《公平交易季刊》
第 28 卷第 1 期（109/1），頁 1-38
◎公平交易委員會

我國法院判決對「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」要件之認知及其發展趨勢研析

黃銘傑*

摘要

本文分析 1999 年 1 月起至 2019 年 5 月止，我國法院針對公平法第 14 條第 1 項「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」構成要件之判決理由，發現於絕大多數判決中，法院判決皆肯認公平會關於該構成要件之事實認定。惟本文亦同時發現，法院判決就該項構成要件之解釋與適用，不僅時而出現前後判決說理、認定相互矛盾之情形，亦經常對於系爭聯合行為類型、對市場效果癥結所在，存有重大的認知錯誤。於此認識下，本文首先針對足以影響市場供需功能要件之規範意涵及功能加以說明，進而從相關市場界定、市場占有率、市場（支配）力三者間的關係，探討法院判決對於該項構成要件之認定方式及利用所謂「質」、「量」標準分析之判決發展趨勢、以及該種分析手法於我國判決運用中所蘊藏的重大問題點。之後，再就法院判決中出現的「垂直競爭」概念，探究於聯合行為規範中，該當概念存在的合理性及問題點。基於上開分析，本文提出未來足以影響市場供需功能要件應有的解釋、適用方式，提供公平會及法院未來有關該當構成要件解釋及適用之參酌。

投稿日期：108 年 11 月 2 日　　審查通過日期：108 年 12 月 24 日

* 臺灣大學法律學院特聘教授。本文係筆者參與公平交易委員會 108 年度委託研究計畫「公平交易法國內重要案例之評析－以聯合行為為例」（計畫主持人：廖義男）之執行過程中所得之研究成果，初稿並曾發表於 2019 年 10 月 19 日台灣公平交易法學會主辦之「台灣公平交易法學會 108 年度聯合行為裁判實務與規範之發展趨勢學術研討會」。於計畫執行過程及研討會中，承蒙計畫參與人員及評論人等之啟發，對於本文完成有諸多助益，於此不再一一列名；不論如何，本文中所表達之見解，一切文責，筆者自負。

關鍵詞：公平交易法、市場力、市場占有率、相關市場、當然違法、以限制競爭為目的之協議、垂直競爭、集體杯葛

一、前言

公平交易法（下稱公平法）第 14 條第 1 項規定：「本法所稱聯合行為，指具競爭關係之同一產銷階段事業，以契約、協議或其他方式之合意，共同決定商品或服務之價格、數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區或其他相互約束事業活動之行為，而足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者。」向來，有關聯合行為規範議題之爭議，多集中於其合意要件之解釋、認定及相關證據法則等問題，鮮就其「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」（以下對此要件僅稱之「足以影響市場供需功能」）之對市場效果要件，從事深入的探討。或因此故，公平交易委員會（下稱公平會）自其成立伊始，就一直存在所謂「一條街上 2 家豆漿店共同訂定統一價格之行為，因為並不足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能，尚不構成公平交易法所稱之聯合行為」的迷思[1]。完全沒有慮及在不同的相關市場情境下，一條街上、甚至是一個鎮上的 2 家豆漿店，對於市場競爭、供需功能可能產生截然不同的影響及效果。例如，當在特定偏遠旅遊地區內，其早餐相關市場中僅有該唯二的 2 家豆漿店存在時，渠等之價格聯合行為真的不會對市場競爭、供需功能帶來不利影響嗎？答案當然是，鐵定會發生不利影響。問題在於，公平會是否必須動用其稀少的人力、物力資源調查處分該 2 家豆漿店，抑或應由受害的消費者或其他利害關係人藉由民事訴訟等之提出，制止其傷害市場競爭、供需功能的聯合行為。

或許是因為對該當對市場效果要件規範意涵未能有充分、正確的認識，或是對於該當要件於聯合行為違法性認定中所佔地位、規範功能的輕視，甚或是鑑於該當要件分析涉及高度的經濟分析領域而非法院專業，從而我國法院判決於有關該當要件的解釋上，鮮少對於公平會處分理由相關說理，加以質疑，而可謂是幾乎全盤接受公平會針對該當對市場效果要件的說詞，甚至於本文可取得之最近一次曾對該當對市場效果要件有所闡明的判決中，法院甚至直接主張「對於事業之商業活動，就是否『足以影響商品交易市場功能』之聯合行為，公平交易法係以不確定法律概念

[1] 公平交易委員會，認識公平交易法，16 版，公平交易委員會，115（2015）。惟須注意者，自該書 2017 年 8 月刊行之增訂第 17 版後，該段敘述文字不再存在，而係替之以該會 105 年 3 月 1 日公法字第 10515600941 號令「聯合行為微小不罰之認定標準」的敘述；2019 年 6 月發行之增訂第 18 版，從之。若此，則似乎公平會對於該 2 家豆漿店的立場並未產生變化，而是認為二家事業因「微小」而不罰。是否如此，或有待公平會澄清。

予以規範，原則上應尊重主管機關相當程度之判斷餘地」[2]，而放棄對於公平會法律適用合法性之司法審查權限[3]。

結果所導致者，就是歷來法院判決就足以影響市場供需功能要件之解釋、適用，不僅前後判決說理、認定經常發生相互矛盾之情形，亦經常對於系爭聯合行為類型、對市場效果癥結所在，出現相當重大的認知錯誤，說是指鹿為馬，亦不為過。比較法上，是否將類似於我國公平法足以影響市場功能明文規定為聯合行為構成要件，各國競爭法容有不同作為，有不將其明文規定為構成要件，而係藉由法院判決對其應有內涵逐次加以闡明，以配合競爭概念日新月異、持續不斷的動態發展之特性。惟既然我國公平法並不採取此種規範模式，而是將對市場效果要件明文規定為聯合行為違反的構成要件，則不論是公平會處分、抑或是法院判決，實有必要徹底釐清該當要件之正確意涵、規範功能、要件該當判斷方式等，方能避免濫傷無辜、縱放惡意者、甚或前後判決自我矛盾、自打嘴巴之不當。

基於以上認知，本文蒐集、分析 1999 年 1 月起至 2019 年 5 月止，我國法院針對足以影響市場功能要件，曾將之加以判斷、說理之聯合行為案件判決，從中探尋法院判決有關此一要件的解釋、適用之重大爭點，並予以分門別類後，就其判斷方式、論述邏輯可能發生違誤之處，加以指摘，申論筆者認為未來該當對市場效果要件應有的解釋、適用之道，提供公平會及法院未來法律解釋、適用之參酌。以下第二節，首先針對足以影響市場供需功能要件之規範意涵及功能加以說明；第三節則從相關市場界定、市場占有率（下稱市占率）、市場（支配）力三者間的關係，探討法院判決對於足以影響市場功能之認定方式，及利用所謂「質」、「量」標準分析之判決發展趨勢、以及該當分析方式於我國判決運用中所蘊藏的重大問題點；第四節討論，究竟於聯合行為規範及違法認定中，是否有所謂「垂直競爭」概念存在的空間；第五節則分析於聯合行為規範對象中，其行為性質趨近於集體獨占力對外濫用的規範類型之集體杯葛行為，探討我國法院判決如何處理該類聯合行為；最後的第六節，則就本文整理敘述，做一總結。

---

[2] 參照臺北高等行政法院 106 年度簡上字第 21 號判決。

[3] 鑑於歐洲競爭法針對違反其競爭法規範之行為，採取以全球營業額 10%為上限之營業額連動型罰鍰，其性質已接近於對法人的刑事罰，從而歐洲法院最近對於此類反競爭行為處分的審查，逐漸朝向所謂「完全審查」（Full Review）之司法審查模式。*See generally*, Pál Szilágyi, *Fundamental Rights Protection and Competition Law in the European Union: An Effects Based Protection and A Need for Reform?*, Independently published (2017).

二、「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」要件之規範意涵及功能

毋庸贅言，於市場競爭機制正常運作下，各個參與市場競爭之事業，皆應依照市場供需原理、依照市場機制所形成之價格，供給商品或提供服務從事交易，各該競爭事業應僅能是市場機制運作結果之價格接受者（price taker），而不當是價格製造或控制者（price maker）。倘若事業不受市場競爭（其他競爭事業）之制衡或牽制，而得自由、任意決定價格水平，則已表徵出系爭市場競爭機制、供需功能因該價格控制者的存在，遭受破壞而無法正常運作，市場競爭因而受到實質限制。有鑑於此，日本東京高等法院早於 1951 年「東寶・スバル」聯合行為一案判決中，就此種競爭受到實質限制的情狀，如是說明：所謂實質限制競爭，係指「競爭本身減少而特定事業或事業團體得依其意思，於某種程度上自由左右價格、品質、數量及其他各種條件，並藉此而發生得以支配市場之狀態，或至少已達到可能發生該當狀態之程度。」[4]當此種得以自由左右價格等競爭要素之市場支配狀態發生時，一般即稱之「市場支配力」的存在。

與上述日本法院判決類似的說明，亦可見於歐洲法院關於其市場支配地位（market dominance）或實質市場力（substantial market power）的說明[5]，歐盟執委會於直接引述歐洲法院判決見解後，再予以更詳細的闡明，謂：「於歐洲共同體法中，市場支配地位被定義為事業所擁有之經濟力量的地位，事業藉由該地位而達阻礙相關市場上的有效競爭，並得於重大程度上獨立於其競爭者、顧客及消費者而自由行動。此種得獨立自由行動之概念，與系爭事業所受競爭制衡的程度息息相關，當該競爭制衡未能充分有效運作，從而系爭事業於相當期間內享有實質市場力時，市場支配地位於焉發生。亦即，系爭事業之決定將大部分不受其競爭者、顧客及最終消費者之行動及反應的拘束[6]。」

---

[4] 東京高等法院昭和 26 年 9 月 9 日、昭和 25 年（行ナ）第 21 號判決；高等裁判所民事判例集，第 4 卷第 14 號，497（1951）。

[5] Case 85/76 Hoffmann-La Roche & Co AG v Commission, [1979] ECR 461, para. 38; Case 2/76 United Brands v. EC Commission [1978] ECR 207, para. 65.

[6] See Communication from the Commission, Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (OJ C 45, 24.2.2009, p. 7-20), paras 10. 其原文如下：「Dominance has been defined under Community law

由上可知，市場力或市場支配力所意涵者，乃是事業竟然可以於市場競爭中不受競爭對手、交易相對人等的制衡或牽制（competitive constraints），而得自由、獨立地自行決定價格、數量等各種競爭要素。於此情況下，市場機制已經無法發揮其篩選、淘汰功能，藉由事業間競爭以調節市場商品、服務供需功能之作用，亦因此受到嚴重破壞，當此種市場支配狀態或市場力的產生，係由事業藉由不當競爭行為所造成時，競爭法規範即有介入、禁制之必要，以回復市場競爭機制原有的供需調節功能。因此，公平法第 14 條第 1 項「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」之要件，其規範意涵即在於辨識、確認系爭聯合行為，是否有形成或強化該種市場力或市場支配狀態之可能性，若有則應即啟動公平法的規範權限，管制、禁止此種市場力或市場支配狀態的發生或繼續存在，回復市場競爭原有供需調節功能。

反面言之，之所以要求此一對市場效果要件，係鑑於倘若無此市場力形成、維持或強化的可能性，縱令事業間存在聯合行為合意，其聯合行為企圖亦將無法成功，公平會亦無須勞師動眾介入、加以管制。美國反托拉斯法巨擘 Phillip E. Areeda 及 Herbert Hovenkamp 二位教授，就此有如下精闢闡明：「除非其參與成員整體擁有可以藉由減少產量而將價格提高至成本之上之高度市場力量，否則其限制競爭行為將無法成功，此一市場力量要件同時適用於排他型及共謀型的限制競爭行為[7]。」由此可知，任何限制競爭行為，不論是聯合行為、抑或是單方獨占力的濫用行為，皆以

---

as a position of economic strength enjoyed by an undertaking, which enables it to prevent effective competition being maintained on a relevant market, by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of consumers. This notion of independence is related to the degree of competitive constraint exerted on the undertaking in question. Dominance entails that these competitive constraints are not sufficiently effective and hence that the undertaking in question enjoys substantial market power over a period of time. This means that the undertaking's decisions are largely insensitive to the actions and reactions of competitors, customers and, ultimately, consumers.」

[7] Cited from Herbert Hovenkamp, “Intellectual Property and Competition,” in: Ben Depoorter & Peter S. Menell (eds.), *Research Handbook on the Economics of Intellectual Property Law (Vol. I – Theory)*, Edward Elgar Publishing, 241 (2017). 該段落敘述之原文如下：「No anticompetitive practice can succeed unless its participants have significant market power, which is the power profitably to raise prices above cost by reducing output. This requirement applies both to anticompetitive exclusion and anticompetitive collusion.」

實施事業或事業群擁有實質的市場力為前提，否則其限制競爭行為將無由成功，主管機關亦毋須介入、管制該等行為之實施。

實則，在有關該當要件之規範意涵與功能上，我國法院亦曾出現過與日本、歐洲法院類似的見解，在臺北地方法院中部砂石業者聯合行為一案判決中，判決理由對於足以影響市場供需功能要件之意涵，曾有如下說明：「吾人之所以懼怕聯合行為，乃係因此聯合參與事業將擁有不受市場制衡、控制之力量存在，即一般所稱之市場支配力，而事業之所以組成聯合行為，乃係深知渠等將因此擁有此類市場支配力，聯合行為規範之重心，在於防制此一市場支配力之發生。故只要上述市場支配力存在，聯合行為規範即應介入、管制[8]。」只是，相當可惜地，該案判決理由其後並未受到上級審應有的重視；如同前述，該案判決之上級審以該當對市場效果要件係屬不確定法律概念，應尊重公平會之判斷餘地，而對於如何解釋、確認該要件的意義及存在與否等問題，予以迴避[9]。

不論如何，上述各國法院判決於討論足以影響市場供需功能或市場力要件時，在在皆強調事業得不受競爭壓力的制衡或牽制，而得自行自由、獨立、恣意決定價格、產量；反面言之，若存在有對此類競爭或競爭事業等的制衡、牽制力（competitive constraints），則系爭事業勢將喪失此種價格、產量等自由決定的力量。就此而言，所謂足以影響市場供需功能要件，實際上亦在於辨識、確認此種市場制衡、牽制力量的存在與否[10]。於市場上並不存在此種制衡、牽制力時，系爭聯合行為所結合成的事業群整體將擁有左右、操縱市場價格及產量之市場（支配）力，而足以影響市場供需功能，進而有必要予以管制、禁止。

三、「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」要件之認定

於確認我國公平法聯合行為規範足以影響市場供需功能要件，與其他國家競爭法所稱的市場力、市場支配力其實具有同樣規範意涵及功能的理解下，接下來必須探討者就在於如何確認此一市場力是否存在的問題。原本，市占率於我國法院早期

[8] 臺灣臺北地方法院 105 年度簡字第 127 號判決。

[9] 參照前揭註 2 及所註釋之本文說明。

[10] 參照白石忠志，獨占禁止法，3 版，有斐閣，70-82（2016）。

案件判決中，居於相當重要的主導地位；惟其後法院判決有認為是否該當於足以影響市場供需功能要件，除市占率外，尚應考量其他聯合行為參與家數、與不參與聯合行為事業家數之比例等因素；最後，似乎是從臺北高等行政法院 92 年度訴更一字第 118 號連心會一案判決開始，我國法院逐漸接受公平會仿效歐盟、德國競爭法，關於聯合行為對市場效果要件之「量的標準」與「質的標準」之分析方式，而於一連串判決中，闡述量與質的分析之內涵、適用方式，甚至同意公平會有關「微小不罰」之見解，建立起聯合行為的安全港，但同時又將此種安全港之法律性質，直接定位為成立市場力或可罰性之表徵，只要市占率超過此一「微小」標準，其聯合行為即可能該當於足以影響市場供需功能要件，渾然不知其間理論基礎、論理邏輯所存在的自我矛盾問題。

（一）市占率 v.市場力

當市場力被定義為「在一定期間可以維持價格於競爭價格之上，而減少數量至競爭數量以下，但依舊可有效獲利」的情況下，如何確認競爭價格、數量，其技術操作相當的困難，因此競爭法主管機關通常以系爭事業（群）的市占率，作為衡量市場力的替代選項。此外，因為市占率的計算，係以相關市場界定為前提，從而導致相關市場界定、市占率、市場力三者關係，環環相扣。就三者關係清楚加以闡述者，乃是詠健會建議售價案的第一審判決[11]，判決理由中，對於三者關係，如此說明：「如何確定事業行為是否足以影響市場功能，首先即涉及市場範圍之界定。聯合管制之基本概念，既在於事前防範事業因聯合而使其市場力量擴大，避免對該相關市場產生限制競爭之不利影響。而衡量事業聯合後所可能形成之市場力量，進而評估其對於市場競爭所可能產生之影響，當然為聯合行為是否須介入管制之重要門檻。至於市場力量之衡量，多以市場占有率作為分析之變數，而市場占有率又明顯受市場範圍寬窄影響，若界定過窄，將會使市場占有率之計算值偏高，而使市場力量的評估結果失之過高，反之，界定過寬，將會使市場占有率之計算值偏低，而使市場力量的評估結果失之過低，二者均無法真實反應聯合事業之市場力量。」

由上可知，市場界定的不正確將可能導致市占率計算失之過廣或過狹，影響對市場力的正確評價。因市場界定錯誤而導致法院認為其市占率過低，從而不該當足

[11] 臺北高等行政法院 98 年度訴字第 1735 號判決。

以影響市場供需功能之要件者，可先舉出台北縣鞋類同業公會決議案[12]及臺灣家具參展廠商協進會章程案[13]二案判決。前者案件中，同業公會理監事會議決議：「次級團體參加本會以外之展示會，則不歡迎該廠商報名參加本會鞋展。」、「與參展廠商另訂參展合約書，其內容增加載明，參加三家以上聯展之廠商，則無條件自動放棄台北世貿鞋展參展權。」；後者案件中，其組織章程暨內部管理辦法第 21 條明訂，會員入會時，除須繳入會費、常年費外，另需開立一張票面面額 30 萬元之支票，作為保證金，若會員私自參加非經該會認可之台北世貿家具展覽，即沒收該保證金。

法院判決皆以該等公會或協會之會員數與全國同業數相較，比例非常稀少，例如前者案件其會員數「實僅占全省約二．六%」，而後者案件「協進會之成員之於全台三萬餘家之『家具市場』，僅屬少數」。然而，問題在於二案之相關市場果真是鞋業或家具之全國市場嗎？抑或是，該等案件之相關市場應界定為，系爭公會或協會所欲限制之展覽會服務市場。例如，於台北縣鞋類同業公會決議一案中，由於其所限制參加之展示會或展覽會，並非如同一般鞋類商品銷售屬於持續性、反覆性之行為，製鞋業者彼此間得持續針對價格、品質進行激烈競爭、爭奪交易相對人；該案所限制者，係針對公會一年才舉辦四次的鞋展、世貿的鞋展等，一旦會員未能參加各該次鞋展，就不可能於未來回復原狀，再與其他事業爭取參加已然結束的鞋展。於此種展示會、展覽會特有性質的情況下，本案相關市場的界定不當是以所謂全國製鞋家數、或其營業額作為分母加以界定，因為系爭事業所懼怕者乃是能不能參加該次鞋展的問題，而非其現行擁有多少銷售額的問題；正確的市場界定當是以公會所舉辦的鞋展、世貿的鞋展作為其相關市場，此際，各次鞋展就類似於政府工程的招標行為一樣，各自形成一個相關市場[14]，亦如同參與圍標事業者於該招標相關市場之市占率幾乎 100%一樣，所有系爭公會中具有參展資格的所屬會員本身，於該相關市場中占有幾近 100%的市占率，公會所為集體（間接）杯葛行為，將使得被杯葛人無法有效另行發現、參加其他鞋展、拓展自己業務，從而公會決議對此鞋展服務市場（而非鞋子之商品市場）產生足以影響市場供需功能之效果。

---

[12] 臺北高等行政法院 90 年度訴字第 6876 號判決、最高行政法院 93 年度判字第 1588 號判決。

[13] 臺北高等行政法院 90 年度訴字第 6601 號判決。

[14] 公平會 1998 年 11 月 18 日第 367 次會議決議認為，於招標案件的情況，招標本身即為市場，如發生圍標情形，則該工程發包市場之競標機制即刻受到破壞，故圍標本身即屬於直接限制競爭行為，無庸具體論究圍標行為所足以影響市場之範圍。

關於市場界定、市占率與市場力三者關係最重要之案件，當屬連心會電台藥品一案[15]。該案中，公平會主張其相關商品市場為西藥零售市場，而相關地理市場則為台南縣市，並基此相關市場界定計算出，聯合行為參與事業整體之市占率為 5.6%。對於如此低微的市占率，第一審判決認定：「連心會成員，僅占台南縣市西藥零售業百分之五點六之比例，以地理市場而論，顯未足以影響市場交易功能」。對此認定，最高行政法院首先闡明：足以影響市場供需功能之認定「除參加聯合行為者之『市場占有率』外，尚有『參加聯合行為者數目』、『參加聯合行為者與不參加者間之數目比例』、及『對於交易關係的影響』等，作整體衡量」；且因公平會主張：「本件電台廣告藥品為一特殊結構之市場，其行銷方式、藥品品質，與一般處方箋用藥或成藥均不相同，而獨資行號西藥零售業又屬小規模營業人，依查定銷售額繳納營業稅額，故無法界定一正確之市場占有率…因此，連心會於台南地區在地區性電台廣告藥品市場占有率應更高於前述百分之五．六…」，最高行政法院基此從而認為，原審對足以影響市場供需功能要件之分析，並不充分，發回更審。

更審中，臺北高等行政法院採納公平會所主張的「量」與「質」標準之分析方式，認為：「依照德國法之規範，依所發展出來之『可感覺性』理論，將判斷標準分為『量』與『質』的標準，量的標準乃於劃定相關市場後，以測定參與事業總和之市場占有率為重心（一般以五%為門檻）；質的標準，則以事業所限制之競爭參數在本質上限制競爭之程度與傾向有多高為斷，愈屬核心限制競爭手段（如訂價）之排除，被認為影響市場功能之可能性也就愈高。」於此認知下，臺北高等行政法院遂不再堅持其原審「百分之五點六之比例，以地理市場而論，顯未足以影響市場交易功能」之見解，而認定：「連心會成員四十八家約占台南地區五．六%，其在『量』的方面已超過五%之範圍，在『質』的方面係屬核心限制競爭手段排除之統一定價，亦均達違法標準，綜合判斷原告等之行為足以影響服務供需之市場功能，核屬有據。」

論者對本案判決，有如下精闢評析：「公平會也認為電台廣告藥品有其銷售方式與品質等特殊性，那為何不界定成在『台南地區』的『電台廣告商品』，就不會算出令人質疑之低市占率[16]。」論者並舉出公平會嗣後於同類事案的詠健會一案中[17]，

[15] 該案判決歷經臺北高等行政法院 90 年度訴字第 4423 號、最高行政法院 92 年度判字第 1336 號、臺北高等行政法院 92 年度訴更一字第 118 號等三號判決。

[16] 劉姿汝，「論聯合行為之市場界定與市場效果－兼與日本獨占禁止法之比較」，公平交易季刊，第 25 卷第 3 期，44（2017）。

覺今是而昨非，不再以西藥零售為系爭相關商品市場，而直接以「電台廣告藥品」作為其相關商品市場，並限縮其相關地理市場為高屏地區[18]。詠健會一案處分中，公平會對於相關市場的界定方式，正足以突顯出公平會及法院判決於連心會一案中相關市場界定的錯誤，但如此過度廣泛的市場界定、以及因此所導致過低的市占率，卻仍受到前述法院判決無條件的支持，認定其仍足以影響市場供需功能，而存在聯合行為所要求的對市場效果要件。理由在於，法院認為公平會所主張的「量」、「質」標準之分析方式，實甚符合聯合行為規範要求足以影響市場供需功能之規範意旨，從而毫無批判地採納之。

（二）「量」與「質」的分析方式

其實，不僅是前述連心會一案判決，從該案更審判決後，法院於其後一系列的判決中，一再採納公平會關於「量」與「質」標準的分析方式之主張，進而一再挽救原本可能因市占率過低而被否定市場力存在之案件。本文試圖將 1999 年以後，法院針對聯合行為判決中曾提及或計算出其參與事業整體市占率者，整理如下表。

表 1　1999 年 1 月至 2019 年 5 月止聯合行為判決中事業整體之市占率

序號	判決字號	相關市場之市占率
1	臺北高等行政法院 89 年度訴字第 257 號判決、最高行政法院 92 年度判字第 1679 號判決	100%
2	臺北高等行政法院 90 年度訴字第 3760 號判決；最高行政法院 92 年度判字 1908 號判決	70%
3	臺北高等行政法院 90 年度訴字第 6876 號判決；最高行政法院 93 年度判字第 1588 號判決	公平會認定 41%；但法院判決認定 2.6%或 4.4%
4	臺北高等行政法院 90 年度訴字第 4423 號判決；最高行政法院 92 年度判字第 1336 號判決；臺北高等行政法院 92 年度訴更一字第 118 號判決	5.6%

[17] 公平會公處字第 098021 號處分書、臺北高等行政法院 98 年度訴字第 1735 號判決、最高行政法院 100 年度判字第 2181 號判決、臺北高等行政法院 101 年度訴更一字第 2 號判決。

[18] 劉姿汝，前揭註 16，44。

序號	判決字號	相關市場之市占率
5	臺北高等行政法院 90 年度訴字第 6272、5915、5839、5663、5714、5951、5719、2098、6982、6020、6019、6018、6017、6016、6025 等號判決；最高行政法院 93 年度判字第 415、414、387、386、383、381、294、260、258、256、254、253、214、213、259 等號判決；臺北高等行政法院 93 年度訴更一字第 56 號判決	100%
6	臺北高等行政法院 90 年度訴字 5761、6016、6017、6018、6019、6020、6982 號判決；臺北高等行政法院 91 年度訴字 2098 號判決；最高行政法院 92 年度判字第 1848 號判決；最高行政法院 93 年度判字第 294、381、383、386、387、414、415 號判決；臺北高等行政法院 93 年度訴更一字 101 號判決；最高行政法院 95 年度判字第 1636 號判決	80%
7	臺北高等行政法院 92 年度訴字第 5660 號判決；最高行政法院 96 年度判字第 63 號判決	推測約為 71.5%
8	臺北高等行政法院 94 年度訴字第 1113 號判決；最高行政法院 96 年度判字第 1460 號判決	60%
9	臺北高等行政法院判決 97 年度訴字第 916 號判決	占雲林縣虎尾鎮、斗南鎮、土庫鎮、西螺鎮、斗六市、莿桐鄉、二崙鄉及大埤鄉市場內全體桶裝瓦斯分銷商總供氣量之 20.12%；占虎尾鎮內桶裝瓦斯分銷商總供氣量之 88.85%
10	臺北高等行政法院 95 年度訴字第 2053 號判決；最高行政法院 98 年度判字第 291 號判決	72%
11	臺北高等行政法院 96 年度訴字第 3293 號判決；最高行政法院 99 年度判字第 380 號判決	62%
12	臺北高等行政法院 96 年度訴字第 732 號判決；最高行政法院 99 年度判字第 503 號判決	逾 85%
13	臺北高等行政法院判決 95 年度訴字第 4482 號；最高行政法院 99 年度判字 1036 號判決	100%
14	臺北高等行政法院判決 100 年度訴字第 1581 號判決	約 20%

序號	判決字號	相關市場之市占率
15	臺北高等行政法院判決 100 年度訴字第 1691 號；最高行政法院 101 年度判字 639 號判決	100%
16	臺北高等行政法院 100 年度訴字第 1501 號判決；最高行政法院 101 年度判字 705 號判決	公平會認定 76.4%；但法院判決認定本案系爭行為不構成公平法所稱「交易」
17	臺北高等行政法院判決 98 年度訴字第 1134 號；最高行政法院 100 年度判字 379 號判決；臺北高等行政法院 100 年度訴更一字 45 號判決；最高行政法院 101 年度判字 818 號判決	近 50%
18	臺北高等行政法院 98 年度訴字第 1735 號判決；最高行政法院 100 年度判字第 2181 號判決；臺北高等行政法院 101 年度訴更一字第 2 號、第 9、第 10、第 11、第 12、第 13 號判決	公平會主張 43.67%；但判決認為無從認定
19	臺北高等行政法院 101 年度訴字第 1747 號判決；最高行政法院 102 年度判字第 686 號判決	100%
20	臺北高等行政法院 101 年度訴字第 573 號判決；最高行政法院 103 年度判字第 294 號判決	合計超過 80%
21	臺北高等行政法院 102 年度訴字第 751 號判決；最高行政法院 103 年度判字第 292 號判決	約 15%
22	臺灣臺北地方法院 103 年度簡字第 245 號行政訴訟判決	判決出現二種市占率：(1)桃園縣地政士涵蓋相關市場 81%；(2)桃園縣、新北市及新竹縣地政士原告會員涵蓋相關市場亦達 29.9%上下
23	臺北高等行政法院判決 103 年度訴字第 641 號；最高行政法院 104 年度判字第 202 號判決	100%
24	臺北高等行政法院判決 102 年度訴字第 1062 號；最高行政法院 104 年度判字 212 號判決	公平會認定 9%至 9.5%；但判決認定其市場界定錯誤
25	臺北高等行政法院判決 104 年度訴字第 600 號判決	23.27%
26	臺北高等行政法院 104 年度訴字第 1640 號判決	17.34%
27	臺灣臺北地方法院 105 年度簡字第 127 號判決；臺北高等行	1.71%

序號	判決字號	相關市場之市占率
	政法院 106 年度簡上字第 21 號判決	
28	臺北高等行政法院 106 年度訴字第 1053 號判決	76.92%

資料來源：筆者自行整理

上表中，法院判決中詳細論證「量」、「質」標準分析者，包括序號 4、18、20、21、22、25、27 等判決，其中除序號 18 判決因法院認為公平會資料引用錯誤，從而無從正確計算其市占率，而序號 20、22 之判決其整體市占率高達 80%、81%，其擁有市場力一事當屬無疑外，其他各序號判決參與聯合行為事業整體之市占率各為 5.6%、15%、23.27%、1.71%。當公平會就現行公平法第 20 條之實務運作，認為僅有系爭事業之市占率逾 15%時，方有構成「限制競爭之虞」時[19]，行為本質更為惡劣、對市場競爭造成不當影響更鉅的聯合行為之「足以影響市場供需功能」之要件，對於市占率之要求，就競爭法之法理及規範邏輯而言，實不得低於上開 15%門檻以下。對照於外國競爭法有關於此之市占率的要求，更可見我國法院判決之問題點[20]。

於外國競爭法實務運作上，市占率與市場力的關係，通常為擁有 40%或 50%以上市占率之事業（群）方具有市場力，得以自由決定、左右市場價格、數量等競爭要素，而不受其他競爭事業對其之制衡與牽制[21]。理由相當清楚且明白，如同前述，

[19] 公平會 2016 年 2 月 17 日第 1267 次委員會就公平法第 20 條適用的市占率門檻有如下決議：「1. 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。」惟須注意者，該 15%市占率僅是啟動公平會調查程序之門檻，非謂只要市占率逾 15%之事業所為該當於同條各款行為，即必然認定為違法。

[20] 上開市占率表中，尚有一點值得注意，亦即在編號第 3、9、22 號等判決中，同一案件中竟然出現二種不同市占率的數字，顯示出該等案件中至少存在二個相關市場。倘若相關市場是一項事實認定問題、是一種客觀的存在，理當不會於同一案件中出現二個以上相關市場。由此亦可窺知，該案中至少有一個相關市場界定是錯誤的，但判決卻任由此種非屬事實且錯誤的事實存在，而未加以質疑。

[21] 歐盟「Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009/C 45/02)」para. 14: “The Commission considers that low market shares are generally a good proxy for the absence of substantial market power. The Commission's experience suggests that dominance is not likely if the undertaking's market share is below 40% in the relevant market.” 德國限制競爭防止法第 18 條第 4 項規定：「一事業如有至少百分之四十的市場占有率時，推定該事業係屬支配市場。」（本文有關德國限制競爭防

市場力存在與否之辨識及認定，從另一個角度觀之，即在於確認市場上是否具有其他得以牽制系爭事業（群）之力量的存在。倘若此種制衡力、牽制力存在於市場上，則系爭事業（群）應認定不具有市場力。蓋當系爭事業（群）僅擁有 1.71%、5.6%、15%、甚至 23.27%市占率，而市場上尚存在其他市占率高達 98.29%、94.4%、85%、甚至 76.73%之事業（群）時，實難想像擁有相對市占率比例甚低之系爭事業（群），竟然敢恣意提高價格、減少數量，完全無懼、無視其他擁有絕對多數市占率之事業（群）得以因此趁虛而入，以低價或原有價格提供商品或服務且同時增加其供給數量，搶奪聯合行為參與事業之交易相對人。於此情境下，系爭聯合行為之意圖不僅無法達成，參與事業反而遭遇自取滅亡的窘境。試問，合理的事業，可能做出如此不合理的行為、舉動嗎？

然而，不論是公平會的處分、抑或是法院的判決，皆無視此種基本常理、經驗法則，而引經據典以其所認知（是否正確，於此姑且不論）歐盟、德國競爭法上所謂「量」、「質」標準分析方法，認定上述具有相當低微市占率之事業群，因其所為聯合行為之「質」的因素，仍應認定其行為依舊產生足以影響市場供需功能之效果。例如，在前述連心會一案中，更一審法院判決如此說明：「被告以事業市場占有率之總和一般固為主要之判斷因素，亦具有相當說服力，惟不宜一概以市場占有率為判斷依據，而置合意之內容於不顧之認定原則，於法無違，職是，被告進而認定本件之情形，屬美國法所稱之『統一定價』，本不待市場定義，即可認其為當然違法；又…連心會成員四十八家約占台南地區五．六%，其在『量』的方面已超過五%之範圍，在『質』的方面係屬核心限制競爭手段排除之統一定價，亦均達違法標準，

止法之中譯，係參考林易典「德國限制競爭防止法 2015 年最新翻譯」之譯文。）美國法院判決則多為 30-40%之間，*see* Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and Its Practice*, 5th ed., West Academic Publishing, 596-597 (2016). 此外，歐盟關於雙方性的垂直交易限制協議則以交易雙方皆擁有 30%市占率為其規範門檻。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, para (8): "It can be presumed that, where the market share held by each of the undertakings party to the agreement on the relevant market does not exceed 30%, vertical agreements which do not contain certain types of severe restrictions of competition generally lead to an improvement in production or distribution and allow consumers a fair share of the resulting benefits." 此外，日本獨占禁止法有關聯合行為之實務判決中，被認定為違法者，其市占率皆在 50%以上，參照劉姿汝，前揭註 16，41。

綜合判斷原告等之行為足以影響服務供需之市場功能，核屬有據。」本案判決清楚認知到，於美國反托拉斯法上，系爭行為屬於惡質的價格聯合，被歸類為當然違法類型，毋庸探討其對市場競爭效果之影響如何，即可直接認定為違法，當然亦不用就其相關市場加以界定。雖然如此，判決依舊肯定公平會主張之相關市場界定方式，並同意其所認定之 5.6%市占率，最後再以該聯合行為屬於所謂惡質或核心卡特爾，故屬違法。由此可知，其違法性判斷重心或癥結，根本與市占率多寡無關，而在於該聯合行為類型或性質本身。同樣地，於前述序號 25 之判決中，判決理由亦有同樣見解，謂：「原告所為之價格限制，其目的除抑制會員間價格競爭、墊高採用公開招標採購不動產估價服務案件之決標金額，藉以增加會員收入外，並無其他促進競爭之解釋，亦應認已達到對市場功能影響之質的標準。」

將上述判決說理，更進一步推演至極端者，厥為市占率僅 1.71%之序號 27 中部砂石業者聯合行為案的法院判決理由。如同前述，本案判決中，法院似為撇清其責任，從而於有關足以影響市場供需功能要件是否該當的判斷上，一開始即慎重聲明，足以影響市場供需功能係屬不確定法律概念，故「原則上應尊重主管機關相當程度之判斷餘地」。於此見解下，法院就必須高度尊重公平會 2016 年 3 月 1 日頒布公法字第 10515600941 號解釋令：「有關公平交易法第 14 條規定，參與聯合行為之事業，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；但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者，不在此限。」之「微小不罰之認定標準」見解，從而當系爭聯合行為類型屬於核心限制之價格聯合行為時，縱令認知到系爭事業群整體市占率如此「微小」，但卻因為「市場占有率之單一因素已不足以充分評價聯合行為對市場供需功能之影響。聯合行為內容如屬『價格限制』，實屬所有競爭參數之最核心問題，對市場功能之影響力尤巨」，故僅擁有 1.71%市占率之事業（群）仍應認定具有市場（支配）力，而其聯合行為足以影響市場供需功能。

實則，本案真正的癥結在於市場界定的錯誤[22]，其相關地理市場根本不應該是公平會或判決所認定的「中部」砂石市場，而係如同判決所指出「本案所涉及的商品為砂石，屬笨重物品，對於砂石需求端之下游客戶而言，距離較近之砂石業者顯較

[22] 惟須注意者，如同以下所述〔三（三）〕，本文認為關於聯合行為之認定，並不一定需要先行界定出相關市場，而可以仿效美國反托拉斯法的「當然違法」原則，或是歐盟競爭法的「以限制競爭為目的之協議」，直接以其行為本身的惡性認定為違法之作法。公平會於本件中的市場界定及其結果，不無畫虎不成反類犬之嫌。

距離較遠之砂石業者具有競爭優勢。此外，因砂石於營建產業中具有不可替代性，產品缺乏彈性，且因砂石之購買尚涉及供應來源、囤積場所、環保條件等因素，上下游會有一定依賴關係存在，而不會輕易因價格調漲即轉換交易對象」等諸多砂石商品的特性，而使得其地理市場並非廣泛及於所有中部砂石業者，而僅能侷限於一定狹小區域。否則，判決理由中「距離較近之砂石業者顯較距離較遠之砂石業者具有競爭優勢」之敘述，豈無任何意義；正因為距離遠近絕對決定「競爭優勢」存在與否，導致距離「遠」、「近」業者間可能彼此不具有替代性，而不能同時界定於同一相關地理市場中。猶有勝者，當判決認定「上下游會有一定依賴關係存在」時，於因此依賴關係而遭鎖定（Lock-in）或難能期待有偏離可能性時[23]，相關市場界定就有必要更加限縮。

不論如何，以市占率僅有「微小」的 1.71%之事業群，依舊可以認定擁有市場力，得自由左右、決定市場價格與供給數量等競爭要素，實在令人難以置信，亦從未見諸於世界其他競爭法的實務運作中。該案判決實在可謂是，僅此一家、別無分號。究竟，哪裡出了問題？

（三）我國法院判決「量」與「質」分析方式的謬誤

不論是公平會實務運作、抑或是法院判決，皆以其「量」、「質」標準分析，係參考歐盟、德國競爭法之實務運作而為，故外國能、我國也能，理論、實務上當不致有任何錯誤。然而，不僅錯，而且錯得離譜；完全無視歐盟、德國競爭法對價格聯合等被歸類為惡質聯合行為的規範方式。的確，歐盟競爭法[24]就此微小不罰，亦頒布有「微小不罰公告」（De Minimis Notice）[25]，其規定內容亦包含對水平聯合行為，而主管機關啟動調查權限之最低市占率門檻為 10%；與此同時，價格聯合、數

[23] 有關相對優勢地位或依賴關係之規範內涵及問題點，參照黃銘傑，「相對優勢地位濫用與公平交易法之規範」，收錄於：黃銘傑，公平交易法理論與實務－不同意見書，學林文化（2002）。

[24] 因為，現今德國限制競爭防制法於有關微小不罰之判斷上，大致歐盟競爭法之規範內容相同；故而以下敘述，直接限定於歐盟競爭法規範之說明，而不再就德國限制競爭防制法，另行為之。參照，牛曰正主持，公平交易法上「安全港（safe harbor）條款」之研究，公平交易委員會 107 年度委託研究報告，31-35（2018）。

[25] 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), OJ C 291, 30.8.2014, p. 1-4.

量聯合、市場分割、圍標等聯合行為類型，亦同樣被排除於該 10%市占率的門檻外。然而，不僅該當「微小不罰公告」因其法律性質屬於指導原則（Guideline）之性質，縱使具有拘束頒布機關本身之內部拘束力，但對於歐洲法院、甚至各國競爭法執法機關，皆不具有法律上的拘束力，歐洲法院自然可以就其進行司法審查；最重要的是，該公告之目的係從執法資源有效利用觀點出發，提供歐洲執委會是否啟動其對系爭案件的調查、處分權限，而非謂一旦滿足或超過該當市占率之門檻，系爭行為加上其行為特質本身即告違法[26]。若能有此正確認識，就不會對於類似於該公告規範之內容以反面解釋的方式，認為縱使市占率未達到 10%門檻，惟價格聯合行為等惡質或核心卡特爾，因但書規定被排除在該當門檻外，從而據此可以推論出，市占率（遠）低 10%之聯合行為，其效果亦足以影響市場供需功能，擁有市場力。

正如同論者所正確指出，歐盟競爭法向來的實務運作，乃是將聯合行為區分為二種類型，一種是「以限制競爭為目的之協議」，另一則為「產生限制競爭效果之協議」。前者，即是包含一般所認知之價格聯合、數量聯合、市場分割聯合及圍標等惡質或核心聯合行為，後者則為前述聯合行為以外之水平聯合行為及垂直交易限制協議[27]。歐洲執委會對於「以限制競爭為目的之協議」之本質，有如下敘述：「以限制競爭為目的者係指其行為本質即具有潛在的限制競爭效果，對照於共同體競爭規範所追求之目的，該等行為將有高度的可能性會對競爭帶來負面效應，故於適用第 81 條第 1 項規定時，無須證明其對市場所造成的實際效果。此一推定係基於該等限制競爭行為之重大惡性本質及過去實務運作經驗，該當經驗突顯出以限制競爭為目的之行為會對市場帶來負面效果且會危急共同體競爭規則所追求之目標[28]。」

---

[26] 以上，參照牛曰正，前揭註 24，25-27。

[27] 同上註，22-25。

[28] Communication from the Commission — Notice — Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (Text with EEA relevance), OJ C 101, 27.4.2004, p. 97-118, at para. 21. 其原文如下：「Restrictions of competition by object are those that by their very nature have the potential of restricting competition. These are restrictions which in light of the objectives pursued by the Community competition rules have such a high potential of negative effects on competition that it is unnecessary for the purposes of applying Article 81(1) to demonstrate any actual effects on the market. This presumption is based on the serious nature of the restriction and on experience showing that restrictions of competition by object are likely to produce negative effects on the market and to jeopardise the objectives pursued by the Community competition rules.」

由上可知，此類「以限制競爭為目的之協議」因其所內含危害市場競爭的本質，以及從過去執法經驗所觀察到其對競爭幾乎只有造成不當影響而無其他益處，從而於認定其違法性時，根本不用再去考量其對市場競爭潛在或實際可能造成的影響，而可以就其目的本身即在於限制競爭，直接認定為違法。此種違法性判斷方式，實際上已相當於美國反托拉斯法上對於同類聯合行為所適用的「當然違法」原則[29]。既然毋庸考慮其限制競爭效果、市場力等問題，則又何必進行所謂「量」、「質」分析？顯然，不論是公平會處分、抑或是法院判決，雖然於形式上參考歐盟、德國競爭法關於微小不罰、「質」、「量」分析之實務運作，但卻因未能正確體認、瞭解到該等實務運作之法理基礎在於，歐盟競爭法所存在的「以限制競爭為目的之協議」及「產生限制競爭效果之協議」之類型化作法，對於前者類型因其行為惡性本質使然，無須就其市場效果之「量」的問題詳加探討，即可做出違法的結論。於此規範理念、作法下，對於該種「以限制競爭為目的之協議」，當然不需要進行所謂的「量」的標準之分析，也沒有所謂「量」、「質」分析綜合衡量、判斷之必要[30]。

或許，對此種作法亦有質疑者，認為若此則豈非意味著，只要被歸類為「以限制競爭為目的之協議」，其聯合行為當然違法，縱使市占率相當微小，亦無法免除違法的究責，難道不就是前述連心會、中部砂石案等判決所欲陳述之內涵嗎？非也！價格聯合等「以限制競爭為目的之協議」之惡質聯合行為，並非縱令僅有微小市占率、不具有市場力，亦可因當然違法原則的適用而認定屬違法；實際的狀況是，該等聯合行為的存在本身已可推估其具有市場力，而得足以影響市場供需功能，從而無須就已經存在的事實再大費周章加以認定，而得直接認定其該當於足以影響市場供需功能之違法聯合行為。正如同美國反托拉斯法巨擘 Phillip E. Areeda 及 Herbert Hovenkamp 二位教授所指摘：「毋庸置疑，如價格聯合等特定行為一般被認定屬當

---

[29] Peter Camesasca, Phil Warren & Roger Van den Bergh, "Horizontal Restrictions," in: Roger Van den Bergh (ed.), *Comparative Competition Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, 210-212 (2017).

[30] 由此亦可窺知，美、歐競爭法制雖然用語不同，但其違法性判斷方式其實有逐漸趨向一致之發展。申言之，當歐盟競爭法「以限制競爭為目的之協議」，其違法性判斷其實與美國反托拉斯法之「當然違法」法理有相當類似之處的同時；所謂「質」、「量」標準分析之作法，其實質則趨近於美國反托拉斯法上的「合理原則」（rule of reason）之判斷方式。有關美國反托拉斯法合理原則之規範理念及作法，參照 Herbert Hovenkamp, "The Rule of Reason," *70 Florida Law Review*, 81 (2018).

然違法類型，其意係指無須提出市場力存在之證明以舉證其行為違法，惟此並非意味著市場力於此並無關係。相反地，如價格聯合等對其參與者並未帶來效率獲益之惡質聯合行為，僅於該當市場力存在的前提下，方有利可圖。從而，只要能夠確認該等行為的存在，即無須另外評估其市場力量[31]。」此外，美國反托拉斯法標準教科書中，亦有下列陳述：「就部分違反反托拉斯法之行為類型而言，其市場力可以從其行為本身推定得出。例如，競爭者間企圖影響價格或產量的共謀一般而言被歸類於當然違法類型，舉證作被告等從事此類行為之原告，無須另外就被告等擁有市場力加以舉證[32]。」

由上可知，不論是歐盟競爭法、抑或是美國反托拉斯法，之所以認為價格、數量、市場分割等惡質聯合行為屬當然違法行為，並非無視其是否擁有足以影響市場供需功能之市場力或市占率的多寡，而係鑑於從該種類型之聯合行為本身已經可以反證、推論出市場力的存在，從而於實務運作上就無須再浪費執法或司法資源，去詳細檢視、認定該種市場力的存在與否。若能有此正確認識，就不會犯下我國公平會處分、法院判決前述之論理邏輯謬誤、違反一般經驗法則的錯誤。當然，如果公平會或法院堅持，因為我國公平法第 14 條第 1 項明文規定「足以影響市場供需功能」之構成要件，因此必須就該當要件是否該當，加以探討，並因此得出其擁有市場力的結論。若此，則我國公平會或法院，或許應該參照日本獨占禁止法之實務運作，於各該違法聯合行為案件中，皆可得出參與聯合行為事業整體之市占率皆超過 50%[33]。然則，得以如此作為之前提，乃是必須先界定出正確的相關市場。顯然地，

---

[31] Herbert Hovenkamp, *supra* note 7. 該段落之原文敘述如下：「To be sure, certain practices such as price-fixing are said to be unlawful "per se," which means that proof of illegality does not require a showing of market power. This is not because market power is irrelevant, however. To the contrary, naked practices such as price fixing, which produce no efficiency gains to the participants, are profitable only on the premise that power exists. As a result, proper identification of the practice eliminates the need to assess market power separately.」

[32] Lawrence A. Sullivan, Warren S. Grimes & Christopher L. Sagers, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, 3rd ed., West Academic Publishing, 30 (2016). 該段落之原文敘述如下：「For some antitrust offenses market power may be inferred from the violative conduct. For example, conspiracies among competitors to affect price or output are generally treated as per se unlawful. The plaintiff who established such behavior by the defendants need not make a separate showing that the defendants possess market power.」

[33] 參照劉姿汝，前揭註 16，41。〔惟須注意者，日本公正取引委員會曾於 1968 年中央食品事件（公正取引委員会審決集第 15 卷，135）中，以其他未參與聯合行為事業之價格跟隨行動為由，認

對事業間明顯共同實施價格聯合行為，卻將其市占率僅認定為 1.71%、5.6%之處分或判決，其相關市場界定實在是錯得離譜、令人難以接受！

（四）市占率以外之考量因素

當然，本文於此並非主張，市場力的判斷，必須以市占率為唯一依歸。如同前述，市場力的認定，其實也是在於發現、確認於該相關市場上，是否尚存在足以制衡、牽制系爭事業（群），自由決定、左右價格、數量等競爭要素的制衡力、牽制力之作業。此種制衡力、牽制力可能存在於其他競爭事業上，也可能存在於系爭事業（群）的交易相對人上。例如，當其他原本可能擁有此類制衡力、牽制力的競爭事業，發現系爭價格聯合行為存在後，不僅不發揮其制衡力、牽制力，而係隨波逐流、搭上該聯合行為之價格調漲的便車，一起進行漲價行為時，就可以作為此種制衡力、牽制力並不存在的佐證；另一方面，倘若聯合行為之事業（群）面臨到相當強勢的買方時，其左右價格、數量等競爭要素之企圖，勢將受到該當強勢的交易相對人所抑制、牽制，而無法順利遂行其願。

實際上，判決中亦有對此制衡力、牽制力的喪失加以著墨者。譬如，在雲林縣預拌混凝土業者聯誼會一案中[34]，法院判決並未指出系爭業者市占率的多寡，而係直接以「合法預拌混凝土業者對預拌混凝土價格所形成之共識，除限制合法業者從事價格競爭外，亦對非法業者形成價格指標效果，足以影響雲林地區之混凝土市場交易秩序及供需功能」的敘述，闡明其他競爭事業放棄扮演制衡、牽制的角色，而一起跟隨系爭聯合行為。類似的論述，亦出現於大臺北地區記帳士公會[35]、桃園縣地政士公會[36]等案判決中。前者案件之判決理由認為：「系爭函文限制會員競爭之內容為價格，乃最核心之競爭手段，除使原告所屬會員收費趨向系爭函文建議之價格外，復透過聯合行為之外溢效果，影響其他市場參與者之競爭程度，故已對相關市場之供需功能產生實質影響」；後者判決理由同樣指出：「原告決議製發收費參考表之

定縱令聯合行為當事人間全體市占率未達 50%，仍存在該國聯合行為規範所要求的實質限制市場競爭之效果。〕

[34] 臺北高等行政法院 90 年度訴字第 4551、4627、5103 號判決。

[35] 臺北高等行政法院 102 年度訴字第 751 號判決、最高行政法院 103 年度判字第 292 號判決。

[36] 臺北地方法院 103 年度簡字第 245 號行政訴訟判決。

行為，所共同決定者為地政業務代理服務之價格及計費標準，乃最核心之競爭內容，除使原告所屬會員之收費相同或趨同於收費參考表外，透過聯合行為之外溢效果」。倘若依照最高行政法院於統一、味全、光泉等鮮乳漲價案中[37]，認為價格跟隨行為亦可能構成公平法第 14 條第 1 項之「合意」要件[38]，則上述各該案件中之聯合行為參與事業，就不僅單純限定於該等公會或聯誼會之會員，而係其他市場上競爭事業；若此，則其整體市占率將幾近 100%；市場力的存在，殆無疑義。

法院判決中，亦曾提示出其他足以影響市場供需功能的判斷因素，包括(1)參加聯合行為事業之數目、(2)參加聯合行為者與不參加者間之數目比例、(3)對於生產、交易關係的影響[39]、(4)市場結構、(5)商品或服務特性、(6)產業文化、(7)上下游間交易習慣、(8)參與家數及其市場地位[40]。其中，(4)之市場結構，與前述其他競爭事業是否願意扮演制衡力、牽制力之角色有關，亦即當市場結構越為集中，企業間之水平勾結行為越容易形成，其他競爭事業越無法發揮制衡、牽制的效果。(5)之商品或服務特性，實屬於相關市場界定問題，而非基於該當商品或服務特性界定相關市場後，再將其納入對足以影響市場供需功能要件的判斷中。(7)之上下游交易習慣，實際上亦與前述交易相對人能否扮演有效的制衡、牽制力量有關；而(8)之參與家數及其市場地位，應當僅是市占率的另一種說詞，並無新意。若此，則應加以詳細檢討者，實為其他(1)、(2)、(3)、(6)等 4 項要素。

首先，關於(1)之「參加聯合行為事業之數目」。毋庸贅言，若姑且先置價格聯合等當然違法聯合行為類型於不論，一般而言，是否足以影響市場供需功能，應先從相關市場界定本身出發，之後再就聯合行為參與事業整體於該相關市場中所佔地

---

[37] 最高行政法院 103 年度判字第 294 號判決。

[38] 有關該當「合意」要件之分析，參照顏雅倫，「寡占市場之意思聯絡、單方公開資訊揭露與合意認定：從鮮乳案與現煮咖啡案談起」，台灣公平交易法學會主辦，台灣公平交易法學會 108 年度聯合行為裁判實務與規範之發展趨勢學術研討會，2019 年 10 月 19 日。

[39] 以上，參照最高行政法院 100 年度判字 379 號判決。判決理由認為，足以影響市場供需功能要件之認定，除應斟酌聯合行為參與事業之市占率外，「尚宜就『參加聯合行為事業之數目』、『參加聯合行為者與不參加者間之數目比例』及『對於生產、交易關係的影響』等因素，作整體衡量，始能窺其全貌。」

[40] 以上，參照臺北高等行政法院 106 年度簡上字第 21 號判決。判決理由認為，足以影響市場供需功能要件之認定，「本應綜合審酌一切相關情狀後予以考量，故聯合行為所涉市場之市場結構、商品或服務特性、產業文化、上下游間交易習慣、聯合行為之內容、參與事業家數及其市場地位等，均為評估該聯合行為是否足以影響市場供需功能之重要參考因素，應一併納入考量」。

位，加以檢討。若此，則脫離相關市場意義之所謂「參加聯合行為事業之數目」本身，實難認為得因此而判斷出該等事業於相關市場中所享有之地位。例如，倘若 A 相關市場整體事業數總計有 1 萬家，被認定參與聯合行為者有 200 家，則僅是基此數量本身是否得以判斷該等 200 家事業之聯合行為，足以發生影響市場供需功能之市場效果；倘若再假設另一個 B 相關市場，其整體事業數總計有 150 家，參與聯合行為之事業數共有 100 家，顯然就數量而言，遠少於 A 相關市場之聯合行為參與事業家數，但其參與比例卻是遠高於 A 市場上聯合行為參與者，是否因其絕對數量較少就不認定其聯合行為足以影響市場供需功能？由此可知，所謂「參加聯合行為事業之數目」，作為一項獨立的判斷要素，實難認為其適格，依舊必須納入整體市占率之判斷因素。

或許是有鑑於此，判決於該判斷因素後，立即就追加(2)「參加聯合行為者與不參加者間之數目比例」，以避免發生前述缺失。雖然，本項判斷因素作為是否足以影響市場供需功能之判斷因素，比起前項之「參加聯合行為事業之數目」因素，更具有合理性，惟依舊存在重大缺失。申言之，倘若系爭相關市場結構相當集中，少數幾家事業掌握、控制著大多數的商品（服務）供給量或需求量（格列佛式市場結構），其他多數事業僅是零星的存在；再假設，前者之少數企業數為 5 家，其掌握著全體市場 90%的供給量，剩餘 10%之供給量則由其他 100 家零星事業所提供。當掌握著 90%供給量的 5 家事業組成聯合行為時，其他 100 家事業果真有能力制衡、牽制前者市場力的濫用嗎？若此，則僅是抽象地計算「參加聯合行為者與不參加者間之數目比例」，而未就渠等於相關市場中所佔地位加以衡量，亦難認有重要的判斷價值。

前述(3)之「對於生產、交易關係的影響」，乍看之下，似乎相當契合足以影響市場供需功能之判斷要求；但仔細觀之，其實所謂「對於生產、交易關係的影響」，充其量僅不過是足以影響市場供需功能的另一種陳述方式而已，是一種自己解釋自己的套套邏輯陳述，其實並未提示出真正的判斷要素。

最後的(4)產業文化，的確有可能構成一項重要的判斷要素。倘若從過去產業發展之歷程而得以窺知，該當產業存在相互依存、同步漲價的特殊文化，則其聯合行為勢將囊括相當多數的重要事業參與其中，而將對於市場供需功能帶來不當影響。亦因基於此種思考模式，公平會過去曾於公平法成立初期，對部分有此類不合適文

化之產業，實施所謂的「行業警示」或「行業導正」[41]。與此同時，此種產業文化所顯示者，亦無非就是在該當產業文化下，競爭事業並無法充分有效扮演制衡力或牽制力的角色。

從以上敘述可知，在法院判決所提示的市占率以外之足以影響市場供需功能的各項判斷因素中，得以確實成為考量因素者當屬(4)市場結構、(6)產業文化、(7)上下游間交易習慣等 3 項因素。惟如同前述，此等因素之實際功能，亦在於探討、發現市場上是否存在足夠的制衡力、牽制力，導致被認為有實施聯合行為之虞的事業，實際上並無從事聯合行為之誘因、或其行為並無法帶來足以影響市場供需功能之效果。

（五）免費商品或服務之法律定位

或許是深受「天下沒有白吃的午餐」之啟發，法院判決曾認為事業免費提供服務違反交易常理，故該等免費服務提供本身即不應認定為公平法所稱「交易」，事業彼此間合意或藉由同業公會決議禁止競相提供此類免費服務之行為，因此不得認定屬聯合行為，從而自無探討其影響市場供需功能之必要。於台北市會計師公會決議一案中[42]，法院判決如此說明：「就足以影響市場供需功能之概念而言，在自由競爭之市場形態，產品在市場的價格，取決於供給與需求，此即屬市場供需功能，而市場交易之進行，乃係藉由等價交換而進行，故交易之概念，強調對價關係、獨立性、經常性，是以有價商品或服務之交換始屬交易，無償施惠非屬等價交換形式下之交易型態，其存在並無削弱市場競爭機能，故被告認會計師不收取諮詢費而提供服務，係屬會計師服務市場應存在之競爭因素，顯未斟酌交易之對價關係，已難憑採。」

的確，就市場競爭、交易常態而言，殺人生意有人幹、賠本生意無人做。雖然，會計師地位崇高，部分會計師可能亦係基於社會公益而非僅為獲取報酬從事會計服務；但無論如何，理當沒有一位合理的會計師從其執業開始，即完全提供免費服務，始終如一，且絕大多數會計師亦應非以提供免費服務為其主要執業目的。倘若系爭公會所屬會計師除提供本案決議禁止對象之免費諮詢服務外，一般係以提供有償會

[41] 參照劉孔中，「論公平交易委員會之行業導正」，公平交易季刊，第 4 卷第 4 期（1996）。
[42] 臺北高等行政法院 100 年度訴字第 1501 號判決、最高行政法院 101 年度判字 705 號判決。

計、審計服務等為其主要執業目的時，則渠等於此有償會計等服務市場上，理當具有競爭關係，從而對該相關市場價格、數量及其他交易條件所為限制，即有可能構成聯合行為，而應進一步就是否已達到足以影響市場供需功能，予以檢討、分析。若此，則於此類案件中，首先應予釐清者，厥為系爭免費諮詢服務於會計師服務市場競爭中所扮演之角色。申言之，倘若該當免費諮詢服務本身即構成一個相關市場，由於其市場之「免費」特性違反一般市場競爭、交易常理，故非公平法所欲規範之競爭、交易內涵，對其免費服務提供之禁止，自與公平法規範無涉；另一方面，倘若所謂免費諮詢服務本身並非目的，而是一種手段，僅是會計師於有償會計服務等相關市場上為維持、強化其競爭優勢之手段，則系爭免費諮詢服務與其他價格、數量等一樣，同屬於一種競爭要素，該當於公平法第 14 條第 1 項所稱「其他競爭條件」。

本案法院判決似乎認為會計師提供免費諮詢服務非常異類，故不應視為一般事業之常態舉動，從而否定其交易性質。此種見解，實是見樹不見林。君不見，現今商業社會中，事業經常免費贈送各種商品及服務，其贈送行為之頻繁、類型之繁雜，導致公平會必須為此而將原本僅是屬於行政規則位階之「事業提供贈品贈獎額度辦法」，往上提升至法律位階，而於 2015 年 2 月公平法修正時，新增第 23 條「事業不得以不當提供贈品、贈獎之方法，爭取交易之機會。（第 1 項）前項贈品、贈獎之範圍、不當提供之額度及其他相關事項之辦法，由主管機關定之。（第 2 項）」之規定。實則，法院判決對此議題，亦非沒有正確認識，於教科書廠商贈品聯合行為一案中[43]，原本各該教科書廠商為爭取交易相對人，競相贈送各種學生作業簿、測驗卷等贈品，作為其取得競爭優勢之手法，其後卻彼此合意共同停止提供該等贈品。對此行為，法院判決認定：「教科書除本身之價格、品質等外，贈品及週邊服務等其他交易條件亦為教科書出版業者競爭方式之一，本件學生作業簿、測驗卷雖非系爭教科書之交易標的，惟於國內國民中小學教科書市場，是否贈送該等贈品，仍屬事業間得從事競爭活動之一環…彼此間具實質競爭關係，且在我國國民中小學教科書市場之占有率合計已逾 8 成，渠等以上開方式共同約束彼此在教科書市場之競爭行為，顯足以對國內國民中小學教科書市場產生限制競爭效果而影響市場功能。」

本案判決正確認識到，作業簿、測驗卷等贈品本身並無法單獨構成一個相關市場，教科書廠商獲利主力的教科書市場，方是本案競爭限制有無應探討之相關市場，

[43] 臺北高等行政法院 96 年度訴字第 2117 號判決、最高行政法院 99 年度判字第 186 號判決、臺北高等行政法院 99 年度訴更一字 29 號判決。

該等事業所為作業簿、測驗卷等之贈品行為乃是「事業間得從事競爭活動之一環」，不能反客為主、本末導致，誤認免費商品、服務提供為事業主業，而忽略該等免費商品、服務於事業主業競爭中之定位。特別是，在現今「免費經濟」（Free Economy）蔚為潮流的經濟發展趨勢下，若因屬免費提供，就認為其非屬公平法所稱交易，對競爭不造成任何不利影響；則現今已成為吾人日常生活不可或缺的 GOOGLE、LINE、FACEBOOK 等提供免費 APPs 之事業，勢將因此不受競爭法適用。然而，實際的情勢發展乃是，現今各國競爭法主管機關對於此等資料獨占或寡占事業（Data-opoly），抱持非常嚴厲的審視及執法態度，深怕一旦稍微疏忽、鬆懈，該等巨大資料擁有企業將成為，阻礙下世代以資料為產業糧食之競爭型態的健全發展。

台北市會計師公會決議一案中，法院若認為會計師地位崇高、具有高度的社會公益性質，而非一般僅以營利為目的之營利事業可以比擬，何不從此會計師行業特性直接切入，從根本上否定會計師於公平法事業的該當性即可[44]，而非不顧會計師執業本質，強將所謂免費諮詢服務認定為會計師之正業，違反一般會計師執業及商業常理。

四、「垂直競爭」概念於聯合行為規範中之必要性

部分法院判決曾經於其判決理由中強調，系爭聯合行為會對上下游競爭產生不利影響，或是對垂直競爭帶來傷害，並以此作為其認定系爭行為屬違法之事實基礎。例如，於著名的中油台塑聯合行為一案中[45]，法院判決曾有下列敘述：「原告與台塑石化公司預告批售價格之結果，不僅造成水平競爭同業之批售價格齊一，更因其預告調整批售價格之後，大多數加油站業者即同步、同幅調整零售牌價，限縮加油站業者競價空間，終至影響消費者權益，是在水平及垂直競爭上，預告調價已實質減損市場競爭機能。」其後，明白使用此一「垂直競爭」概念者，厥為臺中地區瓦斯業者聯合漲價案[46]，判決就此如是說明：「液化石油氣垂直銷售階層，理應經銷市場

[44] 當然，在事業各國競爭法幾乎皆將律師、會計師、醫師、建築師等專門職業人員，認定屬競爭法規範對象主體之事業時，如此判決作法實不無違背國際潮流疑慮。有關該等專門職業人員是否應屬公平法之事業，參照顏廷棟，「專門職業適用競爭法規範之探討－以台北市會計師公會聯合行為案之探討為例」，公平交易季刊，第 22 卷第 2 期（2014）。

[45] 臺北高等行政法院 94 年度訴字第 2390 號判決、最高行政法院 98 年度判字第 92 號判決。

[46] 臺北高等行政法院 90 年度訴字第 6876 號判決、最高行政法院 93 年度判字第 1588 號判決。

及供應市場之先後開放，致雙重水平競爭所帶來之利益，垂直反映到促進下游分裝市場及分銷市場之競爭，此即市場垂直競爭之效果；但該垂直競爭利益往往受限於分裝場掌握槽車運輸、灌裝設施及開立儲存證明等三大優勢及與瓦斯行間之交易成本資訊不夠透明化，致使垂直競爭之利益多集中於分裝場…除造成分裝場業者在運裝費用不法利潤之增加，連帶亦增加下游瓦斯行之成本負擔及桶裝瓦斯末端價格之上漲，進而影響廣大消費大眾權益，原告行為顯已產生妨礙市場功能之結果。」

原本，依據公平法第 4 條關於競爭之定義，所謂競爭係指「二以上事業在市場上以較有利之價格、數量、品質、服務或其他條件，爭取交易機會之行為。」由此競爭定義可以清楚知悉，就公平法規範法理而言，競爭僅應存在於水平、橫向的、具有替代關係之事業間彼此所從事爭取交易相對人之行為，而非與垂直的交易相對人間之交易本身。所謂的聯合行為其違法性癥結或本質，就在於原本應從事激烈競爭之事業，藉由合意而於彼此間停止競爭，並利用此一停止競爭的合意，對交易相對人要求較之前更為有高的交易價格等不當交易條件；申言之，於此情形，交易繼續進行，未曾停止，停止者僅是水平競爭事業間的競爭。若此，則就公平法有關聯合行為之規範理念及目的而言，其所要檢討者乃係競爭事業間彼此停止競爭的合意，是否足以影響市場供需功能，根本沒有所謂上下游競爭或垂直競爭概念存在之餘地。

前述判決中所陳述的垂直競爭概念，當係源自於管理學。於管理學門中，垂直競爭一語所欲嘗試闡述者，乃是商品從產出歷經其間各行銷階段、最後達到終端消費者手中時，於此上、中、下游等價值鍊、產業鍊中，各該階段的事業可以從中獲取多少利益的問題。申言之，就是從最初產出成本到終端消費者購買價格間的差距，於各階段中如何分配之問題。由於該當成本及價格之差距屬於固定，從而其中一階段之事業就該差距獲得更多利益，就意味著其他階段事業獲利的減少，因此各該階段事業遂有誘因利用各種交易手法及策略，爭取在此價值鍊中更多的獲利。當是基於此種認識，前述台中地區瓦斯業者聯合漲價案判決遂謂：「液化石油氣垂直銷售階層，理應經銷市場及供應市場之先後開放，致雙重水平競爭所帶來之利益，垂直反映到促進下游分裝市場及分銷市場之競爭，此即市場垂直競爭之效果。」強調於此上下游分裝市場及分銷市場因同一商品銷售至消費者手中，就消費者支付對價所分享的利益。然而，因為分裝市場的聯合行為導致「除造成分裝場業者在運裝費用不法利潤之增加，連帶亦增加下游瓦斯行之成本負擔及桶裝瓦斯末端價格之上漲」。易

言之，因為系爭分裝市場中的聯合行為，導致分裝業者於此價值鍊中分食過多利潤，產生財富的不當分配。

從以上敘述可知，該案中縱令存在判決所認知的「垂直競爭」，該等「競爭者」間亦無彼此達成合意、限制競爭之意圖及效果，反而是為了爭取各行銷階段更多利益，該等「競爭者」彼此間根本未合意停止競爭，也無限制彼此間此種「垂直競爭」利益之分配舉動。與此同時，該當「垂直競爭」理念，亦完全無法對於特定上游相關市場競爭、抑或是其下游市場競爭，是否存在足以影響各該水平相關市場供需功能之市場力，提供任何資訊，從而對公平法所稱相關市場競爭是否受到實質限制，無法提供有效的判斷標準。事實上，就該案事實而言，只要掌握到其所稱上游事業之瓦斯分裝事業彼此間存在合意，並得以自由決定、左右其價格，就足以得出判決所想要的「連帶亦增加下游瓦斯行之成本負擔及桶裝瓦斯末端價格之上漲，進而影響廣大消費大眾權益，原告行為顯已產生妨礙市場功能之結果。」之結論，完全沒有必要去探討上、下游間誰獲利多寡的問題，更無須特地使用「垂直概念」，闡述其與競爭法市場力認定無涉之上下游事業間財富分配不公的問題[47]。「垂直競爭」概念的使用，不僅畫蛇添足，亦容易引人誤認，以為公平法亦可介入財富分配不均的問題，成為矯正現行我國貧富差距現象日益擴增的重要利器，而張冠李戴、穿鑿附會！

另一種類似於「垂直競爭」之議題者，厥為品牌間競爭與品牌內競爭的問題。於日商傑太日煙公司所屬經銷商聯誼會一案中[48]，日商傑太日煙公司之台灣經銷商共同組成台灣通路聯誼會，於 2000 年 3 月至 5 月間因見菸品批發價格下跌至新臺幣(下

[47] 類似的問題，亦可見於伴唱帶授權市場一案中（臺北高等行政法院 94 年度訴字第 1113 號判決、最高行政法院 96 年度判字第 1460 號判決）。該案中，系爭事業於伴唱帶授權市場中共同擁有 60%的買方市占率，卻成立共同採購伴唱帶之合意，其行為足以影響伴唱帶市場之供需功能，當無疑問。令人較為難能理解的是，判決理由於闡述足以影響市場供需功能時，卻又花費相當多的篇幅在於說明系爭事業於取得伴唱帶授權後，藉其提供給終端消費者伴唱服務的下游視聽市場的競爭狀況，甚至將渠等於下游視聽市場之營業額及市占率，亦不厭其繁加以列舉而謂：「我國視聽及歌唱業者共計 1,515 家，90 年營業額為 179 億 4,400 萬元，原告 90 年營業額為 37 億 9,470 萬 8,000 元，市場占有率約為 21%，錢櫃公司 90 年營業額為 36 億 1,457 萬 6,000 元，市場占有率約為 20%，原告與錢櫃公司於我國視聽歌唱業市場占有率合計達 41%，另依行政院新聞局 92 年 2 月 6 日新版字第 0920420138 號函之說明，原告與錢櫃公司總營業額占 KTV 市場的 8 成。」完全未就系爭事業於此下游視聽市場的營業額、市占率究竟會對渠等於上游伴唱帶授權市場之市場力判斷，造成何種影響、從而有必要加以列出，有所著墨，亦令人無法知悉其真意為何？

[48] 臺北高等行政法院判決 100 年度訴字第 1581 號判決。

同）660 元以下，遂於同年 5 月 5 日間召開會議，做出下列決議：七星系列品項每條提撥為 15 元，提撥金額以歷次進貨量計算，存入各經銷商在彰化銀行城內分行開設之帳戶內，藉此以使七星系列品項出貨價格穩定於 680 元；帳戶內之金額以每 3 個月為期限，不得立即領回，並自 2000 年 6 月聯合提高菸品價格。法院判決認為：「鑑於國內菸品上游市場呈現寡占結構，且消費者對於菸品易因長期吸用，而養成品牌偏好性與上癮性，不易更換之特性等因素，傑太日煙公司復居於國內菸品市場領導地位，原告為其經銷商，市場占有率計約 2 成，渠等以聯合調漲價格方式直接減損傑太日煙公司菸品之品牌內競爭，不利於市場之公平競爭與消費者之利益，確已足以影響菸品市場之競爭機能及供需功能。又原告居於上游地位聯合提高出貨價格，將直接增加下游通路進貨成本，下游通路可從事市場競爭之降價幅度勢必連帶受影響。」

對於上述再次同時強調上下游市場之判決，首先可加以質疑者在於，究竟同一公司所轄之各該經銷商彼此間，是否可能成立聯合行為。一般而言，競爭法所關心的競爭、特別是有關聯合行為所涉及之競爭，實係不同品牌間之競爭，而非同一品牌內之競爭；後者之同一品牌內的「競爭」，其實質乃是公平法第 19 條、第 20 條之垂直交易限制問題。美國聯邦最高法院就此有如下精闢的闡明：「品牌間競爭方是反托拉斯法主要關心之對象...品牌內競爭程度如何與品牌間競爭的程度，二者完全沒有關連[49]。」由此可知，品牌間競爭不僅才是競爭法主要關注的對象，且品牌內競爭狀況如何，並無法提供有關品牌間競爭激烈程度的有用資訊。若本案系爭七星品牌煙品於煙品市場上，尚有其他競爭激烈的競爭事業或品牌的存在，則非對此等競爭對手之市場地位、牽制力等加以調查、瞭解，實無法對於煙品市場競爭是否受到實質限制，做出正確判斷。

然而，本案判決中，完全未就其他煙品事業的競爭狀況，加以探討；或者說，判決根本放棄對於不同品牌間之煙品市場本身競爭狀況的討論，而直接認定本案的問題點在於「品牌內」之競爭受到限制，判決認定系爭聯誼會之決議「直接減損傑太日煙公司菸品之品牌內競爭」；然而，更弔詭的是，判決最後對於足以影響市場供

[49] Continental TV, Inc. v. GTE Sylvania, Inc., 433 U.S. 36, 52 n.19 (1977). 其原文敘述如下：「Interbrand competition…is the primary concern of antitrust law…The degree of intrabrand competition is wholly independent of the level of interbrand competition…」

需功能之結論，卻又回到不同品牌煙品間彼此競爭的煙品市場，而非其所認為之七星「品牌內競爭」，進而認定系爭決議「確已足以影響菸品市場之競爭機能及供需功能」。在品牌內競爭如何，根本無法作為認定品牌間競爭是否有無受到限制的競爭法常理、經驗法則下，誠不知該當判決是如何做出因為「品牌內競爭」遭致減損，導致不同品牌之煙品市場競爭本身受到實質限制。很遺憾地，本案判決未能正確認識到品牌內競爭與品牌間競爭二者截然不同之區別；若能清楚理解二者的不同，當可瞭解本案真正應予釐清之問題在於，相關事業間是否存在現行公平法第 19 條所欲禁止之維持轉售價格，而非以規範品牌間競爭為目的的聯合行為規定是否、如何適用的問題。

五、集體杯葛行為之違法性

一般而言，典型的聯合行為所導致之競爭實質限制，係源自於其參加事業彼此間合意「停止」就價格、數量等競爭要素之競爭，一旦合意成立而其參加事業整體擁有實際或潛在的市場力時，即該當於足以影響市場功能而違法，無須定要對外行使其市場力[50]。在歷來法院判決所認定屬違法聯合行為案件中，有不少案件所涉及者，並非上述典型的競爭事業彼此間「停止」競爭之行為，而係因此所形成之市場力對外行使行為。具體而言，其行為就是一般所稱之集體杯葛或共同拒絕交易之行為。集體杯葛可以從杯葛者與被杯葛者間之關係，大致區分為二種類型。其一為杯葛者與被杯葛者，處於同一相關市場之情形；此種杯葛類型又包含具有競爭關係之杯葛者，集體直接杯葛其競爭者之作法（下稱此為「Aa」類型），以及該等杯葛者要求其上下游交易相對人，不得與杯葛者之競爭事業從事交易之集體間接杯葛（下稱此為「Ab」類型）。不論何者，被杯葛者皆與杯葛者處於同一相關市場，彼此間具有競爭關係。另一種集體杯葛，則為具有競爭關係之杯葛者共同拒絕與特定上下

[50] 就此參與聯合行為事業彼此間停止競爭現象詳加敘述者，厥為水泥業者聯合行為案之法院判決（臺北高等行政法院 95 年度訴字第 652 號判決、最高行政法院 100 年度判字 611 號判決），判決理由如此刻畫競爭停止之狀態，謂：「水泥供應業者以共謀勾結之方式，僵固我國之水泥供應市場，在供給面，原告及本案其他被處分人無庸以較有利之價格、數量、品質、服務或其他條件以爭取交易機會；在需求面，交易相對人因其面對者為人為操作所致之僵固市場，致使其自由選擇交易之對象亦成為不可能，社會福利之移轉與減損，造成市場競爭之機能遭受嚴重之扭曲。」

游交易相對人從事交易之行為（下稱此為「B」類型）。此際，杯葛者與被杯葛者，並非處於同一相關市場，而係分處於不同的上、下游市場。

由上可知，不論是 Aa 類型、Ab 類型、抑或是 B 類型的集體杯葛行為，若其係由單一獨占事業所為，則皆有該當於現行公平第 9 條第 1 款「以不公平之方法，直接或間接阻礙他事業參與競爭」之獨占地位濫用之虞，在其他承認獨占地位濫用可以由多數事業共同獨占之國家（conspiracies to monopolize）[51]，認為此類集體杯葛行為，實際上亦可視為對相當於我國公平法第 9 條第 1 款規定之違反[52]。然而，由於我國公平法獨占地位濫用規範並無共同獨占或集體獨占之概念，從而對於此等集體杯葛行為，就必須以聯合行為規定繩之。雖然，一般而言，競爭事業彼此間就「交易對象」所為之聯合行為合意，通常涉及以交易對象分割或區隔彼此市場之市場分割聯合為目的，但亦非不可著眼於與此交易對象間之交易禁止，認定其係屬於以限制交易對象的聯合行為，而該當於公平法第 14 條第 1 項之禁制規定。

此際，若其杯葛類型為 Aa 或 Ab，則因杯葛者與被杯葛者處於同一相關市場，競爭受到實質限制者亦為該當相關市場，與前述典型聯合行為所發生之限制競爭效果有著異曲同工之趣，直接認定屬違法聯合行為，較無疑問。法院判決中，屬於 Aa 類型者，有台北縣鞋類同業公會決議案及臺灣家具參展廠商協進會章程案[53]。二者皆係競爭事業藉由同業公會或協進會等競爭事業所組團體之方式，集體杯葛特定事業參加展覽會或展示會之行為；此際，雖然實質上杯葛者與被杯葛者因處於同一相關市場，而難能認定其間存在「交易」關係，導致似乎不存在所謂集體杯葛「交易對象」之行為，但因形式上有公會等團體的存在，使得其外觀上仍有公會與被杯葛事業間之垂直關係存在，而得認定亦屬於限制交易對象或其他交易條件之聯合行為。

其次，屬於 Ab 類型者，則為有線電視頻道業者聯合行為一案[54]，判決理由認定：系爭「行為已生限制個別業者對外獨立銷售其頻道節目相互約束事業活動之效果，

---

[51] 例如，美國休曼法（The Sherman Act）第 2 條即禁止「Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize.」；沿襲美國反托拉斯法規範之日本獨占禁止法，亦有此種共同獨占地位濫用之規範。此外，歐盟競爭法中，亦有「joint dominance in markets」之概念。

[52] 上杉秋則，カルテル規制の理論と實務－法違反リスクの增大への對應，商事法務，106-107（2009）。

[53] 有關該二案事實及判決理由，參照前揭註 12-14 及其本文之敘述。

[54] 臺北高等行政法院 90 年度訴字第 3760 號判決、最高行政法院 92 年度判字 1908 號判決。

減損頻道節目業者間之競爭，且原告木喬、勝騏、和威公司及訴外人年代、八大公司之頻道節目占有線電視播送系統可利用頻道數之七成，渠等全部頻道節目一旦交易完成，將排擠其他未參與聯合銷售之頻道節目業者之生存空間及議價能力，進而影響有線電視相關市場之正常供需」。由此可知，系爭聯合行為之所以產生足以影響市場供需功能之效果，乃係因為該聯合行為具有「排擠」其他競爭事業生存空間之效果，故而違法；而其實質則係藉由封鎖或剝奪交易相對人與自己競爭事業間之交易機會，產生此種排擠、封鎖效應。

最後，屬於 B 類型者，有台中市餐盒食品商業同業公會一案[55]。判決中，就系爭行為之影響市場供需功能效果，如此敘述：「經台灣省餐盒聯合會、台中縣餐盒公會及原告藉由採取開會宣布將調漲學校午餐收費標準，決議、指示或相互交換對於供應價格之看法，協調並調整對於學校午餐供應的『保留價格』（即國中、國小收費標準調漲 5 元，高中調漲 10 元，或由 40 元調整為 50 元），將使未調漲供應價格之學校在辦理學校午餐招標時，因參與投標廠商家數不足而造成流標之機率增加，影響學校午餐之供應。」由此可知，系爭聯合行為包含二者，其一為聯合漲價之行為，其次則藉由所謂「保留價格」機制，共同抵制、杯葛未為相對調漲購買價格之學校，致其招標因投標廠商家數不足而流標。本案中，因系爭集體杯葛之目的在於確保其價格聯合目的的達成，因此直接認定為違法行為，較無疑問。倘若此種集體直接杯葛之目的，並不在於維持被認為屬當然違法之價格聯合、數量聯合等惡質聯合行為實施之有效性，而係為維護上游業者之商譽、排除低劣品質的不肖下游業者時，則其目的具有一定的正當性；此時，前述「量」與「質」的標準之分析方式，即有其擅場餘地。

上述區分集體杯葛類型之意義在於，外國競爭法上，有認為其集體杯葛之對象與目的，在於排除杯葛者之競爭事業且其目的在於限制杯葛者所處之相關市場（Aa、Ab 類型）者，或系爭集體杯葛雖屬於前述 B 類型，但其杯葛僅是為實現其他價格、數量、市場分割等惡質聯合行為之手段時，該等集體杯葛行為具有重大惡性，而趨近於所謂當然違法類型；另一方面，B 類型中之集體杯葛若非作為實現其他惡質聯合行為之手段，則於不少情況具有正當事由，應以合理原則方式判斷其違法性[56]。我國

[55] 臺北高等行政法院 95 年度訴字第 4351 號判決。

[56] *See generally*, E. Thomas Sullivan & Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, 7th ed., Carolina Academic Press, 153-160 (2019).

公平法有關此類集體杯葛行為違法性之判斷，是否採行當然違法原則，或有不同見解，但至少從外國競爭法制實務運作經驗可以得到一定啟示。申言之，未來公平會或法院於從事「量」、「質」標準之分析時，對於 Aa、Ab 類型及 B 類型中被作為實現惡質聯合行為目的之手段者，應可於「質」的層面上，加重其違法性判斷；而對於 B 類型中的其他集體杯葛行為，於「質」的層面中，應加強對其可能促進競爭等正當性理由的探討。

六、結論

從本文以上敘述可以窺知，法院判決對於公平會有關足以影響市場供需功能要件之主張，於絕大多數情形，並未加以挑戰，而於少數法院未能接受公平會有關本項構成要件之說理者，大多是因為公平會本身市場界定錯誤導致計算出過低的市占率，而無法為法院所接受[57]，或是因為公平會所提出之資料與其本身主張不相一致、甚至相互矛盾，導致法院無法採用該等資料，認定足以影響市場功能要件之存在與否[58]。不論何者，主要原因皆起源於相關市場界定本身的困難性，以及因此所導致的市占率之計算。實則，不僅是法院判決所未採納者，縱令是同意公平會主張的法院判決中，亦不乏因其市占率過低，而於外國競爭法上根本不應認定存在市場力者[59]；惟其問題本質並非在於市占率果真如此微小，而係依舊導因於市場界定的錯誤。若此，則外國競爭法上針對價格、數量、市場分割、圍標等惡質聯合行為，或以當然違法方式、或將之歸類為「以限制競爭為目的之協議」類型，進而認定其行為本質即內含有實質限制競爭效果，從而其違法性判斷就毋庸再對該聯合行為整體是否擁有市場力加以檢視。外國競爭法藉由法院判決所發展出來此種當然違法、「以限制競爭為目的之協議」之法理，當可作為我國法院未來於類似案件處理時之參酌。

---

[57] 參照前揭註 12-13 之判決。

[58] 例如，於光碟機圍標一案中（臺北高等行政法院 102 年度訴字第 1062 號判決、最高行政法院 104 年度判字 212 號判決），法院判決指出：公平會「所憑資料既有前述錯誤之處，其據以認定上述行為足以對我國光碟機市場產生影響，難認有據。」此外，於詠健會一案判決中（臺北高等行政法院 98 年度訴字第 1735 號判決、最高行政法院 100 年度判字第 2181 號判決、臺北高等行政法院 101 年度訴更一字第 2 號判決），法院亦指出：「被告未說明本案有何不宜以其所劃定市場範圍內銷售量或營業額為計算之情事，徒以其無法取得量化資料為由，逕以側錄廣播節目所得之廣告藥品品項…等與市場生產、銷售、存貨、輸入及輸出值毫無關連之事項，用以計算市占率，其據此所得數據資料自不足以表徵廠商會所為聯合行為之效果」。

[59] 參照本文三（一）、（二）之敘述。

特別是，在我國實務上被認定為違法聯合行為者，絕大多數幾乎皆為價格聯合的情況下，外國競爭法制上的當然違法、「以限制競爭為目的之協議」的規範方式，更具有其重大的參考價值。倘若未來公平會及法院願意接受該等外國法制之實務運作方式，則不僅公平會將為此而節省為調查、界定、計算相關市場及其市占率所投入的龐大人力、物力資源，而可將該等資源轉而投入愈來愈為困難的「合意」證明上；甚者，如此作為更可迴避於處分理由、判決理由之說明中，出現前後處分、判決理由相互矛盾之情事、甚至於同一處分理由、判決理由中出現前後敘述自我矛盾的謬誤，令處分書及判決書更能夠論理邏輯一致，而具有更大的說服力。當然，與此同時，公平會處分及法院判決必須先行改正對於外國競爭法制微小不罰法理、「量」、「質」分析之錯誤認識，確認價格聯合等惡質聯合行為，不僅因其反競爭之惡性本質而無微小不罰法理適用的餘地，且亦因此故而不屬於「量」、「質」分析之範疇。

最後，公平會及法院應再重新體認公平法聯合行為所欲維護「競爭」之意涵。聯合行為所欲維護之競爭，乃係相關市場上不同品牌間之競爭，而非各該品牌之品牌內競爭，品牌內競爭若有必要加以規範，亦屬於公平法第 9 條、第 19 條、第 20 條規範之範疇，當非聯合行為規範應予介入之事項。與此同時，聯合行為規範所欲確保者，乃是橫向的、具有替代關係間之競爭事業所處相關市場的水平競爭，從而於論述足以影響市場供需功能之要件是否該當時，應集中焦點於該市場競爭是否、如何受到限制之問題，而不應以與該相關市場處於垂直關係之上游市場或下游市場中的競爭狀況，作為論述系爭水平相關市場上競爭是否受到實質限制之依據，此種牛頭不對馬嘴的敘述應當盡量避免。更重要的是，其理論發展緣起、關注重心在於上、中、下游各階段事業間，獲利或財富分配是否公平的管理學上之「垂直競爭」概念，與公平法聯合行為規範之理念及目的二者，根本就是一種無緣的存在，不僅無助於足以影響市場供需功能要件之釐清，亦可能導致一般事業錯認，誤以為只要期待獲利低於預期，而上游、下游廠商獲利頗豐時，即可藉由公平法聯合行為規範申冤，要求財富的重新分配，致令公平法成為一種租稅法規。

參考文獻

中文部分

牛曰正主持，公平交易法上「安全港（safe harbor）條款」之研究，公平交易委員會107年度委託研究報告（2018）。

公平交易委員會，認識公平交易法，16版，公平交易委員會（2015）。

黃銘傑，「相對優勢地位濫用與公平交易法之規範」，收錄於：黃銘傑，公平交易法理論與實務－不同意見書，學林文化（2002）。

劉孔中，「論公平交易委員會之行業導正」，公平交易季刊，第4卷第4期（1996）。

劉姿汝，「論聯合行為之市場界定與市場效果－兼與日本獨占禁止法之比較」，公平交易季刊，第25卷第3期（2017）。

顏廷棟，「專門職業適用競爭法規範之探討－以台北市會計師公會聯合行為案之探討為例」，公平交易季刊，第22卷第2期（2014）。

外文部分

Camesasca, Peter, Warren, Phil & Van den Bergh, Roger, "Horizontal Restrictions," in: Van den Bergh, Roger (ed.), *Comparative Competition Law and Economics*, Edward Elgar Publishing (2017).

Hovenkamp, Herbert, *Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and Its Practice*, 5th ed., West Academic Publishing (2016).

Hovenkamp, Herbert, "Intellectual Property and Competition," in: Depoorter, Ben & Menell, Peter S. (eds.), *Research Handbook on the Economics of Intellectual Property Law (Vol. I – Theory)*, Edward Elgar Publishing (2017).

Hovenkamp, Herbert, "The Rule of Reason," *70 Florida Law Review* (2018).

Sullivan, Lawrence A., Grimes, Warren S. & Sagers, Christopher L., *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, 3rd ed., West Academic Publishing (2016).

Sullivan, E. Thomas & Harrison, Jeffrey L., *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, 7th ed., Carolina Academic Press (2019).

Szilágyi, Pál, *Fundamental Rights Protection and Competition Law in the European Union: An Effects Based Protection and A Need for Reform?*, Independently published (2017).

上杉秋則，カルテル規制の理論と實務—法違反リスクの増大への對應，商事法務（2009）。

白石忠志，獨占禁止法，3 版，有斐閣（2016）。

An Analysis of the Anticompetitive Effects Requirement of Cartel Regulation in Taiwan -Focusing on the Development of Courts' Judgements-

Huang, Ming-Jye*

Abstract

This article analyzes the reasons for the judgments of Taiwan's courts from January 1999 to May 2019 on the constituent elements of Article 14 (1) of the Fair Trade Law, namely, "market functions that are sufficient to affect production, commodity transactions, or service supply and demand". In the judgments, the courts' judgments affirm the factual determination of fairness regarding the constituent elements. However, this article also finds that the interpretation and application of these constituent elements based on court judgments may not only occasionally conflict with the reasoning and determination of the previous and subsequent judgments, but also often have significant implications for the type of disputed joint behavior and the crux of the market effect. Based on this understanding, this article first explains the normative meaning and function of the elements that can affect the supply and demand in the market, and then explores the relationships between the relevant market definition, market share, and market (dominance) power, while also discussing the courts' decisions on the subject. The methods used to identify the constituent elements and the development trend of judgments involve the application of so-called "quality" and "quantity" standard analysis, while also addressing the major problems that face such analytical methods in the application of judgments in China. After that, the concept of "vertical competition" that appears in the courts' judgments is explored in relation to the joint code of conduct. Based on the above analysis, this article proposes an explanation and application method that should be sufficient to affect the functional requirements of market supply and demand in the future, and serves

Date submitted: November 2, 2019 Date accepted: December 24, 2019

* Distinguished Professor of Law, College of Law, National Taiwan University.

as a useful reference for future Fair Trade conferences and also the courts as they interpret and apply the constituent elements.

Keywords: Fair Trade Law, Market Power, Market Share, Relevant Markets, Per se Illegal, Agreements for the Purpose of Restricting Competition, Vertical Competition, Joint Boycott.