

考察報導(二)

美國競爭法制經濟分析之研究

許淑幸*

壹、前言

自由市場經濟之特質，在於事業能藉由競爭提高經營效率，促進成長，惟事業從事競爭之手段往往逾越公平的準繩，事業成長後對市場之控制，亦常超過理想狀態，時而影響市場交易秩序及消費者利益，並有礙整體經濟資源之有效配置。因此，針對不同市場結構下事業之可議行為，世界各主要國家無不尋求法律或經濟之手段予以匡正，以減低市場之不完全性。例如，美國於一八九〇年及一九一四年制定「休曼法」及「克萊登法」、「美國聯邦交易委員會法」等，日本於一九三四年及一九四六年亦分別制定「不正競爭防止法」及「禁止獨占及確保公平交易法」，此外，韓國及歐洲各國亦陸續實施競爭法。

我國亦於民國八十年二月四日完成競爭法——「公平交易法」之立法，並於八十一年二月四日開始實施，為有效執行公平交易法，外國實施競爭法之經驗均值我國借鏡，其中尤以美國歷經百年執法過程更值參考。另鑑於前所述及競爭法之制定目的在於確保資源有效配置，由此可知，競爭法本身即係經濟法之一環，我國之公平交易法更蔚為經濟憲法，經濟分析在執行競爭法制中之重要性可見一斑，此亦為此行赴美考察「美國競爭法制之經濟分析」之主因。

此次赴美拜會考察共十五天行程，計拜訪美國聯邦交易委員會委員 Dannis A. Yao、經濟局處長 James A. Langenfeld、競爭局副處長 Casey R. Triggs 及相關官

* 作者為本會企劃處科長

員，法務部反托拉斯局國外商務科科長 Charles S. Stark、競爭政策科科長 Russell W. Pittman 及相關官員、喬治城大學 Robert Pitofsky 教授、紐約大學 Harry First 教授等，並至美國國會圖書館、喬治城大學圖書館、華盛頓大學圖書館蒐集相關資料，經就美國競爭法制之經濟分析相關問題訪問前開執法機關官員及教授後，謹就訪問結果及其所提供之書面資料整理撰述如后。

本報告除前言外，依序介紹美國競爭法執行機構負責經濟分析之單位、位、美國競爭法制之經濟分析模式、執法機關對結合行為所採經濟分析模式、執法機關對垂直限制行為所採經濟分析模式、其他行為態樣個案實證研究、最後並研提相關建議，供我國執法之參考。

貳、美國競爭法執行機構負責 經濟分析之單位

美國聯邦政府之競爭法執行機構主要有二，一為聯邦交易委員會、另一為法務部反托拉斯局，謹分別就此二機構負責經濟分析之單位說明如次：

一、聯邦交易委員會：(The Federal Trad Commission)

美國聯邦交易委員會中負責經濟分析之單位為經濟局，其主要任務係提供委員會相關經濟訊息，並針對競爭局及消費者保護局進行個案調查所需，提供經濟與統計上之協助。經濟局除置局長一人外，下設處長 (director for Antitrust、director of policy & consumer protection) 二人分別負責反托拉斯及政策分析暨消費者保護 (policy analysis & consumer protection) 等相關業務。

二、法務部反托拉斯局 (The Antitrust Division of The Department of Justice)：

負責經濟分析之單位為經濟分析部門，該部門又分為經濟訴訟科 (economic litigation section)、經濟管制科 (economic regulation section) 及競爭政策科 (competition policy section)，前二科並聯合組成經濟分析小組 (the economic analysis group，簡稱 EAG)，針對該局中反托拉斯實務操作者有興趣之主題撰寫研究

報告(EAG discussing papers)，此等研究報告是經濟訴訟科及經濟管制科用來傳播研究成果及評論之工具，亦可藉此將 EAG 之研究計畫通知有興趣之個人或機構，並就與反托拉斯政策相關之經濟議題，引發各界之評論與批評，需特別說明的是，EAG 研究報告之分析與結論僅代表作者之意見，不必然反映法務部之看法。

參、美國競爭法制之經濟分析模式：

一、經濟分析在執行競爭法之重要性

競爭法之制定目的在於確保競爭性之經濟 (competitive economy) 蓋在競爭之市場結構下可透過配置效率和生產效率之增加及鼓勵使得消費者福利極大化，換言之，追求配置效率及生產效率即係反托拉斯基本經濟目標 (註1)，經濟分析在執行競爭法之重要性可見一斑。

二、美國競爭法制之經濟分析模式：

美國反托拉斯觀念之形成與產業經濟之發展有相當重要之關係，概觀美國反托拉斯之歷史可歸納以下影響反托拉斯決策之經濟模式：

(一)寡占模式 (Oligopoly Model)

在一九三〇年代以後反托拉斯之目標係置於日益坐大之企業，此階段之反托拉斯所著重者並不在於反競爭商業行為之規範，而在於對企業合併等之反托拉斯行為之節制，換言之，係對於當時漸次形成之寡占經濟模式之一種節制。

寡占之經濟模式將集中之市場結構與反競爭行為予以串聯，並提供政府在經濟蕭條時干預市場之依據，惟隨著時間之轉變，基於產品多元化、技術躍進等因素，寡占市場中之供需曲線不再單純地由價格、產出所決定，故以寡占經濟模式為依據之反托拉斯規範，亦隨而逐漸褪色。

(二)效率模式 (efficiency model)

註1：Terry Calvani 於 economic analysis and antitrust law 乙書中即提及傳統上，大部分之經濟學者皆認為配置效率為反托拉斯之經濟性目標 (第五頁)。

隨著一九七〇年代興起的反政府干預思想，芝加哥學派藉由以市場自律（self-correcting markets）為中心之價格理論，開始主導新的反托拉斯政策，即所謂之「效率模式」，簡而言之，效率模式係假設消費可經由自由競爭市場而獲利，蓋在自由競爭市場下，可使得生產者以最低成本獲致最大產出，並使得銷售價格達到最低，換言之，反托拉斯政策目標由「打擊市場集中」修正為「追求資源使用分配效率及消費者福利」，亦即只要廠商追求效率之行爲均屬合理，例如：生產者之垂直整合及經銷商限制他廠商之行爲等，因可節省交易成本，係屬有效率行爲，而結合行爲可追求規模經濟（economies of scale），亦屬有效率，甚至限制價格（price fixing）行爲亦因以合理方式整合零碎資訊而顯得有效率。

對於上開見解，引起頗多爭議，尤其更難為法律專家所接受，在此行拜會美國聯邦交易委員會數位官員時，亦體察該會多數法學專家對此將「效率」視為法律所追求之目標之觀念相當質疑。惟不容置疑的，芝加哥學派理論對美國反托拉斯政策之影響迄今仍存在，此可由美國執法機構所訂定之「合併指導準則」（merger guideline）中對於效率之逐漸重視得到印証，有關情形將於下章中作更詳細之說明。

（三）經驗曲線模式（experience curve model）（註2）

所謂經驗曲線模式係假設當企業累積愈多經驗時，其所販售產品將更便宜，在此情形下，惟有創造獨特之產品方能獲取較高利潤。隨著社會競爭之多樣化與多元化，經驗模式逐漸掘起，此模式強調的是創意之保障與維持，藉以促進良性而符合當前科技及新競爭理論之市場競爭，在此模式下，反托拉斯規範將目標自寡占理論及芝加哥學派效率理論移轉至判斷科技變化及事業多元化趨勢之理論中，因為在企業多元化之社會中，寡占廠商已難猜測對手企業之行動，致寡占模式無法運作，而效率模式則因產品循環而致難以尋找成本最低之最有效生產點，換句話說，一個多元化產品的企業即使在寡占市場仍會盡力去使其產品享有特殊性，而能因此擁有壟斷之利益，因此，追求壟斷亦會形成競爭，但「壟斷」形成，則加入者之競爭與

註2：Frederick M. Rowe, *The Decline of Antitrust and the Delusion of Models: The Faustian Pact of Law and Economics*, 頁一五五三。

科技之發展又將迅速地改變壟斷之局面。準此，在此理論下似乎壟斷之存在亦將構成競爭之誘因，基於此等考量，經驗曲線模式並不排除許多原本寡占模式及效率模式所禁止之行爲。

綜上所述，美國之反托拉斯政策之寬鬆與其所運用之經濟模式有密切之關係，而不同之經濟模式往往反映不同時代價值，換言之，美國對於反托拉斯規範會隨時代之演變而運用不同之經濟模式分析，而反托拉斯政策隨之有寬鬆不同程度之別。

以上係就時間序列而言，另倘就美國處理各涉法行爲所採之經濟分析模式觀之，則除針對合併行爲及垂直限制行爲訂有指導準則，俾茲遵循外，其他行爲態樣則遇案採行個別經濟理論判定法則或一般經濟分析方式爲之，茲分別予以申論如后。

肆、執法機關對結合行爲所採經濟分析模式 — 合併指導準則 (merger guideline) :

美國反托拉斯法對於管制結合之規範，係由法務部反托拉斯局、聯邦交易委員會、及州檢察長 (State Attorney - General) 執行，據此行本人拜會聯邦交易委員會及法務部官員詢及有關美國反托拉斯法執法機關對結合所採經濟分析模式，該等官員均表示美國對於結合行爲之管制係以合併指導準則 (merger guideline) 爲執行依據，其間所採行之經濟分析模式亦以準則內所載爲限，同時，其表示觀諸法務部一九六八年、一九八二年、一九八四年之合併指導準則及法務部與聯邦交易委員會於一九九二年共同發布之水平合併指導準則之演變過程，準則中所考慮之經濟因素逐次增加，經濟分析之重要性亦逐漸提高，以下僅就全國檢察長協會 (Natonal Association of Attorney General) 針對法務部與聯邦交易委員會所共同發布之一九九二年水平合併指導準則予以修正而完成之一九九三年合併指導原則草案說明如次：

本項指導原則分四步驟分析水平合併：

步驟一：定義合併廠商之產品及地理市場。

步驟二：衡量合併前後之市場集中度及因合併而使得市場集中度增加之程度。

步驟三：衡量市場進入障礙、產業過去是否有反競爭及聯合行爲、合併可否增進效

率、購買者是否強勢等因素，以決定此合併是否會削減競爭效果。

步驟四：垂危廠商抗辯。

以下謹就本項指導準則摘要如次：

1. 準則之訂定目的及範疇：

本項指導準則闡明州檢察長處理水平合併案件之範疇與政策，且亦確定州檢察長有挑戰事業合併之權力。

本項指導準則之訂定有三主要目的：

第一、建立分析水平合併之統一架構。

第二、通知企業界檢察長審查結合案件時所使用之實質標準。

第三、建立合併是否會削減競爭之方法論。

2. 政策方向：

聯邦反托拉斯法中對於合併之規範主係預防廠商獲致市場力或獨占力，蓋廠商獲致市場力後可提高其所售產品之價格，致財富自消費者移轉至廠商。

準此，本項指導準則之規範重點係處理有關水平合併所產生之經濟效果，且管制會產生反經濟效果之合併。合併所產生之經濟效果包括：

市場力之取得及財富移轉：

(1) 生產效率：

(2) 配置效率：

(3) 提高對手之成本：

3. 市場定義：

本項指導準則認潛在競爭者可抑制合併廠商行使市場力，準此，始在本市場定義中，亦考量潛在之競爭，潛在競爭之來源除一九八七年規定之現行供應商超額能量運用外，亦增列地理市場範圍外超額能量之運用。此外，在相關產品市場之定義中，認相關產品包括確定由合併廠商生產之產品及替代品，所謂替代品係需有75%以上消費者認為適合替代之產品。至地理市場之定義則與聯邦交易委員會及法務部聯合發布之一九九二年指導準則定義相同。

4. 市場集中度之衡量：

以 HHI 計算市場集中度，門檻條件與前述一九九二年指導準則相同。

(1)一般判定標準：

以合併後事業之市場集中程度及基於合併所引起之市場集中增加程度，作為衡量是否管制事業之一般基準。

①合併後 HHI 指數低於1000點者：

認此類市場為非集中市場（unconcentrated market）。

②合併後 HHI 指數介於1000至1800點：

認此類市場為適度集中市場（moderately market），當合併後 HHI 指數增加數增加超過100 點者時，則往往會產生重大之反競爭效果。惟仍須配合其他事業進入市場之可能性、過去是否有聯合或寡占行為、是否增加效率、是否有強勢或詭辯（sophisticate）之購買者等因素之考量。其中是否有強勢或詭辯之購買者係較一九九二年指導準則新增之部分。

③合併後 HHI 指數超過1800點：

認此類市場為高度集中市場（highly concentrated market），當合併後 HHI 指數增加數增加超過50點者時，則往往會產生重大之反競爭效果。惟仍須配合前述其他因素之考量。

(2)例外情況：

當一具市場控制力之廠商與小廠商合併，縱其 HHI 值之增加未超過前揭標準，仍會增加或創造此廠商之市場力，另外，一創新廠商與現有重要競爭者之合併縱其 HHI 值之增加未超過前揭標準，亦將潛在地削減競爭，因此，一市場占有率超過35%之領導廠商與市場占有率超過1%之小廠商之合併，及一市場占有率超過20%之廠商與創新廠商之合併，皆將被假設為可增強市場力而予以管制。

4.其他考量因素：

(1)市場進入難易：

(2)過去是否有聯合或寡占行為：

(3)效率：

(4)強勢或詭辯（sophisticated）之購買者：

5.垂危廠商抗辯：

此垂危廠商抗辯其基本立意係與一九九二年指導準則之最主要不同處在於後者所認為之 垂危廠商無法依破產法 (Bankruptcy Act) 成功地重整及 若不合併則垂危廠商之資產將退出相關市場等二要件，本項指導準則認非必要條件。

伍、執法機關對垂直限制行為所採 經濟分析模式

一九五〇年代末期，反托拉斯的法制決策往往認為垂直合併、搭售、獨家交易安排、維持轉售價格、地區限制等垂直限制行為皆是反競爭且為違反反托拉斯法，惟迄一九八〇年代中期，則演變為先討論效率促進因素，再來才是探討反競爭之可能性。法務部之反托拉斯局更發表了一指導準則以顯示對此等行為之最大容忍程度，以下謹就此思潮變革說明如下：

(一)垂直限制之定義：

所謂垂直限制係指處於兩種不同市場階層事業所訂定之限制交易契約，其所包含之態樣如下：

1. 搭售 (tying arrangement)
2. 強迫全線購買 (full - line forcing)
3. 必需品 (或忠誠) 契約 (requirements (or loyalty) contract)
4. 獨家交易安排 (exclusive dealing)
5. 地域 (或顧客) 限制 (territorial (or customer) restraints)
6. 限制轉售價格 (resale price maintenance)

垂直限制有四特性值得注意：

- 第一、係導引某些在透過垂直整合之方式下可獲致之行為的一種方式。
- 第二、前述1 - 4之情形，在邏輯上有其基本相似之處：購買某產品時需以購買其它或相同產品為條件，此皆為隱含或明顯地排除其他銷售者。
- 第三、前述5、6皆是限制經銷商競爭之方式，且對於配銷商之毛利潤和最終銷售價格均有相似效果。
- 第四、為實施垂直限制，銷售者必須隱含或明顯地具有拒絕與拒絕遵從限制之消費

者交易之權力，而僅與同意限制之購買者交易。（註3）

（二）劃時代事件：

過去三十年來有關垂直限制之法制和經濟分析思潮存在明顯之演變，茲舉例說明如次。

1. 一九五五年檢察長國家委員會（Attorney General's National Committee）曾就研究反托拉斯法之結果提出報告，該報告對反托拉斯決策具有頗深遠之影響。

此報告贊成最高法院在一九四七年對 International Salt 有關搭售乙案及一九四九年對於 Standard Stations 有關強迫全線購買乙案所作成之決定，此外，此報告亦贊成專利持有者應有限制使用範圍、使用地區之權利。

2. 一九五九年 Carl Kaysen 和 Donald Turner 刊行「反托拉斯政策」（Antitrust Policy）乙書，在當時已然成為各大學法律、經濟相關學系之教科書，並為未來十年反托拉斯決策之主要參考文獻，基本上其對於搭售、垂直合併等係持反對立場。

觀諸一九六〇年代最高法院對於結合案件之主要決定，多持反對態度，例如一九六二年 Brown Shoe 案，縱然合併事業之市場占有率不大，惟最高法院仍對水平競爭者間及垂直夥伴間之合併持反對態度。此外，在一九六三年 White Motor 有關地區限制乙案中，最高法院即曾表示，無法充分了解與該地區限制行為相關之經濟和商業因素，在一九六七年 Schwinn 案中，最高法院判決垂直限制係當然違法。另在一九六〇年 Parke Davis 案、一九六四年 Simpson 案及一九六八年 Albrecht 案中皆反對限制轉售價格行為。

一九六九年 Fortner I 案中，最高法院對搭售亦持反對立場一九七二年 Ford Motor Co. 案中最高法院對垂直合併仍持反對立場，但迄一九七七年在以下二個案中顯示最高法院對垂直限制行為之反對態度已較過去減弱，其中一案為有關 Sylvania 地區限制乙案，最高法院扭轉過去在 Schwinn 案所認為當然違法之看法而代之以合理原則（rule of reason）判決，另一案係有關 Fortner II. 對於組

註3：Edited by Robert J. Lerner & James W. Meehan, Economics and Antitrust Policy, Quorum Books, Greenwood Press, Inc., 1989, 頁一〇六、一〇七。

合式房屋之銷售與信用融資之合併乙案，最高法院認非違法之搭售行爲。

3. 一九七八年、一九八〇年、一九八六年由 Phillip Areeda 及 Donald Turner 陸續出版「反托拉斯法」(Antitrust Laws) 乙書，亦與前述「反托拉斯政策」乙書相同迅速地成爲各大學相關科系之教科書，惟本書已對垂直限制行爲持較同情之看法，舉例而言，其認爲”除非在例外之情況下，搭售行爲並不會加強該廠商在搭售商品市場上之市場力，且當該被搭售商品之市場占有率頗小時，則該事業通常不會明顯地影響市場競爭”、“除了可能之進入障礙效果外…，極少發現垂直合併會減弱市場競爭者”等(註4)。
4. 一九八五年法務部反托拉斯局發表”垂直限制指導準則”(Vertical Restraints Guideline)，此準則指出對於地區(顧客)限制、獨家交易安排、搭售等之容忍程度，有關此準則之詳細內容將另詳細說明。

由上分析可知，從一九五五年至一九八五年，對於垂直限制之反托拉斯分析已由懷疑、不信任階段邁向更大之容忍性(註5)，其間經濟分析之重要性亦逐年遞增。

(三)一九八五年垂直限制指導準則：

1. 指導準則之目的：

本項指導準則係解釋美國法務部對於非價格垂直限制之執行政策。其制定用以分析非價格垂直限制可能產生之競爭效果的一般原則和特定標準。期藉此減輕執行反托拉斯法之不確定性。

本項指導準則主要係針對地區及顧客限制、獨家交易安排、搭售等三態樣予以規範。垂直限制一方面可透過提高製造商產品配銷效率促進市場競爭，一方面亦可能促進競爭者間之聯合行爲或排除對手而削弱市場競爭，因此，垂直限制行爲之合法與否決定於其依合理原則標準所評估之經濟效果。

2. 準則適用範圍：

首先步驟係分析該項行爲是否屬於當然違法。舉例而言，競爭者間對於價格

註4：同註3頁一一一。

註5：同註3頁一一三。

訂定之合意、限制合作者之產出或提高其價格而無合理促進競爭之行爲等均屬當然違法。

最高法院認爲在(1)行爲可能獲致明顯效率，或(2)對競爭惡性影響之必要條件欠缺等情況下，當然違法原則不適用。其亦認在處理垂直限制行爲時不可盲目地引用當然違法原則，因爲經驗及經濟理論均建議大部分之非價格垂直限制行爲並非傾向限制競爭及降低產出。

(1)區分垂直及水平限制：

反托拉斯法對於限制行爲所造成不同品牌間（interbrand）產品間競爭效果之影響較諸同一品牌內（intrabrand）產品競爭之影響重視。品牌間競爭之限制對於經濟福利有較明顯之負面衝擊，而只影響品牌內競爭之垂直限制行爲競爭威脅較小，甚至有提高效率之利。

法務部認爲倘若某項限制係由競爭品牌之經銷商協議之結果，則此項協議可視爲水平交易限制。

(2)雙軌行銷（Dual Distribution）：

所謂雙軌行銷係指供應商銷售商品與最終消費者時採直接銷售及透過經銷商間接銷售等二方式。涉及雙軌行銷之垂直限制行爲與其他垂直限制行爲受相同準則規範。

(3)價格及非價格垂直限制行爲之區分：

多年來限制轉售價格行爲均被視爲當然違法，故本項準則自然不適用。任何之垂直交易限制均可能對價格產生影響，但不能因此而將之視爲限制轉售價格行爲，因爲所謂的限制轉售價格行爲必須是供給者與其配銷商間存在有關轉售價格之協議。若供應商之配銷計畫中同時存在非價格及價格限制時，如果非價格限制之目的在促進效率且價格限制僅屬附屬性質時，法務部將就整體計畫進行合理原則分析。

(4)智慧財產權授權之限制：

本項指導原則不適用於智慧財產權（包括專利權、著作權、營業秘密、技術等）授權之限制。因類此之限制通常對於確保新技術獲致合理利潤且嘉惠消費者，因此，合理原則分析是適當的。而在(1)智慧財產權之限制係涉及與

智慧財產權發展無關之交易限制、(2)有競爭關係之智慧財產權擁有者形成卡特爾、(3)抑制智慧財產權之創造及發展等三種情況下，智慧財產權之限制是不被允許的。

鑑於智慧財產權授權限制所產生之反競爭風險及促進競爭利益有別於其他垂直限制型態，致本項指導準則所訂定之合理原則分析方式不適用之。

(5)垂直限制大部分是合法的：

垂直限制一般而言都是合法的，僅有部分會涉及反托拉斯之不確定性。

3.垂直限制之促進競爭及反競爭效果：

(1)垂直限制之促進競爭效果：

最近幾年來，垂直限制所產生之促進競爭功能已逐漸被承認，包括以下幾項：

- ①就限制經銷商數目之垂直限制而言，將可使經銷商達到規模經濟而降低配銷成本。
- ②就獨家經銷之限制而言，將可使經銷商賺回最初市場發展成本而誘使新生產者加入市場。
- ③限制經銷商數目之垂直限制可能是確保銷售服務最有效率之方式，尤其對技術複雜度較高之產品而言尤顯重要。
- ④就獨家交易安排之垂直限制而言，將可避免經銷商使用供應商所提供之服務性投資（例如：廣告）販售其它供應商之商品，而令該供應商得以保護其服務性投資。
- ⑤垂直限制可改善產品品質、產品安全性及降低交易成本。

(2)垂直限制之反競爭效果：

①促進勾結行爲：

垂直限制往往易加速不同供應商之經銷商間之勾結行爲，尤其在以下三市場狀況同時存在時較有可能發生：

- A. 在主要市場（即上游製造商）中集中度很高。
- B. 廠商在第二市場（被限制市場）中大部分之銷售均涉及使用限制行爲。
- C. 進入主要市場是很困難的。

②排除競爭對手：

垂直限制往往可經由提高生產要素成本或配銷成本而排除競爭對手，例如，在獨家交易安排之情況下，供應商會要求經銷商不得經銷其它競爭供應商之商品，此將使競爭供應商需尋找另一經銷商或垂直整合其行銷體系，若此兩種方式所耗費之成本大於與原經銷商交易之成本時，則易使此競爭供應商退出市場。

此情形在以下二狀況同時存在時較有可能發生：

- A. 必須很顯著地增加競爭對手取得生產要素或配銷設備之成本。
- B. 當廠商因採行限制行為而致其成本提高時，其必須能充分地累積報酬以彌補因限制行為所產生之成本增加。

4.垂直限制之競爭性分析：

法務部採用二階段分析方法：

(1)第一階段：市場結構篩選 (Market Strture Screen)

在此一階段中法務部將首先審視實施垂直交易限制廠商市場占有率之高低，若該廠商之市場占有率不高且所處市場集中度不高、該垂直交易限制所涵蓋之市場範圍並不顯著、且不可能促使勾結行為發生或使競爭對手退出市場時，則法務部認定該垂直交易限制並不會破壞市場競爭而不加以干涉：

法務部在評估地區及顧客限制、獨家交易安排等行為時，只要實施垂直交易限制廠商符合下列條件之一，則法務部通常不會加以干涉：

- ①實施垂直交易限制廠商之市場占有率少於 (或等於) 10% ；或
- ②在同一相關市場 (即供應或經銷) 之垂直限制指標 (Vertical Restraints Index 簡稱 VRI) (註6) 低於一二〇〇及涵蓋比例(coverage ratio)(註 7)

註6：所謂的 VRI 係指處於同一市場中所有實施垂直交易限制廠商市場占有率之平均。例如同一市場中，只有兩家供應商實施垂直交易限制，其分別之市場占有率為五%及二〇%，則其 VRI 值為四二五 (5 + 20 = 425) ；若市場中所有廠商均實施垂直交易限制，則 VRI 值與 HHI 值相同；而若市場只存在一

低於60%；或

③在上述二相關市場之 VRI 均低於一、二〇〇；或

④在上述二相關市場之涵蓋比例均低於60%

(2)第二階段：結構性合理原則分析 (A Structured Rule of Reason Analysis)

未通過第一階段「市場結構篩選」之廠商，其所實施之垂直交易限制未必即違反反托拉斯法之要求，違法與否，尚需俟法務部於此一階段之合理原則分析結果而定。事實上就美國執行之經驗觀之，大部分未通過第一階段剔除之個案，經過法務部於此階段中仔細衡量其對市場競爭之影響後，均被發現未產生反競爭效果而未違反反托拉斯法。

在此階段中考慮之因素包括：

①進入市場之難易程度

②其他因素：

A.重新計算 VRI 及涵蓋比例：在第二階段中法務部通常會更精確定義市場範圍，並重新計算 VRI 及涵蓋比例，若主要市場（即上游製造者）之 VRI 小於一、二〇〇，或第二市場（被限制市場）之涵蓋比例小於六〇，則法務部將視此一限制為合法，否則法務部將考量該二比例之大小以評估該限制所可能產生之效果，VRI 或涵蓋比例愈高則愈可能產生反競爭效果。

B.相關市場情況是否有利於廠商勾結：前所述及，垂直限制可能促進廠商之勾結，例如，市場中產品同質性較高之廠商間或過去曾有勾結行為之廠商間，均較可能產生勾結行為。

家廠商且若該廠商實施垂直交易限制，則 VRI 值為一〇、〇〇〇。VRI 值之高低通常可反映涉及垂直交易限制上、下游廠商間市場占有率之分配及該垂直交易限制所涵蓋之範圍。

註7：所謂的涵概比例係指市場中所有涉及垂直交易限制廠商市場占有率之和。例如：若有十家供應商實施垂直交易限制，其個別市場占有率為5%，則其涵蓋比例為50%。

- C. 垂直限制排除競爭之程度：通常垂直限制所持時間愈長，則愈有可能產生排除競爭效果。
- D. 參與垂直限制廠商之意圖：參與廠商之意圖往往是評估垂直限制行為所可能產生結果之最佳指標。例如，參與廠商之主管級人員採限制行為主係為促進勾結，則可推測將對市場競爭產生限制效果。
- E. 實施限制廠商是否為小廠商或新加入市場者：若實施限制之廠商是否為小廠商或新加入市場者通常較不可能為反競爭之目的，蓋小廠商較不可能依垂直限制行為排除競爭對手或促進勾結行為，因此，小廠商採取限制行為之動機一般均為追求效率。此外，就新加入市場者而言，若其採垂直限制行為最可能之目的係勸服經銷商促銷商品，此應有利於競爭。
- F. 實施限制廠商是否確定可達促進競爭效率。

5. 搭售：

(1) 搭售之效果：

- ① 維持產品之完整性及商譽。
- ② 風險重分配：例如，一新產品與一舊產品搭售，則將令舊產品分攤新產品之銷售風險，此無異為風險重分配之現象。以上有助於促進競爭效果。
- ③ 從事差別取價：由於每個消費者對產品需求效用不同，出售人因此可利用搭售設計來從事差別取價，此差別取價之福利效果是未定而不可預測的。
- ④ 搭售通常不會產生明顯的潛在反競爭效果，有些人認為搭售可能會妨礙被搭售產品及搭售產品之市場競爭，但排除競爭效果之產生並非導因於搭售，而係導因於伴隨搭售而來之獨家交易安排或垂直整合等垂直限制行為。

(2) 法院見解：

一九八四年美國最高法院在 Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde 案中，認為搭售在以下情況係當然違法：

- ① 銷售者在搭售市場有市場力。
- ② 搭售產品及被搭售產品是可分開的。
- ③ 對被搭售產品市場競爭有顯著負面影響。

如果銷售者在搭售市場沒有控制市場力，則適用合理原則分析，除非有證

據證明搭售會不合理地限制被搭售產品之市場競爭。

(3)搭售之篩選及競爭分析：

- ①若使用搭售設計廠商，其在搭售產品市場之市場占有率少於或等於30%時，除非該搭售設計明顯地限制被搭售產品競爭，否則法務部均不加以干涉。
- ②若事業在搭售產品市場之市場占有率超過30%，法務部仍須考慮該事業在搭售產品市場是否擁有支配力量（dominant market power）及是否會對被搭售產品市場競爭產生重大之負面影響。惟據本人此次訪問之美國FTC官員表示，本項指導準則在FTC使用上於現任主委Janet D. Steiger上台後，即以過於經濟理論為由而暫予凍結。

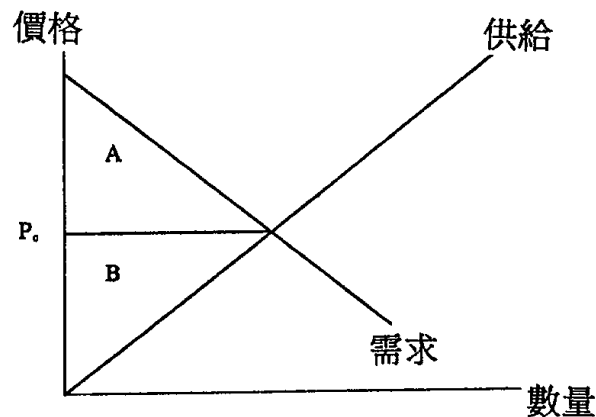
陸、其他行為態樣個案實證研究—以掠奪性定價（Predatory Pricing）為例

前所述及，美國在執行涉及違反競爭法之個案時，會有經濟分析單位負責經濟分析相關事宜，而除前開合併行為適用合併指導準則、垂直限制行為適用垂直限制指導準則外，其他行為態樣則遇案採行個別經濟理論判定標準或一般經濟分析方式，以下，則以FTC官員Donald S. Cooper及其顧問Richard O. Zerbe就掠奪性訂價所曾進行之實證研究為例予以說明。

一、掠奪性定價社會福利經濟分析：

如圖一所示DD是需求曲線，MC是邊際成本曲線， P_c 是完全競爭價格， Q_c 是完全競爭產出，當廠商有獨占力時，其定價將高於MC，假設為 P_L ，若廠商採掠奪性定價 P_p （可能高於或低於 P_c ），當掠奪成功後，其定價將可能調高至較高價位之 P_m ，若掠奪失敗，則其定價可能回復至 P_L 。

掠奪性定價所引起之社會福利變動即係有無採取掠奪行為之社會總剩餘之差額，由於掠奪行為只有在寡占市場中才可能發生，故假定該廠商原定價為 P_L ，在此價格下消費者剩餘為A、B、C，生產者剩餘為（D+E）



圖一 掠奪及社會福利

剩餘為 $(D+E)$ 定價為 P_L ，在此價格下消費者剩餘為 $A、B、C$ ，生產者剩餘為 $(D+E)$ ，當該廠商採取掠奪性行為時，定價降至掠奪性水準 P_p ，在此價格水準下，消費者剩餘增加 $D、E、F、G$ 及 H ，然生產者剩餘減少 $D、E、G、H、I$ ，在此情況下社會總剩餘之變化為 $(F-I)$ ，其大小決定於 F 及 I 之面積大小，假設此價格降低維持期間為 T_p ，俟該廠商取得獨占地位後，將會調高價格至 P_m ，在此價格下，消費者剩餘減少至 A ，然生產者剩餘為 $B、D$ ，在此情況下與最初定價 P_L 時相較，社會總剩餘減少 $(C+E)$ ，此社會福利損失將持續至價格降至 P_L 為止，假設此期間為 T_m ，此期間社會福利之變化即為 $(負)(C+E)T_m$ 。

由以上分析可知，該廠商削價期間，社會福利之變化為 $(F-I)T_p$ ，削價期間過後社會福利之變化即為 $(負)(C+E)T_m$ ，綜合考量此二期間，福利效果為 $(F-I)T_p - (C+E)T_m$ ，其數值可能為正亦可能為負，換言之，掠奪性定價可能促進或傷害社會福利，而取決於 $P_L、P_p、P_m、T_p、T_m$ 、市場供需彈性、市場進入障礙、市場規模、超額能量、掠奪者生產成本等變數之大小而定。

一般而言，市場集中度較低或市場進入障礙較低之情況下，掠奪性定價對社會福利較無影響，反之，當市場進入障礙高、市場集中度較高之情況下，掠奪性定價對社會福利較有威脅，且此時，掠奪有某些機會可成功，設若掠奪成功，則傷害社會福利更大，經濟理論於實證研究均支持此結論。

四、掠奪性定價禁止法則之發展：

由前分析，有關掠奪性定價之福利分析，可獲致三項結論：(1)掠奪對社會福利

之影響係未定，(2)掠奪性定價只有在寡占市場才有可能發生，(3)當市場由三或四家廠商控制時，或具有控制力量之廠商試圖執行價格領導制時，則價格削減對社會福利之影響最大。

(一)Areeda 及 Turner 法則：

Areeda 及 Turner 教授曾將掠奪性定價定義為「銷售價格低於成本」，在其理論下，只要廠商銷售其財貨或勞務之價格高於邊際成本都是可接受的（註8），其判定標準如下：

「若價格高或等於成本，則合法，此乃由於當事業之價格等或高於其成本時，其所排除者僅係市場中較不具效率之廠商，而此對於整體社會之資源配置而言係有正面意義。若價格高或低於成本，則非法。」

自其理論發表後，約十三家法院引用其見解，惟亦受到不少批評，例如有部分學者認為該理論只考慮到短期市場情況，而未能考慮長期因素，另有關成本之精確計算在實務運作上有其困難，此外，亦有學者認為該理論過於強調效率之重要性，而忽略維持一定程度之競爭亦有其必要。

Areeda 及 Turner 對掠奪性定價之定義後經修正為「任何價格低於平均變動成本係屬掠奪性」，而因之認為銷售價格高於平均變動成本係合法，反之則非法，修正後 Areeda 及 Turner 法則為：

1. 當產出水準位於平均成本曲線之正斜率階段時，倘價格低於平均成本係屬掠奪。
2. 任何價格低於平均變動成本係屬掠奪。
3. 平均變動成本及平均成本必須與決策過程相關。（註9）

(二)Joskow 及 Klevorick 二階段測驗（two-tier test）法則：

Joskow 及 Klevorick 所建議之二階段測驗（two-tier test）法則為，

註8：Richard O. Zerbe & Donald S. Cooper, An Empirical and Theoretical Comparison of Alternative Predation Rules, Texas Law Review, Vol: 61: 655, 頁六七九。

註9：同註8頁六八六。

第一階段：法院必須檢視市場特性以決定掠奪是否會引起明顯之傷害，當以下特性不存在時，必須駁回：

1. 廠商於其產業擁有短期獨占力。
2. 企業於其產業係有風險。
3. 產業需求是沒有彈性的。
4. 廠商有專業化資產。
5. 廠商進入此產業必須透過連續子市場（sequential submarkets）。
6. 具控制地位廠商非主要創新者。

第二階段：若上開特性皆存在，則

1. 價格低於平均變動成本則可考慮為當然掠奪。
2. 價格低於平均成本則可假定為掠奪，除非具控制地位廠商可顯示該價格可使短期利潤極大化。
3. 降價後之價格若高於平均成本則可假定為合法。

本項法則，法院於實際運作時，有實際衡量之困難。

(三)Williamson：

Williamson 建議廠商在下列兩種情況下係被禁止從事掠奪行為：

1. 控制市場地位廠商在面臨新市場進入者時，無法擴大其產出。
2. 控制市場地位廠商或新市場進入者將避免維持無法完全涵蓋長期成本之產出水準。

(四)Bork - Easterbrook：

Easterbrook 教授採取 Bork 教授之主張，認為掠奪性定價不會違反反托拉斯法，其運用遊戲理論及福利分析認為掠奪性定價不會發生，或縱其發生亦將嘉惠消費者，且其認為反掠奪法則之成本太大，因此，所有價格削減應是合法。（註10）

Donald S. Cooper 及 Richard O. Zerbe 認為本項法則有以下主要缺點：

1. 當然合法法則疏忽掠奪性訂價會傷害社會福利之事實。
2. Easterbrook 教授對其「掠奪性定價不會發生或總是失敗」之論點無法加以

註10：同註8頁六九七。

證明。

3. Easterbrook 教授沒有考慮到縱使掠奪定價失敗亦可能損害社會福利
4. 當然合法法則沒有考慮法院之憲法上責任。
5. 所運用之福利分析不夠完全。

為瞭解上開法則孰者為最佳，Donald S. Cooper 及 Richard O. Zerbe 以過去發生之個案實證檢閱方式尋求最適合之法則，實證結果發現修正後之 Areeda - Turner 法則最佳，Areeda - Turner 法則次之、Bork - Easterbrook 再次之、Williamson 及 Joskow - Klevorick 法則再次之。

證明修正後之 Areeda - Turner 法則最佳之個案包括一九五三年之 Anheuser - Busch, Inc. v. FTC 乙案，該案中廠商以低於平均成本之定價提高其市場占有率、一九四四年 E.B. Mueller & Co. v. FTC 乙案，控制市場地位廠商於分割市場中以低於成本之定價獲致獨占地位、一九七六年 United States v. Empire Gas Co. 乙案中有明顯意圖控制市場地位進而提高價格。

在此個案實證檢閱中，當然合法法則優於修正後之 Areeda - Turner 法則之唯一個案為一九五八年之 H.J. Heinz Co. v. Beech - Nut Life Savers 乙案，三家嬰兒食物公司 Gerbers、Beech - Nut 及 Heinz 從事價格戰，此價格戰使得 Gerber 公司在加州之市場占有率自77%降至70%，價格降低是每位消費者希望的，且價格削減將降低該三家廠日後從事價格聯合行為之可能性，故該案中縱使銷售價格削減至低於成本，仍視為合法。

準此，目前執法機關在判定掠奪性定價行為有無違反反托拉斯法時，多採修正後之 Areeda - Turner 法則。

柒、結論與建議：

經由本次考察得知，美國執行反托拉斯機關均設有負責經濟分析之單位，在聯邦交易委員會為經濟局，其主要任務係提供委員會相關經濟訊息，並針對該會中競爭局及消費者保護局進行個案調查所需，提供經濟與統計上之協助。至法務部反托拉斯局中負責經濟分析之單位即為經濟分析部門，其中並組成經濟分析小組，針對

該局中反托拉斯實務操作者有興趣之主題撰寫研究報告（EAG discussing papers）

此外，美國於執法過程中對於經濟因素之考量逐年增加，對經濟分析之重視程度亦逐漸提高，而觀諸歷年來影響反托拉斯決策之經濟模式可知，美國對於反托拉斯規範會隨時代之演變而運用不同之經濟模式分析，而反托拉斯政策隨之有寬鬆不同程度之別，另若就美國處理各涉法行為所採之經濟分析模式觀之，則除針對合併行為及垂直限制行為訂有指導準則，俾茲遵循外，其他行為態樣則遇案採行個別經濟理論判定法則或一般經濟分析方式為之。

美國執行反托拉斯法迄今已有一〇三年歷史，其執法經驗頗為豐富，雖則該國執法機關組織建制與我國未必相同，其產業結構亦有所差異，執法措施非可全面適用於我國，惟仍有部分制度措施可為借鏡，謹參考其執法經驗，建議如次：

- 一、**加強經濟分析：**觀諸美國聯邦交易委員會及法務部反托拉斯局在執行反托拉斯法過程中，對經濟分析之重視程度已逐漸提高，鑑於國內公平交易法蔚為經濟憲法，所規範者係市場上之各項經濟性行為，亦應加強經濟分析工作，俾使法律執行與經濟之發展相輔相成，達成促進整體經濟繁榮之立法目的，進而於競爭秩序之維護與產業利益之增進間，取得一合理之平衡點。
- 二、**指定專責單位負責經濟分析相關事宜：**美國聯邦交易委員會及法務部反托拉斯局均設有經濟分析專責單位，負責經濟相關事務，因此，本會亦宜指定專責單位掌握國內經濟情勢、產業發展政策等相關經濟資訊，加強產業發展之研究並負責經濟分析事宜，俾針對業務單位進行個案調查所需，提供相關經濟分析協助，同時，該專責單位亦可針對業務單位需要撰寫相關經濟研究報告供參。
- 三、**訂定結合指導準則：**美國在規範結合行為方面係以訂定指導準則方式為之，此無論對執法機關或事業而言，皆將因之有遵循標準，避免雙方在執法及適法上產生不確定性之困擾，足資參考，惟指導準則非一朝一夕所可訂定，必須透過個案及相關經驗之累積方可為之，因此，本會於短期間應可先行參酌國外類似

之指導準則研擬內部參考基準，再依個案處理經驗之累積逐步予以修正，俟時機成熟即可完成指導準則之訂定，正式對外發布，俾使業界有所遵循。

四、訂定非價格垂直交易限制指導準則：我國公平交易法對非價格垂直交易限制之規範主要規定於第十九條第六款，該款存有不確定性法律概念，所規範行為類型包括搭售、獨家交易安排、地域限制、顧客限制等，美國對於此等行為之規範係以垂直限制指導準則為執行參據，雖然近年來聯邦交易委員會方面以過於經濟理論為由而暫予凍結，然亦應有其參考價值，準此，為使本款規範有較為明確之標準，本會於短期間宜可先行參酌國外類似之指導準則研擬內部參考基準，再依個案處理經驗之累積逐步予以修正，俟時機成熟即可完成指導準則之訂定，正式對外發布，俾使業界有所遵循，且於訂定上開基準或準則時，宜兼顧理論與實務。

五、此外，對於其他涉及不明確經濟名詞之相關法條，如公平法第十條有關獨占事業禁止行為之規定、第十四條有關聯合行為例外許可之規範、第十九條其餘各款之規範等，為使業界有所依循亦應探討訂定內部參考基準之可行性，抑或擬訂具體考量因素並考慮納入施行細則之可行性。

參考文獻：

1. Terry Calvani & John Siegfried, *Economic Analysis and Antitrust Law*, Little, Brown and Company, 1988。
2. Frederick M. Rowe, *The Decline of Antitrust and the Delusion of Models: The Faustian Pact of Law and Economics*。
3. Edited by Robert J. Lerner & James W. Meehan, *Economics and Antitrust Policy*, Quorum Books, Greenwood Press, Inc., 1989
4. Richard O. Zerbe & Donald S. Cooper, *An Empirical and Theoretical Comparison of Alternative Predation Rules*, *Texas Law Review*, Vol : 61 : 655。
5. Ernest Gellhorn, *Antitrust Laws and Economics*, West Publishing Company, 1986
6. Herbert Hovenkamp, *Economics And Federal Antitrust Law*, West Publishing Company, 1985
7. David W. Barnes & Lynn A. Stout, *Economics Foundations of Regulation and Antitrust Law*, West Publishing Company, 1992
8. U.S. Department of Justice, *Merger Guideline*, 1984
9. U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guideline*, April 2, 1992
10. National Association of Attorneys General, *1993 Horizontal Merger Guidelines*, March 30, 1993
11. U.S. Department of Justice, *1985 Vertical Restraints Guideline*。
12. 范建得，美國反壟斷法中企業兼併管制之經濟分析，法律的經濟分析研討會，民國八十年一月。
13. 許淑幸，事業結合應申請許可之規範及核駁標準之研析，行政院公平交易委員會公平交易論述系列四，民國八十二年一月。

