

107 年委託研究報告 3

公平交易法上  
「安全港(safe harbor)條款」之研究

公平交易委員會  
中華民國 107 年 11 月

# 107 年委託研究報告 3

(PG10705-0015)

## 公平交易法上 「安全港(safe harbor)條款」之研究

受委託單位： 牛日正

研究主持人： 牛日正

協同主持人： 吳秀明

研究人員： 謝竺珊、朱基一

研究期程： 中華民國 107 年 5 月至 107 年 11 月

研究經費： 新臺幣 71 萬元

公平交易委員會委託研究

中華民國 107 年 11 月

(本報告內容純係作者個人之觀點，不應引申為本機關之意見)

# 目 次

表次.....	VII
提要.....	VIII
第一章 緒論.....	1
一、安全港之意義與特徵.....	1
(一) 安全港之意義.....	1
(二) 安全港之特徵.....	1
二、安全港之功能與政策考量.....	3
(一) 大小通吃之流刺網將產生寒蟬效應.....	4
(二) 優化執法資源之配置.....	4
(三) 導正事業之競爭行為.....	5
(四) 設置安全港制度之風險.....	5
三、安全港之存在形式.....	6
(一) 法律.....	6
(二) 命令.....	7
(三) 行政規則.....	7
(四) 行政解釋.....	8
(五) 法院判決.....	9

四、 安全港之類型.....	9
(一) 使實體構成要件不成立之安全港.....	10
(二) 阻止發動調查處分程序之安全港.....	10
(三) 改變舉證責任分配之安全港.....	11
五、 安全港門檻標準之決定.....	11
六、 本文架構.....	12
<b>第二章 聯合行為之安全港 .....</b>	<b>13</b>
第一節 緒論.....	13
第二節 歐盟競爭法上聯合行為之安全港.....	13
一、 規範基礎.....	13
二、 執委會「微小不罰公告」(De Minimis Notice)之重點.....	16
(一) 歐盟微小不罰公告所適用之合意種類.....	17
(二) 適用歐盟微小不罰公告之行為主體範圍.....	18
(三) 安全港之一般判斷標準.....	18
(四) 具有「累積效果」之協議.....	20
(五) 超過門檻之容忍範圍.....	22
(六) 安全港之排除—以限制競爭為目的之協議.....	22
(七) 安全港之法律效果.....	25

三、 歐洲法院之見解.....	28
四、 歐盟集體除外規則上之安全港條款.....	29
第三節 德國競爭法上聯合行為之安全港.....	31
一、 前言—歐盟整合下德國法與歐盟法之趨近調和 .....	31
二、 規範基礎 .....	32
三、 聯邦卡特爾署之「微小不罰公告」(Bagatellbekanntmachung) .....	32
四、 德國法院之見解.....	35
五、 準用歐盟集體除外規則上之安全港條款 .....	36
第四節 美國競爭法上聯合行為之安全港.....	37
一、 當然違法與合理原則對安全港的影響 .....	37
(一) 合理原則產生錯誤判斷的社會成本較高.....	38
(二) 合理原則判斷的行政成本較高.....	40
二、 聯合行為安全港條款之規範 .....	41
(一) 智慧財產權授權處理原則 .....	42
(二) 競爭者合作處理原則(Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors).....	44
三、 小結.....	48
第五節 日本競爭法上聯合行為之安全港.....	49

一、 制定背景 .....	50
二、 適用範圍 .....	51
三、 適用安全港條款之案例 .....	53
四、 小結 .....	56
第六節 結論 .....	56
<b>第三章 獨占管制之安全港 .....</b>	<b>59</b>
第一節 緒論 .....	59
第二節 美國競爭法上獨占管制之安全港 .....	59
一、 聯邦最高法院所建立之安全港條款 .....	59
二、 下級法院目前採取之觀點 .....	61
三、 小結 .....	63
第三節 日本競爭法上獨占管制之安全港 .....	64
第四節 德國競爭法上獨占管制之安全港 .....	66
一、 前言 .....	66
二、 推定事業具有支配市場地位之規定 .....	67
三、 支配市場地位推定規定之「間接安全港作用」 .....	69
第五節 歐盟競爭法上獨占管制之安全港 .....	70
第六節 結論 .....	72

第四章 垂直交易限制之安全港.....	74
第一節 緒論.....	74
第二節 歐盟競爭法上垂直交易限制之安全港.....	74
一、 規範基礎.....	74
二、 實務見解.....	75
三、 歐盟集體除外規則上之安全港條款.....	77
第三節 德國競爭法上垂直交易限制之安全港.....	80
一、 規範基礎.....	80
二、 實務見解.....	80
三、 準用歐盟集體除外規則上之安全港條款.....	81
第四節 美國競爭法上的垂直交易限制之安全港.....	82
第五節 日本法競爭法上的垂直交易限制之安全港.....	83
一、 獨占禁止法中關於垂直交易限制之規範.....	83
(一) 安全港條款與公平競爭阻礙性.....	83
(二) 公平競爭阻礙性.....	84
二、 處理原則中所建構之安全港條款.....	85
(一) 通路交易習慣處理原則.....	86
(二) 掠奪性定價與優越地位濫用.....	94

第六節 結論.....	96
<b>第五章 公平交易法上安全港之運用與檢討.....</b>	<b>98</b>
一、 聯合行為之安全港.....	98
(一) 現行法下欠缺明文的安全港條款.....	98
(二) 現行法下透過解釋導引出安全港條款之可能性.....	99
(三) 公平法上聯合行為安全港條款之檢討.....	103
二、 獨占管制之安全港.....	106
(一) 規範依據.....	106
(二) 公平法第 8 條的歷史沿革.....	109
(三) 公平法第 8 條之運作情形.....	110
三、 垂直限制競爭行為之安全港.....	114
(一) 安全港之規範基礎及適用範圍.....	114
(二) 垂直交易限制安全港之檢討.....	124
<b>第六章 結論與建議.....</b>	<b>127</b>
<b>參考文獻.....</b>	<b>133</b>



## 表次

表 1 歐盟運作條約第 101 條以限制競爭為目的或效果協議之比較表.....	25
表 2 歐德美日台關於水平聯合行為安全港之比較表.....	103
表 3 歐德美日台關於獨占管制安全港之比較表.....	114
表 4 歐德日台關於垂直交易限制安全港之比較表.....	123

# 提要

關鍵詞：安全港、聯合行為、獨占、垂直交易限制、微小不罰原則、集體除外

## 一、研究緣起

為了配合社會經濟的快速變遷，公平交易法（以下簡稱「公平法」）近年來有數次修正，在近年修法過程中，提升行政裁處效能一直是法制調整之重點。在 2011 年 11 月修正時，針對情節重大的聯合行為、獨占行為，明定公平交易委員會（以下簡稱「公平會」）得課處事業上一會計年度銷售金額百分之十以下罰鍰。在 2015 年 1 月全文修正時，違法的結合與一般限制競爭行為的上下限罰鍰金額的提高、行政裁處權時效的延長、同業公會等團體成員併罰規定的導入等，均可看出政府修法之宗旨與決心。

於強化行政裁處的同時，2015 年 1 月的修正亦致力於解決舊法下體系紊亂的問題，藉此提升公平法規定結構的合理性、明確性並減少事業投資的不確定性與遵法成本。例如將舊法第二章章名「獨占、結合、聯合」，修改為「限制競爭」；並將原先分類於第三章「不公平競爭」中的限制競爭行為，調整至第二章之中。藉由這樣的努力，也能釐清第二章與第三章規範性質上的差異。

公平法的不確定性，除了因為體系紊亂所產生外，法條適用範圍的抽象，也是一個重要的原因。公平法作為維護市場秩序的根本大法，必須適用於所有產業，並規範包羅萬象的行為，因此必然使得公平法的規定必須具有一定之抽象性、並使用許多不確定法律概念。但公平法規範限制競爭的目的，在於確保市場競爭的自由運作，若事業的規模較小，或行為態樣構成限制競爭之疑慮較低時，如按照法律文義仍然一視同仁的認為構成違法，將造成事業必須承擔不必要的遵法成本與風險，減低事業參進市場或

從事創新活動的誘因，產生一種「寒蟬效應 (chilling effect)」。此種結果能否有助於我國經濟發展的活潑，不無疑問。另一方面，競爭法主管機關也會因為規範的曖昧不明，疲於將寶貴的執法資源分散於疑慮較低的案件，使得更嚴重的案件無法獲得足夠關注，對於市場競爭的保護亦不能認為是最有效率的執法方法。

歐美德日等競爭法先進諸國均存有「安全港條款 (safe harbor rule)」之概念，其乃係由法律規定對於某種違法行為類型劃出之一定門檻標準，凡未達此一標準者，將被認為不構成違法，就事業而言，其行為只要不逾越此界線，即屬合法，不虞有被處罰之可能，故稱之為「安全港」。競爭法上如有完善之安全港制度，將有助於執法標準之明確化。就主管機關而言，得以將執法資源集中於影響較大之案件；就事業言，則可導正其行為盡量留在安全區內，並在安全區內自由的從事競爭活動。

我國公平法關於獨占、聯合行為、垂直限制競爭等行為類型，設有可供安全港制度發展之相關規定。而公平會在實務上，亦訂有此等標準以供適用。惟公平會目前所定之安全港相關規定，其內容似有過於簡化之情形，容有進一步修訂改善之空間。

## 二、 研究方法及過程

本研究以歐盟、美國、德國、日本之競爭法比較法研究為主要的研究方法。並分別就聯合、獨占、垂直交易限制等三類行為之安全港條款，在歐盟、美國、德國、日本競爭法上是如何受到法律規範進行探討。此外，也觀察實務上，主管機關如何評價安全港條款的內容、功能、要件等，並與目前公平法之規定和公平會之實務進行比較。

在研究的進行中，本研究參考上述各國關於安全港之規範，據以分析

各國關於安全港條款所形成之架構有何共同特徵、又有何不同之處，以建立與我國法比較之基本架構。另一方面，為釐清公平會之執法觀點，本研究除相關法規範與案例之蒐集外，在獲得公平會法務處同仁大力協助下，取得公平會基於安全港條款而不處分之案例，作為本計畫之研究素材。

本研究探討競爭法上安全港之制度，尤以反托拉斯法上之安全港為研究重心，文分六章：第一章緒論，探討安全港之意義與特徵、安全港之功能與採行之政策考量、安全港之存在形式、安全港之類型、安全港門檻標準之決定等共通事項。第二章至第四章，則分別就聯合行為、獨占管制以及垂直限制競爭協議等反托拉斯法上所規範之主要行為類型，探討在歐盟、美國、德國以及日本等國家或國際組織之競爭法中，關於安全港之制度規範及實務見解。第五章則研究公平法上之安全港，並於第六章提出結論和建議。

### 三、重要發現

經本文之研究，首先確認了競爭法先進諸國，皆設立有各種安全港的規範，賦予事業在從事競爭活動時能有一個安全的區域保障，免於受到競爭法之處罰。法律之所以設有安全港之制度，主要目的首先在於避免競爭法之法網有如流刺網般過細而對於事業活動產生「寒蟬效應」，並能促使及導正事業盡量在合法之安全區範圍內進行自由競爭，有益於競爭秩序之維護；另一方面，因為將違法疑慮較輕微的案件排除於適用範圍之外（或大幅降低其違法疑慮），使得主管機關及法院能將寶貴的資源配置於需要花費較多時間調查或審判之案件，對於競爭法案件精緻與有效率之處理，可以帶來相當大的助益。在此同時，本文也提醒在安全港的設置上亦必須考量可能產生「執法不足」的問題，因此針對門檻設計以及排除競爭法適用的行為類型，必須謹慎地評估。

本研究針對歐、美、德、日競爭法安全港的法律結構與內容進行檢討比較後，除了獨占管制的部分各國較為分歧而欠缺一致性外，可以將聯合行為及垂直交易限制安全港的幾項主要特徵歸類如下：

在聯合行為的部分，除將市場占有率低於一定門檻（如 10%）之水平協議認為不構成聯合行為外，一般多將水平價格協議、產量限制或瓜分市場或顧客等最嚴重限制市場競爭之行為，排除於安全港適用範圍之外，此點可認為具有相當高度之一致性。在安全港適用之類型範圍上，雖然各國規定內容有所出入，但針對共同研發聯合及專業化聯合設置安全港（或提供較為寬鬆的標準），乃是各國立法例產生交集之處。此一情形，應可認為符合安全港係將「違法疑慮較低之事實或案件」排除於競爭法所禁止的範疇或提供豁免管道，以便使主管機關能夠集中資源於限制競爭疑慮較高之案件的大方向。同時，亦展現了競爭法欲保護創新、促進競爭之目的。

在垂直交易限制的部分，和我國類似、對於維持轉售價格抱持較大疑慮的歐盟、德國以及日本法上，均可發現其等均將維持轉售價格排除於安全港適用範圍之外。此外，垂直非價格限制中，對於和維持轉售價格同樣屬於嚴重市場競爭之行為類型，通常亦被排除於安全港適用範圍之外。此一觀點，亦反映出安全港的設定，與一國競爭政策對於該項違法行為之立場息息相關。

#### 四、 主要建議事項

基於本文第一章至第五章之檢討，針對公平法及公平會在執法上之建議，若以短期及中長期的觀點加以分類，可整理如下：

##### （一） 立即可行之建議

關於安全港條款之法律形式，目前公平會針對聯合行為係以解釋令之

方式、針對垂直交易限制則是以委員會決議的形式為之。上述方式固然具有彈性、可隨時調整之優點，但行政解釋，尤其是委員會決議之公開性、能見度較低，較不利於事業之認知瞭解與遵循，則是其弱點。特別是委員會決議之內容僅表現當屆委員對於此一問題之看法，該屆委員會一般自然會遵守之，但對於其後之委員會及外部均乏正式之拘束力，安全港如果建立在此一基礎上對事業而言其風險自然存在。且行政解釋及委員會決議之內容，若嗣後公平會有見解變更之情事時，事業較難得知、對照或查證變更之內容為何。此一結果勢必將減損安全港條款所欲達成之目的。主管機關之所以用較為彈性或權宜之方式設立安全港，大多是因為在制度設立之初尚未完全掌握或明瞭制度一旦實施後之妥當性或衝擊影響，故先以較有彈性之作法啟動實施，再視實施情形隨時進行調整修訂，乃事出有因，良有以也，亦值贊同。惟該制度經實施一段時間運作良好，效果俱佳者，為了使得設置安全港之諸般美意更能有效率的被實現，建議主管機關以更正式之「處理原則」方式，明確宣示主管機關的觀點並對外公布，使得事業有明確的基準得以信賴與遵循。參諸歐、德、美、日皆以處理原則(Guidelines; Richtlinien)明確宣示主管機關所建立之安全範圍並對外公布，亦可印證此點對於安全港所具有的重要意義。

其次，針對符合安全港條款規定（例如事業之市占率低於安全港門檻）之案件，事業原則上無構成違法之危險，惟在特殊個案若仍可能產生限制競爭效果時，主管機關雖不能坐視不顧，惟參照德國法之作法主管機關應舉證說明，且宜將其作法納入處理原則，又主管機關應考量事業對於安全港條款之信賴，應優先採取較為柔性的執法措施，例如先命令事業停止違法行為，避免課予罰鍰等強硬的執法手段，始較為周延。若在中長期發現存有諸多此類案件，則值得在未來對安全港條款進行修正，避免長期對於此種行為形成執法不足的問題。

再者，關於是否採納門檻的緩衝範圍，亦值得主管機關考慮。在早期案例中，曾有市占率 10.37% 之事業，因其「超過安全港門檻 0.37%」，而被認定不得依安全港之規定排除獨占事業之認定。固然，因超過 10% 故無法被排除於獨占事業之定義，並非於法無據。但市場占有率如果僅在短期內微量超過，是否即應排除安全港之適用，不無疑問。況且市占率之數值可能逐年變動，主管機關應可考量保持更大的一些彈性。此處建議可參考歐盟競爭法上對於市占率安全港門檻設有緩衝區之作法，對於短期微量超過安全港門檻者仍給予適用安全港之可能<sup>1</sup>。

最後，目前公平法所設置之安全港條款中，有將不應排除之行為排除於公平法適用範疇外之情形，以致於可能發生所謂「執法不足」的問題。此問題主要發生於第 1267 次委員會決議雖針對「垂直非價格限制」建立安全港，但其中並未將垂直非價格限制中，與維持轉售價格同樣屬於核心限制、對市場競爭造成嚴重影響之類型排除於安全港適用範圍之外。此一作法，可能會使得本應受到競爭法檢討與取締之行為，不當地被排除於競爭法的範疇外。參諸歐盟與日本法之規定，均有將此類較為嚴重的「垂直非價格限制」排除於安全港適用範圍之外，即可得到印證。由於我國立法例上，對於維持轉售價格等價格限制採取較為嚴格的態度，若公平會並非有意的針對所有垂直非價格限制導入安全港，則建議儘快針對垂直非價格限制增加排除適用的例外規定。其中，最值得注意者即為與維持轉售價格相類似，足以產生嚴重的限制競爭效果之「提供絕對保護之交易地區限制（或日本法上所稱「對營業區域外顧客販賣之限制」）」，因其限制競爭疑慮

---

<sup>1</sup> 歐盟法之作法請參閱第 2 章第 2 節「二、（五）」、第 4 章第 2 節「三」。

較為明確，應儘快將其排除於安全港適用範圍之外<sup>2</sup>。

## （二）中長期性建議

本研究探討了各國競爭法針對安全港之規範形式、內容與目標，並且指出各國在各個行為類型上所關心的問題、發展的現況為何，希望藉此能提供相關議題於未來在進行更細部討論時之基礎。關於各個行為類型所應採取安全港門檻數額之決定，雖然他山之石可以攻錯，惟不全然適宜僅藉由比較法的觀察，直接的以其他國家法律規範之門檻數字作為我國之規定，而期待主管機關未來能針對各行為類型或重要產業類別進行必要之產業調查與經濟分析後，再針對門檻的數值進行調整。這部分之工作，自然需要相當之產業資料支持與人力之投入，誠非本研所能、所欲涵括之範圍。期待本文能作為相關研究與調查的基礎，使未來的分析能有一個討論的基礎平台。

此外，公平會在個案調查當中所進行之經濟分析、產業與市場調查，相信亦可累積寶貴的執法經驗，作為調整安全港時之養分。此一經驗的累積，除在門檻數值之決定可帶來助益外，對於「應適用安全港而並未適用」或「不應適用安全港卻不當納入範圍」之調整，亦屬必要。凡此對於我國安全港條款規範之續造，皆欲使「有效配置執法資源」與「執法不足」之利弊能獲得平衡。

---

<sup>2</sup> 但此處亦正好再次印證，若安全港係以委員會決議之方式決議，事業要確認安全港之內容是否有所變動，只能逐一確認每次委員會決議之議事錄。且若變更之內容未載明於議事錄時，事業是否得主張對於舊委員會決議所形成之信賴保護，勢必將成為另一個問題。故以處理原則等較為明確之方式公告，使得相關內容便於事業查證對照，實乃安全港有效發揮功能的重要條件。



其次，我國目前針對聯合行為之安全港僅設有 10% 的單一門檻，但藉由本研究之檢討可發現，歐盟法及德國法上，針對特定類型之行為（專業化及研發聯合）所設立之集體除外規則上，另有一道 20% 之安全港門檻，藉此使得構成聯合行為之特定行為，可因符合集體除外規則之安全港規定而豁免其違法性。與此類似的，美國法與日本法針對聯合行為所設計之安全港，亦均係以共同研發作為其規範的主要重心，並以未滿 20% 之聯合行為則認定不足以產生限制競爭效果。由此可知，賦予共同研發活動更自由的空間，乃是各國在適用競爭法時所關心之重要議題。

就我國法而言，若不變更目前公平法之條文內容，而欲在現行法框架下針對專業化、共同研發聯合導入寬鬆之安全港條款，較可能的作法是藉由公平法第 15 條第 1 項但書之共通要件，即「有益於整體經濟與公共利益」這項不確定法律概念之解釋為之。此能使得參與共同研發活動之事業，其市場占有率未超過一定比例者，原則上均可較易獲得許可。如此應可使得事業從事共同研發、專業化聯合等行為時，對其行為之合法性能有更高度的確信。而在處理原則的作業上，是否宜仿倣「公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則」訂定聯合行為許可申請之共通性處理原則；或是針對第 15 條第 1 項但書之特定款項仿照「公平交易委員會對於中小企業申請聯合定價案件之處理原則」訂定特別之處理原則，值得由公平會考慮評估。

最後，在歐盟法和德國法上有以「累積效果」的觀點，設計特殊的安全港條款基準的情形。此一觀點確實有注意的必要，若能參考此作法，對於我國安全港條款的適用，亦可以帶來助益。惟「累積效果」乃是針對歐洲特殊的產業的市場結構所導引出的法律理論與制度，我國是否有相同或類似的市場結構與規範需求，不無研究分析之必要。因此建議主管機關先就市場結構、交易習慣等進行調查後，再針對有此一需求之產業導入，始

能使安全港條款之規定符合我國市場與法制環境。

# 第一章 緒論

本章擬對於競爭法上安全港之一般性問題進行闡述，以作為後續研究之基礎。所欲探討者，有安全港之意義與特徵、安全港之功能與採行之政策考量、安全港之存在形式、安全港之類型、安全港門檻標準之決定等共通事項，最後並對於本文之撰述計畫略加說明。

## 一、安全港之意義與特徵

### （一）安全港之意義

競爭法上所謂之「安全港」(safe harbor)，係指一國之競爭法規對於某種行為類型劃出一定之違法門檻標準，凡未達此一標準者，即被認為不構成違法或顯然降低其違法風險，或主管機關將不開啟或進行調查處分程序者。安全港條款劃出了事業競爭活動在競爭法上之安全區域(safety zone)，事業之行為只要不逾越此一門檻界線，原則上即屬於合法，或至少會大大降低其違法風險，不虞會被主管機關或法院認定為違法而加以調查處分或處罰，故稱之為「安全港」。安全港因具有諸多正面功能（參見下文），因此如歐、美、德、日等競爭法先進諸國之相關法規中，均設有相關之制度。

### （二）安全港之特徵

綜觀各國競爭法上之安全港，大致上有以下共通之特徵：

#### 1. 有法規範之依據

首先，安全港是存在於法規範之內，須具有一定程度之法規範依據。安全港既然是在賦予事業競爭行為「不違法」之地位，使事業能處於「安

全」、不受到競爭法主管機關調查處分之狀況，則安全港規定本身自然須具有一定法規範之基礎。換言之，建立安全港之規範基礎，通常會具有一定之「法源性」，屬於有法律拘束力或事實拘束力之一種法規範。至於安全港表現或存在之規範形式卻不一而足，例如存在法律、命令、行政規則<sup>3</sup>、行政解釋<sup>4</sup>或法院判決<sup>5</sup>中皆有可能；其拘束力之強弱，亦各有不同。此將於下文中再予詳論，於此不贅。

## 2. 有相當明確之門檻標準

安全港通常是設立一個事業行為不會構成違法之門檻，或劃定一個合法行為存在之安全區，例如以市場占有率（下稱市占率）之多寡設立違反競爭法某項規定所需要的市場力門檻，然後將未達門檻或位於安全區之案件予以刪除。既然是以一項門檻標準決定是否對於案件加以查處或決定其違法與否，則此項標準自然應該清楚明確，事業才能有所遵循，執法機關在調查或法院於審判時也才能有所依據。各國的反托拉斯法所最常見的安全港門檻，首推市占率。惟僅倚靠市占率仍常有所不足，必須視所處理之行為類型，同時採用其他之門檻標準，才能妥善建立安全港之制度。此時所採用市占率以外之其他標準亦必須具有明確性，自屬當然。

## 3. 提供低於門檻或位於安全區者合法性之保障或降低其違法風險

安全港最重要之作用，自然是提供低於門檻或位於安全區之事業行為一個合法性之保障，或至少能明顯降低其違法之風險。這即是安全港所發

---

<sup>3</sup> 以「行政規則」設立安全港之拘束力問題，可參見本章「三、（三）」。

<sup>4</sup> 行政解釋之拘束力來源存在於其所解釋之法律，法院雖不受行政機關見解之拘束，惟解釋機關本身則須受拘束。

<sup>5</sup> 法院判決一般被稱為「間接法源」。

揮之「安全」效果，亦即讓事業無違法之虞，或保障主管機關不會開啟立案調查之程序。正是因為安全港能夠提供合法性之庇護，事業始能產生配合遵循之動機，執法機關亦能省去對此等案件投入調查處分之行政資源。

#### 4. 「安全港條款」之特殊性

按一行為被競爭法所處罰，一般須具備實體上與程序上之要件。前者例如各種限制競爭或不公平競爭行為之構成要件須該當、不具有阻卻違法事由等；後者則例如須滿足競爭法主管機關發動調查處分程序之公共利益要件等。競爭法對於此等實體上或程序上之某一環要件，如設定有構成或不構成之門檻者，均有可能成為一項安全港。

從最廣義之觀點而論，凡是競爭法所劃出之任何一塊區域，事業只要進入該區域，即無（或僅有甚低）實體上違法風險或程序上被調查處分之可能者，即可謂之安全港。例如我們可以說，整個聯合行為之例外許可規定，是聯合行為禁止之安全港。惟過於廣泛之安全港定義，將可能涵蓋競爭法上所有「不違法」或得以「合法化」之情況，而以此作為研究之專題，只是羅列各種構成要件不成立或豁免之情形，並無太大意義，其研究之範圍亦將過廣。故本文所欲研究之「安全港條款」，乃是以競爭法上對於事業之不違法或不受調查，設立有相當明確之門檻標準者為對象。此點需要合先陳明。

## 二、安全港之功能與政策考量

各國紛紛在競爭法上設立安全港，主要是基於以下幾項之政策考慮。另外，設立安全港可能具有之執法風險，亦應一併注意。

### （一） 大小通吃之流刺網將產生寒蟬效應

公平法作為維護市場競爭秩序的根本大法，必須適用於所有產業，並規範包羅萬象的行為，因此必然使得公平法的規定必須具有一定之抽象性，並使用許多不確定法律概念。公平交易法（下稱公平法）規範限制競爭的目的，在於確保市場競爭的自由運作。若事業的規模過小，或行為態樣構成限制競爭之疑慮過低時，如按照法律文義仍然一視同仁的認為構成違法，將造成事業必須承擔不必要的遵法成本與風險，減低事業參進市場或從事創新活動的誘因，將在市場上產生一種「寒蟬效應(chilling effect)」，其結果恐怕無助於我國經濟發展的活潑。另一方面，競爭法主管機關也會疲於將寶貴的執法資源投注於疑慮較低的案件，使得妨害市場更嚴重的案件，卻無法獲得足夠的資源與關注。執法機關資源之錯置對於市場競爭之維護，自然會產生不利之影響。為避免發生上述情況，執法時先將無足輕重之輕微案件透過安全港予以篩選排除，不失為一項妥善有效之對策。

### （二） 優化執法資源之配置

競爭法上如有完善之安全港制度，就競爭法主管機關而言，一方面將有助於執法標準之明確化，藉此促進公平法適用之可預見性；其次，主管機關得以將執法資源集中於較複雜、影響市場競爭較為重大之案件，從而使得執法資源得到較佳之配置。

值得一提的是 OECD 近年也明確的意識到安全港條款對於競爭法有效適用的重要性。在 2017 年 12 月之例會，就曾對安全港於競爭法的適用進行熱烈之討論，此一制度顯然受到各國之重視。在 OECD 秘書處所提供的背景介紹資料中，也明確的指出安全港條款除了賦予事業合法活動的明確性外，對於競爭法主管機關而言，亦能有效率地的將有限的執法資源集

中於最迫切的案件之中<sup>6</sup>。故若能制定妥善的安全港條款，對於競爭法主管機關而言，無疑亦是強化競爭法有效執行的一項重要工具。

### （三）導正事業之競爭行為

就事業言，前文已經提到，安全港條款能夠提供低於門檻、位於安全區之事業行為合法性之保障，或至少能明顯降低其違法風險，使事業無違法並遭受調查之虞。此一合法性之庇護，使事業產生了配合遵循之動機，安全港遂可導正事業之行為，使其盡量留在安全區內，並在安全區自由地從事競爭活動，競爭秩序將因此而得到維護。

### （四）設置安全港制度之風險

安全港雖因具有上述諸般之正面功能，遂為世界各國所不吝採用。惟在設置安全港制度時，也應注意其所可能產生之運作風險。安全港所可能造成之風險，主要是執法不足(underenforcement)。按執法機關對於違反競爭法之案件，原本即有依法調查處分之職責，以維護市場競爭秩序。設置安全港可能會造成執法機關為了減輕工作或調查舉證之負擔，而過度從寬認定安全港之構成，以致於形成執法不足之危險，反而有害於市場競爭機制之完善。例如英國競爭法上對於結合管制雖設有將案件送入進階深入審查之「輕微案件例外」(de minimis exception)，惟英國「競爭與市場局」(Competition and Market Authority, CMA)之基本立場，卻是盡量不要去適用此一結合管制上之安全港，為了是平衡安全港所可能帶來為了降低工作負

---

<sup>6</sup> OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law, Background Note by the Secretariat, DAF/COMP(2017)9, 4.

擔而造成執法不足之危險<sup>7</sup>。英國「競爭與市場局」之此一立場與警覺，甚值得我們在採用安全港之同時嚴加注意。

### 三、安全港之存在形式

安全港須具有法規範之基礎，為其共通之特徵，前文已述，惟安全港所存在之法律規範形式卻不一而足。不同之安全港規範形式，將產生不同之法律效果，其對於安全港之功效亦會發生直接之影響。

#### （一）法律

競爭法本身如果對於特定行為之不構成加以規定時，自然是最正式、最有保障、功效也最大的安全港規範。例如依公平法第 8 條第 1 項之規定，不構成「一事業於相關市場之占有率達二分之一」、「二事業全體於相關市場之占有率達三分之二」或「三事業全體於相關市場之占有率達四分之三」等三種情形之一時，事業將不被列入獨占事業認定之範圍。即便構成第 8 條第 1 項之其中一款情形，依同條第 2 項之規定，若個別事業「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，該事業亦將不列入獨占事業之認定範圍。事業如不被列入獨占事業之範圍，則肯定就不會有觸犯獨占管制規定之虞。由此可以得知，公平法上針對獨占所定的安全港條款，分別係以「市場占有率」及「銷售金額」等二種類型所構成。

---

<sup>7</sup> OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law, Summaries of Contributions, DAF/COMP(2017)82, 29.



## (二) 命令

類似於上述法律之安全港條款，安全港之規範基礎亦可能存在法規命令之中。法規命令雖屬於法律之次級規範，惟因其有法律之授權基礎，因此除非其合法性受到挑戰，否則命令之安全港條款與法律之安全港條款所發揮之功效甚為近似。前述之現行公平法第 8 條第 1 項、第 2 項之規定在 2002 年 2 月 6 日公平法第三次修訂之前，係規定於公平法施行細則第 3 條，即是一個適例。本條施行細則規定後來即是因有依法行政、法律保留上之疑義，始經由修法將其提升至母法之位階<sup>8</sup>。

## (三) 行政規則

如果法律或命令中並未含有明確之安全港條款，競爭法主管機關仍有可能透過諸如「處理原則」等行政規則(Verwaltungsvorschriften)而設立競爭法上某類行為之安全港。在以下情況尤有使用行政規則設立安全港之機會：

- 1、競爭法主管機關透過行政規則解釋競爭法之規定，對於某法律要件之內涵（構成或不構成）加以具體化，並藉此設立安全港。例如歐盟執委會為使得歐盟運作條約第 101 條第 1 項所要求「可感覺性」(appreciability; Spürbarkeit)要件之判斷更加明確，發布所謂「微小不罰公告」(De Minimis Notice)，詳細規定執委會判斷可感覺性要件之具體標準，並以此設立安全

---

<sup>8</sup> 參考該條之修正理由：「按法律概括授權訂定之施行細則，僅得於符合立法意旨，且未逾越法律授權訂定施行細則之必要範圍內，就執行法律有關之細節性、技術性事項加以規定，其內容不得牴觸母法或對人民之自由權利增加法律所無之限制。本法施行細則第三條雖係就獨占事業之認定予以補充規定，然外界偶有質疑其內容實質限縮獨占事業之認定範圍，爰配合行政程序法第一百五十條規範之本旨，將之提升至母法位階，冀免爭議。」

港<sup>9</sup>。2、競爭法主管機關對於某類違反競爭法行為，透過行政規則設定立案發動調查之要件，而此等要件中含有安全港性質之規定。例如，競爭法主管機關在處理原則(Guideline)中規定，對於某種行為之查處，只有在事業之市占率超過某一水準時才會發動。

行政規則不具有拘束法院或一般事業之效力，惟發布行政規則之競爭法主管機關本身須受其拘束，在實務上亦能基於競爭法主管機關在執法上之關鍵地位而產生事實上之拘束力。透過此種執法機關之「自我拘束」(Selbstbindung)，行政規則之安全港仍能夠發揮相當強大之功效。

#### (四) 行政解釋

同樣是表達對於競爭法之見解，競爭法主管機關可以透過「處理原則」等行政規則為之，亦可經由發布行政解釋來達到類似之目的。例如 2015 年 1 月公平法修法時，公平法適用的明確性問題受到立法者的關切，在通過修正案時立法院作了附帶決議，要求公平會應針對何種程度始屬於未達聯合行為之構成要件「足以影響市場功能」之情形，研定明確之處理標準，以確保合法業者之生存空間<sup>10</sup>。為因應立法院之要求，公平會在 2016 年 3 月 1 日公布的公法字第 10515600941 號解釋中，就聯合行為微小不罰之認定標準加以說明，並以「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」。但另一方面，公平會將「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」之聯合行為，排除於此一安全港條款外<sup>11</sup>。此即為透

---

<sup>9</sup> 參閱本文第 2 章第 2 節「歐盟競爭法上聯合行為之安全港」。

<sup>10</sup> 立法院公報，第 104 卷第 11 期院會紀錄，107。

<sup>11</sup> 行政院公報，第 22 卷第 37 期，7165 (2016 年 3 月 1 日)。亦收錄於公平會網頁，

過行政解釋，設立安全港之例。以發布行政解釋之方式建立安全港，具有彈性與行政效率上之優點，另一方面相較於制定行政規則而言，其公告周知之程度較低，則是其缺點。

#### （五）法院判決

最後，當法院判決對於安全港之設立予以肯定，並對於門檻標準形成一貫之見解時，亦有建立安全港之作用。尤其在英美法系之國家，法院判決具有更強之法源性，法院可以透過判決對於法律之解釋，設立競爭法上某類行為之安全港，自無疑義。<sup>12</sup>

#### 四、安全港之類型

我們如果依照安全港條款之效果，亦即其所提供當事人安全保障之不同內容，可以將競爭法上較為常見之安全港大別為以下幾類。應合先說明者，乃下列三種安全港類型並不彼此排斥，亦即安全港之規定可能同時屬

---

<https://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=1461&docid=14521>，最後瀏覽日期：2018/11/26。

<sup>12</sup> 我國最高行政法院近期曾指出：「若事業所為行為非屬聯合行為，即無須申請中央主管機關許可。又認定聯合行為是否足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者，除斟酌參加聯合行為者之『市場占有率』外，尚宜就『參加聯合行為事業之數目』、『參加聯合行為者與不參加者間之數目比例』及『對於生產、交易關係的影響』等因素，作整體衡量，始能窺其全貌。……但單船黃豆進口量分別僅占 96 年度全國黃豆總進口量之 2.37% 及 2.48%，則客觀上自難認足以影響市場功能。……」此一判決雖未建立完整的聯合行為安全港認定標準，惟其所表示之相關見解，已經在建立安全港制度之路上邁進了重要的一步。參見最高行政法院 101 年度判字第 818 號判決，444-449, 489-491（2012 年 9 月 13 日）。

於兩種以上之安全港類型。

#### (一) 使實體構成要件不成立之安全港

第一類的安全港，是規定何種情形下，事業將不構成競爭法上某一行為類型之實體構成要件。這類安全港通常會設定某種「量」的門檻標準，例如涉案事業之市場占有率或年度銷售金額若未達到一定比率或額度者，將不成立違法行為。惟亦可能同時配合「質」的標準，對於不同內容之行為類型或不同之違法事實情況，設定不同之安全港門檻。這類安全港條款，係直接對於違法行為之實體構成要件，設定構成或不構成之門檻，未達成立之門檻者，因根本不成立違法行為，自然無虞會被執法機關調查處分。例如公平法第 8 條第 1 項與第 2 項之規定，分別以「市場占有率」及「銷售金額」設定事業不被列入獨占事業認定範圍之安全港門檻，即屬於此類之規定。歐盟與德國競爭法上對於構成聯合行為或垂直限制競爭協議所須具備之「可感覺性」(appreciability; Spürbarkeit)要件，設有一定之市占率門檻，亦屬於此類之安全港，詳參下文。

另外競爭法對於構成豁免（即例外合法化）之要件如設有一定之門檻標準者，在性質上亦可歸類於此種安全港。歐盟競爭法上諸多涉及水平或垂直協議之集體除外規則 (block exemption regulations; Gruppenfreistellungsverordnung)，皆含有此類之安全港條款。

#### (二) 阻止發動調查處分程序之安全港

第二類之安全港，是由競爭法主管機關一般多透過發布行政規則之途徑，說明對於何種門檻下之輕微案件，因認定其無構成違法之虞，故將不會發動調查處分之程序。位於安全區之事業，因其相關行為無被競爭法主管機關查處之危險，此等規定遂具備安全港之作用。例如歐盟執委會發布

之「微小不罰公告」(De Minimis Notice)以及德國聯邦卡特爾署發布之「微小不罰公告」(Bagatellbekanntmachung)，即含有此種類型之安全港規定<sup>13</sup>。

### (三) 改變舉證責任分配之安全港

最後，安全港之規定很可能是透過「合法推定」(legal presumption)之途徑，即以改變舉證責任分配之方式，使位於安全區者負擔較低的違法風險，而產生安全港之庇護作用。前述公平法第 8 條第 1 項與第 2 項之規定，在實體上使不被列入獨占事業認定範圍之涉案事業，不會成立獨占事業之主體要件；在舉證責任上，則又具有合法推定之作用，事業之市場占有率或銷售金額低於其所規定之門檻者，即被推定為合法，只有在公平會能證明公平法第 8 條第 3 項所舉之例外情形成立時<sup>14</sup>，才能推翻上述之合法推定，仍然認定其為獨占事業。

## 五、安全港門檻標準之決定

最後欲一提者，為如何決定安全港之門檻標準。安全港之門檻標準如果設定不當，將會對於競爭法之執行產生不利之影響。如果門檻設定過嚴格，將達不到設置安全港之功能與目的。反之，如果門檻標準設定過鬆，則又會容許過多不應容許其存在之反競爭行為。安全港門檻之設定，初無一定之規則或標準。在 OECD 競爭委員會一次專門討論安全港之會議中，日本與會代表說明日本在決定安全港之判斷標準時，一般會考慮：1、過去執法經驗與實際案例 2、相關行為之限制競爭效果 3、與國際執法標準之一

---

<sup>13</sup> 其詳細內容請參閱本文第 2 章第 2 節及第 3 節。

<sup>14</sup> 請參見公平法第 8 條第 3 項：「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。」

致性等因素<sup>15</sup>，頗值得我們參考。

## 六、 本文架構

本文探討競爭法上安全港之制度，尤以反托拉斯法上之安全港為研究重心，文分六章：第一章緒論，探討安全港之意義與特徵、安全港之功能與採行之政策考量、安全港之存在形式、安全港之類型、安全港門檻標準之決定等共通事項。第二章至第四章，則分別就聯合行為、獨占管制以及垂直限制競爭協議等反托拉斯法上所規範之主要行為類型，探討在歐盟、美國、德國以及日本等國家或國際組織之競爭法中，關於安全港之制度規範及實務見解。第五章則研究公平法上之安全港，並於第六章提出結論和建議。

---

<sup>15</sup> OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law, Summaries of Contributions, DAF/COMP(2017)82, 16.

## 第二章 聯合行為之安全港

### 第一節 緒論

本章以下，將針對歐盟、德國、美國以及日本競爭法上，針對聯合行為所適用的安全港規範進行逐一檢討。

在檢討的順序上，由於歐盟及德國在規範的內容上較為明確。美國及日本之安全港，僅適用於一部分的類型，相較之下較為簡略。因此檢討順序上將先就歐盟及德國加以檢討，再分析美國及日本法之規定。

### 第二節 歐盟競爭法上聯合行為之安全港

#### 一、 規範基礎

首先說明歐盟競爭法上聯合行為安全港之規範基礎。歐盟運作條約第 101 條（原第 81 條）規定：「事業間協議、事業團體決議與一致性行為，足以影響會員國間交易，且以妨礙、限制或扭曲歐體共同市場競爭為目的或效果者，與共同市場不相容，應予禁止。包括下述行為：

- (a) 直接或間接決定價格或其他交易條件；
- (b) 限制或控制生產、市場、技術發展或投資；
- (c) 分配市場或資源供給；
- (d) 對交易相對人為差別待遇，致其受到競爭上不利益；
- (e) 以交易相對人接受附帶義務作為締約條件，而該附帶義務之性質與商業用途均與該契約毫無關聯。（第 1 項）

本條規定所禁止之協議或決議，應自動無效。（第 2 項）

但有下列情形時，第 1 項規定得被宣告不適用：

- 事業間協議或某種協議類型，
  - 事業團體決議或某種決議類型，
  - 一致性行為或某種一致性行為類型，
- 有助於改善商品之生產或分配、促進技術或經濟進步，並確保消費者能享受其利益，而無（a）對相關事業課以非必要之限制；或（b）使相關事業就系爭商品之重要部分排除競爭等情形者。（第3項）<sup>16</sup>」

---

<sup>16</sup> Article 101(ex Article 81 TEC) :

“1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal 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 internal 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.

3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:

- any agreement or category of agreements between undertakings,
- any decision or category of decisions by associations of undertakings,
- any concerted practice or category of concerted practices,

which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or



此條約規定本身，無論是禁止聯合行為之第 1 項規定，或是規範例外許可之第 3 項規定，均未直接含有關於安全港之內容。惟據歐洲法院以及學說之見解，本條第 1 項所稱事業間協議、事業團體決議與一致性行為，對於歐盟會員國間交易，以及對於案件所涉及之相關市場競爭，必須要有「可感覺性」(appreciability; Spürbarkeit)之影響始可<sup>17</sup>。

所謂對於市場競爭具有「可感覺性」之影響，是指第三人在市場存在競爭時，原所具有之經濟行動自由與選擇可能（即從事各種經濟行為原有之空間與可能性），因協議對於市場競爭加以限制，而受到可察覺之影響與改變<sup>18</sup>。例如價格聯合所涉及之顧客，無法再以競爭市場下較為有利之價格買入商品或服務，而其差別與改變達到可察覺之程度者。第三人之經濟行動自由與選擇可能性有無受到限制，需要一個可比較之對象作為判斷之基準，而此一基準乃是以受協議限制下之「現實市場狀態」與假設市場如

---

economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:

- (a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;
- (b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.”

譯文係參考公平會網站公布之條文翻譯略加調整而成，原翻譯參見：

<https://www.ftc.gov.tw/upload/fd300f84-4704-42aa-96ff-e051491b02b3.pdf> (最後瀏覽日期：

2018 年 11 月 26 日)

<sup>17</sup> EuGH v. 9.7.1969-Rs. 5/69, Slg. 1969, 295-Völk/Vervaecke; Kling/Thomas, Kartellrecht, 2.Aufl., 2016, S.131.

<sup>18</sup> Emmerich, Kartellrecht, 12.Aufl., 2012, S.72.

果具有競爭時之「擬制競爭狀況」加以比較而得出<sup>19</sup>。

依據歐盟競爭法通說之見解，協議對市場競爭必須產生可感覺性之影響乃是本條規定之「不成文構成要件」(ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal)<sup>20</sup>。換言之，事業間之協議對於市場之影響如果未達可感覺性之程度時，根本尚未成立水平之聯合行為或垂直之限制交易協議，因為歐盟運作條約第 101 條乃是將水平與非水平（如垂直）之限制競爭協議統一規定於一項條文之中。上述對於歐盟運作條約第 101 條第 1 項之解釋適用，造成「可感覺性之市場影響門檻」將具有一定安全港之作用<sup>21</sup>。此亦為歐盟競爭法上聯合行為安全港之規範基礎。

值得特別注意的是，歐盟執委會為使可感覺性之判斷更加明確，發布所謂「微小不罰公告」，詳細規定執委會判斷可感覺性要件之具體標準和其他相關事項，足資參酌<sup>22</sup>。執委會之公告雖不具有法規範之一般拘束力，惟對於事業具有重要之引導功能和事實上拘束力（詳見後文），仍十分值得參考研析。歐盟會員國之競爭法執法機關，亦多制訂類似之規定。

## 二、執委會「微小不罰公告」(De Minimis Notice)之重點

歐盟執委會為了處理限制競爭協議必須具有「可感覺性」之要件，發

---

<sup>19</sup> 這種以假設和擬制市場具有競爭時之狀態作為輔助判斷標準之作法，稱之為「擬制競爭」(Als-Ob-Wettbewerb)，參見 Emmerich, Kartellrecht, 12. Aufl., 2012, S.73.

<sup>20</sup> Bunte/Stanke, Kartellrecht, 3. Aufl., 2016, S.99.

<sup>21</sup> Richard Whish & David Bailey, *Competition Law*, 7th ed., 140-141 (2012).

<sup>22</sup> Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice), 2014/C 291/01.

布了「歐盟運作條約第 101 條第 1 項下未達可感覺限制競爭之輕微協議公告」(Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union)，即所謂之「微小不罰公告」(De Minimis Notice)（以下簡稱「歐盟微小不罰公告」）<sup>23</sup>。最新之版本，乃於 2014 年 8 月 30 日所公布<sup>24</sup>。此一公告主要以事業之市場占有率為標準，並考慮限制競爭協議之內容與類型，劃定不具有可感覺性以至於構成微小不罰之安全港門檻。以下茲對於歐盟微小不罰公告之重點加以逐一說明。

#### (一) 歐盟微小不罰公告所適用之合意種類

歐盟微小不罰公告所示用之合意類型如下<sup>25</sup>：

1. 事業間之協議。
2. 事業團體之決議(Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen)。
3. 一致性行為(aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen)<sup>26</sup>。

其次，歐盟微小不罰公告對於水平或非水平之限制競爭協議均有其適用，因為歐盟運作條約第 101 條乃是將水平與非水平（如垂直）協議一併規定，惟水平與非水平協議之安全港門檻自然各有不同。所謂水平協議，是指現實或潛在競爭者間之協議(agreements between competitors)；而非水平協議，則是非現實或潛在競爭者間之協議(agreements between non-

---

<sup>23</sup> Hengst, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Kommentar, Bd.2, Europäisches Kartellrecht, 12. Aufl., 2014, Art. 101 AEUV, Rn.243ff.

<sup>24</sup> 歐盟最早是在 1970 年公布了微小不罰公告，其間經過多次修訂。

<sup>25</sup> 歐盟微小不罰公告第 6 點。

<sup>26</sup> 為了行文之方便，以下將以協議代表這三種合意類型。

competitors)，如上下游事業間之垂直交易限制<sup>27</sup>。

## （二）適用歐盟微小不罰公告之行為主體範圍

歐盟微小不罰公告中所提到之行為主體，諸如「事業」(undertaking; Unternehmen)、 「參與協議之事業」(party to the agreement; beteiligtes Unternehmen)、 「經銷商」(distributor; Händler)、 「供應商」(supplier; Lieferant)等概念，均應包含與該事業具有結合關係之事業(connected undertakings; verbundene Unternehmen)<sup>28</sup>。所謂「與該事業具有結合關係之事業」包括該等事業之從屬事業（即子事業、孫事業等）、控制事業（即母事業、祖母事業等）或兄弟事業等<sup>29</sup>。

## （三）安全港之一般判斷標準

根據歐盟微小不罰公告第 8 點之規定，限制競爭協議安全港之一般判斷標準與原則如下：

### 1. 只適用於「產生限制競爭效果之協議」

歐盟運作條約第 101 條第 1 項禁止足以影響會員國間交易，且以妨礙、限制或扭曲歐體共同市場競爭「為目的或效果」之事業間協議、事業團體決議與一致性行為。歐洲法院之實務及學者通說均認為該項所禁止之行為，可分為「以限制競爭為目的之協議」(restrictions of competition by object; bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen)和「產生限制競爭效果之協議」

---

<sup>27</sup> 參見歐盟微小不罰公告第 8 點。

<sup>28</sup> 歐盟微小不罰公告第 15 點。

<sup>29</sup> 歐盟微小不罰公告第 16 點。

(restrictions of competition by effect; bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen)<sup>30</sup>。歐盟微小不罰公告第 8 點揭示，該公告不適用於「以限制競爭為目的之協議」，換言之，僅有「產生限制競爭效果之協議」始有歐盟微小不罰公告之適用，進而享有安全港之待遇。關於這點之進一步說明，請參見下文有關「安全港之排除」一節。

## 2. 一般判斷原則

對於「產生限制競爭效果之協議」，歐盟微小不罰公告乃分別就水平協議（競爭者間協議）和非水平協議（非競爭者間協議）制訂安全港之判斷標準如下：<sup>31</sup>

### (1) 水平協議

對於實際上具有競爭關係或具有潛在競爭關係之事業間所訂定之產生限制競爭效果協議，如果所有參與聯合行為事業之市場占有率總和，在該協議所涉及之任何市場均不超過 10% 者，該協議將被認定為不具有可感覺性。

### (2) 非水平協議

對於不具有實際上競爭關係或潛在競爭關係之事業間所訂定之產生限制競爭效果協議，如果參與協議個別事業之市場占有率，在該協議所涉及之任何市場均不超過 15% 者，該協議將被認定為不具有可感覺性。

---

<sup>30</sup> Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd.1. EU/Teil 1, 5.Aufl., 2012, Art. 101 Abs.1 AEUV, Rdnr. 171ff.; Hengst, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Kommentar, Bd.2, Europäisches Kartellrecht, 12. Aufl., 2014, Art. 101 AEUV, Rn.218ff.

<sup>31</sup> 歐盟微小不罰公告第 8 點。

在個案中如果認定涉案之協議究竟屬於水平或非水平協議有困難時，則應適用較為嚴格之水平協議安全港門檻，即參與事業之市場占有率總和在協議所涉及之任何市場均不得超過 10%。

#### (四) 具有「累積效果」之協議

上述歐盟法上限制競爭協議之安全港判斷原則，在許多特殊情況將被修正與調整，首先是關於具有所謂「累積效果」(cumulative effect; kumulative Wirkung)協議之安全港判斷標準。

##### 1. 累積效果之意義與影響分析

所謂「累積效果」係指具有類似作用之多數協議構成一個協議網絡並存於市場之上，而對於市場競爭會產生逐漸加總累積之限制作用者。累積效果在水平和非水平之協議皆有可能發生，惟較常見到的是在垂直限制競爭協議上產生此一效果。產生累積效果之個別協議的影響力並不大，其參與者的市占率一般而言並不高，但其多數類似協議逐漸蠶食市場所共同構成的「累積封鎖效果」(cumulative foreclosure effect; kumulativer Abschottungseffekt)，最終可能不亞於大事業一次性鯨吞式的市場封鎖措施。既然無論蠶食或鯨吞式之措施，最終對於市場競爭均有不利之影響，則競爭法對於兩者均應加以重視。尤其對於前者，一般很容易忽略，更宜小心處理<sup>32</sup>。

##### 2. 累積效果對於安全港之影響

鑑於累積效果通常是由多數小型協議所構成之「協議網路」所整體發揮出來，故其對於安全港將產生二方面之重大影響：一、個別協議之安全

---

<sup>32</sup> 處理這類問題之理論，一般稱為「集束理論」(Bündeltheorie)。

港門檻必須降低；二、整體市場產生累積效果之門檻須予以一併考慮，分別說明如下。

#### (1) 降低個別協議之安全港門檻

產生累積效果之個別協議，如果隔離觀察之，其影響通常是微不足道，因為協議參與者之市占率一般都很低。故如果維持前述安全港之一般性管制門檻，此等個別協議多會成為管制上的漏網之魚。個別協議如果泰半都被認定為不具可感覺性而不成立聯合行為，則對於協議網路之整體，亦將無法管制。因此在安全港制度上首先應調整者，自為降低個別協議之安全港門檻。

歐盟微小不罰公告就此一問題即規定，對於前述個別協議之一般性管制門檻（水平協議：市占率 10%、非水平協議：市占率 15%），均應一體降低為 5%，以因應累積效果協議之特殊情況<sup>33</sup>。

#### (2) 一併考慮「市場產生累積效果之門檻」

其次，累積效果必須類似之限制競爭協議覆蓋市場整體達到一定之市場占有率之後，才能發生。故除了個別協議之外，管制時亦應一併考慮「市場產生累積效果之門檻」，此乃與個別協議之安全港門檻相異。當未達「市場產生累積效果之門檻」時，可感覺性之認定會傾向於被否定。反之，已達「市場產生累積效果之門檻」時，只要個別協議超過前述降低之門檻（5%），可感覺性之認定即會傾向於被肯定。

歐盟微小不罰公告對於「市場產生累積效果之門檻」乃分成兩部分予以處理：其一為，參與協議之個別事業（亦包括垂直協議之經銷商或供應商），其市占率如未超過 5%者，執委會認為其對於累積整體之市場封鎖

---

<sup>33</sup> 歐盟微小不罰公告第 10 點。

作用很難提供實質之貢獻。其二為，具有類似作用之協議，其整體覆蓋市場、加總之市占率如果低於 30%時，市場上亦不太可能發生累積效應<sup>34</sup>。

#### （五） 超過門檻之容忍範圍

在操作安全港時，一般會面臨一項問題，即安全港之門檻是否為一個一刀兩切之絕對標準？如果門檻僅被微幅超越時，是否仍應肯定可感覺性之存在？對於此一問題，歐盟微小不罰公告的立場是，涉案協議固然超過前述公告第 8、9 以及 10 點所規定之門檻標準，即水平協議—市占率 10%、非水平協議—市占率 15%、有累積效果之協議—5%等，惟其幅度在過去連續的 2 年中均穩定地未超越 2%以上者，該涉案協議對於市場競爭之影響，仍會被認為未達可感覺性之程度<sup>35</sup>。

如果涉案協議未達連續的 2 年未超過公告第 8、9 以及 10 點所規定之門檻標準 2%以上時（例如僅第一年未超過 2%，第二年則超過 2%），自然未符合安全港之標準，不能被認為不具有可感覺性。惟安全港之作用是對於可感覺性要件之「反面界定」<sup>36</sup>，並未正面認定或推定超越門檻之案件即屬具備可感覺性。因此對於此類略為超過門檻之案件，執委會仍能夠視個案狀況，決定協議是否具有可感覺性。

#### （六） 安全港之排除—以限制競爭為目的之協議

如前文所述，歐盟運作條約第 101 條第 1 項所禁止之事業間協議，依歐洲法院及學者之見解均認為包括「以限制競爭為目的之協議」和「產生

---

<sup>34</sup> 歐盟微小不罰公告第 10 點。

<sup>35</sup> 參見歐盟微小不罰公告第 11 點。

<sup>36</sup> 參考下文「安全港之效果」一節。



限制競爭效果之協議」兩種。依據歐洲法院在 *Expedia* 一案中之見解<sup>37</sup>，「以限制競爭為目的之協議」基於其較為嚴重的限制競爭本質，應始終具有可感覺性。故歐盟微小不罰公告之安全港條款不適用於「以限制競爭為目的之協議」，亦即此種協議無法享有安全港之待遇。

所謂「以限制競爭為目的之協議」，係指依據該類型協議之本質，其對於市場競爭在一般典型之情況下，均足以產生不利之影響者<sup>38</sup>。就水平協議而論，諸如聯合固定價格、聯合瓜分市場等即屬之。垂直協議而論，則如轉售價格之維持。「產生限制競爭效果之協議」則是指對於市場競爭實際上會產生不利作用之協議。事業間之協議是否屬於「以限制競爭為目的之協議」或為「產生限制競爭效果之協議」，並非依據從事協議之事業之主觀想法或意圖而定。所謂以限制競爭為目的，毋寧應依客觀之事實予以認定。事業之主觀目的只能作為參酌認定之一項因素。所謂客觀之認定，乃是針對某種類型之協議，依據該類協議之本質與特性，探究在一般典型之情形下是否皆可期待其對於市場競爭會產生負面之作用<sup>39</sup>。某種類型之協議根據經驗一旦被歸類於「以限制競爭為目的之協議」，代表其具有不利於市場競爭之巨大潛能，以致於無須在個案中檢驗其對於市場競爭是否實際產生之不利效果<sup>40</sup>。反之，對於「產生限制競爭效果之協議」，則須在個案中檢視其是否實際上對市場競爭產生負面影響。

歐盟執委會指出，在歐盟集體除外規則中被列在「黑名單」(schwarze

---

<sup>37</sup> Kling/Thomas, *Kartellrecht*, 2. Aufl., 2016, S.131f.

<sup>38</sup> 參見執委會對於適用歐體條約第 81 條第 3 項（歐盟運作條約第 101 條第 3 項）之指導原則，Guideline on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), Paragraph 21.

<sup>39</sup> Bunte/Stanke, *Kartellrecht*, 3. Aufl., 2016, S.98.

<sup>40</sup> Guideline on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), Paragraph 21.

Liste)之所謂「核心限制」(hardcore restrictions; Kernbeschränkungen)，一般皆會被執委會認定為屬於「以限制競爭為目的之協議」。其包括：水平之價格協議、限制產量和瓜分市場或顧客；以及垂直之維持轉售價格、限制最低售價和絕對保護之交易地區限制等<sup>41</sup>。

為配合歐洲法院認為「以限制競爭為目的之協議」均為具備可感覺性要件之見解，執委會在歐盟微小不罰公告中亦明示，上述各種「以限制競爭為目的之協議」均排除在安全港適用範圍之外<sup>42</sup>。

「以限制競爭為目的之協議」和「產生限制競爭效果之協議」為歐盟運作條約第 101 條第 1 項很重要之內容，對於可感覺性、安全港、案件之調查進行以及其他諸多事項均會產生不同之結果，茲製作下表比較說明二者，以收一目了然之功效：

---

<sup>41</sup> Guideline on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), Paragraph 23.

<sup>42</sup> 歐盟微小不罰公告第 13 點。

表 1 歐盟運作條約第 101 條以限制競爭為目的或效果協議之比較表

	以限制競爭為目的之協議	產生限制競爭效果之協議
1、特性	從協議之本質即可期待其對競爭有負面作用	對市場有實際負面影響始予以規範
2、認定	無須於個案中逐一檢視協議對於市場競爭之影響	須於個案中調查認定與證明協議之市場影響衝擊度
3、可感覺性	當然具有可感覺性，無須檢驗此要件	必須經檢驗具有可感覺性始成立水平或非水平協議
4、市場力	較不強調事業之市場力	事業須具有一定之市場力（惟無須達到獨占事業之程度）
5、水平協議 主要類型	價格協議、限制產量、瓜分市場或顧客（核心限制）	其他類型協議（非核心限制）
6、垂直協議 主要類型	維持轉售價格、限制最低售價、提供絕對保護之交易地區限制（核心限制）	其他類型協議（非核心限制）
7、豁免	無獲得集體或個別豁免之可能	有獲得集體或個別豁免之可能
8、安全港	無	有

出處：作者自製

## （七）安全港之法律效果

### 1. 反面界定而非正面認定

歐盟微小不罰公告主要是藉助於市占率之門檻，說明自執委會之觀點而言，何時不構成歐盟運作條約第 101 條第 1 項所要求協議對於市場競爭

之限制必須具有可感覺性之影響。歐盟微小不罰公告明白表示，這是對於可感覺性之要件所為之「反面界定」(negative definition of appreciability; Negativdefinition der Spürbarkeit)<sup>43</sup>。既然是反面界定，則代表其不具有正面認定或推定之效果。執委會表示，事業之協議如果超過公告設定之門檻者，並不代表該協議即當然構成一個歐盟運作條約第 101 條第 1 項下所謂可感覺的限制競爭。此等超過門檻之協議經執委會之個案檢視，仍有可能被認定為影響力微不足道而不具有可感覺性，從而不被該條規定所禁止<sup>44</sup>。至於未達門檻之協議，在歐盟層次雖然受到微小不罰公告所提供之安全港保護，惟並不排除其可能達到會員國國內法可感覺性之標準，從而適用會員國國內法加以處罰。

這種反面認定之規範方法，主要目的是先排除對於所謂「輕微卡特爾」(Bagatellkartell)或「輕微案件」(Bagatellfälle)投入不必要的執法資源，而將行政資源轉而用於較為重大之案件，並且對於事業行為提供一項清楚之指引方針。

## 2. 拘束力問題

執委會所公告之指導原則(Guideline; Richtlinie)因未經過立法程序，故並不具有一般法律或法規命令對外普遍之拘束力。尤其法院在審判案件時，並不受前述「歐盟微小不罰公告」之拘束。甚至對於會員國之執法機關而言，本公告亦無直接之拘束力。惟對於歐盟執委會本身，公告自然會產生

---

<sup>43</sup> 歐盟微小不罰公告第 3 點。Richard Whish & David Bailey, supra note 21, 140.

<sup>44</sup> 同上註。歐盟執委會在若干超過 10% 門檻之案件中，基於涉案協議之內容對於市場競爭之影響不大（例如事業間從事統一營業時間之聯合行為），故仍舊認為該等協議不具有可感覺性。Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl., 2016, S.135.

「自我拘束(Selbstbindung)」之效力，執委會對於案件之處理須受公告之限制。執委會有義務依據公告而進行行政處置，且對於不同之案件或受調查事業均應一體適用，不得有無正當理由之差別待遇<sup>45</sup>。

執委會在歐盟微小不罰公告中，對於公告之效果亦分三點加以清楚說明：一、執委會對於低於門檻之案件，將不會依檢舉或依職權啟動調查處分之案件程序。事業因此可以期待，執委會在此一情形下將不會發動執法院程序。換言之，事業之行為將無被執委會調查處分之虞，本公告因此而具備安全港之功能。二、執委會縱使已經發動調查程序，惟事業如果能夠證明係基於善意而認為其並未超過本公告第 8、9、10、11 點所稱之市占率門檻者，執委會將不會處以罰鍰。三、本公告雖對於法院及會員國之執法機關而言並無拘束力，惟仍希望透過本公告對於上述機關適用歐盟運作條約第 101 條時，能夠產生導引之作用<sup>46</sup>。

### 3. 實際影響

歐盟微小不罰公告之實際影響力，可以分別就法院、會員國執法機關以及事業三方面說明。歐盟微小不罰公告雖不具有形式上之法規範效力，惟因執委會是競爭法方面具有專業權威之機關，故代表執委會見解之本公告，實際上對於法院在適用歐盟運作條約第 101 條時仍會產生一定之影響。惟法院仍不忘展現其相當之獨立性，並不全然依照公告規定審判<sup>47</sup>。其次，對於會員國之執法機關而言，本公告之影響力則更加明顯。例如德國聯邦卡特爾署就跟隨歐盟執委會的腳步，發布了內容上幾乎相當一致而適用於

---

<sup>45</sup> Kling/Thomas, Kartellrecht, 2.Aufl., 2016, S.133.

<sup>46</sup> 歐盟微小不罰公告第 5 點。

<sup>47</sup> 請參見下文「歐洲法院之見解」一節。

德國的微小不罰公告，謂之亦步亦趨也不為過。最後對於事業而言，為了避免被執委會調查處分，歐盟微小不罰公告對於事業行為更是具有重要之引導作用。基於上述實際之影響力，我們對於歐盟微小不罰公告仍應予以重視。

### 三、 歐洲法院之見解

執委會透過歐盟微小不罰公告，對於可感覺性之解釋與操作雖有頗為完整之規定，惟該公告並不拘束歐洲法院。歐洲法院關於可感覺性要件與微小不罰之問題，主要有以下之見解：

(一) 亦肯定歐盟運作條約第 101 條之協議可區分為「以限制競爭為目的之協議」和「產生限制競爭效果之協議」二者，並進一步認為「以限制競爭為目的之協議」當然具有可感覺性，在個案中無須予以逐一檢驗<sup>48</sup>。惟在若干個案中，協議之內容雖涉及「核心限制」，惟歐洲法院基於參與事業僅具有很微弱之市場地位，而認為其不具有可感性，遂不違反歐盟運作條約第 101 條（現行條文）<sup>49</sup>。

(二) 認定成立可感覺性之市占率標準與執委會未盡相同。在若干案例中，歐洲法院認為涉案協議之市占率超過 5%時，通常即可認為成立可感覺性之要件<sup>50</sup>。

---

<sup>48</sup> 歐洲法院在 *Expedia* 一案表示此一見解，vgl. EuGH 13.12.2012 WuW/E EU-R 2638=NZ-Kart 2013, 111.

<sup>49</sup> EuGH v. 9.7.1969-Rs. 5/69, Slg. 1969, 295-Völk/Ver 集體 vaecke

<sup>50</sup> Emmerich, *Kartellrecht*, 12.Aufl., 2012, S.74.

(三) 並未以固定之市占率門檻建立穩定之安全港制度，而是在個案中綜合考慮「量」與「質」之因素，然後整體觀察與判斷涉案之協議是否具有可感覺性<sup>51</sup>。當協議之市占率等「量」之因素雖達到一定門檻，惟在的「質」的因素上，協議所限制競爭之內容並不嚴重時，法院仍可能認為協議不具有可感覺性。當協議之「質」方面限制競爭越為嚴重，在「量」方面之要求就越低。最後還是繫諸於個案中之整體衡量與判斷。因此當執委會對於可感覺性一要件之解釋適用朝盡量明確化、穩定化之方向發展，並且建立安全港制度時，歐洲法院則仍強調在個案審理中依據個案情況判斷決定是否具備可感覺性。

#### 四、 歐盟集體除外規則上之安全港條款

為了妥善適用與有效處理歐盟運作條約第 101 條第 3 項有關限制競爭協議豁免之規定，歐盟執委會在歐洲理事會之授權下<sup>52</sup>，制訂了一系列的「集體除外規則」（或稱「集體豁免規則」）(block exemption regulations; *Gruppenfreistellungsverordnung*)，以針對不同類型之水平或垂直限制競爭協議，訂定豁免之要件。事業如認為其所訂定之限制競爭協議乃符合集體豁免規則之規定，則不須獲得執法機關之個別許可，亦無須向執法機關申報，即能依法(*ipso iure*)自動合法化，但事業須負擔適法性判斷錯誤之風險

---

<sup>51</sup> Emmerich, a.a.O., S.73. Richard Whish & David Bailey, *supra* note 21, 143; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht*, Bd.1. EU/Teil 1, 5.Aufl., 2012, Art. 101 Abs.1 AEUV, Rdnr. 146.; Hengst, in: Langen/Bunte, *Kartellrecht, Kommentar*, Bd.2, *Europäisches Kartellrecht*, 12. Aufl., 2014, Art. 101 AEUV, Rn.239.

<sup>52</sup> Regulation No 19/65/EEC of 2 March of the Council on application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of agreements and concerted practices, *Official Journal* 036, 06/03/1965 P. 0533 – 0535.

(Subsumtionsrisiko)。此即歐盟競爭法上為豁免限制競爭協議所採行之所謂「法定例外制」(Prinzip der Legalausnahme)<sup>53</sup>。

集體除外規則中既有涉及水平限制競爭協議者，亦有涉及垂直限制競爭協議。涉及水平限制競爭協議之集體除外規則，主要是「執委會 1218/2010 號專業化協議集體除外規則」<sup>54</sup>以及「執委會 1217/2010 號研發協議集體除外規則」<sup>55</sup>。

集體除外規則中，亦含有若干具有安全港功能之條款。以涉及水平限制競爭協議之規則而論，例如在「執委會 1218/2010 號專業化集體除外規則」中即規定，該集體除外規則之豁免，僅係適用於參與協議之事業合計之市場占有率不超過 20 % 之情形<sup>56</sup>。換言之，參與專業化聯合之事業合計之市場占有率超過 20 % 者，基本上不能享有集體除外之利益；反之，前述市場占有率低於 20 % 者，則除含有限制價格、限制產量、劃分市場或顧客等「核心限制」之情形外，原則上即可享有集體除外合法化之利益，此一

---

<sup>53</sup> Bunte/Stancke, Kartellrecht, 3.Aufl., 2016, S.102ff.

<sup>54</sup> 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 specialisation agreements Text with EEA relevance, OJ L 335, 18.12.2010, p. 43–47.

<sup>55</sup> 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 Text with EEA relevance, OJ L 335, 18.12.2010, p. 36–42.

<sup>56</sup> 參見「執委會 1218/2010 號專業化協議集體除外規則」第 3 條：市占率門檻。原文如下：  
Article 3 (Market share threshold) : The exemption provided for in Article 2 shall apply on condition that the combined market share of the parties does not exceed 20 % on any relevant market.



規定遂具有安全港條款之作用。

該規則並設有容忍與緩衝之規定，即參與聯合之事業合計之市占率原先未超過 20%，嗣後始超過此一門檻，惟並未超過 25% 者，則該協議自事業之市占率第一次超過 20% 之年起，於兩個接續之曆年內仍可享有集體豁免，因此時對市場競爭之影響仍為有限<sup>57</sup>。如果參與事業合計之市占率原先未超過 20%，嗣後始超過 25% 者，則該協議自事業之市占率第一次超過 25% 之年起，在接續之一曆年內仍可享有集體豁免<sup>58</sup>。此外在「執委會 1217/2010 號研發協議集體除外規則」中，亦設有類似專業化協議規則之安全港條款，惟其相關門檻則略微調高放寬為 25% 與 30%<sup>59</sup>。

### 第三節 德國競爭法上聯合行為之安全港

#### 一、前言—歐盟整合下德國法與歐盟法之趨近調和

基於歐盟會員國競爭法與歐盟競爭法應盡可能一致與調和之歐盟整合政策理念，德國限制競爭防制法(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen，簡稱 GWB)於 1999 年第 6 次修訂後，其規範「限制競爭協議」之第 1 條，即大幅調整成與歐盟運作條約第 101 條之架構與內容甚為近似。在此一法制調整之政策背景下，德國競爭法之發展從此極為深度地受到歐盟競爭法之影響。在許多制度設計及競爭法之具體解釋適用上，德國法與歐盟法乃日益趨近，力求調和。

---

<sup>57</sup> 「執委會 1218/2010 號專業化協議集體除外規則」第 5 條第 4 款。

<sup>58</sup> 「執委會 1218/2010 號專業化協議集體除外規則」第 5 條第 5 款。

<sup>59</sup> 參見「執委會 1217/2010 號研發協議集體除外規則」第 4 條第 2、3 項；第 7 條第 4、5 款。

此一情況也同樣發生在限制競爭協議之安全港上。德國聯邦卡特爾署亦制訂了一項關於限制競爭協議微小不罰之公告，內容上與歐盟微小不罰公告雷同。因此本節關於德國法之介紹，遇有德國與歐盟法內容一致時，將引致前述歐盟法以為參考，不再重複說明。

## 二、 規範基礎

德國限制競爭防制法第 1 條規定水平與垂直「限制競爭協議之禁止」：「事業之協議、事業團體之決議及互為之一致性行為<sup>60</sup>，以阻礙、限制或扭曲競爭為目的或生此效果者，禁止之。」本條與歐盟運作條約第 101 條相同，對於可感覺性均未作明文之規定。惟德國之判例學說亦肯定協議應對於市場競爭產生「可感覺性」之影響。「可感覺性」應作為德國限制競爭防制法第 1 條規定之不成文構成要件。

值得一提的是，德國限制競爭防制法於 1999 年第 6 次修訂之前，其第 1 條原本即含有協議「對競爭之限制必須足以影響生產或商品或服務交易之市場關係」(…geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen.)之要件。而當時通說已經肯定協議對市場競爭之影響必須達到可感覺(spürbar)之程度。換言之，「可感覺性」一要件在德國法下已經存在多年，只是從成文之構成要件，因修法配合歐盟規定而轉變為不成文之要件，其實質內容並未改變。

## 三、 聯邦卡特爾署之「微小不罰公告」(Bagatellbekanntmachung)

德國聯邦卡特爾署於 2007 年發布了「聯邦卡特爾署 18/2007 號關於不

---

<sup>60</sup> aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen，亦可簡稱為「一致性行為」。

究罰輕微限制競爭合作協議之公告」<sup>61</sup>（以下簡稱「德國微小不罰公告」），取代了更早於 1980 年發布同一旨趣之公告<sup>62</sup>。其主要重點如下<sup>63</sup>：

（一）德國微小不罰公告在一開始即指出其功能與作用。聯邦卡特爾署對於具體案件，具有決定是否發動調查處分程序之行政裁量權，而德國微小不罰公告之意旨，即在於確定主管機關如何進行裁量之基本原則，以便決定此一程序何時因案件之輕微而不被啟動<sup>64</sup>。

---

<sup>61</sup> Bekanntmachung Nr. 18/2007 des Bundeskartellamtes über die Nichtverfolgung von Kooperation-sabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung („Bagatellbekanntmachung“) vom 13. März 2007. 參見：

[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Bekanntmachungen/Bekanntmachung%20-%20Bagatellbekanntmachung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Bekanntmachungen/Bekanntmachung%20-%20Bagatellbekanntmachung.pdf?__blob=publicationFile&v=6)（最後瀏覽日期：2018/11/26）本公告之英文譯本參見：

[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Bekanntmachungen/Notice%20-%20De%20Minimis.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Bekanntmachungen/Notice%20-%20De%20Minimis.pdf?__blob=publicationFile&v=2)（最後瀏覽日期：2018/11/26）。

<sup>62</sup> Bekanntmachung BKartA Nr. 57/80 vom 8. Juli 1980 über die Nichtverfolgung von Kooperations-abreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung.

<sup>63</sup> 關於德國微小不罰公告，可參考 Emmerich, Kartellrecht, 12.Aufl., 2012, S.320; Bunte/Stanke, Kartellrecht, 3.Aufl., 2016, S.270; Kling/Thomas, Kartellrecht, 2.Aufl., 2016, S.580; Krauß, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Kommentar, Bd.1, Deutsches Kartellrecht, 12. Aufl., 2014, §1 GWB, Rn.163ff.; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd.2. GWB/Teil 1, 5.Aufl., 2014, §1 GWB, Rdnr. 139ff.

<sup>64</sup> 德國微小不罰公告第 1 點。

(二) 關於適用德國微小不罰公告之行為主體範圍，與歐盟微小不罰公告相同，包括與該事業具有結合關係之事業<sup>65</sup>。

(三) 本公告同時對於水平和非水平之協議均有其適用。水平協議為現實或潛在競爭者間之協議；其他協議則為非水平協議<sup>66</sup>。

(四) 事業間之協議、事業團體之決議和一致性行為如符合本公告之規定，聯邦卡特爾署將認為其通常情形下對競爭僅有輕微之影響，從而對其無須進行行政上之干預<sup>67</sup>。

(五) 德國微小不罰公告所設立之安全港門檻為：1、水平協議：參與協議事業之總市占率不超過協議所涉及任何市場之 10%。2、非水平協議：參與協議事業之個別市占率不超過協議所涉及任何市場之 15%<sup>68</sup>。水平或非水平協議在認定上有疑義時，適用 10%之門檻<sup>69</sup>。上述門檻與歐盟完全一致。

(六) 德國微小不罰公告對於具有「累積效果」之協議，為防制其對於市場產生之累積封鎖作用(kumulative Marktabschottungseffekt)，亦特別設有較為嚴格的安全港門檻。其內容與歐盟微小不罰公告相同，也就是前述 10%和 15%之門檻皆降為 5%。另外尚須一併考慮「市場產生累積效果之門檻」(30%)<sup>70</sup>。其詳請參閱上文，茲不贅述。

---

<sup>65</sup> 德國微小不罰公告第 4 點。

<sup>66</sup> 德國微小不罰公告第 5 點。

<sup>67</sup> 德國微小不罰公告第 6 點。

<sup>68</sup> 德國微小不罰公告第 8、9 點。

<sup>69</sup> 德國微小不罰公告第 10 點。

<sup>70</sup> 德國微小不罰公告第 11 點。

(七) 所處理之個案雖低於本公告之門檻，惟聯邦卡特爾署在例外情形下仍得採取卡特爾法上之必要措施。例如涉案協議對於市場價格、條件等重要事項，有整體上不利之影響時，執法機關自然不能坐視。惟此時聯邦卡特爾署通常不會直接進行罰鍰（秩序違反）程序，而是給予事業一段過渡期間，讓其有停止其所涉及違法行為之機會<sup>71</sup>。

(八) 對於影響市場競爭嚴重之「核心限制」(Kernbeschränkungen)，德國微小不罰公告亦將其排除於安全港適用範圍之外。屬於核心限制之協議類型有：固定商品或服務之價格、限制生產或銷售、瓜分市場或顧客等<sup>72</sup>。

#### 四、 德國法院之見解

德國聯邦卡特爾署公布之微小不罰公告並不拘束德國法院。德國法院關於可感覺性要件與微小不罰之安全港問題，其主要見解如下：

(一) 德國聯邦最高法院早在 1976 年“Fetigbeton”一案中<sup>73</sup>，就肯定了「可感覺性」(Spürbarkeit)為舊德國限制競爭防制法(GWB)第 1 條所規範之卡特爾（聯合行為）要件。此一見解在該法第 6 次修訂大幅度調整 GWB 第 1 條後，仍舊被法院所繼續維持，僅是轉變為不成文要件<sup>74</sup>。

(二) 對於聯合行為構成可感覺性之標準，德國法院判決尚未形成有如德國微小不罰公告所採之 10%安全港門檻。法院對於水平協議尚未形成

---

<sup>71</sup> 德國微小不罰公告第 12 點。

<sup>72</sup> 德國微小不罰公告第 13、14、15 點。

<sup>73</sup> BGH, 14.10.1976-Fetigbeton, WuW/E BGH 1458, 1461f.

<sup>74</sup> Krauß, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Kommentar, Bd.1, Deutsches Kartellrecht, 12. Aufl., 2014,

一個固定門檻之見解。德國法院乃是較有彈性地在個案中，同時權衡「量」與「質」之雙重標準，整體考量後予以認定。相對於聯邦卡特爾署之固定門檻標準，德國法院乃參考執法機關之標準後仍採個案認定之原則。法院所考慮之「質」與「量」標準，具有相互影響之作用。在質方面協議限制競爭之程度越高，在量上所需之門檻就越低。此時，協議就越容易被肯定對市場競爭構成可感覺性之影響。惟法院之判決亦有一個大概之趨勢，大致上涉案協議之市占率如超過 20%時通常皆會被法院肯定其具有可感覺性；如協議之市占率如低於 5%時，則通常會被認為其欠缺可感覺性（惟此亦無絕對性）<sup>75</sup>。介於 5%和 20%之間的案例，則視個案狀況決定。整體而言，法院對於可感覺性之立場主要仍是個案判斷，並兼顧事業之市場地位以及其所從事限制競爭之內容與性質。德國法院之此種見解與歐洲法院頗為接近，其自然無法形成一個固定而明確的安全港。

#### 五、準用歐盟集體除外規則上之安全港條款

本文在上一節有探討，歐盟集體除外規則在規範聯合行為之豁免上所設立之安全港條款。此等條款，經由德國限制競爭防制法之明文規定，對於適用德國國內法之案件予以準用。依德國「限制競爭防制法」第 2 條第 1 項規定：「事業之協議、事業團體之決議或互為之一致性行為，為改善商品之製造或販賣，或為促進技術或經濟之進步，且消費者得以適當分享其所生利益，同時無下列各款情形之一者，不受前條規定之禁止：

1. 參與協議之事業所受之限制，是為達成前述目的所不必要者。
2. 參與協議之事業就相關商品之主要部分，因協議而具有排除競爭

---

§1 GWB, Rn.163ff.

<sup>75</sup> Kling/Thomas, Kartellrecht, 2.Aufl., 2016, S.581.

之可能者。」

同條第 2 項規定：「歐洲共同體理事會或歐洲共同體執行委員會所制定關於適用歐洲共同體條約第 81 條第 3 項於特定類型之事業協議、事業團體決議及一致性行為之集體除外規則，於適用前項規定時準用之。集體除外規則於前述協議，仍準用之。」

由是可知，本文於本章第 2 節所闡述有關歐盟集體除外規則上所設立關於聯合行為豁免之安全港條款，均能準用於德國法。至於其詳細內容，請參見前文，茲不贅述<sup>76</sup>。

#### 第四節 美國競爭法上聯合行為之安全港

##### 一、當然違法與合理原則對安全港的影響

在美國法上，規範水平限制競爭行為之規定主要為休曼法（Sherman Act）第 1 條。但在休曼法第 1 條之中，並未就事業之市場占有率對於行為違法性判斷會帶來何種影響加以規定。因此從法條條文之上並無法得到可作為安全港的根據。

但這並不代表，針對水平限制競爭行為之判斷不存在安全港之概念。在美國法上討論安全港條款適用於水平限制競爭行為與否時，會受到限制競爭行為的違法性判斷是以「當然違法」或「合理原則」或是以「快速檢視（quick look）」之方式進行，而使檢討安全港之必要性產生差異。其原因可以從下列的兩點加以理解。

---

<sup>76</sup> 參見本文第二章第二節「四」。

(一) 合理原則產生錯誤判斷的社會成本較高

從安全港條款成為一項反托拉斯法的討論爭點的歷史背景加以檢討，可以發現，安全港條款的檢討的興起，可追溯至 *Sylvania* 案後，聯邦最高法院對於 *Sherman Act* 第 1 條之案件審理多改採合理原則，進行實質認定<sup>77</sup>。由於安全港條款作為合理原則適用上的一項標準，因此其重要性也在這樣的變化下，受到學者的重視。

之所以在審理標準改採合理原則後，安全港條款成為一項具有重要性的判斷標準。其原因在於，雖然在 *Chicago Board of Trade* 案中，Brandeis 大法官曾指出「該限制所適用的產業之特性、限制產生前後的市場變化情形、限制的本質與限制所產生的實際影響或可能影響。限制的歷史經緯、行為人主觀所認識的惡性、採取行動的理由、欲達成的目的或欲產生的結果」等數項目，可作為合理原則的判斷標準<sup>78</sup>。但有學者指出，這些判斷標準的內容過於廣泛，法院實際上難以操作<sup>79</sup>。此外，這些抽象的標準對於事業進行法律遵循也難以提供明確的基準<sup>80</sup>。

合理原則難以操作的問題之所以特別嚴重，其原因在於美國反托拉斯法的執行是受到欠缺反托拉斯法知識的法官、陪審團審理，因此反托拉斯法的違法性判斷，由於涉及經濟分析的專業知識，若標準過於抽象，很可

---

<sup>77</sup> Lindsey M. Edwards & Joshua D. Wright, “The death of Antitrust Safe Harbors: Causes and Consequences”, *23:5 GEO. MASON L. REV.*, 1212 (2016).

<sup>78</sup> *Board of Trade of City of Chicago v. U.S.*, 246 U.S. 231, 238 (1918).

<sup>79</sup> Robert Pitofsky, “The *Sylvania*: Antitrust Analysis of Non-Price Vertical Restrictions”, *78 Colum. L. Rev.*, 34 (1978). Frank H. Easterbrook, “The Limits of Antitrust”, *63 Tex. L. Rev.*, 12 (1984).

<sup>80</sup> Frank H. Easterbrook, *id.*, 12 (1984).



能使得欠缺相關學養之人，容易錯誤的適用合理原則<sup>81</sup>。

若錯誤的適用合理原則，結果使得對市場競爭不產生危害的行為受到反托拉斯法禁止，可能會造成很大的危害。因此，為了防止這樣的弊害產生，有必要建立更明確的審查標準。

在早期下級法院的判例發展上，有要求原告必須證明被告擁有強大的市場力，使一般較難造成市場競爭會因而受到損害的行為被排除於合理原則的適用範圍外的適用標準<sup>82</sup>。

為了使合理原則能有更具體的判斷標準，Easterbrook 法官整理出幾項可作為合理原則的實質認定標準的因素。其中，事業是否具備市場力（Market Power）即是一項合理原則的實質認定標準。之所以 Easterbrook 法官將市場力的有無當作是合理原則的判斷依據，原因為於「若事業欠缺市場力，無論其多努力，都無法造成市場競爭之傷害」。若在市場中欠缺市場力，相較於司法的介入，市場更能發揮非難不法取得之利益的功能<sup>83</sup>。

在這樣脈絡之下，安全港條款可以發揮一種篩選機能，使得市場占有率較低、理論上應難以影響消費者福祉的行為，不會受到政府或法院錯誤認定其所產生的限制競爭效果，使得明明足以產生經濟效率的行為，因政府錯誤而消失，產生不可彌補的錯誤。

而之所以司法所造成的錯誤如此嚴重而有必要特別加以注意，其原因

---

<sup>81</sup> Richard A. Posner, “The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality”, *48 U. Chi. L. Rev.*, 15(1981).

<sup>82</sup> *Id.*, 16. Frank H. Easterbrook, *supra* note 79, 20 (1984).

<sup>83</sup> Frank H. Easterbrook, *supra* note 79, 20.

在於司法若錯誤的容忍一個有害的行為，仍可能自我糾正與改善；但錯誤的懲罰一個有益的行為後，很難去補救這樣的結果<sup>84</sup>。為了避免錯誤結果產生在顯然難以產生限制競爭效果的案例中，透過安全港條款的建立，排除反托拉斯法在違法疑慮低的案例之適用，成為一種受到期待的解決方案。

## （二）合理原則判斷的行政成本較高

另外，在美國反托拉斯法上，會因為行為是否通常容易對市場競爭產生影響，而區分其所適用之違法性判斷基準。若行為的違法性明確，則法院傾向適用當然違法的判斷基準。在此種情形下，法院在個案中無須就行為所產生的競爭限制、是否產生經濟利益，亦無須進行市場界定，即可認定行為構成違法。

若行為的限制競爭效果明確，但有時可能有助於市場競爭時，法院會先就行為是否促進競爭等事項進行判斷。這樣的判斷，法院是以「快速檢視」（或稱「推定違法（presumptively illegal）」）的判斷基準進行判斷。

相對的，在適用合理原則的判斷基準時，法院必須進行市場界定、認定行為對於市場競爭造成的影響後，判斷行為對於市場競爭是否有所助益。若要在個案中一一檢驗這些標準，可能使得合理原則所必須付出的司法成本，遠遠超過當然違反之案例<sup>85</sup>。

當然違法或推定違法之審查基準，通常法院僅須就行為是否符合該類

---

<sup>84</sup> Id., 3 (1984). “Judicial errors that tolerate baleful practices are self-correcting while erroneous condemnations are not.”

<sup>85</sup> Richard A. Posner, *supra* note 81, 15.

型之行為、是否確實可能促進競爭進行審查即可<sup>86</sup>。由於不須舉證限制競爭效果，自然也不須進行市場的界定。在無須確定事業的市場占有率之下，法院便能認定事業所產生之限制競爭效果<sup>87</sup>。

由於被歸類為屬於當然違反之行為，明顯的會產生限制競爭效果，內容較為明確。因此一般認為，當然違反的類型，更能節省事業的遵法成本以及行政機關的執法資源<sup>88</sup>。

在這樣的觀點下，由於當然違法的類型違法性較明確、耗費的行政資源也較少，因此建構安全港原則的必要性也較低；相對的，較耗費資源進行判斷的合理原則，也就有更高價值導入安全港條款，在前階段將違法疑慮較低的案例先排除，使得主管機關及法院的執法成本，能更集中在有討論必要性的案例之中。

此外，由於當然違反的類型中，無界定市場的必要性，因此藉由市場占有率排除檢討必要性的安全港條款，也不存在必須具備的檢討前提。如此一來，當然也無法在當然違法的類型之中，檢討安全港條款適用之可能。

## 二、聯合行為安全港條款之規範

在目前的聯邦反托拉斯法的運用上，主管機關司法部(Department of Justice, DOJ)與聯邦交易委員會(Federal Trade Commission, FTC)所建立的安全港主要是聚焦在合資(joint venture)、共同研發、生產、配達、銷售或購買

---

<sup>86</sup> ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments*, 8th ed., 53(2017).

<sup>87</sup> Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application XI*, 3rd ed., 313(2011).

<sup>88</sup> *Id.*, 310-311.平均大約可節省之資源達到 6% , See *id.*, 316.

等，或是資訊交換、產業公會等行為類型之上。在該等處理原則中所使用的安全港條款，是以「安全區(Safety Zone)」之概念加以表現，其具體的內容與法律效果，可藉由下列二個處理原則之規範加以理解。

#### (一) 智慧財產權授權處理原則

在「智慧財產權授權處理原則 (Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property)」中，有關於安全港條款之規範。此一規範，自 1995 年同處理原則公告時即已存在。

在同處理原則 4.3 中指出，授權協議通常有助於創新及促進競爭，因此藉由制定安全區之概念，可確保明確性並藉此鼓勵技術授權活動的進行。因此，若行為不嚴重的減損競爭（亦即，行為不能是適用當然違反或快速檢視的行為<sup>89</sup>），且參與授權協議之事業其市場占有率不超過 20%時，原則上其授權協議行為將不會受到主管機關追究其責任。這樣的檢討，主要是著眼商品市場（good market），除非以商品市場進行評估無法正確的反映出對於技術市場與研發市場之影響，原則上均無須考量技術市場（technology market）或研發市場（research and development market）。

若有必要考量技術市場與研發市場所受之影響，或是市場占有率難以取得、市場占有率無法正確的表達市場競爭所受的影響程度時，處理原則有提供進一步的安全港條款的判斷基準。在涉及技術市場的情形下，該技術授權協議同樣不能嚴重的減損競爭；另外，必須有四種以上獨立存在、不受到協議任何一方所控制的技術存在，且該技術與被授權之技術間有可

---

<sup>89</sup> Richard J. Gilbert, “The 1995 Antitrust Guidelines For The Licensing Of Intellectual Property: New Signposts for the Intersection of Intellectual Property and the Antitrust Laws”, 2 (April 6, 1995), available at, <https://www.justice.gov/atr/file/519116/download>, last visited on date: 2018/11/26.

替代性，且使用者負擔之成本在相當範圍之內。若是涉及研發市場時，該技術授權協議同樣不能嚴重的減損競爭；另外，必須有四個以上獨立存在、不受協議任何一方所控制的組織 (entity) 存在，且其具備必須的特殊資產、特性及誘因進行具有可替代性、成本相當的研發活動<sup>90</sup>。

處理原則中所使用，以是否有其他組織足以進行研究開發作為安全港條款判斷依據的作法，可認為是依循 1984 年美國國會所制定的「國家合作研發法 (National Cooperative Research Act of 1984, NCRA)」之規範精神<sup>91</sup>。而主管機關之所以訂定安全港條款，最主要的考量可以認為是為了避免中小企業畏懼受到反托拉斯法的追訴，而減損其追求創新的誘因<sup>92</sup>。

2017 年 1 月 DOJ 和 FTC 共同修正了智慧財產權授權處理原則，但其中關於安全港條款之內容幾乎毫無修正，繼續沿用以往的處理原則中之安

---

<sup>90</sup> Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, 4.3.

<sup>91</sup> 參閱，Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, FN.61。在該法中，明確要求不得將合作研發行為認定為適用當然違法進行審查的行為類型。並且要求應考量行為之合理性、對市場競爭所帶來的所有影響。1984 年 NCRA 的制定，有著降低反托拉斯法的違法風險之目的，此一機能可認為與安全港條款的功能相當類似。在 NCRA 制定前，針對共同研究開發是否可能涉及反托拉斯法的違反，並沒有非常明確的規範，這容易使得事業對於共同研發卻步。為了避免這樣的結果，國會便著手制定 NCRA，並在 1993 年修正時，擴大其適用的範圍、並更名為「國家合作研發及生產法 (National Cooperative Research and Production Act of 1993, NCRPA)」。以提供給事業更高的法安定性。See ABA Section of Antitrust Law, supra note 86, 468-470.

<sup>92</sup> Justice Department Seeks Comments on Draft Intellectual Property Guides, 67 Antitrust & Trade Reg. Rep. (BNA) No. 1676, 182(Aug. 11, 1994).

全港條款的基準。

## (二) 競爭者合作處理原則(Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors)

### 1. 處理原則中市場占有率門檻

關於一項普遍適用於競爭者間的合作的處理原則的制定之相關討論，可藉由 1996 年時由 FTC 所提出的報告書加以理解。自 1995 年 10 月起的兩個月間，FTC 針對全球化與創新進行一連串的公聽會。其中一項結論認為，中小企業的創新，對於美國的經濟發展有重要貢獻，FTC 有必要會同其他主管機關，使得中小企業了解何種創新活動不會構成反托拉斯法的違反<sup>93</sup>。另外，為了配合新的科技及全球化趨勢，有將反托拉斯法的執行標準，有邏輯的、扼要的訂於單一處理原則之中的必要<sup>94</sup>。受到這樣的建議，FTC 也積極展開處理原則的訂定作業。

在處理原則訂定完成前，即有學者有指出，在針對競爭者的合作行為所定的處理原則之中，應納入市場力的有無作為一項選別基準<sup>95</sup>。原因在於，若行為不足以對消費者產生顯著損害（significantly harm），則不應將之當作一項違法行為。換言之，一項欠缺市場力的合作，應該推定其屬適

---

<sup>93</sup> FTC Staff Report, “Anticipating the 21st Century: Competition Policy in the New High-Tech Global Market Place”, Executive Summary And Principal Conclusions, 4 (May 1996).available at, [https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/anticipating-21st-century-competition-policy-new-high-tech-global-marketplace/gc\\_v1.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/anticipating-21st-century-competition-policy-new-high-tech-global-marketplace/gc_v1.pdf), last visited on date: 2018/11/26.

<sup>94</sup> Id., Ch. 10, 17.

<sup>95</sup> Ernest Gellhorn & W. Toood Miller, “Competitor Collaboration Guidelines – A Recommendation”, *42(4) The Antitrust Bulletin*, 867-868 (1997).

法行為<sup>96</sup>。但應以何種程度之市場力量作為門檻，學者間有許多不同的意見，有認為應訂在 20-25% 之間<sup>97</sup>，亦有認為應該將安全港條款訂為 30%<sup>98</sup>，或是應使得結合的類型均推定為適法<sup>99</sup>。

在 2000 年所公告的處理原則中，採用了 1995 年智慧財產權授權處理原則中所採取的市場占有率 20%，作為安全港條款的適用基準。雖然在比例上較學說的建議來得保守，但主要原因應在於該處理原則適用於所有產業、且合資（joint venture）的行為仍然有導致事業彼此勾結的疑慮，因此競爭法主管機關採取 20% 作為安全港條款的上限<sup>100</sup>。

在 2000 年 4 月所公告的競爭者合作處理原則中，將共同研發、生產、配達、銷售或購買等，或是資訊交換、產業公會的許多行為等都包含在「競爭者合作」的概念之內<sup>101</sup>，並將此等類型之安全港條款分為下列兩種類型進行討論。

一項競爭者合作，若僅涉及商品市場（product market）或技術市場時（technology market）時，在受到影響的市場之中，參與合作之事業之市場

---

<sup>96</sup> Howard H. Chang, David S. Evans & Richard Schmalensee, “Some Economic Principles for Guiding Antitrust Policy towards Joint Ventures”, *1998 Colum. Bus. L. Rev.*, 289 (1998).

<sup>97</sup> FTC Staff Report, *supra* note 93, Ch. 10, 10.

<sup>98</sup> Ernest Gellhorn & W. Tood Miller, *supra* note 95, 868.

<sup>99</sup> Howard H. Chang, David S. Evans & Richard Schmalensee, *supra* note 96, 289.

<sup>100</sup> Interview with Professor Joseph F. Brodley, “The Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice Draft Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors”, *14 Antitrust*, 9(1999).

<sup>101</sup> Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, §1.1.

占有率只要不超過 20%時，該合作行為原則上不會受到主管機關挑戰其合法性<sup>102</sup>。

若競爭者之合作，涉及創新市場（**Innovation Market**）時，只要在該市場中除參與合作之事業外，擁有進行 R&D 所需之特殊資產、特性（**Characteristics**）以及進行 R&D 之誘因、且與涉案之研發活動具有密切替代性（**Close Substitute**）之研發活動（**Research Efforts**）若有三件（家）以上時，該合作行為原則上不會受到主管機關挑戰其合法性<sup>103</sup>。

但在競爭者合作處理原則所指出的兩種安全港條款，均不適用於構成「當然違法」的類型、亦不適用於「無須進行市場分析（**be challenged without a detailed market analysis**）」之類型（亦即一般所稱之「快速檢視」的類型<sup>104</sup>）。

## 2. 案例

在 DOJ 過去於事前的商業審查程序（**business review procedure**）中作成之回函中，可發現一些 DOJ 基於競爭者合作處理原則之安全港條款，認定事業之行為應不致產生競爭法違法疑慮之案例。

### (1) 關於達美航空與法國航空共同新設公司之商業審查函<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, §4.2.

<sup>103</sup> Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, §4.3.

<sup>104</sup> ABA Section of Antitrust Law, *supra* note 86, 461.

<sup>105</sup> Response to Delta Airlines, Inc. and Societe Air France Request for Business Review Letter, available at, <https://www.justice.gov/atr/response-delta-airlines-inc-and-societe-air-france-request-business-review-letter>, last visited on date: 2018/11/26.



在 2001 年的達美航空(Delta Airlines)與法國航空(Société Air France)向 DOJ 請求審查的案例中，兩家航空公司欲共同出資創設一家事業，經營兩公司所承擔，由美國出發的空運業務（air cargo shipments from the United States）。此一業務將以運往歐洲、墨西哥、拉丁美洲、亞洲太平洋等區域之業務為主，而不涉及運往加拿大之業務。而共同創設之公司，將不會經營空運，運送的業務也將由兩家航空公司繼續負責。

在信件中，DOJ 基於兩家公司所提出的數據，指出兩公司在「美國及歐洲間之空中貨運市場」僅占有非常小的市場占有率，達美航空僅占有 5-6%，而法國航空則僅占有 6-7%的占有率，即便合併計算亦僅有 12.1-12.7 的市場占有率。而其競爭者除了一般運送旅客的航空公司外，亦包含專門經營空中貨運的事業（如 FedEx 或 UPS）、其他航空公司所共同成立之事業。

雖然 DOJ 在本案中並未明確提起競爭者合作處理原則之安全港條款，但 DOJ 最終在考量兩公司僅占有較小的市場占有率，且該市場亦欠缺顯著的參進障礙之下，認定兩公司所共同新創的事業，並不足以產生限制競爭效果。此一結論，應可認為與同處理原則中所反映的觀點具有一致性。

## (2) 關於 STARS Alliance LLC 之商業審查函<sup>106</sup>

2012 年的 STARS Alliance LLC 商業審查函中，STARS 是由七家經營核能發電廠的事業所成立的組織，其將共同針對發電廠所使用的設施如渦輪的維修服務等八項產品或服務進行採購，且在該八項產品或服務之市場

---

<sup>106</sup> Response to Stars Alliance LLC's Request for Business Review Letter, available at <https://www.justice.gov/atr/response-stars-alliance-llcs-request-business-review-letter>, last visited on date: 2018/11/26.

中，STARS 所占有之市場占有率均低於 20%。針對這樣的共同採購，是否可能產生限制競爭之疑慮，STARS 向 DOJ 提出了疑問。

針對 STARS 提出之疑問，DOJ 首先從競爭者合作處理原則出發，指出若事業之市場占有率低於 20% 時，若無特別情形，主管機關一般不會認定該種行為足以產生限制競爭之效果。而在本案中，STARS 於其所欲進行共同採購之市場中，市占率低於 20%，故落在安全區 (Safety Zone) 之中。且由於在本案中，有針對敏感資訊的交換設下限制，因此限制競爭疑慮又更受到限制。另外，DOJ 也考量此一共同採購所能增進的經濟效率，因此認為 STARS 所欲進行之共同採購行為，不會受到 DOJ 挑戰其合法性。

雖然在本案中，除了行為適用安全港條款外，存在其他要素降低行為之限制競爭疑慮，且存在促進競爭之要素，但由其簡略的論述可理解，DOJ 之審查仍應主要是以市場占有率及安全港條款之適用為主要之內容。其他降低疑慮之措施、促進競爭之性質等論述，應是基於論述「不適用安全港條款之例外情形」不存在之目的，而增添之描述。

### 三、 小結

由以上檢討，可以就美國法上針對水平聯合之安全港條款之檢討得到一些有益的結論。藉由學說觀點的分析，可以了解到安全港條款適用在合理原則的案例上的功能。透過排除產生限制競爭疑慮較低的案例，可使得競爭法的執行產生的社會成本有效的受到控制。同時，在個案中進行合理原則的判斷時，可將有限的執法資源集中在較有檢討必要性的案例，使得競爭法的司法審查更加精緻，更減少不正確的判斷產生的可能性。

其次，雖然智慧財產權授權處理原則較缺乏相關案例，藉由 DOJ 所公告的商業審查函的案例檢討，可以了解競爭者合作處理原則之安全港條款

在實務上是如何受到主管機關的運用。如同在競爭者合作處理原則中，主管機關所述的觀點一般，美國法上的安全港條款並非符合市場占有率的門檻，則當然、絕對的不再檢討行為對於市場所產生的影響。在個案中，是否存其他特殊情形（例如市場的參進障礙程度、共同合作是否針對敏感性的資訊交換設有阻絕機制等），也是主管機關在適用安全港條款的時的參考指標之一。這樣的觀點，也是美國針對水平聯合行為所設的安全港條款的重要特色之一。

## 第五節 日本競爭法上聯合行為之安全港

水平聯合行為在日本獨占禁止法（原名為「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」，以下簡稱「獨禁法」）上，係定義在第 2 條第 6 項之中，謂：

「本法所稱『不當交易限制』，係指事業以契約、協定或其他任何名義，與他事業共同決定、維持或提高對價、或就數量、技術、製品、設備或交易相對人等事業活動互相限制或使其達成，有悖於公共利益，而於一定的交易範圍中實質限制競爭之行為」。

若行為符合第 2 條第 6 項之定義，將受到同法第 3 條之禁止。

在獨禁法的條文本身，並未以市場占有率作為不當交易限制之要件，因此，無論其行為所影響之市場程度為何，皆有可能構成不當交易限制。故可認為在獨禁法本身，並未有任何關於水平聯合行為之安全港條款。

但藉由處理原則之制定，日本競爭法主管機關公平交易委員會（公正取引委員会，本文以下稱之為 **JFTC**）針對可能構成不當交易限制的共同研發行為訂定了安全港條款。其乃是定於「共同研究開發處理原則（共同研

究開発に関する独占禁止法上の指針<sup>107)</sup>」之中。在該處理原則第1的「2 判斷時的考量事項」之中指出，若涉及競爭者間的產品改良、替代品開發的共同研究時，參加者的市場占有率若低於 20%，則通常不會產生獨禁法上的問題。

## 一、 制定背景

共同研究開發處理原則，主要是 JFTC 為了因應產業界對於共同研究開發之需求而制定的處理原則。在 1984 年 9 月，JFTC 發表「民間企業研究開發活動現況與競爭政策上の課題（民間企業における研究開発活動の実態と競争政策上の課題）」<sup>108</sup>，調查中指出日本研究開發的特徵是由民間主導，政府負擔金額較低。在 242 家製造業的上市公司中，有 55% 的事業進行共同研究開發。JFTC 並指出共同研究開發有降低成本、分散風險、提升效果等優點<sup>109</sup>。儘管共同研究開發可能因其性質、參與事業數量、市占率等變化而有可能存在產生限制競爭之可能，但若參加者數量極少、異業間合作之情形，則可能對於市場影響較為輕微<sup>110</sup>。

雖然在此一調查研究後，JFTC 進行了一系列的研究活動<sup>111</sup>，但其主要

---

<sup>107</sup> 「共同研究開発に関する独占禁止法上の指針」（2017 年 6 月 16 日修正），<http://www.jftc.go.jp/dk/guideline/unyoukijun/kyodokenkyu.html>，最後瀏覽日期：2018/11/26。

<sup>108</sup> 其主要內容，參閱六波羅昭，「研究開発と独占禁止政策」，公正取引，408 号，16 以下（1984 年 10 月）。共同研究開発に関する独占禁止法上の指針，はじめに、1 基本的視点。

<sup>109</sup> 六波羅昭，同上註，17-19。

<sup>110</sup> 六波羅昭，同上註，19、25。

<sup>111</sup> 平林英勝編，共同研究開発に関する独占禁止法ガイドライン，商事法務，3-4（1993

內容均可認為是以共同研究開發所涉及的不公平交易行為（不公正な取引方法）的類型以及應如何評價該等行為等問題為主軸<sup>112</sup>。因此，可認為在 1984 年的調查研究之階段，JFTC 應該已經形成一定程度之確信，要將市場占有率較低的共同研究開發，排除水平限制競爭之適用範疇外、建構獨禁法上的安全港條款。

共同研究開發處理原則中所採用的 20% 之基準的制定，主要是參考歐盟及美國的立法例而來。雖然 1993 年處理原則制定當時，美國智慧財產權授權處理原則與競爭者合作處理原則尚未制定。但 JFTC 參考當時的國際事業活動處理原則（Antitrust Guidelines for International Enforcement and Cooperation）中所採取的「若有 4（或 5）件以上研究開發活動存在，則可認為不產生限制競爭效果」之原則，兼考量歐盟所定 20% 之數字，而採納 20% 作為安全港條款的門檻<sup>113</sup>。

## 二、適用範圍

共同研究開發處理原則中指出，共同研究開發可能限制參加者間的研發活動，若對技術市場或商品市場產生實質的限制競爭疑慮時，可能構成獨禁法第 3 條所禁止的不當交易限制。但若是由不具備競爭關係之事業共同進行，或是由少數的事業共同進行時，則通常較不易產生獨禁法上的問題<sup>114</sup>。

---

年 11 月)。

<sup>112</sup> 山田昭雄、松月宏之，「共同研究開発と独占禁止法」，公正取引，477 号，6-7（1990 年 7 月）。

<sup>113</sup> 平林英勝編，前掲註 111，40。

<sup>114</sup> 此外，若是由同業公會為之時，可能構成同法第 8 條之規定。若是以共同設立公司之方

為了具體說明何種程度的參加者家數、市場占有率可能對於實質限制競爭之判斷產生影響，處理原則中先指出參加共同研究開發之事業市場占有率越高、具備高度研發能力的事業家數越多時，產生獨禁法上之疑慮的可能性就越高。相對的，若市場占有率越低，參加家數越少時，則產生獨禁法上之疑慮的可能性就越低<sup>115</sup>。

在這樣的脈絡下，處理原則中更進一步的明確指出不致產生限制競爭疑慮之範疇為：

「商品市場中具有競爭關係之事業間，就該商品之改良、代替品之開發進行共同研究開發時，若參加者之商品市場占有率合計為 20% 以下者，通常不會產生獨禁法上的問題。即便合計超過 20%，亦非當然產生問題，而須就下列[1]至[4]之事項（參與事業之市占率、研究性質、共同研究的必要性、研究對象及期間等）綜合考量<sup>116</sup>」。

此一規定，即為日本法上就水平限制競爭行為所採之安全港條款。但其適用上，仍存在著下列幾點限制。

（一）該安全港條款所適用，亦即排除限制競爭疑慮之部分，僅限於規範水平限制競爭行為、定義於獨禁法第 2 條第 6 項的「不當的交易限制」，而不免除因共同研究開發行為所產生的不公平交易行為（獨禁法第

---

式為之，可能構成同法第 10 條之情形。共同研究開発に関する独占禁止法上の指針，第 1 研究開発の共同化に対する独占禁止法の適用について、1 基本的考え方。

<sup>115</sup> 共同研究開発に関する独占禁止法上の指針，第 1 研究開発の共同化に対する独占禁止法の適用について、2 判断に当たっての考慮事項。

<sup>116</sup> 共同研究開発に関する独占禁止法上の指針，第 1 研究開発の共同化に対する独占禁止法の適用について、2 判断に当たっての考慮事項。

2 條第 9 項) 的限制競爭疑慮。此一限制，由安全港條款係在獨禁法第 3 條之構成可能性的脈絡下加以檢討可以得知，在共同研究開發處理原則起草者所編撰的處理原則解說書中亦可加以確認<sup>117</sup>。

(二) 在水平限制競爭行為之中，得適用安全港條款的行為僅限於共同研究開發。雖然在處理原則中並未明確的排除價格協議等核心卡特爾適用安全港條款之可能，但由於處理原則之檢討範圍皆限於共同研發活動等，在共同研究開發處理原則起草者所編撰的處理原則解說書中亦採取此一觀點，而可得到此一結論<sup>118</sup>。

(三) 得適用安全港條款之共同研究開發，限於「商品之改良、代替品之開發」，若共同研究開發者不屬於競爭者間既存商品的改良或代替品之開發，而為完全嶄新的商品時，則無法適用此處之安全港條款，完全排除行為之違法性。共同研究開發處理原則起草者所編撰的處理原則解說書中指出，此種情形下，因商品市場尚不存在，因此必須等到市場的情形較為明確後，才能進行獨禁法上的判斷<sup>119</sup>。

### 三、 適用安全港條款之案例

在共同研究開發處理原則制定後，雖然在 JFTC 並未在作成處分的案件中，提及共同研究開發處理原則中的安全港條款，但在 JFTC 每年度公告的問答事例集之中，可以發現 JFTC 在案例中，仍有藉由共同研究開發處理原則之安全港條款，說明共同研究開發行為的合法性之情形。藉由相關案例的整理與說明，可以發現該等安全港條款在目前實務上受到使用的

---

<sup>117</sup> 平林英勝編，前揭註 111，39。

<sup>118</sup> 同上註，36。

<sup>119</sup> 同上註，41。

實際情形。以下就 JFTC 所舉之案例中，與水平限制競爭行為之安全港條款較為相關之兩件案件加以說明。

(一) 平成 12 年度問答案例集案例 8：保險商品的共同研究開發

在平成 12 年度的問答案例集的案例 8 之中，涉及分別經營生命保險（在案例集中稱之為第一領域）與損害保險（在案例集中稱之為第二領域）的兩家保險業者 A 與 B，欲針對一項當時由生命保險或損害保險均可部分經營的第三領域，共同進行研究開發活動。

由於第三領域當時尚未解除管制，生命保險與損害保險業者僅可就與其業務相關之部分進行經營第三領域，但無法跨足至第三領域中屬他險種之範疇。受到解除管制的影響，A、B 二公司欲共同針對第三領域進行開發，藉由其各自所掌握之 know-how 進行共同研究開始，共同在第三領域中提供優良的商品。

問答案例集中指出，第三領域中之市場占有率若僅就損害保險加以計算，二者合計約略超過 20%；若加計生命保險的領域，則合計約占有市場的 10%。

或許因為二者合計之市場占有率超過 20%，針對本案 JFTC 在問答案例中雖有就安全港條款加以檢討，但並未直接以安全港條款之存在，否定 A、B 之共同研究開發所可能產生的限制競爭效果。JFTC 除指出解除管制的第三領域的市場變化難以預料外，也一併就研究開發的特性、共同研究的必要性、共同研究的範圍等其他綜合考量限制競爭效果的因素一併檢討，始否定本案共同研究開發行為所可能產生的限制競爭疑慮。



## （二）平成 14、15 年年問答案例集案例 5：共同開發金融機構所使用的資訊系統

在平成 14、15 年度的問答案例集的案例 5 之中，則可以明確的看到 JFTC 以安全港條款作為依據，否定行為產生限制競爭效果之疑慮。

在該案中，A、B 兩家公司欲就金融機關所使用的資金、有價證券管理資訊系統進行共同研究開發。並且是以包含金融機構的前台、中台、後台等不同業務範圍的套裝軟體開發為其目標。A 社在資金、有價證券管理資訊系統市場中的市場占有率約為 10%，為市占率第 3 名之事業。而 B 則約占有 5%，為第 5 名之事業。合計二事業共同占有 15%，為市場中第 3 大。除該二事業外，市場中仍有複數家有力的競爭者存在。

由於 2005 年會計制度等大幅修正，金融機構的資金、證券系統亦有配合修正的必要，但 A 與 B 均難以獨力進行相關系統的開發，為分擔開發費用、降低成本，故選擇共同進行研究開發活動。

針對本件共同研究開發，JFTC 首先提及了共同研究開發活動所存在的安全港條款後，指出本件行為是為了開發次世代的系統，因此屬於產品的改良。此外，A 與 B 合計的市場占有率為 15%，且不包含限制競爭之內容在內。因此，JFTC 認為此一行為不會產生獨禁法所欲規範的問題。

由於本案以後之其他案例中，JFTC 均並未如此明確的針對共同研發行爲的安全港條款再進行明確的認定，本案應可認為是最明確的表達 JFTC 適用水平限制競爭行為安全港條款之案例。由本案可以確認，若符合 20% 以下的市場占有率之安全港條款，JFTC 對限制競爭效果之認定採取相當簡化的認定，也不就共同研發的性質、目的、範圍等進行額外的討論，即認定其欠缺限制競爭疑慮。由此可以肯定安全港條款節省行政成本之機能。

另外，本案亦明確的將「不涉及限制競爭之內容」作為一項安全港條款的要件。雖然在處理原則中並未明確的訂有此一要件，但承本文前述之檢討，由處理原則之規範目的及 JFTC 職員所撰寫之解說書可知<sup>120</sup>，以限制競爭為目的之共同研發活動，應排除於安全港條款之適用範圍之外。

#### 四、 小結

由以上檢討可以理解，在日本法上針對水平聯合所設計之安全港條款，主要是針對共同研發行為所設計。主要的考量可以認為是因為共同研發行為所產生的限制競爭疑慮較低，而帶來的促進競爭效果則值得期待，因此以 20% 的市場占有率作為安全港條款之標準。雖然在採用的數值的原因上並沒有能具體說明其計算緣由的資料，但可以認為其主要乃是參考歐美的立法例，而採用 20% 作為安全港條款的門檻。另外，在實際運用的情形上，可以發現 JFTC 在執法上，即便是未達 20% 市場占有率的案件，但在行為違法性的論述上，仍舊會一併注意其他市場競爭所受到的影響。因此，必須認為安全港條款的功能，並不完全的使 JFTC 減輕在調查限制競爭效果上所應負擔的責任，主管機關仍會就個案的限制競爭效果進行較為具體的個案認定。

## 第六節 結論

藉由本章以上之檢討，鳥瞰了歐德美日競爭法關於水平限制競爭行為的安全港後，約可得到以下幾點觀察：

第一，關於安全港適用的行為類型而言，各國法在大方向上均具有一致性。無論是歐盟法排除水平價格協議、產量限制或瓜分市場或顧客等「以

---

<sup>120</sup> 同上註，36。

限制競爭為目的」之行為；德國法排除固定商品價格、限制生產或銷售、瓜分市場或顧客之「核心限制」；美國法排除適用「當然違法」與「快速檢視」之行為；日本法排除價格協議等「核心卡特爾」。雖然各國用語與所舉範例有所出入，但可理解其所指向的大方向，均是要將最嚴重限制市場競爭之行為，排除於安全港適用範圍之外。

在這樣的觀點之下，日本法最為保守的將安全港僅適用於「共同研究開發」之上；美國法則較之為寬鬆，關於智慧財產權授權與競爭者合作，皆有適用之可能，例如共同研發、生產、配達、銷售或購買等，或是資訊交換、產業公會等都包含在處理原則所示例的範圍之內；相對的，歐盟法以及德國法，採取了寬嚴並濟的雙重門檻。一方面在微小不罰公告中，適用的類型較寬鬆，適用於所有非以限制競爭為目的、不構成核心限制的行為，但其市場占有率門檻較為嚴格。另一方面，適用範圍限於專業化聯合以及共同研發之集體除外規定，則採取較寬鬆的市場占有率門檻。

第二，關於安全港的門檻，可以發現由於適用安全港的行為類型不同，在歐德美日之間有著幅度不小的落差。美日由於適用範圍較為狹隘，因此採取的安全港門檻皆訂為20%，適用類型較為狹隘的集體除外，亦採取20%之門檻；歐盟及德國法的微小不罰公告，因適用的行為類型較不受限（當然，排除「以限制競爭為目的」或「核心限制」之行為），因此在門檻上採取較保守的10%作為標準。

由此可以理解，安全港門檻的決定，應配合適用範圍進行相應的調整，以避免過度的開放造成市場競爭受到破壞而無法制止，或是過度限縮安全港的範圍，使得促進法安定性的美意無法達成。

第三，關於安全港的存在形式，可以發現歐德美日皆是未經過立法程序的行政規則的性質，因此其規範皆不直接的對法院形成拘束力，而僅限

制行政機關執法上裁量權限。此種規範的優點應可認為是可配合主管機關對於市場競爭規範觀點的變化隨時彈性地進行修正。另外，法院既可能基於規範的目的尊重主管機關之裁量，但亦可能在個案中配合個案的市場競爭情形進行調整。

第四，就安全港的類型而言，就本文所檢討之範疇，可認為歐德美日關於水平限制競爭行為，皆是以阻止主管機關調查權發動的模式加以規範。這樣的結果與該等規範皆以行政規則，而非立法者所制定應具有密切的關係。

## 第三章 獨占管制之安全港

### 第一節 緒論

本章以下，將針對歐盟、德國、美國以及日本競爭法上，針對獨占管制所適用的安全港規範進行逐一檢討。

在檢討的順序上，由於美國藉由判例法所形成之安全港內容較為明確，因此先就美國法進行介紹。其次，日本以及德國，則分別藉由處理原則及法律規範，形成類的安全港之機制。最後，歐盟法目前雖欠缺相關規範，惟藉由理論及實務的整理，而逐漸的在成形之中，故其討論本文置於各國法討論的最末端之處。

### 第二節 美國競爭法上獨占管制之安全港

#### 一、聯邦最高法院所建立之安全港條款

在美國法上，競爭法主管機關並未有針對獨占明確地訂定安全港條款之規範。因此只能從判例法，分析實質的安全港條款。學說上一般認為，聯邦最高法院在 *Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde* 案中的結論，實質上建立了獨占行為的安全港條款。

在 1984 年聯邦最高法院作成的 *Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde* 判決中，麻醉醫 Hyde 提起確認判決（declaratory judgment）請求法院確認 East Jefferson 醫院與 Roux 麻醉醫事務所之間的排他契約為違法。在 1971 年，East Jefferson 醫院開業後即與 Roux 麻醉醫事務所簽訂排他契約，約定僅聘用 Roux 麻醉醫事務所之麻醉醫生。這使得同樣為麻醉醫的 Hyde 請求在 East Jefferson 醫院擔任麻醉醫受到拒絕，故主張該契約違反 Sherman

Act<sup>121</sup>。

在地方法院判決中，法院認定在紐奧良都會區（New Orleans metropolitan area）有 20 間以上的醫院，且約有 70% 住在 Jefferson Parish 郡的居民利用 East Jefferson 以外的醫院。換言之，East Jefferson 醫院在市場中僅占有 30% 的市場占有率，因此 East Jefferson 醫院並不能認為擁有市場力量（Market Power）。但在控訴審中，法院認定市場應界定為 Jefferson Parish 的東岸，因此 East Jefferson 醫院具有充分市場力量，故其行為構成當然違法<sup>122</sup>。

雖然最高法院在本案中，並未非常明確表達其對市場界定的結論，但就其字裡行間應可理解其贊同地方法院的見解，亦即 East Jefferson 醫院在 Jefferson Parish 郡僅占有 30% 的市場占有率<sup>123</sup>。因此，雖然控訴審法院藉由論述本案中的市場的不完全性，說明 East Jefferson 醫院的市場力量，但最高法院認為其僅止於抽象意義的形成市場力量，而不足以產生可使其搭售行為受到禁止的市場力量<sup>124</sup>。因此，法院認為在本案中並沒有任何應受到 Sherman Act 禁止之行為<sup>125</sup>。

在同案的 O'Connor 大法官的協同意見中<sup>126</sup>，針對本案的行為作為一

---

<sup>121</sup> Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2, 5-7 (1984).

<sup>122</sup> Id., at 7-8.

<sup>123</sup> Id., at 26-27.

<sup>124</sup> Id., at 27.

<sup>125</sup> Id., at 32.

<sup>126</sup> O'Connor 大法官此一之協同意見，有首席大法官 Burger、Powell 大法官以及 Rehnquist 大法官之加入。

項排他性交易進行論述。O'Connor 大法官指出，僅有在眾多的買方或賣方會自市場中被逐出時，才會構成「不合理的限制 (unreasonable restraint)」<sup>127</sup>。但本案之契約僅涉及一家小的麻醉醫事務所與一家相當小的醫院，即便不進行市場界定，亦難以認為該麻醉醫事務所或該醫院，可能藉此增進其市場地位。故本案的行為，應以合理原則進行考量，並不應受到禁止<sup>128</sup>。

由於在本案中，將市場占有率達 30% 之事業認定為欠缺市場力量，後續下級審法院的實務運作上，基本上亦均依循此一標準在認定行為的違法性。因此 Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde 案，被學者認為樹立了獨占的安全港條款<sup>129</sup>。

## 二、下級法院目前採取之觀點

在 1992 年第 4 巡迴法院作成的 M & M Medical Supplies and Service v. Pleasant Valley Hospital 判決中，法院明確的採用以市場占有率，作為是否構成「試圖獨占 (attempted monopolization)」之標準：若行為人之市場占有率未滿 30%，請求推定應被拒絕 (should presumptively be rejected)；若市占率在 30% 至 50% 之間，通常該請求應被拒絕 (should usually be rejected)；若行為人之市占率高於 50%，則當其他要件亦符合時，可認為構成試圖獨占 (should be treated as attempts at monopolization when the other elements . . . . are also satisfied) <sup>130</sup>。

---

<sup>127</sup> 466 U.S., at 45.

<sup>128</sup> Id., at 45-46.

<sup>129</sup> Lindsey M. Edwards & Joshua D. Wright, *supra* note 77, 1215.

<sup>130</sup> M & M Medical Supplies and Service, Inc. v. Pleasant Valley Hosp., Inc., 981 F.2d 160, 168 (1992). Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, 5th ed., 376-377 (2016).

這樣的觀點，雖然在數值上有些許出入，在近年控訴審的案例中亦受到沿用。在 2004 年第 1 巡迴上訴法院作成的 *Stop & Shop Supermarket v. Blue Cross & Blue Shield of R.I.* 判決中，法院將安全港條款的市場率解釋為低於 30% 至 40% 之行為<sup>131</sup>。

在 2011 年第 1 巡迴上訴法院作成的 *Sterling Merchandising v. Nestle* 判決中，法院亦採取此一見解。在本案中，Nestle 在 2003 年併購 Payco 後，和 Sterling 成為波多黎各當地最大的兩家冰淇淋經銷商（distributors），但仍有其他數家事業存在。本案中規模較小的 Sterling 向 Nestle 提起訴訟，主張 Nestle 在 2003 至 2009 年之間從事限制競爭行為<sup>132</sup>。

但法院認為，Sterling 並未能證明反托拉斯損害（Antitrust Injury），且亦無法證明 Nestle 的行為違反任何反托拉斯法的規定<sup>133</sup>。法院指出，在適用合理原則考量排他交易時，行為涉及市場力量的行使、行為損害市場競爭、損害大於帶來的經濟利益，為三項必須滿足的要件。但若受到封鎖的程度無法超過 30% 或 40% 時，不能認為會造成任何限制競爭的疑慮。在本案中，法院認定 Nestle 之市占率最高也只有在 2005 年達到 30.8%，其他年度均未超過 30%<sup>134</sup>。且法院認為 Sterling 在是否實際損害競爭、損害是否大於經濟利益等主張上，均無法成功證明其主張，故駁回原告的請求<sup>135</sup>。

---

<sup>131</sup> 同樣採取此一數值亦有其他巡迴上訴法院判決支持，如 *B & H Medical, L.L.C. v. ABP Admin., Inc.*, 526 F.3d 257, 266 (2008).

<sup>132</sup> *Sterling Merchandising, Inc. v. Nestle, S.A.*, 656 F.3d 112, 115 (2011).

<sup>133</sup> *Id.*, at 120-123.

<sup>134</sup> *Id.*, at 123-124.

<sup>135</sup> *Id.*, at 124-125.



從上述的案例可以觀察，雖然在法條規範上並未明確的針對獨占行為訂定安全港條款之規範，但法院試圖建構一些獨占行為的安全港條款，將市場占有率低於 30-40% 的事業之行為，實質上難以構成 Sherman Act 所禁止之獨占行為<sup>136</sup>。

### 三、 小結

從以上檢討，針對獨占行為的安全港條款，可以得出下列幾點觀察：

首先，前述案例所採取的安全港條款，其行為的類型即有所出入，涉及搭售、試圖獨占、排他交易等不同情形，適用的規範跨及 Sherman Act 和 Clayton Act，但法院似乎並未有釐清安全港條款適用範圍的意圖。但由於二規範針對獨占行為的規範基本上應趨於一致<sup>137</sup>，因此透過上述案例的觀察，大致上可以得出目前法院對於獨占行為的安全港條款的觀點。

其次，在安全港條款的適用門檻上，可以發現法院所採取的市場占有率基準在 30% 至 50% 之間游移，而無統一的標準。但就最保守的觀點而言，或許可以認為 30% 的市場占有率是最沒有疑問的門檻，可以認為行為合法的可能性較高；而在 30-50% 之間，則可能原告必須盡更高的舉證責任，才能說明行為對市場產生的影響。但相對的，對於行為應為合法的確信，相對的則可能較低。

最後，就法律效果而言，在法院的相關論述中，除了檢討市場占有率外，市場的特性、行為的性質等等，也都是法院在個案中評估的關鍵。法院似乎並未因為市場占有率低於 30-40%，使得其評估限制競爭效果的責任

---

<sup>136</sup> Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *supra* 87, at 197.

<sup>137</sup> *Id.*, at 18.

大幅減輕。從而可以認為，雖然判例法上形成了一種安全港條款的規範，提供法院一個參考基準，但這樣的規範體系似乎並不能認為是有著強大的功能，減輕法院的負擔或是協助原被告進行攻擊防禦。

### 第三節 日本競爭法上獨占管制之安全港

獨禁法針對獨占行為之規定，是定義在獨禁法第 2 條第 5 項，該規定將獨占行為定義為「事業單獨、與他事業結合或通謀、或以其他任何方法，排除或支配他事業之事業活動，有悖於公共利益，而於一定交易範圍中實質限制競爭之行為」。若符合此一定義，則行為將受到司法第 3 條之禁止。

就獨禁法第 2 條第 5 項的文義而言，從事獨占行為的事業之市場占有率，並非認定獨占行為之要件。無論是以排除或是支配之方式進行獨占行為，均以造成競爭的實質限制作為違法的要件。因此就要件構成的判斷上，似乎難以直接導出以市場占有率作為安全港條款之判斷的法律根據。

在 JFTC 針對排除型獨占行為所訂定之「排除型獨占行為處理原則(排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針)」中指出<sup>138</sup>：

「幾乎所有至今曾發生的排除型獨占行為，都是以就排除行為對象商品擁有高度市場占有率之事業作為審查對象。此種排除他事業的事業活動、產生市場封鎖效果之行為，其行為人幾乎都是就其所供給之商品擁有某種程度強大的市場占有率。此外，若行為人擁有的商品市占率越高，可以認為排除行為就越容易發揮功效、在市場中就越容易產生競爭的實質限制。

---

<sup>138</sup> 排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針，第 1「公正取引委員會の執行方針」。

考量到這樣以往的情形，公平交易委員會在判斷是否進行排除型獨占行為之審查時，將以行為開始後行為人所提供之商品大致上超過市場占有率的二分之一，並就考量市場規模、行為事業的事業活動範圍、商品特性綜合考量後，足認為嚴重影響國民生活者，將受到優先的審查。但在個案中之行為態樣、市場狀況、競爭者的地位之不同，亦可能使得不構成前述基準者，以排除型獨占行為之觀點受到審查。」

由此一敘述可以理解，發現 JFTC 以事業具有 50% 以上之占有率作為「優先審查」事業之行為是否構成排除型獨占行為的標準。也就是說，若事業具有 50% 之市場占有率，則 JFTC 將優先審查其行為是否構成獨占行為；但即便事業之市占率未達 50%，亦並不能據此主張其行為不構成競爭的實質限制。因此，50% 以上的市場占有率，並不能認為會直接影響行為的違法性，因此不能以此認定是獨占行為的安全港條款的法律規範。

儘管在法律規範上欠缺明文的規定，學說上仍多認為，雖然獨禁法的法條上並未以市場支配力作為要件，但行為主體擁有市場力量是一項構成獨占行為的前提條件<sup>139</sup>。但所謂的「前提條件」，究竟要達到何種程度，並無一致之標準。學說上有認為至少應達到 40%，才可能構成獨占行為<sup>140</sup>。似乎是認為市占率 40% 以下之事業均無構成獨占行為之可能。若採取此一觀點，似乎可以認為 40% 是日本法針對獨占行為所採取的安全港條款之門檻。

但學說上也有指出，即便事業之市場占有率低，仍然有可能被認為該

---

<sup>139</sup> 金井貴嗣、川濱昇、泉水文雄編，独占禁止法，第 6 版，弘文堂，189-190（2018）。

<sup>140</sup> 村上政博編，条解独占禁止法，弘文堂，55（2014）。

當於獨占行為所要求之「競爭的實質限制」<sup>141</sup>。換言之，高度市占率僅作為一項推論限制競爭效果的因素，即便不具備高度市占率，仍可能藉由其他的方式，證明其限制競爭效果。如此一來，市場占有率恐怕僅能當作是限制競爭效果判斷的一項選別基準<sup>142</sup>，無法直接由市場占有率推導出獨占行為的安全港條款之規定。

由於無論是從獨禁法之法律規範以及 JFTC 的處理原則來看，都沒辦法明確地得到市場占有率作為篩選基準的具體數值何在，從而必須認為市場占有率只能認為是發揮一種抽象的選別功能。相對的，以 40% 的市占率作為一項具體的判斷基準之觀點，在解釋論上可能必須認為是欠缺充分的法條依據。

從而，就日本法針對獨占行為之規範，並不能認為是有明確的安全港條款之規範。事業對於行為是否可能構成獨占行為，仍然有相當高度的不確定性存在。

#### 第四節 德國競爭法上獨占管制之安全港

##### 一、前言

德國限制競爭防制法(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen，簡稱 GWB)關於管制「支配市場事業」(marktbeherrschendes Unternehmen)<sup>143</sup>之規定中，與所謂「安全港」最為接近者，應為獨占事業支配市場地位之推定規定。本節將研究德國限制競爭防制法上此一推定之規定與本文所研究之

---

<sup>141</sup> 參閱舟田正之、金井貴嗣、泉水文雄編，經濟法判例・審決百選，13（2010）。

<sup>142</sup> 白石忠志，独占禁止法，第3版，有斐閣，83（2016）。

<sup>143</sup> 即公平交易法上之獨占事業。

安全港間之關係。

## 二、推定事業具有支配市場地位之規定

德國限制競爭防制法第 18 條關於管制支配市場事業之規定如下<sup>144</sup>：

「1. 如一事業係一特定種類商品或營業上給付之供給者或需求者，而在相關產品或地理市場上有下列情形時，其係屬支配市場：

- (1) 並無競爭者，
  - (2) 並未處於實質競爭，或
  - (3) 相較於其競爭者具有優越的市場地位。
2. 本法意義下之相關地理市場得超出本法之適用領域。
3. 於判斷一事業相較於其競爭者之市場地位時，應特別考慮下列事項：
- (1) 其市場占有率，
  - (2) 其財力，
  - (3) 其採買市場或銷售市場之進入，
  - (4) 與其他事業間之連結，
  - (5) 其他事業進入市場之法律上或事實上障礙，
  - (6) 由位於本法適用領域之內或之外的事業所生之事實上或潛在之競爭，
  - (7) 將其供給或其需求轉換至其他商品或營業上給付的能力，以及
  - (8) 市場對造轉向至其他事業之能力。
4. 一事業如有至少百分之四十的市場占有率時，推定該事業係屬支配市場。

---

<sup>144</sup> 以下之譯文係採用林易典為公平會所翻譯之德國限制競爭防制法 2015 年第 8 次修訂中譯本，參見 <https://www.ftc.gov.tw/upload/6488ee19-7b9a-4caf-b78a-f41ed39a5af5.pdf>（最瀏覽日期：2018/11/26）。

5. 二或以上事業，於符合下列情形時，其係屬支配市場：
  - (1) 於其之間就一特定種類商品或營業上給付並不存在實質競爭，且
  - (2) 其事業全體係符合第 1 項之要件。
6. 如有下列情形時，事業全體係屬支配市場：
  - (1) 其係由三或以下事業所組成，事業合計達到百分之五十的市場占有率，或
  - (2) 其係由五或以下事業所組成，事業合計達到三分之二的市場占有率。
7. 如事業證明下列情形者，第 6 項之推定得加以推翻：
  - (1) 競爭條件能期待事業間之實質競爭，或
  - (2) 事業全體其相較於其餘競爭者並不具有優越的市場地位。」

限制競爭防制法第 18 條之第 4、6 及 7 項規定，乃是有關事業具備支配市場地位之推定規定(Marktbereichsvermutung)，可分為二部分<sup>145</sup>：

(一) 單獨支配市場之推定(Einzelmarktbereichsvermutung)：限制競爭防制法第 18 條之第 4 項是規定單一事業具有市場支配地位之推定。

---

<sup>145</sup> 關於德國限制競爭防制法第有關事業支配市場地位之推定可參考 Bunte/Stancke, Kartellrecht, 3.Aufl., 2016, S.308;Kling/Thomas, Kartellrecht, 2.Aufl., 2016, S.657; Nothdurft, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Kommentar, Bd.1, Deutsches Kartellrecht, 12. Aufl., 2014, §18 GWB, Rn.201ff.; Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd.2. GWB/Teil 1, 5.Aufl., 2014, §18 GWB, Rdnr. 159ff.

依本規定，一事業如有 40% 以上之市占率時，即可推定該事業具有支配市場之市場地位。

(二) 集體支配市場之推定(*Gruppenmarktbeherrschungsvermutung*)：限制競爭防制法第 18 條之第 6、7 項是規定多數事業具有市場支配地位之推定。依該條第 6 項之規定，三家或三家以下事業之市場占有率合計達 50% 以上；或者五家或五家以下事業之市場占有率合計達三分之二以上者，即可推定該等事業具有支配市場之市場地位。此一推定，又稱之為「寡占推定」(*Oligopolvermutung*)<sup>146</sup>。該條第 7 項則是規定上述寡占推定之推翻，即該數事業如能證明，其彼此間之競爭條件，使得市場上仍存在實質競爭係屬可得期待；或數事業之全體相較於市場上其餘之競爭者而言，並不具有優越之市場地位時，寡占推定即可被推翻。

### 三、 支配市場地位推定規定之「間接安全港作用」

德國限制競爭防制法雖有上述關於事業支配市場地位之推定規定，惟此等規定並不能直接視為一種安全港之規定。因為安全港之存在形式常是對於某一項違法構成要件之反面界定，即說明在何種情況下不會構成某一項違法要件。而安全港之法律效果，則通常是相關構成要件之不成立、合法推定，或執法機關宣示將不開啟案件之調查處分程序等。因此當事業之行為符合安全港相關規定之要求時，事業基本上即無需擔心其行為將構成違法，事業即「安全」了，這才具備安全港之功能與作用。

而上述規定則是正面界定支配市場地位之規定，其法律效果則是市場地位要件之成立推定。當事業之市占率未達上述市場地位之推定門檻時，仍未可直接認為相關事業不構成單一或集體支配市場之事業。執法機關如

---

<sup>146</sup> Rittner/Dreher/Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 8. Aufl., 2014, S.459.

果在個案中能證明，涉案之事業仍具有例如 **GWB** 第 18 條第 1 項所稱相較於其競爭者具有優越的市場地位，或同條第 5 項所稱二或二以上事業之間就商品或服務並不存在實質競爭，且其事業全體係符合第 1 項之要件時，涉案事業仍有可能成立支配市場之地位。

雖然如此，德國限制競爭防制法第 18 條對於市場地位之正面推定，在實際上仍有一定「間接安全港之作用」。這是因為該條設定正面構成支配市場地位之推定門檻時，已經參考過去之執法經驗，以致於低於該等門檻時，一般不容易被認定為具有支配市場之地位。故事業低於上述門檻時，大致上亦能認知到，執法機關除有例外情形者，應該不會對涉案協議採取調查處分之行動。

## 第五節 歐盟競爭法上獨占管制之安全港

歐盟運作條約第 102 條對於「支配市場事業」(marktbeherrschendes Unternehmen)之規定，並未含有類似德國限制競爭防制法(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen，簡稱 **GWB**)中關於獨占事業支配市場地位之推定規定<sup>147</sup>。因此如果我們說德國 **GWB** 之上述推定規定僅具有「間接安全港之作用」<sup>148</sup>，則歐盟運作條約上就更看不出在獨占管制上有一個較為成形的安全港制度。

惟這並不表示受歐盟法所規範管制之事業尋找不到行為合法化或採取遵法措施之依循指標。歐盟競爭法之理論實務對於支配市場地位之認定，

---

<sup>147</sup> **GWB** 第 18 條第 4、6、7 項。

<sup>148</sup> 參見本文關於「德國競爭法上獨占管制之安全港」一節之「二、支配市場地位推定規定之「間接安全港作用」」。



自然已經發展出一整套之判斷標準，衡酌考慮各種因素以斷定涉案之事業是否具有支配市場之地位<sup>149</sup>。而此等考慮因素中，「市場占有率」乃是居有重要地位之一項因素（雖不僅僅考慮此因素）。此一情形下，理論與實務界多年以來所發展出認定支配市場事業之市占率判斷標準，即可能成為具有類似德國法上間接安全港作用之合法性指標。

依據歐盟競爭法理論與實務之通說見解：1、如事業之市場占有率超過40%時，即有可能被認定為支配市場之事業。市占率如為50%~70%之時，可以推定事業具有支配市場之地位。事業之市占率高於70%者，法院幾乎沒有例外地會肯定事業具有支配市場之地位。2、如果事業之市占率低於40%時，通常不容易成立支配市場之地位，惟其市占率如介於25%和40%之間（亦有謂介於30%和40%之間），則仍有可能肯定其具有支配市場力量，前提是市場上其他競爭者之數量多且個別事業之市占率偏低，亦即競爭者部分呈現小而分散之市場結構狀態(Marktzersplitterung)。3、事業之市占率如低於25%時，通常皆不會構成支配市場之地位。4、事業之市占率低於10%者，乃排除其構成支配市場地位事業之可能<sup>150</sup>。

這些由過案例、學說判例所形成的門檻標準，事業自然能取之作為行為之指引，並且期待在未來之案件中法院仍會依照此等標準而認事用法，

---

<sup>149</sup> Vgl. Fuchs/Mösel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd.1. EU/Teil 1, 5.Aufl., 2012, Art. 102 AEUV, Rdnr. 42ff.; Bulst, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Kommentar, Bd.2, Europäisches Kartellrecht, 12. Aufl., 2014, Art. 102 AEUV, Rn.42ff.; Bunte/Stancke, Kartellrecht, 3.Aufl., 2016, S.177ff.; Kling/Thomas, Kartellrecht, 2.Aufl., 2016, S.210ff.. 因為事業支配市場地位之認定並非本文之主題，故不予深論。

<sup>150</sup> Kling/Thomas, Kartellrecht, 2.Aufl., 2016, S.215f.;Bunte/Stancke, Kartellrecht, 3.Aufl., 2016, S.177ff.

進行審判；執委會亦會按此標準而執法。因此事業之市占率未達此等門檻之區域，即有可能構成類似安全港之領域。這與德國法下不構成獨占地位推定之情形頗為類似，只是德國法是以法律明文規定此等門檻，具有強大之明確性與拘束力，而歐盟法則是由判例學說所逐漸形成，其不確定性較高，但也因此而具有較佳之彈性。

## 第六節 結論

藉由本章以上之檢討，探討了歐德美日競爭法關於獨占管制的安全港後，約可得到以下幾點觀察：

第一，關於獨占管制的安全港的存在形式，各國所採的標準皆不同。美國法是透過法院判例形成，日本法則是以行政規則的層級訂在處理原則之中，德國法是以法條要件的形式在法律中存在，歐盟法則是較欠缺成形的安全港條款，目前主要藉由學說及實務發展，逐漸的成形中。

第二，美日德三國的獨占管制的安全港條款，皆有不同的類型。其中以美國判例法所形成的安全港是以使實體要件不成立之方式，排除行為構成違法的可能性。日本法是則是「不優先審查」該種行為的違法性，其實並未否定行為的違法性，故可認為是一種阻止發動調查處分程序的安全港。德國法上的規定，是對超過安全港的行為形成「正面推定」，對未達推定門檻之行為產生排除的作用，因此實質上可認為主要是是改變舉證責任的分配模式的安全港。

第三，在美日德三國的競爭法之中，獨占行為的安全港門檻皆有所不同，其中以美國法的門檻最嚴格，市占率高於 30-40% 則可能無法適用安全港；日本法則是以 50% 作為優先檢討的門檻；德國法則是分別就單獨支配市場與集體支配市場，設定須達到 40%、50% 或三分之二以上之市占率門

檻，才會推定成為支配市場地位。

## 第四章 垂直交易限制之安全港

### 第一節 緒論

本章以下，針對歐盟、德國、美國以及日本競爭法，關於垂直交易限制之安全港進行檢討。

檢討的順序上，呼應水平限制競爭之類型，以歐盟、德國、美國、日本之順序，逐一針對各國法之規範進行分析與探討。

### 第二節 歐盟競爭法上垂直交易限制之安全港

#### 一、 規範基礎

歐盟運作條約第 101 條（原第 81 條）第 1 項前段規定：「事業間協議、事業團體決議與一致性行為，足以影響會員國間交易，且以妨礙、限制或扭曲歐體共同市場競爭為目的或效果者，與共同市場不相容，應予禁止。」本項規定並未區別水平與非水平之限制競爭協議（以下以「垂直限制競爭協議」或「垂直交易限制」代表之），而是加以合併規範。因此本文第二章第二節有關歐盟競爭法上聯合行為安全港規範基礎之說明，於此亦有其適用<sup>151</sup>。整體而言，歐盟運作條約第 101 條第 1 項前段規定並未明文設有安全港，惟依據歐洲法院以及學說之通說見解，本項所規定之協議對於案件所涉及之相關市場競爭，須有「可感覺性」（*appreciability*; *Spürbarkeit*）之影響始可<sup>152</sup>，「可感覺性」乃成為一項「不成文構成要件」

---

<sup>151</sup> 參見本文第二章第二節「一」。

<sup>152</sup> EuGH v. 9.7.1969-Rs. 5/69, Slg. 1969, 295-Völk/Vervaecke; Kling/Thomas, Kartellrecht, 2.Aufl., 2016, S.131.

<sup>153</sup>。欲成立垂直限制交易協議，必須具有此一要件，這使得構成「可感覺性」之門檻遂具有一定安全港之作用<sup>154</sup>。因此歐盟運作條約第 101 條第 1 項前段規定仍可說是歐盟競爭法上垂直交易限制安全港之規範基礎。

## 二、實務見解

實務見解包括執委會公布之「微小不罰公告」以及歐洲法院之見解。本文第二章業已探討歐盟執委會針對「可感覺性」所發布之「歐盟運作條約第 101 條第 1 項下未達可感覺限制競爭之輕微協議公告」，即所謂之「微小不罰公告」(De Minimis Notice) (簡稱「歐盟微小不罰公告」) 之一般性問題。其已經論述之部分，將不再詳論，以下僅對於歐盟微小不罰公告涉及垂直限制競爭協議之部分以及法院見解加以說明。

(一) 關於所示用之「合意種類」及「主體範圍」，與聯合行為相同，茲不贅述。所謂「非水平協議」，是指存在於非現實或潛在競爭者間之協議，如垂直協議<sup>155</sup>。

(二) 歐盟微小不罰公告不適用於「以限制競爭為目的之協議」，僅有「產生限制競爭效果之協議」始有其適用。此一原則亦適用於垂直協議<sup>156</sup>。

(三) 對於垂直且屬於產生限制競爭效果之協議，其安全港之門檻標準為：參與協議個別事業之市占率，在該協議所涉及之任何市場均不得超過

---

<sup>153</sup> Bunte/Stancke, Kartellrecht, 3.Aufl., 2016, S.99.

<sup>154</sup> Richard Whish & David Bailey, supra note 21, 140, 141.

<sup>155</sup> 參見歐盟微小不罰公告第 8 點，並參見本文第二章第二節「二、(一)及(二)」。

<sup>156</sup> 參見本文第二章第二節「二、(三)、1」。

15%。符合此一標準者，該協議不具有「可感覺性」。惟認定水平或垂直協議有困難疑義時，應適用水平協議之安全港門檻，即參與事業之市場占有率總和，在協議所涉及之任何市場均不得超過 10%<sup>157</sup>。

(四) 對於具有所謂「累積效果」(cumulative effect; kumulative Wirkung)之協議，其安全港之門檻標準應從原來的水平協議市占率門檻 10%、非水平協議市占率門檻 15%，一律降低為 5%，以因應累積效果協議「蠶食式」影響市場競爭之特殊效果；並應考慮「市場產生累積效果之門檻」，即具有類似作用之協議，其加總覆蓋市場之市占率不低於 30%，否則將不容易產生累積效果<sup>158</sup>。

具有「累積效果」之協議，主要是垂直的限制競爭協議。水平的累積效果協議較為罕見。垂直的累積效果協議，諸如飯店、餐廳、飲料店的飲品獨家供應契約。特定的啤酒或飲料生產事業如果分別與供應飲品的店家簽訂獨家供應契約，則各家餐飲店之市占率均不大，該個別供應契約對於市場競爭之影響很小。可是簽訂相同契約之餐飲店如果相當眾多，達到覆蓋市場一定比例以上時，就很可能會共同構成整體市場之「累積封鎖效果」，即其他品牌之酒精或非酒精飲料欲進入該地區之餐飲店市場，將遭遇很大之阻礙。故調整具有「累積效果」協議之安全港門檻，對於垂直限制競爭協議乃別具意義。

---

<sup>157</sup> 歐盟微小不罰公告第 8 點，並參見本文第二章第二節「二、(三)、2」。

<sup>158</sup> 歐盟微小不罰公告第 10 點，並參見本文第二章第二節「二、(四)」。

(五) 關於超過門檻之容忍範圍，垂直與水平協議之判斷標準為一致，即超過之幅度連續 2 年均未高於 2% 以上時，將認為涉案協議對於市場競爭之影響仍未達到可感覺性之程度<sup>159</sup>。

(六) 關於安全港之排除，垂直協議與水平協議同樣不適用於「以限制競爭為目的之協議」。垂直協議中成立「以限制競爭為目的之協議」者，例如維持轉售價格協議、限制最低售價協議和產生絕對保護作用之交易地區限制等<sup>160</sup>。這些不能享有安全港利益之協議，屬於所謂之「核心限制」(hardcore restrictions; Kernbeschränkungen)。

(七) 在安全港之法律效果上，垂直與水平協議並無二致，請參閱前文<sup>161</sup>。

(八) 歐洲法院對於非水平交易限制安全港之基本立場與見解，亦請參見上文<sup>162</sup>。

### 三、 歐盟集體除外規則上之安全港條款

歐盟競爭法同時設有水平及垂直限制競爭協議之集體除外規則。其中有關垂直限制競爭協議之集體除外規則，主要有「執委會 330/2010 號垂直協議集體除外規則」<sup>163</sup>、「執委會 316/2014 號技術移轉協議集體除外規則」

---

<sup>159</sup> 參見歐盟微小不罰公告第 11 點，並參見本文第二章第二節「二、(五)」。

<sup>160</sup> 歐盟微小不罰公告第 13 點，並參見本文第二章第二節「二、(六)」。

<sup>161</sup> 參見本文第二章第二節「二、(七)」。

<sup>162</sup> 參見本文第二章第二節「三」。

<sup>163</sup> 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

<sup>164</sup>以及「執委會 461/2010 號汽車產業集體除外規則」<sup>165</sup>。關於水平協議之集體除外規則所規範之安全港條款，前文已經予以說明<sup>166</sup>。而在垂直交易限制之集體除外規則中，同樣亦存在類似之安全港條款。

茲舉「執委會 330/2010 號垂直協議集體除外規則」為例說明。本集體除外規則為歐盟法有關垂直限制競爭協議集體豁免之一般性基礎規範。依據其第 3 條之規定，該規則第 2 條所提供之豁免，僅在供給者之市占率，在依約供應之商品或服務相關市場上未超過 30%，又購買者之市占率，在其依約採購之商品或服務相關市場上亦未超過 30%時，始有其適用<sup>167</sup>。依此規定，垂直協議之供需雙方事業在相關市場上之占有率低於 30%時，除被明文禁止者外（例如協議事項屬於轉售價格維持等所謂「核心限制」者）

---

concerted practices, OJ L 102, 23.4.2010, p. 1–7.

<sup>164</sup> Commission Regulation (EU) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements, OJ L 93, 28.3.2014, p. 17–23.

<sup>165</sup> Commission Regulation (EU) No 461/2010 of 27 May 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 in the motor vehicle sector, OJ L 129, 28.5.2010, p. 52–57.

<sup>166</sup> 參見本文第二章第二節「四」。

<sup>167</sup> 參見「執委會 330/2010 號垂直協議集體除外規則」第 3 條第 1 項。其原文如下：Article 3 (Market share threshold) : The exemption provided for in Article 2 shall apply on condition that the market share held by the supplier does not exceed 30 % of the relevant market on which it sells the contract goods or services and the market share held by the buyer does not exceed 30 % of the relevant market on which it purchases the contract goods or services.



<sup>168</sup>，原則上均可獲得豁免，享受合法化之利益。故此一門檻規定，誠屬於垂直交易限制上重要之安全港條款。30%之市占率門檻，亦成為一項關鍵之管制門檻指標。

與水平協議之集體除外規則相似，「執委會 330/2010 號垂直協議集體除外規則」亦設有緩衝性、容忍性之規定。依本規則之規定，前述之市占率原先如果未超過 30%，嗣後始超過此一門檻，惟並未超過 35%者，則該協議自事業之市占率第一次超過 30%之年起，於兩個接續之曆年內仍可享受集體豁免，蓋此一情形對市場競爭之影響仍屬有限<sup>169</sup>。如果前述之市占率原先未超過 30%，惟嗣後超過 35%者，則該協議自事業之市占率第一次超過 35%之年起，在接續之一曆年內仍可享受集體豁免<sup>170</sup>。

另外在「執委會 316/2014 號技術移轉協議集體除外規則」中，亦設有相關規定。依本規則之第 3 條，技術移轉協議之當事人如為競爭者，則只有在其合計之市場占有率低於 20%時，才能適用豁免<sup>171</sup>；如果技術移轉協議之當事人非競爭者時，則只有在其個別之市場占有率均低於 30%時，始有可能獲得豁免<sup>172</sup>。換言之技術移轉協議當事人之市占率低於 20%或 30%之門檻時，原則上可享受集體豁免，故上述之市占率可以視為是水平與垂直技術移轉協議之安全港門檻。在緩衝與容忍規定上，技術移轉協議之當事人之市占率起初低於上述 20%或 30%之門檻，其後始上升高於此等門檻

---

<sup>168</sup> 「執委會 330/2010 號垂直協議集體除外規則」第 4 條關於核心限制(hardcore retrictions)之規定。

<sup>169</sup> 「執委會 330/2010 號垂直協議集體除外規則」第 7 條第 4 款。

<sup>170</sup> 「執委會 330/2010 號垂直協議集體除外規則」第 7 條第 5 款。

<sup>171</sup> 「執委會 316/2014 號技術移轉協議集體除外規則」第 3 條第 1 項。

<sup>172</sup> 「執委會 316/2014 號技術移轉協議集體除外規則」第 3 條第 2 項。

者，則當事人在首度超過 20% 或 30% 門檻之年的接續 2 曆年中，仍得享有該規則所提供之豁免<sup>173</sup>。以上即為歐盟集體除外規則上，關於垂直限制競爭協議之安全港條款。

### 第三節 德國競爭法上垂直交易限制之安全港

#### 一、 規範基礎

德國限制競爭防制法第 1 條和歐盟運作條約第 101 條第 1 項類似地一併禁止了水平以及垂直之限制競爭協議而規定：「事業之協議、事業團體之決議及互為之一致性行為<sup>174</sup>，以阻礙、限制或扭曲競爭為目的或生此效果者，禁止之。」此一規定與歐盟法之情形相同，並未明文規定「可感覺性」之要件，惟德國之判例學說仍肯定之，以之作為該條規定之「不成文構成要件」，並透過競爭法之理論與實務發展出判斷可感覺性之門檻標準。故德國限制競爭防制法第 1 條乃是其垂直交易限制安全港之規範基礎<sup>175</sup>。

#### 二、 實務見解

德國法上關於垂直限制競爭協議安全港之實務見解，包括聯邦卡特爾署發布之「微小不罰公告」(Bagatellbekanntmachung)以及德國法院之見解。關於德國聯邦卡特爾署於 2007 年所發布之「聯邦卡特爾署 18/2007 號關於不究罰輕微限制競爭合作協議之公告」（簡稱「德國微小不罰公告」）與歐盟執委會所公布之「歐盟微小不罰公告」內容相當類似，其一般性問題本文已於第二章第三節予以闡述，不再贅述。特別有關垂直限制交易之部

---

<sup>173</sup> 「執委會 316/2014 號技術移轉協議集體除外規則」第 8 條第 5 款。

<sup>174</sup> *aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen*，亦可簡稱為「一致性行為」。

<sup>175</sup> 參見本文第二章第三節「一」。

分如下：

(一) 安全港門檻：相對於水平協議之安全港門檻為參與協議事業之總市占率不超過協議所涉及任何市場之 10%，非水平協議之安全港門檻為參與協議事業之個別市占率不超過協議所涉及任何市場之 15%<sup>176</sup>。如認定水平或非水平協議有問題時，則採用水平協議之 10% 門檻<sup>177</sup>。

(二) 當垂直協議具有「累積效果」時，上述 15% 之門檻應降為 5%。另此外亦要檢視類似協議覆蓋市場之比例（市場產生累積效果之門檻）是否達到 30%<sup>178</sup>。

(三) 垂直限制競爭協議之內容屬於「核心限制」(Kernbeschränkungen) 者，亦排除於安全港規定之適用。被排除之主要協議類型，為轉售價格之維持。

關於德國法院對於可感覺性之見解與立場，主要為考慮事業之市場地位及協議內容與性質後，進行個案判斷，相較於聯邦卡特爾署，較無法得出一個明確之安全港門檻<sup>179</sup>。

### 三、準用歐盟集體除外規則上之安全港條款

與水平限制競爭協議如初一轍，德國競爭法在垂直限制競爭協議之豁免上，亦準用歐盟法上集體除外之規定。其結果是歐盟集體除外規則關於垂直交易限制之豁免所設立之安全港條款，亦一併準用於德國法。故有關

---

<sup>176</sup> 德國微小不罰公告第 8、9 點。

<sup>177</sup> 德國微小不罰公告第 10 點。

<sup>178</sup> 德國微小不罰公告第 11 點。

<sup>179</sup> 參見本文第二章第三節「三」。

其內容，請參見前文，不再贅述<sup>180</sup>。

#### 第四節 美國競爭法上的垂直交易限制之安全港

針對垂直交易限制，在美國法上並不存在明確的安全港條款可供參考。

雖然在合理原則的審查基準之下，市場占有率會以市場力之判斷因素的角色登場，對於採用合理原則進行判斷的案件的適法性判斷，會發揮一定程度之功能。但至目前為止，並沒有明確的判例建立明確的基準，因此究竟何種程度的市場占有率，可能使得事業的行為可被推認具有合法性，仍無定論。

針對「基於合理原則」判斷之垂直非價格限制的案例，Ginsberg 法官曾進行相關研究，並且發現只有在限制者具有市場占有率時，法院才會將該垂直非價格限制認定為違法。若事業不具備市場占有率時，往往不會將事業的行為認定為違法<sup>181</sup>。但究竟應如何決定其門檻，至今並未能有較為具體的標準形成安全港條款之規範。

另外一方面，維持轉售價格行為，在 2007 年美國聯邦最高法院於 Leegin 案中改採合理原則之判斷後<sup>182</sup>，雖然無論是在下級審法院<sup>183</sup>，或是

---

<sup>180</sup> 參見本文第四章第二節「三」。關於德國法準用歐盟法之依據，參見本文第二章第三節「四」。

<sup>181</sup> Douglas H. Ginsburg, “Vertical Restraints: De Facto Legality under The Rule of Reason”, 60 Antitrust L.J., 70 (1991).

<sup>182</sup> Leegin v. PSKS, 551 U.S. 877, at 907 (2007).

<sup>183</sup> Toledo Mack Sales & Service, Inc. v. Mack Trucks, Inc., 530 F.3d 204, 225-226 (3d Cir. 2008).

FTC 均有在個案中強調市場力量的重要性的見解<sup>184</sup>，但至今尚未有針對市場占有率應達到何種程度，始受到反托拉斯法之禁止的見解。

美國聯邦反托拉斯法百年來，針對垂直價格與非價格限制，究竟應採取當然違法或合理原則之辯論，對於我國關於垂直交易限制的之規範走向，可以帶來相當具有參考價值的思辯空間。但此一問題相較於安全港條款屬於更上位的層次之討論，其牽連範圍之廣並非本次研究的範疇所敢斗量，故以上僅將目將聯邦反托拉斯法上，與垂直交易限制之安全港條款有關之發展，做扼要的說明。更進一步的發展，仍有待美國判例法的繼續發展，始能加以釐清。

## 第五節 日本法競爭法上的垂直交易限制之安全港

### 一、 獨占禁止法中關於垂直交易限制之規範

#### (一) 安全港條款與公平競爭阻礙性

本節中，主要以獨禁法第 2 條第 9 項所定義之「不公平交易行為」作為範圍，檢討垂直交易限制的之安全港<sup>185</sup>。在第 2 條第 9 項第 1 款到第 5

---

<sup>184</sup> FTC 於 2008 年 5 月作成的命令中，修正了 2000 年時禁止事業從事維持轉售價格之命令，並明確的指出 Nine West 已明確的證明其欠缺市場力量，因此修正原先之決定。Nine West Group Inc., Docket No. C-3937, 2008 FTC LEXIS 53 (2008), available at: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2008/05/080506order.pdf>, last visited on date: 2018/11/26.

<sup>185</sup> 由於日本法上，不公平交易行為有著補充獨占行為之功能，在行為類型上有著許多類似之處，例如在不公平交易行為與獨占行為同樣就「掠奪性定價（略奪廉売、不当廉売）」進行規範，但在規範的要件上則有所不同。例如，行為所產生的限制競爭效果的嚴重程不

款之中，分別針對「拒絕交易」、「差別待遇」、「掠奪性定價」、「維持轉售價格」、「優勢地位濫用」5種行為中，惡性較為嚴重且具體之行為加以規定，並以罰鍰之課處作為其違反效果。相對的，若行為不構成第2條第9項第1款到第5款之規定時，仍有可能適用第2條第9項第6款6目之概括規定。但此種情形下，原則上主管機關僅能命令事業停止違法行為，而不能因此受到罰鍰處分。

雖然，獨禁法第2條第9項關於不公平交易行為之定義中<sup>186</sup>，並未針對不公平交易行為是否有安全港條款適用之可能有任何著墨，但本文以下將說明，目前實務上是如何透過第2條第9項中的「公平競爭阻礙性」之概念，引導出垂直交易限制之安全港條款。但此一安全港條款亦並非所有行為皆可適用，本文以下將一併說明安全港條款在垂直交易限制中所適用之範圍為何。

## （二）公平競爭阻礙性

獨禁法第2條第9項所適用之範圍相當廣泛，本質上較難以單一的概念說明其全部範圍。但在不公平交易行為的要件當中，共通地要求行為皆必須具有「公平競爭阻礙性」。此項要件乃是第2條第9項所共通的要件，本研究所欲檢討的安全港條款，亦即存在於此一要件之檢討當中。

關於公平競爭阻礙性，值得說明者有二：第一，「公平競爭阻礙性」僅是一種學說實務上的通稱。在獨禁法第2條第9項第1款至第6款之中，分別被以三種不同的文字表達：在第6款之中，使用的是「妨礙公平競爭

---

同，即為一項重要的區別。滝澤紗矢子，「『一定の取引分野における競争の実質的制限』と『公正競争阻害性』」，法学教室，第377号，5-6（2012）。

<sup>186</sup> 關於獨禁法第2條第9項所定義之不公平交易行為之條文翻譯，可參閱公平會網站。

之虞」、在第 1 款、第 3 款、第 4 款中則是使用了「無正當理由」、第 2 款及第 5 款之中，則為「不當地」。其文字表現雖有些微落差，實質上均屬公平競爭阻礙性之表現<sup>187</sup>。第二，公平競爭阻礙性的判斷中，包含市場界定、限制競爭效果與正當理由的有無等內容，並非純然僅檢討限制競爭效果之要件，由於本文主要著眼於安全港條款的有無之觀察，故本文之介紹主要僅著眼於限制競爭效果之部分。

## 二、處理原則中所建構之安全港條款

在檢討獨禁法適用垂直交易行為時，最具有參考價值的處理原則為「通路交易習慣處理原則（流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針）」，其乃是 JFTC 實務上對第 2 條第 9 項所規範之垂直交易限制較為全盤整合之處理原則，是除了具體案例或問答事例集（相談事例集）外，最能明確掌握 JFTC 執法態度之根據。且此處理原則於 2017 年甫經過大幅修正，應亦最能反映出目前 JFTC 針對相關規範適用之準則。

除此之外，JFTC 針對第 2 條第 9 項第 3 款之掠奪性定價，訂有「掠奪

---

<sup>187</sup> 之所以形成此三種不同形式之文字，可追溯至 2009 年之修正。承前所述，在 2009 年修正前，獨禁法第 2 條第 9 項第 1 款至第 5 款之規定，皆為一般指定之規定。在當時，公平競爭阻礙性之規定存在於當時的第 2 條第 9 項之中，因此在檢討一般指定之行為時，亦當然適用之。但在 2009 年修正時，並未將公平競爭阻礙性之文字移植至各別條文或第 2 條第 9 項本文之中。因此學說上一般透過條文的解釋，將公平競爭阻礙性之概念，理解至無正當理由及不當地之文字中，以使該等條文亦得存有弊害要件之檢討空間。參閱白石忠志，前揭註 142，340-342；金井貴嗣ほか，前揭註 139，261。本文中，以公平競爭阻礙性統稱不公平交易行為之弊害要件，但在檢討特定條文時，則配合條文中之文字使用「妨礙公平競爭之虞」、「無正當理由」等文字，合先敘明。

性定價處理原則（不当廉売に関する独占禁止法上の考え方）」，針對第 2 條第 9 項第 5 款之優越地位濫用，則訂有「優越地位濫用處理原則（優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方）」和「加盟業處理原則（フランチャイズ・システムに関する独占禁止法上の考え方について）」。<sup>188</sup>就此二行為之安全港，在三處理原則中亦有部分值得注意之處。

以下，首先將就通路交易習慣處理原則中所顯示出之原則進行分析，其後再就 JFTC 針對掠奪性訂價和優越地位濫用所定之特殊規定加以介紹。

### （一） 通路交易習慣處理原則

#### 1. 與價格相關之限制：無須在個案中檢討限制競爭效果之產生與否

在通路交易習慣處理原則中明確的指出，行為是否與「價格限制」相關，乃為是否須針對一項垂直交易限制檢討其是否實際產生限制競爭效果的區別基準<sup>188</sup>。若行為無須檢討限制競爭效果，則原則上構成違法，也就

---

<sup>188</sup> 學說上有認為，獨禁法第 2 條第 9 項中，使用「無正當理由」者代表屬於原則違法，JFTC 無須再針對構成行為要件之行為舉證其限制競爭效果；而使用「不當地」者則代表 JFTC 原則上必須就限制競爭效果加以舉證。実方謙二，独占禁止法，有斐閣，264（1998）；金井貴嗣ほか，同上註，327。但基於以下兩點理由，必須認為這樣的觀點不能認為有充分的根據及絕對的意義。第一，若上述學說觀點為真，則在適用以「不當地」作為要件的一般指定第 12 項（維持轉售價格以外之垂直限制）時，JFTC 應負擔舉證責任證明所有（維持轉售價格以外）垂直交易限制所產生之限制競爭效果。但在通路交易習慣處理原則中，針對垂直非價格限制中之「事業禁止批發業者向進行低價販賣之零售業者供貨」、「事業禁止或限制零售業者在店內或以傳單進行商品價格之廣告」、「交易相對人為報章雜誌時，使該報章雜誌不刊登特賣廣告或明示價格之廣告」三類行為，JFTC 認定其通常有較高的阻礙價格競爭之虞，原則上均該當於不公平交易行為。換言之，JFTC 無須舉證其限制競爭效



無進行市場界定、計算市場占有率之必要，在此種情形下，即無檢討安全港條款之可能。此種情形包含：(1)價格限制和(2)「通常足以阻礙價格競爭」之行為。

### (1) 價格限制

作為垂直價格限制之典型的「維持轉售價格」即為適例。在通路交易習慣處理原則指出，若垂直交易限制屬為「維持轉售價格」行為，其使得通路業者間的價格競爭減少或消滅，產生限制競爭效果的可能性通常較高。因此，原則上均認定維持轉售價格足以產生限制競爭效果。在此種情形下，JFTC 並不須就行為所產生限制競爭效果在個案中進行檢討或舉證，即可認定其「原則上」產生限制競爭效果<sup>189</sup>。

---

果。由此可知，是否須舉證限制競爭效果，重點不在於適用的條文，而在於行為是否對價格產生限制。第二，從立法史的資料可以發現，在 1982 年一般指定修正時，修正解說僅以「大致上的分類（おおざっぱ）」等說明「無正當理由」與「不當地」之使用時機，並且一再強調其不代表關於限制競爭效果舉證責任的差異。田中寿編，不公正な取引方法—新一般指定の解説—（別冊 NBL 第 9 号），商事法務研究会，17-18（1982）。由此可知，條文中所使用的「無正當理由」與「不當地」文字，既非制定當時有意創設，在目前實務運作上亦非實質的分類標準，僅以此文字區分限制競爭效果的舉證責任，恐怕既欠缺相當的立論根據，亦容易造成解釋適用上的誤解。

<sup>189</sup> 流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針，第 1 部、3、(2)、5。值得注意的是，原文所使用之文字為「原則上認為有妨礙公平競爭之虞」，而非「原則上產生限制競爭效果」。容易使人誤解維持轉售價格無須再就正當理由之有無進行檢討，即可認定其構成弊害要件。但就文脈上的理解而言，同處理原則第 1 部、3、(1)之處指出，判斷「妨礙公平競爭之虞」時，除限制競爭效果外，亦必須考量促進競爭之可能性。似亦將「促進競爭效果」判斷，納入公平競爭阻礙性之中進行評估。且在同處理原則第 1 部、第 1、2、(1)之處，明確地指

處理原則中之觀點，反映了日本最高法院在 1975 年和光堂案中之見解。在該案中日本最高法院指出「即便維持轉售價格可強化行為事業與競爭者間的競爭關係，但其未必能帶來和受到限制之價格競爭相當之經濟效果，因此不能否認其乃是具有限制競爭效果之行為<sup>190</sup>。」這樣的觀點一般也被解釋為是反映了維持轉售價格應適用「原則違反」的見解<sup>191</sup>。

在以往的案例之中，亦曾有就維持轉售價格之限制競爭效果如何產生加以論述之文獻。涉及維持轉售價格之日產化學案的審查官解說中指出，相較於未受到轉售價格限制之農會或其他零售業者，大賣場依其薄利多銷的特性而時有促銷，故限制大賣場之售價即足以使得商品零售價格大致上受到維持<sup>192</sup>。亦即，維持轉售價格能有效的使得在零售市場中產生價格牽制力之事業，無法繼續發揮牽制作用。

---

出「在例外具備正當理由時，得認定行為不構成違法」，似乎並不排除維持轉售價格受到正當化，不構成公平競爭阻礙性之可能，參閱同處理原則第 1 部、3、(1)以及第 1 部、第 1、2、9-10。針對 JFTC 就促進競爭效果等正當理由之體系定位不明、時常有所變動之指摘，可見於白石忠志，前揭註 142，25。

<sup>190</sup> 昭和 50 年 7 月 10 日・昭和 46 年（行ツ）第 82 号，公正取引委員会審決集，22 卷，176〔和光堂〕。和光堂案之案例事實與法院判旨的詳盡介紹，可參閱顏廷棟，「論垂直性交易限制在競爭法上之規範」，公平交易季刊，第 6 卷第 2 期，134-136（1998）。

<sup>191</sup> 金井貴嗣ほか，前揭註 139，330-331。

<sup>192</sup> 甲田健，「日産化学工業株式会社による除草剤の再販売価格拘束事件について」，公正取引，第 673 号，71（2006）。本案中，審查官並未僅以原則違法之觀點，而完全無視關於本案行為對於市場競爭造成之影響的論述，並明確表達本案中牽制力因限制競爭行為所造成的減弱。此種詳細表達自身觀點之立場，亦受到學說的稱讚。參閱白石忠志，独禁法事例集，有斐閣，238（2017）。

## (2) 「通常足以阻礙價格競爭」之行為

然而，即便行為限制之內容並非價格限制，亦會因為是否與價格限制相關，而有是否須就個案檢討限制競爭效果之區別。

在處理原則中，JFTC 明確的將「事業禁止批發業者向進行低價販賣之零售業者供貨（安売り業者への販売禁止）<sup>193</sup>」、「事業禁止或限制零售業者在店內或以傳單進行商品價格之廣告」、「交易相對人為報章雜誌時，使該報章雜誌不刊登特賣廣告或明示價格之廣告」<sup>194</sup>等三項行為，列為不須在個案中檢討限制競爭效果的行為。原因在於，這些行為雖然不直接限制價格，但均與價格限制相關，通常足以阻礙價格競爭，故被認為通常均足以產生限制競爭效果，而不須就限制競爭之效果、市場占有率等進行檢討。在此種情形下，自然亦無安全港條款登場之空間。

## 2. 不直接限制價格之情形

相對的，若不構成上述類型之行為，則須在個案中就限制競爭效果進行評估。其評估之要素可分別為市場封鎖效果與價格維持效果等二方面。換言之，即便是屬於非價格限制之行為，但是仍然有可能使得交易相對人與其競爭者間之競爭受妨礙，並足以影響交易相對人之價格決定、使價格受到維持或提升之狀態有發生的可能。若有這樣的情形產生，則可能被認定為產生價格維持效果<sup>195</sup>。關於價格維持效果的具體考量事項，在處理原則中也列出了五點必須考量的因素：品牌間競爭的情形、品牌內競爭的情形、為垂直限制之事業的市場地位、對受限制之交易相對人事業活動造成

---

<sup>193</sup> 流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針，第1部、第2、4、(3)及(4)，19。

<sup>194</sup> 同上註，第1部、第2、6、(3)，21-22。

<sup>195</sup> 同上註，第1部、3、(2)、イ，6。

的影響、受限制之交易相對人的數量及其於市場之地位<sup>196</sup>。

由此可以理解，若垂直交易限制之內容涉及價格限制時，JFTC 較傾向省略關於限制競爭效果之評估，在此種案例中亦無檢討安全港條款之空間。相對的，限制越與價格無直接的關聯時，JFTC 則必須在個案中盡更多的努力，說明價格維持效果的存在，在此種案例中，始有檢討安全港條款之可能。

但並非所有垂直非價格限制都有檢討安全港條款之可能。在通路交易習慣處理原則中，JFTC 僅針對「事業限制交易相對人與自己的競爭者進行交易（自己の競争者との取引等の制限）<sup>197</sup>」、「嚴格的區域限制（嚴格な地域制限）<sup>198</sup>」和「搭售販賣（抱き合わせ販売）<sup>199</sup>」之三類行為，設有「市場中有力之事業」之要件，表達該三類行為有可能基於安全港條款而排除實質檢討違法性之必要。

「事業限制交易相對人與自己的競爭者進行交易」之垂直非價格限制，若會產生市場封鎖效果時，可能構成不公平交易行為<sup>200</sup>。若事業從事此種垂直限制時，僅有在事業為「市場中有力之事業」時，始有構成不公平交易行為之可能。

其次，處理原則所稱之「嚴格的區域限制」，乃是營業區域限制的一種。在處理原則中，JFTC 將營業區域限制分為 4 類：(1)責任區域制（責任

---

<sup>196</sup> 同上註，第 1 部、3、(1)，4。

<sup>197</sup> 同上註，第 1 部、第 2、2，14-16。

<sup>198</sup> 同上註，第 1 部、第 2、3，17。

<sup>199</sup> 同上註，第 1 部、第 2、7，22-23。

<sup>200</sup> 同上註，第 1 部、第 2、2、(1)，14-15。

地域制)：製造商等訂定一定營業區域為通路業者之主要責任區域，而賦予其在該區域內積極進行販賣活動之義務；(2)販賣據點制(販売拠点制)：製造商等訂定一定營業區域，限制通路業者設置店舖等販賣據點之場所，或是指定其設置販賣據點之場所；(3)嚴格的區域限制：製造商等劃分一定之營業區域，而限制通路事業於該區域外之販賣；(4)對營業區域外顧客販賣之限制(地域外顧客への受動的販売の制限)：製造商等劃分一定之營業區域，而限制通路事業對該非營業區域顧客之販賣，等四項進行討論。在處理原則所定義之四項區域限制中，(1)責任區域制和(2)販賣據點制，通常不會產生價格維持效果，原則上均為合法。(3)嚴格的區域限制則係以「市場中有力之事業」作為其要件。(4)對營業區域外顧客販賣之限制則不以「市場中有力之事業」作為其要件，必須針對個案檢討是否會生價格維持效果。

最後，「搭售販賣<sup>201</sup>」之規定，乃是在 2017 年修正時所加入之垂直非價格限制，若會產生市場封鎖效果時，可能構成不公平交易行為。事業若從事搭售行為，同樣的亦僅有在事業為「市場中有力之事業」時，始有構成不公平交易行為之可能。

相對於上述三類行為，針對「被動向營業區域外顧客進行販賣之限制<sup>202</sup>」、「(禁止向低價販賣業者銷售以外之)交易相對人限制(帳合取引の義務付け、仲間取引の禁止)<sup>203</sup>」由於在處理原則中亦未以「市場中有力之事業」為適用要件，因此亦無法認為有安全港條款之適用。之所以排除這些類型的適用，其原因應可理解為是 JFTC 認為該等行為所產生之價

---

<sup>201</sup> 同上註，第 1 部、第 2、7、22-23。

<sup>202</sup> 同上註，第 1 部、第 2、3、(4)，18。

<sup>203</sup> 同上註，第 1 部、第 2、4、(2)及(3)，18-19。

格限制效果疑慮較高<sup>204</sup>。另外，「販賣資格限制（選択的流通）<sup>205</sup>」及「（價格廣告以外之）販賣方法限制（小売業者の販売方法に関する制限）<sup>206</sup>」等，亦不以「市場中有力之事業」為違法要件，因此亦不會基於市場占有率之觀點，排除獨禁法適用之可能<sup>207</sup>。

### 3. 安全港條款之依據：「市場中有力之事業」

1991 年通路交易習慣處理原則制定時，即有以「市占率未超過 10%」且「非市場規模前 3 名」之事業，判斷是否為「市場中有力之製造者」之安全港條款。若並非「市場中有力之製造者」，即便以嚴格限制之方式限制交易相對人之經營區域，亦不會構成不公平交易行為。原因在於，此種行為被認為無產生價格維持效果之疑慮<sup>208</sup>。

然而，此項安全港條款的標準過於嚴格，即便市占率低於 10%，但若為業界前 3 名則不能適用安全港條款，對於事業法令遵循的進行會造成相

---

<sup>204</sup> 在 2016 年修正過程中，曾經就是否放寬適用安全港條款之討論，但最終 JFTC 仍作成不增加適用範圍之決定。其主要原因在於 JFTC 認為該等行為均有較高的疑慮產生價格維持效果，參閱石谷直久，「『流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針』の一部改正について」，公正取引，第 790 号，54-56（2016）。

<sup>205</sup> 同上註，第 1 部、第 2、5，19-20。

<sup>206</sup> 同上註，第 1 部、第 2、6、(2)，20-21。

<sup>207</sup> 「販賣資格限制（選択的流通）」及「（價格廣告以外之）販賣方法限制（小売業者の販売方法に関する制限）」之行為，若具備通路交易習慣處理原則中所列之正當理由時，同處理原則中指出，其通常不會產生獨禁法上的問題。

<sup>208</sup> 參閱山田昭雄、大熊まさよ、榎崎憲安編，流通・取引慣行に関する独占禁止法ガイドライン，商事法務，172（1991）。此規定相當於 2017 年修正後第 1 部、3、(4)之敘述。

當負擔<sup>209</sup>，更限制產業的活性化。在 2014 年的規制改革會議中，安全港條款的修正即成為一項受到重視的議題。且產業界普遍的期待能將所有非價格限制都納入安全港條款適用之範圍，並以市場占有率 30% 作為安全港篩選之單一基準<sup>210</sup>。為了回應產業界的要求，JFTC 在 2016 年修正時，將嚴格區域限制之安全港條款放寬為 20%，並刪除市場規模前 3 名之要求，但並未使安全港適用之範圍受到更多調整<sup>211</sup>。其後，在 2017 年修正時，將安全港條款的規定，移至第 1 部的違法性判斷體系中，並將「製造者」等文字改為「事業」。

從而，在現行法通路交易習慣處理原則中，垂直交易限制之安全港之行為類型，可整理如下：首先，維持轉售價格以及前述「通常足以阻礙價格競爭」之行為，均不以「市場中有力之事業」作為其要件，因此無安全港適用之可能。其次，針對「被動向營業區域外顧客進行販賣之限制<sup>212</sup>」、

---

<sup>209</sup> 參閱白石忠志監修，池田毅、藪内俊輔、内田清人編，ビジネスを促進する独禁法の道標，レクシスネクシス・ジャパン，12（2015）。學說也指出，之所以訂定如此嚴格的安全港條款，原因可以認為是過去獨禁法執行疲弱時代的產物，所以傾向以嚴格的標準，形式上擴大獨禁法的適用範圍。

<sup>210</sup> 中尾雄一，「家電業界から見た流通・取引慣行と競争性政策の在り方」，公正取引，797 号，18（2017）。

<sup>211</sup> 雖然安全港條款可帶來相當高的可預見性、且為規制改革會議所建議修正之規定，但 JFTC 仍採取較謹慎之觀點。實務家有批評，認為此一修正結果，無法改善事業的萎縮效果，參閱多田敏明，「改正・流通・取引慣行ガイドラインと企業の留意点」，公正取引，第 803 号，45（2017）。

<sup>212</sup> 流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針，第 1 部、第 2、3、(4)，18。

「（禁止向低價販賣業者銷售以外之）交易相對人限制<sup>213</sup>」、「販賣資格限制<sup>214</sup>」及「（價格廣告以外之）販賣方法限制<sup>215</sup>」等，在處理原則中亦未以「市場中有力之事業」為適用要件，故不適用安全港條款之規定。最後，關於其餘的垂直非價格限制，目前通路交易習慣處理原則中，僅有「事業限制交易相對人與自己的競爭者進行交易」、「嚴格的區域限制」、「搭售販賣」之三項行為，以事業為「市場中有力之事業」作為其要件，而可受到安全港之保護。

## （二）掠奪性定價與優越地位濫用

在「掠奪性定價處理原則(不当廉売に関する独占禁止法上の考え方)」中，JFTC 針對掠奪性定價的要件「有使他事業之事業活動產生困難之虞」指出，該要件之判斷不必然的是必須對於事業活動產生現實上的困難，參考各項情形而足以認為該結果之產生具有具體可能性時，亦可認為符合「有使他事業之事業活動產生困難之虞」。例如，若有力的事業，基於排除他事業之目的，而以低於變動成本的價格進行販售，因此使得銷售數量激增、而成為市場中銷售數量第一名的事業時，即便不能認定使個別的事業產生現實上的困難，但仍可認為該當於「有使他事業之事業活動產生困難之虞」之要件<sup>216</sup>。

雖然在此處曾提及「有力的事業」與「銷售數量第一名」，似乎與市場占有率之問題相關。特別是「有力的事業」之用語，與通路交易習慣處

---

<sup>213</sup> 同上註，第1部、第2、4、(2)及(3)，18-19。

<sup>214</sup> 同上註，第1部、第2、5，19-20。

<sup>215</sup> 同上註，第1部、第2、6、(2)，20-21。

<sup>216</sup> 不当廉売に関する独占禁止法上の考え方，3、(2)。



理原則所使用之「市場中有力的事業」之用語相類似，而可能使人容易連結。但 JFTC 並不曾就此二處理原則中所稱之「有力的事業」與「市場中有力的事業」之區別加以表明。從而，並不能認為掠奪性定價的規範有安全港條款之適用。

在「優越地位濫用處理原則（優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方）」和「加盟業處理原則（フランチャイズ・システムに関する独占禁止法上の考え方について）」中，JFTC 有針對認定優越地位濫用時市場占有率的角色加以說明。

關於「優越地位」的認定，在處理原則中採取的觀點是：對劣勢之事業而言，與被檢討之事業的交易是否具有必要性。具體來說，若對 A 事業而言，與 B 事業所進行之交易一旦被停止，A 事業的經營就會受到嚴重的影響，則 B 事業將被認為在與 A 事業之交易中占有優越地位。處理原則指出在判斷是否構成優越地位時，必須依照個案的具體事實綜合評估，始能決定是否構成優越地位。其判斷必須考量事業交易上的依存程度、事業的市場地位、轉換交易對象的可能性等因素<sup>217</sup>。

其中，被檢討之事業的市場地位，雖然是關於市場占有率的判斷，但在處理原則之中並未就須達到何種程度始有可能構成優越地位濫用加以檢討，也未針對低於何種比例則不可能構成優越地位濫用加以分析，因此實際上無法藉由處理原則獲得確切的答案。

同樣就優越地位濫用進行諸多檢討的加盟業處理原則中，亦以加盟店對加盟業主的交易依存度、加盟業主的市場地位、加盟店更換交易對象的可能性、加盟業主與加盟店間事業規模的差異程度等作為判斷是否屬於優

---

<sup>217</sup> 優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方，第 2，4-5。

越地位的要素。但針對加盟業主的市場地位之判斷，同樣地未明確將市場占有率之標準明示於處理原則之中。

由此必須認為，就優越地位濫用的部分，在目前主管機關的處理原則之中，雖然市場占有率可能是一項影響違法行為認定之要素，但並沒有明確的安全港條款之存在，即便市場占有率不高之事業，亦有可能因依存程度、事業的市場地位、轉換交易對象的可能性等情形，而被認定成具有優越地位之事業。

## 第六節 結論

藉由本章以上之檢討，探討了歐德美日競爭法關於垂直交易限制之安全港後，雖確認了美國法較無法給予具體的指引，但藉由歐德日之比較分析，可得到以下幾點觀察：

第一，關於安全港適用的行為類型而言，各國法在大方向上均具有一致性。無論是歐盟法排除維持轉售價格、限制最低售價或絕對保護之交易地區限制等「以限制競爭為目的」之行為；德國法排除維持轉售價格等「核心限制」；日本法排除與價格相關之限制、被動向營業區域外顧客進行販賣之限制等行為。雖然用語與範例上有所出入，但其所指引的大方向，是要將最嚴重限制市場競爭之行為，排除於安全港適用範圍之外。

第二，關於垂直交易限制的安全港的存在形式，可以發現各國所採的標準皆相當類似，皆係透過行政規則性質之公告（歐盟和德國）或處理原則（日本）之方式，使得事業得相當容易的確認安全港的內容，以及適用的行為類型。

第三，歐德日關於垂直交易限制之安全港，都是以使得法條要件不構

成之形式存在。

第四，關於安全港的門檻，可以發現歐德日之間有著些許落差。歐盟及德國法，在微小不罰公告採取了 15% 作為標準，但在集體豁免的部分，則是採取 30% 之門檻。安全港適用的範圍相當有限的日本法，則是採取了 20% 作為其基準。

## 第五章 公平交易法上安全港之運用與檢討

### 一、聯合行為之安全港

#### (一) 現行法下欠缺明文的安全港條款

我國公平法上關於聯合行為之安全港條款，並未在法律位階上有任何明文規定。在 2007 年公平會提交行政院審議的公平法修正草案中，曾基於「倘因參與事業之市場力量極微，因而對市場並無實質影響者，應無管制必要，參諸歐體及德國立法例……均明定參與聯合行為事業之市場占有率總和未達一定標準者，得排除聯合行為禁止規範之適用。」之理由，建議增訂「第九條 參與前條第一項合意之事業，其市場占有率總和未達百分之五者，不構成前條所稱之聯合行為。」惟該次修正草案並未成功過關，因此在目前公平法之規定中，就聯合行為之安全港條款仍無任何明文規定。

在現行公平法第 15 條第 1 項就聯合行為所採之「原則禁止，例外許可，濫用控制」的規範架構下<sup>218</sup>，事業若欲確保其聯合行為不違反公平法之規定，最安全的作法是依照公平法第 15 條第 1 項但書所列八款事由事先向主管機關申請聯合行為之許可。因此，若事業有進行共同研究開發、增進中小企業經營效率、或為促進產業發展、技術創新或經營效率等情形時，僅有在行為前向公平會申請聯合行為許可並獲得許可後，始能確保其行為於許可範圍內具有一定之合法性。

由此規定的反面解釋可以得知，在現行法下，即便事業之聯合行為有

---

<sup>218</sup> 關於聯合行為之「原則禁止，例外許可，濫用控制」之三階段規範架構之介紹，參閱吳秀明，「聯合行為理論與實務之回顧與展望」，競爭法制之發軔與展開，9-12（2004）。

得申請許可之事由，在獲得公平會許可決定前，行為並不當然合法<sup>219</sup>。故此等規定係屬於例外賦予事業就聯合行為申請主管機關授與合法性之規定，而非給予事業安全港之保護。

## （二）現行法下透過解釋導引出安全港條款之可能性

若欲在現行法框架下透過解釋之方法建立安全港條款，較可能的依據是公平法第 14 條關於聯合行為定義之規定。其中，能承擔此一功能的要件應為「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」。

在行政法院實務的發展上，最高行政法院即曾有明確以市場占有率作影響市場功能與否的判斷因素之觀點。如在 2012 年 9 月 13 日作成的最高行政法院 101 年度判字第 818 號判決中，法院指出：

「若事業所為行為非屬聯合行為，即無須申請中央主管機關許可。又認定聯合行為是否足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者，除斟酌參加聯合行為者之『市場占有率』外，尚宜就『參加聯合行為事業之數目』、『參加聯合行為者與不參加者間之數目比例』及『對於生產、交易關係的影響』等因素，作整體衡量，始能窺其全貌。……但單船黃豆進口量分別僅占 96 年度全國黃豆總進口量之 2.37% 及 2.48%，則客觀上自難認足以影響市場功能……」

220

---

<sup>219</sup> 針對此種情形，近來學說上也有建議將聯合行為的許可制，改為「事後追懲制」之觀點。參閱王立達，「我國聯合行為規範現況之結構反省與革新：事前許可制、積極分流與事後查處制」，台大法學論叢，第 47 卷第 3 期（2018）。

<sup>220</sup> 最高行政法院 101 年度判字第 818 號判決，六、（一）、（三）（2012 年 9 月 13 日）。司法院法學資料檢索系統，444-449, 489-491。

最高行政法院此一判旨應可理解為，參與合意之事業的市場占有率、家數比例等，乃是決定行為是否構成「足以影響市場功能」之要素。而在該案中，參與合意之事業合計之市占率不過 5% 前後，故其合意不能認為足以影響市場功能，不構成聯合行為。由於此案件並非價格協議之核心卡特爾，因此不能認為最高行政法院之判旨可引伸至價格協議等範疇。但最高行政法院的見解顯示出：透過聯合行為構成要件之解釋，有可能就聯合行為形成安全港。

最高行政法院之觀點，實際上亦與以往公平會實務上隱然採用之基準並不衝突。公平會在判斷是否構成公平法第 14 條之「足以影響市場功能」之要件時，文獻上多認為其在「量」的標準上隱然採用 10% 之市場占有率為其判斷基準<sup>221</sup>；實際處分之案件，事業合計之市占率則往往更高<sup>222</sup>。但此一基準在過去很長時間並未由公平會對外明確表達，亦無法源依據。對此，學說亦有建議仿效德國法之規定，將輕微卡特爾案件排除於公平法適用範圍之外，以節省行政成本之建議<sup>223</sup>。由此可之，針對何種行為應排除

---

<sup>221</sup> 針對公平會所採之量的基準，認為係以 10% 為準者，參閱吳秀明，「聯合行為理論與實務之回顧與展望」，前揭註 218，75-76。

<sup>222</sup> 廖義男教授針對公平法施行後 20 年間之案例進行研究之結果，認為公平會向來所處分之案例，事業合計之市占率多已超過 20%。但在春源鋼鐵案（1995 年 5 月 19 日(84)公處字第 054 號處分、行政院 86 年度判字第 219 號判決）中，公平會認定參與聯合行為之春源鋼鐵等事業在全國冷軋鋼捲市場占有 16%、全國熱軋鋼捲市場占有 8.7%，但公平會仍認定事業之聯合行為足以影響全國冷熱軋鋼捲市場之市場供需，足以顯見公平會嚴格執法之趨勢。參閱廖義男，「公平交易法施行二十年來指標性之行政法院裁判」，公平交易季刊，第 20 卷第 3 期，16-18（2012）。

<sup>223</sup> 廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（一），行政院公平交易委員會九十二年合作

安全港條款之適用，雖然以往並無明確的共識，但就「並非所有的聯合行為，均可一律受安全港保護」之大方向上，應可認為具有一致性。

2007 年公平會所提出之修正草案中，曾試圖藉由量方面標準的明文化，解決客觀規範上長期欠缺明確的安全港條款之狀態。當時係以市占率 5% 之單一標準作為安全港之判斷準則，若參考以往學說針對公平會就聯合行為之觀點，應可將此一修正草案理解為是將實務上的執法方針明文化。但僅有「量」的單一標準，而未能就「質」的觀點有所著墨，可能過度簡化聯合行為之安全港條款。

在 2015 年 1 月公平法修法時，公平法適用的明確性問題受到立法者的關切，在通過修正案時立法院附帶決議要求公平會應針對何種程度未達足以影響市場功能之情形，研定處理標準，以確保合法業者之生存空間<sup>224</sup>。

為因應立法院此一要求，公平會在 2016 年 3 月 1 日公布的公法字第 10515600941 號解釋中，就聯合行為微小不罰之認定標準加以說明，並以「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」作為判斷原則。但另一方面，公平會亦將「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」之聯合行為，排除於安全港保護範圍之外<sup>225</sup>。在此號解釋中，公平會原則上以「量」的標準作為安全港條款主要的判斷依據。但在此標

---

研究報告七，319（2003 年 12 月）。同樣認為在安全港條款之判斷上，應該「質」與「量」並重之觀點，參閱吳秀明，「聯合行為理論與實務之回顧與展望」，前揭註 218，75。

<sup>224</sup> 立法院公報，第 104 卷第 11 期，院會紀錄，107。

<sup>225</sup> 行政院公報，第 22 卷第 37 期，7165（2016 年 3 月 1 日）。亦收錄於公平會網頁，<https://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=1461&docid=14521>，最後瀏覽日期：2018/11/26。

準上，兼採「質」的標準作為負面排除的準則，將價格、數量、交易對象與交易地區限制，亦即屬於所謂「核心卡特爾(hardcore cartels)」的行為，排除於安全港條款的範圍之外。公平法上之聯合行為自此始產生一明確的安全港條款得以遵循，在制度的建立上也向前邁進了一大步。

綜上所述，現行公平法的架構之下，係透過「足以影響供需之市場功能」之要件的解讀，藉由公平會之解釋令的運用，形成了聯合行為的質與量的安全港條款。

歐美德日與我國關於聯合行為之安全港條款的位階、門檻數值、適用與排除類型之比較，可以下圖加以表現。



表 2 歐德美日台關於水平聯合行為安全港之比較表

	歐盟		德國		美國	日本	台灣
位階	公告 (行政規則)		公告 (行政規則)		處理原則 (行政 規則)	處理原則 (行政 規則)	行政 解釋
門檻 數值	de minimis 10%	集體 除外 20%	de minimis 10%	集體 除外 20%	20%	20%	10%
適用 類型	不限 類型	共同研 發、專 業化	不限 類型	共同研 發、專 業化	智財授 權、共同 研發等	共同研發	不限 類型
排除 適用 類型	以限制競爭為目的 之協議		核心限制		屬於當然 違法、快 速檢視之 類型	核心卡特 爾	核心 卡特 爾

出處：作者自製

### (三) 公平法上聯合行為安全港條款之檢討

若基於本文以上就歐美德日競爭法之研究，檢討我國法之規定，可以從下列幾個觀點思考。首先，值得檢討者乃是以行政解釋之方式確立聯合行為之安全港條款是否恰當。若聯合行為之安全港條款僅以公平會解釋令之方式為之，固然是具有彈性、可隨時調整之方式，此為其優點；但行政解釋之公開性、能見度較低，亦不具有一般法規之形式，較不利於事業之認知瞭解與遵循，則是其弱點。申言之，本文「第一章、二」曾提及安全

港曾具有幾項功能，其中「優化執法資源之配置」之功能無論安全港採取何種形式加以建構，對主管機關而言均可達成。但相對的，避免寒蟬效應、導正事業行為之功能，若不使事業能明顯認知瞭解安全港之適用基準，則較難獲得實現。參諸歐盟、德國、美國、日本等國，其針對聯合行為的安全港，皆以處理原則明確宣示主管機關之觀點並對外公布，使得事業較容易認知瞭解此一規則之存在，從而有明確的基準得以遵循。足可印證安全港條款之公開性與能見度，具有相當之重要性。針對聯合行為，主管機關之所以目前用較為彈性或權宜之方式設立安全港，有其制度形成上之歷史背景，無可厚非，惟該制度經實施一段時間運作良好，效果俱佳者，為了使得設置安全港之諸般美意更能有效率的被實現，建議主管機關以更正式之「處理原則」方式，明確宣示主管機關的觀點並對外公布，使得事業有明確的基準得以信賴與遵循。因此，針對聯合行為的安全港條款，本文認為應可考慮將其以處理原則之方式明確宣示闡明，始更能發揮安全港條款之功能。

其次，在公法字第 10515600941 號解釋中，對於聯合行為安全港條款是以 10% 作為其門檻。但藉由本研究以上檢討可以發現，同樣以市場占有率的 10% 作為聯合行為要件的歐盟法及德國法上，針對特定類型之行為設有集體除外規則，作為第二道安全港條款之門檻，並藉此使得構成聯合行為之特定行為，可因為符合法令例外的集體除外規則，豁免其違法性。例如，專業化、共同研發等類型即因為存有集體除外之規定，若事業之市場占有率低於 20% 時，可例外排除其違法性。與此類似的，美國法與日本法針對聯合行為所設計之安全港，亦均係以共同研發作為其規範的主要重心，並以未滿 20% 則不足以產生限制競爭效果。由此可以理解，賦予研發活動更自由的空間，乃是各國主管機關所關心的重要議題。

我國法目前的架構下，共同研發或專業化聯合等行為，若超過公法字

第 10515600941 號解釋之門檻時，必須依循第 15 條第 1 項但書之規定申請許可，待獲得公平會許可後始得為之。換言之，僅有單一門檻之設計。但共同研發及專業化行為等中小企業的創新活動，一般多被期待對經濟發展可產生一定貢獻<sup>226</sup>。如能仿效歐盟法及德國法之規定針對此種行為設計第二道門檻，相信對於事業的創新活動可給予更多誘因，亦有助於市場競爭之活絡。

若不變更目前公平法之條文內容，而欲在現行法框架下針對專業化、共同研發聯合導入較寬鬆之安全港條款，可能的作法是藉由公平法第 15 條第 1 項但書之共通要件，即「有益於整體經濟與公共利益」這項不確定法律概念之解釋為之。例如，若事業依照第 15 條第 1 項但書第 3 款申請許可時，只要參與共同研發活動之事業市場占有率未超過一定比例，主管機關原則上可認為該行為有益於整體經濟與公共利益，使其申請較易獲得許可。如此一來，應可使得事業從事共同研發、專業化聯合等行為時，對其行為之合法性能有更高度的確信。是否宜仿效「公平交易委員會對於結合申報案件之處理原則」訂定聯合行為許可申請之共通性處理原則；或是針對第 15 條第 1 項但書之特定款項仿照「公平交易委員會對於中小企業申請聯合定價案件之處理原則」訂定特別之處理原則，值得由公平會考慮評估。

值得一提的是，由於此一解釋之目的是確保中小企業之創新，故無論是針對第 15 條第 1 項但書設立一般性規定，或是針對同項但書各款事由分別訂定標準，其門檻應可參考歐美日針對共同研發及專業化等行為所設計之標準，以市場占有率的 20% 定之。原因在於，安全港之設計仍應避免使大型事業事先在研發階段封鎖市場，有害未來的市場競爭。且採取之

---

<sup>226</sup> See FTC Staff Report, *supra* note 93, Executive Summary and Principal Conclusions, 4.

基準與國際同步，亦可使得我國事業在從事法令遵循(compliance)時，能有較為一致的基準可遵行，避免我國事業未能注意其他國家之競爭法規範而不慎涉入訴訟。

最後，值得注意之處在於，在德國法上，針對市場占有率低於微小不罰公告的 10% 門檻之非核心限制，如有產生限制競爭之虞時，有特殊的處理方式。亦即，若非核心限制之行為適用安全港條款，原則上應保護事業基於安全港條款所賦予的合法信賴，但該種行為對於市場所造成之傷害仍不能等閒視之。因此，卡特爾署並不會徑行依循一般程序對事業進行罰鍰程序，反而會給予事業一段過渡期間停止該正其違法行為。此一作法反映出的問題，乃在於競爭法執法宗旨的貫徹，與安全港條款存在賦予事業之信賴間，必須達成平衡，否則安全港條款之機制將欠缺指引的功能。因此，即便是在個案中，主管機關認為市占率低於安全港門檻之非核心限制，因其市場競爭之特性而可能足以產生限制競爭之虞時，主管機關公平會應重視事業對於安全港條款之信賴，在此種情形下應先採取較為柔軟的作法(例如先命令事業停止違法行為)，避免逕行採取強硬的執法手段(例如，課處罰鍰)，始能兼顧市場競爭之維護與安全港條款之公信力。

## 二、 獨占管制之安全港

### (一) 規範依據

我國公平法上關於獨占管制之安全港條款，其規範基礎存在於公平法第 8 條第 1 項與第 2 項的「**負面推定**」之中。其規定為：

「事業無下列各款情形者，不列入前條獨占事業認定範圍：

一事業於相關市場之占有率達二分之一。

二事業全體於相關市場之占有率達三分之二。

三事業全體於相關市場之占有率達四分之三。（第一項）

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。（第二項）」

依照公平法第 8 條之規定認定公平法上的獨占事業時，其判斷步驟可分為「負面推定」與「正面認定」二部分<sup>227</sup>。在認定獨占事業時，首先進行所謂負面推定的判斷。其判斷係依照公平法第 8 條之規定，分別討論是否符合同條第 1 項及第 2 項所形成的兩道篩選門檻。若事業因未及此門檻而在市場力上受到公平法第 8 條第 1 項或第 2 項之排除時，將被推定不構成公平法所規範的「獨占事業」，從而同條項之規定遂形成事業得以排除公平法第 9 條之適用的安全港。

具體來說，依照公平法第 8 條第 1 項之規定，任一事業之市場占有率若未達二分之一（亦即 50%）、任二事業之市場占有率若未達三分之二（約 66%）、任三事業之市場占有率若未達四分之三（亦即 75%），除非主管機關認為且能證明有同條第 3 項之情事，否則該事業原則上均不列入獨占事業之認定範圍，從而無違法之虞。另依第 2 項之規定，若各別事業市占率未達 10% 或上一會計年度事業總銷售金額未達主管機關公告之金額者，亦不列入獨占事業之認定範圍，從而也不致構成違法。依照公平會 2015 年 3 月 4 日公綜字第 10411601871 號令，事業上一會計年度事業總銷售金額未達新臺幣二十億元者，該事業不列入獨占事業之認定範圍<sup>228</sup>。

---

<sup>227</sup> 吳秀明，「十年來公平法上之獨占管制」，前揭註 218，332-334。

<sup>228</sup> 行政院公報，第 021 卷，第 038 期（2015）。在 2015 年修正前，公平法第 5 條之 1 第 2 項係以 10 億元之總銷售金額作為門檻。但學說指出該門檻，係「以 1992 年調查國內產

因此我們可以說，公平法上之獨占管制在界定相關市場之後，即是以市占率以及銷售金額為標準，設定事業不構成獨占事業之雙安全港門檻，以達先篩選掉無違法之虞的輕微案件，以便將執法之焦點與行政資源集中投入在真正具有支配市場力量規模的事業上。在此等市場占有率及銷售金額所形成之安全港範圍內，除非主管機關能就同條第3項之情事加以舉證，否則原則上均可認為事業不構成獨占事業，得自由地進行市場競爭之活動。

雖然同條第3項之規定，賦予主管機關在相關市場「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」之情形下，例外認定事業構成獨占事業。然而，由於第8條第1項及第2項之存在，可能形成一道實質的門檻，使得公平會在例外認定事業構成第3項之情事時，有較為高的舉證責任。實務上，亦鮮少有公平會基於同條第3項之規定例外認定未達第8條第1項及第2項之事業卻構成獨占事業之案例<sup>229</sup>。故可

---

業前二百大事業之總銷售金額及比較其市場占有率通常亦達十分之一後所定之標準，惟十四年來（註：至該文撰寫之時點為止）經濟發展已有變化，此項金額是否仍然妥為，亦需再作評估。」公平法2015年修正時，亦以「參照我國近年來經濟發展情況，以及考量對獨占事業管制行政資源分配之妥當性，並參考現行條文第十一條第一項第三款結合申報門檻授權主管機關另行公告之規定，爰修正第二項，授權主管機關視經濟發展情況之變動，適時調整公告金額，符合我國經濟發展實況，並可有效達成本法之規範目的」為由修正同條規定，授權主管機關以公告之方式定之。此外，為了避免修法作業的曠日費時，造成公平法運用上的僵化，也是該條規定修正的理由之一。參閱吳秀明、沈麗玉，「競爭法制革新之整體規劃與藍圖」，月旦法學，228期，189（2014）。

<sup>229</sup> 在舊法公告制度之下，曾有公平會認定市場存在法令限制，故事業具備法定獨占力，但因事業之銷售金額未達10億元，而未將事業公告為獨占事業之案例，如公處字087017號處分、公處字087157號處分、公處字087167號處分。此等案例固然已為多年前的案例，

認為，第 8 條第 1 項及第 2 項之規定，實具有公平法上獨占管制安全港條款之功能。

## （二）公平法第 8 條的歷史沿革

若追溯公平法第 8 條規定之歷史，該規定在 2015 年修正前原為公平法第 5 條之 1，在 2002 年修正前，則為公平法施行細則第 3 條之規定（在 1992 年制定時，則為第 4 條）。

公平法第 8 條，原本是在公平法就獨占事業之認定採「公告制度」的舊法下，為減輕主管機關判斷之困難，並建立明確的認定標準，所導入的「負面推定」之規定<sup>230</sup>。雖然隨著公平法 1999 年之修正，獨占事業公告制度已走入歷史，但負面推定的規定依然繼續留在施行細則中，在認定獨占事業時扮演重要角色。但此一規定實質上限縮了公平法舊法第 5 條（現行法第 7 條）適用之範圍，因此在舊法下屢有受到質疑，認為舊法下的施行細則第 3 條（現行法第 8 條）已牴觸母法之規定。為避免此一爭議，故在 2002 年修正時，將之提升為公平法第 5 條之 1<sup>231</sup>，並隨著 2015 年修正成為

---

但公平法第 8 條第 1 項及第 2 項實質上對於第 3 項之解釋適用所可能產生的影響，由此可見一斑。實務上，基於第 8 條第 1 項及第 2 項而被認定非屬獨占事業，但仍例外以第 3 項認定之案例，亦非常稀少。近期案例，可參考公處字第 103043 號處分。

<sup>230</sup> 參閱吳秀明，「十年來公平法上之獨占管制」，前揭註 218，314。另外，在舊法的公告制度之下，未受到公告的事業，即相當於置身安全港之中，而無構成獨占之虞，因此當時之公告制也一併發揮了安全港之功能。

<sup>231</sup> 2002 年公平法第 5 條之 1 增訂理由謂：「……本法施行細則第三條雖係就獨占事業之認定予以補充規定，然外界偶有質疑其內容實質限縮獨占事業之認定範圍，爰配合行政程序法第一百五十條規範之本旨，將之提升至母法位階，冀免爭議。」

今日第 8 條之規定。

### （三）公平法第 8 條之運作情形

在本計畫執行過程中所取得之公平會不處分案件之資料中，依照第 8 條第 1 項及第 2 項所採之市場占有率及銷售金額標準適用安全港條款之情形如下。

基於市場占有率，否定事業構成獨占事業的案例，有 4 件。在 2010 年 01 月的「龍宏案」中，事業之市場占有率因未達 20%，而被公平會認定為不構成獨占事業<sup>232</sup>。在 2015 年 5 月的「正隆案」中，則是事業之市占率未達 25%，故被認為不構成獨占事業<sup>233</sup>。同年 6 月的「保健食品未降價案」中，被檢討之事業的市場占有率僅有 0.5%，也未被認為構成獨占事業<sup>234</sup>。

其中，最為特別的案例則屬 2017 年 6 月的「雀巢奶粉案」。在該案件中，事業之市場占有率已達到 41%，但由於市占率未達門檻，故公平會仍然未認定事業構成獨占事業<sup>235</sup>。由此可知，市場占有率之基準在實務案例上，確實有發揮其安全港條款之篩選機能。

---

<sup>232</sup> 案件編號 00949303，行政院公平交易委員會第 949 次委員會議，審議案三（2010 年 1 月 13 日）。

<sup>233</sup> 案件編號 01236303，公平交易委員會第 1236 次委員會議，審議案三（2015 年 7 月 15 日）。

<sup>234</sup> 案件編號 01234302，公平交易委員會第 1234 次委員會議，審議案二（2015 年 7 月 1 日）。

<sup>235</sup> 案件編號 01338302，公平交易委員會第 1338 次委員會議，審議案二（2017 年 6 月 28 日）。



基於銷售金額適用安全港的案例，在不處分案中，可以發現 2 件。首先為 2011 年的「血糖機案」，在該案件中市場前三大事業之市場占有率僅有 69%，且事業上一年度銷售金額亦未達 10 億，因此被公平會認定不構成獨占事業<sup>236</sup>。另外，在 2015 年的「中台資源案」中，事業之銷售金額亦未達 10 億，因此被認定不構成獨占事業<sup>237</sup>。與此類似的公平會處分，則可參考 2011 年 9 月 8 日的公處字 100163 號處分「和安行案」。該案中，事業雖然在市場中占有 98% 之市場占有率，但其銷售金額僅達 3 億，公平會亦未將事業認定為獨占事業。此案特殊之處在於，自涉案事業之市占率觀之，其已經擁有接近完全獨占之市場地位，惟公平會考量事業之年度銷售金額僅 3 億，其事業規模誠屬有限，故仍不以獨占管制之規定相繩。公平會在本案並未適用第 8 條第 3 項之規定，認為本案事業具有「足以影響市場供需可排除競爭之能力」，而推翻安全港之負面篩除推定。

實務上，不構成第 8 條第 1 項及第 2 項之定義，但又例外以第 3 項認定構成獨占事業之案例，非常稀少，其中最為明確者如公處字第 094017 號處分<sup>238</sup>。公平會於該案中，以下列理由，認定被處分人關貿網路股份有限公司構成獨占事業：

---

<sup>236</sup> 案件編號 01026304，行政院公平交易委員會第 1026 次委員會議，審議案四（2011 年 7 月 6 日）。

<sup>237</sup> 案件編號 01236301，案件編號 01236303，公平交易委員會第 1236 次委員會議，審議案一（2015 年 7 月 15 日）。

<sup>238</sup> 近期案例，如公處字第 103043 號處分，公平會以被處分人台灣港務股份有限公司「擁有我國境內所有國際港埠關鍵性設施，為獨家經營者，且依商港法及國營港務股份有限公司設置條例相關規定，國際商港由國營事業機構經營及管理，目前亦無第 2 家業者參與競爭情事，另該公司所擁有的相關港埠關鍵性設施，短期內亦無他事業得以經濟合理且技術可行之方式複製或取代該設施」為由，在處分書中雖未檢討事業之銷售金額，但仍認定事業構成獨占事業。

「由於通關網路業務具有所謂『網路效應』及『兩面市場』之經濟特性，在網路效應作用下，通關網路使用者傾向於加入用戶數目最多的網路(因該網路內可以通訊的對象最多)；而在兩面市場影響下，通關網路使用者傾向選擇用戶種類最多的網路(例如通關網路使用者會選擇加入已經有報關行、貨櫃場、船公司、航空公司等不同種類用戶的網路，而不會選擇加入只有報關行的網路)，由於被處分人因其既有業者之先發優勢、用戶規模及市場占有率，及通關網路服務網路效應及兩面市場特性之影響，顯較汎宇電商公司擁有競爭上之優勢，具有壓倒性地位、可排除競爭之能力。是以，雖被處分人 92 年度之總銷售金額雖未達新臺幣 10 億元，惟因其具有前述足以影響市場供需可排除競爭能力，應認屬公平交易法第 5 條所稱之『獨占事業』。」

由此可見，公平會之立場基本上是，事業除市占率之外，必須同時具有一定之「絕對規模」，方才具有施以獨占管制之必要。過於小型規模之事業，諸如一般之中小企業，縱使其市占率高，除非市場有特殊情形，否則原則上不會構成獨占事業。

再者，關於是否採納門檻的緩衝範圍，亦值得主管機關考慮。在早期案例中，曾有市占率 10.37%之事業，因其「超過安全港門檻 0.37%」，而被認定不得依安全港之規定排除獨占事業之認定。固然，因超過 10%故無法被排除於獨占事業之定義，並非於法無據。但市場占有率如果僅在短期內微量超過，是否即應排除安全港之適用，不無疑問。況且市占率之數值可能逐年變動，主管機關應可考量保持更大的一些彈性。此處建議可參考歐盟競爭法上對於市占率安全港門檻設有緩衝區之作法，對於短期微量超

過安全港門檻者仍給予適用安全港之可能<sup>239</sup>。

綜上所述，公平法第 5 條之 1 的規定，原本是公平法 1999 年修正前，在採取獨占事業「公告制度」的背景下，為減輕主管機關判斷之困難、建立明確的認定標準，而導入的「負面推定」之規定。在公告制度之下，未受到公告的事業，即等於身處安全港之中，無構成獨占之虞，因此也發揮了安全港之功能。但獨占事業的公告制，在舊法下引發諸多問題而走入歷史後，負面推定的規範依然留在公平法之中，而以不同的角色繼續就獨占管制扮演著安全港的功能，可認為是公告制度在離去公平法後所留下的可貴遺產。

基於本文以上之檢討，關於獨占管制之安全港各國法之規定，可整理為下列之表。

---

<sup>239</sup> 歐盟法之作法請參閱第 2 章第 2 節「二、(五)」、第 4 章第 2 節「三」。

表 3 歐德美日台關於獨占管制安全港之比較表

	歐盟	德國	美國	日本	台灣
位階	藉由判決形成中	法律	判決	處理原則 (行政規則)	法律
門檻數值	40%	40%(一家) 50%(三家以下) 66.6%(五家以下)	30~40%	40~50%	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 50%(一事業)</li> <li>● 66%(二事業)</li> <li>● 75%(三事業)</li> <li>● 市占率 10%或主關機關公告之銷售金額(個別事業)</li> </ul>
法律效果	要件不構成	要件不成立(間接作用)	要件不成立	主管機關不就該案件進行優先審查	推定不構成要件

出處：作者自製

### 三、垂直限制競爭行為之安全港

#### (一) 安全港之規範基礎及適用範圍

我國公平法上關於垂直限制競爭之安全港條款，和聯合行為一樣並未在公平法的法律位階上有任何明文規定。但在公平法實際的運用上，透過法條要件之解釋，公平會亦建立了一套垂直限制競爭行為之安全港條款。

但其適用範圍，會因垂直限制競爭行為係垂直價格限制（亦即一般所稱「維持轉售價格」）或屬垂直非價格限制，而有所區別。

## 1. 不適用安全港之垂直價格限制

針對維持轉售價格之違法性，公平會向來係在「當然違法」的觀點下加以判斷<sup>240</sup>，因此就維持轉售價格之案件，通常不進行市場界定或是否產生限制競爭效果之衡量。從而，無論事業之市場占有率如何，均非維持轉售價格之案件中探討之重點。在公平法 2015 年修正後，維持轉售價格之規定移動為現行法第 19 條，其立法例雖修正為「原則違法」，但主管機關仍無須就限制競爭效果之評估負擔舉證之責任<sup>241</sup>。因此，無論為垂直價格限制之事業市占率如何，在現行法框架下，皆無藉由安全港條款排除公平法適用之解釋空間。

## 2. 垂直非價格限制之安全港

### (1) 早期實務的執法觀點：公平會第 481 次委員會決議

另一方面，針對現行法第 20 條所規範之垂直非價格限制的行為，在 2015 年修正前之舊法下素有舊法第 19 條各款之內容係屬於「行為不法」或「市場不法」之爭議<sup>242</sup>。但在 2015 年公平法修正時，在體系上，將原先位於第三章「不公平競爭」之舊法第 19 條，除去屬於不公平競爭之款項後移列至第二章「限制競爭」之中；在文義上，將原先存在於舊法第 19 條本文中之「或妨礙公平競爭」等文字刪除；在立法理由中，亦明確的表達修

---

<sup>240</sup> 吳秀明、沈麗玉，前揭註 228，195。

<sup>241</sup> 吳秀明、沈麗玉，同上註，195。

<sup>242</sup> 參閱吳秀明，「從依賴性理論探討相對市場優勢地位」，前揭註 218，523-524。

正理由為「本條所規範違法行為屬限制競爭行為類型，爰刪除序文『或妨礙公平競爭』之文字。」。由此等變化可知，在 2015 年修正後，第 20 條已成為一以禁止限制競爭行為作為其目的之規範<sup>243</sup>。

現行公平法第 20 條所使用的「有限制競爭之虞」之要件，係於 1999 年公平法修正時所增訂。有關此一要件之認定，公平會曾在 2001 年 1 月 18 日之第 481 次委員會議審議案七「有關公平交易法第十九條修法後增列『有限制競爭』如何適用各款乙案，提請審議」之中加以討論，並作成以下決議，提供公平會內部業務單位作為執法之參考：

「第十九條第一、二及第六款（註：約相當於現行法第 20 條第 1、2、5 款之規定）既屬限制競爭之規範，須以具市場力量者始有違法之可能，故除實質違法要件外，尚有具市場力量之門檻要件，以排除對未具實質限制競爭能力者之規範。至於市場力量之認定，本會現行實務作法，係以市場占有率百分之十為門檻要件。惟考量實際市場運作上，市場占有率不及百分之十之事業亦可能擁有市場優勢地位，對相關產業或上、下游業者造成影響市場秩序之顯失公平行為，故為規範之完整性考量，本案擬參考德、法二國所採行之『依賴性理論』，作為認定應受規範事業之門檻要件之一……」、

「（一）門檻要件：意指符合本項要件之事業始受公平法十九條之規範；未符本項要件者，自始即不受本條規定之規範。本項門檻要件有二：市場占有率及依賴性之存在。事業符合其中任一項者，其行為即須受

---

<sup>243</sup> 關於公平法第 20 條體系調整之更詳細介紹，可參閱吳秀明、沈麗玉，前揭註 228，198-201。

本條規範，由本會就各款違法實質要件加以審查。1、市場占有率：以事業在相關市場之占有率，作為列入規範之參考依據。現行作法一三（註：應為『一向』之誤植）以市場占有率百分之十為準。2、依賴性之存在：詳如前述。」

其後，公平會內部遂續以「市場占有率是否達 10%」及「是否具有依賴性」等二項標準作為第 20 條執法時之初步篩選基準。易言之，若事業之市場占有率未達 10%，除非公平會能另外證明事業與事業間具有何種依賴性關係之存在，否則該垂直非價格限制皆會被認為不具有「限制競爭之虞」，而無進行實質判斷的必要。

此一標準，雖然公平會以往並未明確對外公開，但在公平會所為之處分及不處分案例中，卻可以窺得其蹤跡。在公處字 096117 號處分中，公平會曾以「復按公平交易法第 19 條第 2 款及第 6 款規定，均屬於市場不法之類型，倘事業之行為並不足以影響市場競爭之機能，則行為不具有非難性。而事業之行為是否足以影響市場競爭之機能，目前本會係以事業其市場占有率超過 10%，或交易相對人對其有依賴性，而認有相對之市場力等門檻要件，作為進入實質違法要件審查之前提。」等文字，表明市場占有率與依賴性之存在，乃是其篩選基準。

在不處分案中，也可發現公平會確基於此標準，排除對於未達門檻之事業進行實質審查之必要性。例如，在 2009 年 12 月 31 日第 949 次委員會決議不處分的「清心福全案」之中，清心福全限制加盟店之越區外送、要求加盟店須遵守「店務評核獎懲規範」等，構成對於交易相對人之非價格限制，但公平會以「飲料業市場存有多樣加盟品牌互相競爭，且被檢舉人顯無市場力(市占率不及 1%)，故即使被檢舉人限制加盟店越區外送、遵守『店務評核獎懲規範』及簽署切結書，尚難認對該市場造成封鎖效果」

為由，否認該行為構成現行公平法第 20 條第 5 款之可能。

又在 2011 年 11 月 12 日的第 1052 次委員會議中，決議通過的不處分案「環偉實業案」中，公平會以「末由全國廢棄物處理機構達 120 家，且無收受處理廢棄物之地域限制，清除機構可自由選擇委託 1 家或多家處理機構處理廢棄物，且環偉公司之市占率不及 1% 等可稽，清除機構對本案環偉公司應無依賴性存在。綜上，尚難認檢舉人指摘環偉公司之系爭行為，有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」為由，否認該行為有構成現行公平法第 20 條第 5 款之可能性。

2015 年 4 月的「華紙案」，應係在過去的實務上較為特殊的案例<sup>244</sup>。公平會在華紙案中，針對華紙於文化用紙實行區域差別取價之行為進行調查後，認定市占率達 25% 之華紙公司所採的劃分經銷區、差別取價行為，因「前已論及華紙之市場力不大，縱有能力施行區域差別取價，但在進口紙可有效、即時且充分參與市場競爭之前提下，其對競爭者所造成之『一線』損害仍屬有限。」，認定「衡酌其目前市場力、抬價能力及品牌間(內)競爭之實況，尚不致對文化用紙之各次級市場產生限制競爭疑慮」。因此未認定華紙之行為違反公平法第 20 條之規定。由此可知，雖然市場占有率高於 10%，但事業之行為仍有可能被認為不足以產生限制競爭之疑慮。但在案件中明確的表明市場占有率雖高，但不足以產生限制競爭疑慮之案件，亦僅止於此。

## (2) 公平會近期之實務見解：公平會第 1267 次委員會決議

在 2015 年修正後，明確成為限制競爭行為規範的公平法第 20 條，也

---

<sup>244</sup> 案件編號 01236302，公平交易委員會第 1236 次委員會議，審議案二（2015 年 4 月 13 日）。



繼續沿用這樣「市場占有率及依賴性」之判斷基準。並且，公平會在 2016 年 2 月 17 日的第 1267 次委員會決議中，重新闡述其關於垂直交易限制的安全港之觀點，其內容為：

「有關垂直非價格交易限制競爭案件相關市場占有率門檻之計算：

公平交易法第 20 條所規範之垂直非價格交易限制行為，事業於相關市場之市場占有率未達 15% 者，推定該事業不具有市場力量，原則上無限制競爭之虞。

另考量市場運作實務，事業之市場占有率雖未達 15%，但若交易相對人對該事業不具有足夠且可期待之偏離可能性，應認事業間有依賴性存在，該事業具相對市場優勢地位，其限制競爭之行為仍得依公平交易法第 20 條予以規範。」

公平會於此再次顯示出垂直非價格交易限制之安全港，係以市占率以及依賴性理論作為其門檻。此一決議之內容，相較於 2001 年公平會第 481 次委員會決議，有兩點值得注意之處：第一，相較於內容並未公開之第 481 次委員會決議，第 1267 次委員會決議之內容完全載明於委員會議紀錄並上網公告，故安全港之公示性更為明顯。第二，相較於第 481 次委員會決議係以市占率 10% 作為門檻，第 1267 次委員會決議中將門檻提高至 15%，也展現出對於垂直非價格交易限制採取較為寬鬆的執法立場。另外，由此亦可再次確認，由於公平法第 20 條針對垂直非價格限制係以有「限制競爭之虞」作為要件，因此公平法上針對垂直「價格限制」與「非價格限制」是否有安全港條款適用之可能，仍有明顯的溫差存在。

另外，第 1267 次委員會決議中，更明確地表達係以市場占有率作為推定「不具有市場力量」之基準，一方面代表公平會並不排除例外舉反證來證明限制競爭之虞存在的可能性，但同時也代表在例外的情形下，公平會應更具體的指出限制競爭之虞為何產生，始能確保事業對於安全港條款之信賴。從而可以理解，垂直交易限制的安全港條款，一方面使得實體要件不構成，同時也具備改變舉證責任分配之性質。

### 3. 垂直價格與非價格限制所受不同評價之展現：以「台鹽案」為例

公平會在 2007 年「台鹽案」中之作法，可認為是最能顯示公平會在垂直限制競爭案件的執法程度之差異者。在 2007 年 1 月 11 日的第 793 次委員會決議中，台鹽所採取的垂直價格與非價格限制受到討論。公平會針對垂直價格限制作成公處字 096010 號處分，針對垂直非價格限制的部分則是決議不加以處分<sup>245</sup>。以下分別敘述之。

在公處字 096010 號處分中，公平會認定台鹽在與加盟店、經銷商等交易相對人簽訂之契約，儘管是由加盟店、經銷商買斷商品、承擔滯銷之風險，卻訂有限制售價之交易條件，並且在契約關係存續中要求交易相對人不得以低於特定折數之價格販售，甚至對違反之交易相對人予以處罰。公平會認定「其行為已剝奪加盟店及經銷商之價格決定自由，而違反公平交易法第 18 條（註：約相當於現行法第 19 條第 1 項）之規定。」，而課處台鹽 100 萬元之罰鍰。但在處分書之中，因維持轉售價格之規定並不以是否產生限制競爭之虞為要件，故公平會並未針對台鹽之市場占有率進行檢討。

---

<sup>245</sup> 案件編號 0079335，行政院公平交易委員會第 793 次委員會決議，審議案五（2007 年 1 月 18 日）。

在垂直非價格限制的部分，公平會認定台鹽在交易過程中，涉有以較優惠之價格提供予經銷商、某些商品又以較優惠之價格提供予加盟店之差別待遇之行為；又有就銷售管道等方面為非價格之限制。故公平會也分別就台鹽兩項垂直交易限制進行檢討。

首先，關於銷售管道之限制，公平會首先就台鹽之市場占有率進行評估後，認定台鹽在相關年度僅分別有為 0.53%、0.66%、2.06% 之市場占有率，均未符合公平會在第 481 次委員會決議所採之門檻要件（市場占有率 10%）之標準。其次，公平會針對經銷商、加盟者是否對於台鹽具有依賴性進行檢討，並以「交易相對人有無其他可能之交易管道存在；如不存在其他可能之交易對象，則交易相對人即有與特定事業從事交易之必要性，而依賴於與其交易之事業」作為標準後，認定經銷商與加盟者對於台鹽均不具備依賴性，作成「無以公平交易法第 19 條第 6 款（註：約相當於現行法公平法第 20 條第 5 款）規定介入規範之必要」之結論，故未加以處分。

其次，關於差別待遇之行為，公平會雖係以差別待遇具備正當理由故未違反現行法第 20 條第 2 款之規定，但亦係以台鹽近 3 年之市占率各僅為 0.53%、0.66%、2.06%，故市場力有限等情形加以說明。

由台鹽案中公平會針對垂直價格限制與垂直非價格限制所採取之不同執法態度可以發現，針對垂直非價格限制，公平會實務上將積極檢討事業所具備之市場占有率高低。若事業之市場占有率符合安全港之要件時，公平會也積極的承認該部分之行為受到安全港之保護，不認為有以公平法介入之必要。相對於此，在垂直價格限制之部分，由於違法要件之判斷並不以「有限制競爭之虞」作為要件，故即便事業之市場占有率較低，公平會亦會基於現行法第 19 條加以處分。

若試著將歐盟、德國、日本以及我國法上，垂直交易限制之安全港加

以整理，則可以整理為以下之比較表（美國法的部分，由於無法觀察到較完整的安全港相關規範，故在下表中省略）：

表 4 歐德日台關於垂直交易限制安全港之比較表

	歐盟		德國		日本	台灣
位階	公告 (行政規則)		公告 (行政規則)		處理原則 (行政規則)	委員會決議
門檻數值	de minimis 15%	集體除外 30%	de minimis 15%	集體除外 30%	20%	15%
適用類型	不具有競爭關係之協議	所有垂直協議或非競爭者間之技術授權	不具有競爭關係之協議	準用歐盟相關規定	事業限制交易相對人與自己之競爭者進行交易、嚴格的區域限制、搭售等三類型	公平法第 20 條第 5 款所規範之垂直非價格交易限制
排除適用類型	以限制競爭為目的之行為，例如維持轉售價格、限制最低售價、絕對保護之交易地區限制		核心限制，例如維持轉售價格		與價格相關之限制、上述三行為以外之非價格限制 <sup>246</sup>	未排除任何非價格限制之行為

<sup>246</sup> 但在通路交易習慣處理原則中，亦有不考量市場占有率如何，原則上均合法之類型，例如責任區域制、販賣據點制等營業區域限制之情形，此種類型亦可認為是不適用安全港之規定。

出處：作者自製

## （二）垂直交易限制安全港之檢討

若基於本文以上就歐美德日競爭法之研究，檢討我國法之規定，可以從下列幾個觀點思考。首先，目前垂直交易限制之安全港條款，係以委員會決議之方式作成，但除會議記錄上網公告外欠缺足夠的公示性，一般事業很難知悉該部分之內容。且作成決議之該屆委員會一般自然會遵守之，但對於其後之委員會及外部均乏正式之拘束力，安全港如果建立在此一基礎上對事業而言其風險自然存在。且行政解釋及委員會決議之內容，若嗣後公平會有見解變更之情事時，事業較難得知、對照或查證變更之內容為何。此一結果勢必將減損安全港條款所欲達成之目的。因此，就公平法運作的明確性而言，將安全港條款之位階提升，強化其法源性，可認為是對於公平法運作的可預見性有較大的幫助。無論是在歐盟、德國或是日本，對於垂直交易限制之安全港適用之範圍，均明確的表達於相關處理原則 (Guidelines; Richtlinien) 之中。此一作法，應可認為較能幫助事業法令遵循之進行，同時使事業能更安心的在市場中進行競爭活動。

其次，由 2016 年 2 月 17 日第 1267 次委員會決議可以發現，垂直交易限制之安全港條款明確地限制於公平法第 20 條所規範的「垂直非價格限制」。換言之，受到公平法第 19 條規範、屬於核心限制之「維持轉售價格」，則排除於安全港條款的適用範圍外。由於公平法第 19 條採取「原則違法」之立法例，因此維持轉售價格不適用安全港條款，亦是理所當然。但問題在於，與維持轉售價格同樣屬於對市場競爭造成嚴重影響之其他非價格核心限制，在現行的安全港條款中並未將之排除。例如，在歐盟法上被認定為「以限制競爭為目的之行為」之「提供絕對保護之交易地區限制」，該種營業區域限制對於市場競爭所造成的損害亦相當嚴重，若將該等行為

一併放在「垂直非價格限制」的概念下適用安全港條款，可能會不當地將足以影響市場競爭之行為排除於競爭法適用範圍之外。與此種相同的觀點，亦可見諸於日本法之通路交易習慣處理原則，其中亦將「對營業區域外顧客販賣之限制」排除於安全港條款適用範圍之外。

為了解決這樣的問題，建議針對垂直非價格限制的安全港條款增加排除適用的例外規定。其中，最具體的類型即為劃定一定營業區域後，禁止事業向營業區域外的需求者進行販賣之「提供絕對保護之交易地區限制(或稱「對營業區域外顧客販賣之限制」)」。此種情形下，無論事業所具有之市場占有率如何，皆有可能對於市場競爭產生嚴重威脅，必須回歸一般的違法性判斷的架構下進行評估，而不能僅以市場占有率即當然排除其構成違法行為之可能。

至於其他類型，亦不須在欠缺案例的情形下全盤接受其他國家之觀點，主管機關應可持續累積執法經驗，並參考外國執法上的經驗後，若能認定某種行為即便市場占有率低，仍然可能對於市場競爭產生嚴重影響時，再將該類型放入例外規定之中<sup>247</sup>。但在具體形成例外規定之前，若已經以較明確之法律形式形成安全港條款時，對於已符合安全港條款之行為，主管機關應優先使用停止違法行為等柔性手段，避免破壞事業對於既已形成之安全港條款之信賴。

此外，在垂直交易限制的安全港條款，歐盟法和德國法上有以「累積效果」的觀點，設計特殊的安全港條款之基準的情形。此一觀點指出的問

---

<sup>247</sup> 例如，在日本法長期的實務累積之下，在通路交易習慣處理原則中，亦建立許多不適用安全港條款之行為類型。參閱流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針，第1部・第2、2-6、14-22及本文第四章第五節之說明。

題，確實擲地有聲，有注意的必要，若能參考此見解，對於我國安全港條款的適用，亦可以帶來助益。惟「累積效果」乃是針對歐洲特殊的產業（飯店、餐廳、飲料店的飲品獨家供應契約）中特別的市場結構所導引出的法律理論，我國是否有相同或類似的市場結構，不無研究分析之必要。因此若主管機關欲在安全港條款之規範中導入此一理解，建議主管機關先就市場結構、交易習慣等進行調查後，再針對有此一需求之產業導入，始能使安全港條款之規定符合我國市場、法制環境。

最後，關於安全港之門檻，我國目前所採取之標準，雖與歐盟、德國於微小不罰公告中之標準同步，與日本之門檻亦相去不遠。但藉由本研究以上檢討可以發現，同樣以市場占有率的 15% 作為垂直交易限制安全港門檻的歐盟法及德國法，以集體除外規則設定 30% 之第二道安全港門檻，使特定行為可因為符合法令例外的集體除外規則，豁免其違法性。

針對此一落差，我國固然可能參考外國之規定，放寬安全港之門檻。但外國之規範是否均適合我國使用，不無檢討空間。就過去公平會執法經驗而言，僅有在 2015 年 4 月的華紙案中，曾認定市占率達 25% 之華紙公司所採的劃分經銷區、差別取價行為，因市場力、抬價能力及品牌間(內)競爭之實況，不足以對市場競爭產生競爭疑慮，而認定其行為不違反公平法。由此可知，雖然曾有認為市場占有率低於 30% 之事業，其行為可能不足以產生限制競爭之疑慮，但此等結論尚未受到主管機關的反覆檢驗並形成執法上相當程度之確信。故在數額具體的修正而言，期待主管機關能藉由未來的執法、針對個案進行詳細檢討，有朝一日對於垂直交易限制之門檻能形成一定確信後，再針對門檻的高低進行調整與修正。



## 第六章 結論與建議

經本文之研究，首先確認了競爭法先進諸國，皆設立有各種安全港的規範，賦予事業在從事競爭活動時能有一個安全的區域保障，免於受到競爭法之處罰。法律之所以設有安全港之制度，主要目的首先在於避免競爭法之法網有如流刺網般過細而對於事業活動產生「寒蟬效應」，並能促使及導正事業盡量在合法之安全區範圍內進行自由競爭，有益於競爭秩序之維護；另一方面，因為將違法疑慮較輕微的案件排除於適用範圍之外（或大幅降低其違法疑慮），使得主管機關及法院能將寶貴的資源配置於需要花費較多時間調查或審判之案件，對於競爭法案件精緻與有效率之處理，可以帶來相當大的助益。在此同時，本文也提醒在安全港的設置上亦必須考量可能產生「執法不足」的問題，因此針對門檻設計以及排除競爭法適用的行為類型，必須謹慎地評估。

本研究針對歐、美、德、日競爭法安全港的法律結構與內容進行檢討比較後，除了獨占管制的部分各國較為分歧而欠缺一致性外，可以將聯合行為及垂直交易限制安全港的幾項主要特徵歸類如下：

在聯合行為的部分，除將市場占有率低於一定門檻（如 10%）之水平協議認為不構成聯合行為外，一般多將水平價格協議、產量限制或瓜分市場或顧客等最嚴重限制市場競爭之行為，排除於安全港適用範圍之外，此點可認為具有相當高度之一致性。在安全港適用之類型範圍上，雖然各國規定內容有所出入，但針對共同研發聯合及專業化聯合設置安全港（或提供較為寬鬆的標準），乃是各國立法例產生交集之處。此一情形，應可認為符合安全港係將「違法疑慮較低之事實或案件」排除於競爭法所禁止的範疇或提供豁免管道，以便使主管機關能夠集中資源於限制競爭疑慮較高之案件的大方向。同時，亦展現了競爭法欲保護創新、促進競爭之目的。

在垂直交易限制的部分，和我國類似、對於維持轉售價格抱持較大疑慮的歐盟、德國以及日本法上，均可發現其等均將維持轉售價格排除於安全港適用範圍之外。此外，垂直非價格限制中，對於和維持轉售價格同樣屬於嚴重市場競爭之行為類型，通常亦被排除於安全港適用範圍之外。此一觀點，亦反映出安全港的設定，與一國競爭政策對於該項違法行為之立場息息相關。

基於本文第一章至第五章之檢討，針對公平法及公平會在執法上之建議，若以短期及中長期的觀點加以分類，可整理如下：

#### 一、短期內可行之建議

關於安全港條款之法律形式，目前公平會針對聯合行為係以解釋令之方式、針對垂直交易限制則是以委員會決議的形式為之。上述方式固然具有彈性、可隨時調整之優點，但行政解釋，尤其是委員會決議之公開性、能見度較低，較不利於事業之認知瞭解與遵循，則是其弱點。特別是委員會決議之內容僅表現當屆委員對於此一問題之看法，該屆委員會一般自然會遵守之，但對於其後之委員會及外部均乏正式之拘束力，安全港如果建立在此一基礎上對事業而言其風險自然存在。且行政解釋及委員會決議之內容，若嗣後公平會有見解變更之情事時，事業較難得知、對照或查證變更之內容為何。此一結果勢必將減損安全港條款所欲達成之目的。主管機關之所以用較為彈性或權宜之方式設立安全港，大多是因為在制度設立之初尚未完全掌握或明瞭制度一旦實施後之妥當性或衝擊影響，故先以較有彈性之作法啟動實施，再視實施情形隨時進行調整修訂，乃事出有因，良有以也，亦值贊同。惟該制度經實施一段時間運作良好，效果俱佳者，為了使得設置安全港之諸般美意更能有效率的被實現，建議主管機關以更正式之「處理原則」方式，明確宣示主管機關的觀點並對外公布，使得事業

有明確的基準得以信賴與遵循。參諸歐、德、美、日皆以處理原則(Guidelines; Richtlinien)明確宣示主管機關所建立之安全範圍並對外公佈，亦可印證此點對於安全港所具有的重要意義。

其次，針對符合安全港條款規定（例如事業之市占率低於安全港門檻）之案件，事業原則上無構成違法之危險，惟在特殊個案若仍可能產生限制競爭效果時，主管機關雖不能坐視不顧，惟參照德國法之作法主管機關應舉證說明，且宜將其作法納入處理原則，又主管機關應考量事業對於安全港條款之信賴，應優先採取較為柔性的執法措施，例如先命令事業停止違法行為，避免課予罰鍰等強硬的執法手段，始較為周延。若在中長期發現存有諸多此類案件，則值得在未來對安全港條款進行修正，避免長期對於此種行為形成執法不足的問題。

再者，關於是否採納門檻的緩衝範圍，亦值得主管機關考慮。在早期案例中，曾有市占率 10.37% 之事業，因其「超過安全港門檻 0.37%」，而被認定不得依安全港之規定排除獨占事業之認定。固然，因超過 10% 故無法被排除於獨占事業之定義，並非於法無據。但市場占有率如果僅在短期內微量超過，是否即應排除安全港之適用，不無疑問。況且市占率之數值可能逐年變動，主管機關應可考量保持更大的一些彈性。此處建議可參考歐盟競爭法上對於市占率安全港門檻設有緩衝區之作法，對於短期微量超過安全港門檻者仍給予適用安全港之可能<sup>248</sup>。

最後，目前公平法所設置之安全港條款中，有將不應排除之行為排除於公平法適用範疇外之情形，以致於可能發生所謂「執法不足」的問題。此問題主要發生於第 1267 次委員會決議雖針對「垂直非價格限制」建立安

---

<sup>248</sup> 歐盟法之作法請參閱第 2 章第 2 節「二、（五）」、第 4 章第 2 節「三」。

全港，但其中並未將垂直非價格限制中，與維持轉售價格同樣屬於核心限制、對市場競爭造成嚴重影響之類型排除於安全港適用範圍之外。此一作法，可能會使得本應受到競爭法檢討與取締之行為，不當地被排除於競爭法的範疇外。參諸歐盟與日本法之規定，均有將此類較為嚴重的「垂直非價格限制」排除於安全港適用範圍之外，即可得到印證。由於我國立法例上，對於維持轉售價格等價格限制採取較為嚴格的態度，若公平會並非有意的針對所有垂直非價格限制導入安全港，則建議儘快針對垂直非價格限制增加排除適用的例外規定。其中，最值得注意者即為與維持轉售價格相類似，足以產生嚴重的限制競爭效果之「提供絕對保護之交易地區限制(或日本法上所稱「對營業區域外顧客販賣之限制」)」，因其限制競爭疑慮較為明確，應儘快將其排除於安全港適用範圍之外<sup>249</sup>。

## 二、 中長期之建議

本研究探討了各國競爭法針對安全港之規範形式、內容與目標，並且指出各國在各個行為類型上所關心的問題、發展的現況為何，希望藉此能提供相關議題於未來在進行更細部討論時之基礎。關於各個行為類型所應採取安全港門檻數額之決定，雖然他山之石可以攻錯，惟不全然適宜僅藉由比較法的觀察，直接的以其他國家法律規範之門檻數字作為我國之規定，而期待主管機關未來能針對各行為類型或重要產業類別進行必要之產業調查與經濟分析後，再針對門檻的數值進行調整。這部分之工作，自然需要

---

<sup>249</sup> 但此處亦正好再次印證，若安全港係以委員會決議之方式決議，事業要確認安全港之內容是否有所變動，只能逐一確認每次委員會決議之議事錄。且若變更之內容未載明於議事錄時，事業是否得主張對於舊委員會決議所形成之信賴保護，勢必將成為另一個問題。故以處理原則等較為明確之方式公告，使得相關內容便於事業查證對照，實乃安全港有效發揮功能的重要條件。

相當之產業資料支持與人力之投入，誠非本研究所能、所欲涵括之範圍。期待本文能作為相關研究與調查的基礎，使未來的分析能有一個討論的基礎平台。

此外，公平會在個案調查當中所進行之經濟分析、產業與市場調查，相信亦可累積寶貴的執法經驗，作為調整安全港時之養分。此一經驗的累積，除在門檻數值之決定可帶來助益外，對於「應適用安全港而並未適用」或「不應適用安全港卻不當納入範圍」之調整，亦屬必要。凡此對於我國安全港條款規範之續造，皆欲使「有效配置執法資源」與「執法不足」之利弊能獲得平衡。

其次，我國目前針對聯合行為之安全港僅設有 10% 的單一門檻，但藉由本研究之檢討可發現，歐盟法及德國法上，針對特定類型之行為（專業化及研發聯合）所設立之集體除外規則上，另有一道 20% 之安全港門檻，藉此使得構成聯合行為之特定行為，可因符合集體除外規則之安全港規定而豁免其違法性。與此類似的，美國法與日本法針對聯合行為所設計之安全港，亦均係以共同研發作為其規範的主要重心，並以未滿 20% 之聯合行為則認定不足以產生限制競爭效果。由此可知，賦予共同研發活動更自由的空間，乃是各國在適用競爭法時所關心之重要議題。

就我國法而言，若不變更目前公平法之條文內容，而欲在現行法框架下針對專業化、共同研發聯合導入寬鬆之安全港條款，較可能的作法是藉由公平法第 15 條第 1 項但書之共通要件，即「有益於整體經濟與公共利益」這項不確定法律概念之解釋為之。此能使得參與共同研發活動之事業，其市場占有率未超過一定比例者，原則上均可較易獲得許可。如此應可使得事業從事共同研發、專業化聯合等行為時，對其行為之合法性能有更高度的確信。而在處理原則的作業上，是否宜仿效「公平交易委員會對於結

合申報案件之處理原則」訂定聯合行為許可申請之共通性處理原則；或是針對第 15 條第 1 項但書之特定款項仿照「公平交易委員會對於中小企業申請聯合定價案件之處理原則」訂定特別之處理原則，值得由公平會考慮評估。

最後，在歐盟法和德國法上有以「累積效果」的觀點，設計特殊的安全港條款基準的情形。此一觀點確實有注意的必要，若能參考此作法，對於我國安全港條款的適用，亦可以帶來助益。惟「累積效果」乃是針對歐洲特殊的產業的市場結構所導引出的法律理論與制度，我國是否有相同或類似的市場結構與規範需求，不無研究分析之必要。因此建議主管機關先就市場結構、交易習慣等進行調查後，再針對有此一需求之產業導入，始能使安全港條款之規定符合我國市場與法制環境。

OECD 競爭委員會於 2017 年 12 月的例會中，以世界各國安全港的執法現況作為一項討論主題，可理解為係在國際上因洞悉安全港對於競爭法的執行具有相當之重要性，而產生的問題意識並進行研討交流。此可印證安全港無論是對於競爭法主管機關，或是對於事業的法令遵循，均具備重要意義。希望藉由本次研究，廣泛的對於限制競爭法上主要行為類型之安全港，從各國競爭法的觀點進行整合性的觀察與分析，指出目前各國法制發展的現況，並提出我國未來值得努力的方向。本研究若對於未來之相關研究、執法或立法能提供一些足堪參考的指引，則感萬幸。

## 參考文獻

### 中文部分

- 王立達，「我國聯合行為規範現況之結構反省與革新：事前許可制、積極分流與事後查處制」，台大法學論叢，第 47 卷第 3 期（2018）。
- 立法院公報，第 104 卷第 11 期院會紀錄（2015）。
- 行政院公報，第 21 卷第 38 期（2015）。
- 行政院公報，第 22 卷第 37 期（2016）。
- 吳秀明，「十年來公平法上之獨占管制」，競爭法制之發軔與展開（2004）。
- 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（2004）。
- 吳秀明，「聯合行為理論與實務之回顧與展望」，競爭法制之發軔與展開（2004）。
- 吳秀明、沈麗玉，「競爭法制革新之整體規劃與藍圖」，月旦法學，228 期（2014）。
- 廖義男，「公平交易法施行二十年來指標性之行政法院裁判」，公平交易季刊，第 20 卷第 3 期（2012）。
- 廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列(一) 第一條至第十七條，公平交易委員會 92 年度合作研究報告（2003）。
- 顏廷棟，「論垂直性交易限制在競爭法上之規範」，公平交易季刊，第 6 卷第 2 期（1998）。

### 外文部分

#### 一、英文

ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments, 8th ed. (2017).

Douglas H. Ginsburg, “Vertical Restraints: De Facto Legality under The Rule of Reason”, *60 Antitrust L.J.* (1991).

Ernest Gellhorn & W. Tood Miller, Competitor Collaboration Guidelines – A Recommendation, *42(4) The Antitrust Bulletin* (1997).

Frank H. Easterbrook, “The Limits of Antitrust”, *63 Tex. L. Rev.* (1984).

FTC Staff Report, *Anticipating the 21st Century: Competition Policy in the New High-Tech Global Market Place* (May 1996).

Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, 5th ed. (2016).

Howard H. Chang, David S. Evans & Richard Schmalensee, “Some Economic Principles for Guiding Antitrust Policy towards Joint Ventures”, *1998 Colum. Bus. L. Rev.* (1998).

Interview with Professor Joseph F. Brodley, “The Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice Draft Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors”, *14 Antitrust* (1999).

Justice Department Seeks Comments on Draft Intellectual Property Guides, *67 Antitrust & Trade Reg. Rep. (BNA)* (Aug. 11, 1994).

Lindsey M. Edwards & Joshua D. Wright, The death of Antitrust Safe Harbors: Causes and Consequences, *23:5 GEO. MASON L. REV* (2016).

OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, “Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law, Background Note by the Secretariat”, *DAF/COMP(2017)9*.

Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application XI*, 3rd ed. (2011).

Robert Pitofsky, “The Sylvania: Antitrust Analysis of Non-Price Vertical Restrictions”, *78 Colum. L. Rev.* (1978).

Richard A. Posner, “The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality”, *48 U. Chi. L. Rev.* (1981).



Richard J. Gilbert, “The 1995 Antitrust Guidelines for The Licensing of Intellectual Property: New Signposts for the Intersection of Intellectual Property and the Antitrust Laws”, ABA Section of Antitrust Law Spring Meeting (April 6, 1995).

Richard Whish & David Bailey, Competition Law, 7th ed. (2012).

## 二、徳文

Bunte/Stancke, Kartellrecht, 3.Aufl., 2016.

Emmerich, Kartellrecht, 12.Aufl., 2012.

Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd.1. EU/Teil 1, 5.Aufl., 2012, Art. 101 Abs.1 AEUV.

Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd.2. GWB/Teil 1, 5.Aufl., 2014, §18 GWB.

Hengst, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Kommentar, Bd.2, Europäisches Kartellrecht, 12. Aufl., 2014, Art. 101 AEUV.

Kling/Thomas, Kartellrecht, 2.Aufl., 2016.

Krauß, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Kommentar, Bd.1, Deutsches Kartellrecht, 12. Aufl., 2014, §1 GWB.

Nothdurft, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Kommentar, Bd.1, Deutsches Kartellrecht, 12. Aufl., 2014, §18 GWB.

Rittner/Dreher/Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 8.Aufl., 2014.

Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd.2. GWB/Teil 1, 5.Aufl., 2014, §1 GWB.

## 三、日文

山田昭雄、大熊まさよ、檜崎憲安編、流通・取引慣行に関する独占禁止

法ガイドライン，商事法務（1991）

山田昭雄、松月宏之，「共同研究開発と独占禁止法」，公正取引，477号（1990）。

中尾雄一，「家電業界から見た流通・取引慣行と競争性政策の在り方」，公正取引，797号（2017）。

六波羅昭，「研究開発と独占禁止政策」，公正取引，408号（1984）。

平林英勝編，共同研究開発に関する独占禁止法ガイドライン，商事法務（1993）。

田中寿編，不公正な取引方法—新一般指定の解説—（別冊NBL第9号），商事法務研究会（1982）。

甲田健，「日産化学工業株式会社による除草剤の再販売価格拘束事件について」，公正取引，第673号（2006）。

白石忠志，独占禁止法，第3版，有斐閣（2016）。

白石忠志，独禁法事例集，有斐閣（2017）。

白石忠志監修，池田毅、藪内俊輔、内田清人編，ビジネスを促進する独禁法の道標，レクシスネクシス・ジャパン（2015）。

石谷直久，「『流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針』の一部改正について」，公正取引，第790号（2016）。

多田敏明，「改正・流通・取引慣行ガイドラインと企業の留意点」，公正取引，第803号（2017）。

舟田正之、金井貴嗣、泉水文雄編，経済法判例・審決百選（2010）。

村上政博編，条解独占禁止法，弘文堂（2014）。

実方謙二，独占禁止法，有斐閣（1998）。

金井貴嗣、川濱昇、泉水文雄編，独占禁止法，第6版，弘文堂（2018）。

滝澤紗矢子，「『一定の取引分野における競争の実質的制限』と『公正競争阻害性』」，法学教室，第 377 号（2012）。

## 各國相關法規

### 一、美國

Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property

### 二、歐洲聯盟

Commission Regulation (EU) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements, OJ L 93, 28.3.2014.

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, OJ L 102, 23.4.2010.

Commission Regulation (EU) No 461/2010 of 27 May 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 in the motor vehicle sector, OJ L 129, 28.5.2010.

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 Text with EEA relevance, OJ L 335, 18.12.2010.

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 specialisation agreements Text with EEA relevance, OJ L 335, 18.12.2010.

Guideline on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08).

Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice), 2014/C 291/01.

Regulation No 19/65/EEC of 2 March of the Council on application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of agreements and concerted practices , Official Journal 036 , 06/03/1965.

### 三、德國

Bekanntmachung Nr. 18/2007 des Bundeskartellamtes über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung („Bagatellbekanntmachung“) vom 13. März 2007.

### 四、日本（五十音順）

フランチャイズ・システムに関する独占禁止法上の考え方について。  
共同研究開発に関する独占禁止法上の指針。  
排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針。  
不当廉売に関する独占禁止法上の考え方。  
優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方。

### 各國相關判決

#### 一、美國

Board of Trade of City of Chicago v. U.S., 246 U.S. 231(1918).

Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2 (1984).

Leegin v. PSKS, 551 U.S. 877 (2007).

M & M Medical Supplies and Service, Inc. v. Pleasant Valley Hosp., Inc., 981 F.2d 160 (1992).

Response to Delta Airlines, Inc. and Societe Air France Request for Business Review Letter

Response to Stars Alliance LLC's Request for Business Review Letter

Sterling Merchandising, Inc. v. Nestle, S.A., 656 F.3d 112 (2011).

Toledo Mack Sales & Service, Inc. v. Mack Trucks, Inc., 530 F.3d 204 (3d Cir. 2008).

## 二、歐洲聯盟

EuGH v. 9.7.1969-Rs. 5/69, Slg. 1969, 295-Völk/Vervaecke.

EuGH 13.12.2012 WuW/E EU-R 2638=NZ-Kart 2013, 111-Expedia.

## 三、德國

BGH, 14.10.1976-Fetigbeton, WuW/E BGH 1458, 1461f.

## 四、日本

昭和 50 年 7 月 10 日・昭和 46 年（行ツ）第 82 号，公正取引委員会審決集，22 卷〔和光堂〕。

## 摘要

關鍵詞：安全港、聯合行為、獨占、垂直交易限制、微小不罰原則、集體除外

競爭法上所謂之「安全港」(safe harbor)，係指一國之競爭法規對於某種行為類型劃出一定之違法門檻標準，凡未達此一標準者，即被認為不構成違法或顯然降低其違法風險，或主管機關將不開啟或進行調查處分之程序者。安全港條款劃出了事業競爭活動在競爭法上之安全區域(safety zone)，事業之行為只要不逾越此一門檻界線，原則上即屬於合法，或至少會大大降低其違法風險，不虞會被主管機關或法院認定為違法而加以調查處分或處罰，故稱之為「安全港」。

安全港因具有諸多正面功能，因此如歐、美、德、日等競爭法先進諸國之相關法規中，均設有相關之制度。本文中，針對歐、美、德、日之競爭法規進行研究，釐清各國針對聯合行為、獨占管制、垂直交易限制等主要規範，係以何種形式、何種內容建立限制競爭行為之安全港。並藉由比較法分析所得之理論框架，省思目前我國公平交易法在安全港的設置上，應加以改進或繼續深入發展的方向。

在本文第二章之中，針對歐德美日競爭法關於水平限制競爭行為的安全港進行檢討後，得到以下幾點觀察：

第一，關於安全港反面排除的適用類型，各國法在大方向上均具有一致性。均是要將水平價格協議、產量限制或瓜分市場或顧客等最嚴重限制市場競爭之行為，排除於安全港適用範圍之外。

第二，關於正面適用的範圍，日本法較為保守的將安全港僅適用於「共同研究開發」之上；美國法則較之為寬鬆，關於智慧財產權授權與競爭者

合作，皆有適用之可能，例如共同研發、生產、配達、銷售或購買等，或是資訊交換、產業公會等都包含在處理原則所示例的範圍之內。相對的，歐盟法以及德國法，以市場占有率的 10% 作為所有聯合行為之實體要件，但針對構成聯合行為之行為另外設有集體除外規則，作為第二道安全港條款之門檻，並藉此使得構成聯合行為之特定行為，可因為符合法令例外的集體除外規則，豁免其違法性。

第三，關於安全港的存在形式，可以發現歐德美日皆是未經過議會立法程序的行政規則的性質，因此其規範皆不直接的對法院形成拘束力，而僅限制行政機關執法上裁量權限。法院既可能基於規範的目的尊重主管機關之裁量，但亦可能在個案中配合個案的市場競爭情形進行調整。

其次，在本文第三章之中，探討了歐德美日競爭法關於獨占管制的安全港後，約可得到以下幾點觀察：

第一，關於獨占管制的安全港的存在形式，各國所採的標準皆不同。美國法是透過法院判例形成；日本法之規定雖非明確的安全港，但是是以行政規則的層級訂定；德國法是以法條要件的形式在法律中存在；歐盟法則是較欠缺成形的安全港條款，目前主要藉由學說及實務發展，逐漸的成形中。

第二，美日德三國的獨占管制的安全港條款，皆有不同的類型。其中以美國判例法所形成的安全港是以使實體要件不成立之方式，排除行為構成違法的可能性。日本法是則是「不優先審查」該種行為的違法性，其實並未否定行為的違法性，亦未完全放棄規範的可能性，僅能認為是一種類似不行使調查處分程序的安全港。德國法上的規定，是對超過安全港的行為形成「正面推定」，對未達推定門檻之行為產生排除的作用，因此實質上可認為主要是改變舉證責任的分配模式的安全港。

第三，在美日德三國的競爭法之中，獨占行為的安全港門檻皆有所不同，其中以美國法的門檻最嚴格，市占率高於 30-40% 則可能無法適用安全港；日本法則是以超過 50% 作為優先檢討的門檻；德國法則是分別就單獨支配市場與集體支配市場，設定須達到 40%、50% 或三分之二以上之市占率門檻，才會推定成為支配市場地位。

再者，本文在第四章之中，探討了歐德美日競爭法關於垂直交易限制之安全港後，雖確認了美國法較無法給予具體的指引，但藉由歐德日之比較分析，可得到以下幾點觀察：

第一，關於安全港適用的行為類型而言，歐盟、德國、日本競爭法在大方向上均具有一致性，要將維持轉售價格、限制最低售價或絕對保護之交易地區限制等嚴重限制市場競爭之行為，排除於安全港適用範圍之外。

第二，關於垂直交易限制的安全港的存在形式，可以發現各國所採的標準皆相當類似，皆係透過行政規則性質之公告（歐盟和德國）或處理原則（日本）之方式，使得事業得相當容易的確認安全港的內容，以及適用的行為類型。

第三，關於安全港的門檻，可以發現歐德日之間有著些許落差。歐盟及德國法，在微小不罰公告採取了 10% 作為標準，但在集體豁免的部分，則是採取 30% 之門檻。安全港適用的範圍相當有限的日本法，則是採取了 20% 作為其基準。

最後，在第五章之中，針對公平交易法上的安全港進行檢討，確認了我國法上藉由公法字第 10515600941 號解釋，以市場占有率總和之 10% 的標準，形成了聯合行為的安全港；另外，在公平法第 8 條第 1 項與第 2 項的「負面推定」之中，分別以市場占有率及銷售金額形成獨占管制的安全



港；最後，在 2016 年 2 月 17 日第 1267 次委員會決議中，以市場占有率 15%，形成了垂直非價格限制的安全港。針對維持轉售價格行為，則未設有任何安全港之條款。

在本文第五章的檢討之中，最後針對我國法目前之現況，提出了以下的檢討與建議：

#### 1.就聯合行為而言：

首先，若聯合行為之安全港條款僅以公平會解釋令之方式為之，固然是具有彈性、可隨時調整之方式，是其優點；但行政解釋之公開性、能見度較低，較不利於事業之認知瞭解與遵循，則是其弱點。參諸歐德美日皆以處理原則明確宣示主管機關的觀點並對外公布，使得事業有明確的基準得以遵循。因此，建議應儘速將其以處理原則之方式明確宣示闡明，始更能發揮安全港條款之功能。

其次，我國目前針對聯合行為之安全港僅設有 10%的單一門檻，但藉由本研究之檢討可發現，歐盟法及德國法上，針對特定類型之行為均設有集體除外規則，並藉此使得構成聯合行為之特定行為，可因為符合集體除外規則，豁免其違法性。與此類似的，美國法與日本法針對聯合行為所設計之安全港，亦均係以共同研發作為其規範的主要重心，並以未滿 20%則不足以產生限制競爭效果。由此可知，賦予研發活動更自由的空間，乃是各國主管機關所關心的重要議題。若欲在現行法框架下針對專業化、共同研發導入第二道安全港條款，較可能的作法是藉由第 15 條第 1 項但書之解釋，使得參與共同研發活動之事業市場占有率未超過一定比例，原則上均可較易獲得許可。如此應可使得事業從事共同研發、專業化聯合等行為時，對其行為之合法性能有更高度的確信。

最後，若符合安全港條款之規定，但仍產生限制競爭效果的非核心限制，主管機關應考量事業對於安全港條款之信賴，應優先採取較為柔軟的措施，例如先命令事業停止違法行為，避免強硬的執法手段，始較為周延。

## 2.就獨占管制而言：

在早期獨占事業公告制度年代的訴願決定中，公平會將市占率超過門檻 0.37%之事業，認定不得依安全港之規定排除獨占事業之構成。固然，事業已超過 10%故無法被排除於獨占事業並非不當，然而應可考量更具有彈性的作法。本文建議可參考歐盟競爭法上對於市占率安全港門檻通常設有緩衝區之作法，在參考較多不同年度的數據後始作成結論。

## 3.就垂直交易限制而言：

首先，目前垂直交易限制之安全港係以委員會決議之方式作成，但除會議記錄上網公告外欠缺足夠的公示性，一般事業很難知悉該部分之內容。另外，決議之內容亦僅表現當屆委員針對此一問題之看法，對公平會之執法而言並不當然產生拘束力。因此，事業對於此一安全港恐怕亦不能完全的加以信賴。此一結果勢必將減損安全港條款所欲達成之目的。就公平法運作的明確性而言，將安全港條款之位階提升，強化其法源性，可認為是對於公平法運作的可預見性有較大的幫助。歐德日等國均將之明確的表達於處理原則之中的作法，值得我國參考。

其次，在第 1267 次委員會決議中，並未將與維持轉售價格同樣屬於核心限制、對市場競爭造成嚴重影響之垂直非價格限制排除於安全港適用範圍之外。此一作法，可能會不當地限制競爭法的運作。參諸歐盟與日本法之規定，均將此種較為嚴重的垂直非價格限制排除於安全港適用範圍之外。故建議針對垂直非價格限制的安全港條款增加排除適用的例外規定。除惡

性較為明確之「提供絕對保護之交易地區限制（或稱「對營業區域外顧客販賣之限制」）」較無疑義外，其他類型應可在主管機關持續累積執法經驗下，再將其放入例外規定之中。在安全港門檻數額的調整，亦建議主管機關未來持續累積執法經驗後，再調整至其較具有合法確信之範圍。

最後，在垂直交易限制的安全港條款，歐盟法和德國法上有以「累積效果」的觀點，設計特殊的安全港條款之基準的情形。惟「累積效果」乃是針對歐洲特殊的產業的市場結構所導引出的法律理論，我國是否有相同或類似的市場結構，不無研究分析之必要。因此建議主管機關先就市場結構、交易習慣等進行調查後，再針對有此一需求之產業導入，始能使安全港條款之規定符合我國市場、法制環境。

# ABSTRACT

Keywords:

Safe Harbor, Cartel, Monopolization, Vertical Restraint, de minimis, Block  
Exemption

The so-called "safe harbor clause" in competition law is a certain threshold standard set out by the relevant provisions of the law for certain types of offences. Anyone who has not reached this threshold will not be considered to constitute an offence. In the case of enterprises, as long as they do not cross this line and keep their competitive behaviors in the safety zone, their acts will be treated as lawful and not be liable to face punishment. A well-established safe harbor system in competition law will be helpful to clarify the enforcement standards. For the competition authority, it is possible to concentrate its resources on cases of greater impact. Also, the safe harbor system can guide enterprises to remain in the safety zone as long as possible.

In Taiwan, the Fair Trade Commission (TFTC) has developed some, however, more or less overly simplistic criteria for the application of the safe harbor clause, so there is still room for further amendments. This project is sponsored by the TFTC to study and analyze how to construct a better safe harbor system for the Fair Trade Act, and as a conclusion, to make concrete suggestions for reference by the Fair Trade Commission and other relevant government departments. The project has focused on the leading countries and regions where competition law is reasonably and theatrically implemented – the United States, European Union,

Germany, and Japan. These countries and regions have established clear and usable safe harbor systems concerning most anticompetitive conduct. Therefore, it is possible to discuss the safe harbor clause for the Fair Trade Act following these rules.

In 2017, the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) held a discussion called “Safe harbours and legal presumptions in competition law” to explore the safe harbor rules. However, its object was determining whether the competition authorities should introduce such kinds of safe harbor clauses, not how to adopt such clauses. As a result, there is not so much detailed information about the real figures and legal basis (e.g. the articles or judgements which constitute the safe harbor system). In order to provide sufficient information and material to discuss Taiwanese law, the project adopted from there the main aspects of anticompetitive conduct: horizontal restraints, vertical restraints, and monopolization, then divided each topic into separate chapters. Each chapter discusses a country or region in an independent section.

The project is to begin by introducing the definition, characters, functions, legal bases, and legal effects of safe harbor clauses (Chapter One). It will provide a landscape to observe this project. Then, it will discuss the safe harbor clauses for horizontal restraints. The focus has been placed on the “De minimis Notice” and “block exemption regulations” in the EU and Germany; the “safety zone” in Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property and Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors of the United States; and the Guidelines Concerning Joint Research and Development under the Antimonopoly Act of Japan. Basically, promoting joint research but precluding the application of safe harbor clauses to the hardcore cartels is the common ground of the former

countries' and region's competition authorities (Chapter Two). Thirdly, it analyzes the safe harbor clauses for monopolization and finds the safe harbor clauses for monopolization are not so homogeneous, no matter in the figure of threshold or in the legal bases (Chapter Three). Next, it will observe the safe harbor clauses for vertical restraints. Although the United States transferred to a "rule of reason" basis concerning the vertical restraints, the EU, Germany, and Japan have still held a conservative attitude towards the safe harbor clauses for vertical restraints, especially the so-called "Resale Price Maintenances (RPM)" (Chapter Four). Finally, the project examines the safe harbor clauses in the Fair Trade Act. Due to the assistance provided by TFTC staff, the project could get access to some interesting cases which weren't challenged by TFTC. Based on enormous comparative law analysis and cases studies, the project proposed several pieces of advice to revise the current safe harbor clauses of Fair Trade Act (Chapter Five) and the conclusion of this project (Chapter Six).