

《公平交易季刊》  
第 25 卷第 2 期 (106/4)，頁 29-54  
◎公平交易委員會

# 公平交易法結合管制之問題點與盲點 －以結合類型與實體規範要件為中心－

黃銘傑\*

## 摘要

本文對現行法院及公平會關於事業結合規範之解釋及實務運作，提出三點質疑並嘗試摸索解決方案：(1)現行法院實務判決針對結合定義與類型，未能從競爭意涵觀點出發理解結合主軸概念之「控制」意義，致使重要的反面控制之結合類型，不受結合管制的規範；本文主張應從事業經營策略決定，是否因結合而仍保有其「獨立性」，重新定義「控制」與「結合」之意涵，以確保競爭機制的有效運作。(2)現行「整體經濟利益大於限制競爭之不利益」實體規範要件的實務運作，特別是其中有關經濟效率主張之承認，雖係參考美、歐等國競爭法主管機關之經驗與作法，但卻因未能正確體認美、歐等國競爭法結合管制關於實體規範要件與我國法二者間之重大差異，而於無視我國實體規範要件存在該等國家競爭法所無之「整體經濟利益」要素的情形下，過份限縮經濟效率之內涵與範圍，導致張冠李戴，產生違反我國結合規範原理之法律解釋與適用結果，未來當有必要參照歐美競爭法規內容，予以適當修正。(3)公平會關於附加負擔之實務運作，難能謂為符合公平法規理念，未來實務運作應以系爭結合有限制競爭疑慮存在為前提，並以結構措施為原則，行為措施為例外，且其內容應符合比例原則等法律基本原則的要求。

**關鍵詞：**公平交易法、附加負擔、控制、效率主張、結合管制

投稿日期：106 年 2 月 18 日

審查通過日期：106 年 3 月 27 日

\* 國立臺灣大學法律學院蔡萬才法學講座教授。本文初稿發表於 2017 年 2 月 18 日由台灣公平交易法學會主辦之「台灣公平交易法學會 106 年度會員大會暨第一次學術研討會」，會中承蒙評論人新竹地方法院王銘勇法官及與會人員對本文多所指證；惟一切文責仍由筆者自負，自不待言。

## 一、前言

依據公平交易法（以下稱「公平法」）有關企業結合規範之內容，其申報與審查程序整體主要分為下列 4 個步驟：(1)系爭結合是否該當於同法第 10 條第 1 項規定之 5 種結合類型；(2)系爭結合是否達到同法第 11 條第 1 項各款規定之申報門檻；(3)系爭結合的結果是否滿足同法第 13 條第 1 項「整體經濟利益大於限制競爭之不利益」之實體規範要件；(4)對系爭結合案是否有必要附加條件或負擔，以確保實體規範要件的實現。其中，(2)之申報門檻，主要著眼於結合規範本身之結構管制、事前管制等特色，而基於政策判斷於事前擬定一定具有競爭意涵的門檻，以為主管機關之公平交易委員會（以下稱「公平會」）案件篩選之標準，令該會得集中執法資源於重要結合案件的審查。其政策意涵濃厚，法解釋論側面稀薄。本文主要從法解釋論出發，逐漸引導出未來應有的立法論，故對於性質上原屬政策判斷結果之(2)申報門檻議題，捨棄不論；專就(1)、(3)、(4)等步驟之規範內容，闡明渠等可能蘊藏之問題點與盲點，並思考未來可能改革方向與內容。

雖然，(1)之結合類型，乍看之下，似與(3)、(4)等實體規範要件，無直接關連；惟最高行政法院於統一、維力二家事業結合案之判決中<sup>1</sup>，一再強調：「公平交易法第 6 條第 1 項第 5 款之規定，是以控制事業因其對其他事業業務經營或人事任免之影響程度，達到有妨害市場競爭之『危險』，其並未認必須達到實質限制競爭之程度，始該當公平交易法第 6 條第 1 項第 5 款之要件」。由此可知，是否屬於公平法規範對象之結合類型，其認定並非獨立於市場競爭效果問題之外，而得僅就其結合外觀形式即可論斷，必須從結合與市場競爭間之互動關係等實質層面切入，判斷應否納入成為公平法規範對象。於此認知下，「限制競爭」與否成為貫穿(1)、(3)、(4)等步驟之核心判斷要素，此一限制競爭要素在(3)的審查步驟中，與所謂「整體經濟利益」，特別是其核心要素之「效率」<sup>2</sup>二者間，又處於何種關係？吾人是否可以肯認，系爭結合雖有限制競爭、損害消費者利益之虞，但因其得以增進效率、貢獻於整體經濟利益之達成，故應同意其結合？

本文以下於第二部分，首先就現行公平法關於結合類型之規範內容，可能存在的問題點與盲點，予以闡述，並提出未來應有改革方向與內容；第三部分則對於鮮

<sup>1</sup> 最高行政法院 100 年度判字第 1346 號判決、101 年度判字第 1017 號判決。

<sup>2</sup> 參照公平會頒布之「公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則」第 13 點第 1 項第 1 款。

見於其他國家結合規範之「整體經濟利益大於限制競爭之不利益」的實體規範要件，加以詳細分析，闡明公平會與法院實務運作關於該項實體規範要件的錯誤認知與混淆，並嘗試提出未來應有的修法方向與內容；接著，於第四部分之敘述中，簡要闡明現行公平會附加條件或負擔之實務運作所呈現出的問題點及其未來改善方向；最後第五部分，則就本文敘述予以總結。

## 二、結合定義與類型

### （一）「獨立性」作為貫穿結合定義之決定性要素

現行公平法第 10 條第 1 項臚列出下列 5 款受公平法規範之結合類型：(1)與他事業合併；(2)持有或取得他事業之股份或出資額，達到他事業有表決權股份總數或資本總額 3 分之 1 以上；(3)受讓或承租他事業全部或主要部分之營業或財產；(4)與他事業經常共同經營或受他事業委託經營；(5)直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免。除(1)之合併外，其他(2)、(3)、(4)款其實皆為(5)「直接或間接控制他事業」的具體例示，闡明事業藉由對他事業股份、權利、資產等的取得或與他事業共同或受託經營等契約的締結，令他事業喪失其原有的競爭功能，難能繼續被認定為公平法第 2 條定義之事業，從而縱令形式上其法人格依舊存在，但實質上與以至少一事業其法人格消滅為前提的合併，就公平法規範目的而言，並無不同，故同列為公平法規範對象之結合類型。

如此規範方式其理由相當清楚且明瞭，公平法上的事業，除形式上須有「提供商品或服務從事交易」之外觀外，尚須具備「獨立性」、「經常性」從事經濟活動等實質要件，始足當之<sup>3</sup>。依照公平法註釋書對此「獨立性」要件之闡明所言：「競爭機制功能之發揮，取決於市場上活動之主體，是否得以其自由、自主之意思，進行交易，從而欠缺此等自由、自主等獨立的意思決定之基礎者，縱使其形式上發生財產或權利的移轉或勞務的提供，亦難視為本法所欲規範之交易行為」<sup>4</sup>。於此認知下，註釋書其後在有關同法第 3 條「交易相對人」的註釋中，針對關係企業間之交易，闡述其競爭意涵如下：「從屬事業形式上雖為獨立之法人個體，但實質上僅居於關係

<sup>3</sup> 公平交易委員會，認識公平交易法，增訂第 16 版，公平交易委員會，13（2015）。

<sup>4</sup> 廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（一）第一條至第十七條，公平交易委員會 92 年度合作研究報告，86（2003）。

企業整個經濟體中的一個事業部門或分公司之地位而已，無法成為市場上有效的競爭單位。因此，縱使控制事業與其從屬事業間，形式上有交易行為的存在，並於此交易中對後者加諸各種競爭限制，但由於該當交易並未滿足本條交易要件所要求之獨立性，從而從屬事業並非控制事業之交易相對人，二者間之『交易』實際上僅係同一經濟實體內部的商品移動而已，不具有對外競爭關係之意義」<sup>5</sup>。

由上可知，市場競爭機制的充分發揮，以存在多數的有效競爭單位（事業）為前提，當該等有效競爭單位因結合而減少，導致市場結構逐漸趨向集中而有發生限制競爭之虞時，對系爭結合即應適當加以管制，以維護市場競爭機制的有效運作；此結合管制之所以稱為市場結構規範，而與公平法其他行為規範條文有別之緣由<sup>6</sup>。若此，則於判斷系爭股份、權利、資產等的取得或契約締結是否該當於公平法規範對象之結合時，即不應拘泥其外觀形式為何，而應從維護競爭機制之實質角度出發，檢討該等股份、權利等之取得或契約締結是否導致其中之一事業因此喪失其「獨立性」，而發生「控制」情事。

於此認知下，所謂的「控制」，即不限定於事業得直接命令、要求或左右他事業經營策略或人事等情形，當事業因前述股份、權利、資產之取得，導致他事業無法享有得自由、自主為意思決定之獨立性時，就公平法以事業具備獨立性為維護競爭機制前提的規範理念而言，此際亦應認定成立「控制」情事。若此，則公平法第 10 條第 1 項第 5 款之「直接或間接控制」中的「間接」，不應僅解釋為透過第三人持股或「實質所有人」(Beneficial Ownership) 之利害關係人間的間接控制問題<sup>7</sup>，尚應包括藉由任何法律或事實機制或手段致令他事業無法充分享有自由、自主的意思決定權，進而喪失其公平法事業本質的獨立性，有此情形即應認定「控制」之存在。亦因此故，歐洲聯盟（以下稱「歐盟」）競爭法縱令事業因持股未達多數，而無法以多數決方式決議、操控他事業之經營策略，但若其少數持股仍得否決他事業所提之經營策略時，此種「反面控制」(negative control)，亦屬於其結合規範所稱之「控制」<sup>8</sup>。蓋於此情形，他事業因少數持股事業的抵制而無法通過其經營策略，喪失其自由、

<sup>5</sup> 同上註，113。

<sup>6</sup> 聯合行為參與事業彼此間因就價格或數量等不為競爭，而缺少本文中所稱之「獨立性」，乍看之下，似亦屬於一種「結合」類型；但因缺乏經常性、持續性之要件，而未引起市場結構的長期變化，故仍屬行為規範之類型。

<sup>7</sup> 參照吳秀明，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司，417-422（2004）。

<sup>8</sup> Richard Whish & David Bailey, Competition Law, 8th ed., Oxford University Press, 879-880 (2015).

自主的意思決定權，並因此而無法發揮其作為有效市場競爭單位之功能，故得認定二者間存在競爭法所欲規範之結合。

## （二）司法實務運作對結合定義之誤解

倘若對於「直接或間接控制」之內涵，能從被控制事業是否喪失其獨立性之觀點出發，揚棄傳統強調對他事業經營策略之正面控制或經營一體性等之論述，或可避免發生不必要的誤解，而得更為有效落實結合規範之目的。例如，在前述統一、維力結合一案中，公平會為強化其反面控制之主張，而有下列論述：「公平交易法對於結合之評價重點在於：一事業基本上受他事業之控制，從而足以影響該事業之重要經營決策或經營成敗即為已足，並非必須達到全部控制的地步，此觀諸公平交易法第 6 條第 5 款『直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免』之文義，直接或間接控制均屬之。換言之，公平交易法之『控制』，係指事業因控制從屬關係達成『經濟上』決策之一體化（原本競爭狀態因結合而消弭），預先進行評估其對市場結構可能產生之影響...公司法之控制與從屬概念，係源自『正面控制理論』，其對於關係企業之規範為狀態後結果之監督，故所要求之持股比例較高；公平交易法則自『反面控制理論』著眼，只要形成牽制作用，即可認定有控制從屬關係，並於市場結構形成前作事前之把關，故其所要求之持股比例較低（底線為作者所增加）」<sup>9</sup>。

對此公平會主張，該號判決以下列理由駁斥之：「事業是否具有公平交易法第 6 條第 1 項第 5 款所稱之直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免情形，固不以取得他事業董事席次過半數為必要，然亦非以負責人兼任為已足，而應就具體個案情形，探究原屬各自獨立之二個以上事業，經由該特定連結方式，是否有形成單一經營實體，達到實質限制競爭，足以促成獨占或有導致市場集中之虞。易言之，須事業已將他事業之業務經營或人事任免置於自主控制之狀態，始符合公平交易法第 6 條第 1 項第 5 款所稱之結合情形，不能因該狀態可能繫於其他不確定因素而偶然成就，即謂該當此款規定（底線為作者所增加）」。

從上述公平會主張與法院判決理由二者之見解可知，公平會原本意欲藉由反面控制理論以認定系爭結合存在「控制」情事，但其為達此目的之理論鋪陳，卻又是以正面控制理論出發，故有「足以影響該事業之重要經營決策或經營成敗」、「『經濟

<sup>9</sup> 參照臺北高等行政法院 100 年度訴更一字第 155 號判決中所引用公平會之主張。



上』決策之一體化」等敘述，甚至於反面控制說明中又強調正面控制常態的「控制從屬」關係，結果導致法院判決理由產生誤解，而強調控制成立與否之判斷應以正面控制之「單一經營實體」、「自主控制」等要素的存在有無出發。甚至，於其上訴審之最高行政法院 101 年度判字第 1017 號判決中，判決理由一方面認為「公平交易法第 6 條第 1 項第 5 款之直接或間接控制事業之業務經營或人事任免，自是以控制事業因其對他事業業務經營或人事任免之影響程度，達到有妨害市場競爭之危險（可能），始足當之」，似對公平法關於結合定義之規範理念有清楚認識；惟其後卻話鋒一轉，謂：「公平交易法第 6 條第 1 項第 5 款係『直接或間接』控制』他事業之業務經營或人事任免者』，並非『直接或間接』影響』他事業之業務經營或人事任免者』，原處分所持該款之『控制』以實質上影響，或上訴意旨所主張以形成牽制作用為已足等之見解，與法文未符合。且苟如上訴人之主張，一公司取得他公司半數董事席次，即具有公平交易法第 6 條第 1 項第 5 款所稱之控制關係，如該他公司之另半數董事席次為第三公司所取得，第三公司與該他公司亦有具有控制關係，換言之，他公司同時與二家公司有『控制』從屬關係，有違對『控制』法律概念之一般理解（底線為作者所增加）。

不論是否定「牽制作用」作為控制認定之論述，抑或是否認二家事業得「同時控制」他事業的說明，似皆根本於對「『控制』法律概念之一般理解」上<sup>10</sup>。或許，在公司法或其他法律規範中，所謂的控制，可以基於一般理解，將其認知為一事業得操控他事業之經營、財務或人事，並得排除當事人以外第三方事業之干擾及介入<sup>11</sup>。然而，正如同最高行政法院判決本身所承認，公平法上之結合並無法直接借用公

<sup>10</sup> 法律上應否存在有關「控制」概念的一般理解，不無疑問。蓋不同法律所欲實現之規範目的及理念各自不同，僅因辭窮而使用相同用語，致使各自具備不同規範目的之法律關於該當用語必須做同一解釋，不啻是法解釋作業之怠惰。不僅同一用語於不同法律間，可能存在不同解釋，即便是同一部公平法中，第 10 條第 1 項第 5 款為界定是否符合結合定義之「控制」，與同法第 10 條第 2 項、第 11 條第 2 項所稱控制從屬關係中之「控制」，二者亦有不同。依據公平法施行細則第 6 條第 1 項第 1 款規定，「事業持有他事業有表決權之股份或出資額，超過他事業已發行有表決權股份總數或資本總額半數」時，方該當於第 10 條第 2 項、第 11 條第 2 項所稱之「控制」，而與僅須「僅持有或取得他事業之股份或出資額，達到他事業有表決權股份總數或資本總額三分之一以上」、甚或更低持股比例時，即該當於第 10 條第 1 項第 2 款或第 5 款之「控制」，有所不同。

<sup>11</sup> 縱使是從公平法規範理念出發，但論者關於「控制」概念之理解，似與上述法院判決理由近似，回歸到一般法律對「控制」概念之理解，因而有如下敘述：「競爭之保護是結合管制之主要任務，一事業透過結合能否真正控制另一事業之經濟主權（雖然多數情形為如此），反而不是首要之重點（底線為作者所增加）」。參吳秀明，前揭註 7，406。強調「真正控制」之結果，已無可避免，將「控制」概念不當限縮於正面控制；惟既然公平法第 10 條第 1 項第 5 款將「控制」作為界定結

司法或其他法律規範之概念，而必須從系爭結合是否有「妨害市場競爭之危險（可能）」出發，論證其是否屬公平法規範對象之結合。很可惜地，最高行政法院於闡明公平法結合規範一般原則時，相當正確地以市場競爭作為界定結合的理論基礎；但於具體事案判斷中，卻又前後矛盾，回歸到所謂「『控制』法律概念之一般理解」。

倘若公平會能從獨立性喪失與否作為界定公平法結合定義之主軸概念，則當不會發生「公司法之控制與從屬概念，係源自『正面控制理論』，而「公平交易法則自『反面控制理論』著眼」的奇異論述。毋庸贅言，公平法並未否定正面控制情事，毋寧於單獨控制類型中，正面控制應屬常態；惟於共同控制中，反面控制型態則為典型。正如同論者所言：「共同控制典型上發生於系爭事業享有反面控制之事實上，亦即享有拒絕事業經營策略決定之權限」<sup>12</sup>。歐盟競爭法主管機關實務運作亦認為，違背前述我國最高行政法院關於控制法律概念一般理解之享有同等權限或權利的結合，當然屬於競爭法應予規範之結合類型<sup>13</sup>。既然結合規範是一種市場結構管制，避免市場結構因有效競爭單位的減少而趨向集中化的發展，則其結合定義重點當在於是否因此而導致事業喪失其獨立性，無法繼續有效發揮其競爭能力或牽制作用。過份強調「單一經營實體」、「自主控制」等概念，衍生不必要誤解，令人誤以為公平法上之控制概念，亦必須如同公司法或其他法律般，僅能限定於正面控制之解釋，而無法將反面控制、消極的牽制或抵制等現象，納入其規範對象。此種解釋若得以成立，則事業或將藉由各種反面控制手段遂行其結合實質，而無須受結合管制規範，大幅減損結合規範之實效性。

### （三）未來改革方向及內容

由前面敘述可知，「控制」概念為公平法界定結合定義與類型之決定性構成要件，而於解釋此「控制」要件意涵時，「獨立性」要素則扮演著絕對重要的角色；不僅於正面控制類型上，被控制事業當然喪失其獨立性，於反面控制型態時，事業亦

---

合定義的主軸要件，則是否存在「控制」仍然是結合管制的首要重點，只是於此，「控制」概念必須配合結合管制維護市場競爭結構之規範目的，予以適度擴張解釋。

<sup>12</sup> Richard Whish & David Bailey, *supra* note 8, 880. 該段落之英文原文為“Joint control typically arises from the fact that the undertakings in question enjoy negative control, that is to say the power to reject strategic decisions...”

<sup>13</sup> See Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, para. 64.

因他事業的抵制而無法有效決議、推動其競爭策略，喪失其得以自主、自由為意思決定之獨立性，進而無法有效發揮其競爭制衡作用。正如同美國 2010 年水平結合指針認為少數或部分股份、權利、資產等之取得行為，亦可能成為其結合規範對象時所述：「首先，取得部分股份、權利或資產等之行為，令取得事業因得以影響目標事業的競爭行為而有可能產生限制競爭效果。其次，部分取得股份、權利或資產等之行為，因取得事業減少競爭誘因而有可能產生限制競爭效果。第三，部分取得股份、權利或資產等之行為，因令取得公司得以近用目標事業之非公開、競爭性敏感資訊而有可能產生限制競爭之效果（底線為作者所增加）」<sup>14</sup>。由此可知，「控制」概念的核心，不在於得否決定、左右他事業之經營策略，而在於是否可能影響其競爭行為、減低其競爭誘因，並可能因為競爭敏感資訊的取得而減少他事業之競爭動能。

對於公平法上之「控制」概念若能有上述正確理解，則當不會被現行第 10 條第 1 項第 2 款至第 4 款規定之結合類型所惑，並依各該類型所揭示的正面控制例示而錯誤推導出第 5 款之概括規定，亦應僅限定於正面控制類型，而無法得出涵蓋負面控制型態之解釋。現行法的例示、概括之規定方式，不僅可能引發上述不當限縮解釋的弊端，亦可能導致原本應受規範之結合，因此而得規避管制<sup>15</sup>。例如，依據現行公平法第 10 條第 1 項第 2 款規定，事業取得他事業股份等達 3 分之 1 以上時，即該當於結合定義。倘若依照「一事之明示，排除其他」的解釋法則，則事業取得他事業股份未達 3 分之 1 且無其他董事兼充等情事，即非公平法上之結合。惟正如同金融

<sup>14</sup> U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines §13 (2010). 該段落之英文原文為 “First, a partial acquisition can lessen competition by giving the acquiring firm the ability to influence the competitive conduct of the target firm. Second, a partial acquisition can lessen competition by reducing the incentive of the acquiring firm to compete. Third, a partial acquisition can lessen competition by giving the acquiring firm access to non-public, competitively sensitive information from the target firm.”

<sup>15</sup> 除本文以下所舉事例外，在國外被認定為競爭法上之結合類型，但於我國卻將之除外者，例如長期供應契約。歐盟競爭法主管機關於前揭註 13 之文件 para. 20 中，如此敘述：「於例外情形中，經濟依賴亦可能引導發生事實控制情事，例如由供給廠商或客戶所提供的相當重要而伴隨著結構關聯性之長期供給契約或授信行為，將會賦予其決定性的影響力。」(In exceptional circumstances, a situation of economic dependence may lead to control on a de facto basis where, for example, very important long-term supply agreements or credits provided by suppliers or customers, coupled with structural links, confer decisive influence.) 由此可知，長期供應契約或授信行為若產生經濟依賴，亦可認定為存在控制。相對於此，公平會於公處字第 102035 號處分書中，對於台電公司與各該民營電廠間長達 20 年的長期供應契約且因經濟調度原則等導致民營電廠對台電公司產生經濟依賴之事例，並不認為各該民營電廠與台電公司間存在控制、發生結合情事，而堅持以各該民營電廠對於台電公司而言仍屬得自主、自由為意思決定之獨立事業，並以渠等間得基此自由意思決定對台電實施聯合行為，加以處分。



控股公司法第 4 條第 1 項第 1 款將「持有一銀行、保險公司或證券商已發行有表決權股份總數或資本總額超過百分之二十五」定義為控制性持股一般，對他事業享有控制力者，不一定須對其持股須達 3 分之 1 以上，方足以當之；縱使低於該當比例，亦可能對其享有控制力<sup>16</sup>。前述美國 2010 年水平結合指針關於少數或部分股份取得之敘述，亦可為此明證。

展望未來，關於結合定義及類型，當可檢討是否繼續維持現行之規範方式，抑或是仿照歐盟結合規則，依照法人格消滅之有無，將結合分類為(1)合併及(2)直接或間接控制他事業之全部或一部份二種類型<sup>17</sup>；並參考歐盟結合管制規範內容及我國法院上述實務運作所彰顯之缺失，針對「控制」概念，再加以更為細緻化的規定。從獨立性喪失有無出發，定義所謂的「控制」係指以單獨或共同、直接或間接、積極或消極等方式而得影響他事業之人事、財務、業務等經營決策，致他事業有喪失其自主、自由的獨立決策能力之虞者。此外，並可藉由處理原則等的公布，依照國內外實務運作經驗，羅列各種可能該當於「控制」之情形，以求規範之周延。倘若意欲維持現行法規範方式不加以變動，至少亦應刪除現行第 10 條第 1 項第 2 款規定，避免引發只要持股比例未達 3 分之 1，即非屬公平法上之結合的不必要誤解。同時，當然亦應藉由法律本身或施行細則等，將獨立性納入控制概念成立與否的主軸要素。

無論如何，公平法正式施行迄今，已歷 25 年有餘，但法院實務運作依舊未能充分、確實理解公平法之規範理念及意涵，導致關於結合定義之解釋，表面上雖從有無「妨害市場競爭之危險（可能）」出發，但實際上卻又藉由其他法律、甚或社會一般關於「控制」概念的一般理解，對事實上已有妨礙市場競爭之虞的結合，否定其屬公平法規範對象之結合。發生如此結果的重要原因之一，當是現行法過份拘泥於例示、概括的條文設計以及未能於法條中有效釐清「控制」之正確意涵。為避免舉著競爭反競爭的不當解釋再度發生，當有必要配合 1991 年公平法成立後，各國關於

<sup>16</sup> 不應以形式的持股比例作為是否該當於結合定義或類型的理由之一，在於近年來各國公司法及其他企業組織法制皆容許股東間得以章程或契約設計其公司經營權或控制權的歸屬。例如，擁有嶄新理念及想法但卻缺乏資金的創業者，可以與創投基金等約定，由創投基金投資並取得公司過半數的股份，但董事會過半數席次及實際負責經營之人，仍由創業者所掌握。於此情形下，過半數甚至 3 分之 2 以上的持股，亦不能表示該當股東已可左右公司決策而得控制公司。最近，在我國公司法修正研議中，亦有提案引進此種公司控制權設計之作法，不久的未來，我國公司或將出現此種以章程或契約約定公司控制權歸屬或轉換之情事。

<sup>17</sup> 參照歐洲聯盟（以下稱「歐盟」）結合規則（COUNCIL REGULATION (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings）第 3 條第 1 項規定。

結合規範之法制及實務運作的發展經驗，並檢討現行結合定義於實務運作上所遭遇之各種難題，重新架構、修正結合的定義與類型。

### 三、「整體經濟利益大於限制競爭之不利益」 之實體規範要件

#### (一)「整體經濟利益」之意涵

當一件結合案，其結合該當公平法第 10 條第 1 項各款之結合類型且符合同法第 11 條第 1 項各款規定之申報門檻，並依公平會規定申報後，是否提出異議禁止其結合或以條件或負擔的附加為前提，同意其結合，端視依照該法第 13 條第 1 項「整體經濟利益大於限制競爭之不利益」之實體要件所為評價的結果。各國競爭法之結合規範，亦皆規定有此類實體規範要件。例如，美國克萊登法第 7 條使用「有實質限制競爭之虞」(may be substantially to lessen competition)及「將產生獨占地位」(tend to create a monopoly)等<sup>18</sup>，作為其禁止結合與否的實體規範要件；歐盟結合管制規則，則以「重大阻礙有效競爭」(significantly impede effective competition)，特別是當其為獨占地位產生或強化之結果時<sup>19</sup>，闡明其實體規範要件；日本獨占禁止法第 10 條以下之規定，則與美國克萊登法相同，將其實體規範要件設定為「有實質限制相關市場競爭之虞」；德國限制競爭防止法第 36 條第 1 項之實體規範要件，則與歐盟結合管制規則相同而為「重大阻礙有效競爭」，特別是當其為獨占地位產生或強化之結果，但同時容許事業得舉反證「證明其結合亦能改善競爭條件，且改善之利益大於阻礙競爭之不利益」。

由上可知，鑑於競爭法確保市場競爭機制有效運作之規範理念及目的、以及競爭法主管機關其核心專業在於競爭效果之判斷，對屬於競爭法規範一環之結合管制其同意結合與否的實體規範要件，自應著眼於市場競爭與結合間之關係，故或使用「實質限制競爭之虞」一詞，或以「重大阻礙有效競爭」闡明其應有內涵，鮮有以競爭意涵以外之「整體經濟利益」作為其規範要件者；縱令是德國限制競爭防止法第 36 條第 1 項，容許結合事業得提出反證，但其內容亦僅限定於競爭（條件）本身

<sup>18</sup> 115 U.S.C. §18.

<sup>19</sup> 參照歐盟結合管制規則第 2 條第 2 項。

之改善等情形，總體經濟面向之一般利益、消費者福利、就業保障、效率利得等，並不被認為係與競爭有關之考量<sup>20</sup>。

我國現行公平法之規範方式，毋寧較接近於德國限制競爭防止法第 42 條之「部長許可」，依據該條第 1 項規定：「聯邦經濟及勞工部長對於聯邦卡特爾署所禁止之結合得依申請給予許可，但以結合在個案中對於整體經濟之利益大於其對於競爭之限制，或結合可為維護重大公共利益所合理化者為限。參與結合之事業在本法適用領域外之市場競爭力，亦應於此考量之。上開之許可，僅於結合對於競爭所生之限制不危及市場經濟秩序者，始得為之」<sup>21</sup>。於此，其專業領域不限定於競爭而係擁有一般經濟勞動專業的經濟勞工部長，不僅可以考量競爭以外之整體經濟利益，亦可就公共利益，甚至屬於產業政策一環之所謂「國家冠軍」(National Champions) 培植的域外市場競爭力，皆可一併審酌。只要此等結合不危及市場經濟秩序（非市場競爭秩序），即可加以放行。

觀察現行公平法第 13 條第 1 項「整體經濟利益大於限制競爭之不利益」之原始立法理由，亦可窺知與上開德國限制競爭防止法「部長許可」規定之類似性。1991 年制定時之公平法，就此實體規範要件之立法理由，闡明其意旨如下：「事業間進行結合，雖將減少競爭，或妨害市場競爭之功能，但其結合亦可能促進生產規模之經濟，降低生產成本，增強結合後事業之整體競爭能力或促成產銷之合理化，故對事業之結合行為應審酌其利弊得失，如因結合所生之利益大於其所致之弊害，就整體經濟之利益而言，仍然有益，故明文訂為應予許可」。若此，則整體經濟利益之內涵，就不限定於與競爭有關連或具有競爭意涵者，只要可增進整體經濟利益，縱令與競爭無關、甚至對競爭帶來限制效果，亦可藉由整體經濟利益的促進，予以正當化。事實上，我國最高法院 102 年度判字第 758 號判決，即有如是見解，曰：「基於產業自由化、國際化與全球化之趨勢，大型化企業有利於特定市場在國際上之競爭。為因應此趨勢，政府爰制定企業併購法，俾利事業以併購方式進行組織調整，排除

<sup>20</sup> See, e.g., Torsten Uhlig, "Merger Control in Germany: Overview," 4 (2016), <http://global.practicallaw.com/8-500-5324>, last visited on date: 2017/2/14. 其中，有關於此之原文摘述如下：「因為此一利益衡量條款係與競爭條件的改善連結在一起，故而僅有與競爭有關之要素得以被納入考量。總體經濟要素、一般公眾利益、消費者福利、工作保障或是效率等，就此意義而言，並不被認定為與競爭有關之要素。(Since this "balancing-test clause" (Abwägungsklausel) is tied to improvements of the conditions of competition, only competition-related aspects can be taken into account. Macroeconomic aspects, general interests, customer benefits, job security or efficiency gains are not considered competition-related within this meaning.)

<sup>21</sup> 本項規定之中譯，依據吳秀明，競爭法研究，初版，元照出版公司，395（2010）。

現行公司法及證券交易法等各種法律對於企業併收購之障礙；本法為配合當前事業大型化之政策，亦定有如上所述之相關措施...上訴人主張系爭事業水平結合案可以穩定不銹鋼市場供需、降低生產成本與提昇國際競爭力，尚非無據；準此，系爭水平結合，是否『可促進不銹鋼商品生產規模之經濟，降低生產成本，增強結合後事業之整體競爭能力或促成產銷之合理化』，亦即『其結合所生之利益大於其所致之損害，就整體經濟之利益而言，仍然有利』。亦因此故，最近蔡英文政府於力推所謂「產業國家隊」<sup>22</sup>的產業政策之際<sup>23</sup>，完全無視其是否會抵觸公平法規範理念，只要冠冕堂皇高舉「整體經濟利益」大纛，自可輕鬆過關。

然而，從以維護市場競爭機制有效運作之公平法主管機關的角度來看，此種見解，果真妥當？於檢討我國公平會有關於此之實務運作前，當有必要先行釐清「整體經濟利益」與「效率」二者間之關係，以作為檢視公平會實務運作可能蘊藏之問題點與盲點的理論基礎。

## （二）整體經濟利益 v. 效率

事業結合於某種程度上帶來市場結構趨向集中化，乍看之下雖可能發生限制競爭之虞，但若其因結合而帶來規模經濟、減少產銷成本等正面效益，並得因此降低產品價格或增進整體經濟利益，似亦非不得同意此種結合、允許市場結構某種程度的集中<sup>24</sup>。此種法制作法，一般稱為「效率主張」(efficiency claims) 或「效率抗辯」(efficiency defenses)；近年來，絕大多數國家的競爭法主管機關，皆於其結合規範執法過程中，承認此種「效率主張」<sup>25</sup>。然而，於實際操作上，一語「效率」，卻經常出現各自表述的現象。正如同論者所言：「儘管法院、政策擬定者及律師皆論及『經

<sup>22</sup> 參照徐偉真、許依晨，「蔡政府促組產業『國家隊』一萬靈丹？喊口號？」，聯合晚報(2017/2/12)。

<sup>23</sup> 論者指出，公平會過去為配合金融目的事業主管機關的產業政策，而於金融機構結合的實務運作上，對於整體經濟利益之解釋，有「過度向產業政策傾斜之不當」。參照顏雅倫，臺灣金融產業的競爭政策—以競爭法的觀點出發，初版，元照出版公司，311-312 (2014)。

<sup>24</sup> 美國 2010 年水平合併指針§10，就此有如下敘述：「企業結合對於經濟所產生的主要利益，乃是其創造重要的效率並因此強化結合企業競爭誘因之潛在能力，進而降低價格、改善品質、精進服務或引進新產品。」(a primary benefit of mergers to the economy is their potential to generate significant efficiencies and thus enhance the merged firm's ability and incentive to compete, which may result in lower prices, improved quality, enhanced service, or new products.)

<sup>25</sup> See OECD Competition Committee, Competition Policy and Efficiency Claims in Horizontal Agreements (1995); Dynamic Efficiencies in Merger Analysis (2007); The Role of Efficiency Claims in Antitrust Proceedings (2012).





圖中，假設事業結合前的市場屬於競爭性市場，其價格等於邊際成本（ $p=c_1$ ），產量為  $q_1$ 。此時，並未產生生產者剩餘，所有剩餘全為消費者所囊括，而為 ABC 之三角形消費者剩餘區塊。再假設結合後因市場結構集中，導致產量下滑至  $q_2$ ，價格上昇至  $p_2$ ，但同時邊際成本因規模經濟等效率因素而降低至  $c_2$ 。於此情況下，社會產生 GFC 三角區塊之絕對損失（dead-weight loss），但因生產成本減少而發生相當於 BDEF 的四方形區塊之效率性。倘若忽視消費者福利問題，則只要 BDEF 之效率增加區塊，其規模大於 GFC 三角區塊的絕對損失，則因效率獲益大於損失，故應肯定系爭結合之合法性。然而，一旦將消費者福利觀點置入，則會產生不同考量。蓋於此情形，消費者剩餘從原本的 ABC 三角區塊，大幅縮減至 AHG 三角區塊，結合前原本屬於消費者的 HCFG 四方形區塊之剩餘，移轉至生產者手中而成為生產者剩餘的一部份。此種損害消費者福利之財富移轉，是否應予容忍，成為困擾各國競爭法主管機關之困難課題，亦是前述法律人與經濟學者關於效率意涵認知的不同及爭議之所在。

於 Williamson 氏提示上開模型時，一般對於效率之認知通常止於靜態的資源配置效率（allocative efficiency）或生產效率（productive efficiency），其後的經濟學發展，逐漸開創出動態的研發創新效率、交易效率等新的效率類型，致使該當模式無法描寫所有可能的結合效率情境。雖然如此，上開模型因其簡單易懂、具有直觀優點，而於結合規範與效率二者關係的討論上，仍具有高度價值。倘若一項結合，同時發生上述所增加之效率利益大於絕對損失且消費者剩餘減少、部分移轉為生產者剩餘的情形，則競爭法主管機關是否應介入、禁止其結合，此際之判斷標準又為何？就此，綜合各國競爭法主管機關及學者主張，共計有 3 種主要判斷標準提出：(1)價格基準（price standard）；(2)消費者剩餘或消費者福利基準（consumer surplus or consumer welfare standard）；(3)總剩餘或總福利基準（total surplus or welfare standard）<sup>29</sup>。愈往後之標準，對於消費者利益愈不加以重視。

(1)之價格基準為最嚴格的判斷標準，當結合後可能引發價格上漲時，即不得同意其結合。蓋一般認為，所謂的實質限制競爭或阻礙有效競爭，其實質乃是產量因此受到限制而價格提高。倘若結合後，市場結構依舊處於相當競爭性的狀態，則結

<sup>29</sup> See OECD, *The Role of Efficiency Claims in Antitrust Proceedings*, 26-27 (2012). 此外，尚有所謂 Hillsdown standard 及加重剩餘或加重福利基準，惟此二種標準皆係源於加拿大競爭法案例，因實務鮮有採用且實際執行困難，故於此捨棄不論。

合不僅不會引發價格上漲，反而因其規模經濟等效率性，帶動價格的下滑，連動使得原有市場競爭者，亦不得不配合調降價格，充分展現結合之優點。(2)之消費者剩餘或消費者福利基準，係指於前述模型中，倘若結合會導致消費者剩餘的減少，則不當同意其結合。此際，除價格變化外，產品品質的提升、消費者選項的增加、創新等因素，亦會一併考慮於消費者剩餘的檢討要素中。若該等產品品質提升等利益，得以補償消費者因價格上揚所蒙受之不利益，亦非不可同意其結合。

最後的(3)總剩餘或總福利基準，為經濟學者所主張並擁護之效率性<sup>30</sup>。渠等認為競爭法主管機關不應涉入財富重分配問題，只要因結合所增加之效率獲益大於絕對損失，縱使消費者剩餘或福利因此減少，亦應肯定其結合的合法性。一般亦有稱此基準為 Kaldor-Hicks 效率或假設性補償原理者。申言之，縱令消費者剩餘或福利減少，但若所增加的生產者剩餘或福利，於補償消費者損失後，仍有剩餘，則因消費者已被充分補償而不會反對此一結合，故應容許結合之續行。與上開(2)消費者剩餘或福利基準之不同，(3)之基準並不要求必須確實有補償情事，只要假設有補償時會產生上開結果，即可；相對於此，(2)的消費者剩餘或福利基準要求必須確實對消費者提供補償，令其不會因此結合而受到損害<sup>31</sup>。

### (三) 公平交易委員會實務運作關於「整體經濟利益」與「經濟效率」之解釋

對照於上述 3 種判斷基準，直觀之下，公平法第 13 條第 1 項「整體經濟利益大於限制競爭之不利益」的實體規範要件，應可歸類於前述(3)總剩餘或總福利基準中，不僅立法理由有趨近於此之說明，法院判決亦認同此一主張。然而，公平會實務運作上，似乎不作此圖，而有趨近於(2)消費者剩餘或消費者福利基準之解釋。依據公平會頒布之「公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則」（以下稱「結合處理原則」）第 13 點第 1 項規定，申報事業得主張下列整體經濟利益考量因素：(1)經濟效率；(2)消費者利益；(3)參與結合事業原處於交易弱勢之一方；(4)參與結合事業之一

<sup>30</sup> 張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏，經濟學－理論與實際（上冊），6 版修訂，翰蘆圖書出版公司，227（2012），對此有簡明的敘述：「消費者剩餘與生產者剩餘合計，稱為總剩餘（total surplus）或經濟福祉（economic well-being）。當社會的經濟福祉最大時，就達到『經濟效率』」。

<sup>31</sup> See Herbert Hovenkamp, *supra* note 28, 12.

屬於垂危事業；(5)其他有關整體經濟利益之具體成效。其中，(3)、(4)所描述之事業，原本即難謂有充分的獨立性或即將喪失其競爭效能，縱令同意渠等與他事業結合，亦當不會因此發生限制競爭的疑慮，故將其列為整體經濟利益考量因素，不無疑問<sup>32</sup>。(5)之整體經濟利益的具體成效，所謂為何，難能理解。蓋結合規範屬於一種事前管制，若此則於申報前、甚至審查過程中，事業間因尚未結合，何來發生具體成效？或許，較為妥適之遣詞用字當是，其他類似結合案件於過去曾經實際產生之整體經濟利益成效<sup>33</sup>。

不論如何，就結合處理原則第 13 點第 1 項第 1 款之「經濟效率」而言，同點第 2 項要求此「經濟效率」必須符合(1)「可被證明在短期內實現」；(2)「無法透過結合以外之方法達成」；以及(3)「可反映至消費者利益」等 3 款條件，其內容大致與美國及歐盟之相關規定相同<sup>34</sup>。然而，(1)「可被證明在短期內實現」之條件，似乎著重於短期變動成本的減少，對於藉由研發等創新得以於長期享受固定成本減少等情事，難能有效納入於其效率考量中。惟於此當然並不排除，此類長期固定成本的減少，可以成為前述(5)「其他有關整體經濟利益之具體成效」的考量對象。實則，(1)之短期內實現之條件，其規範意義當是在於確保短期內消費者利益不會因系爭結合而受到損害，如同美國 2010 年水平結合指針§10 中，有關於此之敘述：「當事業結合足以產生在任何相關市場都不致於帶來限制競爭效果的性質及程度之可認知的效率性時，主管機關將不會對該當結合提起異議。為作出此一必要決定，主管機關將會考量該當可認知的效率性是否足以補償相關市場之消費者可能蒙受的潛在受害，例如

<sup>32</sup> 例如，於歐盟結合管制規則及其主管機關的實務運作中，垂危事業因被認為與重大阻礙有效競爭間不存在因果關係，故其本身即不成為限制競爭的考量因素。Richard Whish & David Bailey, *supra* note 8, 910.

<sup>33</sup> 美國 2010 年水平結合指針於§10 中，即有如下敘述：「過去曾經確實發生過的類似情事之效率主張，最有可能被主管機關所接受。」(efficiency claims substantiated by analogous past experience are those most likely to be credited.)

<sup>34</sup> 美國 2010 年水平結合指針§10 中，認為效率性必須符合(1)cognizable efficiencies；(2)merger-specific efficiencies 及(3)passed through to customers 等三項要件。同樣地，歐盟水平結合指針(Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings) para. 78 亦有非常類似的闡述：「若欲令主執委會於其結合評估過程中將效率性主張納入考量，並進而作出結論認定因該當效率性的存在，而不存在任何理由得以宣告系爭結合與共同市場不相容，則該當效率性必須有利於消費者、因該結合而生且可被驗證的。此等條件必須全數滿足方可。」(For the Commission to take account of efficiency claims in its assessment of the merger and be in a position to reach the conclusion that as a consequence of efficiencies, there are no grounds for declaring the merger to be incompatible with the common market, the efficiencies have to benefit consumers, be merger-specific and be verifiable. These conditions are cumulative. (底線為作者所增加))

抑制市場之價格上漲（底線為作者所增加）」<sup>35</sup>。申言之，系爭結合必須於短期內發揮其抑制價格上漲等危害消費者利益的具體成效。

其次，(3)「可反映至消費者利益」之條件，要求必須確保因效率增進所獲利益，確實回饋給消費者，不得以假設其可能會回饋給消費者為已足。美國 2010 年水平結合指針§10 對此條件，敘述如下：「若欲主管機關作出結論認定系爭結合於相關市場並不會有任何限制競爭效果，則當該結合潛在的限制競爭效果愈大時，其可認知的效率性也必須愈多，分配給消費者的利益也必須愈多（底線為作者所增加）」<sup>36</sup>。易言之，此一條件確保消費者會確實獲得補償，而不會因系爭結合受到任何損害。

最後，(2)之「無法透過結合以外之方法達成」條件，亦顯示出效率性達成必須與消費者利益間，存在密切關連。蓋倘若效率性的達成可以藉由造成市場結構集中化以外之方式為之，則禁止其結合，不僅可維持市場結構不變，連帶使其因此所產出的價格與數量亦應維持不變，消費者亦不會因此蒙受損失，但卻可同時享受利用結合以外手段所實現的效率性利益。此一條件，其根本理念，亦在於消費者福利的維護與確保。

由上可知，結合處理原則第 13 點第 2 項規定之「可被證明在短期內實現」、「無法透過結合以外之方法達成」及「可反映至消費者利益」等 3 款條件，在在皆清楚表明，結合處理原則有關經濟效率的判斷標準，係採消費者剩餘基準，而非總剩餘基準。蓋其不僅要求消費者所受損失必須於短期內被補償，且必須確實被補償，方容許將效率性納為考量要素。若此，則就「經濟效率」要素而言，其與現行法院判決或行政部門「產業國家隊」等針對「整體經濟利益」所採取的總剩餘基準，實已格格不入。更何況，倘若吾人對於結合處理原則第 13 點第 1 項第 2 款之「消費者利益」，將之與競爭法規範目的產生關連，而解釋為消費者享有「不得減少產量，提高價格」之利益，則「消費者利益」要素更可能是該當於前述最嚴格判斷標準之價格基準，任何可能導致產量減少、價格上升的結合，皆不得容許之。

<sup>35</sup> 該段落之英文原文為 “The Agencies will not challenge a merger if cognizable efficiencies are of a character and magnitude such that the merger is not likely to be anticompetitive in any relevant market. To make the requisite determination, the Agencies consider whether cognizable efficiencies likely would be sufficient to reverse the merger’s potential to harm customers in the relevant market, e.g., by preventing price increases in that market.”

<sup>36</sup> 該段落之英文原文為 “The greater the potential adverse competitive effect of a merger, the greater must be the cognizable efficiencies, and the more they must be passed through to customers, for the Agencies to conclude that the merger will not have an anticompetitive effect in the relevant market.”

若此，則如何解釋結合處理原則第 13 點中「經濟效率」的法律定位與性質。一般而言，「經濟效率」會因吾人採用何種社會福利判斷標準，而異其法律定位與性質。申言之，當吾人採取價格基準或消費者剩餘基準作為經濟效率的判斷標準時，由於該等基準堅持消費者利益不得因系爭結合蒙受損失，故而縱令因結合導致市場結構集中化而有限制競爭之虞，但結合所產生的效率性將可抗衡此等限制競爭效果，令結合後之產量不致減少、價格不致提升，市場依舊維持其競爭架構。此之所以前述美國 2010 年水平結合指針§10 於提及「可被證明在短期內實現」之條件時，要求「事業結合足以產生在任何相關市場都不致於帶來限制競爭效果的性質及程度之可認知的效率性（底線為作者所增加）」。<sup>37</sup>蓋只有經濟效率能於短期內被實現，其方能反制、抗衡因市場結構集中可能帶來的限制競爭效果，並維持市場結構之競爭性，確保消費者利益。

於此理解下，所謂的「經濟效率」，並非是確認系爭結合將帶來顯著的限制競爭效果，而以限制競爭以外之效率性效益作為抗辯或阻卻違法事由，反倒是內建於判斷是否發生顯著限制競爭效果之內在考量要素之一；當競爭法主管機關初步認定系爭結合有顯著限制競爭疑慮時，申報人得舉出反證，證明因結合所得實現的效率性將反制或抵銷主管機關所認知的限制競爭疑慮，市場競爭並不會因結合而遭受不當影響。歐盟水平結合評估指針<sup>37</sup>於判斷系爭結合是否該當於「重大阻礙有效競爭」之實體規範要件時，亦綜合考量(1)結合事業的市場占有率；(2)結合可能發生的限制競爭效果；(3)買方的抗衡力；(4)市場進入的可能性；(5)效率性；以及(6)垂危事業。易言之，不論是效率性、抑或是垂危事業，於歐盟結合規範中，皆非於認定存在「重大阻礙有效競爭」之效果後，將之當成限制競爭效果以外的判斷因素，以之作為抗辯或阻卻違法事由；而係將該等效率性、垂危事業等作為是否產生「重大阻礙有效競爭」的內在評估要素之一，一併與其他要素綜合考量，認定是否確實存在「重大阻礙有效競爭」之情事<sup>38</sup>。

相對於價格基準或消費者剩餘基準等判斷標準下，經濟效率的法律定位與性質是一種反證，作為認定顯著限制競爭效果是否可能存在的證據資料之一；在總剩餘

<sup>37</sup> Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2004/C 31/03).

<sup>38</sup> See, e.g., Richard Whish & David Bailey, *supra* note 8, 913, 921.



基準下，經濟效率的法律定位與性質，係屬於一種抗辯或阻卻違法事由<sup>39</sup>。申言之，總剩餘基準的核心概念在於縱使消費者剩餘因系爭結合而大幅減少並部分轉移至生產者，但只要因結合所生之經濟效率利益大於絕對損失，則應容許該當結合續行。若此，則縱令相關市場因系爭結合確實發生顯著限制競爭情事，但只要因結合所產生之規模經濟等效率性利益超過限制競爭的不利益，則仍應放行該當結合申報案。於此，經濟效率與限制競爭效果，分屬不同層面，結合事業可藉由與系爭相關市場競爭無關之其他事由，甚或其他相關市場可能獲得之利益，正當化有發生限制競爭效果之虞的結合，並以經濟效率作為其違法阻卻事由。

#### （四）未來改革方向及內容

從以上敘述可知，公平會結合處理原則借鏡美國、歐盟等國（區域）競爭法主管機關結合規範之法律執行經驗，要求申報人於提出經濟效率主張時，應證明其符合「可被證明在短期內實現」、「無法透過結合以外之方法達成」及「可反映至消費者利益」等 3 款條件，以確保消費者利益不會因系爭結合蒙受損失。公平會此舉立意本屬良善，且就其藉此所預期之效果而言，亦屬適當；惟就法理及公平法第 13 條第 1 項實體規範要件之規範邏輯而言，難能謂為妥適。蓋美、歐等國（區域）結合規範關於經濟效率的適用邏輯，乃是基於消費者剩餘基準之理念，將經濟效率作為是否足以抗衡或抵銷限制競爭效果之內在判斷要素，經濟效率於此的法律定位與性質，屬於一種事實認定過程中的反證；相對於此，我國公平法第 13 條第 1 項之實體規範要件，並非要求系爭結合的限制競爭效果與促進競爭效果二者間之利益衡量，而係要求執法機關必須在限制競爭效果與其以外之整體經濟利益二者間，進行利益比較衡量，於確認系爭結合確實存在顯著限制競爭效果後，再檢討其結合可能獲得之整體經濟利益是否大於限制競爭的不利益。此際，經濟效率被列為整體經濟利益考量要素之一，成為一種違法性的抗辯或阻卻違法事由。

顯然地，不問法律規範內容及邏輯是否相同，一味引進外國法制作法，又是一齣橘越淮成枳的警世劇。毋庸贅言，發生如此張冠李戴、馮京馬涼之癥結，在於我國結合管制實體規範要件「整體經濟利益大於限制競爭之不利益」的特殊性，當外

<sup>39</sup> 有關經濟效率在不同判斷標準下之法律定位及性質的詳細分析，參照川濱昇、武田邦宣，「企業結合規制における効率性の位置づけ」，[RIETI Discussion Paper Series 11-J-022](#)（2011）。

國競爭法結合管制大多以「實質限制競爭之虞」、「重大阻礙有效競爭」等對市場競爭效果本身作為其實體規範要件內容時，我國公平法卻於市場競爭效果外，尚來一筆「整體經濟利益」，並要求主管機關對二者利益進行比較衡量，以作出是否介入、禁止系爭結合案之決定。結果導致，非關競爭因素或系爭相關市場以外所得經濟利益等，亦可視為「整體經濟利益」的一部分，令系爭相關市場競爭及其消費者利益，受到無情的傷害，但卻無法保證該等受害的消費者會因此確實獲得充分補償。

展望未來，可資改善的作為有二。首先，於結合管制實體規範要件上，維持現行「整體經濟利益大於限制競爭之不利益」之作法，但應徹底回歸總剩餘基準的判斷方式，從而應刪除結合處理原則第 13 點第 1 項第 2 款「消費者利益」、第 3 款「參與結合事業原處於交易弱勢之一方」、第 4 款「垂危事業」等明顯屬於消費者剩餘基準之考量要素；若欲留存第 1 款「經濟效率」考量因素，則必須刪除同點第 2 項屬於消費者剩餘基準之經濟效率主張的限制條件，令與限制競爭效果或系爭相關市場無關的經濟效率類型，亦可成為該款「經濟效率」所承認之經濟利益。

其次，較為徹底且屬妥適的改革方案，當是修正現行「整體經濟利益大於限制競爭之不利益」之實體規範要件，回歸其他國家競爭法結合管制常態的「實質限制競爭之虞」、「重大阻礙有效競爭」等內涵，進而採行消費者剩餘基準為其判斷標準。於此情形下，現行結合處理原則第 13 點第 1 項第 1 款至第 4 款，將可一同併入同原則第 9 點之「限制競爭效果考量因素」，綜合原有的單方效果、共同效果、參進程度、抗衡力量等，一起成為系爭結合是否該當「實質限制競爭之虞」或「重大阻礙有效競爭」之實體規範要件的判斷要素。從結合處理原則將公平法第 13 條第 1 項之「限制競爭」，於無任何說明下直接解釋為「顯著限制競爭」<sup>40</sup>一事來看，公平會似有意將其實體規範要件朝向美、歐規範模式之作法，惟若未能徹底釐清「整體經濟利益」實際上乃是排拒消費者剩餘基準而接受總剩餘基準之問題，則其「體制內」改革，充其量僅能說是治絲益棼。

<sup>40</sup> 雖然，公平法第 13 條第 1 項實體規範要件中之競爭要素用語僅為「限制競爭」，惟結合處理原則僅於發生「顯著限制競爭」疑慮時，方進入與整體經濟利益之比較衡量。例如，該原則第 10 點本文如此規定：「一般作業程序之水平結合申報案件有下列情形之一者，本會原則上認為有顯著限制競爭疑慮，應進一步衡量整體經濟利益」；第 13 點第 1 項本文則謂：「具有顯著限制競爭疑慮之結合申報案件，申報事業得提出下列整體經濟利益考量因素供本會審酌」。

## 四、條件與負擔之附加

在外國競爭法其結合管制之實體規範要件僅以市場競爭效果為考量對象的規範方式下，就結合申報案所為條件或負擔之附加，即以如何維持競爭性市場結構或避免引發限制競爭行為為原則；惟我國現行公平法實體規範要件既然為「整體經濟利益大於限制競爭之不利益」，則為確保此一實體規範要件的落實，公平會所得附加之條件或負擔，理當不僅侷限於排除限制競爭效果，尚可思考如何增進整體經濟利益之各種措施，使得其條件或負擔可能是完全無涉（相關）市場競爭結構或效果之措施。此種過度寬鬆的規範方式，可能帶來主管機關裁量的濫用，其問題之解決，涉及實體規範要件未來改革問題，應併同該要件之修正，一併思考。當然，於實際法律執行過程中，公平會所為附加條件或負擔之具體措施，幾乎全係針對（相關）市場競爭結構或效果的改善問題，而未以無涉（相關）市場競爭結構或效果以外之措施，作為其所附加條件或負擔的內容。

現行公平會實務運作比較可能發生問題者，厥為應於何種情況下、課加何種內涵的條件或負擔。依照一般競爭法規範原理，理當只有在確認相關市場結構或競爭將因系爭結合遭受不當影響後，但卻鑑於系爭結合於經濟效率等因素上可帶來重大利益時，方以附加條件或措施為前提同意其結合。在公平會公結字第 097005 號決定書中，可窺見類似主張，謂：「結合管制之目的係為防範事業透過結合而對競爭造成實質減損之情形，而為達成前述結合管制目的所採取的『結合補救措施』（merger remedies），必須能夠有效的『恢復競爭』（restore competition），而非對於結合後進行價格、數量管制或介入事業內部經營。」然而，聽其言、觀其行，公平會於實務運作中，並未經常依照其上開認知而為，從而於公結字第 102003 號決定書中，明明已經確定系爭結合「難謂有產生封鎖效果之可能性」、「本結合案對於技術升級確有其正面效益，故對國內整體經濟效益亦應屬正面」，而完全符合「整體經濟利益大於限制競爭之不利益」之實體規範要件，但仍於所謂「進一步消弭可能產生的限制競爭不利益」的認知下，附加 5 款已於現行公平法第 20 條各款規定皆可找出之負擔措施<sup>41</sup>。同樣地，在公結字第 100002 號決定書中，於已經明白作出系爭結合「尚無限制

<sup>41</sup> 此等負擔包括：(1)參與結合事業不得以損害特定事業為目的，對該特定事業斷絕供給、購買或其他交易行為；(2)參與結合事業均不得正當限制交易相對人與其獨家交易；(3)參與結合事業不得正當限制交易相對人與其他非參與結合事業交易之選擇自由；(4)參與結合事業無正當理由，

競爭效果」之認定後，復又於擔憂「申報人有利用專利聯盟進行限制競爭行為」的認知下，附加 5 款在公平法上已經被視為違法之負擔措施<sup>42</sup>。

當公平會自認「『結合補救措施』，必須能夠有效的『恢復競爭』」時，若市場競爭本身並未受到破壞，又如何「恢復」。且觀諸公平會所為負擔措施之內容，幾乎全數為行為措施，而非結構措施，行為措施的特色，在於必須持續監控結合後事業之行為，以確保其是否確實遵守<sup>43</sup>，但公平會是否有足夠人力可以擔負此種監控任務？更何況，在現行公平法相關規定皆可有效規範該等負擔措施所欲針對之行為時，是否仍有疊床架屋附加負擔之必要，不無疑問；特別是，各該負擔措施中經常出現「不正當」、「無正當理由」等不確定法律概念，從而縱令形式上違反負擔措施之要求，亦必須重新基於公平法規範理念與目的，檢討其「不正當」、「無正當理由」是否屬公平法規範對象的「不正當」或「無正當理由」。於此，附加此類負擔之意義，更加貧乏。

公平會實不能抱持著有附加條件或負擔措施方是積極任事的心態，亦不能以數大就是美，與國家通訊傳播委員會等其他行政機關較量，看看誰附加的條件或負擔措施多<sup>44</sup>。條件或負擔措施附加之前提，在於回復因結合可能發生的限制市場競爭結構或效果，無此負面結構或效果存在，硬加以負擔措施的結果，若非產生公平會自身所否定之「對於結合後進行價格、數量管制或介入事業內部經營」結果，就是畫蛇添足或多此一舉，徒增公平會事後監控成本或不必要重述公平法相關規定已然規範之內容。展望未來，公平會於思考結合管制「整體經濟利益大於限制競爭之不利益」實體規範要件改革的同時，對於條件或負擔的附加應如何配合其改革內涵，方能發揮此等條件或負擔措施的最大效益，亦當有重為省思之必要。其改革至少應再

---

不得拒絕供應商品予其水平競爭之非參與結合事業；(5)參與結合事業無正當理由不得對非參與結合事業之交易相對人給予交易、維修、技術支援及零件更換等差別待遇。

<sup>42</sup> 本號同意書附加之負擔，共有 6 款，但第 6 款縱使不以附加負擔方式，亦可為之。該等負擔內容如下：(1)申報人不得針對藍光產品有價格或產量之限制協議、交換重要交易資訊之行為；(2)申報人及 One-Blue,LLC 不得限制被授權人技術使用範圍、交易對象及產品價格；(3)申報人及 One-Blue,LLC 不得限制被授權人爭執經授權之專利之必要性及有效性；(4)申報人及 One-Blue,LLC 不得限制被授權人於授權期間或期滿後研發、製造、使用、銷售競爭商品或採用競爭技術；(5)申報人及 One-Blue,LLC 不得拒絕提供被授權人有關授權專利之內容、範圍或專利有效期限等；(6)申報人於專利聯盟合約簽訂後，提供本會審閱。

<sup>43</sup> 參照村上政博、栗田誠、矢吹公敏、向宣明編，独占禁止法の手續と実務，初版，中央經濟社，372-373（2015）。

<sup>44</sup> 參照石世豪，「目的事業參與結合之多重管制問題及其制度改革新芻議—以通訊傳播領域為例—」，公平交易季刊，第 25 卷第 2 期，58-67（2017）所舉之事例。

確認下列三項情事：(1)應以存在顯著限制競爭疑慮為前提，方作出附加條件或負擔的決定；(2)應以結構措施為原則，行為措施為例外，並避免重複公平法已經明顯禁止之行為規定為負擔措施內容；(3)條件或負擔的內容強度、期間應符合比例原則及最少侵害營業自由要件，並容許結合事業於條件或負擔因事後情事變更或發展已屬不適當時，得申請終止或變更。

## 五、結論

法制繼受是一項非常困難的作業，必須充分釐清外國相關法制發生之歷史脈絡、社會經濟背景、整體法制規範架構、邏輯與理念、與其他法律規範間之互動關係等，方能正確理解繼受自外國的特定法規範，對照我國社會經濟背景等因素後，應有的法律解釋及適用之道。本文所討論公平法現行結合管制可能蘊藏的三項問題點與盲點之結合定義與類型中的「控制」概念、經濟效率主張及附加負擔措施等，在在皆係繼受自外國法制。然而，卻因為繼受過程中未能針對各該概念、主張與措施於外國法制中的規範定位、立法目的及具體實務運作方式，有充分理解，導致繼受結果似是而非，形成又是一種橘越淮成枳的負面教材。當然，就筆者而言，所欲主張者並非全面將外國法制原封不動搬至國內即可，但至少不應當只是看到其法制規範結果而不問其發展過程、立法背景、法體系整體規範邏輯的法制繼受方式。特別是，在我國經濟發展愈來愈國際化、企業跨國結合情事頻繁發生的今日，以此種似是而非的規定內容管制國際結合案件，稍不謹慎勢將引發外國企業不滿及反彈，甚而導致對我國競爭法制的不信任，對於積極認事、亟欲成為國際競爭機構網絡一員的我國公平會而言，此種結果當非其所樂見。如何重新省思，進而合理化、國際化我國公平法結合管制之架構與內涵，實是公平會刻不容緩的任務。



## 參考文獻

### 中文部分

- 公平交易委員會，認識公平交易法，增訂第 16 版，公平交易委員會（2015）。
- 石世豪，「目的事業參與結合之多重管制問題及其制度革新芻議－以通訊傳播領域為例－」，公平交易季刊，第 25 卷第 2 期（2017）。
- 吳秀明，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司（2004）。
- 吳秀明，競爭法研究，初版，元照出版公司（2010）。
- 張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏，經濟學－理論與實際（上冊），6 版修訂，翰蘆圖書出版公司（2012）。
- 廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（一）第一條至第十七條，公平交易委員會 92 年度合作研究報告（2003）。
- 顏雅倫，臺灣金融產業的競爭政策－以競爭法的觀點出發，初版，元照出版公司（2014）。

### 外文部分

- Gifford, Daniel J. & Kudrle, Robert T., "Rhetoric and Reality in the Merger Standards of the United States, Canada, and the European Union," 72(2) Antitrust Law Journal (2005).
- Whish, Richard & Bailey, David, Competition Law, 8th ed., Oxford University Press (2015).
- Williamson, Oliver E., "Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs," 58(1) The American Economic Review (1968) .
- Williamson, Oliver E., "Economies as an Antitrust Defense: Correction and Reply," 58(5) The American Economic Review (1968).
- Williamson, Oliver E., "Economies as Antitrust Defense: Reply," 59(5) The American Economic Review (1969).
- Williamson, Oliver E., "Economies as an Antitrust Defense Revisited," 125(4) University of Pennsylvania Law Review (1977).

川濱昇、武田邦宣，「企業結合規制における効率性の位置づけ」，RIETI Discussion Paper Series 11-J-022（2011）。

村上政博、栗田誠、矢吹公敏、向宣明編，独占禁止法の手続と実務，初版，中央経済社（2015）。

**Questioning the Reasonableness of the Merger Regulation in Taiwan's Fair Trade Act:  
With a Focus on the Merger Categories and Substantive Elements**

Huang, Ming-Jye\*

**Abstract**

Many of the paragraphs of the merger regulation in Taiwan's Fair Trade Act were introduced to the Act with reference to their counterparts in foreign competition laws. However, the similarities between them are sometimes in the wording, and not in the spirit and effects of those paragraphs. By adopting a comparative law methodology, this article explores the problems arising from the interpretations and applications of some important stipulations of the merger regulation in Taiwan's Fair Trade Act, including the definition of "control" in defining the categories which should be subjected to the merger regulation, "efficiency" claims or the defense of a merger prohibition and corrective remedies which are necessary to counterbalance or prevent possible anti-competitive effects. This article concludes by emphasizing that some of the paragraphs should be revised as soon as possible as Taiwan's competition authority aspires to play a leading role in the world economy and global competition network.

**Keywords:** Fair Trade Act, Corrective Remedies, Control, Efficiency Claims, Merger Regulation.