

《公平交易季刊》
第 27 卷第 4 期（108/10），頁 37-104
©公平交易委員會

競爭法上「安全港條款」之研究

吳秀明*
牛曰正

摘要

「安全港」（safe harbor）是一個長久以來在競爭法上被廣為使用的概念和法律制度。安全港條款除了賦予事業合法活動的明確性外，對於競爭法主管機關，亦能有效率地的將有限的執法資源集中於最迫切的案件之中。

我國公平交易法（下稱公平法）關於獨占、聯合行為、垂直限制競爭等行為類型，均設有可供安全港發展之相關規定。公平交易委員會（下稱公平會）實務上，亦訂有此等標準以供適用。惟公平會目前所定之相關規定，其內容仍容有進一步修訂改善之空間。回顧我國競爭法文獻，卻未曾有過專文加以有系統的研究、引介國際上之比較法制，探討我國公平法上相關之制度、案例與問題。

有鑑於此，本文首先將針對公平法上安全港運用之現況進行檢討分析，說明現行法下之整體架構，並指出其中一些未臻周全之處。再藉由歐、美、德、日競爭法之比較研究，分析水平與垂直限制競爭行為之安全港是如何受到規範、應如何受規範。最後，由於學理上以往並未針對「安全港」之概念有深入著墨，因此本文最後也將試著闡述競爭法上之「安全港條款」之共通特徵，希望能藉此使得安全港之理論架構更臻明確，俾使我國競爭法制之運作更加完整與周全。

關鍵詞：安全港、聯合行為、垂直交易限制、情節輕微不罰原則、集體除外

投稿日期：108 年 1 月 27 日

審查通過日期：108 年 9 月 17 日

* 吳秀明為國立政治大學地政學系教授、牛曰正為東海大學法律學院助理教授。本文源自公平交易委員會 107 年度委託研究計畫「公平交易法上『安全港（safe harbor）條款』之研究」，但文中之見解僅代表作者個人之觀點，不應引申為公平交易委員會之意見。又本文初稿曾於 2018 年 11 月 16 日發表於第 25 屆「競爭政策與公平交易法學術研討會」。作者衷心感謝研討會評論人和本文評論人之費心審查與指教。

一、緒論

競爭法上所謂之「安全港 (safe harbor)」，係指一國之競爭法規對於某種行為類型劃出一定之違法門檻標準，凡未達此一標準者，即被認為不構成違法或顯然降低其違法風險，或主管機關將不開啟或進行調查處分之程序者。安全港條款劃出了事業競爭活動在競爭法上之安全區域 (safety zone)，事業之行為只要不逾越此一門檻界線，原則上即屬於合法，或至少會大大降低其違法風險，不虞會被主管機關或法院認定為違法而加以調查處分或處罰，故稱之為「安全港」。

安全港是一個長久以來在競爭法上被廣為使用的概念和法律制度。無論是對於事業競爭行為之規範而言，或是對於被規範之事業與執法機關而言，安全港條款一直扮演著具有一定重要性之角色地位。安全港條款除了賦予事業合法活動的明確性外，對於競爭法主管機關，亦能有效率地將有限的執法資源集中於最迫切的案件之中，可謂對於有效執法、提高法律之明確性和引導事業從事合法競爭行為，均有所貢獻。安全港因具有諸多正面功能，因此如歐、美、德、日等競爭法先進諸國之相關法規中，均設有相關之制度。

引導世界競爭法發展關注焦點的 OECD 競爭委員會，近年也明確意識到安全港條款對於競爭法有效適用的重要性。OECD 競爭委員會在 2017 年 12 月之例會中就以安全港為探討主題，與會各國對於安全港在競爭法上的制度採用與法律適用問題進行熱烈討論，此一制度顯然受到各國之重視¹。對於這項引發各國關注之議題，回

¹ OECD, *Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law, Background Note by the Secretariat*, DAF/COMP(2017)9, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 4 (2017). 在該次會議討論中，與會各國分別就該國競爭法制上之安全港提出報告。就會議成果而言，雖然在秘書處所提供的會議資料中，試著說明安全港以及合法推定的制度設計對於競爭法執行所能帶來的幫助，惟借在各國具體制度設計的比較分析上，則較為欠缺。其次，雖然該次會議中，包含我國在內的與會各國，皆針對本國之安全港條款提出說明，但具體觀察其內容則可發現各國所認知之安全港範圍以及內涵互有出入。例如，美國所提出之資料中，花了不少篇幅介紹當然違法、合理原則、快速檢視之內容，雖亦有針對其制度中之「安全區 (safety zone)」和「安全港 (safe harbor)」加以說明，但針對個別行為究竟採取何種標準則未更詳細的說明，關於獨占行為亦未有詳細的探討。而在日本所提出之資料中，主要針對垂直交易關係以及結合管制之安全港條款進行分析，針對獨占及聯合行為則未加以著墨。歐盟所提出之資料中，就其整體規範架構雖亦有完整敘述，但就其「情節輕微不罰公告」、「集體除外規則」之具體內容亦未有深入探討。相比之下，我國所提出之資料中，針對獨占、聯合、結合、垂直交易限制之規範及重要案例均加以說明，可謂較為詳盡。由此也可得知，雖然該次會議中提出了此一重要議題，但各國針對競爭法上之「安全港」究竟代表何種涵義、探討之重點何在，仍欠缺相當共識。因此，針對我國法規範上之不足進行研究、就各國規範上安全港較為完整之內涵進行探討、分析

顧我國競爭法之文獻，卻未曾有過專文加以有系統的研究、引介國際上之比較法制，並探討我國公平法上相關之制度、案例與問題。有鑑於此，本文首先擬對於我國現行競爭法制中之安全港條款進行研究，指出現行規範中存在的一些疑義。由於現行法之相關問題主要存在於水平及垂直限制競爭協議之中，因此本文將進一步聚焦於此二部分，進行比較法之研究，藉由歐、美、德、日競爭法先進諸國規範之比較，省思我國相關法制之妥適性。此外，除規範面之檢討外，本文最後試著針對世界各國競爭法制中安全港條款的規範體系進行系統性的整理，試著使競爭法上的「安全港條款」能有更具體、更鮮明的形象。

二、公平交易法上安全港之運用現況與疑義

本文以下試針對公平法中安全港條款之運用現況進行了檢討，並試著指出目前規範中所存在的一些疑義，以使本文之問題意識更為明確。

（一）聯合行為之安全港

1. 法律位階中欠缺明文的安全港條款

我國現行公平法在法律位階上並未設有任何關於聯合行為安全港之明文規定。雖然在 2007 年提交行政院審議的公平法修正草案中，公平會曾建議增訂：「第九條 參與前條第一項合意之事業，其市占率總和未達百分之五者，不構成前條所稱之聯合行為²。」惟該次修正草案並未成功過關。

在公平法第 15 條第 1 項所採「原則禁止，例外許可，濫用控制」的規範架構下³，事業若欲確保其聯合行為不違反公平法之規定，最安全的作法是基於公平法第 15 條第 1 項但書所列 8 款事由事先向主管機關申請聯合行為之許可。因此，若事業

我國與各國規範之差異及值得改進之處，乃至於釐清所謂的安全港之制度在建構上值得注意之基本原則何在，有其意義與必要性存在。

² 當時之修正理由為：「倘因參與事業之市場力量極微，因而對市場並無實質影響者，應無管制必要，參諸歐體及德國立法例…均明定參與聯合行為事業之市場占有率總和未達一定標準者，得排除聯合行為禁止規範之適用。」

³ 關於聯合行為之「原則禁止，例外許可，濫用控制」之三階段規範架構之介紹，參見吳秀明，「聯合行為理論與實務之回顧與展望」，收錄於：氏著，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司，9-12（2004）。

有進行共同研究開發、增進中小企業經營效率、或為促進產業發展、技術創新或經營效率等情形時，在行為前向公平會申請聯合行為許可並獲得許可後，即可確保其行為於許可範圍內具有合法性。由此規定的反面解釋可知，在現行法下即便事業之聯合行為有得申請許可之事由，在獲得公平會許可決定前，行為並不當然合法⁴。故此等規定係提供例外許可之可能，而非給予事業安全港之保護。

2. 現行法下之安全港：透過解釋法律建立安全港

現行法之框架下係透過解釋之方法建立安全港，其規範上之依據是公平法第 14 條關於聯合行為定義之規定，主要承擔此一功能者為「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」之要件。

對於公平會以往如何判斷行為是否構成「足以影響市場功能」，文獻上多指出其在「量」的標準上系隱然採用 10% 之市場占有率（下稱市占率）為判斷基準⁵；實際處分之案件，事業合計之市占率則往往更高⁶。但此一基準在過去很長時間並未由公平會對外明確表達，亦無法源依據。對此，學說上亦有建議仿效德國法之規定，將輕微卡特爾案件排除於公平法適用範圍之外，以節省行政成本⁷。

前述 2007 年公平會所提出之修正草案，即係試圖藉由「量」方面標準的明文化，建立明確的法律根據以提供安全港之保障。當時係以市占率 5% 之單一標準作為判斷準則，此應可理解乃是試圖將實務上的執法方針明文化⁸。

在行政院實務發展上，2012 年 9 月 13 日最高行政法院 101 年度判字第 818

⁴ 針對此種情形，近來學說上也有建議將聯合行為的許可制，改為「事後追懲制」之觀點。參見王立達，「我國聯合行為規範現況之結構反省與革新：事前許可制、積極分流與事後查處制」，國立臺灣大學法學論叢，第 47 卷第 3 期，1175 以下（2018）。

⁵ 針對公平會所採之量的基準，認為係以 10% 為準者，參見吳秀明，前揭註 3，75-76。

⁶ 廖義男教授針對公平法施行後 20 年間之案例進行研究之結果，認為公平會向來所處分案例，事業合計市占率多已超過 20%。但在春源鋼鐵案（1995 年 5 月 19 日(84)公處字第 054 號處分書、行政法院 86 年度判字第 219 號判決）中，公平會認定參與聯合行為之春源鋼鐵等事業在全國冷軋鋼捲市場占有 16%、全國熱軋鋼捲市場占有 8.7%，但公平會仍認定事業之聯合行為足以影響全國冷熱軋鋼捲市場供需，足以顯見公平會嚴格執法之趨勢。參見廖義男，「公平交易法施行二十年來指標性之行政法院裁判」，公平交易季刊，第 20 卷第 3 期，16-18（2012）。

⁷ 廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（一），公平交易委員會 92 年合作研究報告，319（2003）。同樣認為在安全港之判斷上，應該「質」與「量」並重之觀點，參見吳秀明，前揭註 3，75。

⁸ 但該次草案中，僅採用「量」的單一標準，而未能就「質」的觀點有所著墨，或許必須認為可能過度簡化聯合行為之安全港。

號判決中，法院即曾經針對市占率僅合計僅 5% 左右之非核心卡特爾行為，認為該合意不足以影響市場功能，從而不構成聯合行為⁹。最高行政法院此種觀點，亦可認為與以往公平會之實務見解若合符節。

在 2015 年 1 月公平法修正時，公平法適用的明確性受到立法者的關切，在通過修正案時立法院附帶決議要求公平會應針對何種程度未達足以影響市場功能之情形，研定處理標準，以確保合法業者之生存空間¹⁰。

為因應立法院之要求，公平會在 2016 年 3 月 1 日公布的公法字第 10515600941 號解釋中，就聯合行為情節輕微不罰之認定標準加以說明，並以「於相關市場之市場占有率總和未達 10% 者，推定不足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」作為判斷原則。但另一方面，公平會亦將「事業之聯合行為係以限制商品或服務之價格、數量、交易對象或交易地區為主要內容」之聯合行為，排除於安全港保護範圍之外¹¹。在此號解釋中，公平會以「量」的標準作為安全港主要的判斷依據。但在此標準上，兼採「質」的標準作為負面排除的準則，將價格、數量、交易對象與交易地區之限制，亦即一般認為屬於「核心卡特爾 (hardcore cartels)」的行為，排除於安全港的保護之外。聯合行為自此始透過法律解釋產生一明確的安全港，在制度的建立上也向前邁進了一大步。

3. 現行安全港條款之疑義

由以上說明可以理解，我國目前聯合行為之安全港條款與傳統實務上所採用觀點並無太大出入，可謂是實務見解之明文化。惟若干疑義仍有待釐清。

首先，公平法上關於聯合行為之安全港條款，乃是以行政解釋之方式確立。其固然較具有彈性，可隨時調整，是其優點，但行政解釋之公開性、能見度較低，不具有一般法規之形式，較不利於事業之認知瞭解與遵循，則是其弱點。此種規範之位階是否妥適，不無疑問。其次，在公法字第 10515600941 號解釋中，對於聯合行

⁹ 最高行政法院 101 年度判字第 818 號判決，六、(一)、(三)，司法院法學資料檢索系統，第 444-449、489-491 行。

¹⁰ 立法院公報處，立法院公報，第 104 卷第 11 期，院會紀錄，107 (2015)。

¹¹ 行政院公報編印中心，行政院公報，第 22 卷第 37 期，7165 (2016)。亦收錄於公平會網頁，<https://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=1461&docid=14521>，最後瀏覽日期：2018/11/26。

為安全港是以 10%作為其門檻。但此一門檻數值相當嚴格，且無論是共同研發、專業化分工或是其他類型之行為，均一律適用此種標準，對於限制競爭疑慮較低之聯合行為是否過於嚴苛，亦值省思。

（二）獨占管制之安全港

1. 規範依據

我國公平法上關於獨占管制之安全港條款，其規範基礎存在於公平法第 8 條第 1 項與第 2 項的「負面推定」之中。依照公平法第 8 條規定認定公平法上的獨占事業時，其判斷步驟可分為「負面推定」與「正面認定」二部分¹²。在認定獨占事業時，首先進行所謂負面推定的判斷。其判斷係依照公平法第 8 條之規定，分別討論是否符合同條第 1 項及第 2 項所形成的二道篩選門檻。若事業因未及此門檻而在市場力上受到公平法第 8 條第 1 項或第 2 項之排除時，將被推定不構成公平法所規範的「獨占事業」，從而同條項之規定遂形成事業得以排除公平法第 9 條適用之安全港。

具體來說，依照公平法第 8 條第 1 項規定，任一事業之市占率若未達二分之一（亦即 50%）、任二事業之市占率若未達三分之二（約 66%）、任三事業之市占率若未達四分之三（亦即 75%），除非主管機關認為且能證明有同條第 3 項之情事，否則該事業原則上均不列入獨占事業之認定範圍，從而無違法之虞。另依第 2 項規定，若各別事業市占率未達 10%或上一會計年度事業總銷售金額未達主管機關公告金額者，亦不列入獨占事業之認定範圍，從而也不致構成違法。依照公平會 2015 年 3 月 4 日公綜字第 10411601871 號令，事業上一會計年度事業總銷售金額未達新臺幣 20 億元者，該事業不列入獨占事業之認定範圍¹³。

¹² 吳秀明，「十年來公平法上之獨占管制」，收錄於：氏著，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司，332-334（2004）。

¹³ 行政院公報編印中心，行政院公報，第 21 卷第 38 期，8163（2015）。在 2015 年修正前，公平法第 5 條之 1 第 2 項係以 10 億元之總銷售金額作為門檻。但學說指出該門檻，係「以 1992 年調查國內產業前二百大事業之總銷售金額及比較其市場占有率通常亦達十分之一後所定之標準，惟十四年來（註：至該文撰寫之時點為止）經濟發展已有變化，此項金額是否仍然妥為，亦需再作評估。」公平法 2015 年修正時，亦以「參照我國近年來經濟發展情況，以及考量對獨占事業管制行政資源分配之妥當性，並參考現行條文第十一條第一項第三款結合申報門檻授權主管機關另

因此可以說，公平法上獨占管制在界定相關市場之後，即是以市占率以及銷售金額為標準，設定事業不構成獨占事業之雙安全港門檻，以達先篩選掉無違法之虞的輕微案件，以便將執法焦點與行政資源集中投入在真正具有支配市場力量規模的事業上。在此等市占率及銷售金額所形成之安全港範圍內，除非主管機關能就同條第 3 項情事加以舉證，否則原則上均可認為事業不構成獨占事業，得自由地進行市場競爭活動。雖然同條第 3 項規定，賦予主管機關在相關市場「受法令、技術之限制或有其他足以影響市場供需可排除競爭能力之情事」情形下，例外認定事業構成獨占事業。然而，由於第 8 條第 1 項及第 2 項之存在，可能形成一道實質門檻，使得公平會在例外認定事業構成第 3 項之情事時，有較高的舉證責任。實務上，亦鮮少有公平會基於同條第 3 項規定例外認定未達第 8 條第 1 項及第 2 項之事業卻構成獨占事業之案例¹⁴。故可認為，第 8 條第 1 項及第 2 項規定，實具有公平法上獨占管制安全港條款之功能。

2. 公平法第 8 條之實務運作

在本文研究過程中取得之公平會不處分案中，基於市占率否定事業構成獨占事業的案例，共有 4 件。在 2010 年 1 月的「龍宏案」中，事業市占率因未達 20%，被公平會認定為不構成獨占事業¹⁵。在 2015 年 5 月的「正隆案」中，則是事業市占率未達 25%，故被認為不構成獨占事業¹⁶。同年 6 月的「保健食品未降價案」中，被檢討事業之市占率僅 0.5%，也未被認為構成獨占事業¹⁷。

其中，最為特別的案例則屬 2017 年 6 月的「雀巢奶粉案」。在該案件中，事

行公告之規定，爰修正第二項，授權主管機關視經濟發展情況之變動，適時調整公告金額，符合我國經濟發展實況，並可有效達成本法之規範目的」為由修正同條規定，授權主管機關以公告之方式定之。此外，為了避免修法作業的曠日費時，造成公平法運用上的僵化，也是該條規定修正的理由之一。參見吳秀明、沈麗玉，「競爭法制革新之整體規劃與藍圖」，月旦法學，第 228 期，189（2014）。

¹⁴ 在舊法公告制度之下，曾有公平會認定市場存在法令限制，故事業具備法定獨占力，但因事業銷售金額未達 10 億元，而未將事業公告為獨占事業之案例，如公平會(87)公處字第 017 號、第 157 號、第 167 號處分書。此等案例固然已為多年前的案例，但公平法第 8 條第 1 項及第 2 項實質上對於第 3 項之解釋適用所可能產生的影響，由此可見一斑。實務上，基於第 8 條第 1 項及第 2 項而被認定非屬獨占事業，但仍例外以第 3 項認定之案例，亦非常稀少。近期案例，可參考公平會公處字第 103043 號處分書。

¹⁵ 案件編號 00949303，公平交易委員會第 949 次委員會議，審議案三（2010/1/13）。

¹⁶ 案件編號 01236303，公平交易委員會第 1236 次委員會議，審議案三（2015/7/15）。

¹⁷ 案件編號 01234302，公平交易委員會第 1234 次委員會議，審議案二（2015/7/1）。

業市占率已達到 41%，但由於市占率未達門檻，故公平會仍然未認定事業構成獨占事業¹⁸。由此可知，市占率基準在實務案例上，確實有發揮其篩選機能。

基於銷售金額適用安全港的案例，則有 2 件。2011 年的「血糖機案」中市場前三大事業之市占率為 69%，事業上一年度銷售金額未達 10 億元，因此被公平會認定不構成獨占事業¹⁹。2015 年的「中台資源案」中，事業銷售金額亦未達 10 億，因此被認定不構成獨占事業²⁰。與此類似的公平會處分為 2011 年 9 月 8 日的公處字第 100163 號處分書「和安行案」。該案中，事業雖然在市場中有 98% 之市占率，但其銷售金額僅達 3 億，公平會亦未將事業認定為獨占事業。此案特殊之處在於，自涉案事業市占率觀之，其已經擁有接近完全獨占之市場地位，惟公平會考量事業之年度銷售金額僅 3 億，其事業規模誠屬有限，故不以獨占管制規定相繩。公平會在本案亦未以第 8 條第 3 項規定，認為本案事業具有「足以影響市場供需可排除競爭之能力」，而推翻安全港之負面排除推定。

實務上，不構成第 8 條第 1 項及第 2 項定義，但又例外以第 3 項認定構成獨占事業之案例，非常罕見，僅有公處字第 094017 號處分書較為明確的顯示其可能²¹。由此可見，公平會立場基本上是，事業除市占率外，必須同時具有一定之規模，方才具有施以獨占管制之必要。過於小型規模之事業，諸如一般中小企業，縱使其市占率高，除非市場有特殊情形，否則原則上不會構成獨占事業。

在基於市占率判斷安全港之適用時，早期案例中，曾有市占率 10.37% 之事業，

¹⁸ 案件編號 01338302，公平交易委員會第 1338 次委員會議，審議案二（2017/6/28）。

¹⁹ 案件編號 01026304，公平交易委員會第 1026 次委員會議，審議案四（2011/7/6）。

²⁰ 案件編號 01236301、案件編號 01236303，公平交易委員會第 1236 次委員會議，審議案一（2015/7/15）。

²¹ 公平會於該案中，認定被處分人關貿網路股份有限公司構成獨占事業之理由如下：「由於通關網路業務具有所謂『網路效應』及『兩面市場』之經濟特性，在網路效應作用下，通關網路使用者傾向於加入用戶數目最多的網路（因該網路內可以通訊的對象最多）；而在兩面市場影響下，通關網路使用者傾向選擇用戶種類最多的網路（例如通關網路使用者會選擇加入已經有報關行、貨櫃場、船公司、航空公司等不同種類用戶的網路，而不會選擇加入只有報關行的網路），由於被處分人因其既有業者之先發優勢、用戶規模及市場占有率，及通關網路服務網路效應及兩面市場特性之影響，顯較汎宇電商公司擁有競爭上之優勢，具有壓倒性地位、可排除競爭之能力。是以，雖被處分人 92 年度之總銷售金額雖未達新臺幣 10 億元，惟因其具有前述足以影響市場供需可排除競爭能力，應認屬公平交易法第 5 條所稱之『獨占事業』。」近期案例，如公平會公處字第 103043 號處分書，公平會以被處分人台灣港務股份有限公司「擁有我國境內所有國際港埠關鍵性設施，為獨家經營者，且依商港法及國營港務股份有限公司設置條例相關規定，國際商港由國營事業機構經營及管理，目前亦無第 2 家業者參與競爭情事，另該公司所擁有的相關港埠關鍵性設施，短期內亦無他事業得以經濟合理且技術可行之方式複製或取代該設施」為由，在處分書中雖未檢討事業之銷售金額，但仍認定事業構成獨占事業。

因其「超過安全港門檻 0.37%」，被認定不得排除獨占事業認定之案例。固然，因已超過 10%故無法被排除於獨占事業之認定，於法並非無據。但市占率如果僅在短期內微量超過，是否即應排除安全港之適用，或許仍可有更精緻之制度設計²²。

綜上所述，就獨占管制而言，目前在公平法規定中可謂較為周延明確，實務上亦有相當案例可供參考，考量本文篇幅有限，關於獨占管制之比較法部分，將予以割愛。

(三) 垂直交易限制之安全港

1. 安全港之規範基礎及適用範圍

我國公平法上關於垂直限制競爭之安全港條款，和聯合行為一樣並未在法律位階上有任何明文規定。但在公平會實務運作上，透過法條要件之解釋，亦建立了一套垂直限制競爭行為之安全港。其適用範圍，會因垂直限制競爭行為係垂直價格限制（即「維持轉售價格」）或屬垂直非價格限制，而有所區別。

(1) 無安全港保護之垂直價格限制

針對維持轉售價格之違法性，公平會向來係在「當然違法」的觀點下進行判斷²³，因此就維持轉售價格之案件，無須進行市場界定或限制競爭效果之判斷。從而，無論市占率如何，均非維持轉售價格案件中探討之重點。在公平法 2015 年修正後，維持轉售價格之立法例雖修正為「原則違法」，但主管機關仍無須就有無限制競爭效果負擔舉證責任²⁴。因此，為垂直價格限制之事業無論市占率如何，在現行法框架下皆無受到安全港保護之可能。

(2) 垂直非價格限制之安全港

a. 早期實務的執法觀點：公平會第 481 次委員會議決議

另一方面，針對現行法第 20 條所規範之垂直非價格限制行為，在 2015 年修正

²² 在歐盟法上，有針對超過門檻之容忍範圍進行檢討，詳細內容參見本文後述三、四中關於歐盟法之說明，其觀點應值得我國參考。

²³ 吳秀明、沈麗玉，前揭註 13，195。

²⁴ 同上註。

前之舊法下素有舊法第 19 條各款之內容係屬於「行為不法」或「市場不法」之爭議²⁵。但 2015 年公平法修正時，在體系上，將原先位於第三章「不公平競爭」之舊法第 19 條的主要內容移列至第二章「限制競爭」之中；在文義上，將原先存在於舊法中之「或妨礙公平競爭」等文字刪除；在立法理由中，亦明確表達修正理由為「本條所規範違法行為屬限制競爭行為類型，爰刪除序文『或妨礙公平競爭』之文字。」。由此等變化可知，在 2015 年修正後，第 20 條已成為以禁止限制競爭行為作為其目的之規範²⁶。

現行公平法第 20 條所使用的「有限制競爭之虞」之要件，係於 1999 年公平法修正時所增訂。有關此一要件之認定，公平會曾在 2001 年 1 月 18 日之第 481 次委員會會議審議案七「有關公平交易法第十九條修法後增列『有限制競爭』如何適用各款乙案」之中加以討論，並作成決議以「市占率是否達 10%」及「是否具有依賴性」，作為舊法第 19 條適用上之門檻要件²⁷。

其後，公平會內部遂續以「市占率是否達 10%」及「是否具有依賴性」等二項標準作為第 20 條執法時之初步篩選基準。易言之，若事業市占率未達 10%，除非公平會能另外證明事業與事業間具有何種依賴性關係之存在，否則該垂直非價格限制皆會被認為不具有「限制競爭之虞」，而無進行實質判斷的必要。

此一標準，雖然公平會以往並未明確對外公開，但在公平會所為之處分及不處分案例中，卻可以窺得其蹤跡。在公處字第 096117 號處分書中，公平會曾以「復按公平交易法第 19 條第 2 款及第 6 款規定，均屬於市場不法之類型，倘事業之行

²⁵ 參見吳秀明，「從依賴性理論探討相對市場優勢地位」，收錄於：氏著，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司，523-524（2004）。

²⁶ 關於公平法第 20 條體系調整之更詳細介紹，可參見吳秀明、沈麗玉，前揭註 13，198-201。

²⁷ 2001 年 1 月 18 日第 481 次委員會會議審議案七之決議內容中，與此相關之決議內容可摘要如下：「第十九條第一、二及第六款（註：約相當於現行法第 20 條第 1、2、5 款之規定）既屬限制競爭之規範，須以具市場力量者始有違法之可能，故除實質違法要件外，尚有具市場力量之門檻要件，以排除對未具實質限制競爭能力者之規範。至於市場力量之認定，本會現行實務作法，係以市場占有率百分之十為門檻要件。惟考量實際市場運作上，市場占有率不及百分之十之事業亦可能擁有市場優勢地位，對相關產業或上、下游業者造成影響市場秩序之顯失公平行為，故為規範之完整性考量，本案擬參考德、法二國所採行之『依賴性理論』，作為認定應受規範事業之門檻要件之一……」、「（一）門檻要件：意指符合本項要件之事業始受公平法第十九條之規範；未符本項要件者，自始即不受本條規定之規範。本項門檻要件有二：市場占有率及依賴性之存在。事業符合其中任一項者，其行為即須受本條規範，由本會就各款違法實質要件加以審查。1、市場占有率：以事業在相關市場之占有率，作為列入規範之參考依據。現行作法一三（註：應為『一向』之誤植）以市場占有率百分之十為準。2、依賴性之存在：詳如前述。」

為並不足以影響市場競爭之機能，則行為不具有非難性。而事業之行為是否足以影響市場競爭之機能，目前本會係以事業其市場占有率超過 10%，或交易相對人對其有依賴性，而認有相對之市場力等門檻要件，作為進入實質違法要件審查之前提。」等文字，表明市占率與依賴性之存在，乃是其篩選基準。

在不處分案中，也可發現公平會確基於此標準，排除對於未達門檻之事業進行實質審查之必要性。例如，在 2009 年 12 月 31 日第 949 次委員會議決議不處分的「清心福全案」之中，清心福全限制加盟店之越區外送、要求加盟店須遵守「店務評核獎懲規範」等，構成對於交易相對人之非價格限制，但公平會以「飲料業市場存有多樣加盟品牌互相競爭，且被檢舉人顯無市場力（市占率不及 1%），故即使被檢舉人限制加盟店越區外送、遵守『店務評核獎懲規範』及簽署切結書，尚難認對該市場造成封鎖效果」為由，否認該行為構成現行公平法第 20 條第 5 款之可能。

又在 2011 年 11 月 12 日的第 1052 次委員會議中決議不處分之「環偉實業案」中，公平會以「末由全國廢棄物處理機構達 120 家，且無收受處理廢棄物之地域限制，清除機構可自由選擇委託 1 家或多家處理機構處理廢棄物，且環偉公司之市占率不及 1%等可稽，清除機構對本案環偉公司應無依賴性存在。綜上，尚難認檢舉人指摘環偉公司之系爭行為，有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」為由，否認該行為有構成現行公平法第 20 條第 5 款之可能性。

2015 年 4 月 13 日的「華紙案」則是過去實務上較為特殊之案例²⁸。公平會在華紙案中，針對華紙於文化用紙實行區域差別取價行為進行調查後，認定華紙公司市占率達 25%，但其所採之劃分經銷區、差別取價等行為，基於「前已論及華紙之市場力不大，縱有能力施行區域差別取價，但在進口紙可有效、即時且充分參與市場競爭之前提下，其對競爭者所造成之『一線』損害仍屬有限。」而認定「衡酌其目前市場力、抬價能力及品牌間（內）競爭之實況，尚不致對文化用紙之各次級市場產生限制競爭疑慮」，故華紙之行為並不違反公平法第 20 條之規定。由此可知，雖然市占率高於 10%，但仍有被認為不足以產生限制競爭疑慮之可能。

b. 公平會近期實務見解：公平會第 1267 次委員會議決議

在 2015 年修正後，明確成為限制競爭行為規範的公平法第 20 條，也繼續沿用

²⁸ 案件編號 01236302，公平交易委員會第 1236 次委員會議，審議案二（2015/4/13）。

這樣「市占率及依賴性」之判斷基準。並且，公平會在 2016 年 2 月 17 日的第 1267 次委員會議決議中，重新闡述其關於垂直交易限制的安全港之觀點，其內容為：

「有關垂直非價格交易限制競爭案件相關市場占有率門檻之計算：

公平交易法第 20 條所規範之垂直非價格交易限制行為，事業於相關市場之市場占有率未達 15%者，推定該事業不具有市場力量，原則上無限制競爭之虞。

另考量市場運作實務，事業之市場占有率雖未達 15%，但若交易相對人對該事業不具有足夠且可期待之偏離可能性，應認事業間有依賴性存在，該事業具相對市場優勢地位，其限制競爭之行為仍得依公平交易法第 20 條予以規範。」

公平會於此再次顯示出垂直非價格交易限制之安全港，係以市占率以及依賴性理論作為其門檻。此一決議之內容，相較於 2001 年公平會第 481 次委員會議，有兩點值得注意之處：第一，相較於內容並未公開之第 481 次委員會議決議，第 1267 次委員會議決議內容完全載明於委員會議紀錄並上網公告，故安全港之公示性更為明顯。第二，相較於第 481 次委員會議係以市占率 10%作為門檻，第 1267 次委員會議決議中將門檻提高至 15%，也展現出對於垂直非價格交易限制採取較為寬鬆的執法立場。第三，第 1267 次委員會議決議中，更明確地表達係以市占率作為「推定不具有市場力量」之基準，一方面代表公平會並不排除例外舉反證來證明限制競爭之虞存在的可能性，但同時也代表在例外情形下，公平會應更具體指出限制競爭之虞為何產生，始能確保事業對於安全港之信賴。

另外，由第 1267 次委員會議決議亦可再次確認，由於公平法第 20 條針對垂直非價格限制係以有「限制競爭之虞」作為要件，因此公平法上針對垂直「價格限制」與「非價格限制」是否有安全港適用之可能，仍有明顯的溫差存在。

c.垂直價格與非價格限制所受不同評價之展現：以「臺鹽案」為例

公平會在 2007 年「臺鹽案」中之作法，可認為是最能顯示公平會在垂直限制競爭案件的執法程度差異。在 2007 年 1 月 11 日的第 793 次委員會議決議中，臺鹽所採取的垂直價格與非價格限制受到討論。公平會針對垂直價格限制作成公處字第 096010 號處分書，針對垂直非價格限制的部分則是決議不加以處分²⁹。以下分別敘述之。

在公處字第 096010 號處分書中，公平會認定臺鹽在與加盟店、經銷商等交易

²⁹ 案件編號 0079335，公平交易委員會第 793 次委員會議，審議案五（2007/1/18）。

相對人簽訂之契約，儘管是由加盟店、經銷商買斷商品、承擔滯銷之風險，卻訂有限制售價之交易條件，並且在契約關係存續中要求交易相對人不得以低於特定折數之價格販售，甚至對違反之交易相對人予以處罰。公平會認定「其行為已剝奪加盟店及經銷商之價格決定自由，而違反公平交易法第 18 條（註：約相當於現行法第 19 條第 1 項）之規定。」而課處臺鹽 100 萬元罰鍰。但在處分書中，因維持轉售價格規定並不以是否產生限制競爭之虞為要件，故公平會並未針對臺鹽市占率進行檢討。

但藉由委員會不處分理由可知，關於垂直非價格限制，公平會認定臺鹽在交易過程中，涉有以較優惠之價格提供予經銷商、某些商品又以較優惠價格提供予加盟店差別待遇之行為；又有就銷售管道等方面為非價格之限制，而公平會也分別就此進行檢討。

首先，關於銷售管道之限制，公平會首先就臺鹽市占率進行評估後，認定臺鹽在相關年度僅分別為 0.53%、0.66%、2.06% 之市占率，均未符合公平會在第 481 次委員會議決議所採門檻要件（市占率 10%）之標準。其次，公平會針對經銷商、加盟者是否對於臺鹽具有依賴性進行檢討，並以「交易相對人有無其他可能之交易管道存在；如不存在其他可能之交易對象，則交易相對人即有與特定事業從事交易之必要性，而依賴於與其交易之事業」作為標準後，認定經銷商與加盟者對於臺鹽均不具備依賴性，作成「無以公平交易法第 19 條第 6 款（註：約相當於現行法公平法第 20 條第 5 款）規定介入規範之必要」之結論，未對臺鹽加以處分。

其次，關於差別待遇之行為，公平會雖係以差別待遇具備正當理由故未違反現行法第 20 條第 2 款之規定，但亦係以臺鹽近 3 年市占率各僅為 0.53%、0.66%、2.06%，故市場力有限等情形加以說明。

由臺鹽案中公平會針對垂直價格限制與垂直非價格限制所採取之不同執法態度可以發現，針對垂直非價格限制，公平會實務上將積極檢討事業所具備之市占率高低。若事業市占率符合安全港要件時，公平會也積極的承認該部分行為受到安全港保護，不認為有公平法介入之必要。相對於此，在垂直價格限制之部分，由於違法要件之判斷並不以「有限制競爭之虞」作為要件，故即便事業市占率較低，公平會亦會基於現行法第 19 條加以處分。

2. 垂直交易限制安全港之檢討

基於以上之說明可以發現，首先，目前垂直交易限制之安全港條款，係以委員會決議決議之方式作成，但除會議紀錄上網公告外欠缺足夠的公示性，一般事業很難知悉該部分之內容。且作成決議之該屆委員會一般自然會遵守之，但對於其後之委員會及外部均乏正式之拘束力，安全港如果建立在此一基礎上對事業而言其風險自然不小。且行政解釋及委員會決議之內容，若嗣後公平會有見解變更之情事時，事業較難得知或查證。此結果對於安全港條款所欲達成之目的是否妥當，不無疑問。

其次，由 2016 年 2 月 17 日第 1267 次委員會議決議可以發現，垂直交易限制之安全港條款明確地限制於公平法第 20 條所規範的「垂直非價格限制」，而不及於公平法第 19 條、屬於核心限制之「維持轉售價格」。由於現行公平法第 19 條採取「原則違法」之立法例，因此不受安全港保護，亦是理所當然。但問題在於，任何垂直非價格限制均屬公平法安全港條款之適用範圍，其規定內容是否過於寬廣，亦值省思。

（四）小結與研究展開

綜合本文以上針對公平法中安全港條款運用現況之分析可知，在不同規定中安全港的概念、性質與表現形態乃有所不同，例如有位於法律者、有位於行政規則者、有如第 1267 次委員會議決議表達舉證責任轉換之功能者、復有如公平法第 8 條直接涉及構成要件之構成與否者，不一而足。另外關於安全港條款之存在，對事業、執法機關究竟有何意義，是否值得主管機關積極運用、發展，以及安全港條款普遍一般之主要內容為何等議題，實有探究各國法制並予以深入思考與歸納整理之必要。故以下將藉由對各國競爭法安全港條款之研究，嘗試釐清安全港條款於競爭法上之意義、功能、形態與主要內容。在研究範疇上，將聚焦於安全港條款使用最為密集之水平與垂直限制競爭協議，並且針對前述公平法聯合行為與垂直交易限制之相關規範中未臻周全之處，提出一些改進建議，最後並試圖對於安全港制度，歸納出體系化之研究成果。

三、聯合行為之安全港

以下將針對歐盟、德國、美國以及日本競爭法上，針對聯合行為所適用的安全港規範進行逐一研析。在探討的順序上，由於歐盟及德國在規範的內容上較為明確，美國及日本之安全港，僅適用於一部分的類型，相較之下較為簡略，因此順序上將先就歐盟及德國加以探討，再分析美國及日本之規定。

(一) 歐盟競爭法上聯合行為之安全港

1. 規範基礎

首先說明歐盟競爭法上聯合行為安全港之規範基礎。歐盟運作條約（Treaty on the Functioning of the European Union；TFEU）第 101 條（原第 81 條）規定：

「（第 1 項）事業間協議、事業團體決議與一致性行為，足以影響會員國間交易，且以妨礙、限制或扭曲歐體共同市場競爭為目的或效果者，與共同市場不相容，應予禁止。包括下述行為：

- (a)直接或間接決定價格或其他交易條件；
- (b)限制或控制生產、市場、技術發展或投資；
- (c)分配市場或資源供給；
- (d)對交易相對人為差別待遇，致其受到競爭上不利益；
- (e)以交易相對人接受附帶義務作為締約條件，而該附帶義務之性質與商業用途均與該契約毫無關聯。

（第 2 項）本條規定所禁止之協議或決議，應自動無效。

（第 3 項）但有下列情形時，第 1 項規定得被宣告不適用：

- 事業間協議或某種協議類型，
- 事業團體決議或某種決議類型，
- 一致性行為或某種一致性行為類型，

有助於改善商品之生產或分配、促進技術或經濟進步，並確保消費者能享受其利益，而無(a)對相關事業課以非必要之限制；或(b)使相關事業就系爭商品之重要部

分排除競爭等情形者³⁰。」

此條約規定本身，無論是禁止聯合行為之第 1 項規定，或是規範例外許可之第 3 項規定，均未直接含有關於安全港之內容。惟據歐洲法院以及學說之見解，本條第 1 項所稱事業間協議、事業團體決議與一致性行為，對於歐盟會員國間交易，以及對於案件所涉及之相關市場競爭，必須要有「可感覺性」（*appreciability*; *Spürbarkeit*）之影響始可³¹。

所謂對於市場競爭具有「可感覺性」之影響，是指第三人在市場存在競爭時，原所具有之經濟行動自由與選擇可能（即從事各種經濟行為原有之空間與可能性），因協議對於市場競爭加以限制，而受到可察覺之影響與改變³²。例如價格聯合所涉及之顧客，無法再以競爭市場下較為有利價格買入商品或服務，而其差別與改變達到可察覺程度者。第三人之經濟行動自由與選擇可能性有無受到限制，需要一個可比較對象作為判斷基準，而此一基準乃是以受協議限制下之「現實市場狀態」與假設市場如果具有競爭時之「擬制競爭狀況」加以比較而得出³³。

依據歐盟競爭法通說之見解，協議對市場競爭必須產生可感覺性之影響乃是本條規定之「不成文構成要件」（*ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal*）³⁴。換言之，事業間之協議對於市場之影響如果未達可感覺性之程度時，根本尚未成立水平聯合行為或垂直限制交易協議，因為歐盟運作條約第 101 條乃是將水平與非水平（如垂直）之限制競爭協議統一規定於一項條文中。上述對於歐盟運作條約第 101 條第 1 項之解釋適用，造成「可感覺性之市場影響門檻」將具有一定安全港之作用³⁵。此亦為歐盟競爭法上聯合行為安全港之規範基礎。

值得特別注意的是，歐盟執委會為使可感覺性之判斷更加明確，發布所謂「情節輕微不罰公告（*De Minimis Notice*）」³⁶，詳細規定執委會判斷可感覺性要件之

³⁰ 譯文係參考公平會網站公布之條文翻譯略加調整而成，原翻譯參見：公平會網站，<https://www.ftc.gov.tw/upload/fd300f84-4704-42aa-96ff-e051491b02b3.pdf>，最後瀏覽日期：2018/11/26。

³¹ *EuGH v. 9.7.1969-Rs. 5/69, Slg. 1969, 295-Völk/Vervaecke*; Michael Kling/Stefan Thomas, *Kartellrecht*, 2. Aufl., Vahlen, S.131 (2016).

³² Volker Emmerich/Knut Werner Lange, *Kartellrecht*, 12. Aufl., C.H.BECK, S.72 (2012).

³³ 這種以假設和擬制市場具有競爭時之狀態作為輔助判斷標準之作法，稱為「擬制競爭」（*Als-Ob-Wettbewerb*），參見 Volker Emmerich/Knut Werner Lange, *ebd.*, S.73.

³⁴ Hermann-Josef Bunte/Fabian Stancke, *Kartellrecht*, 3. Aufl., C.H.BECK, S.99 (2016).

³⁵ Richard Whish & David Bailey, *Competition Law*, 7th ed., Oxford University Press, 140-141 (2012).

³⁶ 關於“*De minimis Notice*”之中文譯語，以往學說上多採用「微小不罰」之用語譯之，參見蘇

具體標準和其他相關事項，足資參酌³⁷。執委會公告雖不具有法規範之一般拘束力，惟對於事業具有重要引導功能和事實上拘束力（詳見後文），仍十分值得參考研析。歐盟會員國之競爭法執法機關，亦多制訂類似之規定。

2. 執委會「情節輕微不罰公告」之重點

歐盟執委會為了處理限制競爭協議必須具有「可感覺性」之要件，發布了「歐盟運作條約第 101 條第 1 項下未達可感覺限制競爭之輕微協議公告」（Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union），即所謂之「情節輕微不罰公告」（下稱「歐盟情節輕微不罰公告」）³⁸，最新版本乃於 2014 年 8 月 30 日公布³⁹。此一公告主要以事業市占率為標準，並考慮限制競爭協議之內容與類型，劃定不具有可感覺性以致於構成情節輕微不罰之安全港門檻。以下茲對於歐盟情節輕微不罰公告之重點加以逐一說明。

(1) 歐盟情節輕微不罰公告所適用之合意種類

歐盟情節輕微不罰公告所示用之合意類型如下⁴⁰：

- a. 事業間之協議。
- b. 事業團體之決議（Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen）。
- c. 一致性行為（aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen）⁴¹。

其次，歐盟情節輕微不罰公告對於水平或非水平之限制競爭協議均有其適用，

永欽，「私法自治與公平法的管制—公平法第二四條的功用與濫用」，收錄於：氏著，走入新世紀的私法自治，初版，元照出版公司，170（2002）；廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（二），公平交易委員會 93 年度委託研究報告，114、606（2004）；楊宏暉，「歐盟競爭法關於垂直協議規範之沿革、現狀及展望」，公平交易季刊，第 27 卷第 1 期，115（2019）；亦有採取「微量原則」之譯語者，參見許曉芬，「歐盟競爭法關於限制競爭協議之研究—以市場界定與市場效果為中心」，公平交易季刊，第 25 卷第 3 期，8（2017）。本文中「情節輕微不罰」稱之。

³⁷ Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice), 2014/C 291/01.

³⁸ Daniela Hengst, in: Eugen Langen/Hermann-Josef Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Bd.2, 12. Aufl., Luchterhand Verlag, Art. 101 AEUV, Rn. 243ff (2014).

³⁹ 歐盟最早在 1970 年公布了「情節輕微不罰公告」，其後經過多次修訂。關於各次修訂之重點，參閱 Marcus W. A. Sonnberger, Die Spürbarkeit im europäischen Kartellrecht, 1. Aufl., Verlag Oesterreich, S.151-182 (2017).

⁴⁰ 歐盟情節輕微不罰公告第 6 點。

⁴¹ 為了行文之方便，以下將以協議代表這三種合意類型。

因為歐盟運作條約第 101 條乃是將水平與非水平（如垂直）協議一併規定，惟水平與非水平協議之安全港門檻自然各有不同。所謂水平協議，是指現實或潛在競爭者間之協議（agreements between competitors）；而非水平協議，則是非現實或潛在競爭者間之協議（agreements between non-competitors），如上下游事業間之垂直交易限制⁴²。

(2) 適用歐盟情節輕微不罰公告之行為主體範圍

歐盟情節輕微不罰公告中所提到之行為主體，諸如「事業」（undertaking; Unternehmen）、「參與協議之事業」（party to the agreement; beteiligtes Unternehmen）、「經銷商」（distributor; Händler）、「供應商」（supplier; Lieferant）等概念，均應包含與該事業具有結合關係之事業（connected undertakings; verbundene Unternehmen）⁴³。所謂「與該事業具有結合關係之事業」包括該等事業之從屬事業（即子事業、孫事業等）、控制事業（即母事業、祖母事業等）或兄弟事業等⁴⁴。

(3) 安全港之一般判斷標準

根據歐盟情節輕微不罰公告第 8 點規定，限制競爭協議安全港之一般判斷標準與原則如下：

a. 只適用於「產生限制競爭效果之協議」

歐盟運作條約第 101 條第 1 項禁止足以影響會員國間交易，且以妨礙、限制或扭曲歐體共同市場競爭「為目的或效果」之事業間協議、事業團體決議與一致性行為。歐洲法院之實務及學者通說均認為該項所禁止之行為，可分為「以限制競爭為目的之協議」（restrictions of competition by object; bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen）和「產生限制競爭效果之協議」（restrictions of competition by effect; bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen）⁴⁵。歐盟情節輕微不罰公告第 8 點揭示，該公告不適用於「以限制競爭為目的之協議」，換言之，僅有「產生限制競爭效果之協議」始有歐盟情節輕微不罰公告之適用，進而享有安全港之待

⁴² 參見歐盟情節輕微不罰公告第 8 點。

⁴³ 歐盟情節輕微不罰公告第 15 點。

⁴⁴ 歐盟情節輕微不罰公告第 16 點。

⁴⁵ Volker Emmerich, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, Bd.1, 5. Aufl., C.H.BECK, Art. 101 Abs.1 AEUV, Rn. 171ff. (2014); Daniela Hengst, a.a.O. (Fn.38), Rn. 218ff.

遇。關於這點之進一步說明，請參見下文有關「安全港之排除」一節。

b. 一般判斷原則

對於「產生限制競爭效果之協議」，歐盟情節輕微不罰公告乃分別就水平協議（競爭者間協議）和非水平協議（非競爭者間協議）制訂安全港之判斷標準如下：

46

(a) 水平協議

對於實際上具有競爭關係或具有潛在競爭關係之事業間所訂定之產生限制競爭效果協議，如果所有參與聯合行為事業之市占率總和，在該協議所涉及之任何市場均不超過 10% 者，該協議將被認定為不具有可感覺性。

(b) 非水平協議

對於不具有實際上競爭關係或潛在競爭關係之事業間所訂定之產生限制競爭效果協議，如果參與協議個別事業之市占率，在該協議所涉及之任何市場均不超過 15% 者，該協議將被認定為不具有可感覺性。

在個案中如果認定涉案之協議究竟屬於水平或非水平協議有困難時，則應適用較為嚴格之水平協議安全港門檻，即參與事業之市占率總和，在協議所涉及之任何市場均不得超過 10%。

(4) 具有「累積效果」之協議

上述歐盟法上限制競爭協議之安全港判斷原則，在許多特殊情況將被修正與調整，首先是關於具有所謂「累積效果」（cumulative effect; kumulative Wirkung）協議之安全港判斷標準。

a. 累積效果之意義與影響分析

所謂「累積效果」係指具有類似作用之多數協議構成一個協議網絡並存於市場之上，而對於市場競爭會產生逐漸加總累積之限制作用者。累積效果在水平和非水平之協議皆有可能發生，惟較常見到的是在垂直限制競爭協議上產生此一效果。產生累積效果之個別協議的影響力並不大，其參與者的市占率一般而言並不高，但其多數類似協議逐漸蠶食市場所共同構成的「累積封鎖效果」（cumulative foreclosure effect; kumulativer Abschottungseffekt），最終可能不亞於大事業一次性鯨吞式的市

⁴⁶ 歐盟情節輕微不罰公告第 8 點。

場封鎖措施。既然無論蠶食或鯨吞式之措施，最終對於市場競爭均有不利之影響，則競爭法對於兩者均應加以重視。尤其對於前者，一般很容易忽略，更宜小心處理⁴⁷。

b. 累積效果對於安全港之影響

鑑於累積效果通常是由多數小型協議所構成之「協議網路」所整體發揮出來，故其對於安全港將產生二方面重大影響：一、個別協議之安全港門檻必須降低；二、整體市場產生累積效果之門檻須予以一併考慮，分別說明如下。

(a) 降低個別協議之安全港門檻

產生累積效果之個別協議，如果隔離觀察之，其影響通常是微不足道，因為協議參與者市占率一般都很低。故如果維持前述安全港之一般性管制門檻，此等個別協議多會成為管制上的漏網之魚。個別協議如果泰半都被認定為不具可感覺性而不成立聯合行為，則對於協議網路之整體，亦將無法管制。因此在安全港制度上首先應調整者，自為降低個別協議之安全港門檻。

歐盟情節輕微不罰公告就此一問題即規定，對於前述個別協議之一般性管制門檻（水平協議：市占率 10%；非水平協議：市占率 15%），均應一體降低為 5%，以因應累積效果協議之特殊情況⁴⁸。

(b) 一併考慮「市場產生累積效果之門檻」

其次，累積效果必須類似之限制競爭協議覆蓋市場整體達到一定市占率之後，才能發生。故除了個別協議之外，管制時亦應一併考慮「市場產生累積效果之門檻」，此乃與個別協議之安全港門檻相異。當未達「市場產生累積效果之門檻」時，可感覺性之認定會傾向於被否定。反之，已達「市場產生累積效果之門檻」時，只要個別協議超過前述降低之門檻（5%），可感覺性之認定即會傾向於被肯定。

歐盟情節輕微不罰公告對於「市場產生累積效果之門檻」乃分成二部分予以處理：其一為，參與協議之個別事業（亦包括垂直協議之經銷商或供應商），其市占率如未超過 5%者，執委會認為其對於累積整體之市場封鎖作用很難提供實質之貢獻。其二為，具有類似作用之協議，其整體覆蓋市場、加總之市占率如果低於 30%

⁴⁷ 處理這類問題之理論，一般稱為「集束理論」（Bündeltheorie）。

⁴⁸ 歐盟情節輕微不罰公告第 10 點。

時，市場上亦不太可能發生累積效應⁴⁹。

(5) 超過門檻之容忍範圍

在操作安全港時，一般會面臨一項問題，即安全港之門檻是否為一個一刀兩切之絕對標準？如果門檻僅被微幅超越時，是否仍應肯定可感覺性之存在？對於此一問題，歐盟情節輕微不罰公告的立場是，涉案協議固然超過前述公告第 8、9 以及 10 點所規定之門檻標準，即水平協議—市占率 10%、非水平協議—市占率 15%、有累積效果之協議—有累等，惟其幅度在過去連續的 2 年中均穩定地未超越 2% 以上者，該涉案協議對於市場競爭之影響，仍會被認為未達可感覺性之程度⁵⁰。

如果涉案協議未達連續的 2 年未超過公告第 8、9 以及 10 點所規定之門檻標準 2% 以上時（例如僅第一年未超過 2%，第二年則超過 2%），自然未符合安全港之標準，不能被認為不具有可感覺性。惟安全港之作用是對於可感覺性要件之「反面界定」⁵¹，並未正面認定或推定超越門檻之案件即屬具備可感覺性。因此對於此類略為超過門檻之案件，執委會仍能夠視個案狀況，決定協議是否具有可感覺性。

(6) 安全港之排除—以限制競爭為目的之協議

如前文所述，歐盟運作條約第 101 條第 1 項所禁止之事業間協議，依歐洲法院及學者之見解均認為包括「以限制競爭為目的之協議」和「產生限制競爭效果之協議」二種。依據歐洲法院在 *Expedia* 一案中之見解⁵²，「以限制競爭為目的之協議」基於其較為嚴重的限制競爭本質，應始終具有可感覺性。故歐盟情節輕微不罰公告之安全港條款不適用於「以限制競爭為目的之協議」，亦即此種協議無法享有安全港之待遇。

所謂「以限制競爭為目的之協議」，係指依據該類型協議之本質，其對於市場競爭在一般典型情況下，均足以產生不利影響者⁵³。就水平協議而論，諸如聯合固定價格、聯合瓜分市場等即屬之。垂直協議而論，則如轉售價格維持。「產生限制競爭效果之協議」則是指對於市場競爭實際上會產生不利作用之協議。事業間之協

⁴⁹ 歐盟情節輕微不罰公告第 10 點。

⁵⁰ 參見歐盟情節輕微不罰公告第 11 點。

⁵¹ 參考下文「安全港之效果」一節。

⁵² Michael Kling/Stefan Thomas, a.a.O. (Fn.31), S.131f..

⁵³ 參見執委會對於適用歐體條約第 81 條第 3 項（歐盟運作條約第 101 條第 3 項）之指導原則，Guideline on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), Paragraph 21.

議是否屬於「以限制競爭為目的之協議」或為「產生限制競爭效果之協議」，並非依據從事協議事業之主觀想法或意圖而定。所謂以限制競爭為目的，毋寧應依客觀事實予以認定。事業之主觀目的只能作為參酌認定之一項因素。所謂客觀認定，乃是針對某種類型之協議，依據該類協議之本質與特性，探究在一般典型情形下是否皆可期待其對於市場競爭會產生負面之作用⁵⁴。某種類型之協議根據經驗一旦被歸類於「以限制競爭為目的之協議」，代表其具有不利於市場競爭之巨大潛能，以致於無須在個案中檢驗其對於市場競爭是否實際產生之不利效果⁵⁵。反之，對於「產生限制競爭效果之協議」，則須在個案中檢視其是否實際上對市場競爭產生負面影響。

歐盟執委會指出，在歐盟集體除外規則中被列在「黑名單」（schwarze Liste）之所謂「核心限制」（hardcore restrictions; Kernbeschränkungen），一般皆會被執委會認定為屬於「以限制競爭為目的之協議」。其包括：水平之價格協議、限制產量和瓜分市場或顧客；以及垂直之維持轉售價格、限制最低售價和絕對保護之交易地區限制等⁵⁶。

為配合歐洲法院認為「以限制競爭為目的之協議」均為具備可感覺性要件之見解，執委會在歐盟情節輕微不罰公告中亦明示，上述各種「以限制競爭為目的之協議」均排除在安全港適用範圍之外⁵⁷。

「以限制競爭為目的之協議」和「產生限制競爭效果之協議」為歐盟運作條約第 101 條第 1 項之重要內容，對於可感覺性、安全港、案件之調查進行以及其他諸多事項均會產生不同之結果，茲製作下表比較說明二者，以收一目了然之功效：

⁵⁴ Hermann-Josef Bunte/Fabian Stancke, a.a.O. (Fn.34), S.98.

⁵⁵ Guideline on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), Paragraph 21.

⁵⁶ Guideline on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), Paragraph 23.

⁵⁷ 歐盟情節輕微不罰公告第 13 點。

表 1 歐盟運作條約第 101 條以限制競爭為目的或效果協議之比較表

	以限制競爭為目的之協議	產生限制競爭效果之協議
1、特性	從協議之本質即可期待其對競爭有負面作用	對市場有實際負面影響始予以規範
2、認定	無須於個案中逐一檢視協議對於市場競爭之影響	須於個案中調查認定與證明協議之市場影響衝擊度
3、可感覺性	當然具有可感覺性，無須檢驗此要件	必須經檢驗具有可感覺性始成立水平或非水平協議
4、市場力	較不強調事業之市場力	事業須具有一定之市場力（惟無須達到獨占事業之程度）
5、水平協議主要類型	價格協議、限制產量、瓜分市場或顧客（核心限制）	其他類型協議（非核心限制）
6、垂直協議主要類型	維持轉售價格、限制最低售價、提供絕對保護之交易地區限制（核心限制）	其他類型協議（非核心限制）
7、豁免	極少獲得集體或個別豁免之可能	有獲得集體或個別豁免之可能
8、安全港	無	有

資料來源：作者自製

(7) 安全港之法律效果

a. 反面界定而非正面認定

歐盟情節輕微不罰公告主要是藉助於市占率之門檻，說明自執委會之觀點而言，何時不構成歐盟運作條約第 101 條第 1 項所要求協議對於市場競爭之限制必須具有可感覺性之影響。歐盟情節輕微不罰公告明白表示，這是對於可感覺性要件所為之「反面界定」（negative definition of appreciability; Negativdefinition der Spürbarkeit）⁵⁸。既然是反面界定，則代表其不具有正面認定或推定之效果。執委會表示，事業協議如果超過公告設定門檻者，並不代表該協議即當然構成一個歐盟運作條約第 101 條第 1 項下所謂可感覺的限制競爭。此等超過門檻協議經執委會個案檢視，仍有可能被認定為影響力微不足道而不具有可感覺性，從而不被該條規定所禁止⁵⁹。至於未達門檻之協議，在歐盟層次雖然受到情節輕微不罰公告所提供之安全港保護，惟並不排除其可能達到會員國國內法可感覺性之標準，從而適用會員國國內法加以處罰。

⁵⁸ 歐盟情節輕微不罰公告第 3 點。Richard Whish & David Bailey, *supra* note 35, 140.

⁵⁹ 同上註。歐盟執委會在若干超過 10% 門檻之案件中，基於涉案協議之內容對於市場競爭影響不大（例如事業間從事統一營業時間之聯合行為），故仍舊認為該等協議不具有可感覺性。Michael Kling/Stefan Thomas, a.a.O. (Fn.31), S.135.

這種反面認定之規範方法，主要目的是先排除對於所謂「輕微卡特爾」（Bagatellkartell）或「輕微案件」（Bagatellfälle）投入不必要的執法資源，而將行政資源轉而用於較為重大之案件，並且對於事業行為提供一項清楚之指引方針。

b. 拘束力問題

執委會所公告之指導原則（Guideline; Richtlinie）因未經過立法程序，故並不具有一般法律或法規命令對外普遍之拘束力。尤其法院在審判案件時，並不受前述「歐盟情節輕微不罰公告」之拘束。甚至對於會員國執法機關而言，公告亦無直接之拘束力。惟對於歐盟執委會本身，公告自然會產生「自我拘束（Selbstbindung）」之效力，執委會對於案件之處理須受公告之限制。執委會有義務依據公告而進行行政處置，且對於不同案件或受調查事業均應一體適用，不得有無正當理由之差別待遇⁶⁰。

執委會在歐盟情節輕微不罰公告中，對於公告效果亦分三點加以清楚說明：一、執委會對於低於門檻之案件，將不會依檢舉或依職權啟動調查處分之案件程序。事業因此可以期待，執委會在此一情形下將不會發動執法程序。換言之，事業之行為將無被執委會調查處分之虞，公告因此而具備安全港之功能。二、執委會縱使已經發動調查程序，惟事業如果能夠證明係基於善意而認為其並未超過公告第 8、9、10、11 點所稱之市占率門檻者，執委會將不會處以罰鍰。三、公告雖對於法院及會員國之執法機關而言並無拘束力，惟仍希望透過公告對於上述機關適用歐盟運作條約第 101 條時，能夠產生導引之作用⁶¹。

c. 實際影響

歐盟情節輕微不罰公告之實際影響力，可以分別就法院、會員國執法機關以及事業三方面說明。歐盟情節輕微不罰公告雖不具有形式上之法規範效力，惟因執委會是競爭法方面具有專業權威之機關，故代表執委會見解之該公告，實際上對於法院在適用歐盟運作條約第 101 條時仍會產生一定之影響。惟法院仍不忘展現其相當之獨立性，並不全然依照公告規定審判⁶²。其次，對於會員國執法機關而言，公告之影響力則更加明顯。例如德國聯邦卡特爾署就跟隨歐盟執委會的腳步，發布了內容上幾乎相當一致而適用於德國的情節輕微不罰公告，謂之亦步亦趨也不為過。最

⁶⁰ Michael Kling/Stefan Thomas, ebd., S.133.

⁶¹ 歐盟情節輕微不罰公告第 5 點。

⁶² 請參見下文「歐洲法院之見解」一節。

後對於事業而言，為了避免被執委會調查處分，歐盟情節輕微不罰公告對於事業行為更是具有重要之引導作用。基於上述實際之影響力，對於歐盟情節輕微不罰公告仍應予以重視。

3. 歐洲法院之見解

執委會透過歐盟情節輕微不罰公告，對於可感覺性之解釋與操作雖有頗為完整之規定，惟該公告並不拘束歐洲法院。歐洲法院關於可感覺性要件與情節輕微不罰之問題，主要有以下見解：

- (1) 亦肯定歐盟運作條約第 101 條之協議可區分為「以限制競爭為目的之協議」和「產生限制競爭效果之協議」二者，並進一步認為「以限制競爭為目的之協議」當然具有可感覺性，在個案中無須予以逐一檢驗⁶³。惟在若干個案中，協議之內容雖涉及「核心限制」，惟歐洲法院基於參與事業僅具有很微弱之市場地位，而認為其不具有可感性，遂不違反歐盟運作條約第 101 條（現行條文）⁶⁴。
- (2) 認定成立可感覺性之市占率標準與執委會未盡相同。在若干案例中，歐洲法院認為涉案協議之市占率超過 5%時，通常即可認為成立可感覺性之要件⁶⁵。
- (3) 並未以固定市占率門檻建立穩定之安全港制度，而是在個案中綜合考慮「量」與「質」之因素，然後整體觀察與判斷涉案協議是否具有可感覺性⁶⁶。當協議市占率等「量」之因素雖達到一定門檻，惟在「質」的因素上，協議所限制競爭之內容並不嚴重時，法院仍可能認為協議不具有可感覺性。當協議之「質」方面限制競爭越為嚴重，在「量」方面之要求就越低。最後還是繫諸於個案中之整體衡量與判斷。因此當執委會對於可感覺性要件之解釋適用朝盡量明確化、穩定化之方向發展，並且建立安全港制度時，歐洲法院則仍強調在個案審理中依據個案情況判斷決定是否具備可感覺性。

⁶³ 歐洲法院在 *Expedia* 一案表示此一見解，vgl. EuGH 13.12.2012 WuW/E EU-R 2638=NZ-Kart 2013, 111.

⁶⁴ EuGH v. 9.7.1969-Rs. 5/69, Slg. 1969, 295-Völk/Vervaecke.

⁶⁵ Volker Emmerich/Knut Werner Lange, a.a.O. (Fn.32), S.74.

⁶⁶ Volker Emmerich/Knut Werner Lange, ebd., S.73; Richard Whish & David Bailey, *supra* note 35, 143; Volker Emmerich, a.a.O. (Fn.45), Rn. 146; Daniela Hengst, a.a.O. (Fn.38), Rn. 239.

4. 歐盟集體除外規則上之安全港條款

為了妥善適用與有效處理歐盟運作條約第 101 條第 3 項有關限制競爭協議豁免之規定，歐盟執委會在歐洲理事會授權下⁶⁷，制定了一系列的「集體除外規則」（或稱「集體豁免規則」）（block exemption regulations; Gruppenfreistellungsverordnung），以針對不同類型之水平或垂直限制競爭協議，訂定豁免之要件。事業如認為其所訂定之限制競爭協議乃符合集體豁免規則之規定，則不須獲得執法機關之個別許可，亦無須向執法機關申報，即能依法（ipso iure）自動合法化，但事業須負擔適法性判斷錯誤之風險（Subsumtionsrisiko）。此即歐盟競爭法上為豁免限制競爭協議所採行之所謂「法定例外制」（Prinzip der Legalausnahme）⁶⁸。

集體除外規則中既有涉及水平限制競爭協議者，亦有涉及垂直限制競爭協議。涉及水平限制競爭協議之集體除外規則，主要是「執委會 1218/2010 號專業化協議集體除外規則」⁶⁹以及「執委會 1217/2010 號研發協議集體除外規則」⁷⁰。

集體除外規則中，亦含有若干具有安全港功能之條款。以涉及水平限制競爭協議之規則而論，例如在「執委會 1218/2010 號專業化集體除外規則」中即規定，該集體除外規則之豁免，僅係適用於參與協議事業合計之市占率不超過 20% 之情形⁷¹。換言之，參與專業化聯合之事業合計市占率超過 20% 者，基本上不能享有集體除外利益；反之，前述市占率低於 20% 者，則除含有限制價格、限制產量、劃分市場或顧客等「核心限制」情形外，原則上即可享有集體除外合法化之利益，此一規定遂具有安全港條款之作用。

該規則並設有容忍與緩衝之規定，即參與聯合事業合計之市占率原先未超過 20%，嗣後始超過此一門檻，惟並未超過 25% 者，則該協議自事業之市占率第一次

⁶⁷ Regulation No 19/65/EEC of 2 March of the Council on application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of agreements and concerted practices, Official Journal 036, 06/03/1965 P. 0533 – 0535.

⁶⁸ Hermann-Josef Bunte/Fabian Stancke, a.a.O. (Fn.34), S.102ff.

⁶⁹ Commission Regulation (EU) No 1218/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of specialisation agreements Text with EEA relevance, OJ L 335, 18.12.2010, p. 43-47. 下稱「執委會 1218/2010 號專業化協議集體除外規則」。

⁷⁰ Commission Regulation (EU) No 1217/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements Text with EEA relevance, OJ L 335, 18.12.2010, p. 36-42.

⁷¹ 參見「執委會 1218/2010 號專業化協議集體除外規則」第 3 條：市占率門檻。

超過 20% 之年起，於 2 個接續之曆年內仍可享有集體豁免，因此時對市場競爭之影響仍為有限⁷²。如果參與事業合計之市占率原先未超過 20%，嗣後始超過 25% 者，則該協議自事業市占率第一次超過 25% 之年起，在接續之一曆年內仍可享有集體豁免⁷³。此外在「執委會 1217/2010 號研發協議集體除外規則」中，亦設有類似專業化協議規則之安全港條款，惟其相關門檻則略微調高放寬為 25% 與 30%⁷⁴。

（二）德國競爭法上聯合行為之安全港

1. 歐盟整合下德國法與歐盟法之趨近調和

基於歐盟會員國競爭法與歐盟競爭法應盡可能一致與調和之歐盟整合政策理念，德國限制競爭防制法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen，簡稱 GWB）於 1999 年第 6 次修訂後，其規範「限制競爭協議」第 1 條，即大幅調整成與歐盟運作條約第 101 條之架構與內容甚為近似。在此一法制調整之政策背景下，德國競爭法發展從此極為深度地受到歐盟競爭法影響。在許多制度設計及競爭法之具體解釋適用上，德國法與歐盟法乃日益趨近，力求調和。

此一情況也同樣發生在限制競爭協議之安全港上。德國聯邦卡特爾署亦制訂了一項關於限制競爭協議情節輕微不罰之公告，內容上與歐盟情節輕微不罰公告雷同。因此本文關於德國法之介紹，遇有德國與歐盟法內容一致時，將引致前述歐盟法以為參考，不再重複說明。

2. 規範基礎

德國限制競爭防制法第 1 條規定水平與垂直「限制競爭協議之禁止」：「事業之協議、事業團體之決議及互為之一致性行為⁷⁵，以阻礙、限制或扭曲競爭為目的或生此效果者，禁止之。」本條與歐盟運作條約第 101 條相同，對於可感覺性均未作明文之規定。惟德國之判例學說亦肯定協議應對於市場競爭產生「可感覺性」之

⁷² 「執委會 1218/2010 號專業化協議集體除外規則」第 5 條第 4 款。

⁷³ 「執委會 1218/2010 號專業化協議集體除外規則」第 5 條第 5 款。

⁷⁴ 參見「執委會 1217/2010 號研發協議集體除外規則」第 4 條第 2、3 項；第 7 條第 4、5 款。

⁷⁵ aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen，亦可簡稱為「一致性行為」。

影響。「可感覺性」應作為德國限制競爭防制法第 1 條規定之不成文構成要件。

值得一提的是，德國限制競爭防制法於 1999 年第 6 次修訂前，其第 1 條原本即含有協議「對競爭之限制必須足以影響生產或商品或服務交易之市場關係」（…geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen.）之要件。而當時通說已經肯定協議對市場競爭之影響必須達到可感覺（spürbar）之程度。換言之，「可感覺性」要件在德國法下已經存在多年，只是從成文之構成要件，因修法配合歐盟規定而轉變為不成文要件，其實質內容並未改變。

3. 聯邦卡特爾署之「情節輕微不罰公告」（Bagatellbekanntmachung）

德國聯邦卡特爾署於 2007 年發布了「聯邦卡特爾署 18/2007 號關於不究罰輕微限制競爭合作協議之公告」⁷⁶（以下簡稱「德國情節輕微不罰公告」），取代了更早於 1980 年發布同一旨趣之公告⁷⁷。其主要重點如下⁷⁸：

第 1，德國情節輕微不罰公告在一開始即指出其功能與作用。聯邦卡特爾署對於具體案件，具有決定是否發動調查處分程序之行政裁量權，而德國情節輕微不罰公告之意旨，即在於確定主管機關如何進行裁量之基本原則，以便決定此一程序何時因案件輕微而不被啟動⁷⁹。

第 2，關於適用德國情節輕微不罰公告之行為主體範圍，與歐盟情節輕微不罰

⁷⁶ Bundeskartellamt, “Bekanntmachung Nr. 18/2007 des Bundeskartellamtes über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung („Bagatellbekanntmachung“) vom 13. März 2007, ” https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Bekanntmachungen/Bekanntmachung%20-%20Bagatellbekanntmachung.pdf?__blob=publicationFile&v=6, last visited on date: 2018/11/26. 本公告之英文譯本參見：https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Bekanntmachungen/Notice%20-%20De%20Minimis.pdf?__blob=publicationFile&v=2, last visited on date: 2018/11/26.

⁷⁷ Bekanntmachung BKartA Nr. 57/80 vom 8. Juli 1980 über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung.

⁷⁸ 關於德國情節輕微不罰公告，可參考 Volker Emmerich/Knut Werner Lange, a.a.O. (Fn.32), S.320; Hermann-Josef Bunte/Fabian Stancke, a.a.O. (Fn.34), S.270; Michael Kling/Stefan Thomas, a.a.O. (Fn.31), S.580; Katharina Krauß, in: Eugen Langen/Hermann-Josef Bunte (Hrsg.), *Kartellrecht*, Bd.1, 12. Aufl., Luchterhand Verlag, §1 GWB, Rn. 163ff. (2014); Daniel Zimmer, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, Bd.2, 5. Aufl., C.H.BECK, §1 GWB, Rn. 139ff (2014).

⁷⁹ 德國情節輕微不罰公告第 1 點。

公告相同，包括與該事業具有結合關係之事業⁸⁰。

第 3，本公告同時對於水平和非水平之協議均有其適用。水平協議為現實或潛在競爭者間之協議；其他協議則為非水平協議⁸¹。

第 4，事業間之協議、事業團體之決議和一致性行為如符合本公告規定，聯邦卡特爾署將認為其通常情形下對競爭僅有輕微影響，從而對其無須進行行政上之干預⁸²。

第 5，德國情節輕微不罰公告所設立之安全港門檻為：1、水平協議：參與協議事業之總市占率不超過協議所涉及任何市場之 10%。2、非水平協議：參與協議事業之個別市占率不超過協議所涉及任何市場之 15%⁸³。水平或非水平協議在認定上有疑義時，適用 10%之門檻⁸⁴。上述門檻與歐盟完全一致。

第 6，德國情節輕微不罰公告對於具有「累積效果」之協議，為防制其對於市場產生之累積封鎖作用（*kumulative Marktabschottungseffekt*），亦特別設有較為嚴格的安全港門檻。其內容與歐盟情節輕微不罰公告相同，也就是前述 10%和 15%之門檻皆降為 5%。另外尚須一併考慮「市場產生累積效果之門檻」（30%）⁸⁵。其詳情參閱上文，茲不贅述。

第 7，所處理個案雖低於本公告門檻，惟聯邦卡特爾署在例外情形下仍得採取卡特爾法上之必要措施。例如涉案協議對於市場價格、條件等重要事項，有整體上不利之影響時，執法機關自然不能坐視。惟此時聯邦卡特爾署通常不會直接進行罰鍰（秩序違反）程序，而是給予事業一段過渡期間，讓其有停止其所涉及違法行為之機會⁸⁶。

第 8，對於影響市場競爭嚴重之「核心限制」，德國情節輕微不罰公告亦將其排除於安全港適用範圍之外。屬於核心限制之協議類型有：固定商品或服務之價格、限制生產或銷售、瓜分市場或顧客等⁸⁷。

⁸⁰ 德國情節輕微不罰公告第 4 點。

⁸¹ 德國情節輕微不罰公告第 5 點。

⁸² 德國情節輕微不罰公告第 6 點。

⁸³ 德國情節輕微不罰公告第 8、9 點。

⁸⁴ 德國情節輕微不罰公告第 10 點。

⁸⁵ 德國情節輕微不罰公告第 11 點。

⁸⁶ 德國情節輕微不罰公告第 12 點。

⁸⁷ 德國情節輕微不罰公告第 13、14、15 點。

4. 德國法院之見解

德國聯邦卡特爾署公布之情節輕微不罰公告並不拘束德國法院。德國法院關於可感覺性要件與情節輕微不罰之安全港問題，其主要見解如下：

德國聯邦最高法院早在 1976 年「Fetigbeton」一案中⁸⁸，就肯定了「可感覺性」為舊德國限制競爭防制法（GWB）第 1 條所規範之卡特爾（聯合行為）要件。此一見解在該法第 6 次修訂大幅度調整 GWB 第 1 條後，仍舊被法院所繼續維持，僅是轉變為不成文要件⁸⁹。

對於聯合行為構成可感覺性之標準，德國法院判決尚未形成有如德國情節輕微不罰公告所採之 10%安全港門檻。法院對於水平協議尚未形成一個固定門檻之見解，乃是較有彈性地在個案中，同時權衡「量」與「質」之雙重標準，整體考量後予以認定。相對於聯邦卡特爾署之固定門檻標準，德國法院乃參考執法機關標準後仍採個案認定之原則。法院所考慮之「質」與「量」標準，具有相互影響之作用。在質方面協議限制競爭之程度越高，在量上所需門檻就越低。此時，協議就越容易被肯定對市場競爭構成可感覺性之影響。惟法院判決亦有一個大概趨勢，大致上涉案協議之市占率如超過 20%時通常皆會被法院肯定其具有可感覺性；如協議之市占率如低於 5%時，則通常會被認為其欠缺可感覺性（惟此亦無絕對性）⁹⁰。介於 5%和 20%之間的案例，則視個案狀況決定。整體而言，法院對於可感覺性之立場主要仍是個案判斷，並兼顧事業之市場地位以及其所從事限制競爭之內容與性質。德國法院此種見解與歐洲法院頗為接近，其自然無法形成一個固定而明確的安全港。

5. 準用歐盟集體除外規則上之安全港條款

本文前述有探討，歐盟集體除外規則在規範聯合行為之豁免上所設立之安全港條款。此等條款，經由德國限制競爭防制法明文規定，對於適用德國國內法之案件予以準用。依德國「限制競爭防制法」第 2 條第 1 項規定：

「事業之協議、事業團體之決議或互為之一致性行為，為改善商品之製造或販賣，或為促進技術或經濟之進步，且消費者得以適當分享其所生利益，同時無下列

⁸⁸ BGH, 14.10.1976- Fertigbeton, WuW/E BGH 1458, 1461f.

⁸⁹ Katharina Krauß, a.a.O. (Fn.78), Rn. 163ff.

⁹⁰ Michael Kling/Stefan Thomas, a.a.O. (Fn.31), S.581.

各款情形之一者，不受前條規定之禁止：

1. 參與協議事業所受之限制，是為達成前述目的所不必要者。
2. 參與協議事業就相關商品之主要部分，因協議而具有排除競爭之可能者。」

同條第 2 項規定：

「歐洲共同體理事會或歐洲共同體執行委員會所制定關於適用歐洲共同體條約第 81 條第 3 項於特定類型之事業協議、事業團體決議及一致性行為之集體除外規則，於適用前項規定時準用之。集體除外規則於前述協議，仍準用之。」

由是可知，本文前述有關歐盟集體除外規則上所設立關於聯合行為豁免之安全港條款，均能準用於德國法。至於其詳細內容，請參見前文，茲不贅述。

(三) 美國競爭法上聯合行為之安全港

1. 當然違法與合理原則對安全港的影響

在美國聯邦反托拉斯法上，規範水平限制競爭之規定主要為休曼法（Sherman Act）第 1 條。但在休曼法第 1 條中，並未就事業市占率對於行為違法性判斷會帶來何種影響加以規定。因此從法律規定中，無法直接確認事業是否可能基於市占率獲得安全港之保障。

但這並不代表針對水平限制競爭之違法性判斷而言，市占率絕對不能賦予安全區域之保障。在美國法上討論水平限制競爭之安全港時，會受到限制競爭行為的違法性判斷是以「當然違法（*per se illegal*）」、「快速檢視（*quick look*）」或「合理原則（*rule of reason*）」之方式進行，使檢討市占率之必要性產生差異，進而產生是否須檢討安全港之不同。就結論而言，僅有合理原則之案件有檢討安全港之必要與可能。其主要原因可以從下列二點加以理解。

(1) 合理原則產生錯誤判斷的可能性與社會成本

若從安全港成為一項反托拉斯法討論爭點的歷史背景加以檢討，可發現安全港檢討之興起，與 *Sylvania* 案後聯邦最高法院對於休曼法第 1 條之案件審理多改採合理原則、進行實質認定之執法態度轉變有關⁹¹。之所以在審理標準改採合理原則

⁹¹ Lindsey M. Edwards & Joshua D. Wright, “The Death of Antitrust Safe Harbors: Causes and

後，市占率會成為一項具有重要性的判斷標準，其原因在於，雖然在 *Chicago Board of Trade* 案中，*Brandeis* 大法官曾指出「該限制所適用的產業特性、限制產生前後的市場變化情形、限制的本質與限制所產生的實際影響或可能影響。限制的歷史經緯、行為人主觀所認識的惡性、採取行動的理由、欲達成的目的或欲產生的結果」等項目，可作為合理原則的判斷標準⁹²。但有學者指出，這些判斷標準內容過於廣泛，法院實際上難以操作⁹³。且這些抽象標準對於事業進行法令遵循（*compliance*）也難以提供明確的基準⁹⁴。

合理原則難以操作的問題之所以特別嚴重，學說指出其原因在於美國反托拉斯法的執行是受到欠缺反托拉斯法知識的法官、陪審團審理。由於反托拉斯法的違法性判斷，常涉及經濟分析的專業知識，若標準過於抽象，很可能使得欠缺相關學養之人，容易錯誤適用合理原則⁹⁵。若錯誤地適用合理原則，結果使得對市場競爭不產生危害的行為受到反托拉斯法禁止，可能會造成很大的危害。因此，為了防止這樣的弊害產生，有必要建立更明確的審查標準。

為了使合理原則能有更具體的判斷標準，學者有整理出幾項可作為合理原則的實質認定標準因素。其中，事業是否具備市場力（*market power*）即是一項合理原則的實質認定標準。之所以將市場力的有無當作是合理原則的判斷依據，原因為於「若事業欠缺市場力，無論其多努力，都無法造成市場競爭之傷害」。若在市場中欠缺市場力，相較於司法的介入，市場更能發揮非難不法取得利益之功能⁹⁶。

在這樣脈絡之下，安全港可以發揮一種篩選機能，使得市占率較低、理論上應難以影響消費者福祉的行為，不會受到政府或法院錯誤認定其所產生的限制競爭效果，使得明明足以產生經濟效率的行為，因政府錯誤而消失，產生不可彌補的錯誤。之所以司法所造成的錯誤如此嚴重而有必要特別加以注意，其原因在於司法若

Consequences,” *23(5) George Mason Law Review*, 1212 (2016).

⁹² *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231, 238 (1918).

⁹³ Robert Pitofsky, “The Sylvania Case: Antitrust Analysis of Non-Price Vertical Restrictions,” *78(1) Columbia Law Review*, 34 (1978); Frank H. Easterbrook, “Limits of Antitrust,” *63(1) Texas Law Review*, 12 (1984).

⁹⁴ Frank H. Easterbrook, *id.*, at 12.

⁹⁵ Richard A. Posner, “The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality,” *48(1) University of Chicago Law Review*, 15 (1981).

⁹⁶ Frank H. Easterbrook, *supra* note 93, 20. 且在早期下級法院的判例發展中，亦有要求原告必須證明被告擁有強大的市場力之案例。藉由此種方法，可使得一般較難造成市場競爭會因而受到損害的行為，不需要再進行合理原則之檢討。

錯誤容忍一個有害行為，仍可能自我糾正與改善；但錯誤地懲罰一個有益行為後，很難去補救這樣的結果⁹⁷。為了避免錯誤結果產生在顯然難以產生限制競爭效果的案例中，透過安全港的建立，排除反托拉斯法在違法疑慮低的案例之適用，成為一種受到期待的解決方案。

(2) 進行合理原則判斷的行政成本

另外，在美國反托拉斯法上，會因為行為是否通常容易對市場競爭產生影響，而區分其所適用之違法性判斷基準。若行為違法性明確，則法院傾向適用當然違法的判斷基準。在此種情形下，法院在個案中無須就行為所產生的競爭限制、是否產生經濟利益，亦無須進行市場界定，即可認定行為構成違法。若行為的限制競爭效果明確，但有時可能有助於市場競爭時，法院會先就行為是否促進競爭等事項進行判斷。這樣的判斷，法院是以「快速檢視」（或稱「推定違法（presumptively illegal）」）的判斷基準進行判斷。在歸類為當然違法或推定違法之案例中，通常法院僅須就行為是否符合該類型之行為、是否確實可能促進競爭進行審查即可⁹⁸。由於不須舉證限制競爭效果，自然也不須進行市場界定。在無須確定事業市占率之下，法院便能認定事業所產生之限制競爭效果⁹⁹。

相對的，在適用合理原則的判斷基準時，法院必須進行市場界定、認定行為對於市場競爭造成的影響後，判斷行為對於市場競爭是否有所助益。若要在個案中一一檢驗這些標準，可能使得合理原則所必須付出的司法成本，遠遠超過當然違反之案例¹⁰⁰。

在這樣的觀點下，由於當然違法的類型違法性較明確、耗費的行政資源也較少，因此建構安全港原則的必要性也較低；相對的，較耗費資源進行判斷的合理原則，也就有更高價值導入安全港條款，在前階段將違法疑慮較低的案例先排除，使得主管機關及法院的執法成本，能更集中在有討論必要性的案例之中。

⁹⁷ *Id.*, at 3. “Judicial errors that tolerate baleful practices are self-correcting while erroneous condemnations are not.”

⁹⁸ ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments*, 8th ed., American Bar Association Book Publishing, 53 (2017).

⁹⁹ Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application Vol. XI*, 3rd ed., Aspen Publishers, 313 (2011).

¹⁰⁰ Richard A. Posner, *supra* note 95, 15.

2. 由主管機關建立之安全港

雖然在合理原則的判斷上有討論安全港之空間，但目前判例上並未建立足夠明確的安全港判斷基準。在聯邦反托拉斯法的運用上，主要是由美國聯邦反托拉斯法主管機關，司法部（Department of Justice，下稱 DOJ）與聯邦交易委員會（Federal Trade Commission，下稱 FTC）所建立。其主要聚焦在合資（joint venture）、共同研發、生產、配達、銷售或購買，或是資訊交換、產業公會等行為類型上。在該等處理原則中，皆係以「安全區（safety zone）」之文字表現本文所檢討之安全港，其具體內容與法律效果，可藉由下列二個處理原則之規範加以理解。

(1) 智慧財產權授權處理原則

在「智慧財產權授權處理原則（Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property）」中，存在有關聯合行為之安全港規範，且係自 1995 年同處理原則公告時即已存在。

在同處理原則 4.3 中指出，授權協議通常有助於創新及促進競爭，因此藉由制定安全區之概念，可確保明確性並藉此鼓勵技術授權活動的進行。因此，若行為不嚴重的減損競爭（亦即，行為不能是適用當然違反或快速檢視的行為¹⁰¹），且參與授權協議之事業市占率不超過 20%時，原則上其授權協議行為將不會受到主管機關追究其責任。這樣的檢討，主要是著眼商品市場（good market），除非以商品市場進行評估無法正確的反映出對於技術市場與研發市場之影響，原則上均無須考量技術市場（technology market）或研發市場（research and development market）。

若有必要考量技術市場與研發市場所受之影響，或是市占率難以取得、市占率無法正確表達市場競爭所受的影響程度時，處理原則有提供進一步的安全港的判斷基準。在涉及技術市場的情形下，該技術授權協議同樣不能嚴重減損競爭；另外，必須有四種以上獨立存在、不受到協議任何一方所控制的技術存在，且該技術與被授權之技術間有可替代性，且使用者負擔成本在相當範圍之內。若是涉及研發市場時，該技術授權協議同樣不能嚴重的減損競爭；另外，必須有四個以上獨立存在、不受協議任何一方所控制的組織（entity）存在，且其具備必須的特殊資產、特性及

¹⁰¹ Richard J. Gilbert, “The 1995 Antitrust Guidelines for The Licensing of Intellectual Property: New Signposts for the Intersection of Intellectual Property and the Antitrust Laws,” 2 (1995), <https://www.justice.gov/atr/file/519116/download>, last visited on date: 2018/11/26.

誘因進行具有可替代性、成本相當的研發活動¹⁰²。

處理原則中所使用，以是否有其他組織足以進行研究開發作為安全港判斷依據的作法，可認為是依循 1984 年美國國會所制定的「國家合作研發法（National Cooperative Research Act of 1984, NCRA）」之規範精神¹⁰³。而主管機關之所以訂定安全港條款，最主要的考量可以認為是為了避免中小企業畏懼受到反托拉斯法的追訴，而減損其追求創新的誘因¹⁰⁴。

2017 年 1 月 DOJ 和 FTC 共同修正了智慧財產權授權處理原則，但其中關於安全港條款之內容幾乎毫無修正，繼續沿用以往處理原則中安全港的判斷基準。

(2) 競爭者合作處理原則（Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors）

關於一項普遍適用於競爭者間的合作的處理原則的制定之相關討論，可藉由 1996 年時由 FTC 所提出的報告書加以理解。自 1995 年 10 月起的兩個月間，FTC 針對全球化與創新進行一連串的公聽會。其中一項結論認為，中小企業的創新，對於美國的經濟發展有重要貢獻，FTC 有必要會同其他主管機關，使得中小企業了解何種創新活動不會構成反托拉斯法的違反¹⁰⁵。另外，為了配合新的科技及全球化趨勢，有將反托拉斯法的執行標準，有邏輯地、扼要地訂於單一處理原則中的必要¹⁰⁶。受到這樣的建議，FTC 也積極展開處理原則的訂定作業。

在處理原則訂定完成前，即有學者有指出，在針對競爭者的合作行為所定的處

¹⁰² Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, 4.3.

¹⁰³ See Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, FN.61。在該法中，明確要求不得將合作研發行為認定為適用當然違法進行審查的行為類型。並且要求應考量行為之合理性、對市場競爭所帶來的所有影響。1984 年 NCRA 的制定，有著降低反托拉斯法的違法風險之目的，此一機能可認為與安全港條款的功能相當類似。在 NCRA 制定前，針對共同研究開發是否可能涉及反托拉斯法的違反，並沒有非常明確的規範，這容易使得事業對於共同研發卻步。為了避免這樣的結果，國會便著手制定 NCRA，並在 1993 年修正時，擴大其適用的範圍、並更名為「國家合作研發及生產法（National Cooperative Research and Production Act of 1993, NCRPA）」。以提供給事業更高的法安定性。See ABA Section of Antitrust Law, *supra* note 98, 468-470.

¹⁰⁴ “Justice Department Seeks Comments on Draft Intellectual Property Guides,” *67(1676) BNA Antitrust & Trade Regulation Report*, 182 (1994).

¹⁰⁵ FTC Staff Report, “Anticipating the 21st Century: Competition Policy in the New High-Tech Global Market Place,” Executive Summary And Principal Conclusions, 4 (1996), https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/anticipating-21st-century-competition-policy-new-high-tech-global-marketplace/gc_v1.pdf, last visited on date: 2018/11/26.

¹⁰⁶ *Id.*, Ch. 10, 17.

理原則中，應納入市場力的有無作為一項選別基準¹⁰⁷。原因在於，若行為不足以對消費者產生顯著損害（*significantly harm*），則不應將之當作一項違法行為。換言之，一項欠缺市場力的合作，應該推定其屬適法行為¹⁰⁸。但應以何種程度之市場力量作為門檻，學者間有許多不同的意見，有認為應訂在 20-25%之間¹⁰⁹，亦有認為應該將安全港門檻訂為 30%¹¹⁰，或是應使得結合的類型均推定為適法¹¹¹。

在 2000 年所公告的處理原則中，採用了 1995 年智慧財產權授權處理原則中所採取的市占率 20%，作為安全港的適用基準。雖然在比例上較學說建議來得保守，但主要原因應在於該處理原則適用於所有產業、且合資行為仍有導致事業彼此勾結的疑慮，因此競爭法主管機關採取 20%作為安全港門檻的上限¹¹²。

在 2000 年 4 月公告的競爭者合作處理原則中，將共同研發、生產、配達、銷售或購買等，或是資訊交換、產業公會的許多行為等都包含在「競爭者合作」的概念之內¹¹³，並將此等類型之安全港分為下列二種類型進行討論。

一項競爭者合作，若僅涉及商品市場（*product market*）或技術市場時（*technology market*）時，在受到影響的市場中，參與合作事業之市占率只要不超過 20%時，該合作行為原則上不會受到主管機關挑戰其合法性¹¹⁴。

若競爭者之合作，涉及創新市場（*innovation market*）時，只要在該市場中除參與合作之事業外，擁有進行創新研發所需之特殊資產、特性（*characteristics*）以及進行創新研發之誘因、且與涉案之研發活動具有密切替代性（*close substitute*）之研發活動（*research efforts*）若有 3 件（家）以上時，該合作行為原則上不會受到主管機關挑戰其合法性¹¹⁵。

但在競爭者合作處理原則所指出的二種安全港門檻，均不適用於構成「當然違

¹⁰⁷ Ernest Gellhorn & W. Todd Miller, "Competitor Collaboration Guidelines – A Recommendation," *42(4) Antitrust Bulletin*, 867-868 (1997).

¹⁰⁸ Howard H. Chang, David S. Evans & Richard Schmalensee, "Some Economic Principles for Guiding Antitrust Policy Towards Joint Ventures," *1998(2) Columbia Business Law Review*, 289 (1998).

¹⁰⁹ FTC Staff Report, *supra* note 105, Ch. 10, 10.

¹¹⁰ Ernest Gellhorn & W. Todd Miller, *supra* note 107, 868.

¹¹¹ Howard H. Chang, David S. Evans & Richard Schmalensee, *supra* note 108, 289.

¹¹² "Interview with Professor Joseph F. Brodley - The Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice Draft Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors," *14(1) Antitrust*, 9 (1999).

¹¹³ Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, §1.1.

¹¹⁴ Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, §4.2.

¹¹⁵ Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, §4.3.

法」的類型、亦不適用於「無須進行市場分析（be challenged without a detailed market analysis）」之類型（亦即一般所稱之「快速檢視」的類型¹¹⁶）。

在 DOJ 過去於事前的商業審查程序（business review procedure）中作成之回函中，亦可發現一些 DOJ 基於競爭者合作處理原則之安全港條款，認定事業之行為應不致產生競爭法違法疑慮之案例，限於篇幅，該部分之案例於本文中割愛之¹¹⁷。

（四）日本競爭法上聯合行為之安全港

水平聯合行為在日本獨占禁止法（原名為「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」，下稱「獨禁法」）上，係定義在第 2 條第 6 項¹¹⁸。若行為符合第 2 條第 6 項之定義與要件，將受到同法第 3 條之禁止。但在獨禁法的條文本身，並未以市占率作為不當交易限制之要件，因此，無論其行為所影響之市場程度為何，皆有可能構成不當交易限制。故可認為在獨禁法本身，並未有任何關於水平聯合行為之安全港條款。

但藉由處理原則之制定，日本競爭法主管機關公平交易委員會（公正取引委員會，下稱 JFTC）針對可能構成不當交易限制的共同研發行為訂定了安全港。其乃是訂於「共同研究開發處理原則（共同研究開発に関する独占禁止法上の指針¹¹⁹）」之中。在該處理原則第 1 的「2 判斷時的考量事項」中指出，若涉及競爭者間的產品改良、替代品開發的共同研究時，參加者的市占率若低於 20%，則通常不會產生獨禁法上的問題。

¹¹⁶ ABA Section of Antitrust Law, *supra* note 98, 461.

¹¹⁷ Department of Justice, “Response to Delta Airlines, Inc. and Societe Air France Request for Business Review Letter,” (2001), <https://www.justice.gov/atr/response-delta-airlines-inc-and-societe-air-france-request-business-review-letter>, last visited on date: 2018/11/26; “Response to Stars Alliance LLC’s Request for Business Review Letter,” (2012), <https://www.justice.gov/atr/response-stars-alliance-llcs-request-business-review-letter>, last visited on date: 2018/11/26.

¹¹⁸ 獨禁法第 2 條第 6 項：「本法所稱『不當交易限制』，係指事業以契約、協定或其他任何名義，與他事業共同決定、維持或提高對價、或就數量、技術、製品、設備或交易相對人等事業活動互相限制或使其達成，有悖於公共利益，而於一定的交易範圍中實質限制競爭之行為。」

¹¹⁹ 公正取引委員會，「共同研究開発に関する独占禁止法上の指針」（2017 年 6 月 16 日修正），<http://www.jftc.go.jp/dk/guideline/unyoukijun/kyodokenkyu.html>，最後瀏覽日期：2018/11/26。

1. 制定背景

共同研究開發處理原則，主要是 JFTC 為了因應產業界對於共同研究開發之需求而制定的處理原則。1984 年 9 月 JFTC 發表「民間企業研究開發活動現況與競爭政策上の課題（民間企業における研究開発活動の実態と競争政策上の課題）」¹²⁰，調查中指出日本研究開發的特徵是由民間主導，政府負擔金額較低。在 242 家製造業的上市公司中，有 55% 的事業進行共同研究開發。JFTC 並指出共同研究開發有降低成本、分散風險、提升效果等優點¹²¹。儘管共同研究開發可能因其性質、參與事業數量、市占率等變化而有可能存在產生限制競爭之可能，但若參加者數量極少、異業間合作之情形，則可能對於市場影響較為輕微¹²²。

雖然並無明確資料佐證 JFTC 在何時確定針對共同研究開發導入安全港之規範，且在 1984 年之調查研究後，JFTC 又進行了許多的研究活動¹²³，但後續研究之主要內容均與水平限制競爭之問題無主要關聯，而係以共同研究開發所涉及的「不公平交易行為（不公正な取引方法）」之問題為討論主軸¹²⁴。因此，應可認為在 1984 年的調查研究階段，JFTC 應該已經形成一定之確信，要將市占率較低的共同研究開發，排除水平限制競爭之適用範疇外、建構獨禁法上的安全港。

共同研究開發處理原則中所採用的 20% 基準的制定，主要是參考歐盟及美國的立法例而來。雖然 1993 年處理原則制定當時，美國智慧財產權授權處理原則與競爭者合作處理原則尚未制定，但 JFTC 參考當時的國際事業活動處理原則（Antitrust Guidelines for International Enforcement and Cooperation）中所採取的「若有 4（或 5）件以上研究開發活動存在，則可認為不產生限制競爭效果」之原則，兼考量歐盟所定 20% 之數字，而採納 20% 作為安全港之門檻¹²⁵。

¹²⁰ 其主要內容，參見六波羅昭，「研究開発と独占禁止政策」，公正取引，第 408 号，16 以下（1984）。共同研究開発に関する独占禁止法上の指針，はじめに、1 基本的視点。

¹²¹ 同上註，17-19。

¹²² 同上註，19、25。

¹²³ 平林英勝，共同研究開発に関する独占禁止法ガイドライン，初版，商事法務，3-4（1993）。

¹²⁴ 山田昭雄、松月宏之，「共同研究開発と独占禁止法」，公正取引，第 477 号，6-7（1990）。

¹²⁵ 平林英勝，前掲註 123，40。

2. 適用範圍

共同研究開發處理原則中指出，共同研究開發可能限制參加者間的研發活動，若對技術市場或商品市場產生實質的限制競爭疑慮時，可能構成獨禁法第 3 條所禁止的不當交易限制。但若是由不具備競爭關係之事業共同進行，或是由少數的事業共同進行時，則通常較不易產生獨禁法上的問題¹²⁶。

為了具體說明何種程度的參加者家數、市占率可能對於實質限制競爭之判斷產生影響，處理原則中先指出參加共同研究開發之事業市占率越高、具備高度研發能力的事業家數越多時，產生獨禁法上之疑慮的可能性就越高。相對的，若市占率越低，參加家數越少時，則產生獨禁法上之疑慮的可能性就越低¹²⁷。

在這樣的脈絡下，處理原則中更進一步的明確指出不致產生限制競爭疑慮之範疇為：

「商品市場中具有競爭關係之事業間，就該商品之改良、代替品之開發進行共同研究開發時，若參加者之商品市占率合計為 20%以下者，通常不會產生獨禁法上的問題。即便合計超過 20%，亦非當然產生問題，而須就下列[1]至[4]之事項（參與事業之市占率、研究性質、共同研究的必要性、研究對象及期間等）綜合考量¹²⁸。」

此一規定，即為日本法上就水平限制競爭行為所採之安全港條款。但其適用上，仍存在著下列幾點限制：

- (1) 該安全港所適用者僅限於獨禁法第 2 條第 6 項之「不當的交易限制」。換言之，僅限於水平限制競爭行為。該規定並不免除因共同研究開發行為所產生的「不公平交易行為」（獨禁法第 2 條第 9 項）。原因在於，處理原則之討論乃是在獨禁法第 3 條（獨占行為與不當的交易限制之禁止規定）之構成可能性的脈絡下加以檢討，故不涉及不公平交易行為的問題。此一觀點，在共同研究開發處理原則起草者所編撰的處理原則解說書中亦可加以確認¹²⁹。

¹²⁶ 此外，若是由同業公會為之時，可能構成同法第 8 條之規定。若是以共同設立公司之方式為之，可能構成同法第 10 條之情形。共同研究開發に関する独占禁止法上の指針，第 1 研究開発の共同化に対する独占禁止法の適用について、1 基本的考え方。

¹²⁷ 共同研究開発に関する独占禁止法上の指針，第 1 研究開発の共同化に対する独占禁止法の適用について、2 判断に当たっての考慮事項。

¹²⁸ 同上註。

¹²⁹ 平林英勝，前掲註 123，39。

- (2) 在水平限制競爭行為中，得受安全港保護之行為僅限於共同研究開發。雖然在處理原則中並未明確排除價格協議等核心卡特爾適用安全港條款之可能，但由於處理原則之檢討範圍皆限於共同研發活動等，因此應無法擴張安全港保護之範圍。在共同研究開發處理原則起草者所編撰的處理原則解說書中亦採取此一觀點，而可確認到此一結論¹³⁰。
- (3) 得適用安全港條款之共同研究開發，限於「商品之改良、代替品之開發」，若共同研究開發者不屬於競爭者間既存商品的改良或代替品之開發，而為完全嶄新的商品時，則無法適用此處之安全港。共同研究開發處理原則起草者所編撰的處理原則解說書中指出，此種情形下，因商品市場尚不存在，因此必須等到市場情形較為明確後，才能進行獨禁法上的判斷¹³¹。

在共同研究開發處理原則制定後，雖然在 JFTC 並未在作成處分的案件中，提及共同研究開發處理原則中的安全港條款，但在 JFTC 每年度公告的問答事例集中，可以發現 JFTC 在案例中，仍有藉由共同研究開發處理原則之安全港條款，說明共同研究開發行為合法性之情形。

例如，在平成 14、15 年度的問答案例集的案例 5 之中，則可以明確的看到 JFTC 以安全港條款作為依據，否定行為產生限制競爭效果之疑慮。在該案中，A、B 兩家公司欲就金融機關所使用資金、有價證券管理資訊系統進行共同研究開發。並且是以包含金融機構的前臺、中臺、後臺等不同業務範圍的套裝軟體開發為其目標。A 社在資金、有價證券管理資訊系統市場中的市占率約為 10%，為市占率第 3 名之事業。而 B 則約占有 5%，為第 5 名之事業。合計二事業共同占有 15%，為市場中第 3 大。除該二事業外，市場中仍有複數家有力的競爭者存在。而由於 2005 年會計制度等大幅修正，金融機構的資金、證券系統亦有配合修正的必要，但 A 與 B 均難以獨力進行相關系統的開發，為分擔開發費用、降低成本，故選擇共同進行研究開發活動。

針對本件共同研究開發，JFTC 首先提及了共同研究開發活動所存在的安全港條款後，指出本件行為是為了開發次世代的系統，因此屬於產品的改良。此外，A 與 B 合計市占率為 15%，且不包含限制競爭之內容在內。因此，JFTC 認為此一行

¹³⁰ 同上註，36。

¹³¹ 同上註，41。

為不會產生獨禁法所欲規範的問題。

另外，本案明確地將「不涉及限制競爭之內容」作為一項安全港條款的要件。雖然在處理原則中並未明確訂有此一要件，但承本文前述之檢討，由處理原則之規範目的及 JFTC 職員所撰寫之解說書可知¹³²，以限制競爭為目的之共同研發活動，應排除於安全港條款適用範圍之外。

（五）由比較法觀點檢討公平法上聯合行為安全港之規範

基於以上對於歐、德、美、日及我國競爭法關於聯合行為安全港條款之研究，首先我們可就安全港的法律位階、門檻數值、適用與排除類型等重要事項，加以比較下表。其次，並可得到以下三點結論：

表 2 歐、德、美、日及我國關於聯合行為安全港之比較表

	歐盟		德國		美國	日本	我國
法律位階	公告 (行政規則)		公告 (行政規則)		處理原則 (行政規則)	處理原則 (行政規則)	行政解釋
門檻數值	de minimis 10%	集體除外 20%	de minimis 10%	集體除外 20%	20%	20%	10%
適用類型	不限 類型	共同研發、 專業化	不限 類型	共同研發、 專業化	智財授權、 共同研發等	共同研發	不限 類型
排除適用類型	以限制競爭為目的之協議		核心限制		屬於當然違法、快速檢視之類型	核心卡特爾	核心卡特爾

資料來源：作者自製

1. 適用安全港之類型及門檻

首先，關於安全港適用的行為類型而言，各國法在大方向上均具有一致性。歐盟法排除水平價格協議、產量限制或瓜分市場或顧客等「以限制競爭為目的」之行為；德國法排除固定商品價格、限制生產或銷售、瓜分市場或顧客之「核心限制」；美國法排除適用「當然違法」與「快速檢視」之行為；日本法則排除價格協議等「核心卡特爾」。雖然各國用語與所舉範例有所出入，但其大方向均是要將最嚴重限制市場競爭之行為，排除於安全港適用範圍之外。

¹³² 同上註，36。

在這樣的觀點下，日本法最為保守的將安全港僅適用於「共同研究開發」之上；美國法則較為寬鬆，關於智慧財產權授權與競爭者合作，皆有適用之可能，例如共同研發、生產、配達、銷售或購買等，或是資訊交換、產業公會等都包含在處理原則所示例的範圍之內；相對的，歐盟法以及德國法，採取了寬嚴並濟的雙重門檻。一方面在情節輕微不罰公告中，適用的類型較寬鬆，適用於所有非以限制競爭為目的、不構成核心限制的行為，但其市占率門檻較為嚴格。另一方面，適用範圍限於專業化聯合以及共同研發之集體除外規定，則採取較寬鬆的市占率門檻。

其次，關於安全港的門檻，可以發現由於適用安全港的行為類型不同，在歐、德、美、日之間有著幅度不小的落差。美日由於適用範圍較為狹隘，因此安全港門檻皆訂為容忍度較高的 20%，適用類型較為狹隘的歐盟集體除外，亦採取 20% 之高容忍門檻；至於歐盟及德國法的情節輕微不罰公告，因適用的行為類型較不受限（當然，排除「以限制競爭為目的」或「核心限制」之行為），因此在門檻上採取較保守的 10% 作為標準。由此可知安全港門檻的決定，應配合其適用範圍進行相應的調整，以避免過度的開放造成市場競爭受到不當破壞，或是過度限縮安全港的範圍，使得設立安全港的美意無法達成。

此一結論與藉由公平會公法字第 10515600941 號解釋所創設之安全港加以比較，可以發現同樣以市占率 10% 作為聯合行為安全港門檻的歐盟法及德國法，乃特別針對專業化、共同研發等行為設有集體除外規則，規則中則另外設有較為寬鬆之第二道安全港門檻。而美國法與日本法針對聯合行為所設計之安全港，亦均係以共同研發作為其規範的主要重心，並以市占率未滿 20% 時則不足以產生限制競爭效果。由此可知，賦予研發活動更自由的空間，乃是各國競爭法制所關心的重要議題。

我國目前的架構下，共同研發或專業化聯合等行為，若超過公法字第 10515600941 號解釋之門檻時，必須申請許可，待獲得公平會許可後始得為之。換言之，公平法目前僅有單一門檻之設計。針對共同研發及專業化行為等創新活動，一般均期待其對於經濟發展可產生一定之貢獻¹³³，故如能仿效歐盟法及德國法之規定針對此種行為設計較為寬鬆的第二道門檻，相信對於事業的創新活動可給予更多誘因，省去許多申請許可之勞費，亦有助於市場競爭之活絡。

¹³³ See FTC Staff Report, *supra* note 105.

2. 安全港條款之法律位階

關於安全港的存在形式，可發現歐、德、美、日皆是採用未經過立法程序的行政規則，因此皆不直接對法院發生拘束力，僅限制行政機關執法上之裁量權限。其優點是可配合主管機關對於市場競爭規範觀點的變化，作彈性修正。另外，法院既可能基於規範的目的尊重主管機關之裁量，亦可在個案中進行調整，形成法院本身之見解。

相較之下，我國目前關於聯合行為之安全港，僅以行政解釋建立之，仍有進一步提升之空間。安全港欲發生導正事業行為之功效，若不使事業明確認知安全港之適用基準，實難以獲得實現。參諸歐、美、德、日針對聯合行為之安全港，皆採處理原則方式，使得事業較容易認知規則之存在，以利遵循，足可印證安全港之公示性與能見度，對於其功能之發揮甚具關鍵性。公平會作法固有其制度形成上之歷史背景，無可厚非。惟該制度經相當期間運作良好之後，為使安全港之功能益形彰顯，建議可以更正式之「處理原則」方式為之。

3. 低於門檻行為的信賴保護

最後值得注意之處在於，德國法上針對市占率低於 10% 之非核心限制，在其例外被認定為有產生限制競爭之虞時，有特殊的處理方式。原因在於該行為形式上符合安全港之門檻，故即便實質上對於市場可能造成不可輕忽之傷害，仍應保護事業基於安全港條款所享有的合法信賴。因此聯邦卡特爾署並不會逕依一般程序對事業處以罰鍰，而是給予事業一段過渡期間停止改正其違法行為¹³⁴。競爭法宗旨的貫徹，與安全港賦予事業之信賴間，必須達成一定之平衡。因此對於市占率低於安全港門檻之非核心限制，若例外認為該行為有限制競爭之虞時，仍應重視事業對於安全港之信賴，優先採取較為柔性的作法，例如命事業停止違法行為而不罰鍰，始能兼顧市場競爭之維護與安全港之公信力。

四、垂直交易限制之安全港

以下將針對歐盟、德國以及日本競爭法上關於垂直限制競爭協議所適用的安全

¹³⁴ 請參見本文「三、(二)、3」。

港規範進行逐一探討。在順序上同樣將先研究歐盟及德國法，然後再分析日本法之規定¹³⁵。

（一）歐盟競爭法上垂直交易限制之安全港

1. 規範基礎

歐盟運作條約第 101 條（原第 81 條）第 1 項前段規定：「事業間協議、事業團體決議與一致性行為，足以影響會員國間交易，且以妨礙、限制或扭曲歐體共同市場競爭為目的或效果者，與共同市場不相容，應予禁止。」本項規定並未區別水平與非水平之限制競爭協議（以下以「垂直限制競爭協議」或「垂直交易限制」代表之），而是加以合併規範。因此前文有關歐盟競爭法上聯合行為安全港規範基礎之說明，於此亦有其適用。整體而言，歐盟運作條約第 101 條第 1 項前段規定並未明文設有安全港，惟依據歐洲法院以及學說之通說見解，本項所規定之協議對於案件所涉及之相關市場競爭，須有「可感覺性」之影響始可¹³⁶，「可感覺性」乃成為一項「不成文構成要件」¹³⁷。欲成立垂直限制交易協議，必須具有此一要件，這使得構成「可感覺性」之門檻遂具有一定安全港之作用¹³⁸。因此歐盟運作條約第 101 條第 1 項前段規定仍可說是歐盟競爭法上垂直交易限制安全港之規範基礎。

2. 實務見解

實務見解包括執委會公布之「情節輕微不罰公告」以及歐洲法院之見解。前文

¹³⁵ 由於美國法反托拉斯法中，針對垂直限制競爭缺乏明確的安全港制度設計，故詳細檢討在本文中限於篇幅予以割捨。關於垂直非價格限制的案例，Ginsberg 法官曾進行研究，並指出只有在限制者具有市占率時，法院才會將該垂直非價格限制認定為違法；若事業不具備市占率時，往往不會將事業的行為認定為違法，See Douglas H. Ginsburg, "Vertical Restraints: De Facto Legality under The Rule of Reason," *60(1) Antitrust Law Journal*, 70 (1991). 另一方面，維持轉售價格在 2007 年美國聯邦最高法院於 Leegin 案中改採合理原則之判斷後，雖然無論是在下級審法院，或是 FTC 均有在個案中強調市場力量的重要性的見解，但至今尚未有針對市占率應達到何種程度，始受到反托拉斯法之禁止的見解，故仍有待未來實務之發展始能加以確認。

¹³⁶ EuGH v. 9.7.1969-Rs. 5/69, Slg. 1969, 295-Völk/Vervaecke; Michael Kling/Stefan Thomas, a.a.O. (Fn.31), S.131.

¹³⁷ Hermann-Josef Bunte/Fabian Stancke, a.a.O. (Fn.34), S.99.

¹³⁸ Richard Whish & David Bailey, *supra* note 35, 140, 141.

業已探討歐盟執委會針對「可感覺性」所發布之「歐盟運作條約第 101 條第 1 項下未達可感覺限制競爭之輕微協議公告」，即所謂之「情節輕微不罰公告」之一般性問題。其已經論述之部分，將不再詳論，以下僅對於歐盟情節輕微不罰公告涉及垂直限制競爭協議之部分以及法院見解加以說明。

第 1，關於所示用之「合意種類」及「主體範圍」，與聯合行為相同，茲不贅述。所謂「非水平協議」，是指存在於非現實或潛在競爭者間之協議，如垂直協議¹³⁹。

第 2，歐盟情節輕微不罰公告不適用於「以限制競爭為目的之協議」，僅有「產生限制競爭效果之協議」始有其適用。此一原則亦適用於垂直協議¹⁴⁰。

第 3，對於垂直且屬於產生限制競爭效果之協議，其安全港之門檻標準為：參與協議個別事業之市占率，在該協議所涉及之任何市場均不得超過 15%。符合此一標準者，該協議不具有「可感覺性」。惟認定水平或垂直協議有困難疑義時，應適用水平協議之安全港門檻，即參與事業之市占率總和，在協議所涉及之任何市場均不得超過 10%¹⁴¹。

第 4，對於具有所謂「累積效果」之協議，其安全港之門檻標準應從原來的水平協議市占率門檻 10%、非水平協議市占率門檻 15%，一律降低為 5%，以因應累積效果協議「蠶食式」影響市場競爭之特殊效果；並應考慮「市場產生累積效果之門檻」，即具有類似作用之協議，其加總覆蓋市場之市占率不低於 30%，否則將不容易產生累積效果¹⁴²。

具有「累積效果」之協議，主要是垂直的限制競爭協議。水平的累積效果協議較為罕見。垂直的累積效果協議，諸如飯店、餐廳、飲料店的飲品獨家供應契約。特定的啤酒或飲料生產事業如果分別與供應飲品的店家簽訂獨家供應契約，則各家餐飲店之市占率均不大，該個別供應契約對於市場競爭之影響很小。可是簽訂相同契約之餐飲店如果相當眾多，達到覆蓋市場一定比例以上時，就很可能會共同構成整體市場之「累積封鎖效果」，即其他品牌之酒精或非酒精飲料欲進入該地區之餐飲店市場，將遭遇很大之阻礙。故調整具有「累積效果」協議之安全港門檻，對於

¹³⁹ 參見歐盟情節輕微不罰公告第 8 點，並參見本文「三、(一)、2、(1)及(2)」。

¹⁴⁰ 參見本文「三、(一)、2、(3)、a」。

¹⁴¹ 歐盟情節輕微不罰公告第 8 點，並參見本文「三、(一)、2、(3)、b」。

¹⁴² 歐盟情節輕微不罰公告第 10 點，並參見本文「三、(一)、2」。

垂直限制競爭協議乃別具意義。

第 5，關於超過門檻之容忍範圍，垂直與水平協議之判斷標準為一致，即超過之幅度連續 2 年均未高於 2% 以上時，將認為涉案協議對於市場競爭之影響仍未達到可感覺性之程度¹⁴³。

第 6，關於安全港之排除，垂直協議與水平協議同樣不適用於「以限制競爭為目的之協議」。垂直協議中成立「以限制競爭為目的之協議」者，例如維持轉售價格協議、限制最低售價協議和產生絕對保護作用之交易地區限制等¹⁴⁴。這些不能享有安全港利益之協議，屬於所謂之「核心限制」。

第 7，在安全港之法律效果上，垂直與水平協議並無二致，請參閱前文¹⁴⁵。

第 8，歐洲法院對於非水平交易限制安全港之基本立場與見解，亦請參見上文¹⁴⁶。

3. 歐盟集體除外規則上之安全港條款

歐盟競爭法同時設有水平及垂直限制競爭協議之集體除外規則。其中有關垂直限制競爭協議之集體除外規則，主要有「執委會 330/2010 號垂直協議集體除外規則」¹⁴⁷、「執委會 316/2014 號技術移轉協議集體除外規則」¹⁴⁸以及「執委會 461/2010 號汽車產業集體除外規則」¹⁴⁹。關於水平協議之集體除外規則所規範之安全港條款，前文已經予以說明¹⁵⁰。而在垂直交易限制之集體除外規則中，同樣亦存在類似之安全港條款。

茲舉「執委會 330/2010 號垂直協議集體除外規則」為例說明。本集體除外規則

¹⁴³ 參見歐盟情節輕微不罰公告第 11 點，並參見本文「三、（一）、2」。

¹⁴⁴ 歐盟情節輕微不罰公告第 13 點，並參見本文「三、（一）、2」。

¹⁴⁵ 參見本文「三、（一）、2」。

¹⁴⁶ 參見本文「三、（一）、3」。

¹⁴⁷ Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 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, OJ L 102, 23.4.2010, p. 1-7. 下稱「執委會 330/2010 號垂直協議集體除外規則」。

¹⁴⁸ Commission Regulation (EU) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements Text with EEA relevance, OJ L 93, 28.3.2014, p. 17-23.

¹⁴⁹ Commission Regulation (EU) No 461/2010 of 27 May 2010 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 in the motor vehicle sector, OJ L 129, 28.5.2010, p. 52-57.

¹⁵⁰ 參見本文「三、（一）、4」。

為歐盟法有關垂直限制競爭協議集體豁免之一般性基礎規範。依據其第 3 條之規定，該規則第 2 條所提供之豁免，僅在供給者之市占率，在依約供應之商品或服務相關市場上未超過 30%，又購買者之市占率，在其依約採購之商品或服務相關市場上亦未超過 30%時，始有其適用¹⁵¹。依此規定，垂直協議之供需雙方事業在相關市場上之占有率低於 30%時，除被明文禁止者外（例如協議事項屬於轉售價格維持等所謂「核心限制」者）¹⁵²，原則上均可獲得豁免，享受合法化之利益。故此一門檻規定，誠屬於垂直交易限制上重要之安全港條款。30%之市占率門檻，亦成為一項關鍵之管制門檻指標。

與水平協議集體除外規則相似，「執委會 330/2010 號垂直協議集體除外規則」亦設有緩衝性、容忍性之規定。依本規則規定，前述市占率原先如果未超過 30%，嗣後始超過此一門檻，惟並未超過 35%者，則該協議自事業市占率第一次超過 30%之年起，於 2 個接續之曆年內仍可享有集體豁免，蓋此一情形對市場競爭之影響仍屬有限¹⁵³。如果前述市占率原先未超過 30%，惟嗣後超過 35%者，則該協議自事業之市占率第一次超過 35%之年起，在接續之一曆年內仍可享有集體豁免¹⁵⁴。

另外在「執委會 316/2014 號技術移轉協議集體除外規則」中，亦設有相關規定。依本規則第 3 條，技術移轉協議之當事人如為競爭者，則只有在其合計市占率低於 20%時，才能適用豁免¹⁵⁵；如果技術移轉協議之當事人非競爭者時，則只有在其個別市占率均低於 30%時，始有可能獲得豁免¹⁵⁶。換言之技術移轉協議當事人之市占率低於 20%或 30%門檻時，原則上可享有集體豁免，故上述市占率可以視為是水平與垂直技術移轉協議之安全港門檻。在緩衝與容忍規定上，技術移轉協議之當事人市占率起初低於上述 20%或 30%門檻，其後始上升高於此等門檻者，則當事人在首度超過 20%或 30%門檻之年的接續 2 曆年中，仍得享有該規則所提供之豁免

¹⁵¹ 參見「執委會 330/2010 號垂直協議集體除外規則」第 3 條第 1 項。其原文如下：Article 3(Market share threshold)：The exemption provided for in Article 2 shall apply on condition that the market share held by the supplier does not exceed 30 % of the relevant market on which it sells the contract goods or services and the market share held by the buyer does not exceed 30 % of the relevant market on which it purchases the contract goods or services.

¹⁵² 「執委會 330/2010 號垂直協議集體除外規則」第 4 條關於核心限制（hardcore restrictions）之規定。

¹⁵³ 「執委會 330/2010 號垂直協議集體除外規則」第 7 條第 4 款。

¹⁵⁴ 「執委會 330/2010 號垂直協議集體除外規則」第 7 條第 5 款。

¹⁵⁵ 「執委會 316/2014 號技術移轉協議集體除外規則」第 3 條第 1 項。

¹⁵⁶ 「執委會 316/2014 號技術移轉協議集體除外規則」第 3 條第 2 項。

¹⁵⁷。以上即為歐盟集體除外規則上，關於垂直限制競爭協議之安全港條款。

(二) 德國競爭法上垂直交易限制之安全港

1. 規範基礎

德國限制競爭防制法第 1 條和歐盟運作條約第 101 條第 1 項類似地一併禁止了水平以及垂直之限制競爭協議而規定：「事業之協議、事業團體之決議及互為之一致性行為¹⁵⁸，以阻礙、限制或扭曲競爭為目的或生此效果者，禁止之。」此一規定與歐盟法之情形相同，並未明文規定「可感覺性」之要件，惟德國判例學說仍肯定之，以其作為該條規定之「不成文構成要件」，並透過競爭法之理論與實務發展出判斷可感覺性之門檻標準。故德國限制競爭防制法第 1 條乃是其垂直交易限制安全港之規範基礎¹⁵⁹。

2. 實務見解

德國法上關於垂直限制競爭協議安全港之實務見解，包括聯邦卡特爾署發布之「情節輕微不罰公告」以及德國法院見解。關於德國聯邦卡特爾署於 2007 年所發布之「聯邦卡特爾署 18/2007 號關於不究罰輕微限制競爭合作協議之公告」（簡稱「德國情節輕微不罰公告」）與歐盟執委會所公布之「歐盟情節輕微不罰公告」內容相當類似，其一般性問題已於本文「三、（二）」予以闡述，不再贅述。特別有關垂直限制交易部分如下：

- (1) 安全港門檻：相對於水平協議之安全港門檻為參與協議事業之總市占率不超過協議所涉及任何市場之 10%，非水平協議之安全港門檻為參與協議事業之個別市占率不超過協議所涉及任何市場之 15%¹⁶⁰。如認定水平或非水平協議有問題時，則採用水平協議之 10% 門檻¹⁶¹。

¹⁵⁷ 「執委會 316/2014 號技術移轉協議集體除外規則」第 8 條第 5 款。

¹⁵⁸ *aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen*，亦可簡稱為「一致性行為」。

¹⁵⁹ 參見本文「三、（二）、2」。

¹⁶⁰ 德國情節輕微不罰公告第 8、9 點。

¹⁶¹ 德國情節輕微不罰公告第 10 點。

- (2) 當垂直協議具有「累積效果」時，上述 15% 門檻應降為 5%。另此外亦要檢視類似協議覆蓋市場比例（市場產生累積效果之門檻）是否達到 30%¹⁶²。
- (3) 垂直限制競爭協議之內容屬於「核心限制」者，亦排除於安全港規定之適用。被排除的主要協議類型，為轉售價格維持。

關於德國法院對於可感覺性之見解與立場，主要為考慮事業之市場地位及協議內容與性質後，進行個案判斷，相較於聯邦卡特爾署，較無法得出一個明確的安全港門檻¹⁶³。

3. 準用歐盟集體除外規則上之安全港條款

與水平限制競爭協議如出一轍，德國競爭法在垂直限制競爭協議之豁免上，亦準用歐盟法上集體除外規定。其結果是歐盟集體除外規則關於垂直交易限制豁免所設立之安全港條款，亦一併準用於德國法。故有關其內容，請參見前文，不再贅述¹⁶⁴。

（三）日本競爭法上垂直交易限制之安全港

1. 作為安全港之法律根據：公平競爭阻礙性

在日本競爭法上，關於垂直交易限制之法律根據，主要係獨禁法第 2 條第 9 項所定義之「不公平交易行為」¹⁶⁵。以下亦將聚焦於不公平交易行為，檢討垂直交易限制之安全港¹⁶⁶。

¹⁶² 德國情節輕微不罰公告第 11 點。

¹⁶³ 參見本文「三、（二）、4」。

¹⁶⁴ 參見本文「四、（一）、3」。關於德國法準用歐盟法之依據，參見本文「三、（二）、4」。

¹⁶⁵ 在日本競爭法上，一項垂直交易限制若足以在市場中產生競爭的實質限制時，亦可能被認定為構成獨禁法第 2 條第 5 項所定義之「獨占行為（私的獨占）」，參見牛日正，「日本競爭法上之非水平交易限制」，公平交易季刊，第 26 卷第 4 期，69、76-77（2018）。有關獨占管制中如何以市占率形成安全港的問題，並非本文行文之主軸，故相關討論割愛之。

¹⁶⁶ 由於日本法上，不公平交易行為有著補充獨占行為之功能，在行為類型上有著許多類似之處，例如在不公平交易行為與獨占行為同樣就「掠奪性定價（略奪廉売、不当廉売）」進行規範，但在規範的要件上則有所不同。例如，行為所產生的限制競爭效果的嚴重程度不同，即為一項重要的區別。滝澤紗矢子，「『一定の取引分野における競争の實質的制限』と『公正競争阻害性』」，法學教室，第 377 号，5-6（2012）。

有別於較單純的獨禁法第 2 條第 5 項或第 6 項規定，獨禁法第 2 條第 9 項所適用之範圍相當廣泛，難以藉由單一概念完整說明其適用的範圍。在平成 21 年修正後的獨禁法第 2 條第 9 項第 1 款到第 5 款中，分別針對「拒絕交易」、「差別待遇」、「掠奪性定價」、「維持轉售價格」、「優勢地位濫用」5 種行為中，惡性較為嚴重且行為態樣較為具體之行為加以規定，並以非裁量型罰鍰（課徵金）之課處作為其違反效果。相對的，若行為不構成第 2 條第 9 項第 1 款到第 5 款之規定時，仍有可能適用第 2 條第 9 項第 6 款 6 目之概括規定。但此種情形下，原則上主管機關僅能命令事業停止違法行為，而不能為罰鍰之處分¹⁶⁷。在第 2 條第 9 項之 6 款規定中，又特別是以第 2 條第 9 項第 4 款（維持轉售價格）與第 2 條第 9 項第 6 款第 4 目（以及一般指定第 12 項）為垂直限制競爭之重要規範。

就本文所欲檢討之安全港而言，在獨禁法第 2 條第 9 項之法條文義中，其實並沒有任何著墨。但這並不代表在不公平交易行為沒有檢討安全港的空間。原因在於，第 2 條第 9 項共通性地以行為必須滿足具備「公平競爭阻礙性（公正競争阻害性）」作為其要件¹⁶⁸，而目前實務上皆係藉由「公平競爭阻礙性」之要件，檢討行為的限制競爭效果。因此進而可藉由此一要件引導出垂直交易限制安全港之法律依據。但實務上究竟設定何種標準，作為垂直交易限制之安全港，則必須藉由 JFTC 所公布之處理原則，始能窺得其全貌。

2. 通路交易習慣處理原則所建構之安全港：「市場中有力之事業」

在檢討獨禁法適用垂直交易行為時，最具有參考價值的處理原則為「通路交易習慣處理原則（流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針）」。此處理原則於

¹⁶⁷ 關於獨禁法第 2 條第 9 項第 1 款到第 5 款與第 6 款之適用關係的介紹，可參見牛日正，前揭註 165，77-78。

¹⁶⁸ 關於公平競爭阻礙性，值得說明者有二：第一，「公平競爭阻礙性」僅是一種學說實務上的通稱，而非條文所使用之文字。在獨禁法第 2 條第 9 項第 1 款至第 6 款之中，分別被以三種不同的文字表達「公平競爭阻礙性」之概念：在第 6 款中，使用的是「妨礙公平競爭之虞（公正な競争を阻害するおそれがある）」；在第 1 款、第 3 款、第 4 款中則使用了「無正當理由（正当な理由がないのに）」；第 2 款及第 5 款中，則為「不當地（不当に）」。一般均認為其均屬公平競爭阻礙性之表現。關於其形成背景，可參見牛日正，同上註，100，註 167。第二，公平競爭阻礙性的判斷中，包含市場界定、限制競爭效果與有無正當理由等內容，並非純然僅檢討限制競爭效果之要件。但由於本文主要著眼於安全港有無之觀察，故僅著眼於限制競爭效果之檢討，合先敘明。

2015、2016、2017 年甫經過三次大幅修正¹⁶⁹，最能反映出目前 JFTC 針對相關規範適用之準則¹⁷⁰。

在通路交易習慣處理原則中明確的指出，行為是否與「價格限制」相關，乃為是否須針對一項垂直交易限制檢討其是否實際產生限制競爭效果的區別基準¹⁷¹。若行為與價格限制有關，則無須檢討限制競爭效果，亦無進行市場界定、計算市占率之必要，原則上構成違法。此種情形下，自亦無檢討安全港之可能。因此可以理解，在獨禁法上僅有「非價格限制」始有受到安全港保護之可能。

但並非所有垂直非價格限制均有檢討安全港之可能。在通路交易習慣處理原則中，JFTC 承認有可能受到安全港保護之行為，僅有「事業限制交易相對人與自己的競爭者進行交易（自己の競争者との取引等の制限）¹⁷²」、「嚴格的區域限制（嚴格な地域制限）¹⁷³」和「搭售販賣（抱き合わせ販売）¹⁷⁴」之三類行為¹⁷⁵。由於針對此三類行為，處理原則中將行為主體限制為「市場中有力之事業」，若非市場中有力之事業，即便構成上述三項行為，亦無違法之疑慮。

關於處理原則所稱之「嚴格的區域限制」，實乃是「營業區域限制」的一種。在處理原則中，JFTC 將營業區域限制分為 4 類：(1)責任區域制（責任地域制）；(2)販賣據點制（販売拠点制）；(3)嚴格的區域限制；(4)被動向營業區域外顧客進

¹⁶⁹ 關於通路交易習慣處理原則之制定與近年數次修正背景之介紹，可參見牛日正，同上註，86-90。

¹⁷⁰ JFTC 針對獨禁法第 2 條第 9 項第 3 款之掠奪性定價，訂有「掠奪性定價處理原則（不当廉売に関する独占禁止法上の考え方）」，針對第 2 條第 9 項第 5 款之優越地位濫用，則訂有「優越地位濫用處理原則（優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方）」和「加盟業處理原則（フランチャイズ・システムに関する独占禁止法上の考え方について）」。在該等處理原則中，雖有提及「有力的事業」或「事業的市場地位」等概念，但並未針對該等要件之判斷與市占率之關係作明確的指引，故藉由該等處理原則並不能有效地觀察安全港條款之存在，故其檢討於本文中割愛之。

¹⁷¹ 在何種情形之下，垂直交易限制將會被認為「與價格限制相關」，可參見牛日正，前揭註 165，101-103。

¹⁷² 流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針，第 1 部、第 2、2，14-16。

¹⁷³ 同上註，第 1 部、第 2、3，17。

¹⁷⁴ 同上註，第 1 部、第 2、7，22-23。「搭售販賣」之規定，乃是在 2017 年修正時所加入之垂直非價格限制，若會產生市場封鎖效果時，可能構成不公平交易行為。

¹⁷⁵ 雖然以往也有針對「被動向營業區域外顧客進行販賣之限制」、「（禁止向低價販賣業者銷售以外之）交易相對人限制（帳合取引の義務付け、仲間取引の禁止）」是否有可能可藉由導入「市場中有力之事業」之要件，受到安全港保護之建議。但至目前為止 JFTC 似尚未變更其見解。之所以拒絕將這些類型的適用，納入安全港之保護，其原因應可理解為是該等行為所產生之價格限制效果疑慮較高。參見石谷直久，「『流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針』の一部改正について」，公正取引，第 790 号，54-56（2016）。

行販賣之限制（地域外顧客への受動的販売の制限）四項進行討論¹⁷⁶。在處理原則所定義之四項區域限制中，責任區域制和販賣據點制，通常不會產生價格維持效果，原則上均為合法。嚴格的區域限制則係以「市場中有力之事業」作為其要件。被動向營業區域外顧客進行販賣之限制，由於不以「市場中有力之事業」作為其行為主體之要件，因此必須針對個案之行為檢討其是否會產生價格維持效果，不受安全港之保護。

（四）由比較法觀點檢討公平法上垂直交易限制安全港之規範

基於以上對於歐、德、日及我國競爭法關於垂直交易限制安全港條款之研究，首先我們可就安全港的法律位階、門檻數值、適用與排除類型等重要事項，加以比較如下表。其次，並可得到以下四點結論：

表 3 歐、德、日及我國關於垂直限制競爭行為安全港之比較表

	歐盟		德國		日本	我國
法律位階	公告 (行政規則)		公告 (行政規則)		處理原則 (行政規則)	委員會決議
門檻數值	de minimis 15%	集體 除外 30%	de minimis 15%	集體 除外 30%	20%	15%
適用類型	不具有競爭 關係之協議	所有垂直協 議或非競爭 者間之技術 授權	不具有競爭 關係之協議	準用歐 盟相關 規定	事業限制交易相對人 與自己之競爭者進行 交易、嚴格的區域限 制、搭售之三類型	公平法第 20 條 第 5 款所規範 之垂直非價格 交易限制
排除適用類型	以限制競爭為目的之行為， 例如維持轉售價格、 限制最低售價、絕對保護 之交易地區限制		核心限制，例如維持轉 售價格		與價格相關之限制、 上述三行為（事業限 制交易相對人與自己 之競爭者進行交易、 嚴格的區域限制、搭 售）以外之非價格限 制 ¹⁷⁷	未排除任何非 價格限制之行 為

資料來源：作者自製

¹⁷⁶ 關於四種行為之意義，參見牛日正，前揭註 165，97，註 156。

¹⁷⁷ 但在通路交易習慣處理原則中，亦有不考量市占率如何，原則上均合法之類型，例如責任區域制、販賣據點制等營業區域限制之情形，此種類型亦可認為是不適用安全港規定。

1. 適用安全港保護之行為類型

就安全港適用的行為類型而言，各國法在大方向上均具有一致性。如歐盟法排除維持轉售價格、限制最低售價或絕對保護之交易地區限制等「以限制競爭為目的」之行為；德國法排除維持轉售價格等「核心限制」；日本法則是排除與價格相關之限制、被動向營業區域外顧客進行販賣之限制等行為等。雖然各國用語與範例上有所出入，但其所指引的大方向，皆是要將最嚴重影響市場競爭之限制垂直交易行為，排除於安全港適用範圍之外。

依 2016 年 2 月 17 日公平會第 1267 次委員會議決議，將垂直限制競爭行為之安全港條款明確限制於公平法第 20 條所規範的「垂直非價格限制」。換言之公平法第 19 條「維持轉售價格」，則排除於安全港的保護範圍外。由於公平法第 19 條是採取「原則違法」之原則，因此維持轉售價格不受安全港保護，亦是理所當然。但問題在於，與維持轉售價格同樣對於市場競爭可能造成嚴重影響之非價格限制，在現行的安全港條款中並未將之排除。以前述歐盟法上被認定為係屬「以限制競爭為目的之行為」之「提供絕對保護之交易地區限制」為例，該種營業區域限制對於市場競爭所造成的損害亦相當嚴重，若將該等行為一併放在「垂直非價格限制」的概念下適用安全港，可能會不當地影響市場競爭。日本法上之「通路交易習慣處理原則」，將「被動向營業區域外顧客進行販賣之限制」排除於安全港適用範圍之外，亦是基於相同考慮。

為了解決此一問題，建議針對垂直非價格限制的安全港增加排除適用的例外規定。其中最具體的類型即為劃定一定營業區域後，禁止事業向營業區域外的需求者進行販賣之「提供絕對保護之交易地區限制（或稱「被動向營業區域外顧客進行販賣之限制」）」。此時無論事業所具有之市占率如何，皆有可能對於市場競爭產生嚴重威脅，必須回歸一般的違法性判斷的架構下進行評估，而不能僅以市占率即當然排除其構成違法行為之可能。除此一類型外，是否尚有其他排除類型，宜根據實務之發展斟酌訂定之。

2. 安全港條款之法律位階

目前我國對於垂直交易限制之安全港條款，在摸索嘗試之考量下係以公示性甚

低之委員會決議方式作成。相對於此，歐盟、德國和日本皆是以行政規則性質之「公告」或「處理原則」方式為之。後者使事業較容易認識安全港的內容，具有較高度之公開能見度。

委員會決議除會議紀錄會上網公告外，實欠缺足夠的公示性，一般事業很難知悉該部分之內容。且作成決議之該屆委員會一般會遵守之，但對於其後之委員會則缺乏正式拘束力。此一安全港之規範基礎，誠屬明顯薄弱。尤其是嗣後公平會有見解變更時，事業甚難即時得知或查證，造成遵法之困難與風險。因此建議將安全港條款之位階提升至處理原則，以強化其法源性與可預見性，俾有助事業之法令遵循。

3. 安全港之門檻

關於垂直交易限制之安全港的門檻，可以發現各國存在一些落差。歐盟及德國在情節輕微不罰公告上採取了 15%之標準，但在集體豁免的部分，則是以 30%作為門檻。安全港適用的範圍相當有限的日本法，則是採用了市占率 20%之基準。

我國目前所採取之標準，與歐盟、德國於情節輕微不罰公告中之標準同步，與日本之門檻亦相去不遠。但藉由以上檢討可以發現，同樣以市占率的 15%作為垂直交易限制安全港門檻的歐盟法及德國法，另以集體除外規則對於特定垂直限制競爭協議設定較為寬鬆之 30%安全港門檻，使特定行為較容易得到豁免。不同於水平協議，此等差別性之管制基準是否應予採納，可以在執法機關對於垂直交易限制之市場影響掌握更確實時，再予以斟酌考慮。

4. 考量「累積效果」之可能

最後對於垂直交易限制行為的安全港條款，歐盟法和德國法有以「累積效果」的觀點，設計特殊的安全港判斷基準。此一立法例一方面確實有注意的必要，以使我國安全港條款的運用更加精緻與成熟。惟另一方面「累積效果」乃是歐洲特殊的產業（飯店、餐廳、飲料店的飲品獨家供應契約）中特別的市場結構與交易傳統所產生之現象。我國是否有相同或類似的產業結構與交易習慣，不無進一步研析之必要。因此建議主管機關先就市場結構、交易習慣等進行調查後再考慮是否引進此一基準，始能符合我國市場與法制環境之需求。

五、安全港制度基本原則之研析歸納

基於本文以上針對歐、美、德、日及我國之各種安全港條款所進行之研究，本文以下試將競爭法上安全港制度之共通基本原則，以下列觀點加以歸納分析，盼能有助於對安全港較為全面的認識與理解。未來主管機關在建立新的安全港條款時，或亦可考慮從下列幾點出發，以建立安全港條款的基本架構。

（一）安全港之特徵

綜觀各國競爭法上之安全港，大致上有以下共通之特徵：

1. 有法規範之依據

首先，安全港是存在於法規範之內，須具有一定程度之法規範依據。安全港既然是賦予事業競爭行為「不違法」之地位，使事業能處於「安全」、不受到競爭法主管機關調查處分之狀況，則安全港規定本身自然須具有一定法規範之基礎。換言之，建立安全港之規範基礎，通常會具有一定之「法源性」，屬於有法律拘束力或事實拘束力之一種法規範。至於安全港表現或存在之規範形式卻不一而足，例如存在法律、命令、行政規則¹⁷⁸、行政解釋¹⁷⁹或法院判決¹⁸⁰中皆有可能；其拘束力之強弱，亦各有不同。此將於下文中再予詳論，於此不贅。

2. 有相當明確之門檻標準

安全港通常是設立一個事業行為不會構成違法之門檻，或劃定一個合法行為存在之安全區，例如以市占率之多寡設立違反競爭法某項規定所需要的市場力門檻，然後將未達門檻或位於安全區之案件予以刪除。既然是以一項門檻標準決定是否對於案件加以查處或決定其違法與否，則此項標準自然應該清楚明確，事業才能有所遵循，執法機關在調查或法院於審判時也才能有所依據。各國的反托拉斯法最常見

¹⁷⁸ 以「行政規則」設立安全港之拘束力問題，參見下文關於安全港存在形式之說明。

¹⁷⁹ 行政解釋之拘束力來源存在於其所解釋之法律，法院雖不受行政機關見解之拘束，惟解釋機關本身則須受拘束。

¹⁸⁰ 法院判決一般被稱為「間接法源」。

的安全港門檻，首推市占率。惟僅倚靠市占率仍常有所不足，必須視所處理之行為類型，同時採用其他之門檻標準，才能妥善建立安全港之制度。此時所採用市占率以外之其他標準亦必須具有明確性，自屬當然。

3. 提供低於門檻或位於安全區者合法性之保障或降低其違法風險

安全港最重要之作用，自然是提供低於門檻或位於安全區之事業行為一個合法性之保障，或至少能明顯降低其違法之風險。這即是安全港所發揮之「安全」效果，亦即讓事業無違法之虞，或保障主管機關不會開啟立案調查之程序。正是因為安全港能夠提供合法性之庇護，事業始能產生配合遵循之動機，執法機關亦能省去對此等案件投入調查處分之行政資源。

4. 「安全港條款」之特殊性

按一行為被競爭法所處罰，一般須具備實體上與程序上之要件。前者例如各種限制競爭或不公平競爭行為之構成要件須該當、不具有阻卻違法事由等；後者則例如須滿足競爭法主管機關發動調查處分程序之公共利益要件等。競爭法對於此等實體上或程序上之某一環要件，如設定有構成或不構成之門檻者，均有可能成為一項安全港。

從最廣義之觀點而論，凡是競爭法所劃出之任何一塊區域，事業只要進入該區域，即無（或僅有甚低）實體上違法風險或程序上被調查處分之可能者，即可謂之安全港。如果從如此廣義的觀點出發，可以說整個聯合行為的例外許可規定，亦是構成聯合行為禁止之安全港。惟過於廣泛的安全港定義，將可能涵蓋競爭法上所有「不違法」或得以「合法化」之情況，而以此作為研究專題，只是羅列各種構成要件不成立或得以豁免之情形，並無太大意義，其研究之範圍亦將過廣。故本文認為所謂之「安全港條款」，應是限於競爭法上對於事業不違法或不受調查設立有相當明確門檻標準之條款。

（二）安全港之功能與政策考量

各國紛紛在競爭法上設立安全港，主要是基於以下幾項政策考慮。另外，設立

安全港可能具有之執法風險，亦應一併注意。

1. 大小通吃之流刺網將產生寒蟬效應

競爭法作為維護市場競爭秩序的根本大法，必須適用於所有產業，並規範包羅萬象的行為，因此必然使得競爭法的規定必須具有一定之抽象性、並使用許多不確定法律概念。競爭法規範限制競爭的目的，在於確保市場競爭的自由運作。若事業的規模過小，或行為態樣構成限制競爭之疑慮過低時，如按照法律文義仍然一視同仁的認為構成違法，將造成事業必須承擔不必要的遵法成本與風險，減低事業參進市場或從事創新活動的誘因，將在市場上產生一種「寒蟬效應（chilling effect）」，其結果恐怕無助於我國經濟發展的活潑。另一方面，競爭法主管機關也會疲於將寶貴的執法資源投注於疑慮較低的案件，使得妨害市場更嚴重的案件，卻無法獲得足夠的資源與關注。執法機關資源錯置對於市場競爭的維護，自然會產生不利影響。為避免發生上述情況，執法時先將無足輕重之輕微案件透過安全港予以篩選排除，不失為一項妥善有效之對策。

2. 優化執法資源之配置

競爭法上如有完善之安全港制度，就競爭法主管機關而言，一方面將有助於執法標準之明確化，藉此促進競爭法適用的可預見性；其次，主管機關得以將執法資源集中於較複雜、影響市場競爭較為重大之案件，從而使得執法資源得到較佳配置。

前述 OECD 競爭委員會於 2017 年 12 月所舉行之例會，在 OECD 秘書處所提供的背景介紹資料中，也明確的指出安全港條款幫助競爭法機關能夠有效率地將有限的執法資源集中於最迫切的案件中¹⁸¹。故若能制定妥善的安全港條款，對於競爭法主管機關而言，無疑亦是強化競爭法有效執行的一項重要工具。

3. 導正事業競爭行為

就事業言，前文已經提到，安全港條款能夠提供低於門檻、位於安全區之事業

¹⁸¹ OECD, *supra* note 1.

行為合法性之保障，或至少能明顯降低其違法風險，使事業無違法並遭受調查之虞。此一合法性之庇護，使事業產生了配合遵循之動機，安全港遂可導正事業之行為，使其盡量留在安全區內，並在安全區自由地從事競爭活動，競爭秩序將因此而得到維護。

4. 設置安全港制度之風險

安全港雖因具有上述諸般正面功能，遂為世界各國所不吝採用。惟在設置安全港制度時，也應注意其所可能產生之運作風險。安全港可能造成的風險，主要是執法不足（underenforcement）。按執法機關對於違反競爭法的案件，原本即有依法調查處分之職責，以維護市場競爭秩序。設置安全港可能會造成執法機關為了減輕工作或調查舉證的負擔，而過度從寬認定安全港之構成，以致於形成執法不足之危險，反而有害於市場競爭機制之完善。主管機關運用安全港條款時，對於此一風險宜加以注意。

（三）安全港之存在形式

安全港須具有法規範之基礎，為其共通特徵，前文已述，惟安全港所存在之法律規範形式卻不一而足。不同安全港規範形式，將產生不同法律效果，其對於安全港功效亦會發生直接影響。

1. 法律

競爭法本身如果對於特定行為之不構成加以規定時，自然是最正式、最有保障、功效也最大的安全港規範。例如前述公平法第 8 條第 1 項之規定即為適例。

2. 命令

類似於上述法律之安全港條款，安全港之規範基礎亦可能存在法規命令之中。法規命令雖屬於法律之次級規範，惟因其有法律授權基礎，因此除非其合法性受到挑戰，否則命令之安全港條款與法律之安全港條款所發揮功效甚為近似。前述現行公平法第 8 條第 1 項、第 2 項規定在 2002 年 2 月 6 日公平法第三次修訂之前，係

規定於公平法施行細則第 3 條，即是一個適例。本條施行細則規定後來即是因有依法行政、法律保留上之疑義，始經由修法將其提升至母法之位階¹⁸²。

3. 行政規則

如果法律或命令中並未含有明確之安全港條款，競爭法主管機關仍有可能透過諸如「處理原則」等行政規則（*Verwaltungsvorschriften*）而設立競爭法上某類行為之安全港。在以下情況尤有使用行政規則設立安全港之機會：(1)競爭法主管機關透過行政規則解釋競爭法之規定，對於某法律要件之內涵（構成或不構成）加以具體化，並藉此設立安全港。例如歐盟執委會為使得歐盟運作條約第 101 條第 1 項所要求「可感覺性」要件之判斷更加明確，發布所謂「情節輕微不罰公告」，詳細規定執委會判斷可感覺性要件之具體標準，並以此設立安全港¹⁸³。(2)競爭法主管機關對於某類違反競爭法行為，透過行政規則設定立案發動調查之要件，而此等要件中含有安全港性質之規定。例如，競爭法主管機關在處理原則中規定，對於某種行為之查處，只有在事業市占率超過某一水準時才會發動。

行政規則不具有拘束法院或一般事業的效力，惟發布行政規則的競爭法主管機關本身須受其拘束，在實務上亦能基於競爭法主管機關在執法上之關鍵地位而產生事實上之拘束力。透過此種執法機關的「自我拘束」，行政規則之安全港仍能夠發揮相當強大的功效。

4. 行政解釋

同樣是表達對於競爭法之見解，競爭法主管機關可以透過「處理原則」等行政規則為之，亦可經由發布行政解釋來達到類似之目的。例如公平會在 2016 年 3 月 1 日公布的公法字第 10515600941 號解釋，就聯合行為情節輕微不罰之認定標準加以說明，並以「於相關市場之市場占有率總和未達 10%者，推定不足以影響生產、商

¹⁸² 參考該條之修正理由：「按法律概括授權訂定之施行細則，僅得於符合立法意旨，且未逾越法律授權訂定施行細則之必要範圍內，就執行法律有關之細節性、技術性事項加以規定，其內容不得牴觸母法或對人民之自由權利增加法律所無之限制。本法施行細則第三條雖係就獨占事業之認定予以補充規定，然外界偶有質疑其內容實質限縮獨占事業之認定範圍，爰配合行政程序法第一百五十條規範之本旨，將之提升至母法位階，冀免爭議。」

¹⁸³ 參見前述對於「歐盟競爭法上聯合行為之安全港」之探討。

品交易或服務供需之市場功能」。但另一方面，公平會將「事業之聯合行為係以限制商品或服務之價格、數量、交易對象或交易地區為主要內容」之聯合行為，排除於此一安全港條款外¹⁸⁴。此即為透過行政解釋，設立安全港之例。以發布行政解釋方式建立安全港，具有彈性與行政效率上之優點，另一方面相較於制訂行政規則而言，其公告周知之程度較低，則是其缺點。

5. 法院判決

最後，當法院判決對於安全港之設立予以肯定，並對於門檻標準形成一貫之見解時，亦有建立安全港之作用。尤其在英美法系之國家，法院判決具有更強之法源性，法院可以透過判決對於法律之解釋，設立競爭法上某類行為之安全港，自無疑義¹⁸⁵。

（四）安全港之類型

如果依照安全港條款之效果，亦即其所提供當事人安全保障之不同內容，可以將競爭法上較為常見安全港大別為以下幾類。應說明者，乃下列三種安全港類型並不彼此排斥，亦即安全港規定可能同時屬於二種以上之安全港類型。

1. 使實體構成要件不成立之安全港

第一類的安全港，是規定何種情形下，事業將不構成競爭法上某一行為類型之實體構成要件。這類安全港通常會設定某種「量」的門檻標準，例如涉案事業之市占率或年度銷售金額若未達到一定比率或額度者，將不成立違法行為。惟亦可能同時配合「質」的標準，對於不同內容之行為類型或不同違法事實情況，設定不同之

¹⁸⁴ 行政院公報編印中心，前揭註 11。

¹⁸⁵ 我國最高行政法院於 2012 年 9 月 13 日作成之 101 年度判字第 818 號判決中，針對市占率約 5% 之非核心卡特爾行為，認定其客觀上「難認足以影響市場功能」，該判決雖未建立完整的聯合行為安全港認定標準，惟其所表示之相關見解，已經在建立安全港制度之路上邁進了重要的一步。參見最高行政法院 101 年度判字第 818 號判決，六、（三），司法院法學資料檢索系統，第 444-449、489-491 行。另外，本文中割愛之獨占管制安全港，在美國法上被認為是在美國聯邦最高法院 Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde 案中所樹立，其亦係以法院判決形成安全港之經典範例，See Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2, 5-8, 26-27, 32 (1984); Lindsey M. Edwards & Joshua D. Wright, *supra* note 91, 1215.

安全港門檻。這類安全港條款，係直接對於違法行為之實體構成要件，設定構成或不構成之門檻，未達成立門檻者，因根本不成立違法行為，自然無虞會被執法機關調查處分。例如公平法第 8 條第 1 項與第 2 項之規定，分別以「市場占有率」及「銷售金額」設定事業不被列入獨占事業認定範圍之安全港門檻，即屬於此類之規定。歐盟與德國競爭法上對於構成聯合行為或垂直限制競爭協議所須具備之「可感覺性」要件，設有一定之市占率門檻，亦屬於此類之安全港。

另外競爭法對於構成豁免（即例外合法化）之要件如設有一定之門檻標準者，在性質上亦可歸類於此種安全港。歐盟競爭法上諸多涉及水平或垂直協議之集體除外規則，皆含有此類之安全港條款。

2. 阻止發動調查處分程序之安全港

第二類之安全港，是由競爭法主管機關一般多透過發布行政規則之途徑，說明對於何種門檻下之輕微案件，因認定其無構成違法之虞，故將不會發動調查處分之程序。位於安全區之事業，因其相關行為無被競爭法主管機關查處之危險，此等規定遂具備安全港之作用。例如歐盟執委會發布之「情節輕微不罰公告」（*De Minimis Notice*）以及德國聯邦卡特爾署發布之「情節輕微不罰公告」（*Bagatellbekanntmachung*），即含有此種類型之安全港規定¹⁸⁶。

3. 改變舉證責任分配之安全港

最後，安全港之規定很可能是透過「合法推定」（*legal presumption*）之途徑，即以改變舉證責任分配之方式，使位於安全區者負擔較低的違法風險，而產生安全港之庇護作用。前述公平法第 8 條第 1 項與第 2 項之規定，在實體上使不被列入獨占事業認定範圍之涉案事業，不會成立獨占事業之主體要件；在舉證責任上，則又具有合法推定之作用，事業之市占率或銷售金額低於其所規定之門檻者，即被推定為合法，只有在公平會能證明公平法第 8 條第 3 項所舉之例外情形成立時，才能推翻上述合法推定，仍然認定其為獨占事業。

¹⁸⁶ 其詳細內容請參見前述關於歐盟與德國法之討論。

（五）安全港門檻標準之決定

最後欲一提者，為如何決定安全港之門檻標準。安全港之門檻標準如果設定不當，將會對於競爭法之執行產生不利影響。如果門檻設定過嚴格，將達不到設置安全港之功能與目的。反之，如果門檻標準設定過鬆，則又會容許過多不應容許其存在之反競爭行為。安全港門檻之設定，初無一定之規則或標準。在 OECD 競爭委員會一次專門討論安全港之會議中，日本與會代表說明日本在決定安全港之判斷標準時，一般會考慮：1.過去執法經驗與實際案例；2.相關行為之限制競爭效果；3.與國際執法標準之一致性等因素¹⁸⁷。此一觀點，與本文前述相關檢討，基本上亦係採取類似之理念，相當值得參考。

六、結語

本文首先針對「安全港」的概念作了一個定義性的說明，在這樣的觀點下先檢視了我國公平交易法中所存在安全港條款的現況，並檢討現行法下所存在的問題點。其後針對歐、美、德、日競爭法關於聯合行為以及垂直交易限制之安全港條款進行比較研究，探討其法律結構與重要內容。本文也基於比較研究之結果，針對公平法之規範與執法提出建議。最後，本文針對「安全港」這樣一個在競爭法文獻上經常被提及，但卻沒人將其說明清楚的學理與制度概念，在規範上所具有之特性與共通基本原則，進行了歸納分析。希望能藉由這樣的研析，建立未來在探討安全港之規範體系的基本架構。

OECD 競爭委員會於 2017 年 12 月的例會中，以世界各國安全港的執法現況作為一項討論主題，可理解為國際上因洞悉安全港對於競爭法的執行具有相當之重要性，而產生明確之問題意識並進行研討交流。因此我們可以確定，安全港無論是對於競爭法主管機關，或是對於事業的法令遵循，均具備重要意義。本文特別聚焦於水平與垂直限制競爭協議之安全港，從各國競爭法的觀點進行整合性的觀察與分析，指出目前各國法制發展的現況，並提出我國未來值得努力的方向。若因此對於未來相關研究、執法或立法能提供一些足堪參考之處，則感萬幸。

¹⁸⁷ OECD, *Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law, Summaries of Contributions*, DAF/COMP(2017)82, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 16 (2017).

參考文獻

中文部分

- 牛日正，「日本競爭法上之非水平交易限制」，公平交易季刊，第 26 卷第 4 期（2018）。
- 王立達，「我國聯合行為規範現況之結構反省與革新：事前許可制、積極分流與事後查處制」，國立臺灣大學法學論叢，第 47 卷第 3 期（2018）。
- 立法院公報處，立法院公報，第 104 卷第 11 期院會紀錄（2015）。
- 行政院公報編印中心，行政院公報，第 21 卷第 38 期（2015）。
- 行政院公報編印中心，行政院公報，第 22 卷第 37 期（2016）。
- 吳秀明，「十年來公平法上之獨占管制」，收錄於：氏著，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司（2004）。
- 吳秀明，「從依賴性理論探討相對市場優勢地位」，收錄於：氏著，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司（2004）。
- 吳秀明，「聯合行為理論與實務之回顧與展望」，收錄於：氏著，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司（2004）。
- 吳秀明、沈麗玉，「競爭法制革新之整體規劃與藍圖」，月旦法學，第 228 期（2014）。
- 許曉芬，「歐盟競爭法關於限制競爭協議之研究－以市場界定與市場效果為中心」，公平交易季刊，第 25 卷第 3 期（2017）。
- 楊宏暉，「歐盟競爭法關於垂直協議規範之沿革、現狀及展望」，公平交易季刊，第 27 卷第 1 期（2019）。
- 廖義男，「公平交易法施行二十年來指標性之行政法院裁判」，公平交易季刊，第 20 卷第 3 期（2012）。
- 廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（一），公平交易委員會 92 年度合作研究報告（2003）。
- 廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（二），公平交易委員會 93 年度委託研究報告（2004）。

蘇永欽，「私法自治與公平法的管制—公平法第二四條的功用與濫用」，收錄於：
氏著，走入新世紀的私法自治，初版，元照出版公司（2002）。

外文部分

- ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments*, 8th ed., American Bar Association Book Publishing (2017).
- Areeda, Phillip E. & Hovenkamp, Herbert, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application Vol. XI*, 3rd ed., Aspen Publishers (2011).
- Chang, Howard H., Evans, David S. & Schmalensee, Richard, “Some Economic Principles for Guiding Antitrust Policy Towards Joint Ventures,” *1998(2) Columbia Business Law Review* (1998).
- Easterbrook, Frank H., “Limits of Antitrust,” *63(1) Texas Law Review* (1984).
- Edwards, Lindsey M. & Wright, Joshua D., “The Death of Antitrust Safe Harbors: Causes and Consequences,” *23(5) George Mason Law Review* (2016).
- Gellhorn, Ernest & Miller, W. Todd, “Competitor Collaboration Guidelines – A Recommendation,” *42(4) Antitrust Bulletin* (1997).
- Ginsburg, Douglas H., “Vertical Restraints: De Facto Legality under The Rule of Reason,” *60(1) Antitrust Law Journal* (1991).
- “Interview with Professor Joseph F. Brodley - The Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice Draft Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors,” *14(1) Antitrust* (1999).
- “Justice Department Seeks Comments on Draft Intellectual Property Guides,” *67(1676) BNA Antitrust & Trade Regulation Report* (1994).
- OECD, *Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law, Background Note by the Secretariat*, DAF/COMP(2017)9, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee (2017).
- OECD, *Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law, Summaries of Contributions*, DAF/COMP(2017)82, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee (2017).

- Pitofsky, Robert, “The Sylvania Case: Antitrust Analysis of Non-Price Vertical Restrictions,” *78(1) Columbia Law Review* (1978).
- Posner, Richard A., “The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality,” *48(1) University of Chicago Law Review* (1981).
- Whish, Richard & Bailey, David, *Competition Law*, 7th ed., Oxford University Press (2012).
- Bunte, Hermann-Josef/Stancke, Fabian, *Kartellrecht*, 3. Aufl., C.H.BECK (2016).
- Emmerich, Volker/Lange, Knut Werner, *Kartellrecht*, 12. Aufl., C.H.BECK (2012).
- Emmerich, Volker, in: Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, Bd.1, 5. Aufl., C.H.BECK (2014).
- Hengst, Daniela, in: Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.), *Kartellrecht*, Bd.2, 12. Aufl., Luchterhand Verlag (2014).
- Kling, Michael/Thomas, Stefan, *Kartellrecht*, 2. Aufl., Vahlen (2016).
- Krauß, Katharina, in: Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.), *Kartellrecht*, Bd.1, 12. Aufl., Luchterhand Verlag (2014).
- Sonnberger, Marcus W. A., *Die Spürbarkeit im europäischen Kartellrecht*, 1. Aufl., Verlag Oesterreich (2017).
- Zimmer, Daniel, in: Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, Bd.2, 5. Aufl., C.H.BECK (2014).
- 山田昭雄、松月宏之，「共同研究開発と独占禁止法」，公正取引，第 477 号（1990）。
- 六波羅昭，「研究開発と独占禁止政策」，公正取引，第 408 号（1984）。
- 平林英勝，共同研究開発に関する独占禁止法ガイドライン，初版，商事法務（1993）。
- 石谷直久，「『流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針』の一部改正について」，公正取引，第 790 号（2016）。
- 滝澤紗矢子，「『一定の取引分野における競争の実質的制限』と『公正競争阻害性』」，法学教室，第 377 号（2012）。

The “Safe Harbor” in Competition Law

Wu, Shio-Ming*

Niou, Yue-Jheng

Abstract

The so-called “safe harbor” in competition law is a certain threshold standard, set by the relevant provisions of the law for specific types of offences. Any behavior that has not reached this threshold will not be considered to constitute an offence. In the case of enterprises, as long as they do not cross this line and restrict their competitive behavior to the safety zone, their acts will be treated as lawful and they will not be liable to face punishment. A well-established safe harbor system in competition law will be helpful to clarify the enforcement standards. As for the competition authority, it will be possible to concentrate resources on cases where the impact is greater. The safe harbor system can also guide enterprises to remain in the safety zone for as long as possible.

In Taiwan, the Fair Trade Commission (TFTC) has developed criteria for the application of the safe harbor clause. However, the criteria tend to be too simplistic, leaving room for further amendments. This article seeks to examine how a better safe harbor system for the Fair Trade Act can be constructed, and thereby offer concrete suggestions for reference by the TFTC and other relevant government departments. The article focuses on the leading countries and regions where competition law is reasonably, or at least theoretically, implemented, namely, the United States, the European Union, Germany, and Japan.

This article begins by introducing the issue of enforcement and related problems in the Fair Trade Act. Based on a series of regulations and case studies, this article indicates that there are some shortcomings in the safe harbor regulations regarding horizontal and vertical restraints. Therefore, it focuses much of the discussion on two issues. First, it discusses the safe harbor for horizontal restraints. The focus is placed on the “De minimis Notice” and “block exemption regulations” in the EU and Germany, the “safety zone” in the United States, and the guidelines under the Antimonopoly Act in Japan. Second, it ana-

lyzes the safe harbor for vertical restraints. Although the United States has shifted to a “rule of reason” basis, the EU, Germany, and Japan still maintain a conservative attitude toward the safe harbor for vertical restraints cases, especially those related to “Resale Price Maintenance (RPM).” Finally, based on a comprehensive comparative law analysis and case studies, the article attempts to systematize the structure of the safe harbor and provides several recommendations for revising the current safe harbor regulations contained in Taiwan’s Fair Trade Act.

Keywords: Competition Law, Safe Harbor, Cartel, Vertical Restraint, De Minimis, Block Exemption.

