~3%（97 年 9 月 1 日前最高為 3%，97 年 9 月 1 日至 98 年 8 月 31 日則最高為 2%），復查該等補助向為經銷商訂定銷售價格折讓條件之依據，且該補助亦為經銷商營收之一部分，被檢舉人上開限制轄區銷售之政策將有壓抑經銷商越區交易之意願及壓縮經銷業者間價格競爭之空間，實質上已限制經銷業者間競爭及爭取交易之自由，並剝奪經銷商自由決定銷售對象之空間，使責任區域間之計程車汽車市場完全封閉，降低相同產品在不同經銷通路間之「品牌內競爭」，而有限制市場競爭之虞。

就品牌間競爭之評析部分，我國小型客車之供應來源可分為國產車及進口車，查台北市公共運輸處資料，計程車領牌之汽車以國產車為多，顯少有進口車領牌為計程車之用。復查自 96 年以迄，被檢舉人於小型客車之占有率有增加之趨勢，若不計入進口車，以國產車作為計程車銷售之占有率分布情形，其中 96 年及 98 年 HHI 值亦逐年增加，不論是小型客車市場或不計入進口車之 HHI 值，均自 96 年至 98 年逐年增加。然查被檢舉人取消案關辦法後，國產汽車市場反出現較之前競爭之態勢。由於計

程車為銷售對象之交易 7 成集中於大台北地區，然查計程車業者之交易選擇近乎 65% 以上來自被檢舉人，至 98 年更高達 83.7%。復據計程車業者一致肯認**和泰**汽車低耗能，低折舊，中古車價高，二手市場交易容易，為計程車業者換車首選，足見計程車業者確對於 TOYOTA 汽車有其品牌忠誠度。理性消費者當已習慣既有之品牌時，倘新參進者係以相近價格進入市場，則基於過去之使用經驗，通常不會輕易轉換品牌。當品牌忠誠度對既有市場者有利，而新參進者克服品牌忠誠度所須付出之成本代價顯然高於既有者獲取該種利益所須付出，則品牌忠誠度所造成之結果，顯應被視為係一種經濟障礙。而所有之經濟障礙類型均應視為反托拉斯之參進障礙。

被檢舉人於小型客車市場本即有相當占有率，而計程車業者對品牌之選擇有相當之忠誠度，短期內品牌轉換不易。故計程車業者於 A 區無法以 B 區內之價格購得被檢舉人車輛，將利用借牌或購買後註銷之方式取得於 B 區之購買權，徒增交易成本，自無助市場之交易效率，況因計程車業者品牌忠誠之交易習慣，無法於非轄區購買被檢舉人車款之計程車業者是否會向其他品牌之業者購車，而有替代效果，實有疑義。被檢舉人固稱爭取售後服務之機會，惟據受調查之計程車業者俱表示，計程車業因有營業成本之考量，渠因原廠維修費用較高，故其顯少選擇原廠維修保養，被檢舉人辯詞與計程車交易實務並不相符。

固然，限制經銷區域之作法於商業實務上尚非全無正面效益，垂直限制經銷區域確有其誘因性交易安排之必要，如避免經銷商間之搭便車行為。本案固查計程車交易實務確有計程車業者藉詢價抗衡賣方，轉換交易對象，以為提高買方議價能力之事實，然案關辦法之實施對抑制經銷商「搭便車」之正面效益，究否能抵銷競爭疑慮，並不明確。

綜上，被檢舉人於我國小型客車市場已具相當市場力，而汽車市場尚屬穩定成熟之市場，被檢舉人採行垂直限制作法，其理由並非屬增進效能

之必要方法。被檢舉人實施轄區內外補助有別之政策，促使經銷商採行不跨區競價，剝奪消費者原本可享有之競爭利益，所為不無有減損市場競爭之疑慮。被檢舉人辯詞，尚非得阻卻案關補助辦法所產生限制競爭之疑慮。故被檢舉人上開限制轄區銷售之政策，核屬以不正當限制交易相對人之事業活動為條件而與其交易之行為，致有限制競爭或妨礙公平競爭之虞，核屬違反公平法第 19 條第 6 款規定。

（二）巨大案¹⁹⁵

公平會於 98 年間接獲民眾以電子郵件檢舉巨大機械工業股份有限公司（下稱被處分人）於經銷合約書內載有涉及限制轉售價格之文字，爰去函警示被處分人，促請其應檢視並注意經銷合約書內容，避免使用涉有轉售價格之約定文字表示或用語，以免有限制競爭疑慮而觸法。惟查網路上仍有捷安特自行車價格偏硬之說法，爰主動立案調查。於調查過程中，業者多表示被處分人亦有網路經銷限制之規範。依被處分人之經銷合約書第 1 條第 3 項規定：「未經乙方（被處分人）事前之書面同意，甲方（經銷商）不得直接或間接透過網際網路展示、銷售乙方產品。」第 17 條並訂有違約處理條款：「甲方若違反本合約之約定及義務時，乙方得終止契約，甲方並應賠償乙方因此所受之損害。」已有涉及違反公平交易法第 19 條第 6 款之情事，爰主動立案調查。

就公平法第 19 條第 6 款部分，處分書中首先就巨大公司之市場力進行評估。依公平會第 481 次委員會議決議，當有第 19 條第 1、2、6 款所定行為發生時，首應考慮其市場占有率及依賴性存在之門檻要件。實務上，公平會係以市場占有率 10% 為市場力量認定之門檻，而依賴性有無之判斷，在於交易相對人有無其他可能交易管道之存在，是否不可偏離（或無法取代）地依賴該事業。依相關證據顯示，巨大公司自估國內品牌

¹⁹⁵ 公平交易委員會，公處字第 101153 號處分書。

自行車市場之占有率約為 20~25%，另據公平會產業資料庫資料，99、100 年巨大公司於國內自行車市場占有率分別為 36.36%、35.67%，均達公平會 10%之門檻。

另據經銷商業者表示，雙方經銷合約書雖未明訂店面展示商品之比例，惟各經銷商店面 90% 以上均放置巨大公司商品，自行車知名品牌仍以巨大公司之捷安特及美利達為主，其所屬經銷商收入較為穩定，而經銷商若轉換品牌恐將面對銷售獲利之不確定性，故經銷商多不輕易選擇轉換。而該二品牌經銷區域多有雷同，且為單一設點，經銷商轉換品牌並不容易。綜上，以巨大公司之市場占有率及交易相對人之偏離可能性，應足論巨大公司有相當之市場力。

查巨大公司經銷合約書第 1 條第 3 項規定：「未經乙方（巨大公司）事前之書面同意，甲方（經銷商）不得直接或間接透過網際網路展示、銷售乙方產品。」第 13 條：「甲方有左列各款情形之一者，乙方得終止合約：一、甲方違反本合約之約定及義務時。……」第 17 條：「違約處理：甲方若違反本合約之約定及義務時，乙方得終止契約，甲方並應賠償乙方因此所受之損害。」經銷合約書明文訂定除事前書面同意外，原則上不得透過網際網路展示、銷售捷安特自行車，並訂有概括式違約處理，而多數經銷商皆表示巨大公司確實禁止網路銷售，並表示違反罰則有警示、取消經銷資格或拒絕供貨，雖然巨大公司並無對網路銷售之處罰實例，然公平會調查顯示，市場上並無經銷商提供網路銷售行為，顯見該等約款確實達嚇阻效果。

按交易資訊透明係確保效能競爭之重要因素，而網路訊息流通迅速，資訊內容豐富，消費者常於實體購物前先於網路詢價，可降低交易成本，且因網路訊息多樣，消費者亦可藉此為實體與網路商品品質與價格之比較，而為交易決定。查巨大公司與經銷商間所簽定之經銷合約，係屬選擇性之經銷體系安排，亦即經銷商除捷安特品牌之銷售外，仍得銷售捷安特

以外之自行車產品。復查我國自行車市場，國產與進口品牌眾多，按經銷商對於不同品牌因成本不同而有不同之銷售策略，且各經銷商行銷手法與管銷成本及售價與獲利情形均有不同，透過網路銷售，將使得各品牌之價格透明，巨大公司既設有不同經銷商，且允許選擇性之經銷模式（selective distribution），經銷商以買斷方式購進巨大公司產品，產品所有權已移轉予經銷商，本應允許經銷商依成本供需決定經銷管道並為自由價格競爭，然巨大公司限制經銷商之網路銷售，經銷商將不得上網銷售，限制經銷商爭取交易之自由，亦限制經銷商對於不同品牌之銷售安排。而近來網路行銷蓬勃發展，消費者於傳統實體之交易模式外，網路購物為新興之交易模式，限制網路銷售將排除消費者交易選擇管道多樣性之機會。

巨大公司辯稱限制網路銷售係為減少仿冒產品氾濫問題，維護消費者權益，惟倘涉及仿冒，巨大公司尚非無侵權主張之救濟途徑。至網路銷售之「搭便車」疑慮，按消費者究以實體或網路為交易，此與消費者之消費習慣及對網路交易之信任度有關，或有消費者於實體體驗後而於網路交易，惟按網路資訊豐富，仍不乏消費者係因網路資訊之蒐詢比較與引介，考量網路交易之安全性而於實體購買，且因自行車型、功能及車高設計不同，消費者選購仍以至實體店面試騎乘為主。又巨大公司雖辯稱因組裝安全之考量而限制網路經銷，惟按網路交易模式多樣，不乏網路訂單，實體取貨，且亦有專業之消費者具自行組裝之能力，而非逕行斷絕消費者交易選擇之自由。次按自行車經銷商採行網路銷售係對不特定消費者為之，屬被動銷售模式，且經銷商從事網路銷售係為交易資訊透明，爭取交易機會，巨大公司限制經銷商網路銷售，將抑制價格之資訊透明，實已限制經銷商競爭及爭取交易之自由，並剝奪經銷商對於不同品牌自由決定銷售方式，而有限制競爭之疑慮。

綜上，巨大公司於我國自行車市場已具相當市場力，巨大公司限制經銷商網路銷售，促使經銷商不得透過網路銷售，實質上已限制經銷商間競

爭及爭取交易之自由，並剝奪經銷商自由決定銷售方式，亦抑制促進效能競爭之交易資訊透明管道，所為有減損市場競爭之疑慮，核屬以不正當限制交易相對人之事業活動為條件而與其交易之行為，致有限制競爭或妨礙公平競爭之虞，違反公平法第 19 條第 6 款規定。

（三）和成欣業案¹⁹⁶

原和成欣業股份有限公司（下稱被處分人）訂有「衛浴價格政策」，約束總經銷商在「一般銷售」部分之轉售價格，對「現場專案」部分要求個案報備，總經銷商亦必須依被處分人核定之折數轉售，另對於「現場專案」且涉及越區交易部分要求個案報備，並配合執行越區核備協調之做法，有限制競爭或妨礙公平競爭之虞，涉嫌違反公平交易法，本會爰進行調查。

有關被處分人限制經銷業者爭取「現場專案」之交易自由，以及對於「現場專案」且涉及越區交易部分要求個案報備並配合執行越區核備協調之行為，有限制競爭或妨礙公平競爭之虞，已違反公平交易法第 19 條第 6 款規定，理由如次：

1. 依公平交易法第 19 條第 6 款規定，以不正當限制交易相對人之事業活動為條件，而與其交易之行為，並有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，事業不得為之。次按同法施行細則第 27 條規定：「本法第 19 條第 6 款所稱限制，指搭售、獨家交易、區域、顧客或使用之限制及其他限制事業活動之情形。前項限制是否不正當，應綜合當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品特性及履行情況對市場競爭之影響等加以判斷。」是倘事業具相當之市場力量，對交易相對人為區域、顧客之限制，以不正當限制交易相對人之事業活動為條件而與其交易之行為，致有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，即有公平交

¹⁹⁶ 公平交易委員會，公處字第 100005 號處分書。

易法第 19 條第 6 款規定之適用。

2. 本案系爭產品為陶瓷衛浴產品（含陶瓷洩水槽、臉盆、臉盆座、浴缸、洗滌盆、抽水馬桶、沖洗槽、便器及類似衛生裝置），依被處分人提供自行評估資料及台灣經濟研究院對陶瓷衛浴市場的報告顯示，被處分人於 98 年度國內市場占有率約為 20%，足見被處分人於陶瓷衛浴市場具有相當市場力量。被處分人針對「現場專案」越區銷售者，要求須由該現場專案所在地之總經銷商（營業所）負責商品的運送，並規定須由越區銷售之經銷業者就成交金額提撥 2% 作為現場專案所在地之總經銷商（營業所）提供前述運輸服務之費用補貼，亦有壓抑經銷業者越區交易意願及壓縮經銷業者間價格競爭空間之效果，實已限制經銷業者越區供貨之營業自由，減損品牌內競爭。
3. 以被處分人之市場地位及所屬市場結構觀之，無論其目的係為維持市場地位或品牌內之服務效能競爭，即使不妨礙到其他競爭者進入市場，但前揭做法已對交易相對人為區域、顧客之限制，以不正當限制交易相對人之事業活動為條件而與其交易之行為，致有限制競爭或妨礙公平競爭之虞，減損經銷業者間之品牌內競爭，核屬構成公平交易法第 19 條第 6 款之違反。

綜上論述，有關被處分人訂定「衛浴價格政策」，限制經銷業者爭取「現場專案」之交易自由，以及對於「現場專案」且涉及越區交易部分要求個案報備並配合執行越區核備協調之行為，有限制競爭或妨礙公平競爭之虞，核已違反公平交易法第 19 條第 6 款規定。

二、搭售

(一) 台灣電視股份公司¹⁹⁷、中華電視股份公司¹⁹⁸、中國電視股份公司¹⁹⁹搭售案

被處分人要求廣告主託播高收視率節目廣告時必須同時購買低收視率節目廣告時間之情形，其雖辯稱僅有在託播高收視率節目廣告時贈送低收視率節目廣告時間之事，然實際上係以先向被處分人購買高收視率節目廣告時間為條件，而被處分人亦不單獨出售高收視率節目廣告時間，而皆有附帶贈送低收視率節目廣告時間之情形，此種有條件贈送低收視率節目廣告時間之行為，雖名為贈送，實為搭售。

被處分人之搭售行為尚非為確保其商譽及服務品質所必需，故其搭售顯無正當理由，又被處分人為為電視市場獨占事業，其對電視市場自有支配性之影響，故其搭售不但使交易相對人（廣告主）失去選擇電視節目廣告時間之自由時間之搭售行為，且使以電視節目之製作為事業者間之競爭關係受到扭曲，該當違法之搭售行為。

(二) 樺陽車業股份有限公司²⁰⁰搭售案

被處分人係三陽機車台北市地區唯一之總經銷，而三陽機車於全國之市占率為 34.7%，而既被處分人為台北地區唯一之總經銷，故其市占率應與全國之市占率相同，該案被處分人規定，台北市地區所銷售之三陽機車新機車一律必須統一由華南產物保險股份有限公司承保二年機車強制汽車責任保險。並不允許消費者自行決定華南產物保險股份有限公司以外之保險公司。

¹⁹⁷ 公平交易委員會，公處字第 056 號處分書。

¹⁹⁸ 公平交易委員會，公處字第 058 號處分書。

¹⁹⁹ 公平交易委員會，公處字第 057 號處分書。

²⁰⁰ 公平交易委員會，公處字第 038 號處分書。

被處分人抗辯鑑於大部分機車買受人，對於保險公司及投保手續並不熟悉，因此，對於經銷商主動提供之代辦服務並無特別意見，爰該公司基於服務客戶，以及方便手續辦理之考量，方決定統一交由華南產物保險股份有限公司承保。

然公平會認為縱令其目的在提供一貫性服務，爭取車主交易機會，甚或賺取週邊利益（如保費佣金），卻係倚恃消費者對保險法之無知及對其之依賴，甚而視消費者之交易選擇權為其交易籌碼，進而據以與華南產物保險股份有限公司進行價金談判之基礎，其侵犯消費者權益甚劇，並對市場上其他競爭之保險代理人及經紀人產生排除競爭之效果，扭曲機車強制汽車責任險市場上之競爭秩序，核屬非具正當性之限制行為，違反我國公平法第 19 條第 6 款之規定。

（三）學者有限公司²⁰¹、元寶利影視有限公司²⁰²、富康興業有限公司²⁰³、協和育樂股份有限公司²⁰⁴、得利影視股份有限公司²⁰⁵搭售案

被處分人要求買受人業者不得單獨挑片、亦不能選擇數量，僅得接受其所提供之配套銷售，而於配套銷售中參雜不賣座或老舊之影片，以此法進行搭售之策略。

然按 VCD、DVD、錄影帶等影音產品具有著作權物之不可替代之商品特性，且在現行實務上，影音產品發行業者多係取得上游片商之獨家代理權，出租業者除與發行業者或其代理商、經銷商交易外，尚難透過其他合法管道取得完整充足之片源，因此發行業者相對於出租業者而言，係擁

²⁰¹ 公平交易委員會，公處字第 021 號處分書。

²⁰² 公平交易委員會，公處字第 092032 號處分書。

²⁰³ 公平交易委員會，公處字第 092031 號處分書。

²⁰⁴ 公平交易委員會，公處字第 133 號處分書。

²⁰⁵ 公平交易委員會，公處字第 078 號處分書。

有排他之強勢經濟能力，雙方市場力量並不對等。若發行業者挾其優勢之競爭能力及市場地位，於出租業者欲購買某些影音產品時，要求必須同時購買其他產品、而禁止出租業者選擇影片內容或數量，否則即拒絕交易，可能造成出租業者在顧及片源完整性、迎合消費者需求之壓力下，被迫購買不需要之影片並增加營運成本負擔，因而降低向其他錄影帶發行業進購錄影帶轉租之能力，此不但顯已影響出租業者依影片上映情況之叫座與否為決定進購院線片錄影帶之衡量標準，並使錄影帶發行業之競爭活動產生抑制與妨礙，已違反公平法第 19 條第 6 款之規定。

（四）松網科技股份有限公司²⁰⁶搭售案

被處分人與顧客約定，由戰略公司向松崗公司購買所需電腦遊戲軟體之所有權、公開播放權及使用權等事宜，惟當戰略公司依約向松崗公司洽購個別產品時，竟遭松崗公司拒絕且以口頭方式告知，系爭合約書中附件所列之電腦休閒遊戲軟體，乃戰略公司應全部購買之產品，不得自由任意選購。

而松崗公司為國內網路咖啡店（下稱網咖店）遊戲軟體授權之龍頭，其於 89 年之營業收入占我國遊戲軟體下游產業（即通路商）產值為 14.35% 左右，且我國約有 2500 至 3500 家規模不等之網咖店業者中，有 1500 家網咖店業者與之簽約，即約有 42% 至 60% 網咖店業者與被處分人簽約，但該公司卻利用遊戲軟體享有著作權物之獨家排他性及消費者對遊戲軟體之偏好性等商品特性，將暢銷與非暢銷遊戲軟體商品成套搭售且拒絕提供單一產品報價，並於合約中訂定各種不平等之條款限制，迫使網咖店業者在顧及遊戲軟體完整性之壓力下，必須成套購買松崗公司所提供之十套遊戲軟體，而無法自由選購單項遊戲軟體，且其中有半數以上遊戲軟體於簽約時並未上市，也無產品報價，其搭售意圖明顯，剝奪網

²⁰⁶ 公平交易委員會，公處字第 091022 號處分書。

咖店業者之交易選擇自由，將構成妨礙公平競爭之虞之搭售行為。

對於網咖店業者而言，提供最受歡迎電腦遊戲軟體乃成為其吸引顧客上門的重要因素之一；因此遊戲軟體發行商或通路商相對於其交易相對人（即網咖店業者）而言，多係擁有排他之強勢經濟能力，雙方市場力量並不對等。若發行商或通路商挾其優勢之競爭能力及市場地位，於遊戲軟體業者欲購買某些受歡迎軟體產品時，要求必須同時購買其他冷門（即消費者根本不會去消費的軟體）產品、禁止單買，否則拒絕交易，可能造成網咖店業者為迎合消費者對熱門遊戲軟體需求之壓力下，被迫購買不需要之遊戲軟體，增加營運成本負擔並佔據硬碟大量空間，不但剝奪網咖店業者之交易選擇自由，也對其他發行商造成不公平競爭之情事，將構成妨礙公平競爭之虞之搭售行為，而違反公平法第 19 條第 6 款之規定。

（五）台灣菸酒股份有限公司²⁰⁷搭售案

被處分人實施客戶購買新菸品始可優先獎勵購買長壽菸之措施，經查被處分人為唯一之國產菸製造商，於 91 年至 94 年間其市占率，若依銷量計算在 40%-50%之間，若以銷售值計算則若在 34.16%-41.67%之間，顯見被處分人有一定程度之市場力量，而新、舊菸品間各具獨立經濟價值，乃獨立可分之商品，無同時銷售或購買之正當理由。被處分人雖辯稱其無強制客戶購買新產品、即使未購買亦不影響原先客戶之菸品配額。惟查菸酒公司之「長壽」菸品系列，長期以來具有相當的品牌知名度及競爭優勢，在菸品市場上具有一定程度之影響力，菸酒公司利用舊產品的暢銷優勢，以購買新菸品作為交易相對人優先獎購舊菸品條件，藉搭售行為促銷新上市菸品，搭售行為並不具正當理由，且有妨礙菸品市場公平競爭之虞，認定違反第 19 條第 6 款之規定。

²⁰⁷ 公平交易委員會，公處字 095142 號處分書。

三、排他交易

(一) 中油限制民營連鎖加油站業者僅能販售國光牌潤滑油脂行為，違反公平交易法案²⁰⁸

公平會據檢舉，中油涉要求民營連鎖加油站限販售中油所生產之國光牌滑油，不得販售其他廠牌之油品。公平會於處分書中表示，中油在當時是國內汽柴油市場唯一供應商，本身又產製潤滑油脂，故其對加油站的銷售限制，其目的與意圖乃在於掌握潤滑油於加油站之行銷管道，確保其於此銷售通路中之優勢地位。據公平會調查，根據 82 年 10 月底資料，全國計有 1,114 座汽機車加油站，其中民營非連鎖加油站僅有五座，換言之被處分人直營及民營連鎖加油站共占全部加油站之 99.55%，民營非連鎖加油站所占比率極低；另據本會市場調查，以 82 年販售量計，被處分人於潤滑油市場占 63.15%、於汽機車用潤滑油市場占 44.76%。次查，汽機車用潤滑油透過加油站管道販售之比例為 20.47%，其他為各大車廠及台灣汽車客運公司等直營客戶，本案因被處分人之直營及民營連鎖加油站於加油站市場之比例達 99% 以上，是其於汽機車潤滑油之經銷市場顯具影響力。

汽機車潤滑油脂係以不同之等級滿足消費者不同的需要，屬多樣少量之交易型態。即使被處分人以維護消費者權益，確保車用機油品質及貫徹企業形象為由，限制其民營連鎖加油站業者不得販售其他廠牌之潤滑油，但被處分人所指定之國光牌潤滑油脂並未一定能充分滿足所有汽機車使用者所需之等級；民營之連鎖加油站業者為拓展競爭空間，在無損於該連鎖體制之一致性下，銷售不亞於國光牌品質之潤滑油，以滿足更多消費者的需要，除更能發揮加油站之附屬機能外，亦將有助於其汽、柴油品之銷售。是以被處分人所實施之限制除將使加油站之各項附屬機能無法充分發

²⁰⁸ 公平交易委員會，公處字第 079 號處分書。

揮，阻礙加油站市場之效能競爭外，由於加油站管道幾為被處分人所獨有，致該管道幾無銷售其他廠牌之潤滑油，亦妨礙汽機車潤滑油脂市場之公平競爭。

至被處分人稱市面上偽造、仿造之潤滑油不易辨識，冒然銷售未經註冊之他廠牌潤滑油脂恐有違法之慮等，均不足採。中油之限制銷售行為已違反有妨礙潤滑油市場公平競爭之虞，違反公平法第 19 條第 6 款之規定。

(二) 太平洋崇光百貨 (SOGO) 不當限制交易相對人之事業活動為條件，而與其交易之行為案²⁰⁹

太平洋崇光百貨股份有限公司 (下稱被處分人) 為台北地區首屈一指之百貨公司，其為持續保有該公司高額營收地位，排除其他廠商進入市場，竟利用所占市場強勢地位，在其專櫃廠商合約書中，強制簽訂第 14 條第 2 項條文，即非經被處分人同意，提供商品或服務之廠商不得在「被處分人賣場半徑兩公里內」之商圈內販賣相同或類似商品、服務，否則被處分人得依據合約書第 28 條規定終止合約，並向廠商請求一切損失賠償。惟被處分人原與廠商簽訂之合約書第 14 條，並無該項條文，而是因三僑實業股份有限公司 (下稱檢舉人) 投資興建微風廣場後，因報章媒體大幅報導，被處分人為確保其市場強勢地位，乃修改合約，意圖以不正當之區域、顧客限制，達到妨礙檢舉人等合法廠商進入市場及與其公平競爭之目的。被處分人此種限制合理競爭之不正當行為涉有違反公平法第 19 條第 6 款及第 24 條規定。

依百貨公司經營型態以觀，其係在一特定場所從事多種商品並分部門以提供零售服務，所販售之商品範疇涵括食衣住行各式用品，產品種類與品牌齊全程度，足供各客層消費者依其偏好購買所需，其硬體規劃上更著

²⁰⁹ 公平交易委員會，公處字第 091086 號處分書。

重營造寬敞舒適的購物空間和環境，其目標市場與滿足消費者便利購物之中小型零售業如便利商店、超級市場等，及以低價商品吸引消費者之大量販店業顯然有別，故百貨公司須設址於人潮聚集之地區以維持其經濟規模，國內百貨公司即因前揭特性主要分布於五大都會區（台北、桃壠竹、台中、台南及高雄地區），地理市場區隔明確，並由於都會區間之距離致使地理市場間之替代性甚低。申言之，百貨公司事業所提供之零售服務，其競爭區域或範圍甚難跨越所屬之地理市場，是以，國內百貨公司依其分布之五大都會區，界定為台北、桃壠竹、台中、台南及高雄五個特定市場，應無疑義。

查 90 年被處分人在台北地區經營之百貨公司計有四家，依調查及百貨業所提供之資料，其營業額高達 192 億 8 千萬餘元，在台北地區百貨公司業之市場占有率首屈一指，高達 29.54%。另百貨公司係多種商品零售服務之事業，其商品固多屬日用品且其同質性甚高，然決定是否至百貨公司設櫃販售，專櫃廠商當會考量其商圈繁榮、人潮聚集程度及客層定位等因素，倘百貨公司具有廠商設櫃條件，即可成為其所依賴之重要末端通路。本案被處分人賣場係屬繁榮商圈及人潮匯集之區域，其每年所締造之營業額，已成為專櫃廠商企求進駐之百貨賣場，是其所具有之市場優勢地位，毋庸置疑。

另據該公司提供之資料，其所屬之專櫃廠商計有 766 櫃，其中僅有 27 櫃，計 13 家廠商之合約書刪除或修改系爭區域限制條款，其餘 739 櫃（占總櫃數 96.48%）仍依照合約之規定簽約，惟查其刪除或修改系爭合約條款之專櫃廠商，多屬知名品牌廠商，且為百貨毛利率最高之化妝品與女性內衣品牌，其所具有之市場地位均足以與被處分人相抗衡。至其他高達 96.48%之專櫃，固然知悉被處分人所處之商圈聚客力及購買力足以容納數個同品牌之專櫃，營利效果又大於品牌內競爭之效果，卻甘受系爭區域限制條款之約束，影響其最適展櫃區域之決定，被處分人所具有之市場

優勢地位，應為重要因素之一。是被處分人係挾其優勢之競爭能力及市場地位，以單方制定之專櫃廠商合約書，約束專櫃廠商決定最適展櫃區域，洵堪認定。

相對的，被處分人則抗辯表示表示，其於新版專櫃廠商合約書中增訂第 14 條第 2 項規定之原因，係為避免專櫃廠商在被處分人之商圈內另闢其他營業處所販賣相同之商品或服務所造成『搭便車』之效果。惟查被處分人 89 年以前之舊版專櫃廠商合約書第 8 條（新版同為第 8 條）已明訂「乙方（專櫃廠商）提供之商品甲方（被處分人）得以其所定價格出售，但乙方須保證同一時期內，甲方樓面同一商品之價格，不得高於國內其他商場之零售價，否則甲方得對乙方罰以該項商品價差總和十倍之違約金。」第 23 條（新版第 24 條）復有明文「乙方在其他百貨公司、專門店及其連鎖商店銷售之商品，若有打折等特價活動應先通知甲方，在甲方供售之商品亦應自動降價，否則以本約第八條處罰之。」第 26 條（新版第 27 條）又訂有專櫃廠商上、下半年之基本營業額，並明文如廠商實際營業額未達基本營業額時，被處分人得終止合約。上開條文業已限制被處分人所屬專櫃廠商之商品價格不得高於其他商場之零售價，且促使專櫃廠商倘於同一商圈另行設櫃時，須先考量品牌間競爭是否對被處分人專櫃之營業額產生不利影響，而導致未達基本營業額遭致撤櫃。申言之，上開條文仍可避免專櫃廠商未評估品牌間競爭問題而濫行設櫃，並避免專櫃廠商「搭便車」之情事發生，是以，被處分人針對 89 年專櫃廠商合約書加入系爭區域限制條款原因所提之辯詞，洵不足採。

被處分人亦表示，其專櫃廠商合約書於 89 年雖增加系爭限制條文，惟事實上，仍有十四櫃廠商於被處分人及微風廣場重複設櫃，且部分專櫃合約書中仍訂有系爭限制條文，惟被處分人從未因專櫃廠商違反是項規定而終止合約或對其請求損害賠償，又系爭限制條文所限制之地理範圍尚屬合理，專櫃廠商如不願接受亦得中途撤櫃，限制效果不大，對市場競爭並

無影響。然揆諸被處分人所提供前揭二賣場重複設櫃廠商名單，其中六櫃所屬五家廠商之合約書中並無系爭限制條文，且部分訂有系爭限制條文之專櫃廠商表示重複設櫃乙事，係事前取得被處分人同意，並設有同意條件，顯見系爭限制條文對專櫃廠商另行設櫃決策業已產生實質限制效果。又系爭限制條文所限制之地理範圍雖僅為半徑兩公里之商圈，惟依據台北市地圖顯示，被處分人設址位於台北市最繁華之東區中心，以被處分人為圓心，半徑兩公里所及之範圍幾乎已將台北市最繁華之東區商圈全部涵括進去，故其目的顯為排除所屬專櫃之品牌內競爭行為。另專櫃廠商如不願接受系爭限制條文中途撤櫃，依新版合約書第二條第三款規定，尚須依過去單日最高營業額為準計算被處分人應得收益後，加計一倍違約金賠償，專櫃廠商將付出高額之撤櫃成本。是倘專櫃廠商無其他特殊考量，中途撤櫃另設新櫃之營利增加幅度尚未與應付出之機會成本相當，將不為中途撤櫃之選擇。是以，系爭限制條文業已致使專櫃廠商無法成為有效之競爭主體，並為新參進百貨同業客層設定與招商之障礙，減損因新競爭者參進所得增加之市場競爭。

四、違反公平法第 24 條之案例－「長榮、華航針對兩岸直航及轉機航線，利用航空票務代理旅行社後退金機制案」²¹⁰

99 年 4 月 7 日媒體報導，兩岸直航航線票價太高，且自直航後班次增加、航程縮減，票價卻未予調降。為瞭解各航空公司於兩岸航空旅客運輸服務市場之定價行為有無涉及違反公平交易法相關規定，本會爰依職權主動進行調查。

按兩岸航點及飛航總班次係由兩岸共同協議，我國民航主管機關於取得航權及航班後再分配予各國籍航空業者，由各航空運輸業者於「海峽兩岸空運補充協議」相關限制下，向民航局提出營運申請，同一航線並以不

²¹⁰ 公平交易委員會，公處字第 100032、100033 號。

逾 2 家航空業者經營為原則，是有關市場供給面係由兩岸民航主管機關所協商及分配，相關航空運輸業者尚難逕依市場競爭機制自行決定。至於兩岸航空客運票價之管理，依我國民航法令規定，兩岸航空運價之管理係比照國際航線，由航空運輸業者陳報民航局轉報交通部備查。是根據本會調查，國內航空運輸業者對於兩岸直航各航線之票面價，均係經航空運輸業者陳報民航局轉報交通部備查在案，惟各航空運輸業者之實際票價，係由航空運輸業者考量市場供需因素、營運策略、票種、季節性變動及其他與競爭有關因素下，於備查的票面價格下自行調整票價，故各航空運輸業者仍得自行決定其實際票價。爰各航空運輸業者於兩岸航空運輸服務市場各航線的定價行為，仍應適用公平交易法相關規定，尚難逕以兩岸航線係經兩岸相關單位協商或經民航主管機關核備票面價格為由，而得豁免公平交易法相關規定。

就市場力量的界定部分，在採「城市對」作為界定依據下，公平會認定華航與長榮於各相關市場的市場力量約在 27%-33% 及 20%-24% 之間。公平會認為，由於國際航空產業特性具有資源稀少性之特性，如場站設施、航線、起降額度等均有一定容量限制，復具有規模經濟、範疇經濟及高固定成本等特性，亦需受起降兩地主管機關之管轄，是有關航點及航班均由通航雙方政府透過航權談判而取得，市場供給仍難因市場需求大增而有短期增加之可能性，是市場供需機能的發揮仍有其侷限性。而在兩岸直航航線上，兩岸談判的特殊性，益增市場供給增加的困難及不確定性，透過市場供需機能以調節市場價格之侷限性更高。而航空運輸服務市場，係以城市對為最適當市場範圍，在城市對航線上，市場亦多屬寡占市場結構，市場競爭家數有限，在有限度的市場供需機能下，參與競爭的航空運輸事業，相對於下游交易相對人（旅行社）及最終消費者，實具有票價決定、艙等安排、行銷機制及行銷通路安排的市場優勢地位，是渠等於市場供需機能已具高度侷限性的兩岸直航航線上，倘挾其市場優勢地位，透過

不正當限制交易相對人之活動而有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，或為其他足以影響交易秩序之欺罔、顯失公平之行為者，誠然該當具有公平交易法的非難性，自有違反公平交易法第 19 條第 6 款及第 24 條規定之可能。

就本案所涉及之後退金機制而言，被處分人在 T/C 現退辦法中，唯獨針對兩岸直航及轉機航線，利用航空票務代理旅行社後退金機制，訂定經濟艙來回機票後退金僅為 150 元，全球其他航線港澳航線為 250 元、東南亞航線為 600 元；東北亞、環太平洋及歐美澳等航線為 700 元，是被處分人在 T/C 現退辦法中，針對兩岸直航及轉機航線所定之 T/C 後退金，顯低於全球其他航線。以其後退金僅達 150 元，則已肇致其 T/C 在兩岸直航及轉機航線的機票銷售最大價格競爭空間僅為 150 元，約僅為機票售價 1% 左右，系爭行為業已大幅限縮旅行社間對兩岸航空旅客運輸服務市場上從事機票銷售價格競爭的空間，直接不利於市場供需機能的發揮。又系爭行為長期而言，縮減下游事業價格競爭空間亦有利於上游航空運輸事業形成非經合意的價格僵固性，尤其是在下游通路成員數量越多，越容易造成彼此價格監督的效果。以目前國內旅行社高達 2,000 家以上的情況下，一旦特定航空運輸業者降低價格，其他航空運輸業者便容易發覺市場價格的異狀而採取低價競爭的策略，造此彼此在寡占市場結構下的過度競爭（*excessi excessive competition*）或割喉式競爭（*cut-throat competition*）的結果，故縮減下游事業從事價格競爭空間，實有助上游航空運輸事業從事價格監督，而達到彼此非經合意的價格僵固性之效果，長期不利於上游航空運輸事業的價格競爭。

另，系爭行為雖屬個別上游航空運輸事業對下游事業之垂直交易限制，惟以其後退金僅有 150 元，亦可間接維繫 T/C 非經合意的價格僵固性，長期亦不利於 T/C 的價格競爭。是系爭行為對於航空運輸服務業之上、中、下游均產生不利價格競爭之效果，於兩岸直航市場的供需機能有

其高度侷限性下，更不利於市場的供需機能的發揮。是系爭行為之意圖與目的，旨在為穩定長期的市場價格，避免因寡占市場的過度競爭（excessive competition）或割喉式競爭（cut-throat competition），造成渠等於寡占市場結構下得以維持彼此之共同最大經濟利益並避免相互價格毀滅；故被處分人系爭行為之意圖與目的，對兩岸航空運輸服務上、中、下游產業均有導致限制競爭之結果。

再就國際航空機票銷售實務與流程，如前所述，T/C 對於航空運輸業者具有相對依賴性關係，是被處分人所訂定之 T/C 現退辦法，實對 T/C 產生實質限制效果。參酌部分 T/C 之證詞「該旅行社亦曾有實際銷售價格低於後退金表之情形，惟比例很少，不到 1%」、「本公司實際之售價幾乎不曾有低於後退金表」，顯見被處分人所訂定之 T/C 現退辦法，在交易履行上實可達相當之效果。又其實施之結果，參酌兩岸於開放直航後，兩岸直航票價在 99 年 4 月經民航主管機關要求降價前尚無顯著波動等情，縱在 99 年 4 月經民航主管機關要求降價後，被處分人對 T/C 的經濟艙平均價格亦未有顯著下跌等情事，益證被處分人系爭行為，業已造成兩岸直航票價的僵固性。另，被處分人於全球其他國際航線所訂之後退金均遠高於兩岸直航及轉機航線，且其市場占有率均已超過 20%，在個別城市對航線上亦復如此，是系爭行為應足認定合致公平交易法第 19 條第 6 款有限制競爭之虞之構成要件。

至於本案適用公平法第 24 條部分，主要在於公平會認為被處分人對外宣稱自 99 年 4 月 16 日起進行降價，卻藉由調變經濟艙各艙等比例，以達未實質降價之效果，為足以影響兩岸航空旅客運輸服務市場交易秩序之欺罔及顯失公平行為，故違反公平交易法第 24 條規定。公平會特別指出，由於不同機位艙等均由各航空公司決定釋出的數量，供其下游旅行社於消費者購買機票時進行訂位；若低價艙等機位已售罄，則消費者與旅行社須被迫購買其他艙等之機票並進行訂位。是航空運輸事業之定價行為，

除涉及營運航線上各艙等之票價外，航空運輸事業所釋出之各艙等機位數量及比例，亦影響到渠等之實際平均售價；是於檢視各航空運輸事業之定價行為時，航空運輸事業所釋出之各艙等機位數量及比例亦應與各艙等之票價等同重要，故航空運輸事業之艙等比例為何，自屬消費者判斷是否購買航空機票之重要交易資訊。

經查被處分人於 99 年 1 月未降價前，經濟艙售價最高之 Y 艙占經濟艙所有艙等僅約為 30.47%，亦即該公司所釋出的其他低價艙等的比例高達約 70%左右。在 99 年 2、3 月間，被處分人 Y 艙占經濟艙所有艙等之比例雖略有提高，但平均亦約為 50%左右；惟在該公司 99 年 4 月針對航線進行降價後，99 年 5 月 Y 艙占經濟艙所有艙等的比例則提高至 56.97%。99 年 6 月至 10 月間 Y 艙占經濟艙所有艙等的比例則更進一步提高到 60%以上。若從開票張數觀察，以被處分人 99 年降價前後的 Y 艙平均每月開票張數相比較，99 年 5 月至 8 月（降價後）較 99 年 1 月至 4 月（降價前）Y 艙的平均每月開票張數大幅成長 110.09%，至於其他較低價的艙等則僅成長 15.74%；顯見被處分人於 99 年 4 月降價後調變艙等比例重點，在於 99 年 4 月降價後市場需求增加之際，被處分人僅願釋出高價 Y 艙之可訂位數，至於其他低價艙等，雖未如被處分人同時降低低價艙等可訂位數，然其增加幅度亦屬有限而遠不如 Y 艙的增加幅度。被處分人上述調變經濟艙各艙等比例之結果，反映在被處分人對 T/C 的實際平均售價上；被處分人雖宣稱降價幅度達 10%以上，惟其降價後對 T/C 的實際平均售價實與 99 年 3 月及 4 月降價前相當或僅有略減，且均較 99 年 1 月的平均售價為高，直至 99 年 10 月後，對 T/C 平均售價方有顯著降低。是被處分人顯有藉調變經濟艙各艙等比例，以達未實質降價效果的意圖。是被處分人藉調變經濟艙各艙等比例，以達未實質降價效果之行為，致消費者認為航空公司已降價並規劃交通行程，卻因被處分人調變艙等比例，致消費者難以購得降價後之低價艙等機票，反因行程已排定且在市場供給

具有高度侷限性下，不得不訂高價艙等之機票，並因而引發民怨。是被處分人顯有隱匿該公司調變經濟艙各艙等比例等重要交易資訊情事，足以導致消費者因重要交易資訊之不對稱而陷於錯誤的交易決定，而有損及市場供需機能之虞，構成公平法第 24 條所稱之「欺罔」行為。再者，由於各航線之票價、各艙等座位比例均由航空公司所決定，旅行社或消費者僅得透過航空訂位系統進行訂位。若航空公司所釋出之低價艙等機位已售罄，則消費者與旅行社須被迫購買其他高價艙等之機票並進行訂位，是航空公司相對於消費者，顯居於市場交易資訊之優勢地位。而藉由調變經濟艙各艙等比例，以達未實質降價效果，致消費者認為航空公司已降價並規劃交通行程，卻因被處分人調變艙等比例，致消費者難以購得降價後之低價艙等機票，反因行程因素且在市場供給具有高度侷限性下，不得不訂高價艙等之機票，並因而引發民怨。造成消費者因重要交易資訊之不對稱而陷於錯誤的交易決定，該行為核屬被處分人藉由其市場資訊優勢地位，利用消費者之資訊不對等，從事不公平競爭行為。

第三節 公平交易法對非價格垂直限制之學理分析

從本章上述關於公平法的法規範架構及案例介紹，可將我國在垂直非價格限制的規範經驗中所引發的學理問題，歸納為「法律適用」及「實質審理原則之操作」二大類型。

一、法律適用之問題

我國公平法對於非價格垂直交易限制行為，理論上有二項主要的規範依據。當涉案事業符合公平法對獨占事業之規定要件時，則有可能將其視為是獨占者濫用市場地位之行為，而依公平法第 10 條之規定來加以處理。另一項更為普遍及常見者，乃公平法第 19 條第 6 款之規定，將非價格垂直限制之行為視為是「以不正當限制交易相對人之事業活動為條件，

而與其交易」之行為來規範之。另外，依公平交易法施行細則第 27 條規定：「……限制是否不正當，應綜合當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品特性及履行情況對市場競爭之影響等加以判斷」規定，公平會已可在現行的法律架構下，以「合理原則」檢視相關之非價格垂直限制。不過，若與美國或歐盟法相較，我國並無運用第 10 條的案例，實務上幾乎全透過第 19 條第 6 項之規定來處理。近年來，由於「相對優勢地位理論」的擴大運用，公平會在未來以公平法第 24 條來規範垂直非價格限制的可能性也因此增加。雖然美國法也有類似的立法體例，如搭售及排他交易行為可能同時受到修曼法、克雷頓法、及聯邦交易委員會法的規範，但在實際適用過程中，被告廠商之「市場力」及行為對「市場競爭」的影響，仍是判斷過程中最主要的關切議題。簡言之，不同的立法規範，代表的並非市場結構面分析判斷「必要性」的有無，而是在政策考量下，對「市場力」門檻高低的不同立法選擇。換言之，不論是修曼法、克雷頓法、或聯邦交易委員會法，就「市場力量」或「市場競爭效果」等概念的評估，是有其內部統一的評估考量因素，致於何以在克雷頓法會適用較低的市場力門檻，其原因不在於該法案適用了專屬的市場力界定因素或競爭影響評估的方法，而是在立法目的上，該法較修曼法更傾向於扮演「防患未然」的角色。反觀國內的執法現況，似乎出現了公平法第 5 條的「可排除競爭之能力」，第 19 條的「限制競爭或妨礙競爭之虞」、及第 24 條的「足以影響交易秩序」等要件的判斷，各自有其特殊的考量因素的執法思維。第 5 條多以「市占率」為審查的重點，但當市占率未及獨占的標準時，為求第 19 條的適用，乃引入「抽象危險」的概念，至於第 24 條則以「相對優勢地位」理論來補充之。事實上，「抽象危險」或「依賴性」等概念，是有可能被吸納於「相關市場」的界定過程中，而無需為適用特定法條而去創設會讓公平法適用出現更多疑義的法律判斷原則。公平會應嘗試以統一的經濟分析方法，評估市場力及競爭影響程度，再依不同法條的

立法目的，勇於提出不同的適用門檻標準。

另一項法律上的問題，即是公平法第 19 條第 6 款只適用於交易相對人為「事業」的情況，故當搭售或排他交易行為是針對個人而非事業所為時，則只能適用公平法第 10 條或第 24 條之規定來處理²¹¹。此一區分是否有必要，有進一步探討的必要。將第 19 條規定侷限在「事業」，應是認為垂直交易限制的主要競爭疑慮只會在加諸限制之市場，故當交易對象為一般的最終消費者時，因無後續的再交易市場，故沒有必需被保護的競爭利益存在。但包含搭售及排他交易在內的垂直非價格限制，可能為業者間用以穩定上游卡特爾的機制。依現行第 19 條的規定，經濟效果相同的搭售行為，會因所實施的對象是事業或一般消費者，而出現部分違法行為會適用有刑事責任的第 19 條規定，部分違法行為則適用無刑責的第 24 條規定的問題。若再從實現效率抗辯的角度來衡量，此一問題將更加明顯。在交易對象為「事業」，而有再轉售市場存在的交易類型，類似「避免搭售車」及「確保產品品質」等效率抗辯事由才有可能成立；相對的，在第 24 條的情況，即無此主張此一抗辯的可能。對於較有可能提升效率的約定，反科以較高的法律責任，此似乎也和法律上所強調的比例原則相悖。

二、實質審理原則的操作問題

從公平會過去處理垂直非價格的經驗來看，已能在「合理原則」的基準下，進行行為的正反面效果評估，而不會逕依法的形式區分來判斷行為的合法性，值得肯定。但相較於美國與歐盟之執法經驗，公平會在「合理原則」之運用上，仍有待進一步充實之處。在相關處分案件中，公平會的論理仍多集中於非價格垂直限制對「同種品牌競爭」的壓抑效果，至於「不同品牌間競爭」的部分，則少有深入的論述，或單純以涉案事業於相關市場中之市占率推論「不同品牌間競爭」不存在或無法發揮抵銷「同種

²¹¹ 范建得、陳丁章，前揭註 35，頁 161。

品牌競爭」之限制競爭效果。例如在「和成欣業股份有限公司對於現場專案實施個案報備制度及越區核備協調，屬不正當限制交易相對人之事業活動為條件」一案（公處字第 100005 號）中，公平會對於被處分人所實施的「現場專案」及「越區交易部分要求個案報備並配合執行越區核備協調」之行為，公平會似單以被處分人於「於陶瓷衛浴市場」中約 20% 之市占率，而認定相關區域限制約定，無法藉由不同品牌間之競爭來加以平衡，故「無論其目的係為維持市場地位或品牌內之服務效能競爭，即使不妨礙到其他競爭者進入市場，但前揭做法已對交易相對人為區域、顧客之限制，以不正當限制交易相對人之事業活動為條件而與其交易之行為，致有限制競爭或妨礙公平競爭之虞，減損經銷業者間之品牌內競爭，核屬構成公平交易法第 19 條第 6 款之違反。」類似之論理，也出現在「和泰汽車股份有限公司限制經銷商之銷售責任區域，核屬以不正當限制交易相對人之事業活動為條件而與其交易之行為」案中（公處字第 101031 號）。公平會在該案中仍強調和泰汽車於相關市場中接近 30% 的市占率，已對品牌內經銷商間之競爭產生明顯之限制效果；至於不同品牌間競爭問題，公平會似仍單以消費者對於 Toyota 已具高度的「品牌忠誠度」為由，而認定不可能發生。事實上，所謂「品牌忠誠度」固然可以讓 Toyota 取得較其競爭對手更多的交易機會，但其所反映者，乃 Toyota 產品的品質高於其競爭對手，故是「品牌間」效能競爭下的產物²¹²。再者，在「美利達工業股份有限公司限制經銷商從事網路銷售，核屬以不正當限制交易相對人之事業活動為條件而與其交易之行為」案²¹³，對於被處分人所提之禁止網路交易，旨在保護其商標權之抗辯，公平會以「被處分人尚非無侵權

²¹² Andy Chen, *The Taiwan Fair Trade Commission Fines the Leading Taxi Automobile Supplier for Implementing a Territorial-restriction Policy Through Sale Subsidies (Toyota)*, E-COMPETITIONS 3-4, No. 51000 (March 2013-1).

²¹³ 公平交易委員會，公處字第 101063 號處分書。

主張之救濟途徑」為由，而不採之。另被處分人所提之避免「搭便車」之主張，公平會則認為，「實體」與「網路」服務被搭便車的可能性具有對稱性，故「消費者究以實體或網路為交易，此與消費者之消費習慣及對網路交易之信任度有關，或有消費者於實體體驗後而於網路交易，惟按網路資訊豐富，仍不乏消費者係因網路資訊之蒐詢比較與引介，考量網路交易之安全性而於實體購買」，而認定此一抗辯理由並不充分。然而，從比較法與經濟分析的觀點來看，公平會的理由或可用以支持「網路」與「實體」交易應同屬一個相關市場，但是否能因此而推論出業者並無禁止網路交易，以保障實體通路提供相關售前或售後服務的誘因的正當理由，則仍需更深入的分析。

第四節 小結

本章整理介紹我國公平法關於垂直非價格限制的法規範架構及相關處分案例。整體而論，由於立法之初，公平法對此已明定需進行「合理原則」的檢視，故公平會並未出現過於強調形式不法的執法現象。不過，從相關個案中，我們也觀察到了公平法本文的法修適用及規定問題。不同於歐美的執法經驗，公平會並未曾以第 10 條典型的「反托拉斯」條款來規範垂直非價格限制約定；事實上，透過「相對優勢理論」及 24 條的適用，公平會似有進一步要以「行為不法」的念來歸範相關的約定行為。再者，公平法第 19 條第 6 款將規範對象限縮在「事業」，而排除了對最終消費者所實施之搭售或排他交易行為，此也可能衍生後續對違法行為是否符合法律比例原則的爭議。另外，公平會在「合理原則」的具體操作過程中，其分析的細緻度及內部理論的一致性，亦有進一步充實的必要。本計劃將於下一章中針對此一議題，提出具體的研究建議。

第六章 研究發現對我國執法與政策制定之啟示與建議

本章將運用先前章節中的經濟分析與比較法研究所得初步結論，思索其對我國公平法於未來處理非價格垂直限制行為時，可資採行之處理方式，並建議主管機關在「合理原則」下所應加以考量之具體市場結構與行為因素。

第一節 公平法規範垂直非價格限制之上位原則：建立統一的 審理分析架構

垂直非價格限制的具體態樣看似有異，但實質上是可以在一項統一的分析架構下來進行違法性實查。從法的觀點來看，垂直非價格限制主要依第 19 條前段及第 6 款規定來論斷有無違法，且其違法之法律效果，包括行政責任、刑事責任及民事責任，均依公平法第 36 條、41 條及第五章規定辦理，規範體系相對明確。而從經濟分析來看，不論是搭售、垂直區域或顧客限制、排他交易，均可以在一套較具系統與一致性的分析架構下，檢視各案不同的產業與市場條件等事實所隱含之正面促進競爭及反面限制競爭效果。

事實上，就計劃所研究的四大限制行為類型，其彼此間所可能存在的「差異性」與其說是分析架構的不同，毋寧是在於違法考量因素於不同約定類型中，可能應賦予不同的考量比重。例如，雖然垂直非價格限制約定的正面促進競爭效果，大都來自效率的發揮，惟搭售行為主要來自生產與配置效率的提升，排他交易行為主要來自交易成本的降低，區域或顧客限制行為主要來自區域性事業經濟規模擴大之效果。又如該等行為雖均有利於產品品質之控制與維護，避免產生「搭便車」行為。但搭售之「搭便車」來自被搭售產品之其他供應商；排他交易來自同一產品市場之製造商或供應商；區域或顧客限制來自同一廠牌之其他經銷商或零售商，其間尚

有一些差異。至於在反面之限制競爭效果部分，大都來自封鎖與排除競爭，不過，搭售行為主要來自增加競爭對手成本（必須同時進入搭售產品與被搭售產品的市場）；排他交易行為則係因完全消除品牌內競爭，故競爭對手必須同時進入上、下游市場；區域或顧客限制行為則因減少品牌內競爭，有利於瓜分地區性市場。至於行為有利於上、下游事業促進勾結，作為監督卡特爾成員之工具，以及利用訊息不完整，影響消費者利益等均有適用的可能。

當然，經濟分析方法的提出，包括量化分析、質化分析或自然實驗/重大事件分析法，旨在提供一個比較客觀的方法或數據作為判斷違法與否的標準，只是有時候涉及分析方法的選用、資料的取得，或在實證上可能因不同的假設條件下產生不同的結果。因此，在個案審查時，尚可參酌競爭者、消費者或專家學者所提供的證言較為周延。

第二節 具體上位審理原則及其考量順序

綜合計畫前述各章之經濟分析與比較法之研究，建議於未來於處理垂直非價格限制約定時，可以「市場力量」、「封鎖-排除」（foreclosure-exclusion）、「促進勾結」（facilitating collusion）、「效率抗辯」、及「意圖目的」等作為共通的上位審理原則，依序檢視個案事證的競爭效果。

一、「市場力量」之衡量

從計畫前述之分析可知，不論在美國或歐盟，對於事業採行非價格垂直限制行為首要條件必須具有相當市場力才能構成違法，是一項共識，且應是優先於其他因素被考量者。此一因素的考量涉及特定（相關）市場之界定及市場力門檻高低的取捨問題。

（一）特定市場（相關市場）之界定

特定市場（相關市場）的界定，主要在於劃定事業之競爭範圍，在

「合理原則」下如何劃定一個特定市場（相關市場）是非常重要的工作。倘特定市場（相關市場）劃定範圍過大，系爭個案將不會產生限制競爭或妨礙公平競爭之違法問題；倘劃定範圍過小，則將很容易違法而大幅限縮非價格垂直限制行為在商場上之運用，因此，對於特定市場之界定應相當審慎。

經濟學家經常利用量化技術法（Quantitative techniques），質化事證法（Qualitative evidence）或所謂自然實驗（重大事件）分析法（natural experiments/shock Analysis）來界定市場範圍。這些界定方法在第二章第一節已有詳細的介紹。量化技術法在相關產品市場包括：（1）DOJ 界定法（又稱為 SSNIP 法）、（2）供需價格交叉彈性法（cross elasticity of demand and supply）、（3）價格相關係數法（price correlation test）、（4）臨界損失分析法（critical loss analysis）及（5）國際商品統一分類制定（HS 制）等；在相關地理市場部分，則包括有：（1）Elzinga-Hogarty 法（又稱為市場交易流量界定法）、（2）交易成本法及（3）運輸成本法等；質化事證法，主要係透過一些調查或詢問相關產品之特性、價格、功能、消費的使用習慣等事證，以了解需求替代、供給替代或潛在競爭者之有無來界定相關產品市場與地理市場；至於所謂自然實驗（或重大事件）分析法係針對事業突然面對重大事件或衝擊時（如新品牌進入市場、創新產品出現、罷工時產品供應中斷等無法預測之事件時），面對消費者和（或）競爭者的反映，影響市場競爭範圍大小，即為特定市場之範圍。當然量化、質化或自然實驗（或重大事件）分析法之間並不是互斥的。在個案之審理時，可視分析資料之有無或裁處時效的長短等考量妥為運用，將使特定市場之界定更為周延精確。

（二）市場力量門檻的決定

如前所述，公平會可依不同規範條文，如第 10 條、第 19 條、及第

24 條選擇不同的違法市場力量門檻，但不應認為不公平競爭行為就無需考量市場力量，或是以不同的理論作為不同決定市場力量的方法。關於市場力量的具體衡量方法，由第二章的介紹可知，包括量化與質化分析方法。以量化分析方法之「市場集中度測定」（包括市場占有率、集中比、H 指數）最為優先採用，因其計算較為簡單，資料亦較容易取得；另一量化分析方法－「價格成本差分析」（包括 Lerner 指數、L-P 公式）因涉及市場需求（供給）彈性之計算並不容易，可斟酌採用，至於質化分析方法最主要是參進障礙有無的分析，另 Richard A. Posner 教授所提出之依產品市場或地理市場概念之粗淺觀察法等均可做為支持輔助性之用，將使案件的審理更為周延。就此部分，主管機關可能也許同時注意到涉案產品，是否出現「網路效應」的現象，而必需適度的在上述的量化判斷過程中，融入此一現象對市場力量增減的影響。

至於具體市場力量的設定，目前主管機關以「市場占有率」10%之市場力作為有無違反公平交易第 19 條第 6 款之門檻，雖已採用多年，但如此低的市場占有率究竟會產生多大的反競爭效果頗值商榷。另外，若再與美國法及歐盟法的案例相較可知，將門檻提高至市場占有率 30% 以上才具有相當的市場力，應是一項可以採行的合理標準。惟倘市場占有率低於 20%，即無違法之虞，似宜採安全港（safe harbor）原則集體豁免處理。另外，當一事業之市場占有率高於 50% 而適用「獨占事業之認定標準」，當然「具有相當市場力」，只是法條適用與行為類型不同而已。

二、涉案行為之「封鎖－排除」效果

當垂直非價格限制跨越了市場力量之檢視門檻後，接下來即應進入行為之反競爭效果評估。就理論上最常論及的「封鎖－排除」效果部分，參考美國及歐盟法的執法經驗，以及學者之執法建議，建議所應考量的因素有如下幾項：

- (一) 市場力量的高低：就理論而言，市場力愈高，其利用垂直限制約定成功封鎖競爭的可能性也愈高。
- (二) 市場參進的難易度：當市場參進存有較高的障礙時，事業實施具封鎖與排除競爭效果之垂直交易限制，比較難以期待由潛在的競爭壓力來加以中和。
- (三) 實施垂直限制約定的市場，是否具有最小效率規範之要求，進而使潛在競爭者因相關之交易限制，而無法取得足夠的交易機會，以進行「品牌間競爭」。
- (四) 買方力量是否存在，而足以抗衡賣方濫用其市場力量而強迫買方接受具反競爭效果之限制約定。
- (五) 競爭者實施「反策略」(counnerstratgies) 可行性，也即在涉案的市場結構下，競爭對手是否具備有技術、資金、及人才設備等條件，讓其得以採行可用以對抗具市場力廠商的搭售，排他交易、區域及顧客限制等垂直約定。

三、涉案行為之「促進勾結」效果

此一部分的分析，在研判垂直交易限制在促進上、下游市場進行勾結行為之功能程度，故主要的審查因素，與判斷聯合行為之促進機制 (facilitating mechanisms) 類似，包括：

- (一) 市場占有率
- (二) 市場競爭廠商家數及採行相同垂直限制約定之家數比例
- (三) 市場的參進障礙高低

- (四) 產品或服務的異質化程度
- (五) 競爭廠商間之規模及成本結構差異程度
- (六) 與下游事業交易的頻率及規律程度
- (七) 下游通路對上游廠商之重要性（針對下游卡特爾）：當下游的通路重要性愈高，經銷商即有更高的談判力量，得要求上游廠商採行共同的垂直非價格交易限制，用以監督下游卡特爾運作
- (八) 垂直限制約定之嚴格程度與制裁規定：若屬事業一旦加入，即難以退出，或不遵守約定，將受到業者高額的違約金制裁或面臨其他卡特爾成員的集體杯葛等「窒息式」(airtight) 的限制，卡特爾的穩定度也會隨之增加

四、效率抗辯

固然此部分的具體考量因素，會隨不同的限制類型，而有部分的差異，但就規範架構的上位概念而言，仍可歸納出幾項共通於各類型垂直非價格限制效率理由：

- (一) 解決「雙重邊際化」的問題：就經濟學理而言，垂直非價格限制可替代「垂直整合」(結合)，來達到解決垂直經銷關係中的「雙重邊際化」問題。特別是將垂直結合因「不可逆性」(irreversibility) 所生的成本，以及結合審查所需投入之時間成本也列入考量時，此一功能將更加明顯。
- (二) 避免經銷商進行對其他經銷商所提供之售前或售後「服務」，或是對供應商「品牌聲譽」，進行「搭便車」或「誘引－轉介」(bait-and-switch) 的行為。

(三) 控制產品或服務的品質，以利市場進行「品牌間競爭」。

(四) 保障下游經銷商利潤，提供其進入市場的誘因，有利維持下游市場競爭競爭，避免「雙重邊際化」問題的惡化，及增加下游市場消費選擇的多元化。

當然，就實務的操作而言，更困難的問題在於如何判斷相關效率抗辯的可信度，以及如何與反競爭效果相互進行抵銷，以求得垂直限制約定的淨市場效果。此當然有賴主管機關於個案中，基於不同的案件事實來加以衡量。不過本計畫仍嘗試提供一些初步的判斷標準供參。

首先，就抗辯之「可信度」或必要性而言，由於各類的抗辯理由均有其主張的前提市場條件，故建議應以檢視各該市場前提條件是否存在為其研析的核心。例如，「雙重邊際化」問題，理論上以上、下游市場均出現獨、寡占情況為其前提，故當下游市場是高度競爭或參進容易的市場時，此類抗辯事由的可信度相對較低。又如避免對售前服務進行「搭便車」行為的抗辯，前提以該類產品或服務的售前服務，就市場的交易慣例而言，是消費者在作出最終消費決定時之重要或不可或缺的資訊為限。另外，以垂直交易限制保障下游經銷商利潤，以確保下游廠商之促銷意願及更多元化的消費選擇之抗辯，則往往與產品的生命週期及主張此一抗辯廠商之市場知名度有關。當涉案產品仍屬於產品週期早期階段，或是廠商是屬於新進廠商，此一抗辯的合理性與可信度相對較高。

至於效率抗辯與反競爭效果的衡平，事實上是一項困難且也難以全然依賴經濟理論與模型來精確估算的問題。本質上，實務上在判斷這個問題時，除了取決於競爭主管對於「效率」及「封鎖－排除」或「促進勾結」可信度所給予的比重高低外，另一項可以參酌的標準，則是在面對此一難以精確評估的判斷因素時，若主管機關判斷失準，則究竟是不當的給予效率抗辯所產生之「錯放」成本較高，或是當給予反競爭效果過高的可信度

比重所生之「錯殺」成本較高。此一判斷又與市場結構有密不可分的關聯。簡言之，當涉案市場的當事人市占率不高，市場參進容易，競爭廠商家數較多，或產品同質性高時，我們比較可以期待「錯放」的成本可以透過市場競爭機制來進行矯正與回復，故在較為競爭的市場結構下，或可給予「效率」抗辯較高的考量比重。

此外，主管機關也應進行部分較為質化的分析，從計畫之前相關章節的說明可知，學理上較常見的考量，即是效率抗辯所依附的限制約定，是否有限制較少的替代手段，可用以實現相同的效率主張。於進行此一評估時，應注意以下幾點：

1. 此處的替代手段並非在要求涉案限制約定，是所有足以實現效率手段中，對競爭限制「最少」者，而是只要與其他替代手段相較有其「合理性」，即屬可以被接受之限制約定。
2. 判斷涉案垂直限制約定是否是限制較少，其比較的標準是市場「競爭」，而非在那一項手段，對「競爭者」的限制較少。對於主管機關若擬運用公平法第 24 條來規範垂直非價格限制時，此一論點更有可能會在研析過程中被忽略，值得注意。
3. 垂直非價格約定是否是對競爭較少的手段，應包括不同落實效率目標手段間的成本比較。本節上述關於「垂直限制」與「垂直結合」二者間在解決「雙重邊際化」問題的可替代性說明，即屬一例。故主管機關在相關處分案中，單以供應商對於「搭便車」行為，另得提起訴訟的方式尋求解決為由，而否決了當事人的效率抗辯，就論理的嚴謹度而言，過於簡化。
4. 在部分案例類型中，效率目標的實現，有賴二個以上之非價格限制約定的組合實施，方能落實。例如，基於下游市場實現規模經濟的要求，上游廠商一方面給予下游經銷商區域的獨家經銷權，但同時又科以經銷商有遵守最高轉售價格的義務，以控制經銷市場區域獨

占後，所可能出現的「雙重邊際化」問題。故在這一類案件中，所謂的「較少」限制原則，即不能就非價格限制約定為隔離式的觀察。

五、「意圖—目的」的判斷

對於涉案被告，是否有利用非價格限制來達到封鎖市場競爭或促進勾結的意圖或目的，誠如美國學者 Pitofsky 所言，計畫認為應居於輔助的立場，只有在無法由前述幾項客觀的判斷因素得出合理的結論時，才有必要進一步檢視此一主觀要件，且比重不應太高。而在檢視過程中，也應儘可能依較為客觀的市場結構面事證，來推論意圖或目的存在與否，避免主管機關以自己的主觀判斷來認定。

在「封鎖—排除」部分，主管機關可借助反托拉斯法在規範「掠奪性訂價」行為之標準，以涉案廠商因採行垂直非價格限制所為其帶來的額外成本，是否高於其因此所可獲得之利益，來作為推論其主觀不法意圖是否存在的推論依據。當後者低於前者時，推論被告具有封鎖競爭的意圖或目的將具有正當性。至於在「促進勾結」的意圖與目的部分，則反托拉斯法中關於認定聯合行為「協議」存在的相關理論，例如「自發性平行行為」（conscious parallelism）理論，及在該理論所發展出來的具體判斷因素，應可作為判斷的重要參考因素。

第三節 個別垂直非價格限制類型的具體考量因素

本章最後就研究所得結果及未來運用公平法第 19 條規定處理非價格垂直限制行為時，可資採行的處理方式分別建議說明如下。

一、搭售行為

搭售行為涉及搭售產品及被搭售產品兩個市場，所謂排除他事業參與競爭之能力，主要係指被搭售產品市場之現有或潛在競爭者而言，本文第

二章第二節提出「同等效率事業法」(Equally Efficient Enterprises ; EEF)，意即主導搭售事業於被搭售產品市場之銷售價格如低於生產該產品之長期增之成本(Long Run Incremental Cost ; LRIC，所謂「長期」是指事業因應需求量變化而進行調整規模所需的期間。「增支成本」係事業為增加某項特定商品、服務或產量、而直接或間接的可歸屬成本。「長期增支成本」相當於不提供該項產品(或服務)的「可避免之成本(Avoidable Cost ; AC)」，在大多數情況下，「可避免之成本」與「變動成本」是相同的，將會產生排除同等效率事業參與競爭之效果，即具有非難性；反之，如高於其長期增支成本，即不具有排除被搭售產出市場參與競爭之能力。

至於在效率抗辯的部分，搭售具有實現控制產品品質以維持商譽及降低市場交易成本等正面功能。依本節上述的基本規範原則，建議應探討各該抗辯理由之前提市場條件是否存在，例如：

- (一) 相對於價格而言，品質對於涉案產品或服務而言，是否是更關鍵的消費決定因素？
- (二) 經銷商降低品質的行為，是否難以透過其他非搭售的手段來監督及發現？其他的替代手段(如由供應商指定特定的原料供貨商以取代搭售)，就監督與發現成本而言，是否較搭售為低？
- (三) 搭售是否具提升產品使用效能的功能？
- (四) 分別購買的可能性與交易成本有多高？

二、排他交易

排他交易(獨家交易)行為將涉及同一產品市場同一廠牌之他事業被預先排除參與競爭之機會。本文於第二章第三節提出「量化」的衡量方法包括用「集中比」公式來計算市場上採行排他交易事業之涵蓋率(Vertical restraint Index ; VRI)的大小以及利用 H 指數來計算垂直限制

指數（Vertical restraint Index；VRI）之市場結構的篩選機制，但這些衡量方法的結果要達到何標準才會被判定排除他事業參與競爭之能力，必須依據個別市場產業結構加以衡酌。另亦可利用較為簡便之「質化」分析方法，包括：

- （一）排他交易契約的長短，可採 ICN 的看法，以有效競爭者 2 年內可挑戰具有相當市場力之現有事業之衡量方法做為參考
- （二）被排除事業自己建立經銷管道的難易程度
- （三）競爭者、消費者或專家之證言等加以綜合考量

至於經常為人所提及的排他交易安排雖消除「品牌內競爭」，但倘存有「品牌間的競爭」，將有助於整個「市場競爭」之促進。此一論點，依過去許多專家學者的實證結果顯示，發現在不同的假設下（上、下事業都採用或不採用，或只有其中一家採用獨家交易安排），會得到不同的結果。準此，在個案審查運用時要特別審慎。

至於在效率抗辯部分，獨家交易與搭售同樣都具有降低市場交易成本及搜尋成本的正面功能，故主管機關應判斷的是，非排他交易的購買模式，是否會導致交易成本大幅增加。另外，排他交易另具有避免「搭便車」行為的功能。此一部分可考量：

- （一）「服務」或「商譽」對涉案市場產品交易而言，系屬競爭重要之原素？
- （二）發覺與制裁「搭便車」行為成本是否很高？
- （三）非排他交易的監督手段（如制定統一的服務標準與建立制裁「搭便車」經銷商的機制），是否會有更高的實施成本，而使排他交易限制是一項「較少限制」的手段？

三、區域或顧客限制行為

區域或顧客限制行為之採行，會使某一地理區域的特定品牌侷限在一

家（或少數幾家）供應，此種限制品牌內之競爭，倘無其他品牌可參與品牌間競爭，對市場的競爭影響較大。至於要如何衡量品牌內競爭程度降低的大小，本文於第二章第四節提出：（1）區域或顧客限制造成銷售據點及銷售人員減少的多寡；（2）越區銷售比率的大小；（3）限制區域或顧客交易契約的長短以及（4）消費者對於某一品牌忠誠度與品牌差異化的大小，均會影響限制品牌內競爭之效果，可供參酌。

至於在效率抗辯部分，主要乃在於衡量約定限制對促進「品牌間競爭」之效果強弱，其衡量的因素與排他交易及搭售安排大致相同，即（1）「服務」或「商譽」對涉案市場產品交易而言，系屬競爭重要之原素，而有必要以實施客戶或區域限制的方式，來確保下游經銷商提供相關服務之誘因；（2）從過去交易經驗來看，區域內經銷商間進行「搭便車」行為是否不易被發覺，而有必要以劃定經銷區域的方式來解決該問題；（3）所實施之區域經銷限制對經銷商的嚴格程度。主管機關對於類似「窒息式」的區域限制，如對違反限制之經銷商直接終止其經銷權利，應進行較為嚴格的審查；反之，若僅要求違反規定經銷商將收得利益轉交予區域授權廠商或供應商，則可適用較低密度的審查。

第七章 結論

本計畫從經濟分析與比較法的觀點，探討競爭法規範「搭售」、「排他交易」、「區域及顧客限制」等實務上常見之垂直非價格限制的相關實務及學理議題。除詳細介紹分析美國、歐盟及美國對此議題的執法經驗外，計畫最後並依據上述初步研究結論，評估國內法規適用情況，檢視主管機關個案處分或不處分理由在學理上可進一步檢討之處，並進一步建議公平會未來運用「合理原則」處理非價格垂直交易限制行為時之具體違法判斷因素。其初步研究結論可歸納如下。

首先，雖然關於垂直非價格限制之經濟理論繁多，且各有不同的政策啓示，但從各國實務發展來看，仍可能歸納出一些共通於各類限制約定的反競爭及促進競爭的考量因素。從對於美國反托拉斯法關於垂直非價格限制的規範演變及學理的分析可知，雖然各不同的垂直非價格交易限制類型，已有各別的法律判斷要件，但就美國反托拉斯法就此議題的規範趨勢來看，*Sylvania* 案應是其中最具關鍵點者，其影響乃此後大部分的非價格限制均在「合理原則」下進行審查，導致近年來的相關訴訟中，反托拉斯原告勝訴的機會微乎其微。此一發展趨勢，引發美國學界部分學者的批評，特別是關於 *Sylvania* 案中過度關注「品牌間競爭」的問題，而漠視了「品牌內競爭」對市場的重要性，以及實務上操作「合理原則」的困難，並據此提出修正的審查建議。

至於歐盟的發展，從第四章關於搭售、區域及顧客限制、排他交易等具體案例的介紹可知，歐盟對於垂直非價格限制的規範趨勢，大致上與美國法的走向類似，均由早期的重視法形式要件的適用與詮釋，轉為強調限制約定對市場競爭的實質經濟效果評估。不過，歐盟法仍有部分規定與美國法不同，如區分「主動銷售」與「被動銷售」的限制型態而異其法律效果。另外，整體而言，歐盟關切網路交易競爭問題時程度，較美國要來得

高，案例也較美國為多。雖然各不同交易限制類型有其不同的法律要件與判斷因素，但整體來看，實施垂直非價格限制的廠商是否具市場力量，涉案約定的反競爭效果，特別是市場封鎖的效果，以及行為的目的必要性及效率考量是歐盟的判決理由中的三大考量因素，與美國法實質上也相當類似。不同之處在於，美國法在實務上並未如歐盟般將考量因素及考量順序等形成「處理原則」的作法。

我國公平交易法由於立法之初即已明定以「合理原則」來檢視垂直非價格限制，故主管機關並未出現如美國或歐盟法從過於強調形式不法過渡到重視實質競爭效果的執法現象。不過，從相關個案中，我們也觀察到了公平法立法及適用過程中所產生的問題。例如，不同於歐美將垂直交易限制定位為是「反托拉斯」(antitrust)問題，公平會於實務上並未以公平法第 10 條典型的「反托拉斯」條款來規範垂直非價格限制約定；事實上，透過「相對優勢地位理論」及第 24 條的適用，公平會似有進一步要以「行為不法」的概念來歸範相關行為的趨勢，而相關市場的界定及市場力量的衡量的重要性也愈來愈低。對此，本計劃認為，公平法得用以規範垂直非價格限制之相關條文中之「市場力量」門檻，是一項立法政策的考量，而非不同條文應適用不同之界定市場及市場力量方法，更不是表示在適用公平法第 19 條或第 24 條時，可不用判斷市場力量。此可從國外執法經驗及學理討論多以「市場力量」作為發動調查之前提得知。再者，公平法第 19 條第 6 款將規範對象限縮在「事業」，而排除了對最終消費者所實施之搭售或排他交易行為，此也可能衍生後續處分違法行為是否符合法律比例原則的爭議。另外，公平會在「合理原則」的具體操作過程中，其分析的細緻度及內部理論的一致性，似亦有進一步充實的必要。

根據以上初步的研究心得與觀察，計畫進一步在第六章上，提出較為具體的「合理原則」考量因素。本計畫建議公平會應擺脫過於強調個案違法類型定性的執法思維，而應借助於經濟分析工具，以建立統一的審理分

析架構為其上位的執法原則。據此一理念，計畫進一步提出具體上位審理原則及其考量順序。不論案件究屬何種類型之非價格垂直限制，公平會應優先衡量涉案廠商是否在相關市場中具有「市場力量」，而計劃於相關章節中所提出之界定與衡量方法，可供公平會參考。當垂直非價格限制跨越了市場力量之檢視門檻後，接下來即應進入行為之反競爭效果評估，主要的評估對象，包括限制約定之「封鎖-排除」效果，以及「促進勾結」效果。就「封鎖-排除」效果部分，參考美國及歐盟法的執法經驗，以及學者之執法建議，除市場力量之高低外，主管機關所應考量的因素有（一）、市場參進的難易度；（二）、實施垂直限制約定的市場，是否具有最小效率規範之要求，而影響潛在競爭者進行「品牌間競爭」之能力；（三）、是否具有足以抗衡賣方濫用市場力量之買方力量存在；（四）、競爭對手是否具備有技術、資金、及人才設備等條件，而得有實施「反策略」（*counterstrategies*）以對抗具市場力廠商所實施之垂直非價格垂直限制約定。至於「促進勾結」部分，由於問題的本質在研判垂直交易限制對促進上、下游市場進行勾結行為之功能程度，故主要的審查因素，與判斷聯合行為之促進機制（*facilitating mechanisms*）類似，如（一）、市場占有率；（二）、市場競爭廠商家數及採行相同垂直限制約定之家數比例；（三）、市場的參進障礙高低；（四）、產品或服務的異質化程度；（五）、競爭廠商間之規模及成本結構差異程度；（五）、與下游事業交易的頻率及規律程度；（六）、下游通路對上游廠商之重要性（針對下游卡特爾）；（七）、垂直限制約定之嚴格程度與制裁規定。

在評估限制約定的反競爭效果後，公平會應進行效率抗辯的評估。此部分的具體考量因素，固然會隨不同的限制類型，而有部分的差異，但就規範架構的上位概念而言，仍可歸納出幾項共通於各類型垂直非價格限制效率理由，如解決「雙重邊際化」的問題、避免經銷商進行對其他經銷商所提供之售前或售後「服務」，或是對供應商「品牌聲譽」，進行「搭便

車」或「誘引－轉介」(bait-and-switch)的行為、控制產品或服務的品質，以利市場進行「品牌間競爭」、及保障下游經銷商利潤，提供其進入市場的誘因，有利維持下游市場競爭競爭，及增加下游市場消費選擇的多元化等。

就實務的操作而言，更困難的問題在於如何判斷相關效率抗辯的可信度，以及如何與反競爭效果相互進行抵銷，以求得垂直限制約定的淨市場效果。此當然有賴主管機關於個案中，基於不同的案件事實來加以衡量。計畫對此提供一些初步的判斷標準供參。就抗辯之「可信度」或必要性而言，公平會應以檢視各該市場前提條件是否存在為其研析的核心，檢視類似市場結構是否出現獨、寡占情況，或售前服務是否是產品或服務所必需，以及產品生命週期等現象，以判斷涉案限制約定用以解決「雙重邊際化」或「搭便車」問題之可信度與必要性。

至於效率抗辯與反競爭效果的衡平，除了取決於競爭主管對於「效率」及「封鎖－排除」或「促進勾結」可信度所給予的比重高低外，另一項可以參酌的標準，則是以主管機關判斷失準時之「錯放」與「錯殺」成本何者成本較高，來給予正、反面競爭效果不同的考量比重。此一判斷與市場結構的判斷有密不可分的關聯，換言之，當市場參進容易，主管機關較有可能期待潛在競爭制衡因「錯放」而倖存於市場中之無效率廠商時，則可給予效率抗辯較高的考量比重。

此外，公平會也應進行部分較為質化的分析，從計畫之前相關章節的說明可知，學理上較常見的考量，即是效率抗辯所依附的限制約定，是否有限制較少的替代手段，可以來實現相同的效率主張。於進行此一評估時，公平會應注意，此處的替代手段並非在要求涉案限制約定，是所有足以實現效率手段中，對競爭限制「最少」者，而是只要與其他替代手段相較有其「合理性」，即屬可以被接受之限制約定。另外，判斷涉案垂直限制約定是否是限制較少，其比較的標準是市場「競爭」，而非在那一項手

段，對「競爭者」的限制較少。最後，垂直非價格約定是否是對競爭較少的手段，應包括不同落實效率目標手段間的成本比較。不宜單以供應商對於「搭便車」行為，另得提起訴訟的方式尋求解決為由，而否決了當事人的效率抗辯。最後，在部分案例類型中，效率目標的實現，有賴二個以上之非價格限制約定的組合實施，方能落實。在這一類案件中，所謂的「較少」限制原則，即不能就非價格限制約定為隔離式的觀察。

至於涉案被告是否有利用非價格限制來達到封鎖市場競爭或促進勾結的意圖或目的，計畫認為應居於輔助的立場，只有在無法由前述幾項客觀判斷因素得出合理的結論時，才有必要進一步檢視此一主觀要件，且比重不應太高。在「封鎖-排除」效果部分，公平會或可借助反托拉斯法在規範「掠奪性訂價」行為之標準，以涉案廠商因採行垂直非價格限制所為其帶來的額外成本，是否高於其因此所可獲得之利益，來作為推論其主觀不法意圖是否存在的推論依據。至於在「促進勾結」的意圖與目的部分，則反托拉斯法中關於認定聯合行為「協議」存在的相關理論，例如「自發性平行行為」(conscious parallelism)理論，及在該理論所發展出來的具體判斷因素，應可作為判斷的重要參考因素。

計畫最後則針對各類垂直限制類型的具體違法考量因素供公平會參考。就搭售行為之「封鎖-排除」效果而言，計畫第二章第二節所提出之「同等效率事業法」(Equally Efficient Enterprises；EEF)標準，可資參考。也即，搭售是否具有足以排除潛在競爭者之效果，可從主導搭售之事業於被搭售產品市場之銷售價格是否低於生產該產品之長期增支成本(Long Run Incremental Cost；LRIC)來判斷。「長期增支成本」相當於不提供該項產品(或服務)的「可避免之成本(Avoidable Cost；AC)」，在大多數情況下，「可避免之成本」與「變動成本」是相同的，將會產生排除同等效率事業參與競爭之效果，即具有非難性；反之，如高於其長期增支成本，即不具有排除被搭售產出市場參與競爭之能力。至於在效率抗辯

的部分，搭售具有實現控制產品品質以維持商譽及降低市場交易成本等正面功能，故可從「品質」是否是關鍵的消費決定因素、搭售是否是發現經銷商降低品質行為的必要手段、搭售是否具提升產品使用效能的功能、以及涉案產品或服務分別購買的可能性與交易成本有多高等來加以判斷。

就排他交易而言，由於行為將涉及同一產品市場同一廠牌之他事業被預先排除參與競爭之機會，故行為之排除競爭效果強弱，可利用計畫第二章第三節所提出之「量化」的衡量方法，包括用「集中比」公式來計算市場上採行排他交易事業之涵蓋率（Vertical restraint Index；VRI）的大小以及利用 H 指數來計算垂直限制指數（Vertical restraint Index；VRI）之市場結構等機制，來進行評估。另外，亦可利用較為簡便之「質化」分析方法，如排他交易契約的長短、被排除事業自己建立經銷管道的難易程度、及競爭者、消費者或專家之證言等加以綜合考量。至於在效率抗辯部分，排他交易與搭售同樣都具有降低市場交易成本及搜尋成本的正面功能，故公平會應判斷的是，非排他交易的購買模式，是否會導致交易成本大幅增加。另外，排他交易另具有避免「搭便車」行為的功能。此一部分可考量（1）「服務」或「商譽」對涉案市場產品交易而言，系屬競爭重要之原素？（2）發覺與制裁「搭便車」行為成本是否很高？（3）非排他交易的監督手段（如制定統一的服務標準與建立制裁「搭便車」經銷商的機制），是否會有更高的實施成本，而使排他交易限制是一項「較少限制」的手段？

至於在區域或顧客限制約定部分，區域或顧客限制行為之採行，會使某一地理區域的特定品牌侷限在一家（或少數幾家）供應，此種限制品牌內之競爭，倘無其他品牌可參與品牌間競爭，對市場的競爭影響較大。至於要如何衡量品牌內競爭程度降低的大小，則可具體考量區域或顧客限制造成銷售據點及銷售人員減少的多寡、產品越區銷售比率的大小、限制區域或顧客交易契約的長短、以及消費者對於某一品牌忠誠度與品牌差異化

的大小等來加以判斷。至於在效率抗辯部分，主要的衡量重點仍在於限制約定對促進「品牌間競爭」之效果強弱，其所需考量之具體因素與排他交易及搭售安排大致相同，即（1）「服務」或「商譽」對涉案市場產品交易而言，系屬競爭重要之原素，而有必要以實施客戶或區域限制的方式，來確保下游經銷商提供相關服務之誘因；（2）從過去交易經驗來看，區域內經銷商間進行「搭便車」行為是否不易被發覺，而有必要以劃定經銷區域的方式來解決該問題（3）所實施之區域經銷限制對經銷商的嚴格程度。公平會對於類似「窒息式」的區域限制，如對違反限制之經銷商直接終止其經銷權利，應進行較為嚴格的審查；反之，若僅要求違反規定經銷商將收得利益轉交予區域授權廠商或供應商，則可適用較低密度的審查。

摘要

關鍵詞：非價格垂直限制、公平交易法、合理原則

本計劃從學理與實務的角度，及比較法與經濟分析的方法，檢討我國公平交易法規範非價格垂直限制之現況及相關問題。具體而言，計劃將就「搭售」、「區域限制」、「顧客限制」、及「排他交易」等四大類型為研究之主要對象。首先從經濟分析觀點，檢視競爭法處理非價格垂直交易限制之必要性及理由性，以及公平交易法對於管制法規所關切問題所可扮演之角色及可能的限制。再從比較法的觀點，搜集整理美國及歐盟之法規與案例，並嘗試歸納與分析其與經濟理論間之關聯性，進一步從中匯整出可資我國執法參考的一般性理論原則。計劃最後依據上述初步研究結論，評估國內法規適用情況，檢視公平交易委員會個案處分或不處分理由在學理上可進一步檢討之處，並進一步提出公平交易委員會未來運用「合理原則」處理非價格垂直交易限制行為時之具體違法判斷因素。

公平交易法由於立法之初即已明定以「合理原則」來檢視垂直非價格限制，故主管機關並未出現如美國或歐盟法從過於強調形式不法過渡到重視實質競爭效果的執法現象。不過，從相關個案中，我們也觀察到了公平法立法及適用過程中所產生的問題。例如，不同於歐美將垂直交易限制定位為是「反托拉斯」(antitrust)問題，公平會於實務上並未以公平法第 10 條典型的「反托拉斯」條款來規範垂直非價格限制約定；事實上，透過「相對優勢地位理論」及第 24 條的適用，公平會似有進一步要以「行為不法」的概念來歸範相關行為的趨勢，而相關市場的界定及市場力量的衡量的重要性也愈來愈低。對此，本計劃認為，公平法得用以規範垂直非價格限制之相關條文中之「市場力量」門檻，是一項立法政策的考量，而

非不同條文應適用不同之界定市場及市場力量方法，更不是表示在適用公平法第 19 條或第 24 條時，可不用判斷市場力量。此可從國外執法經驗及學理討論多以「市場力量」作為發動調查之前提得知。再者，公平法第 19 條第 6 款將規範對象限縮在「事業」，而排除了對最終消費者所實施之搭售或排他交易行為，此也可能衍生後續處分違法行為是否符合法律比例原則的爭議。另外，公平會在「合理原則」的具體操作過程中，其分析的細緻度及內部理論的一致性，似亦有進一步充實的必要。

根據以上初步的研究心得與觀察，計畫進一步提出較為具體的「合理原則」考量因素。本計畫建議公平會應擺脫過於強調個案違法類型定性的執法思維，而應借助於經濟分析工具，以建立統一的審理分析架構為其上位的執法原則。據此一理念，計畫進一步提出具體上位審理原則及其考量順序。不論案件究屬何種類型之非價格垂直限制，公平會應優先衡量涉案廠商是否在相關市場中具有「市場力量」，而計劃於相關章節中所提出之界定與衡量方法，可供公平會參考。當垂直非價格限制跨越了市場力量之檢視門檻後，接下來即應進入行為之反競爭效果評估，主要的評估對象，包括限制約定之「封鎖-排除」效果，以及「促進勾結」效果。就「封鎖-排除」效果部分，參考美國及歐盟法的執法經驗，以及學者之執法建議，除市場力量之高低外，主管機關所應考量的因素有（一）、市場參進的難易度；（二）、實施垂直限制約定的市場，是否具有最小效率規範之要求，而影響潛在競爭者進行「品牌間競爭」之能力；（三）、是否具有足以抗衡賣方濫用市場力量之買方力量存在；（四）、競爭對手是否具備有技術、資金、及人才設備等條件，而得有實施「反策略」（*counterstrategies*）以對抗具市場力廠商所實施之垂直非價格垂直限制約定。至於「促進勾結」部分，由於問題的本質在研判垂直交易限制對促進上、下游市場進行勾結行為之功能程度，故主要的審查因素，與判斷聯合行為之促進機制

(facilitating mechanisms) 類似，如(一)、市場占有率；(二)、市場競爭廠商家數及採行相同垂直限制約定之家數比例；(三)、市場的參進障礙高低；(四)、產品或服務的異質化程度；(五)、競爭廠商間之規模及成本結構差異程度；(五)、與下游事業交易的頻率及規律程度；(六)、下游通路對上游廠商之重要性(針對下游卡特爾)；(七)、垂直限制約定之嚴格程度與制裁規定。

在評估限制約定的反競爭效果後，公平會應進行效率抗辯的評估。此部分的具體考量因素，固然會隨不同的限制類型，而有部分的差異，但就規範架構的上位概念而言，仍可歸納出幾項共通於各類型垂直非價格限制效率理由，如解決「雙重邊際化」的問題、避免經銷商進行對其他經銷商所提供之售前或售後「服務」，或是對供應商「品牌聲譽」，進行「搭便車」或「誘引－轉介」(bait-and-switch)的行為、控制產品或服務的品質，以利市場進行「品牌間競爭」、及保障下游經銷商利潤，提供其進入市場的誘因，有利維持下游市場競爭競爭，及增加下游市場消費選擇的多元化等。

就實務的操作而言，更困難的問題在於如何判斷相關效率抗辯的可信度，以及如何與反競爭效果相互進行抵銷，以求得垂直限制約定的淨市場效果。此當然有賴主管機關於個案中，基於不同的案件事實來加以衡量。計畫對此提供一些初步的判斷標準供參。就抗辯之「可信度」或必要性而言，公平會應以檢視各該市場前提條件是否存在為其研析的核心，檢視類似市場結構是否出現獨、寡占情況，或售前服務是否是產品或服務所必需，以及產品生命週期等現象，以判斷涉案限制約定用以解決「雙重邊際化」或「搭便車」問題之可信度與必要性。

至於效率抗辯與反競爭效果的衡平，除了取決於競爭主管對於「效

率」及「封鎖－排除」或「促進勾結」可信度所給予的比重高低外，另一項可以參酌的標準，則是以主管機關判斷失準時之「錯放」與「錯殺」成本何者成本較高，來給予正、反面競爭效果不同的考量比重。此一判斷與市場結構的判斷有密不可分的關聯，換言之，當市場參進容易，主管機關較有可能期待潛在競爭制衡因「錯放」而倖存於市場中之無效率廠商時，則可給予效率抗辯較高的考量比重。

此外，公平會也應進行部分較為質化的分析，從計畫之前相關章節的說明可知，學理上較常見的考量，即是效率抗辯所依附的限制約定，是否有限制較少的替代手段，可以來實現相同的效率主張。於進行此一評估時，公平會應注意，此處的替代手段並非在要求涉案限制約定，是所有足以實現效率手段中，對競爭限制「最少」者，而是只要與其他替代手段相較有其「合理性」，即屬可以被接受之限制約定。另外，判斷涉案垂直限制約定是否是限制較少，其比較的標準是市場「競爭」，而非在那一項手段，對「競爭者」的限制較少。最後，垂直非價格約定是否是對競爭較少的手段，應包括不同落實效率目標手段間的成本比較。不宜單以供應商對於「搭便車」行為，另得提起訴訟的方式尋求解決為由，而否決了當事人的效率抗辯。最後，在部分案例類型中，效率目標的實現，有賴二個以上之非價格限制約定的組合實施，方能落實。在這一類案件中，所謂的「較少」限制原則，即不能就非價格限制約定為隔離式的觀察。

至於涉案被告是否有利用非價格限制來達到封鎖市場競爭或促進勾結的意圖或目的，計畫認為應居於輔助的立場，只有在無法由前述幾項客觀判斷因素得出合理的結論時，才有必要進一步檢視此一主觀要件，且比重不應太高。在「封鎖－排除」效果部分，公平會或可借助反托拉斯法在規範「掠奪性訂價」行為之標準，以涉案廠商因採行垂直非價格限制所為其帶來的額外成本，是否高於其因此所可獲得之利益，來作為推論其主觀不

法意圖是否存在的推論依據。至於在「促進勾結」的意圖與目的部分，則反托拉斯法中關於認定聯合行為「協議」存在的相關理論，例如「自發性平行行為」(conscious parallelism)理論，及在該理論所發展出來的具體判斷因素，應可作為判斷的重要參考因素。

Abstract

Key Words: non-price vertical restraints, the Fair Trade Act, rule of reason

This project re-examines the current regulatory framework for non-price vertical restraints under the Fair Trade Act. Tying, territorial and customer restrictions, and exclusive dealing are the main types of arrangements that will be studied. The project begins with a review of the economic rationale underlying the need to regulate non-price vertical restraints under competition law as well as its limits. Using comparative-law approach, we then compare the U.S. and EU competition laws on non-price vertical restraints and investigate whether useful policy guidelines could be drawn from this study. The tentative research results will then be applied to inspect how the problems arising from the current regulatory framework under the Fair Trade Act could be improved or solved. We conclude this project by providing specific factors that could assist the Taiwan Fair Trade Commission (TFTC) to determine the legality of non-price vertical restraints under the rule-of-reason standard and within the legal structure of the Fair Trade Act (FTA).

As the FTA has mandated the application of the rule of reason to vertical non-price restraints, we did not observe the transformation of reviewing standards in Taiwan as was experienced in the United States and the European Union. However, unlike the approaches adopted by the United States and European Union, the TFTC has never reviewed a non-price case under the typical antitrust provision, Article 10 of the FTA. In fact, there appears to be a tendency for the TFTC to apply the more conduct-based Article 24 to vertical cases. Although it could significantly alleviate the burden of delineating relevant market and measuring market power by the TFTC, such an enforcement trend could cause legal uncertainty in the long run. We suggest

that the TFTC should refocus on using more effect-based approaches to evaluate the legality of vertical restraints under the FTA. We also suggest that Article 19 be revised to abandon the requirement that limits the reviewable conducts to arrangements between “enterprises.”

Based on our preliminary findings, we propose the following factors that should be taken into accounts when operating the rule of reason in cases regarding vertical non-price restraints. Among those factors, we argue that the defendant’s market power should be the primary concern for the TFTC and need to be assessed first. The various methods of defining and measuring market power introduced in this project offers the TFTC a start point to conduct market-power evaluation. Alleged violations passing the market-power threshold will then be reviewed to discover whether they have the anti-competitive effects suggested by the foreclosure and cartel-facilitating theories. The factors need to be considered in the foreclosure investigation include:

1. the ease of market entry;
2. the existence or non-existence of minimum efficient scales for firms to engage in effective competition;
3. countervailing power on the buyers’ side;
4. the plausibility for competing rivals to adopt counterstrategies.

For cartel-facilitating investigation, the factors need to be considered include:

1. the number of competing firms and the percentage of rivals who adopt same types of vertical restraints;
2. market entry barriers
3. product homogeneity
4. the differences in scales and cost structures among competitors;
5. the frequency and regularity of transactions with downstream firms;

6. the importance of downstream firms to upstream firms;
7. the degree of restrictiveness of the vertical restraints employed.

With respect to the evaluation of pro-competitive justifications, the T FTC should focus on the plausibility of the presumptions that the asserted justifications are based. For example, the justification of avoiding free-riding behavior would be less persuasive when the products involved do not need presale services. Finally, we suggested that the “intent” or “purpose” requirements should play a supplementary role in the analysis of vertical non-price restraints. The T FTC needs to consider this subjective requirement only when the previous effect-based investigations fail to provide definite answers. In addition, we also propose that the T FTC may adopt the “price-cost” test employed in price-predation cases to determine the existence of intent in vertical cases.

參考文獻

一、中文部分

(一) 書籍

1. 公平交易委員會，認識公平交易法，公平交易委員會，增訂第十四版（2012年8月）。
2. 公平交易委員會，公平交易法相關法規及行政規則彙編，公平交易委員會（2012年12月）。
3. 朱敬一、林全等，經濟學的新視野，聯經出版事業股份有限公司（2010年3月）
4. 胡春田、巫和懋、雷德明、熊秉元合著，經濟學—21世紀全球視野，雙葉書廊有限公司出版（2011年2月）。
5. 范建得、陳丁章，限制競爭或妨礙公平競爭之行為，收錄於公平交易法之註釋研究系列（二），公平交易委員會（2004年11月）。
6. 陳銘煌，公平交易法與產業經濟分析，滄海書局（2002年12月）。
7. 謝哲勝主編，法律經濟學，五南圖書出版公司（2007年5月）。

(二) 期刊文獻

1. 林國棟，廠商搭售行為的經濟分析，公平交易季刊，第五卷第四期，頁79-135（1997年10月）。
2. 陳志民，論美國反托拉斯法對搭售安排「個別產品」要件之認定標準，第五屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，頁477-516（1999年5月）。
3. 陳志民，*To Sylvania and Beyond*：一項分水嶺判決之理論建構及延伸觀點，公平交易季刊，第十九卷第一期，頁1-64（2011年1月）。

4. 陳宜亨、楊淑貞，獨家交易的社會成本和市場封閉效果，公平交易季刊，第十一卷第三期，頁 1-16（2003 年 7 月）。
5. 陳銘煌，公平交易法界定市場範圍之理論模型與實證分析－以農產品市場為例，公平交易季刊，第五卷第三期，頁 1-55（1997 年 7 月）。
6. 梁基祥，獨家交易安排之經濟分析，公平交易季刊，第五卷第三期，頁 85-135（1997 年 7 月）。
7. 楊宏暉，搭售行為之法律分析，公平交易季刊，第十二卷第一期，頁 99-168（2004 年 1 月）。
8. 楊宏暉，新經濟時代的反托拉斯法挑戰－網路效應與微軟案之初探，政大法學評論，第七十七期，頁 207-284（2004 年 4 月）。

（三）研究報告

1. 呂芳慶、范建得、莊春發，公平交易法適用「合理原則」之經濟分析－以垂直非價格限制行為為中心，行政院公平交易委員會出版（1996 年 3 月）。
2. 林大侯等，市場範圍界定及獨占事業行為探討，行政院公平交易委員會編印（1994 年 4 月）。
3. 林益裕、富瑩、游素素、顏廷棟等，我國公平交易法垂直限制行為為執法實務之檢討－兼論歐盟、德、法、美、日垂直限制規範之檢討，行政院公平交易委員會八十七年度研究發展報告（1998 年 6 月）。
4. 洪禮卿、鄭優、施俊吉、何之邁、黃營杉等，事業垂直限制行為之公平交易法適用問題研究－以鮮乳業、高壓氣體業、汽車業及水泥業四產業為例，1999 年公平交易委員會合作研究計劃 2，行政院公平會印行（1999 年 6 月）。
5. 陳志民、陳和全、陳昭文、劉好珊等，單方行為之研究，行政院

公平交易委員會 100 年委託研究報告 3 (2011 年 12 月)。

6. 劉邦典等，服務業市場範圍之界定與獨占事業之認定，台灣經濟研究院（公平交易委員會委託，1993 年 3 月）。

(四) 學位論文

1. 林育鋒，垂直合併之經濟分析，國立中央大學產業經濟所碩士論文(1998 年 6 月)。
2. 陳婉珍，歐盟競爭法上獨家交易之規範－兼論我國公平交易法，國立中興大學法律學系碩士論文(1997 年 7 月)。

二、英文部分

(一) 書籍

1. FAIRHURST, JOHN, LAW OF THE EUROPEAN UNION, Pearson (9th ed. 2012).
2. HOVENKAMP, HERBERT, FEDERAL ANTITRUST POLICY: THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE, Thomson West (1994).
3. POSNER, RICHARD A., ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, WOLTERS KLUWER (8th edition, New York, 2011).
4. International Competition Network , UNILATERAL CONDUCT WORKBOOK, CHAPTER 5: EXCLUSIVE DEALING, PREPARED BY UNILATERAL CONDUCT WORKING GROUP, International Competition Network (2013).

(二) 期刊文獻

1. Ahlborn, Christian, David S. Evans, & A. Gorge Padilla, *The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to Per Se Illegality*, 49 ANTITRUST BULL. 287 (2004).
2. Chen, Andy, *The Taiwan Fair Trade Commission Fines the Leading Taxi Automobile Supplier for Implementing a Territorial-restriction Policy Through Sale Subsidies* (Toyota), E-COMPETITIONS 3-4, No.

51000 (March 2013-1).

3. Cramer, Eric L., & Daniel Berger, *The Superiority of Direct Proof of Monopoly Power and Anticompetitive Effects in Antitrust Cases Involving Delayed Entry of Generic Drugs*, 39 U.S.F. L. REV. 81(2004).
4. Dolmans, Maurits, & Andrew Leyden, *Internet and Antitrust: An Overview of EU and National Case Law*, E-COMPETITIONS, N. 45647 (2012).
5. Grimes, *The Life Cycle of a Venerable Precedent: GTE Sylvania and the Future of Vertical Restraints Law*, 2002 ANTITRUST 27 (2002).
6. Hovenkamp, *The Law of Vertical Integration and the Business Firm: 1880-1960*, 95 IOWA L. REV. 863, 911 (2010).
7. Klein, Benjamin, & Kevin M. Murphy, *Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms*, 31 J. L. & ECON 265 (1988).
8. Kaplow, Louis, *Why (ever) Define Market?* 124 HARV. L. REV. 437 (2010).
9. Lao, Marina, *Resale Price Maintenance: The Internet Phenomenon and Free Rider Issues*, 55 ANTITRUST BULL. 473 (2010)
10. Pitofsky, Robert, *The Sylvania Case: Antitrust Analysis of Non-price Vertical Restrictions*, 78 COLUM. L. REV. 1 (1978).
11. Pibworth, Stuart, *The Murphy Judgment: Not Quite Full Time for Football Broadcasting Rights*, 8 THE COMPETITION LAW REV. 209 (2012).
12. Schmalensee, Richard, *Entry Deterrence in the Ready-to-Eat Breakfast Cereal Industry*, 9 THE BELL. J. ECON. 305 (1978)
13. Steiner, Robert L., *The Nature of Vertical Restraints*, 30 ANTITRUST BULL. 143 (1985)
14. Steiner, Robert L., *The Inverse Association Between the Margins of Manufacturers and Retailers*, 8 REV. INDUS. ORG. 717 (1993).
15. Steiner, *Intrabrand Competition-Stepchild of Antitrust*, 36 ANTITRUST

BULL. 155 (1991)

16. Steiner, *The Effect of GTE Sylvania on Antitrust Jurisprudence: Sylvania Economics—A Critique*, 60 ANTITRUST BULL. 41 (1991).
17. Steiner, *Vertical Competition, Horizontal Competition, and Market Power*, 53 ANTITRUST BULL. 251 (2008)
18. Steiner, *The Evolution and Applications of Dual-Stage Thinking*, 49 ANTITRUST BULL. 877 (2004)
19. Steiner, *The Leegin Factors—A Mixed Bag*, 55 ANTITRUST BULL. 25 (2010).
20. Sacher, Seth B., *To Issue or Not to Issue Guidance: Comments on Geradin and Pereira Neto*, 9 COMPETITION POL'Y INT'L 46 (2013).