

# 評析美國一九九二年水平結合 指導原則

劉 紹 樑 \*

## 目 次

壹、前言	肆、結合對限制競爭之 可能不利影響
貳、一九九二年準則之 適用範圍、基本目 的及假設	伍、進入市場之分析
參、市場界定及集中度 之測定	陸、結合對效率之促進
	柒、退出市場之情形
	捌、結語

## 壹、前 言

在冷戰時代過去之後，經濟問題的重要性更為凸顯，世界貿易壁壘已逐漸形成，區域性競爭勢將更為激烈，以「零和遊戲」(zero-sum game)理論出名的Lester C. Thurow 又於一九九二年提出「世紀之爭」(head to head competition)之國際區域競爭理論(註1)。如何維護自由及公平的競爭環境，的確是國際間重要的經貿問題。我國於八十年制訂公平交易法(下稱公平法)，並於八十一年二

\* 美國芝加哥大學法學博士，現任理律法律事務所律師暨東吳大學法律研究所副教授

註1. Thurow, Lester C., 1992, Head to Head: The Coming Economic Battle among Japan, Europe and America, William Morrow and Company Inc, New York.

月四日正式施行，行政院公平交易委員會（下稱「公平會」）復於八十一年六月二十四日公布實施公平交易法施行細則（下稱「施行細則」）。有關市場競爭的法律機制，將由公平法及施行細則的實際運作予以維護，以達到「維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮」等立法目的，也就是防止「市場失靈」（market failure）。

理論上，市場失靈的一種可能情形是獨占（monopoly），或是與其性質相近之寡占（oligopoly）市場結構及卡特爾（cartel）。在競爭法的發展上，立法者對獨占等市場失靈狀況的初步反應是事後救濟（或懲處），譬如休曼法（Sherman Act）第一條及第二條之規定。但是，在廿世紀初期（1914年），美國制訂克萊登法（Clayton Act），以及聯邦貿易委員會法（Federal Trade Commission Act），開始具體管制結合，並於一九七六年的 Hart - Scott - Rodino Antitrust Improvement Act 修訂克萊登法，除了原有管制結合的第七條實體條文之外，又再增訂申報結合的第七 A 條程序規定，對於具備反競爭性之結合（anticompetitive mergers），賦予政府主管機關（包括州政府以代議救濟，即 parens patriae 之方式）事前異議防阻之權限。美國法務部（Department of Justice，下稱 DOJ）並於一九六八年制訂管制結合之指導準則（1968 Merger Guidelines），迨一九八二年，美國學術界及實務界對結合對經濟發展及競爭之正面功能又有肯定之趨勢，當時的法務部次長（Assistant Attorney General）William F. Baxter 即制訂新的指導準則（即1982 Merger Guidelines）付諸實施。美國聯邦貿易委員會（Federal Trade Commission，下稱 FTC），亦同時發布 Statement Concerning Horizontal Mergers 之簡短聲明，呼應 DOJ 之指導原則。此一準則又於一九八四年由 DOJ 略為修訂（稱之為1984 Merger Guidelines）（註2），繼續為 FTC 所認同，但是兩個主管機關對於管制結合之實務立場未盡相同，而且亦並無統一之指導原則，再加上「州政府檢察長協會」（National Association of Attorneys General，下稱 NAAG）對管制結合之立場，又見諸一九八七年之指導準則（NAAG 1987 Merger Guidelines），形成「三頭馬車」執行

---

註2. 范建得，「論美國企業兼併之管制中有關經濟分析原則之使用」，《法學叢刊》第145期，八五至一〇九頁，八十一年一月；第146期，七九至八九頁，八十一年四月。

結合管制政策之情形。在此一大環境之下，DOJ 及 FTC 於一九九二年四月二日終於共同宣布制訂「一九九二年水平結合指導準則」(1992 Horizontal Merger Guidelines)，算是一個創舉，至少，在表面上，DOJ 及 FTC 這兩個主管聯邦競爭法而共享管轄權的行政機關，首度就規範結合之政策以白紙黑字的指導原則達成了共識。

公平法有關結合的規定，也參照美國的立法例，但為事前許可制，與美國之申報異議制，有所不同。公平法所稱之結合，依第六條之規定，謂事業有左列情形之一者而言：

- 一、與他事業合併者。
- 二、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或資本總額三分之一以上者。此股份或出資額時，應將與該事業具有控制與從屬關係之事業所持有或取得他事業之股份或出資額一併計入。
- 三、受讓或承租他事業全部或主要部分之營業或財產者。
- 四、與他事業經常共同經營或受他事業委託經營者。
- 五、直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免者。

有關結合之申請核准要件，依公平法第十一條之規定，可分為下列幾種情形：

- 一、事業因結合而使其市場占有率達三分之一者。
- 二、參與結合之一事業，其市場占有率達四分之一者。
- 三、參與結合之一事業，其上一會計年度之銷售金額，超過中央主管機關所公告之金額者，亦即超過新台幣二十億元者。

再依公平法第十二條及第十三條之規定，如事業結合之申請，對整體經濟之利益大於限制競爭之不利益者，公平會得予許可。事業結合，應申請許可而未申請，或經申請未獲許可而為結合者，公平會得禁止其結合、限期命其分設事業、處分全部或部分股份、轉讓部分營業、免除擔任職務或為其他必要之處分。事業違反公平會此一處分者，該會得命令解散、停止營業或勒令歇業。

雖然公平法對於結合之准駁，並未明文規定是否以可能有造成獨占之虞為標準，但依其理念，理應為此解釋。而依公平法第五條之規定，本法所稱獨占，謂事業在特定市場處於無競爭狀態，或具有壓倒性地位，可排除競爭之能力者。二家以上事業，實際上不為價格之競爭，而其全體之對外關係，具有前述之情形者，視為獨占。所謂特定市場，則係指事業就一定之商品或服務，從事競爭之區域或範圍。

除此之外，因公平法第十條第二項規定對獨占事業應予定期公告，同法第十一條第二項又對市場占有率達五分之一者，亦規定應予公告，所以施行細則第三條即規定公平會在公告獨占事業之時應審酌左列事項：

- 一、事業在特定市場之占有率。
- 二、商品或服務在特定市場中時間、空間之替代可能性。
- 三、事業影響特定市場價格之能力。
- 四、他事業加入特定市場有無不易克服之困難。
- 五、商品或服務之輸入、輸出情形。

施行細則第四條又對獨占事業之認定，訂有下列之「參考門檻」規定：事業無左列各款情形者，不列入第三條獨占事業認定範圍：

- 一、事業在特定市場之占有率達二分之一。
- 二、事業在特定市場之占有率達三分之二。
- 三、事業在特定市場之占有率達四分之三。

有前述各種情形之事業，其個別事業在該特定市場占有率未達十分之一或上一會計年度事業總銷售金額未達新臺幣十億元者，該事業不列入獨占事業之認定範圍。但是，事業之設立或事業所提供之商品或服務進入特定市場受法令、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者，雖有前述兩種不列入認定範圍之情形，公平會仍得認定其為獨占事業。

從這些規定看來，雖然我國公平法對於管制結合之具體認定標準，並未明文規定，施行細則第七條至第十條對結合之規定，又皆係程序、書表內容之規範，但是可以從公平法及施行細則對獨占及寡占之規範予以推敲。不過，這些有關管制獨占、結合之規定也係原則性之宣示，尚待實例的補充。反觀美國主管機關自一九六〇年代末期開始制訂之結合指導準則皆係對如何審核其經濟效益，制訂具備預測性之作業規定，以為執行之依據。從這個角度來看，美國一九九二年水平結合指導準則，特別有參考價值，理由如下：

第一，美國聯邦主管機關 DOJ 及 FTC 首度就如何管制結合，達成具體共識，可代表其主管機關的執法立場。

第二，本準則延續一九八二年及一九八四年之指導準則，雖然在概念上有所更新，但其理論模型則大致相同，而且反映美國一九八〇年代執行管制結合之經驗，又在歐市一九八九年管制結合規定（Merger Control Regulations）制訂

之後，或許也反映了九十年代競爭之概念。

第三，一般而言，具有競爭關係之事業之間的水平結合較可能限制競爭，以我國目前的產業競爭政策，以及國際間區域競爭的大環節來看，似乎只應對於水平結合列為重點工作，才能使公平會有限之執法資源做最有效率的分配，美國一九九二年水平結合指導準則即為最具參考價值之規範。

第四，美國一九九二年水平結合指導原則所揭示之審核觀念，為從市場界定、結合效果、其他事業進入市場之可能性、結合是否可能增進效率，以及參與結合之事業如不從事結合是否可能退出市場等五個程序，循序檢討，在方法論上可以說相當周延。比較我國公平法及施行細則有關獨占、寡占事業公告之審酌因素及門檻標準，似乎更為體系分明。

準此，本文擬對美國一九九二年水平結合指導準則予以評介，希望可透析出一些值得借鏡之處，並請國內先進與有關政府機關多予批評指教。

## 貳、一九九二年準則之適用範圍、基本目的及假設

一九九二年準則並非革命性 (revolutionary) 之變革，而係採逐漸演進 (evolutionary) 之方式，因此，仍陳襲許多一九八四年準則之理念。依美國聯邦法，管制結合之具體規範有休曼法第一條對聯合行為之概括規定，克萊登法第七條對結合之具體規範，以及聯邦貿易類會法第五條有關「不公平競爭方法」 (unfair method of competition) 之概括規定。一九九二年準則也一再強調其目的在增強其預測性 (見 p. 1)，但是鑒於市場競爭之狀況變化多端，資訊亦不一定完整，仍然必須要保持彈性。事實上，許多學者都認為：一九九二年準則施行之後，因為考慮之因素多元化，考慮過程更複雜，可能主觀判斷的成分會增加 (註3)。Denis

---

註 3. McDavid, Janet L., 1992, "The 1992 Horizontal Merger Guidelines: A Practitioner's View of Key Issues," p. 1, paper delivered to Annual Meeting of Antitrust Law Section, American Bar Association, August 11, 1992, San Francisco, Denis, Paul T., 1992, "An Insider's Look at the New Horizontal Merger Guidelines," Antitrust Magazine, Vol. 6. (Summer 1992), p. 6.

甚至認為：一九九二準則之頒布，使得主管機關（即攻擊之一方）以及參與結合事業（即防守之一方）皆須就相關市場可能發生之變化，提出一個令人取信的說辭或故事（tell a story）。Wall（註4）亦認為美國法院在最近幾年來愈來愈不認為產業結構的狀況即可決定結合案之合法性，而要求主管機關提出具體事實，敘明為何某些結合案件可能對消費者利益有所損害。換言之，在認定結合是否應允許之判斷時，實際之市場狀況會比推理是更好的證據。理論上，評斷結合是否符合競爭法之標準應是其是否會創造或增強市場力（market power），或是促進此市場力付諸實施之可能性（如因結合而使得共謀從事違法之聯合行為更為可能），而在學理上的標準為評估需求彈性（demand elasticity）（註5）。但是，依一九九二年準則，譬如對其他事業是否也會進入市場參與競爭之分析，即不僅應從進入市場是否符合其經濟利益一點審查，或是主張該產業界之業者咸信會有其他廠商終將進入市場，而必須就其進入市場之行為是否即時可能，以及是否足以抵銷因結合而帶來之限制競爭效果，予以評斷（註6）。

一九九二年準則之適用對象為水平結合，如具有競爭關係之數事業之法定合併，資產或股權之收購（包括對上市公司股東之公開收購要約，即 tender offers），以及該等事業之合資（joint ventures）行為。對於垂直（即上下游產業）之結合，以及多角化結合（conglomerate mergers，亦即跨產業之結合），則不在該準則之適用範圍之內。準此，該等非水平結合之行為如產生同業競爭之水平層面問題，依 DOJ 及 FTC 在一九九二年四月二日發布之新聞稿（註7），則仍依一九八四年準則 Section 4 之規範。不過，一九九二年準則也在 Section 0.1 宣示：DOJ 及 FTC 制訂此準則，並無意干預大部份之合法結合行為，顯示其認為一般結合多半可促進競爭，或至少無損競爭之狀況，而限制競爭之結合行為，則為少數。

一九九二年結合準則在對結合案是否應予核准之分析程序上，劃分為五項循序

---

註 4. Wall, David M., 1992, "The Merger Guidelines That Almost Weren't" *Antitrust Magazine*, Vol. 6, Summer 1992, pp. 4-5.

註 5. Landes, William D. and Richard A. Posner, 1981, "Market Power in Antitrust Cases," *Harvard Law Review*, Vol. 94, pp. 937-986.

註 6. 見準則 Section 3.0.

註 7. 見 p. 3.

漸進的步驟。依美國實務界之意見，由於此一方法論的定型化，未來在處理結合案時，必須進行更嚴謹之經濟分析。不過，與一九八四年準則相較之下，一九九二年準則刪除前者具體案例說明之部份，使得實務界的感覺是雖然對舉證責任以及證據之說服力要求更為嚴格，但是對於有力證據的例示又已刪除，略為增加辦案的困擾。

前述五個步驟的分析反映 DOJ 及 FTC 在審理結合案之標準，在於先認定是否有相當之市場集中程度以致可能限制競爭，而再評估其他事業進入市場之可能狀況，結合可能增強之效率，以及其他事業經營不善而退出市場之可能等因素，如仍然無法平衡（outweigh）前述限制競爭之可能性，則可能提出異議，以下即逐項分述五道步驟之經濟分析。

## 參、市場界定及集中度之測定

結合準則以往一向以市場集中度（market concentration）為其分析之重心，依一九九二年準則 Section 1.51 的規定，測定市場集中度的第一個任務，是將不可能對競爭有不利影響之結合與可能限制競爭而應再深入分析之結合案予以區分，實務上稱之為「避風港原則」（safe harbor rules），與我國施行細則第四條所訂之「門檻規定」近似。一九九二年準則維持一九八四年準則就避風港之規定，如以 Herfindahl - Hirschman Index（下稱 HHI 指數，即以市場占有率之百分比平方後相加）計算，相關市場之 HHI 指數低於 1000 點，則視為不集中之市場。如 HHI 指數介於 1000 點 1800 點之間，則視為中度集中之市場，而如 HHI 指數超過 1800 點，則視為高度集中之市場。依一九九二年準則，對於不集中之市場，DOJ 及 FTC 通常不會對結合案提出異議，如為中度集中市場，而因結合而使 HHI 指數只增加 100 點之內，或是在高度集中市場，因結合而使 HHI 指數只增加 50 點之內，DOJ 及 FTC 亦通常不對之提出異議。

從這種門檻標準來看，一九九二年準則較一九八四年準則較為放寬者有二：第一，於中度集中市場內從事結合，而使 HHI 指數增加 100 點以上時，依一九八四年準則，主管機關「可能」（likely）會提出異議，而依一九九二年準則，主管機關只認為對競爭有潛在（potential）不利之影響。第二，在高度集中之市場從事結合

，而使 HHI 指數增加100點以上時，依一九八四年準則，主管機關認為「除有特殊情況」，否則必然會提出異議，而依一九九二年準則，主管機關僅「推定」該結合將會限制競爭，但仍容許參與結合之事業舉證說明有其他因素，可使得該結合行為不致於造成限制競爭之結果（註8）。

在測度市場集中度之前，必須先界定市場（market definition）。一九八四年準則對市場界定之方式，包含供給及需求兩方面之考慮因素。該準則 Section 2.12 例示之因素包括買方之認知，價格走向是否不同，產品之用途、設計或組成是否相同或近似，以及賣方對競爭之觀點（註9）。而依一九九二年準則，則只參考買方（即需求面）之觀點（見 Sections 1.0, 1.11）。我國公平法第四條對競爭之定義兼及市場之供需面，似乎與一九九二年準則有所不同。

至於何種產品（包括商品及勞務）應納入此一相關市場（relevant market）？一九九二年準則（註10）大致沿襲一九八四年準則，將其定義為：

A product or group of products and a geographical area in which it is produced or sold such that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future producer or seller of those products in that area likely would impose at least a "small but significant and nontransitory increase in price," assuming the terms of sale of all other products are held constant. A relevant market is a group of products and a geographical area that is no bigger than necessary to satisfy this test.

由此可見，該準則對於市場之界定一向以假設價格之調整為標準，如有「小額但仍屬重要而非暫時之加價」行為（實務上簡稱「SSNIP」），而可能吸引競爭，則應將該產品及地區納入相關市場。不過，以往 SSNIP 之調幅通常假設為5%，但一九九二年準則（註11）則明文規定不一定以5%為準，基本上仍應探究不在相

---

註 8. Shenefield, John H. and Joseph P. Griffin, 1992, "U. S. Antitrust Enforcement Agencies Issue New Horizontal Merger Guidelines," *International Business Lawyer*, July/Aug. 1992, pp. 355 - 359.

註 9. American Bar Association, Antitrust Section, 1986, *Horizontal Mergers: Law and Policy* (Monograph No. 12), Chicago, Illinois.

註 10. 見 Section 1.11.

註 11. 見 Sections 1.11 及 1.522.



關產品市場內之產品，或不在相關地區市場之地區，是否仍可能是相當接近之替代品。除此之外，一九八四年準則對 SSNIP 之時間設定為一年，但一九九二年準則則認為如 SSNIP 在「可預見之未來」(foreseeable future) 如以其他產品取代時，則應將其列入相關市場。準此，決定是否納入相關市場之 SSNIP 時間差，可能因各種產業而有所不同：如屬高科技、產品生命週期較短之產品，則該時差亦即較短。

用 SSNIP 這種價格理論來界定相關市場，有其理論之依據，但是「說的比做的容易」McDavid 即指出依其個人執業之經驗，沒有任何一家廠商或消費者了解何謂 SSNIP，以及如何以數據舉證(註12)。而且，DOJ 在一九八二年曾一度以數理經濟之統計模型來架構 SSNIP，即以探究存款者是否會因存款利率調升5%，而穿越山區轉存，以確定相關市場，但於該異議案中敗訴(註13)，此後即不再嘗試經濟模型。準此，在實務上，如要舉證相關產品市場應包含其他與參與結合事業競爭之產品，則以消費者實際之觀點為較穩妥之舉證資料，如市場調查、其他廠商之產品推廣資料、產業界(如公會)之同業分析，以及主要客戶親自之陳述等。除此之外，一九九二年準則並強調在決定相關市場中之供應商時，應注意消費者對 SSNIP 之取代反應是否會有「取代成本」(switching cost)，如取代成本低，則縱有 SSNIP，亦可能使漲價者之利潤因銷售額降低而受損(註14)。

相關市場之界定必須在確定該市場內之供給者及其市場占有率後才算完成，而一九九二年準則於此做了重大之修正。一九八四年之準則原則上將所有在相關產品市場內之現存生產、供應商(producers and sellers)皆予以納入，但有兩項重大之例外。第一，如果某一生產者係為滿足垂直整合企業集團內部需求之供應者(即 captive supplier)，則如果其因 SSNIP 而會將該產品出售予企業集團成員以外之事業，或會擴大使用該產品之下游產品之產量，此時才將其產量計入相關產品市場。第二，如果對耐久財(durable goods)之舊貨予以計入，則對其回收者(recyclers and reconditioners)亦應計入。除此之外，依一九八四年準則，如果因

---

註12見前揭註三，p.3

註13見 United States v. Virginia National Bankshares, Inc., 1982 - 2 Trade Cas. (CCH), para. 64,871 (W. D. Va 1982)一案。

註14見準則 Sections 1.11 及 1.21。

有 SSNIP，而使其他廠商在一年之內，會將生產設備或銷售管道改爲生產銷售相關產品，則亦應計入相關產品市場。

一九九二年準則將所有已實際上生產、銷售相關產品之供應商（current producers and sellers）計入相關產品市場，亦即包括爲滿足內部需求之供應者，「只要將其計入之事實反映渠等在市場競爭之重要地位」（to the extent that such inclusion reflects their competitive significance），而不再要求舉證其必須會因應 SSNIP 而進入市場。換言之，一九九二年準則認爲垂直整合之 captive suppliers 如果不生產或減產，價格亦會上漲，因此應該一視同仁而將其計入，以符合市場現實的競爭狀況（註15）。同理，一九九二年準則對於耐久財之舊貨，則不將回收者計入相關市場，只將舊貨之生產者予以計入，因渠等亦會持有存貨（idle stock），而防阻市價上漲之主因係此存貨，而非回收者之存在。

一九九二年準則對潛在競爭者如何計入相關市場，採用「未必市場進入者」（uncommitted entrant）之概念。換言之，如果因爲有 SSNIP，而有廠商會在一年內開始生產相關產品，而不致於必須負擔進入或退出市場之「重大已投入成本」（significant sunk cost），則將此等目前尙未生產相關產品之廠商亦納入相關產品市場。「已投入成本」一辭在一九九二年準則 Section 1.32 中予以定義，係指取得有形或無形資產而發生之成本，而該資產又無法轉用於相關市場以外之用途者，即應包括專爲市場（market-specific）而投注之生產設備，科技、行銷、研究發展、證照申請、測試等資源。如果必須付出「重大已投注成本」方有可能進入相關市場，則爲「確定市場進入者」（committed entrant），而於準則中 Section 3 予以規範。決定已投注成本是否重大，原則上以在 SSNIP 之「一年內」會有廠商生產相關產品所必須花費之成本而定。雖然此一年之假設規定與一九八四年準則相同，但是強調「已投注成本」在供給面之影響，則爲一九九二年準則之創舉（註16）。

決定某項資產是否「已投注成本」之方式，爲評估其是否可用於相關市場以外之用途，而取得相當接近取得成本之對價。但於評估時，應將因自然耗損或折舊而

---

註15見準則 Section 1.31。

註16見 Willig, Robert D., 1992, "The Role of Sunk Costs in the 1992 Guidelines: Entry Analysis," Antitrust Magazine, Vol, 6. pp. 23 - 25 (Summer 1992).

減低或提列之金額略去不予計算。如果對價的確低於原取得成本，則可認為其差價係「已投注成本」。如果該資產不以舊貨出售，而仍能轉為在相關市場以外之其他用途者，亦可認為不構成「已投注成本」。如果相關資產為研究開發費用等無形資產，則亦視因支付此費用而取得之成果，可否在一年之內轉變為用於相關市場以外之用途，而發揮相同之經濟效應。通常而言，如果無形資產係證照，如特許，則其取得成本其很可能被認為係「已投注成本」。

在一九九二年準則之下，「未必進入市場」(uncommitted market entry)可分成三類：生產替代，生產沿伸，為進入該市場取得新生產設備。第一類(註17)係指將原來用於生產非相關產品之生產設備，轉調為生產相關產品之用，而不必為進出市場支出「重大已投注成本」。依一九八四年準則 Section 2.21，此種轉換係以不能涉及變更現有設備之重大支出為限，構成要件略有不同。第二種情形(註18)指利用現有用於其他生產用途之資產(如商譽)，使其也用於相關產品之生產。而第三種情形(註19)則主要指為加入市場而開始「招兵買馬」之情形。

由於「已投注成本」概念已導入一九九二年準則，使得未來 DOJ 及 FTC 執行結合審核之變數增加。一方面是愈來愈多的資料必須向非涉案之第三人取得，以致認定 HHI 指數將日益困難，另一方面則係「已投注成本」及「未必進入市場」之概念，使得原來在相關市場之中尚無實際競爭關係之參與結合廠商，可能會被列入相關市場。不過，如果相關資產之獨特性較低，則依「未必進入市場」之概念，HHI 指數將會降低。

## 肆、結合對限制競爭之可能不利影響

一九九二年準則在 Section 2 之中增加評估結合對限制競爭之可能不利影響之步驟，為從一九八四年來最重大之修正。其用意在檢討結合完成之後，相關市場中現存廠商(如為多數)是否更易於「協調互動」而調整其產銷活動(co-

---

註17. 準則 Section 1.321。

註18. 見前揭註。

註19. 準則 Section 1.322。

ordinated interaction) 而提高價格，或是其中任何一家廠商單獨地即可達成此一目標。一九八四年準則只於「其他考慮因素」之中，略為提及此種共謀行爲 (collusion) 不利競爭之負面影響。這章節也是任何主張結合應予核准 (或核駁) 之一方必須「說故事、講道理」的重點。

依照一九九二年準則，結合對市場競爭之影響為所有結合案件中皆須予以分析之因素，亦即不同結合後之市場集中程度之高低。該準則將一九八四年準則所用之「共謀」行爲一辭改為「協調互動」亦顯示此旨。協調互動之分析有三個層次：協調之條件、「作弊」之偵測 (detection) 以及對「作弊」之處罰，如果參與協調者無法持續地就此三點達成某種共識並付諸執行，協調即不可能成功，互動也將崩潰。

依照獨占市場之模型，需求曲線為由左上向右下傾斜之曲線，亦即如果能減少供給，即可或多或少提高價格 (至於依完全競爭市場之模型，廠商所面對之需求曲線為水平，亦即縱然減少產量，亦無法提高價格)。準此，如果具有競爭關係之廠商有意從事協調，即必須先就減產 (或在市場總需求有增加之趨勢時不再增產) 之幅度，以及加價之幅度，也就是協調之條件，達成共識。依 DOJ 主管經濟分析之助理次長 Janusz A. Ordover 見解，此種協調尚可及於廣告、折扣程度 (註20)，此為卡特爾存在之基本前提。

卡特爾成員之間，雖然能達成共識，但是因每個成員都有「作弊」的傾向，因此整體價格結構本身具有不穩定性。換言之，每一個卡特爾成員如果私下違規 (如以低於約定卡特爾價格「折讓」出售，或增加超過「配給」之產量)，而不會被其他成員所察覺，或渠等無法對之「制裁」或「自力救濟」，即都有「作弊」之誘因，所以，所有之協調行爲都會考慮偵測、制裁作弊之行爲 (註21)。結合對市場狀況是否有所改變，即可能影響協調互動之可能性、範圍以及成功率。

一九九二年準則對可能影響「協調互動」之市場狀況因素，也有例示，諸如：

- (一)對市場狀況之資訊是否可以掌握；
- (二)交易案件數多寡及其他競爭對手人數多寡；

---

註 20. American Bar Association, 1992, "Interview: Janusz A. Ordover,"  
Antitrust Magazine, Vol, 6 pp. 12 - 13 (Summer, 1992).

註 21. 見準 Section 2.1 則。

- (三)產品或廠商同質性之高低；
- (四)市場訂價以及行銷策略之執行情形（註22）；
- (五)市場中買方、賣方之特性；
- (六)以往是否有從事「共謀行爲」之紀錄。

不過，一九九二準則也顯示空談這些因素，並無太大實質意義，而必須考慮相關市場內之廠商是否有足夠之誘因、機會及能力從事減產或加價之協調行爲。譬如，如果市場中某一廠商有多餘之產能（excess capacity）或強大之經銷網路，則該廠商即較有可能（及誘因）從事減價及增產等「作弊」之行爲。另一個例子爲市場中有大宗買主，此時相關產品之供應商較不可能從事協調主動之行爲。這不僅是因爲購買力大之買主是精於採購門道的客戶，所以不需要競爭法的保障，而是因爲對於每一個有意「作弊」的供應商，只要能簽下一筆大額或長期採購合約，即有足夠的誘因來從事「作弊」之行爲（註23）。此外，大宗買主亦有可能簽訂遠期契約（forward contracts），減少市場進入者銷售之機會（註24）。

一九九二年準則在評估參與結合事業是否可能在結合完成後提高相關產品之價格，係將產品市場分成有市場區隔之產品（differentiated product）及同質性高但廠商生產能力有別之產品（homogeneous products）兩種。如果參與結合事業之集中程度超過準則 Section 1.5之「避風港」指標，而其市場占有率合計達百分之三十五，則才應注意結合完成後之事業是否有足夠能力單獨地提高價格（註25），此一分析方式與一九八四年準則中對一事業單獨提高價格能力之分析，大相逕庭。依一九八四年準則 Section 3.12對市場領導者之但書規定（leading firm proviso），DOJ 在市場領導者至少具有百分之三十五之市場占有率且與市場占有率達百分之

---

註22.如 FTC 於最近一項有關嬰兒食品(infant formula)之案件中，主張廠商公開宣布參與競標之行爲可能為共謀之前奏曲，見 In the Matter of American Home Products Co., No. 9010119(FTC, June 11, 1992)訴狀；前揭註3文，p. 8.

註23. Denis, Paul T., 1992(b), "Market Power in Antitrust Merger Analysis: Refining the Collusion Hypothesis," Antitrust Law Journal, Vol. 60, pp. 829 - 837.

註24.見準則 Section 3.3。

註25.見準則 Sections 2.211, 2.22。

一以上之事業之結合，即可能對之提出異議，而不問其結合之可能效果或是對結合之後競爭態勢有所影響之市場狀況為何。

如果產品因區隔而具有差異性，一九九二年準則體認結合可能使得參與之事業得以就其中數種產品提高售價，以增加利潤。縱然如此，依 Section 2.21，結合後之事業單獨地提高售價之可能性，只有在下列兩個條件成立時方才存在：市場中許多銷售之金額係包含消費者認為主要選擇（first choice）或次要選擇（second choice）之產品，其他事業不太可能重新組合其產品系列（product line）。如果消費者將某些具市場區隔差異之產品認為係渠等主要或次要選擇之產品，則其各別市場占有率為其互相具有替代性是否顯著之代表。換言之，如果這些產品有足夠之相互替代性，則在結合完成後單獨提高售價之第一前提才可能成立。相互替代性之強弱（closeness of product substitutes）得以市場資料、投標資料、消費者調查等方式予以舉證，亦得以數理經濟之演算或產業界對市場利基，產品定位，策略、集團之分析予以說明，不過，依前述 McDavid 之見解，在實務上要引用數理經濟之資料，雖然 Baker 與 Bresnahan（註26）已有嘗試，但仍會有所困難，站在實務律師之立場不太同意此一策略。

如果市場內多為同質性高之產品，一九九二年準則即強調結合之行爲是否有助於控制相關產品之產量及抬拉其價格（註27）。此時如果要評估單一事業抬拉價格之可能性，即須深入分析其他事業是否有足夠之產能，可以在其減產之時大幅增產以因應產量之緊縮，但是如果其他事業所受產能之限制在兩年之內不能以符合經濟原則之方式解脫，則假定增產不可能。同理，如果其他事業的多餘產能只能在提高相當成本之情形之下予以掌握，則增產亦可假設為不可能。

綜觀一九九二年準則 Section 2 所有對結合是否不利於競爭之效果分析，可知這項原不見於一九八二年或一九八四年準則之分析，廢棄自一九六三年 *United States v. Philadelphia National Bank*（註28）一案以來對集中程度之假設（亦即

---

註26. Baker, Donald and James Bresnahan, 1985, "The Gains from Merger or Collusion in Product. Differentiated Industries," *Journal of Industrial Economics*, Vol. 33, pp. 427.

註27. 見準則 Section 2.22。

註28. 374 U.S. 321(1963)

如市場集中達到某一程度，則必然影響該市場內競爭之情況），對於傳統「結構—行為—績效」之理論又再偏離，而更傾向於以價格理論解釋結合行為之市場效果。Wall（註29）也指出，甚至在一九九二年準則出籠之前，有相當實務經驗的律師也都知道：雖然理論上，在中度集中之市場從事結合而使 HHI 指數增加100點，DOJ 依一九八四年準則可提出異議，但事實上 DOJ 在這種情況下提出之異議可謂鳳毛麟角，所以，一九九二年準則中有關結合對市場效果之分析可謂反映實際之執行經驗。而且，此後 DOJ 和 FTC 對每一結合案皆應從事此一分析，也顯示其不得再假設參與結合事業必然會從事反競爭之行為（註30），對於 DOJ 及 FTC 而言，要在異議時舉證成立負面之市場效果，而為承審法院所接受將更會更為困難，FTC 訴訟處處長 Steven Newborn 即有此認知（註31），DOJ 主管經濟分析之助理次長（Deputy Assistant Attorney General）Janusz A. Ordover 則企圖淡化此一困難，並指稱一九九二年準則並非一「訴訟文件」（註32）。

## 伍、進入市場之分析

「進入市場分析」（market entry analysis）亦為一九九二年準則將一九八四年準則大幅修正之重點，不過，此項修正之主因為 DOJ 及 FTC 於近年對進入市場之分析也偏離其一九八四年準則之方向。依原準則，主管機關評估之重點為是否有進入市場之「結構性障礙」（structural impediments），如否，則可認為進入市場障礙甚低。聯邦法院在 *United States v. Baker Hughes, Inc.*（註 33），*United*

---

註 29. 前揭註四文，pp. 4-5。

註 30. Rill, James, 1992, "Merger Guidelines ---U. S. View," CCH Trade Regulation Reporter, Vol. 7, para. 50,083 (April 3, 1992).

註 31. American Bar Association, 1992, "Interview: Steven Newborn," Antitrust Magazine, Vol. 6, pp. 20-22 (Summer, 1992).

註 32. 見前揭註 26, pp. 12-13。

註 33. 908 F.2d 981 (D.C. Cir, 1990)。

States v. Syufy Enterprises (註 34), United States v. Waste Management, Inc. (註 35), United States v. Country Lake Foods, Inc. (註 36), United States v. Calmar Inc. (註 37)等案之中，亦採同一見解。但是在一九八〇年代末期，雖然一九八四年準則文字並未修正，FTC 及 DOJ 主管官員對「進入市場」之見解已另有詮釋，認為進入市場之潛在壓力，只有在及時、可能及充足之情形之下，才可能對意圖加價之廠商有實質意義（註38）。不過，也因為這種詮釋並不見於一九八四年準則，在 Baker Hughes, Inc.等案之中，聯邦上訴法院（Clarence Thomas 法官主稿之判決書）即認為此一見解於法無據（註39）。

前文提及一九九二年準則將進入市場之情形分成「未必市場進入者」（uncommitted entrant）以及「確定市場進入者」（committed entrant）兩類，後者於準則 Section 1之分析中認為可以列為相關市場中之供應商，對於確定市場進入者，則於 Section 3中予以分析，並定義為「必須花費進入或退出市場相當高額之已投注成本，才能造成之新競爭狀況」，而且必須「及時」（timely），「可能」（likely）以及「充分」（sufficient）方足以使 DOJ 及 FTC 對增加市場集中度之結合行為不予異議。所謂「及時」，指從規劃到實際上在市場中產生重大衝擊之新競爭，必須於兩年內達成，對於資本或技術密集之企業，兩年之時間似乎甚為嚴苛。所謂「可能」，係指進入市場，必須有利可圖。換言之，依一九九二年準則，雖然 SSNIP 為誘使其他事業進入市場之主因，但對競爭之分析應採長期之觀點。

準此，在新競爭者加入市場之後，價格理應逐漸回歸「結合前」之水準，而是

---

註 34.903 F.2d 659 (9th Cir, 1990)。

註 35.743 F.2d 976 (2d Cir, 1984)。

註 36.754 F.Supp. 669 (D.Minn, 1990)。

註 37.612F. Supp. 1298 (D.N.J. 1985)。

註 38.Whalley, Judy, 1989, "Merger Enforcement by the Department of Justice," CCH Trade Regulation Reporter, Vol. 7, para. 50, 029 (Dec. 1, 1989); Arquit, Kevin J. 1992, "FTC Merger Analysis - - - Entry Barriers, Remedies," CCH Trade Regulation Reporter, Vol. 7, para. 50, 030 (March 22, 1990).

註 39.908 F. 2d 981, 987。



否有利可圖（亦即新競爭者是否可能進入市場）亦應以此原則予以評估。此為該準則與一九八四年準則重大不同之處，因為後者對市場進入之分析，係以「結合後」可能提升之價格水準為審酌是否可能之標準。此一改變不僅是概念上的重大變更（即認為如市場進入者不能使市場價格回復至以往之水準，則無法節制參與結合事業對市場力之行使），而且在實務上可能有深遠之影響，因為如果以結合前之價格水準為基準，而事實上如無新競爭者加入市場，何以證明會有新競爭者會在結合後進入市場？

一九九二年準則對進入市場之分析也要求必須考量確定市場進入者是否在銷售額方面能達到「最低變動規模」（minimum variable scale，下稱MVS）以落實進入市場之可能性，MVS指某一確定市場進入者，以結合前之價格，在銷售上能達到獲利之最低平均每年銷售額。對於結合後限制產量之假設，可設定為總市場占有率之百分之五，如果新競爭者能在兩年之內掌握填補此一供給減少之機會，或是因市場需求增加，而在兩年之內達成MVS，則有實際進入市場之可能。最後，進入市場之壓力必須「充分」，亦即必須使市場進入者之銷售量，提升至足以將價格水準回復至結合之前水準之地位，亦即渠等必須能適度解決品牌忠誠度等非價格因素。至於MVS在實務上如何確認則尚有待觀察，曾在DOJ參與制訂一九九二年準則之Denis（註40）曾指出，對MVS之估算可以用測試有經驗廠商之方式達成，亦即如果其被保證得以結合前價格銷售產品，必須至少生產多少，方足以達到在經濟學上收支平衡（break even，亦即其實際上可以回收機會成本之合理利潤）之銷售量。

## 陸、結合對效率之促進

一九八四年準則認知結合也有可能促進效率，一九九二年準則承續此一原則，並明訂於Section 4之中。準此，DOJ及FTC在決定是否對結合提出異議時，也會評估此一行為是否會帶來「促進效率之重大淨利益」（significant net efficiencies）。這種促進效率情形可包括達到經濟規模、生產設備之妥適整合、生產設備專業

---

註40.前揭註3文，p. 10。

化、降低運輸成本、間接總成本 (overhead) 之節擲等情形。由此可見，一九九二年準則對於生產效率 (production efficiencies, 相對於分配效率) 相當強調。一九八四年準則對於結合是否可能促進效率之舉證責任為「明確可信之證據」(clear and convincing evidence)，其對舉證之要求介於民事責任 by a preponderance of evidence 之原則與刑事法上 beyond reasonable doubt 之原則之間。不過，一九九二年準則對此一舉證責任之規定卻予以刪除，究係有意之刪除，抑或文字之疏漏 (或省略)？尚待未來主管機關之執行及法院之審理。不過，目前美國實務界之見解傾向於認為此僅文字之改變，而並無變更舉證責任程度之用意，而且，Section 4 也規定，如果成本之節擲也可不經結合之方式，而由其他方式達到相同或類似之效果，則不能認為結合有促進效率之功效，似乎也佐證對舉證責任之規定並未更張。

## 柒、退出市場之情形

如果某一個產業有衰退之現象，對於游走於存亡之際之廠商，可能收購其企業或資產者，或許只有同業。依據一九八四年準則，縱然結合案可能另有提出異議之理由，但是，如果被結合而不再存續之事業無此一結合之機會，則終將走上退出市場之途時，只要該事業的確已以誠信原則向其他事業要約以合理價格收購未果，則此結合仍具合法性，此即英美競爭法上 failing enterprise 抗辯之原則。在一九七四年之 *United States v. General Dynamics Corp.* (註41) 一案判決之中，美國聯邦最高法院也認知目前之市場佔有率不定反映事業未來在市場中競爭之優 (劣) 勢。此一原則已規定於一九八四年準則 Section 3.21。該準則 Section 3.22 又特別規定如果財務情況不佳，則可能影響其未來從事競爭之能力。因此，有些實務界之見解認為任何財務艱困之情形都可能造成 failing enterprise 此一抗辯之成立 (註42)。

---

註41.見 415 U.S. 486(1974)

註42. Steiger, Janet, 1992, "Statement before the American Bar Association Antitrust Section," (April 3, 1992); Arquit, Kevin J., 1992, "1992 Horizontal Merger Guidelines --- FTC Director's View," CCH Trade Regulation Reporter, Vol. 7, para. 50,082(April 3, 1992).

一九九二年準則對 failing enterprise 抗辯之適用範圍予以緊縮，亦即只有該艱困之事業無法以高於淨資產清算價格 ( liquidation value ) 相對於經營價值， ( going concern value ) 出售資產予第三人時，才有適用。不過，依一九九二年準則 Section 1.521之規定，前述 General Dynamics 一案之原則仍保留於該準則之中。McDavid ( 註43 ) 也以她親自經手一個美國中、西部兩家醫院結合案為例，說明其參與結合之一家醫院位於城中貧民區，其病人皆為 Medicare 或 Medicaid 之醫療保險受益人，但近年住院率、住院期間及市場占有率皆減低，該院亦無法大幅籌募資金或吸引資質優良之醫師赴該院服務，似乎顯示該院長期存續有困難，原可主張 failing enterprise 抗辯。但是，因為該院為教會所支持，在其他城市之分院也一直支撐到被迫關門之實例，因此縱然不能主張該抗辯，但是其種種營業衰退之跡象不一定說明其欠缺繼續於未來從事競爭之活力。

## 捌、結 語

本文評析美國一九九二年水平結合指導準則之新規定，希望對我國未來執行結合案中，可以發揮一些參考價值。依照美國學者近年之實證研究，FTC 對於結合案件是否提出異議，往往係政治因素之考量 ( 註44 )，但是一般之見解為 DOJ 及 FTC 在 Baker Hughes, Waste Management, Suify Enterprise 等案之中，在法院吃了敗仗，所以想變更遊戲規則 ( 註45 )。此外，雖然此一準則為 DOJ 及 FTC 兩個主管機關首度共同宣布，但是在協商過程之中，FTC 對於 DOJ 有關競爭之影響 ( 見 Section 2 ) 之分析相當不同意，並認為對政府依 Philadelphia National

---

註43.前揭註3文, p.14

註44.Newborn, Steven A. and Virginia L. Snider, 1992, "The Growing Judicial Acceptance of the Merger Guidelines," Antitrust Law Journal, Vol, 60, pp. 849 - 856; Coate, Malcolm B., Pichard S. Higgins and Fred S. McChesney, 1990, "Bureaucracy and Politics in FTC Marger Challenges, Journal of Law and Economics, Vol, 33, PP. 463 - 482.

註45.前揭註4文, p.4。

Bank 一案之優越舉證地位不利，談判一度破裂（註46）。在準則制訂之後，兩個主管機關又各自提出其對條文之解釋，可見結合準則之制訂也有政治考慮，而且再完美的準則也有容許不同解釋的空間。

綜然如此，一九九二年準則仍然以長達五十八頁之篇幅，對結合案件之合法性分成五個步驟，提出相當嚴謹的分析，這種負責的態度，對法規透明化之容許，以及對事理分析之講究，都足以參考。我國公平法對結合核駁之實質標準，在文字上與美國法有所不同，但是在同樣都是尊重市場機能的經濟體制之下，美國執行結合案件之主管機關見解，對我國公平會不無裨益，值公平交易季刊創刊發行，謹以此文拋磚引玉，提供主管機關、學術界及實務界之參考。

---

註46.同前註。