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」，收錄於经济法判例・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，「課徴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」，経済法判例・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」，経済法判例・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，静岡學術出版，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 厚谷襄兒，「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巻第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巻第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巻第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巻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，静岡學術出版(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巻第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。