學術研討會論文集

第23屆競爭政策與公平交易法

學 術 研 討 會 論 文 集

公平交易委員會
中華民國105年12月

公平交易法論叢

第23屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集

公平交易委員會

公平交易委員會

ISBN 978-986-05-1647-0
00250
9 789860 516470

GPN：1010503152

定價：新臺幣250元

第23屆競爭政策與公平交易法

學 術 研 討 會 論 文 集

公 平 交 易 委 員 會
中 華 民 國 105 年 12 月

目　錄

開幕式..... I

從競爭法觀點探討流通事業行銷策略與消費者需求分析..... 1
徐雅慧、汪志勇、王震宇

藥品專利連結制度與競爭法規範之研究..... 83
張濱璿、顏雅倫

聯合行為之合意推定—美國反托拉斯法之比較法研究..... 129
顏雅倫

「其他合意」或無合意之聯合行為？—論歐盟競爭法「共同行為」要件之實務發展
..... 165
謝國廉

聯合行為之市場界定與市場效果—日本獨占禁止法之比較法研究..... 185
劉姿汝

聯合行為之市場界定與市場效果—歐洲聯盟及法國競爭法之比較法研究..... 219
許曉芬

閉幕式..... 241

附錄..... 243

第 23 屆「競爭政策與公平交易法學術研討會」議程

主辦單位：公平交易委員會
協辦單位：台灣公平交易法學會
日　　期：105年11月25日（星期五）
會議地點：臺灣大學法律學院霖澤館國際會議廳
【臺北市辛亥路、復興南路交叉口（臺北捷運科技大樓站）】

09:00~09:20	報　　到
09:20~09:40	開幕式 吳秀明　公平交易委員會主任委員 廖義男　台灣公平交易法學會理事長　致詞
09:40~10:10	講題：公平交易法對社會、經濟發展的貢獻 主講人：王志剛（中國信託創業投資股份有限公司董事長）
10:10~10:40	茶　　敘
10:40~12:00	**議題1　產業競爭與公平交易法** 主持人：王素彎（公平交易委員會委員）
10:40~11:00 11:00~11:10	**論文1**：從競爭法觀點探討流通事業行銷策略與消費者需求分析 報告人：王震宇（臺北大學法律學系副教授） 與談人：趙義隆（臺灣大學國際企業學系教授）
11:10~11:30 11:30~11:40	**論文2**：藥品專利連結制度與競爭法規範之研究 報告人：張濱璿（寰瀛法律事務所律師） 與談人：李素華（臺灣大學法律學系副教授）
11:40~12:00	綜合討論
12:00~13:40	午餐休息
13:40~15:30	**議題2　聯合行為之合意推定** 主持人：魏杏芳（公平交易委員會委員）
13:40~14:00 14:00~14:20	**論文3**：聯合行為之合意推定—美國反托拉斯法之比較法研究 報告人：顏雅倫（成功大學法律學系助理教授） **論文4**：「其他合意」或無合意之聯合行為？－論歐盟競爭法「共同行為」要件之實務發展 報告人：謝國廉（高雄大學財經法律學系教授)

14:20~14:30	與談人：梁哲瑋（臺北地方法院行政訴訟庭法官）
14:30~14:40	與談人：吳志光（理律法律事務所合夥律師）
14:40~15:00	綜合討論
15:00~15:30	茶　　敘
15:30~16:50	**議題3　聯合行為之市場界定與市場效果** 主持人：顏廷棟（公平交易委員會委員）
15:30~15:50	**論文5**：聯合行為之市場界定與市場效果—日本獨占禁止法之比較法研究 報告人：劉姿汝（中興大學法律學系副教授）
15:50~16:10	**論文6**：聯合行為之市場界定與市場效果—歐洲聯盟及法國競爭法之比較法研究 報告人：許曉芬（東海大學法律學系副教授）
16:10~16:20	與談人：包國祥（安中法律事務所主持律師）
16:20~16:30	與談人：黃銘傑（臺灣大學法律學系教授）
16:30~16:50	綜合討論
16:50~17:00	閉幕式　邱副主任委員永和　致詞

開幕式　吳主任委員秀明開幕致詞

各位貴賓、各位先進、各位同仁，大家早安：

歡迎蒞臨本會第23屆「競爭政策與公平交易法學術研討會」，本人謹代表公平交易委員會感謝大家的參與，並對協辦單位台灣公平交易法學會給予的協助，在此表達誠摯謝意！

公平會自成立以來，即肩負了擬訂競爭政策及執行公平交易法的重責大任，在社會各界的支持及本會全體同仁的努力下，無論是在完備公平交易法制度、有效執行公平交易法、推展國際交流合作與倡議事業遵法等方面，均累積了豐碩的成果，也使得我國競爭法制逐步邁入成熟而穩定的階段：

一、在完備公平交易法制度方面

為完備市場競爭法規制度，近幾年來本會特別致力於相關法制的改革，例如103年完成「多層次傳銷管理法」單獨立法，104年全面修訂「公平交易法」，同年並增訂「反托拉斯基金」條款。而為了配合上開的修法，本會也推動「103年至105年行政規則全面檢討計畫」，逐項檢視本會主管的法規及行政規則，以因應社會經濟環境變遷及業界實務需要。另外，鑒於違法的聯合行為對市場競爭之危害至深且大，但違法事證蒐集困難，因此，本會除了制定有「寬恕政策」外，為增加檢舉誘因，還特別明訂「檢舉獎金制度」，施行至今已決議發出3筆檢舉獎金，對於此一新執法工具之功效，本會抱持高度信心。

二、另外在有效執行公平交易法方面

自本會成立以來至105年10月底，累計各類收辦案件總計4萬5,738件，其中檢舉案3萬4,747件、申請聯合行為案205件、申請或申報結合案6,845件、請釋案3,941件；已辦結案件4萬5,549件，累計結案率達99.6％；本會依職權主動調查案件截至105年10月底計有3,713件，經處理完成3,584件，結案率達96.5％。而事業因違反公平交易法受本會處分案共有4,441件，裁處罰鍰金額（扣除被撤銷罰鍰後）達新臺幣149億餘元，確已有效維護市場交易秩序與公平競爭。近期如電容器業者聯合行為案、有線電視無正當理由之差別待遇行為案，分別裁處新臺幣57億餘元及1億餘元罰鍰，廣受各界矚目。

三、至於在推展國際交流合作方面

本會除積極參與經濟合作發展組織(OECD)、亞太經濟合作(APEC)及國際競爭網絡(ICN)等國際組織舉辦的各項會議或活動外，每年並與東南亞國家競爭法主管機關合辦「國際反托拉斯區域研討會」，期能分享本會執法經驗，並

使本會在東南亞地區扮演主導的角色。在雙邊交流方面，目前本會共與澳大利亞、紐西蘭、法國、蒙古、加拿大、匈牙利、巴拿馬及日本等8國簽訂有合作協議或備忘錄，期藉此維繫與重要貿易國家競爭法主管機關之交流合作，共同打擊日益興盛的跨境反競爭行為。

四、而在倡議事業遵法方面

近年來，我國廠商常因國際卡特爾事件面臨歐、美、日、韓等國競爭法主管機關調查，爰此，本會擇定重點產業，辦理反托拉斯規範之實務論壇、研討會及高階經理人座談會，透過國內外專家的說明與雙向研討，以協助業者瞭解相關國家反托拉斯法規定。再者，為使社會各界對於公平交易法能有正確的瞭解與認識，並透過與其他產業主管機關的溝通協調，就現行法令或新法草案牴觸公平交易法之條文部分提出建議，避免政府管制措施影響市場競爭。此外，本會也透過媒體、網站、電子報、各種文宣出版品、宣導活動等方式，向產業界、學校及社會大眾傳揚公平交易法，20多年來公平會所辦理的宣導說明會已超過2,800場次。

而已經舉辦了23屆的「競爭政策與公平交易法學術研討會」，事實上也是公平交易法倡議的一環，今天我們很榮幸的邀請了公平會第一屆主任委員，現任中國信託創業投資股份有限公司王董事長志剛進行30分鐘專題演講，專題演講之後研討會將分3個場次進行，各場次議題分別為：

第1場：產業競爭與公平交易法；

第2場：聯合行為之合意推定；

第3場：聯合行為之市場界定與市場效果。

總共要發表6篇論文，其中2篇分別為本會105年度委託研究計畫報告，另外4篇是來自國內學術界相關研究論文。非常感謝今天與會的報告人及與談人，也希望大家在這一天的研討會中，踴躍提出寶貴意見與看法，以作為本會施政及執法的參考。

最後，再次感謝各位的光臨，並預祝研討會圓滿成功。敬祝大家身體健康、萬事如意！

從競爭法觀點探討流通事業行銷策略與消費者需求分析

徐雅慧* 汪志勇** 王震宇***

目 次

壹、前言
　一、研究緣起與背景
　二、研究方法
貳、通事業市場地位與行銷策略分析
　一、流通事業之定義
　二、流通事業市場地位之認定
　三、流通事業之垂直交易限制與附加費用之收取
　四、公平交易委員會關於流通事業不當收取附加費用案例
　五、流通事業各業態之市場結構與行銷策略
參、特定民生商品之消費者需求與通路選擇分析
　一、消費者問卷調查之設計及其在競爭法上之意涵
　二、嬰兒奶粉
　三、牙膏
　四、衛生紙
　五、冷凍水餃
　六、包裝茶飲料
　七、通路商、品牌商與消費者議價能力之管理意涵分析
肆、結論與建議

* 銘傳大學企業管理學系副教授
** 銘傳大學企業管理學系副教授
*** 臺北大學法律學系副教授

中文摘要

流通事業之商業活動為國內很重要的服務型態，批發零售廠商更是面對最終消費者的主要經營業者，流通事業在科技日新月益的快速變化下，為追求消費者之需求與偏好，無不在其行銷策略中推陳出新，隨著消費意識抬頭，流通事業為追求極大效益，彼此間之競爭日益激烈。基於公平交易法為維護交易秩序與消費者利益，確保自由與公平競爭，促進經濟之安定與繁榮之目的，本文所欲探討之重點包括：(一)流通事業（民生商品零售通路，包括量販店、便利商店、超級市場等）之市場趨勢、市場競爭現況及個別業者行銷策略分析；(二)特定民生商品銷售通路及行銷策略分析；(三)消費者對於特定民生商品之零售通路偏好及其購買行為；(四)藉由流通事業之市場結構與競爭分析，以及消費者行為分析，對本會過往案例及未來法制興革提出建議。

關鍵字：流通事業、附加費用、垂直限制、民生商品

壹、前言

一、研究緣起與背景

流通服務業之範圍，一般將其界定為「連結商品與服務自生產者移轉至最終使用者的商流與物流活動，而與資訊流、金流活動有相關之產業則為流通相關產業」。依公平交易委員會（以下簡稱公平會）就我國流通事業之範圍觀之，該事業係指「量販店、便利商店、超級市場、百貨公司、購物中心、消費合作社、藥妝店或其他以實體店舖銷售綜合商品之事業」。 由於流通事業主要銷售民生商品，與消費者關係密切，經營方式更是牽動著民眾的生活，對於民生商品之銷售流通事業產生決定性之影響，其中又以零售式量販業、超級市場業、連鎖式便利商店業等流通事業為最。此外，臺灣流通事業業態界限不甚清楚，市場重疊情況明顯，業態間競爭亦愈發激烈，故主管機關對於流通事業在創新行銷策略之際，是否對市場競爭造成負面影響，亦格外謹慎。

公平交易法第1條開宗明義揭櫫其立法目的，「為維護交易秩序與消費者利益，確保自由與公平競爭，促進經濟之安定與繁榮」，因此，本研究乃以競爭法觀點分析流通事業中，關於特定民生商品零售銷售流通事業（包括零售式

量販業、超級市場業、連鎖式便利商店業等）之市場趨勢、市場競爭現況及個別業者之行銷策略，並研究消費者對於特定民生商品（包括嬰兒奶粉、牙膏、衛生紙、包裝茶飲料與冷凍水餃等）之零售流通事業偏好及其購買行為。藉由上述之調查，進一步分析消費者對於販售相同特定民生商品，但不同業態流通事業之消費需求替代性，最終藉由競爭法之觀點分析流通事業之市場結構與競爭及消費者行為，並做出觀察結論與政策上建議。

表1　零售業營業額（千元）

	零售式量販業	超級市場業	連鎖式連鎖式便利商店業	其他綜合商品零售業
95年	132,427,952	102,966,165	205,502,292	130,574,261
96年	137,194,088	110,950,486	209,653,044	133,773,987
97年	145,220,861	121,306,315	211,994,223	131,710,893
98年	147,773,134	126,830,568	212,065,701	134,634,415
99年	156,366,307	133,577,164	230,456,451	141,529,100
100年	166,539,484	143,397,672	245,984,981	147,393,707
101年	170,742,634	151,885,305	267,700,369	152,409,807
102年	171,556,666	158,748,155	276,056,192	157,402,531
103年	175,824,493	167,218,220	289,169,590	168,158,221
104年	182,993,313	180,404,296	294,991,479	173,678,660

（資料來源：經濟部統計處）

依據我國第10次行業分類，綜合商品零售業是指從事以非特定專賣形式銷售多種系列商品之零售店，如連鎖式便利商店業、百貨公司及超級市場業等。而本研究主要研究之流通事業對象包括零售式量販業、超級市場業、連鎖式便利商店業等，屬於綜合商品零售業內的範圍。「流通」是指將產品從製造者（生產者）移轉至使用者（消費者）的過程，而參與這個交易過程的所有廠商，即構成所謂的「流通事業」。

隨著產業環境改變，我國產業結構也不斷改變。零售產業中的零售式量販業、超級市場業或是連鎖式便利商店業的營業額都是逐年成長，表1呈現近十年來相關零售業者的營業額。其中連鎖式便利商店業的營業額最高，在104年的營業額達2,900億元；而零售式量販業次之，在104年的營業額達1,820億元；超級市場業則再次之，但也達1,800億元。在營業額成長率方面，零售式量販業、超級市場業或是連鎖式便利商店業近10年來都是呈現正成長。近5年以

來，超級市場業每年的營業額成長率都在5%以上，連鎖式便利商店業則在某些年度呈現大幅成長的情形，如95年、99年以及101年的營業額成長率都高達8%以上，相關資料如表2所示。

由表1與表2的數據可以明顯知道零售式量販業、超級市場業與連鎖式便利商店業近十年來的成長趨勢。接著以這3種業態的營業額相對比率來看彼此的消長趨勢（圖1），可以清楚看出在相對比重上超級市場業呈現成長的現象，亦即超級市場業的成長趨勢比連鎖式便利商店業與零售式量販業來得明顯。除了上述資料顯示民生商品零售流通事業的營業額逐年成長，且超級市場業的成長幅度最大的趨勢之外。零售式量販業、超級市場業以及連鎖式便利商店業經營型態又呈現各種不同變化，彼此的分野也越來越模糊。

表2　零售業營業額成長率

	零售式量販業	超級市場業	連鎖式連鎖式便利商店業
95年	1.53	1.88	8.80
96年	3.60	7.75	2.02
97年	5.85	9.33	1.12
98年	1.76	4.55	0.03
99年	5.82	5.32	8.67
100年	6.51	7.35	6.74
101年	2.52	5.92	8.83
102年	0.48	4.52	3.12
103年	2.49	5.34	4.75
104年	4.08	7.89	2.01

（資料來源：經濟部統計處資料庫）

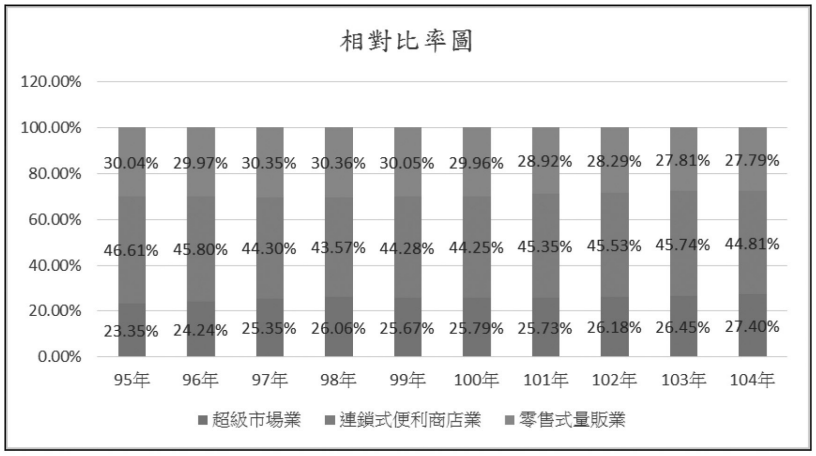

圖1　超級市場業、連鎖式便利商店業、零售式量販業相對比例
（資料來源：經濟部統計處資料庫）

二、研究方法

(一) 專家訪談

本研究透過業界專家訪談方式，瞭解嬰兒奶粉、牙膏、衛生紙、包裝茶飲料與冷凍水餃此5類商品以及零售式量販業、超級市場業、連鎖式便利商店業3種流通事業業態之市場趨勢、市場競爭現況及個別行銷策略。訪談對象主要針對消費性商品之廠商從業人員以及流通事業從業人員。主要訪談內容依據受訪對象背景詢問特定商品（或特定流通事業）之市場趨勢、市場競爭現況、行銷策略以及消費者消費特性等，並且會詢問流通事業業者與產品廠商之交易條件與互動情形，共完成9人次之訪談，受訪者背景如表3。

表3　專家訪談受訪人員背景一覽表

受訪者	現職	其他相關經歷
A	消費性產品從業人員	奶粉從業人員、食品從業人員
B	3C商品從業人員	消費性產品從業人員
C	衛生紙從業人員	食品從業人員
D	食品從業人員	奶粉從業人員、衛生紙從業人員
E	藥局從業人員	奶粉從業人員
F	牙膏商品從業人員	
G	連鎖式便利商店業從業人員	
H	零售式量販業從業人員	
I	藥局從業人員	

(二) 問卷調查

本研究依據次級資料與業者的訪談結果，發展問卷題項。問卷題項設計主要為了衡量消費者對於特定商品之主要購買流通事業型態（與次要購買流通事業型態）、消費者選擇主要購買流通事業之因素（包括是否會受流通事業行銷策略影響）及價格上漲時，消費者是否會改變購買流通事業之決策，並衡量除了價格之外，消費者之流通事業或品牌轉換是否會受到其他因素影響（包括是否會受流通事業行銷策略影響），以及交叉分析消費者個人特質（人口統計變數）是否會影響上述流通事業選擇行為。包裝茶飲料問卷以及冷凍水餃問卷會另外詢問消費者對於流通事業自有品牌的消費經驗。

問卷調查方式分為攔截式問卷及電話訪問兩種方式。攔截式問卷是在流通事業出口處針對消費者進行問卷調查。而為了有效顧及地區消費者可能的消費行為差異，本研究分別計算臺灣北區、中區、南區、東區之流通事業營業額相

對占比。以此比例做為進行臺灣北中南東地區的抽樣分配比例。北區以臺北市與新北市之流通事業進行問卷調查、中區在臺中市之流通事業進行問卷調查、南區在高雄市之流通事業進行調查，而東區在花蓮市之流通事業進行調查。

電話訪問則委託臺北大學民意與選舉中心進行電話訪問調查，採全國性隨機方式。以臺灣地區各縣市有購買能力與經驗之消費者為調查對象，本案調查執行期間分為兩階段。第一階段為電話訪問，適用牙膏、冷凍水餃、包裝茶飲料、抽取式衛生紙，共4份問卷，調查期間為民國105年11月14日至105年11月17日，在95%的信心水準下，抽樣誤差為3%，此4份問卷皆採用「隨機撥號抽樣法(Random Digit Dialing, RDD)」，抽樣原則為隨機從電話簿抽取樣本，為求完整顧及電話號碼能涵蓋母體，解決未登錄電話的住宅戶涵蓋率問題，故將隨機抽出樣本之末兩碼以隨機亂數取代，便能接觸未登記電話者，增加涵蓋率。第二階段為電子問卷，適用於嬰兒奶粉問卷，為符合調查目的和特殊需要，採用「立意抽樣(Judgmental Sampling)」與「滾雪球抽樣(Snowball sampling)」，立意抽樣即根據調查人員的主觀經驗從總體樣本中選擇那些被判斷為最能代表總體的單位作樣本的抽樣方法；滾雪球抽樣即先隨機選擇一些受訪者並對其實施訪問，再請受訪者提供另外一些屬於所研究目標總體的調查對象，根據所形成的線索選擇此後的調查對象。回收期間為105年11月18日至105年11月20日。

本研究總共回收冷凍水餃消費者問卷187份、衛生紙消費者問卷181份、包裝茶飲料消費者問卷186份、牙膏消費者問卷195份以及奶粉消費者問卷164份（其中電話訪問：牙膏91份、包裝茶飲料82份、冷凍水餃81份、抽取式衛生紙76份、嬰兒奶粉77份）。

(三) 競爭法分析

由於經濟環境與消費者習慣之改變，加上電子商務之發展，使得流通事業之行銷策略與經營方式不斷推陳出新，除提供民眾日常生活所需之商品與服務外，更以新穎行銷方式整合商流、物流、金流及資訊流，吸引消費者購買。流通事業於近年來大量興起於市場之中，藉著掌握流通事業、資金、資訊等優勢，對於上游供應者、同業競爭對手與下游消費者均會產生不同程度之影響。基於對交易秩序之維護及消費者權益之保障，公平會於民國104年12月29日修正「公平交易委員會對於流通事業之規範說明」，將流通事業可能涉及違反公平交易法之行為態樣加以定義，包括：限制交易相對人商品售價、營業區域、交易對象；要求交易相對人給予最優惠價格、下架或撤櫃之條件或標準未明確化、缺貨責任之歸屬未明確化、不當計算缺貨罰款、退貨條件或標準未明確化、不當退貨之行為等。易言之，流通事業若涉及濫用市場地位之情事時，可

受公平交易法以及上述規範加以限制。公平會過去亦曾就公平交易法第25條（民國104年2月4日前舊法第24條）規定，「除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」之案件作出處分[1]，本研究將以流通事業之行銷策略作為分析對象，依前述說明擇定5項普遍在民生商品零售流通事業販售之重要民生商品加以分析消費者需求，將問卷調查與訪談之統計結果以競爭法之觀點加以分析，以了解「流通事業與行銷策略在不同業態間之替代關係」，並與過去處分案件評析新型態之流通事業之產業業態、行銷策略及其影響消費者需求之適法性，最後提出觀察結論與政策建議。

貳、流通事業市場地位與行銷策略分析

一、流通事業之定義

依「公平交易委員會對於流通事業之規範說明」第2點第1項之規定，流通事業係指「量販店、便利商店、超級市場、百貨公司、購物中心、消費合作社、藥妝店或其他以實體店舖銷售綜合商品之事業」[2]。過去在流通事業之定義上較為分歧，以至於範圍規範太小可能僅包含零售業中的某些業態，範圍太廣則可能將商流（批發業、零售業）、物流（運輸業、倉儲業）、金流（保險業、金融業）以及資訊流（資訊業）等業別都納入[3]。而在經濟部統計處將屬性以流通事業為主之百貨公司業、超級市場業、便利商店業、零售量販業、其他綜合商品業等業態劃歸「綜合商品零售業」中，無論在學術或實務上均有重要參考價值，公平會之規範即參考經濟部統計處之分類而制定流通事業定義。

本研究採取「公平交易委員會對於流通事業之規範說明」中所定義之流通事業範圍，並聚焦於零售式量販業、連鎖式便利商店業、超級市場業等3種以特定民生商品較常見之販售通路作為研究範圍。至於藥妝店則因選擇分析之商品中有包含嬰兒奶粉，故雖不單獨列出一項流通事業進行分析，但在訪談與問卷調查中仍會提及有關藥妝店之行銷策略與消費者需求等內容。事實上，零售式量販業、連鎖式便利商店業、超級市場業等3種流通事業在主要商品結構上

1 例如：民國90年「家福股份有限公司因足以影響交易秩序之顯失公平行為」案、「惠康百貨股份有限公司因足以影響交易秩序之顯失公平行為」案、民國91年「富群便利商店股份有限公司因足以影響交易秩序之顯失公平行為」案、「全聯實業股份有限公司因足以影響交易秩序之顯失公平行為」案等。

2 公平交易委員會對於流通事業之規範說明第2點第1項參照。

3 許英傑、黃銘傑，公平交易法對流通事業垂直交易限制行為之規範，公平交易委員會92年委託研究報告，2003年11月，頁8-9。

大同小異，導致與供應商間類型差異不大，但隨著此3種流通事業態樣之迅速擴張，導致市場上買方力量增加，隨之產生不當收取附加費用之情況日增，實有進一步研究之必要。

二、流通事業市場地位之認定

(一) 流通事業市場結構

民國104年之流通事業營業額約為11,509億元，較前一年增長4.02%，各業態均呈現持長之態勢，但幅度略有不同，以超級市場業營業額年增率最高，104年成長率為7.89%，過去也幾乎維持5%左右之成長率；連鎖式便利商店業營業額年增率較低，104年成長率為2.01%，從過去5年趨勢中可看出營業額逐年萎縮；零售式量販業年增率持平，104年成長率為4.08%。

表4　流通事業近5年之營業額統計表

營業額（億元）						
項目別	百貨公司	超級市場業	連鎖式便利商店業	零售式量販業	其他	總計
100年	2,701.85	1,433.98	2,459.84	1,665.39	1,473.94	9,735.02
101年	2,799.86	1,518.85	2,677.00	1,707.43	1,524.10	10,227.24
102年	2,886.36	1,587.48	2,760.56	1,715.57	1,574.02	10,523.99
103年	3,061.36	1,672.18	2,891.70	1,758.24	1,681.58	11,065.06
104年	3,189.02	1,804.04	2,949.91	1,829.93	1,736.79	11,509.70

（資料來源：經濟部統計處）

表5　流通事業近5年之營業額年增率表

營業額年增率 (%)						
項目別	百貨公司	超級市場業	連鎖式便利商店業	零售式量販業	其他	總計
100年	7.60	7.35	6.74	6.51	4.14	6.62
101年	3.63	5.92	8.83	2.52	3.40	5.06
102年	3.09	4.52	3.12	0.48	3.28	2.90
103年	6.06	5.34	4.75	2.49	6.83	5.14
104年	4.17	7.89	2.01	4.08	3.28	4.02

（資料來源：經濟部統計處）

(二) 流通事業市場地位認定之方法

在適用公平交易法規範流通事業時，首先涉及市場地位之認定。公平交易

法第25條規定「除本法另有規定外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。」因此，流通事業之所以違反上開規定而構成不公平競爭，係因該事業「濫用」其「相對優勢市場地位」與他人交易，其行為有可能構成「顯失公平之行為」，從而，判斷流通事業是否違反公平交易法第25條，應先檢視該流通事業相對於供應商是否具有「相對優勢市場地位[4]」。在與流通事業有關之交易中，以上游供應商（賣方）與下游流通事業（買方）間之關係來界定市場地位較為合宜，而至於流通事業與消費者間之關係，則為另外一個問題，二者不宜混為一談。

由於近年來流通事業發展快速，大型的通路商往往有較為強大的購買勢力，從而能自上游供應商處取得較為低價的優勢（批發價格），此類大型通路商逐漸在市場上具備較大的買方力量 (buyer power)，並有實力對於上游供應商施加各種類型之垂直交易限制(vertical constraints)，引起可能造成競爭市場不公平現象的疑慮。因此，在供應商與流通事業的上下游關係中，若要認定流通事業之市場地位，則涉及「市場範圍之界定」與「市場力量之判斷」二項問題。

1. 市場範圍之界定

公平會於2015年發布「公平交易委員會對於相關市場界定之處理原則」，流通事業之市場界定亦應依該原則之規定適用[5]。依上開原則第3點之規定，市場範圍之界定以「產品市場」與「地理市場」二個面向加以評量，而公平會主要將考量「需求替代」，但亦得視商品或服務特性考量供給替代，另外，亦得視具體個案，衡量時間因素對於相關市場範圍之影響[6]。（見表6）

在與流通業有關之案例中，「商品特性及其用途」具有非常重要的意涵，由於商品特性不同，從供應商的角度而言，將會影響其選擇銷售通路之差異，例如：同樣屬於流通事業，嬰兒奶粉不會在連鎖式便利店販售，只會選擇在量販店、超級市場或藥妝店舖銷售，可能因為嬰兒奶粉種類較多且數量龐大，擺設架位空間之需求較大，不適合連鎖式便利店。相反地，從流通事業的角度而言，買方可決定哪些商品較適合於該通路販售，此涉及該通路之經營策略。

4 公平交易法第25條（舊法第24條）之檢驗順序見於行政法院之通說見解，參考臺北高等行政法院91年訴字第2485號判決。

5 公平交易委員會對於流通事業之規範說明第3點，「流通事業之相關市場界定，依『公平交易委員會對於相關市場界定之處理原則』審查」。

6 公平交易委員會對於相關市場界定之處理原則第3點，「需求替代為本會界定相關市場主要審酌之事項，本會並得視商品或服務特性考量供給替代。本會從產品市場及地理市場二面向界定相關市場範圍；另得視具體個案，衡量時間因素對於相關市場範圍之影響」。

例如：同樣是衛生紙或包裝茶飲料，量販店與超級市場可能偏向於整箱大量銷售，種類較為多元；而連鎖式便利店則僅以散裝或依該店鋪地理位置之特性而選擇上架貨品。故在界定各種流通事業間替代可能性時，「商品特性及其用途」與「事業之經營策略」均為考量審酌之要素。

表6　產品市場與地理市場界定之考量要件

主要考量：需求替代	
視產品或服務之特性：供給替代	
補充原則：時間因素對相關市場之影響	
產品市場	地理市場
1. 產品價格變化。	1. 不同區域間產品價格變化及運輸成本大小。
2. 產品特性及其用途。	2. 產品特性及其用途。
3. 產品間曾經出現替代關係之情形。	3. 交易相對人在不同區域購買產品之交易成本大小。
4. 交易相對人在不同產品間之轉換成本大小。	4. 交易相對人對產品獲取之便利性。
5. 產品價格調整時，交易相對人因價格變化而移轉購買之程度。	5. 交易相對人在產品價格調整時，選擇至不同區域購買之情況。
6. 交易相對人及競爭事業對於產品間替代關係之看法。	6. 交易相對人及競爭事業對於產品區域間替代關係之看法。
7. 相關法規或行政規則之規定。	7. 相關法規或行政規則之規定。
8. 其他與產品市場界定相關之事證。	8. 其他與地理市場界定相關之事證。

（資料來源：本研究整理）

另外，近期以「量化方式界定市場」廣泛在實務中被採用[7]，其中又以「假設性獨占者檢測」(hypothetical monopolist test)最為重要。其測試步驟先從假設市場上僅有一個獨占事業開始，檢驗該假設性獨占者是否有能力在不減損利潤下，進行「微幅但顯著地非暫時性價格調漲」（Small but Significant Non-transitory Increase in Price，簡稱為SSNIP法）。所謂「微幅但顯著」，係指漲幅在5%到10%間之漲幅價格調整，「非暫時」係指其價格調漲後，維持至少6個月至1年以上，測試獨占事業是否得以「微小而顯著但非短暫」將價格提

[7] 臺北高等行政法院，102訴更一55號判決，102年12月4日。該判決中行政法院即以公平交易委員會在界定「連鎖便利商店現煮咖啡市場」時，未進行SSNIP之測試，「如何將該市場獨立於其他業者銷售現煮咖啡相關產品之外，而逕認定其為特定市場，尚有未合」。

高，消費者仍不會轉向其他可替代商品時，即完成市場界定[8]。

值得注意者，「界定市場範圍」是為了「判斷市場力量」之初步，若要判斷流通事業相對於供應商之市場力量時，則應從供應商之角度而非以流通事業的角度出發較為合理。供應商關心的問題乃在於「特定商品」之銷售通路為何，因此在判斷市場範圍時，可能涉及該產品在不同通路間之銷售情況，依不同之銷售通路來界定相關市場[9]。

2. 市場力量之判斷

市場地位之認定方式相當複雜，公平交易法上依事業是否具備市場力量與程度來決定其市場地位，大致上可分為3個層次：(1)獨占事業[10]；(2)具有相當市場力量之事業[11]：(3)具備相對優勢市場力量之事業[12]。在個別案件中應視該

8 參閱公平交易委員會，公平交易法相關法規及行政規則彙編，頁473-474，2012年12月。至於其他市場界定之方式，參考陳志民、林益裕，非價格垂直限制適用「合理原則」之違法考量因素，第20屆競爭政策與公平交易法學術研討會彙編，頁202-205。

9 洪大植，公平交易法對於流通事業市場地位之認定-以收取附加費用案例為中心，全國律師，第16卷第3期，頁83-84，2012年3月。

10 公平交易法第7條規定，「指事業在相關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，具有前項情形者，視為獨占」。另依公平交易法第8條之規定，「事業無下列各款情形者，不列入前條獨占事業認定範圍：

一、一事業於相關市場之占有率達二分之一。

二、二事業全體於相關市場之占有率達三分之二。

三、三事業全體於相關市場之占有率達四分之三。

有前項各款情形之一，其個別事業於相關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主管機關所公告之金額者，該事業不列入獨占事業之認定範圍。

事業之設立或事業所提供之商品或服務進入相關市場，受法令、技術之限制或有其他足以影響市場供需可排除競爭能力之情事者，雖有前二項不列入認定範圍之情形，主管機關仍得認定其為獨占事業。」

11 公平交易法第20條規定，「有下列各款行為之一，而有限制競爭之虞者，事業不得為之：

一、以損害特定事業為目的，促使他事業對該特定事業斷絕供給、購買或其他交易之行為。

二、無正當理由，對他事業給予差別待遇之行為。

三、以低價利誘或其他不正當方法，阻礙競爭者參與或從事競爭之行為。

四、以脅迫、利誘或其他不正當方法，使他事業不為價格之競爭、參與結合、聯合或為垂直限制競爭之行為。

五、以不正當限制交易相對人之事業活動為條件，而與其交易之行為。」

12 公平交易法第25條規定，「除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。」

事業之力量屬於何種等級而分別適用不同之法源基礎，始能符合公平交易法區分不同市場地位層級之事業而異其規範內容之意旨[13]。

首先，衡量「市場力量」必須確認市場中有多少家事業以及每一家事業之生產量、銷售量及產能等，可運用之方法一般分為「質化分析」與「量化分析」二類。競爭法上的量化分析通常採取之方法如下：(1)市場集中度測定；(2)集中比；(3)價格成本差分析；(4)L-P分析等。而「量化分析」雖然可提供具體的數相關數據供研判基礎，但就具體個案判斷是否有違反公平交易法，則仍須配合「質化分析」較為周延[14]。蓋質化研究方法係採用參與觀察和深度訪談方法蒐集資料，是質化研究方法在社會科學研究上有其特定定義、研究方法與步驟，一般而言，競爭法上的質化分析方法所考量之因素如下：(1)潛在競爭事業進入之可能性；(2)進入時間之即時性；(3)促進市場恢復競爭之充分性等[15]。

其次，公平交易法上對於「相對優勢地位」概念之建立已有一定之規範標準[16]，公平交易法第25條中規定，「除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為[17]」。然而，鑒於上開條文為一概括性規定，為使其適用具體化明確化，特訂定「公平交易委員會對於公平交易法第25條案件之處理原則」，其中第7點第3項中提及濫用市場相對優勢地位，從事不公平交易行為之規範，「具相對市場力或市場資訊優勢地位之事業，利用交易相對人（事業或消費者）之資訊不對等或其他交易上相對弱勢地位，從事不公平交易之行為。常見行為類型如：(1)市場機能失靈供需失衡時，事業提供替代性低之民生必需品或服務，以悖於商業倫理或公序良俗之方式，從事交易之行為；(2) 資訊未透明化所造成之顯失公平行為[18]」。

(三) 公平交易委員會關於市場優勢地位之認定原則

公平會過去在認定相對市場優勢地位時，在福客多[19]、萊爾富[20]、惠康[21]、

---

13 洪大植，前揭註9，頁73-90。

14 臺北高等行政法院，102訴更一55號判決，102年12月4日。

15 陳志民、林益裕，前揭註10，頁206-207。

16 詹祥宇，相對優勢地位濫用行為規範之研究，公平交易季刊，第21卷第4期，頁113-156，2013年10月。相關文獻亦可參考吳秀明，從依賴性理論探討相對市場優勢地位，競爭法制之發軔與展開，元照出版，2004年；顏廷棟，從濫用相對優勢地位之觀點論競爭法對於加盟關係之規範，公平交易季刊，第19卷第2期，2011年。

17 公平交易法第25條參照。

18 公平交易委員會對於公平交易法第25條案件之處理原則，第7點第3項參照。

19 參閱行政院公平交易委員會處分書，(90)公處字第087號。

20 參閱行政院公平交易委員會處分書，(90)公處字第088號。

21 參閱行政院公平交易委員會處分書，(90)公處字第089號。

家福[22]、全聯[23]、富群便利商店[24]等流通事業不當收取附加費用之案例中，係以下列一貫之標準作為判斷依據：「流通事業是否具有相對優勢地位，尚無須以該流通事業是否具市場支配地位為前提，僅須以其與系爭行為所涉及之特定交易相對人之關係上，居於相對優勢地位，即為已足，至於此種相對優勢地位之審酌，應斟酌考量供貨業者對該流通事業交易上之依賴程度（如：該流通業是否為主要零售通路之一、相對於供貨廠商而言，該流通事業是否為重要之交易相對人等）、相關流通業者於市場上所擁有之地位（如：市場占有率或總開店數等）、該流通業者相對於該供貨廠商之營業規模及市場占有率、供貨廠商變更其交易相對人之可能性，以及該當商品的供需關係等各項要素，予以綜合判斷之」。

在較近期之大潤發流通事業處分案中，公平會乃以「流通事業相對於供貨廠商之營業規模及市場占有率、供貨廠商對流通事業於交易上之依賴程度、供貨廠商變更商品販售通路之可能性等因素」藉以判斷流通事業對於其供貨廠商是否具有相對之市場優勢地位[25]。（見表7）

表7　流通事業是否具有相對市場優勢地位之判斷標準

依賴性	流通業是否為主要零售通路之一 流通事業是否為供貨廠商之重要交易相對人 供貨廠商對流通事業於交易上之依賴程度
市場地位	流通業者之開店數 流通業者相對於供貨廠商之營業規模 市場占有率
替代性	供貨廠商變更商品販售通路（變更交易相對人）之可能性 商品之供需關係

（資料來源：本研究整理）

三、流通事業之垂直交易限制與附加費用之收取

(一) 流通事業之垂直交易限制

企業間之競爭，經常因為涉及營業競爭或營業自由之限制而分為「垂直交易限制」與「水平交易限制」二類。「垂直交易限制」係指兩個不同市場階層

22 參閱行政院公平交易委員會處分書，(90)公處字第199號。
23 參閱行政院公平交易委員會處分書，公處字第091066號。
24 參閱行政院公平交易委員會處分書，公處字第091193號。
25 參閱行政院公平交易委員會處分書，公處字第094053號。

企業間之限制，例如供應商與流通事業間之價格限制或其他限制競爭自由之型態等。「水平交易限制」則指處於相同市場階層之企業，因其共同目的，採取一致性行動以取得運用優勢市場力量者[26]。

垂直交易限制之型態，依其是否以價格為競爭方式，可分為「垂直價格交易限制」與「非垂直價格交易限制」，前者可分為「直接針對價格之限制」以及「與價格有關之限制」；後者可分為「獨家交易安排」、「獨買」、「地域限制」、「顧客限制」等4類[27]。（見表8）

表8　垂直價格交易限制與非垂直價格交易限制之類型

垂直價格交易限制	非垂直價格交易限制
直接針對價格之限制： 1. 價格限制（固定價格、最高價格、最優惠價格） 2. 數量限制（固定購買數量、最高購買數量、最低購買數量）	1. 獨家安排 2. 搭買 3. 地區限制 4. 顧客限制
與價格有關之限制： 1. 上架費	

（資料來源：本研究整理自許英傑、黃慧玲、黃銘傑，公平交易法對流通事業垂直交易限制行為之規範，公平交易季刊，第13卷第1期）

經本研究以專家訪談之方式後得知，在流通事業與供應商的交易條件與商品價格制定方面，一般而言，供應商會給予建議零售價以及建議促銷價，但實際零售價幾乎都由流通事業決定，可能因為流通事業的決策、檔期、促銷造成零售價格不同，有些流通事業甚至將價格訂立於進貨價之下，亦即發生破盤行為。當一個流通事業有破盤行為時，其他流通事業也會要求供應商降低供貨價格，使各流通事業都能以相同零售價因應。供應商希望提高零售價的過程是很困難的。某一流通事業通常不願意當第一個漲價的流通事業，所以流通事業都會要求供應商提供別的流通事業已經漲價的發票，來讓他們也願意配合漲價，因此供應商常常利用新品重新上市的手法來進行價格調整的動作。在「公平交易委員會對於流通事業之規範說明」中，並未針對「降低供貨價格」之破盤行為加以規定，但第5點第1項要求流通事業不得與具競爭關係之事業進行聯合行為[28]。

---

[26] 許英傑、黃慧玲、黃銘傑，公平交易法對流通事業垂直交易限制行為之規範，公平交易季刊，第13卷第1期，頁17，2005年1月。

[27] 同前註，頁18-19。

[28] 公平交易委員會對於流通事業之規範說明第5點第1項，「流通事業倘與具競爭關

(二) 流通事業附加費用之收取

依據國內學者[29]於民國89年間所作之問卷調查實證研究報告中發現，市面上所流通之附加費用名目高達43種以上。平均每一項產品進入一家流通事業之通路業者所需支付之附加費用金額約占其銷售成本的10%以上（參見表9）。本研究針對業者訪談結果，顯示目前通路仍然會以各項方式與製造商收取費用，如上架費、DM廣宣費用、陳列櫃贊助金、落地陳列費、周年慶贊助費、退佣……等。業者表示各項流通事業所收之各項費用，隨不同活動性質而可能有不同名稱。而退佣概念類似針對銷售數量所訂立之進貨折扣概念。

表9　附加費用收取之名目

編號	名稱	編號	名稱	編號	名稱
1	印花	16	收銀台承租費	30	禮券推廣
2	上架費	17	貨架清潔費	31	補合約折扣
3	物流費	18	DEMO費用	32	商品促銷折扣
4	快訊費	19	付款明細費用	33	促銷陳列折扣
5	燈箱費	20	節慶贊助	34	廣告贊助折扣
6	共同商品費	21	盤差贊助	35	手提袋贊助折扣
7	落地陳列費	22	獨賣贊助	36	耗損品不退貨折扣
8	促銷處理費	23	週年慶贊助	37	促銷活動委託處理
9	資料處理費	24	慶祝百店贊助	38	店鋪改裝重新開幕
10	防盜設備費	25	促銷廣告贊助	39	壞品不退貨補貼
11	退貨處理費	26	新店開幕贊助	40	月交易折扣獎勵
12	下架品處理費	27	新商品印刷費	41	年度目標獎勵
13	促銷處理手續費	28	新商品登錄費	42	端架承租
14	資料變更手續費	29	新品推廣費	43	訂單缺貨罰款
15	發票差異手續費				

（資料來源：整理自李佳茹，流通事業不當收取各種附加費用行為態樣之探討-以供應商觀點出發）

係之事業，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，將構成公平交易法之聯合行為。另流通事業所組成之同業公會或其他團體，藉章程或會員大會、理、監事會議決議或其他方法所為約束事業活動之行為，亦屬聯合行為」。

29 鄭優、羅昌發、黃營杉、黃銘傑，競爭法對流通業經營行為規範之研究—以附加費用收取行為為中心，公平交易委員會89年度合作研究報告五，2000年6月，頁115-117。

正由於附加費用種類繁多且認定不易，故公平會乃將「流通事業足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為之規範」加以明定，使得流通業者於收取附加費用時有較為明確之參考依據。在「公平交易委員會對於流通事業之規範說明」中，對於供應商為配合流通事業之行銷活動或其他交易相關活動而不當收取附加費用之行為，是否造成交易上的限制而違反相關規定，在具體個案判斷上有幾項重點，例如：(1)行銷費用是否與促進商品販售直接相關；(2)行銷費用是否已超過供應商可直接獲得之利益；(3)行銷費用是否乃基於達成本身年度獲利目標等會計決算因素；(4)是否要求供應商於提供商品後，減少進貨價格；(5)流通事業是否要求供應商重複負擔附加費用（行銷費用與其他費用重複收取）；(6)流通事業是否為達成預估銷售金額而要求供應商負擔一定金額之行銷費用；(7)其他違反一般合理交易習慣或商業倫理之不當收取附加費用行為[30]。由於目前流通事業舉辦各類行銷活動態樣不一，對於供應商是否涉及違反公平交易仍應依個案認定之。

在本研究經由質性訪談專家後得知，目前流通事業常常會以各種方式要求供應商舉辦行銷活動或是負擔部分行銷費用。行銷活動諸如要求供應商舉辦價格促銷、品牌活動、響應節慶（如流通事業年終慶）活動等，要求供應商提供折扣或是產品搭售以提高銷售量。流通事業會安排活動與檔期讓供應商來選擇是否配合。行銷費用對於供應商而言，是與流通事業交易行為中所必須花費的，例如上架費、活動贊助、特別貨架設置費以及DM刊登費，在DM上也讓供應商可以選擇是否花錢刊登。最後，每經過一段期間（如一季或一年等），供應商會依流通事業對其商品的最終販售量給予回扣，越多的銷售量可以得到越高的回扣，而這些支出也都是供應商在流通事業販售時所必須負擔的成本。

---

30 公平交易委員會對於流通事業之規範說明第10點第3項參照。流通事業向供貨廠商請求負擔附加費用時，有下列行為之一，將有違反公平交易法第20條第5款或第25條規定之虞：「(三)其他不當收取附加費用之行為：(1)就促進商品販售無直接關係之費用，要求供貨廠商負擔該項費用。(2)相關設備投資、研發作業或促銷活動等雖有益於供貨廠商促銷商品或降低作業成本，惟要求供貨廠商負擔之金額，已超過供貨廠商可直接獲得之利益。(3)完全基於達成本身年度獲利目標等會計決算之因素，而要求供貨廠商負擔附加費用之行為。(4)在供貨廠商無任何義務情形下，卻於其提供商品後，要求減少商品之進貨價格。(5)就促進商品販售之用途及產生之效益相同，但要求供貨廠商重複負擔不同項目之附加費用。(6)為保障本身最低可獲得之利益，不論供貨廠商實際銷售金額是否達到預估銷售金額，而要求供貨廠商須負擔一定金額之附加費用。(7)其他違反一般合理交易習慣或商業倫理之不當收取附加費用行為」。

另外，流通事業與供應商的交易互動中，流通事業透過零售價與進貨價的差距獲得毛利(Front Margin)，另外會跟供應商收取上架費用，此外按銷售數量可定期從供應商獲得回扣(Back Margin)，最後，還能獲得供應商贊助的行銷活動費用，這四大部分可視為流通事業的收入。而不同型態的流通事業在這四大部分的比重會有所不同。原則上連鎖式便利商店業收取較高的上架費用以及比較高的毛利，但是在回扣以及行銷費用贊助這兩部分則較少。零售式量販業則相反，超級市場業則居於中間。但是三大型態流通事業內部各廠商的實際情形也會有所差異，對於不同商品流通事業也會有不同要求。例如，高迴轉率商品或一線廠商的流通事業，其對於毛利的要求較低。

流通事業對於自有品牌仍會要求一定合約費用或是利潤，但相對於其他供應商，流通事業對於自有品牌銷售狀況的檢討回應可能較為寬鬆。消費者在流通事業的行為很容易受擺設陳列所影響，由於自有品牌為流通事業帶來的毛利較高，因而通常會利用較佳的陳列位置進行自有品牌商品的販售。不過由於流通事業仍然需要領導品牌來吸引消費者，所以最佳陳列位置常常是領導品牌與自有品牌並列，在這過程中二線品牌廠商受到的傷害較大。各類型流通事業所推出的自有品牌品項差異不大，通常都是推出該類流通事業營業額較高的商品，比如說連鎖式便利商店業推出包裝茶飲料以及零食的自有品牌商品、零售式量販業與超級市場業推出自有品牌的冷凍水餃。但有時流通事業廠商會想針對某些特別品類進行專案活動，推出一些特別的自有品牌商品，例如，零售式量販業之前想要掌握LED產業趨勢，也曾推過LED燈具的自有品牌商品。當流通事業擁有自有品牌時，便可以與供應商進行合作。供應商若拿到自有品牌的代工合約，可以有效利用剩餘產能，但是流通事業也可能利用自有品牌乃至於要求供應商贊助更多的行銷活動或是更好的供貨條件，亦即流通事業對於供應商因為自有品牌而擁有更佳的議價能力。然而，由於流通事業自有品牌常訴求低價，而且供應商一定會盡量維護自身商品，使得自有品牌商品的品質仍然無法像供應商的品牌商品相同（見表10）。

表10　流通事業行銷與競爭策略比較表

流通事業業者	量販店	超級市場	便利商店
商店定位及經營構想	銷售多樣且量多生活上息息相關商品的大型零售業者。	採薄利多銷與自助方式來提供顧客所需的食品、家庭日常用品及器具的零售業。	提供消費者便利的零售店，滿足消費者所有例常性購買或便利品購買的需求。
經營優勢	平價供應產品。	大規模、低成本。	1. 購買的地區較近。 2. 等候時間短。 3. 營業時間長。 4. 服務便利性。
面臨的挑戰	1. 銷售人員專業知識不足、無法提供完善的售後服務。 2. 員工缺乏服務熱誠和人情味。 3. 以量制價的低價政策，使得市場競爭日漸激烈，利潤遞減。 4. 商品的品質良莠不齊等。 5. 國內市區土地價格高、租金昂貴 6. 大坪數的土地取得不易。 7. 交通惡化、停車位難找。	須隨時掌握消費型態的變化，結合立地環境的特性。	1. 連鎖式便利商店業成長過於快速，使得競爭愈趨激烈。 2. 連鎖式便利商店業所面對的是消費大眾，隨著社會、經濟、文化等各項外在環境的變革，業者須配合時勢，不斷地將經營理念創新，方能在競爭激烈的市場中長存。
競爭策略	1. 開發自有商品。 2. 採大量進貨的方式，可以取得較優惠的進貨價格，再以平價供應消費者，藉以吸引顧客上門。	1. 提昇商品品質，並注意商品組合結構的適切性與商品價格的合理性。 2. 提供顧客購物資訊與服務。 3. 採用自有品牌，以減少對全國品牌的依賴，及增加自己的邊際利潤。 4. 充分掌握顧客的消費習性，並與顧客維持良好的互動關係。	1. 加強廣告、促銷活動，以提高企業的形象。 2. 強調異質化服務。 3. 有效率的後勤系統。 4. 運用商業自動化設施。 5. 審慎應用策略聯盟。 6. 垂直整合。

（資料來源：本研究自行整理）

四、公平交易委員會關於流通事業不當收取附加費用案例

流通事業不當收取附加費用，將使供貨廠商無法成為有效的競爭主體，傷害市場公平競爭本質，且所增加供貨廠商之成本負擔將反映於商品最終零售價格，對消費者利益產生負面影響，形成典型之垂直交易限制。歷來公平會對於流通事業不當收取附加費用之案例主要為就流通事業重複收取相同性質附加費用之處分案例，於便利商店業者計有福客多股份有限公司、萊爾富國際股份有限公司、統一超商股份有限公司等3家，而該3家事業於連鎖便利商店市場之市占率均在前5位之內；於量販店及超級市場業者則計有家福股份有限公司及惠康百貨股份有限公司等2家，該二事業亦為相關市場範圍內具有市場力之業者。在上述案件中，已形成不少判斷原則。

首先，公平交易法第25條定有明文：「除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」。本條乃關於不公平競爭行為之概括性規定，以更周延地掌握多樣性的規範客體，避免產生規範上的漏洞。又本條所謂「交易秩序」，係指符合善良風俗之社會倫理及效能競爭之商業交易行為；並本條係以「足以影響交易秩序」為構成要件，故事業若與其交易相對人間具有市場相對優勢地位，則其濫用市場相對優勢地位從事不公平交易，並此不公平交易方式有影響將來潛在多數類似交易相對人者，雖其對交易秩序尚未實際產生影響，亦屬本條規範範圍。另事業是否具市場相對優勢地位，因是就事業與其交易相對人間之交易情狀判斷之，是此所謂市場自係指存在於事業與交易相對人間之交易市場，且既屬相對優勢，自不以事業於某特定市場具市場支配地位為必要[31]。最高行政法院於判決中認為，判斷流通事業是否具有相對市場優勢時，並不以其市場支配地位為唯一考量，仍需以其實際交易狀況判斷之。易言之，在具體個案中，認定交易關係其中一方是否具相對市場力或資訊優勢地位，須審酌事業相對於交易相對人之營業規模及市場占有率、交易相對人對事業於交易上之依賴程度、交易相對人變更商品販售通路之可能性，及所涉特定商品之供需關係等因素，予以綜合判斷[32]。公平會於相關案例中所建立之方式，略以「判斷流通事業是否具有相對優勢地位，尚無須以該流通事業是否具市場支配地位為前提，僅須以其與系爭行為所涉及之特定交易相對人之關係上，居於相對優勢地位，即為已足，至於此種相對優勢地位之審酌，應斟酌考量供貨業者對該流通事業交易上之依賴程度（如：該流通業是

31 最高行政法院96年度判字第01938號判決。

32 臺北高等行政法院94年訴更一字第93號判決。

否為主要零售通路之一、相對於供貨廠商而言，該流通事業是否為重要之交易相對人等）、相關流通業者於市場上所擁有之地位（如：市場占有率或總開店數等）、該流通業者相對於該供貨廠商之營業規模及市場占有率、供貨廠商變更其交易相對人之可能性，以及該當商品的供需關係等各項要素，予以綜合判斷之」。上述方法並無問題。

其次，流通事業若以制式合約強制重複收費之情形，對其所屬供貨廠商之交易相對人而言，係加諸於供貨廠商之重複額外負擔，增加供貨廠商之營業成本，從而剝削其正常經營利潤，且該強制重複收取附加費用對促進商品之販售，並無提供重複效益，僅係利用供貨廠商普遍處於期待維持既有業務關係之壓力下，迫使供貨廠商負擔該項附加費用，而使市場競爭本質受到傷害，其行為已具有商業競爭倫理之非難性。其次，特定流通事業於市場相對優勢地位而言，強制重複收取附加費用行為，核屬違反一般合理交易習慣，對交易相對人為不當壓抑，強迫交易相對人接受不公平交易條款的行為。在過去案例中，被裁罰之流通事業，多恃其相對競爭優勢地位，於其單方制定之定型化合約中，訂立「新鋪開張贊助金」、「新鋪開張折扣」及「店鋪改裝重新開幕贊助金」、「改裝店開張折扣」等各類名目，迫使供貨廠商重複負擔該等附加費用，因而違反公平交易法第25條之規定[33]。而從過去的處分案例中，在後續的行政法院訴訟結果中，最高行政法院除於民國91年全聯不當收取附加費用一案中推翻公平交易委員會之見解外[34]，其餘案件均維持原處分，可見公平會在認定流通事業具有相對優勢地位，而可能因其地位而濫用市場力量不當向供應商收取附加費用的認定標準，並無法理上適用違誤的問題。

綜合上述，公平會於民國90年11月以第525次委員會議通過對於流通事業收取附加費用之規範後，幾經修正而成為現行之「公平交易委員會對於流通事業之規範說明」，目前公平會對於流通事業不當收取附加費用之案例明顯減少，本研究認為可能原因有二：(1)上開規範說明對於流通事業的垂直交易限制，尤其是收取附加費用已有較明確之規範，過去違反公平交易法第20條之態樣較為少見，故引起糾紛之案例數量下降；(2)隨著流通事業商業型態日新月異，實體店面之通路型態已經面臨電子商務或虛擬交易之強大競爭，使得流通事業在行銷策略上與供應商產生與以往不同的模式，外觀上較難辨識其是否影響市場交易與公平競爭。無論如何，流通事業在消費者需求上仍是一個重要的賣方市場來源。

33 公平交易委員會90公處字第089號。

34 公平交易委員會(91)公處字第091066號。

表11　歷年流通事業不當收取附加費用處分案例彙總表

案件名稱	歷審程序	主要爭點與最終結果
統一超商不當收取附加費用案	• 公平交易委員會86公處字第036號	• 主要爭點：統一超商新開店數滿百整數時，除收取「新開店」之附加費用外並重覆收取「百店」附加費用，為足以影響市場交易秩序之顯失公平行為，是否違反公平交易法之規定？ • 最終結果：該新店開幕贊助金分為「新開店」及「百店」兩種，當店數滿百整數時，統一超商除收取「新開店」之附加費用外並收取「百店」附加費用，此種強制重覆收費情形，對交易相對人而言，屬一種對交易相對人為不當壓抑，強迫交易相對人接受不公平交易條款的行為，已違反公平交易法第25條（舊法第24條）之規定。
家福不當收取附加費用案	• 公平交易委員會87公處字第098號	• 主要爭點：家福公司是否濫用其相對競爭優勢，排除供應商之競爭，足以影響交易秩序，違反公平交易法第25條（舊法第24條）之規定？ • 最終結果：被處分人係經營商品販售及批發業務之大型連鎖量販業者，全國約有3千5百家商家供貨給被處分人。本案被處分人與供應商簽有「保證銷售」之合約條款，並向供應商收取上架服務費，然被處分人卻利用其全國十餘家連鎖大賣場之市場地位，以大量專案採購之優勢排除供應商之競爭，有濫用其相對競爭優勢地位之虞。
家福不當收取附加費用案	• 公平交易委員會89公處字第178號	• 主要爭點：家福濫用相對優勢地位，於其單方制定之定型化全國性補充合約中，訂立補充固定退佣之交易條款，向供貨廠商不當收取附加費用，是否足以影響交易秩序之顯失公平行為，違反公平交易法第25條規定（舊法第24條）。 • 最終結果：家福所簽立之全國性補充合約中即訂有「供應商同意按家福公司全部商店累計之總進貨金額計算之1%，作為補充固定優惠退佣，另支付予家福公司。補充固定優惠退佣之比率係參照市場狀況及供應商過去之銷售實績、銷售價格等因素而決定」之「補充固定退佣」條款，家福雖主張收取該系爭附加費用，係含有避免雙方交易條件外洩之目的，惟其加諸於供貨廠商之額外負擔，將增加供貨廠商之營業成本，從而剝削其正常經營利潤，且該附加費用對促進商品之販售，並無直接助益，尚難謂係被處分人合理轉嫁其經營成本費用之附期待維持既有業務關係之壓力下，迫使供貨廠商負擔該項附加費用，而使市場競爭本質受到傷害，其行為已具有商業競爭倫理之非難性，足以影響市場交易秩序。期待維持既有業務關係之壓力下，迫使供貨廠商負擔該項附加費用，而使市場競爭本質受到傷害，其行為已具有商業競爭倫理之非難性，足以影響市場交易秩序。

表11　歷年流通事業不當收取附加費用處分案例彙總表（續）

案件名稱	歷審程序	主要爭點與最終結果
福客多不當收取附加費用案	• 公平交易委員會90公處字第087號 • 臺北高等行政法院91年訴字第2485號判決 • 最高行政法院94年判字第542號判決 • 臺北高等行政法院94年訴更一字第93號判決 • 最高行政法院96年度判字第01938號判決	• 主要爭點：福客多於新開店滿200時，向供應商收取15,000元「感恩慶協贊費」及1,000元「新開店協贊費」兩項附加費用，是否即屬足以影響交易秩序之顯失公平行為？ • 最終結果：維持原處分。被處分人於「交易協議書」中，訂定「新開店協贊費」及「感恩（百店）慶贊助費」之項目，按其性質係當被處分人之開店數滿百整數時，除向檢舉人收取「新開店」之附加費用外，並再收取「百店」附加費用，且該重複收取與促進商品販售並無直接關係。此種強制重複收費情形，核屬違反一般商業倫理對交易相對人為不當壓抑，即利用市場優勢地位，強迫交易相對人接受不公平交易條款的行為，並已足以侵害公平競爭與效能競爭，損及市場正當合理之交易秩序，合致公平交易法第25條（舊法第24條）之規定。
萊爾富不當收取附加費用案	• 公平交易委員會90公處字第088號 • 院臺訴字第0910081270號 • 臺北高等行政法院91年度訴字第1625號判決 • 最高行政法院94年度判字第00543號判決 • 臺北高等行政法院94年度訴更一字第00090號判決	• 主要爭點：萊爾富與供應商約定，於新開店滿百時，向供應商收取按當月銷貨金額5%計算之百店慶贊助費及1,000元之新開店促銷推廣分攤費兩項附加費用，是否即屬足以影響交易秩序之顯失公平行為？ • 最終結果：維持原處分。萊爾富於「交易推廣協議書」中，訂定「百店慶贊助費」及「新開店促銷推廣分攤費」等項目，按其係當其開店數滿百整數時，除所屬供貨商收取「新開店」之附加費用外，並再收取「百店」附加費用。萊爾富上開強制重複收費情形，對其供貨商之交易相對人而言，屬違反一般商業倫理對交易相對人為不當壓抑，即利用市場優勢地位，強迫交易相對人接受不公平交易條款的行為，並已足以侵害公平競爭與效能競爭，損及市場正當合理之交易秩序，合致公平交易法第25條（舊法第24條）之規定。
惠康百貨不當收取附加費用案	• 公平交易委員會90公處字第089號	• 最終結果：惠康百貨於其單方制定之「業務協商」定型化合約中，訂立「新鋪開張贊助金」、「新鋪開張折扣」及「店鋪改裝重新開幕贊助金」、「改裝店開張折扣」等項目，強制供貨廠商重複負擔該等附加費用，為足以影響交易秩序之顯失公平行為，違反公平交易法第25條（舊法第24條）之規定。
家福不當收取附加費用案	• 公平交易委員會90公處字第199號 • 院臺訴字第0910087787號訴願決定書	• 主要爭點：家福有否利用其市場之優勢地位，強制重複收取用途相同之附加費用，而違反公平交易法第25條（舊法第24條）之規定？ • 最終結果：維持原處分。家福與供貨廠商簽訂全國性合約前，未就全年度促銷活動進行協商，逕自訂定收取顯超過供貨廠商可直接獲得利益之全國性促銷費，

表11　歷年流通事業不當收取附加費用處分案例彙總表（續）

案件名稱	歷審程序	主要爭點與最終結果
	• 高等行政法院91年度訴字第4606號判決 • 最高行政法院94年度判字第01786號判決 • 最高行政法院97年度判字第00118號判決	並以單方制定之新店開幕贈品承諾書及重新改裝新開幕贈品承諾書，強制供貨廠商重複負擔與全國性合約中所載開幕特別條件，及店面改裝新開幕特別條件用途相同之附加費用，為足以影響市場交易秩序之顯失公平行為，違反行為時公平交易法第25條（舊法第24條）之規定。
全聯不當收與附加費用案	• 公平交易委員會(91)公處字第091066號 • 臺北高等行政法院91年訴字第4144號裁判書 • 最高行政法院94年判字第1668號判決	• 主要爭點：全聯於90年度供銷合約書(一)中增加第11條，向供貨廠商不當收取「營業所場地租用費」附加費用，是本件之爭執，厥在於全聯向供貨廠商收取按營業額1%計算之「營業所場地租用費」是否即屬足以影響交易秩序之顯失公平行為？ • 最終結果：撤銷原處分。公平會未就被上訴人之於何供貨業者、如何居於「相對優勢地位」為查證及說明，且未舉證證明被上訴人收取系爭附加費用係如何濫用其相對優勢地位，逕認以被上訴人市場占有率地位推論其必具有相對優勢地位，自有違誤。
大潤發不當收取附加費用案	• 公平交易委員會94公處字第094053號 • 院臺訴字第0940094569號	• 主要爭點：大潤發是否濫用相對優勢地位，向供貨廠商不當收取附加費用，為足以影響交易秩序之顯失公平行為，違反公平交易法第24條規定？ • 最終結果：維持原處分。大潤發與供貨廠商簽訂92年度「採購合約2003年商業條款」，向供貨廠商收取固定退佣、新店開幕贊助金、週年慶贊助金、端架承租費用及新品推廣費用等附加費用，有挾其優勢地位，依其單方制定之定型化契約，向供貨廠商不當收取附加費用情事。案經原處分機關公平會調查結果，以訴願人濫用相對優勢地位，向供貨廠商不當收取附加費用，為足以影響交易秩序之顯失公平行為，違反公平交易法第25條（舊法第24條）規定。

（資料來源：本研究自行整理）

由上述分析可知，公平會在市場範圍之界定方法上，以「產品市場」與「地理市場」二個面向加以評量，主要考量「需求替代」，但亦得視商品或服務特性考量供給替代，另外，亦得視具體個案，衡量時間因素對於相關市場範圍之影響。從本研究之結果顯示，流通事業在服務特性上比傳統的通路市場力量更大，但若要單獨將「流通事業」的單一業態（如量販店、超級市場、便利店等）劃分為一個特定商品市場確有其困難，蓋消費者在需求選擇替代性上可

能不僅止於流通事業，亦可能與其他實體或虛擬之通路混搭，未來要考量流通事業是否具有優勢地位時，界定市場範圍應區分「供應商與流通事業」以及「消費者在特定產品購買上與流通事業間的關聯性」等二個面向加以界定，方能符合流通事業的屬性。流通事業間的替代性，則以透過消費者問卷調查之方式分析，較能得出完整的結論。（見本文以下分析）

五、流通事業各業態之市場結構與行銷策略

本研究以下將針對流通事業與供應商的交易條件，與商品價格制定情形進行說明，接著針對流通事業中自有品牌主要行銷策略進行分析，並分別針對零售式量販業、超級市場業、連鎖式便利商店業3種流通事業業態之市場結構與發展現況，以及個別行銷策略進行分析，亦一併探討流通事業之行銷策略是否符合現行公平交易法之規範。

(一) 零售式量販業

1. 市場結構與發展現況

國內目前對於量販業較無統一定義，依經濟部商業司於2002年流通產業研究報告之內容，零售式量販業之定義為「凡從事綜合商品零售，結合倉儲與賣場一體之行業，並且具備下列之條件：(1)需包含廣泛的銷售構面（必須販售食品，且單一商品銷售比重不得超過50%）；(2)賣場面積大於1,000坪；(3)具有足夠的停車位；(4)採自助式服務；(5)販售商品價格具競爭性[35]。就營業家數而言，目前臺灣的零售量販業者主要包括家樂福、大潤發、愛買與好市多等，上述4家業者合計占所有零售式量販業店鋪數之95%。（見表12）

表12　臺灣零售式量販業近5年店數統計表

	2011/12	2012/12	2013/12	2014/12	2015/07	2016/06
家樂福（不含便利購）	60	61	62	61	63	64
大潤發（不含得來速中華店）	26	26	26	26	26	24
愛買	18	19	19	20	20	19
好市多	8	9	10	10	10	12
台糖	5	5	5	5	5	5
大樂	1	1	1	1	1	1
合計	124	126	123	123	125	125

（資料來源：2016台灣大型店鋪總覽，流通快訊雜誌社，第146頁）

[35] 經濟部商業司，2002年流通產業研究報告，2002年12月，頁36-37。

若以上述統計資料來估算零售式量販業店鋪之市場占有率，可見家樂福（不含便利購）持續為市場之第一大業者，由2011年市占率48%已逐步提升至2016年6月的51%。大潤發（不含得來速中華店）雖穩居第二大業者，但已由2011年市占率21%，下滑至2016年的19%。愛買在市占率中為第三位，從2011年至2016年大約皆維持在15%至16%之間。值得注意者，好市多從2011年市占率6%，已逐年攀升至2016年的10%。（見表13）

表13　臺灣前四大零售式量販業近5年市場占有率

	2011/12	2012/12	2013/12	2014/12	2015/07	2016/06
家樂福（不含便利購）	48%	48%	50%	50%	50%	51%
大潤發（不含得來速中華店）	21%	21%	21%	21%	21%	19%
愛買	15%	15%	15%	16%	16%	15%
好市多	6%	7%	8%	8%	8%	10%
四大業者合計	90%	91%	94%	95%	95%	95%

（資料來源：本研究整理）

從以上分析資料可知，家樂福為目前店鋪數最多的零售式量販業。1987法國家樂福集團和臺灣統一企業集團合資成立台灣家福股份有限公司；1999年臺灣第一間家樂福零售式量販業於高雄市開幕（高雄大順店），亦是家樂福零售式量販業在亞洲的第一間分店；1997年推出自有品牌商品，隔年成立自有品牌超值商品系列；2006年家樂福與特易購(Tesco)進行策略合併協議，由台灣家樂福購併台灣特易購零售式量販業；為因應近年消費型態轉變，及連鎖超市遽增，瓜分了原有市場，2009年推出全新「家樂福便利購」社區型態店（板橋府中店），其經營型態更加接近於超級市場業模式。在2015年推出網路購物服務。至2016年6月家樂福於全臺擁有64間大型量販及24間便利購流通事業門市[36]。大潤發在臺灣的發展規模僅次於家樂福，為臺灣第二大的零售零售式量販業。1996年潤泰集團成立大潤發流通事業股份有限公司；1997年第一家大潤發門市於桃園縣平鎮市開幕；1998年合併亞太量販；2001年潤泰集團釋出67%的大潤發股權，引入法商歐尚集團合資；2008年大潤發推出網路購物到店取貨服務；至2016年8月大潤發在臺灣擁有22間實體店面。愛買是一家臺灣的大型連鎖零售式量販業，成立於1990年，由遠東百貨以轉投資方式成立；2008年成立GO HAPPY線上購物網站；至2016年8月愛買在臺灣共有19間實體店面。好

[36] 便利購流通門市在規模上與大型量販店有異，故未列入大型量販店之計算內。

市多(Costco)於1997年進入臺灣，在高雄設立第一家賣場，為全臺灣唯一收取會員費用的零售式量販業。至2016年8月好市多在臺灣共有12家分店。而好市多也是目前量販流通事業賣場客人平均單筆消費數量最大的賣場。客單價大約在3000-5,000元間，其他零售式量販業大約只在700-1,000元之間。

最後，再從零售式量販業之整體營業額觀察，近5年量販業之營業額均逐年成長，以營業額增長率而言，分別為6.51%（2011年）、2.52%（2012年）、0.48%（2013年）、2.49%（2014年）、4.08%（2015年），除2013年下滑外，其餘年度之營業額增長率大致落在2.5%至4%之間。（見圖2）

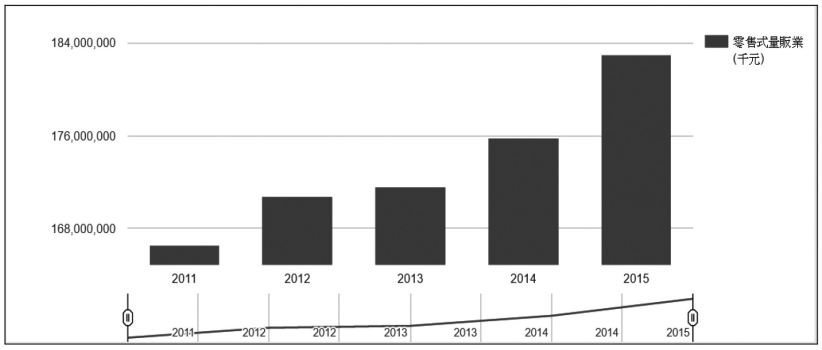

圖2　臺灣零售式量販業近5年營業額成長趨勢
（資料來源：經濟部統計處）

2. 行銷策略分析

零售式量販業較其他流通事業業態，例如，超級市場業或連鎖式便利商店業，提供較齊全的商品品項，希望讓消費者一次購足。此外，零售式量販業與超級市場業最大的差異是非食品商品的提供，例如，零售式量販業會銷售一些超級市場業沒有銷售的商品，例如，家電用品和服飾用品。目前零售式量販業也開始發展複合式的經營，提供購物中心以及美食街的服務。供應商與零售式量販業的溝通協調會依地點、店家與不同區域單一窗口協調聯絡，並不是與總公司統一接洽。溝通協調事項包括價錢、檔期安排、陳列物品…等事務，有時陳列相關事務，製造商會再委請外包公司代辦。而零售式量販業各分店的行銷策略也可能會因地制宜，例如，面對好市多北投店的開幕，家樂福也推出北投店免會員卡可享受會員價來因應。

在產品策略方面，各量販業者除了普遍性的領導商品外，也會推出獨家商品，例如，家樂福會獨家販售酒或巧克力等進口商品。量販業者亦會隨著流通事業賣場大小以及定位不同推出不同商品組合，例如，家樂福目前朝向超級市

場業類型的賣場，有80%的商品為食品，非食品則只提供基本品項，不會全品項販售。愛買的生鮮農產品則主推完全由臺灣產地直送。好市多的商品品項數目相較於其他零售式量販業而言少很多。此外在自有品牌產品策略方面，零售式量販業普遍服從全國一致的策略，每一間店都有固定比率的陳列商品是屬於自有品牌商品。代工廠商係依據總部的原則進行挑選，一般而言會尋找國內合格的大製造商合作。零售式量販業的自有品牌仍然需要接受各季的銷售與市調檢驗，如果績效不好，該項自有商品依然會被更換，而改推其他品項或是找其他代工廠商製造別的自有商品。但是好市多的自有品牌策略與其他賣場不同，其他流通事業是讓所有供應商品牌進駐銷售後，再從中挑選自有品牌的品項，而好市多則反過來，先販售自有品牌後，確認市場接受度，再引進供應商的品牌商品。

在流通事業策略方面，零售式量販業在店面陳列以及實體擺設方面，各業者隨著時間演進，各自推出自己的風格，以提高消費者的顧客滿意度。例如，家樂福零售式量販業店型於2001年前著重於商品販售，商品陳列偏向倉庫以商品存放為主；2002年後為了與同業產生差異化，開始著重於賣場空間設計，同時開始與其他業者合作，引入休閒、小吃美食及其他零售業態，提供消費者休閒、購物、餐飲等附加購物功能。近年來消費者購物時越來越重視購物便利性，二代店「market便利購」應運而生，觀察近年家樂福展店策略，不難發現開始以新型態社區賣場為主、零售式量販業為輔進行流通事業佈局。在賣場設計部份強調主題式商品陳列區，部分店型加入商店街，並引入店中店的概念。而大潤發透過現場熟食製作與販售模式營造傳統市場的感受，以此吸引消費者。此外各大量販賣場都已推出網路購物平台。愛買與大潤發屬於早期便建立網路購物系統的實體賣場，對其營業額都貢獻了相當大的比例。

價格策略方面，由於現今消費者對於各家量販業者商品的價格都非常敏感，使得各量販業者都追求低價格的定位，尤其是大潤發。由於大潤發的店面家數約只有家樂福的1/3，因此大潤發經常運用低價促銷的策略，進行所謂的破盤行為。而好市多也是提供消費者低價格的商品，其對於供應商的要求很單純，希望供貨價格低、保證商品賣出後的進貨數量，不會要求供應商贊助各項行銷費用。

在推廣策略方面，各賣場追尋各種可能的異業結盟，進行不同的合作方式，為消費者帶來價值。例如，各大量販賣場分別與銀行合作辦理聯名信用卡、家樂福成立電信公司。

在顧客關係管理方面，目前零售式量販業非常注重各項會員活動以及集點換購活動，希望忠誠度高的顧客能夠持續回流。此外，各零售式量販業紛紛結合大數據分析技術，並透過各式社群行銷方式，使得各項分眾行銷手法更有效率，例如，經營FB粉絲專頁以及Line的coupon。

(二) 超級市場業

1. 市場結構與發展現況

依經濟部商業司超級市場業經營管理技術實務中對於「超級市場業」之定義為：「凡從事提供家庭用品、食品分部門零售，而以生鮮及組合料理食品為主之行業」，其特徵為(1)提供高品質、新鮮並衛生之生鮮食品；(2)注重品項齊全，可提供消費者一次購足所需之食品、日用品；(3)強調合理之價格；(4)強調距離方便、提供給鄰近居民之購物場所；(5)除提供舒適之購物環境外，亦強調服務，即提供商品資訊、料理方式、熟食與組合菜等，提供無法自行料理之家庭主婦便利性[37]。就營業店鋪數而言，目前臺灣主要的超級市場業者為全聯、頂好（惠康）、美廉社、農會超市、松青、自由聯盟等，上述6家業者合計占所有零售式量販業店鋪數之65%[38]。（見表14）

表14　臺灣超級市場業近5年店鋪數統計表

	2011/12	2012/12	2013/12	2014/12	2015/07	2016/06
全聯福利中心	600	642	678	725	774	852
頂好超市	280	280	267	238	235	226
美廉社	250	308	337	X	X	X
農會超市	89	89	90	90	90	90
松青（2004後含丸久）	77	75	71	72	65	X
自由聯盟	63	64	62	61	60	60
台灣楓康（原興農）	40	40	40	42	45	48
喜美	24	27	27	27	27	28
主婦省錢	26	24	24	24	24	24
統冠	20	20	21	21	22	23
愛心聯盟	15	14	14	17	18	18
俗俗的賣	14	14	15	14	13	11
喜互惠	14	14	15	16	16	16
億客來	13	11	11	12	12	12

37 經濟部商業司，超級市場經營管理技術實務，1993年4月，頁29-32。

38 美廉社2014年4月份起由超市改列入便利店統計；松青超市目前產權移轉至全聯，門市陸續熄燈並由全聯改裝完成。

表14　臺灣超級市場業近5年店鋪數統計表（續）

	2011/12	2012/12	2013/12	2014/12	2015/07	2016/06
814生鮮	12	13	13	14	14	14
愛國	10	10	11	11	11	11
齊普	10	10	9	6	7	6
上青	8	8	8	8	8	8
Jasons	7	7	7	11	16	20
巧鄰	6	5	6	6	6	6
好媳婦	6	6	6	5	5	4
億客成	5	5	5	5	5	5
City' Super	4	6	6	6	6	6
領鮮	4	4	4	4	4	4
凱福登（原裕毛屋）	3	3	3	3	3	3
家樂福便利購	3	3	3	9	19	22
合計	1,603	1,702	1,753	1,820	1,964	X

（資料來源：2016台灣大型店鋪總覽，流通快訊雜誌社，第51頁）

若以上述統計資料來估算超級市場業店鋪之市場占有率，可見全聯福利中心持續為市場之第一大業者，由2011年市占率37%已逐步提升至2015年7月的39%，而在2016年松青超市產權移轉至全聯後，市占率可望進一步擴大至40%以上，穩居超級市場業之龍頭。頂好（惠康）超市為第二大業者，但已由2011年市占率17%，下滑至2015年的12%，每年皆持續降低。美聯社由於經營型態於2014年起有所轉變，故已列入連鎖式便利商店業之業態統計。農會超市在市占率中為第三位，從2011年至2016年大約皆維持在5%，相當穩定。市場上第四大業者自由聯盟，市場占有率從2011年的4%微幅縮減為2015年的3%。（見表15及圖3）

表15　臺灣前六大超級市場業近5年市場占有率

	2011/12	2012/12	2013/12	2014/12	2015/07
全聯福利中心	37%	38%	39%	40%	39%
頂好超市	17%	16%	15%	13%	12%
美廉社	16%	18%	19%	-	-
農會超市	6%	5%	5%	5%	5%
松青（2004後含丸久）	5%	4%	4%	4%	3%
自由聯盟	4%	4%	4%	3%	3%

（資料來源：本研究整理）

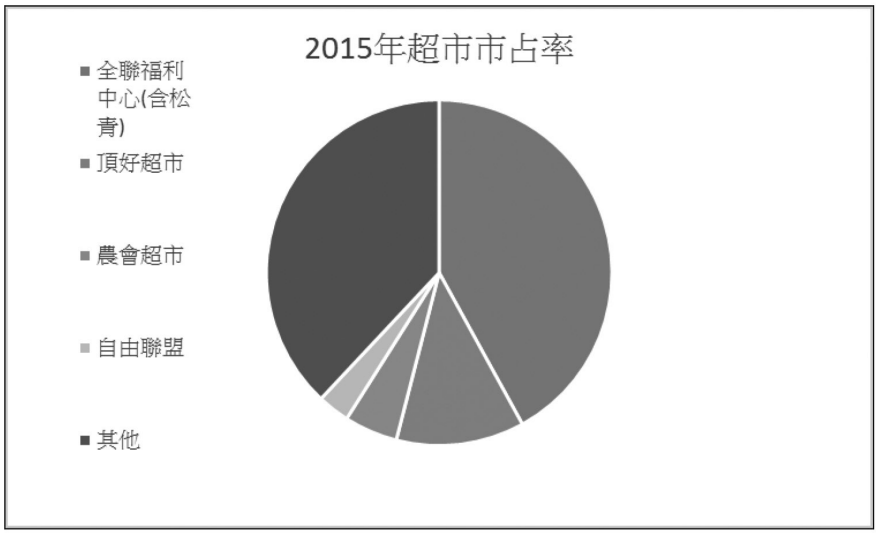

圖3　2015年臺灣超級市場業占有率
（資料來源：本研究整理）

由於超級市場業之市場結構較為分散，本節以下針對全聯、頂好、興農超市、美聯社等業者之發展歷程以及現況加以介紹。全聯為目前店面數最多的超級市場業者。1998年全聯實業股份有限公司成立，接手全聯社原有店面（原軍公教福利中心）。2009年全聯福利中心開設販售生鮮商品之新型態門市。2012年開設新型態品牌imart，賣坪數為平常的兩倍，商品項目比平常多了兩成。2013年開設新型態店，將店內品項減少至以往的7-8成。2016年完成收購松青超市。至2016年8月為止，全聯共有876間店面。

1987年惠康百貨股份有限公司成立，並於同年成立第一間頂好（惠康）超市。2002年接收易利購超市5家分店，2003年整合惠陽超市22家分店，並於2004年將8家日系全日青超市納入經營體系，2003年首度引進新加坡Jasons Market Place進駐臺北101大樓。至2016年4月為止，臺灣共有226間頂好超市，20間Jasons Market Place。

1988年第一間興農超市於南投成立，2008年脫離興農母公司更名為台灣楓康超市。2016年脫離原有據點臺中、彰化與南投，於新竹設立超市。至2016年8月為止，台灣楓康超市在臺中有31間分店，彰化有8間分店，南投有5間分店，新竹有1間分店。合計於臺灣共有45間分店。

2006年三商行成立子公司三商家購股份有限公司，並於同年成立第一間美廉社。至2016年8月為止，共有497家店面。

最後，近5年超級市場業之營業額均逐年成長，以營業額增長率而言，分

別為7.35%（2011年）、5.92%（2012年）、4.52%（2013年）、5.34%（2014年）、7.89%（2015年），2011年至2013年間逐漸下滑，而從2014年起反而逆勢增長，年度之營業額增長率在2015年間提升到7.89%，甚至超越2011年的7.35%。（見圖4）

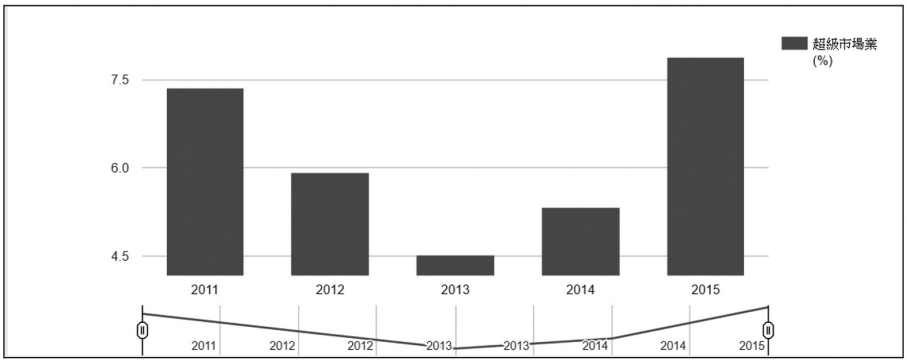

圖4　臺灣超級市場業近5年營業額成長趨勢表
（資料來源：經濟部統計處）

2. 行銷策略分析

超級市場業主要是提供一般食品以及生鮮食品，幾乎是傳統菜市場的轉型，所以非食品的商品品項不像零售式量販業這麼多，但是仍遠多於連鎖式便利商店業。在與上游進行交易談判時，全聯是超級市場業者中相對較難談判的，由於全聯的發展歷史以及市場占有性，使得上游廠商對於全聯的交易條件只能是寄銷，供應商將商品放到貨架上，但這些商品所有權仍屬供應商，也因此大部分供應商不會將貨直接交給全聯，而是委由代售商或經銷商處理。

在產品策略方面，由於超級市場業主要樣態是從傳統市場發展而來，因而傳統上生鮮食品為其主力，而生鮮食品的品質對於超級市場業就扮演了重要角色。所以全聯、美廉社及楓康都對其生鮮食品提供品質保證。值得注意的是，美廉社的定位是以食品商品為主，生鮮食材比重較少。但是美廉社藉由與外國廠商共同採購，取得進價成本較低的進口啤酒及零食，提供給消費者另一種選擇。此外，為了吸引顧客來店，超級市場業者也紛紛推出各項非傳統商品，例如，全聯開始經營代收業務，販賣現煮咖啡。美廉社則經營郵局代收業務。

在流通事業策略方面，超級市場業在店面設計以及實體擺設方面，開始呈現不同的規劃方向。例如，全聯有大坪數與小坪數兩種型態的店面，大坪數的型態越來越像零售式量販業，而且開始經營店中店。惠康體系中則主要有Wellcome和JASONS兩個品牌，Wellcome品牌中除了層級較高的Wellcome Gourmet和一般店型Wellcome外，尚有標榜便利、小型的「頂好X market」。

美廉社在店址選取上，儘量鎖定巷弄之間，追求更低廉的店租以降低成本。

價格策略方面，由於全聯存貨的資金成本是各流通事業中較少的，且全聯對於供應商要求較低的毛利，再加上不收取商品上架費以使全聯能夠推行低價策略。相同地美廉社也不收取商品上架費，且流通事業位置都在租金較為低廉的地方，使得商品價格更有優勢。

在推廣策略方面，全聯成功的與奧美廣告合作，推出了全聯先生一系列廣告改變其企業形象，並且成功為全聯帶來明顯的營收成長。

(三) 連鎖便利商店業

1. 市場結構與發展現況

依經濟部商業司連鎖式便利商店業經營管理技術實務手冊之定義，「連鎖式便利商店業」為「滿足顧客即刻需求之方便性商店，其商品需具備：(1)即時消費性；(2)高緊急性；(3)非常溫性；(4)低儲藏性；(5)可消遣性[39]」。連鎖式便利商店業之業態結合各式即時消費性商品，且增添傳真、影印、代收費用，甚至洗衣乾洗等服務，不僅營業時間原則上以24小時全年無休，且增添更多現代化的便民服務[40]。就營業家數而言，目前在臺灣的連鎖式便利商店業主要業者包括了7-Eleven、全家、萊爾富與OK連鎖式便利商店業等，上述4家業者合計占所有零售式量販業店鋪數之94%。（見表16）

表16　臺灣連鎖式便利商店業近5年店數統計表

	2010/12	2011/12	2012/12	2013/12	2014/12	2015/07
7-Eleven 統一超商	4,750	4,784	4,830	4,900	5,042	5,042
Family Mart 全家	2,588	2,801	2,844	2,895	2,929	2,967
Hi-Life 萊爾富	1,247	1,285	1,295	1,293	1,280	1,288
OK連鎖式便利商店業	839	869	899	870	880	880
美廉社	-	-	-	-	373	439
台灣菸酒商店	95	113	113	110	109	104
台糖蜜鄰	19	19	19	19	19	19
合計	9,538	9,870	9,997	10,087	10,632	10,739

（資料來源：2016台灣大型店鋪總覽，流通快訊雜誌社，第16頁）

39 經濟部商業司，便利商店經營管理技術實務手冊，1994年3月，頁10。

40 便利商店經營方式歷經四個階段之發展，包括醞釀期(1977-1978)；導入期(1978-1983)；成長期(1984-1986)；競爭期(1984-)，參見單驥、趙義隆、鄭優、邱宏仁、蔡英文，便利商店申請結合與公平交易法規範之研究，行政院公平交易委員會86年度合作研究計畫，頁3-7。

若以上述統計資料來估算零售式量販業店鋪之市場占有率，可見7-Eleven統一便利商店持續為市場之第一大業者，然而，2010年市占率在50%，但逐年下滑至2015年7月到47%。全家便利店為第二大業者，自2010年至2016年間，市占率均維持在28%；萊爾富在市占率中為第三位，從2011年至2015年大約皆維持在12%至13%之間；OK連鎖式便利商店業市占率為第四位，從2011年至2015年大約皆維持在8%至9%間，上述3家業者之市占率可謂相當穩定，變化不大。（見圖5）

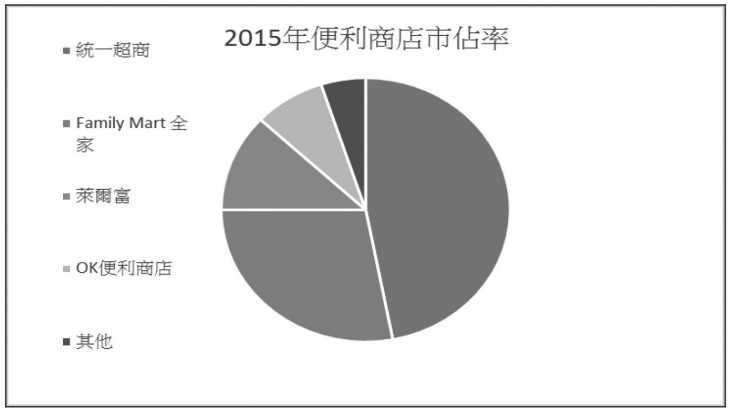

圖5　臺灣前四大連鎖式便利商店業市場占有率
（資料來源：本研究整理）

1978年統一企業集資創辦「統一超級商店股份有限公司」，並於1979年引進7-11。1997年統一便利商店股票上市。2006年推出i-bon。至2016年7月，全臺7-11已經超過5,100家。1988年8月，日本Family Mart成立全家連鎖式便利商店業股份有限公司，同年並設立第一間全家連鎖式便利商店業，2002年全家股票上櫃。至2016年7月，全臺全家連鎖式便利商店業已經超過3,000家。1989年萊爾富國際股份有限公司正式成立，同年第一間萊爾富連鎖式便利商店業成立。2004年統一企業買下萊爾富約1/3的股權，並於2013年把股份賣給安橋亞洲投資公司。至2016年7月，全臺萊爾富連鎖式便利商店業已經超過1,300家。1988年月豐群企業集團在臺灣同時開幕了3家OK連鎖式便利商店業。至2016年7月，全臺OK連鎖式便利商店業已經超過700家。

最後，近5年連鎖式便利商店業之營業額增長率起伏波動較大，以營業額增長率而言，分別為6.74%（2011年）、8.83%（2012年）、3.12%（2013年）、4.75%（2014年）、2.01%（2015年），下滑趨勢相當明顯，從2012年年增率最高有達到8.83%，下降至2015年的2.01%，市場呈現飽和狀態。（見圖6）

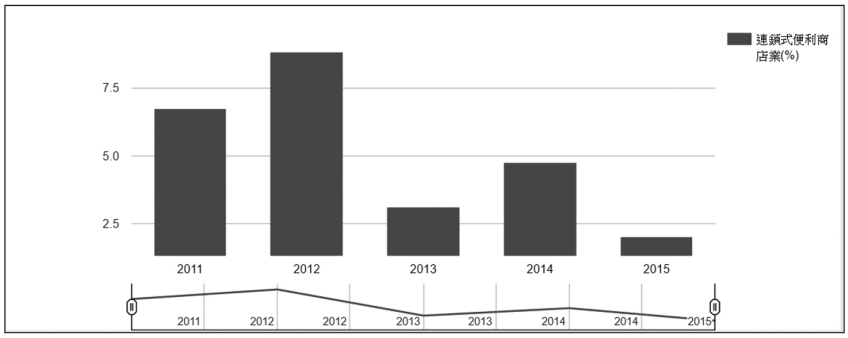

圖6　臺灣連鎖式便利商店業近5年營業額成長
（資料來源：經濟部統計處）

2. 行銷策略分析

連鎖式便利商店業的特色主要是提供消費便利性，所以連鎖式便利商店業提供的生活用品種類較少，以食品類為大宗，尤其是鮮速食，例如飯糰、即時微波食品，這些品項是零售式量販業與超級市場業較少提供的。

在產品策略方面，連鎖式便利商店業對於商品的陳列會經過精心挑選才上架販售。例如，一個供應商可能有上百種菜瓜布，但是連鎖式便利商店業只會針對一個供應商挑選一種陳列於貨架上。另外，由於提供消費者較高的便利性，連鎖式便利商店業也自然收取較高的費用，其商品售價也比其他流通事業來得高，連鎖式便利商店業的客單價約80元左右。與零售式量販業的單一窗口制不同，臺灣連鎖式便利商店業林立，所以供應商對連鎖式便利商店業的窗口為直接面對總公司，而不是個別連絡連鎖式便利商店業，供應商也不會干預哪一家連鎖式便利商店業是否要進貨的決定。連鎖式便利商店業除了販售供應商的產品之外，也會大力推銷自有品牌商品，會將自有品牌商品放在商店中最好的位置，以期達到更多的銷售量。例如，7-11會將請永豐餘代工7-SELECT衛生紙系列產品放置收銀台旁邊，以吸引消費者注意，並且時常推出加一元多一件之優惠促銷。目前7-11的自有品牌稱為i-select。在自有品牌的操作上，連鎖式便利商店業通常將自有品牌商品定位為基本品，也就是每個店面都必須進貨的商品。另一種商品則為選擇性商品，各店店長可以自由選擇進貨。不過由於連鎖式便利商店業大多數的店家都屬於加盟主，若是其自有商品品質不好，販售情況不佳，店長也會自行利用各項技巧使這些商品不在貨架上。

在流通事業策略方面，連鎖式便利商店業目前的經營策略重點之一在於加強消費者的消費體驗感受，包括持續加強連鎖式便利商店業提供的人員服務以

及實體環境的改善，因此各店的裝潢越來越舒適，越來越有特色。這也使得目前要開設連鎖式便利商店業的坪數要求越來越高。市的要求大概在30坪、鎮的要求約在40坪，而鄉的要求則要50坪以上。

在價格策略方面，連鎖式便利商店業對供應商要求的上架費相對於其他流通事業來得高，毛利也是所有流通事業中是最高的。連鎖式便利商店業不會尋求最低價格的訴求，但是會追求讓消費者覺得超值的商品，提供品質較高的商品也使得連鎖式便利商店業可以維持一定的毛利。

此外連鎖式便利商店業也重視會員經營的關係行銷。例如全家連鎖式便利商店業透過APP辦理集點活動，Hi-Life推出專屬會員卡Hi Card，加強與會員間的關係。而7-11推行的i-cash也即將可以在臺北捷運使用，這也會擴大其會員人數與使用情形。這些會員關係的經營與改善，再結合現行大數據技術，都有助於其進行更有效的行銷策略。

參、特定民生商品之消費者需求與通路選擇分析

一、問卷調查之設計及其在競爭法上之意涵

本研究係透過消費者對於特定民生商品之零售通路偏好及其購買行為之問卷調查，以量化分析研究方式進行實證，並從結果中進一步分析消費者對於販售相同特定民生商品但不同業態通路之消費需求替代性。因此，本研究之問項共分為「研究基本問題」與「消費者基本資料」二大類，各項問題與競爭法之關聯茲分述如下：

(一) 流通事業中的通路業態選擇

本題之設計目的在界定本研究之研究範圍，依「公平交易委員會關於流通事業之規範說明」第2條第1項將流通事業區分為「量販店、便利商店、超級市場、百貨公司、購物中心、消費合作社、藥妝店或其他以實體店舖銷售綜合商品之事業」。本研究之特定民生商品（牙膏、衛生紙、冷凍水餃、包裝茶飲料等4項）在流通事業中消費者購買行為觀察之範圍，限定於量販店、便利商店、超級市場等3者，然而，在嬰兒奶粉的產品中，則因產品較為特殊，供應商選擇之通路則另包括藥妝店。其次，本題目中已明確界定為「實體通路」，而排除消費者在流通事業各業態中選擇以「虛擬網路平台」等非實體通路購買者。

(二) 消費者購買特定民生商品選擇特定通路之原因

本題設計之目的在觀察消費者對特定商品之需求下，究竟以何種原因而選擇在某一特定通路購買。由於影響消費者購買行為之原因眾多，故本研究將可能改變消費者選擇之因素分為「產品可及性」、「通路特性」、「行銷因素」等三大構面。（見表17）

表17　影響消費者購買特定民生商品而選擇特定通路之原因

<table>
<tr><th>概念</th><th colspan="3">因素</th><th>競爭法上評價</th></tr>
<tr><td>產品可及性</td><td>停車方便</td><td>該通路在住家或上班地點附近</td><td>逛該通路時順便購買</td><td>產品之可及性可能影響消費者購買意願，繼而影響產品地理市場之界定。</td></tr>
<tr><td rowspan="3">通路特性</td><td rowspan="3">此通路據點多容易購買</td><td rowspan="2">陳列與展示明顯</td><td>此通路品牌知名度高</td><td rowspan="3">1. 通路據點之分布與流通事業之店鋪數有關，在產品市場界定時，可能影響市場占有率。
2. 產品陳列與展示及會員卡之制度則可能與該流通事業之「廣告」、「促銷」、「贈品」等競爭行為有關。</td></tr>
<tr><td>此通路企業形象</td></tr>
<tr><td>佳在此通路擁有會員卡</td><td>銷售人員親切專業</td></tr>
<tr><td rowspan="4">行銷因素</td><td>價格較低</td><td>受廣告影響</td><td>習慣在此通路購買</td><td rowspan="4">1. 第一類「直接影響價格」或「與價格有關者」，包括低價折扣與搭售等，此等行為皆影響消費者選擇通路之意願。
2. 第二類「與促銷及廣告有關者」，則涉及該流通事業之競爭行為是否合於規範。
3. 第三類則為消費者偏好（忠誠度），以及其他可能非競爭法上關注之原因。</td></tr>
<tr><td>常有價格折扣活動</td><td>常有試吃活動</td><td>其他</td></tr>
<tr><td>常有搭售活動</td><td>常有抽獎活動</td><td></td></tr>
<tr><td></td><td>常有贈品的促銷活動</td><td></td></tr>
</table>

（資料來源：本研究設計整理）

(三) 消費者購買特定民生商品在通路間之替代性

本題組設計之目的在觀察消費者因何種原因會轉換通路，以及各種通路間之替代性。在研究設計上，由於界定產品市場範圍時，在「假設性獨占者檢測」(hypothetical monopolist test)中，檢驗該假設性獨占者進行「微幅但顯著地

非暫時性價格調漲」(SSNIP)時，價格之漲幅通常會設定在5%到10%之間。因此，藉由SSNIP中之測試標準，在本研究消費者購買行為時，則以兩種不同層次之價格調漲作為檢驗基準：

1.第一層次係詢問消費者「在某類型實體通路所有店家之特定產品銷售價格均上漲5%時」，是否會轉換通路以及轉換之理由為何；

2.第二層次則詢問消費者「在某類型實體通路所有店家之特定產品銷售價格均上漲10%時」，是否會轉換通路以及轉換之理由為何。

由上述問題，本研究觀察消費者在購買特定民生商品時之通路替代性，藉由此種方法可以檢驗該「產品特性」與「流通業者業態」間之關聯，作為界定產品市場範圍的一項重要方法。

(四) 流通事業自有品牌與消費者購買特定民生商品之關係

由於近年來流通事業熱衷於對在該通路銷售佳的產品進行研發製造，而創設自有品牌銷售，此行銷與經營模式除有可能影響消費者之購買意願外，亦可能進一步擴大流通事業買方市場之力量，而對上游供應商產生一定程度之影響。從供應商的角度而言，流通事業之自有品牌是否對於競爭造成負面的結果，除從銷售與營業額的變化情況觀察外，消費者的需求與購買行為則是另一個較為容易觀察的指標，故本研究中乃對於「冷凍水餃」（觀察量販業之自有品牌）及「包裝茶飲料」（觀察便利商店業之自有品牌）二項產品進行流通事業自由品牌之消費者購買行為測試，並以該流通事業之業態中市占率較高之品牌[41]進行消費者購買經驗調查。

(五) 嬰兒奶粉產品之特別問項設計

由於嬰兒奶粉[42]此項產品無論在消費者購買年齡、影響購買行為之因素、產品間替代性等因素皆與其他特定民生商品不同，故在嬰兒奶粉之問卷設計上則有不同於其他產品之設計。（見表18）

---

41 例如：在量販業中，以「冷凍水餃」此項商品，詢問消費者對於「家樂福」、「愛買」、「大潤發」、「台糖」、「頂好」、「美廉社」等自有品牌之購買經驗；在便利商店業中，以「包裝茶飲料」此項商品，詢問消費者對於「統一7-11」、「全家 Family Mart」等自有品牌之購買經驗。

42 奶粉產品種類可分為嬰幼兒奶粉、成人奶粉與未經調製之烘焙用奶粉。一般而言，國內嬰幼兒奶粉均係自國外以「罐裝原裝」進口至國內銷售，至於成人奶粉或烘焙用奶粉則多先以「袋裝」方式進口，再行調製與分裝銷售，使用者的消費習慣與依賴性各有不同。嬰兒奶粉則專指1歲以下嬰兒所食用。

表18　影響消費者購買嬰兒奶粉產品而選擇特定通路之原因

<table>
<tr><th>概念</th><th colspan="4">因素</th><th>競爭法上評價</th></tr>
<tr><td>第一次購買之品牌</td><td colspan="4">由於嬰兒奶粉之使用與其他商品不同，第一次使用後可能未來轉換品牌之機率不高，故影響消費者第一次購買品牌之原因便相形重要。</td><td>1. 嬰兒奶粉界定為1歲以下嬰兒所食用之產品，其使用期間最長不超過1年，在SSNIP等界定市場的計算時間（6個月到1年間）上，勢必應作特殊考量。
2. 要觀察消費者在1年之內所使用嬰兒奶粉之品牌、通路替代、需求替代等難度均比一般產品高。</td></tr>
<tr><td>價格因素</td><td colspan="4">測試消費者在決定嬰兒奶粉此項產品時，對價格敏感之程度，以及是否會因為價格之因素而改變購買之品牌。</td><td>1. 由於嬰兒奶粉產品在價格考量上恐非消費者唯一關心之議題，故在品牌選擇之問題上，則加上許多消費者購買行為變數。
2. 基於上述原因，嬰兒奶粉價格漲幅僅設定在5%。</td></tr>
<tr><td rowspan="3">品牌選擇以及其替代性</td><td>醫生推薦</td><td>品牌知名度較高</td><td>受廣告影響</td><td rowspan="3"></td><td rowspan="3">1. 嬰兒奶粉品牌之選擇可能來自於各種不同之原因，而一旦選擇後不易更動。
2. 流通事業在嬰兒奶粉此一特殊商品上是否有垂直限制競爭之行為（價格或非價格），從消費者購買行為中亦可加以觀察。</td></tr>
<tr><td>親友推薦</td><td>特殊配方</td><td>促銷活動較多</td></tr>
<tr><td>網路推薦</td><td>小孩喝不習慣原來的品牌</td><td>價格較低</td></tr>
<tr><td>通路選擇以及其替代性</td><td colspan="4">此部分問項設計與一般民生商品相同。</td><td>觀察消費者在購買同一品牌之嬰兒奶粉而更換通路之情況，以及其考量因素等，藉以測試此特定產品之通路替代性。</td></tr>
</table>

（資料來源：本研究整理）

(六) 4項民生商品之市場流通價格

本研究為了解市場上各特定商品之流通價格，實地訪價了4項商品（嬰兒奶粉除外）之不同品牌在不同通路的價格資料。從表中可觀察到，相同品項價格不同，例如全聯和7-11中，「高露潔全效牙齦護理專家牙膏」價格不一，前者售價為162元，後者售價為169元。又如「舒酸定-牙齦護理配方」，全聯售價為139元，全家的售價為199元。但若在同類型的通路價格則為一致，例如全家與7-11均販售600ml的御茶園，價格均為20元。又家樂福與全聯均販售「統一及第韭菜水餃(950G)」，雖然通路類型不同，但價格相差不大，前者售價為110元，後者為109元。家樂福為量販店之代表商家，全聯為超級市場之代表商家，此兩店家之價格差異不大，由此證明此兩通路類型的市場界定更趨模糊。

表19　牙膏價格表

品牌	通路	規格	價格
高露潔抗敏感	家樂福	1條	179
高露潔抗敏感長效防護牙膏-清涼薄荷	全聯	120g*1入	148
高露潔抗敏感長效防護牙膏-法琅質照護	全聯	120g*1入	148
高露潔全效牙齦護理專家牙膏	全聯	110g*1入	162
高露潔全效牙齦護理專家牙膏	7-11		169
高露潔抗敏專家膏-長抗敏	全聯	110g*1入	189
高露潔全效美白牙膏	全家		129
黑人	家樂福	1條	156
黑人超氟牙膏	全聯	200g*2入	109
黑人全亮白竹炭深潔牙膏	全聯	140g*2入	149
黑人全亮白多效護理牙膏	全聯	140g*2入	149
黑人全亮白牙膏-青檸薄荷	全聯	140g*1入	76
黑人全亮白牙膏-清新薄荷	全聯	140g*1入	75
黑人全亮白牙膏	7-11	140g*1	99
黑人超氟抗敏護理牙膏	全聯	140g*1入	96
黑人超氟牙膏	全家	50g	25
黑人專業亮白牙膏	7-11		89
Oral-B	家樂福	1條	95
德恩奈美白	家樂福	1條	130
德恩奈美白草本牙膏	全聯	125g*1條	135
德恩奈維他命牙膏	全聯	126g*1入	118
德恩奈NEW超氟牙膏（含氟+天然鈣）	全聯	156g*1入	67
舒酸定修復抗敏	家樂福	1條	160
舒酸定全方位防護抗敏牙膏	全聯	100g*1入	159
舒酸定-牙齦護理配方	全聯	120g*1入	139
舒酸定-牙齦護理牙膏	全家	120g*1入	199
白人牙膏護齒潔白	全聯	130g*3入	69

表20　衛生紙價格表

品牌	通路	規格	價格
倍潔雅	家樂福	110抽*12包	108
五月花	家樂福	12包	117
五月花超長型抽取式衛生紙	全聯	130抽*8包	115
五月花新柔韌抽取衛生紙	全聯	110抽*10包	109
可麗舒	家樂福	24包	190
家樂福自有品牌	家樂福	12包	136
百吉	家樂福	130抽*12包	125
柔情抽取式衛生紙（添乳木果油）	全聯	100抽*8入	72
柔情抽取式衛生紙（添杏仁果油）	全聯	130抽*12包	150
得意抽取式衛生紙	全聯	130抽*10入	105
柔芙輕巧包抽取式衛生紙	全聯	120抽*20入	119
春風抽取式衛生紙	全聯	140抽*8入	115
舒潔維他命E抽取衛生紙	全聯	110抽*10包	139
舒潔頂級舒適超厚感抽取衛生紙	全聯	90抽*8包	129
舒潔歡樂炫彩特及舒適抽取衛生紙	全聯	120抽*10包	149
舒潔抽取衛生紙-棉柔適	全聯	120抽（2層）*10包	159
舒潔抽取式衛生紙-柔綿舒適	7-11	1包	29

表21　包裝茶飲料價格表

品牌	通路	規格	價格
茶裏王	家樂福	975ml*1	29
茶裏王	全家	600ml*1	20
茶裏王	7-11	600ml*1	20
御茶園	全家	550ml*1	23
爽健美茶	家樂福	535ml*1	32
愛之味分解茶	家樂福	590ml*6	137
飲冰室茶集-綠 奶茶	全聯	400ml*1	21
飲冰室茶集-紅 奶茶	全聯	400ml*1	21
飲冰室茶集-烏龍 奶茶	全聯	400ml*1	21
統一純喫茶-無糖綠茶	全聯	481ml*1	17
統一純喫茶-綠茶	全聯	481ml*1	17
統一純喫茶-紅茶	全聯	481ml*1	17

表22　冷凍水餃價格表

品牌	通路	規格	價格
卡大粒手工豬肉水餃	家樂福	840g	129
龍鳳豬肉韭菜水餃	家樂福	980g	99
龍鳳冷凍高麗菜豬肉水餃	全聯	980g	99
蔥媽媽手工豬肉韭菜水餃	家樂福	1000g	269
統一及第韭菜水餃	家樂福	950g	110
統一及第韭菜水餃	全聯	950g	109
統一及第豬肉水餃	全聯	950g	109
義美瓜仔雞肉水餃	家樂福	756g	99
禎祥冷凍韭菜水餃	全聯	1400g	118
禎祥冷凍豬肉水餃	全聯	1400g	118
禎祥熟水餃（豬肉高）	全聯	1700g（約100粒）	118
禎祥熟水餃（豬肉韭）	全聯	1700g（約100粒）	118
阿在伯手裡水餃（韭菜）	全聯	25g*20粒	110
阿在伯手裡水餃（豬肉）	全聯	25g*20粒	110
餃逐天下手工水餃（韓式辣味豬肉）	全聯	588g（24入）	144
餃逐天下手工水餃（高麗菜豬肉）	全聯	588g（24入）	144
台糖手工水餃（瓜仔肉）	全聯	440g	80
台糖手工水餃（豬肉高麗菜）	全聯	440g	85
台糖手工水餃（豬肉玉米蔬菜）	全聯	440g	79
台糖手工水餃（健康鮮菇）	全聯	440g	85
台糖冷凍豬肉韭菜手工水餃	7-11	300g	78
台糖冷凍豬肉高麗菜手工水餃	7-11	300g	78
奇美冷凍熟水餃（素食口味）	全聯	1275g	99
奇美冷凍熟水餃（高麗菜豬肉）	全聯	1275g	99
冰冰好料理（冷凍高麗菜豬肉水餃）	全聯	1120g	89
雙頁傅媽媽手工水餃（高麗菜）	全聯	850g	109
義美水餃（豬肉高麗菜）	全聯	1050g	109

二、嬰兒奶粉

(一) 產品市場結構及其與流通事業之關係

20年前嬰兒奶粉的主要流通事業是軍公教福利中心或是大賣場，但近20年來藥局變多了，消費者漸漸往藥局以及婦嬰用品店購買嬰兒奶粉。藥局為了攬

客，可能利用便宜的奶粉吸引顧客，雖然在奶粉上沒有獲利，甚至是賠本，但可因此販售出較高利潤的藥品或營養品。雖然目前嬰兒奶粉可在零售式量販業與超級市場業販售，但比重相對而言，已經很少了。奶粉商品對零售式量販業而言是占架，偶有零星消費者購買，因此零售式量販業在奶粉品類拿不到好的交易條件。根據創市際市場研究顧問(2011)的研究結果，嬰兒奶粉消費者最常購買嬰兒奶粉的流通事業是「藥局」(25%)；其次是「嬰幼兒用品專賣店」(22.1%)；第三則是「連鎖零售式量販業」(19.4%)[43]。

嬰兒奶粉消費者習慣聽取藥師之意見，而當藥師可以左右消費者想法時，便會推銷利潤較高之產品。所以當供應商打出促銷價時，藥局反而會因為利潤減少而不幫忙銷售，促銷的成效因此不高。藥局流通事業可以透過藥師或銷售人員的推銷介紹，使得消費者除了購買嬰兒奶粉之外，也順便購買營養品，或者是改變消費決策到藥局的淺貨上。由於嬰兒奶粉的議價能力逐漸轉移到連鎖藥局與連鎖婦嬰用品店上，供應商為了確保其提供的商品為該區域最低供貨價格，這些大流通事業常有區域內獨家代理商品，在奶粉罐上背後有時會打上店家或經銷商名字，而這些商品是不能跨區流通供應的。此外，有的廠商會免費提供醫院配方奶，一旦小嬰兒喝慣配方奶，便不易改喝其他廠牌奶粉或母乳[44]。

衛福部已訂定「嬰兒與較大嬰兒配方食品廣告及促銷管理辦法」，一歲以下嬰兒奶粉，不得為廣告，但是可以減價銷售，例如：開罐價、特價、減價、折扣、會員價、買幾送幾、價格或數量優惠等，業者可實質反映於價格上直接減價予消費者[45]。

全球出生率在1960年至2013年間平均減少45%。臺灣出生率下滑更為嚴重，根據內政部資料顯示，1960年至2013年間臺灣出生率下滑78%。根據尼爾森(2015)調查結果顯示，「信賴的品牌」是受訪者在決定購買何種嬰兒食品時，最先考慮的因素，占39%；「提供優良完整的營養」(37%)與「令人安心的成分及製程」(36%)分別是位居第二及第三最常被提及的因素，另外，有機及全天然食品也是重要的購買考量因素[46]。

---

43 創市際市場研究顧問(2011)，http://www.ixresearch.com/specialtopic/2011_07_27，最後讀取日2016年11月6日。

44 經濟部研究發展委員會(2015)，http://www.moea.gov.tw/mns/cord/news/News.aspx?kind=1&m enu_id=8789&news_id=40386，最後讀取日2016/11/06。

45 同註6。

46 尼爾森(2015)，http://www.nielsen.com/tw/zh/insights/reports/2015/premium-infant-formula-and- diapers-of-taiwan-grows-while-total-market-shrinks-ch.html，最後讀取日2016/11/06。

在臺灣，高價產品更是嬰兒照顧產品成長的關鍵，在整體市場下滑的狀況下，高價嬰兒奶粉銷售金額逆勢成長144%，高價尿布也成長23%，臺灣受訪者最重要的考量因素為「令人安心的成分及製程」(45%)，只有11%會將「物有所值」視為重要考量，較全球平均的25%少了14%，顯示臺灣嬰兒照顧市場在整體市場與使用人口減少的同時，高價產品仍具有極大的機會[47]。

臺灣消費者獲取嬰兒奶粉產品資訊的管道主要來自於「親朋好友推薦(51%)、「育兒網站」(37%)、「嬰兒保健專家，如醫生護士推薦」(36%)、「嬰兒相關部落格」(31%)以及「育兒雜誌」(23%)，其中育兒網站及部落格比例分別在全球排名第三與第五。而其中最具影響力的資訊來源，親朋好友推薦(49%)排名第一，嬰兒保健專家如醫生護士推薦(33%)第二，育兒網站(26%)第三，但比例卻較全球平均的17%高出9%，更是排名全球第一，可見相關的網路資訊對臺灣消費者選購嬰兒照顧產品的重要。

(二) 消費者購買行為與通路選擇之實證分析

1. 消費者樣本描述

本研究總共蒐集164份有效問卷，其中透過賣場外施行攔截式抽樣共有87位，透過電話訪問的有77位。而在受測消費者中，男性占22位(13.4%)，女性占142位(86.8%)。年齡分布以20歲以下占2位(1.2%)、21-30歲占50位(30.5%)、31-40歲占93位(56.7%)，而41-50歲占19位(11.6%)。北部消費者占97位(59.1%)、中部占22位(13.4%)、南部占38位(23.2%)、東部占7位(4.3%)。受測者家庭同住人口1-2人占16位(9.8%)、3-4人占111位(67.7%)、5人以上占37位(22.6%)。受測者之職業為學生占2位(1.2%)、家庭主婦占69位(42.3%)、上班族占88位(54%)，而其他占4位(2.5%)。受測者之平均家庭月收入30,000元以下26位(15.9%)、30,001~60,000元64位(39%)、60,001~100,000元49位(29.3%)、100,001~200,000元19位(11.6%)、200,001元以上6位(3.7%)。相關統計數據如表23所示。

表23　嬰兒奶粉消費者抽樣分布

性別	男			女	
	22人(13.4%)			142人(86.6%)	
年齡	20歲以下	21-30歲	31-40歲	41-50歲	51歲以上
	2人(1.2%)	50人(30.5%)	93人(56.7%)	19人(11.6%)	0人(0%)

47 同註8。

表23　嬰兒奶粉消費者抽樣分布（續）

教育程度	國中（含）及以下	高中職	大學/專科	研究所（含）及以上	
	2人(1.2%)	50人(30.5%)	93人(56.7%)	19人(11.6%)	
最常購買地點	北部	中部	南部	東部	
	97人(59.1%)	22人(13.4%)	38人(23.2%)	7人(4.3%)	
受測者家庭同住人口	1-2人	3-4人	5人以上		
	16人(9.8%)	111人(67.7%)	37人(22.6%)		
職業別	學生	家庭主婦	上班族	其他	
	2人(1.2%)	69人(42.3%)	88人(54.0%)	4人(2.5%)	
平均月收入	30,000元以下	30,001~60,000元	60,001~100,000元	100,001~200,000元	200,001元以上
	26人(15.9%)	64人(39.0%)	49人(29.3%)	19人(11.6%)	6人(3.7%)
抽樣方式	現場攔截式	電訪問卷			
	87人(53.0%)	77人(47.0%)			

2. 消費者行為分析

受測者第一次購買嬰兒奶粉品牌是雀巢的有27位，占16.5%；惠氏的有21位，占12.8%；亞培的有40位，占24.4%；雪印的有17位，占10.4%；美強生A+的有15位，占9.1%，購買其他品牌有44位，占26.8%，包括卡洛塔妮和明治等嬰兒奶粉品牌。

受測者在孩子一歲之前，最常購買的嬰兒奶粉品牌是雀巢的有29位，占17.7%；最常購買惠氏的有21位，占12.8%；最常購買亞培的有36位，占22.0%；最常購買雪印的有19位，占11.6%；最常購買美強生A+的有10位，占6.1%，最常購買其他品牌的有48位，占29.3%，包括卡洛塔妮和明治等品牌。消費者第一次取得嬰兒奶粉的通路，地區藥局加連鎖藥局有79位，占48%；其次是嬰幼兒用品店，有52位，占32%；醫院，有23位，占14%，超級市場、量販店及其他，共有10位，占6%。

最常購買嬰兒奶粉品牌的單罐購買價格，在600元以下的有33位，占20.1%；在601-700元的有42位，占25.6%；在701-800元的有38位，占23.2%；在801-900元的有32位，占19.5%；在901元以上的有18位，占11.0%。消費者一次購買嬰兒奶粉的平均數是3罐。（見表24）

表24　嬰兒奶粉消費者行為分析表

首次購買嬰兒奶粉之品牌	雀巢	惠氏	亞培	雪印	美強生A+	其他
	27	21	40	17	15	44
	16.5%	12.8%	24.4%	10.4%	9.1%	26.8%
最常購買的嬰兒奶粉品牌	雀巢	惠氏	亞培	雪印	美強生A+	其他
	29	21	36	19	10	48
	17.7%	12.8%	22.0%	11.6%	6.1%	29.3%
最常購買嬰兒奶粉的單罐價格	600元以下	601-700元	701-800元	801-900元	901元以上	
	33	42	38	32	18	
	20.1%	25.6%	23.2%	19.5%	11.0%	
價格是否是重要購買考量因素	非常不重要	不重要	普通	重要	非常重要	
	7(4.3%)	25(15.2%)	64(39.0%)	53(32.3%)	14(8.5%)	
嬰兒奶粉的訊息來源	實體商店	醫生推薦	網路論壇（討論區）	親友推薦	月子中心	其他
	38(17%)	35(15%)	40(18%)	86(38%)	10(4%)	17(8%)
購買嬰兒奶粉的頻率／次	一星期	二星期	一個月	三個月	其他	
	23(14%)	31(19%)	59(37%)	27(17%)	21(13%)	
第一次購買（或取得）嬰兒奶粉之通路	地區藥局	連鎖藥局	嬰幼兒用品店	醫院	超級市場	量販店	其他
	25(15%)	54(33%)	52(32%)	23(14%)	4(2%)	1(1%)	5(3%)

消費者最常購買某一品牌嬰兒奶粉的原因，最重要的因素是小孩喝習慣（例如小孩喝了不腹瀉、不過敏等），其次是安心成分及製程、親友推薦、品牌知名度和優良完整的營養。（見表25）

受測者中有63位曾經更改過嬰兒奶粉品牌，占38%。表22說明受測者更改某一品牌嬰兒奶粉的原因，最主要的前三項為小孩喝不習慣（例如小孩喝了腹瀉、過敏等）、親友推薦其他品牌、特殊配方等。

表25　最常購買某一品牌嬰兒奶粉的原因

因素	人數	比例	排序
醫生推薦	35	5%	
親友推薦	74	11%	3
網路推薦	26	4%	
安心成分及製程	80	12%	2
產地	36	5%	
優良完整的營養	74	11%	3
特殊配方	27	4%	
品牌知名度	73	11%	3
小孩喝習慣	114	17%	1
通路多容易購買	35	5%	
促銷活動	37	6%	
受廣告影響	7	1%	
價格	41	6%	
可刷國民旅遊卡	2	0%	
其他	2	0%	

表26　更改某一品牌嬰兒奶粉的原因

因素	人數	比例	排序
醫生推薦	14	11%	4
親友推薦	21	17%	2
網路推薦	9	7%	
品牌知名度高	14	11%	4
特殊配方	15	12%	3
小孩喝不習慣	25	20%	1
受廣告影響	4	3%	
促銷活動較多	8	6%	
價格較低	8	6%	
其他	6	5%	

消費者最常購買嬰兒奶粉的通路連鎖藥局有61位，占37%；其次是嬰幼兒用品店，有56位，占34%；地區藥局，有31位，占19%，其他，有16位，占10%；表27分析消費者最常在地區藥局、連鎖藥局和嬰幼兒用品店購買嬰兒奶粉的原因。

表27說明消費者最常在某一通路購買嬰兒奶粉的原因，其中最常選擇地區藥局購買嬰兒奶粉的前二項原因為此通路在住家或上班地點附近以及搭贈活動。最常選擇連鎖藥局購買嬰兒奶粉的前二項原因為此通路在住家或上班地點附近、卡友開罐價。最常選擇嬰幼兒用品店購買嬰兒奶粉的前三項原因為搭贈活動、親友推薦、此通路在住家或上班地點附近。就此三項流通事業吸引消費者共同主要因素為交通地理因素以及搭贈活動。而連鎖藥局比較容易以開罐價的手法吸引消費者，婦嬰用品店較容易獲得親友推薦，地區藥局之銷售人員則較為親切。

表27　消費者最常在某一通路購買嬰兒奶粉的原因

	地區藥局 共31人(19%)			連鎖藥局 共61人(37%)			嬰幼兒用品店 共56人(34%)		
因素	人數	比例	排序	人數	比例	排序	人數	比例	排序
醫生推薦	2	2%		5	2%		1	0%	
親友推薦	8	7%		17	7%		23	11%	2
網路推薦	5	4%		3	1%		6	3%	
停車方便	6	5%		14	6%		9	4%	
此通路在住家或上班地點附近	19	17%	1	39	15%	1	24	11%	2
逛該通路時順便購買	5	4%		8	3%		2	1%	
此通路多容易購買	7	6%		20	8%		12	6%	
此通路企業形象佳	2	2%		4	2%		14	6%	
此通路品牌知名度高	2	2%		10	4%		6	3%	
銷售人員親切專業	9	8%	3	9	4%		7	3%	
購買點陳列與展示	5	4%		5	2%		3	1%	
在此通路擁有會員卡	3	3%		17	7%		14	6%	
產品種類多	4	4%		5	2%		7	3%	
價格較低	7	6%		19	8%		18	8%	
卡友開罐價	4	4%		27	11%	2	2	1%	
寄貨服務（先結帳再分次取貨）	4	4%		8	3%		17	8%	
空罐（蓋）送好禮	5	4%		8	3%		6	3%	
常有抽獎活動	1	1%		1	0%		2	1%	
常有價格折扣活動	6	5%		10	4%		14	6%	
搭贈活動	10	9%	2	23	9%	3	29	13%	1
可刷國民旅遊卡	0	0%		1	0%		1	0%	

若嬰兒奶粉的價格上升5%，仍會照常在原類型店家購買的有87位，占53%。

表28　若嬰兒奶粉價格上升5%，仍會照常在原本實體店家購買原因

因素	人數	比例	排序
停車方便	29	11%	2
此通路在住家或上班地點附近	48	19%	1
逛該通路時順便購買	9	3%	
此通路多容易購買	23	9%	
此通路企業形象佳	9	3%	
此通路品牌知名度高	5	2%	
銷售人員親切專業	15	6%	
購買點陳列與展示	2	1%	
在此通路擁有會員卡	22	8%	
產品種類多	6	2%	
價格較低	16	6%	
卡友開罐價	13	5%	
寄貨服務（先結帳再分次取貨）	19	7%	
空罐（蓋）送好禮	9	3%	
常有抽獎活動（抽獎品）	1	0%	
常有價格折扣活動	9	3%	
搭贈活動（買6送1、買12送1）	24	9%	3

曾經更換過嬰兒奶粉購買通路的消費者有62位，占37.8%。更換到其他購買通路的原因如表29所示，其中最主要更換通路的原因為其他通路價格較低、此通路在住家或上班地點附近及搭贈活動（買6送1、買12送1）。

表29　消費者更換到其他嬰兒奶粉通路的原因

因素	人數	比例	排序
醫生推薦	9	5%	
親友推薦	15	8%	4
網路推薦	4	2%	
停車方便	9	5%	
此通路在住家或上班地點附近	23	12%	2
逛該通路時順便購買	9	5%	

表29　消費者更換到其他嬰兒奶粉通路的原因（續）

因素	人數	比例	排序
此通路多容易購買	10	5%	
此通路企業形象佳	2	1%	
此通路品牌知名度高	3	2%	
銷售人員親切專業	8	4%	
購買點陳列與展示	5	3%	
在此通路擁有會員卡	7	4%	
產品種類多	0	0%	
價格較低	27	15%	1
卡友開罐價	12	6%	
寄貨服務（先結帳再分次取貨）	6	3%	
空罐（蓋）送好禮	3	2%	
常有抽獎活動（抽獎品）	1	1%	
常有價格折扣活動	14	8%	4
搭贈活動（買6送1、買12送1）	19	10%	3
可刷國民旅遊卡	0	0%	

說明：樣本為不因價格變動而改變購買通路之消費者，比率為不改變通路消費者勾選此因素之比率；排序數字越小代表越多消費者勾選此因素。

3. 小結

(1)受測者第一次購買嬰兒奶粉品牌與最常購買的嬰兒奶粉品牌高度重疊，因此第一次讓消費者接觸到的嬰兒奶粉品牌，很可能成為日後嬰兒慣用的奶粉品牌。其中消費者第一次取得嬰兒奶粉的通路，最多的是藥局(48%)，其次是嬰幼兒用品店(32%)，第三則是醫院(14%)。

(2)50%以上的消費者會購買單罐超過700元的嬰兒奶粉。

(3)在更換過嬰兒奶粉品牌的消費者中，價格不是主要的更換原因，僅占6%。主要更換品牌的原因是小孩喝不習慣（例如小孩喝了腹瀉、過敏等）、親友推薦其他品牌、特殊配方等。

(4)消費者最常購買嬰兒奶粉的通路仍是藥局(56%)，其次是嬰幼兒用品店(34%)。

(5)消費者最常在某一通路購買嬰兒奶粉的原因中，「此通路在住家或上班地點附近」是非常重要的原因。

(6)若嬰兒奶粉的價格上升5%，仍會照常在原類型店家購買的消費者超過一半。

(7)曾經更換過嬰兒奶粉購買通路的消費者占37.8%，最主要更換通路的原因為其他通路價格較低、此通路在住家或上班地點附近及搭贈活動。

三、牙膏

(一) 產品市場結構及其與流通事業之關係

牙膏為民生必需品，也就是一般的消費性商品，表26說明各品牌牙膏商品之比較。牙膏市場中存在著零瑯滿目的品牌：臺灣本土的黑人、高露潔，進口的舒酸定、德恩奈，大陸的雲南與日本的三施達、歐樂B。由於消費者的需求不一，因應要求市場也出現了非常多樣化的產品選擇。例如符合一般大眾要求的普通清潔產品、適合小朋友用的產品、美白功能性產品、牙周病患者專業性產品、減輕牙齦疼痛之產品…等。上述之產品分類，以敏感性牙齒專用牙膏為例，市面上就有二到三種選擇，而消費者可能會依當場的價格或是活動選擇產品。所以除了對使用的專業性疾病產品之消費者會有一定的忠誠度之外，其餘皆對品牌與產品的忠誠度低。

對於消費者的需求，供應商不只在產品多樣化下了功夫，在不同產品上使用的促銷手法也不盡相同。不同品牌針對同一客群也可能使用不同的促銷手法，例如：黑人的兒童牙膏時常打折，但3M的兒童牙膏卻鮮少有折扣。雖然牙膏為生活必需品，但因其所有的功能性，除了一般的三大流通事業管道：零售式量販業、超市、連鎖式便利商店業之外，也包括了美妝店與牙科診所。在最終零售價格方面，儘管供應商給每一家流通事業的價格都是一樣的，但每一流通事業最終的決定售價不同，也造成了價格不一的情況。藥妝店所決定的最終售價通常較接近供應商的建議售價，而零售式量販業與全聯對於最終零售價格比較會有自己的決策。

在牙科診所流通事業方面，主要是推薦較為專業的牙膏，例如牙周病患者適用之牙膏，但因為牙科診所不是一般的流通事業，所以沒有特別活動與檔期。雖然供應商一樣會給與建議售價，但最終售價還是由牙科診所決定。特別的是，供應商會提供牙醫診所免費的專業性牙膏試用品給特定的牙齒疾病患者，做為促銷手法。

表30　各品牌牙膏商品比較表

品名	規格	價位
台鹽鹹性超效牙膏	150g/支	33 元 ~ 33 元
白人兒童專用牙膏	50g*3支/組	52 元 ~ 59 元
德恩奈兒童牙膏	90g/支	61 元 ~ 79 元
舒酸定強化琺瑯質-學齡兒童牙膏	75g/支	71 元 ~ 79 元
高露潔三重功效牙膏	160g超值2送1/組	80 元 ~ 101 元
白人牙膏家庭號	220g*3支/組	95 元 ~ 110 元
黑人全亮白牙膏	140g*2支/組	116 元 ~ 128 元
黑人超氟牙膏	200g*3支/組	116 元 ~ 161 元
德恩奈抗敏感三效牙膏	200g*3支/組	124 元 ~ 155 元

（資料來源：牙膏物價資訊看板平台）

(二) 消費者購買行為與通路選擇之實證分析

1. 消費者樣本描述

本研究總共蒐集195份有效問卷，其中透過賣場外施行攔截式抽樣共有104位，透過電話訪問的有91位。而在受測消費者中，男性占78位(40%)，女性占117位(60%)；已婚者占90位(46.2%)、未婚者占101位(51.8%)。年齡分布以21-30歲以下最多占69位(35.4%)，其次為31-40歲占44位(22.6%)，而20歲以下占18位(9.2%)、41-50歲占25位(12.8%)、51歲以上占37位(19%)。而消費者分布地點北部占94位(48.2%)、中部占44位(22.6%)、南部占45位(23.1%)、東部占10位(5.1%)。受測者家庭同住人口1-2人占41位(21.0%)、3-4人占83位(42.6%)、5人以上占66位(33.8%)。受測者之職業學生占41位(21%)、家庭主婦占30位(15.4%)、上班族占100位(51.3%)，而其他占21位(10.8%)。受測者之平均家庭月收入30,000元以下占29位(14.9%)、30,001~60,000元占74位(38.1%)、60,001~100,000元占39位(20.1%)、100,001~200,000元占16位(8.2%)、200,001元以上占6位(3.1%)。相關統計數據如表31所示。

表31　牙膏消費者抽樣分布

性別	男			女	
	78人(40%)			117人(60%)	
年齡	20歲以下	21-30歲	31-40歲	41-50歲	51歲以上
	18人(9.2%)	69人(35.4%)	44人(22.6%)	25人(12.8%)	37人(19%)
教育程度	國中（含）及以下	高中職	大學/專科	研究所（含）及以上	
	17人(8.7%)	40人(20.5%)	103人(52.8%)	33人(16.9%)	
最常購買地點	北部	中部	南部	東部	
	94人(48.2%)	44人(22.6%)	45人(23.1%)	10人(5.1%)	
婚姻狀況	未婚		已婚		
	101人(51.8%)		90人(46.2%)		
受測者家庭同住人口	1-2人	3-4人	5人以上		
	41人(21.0%)	83人(42.6%)	66人(33.8%)		
職業別	學生	家庭主婦	上班族	其他	
	41人(21%)	30人(15.4%)	100人(51.3%)	21人(10.8%)	
平均月收入	30,000元以下	30,001~60,000元	60,001~100,000元	100,001~200,000元	200,001元以上
	29人(14.9%)	74人(38.1%)	39人(20.1%)	16人(8.2%)	6人(3.1%)
抽樣方式	現場攔截式		電訪問卷		
	104人(53.3%)		91人(46.7%)		

2. 通路選擇

受訪消費者中最常購買牙膏的通路類型為超級市場，占94位(52%)；其次為量販店，占77位(43%)；前往便利商店購買的消費者最少，占9位(5%)，其他占15位(8%)，例如：Anway、藥妝店、直銷、寶雅等。而在以超級市場為主要購買通路的消費者當中，其次要選擇通路為量販店，占56%。

影響消費者選擇量販店購買牙膏的最主要因素，為此通路在住家或上班地點附近和停車方便，第二重要的因素則為價格較低。影響消費者選擇超級市場購買牙膏的最主要因素，為此通路在住家或上班地點附近，其次為此通路據點多容易購買和習慣在此通路購買。影響消費者選擇便利商店購買牙膏的最主要因素，為此通路在住家或上班地點附近，其次為此通路據點多容易購買、逛該通路時順便購買。

對消費者而言，不論選擇何種通路，通路是否在家或是上班途中附近，都是最主要選擇通路的因素。而消費者特別超級市場購買牙膏的原因可能是超級

市場通路據點多，以及習慣在此通路消費。而選擇量販店購買牙膏的原因可能是停車方便以及價格較低。相關統計資料如表32。

表32　選擇通路購買牙膏之因素

	超級市場 共94人(52%)			便利商店 共9人(5%)			量販店 共77人(43%)		
因素	人數	(比率)	排序	人數	(比率)	排序	人數	(比率)	排序
停車方便	19	6%		2	9%		35	13%	1
此通路在住家或上班地點附近	66	20%	1	7	32%	1	34	13%	1
逛該通路時順便購買	31	10%		3	14%	3	29	11%	
此通路據點多容易購買	39	12%	2	4	18%	2	19	7%	
此通路企業形象佳	15	5%		1	5%		10	4%	
此通路品牌知名度高	8	2%		1	5%		13	5%	
銷售人員親切專業	0	0%		0	0%		2	1%	
陳列與展示明顯	12	4%		1	5%		9	3%	
在此通路擁有會員卡	11	3%		1	5%		11	4%	
受廣告影響	8	2%		0	0%		6	2%	
價格較低	32	10%		0	0%		33	12%	2
習慣在此通路購買	40	12%	2	1	5%		31	11%	
常有價格折扣活動	23	7%		0	0%		20	7%	
常有抽獎活動	0	0%		0	0%		0	0%	
常有搭售活動	11	3%		0	0%		9	3%	
常有贈品的促銷活動	8	2%		1	5%		7	3%	
其他	3	1%		0	0%		4	1%	

說明：樣本為最常在該類型購買牙膏之受測者，比率為勾選此選項之消費者占此通路消費者數之比率；排序數字越小代表越多消費者勾選此因素。

3. 通路之替代性分析

本研究繼續針對消費者是否會因為原購買通路之牙膏價格調整，而改變購買牙膏之通路，以此分析消費者選擇購買牙膏之通路替代性。在主要選擇量販店消費牙膏的消費者當中，49%的消費者在牙膏價格上漲5%之內都不會改變消費通路，51%的消費者在牙膏上漲5%時改變消費通路。而改變消費通路的消費者主要會往超級市場進行消費。在主要選擇超級市場消費牙膏的消費者當中，59%的消費者在牙膏價格上漲5%之內都不會改變消費通路。41%的消費者在牙

膏上漲5%時改變消費通路。而改變消費通路的消費者主要會往量販店進行消費。在主要選擇便利商店消費牙膏的消費者當中，83%的消費者在牙膏價格上漲5%之內都不會改變消費通路。17%的消費者在牙膏價格上漲5%時改變消費通路。統計數據如表33所示。

表33　原量販店通路消費者面對價格之回應

	不改變通路		改變通路		改變至其他通路比率	
量販店消費者	價格調漲5%	36人 (49%)	價格調漲5%	38人 (51%)	改至超級市場	23人 (61%)
					改至便利商店	2人 (5%)
	價格調漲10%	25人 (69%)	價格調漲10%	11人 (31%)	改至超級市場	6人 (55%)
					改至便利商店	3人 (27%)
超級市場消費者	價格調漲5%	48人 (59%)	價格調漲5%	38人 (41%)	改至量販店	22人 (58%)
					改至便利商店	5人 (13%)
	價格調漲10%	26人 (52%)	價格調漲10%	24人 (48%)	改至量販店	12人 (50%)
					改至便利商店	3人 (6%)
便利商店消費者	價格調漲5%	5人 (83%)	價格調漲5%	1人 (17%)	改至超級市場	1人 (100%)
					改至量販店	0人 (0%)
	價格調漲10%	3人 (60%)	價格調漲10%	2人 (40%)	改至超級市場	1人 (50%)
					改至量販店	1人 (50%)

主要選擇量販店購買牙膏，且不會因為價格調漲5%就離開的消費者，其選擇不離開的主要因素為此通路在住家或上班地點附近，其次為習慣在此通路購買，第三為停車方便。主要選擇在超級市場購買牙膏，且不會因為價格調漲5%就離開的消費者，其選擇不離開的主要因素為此通路在住家或上班地點附近，其次為習慣在此通路購買，第三為此通路據點多容易購買。相關統計如表34所示。

表34　價格上漲5%仍不改變原購買通路之因素

	超級市場 共48人			量販店 共36人		
因素	人數	(比率)	排序	人數	(比率)	排序
停車方便	8	6%		11	11%	3
此通路在住家或上班地點附近	32	24%	1	17	17%	1
逛該通路時順便購買	14	10%		9	9%	
此通路據點多容易購買	17	13%	3	9	9%	
此通路企業形象佳	4	3%		3	3%	
此通路品牌知名度高	5	4%		2	2%	
銷售人員親切專業	0	0%		1	1%	
陳列與展示明顯	4	3%		5	5%	
在此通路擁有會員卡	3	2%		5	5%	
價格仍比其他類型通路便宜	12	9%		9	9%	
習慣在此通路購買	21	16%	2	12	12%	2
常有價格折扣活動	10	7%		5	5%	
常有抽獎活動	0	0%		0	0%	
常有搭售活動	4	3%		2	2%	
常有贈品的促銷活動	0	0%		6	6%	
其他	0	0%		2	2%	

說明：樣本為不因價格變動而改變購買通路之消費者，比率為不改變通路消費者勾選此因素之比率；排序數字越小代表越多消費者勾選此因素。

4. 小結

(1)消費者中最常購買牙膏的通路類型為超級市場(52%)，其次為量販店(43%)，最後是便利商店(5%)。無論選擇在量販店或超級市場購買牙膏的消費者，「此通路在住家或上班地點附近」都是最重要的原因。

(2)在主要選擇量販店消費牙膏的消費者當中，將近50%的消費者在牙膏價格上漲5%之內都不會改變消費通路。在主要選擇超級市場消費牙膏的消費者當中，59%的消費者在牙膏價格上漲5%之內都不會改變消費通路。

(3)無論主要選擇量販店或超級市場購買牙膏，且不會因為價格調漲5%就離開的消費者，其選擇不離開的主要因素為此通路在住家或上班地點附近，其次為習慣在此通路購買。

四、衛生紙

(一) 產品市場結構及其與流通事業之關係

衛生紙為民生必需品，所以消費者通常會購買價格相對便宜，以及購買方便性高之品牌，而對品牌衛生紙的忠誠度較低。此外，近年來由於消費方式改變，除了原本的實體流通事業之外，網路購物也成為新的且受歡迎的購買途徑。

紙業產品可以分為三大類，工業用紙、文化用紙與家庭用紙，衛生紙便屬於第三類家庭用紙。家庭用紙在臺灣的消費市場金額超過一百億，由於人口數變動不大，衛生紙市場規模變動相對也低。在臺灣家庭用紙市場中，最大的供應商為永豐餘，其次為金百利克拉克，正隆則居第三位。這三大廠商除了生產自有產品，也會幫其他流通事業自有品牌做代工，以永豐餘為例：生產五月花、柔情以及得意品牌產品，同時幫流通事業7-11代工做7-SELECT衛生紙系列產品，表35說明各品牌衛生紙商品之比較。

表35　各品牌衛生紙商品比較表

品名	得意平版衛生紙	春風平版衛生紙	金得意極韌抽取式衛生紙	五月花平版衛生紙	可麗舒抽取式衛生紙	五月花清柔抽取式衛生紙	金得意強韌抽取式衛生紙
規格	300張*6包	300張*6包/串	100抽*12包	300張*6包	100抽*12包	100抽*24包	100抽*24包
價位	68 元 ~ 75 元	70 元 ~ 89 元	77 元 ~ 85 元	80 元 ~ 89 元	109 元 ~ 109 元	158 元 ~ 309 元	169 元 ~ 274 元

衛生紙的流通事業可分為實體流通事業與虛擬流通事業：傳統的實體流通事業再細分為零售式量販業、超市、藥妝店、小賣店以及連鎖式便利商店業，而新興的虛擬流通事業便是網路購物。根據尼爾森全球電子商務及新型態零售調查，在各種日常生活食用品中，臺灣消費者最常網購衛生紙，而且達到世界第一，有三分之一(34%)會網購衛生紙。以某大衛生紙廠商為例，零售式量販業占衛生紙營業額的25%；全聯超市占20%；連鎖式便利商店業不到10%；網路購物占15%。根據創市際市場研究顧問(2011)的研究結果，消費者選購衛生紙產品時最重視的因素為「價格」(74.6%)；其次重視「張數」(43.7%)；第三則是「柔選舒適度」(41.8%)[48]。

由於流通事業想要分食衛生紙這塊市場大餅，供應商也有將產能適當分配

[48] 創市際市場研究顧問(2011)， http://www.insightxplorer.com/specialtopic/2011_03_04.html，最後讀取日2016年11月6日。

的目的，所以也會幫忙流通事業代工流通事業的自有品牌衛生紙，但也會有應對之法則，例如對自身產品做較高的品質控管。流通事業對於衛生紙品質控管能力並不如專業供應商，使得產品品質有所差異。這使得供應商與流通事業之關係，一方面為傳統供應商與販售流通事業，另一方面又是代工廠商與與顧客，同時在流通事業上有相互競爭的情形。此外各供應商在流通事業的代工版塊，也是存在競爭行為，例如：屈臣氏的自有品牌之前為永豐餘代工，但之後被正隆搶走。

(二) 消費者購買行為與通路選擇之實證分析

1. 消費者樣本描述

本研究總共蒐集181份有效問卷，其中透過賣場外施行攔截式抽樣共有105位，透過電話訪問的有76位。而在受測消費者中，男性占71位(39.2%)，女性占110位(60.8%)；已婚者占102位(56.4%)、未婚者占77位(42.5%)。年齡分布以51歲以上最多占55位(30.4%)，其次為21-30歲占44位(24.3%)，而31-40歲占32位(17.7%)、41-50歲占36位(19.9%)、20歲以下占13位(7.2%)。而消費者地點分布北部占99位(54.7%)、中部占36位(19.9%)、南部占39位(21.5%)、東部占6位(3.3%)。受測者家庭同住人口1-2人占42位(23.2%)、3-4人占96位(53%)，而5人以上占40位(22.1%)。受測者之職業學生占26位(14.4%)、家庭主婦占24位(13.3%)、上班族占99位(54.7%)，而其他占31位(17.1%)。受測者之平均家庭月收入30,000元以下占29位(16.0%)、30,001~60,000元占65位(35.9%)、60,001~100,000元占44位(24.3%)、100,001~200,000元占18位(9.9%)、200,001元以上占3位(1.7%)。相關統計數據如表36所示。

表36　衛生紙消費者抽樣分布

性別	男			女	
	71人(39.2%)			110人(60.8%)	
年齡	20歲以下	21-30歲	31-40歲	41-50歲	51歲以上
	13人(7.2%)	44人(24.3%)	32人(17.7%)	36人(19.9%)	55人(30.4%)
教育程度	國中（含）及以下	高中職	大學/專科	研究所（含）及以上	
	25人(13.8%)	43人(23.8%)	94人(51.9%)	18人(9.9%)	
最常購買地點	北部	中部	南部	東部	
	99人(54.7%)	36人(19.9%)	39人(21.5%)	6人(3.3%)	
婚姻狀況	未婚		已婚		
	77人(42.5%)		102人(56.4%)		

表36　衛生紙消費者抽樣分布（續）

受測者家庭同住人口	1-2人	3-4人	5人以上
	42人(23.2%)	96人(53.0%)	40人(22.1%)

職業別	學生	家庭主婦	上班族	其他
	26人(14.4%)	24人(13.3%)	99人(54.7%)	31人(17.1%)

平均月收入	30,000元以下	30,001~60,000元	60,001~100,000元	100,001~200,000元	200,001元以上
	29人(16.0%)	65人(35.9%)	44人(24.3%)	18人(9.9%)	3人(1.7%)

抽樣方式	現場攔截式	電訪問卷
	105人(58.0%)	76人(42.0%)

2. 通路選擇

受訪者最常購買衛生紙的通路類型為超級市場，占85位(47%)；其次為量販店，占80位(44%)。而前往便利商店購買的消費者最少，占8位(4%)。其他占8位(4%)。

影響消費者選擇量販店購買衛生紙的最主要因素，為停車方便，其次為習慣在此通路購買，第三重要的因素則為價格較低。影響消費者選擇超級市場購買衛生紙的最主要因素，為此通路在住家或上班地點附近，其次為習慣在此通路購買，第三則是價格較低。影響消費者選擇便利商店購買衛生紙的最主要因素，為此通路在住家或上班地點附近，其次為此通路據點多容易購買，第三則是陳列與展示明顯。相關統計資料如表37。

消費者主要是在超級市場與量販店購買衛生紙，選擇此兩個通路進行消費的共同主要考慮因素為價格較低，以及習慣在此通路購買。選擇超級市場的重要因素還包括了此通路在住家或上班地點附近。選擇量販店的重要因素還包括了停車方便。

表37　選擇通路購買衛生紙之因素

	超級市場 共85人(47%)			便利商店 共8人(4%)			量販店 共80人(44%)		
因素	人數	(比率)	排序	人數	(比率)	排序	人數	(比率)	排序
停車方便	26	9%		0	0%		45	14%	1
此通路在住家或上班地點附近	59	20%	1	7	26%	1	31	10%	
逛該通路時順便購買	20	7%		1	4%		33	10%	
此通路據點多容易購買	27	9%		5	19%	2	14	4%	

表37　選擇通路購買衛生紙之因素（續）

	超級市場 共85人(47%)			便利商店 共8人(4%)			量販店 共80人(44%)		
因素	人數	(比率)	排序	人數	(比率)	排序	人數	(比率)	排序
此通路企業形象佳	7	2%		0	0%		8	3%	
此通路品牌知名度高	8	3%		1	4%		16	5%	
銷售人員親切專業	0	0%		0	0%		3	1%	
陳列與展示明顯	8	3%		4	15%	3	13	4%	
在此通路擁有會員卡	23	8%		0	0%		31	10%	
受廣告影響	6	2%		0	0%		11	3%	
價格較低	35	12%	3	3	11%		39	12%	3
習慣在此通路購買	44	15%	2	3	11%		48	15%	2
常有價格折扣活動	27	9%		2	7%		17	5%	
常有抽獎活動	0	0%		0	0%		1	0%	
常有贈品的促銷活動	6	2%		1	4%		7	2%	
其他	1	0%		0	0%		2	1%	

說明：樣本為最常在該類型購買衛生紙之受測者，比率為勾選此選項之消費者占此通路消費者數之比率；排序數字越小代表越多消費者勾選此因素。

3. 通路之替代性分析

本研究繼續針對消費者是否會因為原購買通路之衛生紙價格調整後，而改變購買衛生紙之通路，以此分析消費者選擇購買衛生紙之通路替代性。在主要選擇量販店購買衛生紙的消費者當中，59%的消費者在衛生紙價格上漲5%之內都不會改變消費通路。41%的消費者在衛生紙上漲5%時改變消費通路。而改變消費通路的消費者主要會往超級市場進行消費。

在主要選擇超級市場消費衛生紙的消費者當中，68%的消費者在衛生紙價格上漲5%之內都不會改變消費通路。32%的消費者在衛生紙上漲5%時改變消費通路。而改變消費通路的消費者主要會往量販店進行消費。

在主要選擇便利商店消費衛生紙的消費者當中，50%的消費者在衛生紙價格上漲5%之內都不會改變消費通路。50%的消費者在衛生紙上漲5%時改變消費通路。統計數據如表38所示。

主要選擇在量販店購買衛生紙，且不會因為價格調漲5%就離開的消費者中，選擇不離開的主要因素為習慣在此通路購買，其次為停車方便，第三則是此通路在住家或上班地點附近、逛該通路時順便購買。而在主要選擇超級市場購買衛生紙，且不會因為價格調漲5%就離開的消費者中，其選擇不離開的主

要因素為此通路在住家或上班地點附近、其次為習慣在此通路購買，第三則是此通路據點多容易購買。相關統計結果如表39。

表38　原通路消費者面對價格之回應

	不改變通路		改變通路		改變至其他通路比率	
量販店消費者	價格調漲5%	44人 (59%)	價格調漲5%	30人 (41%)	改至超級市場	14人 (47%)
					改至便利商店	3人 (10%)
	價格調漲10%	23人 (44%)	價格調漲10%	29人 (56%)	改至超級市場	18人 (62%)
					改至便利商店	4人 (14%)
便利商店消費者	價格調漲5%	3人 (50%)	價格調漲5%	3人 (50%)	改至超級市場	1人 (33%)
					改至量販店	2人 (69%)
	價格調漲10%	3人 (75%)	價格調漲10%	1人 (25%)	改至超級市場	1人 (100%)
					改至量販店	0人 (0%)
超級市場消費者	價格調漲5%	52人 (68%)	價格調漲5%	25人 (32%)	改至量販店	13人 (52%)
					改至便利商店	5人 (20%)
	價格調漲10%	30人 (56%)	價格調漲10%	24人 (44%)	改至量販店	17人 (70%)
					改至便利商店	1人 (4%)

表39　價格上漲5%仍不改變原購買通路之因素

	超級市場 共48人			量販店 共36人		
因素	人數	(比率)	排序	人數	(比率)	排序
停車方便	16	10%	3	24	18%	2
此通路在住家或上班地點附近	37	22%	1	18	13%	3
逛該通路時順便購買	10	6%		18	13%	3
此通路據點多容易購買	16	10%	3	7	5%	
此通路企業形象佳	4	2%		1	1%	

表39　價格上漲5%仍不改變原購買通路之因素（續）

	超級市場 共48人			量販店 共36人		
因素	人數	(比率)	排序	人數	(比率)	排序
此通路品牌知名度高	3	2%		4	3%	
銷售人員親切專業	1	1%		0	0%	
陳列與展示明顯	6	4%		1	1%	
在此通路擁有會員卡	13	8%		11	8%	
受廣告影響	4	2%		2	1%	
價格較低	11	7%		11	8%	
習慣在此通路購買	28	17%	2	28	20%	1
常有價格折扣活動	13	8%		5	4%	
常有抽獎活動	0	0%		1	1%	
常有贈品的促銷活動	3	2%		3	2%	
其他	2	1%		3	2%	

說明：樣本為不因價格變動而改變購買通路之消費者，比率為不改變通路消費者勾選此因素之比率；排序數字越小代表越多消費者勾選此因素

4. 小結

(1)受訪者最常購買衛生紙的通路類型為超級市場(47%)及量販店(44%)。

(2)影響消費者選擇量販店購買衛生紙的最主要因素，為停車方便，其次為習慣在此通路購買，第三重要的因素則為價格較低。影響消費者選擇超級市場購買衛生紙的最主要因素，為此通路在住家或上班地點附近，其次為習慣在此通路購買，第三則是價格較低。

(3)在主要選擇量販店購買衛生紙的消費者當中，59%的消費者在衛生紙價格上漲5%之內都不會改變消費通路。在主要選擇超級市場消費衛生紙的消費者當中，68%的消費者在衛生紙價格上漲5%之內都不會改變消費通路。

(4)主要選擇在量販店購買衛生紙，且不會因為價格調漲5%就離開的消費者中，選擇不離開的主要因素為習慣在此通路購買，其次為停車方便，第三則是此通路在住家或上班地點附近、逛該通路時順便購買。而在主要選擇超級市場購買衛生紙，且不會因為價格調漲5%就離開的消費者中，其選擇不離開的主要因素為此通路在住家或上班地點附近、其次為習慣在此通路購買，第三則是此通路據點多容易購買。

五、冷凍水餃

(一) 產品市場結構及其與流通事業之關係

在賣場的冷凍食品裡面，冷凍水餃是屬於營業額較高的品項，而會去購買自有品牌冷凍水餃的消費者，通常是因為其價格較為便宜。此外，若是消費者家中開設工廠，碰到比較特別的日子，因為大家須要加班，消費者會購買份量大又比較便宜的自有品牌水餃，煮給大家食用。一般餐廳也可能購買零售式量販業自有品牌水餃，以為營業用，因為其品質有一定水準，價格又可接受。但一般消費者選擇家用冷凍水餃時，大部分還是會挑選一線品牌。

(二) 消費者購買行為與通路選擇之實證分析

1. 消費者樣本描述

本研究總共蒐集187份有效問卷，其中透過賣場外施行攔截式抽樣共有106位，透過電話訪問的有81位。而在受測消費者中，男性占62位(33.2%)，女性占125位(66.8%)；已婚者占109位(58.9%)、未婚者占78位(41.7%)。年齡分布以51歲以上占44位(23.5%)最多，其次為21-30歲占42位(22.5%)，而31-40歲占40位(21.4%)、41-50歲占41位(21.9%)、20歲以下占20位(10.7%)。而受測者分布北部最多，占102位(54.5%)、中部占31位(16.6%)、南部占43位(23.0%)、東部占11位(5.9%)。受測者家庭同住人口1-2人占27位(14.4%)、3-4人占104位(55.6%)，而5人以上占53位(28.3%)。受測者之職業學生占36位(19.3%)、家庭主婦占26位(13.9%)、上班族占108位(57.8%)，而其他占16位(8.6%)。

受測者之平均家庭月收入30,000元以下占29位(17.1%)、30,001~60,000元占58位(31.0%)、60,001~100,000元占46位(24.6%)、100,001~200,000元占19位(10.2%)、200,001元以上占3位(1.6%)。相關統計數據如表40所示。

表40　冷凍水餃消費者抽樣分布

性別	男			女	
	62人(33.2%)			125人(66.8%)	
年齡	20歲以下	21-30歲	31-40歲	41-50歲	51歲以上
	20人(10.7%)	42人(22.5%)	40人(21.4%)	41人(21.9%)	44人(23.5%)
教育程度	國中（含）及以下	高中職	大學/專科	研究所（含）及以上	
	14人(7.5%)	51人(27.3%)	98人(52.4%)	24人(12.8%)	
最常購買地點	北部	中部	南部	東部	
	102人(54.5%)	31人(16.6%)	43人(23.0%)	11人(5.9%)	

表40　冷凍水餃消費者抽樣分布（續）

婚姻狀況	未婚			已婚	
	78人(41.7%)			109人(58.9%)	
受測者家庭同住人口	1-2人		3-4人		5人以上
	27人(14.4%)		104人(55.6%)		53人(28.3%)
職業別	學生	家庭主婦		上班族	其他
	36人(19.3%)	26人(13.9%)		108人(57.8%)	16人(8.6%)
平均月收入	30,000元以下	30,001~60,000元	60,001~100,000元	100,001~200,000元	200,001元以上
	29人(17.1%)	58人(31.0%)	46人(24.6%)	19人(10.2%)	3人(1.6%)
抽樣方式	現場攔截式			電訪問卷	
	106人(56.7%)			81人(43.3%)	

2. **通路選擇**

受訪消費者中最常購買冷凍水餃的通路類型為超級市場，占79位(42%)；其次為量販店，占76位(41%)。而前往便利商店購買的消費者最少，占4位(2%)。其他占28位(15%)，例如：水餃店、傳統市場、團購、餐廳等。

影響消費者選擇量販店購買冷凍水餃的最主要因素，為此通路停車方便，其次為逛該通路時順便購買，第三重要的因素則為價格較低。影響消費者選擇超級市場購買冷凍水餃的最主要因素，為此通路在住家或上班地點附近，其次為此通路據點多容易購買，第三重要的因素則為習慣在此通路購買。影響消費者選擇便利商店購買冷凍水餃的最主要因素，為此通在住家或上班地點附近和此通路據點多容易購買，第二重要的因素是習慣在此通路購買。相關統計資料如表41。

表41　選擇通路購買冷凍水餃之因素

	超級市場 共79人(42%)			便利商店 共4人(2%)			量販店 共76人(41%)		
因素	人數	(比率)	排序	人數	(比率)	排序	人數	(比率)	排序
停車方便	22	7%		1	7%		39	14%	1
此通路在住家或上班地點附近	56	19%	1	3	20%	1	30	11%	
逛該通路時順便購買	26	9%		1	7%		35	13%	2
此通路據點多容易購買	45	15%	2	3	20%	1	18	6%	

表41　選擇通路購買冷凍水餃之因素（續）

	超級市場 共79人(42%)			便利商店 共4人(2%)			量販店 共76人(41%)		
因素	人數	(比率)	排序	人數	(比率)	排序	人數	(比率)	排序
此通路企業形象佳	12	4%		1	7%		11	4%	
此通路品牌知名度高	8	3%		1	7%		12	4%	
銷售人員親切專業	2	1%		0	0%		0	0%	
陳列與展示明顯	12	4%		0	0%		10	4%	
在此通路擁有會員卡	14	5%		0	0%		25	9%	
受廣告影響	10	3%		0	0%		3	1%	
價格較低	24	8%		0	0%		28	10%	3
習慣在此通路購買	39	13%	3	2	13%	2	24	9%	
常有價格折扣活動	13	4%		1	7%		17	6%	
常有試吃活動	4	1%		0	0%		11	4%	
常有抽獎活動	0	0%		0	0%		2	1%	
常有贈品的促銷活動	5	2%		0	0%		8	3%	
常有搭售活動	1	0%		1	7%		3	1%	
其他	6	2%		1	7%		3	1%	

說明：樣本為最常在該類型購買冷凍水餃之受測者，比率為勾選此選項之消費者占此通路消費者數之比率；排序數字越小代表越多消費者勾選此因素。

3. 通路之替代性分析

本研究繼續針對消費者是否會因為原購買通路之冷凍水餃價格調整，而改變購買冷凍水餃之通路，以此分析消費者選擇購買冷凍水餃之通路替代性。在主要選擇量販店購買冷凍水餃的消費者當中，57%的消費者在水餃價格上漲5%之內都不會改變消費通路。43%的消費者在水餃上漲5%時會改變消費通路。而改變消費通路的消費者主要會往超級市場進行消費。

在主要選擇超級市場購買冷凍水餃的消費者當中，67%的消費者在水餃價格上漲5%之內都不會改變消費通路。33%的消費者在水餃上漲5%時改變消費通路。100%的消費者在水餃上漲5%時改變消費通路，而改變消費通路的消費者主要會往量販店進行消費。統計數據如表42所示。

表42　原通路消費者面對價格之回應

	不改變通路		改變通路		改變至其他通路比率	
量販店消費者	價格調漲5%	34人(57%)	價格調漲5%	26人(43%)	改至超級市場	16人(62%)
					改至便利商店	3人(12%)
	價格調漲10%	10人(36%)	價格調漲10%	18人(64%)	改至超級市場	12人(67%)
					改至便利商店	2人(11%)
超級市場消費者	價格調漲5%	40人(67%)	價格調漲5%	19人(33%)	改至量販店	15人(79%)
					改至便利商店	0人(0%)
	價格調漲10%	23人(66%)	價格調漲10%	12人(34%)	改至量販店	2人(17%)
					改至便利商店	6人(50%)
便利商店消費者	價格調漲5%	0人(0%)	價格調漲5%	2人(100%)	改至超級市場	1人(50%)
					改至量販店	1人(50%)
	價格調漲10%	0人(0%)	價格調漲10%	0人(0%)	改至超級市場	0人(0%)
					改至量販店	0人(0%)

而在主要選擇量販店購買冷凍水餃，且不會因為價格調漲5%就離開的消費者，其選擇不離開的主要因素為價格較低，其次為停車方便與此通路在住家或上班地點附近。而在主要選擇超級市場購買冷凍水餃，且不會因為價格調漲5%就離開的消費者。其選擇不離開的主要因素為此通路在住家或上班地點附近，其次為習慣在此通路購買，第三則為此通路據點多容易購買。相關統計於表43中呈現。

表43　價格上漲5%仍不改變原購買通路之因素

	超級市場 共34人			量販店 共40人		
因素	人數	(比率)	排序	人數	(比率)	排序
停車方便	8	7%		13	14%	2
此通路在住家或上班地點附近	30	25%	1	13	14%	2
逛該通路時順便購買	8	7%		8	9%	
此通路據點多容易購買	17	14%	3	5	5%	
此通路企業形象佳	8	7%		2	2%	
此通路品牌知名度高	4	3%		0	0%	
銷售人員親切專業	0	0%		3	3%	
陳列與展示明顯	2	2%		12	13%	
在此通路擁有會員卡	1	1%		0	0%	
受廣告影響	4	3%		6	7%	
價格較低	7	6%		14	15%	1
習慣在此通路購買	20	17%	2	4	4%	
常有價格折扣活動	6	5%		1	1%	
常有試吃活動	1	1%		1	1%	
常有抽獎活動	0	0%		1	1%	
常有贈品的促銷活動	1	1%		3	3%	
常有搭售活動	1	1%		2	2%	
其他	1	1%		3	3%	

說明：樣本為不因價格變動而改變購買通路之消費者，比率為不改變通路消費者勾選此因素之比率；排序數字越小代表越多消費者勾選此因素。

4. 購買自有品牌水餃之經驗

本研究也針對消費者對於賣場自有品牌之冷凍水餃購買經驗進行調查。調查結果顯示受測者中共有27%的消費者，曾經購買過自有品牌水餃。而最常購買之自有品牌水餃為家樂福，其次為大潤發、台糖，頂好則再次之。詳細統計如表44。

表44　消費者選購自有品牌水餃之比例

	人數 (比例)		人數 (比例)	最常購買之 自有品牌水餃	人數	(%)
未曾購買過自有品牌水餃	136人 (73%)	購買過自有品牌水餃	50人 (27%)	家樂福	21	42%
				愛買	2	4%
				大潤發	9	18%
				台糖	5	10%
				頂好	5	10%
				美廉社	3	6%

說明：最常購買之自有品牌水餃之比例為各商品購買人數，與曾購買過自有品牌水餃人數之相對比例。

消費者選擇購買自有品牌冷凍水餃之原因，主要為逛到該通路時順便購買，其次為價格較低，第三則是此通路企業形象佳。詳細統計數字如表45。

表45　消費者選購自有品牌水餃之因素

因素	人數	(%)	排序
逛該通路時順便購買	18	22%	1
此通路企業形象佳	12	14%	3
此通路品牌知名度高	8	10%	
銷售人員親切專業	0	0%	
陳列與展示明顯	2	2%	
未找到原本要購買品牌的水餃	2	2%	
受廣告影響	2	2%	
價格較低	14	17%	2
習慣在此通路購買	5	6%	
常有價格折扣活動	6	7%	
常有試吃活動	5	6%	
常有抽獎活動	1	1%	
常有贈品的促銷活動	5	6%	
常有搭售活動	1	1%	
其他	2	2%	

說明：序數字越小代表越多消費者勾選此因素

5. 小結

(1)消費者最常買冷凍水餃的通路為超級市場42%，次為量販店41%。

(2)影響消費者選擇量販店購買冷凍水餃的前三項因素分別為，此通路停車方便、逛該通路時順便購買、價格較低。影響消費者選擇超級市場購買冷凍水餃的前三項因素分別為：此通路在住家或上班地點附近、此通路據點多容易購買、習慣在此通路購買。

(3)在主要選擇量販店購買冷凍水餃的消費者當中，57%消費者在水餃價格上漲5%之內都不會改變消費通路。在主要選擇超級市場購買冷凍水餃消費者當中，67%消費者在水餃價格上漲5%之內都不會改變消費通路。

(4)在主要選擇量販店購買冷凍水餃，且不會因為價格調漲5%就離開的消費者，其選擇不離開的主要因素為價格較低，其次為停車方便及此通路在住家或上班地點附近。而在主要選擇超級市場購買冷凍水餃，且不會因為價格調漲5%就離開的消費者。其選擇不離開的主要因素為此通路在住家或上班地點附近，其次為習慣在此通路購買，第三則為此通路據點多容易購買。

(5)受測者中有27%的消費者曾經購買過自有品牌水餃。而最常購買之自有品牌水餃為家樂福，其次為大潤發、台糖，頂好則再次之。

(6)消費者選擇購買自有品牌冷凍水餃之原因，主要為逛該通路時順便購買，其次為價格較低，第三則是此通路企業形象佳。

六、包裝茶飲料

(一) 產品市場結構及其與流通事業之關係

臺灣的包裝飲料市場是非常競爭的，因為臺灣人喜歡喝茶，所以臺灣茶飲的比率非常高，而歐美國家，則是果汁市場較大。臺灣大部分消費者對茶飲料的需求是非常即時的，導致消費者並不想要花時間進去零售式量販業消費，而是轉而去相對於較近、賣場規模較小、能夠快速取得商品並且結帳離開的超市與連鎖式便利商店業。但另一方面，仍會有部分較精打細算的消費者，要求的是產品價格實惠，這樣需求走向的消費者便會進去零售式量販業購買產品。而飲料除了少部分商品是長青品外，大部分商品更換及開發速度都很快，甚至換個季節換個年度就會消失，要不然就是換新的口味。

(二) 消費者購買行為與通路選擇之實證分析

1. 消費者樣本描述

本研究總共蒐集186份有效問卷，其中透過賣場外施行攔截式抽樣共有104位，透過電話訪問的有82位。而在受測消費者中，男性占69位(37.1%)，女性占117位(62.9%)；已婚者占69位(37.1%)、未婚者占117位(62.9%)。年齡分布以21-30歲最多占84位(45.2%)，其次為51歲以上占31位(16.7%)、31-40歲占30位(16.1%)、41-50歲占18位(9.7%)、20歲以下占23位(12.4%)。購買包裝茶飲料之地點北部最多，占96位(51.6%)、中部占42位(22.6%)、南部占37位(19.9%)、東部占10位(5.4%)。受測者家庭同住人口1-2人占41位(22%)、3-4人占86位(46.5%)，而5人以上占58位(31.2%)。受測者之職業為學生占71位(38.2%)、家庭主婦占15位(8.1%)、上班族占77位(41.4%)，而其他占23位(12.4%)。受測者之平均家庭月收入30,000元以下占27 位(18%)、30,001~60,000元占56位(37%)、60,001~100,000元占37位(25%)、100,001~200,000元占22位(15%)、200,001元以上占9位(6%)。相關統計數據如表46所示。

表46　包裝茶飲料消費者抽樣分布

性別	男			女	
	69人(37.1%)			117人(62.9%)	
年齡	20歲以下	21-30歲	31-40歲	41-50歲	51歲以上
	23人(12.4%)	84人(45.2%)	30人(16.1%)	18人(9.7%)	31人(16.7%)
教育程度	國中（含）及以下	高中職	大學/專科	研究所（含）及以上	
	12人(6.5%)	31人(16.7%)	94人(50.5%)	49人(26.3%)	
最常購買地點	北部	中部	南部	東部	
	96人(51.6%)	42人(22.6%)	37人(19.9%)	10人(5.4%)	
婚姻狀況	未婚		已婚		
	117人(62.9%)		69人(37.1%)		
受測者家庭同住人口	1-2人	3-4人	5人以上		
	41人(22.0%)	86人(46.2%)	58人(31.2%)		
職業別	學生	家庭主婦	上班族	其他	
	71人(38.2%)	15人(8.1%)	77人(41.4%)	23人(12.4%)	
平均月收入	30,000元以下	30,001~60,000元	60,001~100,000元	100,001~200,000元	200,001元以上
	27人(18%)	56人(37%)	37人(25%)	22人(15%)	9人(6%)
抽樣方式	現場攔截式		電訪問卷		
	104人(55.9%)		82人(44.1%)		

2. 通路選擇

受訪消費者中最常購買包裝茶飲料的通路類型為便利商店，占148位(80%)；其次為超級市場，占27位(17%)。而前往量販店購買的消費者最少，占9位(3%)。影響消費者選擇便利商店購買包裝茶飲料的最主要因素為此通路在住家或上班地點附近，其次為此通路據點多容易購買，第三重要的因素則為習慣在此通路購買。影響消費者選擇量販店購買包裝茶飲料的最主要因素為停車方便、價格較低。影響消費者選擇超級市場購買包裝茶飲料的最主要因素為此通路在住家或上班地點附近、常有價格折扣活動、價格較低。相關統計資料如表47。

表47　選擇量販店購買包裝茶飲料之因素

	超級市場 共27人(17%)			便利商店 共148人(80%)			量販店 共9人(3%)		
因素	人數	(比率)	排序	人數	(比率)	排序	人數	(比率)	排序
停車方便	4	4%		18	3%		5	17%	1
此通路在住家或上班地點附近	18	19%	1	112	21%	1	3	10%	
逛該通路時順便購買	7	7%		51	10%		4	14%	2
此通路據點多容易購買	6	6%		104	20%	2	4	14%	2
此通路企業形象佳	2	2%		18	3%		3	10%	
此通路品牌知名度高	2	2%		17	3%		1	3%	
銷售人員親切專業	1	1%		3	1%		0	0%	
陳列與展示明顯	7	7%		20	4%		0	0%	
在此通路擁有會員卡	7	7%		1	0%		1	3%	
受廣告影響	2	2%		10	2%		0	0%	
價格較低	12	12%	2	18	3%		5	17%	1
習慣在此通路購買	9	9%		64	12%	3	2	7%	
常有價格折扣活動	12	12%	2	38	7%		0	0%	
常有試喝活動	0	0%		0	0%		0	0%	
常有抽獎活動	1	1%		4	1%		0	0%	
常有贈品的促銷活動	1	1%		24	5%		0	0%	
常有搭售活動	5	5%		22	4%		1	3%	
其他	1	1%		3	1%		0	0%	

說明：樣本為最常在該類型購買包裝茶飲料之受測者，比率為勾選此選項之消費者占此通路消費者數之比率；排序數字越小代表越多消費者勾選此因素。

3. 通路之替代性分析

本研究繼續針對消費者是否會因為原購買通路之包裝茶飲料價格調整，就改變選擇購買包裝茶飲料之通路，以此分析消費者選擇購買包裝茶飲料之通路替代性。在主要選擇便利商店消費包裝茶飲料的消費者當中，66%的消費者在包裝茶飲料價格上漲5%之內都不會改變消費通路。34%的消費者在包裝茶飲料上漲5%時改變消費通路。而各有一半的消費者分別改向量販店以及超級市場消費。在主要選擇量販店購買包裝茶飲料的消費者當中，67%的消費者在包裝茶飲料價格上漲5%之內都不會改變消費通路。在主要選擇超級市場消費包裝茶飲料的消費者當中，78%的消費者在包裝茶飲料價格上漲5%之內都不會改變消費通路。22%的消費者在包裝茶飲料上漲5%時改變消費通路。統計數據如表48所示。

表48　原通路消費者面對價格之回應

	不改變通路		改變通路		改變至其他通路比率	
量販店消費者	價格調漲5%	4人 (67%)	價格調漲5%	2人 (33%)	改至超級市場	0人 (0%)
					改至便利商店	0人 (0%)
	價格調漲10%	1人 (50%)	價格調漲10%	1人 (50%)	改至超級市場	0人 (0%)
					改至便利商店	0人 (0%)
超級市場消費者	價格調漲5%	14人 (78%)	價格調漲5%	4人 (22%)	改至量販店	2人 (50%)
					改至便利商店	0人 (0%)
	價格調漲10%	7人 (70%)	價格調漲10%	3人 (30%)	改至量販店	2人 (67%)
					改至便利商店	1人 (33%)
便利商店消費者	價格調漲5%	64人 (66%)	價格調漲5%	33人 (34%)	改至超級市場	15人 (45%)
					改至量販店	15人 (45%)
	價格調漲10%	25人 (56%)	價格調漲10%	20人 (44%)	改至超級市場	9人 (45%)
					改至量販店	10人 (50%)

主要選擇便利商店購買包裝茶飲料，且不會因為價格調漲5%就離開的消費者，其選擇不離開的主要因素為為此通路在住家或上班地點附近，其次此通路據點多容易購買，第三則為習慣在此通路購買。主要選擇在超級市場購買包裝茶飲料，且不會因為價格調漲5%就離開的消費者中，其選擇不離開的主要因素為此通路在住家或上班地點附近、習慣在此通路購買。而相關統計如表49所示。

表49　價錢上漲5%仍不改變原購買通路之因素

	超級市場 共14人			便利商店 共64人		
因素	人數	(比率)	排序	人數	(比率)	排序
停車方便	4	9%		6	3%	
此通路在住家或上班地點附近	9	19%	1	45	21%	1
逛該通路時順便購買	4	9%		21	10%	
此通路據點多容易購買	3	6%		42	20%	2
此通路企業形象佳	1	2%		10	5%	
此通路品牌知名度高	1	2%		5	2%	
銷售人員親切專業	0	0%		1	0%	
陳列與展示明顯	4	9%		13	6%	
在此通路擁有會員卡	4	9%		0	0%	
受廣告影響	1	2%		5	2%	
價格較低	4	9%		10	5%	
習慣在此通路購買	6	13%	2	28	13%	3
常有價格折扣活動	3	6%		9	4%	
常有試喝活動	0	0%		0	0%	
常有抽獎活動	1	2%		1	0%	
常有贈品的促銷活動	1	2%		5	2%	
常有搭售活動	1	2%		5	2%	
其他	0	0%		5	2%	

說明：樣本為不因價格變動而改變購買通路之消費者，比率為不改變通路消費者勾選此因素之比率；排序數字越小代表越多消費者勾選此因素。

4. 購買自有品牌包裝茶飲料之經驗

本研究也針對消費者對於便利商店包裝茶飲料之自有品牌購買經驗進行調查，調查結果顯示，受測者中共有101位消費者(54%)，曾經購買過便利商店自有品牌包裝茶飲料，而最常購買之通路為7-11，其次為全家。詳細統計如表50。

表50　消費者選購包裝茶飲料之比例

	人數(比例)		人數(比例)	最常購買之自有品牌包裝茶飲料	人數(比例)
未曾購買過自有品牌水包裝茶飲料	85人(46%)	購買過自有品牌包裝茶飲料	101人(54%)	7-11	78人(77%)
				全家	23人(23%)

說明：最常購買之自有品牌包裝茶飲料之比例為各商品購買人數，與曾購買過自有品牌包裝茶飲料人數之相對比例。

消費者選擇購買便利商店自有品牌包裝茶飲料之原因，主要為逛該通路時順便購買，其次為價格較低，第三則為習慣在此通路購買、常有價格折扣活動。詳細統計數字如表51。

表51　消費者選購自有品牌包裝茶飲料之因素

因素	人數	(比率)	排序
逛該通路時順便購買	38	21%	1
此通路企業形象佳	10	6%	
陳列與展示明顯	13	7%	
受廣告影響	8	4%	
價格較低	29	16%	2
習慣在此通路購買	19	11%	3
常有價格折扣活動	19	11%	3
常有試吃活動	1	1%	
常有抽獎活動	4	2%	
常有贈品的促銷活動	10	6%	
常有搭售活動	10	6%	
未找到原本要購買品牌的飲料	14	8%	
其他	3	2%	

5. 小結

(1)受訪消費者中最常購買包裝茶飲料的通路類型為便利商店（80%），其次為超級市場（17%）。

(2)影響消費者選擇便利商店購買包裝茶飲料的最主要因素為此通路在住家或上班地點附近，其次為此通路據點多容易購買，第三重要的因素則為習慣

在此通路購買。

(3)在主要選擇便利商店消費包裝茶飲料的消費者當中，66%的消費者在包裝茶飲料價格上漲5%之內都不會改變消費通路。

(4)受測者中共有54%的消費者曾經購買過便利商店自有品牌包裝茶飲料。

(5)消費者選擇購買便利商店自有品牌包裝茶飲料之原因，主要為逛該通路時順便購買，其次為價格較低，第三則為習慣在此通路購買、常有價格折扣活動。

七、通路商、品牌商與消費者議價能力之管理意涵分析

本節針對5項民生商品的研究調查結果，進行管理意涵之探討，其中包含通路商、品牌商與消費者議價能力之分析，分述如下：

(一) 嬰兒奶粉

1. 受測者第一次購買嬰兒奶粉品牌與最常購買的嬰兒奶粉品牌高度重疊。第一次讓消費者接觸到的嬰兒奶粉品牌，很可能成為日後嬰兒慣用的奶粉品牌。因此，藥局、嬰兒用品店與醫院對於嬰兒奶粉品牌的選擇至關重要。
2. 消費者第一次取得嬰兒奶粉的通路，最多的是藥局(48%)，其次是嬰幼兒用品店(32%)，第三則是醫院(14%)。
3. 消費者更換嬰兒奶粉品牌，價格因素僅占6%。因此，消費者更換嬰兒奶粉品牌，價格不是重要因素。又由於嬰兒奶粉都是原裝進口，父母通常也不太願意更換嬰兒奶粉品牌，因此品牌商的議價能力是大的。
4. 50%以上的消費者會購買單罐超過700元的嬰兒奶粉。
5. 過去嬰兒奶粉的通路包含超級市場，但目前以藥局(56%)和嬰兒用品店(34%)為大宗，佔了90%。
6. 儘管嬰兒奶粉的價格上升5%，仍會照常在原類型店家購買的消費者超過一半，但也有將近一半的消費者有可能更換通路。因此通路商的促銷方式確實會造成消費者更換通路。
7. 曾經更換過嬰兒奶粉購買通路的消費者占37.8%，最主要更換通路的原因為其他通路價格較低、此通路在住家或上班地點附近及搭贈活動。因此，價格或促銷因素對更換通路實則重要。

(二) 牙膏

1. 消費者中最常購買牙膏的通路類型為超級市場(52%)，其次為量販店(43%)，共佔了95%。因此便利商店對於牙膏市場的影響不大。

2. 無論選擇在量販店或超級市場購買牙膏的消費者，「此通路在住家或上班地點附近」都是最重要的原因。此乃由於牙膏為便利品，哪裡方便哪裡買。消費者在超級市場購買牙膏的原因是通路據點多以及習慣在此通路消費。而選擇量販店購買牙膏的原因是停車方便以及價格較低。
3. 在主要選擇量販店消費牙膏的消費者當中，將近50%的消費者在牙膏價格上漲5%之內都不會改變消費通路。在主要選擇超級市場消費牙膏的消費者當中，59%的消費者在牙膏價格上漲5%之內都不會改變消費通路。若會改變購買通路仍以另一方通路為替代選擇。

(三) 衛生紙

1. 受訪者最常購買衛生紙的實體通路類型為超級市場(47%)及量販店(44%)。
2. 消費者選擇超級市場購買衛生紙的最主要因素，為此通路在住家或上班地點附近。消費者選擇量販店購買衛生紙的最主要因素，為停車方便。而無論消費者選擇超級市場或量販店購買衛生紙的第二及第三重要因素都是習慣在此通路購買和價格較低。因此方便性及價格是消費者在購買衛生紙時，考慮的主要因素。
3. 在主要選擇量販店購買衛生紙的消費者當中，59%的消費者在衛生紙價格上漲5%之內都不會改變消費通路。在主要選擇超級市場消費衛生紙的消費者當中，68%的消費者在衛生紙價格上漲5%之內都不會改變消費通路。若會改變購買通路仍以另一方通路為替代選擇。
4. 許多衛生紙消費者在訪談時提及會在虛擬通路購買衛生紙，主要原因為價格較低，可以宅配到府，因此虛擬通路不容忽視。

(四) 冷凍水餃

1. 消費者最常買冷凍水餃的通路為超級市場(42%)及量販店(41%)。
2. 影響消費者選擇量販店購買冷凍水餃的前三項因素分別為，此通路停車方便、逛該通路時順便購買、價格較低。影響消費者選擇超級市場購買冷凍水餃的前三項因素分別為，此通路在住家或上班地點附近、此通路據點多容易購買、習慣在此通路購買。因此，便利性仍是消費者購買冷凍水餃的主要考量因素。價格因素次之。
3. 在主要選擇量販店購買冷凍水餃的消費者當中，57%消費者在水餃價格上漲5%之內都不會改變消費通路。在主要選擇超級市場購買冷凍水餃消費者當中，67%消費者在水餃價格上漲5%之內都不會改變消費通路。若會改變購買通路仍以另一方通路為替代選擇。

4. 受測者中有27%的消費者曾經購買過自有品牌水餃。而最常購買之自有品牌水餃為家樂福，其次為大潤發，台糖、頂好則再次之。消費者選擇購買自有品牌冷凍水餃之原因，主要為逛該通路時順便購買，其次為價格較低，第三則是此通路企業形象佳。因此，量販店或超級市場的品牌形象佳或通路據點多，確實適合發展自有品牌的冷凍水餃，若是價格又比一般通路低，消費者的接受度會再增加。

(五) 包裝茶飲料

1. 受訪消費者中最常購買包裝茶飲料的通路類型為便利商店(80%)，其次為超級市場(17%)。
2. 影響消費者選擇便利商店購買包裝茶飲料的最主要因素為此通路在住家或上班地點附近，其次為此通路據點多容易購買，第三重要的因素則為習慣在此通路購買。因此便利性亦是影響消費者購買包裝茶飲料的主要原因。
3. 在主要選擇便利商店消費包裝茶飲料的消費者當中，66%的消費者在包裝茶飲料價格上漲5%之內都不會改變消費通路，證明便利商店是消費者在購買包裝茶飲料時，普遍接受的通路。
4. 受測者中共有54%的消費者曾經購買過便利商店自有品牌包裝茶飲料。消費者選擇購買便利商店自有品牌包裝茶飲料之原因，主要為逛該通路時順便購買，其次為價格較低，第三則為習慣在此通路購買、常有價格折扣活動。因此，若便利商店形象良好，且推出較低售價，消費者對於期自有品牌的包裝茶飲料的接受度是高的。

(六) 小結

從本研究針對消費者需求調查的分析可知，以消費者的觀點而言，在不同商品間的流通事業替代程度有很大的差異。

首先，在牙膏、衛生紙、冷凍水餃3項商品上，由於此3項民生必需品為一般人生活中不可缺少的商品，因此，微幅的價格變動不會引起需求急劇變動，消費者的通路選擇以量販店與超級市場有較高的替代性，分析其主要原因乃為交通便利性高、價格彈性低、通路據點多、購買數量大等因素，故在上述3項商品中，量販店與超級市場的產品市場具有替代性。其次，在包裝茶飲料此項商品上，消費者的通路替代則轉為在便利商店與超級市場間進行替代。究其原因，便利性是影響消費者購買包裝茶飲料的最主要原因，而交通便利性高、價格彈性低、通路據點多、購買數量少（一次可能只買一罐或少量即時飲用）等。再其次，嬰兒奶粉則呈現另外一種模式的市場替代結構，藥局、嬰兒用品

店與醫院對於嬰兒奶粉品牌的選擇至關重要，反而在各大流通事業間的替代性不高，消費者甚至不常在量販店、超級市場、便利商店中購買嬰兒奶粉，可見上述3項流通事業業態在嬰兒奶粉的相對優勢市場力量並不明顯。

最後，本研究之觀察發現，消費者購買特定民生商品（牙膏、衛生紙、冷凍水餃、包裝茶飲料）的相同考量因素均為交通便利性高及營業據點多，此因素完全符合流通事業的行銷策略與經營模式。但不同的市場結構會依據商品屬性而有不同的情況，本研究發現大致存在二種不同模式：(1)「量販店」與「超級市場」間替代性存在於購買數量多及價格彈性低的產品；(2)「便利商店」與「超級市場」間替代性存在於購買數量少及價格彈性低的產品。

肆、結論與建議

本研究透過質化訪談、問卷實證以及競爭法分析目前了解流通事業的運作模式、消費者對於特定民生品的消費樣態以及其在競爭法上的意涵。主要之研究發現重點如下：

(一) 流通事業之市場趨勢及個別業者行銷策略逐漸趨同：本研究透過訪談可以得知零售量販業、超級市場以及便利商店3種業態的運作模式有部分產生重疊，難有明確界線。同時，流通事業之潛在競爭市場已從實體店面轉向虛擬世界，消費者透過電子商務模式所進行的購買行為可能為目前重要趨勢，尤其在本研究所調查之特定民生用品方面（如：牙膏、衛生紙、包裝茶飲料等）皆可於網路購物平台中取得，未來在界定流通事業之市場範圍以及其市場力量時，都可能要考量消費者於實體與虛擬通路間的替代問題。

(二) 流通事業之垂直限制競爭以收取附加費用最為普遍，但違法情況已有減少趨勢：公平會於民國90年11月以第525次委員會議通過對於流通事業收取附加費用之規範後，幾經修正而成為現行之「公平交易委員會對於流通事業之規範說明」，目前公平會對於流通事業不當收取附加費用之案例明顯減少，本研究認為可能原因有二：(1)上開規範說明對於流通事業的垂直交易限制，尤其是收取附加費用已有較明確之規範，過去違反公平交易法第20條之態樣較為少見，故引起糾紛之案例數量下降；(2)隨著流通事業商業型態日新月異，實體店面之通路型態已經面臨電子商務或虛擬交易之強大競爭，使得流通事業在行銷策略上與供應商產生與以往不同的模式，外觀

上較難辨識其是否影響市場交易與公平競爭。

(三) 消費者對於特定民生商品之通路偏好及其購買行為因商品特性而有所不同：透過消費者問卷分析可以知道當價格上漲5%後，嬰兒奶粉消費者中會有47%轉換為另一種通路進行消費。而在本研究實測之民生品項中（如：牙膏、衛生紙、冷凍水餃、包裝茶飲料等），當價格上漲5%時，最多比例消費者選擇留在原通路的商品及其通路為在超級市場購買冷凍水餃的消費者，以及在超商購買茶飲料的消費者，各有66%的消費者選擇留在原通路消費。由於一般消費者受測時以其主觀意識直覺反應，本計畫主要係探討不同通路之間的替代效果。但是消費者之消費決策除了受通路影響之外，亦會受到產品之品牌影響。

(四) 市場界定方式應考量多種因素：公平會在市場範圍之界定方法上，以「產品市場」與「地理市場」二個面向加以評量，主要考量「需求替代」，但亦得視商品或服務特性考量供給替代，另外，亦得視具體個案，衡量時間因素對於相關市場範圍之影響。從本研究之結果顯示，流通事業在服務特性上比傳統的通路市場力量更大，但若要單獨將「流通事業」的單一業態(如量販店、超級市場、便利店等)劃分為一個特定商品市場確有其困難，蓋消費者在需求選擇替代性上可能不僅止於流通事業，亦可能與其他實體或虛擬之通路混搭，未來要考量流通事業是否具有優勢地位時，界定市場範圍應區分「供應商與流通事業」以及「消費者在特定產品購買上與流通事業間的關聯性」等二個面向加以界定，方能符合流通事業的屬性。至於流通事業間的替代性，則以透過消費者問卷調查之方式分析，較能得出完整的結論。

(五) 市場結構與通路替代性依據商品屬性而有很大差異：本研究發現，消費者購買特定民生商品（牙膏、衛生紙、冷凍水餃、包裝茶飲料）的相同考量因素均為交通便利性高及營業據點多，此因素完全符合流通事業的行銷策略與經營模式。但不同的市場結構會依據商品屬性而有不同的情況，本研究發現當消費者主要是因為售價低廉等價格因素，選擇購買地點時。則可發現量販店與超級市場有較高的替代效果。而挑選便利商店的消費者則主要是因為其提供的便利性，與量販店及超級市場有比較大的差別。另外，嬰兒奶粉因其具有對嬰兒營養成分要求高、過敏體質與醫師建議等不同的變數，故消費者購買通路與購買行為皆有較為特定的模式。

本研究藉由流通事業之市場結構與競爭態樣、消費者行為與需求、以及公

平會會過往案例研究等分析後，提出以下建議：

(一) 實證分析方法為競爭法中的關鍵證據：由過去公平會之行政處分、行政院訴願會決議、臺北高等行政法院判決、最高行政法院判決等案例中顯示，公平交易法之執法需要跨領域之分析與實證，例如：判定聯合行為中市場範圍界定所涉及的SSNIP方法、判斷市場集中度或市場控制力之數據資料等。從過去我國的案例中得知，競爭法之適用關鍵不僅在於法條釋義，更重要的是經濟數據上之佐證，尤其在建立因果關係之層面，許多產業經濟學上實證方法都應加以運用作為舉證，方能有效強化處分合理性與必要性。

(二) 消費者需求之市場調查資料庫建立刻不容緩：本研究建議政府未來應針對消費者進行長時間縱貫面的實證研究，累積問卷發展經驗，以發展更精準的問項以及調查方式以區分消費者對於「商品品項」、「流通事業（通路）」以及「產品品牌」三者間的相互關係，此外也針對不同產品品項進行相對應的問卷設計，例如：專為SSNIP調查而設計之問卷（價格敏感度測試）、專為品牌替代性（品牌替代）、專為消費者選擇通路而設計之問卷（通路替代）等，以累積相關的產業知識，了解不同通路之間的替代關係及消費者的行為模式。未來研究方向亦可針對不同品牌或不同商品之間的替代效果進行研究。此外，本計畫僅針對實體通路進行調查，但本計畫之研究結果顯示，許多廠商逐漸將網路購物列為發展重點，同時許多消費者已經愈來愈習慣在虛擬通路購買商品，建議未來研究可以朝向此部分努力，以更真切了解消費者的實際購買行為。

(三) 流通事業之法制應適時調整：過去公平會在處分流通事業不當收取附加費用案例時，多引用公平交易法第41條之罰則，處罰事業60萬元至100萬元不等之罰鍰。然而，以流通事業每年營業額超過億元之規模，且對於供應商及消費者均有相對優勢的市場地位，在罰則的計算上，恐應以「獲利比例成數」方式計算，對於違反公平交易法而濫用市場地位之情事，依情節嚴重程度來計算罰金，例如：依每店罰鍰額乘以總開店數乘以開業年數，提高罰鍰有效阻止違反公平競爭之行為，以作為警惕效果。其次，在流通事業的規範中並未針對「流通事業經營虛擬網路購物平台」之新型態交易作出規範，此部分應在未來修正該規範時一併納入考量。

(四) 推動公平交易專庭之設置：就過去流通事業不當收取附加費用處分案例而言，常見公平會之見解與高等行政法院不同；而高等行政法院又與最高行

政法院不同之情況。且經本研究發現，同一組審判庭的法官又對於特定案件有其特別的見解，往往影響案件的最終裁判結果。在競爭法案件日益複雜且多元的情況下，公平交易案件涉及法律、經濟、行銷、財務等不同領域專業，倘若司法部門不能掌握競爭法的發展趨勢與跨領域特性，則容易導致執法之不穩定與不明確。故本研究建議，長期而言，應仿效智慧財產權法院或商業法院（專庭）之經驗，推動各級行政法院中設立競爭法專庭，藉以使得公平交易法未來之發展得以與時俱進且符合公平正義。

評論

與談人：趙義隆（臺灣大學國際企業學系教授）

從4個角度來看，首先，消費者購買一項商品時，是基於該商品的品牌，或者因為經常去該銷售通路，例如便利超商、量販店等，這是一個研究的緣起，品牌廠商、銷售通路到消費者之間形成不等邊三角形的關係，而研究的目的在於釐清這個關係。第二，此研究背景之一為過去便利超商咖啡價格聯合上漲5元，其中便利超商自行生產現煮咖啡，而沒有品牌廠商，不等邊三角形的關係少了一邊。因此，超商咖啡等同於店內品牌，如同我手中的果汁飲料。

第三，原本便利超商與品牌廠商是一個上下游的供應關係，而當便利超商生產自有商品時，我認為可以從本研究中5個品項加以分析，驗證便利超商與品牌廠商之間的關係。第四，研究零售點與消費者的關係，採用便利抽樣方法可能與消費者實際上的行為有所差異，消費者與店家的連結度，超商的流動顧客與量販店的會員顧客有所不同。

藥品專利連結制度與競爭法規範之研究

張濱璿* 顏雅倫**

目 次

一、前言
二、專利連結制度簡介
(一)美國專利連結制度
(二)澳洲專利連結制度
(三)韓國專利連結制度
(四)加拿大專利連結制度
(五)臺灣引進專利連結制度之進程
三、專利連結制度於競爭法之議題
(一)美國競爭法上關於逆向給付之爭議
(二)歐洲關於藥廠間逆向給付之競爭法爭議
四、專利連結制度引進後我國可能發生之競爭法議題
(一)臺灣之專利藥廠與學名藥廠市場概況
(二)健保核價制度對市場競爭的影響
(三)臺灣藥品市場界定與逆向給付協議問題
五、綜合分析與結論
(一)公平交易法之適用
(二)公平會與衛福部間之調和
(三)結論

* 寰瀛法律事務所 律師/醫師
** 成功大學法律學系 助理教授

中文摘要

為因應臺美洽談「臺美貿易暨投資架構協定」(TIFA)以及臺灣積極尋求加入「跨太平洋夥伴協定」(TPP)，美國亟欲將其專利連結之制度導入臺灣。專利連結制度(patent linkage)之目的無非是希冀在鼓勵新藥研發的專利權保護，與維護享有低價學名藥品之公眾利益間取得平衡。

我國藥事法於民國（下同）104年經衛生福利部食品藥物管理署與經濟部智慧財產局合作研究，並歷經與產業界多次座談溝通後，已於105年8月4日由行政院院會通過「藥事法部分條文修正草案」，擬導入專利連結制度，預計立法時程上將有快速進展。

由於在美國建立此一制度後，雖確實幫助美國整體處方藥市場中學名藥比例的提升，但也衍生不少問題，包括：專利新藥對30個月停止發證期間之濫用、橘皮書登錄不實、學名藥廠僅能被動等待被訴等等，而藥廠間逆向付款和解是否違反公平競爭也是重要的爭議所在。

本文將針對藥品專利連結制度的各國發展進行分析，就各國之相類制度進行深入瞭解；並蒐集各國專利連結與競爭法相關之案例與爭議，以逆向付款為主題，研究在競爭法上已知可能態樣與各國行政與司法機關態度；再進一步分析我國藥品市場之結構，並配合即將修訂之藥事法部分條文修正草案內容，分析整理並檢討臺灣可能面臨之競爭法問題，最後提出政策建議。

一、前言

所謂專利連結(patent linkage)，係將學名藥之上市審查及藥品定價的審查決定，與學名藥是否侵害專利藥廠就該藥品之專利判斷連結在一起的制度。美國藥品專利數量及品質均為世界之最，對於專利的制度性保護亦相當正面；而美國學名藥廠亦足以與專利藥廠抗衡，則此制度便是專利新藥與學名藥間競爭之遊戲規則，亦為鼓勵新藥研發與維護享有低價藥品之公眾利益間的平衡。

美國經創設專利連結制度後，曾透過各項外貿協議的簽訂將該制度推展於澳洲、韓國、加拿大等國，而雖簽訂內容有所不同，但皆包含前述第二階段中的通知程序，使學名藥廠於遞件申請時須通知專利新藥廠，足見該程序於專利連結制度之代表性。而我國過去也曾受美國商會等各界壓力要求引入專利

連結制度[1]，未來亦可能因加入跨太平洋戰略經濟夥伴關係協議[2](Trans-Pacific Strategic Economic Partnership Agreement, TPP)、臺美貿易暨投資架構協定(Trade and Investment Framework Agreement, TIFA)協定而引入藥品專利連結制度，事實上於第8屆臺美TIFA會議中，我國政府已承諾美方就此部分研議，並展開雙方雙邊合作[3]，並提出藥事法修正草案，該草案初步已將專利連結制度引入[4]，足見該制度未來可能短期內將在我國實行。

在美國建立此一制度後，雖確實幫助美國整體處方藥市場中學名藥比例的提升，但也衍生不少問題，包括：專利新藥對30個月停止發證期間之濫用、橘皮書登錄不實、學名藥廠僅能被動等待被訴等等，而藥廠間逆向給付和解是否違反公平競爭也是最重要的爭議所在。惟限於篇幅，本研究除針對藥品專利連結制度的各國發展進行分析外，就競爭法議題，仍先以爭議最大之逆向給付作為分析主軸，並探討臺灣導入專利連結制度後可能面臨之競爭法問題，提出相關之建議。

二、專利連結制度簡介

(一) 美國專利連結制度

美國國會於1984年通過藥物競價及專利權恢復法案(Drug Price Competition and Patent Restoration Act)，又稱Hatch-Waxman Act（後簡稱HWA），以解決製藥產業中藥品專利期屆滿前有關試驗行為侵權、專利保護期間因查驗登記過程變相縮短及學名藥(Generic Drugs)上市成本過高的三大問題，而為促進學名藥上市，HWA即選擇透過專利連結(Patent Linkage)制度，在藥品專利權期間延長(Patent Term Restoration)[5]、賦予資料專屬權(Data Exclusivity)[6]以及保障品牌

1 國家發展協會網站，台北市美國商會台灣白皮書議題辦理情形(2009-2010；2012-2013)，網路資料：http://www.ndc.gov.tw/Content_List.aspx?n=20336701F40BF6FC，最後瀏覽日：2016年7月。

2 Office of United States Trade Representativ, TPP, Article 18.51 I-II, UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE WEBSITE, https://medium.com/the-trans-pacific-partnership/intellectual-property-3479efdc7adf#.ta3rsbw4x. (last visit: Jul.17, 2016)

3 經濟部談判代表辦公室網站資料，https://www.moea.gov.tw/Mns/otn/content/Content.aspx?menu_id =14117，最後瀏覽日：2016年7月1日。

4 行政院院會2016年8月4日通過藥事法部分條文修正草案，網站資料，http://www.fda.gov.tw/TC/newsContent.aspx?id=21156&chk=ccad567b-d0ab-450d-93f7-9b0509ffc998#.WCxVusloBZp，最後瀏覽日：2016年8月9日。

5 21 U.S.C. § 355(c)(3)(E)(ii).

6 21 U.S.C. § 355(v)(2)(A)(i)(I)&(II).

專利新藥(Brand Name Drug)智慧財產權的同時，給予學名藥如簡易新藥申請(Abbreviated New Drug Application，ANDA)規定等進入市場之簡便途徑，達到降低藥價的立法目的[7,8]。

專利連結制度將對學名藥上市前的藥品查驗登記審查程序與專利法等權利保障制度連結，使得藥物管理機關在審查學名藥的安全性、有效性等資訊的同時，亦須留意其對照藥品(Reference Listed Drug)的專利權有效資訊，係連結藥事行政相關法規、專利法與民事法甚至訴訟法之制度。而就制度宗旨方面，專利連結制度主要係為避免在加速學名藥上市的同時，對專利藥廠(Originator)專利權造成侵害，故該制度採取兩部分措施作為因應。首先即站在專利藥廠角度，使學名藥不能在對照藥品專利期屆滿或無效前上市，避免專利藥廠突承受藥品銷售利益上的損失，並給予其於學名藥上市審查階段主張權利的機會，自源頭解決日後可能發生之爭端；次之則站在學名藥廠(Generic Manufacturer)立場，保護其不因倉促上市後遭提起專利訴訟並遭判定侵權，導致前期投注研發、行銷等成本付諸流水，同時也將使用該學名藥治療的病患之受影響程度降低，防止因藥品被回收、銷毀而臨時更換藥物造成的問題[9,10]。

就規範內容方面，有論者將其分為「辨識、強化、鼓勵」之三大階段[11]，在第一階段係透過橘皮書(Orange Book)制度，使專利藥廠登錄其藥品專利，並由學名藥廠依據專利藥廠登錄專利之對照藥品，以4類專利聲明(Patent Certification)申請符合專利狀態之提交資訊[12]。大部分學名藥廠多係以HWA的Paragraph IV聲明規定，主張專利新藥專利無效或未侵害該藥品專利，尋求於專利新藥專利期屆滿前上市的機會，並有助於專利藥廠及早辨識可能侵權者；第二階段學名藥廠須通知專利藥廠其申請狀況，並由專利藥廠於45天期間(45-

---

7 陳蔚奇，論美國專利連結制度於我國實行之妥適性，交通大學科技法律研究所碩士論文，2010年，頁3。

8 馮震宇，逆向付款之法律爭議與政策研究研究成果報告（精簡版），行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2012年10月，頁3。

9 楊子弘，論生物相似性藥品之上市規範—以美國、台灣及中國大陸為核心，清華大學科技法律研究所碩士論文，2012年，頁136。

10 理律法律事務所，美國專利連結與橘皮書登錄制度研究，經濟部智慧財產局103年度委託研究報告，2014年12月，頁4。

11 吳東哲，藥品的核准前專利爭端解決程序，政治大學法律科技整合研究所碩士論文，2015年，頁26-28。

12 王選雄，由學名藥法規之發展看生物相似性藥品之法律規範—以美國為例，成功大學科技法律研究所碩士論文，2011年，頁21。

day period)內決定是否主張權利，如其決定提起專利侵權訴訟，則由HWA中30個月自動停止核准期(Automatic 30-Month Stay)的設計暫時不使學名藥進入市場，以利專利爭端的解決；最後在第三階段中，如學名藥廠於訴訟中勝訴，抑或自動停止核准期屆滿，則得於第一家獲得許可之學名藥上市時取得180天專屬銷售期(180-day Exclusivity)，此階段一方面可確保首家提出申請之學名藥廠的利益，另一方面則能鼓勵後進之學名藥廠投注資源挑戰專利新藥專利，達到HWA淘汰弱專利、降低藥價的目的。

(二) 澳洲專利連結制度

澳洲與美國於2004年5月18日簽署自由貿易協定（U.S.-Australia Free Trade Agreement，簡稱USAFTA）[13]，澳洲政府於智慧財產的章節中，承諾就藥品查驗登記、上市審查程序中增設專利連結制度規定，以符合USAFTA第17章第17.10條第4項內容[14]—即於先存在之相關藥品專利仍為有效、權利保護期間未屆滿時，於第三方經引據原先已獲核准專利藥品之安全性、有效性資訊，而向主管機關提交上市核准申請時，主管機關應通知專利權人該第三者身分，並使其得獲悉相關申請案的程序進行，以防止第三人未經專利權人同意即販售有

[13] Office of United States Trade Representativ, *USAFTA*, UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE WEBSITE, available at: https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/australian-fta/final-text. (last visit: Jul.17, 2016)

[14] *Supra note*, Article 17.10. ” Where a Party permits, as a condition of approving the marketing of a pharmaceutical product, persons, other than the person originally submitting the safety or efficacy information, to rely on evidence or information concerning the safety or efficacy of a product that was previously approved, such as evidence of prior marketing approval by the Party or in another territory:

(a) that Party shall provide measures in its marketing approval process to prevent those other persons from:

(i) marketing a product, where that product is claimed in a patent; or

(ii) marketing a product for an approved use, where that approved use is claimed in a patent, during the term of that patent, unless by consent or acquiescence of the patent owner; and

(b) if the Party permits a third person to request marketing approval to enter the market with:

(i) a product during the term of a patent identified as claiming the product; or

(ii) a product for an approved use, during the term of a patent identified as claiming that approved use, the Party shall provide for the patent owner to be notified of such request and the identity of any such other person..” , available at: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/australia/asset_upload_file469_5141.pdf. (last visit: Jul.17, 2016)

侵害其專利權之虞的藥品[15]。為將自由貿易協定內容內國法化，澳洲國會另於2004年8月13日通過美國自由貿易執行法(the US Free Trade Implementation Act 2004)，並搭配1989年醫療產品法（Therapeutic Goods Act 1989，簡稱TGA）第26B-26D條的修訂，使專利連結制度於2005年1月1日起生效。惟值得注意的是，澳洲政府對於傳統專利連結制度的規範架構仍有所存疑，故在法規修正中並未有專利登錄、停止發證期間、學名藥廠獨家專屬銷售權等機制，係採較為廣義的專利連結系統[16]，以其他機制取代美國之模式。

也由於目前澳洲並未有如美國之藥品專利登錄制度，僅有類似於我國藥物查驗登記查詢之澳洲醫藥產品登記查詢系統(Australian Register of Therapeutic Goods)[17,18]，提供包括藥物名稱、成分以及藥商之詳細資料，故學名藥廠仍無法透過衛生主管機關官網查詢現存之藥品專利狀態。而當學名藥廠申請上市所引據之臨床資料（含藥品安全性、有效性資訊）並非源於自身進行之試驗，則此時TGA要求其提出專利聲明[19]：(1)基於善意(acting in good faith)且有合理原因確信其並未侵害現已上市藥品之專利權之「未侵權聲明(non-infringement certificate)[20]」；(2)申請者欲在已上市藥品專利期屆滿前將該申請藥品上市，並

---

15 黃慧嫻，澳洲因應美澳自由貿易協定之簽署修正製藥法規，科技法律透析期刊，第17:3期，2005年3月，頁3。

16 蕭郁溏、陳銘雄，從比較法觀點建構台灣專利連結制度，萬國法律期刊，第200期，2015年4月，頁95。

17 Department of Hearlth, Australia, *Australian Register of Therapeutic Goods*, AUSTRALIA GOVERNMENT WEBSITE, available at: http://www.tga.gov.au/australian-register-therapeutic-goods. (last visit: Jul.17, 2016)

18 前揭註16，頁96。

19 (1)The certificate required under this subsection is either:
(a) a certificate to the effect that the applicant, acting in good faith, believes on reasonable grounds that it is not marketing, and does not propose to market, the therapeutic goods in a manner, or in circumstances, that would infringe a valid claim of a patent that has been granted in relation to the therapeutic goods; or
(b) a certificate to the effect that:
(i) a patent has been granted in relation to the therapeutic goods; and
(ii) the applicant proposes to market the therapeutic goods before the end of the term of the patent; and
(iii) the applicant has given the patentee notice of the application for registration or listing of the therapeutic goods under section 23.
The certificate must be signed by, or on behalf of, the applicant and must be in a form approved by the Secretary.

20 前揭註15，頁3。

已通知專利權人其申請進行之事實。日後若經主管機關、他人查證學名藥廠在提交前述專利聲明時，其內容之重要部分有不實或引人錯誤之情事時，則將受處罰鍰，藉此促使學名藥廠提交正確專利聲明資訊，並確實履行通知專利權人的義務，其約束效力已為足夠，故TGA並無如美、韓等國法制就通知義務進行期間限制。

但澳洲所採取的廣義專利連結制度，事實上並無法妥善的促進學名藥進入市場，因專利權人或專屬被授權人會於專利無效卻申請禁制令時受罰，然在冗長專利訴訟進行的時間，其仍可能以取得暫時性禁制令，而得使學名藥上市受阻，並在該期間內持續賺取利益。至於遭提訴的學名藥廠則仍須負擔高額的訴訟、時間成本，在此情況下實難使學名藥廠有意願率先提出挑戰專利新藥專利。在澳洲欠缺如美國專利審理暨訴願委員會（Patent Trial and Appeal Board，簡稱PTAB）、韓國智慧財產法庭（Korean Intellectual Property Tribunal，簡稱KIPT）等專利爭端速審機構設置的情況下，該國藥品專利戰爭中的天秤仍可能持續向專利藥廠傾斜。

(三) 韓國專利連結制度

韓國與美國於2007年6月30日簽訂自由貿易協定（United States-Korea Free Trade Agreement，簡稱KORUS FTA）[21]，另經後續協商補充協議，並於2012年3月15日起正式生效。其中於該協定第18.9.5條[22]，即要求簽署國在第三人

---

[21] Office of United States Trade Representativ, U.S. - *Korea Free Trade Agreement*, UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE WEBSITE, available at: https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/korus-fta/final-text. (last visit: Jul. 13, 2016)

[22] KORUS FTA Article 18.9.5" Where a Party permits, as a condition of approving the marketing of a pharmaceutical product, persons, other than the person originally submitting safety or efficacy information, to rely on that information or on evidence of safety or efficacy information of a product that was previously approved, such as evidence of prior marketing approval in the territory of the Party or in another territory, that Party shall:

(a) provide that the patent owner shall be notified of the identity of any such other person that requests marketing approval to enter the market during the term of a patent notified to the approving authority as covering that product or its approved method of use; and

(b) implement measures in its marketing approval process to prevent such other persons from marketing a product without the consent or acquiescence of the patent owner during the term of a patent notified to the approving authority as covering that product or its approved method of use."; Office of United States Trade Representativ, U.S. - Korea Free Trade Agreement, UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE WEBSITE, available at: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/korus/asset_upload_file273_12717.pdf (last visit: Jul.13,2016).

（例：學名藥廠）引據(rely on)業經核准藥品之安全性、有效性資訊做為上市驗證資訊時，應通知該已核准藥品之專利權人在其權利期間有第三人尋求核准進入市場，以及應藉上市核准程序的實施，來預防未經專利權人同意之藥品上市情狀[23,24]。韓國為符合該協定之要求，採取二階段立法方式，第一階段係2012年3月15日起施行就專利登記制度及學名藥之通知程序；第二階段則係關於學名藥上市許可暫停發證制度(regulatory stay of the approval of generic product)、上市專屬權(exclusivity rights)及相關法規修正。由韓國食品藥物安全局（The Ministry of Food and Drug Safety，簡稱MFDS）於2014年3月21日提出韓國藥事法（Korea Pharmaceutical Affairs Act，簡稱KPAA）修正草案後，將專利連結制度制訂於藥事法[25]，並已於2015年3月15日全面實施。

依據KPAA之規定，專利藥廠專利藥於取得製造、販售等新藥查驗登記程序許可之時點，抑或取得許可後依韓國專利法[26]第87條[27]規定獲得專利權後之30日內，得向MFDS申請將有關該專利藥之專利權資訊登載於綠皮書（Green

---

23 Mee-Sung SHIM, Kevin Kyumin LEE and Eun Sun CHOI，*Draft Legislation of Pharmaceutical Affairs Act for Korean Patent-Regulatory Approval Linkage System, Sep 2014*, KIM & CHANG IP NEWSLETTER, Page1-2, available at: http://www.kimchang.com/newsletter/20140508/img/KC_IP_Newsletter_Spring_2014.pdf (last visit: Aug. 5, 2016).

24 謝欣晏、蘇郁珊，試以美國雙邊貿易協定分析其推動藥品專利連結規範對台灣之影響，經貿法訊，第166期，2014年10月24日，頁4。

25 蕭郁溏，從比較法建構台灣專利制度，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，2015年5月，頁27。

26 關於本文韓國專利法之翻譯內容，均引自中華民國經濟部智慧財產局網頁公開資訊：https://www.tipo.gov.tw/dl.asp?fileName=62418342560.docx，最後瀏覽日：2016年7月25日。

27 2013年韓國專利法第87條：專利權之創設登記與登記公告
(1)專利權應自創設登記起生效。
(2)有下列各款情況時，韓國智慧財產局局長應為專利權創設登記：
1.已依據第79條第1項繳納專利規費；
2.已依據第81條第1項補繳專利規費；
3.已依據第81-2條第2項繳納剩餘部分專利規費；
4.已依據第81-3條第1項繳納專利規費或剩餘部分專利規費；
5.經依第83條第1項第1款及第2項免為繳納專利規費。
(3)經依第2項規定登記後，韓國智慧財產局局長應將授予專利及相關資訊公告於專利公報。
(4)專利發明要求保密者，其登記之公告應待其解密後為之；而經解密應立即公告不可遲延。
(5)韓國智慧財產局局長應將申請文件及附隨材料，在登記公告起3個月內，提供公眾檢視。
(6)第3項所定登記之公告，於專利公報上應公告之事項，應由總統令定之。

List；專利目錄）中[28]，MFDS於KPAA法規體制中對登錄資訊進行實質審查，意即其不但可被動地在專利藥廠申請時對登載資訊進行變更或刪除[29]，亦可主動要求專利藥廠追加資料[30]。

學名藥之專利申請人提起上市申請時，當學名藥廠係引據專利藥廠過去提交、登載之安全性、有效性相關資料，並經KPAA第31條第2、3項申請藥品查驗登記許可，或依同條第9項就效果、效能申請藥品查驗登記內容之變更[31]，則除非有(1)專利藥廠登載專利權到期；(2)於專利藥廠登載專利權到期後始販售學名藥而申請、變更許可；(3)經專利權登載人及專利權人等同意而不為通知等情形提交其聲明予MFDS外，學名藥廠皆須於學名藥查驗登記及變更許可核發之日20天內對專利藥廠（藥品專利登載人）、專利權人進行通知[32]。專利藥廠專利權人接獲通知後，應於受通知日起45天訴訟期內決定是否主動於KIPT或相關法院依韓國專利法之規定分別提起請求藥品專利侵害排除或預防侵害之訴[33]、請求確認藥品專利權利範圍之訴[34]等訴訟[35]，並向MFDS申請禁止系爭學名藥9個月之販售[36]。如首家學名藥廠於通知義務完成後的9個月內就訴訟取得終局勝訴判決，則於獨家上市專屬權取得後自獲許可並可能實際販售學名藥之日起，享有長達9個月的優先販售權利[37]。

韓國自2012年實施專利連結制度後，KIPO統計提起專利聲明所生之相關訴訟，由2013年整年統計共49件，至2014年已攀升至216件，計算至2015年9月止更已達1,853件，成長幅度極為驚人。主要係學名藥廠為保全其因專利新藥專

28 2015年3月13日新修訂版韓國藥事法第31條第2、3項及同法第50之2條。
29 2015年3月13日新修訂版韓國藥事法第50條之3第1項。
30 2015年3月13日新修訂版韓國藥事法第50條之2第5項。
31 2015年3月13日新修訂版韓國藥事法第50條之4第1項。
32 2015年3月13日新修訂版韓國藥事法第50條之4第1、2項。
33 2013年韓國專利法第126條：對侵權行為之禁制令請求權
(1)專利權人或專屬被授權人對侵害其權利者，得請求排除之；有侵害之虞者得請求防止之。
(2)依前項規定，專利權人或專屬被授權人得請求銷毀侵權產品（包括侵害製造物之方法發明專利所生產之產品）及移除侵權行為所使用之設備，或其他防止侵權之必要措施。
34 2013年韓國專利法第135條：確認專利權範圍之審判
(1)專利權人、專屬被授權人或利害關係人得提起請求確認專利權範圍之審判。
(2)依第1項提起之審判，如專利係包含二個以上之請求項，得針對個別請求項請求確認。
35 2015年3月13日新修訂版韓國藥事法第50條之5第2項。
36 2015年3月13日新修訂版韓國藥事法第50條之5第1項。
37 2015年3月13日新修訂版韓國藥事法第50條之9第2項前段。

利失效後排他性市場行銷之權利，學名藥廠仍有強烈誘因去主動挑戰專利新藥專利。但因許多學名藥廠提起訴訟目的僅係為先保全取得排他性市場行銷權之權利，而許多學名藥廠現亦應已開始思考其後續動作[38]，未來長時間實施後仍須再進行觀察其落實之成效與影響。

(四) 加拿大專利連結制度

北美自由貿易協定（North American Free Trade Agreement，簡稱NAFTA）[39]於1992年8月12日簽署，使加拿大在受該協議第17章第1709條第5項的拘束下，承諾避免他人在未經專利權人的同意下，製造、使用或販賣受專利權保護的產品（含藥品）[40]，揭開該國引入專利連結制度法規範的序幕。在1993年加拿大即透過對專利法的修正，亦完成並正式施行「專利藥品核准通知準則（Patented Medicines(Notice of Compliance)，簡稱PM(NOC)）」，經1998、1999及2006年等年度多次修訂後，已漸與美國專利連結制度相近，成為除美國外首引入專利連結制度的國家[41]，惟該國仍尚未對學名藥市場專屬銷售期進行規範。

當新藥上市申請程序（New Drug Submission，簡稱NDS）之申請人新提出或增修新藥上市申請時，皆必須向加拿大衛生部提交專利列表(patent list)[42]

---

38 Mee-Sung SHIM, *Inchan Andrew Kwon & Garam Baek, Patent approval linkage system – initial ststistics*, Feb 8. 2016, KIM & CHANG IP NEWSLETTER, available at: http://www.kimchang.com/newsletter/201510/ip/en/newsletter_ip_en_fall_winter2015_article07.html (last view: Jul 17,2016).

39 Canada government, *Text of the North American Free Trade Agreement* (NAFTA), GLOBAL AFFAIRS CANADA, available at: http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=eng (last view: Jul. 19, 2016).

40 Article 1709.5: Each Party shall provide that:
(a) where the subject matter of a patent is a product, the patent shall confer on the patent owner the right to prevent other persons from making, using or selling the subject matter of the patent, without the patent owner's consent; and
(b) where the subject matter of a patent is a process, the patent shall confer on the patent owner the right to prevent other persons from using that process and from using, selling, or importing at least the product obtained directly by that process, without the patent owner's consent; Canada government, *Text of the North American Free Trade Agreement (NAFTA), Part Six: Intellectual Property*, GLOBAL AFFAIRS CANADA, (Jul. 19, 2016), http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/text-texte/17.aspx?lang=eng.

41 前揭註16，頁94。

42 PM(NOC) Regulations § 4 (1),(5).

說明其所欲登錄之專利內容，至少須有一個請求項與申請新藥本身或其用途有關[43]。就專利登錄內容確認部分，PM(NOC)則賦予加拿大衛生部拒絕、刪除與登錄要件不符的藥品專利內容，或要求專利藥廠、專利權人增加缺少的登錄內容之實質審查權利[44]。學名藥廠即須根據申請案提交時已登錄的藥品專利，在提出挑戰專利新藥專利的聲明後，通知並送予專利藥廠與加拿大衛生部[45]。

當專利藥廠接獲學名藥廠的通知後，其則可在45天訴訟期間內，循PM(NOC)法規主張該通知內容不正當，並向法院提起訴訟[46]。就該訴訟性質而言，並非如美國專利連結制度將學名藥廠進行ANDA申請的行為擬制為專利侵權行為所進行的專利侵權訴訟，而係單就該通知所提起的不正當之訴，向法院提出司法審查申請(judicial review application)。訴訟提起後24個月停止發證期即自動起算。惟為防止專利藥廠或專利權人濫用前述24個月自動停止發證期規定，PM(NOC)第8條即規定，如兩者撤回PM(NOC)不正當之訴、該訴訟遭法院駁回或學名藥廠於確定判決中獲得勝訴[47]，則學名藥廠即得請求專利藥廠賠償學名藥廠其因該訴訟進行、停止發證期規定而無法上市所受之損失[48]。

(五) 臺灣引進專利連結制度之進程

1. 藥事法修正之進程與修正草案內容

我國為配合臺美貿易暨投資架構協定(TIFA)之談判及擬加入跨太平洋戰略經濟夥伴關係協議(TPP)，近年來擬引進專利連結制度，中央衛生主管機關衛生福利部食品藥物管理署（以下簡稱為食藥署）從2014年以來陸續召開十餘場公聽會及溝通會後擬具藥事法部分條文修正草案及增定第四章之一「西藥之專利連結」。食藥署提出並經行政院院會通過後，於2016年8月4日公告之最新版藥事法部份條文修正草案（以下簡稱為草案），其總說明特別指出，鑑於現行

---

43 Suzanne Marie Porter, *Canada's Patented Medicines(Notice of Compliance)Regulation: Removing Inefficiencies to Encourage Generic Competition*, at 16, (2011), A thesis for the degree of Master of Laws of Toronto University, TSPACE WEBSITE, available at: https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/31388/1/Porter_Suzanne_M_201111_LLM_thesis.pdf. (last visit: Aug. 5, 2016)

44 PM(NOC) Regulations § 3 (2)；黃慧嫻，專利連結—藥品研發與競爭之阻力或助力?談藥品查驗登記程序與專利狀態連結之發展（下），科技法律透析期刊第21:3期，2009年，頁35。

45 PM(NOC) Regulations § 5 (3)；廖柏豪，論專利連結與資料保護對我國醫藥產業之影響，國立臺北大學碩士論文，2013年，頁34。

46 前揭註16，頁98。

47 PM(NOC) Regulations § 8 (1).

48 PM(NOC) Regulations § 8 (2).

藥事法僅賦予新成分新藥5年之資料專屬保護，但若仿照歐洲國家作法賦予較長期間的新藥資料專屬保護，可能會過度延長學名藥上市時程，再者現行藥事法未課以新藥藥品許可證所有人公開專利資訊之義務，學名藥藥品許可證申請人在難以明確知悉或掌握藥品專利資訊之情況下，不僅難以具體切結不侵權之專利權，亦難踐行侵權與否之查證工作，且不乏核准上市之學名藥涉及專利權侵害爭議，故擬增訂藥品許可證審查程序與專利連結之規定。主要內容如下：

草案第48條之3係專利資訊登錄之規定，新藥藥品許可證所有人應自藥品許可證領取之次日起45日內，向中央衛生主管機關（下稱主管機關）為之。草案第48條之3第2項規定登錄之藥品專利權，以物質、組合物或配方與醫藥用途的發明為限。本條立法說明亦指出是否登錄由新藥藥品許可證所有人自行判斷及提報之。而為減少取得學名藥藥品許可證申請人，因專利爭議影響病人用藥，草案第48條之9就新藥已登載之專利權，學名藥許可證申請人應於申請時，向主管機關聲明：(1)該新藥未有任何專利資訊之登載。(2)該新藥對應之專利權已消滅。(3)該新藥對應之專利權消滅後，始由主管機關核發藥品許可證。(4)該新藥對應之專利權應撤銷，或申請藥品許可證之學名藥未侵害該新藥對應之專利權（第1款至第4款）。草案第48條之12第1項規定，學名藥藥品許可證申請案涉及第4款之聲明者，申請人應自申請資料已齊備通知送達之次日起二十日內，以書面通知新藥藥品許可證所有人及主管機關。專利權人或專屬被授權人則依草案第48條之13第1項規定，於接獲通知後，應自接獲通知之次日起45日內提起侵權訴訟。

草案第48條之13第2項規定，主管機關應自新藥藥品許可證所有人接獲通知之次日起15個月內，暫停核發藥品許可證。而為鼓勵學名藥藥品許可證申請人從事研發或專利迴避設計以挑戰新藥專利權效力，草案第48條之16第1項明定，依上開第4款聲明之學名藥藥品許可證申請案，其申請資料齊備日最早者，取得12個月之銷售專屬期間。

為避免新藥藥品許可證申請人或所有人、學名藥藥品許可證申請人或所有人、藥品專利權人或專屬被授權人間，達成不公平或限制競爭之協議，阻礙其他學名藥之上市，不當影響病患用藥、公共衛生與市場交易秩序，修正草案第48條之19規定，上開當事人間所簽訂之和解協議或其他協議，涉及本章之規定者，雙方當事人應自事實發生之次日起20日內通報主管機關。主管機關認通報之協議有違反公平交易法之虞者，得通報公平交易委員會，若未依規定通報者處新臺幣3萬元以上200萬元以下罰鍰。

2. 專利法之配合修正

因新藥專利人若於被通知後提起專利侵權訴訟，可能發生法院認定因學名藥尚未取得查驗登記核准，專利尚無任何受侵害之虞，造成專利權人起訴遭法院駁回之情形。因此，經濟部智慧財產局考量藥事法新增規定容許專利權人於學名藥申請查驗登記階段提起專利侵權訴訟，此時之訴訟目的僅係為「預為釐清」，尚無具體侵害發生，與一般侵權應有所不同，因此提出專利法第60條之1之修正草案版本：「依藥事法第四十八條之八第四款聲明之查驗登記申請案，專利權人於接獲通知後，得依第九十六條第一項規定，請求除去或防止侵害。（第一項）前項專利權人未於藥事法第四十八條之十二第二項第一款所定期間內對該查驗登記申請人提起訴訟者，該申請人得就其申請查驗登記之藥品是否侵害該專利權，提起確認之訴。（第二項）」[49]。

三、專利連結制度於競爭法之議題

(一) 美國的競爭法上關於逆向給付爭議

1. 反托拉斯法主管機關的權限分配

在美國反托拉斯法係由DOJ反托拉斯署(the Antitrust Division of the Department of Justice)以及FTC共同執行。任一機關均能追訴克萊頓法(Clayton Act)的違法行為，然而美國司法部單獨負責執行薛曼法(Sherman Act)。惟聯邦貿易委員會依據聯邦貿易委員會法（Federal Trade Commission Act，簡稱 FTC Act）第5條能追訴「競爭的不正當手段」(unfair methods of competition)，而該用語經廣泛解釋已涵蓋抵觸薛曼法與其他反托拉斯法所揭櫫之公共政策的行為[50]。為使此一雙軌執行系統(Dual Enforcement)能順利運作，DOJ已讓FTC幾乎全權執行羅賓遜－帕特曼法(Robison-Patman Act)之價格歧視條款，在其他反托拉斯法的執行領域，兩機關權限有相當的重疊，故兩機關也發展出協調機制以避免雙重執行及對企業產生不必要的煩擾。兩機關之間調查互通，一些特定的反托拉斯法行為，明顯落入司法部的執法範疇，例如價格操縱(price fixing)；而部分產業，例如資料處理與基礎金屬(basic metals)，一般係由司法部而非聯邦貿易委員會負責。另一方面，醫藥與食品經銷問題則是由聯邦貿易委員會處

[49] 經濟部智慧財產局105年4月13日召開「因應TPP專利法修正公聽會」會議資料，瀏覽網站：http://www.tipo.gov.tw/ct.asp?xItem=585578&ctNode=7127&mp=1，最後上網日期：2016年7月30日。

[50] Robert Pitofsky, TRADE REGULATION: CASES AND MATERIALS, 54 (6th ed. 2010).

理[51]。

2. 美國之藥品市場概況及競爭市場界定

美國藥品市場發展的優勢在於法規、智財保護制度的健全，且相較他國藥價變化的管制較少，因此較高藥品價格受到允許，而藥品銷售額成長動力主要源於新藥上市與藥價上升。於2015年度美國藥品銷售額達3,334億美元，較2014年成長7.6%，且以處方藥為主，共占總銷售額之94.3%，當中專利新藥比例更達77.5%。而學名藥於同年度銷售額雖僅達702億元，占整體藥品銷售額之21%；然長期市占則相對樂觀，預計2020年將達881億美元，有機會改善當前處方藥市場中專利藥的高占比現象[52]，有關專利藥面臨學名藥競爭已開始產生排擠效應。

美國之專利新藥開發進程中，除上市前法定檢驗流程外，各專利藥廠亦會受制於FDA之行政管制[53]，兩者背後隱含的皆為長時間、高花費成本。以新藥開發為例，由化合物發現至藥品完成平均約耗時10-15年，花費額度並可高達8億美元以上[54]，且相對美國其他產業僅4%收益投注於研發，專利新藥業之投入比例則有17%之多[55]。因此如何回收前期投注成本並賺取額外獲利，即成為各專利藥廠營運上的核心課題，法規上亦有專利權、資料專屬期、孤兒藥(orphan drugs)銷售專屬期等等之保護。另美國境內的保險計畫也透過藥品處方集(drug formulary)帶動藥品購買行為，當病人或藥局購買受該處方集列入的處方藥時，即可受到保險補貼。

至於學名藥可謂專利新藥的模仿者(copycat)，其不但不須經過冗長的研究、開發進程，亦毋須如專利新藥進行促銷，因此在市場上售價自然也相對較低[56]，且因價格競爭力而弱化品牌的重要性。據統計，當數學名藥進入市場數

---

51 *Id. at* 68.

52 劉祖惠主編，財團法人生物技術開發中心製藥產業年鑑(2016)，2016年7月，頁67。

53 Patricia M. Danzon, *Competition and Antitrust Issues in the Pharmaceutical Industry*, CENTRAL REGIONAL DE COMPETENCIA PARA AMÉRICA LATINA PUBLICATION, 8, available at: http://www.crcal.org/guias-y-estudios/estudios/estudios-de-sector/doc_download/30-competition-and-antitrust-issues-in-the-pharmaceutical-industry (last visit: Oct. 8, 2016).

54 Joseph A. DiMasi et al., *The Price of Innovation: New Estimates of Drug Development Costs*, 22 J. HEALTH ECON. 151 (2003); Tufts Center for the Study of Drug Development, *Post-Approval R&D Raises Total Drug Development Costs to $897 Million*, IMPACT REPORT, VOL. 5, NO. 3 (2003).

55 *Supra note* 53, at 5.

56 United States v. Generix Drug Corp., 460 U.S. 453, 455 n.1 (1983).

月後，學名藥平均售價便降至專利新藥的10-30%，且有高達80-90%的處方覆蓋率[57]。面對學名藥進入市場的威脅，專利藥廠不但會選擇停止促銷手段，有些專利藥廠亦會選擇透過授權學名藥廠的方式生產授權學名藥，以爭取對專利新藥仍具彈性價格(price-elastic)反應的消費者[58]。

美國製藥產業常因其規模常受到反托拉斯執法行動的檢視，以2000-2010年之期間為例，FTC便曾針對229件結合案、22件非結合案啟動反競爭執法[59]，所謂非結合案亦包含智財權訴訟中專利藥廠與學名藥廠所簽訂的暫時、永久的和解協議[60]，該類協議可能因延遲學名藥進入市場，而使專利藥廠有機會維持或提高處方藥品之超競爭價格(supracompetitive prices)，故亦常受到FTC等執法單位關注。有些案例確實可依直接證據進行判定，例如最高法院於*FTC v. Indiana Federation of Dentist*案所述[61]，以Sherman Act或Clayton Act損害賠償規定主張權利的案例，若已有限制輸出等明顯有害競爭影響的證據，則市場界定與市場力量便無分析之必要性，可依快速審理原則(quick look)推定違法。但其餘市場行為即落入須經合理原則(rule of reason)審查的類別，在該原則中法院亦須對系爭市場行為於市場競爭之影響進行縝密的檢視[62]，此時政府單位或民間第三方所扮演的原告角色通常便須先向法院、陪審團舉證證明對造市場力量(market power)、獨占力量(monopoly power)的存在。

市場界定的法源主要有兩個，一為Sherman Act Sections 2，另一則為Clayton Act Sections 7；前者常用於訴訟中獨占主張的驗證，後者則用於有潛在反競爭影響的結合行為查核中。面對兩相異審核準則，雖最高法院認為，即便Clayton Act 第7條用語隱含對結合等市場行為的未來影響預測，但該差異點純粹係針對結合案初提出時難以直接觀察其對市場競爭影響的困難[63]，故對於

---

57 *Supra note* 53, at 16.

58 *Supra note* 53, at 16.

59 Anish Vaishnav, *Survey: Product Market Definition in Pharmaceutical Antitrust Case : Evaluating Cross-Price Elasticity of Demand*, 2011 COLUM. BUS. L. REV. 586, 587 (2011).

60 M. Howard Morse, *Product Market Definition in the Pharmaceutical Industry*, ANTITRUST LAW JOURNAL VOL. 71, No. 2, p.633 (2003).

61 FTC v. Indiana Fed'n of Dentists, 476 U.S. 447 (1986); George Farah, Laura Alexander, *Prominent Market Definition Issues in Pharmaceutical Antitrust Cases*, ANTITRUST L. J. VOL.30, NO.1, 46 (2015), (Oct. 9, 2016), http://www.cohenmilstein.com/publications/prominent-market-definition-issues-pharmaceutical-antitrust-cases.

62 *Supra note* 59, at 591.

63 Brown Shoe Co., Inc. v. United States 370 U.S. 294, 324, 335 (1962); George Farah,

Clayton Act所提到的「貿易範圍(line of commerce)」與Sherman Act所述之「部分貿易(part of commerce)」意義並無差異化的必要[64]，但各級法院於在建構獨立的市場界定標準上仍存在困難；反之，行政執法單位處置上則較具彈性，允許兩審查標準的交錯適用[65]。非結合案中，FTC對市場界定的態度往往較為嚴格，常產生狹小市場的界定結論，例如其將系爭案件中的專利新藥與其同等學名藥歸納於同一市場，而排除其他與專利新藥有生物相等性之學名藥於其他市場；至於對結合案件的挑戰，界定市場的範圍變化則較為寬廣，特定藥品化合物組成或是具備相同交互作用、劑型、適應症之不同藥品型態皆為其界定工具。FTC主要會檢視各市場行為中所包含的藥品，是否具備相同病症與適應症、治療機轉、化合物成分、劑型、投藥頻率、劑量等要素，並考量藥品間是否為專利新藥與學名藥、處方藥及非處方藥關係，以及各藥品係處於開發或上市階段等條件，綜合作為其判定相關市場進行界定的基礎。

就學名藥與專利新藥同一相關市場之界定，主要著重於學名藥彼此間、學名藥與專利新藥間於市場劃分中的角色。無論在結合或非結合案中，FTC多認為學名藥相互間應歸於同一相關市場內，原因在於雖學名藥可能有顯著之市占率，惟其與專利新藥間的價格相當懸殊，不會對專利新藥價格有抑制效果，故消費者並不會將學名藥視為專利新藥的可替代(interchangeable)產品，高強度的價格競爭主要會呈現於學名藥間的市場競爭中[66]；至於學名藥與專利新藥間的市場劃分，FTC首先依無價格抑制效果緣由排除市場中其他不同成分但治療同適應症的專利新藥、學名藥，並進一步指出，僅專利新藥品同成分的學名藥在進入市場時對之有價格下降影響，而該影響亦會擴及該學名藥的銷售定價上。

面對專利藥廠與學名藥廠於專利訴訟中達成的協議，例如和解協議、逆向付款協議等，FTC亦延續以上市場界定方式，將協議中的專利新藥與學名藥與

Laura Alexander, *Prominent Market Definition Issues in Pharmaceutical Antitrust Cases*, ANTITRUST L. J. VOL.30, NO.1, 46 (2015), available at: http://www.cohenmilstein.com/publications/prominent-market-definition-issues-pharmaceutical-antitrust-cases (last visit: Oct. 9, 2016).

64 United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 573 (1966).

65 *Supra note* 59, at 590-592.

66 FTC, *In Dow Chem. Co & Marion Merrell Dow Inc*., FILE NO. 941-0019, 1994 FTC LEXIS 86 AT 7 (FTC May 24, 1994); FTC, *Pfizer Inc. & Pharmacia Corp*., FTC DOCKET NO. C-4075 (May 30, 2003), (last visit: Oct. 8, 2016), available at: http://www.ftc.gov/os/2003/04/pfizercmp.htm; FTC Press Release, *Pfizer, Pharmacia Will Divest Assets to Settle FTC Charges* (Apr.14, 2003), available at: https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2003/04/pfizer-pharmacia-will-divest-assets-settle-ftc-charges (last visit: Oct. 8, 2016).

其他等價學名藥納入同一相關市場，並重申其他藥品係因具不同化合物組成、安全性、效價(efficacy)與副作用，而無法成為系爭協議中藥品的有效替代物。相對FTC較為模糊的產品市場界定標準，美國各級法院則有較清楚的分析輪廓，美國最高法院認為雖市場上任何產品皆有其替代物存在，但相關市場並非漫無邊際地包含系爭產品與其所有替代物在內的範圍，若某產品在價格變動下僅少數買家會轉而購買，則此時該類產品因其交叉需求彈性(cross elasticity of demand)較小，即須將之排除於相關市場外，使得相關市場範圍得以限縮。

製藥產業無論是在競爭型態、市場特徵方面皆與其他類別產業存在根本差異[67]，故此時即產生其是否應適用合理可替代性或交叉需求彈性的疑問。於過去美國法院判決中，雖有法院亦認同製藥產業的差異性，惟最高法院於United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.案[68]中則將該差別淡化，認為即便須進行界定的「市場」在各貿易領域皆有所不同，但就生產者之市場力量判定，一般而言每一產品之價格控制力量並非不會成立違法獨占，而交叉需求彈性皆為可通用的審查標準[69]。而雖結論如此，在判定藥品合理可替代性、交叉需求彈性時，往往須就消費者、價格、產品差異性、單一產品市場以及學名藥市場等區塊進行差別化分析，故仍可透過分析前提的確立來顧及製藥產業在發展上的歧異點。例如消費者結構需探討消費者究係病人、醫師、藥師、第三方給付者及管理式健保抑或是醫院。惟縱使評估製藥市場中各消費者的影響性，交叉需求彈性數值仍可能因僅考量藥品價格而無法精確計量市場中的非價格競爭(non-price)狀態，而該競爭態樣卻為反托拉斯法分析中的核心要素[70]。

單一成分藥品是否能單獨界定在個別市場範圍內，如FTC等執法單位多以肯定該類狹小市場劃定的假設為前提進行分析，即先假定僅含特定治療化合物的相關市場，再視是否有其他可替代化合物供醫師、醫院進行選擇等證據呈現，來視情況增加市場範圍，若確有足夠可替代物存在於市場中，有時該市場

67 In re Cardizem CD Antitrust Litigation, 200 F.R.D. 297, 311 (E.D. Mich. 2001); Geneva Pharms. Tech. Corp. v. Barr Labs., Inc., 201 F. Supp. 2d 236, 268 (S.D.N.Y. 2002)(quoting In re Cardizem CD Antitrust Litigation).

68 *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 404 (1956).*

69 *Supra note* 59, at 595.

70 Christopher L. Sagers, Richardm. Brunell, W. Joseph Bruckner, *Brief for American Antitrust Institute as Amicus Curiae Supporting Appellants*, 8(Jan. 3 2011), available at: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2011/01/110103lundbeckbriefamerican.pdf (last visit: Oct. 8, 2016); U.S. Dep't of Justice & Fed. Trade Comm'n, *Horizontal Merger Guidelines § 1*, Overview, at 2 (2010).

範圍甚至可擴及治療特定病症的藥品類別[71]。但美國法院的見解則相反地對單一產品市場的界定較為保守，並限定在如Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.案[72]中的搭售市場行為個案中適用，允許單一品牌市場構成單一市場的方式，僅在衍生產品或服務有特殊性、不可替代性，並因訊息取得與置換產品成本高有交叉需求彈性受壓制，而無法於簡易判決(summary judgment)中證明產品主要市場存在競爭效應等情況下，方有適用的空間[73]。上述見解即「相關市場的界定並不能限縮於單一製造商的產品」，亦已成為美國法學實務、學界的入門法則[74]。

3. 逆向給付

所謂逆向給付協議，係於藥品專利侵權訴訟中，專利權人同意支付一筆實質的金額給其認為的侵權者（學名藥廠），使雙方就該專利爭端達成和解，作為交換學名藥廠則承諾不挑戰其專利有效性、延遲其學名藥上市的日期，甚至承諾不移轉其180天專屬銷售期於他方。另因此類協議存在使和解金等付款逆向由專利訴訟原告付款給專利訴訟被告之反常情狀，故該項付款常被稱作「逆向給付(reverse payment)」，而雙方達成的協議自然則也被稱為逆向給付協議[75]。

上述協議在美國旋即引起有關違法限制貿易等反競爭影響的質疑。事實上，無論是薛曼法或是克萊頓法等反托拉斯法，皆對於有違法限制貿易的聯合行為有所規制，並給予司法機關審核相關行為或協議的權限。以FTC為例，FTC Act更直接使FTC承擔調查可能違反薛曼法、克萊頓法的潛在行為。在執法層面，FTC可針對共謀者(colluder)提起民事訴訟，或是對共謀行為在其獨有的行政審查程序中提出訴狀(complaint)，而若執法單位未行動，或非政府團體在消費者受到反托拉斯損害的情狀，兩者皆亦可循克萊登法途徑對違法事業發動反競爭訴訟[76]。在2003年MMA修法後，達成逆向給付協議的雙方皆須

71 David A. Balto & James F. Mongoven, *Antitrust Enforcement in Pharmaceutical Industry Mergers*, 54 FOOD & DRUG L. J. 255, 259 (1999); Robert E. Bloch et al., *Product Market Definition in Pharmaceutical Mergers*, ANTITRUST REP., Sept. 1997, at 17.

72 Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451 (1992).

73 *Supra note* 60, at 666 (2003); Hack v. President and Fellows of Yale College, 237 F.3d 81, 86–87 (2d Cir. 2000); Brokerage Concepts, Inc. v. U.S. Healthcare, Inc., 140 F.3d 494, 515 (3d Cir. 1998).

74 ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS 566 (5th ed. 2002).

75 Tania Khatibifar, *The Need for a Patent-Centric Standard of Antitrust Review to Evaluate Reverse Payment Settlements*, 23 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 1352 (2013).

76 David Ernest Balajthy, *A Pharmaceutical Park Place: Why The Supreme Court Should*

向DOJ、FTC申報協議內容；而如前述，醫藥與食品經銷問題主要係由FTC掌管，故其不但曾針對該類協議進行廣泛之調查，亦常於接獲申報並審查後主動提起訴訟，以期防止該類協議對美國製藥產業造成反競爭影響。

(1)當然違法(*per se rule*)—*In re Cardizem Antitrust Litigation*案[77]

1995年12月30日，Andrx Pharmaceuticals, Inc.（簡稱Andrx公司）循HWA之P4途徑，聲明其學名藥產品並無侵害橘皮書登錄Carderm Capital, L.P.（簡稱Carderm公司）授權Hoescht Marion Roussel, Inc.（簡稱HMR公司）之Cardizem CD藥品專利。1996年1月，HMR公司、Carderm公司便對Andrx公司提出專利侵權訴訟，Andrx公司亦提起反競爭主張之反訴。後HMR公司與Andrx公司達成協議，Andrx公司不銷售Cardizem CD之學名藥，直至協議解除條件[78]成立為止。Andrx公司亦撤回其反訴，然將繼續ANDA申請程序，不放棄其180天專屬銷售期權利。 HMR公司同意在Andrx公司取得上市許可後，支付4千萬美元/年的中期款項(interim payments)；如協議中其餘條件[79]達成，則每年再額外支付1億美金，使其不在市場銷售學名藥。

本案原告（Cardizem CD藥品之直接或間接消費者）主張該協議使Andrx公司之學名藥延遲上市，以及HMR公司銷售之Cardizem CD藥品價格無法調降，HMR公司並得藉此避免與其他潛在學名藥廠間的競爭，兩者行為皆已違反薛曼法第1條規定，經美國密西根州東區底特律地方法院（簡稱密州地院）審理，認該協議為當然違法之市場劃分行為[80]，全案並經中間上訴(interlocutory appeal)程序進入美國第六巡迴上訴法院審理。第六巡迴法院於判決中指出有關薛曼法第1條所述之限制貿易行為，雖大多以合理原則(Rule of Reason)進行評估，然某些行為對於限制競爭有可

Modify The Scope of the Patent Test for Reverse Payment Deals, 20 J.INTELL.PROP.L. 315, 320 (2013).

77 *In re Cardizem CD Antirust Litigation*, 332 F.3d 896 (6th Cir. 2003).

78 該協議解除條件為：(1)Andrx公司於專利訴訟中獲得對其有利之確定判決(2)雙方達成授權協議(3)HMR公司與第三方達成授權協議(I*n re Cardizem CD Antirust Litigation*, 332 F.3d 896, 902 (6th Cir. 2003))。

79 該等條件包括：(1)宣告無專利侵權之確定判決形成(2)HMR公司撤回專利侵權訴訟(3)無涉專利有效性、強制執行或是否侵權之確定判決形成，且HMR公司無法再就專利侵害事項起訴(*In re Cardizem CD Antirust Litigation*, 332 F.3d 896, 902 (6th Cir. 2003))。

80 Alicia I. Hogges-Thomas, *Special Issue on Cirsuit Split: Winning the War on Drug Price: Analyzing Reverse Payment Settlements Through the Lens of Trinko*, 64 HASTINGS L.J. 1428 (2013).

預測、惡性之影響，故當法院有充分把握該行為不會通過合理原則之審查時，即有當然違法原則之適用空間[81]。第六巡迴法院認為在協議中已表明，即便後者之Cardizem CD學名藥經FDA許可上市亦不進入市場，前者並於每季支付1千萬美元作為補償，使之在協議終止前得以維持其市場獨占地位。因此前述協議屬水平協議，其目的為限制美國Cardizem CD藥品市場內之競爭，為限制貿易之典型當然違法案例之一，並不因被告主張該協議係實施專利權、專利訴訟進行期間所達成之和解協議而得排除當然違法原則，協議內容已使得唯一潛在競爭者不進入市場競爭，屬當然違法而存在違反競爭法情事。

(2)專利範圍原則(Scope-of-Patent Test)案例—*Valley Drug Co. v. Geneva Pharms., Abbott Lab.*案[82]

「Hytrin」為被告Abbott Laboratories（簡稱Abbott公司）專治高血壓及攝護腺肥大等病症之專利新藥，藥品主要活性成分乃terazosin。Abbott公司於原始專利到期後，仍針對不同晶形、使用與製備方法進行專利佈局。被告Geneva Pharmaceuticals, Inc.（簡稱Geneva公司）經由HWA之P4途徑，向FDA提出兩項ANDA申請Hytrin藥物之藥片與膠囊劑型。Abbott公司獲悉後針對前者提出侵權訴訟；後者膠囊劑型部分因Abbott公司未在45天期限內發動侵權訴訟而取得FDA許可，惟Abbott公司仍於事後另提侵權訴訟。Zenith Goldline Pharmaceuticals（簡稱Zenith公司）後亦循HWA途徑提出ANDA申請，Abbott公司隨後又登錄兩項有關Hytrin藥物主要活性成分之專利於橘皮書中，Zenith公司主張新登錄之兩項專利並無涉Hytrin藥物本身或其使用方法要求撤下登錄，Abbott公司則對Zenith公司提起侵權訴訟。

Zenith公司與Abbott公司隨後達成和解協議（簡稱Zenith協議），Zenith公司承認Abbott公司藥品專利有效性並同意不銷售自身學名藥；Abbott公司同意先支付3百萬美元先期款項，3個月後再支付同金額，在其後則每3個月支付6百萬美元，直至約定期限或雙方協議因相關條款終止。Geneva公司與Abbott公司間亦達成和解協議（簡稱Geneva協議），除包含Zenith協議中有關不銷售自身學名藥的內容，另增加Geneva公司獲得其藥片、膠囊學名藥未侵害'207專利之法院確定判決即得上市銷售之解除條件，又Geneva公司也承諾將協助Abbott公司對抗其他ANDA申請者；

81 *Supra note* 79, at 905.

82 *Valley Drug Co. v. Geneva Pharms., Abbott Lab.,* 344 F.3d 1294 (11th Cir. 2003).

Abbott公司每月支付450萬美元，直至下個Hytrin藥品學名藥進入市場或Abbott公司於侵權訴訟中獲得對其有利之判決為止。惟雙方協議因FTC的調查[83]展開並提起訴訟而暫停。

紐澤西州地方法院（簡稱紐澤西地院）認為在Geneva、Zenith兩協議中，協議約定內容皆存在反競爭效果，該合約目的係為在不定期間內阻止Geneva、Zenith公司在美國市場銷售terazosin學名藥，同時降低兩家公司將相關權利移轉予他人與之對抗的風險。綜上，紐澤西地院敘明被告間存在限制國內terazosin藥品銷售之陰謀(scheme)，所達成之協議即便與專利訴訟相關亦無法豁免於當然違法原則之分析，判決被告敗訴。

美國聯邦第十一巡迴上訴法院申言，本案協議確有削減輸出和提高價格之明顯傾向；但如市場區域劃分、操縱價格情形係因專利權人為排除他方侵害專利行為所引起的競爭，不應有當然違法原則的適用，推翻紐澤西地院有關本案屬當然違法部分之簡易判決。其認為在專利法與反托拉斯法兩法制度交錯領域之適用上，若和解協議係專利權人於專利範圍(scope of the patent)內行使其排他權所達成，此時即不應強加反托拉斯責任於和解雙方，應於例外狀況才允許反托拉斯法介入較為妥適。惟在本案並無前述之例外情狀，故毋須再進行反托拉斯分析。

(3)快速審理原則(Quick-Look Approach)案例—*In re K-DUR Antitrust Litigation*案[84]

K-Dur藥品為被告Schering-Plough Corporation（簡稱Schering公司）的專利新藥，Schering公司以其主成分為氯化鉀之晶形塗層(coating)的配方獲得'743專利。後被告Upsher-Smith Laboratories（簡稱Upsher-Smith公司）、另間學名藥廠ESI Lederle（簡稱ESI公司）即分別針對同成分藥物，循HWA之P4聲明途徑提出ANDA申請，後皆遭Schering公司提出專利侵權訴訟。雙方於第一審法院判決前達成和解協議（簡稱Schering-Upsher協議），承認'743專利的有效性，並延遲其學名藥上市；Schering公司承諾當Upsher-Smith公司學名藥上市時，將以無權利金、非專屬授權的形式授權'743專利，另外並於3年內支付6千萬美元予Upsher-Smith公司。

FTC主張本案中協議與延遲競爭者進入市場間有直接關聯，不合理地限制市場貿易。FTC認為，Schering-ESI協議係為延遲學名藥進入市場所

83 *FTC, Abbott Laboratories, In the Matter of (2000),* FTC WEBSITE, available at: http://www.ftc.gov/os/2000/05/c3945.do.htm (last visit: May. 12, 2016).

84 *In re K-DUR Antitrust Litigation*, 686 F.3d 197 (3d Cir. 2012).

達成，而非因司法訴訟壓力而達成的和解，同時在本案中並不需要去考量專利的侵權爭議，因協議中相關金額的支付，其法律意義乃延遲學名藥進入市場的對價(*quid pro quo*)。另單就逆向支付的協議內容，實已足夠成立限制競爭之表面(prima facie)證據。FTC敘明，對於本案所涉及的逆向支付，應以合理原則(Rule of Reason)進行審查，除非協議雙方可證明(1)該項支付有延遲學名藥進入市場以外的目的(2)該支付有促進競爭的效果，否則該協議即屬違法。

第十一巡迴法院仍採專利範圍原則，認Schering公司支付Upsher公司的6千萬美元僅為專利授權金，且兩者間並不存在逆向給付，故拒絕FTC的裁定，另判定系爭Schering-Upsher協議在促進和解的司法政策脈絡下，不但為可被允許的和解協議，亦為Schering公司於專利法保障範圍下行使權利的對應結果，故於此毋須再就專利強度進行判定，因此本案並不存在反競爭疑義。

第三巡迴法院則就專利範圍原則中，認為幾乎無法推翻的「專利有效性推定」(unrebuttable presumption of patent validity)漏未審酌訴訟中環繞於專利的相關疑義。在挑戰專利有效性的訴訟中該推定僅為程序法上應用的載具，使原告承擔專利無效的舉證責任，而非謂專利權人在實體法上有此權利[85]，由該推定導引至專利權人有權排除其他競爭者的結論，明顯是在未考量逆向給付協議形成的訴訟背景而被誤導的。逆向給付協議顯然是潛在競爭者在未確定專利有效性的情狀下，就與專利權人達成協議來共享獨占利益，此時即凸顯該協議存在反競爭影響，使得潛在競爭者不再研發相關技術或是挑戰專利有效性[86]，故該協議應有受反托拉斯法審查的必要。因此第三巡迴法院決定應根據經濟現實狀況，以快速審理原則檢視逆向支付協議。所謂快速審理原則，本身亦屬合理原則審查[87]的類型，然其過程相對較為簡化。在快速審理原則的應用中，如原告能舉證被告有類似於違反當然違法原則的行為，此時則得跳過合理原則第一階段中有關被告行為

85 *Stratoflex, Inc. v. Aeroquip Corp.,* 713 F.2d 1530, 1534 (Fed. Cir. 1983).

86 *United States v. Studiengesellschaft Kohle, m.b.H.,* 670 F.2d 1122, 1136 (D.C. Cir. 1981).

87 合理原則審查程序：(1)原告須證明被告行為對市場有反競爭影響。(2)如原告順利證明，舉證責任則反轉於被告，尤其證明其行為具備促進競爭的效果與目的。(3)如被告順利反證，原告則得舉證被告行為非達到同樣促進競爭效果的必要手段，來推翻被告之反證，see Andrew I. Gavil, *100 Year of Standard Oil Antitrust Symposium: Article: Moving Beyond Caricature and Characterization: The Modern Rule of Reason in Practice*, 85 S. CAL. L. REV. 733, 733-740, (2012)。

是否有反競爭效果的舉證程序，直接推定其行為違法，而使被告須直接依第二階段舉證證明其行為之促進競爭效果，使整體審理程序得以更迅速的運行。

(4)合理原則(Rule of Reason)案例—*FTC v. Actavis ,Inc.*案[88]

AndroGel為 Solvay Pharmaceuticals（簡稱Solvay公司）所生產的專利新藥，Actavis, Inc.（簡稱Actavis公司）以及Paddock Lab.（簡稱Paddock公司）都分別循HWA之P4聲明規定進行ANDA申請程序。另Par Pharmaceutical（簡稱Par公司）本身雖未推出自身學名藥，但與Paddock公司結盟共享學名藥上市的利益。Solvay公司隨後也依HWA規定，於45天內向Actavis、Paddock公司提出專利訴訟，而儘管在30個月自動停止核准期經過後，FDA已核准Actavis公司的學名藥上市，Solvay公司仍與該兩間學名藥廠達成和解。在和解協議中，Actavis公司承諾延遲其學名藥的上市日期，並允諾協助向泌尿科醫師推廣AndroGel藥品；另Paddock、Par公司亦以相似於以上之內容與Solvay公司簽立和解協議。Solvay公司答應分別支付1千2百萬、6千萬美元給Paddock、Par公司，針對Actavis公司的部分，則在9年內以每年1千9百-3千萬美元不等之金額進行支付。

FTC針對協議中4當事人發動訴訟，主張在該協議中，學名藥廠皆違法地擱置對Solvay公司專利的挑戰，並展延各自學名藥進入市場的時間，來共享Solvay公司的獨占獲利。北喬治亞州亞特蘭大分區地方法院（簡稱北喬治亞州地院）於其判決中，其依專利範圍原則判斷，認為據FTC所稱之違法行為，並沒有反托拉斯法違反的傾向[89]。後FTC上訴至第十一巡迴法院，法院重申其在Valley Drug案[90]中的主張，認為只要逆向給付協議所產生的反競爭影響有落入專利潛在的排他權範圍，該協議即可免受反托拉斯法歸責[91]，FTC再向美國最高法院提出上訴，而經美國最高法院受理(certiorari)。

美國最高法院在*FTC v. Actavis, Inc.*案中率先指出衡量和解協議的限制競爭效果必須同時考量促進競爭的反托拉斯法政策，僅依憑專利法政策予以衡量並決定反托拉斯法的合法性是不合邏輯的。專利及反托拉斯法政

88 *FTC v. Actavis, Inc.*, 133 S. Ct. 2223 (S. Ct. 2013).

89 *In re Androgel Antitrust Litigation (No. II)*, 687 F. Supp. 2d 1371, 1379 (ND Ga. 2010).

90 *Valley Drug Co. v. Geneva Pharmaceuticals, Inc.*, 344 F.3d 1294, 1304 (CA11 2003).

91 Andrew E. Podgorny, *Supporting The Rationale Behind the HW Act and Patent Law*, 12 IND. HEALTH L. REV.423, 438 (2015).

策兩者均與判斷專利獨占範圍及是否因專利而豁免反托拉斯法等事項相關，過往先例顯示專利相關和解契約有時會違反反托拉斯法。再者Hatch-Waxman法本身即有促進競爭的面向，其立法政策與目的也並不支持美國第十一巡迴法院的前述看法。

美國最高法院雖肯認和解的價值與專利訴訟的問題，但認為此專利相關因素不應決定本案結果，且基於下列5大考慮認定應給予FTC證明其反托拉斯法主張的機會。第一，系爭限制有對競爭產生真正負面效果之虞，專利權人有時支付予學名藥廠的金額甚高於該學名藥廠若贏得訴訟並進入市場所得獲利；第二，這些限制競爭效果至少有時證明不具正當性(unjustified)，反托拉斯法被告得在就系爭條款依合理原則說明其合法性與正當理由；第三，當逆向給付可能有不正當的限制競爭危害時，專利藥廠向學名藥廠付款的規模本身就是擁有收取高於競爭水平價格力量的強力指標；第四，該等支付的目的是為了維持高於競爭價格的售價並在專利權人與專利權挑戰者間分配，而非面對本來可能發生的競爭市場，此等限制競爭的結果就支持了反托拉斯法認為該等協議不合法的主張；第五，不正當的大額逆向給付(a large, unjustified reverse payment)面臨反托拉斯法責任的風險，並不會使訴訟當事人避免和解，若其基本理由為意欲維持並分享專利所生之獨占利益，則若欠缺其他某些正當理由，反托拉斯法即可能禁止此等安排。最後綜合論之，認為大額且無正當性的逆向給付可能帶來顯著限制競爭效果的風險，為此等給付的可能無法解釋或正當化該給付：此等事業或個人可能也擁有源自於專利的市場力量；法院藉由檢驗給付規模得以評估其可能限制競爭效果以及其潛在正當化理由，而無庸爭訟專利的有效性；當事人也得尋求專利和解方式而無庸使用逆向給付。

(5)*Actavis*案後之未解難題

美國最高法院於*FTC v. Actavis, Inc.*案的意見，在美國引發逆向給付協議是否應以合理原則審查以及美國最高法院該案見解良窳及可能缺漏的論戰[92]。對於在逆向給付協議的反托拉斯法訴訟中，是否可以全然迴避專利有效性與專利強度的審查，亦有諸多不同看法[93]。但最關鍵與迫切的問

[92] 吳俐瑩，醫藥專利權之合理限制—以侵權爭訟下逆向付款協議涉及之競爭法規範為中心，國立台北大學法律學系碩士論文，2014年7月，頁106-109。

[93] 即有認為，若要真正解構和解經濟學，除了直接介入專利侵權主張的強度（包括專利有效性與被告的非侵權主張）外，似乎並無替代方案，但這任務或許並不是由法院來作，而是視其他政府機關能否在此扮演更重要的角色，最後有賴整體制度改革，see Daniel A. Crane, Actavis, *the Reverse Payment Fallacy, and the Continuing*

題，仍是美國下級審法院應如何依循*FTC v. Actavis, Inc.*案所揭示的合理原則具體審查逆向給付協議。

就此，美國著名且相當具代表性的反托拉斯法學者Aaron Edlin, Scott Hemphill, Herbert Hovenkamp, 與Carl Shapiro，共同於2013年發表「Activating Actavis」一文，該文主張依據美國最高法院在*FTC v. Actavis, Inc.*案的見解，當逆向給付超過專利權人預期的訴訟成本加計專利權人自被指稱侵權者處取得之任何其他商品或服務的價值，即顯示此和解縮減了預期的競爭期間並損害消費者。此等和解足以稱為延緩市場進入的給付(payment for delay)，依最高法院之合理原則即屬限制競爭。預期的訴訟結果並非唯一的相關基準[94]。

此外，美國學界亦有另一股聲音，批評該文所提出的審查方法，主張該文嘗試設計一種相對簡易且直接的測試方式來分析極度複雜的議題，但此忽略了美國最高法院拒絕在需要多種複雜性考慮之逆向給付議題適用推定原則。除了避免訴訟成本支出外，涉及逆向給付的專利和解的相關因素，尤其可能包括當事人的風險忍受度、藥品銷售水準、當事人關於藥品未來競爭的預期與資訊不對稱、當事人對訴訟可能結果的主觀觀點、當事人在金錢時間價值上的差異性、HWA所規定的專屬銷售期、系爭淨逆向給付的規模以及延緩進入與相關縮減競爭的程度，涵蓋多種個案特定因素的分析才是一般適用合理原則為調查的典型[95]。

現各下級法院的判決，多已陸續遵循*Actavis*案的合理原則標準，惟就合理原則各要素的評估項目取捨與方法等細節，仍因法院見解、案件背景的差異而產生不同的判斷結果，故合理原則未來仍須透過學說探討與判例來形成較固定的具體架構。另在*Actavis*案中，Solvay係直接以現金付款給學名藥廠，對於給付(payment)的意涵在該案中並無疑義。然而，在藥界中仍常有包含非現金(non-monetary)利益條款的和解協議存在，此類條款的反競爭疑義並不亞於含現金協議條款所帶來的影響，FTC亦曾針對無授權學名藥協議提出質疑，認為該條款係專利藥廠承諾在一定期間內不與學名藥廠競爭的補償約定，並將之稱作「延遲給付協議(pay-for-delay)」。但針對給付(payment)一詞究係代表現金(monetary)或非現金的支付，在下

Need for Regulatory Solutions, 15 MINN, J.L. SCI.&TECH. 51, 58-59(2014)。

94 Aaron Edlin, Scott Hemphill, Herbert Hovenkamp & Carl Shapiro, *Activating Actavis*, 28 ANTITRUST ABA 16, 16(2013).

95 Barry C. Harris, Kevin M. Murphy, Robert D. Willig, and Matthew B. Wright, *Activating Actavis: A More Complete Story*, 28 ANTITRUST ABA 83, 87-88(2014).

級法院便產生判決以及學術見解均有分歧的情況[96]。

4. 小結

有別於其他產業別商品，藥品的上市在人體使用安全考量下，皆須經過藥證申請方得上市，而美國HWA則另附加專利連結制度，在藥品查驗登記過程兼顧對專利權的保護。而因法案P4聲明的規範，學名藥獲得更早上市的機會，但也使得專利藥廠以專利訴訟拖延，最終使雙方形成以逆向給付協議一同享受獨占獲利，反有違HWA保障消費者權益的初衷。在此情狀下，FTC等執法單位與學界皆有反對聲浪，各巡迴法院亦開始以當然違法、專利範圍、快速審理等原則，對此類協議進行分歧之反托拉斯審查，直至美國最高法院*Actavis*案方以合理原則一槌定音，針對各項審查要素樹立五大標準，在專利法與反托拉斯法競合天秤的兩端取得平衡。惟也因Actavis案未就給付(Payment)」一詞定性，甚至將合理原則交由下級法院形塑，仍有眾多疑義待解。

(二) 歐洲關於藥廠間逆向給付之競爭法爭議

1. **歐盟的醫藥產業行政調查報告**[97]

在歐盟製藥產業中，該產業狀態不僅與經濟成長和公民就業狀況相關聯，亦常在公共衛生領域扮演重要角色，以2007年統計數據為例，平均每位歐盟成員國內的公民皆花費高達430歐元的開支在醫藥品上，若擴及歐盟整體市場觀察，用於人體之處方藥物批發價統計總額更高達21億4千萬歐元之多。晚近產業變化中，歐盟執委會發現在藥品市場上眾多暢銷藥品(blockbuster medicines)之專利期將屆滿時，生產該類藥品的專利藥廠非但不增加研發領域的投資，反而更著重於對原藥品生產線的置換上，並有更仰賴現存藥品營利的情況，有時專利藥廠甚至會透過併購其他藥廠的方式來排除同一地理市場(geographic markets)內的競爭者，以降低其營運上風險。據統計，當學名藥進入市場後的第二年，不但可將藥價水平降低至原先之40%，且學名藥廠的市佔率亦可達45%之多，由此足見其上市期程如受延遲，將對藥品成本、競爭者獲利有舉足輕重之影響。

歐盟執委會便於2008年1月15日展開對該產業之調查，歐盟執委會指

---

96 Lars P. Taavola, *The 30th Anniversary of HW Act: Jumping Into the Actavis Briar Patch-Insight Into How Courts May Structure Reverse Payment Antitrust Proceeding and The Questions That Actavis Left Unanswered*, 40 WM. MITCHELL L. REV. 1370, 1385 (2014).

97 EU Commission, *Executive Summary of the Pharmaceutical Sector Inquiry Report, Communication from the Commission*, (2009), EU COMMISSION WEBSITE, (Aug. 3, 2016), http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/communication_en.pdf.

出有關專利藥廠的專利佈局策略，係將請求項含專利新藥活性成分(active substances)的主要專利(primary patents)置於一旁，以防禦性專利策略(defensive patent strategies)防堵其他同業競爭者，而將不同時點申請之次級專利(secondary patents)推至策略應用前線，以延長專利新藥品的專利保護期間，作為其在專利戰爭中對抗學名藥廠的一大利器。另專利藥廠亦以專利申請策略、專利訴訟、異議(oppositions)、和解或其他協議、其他阻礙方法、二代產品(second generation products)生命週期策略等方式，延遲學名藥廠進入市場。

許多專利藥廠會選擇以授權協議達成和解，其他專利藥廠亦多會以迴避設計方式避免紛爭，早日使彼此間的專利爭端落幕；亦有專利藥廠以現有藥品或二代藥品對同業競爭者提起訴訟，若其專利無法通過可專利性檢視，則專利藥廠多會尋求與同業競爭者達成和解協議。協議多半針對藥品商品化階段(commercialization phase)而非研發階段(R&D phase)，以及有關原料供應、授權的專屬協議，或是包含競業禁止義務(non-compete obligation)的協議作為和解內容。多數協議（約81%）係由超過20%市占率的協議雙方所達成、相關專屬及競業禁止協議維持期間長達8年等現象可知，此類協議影響層面廣泛，且為專利藥廠間之競爭強度未有如其與學名藥廠間的劇烈對抗狀態的原因之一，然而就此類協議達成的正當性，未來仍有待歐盟執委會進行更多調查與執法行動來審視。

2. **藥廠逆向給付協議及其規範**

有別於美國，歐盟法規體系中並未有如HWA的藥品查驗登記制度，意即在規範上藥品上市的核准與否、專利爭端解決係採雙軌體制運作，與我國現行法制極為近似。在歐盟，如專利藥廠欲以其專利權對抗群起的學名藥廠，其所面對的訴訟等成本往往相當高昂；另如學名藥於其順利主張權利前上市，亦可能形成削價競爭使藥價大幅下滑影響其營收。故在此情境下，專利藥廠多會選擇與學名藥廠達成和解協議，學名藥廠亦常會利用專利藥廠對該風險的顧慮爭取專利藥廠在協議中同意給付(Payment)[98]，也往往會挑起有關反競爭疑慮的討論。在歐盟，此類可能有反競爭影響的協議，係以歐盟執委會作為審核的最高行政機關，負責歐盟競爭法(EU Competition Law)的執行[99]，依據歐盟運作條約（Treaty on the Functioning of the European Union，後簡稱 TFEU）對聯合行為、

[98] Damien Geradin, Douglas Ginsburg , and Graham Safty, *Reverse Payment Patent Settlements In the E.U. and U.S.A.*, GEORGE MASON LAW & ECONOMICS RESEARCH PAPER 15, 16-17 (2015).

[99] 前揭註92，頁115。

影響競爭的協議進行調查與管制，而如協議有反競爭影響而應受制約，則依TFEU第101條規定屬無效[100]。2008年1月，歐盟執委會即根據其職權對製藥產業(pharmaceutical sector)展開調查(inquiry)，聚焦於專利藥廠和學名藥廠間的競爭與和解協議的達成，後即在和解協議中發現若干使專利藥廠得避免學名藥進入市場的手段(instrument)。若協議在未有限制學名藥廠進入市場、價值轉移的情況下，皆不至於會違反歐盟競爭法，而有相反情狀的類型，則存在較大的反競爭疑義。

3. 歐盟逆向給付協議處分首案--Lundbeck案[101]

H.Lundbeck A/S公司（簡稱Lundbeck公司）在丹麥、英國及義大利等國設有生產工廠，以Citalopram抗憂鬱(Antidepression)藥品（商品名為Cipramil）與Seropram藥品為主要銷售藥品。後Lundbeck公司亦於1980年代，對Citalopram藥品的繼售產品(Successor Product)名為Escitalopram進行研發並取得專利。

Lundbeck公司於1997年即開始為學名藥廠進入市場的情況預做準備，短期內係採與學名藥廠簽訂相關合作營銷(Co-Marketing)協議，以藉之延遲學名藥廠加入市場競爭的期程；長期計畫以Escitalopram藥品作為對抗工具，以其專利權來抗衡學名藥廠帶來的競爭。在2002-2003年間，Merck(GUK)公司、Arrow Generic Limited公司（Arrow公司）、Alpharma ApS公司（Alpharma公司）與Ranbaxy Laboratories Limited公司（Ranbaxy公司）4間學名藥廠即分別與Lundbeck公司達成和解協議，以結束因專利爭端造成的營運不確定性。

依據TFEU第101條，針對在歐盟單一市場內(Internal Market)，有影響成員國間貿易，且有防止(prevention)、限制(restriction)或曲解(distortion)競爭的事業(undertakings)間協議進行規範，特別是有「限制或控制生產、行銷、技術開發或投資」、「共享市場或供應來源」內容的協議更為該法規之規範重點，而通常違反該法的協議，亦會受到歐盟經濟區域協定(Agreement on European Economic Area)第53條，即有關競爭法之規定所規制。當某協議內容係就專利爭端(dispute)達成和解，並無法使其單就與專利法(Patent Law)相關而得豁免於競爭法(Competition Law)的規制，若其欲主張權利，實應透過專利法保障的途徑，向法院提出對抗侵權行為的主張。

若由專利藥廠逆向給付(Reverse Payment)學名藥廠一筆金額的協議，通常無論給付金額大小、是否為專利和解協議，皆會使歐盟執委會認為須經過全面

[100] 前揭註92，頁115-116。

[101] European Commission, Case AT.39226-LUNDBECK, (2013.6.19), available at : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39226/39226_8310_11.pdf.

的競爭法檢視。專利藥廠支付的金額越高，亦會被認為代表其於專利訴訟中承受敗訴判決的機率甚大，而之所以支付該龐大金額和解，則係為避開學名藥廠進入市場所帶來的營運風險。就該類協議不受歐盟執委會認可的原因在於，專利法並未提供專利權人支付潛在競爭者一筆金額，使其不進入市場競爭，並以此限制該競爭者不得挑戰其專利的權利，專利藥廠延遲學名藥廠進入市場的行為非但為歐盟競爭法所不允許，且已超出專利法保障之權利範圍。

因此Lundbeck公司經過協議限制學名藥廠進行該類迴避設計行為，明顯已超出其專利權利範圍行使權利，此時其支付學名藥廠和解金額的目的已非為解決雙方於專利有效與否、有無專利侵權事實的爭端，而僅為使學名藥廠在一定期間內不進入市場與之競爭。歐盟執委會指出該類結果將使得原先數家學名藥廠得更早進入市場，以削價競爭方式降低市廠藥價的效應受到抑制，在專利藥廠以和解協議方式排除潛在競爭者的同時，往往是由消費者承擔高藥價維持的不利益結果，如此不但使單一消費者負擔的醫療保險費用增加，亦將使政府公共衛生預算支出增加，而無法享受到原先學名藥廠投入市場產生的低藥價成果，因此該類協議確實是應該受到限制的。

歐盟執委會擬定三大審核方針，以對其限制競爭的潛在影響進行評估，包括：學名藥廠與專利藥廠至少互為潛在競爭者；學名藥廠在系爭協議中承諾在合約期間內，使自身受限不將學名藥廠上市於一個或多個EEA市場中；系爭協議內容與專利藥廠的價值移轉有關，且該移轉實質地降低學名藥廠憑己能力將學名藥上市於一個或多個EEA市場中的動機。而後歐盟執委會經調查後發現本案均符合前述評估要點，且在Lundbeck公司支付各學名藥廠的價值與學名藥廠原先上市可得之獲利相等，又未約定於各協議期間屆滿後不再依爭執之專利權主張權利的情狀下，認定本案中6協議對EEA均有限制競爭之影響，而以TFEU第101第(1)項「目的要件」將之推定違法(presumptively illegal)[102]，並分別對Lundbeck公司及予之和解的4間學名藥廠處以9,380萬、5,220萬歐元的罰款[103]。

後Lundbeck公司向歐洲普通法院(General Court)提起上訴。歐洲普通法院判決分為基本合法性測試、潛在競爭影響、專利法與競爭法之交錯以及限制競爭影響之四大部分進行檢視。因TFEU第101條法規之適用，歐洲普通法院在判決中採納歐盟執委會所應用之基本合法性測試(the key legal test)觀點，同意在歐盟執委會提出之原則下，和解協議須受到進一步的反競爭檢視。歐洲普通法

[102] 周瑋祺，藥廠間專利侵權之逆向和解協議應受反托拉斯規範—分析與比較歐美相關案例，科技法律透析第26卷第6期，2014年6月，頁27。

[103] 前揭註92，頁118。

院依據「將侵害第三方智財權之藥品上市是否為潛在競爭」、「挑戰有效專利與學名藥進入市場之具體機會」、「上市許可證的取得與實際、潛在競爭之關聯」以及「學名藥廠更換API製造商之可能性」等面向審查[104]。

至於和解協議對限制競爭之影響，歐洲普通法院則聚焦在歐盟執委會所使用的目的(by object)要件，維持歐盟執委會的見解，敘明Lundbeck公司與各學名藥廠間的專利和解協議本質上皆為市場排除協議(market exclusion agreement)的實行，而該與TFEU第101條第(1)項之限制生產協議(agreements to limit production)、市場共享協議(agreements to share markets)兩規範標的相符。在本案中，不但各協議並非保護Lundbeck公司創新動機的必要途徑，其成立對各區域消費者亦無實益，且在本案協議未就專利爭端進行解決的情況下，其並無法為協議各方免除前潛在訴訟花費，故實無促進競爭效應的存在，而不得排除競爭法在本案的適用[105]。因此基於上述理由，歐洲普通法院最終駁回所有Lundbeck公司的主張[106]，維持歐盟執委會見解。

4. 其他歐盟逆向給付協議處分案件

2013年12月之*Johnson & Johnson*案，歐盟執委會另針對嬌生公司(Johnson & Johnson；J&J)子公司—Janssen-Cliag公司（簡稱JC公司）與諾華公司(Norvartis)子公司—Sandoz公司間所簽訂的「共同推廣協議(Co-Promotion Agreement)」進行處分。於該案中，系爭協議涉及之藥品為經皮膚吸收的Fentanyl強效的止痛藥之貼布劑型藥品（簡稱Fentanyl藥品），2005年7月JC公司即與嬌生公司最大的學名藥競爭對手Sandoz公司達成共同推廣協議。根據該協議內容，Sandoz公司同意與JC公司聯合向荷蘭的藥師推廣Fentanyl藥品；JC公司則按月付款予Sandoz公司。而該協議亦另設有解除條件，即當Sandoz公司將其同劑型學名藥上市，則JC公司即得終止雙方協議。

---

104 Patrick Harrison, Kyle Le Croykluwer, *EU General Court Upholds Commission's Landmark Patent Settlement Agreement Decision*, KLUWER COMPETITION LAW BLOG (Sep. 15, 2016), available at: http://kluwercompetitionlawblog.com/2016/09/15/eu-general-court-upholds-commissions-landmark-patent-settlement-agreement-decision/ (last vist:Nov. 6, 2016).

105 Louise-Astrid Aberg, *General Court of the EU Confirms Fines Imposed on Lundbeck and Generic Drug Manufacturers for Entering into Patent Settlements*, MCDERMOTT WILL&EMERY-ANTITRUST ALERT (Sep.22, 2016), available at: http://www.antitrustalert.com/2016/09/articles/eu-developments/general-court-of-the-eu-confirms-fines-imposed-on-lundbeck-and-generic-drug-manufacturers-for-entering-into-patent-settlements/, (last visit; Nov. 6, 2016).

106 *Supra note* 104.

延續在*Lundbeck*案的見解，歐盟執委會主要係以推定違法原則的框架，認定本案共同推廣協議確有限制競爭的「目的」存在，原因在於「有可觀的價值自專利藥廠方—嬌生/JC公司移轉予最可能成為潛在競爭者的學名藥廠—諾華/Sandoz公司，且同時由學名藥廠方承諾在協議期間不將Fentanyl學名藥於荷蘭市場上市」，又該協議中的價值移轉亦已超過Sandoz公司原先將其學名藥上市可得之銷售額，故此時非但Sandoz公司在協議中同意進行的推廣活動沒有任何意義，該推廣協議亦僅為掩蓋雙方所實際達成的逆向給付協議。

2014年7月之Servier案，歐盟執委會經調查後，亦對Servier藥廠與另5家學名藥廠間於Perindopril高血壓藥品（簡稱Perindopril藥品）專利爭端達成的和解協議進行處分[107]。在其處分內容中，歐盟執委會指出Sevier公司在Perindopril藥品市場中具有顯著的市場力量(market power)，且仍未有學名藥廠能抗衡其銷售和價格制定等行為。然而事實上，Servier公司就Perindopril藥品的主要專利已於2003年屆滿，後係針對次級專利(secondary patents)對同藥品的製程、藥品型態(Form)進行後續的權利主張，而雖該類專利保障的範圍較為有限，但市場上僅有少數生產Perindopril藥品的技術不為Servier公司的專利請求項所包含，2004年Servier公司更透過併購其最大學名藥廠競爭者的方式，逐步逼退數家欲將Perindopril學名藥上市的藥廠，使其上市進程受到拖延。經歐盟執委會調查後，發現在2005-2007年間，當學名藥廠即將勝訴或學名藥將上市時，Servier公司皆旋即與學名藥廠達成和解，使學名藥廠同意避免彼此間的競爭，以不進入雙方約定市場區域與停止對Servier公司次級專利的法律挑戰，換取Servier公司給予的大筆付款。歐盟執委會亦認為本案中的各專利和解協議確有「目的」地限制競爭，然而在本案中，其則另提出兩個新的審理方針。首先，雖然歐盟執委會認為依照案例法(case-law)，當某協議係基於主觀上的計畫去限制競爭，則毋須將該協議的具體影響(concrete effect)列入考量，然而在本案，歐盟執委會為求審視的完整性，便將可能限制競爭的影響(effect)因素列入考量[108]。

次之，歐盟執委會則認為Servier公司已濫用其在Perindopril藥品市場的支配地位(dominant position)，而有違反TFEU第102條[109]的問題。而Servier公司透

---

107 COMP/AT 39612, Commission decision of 9 July 2014 (Perindopril (Servier)).

108 Supra note 98, at 37.

109 TFEU Article 102 (ex Article 82 TEC): Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States.Such abuse may, in particular, consist in:(a) directly or indirectly

過其單方行為(unilateral conduct)誘使學名藥廠答應其一連串的逆向給付協議簽訂要求，係奠基於其市場力量的使用，以促使各學名藥廠放棄將其學名藥上市的競爭行為，使Servier公司得降低其營運風險，該過程中的和解協議在TFEU第102條適用同條約第101條規範內容下，亦屬其規制範疇而存在反競爭違法的結果。最後歐盟執委會即裁罰本案專利藥廠與學名藥廠共4億2,770萬歐元，後各藥廠皆向歐洲普通法院上訴，惟於本文撰寫時尚未有判決結果或相關資料的公開[110]。

5. 小結

歐盟各會員國間不但對藥品物之發明專利是否核發專利有所差異，亦因專利的屬地特性而使各自司法機關對同專利的侵權與否有不同的解讀，皆使得專利權人主張權利的成本、難度增高，並漸以專利和解策略來避免相關問題。包含限制學名藥上市、價值移轉條款的逆向給付協議即常受到歐盟執委會的反競爭質疑，在其解讀下此類協議如有超出專利權利範圍行使權利、消滅市場潛在對手與競爭的情況，則此時其移轉價值條款乃非為解決專利爭端，而係單純為學名藥廠退出市場之對價；另對於該類協議是否違反TFEU第101條而屬無效，歐盟執委會則認為應先視初始階段協議雙方是否有反競爭傾向（主觀）、將協議付諸執行（客觀）的情況(by object)，並將其後是否造成反競爭的影響納入考量(by effect)。目前歐盟執委會對於逆向給付協議係採專利範圍、促進競爭、主觀推定違法、反競爭影響等因素進行評估。歐洲法院未針對相關處分案的上訴作成判決前，目前在歐盟區域有關逆向給付協議的審查方式仍尚待觀察。

四、專利連結制度引進後我國可能發生之競爭法議題

參照前述藥事法修正草案的說明，我國擬引進專利連結制度應屬既定政

imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;(b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers(c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;(d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

110 ECJ, *Servier and Others v Commission* Case T-691/14, INFOCURIA - CASE-LAW OF THE COURT OF JUSTICE, available at: http://curia.europa.eu/juris/fiche.jsf?id=T%3B691%3B14%3BRD%3B1%3BP%3B1%3BT2014%2F0691%2FP&pro=&lgrec=en&nat=or&oqp=&dates=&lg=&language=en&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&mat=or&parties=SERVIER&jge=&for=&cid=663142. (last visit: Jul. 8, 2016).

策，雖尚未立法通過，但基本雛形已現。而專利連結制度除涉及藥品管制外，也會重塑藥品市場的競爭規則。專利連結制度究係對於專利藥廠或是學名藥廠較有正向助益，仍須視司法制度、專利連結制度之設計以及產業型態，始能推測對於市場之影響，並無絕對之定論。但我國藥品市場、藥證管制、全民健保制度，甚至是醫藥產業狀況，均與美國頗有差異，且我國目前國產醫藥市場仍以學名藥廠商為主，藥事法若順利修正專利連結制度對我國競爭法產生之議題，以及就制度引進後對臺灣醫藥品市場之衝擊，仍須先就臺灣市場進行分析瞭解後，再進行競爭法上之分析。

(一) 臺灣之專利藥廠與學名藥廠市場概況

依據經濟部工業局就我國生技產業之大略分類，分為製藥產業、醫療器材產業以及應用生技產業等三大類，總生技產業廠商家數截至2014年計約1871家[111]。製藥產業包括西藥製劑、原料藥、中藥以及生物製劑等領域，並以西藥製劑之規模為最大，近年藥品製造業總家數約在320家左右[112]。截至2016年8月1日為止之統計，臺灣目前共有125家西藥製劑工廠通過符國際醫藥品稽查協約組織（Pharmaceutical Inspection Co-operation Scheme，簡稱PIC/S）優良藥品製造規範（Good Manufacture Practice，簡稱GMP）標準之稽查[113]。

在市場規模方面，2014年臺灣西藥製劑出口總值約為新臺幣112億元，其中美國為臺灣西藥製劑最大之出口國，金額達新臺幣22.27億元，其次之出口國分別為澳大利亞、中國、日本及香港。然而，我國之製藥產業，仍以學名藥之製造銷售為主，專利藥物仍多仰賴進口，2014年之總進口直達新臺幣803億，遠高於出口值，且進口之藥品亦多為專利藥物[114]。

目前在國內藥品市場，雖如Business Monitor International（簡稱BMI）統計，人均藥品支出因人口高齡化等因素，至2015年已躍增至235.6美元，醫療需求、支出有逐年增加的趨勢，然在政府依保險費率、部分負擔新制以及健保藥價等行政措施的管控下，整體市場成長幅度則有縮減之情狀。以中央健

---

111 經濟部工業局，2016年生技產業白皮書，2016年7月，http://www.biopharm.org.tw/download/Biotechnology_Industry_in_Taiwan_2016.pdf，最後瀏覽日：2016年11月20日。

112 財政部資料中心統計，轉引自http://www.twtrend.com/share_cont.php?id=47，最後瀏覽日期：2016年8月1日。

113 衛生福利部食品藥物管理署網站資料，http://www.fda.gov.tw/TC/siteListContent.aspx?sid=2067&id=3475&chk=5b6f2ebd-8ed2-46ee-a17b-f7c7517bbaf0#plant1，最後瀏覽日：2016年8月1日。

114 前揭註111。

康保健署於2015年2月調降6,821項藥品價格為例（平均調幅達5.3%），依IMS Health[115]統計，即便在該年國內藥品市場仍有新臺幣1,459億元的規模，但因藥價變動，僅較2014年成長0.2%[116]。

目前我國藥品銷售排名前10大本土藥廠，於2015年藥品銷售額共計約新臺幣168億，總體市占率則約為11.5%，在本土藥廠藥品銷售市占率亦維持在51.7%。然因前述外資、國際藥廠之競爭，當前本土藥廠總體藥品銷售市占率已由22.9%（2011年）下降至22.3%（2015年），同期間內藥品供應量亦由61%銳減至43.5%的使用量。為求突破，當前本土藥廠係藉新藥、學名藥之國際藥證取得，以及國際藥品代工、併購、授權與經銷方面進行國外市場布局，以期擴大2015年僅新臺幣653.4億元之製藥產業產值。前十大國產學名藥銷售額共計約23.7億元，當中又以抗癌藥為多（8.6億元）。國內本土藥廠於處方藥市場市占已達半數以上，然因國內市場規模小、藥品支出受限於健保控管，整體藥品市場長幅度緩慢，故國內學名藥廠已將發展重點轉向國際市場，例如包括安成、美時、法德藥與展旺等廠商，皆於美國市場循P4切結途徑提出學名藥上市申請，當中安成藥業在與專利藥廠達成和解後，其專治注意力缺乏過動症之Guanfacine HCl ER Tablet學名藥已於2015年6月3日自FDA獲得美國藥證[117]。

(二) 健保核價制度對市場競爭的影響

專利連結制度在美國之所以被建立，無非係在保障專利藥廠專利藥品價格以鼓勵新藥研發的專利權保護，與維護民眾得享有低價學名藥品之公眾利益間必須取得平衡。而美國藥物價格市場競爭環境下，給予一個新的競爭規則，預期此種專利訴訟可能發生新的藥品價格流動，產生一個新的藥品市場定價機制。

然而，我國藥品價格並非常態之市場機制，而係由單一給付者即衛生福利部中央健康保險署（下稱健保署）完全掌控藥品價格，廠商僅能與健保署進行議價，造成藥廠無法或合理之獲利，似有可能壓縮生技製藥產業發展之空間。根據健保署之統計，2011年我國健保藥品費用支出結構的分布，仍在專利期間藥品之總金額比率為26.2%，逾專利期間的藥品金額占73.8%；若以供應廠商之區分，多國性原開發藥廠的金額市占率為63.1%，西藥代理商系統11.8%，以學名藥為主的國產製藥業僅占25.1%。原開發廠的整體市占率從2000年的52.8%成長至2011年的63.1%，反觀國產製藥業的市占率，則從2000年的29.7%下降至2011年的25.1%，因此專利新藥不論專利期間是否經過，似仍占我國藥

[115] IMS Health是全球藥品市場調查最權威的公司。
[116] 前揭註52，頁50。
[117] 前揭註52，頁154-155。

品主要之市場[118]。

至於健保現行之核價制度，雖以國外價格作為參考，但實際支付價格卻遠遠低於其他製藥先進國家給付水準[119]。至於學名藥之核價，又規定不得高於專利新藥之最低價格[120]，因此當專利藥廠專利期間經過後，學名藥品進入市場時，價格通常原本即會大幅下降；但又因專利藥廠專利藥原本即面臨定期向下調整健保藥價一次之機制，因此當學名藥廠上市時，專利新藥價又比初上市時更低廉，造成少數原開發廠藥品因健保價格低於專利藥廠總公司規定的最低價而從臺灣市場消失。

至於本土型新藥，由於臺灣製藥產業以新劑型新藥為主，較少國際性研發藥廠的多國、多重中心新藥臨床試驗，在健保核價上較難就國內新藥部分給予明確之保障優惠，必須與國外新藥一同競爭。形式上得參考市場交易價、成本計算法、核價參考品或治療類似品之十國藥價[121]，惟目前似尚無實際採用本條核價之案例。在目前健保制度之核價下，學名藥似無較為具有吸引力之核價方式，是否因為專利連結制度引進，廠商在健保價格下所預期增加之利潤誘因大於提出向專利新藥挑戰所支出之成本，仍有待進一步觀望。

(三) 臺灣藥品市場界定與逆向給付協議問題

就學名藥廠延緩市場進入的案件應如何區劃相關市場或如何認定專利藥廠有無市場力量，頗有爭論，主要爭議在於為個案相關市場界定時，是否應將相關市場限於系爭專利新藥與學名藥所涉之單一藥品配方，不論是否有同等療效之其他藥品[122]，抑或是具有相同療效的其他藥品是否應與系爭藥品一同納入相

118 黃文鴻，全民健保對生技製藥產業與民眾用藥的影響，科技報導，第386期，2014年2月，http://scitechreports.blogspot.tw/2014/02/blog-post_24.html，最後瀏覽日：2016年7月30日。

119 全民健康保險藥物給付項目及支付標準第17條：「新藥支付價格之訂定原則如下：一、第1類新藥：以十國藥價中位數核價。…二、第2類新藥：（一）以十國藥價中位數為上限。…」。

120 全民健康保險藥物給付項目及支付標準第29條：「新品項屬BA/BE學名藥品之同藥品分類支付價格訂定原則如下：一、新建議收載通過BA/BE藥品，以不高於本標準收載之已實施 BA/BE之同成分、規格、劑型、劑量之最低支付價格核價。…」。

121 全民健康保險藥物給付項目及支付標準第17條之1：「在我國為國際間第一個上市，且臨床療效有明顯改善之新成分新藥或為治療特定疾病之第一個新成分新藥，得自下列方法，擇一訂定其支付價格：一、參考市場交易價。二、參考成本計算法。…三、參考核價參考品或治療類似品之十國藥價，且不得高於該十國藥價中位價。」

122 George Farah & Laura Alexander, *Prominent Market Definition Issues in Pharmaceutical Antitrust Cases*, 30 ANTITRUST 46, 47(2015).

關產品市場中。由於我國在進行市場競爭分析時，市場界定仍為公平會高度仰賴的評估工具，再者如何界定相關市場，亦會影響到個案中應如何適用公平交易法的具體條文。

在針對某一特定療效之第一家專利新藥上市時，市場上並無競爭者，因此就該成分、療效之藥品，自然形成單一之市場。而當針對同一療效（例如降血壓功能）研發出第二種治療成分之專利新藥時，其進入市場時主要之競爭目標，將是同一療效、但不同成分之其他原有或新進入市場的專利新藥，此時同一療效，將成為這些專利新藥間之同一市場界定之原則。但當學名藥進入市場時，其開發階段係藉由利用同一成分之專利新藥其原有之試驗資料，提出BA/BE相同之報告後，取得上市之機會；而上市後其行銷亦係藉由與原專利新藥相同成分、相同療效但價格較低之手法進行宣傳，因此當學名藥上市時主要會視原專利新藥為競爭對手並考量原專利新藥之定價，並不見得會視同療效之其他專利新藥、或是其他學名藥為競爭之對手。甚至連健保定價時，也都是以原專利新藥之價格做為參考之依據。上開競爭之策略亦為本研究規劃一場業界之座談會，邀請各藥品公協會代表進行意見之蒐集時，所呈現之初步看法。但依專利連結制度之精神，無非係希望藉由同成分學名藥之進入市場，使專利新藥之藥價下降，並未將不同成分但類似療效或同一適應症之其他藥物列入考量；而由前開我國健保核價之方式亦可知悉，新品項屬 BA/BE均等之學名藥品，其同藥品分類支付價格訂定原則係依據同成分專利新藥之價格，作為學名藥核價之標準。因此，看待競爭之市場界定，仍應以相同主成分之專利新藥以及學名藥作為具有競爭關係之市場，較為妥適。

若藥事法修正草案所規範的專利連結制度順利通過，未來是否會出現如美國的逆向給付協議或專利藥廠與學名藥廠於專利侵權訴訟中達成和解，將為首要之問題。由於逆向給付係由於美國高昂之訴訟費用所衍生出之產物，專利藥廠為免曠日廢時的訴訟成本，願意支付和解金予學名藥廠使其不進入市場；而學名藥廠於專利藥廠起訴後即刻面臨30個月之暫停核發藥證期間，若能提早已逆向給付和解，不但毋庸繼續負擔訴訟之費用，更可提前因獲得和解金而毋待學名藥上市後便可獲利，因而兩造均有和解之誘因。

惟於我國，首先對於藥事法修正草案規劃之15個月暫停核發藥證期間以及12個月之銷售專屬期間，對學名藥廠是否有足夠誘因，是否寧願待專利期間經過後再申請上市而不願進行挑戰；其次基於相對於美國遠遠低廉之訴訟費用，對於財力雄厚之外國專利藥廠而言，可預期寧可繼續進行訴訟而無進行逆向給付和解之誘因；再者臺灣藥品市場規模極小，獲利不豐，專利藥廠以及學名藥

廠是否願意額外增加訴訟之風險及成本循專利連結制度進行，或專利新藥品索性不進入臺灣市場，均值得觀察。

五、綜合分析與結論

(一) 公平交易法之適用

藥事法修正草案所規範的專利連結制度若順利通過，於出現如美國的逆向給付協議或專利藥廠與學名藥廠於專利侵權訴訟中達成和解，公平交易委員會（簡稱公平會）應否及如何審查此類協議，是引進專利連結制度後非常迫切的競爭法問題。國內雖已有文獻對於國外逆向給付協議的案例為介紹，但泰半並未細緻討論我國若發生逆向給付協議，公平會應如何適用公平交易法（簡稱公平法）。

首先，由於逆向給付協議涉及專利權，因此必然會涉及公平法第45條的解釋。按公平法第45條：「依照著作權法、商標法、專利法或其他智慧財產權法規行使權利之正當行為，不適用本法之規定。」就此條之法律性質，理論甚多[123]，但一般認為本條主要目的係調和智慧財產權法對智慧財產權人之權利保障，與公平法對公平交易秩序之維護兩者的衝突，只有行使智慧財產權之「正當行為」才不適用公平法，而是否為著作權法、商標法或專利法之權利行使行為，必須依相關智慧財產權法為判斷，惟在判斷正當性時，則必須考量公平法上的判斷因素及該權利行使行為對競爭秩序的影響[124]。例如「公平交易委員會對於技術授權協議案件之處理原則」第4點第1項規定，「本會審理技術授權協議案件，將先依公平法第四十五條規定檢視之；形式上雖為依照專利法等行使權利之正當行為，惟實質上逾越專利權等正當權利之行使範圍，違反專利法等保障發明創作之立法意旨時，仍應依公平交易法及本處理原則處理。」因此美國最高法院FTC v. Actavis, Inc.案中認為專利與反托拉斯法政策兩者均與判斷專利獨占範圍與是否因專利而豁免反托拉斯法等事項相關，以及專利相關和解契約有時會違反反托拉斯法等見解，與公平法第45條的實務及學說普遍理解相符。

123 例如有援引日本學說分為適用除外說、權利濫用說、違背立法意旨說、訓示說或確認說等，參照黃銘傑，專利授權與公平交易法—以拒絕授權與強制授權為中心，萬國法律，第120期，15(2001); 顏廷棟，日本獨占禁止法對於技術授權行為之規範—兼論對我國公平法規範之啟示，公平交易季刊，第17卷第3期，頁101-104(2009)，該文所介紹日本的相關主要學說與實務見解，可供一併參照。另有認為尚有所謂違法考量說與阻卻違法事由說，參照楊宏暉，創新誘因的維護與競爭法規範—以專利拒絕授權為例，公平交易季刊，第12卷第2期，頁81-84(2004)。

124 謝銘洋、陳人傑，第四十五條,，公平交易法之註釋研究系列(三)，公平交易委員會94年委託研究報告(二)，2005年12月，頁551、555與561。

至於公平會應適用何法條規範逆向給付協議，既有文獻曾有主張應適用聯合行為或獨占相關法規、或公平法第25條之概括條款[125]，亦有認為應依公平法第20條第4款（以脅迫利誘等不正當方法使他事業參與限制競爭行為）與第5款（以不正當限制交易相對人之事業活動為條件而與其交易之行為）[126]，但並未清楚解析個別條文之適用要件是否相符。要釐清逆向給付協議應如何適用公平交易法，前提是先確定相關市場及專利藥廠、學名藥廠間的關係。如前所述，若將系爭品牌藥與學名藥所涉之單一藥品配方界定為相關市場），專利藥廠在相關市場中幾乎即等同獨占事業，然逆向給付協議因為屬雙方合意行為，公平交易法第9條所規範的是獨占事業單方排除行為，故縱使該等和解涉及逆向給付而有不當，亦不宜適用公平交易法第9條而僅處分專利藥廠。

次者，修正草案第48條之19所定負有申報義務之協議當事人，如專利新藥許可證所有人與學名藥查驗登記申請人，彼此間若被認為係屬水平競爭者（潛在競爭者亦屬水平競爭者），是否要以聯合行為規範逆向給付協議，即有疑義。如歐盟的Lundbeck案，即曾涉及學名藥廠是否係屬競爭者的爭議，對此歐洲法院係採肯認見解（相關討論參見前述），可資贊同。惟在我國，若要逕以聯合行為規範逆向給付協議，將會遇到甚為棘手的難題。按依據公平法第15條規定，非經事先申請公平會許可，事業不得為聯合行為，違反之事業，公平會除得依公平法第40條限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施外，並得處高額罰鍰；屆期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續按次處罰鍰至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止，如經認定情節重大，更得處該事業上一會計年度銷售金額百分之十以下罰鍰而無金額限制，後果至為深重[127]。再者專利藥廠若被認為具高市場占有率或100%的市場占有率，則逆

---

125 吳俐瑩，前揭註92，頁131-132。

126 蔡鑄宇，逆向給付爭議—競爭法與專利法之交錯，科技法學評論，第12卷第2期，頁156-157。

127 公平交易法第34條：「違反第九條或第十五條規定，經主管機關依第四十條第一項規定限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，而屆期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同違反行為者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一億元以下罰金。」、第40條：「主管機關對於違反第九條、第十五條、第十九條及第二十條規定之事業，得限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新臺幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰；屆期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次處新臺幣二十萬元以上一億元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。事業違反第九條、第十五條，經主管機關認定有情節重大者，得處該事業上一會計年度銷售金額百分之十以下罰鍰，不受前項罰鍰金額限制。」

向給付協議在我國被認定為違法的機會相當高，而喪失審查逆向給付協議合理性的空間，此是否適宜，實有疑慮。由於我國的聯合行為採事前申請許可制的管制方式，若以聯合行為規範藥廠間的和解協議，則縱使修正草案第48條之19就藥廠間的協議僅規定應事後申報，惟此一規定解釋上並不足以認為係免除藥廠若涉及聯合行為應依公平法事先申請許可的義務，而有可能衍生規範上的衝突，或至少出現修正草案原先沒有預期的後果（亦即專利藥廠與學名藥廠間的和解協議可能會被公平會認定為構成聯合行為，應依公平法事前申請公平會許可，而非僅依修正草案第48條之19事後申報即足）。

此一問題的真正根源係因我國公平法對聯合行為的規範係屬事前申請許可制，此一制度設計是否合理，頗有探討空間，但已超出本文的研究範疇。然鑑於前述問題，再者並非所有專利藥廠與學名藥廠間就專利侵權訴訟的和解協議，均為逆向給付協議或有競爭法疑慮。而公平法第14條第1項所謂「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者」此一要件，通常係以相關事業的市場占有率總和認定之，並不能發揮過濾功能。故比較適宜的解決方式，仍是嚴格解釋公平法第14條的文義。考量公平法第14條第1項所稱之聯合行為所規範者係相互拘束事業活動之行為，且依同條第2項規定及過往聯合行為管制實務，該等行為性質上須屬企業間的共同行為（即一致性行為）。

至於逆向給付協議所約定的內容，專利藥廠所為給付若為屬現金，與事業活動無涉；若屬非現金的給付（例如特定授權等），雖然可能會涉及專利藥廠的事業活動，然專利藥廠與學名藥廠依逆向給付協議所為之履行行為，並非一致性行為，故實不應逕行以公平法第14條、第15條之聯合行為規範逆向給付協議。過去公平會曾在水泥業者聯合壟斷哄抬價格案中，認為有業者彼此合意後由部分業者退出市場，協議不為競爭[128]，而屬聯合行為，然在該案中確有共同行為，即涉案業者共同減產（減產至極致者即退出市場），而並非所有逆向給付協議，均有相同情形（專利藥廠並不一定會減產）。惟當然，若系爭和解協議中涉有明確的市場分割等傳統意義上的卡特爾協議，仍應受公平法第14條、15條之規範。

此外，因專利藥廠與學名藥廠間就草案第四章之一若有協議或合意存在，即不屬公平法第20條第4款規範限制價格競爭的行為類型；而公平法第20條第5款則係針對非價格的垂直限制行為，除非協議內容包括專利權或其他智慧財

[128] 最高行政法院100年判字第616號判決，並請一併參照最高行政法院100年判字第600至615號判決，均為此案相關的一系列判決，最高行政法院在此一系列的判決中均採相同或類似見解。

產權的授權，並以此為協議的主要核心，否則公平法第20條第5款亦不宜適用[129]。職是之故，就延緩學名藥市場進入而不當限制競爭的逆向給付協議，比較適宜的處分依據或許仍是公平法第25條此概括條款，一來可以保留一定的彈性，保有空間留待國內實務發展，也可與美國FTC規制逆向給付協議的主要法律依據聯邦貿易委員會法第5條相對應，而聯邦貿易委員會法第5條本即為公平法第25條的參考藍本[130]。

(二) 公平會與衛福部間之調和

如前所述，為避免新藥藥品許可證申請人或所有人、學名藥藥品許可證申請人或所有人、藥品專利權人或專屬被授權人間，達成不公平或限制競爭之協議，阻礙其他學名藥之上市，不當影響病患用藥、公共衛生與市場交易秩序，修正草案第48條之19規定，上開當事人間所簽訂之和解協議或其他協議，涉及本章之規定者，雙方當事人應自事實發生之次日起20日內通報主管機關（即衛福部）。主管機關認通報之協議有違反公平交易法之虞者，得通報公平交易委員會，若未依規定通報者處新臺幣3萬元以上200萬元以下罰鍰。

一般對修正草案第48條之19會有的疑問為，食藥署要如何判斷通報之協議有違反公平法之虞而通報公平會？因關於逆向給付協議，如前所述，若參酌*FTC v. Actavis, Inc.*案的論理，逆向給付的規模及預期的訴訟成本，應是重要的判斷事項之一，且就執法機關的執法成本與資源而論，也很難期待公平會在行政調查階段認定個案所涉專利強度。惟目前美國的主要爭議，論其實際為能否從逆向和解給付的規模與可能減省的訴訟成本等事項逕行推定逆向給付協議的可非難性，然不論從公平法的條文規定或法院、公平會執法實務觀之，公平會是否能僅依憑逆向給付協議的規模與和解可能減省的訴訟成本等事項，即完成公平會對逆向給付協議帶來之限制競爭效果及其危害的舉證責任，不無疑義。

再者，考量我國專利侵權訴訟的訴訟成本及律師費用，甚至是專利權人一般獲得的損害賠償金額，均遠低於美國，若採用「Activating Actavis」一文所建議的審查標準，則我國可容忍的逆向給付規模應會遠低於美國。有鑒於此，在我國比較適合的操作或運作方式，或許可由食藥署以逆向和解給付的規模

[129] 公平交易法第20條：「有下列各款行為之一，而有限制競爭之虞者，事業不得為之：…四、以脅迫、利誘或其他不正當方法，使他事業不為價格之競爭、參與結合、聯合或為垂直限制競爭之行為。五、以不正當限制交易相對人之事業活動為條件，而與其交易之行為。」

[130] 范建得，美國法制，公平交易法之註釋研究系列（二），公平交易委員會93年度委託研究報告（二），2004年12月，頁416。

（如為非現金給付，則另須計算其金錢價值）與可能減省的訴訟成本作為判斷切入點，亦即當逆向給付超過專利權人（即專利藥廠）預期的訴訟成本加計專利權人自被指稱侵權者（即學名藥廠）處取得之任何其他商品或服務的價值時，此時食藥署應認為該等逆向給付協議有違反公平法之虞，通報公平會，由公平會進一步就逆向給付協議的限制競爭問題進行調查，如此一來才能在綜合考量行政資源與相關主管機關彼此間的協調機制下，達到修正草案第48條之19的規範目的。

(三) 結論

雖然專利連結制度下，包括逆向給付、不當登錄專利資訊以及虛假訴訟等態樣，均為可能產生之競爭法議題。但逆向給付協議一直為美國專利連結制度下，甚或未有專利連結制度但亦常發生逆向給付和解協議之歐洲，被最為廣泛深入討論違反競爭法疑慮之行為態樣。尤其於藥事法修正草案中明確訂定了和解協議之通報制度，更讓包括逆向給付在內之所有和解協議浮上台面。因此，就該逆向給付協議是否有為公平法之疑慮，以及如何避免在藥品專利連結制度主管機關衛福部與競爭法主管機關公平會間，因協議內容認定上之困難，造成行政資源之耗費，均為需要討論之議題。

因此，本文初步仍認為，由於訴訟成本低廉以及臺灣藥品市場規模之關係，未來縱使以專利連結制度提起專利訴訟，專利藥廠是否有足夠誘因與學名藥廠達成逆向給付之和解，雖有疑問；但仍提出衛福部食藥署得先以逆向給付之實質內容進行判斷篩選，若給付內容超過專利權人（即專利藥廠）預期的訴訟成本加計專利權人自可能侵權者（即學名藥廠）處取得之任何其他商品或服務的價值，可認為該等逆向給付協議有違反公平法之虞而依草案第48條之19通報公平會，以取得一致之標準。

參考文獻

一、中文部分：

1. 王選雄，由學名藥法規之發展看生物相似性藥品之法律規範－以美國為例，成功大學科技法律研究所碩士論文，2011年。
2. 吳東哲，藥品的核准前專利爭端解決程序，政治大學法律科技整合研究所碩士論文，2015年。
3. 吳東哲、陳桂恒，美國藥品專利連結與橘皮書登錄制度相關規範：對台灣之影響，2015年4月。

4. 吳俐瑩，醫藥專利權之合理限制—以侵權爭訟下逆向付款協議涉及之競爭法規範為中心，國立台北大學法律學系碩士論文，2014年7月。
5. 周瑋祺，藥廠間專利侵權之逆向和解協議應受反托拉斯規範—分析與比較歐美相關案例，科技法律透析第26卷第6期，2014年6月。
6. 范建得，美國法制，公平交易法之註釋研究系列（二），公平交易委員會93年度委託研究報告（二），2004年12月。
7. 陳蔚奇，論美國專利連結制度於我國實行之妥適性，交通大學科技法律研究所碩士論文，2010年。
8. 黃文鴻，全民健保對生技製藥產業與民眾用藥的影響，科技報導，第386期，2014年2月。
9. 黃銘傑，專利授權與公平交易法—以拒絕授權與強制授權為中心，萬國法律，第120期，2001年。
10. 黃慧嫻，澳洲因應美澳自由貿易協定之簽署修正製藥法規，科技法律透析期刊，第17:3期，2005年3月。
11. 黃慧嫻，專利連結—藥品研發與競爭之阻力或助力? 談藥品查驗登記程序與專利狀態連結之發展（下），科技法律透析期刊第21:3期，2009年。
12. 理律法律事務所，美國專利連結與橘皮書登錄制度研究，經濟部智慧財產局103年度委託研究報告，2014年12月。
13. 馮震宇，逆向付款之法律爭議與政策研究研究成果報告（精簡版），行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2012年10月。
14. 經濟部工業局，2015年生技產業白皮書，2015年7月。
15. 楊子弘，論生物相似性藥品之上市規範—以美國、台灣及中國大陸為核心，清華大學科技法律研究所碩士論文，2012年。
16. 楊宏暉，創新誘因的維護與競爭法規範—以專利拒絕授權為例，公平交易季刊，第12卷第2期，2004年。
17. 蔡鎛宇，逆向給付爭議—競爭法與專利法之交錯，科技法學評論，第12卷第2期。
18. 廖柏豪，論專利連結與資料保護對我國醫藥產業之影響，國立臺北大學碩士論文，2013年。
19. 劉祖惠主編，財團法人生物技術開發中心製藥產業年鑑（2016），2016年7月。
20. 蕭郁溏、陳銥雄，從比較法觀點建構台灣專利連結制度，萬國法律期刊，

第200期，2015年4月。
21. 蕭郁溏，從比較法建構台灣專利制度，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，2015年5月。
22. 顏廷棟，日本獨占禁止法對於技術授權行為之規範—兼論對我國公平法規範之啟示，公平交易季刊，第17卷第3期，2009年。

二、外文部分：

1. Aberg Louise-Astrid, General Court of the EU Confirms Fines Imposed on Lundbeck and Generic Drug Manufacturers for Entering into Patent Settlements, MCDERMOTT WILL&EMERY-ANTITRUST ALERT Sep. 2016.
2. Balto David A. & Mongoven James F., Antitrust Enforcement in Pharmaceutical Industry Mergers, 54 FOOD & DRUG L. J. 255, 1999.
3. Bloch Robert E. et al., Product Market Definition in Pharmaceutical Mergers, ANTITRUST REP. 17, Sept. 1997.
4. Crane Daniel A., Actavis, the Reverse Payment Fallacy, and the Continuing Need for Regulatory Solutions, 15 MINN, J.L. SCI.&TECH 51. 2014.
5. Danzon Patricia M., Competition and Antitrust Issues in the Pharmaceutical Industry, CENTRAL REGIONAL DE COMPETENCIA PARA AMÉRICA LATINA PUBLICATION 8, July. 2014.
6. DiMasi Joseph A. et al., The Price of Innovation: New Estimates of Drug Development Costs, 22 J. HEALTH ECON 151. 2003.
7. Edlin Aaron, Scott Hemphill, Herbert Hovenkamp & Carl Shapiro, Activating Actavis, 28 ANTITRUST ABA 16, 2013.
8. EU Commission, Executive Summary of the Pharmaceutical Sector Inquiry Report, Communication from the Commission, 2009.
9. Farah George, Alexander Laura, Prominent Market Definition Issues in Pharmaceutical Antitrust Cases, 30(1) ANTITRUST L. J. 46, 2015.
10. Gavil Andrew I., 100 Year of Standard Oil Antitrust Symposium: Article: Moving Beyond Caricature and Characterization: The Modern Rule of Reason in Practice, 85 S. CAL. L. REV 733. 2012.
11. Geradin Damien, Ginsburg Douglas , and Safty Graham, Reverse Payment Patent Settlements In the E.U. and U.S.A., GEORGE MASON LAW & ECONOMICS

RESEARCH PAPER 15, 2015.

12. Greene Stephanie, A Prescription for Change: How the Medicare Act Revises Hatch-Waxman to Speed Market Entry of Generic Drugs, 30 IOWA J. CORP. L. 309, 2005.
13. Grosberg Joel, Sullivan Stephen, The FTC's Enforcement Initiative Against Improper "Orange Book" Listing In the Pharmaceutical Industry, FTC NEWSLETTER VOLUME 2003, ISSUE 1.
14. Harris Barry C., Murphy Kevin M., Willig Robert D., and Wright Matthew B., Activating Actavis: A More Complete Story, 28 ANTITRUST ABA 83, 2014.
15. Harrison Patrick, Le Croykluwer Kyle, EU General Court Upholds Commission's Landmark Patent Settlement Agreement Decision, KLUWER COMPETITION LAW BLOG Sep. 2016.
16. Hogges-Thomas Alicia I., Special Issue on Cirsuit Split: Winning the War on Drug Price: Analyzing Reverse Payment Settlements Through the Lens of Trinko, 64 HASTINGS L.J.1428, 2013.
17. Morse M. Howard, Product Market Definition in the Pharmaceutical Industry, 71(2) ANTITRUST LAW JOURNAL 633, 2003.
18. Pitofsky Robert, Trade Regulation: Cases and Materials, 6th ed., 2010.
19. Podgorny Andrew E., Supporting The Rationale Behind the HW Act and Patent Law, 12 IND. HEALTH L. REV 423. 2015.
20. Shim, Mee-Sung, Lee, Kevin Kyumin and Choi, Eun Sun, Draft Legislation of Pharmaceutical Affairs Act for Korean Patent-Regulatory Approval Linkage System, KIM & CHANG IP NEWSLETTER 1, Sep. 2014.
21. Taavola Lars P., The 30th Anniversary of HW Act: Jumping Into the Actavis Briar Patch-Insight Into How Courts May Structure Reverse Payment Antitrust Proceeding and The Questions That Actavis Left Unanswered, 40 WM. MITCHELL L. REV. 1370, 2014.
22. Tufts Center for the Study of Drug Development, Post-Approval R&D Raises Total Drug Development Costs to $897 Million, 5(3) IMPACT REPORT, 2003.
23. Vaishnav Anish, Survey: Product Market Definition in Pharmaceutical Antitrust Case : Evaluating Cross-Price Elasticity of Demand, COLUM. BUS. L. REV 586. 2011.

評論

與談人：李素華（臺灣大學法律學系副教授）

今天報告人將各國醫藥專利連結法律制度做了一個詳盡的報告。一般而言，專利權保護期限屆至後，所有的競爭者都能實施發明及進入市場，但因為藥品研發需投入相當成本，因此，有專利法第53條專利延長保護之規定，使得藥品專利權之保護期限較其他技術領域長。反之，從公共衛生政策角度，我們又希望學名藥能夠提早上市，促進市場競爭及降低藥品價格，因此，專利法第60條又規定，學名藥可以在專利保護期間內先從事研究試驗，在藥品專利權仍有效的這段期間，若學名藥能取得上市許可，將產生藥品專利權之侵權爭議。面對此種一方面鼓勵新藥研發而延長藥品專利權保護，另一方面藉由研究試驗不為專利權效力所及來鼓勵學名藥提早上市，由此所衍生的專利權侵害爭議該如何解決，我想就是今天報告的重點。

當原開發藥廠受到學名藥廠挑戰專利權之有效性、抑或主張成功專利迴避設計而不侵權後，為了繼續維持專利權之排他性權利，原開發藥廠可能會與學名藥廠進行協商，雙方達成所謂的逆向付款協議，此等協議在競爭法規範下之適法性問題，乃其中一個討論重點。衛生福利部（衛福部）先前在草擬專利連結專章之藥事法第48之19條修正草案時，原有條文規定：若涉及逆向付款協議或其他與競爭秩序相關之協議，當事人必須通報衛福部及公平會。前揭條文草案是參考已建立專利連結制度之美國及韓國立法例；另外，歐盟雖然未有專利連結制度，執委會近年來亦注意到醫藥產業之協議對於競爭秩序影響，因而亦有要求事業相關協議要通報執委會，由執委會定期公布統計報告。因此，衛福部認為，專利連結制度建立後，藥商之相關協議若能定期提報衛福部及公平會，一則具有嚇阻作用，使藥商懼於從事反競爭協議；其次，亦可如歐盟作法般，讓公平會能掌握醫藥產業之實務活動，以利於日後執法。

衛福部原先草擬之前揭條文，在行政院審議藥事法修正草案過程，經部會協商後修改成現行條文，亦即：前揭協議之當事人係直接向衛福部通報，衛福部認為有違反公平法情形時，再通報公平會。此一條文適用之困難在於，衛福部可能無法判斷個案是否違反公平法，因為醫藥衛生主管機關並無公平法之專業。因此，未來實務上可能發生報告人所說的，或許衛福部就是把所有通報案件都移送公平會。

另外，各界一直思考，若有專利連結制度後，國外的逆向付款協議問題是否會在我國發生?我想我國與美韓或其他國家之制度、環境有所差異，例如：我國訴訟費用較低、我國採行健保制度及藥價決定程序均有異於他國，因此，我國不見得會有相同問題產生，但個人認為，在我國法制環境下，可能產生其他競爭法上的問題。最後，若真的有逆向付款或其他限制競爭案件，相關市場界定是困難的問題，目前為止，我並沒有好的想法，但建議報告人或許可以考量學名藥與原廠藥的替代性、健保核價等因素，進而能有最妥適的市場界定。

聯合行為之合意推定－美國反托拉斯法之比較法研究

顏雅倫*

目　次

一、前言與本文架構
二、聯合行為之合意推定－臺灣最高行政法院的認定
(一)修法沿革
(二)行政法院關於合意推定的主要見解
三、美國法院及學說關於合意推定的見解
(一)美國最高法院的判決
(二)Turner與Posner的爭論
(三)附加因素(Plus Factors)
(四)促進行為
(五)最新發展
四、綜合分析與結論
(一)制度異同
(二)行政訴訟程序的舉證責任與舉證程度要求
(三)公平交易法第14條第3項的解釋

一、前言與本文架構

一直以來，聯合行為（又稱卡特爾行為）均是反托拉斯法非難的重點對象。然因聯合行為的相關證據多隱匿於被處分事業手中，直接證據並不易得，為追訴此等對市場競爭有重大危害的限制競爭行為，我國最高行政法院長久以來均承認得以間接證據推定聯合行為的存在。2015年公平交易法修正時，亦於公平交易法第14條第3項明文規定聯合行為的合意得以相當依據之因素推定

* 國立成功大學法律學系助理教授

之。惟在實際操作上，究竟要有何等與多高程度的間接證據方足以產生推定的效果，一直未有清楚釐清，個案標準時有變動。特別是於涉及寡占市場的案件中，如何區別寡占事業有意識平行行為與一致性行為，是公平交易委員會（以下稱公平會）與行政法院相當困擾的爭論。

美國係全世界最早制訂反托拉斯法的國家，如何藉由間接證據推定事業彼此間有勾結協議，以及反托拉斯法應如何處理寡占事業定價問題，亦是其實務及理論上的難題，而美國的學說與實務，也素來為我國反托拉斯法之執行與相關學說的重要參考。有鑑於此，本文擬先彙整國內最高行政法院關於聯合行為合意推定的相關判決，並統整其見解與理由。次來，則介紹美國實務與學說上關於合意推定的討論，包括美國最高法院歷年來的判決、寡占定價應如何規範等論點歧異、實務上發展出的附加因素分析模式、已為公平會採用的促進行為理論，以及近期爭議與發展等。最後則為本文的綜合分析與結論，希冀能對國內聯合行為合意推定的未來發展有所貢獻。

二、聯合行為之合意推定－臺灣最高行政法院的認定

(一) 修法沿革

公平交易法於2015年時大幅修正，就聯合行為部分的主要修正，除變更條次以外（原第7條變更條次為第14條，原第14條變更條次為第15條），即為增訂現行公平交易法第14條第3項，明文規定聯合行為之合意，得依市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量、事業行為之經濟合理性等相當依據之因素推定之。除此之外，依修正後公平交易法第14條（原第7條）第1項、第2項及第15條（原第14條）第1項本文規定，公平交易法對於事業聯合行為之規範，無論於本次修法前、後，均以「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（包括事實上可導致共同行為之意思聯絡），相互約束事業活動，而足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」為要件[1]。

(二) 行政法院關於合意推定的主要見解

1. 聯合行為之合意與間接證據

按依據公平交易法第14條第1項、第2項（2015年2月修正前為第7條第1項、3項），構成聯合行為的合意，包括契約、協議或其他方式之合意，而所謂其他方式之合意，係指契約、協議以外的意思聯絡，不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為者。基於前述規定，最高行政法院素來認為，公平交易

[1] 最高行政法院104年判字第181號判決。

法對事業聯合行為之「合意」採實質認定，亦即除契約、協議等具拘束當事人法律效益之「合意」外，其他方式的意思聯絡，不論有無法律拘束力，若「事實上」可導致共同行為或一致性行為者亦屬之[2]，換言之，最高行政法院認為，聯合行為的合意，包括因意思聯絡而事實上可導致一致性行為（或稱暗默勾結行為）之「其他方式之合意」，至於所謂「一致性行為」，是指2個或2個以上事業，在明知且有意識之情況下，透過類似聚會等機會交換經營意見，以意思聯絡之方式就其未來之市場行為達成不具法律拘束力的共識或瞭解，形成外在行為之一致性[3]。至於外觀行為之一致性，並非以調漲後價格完全相同為必要條件，得綜合各項客觀市場資料，如漲價時間相近、漲價幅度或金額為相同或類似等客觀市場資料加以判斷[4]。

最高行政法院在2015年公平交易法修正時增訂第14條第3項聯合行為合意推定之規定前，即已認為，若事業採取同一形式之外部行為，而經進一步調查確實有「意思聯絡」，即藉由直接或間接方式，如利用市場資訊之公開，間接交換與競爭有關之敏感市場訊息，或相互傳達營業策略，或直接進行商業情報之交換等，在客觀上未必先有預定的計畫方案[5]，或以其他客觀間接證據（如誘因、經濟利益、漲價時間或數量、不同行為的替代可能性、發生次數、持續時間、行為集中度及其一致性等），足以判斷事業間已有意思聯絡，且為其外部行為一致性的合理解釋，即可認定事業間有「聯合行為」[6]。倘相關事證足資證明其一致性行為之合意，縱有時間落差或微幅價格之不同，亦構成公平交易法所稱之聯合行為[7]。於修法之後，最高行政法院認為間接證據亦可作為證明合意存在之證據[8]，有公平交易法第14條第3項的明文支持，而更形鞏固。

---

2 最高行政法院104年判字第413號判決。

3 最高行政法院104年判字第181號判決、最高行政法院102年判字第67號判決、最高行政法院99年判字第502號判決。

4 最高行政法院92年判字第1733號判決、台北高等行政法院89年訴字第258號判決。

5 最高行政法院103年判字第438號判決、最高行政法院103年判字第294號判決、最高行政法院92年判字第1733號判決、台北高等行政法院89年訴字第257號判決、台北高等行政法院89年訴字第258號判決。

6 最高行政法院104年判字第181號判決、最高行政法院102年判字第67號判決、最高行政法院103年判字第438號判決、最高行政法院103年判字第294號判決、最高行政法院100年判字第2181號判決、最高行政法院100年判字第617號判決、最高行政法院100年判字第616號判決、最高行政法院100判字第615號判決、最高行政法院99年判字第502號判決、最高行政法院99年1036號判決。

7 最高行政法院103年判字第294號判決、最高行政法院99年判字第502號判決。

8 最高行政法院105年判字第366號判決。

2. 合意推定

換言之，最高行政法院認為，意思聯絡之存在，除依據直接證據判斷外，亦得利用間接證據證明，即經由各項間接證據所認定之間接事實，並由各種間接事實適時的累積，參酌涉案商品之種類、被處分事業所占之比例、相關市場之範圍及其特性，如有生異於正常市場下之競爭條件狀況者，即得據以推定其間存有一致性行為之意思聯絡存在[9]。

最高行政法院認為，採用間接證據時，其所成立之證據，在直接關係上，雖僅足以證明他項事實，但由此他項事實，本於推理作用，為合乎經驗法則及論理法則之推定判斷，自得作為認定違法事實之基礎。若要求聯合行為需要直接證據（例如書面會議記錄）方得成立將造成不當之脫法行為，縱無直接證據可資證明事業間存有聯合行為之合意，然若透過間接證據之採證與分析，可合理推定若非事業間採取聯合行為，否則無法合理解釋市場上一致性行為現象時，即可推定有聯合行為合意之存在，亦即在聯合行為乃事業間外部行為一致性之唯一合理解釋之情形下，可認定該等事業間有聯合行為。易言之，如市場上多數業者同時且以相同幅度調整價格，但市場上並無客觀之供需變化等因素可資合理說明，應可合理推定業者就該次價格調整存有聯合行為之合意[10]。事業為共同一致之行為，自該各該企業之個別利益觀點無從解釋之，僅能基於有共同之目標及計畫加以了解時，即可認為有該等合意存在[11]。

最高行政法院認為，要推翻前述「合理推定」，須行為人合理說明或證明其價格之調整乃市場上客觀之供需變化因素所致，否則即可推定有聯合行為之意思聯絡存在[12]。倘若事業並非基於個別成本、利潤及其他相關因素之獨立考量，且提出其調漲費用之合理精算依據，而與有競爭關係之他事業恰有一致性之調漲費用行為，能否認定該事業與有競爭關係之他事業並無共同行為之合意存在，即非無疑問[13]。

3. 個案認定

若就個案而論，同業公會縱使並未開會或決議或未通知全部會員，若曾呼

9 最高行政法院104年判字第181號判決、最高行政法院102年判字第67號判決、最高行政法院100年判字第2181號判決、最高行政法院100年判字第67號判決。

10 最高行政法院103年判字第438號判決、最高行政法院103年判字第294號判決、最高行政法院92年判字第1798號判決。

11 最高行政法院92年判字第1798號判決。

12 最高行政法院102年判字第251號判決、最高行政法院92年判字第1798號判決。

13 最高行政法院93年判字第415號判決。

籲會員勿殺價求售，通知會員調漲價格，對於競價銷售之業者，前往制止，會員也依同業公會決定之價格販售[14]，或被處分事業藉由業者座談會的方式，呼籲零售業者間不要從事價格競爭，彼此售價儘可能統一，並希望供應商對於不配合之零售業者予以管控、斷貨[15]，業者陳明與競爭者間有銷售區域分配，不會搶標[16]，或被處分事業坦承彼此經常聚會交換資訊，會談內容涉及同業不要惡性競爭、避免價格太低及同業間有合理參考價位[17]、有書面紀錄及業者訪查記錄顯示同業公會邀集業者協調費用而得出計價方式告知會員[18]等，此應屬合意的直接證據。

另同一時間同一幅度的價格調整本身，往往會被認為係與市場正常機制有違的間接證據[19]，此在被處分事業成本互異又未能就一致性調價行為有市場客觀合理因素提出合理說明及解釋，特別顯然[20]。亦有判決以競爭者之間彼此合作的情況違反市場競爭常理，具有聯合調漲價格的意思聯絡[21]。至於其他業者或上下游交易對象的陳述及問卷調查結果，均曾被援引為間接證據[22]。此外，競爭者彼此間有大股東或董事兼充他者的董事或經理人的情事存在[23]，彼此兼有密切業務合作關係、協助製作文件等[24]，亦曾為法院或公平會為合理推定的考量因素。被處分事業彼此間具有控制與從屬關係，亦曾被行政法院採納佐證被處分事業間關係已非絕對之競爭狀態，確有為聯合行為之動機[25]。

有趣的是，過去曾出現在非寡占市場中，被處分的其中一事業在無客觀成本推升因素下，逕自登報宣示調漲售價，公平會認為，此種悖於經濟理性之行為，勢必係預期其他業者會有善意回應，該登報事業登報宣示顯係欲透過事

14 最高行政法院90年判字第507號判決。
15 最高行政法院105年裁字第1276號行政裁定。
16 最高行政法院90年判字第225號判決。
17 最高行政法院90年判字第1316號判決。
18 最高行政法院87年判字第272號判決。
19 最高行政法院88年判字第1985號判決。
20 最高行政法院103年判字第438號判決、最高行政法院103年判字第294號判決。
21 最高行政法院99年判字第502號判決。
22 最高行政法院96年判字第1460號判決、台北高等行政法院94年訴字第1113號判決、最高行政法院99年判字第502號判決。
23 最高行政法院93年判字第415號判決、最高行政法院88年判字第3247號判決、最高行政法院88年判字第3246號判決。
24 最高行政法院88年判字第3247號判決、最高法院88年判字第3246號判決、最高行政法院90年判字第283號判決。
25 最高行政法院96年判字第1460號判決、台北高等行政法院94年訴字第1113號判決。

先、公開方式傳遞調價訊息，藉此減少偵測可能發生的時間遲延或資訊不正確風險，以使競爭對手在知悉的情況下，有能力且有誘因選擇跟進，且該被登報事業給予舊客戶緩漲期間，除可藉以觀測競爭對手的反應外，亦有利於競爭對手規劃跟進，而其他業者經由相互交換訊息，確認登報事業的漲價屬實且彼此均有跟進的意思，並配合互不搶客戶，使市場上價格趨向一致性上漲，彼此間客源亦不致有太大變化，因而有高達50家業者一性致調漲價格。且登報事業在釋出調價訊息後，自陳有以電話瞭解同業有無隨同調漲，其以此偵測市場競爭對手，亦有助於聯合行為的穩固，故認定登報事業與其他20家業者一致性調價，係屬出於意思聯絡所為之聯合行為，此一認定亦受到行政法院的支持[26]。

4. 聯合行為與有意識平行行為之區別：寡占市場的難題

(1)基本原則

不意外的是，實務上關於合意推定的主要爭議，幾乎都集中在寡占市場中事業之外觀上一致性行為，究竟是寡占市場常見的「有意識平行行為」或「價格跟隨行為」，抑或是得藉由間接證據進而合理推定事業間彼此實有意思聯絡，而構成聯合行為，特別是寡占市場本就與完全競爭市場有極大差異。首先，最高行政法院對寡占市場中的「有意識之平行行為」或「價格跟隨行為」，係認為在高度透明化的寡占市場中，廠商對於競爭者之行為，通常在很短的時間內即可得知，且產品同質性越高，市場越以價格競爭為主要方式，此時廠商對於產品價格之決策，往往須視對手所實施之競爭策略而定，並非一定以低價競爭為惟一策略，亦有可能是為因應對手策略所不得不為之「有意識之平行行為」或「價格跟隨行為」[27]。在寡占市場結構，寡占事業對彼此的競爭決策至為敏感，而相互牽制，故寡占事業間倘對未來競爭情勢相互呼籲，或彼此交換調漲價格之訊息，實已足以影響市場競爭，即難認屬純知識性之商情傳播。按一致性行為與單純之平行行為的主要區別在於前者有意思聯絡，構成聯合行為，而後者係因市場結構而互為有意識之模仿，但當事人間欠缺意思聯絡，故不屬於聯合行為。惟依經驗法則及學理判斷，寡占事業的平行行為恆顯現於價格同步下跌，以確保彼此之市場占有率及競爭力，至若特定事業為價格上漲時，其競爭者也只會為較低程度的價格調漲，俾得以增加市場占有率及競爭力[28]。

---

26 最高行政法院103年判字第438號判決。

27 最高行政法院102年判字第251號判決、最高行政法院103年判字第294號判決。

28 最高行政法院92年判字第1733號判決、台北高等行政法院89年訴字第258號判決。

(2)瓦斯業者聯合調漲驗瓶費案

早期關於寡占市場的重要案例，為瓦斯業者聯合調漲驗瓶費案，最高行政法院與原審均贊同公平會長達2年之調查後發現，就：(1)成本結構與變動；(2)驗瓶量、產能與定價策略；(3)客源分配與互不搶客戶之默契；(4)價格變動、市場占有率未變動；(5)由新進小廠商率先調漲，並非合理經濟現象；(6)新競爭者參進不易，肇致互不為價格競爭之聯合行為誘因與動機；(7)調漲時機非市場旺季；(8)事前接觸與情報交換；(9)供需雙方之心理因素等等市場因素，加以經濟分析後，證明被處分事業對於此次價格調漲，在主觀要件上有事前的意思聯絡。且被處分事業固定成本不同，變更設備或成本發生時間亦不同，卻於相近之時間調整價格，悖離一般經濟原則及正常市場機制，又無法合理說明其於不同成本之情形下，卻於同一時間以相同幅度開始調漲價格，顯見其非自由競爭市場下各事業獨立決定事業行為之結果[29]。

(3)有線電視產業調漲收費案

在有線電視產業的相關案例中，有案例曾出現事業委任派至公平會說明者陳述透過參與政府機關會議之機會相互透露調漲收費及互不為價格競爭之訊息等直接證據，佐以競爭者彼此間有大股東重疊或董事或監察人兼充，而該等人士足以擔當居間協調角色促成同業達成不再互為殺價競爭等事實，認定合意相對容易[30]。亦有基於公平會調查時，受調查事業與其競爭事業均自承相互為市場訊息交換，且有互不為價格競爭之相互呼籲，該等呼籲顯在消弭彼此之價格競爭，足以影響市場競爭，難認屬單純之商情傳播，該呼籲亦為各被處分人調漲收視費用之依據，客觀又已導致有線電視節目收視費之一致性調漲行為，再補以受處分事業與其競爭事業經理人及員工多屬舊識乙事、被處分事業與其他競爭事業調漲後價格所具有一致性之調漲時間相近、調漲後之市場競爭降低，及調漲時國內整體經濟情況欠佳等因素，認定有聯合行為之意思聯絡[31]。

此外，最高行政法院在個案中曾支持公平會的認定，認為該案雖無直接證據可證明被處分事業與競爭對手有聯合行為之合意，但依2家公司纜

29 最高行政法院92年判字1798號判決。

30 最高行政法院92年判字第1906號判決、最高行政法院92年判字第1679號判決、台北高等行政法院89年訴字第257號判決。

31 最高行政法院92年度判字第1733號判決、台北高等行政法院89年訴字第258號判決。

線共用、上訴人93年「網路完工圖」上已有「某某大樓」字樣，互相交叉持股，2家公司所屬集團前已有違法聯合之先例、被處分事業以不實之理由（無法安裝線路）、無理要求收取裝機費用方式，拒絕客戶上門，被處分事業及競爭對手均逐年調高至收費上限每月550元、二者均拒絕大樓管理委員會協商收費之要求，被處分事業與競爭對手自一定時間後同時開始轉虧為盈不合常理等各項間接證據觀之，原處分認定被處分事業與競爭對手有聯合行為之主觀合意要件，係合理之推定。最高行政法院另特別強調，該案所涉交叉持股及擔任競爭事業董事之情事，顯然會造成反競爭的結果。尤其在寡占市場中，將導致無其他競爭者或潛在競爭者之下，處於無競爭狀態，被處分事業與競爭對手顯然具有聯合行為合意之高度可能性，此與學者見解所謂寡頭市場企業無聯合行為合意之「同一形式之行為」、「模仿、跟隨行為」，有明顯差異[32]。

(4)中油與台塑石化同步調整無鉛汽油及柴油批售價格案

在臺灣中油股份有限公司（以下簡稱中油）與台塑石化股份有限公司（以下簡稱為台塑石化）同步調漲無鉛汽油及柴油批售價格案，最高行政法院支持公平會與原審判決的見解，指出參照中油與台塑石化歷次調價方式，發動調價者（無論調漲或調降），均「預先」透過新聞發布方式直接將價格調整訊息傳達給競爭對手，包括調價時間及調價幅度等重要價格資訊，而同業亦透過媒體在預告時間與生效時間的時間差內作出反應，可見中油與台塑石化於發布調價資訊之際「並未即時實施」，也「未必當然實施」，僅為預告價格，重點在端視對手反應而定。故中油與台塑石化公司透過調價預告，偵測競爭對手反應或交換價格資訊進行意思聯絡，致中油與台塑石化公司形成同時間、同幅度之一致性調價之結果，足認中油與台塑石化公司上開調價機制合致當時的公平交易法第7條規定所稱「其他方式之合意」之構成要件[33]。

最高行政法院更進一步指出，寡占市場業者之間顯有相互依賴之互動關係，故較易透過契約、協議或其他方式之合意，形成聯合行為，而其意思聯絡不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為者均屬之，而利用相關促進行為達成合意之默契即屬此種合意態樣。於油品寡占市場結構中，率先調漲價格的廠商須面對競爭對手不跟進，加盟加油站業者大幅流失等

32 最高行政法院99年判字第404號判決、最高行政法院99年1036號判決。

33 最高行政法院98年判字第91號判決、最高行政法院98年判字第92號判決。

風險，而不跟漲的一方可藉以分食調價廠商原有的市場，是欲免於競爭並確保獲利，率先發動價格戰之廠商在市場上預先公布調價訊息，對市場上的競爭同業釋放出價格訊號，減少偵測可能發生的時間遲延或資訊不正確的風險，他競爭廠商在「知悉」的情況下，「有能力」且「有誘因」的選擇跟進或不跟進，致發動價格戰之業者可隨之維持價格、撤回價格戰或調整競價策略，以達成雙方利益之極大化。故本件情形與寡占市場單純有價格追隨之僵固一致性，顯屬有異。最高行政法院與原審判決也均認為公平會所援引的美國Ethyl案，縱經美國法院廢棄確定，但該案所提出之「促進作為」理論，並非無參酌價值。原判決依本案事實已足以推定聯合行為，除中油與台塑石化能提出預告油價調整及跟進行為之正當理由，始能動搖該事實[34]。

(5)鮮乳價格聯合調漲案

最高行政法院在鮮乳價格聯合調漲案中，認為被處分事業等調價決定，均須面對不確定之因素（如流失市場）並猜測競爭對手之反應（如競爭對手不跟價及競價的風險），然寡占市場廠商家數少，更容易偵測悖離及制裁，市場結構有利於聯合勾結之誘因；再者，各平面媒體率先揭露鮮乳調漲訊息，與被處分事業等事後調價結果足資對應，此等訊息利於競爭對手調價市場偵測並降低競爭對手不跟價的風險，有助於聯合行為的穩固，因而推定被處分事業等一致性調漲鮮乳參考建議售價之行為，係出於意思聯絡所為之聯合行為。且衡諸經驗法則，寡占市場上之跟隨行為係在領導者作出決策後，追隨者方跟進，被處分事業等三家公司在決定調價時，勢須提前至少2至4週通知通路業者並進行協商，要無其中一家調漲後，再由另兩家業者見其調漲後數日內即跟隨調漲之可能。另被處分事業不僅於第一時間開出高度雷同之建議售價表，且均無任何修正價格之情形，欲達此種穩固市場之確信，要非聯合在前不足以佐證，不論被處分事業之後是否避開調漲價格的時點，均不影響其等合意之事實。更何況被處分事業，均未能於公平會調查時即時提出其價格調整之計算方式與資料，以證明其等價格調整確係基於自身決策所為。且鮮乳價格之調整極為複雜，考量因素多端，其成本除生乳收購費用外，尚有生產原料、包材、工資、運輸、營運等各項成本費用，又應維持通路的毛利率並兼顧消費者感受，則在如此複雜之因素交錯影響下，被處分事業於100年10月初調價結

34 最高行政法院98年判字第91號判決、最高行政法院98年判字第92號判決。

果呈現一致上漲，且調漲之價格完全相同或極為相近，此已非被處分事業等泛稱係因渠等成本結構與成本上揚因素相似性高所能解釋，且被處分事業3家公司以外之其他競爭同業在生產成本理應較高之情況下，並未調漲，可見本案並非如被處分事業所稱價格相似或一致為鮮乳寡占市場之必然結果[35]。

(6)水泥業者聯合壟斷哄抬水泥價格案

在水泥業者聯合壟斷哄抬水泥價格案，最高行政法院支持原審判決認定，首先肯認如能證明廠商間之行為，實乃有助於達成共識，或偵測、懲罰悖離，或防止新競爭者加入，以促進卡特爾之穩定，則證明此等「促進行為」之事證，足堪為認定聯合行為存在之「間接證據」。再者，參酌我國水泥產業為一高度集中、需求缺乏彈性且價格資訊透明之市場，有利水泥供應業者互相勾結及監督；我國水泥產業又因需求逐年萎縮，長期供給大於需求，確有形成水泥供應業者藉由卡特爾以避免水泥價格因產能過剩致價格一路下滑等各項市場結構誘因，並依調查證據之辯論結果，認被處分事業合意透過其中一家業者代表國內水泥供應業者與日本鋼鐵業者進行意見交換，經協調逐年減少水淬爐石銷臺之數量，阻礙有部分替代水泥效果之高爐石粉之生產利用，而強化封鎖我國水泥進口市場之效果，以控制我國水泥市場之總供給量，遂行一致調漲國內水泥價格之目的[36]，以及有業者彼此合意後由部分業者退出市場，協議不為競爭[37]，而構成聯合行為。

(7)工業用紙漲價案

在工業用紙漲價案中，最高行政法院認定一級工業用紙市場屬寡占結構，並支持公平會（本案的上訴人）關於國內紙廠藉由發票開立而以發票價為「實收價」計價基準等方式為資訊交換，形成調價上互信協調機制，且工業用紙發票價上漲幅度顯然超過反應廢紙成本價格成本上升之幅度等認定，進而認為公平會查認被處分事業等有同時間、同幅度之一致性調漲工業用紙之外觀，並輔以與歷史調價經驗相違、與國際行情背離及寡占市場結構等附加因素，據以推認被處分事業等有聯合行為之合意，容屬合理推定之方式。最高行政法院進一步闡釋，從發票價可以看出被上訴人等有

35 最高行政法院103年判字第294號判決。

36 最高行政法院100年判字第617號判決。

37 最高行政法院100年判字第616號判決，並請一併參照最高行政法院100年判字第600至615號判決，均為此案相關的一系列判決，最高行政法院在此一系列的判決中均採相同或類似見解。

一致性調價之聯合行為跡證，足以探知被上訴人等有聯合行為之合意，足可損及市場競爭之機制，且原審雖然引用「有意識平行行為」（價格跟隨行為）之理論，但並無法提出究竟何次調價行為屬何方被上訴人所發動之價格領導、何次調價行為屬跟隨、又如何決策進行跟隨、時間差為何等相關事證，公平會調查時，被處分事業等亦未曾提及業界間有追價行為，是以被處分事業等主張價格領導與跟隨，並未舉證以實；而原判決所指情事，亦有欠缺事證、不備理由之違法[38]。

(8)連鎖便利商店現煮咖啡漲價案

在著名的連鎖便利商店現煮咖啡漲價案中，最高行政法院第一次判決時認為原處分從鮮奶成本、生產現煮咖啡所需使用咖啡豆、耗材、人工、咖啡機等成本、調漲作業期間、新聞稿之發布、促銷活動準備期間等多項間接証據觀察，在眾多變動因素下，並無客觀之供需變化可資合理說明何以被上訴人等4家連鎖便利商店外觀上有一致性之行為（除「有意識之平行行為」及「價格跟隨行為」外），自可合理推定被上訴人等有聯合行為之合意[39]。

更值得注意的是，台北高等行政法院之原審判決認為[40]，行政訴訟法第189條第1項所規定之「判斷事實之真偽」，雖未明白規定證明度，鑑於行政訴訟對人民權利保障及行政合法性的控制，行政訴訟所要求的證明度應是高度的蓋然性，也就是「沒有合理可疑」蓋然性程度的確信。故公平會縱使未能掌握相關產業資訊而無從為主要待證事實之證明，但仍應運用間接證據法則，藉由間接事實（或謂「附加因素」，如誘因、經濟利益、漲價時間或數量，不同行為之替代可能性、發生次數、事業之成本結構、市場狀況及情報交換等）之證明，本於推理之作用而導出合意之存在，且

38 最高行政法院102年判字第67號判決。此外，該案另涉及被上訴人等是否聯合操縱二級紙板市場的爭議，原審判決認為二級紙板市場為開放市場，但最高行政法院指出，公平會認定正隆公司、榮成公司就二級紙板市場，對於三級紙箱業者之報價單即依各種不同瓦楞芯紙與瓦楞紙板之組合搭配不同規格代碼，報價包含瓦楞芯紙或面紙之成本及加工工資等計算，瓦楞紙板價格計算複雜，，且各公司各規格品項代碼不同，然公式計算複雜、但價格卻一樣，非聯合行為無以致之；足認正隆公司、榮成公司不僅不為競價，且聯合抬高紙板價格，利用上下整合掌控紙源進而聯合操縱二級紙板價格等情，觀諸前述之證明方法，亦屬合理推定之方式。

39 最高行政法院102年判字第251號判決。

40 臺北高等行政法院判決101年度訴字第607號、101年度訴字第649號、101年度訴字第703號、101年度訴字第715號。

此合意為其外部行為一致性之「唯一合理」解釋。換言之，公平會若採用間接證據，除須證明間接事實存在，並須說服法院何以此等間接事實能夠「唯一合理」地解釋聯合行為合意之存在，否則難以認為其舉證已達「沒有合理可疑」蓋然性程度的確信，此際如經法院依職權調查證據，仍有待證事實真偽不明之情狀，公平會即應負擔敗訴之風險。但最高行政法院認為，原審判決不採「合理推定」之見解，未要求被處分事業等4家連鎖便利商店對於其等何以外觀上有一致性之調價行為，及在新的鮮乳進貨價格尚未確定前即作成調漲含乳現煮咖啡之決定負合理說明之舉證責任，卻認為應由公平會舉證證明聯合行為之合意且其證明須達「沒有合理可疑」的程度，若經法院依職權調查仍有待證事實真偽不明之情況，公平會即應負擔敗訴風險，而將舉證責任倒置於公平會，有違舉證責任分配之原則，有適用證據法則不當之違法，並據此廢棄原審判決[41]。

然而，在該案發回更審後公平會對不利公平會的更一審判決上訴時[42]，最高行政法院卻又認為所謂「有意識之平行行為」，係指事業彼此間並沒有主觀意思聯絡，而源於客觀之市場結構，於市場上因一事業採取行動後，其他事業亦隨之跟進，造成外觀上同一形式之行為。而此等行為多存於寡占市場間，若經評估結果，認為如不採取同一形式之行為，將導致同業競爭者或市場交易相對人實施對抗措施，經濟上係屬不理智，遂跟著看齊而為「有意識之平行行為」。本件其中一位被處分事業率先為調漲含乳現煮咖啡價格，其他被處分事業透過公開透明之價格可觀察到先調價業者的調價行動，即可迅速應對、追隨、漲價，先調價業者的調漲行為即無客戶流失之疑慮。至於被處分事業等成本結構不同，卻能於相近之時間調整相近價格，本來就是寡占市場廠商出於平行行為之正常現象。另公平會既稱被處分事業等系爭商品同質性高、競爭對手彼此瞭解對方之商品調整週期、系爭市場結構具有利於聯合勾結之誘因、現煮咖啡市場價格公開且透明、銷售係屬零售而非大宗買賣、產品內容單純且具有替代性特色等因素，反而可以証明被處分事業等不須存在任何意思聯絡，透過一致漲價之平行行為即可自然發生，自應排除聯合行為之適用。再者，原判決認公平會所提出聯合行為意思聯絡之相關事證（從鮮奶成本、生產現煮咖啡所需使用咖啡豆、耗材、人工、咖啡機等成本、調漲作業期間、新聞稿之發

41 最高行政法院102年判字第251號判決。

42 臺北高等行政法院102年度訴更一字第54、55、56與57號判決。

布、促銷活動準備期間等多項間接証據觀察），尚不足以合理推定被上訴人等調漲現煮咖啡售價之外觀上一致性行為，係出於聯合行為之意思聯絡等情，並非將舉証責任轉換由公平會負擔，而係認被處分事業等之價格調漲行為具有高度的經濟合理性，其平行行為結果的發生，並不需要依賴被處分事業彼此間存在有事前合意或意思聯絡，可認系爭調漲行為係被處分事業等各自根據市場狀態及競爭對手行銷策略，基於其經濟合理性及利益最大化之追求，在獨立的意思決定下所為的經濟行為，要屬有意識之平行行為，應排除聯合行為之適用，並無違聯合行為意思聯絡之舉證原則，公平會主張原判決對於舉証責任之分配顯有錯誤云云，核無足採[43]。

三、美國法院及學說關於合意推定的見解

(一) 美國最高法院的判決

1. 概說

美國薛曼法第1條規定，任何以契約、托拉斯或其他形式之結合、或共謀，限制美國各州間或與外國間之貿易或商業者，均屬違法。任何人有此等違法行為而作成任何合約或進行任何結合或共謀者，應視為觸犯重罪，且一經定罪，其若為營利事業，即應處以一億元以下罰金，若為其他任何人，則依法院之裁量，處以十年以下有期徒刑、或科或併科一百萬元以下之罰金。此外，依據克萊登法第15條規定，任何人因反托拉斯法中所禁止之任何事項而導致其營業或財產上受有損害者，不問其系爭損害金額為何，得於被告住所地或所在地或其代理人所在地地區內之任何美國聯邦地方法院，對此提起訴訟，並請求其所承受損害金額之三倍賠償，及其包括合理律師費用在內之訴訟費用[44]。

薛曼法第1條的核心關注焦點在競爭者彼此合作以取代競爭行為，且因而產生若非如此即難以達成的競爭限制[45]。然而，因薛曼法第1條有協議(agreement)或稱共謀(conspiracy)此一要件，要認定協議存在，常會面臨諸多困難。首先，操縱價格者或類似的違法者，很少承認其等共謀或公開同意，常必須從其等的行為推認(infer)協議存在；第二，有時業者彼此間可無庸透過任何

---

43 最高行政法院103年判字第19號判決。

44 5 U.S.C.1與15 U.S.C.15，中文翻譯係以公平會網站所提供之翻譯為準，參見https://www.ftc.gov.tw/upload/48ddf11b-d58e-4ed0-ae84-efd811820488.pdf，最後瀏覽日2016年11月22日。

45 PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, FUNDAMENTALS OF ANTITRUST LAW, 14-9(4th ed. 2014).

溝通或其他可觀察或可查知的行為統合其行為；第三，可觀察、控制的行為，諸如邀請或會議，與後續的平行行為(parallel action)間的因果關係可能相當模糊[46]。對特定計畫或行為歷程之承諾的客觀顯示，諸如透過口頭保證、身體行為，或履行被要求的行為，均足以成立薛曼法第1條所稱之契約、結合或共謀[47]。而司法判決中，在用語上通常會區分明示(express)或默示(tacit)協議，提及明示協議者，通常涉及直接證據，即有被告等已互相保證將追求共同行為的可觀察證據，諸如描述致力於一系列行為的集體承諾等書面文件，或共謀的一方或多方描述其等如何形成共謀及重述共謀目的等證詞。但多數判決論及默示勾結(tacit collusion)係指原告訴諸間接(indirect)或情況(circumstantial)證據嘗試建立協議的事實。而關鍵的政策上議題，即為法院如何界定足以允許推認被告等已相互保證的最低間接證據總量[48]。

2. Interstate Circuit, Inc. v. United States

就雙方或多方是否有符合薛曼法第1條的協議存在，於Interstate Circuit, Inc. v. United States案（以下稱Interstate Circuit案）中[49]，涉案電影發行商(distributors)收到其中一家大型放映商(exhibitor)的來信，建議該等發行商在未來與戲院簽訂的合約中，增加要求戲院提高門票費用及禁止第一輪電影搭配其他電影連映(double features)等條款，美國最高法院對此認為，涉案的每一位發行商均知悉彼此係處於積極競爭狀態，且若就既定區域的系爭限制沒有實質一致行為的話，將會面臨損失營業利益與二輪及獨立放映商善意的相當風險，但若有該一致行為，即可預期增加獲利。因此可見該一致性行為存有強烈動機[50]。涉案發行商們(distributors)知悉該一致行為業經考慮且被邀請加入，而遵從該計畫並參與其中。每一個發行商也被建議其他發行商已被邀請參與此一計畫，且均知合作對於計畫的成功執行是必須的[51]。不合法的共謀無庸同時行為或與參與之共謀者達成協議即可能成立。縱使沒有先前的協議存在，競爭者接受參與特定計畫的邀請，且該計畫執行後的必然結果為跨州貿易的限制，依據休曼法即足以成立非法共謀[52]。

46 *Id.* at 14-6.

47 William E. Kovacic, *The Identification and Proof of Horizontal Agreements under the Antitrust Laws*, 38 ANTITRUST BULL. 5, 16(1993).

48 *Id*. at 18-20.

49 Interstate Circuit, Inc. v. United States, 306 U.S. 208 (1939).

50 *Id*. at. 222.

51 *Id*. at. 226.

52 *Id*. at. 227. 其原文為“[a]cceptance by competitors, without previous agreement, of an

3. American Tobacco Co. v. United States與United States v. Paramount Pictures, Inc.

其後，在American Tobacco Co. v. United States案（以下稱American Tobacco案）中[53]，美國最高法院指出，要成立非法共謀，無庸正式協議(No formal agreement is necessary to constitute an unlawful conspiracy)。違反薛曼法的共謀，得在一系列商業往來或其他情況以及字句交換中發現，當情況足以讓陪審團發現共謀者有對非法安排統一目的或共同計畫(common design)與瞭解(understanding)，或有意思合致(a meeting of minds)，認定共謀成立即有正當性[54]。甚且，美國最高法院更曾在United States v. Paramount Pictures, Inc.案[55]中表示，要認定共謀不需要有明示協議(express agreement)，只要有共同行為被考慮且被告遵循該等安排即足[56]。

4. Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.

然而，在Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.案（以下簡稱為Theatre Enterprises案[57]）中，美國最高法院又限縮Interstate Circuit案對協議的寬廣解釋，進一步指出，固然如Interstate Circuit案等案件所示，商業行為本身可能是得以推認(infer)協議存在的情況證據(circumstantial evidence)，但僅僅是平行商業行為並不足以決定性地建立協議存在的事實。有意識平行行為之情況證據可能已侵蝕對共謀的傳統司法態度，然而有意識平行行為(conscious parallelism)並不足以完全成立薛曼法中的共謀(conspiracy)[58]。美國最高法院在Theatre Enterprises案更表示，每一被告均否認有任何合作存在，且也已經提出相關證據說明其一致性行為乃歸諸於為追求最大獲利所驅動的個別商業判斷[59]。

5. Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp.與Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.

至1984年的Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp.案（以下稱Monsanto案）[60]，美國最高法院對間接證據應達到的程度，提出較為明確的標準，亦即

invitation to participate in a plan, the necessary consequence of which, if carried out, is restraint of interstate commerce, is sufficient to establish an unlawful conspiracy under the Sherman Act.”.

53 American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781 (1946).

54 *Id.* at 809-810.

55 United States v. Paramount Pictures, Inc., 334 U.S. 131 (1948).

56 *Id.* at 142 (1948).

57 Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp., 346 U.S. 537 (1954).

58 *Id.* at 540-541.

59 *Id*. at 541-542.

60 Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp., 465 U.S. 752 (1984).

必須有證據傾向排除系爭當事人獨立行為的可能性。換言之，必須有直接或情況證據而合理地傾向證明系爭當事人有意識承諾一設計來達成非法目的之共同計畫[61]。緊接的1986年Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.案（以下稱Matsushita案）[62]更擴張Monsanto案的標準。美國最高法院在Matsushita案中，認為在該案中，經濟因素強烈指出被告並無動機參與被指稱的共謀，必須在其事實脈絡下衡量該案的拒絕交易行為，因為被告欠缺任何合理動機參與被指稱的杯葛行為，且其拒絕交易符合被告的獨立利益(independent interest)，拒絕交易本身並不能支持反托拉斯責任的認定[63]。

按依據美國民事訴訟聯邦程序第56條規定[64]，任一方當事人聲請部分或全部的簡易判決(summary judgment)，若起訴狀(pleadings)、具結證詞(depositions)、交互詰問的回覆以及任何附有宣誓書(affidavit)的承認，顯示並無關於任何重要事實的真正爭議且聲請的一方有權請求依法律判決(judgment

61 *Id*. at 768 (1984)

62 Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986).

63 *Id*. at 587 (1986).

64 USCS Fed Rules Civ. Proc. R. 56：”Summary Judgment. (a) Motion for Summary Judgment or Partial Summary Judgment. A party may move for summary judgment, identifying each claim or defense - or the part of each claim or defense--on which summary judgment is sought. The court shall grant summary judgment if the movant shows that there is no genuine dispute as to any material fact and the movant is entitled to judgment as a matter of law. The court should state on the record the reasons for granting or denying the motion.(b) Time to File a Motion. Unless a different time is set by local rule or the court orders otherwise, a party may file a motion for summary judgment at any time until 30 days after the close of all discovery.(c) Procedures. (1) Supporting Factual Positions. A party asserting that a fact cannot be or is genuinely disputed must support the assertion by:(A) citing to particular parts of materials in the record, including depositions, documents, electronically stored information, affidavits or declarations, stipulations (including those made for purposes of the motion only), admissions, interrogatory answers, or other materials; or (B) showing that the materials cited do not establish the absence or presence of a genuine dispute, or that an adverse party cannot produce admissible evidence to support the fact.(2) Objection That a Fact Is Not Supported by Admissible Evidence. A party may object that the material cited to support or dispute a fact cannot be presented in a form that would be admissible in evidence.(3) Materials Not Cited. The court need consider only the cited materials, but it may consider other materials in the record.(4) Affidavits or Declarations. An affidavit or declaration used to support or oppose a motion must be made on personal knowledge, set out facts that would be admissible in evidence, and show that the affiant or declarant is competent to testify on the matters stated……”.

as a matter of law)，則該聲請應被准許。美國最高法院在Matsushita案並重述Monsanto案的見解，指出若一行為同時符合受允許的競爭與非法共謀，即不足單獨以此推認反托拉斯共謀。就違反薛曼法第1條之行為請求損害賠償的原告，若要能使法院駁回簡易判決(summary judgment)或指示裁決(directed verdict)的聲請，必須提出「傾向排除被指稱共謀者獨立行為之可能性」(tends to exclude the possibility that the alleged conspirators acted independently)的證據[65]，換言之，當獨立行為或勾結行為的推認(inference)彼此相互競爭時，原告必須證明(show)推認共謀為合理(reasonable)[66]。

Monsanto案與Matsushita案後未久，即有美國學者觀察，美國最高法院在此兩案中對允許陪審團基於模稜兩可的共謀證據判決三倍損害賠償(treble damages)一事有明確顧慮，而這些判決是讓下級審法院要求反托拉斯法請求更具體化與明確化[67]。然亦有論者認為，Matsushita案的見解並不表示，原告必須證明所有被告行為非屬共謀的解釋為虛假，美國最高法院僅是要求應有足夠的證據讓合理的事實發現者能推認共謀的解釋較為可能[68]。Matsushita案的爭點為要避免法院就系爭爭點逕為簡易判決所需的證據質量，不幸的是，許多美國法院將Matsushita案解讀為要避免簡易判決應先提出口頭協議之一定量證據。惟Matsushita案從未堅持哪一種特定類型的勾結證據是必要的，而僅是要求應提出勾結是系爭行為的可能解釋之證據。再者，就Matsushita案所涉案件事實而論，是高度不可能、長達20年的掠奪性定價共謀，故要求高度證據允許此等共謀能經陪審團審理。但Matshshita案從未要求應提出明示共謀的證據，原告僅應證明即使考量互相競爭的獨立行為推認，推認共謀仍是合理的[69]。

6. Bell Atl. Corp. v. Twombly

Matsushita案所涉乃是原告要避免簡易判決進入庭審(trial)所需達到的舉證程度。至2007年，就原告訴狀與主張究竟要達到何等程度才能進入證據開示程序(discovery)，美國最高法院提出重要的見解。按依據美國民事程序聯邦規則第8條(a)(2)規定，陳述救濟請求(a claim for relief)的訴狀(pleading)必須包含請

---

65 Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp., 465 U.S. 752, 764 (1984).

66 Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574, 588 (1986).

67 Stephen Calkins, *Summary Judgment, Motions to Dismiss, and Other Examples of Equilibrating Tendencies in the Antitrust System*, 74 GEO. L.J. 1065, 1109(1986).

68 PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, *supra note* 46, at 14-25.

69 Herbert Hovenkamp, *The Rationalization of Antitrust*, 116 HARV. L. REV. 917, 925-926(2003).

求之簡短且清楚的陳述，顯示起訴者有權享有救濟(a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief)[70]。美國民事程序聯邦規則第12條(b)(6)另規定，任何一方得以動議(motion)主張他方未能敘明能被賦予救濟之請求的抗辯[71]。換言之，未能依美國民事程序聯邦規則第8條(a)(2)規定陳述請求的起訴，被告即能依據同規則第12條(b)(6)款聲請駁回其訴。

美國最高法院於2007年，在Bell Atl. Corp. v. Twombly案(以下簡稱為Twombly案)[72]中，指出遭依美國民事訴訟聯邦規則第12條(b)(6)聲請駁回(motion to dismiss)的起訴(complaint)，並不需要詳細的事實主張，原告有義務提出其應享有救濟之理由(grounds)，而此義務要求高於僅僅貼標籤或給予結論，且公式列舉請求權構成要件（the elements of a clause of action）也不能達成。事實的主張，在假定所有起訴主張均為真（縱使事實有可疑之處）的前提下，必須使有權利請求救濟一事超越推測的程度(the speculative level)[73]。將這些一般原則適用於薛曼法第1條的請求時，美國最高法院認為請求的陳述必須在訴狀中有足夠事實（假定為真）而指向已有協議。要求推認協議的合理依據(plausible grounds)並不是在起訴階段就要求原告應證明請求有可能性，而僅單純要求應有足夠的事實得合理期待證據開示(discovery)將揭露非法協議的證據[74]。

美國最高法院更進一步指出，在特定足以指向薛曼法第1條之共謀有可能存在的事實上，合法的平行行為並不足以證明非法協議，因此指控平行行為及空泛的共謀主張並不足夠。畢竟平行行為也可能是單獨行動，故平行行為的指控要能構成薛曼法第1條的請求，必須置於足以指向有先前協議存在的脈絡下[75]。美國最高法院於Twombly案中也重申，平行商業行為可採認為得推認協議的情況證據，但其非決定性證據，或本身也不即違反薛曼法，有意識平行行為(conscious parallelism)乃處於集中市場之事業認知其等就價格與產出決定的共同經濟利益與相互依存性所為的通常反應，並非本身非法[76]。美國最高法院在

---

70 USCS Fed Rules Civ. Proc. R. 8(a)(2).

71 USCS Fed Rules Civ. Proc. R. 12: "(b) How to Present Defenses. Every defense to a claim for relief in any pleading must be asserted in the responsive pleading if one is required. But a party may assert the following defenses by motion:……(6) failure to state a claim upon which relief can be granted;....." .

72 Bell Atl. Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544 (2007).

73 *Id*. at 554-556.

74 *Id*. at 556.

75 *Id*. at 556-557.

76 *Id*. at 553.; Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209, 227, 113 S. Ct. 2578, 125 L. Ed. 2d 168 (1993).

Twombly案中也明確表示對濫用證據開示程序(discovery abuse)的憂慮，而指出要求主張應達到指向有共謀存在的程度，才能避免在沒有合理基礎期望證據開示程序將揭露支持薛曼法第1條主張的案件中為證據開示而衍生潛在龐大費用[77]。

雖然Twombly案的影響，可能需要更多時間觀察。然而Twombly案確實也導致了不少反托拉斯法請求，被認為按Twombly案所建立的標準觀之過度薄弱而遭到駁回。同時也有越來越多意見指出，當被告控制共謀的重要證據，Twombly案可能對原告過度嚴苛。當原告已盡可能地提出其所有的證據時，應該容許針對有無協議一事為有限的證據開示[78]。且下級審適用Twombly案的結果，也使得涉及寡占市場的價格操縱案件，除非先前已有政府機關的反托拉斯訴訟，僅有少數的私人原告能通過駁回起訴的聲請(a motion to dismiss)[79]。

(二) Turner與Posner的爭論

綜合前述，如何區別有意識的平行行為與一致性行為，特別在沒有直接證據證明有協議或勾結存在時，一直是適用薛曼法第1條的重大難題。更進一步論之，其本質乃涉及反托拉斯法應如何處理寡占事業的決策與寡占市場績效不彰的問題。按當競爭者合理高度期待會有減少競爭的回應模仿行為，而有意地模仿其競爭者的行為，此時即會出現有意識平行行為。這樣的現象有時會被稱為默示勾結(tacit collusion)，因為事業從其競爭者的行為或從市場結果推認競爭者的意圖，故溝通是間接的[80]。而有意識平行行為是寡占市場典型會出現的行為，並非明示協議的結果，其係因市場僅有少數事業而出現，事業在決定其產量與價格時，會將競爭者的反應納入考量。雖然很難精確定義有意識平行行為，有意識平行行為指涉一種默示勾結，於此每一個寡占市場的事業均瞭解有意識平行行為符合事業群體的利益，即維持高價或避免嚴酷的價格競爭，而事業也據此理解行動[81]。

就此，早期即有所謂Turner-Posner的爭論，對美國反托拉斯法學界影響深遠的Donald Turner教授，於1962年即為文主張，既然寡占事業於設定價格

---

77 Bell Atl. Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544, 558-560 (2007).

78 HERBERT HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY: THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE, 245(5th ed. 2016).

79 Lee Goldman, *Trouble for Private Enforcement of the Sherman Act: Twombly, Pleading Standards, and the Oligopoly Problem*, 2008 B.Y.U.L. REV. 1057, 1100(2008).

80 Reza Dibadj, Conscious Parallelism Revisited, 47 SAN DIEGO L. REV. 589, 593-594(2010).

81 KEITH N. HYLTON, ANTITRUST LAW: ECONOMIC THEORY AND COMMON LAW EVOLUTION 73 (2003).

時本會考慮競爭者的可能反應，寡占定價事實上是基於相關經濟事實的理性個別決定，寡占事業所為的有意識平行行為無涉協議，故不屬薛曼法的共謀者。因此有意識平行行為並非協議的證據，除非有其他因素指出被指稱的共謀者，其決定相互依存[82]。要處理寡占市場的問題，僅能藉由拆解大型公司使市場去集中化[83]。然而，著名的Richard Posner法官於學者時代即對Turner教授提出不同意見[84]，Posner法官以經濟學家George Stigler關於寡占的理論為基礎[85]，並認為處於寡占市場的事業，仍可能透過隱匿價格或其他競爭者無法即時擴大產出的方式降低價格而獲利[86]。無庸扭曲普遍接受的意義，亦得將默示勾結(tacit collusion)[87]當成一致性而非單獨行為，並不會抵觸薛曼法第1條的文義。若A賣方限制其產出而期待B賣方也為相同行為，而B出於相同期待也限制其產出，則縱使沒有明顯公開的溝通(overt communication)，亦有文義上的意思合致(meeting of minds)，即相互理解(mutual understanding)，換言之一賣方藉由限制產出傳達其要約，而此要約由其他競爭者藉由同樣限制產出的行為而接受[88]。

Posner法官建議，應分兩階段來判定與處罰勾結行為，首先必須先辨識市場條件易於發生勾結的市場，其次再判定在此等市場中是否真的有勾結存在[89]。在判斷市場是否傾向勾結，有許多考量因素，包括賣方端高度集中、欠

---

82 Donald F. Turner, *The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals To Deal*, 75 Harv. L. Rev. 655, 665-671 (1962).

83 *Id*. at 663-673.

84 Richard A. Posner, *Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach*, 21 STAN. L. REV. 1562 (1968). Posner法官其後又增補其論點，詳見RICHARD A. POSNER, ANTITRUST LAW 51-100(2d ed. 2001)。

85 Posner法官從George Stigler關於寡占的理論擷取養分，see George J. Stigler, A Theory of Oligopoly, 72 J. POL. ECON. 44 (1964), 該理論將寡占當作卡特爾的一種特別案例，競爭對手們藉由共同制訂獨占價格而最大化產業獲利，但個別廠商仍有藉擴大產出或隱匿價格以增加其銷售的強大誘因。因此卡特爾所面對的不穩定性，藉由默示勾結維持價格的廠商來也面臨同樣問題。因此，許多時候，縱使是寡占事業，若無一定執行機制，也很難維持非競爭性價格，故若法院能辨識且禁止這些執行或偵測機制，將能嚇阻卡特爾的運作, see RICHARD A. POSNER, ANTITRUST LAW 60-69(2d ed. 2001); William H. Page, *Communication and Concerted Action*, 38 LOY. U. CHI. L.J. 405, 413(2007)。

86 POSNER, *supra note* 86, at 57.

87 Posner法官明確表明其所指的默示勾結(tacit collusion)，即係一般所稱的有意識平行行為(conscious parallelism)或寡占相互依存(oligopolistic interdependence), *Id*. at 53。

88 *Id*. at 94.

89 *Id*. at 69.

缺位於市場邊緣的小廠商、在現有市場價格上需求是非彈性的、市場進入費時甚長、買方端市場非集中、標準化產品、非耐久產品、主要廠商在經銷圈以相同程度銷售、價格競爭比其他形式的競爭更為重要、固定成本相對於變動成本占高比例、類似的成本結構與生產流程、需求穩定或隨時間下降、價格可快速變動、秘密競標制、市場是本地性的、合法的合作慣習、涉及反托拉斯法的過往記錄等[90]。

於採用前述因素評估市場的勾結傾向後，執法機關可能會發現勾結的實際證據，若是不能，縱使沒有發現明顯的勾結行為，仍可能透過經濟證據顯示勾結定價的存在，相關經濟證據的類型包括：(1)固定的相對市場占有率；(2)整個市場廣泛出現價格歧視；(3)價格資訊的交換；(4)地區性的價格變動；(5)相同的競標；(6)得以卡特爾形成合理解釋的價格、產出或產能的變化；(7)整個產業廣泛的轉售價格維持；(8)領導廠商的市場占有率下降；(9)價格改變的幅度與波動；(10)按市場價格需求是彈性的；(11)獲利的程度與模式；(12)市場價格與廠商數量或需求彈性反向相關；(13)基準點計價(basing-point pricing)；以及(14)排除行為的存在等[91]。

Turner教授認為默示勾結對反托拉斯法而言是獨特又難以控制的問題，然而Posner法官則認為積極執法能嚇阻默示勾結。此一爭論持續經年，但多數接受Turner教授的看法，認為有意識平行行為不能被非難，因為該等事業並未為任何法律禁止的特定行為。要成立責任，事業必須達成某類協議，雖然協議的存否可藉由所謂附加因素(plus factor)的分析（詳見後述）從整體證據推認[92]。1970晚期到1980年代早期，聯邦執法機關仰賴Posner法官對寡占市場的分析而試圖擴張薛曼法與聯邦貿易委員會法的適用以非難相互依存行為，但均未被法院所接受[93]。更細部而論，雖然早期美國最高法院判決的用語不是這麼清楚，但從Matsushita案以後，美國法院實質上係遵循Turner教授的見解[94]。下級審法

---

90 *Id*. at 69-77.

91 *Id*. at 79-93.

92 Malcolm B. Coate, *Should Economic Theory Control Price Fixing Analysis?*, 12-13 (April 10, 2014). *available* at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2103359 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2103359.

93 John E. Lopatka & William H. Page, *Antitrust in the Twenty-First Century: Posner's Program for the Antitrust Division: A Twenty-Five Year Perspective*, 48 SMU L. REV. 1713, 1718-1719(1995).

94 Page, *supra note* 86, 413-414.

院依據Matsushita案，要求原告提出傾向排除被告僅是涉及合法有意識平行行為之可能性的證據，而這些證據一般稱為附加因素(plus factor)，如此原告才能避免其訴遭簡易判決駁回。然附加因素一詞，在Matsushita案前即已存在，被用來描述搭配相互依存行為的一系列廣泛類型證據，而可能有助於推認協議存在，於Matsushita案後，最常被用來描述已經滿足原告舉證義務的證據，原告得提出諸多證據並以該等證據全體來創建出必要推認以建構附加因素[95]。

(三) 附加因素(Plus Factors)

整體而論，美國法院一般認為有意識平行行為(conscious parallelism)或寡占相互依存(oligopolistic interdependence)，若沒有更多證據，並不能推定共謀存在。故美國法院一般會要求強調平行行為的原告提出額外事實，一般稱為附加因素(plus factors)以正當化共同行為的推認[96]。附加因素包括有被告共同行為的合理動機存在、系爭行為除非是共同計畫的一部份否則違背被告自身利益(self-interest)、市場現象若非是一致性行為的產物否則無法合理解釋、被告過去有與勾結相關的反托拉斯違犯記錄、公司間的會議或被指稱共謀者彼此間其他形式的直接溝通、被告採用促進行為(facilitating practice)、得出水平合作推認的產業績效因素等[97]。當被告亦得提出證據，顯示係有效的商業理由驅動其行為，成功的正當化理由一般會顯示系爭行為與單獨判斷相符，因為其有助於促進競爭或競爭上自然目標的達成，此時縱使原告主張附加因素也不能保證法院一定會認定一致性行為存在[98]。

附加因素最重要者，通常是關於被告有從事共謀的動機以及被告行為違背其經濟利益的證據[99]。按其重點在於系爭平行行為是否有相互依存性(interdependence)，若有相互依存性，亦即相互競爭的事業彼此間有共謀的動機，系爭協議將有利於被指稱共謀者，以及若非競爭對手為類似行為則系爭行為抵觸行為者的自身利益(self-interest)[100]。然而相互依存性雖然與共謀存在相符合，但其本身並不能證明傳統的協議，亦即相互依存性只是從平行行為推認任何共謀的必要條件，但要推定傳統共謀並不充分。當然，若動機非常強烈，且若無競爭者

---

95 Page, *supra note* 86, 415-417.

96 Kovacic, *supra note* 48, at 33-34.

97 *Id*. at 37-55.

98 *Id*. at 55.

99 Jacob Blinder & Sons, Inc. v. Gerber Prods. Co. (In re Baby Food Antitrust Litig.), 166 F.3d 112, 122 (3d Cir. N.J. 1999).

100 AREEDA & HOVENKAMP, *supra note* 46, at 14-47.

為一定行為的保證，則個別行為的危險高到一個合理的行為者不會在沒有與其他競爭者先行協議的情況下即採取系爭行為，此時，若非模仿或互惠，則採取系爭行為違背其自身利益，即無庸更多證據而得成立傳統上的共謀[101]。

更進一步而言，相互依存性常常是程度問題，原則上相互依存性低，則需要更多證據。當然被告是否真正感受到相互依存性在某些具體個案是有幫助的，但通常相互依存性是從客觀市場狀況推定得出[102]。而當每一被指稱的共謀者就系爭行為有獨立(independent)或良好的商業理由，即無法從平行行為推認共謀，特別是個別理由足以驅動系爭行為而無庸顧及其他事業是否已為或將為，更無須置疑。此時，獨立理由的存在即可反證任何共謀動機。然而，有些獨立理由也仍有相互依存性。例如寡占事業在其零件供應商提高價格時可能也想提高價格，其可能會假定其競爭者以相同方式回應供應商抬價問題，但其不會無視其競爭者的回應。這僅表示，獨立但相互依存的理由顯示有共謀動機但不能證明共謀確實發生[103]。固然特定行為的獨立理由能擊退依據情況證據的共謀主張，然而，若有協議的明示證據存在，獨立理由之有無即不再相關[104]。

(四) 促進行為

1. 概論

所謂的促進行為(facilitating practice)乃是指能使當事人以限制競爭方式協調價格或其他行為更為容易之行為，其提高違反反托拉斯法的可能性。促進行為的邪惡之處為其在個案中限制競爭的傾向(anticompetitive tendency)，而非個案中已證明的限制競爭結果(anticompetitive result)。促進行為引發反托拉斯顧慮的主要理由有二，一為以促進行為作為推認協議存在的事實基礎，二為系爭促進行為因其本身的限制競爭傾向（無論在個案中有無被實現）而被禁止[105]。值得注意的是，對政府機關的追訴行動而論，證明限制競爭結果之因果關係並非辨識或非難促進行為的前提要件，但對於私人原告而言，因果關係的證明幾乎確定是其損害賠償請求的必要條件[106]。

在少數的案件中，一致的促進行為被當作就被促進事項達成共謀，例如有定期揭露資訊的聚會，且此等會議對限制競爭結果的達成不可或缺，該限制競

101 *Id*. at 14-48.
102 *Id*. at 14-49.
103 *Id*. at 14-59.
104 *Id*. at 14-60.
105 *Id*. at 14-34-35.
106 *Id*. at 14-36.

爭結果的發生也符合參與業者的意欲，此時業者彼此間合意要舉行此等會議就可當作彼此合意藉由該等會議欲達成限制競爭效果[107]。而在寡占市場中，若寡占事業互相揭露價格策略，縱使沒有達成彼此應為一致定價的合意，但寡占事業彼此間合意相互揭露價格，因可消弭不確定性，並增加默示價格協調的可能性，又無其他促進競爭的利益。因此要認定為此等討論的合意本身是不合理的商業限制而違反薛曼法第1條，並不困難[108]。

但必須注意的是，有些促進行為並沒有涉及一致性行為。競爭者可能逐一對其市場分析或未來計畫公開說明，而僅僅是閱讀報紙也會減少每一個業者對其他競爭者未來行為的不確定性，並因而使類似卡特爾的定價行為更可能出現。對此，美國聯邦貿易委員會（Federal Trade Commission，以下簡稱為FTC）曾認為此等行為係違反聯邦貿易委員會法第5條之不公平競爭方法(unfair methods of competition)，依聯邦貿易委員會法第5條得命其停止，但單論以違反聯邦貿易委員會法，並不會有私人損害賠償請求或任何刑事處罰[109]。事實上，FTC一直嘗試利用聯邦貿易委員會法第5條更寬廣的文義來處理明顯的默示勾結行為，因為聯邦貿易委員會法第5條並未明確要求協議此一要件[110]。

2. E. I. Du Pont de Nemours & Co. v. FTC案及其影響

其中最著名的案件為E. I. Du Pont de Nemours & Co. v. FTC案（以下稱「Du Pont案」，但亦有以該案另一涉案公司的名稱而稱為「Ethyl案」）[111]。Du Pont案中的兩名上訴人，乃是美國最大的鉛抗爆石油添加劑(lead antiknock gasoline additives)製造商，FTC認為E.I. Du Pont De Nemours and Company（以下稱Du Pont）與Ethyl Corporation（以下稱Ethyl）這兩家公司，以及另兩家防爆成分製造商，PPG Industries, Inc.（以下稱PPG）與Nalco Chemical Company（以下稱Nalco），在不同時間獨立且單獨採用部分或全部的以下3種行為而涉及聯邦貿易委員會法第5條所稱之不公平競爭方法。該3種行為分別為：(1)4家公司在銷售商品時都採用按運送地點與基準點距離計算而包括交通成本的送達計價方式(delivered price)；(2)Du Pont與Ethyl在合約規定的30天前額外先行通知買方價格調漲；以及(3)Du Pont與Ethyl（PPG也常常使用）採用最惠國條款(most favored

107 *Id*. at 14-38-14-39.
108 *Id*. at 14-39-14-41.
109 *Id*. at 14-42.
110 HOVENKAMP, *supra note* 79, at 239.
111 E. I. Du Pont de Nemours & Co. v. FTC, 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984). 因本案另一被告為Ethyl Corp.，故亦有稱為「Ethyl案」者。

nation clause)，依該等條款賣方承諾沒有任何一家客戶會被收取比其他客戶更高的價格。FTC主張這些公司採用這些方式並非共謀，但藉由消除關於價格決定的部分不確定性，以促進價格在非競爭水準上維持平行一致，而造成實質減少競爭的效果[112]。

對此，美國第二巡迴法院指出，判斷聯邦貿易委員會法第5條所稱之「不公平」，其標準仍須能區別正常可接受的商業行為與不合理或不正常的行為，否則聯邦貿易委員會法第5條的運用即會陷入恣意與不可預測。僅僅存在寡占市場結構，而寡占廠商就同一商品為有意識的平行定價，並不違反反托拉斯法，此代表了一種情況，而非方法(methods)。將寡占市場中一製造商變動價格認定為是一訊號，平行價格變動則為密集連續的後續行為，或價格超越競爭水準，均難以將此等價格變動轉變為不公平競爭方法，否則即是非難任何個別廠商獨立所為的價格變動。FTC並未建議聯邦貿易委員會法第5條授權禁止寡占市場的所有價格變動，僅陳稱聯邦貿易委員會法第5條不禁止寡占市場定價，縱使是超越競爭水準的水平定價，只要欠缺促進此等結果的特定行為即可。但此等細微分別，將產生如何區分哪些屬合法行為與哪些屬非法行為的疑惑。特別是FTC自己也承認，在寡占市場與同質產品的市場中，價格一致性是很普遍的[113]。

更何況在該案中，FTC也承認被處分事業並未以協議或勾結的方式從事系爭行為，每一廠商都獨立且單方行動。被處分事業採用此等行為，亦有其正當商業理由[114]。本案中也未有實質證據證明系爭行為與市場價格間的因果關係[115]。綜合而論，美國第二巡迴上訴法院認為，在該案中整體並未有實質證據證明系爭行為實質減少防爆劑產業的競爭，或消除該等行為會促進競爭，被處分事業的專家也有力指出，在防爆劑產業欠缺完美競爭是因為該產業的結構使然，而系爭行為對競爭的影響微小，且不論有無系爭行為，競爭者也都會在幾小時內知悉其他業者的價格。該產業的多數實質競爭在非價格條件上。縱令FTC得依聯邦貿易委員會法第5條禁止合理的、無勾結但實質減少競爭的商業行為，在本案亦無減少競爭的現象而允許FTC行使權力[116]。

3. 綜合評論

對此，有論者認為，美國第二巡迴法院的見解，並未考慮到FTC所能採用

112 E. I. Du Pont de Nemours & Co. v. FTC, 729 F.2d 128, 130 (2d Cir. 1984).
113 E. I. Du Pont de Nemours & Co. v. FTC, 729 F.2d 128, 138-139 (2d Cir. 1984).
114 *Id*. at 140.
115 *Id*. at 140-141.
116 *Id*. at 141-142.

的手段相當有限，FTC並不能監禁被告的經理人或要求被告支付損害賠償，因此其可能產生的過度嚇阻(over-deterrence)之社會成本，低於由美國司法部或私人原告依據薛曼法起訴的案件，FTC僅是禁止被處分事業事先溝通價格變動以及使用價格保護條款等事項，且私人不能依據聯邦貿易委員會法第5條起訴。鑑於FTC僅有有限但是針對未來行為的執法手段，要成立聯邦貿易委員會法的責任應可容許較寬的標準。縱令FTC認定錯誤而系爭行為並非意欲促進默示勾結，禁止此等行為的社會成本並不會太高，因為也沒有令人確信的證據顯示系爭行為會產生效率。寡占市場本易於勾結，對涉及模糊行為的案件，只要該等行為並無明顯的社會價值，一點過度嚇阻或許反是好事[117]。而在Du Pont案之後，採用經濟證據追訴默示勾結行為的想法，均遭遇挫折。直到1990年代，FTC就嬰兒奶粉市場中勾結競標的促進行為達成和解，此一執法方向才開始有起死回生之機[118]。

雖然聯邦貿易委員會法第5條並未要求協議此一要件，而僅規定被告涉及不公平競爭方法，但論者以為美國法院之所以拒絕將薛曼法第1條擴張適用於有意識平行行為係因其認為此實有不當，並非其等相信法條文義不能涵蓋此等結果。於解釋聯邦貿易委員會法第5條此一寬廣文義時，亦有同樣的顧慮。若被處分事業藉由能提供明顯消費者利益的促進行為而得以維持非競爭水準之價格，法院並不願意推認該等事業涉及一致性行為[119]。

(五) 最新發展

隨著經濟理論的發展，關於寡占市場的定價問題又起波瀾。近年來，Louis Kaplow教授採取和Posner法官類似的立場，認為薛曼法第1條的文義，可以與相互依存(interdependence)相合，特別是意思合致(a meeting of minds)或者相關主觀概念，相互瞭解(understanding)並無庸明示或其他限定方式才能達成。最高法院的重要判決，諸如Interstate Circuit案與American Tobacco案，對協議要件的解釋都很寬廣[120]。Kaplow教授認為，多數見解認為限於事業為特定行為，例如事業彼此為某種形式的溝通，方足以成立責任，然此等處理方式反而非常令

---

117 HOVENKAMP, *supra note* 79, at 241-242.

118 Lopatka & Page, *supra note* 95, at 1718-1719.

119 William H. Page, *The FTC's Procedural Advantage in Discovering Concerted Action*, 8-FEB ANTITRUST SOURCE 2, 2 (2001), available at h p://scholarship.law.u .edu/facultypub/628.

120 Louis Kaplow, *On the Meaning of Horizontal Agreements in Competition Law*, 99 CALIF. L. REV. 683, 815(2011).

人困惑，因為寡占事業先前已受到邀約，其後的回應也非常明顯。重點應放在是否對此等行為課與懲罰。按若寡占定價行為不會遭受任何懲罰，寡占事業會發現跟隨領導者的價格上漲非常有吸引力，且寡占事業為維持獨占獲利會避免削減超越競爭水準的定價。但若此等行為會遭受嚴重懲罰，則寡占事業可能會發現跟隨領導者為價格上漲是不理性的，而削減價格反而可能獲利[121]。Kaplow教授與Posner法官的理論及建議有一定類似性，事實上他們的理論都認為，當實證資料證實市場績效不佳時，即可認定有違反行為，不論其係因協議或有意識平行行為所致[122]。

亦有學者主張，要認定構成一致性行為，應要求某種形式的溝通(communication)，然溝通不需要直接，也不需要達到交換保證（即完成口頭協議）的程度，此應為唯一能與有意識平行行為區別的因素[123]。且近年來，多數法院與學者都認為協議與一致性行為的定義都要求要有溝通(communication)此一因素[124]。但亦有意見指出，要求要有競爭者彼此間相互溝通的證據，此一標準可能過度嚴格，例如Interstate Circuit案中關於協議的證據事實上是垂直溝通（即上游業者與其下游的經銷商間）[125]。

附加因素的分析方式，雖然是目前法院主要採用的模式，但一直以來一直有批評指出，法院鮮少嘗試依據其證據價值排序附加因素，也不會特定出必須能建立而支持推認系爭市場行為乃源於一致性行為(concerted action)而非有意識平行選擇的附加因素之最低關鍵總量。法院一般也不會花費廣泛心力去衡量每一個附加因素的可能競爭影響。也導致司法判決難以預測，且許多案件的結果也往往取決於法院對系爭平行行為可能原因的直覺為何[126]。故近年來，另有學者致力於重新建構附加因素的分析方式，並整理出判斷平行行為是否因協議所致的5個主要附加因素，包括 1.除非屬於共同計畫的一部份，系爭行為有悖於每一被告的自身利益；2.系爭現象僅有係一致行為的結果方能合理解釋；3.有證據顯示被告們創造了定期溝通的機會；4.產業績效資料，諸如異常的獲利，

---

121 Louis Kaplow, *An Economic Approach to Price Fixing*, 77 ANTITRUST L. J. 343, 430-432(2011).

122 Coate, *supra note* 93, at 35.

123 Page, *supra note* 86, at 435-436.

124 William H. Page, *Objective and Subjective Theories of Concerted Action*, 79 ANTITRUST L. J. 215, 217(2013).

125 Coate, *supra note* 93, at 18.

126 Kovacic, *supra note* 48, at 35-36.

顯示有成功的協調行為存在；5.就系爭行為欠缺合理正當的商業理由（諸如與競爭對手溝通）或對系爭行為提出不自然而有斧鑿之痕的理由[127]。廣泛解釋以上幾種附加因素，即能掌握附加因素的本質且更易呈現附加因素應如何統整分析。例如產業績效證據未能區別勾結與有意識平行行為，因此其單獨論之並無太大用處。然而，若其與系爭協議有關的同時期溝通行為等外部資訊綜合判斷，就會產生很強的附加因素。而為了避免錯誤推認因果關係，也必須考量系爭行為的效率正當理由[128]。

而以上5種附加因素，又可分成3類證據，即事業特定行為有悖於其獨立的自身利益，共同市場行為只有在該等事業係相互合作方能合理解釋，以及與勾結相符的績效結構。而在分析順序上，第一層次應先著重在系爭行為悖於事業的單方利益，但若係依據勾結協議實施則符合自身利益。第二層次則處理相關事業所實施的市場普遍行為僅能被解釋為係協議的一部份，這部分的分析乃是在推認因果關係以及與有意識平行行為相區別。最後則評估與成功勾結行為相關的績效證據，按多數市場績效資料並不能區別一致性行為與有意識平行行為，故對推認協議並無用處。但部分證據可能與協議的時點密切相關故能支持系爭協議真實發生的假設，除非被處分事業能指出有其他外在行為造成該等市場績效。而部分典型的附加因素著重在系爭協議，而針對市場結構的標準經濟證據，則用來判斷系爭行為對競爭有威脅是可信的；其他附加因素證據則用來證明所推認的協議為不佳市場績效的原因[129]。

四、綜合分析與結論

(一) 制度異同

從前述美國法的學說與實務可知，如何運用間接證據推定有協議或共謀存在，一直是實務上棘手的難題。美國最高法院的見解，從早期的Interstate Circuit案與American Tobacco案對符合薛曼法第1條協議要件的寬鬆解釋，到後期的Matsushita案與Twombly案，其對要達到推認協議存在的間接證據之舉證程度逐步提高。然觀察到此一現象也不能忽略，美國訴訟制度與反托拉斯法的整體架構，與我國有相當差異，首先美國司法部若依薛曼法第1條對涉案事業

---

[127] William E. Kovacic et al, *Plus Factors and Agreement in Antitrust Law*, 110 MICH. L. REV. 393，405-406(2011).

[128] Coate, *supra note* 93, at 15-16.

[129] *Id*. at 19-27.

起訴，違反薛曼法第1條者有刑事責任。再者，美國反托拉斯法的私人執行盛行，即以民事訴訟方式對違反薛曼法的事業請求損害賠償，但該等訴訟的訴訟成本極高，美國最高法院在Matsushita案與Twombly案的判決理由，有很大一部份的原因是基於（特別是私人執行上的）訴訟經濟、訴訟成本以及避免過度嚇阻等考量。凡此均與我國私人依據公平交易法請求損害賠償的案例罕見、以行政機關為執行反托拉斯法的主體、訴訟制度的使用成本遠較美國低廉，以及迄今為止聯合行為的違反仍屬先行政後司法的處罰模式，有相當大的不同。

薛曼法第1條的條文文義，與公平交易法第14條各項規定，亦有不同。同樣地，公平會與最高行政法院在近期部分案件中所指源於美國的「促進行為理論」，亦有相同問題，按促進行為理論乃是FTC嘗試依據聯邦貿易委員會法第5條（相當於我國公平交易法第25條）處理默示勾結行為所發展出來的，然公平會採用促進行為理論的依據，均是公平交易法第14條（原公平交易法第7條），兩者的構成要件與文義，甚至整體目的可能均有不同，而此一理論在美國實務上是處於灰色地帶，要移植到我國實務中，也必須要有更多縝密的分析。

(二) 行政訴訟程序的舉證責任與舉證程度要求

回歸到我國最高行政法院的見解，在2015年增訂公平交易法第14條第3項明文規定聯合行為之合意推定前，最高行政法院很早就接受此一概念，而實務上最重要的爭議，也仍在於寡占市場中事業之外觀上一致性行為，究竟是寡占市場的有意識平行行為，或是寡占事業彼此間實有意思聯絡而有聯合行為。最高行政法院歷年來對於聯合行為合意推定的原則性說明，其實都沒有清楚地界定出，欲透過間接證據產生合意推定，公平會或原告應達到何等舉證程度，是否僅要有客觀、市場上的經濟證據，即可產生合意推定的效果，以及究竟哪些事項是關鍵判斷因素。

在我國，聯合行為的重要案件都是由公平會處分，被處分事業則以行政訴訟程序救濟，按行政訴訟法第136條準用民事訴訟法第277條之規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。……」最高行政法院認為，行政訴訟亦採取所謂規範理論，即當事人就法律規範中對其有利之要件事實，負客觀舉證責任；當該要件事實存否陷於真偽不明時，當事人負擔其不利益，即發生與該要件事實不存在相同之法律效果[130]。至於行政訴訟中，證據應達到何等證明的程度，早期最高行政法院曾在稅務案件中認為，因稅務訴訟多涉及當事人私人之財產權，法院就舉證責任分配法則以及心證程度，於稅務訴訟

[130] 最高行政法院100年判字第1992號行政判決。

中，得與民事訴訟相同。即一造當事人只要取得「證據之優勢」，已足使法院取得概然性的心證，亦即採證據優勢主義，若兩造所主張之事實及提出之證據，經衡量後對「待證事實」可達到前開所稱概然之心證時，法院即應為信該當事人所主張之事實為真[131]。

但近期最高行政法院又指出，就證據證明之程度而言，刑事案件需「檢察官所為舉證，需達於通常一般人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度」始可，而民事案件卻「當事人之舉證責任，僅達證據優勢程度之心證」即可，行政訴訟事件原則依民事訴訟之標準（參照行政訴訟法第136條），但處罰事件應依刑事訴訟之標準（參見改制前行政法院39年判字第2號判例）[132]。而行政訴訟所要求之證明度，原則上固然要求高度的蓋然性，但應可以因應事件性質而降低證明度[133]。另最高行政法院曾在稅務案件中認為，稅捐債務人違背協力義務時，雖然不應影響客觀舉證責任之分配，但參酌行政訴訟法第135條第1項規定，可於自由心證之範圍內予以斟酌，而認為稽徵機關於該證據之主張為正當，或減輕其證明程度[134]，其減輕之程度則視該事實或證據方法在稅捐債務人掌握範圍之程度而定[135]。愈是事實或證據方法屬於其所支配的資訊或活動範圍者，愈應由其解明事實[136]。

(三) 公平交易法第14條第3項的解釋

在聯合行為案件中，早期相當重要的瓦斯業者聯合調漲驗瓶費案[137]，可以非常明顯看出公平會與最高行政法院受到Posner法官見解的強大影響，亦即主要是仰賴客觀的市場經濟面證據，輔以被處分事業未能合理說明其行為等，推定有聯合行為之合意存在。然最高行政法院間又指出，聯合行為乃事業間外部行為一致性之唯一合理解釋、自該各個企業之個別利益觀點無從解釋，僅能基於有共同之目標及計畫加以瞭解等，又似乎與前述美國法上所謂的附加因素分析模式相合。

而在連鎖便利商店現煮咖啡案中，原審的臺北高等行政法院甚且在判決中直接使用「附加因素」一詞，要求公平會應證明聯合行為之合意達「沒有合理

131 最高行政法院94年判字第979號行政判決。
132 最高行政法院102年判字第767號行政判決。
133 最高行政法院104年判字第102號行政判決。
134 最高行政法院105年判字第430號行政判決。
135 最高行政法院105年判字第180號行政判決。
136 最高行政法院103年判字第594號行政判決。
137 最高行政法院92年判字第1798號判決。

可疑」蓋然性程度的確信，但最高行政法院似認為公平會舉證證明的程度無庸達「沒有合理可疑」的程度，該案應要求被處分事業等4家連鎖便利商店對於其等何以外觀上有一致性之調價行為及在新的鮮乳進貨價格尚未確定前即作成調漲含乳現煮咖啡之決定負合理說明之舉證責任，原審判決未採合理推定的見解，原審判決有違舉證責任分配之原則。但最高行政法院一開始雖否定臺北高等行政法院的此等見解，但在更審後，卻又肯認被處分事業的價格調漲行為具有高度的經濟合理性，似乎又隱然顯示，特別是在涉及寡占市場的案件，僅僅有客觀、經濟層面上的間接證據，並不足夠，而仍須有當事人有「意思聯絡」的間接證據，若比較連鎖便利商店現煮咖啡案與中油台塑石化同步調漲無鉛汽油及柴油批售價格案，可以發現，連鎖咖啡商店現煮咖啡案並無中油與台塑石化彼此兼有多時透過調價預告偵測對手反應或交換價格資訊等「意思聯絡」上的間接證據，應是此兩案最終結果有所不同的關鍵因素。

按如本文一開始所述，不論在公平交易法於2015年修正前後，最高行政法院歷年來都認為間接證據亦可證明聯合行為之合意存在。於2015年增訂公平交易法第14條第3項規定後，首要問題為公平交易法第14條第3項，究竟是舉證責任倒置或舉證責任減輕的規定，甚或僅是得採納間接證據認定聯合行為合意的明文，並不清楚。雖然僅從公平交易法第14條第3項的文義觀之，乍看之下似乎可直接以市場上客觀經濟數據、市場結構等證據，直接「推定」聯合行為之合意，然而公平交易法第14條第1項之文義明文要求「以契約、協議或其他方式之合意」、同條第2項規定「前項所稱其他方式之合意，指契約、協議以外之意思聯絡」等用語，且依行政訴訟法第136條準用民事訴訟法第277條採規範理論觀之，以及我國雖以行政機關為執行反托拉斯法的主體、私人訴訟不盛、三倍懲罰性賠償形同虛設，但修法後公平交易法第40條已大幅調高情節重大的違法聯合行為之罰鍰金額上限而屬嚴重的處罰案件等情，公平會應就公平交易法第14條第1項、第2項所定聯合行為之要件，包括意思聯絡、負舉證責任，此處應無舉證責任倒置於事業的空間。

惟因聯合行為的相關證據多隱匿於被處分事業手中，直接證據並不易得，為追訴此等對市場競爭有重大危害的限制競爭行為，雖然從公平交易法的條文規定中，很難如稅捐法規般解釋涉及違反聯合行為的事業有所謂協力義務，但從行政訴訟法第136條準用民事訴訟法第277條但書（法律別有規定或依其情形顯失公平者不在此限），以及最高行政法院的過去見解，公平會就聯合行為之合意的舉證，雖仍應有「意思聯絡」的間接證據，不能僅有市場結構面或市場

績效資料的間接證據，此一「意思聯絡」的間接證據，含意可以非常寬廣，並不限於所謂事業彼此間的溝通，但就證明度而言，無庸證明聯合行為之合意達「沒有合理可疑」蓋然性程度的確信，而可稍微降低證明度，但亦不應低於美國Matsushita案的要求，公平交易法第14條第3項所稱之「推定」實際上應屬「推認」。至於公平交易法第14條第3項所稱因素，包括市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量、事業行為之經濟合理性等，得考慮採用美國新近發展的附加因素分析模式及次序，或許是比較可行的方式。

參考文獻

一、書籍

1. AREEDA, PHILLIP E. & HERBERT HOVENKAMP, FUNDAMENTALS OF ANTITRUST LAW(4th ed. 2014).
2. HOVENKAMP, HERBERT, FEDERAL ANTITRUST POLICY: THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE(5th ed. 2016).
3. HYLTON, KEITH N., ANTITRUST LAW: ECONOMIC THEORY AND COMMON LAW EVOLUTION (2003).
4. POSNER, RICHARD A., ANTITRUST LAW(2d ed. 2001).

二、期刊論文

1. Calkins, Stephen, *Summary Judgment, Motions to Dismiss, and Other Examples of Equilibrating Tendencies in the Antitrust System*, 74 GEO. L.J. 1065（1986）.
2. Coate, Malcolm B., *Should Economic Theory Control Price Fixing Analysis?*,(April 10, 2014). *available* at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2103359 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2103359.
3. Dibadj Reza, *Conscious Parallelism Revisited*, 47 SAN DIEGO L. REV. 589(2010).
4. Goldman, Lee, *Trouble for Private Enforcement of the Sherman Act: Twombly, Pleading Standards, and the Oligopoly Problem*, 2008 B.Y.U.L. REV. 1057(2008).
5. Hovenkamp, Herbert, *The Rationalization of Antitrust*, 116 HARV. L. REV. 917(2003).
6. Kaplow, Louis, *On the Meaning of Horizontal Agreements in Competition Law*, 99 CALIF. L. REV. 683(2011).
7. Kaplow, Louis, *An Economic Approach to Price Fixing*, 77 ANTITRUST L. J.

343(2011).

8. Kovacic, William E., *The Identification and Proof of Horizontal Agreements under the Antitrust Laws*, 38 ANTITRUST BULL. 5(1993).
9. Kovacic, William E. et al, *Plus Factors and Agreement in Antitrust Law*, 110 MICH. L. REV. 393 (2011).
10. Lopatka, John E. & William H. Page, *Antitrust in the Twenty-First Century: Posner's Program for the Antitrust Division: A Twenty-Five Year Perspective*, 48 SMU L. REV. (1995).
11. Page, William H., T*he FTC's Procedural Advantage in Discovering Concerted Action*, 8-FEB ANTITRUST SOURCE 2(2001), available at http://scholarship.law.u.edu/facultypub/628.
12. Page, William H., *Communication and Concerted Action*, 38 LOY. U. CHI. L.J. 405(2007).
13. Page, William H., *Objective and Subjective Theories of Concerted Action*, 79 ANTITRUST L. J. 215(2013).
14. Posner, Richard A., *Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach*, 21 STAN. L. REV. 1562 (1968).
15. Turner, Donald F., *The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals To Deal*, 75 Harv. L. Rev. 655 (1962).

評論

與談人：梁哲瑋（臺北地方法院行政訴訟庭法官）

聯合行為之合意推定是一個直接指向法官審判活動如何推斷聯合行為合意存在的程序法層面問題。法官究竟如何推斷合意的存在涉及到證據之證明力的證據法則，而從兩位教授論文就我國或各國卡特爾法執法經驗觀察，可以發現各國法院就此問題的證據審認標準、見解都有高度的不一致性與預測的困難性。主要原因就在於證據法則下，證明力問題必須仰賴法官自由心證判斷，而法官之自由心證只受論理法則和經驗法則的拘束。故探究法官如何推斷聯合行為合意，毋寧關鍵是在探究論證聯合行為合意存在的論理法則與經驗法則究竟如何。

但程序法層面去探究聯合行為合意存在與否之事實問題，必須先釐清是在何等程序中去調查、發現此事實；而不同性質之程序適用不同證明度之證據法則，對於如何推斷聯合行為合意之存在，有主導性影響，故討論各國或我國法院如何推斷聯合行為合意之存在，也必須注意到所觀察論述對象是在何等程序及主導證據法則下，才比較準確、公允。例如顏教授論文指涉到的美國法研究包括民事、刑事及行政3種程序，顏教授論文將美國3種程序認定聯合行為合意的探討，放在同一時間軸上去陳列、比較。但其實3種程序受3種不同證據法則拘束，如刑事採嚴格證明法則，對證據能力有特別要求，另對證明度則採必須完全排除合理懷疑、事實存在超過百分之九十以上概然率的確信程度；而民事則採優勢證據原則，只要超過百分之五十的證據度即可認定事實的存在；美國行政程序則介於其中，採「明確而具說服力」要求，只要介於百分之七十至八十間的證明程度，即可認定事實。我國公平法偏重行政程序執法，採取職權調查原則，而行政訴訟職權調查原則下，依大陸法系行政訴訟法理，證明度也採與刑事訴訟相仿，必須達到排除合理懷疑的完全確信原則。因此，探討聯合行為的合意如何證明，可能首先要釐清究竟是在何等程序架構下，討論此一事實證明的問題。

再者，釐清程序架構條件後，才進一步探討卡特爾法上是否有特殊的論理與經驗法則，去認定聯合行為合意的存在，並期待司法機關論理上之可預測性。在下認為聯合行為合意存在與否的論理或經驗法則上，重點或許在卡特爾的高度背離誘因與成功的困難性，以及在此條件下，個案涉案事業究竟有無可

能從事聯合行為的問題。因此這也該成為法院透過間接事實推斷合意是否存在與雙方當事人的攻防重點。外觀上的一致性行為究竟只是巧合還是可以據以推斷聯合行為之合意，公平會可能要另外主張、證明卡特爾相互背叛的誘因、環境不存在，建構間接推斷的更多基礎；而原告即受罰事業可能要強調、證明個案中卡特爾的不穩定性，聯合行為成立不易，外觀上的一致性行為只是基於巧合。對此，我期待雙方皆能朝此方向提出過更多主張、舉證，法院也將督促執法的公平會透過經濟分析等方法，建構一套論理法則，說明透過間接證據認定聯合行為合意存在之合理性，使法院藉由這樣說理、論證，推斷合意是否存在，提高聯合行為合意存在之推斷判定，更具可預測性。

「其他合意」或無合意之聯合行為？－論歐盟競爭法「共同行為」要件之實務發展

謝國廉*

目 次

一、前言：判斷共同行為之相關議題的重要性
二、簡析歐盟法對於聯合行為之規範
三、共同行為之認定
(一)早期之實務發展：ICI v. Commission案
(二)中期之實務發展：Åhlström Oy v. Commission案之轉折
(三)近期之實務發展
四、結論

一、前言：判斷共同行為之相關議題的重要性

聯合行為乃是各國消費者及競爭法主管機關極為厭惡的行為。在一相關市場中，倘若有聯合行為的存在，則消費者往往無法以相對低廉的價格取得商品和服務。同時，在此相關市場中，消費者通常難有其他選擇，僅能購買參與聯合行為之事業所提供的商品及服務。而既然消費者基本上別無其他選擇，則長此以往，參與聯合行為的事業，大都欠缺強化商品和服務品質的動機，遑論更進一步採取各種創新的策略。因此長遠來看，消費者往往會成為聯合行為之下最大的受害者。

無庸諱言，聯合行為對於消費者造成了種種的負面影響，但在現實世界中，事業之間的商業合作手段是否為聯合行為？個案中常常出現不易判斷的情況。就競爭法的實務而言，二以上的事業從事的聯合行為(collusion; collusive behaviours)，若參與的事業曾以紙本記錄合意的內容，則日後此等事業往往會銷毀所有的紙本證據(all paper evidence)。若參與的事業不以紙本記錄合作的內

* 國立高雄大學財經法律學系教授

容，則此種合作即可能成為歐盟法所稱的「共同行為」(concerted practice)[1]。本文將關注的焦點置於歐洲聯盟(the European Union)競爭法(competition law)中涉及「共同行為」之認定的相關爭議。

共同行為的認定之所以為一項重要的議題，係因其雖為聯合行為的一種態樣，或者是最廣義的反競爭協議(anti-competitive agreements)的一種態樣[2]，但無論是歐洲聯盟運作條約（以下簡稱歐盟運作條約）或者包括法(regulation)和指令(directive)等規範在內的歐盟「二級立法」(secondary legislation)[3]，皆未就共同行為一詞加以定義。共同行為的範圍不易界定。若將共同行為的意涵界定得過於寬廣，則平行定價(parallel pricing)亦可能被認定為共同行為。所謂的平行定價，乃是一事業對於（相關市場中）其他事業作出的一種理性而自然的回應(a rational and natural response of firms in that market)。以經濟學的角度觀之，在正常的競爭市場(normal competitive markets)中，若無聯合行為，則各個企業所提供的類似商品或服務，絕無可能出現價格相同的情況。各個企業之所訂定不同的價格，係因不同事業的商品或服務的成本結構(cost structures)相異[4]。唯一的例外，僅可能出現於寡占市場(an oligopolistic market)之中。於此例外的情況下，不同事業仍可能對於類似商品或服務，訂定相近甚至相同的價格。

進一步來說，所謂的寡占市場，共有4項特徵。第一，相較於正常的競爭市場，出賣人的人數極少(relatively few sellers)；第二，進入市場的門檻頗高(high barriers to entry)；第三，產品之間幾乎不存在差異性(little product differentiation)；第四，價格的透明度(price transparency)頗高，例如，不同事業之間極易得知競爭對手的價格變化[5]。因此，在寡占市場中，事業自然而然地將價格定在同一條線上。換句話說，寡占市場中的相同定價並非特定形式的聯合行為所導致，而是相關市場中所有事業，各自獨立地認可了其與其他事業之間的「相互依存關係」(mutual interdependence)[6]。

在此相互依存關係之下，若一企業企圖以降價的方式增加其市場占有率

---

1 Paul Craig and Gráinne de Búrca (2011), *EU Law, Text, Cass, and Materials* (5th ed., Oxford, Oxford University Press, 2011), 965.

2 就歐盟競爭法而言，若將共同行為理解為狹義的協議(agreement)，亦即事業間之協議的一種態樣，則此理解方式並不正確，詳述如後。

3 第一級為條約(treaty)的層級。

4 Ibid.

5 Craig and de Búrca, *supra* note 1, at 965.

6 Ibid.

(market shares)，必將導致其他企業採取類似的降價措施以回應之，此舉不僅將使得市場價格急速下降(downward spiral of prices)，同時，相關市場中任何一個的企業，皆無法透過上述的作為增加其市場占有率。從另外一個角度來看，在此相互依存的關係下，所有企業皆無單方面漲價的能力，因為一旦漲價，消費者必將轉而與漲價者的競爭對手交易。總體而言，寡占市場中的平行定價，並非共同行為或其他聯合行為態樣所造成的結果。由以上關於經濟學的概念說明可知，界定共同行為的範圍，乃是競爭法實務上的一項重要議題，若將共同行為的意涵界定得過於寬廣，則上述寡占市場之中平行定價的行為，亦可能被競爭法主管機關認定為共同行為。

我國亦存在著類似於歐盟共同行為的爭議，但爭議的重點略有不同。根據我國公平交易法第14條第1項：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。根據第14條第2項，第一項所稱其他方式之合意，指契約、協議以外之意思聯絡，不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為者。觀察此等條文，可知歐盟的共同行為，似乎類似我國法中的「其他方式之合意」，但從比較法的角度觀之，歐盟法的共同行為，究竟有無合意的存在？此議題頗值得分析。而就國內法的角度觀察，我國的聯合行為，皆以合意為要件，但就條文中「其他方式之合意」的定義而言，「契約、協議以外之意思聯絡」究應從嚴或從寬認定？究竟那些「其他方式之合意」，既非公平交易法第14條的契約，亦非此條文所規範的協議？從理論或實務的角度所進行的研究，現今似乎仍有不足之處。

歐盟競爭法並非歐盟特定法律的名稱，而是歐盟規範競爭秩序之法令的統稱。此一法律領域的規範複雜、範圍寬廣。歐盟層級的競爭法主管機關，乃是歐盟執行委員會（The European Commission；以下簡稱執委會）。必須特別說明的是，歐盟運作條約第101條及第102條的規定，僅有條號不同，與歐盟運作條約施行日（2009年12月1日）之前的歐洲共同體條約（The Treaty Establishing the European Community；The EC Treaty，以下簡稱歐體條約）第81條和第82條，其內容並無二致。為避免條號變動可能產生的誤解，合先敘明。

二、簡析歐盟法對於聯合行為之規範

在歐盟，競爭法雖未針對參與重大反競爭協議的事業經營者，訂定刑事責

任的條文，但參與重大反競爭協議的事業，依法必須負擔高額的行政罰。2006年6月，執委會修正了「競爭法案件罰鍰核處指引」(guidelines for setting fines in competition cases)[7]。其後，根據此指引所核處之水平聯合案件的罰鍰，往往遠高於昔日類似案件的罰鍰[8]。按執委會所提供的資訊，就涉及卡特爾的案件(cartel infringements)而言，在單一卡特爾案件(a single cartel)中，單一企業遭核處行政罰的最高紀錄(the largest fine imposed on a single company)，超過了8億9千6百萬歐元(over €896 million)，約合新臺幣365億3千萬元[9]。此外，在單一案件中，所有參與的企業遭核處之行政罰最高紀錄，合計超過了14億7千萬歐元(over €1.47 billion)，約合新臺幣599億3千2百萬元[10]。由此可知，歐盟對於造成重大惡害的反競爭協議，可謂深惡痛絕，希望藉由高額的罰鍰加以遏止[11]。

歐盟運作條約第101條，乃是歐盟規範反競爭協議最重要的條文。歐盟運作條約第101條的立法目的，在於確保市場的競爭環境，從而增進消費者的福祉(consumer welfare)，並強化資源的有效分配(an efficient allocation of sources)[12]。此條規定的重點可分為2大部分，第1部分包括此條的第1項及第2項，界定何謂應予禁止的反競爭協議，以例示的方式列出造成重大負面影響的反競爭協議，並規定此等協議的法律效果。第2部分係此條的第3項，針對第101條第1項的例外加以規定。

根據歐盟運作條約第101條第1項及第2項[13]：

---

7 「競爭法案件罰鍰核處指引」係一簡稱，其正式名稱為Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 (2006/C 210/02).

8 European Commission (2013), *Cartels: Leniency*, http://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html (last visited Nov. 23, 2016).

9 Ibid.

10 Case COMP/39437 - TV and computer monitor tubes, Commission Decision of 5 December 2012.

11 European Commission, *supra note* 13. 關於歐盟水平聯合行為的相關統計資訊，請參閱：European Commission (2014), *Cartel Statistics*, http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf (last visited Nov. 23, 2016).

12 The agreements between competitors, whereby all the producers in an industry fixed minimum prices and allocated markets by quota or otherwise, were common before the Second World War. At present, such agreements are clearly forbidden. Economic theory predicts that they are likely to lead to prices being raised and less being sold than when competition determines the price of goods and services. Valentine Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice* (8th ed., Oxford, Hart Publishing, 2004), 39.

13 歐盟運作條約第101條第1項及第2項的原文為：

1. 下列行為因違反共同市場原則故應予禁止：

所有事業間之協議、事業同業公會之決定、共同行為，有影響歐洲聯盟會員國間貿易之虞且係以規避、限制或破壞內部市場內之競爭為目的或造成影響者，特別是下列行為：

(a) 直接或間接訂定買入或賣出之價格或訂定其他交易之條件；

(b) 限制或控制生產、市場、技術發展或投資；

(c) 共享市場或共享供給之來源；

(d) 將不同條件適用於對其他數個交易相對人之同類交易中，使渠等處於競爭上之不利地位；

(e) 以其他交易相對人接受額外義務作為與渠等之契約之成立要件，而就此額外義務之本質或就商業習慣而言，此義務與契約之主要權利義務無涉；

2. 依本條認定應予禁止之任何協議或決定應屬無效。

3. 第一項各款規定於下列情形得不適用之：

—— 事業間之任何單一協議或數個相關協議，

—— 事業之同業公會間任何單一決定或數個相關協議，

—— 任何單一實質聯合行為或數個相關實質聯合行為，

就要件而言，認定一決定違反歐盟運作條約第101條第1項的標準，有下列三者：

(一)須有某種形式之事業間聯合作為(collusion between undertakings)；

(二)上述聯合作為須有可能影響歐洲聯盟會員國之間的貿易；

---

1. The following shall be prohibited as incompatible with the common market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market, and in particular those which:

(a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;

(b) limit or control production, markets, technical development, or investment;

(c) share markets or sources of supply;

(d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;

(e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

2. Any agreements or decisions prohibited pursuant to this article shall be automatically void.

(三)上述聯合作為須以限制歐洲共同市場(common market)的競爭環境為目的或已產生實際的限制效果[14]。

第1項要件，亦即「須有某種形式之事業間聯合作為」，所謂事業間的聯合作為，指的是事業之間的反競爭協議(anti-competitive agreements)。歐盟運作條約第101條的規範重點在於，禁止所有事業之間的協議與共同行為、事業之同業公會之決定中，有影響歐盟會員國間貿易之虞且係規避、限制或破壞共同市場內之競爭為目的或已實際造成負面影響者。簡而言之，歐盟運作條約第101條所禁止者，係事業之間最廣義的反競爭協議。

首先，就歐盟運作條約第101條中「協議」一辭而言，歐洲第一審法院(the Court of First Instance)於2000年Bayer AG v. Commission案的判決中指出[15]，其於審酌先前的案例法之後，認為「協議」之概念的主要特徵，乃是二以上當事人之間，存在著「一項意願的合致」(a concurrence of wills)。根據該法院的見解，協議僅須為當事人意願的真正意思表示，至於協議究係由何種形式呈現，則並不重要[16]。

其次，所謂的反競爭協議，乃指具有競爭關係的事業，採取聯合定價(fixing prices)或割裂市場(dividing the market up)等合作的方式，造成競爭環境扭曲(distort competition)的協議。反競爭協議可能為對外公開的協議，亦可能為秘密協議；其可能為事業之間的書面協議、職業公會或協會的書面決議或書面規章(written decisions or rules of professional associations)，亦可能為非正式的安排(less formal arrangements)[17]。歐盟運作條約第101條第1項的「共同行為」一詞，即為此處的非正式安排。相較於第101條第1項中「事業」、「事業之同業公會」、「協議」等「決定」等亦需釋明的要件，共同行為恐為最難以望文生

---

14 Korah, *supra* note 12, at 40. 其原文為：
(1) some form of collusion between undertakings,
(2) which may affect trade between Member States, and
(3) which has the object or effect of restricting competition within the common market.

15 Case T-41/96 [2000] ECR II-3383.

16 其原文為：It follows that the concept of an agreement within the meaning of Article 85(1) of the Treaty, as interpreted by the case-law, centres around the existence of a concurrence of wills between at least two parties, the form in which it is manifested being unimportant so long as it constitutes the faithful expression of the parties' intention. ibid, para. 69.

17 European Commission (2012), *Anti-competitive Agreements*, http://ec.europa.eu/competition/consumers/agreements_en.html (last visited Nov. 23, 2016).

義的要件，而此正是文後所關注的焦點。

第三，反競爭協議，包括了反競爭的水平協議(horizontal agreements)和垂直協議(vertical agreements)。就水平的反競爭協議而言，一相關市場中處於相同經濟水平的數個事業，係相互之間具有競爭關係的事業，倘若數個具有競爭關係之事業訂定了限制競爭(restrict competition)的協議，則此種協議，即為歐盟法中的水平反競爭協議。值得補充說明的是，我國公平交易法第14條與第15條所禁止的水平聯合行為，即為水平的反競爭協議[18]。歐盟競爭法的學界與實務界經常討論的「卡特爾」(cartels)，亦為此類的壟斷協議[19]。

除了水平的反競爭協議之外，早在歐洲競爭法制的草創時期，具有的反競爭性質的垂直協議，即曾引起過爭議。不同於反競爭的水平協議，反競爭的垂直協議存在於相關市場中不同水平的事業之間(between undertakings at different levels of the market)。垂直協議是否為歐盟運作條約第101條所規範的協議？昔日曾一度有人認為，歐盟運作條約第101條可能完全不適用於垂直協議的案件[20]，但歐洲法院已於1966年的*Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v. The Commission*案（以下簡稱*Consten and Grundig*案）[21]，明確地否定了此項見解。在*Consten and Grundig*案中，1德國家電產品製造商與其位於法國的家電經銷商訂定了垂直協議，雙方同意以下2點：第一，由法國經銷商取得在法

---

18 按我國公平交易法第15條：「事業不得為聯合行為」。
根據我國公平交易法第14條：「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。前項所稱其他方式之合意，指契約、協議以外之意思聯絡，不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為者。聯合行為之合意，得依市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量、事業行為之經濟合理性等相當依據之因素推定之。第二條第二項之同業公會或其他團體藉章程或會員大會、理、監事會議決議或其他方法所為約束事業活動之行為，亦為本法之聯合行為。」

19 "Arrangement(s) between competing firms designed to limit or eliminate competition between them, with the objective of increasing prices and profits of the participating companies and without producing any objective countervailing benefits". Directorate-General for Competition (2002), *Glossary of Terms Used in EU Competition Policy – Antitrust and Control of Concentrations*, 8, http://ec.europa.eu/translation/spanish/documents/glossary_competition_archived_en.pdf (last visited Nov. 23, 2016).

20 Richard Whish and David Bailey, *Competition Law* (7th ed., Oxford, Oxford University Press, 2012), 117.

21 Joined cases 56 and 58/64 [1966] ECR 299.

國的獨家(exclusive)銷售權利。德國製造商一方面同意，絕不提供其所生產的商品給同樣位於法國的其他家電經銷商，另一方面亦承諾，其位於法國以外之其他國家的經銷商，亦不會絕不提供商品給位於法國的其他家電經銷商。第二，法國經銷商不得於法國販賣德國製造商之競爭對手的家電產品。歐盟法院於「初步判決」(preliminary ruling)中指出，此德國製造商與其位於法國的家電經銷商所訂的垂直協議，係屬應禁止的反競爭協議[22]。

昔日之所以會出現歐盟運作條約第101條不適用於垂直協議案件的主張，其原因在於大部分的反競爭垂直協議係由相關市場中不同水平的事業所訂定，未必會影響相關市場中其他製造者、銷售商和零售商的正常運作。換句話說，即便特定的垂直協議本身具有反競爭的性質，在消費者尚有眾多其他類似商品或服務可供選擇的情況下，反競爭垂直協議或許無足輕重，其對於相關市場可能不會造成任何負面影響。

然而，本文欲強調的是，上述的推論，或許在類似完全競爭市場的相關市場中具有解釋力，但反競爭垂直協議於現實的世界中，可能出現於同類商品或服務相對較少的市場，此時上述的推論恐欠缺說服力。舉例來說，在「*Consten and Grundig*案」出現的1960年代，歐洲的新型家用電器尚屬高科技產品市場，並無眾多同類家電可供選擇，又例如1990年代2000年代的家用電子遊戲機市場，少數企業販賣的商品（例如日本任天堂的遊戲機）深受消費者喜愛，但其他同類家用遊戲機的選擇則不多。因此，即便反競爭垂直協議僅由相關市場中不同水平的事業（例如製造商與不同歐盟會員國的經銷商）所訂定，但此等協議仍會對於相關市場中其他製造者、銷售商、零售商以及終端的消費者，造成極大的負面影響，因此歐盟運作條約第101條應無不適用於垂直協議案件之理。

三、共同行為之認定

歐盟運作條約第101條第1項的「共同行為」一詞，即為文前所提及的非正式安排。相較於第101條第1項中「事業」、「事業之同業公會」、「協議」等「決定」等亦需釋明的要件，共同行為恐為最難以望文生義的要件，而此正

[22] As to how to determine whether an agreement which contains a clause “granting an exclusive right of sale” comes within the field of application of Article 101 TFEU, the Court stressed that “it is necessary to consider in particular whether it is capable of bringing about a partitioning of the market in certain products between Member States and thus rendering more difficult the interpenetration of trade which the Treaty is intended to create”. Case 56/65 ECR 235 *Société Technique Minière (L.T.M.) v. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, para. 249.

是本文所關注的焦點。吾等可將共同行為一詞理解為「實質聯合行為」，而「共同行為」乃是數個事業之間透過直接或間接的聯繫，於並未訂定正式協議(concluding a formal agreement)的情況下所進行協調(coordination)。此時，雖無正式的協議，但數個事業之間已有協調的行為，以實際的合作取代競爭所帶來的風險[23]。

進一步來說，所有事業對於具有競爭關係的事業，大多存有戒心，絕無可能向競爭對手透露與成本、生產、行銷、服務等相關的關鍵商業資訊，遑論主動告知未來將採取的商業作為(to disclose intended future behaviours to competitors)。然而，參與實質聯合行為的事業，不僅透露相關的關鍵商業資訊，有時甚至會主動告知計畫中的商業作為。因此，參與的事業之間存在著共同行為，而原本市場競爭所帶來的風險，已被事業之間的合作完全消弭。

(一) 早期之實務發展：*ICI v. Commission*案[24]

1. 事實、判決結果與理由

1972年歐洲法院的*ICI v. Commission*案（以下簡稱*ICI*案），係歐盟競爭法實務上關於共同行為的第一個重要案例。各界討論此案時，經常將其簡稱為「the *Dyestuffs* case」（染料案）。執委會於*ICI*案中，認定數家染料業者透過共同行為的方式進行聯合定價，因此裁處業者罰鍰。針對共同行為的認定，執委會提出的證據，包括此等染料業者之商品漲價的幅度相近、漲價的時間點相近、總公司將漲價的指示(instructions)寄送給分公司的時間點相近，以及業者曾經多次進行非正式接觸的事證。

執委會與歐盟法院皆認為，參與共同行為的染料業者之間，雖「尚未到達作出所謂『協議』的階段」(without having reached the stage where an agreement properly so-called has been concluded)[25]，但先前染料市場的競爭環境中存在的商業風險，已被染料業者透過共同行為所實現的聯合定價所排除[26]。進一步來說，執委會與歐盟法院之所以如此認定，係因若無聯合行為，則市場上任

---

[23] The phrase "concerted practice" refers to "[c]oordination between undertakings which, without having reached the stage of concluding a formal agreement, have knowingly substituted practical cooperation for the risks of competition. A concerted practice can be constituted by direct or indirect contact between firms whose intention or effect is either to influence the conduct of the market or to disclose intended future behaviour to competitors". Directorate-General for Competition, *supra note* 19, at 11.

[24] Case 48/69 ICI v. Commission [1972] ECR 619.

[25] para. 64, *supra* note 24.

[26] para. 64, *supra* note 24.

何個別的行為改變(any independent change of conduct)，必然伴隨著相當的風險，但參與的染料業者於1964年至1967年間，皆由其中一家或數家染料業者就染料商品的漲價日期及幅度先行公告(advance announcements) ，再由其他參與的業者跟進漲價，如此一來，當時存在於此等業者之間的所有不確定性(all uncertainty)，甚至是未來的不確定性，皆可由業者藉此等先行公告而完全去除(eliminated all uncertainty)。

2. 簡析

歐洲法院於*ICI*案的見解，有幾點值得特別注意。首先，執委會提出的證據，包括此等染料業者之商品漲價的幅度、時間點、寄送漲價指示的時間點皆相當接近，加上執委會提出了業者多次非正式接觸的事證，此等事實皆成為日後歐盟競爭法認定共同行為的重要指標。其次，歐洲法院指出，歐盟運作條約第101條於「共同行為」的概念和「事業間協議」的概念之間，畫定了一條分界線(draws a distinction)，亦即，共同行為「尚未到達作出所謂『協議』的階段」。本文以為，此處的重點在於，法院並未將共同行為視為事業間協議的態樣之一。換句話說，就歐盟運作條約第101條而言，共同行為以及事業間的協議，乃是兩種不同聯合行為。

此外，歐洲法院指出，「究其本質，一共同行為雖不具備一契約的所有要件，但共同行為（確實）可經由協調而產生，而觀察參與者的行為，即可發現此種共同行為的存在，乃是顯而易見的」[27]。歐盟運作條約第101條的「事業間協議」，顯係此處所謂的契約，但一共同行為究竟未具備一事業間協議的何項要件，或者那幾項要件？法院則未進一步說明。參照文前「事業間協議」的概念，可知「事業間協議」的主要特徵，乃是二以上當事人之間，存在著「一項意願的合致」，但歐盟競爭法的共同行為，並不具備「意願的合致」這項特徵。換句話說，共同行為雖非協議的態樣之一，但確為一種聯合行為的態樣。共同行為乃是一種經由協調而產生的行為，但其不以「意願的合致」作為要件。以*ICI*案為例，經執委會調查，無證據證明相關的事業早已就共同的漲價措施達成共識，否則執委會應會直接認定相關事業之間存在著「事業間協議」。執委會與歐洲法院皆認為，參與的事業之間存在的是共同行為，而事業之間的合作，已將原本市場競爭所帶來的風險完全消弭。

---

[27] 其原文為：“By its nature, then, a concerted practice does not have all the elements of a contract but may inter alia arise out of coordination which becomes apparent from the bahviour of the participants”.

再者，針對平行行為(parallel behaviour)與共同行為的關係，歐洲法院亦提出其見解[28]。法院指出，將平行行為直接認定為共同行為的見解，並不妥當，但不可否認的是，倘若特定的平行行為，造成了競爭的條件(conditions of competitions)的改變，使得實際的競爭條件與應當存在於市場上的正常競爭條件(the normal conditions of the market)有所不同時，則此平行行為，的確得以被當作是證明共同行為確實存在的有力證據(strong evidence of such practice)[29]。歐洲法院雖未指明市場上的正常競爭條件究係為何，但不難推論的是，一般的市場競爭環境充滿了不確定性，而之所有這種不確定性，係因為市場上的事業無從掌握競爭者手中的商業籌碼。於正常的情況下，競爭對手絕無可能彼此分享商品或服務的敏感資訊。職是之故，倘若平行行為的效果，幾乎等同於競爭對手分享敏感資訊的效果，則市場的不確定性將可被完全去除，而此正是歐洲法院所謂競爭條件的改變。若出現此項前提，則平行行為的確得以被當作是證明共同行為確實存在的有力證據。

(二) 中期之實務發展：*Åhlström Oy v. Commission*案之轉折[30]

1. 事實

歐洲法院的*Åhlström Oy v. Commission*案判決，係歐盟競爭法實務上關於共同行為的另一個重要案例。學術界與實務界討論此案時，經常將其簡稱為「the *Wood Pulp* case」（木紙漿案），文後的討論則以「紙漿案」簡稱之。在此，本文將此案的事實簡要敘述如下：為數眾多的木紙漿(wood pulp)製造商，於1980年代中期，曾多次就各自的紙漿價格作出調漲的公告，不僅各個製造商所公告的每季最高紙漿價格(maximum prices quarterly)相當接近[31]，每次漲價的幅度和漲價的時間點，亦相當一致(altered prices uniformly and simultaneously)[32]，執委會因此懷疑紙漿製造商之間存在著某種聯合行為。

經深入調查，執委會於1985年認定此等紙漿製造商的行為係共同行為，並加以裁罰。然而，受處分的紙漿製造商，否認有共同行為的存在，強調紙漿價格調幅和調漲時間點之所以相近，並非肇因於共同行為，而係由於歐洲的木紙漿市場乃是寡占市場[33]，因此其市場的本質具有特殊性。不過，執委會並不接

---

28 para. 65, *supra* note 24.
29 para. 65, *supra* note 24.
30 Cases 89 etc/85, Åhlström Oy v. Commission [1993] ECR I-1307.
31 paras. 64 and 65, *supra* note 30.
32 Dec 85/202, [1985] OJ L85/1, [1985] 3 CMLR 474.
33 Ibid.

受紙漿製造商的答辯，認為木紙漿市場中存在著有許多製造商，因此不應將此市場認定為寡占市場。執委會指出，由於各個製造商不僅公告的每季最高紙漿價格相近，製造商每次漲價的幅度和漲價的時間點，亦有相當的一致性，故而執委會認為，此等事實本身，即為紙漿製造商參與共同行為的「表面證據」(it was itself prima facie evidence)[34]。

2. 判決結果與理由

對於執委會的結論，歐洲法院提出了否定的意見。歐洲法院於1993年的判決中指出，紙漿製造商作出與價格相關的公告，雖然公告行為本身的確為市場行為，但作出公告的事業，未來於市場中仍將面臨競爭上的不確定性，至於公告行為本身，則並未減少此種不確定性。法院指出，當紙漿製造商作出與價格相關的公告時，「任何一個涉及此項行為的事業，皆無法確定他人未來的行為」[35]。法院接著指出，除非平行行為乃是系爭共同行為之所以存在「唯一可能合理的解釋」(the only plausible explanation)，否則執委會不得將平行行為視為共同行為的證據(proof as concertation)。以較為口語的方式來說，平行行為必須是系爭共同行為之所以存在「唯一說得過去的解釋」，平行行為方得被視為共同行為的證據。倘若平行行為與系爭共同行為之間毫無關聯，則執委會不應將平行行為當作共同行為的證據。法院強調，企業有能力以明智的方式調整自身的商業手段，以因應競爭對手的商業手段，歐盟運作條約第101條並未剝奪企業這項能力[36]。

歐洲法院指出，就紙漿案而言，相關市場的寡占傾向(the oligopolistic tendencies of the market)和相關紙漿製造商行為期間的特殊情況(specific circumstances)，得以合理地解釋此案所出現的平行價格(the parallelism of the prices)以及價格的（變化）趨勢(the price trends)[37]。歐洲法院強調，執委會應運用積極的經濟分析(rigorous economic analysis)，判定是否尚有其他合理的理由，能被用來解釋相關紙漿製造商的系爭行為。法院認為，於相關紙漿製造商未有公開的聯繫溝通(overt communication)的情況下，執委會有必要就其「紙漿製造商之行為係共同行為」的推論，提出有力的論理。

---

34 Ibid.

35 其原文為：At the same time when such undertaking engages in such behaviour, it cannot be sure of the future conduct of others. para. 64.

36 para. 71, *supra* note 30.

37 paras. 126 and 127, *supra* note 30.

3. 簡析

倫敦大學學院(University College London)的競爭法名譽教授Valentine Korah指出，歐洲法院的紙漿案判決，明顯地限制(significantly limited)了共同行為的概念[38]。Korah教授之所以有此見解，係因作出與價格相關公告的事業，未來於市場中仍將會面臨的競爭上的不確定性，公告行為本身並未減少此種不確定性。換句話說，作出公告的事業雖於相關市場中多次就各自的紙漿價格作出調漲的公告，但執委會不應直接將公告行為認定為共同行為。本文以為，此處的關鍵在於，多次的調漲公告與市場風險的消除之間，並無因果關係。

其次，比較*ICI*案與紙漿案，可知執委會於*ICI*案中提出了業者多次非正式接觸的事證，但執委會於紙漿案中卻未能提出紙漿製造商正式或非正式接觸的證據。本文以為，此項差異相當程度上左右了歐洲法院的心證。換句話說，既然相關市場具有寡占的傾向，共同行為又未必是系爭平行行為之所以存在的唯一解釋，加上紙漿製造商可能根本未曾相互接觸，因此實難作出紙漿製造商已進行了協調工作的結論。

此外，或許有人認為，由於共同行為乃是「事業間之協議」以外的聯合行為，因此主管機關的證明共同行為的舉證責任，應較證明「事業間之協議」的舉證責任為低，如此方能有效打擊協議之外的聯合行為。雖然共同行為確為「事業間之協議」以外的聯合行為，但歐洲法院並未因此降低執委會的舉證責任。職是之故，執委會僅憑紙漿製造商可能參與共同行為的「表面證據」，包括最高價格、每次漲價的幅度和漲價的時間點的近似性，實無法證明紙漿製造商確有共同行為。

(三) 近期之實務發展

1. *Hüls AG v. Commission*案[39]

就共同行為爭議的實務發展而言，1999年歐洲法院的*Hüls AG v. Commission*案（以下簡稱*Hüls*案），係2000年前後較受矚目的重要案例。各界討論此案時，經常將其簡稱為「the *Polypropylene* case」（聚丙烯案）。根據歐盟運作條約第101條第1項，應予禁止的共同行為，係「有影響歐洲聯盟會員國間貿易之虞且係以規避、限制或破壞內部市場內之競爭為目的或已實際造成負面影響者」。Hüls案最重要的一項爭議為：倘若一疑似共同行為的商業作為，僅以限制競爭為目的，但尚未造成具體的負面影響，則此時實施此商業作為的

[38] Korah, *supra note* 12, at 57.

[39] Case C-199/92 P, *Hüls AG v. Commission* [1999] ECR I-4287.

事業，是否違反歐盟運作條約第101條第1項？

對於此一爭議，歐洲法院指出，「即便一共同行為並未對於市場造成反競爭之影響，但該共同行為仍應受歐洲共同體條約第81條第1項之拘束」[40]。歐洲法院接著指出，就系爭條款的規定而言，「當共同行為具有反競爭目的時，即應禁止此等共同行為，至於此等行為之影響，則在所不問」[41]。

法院最後強調，執委會無須舉證證明系爭共同行為具有限制競爭的效果(effects restrictive of competition)[42]，「相反地，Huls必須證明，其行為對於（相關）市場並無任何影響」[43]。必須說明的是，歐洲法院此一見解，並非毫無爭議。歐洲法院於Hüls案中強調，當共同行為具有反競爭目的時，即應禁止此等共同行為，但法院同時又指出，參與共同行為的事業得舉反證，證明其行為對於相關市場並無任何影響。此時，一個延伸的難題是：倘若參與共同行為的事業，確能證明其行為對於相關市場並未造成實際的負面影響，則參與的事業是否仍違反歐盟運作條約第101條？歐盟普通法院於*Cimenteries CBR SA v. Commission*案中指出，若參與的事業能成功地提出反證(can prove to the contrary)，則此時並未違反歐盟運作條約第101條[44]。

2. *AC-Treuhand*案

就共同行為爭議近年來的實務發展而言，最受重視的案件，莫過於2015年的*AC-Treuhand AG v. European Commission*案（以下簡稱*AC-Treuhand*案）的判決[45]。此案不僅涉及共同行為，其亦與事業間的協議有關。此案的主要爭議為，提供其他事業諮詢服務、資訊服務以及管理服務的顧問公司，有無可能與其服務的對象，一併被認定為參與聯合行為的事業？

根據歐盟法院*AC-Treuhand AG v. European Commission*案的判決，多個事業參與了數個相關的反競爭協議及共同行為，此等協議與共同行為於1987年至2000年間[46]，影響了當時歐洲經濟區(the European Economic Area)的兩個市場，

40 其原文為：A concerted practice … is caught by Article 81(1) EC, even in the absence of anti-competitive effects on the market. para. 163, *supra note* 39.

41 其原文為：Concerted practices are prohibited regardless of their effect, when they have an anti-competitive object. para. 164, *supra* note 39.

42 para. 166, *supra* note 39.

43 其原文為：On the contrary, it was for Huls to prove that that did not have any influence whatsoever on its own conduct on the market. para. 166, *supra* note 39.

44 Cases T-25/95 etc Cimenteries CBR SA v. *Commission* [2000] ECR II-491, para. 1865.

45 Case C-194/14 P, AC-Treuhand AG v. *Commission* [2016] ECR I-0000.

46 para. 6, *supra* note 45.

一為「錫穩定劑市場」(tin sabilisers sector)市場，另一則為「環氧化大豆油及環氧大豆油酯市場」(epoxidised soybean oil and esters sector)[47]。此等事業所涉及的行為，包括聯合定價(price fixing)、透過操控銷售配額(sales quotas)割裂市場(allocation of markets)、分配消費者(allocation of consumers)以及交換商業上的敏感資訊(exchange of commercially sensitive information)，特別是涉及消費者、生產以及販賣的資訊[48]。應補充說明的是，錫穩定劑乃是廣泛使用於塑膠製程的添加劑，環氧化大豆油及環氧大豆油酯，同為可塑劑及穩定劑，亦經常被使用於塑膠的製程。

上述反競爭協議及共同行為的背後，有一家企業顧問公司AC-Treuhand，此公司的主要營業所設於瑞士蘇黎世，係一以提供企業諮詢服務、資訊管理服務以及稽核服務為主要業務的公司[49]。AC-Treuhand以提供各項服務的方式，對於上述的卡特爾提供了協助[50]。執委會認為AC-Treuhand違反了歐盟運作條約第101條第1項，核處AC-Treuhand兩項罰鍰，合計17.4萬歐元[51]。執委會認定，AC-Treuhand乃是1993年至2000年間實際參與上述協議和共同行為的事業[52]，但AC-Treuhand不服執委會的處分，並於歐盟法院指出，歐盟運作條約第101條的禁止規定(prohibitions)的規範對象，係該條所稱的協議和共同行為的當事人(the parties to such agreements or concerted practices themselves)[53]，而AC-Treuhand強調，其並非協議和共同行為的當事人，其與涉及協議和共同行為的事業之間，另訂有服務契約(service contracts)，而此等服務契約與違反歐盟運作條約第101條的協議和共同行為，全然無涉[54]。

然而，歐盟法院並不贊同AC-Treuhand的答辯。AC-Treuhand主張，其並非協議和共同行為的當事人。歐盟運作條約第101條之禁止規定的規範對象，「係針對此等協議或共同行為的當事人，此等當事人活躍於受到這些協議和共同行為所影響的市場之中」。法院指出，首先，歐盟運作條約第101條未有如此規定[55]。其次，AC-Treuhand雖為一企業顧問公司，但其的行為，並非僅是單

47 para. 5, *supra* note 45.
48 para. 8, *supra* note 45.
49 paras. 7 and 17, *supra* note 45.
50 para. 17, *supra* note 45.
51 para. 10, *supra* note 45.
52 para. 8, *supra* note 45.
53 para. 18, *supra* note 45.
54 para. 39, *supra* note 45.
55 para. 27, *supra* note 45.

純提供周邊服務。AC-Treuhand的行為，不僅與其他參與（限制競爭行為）的製造商所承擔的義務有關連性，其行為亦與限制競爭的落實有關[56]。

四、結論

首先，嚴格來說，歐盟運作條約第101條的共同行為，此行為既與合意無涉，亦非協議的一種態樣，而是一種推定的聯合行為。共同行為的認定之所以為一項重要的議題，係因其雖為聯合行為或廣義的反競爭協議的一種態樣，但此行為態樣的範圍不易界定。若將共同行為的意涵界定得過於寬廣，則平行定價亦可能被認定為共同行為。若界定得過窄，參與事業僅限實質實施共同行為者，則幕後的服務提供者，將無須負擔違反競爭法的責任。共同行為乃是數個事業之間透過直接或間接的聯繫，於並未訂定正式協議的情況下所進行協調。本文以為，理解此一定義時，共同行為所為的協調不僅是在尚未訂定正式協議的情況下進行，同時共同行為可能根本不會進入訂定正式協議的階段。此時，雖無正式的協議，但數個事業之間已有協調的行為，以實際的合作取代競爭所帶來的風險。

其次，歐洲法院於*ICI*案的見解，有幾點值得特別注意。首先，執委會提出的證據，包括此等染料業者之商品漲價的幅度、時間點、寄送漲價指示的時間點皆相當接近，加上執委會提出了業者多次非正式接觸的事證，此等事實皆成為日後歐盟競爭法認定共同行為的重要指標。歐洲法院指出，「究其本質，一共同行為雖不具備一契約的所有要件，但共同行為（確實）可經由協調而產生，而觀察參與者的行為，即可發現此種共同行為的存在，乃是顯而易見的」。由此可知，歐洲法院觀察的重點，在於參與共同行為的事業在行為上的協調，而不探求參與事業是否確實存在著合意。就概念的界定而言，歐盟競爭法的共同行為，並不具備「意願的合致」這項特徵。

此外，在紙漿案中，法院指出，第一，將平行行為直接認定為共同行為的見解，並不妥當。第二，針對平行行為與共同行為的關係，按歐洲法院於紙漿案中的見解，倘若平行行為與系爭共同行為之間毫無關聯，則執委會不應將平行行為當作共同行為的證據。換句話說，企業以明智的方式調整自身的商業手段，以因應競爭對手的商業作為，並非共同行為。第三，在紙漿案中，作出

[56] 其原文為：It cannot be concluded that the action taken by AC-Treuhand in that capacity constituted mere peripheral services that were unconnected with the obligations assumed by the producers and the ensuring restrictions of competition. para. 39, *supra* note 45.

公告的事業，雖已於相關市場中多次就各自的紙漿價格作出調漲的公告，但法院仍然認為，執委會不應直接將公告行為認定為共同行為。此處判斷的關鍵在於，多次的調漲公告與市場風險的消除之間，並無因果關係。第四，比較*ICI*案與紙漿案，可知執委會於*ICI*案中提出了業者多次非正式接觸的事證，但執委會於紙漿案中卻未能提出紙漿製造商正式或非正式接觸的證據。本文以為，此項差異相當程度上左右了歐洲法院的心證。不過，隨著資訊科技的發展，此項差異的重要性不高，其原因在於，由於通訊技術發達，執委會欲蒐集非正式接觸的事證，恐將面臨極大的困難。

必須強調的是，訂定共同行為的規範，非為降低執委會的舉證責任以便「入人於罪」。雖然共同行為確為「事業間之協議」以外的聯合行為，但歐洲法院並未因此降低執委會的舉證責任。職是之故，執委會僅憑紙漿製造商可能參與共同行為的「表面證據」，包括最高價格、每次漲價的幅度和漲價的時間點的近似性，實無法證明紙漿製造商確有共同行為。

再者，關於共同行為是否須造成實際負面影響的問題，歐洲法院於Hüls案中強調，當共同行為具有反競爭目的時，即應禁止此等共同行為，但法院同時又指出，參與共同行為的事業得舉反證，證明其行為對於相關市場並無任何影響。倘若參與共同行為的事業，確能證明其行為對於相關市場並未造成實際的負面影響，則參與的事業是否違反歐盟運作條約第101條？歐盟普通法院於*Cimenteries CBR SA v. Commission*案中指出，若參與的事業能成功地提出反證，則此時並未違反歐盟運作條約第101條。此見解是否與歐洲法院於*Hüls*案的見解矛盾，實有待釐清。

最後，就*AC-Treuhand*案而言，AC-Treuhand主張，其並非協議和共同行為的當事人。歐盟運作條約第101條之禁止規定的規範對象，「係針對此等協議或共同行為的當事人，此等當事人活躍於受到這些協議和共同行為所影響的市場之中」。然而，法院指出，第一，歐盟運作條約第101條未有如此規定。第二，AC-Treuhand雖為一企業顧問公司，但其的行為，並非僅是單純提供周邊服務。AC-Treuhand的行為，不僅與其他參與（限制競爭行為）的製造商所承擔的義務有關連性，其行為亦與限制競爭的落實有關。

評論

與談人：吳志光（理律法律事務所合夥律師）

聯合行為之可罰性在於其消除競爭的不確定性，不論各國的立法為何，基本上有兩個構成要件，合意和一致性行為，二者缺一不可。

依照行政法基本原則，行政官署對於人民有所處罰，必須確實證明其違法之事實。倘不能確實證明違法事實之存在，其處罰即不能認為合法（39判2）。行政機關本應依職權調查證據以證明違法事實之存在，始能據以對人民作成負擔處分，亦即行政機關對於人民違法事實之存在負有舉證責任，人民本無須證明自己無違法事實。如調查所得證據不足以證明人民有違法事實，即應為有利於人民之認定，更不必有何有利之證據（98判494）。

由上述可知，原則上行政機關應負舉證責任，但聯合行為具有高度隱密性，行政機關取得直接證據不易，於是衡量聯合行為之查察與人民權利之保護下，立法者作了一個抉擇，依據公平法第14條第3項規定，聯合行為之合意，「得」依市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量、事業行為之經濟合理性「等」相當依據之因素「推定」之。本條採用「得推定」似乎賦予行政機關、司法審查者裁量空間，故行政機關及司法審查仍應依職權調查。

事實上法院於修法前，已採合理推定原則，要推翻此項推定，需行為人合理說明或證明，其價格之調整乃市場上客觀之供需變化因素所致（92判1798）。若經查確實有意思聯絡之事實，或其他間接證據足以判斷事業間已有意思聯絡，且為其外部行為一致性之「唯一合理」解釋，即可認定該等事業間有聯合行為（99判502）。

依目前條文所列之市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量、事業行為之經濟合理性等相當依據之因素，是否足以區隔聯合行為與平行行為？我認為僅就目前例示的因素予以推定，顯然不足。依照OECD之規定，聯合行為的間接證據包含溝通證據(Communication Evidence)和經濟證據(Economic Evidence)，其中經濟證據又包含行為證據(Conductive Evidence)、市場結構證據(Market Structure Evidence)、促進行為(Facilitating Practices)。而我國目前條文所列者並未包含溝通證據。

其次，於法律明文「推定」之效果是舉證責任之倒置，或是舉證責任之減輕（降低證明度）？行政訴訟是否當採「舉證責任分配之原則」，以人民未盡

舉證責任即必須承擔敗訴之後果？又或者縱使在人民未盡舉證責任下，舉證責任仍應在行政機關，只是得在自由心證評斷上，對行政機關之舉證責任程度有所減輕？值得進一步探究。

若認為行政機關仍應負擔舉證責任，而推定規定只是減輕行政機關舉證責任的強度時，是否宜認此推定規範係課與人民類似於租稅案件中之「協力義務」？因此，當人民未盡協力義務時，不應當然承擔敗訴之不利益，僅是在自由心證下減輕行政機關之舉證程度。

最後，於此推定規範下，司法審查是否應更著重審視行政機關就該管行政程序，「應於當事人有利及不利之情形，一律注意」之義務？若行政機關能著重於此，則推定規定將是一個相當好的立法，因為行政機關能夠藉此在調查過程中導引受調查者提出對其有利的證據，負擔舉證推翻「推定」效果之協力義務，以共同發現真實具體查明合意是否存在。

聯合行為之市場界定與市場效果—日本獨占禁止法之比較法研究

劉姿汝*

目　次

一、前言
二、聯合行為構成要件
　(一)我國公平法第14條
　(二)日本獨占禁止法第2條第6項
三、相關市場之界定
　(一)我國的相關市場界定
　(二)日本的相關市場界定
　(三)小結
四、市場效果之認定
　(一)足以影響市場功能
　(二)實質限制競爭效果之認定
　(三)小結
五、結語
　(一)相關市場之界定
　(二)市場效果

摘要

聯合行為的要件向來重在事業間「合意」有無之舉證，公平交易法過去的修法進程中，不論先是寬恕政策的導入，增加「合意」的推定，以及透過反托拉斯基金的獎勵，皆是為合意舉證不易的努力。然而，我國公平交易法對於聯合行為並非採「當然違法」原則，公平交易法第14條對聯合行為之構成要件中

* 國立中興大學法政學院法律系副教授
日本一橋大學法學博士

並非僅止於舉證水平競爭關係的事業間共同對於價格等事項達成合意，還必須檢視該共同行為是否足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能，也就是必須衡量該事業間之共同行為之市場效果。此一市場效果又多以參與聯合行為之事業整體市占率作為判斷基準，因此必須先界定出相關市場，始能算出市占率及評價市場效果。本文將針對聯合行為構成要件中，有關「相關市場」之界定與市場效果的認定進行討論。由於日本獨占禁止法對於聯合行為之構成要件與我國公平交易法相當類似，因此以比較法的方式討論兩國的異同，亦試圖探討聯合行為之適當相關市場界定方式與市場效果之認定基準。

關鍵字：聯合行為、獨占禁止法、相關市場、市占率、市場效果

一、前言

聯合行為可謂是公平交易法（以下簡稱公平法）中影響競爭秩序甚鉅，卻也是對各國競爭主管機關而言最為棘手之行為類型。聯合行為事件向來重在事業間「合意」有無之認定，因為此乃可以證明事業間具相互連結之共同性之重點，公平法的修法進程中，不論先是寬恕政策的導入，抑或增加「合意」的推定，以及透過基金的獎勵，皆是為合意舉證不易的努力。然而，我國對於聯合行為並非採「當然違法」原則，公平法第14條聯合行為之構成要件中並非僅止於舉證水平競爭關係的事業間對於價格等事項達成合意相互拘束，還必須檢視該共同行為是否足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能，也就是必須衡量該事業間共同行為之市場效果。而所謂影響市場供需功能之市場效果之認定，基本上可能需要先界定出相關市場後始得以為之。然而，以近年來受到矚目的「連鎖便利商店現煮咖啡聯合漲價（以下簡稱超商咖啡案）」一案為例，公平交易委員會（以下簡稱公平會）所界定之相關市場受到高等與最高行政法院相當的質疑，因此相關市場界定與聯合行為間之議題受到矚目，公平會甚至特別制定了相關市場界定方式處理原則。相關市場的界定並非易事，因而也會連動市場效果之評價。所以，「市場界定」與「市場效果」是除了事業間的「合意」外，認定聯合行為成立之重要要素，且兩者息息相關，因此本文以此兩部分為題進行論述。

由於日本獨占禁止法（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律，簡稱独占禁止法，相當我國之公平法）之聯合行為成立要件與我國公平法

相當類似，因此透過比較法之方式進行討論，希冀找出彼此可以參考之處。

二、聯合行為構成要件

首先從我國公平法與日本獨占禁止法對於聯合行為之成立要件談起。

(一) 我國公平法第14條

公平法第15條之規定下，我國對於聯合行為乃採原則違法例外許可之規範原則，除非符合該條所定之8項有益於整體經濟與公共利益之行為，可以透過事前申請，經公平會許可者則可為之而不違法。

關於聯合行為之構成要件，首先，公平法第14條（修正前聯合行為之要件規定於第7條）[1]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，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而言。」由此可知構成要件包括：(一)行為主體是具水平競爭關係之事業；(二)透過合意方式（意思聯絡）；(三)共同決定商品或服務的價格、限制數量等相互拘束事業活動；(四)對相關市場之影響[2]。第2項更具說明「合意」之意義：「前項所稱其他方式之合意，指契約、協議以外之意思聯絡，不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為者。」本次修法新增第3項則是因應合意舉證之不易，而增加可以推定合意之考量與方式：「聯合行為之合意，得依市場狀況、商品或服務特性、成本及利潤考量、事業行為之經濟合理性等相當依據之因素推定之」，是為因應主管機關對事業間「合意」舉證之困難，讓公平會能有明確之依據可推定事業間合意之存在[3]。此外第4項規定：「第2條第2項之同業公會或其他團體藉章程或會員大會、理、監事會議決議或其他方法所為約束事業活動之行為，亦為本法之聯合行為」，則是指出具競爭關係之事業間即使組成非同業公會之組織以進行限制競爭之合意時，仍可構成「聯合行為」。

在此構成要件之下，事業即使透過合意共同決定價格、產量、交易對象等事業活動，若該行為結果並不足以影響市場功能，尚不構成聯合行為[4]。簡言

---

1 公平法於2015年有相當大幅度之修正，文中所提及之案例乃多發生於修法前適用舊法之時期，但為求說明之便利與免於混淆，皆以修法後之現行條文說明與解析之。

2 公平交易委員會，認識公平交易法，第16版，自版，112-115(2015)。

3 參照公平會公告之「公平交易法修正條文對照表」中之修正理由。

4 公平交易委員會，認識公平交易法，第16版，自版，115(2015)。

之，事業間之共同行為是否影響市場功能，成為構成聯合行為與否之門檻。

(二) 日本獨占禁止法第2條第6項

日本相當於我國公平法之獨占禁止法[5]，其第3條規定事業不得為不當之交易限制，不當之交易限制（不当な取引制限）指的即是聯合行為（以下為求用語的一致，亦統稱為聯合行為）。其定義於第2條第6項「所謂不當之交易限制，是指事業間不論是藉由契約、協定或其他任何名義，決定、維持或提高價格、或者限制數量、技術、製品、設備或交易相對人等相互拘束或遂行此等事業活動，因而違反公共利益，實質上限制一定交易範圍之競爭」[6]。共同為之、相互拘束或共同遂行是行為要件；而違反公共利益[7]以及實質上限制一定交易範圍之競爭則為效果要件[8]。

就此構成要件觀之，似乎未如公平法第14條提及行為主體必須是具競爭關係之同一產銷階段之事業，但基本上還是與我國公平法相同，以具水平競爭關係之事業所為之共同行為為主。而所謂「一定交易範圍中之競爭之實質限制」，「一定的交易範圍」即是指「相關市場（本文以下亦統稱「相關市場」以為一致）」，實質地限制相關市場的競爭就屬市場效果了。此一實質上限制相關市場競爭之市場效果，是聯合行為與私的獨占[9]、結合，甚至是不公平交

---

5 其正式名稱是「有關私的獨占之禁止與公平交易之確保之法律」(「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」)。

6 其原文是：「この法律において「不当な取引制限」とは、事業者が、契約、協定その他何らの名義をもつてするかを問わず、他の事業者と共同して対価を決定し、維持し、若しくは引き上げ、又は数量、技術、製品、設備若しくは取引の相手方を制限する等相互にその事業活動を拘束し、又は遂行することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限することをいう。」

7 有關「違反公共利益」的部分：所謂公共利益，在學說上有幾個見解，包括(1)是指自由競爭經濟秩序的維持本身。(2)是指更高層次，包含生產者、消費者之國民經濟整體之利益，或者(3)是指為維護中小企業、消費者等經濟從屬者或弱者之利益，有各種說法。以第(1)說為主要通說。但基本上還是以獨占禁止法之立法意旨、目的為出發討論之。請參考舟田正之，「公共の利益」，收錄於経済法判例・審決百選，別冊ジュリスト，第199期，16-17(2010)。

8 泉水文雄，「不当な取引制限(1)ハードコア カルテル(1)価格カルテル等」，法学教室，第420期，135(2015)。
金井貴嗣，「入札談合の不当な取引制限該当性——多摩談合事件最高裁判決の検討」，中央ロー ジャーナル，第10巻第4號，4(2014)。

9 「私的独占」其定義規定於獨占禁止法第2條第5項：「本法所稱私的獨占，指事業不論單獨或與他事業結合、通謀或其他方法，排除或支配他事業之事業活動，

易方法共通之要件[10]。

三、相關市場之界定

界定相關市場的目的基本上是為了能夠提供評價對競爭造成何種影響之區域、範圍。在我國公平法第14條的聯合行為構成要件下，是為討論事業間透過合意共同決定商品、服務之價格等行為是否影響市場功能之前提，須應界定出相關市場後始得判斷該聯合行為之市場效果；日本獨占禁止法下則同樣為是判斷競爭的實質限制所及之範圍。尤其當認定聯合行為之市場效果時若著重於市場支配力有無(market power)之判斷時，市占率則成為重要的判斷基準，此時，相關市場之界定亦顯得重要，因為界定出多大範圍之相關市場會因而牽動市占率之高低，所以兩者關係密切，難以完全切割。

(一) 我國的相關市場界定

對於「相關市場」，我國公平法第5條下了定義：「本法所稱相關市場，指事業就一定之商品或服務，從事競爭之區域或範圍」[11]。而關於界定方式，公平會於2015年3月公告：「公平交易委員會對於相關市場界定之處理原則」（以下簡稱「相關市場界定處理原則」），說明原則與方式。

1. 相關市場之界定方式

公平會在未制定「相關市場界定處理原則」之前，向來對相關市場界定的基本面向，通常綜合考量「產品市場」、「地理市場」及「時間因素」[12]。具體而言：(1)產品市場係指在功能、特性、用途或價格條件上，具有高度需求或供給替代性之商品或服務所構成之範圍；(2)地理市場係指就參與結合事業提供之某特定商品或服務，交易相對人可以很容易地選擇或轉換其他交易對象之區域範圍；(3)在考量前項產品市場、地理市場外，得視具體個案，衡量時間因素對於特定市場範圍之影響[13]。而其中又以前兩者為主要考量，日本亦是

因而違反公共利益，實質的限制相關市場之競爭。」所以私的獨占有排除型與支配型。

10 武田邦宣，「競争の実質的制限(１)」[東宝・スバル事件]，経済法判決・審決百選，12(2010)。

11 有關相關市場之定義原本是規定於舊第5條「獨占」定義之內，但2015年修法時，不但將名稱由「特定市場」修改為「相關市場」以能與國際接軌外，主要是本法有關限制競爭之條文，於執法時均會涉及「相關市場」概念，因此將「相關市場」定義獨立規定並置於「總則」章。請參考第5條之修正理由。

12 公平交易委員會，前揭註33，頁34-36。

13 公平會制定之「公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則」第3點；「相關市

如此[14]。由於在超商咖啡案中高等行政法院認為公平會的相關市場界定方式是採所謂的先觀察供給面的「三階段論法」[15]，但應採二階段市場界定方法才較為妥適，所謂二階段市場界定法，是指先直接從需求面的角度定出需求者的範圍，再依據需求者消費選擇，界定出供給者範圍。

對此，公平會在所制定之「相關市場處理原則」中仍維持過去相同的界定面向，只是更具體提及以「需求替代」為主要審酌事項，並得視商品或服務特性考量供給的替代（本處理原則第3點），並非如超商咖啡案中高等行政法院對其所指摘之以供給者的觀察為出發。處理原則中第4點與第5點還針對產品市場與地理市場時除了需求替代與供給替代之外，提出可以考量之因素[16]。並更進一步具體的提出市場界定3種分析方式，包括「合理替代可能性分析法」、「交叉彈性檢測法」與「假設性獨占者檢測法」，亦是表彰公平會可以接受多方位的市場界定分析方式。但即使如此，個案處理並不以此等分析方法為限，而且使用上並無運用之優先順序（處理原則第6點）。

2. 相關市場界定之必要性與考量事項

是否一定需要界定相關市場，若以公平法第14條的聯合行為成立要件而言是必要的，而界定的時點是在有構成聯合行為之虞的事業行為發生後，判斷該

場界定處理原則」第2點。

14 品川 武，「平成27年度における主要な企業結合事例について」，公正取引，第792期，4(2016)。

15 三階段論法，乃指第一階段從供給面觀察，檢視限制競爭之對象為何種商品與勞務，第二階段從需求面觀察，運用需求交叉彈性或合理的替代可能性來判別與本案同類似商品、服務或地理區域之範圍，第三階段則是若有特殊需求者，再依相關市場細分為次市場或族群市場。高等法院認為公平會向來以綜合判斷產品市場、地理市場及時間因素作為界定相關市場之要素，是屬於傳統的三階段論法。

16 相關市場界定處理原則第4點：「本會依前點就案關商品或服務之需求替代、供給替代進行界定產品市場時，得考量下列因素：(一)產品價格變化。(二)產品特性及其用途。(三)產品間曾經出現替代關係之情形。(四)交易相對人在不同產品間之轉換成本大小。(五)產品價格調整時，交易相對人因價格變化而移轉購買之程度。(六)交易相對人及競爭事業對於產品間替代關係之看法。(七)相關法規或行政規則之規定。(八)其他與產品市場界定相關之事證。」

第5點：「本會依第三點就案關商品或服務之需求替代、供給替代進行界定地理市場時，得考量下列因素：(一)不同區域間產品價格變化及運輸成本大小。(二)產品特性及其用途。(三)交易相對人在不同區域購買產品之交易成本大小。(四)交易相對人對產品獲取之便利性。(五)交易相對人在產品價格調整時，選擇至不同區域購買之情況。(六)交易相對人及競爭事業對於產品區域間替代關係之看法。(七)相關法規或行政規則之規定。(八)其他與地理市場界定相關之事證。」

行為有無限制競爭效果之前[17]，也就是先界定出一個相關市場，才能進而討論事業間的共同行為是否影響該市場之供需功能。但若相關市場的界定時點被置於聯合行為認定之最初，是否可能尚未具體討論事業間之合意存在與否等之共同行為之具體狀況，當然限制競爭效果也未討論，而界定出一個很看起來「一般性、客觀性」的市場。簡言之，在這樣的時點可能會畫出一個大於實際上競爭受到影響的範圍為相關市場，而非事業間合意內容對競爭所影響之範圍。相關市場若被過大界定，將會使參與聯合行為事業之市占率相對變低，因而降低該事業間行為對市場供需功能影響之評價。此可從幾個聯合行為案例中看見計算出或甚不到2%的極低市占率，要如何說明這樣的情況會影響市場供需功能，將極具挑戰性。

相關市場該如何界定，上述的「相關市場處理原則」所提供之主要審酌事項、界定的面向與考量因素以及分析方法，的確提出比較明確的基準與方式。由於此「相關市場處理原則」對於公平法中所有需要界定相關市場的情況皆可適用，當然包括聯合行為。惟，所謂「相關市場」（或「市場」）的基本概念，雖然不因為不同的行為類型與規範而有所不同，但界定之方式是否該一視同仁無所調整，則恐怕並非如此。在聯合行為的情況，是否應如超商咖啡案的判決中所提及應使用假設性獨占理論（即所謂的SSNIP測試法[18]），進行所謂更為詳細的市場調查，倒也未必。SSNIP測試在美國或是日本多是適用於事業結合時界定相關市場之用，企業結合是屬於事前規範，是對於即將結合之事業從各種面向衡量其結合後可能產生的市場效果與影響，與採事後規範之聯合行為是對於已經發生之行為再進行相關市場界定等要件之檢視，大不相同。換言之，事業結合之審查是在尚未發生限制競爭效果下討論相關市場之界定，聯合行為在發生之後。因此，事業結合的情況，可獨立先行界定市場而後再討論結合後限制競爭的效果[19]，所以才會常見使用SSNIP測試來界定市場，界定出一

[17] 村上政博，一定の取引分野における競争の実質的制限と競争阻害性，判例タイムズ，第1318號，2010年5月，頁6。

[18] SSNIP是指「Small but significant and non-transitory increase in price」的簡稱。所謂SSNIP測試，乃指設定獨占事業是否能進行「微幅（一般認為是5%）但顯著的非暫時」的漲價而增加利益。具體的操作是：先假定一獨占事業，當其開始進行此一微幅但有意義且非暫時的漲價時，需求者是否會往外圍移動轉向其他事業，若有就將該外圍業者納入市場，如此反覆測試，直到沒有外圍業者可以加入，相關市場的界定即可完成。

[19] 南雅晴，「不当な取引制限における一定の取引分野」，旬刊商事法務，第2060期，53(2015)。

個較客觀及一般性之市場。而聯合行為的情況，相關市場是界定在一個已經發生有限制競爭之虞的行為之後，相關市場的界定應該是要一個具一般性客觀的市場，抑或要界定出一個實質上受到事業間合意之共同行為而競爭受到影響之範圍？若是採後者的說法，直接將事業間進行合意所及之範圍（競爭會受到影響的範圍）界定成一個相關市場實為常見[20]，或者如價格等惡性卡特爾的情況，對特定需求者群所需之特定商品直接劃定成相關市場，顯得狹隘的市場亦非少見[21]。這或許是日本的聯合行為案件所認定之參與事業市占率總和多超過50%，屬於偏高的原因，因為日本對於相關市場之認定基本上偏向重視實質上產生限制競爭效果之範圍，不論是產品或地理市場皆可能界定出很小範圍。

因為在競爭活躍的情況下很難掌握從事競爭的範圍，反之，當出現限制競爭的行為時，原本應該具競爭的範圍內的競爭被限制而浮現，此一被限制的範圍應可界定為一個相關市場[22]。更具體而言，事業為何會進行價格等聯合行為，是為了原本在競爭狀態下無法獲得之超額利潤，透過與他事業間之合意等人為操作卻可能實現。對於每天面對競爭的事業而言，自家商品或服務要如何迴避競爭取得更高利潤，要及於多大關聯範圍之商品或服務、與多大範圍之多少事業進行聯合行為之合意，並且考量未參加之事業若以低價攻勢亦不影響供給量，而達到預期之利潤，這些事項僅有參與聯合行為的事業才能得知[23]。所以，為何市占率總和僅1.7%是事業在了解自己市場狀況時，還有意願與勇氣進行聯合行為？是否事業眼中了解的相關市場與公平會並不相同。

3. 實務案例之探討

聯合行為之相關市場要怎麼界定才合適，以下提出幾個實務案例，來進行討論。

(1)超商咖啡案

前面所提及之超商咖啡案[24]，公平會將產品市場界定為「連鎖便利超商現

---

20 菅久修一、品川武、伊永大輔、原田郁，独占禁止法，商事法務，36(2013)。

21 白石忠志、多田敏明，独占禁止法，初版，第一法規，47(2014)。

22 横田直和，「『多摩入札談合事件・最高裁判決の検討――一定の取引分野における競争の実質的制限』に係る判断を中心として」，公正取引，第770號，37(2014)。

23 南雅晴，「不当な取引制限における一定の取引分野」，旬刊商事法務，第2060期，53(2015)。

24 超商咖啡案的發展是，公平會認定4家超商成立價格的聯合行為而處分之公平會(100)年100220號處分書(2011)。被處分人不服向行政院訴願會提起訴願，訴願決定乃維持原處分。被處分人不服訴願決定，分別提起行政訴訟，判決撤銷原處分

煮咖啡」，因此4家提供現煮咖啡的超商的市占率總合達到百分之百，受到台北高等行政法院與最高行政法院之質疑與否定。公平會認為超商具有多元化商品及服務、密度普及、全日營業、可及性高等特點，因此將超商現煮咖啡界定成獨立的產品市場。但台北高等行政法院卻認為把超商的特色做為界定本案相關市場之基本考量，將可能造成超商中所販售的各項商品會在超商之間成立個別獨立之市場，有悖一般認知。因此認為公平會應該以「合理替代性」為主，採二階段論法來界定相關市場，還提出為了更精準地了解需求者範圍，可用SSNIP測試原則。這樣的見解最終也獲得最高行政法院的肯認。實際上，到目前為止，未曾見過實務上對聯合行為之相關市場做如此嚴格之基準與要求。實則特定商品若有其特定之需求者群並且具不替代性時，界定成獨立之市場應無不可，而非硬是要找出其未受此次聯合行為之合意所影響之其他事業，僅是商品或服務之性質似乎可具替代性，來擴大相關市場之範圍。只是公平會在本案中說明超商現煮咖啡之特性時，似乎太強調的是「超商」的特性而非「超商咖啡」的特性，超商咖啡與其他品項咖啡的差異性或許更為重要。且在聯合行為的案例，若明確之限制競爭行為（例如舉證了有關價格之合意存在），是否還需要藉由通常使用於審核事業結合時的SSNIP測試，作如此拘泥細緻的市場調查，值得思考。即使我國對聯合行為之規範並非採當然違法原則，也無須做如此嚴格之界定要求。

(2)連心會案與砂石案

市占率過高受到質疑，那麼市占率過低也值得探討。多年前的「連心會」案[25]，即是市占率頗低而受到矚目的案例之一。本案的事實為，在臺南地區有48家藥局負責人，除從事一般西藥之販售外，尚為地區性電台的廣告藥品指定藥局，販售電台廣告藥品，還為此組成一個名為「台南區藥品學術交誼連心會（以下簡稱連心會）」的組織，限制會員的銷售對象與藥品售價等事業活動。公平會在本案的界定相關市場時，認為電台廣告藥品在市面上亦有其他藥局販

與訴願決定（台北高等行政法院101年度607號、649號、703號、715號）。公平會不服，向最高行政法院提起上訴，判決廢棄高等法院判決，發回高等行政法院（最高行政法院102年度判字第251號判決）。台北高等行政法院更審判決仍同前次，撤銷原處分與訴願決定（台北高等行政法院102年度訴更一字第54號、55號、56號、57號）。公平會仍不服再上訴，最高行政法院駁回公平會上訴，判決確定（103年度判字第195號判決）。

25 公平會(89)公處字第163號處分書(2000)；高等行政法院90年訴字第4423號判決；最高行政法院92年判字第1336號判決(2003)。

售效果相同或類似之其他藥品，處分書中未明確指出產品市場，約莫是與一般非電台廣告藥品等同視之。因此以臺南地區做為地理市場，以此範圍下藥局總數共854家為分母，參與連心會事業有48家，算出5.6%之市占率。公平會一方面說明由於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，卻未將「電台廣告藥品」定義成產品市場，而是認為因此無法界定一正確之市場占有率，但上游廠商基於信用、行銷策略等之考量，並非供應全部藥房，故連心會在電台廣告藥品，市場占有率應高於前述5.6%；並說明一般藥房市場具有區域壟斷性，消費者的選擇會受到限制，連心會成員在各該區域應具有市場力量。以及此組織有鉅額罰款等手段，讓會員繼續留在組織之中，可見連心會對於市場具有影響力。以此為由解釋5.6%之市占率為何足以影響市場功能。本案之台北高等行政法院判決撤銷原處分，對市占率提出的質疑，包括(1)若以臺南縣市地區西藥局為分母所算出被處分人的市占率5.6%，以經驗及論理法則，顯不足影響該地區商品交易供需甚明。而且，(2)公平會界定相關市場時，自述「電台廣告藥品為一特殊結構市場，其行銷方式、藥品品質，與一般處方箋或成藥均不同，故無法界定一正確之市場占有率」，高等行政法院認為公平會自承無法明確界定市占率，違反行政訴訟法第4條、第5條「行政行為之內容應明確」之規定。但最高行政法院對於台北高等行政法院的質疑，則認為要認定聯合行為的約定對於市場足以影響供需功能，除了參加聯合行為者的市占率外，尚有「參加聯合行為數目」、「聯合行為者與不參加者間之數目比例」、「對交易關係的影響」等，作整體衡量，因此贊同公平會所認定之相關市場以及本案足以影響商品交易之市場功能。實則公平會自己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「臺南地區」的「電台廣告商品」，就不會算出令人質疑之低市占率[26]。公平會在後來類似的電台廣告藥品案件，即以明確以「電台廣告藥品」作為產品市場[27]，公平會於「廠商會」處分書中即明確提及電台廣告藥品透過電台主

---

[26] 黃銘傑，「聯合行為成立與市場界定、影響市場功能認定間之理論與論理(上)---評最高行政法院九二年度判字第一三三六號判決」，台灣本土法學雜誌，第68期，26-28(2005)。

[27] 涉及電台廣告藥品的案件：一是「詠健會」案，與「連心會」案同樣是販售電台廣告藥品的藥房間對於藥品價格等合意之聯合行為，公平會98年公處字第098021號處分（之後被處分人透過訴願以及行政訴訟請求撤銷處分，皆遭駁回）。另一案則是「廠商會」案，此案乃是公平會調查詠健會案時，發現上游藥品供應業者間的「廣告藥品廠商會（簡稱廠商會）」的存在，由藥廠所組成之廠商會藉由聚

持人透過長時間反覆強調其功能性並進行促銷，並限於指定藥局始能購得，因此對於收聽電台廣播藥品節目之消費者而言，與需要醫師處方箋才能取得的處方藥、或一般非電台廣告藥品皆有所不同，而不具有替代性，道出電台廣告藥品之特殊性，將產品市場界定成「電台廣告藥品」。如此一來，就不會將不販賣電台廣告藥品之藥局劃進競爭關係之市場內，而算出過低的市占率，「詠健會」案即是未再將非電台廣告藥品列入考量。

而最近的「中區砂石案」[28]，是6家砂石銷售公司透過聚會方式進行砂石牌價調整之案例。本案之產品市場界定為「砂石」之單一商品市場固無可議，而地理市場部分，雖然砂石以就近供料為宜，但實務上倘某區域有缺料情形下，鄰近縣市較為便宜之砂石會跨區販售至該地區，因此將會流通砂石之臺中市、南投縣、苗栗縣、彰化縣以及雲林縣界定成「中部地區砂石市場」成為本案之地理市場。而此一地理範圍之下，6家砂石業者的砂石販售總量僅佔1.71%之市占率。如此低之市占率是應如何評價該聯合行為對於相關市場之市場供需功能有所影響而產生限制競爭之效果，恐會遭到相當質疑。為何如此低市占率之事業有信心聯合行為能夠成功，能預估交易相對人不會轉向與其他競爭者交易；而實際上，又為何能夠成功？若業界間會跨區便宜供應砂石，為何需求者沒有選擇其他未參與聯合行為之事業？所以，相關市場是否界定過大，對於本案之需求者而言，是否在當時有些砂石業者並非在其選擇交易對象之列，本案之砂石業者全都屬臺中市業者，能否有更細緻的條件可以將市場界定得更小，值得討論（處分書中尚難判讀出當時市場需求者之需求傾向與條件）。

(二)日本的相關市場界定

對照以上我國對相關市場界定之考量，日本獨占禁止法所稱之「一定的交易範圍（相關市場）」，並無如我國公平法第5條之明文定義，但通常亦是指進行競爭的場所，也就是一定的供給者群與需要者群間所成立之市場或競爭圈。以聯合行為為例，是事業間透過合意相互拘束之共同行為，需要判斷是

會共同合意要求下游詠健會成員依照其所定之建議售價販售電台廣告藥品，成立聯合行為，公平會98年公處字第098022號。其後，廠商會案被處分之藥廠進行訴願及行政訴訟，公平會處分被撤銷，但第二次處分仍維持認定廠商會案成立聯合行為，僅調整罰鍰金額，公平會104年公處字104023號處分。第二次處分仍被高等行政法院撤銷（台北高等行政法院104年訴字第614號判決），公平會不服上訴最高行政法院，最高法院廢棄原判決，發回台北高等行政法院更審中（最高行政法院105年判字第208號判決）。

28 公平會105年公處字第105019號處分書。

否構成市場效果之「競爭之實質限制」要件之場所（範圍）[29]。所謂的市場界定，就是要決定此範圍要劃至多大的一個作業[30]。

實務上多把聯合行為的認定重點置於「合意（意思聯絡）」的舉證，有學者認為若只要有合意之證據，其他的考量變得無關緊要，因而造成毫無法律依據的將「當然違法」原則帶入日本，似乎並不妥當[31]。但實際上日本實務的案例除了合意的舉證，還是會討論聯合行為之市場效果，只是惡性卡特爾部分的確不是那麼深度進行市場分析。日本公平會並未如我國制定相關市場界定處理原則來提出市場界定的方法或考慮面向，但其所制定之事業結合處理原則[32]則有具體提到相關市場的基本立場及界定，亦是從商品範圍、地理範圍出發。以下，關於聯合行為之相關市場界定就學說與實務之見解說明之。

1. 相關市場的界定方式

對於一般性的相關市場界定方式，學說及實務莫約有下列幾點步驟[33]：(1)因應爭議行為之外觀態樣與交易實狀，界定爭議交易之對象商品、服務以及相同之商品、服務之範圍。(2)接著，包含類似商品、服務，界定出相關商品、服務之範圍。此乃所謂「相關產品（或服務）市場」。(3)根據如此界定之產品市場，劃出相關交易的地理範圍，也就是相關地理市場。(4)如此一來，應可界定出「相關市場」。基本上，相關市場就是此兩種要素所構成之市場。但是，根據事件所相關之實態，更進一步尚可考量(5)交易階段（例如是製造商、批發或零售階段），(6)交易相對人等要素，可將相關市場作更小之界定。所以，相關市場之界定即是考量與有競爭關係的商品、服務之範圍、進行交易的地理範圍、交易階段與交易相對人，但以前兩者為主[34]，我國公平會亦是如此。

---

29 中川政直，「「一定の取引分野における」の解 ―一「競争の実質的制限」要件解釈論の体系的構築の観点から」，関東学院法学第13巻3号，2(2003)。

30 沢田克己，「一定の取引分野(2)」――取引段階と一定の取引分野，別冊ジュリスト199，11(2010)。

31 白石忠志、多田敏明，論点体系――独占禁止法，第一法規，47-48(2014)。

32 企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針，第2「一定の取引分野」。http://www.jftc.go.jp/hourei.files/shishin01.pdf

33 中川政直，「「一定の取引分野における」の解 ―一「競争の実質的制限」要件解釈論の体系的構築の観点から」，関東学院法学第13巻3号，4(2003)。黃銘傑，「聯合行為成立與市場界定、影響市場功能認定間之理論與論理(上) ----評最高行政法院92年度判字第一三三六號判決」，台灣本土法學雜誌，第68期，25-26(2005)。

34 鈴木加人、大槻文俊、小畑徳彦、林秀弥、屋宮憲夫、大内義三，TXT経済法，法律文化社，23-24(2016)。

若以需求替代為主要審酌要素，那麼，還可從(1)需求者的範圍界定與(2)供給者的範圍界定來考量。具體而言，(1)是將對該商品、服務有相同偏好之需求者群歸類成「同一需求者」，(2)則從「同一需求者」的角度看來，能夠成為選項的供給者的範圍到哪裡為止。日本公平會有提及相關市場界定的處理原則（前述的事業結合處理原則與私的獨占處理原則[35]）或解說比較傾向對(2)的討論，但近年來(1)的重要性逐漸受到重視，且理論上(2)討論應可建立於以(1)為前提。實務上的判決則是明確地意識到(1)的重要，並以(1)→(2)的思考途徑來進行判斷。而(2)的內容常以「需求替代性」的有無的型態進行討論[36]。我國「相關市場處理原則」也是同樣表示要以「需求替代」為主要審酌事項，是相同的考量。

上述的相關市場界定其實可以運用於任何一種獨占禁止法中所規範之行為類型。若聚焦於聯合行為的相關市場界定，標籤案判決（本文後面將說明之）中所提及的「因應交易的對象、地域、態樣等，檢討成為事業所為共同行為之對象交易及因此受到影響之範圍，界定出競爭被實質限制之範圍」作為相關市場，是為多數實務上與學者所接受。不需要如審查事業結合時，要各自對商品及地域，考量需求替代性、供給替代性做過於嚴密的界定[37]，因為事業結合是事前規範，是對於若結合後對相關市場的競爭可能發生的影響進行預測，與事件已經發生屬事後規範的聯合行為並不相同，事業結合所必須考量的事項當然會比較廣，而聯合行為並不需要。所以實務上界定聯合行為之相關市場時考量之事項與步驟，具體而言，首先是了解事業間合意之對象交易的實際狀態，亦即在哪一些事業之間、對甚麼商品（服務）之交易進行合意；然後，檢討因此受到影響之範圍，若無特別事由，此一競爭受到實質限制的範圍即可界定成「相關市場」[38]。但此種界定方式讓「相關市場」的界定與市場效果之「實質限制競爭」的認定幾乎是共同進行了，這樣是否不妥，待以下之「多摩圍標

35 有關排除型私的獨占在獨占禁止法上處理原則（排除型私的独占にかかる独占禁止法上の指針）。

36 白石忠志、多田敏明「論点体系－－独占禁止法」，第一法規，13,15(2014)。

37 金井貴嗣，「入札談合の不当な取引制限該当性——多摩談合事件最高裁判決の検討」，中央ロー・ジャーナル，第10卷第4號，18(2014)。

38 南雅晴，「不当な取引制限における一定の取引分野」，旬刊商事法務，第2060期，54(2015)。
種苗聯合行為案（東京高等法院平成20年4月4日）的判決也提及：有關相關市場的決定，檢討以違法者所為之共同行為之對象交易以及因此受到影響之範圍，界定此一競爭實質上受到限制之範圍之後決定應是妥適的。

案」討論之。

2. 從事務案例看相關市場之界定

(1)機械軸承案---從商品品項與需求者需求出發

在機械軸承(bearing)聯合行為事件[39]判決中，提出了對界定相關市場的有意義見解。本案是4家製造各種機械軸承的製造業者，透過合意對於產業機械用與汽車用的軸承進行漲價的事件。判決中做了以下說明：

A.「產業機械用軸承與汽車用軸承，其各自的市場構造有所差異，此4家公司對機械軸承合意漲價的情況，對此兩種軸承之各自的競爭產生實質上的限制。若為如此，則應該將『產業機械用軸承』與『汽車用軸承』各自成立相關市場」。「產業機械用軸承與汽車用軸承，販賣對象的事業各有不同特性，製造、販賣的部門也分開，所以市場構造與交易態樣明顯具有差異。依照此狀況下，產業機械用軸承與汽車用軸承各自的需求者是相同選項與條件的同一需求者」。此說明了即使是同一事業的商品並成為與他事業合意的標的商品，但由於不同的品項有不同的功用，需求者不能視為同一群，這呼應了前述對特定商品的特定需求者即可劃為一市場。

這樣的思維也見於任天堂案[40]中，任天堂公司製造攜帶型遊戲機Nintendo DS與Nintendo DS Lite所需的液晶模組（液晶モジュール）僅向Sharp與日立兩家公司購買，而這兩家公司竟透過合意來決定販售價格，日本公平會認定兩公司成立聯合行為而處分之。日本公平會將此案之相關市場界定為「DS用液晶模組」與「DS Lite用液晶模組」而非「攜帶式遊戲機用液晶模組」，且各做出不同的處分內容。此一「對一特定事業的特定機種的製品」的市場界定，學者認為雖然可謂前所未見，但亦無任何可以否定之依據[41]。即使是在獨占案例，以NTT東日本案[42]為例，當時可以提供寬頻網路服務的選項，除了FTTH尚有ADSL與CATV等選項，所以NTT認為應該全部劃成同一個市場，但本案判決認為這3種選項各自提供不同的服務與價金，通訊設備也不相同，因此需

39 ベアリングカルテル刑事事件判決，東京地裁平成27年2月4日判決。

40 日本公平會平成20年12月18日命令。

41 金井貴嗣，「課徵金減免と一定の取引分野の画定」，ジュリスト，第1373期，84-85(2009)。

42 東京高等法院平成21年5月29日判決。是NTT不服日本公平會審決而向東京高等法院提起撤銷審決之訴。

求者並不相同，所以可以把FTTH服務界定成一個獨立的市場。此判決中提及「即使可以在認定範圍更大的市場中進行競爭，但同時，在此市場內更細分出市場而認定其為一個相關市場亦可能的」，也是符合軸承案之見解[43]。我國公平會去年處理外國事業於域外針對電容器進行聯合行為案時[44]，針對同屬「電解電容器」的「鋁質電容器」與「鉭質電容器」認為並不具高度替代性，而認定成兩個不同的產品市場。

B.本案判決另說明「的確，相關市場的界定，是判斷競爭是否實質上受到限制之前，選項不同之需求者混在同一個市場，對特定需求者而言，不成為選項的供給者也被涵蓋在內，在供給者的關係中，獨占禁止法第2條第4項第1款所指之『可以對同一需求者提供同種或類似之商品或服務的狀態之競爭』是無法成立的，不是同一個相關市場的可能性是存在的。…」此說法更驗證了需求者的需求替代的重要。即使有其他供應者，若並非為需求者的選項，則無劃進相關市場內之必要。

(2)同一個產銷階段與否—標籤案

一般而言，聯合行為是水平的限制競爭行為，而有別於轉售價格限制等之垂直的限制競爭行為，我國公平法第14條第1項即提及涉及「聯合行為」之主體必須是在同一產銷階段具競爭關係之事業。而日本獨占禁止法第2條第6項雖未明確指出聯合行為之主體需限於具水平競爭關係之事業，但一直以來是如此認定之。在社會保險廳遮蔽用標籤案（以下簡稱標籤案）中[45]，卻看到了不同的見解。本案是一件圍標案件，起源於日本社會保險廳為了採購用於支付通知書等之一次性不得再黏貼之貼紙，採用了指名競爭投標方式，A、B、C、P 4家公司受指名可投標。其中，P公司是為了製造D公司所接之訂單與銷售所需的紙類商品之後，再供給D公司而設立之公司，實質上像D的製造工廠。即使之後P獨立營業，但供貨給D並迴避與D之競爭的情況依舊持續。A、B、C、P、D在第一次投標說明會後進行聚會，會中P首先表明今後有關投標事宜皆全權交給D，A、B、C 3家公司則表示了解與接受。之後A、B、C、D多次針對投標案進行得標者、得標價格、利益分配等進行協商與合意。後來，ABCD 4

43 本案之解說，請參考泉水文雄，「FTTHサービスにおける競争者の排除」，经济法判例・審決百選，有斐閣，280(2010)。

44 共有8家外國業者牽涉此兩種電解電容器之聯合行為，有些事業僅涉及其中一種產品但亦有兩種產品皆生產之事業。請參考公平會104年公處字第104133號至104140號處分書。

45 東京高等法院平成5年12月14日判決（審決集40卷776頁，判タ840號81頁）。

家公司的圍標行為（日文稱談合）被日本公平會告發，依當時獨占禁止法第89條第1項第1款提起公訴。本案被社會保險廳指名投標的是ABCP 4家公司，D在形式上與ABC並不在同一個交易階段，但實際上與ABC進行圍標協商的D不是P，所以被告有D沒有P。

法院對此案相關市場之界定作出了說明：「交易是關於一定的商品或服務之需求與供給所為之兩面的、雙方的經濟活動，若僅限定由社會保險廳得標與下訂單，做片面性的理解並不正確。…要衡量獨占禁止法之意旨、社會經濟交易的複雜化，及其在流通過程的多樣化等現狀，在判斷相關市場之際，不是僵化於交易階段等既定概念，而是須因應交易的對象、地域、態樣等，檢討違反者共同行為之對象交易及受此影響之範圍，界定其競爭實質上受到限制的範圍，決定相關市場是妥適的作法。」此點出在交易多樣化的現今，不應該再拘泥於必須同一個產銷階段始能界定成同一個相關市場，產銷階段不應是界定相關市場的絕對基準。更重要的是事業間之行為究竟對於多大範圍中之競爭產生影響，從此觀點來個別具體界定相關市場，而非界定出一般性、抽象的市場[46]。標籤案對於相關市場界定的概念與基準受到實務與學者的諸多肯定。元詰種子案[47]也提到相關市場是應該先討論成為聯合行為對象之交易以及因此受影響之範圍，再界定競爭實質上受到限制的範圍，之後再決定相關市場之範圍。

(3)多摩圍標案[48]

典型的價格圍標案在界定相關市場時，通常是以具拘束力之合意的成立本身，即可推定造成競爭的實質限制，是以合意所及的範圍（即產生競爭的實質限制的範圍）的交易來認定相關市場，我國也接受一個招標案可以界定成一個相關市場[49]。本案簡略的說是一件圍標案，財團法人東京都新都市建設公社

---

46 沢田克己，「一定の取引(2)——取引段階と一定の取引分野」，经済法判例・審決百選，有斐閣，11(2010)。

47 東京高等法院平成20年4月4日判決。

48 本案被日本公平會審判審決(平成20年7月24日)命參與圍標之事業須繳付課徵金，其中25家向東京高等法院提起請求撤銷審決之訴，高等法院將其分成五個事件來處理，其中新井組等事業提起的部分，東京高等法院撤銷了日本公平會的審決(平成22年3月19日)，日本公平會不服向最高法院提起上訴，最高法院撤銷了東京高等法院之判決(平成24年2月20日)。

49 根據公平會第367次會議決議，認為在招標案件的情況，招標本身即為市場，故如發生圍標情形，則該工程發包市場之競標機制即刻受到破壞，故圍標行為本身即屬直接限制競爭行為，無庸具體論究圍標行為所足以影響市場之範圍，因往外擴及至與投標以外的部分並無意義。

（以下簡稱公社）在多摩地區接受各市町村等地方單位的委託進行公共下水道都市基礎建設，公社是從符合資格並已登錄之土木工程業者中採指名投標的方式發包相關土木工程。公社對於具投標資格之業者從A到E進行分級，再視工程規模與難度指定投標者，較大規模之工程還會有AA到AC等組合方式來共同施工。在日本公平會審判審決[50]中被認定參與合意協商得標事宜違法而被發出支付課徵金命令的33家土木建設公司（一般簡稱此類公司為「ゼネコン」）皆屬A級業者之外，在本案認定成立聯合行為期間（平成9年10月1日到平成12年9月27日，這中間有許多工程的招標發包非僅一件），尚有其他46家土木建設公司（屬協力者）以及當地業者74家（屬外部未參與者）亦屬A級。要如何界定相關市場，日本公平法是以「公社發包之特定土木工程」來界定。但被審人不服審決所提起撤銷審決之訴，東京高等法院在界定相關市場部分，卻很罕見的不討論圍標事業間合意的對象交易及因此受影響之範圍，而是以第2條第4項對於「競爭」的定義為據，以事業間產生競爭關係的範圍做形式性質的立論，來認定相關市場。根據獨占禁止法第2條第4項，本法所謂之「競爭」是指兩個以上之事業在通常事業活動之範圍內，且該事業活動之設施或態樣無加諸任何重要之變更，為下列所揭之行為，或得以為之狀態。一、對於同一需要者供給同種或類似商品、服務。二、從同一供給者接受同種或類似之商品、服務之供給。本條項所說明之「競爭」要因包括同種或類似之商品、服務之供給競爭、需求競爭、潛在競爭[51]。如此立論之下，恐會抹煞聯合行為之相關市場應是競爭被實質限制範圍的意義，東京高等法院也的確界定出一個比公平會在審決中所界定更大的相關市場，也就是「當一方當事人是公社，另一方當事人是由公社評定為A級建設業者，有關公社算出預算在1億7000萬元以上多摩地區下水道工程的A級工程，進行關於發包承包之事業活動的場所」，這樣的立論受到了許多的批評。而後，最高法院判決未再採用高等法院以獨占禁止法第2條第4項的「競爭」定義來界定相關市場，並且接受公平會之審決結論，所以受到的爭論較小。但本判決中對於相關市場的一番見解亦是引起注意：提到聯合行為案件中向來是以『共同行為之對象交易』=『競爭實質上被限制的範圍』這樣的思維來界定相關市場，但是，原本相關市場的界定應該是為了判斷在該市場競爭是

50 日本公平會平成20年7月24日審決。

51 潛在競爭是指現在尚未供給或需要，但現在事業活動的設施或態樣無加諸任何重要變更，即可提供或需求。中川政直，「「一定の取引分野における」の解 ——「競争の実質的制限」要件解釈論の体系的構築の観点から」，関東学院法学，第13巻3号，3(2003)。

否被實質限制了的前提而為之，所以這樣的思維論理可謂是相反了，所以本案判決中不將此思維當作是一般性的想法而採用，而是比「公社發包的特定土木工程」（日本公平會在審決所認定的）更具一般性且客觀的市場，「A級以上的土木工程」來界定為本案相關市場。此一見解有幾個問題：首先，有關『共同行為之對象交易』=『競爭實質上被限制的範圍』這樣的思維來界定相關市場的部分，其實向來界定相關市場時，認為其乃事業間合意的共同行為對競爭產生影響的範圍，而非如此簡單而狹隘的直接把共同行為的對象交易劃成相關市場才是。一般而言，對實行聯合行為之事業本身而言，應該是設定效果更高的商品或地理範圍，而日本公平會對於該聯合行為之相關市場是界定於事業的設定之後，公平會是重新檢討違反行為對象之商品及該行為受影響之範圍，再界定相關市場，而非自動地將聯合行為之對象等同一定交易範圍[52]。再者，本判決認為比較合理的「原本相關市場的界定應該是為了判斷在該市場競爭是否被實質限制了的前提而為之」的說法，基本上是比較接近我國實務上對於界定相關市場在聯合行為認定上的角色與步驟，但日本學者也覺得太流於形式，而忽略相關市場的界定應該切中競爭實態的原則，認為就算未如高等行政法院以獨占禁止法第2條第4項為立論，但仍是對於條文規定做了形式性的理解而落入論理的陷阱中[53]。所以學者還是多贊同標籤案所提出之界定見解，不是流於步驟的先後的爭論，就事業間合意內容來討論其對競爭造成影響的範圍以界定相關市場之際，的確同時討論了限制競爭效果的部分，但不能就此否定之[54]。

(三) 小結

其實，相關市場的界定是一個難題，不若土地標界可以明確劃出一個具體的界線，不論是哪一種界定方式都可能受到挑戰與質疑。因此，因應市場的實際狀況，從最基本的產品需求者角度出發應是原則，即使要考量供給者的供給範圍，若供給者能提供，卻非需求者的選項時，此一供給對於需求者並無意義[55]。且相關市場是有可能重疊成立，例如以下半身服飾的「褲子」商品可以

---

52 洪淳康，「業者紙を利用した不当な取引制限における合意の存在が認められた事例」，ジュリスト，第1497號，110(2016.09)。

53 舟田正之，「多摩談合（新井組）事件の最高裁判決」，立教法學，第90號，245-246(2014)。

54 南雅晴，「不当な取引制限における一定の取引分野」，旬刊商事法務，第2060期，52-54(2015)。

55 以日本的東芝電梯維修服務搭售案為例，此乃東芝電梯製造商，為了在電梯設置後能夠順勢取得售後維修服務的交易，對於使用其他維修業者服務的電梯用戶欠

存在一個「褲子市場」，那麼對於購買牛仔褲的需求者而言，「褲子市場」的同時還尚可成立「牛仔褲市場」，即是一例[56]，一個相關市場的成立並不意味排除其他市場範圍成立的可能性，另外界定出一個與公平會所界定的相關市場範圍相異之結果，並不足為奇，若連鎖超商的現煮咖啡有其特質，為何不能在「現煮咖啡市場」中另劃出「連鎖便利超商現煮咖啡」。因為在競爭活躍的情況下很難掌握從事競爭的範圍，反之，當出現限制競爭的行為時，原本應該具競爭的範圍內的競爭被限制而浮現，此一被限制的範圍即可界定為一個相關市場[57]，但這樣的作法也可能受到是否先射箭再畫靶的批評。無論如何，在實務的執法判斷上仍須要一些具體的基準，所以完全捨棄相關市場的界定或許不是最好的作法，但是界定方式應該更針對個案，對於事業間之具體行為，進行個別的相關市場界定[58]。如同美國2010年版的水平合併指針所述[59]，若能取得限制競爭的直接證據，更應該重視此部分，換言之，過度執著於劃出所謂正確的相關市場，聯合行為的問題重點可能因而失焦，並非適當。市場界定不要論者的見解之一，即是認為所謂相關市場的界定，終究會被其他反競爭效果所吸收（例如聯合漲價的合意等），這樣的說法並非毫無見地[60]，因為限制競爭的行為與效果應該更被重視。至於公平會的「相關市場界定處理原則」中亦提及的經濟學上的手法，例如美、日的有關事業結合的處理原則中提及的SSNIP

缺維修零件時，表示若非與該公司的替換服務一起採購，否則不零售零件。在此案，將產品（服務）市場界定為「東芝公司製造電梯的維修服務」，看似非常狹隘，東芝公司在日本的電梯市場中其實僅排名第三，但名列第一與第二的電梯公司的零件無法使用於東芝公司製的電梯，在本案中沒有意義，所以判決中提到如此界定的理由是「若考量電梯所有人要將電梯轉換成他牌當然並非容易---」，因而將產品（服務）相關市場作如此界定。這些案例似乎並不需要SSNIP測試，以個案產品或服務的特性即可界定出相關市場，應屬合理。

56 南雅晴，「不当な取引制限における一定の取引分野」，旬刊商事法務，第2060期，52(2015)。

57 横田直和，『多摩入札談合事件・最高裁判決の検討——一定の取引分野における競争の実質的制限』に係る判断を中心として，公正取引，第770號，37(2014)。

58 上杉秋則，カルテル規制の理論と実務，商事法務，111(2009)。

59 U.S. Department of Justice of Justice and the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guideline(2010).

60 白石忠志，市場画定不要論について，競争法の理論と課題——独占禁止法・知的財産法の最前線，2013年10月，頁21。文中指出堅持要先界定相關市場者的見解是，若不先劃出相關市場，就無法算出市占率，不能決定是否要介入管制該行為了。這樣的說法讓界定與不界定似乎成了「雞生蛋、蛋生雞」的爭辯。

測試（假設性獨占者檢測法）或者合理可替代性分析法交叉彈性檢測法[61]等方式[62]，並非當然必要，亦無運用上優先順序，尤其受到測試分析資料的有無、時間的約制，各國的競爭主管機關亦是以其他可行簡便的替代方式為之[63]，「相關市場界定處理原則」亦採相同立場（第6點）。 因為事業結合對於相關市場的影響是屬將來的事，不僅是直接的部分，間接亦有之；且可能有限制競爭的效果，亦有可能有促進競爭的影響。反之，聯合行為多是已對特定的範圍產生反競爭的效果，對於市場的影響多為直接。因此，聯合行為界定相關市場時，與事業結合之性質與背景相異，不須做完全相同之處理方式[64]。

本文贊同日本多數實務與學者的見解，認為聯合行為的相關市場界定，應如標籤案判決所示，因應個案之情狀，以聯合行為之對象交易及受其所影響之範圍，界定出競爭實質上受到限制範圍。但對我國目前的狀況而言，是較為計較形式上對聯合行為之認定，似乎要先界定出相關市場後再進行其他之步驟。往往關於事業間的共同行為結果之外觀究竟是否存在意思聯絡的部分尚不明確的情況下，已進行相關市場的界定，例如超商咖啡案中公平會並未找到4家超商間有形聯繫之直接或間接證據，是採所謂合理推定（各家成本不同，卻同漲5元等等理由），所以根本無從判讀4家超商合意了甚麼；但相對的，電台廣告藥品的相關案件，藥房間的聚會所合意的就是針對電台廣告的藥品，針對此合意內容就可以判斷其對競爭產生影響的範圍。是否該先從聯合行為的「合意」要件著手，其實不論台日的要件中並未能看出順位，甚至如多摩圍標案日本最高法院判決中所指出，要先界定相關市場好像比較符合條文文字。但是，合意的確是舉證事業間共通性的關鍵，不能舉證合意的存在也只能認為是並行行為而非聯合行為，所以先確認合意有其重要意義，否則徒然畫出抽象的相關市場討論其市場效果並無意義。

---

61 以需求者交叉彈性來評價相關市場的界定，需要的交叉價格彈性有各式各樣，卻必須要劃出一條界線的話，線的畫法應不只一種，不論把線畫在何處，都有可能在越過線後仍存在競爭。所以，相關市場的界定方式非僅有一種意義，而是多樣的。參考大禄英一，独占禁止法の体系的理解Ⅳ，靜岡學術出版，55(2013)。

62 「相關市場界定處理原則」第7至第9點。

63 岡田羊祐、林秀弥，独占禁止法の経済学，東京大學出版社，16（2009）。

64 洪淳康，「業者紙を利用した不当な取引制限における合意の存在が認められた事例」，ジュリスト，第1497號，110(2016.09)。

四、市場效果之認定

臺灣公平法之聯合行為成立要件觀之，水平競爭關係之事業間透過合意所為之共同行為還須足以影響市場功能，日本獨占禁止法亦是需要判斷是否對實質上限制相關市場的競爭。市場效果成為違法聯合行為成立與否之重要判斷之一。

(一)足以影響市場功能

如何評價聯合行為對市場功能之影響，我國公平法並未規定認定方式或基準。但實務上認為所謂「足以影響」交易秩序，乃客觀上對競爭市場有發生影響生產、商品交易或服務供需功能之限制競爭效果之危險者，即屬之，不以實際上發生限制效果為必要[65]。

1.「質的標準」與「量的標準」

學說及實務上常見到所謂「可察覺性理論」做為判斷是否足以影響市場功能之依據，具體上是分為「質的標準」與「量的標準」來進行判斷[66]。「質的標準」是以所限制競爭參數在本質上限制競爭之程度與傾向有多高為斷，越接近核心的競爭參數，例如價格、產出，對競爭的威脅越嚴重，則可認為影響市場功能越顯著。換言之，對此等限制競爭程度高之行為，通常就直接認定其足以影響市場功能；而「量的標準」乃劃定相關市場後以測定參與聯合行為事業總市占有率為重點，市占率越高影響市場功能越顯著[67]。

(1)量的標準以市占率作為判斷對市場功能影響的基準，因為能有較為具體之數據。當以判斷參與聯合行為之事業判斷是否具有可以支配市場之市場力作為影響市場功能基準時，市占率是判斷市場力之常用基準，或者可以說是以市占率的計算替代了市場力的測定，且市占率之認定可以將規範焦點從對競爭所帶來的不當「結果」轉換至重視競爭「過程」不當之影響[68]。以日本為例，對相關市場多以該聯合行為所影響競爭之範圍來界定，因此在界定相關市場過程中已加入對競爭的思考，算出之市占率亦不僅只是個

---

65 最高行政法院104年度判字第212號判決。公平會亦是採此見解，例如公平會105年公處字第104134號判決。

66 吳秀明，競爭法制之發軔與發展，初版，元照出版社，75(2004)。

67 劉華美，「論聯合行為」，競爭法與能源法，元照出版社，154-155(2009)。

68 黃銘傑，「聯合行為成立與市場界定、影響市場功能認定間之理論與論理(下)----評最高行政法院92年度判字第一三三六號判決」，台灣本土法學，第69期，20(2005)。

數字與結果。而且我國對於「足以影響」市場功能不以實際效果之發生為必要，只要具客觀上之危險性即可，若此說法是接受聯合行為之成立時點在於事業間「合意」成立時，則市占率夠高才足夠具此危險性。

但我國實務上，對於是否足以影響市場功能，除了市占率外，認為尚宜就「參加聯合行為事業之數目」、「參加聯合行為者與不參與者間之數目比例」及「對於生產、交易關係的影響」等因素，做整體衡量，始能窺其全貌[69]。這也可說是所謂內部限制競爭與外部限制競爭，參與聯合行為的事業間的相互合意與拘束是屬內部限制競爭，外部限制競爭則是指聯合行為成立後對外部市場競爭的影響[70]，則需了解參與者外整體市場的變化。

(2)在「質」的基準之下，認為事業間透過合意所限制的若是最核心的競爭手段「價格」部分，屬於惡性卡特爾，本質上即有妨礙市場價格競爭之可能性。所謂「惡性卡特爾(hard-core cartel)」是指競爭者間反競爭性的協調行為，包括價格設定、產量限制或分配、交易對象與交易地區之分配而形成之市場共有或市場分割，此類型之聯合行為基本上只存在反競爭效果之目的內容，而不具有提升效率性等補償效果[71]，所以在美國屬於不需詳細市場分析之當然違法類型。若不論聯合行為參與者市占率高低皆對市場有影響，因而導出市占率不到2%的中區砂石案亦被認定違法，這樣的基準下似乎已將被歸類為惡性卡特爾的聯合行為成為當然違法，只要該當行為要件（透過合意的共同行為）即可認定違法，但依現行公平法第14條之聯合行為構成要件是否適合如此解讀，值得再為考量。

2. 市占率與足以影響市場功能之認定.

在臺灣的部分，透過界定出的相關市場算出市占率，藉此來評價該參與聯合行為之事業是否因此具有可以對市場競爭帶來一定程度之不當影響之市場支配力是常見的方法之一。臺灣並無如日本實務上普遍多以市占率50%作為市場支配力之認定基準之基本共識，但學者認為若聯合行為整體上即是假想獨占事業，那麼參照獨占事業之認定為基準，也不應該低於此一門檻[72]，超過半數以

69 最高行政法院100年度判字第379號判決。

70 何之邁、張懿云、林廷機、陳志民，公平交易法司法案例評析，第2版，元照出版，93-94(2016)。

71 瀬領真悟，「不 な取引制限における要件解 の現 と課題」，收錄於日本經濟法學會年報，第37號，3(2016)。

72 黃銘傑，「聯合行為成立與市場界定、影響市場功能認定間之理論與論理(下)」，台灣本土法學雜誌，第69期，24(2005)。

上之市占率要認為足以影響市場功能，是較具說服力的[73]。究竟參與聯合行為之市占率總和須達到多高始得認為足以影響市場功能，從本文前述幾個案例可知，被認定違法的聯合行為的參與者市占率總和高至100%低至1.7%，差距非常大。換個角度言之，市占率多低之輕微聯合行為可以認定為不足以影響市場功能，也成為一個疑問。具體而言，以市占率作為判斷市場效果之基準，乃因若參與聯合行為之事業之市占率總和微小，表示該相關市場應存在未參與聯合行為之其他眾多競爭者，應不至於影響相關市場之競爭，如公平會所提及之「巷口兩家豆漿」之例，因市占率甚小，影響微不足道，應不構成聯合行為[74]。

公平會更進一步於2016年作成了「聯合行為微小不罰之認定標準」的行政解釋，提出聯合行為「微小不罰」認定基準，內容是：「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」。此解釋令提出了10%的市占率作為「微小」認定之基準，若參與聯合行為之事業市占率總和低於10%，可以推定該相關市場之競爭影響微小，而不能認定違法，市占率10%成為是否構成違法聯合行為之門檻。但本原則排除了有關「價格、數量、交易對象或交易地區」為合意之情況，換言之此等行為即使參與之事業之市占率總和低於10%，亦可能認定影響市場供需功能構成聯合行為而違法。那麼，若非但書所述之對競爭可能具有較為惡性影響之其他聯合行為之市場效果應該如何評價之問題，由於一來若是對於相關市場有公益或者促進競爭等聯合行為，因我國目前採「原則違法、例外許可」的規範方向下，事業多會採申請許可的方式以免違法；二來，目前實務上所發生之聯合行為案例，也多為與價格等事項之合意較多，所以非但書類型之聯合行為是較為少數。而但書部分之價格等之聯合行為，可謂以「質」的標準即可認定此等行為本身即具限制競爭之行為，前述市占率1.7%之砂石案因而亦成立聯合行為。惟，如此一來，似乎對於所謂的惡性卡特爾已幾乎到不具門檻的情況，那麼，是否巷口的兩家豆漿店共同決定價格之行為也可能成立聯合行為。

(二) 實質限制競爭效果之認定

日本獨占禁止法第2條第6項的聯合行為構成要件，在市場效果的部分主要

---

73 莊春發，論足以影響市場功能的聯合行為，收錄於公平交易法實行九周年學術研討會論文集，元照出版社，280(2001)。

74 公平交易委員會，「認識公平交易法」，第16版，自版，115(2015)。

是「實質上限定相關市場之競爭」[75]。但具體上應該要如何認定此一實質上限制競爭的效果，對照以上討論我國的情況，從以下幾個觀點討論之。

1.「質」與「量」的考量

對照上述我國學說及實務上所論述之「可察覺性理論」所提出之質與量的標準，日本亦有從「質」與「量」的考量見解[76]。但與我國是用在判斷是否足以影響市場供需功能有所不同，日本的質與量的基準說是用在界定相關市場的過程中，討論相關的需求者需求，判斷是否值得獨占禁止法的保護與介入，可謂是與相關市場界定及實質限制競爭效果的認定皆有所關聯性。

首先是「質」觀點：討論需求是否值得獨占禁止法的保護。通常可以從交易習慣觀之，若屬於特殊需求或者成為刑事罰對象的違法交易等，則可能不需要獨占禁止法的保護。比較常用判斷的方式，並非把這些需求或交易全部排除於獨占禁止法適用之外，而是探討對於該需求所構成的市場之競爭產生負面影響時，是否具正當性理由，來決定是否適用獨占禁止法之規範。此可參考大阪巴士協會事件之審判審決[77]。而「量」的部分：這個部分並非討論聯合行為參與者之市占率應為多少始對市場供需功能產生影響，而是討論究竟多小的需求所界定出來的相關市場也值得獨占禁止法保護。獨占禁止法的規定或者相關處理原則以及歷來的判決都看不出基準。但可以說，對於不論多小的需求所構成

---

75 厚谷襄児，「不当な取引制限における「競争の実質的制限」について」，北大法学論集第46巻第6号，3(1996)。

76 白石忠志、多田敏明，「論点体系――独占禁止法」，第一法規，14(2014)。

77 日本公平會平成7年7月10日審判審決。大阪巴士協會事件很有意思，大阪巴士協會是社團法人之事業團體，該協會主導會員的巴士事業間調漲租用巴士（貸切れバス、包車的意思）費用的行為成為爭議。看似同業公會主導的價格聯合行為，但另有內情。協會的此一舉動乃起因於：運輸大臣（相當我國交通部長職務）依當時的道路運輸法（道路運送法）第9條第1項之規定所認可之巴士租車金額，業界卻是以低於該金額之甚多之價格進行營業。而根據該法第99條第1款，這樣的行為是違法並可科以刑罰。所以，協會是為了導正違法行為而主導會原調漲租車價金。因此，公平會的審判審決指出：價格協定所要限制的競爭是其他刑法、事業法等其他法規以刑事法所禁止之違法交易（例如鴨片交易等），或是違法的交易條件（例如價格逸脫法定或認可之幅度）的情況，限於此等狀況應作其他考量。此種情況價格協定行為，若沒有其他特別情事，應不該當獨占禁止法第2條第6項、第8條第1項第1款所定之「實質上限制競爭之情事」之構成要件。

台灣的民營電廠聯合行為事件，亦被提及電力事業有事業法也就是「電業法」的存在，但該法並未對於民營電廠的售電價格或者其他競爭相關部分有所規定，不能僅因為有事業法的存在即認為排除競爭法適用的理由。參考劉姿汝，由民營電廠論聯合行為之認定，興大法學，第19期，107-155(2016)。

的市場競爭產生惡性影響都應該成為獨占禁止法檢討的對象。因為即使界定出一個極小的市場，（這個思考的前提，是把相關市場的地理範圍界定為反競爭效果的程度可達到認定為實質上限制競爭的範圍），也不足以成為阻卻違法之事由，且若從保護被害者（尤其是消費者）的角度，不能排除於獨占禁止法的規範之外[78]。

在所謂「量」的基準與考量，我國主要是在討論相關市場界定後多大的「市占率」才足以影響市場供需功能，以及多小以下的市占率可以推定並不影響市場功能，而日本討論的是「市場」的大小問題。由前述討論的相關市場界定可以得知，日本不論是學者或者實務上的見解，並非在進入討論事業間發生外在共同行為結果之前，先劃出一個一般的、抽象的客觀市場，而是要討論發生這樣的行為後，實質上發生限制競爭效果的範圍，所以不太發生算出一個聯合行為參與者市占率總和過低而難以評價的窘境，但會發生的是可能被認為過小的相關市場。商品市場屬於較小的如前述的任天堂案，而著名的「東寶・スバル」案是以「東京都興行組合銀座支部」（也就是銀座區作為相關市場），地理區域可謂甚小。

2. 市場支配論與有效基準論

有關聯合行為之市場效果，即何謂「實質上限制相關市場之競爭」？究竟應如何解釋與認定，莫約可以分為以下兩種說法。但此乃屬部分學者之分類，這並非實務上明確適用的基準[79]，實務上是混雜著兩者進行討論。

(1)市場支配基準

本說主要是認為實質上限制相關市場的競爭是指市場支配力的形成、維持、強化。一般都會在此提及「東寶・スバル」案東京高等法院判決[80]，判決中提及：「實質地限制競爭，是指競爭本身減少，特定事業或事業團體在此意思下，某程度上藉由自由地左右價格、品質、數量，及其他各種條件，形成得以支配市場之狀態，或者至少已經達到可能發生的程度」，這個見解就是所謂「市場支配力的形成、維持乃至強化」的具體定義[81]。對照「東寶・スバル」

78 中川政直，「「一定の取引分野における」の解 ―「競争の実質的制限」要件解釈論の体系的構築の観点から」，関東学院法学第13巻3号，5(2003)。

79 横田直和，「市場支配力と実質的制限」，名城法学64巻(1.2)，名城大学法学会編，80-81(2014)。

80 東京高等法院昭和26年9月9日判決。

81 這個見解常見於討論競爭的實質限制競爭的認定。屬獨占力濫用的NTT東日本案即明確如此指出。

判決從事業端來討論事業可以左右價格等各項條件，「東寶・新東寶」案高等法院判決[82]，除了接續「東寶・スバル」案的論述外，更加上了「在這般情況下，面對該事業或者事業團體，造成其他競爭者因而無法不受其意思之影響，根本無法期待藉由自己的自由選擇決定價格、品質、數量來進行事業活動獲取充分之利潤並維持之」。增加之論述部分，有別於「東寶・スバル」案從行為人之事業端來討論，並再加上其他競爭者端來討論競爭之實質限制[83]。兩個不同角度的討論，會產生「東寶・新東寶」案新增附加的見解部分過於狹隘的反應，因為恐讓人解讀為只要市場上尚有一事業能獨立自主進行事業活動，競爭的實質限制即不存在。但東寶・新東寶案考量其他競爭者狀況的部分對事業結合部分很受用，除了可見於日本事業結合處理原則之外，新日鐵合併案[84]選擇了「東寶・新東寶」案的見解為立論基礎，還加上了相關市場上是否「具有效牽制力的競爭者」之做為判斷結合事業是否會取得市場支配地位之基準，若存在則市場支配力並不形成[85]。 基本上「市場支配力」之判斷，參與聯合行為事業之市占率總和是重要之基準之一（以下論之）。

(2)有效競爭基準

主要是討論聯合行為造成幾乎無法期待市場中有效競爭的狀態。有效競爭論的缺點在於內容過於抽象，並不容易理解，而實務上也比較容易看到適用市場支配力基準。被認為採有效競爭基準的石油生產調整案判決（本件是刑事案件）中指出，本案的罰則是以「實質上限制相關市場之競爭」為構成要件，而該調整原油處理量之行為是透過事業間相互拘束而進行，因此實質上限制相關市場之競爭，與事業間此具體行為間的關係是屬於結果，但這個結果可謂是包藏於該行為本身，當該拘束力的發生就直接產生此結果（也可說是效果）。簡言之，如此拘束事業活動行為所生之效果「競爭的實質限制」，可謂是將相關市場之競爭作全面觀察，在此交易領域中造成「幾乎無法期待」有效的競爭狀

82 東京高等法院昭和28年12月7日。

83 田中裕明，「市場支配力をめぐる議論について――競争の実質的制限についての検討」，一橋論叢第125卷第1號，2-3(2001)。

84 日本公平會昭和44年10月30日同意審決。

85 但學者認為高度寡占市場中即使存在具有牽制力之競爭者，由居首位之事業所形成之price leadership或複數的寡占市場所進行之價格同步上漲等，這些情況下特定事業或事業團體所為之市場價格支配，就會形成市場支配力。田中裕明，「市場支配力をめぐる議論について――競争の実質的制限についての検討」，一橋論叢第125卷第1號，2-3(2001)。

態。石油價格聯合行為案高等法院判決[86]亦是「被告人等藉各共同行為被告公司相互拘束，造成『無法期待』相關市場中有效的競爭狀態，所以相關市場之競爭受到實質的限制」，也是基於有效競爭基準而為之判斷。但此一造成對相關市場的有效競爭的期待陷入「幾乎不可能」的狀態，似乎太過狹隘或嚴格，而且所謂形成無法期待有效競爭之市場條件，其背後應意味著某程度可以自由地左右價格、數量等狀態之成立[87]。所以兩個基準也許並非完全兩立或不互通。

(3)實質上限制競爭效果之判斷

前述兩種基準分類，其實可以用於需要認定所有對實質上限制相關市場競爭之分類。若是針對聯合行為而言，一般認為可供判斷的資訊莫約有幾個方面：A.合意的內容（限制的對象交易、限制事項、限制期間等）。B.合意形成的脈絡（是業界共通課題所被認知的事項、合意前的競爭狀況、或其他可以窺視合意動機等等）。C.合意實施的情況與影響（合意內容是如何反應參與者之意思決定、參與者的實際上實施狀況、相互監督與對未參與者之影響等等）。D.狹義的市場分析的成果（相關市場界定、市占率或集中度測定、合意當事人及未參與者的增產餘力、參進障礙的評價、顧客的交涉力等）。其中比較重要的是A到C的合意部分，市場支配力之形成、維持與強化據此應該可以得到驗證，未必需要詳細的市場分析，尤其是價格聯合行為，若此3項不足時可以透過市場分析來補足[88]。本文認為，這些資訊的確有助於認定聯合行為之市場效果，就如前面論述日本對於相關市場界定的定義與定位，是以事業間合意的對象交易或該限制所及之交易範圍來認定相關市場，所以會重視與了解合意內容而後界定相關市場，若透過合意內容能認定如價格聯合行為等典型的惡性卡特爾之存在，其反競爭效果甚明，所以能夠接受詳細與複雜的市場分析並不需要，但並非表示揚棄相關市場之界定與市占率之算定，而是不須要細究此部分亦可以判斷競爭的實質限制效果。

聯合行為的市場效果究竟應該認定到何種程度，我國與日本應多能接受合意當下若足以認定影響市場功能，未必需要具體著手並達到成功，只是著手通常才能將合意內容外顯化而容易進行各種判斷。再者，「競爭的實質限制」

86 東京高等法院昭和26年9月9日判決。與生產調整案同為刑事案件但非同一件，本案的最高法院判決較受到矚目（最高法院昭和59年2月24日判決）。

87 服部育生，「競争の実質的制限(2)」，收錄於經濟法判例・審決百選，ジュリスト，第199號，15(2010)。

88 宮井雅明，「不当な取引制限における対市場効果要件」，收錄於收錄於日本經濟法學會年報，第37號，63-66(2016)。

是反競爭效果要件，跟相關市場界定一樣是私的獨占、結合與聯合行為的共通認定要件，但認定上應未必需要相同基準[89]。以同樣屬事後規範之私的獨占相較，兩者應有所不同，見解大約有兩種：A. 該當私的獨占之要件，是必須透過排除或支配行為實質地限制競爭。而聯合行為的情況，是事業間共同進行反限制競爭的行為，此行為本身應可認為具有惡性。相對的，私的獨占的情況，是否為違法的排除或支配行為，與事業通常的事業活動要如何區別並非那麼顯著，所以有問題的行為與限制競爭的關聯性及效果應有相當程度的明確認定不可。B.私的獨占通常發生在市場集中度高的市場構造之下，但聯合行為發生在市場集中度低的情況也不少見。再者，私的獨占的情況，與通常的事業活動之區別實有困難，所以對於實質限制競爭效果需要嚴格的認定。但聯合行為的情況，就是以限制競爭為目的而為之，所以相關市場的界定與限制競爭效果的認定則無須如此嚴格要求[90]。兩個見解其實都認為聯合行為本身具有惡性，「競爭的實質限制」已包藏於行為之中，不需要對認定的事證做太嚴格的要求。

3. 由市占率判斷實質上限制競爭效果

不論是採上述何種基準，基本上還是需要比較具體的判斷基準，市占率即是常使用之依據。在日本即使對於價格等惡性卡特爾，在實務上認為若要認定達到實質限制競爭之效果，參與事業之市占率仍應超過50%以上[91]，而早期的案例幾乎都超過50%許多，但日本獨占禁止法或者相關處理原則訂出基準。雖然一般實務上多見以50%為基準，但是否一定以此數字為基準倒也未必，也見有其他類型案例之共同行為之事業市占率總合未達50%者，學者村上政博教授認為修正為40%亦應可行[92]，但若與臺灣某些實務案例相比似乎還是偏高，原因之一是臺灣實務上在某些案例似乎把相關市場界定得過大，而造成市占率過低的情況。

怎麼看50%這個數字呢?以中央食品案[93]為例，參與聯合行為之事業市占率

---

89 田中裕明，「市場支配力をめぐる議論について――競争の実質的制限についての検討」，一橋論叢第125卷第1號，6-7(2001)。

90 同前註。

91 大禄英一，独占禁止法の体系的理解――一定の取引分野における競争の実質的制限と正当化事由，静岡学術出版，87(2011)。村上政博，「国際標準の競争法へ―独占禁止法最前線」，弘文堂，118-119(2013)。

92 村上政博，「国際標準の競争法へ―独占禁止法最前線」，弘文堂，118-120(2013)。

93 告審決昭和43年11月29日（審決集15卷135頁）。

總和恰巧50%，又該如何認定其實質限制競爭效果呢？本案對此質疑，加入了討論未參與聯合行為之外部事業的動向或改變，此案中未參與聯合行為的事業皆是規模甚小，根本一時無法擴大規模增加生產，所以不可能期待這些小型事業能夠透過維持價格或降低價格來採取競爭行動[94]。因此，若參與的事業市占率總和未達相當程度時，就要考量市占率以外的情事來判斷實質限制競爭的有無。此與前述我國實務上討論聯合行為是否足以影響市場功能時，除了市占率外，尚就「參加聯合行為事業之數目」、「參加聯合行為者與不參與者間之數目比例」及「對於生產、交易關係的影響」等因素，做整體衡量非常相似，這些見解皆見於前述低市占率的個案中作為認定違法聯合行為之依據。

在「東寶・新東寶」案中提到「在相關市場的競爭的實質限制」是指「可以支配市場的狀態」，而要用甚麼事實來認定，石油價格聯合行為案則認為合意當下聯合行為即成立，合意內容的實行只是將競爭的實質限制更明確地顯在化，此時具相當市占率之事業間共同締結價格協定本身，就會潛在地產生競爭的實質限制，市占率要夠大，這樣的合意說才能站得住腳。實務上也是認為參與共同行為之事業市占率總和大到相當程度時，就可認定為競爭的實質限制，所以市占率的確有提供具體判斷之效果。

(三) 小結

在聯合行為的市場效果方面，不論是我公平法或者日本獨占禁止法的聯合行為構成要件，都必須討論所謂的市場效果。公平法第14條第1項所稱之「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」與獨占禁止法第2條第6項之「實質上影響相關市場之競爭」，雖然用語不同，但本質上都是討論該事業間之價格合意等共同行為對相關市場之競爭之影響。只是臺灣實務上不乏算出前述市占率5.6%或1.7%之案例，此時，公平會提出所謂「可察覺性理論」，並著重於「質」的考量，凸顯價格、產量等接近核心競爭參數的惡性卡特爾本身對競爭的影響顯著，可以直接認定影響市場供需功能，而完全忽略「量」的標準（市占率）之考量。從結果論之，是否事業之間只要合意之內容屬於價格等重要競爭因素，甚至可以忽略相關市場之界定與市場效果？但我國並未對價格等所謂惡性卡特爾採當然違法原則，還是不適合如此。

日本方面，因為對相關市場界定的思維與方式，界定出相關市場能較為切中事業間共同行為對競爭影響的範圍，不至於界定出一個很大的市場然後界定

[94] 金井貴嗣，「入札談合の不当な取引制限該当性——多摩談合事件最高裁判決の検討」，中央ロー ジャーナル，第10巻第4號，20-23(2014)。

出過小的市占率。當然，市占率或市場集中度也未必能完全正確評價市場的競爭狀況，這也是當市占率的數字未滿50%時，可以從斟酌其他未參與之競爭者的情況做整體性的考量；相反的市占率大或者市場集中度大的情況，若競爭者有力量可增產時，也未必造成競爭的實質上限制[95]。但是對於價格等惡性卡特爾，該行為本身所包藏的反競爭效果似乎已無需再討論未參與者的生產能力等問題。日本實則對於惡性卡特爾的部分，不太拘泥其市場分析也是事實，但是所算出之市占率也未因此低於50%過多。

五、結語

本文討論我國公平法第14條第1項聯合行為構成要件中，需「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」的部分應該如何認定的問題。而要談論此一市場效果之前提，就必須界定出相關市場。所以相關市場之界定與市場效果之認定是密不可分的關係。

(一) 相關市場之界定

相關市場的界定並不容易，且在不同的行為類型中所要考量的因素並不相同，個案也各依其狀況界定出符合的相關市場。在聯合行為的部分，究竟應該在事業間發生聯合行為的質疑後，先界定出一個一般性、抽象的市場，抑或以事業合意之對象交易所影響競爭之範圍來界定相關市場？前者若以公平法第14條第1項要件而言，先界定相關市場再談聯合行為在該範圍之市場效果，其實是符合要求的。而後者則似乎是在判斷事業間的合意內容後再界定相關市場，在界定過程中帶入該聯合行為對競爭影響之判斷，似乎是把相關市場之界定與市場效果之判斷同時進行。以構成要件而言似乎以前者較為合理，但聯合行為最終要判斷的就是其實際上限制競爭之效果，則後者較為合理，若是以審查事業結合案件要檢視結合後之市場變化為前提而考量相關市場之界定（例如SSNIP原則之適用等），界定出一個很客觀的市場，恐怕並不符合所需。

臺灣目前的實務狀況似乎比較偏向在有聯合行為之虞的事件發生後，甚至尚未對於合意的部分進行了解之前即界定出一個抽象客觀的相關市場，合意的舉證與對市場功能之影響，似乎都被置於下一個階段。但如此一來就有可能將與案件並非具直接關聯之事業或產品或地域納入相關市場，例如電台廣告藥品案或中區砂石案。但本文較贊同日本對相關市場界定之思維與做法，因為聯合

[95] 武田邦宣，「競争の実質的制限(1)」[東宝・スバル事件]， 法判決・審決百選，別冊ジュリスト，第199號，13(2010)。

行為是於發生之後探討該行為對競爭影響之範圍，界定過程中當然還是將受到影響的競爭者劃入相關市場中，算出參與聯合行為者之市占率總和，也許如某些學者所認為的競爭的實質限制效果與市場界定同時進行了，重要的應不是順位，而是適當的定位與界定方式。

(二) 市場效果

在臺日兩方對於未對於聯合行為採「當然違法」原則下，不論是「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」或者「實質上限制相關市場之競爭」，市場效果的判斷對聯合行為的認定過程來說是必要的。只是該如何判斷聯合行為之市場效果，如日本「東寶・スバル」案判決所提之市場支配力基準，乃為一個客觀判斷聯合行為成立後對相關市場的競爭所造成的影響之判讀基準，但也不免抽象，因此市占率的確是一個提供數據而得以較具體之基準。市占率的部分是否要參考所謂的50%作為基準，如前所述，在日本的早期案例的確是屬於市占率較大的案例。但之後的案例則看見因相關市場界定的比較小，尤其是招標案件，所以自然算出的市占率則大，未必是我國公平會是否在市占率的要求上過低。但目前我國對於聯合行為的微小不罰原則，對於價格等惡性卡特爾可以接受參與事業之市占率在10%以下，換言之微小不罰原則在此類聯合行為即使再微小也須認定為違法，此是否從結果而論太近似當然違法，值得考量。所謂如價格聯合行為之惡性卡特爾或許對競爭難有正面評價，但市占率非常微小時，還是不免引起質疑。或許從相關市場界定的考量與方式的改變，無須將與個案所影響競爭範圍無關之過多產品或過大地域劃入相關市場，應該會是減少質疑而較為妥適的方式。

參考文獻

中文

1. 公平交易委員會，認識公平交易法，第16版(2015)。
2. 吳秀明，競爭法制之發軔與發展，初版，元照(2004)。
3. 何之邁、張懿云、林廷機、陳志民，公平交易法司法案例評析，第2版，元照出版(2016)。
4. 黃銘傑，「聯合行為成立與市場界定、影響市場功能認定間之理論與論理(上)----評最高行政法院92年度判字第一三三六號判決」，台灣本土法學雜誌，第68期(2005)。
5. 黃銘傑，「聯合行為成立與市場界定、影響市場功能認定間之理論與論理

(下)----評最高行政法院92年度判字第一三三六號判決」，台灣本土法學雜誌，第69期(2005)。
6. 莊春發，論足以影響市場功能的聯合行為，收錄於公平交易法實行九周年學術研討會論文集，元照出版社，280(2001)。
7. 劉華美，「論聯合行為」，競爭法與能源法，元照出版社，154-155(2009)。

日文
1. 大禄英一，独占禁止法の体系的理解Ⅳ，靜岡學術出版(2013)。
2. 大禄英一，独占禁止法の体系的理解Ⅰ——一定の取引分野における競争の実質的制限と正当化事由，静岡学術出版(2011)。
3. 上杉秋則，カルテル規制の理論と実務，商事法務(2009)。
4. 中川晶比兒，「多摩談合新井組判決」，公正取引，第721號(2010)。
5. 中川政直，「「一定の取引分野における」の解釈—一「競争の実質的制限」要件解釈論の体系的構築の観点から」，関東学院法学第13巻3号(2003)。
6. 白石忠志、多田敏明，「論点体系——独占禁止法」，第一法規(2014)。
7. 田中裕明，「市場支配力をめぐる議論についてー一競争の実質的制限についての検討」，一橋論叢第125巻第1號(2001)。
8. 舟田正之，「談合の「実効性」——「競争の実質的制限」・「当該商品または役務」との関係」，立教法学第90号(2014)。
9. 舟田正之，「多摩談合（新井組）事件の最高裁判決」，立教法學，第90號，(2014)。
10. 舟田正之，「公共の利益」，收錄於経済法判例・審決百選，別冊ジュリスト，第199期(2010)。
11. 村上政博，「国際標準の競争法へ—独占禁止法最前線」，弘文堂(2013)。
12. 沢田克己，「一定の取引分野（２）」——取引段階と一定の取引分野，経済法判決・審決百選，別冊ジュリスト，第199號(2010)。
13. 金井貴嗣，「入札談合の不当な取引制限該当性——多摩談合事件最高裁判決の検討」，中央ロー・ジャーナル，第10卷第4號(2014)。
14. 金井貴嗣，「課徴金減免と一定の取引分野の画定」，ジュリスト，第1373期(2009)。

15. 長澤哲也，「最新事例に学ぶ独禁法実務ゼミナール　第１回不当な取引制限」，公正取引，第732號(2011.10)。
16. 林秀弥，「独占禁止法二条四項にいう「競争」と二条六項にいう「競争」の実質的制限」，ジュリスト，1045期(2010)。
17. 武田邦宣，「競争の実質的制限（１）」[東宝・スバル事件]，経済法判決・審決百選，別冊ジュリスト，第199號(2010)。
18. 品川 武，「平成27年度における主要な企業結合事例について」，公正取引，第792號(2016)。
19. 南雅晴，「不当な取引制限における一定の取引分野」，旬刊商事法務，第2060期(2015)
20. 洪淳康，「業者紙を利用した不当な取引制限における合意の存在が認められた事例」，ジュリスト，第1497號(2016.09)。
21. 宮井雅明，「不当な取引制限における対市場効果要件」，收錄於收錄於日本經濟法學會年報，第37號(2016)。
22. 泉水文雄，「企業結合(3)競争の実質的制限」，法学教室，418號 (2015.07)
23. 泉水文雄，「不当な取引制限(1)ハードコア・カルテル(1)価格カルテル等」，法学教室，420號(2015.09)。
24. 岡田羊祐、林秀弥，独占禁止法の経済学，東京大學出版社（2009）。
25. 服部育生，「競争の実質的制限（２）」，経済法判決・審決百選，ジュリスト，第199號(2010)。
26. 厚谷襄児，「不当な取引制限における「競争の実質的制限」について」，北大法学論集第46巻第6号，(1996)。
27. 鈴木加人、大槻文俊、小畑徳彦、林秀弥、屋宮憲夫、大内義三，TXT経済法，法律文化社(2016)。
28. 横田直和，「多摩入札談合事件・最高裁判決の検討——「一定の取引分野における競争の実質的制限」に係る判断を中心として」，公正取引，第770號(2014.12)。
29. 横田直和，「市場支配力と競争の実質的制限」，名城法学64巻(1.2)，名城大学法学会編(2014)。
30. 齊藤高広，「不当な取引制限罪における市場の意義と合意・共謀の認定」，ジュリスト1484號(2015)。
31. 瀬領真悟，「不当な取引制限における要件解釈の現状と課題」，收錄於日本經濟法學會年報，第37號(2016)。

評論

與談人：包國祥（安中法律事務所主持律師）

從我國法言之，競爭分析與市場界定一體兩面，而市場界定通常相當困難，一般而言，公平會的操作模式為先界定為寡占市場，再進行合意推定，因此一個案子的成敗往往在於市場特性。

聯合行為要件之一為「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者」，要件上並沒有競爭兩字，我認為這是一個市場機制問題，而我們不要把市場功能只放在價格，還有其他可以競爭的因素。

另外，要去論述供需關係，一定要先界定市場，市場特定後，才能正確分析，但市場界定一向為競爭法的棘手問題，如果律師將案件輸贏押在市場界定，通常是吃力不討好的方向，所以學者研究時，會發現法院或爭執雙方很少在個案中表達具體見解或主張。

聯合行為管制與處分，法規可預見性很重要，某行為究係共同行為或聯合行為欠缺明確，又聯合規範近年不斷放寬認定標準，越來越嚴苛。從以下實例言之， IPP共同抵制台電修約要求被重罰，但是紙業下游廠商共同行為並共同透過台灣省紙器商業公會聯合會向行政院抗議上游之正隆紙業等有漲價之聯合行為，彼此互報進度並串連抵制，為何不以聯合行為處罰？另外，酪農和立委召開記者會，批評乳品大廠壓低冬季生乳收購價格，卻未反映在零售價上，甚至協同消基會共同抵制，為何不以聯合行為處罰？

最後，日後面臨的挑戰可能包含以下，首先，目前為百分之十的標準，未來可能使抽象危險犯變成具體危險犯。其次，市場供需須先界定市場，聯合規範與結合審查之市場界定應做不同處理，因為聯合行為如此重罰，應有法律的明確性及可預測性。第三，政府管制各行各業強度各有不同，如何依行業特性而建構具備法規可預見性之環境，讓業者不會有立法從嚴執法從寬之感慨。

實務案件，成也行業特性，敗也行業特性，因為行業特性而讓公平會執法時常出現矛盾，政府法規管制也有衝突情形，對承辦主管及法務主管均造成困擾，如何建構適合各行業特性之競爭法環境，係努力方向。

聯合行為之市場界定與市場效果—歐洲聯盟及法國競爭法之比較法研究

許曉芬*

目 次

一、前言
二、聯合行為與市場界定
(一)聯合行為之要件與例外
(二)相關市場界定之爭議
三、聯合行為與市場效果
(一)市場效果判斷
(二)微量原則
四、結論

摘要

我國公平交易法第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」。在判斷聯合行為時，是否需「市場界定」並分析該市場中供需如何受到何種程度影響，就成為必須探討的課題。我國公平交易委員會在聯合行為的市場界定上，大多以特定行業作為市場界定的指導原則，較少像獨占事業認定時的分析一樣，就系爭產品之替代產品或潛在供給之可能產品進行分析，或是即使分析亦較為簡易。歐盟執委會近幾年對於所謂核心卡特爾之聯合行為採取雷厲風行之手段並祭出高額罰鍰。此類行為由於本質上存有明顯限制競爭效果，一旦發生即視為

* 東海大學法律學院法律學系副教授；法國史特拉斯堡大學法學博士

落入TFEU Art. 101(1) 之目的性限制競爭，而無須證明該行為是否有限制競爭效果。但歐洲法院卻在判決累積過程中，時有不同見解或更細緻之分析。

本文將就歐盟及法國相關規範與實務操作，特別是針對近年來較受爭議之目的性限制競爭協議，進一步分析歐盟執委會、歐洲法院(Court of Justice of the European Union)及法國實務對於是否需要市場界定及分析之不同立場，並比較過去幾年見解的更迭遞嬗，爬梳與釐清聯合行為之概念，以期提供我國未來修法或實務上認事用法的參考依據。

一、前言

歐盟競爭法之架構係由歐盟運作條約(Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU)、相關的歐盟規則(Regulation)及大量解釋歐盟執委會(European Commission)政策與解釋實體法之注意事項(Notice)與處理原則(Guideline)[1]所建構而成。在維護歐盟內部市場之整合自由流通之前提下，用以規範包括事業間之聯合行為、濫用市場優勢地位(Abuse of a dominant position)[2]、國家補助(State Aid)[3]及合併(Merge Control)[4]等議題。

其中TFEU Art. 101(1)條禁止事業或事業團體間，透過足以影響歐盟會員國間交易，且以妨礙、限制或扭曲歐盟共同市場競爭為效果(effect)或目的(object)之決議、協議或一致性行為。此類限制競爭協議之管制，係歐盟競爭法與競

---

1 此類通告(Communication)、處理原則或注意事項(notice)為所謂的非典型法規(atypical acts)，由於不屬於TFEU第288條所規定，依據歐盟條約授權及程序所通過的法律，故不具強制拘束力。但由於此類非典型法規，特別是歐盟最高行政機構執委會為了提高立法彈性及行政效率所通過之非法律文件，如通訊或是通報，由於清楚表達其意見或立場，仍有普遍適用性及其重要性。相關歐盟派生法律與非典型法律之討論，可見洪德欽，「歐盟法的淵源」，歐盟法之基礎原則與實務發展，頁1-56。

2 主要規範為Art 102 of the TFEU，另外輔以Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, Commission Regulation (EC) No 773/2004 of 7 April 2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty及其他相關之指引與注意事項。

3 *See* European Commission (2014), EU Competition Law—Rules Applicable to State Aid (Situation as at 15 April 2014).歐盟執委會將針對單一行為之相關法規命令等蒐集成冊，並定期更新。甚值參考。

4 *See* European Commission (2013), EU Competition Law—Rules Applicable to Merger Control (Situation as at 1st July 2013).

爭政策中，極為關鍵的一環。同一產銷階段之水平協議並非皆滿足TFEU Art. 101(1)而為禁止之客體，例如部分水平協議具有可以分擔風險、節省成本、增進投資及凝聚知識，促進產能及品質等優點，因而可能帶來重大的經濟利益。但若是水平協議涉及約定價格或區分市場等行為，則會對歐盟整體經濟及內部市場有嚴重負面影響，因此執委會近幾年紛紛對於這類聯合行為採取雷厲風行之手段並祭出高額罰鍰。只要是此類所謂核心卡特爾之聯合行為或稱惡性卡特爾(hard-core restriction)，由於本質上存有明顯限制競爭效果，一旦發生即視為落入TFEU Art. 101(1)之目的性限制競爭(restriction on completion "by object")，則無須證明該行為是否有限制競爭效果[5]，且幾乎無法適用TFEU Art. 101(3)之例外。由於若是認定一行為為目的性限制競爭，將大幅減少執委會的舉證、調查及經濟分析之負擔，執委會近年來已從過去多數以效果判斷為本(effects-based approach)之檢驗方式，越來越常使用以目的判斷為主之認定。

然而，執委會對於目的性限制競爭判斷標準之指引或注意事項，卻缺乏明確與更細緻的解釋，也未就其意涵及到底如何判斷其為「目的性限制競爭」進行解釋。單純以部分協議「其本質」(by their very nature)就是目的性限制競爭，並且認為該行為一定會造成競爭上之負面影響[6]，如此假設，不論是從規範或是論理層面，都略嫌欠缺。也因此歐洲法院近幾年對於目的性限制競爭的討論相當豐富，特別是針對是否需要判斷對相關市場競爭之影響，更是逐漸透過判決之累積，勾勒出目的性限制競爭之模樣，儘管判決間有時會有立場更迭或自相矛盾之處，但仍不失其重要性。

我國公平交易法第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」。是故，

---

5 See Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (27.4.2004), OJ C101/97 para. 20-23; Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (14.1.2011) 2011/C 11/01.

6 例如Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08) para.21 : "Restrictions of competition by object are those that by their very nature have the potential of restricting competition. […]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." 可清楚看見執委會之觀點。

我國對於聯合行為之定義限指具水平競爭關係之事業間所為之限制競爭合意，和TFEU Art. 101(1)及法國商法典第L420-1採水平聯合及垂直聯合[7]並行之規範方式有所不同[8]。為避免討論之誤解與差異，本文在討論歐盟及法國限制競爭相關規定時，將專注於水平聯合態樣。

由於我國公平交易法第15條第1項規定：「事業不得為聯合行為」，但復又規定聯合行為必須足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能，在判斷聯合行為時，是否需「市場界定」並分析該市場中供需如何受到何種程度影響，就成為必須探討的課題。我國公平交易委員會在聯合行為的市場界定上，大多以特定行業作為市場界定的指導原則，較少像獨占事業認定時的分析一樣，就系爭產品之替代產品或潛在供給之可能產品進行分析[9]，或是即使分析亦較為簡略[10]。

本文將就歐盟及法國相關規範與實務操作，特別是針對近年來較受爭議之目的性限制競爭協議，進一步分析歐盟執委會、歐洲法院(Court of Justice of the European Union)及法國實務對於是否需要市場界定及分析之不同立場，並比較過去幾年見解的更迭遞嬗，爬梳與釐清聯合行為之概念，以期提供我國未來修法或實務上認事用法的參考依據。

---

7 垂直聯合係指事業與非屬同一產銷階段之上下游事業，以契約、協議或其他方式之合議限制彼此間之競爭。歐盟關於垂直聯合之特別規定，可參見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 及 European Commission, Guideline on Vertical Restraints ,19.05.2010, OJ 2010/C 130/01。

8 本法於民國80年1月18日制定時之立法理由書，關於第7條稱：「按所謂聯合，在學理上可分「水平聯合」與「垂直聯合」兩種，目前各國趨勢，對於垂直聯合係採放寬之立法，本法初創，亦不宜過於嚴苛，除第18條（又稱轉售價格維持契約之禁止）係就垂直聯合為規範外，本條則僅就「水平聯合」加以規定。」

9 莊春發，聯合行為相關問題研究—行為主體、意思聯絡、市場範圍之界定，競爭政策研究，第七卷第三期，2003.05，頁3-27。

10 例如公平交易委員會2011年公處字第100220號連鎖便利咖啡案。在該案中，公平交易委員會僅以便利商店因具有提供多元化商品及服霧、密度普及、全日營業、可及性高等特點，認為連鎖便利商店現煮咖啡和連鎖咖啡店或餐飲業現煮咖啡間，不具有高度可替代性，因而界定「連鎖便利商店現煮咖啡」市場，並以便利商店設置地點遍及全國，故以全國為該案地理市場。但其後最高行政法院以103年判字第195號判決撤銷公平會處罰，其中即認為公平會就聯合行為的特定市場附有說明義務，並認為公平會就「需求替代性」、「供給替代性及潛在競爭因素」與「商品價格調漲後對消費者及供給者之影響」幾點皆未有說明或認定不適當。

本文以下主要區分為兩部分。第一部分將先行探討在歐盟與法國規範下聯合行為的要件與例外，並且釐清相關市場界定之爭議。第二部分則是在肯定不論是目的性或效果性限制競爭協議皆須進行市場界定之前提下，進一步針對目的性限制競爭協議分析其市場效果判斷。此外，由於不論歐盟或法國皆承認微量原則(De minimis rule, Agreement of minor importance)，針對事業間就競爭不具可察覺影響(non-appreciable effects)之協議行為，提供一豁免可能的安全港。本文將針對目的性限制競爭與微量原則間之密切關係進行討論。

二、聯合行為與市場界定

(一) 聯合行為之要件與例外

TFEU Art. 101(1)禁止事業間透過協議、事業團體決議與一致性行為，以妨礙、限制或扭曲歐盟共同市場競爭為效果或目的，而影響歐盟會員國間交易。此等禁止包括(1)直接或間接決定交易價格或其他交易條件；(2)限制或控制生產、市場、技術發展或投資；(3)分配市場或資源供給；(4)對交易相對人為差別待遇，致其受到競爭上之不利益；(5)以交易相對人接受附帶義務作為締約條件，而該附帶義務就性質或商業習慣而言，均與該契約無涉[11]。TFEU Art. 101(2)復規定，依同條第1項認定應予禁止之任何協議或決定應屬無效。

法國聯合行為規範則主要訂定在商事法典(Code de commerce)中，第L.420-1條規定：「事業不論直接或間接透過集團所為之一致性行為、協議、明示或默示之合意，以阻礙、限制或扭曲競爭為目的或有可能生此效果者，應禁止之。特別是以下行為：1. 限制他事業進入市場或自由競爭；2. 限制市場自由定價而刻意干涉其價格高低；3. 限制或控制生產、市場、技術發展或投資; 4.分配市場或資源供給」[12]。第L.420-3條則與歐盟相同：「第L.420-1條、第L.420-2條、第L.420-2-1條禁止之合意、協議或約款，無效」。

---

[11] 此翻譯參照公平交易委員會對於歐盟運作條約第101條之翻譯，並斟酌修改之。

[12] Art. L.420-1 Code de commerce: “Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement”. 作者自翻。

不論歐盟或是法國，皆基於整體經濟利益的考量，設有例外豁免規定。根據歐盟競爭法規則(Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty)第1條第1項規定，若一行為滿足EC Treaty 81(1)(TFEU Art. 101(1))且不滿足EC Treaty 81(3)(TFEU Art. 101(3))者，應禁止之。是故，判斷是否違反聯合行為之規定應包含兩步驟。首先，需判斷事業間之協議、決議或一致性行為是否影響會員國間之貿易，且有限制競爭之目的或實際與潛在之影響。只有當該行為滿足此一要件，進而被認為具備限制競爭之特性後，始考量該行為是否在EC Treaty 81(3)(TFEU Art. 101(3))的架構下，促進整體競爭之利益(pro-competitive effects)大於限制競爭之不利益(anti-competitive effects)[13]。

因此本文以下將就此二步驟進行分析[14]。由於本文重點在於聯合行為對於市場界定與市場效果之認定，因此關於聯合行為合意、合意推定與寬恕政策等將不多說明。

1. 要件

TFEU第101條之目的在於維護市場競爭秩序，促進消費者利益及確保有效資源分配[15]。因此若事業在面對另一事業時，採取特定行為排除或試圖減少競爭造成之不確定性，將可能有礙於開放市場之資源自由分配及整體經濟發展，並損害消費者利益。

事業間的聯合行為，在於二以上之當事人，透過協議，約束或改變至少其中一方之行為。而該協議，不論明示或默示，只要基於特定時間點存在共同意欲達成之目標[16]，並具有對競爭市場可察覺之影響(appreciable adverse impact)[17]，即為TFEU Art. 101禁止之限制競爭協議。因此，認為一行為違反TFEU Art. 101之具體要件，可歸納為下列3者：首先，必須要有某種形式之合意。其次，基於該合意之聯合行為需影響歐盟會員國間之貿易。最後，必須具

13 *See* Joint Cases C-501/06 P and others, GlaxoSmithKline v. Commission of the European communities, 6 October 2009, para.95.

14 關於TFEU 第101條第1項的說明，另可參考謝國廉，歐盟競爭法之架構與範圍：以反競爭協議與濫用獨佔地位之規範為中心，收錄於洪德欽、陳淳文主編，歐盟法之基礎原則與實務發展（下）頁1-39；林宜男，歐盟競爭法攸關卡特爾議題之研析，收錄於同前書，頁41-87。

15 Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), para.13.

16 See Joint Cases C-2/01 and C-3/01, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV v. Commission of the European Communities*, 6 January 2004, para. 102.

17 Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), para.16.

備以限制競爭為目的，抑或可能或實際產生限制競爭之效果。

評量某一行為是否構成違反TFEU第101條，必須考慮該行為如何影響或可能影響市場競爭程度[18]。此處需留意者，在於TFEU第101條將行為區分為目的性與效果性限制競爭(restriction on completion "by effect")。根據執委會觀點，一旦認定協議之目的為限制競爭，則無需考慮是否確實造成任何市場上限制競爭的效果(actual effect on the market)[19]。換言之，只要本質上有可能對競爭造成負面影響者皆可適用[20]，特別如約定價格、區分市場、減少產能或是聯合漲價等行為，違背一貫追求之競爭法精神，即可視為其確實影響市場競爭而禁止之。

至於如何判斷一行為是否為「目的性限制競爭」，執委會認為必須考量多方因素。包括協議內容、協議目的、該協議產生之背景以及相關事業在市場上實際的行為[21]。意即除了客觀檢視條款字裡行間之意義外，個案所處之特別時空也必須納入考量。即使協議條款並未有造成限制競爭的文字，但若實際上執行會顯露此等目的，亦是所禁止的範圍。而若是一協議屬於執委會針對不同契約型態，訂定聯合行為例外之集體豁免清單(Block Exemption)中之黑名單(black listed clauses)或核心卡特爾[22]，通常會被執委會認為是目的性限制競爭協議。

若一行為並非「目的性限制競爭」，則必須檢驗其是否產生限制競爭之效果，而非透過其目的假設效果。換句話說，若一行為係「效果性限制競爭」，則必須證明其確實或很有可能影響相關市場競爭，並對市場之價格、產能、創新、種類或是品質有一定程度之影響[23]。

根據歐盟競爭法規則，當事業間進行聯合行為時，會員國得依據各自之競爭法行使管轄權，但內國競爭法不得牴觸歐盟競爭法，此謂歐盟競爭法優於會員國競爭法[24]。因此法國在聯合行為的要件上，和歐盟幾乎如出一轍。同樣

18 *ibid* para.18.

19 *Supra* note 6.

20 但歐洲法院近年來的觀點並非如此直觀式判斷。關於歐洲法院對於「目的性限制競爭」更進一步之見解請參考本文後二、(二)、1與三、(一)、2之說明。

21 Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), para.22.

22 例如Art.5 of the Commission Regulation (EU) No 1217/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements，或 Art 4. of the Commission Regulation (EU) No 1218/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of specialization agreements.

23 Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), para.24.

24 Art. 3 of the Council Regulation (EC) No 1/2003.

必須有基於合意之一致性行為或協議等，此項合意所呈現型態與方式並不重要，只要相關事業係基於自由意志且意思表示合致即可。因此，若一事業向另一事業提議簽訂具有限制競爭意涵之協議，合意須待另一方同意始發生。反之，若僅是文件尚未簽署而行為已至，則應認為已具備合意。法國商業法典第L.420-1條並未特別區分事業與事業團體之協議或決定，而是認為只要法律與經濟上獨立之個體[25]，包括公司、工會、職業團體所為之行為，皆有直接適用餘地。此外法國實務傳統上對於「目的性限制競爭」與「效果性限制競爭」是否需要呈現具體影響結果的解釋也和執委會相近。

2. 例外

如同前述，TFEU Art. 101(3)規定設定了TFEU Art. 101(1)之例外，規定任何事業間之協議或同類型之協議，任何事業公會決定或同類型之決定，或任何聯合行為或同類型之聯合行為，有助於改善商品製造或配銷，或提升技術或經濟進步，並確保消費者得合理分配其利益，而無「對相關事業課予不必要之限制」或「使相關企業就系爭商品之重要部分排除競爭」之情形，得不適用TFEU Art. 101(1)。此外執委會亦得針對不同契約型態，以規則訂定例外豁免清單，使得定協議、決定或一致性行為不適用TFEU Art. 101(1)，相對於前者之個別除外(individual exemption)，此為前文所稱之集體豁免清單[26]。

根據執委會及歐洲法院對於TFEU Art. 101(3)，要成為聯合行為之例外，必須滿足4項要件。此4項要件為併合(cumulative)且列舉(exhaustive)[27]，若任何一要件未達成，即不得成為例外。

在評估是否滿足例外要件之前，有一點需要特別注意。TFEU Art. 101(3)必須考慮系爭協議相關市場之界定。無論是效率提升或是消費者分享利益之考量，皆須於同一相關市場進行評估，始得滿足保護競爭秩序之基本目的。

---

25 Pierre Arhel, Entente, Répertoire de droit commercial, Dalloz, janvier 2015, n°9.

26 See Supra note 20之規則，或例如 Commission Regulation 330/2010/EU 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 practice; Commission Regulation 772/2004/EU of 27 April 2004 on the application of Article 101(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements.

27 See T 185/00 and others, Métropole télévision SA, para 86 : « Since the Commission's decision to grant individual exemption assumes that the agreement or the decision of the association of undertakings **satisfies all four conditions** laid down in Article 81(3) EC and that **an exemption must be refused if any of the four conditions is not met** » (emphasis added).

構成豁免例外的4項要件分別為：

第一，效率提升。若一聯合行為能從客觀上判定其所帶來之利益及對經濟上之貢獻[28]，評估其整體經濟利益大於限制競爭之不利益，則可認為滿足此一要件，例如得以降低產銷成本或提高產品品質之協議。

第二，消費者得分享利益。此處所謂之消費者，凡具有商品交易關係之直接或間接交易相對人均屬之。至於所謂的合理分配(fair share)則是指對於限制競爭所帶來或可能帶來之不利益，消費者須能得到某種程度之補償。此處判斷基準並非指個別消費者，而是在相關市場中之消費者所受到的整體影響。例如若是限制競爭之結果會帶來價格增加，則消費者必須從品質提升或其他利益中獲得補償，而可能受到的限制越大，需要獲得的補償尺度就越大[29]。

第三、限制競爭有其必要性。其考量在於透過限制競爭協議，是否可以讓系爭活動更有效率，而優於未有該協議之時[30]。因此必須考慮是否沒有其他經濟上可行且具更低限制性之方式，來完成預期達成之目標。此外，亦須考慮該協議可能帶來之最小有效規模，也就是長期中平均成本處於或接近其最小值的最小規模，用以衡量該限制是否具有必要性。

第四、不得排除競爭。若是一行為以滿足前三要件，但若允許豁免會使市場其他競爭者因而消滅，則仍不允許其例外。因此分析即為必須，包括參與者之市場占有率、限制競爭行為之強度及所帶來的影響等[31]。

儘管TFEU Art. 101(3)並未按照「目的性限制競爭」或「效果性限制競爭」有不同適用[32]，但事實上「目的性限制競爭」很少有機會適用此一豁免例外。除了因為執委會對前述4項要件設立了嚴格檢視標準外，實務對於「目的性限制競爭」，特別是核心卡特爾，本質上嚴重影響競爭之假設過於強烈[33]，並且亦無針對此類協議的集體豁免清單。此外在TFEU Art. 101(3)的檢視下，對市場競爭

---

28 Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), para.49-50.

29 *ibid*, para.90.

30 *ibid*, para.74.

31 *ibid*, para.108.

32 *ibid*, para.108, "Article 81(3) applies to all agreements that fulfil the four conditions contained therein".

33 Ibid, para.46: "Article 81(3) does not exclude a priori certain types of agreements from its scope.[…] However, **severe restrictions of competition are unlikely to fulfil the conditions of Article 81(3)**. Such restrictions are usually black-listed in block exemption regulations or identified as hardcore restrictions in Commission guidelines and notice." (emphasis added)

所造成之不利益越強烈，對整體經濟所帶來的利益也必須越強，因此有學者批評，TFEU Art. 101(3)根本難以適用[34]。再者，執委會過於著重於消費者利益考量，也使得歐洲法院不得不強調，TFEU第101條不僅是保護競爭者與消費者利益，不能只著眼於眼前之利益，更需要從整體市場結構與競爭出發考量[35]。

法國受到歐盟影響，同時具備個別除外以及集體豁免[36]。其商事法典第L.420-4條第1項規定，「有下列情形時，第L.420-1條之規定不適用之：1. 基於適用法規命令而為之行為；2.經事業證明其目的為保障經濟利益，例如創造或維持工作機會，且確保消費者得公平享受利益，而無使相關企業就系爭商品重要部分排除競爭之行為。針對使用同一商標或標誌之農業產品或源自於農業場品產品之事業，為達到促進經濟利益之目的，必要時，在對相關事業未課予不必要限制之前提下，得共同組織其產量、品質、及商業政策，亦可針對賣出價格進行協商」。復於第L.420-4條第2項規定：「部分種類協議或部分協議，特別是為了改善中小企業之管理，經競爭主管機關同意後，得以行政命令方式另行規範，視為滿足此要件」。儘管第L420-4條第1項第2款與歐盟規定類似，但目前在法國實際上適用之情形少之又少[37]。

(二) 相關市場界定之爭議

界定相關市場的目的在於判斷系爭行為對於市場之影響。事業是否具有顯著市場力量或是系爭行為是否在相關市場造成限制競爭之效果及減損市場競爭程度，皆與相關市場之界定有密切關係。

如同前述，特別是在目的性限制競爭的情形下，若已經認定其行為「目的」在於限制競爭，是否因為無需判斷市場效果，而不須界定相關市場？然而，若不界定市場，是否有違競爭法維護市場競爭之主旨？在回答此一問題之前，本文以透過歐洲法院的兩則案例，分析是否在市場界定之議題上，對目的性與效果性限制競爭協議有不同對待。

1. 執委會觀點

執委會在其限制競爭例外處理原則(Guidelines on the application of Article

---

34 Alison Jones, Left Behind by Modernisation? Restrictions by Object Under Article 101(1), European Competition Journal Vol. 649, 2010, p. 669.

35 Joint Cases C-501/06P and others, GlaxoSmithKline Service Unlimited v. Commission, 6 October 2009, para. 61. See also C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV v. Raad van beestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteitm*, 5 June 2009, para 38.

36 Louis Vogel, French Competition Law, LawLex, 2012.

37 Pierre Arhel, Entente, Répertoire de droit commercial, Dalloz, janvier 2015, n°50.

81(3) of the Treaty (2004/C 101/08))中指出，若一行為並非目的性限制競爭，則必須檢視其是否會對競爭造成限制之效果。若其限制競爭之效果並不顯著，則不能認為其違反TFEU Art. 101(1)。也就是說，TFEU Art. 101(1)必須建立在相關市場分析之基礎上，評估一協議是否對於市場具有限制競爭之效果[38]。而為了評估一協議是否具有限制性之效果，則必須先行界定相關市場[39]，並進一步檢視商品之本質，雙方、競爭者及買方之市場地位，潛在競爭者及進入障礙。此等對於相關市場競爭之負面影響，在於系爭事業具有一定市場支配力，而該行為會創造、維持、強化或使其得以利用渠等市場支配力[40]。是故，針對「效果性限制競爭」行為市場界定是必要的。

反之，若一行為一開始即被定義為目的性限制競爭，則無需考量具體效果。執委會並未說明在此情形下，是否需要界定相關市場，僅認為判斷目的性限制競爭，必須考慮不同之因素，包括相關事業在「市場上」實際的行動[41]。然此處係強調判斷因素之多元性與真實性，並非為了判斷系爭行為對於市場之影響。因此，從執委會的觀點出發，焦點偏向於放置在判斷該行為類別是否被歸類在「目的性限制競爭」之類別，一旦被歸類於此，幾乎直觀的被視為違反TFEU Art. 101(1)，而不在意是否對於行為本身進行更細緻之分析。

但若參考執委會過去之決定，會發現其推論方式並不一致。對於即使有可能被歸類為「目的性限制競爭」之行為，例如約定價格協議，如其在MasterCard案[42]中所謂之判斷。儘管本案最後由於執委會認為系爭行為確實造成影響市場競爭的效果，可被歸類為「效果性限制競爭」而無需就系爭行為是否為目的性限制競爭進一步說明，但執委會並非先就其協議性質進行分析，而是先界定相關市場[43]，再討論其是否為「目的性限制競爭」。此等論述方法與執委會於限制競爭例外處理原則中的方法並不相同。

而在2013年涉及專利相關協議Lundbeck案[44]中，執委會認定丹麥藥廠Lundbeck與其他數間學名藥廠達成之不競爭協議違反TFEU Art. 101(1)。執委會

---

38 Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), para.24; See also Joined Cases T-374/94 and others, European Night Services, 1998.

39 Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), para.27.

40 Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), para.25.

41 *Supra* note 19.

42 Commission decision COMP/34.579--MasterCard, 19 December 2007.

43 *Ibid*, p.77-96.

44 Commission decision COMP/392260--Lundbeck, 19 June 2013.

於決定中並未特別就相關市場說明，僅在檢視各個協議是否為「目的性限制競爭」之行為時，帶入如「Merck 同意協議以確保在特定時間內不與Ludbeck於協議所涵蓋之EEA市場內競爭」之認定[45]。在2014年另一涉及專利相關協議之Servier 案[46]中，執委會認定法國製藥公司Servier集團與5家學名藥廠針對Servier暢銷藥品perindopril所為之協議行為，同時違反TFEU Art. 101(1)限制競爭與TFEU Art. 101(2)濫用市場優勢地位。執委會引用歐洲法院佐審官(Advocate General)於Irish Beef(BIDS)案[47]中之說明，認為被歸類為「目的性限制競爭」之行為，並不以訂定「明顯限制競爭」(obviously restrict competition)之協議為限。儘管Servier案之協議並非傳統上認為的核心卡特爾，仍因為學名藥廠與Servier為潛在競爭者，且學名藥廠同意於協議期間不進入一個或多個歐盟市場而取得回饋，認定該行為係「目的性限制競爭」。在此段討論中，執委會僅於判斷Servier 與學名藥廠是否為潛在競爭者時，極為輕描淡寫的提到一句「在協議簽訂期間，EU perindopril市場之開放性」和歐洲法院另一案不能相提並論。似乎可看出執委會所認定之產品市場。而後在對於濫用市場地位進行判斷時，執委會始正式討論本案之產品市場與技術市場[48]。

綜上所述，對於「目的性限制競爭」之行為，原則上執委會並非認為無需市場界定，而是直觀的認為既然該行為本質上有害競爭，重點應放在判斷該行為之性質，而非其效果。在此階段市場界定乃一當然假設，隱藏在協議之整體背景考量下。若系爭行為無法構成「目的性限制競爭」，至下一階段始需要對市場進行完整分析。且由於「目的性限制競爭」與「效果性限制競爭」為二擇一[49]，執委會也可以逕自就後者在先行市場界定之前提下，進行判斷。

2. 歐洲法院觀點

儘管執委會多引用歐洲法院見解，但事實上歐洲法院近幾年對於「目的性限制競爭」轉趨保守，也就是從直觀式的認為其違反TFEU Art. 101(1)，到必須

45 *ibid*, para. 869.

46 Commission decision COMP/39612--Servier, 09 July 2014.

47 Opinion of Advocate-General Trstenjak delivered on 4 September 2008 in Judgment in C-209/07, *Beef Industry Development and Barry Brothers v. Comission*, 20 November 2008, para. 47-48.

48 關於專利協議的問題，可參考許曉芬，從歐洲醫藥產業看智慧財產權與競爭法之交錯，萬國法律，203期，2015年5月，頁29-41。

49 C-209/07, *Beef Industry Development and Barry Brothers v. Commission*, 20 November 2008 para. 15-16. 從TFEU Art. 101(1)條文觀之，其連結詞亦為「以妨礙、限制或扭曲歐盟共同市場競爭為效果『或』目的之決議、協議或一致性行為」。

進行更細緻的分析。在前述2008年BIDS案或2009年T-Mobile 案[50]中，法院雖然仍強調評估「目的性限制競爭」行為時，無需考量共同市場(common market)中實際限制競爭之效果，但已於判決中強調必須將「經濟與法律」背景納入考慮[51]。

2013 年歐洲普通法院(General court of European Union)Fresh Del Monte案[52]進一步就雙方提出關於相關市場、市場支配力及法規與經濟之論證進行詳盡調查與分析，其目的在於決定是否系爭行為具有約定價格之目的。

而同年Allianz一案[53]，歐洲法院更是清楚指出，區分目的性競爭和效果性競爭之緣故，在於某些事業間之聯合行為本質即會傷害正常競爭功能。為了判斷是否該當於目的性競爭，必須就「條款之內容、目的及其經濟與法律之背景」[54]進行檢視。在考慮該背景時，「商品或服務之性質以及系爭市場架構與功能真實情況，也需要納入考量」[55]。

本案關於Allianz與Generali兩家保險公司與數家汽車維修廠、經銷商及經銷商公會簽訂針對受保汽車維修價錢及其他條件之協議。根據這些預先訂定之條件與費率，維修廠可以快速的替因意外送修的受保汽車服務。2004到2005年間，Allianz和經銷商公會GEMOSZ簽訂協議，約定汽車維修的每小時工資會根據經銷商銷售汽車保險的數量而調漲。Generali 雖未與GEMOSZ簽訂書面協議，但亦提供同樣的銷售誘因。匈牙利競爭主管機關認為此一系列合意「目的」即為限制汽車保險市場及汽車維修市場的競爭，但由於對歐盟會員國間之交易並無影響，因此僅違反內國競爭法而不及於歐盟競爭法。本案最後上訴到匈牙利最高法院。最高法院向歐洲法院提起先決裁決(preliminary decision)，請求解釋此類雙邊協議是否屬於TFEU Art. 101(1)目的性限制競爭。

歐洲法院首先解釋Council Regulation (EC) No 1/2003，基於Council Regulation (EC) No 1/2003及內部市場調和，內國競爭法主管機關與法院與歐盟層級關係密切，歐洲法院有權調和內國法院對競爭法之見解，特別是匈牙利競爭法規範與歐盟如出一轍。因此本案雖並非直接適用TFEU Art. 101(1)，但歐洲

---

50 C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, 4 June 2009, para. 29; C-209/07 BIDS, para. 29.

51 *Supra* note 45, para 50.

52 T-587/08 Fresh Del Monte v. Commission, 14 March 2013.

53 C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt and Others v Gazdasági Versenyhivatal*, 14 March 2013.

54 *ibid*, para 35.

55 *ibid*, para 36.

法院有權進行解釋。

其次歐洲法院指出，此類將銷售保險與維修費率兩種獨立且不同種類服務連結之協議，並不會當然構成目的性之限制競爭，但卻是衡量其是否傷害正常市場競爭功能的重要指標。此外，必須考慮此等協議，影響所及並非一個而是兩個市場，也就是「汽車保險市場」及「維修服務市場」[56]。特別是就汽車保險市場而論，不能排除透過此類協議，Allianz與Generali有藉此擴大市占率之意圖。因此若兩家保險公司之間有目的為分割市場的水平聯合協議或一致性行為，則極有可能構成「目的性限制競爭」。而本案佐審官亦在其意見中，分別就該等協議對「汽車保險市場」及「維修服務市場」兩者之影響進行分析。

至此，歐洲法院已然確定即便是在目的性限制競爭之情形下，亦必須界定市場。歐洲法院更進一步指出，為了確定此類行為是否有排除或嚴重弱化市場競爭，內國法院必須就市場結構、替代之產銷管道及其重要性與市場支配力進行檢視。

由此一發展可見，歐洲法院對於「目的性限制競爭」之要件轉趨保守，以避免執委會過度擴張適用。此外，若根據其文字認為有可能是「目的性限制競爭」之行為，仍必須細緻分析其可能對市場競爭的傷害，此時即隱含了對相關市場考量。因此不論是「目的性限制競爭」或是「效果性限制競爭」行為，都應認為需市場界定。

三、聯合行為與市場效果

(一) 市場效果判斷

根據執委會之見解，若認定一行為之「目的」即為限制競爭，則無需證明其對於市場競爭確實之影響，而可認為系爭行為違反TFEU101(1)。此等假設是建構在該行為之嚴重本質，及經驗顯示此等目的即為限制競爭之行為可能(likely)會造成市場負面的影響[57]。然而歐洲法院又指出，必須要有「足以傷害競爭」之程度。因此，TFEU Art. 101(1)應如何判斷市場效果？特別是在可能視為「目的性限制競爭」行為的情形下，是否需要證明市場效果或證明到何種程度，就是本文以下聚焦探討的問題。

1. 莫衷一是的市場效果判斷

歐盟執委會的態度對市場效果判斷相對清楚。若是「目的性限制競爭」，

56 *ibid*, para 42.

57 Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), para.21.

則無需考量市場效果。但若是「效果性限制競爭」，則必須進行完整市場分析以判斷市場效果。如僅是市占率超過微量原則之上限，或基於系爭雙方市占率不得適用豁免原則之情形，並不足以構成「效果性限制競爭」，必須逐案評估系爭行為所可能造成之可察覺影響，始得該當。

具體判斷之方式，需注意下列3點。首先，不僅是考慮現時之效果，潛在之效果也應納入考慮。第二，效果必須足以影響到市場競爭參數，例如價格、產出、品質或創新等[58]。若是該行為足以影響系爭事業決策之獨立性，且該影響是基於系爭行為所要求之義務，或透過該行為造成誘因的改變，如此都可視為滿足可察覺影響要件。在相關市場中，可能造成限制性效果之行為，大致上可包含如價格提高，減少產能，商品品質、種類與創新之聯合等。第三，評估一水平聯合協議其是否該當TFEU Art. 101(1)，應將評估時的現況（有協議的情形）和沒有該協議時的假設現況進行比較，也就是所謂的反向推論。因此，為了證明實際或確實限制競爭之效果，必須將競爭者間及競爭者與第三人間之競爭情形納入考量，特別是那些若沒有系爭協議存在而有可能產生的潛在或實際競爭者。

歐洲法院早在Société Technique Minière 案，第一次提出「足以有害理論」(sufficiently deleterious)。該判決將效果的判斷區分為兩部分，首先需檢視限制協議行為之全部或一部是否會對競爭帶來「足以有害」的影響，若無法直接判斷，則必須針對行為之結果，分析是否會使市場競爭受到妨礙、限制或扭曲[59]。但差不多同時間的Consten & Grundig案[60]，則認為只要該行為有「顯露」(appear)其「目的」為限制競爭，無須考慮任何具體效果。較近期之Pierre Fabre案[61]，則又認為必須等到「確認」(established)其「目的」為限制競爭，才無需檢視效果。2013年之Allianz案則是提出，在「目的性限制競爭」的情形下，僅需證明對競爭之潛在影響即足，也就是是否傷害「正常市場競爭之功能」[62]。至於影響程度，僅是用以決定其後罰鍰或損害賠償之金額。若其合意內容並未輕易看出是否足以有害競爭之情形，始需進一步全盤具體檢視是否有妨礙、限

---

58 Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (2011/c 11/01), para 27.

59 C-56/65, *Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH* (M.B.U.), 30 June 1966, , para 249.

60 Joint Cases C-56/64 and other, *Consten & Grundig v. Commission*, 13 July 1966, p.342.

61 C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique v. Commission, 13 October 2011, para. 34.

62 C-32/11, supra note 50, para 35.

制或扭曲歐盟共同市場競爭的效果。

因此，似乎可以看出，近年來歐洲法院在市場效果的評估上，區分成兩個層級。若是聯合行為之目的本身即是限制競爭，僅需達到「足以有害市場競爭」之輕度標準即可。但若無法直接判斷行為之目的，或「足以有害市場競爭」標準無法輕易判別，則對市場競爭的影響就必須達到「具體效果」標準。

2. 歐洲法院Cartes Bancaires案之啟發

2014年Groupement des Cartes Bancaires (CB)案[63]為一指標性案件。CB group由法國主要銀行所組成，用以管理不同銀行間支付及提款系統，CB group 則要求發卡銀行負擔特定費用，例如針對發卡不活躍的會員收取額外費用。2007年執委會認為CB group 針對新成員費用相關之措施會使銀行卡費用偏高，不但對後進者會形成進入障礙，也維持了主要會員的利益，因此同時滿足「目的性限制競爭」與「效果性限制競爭」，且不符合豁免例外，違反Art. 101(1)[64]。特別一提者，執委會在於本案如同前述MasterCard案一般，判斷系爭行為是目的性或效果性限制競爭之前，先就相關市場進行分析，確認產品市場為銀行卡支付市場，而地理市場則為法國。CB向歐盟普通法院提起訴訟。2012年普通法院認為執委會有理由，此類價格措施之目的即在限制競爭，因此無需進一步檢視系爭措施是否會造成競爭市場之影響[65]。

歐洲法院首先指謫普通法院不應完全仰賴執委會對於本案評估，而以此躲避自己應深入為之的法律與事實分析，特別是不應過度跟隨執委會對具有經濟本質法律事務之見解[66]。其次認為普通法院錯誤適用「目的性限制競爭」之要件，也就是未檢視系爭行為是否顯示「足以傷害競爭」之程度[67]。誠然CB所提出之措施有可能造成障礙，但也是為了避免部分銀行搭便車之行為，使得整體支付體系受到不利影響[68]。「目的性限制競爭」，特別是如約定價格之核心卡特爾，之所以無需證明具體對於競爭影響之實際效果，在於根據經驗顯示，此類行為通常對價格、商品服務之品質或數量都會有負面影響，並傷害資源分配。還若要求證明此類行為對市場競爭影響之確實效果，似乎顯得多餘[69]。反

63 C-67/13P , *Groupement des cartes bancaires v. Commission*, 11, September 2014.
64 Commission decision COMP/D1/38606—Groupement des cartes bancaires “CB”.
65 Affaire T-491/07, *Groupement des cartes bancaires v. Commission*, 29 November 2012.
66 *Supra* note 60, para. 46.
67 *Supra* note 60, para. 57.
68 *ibid*, para 75.
69 *ibid*, para 51.

之，若不是這類達到一定足以傷害競爭程度之行為，則必須證明其影響之確實效果[70]。

而普通法院認為「目的性限制競爭」要件應該限縮解釋之想法更是錯誤。歐洲法院清楚指出，「『目的性限制競爭』應僅適用於特定型態，且具備足以傷害競爭程度之事業間聯合行為。若非如此，執委會將免除系爭行為實際影響市場之舉證責任」[71]。於此，本案佐審官甚至更明白的指出，判斷一行為是否符合「目的性限制競爭」要件，必須是從經驗與經濟之角度，「能夠明顯辨別與證明其有害特質者。而不是該行為具有多重效果或輔助效果為限制競爭者」[72]。

此外，歐洲法院認為普通法院對於市場界定之認定是有誤的。此處市場應是指整個支付系統，而非僅限於銀行卡支付系統[73]。是故，以現有的證據與陳述，歐洲法院認為沒辦法肯認系爭行為符合「目的性限制競爭」要件，特別是普通法院無法舉出系爭行為為何有可能造成市場上負面影響，因此發回普通法院就系爭行為之效果重審[74]。最後普通法院基於歐洲法院之見解，在拒絕執委會限制CB未來不得為相同或類似性質約定之情形下，駁回多數CB的主張，認為其措施確實具有影響市場競爭之效果，為效果性限制競爭[75]。

(二) 微量原則

構成TFEU Art. 101(1)之例外，除了前述基於TFEU Art. 101(3)促進產品製造與配銷、技術及經濟進步，同時給予消費者合理比例利益之原因外，系爭行為妨礙會員國貿易之情形，若是未達到可察覺之情形，亦可豁免。由於歐洲法院向來於判決中強調此點，執委會於2001年首次針對此一原則訂定「不適用TFEU Art. 101(1)之影響較小協議注意事項」（Notice on agreement 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，微量原則注意事項）[76]，針對實際或潛在競爭者間相關市場占有率合計小於5%，及非競爭

70 *ibid*, para 52.

71 *Supra* note 60, para. 58.

72 Opinion of advocate general WAHL, C-67/13P , *Groupement des cartes bancaires v. Commission*, 27 March 2014, para. 56.

73 *Supra* note 60, para. 76.

74 *Supra* note 60, para. 99.

75 T-491/07 RENV, *Groupement des cartes bancaires v. Commission*, 30 June 2016.

76 另可參考執委會2014年公佈，2015年6月修正之Commission staff working document—Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice. [C (2014)4136 final]。

事業間協議，市占率小於10%者不適用TFEU Art. 101(1)。透過此等原則之建立，推定事業若是市占率在一定比例以下，其行為應不致足以影響市場秩序而不構成聯合行為。

2014年，執委會基於兩個原因修正微量原則注意事項。首先由於歐洲法院於2012年之Expedia 案揭示若協議的目的即為限制競爭，則不論市占率如何，皆不能適用微量原則。此點明確排除了如核心卡特爾之類的行為，市占率即便低於一定比例，亦不能透過微量原則排除。但原則上仍有可能適用TFEU Art. 101(3)。

其次是為了與其他2001年後發布之相關處理原則與注意事項調和，因而於2014年8月30日公佈了新版微量原則注意事項。和2001年版本相較，2014年版的主要不同處有下列幾點：

首先，2014年微量原則注意事項將市占率提高至針對實際或潛在競爭者間相關市場占有率合計小於10%，及非競爭事業間協議，市占率小於15%者不適用TFEU Art. 101(1)。其次，不同供應商或經銷商間銷售商品或服務的類似協議會在市場上產生累計效果者，新增倘其市占率小於5%，該等協議對市場競爭不具實質影響。第三，一致化不適用微量原則之行為。除了規定在其他處理原則、注意事項或未來可能產生之集體豁免中的核心限制競爭行為，執委會列出3項行為，包括約定售出價格、限制產能、銷售及分配市場或消費者，皆不適用微量原則。第四，中小企業間之協議原則上皆適用微量原則。

微量原則和TFEU Art. 101(3)例外最大的差別在於，前者僅是因為對於競爭之影響微小，而非像豁免例外之案件對於整體競爭有所貢獻，因此不論是執委會或是法國實務見解[77]皆認為微量原則不具拘束力。而執委會在其微量原則注意事項中亦指出，該通知不得拘束司法判決及各國競爭委員會，需由法院及各國競爭委員會就個案判定是否援用微量原則，使其脫離聯合行為之認定。

法國受到歐盟影響，亦於法國商業法第L.464-6-1中規定微量原則。儘管基本規範如出一轍，有兩點是法國與歐盟不同之處。首先，適用公共採購法之契約，因其性質影響經濟甚鉅，不適用微量原則。此外，針對垂直聯合的獨家交易安排之情形，法國商事法典第L.464-6-1亦未有不罰之規定。

補充說明者為，我國公平交易委員會對此原則之用詞為「微小不罰」，對於聯合行為微小不罰之認定標準係於相關市場之市占率總和未達百分之十者，

[77] CA Paris, 23 févr .2010 Sté Expedia ; RG No 2009/05544, Pierre Arhel, Entente, Répetoire de droit commercial, janvier 2015, n°34 .

推定不足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能。但微量原則應該是作為判斷是否落入聯合行為規範之範圍，而非處罰之評量。因此本文認為為避免爭議，似乎使用「微量原則」較能呈現此一原則之原始意涵及目的。

四、結論

如同前述，我國公平交易法第14條規定判斷聯合行為之最重要要件之一，就是必須足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者。關於如何判斷足以影響市場功能，學說及實務上已有相當討論[78]。不論是從經濟學角度之市場占有率或參與人數檢視，或是從法律角度之具體危險說或抽象危險說作為依據，都會影響最後是否成立聯合行為之判斷。但在我國實務操作上，由於法規限制，無論何種態樣之聯合行為，理論上皆需進行市場界定與市場效果判斷，而並非如美國認為聯合行為本質上違法(per se illegal)，或是如歐洲區分目的性與效果性限制競爭，而有不同判斷方式。一方面造成主管機關之負擔，另一方面也使得在部份案例中，市場界定與市場效果判斷徒具形式，而非實質上進行詳細之分析。

歐盟法院判決在過去幾年針對此一議題非常活躍。特別是過往較少討論的「目的性限制競爭」，也就是何種行為會因為被認為有妨礙、限制或扭曲歐盟共同市場競爭之目的，及被TFEU Art. 101(1)所禁止。而根據目前執委會的概念，若一行為被定義為「目的性限制競爭」，可能會有3種效果。首先，由於其目的即為限制競爭，因此幾乎直觀的被視為違反TFEU Art. 101(1)。其次，幾乎沒有適用TFEU Art. 101(3)之餘地（在集體豁免中更是直接排除適用核心卡特爾），也無法適用微量原則。最後，若是經執委會或是內國主管機關調查確認，通常會被課以高額罰鍰。

由於此類行為大幅減少競爭法主管機關執委會之行政調查與舉證負擔，近年來執委會裁罰多以此一類型為基礎。但如同歐洲法院佐審官在CB案中所言，「不受控制的擴張『目的性限制競爭』行為之範圍，對於證據與舉證責任原則之維持，是相當危險的」[79]。因此歐洲法院嘗試於個案中，詳細分析應如何判斷違法之聯合行為必須對市場有一定影響，而該影響應至何種程度，殊值我國對於判斷「足以影響」之參考。

然而，歐洲法院與執委會的不同見解，甚至歐洲法院自己判決中之歧異，

78 汪渡村，公平交易法，五南出版社，頁99以下。

79 *Supra* note 69, para 57.

對於法確定性的維持、可預測性及整體產業經濟狀況，未必有利。而內國法院也因為各國特殊社會產業結構，有時也會和歐洲法院有見解不同之處。在越來越強勢的執委會帶領下，歐洲競爭法其後之發展值得期待。

參考文獻

一、中文部分

1. 汪渡村，公平交易法，五南出版社。
2. 林宜男，歐盟競爭法攸關卡特爾議題之研析，收錄於洪德欽、陳淳文主編，歐盟法之基礎原則與實務發展（下），2015.6，臺大出版中心，頁41-87。
3. 莊春發，聯合行為相關問題研究—行為主體、意思聯絡、市場範圍之界定，競爭政策研究，第七卷第三期，2003.05，頁3-27。
4. 許曉芬，從歐洲醫藥產業看智慧財產權與競爭法之交錯，萬國法律，203期，2015年5月，頁29-41。
5. 謝國廉，歐盟競爭法之架構與範圍：以反競爭協議與濫用獨佔地位之規範為中心，收錄於洪德欽、陳淳文主編，歐盟法之基礎原則與實務發展（下），2015.6，臺大出版中心，頁1-39。

二、外文部分

1. ARHEL P., Entente, Répertoire de droit commercial, Dalloz, janvier 2015.
2. European Commission (2014), EU Competition Law—Rules Applicable to State Aid (Situation as at 15 April 2014).
3. European Commission (2013), EU Competition Law—Rules Applicable to Merger Control (Situation as at 1st July 2013).
4. Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (27.4.2004), OJ C101/97.
5. Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (14.1.2011) 2011/C 11/01.
6. 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.
7. European Commission, Guideline on Vertical Restraints (2010/C 130/01).

8. JONES A., Left Behind by Modernisation? Restrictions by Object Under Article 101(1), European Competition Journal Vol. 649, 2010.
9. VOGEL L., French Competition Law, LawLex, 2012.

評論

與談人：黃銘傑（臺灣大學法律學系教授）

我國公平法聯合行為的制度設計，採原則違法、例外許可，亦即無論卡特爾是好是壞，均屬當然違法，除非事業事前向公平會申請許可。而此項規範是否合理，我們可否從「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者」要件之解釋，達成外國法針對惡質卡特爾採當然違法，而其他卡特爾違法性之判斷，則採取合理原則之方式，解決許可卡特爾以外之聯合行為，縱使其占有率已達到相當於一般所認為「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」之程度，但考量其對於競爭之正面影響，亦可認定其屬合法行為。此際，傳統的微小不罰之原則，並無法解決此一問題，蓋當現行公平法對於市場影響程度需達到「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」之程度時，方得認定其違法；則所謂市場占有率5%、10%之微小不罰門檻，根本無法認定其有「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」之可能。此一認知，對照於現行公平法第20條的對市場影響效果之「限制競爭之虞」要件，更為明顯。「限制競爭之虞」是一種危險性，因系爭行為的實施，市場競爭實際上並未受到限制，而是有此可能性、蓋然性，更不可能達到聯合行為規範所要求「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」之市場效果要件。公平會實務運作對於「限制競爭之虞」的解釋與適用，以系爭事業擁有10%以上的市場占有率為前提，超過此一市占率門檻後，在就系爭行為的促進競爭效果、限制競爭效果等各種因素通盤考量後，再認定其違反有無。若此，則「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」要件所要求之市場占有率，理當遠遠高於「限制競爭之虞」的10%之市占率，同時亦遠高於微小不罰之5%或10%的市占率。在我國公平法聯合行為規範對於對市場影響效果的要求，明文規定為「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」的情況下，微小不罰概念理當在我國沒有適用空間，公平會不僅要放棄此一原則，同時就劉姿汝教授文章中所批評的以系爭事業全部市場占有率僅有1.7%、5.4%，就可以認定其該當於聯合行為構成要件，滿足「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」之市場影響，非常令人匪夷所思，更確信公平會的市場界定錯誤的相當離譜，其經濟分析能力及經濟學基本概念的認知，都有必要加強。

閉幕式　邱副主任委員永和閉幕致詞

各位貴賓、各位先進、各位同仁：

經過一整天的熱烈研討，第23屆「競爭政策與公平交易法學術研討會」即將結束，謹代表公平會感謝各位的熱情參與。首先是在本次研討會中，擔任主持人、專題演講人、論文報告人及與談人的所有學者專家，因為各位的付出，使得這場研討會能夠精彩豐富；同時感謝在座的來賓，因為你們的參與讓研討會能圓滿成功，謹向各位致上最真摯的敬意。

衡酌當前全球經濟核心的動向，在於創造一個自由、公平且有效率的市場競爭環境，但隨著自由開放的競爭環境急速發展，使競爭法的執行面臨更嚴峻的挑戰，而身為競爭法之主管機關，如何建立合乎本國及國際競爭環境的競爭政策、提升機關解決問題的能力，是公平會責無旁貸的工作。為有效防止事業限制競爭與不公平競爭行為，並因應國內外環境情勢變化，自公平交易法施行以來，迄今已進行了7次修法，期能建構兼具「全球接軌，在地實踐」特質的競爭法，以建立市場自由、公平的競爭環境，提升產業及國家的競爭力。未來本會將賡續推動年度競爭倡議計畫，透過多元化的宣導管道，傳揚公平交易法理念，並以「公平交易法最新修正重點」、「寬恕政策」及「檢舉違法聯合行為獎金制度」為重點，加強對各界倡議。

本次研討會中，各位學者專家針對「產業競爭」及「聯合行為」發表了報告，對於流通事業、藥品專利、聯合行為之合意推定、聯合行為之市場界定與市場效果等相關問題有著相當廣度與深度的討論，對於本會在案件的處理及政策的擬訂上，將有莫大的助益，相信本會同仁在聽取各位的寶貴意見後，必能有深切的領悟。

最後，謹代表公平會再度感謝大家的參與，也希望各位能不吝指教，持續給予公平會支持與鼓勵。敬祝各位身體健康、萬事如意！

第一屆「競爭政策與公平交易法學術研討會論文集」收錄論文目錄

獨占事業濫用市場地位價格行為認定方法之研究
吳秀明

加速公營獨占事業開放之研究
施俊吉、林啟智、周崇輝

產物保險共保行為與公平交易法之適用關係
廖述源

價格決定機制之研究
施俊吉、劉孔中

反傾銷與競爭政策之關係
劉孔中、施俊吉、朱雲鵬

多層次傳銷評鑑系統之驗證與修正
陳立信、張正賢、楊明宗

WTO架構下智慧財產權與競爭法之關係
羅昌發

公用事業營業章程與公平交易法關係之檢討
黃茂榮

「政府採購與公平交易法之相關性」研究
范建得

交通運輸業與電信業有關解除管制及競爭法適用問題之研究
王國樑

各國解除管制工作之研究
朱雲鵬

第二屆「競爭政策與公平交易法學術研討會論文集」收錄論文目錄

論公平法結合管制對加盟連鎖行為之規範—以統一超商為例
范建得

便利商店反托拉斯市場的界定
莊春發

加盟事業便利商店市場的界定及其行銷通路之探討
李仁芳

公平法有關不公平競爭行為，應如何適用「合理原則」或「當然違法」原則
林廷機

智慧財產權耗盡問題與公平交易法
林克敬

我國與各國多層次傳銷事業退貨條件與處理原則之比較
李仁芳、張愛華

參加多層次傳銷事業支付一定代價之研究
范建得

公平法第三十六條「先行政後司法」之法律分析
陳櫻琴

公平交易法案件之團體訴訟
陳洸岳

第三屆「競爭政策與公平交易法學術研討會論文集」收錄論文目錄

聯合行為構成要件之研究—第一部分：同業公會聯合行為之責任
蕭文生

聯合行為構成要件之研究—第二部分：避難到不公平競爭的聯合行為管制—公平法第十四條與第十九條第四款適用關係之釐清
吳秀明

公平交易法第七條有關聯合行為之規定究屬概括規定或屬列舉性規定之研究
吳秀明

有線電視頻道節目業者與播送系統業者垂直結合之競爭規範及許可衡量標準之研究
石世豪

區域性獨占、區域性整合與自然獨占：有線電視業涉及公平交易法之問題
柯伯昇

有線電視產業之通路競爭、福利分析與政策效果
吳基逞

電信市場競爭政策與法律問題
劉紹樑

論推薦廣告之規範—以美國經驗為例
范建得

當前關於結合管制之重要問題
黃茂榮

公平會獨立性相關問題之研究
陳櫻琴

掠奪性定價認定方法之實證研究：Areeda-Turner成本基礎法初探
單驥、莊春發、馬泰成、謝仁弘

我國油品市場相關問題之研究
許志義

我國油品市場管理法規相關問題之研究
范建得

國內新聞報業競爭規範之研究
李仁芳、陳文玲

台灣職業證照制度與市場競爭
李誠、郭穎昌

第四屆「競爭政策與公平交易法學術研討會論文集」收錄論文目錄

網際網路發展與競爭法相關問題
　石世豪、程宗明

論網路上智慧財產權之保護與不公平競爭—商標與著作權爭議為例
　馮震宇

電子商務不公平競爭行為規範的幾個初步觀察
　劉靜怡

公平交易委員會關於廣告之規範政策與實務的檢討
　黃茂榮

比較廣告之案例研究—以公平會調查程序為中心
　陳櫻琴

競爭政策下的民營化策略—以電力事業為例
　林克敬

「公平交易法」對結合案件之境外管轄權問題研討
　林宜男

房屋仲介業之市場結構與行為管制—兼論公平交易法之規範
　本會第一處

策略聯盟於公平交易法之探討
　彭康麟

電信業價格上限管制之誘因機制
　蔡蕙安
台灣電信產業競爭化的市場結構設計
　林健次、蔡吉源

OECD國家對專業人員服務競爭問題規範之研究

王文宇、劉孔中

我國公平交易法垂直限制行為執法實務之檢討—兼論歐盟、德、法、美、日垂直限制規範

本會第二處

國際化與自由化政策下，產地標示與不公平競爭之關係

本會第三處

競爭政策之內涵及其於國家經濟發展應扮演之角色

本會法務處

競爭政策與貿易政策之互動

本會企劃處

第五屆「競爭政策與公平交易法學術研討會論文集」收錄論文目錄

從公平競爭觀點論電業自由化之發展願景與管制制度之建立
許志義

從日本解除管制經驗檢視我國解除管制作法與方向
紀振清、黃銘傑

未受「專利法」保護之標的是否可受「公平交易法」之保護
林宜男

聯合採購的型態與適用條件
王忠宗

從依賴性理論探討相對市場優勢地位-以公平法立場之研析適用
吳秀明

OECD對競爭政策的處理及其對多邊體制之影響
黃立

BOT招標階段資格限制與公平交易法之研究
莊春發、徐芳霞

公平交易法與政府採購法對「BOT中交易相對人選擇自由與融資」的規範
謝杞森

事業垂直限制行為之公平法適用問題研究—以非價格垂直交易限制為核心
黃營杉、范建得

圖書限制轉售價格法制
王銘勇

論美國反托拉斯法對搭售安排「個別產品」要件之認定標準
陳志民

第六屆「競爭政策與公平交易法學術研討會論文集」收錄論文目錄

電信產業競爭規範之研究
劉紹樑、劉崇堅、莊春發

四C整合趨勢下有線電視產業競爭規範之研究
石世豪、蔡志宏

網際網路之發展及其競爭規範初探-技術與法律之分析
陳光禎、劉孔中

從競爭觀點來觀察電子商務產業環境
謝穎青

合作研發與國家創新系統
李仁芳

桶裝瓦斯勞務配送中心與公平交易法相關分析
莊春發

公平交易法不實廣告與詐欺罪之界限
王銘勇

不實廣告保護法益之研究-「廣告詐欺罪」之省思
陳櫻琴

第七屆「競爭政策與公平交易法學術研討會論文集」收錄論文目錄

就競爭法觀點論供油業者之關鍵設施共享
張玉山、李淳

加油站區域市場劃分暨垂直性限制條款與公平交易法之相關性分析
梁啟源

我國家用液化石油氣市場開放後之結合競爭問題與公平交易法之關係
莊春發

數位網路產業之競爭政策與競爭規範
劉孔中

競爭法對流通業經營行為規範之研究—以附加費用收取行為為中心
黃營杉、黃銘傑、吳師豪

教科書及參考書市場交易行為與公平交易法之適用性研究
吳秀明、趙義隆

跨國事業結合競爭相關問題及其經濟影響之分析
陳坤銘、吳秀明

仿冒未受專利保護之新式樣與不公平競爭規範
張懿云、林廷機

公平交易法第 46 條修正後適用問題之研究
蘇永欽、范建得

寡占市場「一致性行為」之證據認定方法及其濫用市場地位行為規範
—由 Container Corp.案探討交換資訊行為
張明宗

醫療市場競爭規範之建立初探
陳志民

基礎設備理論於醫療事業之適用與檢討
紀振清

第八屆「競爭政策與公平交易法學術研討會論文集」收錄論文目錄

產業自由化、國際化與競爭政策：兼以台灣石油及石化業為例
許志義

從各國競爭法主管機關職掌探討公平會的組織調整
胡祖舜

競爭政策與產業政策的替代與互補
莊春發

競爭政策與管制政策之取捨與協調：以公用事業為例
張玉山、李淳

公平交易法對贈品贈獎促銷行為之規範
鄭家麟

網路傳銷組織之研究-案例觀察與評析
陳櫻琴

上游廠商標示建議價格行為與公平交易法第18條之關係
王銘勇

我國 IC 產業與其相關市場廠商競爭行為之研究-以事業結合行為為例
施錦村

我國及先進國家對瘦身美容案件之處理實務及法規依據
朱蔚菁、李文秀、殷世熙、杜幸峰

第九屆「競爭政策與公平交易法學術研討會論文集」收錄論文目錄

公平交易法在知識經濟發展中的角色
　吳榮義、劉孔中、林欽明

WTO 新回合談判我國關於競爭政策應有之立場
　羅昌發、楊光華

公平交易法對金融機構結合行為之規範及審查原則之研究
　薛琦、劉紹樑、李存修、張明宗

電腦印表機、電梯等事務機器之主產品與其耗材、零組件及維修服務等附屬產品間市場交易行為與公平交易法適法性之研究
　方文昌、謝立功、蘇聖珠、陳芳萍

網路產業發展與策略聯盟競爭環境
　承立平、陳菁瑤

公平交易法第 20 條、第 24 條適用於仿冒商品（服務）外觀案件之研究
　劉孔中、謝杞森

公平交易法對於加盟契約適用之研究
　趙義隆、陳志民、吳瑾瑜

參加人解除契約或終止契約退貨之權利保障對多層次傳銷管理之必要性研究
　陳得發、楊芳玲、王昭雄

事業以聯合行為或濫用市場地位調漲價格經處分後，要求回復原價之探討—美國反托拉斯法之分析
　陳志民

從公平交易委員會依法獨立行使職權之觀點，檢討現行行政爭訟制度
　蔡秀卿、陳榮隆

第十屆「競爭政策與公平交易法學術研討會論文集」收錄論文目錄

知識型新興產業之公平競爭規範
范建得

網路不公平競爭行為與公平交易法-以Hyperlinks、Frames、Meta-Tag、Keyword-Advertising為例
林克敬

公平交易法對網域名稱規範之檢討
王銘勇

聯合行為之採證與例外許可項目之研究
劉孔中、黃茂榮

信用卡業務聯合行為之研究—聯合信用卡中心運作現制之檢討
王文宇

人造纖維製造業市場行為與公平交易法適用性研究
陳榮隆、林肅

油品市場自由化與限制競爭因素的探討
張玉山

著作權法與公平交易法關係之研究
謝銘洋、張懿云

經濟理論的競爭觀在執行反托拉斯管制上的定位與應用
莊春發、李顯峰

競爭法主管機關在管制革新中應有的角色
曾明煙、胡祖舜、許俊雄

我國自來水市場解除管制可行性之研究
虞國興、康世芳、胡名雯

比較廣告資訊揭露完整程度與不正競爭相關問題研究
　趙義隆、祝鳳岡、謝杞森

公平交易法對多層次傳銷定義相關問題之研究
　徐火明、張芳嘉、鄭啟揚

加入 WTO 後，我國汽、機車產業競爭行為與公平交易法適用之探討
　李培齊、張紘炬、張力、李家悅、黃凱溶

第十一屆「競爭政策與公平交易法學術研討會論文集」收錄論文目錄

小麥聯合進口制度及其管理方式之探討
劉孔中、馬泰成

寡占市場廠商價格跟隨行為規範之研究
陳坤銘、溫偉任

聯合行為寬恕減免責任條款之研究
王銘勇

事業共同研發聯合行為例外許可申請審查原則及其基準之擬議
范建得、莊春發

我國民生氣體燃料市場競爭機制之引進與公平交易法之關係
莊春發、陳志民

公平交易法對流通事業垂直交易限制行為之規範
許英傑、黃銘傑、黃慧玲

公平交易法對公司名稱規範與保護及範圍
林國全、馮震宇

公平交易法對廣告隱藏條件、負擔、限制等行為之規範研究
何之邁、劉美琪

可計算一般均衡模型應用於競爭政策之可行性研究
李秉正、徐世勳、林國榮、楊浩彥

公平交易法對金融控股公司之規範
王泰銓、王志誠

第十二屆「競爭政策與公平交易法學術研討會論文集」收錄論文目錄

海運同盟國際卡特爾與競爭政策之關係
林克敬

國民中小學教科書、參考書相關市場管理及公平交易法對其市場銷售行為規範之研究
黃銘傑

公平交易法第 21 條有關廣告行為主體認定之研究
劉姿汝

公平交易法、銀行法及刑法詐欺罪對吸金行為規範競合之研究
王銘勇

台灣媒體在廣告市場競爭關係之研究
莊春發

第十三屆「競爭政策與公平交易法學術研討會論文集」收錄論文目錄

日本獨占禁止法對相對優勢地位濫用之規範
顏廷棟

事業結合規範之再檢討
劉姿汝

維持轉售價格的研究
莊春發

禁止營業誹謗之研究
張麗卿

不法比較廣告之研析— 2004 年台灣案例
余朝權、林金郎

不動產不實廣告建商與代銷商法律責任之研究
李憲佐

因應行政罰法施行，公平交易法與其他行政法規競合問題之研究—以不實廣告為中心
張其祿

交通運輸產業之競爭規範
張懿云、賈凱傑、陳麗娟

保險仲介人之居間行為與公平交易責任研究
冉弘毅、謝紹芬

行政院公平交易委員會處分之司法審查範圍—以認定事實為核心
王銘勇

第十四屆「競爭政策與公平交易法學術研討會論文集」收錄論文目錄

我國獨立機關建制之商榷
蔡茂寅

建立多層次傳銷事業專業評鑑制度及評鑑指標之研究
洪鉛財、羅彥棻、池曉娟

著作權仲介團體與卡特爾規範之研究—以德國及歐盟卡特爾法為中心
張懿云

論水平結合管制的準則—總體經濟利益與限制競爭不利益
莊春發

全球100大銀行及100小銀行之績效—台灣的銀行與它們的相同與相異及台灣的銀行競爭程度
沈中華

台灣有線電視產業成本特性與市場力量之探討
王國樑、張美玲

國內油品產業結構、廠商行為與競爭法規範
許松根、馬泰成、顏廷棟

健保十年，醫療服務產業的演化
蔡偉德、劉育昇

第十五屆「競爭政策與公平交易法學術研討會論文集」收錄論文目錄

台灣金融業結合案例之經濟效益評估-金控公司範疇經濟衡量
黃美瑛

金融產業與公平競爭
謝易宏

銀行業虛偽不實廣告之研究
莊春發、林宗鈞

寬恕政策實施子法之研究
顏廷棟

多層次傳銷事業自我評鑑之建立與執行研究
陳得發、王昭雄

專利權與公平交易法之交錯—論標準制定涉及之專利權行使與限制
李素華

「著作權警示」對不公平交易的影響
林利芝

論台灣有線電視產業的競爭政策
莊春發、柯舜智

無線電頻譜市場管制模式之探討—以頻譜財產權制度為核心
林俊宏

連鎖便利商店收取附加費用行為之探討
余朝權、吳成物、陳韻珊

公司治理與競爭法之交錯—以公開收購下競爭收購者間停止競爭協議之法律規制為核心
朱德芳

第十六屆「競爭政策與公平交易法學術研討會論文集」收錄論文目錄

「統一定價」與「競爭機制」—液化石油氣產業之研究
　莊春發

不動產經紀業之管理法制與不公平競爭
　陳明燦

電信產業跨平臺結合之競爭規範—在利益與不利益之間
　劉孔中、周韻采、簡維克

日本獨占禁止法對於技術授權行為之規範—兼論對我國公平法規範之啟示
　顏廷棟

論智慧財產權與不正競爭防止法上補充成果保護間之關係—由德國法、歐體法與日本法看我國商標法與公平交易法之修正
　許忠信

消費者福利、消費者保護、及競爭政策
　陳志民

消費爭議與公平交易法
　劉姿汝

第十七屆「競爭政策與公平交易法學術研討會論文集」收錄論文目錄

薦證廣告與薦證者之責任
謝杞森

公平交易法對於事業囤積惜售及哄抬價格行為適用之可行性研究
顏廷棟、馬泰成、王泰昌、黃郁雯

公平交易法與其他法規競合競爭評估標準之研究—管制政策影響競爭之評估
陳和全、劉姿汝

電信網路接取服務批發價格之管制與實務—兼論防止垂直價格擠壓之檢驗方法
王碧蓮、黃郁雯、陳人傑、羅山珊

公平交易法對銀行業結合之評估—檢查表之設計與討論
沈中華、張大成、朱德芳、謝智源

金融海嘯下能源價格波動之競爭政策意涵
梁國源、曾明煙、顏承暉

我國油價設定影響因素之研究
李秉正、陳家榮、張雅涵

國際競爭法在競爭倡議上之發展及其引入國內之可行性
李淳、陳櫻琴、顏慧欣

從「飛利浦光碟案」看競爭法對技術標準相關專利聯盟之規範
李素華、林育廷

第十八屆「競爭政策與公平交易法學術研討會論文集」收錄論文目錄

從濫用相對優勢地位之觀點論競爭法對於加盟經營關係之規範
顏廷棟

廣播市場開放的多元化與地方化效果之研究
莊春發

智慧財產權之行使與不公平競爭—由（.tw）網域名稱註冊爭議，論商標權行使與不公平競爭
周天

各國競爭法對能源產業規範之研究
陳汝吟

網際網路產業之垂直整合對公平交易規範的啟示—以廣告字拍賣市場為例
劉楚俊、陳姿榮

結合矯正措施之研究
陳志民、陳和全

服務業的履約保證在公平交易法的適用—以不動產買賣、仲介及殯葬業為例
謝杞森

論隱藏式廣告於競爭法下之適法性—歐體指令、德國不正競爭防制法與我國公平交易法規範之比較觀察
林易典

第十九屆「競爭政策與公平交易法學術研討會論文集」收錄論文目錄

聯合行為例外許可對民生物價與市場競爭之評析
顏廷棟、馬泰成、黃美瑛、黃郁雯

從數位匯流相關產業之發展看公平交易法執法之挑戰
莊春發、陳志成

各國競爭政策與產業政策調和之研究—以能源產業為中心
莊春發、陳汝吟

流通業買方力量之經濟分析
吳世傑、曾靜枝、陳宏易

Strategic Selection of Direct Selling and Private Brand under Retailer Stackelberg
廖俊雄、曾貝莉

營業秘密之保護與公平交易法之關聯
章忠信

單方行為之研究
陳志民、陳和全

管制型產業行為在競爭法上抗辯之研究
陳志民、陳和全、葉志良

第二十屆「競爭政策與公平交易法學術研討會論文集」收錄論文目錄

論廣告促銷價併列原價之適法性—德國不正競爭防止法與我國公平交易法規範之比較觀察

楊宏暉

虛偽不實或引人錯誤案件之探討：以網路時代之薦證廣告為中心

王明禮

網路平臺在關鍵字廣告市場之中立性探討

童永年、蔡蕙安、陳思翰

浮動油價之檢討與因應

廖惠珠、陳筠淇

以歐盟規範與實踐論電信業垂直擠壓的管制

魏杏芳

最惠國條款與競爭法之案例研究

楊智傑

經濟分析方法於競爭法議題應用之研究—聯合行為

陳和全

非價格垂直限制適用「合理原則」之違法考量因素

陳志民、林益裕

第二十一屆「競爭政策與公平交易法學術研討會論文集」收錄論文目錄

專利權行使與公平交易法–藥品業產品跳躍行為之競爭法研究
王立達、邱靖芳

標準必要專利與競爭法
王銘勇

論聯合行為之認定–從超商咖啡案談起
劉姿汝

我國電業自由化違反競爭法行為態樣之探討
許志義 、王京明 、黃鈺愷

計量途徑的結合模擬–臺灣電信市場的實驗案例
陳和全

金控公司結合之研究
江朝聖

公平交易法對企業集團事業之結合管制
顏廷棟、馬泰成、林國彬

第二十二屆「競爭政策與公平交易法學術研討會論文集」收錄論文目錄

相關市場界定之論證要求--從行政法院相關裁判觀察
　廖義男

結合決定事後影響評估之研究
　陳嘉雯、胡偉民

買貴退差價對寡占廠商聯合行為影響之探討
　石宇軒、王俊傑

重要民生物資市場價格預警制度之研究
　歐陽利姝、王泰昌、林益裕、馬泰成

書籍價格拘束之研究—以德國為例
　陳曉慧

論低價利誘或其他不正當阻礙競爭者參與競爭行為
　王銘勇

競爭法與通訊傳播法管制之交錯
　黃郁雯

從濫用相對優勢地位之規範論加盟契約
　劉姿汝

第二十三屆「競爭政策與公平交易法學術研討會論文集」收錄論文目錄

從競爭法觀點探討流通事業行銷策略與消費者需求分析
徐雅慧、汪志勇、王震宇

藥品專利連結制度與競爭法規範之研究
張濱璿、顏雅倫

聯合行為之合意推定—美國反托拉斯法之比較法研究
顏雅倫

「其他合意」或無合意之聯合行為？—論歐盟競爭法「共同行為」要件之實務發展
謝國廉

聯合行為之市場界定與市場效果—日本獨占禁止法之比較法研究
劉姿汝

聯合行為之市場界定與市場效果—歐洲聯盟及法國競爭法之比較法研究
許曉芬

國家圖書館出版品預行編目資料

競爭政策與公平交易法學術研討會論文集. 第 23 屆
／公平交易委員會編著. -- 初版.--
臺北市：公平交易委員會，民 105.12
面；　公分
ISBN　978-986-05-1647-0 (平裝)
1. 公平交易法　2. 競爭　3. 文集
553.43307　105025312

第 23 屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集
編 著 者：公平交易委員會
發 行 人：吳秀明
出版機關：公平交易委員會
地址：臺北市中正區濟南路1段2之2號12樓
電話：(02)2351-7588
網址：www.ftc.gov.tw
出版年月：中華民國105年12月
版／刷次：初版一刷（300冊）
定　　價：新臺幣250元
展 售 處：國家書店松江門市
地址：104臺北市松江路209號1樓
電話：(02)2518-0207
五南文化廣場臺中總店
地址：400臺中市中山路6號
電話：(04)2226-0330
排版印刷：京峯數位服務有限公司
地址：新北市新店區中正路501-20號1樓
電話：(02)8667-5097

GPN ：1010503152
ISBN：978-986-05-1647-0（平裝）
本著作以報告人為著作人，享有著作人格權及著作財產權，發行機關得依著作權法第12條第3項規定利用該著作；他人僅限於非營利及標示著作人姓名之條件下，得利用本著作。