

序

民國 81 年 2 月 4 日公平交易法開始施行，當時正值我國經濟發展在歷經民國 70 年代的景氣繁榮後，逐漸朝向經濟自由化與國際化的方向發展，為因應此經濟發展趨勢，亟須建立一套公平合理的市場規範，「公平交易法」的施行可說是此時空下經濟政策最重要之一環。公平交易法的立法宗旨在於維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟的安定與繁榮。為實現此目標，公平交易委員會自 81 年 1 月 27 日成立以來，肩負擬訂競爭政策及執行公平交易法的重要責任。十年來，本會一向秉持「切實依法行政、促進經濟發展、維護公共利益、順應國際趨勢」的施政原則，在本會全體同仁的努力、社會各界的支持下，積極推動各項業務，無論是在建立公平交易制度，執行公平交易法規，宣導公平交易法或推展國際交流合作等各方面，均能完成各個階段之任務，更累積了豐碩的成果。

近年來，由於經濟全球化的急速發展，社經環境的多樣化與複雜化，使公平交易法的執行面臨更嚴峻的挑戰。茲適逢我國公平交易法實施屆滿十周年，正是回顧與檢討施行成果的良好契機。為此，乃積極籌辦「公平交易法施行十周年回顧與前瞻」學術研討會，以期為過去十年公平交易法的施行留下歷史紀錄，並就現行法令不盡完善的部分，尤其較具爭論性的問題，為深入之探討，進而提出解決方案。而當前經濟發展的知識化與全球化，勢必對整個經濟結構或產業發展產生鉅大的影響，則未來競爭政策與競爭法的發展方向，更是值得關注與深思。

本研討會議程規劃為兩天六場研討主題，各場議題分別為：第一場及第二場「限制競爭之執法成效與檢討」；第三場「不公平競爭之執法成效與檢討」；第四場「競爭政策與管制政策之調和」；第五場「公平交易法執行之國際比較與檢討」；第六場「公平交易法之展望」。總計發表論文 18 篇，其中有 5 篇係由本會委員、各處處長及同仁，在繁重業務下，勉力撰成，就公平交易法十年來的執行實務及成效提出檢討，其餘 13 篇則由公平交易法學者專家執筆，均屬嘔心力作，字字珠璣。此外，特別安排二場「專題演講」，使整個研討會更增色不少。

茲將本研討會中所發表的 2 篇專題演講及 18 篇論文與各評論人意見，經報告人及評論人修訂後，由本會集結編印成冊，以備各界參考。各位論文報告人及評論人鼎力幫忙，備極辛勞，在此特別表示感謝。本會走到屆滿十年的里程上，回顧過去，前瞻未來，將更加緊腳步，朝向下一個里程碑邁進，尚祈各界繼續支持與指教！

主任委員

董宗樂 謹序

中華民國九十一年六月三十日

總 統 用 牋

黃主任委員並請轉全體與會人士均鑒：

行政院公平交易委員會為慶祝我國公平交易法施行屆滿十週年，特別舉辦「公平交易法施行十週年回顧與前瞻學術研討會」，廣邀學者專家齊聚一堂，為強化我國推行競爭政策與公平交易法制，共策嘉謨，意義重大。

公平交易委員會自成立以來，執行公平交易法，有效維護交易秩序與提升消費者權益，創造符合社

總 統 用 牋

會需求的公平競爭交易環境，為我國邁向現代化社會奠定良好的基礎。際茲我國加入世界貿易組織，面臨全球化自由貿易市場之激烈競爭，加速建立自由、公平的競爭環境，以提升我國產業國際競爭力，允為當前公平交易政策之重要課題。深信經由全體與會人士深入研討，提出具體建議，必有助於提升公平交易法的執法效能，為營造公平競爭的交易環境提供積極貢獻。

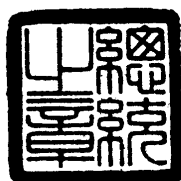
總 統 用 牋

敬祝

會議圓滿成功

諸君健康愉快

總統
陳水扁



中華民國九十一年元月二十六日

開幕式

貴賓致詞：王前主任委員志剛（公平交易委員會第一任主任委員）

黃主任委員，趙前主任委員，鄭副主任委員，廖前副主任委員，各位公平會的委員，各位公平會的同仁，各位女士，各位先生：

今天志剛以十二萬分興奮的心情來參加我們公平會十周年的學術研討會。看到公平會十年有成，剛才開幕時提到公平會前後已經處理兩萬多件和公平交易法相關的案件，而且，已經有一千五百多個工商界的領袖人士曾經參與過公平交易法的訓練活動。尤其難能可貴的是，今天工商界的人士，以我所接觸到的，他們在從事廣告以及相關商業活動時，都會先問我一句話：「這樣會不會違反公平交易法？」這證明公平會與公平交易法已發揮維持交易秩序，確保公平競爭，促進經濟安定與繁榮的效果。那麼，十年有成，在座各位的貢獻，與每一位委員的領導以及主委、副主委積極的運籌帷幄，我想，都扮演重要的角色。在這裡我特別利用這個機會，向各位報告我的感觸，以及為什麼公平交易委員會十年有成。

第一點，公平交易委員會的基礎非常雄厚，志剛個人在民國 79 年擔任經濟部次長，當時接到指示，要將公平交易法儘速立法，因此我們成立一個籌備委員會，由志剛擔任召集人，由在座的呂芳慶先生擔任執行秘書，當時我們邀請了很多學者專家，大家針對公平交易法以及公平交易委員會未來的組織條例集思廣益，在此我感受最深的就是在座廖義男教授，他可以說是公平交易法之父，每一個條文、每一個字，都是廖教授字字斟酌，除了廖教授之外，賴源河教授、王仁宏教授，都是居功甚偉。我在公平交易委員會擔任主任委員四年半，之所以工作能順利推動，廖教授與賴教授給我很大的協助。除此之外，籌備委員會的諮詢委員都成為公平交易委員會的委員，這些人也是非常重要的貢獻者，所以基礎非常的雄厚。

第二點，立場超然。這點我到現在還非常感懷，當公平交易法草案在審查的時候，最後一次審查會總共只出席了三位委員，其中有一位是盧修一委員，堅持公平交易委員會組織條例應加一條不得參與政治，即同一政黨委員不得超過二分之一，不得參與任何政黨活動。公平交易委員會自從有了這條條文之後，我們非常認真的執行這一條條文。這條條文也使公平交易委員

會在社會上受到敬重，的確，我們不參加任何政黨活動，我在做主任委員的時候，絕對不參加任何輔選活動。國民黨對我也很不滿意，所以說立場非常超然。後來公平交易委員會成立訴願委員會，當時，我要求邀請不同黨派的學者專家參與，所以我邀請了江鵬堅主席當我們的訴願委員，江委員在訴願委員會的表現也讓我們這些委員們非常欽佩。他為人非常豪爽，有一次，他到我家做客，把我家的酒都喝光了，到現在為止，我一直都非常感念。公平交易委員會這種超然的立場，一直到現在都還能秉持下去，我覺得這是我們公平交易委員會最值得珍惜的一件事。

第三點，我覺得政府對公平交易委員會的支持非常重要。我在公平交易委員會擔任主任委員的四年半期間，遇到兩次委員會改組，第一屆委員依照公平交易委員會組織條例，委員要由院長提名，總統任命。當時行政院長郝柏村講一句話：「這些委員將來是跟你做事還是跟我做事？」我說：「是跟我做事。」郝柏村又說：「跟你做事應該由你決定，為什麼要由我決定？」非常尊重公平交易委員會的主任委員，由主任委員來決定委員的人選。到第二屆的時候，連戰先生為行政院院長，連戰先生說：「你不要給我出難題好不好？你去決定、你去決定！」當時我們都非常感動，長官給我們很大的支持，也代表政府對我們公平交易委員會給予非常大的支持。這也是我們公平交易委員會這十年執法非常順利的重要原因之一。

第四點，我覺得公平交易委員會之所以十年有成，是因為薪火相傳做得非常地好。我在主任委員四年半內，有幾件事情我覺得稍有成績。第一個，我們一開始非常注重宣導，我們辦了很多場的宣導會，我個人主持的宣導會就有 124 場，工商界的領導人士我們特別把他邀請來做兩天一夜的訓練，到現在那些大老闆還一直津津樂道，大家共同的想法是，原來以為公平交易法是個惡法，後來發現不是惡法，是善法。是維持交通秩序的紅綠燈，紅綠燈看起來限制大家的開車，但是沒有紅綠燈寸步難行。工商界有了這個共識之後，這也是為什麼後來執法時，大家沒有什麼反對的原因。第二個，一開始非常重視行業導正。第三個，非常重視國際交流，舉辦國際學術研討會，我國公平交易委員會在國際上，執行公平交易法最為資淺，但其表現在國際上獲得大家的高度肯定。第四個，競爭中心是在我任內開始推動爭取預算，揚清前主委把它付諸實現，宗樂主委把它發揚光大。第五點，OECD 是民國 83 年我到巴黎去參加國際研討會時，順道拜訪 OECD 的官員，就開始推動加入 OECD，黃主任任內將公平會加入成為 OECD 的觀察員付諸實現。凡此總總，我們從第一任、第二任、第三任的主任委員，持續不斷推動，

公平交易委員會一向是薪火相傳，我想這是我們公平交易委員會之所以十年有成的非常重要因素。在此對趙主委、黃主委能夠把過去的工作持續推動，我個人非常非常的感佩。昨天，有幸參加十年有成的酒會，黃主委以非常嘹亮的聲音許了三個願，後面兩個願我都非常同意，第一個願我有點不同的意見，黃主委說：「希望公平交易委員會會務興隆。」但是我希望公平交易委員會沒事情最好，這樣代表大家都很遵守公平交易法。在此，祝福大家身體健康，對兩位主委的努力，我個人表示最高的欽佩、感謝之意。

貴賓致詞：趙前主任委員揚清（公平交易委員會第二任主任委員）

黃主任委員、王前主任委員、各位先進、各位貴賓、公平會的老同事，大家早！

今天，公平交易委員會舉辦這場深具意義的「公平會十年有成學術研討會」，過去這類學術研討會雖然舉辦了很多次，但是今天是獨具特色，而且，有許多歷屆副主委、委員來主持，我個人感到非常的高興，也很榮幸來參加這個研討會。

王前主任委員在之前已經講了很多有關公平會成立與運作的過程，而我自己感覺到，其實公平會的成立有其意義存在，就其組織與架構言，可分成兩個階層，第一個階層是公平交易委員會的委員會議，第二個階層是公平交易委員會的行政與業務單位，兩個階層各有其特色。

在委員會方面，所組成的委員不僅具有法律與經濟的背景，而且在運作上最重要的是本於良知與專業來運作，達成一個共識。我剛來公平會時，看到那麼多的精英，尤其是公平法與反托拉斯法等等的先進，共同來推動公平會的業務，雖然在委員會議上，各個委員常有不同的看法，甚至有時候還很堅持，大家均須承受很大的壓力，但是我總認為大家激烈的交互辯論，是本於良知、本於專業在推動公平會的政策與業務，所以我們達到的共識，事實上也得到社會上的共鳴與贊同。所以，公平會的委員會，其真正在推動的時候，不僅僅是法律上的規定，還要獨立行使職權，不可以參加任何政黨活動。當然更重要的是，在運作的時候，必須有所付出跟投入，我常跟大家開玩笑說：「我們每一次的研究計畫，我們對業務的推動，經費都很少，但是報告的時候都是厚厚的一篇，大家都很努力的希望在很短的時間，每一個委員能夠付出他的所有。」當然，在過去的這一段時間，行政院長官給我們的支持也非常重要，我記得有一次我們曾經處理一個美國 Princeton 生物科技的案子，那時我們經過言詞辯論，最後我們達成一個共識，認定違法，但是美國貿易代表署(USTR)不以為然，帶給我們很大的壓力，最後，也是透過王前主委的努力，以及蔡委員和 USTR 的關係，同時本會亦寫信給美國的聯邦貿易委員會(FTC)與反托拉斯署，告訴他們如果站在他們的立場，會不會考慮這也是個違法的行為？最後，使本案維持本會主張，且獲得各界的支持。

其次是行政與業務單位，我在公平會與同仁共事的期間內，非常高興接觸到許多可愛的同仁，同仁們平均年齡都很年輕，精力充沛，加上專業很強，辦案成果是有目共睹，尤其他們在

辦案時常常加班加到很晚，有些同仁在處理有線電視、砂石、多層次傳銷等行業有些危險的案子，承受許多困擾，但他們還是本於自己的努力與工作的態度，盡心盡力的做事。同仁們的敬業對業務的推動幫助非常的大，不管是行政單位或是業務單位。我甚至可以舉一個例子，我們參加三屆行政院所舉辦中央各部會的運動會，經濟部、交通部或其他大的部會，他們同仁人數上千人，可是公平會只有兩百多個人，我記得每次運動會的五項趣味競賽，公平會至少得到三次冠軍、一次亞軍、一次季軍。所以行政院院長、副院長有時候會提到公平會在運動會中拿到這麼高的榮譽，在頒獎的時候，我都是請處長趕快上台領獎，因為這都是同仁的成績。由此可知，同仁不僅在工作上，而且在整個團隊的向心力，充分表現爭取榮譽的作為與努力。此外，在民國 88 年九二一地震發生以後，主委、副主委大家共同商議，帶隊同仁到竹山進行救災，而救災的工作雖然十分危險，但是我們的同仁不僅在業務的推動，運動競賽的表現，更在救災工作的投入，當時劉副院長是救災工作的執行長，對公平會都讚譽有加，江丙坤主委也常在講，每次可以看到整個九二一的救災過程的資料，只有公平會是最完整的，可見同仁的努力與付出，也是有目共睹的。

最後，在解除管制與國際事務方面，亦有相當成效。例如在電信、有線電視等產業所投入的心力，不論是促進競爭政策方向的推動，抑或案件的查處，均獲行政院與各部會的支持與肯定。其次是國際事務，採取多元化方式推動，例如首先和澳洲訂定公平交易法的協議，這是王前主委的努力，接著和紐西蘭簽訂協議，再推展中美、中歐等地區互動關係而獲得認同，此可由參與 APEC 與 OECD 國際組織相關過程中看出，我們所接觸很多國際單位，他們雖然認為公平會成立的時間很短，但是事實上非常肯定我們執法成效與具體表現。今天我們成為 OECD 競爭委員會觀察員，即是有力的證明。

以上所提到的是過去經歷與努力的成果，更重要的是我們如何面對未來，能使公平會運作更有成就，不論是在委員會議，同仁業務的推動方面，都必須靠大家一步一腳印實實在在的走下去。我們每一個人在公平交易委員會的工作時間雖然是有限的，但是如何使公平會能長久存在，那當然是要靠大家平時不斷付出與投入的累積。

最後，預祝公平交易委員會今天的學術研討會圓滿成功，同時，在過年前向大家拜個早年，希望大家新年有新希望，心想事成，萬事如意，闔府平安。謝謝！

致歡迎詞：黃主任委員宗樂（公平交易委員會現任主任委員）

王前主任委員、趙前主任委員、各位貴賓、各位先進、各位同仁、各位女士、各位先生：大家早安！

首先，宗樂謹代表行政院公平交易委員會歡迎大家蒞臨參加「公平交易法施行十周年回顧與前瞻」學術研討會。為期兩天的盛會，很榮幸能邀集國內精研公平交易法的學者專家，大家齊聚一堂，為我國競爭政策與公平交易法的研究發展，貢獻心力與智慧。在此，由衷地感謝大家的熱情參與。

公平交易法於民國八十一年二月四日施行，其立法目的在維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟的安定與繁榮。為了實現這個目標，公平交易委員會自八十一年一月二十七日成立以來，肩負擬訂競爭政策及執行公平交易法的重責大任。十年來，秉持「切實依法行政、促進經濟發展、維護公共利益、順應國際趨勢」的施政原則，在本會全體同仁的努力，社會各界的支持下，積極推動各項業務，無論是在建立公平交易制度，執行公平交易法規，抑或普及公平交易理念等各方面，均已逐步提升至成熟而穩定的階段。回顧十年來的執法歷程，驛路藍縷，我們完成了以下工作：

一、建立公平交易制度

（一）在促進市場競爭方面

自八十三年開始，本會即陸續擬訂並執行「法規自由化促進專案」及「解除公營事業不公平競爭專案」，成立「解除管制促進市場競爭專案小組」，協調各主管機關檢討不符競爭精神的法規，全面修正並解除各種不當管制及市場進入障礙。近來，本會就四 C 產業跨業整合所可能涉及競爭法的問題，積極進行研究，訂定「四 C 產業跨業經營之公平競爭指針」，作為四 C 產業經營的遊戲規則。同時協調能源產業，促進電業及油品市場的開放。

（二）在建立法規制度方面

本會從八十二年，就開始著手公平交易法的修正工作，迨八十八年一月完成第一次重大的修法程序。此次修法的重點包括：對獨占事業濫用市場地位、聯合壟斷等違法行為，採「先行政後司法」原則，得逕處行政罰鍰，並大幅提高罰金及罰鍰額度，同時確立公平交易法為經

濟基本法的地位。而甫經立法院三讀通過之公平交易法修正草案對事業結合的規範，由現行的「申請許可制」，改為「申報異議制」，俾提升我國產業競爭力，以肆應當前國際企業的激烈競爭。

(三) 在加強執法透明化方面

本會已研訂出將近六十項案件處理原則，這些處理原則不但是本會辦案執法上的重要準則，更是各行各業經營行為的依循標準。此外，訂定「調查暨訴願案件閱卷要點」及「舉行言詞辯論要點」，對於重大影響人民權益的案件，賦予當事人表達意見的機會，以提升案件處理的公平性。

二、執行公平交易法規

(一) 在查處涉法個案方面

從八十一年一月至九十年十二月底止，收辦案件總計 22,334 件，其中檢舉案 14,277 件。平均每年案件成長率為 7.8%，結案率為 98%。其中經認定違反公平交易法而加以處分者，截至九十年十二月底止，計 1,742 件。而針對危害公共利益的重大案件，例如獨占事業濫用市場地位行為、桶裝瓦斯分裝業者聯合行為等，均依法嚴加處分，以確保公平競爭。

(二) 在導正行業行為方面

對於整體行業普遍性的涉及違法行為態樣，本會一向採取全面導正的模式，透過事前宣導，導正期過後查處的方式，將某些行業過去相沿已久的不法行為，加以改正。

(三) 在監管多層次傳銷方面

為落實對多層次傳銷事業的監督管理，本會邀集相關單位研商具體措施，包括：利用本會目前現有的管理機制，強化監管工作；請財政部賦稅署協助提供相關營業資料，加強掌握多層次傳銷事業的營業變化；與法務部調查局、內政部警政署等機關及業界團體成立聯繫窗口，共同防制或查處違法案件等。

三、建構協調溝通管道

(一) 在業務協調溝通方面

本會從成立開始，就持續與行政部門、司法部門及地方主管機關，以及學術界、新聞界及產業界保持良好而順暢的溝通，隨時聽取社會各界的建言，作為施政的參考。同時更積極參訪

流通、電信及能源等業者，加強對產業的瞭解與互動，以迅速掌握產業變動資訊。

(二) 在法令宣導服務方面

本會成立以來，一直針對社會各界不同的對象及需求，規劃辦理不同型態的宣導活動，包括在全國各縣市舉辦的宣導說明會；或是特定產業如有線電視、瘦身美容、多層次傳銷業的宣導座談會等。此外，本會從八十三年起，持續開辦「公平交易法研習班」，截至目前已有二十九期學員完成結業，為國內各行各業培育出超過一千五百名的公平交易法專才。

四、推動國際交流合作

面對國際間對於競爭法議題有逐漸緊密合作的趨勢，本會自成立以來，即不斷致力於國際事務的合作交流，包括：

- (一) 密集派員參與各項國際會議，同時進一步與美、加、紐、澳、法及歐洲數國的競爭主管機關，舉行雙邊諮商會議，並分別與澳大利亞、紐西蘭簽訂競爭法雙邊合作協議。今後本會仍將繼續與其他國家擴展雙邊及多邊合作事宜。
- (二) 在人員互訪方面，也是從不曾間斷的重要工作。本會出訪或到會拜訪的國家遍及美、歐、澳、亞、非等洲，自八十八年起，本會與澳大利亞每年定期互為派駐工作人員，今（九十一）年三月將進行第四屆的派駐交流工作。
- (三) 在技術協助方面，八十六年本會爭取建置「APEC 競爭政策資料」，提供各國有關競爭政策及競爭法專業資訊；八十八年十二月首次與經濟合作發展組織(OECD)合辦「競爭政策國際研討會」，去（九十）年十一月底剛舉辦完第三屆研討會，不僅與 OECD 建立極好的合作關係，更具體協助開發中國家研訂競爭法及人才培訓等。
- (四) 為使我國公平交易法的執行與國際接軌，多年來本會一直希望能成為 OECD 競爭委員會的觀察員，去年六月我國正式提出申請，該委員會在十月十八日召開我國申請案之審查會議，幸獲審查通過，十二月二十日 OECD 理事會正式通過我國加入成為 OECD 競爭委員會觀察員。

十年的努力，卓然有成，公平交易法的施行，為我國建構自由、公平的競爭環境。然而，經濟全球化的急速發展，以及市場競爭的愈趨激烈，競爭環境的多樣化與複雜化，使公平交易法的執行面臨更嚴峻的挑戰。適逢我國公平交易法實施屆滿十周年的今天，正是回顧與檢討施

行成果的良好契機，我們舉辦「公平交易法施行十周年回顧與前瞻」學術研討會，就是希望匯聚各位學者專家的學識、經驗與智慧，為現行法令不盡完善的部分，或具爭議性的問題，作深入的探討，並提出解決的方法。此外，面對經濟知識化及全球化的發展趨勢，全球經濟結構勢將產生重大變革，未來競爭政策與競爭法的發展方向，更是值得關注與深思。

本研討會議程規劃為兩天六場次，各場議題分別為：第一場及第二場討論「限制競爭之執法成效與檢討」；第三場「不公平競爭之執法成效與檢討」；第四場「競爭政策與管制政策之調和」；第五場「公平交易法執行之國際比較與檢討」；第六場「公平交易法之展望」。總計將發表十八篇論文，其中有五篇論文是由本會委員、各處處長及同仁，在繁重業務壓力下，勉力撰文發表，就公平交易法十年來的執行實務及成效進行檢討；此外，特別安排了二場「專題演講」。從各場次議題的設計，就可以瞭解，我們將站在這個十年的里程基礎上，回顧過去，前瞻未來，加緊腳步，向下一個里程碑邁進。

最後，再次感謝各位貴賓、各位先進的蒞臨指導，預祝研討會圓滿成功。敬祝大家身體健康、萬事如意！謝謝！

公平交易法施行十周年 - 回顧與展望

黃宗樂*

前言

公平交易法主要在規範事業與事業間的競爭行為，我國過去因經濟發展一向側重產業政策，忽略了競爭的重要性，復因係屬於中小企業掛帥的島國經濟，對限制競爭規範之需求不甚殷切，故當美國、德國、日本等國已實施反托拉斯法相當時日後，我國的競爭法仍未起步。在缺乏共識的情形下，公平交易法在立法階段就花了十數年的時間，其後終於在 80 年 2 月 4 日公布，翌年 2 月 4 日施行。

然而施行之初，因國內企業界普遍欠缺對公平交易法的認知，加上公平交易法條文規定本身的不明確性，致使公平交易法的施行倍感艱難，故如何促使企業界及社會大眾瞭解公平交易法的內涵，由知法守法進而崇法，一直是公平交易委員會十年來致力之所在。

公平交易法自 81 年 2 月 4 日施行迄今已有十年，隨著經濟全球化、市場自由化的急速發展，我國市場經濟環境更趨於多樣化與複雜化，變化之大遠超過立法當時所能預見。在公平交易法實施屆滿十周年之際，正是回顧、檢驗施行成果的良好時機。為此，公平交易委員會特籌劃為期兩天的「公平交易法施行十周年回顧與前瞻學術研討會」，檢討公平交易法是否已經建立一套公平合理的遊戲規則，以維護市場交易秩序，使所有事業均能在公平的基礎上自由競爭？又在促進市場開放方面，是否已有具體的績效，對國內經濟的發展產生正面的影響？

我們希望本研討會，除能為過去十年公平交易法的施行留下歷史記錄外，也能就現行法令不盡完善部分，尤其是具爭議性的問題，加以探討並提出具體的解決方法；同時面對未來高科技產業的發展趨勢，及全球經濟結構性的重大變革，亦有待集思廣益，思考未來競爭政策與競爭法的發展方向。以下謹就公平交易法實施十年來的法律面、制度面及執行面概況及未來展望，向大家報告。

* 行政院公平交易委員會現任主任委員。

一、業務推動與改革

(一) 本會組織概要

公平交易法之執法機關為公平交易委員會，公平交易委員會依其組織條例規定，除委員會議外，並設有第一處、第二處、第三處、企劃處、法務處、秘書室、人事室、政風室、會計室、統計室。此外，本會另設有競爭政策資料及研究中心及南區服務中心等單位。本會現有編制內人員總計 216 人。茲就本會組織扼要說明如次：

1. 委員會議

依公平交易法第二十五條及公平交易委員會組織條例第十四條規定，委員會議之職掌如下：(1)公平交易政策及法規之擬定事項。(2)審議本法有關公平交易事項。(3)事業活動及經濟情況之調查事項。(4)關於違反本法案案件之調查、處分事項。(5)關於公平交易之其他事項。公平交易法第二十八條規定，公平交易委員會依法獨立行使職權，而依公平交易委員會組織條例第十一條至第十三條規定，本會置委員九人，任期三年，任滿得連任；委員應具有法律、經濟、財稅、會計或管理等專長，同一黨籍者不得超過委員總額二分之一，委員之產生係由行政院長提請總統任命；委員須超出黨派以外，於任職期間不得參加政黨活動，並依法獨立行使職權。依上述規定觀之，立法者為確保公平交易委員會處理公平交易事件之中立性、客觀性與獨立性，特賦與公平交易委員會以超然獨立之地位至為明顯。

但公平交易委員會仍為一行政機關，依現制，不服其處分者，得提起訴願。在 89 年修正施行前之訴願法及行政訴訟法下，對公平交易委員會作成之處分之爭訟程序，受處分者須先向公平交易委員會提起訴願，對公平交易委員會之訴願決定不服者，得向行政院提起再訴願，如對再訴願決定仍不服者，始得提起行政訴訟。惟在 89 年修正施行後之訴願法及行政訴訟法，因刪除再訴願程序及修正訴願案件管轄機關之結果，不服公平交易委員會處分之訴願案件，受理流程改為逕向行政院提起，不服行政院決定者，向高等行政法院提起一審行政訴訟，不服其裁判者，再向最高行政法院提起二審行政訴訟。

前開行政程序滋生疑義者，乃訴願管轄機關為訴願決定時，除得為執法之監督（適法性監督）外，並得為政策目的之監督（合目的性監督），然就後者所為之訴願決定，有無違背公平交易委員會組織及職權行使之獨立性？又公平交易委員會作成之處分，係基於高度專業

性之判斷，是否有必要與一般行政處分採訴願前置主義？此等問題，因涉及整體行政救濟制度設計及政策決定，如何取捨，尚待突破。

2. 各業務處

依公平交易委員會組織條例規定，本會各業務處負責公平交易案件之調查處理等事項，摘要如次：

- (1) 第一處：掌理農、林、漁、牧、狩獵業，商業，運輸、倉儲及通信業，金融、保險、不動產及工商服務業，社會服務業及個人服務業等事業關於獨占、結合及聯合行為之調查處理事項。
- (2) 第二處：掌理礦業及土石採取業、製造業、水電燃氣業、營造業等事業關於獨占、結合及聯合行為之調查處理事項。
- (3) 第三處：掌理各行業有關限制轉售價格、妨礙公平競爭、仿冒、虛偽不實或引人錯誤之表示、表徵及廣告、損害他人營業信譽、多層次傳銷、其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平等行為之調查處理事項。
- (4) 企劃處：掌理公平交易政策之研擬、公平交易業務研究發展與管制考核、國內外公平交易資料之蒐集及經濟分析、與應依公平交易法公告之事項等。
- (5) 法務處：掌理公平交易法規之研擬修訂、公平交易法令之諮詢、公平交易法制問題之研究、罰鍰之執行、刑事違法案件移送等事項。

除上開業務單位外，本會統計室之地位及職掌較為特殊，係提供必要之市場經濟情況調查及統計資料，對案件之調查助益甚多。其他秘書室、人事室、會計室、政風室等，其業務與其他部會類似，限於篇幅，不再贅述。

3. 競爭政策資料及研究中心

為提供國內外各界有關競爭政策與競爭法專業諮詢、研究及訓練服務，本會於 86 年 1 月成立「競爭政策資料及研究中心」，蒐集有關競爭政策及競爭法圖書資料，推展各項學術性活動，希望該中心成為我國競爭政策專業資料、研究及訓練中心，並成為亞太經濟合作會議(APEC)、世界貿易組織(WTO)等國際組織有關亞太競爭政策資料庫的樞紐。該中心主要功能包括：

(1) 舉辦國際學術研討會

本會曾於 83 年舉辦第一屆「公平交易法國際學術研討會」，以擷取先進國家執法經驗、提升本會執法品質，對於當時國內各項公平交易制度未臻完備之際，頗有助益。近年來，各國際組織已紛紛將「競爭政策」納入經貿討論議題之際，為進一步充分掌握國際競爭政策及競爭法的發展趨勢，該中心並於 89 年 6 月再次舉辦「競爭政策新紀元國際學術研討會」，以達成「精進本會執法品質」與「拓展國際活動空間」之積極目標，創建更公平、更有效率的全球化競爭環境。

(2) 建立競爭政策資料庫

為精進我國執行公平交易法，吸取國際經驗，並彰顯本會於 APEC 中對競爭議題所扮演之角色，本會於 85 年 8 月 APEC 貿易暨投資委員會(CTI)會議中主動爭取成為「APEC 競爭政策資料庫」建置之主事國，並經各會員體正式同意。本會除研訂「APEC 競爭政策資料庫」建置計畫外，並特別成立專案小組，負責推動執行，如期於 88 年 5 月完成二階段軟、硬體電子資料之建置，並宣布對外開放使用。本資料庫內容包含 APEC 21 個會員體之政策宣示、競爭政策及競爭法、組織架構、審查準則等 14 項資料，資料豐富、完整，可提供國內外學術研究參用，而建置完成本資料庫更有下列效益：

- A. 成為亞太競爭政策資料之樞紐。
- B. 促進國際交流及合作。
- C. 提升競爭政策研究品質。
- D. 有利於推動競爭政策國際整合。
- E. 提升我國之國際地位。

4. 南區服務中心

本會自 88 年 12 月 27 日起，配合行政院政策，派員進駐行政院南區聯合服務中心，設置服務窗口，其主要工作包括：「為民服務」、「教育宣導」、「協調聯繫」、「協助調查」，不但對南部地區民眾提供便民服務，同時也就近即時處理各項公平交易業務，提升服務品質。

(二) 主要業務內容

1. 執行公平交易法規

公平交易委員會的主要任務，即在維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，因此必須依據公平交易法調查處理事業之獨占、結合、聯合與限制轉售價格、妨礙公平競爭等限制競爭行為，及仿冒、不實廣告、營業誹謗與違法多層次傳銷等不公平競爭行為等各類涉法案件。本會自 81 年 1 月成立以來至 90 年 12 月間執行情形如下：

(1) 收辦案件總計 22,334 件，平均每年案件成長率為 7.84%，結案率為 97.9%。

(2) 經本會許可結合申請案 5,811 件 (含便利商店結合申請案)。

(3) 經本會例外許可聯合行為申請案 68 件，部分核准 9 件。

(4) 經本會作成違法處分者計 1,742 件，裁處罰鍰金額逾 5 億元，茲再細分如下：

A. 以行為態樣區分：限制競爭案件計 204 件 (其中獨占行為 2 件、結合行為 19 件、聯合行為 79 件、約定轉售價格行為 25 件、妨礙公平競爭行為 79 件)，不公平競爭案件計 1,374 件 (其中仿冒他人商品或服務表徵行為 23 件、虛偽不實或引人錯誤廣告行為 779 件、損害他人營業信譽行為 10 件、其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為 562 件)，非法多層次傳銷行為計 167 件，逾期不改正者或拒提供資料者 67 件。

B. 以行業別區分：處分案件中，以行業標準分類 (中分類) 歸類，前四大行業分別是：不動產業、零售業、批發業、廣播電視業。

2. 迅速處理涉法重大案件

本會執法十年來，遇有嚴重影響社會大眾或經濟秩序之重大案件，均迅速予以處理，以確保公平競爭秩序及消費大眾之公共利益，其情形如後：

(1) 獨占事業濫用市場地位違法案

公平交易法對獨占事業之規範，係允許獨占事業存在，但禁止其藉不正當手段濫用市場優勢地位。如大台北區瓦斯公司逕自為用戶裝置大流量之瓦斯計量表，提高基本度數以獲取不當利益，及中國石油公司以不公平之方法濫用航空燃油市場獨占地位直接阻礙他事業參與競爭行為，分別處新台幣 500 萬元罰鍰；荷蘭商皇家飛利浦電子公司、日商新力公司及太陽誘電公司濫用市場地位，向國內廠商收取高額權利金行為，各處新台幣 800 萬、400 萬及 200 萬元罰鍰。

(2) 未依法申請許可而逕行結合違法案

公平交易法對事業結合，係採「原則自由，例外申請許可」的原則，但為避免事業因結合而導致減損競爭效率，或產生限制競爭之不利益，乃規定達到一定規模的事業結合，仍須事前申請許可，並經公平交易委員會事先審查決定，以防範市場結構過度集中，避免因不當結合對市場競爭造成不利影響。違法案例如：威京開發投資公司直接間接控制中華工程公司之業務經營及人事任免，未依規定申請許可即行結合案，處新台幣 100 萬元罰鍰；東森多媒體科技公司與新台北有線電視公司、金頻道有線電視公司、新竹振道有線電視公司、聯群有線電視公司依規定應申請結合，卻未申請結合，而擅自結合，計處新台幣 320 萬元罰鍰；北誼興業公司依規定應申請許可而未申請即逕與他公司結合，處新台幣 120 萬元罰鍰。

(3) 不當違法聯合行為案

公平交易法對於限制競爭之聯合行為，係採「原則禁止，例外許可」的規範方式，而對事業藉由聯合方式，影響生產、商品交易或服務供需之市場機能，嚴加禁止，以維護市場自由競爭機制。影響市場競爭秩序較重要者包括：台灣電力公司配電管路工程 56 家承包商開會協議共同為限制交易地區、分配工程、提高投標價格造成流廢標、不越區競標、訂立違規制裁手段、進行圍標等相互約束活動之行為案，命立即停止該聯合行為；中興、中華、國際等 3 家票券公司開會協議簽證費率之收費方式及標準，限制簽證業務之價格競爭案，命立即停止該聯合行為；又信義歡樂、富視、龍馳與金頻道、長德等互有競爭關係之有線電視播送系統業者，以相互不為價格競爭之意思聯絡，導致節目收視費一致性調漲行為案，罰鍰計新台幣 1,750 萬元；台灣區麥粉工業同業公會於辦理國內 32 家麵粉廠小麥聯合採購、合船進口事宜，不當實施總量管制及定數分配，並介入會員廠庫存撥補管理等限制競爭行為案，處新台幣 2,000 萬元罰鍰；南部地區北誼興業、高發灌裝等 27 家桶裝瓦斯分裝業者合意為共同調高運裝費用、互不搶客戶及限制桶裝瓦斯分銷商選擇提氣自由等不為競爭之相互約束事業活動案，共處新台幣 1.33 億元罰鍰。

(4) 防制不公平之競爭行為案

事業除不得為限制競爭行為外，如有垂直價格限制或非價格交易限制之妨礙競爭行為以及各種不公平競爭行為，影響市場交易秩序者，亦為公平交易法所不許。對於此類

違反商業倫理及公平競爭的行為，公平交易委員會均依法查處，以維護市場交易秩序。
歷年來公平交易委員會所處理之重要案件類型，包括：

- A. 禁止事業以其交易相對人未依所定轉售價格出售其產品為由，逕行停止供貨，或於特約加盟店契約訂有限制轉售價格及罰則之約定。如光學公司限制零售商販售隱形眼鏡清潔液之轉售價格案。
 - B. 處分事業之杯葛、差別待遇、不當爭取交易相對人、迫使參與限制競爭行為、及不當限制交易相對人事業活動等妨礙公平競爭之行為。例如，金石堂公司以損害其競爭同業為目的，於某年聖誕節前夕脅迫卡片供應商不得供貨給他事業；有線電視頻道節目供應業者授予特定播送系統業者節目代理權，對同區域其他系統業者有差別待遇行為等案。
 - C. 處分事業為競爭之目的，對其自身或他事業之交易相對人散發不利於競爭對手之不實警告信函，貶抑競爭對手之營業信譽行為。例如，多家廠商於法院尚未判決競爭對手有侵害其專利權之前，即對競爭對手之經銷商濫發專利警告信函之行為案等。
 - D. 處分事業之不當榨取他人努力成果，或攀附他人聲譽，仿冒或高度抄襲他人商品特有表徵等違反商業倫理之行為。例如，食品公司對於販售商品之包裝、外觀、顏色、文字及圖文之排列組合，抄襲他人商品外觀等案。
- (5) 虛偽不實廣告案

公平交易法規範虛偽不實廣告之主要目的，係在確保事業無論在商品標示或從事各種促銷廣告時，其內容均能確實無偽，如此不但可保護正當廠商避免因虛偽不實廣告而處於不利之競爭地位，且可保護消費者避免因廣告虛偽不實而影響消費決策，而可同時兼顧廠商與消費者之利益。歷年來違法行為之類型包括：表示或表徵使人誤認事業主體係他事業之（總）代理商、（總）經銷商、分支機構、維修中心或服務站等具有一定之資格、信用或其他足以吸引其交易相對人與其交易者；表示或表徵使人誤認政府機關、公益團體係主辦或協辦單位，或與政府機關、公益團體有關者；表示或表徵使人誤認他事業名稱或產品品牌已變更者等 30 種類型。截至 90 年 12 月底，共計處分 779 件虛偽不實廣告案件，對事業之各項促銷行為，已發揮匡正的作用。

- (6) 非法多層次傳銷案

公平交易委員會對於多層次傳銷之管理係採「事前防範」、「全面查核」機制運作，截至 90 年 12 月底止經調查及認定違反公平交易法之多層次傳銷案件共 167 件，其主要違法類型包括：不法多層次傳銷、未報備（含變更未報備）、未與參加人簽約、參加契約不合規定、未依規定辦理退貨、招募未成年人為參加人未事先取得其法定代理人之書面同意及不實廣告等。其中較重要者包括：處分捷安特、潔愛地等 12 家「雙向制」非法多層次傳銷公司，分別命停止違法行為、處罰鍰或勒令歇業，並移送法辦；普美爾國際公司重大違法案，處新臺幣 2,020 萬元罰鍰。

(7) 其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為違法案

公平交易法對於其他違反商業倫理或不公平競爭而影響市場交易之行為，亦加以規範，如米酒零售商不當積存米酒行為或於銷售米酒時不當搭售其他商品行為、天然氣公司不當收取天然瓦斯表外管線維修費用行為、瘦身美容中心不當促銷行為、房屋仲介業者未告知消費者可選擇採用內政部所訂定之「要約書」議價行為、消費合作社驗證不實行為、廠商借用或出借他人投標文件圍標公共工程之行為、公營事業招標單位變相指定廠商資格或交易條件、瓦斯安全器材業者涉嫌以瓦斯安全檢查或瓦斯防災宣導等名義不當銷售商品、企業社利用招募員工或代工之名行推銷之實等行為。

3. 導正行業涉法行為

公平交易委員會之執法，並不以處罰事業為目的，在公平交易法實施前，部分產業存在已久、習以為常之交易習慣，經公平交易委員會瞭解發現其涉有不公平競爭情事，惟由於該等行為多具行業普遍性，倘若對所有廠商一一加以處分，不僅行政成本過高，且未必對整體行業發展有正面助益，乃採行全面導正之方式，以維護產業競爭秩序，進而保障消費者權益，但於導正期屆滿後，如仍有類似行為發生，則依法論處，以杜絕影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為。

自 82 年起，公平交易委員會即陸續針對燈飾、衛浴器材、眼鏡業等之高標低價行為；建築業者出賣預售屋時要求購屋人繳回契約書換取權狀、拒絕提供五日以上契約審閱期間等行為；大型流通業者不當收取上架費行為；瓦斯安全器材業藉瓦斯安全檢查為名，而行推銷商品之實等不當銷售行為；國內三大機車業者不當從事約定轉售價格、限制銷售區域或進貨

對象等不公平競爭行為，持續進行導正，並獲致良好成效。87 年更針對照相業者若毀損客戶之底片，不得無依據即片面表示理賠標準；報業及廣告代理業引用調查數據時，須有公認客觀公正且可供驗證之統計資料等交易行為，訂定行業警示原則，以健全自由經濟市場之運作機制，維護消費者權益。

為積極引導事業從事良性競爭取代消極處分事業違法行為，達到興利除弊的積極目標，落實公平競爭的立法精神，公平交易委員會復於 88 年 1 月起再選定具普遍性違法行為之特定行業，訂定「行業重點督導計畫」，積極進行重點督導工作，為期 18 個月，已於 89 年 6 月底辦理完成，以建立業者自律守法機制。該計畫有 14 項分別為：

- (1) 房屋仲介業「要約書」告知行為及看板廣告面積標示等誇大不實或引人錯誤之行為督導計畫。
 - (2) 日常用品流通業經營主體之虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵行為督導計畫。
 - (3) 出版業教科書之相互約束交易地區及價格等限制競爭及不公平競爭行為督導計畫。
 - (4) 酒類標示不實與公平交易法相關性之重點宣導計畫。
 - (5) 美容瘦身業服務、商品資訊透明化之規範與宣導計畫。
 - (6) 影印機、電梯、對講機等零件銷售行為督導計畫。
 - (7) 麥粉業聯合訂價行為重點督導計畫。
 - (8) 預拌混凝土業聯合訂價行為重點督導計畫。
 - (9) 國際渡假村會員證銷售業之交易行為重點督導計畫。
 - (10) 機車市場重點督導計畫。
 - (11) 防止補習班業者聯合訂定收費行為重點督導計畫。
 - (12) 砂石業聯合訂價行為重點督導計畫。
 - (13) 不法多層次傳銷行為之查察重點督導計畫。
 - (14) 預售屋交易行為重點督導計畫。
4. 處理「九二一大地震」後不當哄抬物價行為

88 年 9 月 21 日凌晨 1 時 47 分台灣中部地區發生芮氏規模 7.3 級的百年來最大地震，造成國人生命財產重大損失，中部地區因建物嚴重倒塌、危屋落石處處可見，餘震不斷、部分交通中斷，致災區各項物資供應中斷，而發生物資短缺及哄抬價格現象。舉國上下投入災區

救災安置及緊急搶救工作。總統復於 9 月 25 日頒布「緊急命令」，政府成立「行政院災後重建推動委員會」，動員各部會人力，全力投入救災與災後重建工作。公平交易委員會奉命參與「維生組」工作，負責有關「哄抬物價、囤積壟斷」案件之疏處，防止不法廠商人為哄抬物價及聯合壟斷情事，維護災區市場交易秩序與民眾權益。

為防杜少數商店趁機囤積居奇、哄抬物價，破壞市場交易秩序，公平交易委員會即於 88 年 9 月 23 日主動成立「九二一大地震重要民生物資人為哄抬物價查察專案小組」，公布檢舉專線電話，受理民眾電話檢舉案件，並派員赴重要災區縣市實地查察，歷經三個月積極查處，共接獲電話檢舉案件 458 件（另電子郵件 33 件）、派員查察人數 189 人次（共 30 梯次）、查察廠商及物件近 700 件。經查如屬微幅調價，公平交易委員會當場勸導請其配合政府「穩定供貨、絕不哄抬物價政策」，倘涉及聯合壟斷或不當哄抬之違法情事，則立案調查，經公平交易委員會查處違反公平交易法廠商 7 家（罰鍰合計新台幣 360 萬元），依「緊急命令」移送檢察機關偵辦 4 件（5 家）；另移請警察機關調查 80 件。由於公平交易委員會與相關單位適時採行之震災因應措施，並積極介入查察不法人為哄抬物價壟斷行為，已產生嚇阻效果，有效防止廠商囤積居奇、哄抬物價、消除民眾預期心理，落實穩定災區物價工作。

5. 協調處理攸關民眾權益之重大消費案件

隨著經濟社會國際化、自由化、資訊化、全球化之進展，消費問題已由單純物品使用轉變為服務糾紛之類型，新興交易之型態更引發層出不窮的消費問題，公平交易委員會向來對消費者保護工作至為重視，除將消費者保護方案列為年度重點工作外，並同時積極配合參與行政院消費者保護委員會舉辦之各項活動，並就當期所發生與廣大社會民眾權益攸關之重大消費案件，研擬相關方案，妥為因應，自 85 年至 88 年連續四年榮獲「中央各主管部會消費者服務工作績效考評」優等，奉行政院指示，於 89 年 12 月 15 日舉辦「消費者服務工作業務觀摩會」，供各機關辦理消費者保護業務改進之參考，提升各機關辦理消費者保護業務之績效。

公平交易委員會執法十年來調查處理與消費者息息相關、影響廣大民眾權益之重大案件，包括：

- (1) 查處蒜頭、糯米、米酒等商品之不當哄抬價格或囤積行為。

- (2) 處理有線電視產業上下游間之糾紛及不當交易行為。
- (3) 處理國外渡假村契約糾紛。
- (4) 處理瓦斯公司濫用市場地位不當決定供氣管路裝置費用。
- (5) 處理房屋仲介業未告知消費者可選擇採要約書代替斡旋金。
- (6) 查處書局以不公平競爭手段銷售國小參考書及教科書。
- (7) 加強多層次傳銷事業之管理，維護參加人權益。
- (8) 推動瘦身美容資訊透明化業務。
- (9) 處分不實夾層屋廣告。
- (10) 彙整網路詐欺行為，提醒民眾注意。

6. 產業市場結構調查

為維護公平競爭之交易環境，掌握市場動態，提升業務處理之效率與品質，公平交易委員會除整合各目的事業主管機關辦理之調查及統計資料外，也配合業務需要，辦理產業市場結構調查，按年蒐集事業基本及特性資料，建置產業資料系統，提供業務單位有效應用。隨時了解並掌握各重點產業之市場特性、產業結構、上下游關係及其交易行為等市場動態，以作為處理公平交易法有關案件之參考數據。

公平交易委員會十年來所辦理各項產業調查包括：

- (1) 產業市場結構調查。
- (2) 多層次傳銷事業經營概況調查。
- (3) 製造業市場交易秩序概況調查。
- (4) 營建工程材料設計概況調查。
- (5) 新小客車車險市場交易狀況調查。
- (6) 航空電腦訂位系統使用概況調查。
- (7) 有線電視業市場結構調查。
- (8) 房屋仲介市場交易概況調查。
- (9) 車用加油站業市場結構調查。
- (10) 有線電視暨播送系統業經營概況調查。
- (11) 購屋仲介概況調查。

(12) 瓦斯分銷商經營概況調查。

(三) 建構健全之執法行政程序

本會之主要任務在調查處理違反公平交易法之案件，因調查程序之規定，攸關人民權益至鉅，故如何做到公正、公開及民主、客觀之行政程序，俾保障人民權益，亦為本會執法之主要目的，十年來本會確實付出相當大的努力，謹分述如下：

1. 87 年初成立專案小組，訂定「建立公平交易行政程序法制計畫」，並配合政府法制再造工作，成立「公平交易行政程序工作圈」，進行各項行政程序作業原則之建置，經行政院「政府再造推動委員會法制再造工作圈」評定，獲頒象徵法制再造最高榮譽之「金斧獎」，並於 89 年 1 月獲邀在行政院向各部會副首長進行專案簡報，俾供各部會推行「行政程序法」準備工作之參考。
2. 檢討本會執法標準或各項調查作業流程等規定，重大變革有：
 - (1) 訂定「調查暨訴願案件閱卷要點」，並首創電腦影像檔閱卷方式，供人民申請閱覽卷宗，創全國各行政機關閱卷制度之先例。
 - (2) 訂定「舉行言詞辯論要點」，對於重大、繁複或對人民權益有重大影響之案件，賦予當事人表達意見申辯的機會，有助於案情真實發現並提升案件處理的公平性。
3. 89 年起，遵照「行政院程序法推動計畫」所訂時程，訂定「行政院公平交易委員會行政程序法建制計畫」，成立「公平交易委員會行政程序法推動小組」，篩選 48 項主要專題進行研究，並聘請外界學者專家參與審議，依照時程完成各項推動工作。同年 4 月底如期完成第一階段修訂法律工作，將應修正之法律包括：公平交易法及公平交易委員會組織條例，如期提出公平交易法部分條文修正草案，立法院已於 91 年 1 月 15 日三讀通過。另「行政程序法建制計畫」所進行第二階段之專題研究，並已於 89 年 9 月底完成檢討。
4. 配合行政程序法施行，完成檢討各項行政法規，重要者包括：
 - (1) 公平交易委員會與其他行政機關業務協調作業要點。
 - (2) 公平交易委員會調查案件迴避作業要點。
 - (3) 公平交易委員會處分文書事實、理由及教示條款撰寫原則。
 - (4) 公平交易委員會職員為行政程序外接觸應行注意事項。
 - (5) 公平交易委員會舉行聽證應行注意事項。

- (6) 公平交易委員會公文書送達應行注意事項。
- (7) 公平交易委員會締結行政和解契約處理原則。
- (8) 公平交易委員會訂定法規命令作業要點。
- (9) 公平交易委員會訂定行政規則作業要點。
- (10) 公平交易委員會處理人民陳情案件要點。

(四) 傳揚公平交易理念

本會一向秉持「宣導重於處分」之執法原則，對公平交易理念的宣揚工作從未間歇，積極採多元化宣導管道，持續不斷將公平交易法的理念與內容傳達到社會各界，包括：

1. 為促進國內各界對「競爭政策與競爭法」領域相關問題之探討與研究，本會針對特定主題舉辦各式研討會、座談會、專題演講等，除深化宣導理念外，並聽取建言，供作執法參據。截至 90 年 12 月為止，共舉辦九屆「競爭政策與公平交易法學術研討會」，110 場次專題演講，及 13 場次「公平交易法一日訓練營」。
2. 每年於各縣市巡迴舉辦「地區性宣導說明會」，邀集當地工商業者與民眾參與，累計舉辦或參加一千餘場次。
3. 每年定期舉辦「產業團體公平交易法研討會」及「企業負責人公平交易法研討會」，推動對企業界之教育宣導工作，使產業界知法守法。
4. 辦理「公平交易法研習班」，使企業經理人、法務主管、業務主管了解公平交易法，自 83 年 4 月 12 日第 1 期開訓以來，計已開辦 29 期，結業學員計 1,535 名。
5. 舉辦「全國大學院校公平交易盃辯論比賽」，以引起大學院校師生對公平交易法研究的興趣，進而培養有關公平交易法學術素養。
6. 透過廣播電台、有線電視、公車車體、定點看板、報章雜誌等媒體，及運用新聞局提供 LED 電子看板廣泛宣導，提供一般民眾對公平交易法之認識。
7. 設置「服務中心」，為各界提供公平交易法相關諮詢服務，平均每年服務民眾超過一萬人次。自 90 年 5 月起，延長服務時間為上午 9 點至 12 點 30 分，下午 1 點 30 分至 5 點，以加強為民服務。

由以上統計資料，足見本會業務量逐年急速增加，而由於本會編制員額受到法定編制及預算之限制，無法隨著比例增加，目前已形成本會業務推動極大的壓力。

二、修訂母法及相關子法

由於公平交易法的起草與公布施行，有十餘年之時間落差，加上社會經濟情勢變動相當快速，以致法律規定於落實執行時，發生扞格情形，因此本會乃基於職責及配合情勢需要，就公平交易法及相關子法，進行研訂增修以期因應。其情形如下：

(一) 修正公平交易法

公平交易法施行迄今修正了三次。第一次是在 88 年 2 月 3 日，距施行日期剛好滿七年。該次修正，對公平交易法的執法開啟了一個新局面。第二次修正是在 89 年 4 月 26 日，目的在配合精省作業。另為因應「行政程序法」之施行，及「經濟發展諮詢委員會」之會議結論，亦先後提出兩個公平交易法部分條文修正草案，立法院已於 91 年 1 月 15 日三讀通過。詳情分別說明如次：

1. 第一次修正

如前所述，公平交易法自研擬草案至完成立法，歷經十二年，其間國內外經濟情勢已有變更，容有待作更縝密之規範，公平交易委員會乃於 81 年底著手檢討修正公平交易法。經衡酌當時經濟環境及未來經濟發展需要，並廣徵有關部會、工商業團體及專家學者意見，先後召開 9 場公聽會與 13 次修法專案會議，研擬完成「公平交易法部分條文修正草案」於 82 年 12 月 30 日陳報行政院，行政院於 83 年 4 月 28 日函請立法院審議，嗣於 88 年 1 月 15 日經立法院完成三讀程序通過，並經 總統於同年 2 月 3 日公布，2 月 5 日生效。此次修正，增（修）訂條文計二十條，修法重點摘要如後：

- (1) 刪除獨占事業及市場占有率五分之一之事業公告規定，節省本會定期公告之行政成本。
- (2) 對違法行為，得逕處行政罰鍰，並提高罰鍰上限及增訂罰鍰下限，以達「窮化犯罪人，以遏止不法」之目的。
- (3) 就違法行為，採「先行政後司法」原則，並提高罰金額度至新台幣一億元。
- (4) 加強規範多層次傳銷事業，適度處罰違法行為。
- (5) 提昇公平交易法為經濟基本法地位，調和競爭政策與產業政策。
- (6) 刪除日常用品得例外於禁止限制轉售價格之規定。

2. 第二次修正

為配合臺灣省政府功能業務與組織調整暫行條例及地方制度法之通過，修正公平交易法，相應刪除第九條有關省級主管機關之規定，修正條文於 89 年 4 月 28 日生效施行。

3. 第三次修正

配合「行政程序法」於民國 90 年 1 月 1 日施行，行政院於 89 年 2 月 2 日召開行政院推動行政程序法指導小組第一次會議，通過「行政程序法推動計畫」，指示各機關應配合該法之立法目的、精神及內容，檢討現行法規有關行政程序之規定，為必要之修正或訂定相關法規，落實行政程序法之執行，使各級行政機關所為之行政行為達到公開、公平及透明化程序，以保障人民權益，提高行政效能，增進人民對行政之信賴。本會經全面檢視現行公平交易法相關法規所定行政程序之相關規定後，乃擬具公平交易法部分條文修正草案，陳報行政院，嗣經行政院於 89 年 7 月 26 日會議通過，送請立法院審議。修法重點包括：

- (1) 將現行公平交易法施行細則及多層次傳銷管理辦法之部分相關規定涉及人民權益事項，提升至母法位階。
- (2) 增訂結合許可得附加附款及違反附款之法律效果。
- (3) 增（修）訂聯合行為例外許可決定之處理期間、附款種類與廢止。
- (4) 增訂多層次傳銷管理辦法之授權範圍，以符合司法院大法官會議解釋意旨。
- (5) 增訂當事人閱覽資料或卷宗之原則、限制及其授權之法律依據。

嗣復為因應我國企業目前正面臨二十一世紀經濟全球化之競爭壓力，在跨國性大型企業之競爭優勢及國內經濟環境之生態結構下，企業併購趨勢調整之需求，並配合「經濟發展諮詢委員會」產業分組會議結論要求政府應秉持簡化程序、排除障礙及提供適當獎勵原則之共識，本會爰參酌外國競爭法有關結合管制之立法例，修正現行公平交易法有關事業結合之規範，以順應我國現階段經濟環境之需求，同時兼顧市場競爭機制之維護，擬具公平交易法部分條文再修正草案，陳報行政院，行政院會議於 90 年 10 月 17 日通過，立即送請立法院審議。本次修正要點如次：

- (1) 將公平交易法第十一條事業結合之「申請許可制」改為「申報異議制」，並增訂中央主管機關對於銷售金額公告得就金融機構事業與非金融機構事業分別為之。
- (2) 增訂對市場競爭機能並無減損之事業結合除外適用條款。

(3) 增訂中央主管機關對於事業結合得附加附款及違反附款之法律效果。

前揭再修正草案經送請立法院審議後，立法院將之與前次修正草案彙整併案審議，而於 91 年 1 月 15 日三讀通過。

(二) 訂立相關子法

公平交易法使用頗多不確定概念之法律用語，為便於執法人員及各界人士瞭解，除施行細則外，本會亦陸續訂定多種相關子法，以便業務推動，情形如下：

1. 研訂法規命令

依據公平交易法第四十八條及第二十三條之四，本會訂有「公平交易法施行細則」及「多層次傳銷管理辦法」，前者係在補充、解釋公平交易法之未盡事宜，後者則訂定多層次傳銷事業之行政管理。

(1) 公平交易法施行細則

為配合公平交易法之執行，研訂公平交易法施行細則，充實並作為獨占、結合、聯合行為及多層次傳銷等規定之執法準則。公平交易法在 88 年修正大幅提高罰鍰額度後，因涉及量處罰鍰時之標準及應注意事項，乃於施行細則中明確規範適用範疇與執行標準，俾周知大眾以利遵循。

(2) 多層次傳銷管理辦法

為強化對多層次傳銷事業之管理，以保障參加人及消費者之權益，研訂多層次傳銷管理辦法，其規範之內容包括：健全會計財務、資訊透明、酬庸合理、及管理責任等四主要部分，以期有效規制多層次傳銷業者之經營，並促進市場之公平競爭與經濟之穩定發展。

2. 研訂案件處理原則

公平交易法係一部規範事業交易行為之經濟法典，為使各項作業合理化、標準化及透明化，以建構公平交易行政程序法制，本會爰參考國內外相關規定及實際案例，研訂一系列之案件處理原則，一方面可凝聚處理公平交易法案件的法律見解，使違法事實有一致的認定標準可循，俾提高本會處理案件的績效，另一方面並提供企業界作為釐訂經營決策之參考，透過企業界就其營運行為之調整，以維護交易秩序，進而確保市場公平競爭。

公平交易委員會自成立迄今，研訂並彙整完成近 60 項案件處理原則，其中重要者有：對同業公會之規範說明；對有線電視相關產業規範說明；對電信事業之規範說明；加盟業主資訊揭露之規範；房屋仲介行業導正原則；處理虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵原則；舉行言詞辯論要點；多層次傳銷案件調查作業處理原則；處理國外渡假村會員證銷售事業銷售行為導正原則；流通事業收取附加費用案件處理原則；對於油品全面自由化前供油行為規範說明；域外結合案件處理原則；審理技術授權協議案件處理原則；命為刊登更正廣告案件之處理原則；對於桶裝瓦斯勞務配送中心營業行為之規範說明等。

上開案件處理原則，對本會執法及企業經營行為，尤其建立市場公平競爭秩序，均有莫大助益。

三、與其他機關關係

公平交易法所規範之範圍甚廣，其規定事項甚多涉及他部會職掌，查處案件更包羅萬象，為維持市場交易秩序，有賴各相關部會相互合作，方克為功。公平交易委員會成立以來，除致力於執行公平交易法規外，亦積極與相關機關通力合作，建立相關市場競爭機制。包括與各部會之間的行政協調、解除管制與設立協調會報等，茲分述如後：

(一) 行政協調

1. 與衛生署合作導正瘦身美容服務業之不公平競爭行為。
2. 與新聞局合作建立有線電視市場競爭機制。
3. 與農業委員會合作調整蒜頭、糯米、鮮乳等產品供需失調行為。
4. 與財政部、菸酒公賣局合作查處菸酒零售商不當囤積米酒行為。
5. 與經濟部合作推動油品、電業市場自由化。
6. 與勞工委員會協調規範不實徵才廣告。
7. 與交通部協調推動港埠裝卸市場之開放。
8. 與內政部配合研修預售屋定型化契約範本。
9. 與教育部、公共工程委員會共同宣導教科書選用採購規範。

(二) 解除管制

1. 四六一專案

依 81 年 2 月 4 日公布實施之公平交易法第四十六條第一項規定「事業依照其他法律規定之行為，不適用本法規定。」公平交易委員會自成立以來，於處理檢舉案件過程中，發現若干部會之行政法規，有違前開公平交易法第四十六條第一項公平交易精神，因此乃於 83 年組成「四六一專案」小組，共計召開 51 次會議，就各部會所主管法規逐一進行檢索與研析，將可能違反公平交易法精神之行政法規予以分類列舉後，經分別與經濟部、交通部、內政部、退除役官兵輔導委員會、新聞局、教育部、環境保護署、農業委員會等部會召開 19 次協調會議，並就 74 種法規，122 條條文逐條協商，獲致檢討修正或加強聯繫的共識。此項協調結論經報奉行政院於 84 年 3 月 10 日核準備查在案（本條文業已於 88 年 2 月公平交易法第一次修法中修正為「事業關於競爭之行為，另有其他法律規定者，於不牴觸本法立法意旨之範圍，優先適用該其他法律之規定」）。

2. 四六二專案

鑒於修正前公平交易法第四十六條第二項規定公營事業、公用事業及交通運輸事業經行政院許可之行為，於公平交易法公布後五年內除外適用的期限，該適用期間於 85 年 2 月 3 日屆滿，為使公營公用事業各項營運行為均能符合公平交易法之規範內容，公平交易委員會復再組成「四六二」專案小組，再針對各事業單位之調整狀況進行瞭解，並邀請經濟部、中國石油公司、台灣糖業公司、台灣肥料公司、農業委員會及糧食局，就相關限制市場競爭行為進行協商，並達成具體共識（本項規定業已於 88 年 2 月公平交易法第一次修法中刪除）。

3. 推動解除管制促進市場競爭專案計畫

為建立公平自由之競爭秩序，公平交易委員會於 85 年 12 月 1 日成立「解除管制促進市場競爭專案小組」，選定基本電信業務、有線電視、通關網路業務、鹽品、油品、電力及數位式交換機等 12 個市場，就涉有不必要之市場管制及有礙市場公平競爭的規定進行檢討，並就涉有違反公平交易法精神之法規，繼續邀集相關部會協商，就 74 種法規、122 條條文，逐條與各部會協商並獲致共識。在解除政府不當管制方面，已獲得多項具體成果。包括：人事行政局終止與全聯社之委託關係，避免特定廠商壟斷市場；成立「固定網路規劃小組」，研議規範市場開放時可能涉及之不公平競爭行為；建議液化石油氣提早自由進口；建議取消加油站距五百公尺限制等；建議「電信法」中增列對「市場主導者」之管制，以及建立禁止交叉補貼之分離會計制度等條文，此項專案計畫執行後，對於促進市場公平競爭，提升資訊

服務品質等方面成效卓著。

4. 建制四 C 及能源市場公平競爭機制

為貫徹解除市場不當管制，落實公平競爭之精神，於 88 年初選定「電信」、「電力」及「油品」市場，作為後續解除管制的重點工作，茲分述如下：

(1) 建制四 C 產業競爭規範

為因應電信(Tele-Communication)、有線電視(Cable TV)、資訊通信產業(Computer Network)、電子商務(e-Commerce)等四 C 產業跨業經營快速發展，所可能產生涉及競爭法的相關問題，相繼完成「電信產業競爭規範之研究」、「有線電視產業競爭規範之研究」、「網際網路資訊通信產業競爭規範之研究」、「電子商務產業競爭規範之研究」及「四 C 產業整合發展之競爭規範研究」等 5 項合作研究計畫，同時積極蒐集歐盟及各國立法例，並進一步彙整前述研究結果，就四 C 產業跨業整合可能面臨之管制與競爭議題，研訂「四 C 產業跨業經營之公平競爭指針」，宣示公平交易委員會作為競爭法主管機關對於此一新興市場所涉競爭議題的執法立場，並作為規範四 C 產業跨業經營之遊戲規則，以確保市場的自由競爭。

(2) 電業市場

針對我國電業市場開放可能涉及競爭之問題，公平交易委員會為維護市場競爭機制，研擬以下 4 項原則：

- A. 應設置公平、公開、無歧視性的「獨立電力調度者(ISO)」；
- B. 綜合電力業者的發電、輸電、配電等部門必須會計獨立，以避免發生交叉補貼情形；
- C. 應設立獨立的管制機構，監督 ISO 運作是否符合公平競爭原則；
- D. 開放售電業。

上述原則並經主管機關同意接受，已納入「電業法修正草案」中。

(3) 油品市場

在油品市場即將全面自由化之前，為避免石油公司濫用其市場地位，而有不公平競爭的行為，公平交易委員會特訂定「公平交易法對於油品市場全面自由化前供油行為規範說明」，列舉了 11 種油品業者可能違反公平交易法的行為類型，提醒石油公司、加油

站、油品經銷商及大宗油品客戶加以注意，以避免違法。同時廣徵各界意見，並密切注意市場動態，以作為本會未來執法的參考依據。

(三) 協調會報

為建立本會與其他行政機關之業務分工體系，及協調本會與司法機關對於案件處理的一致性，本會積極建立各項業務協調溝通管道，如：

1. 召開本會與地方主管機關業務協調會報，檢討本會與地方機關間業務之辦理情形，推展公平交易理念至地方。
2. 與行政院消費者保護委員會共同舉辦 90 年「不公平競爭與消費者保護業務研習營」暨全國消費者保護官第四次聯繫會報，加強宣導公平交易理念與消費者保護法之分際，落實公平交易法及消費者保護法之執法。
3. 辦理本會與法院、檢察署、警察暨調查機關公平交易法執法人員座談會，以交換執法經驗與法律意見。
4. 定期參加「臺灣高等法院檢察署偵查經濟犯罪中心諮詢協調委員會議」、「經濟犯罪防治執行會報」，相互支援，共同打擊不法。

前開所述各項機制或措施，使本會業務推動順暢，並有益於我國市場公平競爭秩序之建立與維護。

四、參與國際事務

公平交易法規範事項包羅萬象，涉及國外事業或國際事務者頗多，尤其近年來跨國企業經營者，屢涉有結合或聯合行為之情事，各國及國際組織對此類行為，亦多關切，公平交易委員會自不能閉門造車，置身事外，理應積極參與國際交流，學習國際經驗，十年來參與之情形如下：

(一) 參與國際組織

1. 參與亞太經合會(APEC)競爭政策議題的研討與活動，並將我公平交易法之制定過程及本會執法經驗提供開發中經濟體研究參考。
2. 積極推動加入經濟合作發展組織(OECD)，並擴展合作關係，掌握國際間競爭政策發展趨勢。
3. 出席歷次世界貿易組織(WTO)「貿易與競爭政策互動工作小組」會議，瞭解 WTO 對競爭政

策的未來探討方向。

4. 出席 APEC 與 OECD 合辦之管制革新會議，瞭解競爭法及政策在政府革新中應扮演的角色。

(二) 推動雙邊交流

1. 與澳大利亞競爭暨消費者委員會及紐西蘭商業委員會，舉行競爭法主管機關諮商會議，並倡議三邊合作關係。
2. 與英國公平交易局、歐盟競爭總署、荷蘭競爭局及法國競爭、消費暨不正行為管制總署分別舉行雙邊諮商會議，奠定未來合作基礎。
3. 參加「2001 年漢城競爭論壇」，加強與韓國公平交易委員會雙邊關係。

(三) 推動雙邊互訪與人員交流

1. 訪問英國貿易工業部及競爭委員會、比利時競爭委員會、法國競爭審議委員會等機關，多方面了解各該國競爭政策全貌，並造訪歐洲復興開發銀行總部，就我國提供東歐國家研議制定競爭法制技術的可能性交換意見。
2. 赴大陸地區參加「兩岸競爭法律制度研討會」，並參訪上海市工商行政管理局，及訪問北京、清華、復旦等大學。
3. 定期與澳大利亞競爭暨消費者委員會進行人員互為派駐活動。

(四) 進行技術協助

1. 本會基於回饋國際社會的職責，積極支持歷屆 APEC 進步夥伴(APEC/PFP)競爭政策訓練計畫，並指派會內優秀同仁參加，除向未實施競爭法之會員體提供本會經驗，並與其他已開發會員體交流執法實務。
2. 與 OECD 合作舉辦「競爭政策國際合作計畫」，邀請菲律賓、印尼、馬來西亞、泰國、新加坡、香港派員參加研習，對開發中國家提供技術援助，回饋國際社會。

前述所提各項活動，不但有益於本會業務之改進與推動，又可把實務經驗傳授予待援助之國家，並可擴展國際合作交流空間，可謂一舉數得。

五、未來展望

目前國內經濟正值轉型階段，傳統產業面臨國際間激烈的競爭，而新興高科技產業，也遭遇市場需求停滯的瓶頸。為提高傳統產業的競爭力，並為新興產業提供繼續發展的良好環境，政府各部門刻正努力推動各項財經方案，期使台灣成為一個以「知識經濟」為主軸的先進國家，

並將台灣建設成為「綠色矽島」。為落實此項經濟建設的基本政策方針，本會將克盡職責，著手進行下列幾項措施，以期建立公平合理的競爭秩序與環境，為產業界提供一套清晰、可預測，又能激勵創新的遊戲規則，以維護市場的正常運作，紮穩「綠色矽島」的發展基礎，並引領國家邁向全面知識化、現代化、國際化，進一步再創台灣新的經濟榮景。

(一) 全面檢討各項案件申辦程序

由於全球經濟不景氣，產業面臨強烈競爭壓力，而需以合併或其他合資方式改變經營型態，以提升事業之競爭力，促進整體產業之合理經營。本會為因應經濟環境變化，除積極檢討簡化事業申請結合程序，研究縮短審查時間，以利業者掌握商機，順利度過不景氣的難關外，同時，本會也已配合「經濟發展諮詢委員會」共識，參酌外國競爭法有關結合管制之立法例，修正公平交易法有關事業結合之規範，將「申請許可制」改為「申報異議制」，修正草案經行政院送請立法院審議，已於 91 年 1 月 15 日三讀通過，本會現已著手全面檢討各項案件的申辦程序，以達簡政便民的目標。

(二) 強化本會執法人員專業知能

隨著經濟環境轉變，國內市場交易結構更趨複雜，本會受理案件日益增多，加以公平交易法於 88 年 2 月修正後，對於事業違法行為之處分，改採「先行政後司法」原則，由本會先為行政處分，再犯者始移請法院處理，因此原由司法機關直接受理之涉法案件，修法後一律先由本會處理，致使本會受理案件相對增加。本會成立迄今，收辦案件每年成長率約高達 10%。為使受理案件之處理更具有效率，本會刻正研擬建立如何篩選案源機制，將本會現有人力投注於較重要案件之處理，同時加強本會執法人員專業知能培訓，以發揮最大行政效能，維護市場交易秩序。

(三) 建構知識經濟之公平競爭環境

公平競爭環境的創造及維護，為知識經濟發展的重要條件之一，本會特成立「建構知識經濟之公平競爭環境專案小組」，研擬「建構知識經濟之公平競爭環境」專案計畫，期以三年的時間，藉由內部組織運作的檢討再造及外部公平競爭機制的塑造，建構適合「知識型」產業發展的競爭環境。計畫內容包括：

1. 配合知識經濟發展，檢討公平交易法規，提供清晰、可預測、激勵創新之競爭法規範。

2. 建立知識型新興產業之公平競爭規範。
3. 建立傳統產業知識化之公平競爭規範。
4. 建立管制型產業知識化趨勢下解除管制之競爭規範 (瓦斯、自來水、油品、電力等)。
5. 建立樞紐設施知識化之競爭規範 (港口、碼頭、頻道等)。
6. 建立知識經濟智慧財產權的公平交易法規範。
7. 配合知識經濟 e 化政府，建立公平競爭相關領域之知識管理系統。
8. 開辦知識經濟之人才培訓、推廣課程及舉辦研討會。

(四) 研擬本會對於我國加入世界貿易組織後因應措施

世界貿易組織(WTO)之宗旨在於追求全球經貿自由化，在加入世界貿易組織後，我國經貿體制將隨之調整，國內市場結構亦將面臨轉型壓力，交易型態可能發生變化。為維護市場交易秩序，發揮市場自由運作機能，本會特成立「行政院公平交易委員會對於我國加入世界貿易組織後因應措施研究小組」，針對本會業務可能受到的影響，研提應採取適當的因應措施及其他應防範事項。包括：

1. 防範事業大型化或掌握樞紐設施、行銷通路後濫用市場力量。
2. 市場競爭趨烈，慎防聯合行為。
3. 結合購併加速，檢討管制方式。
4. 加強蒐集 WTO 有關競爭政策之資訊。
5. 研析國內產業結構與市場競爭趨勢。
6. 積極協同相關機關共同因應 WTO 措施。
7. 加強對於公平交易法之宣導教育工作。

(五) 協助政府各部門全面檢討法令規章

為配合行政院核定之「綠色矽島願景與推動策略」方案，政府應檢討所有法令規章，以確保企業間公平競爭的環境。本會基於公平交易法主管機關的立場，身負維護公平競爭秩序的任務，爰擬定「行政院公平交易委員會執行綠色矽島願景與推動策略法規檢討專案計畫」，俾協助政府各部門檢討其主管之所有法令規章，提供市場公平競爭環境，落實競爭政策，以達成共同建設台灣成為綠色矽島的美好願景。具體作法，包括：

1. 成立「執行綠色矽島願景與推動策略法規檢討專案計畫委員會」，定期檢討並召開執行會議，

負責計畫之推動與決策事宜。

2. 邀集政府各部門召開會議，說明本計畫之緣起與目的，建立聯繫窗口，並請政府各部門擬具計畫定期檢討其所主管的所有法令規章。
3. 初步規劃將與公平交易法規定內容有關的中央各部會，加強聯繫與協調，包括：內政部、財政部、教育部、法務部、經濟部、交通部、新聞局、衛生署、農業委員會、環境保護署等。

(六) 推動自發的業界自律規範

公平交易委員會認為執法的目的並不在於懲處，而在於使受規範的對象能知法、守法進而崇法。為降低事業違法風險，以確保市場競爭，促進經濟之安定與繁榮，本會爰於 90 年度推動「協助產業建立自律規範」計畫，希藉由業者本身自律機制之建立，一方面使事業避免觸法，同時可減少涉及競爭法案件之爭議。其主要工作步驟為：

1. 第一階段 - 選定 5 家以上大型企業，請其依本會訂定之自律規範大綱建立其內部自律規範，並設立本會與企業間雙向交流之法務諮詢窗口，以協助企業降低違法風險。
2. 第二階段 - 發布前揭 5 家以上大型事業之試辦成果，並以之作為模範，加以宣導。
3. 第三階段 - 透過工商團體協助辦理座談會、研討會及本會之公平交易法研習班，擴大推動產業建立自律規範。

此外，為吸引業界參加此項計畫，本會將提供相關配套及獎勵措施，包括：建立本會與試辦企業間的雙向法務諮詢窗口，對試辦企業提供即時的公平交易法諮詢服務、免費提供與公平交易法相關的教育課程或師資；另與產業相關的新政策或規定發布時，以電子郵件或其他方式，儘速將相關訊息通知參與試辦之業者等，期與業界建立良性之互動關係，間接達到知法、守法，建立並維護公平競爭環境之目的。

(七) 拓展前瞻的國際交流合作

1990 年代以來，全球競爭環境已產生結構性的改變，各國競爭政策主管機關必須藉由密切的合作，才能有效處理、防止各項錯綜複雜的跨國併購、國際卡特爾及區域性獨占等對市場競爭所造成的不利影響。由於我國業已加入 WTO，對於國際經貿組織在競爭法議題上的討論，以及各國所持的態度，有必要全盤掌握，以確立我國的原則與立場。因此，未來本會除繼續拓展加入國際組織（如 OECD 等）外，並將與各國國際組織及執法機關在既有的合作基礎上，繼續加強建立各種對話管道及擴大簽訂雙邊或三邊合作協定，積極參與國際經貿組織活動，且在

競爭法制方面對開發中國家提供技術援助，以回饋國際社會。

結語

公平交易法規範的範圍頗為廣泛，其規定之用語多屬不確定概念，如何確實執行，實有賴於公平競爭觀念的正確導引，自由競爭環境的塑造，以及對不公平競爭行為之約制與排除。本會自 81 年成立以來，秉持著「切實依法行政、促進經濟發展、維護公共利益、順應國際趨勢」的施政原則，積極推動各項業務。十年來，在本會全體同仁的努力，及社會各界的支持下，無論是建立公平交易制度，執行公平交易法規，抑或普及公平交易理念，均已逐步邁入成熟而穩定的階段，未來希望各界能繼續惠予支持與鼓勵，並不吝提出批評與指教，使我國公平交易典章制度能「百尺竿頭，更進一步」，以謀求全民最大福祉。

十年來公平法上之獨占管制

吳秀明*、楊宏暉**

壹、緒論

公平交易法(以下簡稱公平法或本法)自公布施行迄今,已邁入第十個年頭,在這過程中,這部被譽為「新產業革命」¹、「經濟憲法」、「經濟活動基本大法」之法律,由陌生的新興法領域,逐漸溶入台灣的社會,到目前的備受期待與漸獲社會之信賴,表示這部競爭法已普遍受到各界的認同,而成為我國經濟生活規範中的重要一環。而獨占事業的規範,在我國亦為競爭法的催生因素之一²,並且受到高度的重視。以台灣的狀況而言,過去在計畫性的管制和對特定產業之政策保護下,形成了諸多的獨占事業。雖然晚近在自由化、國際化、解除管制的潮流下,其情況已有所改觀,但結構面的獨占因素並非可輕易地消除³。因此,獨占事業的規範,似乎理應在公平交易法的落實執行上坐擁不少江山。然而自公平交易法施行迄今,涉及第十條獨占濫用行為態樣的檢舉案,每年雖平均約有十五件(參見表一),惟真正以第十條進行獨占管制的處分與執法,卻是近一、二年的事情。公平會就獨占事業之濫用行為,作成的正式處分案,十年來可說是單手屈指可數。相較於聯合、結合等限制競爭行為的管制,獨占管制顯得有待繼續開發之寬廣餘地。這中間當然有許多立法和執法層面的因素糾葛,值得深入觀察。

* 德國慕尼黑大學法學博士,國立政治大學法律學系專任副教授。

** 國立政治大學法律研究所碩士,律師高考及格。

1 劉紹樑,新產業革命與競爭法 - 歐美反托拉斯法與我國公平交易法之比較研究,政大法學評論,第四二期,一九九〇年二月,頁二五九。

2 廖義男在我國制訂公平法前,就做了有關之大力呼籲,參見廖義男,反托拉斯法不容擱置,時報雜誌,第二五二期,一九八四年十月十七日,頁二七以下。

3 蘇永欽,競爭法—台灣法律體系與經濟生活的新生事物,收錄於氏著,跨越自治與管制,一九九九年一月,頁十七。

表一 歷年來涉及獨占管制的檢舉案件統計

單位：件

| | 八十一年 | 八十二年 | 八十三年 | 八十四年 | 八十五年 | 八十六年 | 八十七年 | 八十八年 | 八十九年 | 總數 |
|-------------------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| 檢舉案件數 | 147 | 286 | 464 | 513 | 565 | 555 | 526 | 452 | 516 | 4024 |
| 涉及獨占之檢舉案件數 | 6 | 16 | 24 | 16 | 16 | 17 | 12 | 14 | 15 | 136 |
| 截至八十九年底完成之主動調查案件數 | | | | | | | | | | 251 |
| 處分案件數 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 2 | 2 |

資料來源：作者整理自行政院公平交易委員會工作成果報告（八十一年至八十九年）。

第一個十年，可說是任何一部法律實施的一個重要里程碑，此時正是吾人稍微停下腳步，回顧過去，展望未來的好時機。本文擬自兩個不同之角度，檢視我國過去十年來之獨占管制。首先，本文欲自「史的觀察」切入，從歷史的角度，檢驗我國獨占管制的發展軌跡。在這部分，本文將我國獨占管制之發展，大致上區分為「管制宣導、學習與制度建立時期」、「管制猶豫、遁逃與醞釀準備時期」以及「管制展開時期」等三大時期，分別予以說明。這三個不同時期之揭示，代表我國獨占管制實務發展上，三個主軸上的演變。惟這當然只是粗略、概括、代表性、主要印象的觀察結果與描述。不但時期與時期間的劃分與起承轉合，並非絕對清楚明確，而且難免會有在發展內容上具有多重性或重疊發展之情形。不過我們認為，將歷史發展之主要軌跡予以揭示，仍有其時代之意義⁴。其次，本文則欲自「獨占管制理論」之角度，探討十年來獨占管制理論在我國實務上之發展狀況。在這部分，本文係根據獨占管制之理論架構，即從市場之劃定、獨占事業之認定、以及獨占事業濫用行為之管制等層面，檢視十年來我國獨占管制之實務，在獨占管制理論上有何成果。關於這部分，本文係以理論體系之方式，處理十年來之獨占實務案例，而不採逐一個案之案例研究模式⁵。其目的在使吾人能對於我國在進行了十年的獨占管制之後，在理論體系上所能呈現之成果，有一較能窺其全貌的檢視。期盼從這兩個不同

⁴ 例如縱使在目前所處的「管制展開時期」，管制的宣導、學習與制度建立其實仍然持續不斷；而管制之醞釀與準備，在「管制宣導與學習時期」也已經逐步展開，惟此仍無妨於吾人對於歷史發展主軸之掌握。

⁵ 個別案例研究方面之著作，當然有值得吾人參考之作，如廖義男，行政法院裁判之評析 - 公平交易法實務與行政法院裁判之評析，國科會專題研究計畫成果報告，八十六年七月，頁十四。

之角度，能夠描繪出十年來公平法上獨占管制之情形，並就各個相關問題，提出檢討改進之道。

貳、十年來獨占管制之史的觀察

一、管制宣導、學習與制度建立時期

基本上，我們大致可說，公平法實行後之三、四年間，尤其是公平會第一任委員之三年任期間，我國獨占管制之主要內容，乃在於對社會以及產業界宣導關於獨占管制之法規、公平會本身嘗試與學習獨占管制之方法、以及建立獨占管制之法制度數端。茲分別予以說明之。

(一) 管制之宣導

由於公平交易法屬於新興之立法，社會大眾與產業界對其內容與其所代表之競爭哲學甚為陌生，認同度亦屬有限，造成事業與人民於公平法立法之初，其競爭意識、競爭法之法感與認識均有不足。此一現象，容易產生某些產業有普遍違法之情形、對執法正當性之懷疑、執法阻礙之力道強勁、公平會之執法與人民之設想圖像不符、違法者受「突襲執法」之感等等，新法施行階段容易引起之情況。

這些問題徹底解決之道，並無簡便之捷徑，乃在於教育產業界與社會大眾。同時，社會與產業各界，對於這部經濟基本大法所含有之具體行為規範，也充滿著好奇之心、求知之慾。公平會當時重要工作之一，即在答覆眾多殷殷求知者之各類問題。職是之故，公平法之宣導，即成為當時公平會重要工作之一。例如，公平會本身之服務中心，在民國八十一年至八十四年間，每年平均提供約一萬件之公平法解說、提供 1,240 件之宣導資料⁶。另外，公平會亦在各縣市、各產業，辦理公平交易法宣導說明會，累計至八十四年底時，共舉辦 815 場⁷，而其中五百餘場，係集中於八十一年二月四日（公平法施行）至八十二年底之約莫兩年間⁸，可見當時公平會對於宣導公平法用力之深⁹。另外，出版一系列之公平法宣導資料，自也是不可或缺之推廣

⁶ 參閱行政院公平交易委員會，中華民國八十四年公平交易統計年報，一九九六年三月，頁四〇。

⁷ 參閱行政院公平交易委員會，前揭統計年報，頁四〇。

⁸ 參閱行政院公平交易委員會，中華民國八十二年台灣地區公平交易統計年報，一九九四年三月，頁二九。

⁹ 截至目前為止，公平會仍然每年自行辦理、委請地方主管機關或產業團體辦理、或受邀辦理公平法說明會約七十場左右，參見行政院公平交易委員會，中華民國八十九年公平交易統計年報，二〇〇一年三月，頁三八。

公平法認識之方法¹⁰。而上述宣導活動與宣導資料中，自然包括對於獨占管制之宣導¹¹。

(二) 管制之學習

公平法除作為一個新興之法域外，其解釋適用亦甚具特色。獨占管制之內容涵蓋諸多經濟觀念和不確定之法律概念，操作上又須與產品性質與產業特色密切結合，換言之，須將經濟觀念以法律規範之方式操作，認事用法上經常迥異於傳統法學。而公平法之執行，雖然專設有獨立專業的公平交易委員會，來肩擔此一重責，但究屬初設，難免陌生，學習的過程自必不可免；而不確定法律概念的解釋適用，更需要經驗與案例的累積，才能結出豐碩之果實。因此，在執行獨占管制的初期，如何熟練地將市場界定、獨占地位之認定、獨占事業之濫用行為等概念涵攝入多變的經濟生活中，並進行複雜的市場分析，自然需要一段時日的嘗試與摸索，而這也是公平會在本階段關於獨占管制之主要活動之一。惟不可諱言，實在而豐富的經驗，必須在一個個真實案例之處理中，才能逐步建立起來。在獨占管制之初階段，由於缺乏對於實際獨占案例之任何正式處分，欲累積豐富之獨占管制經驗，自然相當不易。而此一現象，其實在緊接著而來之「管制猶豫、遁逃與醞釀準備時期」中，亦有一定程度之延續。

(三) 管制制度之建立

在本階段之執法歷程中，嘗試建立宏遠之競爭法上制度，也是公平會最重要的任務之一。其建立制度之主要途徑，在關於公平法實體內容上，為研訂相關子法、解釋法規疑義、提出修法草案與檢討除外適用等；在業務執行面上，則是與行政部門完成業務分工、與司法部門達成執法共識、與地方機關建立垂直聯繫、與民間團體進行雙向溝通等¹²。公平會在本階段所制訂之法規制度很多，其中諸多與獨占管制有密切之關連。其所涉及者，多與「獨占事業之認定」有關。在獨占事業之認定上，公平會主要係在當時仍有效之「公告制度」下，嘗試在公平法施行細則中，建立穩妥之認定標準。當時所擬訂之認定標準，主要有下列幾項：

¹⁰ 關於公平會於公平法施行後前三年之期間所從事之公平法宣導工作，並可參閱行政院公平交易委員會，行政院公平交易委員會三年施政成果工作報告，一九九五年一月，頁五四以下。

¹¹ 例如公平會於一九九三年一月出版之宣導作品「公平交易法論述系列二」共十冊中，其第一冊「市場範圍之界定市場占有率之計算」與第二冊「我國獨寡占商品市場結構及廠商行為之研究」，即為有關獨占之著作。

¹² 參見行政院公平交易委員會，行政院公平交易委員會三年施政成果工作報告，一九九五年一月，頁三五以下。

1. 公告獨占事業之審酌事項

公告獨占事業時，公平會所應審酌之事項，其實就是認定獨占事業獨占市場地位時，所應考慮之主要事項。在修訂前之公平法施行細則第三條中，公平會揭示數項主要之判斷原則，即：「一、事業在特定市場之占有率。二、商品或服務在特定市場中時間、空間之替代可能性。三、事業影響特定市場價格之能力。四、他事業加入特定市場有無不易克服之困難。五、商品或服務之輸入、輸出情形。」

2. 事業不納入獨占事業認定範圍之負面推定

其次，為減輕判斷之困難，建立一明確妥當又有效率之認定標準，當時之公平法施行細則第四條，復就事業不納入獨占事業認定範圍之「負面推定」(及其例外)加以規定，而謂：「事業無左列各款情形者，不列入前條獨占事業認定範圍：一、事業在特定市場之占有率達二分之一。二、事業在特定市場之占有率達三分之二。三、事業在特定市場之占有率達四分之三。(第一項)有前項各款情形之事業，其個別事業在該特定市場占有率未達十分之一或上一會計年度事業總銷售金額未達新台幣十億元者，該事業不列入獨占事業之認定範圍。(第二項)事業之設立或事業所提供之商品或服務進入特定市場受法令、技術之限制或有其他足以影響市場供需可排除競爭能力之情事者，雖有前二項不列入認定範圍之情形，中央主管機關仍得認定其為獨占事業。(第三項)」本條規定，在實際判斷獨占事業地位時，亦得以發揮其關鍵性之重大作用。

3. 計算市場占有率之審酌因素及資料取得

修改前之公平法施行細則第五條，並就計算市場占有率之審酌因素及資料取得等事項，加以規定：「計算事業之市場占有率時，應先審酌該事業及該特定市場之生產、銷售、存貨、輸入及輸出值(量)之資料。(第一項)計算市場占有率所需之資料，得以中央主管機關調查所得資料或其他政府機關記載資料為基準。(第二項)」

獨占事業之認定，透過這些可說由無到有、在施行細則中正式提出的標準設定，使得我國獨占事業認定制度之精緻化、法制化，向前邁進了一大步。後來獨占事業公告制度，雖被廢止，惟蘊含在公告制度中之獨占事業認定方法，卻依然被保留，而成為一般性之獨占事業

認定標準¹³，其規範意義反而更為之提昇，足見當時所設立之獨占認定制度，仍具其不可磨滅之價值。惟相對於獨占事業之認定，公平會對於獨占事業濫用行為控制方法之掌握，其發展則顯然較為緩慢。因獨占事業濫用行為之型態較複雜，濫用控制之困難度亦較高，公平會在這段時期之按兵不動，似有等待於個案中再予以進一步發展之意味。

4. 公告之首度實施

屬於制度之實際建立，亦屬於管制之嘗試學習者，為我國對於獨占事業公告制度之首度（亦為唯一之一度）實施。舊法第十條第二項原規定：「獨占之事業，由中央主管機關定期公告之。」其乃仿自韓國之立法，目的在於希望能夠發揮預警作用，避免獨占事業因不知其市場地位而誤觸法網，深陷囹圄。而事業被公告為獨占，亦僅表示該事業於特定市場上，具有支配市場優勢地位的事實狀態，並不代表該事業即有獨占濫用的違法行為。換言之，獨占公告本身並未含有任何負面的法律非價判斷(Unwerturteilung)。

公平會於八十一年九月成立「產業市場專案小組」，廣徵學者專家與業者意見，進行市場範圍界定工作，並投注相當多的人力、物力，從事市場結構調查，並於八十二年二月八日公布了鐵路、電信、港埠、航空、人身保險、票券金融、證券交易所、電視、水、電、油、氣、酒、鹽、糖等三十三個特定市場共四十家的獨占事業¹⁴。然公告的結果卻引起了業界的譁然，欲除去獨占惡名而後快，紛紛對獨占事業之公告提起行政救濟¹⁵。

此外，獨占事業之公告在執法上也引發了一些問題，即公平會為能夠發揮公告的預警作用，對於未經公告的獨占事業即難以獨占濫用規範相繩，轉而援引第十九條或第二十四條作

¹³ 參見現行公平法第五條之一。

¹⁴ (八二)公秘法字第○○二號。

¹⁵ 參閱八二公訴決字第○一七號訴願決定書、八二公訴決字第○一八號訴願決定書。關於獨占公告是否屬行政處分，而得提起行政救濟，則有爭議。黃茂榮教授即持否定看法，認為獨占公告只具警示作用，事業是否屬獨占事業，最終仍應以事實，而非以公告為依據，故公告不具有行政處分的作用。參閱氏著，公平交易法理論與實務，一九九三年十月，頁八十六至八十七。廖義男教授則持肯定見解，認為公告為事業，是違反公平法第十條之前提要件。因此，已課予特定事業負有一定之不作為義務，故屬行政處分，而得對之提起行政爭訟。參閱氏著，前揭國科會專題研究計畫成果報告，頁十四；莊維德，經公告為獨占之事業得否提起行政爭訟？，公平交易季刊，第一卷第二期，一九九三年四月，頁九五以下。而公平會和行政院亦持肯定見解，參閱八三年判字第八九○號行政院判決、八三年判字第一一一三號行政院判決。

為處分依據。而對於經公告為獨占的事業，也不當然即以第十條來處斷。由於經濟情況變幻萬千，事業的市場地位也非恆常不變，而且第十條規定又涉及刑事處罰，要以獨占濫用相繩，仍應以事業事實上的獨占地位為依據，而非僅以公告與否的形式為準。因此，管制時仍應實質地再次認定事業的獨占地位¹⁶。由於辦理獨占事業之公告投入了不少行政資源，然其效果並不如預期，甚至限制了公平會對獨占事業的濫用監督，而受到相當的質疑，最終導致公告制度的廢止¹⁷。

雖然公告制度在公平法施行之初宛若大石入湖，激起了許多漣漪，但為實施公告，初次將市場、獨占等經濟概念在法學上實際操作，也累積了些許的經驗，縮短日後的學習曲線，同時也給業界若干的機會教育，減輕公平法實行初期所可能引發的疑慮，可謂失之東隅，收之桑榆。

二、管制猶豫、遁逃與醞釀準備時期

前言

經過了前三、四年之管制宣導、學習及制度建立時期之後，一直到公平法於八十八年二月三日第一次修正通過為止，公平法上的獨占管制，則進入了另一個吾人稱之為「管制猶豫、遁逃與準備醞釀」之時期。

有了獨占公告的基礎，獨占管制當可正式起跑。然而，由於修正前的公平交易法對於獨占事業的規範，採取高度立法之模式，並不採取「先行政後司法」之緩和執法方式，使得獨占事業之濫用行為，一旦被認定成立，將直接導致行為人之刑事責任。基於在公平法施行之初，如即以刑罰大刀揮斬，恐引起社會之疑慮，未必會認同公平會之執法。故實務上對於獨占案件，多採取協調業者處理或函請改正之非正式程序處理；或者遁逃到公平法其他處罰較輕之規定中，而作正式的管制；或依第九條第二項之規定，進行機關間之協商處理。以致於在這段時期

¹⁶ 相關的討論及批評，參閱廖義男，獨占法規與實務之檢討，公平交易季刊，第三卷第一期，頁八；黃茂榮，前揭書，頁八十五、八十六。

¹⁷ 刪除獨占公告制度之理由為：(1)獨占事業公告之立法本意乃在提醒市場上已處於獨占地位之廠商，勿從事濫用市場地位之行為，有預警作用，然該規定卻引起廠商之惶恐、不安、甚至不滿，使立法美意盡失。(2)為執行該項規定，不僅耗費大量行政成本，且個案行為發生時，原認定之結果如行為時點不一，尚不能直接援用，仍須重新調查，非但浪費人力物力且顯無意義。(3)目前我國正擬申請加入 GATT，而 GATT 會員國中對我公告之獨占事業，甚感疑惑，為利於申請入會，爰予以刪除。

內，在若干案件中，雖有涉及獨占事業濫用市場地位之疑義，然公平會從未正式援引第十條加以處分，而出現所謂「管制猶豫」或「管制遁逃」之情形。惟另一方面，公平會也逐步展開其獨占管制之措施，準備開始進行真正的獨占管制，故在管制之猶豫與遁逃中，公平會同時卻也默默地進行「管制之醞釀與準備」。以下茲將所謂管制猶豫、遁逃與醞釀準備之個別情形，以及其他非以處分方式處理獨占案件之情形，予以分別說明。

(一) 公告為獨占事業而援引其他規定處分

最明顯之管制猶豫與遁逃，即表現在對於已公告為獨占事業者之濫用市場地位行為，卻規避以第十條加以處分，而援引公平法上其他處罰較輕或有先行政後司法原則適用之規定處分。在八十二年間三家無線電視台廣告搭售之案例¹⁸，即為適例。公平會在本案中，即認為若要重新調查被處分人的獨占地位，恐曠日費時，為達及時匡正之效，且被處分人已有明確違反第十九條第六款的搭售行為，故依第四十一條命其停止及改正。然而這樣的「低度執法」與扭曲法律之適用，將使得公平法的獨占規範受到某種程度的架空，因而也受到了學者的質疑¹⁹。

(二) 未經公告之實質獨占事業而不適用第十條處分

實際上亦屬於管制之猶豫與遁逃者，尚有對於未經公告為獨占之實質獨占事業濫用其市場地位時，公平會不適用第十條加以處分，卻轉而援引其他規定辦理之情形。在八十一年間，中國石油股份有限公司對永興航空股份有限公司有關航空用油的差別待遇案例中²⁰，雖然當時尚未完成獨占事業的公告作業，但中油公司是國內航空用油的唯一供應者，其獨占地位無庸置疑。然公平會於處分書中，雖也肯認國內供應航空用油者僅中油一家，故其具有「市場優勢地位」，其無正當理由之供油價格上的差別待遇，違反公平法第十九條第二款。惟本案究竟有無第十條的適用，或應如何適用，則未見討論。又在若干案例中，對於某些具有法定獨占力而未被告為獨占的事業，如地區之瓦斯和天然氣事業，其依恃獨占力量，不當決定用戶之申裝或維修費用之行為，公平會則依第二十四條足以影響交易秩序之顯失公平行為論處²¹，亦與上述

¹⁸ 公平會八二公處字第○五六、○五七、○五八號處分書。

¹⁹ 參閱廖義男，前揭文，頁六至八；劉孔中，析論獨占事業濫用市場地位之禁止，人文及社會科學集刊，第八卷第一期，一九九六年三月，頁二五四。

²⁰ 參見公平會八一公處字第○一七號處分書。

²¹ 參見公平會八七公處字第一六七號處分書、八七公處字一七號處分書、八七公處字第一五七號處分書。

情形有異曲同工之處。

(三) 採取柔性執法協調或函請檢討改正

在這段時期，對於獨占事業涉及違反公平交易法的行為，公平會多數係採取非正式、柔性執法的方式，協調或函請事業檢討、改善或進行導正；或協調目的事業主管機關，請其配合處理之。

相關之案例，如在鐵路局將普通列車改裝成復興號列車，並收取復興號票價之案例中，鐵路局雖有可能涉及獨占事業榨取之濫用，惟公平會即表示有關改裝列車在停靠站、行駛時間、對號入座、座椅調整、餐飲服務等服務水準未提升至相當車級之相同水準前，應以合理反映不同服務水準之票價收費，而函請鐵路局配合辦理²²。而對於電信局定型化契約內容有關電信資費、通話品質和清償舊用戶積欠費用等不合理問題，以及民眾遭竊打國際長途電話之爭議處理之問題，最後也以函請檢討之方式處理之²³。又如函請公用事業於營業章程中，取消對停止使用用戶收取停用期間基本費或另訂其他替代方案，否則將進行實質審查²⁴，亦係屬之。同時，公平會也對公用事業（規）章程規定，後用戶須負擔前用戶積欠費用一事，進行導正，認為公用事業以其獨占地位迫使新用戶繳交舊欠費，將涉有濫用市場地位之虞，應修訂營業章程，提供新用戶選擇以「新設方式」或「恢復方式」申請供應。且倘以新設方式提出申請，不得向新用戶收取舊欠費，至於如何解決追繳舊欠費，或採行保護之相關配合措施問題，則由業者自行研究，倘有正當理由，將不涉及公平法²⁵。再如，對於瓦斯導管承裝工程受瓦斯公司壟斷及維修責任不明確等情事，公平會認為瓦斯公司之該等措施，已形成進入障礙或不當行為，亦無法律授權依據，故已涉及公平法第十條第一款或第四款之濫用情形。惟公平會即召開開放競爭前進行相關配合措施之會議，並於與會單位同意在未來相關配合措施完備後，屆時合法之導管承裝業者，均得依法從事向用戶承攬工程事宜之後，予以結案²⁶。

²² 八十四年三月二十八日第一八一次委員會議。

²³ 八十三年三月二日第一二五次委員會議、八十四年三月二十八日第一八一次委員會議。

²⁴ (八七)公貳字第〇一四九七號函。

²⁵ (八四)公貳字第〇〇八三〇號函。

²⁶ (八三)公貳字第〇七六九號函。

(四) 其他非處分性質之獨占案件處理

在性質上未必屬於管制之猶豫或遁逃，惟同樣係非以第十條之正式處分方式處理獨占之個案或通案案件之情形者，尚有下列情況：

1. 排除公平法適用與依第九條第二項協商處理

公平法適用之初，大多數的獨占事業涉及公用事業，除有特別法的規範外，其營業亦受各目的主管機關的監督，甚至要配合政府的經濟政策。因此，對於這類獨占事業的行為，公平會基於特別法以及機關間相互尊重的立場，對於有法源依據（法律或法規命令）或經行政院許可者，依修正前第四十六條第一項或第二項，排除公平法之適用。而對於本法規定之事項，亦涉及他部會之職掌者，同時依第九條第二項之規定，與各主管機關進行協商，促使其依公平法精神檢討及改進。

這類之案例，不勝枚舉，例如依公平會之見解：煤氣事業之氣體售價係依民營公用事業監督條例報中央主管機關核准，故依公平法第四十六條第一項排除公平法之適用²⁷。台糖公司進口糖差價利益未回饋蔗農，而以數量折扣方式回饋給購糖戶，係遵照經濟部指示實施，並未自行決定或變更砂糖價格，故認無第十條第一項第二款之適用²⁸。台北自來水事業處之各種費用（復水費），係依營業章程經主管機關核定，難謂有濫用市場地位之行為²⁹。公賣局不開放機場管制區洋菸酒之銷售而由該局獨家銷售之作法，雖有可議之處，但依專賣條例，其有權決定是否開放，依公平法第四十六條第一項可排除公平法之適用。惟公平會基於維護競爭之立場，對本案同時依第九條進行協調³⁰。大台北地區瓦斯公司之訂價，係經台北市議會通過，難謂為「不當」³¹。電信局之電信資費的訂定及獨家經營，已有電信法規範，故不適用公平法³²。又中油公司以牌價八八折供應柴油給台塑抽砂填海造陸開發工業區，係配合經濟部之政策，尚難謂違反公平法第十條第一項第二款之規定³³。退輔會以其核發之「氣

27 八十一年五月十八日第三十一次委員會議。

28 八十二年二月六日第七十次委員會議。

29 八十二年四月二十八日第八十二次、八十三年一月十二日第一一九次委員會議。

30 八十二年五月二十六日第八十六次委員會議。

31 八十二年十二月二十三日第一一六次委員會議。

32 八十三年三月二日第一二五次委員會議。

33 八十四年八月九日第二〇〇次委員會議。

源證明」作為煤氣事業公司之設立登記要件，並僅發予其投資設立之相關公司，實已造成他事業進入市場之不當障礙，因事涉經濟部職掌，故擬爰依第九條之規定商同該部辦理³⁴等等，皆屬之。

2. 促進積極開放市場解除管制

此外，公平會也對一些非競爭性之市場，促進其儘量維持市場之開放，減少市場參進障礙，以避免獨占壟斷所可能帶來的反競爭影響，並逐步推動解除管制計畫。此類業務之推動，例如：建請高雄港務局應避免慣性續約之情形，以確保帶解纜業務能開放多家經營，促進市場之公平競爭³⁵。為促進票券市場之競爭機能，建請主管機關開放票券業務（簽證及承銷業務），擴大票券公司之業務範圍，以兼顧其競爭條件，同時為促進市場之競爭，具體要求票券公司提供各項收入情形及投資報酬率、利潤率，並查核收費及利率之變動情形等³⁶。而對於「復華證券金融公司涉嫌獲取超額利潤一案」公平會認為，雖尚難認定復華證券金融公司有濫用市場地位之情形，惟仍邀請相關機關檢討有關法令，降低證券商經營融資融券業務之標準，並放寬辦理融資融券之金額³⁷。又在油品市場上，則檢討中油公司與液供處之排他性總經銷合約，要求其訂定符合公平法規定之經銷辦法，以充分開放市場，進而對該產業產生良性競爭之影響³⁸。同時，在油品市場自由化以前，則限制中油公司簽訂長期獨家交易供油合約³⁹，開放高速公路加油站之經營⁴⁰及開放加油站業者自行提油等⁴¹，並對中油公司與民營加油站業者的結合申請案，暫不予許可⁴²。在此同時，也對油品市場全面自由化前的供

34 八十二年五月九日第八十五次委員會議、八十三年五月十一日第一三二次委員會議。

35 八十三年六月十五日第一四〇次委員會議決議。

36 八十二年十二月二十九日第一一七次委員會議決議。

37 八十二年九月二十三日第一〇三次及十一月二十四日第一一二次委員會議決議。

38 八十二年二月二十四日第七十三次委員會議決議、(八二)公貳字第五〇六六〇號函。

39 八十七年一月二十六日第三二六次委員會議決議、(八七)公貳字第八五一一〇五八—〇〇四號函。

40 八十三年六月十五日第一四〇次委員會議決議。

41 八十六年七月十六日第二九八次委員會議決議。(八八)公貳字第八七〇二三〇六—〇〇四號函指出：在石油管理法和石油基金等相關配套措施實施前，中油公司為配合政府對偏遠地區之油價政策，而限制加油站業者自行提油之行為，尚可達成平衡偏遠地區油價之政策，另在油價計算公式廢止前，中油為將油品運輸成本平均由所有購油業者分攤，而限制加油站業者自行提油之行為，亦屬依行政院油價政策之正當行為。故現階段限制加油站業者自行提油仍有其正當性。

42 八十六年十一月第三一四次委員會議決議。

油行為進行積極地導正，新舊供油業者應配合油品市場自由化政策，避免不當限制加油站業者終止契約之行為，宜賦予加油站、油品經銷商或大宗用戶等，可經預告終止契約之權利；而且在新供油業者參進市場前之過渡期間，不得有不當之斷油行為，以免妨礙新進業者參進市場，造成限制競爭之效果⁴³。此外，對於中正國際機場航空燃油供油業務的開放，也建請降低市場進入門檻，並對若干市場進入門檻要求進一步提供充分正當之實質理由，並予以檢討改進，以免違反公平法規定⁴⁴。除此之外，也促使積極開放信用卡收單業務⁴⁵、放寬有線電視經營申請要件⁴⁶、開放數位式交換機採購市場⁴⁷等等。並且對於台灣證券交易所資訊使用費的收取進行導正⁴⁸，要求應採固定定額收費方式，不按個別客戶收費，但得訂定級距式定額標準，同時應依公平法意旨合理規範資訊廠商的參進資格。除此之外，更於八十五年十二月成立「解除管制促進市場競爭專案小組」，就有線電線、基本電信、油品等十二個特定市場，全面檢討不必要管制或有礙公平競爭之事項和法規，推動解除管制計畫，以促進市場的開放與自由競爭。

公平會上述促進積極開放市場、解除管制之種種努力與措施，當然值得肯定，因為開放市場、引進競爭之機制，才是可能從結構上根本解決許多產業中獨占問題之道，比起零星之濫用行為管制，自然較能發揮其宏效。惟另一方面，本文也必須指出，在促進解除管制之過程中，似乎有若干本來應依法處分之案件，也在「促進措施」之協調、函請檢討改正、建請開放等動作中，消失於無形。雖然不執法可能有其各方面之考量，惟排除公平法之適用基本上應依循公平法第四十六條之管道，在符合其要件下進行，「推動解除管制」並不能構成有關濫用行為之阻卻違法之事由。

(五) 真正公平法上獨占管制之醞釀準備

公平會在此一時期有關獨占管制之執法活動，雖然多係環繞在真正公平法上獨占管制措施之周邊進行，而從未直接以公平法第十條對於任何獨占事業進行處分，惟醞釀與準備進行第十

43 (八九)公貳字第〇二二三二號函。

44 (八八)公貳字第八八一四一六-〇〇一號函、(九十)公貳字第八九〇一五九〇-〇〇八號函。

45 八十五年三月第二三一次委員會議。

46 八十五年十二月第二六九次委員會議。

47 八十六年四月第二八四次委員會議。

48 (八六)公壹字第八五一三四三一號-〇〇一號函。

條管制之行動，卻也已經同時漸次展開。

因為在這段期間，對於公平會似乎不打算依第十條處分獨占事業一事，批評之聲浪，漸有風雨欲來之勢。積極正面且緩和一點之批評，會認為獨占管制之管制技術本來就十分困難，公平會在尚未能充分掌握之前，執法立場縱使過度謹慎，並不為過；況且獨占事業之經濟地位顯著，予以大力處罰，其影響牽連之層面廣泛，對國民經濟未必有利。惟消極尖銳一點且含帶幾分臆測之批評，則會認為公平會只敢拍蒼蠅，不敢打老虎；甚至於懷疑官商勾結，獨優待、呵護獨占事業者，亦屬有之。基本上，公平法上之任何條文，不應成為執法者之禁忌或「執法禁區」，而公平法第十條多年以來，成為公平會唯一未曾進行過正式處分之條文的事實逐漸廣為人知之後，反過來也會形成公平會面對外界（尤其是立法院）質疑時之一大負擔。

為了除去此一負擔，公平會也逐漸展開真正以第十條執法之準備。除了不斷增進對獨占產業之資料蒐集與瞭解、充實管制之知識、工具與能力外，最重要之「移開擋路之石」的一步，即是完成修法，將獨占由直接構成刑事不法，改為「先行政後司法」之執法模式。此一步驟，在我國獨占管制之歷史上，實具有關鍵性之意義，而成為劃分管制歷史階段之分水嶺。在各界期待公平會真正進行獨占管制之聲音與期盼累積至相當程度，再加上沒有「將獨占事業負責人移送法院偵辦」之壓力下，獨占管制之路，在我國突然間豁然開朗。

三、管制展開時期

八十八年間的公平交易法修正，除廢止獨占公告制度外，也將「先行政後司法」的執法模式引入獨占管制內，使得如上所述，管制道路上心理或實質障礙的石子，陸續被搬開，執法上變成較無不必要之顧慮。同時立法者也修改第四十六條之規定，將公平法提升至「經濟基本法」之層次，減少「替代競爭的管制」，代之以「促進競爭的管制」，擴大公平法的適用範圍，從而進入真正獨占管制的時期，本文特稱之為「管制展開時期」。

這個時期雖然尚短，惟相關的正式處分案，卻已經開始陸續出現，實務豐富之活力，已開始嶄露其頭角。例如公平會對於大台北區瓦斯股份有限公司、中國石油股份有限公司、飛利浦、新力、太陽誘電等公司之獨占濫用行為，積極地以第十條作為處分基礎，並課處鉅額罰鍰，逐步建構起我國公平法下的獨占濫用控制之相關理論與實務。其有關獨占管制理論上之諸問題，則將待下文探討，於此茲不贅述。

參、我國獨占管制之理論與問題面向

一、立法原則、立法目的與討論架構

公平交易法對於獨占事業的規範，並非採取「大即是惡」(Bigness is badness)的態度，即不對於單純獨占的存續狀態(Zustand)作結構面之禁止⁴⁹，而是採取「濫用原則」(Mißbrauchsprinzip)，又稱為「防弊主義立法」，即係對於獨占事業恃其市場力量所遂行的反競爭行為，作個案式、行為面的濫用控制(Mißbrauchskontrolle)⁵⁰。此一立法原則，允為妥當，十年以來，也一貫維持，未聞有欲根本變動之呼聲。在此一立法原則下，當獨占事業阻礙、榨取或損害他人之不公平行為，係植基於其市場力量之運用，而其行為方式與效果，係於市場上存在「有效競爭」(wirksamer Wettbewerb)時，所不可能發生者，即構成獨占事業之濫用。簡單講，獨占事業之濫用行為，必須與獨占力之運用有直接間接之關連始可。如行為之作成，與行為人是否具有獨占市場力量無關者(如營業秘密之侵害或不實廣告)，則無援引獨占之規定加以處罰之必要。而濫用控制的目的，即在於避免獨占事業不當維持或繼續取得更多的市場力量，或獨占其他市場；並且促進或保持市場的開放，使獨占事業會感受到新競爭者參進的威脅，進而瓦解市場力量的集中。同時，獨占管制也在保護獨占事業前後階段經濟階層之事業，免於受到獨占事業的巧取豪奪與不當束縛⁵¹。

獨占事業市場力量之濫用，可從其交易關係以及競爭關係兩個面向來觀察。在關於垂直交易關係之濫用上，係處理獨占事業與其交易相對人，即與其上下游業者或消費者間的獨占力濫用問題。由於缺少競爭之故，使得交易相對人在選擇交易對象上，無迴避之可能性。若市場上復存在法令、技術等進入障礙，致使市場的參進，無法於短暫期間內達成，則獨占事業在缺乏現存與潛在競爭的威脅下，即可能利用其市場力量，在價格或交易條件上予取予求，獲取超額之獨占利潤，例如進行所謂之「獨占性訂價」。此時，因無法透過競爭者的參進，或透過市場

49 假設公平法對於獨占事業之存在狀態，即採取「禁止原則」(Verbotsprinzip)之態度，則第十條之規範方式應近似於第十四條，例如其應規定：「事業不得成為獨占事業。」並且必然會具有配套之事業解體措施。

50 公平法第十條之立法理由謂：「一、衡諸我國經濟發展之現況與特色，似不宜對具有大型化經濟規模之產業抱徹底否定之態度，故參考韓國、西德等國立法例，採較進步之防弊主義立法，即僅就獨占之事業以不公平之方法濫用其獨占地位之行為，方予禁止。…」明示我國採取濫用原則之立法考量，可資參考。

51 Emmerich, Kartellrecht, 8 Aufl., 1999, S. 198.

的自我調整，來牽制、抑制獨占事業，只好由法律之監督與處罰替代競爭之壓力，來控制獨占市場力量的濫用，防止交易相對人被不當剝削。其次，在關於水平競爭關係的濫用上，則是處理獨占事業與其他競爭者間的獨占力濫用問題。其目的在於防止獨占事業不當阻礙其他事業參進市場，或不當維持或獲取更多的市場力量，使原本不利於競爭的市場結構更形惡化。因而此種濫用控制，須對獨占事業的濫用行為，諸如掠奪性訂價、價格擠壓、交叉補貼、排他性限制等進行監督，以維持市場的開放。

公平法第十條除以概括規定（第十條第四款）規範獨占事業之濫用，以示本法係對於獨占事業之行為採取範圍最廣之全面性管制外⁵²，並例示三種濫用態樣，即：(1)以不公平之方法直接或間接阻礙他事業參與競爭。(2)對商品價格或服務報酬為不當之決定、維持或變更。(3)無正當理由使交易相對人給予特別優惠。關於獨占事業濫用行為的類型化，學理上通常可區分為「阻礙濫用」(Behinderungsmißbrauch)和「榨取濫用」(Ausbeutungsmißbrauch)兩大類型。前者主要是指對於競爭對手的不當阻礙，後者則是指對於交易相對人的不當剝削。在此分類基礎

⁵² 公平法對於事業所進行之限制競爭法上之管制，其管制密度、管制範圍、及處罰程度等，基本上均與事業所具有之市場地位與市場力量成正比，此可謂公平法上之鐵律也。吾人如將事業按其市場力之大小，排列出一事業之譜系，則似可將公平法上之事業大略分為「獨占事業」、「具有相當市場力量之事業」、「具有相對市場力量之事業」、以及幾乎無市場力量之「中小企業」等四類。對於獨占事業，公平法以第十條之前三款以及後續發展之各種濫用行為類型管制之，其管制密度最高。其次，獨占之管制範圍，透過第十條第四款之概括規定，涵蓋了獨占事業之全面市場行為。而關於違法行為之處罰上，獨占也是最為嚴格者。至於所謂「具有相當市場力量之事業」，係指事業之市場地位，未達但接近於公平法關於獨占事業規定之標準，故其雖非獨占事業，惟仍具有相當之市場地位，對於競爭者或交易相對人而言，其仍具有相當之市場影響力。而所謂「具有相對市場力量之事業」，則係指雖不具有普遍、絕對之獨占或相當市場力量，惟在特定之垂直交易關係中，因受交易相對人之依賴，產生所謂之依賴性後，相對於該交易相對人事業所擁有之市場力量也。公平法對於「具有相當市場力量之事業」以及「具有相對市場力量之事業」的管制，主要係在公平法第十九條、第二十四條之適用過程中，當必須考量事業之市場地位時，予以納入考量。故一般而言其管制密度較低、管制之範圍較為狹小而特定（如限於差別待遇、不當限制交易相對人事業活動為條件而交易等行為之管制，惟第二十四條本身為概括條款，仍可能發展新的管制行為類型，但第二十四條之適用則其有一定之限制）且處罰之程度亦較輕。至於中小企業，除應受與市場力量無關之有關規定規範外，幾乎不受限制競爭法之管制，甚至於享有立法上一定之特殊優待，如中小企業聯合許可管道之開放。關於具有相對市場地位之事業與所謂「依賴性理論」之問題，參考吳秀明，從依賴性理論探討相對市場優勢地位——以公平法立場之研析適用，收錄於行政院公平交易委員會編，第五屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，一九九九年十一月，頁一四三至二〇六。

上，第十條第一款可歸類為阻礙濫用；而第十條第二、三款則可歸類為榨取濫用⁵³。

以下在有關我國獨占管制之理論與問題面向之討論，基於過去之獨占管制，並非完全係在公平法第十條之下進行，故本文在討論架構上，區分為依第十條而為之「真正的獨占管制」，與依其他規定而為之「遁入其他規定之獨占管制」兩者。在真正的獨占管制一節中，復區別為市場劃定、獨占事業之認定、阻礙濫用、榨取濫用、買方獨占力之濫用、其他濫用行為之監督等，分別探討其有關之問題。在遁入其他規定之獨占管制一節中，則進一步就遁入第十九條之獨占管制以及遁入第二十四條之獨占管制兩者，加以研析。最後，關於獨占管制理論之問題，亦不能不就獨占管制與管制法上之市場力管制，以及解除管制與獨占管制之關連，略予著墨。

二、真正的獨占管制

(一) 市場之劃定

首先應說明者，因市場之劃定，並非專屬於獨占管制之問題，而是公平法上普遍性之問題。故本文限於篇幅，不擬在此一公平法之共通問題上，作深入之探討，以下僅略述其在獨占管制上之基本問題⁵⁴。

1. 概說

特定市場的劃定為獨占管制的起點，亦即要認定事業是否具備獨占地位，首先須界定事業居於何一市場，並劃定其市場範圍。而獨占事業規模之認定，係要視其位於何一大小範圍之特定市場，然後視其與其他事業之相對大小關係而決定。故相關市場範圍寬窄之認定，也將直接影響到獨占地位的有無之判斷結果。若特定市場之範圍劃定得越小，事業自然就越有可能成為獨占。

公平法第五條第三項所規定的「特定市場」：「係指事業就一定之商品或服務，從事競爭之區域或範圍。」事業間的競爭，通常發生在某一類之產品間、特定之區域，或某些特定時

⁵³ 分類問題可參閱劉孔中，前揭文，頁二四四；賴源河，事業濫用獨占地位之認定，月旦法學雜誌第二十四期，一九九七年五月，五十七頁。

⁵⁴ 關於市場界定及測定方法，請參閱黃美瑛，市場範圍界定及測定方法評估—反托拉斯法執行關鍵之研究，公平交易季刊，第一卷第一期，一九九三年一月，頁八以下。關於市場範圍之詳細調查，詳見林大侯、周佩萱、黃玄騰，市場範圍界定暨獨占行為態樣之探討，公平會八十一年度委託研究計畫三，一九九四年四月，頁十一以下。莊春發，市場的迷思：論市場定義在公平交易法應用的困境，收於瞿宛文編，產業結構與公平交易法，一九九四年六月，頁一六六以下。

間。因此一般而言，特定市場的劃定可分為「相關產品市場」(sachlich relevanter Markt)、「相關地理市場」(räumlich relevanter Markt)、及「相關時間市場」(zeitlich relevanter Markt)三種。其中，時間之相關市場只有在少數之例外情況中，才會加以考量，例如商品及服務僅在特定時期或時點被提供。因此，關於特定市場之劃定，以產品因素和地理因素之影響最為重要。

2. 產品市場

產品市場之劃定，主要是從市場相對人(Marktgegenseite)之觀點來看，亦即應採取所謂「需求的市場觀」(Bedarfsmarktkonzept)，以買受人對於該產品所認定之「合理替代可能性」作為衡量指標。換言之，應視系爭之產品對於顧客而言，是否具有所謂「功能上之替代可能性」，而決定其是否屬於同一產品市場。若產品在特性、經濟使用目的及價位上具有替代性，而一般理性消費者為滿足特定需求時會加以比較，並且認為其彼此間可以相互替代，則這些產品即可歸於同一產品市場⁵⁵。例如價位相似、不同品牌之各種中型房車。

公平會在有關獨占管制案件中，對於特定產品市場之劃定，例如在「中華電信公司將廣告費用併入電話帳單收取一案」中，由於廣告除刊登於電話號碼簿上之外，亦可於報紙、電視、雜誌、廣播、POP、DM、夾報、傳單、及其他公司出版之專業電話簿等廣告媒體上登載，故一般事業倘不接受被處分人之收費規定，仍可選擇其他媒體刊登，且選擇機會甚多，故公平會認為相關市場之劃定，不以電話號碼簿為限，而被處分人在同類之廣告市場，並不具有獨占地位⁵⁶。

又在「飛利浦等公司光碟產品專利技術授權一案」中，雖然目前主要光儲存產品種類，可分為唯讀型光碟片及寫錄型光碟片，後者又可分為可寫一次及可覆寫型光碟片，其他如迷你光碟(MD)及數位錄音帶(Digital Compact Cassette)等亦為類似之儲存媒介產品，但公平會認為其他光儲產品目前在市場供需、價格及技術功能上尚無法替代可寫一次之 CD-R，故本

⁵⁵ 除了需求替代以外，供給替代性有時也會被納入考量，亦即若生產者可在短期內改變部分生產技術或流程，即可生產另一類似之產品時，則此兩種產品亦可列入同一產品市場，例如男成衣與女成衣。Vgl. Emmerich, Kartellrecht, 8 Aufl., 1999, S.179ff; 范建得、莊春發，公平交易法第一冊：獨占、結合、聯合，一九九九年三月，頁一二〇以下。

⁵⁶ 八六公處字第二一七號處分書。

案之特定市場，應為可錄一次型之光碟產品⁵⁷。

3. 地理市場

地理市場的劃定，也是在市場相對人觀點下，視何一地理範圍內之產品，對於其滿足特定需求而言，具有替代之可能性來界定。而地理市場的區隔，通常會受顧客通常消費之區域範圍、法律規定、交通運輸成本、產品特性(如特須保鮮之產品以及與管線網路有關之產品)或自然地理環境等因素所左右⁵⁸。又因不同產品、服務之個別情形，也可能會產生全國性或地方性之地理市場。地方性之市場，則可能會隨顧客區域之不同，而有重疊之情形。至於因法律規定而產生之特定地理市場，則例如全省各地區的瓦斯公司，依民營公用事業監督條例第四條之規定，其營業區域須經主管機關核准。又如有線廣播電視之經營，依有線廣播電視法第三十二條之規定，其經營地區之劃分及調整，由中央主管機關會商當地直轄市或縣(市)政府審酌行政區域、自然地理環境、人文分布、經濟效益等事項後公告之。此等即是因法令之限制，而形成各個不同區域之地理市場。

(二) 獨占事業之認定

市場範圍劃定完畢之後，緊接著即應判斷涉案之事業在該特定市場中，是否具有獨占地位。以下謹就我國法上，獨占事業一般性之認定方法，以及十年來所產生之個別特殊問題，予以探討研析。

1. 認定方法之理論與實務

(1) 獨占狀態之抽象描述

公平法本身對於獨占事業所應達到之獨占狀態究竟為何，僅具有相當抽象之描述。公平法上所稱之獨占，較經濟學上所使用之市場上只有一家廠商別無競爭者之獨占概念為廣。依公平法第五條之規定，獨占係指「事業在特定市場處於無競爭狀態，或具有壓倒性地位，可排除競爭之能力者」(第一項)。又二以上事業，實際上不為價格之競爭，

⁵⁷ 九○公處字第○二一號處分書。不過，在訴願程序中，行政院訴願審議委員會認為依原處分機關卷附資料，似無在與現階段市場上其他類似儲存媒介產品之比較後，足以支持其推論 CD-R 光碟產品與其他光學儲存產品間，在目前市場供需、價格及技術功能上，能彼此區別，並以 CD-R 可錄式光碟授權技術市場界定為特定市場之資料，此部分證據論證容有補強之必要。參閱行政院台九○訴字第○六七二六六號訴願決定書。

⁵⁸ Emmerich, a.a.O., S. 182f. 范建得、莊春發，前揭書，頁一三三以下。

而在對外關係上具有上述情形者，亦視為獨占（第二項）。由於公平法對獨占地位之描述，僅是使用「無競爭狀態」、「壓倒性地位」、「排除競爭之能力」等不確定概念，如何將其於個案中具體操作，甚至擬出明確的標準，則有待執法機關的努力。公平會自公平法生效施行時起，即致力於發展一套認定獨占事業之標準。此一標準，係由「負面推定與雙重門檻」以及「正面認定」所共同構成。十年中間雖經法律之修訂，廢除了公告制度，惟這套認定標準之實質內涵，則無太大之變更，茲將其內容說明如下。

(2) 負面推定與雙重門檻

獨占事業之認定過程上，首先涉案事業之規模必須跨越雙重門檻。第一道門檻，是事業之市場占有率，不得符合公平法第五條之一⁵⁹第一項所作之「負面推定」，即如果事業符合此一負面推定者，除具有同條第三項之情形（後述）外，即認為該事業不構成獨占。此一負面推定之內容為，若事業在特定市場之占有率未達一定門檻（一事業達二分之一、二事業達三分之二、三事業達四分之三）者，將不列入獨占之認定。又縱事業跨越此道門檻，亦不當然構成獨占地位。事業之規模必須尚跨越第二道除外之門檻始可：即個別事業之市場占有率，須非未達十分之一，或其上一會計年度之事業總銷售金額，須非未達新台幣十億元（參考公平法第五條之一第二項）。換言之，如事業之規模低於上述門檻者，原則上即可排除於獨占認定之外。

上述之雙重門檻可謂相當地高，為免實際上具備排除競爭之能力而未達門檻之事業，成為獨占認定的漏網之魚，該條第三項乃另設例外規定以規範之。亦即若事業之設立或進入特定市場，受法令、技術限制，或有其他足以影響市場供需可排除競爭能力之情事者，仍得將之認定為獨占事業。此一規定，按其性質，可說是「反面排除之排除」，使符合其規定者，復有被認定為獨占事業之可能。因此，關於獨占事業之認定，在高門檻的形式要件下，第三項之實質要件的判斷，應可對獨占管制發揮相當作用。不過，此一預期，在過去十年並未得到充分之實現。公平會在處理瓦斯公司之市場地位認定上，雖認為由於法令限制之緣故，使得各瓦斯公司在其地域市場上成為唯一的供應者，具備法定獨占力，但仍因其年度營業總金

⁵⁹ 本條原為施行細則第三條，於九十一年一月間修法時，將此條文提升至公平法第五條之一。

額未跨過十億元之門檻，而未將其認定、公告為獨占事業⁶⁰。此一認定，似大幅強化了雙重除外門檻之地位，而壓縮了上述「反面排除之排除」原則的適用空間，也等於同時壓縮了獨占管制之實施範圍，其影響不可謂不大。

(3) 正面認定與實務案例

在公平會所設計之認定標準下，未達前述雙重門檻之任一者，固然可推定為非獨占事業，惟已同時達到該等門檻之規模者，卻不表示已經當然構成獨占事業。事業之該當獨占，仍應另行符合正面認定之要求始可。此一正面認定，即是要判斷涉案之事業是否有「無競爭狀態」、「壓倒性地位」、「可排除競爭之能力」等情事。

在理論上，關於上述獨占地位認定之具體判斷，可從市場行為面及市場結構面著手。市場行為面的考察因素，主要是要考量涉案事業「行動空間」(Handlungsspielraum)之大小。蓋若事業處於無競爭狀態或具有壓倒性地位，則其便能自由決定其經濟活動，而不再受限於競爭壓力，也無庸特別顧忌競爭對手、買受人或供應商之反應。此時，該事業即可進而遂行種種的濫用行為，例如拒絕交易、差別取價、操縱價格等。此等行為，通常是具備相當程度之市場力量的事業，始能為之。故事業活動空間之大小，通常也會符合比例地彰顯其市場力量之大小。不過，從事濫用行為者不一定就位居獨占地位，而獨占事業亦不一定皆從事濫用行為。因此，僅由行為來推論行為人之市場地位，並不十分穩妥，實有必要同時從結構面的相關因素觀察。例如應考察事業之市場占有率、競爭者的地位差距、競爭者的分散程度、國內及國外的競爭壓力、事業之財務能力、市場進出之障礙、與其他企業的關連、潛在競爭、替代競爭、市場相對人的力量大小等等因素。簡言之，惟有整體考量所有市場行為及市場結構面的因素，始足以論斷事業的獨占地位⁶¹。

在理論之實踐上，公平法施行細則第二條規定獨占事業之認定，應審酌市場占有率、產品或服務之替代可能性、事業影響特定市場價格的能力、市場進入障礙、商品或

⁶⁰ 參閱八七公處字第○一七號處分書、八七公處字第一六七號處分書、八七公處字第一五七號處分書。有關此等案例之說明，復參見後文之「參、三、(二)、1」。

⁶¹ Emmerich, a.a.O., S. 186f. 何之邁，控制企業經濟力濫用之研究，收於氏著，公平交易法專論，一九九三年十月，頁四四三以下。

服務之輸入、輸出情形等因素⁶²。上述規定，是公平法上正面認定成立獨占之具體判斷標準。其內容亦同時包含對事業行為面與市場結構面之考察，與理論相互呼應。惟整體而言，似乎較著重於市場結構面之因素，其中又以市場占有率居有最為重要之地位⁶³。

關於獨占認定值得一提之案例，如在「中油公司拒絕提供國內航空燃油報價一案」中，公平會認為就中正航空站區域市場而言，雖然航空燃油名義上已經開放，但由於「中正國際航空站航空器燃油供油、儲油、及加油業務管理要點」尚未通過，故實際上何時開放市場尚未可知。因此，短期內仍會維持被處分人獨占供油之局面。再者，縱台塑公司得合法供應航空燃油，然其台北港儲槽，及自台北港儲槽供應中正航空站之油管，尚未完工。在此情形下，縱使航空站允許台塑或加油入機公司以油灌車方式，遠赴六輕麥寮提油，由於航機一次加油甚大，該等公司目前於中正機場附近又無油庫可供儲油，因此，縱無前述法令限制，其他公司亦難在中正航空站供油，是故公平會認為，被處分人於本案國內航空燃油供油市場上具有獨占地位，應足堪認定⁶⁴。

又在「飛利浦等公司光碟產品專利技術授權一案」中，公平會認為任何 CD-R 的製造、銷售均須取得被處分人等的專利技術授權，是渠等應具有世界性的壟斷地位。另從技術規格的角度言，CD-R 是可錄一次型的光碟產品，依目前市場狀況，在供給、需求、產銷及成本各方面並無替代可能性產品。其他人雖仍得自由開發競爭技術規格或提供競爭產品，惟目前市場上尚無第二種規格存在，而其主要專利技術又為飛利浦公司等所擁有，具有絕對的優勢地位，其他事業欲進入系爭 CD-R 光碟產品授權專利技術市場的機會極微，故被處分人等應屬公平法第五條所稱獨占之事業⁶⁵。

⁶² 關於獨占事業認定之實踐，參閱李延禧，獨占事業公告作業檢討報告，公平交易季刊，第一卷第一期，一九九三年一月，頁二九以下。林慶堂、洪德昌、楊家駿，製造業獨占事業之認定，公平交易季刊，第一卷第一期，一九九三年一月，頁七十以下。陳銘煌，服務業獨占事業之認定與公告，公平交易季刊，第一卷第一期，一九九三年一月，頁八九以下。須文蔚，電視事業之獨占認定與公告，公平交易季刊，第三卷第四期，一九九五年十月，頁九以下。

⁶³ 關於計算市場占有率應審酌事項，施行細則第四條規定：「計算事業之市場占有率時，應先審酌該事業及該特定市場之生產、銷售、存貨、輸入及輸出值（量）之資料。（第一項）計算市場占有率所需之資料，得以中央主管機關調查所得資料或其他政府機關記載資料為基準。（第二項）」

⁶⁴ 參閱八九公處字第一七〇號處分書。

⁶⁵ 參閱九〇公處字第〇二一號處分書。

2. 個別問題之檢討

關於現行法下獨占事業認定之相關因素，有幾點值得特別提出來討論：

(1) 認定獨占事業之審酌事項與負面推定門檻宜改列母法

現行公平交易法，僅以若干高度抽象之不確定法律概念來描述獨占之狀態，並未進一步提供任何明確、可操作的判斷標準。此一情形，已經引發獨占認定之規定，可能違反「法律明確性原則」的疑義⁶⁶。雖然公平會於施行細則中，揭示若干具體的判別標準，但是由於這些門檻要件或審酌事項，是判斷是否構成獨占事業之基本要素，具有高度之基礎性與重要性，按其性質自應置諸於母法，而不應規定於施行細則。又其他國家亦多將基本之認定標準規定於母法當中，如德國限制競爭防止法之第十九條之正面推定規定⁶⁷。是故將來修法時，現行施行細則中有關認定獨占事業之負面推定與審酌事項，實宜提升至公平法中較為宜⁶⁸。此項看法，於九十一年一月間的公平法修正中已被部分採納，將原施行細則第三條之門檻要件提升至公平法第五條之一。

(2) 施行細則所列事項為例示規定

公平法施行細則第二條所揭示之審酌事項，雖然已經極為廣泛，但仍有若干攸關獨占地位認定之相關因素未被納入，例如事業之財務能力(Finanzkraft)、進入採購或銷售市場的通路管道(Zugang)、與其他事業之連結關係(Verflechtungen)、事業事實上具有之潛在競爭能力、市場相對人尋找其他交易對象之可能性等等⁶⁹。因此，宜將施行細則列舉的數款事由，解為例示規定而非窮盡規定，以便更能掌握事業的實際市場地位狀況⁷⁰。

(3) 獨占事業認定之門檻仍有檢討空間

對於支配市場地位者的管制，涉及對於事業之市場力量的評價與基本立場。即立法

⁶⁶ 論者即有認為，獨占事業認定之法律構成要件極度不明確，而有違法律明確性之憲法原則。參閱黃俊杰、萬先鳳，獨占事業之認定、公告與救濟，月旦法學雜誌，第三十五期，一九九八年四月，頁七十。

⁶⁷ Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., §19 Rdnr.90ff.

⁶⁸ 同樣採此見解者，例如莊春發，論公平交易法獨占事業規範的立法演變及其意義，公平交易季刊，一九九二年創刊號，頁十六；劉孔中，前揭文，頁二四一。

⁶⁹ Emmerich, a.a.O., S. 189ff.

⁷⁰ 參閱廖義男，前揭文，頁三至四；劉孔中，前揭文，頁二四〇。

者愈對市場力量抱持不信任之態度時，其對支配或優勢市場地位的管制，亦將愈嚴。反映在市場地位的認定條件上，其構成之門檻便會設定愈低度。關於市場支配(market dominance)的認定，各國大致以市場占有率作為主要出發點。美國法上，大體認為百分之九十的市場占有率足以構成獨占；而百分之六十至六十四是否足以該當獨占，則有疑問；至於百分之三十三則不足以構成獨占⁷¹。後來的法院見解大致認為，若市場占有率高於百分之七十，則通常可作為認定獨占地位的基礎；若市場占有率高於百分之五十，則將被懷疑；若市場占有率低於百分之三十，倘無相關因素（如市場進入障礙等），則不足以構成獨占力量⁷²。歐盟在執法上，對占有率超過百分之五十的事業，通常推定為控制事業；而占有率在百分之二十至四十間者，是否構成市場控制地位則需再參酌相關因素判斷。惟自歐盟結合規則（四〇六四-八九號規則）施行後，低於百分之二十五市場占有率的事業，則通常被認為與共同市場相容⁷³。德國限制競爭防止法第十九條第三項，則以三分之一以上的市場占有率作為正面推定之門檻。英國法則是以百分之二十五的市場占有率作為認定之初步證據(preliminary evidence)⁷⁴。

公平法施行細則在擬定過程中，對這部分的門檻設定亦屢有變動，呈現越來越高的傾向。門檻由最初的一事業達三分之一、三以下事業達二分之一、五以下事業達三分之二，提高至現行法的一事業達二分之一、二事業達三分之二、三事業達四分之三⁷⁵。不僅將事業家數的判斷予以減少，也將市場占有率的標準提高。是故，在此高門檻之情況下，未達門檻之高度市場力量的濫用情事，即無法以獨占管制相繩。但對這類市場地位的濫用又不能視而不見，因此只好轉而以「相當市場力量」或「相對市場力量」的型態⁷⁶，依公平法之其他規定加以論處。至於是否要將獨占管制的門檻降低，在政策上仍有討論的空間⁷⁷。此一門檻高低之問題，涉及我國獨占管制範圍大小之重要基本事項，故

71 U.S. v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 424 (2nd Cir. 1945).

72 Ernest Gellhorn & William E. Kovacic, *Antitrust Law and Economics*, 4th 1994, at 117; William C. Holmes, *Antitrust Law Handbook*, 1998 Edition, at 416-418 Fn. 27, 28.

73 參閱何之邁，*歐洲共同體競爭法論*，一九九九年五月，頁一二六、一二七。

74 M.A. Utton, *Market Dominance and Antitrust Policy*, 1995, at 80.

75 歷次的演變，詳見莊春發，前揭註 68 文，頁十七以下。

76 關於「相當市場力量」或「相對市場力量」的事業型態，參見前揭註 52。

77 如廖義男教授即認為，公平法第十一條之結合管制以市場占有率達三分之一為門檻，即表示立

原則上不宜僅由行政機關自行訂定或任意修改，從而於公平法修正時，已將其增訂至公平法第五條之一。

(4) 獨占事業認定之效力

公平會對於獨占事業之認定，是否因涉及「不確定法律概念」之解釋適用，而可拘束法院或享有判斷餘地，不無疑問。對此問題，過去學說上屢有討論，正反意見互呈⁷⁸。甚至於在公平會於八十二年十二月三十日向行政院所提出之「公平交易法部分條文修正草案」中，也有意將第十條第二項修改為「獨占之事業，由中央主管機關認定之」，由公平會基於其高度專業和專門知識來作獨占事業之認定，並藉此希望能受到法院的尊重，即享有所謂之判斷餘地。不過此項修正之用意並未獲得外界之瞭解與支持，從而公平會為避免外界之誤會，遂於再度提出修正草案時，將其直接刪除，故未能成為法律⁷⁹。在實務上，行政法院亦未於個案中直接承認公平會對獨占事業之認定享有判斷餘地；但法院對於公平會的認定結果，通常保持相當高度之尊重⁸⁰。因此就現行法而言，法院並不當然受公平會獨占認定結果之拘束，理論上法院仍得自行為與公平會不同之認定，只是實際上公平會之認定多能獲得法院之認可。

(三) 阻礙濫用

在公平會直接以第十條處分獨占事業以前，學術上對於獨占事業濫用行為的討論雖然不少，但基本上均屬於非官方之見解，有關之正式官方見解，一直付之闕如。公平會於處分書中正式對於濫用行為的種種問題表示其見解者，是這一、二年來的事。由於過去管制經驗的累積不足，故有關獨占管制官方見解之理論體系，在其深入、妥適、周延之程度上，雖已有若干之成就，惟整體而言，尚待未來之持續努力。依公平會之見解，所謂「獨占事業濫用市場地位之

法者已考量到事業因結合而市場占有率達三分之一時，即認定其具有相當市場力量、有壓倒性之地位可排除競爭之能力，而有構成獨占或寡占之可能，因此其結合須獲得主管機關之許可。而施行細則中卻規定市場占有率達二分之一時才進入獨占之認定門檻，顯然過高，而與母法規定僅須達三分之一精神不合。參閱氏著，前揭文，頁四、五。

⁷⁸ 相關之討論及整理，參閱黃俊杰、萬先鳳，前揭文，頁七十至七四；翁岳生，不確定法律概念、判斷餘地與獨占事業之認定，法令月刊，第四十四卷，第十一期，頁四二至四四。

⁷⁹ 廖義男，前揭文，頁九、十。

⁸⁰ 八三判字第八九〇號及八三判字第一一一三號。

行為」，係指事業以維持或強化其獨占地位為目的之行為，亦即其係以獨占力量來防止、阻礙或封鎖競爭，而不用來從事競爭者；此外，獨占事業憑藉其獨占地位，在無正當商業理由的情形下，榨取交易相對人之行為，亦構成濫用市場地位之行為⁸¹。依此說明，可知公平會亦與學者之通說一致地，將濫用行為區分為「阻礙濫用」和「榨取濫用」兩大類型。而在實務之發展上，這兩種案例類型也都曾出現過。

所謂「阻礙濫用」，或稱「阻礙競爭的濫用」，公平會在實務上又稱之為「封鎖競爭的濫用」⁸²，認係指獨占事業憑藉著市場力量使得當初其所賴以取得獨占地位的競爭機制無法運行⁸³，市場上優勝劣敗功能無法發揮，以便其將獨占地位永久化⁸⁴。上述實務上對於阻礙濫用之說明，可以略加調整，本文認為基本上「阻礙濫用」，係指獨占事業憑藉其市場力量，藉由採取干預他事業活動之不當措施，妨礙或阻止市場上現存或潛在之事業從事競爭，破壞或扭曲市場競爭機制，以圖最終達到完全支配或閉鎖整個其已經取得優勢地位之市場，或者進而獨占其他市場之謂也。而對於阻礙濫用的管制，即是以法律管制之力量，避免獨占事業遂行上述阻礙濫用之行為⁸⁵。公平法第十條第一款為管制阻礙濫用之最主要規定：「獨占之事業，不得有左列行為：一、以不公平之方法，直接或間接阻礙他事業參與競爭。」⁸⁶阻礙濫用之構成，除行為主體必須是

⁸¹ 參閱九○公處字第○二一號處分書。

⁸² 惟競爭之「封鎖」，似應為競爭阻礙之高階行為，可說幾乎已達到競爭排除之程度，故實務上以最高階之阻礙競爭態樣代表整體之阻礙競爭，是否妥適，不無疑義。一般在選擇用語時，應採用涵蓋面較廣之概念，較為周延，從而應盡量避免以狹蓋廣，以偏蓋全之弊。從上述觀點而論，「阻礙濫用」、「阻礙競爭的濫用」之用語，應比「封鎖競爭的濫用」較為妥適。

⁸³ 惟所謂「使得當初其所賴以取得獨占地位的競爭機制無法運行」亦應僅指其中一種情形而已，蓋獨占事業之取得獨占地位，不少係因法律限制或其他事實因素所致，並非均因事業於市場競爭機制中脫穎而出所形成。

⁸⁴ 這段定義，參閱九○公處字第○二一號處分書。

⁸⁵ Emmerich, a.a.O., S. 198f.

⁸⁶ 公平法第十條之立法理由謂：「...二、本條第一項明訂獨占之事業應禁止之行為：(一)以『不公平之方法』例如對他事業之活動採取破壞行為，直接或間接阻礙他事業參與競爭。(二)對商品價格或服務報酬，為不當之決定、維持或變更：例如廠商不反應成本，不當決定價格以圖取暴利，因此種行為不僅為排除競爭最有效之工具，亦為攫取超額利潤最直接之方法，...。(三)無正當理由使交易相對人給予特別之優惠：獨占事業可能利用其優越地位要求交易相對人給予特別優惠，此不僅可間接阻礙新的競爭者進入，亦可能妨害市場公平而合理之競爭。...」依此立法理由，公平法第十條第二款、第三款規定，亦可能適用於阻礙濫用之情形。惟因為無論價格之阻礙行為，或基於要求交易相對人提供特別優惠待遇而進行之阻礙競爭行為，亦均可以涵蓋在第

公平法上所稱之獨占事業，自不待言外，應審酌下列幾點事項：

1. 阻礙行為

構成阻礙競爭的濫用，首先當然應存在一個阻礙行為。所謂之「阻礙」(hindrance, Behinderung)，乃是指事業對於他事業在市場上及競爭中之活動可能性(Betätigungsmöglichkeiten)，加以損害而言。而阻礙競爭之行為，即是指事業之上述行為，其目的不在於爭取顧客，而是為了打擊、妨礙、甚至消滅競爭者之情形。不管是「直接阻礙」或是「間接阻礙」，公平法第十條第一款均可將之涵蓋在內，分述如下：

(1) 直接阻礙

直接的阻礙，主要是指直接針對特定競爭者的妨礙或打擊行為，例如掠奪性訂價⁸⁷、掌控樞紐設施者(essential facilities)之拒絕交易⁸⁸、杯葛行為等，均屬之。

在「中油公司被檢舉航空燃油計價涉及掠奪性訂價一案」中，即產生是否涉及掠奪性訂價的疑義。本案中，中油公司對航空公司及經銷商(航空機加油業者)之航空燃油計價，是否涉有以低價阻礙其他事業進入航空燃油市場，或排除他事業於航空燃油市場之競爭情事，不無疑義。公平會表示掠奪性訂價之本質，係指獨占事業運用其市場力，以低於成本之訂價方式，壓迫競爭對手不堪賠累後，退出市場之阻礙競爭措施。因此是否成立掠奪性訂價應考量：(1)削價過程中，獨占事業之市場占有率有無不斷提高，並危及競爭對手。(2)獨占事業實施掠奪性訂價之主觀意圖。而本案中油公司並無此主觀

一款所謂「直接或間接阻礙」之概念下，故適用上似乎將第一款主要適用於阻礙濫用，而將第二、三款主要適用於榨取濫用，是較為方便、合理之詮釋。故以下僅就第一款之構成要件，進行理論實務之探討。

⁸⁷ 即指所謂「目標特定之競爭低價傾銷」(gezielte Kampfpreisunterbietung)，掠奪性訂價相關問題參閱許宗力、單驥、莊春發、吳秀明(實際執筆者為後兩位作者)，獨占事業濫用市場地位價格行為認定方法之研究，公平會八十六年度合作研究計畫八，一九九七年六月，頁49以下；陳志民，論反托拉斯法對濫用市場地位行為之管制政策——以掠奪性訂價為分析中心——，法政學報，第十期，二〇〇〇年三月，頁三一三以下；陳丁章，一個遊走在法律、經濟與行銷間的精靈——掠奪性訂價初探，政大法律研究所碩士論文，二〇〇一年七月。

⁸⁸ 關於樞紐設施原則，參閱張長樹，樞紐設施原則之研究，政治大學法律研究所博士論文，二〇〇〇年四月。

意圖，且實施該制度後，市場占有率並無提高，故公平會認為應未該當掠奪性訂價⁸⁹。

至於訂價在何種程度始具掠奪性，學理及我國競爭法實務上主要係以「Areeda-Turner-Test」之「價格小於平均變動成本($P < AVC$)」作為主要檢驗標準之一⁹⁰。惟掠奪性訂價之認定，除價格與成本之關係外，理論實務多認為尚應考慮市場結構、市場進入障礙高低、補償可能性、主觀意圖、利益衡量等其他事項，綜合判斷之⁹¹。不過在電信事業之規範中，公平會鑑於電信業具有高固定成本和低變動成本的特性，加上各類電信服務間共同成本占總成本比例高，使得電信事業之平均變動成本極微，故以「平均增支成本」(average incremental costs)⁹²作為檢驗掠奪與否的工具⁹³。

除掠奪性訂價外，在實務上拒絕交易、拖延或拒絕報價等，也是直接阻礙競爭者的另一有效方法。在「中油公司拒絕提供國內航空燃油報價一案」中，中油公司(被處分人)除為國內航空燃油供油市場之獨占事業，亦從事航機加油業務(即同時於上下二產業階段活動)。而文久公司為航空燃油需求業者，除從事國際線航機加油業務外，於中正航空站開放國內線業務後，其意欲進入該市場(即為中油公司在下游產業階段之競爭者)，故向被處分人要求提供國內航線航空燃油報價。被處分人則以研議油價結構為由一再拖延，導致文久公司無法與提供國內航線服務之航空公司締約，失去交易機會。而實際上，國際線和國內線航空燃油的差異主要是稅的差別。加上國內航空燃油訂價已於

⁸⁹ (八八)公貳字第八八〇四四三〇—〇〇—號函。

⁹⁰ 單驥、莊春發、馬泰成、謝仁宏曾經以 Areeda-Turner-Test 為方法，並以經濟部工業生產成本調查結果為計算基礎，作此一成本檢定法之試算，參閱四位作者所著，掠奪性訂價認定方法之實證研究：Areeda-Turner 成本基礎法初探，公平交易季刊，第六卷第四期，一九九八年十月，頁十五以下。

⁹¹ 學說部分，參閱莊春發、吳秀明等，前揭文，頁一〇六以下；陳志民，前揭文，頁三五五以下；陳丁章，前揭論文，頁一八三以下。實務見解部分，公平會在第三七三次委員會中討論上述「中油公司被檢舉航空燃油計價涉及掠奪性訂價一案」時，亦提出以價格低於平均變動成本，作為判斷之一項主要標準。

⁹² 增支成本係指因提供某一項特定電信服務而直接產生的成本(排除提供該電信服務的共同成本)，如果提供某一項電信業務的收益小於經營該業務的增支成本，則該業務的經營勢將產生經濟上的虧損，故倘電信事業特定業務之訂價，若低於經營該業務的平均增支成本，即有構成掠奪性訂價行為的風險。

⁹³ 參閱公平交易法對電信事業之規範說明。

油價公式中排除，且交貨地點為機場油庫界址乃為交易實務及慣例，更為被處分人明知。故依加權計算模式，提供中正航空站航空燃油並不困難，其百般拖延顯無實質正當理由。再者，被處分人與航空公司之合約中，並無獨家交易條款，航空公司為免斷油及平衡油價，在國際航線亦有同時與兩家加油公司簽約之情形。縱被處分人與全部國內航線用油客戶簽訂，文久公司原本仍有獲取交易之機會，是被處分人不斷拒絕報價之行為，確有排除文久公司進入國內線加油市場之意圖。此一行為不僅影響文久公司與立榮航空公司之交易機會，進而影響文久公司爭取與其他航空公司如遠東、華航交易之機會，甚至影響美孚、加德士等其他加油公司進入國內航線業務之機會，導致被處分人繼續不當維持其國內航線加油市場之獨占地位，公平會遂認為其行為違反公平法第十條第一款之規定⁹⁴。

(2) 間接阻礙

依第十條第一項之規定，「間接阻礙」亦屬於獨占事業阻礙濫用之一種型態。所謂對於競爭者的間接阻礙，是指獨占事業採取某些間接影響他事業之措施，例如透過獨家銷售 (Alleinvertriebsbindungen)、獨家購買 (Alleinbezugsbindungen)、忠誠折扣 (Treuerabatte)、搭售 (Koppelungsgeschäft) 等限制，來加深其他事業進入市場之困難，以間接排除其他事業的競爭或參進⁹⁵。我國此部分之實務案例，尚待充實。

2. 以不公平之方法

競爭，依其本質，多少都會產生對於競爭者之若干阻礙作用或影響，因此法律明文規定，只有不公平的阻礙競爭，才會構成阻礙濫用。至於係爭行為是否「不公平地」阻礙競爭，則須透過利益衡量 (Interessenabwägung) 之方式，綜合考量競爭自由之維護、行為人、相對人或相關第三人之合法利益、阻礙措施之動機、目的及其他理由、採行該措施對於市場競爭或市場進入所產生之預期或已生效果，進而考慮有無較少限制競爭方式之比例原則的運用等事項。此要件為阻礙濫用之構成要件中，最為重要、最不確定、最難操作與判斷、也最需要實務經驗累積之部分。可說阻礙濫用相關問題之困難與引人入勝之核心處，皆在其中也。

⁹⁴ 參閱八九公處字第一七〇號處分書。

⁹⁵ Emmerich, a.a.O., S. 237; Lübbert, in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 1999, § 27 Rdnr. 29.

實務之案例，如在「中油公司被檢舉向加盟加油站收取履約保證金一案」中，對於中油公司收取履約保證金之行為，公平會認為對雙方而言具有穩定加盟體系、降低交易風險之功能，故對違約加盟者沒收其履約保證金，避免其任意脫離加盟體系，具有營業上之合理理由。而且系爭履約保證金金額尚無具體事證足認其有過高而不合理情形，而致有阻礙他事業參與競爭之損害。亦無事證足認被檢舉人曾以斷油威脅加油站業者簽訂契約書，故中油公司之行為尚不致發生不當限制他事業參與競爭之效果，且尚無具體事證足認其有濫用獨占地位之情形。至加油站得否以中油公司單獨宣布調漲油品批售價格為由，向該公司主張終止契約，係屬民事契約紛爭，尚非公平交易法規範範圍⁹⁶。

3. 市場影響

(1) 所影響之市場

獨占事業濫用行為所影響之市場，首先自然為獨占事業所處具有獨占地位之市場，如低價傾銷而影響競爭者所處之市場。此外，還包括獨占事業雖參與競爭，但尚未具有獨占力之市場，如價格擠壓之下游市場，或搭售之被搭售產品市場等。最後，也包括獨占事業未參與競爭，但阻礙措施影響所及之「第三市場」，如差別待遇之下游市場。只要這些市場之競爭功能受妨害，係因獨占事業市場地位之濫用所引起者，即屬獨占管制所要規範之範圍⁹⁷。

關於獨占事業對於第三市場上所存競爭關係之影響，公平會在「中油公司被檢舉將深澳站土地設備交予北誼興業公司使用一案」中，曾予以討論。在公平會在關於本案之內部研析意見中，曾有一案認為獨占事業在特定市場中之行為若僅生所謂之「外溢效果」(spillover effect)，亦即不影響該特定市場之競爭關係，僅不利他市場之事業間公平競爭時，是否仍屬於公平法第十條所稱之濫用市場力量，不無疑問。亦即是否公平法第十條之獨占事業濫用市場地位，應以利己為前提，尚有疑義。本案在最後，係以將其認定為係屬於民事糾紛收場。即公平會認為，中油公司基於其與退輔會之租約，將深澳站之部分土地、儲槽設備交予北誼興業股份有限公司使用之行為，乃屬契約履行之私法自治事

⁹⁶ 參閱(九十)公貳字第八九一四八七六-〇一〇號函。

⁹⁷ Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Tz. 548; Emmerich, a.a.O., S. 199, 226; Wiedemann, in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 1999, § 23 Rdnr. 37.

宜，所生疑義宜由當事人循原契約約定妥為處理。惟為免爾後不利家用液化石油氣經銷商間之公平競爭，中油公司應於租約屆滿後，以符合公平法之方案，規劃深澳站之未來用途，俾利市場之公平競爭⁹⁸。此一處理之結果，造成公平會並未對此問題，作成正式之見解。因此，公平法第十條適用範圍和解釋的寬嚴，在有關影響第三市場之問題上，仍可能存在著爭議。就理論而言，獨占濫用控制之目的，即在於防止獨占事業恃其支配性之優勢力量，影響市場的自由競爭。因此，凡市場競爭的不利影響，係來自於獨占事業市場地位濫用之結果者，即應屬於獨占管制所欲涵蓋之範圍。故所謂「涉及第三市場之阻礙」(drittmarktbezogene Behinderungen)，自然應包含在獨占濫用控制的內容之中。

(2) 對市場競爭之影響程度

此外，公平法第十條雖並未如第十九條以「限制競爭或妨礙公平競爭之虞」作為實質要件，惟從公平法維護市場競爭之立法意旨解釋，於判斷是否構成濫用行為時，市場競爭的影響程度或可能性如何，仍應納入考慮。因此，若只是對單一事業的輕微影響，尚不足以該當阻礙濫用⁹⁹。至於標準如何拿捏，則有待於個案中檢視相關因素，具體認定之。

實務上考量獨占事業阻礙行為市場影響之有關案例，如在「中華電信公司被檢舉建築物屋內電信配線免費裝維作業一案」中，公平會認為倘用戶同意將電信配線交由中華電信公司出資建設維護，雖然「電信配線」之產權屬該公司所有，惟尚難認為該公司即得取該建築物「電信管線」之永久產權，而擁有排除未來固網業者進入之權利。復考慮未來固網業者，為及早營運爭取商機，必將加速電信裝機作業，預期亦將參考中華電信公司之作法，自行建置用戶建築物屋內之電信配線，與中華電信將形成競爭之網路系統。另外，目前有線電視與電信事業相互跨業經營，已無實質限制，未來若有線電視業者依法取得固網執照後，利用既有之用戶線路並增設相關設備，亦可與中華電信公司進行電信市場之競爭。故公平會認為，中華電信在本案之行為，應尚無造成未來固網業者之參進障礙，或影響未來固網通信市場公平競爭之虞，而不違法。至於有關電信配線產

⁹⁸ 參閱公平會八十五年十二月之第二六七次委員會議紀錄。

⁹⁹ Bechtold, GWB, Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2.Aufl., 1999, § 19 Rdnr. 64.

權之約定，事涉「瓶頸設施」、據點佈建、客戶之更換成本及後續市場層次之競爭等問題，復將衍生未來之固網業者欲進入已有約定的建築物時，是否會有窒礙難行之情形、消費者是否仍有選擇業者提供服務的權利等疑慮。為防止電信市場主導業者藉壟斷瓶頸設施或通信網路，排擠民間業者，有效維持市場公平競爭暨公共利益，公平會遂建請交通部就核復同意中華電信公司之「市內電話業務營業規章」及裝維同意書電信配線產權之約定，考量目前固網業務已開放經營之市場現況等情形，再行檢討，以杜爭議¹⁰⁰。

此外，行為持續期間的久暫亦為判斷市場影響程度的因素之一，如在「中油公司被檢舉阻礙代鉛劑銷售市場競爭一案」中，中油公司就國內代鉛劑市場，握有價格、通路、品牌、產能、市場占有率等壓倒性優勢，在市場上應已具有獨占地位。而其未予以在下游與其所屬之直營加油站競爭之民營加油站經銷毛利之行為，在客觀上實有提高民營加油站之進貨成本，削弱其參與品牌內競爭能力，阻礙民營加油站參與代鉛劑零售市場競爭之嫌。然公平會考量，中油公司於高級汽油全面停售、市場需求劇增、競爭者進入市場意願升高之際，即自行改正系爭行為，且未予加油站經銷毛利之期間尚短，對於競爭秩序危害尚不嚴重等情事，乃依職權不予處分¹⁰¹，亦屬適例。

4. 小結

總結十年來我國公平法上之阻礙濫用管制，截至目前為止，實務上已經累積若干阻礙濫用之案例，歸納出幾種濫用之行為型態，有助於吾人對於第十條第一款所謂「以不公平之方法，直接或間接阻礙他事業參與競爭」含意之理解。惟觀諸競爭法先進國家對於阻礙濫用之理論實務，獨占事業阻礙濫用之型態甚為豐富¹⁰²，判斷標準亦較為精緻穩妥。我國法究竟應採何種判斷原則，至今尚未明確，更遑論建立一套周全之認定標準。以典型之阻礙濫用，即掠奪性訂價而論，是否應採納「Areeda-Turner-Test」之標準，考察價格與平均變動成本之關係；或應兼採「補償檢定法則」；或應試圖瞭解並考慮亦兼採德國法上較複雜之「利益衡量」，目前均尚不十分清楚。將來應加強對於他國法制之深入研究介紹，並積極累積我國本身之理

¹⁰⁰ 參閱公平會第四四七次委員會議紀錄。

¹⁰¹ (八九)公貳字第八九〇〇八一八-〇一二號函，其評釋可參見陳丁章，前揭論文，頁一六一。

¹⁰² 參閱 Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, Kommentar zum Kartellrecht, 3.Aufl., 2001, §19 Rdnr.117ff.; Bechtold, a.a.O., §19 Rdnr.61ff.

論與執法經驗，始足以應付未來艱難之挑戰。如理論實務之累積，已經到達一定程度時，則應盡可能嘗試制訂一有關判斷阻礙濫用（以及其他濫用行為）之處理原則，此均仍有待我理論與實務界之繼續共同努力。

（四）榨取濫用

獨占事業之「榨取濫用」，則是以剝削交易相對人為主要目的，即獨占事業運用其市場力量，迫使交易相對人在不具有其他可合理取代之交易對象的情況下，接受許多苛刻、不公平的交易條件，以獲取在有效競爭下所不可能取得的超額利潤。其型態如價格的濫用、交易條件的濫用等。鑑於獨占事業之此等行為，對於交易相對人產生不公平且不利之影響，損害其經濟上利益，故立法者認為亦有必要將其納入濫用控制之下。依公平法第十條第二款之規定，獨占事業不得「對商品價格或服務報酬，為不當之決定、維持或變更」；又依同條第三款之規定，獨占事業不得「無正當理由，使交易相對人給予特別優惠」，上述兩款規定，皆可適用於榨取濫用¹⁰³。茲分別討論如下：

1. 價格濫用

（1）意義與政策取向

公平法第十條第二款，係對於獨占事業決價自由的監督，以免獨占事業在缺乏外在競爭制約的情形下，對於價格作不當的決定、維持或變更，進而榨取交易地位遠弱於自己之相對人，實施所謂之「獨占性訂價」（monopolistic pricing, Preismissbrauch）。而價格的決定，本屬獨占事業營業自由與契約自由的核心範疇，在何種程度上應受公平法的監督，則有待從維護競爭與避免交易相對人受不當剝削的角度切入，並適度維護事業（包括獨占事業）之決價自由，兩者之間，常須予以巧妙之平衡。公平法雖明文以「不當」作為判斷標準，然其內涵或相關考慮因素，具有高度的不確定性，仍有待於個案中具體認定，並逐漸發展出判斷與操作之標準。本條之立法理由，揭示廠商不反應成本，決定價格，圖取暴利，攫取超額利潤等語，可作為判斷上的方向指引，惟作為操作上之具體依據，自然還過於粗糙。

比較法與管制政策上，美國法對於獨占性訂價等榨取濫用，較不做積極之管制，而

¹⁰³ 至於此二款規定，依立法理由，似亦可以適用於阻礙濫用之問題，參見前文註 86。

視市場之高價位，為吸引競爭之最佳誘因，並較為信賴市場自我治癒之功能，國家所要做，主要應是維持市場之開放，與消除人為之勾結，而非制裁獨占事業暫時之超額利潤。德國法與歐盟法則相反地採取積極管制之態度，政策上認為市場雖然有其自我治癒之功能，惟此一功能經常受產品或市場之特性、技術發展、法律規定或其他事實因素等之限制，致使其發揮屢受抑壓。縱使在長期之觀點下，市場可能再度恢復競爭，惟所謂「長期我們都已經不存在了」，國家與受損害之事業與人民，應忍受這漫漫長期間，獨占事業一再之剝削乎？因此德國與歐盟乃基於另一種較為「社會化」之競爭管制理念，認為國家與法律於此時不應坐視不顧，應以法律之力量，制裁與管制獨占事業，使其停止榨取剝削之行為，並受應有之處罰。我國公平交易法，就獨占管制之此一點而言，與歐洲國家之基本取向，似較為接近。而此一取向，基本上亦適用於獨占性訂價以外之其他榨取濫用。

(2) 判斷標準

雖然我國法基本上是管制獨占性訂價的，惟管制標準如何，法律本身所透露之訊息，卻極為有限。關於此一管制手段之進一步內容，限於篇幅，本文實無法予以深論，這也不應該是一篇檢討十年來獨占管制成果之論文所應具有之任務¹⁰⁴。簡單地講，對於獨占事業進行獨占性之價格管制，乃是著眼於其訂價超出有效競爭下應有之水準。因此，係透過所謂「虛擬競爭」(Als-Ob-Wettbewerb)的理念，發展整個判斷之模式。在實際操作上，則係透過「比較市場」(Vergleichsmarkt)之方式，找出「假設的競爭價格」(hypothetischer Wettbewerbspreis)，來衡量訂價是否達於濫用¹⁰⁵。再透過對於假設競爭價格種種調整之「加成或減成」(Zu- oder Abschläge)¹⁰⁶，始得出作為判斷違法濫用之「濫用價格」。然而，比較市場的搜尋並非易事，故有時也會透過「超額利潤限制」(Gewinnbegrenzung)的操作方式，分析成本和價格之關係，而將價格明顯高於成本之情

¹⁰⁴ 關於獨占性訂價之經濟分析、判斷方法、標準與流程之初步研究，請參閱莊春發、吳秀明等，前揭文，頁四至四十八。此一問題，嚴格講尚有進一步研析探討之餘地，應待將來為專文深入探討之。

¹⁰⁵ 莊春發、吳秀明等，前揭文，頁二十六以下。

¹⁰⁶ 莊春發、吳秀明等，前揭文，頁二十八以下。

形認定為濫用¹⁰⁷。此外，獨占事業之訂價有無正當理由，亦須透過利益衡量具體判斷之¹⁰⁸。

(3) 超額利潤之限制

「超額利潤限制」乃是考量價格和成本之比例關係，來決定獨占事業的訂價是否過高，此亦為立法理由所揭示的認定方法之一，而此方法亦為我國實務所採行。當然要計算出事業就該產品所支出之成本，並非易事，相關資料的掌握也有其難處。以下謹就我國之相關實務，加以研析。

A. 「大台北區瓦斯公司超收基本度數費用一案」

首先在「大台北區瓦斯公司超收基本度數費用一案」中，瓦斯公司提高基本度數，超收基本度數費用，即屬濫用市場地位，不當決定價格之一種情形。蓋一般家庭用戶如裝置乙具雙口台爐及乙台熱水器者，裝設所謂「三號燈表」(基本度數為十二度)，即足敷使用。被處分人卻在用戶不瞭解計量表特性之情況下，大量逕予裝設「五號燈表」(基本度數為十八度)，持續超收基本度數費用，顯屬價格濫用之行為¹⁰⁹。本案之案情雖較為簡單，亦較無爭議，惟係屬於我國正式處分榨取濫用之第一宗實務案件，故仍值得重視。本案在認定成立榨取濫用之方法上，亦是採用比較之方法。即經調查得知，被處分人所裝設五號燈表之數量與比例，以及每月僅繳交基本度數之戶數及比例，均明顯比同業偏高，又無任何正當理由，遂認定其屬於榨取濫用。此一方法，其實也是從「同業之作法屬於非濫用之合法行為」之默示前提出。故可知，欲判斷價格之榨取濫用，往往需要一個參考之指標，而此一價格指標，即代表非濫用或有競爭情形下之正常價格。

B. 「飛利浦公司等就光碟產品專利技術授權一案」

(A) 處分經過

在各方矚目之「飛利浦公司等就光碟產品專利技術授權一案」中，關於 CD-R 的授權金，飛利浦公司以「淨銷售價格 3% 或日幣十圓中，以較高者為準」做為權

¹⁰⁷ Emmerich, a.a.O., S. 208ff. 莊春發、吳秀明等，前揭文，頁三十三以下。

¹⁰⁸ Emmerich, a.a.O., S. 209f.

¹⁰⁹ 八九公處字第○八三號處分書。本案之訴願及再訴願均遭駁回。參閱公平會八九公訴決字第○八三號訴願決定書及行政院台八十九字第三四一九七號再訴願決定書。

利金之計算方式。此一方式，係於簽約當時，考量專利權人等為研發相關技術，投入大量資金與成本，再考量被授權人可得之經濟利益等因素，為避免權利金數額無法確定之風險，確保最低研發成本之回收而訂定。此一收費方式是否過高，公平會係透過比較「實際權利金收益」與「預期權利金收益」，以及「光碟片淨銷售價格」與「權利金金額」的比例計算，來加以判斷。公平會認為，在簽約當時市場價格急遽下滑情況，若在無法預知消費者接受度，及 CD-R 市場規模發展趨勢下，僅依淨銷售價格的百分之三收取權利金，恐將造成相關研發成本無法回收，故以固定數額作為權利金下限標準，尚可理解。惟嗣後 CD-R 出貨量成長遠遠超乎簽約時的預期基礎，若仍以固定金額計算權利金，則其權利金實際收益，將為締約時的二十至六十倍，遠超出原來之預估。再者，該固定數額之權利金亦將高達光碟片淨銷售價格的 17.8%，遠超過被授權人可負擔之範圍。是被處分人在全球 CD-R 之市場規模遠超出預期地大幅成長，及市場供需已改變之情況下，仍繼續維持其授權金之計價方式，使被授權人實際繳納權利金占出廠價格之比例遠高於授權人所預估者，而被授權人之屢次反映，均未獲善意回應，使授權金無法作即時有效之變更，並反映正常之市場需求，遂認為被處分人違反公平法第十條第二款之規定¹¹⁰。

(B) 評析檢討

a. 榨取濫用之管制應著重於控制「締約階段」獨占力之不當運用

本文中關於權利金計算方式的維持，是否涉及獨占力的濫用，甚有值得深入探討之價值。蓋榨取濫用管制目的之一，即在於防止交易相對人因對於獨占事業無迴避之可能性，以致不得不在磋商過程或契約締結之際，臣服於獨占事業之市場力量，而接受不利於己之價格或交易條件。亦即榨取濫用之獨占管制，按其性質，重點應該置於對獨占力在先契約階段之不當運用進行管制，以避免

¹¹⁰ 九○公處字第○二一號處分書。本案日前被行政院訴願會予以撤銷原處分，命原處分機關於二個月內另為適法之處分。而發回理由中，關於獨占濫用部分，主要在於市場界定的問題，行政院要求原處分機關，就以 CD-R 單一商品作為特定市場之部分予以補強證據。參閱行政院台九十訴字第○六七二六六號訴願決定書。其後續發展，仍值得吾人予以持續高度關注。

不利之價金或交易條件被片面地訂入契約。另外，契約條款之變更或加入新條款，亦屬類似情形，自亦應涵蓋在內。至於契約締結後之履行階段，倘若在締約之際並無獨占濫用之情事，則之後依據契約約款所應為之義務履行或權利行使，基本上應難謂有獨占力濫用。除非在此給付義務履行階段，復另有依持獨占地位之濫用行為出現，例如運用市場力量而為之持續性遲延給付¹¹¹，則另當別論。倘依此觀點看待本件之授權金爭議，則系爭之計算方式，即「淨銷售價格 3% 或日幣十圓中，以較高者為準」，被授權人於締約時似認為係屬合理而並無異議，故此締約部分，應尚未涉及獨占力之濫用。則之後依據授權協議所為之權利金收取和計算，乃是依當事人合意之契約履行行為，原則上亦難謂為獨占力的濫用（有例外，詳見後文）。

b. 有無違反調整義務之檢查

本案關鍵之一，在於嗣後市場供需已大幅改變，授權人卻繼續維持該計算方式，是否涉及獨占地位的不當濫用問題。此首應視契約內容中，有無關於授權人調整義務的約定，倘有此種調整義務約定，則被處分人之拒絕調整，或可謂是不當的獨占力濫用。惟從案例事實中，似乎看不到有這種約款存在。故就權利金的維持，是否涉有不當的獨占力濫用，仍應繼續研究其他有關事項。

c. 情事變更原則

整體而言，從本案之案例事實來看，維持權利金計價方式之部分，似乎主要是「法律行為基礎(Geschäftsgrundlage)變更」，即所謂「情事變更原則」(clausula rebus sic stantibus)之問題。換言之，即當事人間的約定係以特定事實之存在或繼續為基礎，而該特定事實嗣後發生不可逆料的重大變更，例如發生大幅通貨膨脹，法律變更、戰爭、天災等，導致給付之對等性失去平衡，致使當事人之履行契約，不具合理之可期待性，因而必須由法院對契約內容作若干調整之謂也¹¹²。我國民法中，已設有若干相關之規定，例如租金之增減（民法第四四二條）另外，除民事訴訟法第三九七條之外，民法第二二七條之二第一項也將「情

¹¹¹ 參閱黃茂榮，前揭書，頁一一一。

¹¹² Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, Rdnr. 859ff.

事變更原則」予以明文規定：「契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果。」因此，倘情事發生不可預見的變動，而當事人又未於契約內作預先的防範¹¹³，導致出現既無法依據契約之約定（或依契約之補充解釋），又無法依法律規定予以填補的「雙重規定漏洞」（doppelte Regelungslücke）¹¹⁴時，則只有透過法院的介入，來調整失去均衡的契約內容¹¹⁵。

進一步以情事變更原則檢討本案，從本案之事實資料來看，設立系爭日幣十圓之固定金額，目的是考量八十五至八十六年間 CD-R 市價急遽下滑，而在市場規模發展趨勢和市場需求無法預知的情況下，以淨銷售價格的百分之三計算權利金，恐將造成授權人研發成本的無法回收，故以固定數額作為補充，以確保研發成本之回收。由此可知，此計算方式原係針對市價下滑而市場規模萎縮之不可預知因素而設立，對於授權人基本收益因環境變化而可能為之流失，作了事先的防範。然而，嗣後的市場發展卻是另一方向的變動，即市場價格雖然下滑，但市場規模卻巨幅成長。全球總出貨量成長近二十倍，台灣之出貨量亦成長近六十倍。此導致授權人的收益，遠遠超乎預期數額，增加二十至六十倍之譜。相形之下，被授權人之成本負擔卻提升至百分之十七點八，故締約之際的給付等價性，顯已因不可歸責於當事人之客觀、外在的供需巨幅變動，產生不可預料之重大干擾，而失卻其均衡。又合約中對於此一變動，亦無任何預防或調整措施，導致依原約定履行之效果顯失公平，故倘若授權契約係以我國

¹¹³ 如保值條款(Wertsicherungsklausel)之約定，參見黃立，民法債編總論，第二版，一九九九年十月，頁八十六、八十七。

¹¹⁴ Mdeicus, a.a.O., Rdnr.862.

¹¹⁵ 參照最高法院六十九年度台上字第○六號民事判決：「六十二年六月間政府限價之鋼筋，已達每噸八千二百元。至同年底之限價，則高漲至每噸一萬四千五百元（見當時市場行情表）。足証因能源危機，引致鋼筋暴漲，早在六十二年六月以前。當年因各國廢鐵限制出口，我國市場缺貨，被上訴人在此情況下，取得原料困難，無法繼續如限交貨，自屬不可歸責於被上訴人之事由。其價格之高漲，亦為訂約時所不可預料。如就未交付之鋼筋，仍照原訂價格每噸四千六百元，四千七百元，及六千六百六十元不等計算給付價款，顯失公平！被上訴人依其在第一審提起反訴時上訴人與訴外人南豐鋼鐵公司於六十五年九月所訂鋼筋買賣價格每噸八千九百元計算其差價，請求增加給付，尚稱合理。」

法為準據法者，則被授權人應可藉由民事訴訟途徑，請求法院調整對價關係，以回復原先的等價狀態。另外，情事變更原則，基本上也已經成為各國民事法之一項共通原則¹¹⁶。

d. 單純拒絕調整約定價金是否為獨占力之濫用：法律之力或獨占之力？

按獨占管制之目的，在於以法律控制獨占事業獨占力之濫用，故所有成立濫用之行為，基本上必須均與行為人獨占力之擁有以及獨占力之實施運用有相當程度之關連始可，此為獨占管制之一項基本原理。在本案中，飛利浦等公司於市場供需狀況大幅變動之後，卻拒絕隨情事之變更，而相應調整其授權金金額之計算方式，係屬於獨占力之濫用乎？仔細想想，應該不是。飛利浦等公司所運用者，不是獨占力，而是任何人在相同之位置，均有可能運用之法律之力、契約之力也。換言之，契約訂定之當時，該條款既然係屬公平，而無獨占力濫用之情形，則成為契約之後，任何一方契約當事人依約主張其權利時，基本上即無須再依恃其任何市場力量，而是依據契約本身主張權利。而所支持其能夠貫徹其主張者，亦非其市場力量，而是契約合意與其所帶來法律強制執行及損害賠償之力量。否則不啻認為，僅有具備市場力量者，得以貫徹其契約上之權利，豈不與契約之基本法律精神大相刺謬。另一方面，契約當事人依約主張其權利之行為，亦與其市場力量大小無須有必然之因果關連。易言之，假設擁有專利並予以授權者，並非飛利浦等擁有國際規模之大公司，而係某家具有研發創意，但規模尚不很大之科技研發企業（例如銷售金額未達十億元之獨占事業門檻），則該事業是否亦有可能執意依據契約履行，而悍然拒絕調整授權金額度？答案當然是亦屬可能。固然，在本文中，契約與法律力量之貫徹，將會形成不公平，而此亦與契約法制之目的背道而馳，惟此應屬於上述「法律行為基礎變更」或「情事變更」之問題，契約法內部已經設有調整解決之道。感到不公平之一方，只要依法請求法院調整其金額，為所謂之「增減給付」，即可使授權金額再度回到能反映締約當時之環境事實基礎與當事人間利益狀態之均衡水

¹¹⁶ 參閱彭鳳至，情事變更原則之研究——中、德立法、裁判、學說之比較，一九八六年元月。

準，而使所謂締約時在當事人間所獲致之平均正義再度被實現。

e. 不當維持價格濫用之構成

當然，如果拒絕調整授權金額之授權人，如果不單單是依據契約而主張其權利，而係於拒絕調整之外，尚進一步運用其獨占力，例如防止或阻礙契約相對人依有關情事變更之法律規定主張其調整之權利者，則仍有可能構成獨占力之濫用。此種濫用，自應屬於不當維持商品價格或服務報酬之榨取濫用。惟有無此一濫用獨占力維持既有價格之行為，自應視個案情形決定，且應與法院增減給付之前，當事人依約合法主張其契約上權利之行為，嚴予區別。換言之，法律既然設有讓當事人調整約定價金，增減給付之制度與管道，則單純之拒絕調整價金本身，似仍未能構成濫用，縱使拒絕者是獨占事業，亦無不同。必須當事人除拒絕調整之外，另有運用其獨占力量，維持交易價格之附加情形，始有論斷其是否構成濫用之必要。而是否成立此一情形，原應深入予以調查與論證，以作為認定構成獨占事業濫用之基礎。

總之，在本案中，拒絕調整授權金額之事業，正好是跨國之大型企業，而持續拒絕調整之結果，亦形成明顯之不公平，故予人有獨占事業不當維持授權金額之印象。實則，當事人應優先循民事訴訟之途徑，聲請法院基於情事之變更而為給付之增減，即可解決問題。授權人單純依據約定條款收取授權金，拒絕予以主動調整之行為，並不當然構成不當維持商品價格或服務報酬之榨取濫用。必須有具體事證，證明授權人尚有其他附加之運用市場力量以維持授權金額於不墜之舉動者，始有構成獨占之可能。而本案例中究竟有無此種「單純拒絕之外的附加違法情形」，本應為執法機關調查與認事用法之重點，惟似乎並未得到足夠之重視，或值得主管機關進一步予以檢討。

(4) 比較市場

在歐盟與德國法上，參考另一個類似而具有競爭之「比較市場」上之價格水準，以檢驗獨占事業之訂價是否構成濫用，乃為判斷獨占性訂價成立與否之重要方法。此一方

法所面臨之難題，常常是無法找到適當、可資比較的競爭性地理市場¹¹⁷。很多時候，一個具有充分競爭之比較市場，根本是子虛烏有。縱使能覓得一大致合適的比較市場，通常也會因產品、市場結構及其他各方面之差異，而增加操作上的困難。故有時也會以比較其他同業一般之事業行為，作為輔助判斷之工具。

在前揭「大台北區瓦斯公司超收基本度數費用一案」中，公平會曾就被處分人裝設之五號燈表數量，與其他地域市場上同屬獨占之同業作一比較。進而發現，其裝設數量與比例，若與同業相比，實明顯不合理地偏高；而且每月僅繳交基本度數費用之用戶的戶數及比例，亦均明顯比同業為高，以作為認定被處分人超收基本度數費之事實的佐證。

2. 交易條件之濫用

雖然公平法第十條第二款僅就價格行為規範，惟獨占事業亦可能濫用市場地位強迫交易相對人接受許多苛刻的交易條件，諸如對於付款方式、交貨方式、解決爭端方式、契約終止權或解除權等予以限制。上述非價格之限制，亦會不當增加交易相對人的取得成本或風險承擔，學理上稱之為「交易條件之濫用」(Konditionenmißbrauch)¹¹⁸，亦屬於榨取濫用的一種型態¹¹⁹。此部分的獨占管制，則可透過公平法第十條第四款的概括規定加以規範。

獨占事業所訂之交易條件是否構成濫用，理論上自亦可透過比較市場之方式，予以檢驗。亦即與一個存在有效競爭之市場上的交易條件相比，如涉案之獨占事業所提供之交易條件，遠遜於所比較市場上之交易條件者，即有認定獨占事業榨取濫用之一項依據。在操作上，此一方法同樣會面臨比較市場之尋找，以及如何確定作為判斷標準之交易條件究應為何之困境，因為一般而言，交易條件比價格更難互比。又因交易條件之間會有互補之作用，故依德國實務界之見解，比較時並非就個別條款分別比較，而是就整體交易條件(Leistungsbündel)相互對比¹²⁰。然而，這樣的比較存有相當大的困難，因此，德國學者認為獨占事業所訂交易條件的檢驗，常須借助於現行制定法中的相關任意性規定(dispositives Gesetzesrecht)作為參

¹¹⁷ 莊春發、吳秀明等，前揭文，頁三十二、三十三。

¹¹⁸ Emmerich, a.a.O., S. 211.

¹¹⁹ 參閱劉孔中，前揭文，頁二五二。

¹²⁰ NJW 1986, 846=WuW/E BGH 2103 "Favorit".

考之認定標準¹²¹，如民法債編各論中有關各類型契約內容之規定。

3. 無正當理由

獨占事業對於價格或交易條件之訂定，雖然明顯超出有效競爭時或比較市場上應有之水準，惟判斷程序上，此時僅是推定獨占事業成立榨取之濫用。倘若獨占事業能提出正當理由，充分合理抗辯其行為，則仍可能推翻榨取濫用之推定¹²²。具有正當理由之舉證責任，自然須由獨占事業負起。在判斷獨占事業之抗辯是否有理由時，亦須經過一番的市場效果分析與利益衡量。因此，例如在「大台北區瓦斯公司超收基本度數費用一案」中，被處分人雖辯稱大量裝設五號燈表，係考慮用戶爾後可能使用其他用量較高之瓦斯器具，如十六號熱水器即需使用到五號燈表，然該型熱水器之銷售乃近年來之事，銷售量有限，而被處分人自早期成立該公司後，即大量使用五號燈表，故其辯稱係考量較大流量爐具之說詞，即不足採¹²³。

4. 小結

總結我國十年來之榨取濫用管制，我們發現榨取濫用屬於我國獨占管制案件之大宗。雖然目前案件之數量不多，整體趨勢，尚難斷言，惟此一現象與其他國家之獨占管制係以阻礙濫用之監督為主之情形，卻有明顯之區別。因此後續之發展如何，仍值得持續關切。另外在判斷之工具與方法上，於第十條目前有限之案例中，公平會似乎尚未明顯採用「比較市場」之方法，來認定獨占性訂價或其他榨取濫用之成立¹²⁴。實務界至今所倚重之判斷工具，似乎主要仍為超額利潤限制之方法。比較市場方法雖然在操作上有一定之難度，並非適合於每一個案中採行，惟其基本構想仍有相當之說服力，作為一種監督榨取濫用之工具，仍具一定之價值。因此將來於可能找到比較市場、適合採行之個案中，似應以之作為認定榨取濫用之一項工具。

(五) 買方獨占力的濫用

公平法第十條第三款關於獨占事業不得「無正當理由，使交易相對人給予特別優惠」之規

¹²¹ Möschel, a.a.O., Tz.573; Emmerich, a.a.O., S. 211.

¹²² 莊春發、吳秀明等，前揭文，頁四十四至四十八。

¹²³ 八九公處字第○八三號處分書。

¹²⁴ 惟在遁入第二十四條之獨占管制中，公平會卻曾以他城市之收費情況，作為判斷涉案事業有無浮濫收費之參考認定標準，詳見後文。

定，主要是規範買方獨占力濫用之情形。蓋若獨占事業利用其優越地位，要求供給者給予特別優惠，此種行為除直接榨取交易相對人外，亦可能間接阻礙新的生產者參與競爭，或妨害其他供給者間公平而合理之競爭。例如要求交易相對人提供低於一般競爭水準之售價、補貼倉儲、裝潢費用、負擔進貨成本變更之損失等。至於是否有無正當理由，則仍需於個案中綜合考量相關因素¹²⁵。

實務上常見的買方市場力量濫用之案例，為大型流通業者對上游供貨廠商收取所謂「上架費」、「附加費」等費用之情形。此等行為若涉及風險轉嫁、事後攤派費用或經營成本費用的不當收取時，由於這些大型流通業者雖具有一定之優勢地位，但其尚未達於獨占之程度，故其對於交易相對人的不當壓抑，乃依第二十四條足以影響交易秩序之顯失公平行為論處¹²⁶。

(六) 其他濫用行為之監督

除上述獨占事業濫用行為之數種類型外，公平法第十條第四款復就獨占事業「其他濫用市場地位之行為」加以規範。本款規定在獨占管制上，具有「全面監督管制獨占事業行為」之目的，其規範意義重大。在「飛利浦等公司就光碟產品專利技術授權一案」中，獨占事業於授權契約磋商過程中，拒絕提供有關授權專利之詳實內容、範圍或專利有效期限等重要交易資訊，並在授權協議中限制被授權人爭執授權專利有效性之權利，公平會認為其即屬於違反公平法第十條第四款之獨占濫用行為¹²⁷。

三、遁入其他規定之獨占管制

前言

在八十八年修訂公平法之前，實務上基於種種考量¹²⁸，雖然未曾正式援引公平法第十條之規定做出處分，但仍不乏有以其他規定處理獨占事業濫用行為之情形，本文稱之為「遁入其他規定之獨占管制」。當時由於公告獨占之形式要件以及事實獨占之實質要件兩者，為公平會獨占管制的起點。依公平會之一貫立場，公告為獨占規範的必要條件，因此實質獨占之事業，倘

¹²⁵ 參閱賴源河，前揭文，五十七頁。

¹²⁶ 參閱八六公處字第○三六號處分書。相關討論請參閱王立達，大型流通業對上游供應商收取附加費用之競爭法規範：問題架構與管制方向，公平交易季刊，八卷三期，八十九年七月，頁三十五以下。

¹²⁷ 九○公處字第○二一號處分書。

¹²⁸ 參閱前文之「貳、二、管制猶豫、遁逃與醞釀準備時期」。

未滿足公告此一形式要件者，亦不以公平法第十條論處，以緩和刑責之發動。雖然從規範獨占濫用之意旨以觀，倘事業實質上已符合公平法上所認定之獨占事業，其濫用行為即應以第十條規範，而不是以形式上有無公告為準¹²⁹。但如從公平會較嚴格認定之執法立場出發，對於實質上獨占事業之濫用行為，公平會透過其他規定予以進行「替代獨占管制」之情況，嚴格而言僅能稱之為「非真正的遁入」。對於同時滿足形式與實質要件之獨占事業的濫用行為，原應以第十條論處，公平會卻援引其他規定處理者，始可稱為「真正的遁入」。而這些用以取代獨占管制的規定，以第十九條和第二十四條最為常見。

(一) 遁入第十九條之獨占管制

1. 真正的遁入

(1) 明確案例——「三台廣告時段搭售一案」

真正遁入第十九條之獨占管制，在八十二年間「三台廣告時段搭售一案」中，表現最明顯，也最被廣泛地討論。當時台視、中視、華視三家電視台，已在電視市場上被公告為獨占事業。而且系爭搭售行為當時，距公告之時點尚短，且有線電視亦尚未開放，故其實質獨占地位並無重大變更，行為人實顯然為獨占事業，並已該當獨占之濫用行為。但公平會卻認為：「本案若要引用公平法第十條第四款處分，勢須重新調查被處分人行為時之市場地位，為達及時匡正被處分人之搭售行為，且衡諸被處分人已有明確違反公平交易法第十九條第六款之事實，乃依該款予以處分為宜。」¹³⁰然而，所謂的重新調查和及時匡正，其理由並不充分。蓋如認定行為人違反第十條第四款，而依第四十一條命停止或改正，亦可達到及時匡正之目的。究其依第十九條處理之真意，恐是不願直接依第三十五條規定移送，令行為人負起刑事責任，從而予以低度執法罷了。公平會對於本案之執法，固然可能有其當時之若干考量，惟明白公然地迴避應予適用之法律，刻意對獨占事業從輕發落，自然不能說立下良好之典範。不過，未來還會不斷出現這種現象之疑慮，已隨著八十八年修法時「先行政後司法」的採取，而大大地降低了¹³¹。

¹²⁹ 參閱廖義男，前揭文，頁八。

¹³⁰ 參見八二公處字第○五六、○五七、○五八號處分書。

¹³¹ 參閱廖義男，前揭文，頁七；楊宏暉，競爭法對於搭售行為之規範，政大法研所碩士論文，二○〇一年十二月，頁二五八。

(2) 疑似案例——「中油公司限制民營連鎖加油業者販賣潤滑油脂一案」

於「中油公司限制民營連鎖加油業者販賣潤滑油脂一案」中，中油公司要求民營連鎖加油站業者販賣國光牌潤滑油脂，並拒絕販售他廠牌潤滑油脂的申請，造成當時近全數之民營加油站僅供售國光牌潤滑油脂。公平會就本案係以第十九條第六款予以處分，惟中油是否涉及獨占濫用之情事，則未予論究¹³²。

本案發生之當時，中油公司於汽柴油市場上，已被公告為獨占事業，其優越之市場地位應無疑義。然加油站業者若不願銷售國光牌潤滑油脂，也可以選擇不加入連鎖加油站體系，並且不會因此受到斷油的不利益對待。至於加不加入連鎖加油站體系的差別，依案例資料，似也只在於付款條件的不同，即加入者除現金結算外，還可以賒賬方式提油，而非連鎖加油站業者應以現金交易結算。惟若其願意提供擔保品，則亦享有賒賬提油之機會。因此上述些微之差別待遇，應尚不至於有影響市場競爭機制之虞，而達到違法之程度，公平會亦未以違法之差別待遇論斷之。公平會認為中油公司違法之處在於其透過合約，一方面要求民營連鎖加油站業者須販賣國光牌潤滑油脂，另一方面則規定其他業務項目之經營，須得其認可，而達到實際限制民營連鎖加油站業者僅能販賣國光牌潤滑油脂之效果，自然應構成第十九條第六款之違反。公平會雖未明白指出，惟按其行為之性質，應屬於獨家交易之安排。

上述有關中油公司違反第十九條第六款之部分，較無問題。不過因中油公司為經公告之獨占事業，其行為是否亦應構成獨占力之濫用，而違反本法第十條，本應加以檢討說明。依本案之事實，中油之行為頗接近所謂獨占力延伸(monopoly leveraging)之行為。即中油公司利用其在汽柴油市場上的獨占力，不公平地在潤滑油脂市場上取得競爭優勢，並對其市場競爭造成可察覺到之傷害(tangible harm to competition)¹³³。換言之，中油公司透過汽柴油市場的優勢地位，來掌控經加油站之管道所銷售之潤滑油，以確保其於此通路之優勢地位（經加油站之通路銷售者約占五分之一的市場比例），進而影響到潤滑油脂的品牌間競爭，而無足夠之促進競爭效益可資補償。雖然公平會於處分理由中

¹³² 賴源河教授即認為本案應已違反公平法第十條第一項第四款之規定。參閱氏著，前揭文，頁五十七。

¹³³ 參閱楊宏暉，前揭論文，頁八十五至八十六及頁二四八至二四九。

在討論行為人之「意圖、目的」時，略有提及此部分，惟並未述及第十條的適用可能性，而徑以第十九條第六款處分¹³⁴。是故，倘若吾人肯認本案中確有獨占力延伸之情事，則本案似亦屬於獨占管制的遁逃。

2. 非真正的遁入

「非真正遁入」係指對於未經公告為獨占事業之實質獨占事業所為之濫用行為，不以本法第十條，而以其他規定論處之情形。例如在「中油公司對永興航空公司差別待遇一案」中，中油公司於八十一年間對永興航空公司在油價上之差別待遇，即因當時公平會尚未完成獨占公告作業，致中油公司雖為國內航空用油的唯一供應者，具有絕對之市場優勢地位（獨占），惟對其行為卻未依公平法第十條處分，而是依本法第十九條第二款規定論處。公平會認為，永興航空公司自行至高雄小港機場外提油，再運至台中水湳機場使用，其所付之油價反較昂貴（每公升增加一點六元），致其成本大增，故中油公司以其市場優勢地位所為之差別待遇，顯已妨礙到永興航空公司與其他航空公司間之公平競爭。雖然中油公司辯稱自行提油之油價較高，係為縮小與煤油間之價差，以減少航空燃油被流用之誘因；而且需另行為永興航空公司設置一套灌裝設備。然查被處分人所設高雄小港機場外之灌裝台設備，並非專為永興航空公司所設置，且從永興航空公司歷年購油量上應可知悉其未有流用之記錄，是被處分人所為之差別待遇行為，難認有正當理由¹³⁵。

自理論上言，獨占事業違反公平法第十條以外之其他規定，如其行為之實施係憑藉其市場地位，而與獨占力之運用有相當程度之關連者，則該行為亦有同時違反第十條之可能。於本案中油公司能夠貫徹其價格策略，而無需顧慮交易相對人之不滿與反對，與其係國內航空用油的唯一供應者，因而具有絕對之市場優勢地位（獨占），自有密切之關連。故本案依其案情而論，應仍有第十條適用之空間。而公平會之處理方式，則有對實質獨占事業所為之濫用行為，不適用本法第十條，而以其他規定論處之「非真正遁入」之情形。

(二) 遁入第二十四條之獨占管制

如果獨占事業濫用行為之對象並非事業，而係直接針對消費者時，執法機關縱想遁入公平

¹³⁴ 八四公處字第○七九號處分書。

¹³⁵ 八一公處字第○一七號處分書。

法第十九條(尤其是第二款與第六款)亦不可得,蓋本法第十九條上述款目之規定,係在處理「事業與事業」之垂直交易活動中所含有之限制問題,故此時與要件不合。因此不問是否屬於第十九條之行為類型,只要獨占事業是對非事業(如消費者)從事市場地位之濫用,而執法機關又不願意以第十條處分時,執行上既無法遁入第十九條,只好遁入第二十四條之概括規定。例如將獨占事業憑恃獨占力,不當收取瓦斯申裝或維修費用之行為,認為僅應該當第二十四條之足以影響交易秩序之顯失公平行為者,即屬之。

本法第二十四條所謂「欺罔或顯失公平行為」之認定,可從「交易關係」與「競爭關係」二方面著手。因此,對於交易相對人不當壓抑,妨礙其自由決定是否交易和交易條件者,即屬對交易相對人所為顯失公平之行為¹³⁶。故學者認為,本條在一般情形下,有彌補市場力控制缺陷之功能¹³⁷,惟這當然不是指原本應適用第十條管制,卻遁逃到第二十四條之情形。

實務上曾經將獨占管制遁入第二十四條之情形,約有下列幾種:

1. 基於獨占事業認定之疑義

例如由於瓦斯供應事業之設立,應遵守「民營公用事業監督條例」第十七條之規定,即:「民營公用事業,如其性質,在同一區域內,不適於並營者,非經中央及地方監督機關認為原有營業者,確已不能再行擴充設備至足供公用之需要時,同一營業區域內,不得有同種第二公用事業之設立。」此一法令之限制,使得各瓦斯公司在其地域市場上,乃成為唯一的供應者,而具備法定獨占力。雖然如此,因各瓦斯公司之年度銷售金額,多未達新台幣十億元,故未被公告為獨占事業(大台北區瓦斯公司除外)。此情形下,對其市場力量的濫用控制,如欲遁入第十條以外之其他規定,只好(非真正)遁入第二十四條之規定¹³⁸。

惟上述瓦斯公司之情形是否應構成獨占事業,而有公平法第十條之適用,不無疑問。舊施行細則第四條第二項(現為公平法第五條之一)雖規定,事業上一會計年度總銷售金額未

¹³⁶ 參閱公平會擬訂之「公平交易法第二十四條之適用原則」。

¹³⁷ 參閱蘇永欽,私法自治與公平法的管制—公平法第二十四條的功用與濫用,收錄於廖義男、劉華美、吳秀明、莊春發、黃銘傑、蘇永欽,公平交易法施行九周年學術研討會論文集,二〇〇一年八月,頁三八七、三八八。

¹³⁸ 參閱八七公處字第〇一七號處分書、八七公處字第一六七號處分書、八七公處字第一五七號處分書、八八公處字第一〇三號處分書。

達新台幣十億元者，不列入獨占事業之認定範圍。然同條第三項，復規定事業之設立或進入市場受法令限制者，縱無前二項不列入認定範圍之情形，仍得認定其為獨占事業。本項條文中所描述之「事業之設立或進入市場受法令限制者」，與瓦斯公司之情形實若合符節。因此這些受法令保障、擁有獨家供應地位之瓦斯公司，依施行細則該條第三項之規定，應能夠被認定為獨占事業並公告之，而不應以其營業額未達標準而忽視其實質上的獨占地位。是故，如獨占事業之認定有不同之結果時，本案能適用本法第十條之可能性也就大增。

2. 基於對消費者榨取濫用

獨占管制遁入第二十四條之另一種態樣，是執法機關以該條處罰獨占事業對消費者從事榨取濫用之情形。大體而言，這些過去發生之案例所涉及者，多是瓦斯業者對瓦斯管線裝設費用的不當收取或浮報。首先業者就若干費用¹³⁹之重複收取或超收費用，以及費用之不當轉嫁等¹⁴⁰，較明顯應構成榨取。至於其他工程費、倉儲費、工程管理費等費用之收取，是否構成不當榨取，則視個案情形而定。公平會在判斷成立上述榨取行為之方法上，係併用獨占管制中「超額利潤限制」和（非嚴格意義下之）「比較市場方法」兩者。在案例中，除分析被處分人就材料（如白鐵管）對於用戶所收取之價格，與其所支出成本（即製造商之報價）間的價差有明顯過高之情事外，同時也就若干費用，如設計費、檢驗費、管理費等，與台北市之收費標準進行比較，而發現亦有明顯過高超收之情形。基此公平會認為，被處分人依恃獨占力量，不當決定用戶申請裝置費用之措施，業已違反效能競爭原則，核屬足以影響交易秩序之顯失公平行為¹⁴¹。

（三）遁逃式之管制不宜再採

上述管制遁逃之情形，主要係發生於八十八年修法以前，主管機關一方面因尚未能充分掌握產業狀況與獨占管制之手段工具；二則因獨占管制之難度本來就很高；三則也是為避免使獨占事業直接面對刑事處罰，遂將管制遁入其他之規定。此種低度執法之方式，可謂執法上之不完全給付。其固然有所謂時代之背景，可以在某種程度上正當化其作法，惟一般而言，其妥當

¹³⁹ 如牆壁修復費、暗管修護費、回填砂及級配費用、用戶共同管分擔費用、管線補助費等。

¹⁴⁰ 如應由被處分人負擔之表外管維修、被處分人員工團體保險費用之轉嫁分擔。

¹⁴¹ 八七公處字第○一七號處分書、八七公處字第一六七號處分書、八七公處字第一五七號處分書、八八公處字第一○三號處分書。

性如何，實高度啟人疑竇。至少從今天之眼光來看，所謂遁入其他規定之執法，可能會有扭曲法律之適用、違背立法者之任務付託、降低公平法與公平會之法律與機關尊嚴、減緩累積獨占管制經驗之速度、市場競爭遭受破壞、未能有效維護市場參與者以及消費者之正當權益等重大之負面效果。如與其想像中可能有之正面效果作一比較，執法者過去所做的，能夠至少「收支平衡」嗎？在公平法已經邁入第十個整年的今天，此一問題，實令吾人再三沈思。

往者已矣，面對未來，執法機關實應果斷地告別遁逃式的執法方式，而在原應進行獨占管制之案件中，盡量試圖將違法與否之考量因素，納入獨占管制之架構內加以考慮。進一步言，獨占管制本身即有具相當彈性之法律構成要件，作為其規範基礎。主管機關可以運用此等構成要件所容許之寬廣解釋餘地，建構起適合我國國情之獨占管制標準。此種作法，絕對遠比勉強而扭曲地將獨占管制塞入其他規定之框框較佳。故總而言之，遁入式之獨占管制，將來實不宜再採。公平會自修法時起，既有「先行政後司法」之安全閥，可減緩執法之衝擊，則應積極執行荒廢了很長一段期間的獨占管制，加速累積目前尚屬薄弱之執法技術與經驗，以排除獨占事業之各種濫用行為，維護我國各產業市場之競爭。

四、管制、解除管制與獨占管制

前言

在我國經濟發展的初期，由於民間人才少、資金不夠充裕，因此必須多所仰賴政府的輔導、干預及保護措施。而一系列的政府管制，雖然造就了工商業的大幅成長和經濟發展的長足進步（台灣奇蹟），但也形成了經濟的高度管制與公營事業的林立。近十幾年，在「自由化、國際化、制度化」的浪潮驅趕之下，各產業開始注入自由經濟的活力，減少政府干預色彩，也興起了一系列的管制革新措施。在此大蠱之下，解除管制、自由化、民營化等所謂廣義之競爭政策¹⁴²逐步開展，而象徵市場經濟根本大法之公平交易法的立法與施行，更意味著競爭時代的來到。競爭政策的執行，將成為經濟政策之主軸，而凌駕於管制措施和計畫性經濟之上。所謂「以競爭政策為主，以產業政策為輔」之時代，於焉降臨。

然而，在過去產業政策優先的長期影響下，諸多獨占事業不僅有特別法的規範，甚至大多

¹⁴² 蘇永欽，自由化、解除管制與公平交易法，收於氏著，跨越自治與管制，一九九九年一月，頁九、十。

數均具有公營事業的色彩。而公平會在八十二年間所進行的獨占事業公告作業，亦發現多數的獨占事業，其形成大多有著政策或法規背景。尤其是相關產業之市場進入，備受法令之重重限制，例如鐵路法、公路法、商港法、電信法、電業法、能源管理法、自來水法、公用事業民營監督條例、廣播電視法、菸酒專賣暫行條例等等，皆為適例。此等法規之存在，使得競爭法的執行，尤其是獨占管制部分，乃備受制肘，而需與其他管制機關作積極之協調。管制法與競爭法之適用關係如何，亦值研究。而對於這些經由法令所造就之獨占事業，破解之道莫過於自由化與解除管制(Deregulation, Deregulierung)，即透過管制措施之鬆綁、市場的開放以及結構面之調整，擴大私人參與經濟決定之空間，引入競爭機制的活水源頭。然而市場的開放並不當然意謂競爭作用即可馬上奏效，原來之公營或市場主導之事業仍有可能擁有某些「剩餘之獨占力」，並為延續、強化和鞏固其獨占地位，而遂行濫用行為。因而解除管制後，更需要競爭政策的使力。

(一) 管制法與獨占管制

1. 競爭政策與管制政策的接軌

基本上，政府直接干預私人經濟活動的管制政策，大抵出於經濟因素和政策與社會層面的考量。經濟性的管制乃著眼於，自然獨占、公共財、外部性、資訊不對稱等市場失靈(market failure)情事，使得價格機能無法引導資源的有效運用，希冀藉由政府「有形之手」的介入，來彌補市場「無形之手」機能的不足。政策性或社會性的管制，則是著眼於其他公益的維護，例如出於環境保護、飛安、保護中小企業、弱勢族群之照顧、降低失業率等理由，而由政府在某種範圍內限制私人的經濟活動。過去例如為照顧榮民就業，瓦斯由退輔會經營；為照顧蔗農之生計，蔗糖只能由台糖公司產製；為穩定油價，汽柴油產品由中油公司獨家經營與進口等。這些有關產業之管制法規，除作市場結構面的管制外，往往也伴隨有市場行為面或績效面之管制，而經常對事業的訂價或其他營業行為，進行介入與干預，例如費率之核定等¹⁴³。這類的措施，在本質上與競爭法之理念有所拮格，故在政府欲落實競爭政策之時，兩者即須作進一步的協調。

¹⁴³ 如民營公用事業監督條例第七條、電業法第五十九條、自來水法第六十條等。

競爭秩序的確保，雖為憲法所欲積極維護的法制度(Rechtsinstitut)¹⁴⁴，但競爭政策為國家整體政策下的一環，尚有其他經濟政策和社會政策與之並駕齊驅，競爭政策並不必然即排除其他公益的追求。因此，在公平法的立法上也對既存的管制法規保持相當程度的尊重¹⁴⁵。其精神便彰顯在修正前的公平法第四十六條規定：「事業依照其他法律規定之行為，不適用本法之規定。(第一項)公營事業、公用事業及交通運輸事業，經行政院許可之行為，於本法公布後五年內，不適用本法之規定。(第二項)」其立法理由即表示：「一、事業已有其他法律予以規範者，如電業法、銀行法、郵政法、礦業法、台灣省內菸酒專賣暫行條例、保險法、農業發展條例等，該等特定企業所為之營業上行為，已為特定法所容許，且有其主管機關加以監督，自無須再由本法予以管理，故不適用本法之規定。二、除其他法律已有規定者外，因本法係屬初創，同時經濟情勢時有變遷，公營事業、公用事業、交通運輸事業有服務社會、照顧大眾生活之目的，故明定其基於國家政策經行政院許可之行為，亦不適用本法之規定。」即透過在公平法內設立此一除外管道¹⁴⁶，使公平法與既存的管制政策作相當程度的協調。另一方面，公平會也陸續積極推動「法規自由化促進專案」、「解除管制促進市場競爭方案」、「解除公營事業不公平競爭專案」等，全面檢討相關法規。其目的在使事業僅有根據法律或有明確授權依據之法規命令的行為，方得排除公平法之適用，而將單純依據無法律基礎之職權命令、行政規則、行政指導等行政屏障之行為，除有修正前第四十六條第二項之情形外，均納入公平法之監督範圍。公平會並積極與各部會協商，促使各相關機關配合修正其主管法規或在行政程序中加強與公平會的聯繫。此外，基於促進自由競爭之精神，對於授予獨占地位及進行價格管制之法規，如無充分維持之經濟上或非經濟上之理由，或如可採取其他較不影響自由競爭之替代措施者，公平會亦建請主管機關檢討廢止，或建議設置明確之法律依據。故在促成競爭政策與管制政策的接軌上，公平會迄今已獲致相當之成效。

¹⁴⁴ 廖義男，憲法與競爭秩序之維護，收於氏著，公平交易法之理論與立法，一九九五年，頁二至四。

¹⁴⁵ 參閱蘇永欽，前揭文，頁六。

¹⁴⁶ 戴東雄、余雪明、許宗力、范建得、劉孔中、張志銘、朱柏松、謝銘洋、蕭文生，公平交易法第四十六條第一項之探討，公平會八十一年度委託研究計畫二，一九九四年四月，頁一〇一；蘇永欽、范建得，公平交易法第四十六條修正後的適用問題，收錄於：公平交易委員會編，第七屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，二〇〇一年六月，頁四二〇。

2. 競爭法與管制法之適用關係

(1) 公平法為經濟基本法

公平法第四十六條規定：「事業關於競爭之行為，另有其他法律規定者，於不牴觸本法立法意旨之範圍內，優先適用該其他法律之規定。」修正後之公平法第四十六條，乃更進一步提昇競爭政策的地位，並確立公平法為「經濟基本法」之立法意旨，此為立法者明確之表示¹⁴⁷。惟其含意如何，應如何與其他可能產生衝突之產業法規調合，則仍待進一步之研究。

(2) 公平會具有個案中判斷管制法之具體適用與公平法之立法目的是否牴觸之審查權

本條規定使得公平會對於其他法律關於競爭行為之另行規定，擁有檢視其具體之適用，是否與公平法之立法目的相容之審查權。換言之，事業於法有據的行為，不再如過去般當然地排除公平法的適用，而是必須通過公平會對於該規定之適用是否牴觸公平法立法目的之權衡與檢視。公平會之擁有此一審查權，應是第四十六條之新舊規定所產生之最大之不同點。惟公平法是否應優先於管制法適用，仍應視兩法依審查標準權衡判斷之結果而定。

(3) 審查標準

依修訂後第四十六條之規定，獨占事業依據其他法律之行為，是否能豁免於公平法上之獨占管制，端視該其他法律規定之適用結果，是否會「牴觸公平法的立法意旨」。故「公平法立法意旨」之判斷，實居於最關鍵之地位。關於此一立法意旨之評斷，修訂公平法第四十六條之立法理由第二點謂：「...二、所謂『不牴觸本法立法意旨』，應考慮特別法與普通法之法律適用原則、其他法律之立法時間與立法目的，以調合競爭政策與產業政策，促進整體經濟利益。」此一立法理由，實具有豐富之啟發意義。依上述立法理由之旨，公平法雖被立法者肯定具有「經濟基本法」之地位，惟公平法之適用與執行，仍應以促進整體經濟利益之最大發展為目的。而此一終極目的達成之可能性，與競爭作為其手段之優越性，亦成為公平法優先適用之前提。換言之，當產業政策、產業法規與競爭政策、公平法有所衝突時，並非只要公平法對有關之行為係加以禁止，即可當然解

¹⁴⁷ 參見公平法第四十六條修正理由，第一點：「...為確立公平交易法為經濟基本法之立法意旨，爰規定於『不牴觸本法立法意旨』之範圍內，始得排除適用公平交易法。」

釋為其他法律之規定係牴觸本法之意旨。否則所有公平法所禁止之行為，即無任何例外排除適用之可能，此與第四十六條欲「調合競爭政策與產業政策」之規範意旨，恐有未合。第四十六條毋寧就是要公平會在個案中，站在公平法所代表之市場競爭制度為基本原則之立場，嘗試調合競爭與產業政策，並以促進整體經濟利益為最終目的。故公平會應研析判斷，本法之立法目的為何？究竟是執行公平法或優先適用其他法律之規定，更能促進整體經濟利益之發展？以判斷其他法規有無牴觸本法之立法意旨。而「整體經濟利益」是十分抽象而解釋上具有彈性之標準，立法者在此處給予公平會一個相當大之形成空間，可以將當時之競爭政策與產業政策之各種考量均放進來，最後做綜合性之判斷。因為可能對整體經濟利益產生影響者，不僅是經濟上之因素，尚包括非經濟因素；又本法之立法目的，基本上亦為多元目的之追求，故在解釋上，本文認為公平會在判斷管制法規是否較能促進整體經濟利益、有無牴觸本法立法意旨時，應能同時考慮競爭上之因素、競爭因素以外之其他經濟上因素、以及經濟因素以外之其他非經濟之公共利益因素等。故公平會不以僅就經濟因素判斷為限，更不應劃地自限於僅就競爭或效率因素作判斷。

在審查判斷本法立法意旨之依據及標準上，修法理由也提到了「應考慮特別法與普通法之法律適用原則、其他法律之立法時間與立法目的」等項目，惟上述之考量，應為例示而非窮盡列舉之項目，公平會自能夠考慮其他對於整體經濟利益有所影響之因素。例如，對於公平法意旨的判斷，學者即認為須就市場集中度與市場進入障礙、競爭者數與市場績效、市場規模、競爭素質、效率、交易成本、消費者福利等綜合考量；而在審查密度上，則須考慮立法時點、立法原則、有無公平會的決策協商、以及其他經濟因素和非經濟因素的考量，例如對於環境保護的促進，是否有明顯的助益且未重大傷害到市場競爭等¹⁴⁸。

上述學者所提出之審查事項，皆可作為公平會於判斷所謂本法意旨時之參考。此外，管制機關的管制有效性與能力也須加以衡量。若其他管制機關就其主管事項在人員、知識經驗、經費等管制資源以及管制成本及管制效率上較公平會為佳時，則審查密

¹⁴⁸ 蘇永欽、范建得，前揭文，頁四三七、四三八。

度宜降低，或逕認其他法律之規定不牴觸本法之意旨。反之，如管制法規雖有特別或排除之規定，惟有關主管機關無足夠之資源管制、管制成本過高、明顯懈怠或根本停止不為管制者，公平會仍得認為管制法之適用將牴觸本法之立法意旨，而不排除進行公平法上之管制。又公平法立法目的之一元化（獨尊效率）或多元價值之承認，亦對認定結果有所影響。易言之，立法意旨愈多元，解釋得愈寬鬆，則除外的可能性便愈大；倘立法意旨一元化，或解釋得十分嚴格，則其他法律阻卻本法適用之機會便愈少，從而會影響到其他產業政策目標的落實。

(4) 部會間之協商仍不可偏廢

總之，未來公平法上的獨占管制如何與其他管制法上目的事業主管機關的監督，彼此妥當地劃分、協調與接軌，相當大的程度上，必須倚重對於公平法第四十六條的解釋。惟最後應特別注意者，乃另一方面，公平法第九條第二項關於公平法所規定之事項，涉及他部會之執掌者，應由公平會與各該部會商同辦理之規定，仍然存在。故公平會固然有權依第四十六條之規定，審查其他法律之規定有無牴觸本法之意旨，以決定其他規定能否排除公平法之適用。惟審查之結果如為有牴觸、應依公平法處斷，而本法之執行將涉及他部會之執掌時，公平會仍應依第九條第二項之規定，與有關部會協調處理之。如公平會與其他部會間無法達成一致之解決辦法者，則應透過行政院院會之場合或管道解決之。

(二) 解除管制與獨占管制

政府過度的管制，也可能造成事業競爭效能的削弱，造成事業壟斷力量的增長¹⁴⁹；甚至形成管制失靈，造成市場的扭曲及妨礙經濟之長期發展¹⁵⁰。解決之道，不外乎透過競爭政策的引入，提高市場的競爭度，減少進入市場的障礙。近年來在管制革新的趨使下，解除管制運動蔚為風潮。然而市場開放的結果，也只是打破獨占市場的法令保護，使得競爭者的參進不再到處碰壁，並不表示市場之運作即當然回復到競爭狀態，事業的獨占力量即隨之冰消瓦解。既存的

¹⁴⁹ 行政院公平交易委員會，政府管制與市場競爭之研究，公平會八十五年度研究發展報告，一九九六年六月，頁十。

¹⁵⁰ 陳櫻琴，管制革新之法律基礎與政策調適，收於劉孔中、施俊吉 主編，管制革新，二〇〇一年四月，頁二十八。

獨占事業在解除管制之後，仍有可能因為技術、經驗、財力、品牌商標等優勢，而保有剩餘獨占力，使得市場開放的效果打一定之折扣。此際，自更亟需有效的競爭政策來規範獨占事業的行為，防止獨占事業濫用其市場地位，破壞市場之競爭。例如獨占事業以延遲網路接續、進行交叉補貼等方式，不當維持和強化其獨占地位¹⁵¹。因此，解除管制後的獨占監督任務，是從管制機關交棒轉移至公平會肩上，其重要性仍不容輕忽，而獨占管制的重心，也將由市場結構面轉移至市場行為面。換言之解除管制後，獨占事業之管制乃回歸公平法之基本，公平會須依公平法上獨占管制之一般理論與原則，針對產業之特殊性，進行常態性之獨占管制。

肆、新世紀獨占管制之展望

我國公平法上之獨占管制，在走完了第一個十年後，正好也隨著時代之巨輪，走入了二十一世紀之初期。站在新世紀之開端，展望我國獨占管制之前程，途中尚有許多艱難與挑戰，等著我們去面對。在公平法施行滿十周年之今天，回顧過去，展望未來，實具有重大之意義。欲克服未來之種種困難，除過去之若干偏差，如遁逃式之管制等，不宜再採外，仍有多項之工作，正待吾人即刻捲起衣袖，戮力以赴，迎面解決之。茲分項說明如下：

一、促進法規與管制制度之更加健全

未來首先要做的，是促進法規與管制制度之更加健全。制度具有宏遠之效果與影響，故繼續使有關獨占之典章制度更加完備，乃為首要之工作。現行法中，雖已修法將負面推定等門檻規定納入母法之中，但獨占認定審酌事項與門檻規定同具重要性，實亦以規定在母法中為宜，此部分有待未來繼續努力，其他如獨占認定門檻之高低是否應予調整、建立對於各種濫用行為精緻而穩妥之認定標準以及案例類型、考慮將上述判斷標準制訂為有關之處理原則、對濫用之獨占事業是否應如美國法採取「解體」之措施等事項，均值得吾人研討，並於形成共識後予以推動。

二、鑽研他國執法與研究之成果、加強國際合作與交流

上述諸問題之解決，均頗為複雜困難，我國又屬於執法經驗尚淺之國家。故此時自應繼續深入鑽研他國執法與研究之成果、加強國際合作與交流，以便可將他山之石，用以攻錯。

¹⁵¹ 參閱鄭優、王國樑 主持，交通運輸業與電信業有關解除管制及競爭法適用問題研究，公平會八十六年度合作研究計畫，一九九七年二月，頁八九至九〇。

三、加速累積我國之獨占管制經驗

由於過去十年中，獨占管制有八年左右是停留在起跑線上升火待發，真正的管制開跑，則是這一、二年之事。因此與公平法其他部分之執法經驗累積相比，我國獨占管制之經驗與執法成果，實明顯累積不足。因此未來應加速累積我國自己之獨占管制執法經驗，儘速建立我國之案例類型，才是鞏固與發展獨占管制最實在之步驟。

四、傳統產業獨占管制之持續推動

在新世紀中，傳統產業自然仍有獨占之問題。公平會在獨占管制已經起跑後，應持續推動有效之管制，以防止或排除獨占事業對於市場競爭之阻礙，或為不當之榨取濫用。其有關之問題，本文已多所討論，茲不贅述。

五、高科技產業帶來之新挑戰

在我國力求產業升級之下，高科技產業已經逐步成為我國產業之重要部門。高科技產業有其許多特殊之處，執法者在管制該種產業之反托拉斯法上問題時，自須考慮與因應其產業之特性¹⁵²。這雖然不代表，法律必須為適用於高科技產業而修改，但執法者在管制時，會面臨如何瞭解與掌握新科技所形成之產業中有關競爭法之相關事實、如何界定隨著科技之快速發展而變化迅速之市場、如何評估獨占管制對於科技創新與高科技產業造成之衝擊與影響等嚴酷挑戰，執法機關必須以高度之謹慎與新的知識經驗，將既有或新發展之管制工具，配合高科技產業之特性，而使用於獨占管制之中¹⁵³。

六、獨占管制與管制法上市場力管制相互關係的釐清

未來之百年中，可預見的是，管制性產業應該不會完全從我國之經濟體制中消失。故如何釐清公平法上之獨占管制與管制法上市場力管制間之關係，亦為執法機關在未來必須面對之問題。修訂後之公平法第四十六條，既然賦予公平會在個案中，有審酌其他法律是否有牴觸本法立法意旨之權限，則逐漸發展出一套審酌之標準與原則，亦為將來應予以進行之重要事項。

¹⁵² 參閱劉靜怡，從美國法制經驗看網際網路時代的反托拉斯法：政府管制介入科技創新發展的迷思，政大法學評論，第六十七期，二〇〇一年九月，頁二二七以下。

¹⁵³ Immenga, Der Fall Microsoft—Zerrbild oder Vorbild?, RIW, Heft9/2000, S.1. 上述獨占管制在高科技產業中之困難，在美國之「United States v. Microsoft 一案」，以及我國之「飛利浦等公司就光碟產品專利技術授權一案」中，即可見其梗概。Vgl. Fleischer/Doege, Der Fall United States v. Microsoft, Zwischenbilanz eines kartellrechtlichen Jahrhundertverfahren, WuW, 2000, S.705ff.

七、自由化、解除管制後剩餘獨占力之管制

在管制革新之世界性之潮流下¹⁵⁴，我國許多管制性之產業，正在逐步邁向自由化與解除管制之路。惟自由化與管制解除之後，常會有剩餘獨占力之問題產生，成為從管制法接手之公平法上的棘手問題。電信市場開放後的中華電信公司、油品市場開放後之中油公司、或電力市場開放後之台電公司，可想而知都會是公平會獨占管制上的常客。因此，公平會如何能有效監督具有剩餘獨占力之事業，使開放市場之美意，不會因此等獨占事業之濫用行為而遭受破壞，實為未來公平會重大而艱難之任務。

八、改革訴願體制與行政院訴願會、法院系統管制獨占能力之提昇

最後，這次公平會對「飛利浦等公司就光碟產品專利技術授權一案」之處分，被行政院訴願會撤銷，不禁又再度引發吾人對於該會之角色合宜性，與審查能力是否足夠之合理質疑。同樣關於專業性之懷疑，也可能會發生在對我國法院系統之辦案能力上。暫不論撤銷本案之是非功過，我們一向認為，行政院訴願會可以審查並撤銷公平會之處分，是破壞公平會獨立性與專業權威之最大制度性因素與缺口。換言之，其破壞性不僅重大，而且是以一個不適合之法律制度加以破壞。故其影響，至為深遠！未來實應儘速朝由司法審查，即不服公平會之處分，應向高等法院上訴之方向改革，以符合世界之潮流。惟在未改變之前，自應加強訴願受理機關處理公平法案件之能力，才不會淪為外行監督、糾正內行之情形，而生所謂「官大學問大」之譏。法院系統則應持續培養處理本法案件之人才，最後以建立高等法院以及最高法院之競爭法專庭為目標。

整體而言，我們相信正式起跑不久的獨占管制，在公平法之執法實務上，將越來越重要。惟獨占管制之管制者，因須面對資源豐富、勢力強大、知識與人才充足、關係良好之獨占事業，亦須處理較複雜之產業與產品或服務，故其管制之難度，普遍公認較本法之其他行為類型為高。我們因此更期許公平會與其他職司本法之執行或審查、審判之機關，能不畏困難，善盡其責，做好監督獨占事業之工作，以維護我國有關產業之市場競爭。

¹⁵⁴ 相關討論參閱施俊吉 / 劉孔中主編，前揭書。

評論

施教授俊吉（中央研究院社科所）

主席、吳教授、各位貴賓，大家好！恭賀公平會成立十周年，本人曾經擔任第三屆的委員，曾經與在座公平會的同仁共事三年，與有榮焉。公平會十年可以劃分成不同的時期，但是吳教授卻從第十條的執法狀況提出一個怵目驚心的分期法，他說獨占管制的執行可以分成「管制宣導學習與制度建立期」，「管制猶豫遁逃與醞釀期」，以及「管制展開時期」。

事實上，任何分期，本身就是一套理論。吳教授的分期方法是從法的變化、法的修改、以及執法的成效進行斷代。對於此一斷代，個人深表贊同。至於應有的啟示，我想留待最後再談。

此文在討論獨占之認定時，稱本法第五條以及施行細則第三條為獨占認定之「雙重門檻」。其中，本法第五條叫做「正面的認定」，施行細則部分則稱為「負面的推定」，此一名稱很可能會讓獨占的認定條件越弄越糊塗。事實上，本法第五條是認定獨占事業的「充分條件」，而施行細則第三條則是「必要條件」，因為「若一個事業在特定市場處於無競爭狀態...則該事業為獨占事業」這是本法第五條的說法；至於施行細則第三條則是：「若某事業為獨占事業，則該事業在特定市場的占有率應達二分之一...」此同義於：「若某特定事業在特定市場的占有率未達二分之一，則該事業非獨占事業。」故本法第五條是充分條件，而施行細則第三條是必要條件。

公平交易法為什麼不用一個充分且必要條件去認定獨占？原因是因為公平交易法本身有許多不確定的法律概念，所以無法用一個簡單的市場占有率去檢驗數百種產業的不同情形。本法的第五條，給定一個非常寬鬆的充分條件，用「具有壓倒性地位，可以排除競爭」之概念定義獨占事業，但是此條件過於模糊，而且可能包羅太廣，故在施行細則中加入一個必要條件，以限縮獨占事業之範圍。在獨占的認定上，這個設計堪稱完整。因此，不應稱之為「雙重門檻」，因為雙重門檻的兩個門檻都是充分條件。而應以充分及必要條件視之。

回到分期的部分，為什麼獨占管制的「醞釀期」會那麼長，又為何會出現管制的「遁逃期」？這些問題皆應從政治經濟學的觀點進行檢討。至於可能的答案則是：公平會因為政治及其他因素之考量，所以執法時經常從第十條遁逃到第十九條與第二十四條。果真如此，則公平會可

以讓獨占管制遁逃，但是歷史是不會讓公平會遁逃的。公平會如果希望擺脫「只拍蒼蠅，不打老虎」的批評，那麼就應該切記：「要有公正執法的決心，公平會才會有尊嚴。」謝謝各位！

公平交易法結合規範成效與檢討

何之邁、吳成物、林東昌、許淑幸、胡光宇、施錦村、洪德昌*

摘要

結合管制規範為競爭法領域重要之一環，事業結合可能導致市場過度集中，造成市場被少數事業壟斷，導致減少或阻礙競爭或損及交易相對人利益之情事，結合管制規範機制可以事前防制事業於特定市場過於集中，俾免損及整體經濟利益和消費者福祉。從而，各國競爭法主管機關莫不對事業結合寄予高度關注。我國公平交易法之結合規範係採「事前申請許可制」，即事業如符合公平交易法第六條第一項規定之結合態樣，且達到同法第十一條第一項規定之各款門檻標準之一者，應於實行結合前，以書面向行政院公平交易委員會（以下簡稱公平會）申請許可；而依同法第十二條規定，公平會應自收受完整申請許可文件日起二個月內為准駁之決定。然在實務運作下，企業界往往認為二個月之審查期間過長，而有阻礙企業爭取商機之虞，為因應業界之需求，公平會爰訂定相關簡化作業程序，主動篩選對市場競爭影響有限之結合類型，簡化其所需之書表及必備之行政作業程序。事實上，欲解決此等問題，以利事業掌握商機，正本清源之道，目前所採行之事前申請許可制及二個月審查期間之規定，爰有檢討修訂之必要。

公平會十年來對於結合管制，從建立制度到實務的執行，所付出的努力與代價均極為龐大，本文除介紹結合規範之立法沿革及相關行政解釋外，並特別針對連鎖超商之加盟、金融業、有線電視、高科技產業之結合以及域外事業結合之管轄等層面，剖析公平會結合管制的成效。事實上，除了上述五種結合類型外，近年來由於國內產業面臨自由化、國際化與大型化之壓力，諸如航空、電信以及部分的傳統產業均有多件結合申請並經本會許可之案件，致國內產業結構大幅重整。

本文並進一步指出公平會的結合管制仍有可檢討之處，如應申請許可結合類型的釐清、結

* 何之邁，公平交易委員會委員；吳成物，公平交易委員會第一處處長；林東昌，公平交易委員會第二處處長；許淑幸，公平交易委員會第二處副處長；胡光宇，公平交易委員會第一處專門委員；施錦村，公平交易委員會第二處科長；洪德昌，公平交易委員會第一處科長。

合案審查程序的細緻化以及結合規範制度的調整等，均係公平會未來應該努力的方向。目前公平交易法已將結合事前許可制，修改為事前申報異議制，並增訂結合審查除外適用條款，但實務上應如何處理，始能適應新經濟的要求，亦有待公平會的努力。

壹、前言

結合管制規範為競爭法領域重要之一環，事業結合可能導致市場過度集中，造成市場被少數事業壟斷，導致減少或阻礙競爭或損及交易相對人利益之情事，結合管制規範機制可以事前防制事業於特定市場過於集中，俾免損及整體經濟利益和消費者福祉。從而，各國競爭法主管機關莫不對事業結合寄予高度關注，或訂定專門處理購併之法律，或設專門部門負責執行結合管制業務，或兼而訂定各種結合管制指導準則¹等，期對結合管制之執行所涉及之市場界定、市場影響層面、市場集中度檢測、實質減少競爭之判斷準據等，有較為透明且一致之執法依據與標準。我國公平交易法之結合規範係採「事前申請許可制」，即事業如符合公平交易法第六條第一項規定之結合態樣，且達到同法第十一條第一項規定之各款門檻標準之一者，應於實行結合前，以書面向行政院公平交易委員會（以下簡稱公平會）申請許可；而依規定，公平會應自收受完整申請許可文件日起二個月內為准駁之決定。為適當從事結合管制，並顧及事業商機考量，以及實際運作需要，公平會除依據公平交易法規定，以為執行結合管制外，亦陸續訂定「事業結合申請須知」、「事業結合審查簡化作業程序」、「公平交易委員會批次審查便利商店申請結合案作業原則」、「行政院公平交易委員會域外結合案件處理原則」、「有線廣播電視頻道節目供應業者與有線電視系統業者垂直結合申請案件審理原則」等，並投入相當的人力²與物力，對於防範市場過度集中，促進市場自由與公平競爭，忠實扮演著守門員的角色。

自公平會成立以來迄九十年十月止，受理之結合申請案總共五、七六四件，其中核准者五、六五三件，駁回者三件，中止審理者六十九件，併案者二十三件。在所有五、六五三件核准結合案件分年來看，八十一年有六件，八十二年有一〇七件（九十三件）³，八十三年有二五九件

1 如美國一九六八年、一九八二年、一九八四年之「企業合併指導準則」及一九九二年之「水平合併指導準則」；日本一九九九年之「企業合併指導準則」。

2 公平會第一處及第二處除辦理獨占、聯合行為、與不公平競爭行為外，亦分別兼理服務業與製造業之結合案件。

3 括號內之數字表便利商店結合案被核准數目。

(二三八件) , 八十四年有四二六件 (四〇二件) , 八十五年有三三九件 (三〇九件) , 八十六年有五三五件 (四八九件) , 八十七年有八四三件 (七六〇件) , 八十八年有一、〇三二件 (九五九件) , 八十九年有一、一七七件 (一〇七〇件) , 九十年一月至十月有九二七件 (八四〇件) , 顯見結合案件幾乎呈現逐年增長趨勢。就結合案件准駁處理時間分析, 平均處理天數, 八十一年為五十五天, 八十二年為二十七天, 八十三年為十六天, 八十四年為十二天, 八十五年為十三天, 八十六年為十天, 八十七年為十天, 八十八年為十天, 八十九年為十天, 九十年一月至十月為十天, 平均處理天數有逐年遞減趨勢。其中駁回案件三件, 均發生於八十九年, 平均處理天數為九十六天, 由於均屬有線電視結合案 (二件為垂直結合, 一件為水平結合) , 與當時有線電視產業市場環境過於複雜, 上下游產業間及消費者與系統業者間爭議不斷有必然關係, 在顧及業者申請權益、中央與地方目的主管機關意見、市場競爭影響、及消費者保護, 案件之研析, 力求週延完整, 殆屬歷年來申請許可案件中較為複雜者。如果再加細分, 在五、六五六件核准與駁回案件中, 屬於便利商店業結合案有五、一六〇件, 平均處理天數為八天; 屬於有線電視產業結合案有七十八件, 其中包括四件垂直結合案件, 二件核准, 二件駁回; 餘為水平結合案件, 七十三件核准, 一件駁回, 平均處理天數為四十四天; 屬於金融業結合案有四十六件, 平均處理天數為三十四天; 屬於製造業 (多數為高科技產業) 結合案有一五五件, 平均處理天數為四十五天。如單純以簡易程序與非簡易程序來分, 屬於簡易作業程序處理者有五、二九五件, 平均處理天數為九天; 其他屬於較複雜之結合案有三六一件, 平均處理天數為四十八天。

從以上統計資料顯示, 公平會處理結合管制案件數有逐年遞增情形, 而處理天數則反呈逐年遞減現象, 足見在經濟持續發展及科技日益更新之環境下, 事業進行結合之需求相當殷切, 而公平會也配合在有限人力下努力快速處理結合申請案件, 俾滿足事業營運策略時效之需。可預期未來在市場逐漸開放, 國際化及自由化持續深化, 工商競爭環境日益激烈, 事業結合行為將日趨熱絡。為使現行結合管制規範更能契合時代需要, 公平會在執行公平交易法行將屆滿十年之際, 已正式擬案修改公平交易法, 將「事前申請許可制」改為「申報異議制」並經行政院九十年十月十七日院會通過, 亦於同日送請立法院審議。而基於過去實務經驗, 仍有一些問題尚待進一步釐清, 本文爰擬就公平交易法結合規範之立法沿革、相關法規措施、特殊結合類型之管制實務、以及針對結合類型釐清、審查指導原則、與申報異議制等結合管制規範之檢討,

做較深入之研析，最後再提出新經濟時代結合應有之管制作為本文之結論。

貳、結合規範之立法沿革及相關行政解釋

一、現行相關規範

我國公平交易法中對於結合之定義係規定於第六條第一項：「本法所稱結合，謂事業有左列情形之一者而言：一、與他事業合併者⁴。二、持有或取得他事業之股份或出資額，達到他事業有表決權股份或資本總額三分之一以上者。三、受讓或承租他事業全部或主要部分之營業或財產者。四、與他事業經常共同經營或受他事業委託經營者。五、直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免者。」同條第二項規定：「計算前項第二款之股份或出資額時，應將與該事業具有控制與從屬關係之事業所持有或取得他事業之股份或出資額一併計入。」參酌國外法例，我國對於結合認定之立法方式與德國法最為相近。

公平交易法對於事業結合係採「原則自由，例外申請許可」，也就是對於事業之結合，因事業自有其經營策略之考量，原則上不予管制，例外僅對於達到一定門檻之結合行為，規定必須事先向公平會申請結合許可，係採「事前許可制」，為一種事先預防機制，與多數國家所採之「申報異議制」有別，核其立法目的係為預防獨占形成及市場力量過度集中所生之弊害，是凡事業結合之結果，易致壟斷市場，而有影響交易秩序之虞者，即有管理之必要。依據公平交易法第十一條第一項規定，事業申請結合之門檻標準有三種，祇要符合其中一種標準，即必須事先向公平會申請結合許可，始得進行結合。該三種門檻標準如下：一、事業因結合而使其市場占有率達三分之一者。二、參與結合之一事業，其市場占有率達四分之一者。三、參與結合之一事業，其上一會計年度之銷售金額，超過中央主管機關所公告之金額（目前公告之金額為新臺幣五十億元⁵）者。所謂「銷售金額」，依據公平交易法施行細則第六條規定，係指事業之

4 指公司法上之合併而言，尚不包括新設之合資事業在內。公平會公研釋 012 號解釋：「公平交易法第六條第一項所稱之他事業，以結合時既存之事業為規範對象，故二以上既存事業共同投資設立新事業之行為，尚非該條規範對象，故縱使參與投資事業之一，有同法第十一條第一項所定各款情形，亦無需向本會申請結合之許可；惟參與投資之既存事業如有利用設立新事業方式進行聯合行為或濫用獨占地位，或從事不公平競爭行為之情形，仍當依公平交易法有關規定處理。」惟亦有論者認應將新設之合資事業納入結合規範。

5 公平會最近一次公告之銷售金額為新臺幣五十億元，並於民國八十八年二月一日起實施。該會將配合工商普查，每五年檢討一次。

總銷售金額，並以中央主管機關調查所得資料為基準。

公平會係依公平交易法第十二條規定，就申請結合許可案所可能形成之「整體經濟利益」與「限制競爭之不利益」進行衡量。如前者大於後者，依法得予許可；反之，則予駁回。進行此項實質審查時，公平會通常考量以下因素予以審酌，亦即在整體經濟利益方面，考量規模經濟效益（水平及垂直結合）、垂直經濟利益（垂直結合）、範疇經濟利益（多角化結合）、技術效率、結合後生產因素價格及產品售價降低程度、產品品質提升程度、是否為垂危事業等因素；在限制競爭之不利益方面，會考量市場進入障礙增加程度、市場競爭者數目、產品特性、市場集中度變化情形、企業過去是否曾有違反公平交易法相關規定等⁶，並視個案特殊性質酌量增減考量因素，以契合需要。

公平會所做之形式及實質審查，依法應在事業提出申請後二個月內決定核准與否。依公平交易法施行細則第十條規定，公平會為本法第十二條結合之許可時，為確保整體經濟利益大於限制競爭之不利益，得定合理期間附加條件或負擔。惟附加條件或負擔，不得違背許可之目的，並應與之具有正當合理之關聯。

事業結合如依前述第十一條規定應事先申請許可而未申請，或雖申請但未獲許可，仍然進行結合者，依該法第十三條規定，公平會可視其結合之型態，為下列不同之處分：禁止其結合；限期命其分設事業；處分全部或部分股份；轉讓部分事業；免除擔任職務；及其他必要之處分。事業違反公平會依前項所為之處分者，公平會得命令解散、停止營業或勒令歇業。另依第四十條規定，事業結合應申請許可而未申請，或經申請未獲許可而為結合者，處新臺幣十萬元以上，五千萬元以下之罰鍰。

二、相關行政規定

公平會在執行結合規範過程中，基於執法便利性及事業商機之掌握等因素考量，爰訂定以下程序規範及處理原則：

（一）事業結合審查簡化作業程序

鑑於結合案件之態樣繁多，某些結合案件對於市場競爭之實質影響有限，為加速審查作

⁶ 參見許淑幸「事業結合應申請許可之規範及核駁標準之研究，公平交易法論述系列」，民國八十二年：19-22。

業，以利事業掌握商機，提高投資意願，公平會乃訂定「事業結合審查簡化作業程序」，主動篩選對市場競爭影響有限之結合類型，簡化其所需之申請書表及必備之行政作業程序。符合採用簡化作業之結合類型⁷如下：一、原已存在結合關係之事業，改變其結合型態，例如：子公司合併；控制事業與被控制之事業合併或增加持股，或受讓營業或資產。二、結合之事業市場占有率皆低者。三、事業結合雖有限度提高特定市場之占有率，惟不致對特定市場造成影響者。四、加盟型態之結合案。五、結合之一事業為垂危事業。以上之結合類型，凡符合之業者，於備齊結合申請所需之資料後，僅需十至十四天即可完成審查手續。至於「原持股已達結合規定者，增加其持股」乙節，由於原持股已達結合規定者，事業間本已經濟一體化，增加持股僅改變事業內部股權結構，對於市場結構及限制競爭之不利益影響，應無差異。復以公平會實務上對於合併或持股達三分之一以上之結合申請案件之審查，對於評估整體經濟利益及限制競爭之不利益，並未因結合或控制程度不同而有所差異，均以其達經濟一體化視之。如公平會對原持股已達結合規定者，因其增加持股，再為結合許可決定，則易引起該等事業為結合後再結合之錯覺。從而，公平會認原持股已達結合規定者，因其增加持股再為結合審查，已無實質上之意義，除可能延誤商機外，並將增加行政成本，爰刪除此款⁸。亦即對於此類已存在結合關係之事業，其持股之增加情形，毋需再向公平會申請結合許可。有關申請書表簡化方面，簡化表格內容，將最近三年生產量值及銷售量值等資料合併為一表，改以季為期間單位（原以月為單位），產品項目以主要的三項產品或市場占有率較高產品表示即可，並依產業特性酌情提供。此外，僅特許行業須附送「目的事業主管機關對於結合行為之評估意見或許可文件」，其他事業則於公平會受理後，如認為有必要另函請相關單位表示意見或開會研商。且如缺非重要文件需補正時，先以電話通知速補正，以收快速審理之效。

（二）域外結合案件處理原則

為因應國際貿易自由化、國際化潮流，以及企業全球化、專業化及集體經營之策略經營趨勢，跨國結合案件可能日益增加，公平會為使各界瞭解其執法標準，爰參酌各國涉外結合案件規範及國內產業特性，訂定「行政院公平交易委員會域外結合案件處理原則⁹」。對於域外從事

⁷ 八十九年九月二十一日公平會第四六三次委員會議修正通過。

⁸ 八十九年九月二十一日公平會第四六三次委員會議決議。

⁹ 八十九年八月三日公平會第四五七次委員會議通過，自八十九年九月十五日生效，並自該生效

之反限制競爭行為，公平會基本上是持「效果原則」之執法態度，因此，於該原則中即謂所稱域外結合案件，係指二以上外國事業在我國領域外之結合，符合公平交易法第六條第一項各款情形之一，其結合效果對我國市場有直接、實質且可合理預見之影響者。公平會將考量下列因素，決定是否管轄：1.結合行為對本國與外國相關市場影響之相對重要性；2.結合事業之國籍、所在地及主要營業地；3.意圖影響我國市場競爭之明確性程度及其預見可能性；4.與結合事業所屬國法律或政策造成衝突之可能性程度；5.行政處分強制執行之可能性；6.對外國事業強制執行之影響；7.國際條約、協定或國際組織之規範情形；8.其他經公平會認為重要之因素。如參與結合事業在我國領域內均無生產或提供服務之設備、經銷商、代理商或其他實質銷售管道者，該域外結合案件不予管轄。域外結合案件，如有前揭公平交易法第十一條第一項各款情形之一者，應於結合前向公平會申請許可。參與結合之外國事業，其銷售金額以該外國事業在我國領域內之銷售金額，及我國事業自該外國事業進口產品或服務之金額核計。

(三) 批次審查便利商店申請結合案件處理原則

公平會對於連鎖性便利商店加盟型態符合公平交易法所稱「結合」者，為簡化其申請程序，簡政便民，提升行政效率，爰訂定「行政院公平交易委員會批次審查便利商店申請結合案件處理原則」¹⁰，便利商店得將擬於未來兩個月內以加盟方式為事業結合生效之申請案，以整批方式提出申請，公平會得進行批次處理，惟仍維持個案審理之旨意，予以准駁。

三、相關行政解釋

公平會成立迄今為釐清公平交易法中有關結合規範之疑義，曾作成數項解釋，茲列舉較為重要者如下：

(一) 公研釋字第○一二號：公平交易法第一條第一項「他事業」適用範圍之疑義¹¹

公平交易法第六條第一項所稱之他事業，以結合時既存之事業為規範對象，故二以上既存事業共同投資設立新事業之行為，尚非該條規範對象，故縱使參與投資事業之一，有同法第十一條第一項所定各款情形，亦無需向公平交易委員會申請結合之許可；惟投資之既存事業如有

日起，公平會公研釋○一四號解釋停止適用。此一政策決定之實際效益及其運作，尚賴累積個案實務加以驗證。

¹⁰ 八十七年六月十七日公平會第三四五次委員會議通過。

¹¹ 八十一年五月二十九日公平會第三二次委員會議通過。

利用設立新事業方式進行聯合行為或濫用獨占地位或從事不公平競爭行為之情形，仍當依公平交易法有關規定處理。

(二) 公研釋字第○九三號：公平交易法第十一條第一項第三款「上一會計年度」之認定¹²

1. 結合之事業有實足一年之上一會計年度者，依其所提會計年度期間計算其銷售金額。
2. 結合之事業不足一年之上一會計年度者：為符公平及管理目的，仍宜以十二個月，計算銷售金額：
 - (1) 屬新設事業者：為落實公平法對事業結合之管理，避免該等事業營業期間銷售金額雖未達本會公告金額門檻，但依其營業情形判斷，倘以十二足月計算，則其銷售金額顯超過新臺幣二十億元之事業結合之情事發生，按實際營業期間之月份相當全年十二個月之比例換算其銷售金額。即其上一會計年度之銷售金額應為： $(\text{實際營業期間之銷售金額} / \text{實際營業期間之月份}) \times 12$
 - (2) 屬變更會計年度者：基於尊重當事人自由選擇會計年度之意願，以事業結合時所採之會計年度為基準，往前推算前一年。如結合日為八十二年三月三十日，且結合當時之會計制度為曆年制，故其上一會計年度為八十一年一月一日至十二月三十一日。

(三) 公研釋字第○九五號：外國關係企業間相互移轉所持有共同投資之台灣公司之股份應否向公平會申請結合之疑義¹³

有關跨國企業集團為調整其組織結構，企業集團所屬之各關係企業於我國境外相互移轉股權，致其投資於我國境內之子公司持股比例因該境外結合而改變，並使集團內關係企業之一持有我國公司股份達三分之一以上，是否須依公平交易法第六條第一項第二款向本會提出結合申請，須視參與結合之一事業是否有本法第六條第一項各款及該境外結合有無引發我國管轄境內該集團所屬企業間有本法第六條第一項各款所稱之結合情形而定。

¹² 八十四年三月二十八日公平會第一八一一次委員會議通過。

¹³ 八十四年六月二十一日公平會第一九三次委員會議通過。

(四) 公研釋字第一〇六號：公開發行公司股東藉由使用委託書方式控制公司之業務或人事，是否違反公平交易法之疑義¹⁴

事業如因徵求委託書，而取得他事業之經營權，倘其取得他事業董監事席次過半數，對他事業之業務經營或人事任免有直接或間接之控制情事，或藉收購委託書達到他事業有表決權股份三分之一者，即符合公平交易法第六條第一項第二款、第五款所規範之結合態樣。惟因現行「公開發行公司出席股東會使用委託書規則」第四條對徵求人資格有明確規定，須符合持有該公司已發行股份總額千分之一以上且不低於十萬股者，或持有該公司已發行股份六十萬股以上者，持股須超過半年，並不得利用他人名義徵求；該規則第十七條同時規定，徵求委託書之受託代理人，其代理之股數，不得超過已發行股份總數之百分之三，非屬徵求部分，其代理股數不得超過其本身持有股數之四倍。且事業徵求委託書行為，若違反證管會禁止規定者，證管會除得禁止其徵求委託書，其所代理之表決權不予計算，亦可依證券交易法第一七七條規定，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科十萬元以下罰金。故事業徵求委託書之行為，如依「公開發行公司出席股東會使用委託書規則」辦理，尚不致構成公平交易法有關結合之適用，只有違法徵求委託書之情形(此時已違反「公開發行公司出席股東會使用委託書規則」)，始有公平交易法結合之適用。然事業違法徵求委託書，如涉有違反公平交易法結合之規定者，本會自應依法調查處理。

四、小結

經由前開有關結合及相關行政規範內容可知，在目前結合規範之架構下，凡事業符合公平交易法第十一條規定之門檻標準時，即需依法向公平會申請許可，而公平會將依公平交易法第十二條規定衡量其「整體經濟之利益」及「限制競爭之不利益」，進行形式及實質審查，並於二個月內決定核准與否，然在實務運作下，企業界往往認為二個月之審查期間過長，而有阻礙企業爭取商機之虞，為因應業界之需求，公平會爰訂定相關簡化作業程序，主動篩選對市場競爭影響有限之結合類型，簡化其所需之書表及必備之行政作業程序。事實上，欲解決此等問題，以利事業掌握商機，正本清源之道，目前所採行之事前申請許可制及二個月審查期間之規定，殊有檢討修訂之必要。此外，有關「整體經濟之利益」及「限制競爭之不利益」之衡量方式，

¹⁴ 八十五年九月二十五日公平會第二五六次委員會議通過。

目前係通案性考量一般相關因素，並依個案考量特殊因素後，予以全面分析。然為提升公平會結合案件之審查效率與深度，應可仿效各先進國家之作法，研訂一套細緻之結合案件審查原則，以作為公平會執法人員審查之基準。

另前所述及，為釐清公平交易法中有關結合規範之疑義，公平會曾做成數項解釋，其中公研釋字第○一二號解釋文（即二以上既存事業共同投資設立新事業，尚非公平法第六條之規範對象）一公布後，即令學術界產生諸多疑慮，針對此點公平會內部亦已重行檢討，惟尚未有具體結論。

參、結合規範之實務與成效

一、連鎖超商加盟之結合

在台灣便利商店發展史上，統一企業公司占有舉足輕重的地位，雖非起源最早，但卻係早期發展至今最具規模者。民國六十八年五月二十七日，由統一企業公司全額投資開設的統一超級商店股份有限公司全國 14 家門市同時開幕。於同年十月，再與美國歷史最久、規模最大的連鎖便利商店公司—南方公司技術合作，引進 7-ELEVEN 便利商店之經營技術，為台灣便利商店發展史上之前導者。民國七十七年，國民所得已達六千美元，該年各體系之便利商店大舉入侵，改寫由 7-ELEVEN 一家獨大的局面，一時之間群雄四起。之後的幾年是便利商店快速成長期，截至民國八十九年底，便利商店數總計已達五、六九八家，平均每三、九一〇人即有一家便利商店。台灣便利商店的發展，若由民國六十八年 7-ELEVEN 的布樁設點起算，經過二十餘年的運作，由墾荒至收成，台灣的便利商店已處於競爭白熱化之情況。

台灣便利商店的發展，係經由獨立店的單打獨鬥局面，逐漸形成連鎖型態，連鎖店正以穩健成長之姿凌駕獨立店之上，連鎖店發展已然成為時勢所趨。獨立店若欠缺強勢的開發及管理能力，在面對競爭時，必然遭到迅速淘汰的命運。獨立店為求生存，應尋求更具效率化的運作方式，加入連鎖，善用其資源是最佳途徑。加盟對加盟業主（總部）而言，是一個行銷商品或服務的通路組織選擇，介於垂直整合與獨立廠商之間，且是一個可以增進通路組織與資本效率，以及快速提昇市場力量的通路組織選擇，並得經由訓練或提供設計給加盟店，期使加盟店提供標準的品質及營運模式。對加盟店而言，則是可從加盟業主的商標直接獲得商譽的方法，且加盟體系的商標、商譽及標準化，可降低加盟店的經營風險。是以，加盟對於加盟業主及加

盟店經營商業活動而言，都是一個有效率的選擇。近年來，許多獨立店紛紛選擇加入連鎖行列，正好印證了此一趨勢之演變。

目前國內常見的連鎖超商加盟型態有自願加盟、特許加盟及委託加盟等，其與加盟業主之權利義務關係各有不同¹⁵，謹分述如下：

(一) 自願加盟

加盟業主（加盟總部）多僅提供技術及品牌，而加盟店主則需投資生財設備、負擔店面租金、裝潢、進貨成本及聘僱人員等，擁有全部或大部分商品品項、售價及其供應來源之自主權，故經營風險自負。至繳交予加盟業主之加盟費用較少，當然，來自加盟業主之干涉或指導也就較少。另自願加盟體系或雖無法完全在一致化的形象、體制下，從事商品、服務的銷售，但仍須在店面外觀上完全一致。

(二) 特許加盟及委託加盟

特許加盟與委託加盟或得統稱為「授權加盟」，加盟店主僅負擔職員薪資及門市費用，並取得 40% 至 60% 的銷貨毛利分配，而加盟業主對加盟店除提供技術、品牌外，尚須提供生財設備、店面陳列之商品（即負擔進貨成本）、店面及其裝潢等（倘為特許加盟，則多由加盟店主負擔），以及補助部分門市費用（如水電費、發票紙卷等），並保證最低毛利，故加盟業主對加盟店之經營活動有較多、較嚴格之限制或指導，且要求所有的加盟店應在一致化的形象、體制下，從事商品、服務的銷售。另加盟店係以加盟業主之分公司名義銷售商品，異於自願加盟店主係以獨立經營主體從事銷售活動。

鑑於連鎖便利商店加盟業主對於特許或委託加盟店除提供技術、品牌外，尚須提供生財設備、店面與裝潢，以及負擔進貨成本與補助部分門市費用，並保證加盟店的最低毛利，故加盟業主對加盟店之經營活動有較多、較嚴格之限制或指導，如限制加盟店須以加盟業主之分公司

¹⁵ 按目前似尚未有統一或公認的「加盟」定義，各國的加盟協會或相關法令的定義各有重點及異同。惟按該等定義，加盟關係應同時具有加盟總部將商標、服務標章或經營技術等授權加盟店使用；加盟總部協助或指導加盟店經營；加盟店對此支付一定對價等關係，而「行政院公平交易委員會對加盟業主資訊揭露之規範」定義加盟關係為：「係指一事業透過契約之方式，將商標、服務標章或經營技術等授權他事業使用，並協助或指導他事業之經營，而他事業對此支付一定對價之繼續性關係」。

名義進貨及銷售商品、掌握經營決策、限定商品供給來源、管制價格、統一實施促銷、完全一致的店面外觀與形象等，並參與加盟店的營業毛利之分配等情形，加盟業主業已控制該等加盟店主表現在營業表徵上的選擇，以及採購與銷售之對象、交易條件的決定，就加盟期間而言，加盟店顯已失去經營決策上之獨立性，其在經濟上與加盟業主實為一體，核屬公平交易法第六條第一項第五款之結合態樣。

至於自願加盟部分，因自願加盟店相對於特許或委託加盟店擁有全部或大部分的經營自主權，經營風險自負，而加盟業主對於自願加盟店的干涉或指導也相對較弱，故自願加盟店倘具有獨立、自主的經營權，且係以自己名義從事商業活動，與加盟業主未成為經濟一體，則不屬公平交易法所稱之結合態樣。

有關便利商店委託加盟及特許加盟型態是否符合公平交易法第六條所稱之事業結合疑義，公平會業於八十一年十月二十一日第五十六次委員會議，就統一超商股份有限公司申請釋示該公司之加盟型態是否應依法提出結合申請案，決議應依公平交易法第六條第一項第五款之規定，提出結合申請在案。嗣後該會為加速事業申請結合許可案件處理時效，乃於八十二年六月九日第八十八次委員會議通過「事業結合審查簡化作業程序」，明定加盟型態之結合申請案件適用該簡化作業程序，除申請書件得以簡化外，亦得由承辦單位依公文處理程序簽報主任委員先行核發許可函，再提報委員會議追認，免依一般程序中須先行提請委員會議討論後，始得核發許可決定書之規定。而為配合加盟業主之需求，以及提升行政效率，於八十七年六月十七日第三四五次委員會議通過「公平交易委員會批次審查便利商店申請結合案作業原則」，便利商店得將擬於未來兩個月內以加盟方式為事業結合生效之申請案，於彙整各申請結合案，並檢齊資料、加附申請清單後，於各申請案預定結合日二週以前，以整批方式向公平會提出申請。公平會將於申請人檢齊資料提出申請後，於二週內核覆。

按上揭公平會審理便利商店申請事業結合許可案件所依據之「批次審查便利商店申請結合案作業原則」，承辦單位雖得免用擬辦單，一收文即可開始辦理，惟每件仍須有輪值審查委員，並須依公文處理程序簽報主任委員核發結合許可函，對於該會內部行政成本之負擔不可謂不大。鑑於此類型結合案件對於市場占有率之影響極為微小，且結合型態亦已定型化，公平會爰於九十年九月六日第五一三次委員會議決議修訂行政作業流程為：總收文→承辦處審核→擬許

可決定書(稿)或通知補正文件資料→承辦處長決行→發文(結案)。除進一步縮短主任秘書、審查委員、副主任委員、主任委員決行等流程外,並且免除輪掛審查委員,及復函抄件送陳審查委員等行政事務,將有助於節省該會內部行政成本。至於核准之結合案件則逐月提報委員會議追認,以便觀察各便利商店系統於同一期間內彼此消長變化情形。

按目前連鎖性便利商店加盟應向公平會提出結合申請者,計有統一超商股份有限公司、全家便利商店股份有限公司、萊爾富國際股份有限公司以及富群超商股份有限公司等四大加盟體系,近三年(八十七年至八十九年)來累計核准便利商店申請加盟結合許可案件達二、七八九件,平均約占公平會每年收辦案件之比例達 34.85%。公平會雖對連鎖性便利商店加盟以結合方式管制,惟對該等加盟體系發展並未有任何不當之影響,按統一超商、全家便利商店、萊爾富、富群超商於八十三年至八十九年期間每年平均分別以 19%、32%、33%、24%的成長率擴展店數,截至八十九年底,統一超商總店數計有二、六三八家店、全家便利商店計有一、〇一一家店、萊爾富有六五九家店、富群超商則有六〇六家店(詳如下全國便利商店家數統計表)。復依據各連鎖性便利商店系統預估,九十年展店家數為一、一二八家店,相較歷年實際展店情形,各連鎖性便利商店系統對於未來的展店數仍持樂觀立場。

全國便利商店家數統計表

單位：店數

| | 統一 超商 | 全家 便利 | 萊爾富 | 富群 超商 | 福客多 | 統一 麵包 | 古道 界揚 | 大極 食品 | 中日 超商 | 台糖 | 合計 |
|-----|----------|----------|-----|----------|-----|----------|----------|----------|----------|----|-------|
| 83年 | 942 | 192 | 132 | 165 | 98 | 613 | - | 100 | - | 14 | 2,256 |
| 84年 | 1,135 | 279 | 229 | 208 | 127 | 580 | - | 165 | 94 | 14 | 2,831 |
| 85年 | 1,318 | 367 | 322 | 271 | 132 | 527 | - | 198 | 106 | 14 | 3,255 |
| 86年 | 1,588 | 503 | 466 | 310 | 159 | 520 | - | 224 | 136 | 22 | 3,928 |
| 87年 | 1,908 | 668 | 543 | 360 | 205 | 402 | - | 250 | 148 | 27 | 4,511 |
| 88年 | 2,248 | 811 | 551 | 480 | 235 | 390 | 278 | 280 | 176 | 50 | 5,499 |
| 89年 | 2,638 | 1,011 | 659 | 606 | 260 | 120 | 240 | 265 | 178 | 41 | 6,018 |

資料來源：公平會年度調查結果。

若參酌日本連鎖便利商店系統發展模式,每家店服務人口以二、二二五人推算,目前國內

可容納之便利商店約一萬家店，相較於十家主要便利商店連鎖系統八十九年底總店數五、六九八家店，尚約距四、三〇二家店，顯示國內連鎖便利商店尚有充分的發展空間，公平會成立迄今，亦未有便利商店加盟結合申請未予許可而駁回之情形。另公平會為觀察連鎖性便利商店市場發展概況，俾作為公平會處理便利商店申請結合案件之參據，每年均會針對全省主要連鎖性便利商店業者就事業基本資料、店結構、經營績效及加盟業主與加盟店間之權利義務關係等事項進行調查，並提委員會議報告。

二、金融業之結合

亞洲金融危機發生後，東亞各國經濟景氣跌至谷底，產業結構面臨空前之轉型壓力，而該等國家之金融產業更因畸型發展，終致須透過破產、解散或合併等方式，以渡過危機。我國在這一波金融風暴中所受到的傷害雖屬輕微，然國內金融機構，尤其是地方基層金融機構，則因長期以來內部控管不良與外在營業利基有限，而窘態百出，並且出現多次擠兌的風潮，影響所及，金融主管機關財政部即積極鼓勵一般商業銀行與地方信用合作社合併，以消弭可能之金融風暴。而國內一般商業銀行概括承受地方信用合作社的主要原因雖有別於國際間金融產業相互整合以提升經濟效率的動機，然有鑒於國內銀行產業規模尚小、競爭激烈，於未來我國加入WTO後，恐難面對國際上大型跨國銀行的競爭，因此，鼓勵一般商業銀行彼此合併，以增強我國銀行產業於國際間的競爭力，似乎已在國內形成一股共識，並成為政府極欲推動的政策之一。

我國自民國六十四年實施「台灣地區各級農會合併方案」以來，至八十九年期間有六十五個農會合併為三十二個農會，其中八十四年七月至八十九年十二月間發生擠兌危機或存戶異常提領的信用合作社及農、漁會信用部分別有十一家及三十二家，政府爰採取農會間合併或由大型行庫概括承受問題基層金融機構，其中以八十五年六月屏東縣農會合併鹽埔農會及同年十一月台灣省農會合併中壢市農會兩案例最具代表性。

在信用合作社方面，財政部於民國八十四年十二月六日訂定實施「信用合作社變更組織為商業銀行之標準及辦法」，其中為鼓勵信用合作社自願合併並改制為商業銀行，放寬有關審核條件，僅需合併後最低實收股金達二十億元且無累積虧損，或其中一家逾期放款比率在 2.5% 以下且合併後逾期放款比率在 5% 以下即可。民國八十六年至八十九年間改制為商業銀行之信

用合作社家數計有台北三信改制為誠泰銀行、板橋信合社改制為板信銀行等七家。民國八十四年八月至八十八年九月間共有十七家信用合作社被一般商業銀行合併或概括承受，如合作金庫併彰化四信、華僑銀行併北港信合社、泛亞銀行併高雄十信、慶豐銀行併南投信合社、中興銀行併台中四信、臺灣銀行併東港信合社等。

基層金融機構重要結合案例彙整表

| 政 府 政 策 方 案 | 結 合 類 型 | 重 要 案 例 |
|--|---------------------|---|
| 民國六十四年訂定實施「台灣地區各級農會合併方案」。 | 各級農會合併。 | 屏東縣農會合併鹽埔農會、台灣省農會合併中壢市農會。 |
| 民國八十四年十二月六日訂定實施「信用合作社變更組織為商業銀行之標準及辦法」。 | 一般商業銀行合併或概括承受信用合作社。 | 合作金庫併彰化四信、華僑銀行併北港信合社、泛亞銀行併高雄十信、慶豐銀行併南投信合社、中興銀行併台中四信、臺灣銀行併東港信合社。 |

另在一般銀行方面，為因應新的金融趨勢，政府首先放寬銀行業務，七十七年五月准許七家本國銀行設立信託部；七十九年四月准許外商銀行設立儲蓄部及信託部，七十八年新修訂之銀行法中，一方面使利率由市場機能來決定，一方面允許新銀行設立，並將資本比率予以提高以健全銀行之經營，同時增列中央主管機關得彈性放寬銀行業務範圍的條款，以順應銀行開發新種業務之需要。另於放寬及開放銀行設立方面，七十三年四月放寬本國銀行增設分支機構的條件及每年增設的家數；七十五年十月准許外商銀行在台北以外地區增設分行；七十八年七月新修定之銀行法更授權財政部於次年四月發布「商業銀行設立標準」，並陸續核准新民國商業銀行設立。民國八十年大幅開放新銀行設立之前，本國銀行僅二十五家，八十一年即有十五家新銀行設立，至八十九年底已增為四十八家¹⁶。然自八十六年以來基層金融機構異常提領現象仍時有所聞，且金融機構自八十七年底受多家企業爆發財務危機影響並引發部分銀行存戶異常提領，如台中地區中小企業銀行、八十九年第二季的慶豐銀行、中興商業銀行及台灣土地開發信託投資公司等。

為解決問題金融機構，配合金融機構之轉型與業務發展之需要，政府自八十六年起先後准

¹⁶ 總銀行家數為五十三家。

許信託投資公司、信用合作社及中小企業銀行改制為商業銀行，並准許信用合作社將資產負債讓與商業銀行，亦使我國金融業結構發展更趨於一般商業銀行。十餘年來我國金融機構總家數（含分支機構）成長率超過八成，其中以一般銀行在開放新設後，大幅增加二倍以上最多，以致一般銀行淨值報酬率與資產報酬率呈逐年下降。另根據銀行家雜誌的排名，一九九八年我國銀行資本額排名最大者為台灣銀行，居全球排名第一—三名，顯見我國與先進國家銀行規模比較，仍屬偏小。再者，我國金融體系中，銀行業者之市場占有率高於 5% 者僅有六家銀行，前三大市場占有率僅約為 27%，其他有二十六家銀行之市場占有率均未達 1%。與國際上其他國家比較，如新加坡之前三大銀行個別市場占有率均達 20% 以上，該前三大銀行之共同市場占有率則高達約 80%；香港前三大銀行之共同市場占有率達 78%；加拿大前三大銀行個別市場占有率分別約為 20%，該前三大銀行共同市場占有率約達 60%；英國前三大銀行之個別市場占有率均達 15% 以上，其共同市場占有率則達 50%，顯見我國銀行體系代表性銀行之市場占有率偏低；另保險業、證券業及期貨業之規模亦均太小，致難達到經濟規模。據上，財務危機、規模偏小及金融主管機關推動合併政策或基層金融機構轉型為商業銀行等，為我國金融機構從事結合行為之主要理由。

鑒於近年來，金融機構之合併、改制或讓與，已蔚為國際潮流，且基層金融併入一般銀行符合當前我國之金融政策，又有助於國內整體經濟利益，提昇金融業市場競爭力。公平會經累積數案審查經驗，評估國內金融市場仍屬分散狀態，市場集中度尚低，爰為提升行政效率，並兼顧人民之程序利益，參酌美國司法部反托拉斯署對銀行業合併審查之經驗，於八十六年十二月二十四第三二〇次委員會議決議，一般銀行與信用合作社之結合案件，除就參與結合事業當時市場占有率超過百分之五以上者或其他涉有重大公益情形者，有必要採嚴格審查方式外，對於一般銀行與信用合作社之結合案件，將採簡化作業程序審理。

按目前國內銀行業之市場集中度相當分散（HHI 指數約四百六十四點），市場占有率在百分之十以上的僅有台灣銀行一家，百分之五以上者亦僅有六家（加上合作金庫、土地銀行、第一銀行、華南銀行、彰化銀行），故除上述金融機構之結合案件或其他涉有重大公益情形者外，應符合公平會事業結合審查簡化程序規則第二條第二、三款之情形，得逕以簡化程序審查。

公平會許可銀行結合案例類型，主要可概分為域外結合類型、涉外結合類型及域內結合類

型等，其中域外結合類型方面，因該會「域外結合案件處理原則」於八十九年八月三日第四五七次委員會議決議通過，目前僅曾受理域外合併並直接或間接控制國內他事業之業務經營或人事任免之結合型態，主要案例有美商花旗集團公司與協富第一資本公司域外結合案及荷蘭商荷蘭國際集團購併美國安泰集團國際財務事業結合案等。

至於涉外結合及域內結合重要案例如下表：

公平會許可金融機構涉外結合及域內結合重要案例彙整表

| | 結 合 類 型 | 重 要 案 例 |
|------------------|--|--|
| 涉 外 結 合 | 外國銀行在台分行申請受讓其他外商銀行在台分行之營業或財產。 | 1. 日商第一勸業銀行股份有限公司台北分行申請受讓美商華盛頓太平洋銀行高雄分行案。 2. 荷蘭安利銀行股份有限公司概括承受荷商荷蘭銀行股份有限公司在我國境內各分行資產與負債案。 3. 荷商荷蘭銀行申請受讓美商美國銀行在我國之消費金融業務及二家分行之營業資產，並受讓美商美國銀行之關係企業美商美銀寶旭信用卡股份有限公司台北分公司之信用卡收單業務。 |
| | 外國銀行在台分行申請受讓國內他事業信用卡業務。 | 美商花旗銀行股份有限公司台北分公司受讓台灣協富信用卡股份有限公司案。 |
| | 外國銀行與保險經紀人公司、證券投資顧問公司結合。 | 1. 荷商荷蘭銀行股份有限公司取得美銀保險經紀人股份有限公司及美銀證券投資顧問股份有限公司之全部有表決權股份案。 2. 荷商荷蘭銀行股份有限公司與光華證券投資信託股份有限公司及光華證券投資顧問股份有限公司結合案。 |
| | 外國銀行於我國境外合併，致改變渠等公司國內分(子)公司控制或從屬關係之結合。 | 1. 美商花旗公司與美商旅行者集團公司於境外結合，致改變渠等公司國內分(子)公司控制或從屬關係案。 2. 美商眾銀股份有限公司與美商美銀股份有限公司於境外合併，致直接或間接控制美商美國商業銀行國家信託儲蓄股份有限公司之業務經營及人事任免案。 |
| 域 內 | 國內銀行與信託投資公司結合。 | 世華聯合商業銀行與華僑信託投資公司合併案。 |

| | | |
|--|-----------------|---|
| | 國內銀行與基層信用合作社結合。 | <ol style="list-style-type: none"> 1. 華僑商業銀行股份有限公司受讓雲林縣北港信用合作社案。 2. 泛亞商業銀行股份有限公司受讓保證責任高雄市第十信用合作社案。 3. 誠泰商業銀行股份有限公司受讓保證責任台中市第八信用合作社案。 |
| | | <ol style="list-style-type: none"> 4. 中興商業銀行股份有限公司受讓保證責任台南市第二信用合作社案。 5. 第七商業銀行股份有限公司受讓保證責任新竹市第六信用合作社案。 6. 板信商業銀行股份有限公司受讓保證責任高雄市第五信用合作社案。 7. 台新國際商業銀行股份有限公司受讓保證責任台南市第一信用合作社案。 8. 慶豐商業銀行股份有限公司受讓保證責任南投縣南投市信用合作社案。 9. 萬泰商業銀行股份有限公司受讓保證責任台南市第四信用合作社案。 10. 高新商業銀行股份有限公司受讓保證責任高雄縣旗山信用合作社案。 11. 大眾商業銀行股份有限公司受讓保證責任台南市第十信用合作社案。 12. 安泰商業銀行股份有限公司受讓保證責任台北市第七信用合作社案。 13. 第七商業銀行股份有限公司受讓保證責任彰化市第二信用合作社案。 14. 中興商業銀行股份有限公司受讓保證責任台中市第四信用合作社案。 15. 台灣銀行與中央存款保險股份有限公司受讓保證責任屏東縣東港信用合作社案。 16. 萬泰商業銀行股份有限公司受讓保證責任苗栗縣苗栗市信用合作社案。 |
| | 國內銀行與證券公司之結合。 | 中國信託商業銀行股份有限公司取得寶成綜合證券股份有限公司 97.99% 股權案。 |

| | |
|-----------------|--|
| 國內銀行與應收帳款公司之結合。 | 中國信託商業銀行股份有限公司取得迪合應收帳款股份有限公司 99.97% 股權案。 |
|-----------------|--|

經彙整分析公平會過去曾處理過之銀行結合案例，通常係以全國存款貨幣機構之存款總額、放款總額、每一參與結合銀行當時之存款總額及放款總額，個別的市場占有率及結合後市場占有率的變化等，為評量參與結合事業市場力量之重要指標。另外，亦多同時考量金融機構之總家數¹⁷、參與結合事業之營業據點變動情形等，以衡量其通路地位與行銷力量等。復鑑於銀行所提供之金融服務過於廣泛，每一個案所涉及之相關市場可能由傳統之存款、放款等，遍及公司債、票券，甚至保險、股票經紀等，故於進行個案審理時，亦多針對個案差異情形另予考量。綜上，公平會於界定銀行市場時，多以存、放款市場為主軸¹⁸，輔以金融機構總家數及分支機構據點分布情形、區域性地理市場（縣、市）內之競爭情況作基礎評估；並依據每個個案的特殊性，斟酌該案所涉及之相關產品市場，進一步評估可能造成的損害競爭或限制競爭疑慮。

另鑑於金融控股公司法為發揮金融機構綜合經營效益，強化金融跨業經營之合併監理，促進金融市場健全發展，並維護公共利益，將許可設立金融控股公司對金融市場競爭程度及增進公共利益之影響，納為許可設立之應審酌條件，且金融控股公司之設立構成公平交易法第六條之事業結合行為，應經公平會許可，該會爰依金融控股公司法第九條第二項規定，參考公平交易法及其施行細則對於事業結合之規範，並衡酌我國金融業未來將朝向股權集中化、組織大型化、及經營多角化之發展趨勢，與財政部會銜公布「金融控股公司結合案件審查辦法」乙種，以期同時在創造金融跨業經營及組織再造之有利環境，達成金融跨業綜合化、國際化之目標下，並能維護金融市場交易秩序、確保公平競爭。

¹⁷ 如央行公布之全國金融機構統計表、總分支單位統計表、各縣市金融機構統計表等統計數據。

¹⁸ 據美國學者 Dean (1997)指出，銀行資金是可互相替代的，銀行存款可以相對容易地由一種資產轉換為另一種資產，近來某些銀行產品群甚至可極易改變其產品群組，銀行也藉以改變其資產項目與投資項目，讓一切決策顯得更加靈活，如此一來，某一商品群僅能「邊際」(margin)地影響市場價格。Dean 進一步認為，惟有存款科目可衡量該銀行提供本地市場金融服務的能力，才是最適宜用以衡量銀行在市場上競爭影響之指標。

三、有線電視產業之結合

有線電視產業可概分為上游的頻道節目業者與下游的系統播送業者，頻道節目業者係指頻道節目的製作者或代理商，系統播送業者則是指各地方有線電視節目的播送業者。由於有線電視產業結構特殊，法規與行政管理相當複雜，以致有線電視產業的結合亦出現多種態樣，包括同一經營區內系統播送業者間之水平結合、不同經營區間系統播送業者之結合、以及上游頻道業者與下游系統播送業者之垂直結合等三種類型，此三種結合類型對市場競爭均有相當程度之影響，是以，公平會面對有線電視產業的結合案件，均不敢掉以輕心，並進行縝密與細緻的競爭分析；同時，有線電視的結合案件也創下除加盟類型以外，結合許可件數最多、應申請而未申請並受處分件數最多以及駁回結合申請案件最多的產業類別¹⁹。

公平會處理有線電視業者的結合案件始於民國八十五年底申請、八十六年初核准許可之長宏有線播送系統公司與允中傳播公司之結合案。該案係台中地區系統經營者的合併案件，長宏與允中公司結合後市場占有率提昇至 40%，成為台中地區最大的系統經營者，對市場競爭有相當程度的影響，但由於系統經營者的收費標準及營運管理有主管機關監督，台中地區經該結合後仍存有四家系統經營者，因此公平會以該結合可有效降低營運成本及促進資源有效利用為由而核准該兩家事業的結合。於此同時，有線電視系統整合的趨勢正以風起雲湧之勢大步展開。八十二年鼎盛時期全台六百餘家的有線電視系統業者，因新聞局於八十三年間公告區分全國有線電視為五十一個經營區後，開始快速整合，及至八十六年全國僅存一百四十九家業者。公平會雖曾於八十五年底針對行政院新聞局劃分全國為五十一個經營區、是否鼓勵業者整合及如何確保各經營區內之競爭機制等問題與行政院新聞局進行協商，希望能維持市場的競爭機制，惟因有線電視具有自然獨占之性質，尤其在經營區域劃分過狹的情況下，任由多家業者相互競爭，將形成社會資源嚴重的浪費，是以，有線電視產業整合的趨勢無法避免。面對此一趨勢，以及多家業者已在新聞局的鼓勵下完成整合，公平會乃於第二六九次委員會議決議，自八十六年元月一日起有線電視系統業者間之合併，如有合致公平交易法結合應申請許可之相關要件者，仍應向該會提出申請，倘有線電視節目播送系統或有線電視系統業者有應申請許可而未申請，或經申請未獲許可而為結合者，該會均將依法調查處理。其後，公平會共處分十五件合計

¹⁹ 參據公平交易委員會八十九年統計年報之資料。

二十四家有線電視業者應申請結合而未申請之案件²⁰。

其次，事業進行垂直結合，可整合上下游資源、調整經營結構或組織型態，而有利於其轉型與長期發展，因此公平會對於企業的垂直整合向來均採較為寬鬆的審查態度。但由於我國有線電視的普及率相當高，各經營區又多屬獨家或兩家經營之局面，再加上我國有線電視五大MSO (Multi-System Operator，即多系統經營者) 的態勢隱然成形²¹，頻道與系統業者間的垂直整合將嚴重影響有線電視產業的競爭與收視戶的權益，因此，公平會對有線電視產業的垂直整合有別於傳統產業的處理模式，訂定了一套縝密的審理原則以為因應。該審理原則基本上規定，結合事業應符合「有線廣播電視法」有關股權分散之要求，公平會方續以審查，而對於具有市場影響力之頻道節目供應業者向下與系統業者垂直結合案件以及具有市場影響力之系統業者向上結合頻道業者之垂直結合案件，公平會亦本諸市場競爭機制之維護並參採「有線廣播電視法」之相關規定，訂出頻道節目供應業者其頻道節目超過可利用頻道數之四分之一或其頻道節目在市場上具有不可或缺之地位時，則該垂直結合公平會將不予許可之標準；而對於系統經營者，如與該垂直結合事業具有控制或從屬關係之系統業者，其訂戶數合計超過全國總訂戶數三分之一、或與該垂直結合事業具有控制或從屬關係之系統業者，超過全國系統業者總家數三分之一、或該結合案參與之系統業者超過同一行政區域系統業者總家數二分之一（但同一行政區域只有一家系統業者時，不在此限）時，公平會亦將不予許可該垂直結合案件。而基於此一標準，公平會明確地駁回東森媒體科技公司與系統業者之結合以及開曼群島商怡星有線電視公司與我國有線電視系統業者結合之申請案件。

有鑑於四 C 產業²²未來必將「匯流」(convergence)經營的趨勢，公平會駁回上開兩件垂直結合的申請案件，似乎使申請事業無法藉由資源有效的整合，以面對未來四 C 產業匯流經營後激烈的競爭環境，不免使人質疑公平會的審查標準是否違反時代趨勢，而無法相容於快速變動的科技與經濟環境。事實上，鑑於我國有線電視產業特有的法令架構與產業現況，並基於維

²⁰ 此為截至九十年八月之資料。

²¹ 一般市場上所稱之五大 MSO 為東森集團、和信集團、太設集團、卡來爾集團及新進崛起之台灣基礎網路等。

²² 此處所稱之四 C 產業有別於一般概念而為公平會特有之歸類，該四 C 係指電信 (Telecommunication)、有線電視 (Cable TV)、電腦網路 (Computer Network) 以及電子商務 (Electronic Commerce) 等四大類別之產業。

護市場有效競爭的本旨，公平會在當時的時空環境下必須駁回該兩結合案²³，但此並不代表國家基礎網路的建設的遲滯與落空，更不表示四 C 產業整合匯流的失敗，相反的，由於有線電視市場的良性競爭因當時該兩案的駁回而得以維繫，使有線電視產業之相關事業不必拘泥於上、下游垂直整合的方法，而有更多的可能性從事四 C 產業的整合，包括與電信業者結盟、直接跨足電子商務領域等。但因電信相關產業的技術快速進步，有線電視業者為了避免喪失競爭優勢，而仍認有先行完成上、下游整合之需要。為了解除公平會在競爭上的疑慮，並尋求整合之機會，東森與怡星在釋出特定頻道的股權後，續向公平會提出結合許可之申請，其後公平會也在不違反審查原則的情況下，許可業者之結合申請，相關之許可與駁回理由整理如下表：

| 結合申請事業 | 被結合事業 | 審查結果 | 駁回或許可理由 |
|------------------|---|----------------------------|--|
| 開曼群島怡星有線電視股份有限公司 | 萬象、吉隆、家和、慶聯、三冠王、長德、麗冠、新視波及港都等九家有線電視股份有限公司 | 公平會八十九年十一月十六日第四七一次委員會議決議駁回 | <ol style="list-style-type: none"> 1. 本案結合實施後，申請人即成為多系統經營者，被結合事業因結合所產生之優勢競爭力及嚇阻潛在競爭者力量，易造成未參與結合之系統業者不易與其相互競爭，或造成潛在競爭者之市場進入障礙，從而誘發有線電視系統市場結構趨於集中，而不利於競爭機能之發揮。此一限制競爭之效果。 2. 本案申請人及被結合事業多數股東投資之頻道供應事業和威傳播股份有限公司目前代理銷售十二個頻道節目、木喬傳播事業股份有限公司代理十八個頻道節目，是申請人最高得影響三十個頻道節目之供應，約達目前有線廣播電視系統七十五個可利用頻道之 |

²³ 有線電視產業的市場結構自從上下游雙方漸呈寡占趨勢後，斷訊問題便時常發生，也引起消費大眾的矚目，由於斷訊原因不排除有涉及違反公平交易法之情事，因此公平會面對斷訊事件均不敢掉以輕心，並盡其所能預防斷訊事件的發生，尤其在每年年底有線電視上、下游業者續約的期間，公平會均需研擬相關對策，並防止上、下游雙方市場力量的失衡，因此對於因結合而使市場力量趨於集中的案件，公平會均會特別留意，以免影響到雙方業者續約活動的進行。

| | | | |
|----------------------|---|---------------------------------------|--|
| | | | <p>百分之四十具有一定之市場影響力，易使頻道節目供應市場產生市場閉鎖之限制競爭效果。</p> |
| <p>開曼群島商怡星有線電視公司</p> | <p>吉隆、長德、麗冠、萬象、家和、新視波、北健、三冠王、慶聯、港都等十家有線電視股份有限公司</p> | <p>公平會九十年六月十四日第五〇一次委員會議決議附附款後應予許可</p> | <p>1. 本結合案基於可預見之科技創新可能性，日後可透過替代性之傳播科技，如直播衛星(DBS)、多頻道多點微波播送系統(MMDS)、及透過電話交換載具配送節目訊號的隨選視訊(VOD)之實行，長期而言，誘發播送系統趨於集中化的可能性將會降低。且隨壓縮技術之日漸成熟，及數位機上盒(set-top-box)的運用，透過有線電視網路播出之頻道數量將為大增，長期而言，誘發頻道節目供應市場趨於集中化的可能性亦將降低。又考量未來四C產業匯流之趨勢，本結合實施後，將可進一步帶動技術進步，並隨之帶動「創新競爭」，促使有線電視、電信及網際網路等產業競相投入跨業整合趨勢，其將可進一步降低本結合所帶來之限制競爭不利益。另相關業者營運行為均受有線廣播電視法及衛星廣播電視法規範，消費者如因價格、品質等有所爭議，消費者得據以向目的事業主管機關反映處理，且據被結合事業所在之各地方主管機關表示，渠等系統業者平時即重視收視戶之反映意見，歷年來之消費爭議發生時，均能合理解決之。是本案結合實施後，其限制競爭可能產生之不利益，應得有所約制。</p> <p>2. 附款：開曼群島商怡星有線電視公司如以轉投資方式持有吉隆有線電視股</p> |

| | | | |
|--------------|---|----------------------------|---|
| | | | 份有限公司之股份，仍應符合「有線廣播電視法」第十九條第二項及其相關規定。 |
| 東森媒體科技股份有限公司 | 聯群、新台北、金頻道及新竹振道等有線電視公司 | 公平會八十九年四月十九日第四一次委員會議決議駁回 | <p>1. 本案結合之實施，對被結合事業產生降低交易風險、改善經營體質、穩定供需關係、營造集體議價及跨業整合優勢等利益，較同一經營區域內其他未參與結合之系統業者，具有明顯之競爭優勢。在目前有線廣播電視系統市場之市場結構下，被結合事業因結合所產生之優勢競爭力及嚇阻潛在競爭者之力量，或將進一步肇致有線廣播電視系統市場結構趨於集中，而不利於競爭機能之發揮。</p> <p>2. 本案申請人及其相關事業自製及代理十四個頻道節目，復透過相關企業東森傳播股份有限公司與年代影視事業股份有限公司簽訂行銷推廣協議，協助該公司推廣五個頻道節目，另申請人相關事業參與投資的木喬傳播事業股份有限公司亦代理十八個頻道節目，是申請人最高得影響三十七個頻道節目之供應，約可達目前有線廣播電視系統七十五個可利用頻道之百分之五十具有一定之市場影響力，易致使頻道節目供應市場將有市場閉鎖之限制競爭效果。</p> |
| 東森媒體科技股份有限公司 | 陽明山、金頻道、新台北、大安文山、全聯、新唐城、新竹振道、豐盟、新頻道、南天、觀昇 | 公平會九十年十一月二十二日第五二四次委員會議決議許可 | <p>1. 本結合案基於可預見之科技創新可能性，頻道節目之播送平台除藉由目前有線廣播電視系統播送外，尚可透過替代性之傳播科技傳輸，如直播衛星(DBS)、多頻道多點微波播送系統(MMDS)及透過電話交換載具配送節</p> |

| | | |
|--|-----------------------|--|
| | <p>暨屏南等有線電視股份有限公司</p> | <p>目訊號之隨選視訊(VOD)等。長期以觀，有線廣播電視系統僅為頻道節目播送平台之一，是本案誘發系統市場結構趨於集中之可能性應可降低。復本案申請人原透過轉投資之飛奇有限公司、榮仰有限公司及創豐有限公司等三家公司，合計持有木喬傳播事業股份有限公司已發行股份總數24.99%之股份，業於九十年八月十四日全數售予與本案無涉之第三人萬里達傳播事業股份有限公司董事長王志隆君，渠於頻道節目供應市場之力量應可有效減緩；另隨壓縮技術之漸趨成熟及數位機上盒(set-top-box)之應用，日後透過有線廣播電視系統網路播出之頻道數量應將大為增加，長期而言，本案誘發頻道節目供應市場趨於集中之可能性應可大幅降低。</p> <p>2. 在未來四C產業匯流之趨勢下，本案結合後將可進一步帶動相關技術之進步，並隨之帶動「創新競爭」，促使有線電視、電信及網際網路等產業競相投入跨業整合，進而降低本案結合實施後所帶來之限制競爭不利益。另申請人與被結合事業之營運行為均受有線廣播電視法暨衛星廣播電視法等相關法令規範，消費者如因價格、品質等有所爭議，仍得據以向主管機關反映處理，且相關規定仍使潛在競爭者有進入市場之可能；倘申請人有透過聯合行為、拒絕交易、差別待遇、集體議價優勢或以其嚇阻力量排擠其他頻道節目進入市場等行為，或被結合</p> |
|--|-----------------------|--|

| | | | |
|--|--|--|--|
| | | | <p>事業利用因結合所生之優勢競爭力及嚇阻力量而從事限制競爭或不公平競爭之行為者，自仍有公平交易法之適用；復參被結合事業所在之各地方主管機關表示，被結合事業八十九年底與各頻道節目供應業者交易契約之締結尚屬平順，是本案結合實施後，其限制競爭可能產生之不利益，應得有所約制。未據行政院新聞局等相關主管機關意見，亦多肯認本結合案將可提升有線廣播電視網路建設及效能，有效降低被結合事業之營運成本，藉由營運成本之降低進而提升對消費者服務品質，應有助於我國未來有線廣播電視產業之健全發展。</p> |
|--|--|--|--|

為了能以更前瞻性的視野看待未來四 C 產業的整合，公平會刻正積極研擬四 C 產業跨業結合案件的審查標準，希望能取法歐美之長，並兼顧產業發展，研訂一套適用我國的結合審查原則，以因應未來類此案件的處理，並期對我國相關產業的發展奠定良好的競爭基礎。

四、高科技產業之結合

所謂高科技(high technology)產業，顧名思義係指技術密集度(technology intensity)高的產業。然而在過去學者的研究中，對所謂技術密集度高並無一致性的定義。如 Gera & Mang(1998)只採用 R&D 占產出全額比例做為區隔高、中、低技術分類的標準，而其他學者如薛琦及張祥憲(1991)則從 R&D 經費和僱用科技人員之密集度、產品功能變化、產品生命週期、產品的複雜程度等因素加以區分，列出電子資訊、通訊、精密機械、航太、生物科技、資訊軟體等為我國高科技產業，範圍相當廣泛²⁴。其中 2000 年 IC 產業及光電產業產值高達 11,145 億元約占高科技產業主要項目電力；電子及機械業暨精密機械產值 31,776 億元的 35%，占該年製造業總

²⁴ 高科技與傳統產業之結構性變動分析，周濟、王旭堂、陳坤銘、郭鋒，產業結構變遷與經濟發展學術研討會，2000 年 4 月。

產值 84,892 億元之 13.1%，其在高科技產業的重要程度，不言可喻²⁵。又，因本報告篇幅有限，無法一一臚列各高科技產業項目，茲以 IC 產業以及光電產業為論述之範疇。

由於高科技產品具有產品生命週期短、量產後大量產出及產品價格變化大的特性，導致國際高科技產品市場競爭日趨熱絡，國內市場競爭亦形白熱化，無論係單純之價格競爭，或是非價格競爭，甚至透過技術上之競爭聯盟或事業間併購等行為，各事業無不全力以赴，企圖在國內及國際市場上立於不敗之地。近期內國際間有二件高科技產業合縱連橫大事，一為 1999 年 Toshiba、IBM 和 Infineon 的結合；另一為 2000 年 1 月 18 日 Intel、Hycmdai、Infineon、Micro、NEC、Samsung 等六家公司宣布共同開發新的高效能 DRAM 架構，以符合 2003 年的 PC 系統需求。

在國內公平會近期受理相關結合案件亦有增加之趨勢，顯見我國高科技相關事業為因應全球競爭環境，或為配合國外公司（關係企業），而提出各種購併結合申請，以期透過各種可能之經營策略，維持或提高渠等於其所屬特定市場之競爭優勢，謹就 IC、光電二產業向公平會申請結合案例彙整如表：

| (一)IC 產業部分 | | | | |
|------------|------------|------------|---|---|
| 序號 | 許可時間 | 結合類型 | 申請事項 | 許可理由 |
| 1 | 1998 01 | 第六條 第二款 | 旭興科技公司為符合股票公開上市條件，將間接持有旭 35% 股權，改為直接持有。 | 股權結構改變，對特定市場不致產生影響，但上市後，對穩定資金來源確實有幫助，並藉以提高競爭力。 |
| 2 | 1999 07 | 第六條 第三款 | 摩托羅拉公司出售半導體裝置部門（封裝及測試）予日月光公司。 | 出售設備行為，對特定市場之影響有限，但日月光公司可藉由本結合取得先進技術，對提高產品品質有益。 |
| 3 | 1999 | 第六條 | 聯電、合泰、聯誠、聯嘉及聯瑞以 | 參與結合之五家公司原屬於「聯華 |

²⁵ 依 2001 年 8 月經濟部統計處，台灣地區工業生產統計月報 8 月份統計資料，我國 2000 年 IC 產業產值為 714,400 百萬元、光電產業產值為 400,100 百萬元；而該統計月報分類電力、電子及機械業包括電子資訊、通訊；而精密機械則包括精密機械及航太業；至於生物科技因為新興產業無可靠產值，資訊軟體屬於霸務業，產值尚無固定統計方式。另電力、電子及機械業 2000 年產值為 3,119,021 百萬元，其中最主要的產品為 IC 產品及光電產品。

| | | | | |
|----|------------|------------|---|---|
| | 07 | 第一款 | 吸收合併方式結合，以聯電為存續公司，其餘為消滅公司。 | 事業」集團成員，結合後尚不致產生外部經濟力擴張，但可以整合資源，減少重複之管銷費用，提高產能利用率，發揮整體經營效益。 |
| 4 | 1999 07 | 第六條 第五款 | 台積電購得 IDM 廠德碁半導體 30% 股權，取得德碁半導體之經營控制權。 | 該二公司結合，使台積電公司 IC 製造市場之市場集中度更形提高，壓縮小廠生存空間；但也得台積電得到產能，增加研發能力，同時帶動上、下游商機。 |
| 5 | 1999 07 | 第六條 第三款 | 摩托羅拉公司出售其「半導體事業部」予子公司聯積公司，並由聯積公司在台設立分公司經營。 | 本結合屬於公司內部組織結構調整，對外不生限制競爭不利益情事，對內可以提高營運績效。 |
| 6 | 1999 08 | 第六條 第一款 | 因韓國母公司之購併行為，導致台灣現代公司與台灣樂金公司結合，結合後台灣現代公司為存續公司，另一為消滅公司。 | 該二結合事業為單線進口 DRAM 在台銷售公司，結合後不致對新事業進入市場產生阻礙，但有助於我國 DRAM 市場之供給穩定。 |
| 7 | 2000 03 | 第六條 第一款 | 台積電、德碁、世大以吸收合併方式結合，以台積電為存續公司，其餘二家為消滅公司。 | 本結合使台積電在晶圓代工市場之占有率由 53% 提昇至 60% 以上，壓縮小廠之生存空間；但也促使晶圓代工降低生產成本，並有助於帶動上、下游廠商之商機，有利於 IC 產業之發展。 |
| 8 | 2000 07 | 第六條 第一款 | 台灣光罩、新台科技以吸收合併方式結合，以台灣光罩為存續公司，另一為消滅公司。 | 該二公司結合使台灣光罩公司在光罩市場之占有率提高，但也促使台灣光罩公司能有效整合該二事業資源，提升國際競爭力。 |
| 9 | 2000 09 | 第六條 第一款 | 摩托羅拉公司將原間接持有 97.7% 摩接羅拉電子公司股權改為直接持有。 | 本結合對相關產品市場之市場集中度、進出障礙並無影響；但集團事業控制改變後，會提高運作效率，增加營運績效。 |
| 10 | 2000 09 | 第六條 第一款 | 封裝測試業矽品公司、矽豐公司以吸收合併方式結合，以矽品公司為存續公司，矽豐公司為消滅公司。 | 矽品公司為封裝業第二大公司，矽豐公司為第四大測試公司，二公司垂直結合對所營市場占有率未提 |

| | | | | |
|-----------|------------|------------|---|---|
| | | | | 高；但可使上、下游更加緊密結合，提高一元化之服務效率。 |
| 11 | 2001 04 | 第六條 第二款 | 勁永國際公司取得志銘電子公司有表決權股份達 75%。 | 勁永國際公司之產品屬正規品，而志銘電子公司之產品屬次級品，二者市場具有區隔，但業務具有互補性，二公司結合後可達水平結合及多角化經營之效能，有助二者在再生記憶體模組市場之發展。 |
| 12 | 2001 06 | 第六條 第一款 | 新興電子公司、群策電子公司及恒業電子公司以吸收合併方式進行結合，結合後以新興電子公司為存續公司，群策電子公司及恒業電子公司為消滅公司。 | 結合事業新興電子公司及恒業電子公司均為印刷電路板之產銷商，而群策公司為 BGA 基板之產銷商，結合後新興電子公司可以跨足 BGA 基板市場，並可因規模經濟之效果，避免重複投資，節省相關產銷成本。 |
| (二)光電產業部分 | | | | |
| 1 | 1993 03 | 第六條 第一款 | 台灣飛利浦電子公司吸收合併台灣飛利浦光碟公司，以台灣飛利浦電子公司為存續公司，台灣飛利浦光碟公司為消滅公司。 | 該二公司產品及行銷通路各異，且結合後可精簡人事，重整組織，避免重複投資，提高經營績效，整體經濟利益大於限制競爭之不利利益。 |
| 2 | 1993 10 | 第六條 第二款 | 台灣飛利浦公司轉投資台灣中獅公司取得 99.76% 股權。 | 該二結合公司同屬荷蘭飛利浦公司之在台企業，且該二公司於結合前所營事業均不同，該結合係股東結構改變，不會產生限制競爭之不利利益，惟會產生避免重複投資之利益，故予以許可。 |
| 3 | 2000 01 | 第六條 第一款 | 普立爾科技公司吸收合併普麗光電科技公司，以普立爾科技公司為存續公司，另一則為消滅公司。 | 該二結合公司原係控制從屬關係企業，結合並不造成國內照相機市場集中度提高及其他事業進出產生障礙，且有促進該二事業重整、生產、銷售、財務之功效，有利於整體經濟。 |
| 4 | 2000 | 第六條 | 致伸實業公司吸收合併拓漢公 | 本結合可促使致伸實業公司整合數 |

| | | | | |
|---|------------|------------|--|---|
| | 08 | 第一款 | 司，以致伸實業公司為存續公司，拓漢公司為消滅公司。 | 位電子相機及傳統相機之研發及生產技術擴大產品組合，提升經營管理效率，且對市場限制之不利益尚屬有限。 |
| 5 | 2000 03 | 第六條 第一款 | 源興科技公吸收合併億訊科技公司，以源興科技公司為存續公司，另一則為消滅公司。 | 該二結合公司原具有從屬控制關係，且所生產之產品全無替代性，各有行銷通路；結合後可擴大產品線及行銷通路，提升企業競爭力，有利於整體經濟。 |
| 6 | 2001 05 | 第六條 第一款 | 達碁科技公司吸收合併聯友光電公司，以達碁科技公司為存續公司，另為消滅公司。 | 該二公司均屬中游薄膜液晶顯示器製造廠，惟達碁科技公司生產大尺寸面板產品，聯友光電公司生產中、小尺寸之面板，二者尚有市場區隔。結合後藉由產品線整合之優勢，達到經濟規模及提升國際競爭力。 |

該二公司均屬中游薄膜液晶顯示器製造廠，惟達碁科技公司生產大尺寸面板產品，聯友光電公司生產中、小尺寸之面板，二者尚有市場區隔。結合後藉由產品線整合之優勢，達到經濟規模及提升國際競爭力。

由上表瞭解，自公平會成立以來至九十年六月止，IC 廠商依公平交易法相關規定向該會申請結合許可案例共有十二件，而光電廠商則有六件，共十八件。若依公平交易法第六條結合類型分類，屬第六條第一款，與他事業合併者，有十二件；屬第六條第二款，持有或取得他事業股份或出資額達三分之一以上，計有三件；屬第六條第三款，受讓或承租他事業全部或主要部分之營業或財產者，計有二件；屬第六條第五款，直接或間接控制他事業之事業經營或人事任免者，有一件。該等案例中，以屬第六條第一款之結合態樣居首，約占全部案例的 66.6%。其中意涵著，高科技產業廠商期盼藉由購併行為，以達擴大經營規模，降低經營成本；或藉由購併行為，重整從屬控制公司，以減少資源重複投資之浪費；或藉由購併行為進入相關市場，甚至非相關市場。由此，購併行為係為取得競爭優勢，以進軍國際市場，提高國際競爭能力，

此亦符合國際化、大型化之國際潮流。

五、域外事業結合之管轄

在全球經貿自由化之趨勢下，企業大型化、國際化成為爭取競爭優勢的重要策略之一，國際間企業之購併、整合，不僅造成國際特定市場競爭態勢發生結構性之變化，亦涉及各國國內經濟發展與競爭環境之轉變，因此，各國競爭法主管機關莫不寄以高度的關切。公平會為切實掌握域外結合對我國特定市場之影響，乃於第三十四次委員會議，作成公研釋第○一四號解釋，其意旨為「外國母公司於國外之合併行為雖非本會管轄範圍，惟其於我國境內分公司之結合行為，對國內市場競爭環境可能造成影響，仍應受公平交易法之規範。」本解釋似乎認為，域外結合公司之一方或雙方，在我國境內有分公司或子公司時，始進一步考慮該結合行為有無我國公平交易法之適用；惟仍無法涵蓋陸續發展出之域外結合態樣，故該會遂於第一九三次委員會議，作成公研釋第○九五號釋，其意旨為「有關跨國企業集團為調整組織結構，企業集團所屬之各關係企業於我國境外相互移轉股權，致其投資於我國境內之子公司持股比例因該境外結合而改變，並使集團內關係企業之一持有我國事業股份達三分之一以上，是否須依公平交易法第六條第一項第二款向本會提出結合申請，須視參與結合之一事業是否有符合本法第十一條各款，及該境外結合有無引發我國管轄境內該集團所屬企業間有本法第六條第一項各款所稱之結合情形而定。…」此解釋例已擴大公研釋第○一四號解釋，將集團企業應提出申請納入公平交易法適用範圍。

由於企業大型化、國際化已成必然趨勢，企業間之購併行為不斷增加，承購股權之跨國企業直接或間接取得企業持股，或直接間接控制他事業人事任免或業務經營之情形亦隨之增加，該等情形是否一律須向本會提出申請？其間除涉及集團間之結合、相關交易主體繁多、「申請人」與「參與結合之事業」之認定不易外，對公平會有關結合案件管轄權所持之立場，外界仍有諸多疑義，遂有訂定「涉外結合準則」之要求，該會乃於第三○八次委員會議針對「境外及跨境結合案件」訂定審理準則，作成「請法規小組會同國際事務小組儘速參考各國規範，訂定國內外結合案件之涉外結合案件處理準則。」之結論。此時，公平會對於涉外結合案件，已有逐漸融入「效果原則」之傾向，故於八十七年十一月七日修訂該會涉外調查案件處理原則時²⁶，

²⁶ 修正後之名稱為「行政院公平交易委員會處理涉外案件原則」。

明訂「檢舉人應就被檢舉人在我國域內或域外所為之限制競爭或不公平競爭之行為或其結果對我國競爭秩序產生影響之程度，提出具體事實及證據，並須釋明被檢舉人有公平交易法之虞，本會方予受理。」此規定似已明示該會對於域外行為之管轄權，採行效果主義，惟其內涵並不明確。於是公平會委員會議於八十七年二月間指示法規小組蒐集各國相關涉外結合規範，作為訂定公平交易法域外結合處理原則之基礎，該小組即透過我國駐美、日、法、德、澳等國代表處，代為索取當地競爭法主管機關之規範資料。經歸納各該國函復資料，各國對於域外結合案件之處理，多直接援引其國內結合之規範逕予適用，而無特別立法或以特別之行政規則方式為之。惟所獲資料中，亦頗多值得該會參考之文獻或相關實務之作法，如日本公正取引委員會官房課提供「從獨占禁止法之觀點，看外國業者與國內業者設置合併公司時之問題」及駐德國代表處提供之「德國企業結合案件處理要點」均是，公平會於研訂域外結合處理之初，原擬以內部規範為之，後因域外結合處理原則，涉及公平交易法之域外適用，除可能與他國之管轄權產生衝突外，亦可能產生其他敏感性之問題，故該會自始即保持相當審慎態度，於「域外結合案件處理原則」草案初擬完成時，即以書面方式徵詢外界意見，徵詢對象包括財政部、經濟部等二部會、相關公會及經常辦理域外結合之律師事務所等，並將徵詢所得之意見納入重新修訂檢討之參酌範圍，提該會第四五七次委員會議審議。其決議要點：

(一) 效果原則

對於域外從事之反限制競爭行為，公平會基本上是持「效果原則」之執法態度，亦即無論其行為發生於何地，倘其結果對國內市場或競爭秩序直接、相當且可合理預期之影響者，應有公平交易法之適用，故於該處理原則第二點明訂：「本原則所稱之域外結合案例，係指二以上外國事業在我國領域外之結合，符合公平交易法第六條第一項各款情形之一，其結合效果對我國市場有直接、實質且可合理預見之影響者。」

(二) 禮讓原則

為避免因管轄原則的變更，過度擴大公平交易法之管轄領域，造成與他國衝突或引起不必要的爭議，公平會乃導入國際禮讓原則等上位概念，以限制前述效果原則的適用，其內容即為該處理原則第三點第一項：

1. 結合行為對我國與外國相關市場影響之相對重要性。

2. 結合事業之國籍、所在地及主管營業地。
3. 意圖影響我國市場競爭之明確性程度及其預見可能性。
4. 與結合事業所屬國法律或政策造成衝突之可能性程度。
5. 行政處分強制執行之影響。
6. 對外國事業強制執行之影響。
7. 國際條約、協定或國際組織之規範情形。
8. 其他經本會認為重要之因素。

另，第三點第二項規定，域外結合案件，如參與結合事業在我國領域內均無生產或提供服務之設備，經銷商、代理商或其他實質銷售管道者，不予管轄。以明確「禮讓原則」。

(三) 該處理原則第四點第一項及第五點第一項，為事業向公平會提出申請之門檻；第四點第二項為結合事項銷售金額核計方式；第五點第二項為應申請結合事業；第六點為準用原則。

另，域外結合案件，若符合公平會八十九年九月二十七日(89)公壹字第 03256 號函分行之「事業結合審查簡化作業程度」之規定者，採行簡化作業辦理，以因應企業經營，瞬息萬變的商機。

(四) 案例分析

為更瞭解事業域外結合之全貌，茲以荷蘭 ASM Lithography 控股公司與美商 Silicon Valley 集團之結合案以及美商奇異公司與美商 DOVER 集團之結合二案，說明如下：

| 結合時間 | 結合類型 | 申請事項 | 許可理由 |
|---------|--------|---|--|
| 2000.11 | 第六條第五款 | 荷商 ASM Lithography 控股公司將百分之百持有美商 Silicon Valley 集團公司在台美商矽谷半導體設備股份有限公司台灣分公司及其轉投資之子公司霍克強生股份有限公司之業務經營或人事任免，且參與結合之荷商 ASM Lithography 控股公司 1999 年在 | 1. 荷商 ASM Lithography 控股公司，將與美商 Silicon Valley 集團公司國內分公司及子公司之控制主體易位；亦即，荷商 ASM Lithography 控股公司將間接控制美商 Silicon Valley 集團之公司在我國境內之美商矽谷半導體設備股份有限公司台灣分公司及其轉投資之子公司霍克強生股份有限公司之業務經營 |

| | | | |
|----------------|-----------------|---|---|
| | | <p>我國進口之銷售金額已超過新台幣 50 億元，爰依公平交易法第六條第一項第五款及第十一條第一項第三款之規定向本會申請許可。</p> | <p>或人事任免，參與結合之事業對台銷售項目並不相同，且相關產品對台並無進口障礙，爰本結合，尚不致提高荷商 ASM Lithography 控股公司及美商 Silicon Valley 集團公司台灣分公司於特定市場之占有率，爰無明顯不利於市場競爭者。</p> <p>2. 本結合後，荷商 ASM Lithography 控股公司可提高研發光微影曝光系統之能力，加之與美商 Silicon Valley 集團公司之光學技術合作，有利於與積體電路原型配合，及用於先進半導體之快速技術發展。荷商系統可透過代理商對台進口光微影系統，而美商為透過分公司與子公司對台進口熱加工產品及光阻加工產品，對需仰賴進口之國內市場並無重疊性，且將因本結合行為利於渠等整體研發能力之提升。</p> |
| <p>2000.12</p> | <p>第六條第一、二款</p> | <p>美國奇異公司 (General Electric Company) 購併美國 DOVER 集團 (Dover Corporation) 之子公司 Dover Diversified Inc. 所控制之壓縮機業務，符合公平交易法第六條第一項第二、三款之結合型態；同時美國奇異公司八十九年度在國內之營業額超過新台幣五十億元，符合公平交易法第十一條第一項第三款所公告之事業結合申請事件。</p> | <p>1. 依據本會 1999 年壓縮機市場統計資料顯示，壓縮機大部分係仰賴進口，廠商數亦多達一、六六一家，該市場占有率前二十名，除排名第一的占有率達 12.4%，其餘廠商皆為個位數，市場集中度相當分散。因此，就美國奇異公司與 Dover 公司之壓縮機事業而言，在國內尚屬開放之市場，業者可以自由進口，本結合將不致改變廠商在國內市場之競爭地位，亦不致排除其他事業進入我國市場之機會，對他事業亦不會因本結合而增加其進入市場之困難度，應不致產生限制競爭或妨礙競爭之不利益情事。</p> <p>2. 美國奇異公司與 Dover 壓縮機事業在</p> |

| | | |
|--|--|--|
| | | <p>我國並無壓縮機相關業務可言，然而本結合就全球市場而言，可使美國奇異公司藉購入 Dover 壓縮機事業擁有其技術與其他無形資產；而 Dover 壓縮機事業亦藉由整合成為美國奇異公司全球性品牌、科技、系統及服務之一部分，而獲得更高利益。又本結合案並未涉及國內事業之結合，故不致提高國內特定市場之占有率，反而因美國奇異公司與 Dover 公司之壓縮機事業的互補性，使得雙方營運達到相乘的效果。</p> |
|--|--|--|

六、小結

從以上各種類型的介紹中，可以發現公平會對於結合案件審查的多樣化與複雜程度，也不難從其中估計公平會在結合案件上所花費的精力與成本。事實上，除了上述五種結合類型外，近年來由於國內產業面臨自由化、國際化與大型化的壓力，諸如航空、電信以及部分的傳統產業均有多件結合申請並經許可之案件，致國內產業結構大幅重整，其調整速度之快，實令人無法想像。

肆、結合規範之檢討

公平會成立十年以來結合之申請案件已逾五千件，其中除極少部分外，鮮有不予許可者，雖然公平會的行政效率極高，案件辦結速度快，惟過多的案件數已造成公平會相當的行政負擔，而實有檢討釐清的必要。本節從結合應申請許可類型的釐清、結合審查的細緻化以及結合規範制度的調整等三個面向，檢討公平會的結合管制所面臨的問題。

一、結合應申請許可類型的釐清

事實上，公平會自成立開始即面臨公平交易法結合定義適用的窘境，在中華航空公司函請釋示其與十六家旅行社籌組「華航旅行社」，是否屬公平交易法第六條所稱之結合，以及是否應依同法第十一條規定申請許可一案中，該會於處理過程中曾有「本案符合公平法第六條第一項第二款之『結合』情形，且有同法第十一條第一項第三款之適用，應向本會申請許可」之意

見，惟於第三十二次委員會議討論時，基於該意見將嚴重衝擊事業早已藉此進行多角化經營之實務，並將對公平會形成龐大的行政負擔，而決議認為：「公平交易法第六條第一項所稱之他事業，以結合時既存之事業為規範對象，故二以上既存事業共同投資設立新事業之行為，尚非該條規範對象，故縱使參與投資事業之一，有同法第十一條第一項所定各款情形，亦無需向公平交易委員會申請結合之許可；惟投資之既存事業如有利用設立新事業方式進行聯合行為或濫用獨占地位或從事不公平競爭行為之情形，仍當依公平交易法有關規定處理。」並以此為公研釋字第○一二號解釋令的基礎。惟此一解釋文出爐後，雖未耳聞來自企業界的反彈聲浪，但學術界對公平會是項解釋存有諸多疑慮，也一再引發公平會內部檢討的意見，並多次於委員會議中討論。及至第四六八次委員會議時，公平會甚至已擬定出變更第○一二號解釋文之具體條文：「一事業不論係投資於既存事業或新設事業，其對該業務之市場所可能產生限制競爭之效果並無不同，故公平法第六條第一項所稱之『他事業』除以結合時既存之事業為規範對象外，亦應包括設立新事業在內，本會公研釋字第○一二號解釋自九十年一月一日起停止適用。惟參與投資之既存事業如有利用設立新事業方式進行聯合行為或濫用獨占地位，或從事不公平競爭行為者，仍當依公平交易法有關規定處理。」正待委員會議決議後即對外發布。惟該次委員會議經委員們熱烈發言後，雖肯認新設事業應為事業結合態樣之一，但因考慮到我國企業多角化經營之需要以及我國結合管制的制度與國外不同，公平會在現有法律架構下恐無法有效處理類此案件，因此決定在公平交易法尚將許可制改為報備制之前，第○一二號解釋暫時維持不變，但於修法時會將此部分列入重點討論。至此，有關新設事業是否應向公平會申請結合許可之討論暫告一段落，但由於公平會的決議留有伏筆，未來在公平交易法修法過後，新設事業是否納入公平交易法的結合管制，將有待當時的經濟環境與公平會委員們的智慧而定。

其次，鑑於全球經貿自由化、國際化之趨勢及競爭法所規範商業行為本質之跨國性、其效果影響之國際性，有關限制競爭行為之規範管轄，似不宜過於自我設限。過去公平會處理涉外或跨國之結合案件主要可分為二大類：一為我國公司(或外國公司)與外國公司(或我國公司)之結合(含分公司)；二為外國母公司於我國境外結合，影響及於我國境內之子公司之態樣。前者乃跨國結合之典型，其當事人之一方既為我國事業，依照「領域原則」，適用公平交易法並無疑義；後者則無論依「效果理論」或「單一經濟實體理論」，基於子公司之聯繫因素，管制上亦無爭論，且此一類型案件所在多有，爰不贅述。惟值探討的是，對於外國公司在我國境

外之結合，如該結合主體在我國境內均無分公司或子公司，然其結合仍對我國市場有重大之影響時，是否仍應予以管制，以及應如何管制？實有究明之必要。因此公平會蒐集各國立法例，再參採我國目前政經情勢，將美國有關「效果原則」修正之「直接、相當程度且可合理預期之效果(direct, substantial, and reasonably foreseeable effect)」等要件，納入該會域外適用之參考，並據以研訂「行政院公平交易委員會域外結合案件處理原則」，將域外結合行為納入管制。即對於域外從事之限制競爭行為，無論其行為發生於何地，倘其結果對國內市場或競爭秩序有直接、實質且可合理預見之影響者，除非參與結合事業在我國領域內均無生產或提供服務之設備、經銷商、代理商或其他實質銷售管道，否則均納入我國競爭法相關規定之適用，惟適用時仍將考慮國際禮讓原則等因素²⁷。其後，美商花旗集團公司與協富第一資本公司之結合、荷蘭國際集團之 ANB Acquisition Corp.與美國安泰保險金融集團(Aetna Inc.)之結合等，均由公平會依該原則受理並進行審查。至此，我競爭法雖已與國際同步，但在全球經貿情勢快速變遷，企業間互動頻繁、縱橫捭闔之際，如何合理且完整地規範域外結合案件，將是公平會未來最嚴酷的挑戰。

二、結合審查的細緻化

各先進國家之競爭法主管機關有關結合行為的管制均有一套縝密的經濟分析工具，作為執法人員審查的基準，如美國 1992 年公布、1997 年修正之「水平結合指導原則」(Horizontal Merger Guidelines)，加拿大之「合併執行指導原則」(Merger Enforcement Guidelines)，澳洲 1992 年之「合併指導原則」(Merger Guidelines)等；另，對於特殊產業如金融業的結合案件，美國有不同的審查程序、加拿大、澳洲則另外訂有關於銀行合併的指導原則。是類指導原則的重點大抵上均包括：如何界定市場範圍、如何計算市場占有率、合併後市場結構如何變化將引發主管機關進行整體經濟利益與限制競爭之不利益的經濟分析等，在執法人員案件審查時，提供了相當完備的輔助參考。我國於公平交易法中，雖明訂事業之結合其整體經濟利益大於限制競爭之不利益時，公平會得予許可，但公平會並未據此訂定審查原則，闡明該會關於整體經濟利益與限制競爭之不利益的考量因素，特別是在哪些情況下公平會將會進一步嚴格審查，公平會並無一通案的標準。唯一有具體審查標準的僅見於「公平交易法對電信事業的規範說明」以及「有線

²⁷ 詳細內容見本文「參、結合規範之實務與成效」之「五、域外事業結合之管轄」。

廣播電視頻道節目供應業者與有線廣播電視系統業者垂直結合申請案件審理原則」，後者則明定公平會將不予許可的結合型態，充分將公平會關於有線電視產業垂直結合的審查標準傳遞給企業界。另，公平會第三二〇次委員會議決議之「一般銀行與信用合作社之結合案件，除參與結合事業當時市場占有率超過百分之五以上者或其他涉有重大公益情形者，有必要採嚴格審查方式」則係該會明示其對銀行結合案之關切標準。不過，此種特殊產業已訂有審查標準，一般產業仍無明確標準的做法國際間並不多見，為提昇公平會結合案件的審查效率與深度，公平會實有必要研訂一套細緻的結合案件審查原則，此原則不僅只包括「結合」適用的範圍、業者應提交的文件、資料以及公平會內部審查程序(包括簡易處理程序)的描述(此部分公平會已有相當之基礎)；更重要的是，該審查原則中應明訂公平會界定市場範圍的考慮因素、市場占有率(或市場力)的計算方法、公平會較為關切的結合類型或規模、以及何者屬整體經濟利益範疇、何者屬限制競爭類型等競爭分析的相關考量因素，此不但有利於結合審查由事前許可制改為申報異議制時，執法人員之操作，也將使企業更明確了解公平會的執法態度與方向，長期而言亦將有利於我國產業的良性發展，並確保國內市場有效的競爭。

三、結合規範制度的調整

由於申請結合案件數較一般檢舉案件數高出甚多，形成公平會龐大的行政負擔，也造成公平會人力資源的虛擲，殊為可惜。固然公平會對於每一件結合案件均以小心謹慎的態度進行審查，並對於影響市場輕微的結合案件也多能以簡易程序快速處理，但企業界對於公平會的結合管制一直有所微詞，而認為公平會的審查期間過長有阻礙企業爭取商機之虞；民國八十六年東南亞金融危機發生後，為穩定國內金融局勢，財政部因大力主倡金融機構(特別是地方信用合作社與一般商業銀行)的合併，而建議公平會放寬對金融機構的結合管制，或將銀行機構結合應向公平會申請許可的門檻調高到二百億元以上。其後，財政部並進一步於銀行法修正草案第六十二之四條中對於命令金融機構合併時，增訂「於有緊急處理之必要且對金融市場競爭無重大不利影響者」不須向公平交易委員會申請結合許可之條文，冀免除公平交易法之規範，而由財政部全權主控²⁸。

²⁸ 此案之相關討論見於公平會第三四一、三四三、四四六等次委員會議之討論案中，其中有關提高金融業結合應申請許可門檻之建議，公平會以各國並無此立法例、該會的審理時程可視案件情況調整等而並未採納(惟日後修法時公平會改變了態度)，但有關銀行法修正案第六十二條之

對於如此耗費行政資源，又未能獲得企業界與相關政府機關認同的結合管制模式，事實上公平會一直在檢討改進，且在公平會第四二〇次委員會議中進行深入的討論。該次會議公平會蒐集了許多競爭法先進國家關於結合的管制規定，發現除法國法採任意申報制外，美國、德國、歐盟等多採「事前申報異議制」，雖然各國法制在程度仍有差異，但所謂「事前申報異議制」，其基本精神係指事業只要在結合前，向主管機關提出結合申報，如果在一定期間內主管機關不提出異議，則該事業嗣後實施結合時，主管機關即不得再加以禁止。採異議制之優點是主管機關僅須就有限制競爭疑慮之結合申請案件，進行深入的審核程序，且較能集中心力於該等申請案件，行政手續亦較簡便；另一方面，由於主管機關必須於較短之時間內為異議之表示，使結合企業避免因行政機關審查延宕，而延誤結合時機。因此公平會對於結合管制由許可制改為異議制，幾乎已有一致的共識，就待修法時納入。惟修法作業工程浩大，如再考慮相關配套措施，實非短期內可幾。及致當前國內因經濟景氣欠佳，政府召開「經濟發展諮詢委員會」以凝聚各界共識，期為我國經濟開創一條活路時，其產業分組會議即建議政府應修正公平交易法有關結合之規範，為公平會修正結合管制改為異議制踢上臨門一腳。公平會於本（九十）年八月三十一日正式呈報行政院「公平交易法部分條文修正草案」，並在草案總說明中明白指出「公平交易法對於事業結合管制的目的，旨在對於事業因結合所造成經濟力之集中，事先加以管制，以防範其對市場可能造成之弊害，並維持市場上有效之競爭結構。我國企業目前正面臨二十一世紀經濟全球化之競爭壓力，在跨國性大企業之競爭優勢及國內經濟環境之生態結構下，企業併購已然成為趨勢。為因應此一產業結構調整之需求，並配合『經濟發展諮詢委員會』產業分組會議結論要求政府應秉持簡化程序、排除障礙及提供適當獎勵原則之共識，爰參酌國外競爭法有關結合管制之立法例，修正現行公平交易法有關事業結合之規範，以順應我國現階段經濟環境之需求，並同時兼顧市場競爭機制之維護。」該修法案業經行政院九十年十月十七日第二七五六次院會通過，並於同日送請立法院審議，一旦完成立法程序，公平會的結合規範制度即將澈底改變。

公平會本次的修法主要即是將結合的「事前許可」改為「事前申報異議」，並訂定三十日的「等待期」，此外亦大幅解除結合管制的範圍，除將另訂金融業的申請門檻外，又明訂四種

四中增列的條文以及俟候金融機構併本法中的類似條文，雖經公平會內部激烈的討論，但因受限於當時國內金融產業的實況，公平會最後仍同意財政部增訂之條文。

雖符合公平交易法第六條所稱之結合但毋須向該會申報結合的態樣，以減少公平會審查對市場競爭機能無損的結合案件所浪費的時間。雖然修正草案中增訂了公平會為確保事業結合後整體經濟利益大於限制競爭之不利益，而得加諸結合事業條件或負擔，並訂定違反結合相關規定者得處以罰鍰之規定，但修正草案第十二條第一項「對於結合之申報，如其結合，對整體經濟利益大於限制競爭之不利益者，中央主管機關不得禁止其結合」之規定，使企業的結合成為企業自身的權益，公平會若不能證明該結合限制競爭之不利益大於整體經濟利益，將無權禁止企業的結合行為，此不但是修法上的一大突破，也將嚴重考驗公平會未來結合規範的執法能力。

伍、結論

公平交易委員會十年來對於結合管制，從建立制度到實務的執行，所付出的努力，不能不說是著有成效。固然有其可檢討之處，如應申請許可的結合類型究竟如何，應予釐清，不僅涉及企業多角化經營的需要，亦與結合案之管制理念息息相關；結合案審查程序的細緻化，主要在於經濟分析的比重應如何強化；結合規範制度的適度調整則不僅是行政資源的有效運用問題，更是與加強國家競爭力相關。凡此總總，均係公平會未來應該努力的方向。

新經濟時代的來臨，企業與政府所面對的挑戰已日益明顯。新經濟時代的特性是網路效應(network effect)與澈底的規模經濟(radical scale economies)。新經濟迅速澈底地改變競爭規則，「大者更大」不僅是現象，更是必然的需要，結合雖然未必能發生預期的效果，卻是事業爭取競爭力常見的策略。1996年初，瑞士藥廠山德士(Sandoz)與汽巴嘉基(Ciba-Geigy)宣布了一項630億美元的併購案，創造了一個名為諾華(Novartis)的大型跨國公司，規模足以干預市場。惠普(HP)在今(2001)年九月宣布以260億美元購併康柏(Compaq)電腦，更是引起世界矚目。而另一方面，在知識經濟時代中，市場不必然會發生自我修正的狀況，已受到注意，而有倡議需要政府干預與介入以求保障公眾利益的說法。

各國競爭法對於結合規範的態度雖不一致，面對前述新經濟時代的發展，則均未忽視結合對市場競爭的影響，例如不同產業合併時，市場界定更加困難。因此除關於國際性結合之審查態度，有待各國競爭法主管機關協調外，關於審查的程序也需要在立法或執法上提出因應。美國雖採行異議制，聯邦交易委員會(Federal Trade Commission)在美國國會報告，仍表示將再加速結合案的審查程序。我國公平交易法雖已擬將事前許可制，修改為事前申報異議制，並增訂

結合審查除外適用條款，但實務上應如何處理，始能適應新經濟的要求，則仍有待檢驗。

評論

梁院長國源 (世新大學管理學院)

主席、黃主委、趙前主委、各位先進：

本人今天很高興能參加「公平交易法施行十周年學術研討會」，並受邀擔任「公平交易法結合規範成效與檢討」這篇論文的評論人。本篇論文的七位作者：何委員、吳處長、林處長、許副處長、胡專門委員、施科長、洪科長都是我在公平會服務期間，本人極為敬重的同事。她(他)們都是專研公平法的專家，因此寫出來的文章自然讓人體會見聞廣博的功力。以下的評論如有不對的地方，還請各位多多包涵。

本篇論文共分五節。除第一節的前言與第五節的結語外，主要的核心內容放置於第二至第四節。其中，第二節「結合規範之立法沿革及相關行政解釋」，相當具體地觸及公平法第六條(結合之定義)、第十一條(應申請事業結合情形及核驗決定之期限)、第十三條(對違法結合之處分)、第四十條(罰則)，以及事業結合審查簡化作業程序、域外結合案件處理原則、其他相關行政解釋等課題。第三節選用連鎖超商、金融、有限電視、高科技產業等四類產業以及域外事業結合案為例，說明「結合規範之實務與成效」。第四節根據「應申請許可類型的釐清」、「審查的細緻化」、「規範制度的調整」等三種觀點檢討現行的結合規範。

在座諸位先進，可能注意到剛才我在簡述本文內容時，竟未提及公平法第十二條(得予許可結合之情形)。事實上，文中曾在第 8 頁、第 33-34 頁等處觸及該法條。不過，因為它涉及兩個非常難以精確衡量的經濟專用詞，「整體經濟之利益」與「限制競爭之不利益」。所以誠如作者所言，對此「為提升公平會結合案件之審查效率與深度，應可仿效先進國家之作法，研訂一套細緻之結合案件審查原則，以作為公平會執法人員審查之基準」。我完全贊成本文的看法，因為事業結合，已成為事業為應付急速變化的經營環境與增進經營效率的一種重整(restructuring)方法。可是它又會引起反競爭的疑慮，所以合理的衡量「整體經濟之利益」與「限制競爭之不利益」，終將是一個優質的競爭法執法機關，必須面對的問題。對此，本人建議除須加強公平會的經濟分析能力外，相關統計資訊的蒐集，以及引進當代的經濟計量方法都屬應努力的範圍。

本文在銀行業以及有線電視事業之結合，簡略地提到執法時可能觸及多重機構的管轄權課題(multi-jurisdictional issues)。特別是正當目前台灣的金融業急須重整之際，它也是公平會必須面對的另一項課題。對此，請參閱梁國源(2001; pp. 31-32)。任何涉及多機構管轄的課題，均可能遭遇到交易成本上升，以及不一致判定結果的困擾。所以我們似宜朝「以單一的機構負責其最具經驗與比較利益的審酌項目」，這樣的作法邁進。當然此等作法實屬長期的目標，短期能作的，似乎只能儘量透過建立機關間的合作機制(如：資訊與人員的交換)來進行。

參考文獻

梁國源、羅友聰(2001)〈從競爭因素探討美國銀行業的併購法制與啟示〉，《公平交易季刊》，9:3，1-38。

聯合行為規範的回顧與前瞻

莊春發*

摘要

聯合行為的防止是公平法立法被社會大眾接受最重要的理由。我國聯合行為的管制基本上採「原則禁止，例外許可」的制度，先由事業間行為是否有合意的事實，該行為是否屬於水平聯合，該一致性行為是否足以影響市場功能等三項指標，判定其是否為公平法所欲規範的對象。最後則列舉七項有利於總體經濟與公共利益的例外行為，事業只要向公平會申請許可並經核可，即可不受約制。除此之外公平會為周全執行聯合行為的管制，另外制訂「不受公平交易法規範之營造業聯合承攬通用基準」、「公平交易法對同業公會之規範」以及「例外許可中小企業聯合定價行為審查原則」等三項相關處理原則。

公平會執法十年，向公平會申請例外許可的個案共有 97 件，核准件數有 65 件，核准率為 67%。因聯合行為被公平會處分的案件共有 75 件，前五年 16 件，後五年 59 件，兩者各占處分案的 21.3% 與 78.7% 的比例。顯示隨著公平會執法技巧的成熟，成案的比例不斷增加。

由執行面觀察，聯合行為執法的最大問題，乃在於聯合行為反托拉斯市場的界定有所不足，在 62 個處分案，有 30 個個案未曾對相關產品市場與相關地理市場著墨。11 個個案曾以市場占有率做為衡量「足以影響市場功能」的指標，但採用的市場占有率高低參差不齊，最低者 8.7%，最高者 80%。以市場參與廠商比例為指標者情況亦同，最低者 5.6%，最高者 100%。這些做法均造成法律的不安定性，徒增事業適法的困擾，有待進一步改善。

公平法執法績效的探討，本文採(1)公平交易法施行前後聯合行為個案統計的比較，(2)特定產業的聯合行為的比較，(3)公會介入聯合行為個案的比例比較等三項指標，做為衡量公平法執法後的績效。分析結果初步發現公平會執法後，不管聯合行為的每年平均件數，或特定產業聯合行為發生的平均件數，都顯示施法後並沒有因此減少。其次公會介入聯合行為，主導聯

* 國立北大學經濟系教授。

合行為的發生的比例，也未因執法後有所改善。當然，上述結果產生的真正原因，有可能是國內事業單位遵守法律的態度所使然。

最後，則對目前法制結構檢討聯合行為的規範，發現可改進之處有三：第一，是主體認定的問題，為免生主體與行為配對不良的誤解與矛盾，本文以為事業團體（即同業公會）有關的規範行為僅聯合行為與杯葛兩項，可於該兩項規範條文的主體，除一般事業外，加上事業團體，使規範的主體具完整性。然後再於總則部分明確確定義事業團體包含的範圍。第二，是聯合行為成立的要件中，本文以為因應當前事業組織的調整，應將垂直聯合的部分涵蓋進來，將定義中的「有競爭關係」之限制剔除。其次為使法律要件於母法完整呈現，可將公平法第十四條母法的規定改為「事業之聯合行為足以影響市場功能者不得為之」。第三，為免遺珠之憾，可仿獨占力濫用與結合管制的立法技術，於例外許可行為中，除列舉之外，另增加概括條款以為補充。

壹、緒論

公平交易法（以下簡稱公平法）的規範基本上包含反托拉斯法與不正競爭法兩項管制法律的領域¹。反托拉斯管制的部分置於公平法第二章，分別有獨占力濫用的管制、結合行為的管制，以及聯合行為的管制等三項²。公平法立法之初，立法委員與學者對反托拉斯法域管制的部分，並不全然支持，尤其是考量國內以中小企業為主體的經濟結構，反而是主張應鼓勵企業藉由結合手段發展成大規模企業，至於大型的獨占企業在國內大都屬於國營事業³，已受到政府完全的監控，大可不必予以太多的憂慮。唯獨需要特別關注的是聯合壟斷的問題（即公平法的聯合行為）⁴，是故公平法的立法，在反托拉斯法域的部分，就國內而言，有相當份量的部分是立基於解決當時市場上盛行聯合行為的問題。

¹ 美國則散佈於休曼法(Sherman Act)，聯邦貿易法(FTC Act)，克來頓法(Clayton Act)等三項法律規範。德國前者有「營業競爭限制防止法」，後者則有「不正競爭限制防止法」。日本則分別有「獨占禁止法」與「不正競爭防止法」。韓國亦分別有「韓國限制獨占法」與「不正競爭防止法」。

² 公平法內反托拉斯管制的部分，尚散見於公平交易法第十八條的維持轉售價格、第十九條第一款的杯葛，第十九條第二款的差別待遇，以及第十九條第六款的搭售，獨家交易、地域限制、顧客限制，使用之限制及其他限制等六項行為。

³ 民國 81 年公平交易委員會公告 33 個獨占市場中，純粹獨占市場共有 25 個，其中 20 個市場屬於公營事業，占有比例為 80%，見莊春發(1993)個體經濟學講義，頁 85。

⁴ 見立法院公報，公平交易法法律案專輯，第七十九會期，經濟、司法兩委員會審查「公平交易法草案」，第二次聯席會議紀錄中薛琦等學者的發言，以及以後立法委員各次一讀過程中的發言。

公平法立法後的執法結果，也驗證上述的結果，截至民國八十九年底，公平會對獨占力濫用行為（公平法第十條），違法結合行為（公平法第十一條），與聯合行為（公平法第十四條）三種行為的處分案，分別為獨占力濫用案 2 件，違法結合案 18 件，聯合行為 66 件，三種違法行為占反托拉斯法處分案的比例分別為 2.3%，20.9%，以及 76.8%⁵。由此可見，即使由執法的結果觀察，國內公平法反托拉斯法域的執法，也如同立法之初大家的共識，基本上乃在於阻止市場聯合行為的蔓延，減少其限制市場競爭機制的發揮。

聯合行為的立法的設計，我國基本上採「原則禁止，例外許可」的架構，例外許可必須事先向主管機關公平交易委員會申請，經許可後才能採行聯合行為，未申請例外許可即採聯合行為者視為違法，將受到處罰。十年過去了，這套制度的施行，其結果如何？在實際執行上產生那些問題？更令人關心的是聯合行為管制是否有赫阻市場企業聯合壟斷行為的效果？執法十年後實值得我們做一回顧。首先在目前聯合行為的立法架構上，在技術上是否有不足之處，以至於造成聯合行為執法上的窒礙難行；其次由於執法之故，使得市場上的聯合行為轉入地下，主管機關在證據的蒐集上產生極大的困難，在學理上、實務上如何突破此「道高一尺，魔高一丈」的發展趨勢，在公平法施行十週年之際，亦值得我們一起來思考，並找出解決之道，這是本文的研究動機與目的。

本文的章節安排如下：本章為緒論，第貳章的內容為回顧聯合行為的目前架構與十年來的執法結果，以及因執法而產生的處理原則。第參章則觀察聯合行為執行面的問題，中間包括聯合行為處罰中、市場範圍界定的問題，足以影響市場功能的分析、價格共同下降的聯合行為、以及圍標問題的研究，最後則為所有案例的實証分析。第肆章則以聯合行為執法績效為研究對象，分析公平法施行後，對聯合行為的赫阻效果。基本上以公平法執法前後，聯合行為個案統計的比較，特定產業聯合行為個案統計的比較，公會介入聯合行為個案的比例比較。第伍章則藉由第貳章到第肆章的分析結果，提出聯合行為法制結構的檢討，討論聯合行為主體的認定問題，聯合行為成立的要件問題，聯合行為例外的範圍與問題、聯合行為的許可制度與異議制度的比較分析。第陸章則針對聯合行為違法技巧升高後，如何藉由一致性結果推論行為有明示的或默示的意識聯絡，探討聯合行為成立的要件。最後一章則為研究結論與建議。

⁵ 此處的統計不包含第十八條低於轉售價格與第十九條有關反托拉斯的部分。

貳、聯合行為規範的回顧

一、聯合行為規範的架構

公平法第七條聯合行為的定義為：「本法所稱聯合行為，謂事業以契約、協議或其他方式之合意，與有競爭關係之他事業共同決定商品或服務之價格，或限制數量、技術、產品、設備、交易地區等，相互約束事業活動之行為而言。」依行為的主體、行為的手段、行為的方法，分別說明如下：

(一) 聯合行為的主體

聯合行為的發生必須是「事業」與有競爭關係的他「事業」共同參與。它由二以上之「事業」構成行為的主體。至於所謂的「事業」，依據公平交易法第二條的定義，所謂的事業，係指一、公司，二、獨資或合夥之工商行號，三、同業公會，四、其它提供商品或服務從事交易之人或團體。前兩類的公司、獨資或合夥之工商行號，則指分別依公司法或商業法登記之企業組織而言，而未登記者則歸屬於第四款的從事交易之人或團體。同業公會則指工業團體法或商業團體法之工業團體或商業團體，以及由公司獨資或合夥之工商行號或其它從事交易之人所組成的團體⁶。為使同業公會聯合行為的適用更明確與具體，公平會於民國八十八年八月三十日修正的施行細則第五條第三款，表明：「同業公會藉章程或會員大會、理監事會議決議，或其它方法所為約束事業活動之行為，亦為第一項之水平聯合；同業公會代表人得為行為人。」因此在公平法的執行上，同業公會將被認定為聯合行為的主體⁷。

(二) 聯合行為的手段

聯合行為的成功與否，依據產業經濟學的分析，事業間的協議(agreement)必須先達成。協議的成功與否，則決定於事業與有競爭關係的事業，是否有合理見面的機會。其次協議的交易成本也很重要，市場上廠商人數的多寡，廠商大小的分配，產品的同質程度，產品生產成本的

⁶ 同業公會主體於公平法適用的分析，見莊春發(1993)同業公會與公平交易法關係之研究，蕭文生，吳秀明(1998)，聯合行為構成要件之研究，公平會委託研究；蘇永欽(1991)，事業團體的聯合行為，政大法學評論 44 期；蔡震榮(1993)公平交易法行為主體研析，公平交易委員會委託研究。詳細討論見第五章。

⁷ 依據聯合行為的定義，聯合行為的發生，必須是事業與他事業共同參與，如果同業公會被直接解釋為事業，則「他事業」是否代表其它同業公會或公司，獨資或合夥呢？依照字面很難詮釋公會与其它公會做水平聯合。

差異性，產業發展的階段等，都可能影響事業協議交易成本的高低，從而決定協議是否可以達成。

協議達成是聯合行為成功的必要條件之外，聯合行為在市場要能產生效果，還必須上述之協議能夠被執行(enforcement)。光只有協議，沒有實際執行性的可能時，聯合行為的效果不會產生。協議的可執行性經常與協議的懲罰條款有密切的關係，因為欠缺懲罰條款時，協議常會因為事業追求個人之利益極大化而破功。

是故，在實務上事業很可能採用契約或協議的方式，彼此相互約束對方的經濟活動，以達成聯合行為的目的。因此在聯合行為管制的執行上，大都以事業間是否訂定契約或協議做為判斷的標準。業者為規避留下的聯合行為的證據招致風險，大都會改以非具體有形的文書為意思聯絡的手段。所以在公平法聯合行為的定義裡，防範上述可能產生的弊病，在契約、協議的手段之外，以概括式的「其它方式之合意」加以涵蓋。而且為使「其它方式之合意」更具有效性，公平會於施行細則第五條第二項明白的宣示：第七條之其它方式之合意，指契約、協議以外之意思聯絡，不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為者。

(三) 聯合行為的方法

為實現聯合行為的目的，使參與者獲得更高的利潤水準，業者可採行的方法，最直接的是對產品或服務的價格，訂定一標準，避免事業彼此間殺價的競爭⁸。其次是藉由限制數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區等方式，達成相互約束事業活動的目的。限制數量、技術、產品、設備，最終之目的無非是想藉其造成市場產品供應的短缺，以提高產品之市場價格，使參與之業者從中謀利。限制交易對象的目的，在於使交易人所需要的產品來源，限縮於唯一的供應者，使該供應者有遂行市場力量的機會。同樣的，限制交易地區的情形也大致相若，利用地理區域的限制，使該地理區的交易者成為產品的獨家供應者，有行使市場力量的機會，此即為產業經濟學討論卡特爾類型的市場劃分(market division)。

(四) 聯合行為的排除條款

事業間固然有以契約、協議或其他方式之合意的事實，並藉由與有競爭關係之事業，共同決定商品或服務之價格，或藉由限制產品數量、生產技術、生產設備，以及限制交易對象，交

⁸ 此即為美國判例所稱的統一定價(price fixing)。

易地區等手段，達成相互約束事業活動之目的，是不是就一定違反公平法呢？易言之，公平法對聯合行為的規範，是否要求到只有聯合行為之事實，即屬違法，沒有任何可以討價還價的空間。

為避免上述的缺陷，在我國的立法規則上，仍有最低門檻或排除條款的設計。第一個排除條款，訂於施行細則的第五條第一項，指明第七條的聯合行為，係屬於事業在同一產銷階段的「水平聯合」為限，不包含上下游垂直關係的「垂直聯合」。由直覺的觀察，它代表立法者可能以為事業間垂直聯合的產生，對市場競爭的影響並不重要。或者說競爭法所追求的效益，在於水平市場競爭的維持，不在於垂直競爭。

排除條例中更重要的是在施行細則第五條第一項的後段，明白揭示，其所規範的聯合行為必須具備「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者」，換言之，不足以「影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」的聯合行為，公平法並不加以規範。問題是什麼樣程度的聯合行為，才算是足以影響市場功能？那些聯合行為對市場功能將產生顯著之效果，在公平法其它規定並沒有進一步的處理，使得實務的執行上，這部分的排除條款變成十分曖昧、混淆不清，徒留執法者自由心證的空間。

(五) 聯合行為的例外規定

聯合行為的存在，原則上將對市場將產生限制市場競爭的效果，妨害價格調整的功能，危害消費者權益，所以公平法對聯合行為採行禁止之規定。但是事業之聯合行為態樣甚多，對市場績效的影響也不同，有些聯合行為可能有益於整體經濟與公共利益，不宜完全否定其功效而予以禁制。因此公平法第十四條，乃有原則禁止例外許可之設計，對於有益於整體經濟與公共利益的聯合行為，經公平會許可者，可以有例外許可之可能性。其例外情形有下列七項：

1. 為降低成本、改良品質或增進效率，而統一商品規格或型式者，一般稱之為「統一規格或型式之聯合」。
2. 為提高技術、改良品質、降低成本或增進效率，而共同研究開發商品或市場者，一般稱之為「合理化之聯合」。
3. 為促進事業合理經營，而分別作專業發展者，一般稱之為「專業化聯合」。
4. 為確保或促進輸出，而專就國外市場之競爭予以約定者，一般稱之為「輸出之聯合」。

5. 為加強貿易效能，而就國外商品之輸入而採取共同行為者，一般稱之為「輸入之聯合」。
6. 經濟不景氣期間，商品市場價格低於平均成本，致該行業之事業，難以繼續維持或生產過剩，為有計劃適應需求而限制產銷數量、設備或價格之共同行為者，一般稱之為「不景氣聯合」。
7. 為增進中小企業之經營效率，或加強其競爭能力所為之共同行為者，一般稱之為「中小企業之聯合行為」。

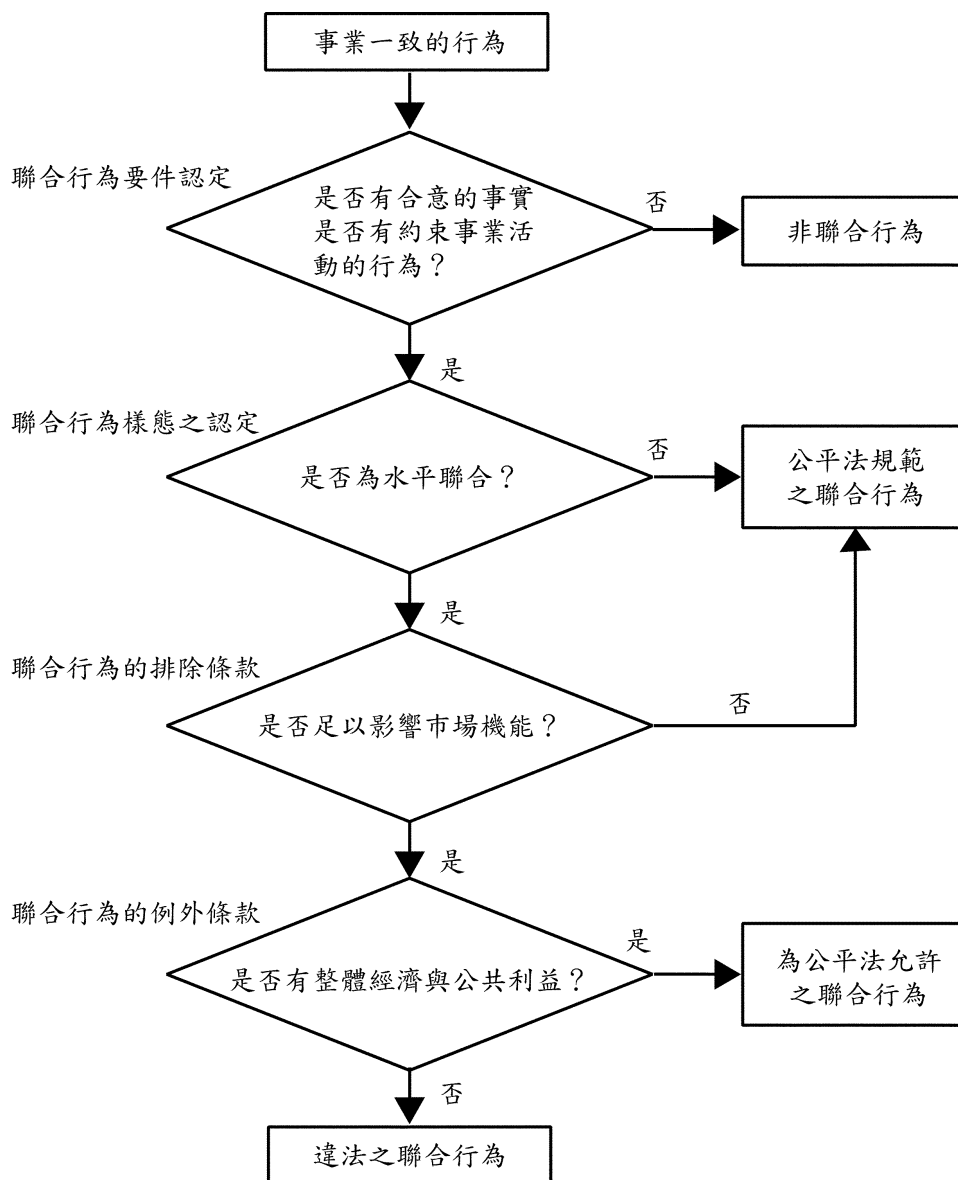
公平會對於聯合行為例外許可之申請，衡量聯合行為施行後，對於整體經濟利益與公共利益之正面貢獻，以及其對於營業限制之負面影響，若前者貢獻大於後者貢獻⁹，則予以許可。

由以上例外許可的說明，可以瞭解事業間聯合行為即使在形式上滿足法律的要件，並不一定形成違法，第一階段它必須釐清其是否屬於同一階段的水平聯合，其次必須判斷其聯合行為是否足以影響市場功能，以剔除未達門檻的聯合行為。最後則以整體經濟和公共利益標準判斷是否為公平法所允許的聯合行為，以決定聯合行為的違法與否，其過程可用圖一表示。

⁹ 各種聯合行為的類型所衡量的整體經濟與公共利益並不完全相同。例如標準化聯合行為考慮的因素有(1)生產成本降低的程度。(2)生產效率提高的程度。(3)產品品質改良的程度。(4)消費者的便利性。(5)商品價格變化預估。(6)參與聯合事業之市場占有率。(7)對未參與聯合行為事業之阻礙程度。各聯合行為整體經濟與公共利益應考慮因素，請參考公平會出版之「認識公平交易法」有關聯合行為的部分。

二、聯合行為的執法結果

(一) 聯合行為申請案統計



圖一 違法聯合行為認定的流程

公平法反托拉斯法域的規範，結合與聯合行為均有事先申請的規定。截至民國 89 年底，聯合行為的申請案有 97 件，核准 65 件，駁回 10 件，部分核准 9 件，中止審理 14 件，核准率

67%，駁回率 10.3%¹⁰。各年的申請件數、駁回件數、部分核准件數、中止審理件數情形如表一：

表一 聯合行為申請案處理結果統計表

| 年度 | 核准 | 駁回 | 部分核准 | 中止審理 | 合計申請件數 |
|----|----|----|------|------|--------|
| 81 | 5 | 3 | 0 | 1 | 9 |
| 82 | 7 | 1 | 0 | 1 | 9 |
| 83 | 9 | 3 | 1 | 0 | 13 |
| 84 | 0 | 0 | 1 | 0 | 1 |
| 85 | 5 | 0 | 0 | 3 | 8 |
| 86 | 11 | 0 | 1 | 6 | 18 |
| 87 | 18 | 0 | 4 | 0 | 22 |
| 88 | 4 | 2 | 0 | 2 | 8 |
| 89 | 6 | 1 | 2 | 0 | 9 |
| 合計 | 65 | 10 | 9 | 13 | 97 |

資料來源：公平交易委員會。

(二) 聯合行為處分案統計

事業因聯合行為而受公平會處分的案件，如表二，共計有 75 件，其年度出現的件數分別為八十一年 4 件，八十三年 2 件，八十四年 5 件，八十五年 5 件，八十六年 10 件，八十七年 8 件，八十八年 11 件，八十九年 21 件最多，九十年第一季則有九件。如以五年為計算標準，處分案的分配比例，可以很明顯發覺，前五年的處分案共有 16 件，占有處分案的 21.3%；相對的後五年的處分案則有 59 件，占有處分案的 78.7%。造成此結果的理由可有二，一是公平法執法初期，主管機關因一般事業對公平法仍不甚瞭解，故採行較為寬容的處理，因此呈現前五年處分案較少，後五年由於事業已相當瞭解公平法的管制內容，主管機關因此採行較為積極的手段，所以呈現較多的處分案。第二種理由可能是累積前五年的執法經驗之後，主管機關對法律的使用已相當熟悉，因此比較容易掌握事業聯合行為的事證，使處分案易於成立。也

¹⁰ 相同時間內，結合的申請案共有 4792 件，核准 4724 件，駁回 3 件，中止審理 44 件，併審處理有 21 件，核准率為 98.58%，駁回率 0.06%。

許以上均不是理由，除非有進一步的資訊，否則不易判斷此現象的存在。

表二 聯合行為處分處各年件數與分配比例

| 年度 | 處分案件數(件) | 案件比例(%) |
|-----|----------|---------|
| 81 | 4 | 5.3 |
| 82 | 0 | 0 |
| 83 | 2 | 2.6 |
| 84 | 5 | 6.7 |
| 85 | 5 | 6.7 |
| 小計 | 16 | 21.3 |
| 86 | 10 | 13.3 |
| 87 | 8 | 10.6 |
| 88 | 11 | 14.7 |
| 89 | 21 | 28.0 |
| 90a | 9 | 12.0 |
| 小計 | 59 | 78.7 |
| 合計 | 75 | 100 |

資料來源：公平交易委員會

說明：a.九十年資料只計算到第一季，即一月到三月的統計。

三、聯合行為執法的處理原則

公平會為使聯合行為的規範為社會所瞭解，除依據原有母法與施行細則加以處理外，尚利用「相關行為處理原則」的方式，公佈公平會對若干行為的處理原則，例如營造廠以聯合承攬方式承攬公共工程，是否違反公平交易法，即於第四十一次委員會議訂定「不受公平交易法規範之營造業聯合承攬通用基準」，又如鑑於同業公會係以協調同業關係、增進共同利益及促進社會、經濟建設為宗旨而成立之組織，其行為可能有公平交易法適用的可能，為使同業公會瞭解並落實公平交易法的相關規範，因此於八十九次委員會議訂定「公平交易法對同業公會之規範」的行為準則。

最後，為提升中小企業從事效能競爭，並維護交易程序與消費者利益，增進整體經濟與公共利益，因此於第一六〇次委員會議中訂定「例外許可中小企業聯合訂價行為審查原則」。以下

分別說明此三項與聯合行為有關的處理原則。

(一) 不受公平交易法規範之營造業聯合承攬通用基準

公平法公佈施行後，實務上工程招標所為之聯合承攬，是否構成公平法第七條規定的「聯合行為」，營造業者請求公平會解釋，公平會於第四十一次委員會由反面方向做成不符合聯合行為的要件認定。該基準首先確立聯合行為之要件為：1.是否足以影響市場功能者；2.二以上事業是否「具有競爭關係」；3.是否共同決定價格。接著以下列要件(1)與要件(2)或要件(3)的成立，認定其不構成聯合行為。(1)為須個案聯合承攬：即聯合承攬按每件工程分別成立，其聯合承攬關係於工程完工後即消滅。(2)為是否影響市場功能之要件，中間又區分三項要件：a.具有市場地位之發包機構，要求投標或承包事業所為之聯合承攬；b.發包單位衡量國內水準及供需關係等因素認為有聯合承攬之需要，且於招標須知中載明聯合承攬相關規定者；c.非投標或承攬事業所積極發動，而係被動配合 a.發包單位之要求，依 b.項規定而為之聯合承攬，且意圖不在限制競爭，且無使發包單位受損之虞者。(3)關於「競爭關係」之要件。在未聯合投標之情形下，聯合承攬團體中之個別事業各自均不符發包單位之投標資格者，二以上事業因組成聯合投標團體而符合投標資格，因此增加投標事業或聯合投標團體之競爭者。

(二) 公平交易法對同業公會的規範

同業公會屬於公平法第二條所稱之事業，唯同業公會的成立，係以協調同業關係，增進共同利益為目的，有些行為固然有促進社會、經濟建設之功能，但更可能的是同業公會以理監事會議，或會員大會所做成的決議，變成聯合行為的工具與手段。茲為使同業公會的運作，能夠符合公平交易法的規定，乃就過去同業公會可能牴觸公平交易法的行為樣態以舉例說明。

同業公會行為可能違反聯合行為規定者有：(1)公會協商同業集體減產。例如部分公會曾涉及協議減產，並由公會分配限制各會員廠之發貨數量。(2)公會限制發貨行為。例如國內部分公會曾涉及分配、限制各會員廠商之發貨量。(3)公會成立聯合社統一採購行為。部分同業公會藉聯合社方式大量採購商品協議售價及約定他事業活動。(4)有關會員銷售商品之價格或服務報酬之協議、訂定、公告、維持或變更。(5)限制商品或服務之交易地區或交易對象。其作法有：(a)以劃分或協同規範之方式限制會員之交易地區或交易對象。(b)約制會員接受訂單之行為或方式，或投標資格。(c)無具體或合理標準，以對會員區分等級之方式，限制會員之交

易對象。(6)共同規定商品銷售條件、服務條件或其他有關交易支付條件¹¹。

(三) 例外許可中小企業聯合訂價行為審查原則

公平會處分台灣省橡膠製品商業同業公會聯合會，對補胎的統一訂價之後，發覺這些公會會員¹²大都為中小企業。公會制定統一補胎價格，提供市場充分的訊息，反而有利於消費者，防止其因對市場訊息不足，以及購買之勞務具有急迫性，而為其交易相對人所乘。故將公平法第十四條第七款的例外「為增進中小企業之經營效率，或加強其競爭能力所為之共同行為」擴充為包含聯合訂價行為。只要該聯合訂價行為符合(1)交易穩定化原則或(2)資訊透明化原則，有益於整體經濟與公共利益者，得向公平交易委員會申請聯合行為許可。

所謂「交易穩定化原則」係指同質性高、交易額細微的商品或勞務的偶發性交易行為，若預見交易價格，可減輕如詢(議)價等交易成本，同時有促進提供商品或勞務之一方從事效能競爭，並防制其乘交易相對人之急迫為顯失公平之行為，經認定聯合訂價行為有益於公共利益與整體經濟發展者。其次所謂「資訊透明化原則」係指對於商品或勞務的交易，聯合訂價行為的實現目的與效果，不在於影響市場供需，或市場已有國際行情，另或其計價方式、計價項目及相關計算參數等資訊公開結果，有助於交易資訊的取得，減輕社會交易成本，且有益於交易機會的實現，經認有利於公共利益與整體經濟者。

但緣於該審查原則申請時應具備的條件中，規定聯合訂價行為經公平交易委員會初審通過，並與交易相對人團體完成協商後，中小企業應由所屬同業公會向公平交易委員會提出申請。換言之，聯合訂價行為必須由交易相對人團體背書，交易相對人若為消費者，則其團體為消基會，一般而言該團體不易為此聯合訂價行為背書。因此，截至目前為止依該審查原則提出申請通過的例外個案，並未存在。質言之，該審查原則徒具美意，實務上難以落實。

綜上所述，公平法母法與施行細則的規範之外，三項相關行為的處理原則，「不受公平法交易法規範之營造業聯合承攬通用基準」基本係為其特定市場行為做公平法合法範圍的規範。「公平交易法對同業公會之規範」乃在於事前知會、訊示公平法之主體同業公會，不得逾越公平法的規定。「例外許可中小企業聯合訂價行為審查原則」，則在為有利於公共利益與整體經濟

¹¹ 見「認識公平交易法」增訂七版，2000年，3月，頁90。

¹² 該公會共有2,332家廠商。

的聯合行為，開拓另外一道出路，可惜不甚成功。

參、聯合行為執行面問題的觀察

事業聯合行為的目的，無非寄望透過共同決定商品價格或服務的報酬為手段，或者藉由生產數量、產品種類的限制，以及交易對象與交易地區的劃分，獲得相互約束事業活動的結果，從而影響事業生產、商品交易或服務供需之市場功能的發揮，最後則造成市場競爭功能的抑制，獲取更高的利潤水準。換言之，聯合行為基本上是事業利用人為的干預，阻礙市場競爭功能的運作，以獲取不當利得。因此，原則上，聯合行為在競爭法領域的可責性很高。似乎應當以當然違法(perse illegal)加以處理。只要發現事業有聯合行為的事實，即將其視為違反法律的行為，予以一定之處分。

然而不可否認的，有些聯合行為施行結果，對市場供需之功能不致於產生太大的效果，有人認為沒有對其處罰或禁止的必要。最典型的例子是，過去在報紙刊登，常被引述的「一條街上兩家豆漿店統一定價的行為，它雖然是聯合行為，並不至妨害市場供需與價格的功能」，因此不至於違反公平法¹³。又如公會以決議方式決定會員公休日，則係基於會員員工之福利與休閒的需求，其目的並非在影響生產、商品交易或服務供需之市場功能，以致妨害交易秩序，它是一種例行性的休假，不致變相成聯合減產，違反公平法¹⁴。所以就聯合行為的違反，在法律制度的設計，也遵循獨占力濫用的規範，以獨占事業為限；結合管制則以事業一定市場占有率以上之事實，才有申請結合許可的義務。在施行細則上訂定聯合行為必須是「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者」才需受到公平法的規範，問題是用此廣泛而抽象的「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者」做為聯合行為排除條款的指標，似乎很容易產生爭議。因此很有必要對此標竿進一步探討。

一、市場範圍的界定

什麼樣的聯合行為才算是「足以影響市場功能」？如果市場範圍界定較窄，特定聯合行為很可能很容易滿足「足以影響市場功能」的要件。相反的，若執法機關將市場範圍界定較寬，則特定聯合行為對市場的影響則可能微不足道，不易構成「足以影響市場功能」的條件。因此，

¹³ 見認識公平交易法，增訂三版，民國八十九年三月，第 83 頁。

¹⁴ 同註 13。

要判斷什麼樣的聯合行為才算是「足以影響市場功能」，似乎不得不仍然要回歸到反托拉斯市場範圍界定的討論上。

如果大家接受「足以影響市場功能」的聯合行為的判斷，需要回歸到市場範圍界定的討論上，接著要考慮的問題是，聯合行為所面臨的「市場範圍」界定，與獨占力濫用管制，結合管制採用的市場範圍是不是有一致性呢？在未做成結論之前，先研究美國、德國先進國家的實際執法情形，也許可以提供我們一些啟示。

(一) 美國法律的處理原則

美國法律對聯合行為的規範（休曼法第一條），採用的市場定義，與獨占管制（休曼法第二條），結合規範（克來頓法第七條）採用的市場定義完全一致。不過要了解美國法院規範聯合行為所採用的市場定義，必須由美國法院對聯合行為的態度改變談起。早期美國法院的執法態度，大都採用絕對違法(per se illegal)的態度¹⁵，一直到 Chicago Board of Trade V. United States (1918)一案¹⁶，才由法官 Brandes 建立第一個合理原則(rule of reason)的判例，改變將所有限制行為視為違法的態度。

但是對於特定的聯合行為如：(1)統一定價(fixed pricing)；(2)集體杯葛(group boycotts)；(3)水平市場分割(horizontal market divisions)；(4)垂直市場分割(vertical market divisions)等四種市場行為，法院經過多次處理經驗後，發現這些行為明顯對市場競爭產生限制效果，因此仍以當然違法原則處理。因為這些行為類別，本質上有妨害市場競爭的可能，所以程序上並不進行市場分析，當然也就不涉及市場定義的問題。

相對的，合理原則處理的案子¹⁷需考慮所有條件，以判定其是否產生不合理的競爭限制。

¹⁵ 早期的 United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n (1897)鐵路公司判定統一價格(price fixing)，United States v. Joint Traffic Ass'n (1897)案制定統一費率為違法，United States v. Addyston Pipe & Steel Co. (1899)一案，最高法院亦贊同第六巡迴法院的見解，認為企業統一價格與劃分市場為不合法。Standard Oil Co. v. United States (1918)一案，美國最高法院建立唯有不合理的限制(unreasonable restraint)才受休曼法第 1 條的限制。隨後才在 Chicago Board of Trade v. United States 一案，由最高法院法官 Brande's 建立合理原則 (rule of reason) 的判例，不再將所有限制行為視為違法休曼法第一條。

¹⁶ 246u.s.231 (1918)

¹⁷ 即使是統一定價的案子，在美國目前仍然有以合理原則處理的案子。這些案子有 Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.(1979)；Arizona v. Maricopa County : Medical

這些相關條件包括：(1)被告採行限制行為的企圖與目的；(2)被影響的產業結構與競爭條件；(3)被告在市場的相對競爭地位；(4)是否存在阻礙競爭者的經濟障礙。判定過程並非以上述之個別因素做為觀察的依據，調查者是衡量所有條件後，再決定該爭議性之行為，是否有違反休曼法第一條的可能。

合理原則處理的案子調查的起始點，在於確認被告的相關市場範圍，亦即在處理程序上，首先評估引起爭議行為發生所處的相關產品市場與相關地理市場(Holmes 1986: 155)。換言之，美國法院對有關限制行為問題的處理，特別是所謂的以合理原則處理的案子，適當市場界定的問題因而出現，並且扮演著重要的角色。此時美國法院所採行的態度，是先做市場範圍的分析，與休曼法第二條規範的獨占問題，和克萊頓第七條規範的結合問題，第一步為進行的市場界定分析是一樣的。更重要的是美國法院在有關獨占、結合的市場定義，與聯合行為所採行的市場定義是前後一致，採用相同的認定標準¹⁸。

(二) 德國營業限制防止法的規定

德國營業限制防止法第一條明文規定涉及聯合行為的契約或決議，必需「藉限制競爭，足以影響市場關係」始達到違法條件。是故在研究「限制競爭」與「影響市場關係」之間的關聯，便成為德國限制競爭防止法上的重要課題。德國學者依據不同的意見提出下列三種不同的見解¹⁹：「一是主張競爭者之間的限制競爭協議，必然會影響市場關係。此種主張類似於美國早期對聯合行為的處理態度，認為限制競爭之協議本質上為違法之行為。是故若競爭者之間存有協議，則不問其是否對市場之第三人產生某種最低程度的影響，則逕自認為其為違法；第二種主張較為緩和，以協議必須造成其成員寡占或獨占之地位，有害於交易相對人之選擇可能，始認為影響了市場關係，被認為卡特爾。這種主張是以協議後造成市場上第三人有抽象的危險為條件；第三種主張比第二種主張更為慎重，以協議必須對市場的影響達到一定程度，致使顧客不在具有『可期待、適當的轉而他求之可能性』時才認定市場關係始受影響。第三種主張以為抽象危

Society (1980) ; Nationl Collegiate Athletic Association v. Board Regents, University of Oklahoma (1984)。見 Kalinovsky (1990) Chapter 6A.

¹⁸ Kalinovsky (1990: 6-55)中亦認為，在判定限制行為的合理性，相關市場為其重要因素，而且相關市場的認定標準與休曼法第二條(獨占)，克萊頓法第3條(搭售)和第7條(結合)的標準相同。

¹⁹ 以下三種不同學說均參考吳秀明(1976)，頁67-77。

險並不足以構成市場關係的影響，必須由該協議有造成『具體危險』可能始成立。換言之，必須造成顧客在市場上自他企業取得相同或可替代之商品發生困難時，始謂市場關係受到影響。而第二種說法，則不待困難實際發生，只要有損及競爭之選擇可能，即認為市場關係受影響，二者的差別在此。

第一種主張對於聯合行為的認定，也許失之過嚴，第三種主張似乎又因要求要件過嚴，使認定失之過寬。所以第二種主張，以限制競爭之協議有害於交易相對人的選擇可能，是以抽象危險為要件，以事前防範限制競爭弊害為著眼點，似乎是較為適當的主張。

換言之，聯合行為係限制成員間的競爭具備對市場關係具有某種程度的影響即可。其次所謂的「程度」，只要『足以』影響市場關係即可，不必等到市場關係真正受到影響，才認定其產生效果。

不可否認，要認定有『足以影響市場關係』的效果，必須對市場範圍有所瞭解。是故，相關市場範圍的界定寬窄，對於認定聯合行為是否足以影響一市場之市場關係，便有著關鍵性的地位。若相關市場被界定很大，則限制競爭之約定，只及於某些地區鄉鎮，則該限制競爭行為，以全國性相關市場加以分析時，極可能出現限制競爭不足以影響市場關係之效果。是故被告通常均會殫精竭慮地主張相關市場很大，而原告相對的則主張很小，對法院或主管機關而言，公平而客觀的認定相關市場，便成為非常重要的工作。」²⁰

由以上分析，可以瞭解德國法院對聯合行為的管制，在決定限制競爭協議是否足以影響市場關係效果時，亦以相關市場為基礎，可見其採用的市場定義，與獨占、結合相同，應無疑慮。

綜上所述，由美國、德國的實務可見，聯合行為所採的市場範圍，應與獨占力濫用，結合規範所採用的市場範圍相同。換言之，公平法施行細則第五條第一項後段的「...足以影響生產、商品交易或服務供需的市場功能為限」的「市場」應該是指反托拉斯市場的意思，主管機關要認定特定聯合行為是否足以影響市場功能時，應先就該行為發生的市場範圍，依據反托拉斯市場的內涵，相關產品市場與相關地理市場進行分析，先行確立其所屬市場的範圍。

²⁰ 見吳秀明(1976)，頁 49-50。

二、足以影響市場功能

確立聯合行為所面臨的反托拉斯市場，與獨占、結合管制所採用的反托拉斯市場相同之後，假設市場範圍界定的問題也解決了，接下來要處理的問題是聯合行為在市場的影響層面要多大，才能算是「足以影響市場功能」。例如一條街上兩家豆漿店共同漲價是聯合行為，並不構成違法的聯合行為，理由之一是相關產品市場以「豆漿」產品可能稍嫌太窄，比較適當的市場似應擴大為「早餐供應店」；理由之二是以一條街作為相關地理市場的範圍可能也不適當，也許以方圓五哩，或步行十分鐘的距離為消費者購買的地理市場，可能較適當²¹。理由之三，則為相關市場的「早餐供應店」家數有很多，他包括西點供應店、中式餐點店，兩家豆漿店僅占數量龐大供應者的極少數，市場的相對交易者，受到的約束有限，豆漿店長期有可能因為漲價不利將價格又調降回來。所以就主管機關而言實不必為此類之聯合行為進行規範，市場本身即有矯正的機能。

在以上豆漿店的極端例子，可以發覺它的第一個問題在於市場範圍界定不適當，第二個問題是大家心目中認為兩家豆漿店為早餐供應店中的極少數，兩家共同漲價不致於產生太大市場限制效果，而且市場仍有調整功能，所以主管機關不用擔心，可忽略此雖名為聯合行為但實質效果不大的市場限制競爭的行為。但是在大部分的情形，可能不像豆漿店的例子那麼極端，主管機關必須在管與不管的門檻上找到一個標準，這才是規範聯合行為的困難所在。

大致而言，可以想到的方法是以參予聯合行為廠商的銷售量占市場總交易量的比例為衡量基礎，如果參與聯合行為廠商交易量占市場總銷售量的比例很高，大部分的交易人會因此受到影響，則可認定其具有「足以影響市場功能」。反之，若參與聯合行為廠商的銷售占市場銷售比例很低，極少人受到嚴重影響時，則可認定其為「不足以影響市場功能」。同理，也可以以市場的交易商人數作為衡量標準，如果參與者寡，則表示「不足以影響市場功能」，可以不對其規範。衡量指標找到了，困難仍然存在，在實際執法時，雖然可以利用銷售量，與參與廠商人數多寡比例，來衡量其影響程度，但執法者仍舊需要再中間劃下一道門檻，作為判定的基礎。例如以市場占有率 10% 為準²²，銷售量或參與人數低於此者，認為不足以影響市場功能，反之，

²¹ 以上所述也僅是以地理市場的需求面考量，比較周延的分析，還應當考量地理市場的供給面，討論供給者進入市場的可能。

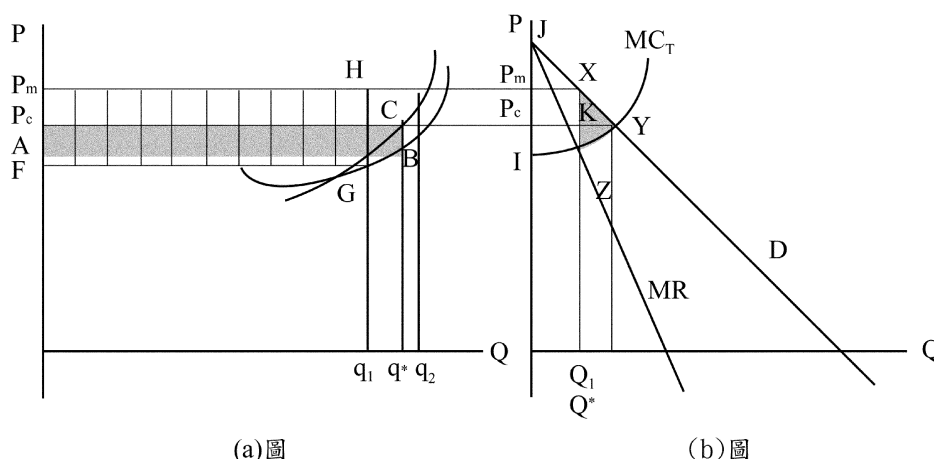
²² 在垂直限制競爭的管制，公平會一般以 10% 的市場占有率，表示廠商在市場上具有顯著市場力，

則視為「足以影響市場功能」。用量化的標準處理問題，具有清楚明白的優點，但不可否認的，它也有飛躍性的缺失，例如市場占有率 9.8% 不算足以影響市場功能，而市場占有率 10.1% 代表足以影響市場功能，二者實際相差有限。是故，如何以量化的標準下，再找出其它質化的標準作為輔助的判斷標準，可能是中央主管機關實際執法時，可以進一步考量的方向。

三、價格共同下降的聯合行為

以經濟學的角度觀察，聯合行為的可責性，源自於廠商藉由人為故意的干預，阻礙市場競爭機制的發揮，使產品的總交易量減少，市場價格往上調升，消費者剩餘與生產剩餘所表示的社會福利水準，將因此減少。這些情況可以用圖二的圖形加以分析。

圖二左邊(a)圖代表 n 個成本相同的代表性廠商，其平均成本、邊際成本分別以 AC 、 MC 表示，右邊的(b)圖代表產業， DD 為市場的需要線， MR 為邊際收益線， MC_T 代表產業所有廠商加總後的總邊際成本線。



圖二 廠商聯合行為造成社會福利的損失

假設開始時，市場屬於競爭性市場，市場供給線 MC_T 與市場需求線 D ，決定市場競爭價格 P_c ，整個市場供給量為 Q^* 。以個別廠商而言，其為價格接受者(price taker)，依據利潤最大

似乎可以作為初步的標準。見周作嫻、許淑幸、卓秋容(1994)「排他性契約適用公平交易法之探討」公平交易委員會研究報告，以及公平會公報第 6 卷第 3 期，機車事業經銷體系及銷售行為導正與警示原則之相關規定。

化原則($P_c=MC$)，個別廠商的最適生產量為 q^* ，亦即市場銷售量 $Q^*=nq^*$ 。若個別廠商採共同合作方式生產，組成完全卡特爾，就整體產業（市場）而言，整體利潤最大化的產量決定於 $MR=MC_T$ ，最適產量為 Q_1 ，市場價格提高為 P_m 。顯而易見的產業是以產量的減少為手段，以促成產品市場價格的提高，個別廠商不能依據原有利潤最大化原則決定其最適產量 q_2 ，而必須接受完全卡特爾的數量分配，減少生產數量為 q_1 。

勾結前代表性廠商的最大利潤水準為 $\square ABCP_c$ ，勾結後廠商的產量固然由 q^* 減為 q_1 ，但其實現的利潤卻增加為 $\square FGHP_m$ ，這是個別廠商願意參與聯合行為的理由。假如沒有任何的法律的約制，每家廠商都願意參加聯合行為，因為參與聯合行為可為個別廠商帶來更高的利潤。

就規範經濟的角度，前述廠商的聯合行為，有降低整體社會福利的結果。聯合行為前整體社會的福利水準，由消費者剩餘 $\triangle JYP_c$ 和生產者剩餘 $\triangle IYP_c$ 組成，聯合行為後其社會福利水準則降為 $\square IZXJ$ ，減少部分則為 $\triangle XYZ$ ，其中有一部分是消費者剩餘 $\triangle XYK$ 的減少，一部分則為生產者剩餘 $\triangle KYZ$ 的減少。福利水準降低的主要理由是市場價格上升，消費數量減少，因此生產者剩餘與消費者剩餘從無實現，究其原因是因為廠商為追求本身的利潤最大，利用減產為手段提高價格所造成的。

由以上的經濟理論分析，可以瞭解聯合行為之所以為人所詬病，最根本的理由是其利用產量減少，造成產品價格的上升。是故，「價格上升」是聯合行為為惡的最重要表徵。有趣的問題是，若聯合行為所合意者為價格的共同下降，它是否屬於「足以影響市場功能」，仍有被公平法規範的必要。要言之，聯合行為的立法旨意在於阻止產品價格上揚，傷害消費者，若廠商聯合行為的目標為共同降價，例如百貨公司每年協議在既定期間共同採行換季折扣²³，是否有造成「足以影響市場功能」的可能？

聯合行為的「市場功能」是否僅侷限於價格上漲的部分？對於消費者有利的價格下跌，則採行認可的態度，很值得我們進一步的推敲。這可能需要回到一般大家所認知的市場功能是指什麼？基本上，所謂的市場功能，是指在沒有任何外在人為干預下，讓市場的供給與需求的參與者，依據價格高低，自由決定其資源的配置。百貨公司共同折扣的例子，可能違反了供給者

²³ 共同打折即為降價的一種，見廖義男(1998)「服務業及百貨公司之換季促銷」，公平交易法之理論與實務，頁 96-98。

依據市場狀況，決定產品價格的自由。業者共同協議降低價格，固然有利於消費者福利的增進，但是讓業者自由決定其換季的折扣，則藉由業者彼此競爭的力量，業者個別最後的折扣數很可能將低於其共同議定的折扣數。共同決議折扣數的行為，阻止市場價格的進一步下滑，似乎阻礙消費者可期待利益的實現，降低其福利水準。因此業者共同議決折扣數的行為有社會的非難性。當然，實際市場之情況，也可能競爭後的結果，最後的折扣低於業者共同議決的折扣，但它是市場機能自由運作的結果，消費者只能坦然接受。大致而言，由業者共同議決折扣數的企圖而言，基本上是大家深怕業者間藉由換季的理由大幅殺價、拼價格，所以以事前共同約定折扣的方式約束降價的幅度，因此去除共同約定折扣的結果，業者價格再往下降的情形，依常理推論，機率還是比較高。

經由以上的分析，百貨公司共同議決換季折扣數，顯而易見的對市場功能的運作，有明顯的不利效果。廠商的協議內容為降價，表面上看起來有利於消費者，實質上可能產生對消費可期待利益的損失。換言之，業者共同協議的目標即使是降價，對市場功能的發揮，仍可能造成相當的阻礙效果，使市場價格無法依據競爭的強弱而適當反應其結果，故其亦屬於「足以影響市場功能」的市場行為，為公平法聯合行為的規範對象。

四、圍標

如前所述，美國上百年的反托拉斯法執法的結果，累積充分的經驗之後，發覺統一定價，集體杯葛，市場分割等三種市場行為，明顯對市場競爭產生限制的效果，對該類型的聯合行為採行當然違法的原則加以處理，在程序上並不再進行市場分析，因為這些行為本質上即有妨害市場競爭的可能。以我國公平法的規範觀察，表示這些行為必然影響市場競爭機制的發揮，可認定其「足以影響市場功能」，不必費事審視其市場範圍與市場占有率，判斷其是否為須規範的聯合行為。

與上述描述相同，具備此性質的行為首推招標(bid)個案²⁴。招標是市場拍賣制度的一種，

²⁴ 拍賣的制度，依文獻大致可分為(1)秘密投標，(sealed bid)與公開投標(open bid)兩類，但隨著操作方式不同，前者可再區分為第一高價秘密投標(The first price sealed bid)與第二高價秘密投標(The second sealed bid)。後者則由出價由高到低，或由低到高，可在區分為荷式出價(dutch bid)與英式出價(England bid)見 McAfee and MiMillan(1987)。

在人類歷史上起源很早²⁵，時至今日，經濟活動許多產品的銷售或購買，仍維持以拍賣方式進行，前者如政府部門對私人企業的產品，如房舍、商業用品的購買，甚至是未完全發展(no-well developed)的產品，如公共工程、武器系統，也常採用拍賣方式決定產品的購買價格。即使私人公司對建築、機器等產品的購買，也常採用此方式進行，期冀藉由供應商間的競爭，獲取價格降低或出售收益提高的效果²⁶。因此，招標制度是現行市場制度中價格決定的重要制度之一²⁷。

有別於傳統市場供需雙方經常有許多的參與者的情形，招標或拍賣的制度，供需雙方中有一方為獨家，例如政府橋樑工程的發包，發包過程中，供應一方有許多廠商，購買一方則只有一家廠商，二者構成特定的市場。未參與投標的廠商，未來在另一個投標場合，也許會與現在參與特定標案的廠商進行競爭，但目前情況，在該特定標案中，他們並不產生競爭關係。因此在探討影響市場功能時，僅能就參與廠商加以分析，不能將未參與特定標案的廠商涵蓋進來。

其次，不同的標案間，長期裡固然會有互動的關係，但就競爭的層面而言，市場功能的分析實應侷限於特定標案之內，不應將一定期間內，許許多多標案金額加總起來，然後估算特定廠商占全部標案金額比例，作為衡量特定廠商是否影響市場功能的基礎。因為每標案間並沒有密切的競爭關係，因每次的標案即形成獨特之市場。若投標中間產生圍標的情形，顯示該市場的參與者利用合意一致的行為，阻礙市場競爭機能的發揮，實不必進一步考量，該標案金額的大小，或該參與圍標廠商在一定期間獲取標案金額的比例，即可認定其產生「足以影響市場功能」的效果，對其做成聯合行為的規範。

五、案例的實證分析

(一) 聯合行為市場範圍的界定

表三是 62 件聯合行為個案特性分析的結果。在市場範圍界定的分析上，相關產品市場的探討，大都以特定行業做為市場界定的指導原則，很少像獨占事業認定時的分析一樣，針對涉案產品的替代品進行分析，更不要提對潛在供給的可能做討論。因此就相關產品市場的分析

²⁵ 根據希臘學者 Herodotus 的描述，記載最早的拍賣史實，是在西元紀元前五世紀巴比倫的妻子拍賣制度；羅馬帝國時代，掠奪品的拍賣更是常事；東方中國也早在紀元七世紀即有拍賣制度的紀錄。寺廟和尚死去後，個人物品常以拍賣方式出售。見 Milgrom & Weber (1982)。

²⁶ 見莊春發(1996)「公共工程不同發包制度的研究」。

²⁷ 根據資料顯示，美國市場交易仍有 10% 以拍賣制度進行。見 McAfee and McMillan (1987)。

上，在絕大部分的處分書上，公平會似乎以特定產品如雞蛋批發承運市場、票券簽證業務市場、翻譯認證業務市場等，直接視為相關產品市場。

至於反托拉斯市場另一個元素相關地理市場，在 62 個個案中，有 18 個個案係以全國地區為其相關地理市場，有 42 個個案以地區範圍為其地理市場，例如以台北市、台中市、苗栗地區、台南地區等為其地理市場。以區域性為地理市場者共有兩個個案，一為長山育樂股份有限公司，以南部地區為地理市場範圍，二為合興實業股份有限公司等聯合行為訂價案，亦以南部地區為地理市場範圍。以區域為地理市場範圍者，在三種情形中屬於最少者。

表三 聯合行為個案特性分析

| 個案序號 | 個案名稱 | 發生時間 | 相關地理市場範圍 | 相關產品市場範圍 | 影響市場功能判斷標準 | 公會介入與否 | 圍標與否 | 參與聯合行為人數 |
|------|----------------------------|------|----------|----------------|------------------------------|--------|------|--------------|
| 1 | 台灣省汽車貨櫃貨運商業同業公會聯合會聯合訂價 | 81 | 全國 | 貨櫃運輸市場 | 下游業者反應 | 是 | | 公會 (584) |
| 2 | 台灣省橡膠製品商業同業公會聯合會聯合訂價 | 81 | 全國 | 輪胎修補市場 | 製作價目表 | 是 | | 公會 (2332) |
| 3 | 高雄市第一等五家信用合作社聯合訂價 | 81 | 高雄市地區 | 金融市場 | 市場占有率 (20%) | | | 5 |
| 4 | 義發號等五家行號聯合訂價 | 81 | 花蓮地區 | 雞蛋承運批發市場 | 市場占有率 (67%) | | | 5 |
| 5 | 榮電股份有限公司等五十六家公司聯合定價及限制交易地區 | 83 | 全國 | 台電公司配電管路工程供需市場 | 無敘述 | | 是 | 56 |
| 6 | 中興、中華、國際票券聯合訂價 | 83 | 全國 | 票券簽證業務市場 | 市場參與人數比例(全體) | | | 3 |
| 7 | 亞力山大育樂股份有限公司等聯合訂價 | 84 | 台南地區 | 保齡球市場 | 市場占有率 (25%) | | | 9 |
| 8 | 春源鋼鐵工業等十七家聯合訂價 | 84 | 全國 | 冷熱軋鋼捲交易市場 | 市場占有率 冷(16.0%) 熱(8.7%) | | | 17 |

| | | | | | | | | |
|----|------------------------|----|-------|----------------------|----------------|---|----------------|----------|
| 9 | 源益農畜企業等二十家冷凍(豬)肉業者聯合訂價 | 84 | 全國 | 內銷豬肉及豬副產品市場 | 市場占有率(37%) | | | 20 |
| 10 | 台中市土地登記專業代理人公會聯合訂價 | 84 | 台中市 | 土地登記代理業務市場 | 市場參與人數比例(超過半數) | 是 | | 公會(178) |
| 11 | 大世界汽車玻璃有限公司聯合訂價及限制交易對象 | 84 | 台中市 | 汽車玻璃裝配市場 | 無敘述 | | 中部汽車玻璃研究發展協會 | 33 |
| 12 | 台北市翻譯商業同業公會聯合訂價 | 85 | 台北市 | 翻譯認證業務市場 | 無敘述 | 是 | | 公會(64) |
| 13 | 台灣省砂石業商業同業公會聯合訂價 | 85 | 全國 | 砂石產銷市場 | 無敘述 | 是 | | 公會(1350) |
| 14 | 苗栗縣砂石商業同業公會聯合訂價 | 85 | 苗栗地區 | 砂石產銷市場 | 無敘述 | 是 | | 公會(148) |
| 15 | 長山育樂股份有限公司等聯合訂價 | 85 | 南部地區 | 高爾夫球場 | 市場參與人數比例(9/14) | | 中華民國高爾夫球場事業協進會 | 9 |
| 16 | 台中市私立東華文理短期補習班等聯合訂價 | 85 | 台中市 | 升大學補習市場 | 無敘述 | | | 6 |
| 17 | 台北市液化石油氣燃料商業同業公會聯合訂價 | 86 | 台北市 | 家用液化石油氣市場 | 製作零售價表格 | 是 | | 公會(253) |
| 18 | 林記營造股份有限公司等聯合訂價 | 86 | 台北市 | 捷運工程局CD267A 土城機場土方工程 | 無敘述 | | 是 | 3 |
| 19 | 三力建設股份有限公司等聯合訂價及限制數量 | 86 | 大台中地區 | 預拌混凝土市場 | 無敘述 | | 台中地區預拌 | 16 |

| | | | | | | | | |
|----|------------------------------|----|-----------|------------------|----------------------|----------|---|-------------|
| | | | | | | 混凝土業者聯誼會 | | |
| 20 | 台灣區乳品工業同業公會聯合訂價 | 86 | 全國 | 乳品市場 | 無敘述 | 是 | | 公會 (17) |
| 21 | 台南縣液化石油氣商業同業公會聯合訂價 | 86 | 嘉義、台南等四縣市 | 家用桶裝瓦斯市場 | 無敘述 | 是 | | 公會 (167) |
| 22 | 嘉義縣液化氣體商業同業公會聯合限制數量 | 86 | 嘉義縣市 | 液化石油氣市場 | 無敘述 | 是 | | 公會 (102) |
| 23 | 花蓮縣液化氣體商業同業公會聯合訂價 | 86 | 花蓮縣 | 液化石油氣市場 | 無敘述 | 是 | | 公會 (57) |
| 24 | 金門縣液化氣體商業同業公會聯合訂價 | 86 | 金門縣 | 液化石油氣市場 | 無敘述 | 是 | | 公會 (18) |
| 25 | 中華民國高爾夫球場事業協進會聯合訂價 | 86 | 全國 | 高爾夫球場 | 市場參與人數比例 (57.14%) | 協進會 | | 36 |
| 26 | 彰化縣液化氣體商業同業公會聯合訂價 | 86 | 彰化 | 液化石油氣市場 | 無敘述 | 是 | | 公會 (233) |
| 27 | 海山大豐有線播送系統等股份有限公司聯合訂價 | 87 | 板橋、土城地區 | 有線電視市場 | 市場參與人數比例(全體) | | | 2 |
| 28 | 台灣區預拌混凝土工業同業公會聯合訂價 | 87 | 全國 | 預拌混凝土市場 | 無敘述 | 是 | | 公會 (255) |
| 29 | 元甫兄弟股份有限公司等聯合限制交易地區 | 87 | 全國 | 省自來水公司、北水處液氯招標市場 | 8/14家 | | 是 | 8 |
| 30 | 陳盈興君(即私立必成國、英、數短期文理補習班)等聯合訂價 | 87 | 高雄市 | 升大學補習班市場 | 市場參與人數(全體) | | | 6 |
| 31 | 彰化縣房屋仲介商業同業公會聯合訂價 | 87 | 彰化 | 房屋仲介市場 | 無敘述 | 是 | | 公會 (60) |

| | | | | | | | | |
|----|-----------------------------|----|------------------------|-----------------|------------------|----------------|---|--------|
| 32 | 和威傳播股份有限公司與木喬傳播事業股份有限公司聯合訂價 | 87 | 全國 | 頻道銷售市場 | 無敘述 | | | 2 |
| 33 | 高雄市計程車無線電台協會聯合訂價 | 87 | 高雄地區 | 無線電車台服務市場 | 市場參與人數比例(全體)均為會員 | 高雄市計程車無線電台協會 | | 14 |
| 34 | 億固股份有限公司等十家公司聯合訂價及限制數量 | 87 | 宜蘭 | 混凝土市場 | 市場參與人數比例(幾乎全體) | | | 10 |
| 35 | 許忠敏君等十二人聯合訂價 | 88 | 全國 | 泰國蝦市場 | 市場占有率(12%) | | | 12 |
| 36 | 北誼興業股份有限公司等聯合訂價 | 88 | 新竹、苗栗地區 | 液化石油氣供應市場(對分銷商) | 無敘述 | | | 3 |
| 37 | 乙巨航業股份有限公司及陸德海運股份有限公司聯合訂價 | 88 | 澎湖 | 砂石市場 | 市場參與人數比例(幾乎全體) | | | 2 |
| 38 | 台北市家禽批發市場業者代表會聯合限制數量 | 88 | 台北市 | 土雞批發市場 | 市場占有率(60%) | 台北市家禽批發市場業者代表會 | | 公會(66) |
| 39 | 玉坤交通有限公司等聯合限制交易對象及交易地區 | 88 | 地區性(桃園、新竹、台中、嘉義、高雄台南區) | 中油公司油品代運市場 | 無敘述 | | 是 | 8 |
| 40 | 合興實業股份有限公司等聯合訂價 | 88 | 南部 | 桶裝瓦斯鋼瓶檢驗市場 | 無敘述 | | | 4 |
| 41 | 欣平煤氣股份有限公司等聯合訂價 | 88 | 汐止地區 | 桶裝瓦斯分銷市場 | 市場參與人數比例 | | | 16 |

| | | | | | | | | |
|----|----------------------------|----|-----------|-----------|-----------------|---------|---|---------|
| | | | | | (全體) | | | |
| 42 | 喜互惠股份有限公司等聯合限制交易對象 | 88 | 宜蘭縣 | 超市零售業市場 | 市場占有率(41.7%) | | | 12 |
| 43 | 金頻道、長德有線播送系統聯合訂價 | 88 | 台北市內湖區 | 有線電視市場 | 全員參與 | | | 2 |
| 44 | 南投液化氣體燃料商業同業公會聯合訂價 | 88 | 南投縣 | 液化石油氣市場 | 無敘述 | 是 | | 公會(116) |
| 45 | 信義歡樂、富視、龍馳播送系統聯合訂價 | 88 | 台北市內湖區 | 有線電視市場 | 無敘述 | | | 3 |
| 46 | 英商壯生合壯生(香港)股份有限公司台灣分公司聯合訂價 | 89 | 國立台灣大學醫學院 | 手術縫線市場 | 無敘述 | | 是 | 5 |
| 47 | 國產實業建設股份有限公司等聯合訂價及限制數量 | 89 | 桃園地區 | 預拌混凝土市場 | 市場參與人數比例(全體) | | | 26 |
| 48 | 營亨實業股份有限公司等聯合訂價 | 89 | 地方市場 | 台電購買吊臂工程 | 無敘述 | | 是 | 6 |
| 49 | 遠東復興航空股份有限公司聯合訂價 | 89 | 全國 | 國內航空市場 | 市場占有率(54.6%) | | | 2 |
| 50 | 台北市影片商業公會聯合訂價及限制數量 | 89 | 台北縣市 | 電影廣告市場 | 無敘述 | 是 | | 公會(179) |
| 51 | 蔡麗莉君(即不二屋手藝社)聯合訂價 | 89 | 全國 | 學校手工藝教材市場 | 市場占有率(80%) | 全國手工藝協會 | | 16 |
| 52 | 淡水煤氣有限公司等聯合訂價 | 89 | 淡水 | 液化石油氣市場 | 無敘述 | | | 15 |
| 53 | 勝騏股份有限公司等聯合限制數量 | 89 | 全國 | 有線電視相關市場 | 市場占有率-擁有頻道(70%) | | | 5 |
| 54 | 上冠機電工程有限公司聯合訂價 | 89 | 高雄市政府工務局 | 無須討論 | 無敘述 | | 是 | 5 |

| | | | | | | | | |
|----|------------------------|----|----------|----------|-----------------------|---|--------------|------------|
| | | | 工程 | | | | | |
| 55 | 台灣區麥粉工業同業公會聯合訂價及限制數量 | 89 | 全國 | 麵粉進口市場 | 無敘述 | 是 | | 公會 (32) |
| 56 | 謝富明君等聯合訂價 | 89 | 新市鄉 | 該招標市場 | 無敘述 | | 是 | 3 |
| 57 | 仲誠電訊傳播股份有限公司等聯合訂價及限制數量 | 89 | 高雄市南區經營區 | 有線電視市場 | 市場參與人數比例(全體) | | | 5 |
| 58 | 鳳信有線傳播系統聯合購買 | 89 | 高雄縣南區 | 有線電視經營市場 | 全部成員參與 | | | 2 |
| 59 | 福懋股份有限公司等共同進口 | 89 | 全國 | 黃豆進口市場 | 市場所有者均參與 (6/30) | | | 6 |
| 60 | 王木森君等聯合訂定藥價 | 89 | 台南地區(縣市) | 藥品市場 | 48/854=5.6% 參與廠商人數 | | 台南區藥品學術交誼連心會 | 45 |
| 61 | 東耀企業等相互約束事業活動案 | 89 | 澎湖及綠島等離島 | 發電廠引擎零件 | 無敘述 | | 是 | 6 |
| 62 | 交通部台中港務局等聯合行為 | 89 | 台中港地區 | 裝卸服務市場 | 三家公司 (運量分配) | | | 3 |

資料來源：公平交易委員會各年公報。

表四 足以影響市場功能判斷標準分類

| 判斷標準類別 | 個案件數 | 百分比(%) |
|----------|------|--------|
| 1.市場占有率 | 11 | 17.7 |
| 2.市場參與人數 | 18 | 29.1 |
| 3.無敘述 | 30 | 48.4 |
| 4.其它 | 3 | 4.8 |
| 合計 | 62 | 100 |

資料來源：同表二。

綜上所見，公平會處分的聯合行為案，對反托拉斯市場的界定，似乎與獨占或結合管制所

認定的有所不同，並非依據一般學理的先區分相關產品市場與相關地理市場，然後再依據市場範圍認定參與聯合行為的廠商，在市場所造成的影響是否足以影響市場功能。

(二) 足以影響市場功能的判斷

表三第五欄資料，顯示每個聯合行為個案，足以影響市場功能判斷的標準，基本上可區分為四種類型，如表四，一是以該市場參與聯合行為事業的(1)市場占有率為標準，62 個個案中，有 11 個個案採用此判斷標準，占全部個案的 17.7%。第二種判斷標準為系爭市場的參與人數，共有 18 個個案採用此標準，占所有個案的 29.1%。另外有 30 個個案的影響市場功能的判斷，並未設定標準公報上無任何的敘述，占所有個案的 48.4%，另外，有三個個案以特殊的標準為判斷，一為台灣省汽車貨櫃貨運商業同業公會聯合會的聯合訂價案，以下游事業反應做為足以影響市場功能認定的標準。另外台灣省橡膠製品商業同業公會聯合會聯合訂價案，和台北市液化氣體燃料商業同業公會聯合訂價案，以製作價目表和製作零售價格表，做為認定的標準。

從表四的比例觀察，可以發現公平會對足以影響市場功能的判斷條件並不怎麼重視，約有一半左右的個案，對此重要要件都沒有提及，或只是在條文上一筆帶過，殊為遺憾。不過若進一步的觀察，對足以影響市場功能判斷無敘述的 30 個個案，可以發現在 30 個個案裡，屬於公會或聯誼會組織發動的聯合行為，有 17 個個案；屬於圍標案者有 7 個個案，二者共計為 24 個個案，占無敘述個案的 80%。換言之，公會介入或圍標個案，實質上可能不需要對「足以影響市場功能」的條件做認定，即可認定其行為符合足以影響市場功能，若剔除此必然符合足以影響市場功能的個案，無敘述足以影響市場功能的個案，事實上只有 6 個案例，僅占所有個案的 9.7%，此比例似乎可以被接受。

表五 以市場占有率判斷足以影響市場功能個案分配比例

| 市場占有率 ^b | 個案件數 | 百分比(%) |
|--------------------|----------------|--------|
| 10%以下 | 1 ^a | 8.3 |
| 11-20% | 3 | 25.0 |
| 21-30% | 1 | 8.3 |
| 31-40% | 1 | 8.3 |
| 41-50% | 1 | 8.3 |
| 51-60% | 1 | 8.3 |

| | | |
|--------|-----------------|------|
| 61-70% | 3 | 25.0 |
| 71-80% | 1 | 8.3 |
| 合計 | 12 ^a | 100 |

資料來源：表二。

說明：

- (a) 以市場占有率做為足以影響市場功能判斷標準的個案只有十一個個案，但春源鋼鐵工業等十七家聯合行為個案中，系爭產品有兩類產品，一為冷軋鋼捲，一為熱軋鋼捲，前者市場占有率為 16.0%，後者市場占有率為 8.7%。也因為如此，市場占有率個案中增加為十二件。
- (b) 十一件個案中，有兩件為公會介入之個案。

表五是聯合行為個案中，以市場占有率衡量足以影響市場功能案例的統計，顯現公平會沒有一定的門檻標準，市場占有率最低者為春源鋼鐵工業案的 8.7%，市場占有率最高者為蔡麗莉案的 80%。若以市場占有率分配觀察，則分別落於(1)10%~20%的 3 個個案，以及(2)61~70%的 3 個個案為最多，其它 21%~30%、31%~40%、41%~50%、51%~60%，亦各有 1 個個案，表示公平會對於足以影響市場功能的判斷，並沒有特定的標準。

再看以市場參與者的比例衡量足以影響市場功能的案例。18 個案例當中王木森君案市場參與者比例 5.6%，公平會認定其足以對市場功能產生影響，有 3 個個案市場參與者比例介於 51%~60%。另外長山育樂股份有限公司案，參與者為 64.2%，其它 14 個個案均為全體參與。平均而言，以市場參與者人數認定聯合行為案是否足以影響市場功能者，其比例高於以市場占有率為認定標準者。此外，18 個以市場參與者人數為指標，做為認定足以影響市場功能的案例中，有 5 個個案屬於公會或聯誼會所發動的個案，5 個個案中，全體參與者有 1 個個案，另外 3 個個案，參與廠商均超過該產業廠商一半以上，王木森案市場參與者比例則較低為 5.6%。

(三) 確定影響市場功能的個案

如前節所述，聯合行為個案中，如涉及圍標情形，參酌西方國家處理經驗，與學理上的招標市場即屬於反托拉斯市場的認定標準，其情況即滿足「足以影響市場功能」的要件。此外，如聯合行為個案中，公會發動者，由於大部分個案均由全體共同參與，因此必然能夠滿足「足以影響市場功能」的要件，所以實務上實不需利用其它的標準加以認定。

揆諸實際個案，26 個公會或聯誼會所發動的聯合行為中，有 14 個個案在足以影響市場功能的認定中，公平會確實捨棄此項過程，對該要件並未進行其它之認定。其次圍標的 8 個個案當中，也有 7 個個案，在認定足以影響市場功能中，採行無敘述的做法。前者占有比例為 53.8%，後者占有比例為 87.5%，均驗證前節之推論，在此兩種類型的聯合行為當中，本身即自動滿足影響市場功能之效果，主管機關不必再浪費行政成本進行此確認工作。此兩類型的聯合行為共計有 34 個個案，占有所有聯合行為個案的 54.8%。在實際執法情況，若採用本文的建議，則可為公平會省卻許多執法成本。

肆、聯合行為執法績效的評估

聯合行為執法績效的評估是件非常困難的工作，第一，聯合行為本身過去沒有公平交易法前，即使不受法律的規範，在倫理上仍可能遭受到社會輿論強烈的質疑，因此事業內的聯合行為，一般會採比較隱密的方式進行。有了公平法後因為會受到法律的制裁，因此更會將此種行為地下化。是故，在公平法施行的前後，很難找到事業從事聯合行為的完整統計資料。公平法施行前大家所看到的是被發覺的聯合行為；相反的，公平法施行後，大家所能觀測到的是被公平會處分的個案統計。因此不容易的以直接的方法衡量，有公平法之後事業採行聯合行為受影響的程度。

直接而精確的衡量不可行，仍可以利用若干間接的指標，觀測有了公平法之後產生的影響，第一個觀察點是依據現有資料，比較公平法施行前後聯合行為個案的統計比例，以瞭解公平法施行的影響。第二，則針對特定產業情形，比較公平法施行前後發生聯合行為個案比例的變化，觀測公平法施行後的影響。第三是以同業公會介入聯合行為個案的比例為觀察點，藉以衡量公平法的施行是否使公會收斂主導聯合行為情形。以下分別說明如下：

一、公平法施行前後聯合行為個案統計比較

根據莊春發(1994)的研究，公平法施行前經濟部物價督導會報各年資料顯示，由民國 60 年起到民國 79 年物價督導會報裁撤為止，20 年間，市場上曾經發生的聯合行為共計有 106 個個案，如表六，其中工業部門有 88 個個案²⁸，服務業共發生 18 個個案²⁹，以統計時間 20 年為

²⁸ 實際上共有 75 個業別，有些業別不同時間多次發生聯合行為事件，因此以個案別統計則超過原有 75 個產業別所統計的個案數。

計算標準，公平法施行前平均每年約有 5.3 個聯合行為個案的發生。

檢視表二，有了公平法之後，由民國 81 年到 90 年第一季，公平會共處分了 75 個聯合行為的個案，因此公平法施行後的 10 年裏，平均每年有 7.5 個聯合行為的發生，依據上述兩項資料比較公平法施行前後對聯合行為的影響，予人的感覺似乎是公平法的施行後，國內市場上事業的聯合行為並未因此產生有效的赫阻效果。

如果進一步的調整上述資料，公平法施行前的許多聯合行為個案，如台灣區機器工業同業公會設立「機械工業發展周轉金」供購料、輸入設備、外銷推廣的聯合輸出、聯合輸入，依據目前公平法規定是可以申請聯合行為例外，可以不列入聯合行為個案的統計。換言之公平法施行前的聯合行為個案統計，若排除例外的情形，它的個案數將會大幅降低。相反的，公平法施行後聯合行為個案的統計，則可能低估，因為依據處分時，有可能事證資料取得的困難，以致於明知其具有聯合行為之事實，但最後站法律上不能對它做成處罰。依據馬泰成、洪德昌(2001)的研究，公平法施行以來，截至 86 年底公平會所審議的聯合行為案例共計 109 件，最後做成違法聯合行為的個案只有 32 件，成案比例為 29.3%。

是故，若進一步的考量分析資料上，公平法施行前聯合行為個案統計似乎是高估，相反的公平法施行後聯合行為則可能有低估的情形，如果上述推論是對的，更能支持有了公平法後，對市場上聯合行為的產生，並沒有產生太大阻赫效果的結論。

二、特定產業聯合行為個案的比較

除由總個案數，做為衡量公平法施行前後聯合行為發生比例比較的指標外，另一個可行的方式，就是以特定產業做為比較的基準。砂石業與預拌混凝土業是台灣市場最容易發生聯合行為的產業，因此被本文選為比較的基礎。根據物價督導會報的資料 60 年到 79 年，砂石業共發現三次聯合行為事件，其發生地區分別為新竹縣(民國 65 年)，台北市(民國 65 年)，台東縣(民國 79 年)。以 20 年為計算，平均每年有 0.15 個案。公平法施行後所發生的砂石業聯合行為個案則有台灣省砂石業商業同業公會聯合會聯合訂價(民國 80 年)，苗栗將砂石商業同業公會聯合訂價(民國 85 年)，乙巨航業股份有限公司及陸德海運股份有限公司聯合訂價(民國 88 年)等三個個案，見表三。以公平法施行十年為計算，該產業平均每年有 0.3 個聯合行為個

²⁹ 相同以業別統計服務業有 15 個個案，以發生次數統計，則有 18 次個案的發生。

案。公平法施行前與施行後的比較，以砂石業為例，似乎可以看出有了公平法之後，並未帶來赫阻效果。

表六 公平法施行前各年聯合行為統計

| 年度 | 工業 | 服務業 | 合計 |
|----|----|-----|-----|
| 60 | 2 | 0 | 2 |
| 61 | 1 | 0 | 1 |
| 62 | 0 | 0 | 0 |
| 63 | 1 | 1 | 2 |
| 64 | 1 | 0 | 1 |
| 65 | 10 | 3 | 13 |
| 66 | 5 | 3 | 8 |
| 67 | 2 | 1 | 3 |
| 68 | 1 | 0 | 1 |
| 69 | 1 | 0 | 1 |
| 70 | 0 | 0 | 0 |
| 71 | 2 | 0 | 2 |
| 72 | 14 | 1 | 15 |
| 73 | 14 | 0 | 14 |
| 74 | 6 | 0 | 6 |
| 75 | 8 | 2 | 10 |
| 76 | 4 | 0 | 4 |
| 77 | 4 | 0 | 4 |
| 78 | 8 | 6 | 14 |
| 79 | 4 | 1 | 5 |
| 合計 | 88 | 18 | 106 |

資料來源：莊春發(1994)，同業公會與廠商聯合行為關係的研究，附表一。

說明：有些個案在不同年度出現，因此以業別分類，工業共有 75 個個案，服務業共有 15 個個案。

同樣的以預拌混凝土業為分析對象，公平法施行前在台北市分別於 73 年與 77 年有預拌混凝土業的聯合行為發生，72 年北部地區預拌混凝土業 21 家業者亦籌組三家代銷公司，形成典

型的聯合行為。公平法施行後，處分的預拌混凝土個案則有：(1)台灣區預拌混凝土工業同業公會聯合訂價(民國 87 年)，(2)三力建設股份有限公司等聯合訂價及限制數量(民國 86 年)，(3)國產實業建設股份有限公司等聯合訂價及限制數量(民國 89 年)等三個個案，與公平法施行前相同。但若以平均每年發生個案比例比較，則公平法施行前平均每年有 0.15 個個案，而施法後，則同一行業平均每年有 0.30 個個案。依據此比較結果，似乎不能支持公平法施行後對該二產業的聯合行為有赫阻效果。

三、同業公會介入聯合行為個案的比例

聯合行為的形成，依據產業經濟學的分析，首先必須事業間的協議要能達成，其次協議要有執行的可能。同業公會組織的運作，依法提供(1)合法見面的機會。(2)同業公會係由生產相同產品的廠商所組成。(3)同業公會依法包含所有同業的成員，因此有利於聯合行為協議的達成³⁰。其次同業公會依法進行的組織運作，有利於聯合行為的執行，再者同業公會的任務執行可作為聯合行為的藉口，因此同業公會的運作可協助聯合行為的執行³¹。換言之，同業公會組織提供事業有利於聯合行為出現的客觀條件，組織的運作形成聯合行為執行的幫兇。是故，大部分人數眾多的聯合行為由公會所主導也不足為奇。公平法將同業公會列為聯合行為的主體，也是理所當然。是故，公會介入聯合行為的比例，可提供為公平法施行之後，是否有顯著效果的指標。

依據研究公平法施行前，國內工業部門共發生 75 件聯合行為案，其中公會介入的個案有 31 件，公會介入的比例為 41.3%。同期間於商業部門，聯合行為的個案有 15 件，公會介入的個案有 6 件，公會介入比例為 40%³²。如果以全部聯合行為個案觀察，90 件個案中有 37 件屬於公會介入的個案，公會介入的比例為 41.1%。它和國外的類似研究 Posner (1970)，公會介入比例 43.6%，Hay & Kelly (1977)的研究結果，公會介入的比例為 29%，以及 Fraas & Greer (1977)以統一訂價為對象個案的研究，公會介入的比例為 36%，不遑多讓。

公平法特別將同業公會列為事業的主體，基本上即希望藉此阻止公會滋生聯合行為。有了這樣設計，是否對同業公會介入聯合行為的減少有所幫助呢？依據表三的統計資料，自公平法施行以來，截至民國 89 年底，共處分了 62 個聯合行為案，其中有 26 個個案屬於同業公會介

³⁰ 見莊春發(1994)頁 222-223。

³¹ 見莊春發(1994)，頁 224。

³² 同註 31。

入的個案³³，公會介入聯合行為的比例為 41.9%。占有相當之比例。

比較公平法施行前與施行後，以公會介入聯合行為個案比例為指標加以觀察，很顯然的該二項數據告訴我們，有了公平法之後，對公會主導聯合行為的情況，並未有顯著的改善效果。換言之，即使將同業公會列為聯合行為處罰的主體，對同業公會主導聯合行為的情況並沒有產生阻止的效果。這些現象顯示的意義可能有兩個。第一，由於同業公會本身的組織性質、任務、組成與運作，先天條件提供事業聯合行為形成的最好溫床，因此會有相當比例的聯合行為個案，由公會組織所發動。第二個啟示是，台灣地區的反托拉斯管制，基本上是以聯合行為形成的阻止為最關鍵，而同業公會的組織與運作又是聯合行為形成的最重要關鍵，因此就反托拉管制的法域而言，如何進一步對同業公會進行輔導，勸阻其不要成為聯合行為的幫兇，是未來反托拉政策的一項重要的工作。

綜合上述三項指標，觀察公平法施行的績效。所獲得的結論是公平法的施行，對市場聯合行為的發生似乎並未產生實質的赫阻效果。當然沒有進一步完整的資料可供分析判斷之前，這種現象發生，很難論斷公平法的施行沒有效果，也許它也在彰顯台灣地區事業單位認為法律只能當參考，不必認真的態度。

五、聯合行為法制結構的檢討

聯合行為規範的架構，經過十年的執法試驗之後，此架構的優缺點乃逐漸的顯露出來，例如依據公平法第二條規定同業公會、其他提供商品或服務從事交易之人或團體，為聯合行為的行為主體時，所謂的同業公會與其他提供商品或服務從事交易之人或團體，到底應包含那些團體組織？那些性質之交易人或團體，應被認定為聯合行為之主體？受處分主體與行為之主體是否需為同一事業單位，或可分開處理³⁴？其次聯合行為的要件，「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者」在決定事業聯合行為的判定上，是否屬於必要之條件。依據公平法第七條聯合行為的定義，並未包含足以影響市場功能的規定，依其定義只要事業間的合意形成，是

³³ 26 個個案當中，有 18 個個案為依據商業團體法或工業團體法正式成立的公會組織，其他 8 個個案是聯誼會或協會，或協進會等民間組織所主導，其功能與產生之效果與公會相同，因此將其歸類為公會介入之個案。

³⁴ 有關聯合行為主體問題的詳細討論，可見吳秀明(2001)聯合行為理論與實務之回顧與展望。收錄於公平交易法施行九周年學術研討會論文集，元照出版社出版。

不是真的施行，或者施行有沒有效果則在所不問³⁵。然而施行細則卻又額外要求「足以影響市場功能」者才能構成聯合行為。

此外，某些聯合行為以公共利益或整體經濟角度衡量，確實有益於整體經濟社會，向公平會申請許可獲得許可後，即可繼續進行聯合行為。問題是這些例外許可範圍是不是能夠涵蓋所有有益於公共利益者，如果不能，在法制架構上應如何改進？最後，有關聯合行為的管制，公平法目前採「原則禁止，例外許可」的許可制是否還有其他更好替代制度，例如異議制，也值得我們一併考量。

值此公平法施行十週年，以上公平法對聯合行為的管制架構，是否有應改進之處？應如何改進？實值我們予以重視，以下即依序按主體認定、成立要件、聯合行為例外範圍，許可制和異議制，分別說明如下：

一、聯合行為主體認定的問題

公平會第七條聯合行為的定義為：「本法所稱聯合行為，謂『事業』以契約、協議或其他方式之合意，與『有競爭關係』之他『事業』共同認定商品或服務之價格，或限制數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區等，相互約束事業活動之行為而言」公平法第十四條規定「『事業』不得為聯合行為……」由此可知聯合行為的主體，確為「事業」。依據公平法第二條事業的定義有四，一為公司。二為獨資或合夥之公司行號。三為同業公會。四為其他提供商品服務從事交易之人或團體。第一項的公司與第二項得獨資或合夥之公司行號，套到聯合行為的定義裏，很容易理解聯合行為的內容與運作。其他提供商品服務從事交易之人或團體，勉強則可以接受，可是若將「同業公會」取代定義裏的「事業」地位，則讓人有非常突兀的感覺，第一，同業公會造成聯合行為效果的形式，大部分以「決議」而非契約、協議。第二，同業公會組織，要與有競爭關係之他「事業」共同決定商品或服務價格，「他事業」是指同業公會，還是其他三項所稱的事業主體，不管是前者或後者，都很難讓人理解它們之間可以存在的「競爭關係」，同業公會與同業公會間不能，同業公會與其他事業主體之間，亦難成立競爭關係。顯而易見是立法過程中，先有聯合行為的定義，後來檢討事業主體時，發現很多聯合行為由同業公會所主

³⁵ 有關疑問及葉寧(2001)的質疑，參見前揭頁 244。

導³⁶，因此事後才加上去的，於主體加上同業公會的同時，卻忘記在聯合行為定義上必須調整³⁷。

檢視同業公會諸多行為，對市場競爭不利者，首當其衝者為促成同業間的聯合行為，其次為共同杯葛造成市場競爭限制的效果。換言之，同業公會決議所涉及之市場限制競爭行為，基本上是以群體動作產生的影響為主。其他市場限制競爭之行為如獨占力濫用、結合、差別待遇、搭售、獨家交易、顧客限制、地域限制競爭等反托拉斯法的行為，基本上所涉及之事業，都為單一事業體。因此在立法的架構，只要在聯合行為與杯葛的範圍上，除事業為其主體外，另加上「同業公會」或「事業團體」，即可解決「事業團體」或「同業公會」涉入，必要加以管制的問題。另一方面也可以減少「事業團體」(或同業公會)列為事業，必須通體適用於所有行為，產生不必要的誤認與誤解。而在各法條的解釋也不至於產生與一般市場運作相互矛盾的現象。

「同業公會」或「事業團體」為主體所涉及的行為解決之後，再於總則部分明確定義「同業公會」應包括那些團體。在體制上這樣立法架構即可免去將同業公會定義為事業主體所衍生的矛盾。問題在定義同業公會時，它的範圍如何？依據學者們的研究³⁸大家都認為同業公會應包含工業團體法、商業團體法所規定組成的各業之同業公會，以及自由業所組成的同業公會。同業公會聯合會的決議，係間接透過各地同業公會會員，傳達決議內容後，始影響個別會員，但整體實質效果而言，該決議對市場競爭限制的傷害，並不一定較小。若公平會的執行著眼於市場競爭機能的保護，同業公會聯合會應當還是納入同業公會的範疇³⁹。

至於工業會、商業會屬於地區性組織是否應納入同業公會的範圍，學者蘇永欽(1991)則主張工業會、商業會雖未處於同業競爭之關係，惟台灣產業別的同業公會分類過細，為避免公平

³⁶ 就反托拉斯法域的部分，同業公會主體所適用的部分也只有聯合行為，對獨占力之濫用與結合行為的部分不適用。

³⁷ 在主體加上同業公會的立法動作是不適當的，比較好的做法是在聯合行為的定義裏，將主體區分為事業與事業團體兩類，可能比較妥適。回顧廖義男教授所主導的公平交易法最早的版本，即區分為企業與企業團體，這樣的描述實際上是比較能夠符合聯合行為規範的要求。

³⁸ 同業工會範圍的研究文獻相當豐富，包括蘇永欽(1991)、蔡震榮(1993)、蕭文生(1998)、吳秀明(2001)。

³⁹ 吳秀明(2001)頁 165。

法應用產生漏洞，應當將工業會、商業會納入同業公會之內⁴⁰。學者吳明秀(2001)亦贊同上述之見解，以為工業會、商業會之會員彼此之間，具有「局部」的競爭關係，仍應將兩者列入同業公會的範圍⁴¹。

農會、漁會等團體組織，本身即從事提供商品或服務從事交易活動，例如農漁產品的運銷、農漁信用的提供、據此應歸類為公平法第二條第四款，提供商品或服務之人或團體。惟就其依法強制成立，具有公法人色彩，由同業共同組成等三項條件，亦可將其隸屬於公平法第二條第三款的同業公會範圍。是故農漁會可能同時構成第三款或第四款的要件⁴²。

以聯誼會、協進會名義組成的團體組織，在市場上亦與同業公會相同，具有「協調同業關係、增進彼此共同利益」為目的，惟該團體本身經常不提供商品或服務從事交易，因此不易以公平法第二條第四款認定。所以學者認為為避免主管機關執法上政策的不一貫或相互矛盾，「與其目的性擴張第二條第四款，還不如擴張解釋或目的性擴張第三款」⁴³，將聯誼會、協進會包含於同業公會的範圍。

二、聯合行為成立的要件

聯合行為是否為違法，依據聯合行為的定義，首先必要確認事業間是否有契約、協議或其他方式的合意，合意是否真的施行或者施行是否產生效果則在所不問。其次在兩個地方表明公平法所規範的聯合行為為水平聯合行為。一為在定義裏明確表明所謂的契約、協議或其他方式的合意是與「有競爭關係」的事業共同進行，顯而易見表示它所規範者為水平聯合行為，垂直聯合排除在外。二是於公平法施行細則第五條第一項前段，明白的揭示公平法第七項的聯合行為為事業在同一產銷階段的水平聯合。最後，為排除「不足以影響市場功能」的聯合行為，於施行細則第五條第一項後段，清楚的揭露所規範者僅以「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者」為限。

以上的立法架構有兩個問題，第一是聯合行為是否一定限制於只規範水平的聯合行為，而不管垂直聯合的行為，這可能值得討論。第二是，將聯合行為成立的要件，不放在公平法母法

⁴⁰ 蘇永欽(1991)頁 211。

⁴¹ 吳秀明(2001)頁 167。

⁴² 吳秀明(2001)頁 166。

⁴³ 吳秀明(2001)頁 168。

條文，而僅規定於施行細則是否適當。首先討論僅規範水平聯合行為的問題。公平法在母法定義上表明聯合行為的發生係存在於「事業」與「有競爭關係之事業」共同決定商品或服務的價格，基本上係以市場上具有水平關係之事業為對象，亦即其放棄垂直關係之聯合行為。而在施行細則更清楚的交待公平法規範的聯合行為為水平聯合，不包括垂直聯合。問題是當前經濟市場的發展，事業大都進行向上或向下垂直整合，事業與事業間的關係盤根錯結，其間的商業利益並不僅限於同一水平市場。因此在市場上很可能產生「上游產業團體與下游產業團體約定，上游產業團體之會員，不得將其產品販賣供給於下游產業團體會員之外其他競爭同業」⁴⁴由於約定的當事人，上游產業團體與下游產業團體並不處於「競爭關係」，若依公平法聯合行為的定義，該上下游產業團體的聯合行為（限制交易相對人），並不在受規範之列。因應當前事業組織之調整與多變體形式的出現，事業間的「競爭」不再侷限於水平關係上，垂直競爭關係所造成的傷害，有時更甚於水平競爭關係者。因此本文建議未來修法，應慎重考量此點，考慮將母法中的「競爭關係」拿掉，並將施行細則的「同一產銷階段的水平聯合」剔除，使聯合行為規範的效果，能夠充分的發揮。

第二，聯合行為如參與者或其合計之市場占有率，對市場供需不發生顯著影響力者，對市場競爭的功能，以及消費者利益，均不構成妨害者，即無加以禁止之必要。反之，若聯合行為，足以影響市場供需關係者，即表示與其交易之交易相對人，同業競爭者和消費大眾之利益有所影響，並會妨害市場機能，故原則上應禁止。換言之，聯合行為上的規範，係以其足以影響市場功能者，始足為之。但該項條件並不規定於母法中，而僅於施行細則中，給人的感覺是主管機關在法律的構成要件，增加其他條件，不管是增加構成要件或是排除要件，以進行實際執法的工作⁴⁵。斧底抽薪之計是於母法第十四條條文之內，將「事業不得為聯合行為」，改為「事業之聯合行為，足以影響市場功能者，不得為之」，把規範聯合行為的必要條件整體納入於母法條文之內，以減少爭議。

⁴⁴ 廖義男(1997)立法院經濟、司法兩委員會審查「公平交易法草案」發言記錄。

⁴⁵ 立法院在公平交易法的立法過程，對聯合行為的例外部分，即指出深怕特權單位，利用太多例外的情況而避開公平法的規範。見公平交易法案，立法院公報法律案專輯，第132輯。主管機關於施行細則中加上「足以影響市場功能」之排除條件，也會有令人產生類似的懷疑。

三、聯合行為例外的範圍與問題

聯合行為的弊病在於限制市場競爭，妨害價格調整之功能，對消費者權益產生莫大的損害，所以公平法對聯合行為採行較為嚴格的原則禁止規定。然而，聯合行為的樣態甚多，對市場影響績效也不盡相同，對整體經濟與公共利益有益者，不宜完全否定其存在的價值，因此在公平法乃有 1.統一規格之聯合，2.合理化之聯合，3.專業化之聯合，4.輸出之聯合，5.輸入之聯合，6.不景氣之聯合，7.中小企業之聯合等七種例外。問題是這種列舉的處理方式，是否遺漏其他可能有益於整體經濟與公共利益的聯合行為。

為彌補橡膠製品商業同業公會聯合會聯合定價產生的質疑，公平會曾經因此訂定「例外許可中小企業之聯合定價行為審查原則」，額外增加中小企業的聯合定價行為，只要符合「交易穩定化原則」，與「資訊透明化原則」兩種原則，並經交易相對人團體完成協商，由所屬同業公會向公平交易委員會申請。公平會依據(1)聯合定價行為是否與交易相對人團體完成協商與共識。(2)聯合行為是否符合「交易穩定化」或「資訊透明化」原則，(3)統一定價是否為「合理價格」，(4)聯合定價行為是否有益整體經濟及公共利益，四個條件予以審理，經審理認定予以許可。限於交易相對人團體協商條件的約制，該審查原則在實務上並未試用過。

相對於獨占事業獨占力濫用的規範，除列舉外尚有概括條款（公平法第十條第四款），結合的管制也有類似之概括條款（公平法第十一條第三款）。聯合行為的例外，除由列舉方式表明那些行為將有益於整體經濟與公共利益外，似乎也可以仿照獨占力濫用管制方式或結合管制的方式，於列舉之外增加概括條款方式，使有益整體經濟與公共利益的聯合行為開一扇例外的門。

伍、聯合行為的許可制度與異議制度

公平法聯合行為的規範，基本上是採「原則禁止，例外許可」的制度。對於聯合行為的管制，除許可制之外，有些國家係採行不同於許可制的異議制。所謂的異議制是指事業在聯合行為之前，先向主管機關提出聯合行為的計畫，主管機關於一定的時間之內未表示意見，以後即不能禁止其聯合行為。主張聯合行為採異議制，由事業向主管機關申報的理由為「有益於整體經濟利益者」屬於高度主觀價值判斷的法律用語，恐怕不易認定，不如容許事業有較大的裁量

權。容許事業有權力行使上述七種聯合行為，不需向主管機關申請許可，只要申報許可⁴⁶。採異議制的理由之二是，我國企業家數有百分之九十五為中小企業，為能降低生產成本、改良品質、提高技術及增進效率，過去一向不遺餘力的提倡企業彼此合作，甚至鼓勵企業合併，聯合行為七項例外正屬於政府產業政策鼓勵的對象，該條文卻多此一舉要求這類行為需事先向主管機關申請，並獲許可後方得為之，顯然忽視台灣產業結構的特有屬性，也違反既定的產業政策⁴⁷。基於上述「有益整體經濟利益」不易評估，以及考量台灣產業結構的現況，學者顏吉利建議有關聯合行為的管制，由「一般禁止而保留許可例外」改為「一般許可而保留禁止例外」。

與異議主義類似的是防濫原則，僅對少數聯合行為採舉例禁止，如圍標、統一定價、劃分市場。並仿瑞士法規定，聯合行為的參與者可不受約束，或於一定時間內自由退出。因聯合行為而受害者得請求法院解散，主管機關僅需對聯合行為顯然已有害於整體經濟時，開始調查處分。並採登記強制辦法，使經確認合法之聯合行為對其參與者有較強的約束力。藉此可增加聯合行為辦理登記的誘因，防濫主義的立法，在經濟行政上的負擔必較許可制較輕⁴⁸。

由以上兩種不同管制方式，和許可制比較，可以發覺異議制確實可以給予事業更大的決策空間，也能與產業政策配合。防濫原則則先確認如美國當然違法的行為，然後如同異議制一樣，給予事業單位更大的決策空間，其處理方式為許可制與異議制的綜合體。但不管異議制或防濫原則，其事後均需完整的配套措施，例如聯合行為的強制登記。一旦聯合行為形成並產生市場的危害，才加以處理，傷害已形成事後的補助可能無濟於事。事前的防範，固然有些本質上「有益總體經濟利益」的聯合行為，可能會因為需要事前申請增加若干的行政成本，但是事前未雨綢繆，總比亡羊補牢要好。

陸、一致性行為與意識聯絡的討論

公平法經過十年長期的執法之後，市場上的事業在進行聯合行為時，會因此學會規避方法，使聯合行為在法律要件上不成立，從而免除公平法的處罰。最常見的方法是利用公平法聯合行為的定義要件上做文章。依據公平法第七條聯合行為的定義，事業必要需要有「以契約、

⁴⁶ 見立法院公報，法律案專輯，公平交易法案，學者顏吉利對聯合行為管制的發言。

⁴⁷ 同註 46。

⁴⁸ 同註 46 見蘇永欽發言。

協議或其它方式的合意，與有競爭關係之事業共同決定商品或服務之價格、或限制數量，…」施行細則第二條第二項規定：「本法第七條之其他方式之合意，指契約、協議以外之意識聯絡，不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為者。」換言之，事業聯合行為的成立，除需發覺事業間有一致性行為外，競爭機關必需在事証上證明事業間達成特定「一致性行為」，是經過某些「意識聯絡」。不可否認的某些限制市場競爭的「一致性行為」，有可能是事業間無意識平行行為所造成，或因巧合，或因偶然所形成，因此事業間一致性行為不一定有公平法的可罰性。公平法所欲防止者是透過有意的意識聯絡，造成一致性的結果，而此一致性的結果對市場競爭的機能發揮又極為不利者。

過去聯合行為的違反個案，由處分書的描述，可以很明顯的發覺，事業間大都以聚會、聚餐、開會、進行一致性行為的意識聯絡，甚至將此「意識聯絡」形成文字記錄，並通知其他未參與聚餐、開會的同業，因此競爭政策機關在蒐証上極為容易，証據的佐証性也極為明確。但經長期的學習之後，事業間進行聯合行為策略時，將不會再留下契約、協議或其他有過「意識聯絡」的蛛絲馬跡，為主管機關做為事業間做有意識聯絡的証據。在欠缺意識聯絡的証據下，依據「罪刑法定主義」的原則，聯合行為即難成立。面對未來「道高一尺，魔高一丈」的困境，主管機關實需未雨綢繆，尋求解決之道。

一、經濟理論的啟示

聯合行為的出現，大都發生於廠商人數較少的市場結構⁴⁹。因此，一致性行為是否曾經有過「意識聯絡」，可透過寡占市場模型分析，找到可以採用的邏輯推論，幫助主管機關判斷一致性行為的背後，事業是否曾經經歷過「意識聯絡」的行為。

以最簡單的市場偶占(duopoly)模型為例，假定市場上有甲、乙兩家廠商，他們可採行的訂價策略有兩種，一是與對手合作，統一訂價(fix pricing)，二是與對手拼價(cut pricing)。因此市場上隨著甲、乙兩家廠商所採策略不同會有四種不同的結果，如表七。開始時若甲、乙兩家廠商乙商採行競爭策略(殺價)，雙方均可獲得720元的利潤，若兩家廠商採行合作策略(統一訂價)，亦即有一致性行為，則兩家廠商的利潤水準均可提高為810元。從以上結果比較，顯

⁴⁹ 見莊春發(2001)參與廠商人數、公會與聯合行為關係的研究，一公平會處分案的分析，初稿。西方文獻有 Hay & Kelly (1974), Fraas & Greer (1977), Pepall Richards & Norman (1999), posner (1970)。

示兩家廠商應當有採合作策略的動機。但是雙方的合作解有其脆弱性，因為一方廠商遵守諾言採行統一訂價策略，他方廠商若偷雞採行殺價行為時，則背叛諾言廠商的利潤將高達 1440 元，相反的，信守承諾廠商的利潤將為零。如表七的左下角與右上角的結果。

表七 偶占市場不同策略下的結果

| | | | |
|-----|------|------------|------------|
| | | 統一訂價 | 殺價 |
| 廠商乙 | 統一訂價 | (810, 810) | (0, 1440) |
| | 殺價 | (1440, 0) | (720, 720) |

依據個別廠商均為自利的原則推論，表七的結果加以分析，就甲廠商而言，他最有利的決策均為殺價，因為乙廠商採統一訂價策略時，甲廠若採背叛策略殺價，他將獲得更高的利潤(1440>810)。同理，若知道乙廠商採殺價策略，甲廠商採行的最佳策略仍為殺價(720>0)。所以不管乙廠商採行的策略為何，就甲廠商立場而言，唯一的最適策略就是採行殺價。同理就乙廠商立場而言，也是如此，不管甲廠商採行的策略為何，乙廠商的最適策略為殺價策略。換言之，以賽局理論(game theory)的術語而言，兩家廠商均採殺價的策略，屬於該賽局的優勢策略(dominant strategy)。

市場的宿命固然是令兩家廠商均將採行殺價策略，但是若市場上甲乙兩家廠商有「意識聯絡」的機會，而且相互間能夠信守承諾，則甲乙兩家廠商的選擇策略，顯然的最後的結果必由殺價改為統一訂價。因為合作之後確實可為雙方帶來更高的利潤(810>720)。而且只要雙方均對合作者表示，若一方背叛時，他方必然採行冷酷策略(grim strategy)，則雙方長期必然會信守承諾，採統一訂價的策略。所謂的冷酷策略係指一方背叛時，他方必然永遠採行殺價策略，不會再有合作的機會。依據表七的結果，背叛者背叛對方的當期因為愚弄對方可增加利潤 630 元⁵⁰，但是第二期之後，由於對手採行冷酷策略，背叛者只能採行殺價策略，因此往後每期均損失 90 元⁵¹。假若利率為 10%，則背叛者長期損失的當期值為 900 元。權衡得失，叛背者理性的選擇為與對方繼續合作下去。問題的關鍵在於要有機會讓雙方有合作的機會，否則後者的衡量也就不必然發生，但若事先雙方沒有共識時，很容易因對方的欺騙致使本身損失而破局，所

⁵⁰ 合作可獲 810 元，欺騙對手獲 1440 元，因此欺騙當期可增加得 630 元的利益。

⁵¹ 此差距乃合作 810 之與不合作殺價 720 元的比較。

以唯一的希望寄託於合作前，存在「意識聯絡」的機會。依此邏輯而論，在偶占市場，若非有事前的「意識聯絡」，很難形成業者的一致性行為。所以在寡占市場一旦發現事業間有一致性的行為，背後必然存在「意識聯絡」的過程。在判定事業間是否為聯合行為時，在此情況下，邏輯上只需要一致性行為即已足已，不必然需要直接證據證明其間有「意識聯絡」的事實。

如前所述，一致性行為的產生，除了因為「意識聯絡」所造成的外，也有可能巧合產生的無意識一致性行為，或因偶然而產生的一致行為，例如產業經濟學的基點定價(basing point pricing)理論所描述的⁵²。同一產業的所有業者均以相同地點，例如以匹次堡為計價的起點，採用相同鐵路公司的費率為計算準則，最後所有公司的報價當然會相，其相同的部分甚至可達到小數點後四位。

是故，在此情況下，只憑觀察到的一致性行為，即率爾的推論其必有「意識聯絡」，也會有誤判的可能，不符合法律上罪刑法定原則。

二、特性原則

限於聯合行為法律要件，必須業間在市場上有一致性的行為，而且在此一致性的行為為事業間有「意識聯絡」所造成。因此單獨有一致性行為或意識聯絡，不足以認定事業間有聯合行為。經濟理論的研究，顯示某些條件的假定下，可以發覺邏輯上「一致性行為」與「意識聯絡」具有絕對的因果關係，此關係的存在可以使主管機關在掌握到事業間存在一致性行為時，即可藉推定，其一定會發生「意識聯絡」的事實，從而認定聯合行為成立。透過此一理論分析，建立一致性行為與意識聯絡的緊密關係，使主管機關認定違法聯合行為時，可避開「意識聯絡」事實存在認定的因難。這種學理的建立，也可以讓藉由「意識聯絡」存在與否規避合行為的認定與處罰的業者，遭受致命一擊。

如前所述，在所有情況之下，「一致性行為」的產生，與「意識聯絡」並不一定存在一對一的對應關係，只在部分市場情況之下，例如產品同質性很高，市場趨於集中，市場廠商數少，廠商規模分配大致相若，廠商生產產品的成本接近等條件均成立時，「一致性行為」與「意識聯絡」的一對一的因果關係才有存在的可能，在實際執法當中才能以一致性行為的有無，推論其

⁵² Haddock, o. o. (1980) "Basing-point pricing: competitive vs. Collusion Theories" American Economic Review, 72: 289-306。

是否有「意識聯絡」。

是故，在未來的研究，經濟學者也好，法律學者也好，應當致力於「一致性行為」與「意識聯絡」因果關係存在的特徵研究，並將其結果提供主管機關判定聯合行為的成立與否。

三、排除原則

「一致性行為」與「意識聯絡」關係的研究，除上開所談的特性原則，由正面分析於何種客觀條件下，它們之間因果關係必然存在外，利用反面思維方向，研究市場上一致性行為出現時，在那些情況事業間也許不經「意識聯絡」亦可獲得「一致性行為」的結果，例如進口產品情況，出現外匯變動，大家面臨客觀情況相同所為的共同調高價格。又如市場事業間存在共同計價方式，如基點訂價。由於事業間採用共同計價點與相同費率，最後產生相同的價格。相同價格的外表，不一定代表事業間有犯意的聯絡，而係巧合所使然，又如市場長期習慣存在價格領導制，事業間的調價，均以某一特定事業價格調整為準，一旦該領導廠商調整價格，其他事業均步調一致群起效法調價，市場乃出現一致性的調價行為，這種無意識的平行行為，不必然代表市場廠商間存有「一致性行為」之前，曾進行意識聯絡。

利用這種排除方法，將表面上所觀察到不必然存在事前「意識聯絡」的一致性行為排除在外，將可減少涉案一致性行為成立聯合行為的可能。和前面所討論的特徵原則一併使用，將可以使事前會採意識聯絡而形成市場的一致性行為，無所遁形。

柒、結論與建議

阻止市場聯合行為的發生，避免其妨害市場機能的發揮，是我國公平法立法執法的最重要目標之一，因此公平法對聯合行為的規範，係採「原則禁止，例外許可」的嚴格標準。為縮小打擊面聯合行為規範的對象限定於水平聯合行為與「足以影響市場功能」的聯合行為，並利用例外許可的立法技術將「統一規格聯合」、「合理化聯合」、「專業化聯合」、「輸出聯合」、「輸入聯合」、「不景氣聯合」、「中小企業聯合」等有利於整體經濟與公共利益的聯合行為排除於規範之外。十年來執法的結果共有 97 件聯合行為例外申請案，核准 65 件，核准率為 67%。若加上部分核准 9 件，則例外許可案共核准 74 件，占申請件數的 76%。截至民國 90 年第一季為止，公平會聯合行為的處分案共 75 件，前五年有 16 件僅占全部處分案的 21.3%，後五年處分案有 59 件，占處分案的 78.7%，隨著公平會的執法技巧臻於成熟，個案件數有與日漸增的趨勢。

為實務上的需求，公平會除依公平法與施行細則外，尚因應實務的需求訂定三項「相關處理原則」，一為回應實務上工程招標的聯合承攬是否屬於聯合行為的疑問，公平會於第四十一次委員會議制訂「不受公平交易法規範之營造業聯合行為承攬通用基準」說明在那些要件之下，營造業之聯合承攬不受聯合行為的規範。二為「公平法對同業公會的規範」鑑於聯合行為有許多個案為同業公會所發動，以及同業公會設立主旨為「協調同業關係，增進共同利益」，易於使同業公會的共同決議流為聯合行為的工具。為使同業公會的運作能夠符合公平交易法的規定，以舉例說明同業公會那些行為可能牴觸公平法的規定。最後，則為中小企業之聯合擴充例外範圍，制定「例外許可中小企業聯合定價行為審查原則」。只要該聯合定價符合「交易穩定化」與「資訊透明化」原則，有益於整體經濟利益與公共利益者，即可向公平會申請例外許可。惟究其實務，上述除聯合承攬外，其他兩種相關處理原則的適用並不順利。

由聯合執行面觀察，可發覺立法架構不完全，將聯合行為成立要件置於施行細則，使聯合行為的執行上，經常忽略「足以影響市場功能」條件的分析，有密切關聯的是因此忽略市場範圍界定的重要性。在 62 個處分案中，有 18 個個案以全國地區為地理市場，42 個個案以地區性為地理市場，剩下兩個個案則以區域性為地理市場。相關產品市場的分析，也相當任意，經常以單一產品市場為其市場，甚少作相關產品的分析，與先進國家處理方式，以相關產品市場與相關地理市場去界定市場範圍有相當的不同。其次「足以影響市場功能」的判定上也罕有一致的標準，以市場占有率有之，以市場參與人數有之，以訂定價目表加以認定有之，也有無任何敘述的情況。62 個處分案，以市場占有率為標準認定者有 11 件，以廠商數多寡為標準認定者有 19 件，以價格表或價目表加以認定者有三件，無任何敘述者最多有 30 件，約占全部個案的一半。公平會對市場範圍界定與足以影響市場功能的重視可見於一斑。即使以市場占有率做成認定「足以影響市場功能」的案子，其比例也不一而足，最低者 8.7%，最高者 80%，對法律安定性實為一大傷害。

利用(1)公平交易法施行前後市場聯合行為個案統計的比較；(2)特定產業的聯合行為個案比較；(3)公會介入聯合行為個案比例的比較等三項指標，觀察公平法施行後對聯合行為的嚇阻功效，本文所獲得初步結果是，公平法的施行對市場聯合行為的發生，似乎並沒有產生太大的嚇阻效果。當然這種結果也正彰顯國內民眾對法律的態度，似乎只是把法律當參考，並未確實予以遵守，因此造成上述現象的發生。

最後，本文將目前聯合行為法制結構進行檢討，所獲得結論為：在聯合行為定義裏，主體部分應加上事業團體，亦即事業團體與事業並列，使聯合行為的規範對象不致有所遺漏。然後將公平法第二條事業定義中的同業公會剔除，以免將同業公會當作主體適用於其他法條上，產生的誤解與矛盾。至於同業公會產生的杯葛行為，可仿聯合行為定義，於其描述的主體部分增加「事業團體」，以使同業公會最常產生的杯葛行為均有所規範。至於事業團體所涵蓋的範圍，則可於總則之中增加「事業團體」的定義，將其明確說明包含工業團體法、商業團體法所組成的同業公會，自由業組成的同業公會、工業會與商業會、農會、漁會以及聯誼會、協會或協進會為名義所組成的團體。

其次為因應事業組織發展與變化，應將垂直聯合行為，納入聯合行為規範的對象。做法是在聯合行為的定義，限制為「有競爭關係」的事業，以及施行細則第五條第一款的前段規定，規範的聯合行為僅限於「水平」關係者，應同時剔除，使聯合行為的禁止對象同時包含水平聯合與垂直聯合兩種行為。

對於聯合行為的另一要件「足以影響市場市場功能」，為避免於母法之外額外增加條件的爭議，本文以為應將目前施行細則第五條第一款的後段規定，放入母法第十四條，將原有的「事業不得為聯合行為」改為「事業聯合行為足以影響市場功能者不得為之」，以使聯合行為認定之要件於母法中直接規定免生無謂的爭議。至於聯合行為例外的規定，亦可仿獨占力濫用與結合管制的做法，於列舉各項情形之後，最後則以「概括條款」作為補遺的手段，以免形成橡膠業同業公會處分案的不當結果，即使以「相關處理原則」為補充，也無法彌補僵固執法所造成的遺憾。最後對於聯合行為的管制，到底應採許可制或異議制或防濫原則，考量事前防患的優點與事後亡羊補牢的成本，本文仍肯定目前的許可制。

參考文獻

1. 吳秀明(1986),「論卡特爾之法律規範」,國立政治大學法律研究所碩士論文。
2. 吳秀明(2001)「聯合行為理論與實務之回顧與展望 - 以構成要件之相關問題為中心」,收錄於公平交易法施行九週年,學術研討論文集,台北:月旦出版公司。
3. 周作嫻、許淑幸、卓秋容(1994)「排他性契約適用公平交易法之探討」,公平交易委員會研究報告。
4. 馬泰成,洪德昌(2000),「事業聯合行為被判違法之因子分析」,公平交易季刊第九卷第二期,頁 37-76。
5. 張明宗、劉靜怡(2000),「寡占市場『一致性行為』之證據認定方法乃其濫用市場地位行為規範」,公平交易委員會,第七屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文。
6. 陳志民(1997)「從基點定價論平行行為與聯合行為 - 以美國反托拉斯為中心」,公平交易法第五卷,第二期,頁 65-96。
7. 莊春發(1990),「從市場定義檢討公平交易法草案有關獨占的認定與結合的管制」,經濟研究 30(2): 127-175。
8. 莊春發(1992),「論市場範圍的界定」,法商學報 26:105-146。
9. 莊春發(1994)「同業公會與廠商聯合行為的研究」,法商學報, 29:207-258。
10. 莊春發(1996),「公共工程不同發包制度的研究」,經濟研究, 34(1):45-72。
11. 莊春發(2001)「論足以影響市場功能的聯合行為」收錄於公平交易法施行九週年,學術研討會論文集,台北:月旦出版公司。
12. 蔡震榮(1993)公平交易法行為主體研析,公平交易委員會委託研究。
13. 蕭文生(1998)同業公會聯合行為之處分主體,收錄於單驥、羅昌發、蕭文生、吳明秀聯合行為構成要件之研究,公平交易委員會委託研究。
14. 蘇永欽(1991)「事業團體的聯合行為」政治大學公平交易法學術研討會論文。
15. 廖義男(1998)「服務業及百貨公司之換季促銷」,公平交易法之理論與實務。
16. 公平交易法案(1992)立法院公報法律案專輯,第 132 輯,立法院秘書處編印。
17. 認識公平交易法(增定七版),公平交易委員會,2000年3月。

18. Bair, B.D. and D.L. Kaserman (1985), *Antitrust Economics*. Homewood Illinois: Richard, D. Erwin Inc.
19. Frass, A.G. and D.G. Greer (1977), "Market Structure and Price Collusion: An Empirical Analysis," *Journal of Industrial Economics* 26: 21-44.
20. Hay, G.A. and D. Kelly (1974), "An Empirical Survey of Price Fixing Conspiracies," *Journal of Law and Economics*, 3-38.
21. HovenKamp, H.(1985) *Economics and Federal Antitrust Law*. Minnessota: West Publishing Co.
22. Kalinovsky, R.(1990), *Antitrust Laws and Trade Regulation*. New York: Mathew Bender Co.
23. McAfee, R.P. and J. McMillam (1987), "Auction and Bidding," *Journal of Economic Literature*, 25: 699-738.
24. Migron, P. and R.J. Weber (1982), "A Theory of Auction and Competitive Bidding," *Econometric*, 50(5): 1089-1122.
25. Pepall, L.Richards, D.J. and G. Norman (1999), *Industrial Organization: Contemporary Theory and Pracfice*. New York: South Western College Publishing.
26. Posner, R.A. (1970), "A Statistical Study of Antitrust Enforcement" *Journal of Law and Economics*, 365-419.
27. Raybould, D.M. and A. Firth (1991), *Law of Monopolies: Competition Law and Practice in the USA, EEC, Germany and the UK*. London: Graham & Trotman .
28. Walters, S.J.K. (1998) *Enterprise, Government, and The public*. New York: McGraw-Hill Inc.

評論

王教授弓（中央大學產經所）

主席、黃主委、趙前主委、各位公平會同仁、各位貴賓，大家好！

今天很高興能參加公平會十年有成之學術研討會，我在公平法之執法也參與相當長的時間，感到非常榮幸。回想三十年前，經濟學家與法律學家第一次在立法院針對公平法交換異類之經驗，也是有趣之開始，接著是公平會之成立，轉眼已過了幾十年，國內學者對公平法之理論以及實務之累積，也有了相當好的成果。

莊教授首先就聯合行為之規範，從立法之目的和相關案例審理之型態、核准之結果，談到過去十年具體執行之細節，從市場範圍之界定、合議之行使到對市場之影響，作具體之分析，進而對聯合行為相關規範之法制，提出檢討之建議。最後也做了一個引申，一致行為之態樣。我提出幾點供參考之意見，十年來整個立法與執法之型態與效果作進一步分析，是公平會經常努力的工作，才可以讓競爭法之執行符合產業發展之需要，進一步提高經濟福祉。不過，在執行檢討之部分，莊教授似乎還可參酌另一部分之資料，就目前公平會公報中審理以及申請案件之形式，作檢討和分析，另外，應該還可參酌公平交易委員會施政之相關資料，因為在整個公平法之執行和公平交易委員會在政策之推動上，不同時期政策之考量和資源之運用都有相當之關連，扣除這一部分可以進一步掌握相關法條施行上對市場之影響。

第二個部分，就審理案件型態之部分，可以就過去十年聯合行為審理案件或申請案件之趨勢和態樣部分，作進一步之分析。目前之分析比較注重案件數量之分析。再者，對受理申請案件或者是審理違法案件部分，都較十年之平均稍微突出一些，這些突出之現象，其形成之原因為何？亦可以作進一步之分析。就具體執行細節檢討之部分，不論是市場範圍之界定以及合議之形式，到最後對市場影響之部分，目前是以市場占有率、公會營運方式來分析。我想其實可以藉助學術界之力量，把過去審理相關案件所累積之智慧、行業營運之行為，做進一步整理。透過這些知識之累積，我們可以對於產業營業競爭行為之趨勢，有更正確之掌握。例如作者在百貨業之案例中，做了很深入之探討，同時提出一個迷思，也就是百貨業聯合同業公會訂定促銷折扣或季節，似乎對消費者有益，可是卻在形式上有違法之情況。但是我們如果從實際上台

灣百貨業競爭之行為去討論，它的聯合折扣促銷行為，正是市場中瓜分市場、分配利益之實際機制。如果我們能把實際案例所累積之經驗作更仔細之分類、檢討，對於未來公平會審理類似案件時，會更有幫助。所以不僅對案件之數量在時間上之推移作分析；也應該對已經審理過各個不同產業中之行為態樣和衝擊，作進一步之分析。

另一部分，作者經由上述案件類型分析完之後，便提出對聯合行為規範法制架構改進之建議。主要建議有三：第一個是有關主體部分，提到同業公會適用聯合行為規範之爭議問題。這部分問題不大，因為國內法學界對於相關之影響和衝擊，都做了很完整之探討。另外兩部分是成立要件之部分，莊教授建議將垂直聯合行為之規範，納入十四條本文中，又建議將市場功能之必要條件，修改納入母法。這是兩個非常重大之修改，第一，原來只限定有競爭關係之事業，是因為從 1887 到 1890 年 ICCA 通過，人類社會管理市場累積之經驗，認為水平之競爭對市場危害最大，所以必須用較強制的方式來管理；而在垂直方面，它的衝擊較小。如果作者要建議，目前我們推動國內公平法之執行，必須納入垂直競爭時，應要有較深入之理論和實證證據來支持。第二，其修改是將適用之要件納入母法，是要變更目前必定違法之原則，將聯合行為以合理原則來審理，影響之層面更大，都需有更深入之討論。最後作者提到有關聯合行為之衍生，是用在一致行為之影響上。不過，我認為在聯合行為之執行上，對台灣之產業發展來說，更重要之關鍵是在釐清聯合行為、共同經營、策略聯盟以及結合之間的關係。這三種行為態樣對於產業發展和經濟成長之影響，其影響之程度可能更勝於一致行為之程度。以上是我對於本文之建議，提供作者參考。

經濟學從亞當斯密提出國富論，其發展有兩百多年。在提出後一百多年，經濟分析之成果就被人類社會有系統地運用到管理市場之運作，而開始兩種管理之競爭，而我看到競爭法或者是公平法在市場的管理上，扮演著越來越重要之地位。國內從非常時期農礦工商管理處罰條例，一直到公平法之施行，也在市場管理上扮演非常重要之角色。不過，相形於國際之發展來說，我國公平法之推動，在解除管制或促進自由競爭上，仍須發揮更積極之意義。以上是個人一些簡單之建議，提供各位參考，謝謝！

禁止約定轉售價格之平議

趙義隆*

摘要

禁止約定轉售價格在公平交易法第十八條規範下已經實施屆滿十年，在我國國內市場陸續開放，廠商調適過程與現今進行「價格」和「非價格」競爭方面，如何因應？對製造商、零售業者、消費者及通路而言，其影響為何？是正面效應？或負面效果？違反第十八條而實際遭處分之行為人，以往案例為何？均為本文之主要研究動機，研究目的在於對未來如何規範限制價格轉售法制，以維護交易秩序，確保公平競爭，以維護消費者利益，促進經濟之安定與繁榮。

本文首先將就約定轉售價格行為予以經濟分析，並整理文獻及學者之見解，說明約定轉售價格對製造商、零售商、消費者及通路所可能產生之影響，以供擬定或修改法制政策時參考，可使我們對限制轉售價格所產生之影響，有更明確的認知。接著介紹公平交易法第十八條在我國實施概況，將就公平交易委員會執行之概況及相關問題加以討論，包括特定商品之除外適用及建議價格應如何規範等問題，並以經濟學及管理學的角度提出見解，來分析我國公平交易委員會在約定轉售價格規範執行之利弊，以及探討究竟產業界對限制轉售價格的態度為何。最後提出結論，綜合本文所討論之結果，就我國限制轉售價格規範分從立法及執行方面，提出檢討與建議。

關鍵字：公平交易法，約定轉售價格，限制轉售價格

壹、前言及背景

公平交易法第三章第十八條：「事業對於其交易相對人，就供給之商品轉售與第三人或第三人再轉售時，應容許其自由決定價格；有相反之約定者。其約定無效。」¹。約定轉售價格

* 作者為國立台灣大學國際企業學系教授。本文之完成特別感謝呂芳慶先生在背景分析與未來規範的意見，同時也對陳俊良先生在文獻整理查對的協助一併誌謝。

¹ 八十八年修正公平法刪除原條文有關日常用品之認定及公告等規定。蓋因修正前公平法，立法體例本條例規定在「第三章不公平競爭」之內；修正後公平法第十九條增訂規範目的包括「限

(亦稱為限制轉售價格, Resale Price Maintenance, RPM)本質上是一種間接之聯合定價(Indirect Price Fixing), 或垂直之聯合行為, 外國立法例有屬於不公平競爭之類型²。我國立法例規定, 目的在促進「價格競爭」, 確保公平競爭, 故訂立本條規範。

隨著我國即將加入世界貿易組織(WTO), 國內對傳統產業之法令管制相繼鬆綁, 但在開放的經濟體制中, 如何創造一個自由競爭秩序的市場, 一直是公平交易法立法及執行之重要任務。而國內所施行的公平交易法第十八條, 在我國加入 WTO 後, 國內市場陸續開放, 廠商在面對國外大企業的競爭下, 公平交易法在「價格競爭」和「非價格競爭」方面, 是否真正能維護交易秩序與消費者利益, 以確保公平競爭, 此為本研究的動機之一。

其次, 限制轉售價格行為所產生之影響, 在很多國家法學界及經濟學界因觀察角度不同而有不同見解, 縱使在法學界之間亦有不同意見, 如美國芝加哥學派與其他學派之學者就限制轉售價格應如何規範, 見解亦不一致, 從而產生贊成與反對限制轉售價格之論爭³。在公平交易法施行後, 國內部分廠商及消費者就「約定」轉售價格, 固然違反公平交易法, 但是實施「建議」或是「參考」零售價格(Suggested Retail Price, SRP), 仍認為係理所當然, 並認為此種新名詞即非限制價格行為, 未見不妥之處, 甚而仍有少數廠商認為實施約定轉售價格行為, 可避免下游經銷商間之惡性競爭, 以維持批發市場及零售市場間之交易秩序。因此實施限制轉售價格行為, 在部分產業界時有所見, 因此限制轉售價格, 在實務上是否確有限制競爭之影響, 自應有再進一步研究之必要, 如果確實有產生限制競爭之效果, 究竟發生何種影響, 包括對製造商、零售業者、消費者及通路而言, 其影響為何? 是正面效應? 或負面效果? 國內對限制轉售價格對市場產生何種影響有無實證調查? 此為本研究的動機之二。

再次, 適值公平交易法施行屆滿十周年之際, 綜觀我國限制轉售價格法制之發展, 可以發現我國相關法制之產生, 並非完全是因為立法當時國家社會環境的迫切需要, 而是參酌美國日本德國等外國法制, 始為此一立法之規範。十年來, 因違反第十八條而實際遭處分之行為人甚

制競爭」, 使公平法第二章規範限制營業競爭與第三章不公平競爭之界限漸泯。第十八條修正理由有二點, 謂:「一、鑒於一般消費者之日常用品, 在國內市場並非為完全競爭之市場, 且為反映與水平價格聯合一致之規範理念, 並參考美國法之精神, 以及日本發展趨勢, 爰刪除第一項但書規定。二、第二項刪除, 以配合前項但書規定之刪除。」

² 參見今村成和等編,「注解經濟法上卷」(土原陽美), 青林書院, 昭和六十年初版一刷, 頁 230。

³ 王銘勇, 限制轉售價格法制之研究, 國立政治大學法律研究所博士論文, 民國九十年, 頁 2。

少，究其原因概有三種可能：一為公平交易法已有明確規範與案例，使業者知所警惕；二為轉用較「約定」寬鬆的「建議或參考」轉售價格，但實際上仍可維持價格策略⁴；三則因為市場開放、競爭激烈和資訊普及，使價格不斷下降，因此無須限制轉售價格。而面對新世紀的來臨，以及經營環境的鉅變，究竟我國限制價格轉售法制應如何規範，才能符合民眾的需求及協助廠商建立安定的交易秩序是值得深入研究的問題，此為本研究的動機之三。

本文首先將就約定轉售價格行為予以經濟分析，並整理文獻及學者之見解，說明約定轉售價格對製造商、零售商、消費者及通路所可能產生之影響，以供擬定或修改法制政策時參考，可使我們對限制轉售價格所產生之影響，有更明確的認知。接著介紹公平交易法第十八條在我國實施概況，將就公平交易委員會執行之概況及相關問題加以討論，包括特定商品之除外適用及建議價格應如何規範等問題，並以經濟學及管理學的角度提出見解，來分析我國公平交易委員會在約定轉售價格規範執行之利弊，以及探討究竟產業界對限制轉售價格的態度為何。最後提出結論，綜合本文所討論之結果，就我國限制轉售價格規範分從立法及執行方面，提出檢討與建議。

本文研究之目的在透過系統分析、討論我國公平交易委員會對公平交易法第十八條執行之狀況，希望對我國公平交易法第十八條規範在立法及執行上提供意見供其後該法修改時參酌，並了解公平交易委員會就約定轉售價格規範執行上發生之問題，並試提解決之道。

貳、限制轉售價格之經濟福利分析

一、市場型態對限制轉售價格之經濟福利分析

限制轉售價格對經濟福利的影響，主要取決該項商品的市場競爭狀態⁵：

- (一) 在完全競爭市場中，所有商品在消費者的眼中並無差異，零售商可以從任何供應商獲得商品，故在這種情況下，製造商不可能也沒有必要實施限制轉售價格。
- (二) 在獨占性競爭市場生產者雖然很多，但其生產各具特色的異質商品，而事業間所從事的競爭大多為非價格競爭，即使有生產者藉由限制轉售價格可以達到控制下游廠

⁴ 王銘勇，註三前揭書，頁 131。

⁵ 許倫睿，訂價決策在公平交易法之規範，中興大學企業管理研究所碩士論文，民國八十四年六月，頁 98-99。

商的目的，但消費者仍有選擇的餘地，因此對於消費者與社會整體的影響不大。相反的，業者往往可以達到維護品牌及商譽的目的。

(三) 在寡占或獨占市場，整個市場是由少數廠商或獨家所控制，由於供應者可以控制產量來賺取超額利潤，則限制轉售價格不但成為控制零售商的手段也成為獨享超額利潤的策略，當然有違市場公平競爭的原則。

(四) 當上下游事業間發生連環獨占(successive monopoly)的情形，由於各該獨占事業的價格設定乃係以各自邊際收益等於邊際成本為準，從而最終零售價格受到雙重剝削，呈現過高的現象。於此種情形上游廠商以最高轉售價格維持制度介入下游零售事業的定價行為，控制其價格支配力，當可抑制不當過高的售價，增加全體的產量，此舉不僅有利於上游事業，亦有利於消費者，因消費者可以獲得低售價之商品⁶。

二、限制轉售價格對製造商、零售商及消費者之影響

限制轉售價格行為對製造商、零售商及消費者產生之影響，大致上可以發現，在對零售價格的影響上，實施限制轉售價格後，首先可能出現的是零售價格的上漲，惟零售價格亦非即時上漲，需製造商整合其產品通路後，才有上漲之效能，依日本之經驗，時間約需五至六年。而依加拿大之調查亦發現，實施限制轉售價格之限制，對零售價格較為不利。而對零售業盈餘及利潤的影響上，限制轉售價格雖可能為零售價格增加部分盈餘，但隨著其他非價格競爭之出現，該增加之盈餘可能被抵銷，因此限制轉售價格不一定能增加零售業之盈餘，另外對零售業者影響上，亦因商品之種類及該零售業者所在之地點是否為競爭較為激烈的都會地區，而有不同的結果。

限制轉售價格對製造商的影響部分，在生產價格上，限制轉售價格並無限制製造商生產價格競爭之效果，但短期可少生產價格降價的壓力。在製造商銷售數量上，限制轉售價格不一定能增加銷售數量。而依美國聯邦交易委員會之調查可知，限制轉售價格可以增加製造商的利潤，美國學界亦有相同的見解。

而限制轉售價格對消費者的影響，在學者間之見解並不一致，並無定論。

⁶ 黃銘傑，維持轉售價格規範之再檢討，公平交易法學術研討會，一九九八年三月二十日出版，頁 20-21。

限制轉售價格受肯定之理由乃在其對商品通路有正面之影響，即其可以防止通路商搭便車的行為，提昇商品通路效率，但雖有該優點，是否足以抵銷其所有缺點，而應使其合法化，在學界亦有爭議⁷。

本文將其對消費者、零售商、製造商及通路業者之影響歸納如下表 1：

表 1 限制轉售價格對消費者、零售商、製造商及通路業者之影響

| 項目 \ 對象 | 消費者 | 零售商 | 製造商 |
|---------|-----|-----|------------|
| 價格影響 | 無定論 | 上漲 | 減少生產價格下降壓力 |
| 剩餘影響 | 無定論 | 不一定 | 增加 |

參、我國對限制轉售價格規範的執行與檢討

一、對禁止規範之執行與檢討

約定轉售價格，是屬於行銷通路上垂直之價格限制，指事業與交易相對人約定，就供給之商品轉售與第三人時，或第三人再為轉售時，應遵守一定之價格。例如上游事業將其產品賣給批發商時，同時規定該批發商須以一定價格轉賣給零售商，並且要求零售商僅能以特定價格再轉賣給最後消費者，如有違反約定者，則對於交易相對人給予違約金處罰、斷絕供給、取消折扣、現金提貨等經濟制裁手段。公平法第十八條明文規定若有此種情事時，其約定無效。

約定轉售價格，可分兩種方式：(1)賣方（主要係生產者，也可能為銷售者）對於交易相對人與第三人之銷售價格（即轉售價格），利用各種方式加以限制或約定其轉售價格。(2)賣方除了對交易相對人限制或約定轉售價格外，更要求其對於向其購買者再轉售時之銷售價格（即再轉售價格），亦予約束或限制之行為。

公平交易法關於約定轉售價格之規範，自八十一年二月四日公平交易法施行後，經負責執行公平交易法之公平交易委員會處分之案件，在該法施行之初期，於八十一年二月至八十三年十一月底間，公平交易委員會所處分之 14 案件，主要是化妝品業、藥品業、食品業、出版業

⁷ 王銘勇，註三前揭書，頁 33。

以及多層次傳銷業為主⁸，再累計八十四年至八十九年底間，則行業別略有增加，然而案件數在六年間僅有 12 件，茲將所有案例彙總如下表 2：

表 2 事業違反公平法第十八條之案例彙整表

| 時程 / 總數 | 對象與件數 | 違反公平交易法第十八條的主要行為 | 處分情形 |
|-----------------|--|---|-------------------------|
| 81-83 年 (14) | 化妝品 (8) 藥品 (2) 教科書 (1) 乳品飲料 (2) 高麗蔘粉 (1) | 利用經銷承諾書、展售協議書、專櫃合約書、銷售合約書等明定不得違反轉售價格 | 立即改正或限期改正契約及取消轉售價格的約定 |
| 84-86 年 (8) | 免用總機話機 (1) 無水焦粉 (1) 乳品飲料 (2) 隱形眼鏡清潔液 (1) 光電開關零件 (1) 羊奶粉 (1) 3M 黑金剛 (1) | 利用經銷承諾書、展售協議書、專櫃合約書、銷售合約書、特約加盟店公約等明定不得違反轉售價格或產品訂明細價格表、產品轉售價格表 | 立即改正或限期改正契約及取消轉售價格的約定 |
| 87-89 年 (4) | 乳品飲料 (1) 奶粉 (1) 國小參考書 (1) 隱形眼鏡清潔液 (1) | 前項處分之命令仍未改正 | 立即改正契約及取消轉售價格的約定、罰鍰一百萬元 |

註：內為案件統計數。

從上表可知實施限制轉售價格之商品種類上，包括化妝品、乳品、飲料、藥品、書籍等；而與廖義男教授、林永頌在民國七十四年針對我國產業之不公平競爭行為之實證研究結果⁹，認為在汽、機車、家電業及食品飲料等產業最為常用限制轉售價格之結果，除了飲料部分相符外，限制轉售價格較普遍之家電業及汽機車部分，則未有處分案例，究竟其為特殊狀況或兩者

⁸ 行政院公平交易委員會編印，行政院公平交易委員會三年施政成果報告，民國八十四年元月，頁 132。

⁹ 廖義男、林永頌，我國獨占聯合行為不公平競爭之實證研究，行政院經濟革新委員會報告書第四冊產業組研究報告，頁 136 (七十四年十一月出版)。

之間有落差，值得深入探討。

另外，還有一點需特別注意：上述之廠商違反限制轉售價格之行為，大部分都是基於交易相對人或民眾之檢舉所為之處分，然而吾人仍然無法推論市場上除了上述 26 案例以外，並無其他行業或廠商涉及第十八條之行為嗎？答案是否定的。因為限制轉售價格行為雖然常為上游廠商對下游廠商所為在銷售價格上之限制，該約定對受限制者而言，並非完全不利¹⁰，因為如果所有在同一水平之事業體皆能依此價格（或價格範圍帶）行事，則眾人皆可以避免惡性之削價競爭。類此情事，實則為上游廠商發動而為下游廠商集體之聯合行為。實施限制轉售價格之事業如無與其交易相對人發生其他契約之爭議，或是同一水平事業體有偷跑行為而可以制止時，受限者自然不會自動向行政院公平交易委員會檢舉其事業實施限制轉售價格違反公平交易法。

因此，對於近年來違反案例之減少，是否歸因於廠商在現實面所受到的潛在壓抑因素而未能檢舉；或是道高一尺，魔高一丈，廠商已知如何迴避第十八條之規範；還是企業創新能力較強，採用其他替代方法，值得吾人詳加探究。同時究竟為何某些產業有違反案例件數與實際其有實施限制轉售價格情形脫節？是否此法之規範被動的執行或者主動調查加以導正，才是符合上下游廠商所需？如果真是這樣的話，則規範有必要加以修正。大規模之產業限制轉售價格行為調查，隨著時代的轉變、產業的發展後，的確有進行的必要。

二、除外規範之執行與檢討

公平交易法舊法第十八條設有除外條款，係規定「日常用品」不受本條之限制，但究竟如何情形，才可認為係日常用品，或是可認定係有同種類商品在市場上，易生爭議，迭有建議應刪除舊法但書規定¹¹。後公平交易法於八十八年一月十五日經立法院三讀通過修正案，並於八十八年二月三日經總統公布生效，公平法該次修正重點之一，即刪除第十八條關於約定轉售價格除外商品之規定¹²，即刪除該法原規定第十八條第一項但書、第二項規定。使我國關於限制轉售價格之規範成為無例外之絕對禁止規範。

¹⁰ 陳斌，書店經營管理，出版界第四十五期，頁 25（八十四年十月一日出版）。

¹¹ 參見廖義男，「公平交易法應否制定之檢討及其草案之修正建議」，載「公平法之理論與立法」，頁 210；廖義男，「公平交易法修正之重點與理由」，前揭書，頁 336。

¹² 王銘勇，評新修正公平交易法(一)，司法周刊第九六六期，三版（民國八十九年二月二日發行）。

惟在實際運作上，自公平交易法正式施行起至八十八年修正時刪除該項規定止，行政院公平交易委員會並未公布任何得實施限制轉售價格之日常用品，使該除外規定形同具文，顯然不是立法院在該除外規定立法時所能預見。公平會認為所謂「一般消費者日常用品」應符合消費者日常生活所使用及購買頻率高兩項要件。而在判斷是否符合「有同種類商品在市場上可為自由競爭」實則應該考慮：競爭品牌多、產品差異化程度低、市場競爭程度高等。前揭各要件行政院公平交易委員會有其認定標準及認定理由¹³，而在判斷商品是否屬於自由競爭，可以自該項商品所屬市場之市場結構觀察，市場集中度高，則該項商品之競爭程度較低；反之，若市場集中度低，則可大致推論該項商品處於競爭的市場。易言之，日常用品品牌多，競爭程度高，創新程度也高，自然無須引用約定轉售價格之除外條款了。

有關限制轉售價格法制之規範，世界各國有其獨特之經濟背景及歷史因素，因此採用不同的規範形式，八十年我國限制轉售價格之除外規範原係參考日、英、德、法等國，非參考美國法制所制定，而在八十八年卻引美國法制為刪除理由；並且未深思日本法制中，其廢止公告指定得為限制轉售價格之商品，係經過數十年發展之結果，可見切合我國實情之法條及施行成效，遠較立法或修法所參考之外國法規還要重要。

肆、公平交易法關於約定轉售價格之爭議

一、公平交易法關於約定轉售價格之立法爭議

事業之所以採用約定轉售價格之政策，主要考慮下列因素¹⁴：

- (一)「價格」乃市場競爭最有效果之手段，如果銷售者惡性競爭，或賠本出售，最後可能無法持續而中止營業，此種情形對生產者而言，無異是喪失銷售網路；而銷售者自然也願意配合，以避免惡性競爭，故限制轉售價格之約定乃應運而生。
- (二)部分生產者對產品採用「價格區隔政策」，為避免銷售者削價競爭，往往也運用限制轉售價格策略，以區隔高價之產品形象¹⁵，亦即高檔次產品不輕易打折，全國或全球價格，再以匯率換算後仍然相當一致；至於中價位或促銷品則不會採用約定轉售價

¹³ 註八前揭書，頁 131。

¹⁴ 關於限制轉售價格制度出現之原因，參見范建得、莊春發，「公平交易法系列二——不公平競爭」，漢興書局，一九九四年二版，頁 60 以下。

¹⁵ 參見實方謙二，「獨占禁止法」，有斐閣，昭和六十二年初版一刷，頁 240。

格或最終零售價格策略。

(三) 採用約定轉售價格策略後，銷售者從事價格因素外競爭，包括強化售後服務、更新促銷方式等，對於消費者亦有其正面意義。

然而如果仔細檢討上述理由，亦有下列值得商榷之處：

(一) 主張任由市場為價格競爭者忽略價格以外因素，即可能導致另一種不公平競爭，例如甲廠商之產品價格較高，但提供售後服務；乙廠商價格較低，但不提供售後服務，並暗示消費者可向甲廠商要求售後服務，此時將發生一不合理現象，即允許價格自由競爭，反而招致乙廠商有「搭便車」(Free rider)之不公平競爭情況¹⁶，此時會造成原廠或授權經銷商額外之負擔，一則須對消費者澄清說明以取得諒解認同，魚目混珠爭議時也會傷及企業形象。

(二) 由自由競爭之觀點言，即使係同一品牌之商品，銷售者成本負擔不同（如店面離供貨倉庫之遠近），提供之服務也不同（如送貨方式、保證期間及其他售後服務等），因此自然會反映於價格，否則，消費者以相同價格而享受不同服務，並不適當。所謂維持高價之產品形象，本質上是一種超額利潤，雖有暴利之嫌¹⁷，只要其品質為消費者所肯定，無論其產品是屬於獨占或壟斷性競爭市場之中，此一品質須由長期間之創新研發所實現，而非短期之自我宣稱。

(三) 所謂強化售後服務，提供消費資訊等，若消費者必須承擔較高價格，則並未享好處¹⁸。若消費者支付較高價格，伴隨較好服務，但消費者對商品或服務之價格高低有選擇權，亦不應被剝奪¹⁹。

再由企業自主權觀點著眼，除非是關係企業已經結合，或經許可之聯合行為以外，各別獨立之事業體，上游廠商原本不應剝奪下游廠商之價格決定權。綜上所述，約定轉售價格制度既違反公平交易精神，危害消費者利益之虞，故各國大多以其違法而加以限制或禁止之。

¹⁶ 參見周作姍，「公平交易法論述系列六一公平法對於限制轉售價格行為之規範」，公平會，八十二年，頁3。

¹⁷ 實方謙二，註十七前揭書，頁245。

¹⁸ 實方謙二，註十七前揭書，頁244。

¹⁹ 周作姍，註十八前揭文，頁4。

二、學理上對限制轉售價格的看法

學理上對於 RPM 之看法成兩極化，贊成者與反對者各有其立論基礎²⁰。贊成者認為 RPM 雖將限制中間廠商的價格競爭，但其所限制者充其量僅為同一品牌(Intra-brand)內不同中間廠商之價格競爭，由於該廠商尚需面對市場上其他品牌的競爭，故市場競爭並未完全被排除；相反的，當同一品牌之價格被限制後，中間廠商將更著重於非價格層面的競爭，反而有助於各品牌商品間(Inter-brand)競爭，同時可以減少搭便車的心理，維持產品形象，避免產品成為特價犧牲品(Loss Leader)。另由於實施 RPM 可使下游經銷商獲得一定的利潤，可以使下游經銷商獲的一定的利潤，可保護尚有效率的小規模零售商，並促進新廠商進入市場競爭，緩和市場過於集中的現象，增加市場之競爭機能。

而持反對意見學者認為 RPM 的實施，使配銷階段廠商之自由決價能力遭到剝削，其結果相當於同一品牌經銷商成立價格卡特爾；倘若實施之商品係在市場上競爭程度不足或具有獨寡占傾向之商品，其限制價格競爭之效果將更為明顯，對消費者而言，則容易造成商品售價偏高之情形²¹。

綜合言之，贊成者是站在市場行銷的立場，反對者是站在維護競爭的角度。而上述專家學的說法各有其若干假設前提，以致各自形成其結論及看法。以持反對 RPM 意見者為例，需在市場具有競爭程度不足或具有獨寡占傾向的假設下，才会有商品售價過高，消費者權益受損的結果，讓 RPM 來維護競爭機制。相同的，贊成 RPM 者，認為實施 RPM 可保護尚有效率的小規模零售商，並促進新廠商進入市場競爭，緩和市場過於集中的現象，增加市場之競爭機能。其前提也隱含了目前所在的市場需為競爭程度逐漸往集中的趨勢前進者，為避免其速度集中太快，才会有提出 RPM 反制的作法。贊成或反對限制轉售價者皆有立論基礎，端看產業的特性而定，例如競爭程度或集中程度等。因此，當產業集中度逐漸提高的產業，應讓其適用限制轉售價格；而對於原先產業已經處於高度競爭、集中度不高的產業，則在實施限制價格制度的狀況下，反而更有助於非價格之行銷工具發揮，及增加市場之競爭機能，提高消費者福利。

以管理學「公平理論」的角度來論限制轉售價格制度，個別廠商會衡量自己的投入和獲得

²⁰ 施錦村，公平交易法在國民小學教科書市場實例之研究，國立臺北大學企業管理學系碩士論文，八十九年六月出版，頁 59-60。

²¹ 參考周作姍，民 82，頁 3-4；許睿倫，民 84，頁 97-98；黃銘傑，民 87，頁 16。

的報酬應維持平衡，不但衡量自己的情況，而且還會比較自己和別人的投入和報酬。如果比較之後，認為相當，此時即存在著公平狀態。如果比較後覺得不一樣，廠商可能會採行下列措施：扭曲自己或別人的投入或報酬、誘使別人改變其投入或結果、改變自己的投入或結果、選擇另一組不同的參考標的、離開產業等等。因此當實施約定轉售價格時，積極努力用各式行銷手法的廠商，可能會發現其績效如果相同於投入較少心力之廠商，便會逐漸的偷懶以改變自己的投入程度，對行銷努力的廠商（包括促銷、其他非價格競爭及行銷組合手段等）缺乏激勵。

而究竟約定轉售價格與產業集中度之間有無因果關係？限制轉售價格是否為加速產業集中之催化劑？產業集中度超過某一標準後，產業間「各自的」上下游廠商是否很樂意接受限制轉售價格以維持市場交易機制？其本身意願如何？「各自的」上下游廠商行為與「整體的」上下游體系廠商間實施限制轉售價格，對消費者福利的影響是否有所不同？上述問題都值得日後公平會來深入探討。

伍、產業界對限制轉售價格行為的態度

對企業行銷而言，價格策略並非一成不變的單一價格，而是一套定價結構，這套結構有其動態調整的過程，而基本上，它涵蓋了五種範圍：(1)新產品定價；(2)產品組合之定價；(3)地區別定價；(4)折扣定價與折讓；(5)差別定價²²。限制轉售價格雖然僅為沿用前述之定價結構，施行於交易相對人以下列方式為之：(1)固定轉售價格；(2)最低轉售價格；(3)最高轉售價格；(4)設定價格區間。總合言之，究竟產業界對限制轉售價格的態度為何？是否在立法時有忽略廠商權益的地方？本節將作一簡單的探討。

一、產業界對限制轉售價格行為的態度

我國公平交易法立法時，雖在第十八條的規定中規定禁止限制轉售價格行為，但我國部分產業中限制轉售價格的行為在公平交易法立法前，極為常見，而限制轉售價格行為對受限制的零售商而言，如前章經濟分析所示並非絕對的不利，因此我們有必要來了解產業界對限制轉售價格之態度，如果相關產業認為限制轉售價格的行為在產業政策上仍有實施的必要，則對目前公平交易法之無效規定，則是重大的質疑，可以預期的是廠商必定將自己尋求變通解決之道，

²² 王志剛、翁景民、趙義隆，公平交易法規範下企業策略性行銷規劃之因應對策。(行政院公平交易委員會研究報告，民國八十三年出版)，頁 137~145。

以規避該條文的執行。

公平交易委員會曾於民國八十三年間針對與日常生活有關之產業，抽樣上中下游具有代表性之廠商為調查對象²³，其中上游廠商包括：汽機車業、汽車零件業、服飾業、家電業、化妝品、圖書文具、家庭清潔用品業等；中下游部分包括：百貨公司、量販店、超市便利商店及傳統經銷商零售店等。

受訪對象對限制轉售價格的態度調查，絕大部分的調查者則希望製造商訂定無拘束力之參考價格者，可以發現「參考價格」為產業界實際所期望之制度，因此公平交易法有必要在訂定參考價格的規範上，定出明確可依循的辦法，以確保交易秩序的穩定及廠商殷切期盼。就「通路階層」來觀察上述的調查結果，如表 3 所示，可以發現行銷通路層級愈多的產業，相關業者對於由製造商訂定統一價格或無拘束力之參考價格愈採肯定的態度。分析其原因，對製造商而言，行銷通路層級愈多，其對下游廠商之銷售行為的控制力較為薄弱，製造商可以透過訂定統一轉售價格或無拘束力之參考價格，強化對下游廠商的影響力，以避免下游廠商間的價格競爭。而對下游廠商而言，行銷通路層級愈多，其所面對的競爭者可能愈多，如果製造商能訂定統一轉售價格或無拘束力之參考價格，則其可以不必面對無利可圖的價格競爭。此種現象在面對目前零售業者大型化、連鎖化、國際化，通路生態丕變的情況下，為了避免先天不具成本優勢的小型零售商於激烈的價格戰中慘遭淘汰，限制轉售價格是否實施於某些具有大賣場強大競爭威脅下的下游的零售業者，以保護其免於價格戰中犧牲，實在值得深入探討。

表 3 不同通路型態對限制轉售價格態度調查表

| 定價方式 通路階段 | 贊成製造商統一訂 定 轉 售 價 格 | 贊成由經銷商或零售商自由決定 價格，製造商完全不加干涉 | 贊成由製造商訂定無 拘束力之參考價格 |
|--------------|-----------------------|--------------------------------|-----------------------|
| 零階 | 25% | 8% | 67% |
| 一階 | 41% | 6% | 53% |
| 二階 | 46% | 5% | 49% |
| 三階 | 50% | 0% | 50% |

²³ 劉坤堂、周作姍、許淑幸、胡光宇、卓秋容、郎小玫（以下簡稱劉坤堂），限制轉售價格行為之規範與「日常用品」認定之研究。（行政院公平交易委員會研究報告，民國八十三年出版），頁 70 以下。

如就「產業別」觀察上述之研究結果，可以發現在汽車機車業及食品飲料相關業者認為應該由製造商統一訂定轉售價格略高於贊成該見解業者之平均數。汽車業及食品飲料業者在公平交易法實施後，仍實施建議零售價格行為的情況時有所聞，加上公平交易委員會歷年的處分案及對機車業所發布的行業指導，可以發現與此調查結果相符。究竟為何產業別對限制轉售價格的偏好有如此大的差別，是產業特性、競爭程度使然或是某些產業在產銷政策上確有實施的必要性，值得我們深入來探討²⁴。

從上述的實證就可以發現公平交易法實施至 83 年間，雖然禁止限制轉售價格之行為，但是相關產業業者仍有在知道該項規定的前提下，仍然有二至三成的業者贊成實施限制轉售價格；但普遍結果使得廠商為了規避禁止之規範而進行調整的適應行為。主要的調整行為是避開經銷契約中定明確的文字和違規之罰責，但在上游廠商以利益或制裁引導下，多數仍基於默契繼續維持原來垂直限制轉售價格經營方式²⁵，或是利用「建議價格」方式應對，允許廠商視情況依照或調整其價格表，此類變化型涉及違反公平交易法第十八條之禁止規定。因此，公平交易法針對此限制轉售價格之規範是否能夠正確的落實其原本規範的意旨，是否需因時代的變遷而加以改善及修正，是值得探討之處。

二、企業界對限制轉售價格行為之反應

公平交易委員會 83 年所作調查結果，有相當比例贊成由製造商訂定統一價格實施限制轉售價格，其主要理由如下²⁶：

- (一) 可促使經銷商或零售商更重視擬定行銷策略或提昇服務品質。
- (二) 避免零售商過於混亂。
- (三) 可避免產品或經銷商或零售商促銷時之特價犧牲品。
- (四) 可保障經銷商或零售商利潤，使經銷商或零售商能提供較完整周到的服務。

²⁴ 江乾正之研究則反映出製造商與經銷商分別有 71% 和 83% 支持公平交易法第十八條之規定，見限制價格競爭在臺灣實證研究，國立中興大學經濟研究所碩士論文，民國八十四年六月出版。

²⁵ 蘇永欽，競爭法 - 台灣法律體系經濟生活的新生事務，引自蘇永欽，跨越自治與管制，民國八十九年出版，頁 29。

²⁶ 劉坤堂等，註 23 前揭書，頁 76。

- (五) 可使製造商能有效維持其產品形象。
- (六) 可提供消費者購買價格比較之依據。
- (七) 可保障小規模零售商的生存。

而主張應由零售商或經銷商自由決定售價之業者，由理由如下：

- (一) 由製造商統一訂定下游業者的銷售價格，將會限制經銷商或零售商間進行價格競爭。
- (二) 由製造商統一訂定下游業者的銷售價格，將會剝奪消費者選擇、比價的自由。
- (三) 若由製造商統一訂定轉售價格，將會剝奪經銷商或零售商自由定價的權利。
- (四) 由製造商統一訂定轉售價格，將會容易形成經銷商或零售商之間的卡特爾。

公平交易法第十八條雖禁止限制轉售價格之約定，但是並未禁止建議價格制，因此產業界上游包括製造商、批發商，在商品上標示建議價格的情況相當普遍，根據公平交易委員會再八十三年間就國內產業實施限制轉售價格之現狀所作之調查可以發現，製造商訂定無拘束力之參考價格或價目表者，佔百分之二十六，而製造商規定銷售價格需依建議價格再打一定折扣者，佔百分之七，二者合計高達百分之三十三²⁷。另一項在八十四年間就台灣地區限制價格之實證調查結果，也發現受訪廠商中，在製造商部分，二十五家製造商中，有十九家實施參考價格制，有六家未實施建議價格制，而十三家經銷商中有六家實施建議價格制，有七家並未實施建議價格制²⁸。由此可見，我國下游廠商對上游業者所制定之建議或參考價格遵守之比例相當高，以致形成類似限制轉售價格之效果，再加上部分業者和同業公會以建議價格行為作為統一價格行為之偽裝，其所抑制競爭之結果等同於限制轉售價格。

陸、結論與建議

公平交易委員會認為事業「在經銷契約上明定建議售價 2700~4000 元，如下游經銷商未要求或約定應以該上下限價格出售或不得打折，即不能認有建議零售價格而認定違反公平交易法第十八條之規定²⁹」，是以事業為規避公平交易法第十八條規定之限制，多以「建議零售價」標示制度應對。

²⁷ 劉坤堂等著，註二三前揭書，頁 85。

²⁸ 江乾正，註二四前揭書，頁 28。

²⁹ 行政院公平交易委員會民國八十一年八月三日研釋字第○三二號解釋。

因此亦有學者認為我國公平交易法應該就建議價格制度加以規範，理由如下：公平交易法第十八條禁止約定轉售價格行為理由之一，在於約定轉售價格行為可能造成限制同一品牌內下游經銷商價格競爭效果，而我國產業實施建議價格之比率並不低，且依公平交易委員會就產業實施建議價格行為之調查也可以發現，下游廠商對上游廠商所制定建議價格遵守程度很高，為求貫徹禁止約定轉售價格，建議價格制亦應該加以明文禁止³⁰，且應加以完全禁止無任何例外。其執法重點應在於防止有約束力建議價格之發生，避免建議價格制等同於約定轉售價格所可能產生的弊端³¹。

由於建議價格對最終購買者並無約束力，而零售商或中間商之利潤計算基準為營業收入減去營業費用，並非單項產品或單一交易相對人計算，其涵蓋之會計項目又跨越各種管銷費用，只要在品項夠多、多家供應商、多家零售商狀況下，競爭機制即可維持，此即同步考慮「品牌內與品牌間」競爭，以及「商店內和商店間」競爭，值此 2002 年初，我國已正式成為 WTO 第 144 個會員體，品牌與商店之競爭恐怕更是吾人注意之焦點，因此似乎無須對單純的轉售價格策略太過多慮。

回歸第十八條禁止約定轉售價格規範來看，公平會將來在推動和執行時，需釐清其效果所在，究竟其是為了維持市場競爭機制？抑或以契約和法條的內容和要件？還是以消費者福利為最優先？或是應該站在廠商的立場來思考，是否本法的推動確能扮演好政府為廠商提供了其優質的經營環境？

隨著零售業大型化、國際化、連鎖化的趨勢，公平會在某些產業集中度過高，或是其規模大至某一程度時，應該思索不同規模或不同國籍的事業在零售價格維持上有何新變化？近年來有關廠商約定轉售價格實證的資料闕如，公平會可以考慮針對影響層面較大的產業，調查各層級交易相對人之價格結構，究竟建議轉售價格行為的經濟分析與實務面有無差異，並就此行為對產業上下游競爭之影響作實證分析。

³⁰ 江乾正，註 24 前揭書，頁 51。

³¹ 王銘勇，註 3 前揭書，頁 297。

參考文獻

1. 王志剛、翁景民、趙義隆，公平交易法規範下企業策略性行銷規劃之因應對策。(行政院公平交易委員會研究報告，民國八十三年出版)
2. 王銘勇，限制轉售價格法制之研究，國立政治大學法律研究所博士論文，民國九十年。
3. 王銘勇，評新修正公平交易法(一)，司法周刊第九六六期，三版，民國八十九年二月二日發行。
4. 今村成和等編，「注解經濟法上卷」(土原陽美)，青林書院，昭和六十年初版一刷。
5. 今村成和，「獨占禁止法」，有斐閣，昭和五十七年新版初版四刷。
6. 江乾正，限制價格競爭在臺灣實證研究，國立中興大學經濟研究所碩士論文，民國八十四年六月出版。
7. 范建得、莊春發，「公平交易法系列二-不公平競爭」，漢興書局，一九九四年二版。
8. 許倫睿，訂價決策在公平交易法之規範，中興大學企業管理研究所碩士論文，民國八十四年六月。
9. 黃銘傑，維持轉售價格規範之再檢討，公平交易法學術研討會，一九九八年三月二十日出版。
10. 行政院公平交易委員會編印，行政院公平交易委員會三年施政成果報告，民國八十四年元月。
11. 陳斌，書店經營管理，出版界第四十五期，八十四年十月一日出版。
12. 施錦村，公平交易法在國民小學教科書市場實例之研究，國立臺北大學企業管理學系碩士論文，八十九年六月出版。
13. 劉坤堂、周作姍、許淑幸、胡光宇、卓秋容、郎小玫(以下簡稱劉坤堂)，限制轉售價格行為之規範與「日常用品」認定之研究。行政院公平交易委員會研究報告，民國八十三年出版。
14. 廖義男、林永頌，我國獨占聯合行為不公平競爭之實證研究，行政院經濟革新委員會報告書第四冊產業組研究報告，七十四年十一月出版。
15. 廖義男，「公平交易法應否制定之檢討及其草案之修正建議」，載「公平法之理論與立法」。

16. 實方謙二，「獨占禁止法」，有斐閣，昭和六十二年初版一刷。
17. 周作姍，「公平交易法論述系列六一公平法對於限制轉售價格行為之規範」，公平會，八十二年。
18. 蘇永欽，競爭法-台灣法律體系經濟生活的新生事務，民國八十九年出版。

評論

呂董事長芳慶（統一證券投資信託股份有限公司）

主持人、各位先進：

首先我要感謝黃主任委員，邀請我來參加這場盛會。在評論前，我要先提出和本論文無關之感觸。

第一，開幕式中提到公平會成立十年，我必須藉著這機會向各位報告，公平會之成立一直到现在，我個人感受最深的是，貢獻最大的是，公平會所有之同仁。從籌備階段到成立，公平會的同仁是最優秀的，我藉著這機會要感謝公平會之同仁。第二，公平交易法分成兩大部門，一個是法律，另一個是經濟，因為公平法本身是規範經濟行為之法律，因此其組成之委員，需從不同學術領域之同仁來參與。但我覺得有一觀念很重要，特別提出來給各位參考，法律規範經濟行為時，因為經濟行為有其特質，靜態經濟行為和動態經濟行為有很大不同，市場上所呈現的是動態的經濟行為。短期之經濟現象和長期之經濟現象也有很大不同。所以在執行公平法時，我個人強調要從長期面來看。個別之經濟行為和整體經濟行為也有很大不同，在判定一案子時，我也強調要從整體面來看。

現在提到趙教授這篇論文，這篇論文有個特徵，提出的問題很多，而從文章中一直找不到答案，但提供公平會同仁很好的功課，因為他提出的問題很寶貴值得進一步探討。這篇文章，把整個第十八條之立法目的、執行情形等，做了很有系統之整理。第十八條執行十年來，我個人認為有幾個重要問題，值得進一步探討。第一，公平法執行十年來，第十八條之案件越來越少之原因為何？我個人的看法，可歸納成以下幾點原因：第一個原因，公平法施行後，有明確規範，也加強宣導，經過十年之執行，讓廠商知所警惕，達到執法效果。第二個原因，公平法施行後，廠商對原先約定轉售價格之行為，變形成所謂參考建議價格(RPM)，使違反十八條之案件越來越少。第三個原因，來自廠商，因市場競爭越來越激烈，約定轉售價格之效果不易達成，所以這方面案件越來越少。市場消費之資訊越來越普及，影響原本廠商約定轉售價格所要達成之目的。第二，整個國內之市場結構，有非常顯著之變化，對廠商定價之策略，多少造成影響，這和十八條有關，值得探討。第三，公平會如果和消保會合併的話，會涉及第十八條在

執法之目標上，是否又會影響？第十八條之約定轉售價格，其目的是用來增加價格競爭之效果，但就保護消費者權益而言，認為約定轉售價格對消費者保護有正面之效果，這種情形下，公平會和消保會合併後，對第十八條應如何執行？會有何影響？是值得討論的。以上三點，是我認為論文可討論的地方。至於約定轉售價格之趨勢，我也表達我的一些看法。第一，整個台灣市場會越來越開放，尤其是加入 WTO 之後，市場競爭會更加激烈，因此可以預見，廠商以約定轉售價格達到某目的，會越來越困難，這方面案件會減少。第二，以後廠商以建議價格之方式定價，其目的只是在於資訊之提供，而遠大於限制之目的。第三，就執法單位而言，隨者趨勢之演變，在處理第十八條時，不能只看表面，而是要看有無支配市場力量之背後因素。以上是我對這篇論文和第十八條，非常粗淺之看法，敬請各位指教，謝謝！

公平交易法第十九條規範之檢討

- 以「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」為中心

李憲佐、吳翠鳳、沈麗玉¹

摘要

公平交易法第十九條之規範，涵蓋了杯葛、差別待遇、不當爭取交易相對人、不當使他事業參與結合或聯合、不當獲取他事業營業秘密及不當限制交易相對人之事業活動等禁制規定，範圍相當廣泛，揆諸其立法體例，尚非各國普遍之立法方式，依歷年來學者之討論，第十九條雖置於公平交易法第三章「不公平競爭」章名之下，實為「限制競爭」與「不公平競爭」二類行為態樣之混合。

所謂「限制競爭」行為，係指商品之生產者（或供應商）基於本身商業營運目的，對於經銷其商品之經銷商，就其商品之銷售營運行為做出限制之行為，因限制行為實質上均會產生減少商品品牌內競爭、有利於廠商間之勾結或經銷商間之卡特爾，對市場競爭結構有不利之影響，故競爭法主管機關必須予以嚴密監管，俾維持市場之自由競爭。在歐美先進國家經過多年的實務驗證，對於垂直限制競爭行為，有所謂「當然違法」或「合理原則」之適用。即是否違法，已發展出一定之門檻及實質要件。至於「不公平競爭」，係指以不正當之手段從事競爭，且該手段之本質已明顯違反商業倫理，故對於不公平競爭行為之非難，並非在於對市場競爭結構之不良影響，而是其使用之競爭手段違反商業倫理及效能競爭，進而對競爭秩序產生不良影響。我國公平交易法第十九條六款行為態樣中，那些是「限制競爭」之範疇，那些是「不公平競爭」之規範，在實務運作上自有必要審慎釐清。本文除先就公平交易法第十九條之立法沿革、行為態樣、構成要件逐一闡述外，並就前述「當然違法」或「合理原則」，在實務上如何運作予以析論，最後則就公平會十年來針對該條所做的重要案例，評析其妥適性，並總結出具體之執法準據，供各界參考。

¹ 本文作者李憲佐為公平會法務處處長、吳翠鳳為法務處副處長、沈麗玉為法務處專員。

壹、前言

我國公平交易法之立法，分「限制競爭（反托拉斯）」及「不公平競爭」二大部分。「限制競爭」部分規範事業之獨（寡）占、結合及聯合等限制競爭行為，容許獨占、寡占之存在，但不得濫用其市場地位阻礙競爭，至於聯合行為則採「原則禁止，例外許可」，為低度立法原則；在「不公平競爭」部分，主要係規範仿冒、虛偽不實或引人錯誤之表示或廣告、損害他人營業信譽行為，公平交易法對於此類不公平競爭行為採高度立法原則，事業如有違反者，即予以處罰。

前開二行為規範在適用上，「限制競爭」是重視競爭行為對他事業競爭或交易之妨礙，而影響到市場競爭結構，及對自由競爭所產生之限制效果；「不公平競爭」則重視其競爭行為本身有無違反商業倫理及效能競爭，至於是否因而減損市場競爭效果，並不是關鍵之所在²。由於「限制競爭」與「不公平競爭」所規範之行為態樣與立法原則均屬有別，立法體系上，公平交易法乃將限制競爭部分置於第二章，而將不公平競爭行為置於第三章，以資區別。惟此種劃分亦非絕對，如現行公平交易法第十九條各款之立法，雖體例上置於第三章「不公平競爭」章名之下，但依歷年來學者研究見解，咸認其應為「限制競爭」與「不公平競爭」二類行為態樣之混合，而非單純不公平競爭行為之規範。

公平交易法第十九條之規範，涵蓋了杯葛、差別待遇、不當爭取交易相對人、不當使他事業參與結合或聯合、不當獲取他事業營業秘密及不當限制交易相對人之事業活動等禁制規定，範圍相當廣泛，在日本獨占禁止法第二條，上開行為統稱為「不公平之交易方法」。顧名思義，「不公平之交易方法」似已具有非難的本質，但如細繹上開行為之構成要件，與事業之經營活動息息相關，如所有行為僅在外觀上符合前述六種類型之行為皆予非難，則業者豈非動輒得咎，此自非立法者之原意，故公平交易法第十九條開宗明義即規定在判斷事業各項行為是否違法時，須以各該行為「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」為要件。然而何謂「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」，其判斷標準何在，上述六種行為類型的構成要件並不相同，是否均適用相同之判斷標準，在實務運作上均有釐清及深入探討之必要。尤其，歐美先進國家經過多年的實

² 廖義男，「論公平交易法第十九條之適用」，八十六年四月十四日於公平會競爭政策中心之演講，摘錄於「競爭政策通訊」，一卷三期。

務驗證，對於第十九條各款規範行為之適用，已漸次發展出明確且合理之分析模式。我國公平交易委員會（下稱公平會）之實務操作，是否符合國際潮流，尤其在進入 OECD 競爭委員會成為觀察員之後，如何與國際競爭法接軌，將益形重要。

鑒於公平會成立十年來，在限制競爭之檢舉案中，公平交易法第十九條之案件乃為最大宗，其與個別產業事業活動之密切關係，可見一斑。故公平交易法第十九條在整部公平交易法（限制競爭部分）之地位，可謂舉足輕重。本文乃擬先就該條之立法沿革、行為態樣、有限制競爭與妨礙公平競爭之虞要件逐一論述，再就公平會十年來對該條之處分案例，擇其重要者加以研析，祈能歸納出更明確之具體執法準據，同時亦能為第十九條之十年執法，提供一完整之檢討報告，供各界參考。又，本文匆促完稿，疏漏之處在所難免，尚望各界賢達多予指正。

貳、立法沿革與修正問題

公平交易法第十九條之立法例，主要係參考立法當時日本獨占禁止法第二條第九項及韓國獨占禁止法第十五條規定³。現行條文列於第三章不公平競爭專章，條文中含有許多不明確之法律概念用語，如「無正當理由」、「不正當方法」等，對於此等不確定法律概念之內涵，參諸其立法理由謂：「所謂無正當理由或不正當方法，應從阻礙公平競爭之性格加以解釋。通常應綜合行為人之意圖目的、市場地位、所屬市場結構、商品特性及履行情況後從維持公平競爭秩序之觀點，個別加以判斷⁴。」雖然如此，上開說明於實務上究應如何操作，仍非具體明確，故仍應配合公平會過去實務上對於個案之具體適用與認定要素，再為補充，始能瞭解其輪廓及旨趣。

一、公平法第十九條之立法沿革

（一）立法目的

公平交易法之立法目的，在於維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，該法第一條對此揭櫫甚明。申言之，公平交易法係以維護競爭之自由與公平為手段，以達成維護交易秩序、確保公平競爭、維護消費者權利，以及促進整體經濟環境之安定與繁榮為其目的。

³ 參「公平交易法立法目的與條文說明」，行政院公平交易委員會編印，1996年1月，頁13-14。

⁴ 同註3。

為達成前述立法目的，公平交易法在體例上將其分為二部分，即限制競爭（第二章）與不公平競爭行為（第三章）之規範，前者屬於反托拉斯法領域，用於確保競爭行為之自由，後者則規範競爭行為之公平性或正當性。限制競爭與不公平競爭之管制原理雖有所異，但因其均屬規制事業競爭行為之規範，故有學者認為，此二者其實是互為表裡，相互影響⁵。公平交易法第十九條雖置於該法第三章不公平競爭專章，然就其各款規定以觀，除第五款規定不當取得業務機密行為⁶，係參考德國不正競爭防止法第十七條制定，類屬不公平競爭規範態樣外，其餘各款如第一款拒絕交易或杯葛，第二款差別待遇，第三款強制交易，第四款強制限制競爭，第六款垂直非價格交易限制，係參考當時日本獨占禁止法第二條及韓國限制獨占法第十五條規定，本質上均屬限制競爭之規範。從而可知，該條文在規範構造上，除有不公平競爭之規定外，同時亦包括限制競爭之相關規範，此種立法體制固有其待商榷之處⁷，然卻適足以說明維護自由競爭與公平競爭二者間，具有極密切之關係，且各所肩負對於市場競爭秩序之維護任務，實質上並無二致。

其次，公平交易法第十九條各款於草案階段在立法院審議時，由於立法委員對此條文並無特別之關注與異議，故立法當時即順利依行政院版條文通過⁸。至於違反該條文之處罰，依修正前第三十六條之設計，乃捨行政、司法併行之立法，規定須該違法事業經中央主管機關命其停止而不停止時，始科以刑罰⁹。此即所謂「先行政後司法」之處理原則（或稱「附從行政監

5 學者主要認為：一個事業的不公平競爭行為當然會對其他事業之競爭自由造成某種程度之限制；反之，一個事業非法限制競爭自由之行為，亦會對其他事業構成某種程度的不公平競爭。參莊朝榮、劉孔中、陳家駿、韓毓傑等著，「我國公平交易法第十九條與美、日、德相關規定與執行狀況之比較分析」，行政院公平交易委員會八十三年度委託研究計畫一，1994年5月，頁1。

6 事實上，公平交易法草案於經濟部初擬階段，本條文並未包括不正當獲取他事業營業秘密之行為，嗣於行政院草案版本始增列之。

7 若認不公平競爭法的規範目的，在於保護相對競爭者及商業倫理，競爭法所保護者在於競爭效益，則第十九條所規範的行為態樣納入同條文規範，似有失法律的一致性與系統性。

8 參「公平交易法案」，立法院公報「法律案專輯」第一百三十二輯，經濟（二十六），立法院秘書處編印，1992年6月初版。

9 公平交易法第三十六條對於違反同法第十九條之事業，採取「先行政後司法」之主要考量，係認為該等違法行為雖妨礙市場機能，但於公平交易法制定伊始，一般工商業人士對該等行為似無「犯罪感」，即對其行為並不感受有社會倫理非難之可責性，是如立法當時逕將其規定為犯罪行為，恐不為大眾所接受，故將其視為對營業競爭之經濟秩序有所違反，係一種「違反秩序之行為」，而處以罰鍰較妥。參廖義男，「公平交易法之理論與立法」-公平交易法論集(1)，1995

督之犯罪行為」)。至於立法當時採取「先行政後司法」原則之考量，主要認為第十九條各款對於行為是否「不正當」或「無正當理由」，以及是否有「妨礙公平競爭之虞」，須斟酌事業之市場地位、所屬市場結構、商品特性等市場資料與情況加以判斷，而產業資料與市場情況之調查與掌握，係該法主管機關之職掌，因而認定該等行為是否違法，宜先由該主管機關依權責認定後始予論處。事業之行為既經主管機關確認違法並命其停止而不停止者，該行為人即具非難可責性，自應受刑罰制裁¹⁰。

(二) 修正經過

公平交易法於八十年二月四日公布，八十一年二月四日施行，嗣於八十八年二月三日及八十九年四月二十六日共歷二次修正¹¹。該法第十九條於八十八年二月第一次修正前，其本文原規定：「有下列各款行為之一，而有妨礙公平競爭之虞者，事業不得為之...」惟，由公平交易法條文體系之編排而言，現行法第十九條雖置於「不公平競爭」章名之下，而以「有妨礙公平競爭之虞」規範之，然就所列各款規範之本質以觀，各國立法例、學說及實務見解，咸認其應為「限制競爭」與「不公平競爭」行為規範之混合立法。從而，八十八年二月公平交易法修正時，為適用明確之考量，乃將該構成要件增修為「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者」。換言之，公平交易法第十九條既已明文增列「限制競爭」要件，則其各款之適用前提，即由「有妨礙公平競爭之虞」，轉變為「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」¹²。同時，因此項修正，使過去該條文因體系上置於第三章，而被歸類為不公平競爭之範疇爭議，有重新省思的空間。

此外，違反公平交易法第十九條規定者，而依同法第三十六條之處罰規定，於該次法案修正時，除仍秉持「先行政後司法」之原則應先依修正後同法第四十一條論究行政責任外，並將科處罰金之最高額度由原訂新台幣五十萬元，提高為新台幣五千萬元，俾落實對於違反經濟秩

年 10 月，頁 230。

¹⁰ 廖義男，「公平交易法關於違反禁止行為之處罰規定」，政大法學評論第四十四期，1991 年 12 月，頁 333-35。

¹¹ 八十八年二月第一次修正，主要係將違反公平交易法之處罰，大幅度改採「先行政後司法」原則，同時並加強執法效果提高罰金罰鍰額度等規定；八十九年四月第二次修正，則係配合台灣省政府功能業務與組織調整暫行條例及地方制度法通過，相應刪除第九條有關省級主管機關規定。

¹² 該次修正係八十八年二月公平交易法於立法院審議時，立法委員提案新增，提案說明略謂：「一、第一項本文加入『限制競爭』以求周延；二、符合罪刑法定主義之公平性。...」

序行為之管理，宜先採行以行政處罰為手段之立法政策¹³，併此提及。

二、本條款之適用問題

公平交易法修正後，現行第十九條規定：「有左列各款行為之一，而有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，事業不得為之：

- (一) 以損害特定事業為目的，促使他事業對該特定事業斷絕供給、購買或其他交易之行為。
- (二) 無正當理由，對他事業給予差別待遇之行為。
- (三) 以脅迫、利誘或其他不正當之方法，使競爭者之交易相對人與自己交易之行為。
- (四) 以脅迫、利誘或其他不正當方法，使他事業不為價格之競爭、參與結合或聯合之行為。
- (五) 以脅迫、利誘或其他不正當方法，獲取他事業之產銷機密、交易相對人資料或其他有關技術秘密之行為。
- (六) 以不正當限制交易相對人之事業活動為條件，而與其交易之行為。

由上開規定可知，現行法在判斷事業是否違反公平交易法第十九條規定時，須以該事業之行為「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」為前提要件。然則，此項構成要件之涵義如何？其與八十八年二月修正前條文所稱「有妨礙公平競爭之虞者」之要件，適用上有無不同？厥此均有進一步探討的空間。蓋如前述，修法前第十九條雖置於「不公平競爭」章名之下，然其實質究屬「限制競爭」與「不公平競爭」行為規範之混合立法，是以，修正前有關「有妨礙公平競爭之虞」之涵義如何？於探討「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」之適用前，實有先予理解原規範內涵之必要。

由於「有妨礙公平競爭之虞」本質上係屬不確定之法律概念，故其內涵通常即須藉由實務之操作予以充實與補充。準此，參諸公平會八十二年二月十日第七十一次委員會議決通過之

¹³ 公平交易法八十八年二月修正案將違法行為之處罰，改採「先行政後司法」之主要理由，係認為刑罰屬對不法行為之最後且最重之制裁手段，對以行政罰手段即符合管理目的者，基於比例原則，應先循行政處罰手段；且公平交易法施行以來，迭經業者反映過於嚴苛，學者專家亦多次建議經濟秩序行為之管理，宜以行政處理為優先。爰參考國外立法例及商業登記法第三十二條規定，將該條文修正為先由公平交易委員會為行政處理後，無效果，再移由司法機關處理刑責。

「妨礙公平競爭之虞之適用考量」決議，及該會八十八年三月三日第三八二次委員會議有關「公平交易法第十九條構成要件研析乙案」之決議，即可窺其堂奧：

(一) 妨礙公平競爭之虞之適用考量

按事業之競爭行為是否該當公平交易法第十九條「妨礙公平競爭之虞」的構成要件，應就事業採取之「競爭手段」本身是否具有「不公平性」或其「競爭結果」是否「減損市場之自由競爭機能」(分別或綜合)加以判斷。其競爭手段本身顯已失公平性者，即具可非難性，構成「妨礙公平競爭之虞」的適用要件，相當於所謂「當然違法」。其競爭手段之「不公平」未達當然違法時，應進一步從其競爭結果是否增加或減損市場之自由競爭機能併同認定之。減損之者，必須再從「合理原則」審酌有無構成「妨礙公平競爭之虞」。

1. 競爭手段 (行為不法)

第十九條各款明訂已具非難性之不公平競爭手段者如第三款、第四款脅迫性競爭行為，及第五款以脅迫、利誘或其他不正當方法，獲取他事業之產銷機密、交易相對人資料或其他有關技術秘密之行為。上開行為原則為刑法禁止之行為，故其市場行為之違法性或違反公平性應無疑義(刑法第三百十七條洩漏業務上知悉工商秘密罪、第三百零四條強制罪)。至於其他情形，其競爭手段是否已因有失公平而當然違法，尚須自具體個案中，考量對於商業倫理及公序良俗的違反程度為斷。

2. 競爭結果 (市場不法)

當競爭手段之「不公平」性格不明顯，從而不能逕認其競爭手段為當然違法者，必須從其競爭結果是否有增加或減損市場之自由競爭並同加以認定。在此並不以市場之競爭機能已實際受到影響為必要，只要認其實施，將可能減損市場之競爭機能即具可非難性。惟倘經其實施之結果，對於市場不生影響，則反之。故須經認定其競爭手段能減損市場之自由競爭機能，才再依「合理原則」的經濟分析觀點加以審酌是否構成妨礙公平競爭之虞的要件。

前述公平會對於「有妨礙公平競爭之虞」之適用考量，原係依照歐美先進國家執行公平交易法的經驗，並不以各個行為的實施會對市場競爭產生實質之限制為必要，而只要該行為實施後「有妨礙公平競爭的可能性」，或達到「抽象危險性」的程度即可。換言之，只要該交易行為對公平的自由競爭構成一定程度的妨礙，即可成立。亦即，事業之競爭行為是否該

當公平交易法第十九條「妨礙公平競爭之虞」的構成要件，應就事業採取之「競爭手段」本身是否具有「不公平性」或其「競爭結果」是否「減損市場之自由競爭機能」(分別或綜合)加以判斷，其競爭手段本身顯已失公平性者，即具可非難性，構成「妨礙公平競爭之虞」的適用要件，相當於所謂「當然違法」；如其競爭手段之「不公平」未達當然違法時，則應進一步從其競爭結果檢視是否增加或減損市場之自由競爭機能。減損之者，必須再從「合理原則」審酌有無構成「妨礙公平競爭之虞」。

(二) 公平會第三八二次委員會議決議

公平會第三八二次委員會議就有關「公平交易法第十九條構成要件研析」乙案決議指出，由規範本質、保護法益與各國立法例著眼，將第十九條條文第三、四及五款歸類為「不公平競爭」行為，而將第一、二及六款歸屬「限制競爭」行為之範疇。該案研究並認為，公平法第十九條第三、四及五款歸屬「不公平競爭」行為之規定，主要係參考德國立法例而來，該等不公平競爭行為固以不同之個別態樣出現(如爭取競爭者對手、使他事業參與結合、聯合及獲取他事業營業秘密等)，惟其本質上均屬使用不正當之競爭手段，違反商業倫理性。其於競爭法上之非難性並非在於對市場競爭結構之不良影響，而係在於其使用之競爭手段違反商業倫理及效能競爭，因對競爭秩序產生不良影響而應受非難。此外，因不正當競爭手段既非擁有相當市場力量之事業始得為之，是以，「不公平競爭」之行為人自不以有市場力量者為限，而宜以其採行不正當競爭手段為主要之違法構成要件。

至於第一、二及六款屬「限制競爭」之行為部分，一般而言，對於市場競爭產生損害較小，有時甚至有益於市場競爭效能，所以各國針對其對市場競爭產生之影響，多採合理原則判斷其合法性。又，可能對市場競爭產生影響之「限制競爭」行為，則限制必以行為人具有相當之市場力量始有可能。因之，各國對於「限制競爭」行為之規範，除規定須具備實質違法要件外，尚多設有門檻規定，考量不具市場力量之因素，使事業排除違法之可能。

(三) 小結

歸納前述公平會見解可知，其第七十一次委員會議係將修正前第十九條「妨礙公平競爭之虞」要件，由「限制競爭」之概念予以闡釋，從而以大陸法系之「行為不法」與「市場不法」區分方式說明各款規範本質；至於第三八二次委員會議之見解，則兼容英美法系對於「限制競

爭」行為之衡量準則，將第十九條第三、四、五款認屬「行為不法」之「不公平競爭」範疇，適用「當然違法」原則¹⁴；第一、二、六款則認屬「市場不法」之「限制競爭」範疇，而應適用「合理原則」之分析法則¹⁵。此二次委員會議決議之見解，雖因援引大陸法系或英美法系之分析方式而有不同之文字說明外，然其基本概念並無二致。換言之，公平會過去一貫之見解，係認公平法第十九條體系上雖係置於第三章「不公平競爭」項下，惟除第五款本質上較有爭議外，原則上仍屬限制競爭之範疇。從而，學理上有關「限制競爭」之衡量準則，包括英美法系之「當然違法」及「合理原則」之分析，暨大陸法系「行為不法」及「市場不法」之概念，均得適用之。至於第十九條各款規範本質之區分，前開二次委員會議決之決議結果並無不同，屬於行為不法（當然不法）者，為第三、四、五款；屬於市場不法（合理原則）者，則為第一、二、六款。

參、規範行為態樣與適用考量因素

如前所述，公平交易法第十九條之立法，除第五款不當取得業務機密，本質上屬於不公平競爭規範態樣外，其餘各款如第一款杯葛，第二款不當之差別待遇，第三款強制交易，第四款強制限制競爭，以及第六款垂直非價格交易限制等規定，均屬限制競爭規範。從而，如認不公平競爭法的規範目的在保護相對競爭者及商業倫理，競爭法所保護者在於競爭效益，則第十九條所規範之行為態樣納入同一條文，似失法律規範之一致性與系統性。

其次，現行公平交易法第十九條規定所謂「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」，其含義與修正前之「有妨礙公平競爭之虞」並無二致。其條文規定「之虞」要件，應解為不必俟有實際損害競爭情形發生，方具可罰性，只要有造成損害之合理可能性存在即可。申言之，所謂「有限制競爭或不公平競爭之虞」，本質上即屬抽象之危險概念，亦即所謂「蓋然性(probability)」、「可能性(possibility)」之問題。倘欲為具體之認定，除須相關之市場地位、市場結構、限制競

¹⁴ 「當然違法」原則係對「合理原則」所為之一項特別之分析原則，在垂直交易限制之情形，如事業行為經認定為當然違法行為，不管其所帶來之競爭效果為何，該交易限制均會被視為為法。美國法院見解認為，如垂直交易限制對競爭具有破壞性之效果，而缺乏其他任何可以補救之利益時，則其為當然違法。參 Northern Pac. Ry. v. U.S., 356 U.S. 1, 5(1958)。

¹⁵ 關於「合理原則」之分析，主要係著重在行為對競爭所生之效果上。Chicago Bd. of Trade v. United State, 246 U.S. 231, 238(1918)；Continental T.V. Inc v. GTE Sylvania, INC., 433 U.S. 36(1997)。

爭程度等數據外，尚涉及其整體在市場行銷上之評價與經濟分析。此外，上開構成要件於具體適用時，尚應與第十九條各該款所主張之「正當與否」、「有無正當理由」配合觀察，以決定其有無「限制競爭或不公平競爭之虞」。至於「正當理由」之判斷要素、依公平交易法施行細則第二十四條規定，應綜合當事人意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品特性及履行情況對市場競爭之影響等¹⁶。

一、規範行為態樣

公平交易法第十九條採列舉之規範方式，明定其所禁止之限制競爭或不公平競爭行為，包括：杯葛（第一款），不當之差別待遇（第二款），不當爭取交易相對人（第三款），迫使參與限制競爭行為（第四款），不當取得業務機密行為（第五款，以及不當之垂直非價格交易限制行為（第六款）等六種。各款所規範之行為態樣，簡要說明如下：

1. 杯葛（第一款）

所謂杯葛(boycott)，依公平交易法第十九條第一款規定，係指：以損害特定事業為目的，促使他事業對該特定事業斷絕供給、購買或其他交易之行為而言¹⁷。準此，符合本款稱之杯葛，原則上須同時存在三方當事人，即杯葛發起人、杯葛參與人以及受杯葛人。故如事業單方面對某一特定事業從事斷絕購買、供給等交易行為，或兩事業出於合意共同執行或由一方執行對某一特定事業從事斷絕供給或其他不正當交易行為者，仍難謂係本款之規範對象。除此之外，事業之行為是否合致於本款之規範，尚須綜合考量當事人的意圖、目的、杯葛發起人所處之市場結構及其本身市場地位、杯葛行為所涉之商品特性、杯葛行為之履行狀況，乃至於杯葛行為實施後對市場競爭所造成影響程度等因素而定。

事業進行杯葛之型態頗多。舉例言之，如某甲食品製造商（杯葛發起人）為打擊某乙食品進口商（受杯葛人），希望達成將乙趕出市場之目的，因而要求下游丙批發商（杯葛參與人）不得批售乙所進口食品之行為，即屬本款之規範對象。同理，下游經銷商為打擊同業競爭者，而要求其上游廠商斷絕供貨之行為，亦為本款所禁止。

¹⁶ 林益裕、富瑩、游素素、顏廷棟等著，「我國公平交易法垂直限制行為執法實務之檢討 - 兼論歐盟、德、法、美、日垂直限制規範之檢討」，行政院公平交易委員會八十七年度研究發展報告，1998年6月，頁80-81。

¹⁷ 參「認識公平交易法」，行政院公平交易委員會印，增訂八版，2001年8月，頁150。

2. 差別待遇 (第二款)

所謂差別待遇，係指事業就同一商品或勞務，以不同之價格或價格以外之條件，售予同一競爭階層不同之購買者而言¹⁸。客觀而言，差別待遇本身原屬商業活動中習見之交易行為，且實施差別待遇之廠商也常有其行銷上之特定原因，未必均會對市場競爭造成不公平影響。然亦不可否認，廠商間之差別待遇，可能造成被差別對待事業間產生不公平競爭之結果，因此，如無特殊理由，各國競爭法莫不將此等行為納入規範。我國公平交易法並未完全禁止廠商之差別待遇行為，而於第十九條第二款規定：「無正當理由，對他事業給予差別待遇之行為。」亦即，事業須係從事無正當理由之差別待遇，致對市場「有妨礙公平競爭之虞」者，始符本款之禁制規定。

另須注意者，乃差別待遇之對象須係處於產銷體系中，居於相同位階及作用的買受人。因此，若業者批售給大、中盤以及販賣店之折扣，係依市場供需情況、成本差異、交易數額、信用風險或基於其他合理事由，而對不同銷售點給予不同價格折扣之情形者，應認屬市場價格機能或商業交易習慣之正常現象，而不構成本款所稱之差別待遇行為。

3. 不當爭取交易相對人 (第三款)

事業在商場上利用各種行銷手段從事競爭，固係市場機能發揮之結果。惟倘事業非憑藉著其商品之品質優良、價格低廉或服務良好以爭取顧客，而係利用違反正常商業習慣之方法，以強迫力或利益贈送等手段方法，促使競爭者之交易相對人與其從事交易者，即屬不公平之競爭。故公平交易法第十九條第三款乃禁止「以脅迫、利誘或其他不正當方法，使競爭者之交易相對人與自己交易」而有限制競爭之行為¹⁹。

就公平交易法第十九條第三款條文規定以觀，其主要之違法行為類型大致包括脅迫、利誘與其他不正當之方法。所謂「不正當的方法」為不確定之法律概念，其於認定上，應自行為人的動機、目的及手段等綜合研判。至於脅迫及利誘之涵義，可簡要說明如次：

(1) 脅迫

透過脅迫手段爭取競爭者交易相對人之行為，在商業道德倫理之非難性上應最為顯

¹⁸ 同註 17，頁 160。

¹⁹ 同註 17，頁 169-70。

著。至於在構成要件上，刑法上強制罪之觀念應可值得參考；亦即其成立並不以被害人心生畏懼為必要，只要在客觀上足以認為加害人有脅迫之舉動，即構成違法。

(2) 利誘

事業以較有利之價格、數量、品質等條件，爭取交易機會之行為，本為公平交易法第四條規定所允許，而第十九條第三款又對事業利誘競爭者交易相對人之行為加以規範。如何在這二者之間予以確切劃分，使得事業之營業行為既能發揮競爭優點，卻又不致於逾越公平競爭之準繩，即為執行公平交易法第十九條第三款最重要之課題。

區別事業之營業競爭行為是否達到十九條第三款所謂利誘之程度，基本上，仍須就一般商業實務中之商業倫理及交易習慣予以判斷。公平會過去曾針對「利誘」解釋為，係指「事業不以品質、價格或服務爭取顧客，而利用顧客的僥倖、暴利心理，以利益影響顧客對商品或服務為正常之選擇，從而誘使顧客與自己為交易之行為」。至於目前商場上常見之贈品（摸彩）、每日一物、貴賓卡優待、買一送一等行為，均可依前述原則就具體個案衡量是否違法²⁰。

²⁰ 為確保事業公平競爭，保障消費者權益，有效處理公平交易法第十九條第三款，以利誘之方法使競爭者之交易相對人與自己交易之行為之不公平競爭案件，公平會已訂定「處理贈品贈獎促銷額度案件原則」，以有效處理事業的贈獎促銷活動。該原則自 84 年 4 月 1 日起實施，88 年 1 月 3 日修正，其內容如次：

(1) 事業銷售商品附送贈品，其贈品價值上限如下：

A. 商品價值在新台幣 100 元以上者，為商品價值之 1/2。

B. 商品價值在新台幣 100 元以下者，為新台幣 50 元。

(2) 事業辦理贈獎，其全年贈獎總額之上限如左：

A. 上一會計年度之銷售金額在新台幣 10 億元以上者，為新台幣 2 億元。

B. 上一會計年度之銷售金額超過新台幣 2.5 億元，未滿新台幣 10 億元者，為銷售金額的 1/5。

C. 上一會計年度之銷售金額在新台幣 2.5 億元以下者，為新台幣 5000 萬元。

(3) 事業辦理贈獎，其最大獎項之金額，不得超過行政院勞工委員會公布之每月基本工資的 120 倍。

(4) 事業辦理附送贈品及贈獎，違反第二點、第三點或第四點之規定者，構成公平交易法第十九條第三款之違反。

(5) 本處理原則得依經濟、社會之情況加以調整。

參「公平交易法相關法規、處理原則、行業導正彙編」，行政院公平交易會印，2001 年 6 月，頁 152-53。

另對於現行出版業常見之回頭書、清倉、低價拍賣及各種節日折扣優待等促銷行為，如未構成公平交易法第十九條第三款有妨礙公平競爭之虞，則尚屬正常交易習慣，惟如該等行為有故意印製高價位之定價再打折或特價販售，而依該價位判斷足認有虛偽不實或引人錯誤之標價者，將違反公平交易法第二十一條第一項規定。

4. 迫使參與限制競爭行為（第四款）

所謂「迫使參與限制營業競爭行為」，係指事業以脅迫、利誘或其他不正當的方法，使其他事業不與其進行競爭，或者參與結合或聯合行為。迫使他事業參與限制競爭行為之目的，主要希望藉由營業競爭活動之限制，而達成共同利益。由於事業以強迫、利誘或其他方法促使他事業參與限制競爭之行為本身，具有高度倫理非難性，因此實務上將其賦予「當然違法」之評價，亦即只要事業之行為符合本款要件者，即構成違法，而無庸再細究其如何合致「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」要件。

5. 不當獲取他事業營業秘密（第五款）

公平交易法第十九條第五款規定，凡「以脅迫、利誘或其他不正當方法，獲取他事業之產銷機密、交易相對人資料或其他有關技術秘密之行為」，而有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，事業不得為之。本款主要係規範事業以脅迫、利誘及其他不正當的方式，獲取他事業營業秘密之行為，至於其所保護之營業秘密客體，則包括他事業之產銷機密、交易相對人資料及其他有關之技術秘密等。

所謂營業秘密，係指廠商為在營業活動上取得競爭優勢，投下勞力與資本所發展出來的各種有形無形之成果，而營業秘密所有人對此未經公開之特定知識或情報，有保密之主觀意思者。復參據本款立法意旨及國外立法例可知，本款所謂之營業秘密，至少必須具備下列二個要件：其一、須具有秘密性，既然稱之為營業「秘密」，則已經公開或普遍為大眾所共知的知識或技術，即不屬於公平交易法第十九條所欲保護的對象；且事業所有人對該秘密有保密之意思，甚至更採取適當的保密措施，以防止他人獲悉該項秘密的內容。其二，該項秘密對於事業具有經濟上的價值。亦即，事業由於擁有該項營業秘密，致較競爭者具有更強的競爭能力²¹。

²¹ 同註 17，頁 186。

6. 不當限制交易相對人事業活動（第六款）

公平交易法第十九條第六款規定，事業不得為「以不正當限制交易相對人之事業活動為條件，而與其交易之行為」，此即屬不當限制交易相對人事業活動之類型。其所謂之限制，依據公平交易法施行細則第二十五條第一項規定，係指搭售(tie-in sales)、獨家交易(exclusive dealing)、地域、顧客或使用之限制及其他限制事業活動之情形；同條第二項規定，前項限制是否不正當，應綜合當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品特性及履行情況對市場競爭之影響等，加以綜合判斷。

前述公平法施行細則第二十五條第一項係補充母法之規定，將相關重要之垂直限制競爭行為予以明文，俾使本款之適用更臻明確。以下僅就其重要規定說明如次：

(1) 搭售

所謂搭售，係指二個以上可以獨立購買之產品，出賣人要求買受人必須同時購買，否則不予銷售之情形。例如買受人購買甲產品時，出賣人要求買受人須一併購買乙產品，否則即拒絕單獨出售甲產品予買受人之行為²²。惟須注意者，本款所稱之搭售，須係二個合併販賣之產品或服務為獨立可分之物，是如二以上產品，在一般交易習慣上係合併出售者，原則上並不符合搭售之定義。例如影印機與影印紙為可分之物，而一套西裝之上衣與褲子屬不可分之產品，前者在交易習慣上可以單獨出售，而後者為整套出售，故前者可能構成搭售，後者否之。

廠商對其產品進行搭售之原因，通常有其行銷上之考量，例如利用主要產品既有市場地位，協助搭售之產品迅速進入市場與其他廠商競爭、基於成本節省之經濟考慮，或其主要產品本身屬於較精密的商品，必須與搭售之產品一併使用，較能發揮其正常運作效用等等，均可能為廠商進行搭售之原因。此種商業上之行銷策略，固有基於商業競爭之合理性考量，惟不可否認的是，搭售行為之實施，亦可能對市場競爭產生不良之影響，例如：破壞搭售商品市場之競爭秩序、阻礙新的競爭者進入市場，以及剝奪買受人之購買自由等。職故，為有效維護市場競爭機制，各國競爭法莫不將廠商之搭售行為納入規

²² 同註 17，頁 189。

範，以防範前述行為可能產生之弊害²³。

(2) 獨家交易、地域及顧客限制

所謂獨家交易，係指供應商限制其經銷商僅能向其購買，而不能銷售其競爭者品牌商品之交易安排；反之，當中間商力量強大時，亦可能要求其製造商不能售予其競爭者²⁴。獨家交易固可降低製造商與經銷商之成本、促進經銷階段之產品銷售、提供新產品進入市場之捷徑、維持產品品質及公營商之信譽，並使製造商較願意協助經銷商作促銷上之努力，避免搭便車等正面經濟利益，但因獨家交易之限制，亦可能阻礙新競爭者進入市場、限制經銷商與消費者營業及購買自由等限制競爭效果，故一般均將其納入垂直限制之行為規範²⁵。

地域限制是指劃定一定之銷售區域，限制交易相對人僅能在特定區域內銷售，不能

²³ 由於搭售行為的實施，未必均會對市場競爭產生不良的影響，因此公平交易法並未全然禁止事業的搭售行為，違法與否，尚須考慮下列因素：

(1) 在判斷是否符合搭售之構成要件方面，應考慮以下因素：

A. 至少存在二種可分的產品（服務）

在分析任何搭售契約時，首先必須確立者為必須存在二種可分的產品（或服務），至於如何判斷其是否可分，則可考慮下述因素：

a. 同類產業之交易慣例；
b. 該二產品（或服務）分離是否仍有效用價值；
c. 該二產品（或服務）合併包裝、販賣是否能節省成本；
d. 出賣人是否對該二產品（或服務）分別指定價錢；
e. 出賣人是否曾分別販賣該二產品（或服務）；

B. 須明示或默示約定，買受人無法自由選擇是否向出賣人同時購買搭售與被搭售產品。

(2) 在判斷搭售是否違法之標準，應考慮以下因素：

出賣人須在主要產品上擁有一定程度的市場力搭售行為違法與否的考量因素中，出賣人在主要產品市場擁有足夠之市場力是極為重要的考量因素之一。因若出賣人並未具足夠之市場力，其將很難成功地推動其搭售設計；即使是能夠，其對於市場競爭之不利影響亦不致過於嚴重。

有無妨礙搭售之產品市場競爭之虞：搭售之實施有妨害搭售之產品市場公平競爭之虞時，例如搭售之產品的市場受到一定程度、數量或比例之排除競爭時，即為違法。

是否具有正當理由：例如為了確保出賣人之商譽及品質管制，或保護商品創作者之智慧財產權，亦可視為具有商業上之正當理由而予以容許。

參註 17，頁 190。

²⁴ 同註 17，頁 197。

²⁵ 參註 5，頁 189-190。

越區銷售的限制交易行為；至於顧客限制則是限制交易相對人僅能將產品售與，或不得售與特定第三人的限制交易行為。在國內上下游事業經銷契約中，前述獨家交易、地域或顧客限制之條款頗為常見，在經濟上的評價各有其正反面，蓋透過獨家交易、地域或顧客限制之實施，可產生激勵經銷商之忠誠、避免經銷商間搭便車行為等正面效果，惟經由此類交易限制行為，有時也會發生限制經銷商營業自由、阻礙其他競爭者進入市場、或使消費者購買選擇自由受到限制等缺點。故此類常見之垂直交易限制行為，均屬於公平交易法第十九條第六條所稱對於交易相對人之限制規範。

二、適用考量因素

在自由經濟體系下，事業為競爭之目的，常有採行限制競爭手段，以達成排他效果，造成經濟效率損失並降低公平性，因此各國多立法加以規範。然而，事業所從事之限制競爭行為，是否均會造成負面之經濟效果？學者對此持懷疑態度。就公平交易法第十九條之規範以觀，其重點並不在於事業行為是否有可能限制商業活動，而在於其是否可能對他事業之商業活動作成不合理之限制²⁶。於衡量事業行為是否有此不合理之限制時，可參考美國法院於案例中所確立之二種不同分析方法 - 「當然違法」(per se illegal)與「合理原則」(rule of reason)²⁷。此二原則除為美國反托拉斯法上確定是否構成限制競爭之重要標準外，並為其他施行反托拉斯法國家所廣泛援用，幾可視為反托拉斯政策之基本分析工具，值得重視與參採。

(一) 合理原則

「合理原則」係美國法院解釋休曼法(Sherman Act)第一條禁止貿易限制規定之產物，其主要內涵，係認為法院於審酌事業行為是否違法時，須綜合考量多種相關因素，評價被指控事業之行為目的與所造成之結果，俾據以決定其行為是否違法，而非僅因該禁止行為之發生，即認定其違法性²⁸。亦即，法院於適用此原則時，須決定被告行為對於市場競爭之影響，而此種影

²⁶ See *Cha-Car Inc. v. Calder Pace Course, Inc.*, 752 F.2d 609(11th Cir. 1985).

²⁷ Scherer(1978), *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 2d. Houghton Mifflin, New York, 182.

²⁸ 「合理原則」早期最常被引用的一段文字，係 Brandeis 大法官在 *Chicago Bd. of Trade v. United State*, 246 U.S. 231, 238(1918)中所寫之判決意見：「法制之真正考驗，在於所施加之限制措施，以及或許因為管制而促進競爭，或者其是否壓制競爭，甚至毀滅競爭。要決定此一問題，法院通常必須考慮限制措施所適用之產業特有之事實狀況；該限制措施施加前後之產業情況；該限

響係依據「相關市場」(relevant market)之概念予以評估，包括分析雙方或被告之市場占有率、市場影響力與市場結構等²⁹。在本原則之下，法院必須評估案件中所有相關之因素，以便決定其中是否有對商業行為之不合理限制³⁰。

至於「合理原則」之具體明文，可以美國司法部所制定之垂直交易限制指導原則(Department of Justice, Vertical Restraints Guidelines)為代表³¹。該指導原則在第四章就「合理原則」採取二階段之分析步驟：首先，司法部採用速覽(quick look)方式來篩選排除某些幾乎不可能產生任何反競爭效果之特別交易限制類型外，並藉由概括地界定市場進行分析，包括門檻規定，檢視相關市場之集中度、所涉事業之市場占有率、系爭限制在次級市場(foreclose market，即閉鎖市場)之涵蓋程度，以排除無妨礙競爭效果之限制行為等；第二階段始就系爭限制對於市場競爭實質影響效果，加以衡酌，包括：評估市場參進之容易程度、集中交易限制之市場層級，以及其他得以運用市場力量之各種因素。亦即，上開指導原則係以「結構性之合理原則(Structured rule of reason)」分析，作為有無產生反競爭效果之衡量³²。

實務上，在「合理原則」之下，美國法院對於限制競爭行為之認定有相當彈性，但其重點仍在於被告行為對於市場競爭之影響，因此法院往往必須同時考量下述各項因素³³：

1. 受影響之產業本身之特殊狀況。
2. 在相關行為發生前與發生後，相關產業所產生之目標、效果。
3. 被告之所以採行此項做法，所希望達成之目標、效果。
4. 是否有其他限制較少之行為，亦可產生相同之效果。

由此可知，美國法院於適用合理原則分析時，必須對於受影響產業有相當程度之了解，俾

制措施之性質及其實際或可能之效果。...」

²⁹ *Creck Corp. v. Whirlpool Corp.*, 579 F.2d 126(2d Cir. 1980)(en banc), cert. Denied, 439 U.S. 946(1978).

³⁰ *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752(1984).

³¹ 美國垂直交易限制指導原則(Vertical Restraints Guidelines, 1982)係為分析非價格之垂直交易限制行為所可能產生競爭上之效果時，美國司法部所採行之特別標準及一般性規定。該原則訂定之目的，即欲藉由設定相關簡明之標準，來分析垂直交易限制，並儘可能地減除諸多法律適用之不確定。此指導原則雖已經司法部於1993年停止適用，但相關分析方法仍值得參考。

³² 參該指導原則第四章「垂直限制交易之競爭分析」相關說明。

³³ *Nat'l Secy of Professional engineers v. U.S.*, 435 U.S. 37(1978)；另參註5，頁10。

進一步評估系爭行為對於競爭所造成之影響。如評估結果，被告行為對於競爭不具有重大影響，或僅有「小量(de minimis)」影響，且被告有正當商業理由支持其採取此項行為時，在合理原則之下，該行為便不致被認定為違法行為。

(二) 當然違法原則

「當然違法原則」為美國法院於審理反托拉斯案件時，所採行之另外一種重要原則。聯邦最高法院面對某些事業違法之特定類型，如價格固定協議、搭售、集體杯葛、市場領域分割等，因明顯減損競爭效能，一旦經調查認定該行為被歸屬當然違法之類型項目範圍內，被告則毋庸再舉證證明該行為之正當性或競爭利益，而屬競爭之惡性效果，屬於當然違法³⁴。本原則的最大特色，在於簡潔明確，只要事業所為合致於法律所特定之禁制規定時，即可認定其違法³⁵。亦即，法院於適用當然違法原則時，對於事業行為之目的、後果，以及當事人之市場力量等等，均不在考量之列。此類行為被認為當然違法之主要理由，一方面是因為行為本身之反競爭性已相當明顯，沒有必要再進一步分析；另一方面則是基於訴訟經濟與法律預期可能性之考量，使企業有較為明顯之依循方向³⁶。

須注意的是，不同於前述「合理原則」適用考量之精密，法院於適用「當然違法原則」時，僅須對案件作有限度之分析。亦即，法院首先須先確定系爭行為確實存在，其次再檢視該行為是否屬於法院過去所認定之「當然違法」類型，如是，即可認其違法，而不須再考量該行為在實際上所造成之損害，或被告採行該項行為之理由為何³⁷。從而，法院於適用本原則時，須對於系爭行為已有相當之處理經驗，可以確信該行為在「合理原則」之下，亦會被視為不法行為³⁸。同時，因此種對「當然違法原則」適用態度之謹慎，美國法院於行反托拉斯法之實務上，「合

³⁴ 林廷機撰公平交易法有關不公平競爭行為應如何適用「合理原則」或「當然違法」原則，頁 11，1998 年 2 月 23 日。

³⁵ *FTC v. Superior Court Trial Ass'n*, 110 S.Ct. 768(1990).

³⁶ See *Jefferson Parish Hospital Distrial No.2 v. Hyde*, 466 U.S. 2(1984).“此外，亦有法院認為，此類列為當然違法行為之理由，係因”對競爭具有不利之後果，同時缺乏任何抵銷該不利後果之可能“See *Northern Pacific Railway v. U.S.*(1958),”Sun & Substance of Antitrust”, 106.

³⁷ See *Northern Pacific Railmay Co. v. U.S.*, 356 U.S. 1(1958).

³⁸ See *Arizona v. Maricopa County Medical Soiy*, 457 U.S. 332(1982).

理原則」便成為多數案例主要之分析工具，而以適用「當然違法原則」為例外³⁹。

(三)「有限制競爭或不公平競爭之虞」之認定

前已述及，公平交易法第十九條各款之不法性，可大別為「行為不法」與「市場不法」二者。前者之違法性，主要表現在行為本身具有商業倫理之不法內涵，而與行為人之市場地位以及行為對於市場造成反競爭之效果較無關聯；後者之違法性，則不在於行為本身之可非難性，而在於其減損了市場自由競爭之機能，故應考察行為人之市場地位與行為所造成之市場效果等因素。惟，不論「行為不法」或「市場不法」，公平交易法第十九條規定本質上除第五款較有爭議外，原則上仍屬「限制競爭」之範疇，故學理上有關「限制競爭」之衡量準則，即前述「當然違法原則」及「合理原則」之分析，應得援引適用之。

其次，「合理原則」及「當然違法原則」在英美法上屬於判例法之範疇，而在屬於大陸法系成文法國家的我國，上開適用原則之具體呈現，應屬第十九條本文之「有限制競爭與不公平競爭之虞」要件，此由前述分析應足得證。復因如此，縱現行條文將「限制競爭」與「不公平競爭」併列，亦無法變更其屬「限制競爭」之規範本質⁴⁰。至於第十九條各款如何適用「合理原則」及「當然違法原則」之分析，本文承據第二章對於「市場不法」與「行為不法」之基礎分類，認為第三、四、五款應屬「行為不法」之「不公平競爭」範疇，適用「當然違法」準則；第一、二、六款則屬「市場不法」之「限制競爭」範疇，而應適用「合理原則」之分析法則。

既然公平交易法第十九條第三、四、五款屬於「行為不法」之限制競爭行為，則解釋上只要具一定市場力量之事業，有前述各款行為發生，即可該當「有限制競爭與不公平競爭之虞」之「當然違法」評價，而毋須再進一步檢視該行為之具體效果；至於同條文第一、二、六款在「市場不法」之邏輯架構下，屬於「限制競爭」概念，其須藉諸「合理原則」之精密分析，始得判斷其違法性。為便於理解，本文以下即以「垂直限制」之規範內涵，說明「合理原則」之分析方法如次：

1.「垂直限制」之概念

³⁹ 參註 5，頁 48。

⁴⁰ 公平法第十九條本文所列「不公平競爭」之內涵，與同法第二十條至第二十四條所定之「不公平競爭」行為，本質並不相同。亦即，前者仍屬法理上之「限制競爭」範疇，後者始為純粹不公平競爭行為之類型，詳見本文貳、之說明。

公平交易法上對事業共同行為之規制，約可大別為「水平限制(Horizontal Restraints)」與「垂直限制(Vertical Restraints)」二種⁴¹。所謂「水平限制」，即「水平式市場分配(Horizontal Market Allocation)」之概念，係指具有競爭關係之複數事業間，就商品之價格、交易數量、銷售區域、顧客等事項，相互約束事業活動之行為而言⁴²。其在競爭法之判斷上，通常被視為係「當然違法」行為⁴³；而所謂「垂直限制」，則為「垂直式市場分配(Vertical Market Allocation)」，係指無競爭關係之複數事業間，在製造商→經銷商→消費者間之商品流通過程中，由製造商對經銷商，在商品售價、進貨管道、銷售品牌、區域、顧客等事項施以交易條件限制之行為⁴⁴。由於「垂直式市場分配」係在市場結構中不同層級運作者間分配市場，其可能兼具競爭之促進與阻礙效果，且各類型之垂直限制行為亦屬商品行銷策略上不可或缺之一環，因此在違法性之判斷上，難以一概而論⁴⁵。

其次，垂直限制依其限制之內容係屬商品價格，或價格以外之其他事項，又可將其區分為「垂直性價格限制」與「垂直性非價格限制」。前者，即公平交易法第十八條所禁制之「維持轉售價格」(Resale Price Maintenance)；後者，依同法施行細則第二十五條之例示規定，包括搭售(tie-in)、獨家交易(Exclusive dealing)、地域、顧客或使用之限制等情形。就國外立法例與競爭法執法經驗觀察，各國對於「垂直限制」行為之違法判斷標準，主要有二：其一，「維持轉售價格」之情況，多數係採「當然違法原則」；至於在「垂直性非價格限制」之情形，則係依「合理原則」作為判斷，即除行為人須具備相當程度之市場力量外，尚須衡量諸多經濟分析要素，於欠缺合理性之正當事由下，始認其為競爭法所禁制之限制競爭行為⁴⁶。

41 此所謂之共同行為，係相對於事業之個別行為（有以「單獨行為」稱之，惟因其內涵與民法上之單獨行為有別，易生混淆，故為本文所不採。）而言。公平交易法對於事業個別行為之規範，主要係以事業上有獨占力、支配力之大企業所為之個別單方性行為規範對象；反之，共同行為則係以多數事業間之合意或事實行為為規範客體，包括事業間所為水平或垂直限制競爭行為等之規制。參村上正博，「獨占禁止法」，弘文堂，平成八(1996)年3月初版，頁5-6；另參註16，頁5-6。

42 同註41。

43 See U.S v. Trenton Potteries Co. 273 U.S. 392(1927)；Timken Roller Bearing Co. v. U.S., 341U.S. 593(1951)；Palmen v. BRG of Geogio, Inc., 1115. CT. 401(1990).

44 參註16。

45 See Int'l Logistic Group, Ltd v. Chryslen Corp., 884 F.2d 904(6th Cir. 1989).

46 早期美國法院實務上對於類此垂直限制行為，曾採當然違法之見解，其後因引進若干經濟理論

2. 事業之市場力認定

(1) 市場占有率

前述對於「垂直限制」行為之「合理原則」分析，首先須判斷者，為行為人之市場力問題。各國對於違法事業之市場力認定，多訂有市場占有率達百分之十之門檻規定⁴⁷。我國公平交易法第十九條雖無明文，惟實務上亦從各國立法例，即以市場占有率百分之十為門檻，作為認定是否合致「有限制競爭或妨礙競爭之虞」之違法構成要件。

除前述市場占有率達百分之十之門檻要件外，市場占有率不及百分之十之事業，事實上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。針對於此，國外立法例有採行「依賴性理論」，作為認定應受規範事業之門檻者，略述如后：

(2) 依賴性理論

A. 概述

所謂「依賴性理論」，主要係指主管機關於衡量事業市場力以決定是否適用競爭法規範時，對於市場占有率不高之事業，倘他事業之營運必須「不可偏離（或無法取代）地依賴」該事業，則該事業即具有「相對市場優勢地位」⁴⁸，亦即具有「相對市場力量」（relative Marktmacht），得列入限制競爭之管制範疇⁴⁹。例如特殊商品之經銷

之見解作為審理案件重要參考依據，在相關行為案件處理上，除純價格上之垂直限制競爭行為仍依當然違法原則審理外，其餘非價格之垂直限制競爭行為則改採合理原則，即衡酌該等行為所產生之不利競爭結果與有利競爭效能之結果，以綜合判斷該等行為是否違法。

⁴⁷ 例如美國司法部指導準以百分之十作為標準（如係搭售，則為百分之三十）、日本公正取引委員會所訂準則，同樣係以百分之十或企業規模排名前三名作為認定、歐體次要協議公告「Notice on Agreement of Minor Importation」亦為百分之十，另執委會 2000 年公告之垂直限制規則集體豁免之門檻，則為百分之三十。

⁴⁸ 「相對市場力量」之管制起源於德國營業競爭法對於差別待遇之管制，後為法國法所繼受，對於歐洲共同體亦有相當之影響。國內對此問題之研究專著，首見於學者何之邁所著「法國競爭法新探 - 八六一一四三號命令之研究」，收錄於：氏著，「公平交易法專論」，1993 年 10 月初版，頁 546 以下；至於國內對此理論有較完整之研究介紹者，應推單驥、何之邁、吳秀明（執筆），「由依賴性理論探討相對市場優勢地位——以公平法立場之研析適用」，八十八年度行政院公平交易委員會合作研究計畫六，1998 年 3 月。

⁴⁹ 此定義為公平會第三二六次委員會議關於「公平交易法第十九條構成要件」乙案所採。

商，因須購置無法轉作其他用途之設備，致該商品之經銷商對生產廠商具有不可偏離之依賴性，則此生產廠商即符合依賴性理論之門檻要件。又如具有強大力量之通路業者，對於商品生產者而言，即具相對市場優勢地位，此時商品生產者對於通路業者亦可能有高度依賴性存在，則此通路業者亦可能符合依賴性理論之門檻要件。

在規範相對市場優勢地位之立法中，德國營業競爭限制防止法是首先對其明確規範之立法例⁵⁰；其後法國基於規範之需求，乃完整繼受該立法例並擴大其適用範疇⁵¹。歐洲共同體雖未如德、法，對於相對市場力量加以立法明文，惟執法機關於競爭法相關條文適用之際，亦對依賴性有無，納入考量⁵²。我國公平會則於第三二五次委員會議（八十七年）中首次引進依「依賴性理論」之概念⁵³，惟迄第四八一委員會議（九十年）始正式決議採取該理論之見解，作為公平交易法第十九條執法之參考⁵⁴。

B. 「依賴性理論」之內涵

-
- ⁵⁰ 對於市場強勢事業之管制，在德國具有高度之實務上重要性，該法所採用之管制標準，即為所為之依賴性理論。申言之，德國限制競爭防止法第二十條第二項之差別待遇規範，有關「市場強勢事業」之行為部分，乃指該事業之交易相對人中具有中小企業之規模者，就特定商品或服務「依賴」於該事業之程度，已達到該中小企業無足夠且可期待之可能性，能夠轉而與其他事業從事交易之程度而言。易言之，當中小企業對於某一具有相對市場優勢地位之市場強勢事業，具有上稱之「依賴性」時，該市場強勢事業即不得從事不法之差別待遇。德國學說與實務則進一步闡明依賴性之內涵，更將其更精緻地區分為「基於產品完整供應之依賴性」、「基於匱乏而生之依賴性」、「對於特定事業之依賴性」及「對於需方之依賴性」等四種不同類型之依賴性。參單驥、何之邁、吳秀明（執筆），「由依賴性理論探討相對市場優勢地位——以公平法立場之研析適用」，八十八年度行政院公平交易委員會合作研究計畫六，1998年3月，頁6。
- ⁵¹ 法國立法例相當完整地繼受德國之依賴性理論（基於對相對市場力量進行濫用控制之必要需求），而規定事業或事業團體如「其需求或供給事業處於無其他可替代解決途徑，而對其有經濟依賴狀態」者，不得為拒賣、搭售、交易條件之歧視或因交易相對人拒絕接受不當交易條件而斷絕與其既存之交易關係等濫用行為。參何之邁，「公平交易法專論」，1993年10月初版，頁683。
- ⁵² I. Van Bael/J. Bellis(1994), *Competition Law of European Community*, 3ed., 83.
- ⁵³ 公平會係於八十七年一月二十七日第三二五次委員會議有關「公平交易法第十九條構成要件研析意見案」乙案，首次將「依賴性理論」之概念引進。但因該次委員會議對於「依賴性理論」之研究尚未臻成熟，為免爭議，並未正式決議採用，僅作為該研究成果之參考。
- ⁵⁴ 公平會於九十年一月十八日第四八一次委員會議通過「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，該案對於「依賴性理論」有詳盡之說明與探討，並於決議後行為正式行文該會各業務單位作為執法參考。

「依賴性理論」主要係在規範具市場相對優勢地位之事業，不得為競爭法所禁止之濫用行為。其管制理由，簡單地說，即認為市場力量小於獨占事業者，亦有濫用其力量可能，而具市場相對優勢地位之事業，在交易相對人對其存有一定依賴程度之情況下，對該交易相對人而言，其影響力與獨占事業相較，並無二致。因此，基於相同法理，該具有市場相對優勢地位之事業如有濫用其經濟地位之情況產生，競爭法自亦得將之納入管制⁵⁵。故「依賴性理論」之主要規範理由，可謂係為競爭法建構一套擁有規範各種不同市場力量之管制架構與體系，依其市場力量分別予以管制，以避免留下法律漏洞，達成競爭法維護市場競爭機制與保護市場參與者之立法目的。

「依賴性理論」之主要構成要素為「相對市場力量」與「依賴性」之存在，以下就此二核心觀念，略述之：

(A) 相對市場力量

「相對市場力量」係對照於一般性、普遍性與絕對性之「獨占事業」(我國法)或「支配市場事業(marktbeherrschende Unternehmen)(德國法)」，而僅僅存在於依賴事業與被依賴事業之間的一種市場力量⁵⁶。此種具有「相對市場優勢地位」之事業，稱之為「市場強勢事業」，而與獨占事業有別。市場強勢事業亦為一種具有市場力量之事業，惟其市場力量有以下特色：(1)必然小於獨占事業；(2)表現在垂直交易關係上；及(3)具有所謂之「相對性」者，其市場力量之有無，原則上須視具體個案中與交易相對人之相互關係而定⁵⁷。

(B) 依賴性

市場力量之相對性如何表現，法律始有加以管制之必要，即為依賴性理論之核心關懷。依照依賴性理論之看法，市場力量之「相對性」即表現於交易相對人對於市場強勢事業之「依賴性(Abhängigkeit)」之上。易言之，當交易相對人「依賴於」與其交易之事業時，該事業遂成為市場強勢事業，而不得任意實施差別待

⁵⁵ 參註 50，頁 30。

⁵⁶ 註 50，頁 27。

⁵⁷ 同註 50。

遇⁵⁸。至於依賴性之有無，可參考德國營業競爭限制防止法第二十條第二項之規定：「屬中小企業型態之特定種類商品或營業上給付之供給者或需求者，依賴性一企業或企業團體，且該依賴者轉向其他企業交易之可能性，事實上或可預見並不存在者，…。特定種類商品或營業上給付之供給者，對於特定之需求者，除給予交易上慣常之折扣或其他營業給付外，更經常給予其他同類需求者未獲得之特別優惠者，推定該供給者與需求者之間，具有本項前段之依賴關係⁵⁹。」實務上，即以交易相對人是否具有所謂「足夠且可合理期待之偏離可能性」(ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten)作為判斷依據⁶⁰。

⁵⁸ 參註 50，頁 28。

⁵⁹ 本譯文參「德國營業競爭限制防止法」，行政院公平交易委員會印，1999 年 5 月，頁 12-13。

⁶⁰ 在此須說明者，乃事業是否市場強勢事業之認定，在德國營業競爭限制防止法關於差別待遇之規範架構上，是屬於「行為主體之判斷」，因此經認定成立依賴性，而屬於市場強勢事業者，其差別待遇行為仍須符合其他要件（如：無正當理由）始為違法。其次，德國法上判斷依賴性之有無，依學者吳秀明之研究，係就下列事項加以探討：

(1) 特定種類之商品或服務

判斷時，首先應劃定商品或服務之相關市場，以決定差別待遇會不會導致被差別待遇之事業「在該相關市場上」無偏離之可能性。至於相關產品市場或地域市場之劃定，原則上應與限制競爭法上有關獨占管制之市場劃定方法一致，並以依賴事業之觀點判斷為宜。

(2) 被保護者限於中小企業

因市場強勢事業僅為一較弱之市場力量，作為其交易相對人之獨寡占等支配市場之事業，在一般情況下，縱不加以保護，憑其實力亦能擁有足夠之交易管道，且多能以合理之交易條件完成交易；再者，支配市場事業所擁有之進口管道，一般亦較寬廣，其保護之需要程度自亦較低。故基於保護必要與尊重締約自由之考量，爰將依賴性理論之適用限於「中小企業」，並以中小企業聯合行為主體之認定標準，作為適用範圍之基準。

(3) 欠缺足夠且可期待之偏離可能性

對於依賴性之判斷，其所涉及之核心要件即為「欠缺足夠且可期待之偏離可能性」，說明如次：

A. 「偏離之可能性」

即指交易管道之存在。申言之，其係指事業因存在其他可能之交易對象，而無與特定事業從事交易之必要性而言，故事業縱使被相對人斷絕交易關係，卻仍有其他供給或需求之管道，便具備所謂偏離之可能性，而無適用本理論之餘地。

B. 「足夠」

偏離之可能性是否足夠，端視市場上是否存在若干其他交易管道，且此等管道與原來之供給是否自交易相對人與消費者之觀點具有功能上之可替代性而定，即其在價格、品質、性能、商譽及經由廣告所打下之市場知名度等諸方面，是否足以與被斷絕之供給

3. 實質違法性之檢驗

除了前述排除違法可能之門檻規定外，各國多採「合理原則」，就系爭限制行為於市場競爭上實質或可能產生之效果。惟對於此種垂直非價格限制之違法認定基準，國外競爭法主管機關訂有明確之標準者，可以前述美國司法部之垂直限制指導原則，與歐體執委會之「垂直限制規則」為代表。以下略述其重點如次：

(1) 美國

誠如前述，依垂直交易限制指導原則所規定之二階段分析法，對於第一階段未被排除之垂直限制，司法部將採用「市場結構合理原則」再進行檢視。此第二階段檢視之重點，係著重在該垂直限制行為對市場競爭所產生之效果上：

匹敵抗衡，而能夠與原來被供給之產品或服務具有等價之地位。換言之，即衡量依賴事業自其他交易管道所獲得之產品或服務繼續營業，能否同樣受到其顧客之肯定。

C. 「期待可能性」

指其他之交易管道，對於依賴事業自身而言，為一可期待其接受而運用之管道。判斷對是否具有期待可能性，主要應考慮依賴事業使用其他交易管道時，所必須個別承受之負擔與風險，以及使用該管道對於其競爭能力之影響。關於此點，德國學說認為，事業不能單憑法律對於依賴事業之保護，而不費吹灰之力即可獲得其所期望之交易關係與條件，只有在因差別待遇而導致之變更交易對象，對於事業之競爭能力或條件會產生重大之損害時，才有加以干預之必要。至所謂「重大競爭力之損害」，其程度應界於「任何經濟上之損害」（例如交易相對象之變更僅造成若干之不方便）以及「已達威脅其生存」兩者之間，而應視個案之特別情況，妥善分析其對於事業競爭能力之影響，以綜合判斷之。

(4) 個案取向或一般化之考察方式

相對市場力量之濫用，與獨占事業最大不同之處，是其市場力一般乃表現在個案、雙邊、相對之交易關係中，而非普遍絕對之存在，故管制上有著重在「個案關聯性」之特色。惟在判斷依賴性之成立時，是否應完全採取所謂之「純粹主觀個別化之考察方式」，強調必須一律進入與落實到每一個個案之實際狀況中，始能決定有無依賴性；或者在產業中有大量典型之依賴關係存在時，亦有所謂「客觀一般化考察方式」之運用空間（此優點在於減輕被害人之舉證責任），向有爭論。惟此二者亦非不可同時併存，蓋如依賴性係相當個別化地在行為人與其交亦相對人之間形成，則應採取主觀個別化之考察方式，客觀標準無適用空間；惟如依賴性在某產業中確為相當普遍、平行、類似而大量之現象（如若干汽車與酒類產品或在許多產品之大盤商階段，多係經由有長期契約關係之單一產品或在許多產品之大盤商中，如具有依賴性之情形者，通常會發生同時發生在多數經銷商身上），此時採用客觀一般化之考察方式，有減輕執行負擔之功能，而值得採納。

以上整理參註 50，頁 36-50。

- A. 未經第一階段排除之垂直限制案件，大部分經由檢視市場情況或其他證據顯示市場係處於競爭狀態後，會被認定不具妨礙競爭效果，甚至有些案例會顯示該項垂直限制係為提升效能，反有益於競爭。
- B. 司法部首先檢視供應商及經銷商雙方市場之市場參進條件。如果雙方市場均無進入障礙，該項垂直限制為合法；如僅有一方市場無進入障礙，再審視其他因素以決定其是否產生不利競爭之效果。
- C. 對於市場參進條件之分析，則審視在有重大而短暫性價格提高情形下，在相當短時間內，重大的市場參進是否會發生。在衡量市場參進難易度時，亦考量以下若干事項：如需要在特定生產或經銷設備投入昂貴資本或一長段時間始能完成者或生產需設立昂貴而無法作其他用途之工廠者，視為供應商市場參進困難；在經銷需費時數年始能建立良好信譽以達成重要程度之銷售或需在行銷、訓練及促銷活動大量投資始能成功者，視為經銷商市場參進困難。
- D. 在前述分析均無法排除者，司法部將衡酌左列其他考量事項：

垂直限制已存在一段時間者，衡量其實際產生競爭效果，以決定是否起訴該項限制；實施時間太短不足以就實際產生競爭效果加以分析者，則考量其他事項，如「垂直限制指數」及「市場涵蓋比例」之數值、相關市場是否為有助於勾結之狀況等，以作為是否違法之判斷。

(2) 歐洲共同體

歐洲共同體執行委員會（下稱執委會）對於垂直限制契約是否構成違法之認定標準，早期係以垂直限制是否達於市場交易秩序之「可感覺標準(Appreciable effect)」，作為認定基準，並發布所謂「次要協議公告(Notice on Agreement of Minor Importance)」，揭示一量的標準，作為判斷「可感覺」之依據⁶¹。其後，執委會又於2000年公告「垂直限制規則(Guidelines on Vertical Restraints)⁶²」，該號規則係以歐洲共同體條約第八十一條之標準，訂定評估垂直限制協議之基準。依該標準第六部分所列，垂直限制之評估通常涉及以下四步驟：

⁶¹ 參註 16，39-40。

⁶² Commission Notice: Guides on Vertical Restraints, 2000/C 291/01.

- A. 有關的企業必須先定義相關市場，以界定供應者或購買者的市場占有率，依所涉及的垂直限制而定。
- B. 如果相關市場占有率未超過百分之三十的門檻，則該垂直限制為集體豁免規則所涵蓋，受該規則所訂之核心限制及要件規範。
- C. 若相關市場占有率超過百分之三十的門檻，則必須評估垂直限制是否在第八十一條第一項的規範範圍內。
- D. 如果該垂直限制落在第八十一條第一項範圍內，則必須檢驗其是否符合第八十一條第三項的豁免要件。

至於前述 D. 所稱檢驗是否符合第八十一條第三項的豁免要件，須符合下列四項累積要件者：

- (A) 垂直限制協議必須是有助於促進商品之生產或銷售，或促進技術或經濟之進步提升。
- (B) 垂直限制協議必須允許消費者得分享其利潤。
- (C) 垂直協議不能要求企業不得分開取得利益之垂直限制；
- (D) 垂直協議不能使這些企業有機會，去消除關於系爭商品中重要部分的競爭。該項限制須是為達目的不得不採之必要限制。例如，在有減低生產過剩之利益，無法作為限定價格或產量之合法抗辯，充其量只能作為限制新產能之抗辯。

(四) 小結

基於上述分析結果，公平交易法第十九條除第五款外，原則上均屬限制競爭之範疇，故其於適用時，原則上均應考量其有無產生「限制競爭」之風險或結果；復因「限制競爭」或「妨礙公平競爭」在本條文之涵義並無不同，爰實務上於具體適用時，自得逕援條文所述之「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」要件衡酌，而無庸分別為違法之認定⁶³。此外，除上開前提要件外，各款於適用時，尚應審酌各該款之法定構成要件，尚不待言。

復進一步而論，第十九條各款於審酌上開前提要件時，因各款規範分屬前述「行為不法」及「市場不法」之樣態，而得有不同之認定。簡言之，第十九條第三、四、五款既可認屬「行

⁶³ 此原則為公平會第四八一次委員會議決議所確立。

為不法」之限制競爭行為，則解釋上只要各該款行為一發生，即可該當有限制競爭之「當然違法」評價，而毋須進一步檢視是否確有限制競爭之具體效果；反之，第一、二、六款既為「市場不法」之規範，而非屬前述當然違法之行為，則解釋上當有各該款所定行為發生時，尚不足認定其違法性，惟有當該行為依「合理原則」分析結果，有產生限制競爭之虞之效果時，始得該當違法之評價。此基本之差異，應予慎辨。

至於有無產生「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」之認定，除應考慮前述(1)門檻要件外，原則上仍應就其(2)實質違法要件加以衡酌，以下即綜合論述之：

1. 門檻要件

指符合本項要件之事業始受公平交易法十九條之規範；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，其行為即須受本條規範，由公平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。現行公平會係以市場占有率百分之十為準。

(2) 依賴性之存在

如本文前述分析，適用「依賴性理論」以探究事業間有無依賴性之存在，須就事業之相對市場力量與依賴性作審慎之衡酌。惟值得注意的是，此理論在國外雖已行之有年，但在我國終究仍屬較新之見解，執法經驗亦淺，故引進此理論後，實務上如何操作，以及該理論將發揮如何之執法效果，均有待進一步觀察及驗證。

2. 實質違法構成要件

符合前述門檻要件後，認定事業之行為合致第十九條各款「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」之違法要件，尚須審酌其實質之違法性。至於實質違法性之認定標準，各國所採分析方式並不盡相同，公平會實務上見解認為，考量事項應包括市場上品牌間競爭、事業之價格策略與獲利性、市場參進障礙、不正當競爭手段，以及事業之財務狀況與融資能力、技術領

先、潛在競爭之存在及完善之商業網路等⁶⁴。

肆、實務執行狀況與檢討

一、處理案件統計

為瞭解公平交易法實施十年來，第十九條之實務執行概況，茲乃爰依據公平會之統計數據，彙整如下：

1. 受理案件⁶⁵

截至九十年十一月底止，公平會計受理案件 18,803 件，扣除結合申請案、中止審理案件、多層次傳銷等案件後，計有檢舉案 4,348 件。其中限制競爭部分之檢舉案有 1,089 件⁶⁶，涉及公平交易法第十九條之案件有 528 件，占 48%。

2. 處分案⁶⁷

截至九十年十一月底止，公平會對違反公平交易法之處分案計有 1726 件，其中限制競爭部分之處分案有 204 件，公平交易法第十九條之處分案有 79 件，占 39%。

(1) 在 79 件處分案件中，各款情形分布如表 1：

表 1

| 各款 | 第一款 | 第二款 | 第三款 | 第四款 | 第五款 | 第六款 |
|----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|
| 件數 | 9 | 14 | 11 | 16 | 0 | 29 |

資料來源：公平交易委員會。

(2) 在 79 件處分案件中，各年分布情形如表 2：

表 2

⁶⁴ 參公平會第四八一次委員會議決議。

⁶⁵ 依據公平會統計室數據，18803 件之受理件數，已扣除併案辦理以及民刑事案件。

⁶⁶ 公平交易法第十九條雖列在公平交易法第三章「不公平競爭」章名下，但實際上公平會之統計數據，係將第十九條之檢舉案歸類在限制競爭之列。

⁶⁷ 處分案件之統計，已將被撤銷之案件數扣除。

| | | | | | | | | | | |
|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|
| 年度 | 81 | 82 | 83 | 84 | 85 | 86 | 87 | 88 | 89 | 90 |
| 件數 | 8 | 7 | 3 | 19 | 10 | 7 | 7 | 7 | 8 | 3 |

註：1.90 年度之統計資料為 1~11 月。

2.資料來源：公平交易委員會。

3. 訴願及行政訴訟案⁶⁸

截至九十年十一月底止，針對公平交易法第十九條所為之行政處分，提起訴願者計 51 件，提起行政訴訟者計 13 件。

4. 被撤銷之案件

截至九十年十一月底止，有關公平交易法第十九條之案件，被行政法院撤銷者 2 件，行政院再訴願決定撤銷者 2 件，公平會訴願會自行撤銷者 1 件⁶⁹。

綜由前述統計資料，約可歸納出如下結論：

1. 公平交易法第十九條之檢舉案，占所有限制競爭案件之一半，由此可見第十九條實為競爭法之重心條文。
2. 在公平交易法第十九條所規範之六種行為態樣，業者在事業經營活動中，較易觸犯的行為態樣應屬第六款限制交易相對人之事業活動計 29 件，最主要原因乃本款規定所含之行為態樣較多之故。
3. 在 88 年 2 月公平交易法修正後，違反第十九條規定之件數並無增加，可見公平會在 88 年 2 月修法前後，對於第十九條之執法態度並無變更。
4. 公平交易法第十九條之案件，被行政法院撤銷者 2 件，行政院再訴願決定撤銷者 2 件，公平會訴願會自行撤銷者 1 件，顯示十年來公平會對於第十九條之執法立場，頗受肯定。

二、重要案例分析

公平交易法第十九條有許多不確定法律概念用語，在實務運作上，除有賴主管機關以解釋

⁶⁸ 提起行政救濟之案件，並不限於處分案件，尚包括不處分案，亦即對公平會所為之行政處分，皆可提起行政救濟。

⁶⁹ 公平會二件被行政院訴願會再訴願決定撤銷之案件，實際上係針對同一處分案（即台北市政府捷運工程局限制投標廠商差別待遇案所為，詳本文重要案例分析，第二款之案例二）。

或訂定處理原則之方式予以補充外，更可從案例中尋覓出執法之標準，公平會成立十年以來，受理有關公平交易法第十九條之案件有 528 件之多，茲擬由這些案例中，擇其重要者就其案情與各該條款之構成要件相互比對研析，期能更準確地演繹出法律之構成要件要素⁷⁰。

(一) 杯葛 (第一款)

1. 案例一：金石堂實業股份有限公司促使聖誕卡供應商對其競爭對手斷絕供給案 (82 公處字第○四六號處分書)

(1) 案情摘要

金石堂實業股份有限公司 (下稱金石堂公司) 於 81 年聖誕節前促使聖誕卡供應商斷絕對他事業供給聖誕卡，否則將全面抵制拒售該供應商之商品。

(2) 法律適用情形

- A. 金石堂公司之新竹分公司與檢舉人之營業地點同屬新竹地區且相距不及一百公尺，營業項目皆以販售圖書、文具等為主，兩家公司係立於競爭之地位。金石堂公司於全省已擁有二十四家門市，於圖書文化事業占有高度行銷網路與據點，競爭地位顯較檢舉人公司優越。
- B. 本案涉案證據計有檢舉人所錄其他供應商之電話錄音帶二捲暨聖誕供應商紅林公司要求退貨證明書影本乙份，經檢視該退貨證明書及錄音帶內容，足證金石堂公司以損害檢舉人公司為目的，促使聖誕卡供應商斷絕聖誕卡供給之行為事實，洵堪據以認定。又金石堂公司新竹分公司與檢舉人公司之營業地點相距不及一百公尺，審諸商品 (市場) 區隔之理念，卡片供應商似無理由接受金石堂公司之要求對同一地區之消費者作「商品 (市場) 區隔」，由此益可驗證紅林公司於聖誕節前夕突然收回全部耶卡，係受金石堂公司要求杯葛檢舉人之壓力所致。
- C. 據上，金石堂公司於文化事業用品之銷售占有重要之地位，而與本案有關之耶誕卡供應商除製造聖誕卡及相關飾品外，平日透過金石堂公司門市銷售之生日卡、邀請卡、禮品與紙製品等亦占渠等銷售業績之重要比例，足見渠等對金石堂公司行銷通路倚賴之程度與金石堂公司於聖誕卡、禮品等市場之重要影響力。而系爭聖誕卡供應又為金

⁷⁰ 在案例之挑選上，本文除已將 79 件公平交易法第十九條之處分案彙整列表於附錄，以供查考外，本部分有關重要案例之選擇，並不以處分案為限。

石堂公司 80 年內部統計前十名暢銷聖誕卡之供應商，於是市場具有高知名度與高銷售度，上開供應商迫於金石堂公司之壓力市場地位而斷絕對檢舉人聖誕卡之供應，檢舉人於聖誕卡之銷售競爭上，勢必居於劣勢，金石堂公司顯有妨礙公平競爭之虞，違反公平交易法第十九條第一款規定。

2. 案例二：南投縣液化氣體燃料商業同業公會斷絕分銷商交易案(84 公處字第○一三號處分書)

(1) 案情摘要

南投縣液化氣體燃料商業同業公會於 83 年 5 月 31 日以(83)投縣液永字第一○一號函南投縣內平生、東岱、統一三煤氣分裝場：為保持業界市場安定，函請 貴場切勿任意接受新分銷商之委任分裝、運輸等業務。該函內容致使新分銷商無法進入市場。

(2) 法律適用情形

A. 查家用液化石油氣供銷體系中，因分銷商營業規模不大，故需由分銷商委託運輸商以氣槽車至行政院退除役官兵輔導委員會液化石油氣供應處工廠提氣，並運至分裝場，於分裝十六公斤、二十公斤等桶裝液化石油氣後，再運回分銷商處，銷售給一般家庭用戶。故分裝場、分銷商雖均為公會會員但非屬競爭關係之事業。

B. 公會發函分裝場切勿任意接受新分銷商之委任分裝、運輸等業務，雖未言明係指何一新分銷商，然檢舉人及其他新分銷商（潛在競爭者或可得特定事業），均可能因公會發函而無法參進，失去任何交易之機會。南投縣液化氣體燃料商業同業公會即是以理監事聯席會議決議，以發函方式促使他事業 - 三家分裝場，對該等特定事業 - 檢舉人及其他新分銷商，斷絕分裝、運輸等交易機會。公會與分裝場負責人雖言該函並不具約束力，惟因：A. 桶裝瓦斯體積笨重不利長途運輸，故有其特定地理市場之特性。B. 南投縣境僅分裝場三家，分銷商均就近委託分裝，倘分裝場不當拒絕新分銷商之委託，將致使新分銷商經營成本提高，不利市場公平競爭。故有妨礙公平競爭之虞，而有公平交易法第十九條第一款杯葛行為之適用。

3. 案例三：高雄市建築師公會杯葛「不友善技師」案(85 公處字第○六五號處分書)

(1) 案情摘要

高雄市建築師公會以 82 年 5 月 29 日砲高建師紀字第三二二號函，將洪呈和等特定七名結構技師列為「不友善技師」傳知會員，復請會員「審慎選任」。

(2) 法律適用情形

A. 高雄市建築師公會於會員大會及理事會作成決議，以「大會認為部分結構技師未能配合建築師工作，為免會員在不知情下合作造成損失，乃請紀律委員會蒐集名單因應。」為由；又進而依據決議作成之通函，將洪呈和等特定七名結構技師列為「不友善技師」傳知會員，其係以特定事業為行為對象，洵堪認定。第查，依據前開決議做成之通函評價該七名技師為「不友善」，復請會員「審慎選任」，衡諸常情，目的當係促使會員斷絕與該七位技師交易往來。復觀公平會調查時，詢及選取「不友善技師」之標準，公會陳稱該七位技師配合度較差，且不尊重建築師之主導地位，方導致名列「不友善技師」等語，顯見因該七位結構技師與建築師公會方面意見不同，公會遂主觀認定伊等配合不良，則從決議蒐集名單研議因應起，乃至於依據決議發函指明該七名技師為「不友善」以促使會員共同抵制，當係一項整體杯葛行為。況該公會嗣又發函會員要求「如有與該七位技師交易，應將收費作業情況通知公會」，該函目的據公會陳述係以「為瞭解會員與該七位技師交易來往是否有所改善或惡化，俾瞭解前開同年五月二十九日函之效果」，更足證該公會續有動作執行前開杯葛行為，核符公平交易法第十九條第一款「以損害特定事業為目的，促使他事業對該特定事業斷絕交易之行為」之要件。

B. 按建築法第十三條第一項規定，建築師受委託辦理建築物之設計或監造時，應就結構工程部分委託結構技師辦理。若建築師公會就特定技師影響會員選擇之自由，自足減損特定技師於結構技師市場上之競爭能力，從而有妨礙公平競爭之虞。據調查，建築工程結構設計酬金係由結構技師公會統一代收後轉付予受託技師，而由洪呈和等七名結構技師該年度高雄市結構技師公會登記之交易值顯示，被處分人 82 年 5 月 29 日之通函發出前四個月份（82 年 1 至 4 月），登記之交易值合計為新台幣一一、三六六、六三一元，該函發出後四個月份，即大幅滑落為一七八、二〇二元，是前開決議及通函，對於公會會員與結構技師間交易之影響，證諸該七名技師交易值之滑落，顯非無據，難謂無妨礙公平競爭之虞。

4. 評析

(1) 由前述違法案例中，可知杯葛之構成要件與事實行為之完成，皆相當符合，亦即杯葛係

由杯葛發起人以其既有的市場地位，發函給杯葛參與人，而收到信函之杯葛參與人基於平日與杯葛發起人所存有之高度依賴關係，在心理上及行為上爰遵照信函內容對特定事業執行杯葛行為。故杯葛行為之完成，必有杯葛發起人、杯葛參與人及被杯葛人等三方關係存在，行為模式有其共通性。公平會在事證之調查上，除對三方關係成立之認定外，尚須掌握到有無市場地位，始可認定有無違法。前述案例，均有相當篇幅載明被處分人之市場地位，執法標準相當一致。

- (2) 在公平會歷年來 9 件杯葛行為之處分案中，82 年發出第一件處分書（金石堂聖誕卡杯葛案），第九件處分書 85 年 11 月發出，迄今五年並未再有杯葛行為之處分案，究竟是否意味業界不再有杯葛行為，公平會已發揮執法成效，值得繼續觀察。

(二) 差別待遇（第二款）

1. 案例一：中國石油股份有限公司銷售航空用油差別待遇案。（81 公處字第〇一七號處分書）

(1) 案情摘要

永興航空股份有限公司（以下簡稱永興公司）係中國石油股份有限公司（以下稱中油公司）合約客戶，依合約規定，在指定機場加油為每公升新臺幣（下同）九元（航空燃油），然永興公司以臺中水湳機場為修護基地，用油量極為龐大，平均每月約十四萬公升，但中油公司在水湳機場並無加油設備，因此，永興公司必須在臺北以每公升十點六元之價格購買油單，自行至高雄提油，運至臺中水湳機場使用、儲存。永興公司以現金購油，油價卻每公升額外增加一點六元，再加計運費每月約十七萬元，平均每月油費及運費約多付四十萬元，（全年為四百八十萬元）造成公司極大損失，以現金在臺北市購買油單，至南部高雄提油，係先付款再提貨，價格反而較高。自行運油、自行儲存，對中油公司而言，減少臺中水湳設站之發貨，反而較貴。

(2) 法律適用情形

A. 中油公司雖辯稱水湳機場並無加油站，為供應永興公司取油，須另設置油灌裝臺設備，成本過高所致，再加上噴射機所加之油係最好的煤油級油品，客戶自提後其流向如何，不易掌握，為防其可能流用至油煤油市場，必須減少其流用誘因；惟本案高雄小港機場外之灌裝臺設備早於 64 年即已設置，然永興公司係自 70 年起使用該項設備提油，且依永興公司所提供 77 年至 80 年在小港機場外之購油數量，暨參照中油公司

所提供「高雄營業處航空供應站場外灌裝臺灌桶客戶統計表」，顯示永興公司四年來之購油數量僅占百分之六十一，故中油公司所設高雄小港機場外之灌裝臺設備，應非專為永興公司所設置，又有關顧慮被流用致抬高售價之說法，由中油公司來函中所示之說明，應知悉永興公司未有流用之記錄，故中油公司所為之差別待遇行為，難認有正當理由。

- B. 次查中油公司在航空用油上之差別取價行為，究有無妨礙公平競爭之虞，因目前國內供應航空用油者僅中油公司一家，故其具有市場優勢地位，毋庸置疑。復查永興公司與國內其他航空公司，如臺灣航空公司、大華航空公司、龍翔航空公司、復興航空公司間，均有航線重疊之競爭情形。又永興公司現有固定航線均以臺中為起點，而臺中與馬公航線又係永興公司主要營業航線，其主要客源來自苗栗以南嘉義以北，每天都有固定班機往返臺中與馬公，水湳機場之油量，占永興公司各航線油量百分之三十至四十，復依民航局分配永興公司之修護基地在臺中，故水湳機場對永興公司而言至為重要，而其所須之油量，因中油公司未在水湳機場設加油站而必須至高雄小港機場外自行提運，故中油公司以其市場優勢地位所為之前述差別待遇行為，顯已妨礙永興公司與其他航空公司間之公平競爭，而有違公平交易法第十九條第二款規定。

(3) 評析

- A. 本案國內供應航空用油者僅中油公司一家，故中油公司在油品市場屬獨占事業，應毋庸置疑，中油公司對永興公司之差別待遇行為，既經公平會認定違法，則應屬構成公平交易法第十條規定始為正當，惟本案卻僅認中油公司具有市場優勢地位，並以公平交易法第十九條論處。
- B. 在八十八年二月修法前，公平交易法第十條第二項，明文規定獨占事業應予公告，而公平會於八十二年曾公告獨占事業名單，並認為公告事業為獨占之行為已對事業之權利發生直接影響，故應屬行政處分。蓋事業一經依公平交易法第十條第二項公告為獨占事業後，其事業活動即受到同法第十條第一項之限制，若有違反，則有可能受到該法第三十五條之刑事制裁，故難謂對其權利不生直接之法律上效果。
- C. 本案中油公司之違法行為雖發生於被公告為獨占事業之前，但中油公司在當時是國內唯一之油品公司，自可於本案處分時，認定中油公司為獨占事業，並同時公告，而以

公平交易法第十條規範之，公平會當時未慮及此做法，逕以第十九條相繩，基於獨占與妨礙公平競爭之虞之行為之本質，在違法程度之認定及適用上，顯然不同，本案之處理，有待斟酌。

2. 案例二：台北市政府捷運工程局於土城線 CD267A 標限制投標廠商資格案（86 公處字○四○號處分書）- 本案為被行政院訴願會再訴願決定撤銷之案例

(1) 案情摘要

台北市政府捷運工程局（以下簡稱捷運局）於土城線 CD267A 標招標規範訂定投標廠商資格應具甲級營造廠，借土來源須符合「新竹以北地區政府所核發之土石採取證明文件」「有效期至八十五年六月」「總數量不低於八十萬立方公尺」「每一借土區之填土材料符合本工程材料規範要求之試驗報告證明文件」等參標資格，其後復訂有「詳細位置圖、水土保持計畫書」「土源擁有者之名稱、填土材料租賃權、採取權及借用協議書（須經法院公證或認證之協議書正本）」等規定。

(2) 法律適用情形（原處分理由）

捷運局於國內土木工程及捷運工程市場具市場地位及影響力，於土城線 CD267A 標招標規範訂定投標廠商資格具甲級營造廠，而其借土來源須符合「新竹以北地區政府所核發之土石採取證明文件」「有效期至八十五年六月」「總數量不低於八十萬立方公尺」「每一借土區之填土材料符合本工程材料規範要求之試驗報告證明文件」等參標資格，其後復訂有「詳細位置圖、水土保持計畫書」「土源擁有者之名稱、填土材料租賃權、採取權及借用協議書（須經法院公證或認證之協議書正本）」等補充規定，排除新竹以南、宜蘭、河川砂石、工程棄土及雜項執照等土源之使用，致符合本案規定之土源甚少，使參標者須取得郁佑土源始能參標，發生四家參標廠商取得同一土源情形，其中林記公司僅取得郁佑之單一區合法土源為七十五萬立方公尺，竟彈性認定郁佑土源已達一五○萬立方公尺，故林記公司為合格參標廠商，涉及以土源規定對投標廠商作資格限制及解釋，圖利特定廠商林記公司，對其他參標廠商為無正當理由之差別待遇行為，構成妨礙公平競爭之虞，有違公平交易法第十九條第二款不得對他事業為無正當理由之差別待遇行為；又捷運局未依公平會八十三年三月十六日(83)公處字第○二五號處分書改正不當限制投標廠商資格之行為，依公平交易法第四十一條後段規定，處以罰鍰新台幣五十萬

元。

(3) 行政院訴願會再訴願決定第一次撤銷理由 (台八十七訴字第○八三五五號)

本件捷運局涉及以土源規定對投標廠商作資格限制及解釋，圖利特定廠商林記公司，構成妨礙公平競爭之虞，有違公平交易法第十九條第二款不得為無正當理由之差別待遇行為，公平會命捷運局應立即停止並不得再為不當限制投標廠商資格之行為，固非無見。惟捷運局前因新店線 CH227 標不當限制投標資格，經公平會於八十三年三月十六日以(83)公處字第○二五號處分書認定其違反公平交易法第十九條第二款規定，命捷運局於收受該處分書之次日起，應立即停止並不得再為不當限制投標廠商資格之行為，公平會以捷運局於本件土城線 CD267A 標仍未依該會處分書改正不當限制投標廠商資格之行為，爰依公平交易法第四十一條後段規定，處以罰鍰新台幣五十萬元部分，雖據該會答辯，該(83)公處字第○二五號處分書理由已指出捷運局雖於該會調查後已實質改正行為，惟為警示其今後不得再為不當限制投標廠商資格之行為乃予以處分，且因招標有其決標、工程開始後難以回復之性質，該會(83)公處字第○二五號處分書即係針對捷運局同類型行為，避免其從事此行為時存僥倖心理，認該會僅會以公平交易法第四十一條前段規定處理，且(83)公處字第○二五號處分書處分時間為八十三年三月十六日，與本案不當招標限制之八十三年十一月，就工程而言屬時間密接，該會援引公平交易法第四十一條後段處以罰鍰，並無不合等語。惟查捷運新店線 CH227 標與土城線 CD267A 標係屬不同合約標案，二者得否認係同類型行為？固待斟酌。又公平交易法第四十一條後段所定之處罰，以經「限期」命其停止或改正其行為而「逾期」仍不停止或改正其行為者，始有其適用，本件土城線 CD267A 標倘未經訂有相當期限命其停止或改正其行為，如何認其逾期仍不停止或改正其行為而援引前開法條論罰？亦待研酌。再者，本件倘未先行命其停止或改正其行為，則原處分「繼續」命其停止或改正其行為，即失所附麗。

(4) 公平會第二次處分理由 (87 公處字一五九號處分書)

A. 鑑於商業行為之多樣性，公平交易法第四十一條所規定之「停止」，應包括課予被處分人立即停止現行之違法行為，以及使被處分人除去該行為引發之違法狀態，且要求被處分人嗣後不得實施該相同違法狀態之相關行為。而其所稱「改正」，應係課予被

處分人除去違法狀態之義務。此不但與該條文義相符，且若非如此解釋，則公平交易法第四十一條後段將無適用餘地；蓋就非持續性之行為而言，行為結束之後，法律所欲禁止者，絕非原來已經結束之行為，而係將來發生之同類行為。若被處分人被命停止之後，不顧法律對其不再為相同條款違法行為之期待，而再為同類行為，法律自有加以處罰之必要。否則，若將本條規定解釋為僅能命停止過去已經發生之行為，則行為既已結束，如何有停止之意義；此絕非立法原意。

B. 專就工程綁標之行為而言，公平交易法第四十一條所稱之停止違法行為，應包括命被處分人停止在不同招標案中之同類綁標行為。蓋工程有決標後難以回復之特性；同一招標案在發包之後，將來絕不可能再進行時間及內容完全相同之招標案。任何兩個招標案均有類似的可能，而無「同一」的可能；任何兩個違法行為，亦僅有「類似」的問題，而不可能「同一」。在工程招標的綁標案件中，若公平交易法第四十一條所稱命停止行為，限於命停止原來已經發生的綁標行為，則該綁標行為既已發生，命其停止，已無實際意義。故就工程綁標行為而言，所謂命停止違法行為，顯然係指命被處分人將來不得再就其他類似的招標案中，再為相同違法類型的綁標行為。否則，公平交易法第四十一條後段之處罰規定，對於連續為綁標行為之行為人，將無適用的機會。若將該條所稱之「停止」，解釋為限於停止原來之行為，顯將導致事業一再利用標案之不同，重覆實施已遭決議處分要求停止之行為，於目前工程弊案頻傳之情形下，將無法發揮嚇阻效果；將形成法律缺口，使公平交易法第四十一條後段之規定徒具形式。故不同招標案，於公平交易法之適用上，應依其事實，認定是否屬於同類型行為，以決定是否適用該法第四十一條後段之規定。

C. 捷運局曾因新店線 CH227 標招標不當限制投標廠商資格行為，違反公平交易法第十九條第二款之規定，經公平會八十三年三月十六日(83)公處字第○二五號處分書依同法第四十一條前段規定予以處分在案。查該處分對捷運局 CH227 標所作之處分主文，係要求捷運局「自處分書送達之日起『立即』停止不當限制投標廠商資格之行為」，該「立即」已有「限期」之意，「停止」亦有包括改正之意思。換言之，公平會對捷運局 CH227 標所作之處分，即為要求該局限期於收到處分書之日(限期)改正，並非僅要求該局「停止前項 CH227 標之不當限制投標廠商資格之行為」而已，以警示

捷運局今後不得再為不當限制投標廠商資格之行為。公平會(83)公處字第○二五號對捷運局 CH227 標處分書之理由三雖表示「於本會進行調查後已實質改正其行為」，係因該案進行處分前，捷運局主動函示「已刪除該項規定」，惟公平會仍予處分，並於理由三有上開表示；惟不表示該局爾後即不再犯。換言之，再犯仍可視為未改正。故捷運局復於同年十一月間之土城線 CD267A 標案間未有改正不當限制投標資格行為，係同屬不當限制招標資格之「同類型行為」。

- (5) 行政院訴願會再訴願決定第二次撤銷理由 (行政院台八十八訴字第二七二八○號再訴願決定)

關於原處分機關依同公平交易法第四十一條後段規定處以罰鍰五十萬元部分，查捷運新店線 CH 227 標與本案土城線 CD267A 標係屬不同合約案，且前者係以實績限制 而本案則係以土源限制為不當限制投標廠商資格之方法，二者違法類型應屬不同，得否以均係工程綁標案，即一概視為同類型之違規行為，容有再行研酌之必要。

- (6) 公平會第三次處分 (88 公處字一一六號處分書)

遵照行政院訴願會之再訴願決定僅認定捷運局違反公平交易法第十九條第二款規定，命自處分書送達之次日起應立即停止並不得再為不當限制投標廠商資格之行為。未再依公平交易法第四十一條後段規定處以罰鍰。

- (7) 評析

A. 本案之爭點在於「就同一事業前後不同之行為，違反公平交易法第十九條第二款之規定，是否可依同法第四十一條後段規定論處。」事實上公平會在中油公司對於不同航空公司所銷售之航空用油採用不同價格之差別待遇行為案後，又再發生中油公司因汽電共生設備蒸氣渦輪機合格供應廠商制度之差別待遇行為案時，即處理過類似之問題。由公平會未以第四十一條後段規定處分中油公司，顯係認前案命行為人停止其行為之內容雖非特定之單一行為，係屬抽象「航空用油銷售」之行為類型，惟因後案係屬不同之行為類型，縱使仍違反公平交易法第十九條第二款之規定，因不在前案命行為人停止其相同行為之範圍，故不以公平交易法第四十一條後段規範。

B. 本案公平會二次欲以公平交易法第四十一條後段規定處分捷運局，即本同一見解，認該局前後二次限制投標廠商資格之行為，已屬同一行為類型，故應加重處分。惟行政

院訴願會卻認為二次不同之標案，為不同之二行為，不得認係前行為之未停止而予以處分，顯見行政院訴願會對於公平交易法第四十一條之認定範圍較公平會嚴格。此見解之不同，可能也會出現在公平交易法第三十六條之規定，依修正前該條規定，違反第十九條規定者未停止者，處二年以下有期徒刑；而修正後之第三十六條規定，違反第十九條規定，經依第四十一條處分仍未停止或改正，或「停止後再為相同或類似違反行為者」，處行為人二年以下有期徒刑。在修正前，行政院訴願會之見解基於罪刑法定主義，不得任意擴張解釋，或仍有其立論，但行政院訴願會第二次撤銷公平會之處分時點，係在八十八年二月三日修法後，顯係未慮及公平交易法第十九條及第三十六條之關係，暨修正後公平交易法第三十六條之構成要件已經擴及，「停止後再為相同或類似違反行為者」亦應加以處分的實質變動情形。

3. 案例三：經濟部加工出口區管理處儲運服務中心差別待遇案（86 公處字第二一六號）- 本案為被行政院撤銷之案例

(1) 案情摘要

緣加工出口區管理處儲運服務中心（以下簡稱被處分人）被檢舉自八十五年九月一日起，以建立制度及使用者付費為由，對入區裝卸貨之外來車輛，分別徵收二百至七百元不等之場地使用費，造成區外運輸業者難以與儲運中心競爭。

(2) 法律適用情形（原處分理由）

查加工出口區保稅貨物運輸業務開放前，區內因僅由被處分人獨家經營運輸業務，故被處分人依據管理處之規定，自應繳納所租場地之全數土地租金，及地坪整修、清潔等費用。惟自系爭業務開放後，區外運輸業者因同樣入區使用該等場地，故系爭場地已非被處分人獨家使用。因此，被處分人依據所稱之「使用者付費原則」收取場地使用費，於理似難謂牽強。另查系爭場地使用費之標準，亦係經被處分人依據「國營事業管理法」，報請管理處核定後收取，故於法亦非無據。是本案有關係爭場地使用費之收取，似難謂不合理。惟據被處分人自承，前揭場地使用費僅向具有競爭關係之入區外車業者收取，對於被處分人無能力載運之貨物，而由外車業者入區運載者，並未予以收取。其間因之衍生差別待遇之疑義。按公平交易法第十九條第二款有關差別待遇之規定，係就事業無正當理由對其交易相對人，給予不同之交易條件為禁止。本案被處分人與區外運

輸業者除具有同業競爭關係外，另因其亦對該等業者收取服務費，故其間仍存有一般之交易之關係。按系爭場地使用費既係因「成本因素」及「使用者付費原則」之考量收取，理應就外車客觀使用場地之情形計收。且系爭費率應係管理處經酌相關成本因素後審定之。被處分人當應就場地之實際使用情形計收費用，並列帳核計收支，俾為年度盈餘繳交國庫之依據；惟本案被處分人卻逕依其載運之可能性，片面決定其收費之對象。是其收費之方式顯與辯稱之成本考量、使用者付費原則相左，並已造成僅有與其存有競爭關係之外車業者，始須繳納場地使用費之差別待遇情事。另按場地使用費既係基於成本考量，依據「使用者付費」之原則收取，自應由所有使用業者共同負擔；惟本案被處分人卻恃其主事之地位，主觀選定對象收取費用。按此舉無疑致使系爭成本、費用之計算、分攤基礎模糊，進而影響被處分人與同業間之競爭關係。綜此，被處分人之系爭差別待遇行為顯非具有正當理由，並有影響公平競爭之虞，故已違反公平交易法第十九條第二款之規定。

(3) 行政院撤銷原處分之理由（行政院八十八年度判字第三八九三號判決）

原告依外車載重量大小，推算其占用面積大小及使用土地、設備之時間長短，作為訂定場地使用費之標準，並報請其主管機關經濟部加工出口區管理處核備，似非全無客觀計價之標準。且據原告及經濟部加工出口區管理處所陳報資料，原告八十五、八十六年間每年須向主管機關繳付一千二百餘萬元以上之土地及設備使用費，而原告於八十六年間向外車收取之場地使用費為一百三十七萬元，僅占前述費用之百分之十一，又原告自行承運之貨量占保稅貨物運輸量之百分之五十三，外車承運之保稅貨物量為百分之四十七，如屬非虛，則原告向外車運輸業者，依車輛大小收取二百至七百元場地使用費，自成本分擔，市場供需等情形以觀，是否為無正當理由，不無斟酌餘地。又依原告報請其主管機關核備之車輛外僱要點第六點載明：外僱運費最高為基本運費之百分之九十，據原告訴稱其向協力廠商所收取基本運費之百分之十，涵蓋場地使用費在內，如其所述，則原告之協力廠商是否享有免交場地費之差別待遇，均有待進一步斟酌。

(4) 評析

A. 本案爭點在於原告之協力廠商是否享有免繳場地使用費之差別待遇，據原告訴稱其向協力廠商所收取基本運費之百分之十，即涵蓋場地使用費在內；惟查原告於八十六年

十月十四日函復自承：僅向具有競爭關係之入區外車業者收取場地使用費，對於原告無能力載運之貨物，而由外車業者入區載運者，並未予以收取，是其前後說詞似有扞格。

B.因原告的協力廠商是否擁有免繳場地使用費的差別待遇，前後說詞並不一致，原告向行政法院主張向協力廠商所收取的基本運費百分之十是含蓋場地使用費在內，但原告八十六年十月十四日函復自承僅向具有競爭關係之區外車輛收取場地使用費，行政法院採納其主張而撤銷本案，撤銷理由之基礎不是法律適用錯誤，純屬事實認定的問題。

4. 案例四：中國鋼鐵股份有限公司被檢舉拒絕販售沉澱細焦碳屑等副料產品給檢舉人 - 本件係被行政法院撤銷之案例

(1) 案情摘要 - 公平會不處分

緣旭勇實業股份有限公司（以下簡稱旭勇公司）暨金盈工業股份有限公司（以下簡稱金盈公司）等係以高爐煉鋼所生之沉澱細焦碳及細焦碳屑等副料加工製成無水焦粉（即煉鋼用之增碳劑）為業，原與生產系爭原料之中國鋼鐵股份有限公司（以下簡稱中鋼公司）有交易關係。原告之一金盈公司前曾於八十三年五月十八日檢舉中鋼公司，於七十九年第四季以簽約方式將系爭全數料源供應予其子公司—中鋼碳素化學股份有限公司（下稱中碳公司），迫使原告等民間業者無法取得系爭料源，涉有違反公平交易法，嗣又協同另一原告旭勇公司以渠等又遭中鋼公司以「暫無餘量」拒絕供貨之事實主張為新事證，再次提出檢舉。經公平會函復略以：原處分調查結果就系爭拒絕交易行為所掌握之事證，僅及於中鋼公司為確保其本業產銷順暢、國營事業設廠限制等考量所為之變更交易對象安排，尚無中鋼公司透過拒絕交易行為用以從事不法意圖獨占下游市場，或維持轉售價格、遂行垂直非價格限制及濫用優勢地位協助子公司排除競爭對手等事證，因認尚難逕推定中鋼公司係為遂行不當目的，並據論以違法。

(2) 行政法院撤銷理由

A.中鋼公司為國內唯一之高爐煉鋼業者，在國內市場具有特殊市場地位。

B.中鋼公司於被調查時陳稱於七十七年籌劃煤焦油處理工廠設立中碳公司，後者主要經理人員均由前者借（轉）調，且一再訴願決定均稱事業將商品分售予多數客戶，或專售予具有控制關係之子公司，何者較得降低事業經營風險，在學理及實務上尚無定論。

- C. 中碳公司為限制轉售價格及不正當限制交易相對人事業活動為條件而與其交易之行為，違反公平交易法事件，公平會曾予處分。國內無水焦粉市場，除少數用戶進口自用外，僅中碳公司產製，其經銷商如旭勇公司、金盈公司等則為其潛在競爭對手。中碳公司於前述案件之經銷條款中約定「如乙方進口冶金焦炭自行或委託人加工生產無水焦粉，甲方得不經催告終止本合約」有生阻礙前稱潛在競爭者加入無水焦粉產銷之效果，有限制國內焦粉市場競爭之虞。再者，原處分載明中鋼公司於七十九年第四季將系爭副料悉數改售予子公司中碳公司，暨八十四年七月五日所為之系爭副料拒絕交易之行為，確生系爭副料之下游加工業退出市場暨減損市場競爭情事。而原告旭勇公司、金盈公司原與生產系爭副料之中鋼公司有交易關係，中鋼公司將系爭副料全數售予中碳公司，有可能致原為中碳公司競爭對手之原告旭勇公司、金盈公司成為中碳公司之經銷商，即有可能使原告退出市場。故是否能謂其不知情，而無濫用優勢地位協助子公司中碳公司排除競爭對手之意圖，頗值商榷。
- D. 本案中鋼公司以內部化處理方式穩定系爭料源去化，且為避免國營事業設廠需經立法院核准所生緩不濟急之不利影響，改採委由子公司代行前揭內部化之行為，似有規避立法院核准之嫌，可否謂為正當理由，亦值商榷。

(3) 評析

- A. 本案核心部分在於一個獨占業者拒絕交易本身是否具可歸責性，有否違反公平交易法規定，按獨家交易安排倘非作為反競爭之目的行為，或以之排除下游關係企業之競爭者，俾實現其獨占市場之意圖，則尚難逕論以違法。本件中鋼公司原是將系爭產品賣給外面公司，現在自己成立子公司自己處理，不管其所持理由是環保或是原料可以進口等，事實上已經向下垂直延伸其事業，自己也進到下游，因其本身可以往上往下連鎖，擴張其事業，故如果其所生產之副料產品，自己公司都不夠用了，當然就無法再賣給外面公司，考諸系爭產品的性質及替代性等問題，經綜合其行為目的及動機論結，其行為本身並不在於競爭市場交易相對人之排拒，或利用此一行為鞏固其獨占地位，實很難認定其有違反公平交易法規定。
- B. 行政院撤銷本案之理由，係認中鋼公司有協助其子公司排除競爭對手之意圖，惟中鋼公司與中碳公司雖為母、子公司，且存有人員轉(派)任關係，然仍分屬不同的法

人，且具有獨立之事業經營權，公平會於受理之第一件檢舉案時，雖查獲中碳公司之反競爭行為，然未查獲中鋼公司涉有介入或知悉中碳公司之系爭反競爭行為，且其間並未取得金盈公司與旭勇公司遭中鋼公司拒絕供料之具體事證，似難認子公司之違法行為，可課予母公司違法責任，或即推論母公司有協助子公司排除其水平競爭對手之意圖。

C. 另行政院質疑國營事業設廠，有規避立法院監督之嫌，不能視為正當理由乙節，應屬行政監督責任問題，尚與本法判斷系爭行為有無涉及反競爭目的，及排除下游市場競爭之意圖等規範有別。

(三) 不當爭取交易相對人 (第三款)

1. 案例一：保祥股份有限公司以低價搶標案 (81 公處字第○○四號處分書)

(1) 案情摘要

臺灣省物資局 (以下簡稱物資局) 前受臺灣省政府衛生處 (以下簡稱衛生處) 之委託辦理四萬劑基因重組 B 型肝炎疫苗之採購事宜，決標後，由保祥股份有限公司 (以下簡稱保祥公司) 以零點一元標價得標。

(2) 法律適用情形

本件保祥公司以僅零點一元報價，並另贈二萬元救濟基金參與競標，究其採此種非實質價格方式競標之主要用意，應係在取得第一次基因重組 B 型肝炎疫苗之供應權。保祥公司雖主張其旨在贈送，且其為贈送之決定乃知悉檢舉人亦要贈送，惟對此該公司僅提出其母公司保生公司擬贈送四萬劑「默克」基因重組 B 型肝炎疫苗之文件，並未提出其他有關檢舉人亦要贈送之具體資料加以佐證，仍難予採信。又查關於 B 型肝炎疫苗是否可以混用，目前雖有部分醫學報告顯示 B 型肝炎疫苗第一代與第二代可以混用，或不同廠牌之疫苗亦可以混用，然客觀上或使用者心理上能否混用仍未定論，鑑於該商品具有之特殊性，即同一嬰孩注射第二代 B 型肝炎疫苗需分零、一、六個月共三次施打始完成，保祥公司以總價零點一元之非實質價格方式競標取得第一次供應權，無非以搶標方式爭取日後供應之優勢地位，故其行為目的顯在以此方法使競爭者之交易相對人與自己交易，妨礙他事業參與競爭，已違反公平交易法第十九條第三款「以不正當之方法，使競爭者之交易相對人與自己交易之行為。」規定。

(3) 評析

- A. 本案係公平會針對公平交易法第十九條第三款所為的第一個處分案例，故指標之意義特別深遠。
- B. 保祥公司以 0.1 元的低價搶得第一劑 B 型肝炎疫苗之供應權，就其商品特性、替代性之有無、以及保祥公司欲取得日後二劑 B 型肝炎疫苗供應權之意圖等綜合判斷，與公平交易法第十九條第三款「以不正當之方法，使競爭者之交易相對人與自己交易之行為」之構成要件明顯該當，堪稱典型之不公平競爭案例。

2. 案例二：自由時報舉辦「回餽讀者 5 億元連環大贈獎」活動利誘案。(83.10.12)

(1) 案情摘要

自由時報企業股份有限公司(以下簡稱自由時報)自八十三年五月二日起至十月三十一日止，舉辦「回餽讀者五億元連環大贈獎」活動。其活動辦法如下：於活動期間訂閱一年期自由時報一份，預繳報費二〇四〇元，取得預繳報費專用收據兩張(專用收據限量五十萬份發行，號碼由 000000 至 999999)。對獎辦法及獎項：每張專用收據有三環抽獎機會，重複中獎可重複領獎。獎品有 March 汽車、12 盎司楓葉金幣、手錶、獎金二萬元、獎金二十萬元、獎金五十萬元、保時捷跑車、瓏山林社區獨棟別墅乙棟(市價約三千萬元)。

(2) 法律適用情形：不處分

- A. 按公平交易法第十九條第三款所稱「利誘」，係指事業不以品質、價格及服務爭取顧客，而利用顧客之射倖、暴利心理，以利益影響顧客對商品或服務為正常之選擇，從而誘使顧客與自己為交易行為；另鑑於事業假變相贈獎促銷活動為名，而謀取不當利益，自由時報舉辦此次活動，其所提供之最高中獎獎額或全部中獎總獎額而言，均較該報前二次所提供者為高且鉅，若再分別對照訂戶之支出與該報之去年度營業淨額而言，其所占比例，可說明顯偏高，有構成「利誘」之虞。
- B. 惟考量自由時報在報業市場中發行量及(或)廣告收入之占有率及地位，並斟酌報業市場之產業特性及目前市場競爭狀況，自由時報此次之贈獎促銷行為似尚難適用公平交易法第十九條「妨礙公平競爭之虞」。

(A)就市場結構觀之：自由時報之市場占有率約為 1.96%，比上(83)年之 0.82%僅提高

約 1.14%。

(B)就報業發行量占有率觀之，據公平會所取得國華廣告公司之統計資料，該報之占有率約 6.37%，比上年之 5.31% 僅提高約 1.06%。另據公平會調查及估計，該報之發行量占有率約為 9.35%，比上年之 8.26% 僅提高約 1.09%。

就此觀之，自由時報之報紙廣告市場占有率，雖經該報連續兩年舉辦贈獎促銷活動而有所提升，惟就廣告收入營業稅籍資料所作統計，自由時報之市場占有率僅為 1.96%，比之於聯合報、中國時報之市場占有率而言，似尚不具有相當之市場地位。

3. 案例三：自立晚報社股份有限公司贈獎活動違反贈獎原則案（84 公處字第一六六號處分書）

(1) 案情摘要

自立晚報社股份有限公司（以下簡稱自立晚報）84 年 4 月 20 日起舉辦增張改版回饋讀者贈獎大活動中，宣稱贈獎總額為二億元。活動辦法為活動期間凡訂閱一份自立早報或自立晚報，並預付 3600 元，自立報系即贈送一張可對獎二億元總獎額活動之彩券。

(2) 法律適用情形

A. 按事業所提供贈品或贈獎之價值過高，將有阻礙潛在競爭者進入市場之弊，故事業辦理贈獎，其全年贈獎總額之上限如下：上一會計年度之銷售金額在新台幣十億元以上者，為新台幣二億元；上一會計年度之銷售金額超過新台幣二億五千萬，未滿十億元者，為銷售金額的五分之一；上一會計年度之銷售金額在新台幣二億五千萬元以下者，為新台幣五千萬。違反者即屬構成公平交易法第十九條第三款。

B. 查自立晚報於 83 年銷售金額為新台幣七億一千七百四十八萬六千六百二十四元，換算自立晚報 84 年得舉辦贈獎總額之上限應為一億四千三百四十九萬七千三百二十四元八角。自立晚報本次贈獎促銷活動於各項平面廣告文宣所刊登之贈獎活動，其贈獎總額自稱為兩億贈獎，如依其宣稱獎額與獎品之價值乘積合計，則為兩億九千六百四十一萬二千元，另依其自行計算之取得成本，則為一億九千三百七十三萬八千八百元。不論採何種計算方法，本次贈獎總額顯以利誘之方法使競爭者之交易相對人與自己交易，而有妨礙公平競爭之虞。

(3) 評析

A. 前述二案皆係報社贈獎活動案，但二案是否違法之認定標準並不相同，造成前述自由

時報案例不違法，但自立晚報案例卻違法的主要原因，乃在公平會於 84 年 1 月訂定「行政院公平交易委員會處理贈品贈獎促銷額度案件原則」，以具體之贈獎額度來判斷事業之促銷活動是否已構成利誘。爾後對於事業之促銷活動是否違法，咸依該原則所訂標準予以衡酌。

B. 姑不論此贈獎處理原則之妥適性，該原則之訂定使公平會在贈獎活動案例之審理上，極為省事、一致，但也明白宣示該會對於公平交易法第十九條第三款之執法尺度已經變更，在自由時報案例中，除須就 5 億元之贈獎總額，是否已達利誘之程度考量外，如要以公平交易法第十九條第三款相繩，仍應就個案在市場結構、發行人判斷有無「妨礙公平競爭之虞」；反觀自立晚報案例，僅就贈獎總額過高，構成利誘，即已認定違法，究竟何者為當，鑒於各國對於贈獎活動是否規範，因國情之不同而有差異，故目前公平會以處理原則來定紛止爭，也許不失為因應國內事業促銷活動之權宜措施。

4. 案例四：美商博登公司新加坡分公司及瑞士商吉時洋行股份有限公司以不正當之方法使競爭者之交易相對人與自己交易案（85 公處字第○○四號）- 本件係被公平會訴願會撤銷之案例

(1) 案情摘要

博登公司及瑞士商吉時洋行股份有限公司台北分公司（以下簡稱被處分人）不斷以所謂四種版本「真相快報」1、2、3、4，向不特定公眾散發，且於八十三年十二月十八日、十九日刊登於聯合報，於真相快報 1 稱「紐西蘭奶粉大部分以 25 公斤袋裝進口台灣，主要用於工廠機構、以及其他食品加工業。豐力富奶粉只占紐西蘭奶粉進口的一部份」及「40 年來，克寧奶粉只提供台灣家庭健康飲用，絕無其他用途」，「真相快報 3」稱「克寧奶粉是台灣的第一品牌，深得台灣二千萬人中大部分消費者之偏愛與信賴。豐力富奶粉在紐西蘭雖獲得好評，但紐西蘭人口僅三百萬」。

(2) 原處分理由

查被處分人真相快報 1 中刊稱「紐西蘭奶粉大部分以 25 公斤袋裝進口台灣，主要用於工廠機構、以及其他食品加工業」，及「豐力富奶粉只占紐西蘭奶粉進口的一部份」，該廣告用語雖未直接指明豐力富奶粉係以 25 公斤袋裝進口台灣，惟豐力富奶粉來自紐西蘭，依客觀上觀察，該廣告用語極易引人誤認豐力富奶粉亦有以 25 公斤袋裝進口台灣，而事實上豐力富奶粉並無以 25 公斤袋裝進口台灣，故該廣告顯有引人錯誤之處。

又該廣告接著又稱「40年來，克寧奶粉只提供台灣家庭健康飲用，絕無其他用途」，更凸顯兩者奶粉用途之不同，及品質上之差異。再者，該廣告復以近三分之一版面之醒目鮮紅「買奶粉別上當」為大標題，更令消費者對豐力富奶粉產生懷疑，以達貶損之效果。而本案被處分人之克寧奶粉 依據加拿大商尼爾遜股份有限公司台灣分公司調查顯示，一九九三年一月、一九九四年一月及一九九五年一月於台灣地區（罐裝）全脂奶粉市場占有率分別為 53.0%、47.8%及 50.2%，另據本會統計室提供以脫脂及全脂奶粉為特定市場之 82 年及 83 年市場占有率情形，吉時洋行為 23.45%及 19.8%，顯見被處分人不僅具有優勢地位，加以行銷販賣場所極廣遍布全省，故其以前述「買奶粉別上當」之廣告用語貶損檢舉人奶粉品質之行為，足以妨礙公平競爭，且被處分人於廣告中一再刊稱克寧奶粉是罐裝、全脂、即溶全脂...等的第一品牌，相對稱紐西蘭奶粉為工業用、食品加工用...等，亦在強烈訴求消費者排斥購買豐力富奶粉，而應選擇被處分人之克寧奶粉，核符以其他不正當之方法，使競爭者之交易相對人與自己交易之行為，已違反公平交易法第十九條第三款之規定。

(3) 公平會訴願會撤銷理由

- A. 按公平交易法第十九條第三款明定，以脅迫、利誘或其他不正當之方法，使競爭者之交易相對人與自己交易之行為，而有妨礙公平競爭之虞者，事業不得為之。其所規範之行為態樣既係事業以脅迫、利誘或其他不正當方法，獲取不當之交易機會，因之，「其他不正當方法」係指與脅迫、利誘本質相類似或惡性相當之不正當手段與方法，亦即其他不正當方法須與脅迫、利誘同樣能強制或促使交易相對人與該事業為交易行為，或扭曲交易相對人之選擇，始符合公平交易法第十九條第三款之構成要件。
- B. 查系爭比較性廣告內容「紐西蘭奶粉大部份以 25 公斤袋裝進口台灣，主要用於工廠機構、以及其他食品加工業。豐力富奶粉只占紐西蘭奶粉進口的一部份。」，以及「40年來，克寧奶粉只提供台灣家庭健康飲用，絕無其他用途」，縱表達方式可能造成貶損豐力富奶粉之效果，或涉不公平競爭，但是否得據以認定與『脅迫』、『利誘』相當惡性之『其他不正當方法』，則尚待斟酌。
- C. 次查系爭廣告縱有使消費者排斥豐力富奶粉之虞，然國內奶粉市場尚有相當多品牌（安佳、雀巢、菲仕蘭、味全等）供消費者選擇，似無法推定消費者不購買豐力富奶

粉，即會購買克寧奶粉，故系爭廣告與交易相對人是否購買訴願人之產品似不當然具有因果關係，其是否符合公平交易法第十九條第三款『使競爭者之交易相對人與自己交易』之構成要件，非無研酌餘地。

(4) 評析

- A. 本件係比較廣告違反公平交易法第十九條第三款之首例，可是公平會訴願會自行撤銷的結果，則比較廣告是否可論以公平交易法第十九條第三款規定，不無疑義。
- B. 本案公平會原處分係認比較性廣告在涉及干預他人交易關係，且對受害人之具體法益產生實質損害的狀況下，屬於商業侵權中的一種行為態樣，自可適用公平交易法第十九條第三款之規定。惟公平會訴願會則主張公平交易法第十九條第三款之行為態樣有三，即「脅迫」、「利誘」或「其他不正當之方法」，以比較廣告之方式為「脅迫」或「利誘」之行為，事實上較難想像，故能適用者僅有所謂「不正當方法」，而此一不確定之法律概念應作何解釋，謂「應指與脅迫、利誘有共同本質之手段而言，不能漫無範圍地擴張解釋」。
- C. 綜上，由於比較廣告性質上屬於不正競爭之範疇，將具有違法性之比較性廣告論以公平交易法第十九條第三款是否適宜，固有不同見解，且公平會所訂「比較廣告違反公平交易法一覽表」中亦明載有比較廣告違反第十九條第三款之類型與要件，故除非將來執法政策上將第十九條第三款之「不正當方法」限縮解釋為與「脅迫」、「利誘」同其本質之行為（惟何謂與脅迫、利誘同其本質之行為，亦有待個案認定），並對前揭一覽表中有關第十九條第三款之部分，予以檢討修正，否則具有攻擊性、利誘性之比較性廣告，就目前之理論及實務而言，仍不排除在個案上可適用公平交易法第十九條第三款之可能。

(四) 迫使參與限制競爭行為（第四款）

1. 案例一：屏東地區砂石價格上漲及一律由特誠企業股份有限公司銷售案（81公處字第○○三號處分書）

(1) 案情摘要

特誠企業股份有限公司（下稱特誠公司）81年3月初，提供數目不詳之「保證金」予高雄縣旗山地區及屏東里港地區碎石採取業者，要求採取業者除原供應長期客戶外，

所餘碎石現貨交由特誠公司統銷。

(2) 法律適用問題

事業不得以脅迫、利誘或其他不正當之方法，使他事業不為價格之競爭、參與結合或聯合之行為，而有妨害公平競爭之虞，公平交易法第十九條第四款定有明文。查特誠公司意圖壟斷南部地區現貨碎石市場，提高碎石價格而以保證金、補償金及高於市價之價格等方法，誘使他事業將所有現貨供應其銷售。又里港、旗山地區所產碎石占南部市場供應九成以上，參與特誠公司協議之廠商即占里港、旗山地區產量之大部份，實已妨礙市場公平競爭。

2. 案例二：國內雷射唱片業者聯合漲價案（82公處字第○六八號處分書）

(1) 案情摘要

82年7月間，寶麗金唱片股份有限公司、福茂唱片音樂股份有限公司、科藝百代股份有限公司、博德曼股份有限公司、滾石國際有限公司、寶聲唱片有限公司等雷射唱片及錄音帶發行業者（下稱被處分人），於82年7月9日邀集台北地區之唱片中盤商及主要零售商，商討市售各廠牌雷射唱片及錄音帶之市場價格問題，並訂定最低零售價建議表，決定由與會之零售業者自82年7月19日開始實施。當日與會之零售業者其後均接獲一紙價格表之傳真文件，各零售業者原售價較該表所載價格為低之產品，均從82年7月19日起依該價格表所列價格調漲或以稍高於該價格表之價格出售，若原售價較表上所載價格為高者，則未調漲。

(2) 法律適用情形

A. 參與該次聚會之中盤商或零售商均稱係唱片公司人員通知聚會，有調查筆錄為證；再證以參與該次聚會之人員包括台北市區主要中盤商及零售商負責人，中盤商間雖偶有聯絡，然零售商間，因同行競爭激烈，平常幾乎少有往來，自難出面邀集此次聚會。另被處分人到會之陳述，亦自承因零售商間競爭相當激烈，為免對唱片公司造成困擾，乃由發行公司出面召集此次聚會，俾與零售商一個合理的建議售價。足證被處分人等有籌劃此次聚會及訂定市場價格之行為。

B. 當日與會之零售業者其後均接獲一紙價格表之傳真文件，各零售業者原售價較該表所

載價格為低之產品，其售價均從 82 年 7 月 19 日起依該價格表所列價格調漲或以稍高於該價格表之價格出售，若原售價較表上所載價格為高者，則未調漲。顯見該價目表所載價格實為對零售業者售價之最低限制，而該價目表即係當日協調市場價格之結果，以及零售業者隨後之調漲售價，並非基於反映市場供需，而與該次聚會，具有密不可分之關係。以上事實，足證被處分人等六家唱片發行公司，確有挾其市場地位，召集中下游業者訂定最低售價，促使下游零售商不為價格競爭之行為，此項行為已符合公平交易法第十九條第一項第四款「以脅迫、利誘或其他不正當方法，使他事業不為價格之競爭」之構成要件。

3. 案例三：蔡旺成君（即你會紅冷飲店）促使台南縣、市 KTV 漲價案（87 公處字第一二六號處分書）

(1) 案情摘要

蔡旺成君（即你會紅冷飲店）假台南縣、市 KTV 聯誼會之名義，對 KTV 業者為漲價建議之通知，構成以不正當方法使他事業參與聯合之行為，違反公平交易法第十九條第四款規定案

(2) 法律適用情形

A. 查本案受訪業者咸表示春節前曾接獲台南縣、市 KTV 聯誼會電話或傳真，通知春節期間雙倍收費事宜，而聯誼會總幹事林君亦自承曾製作傳真賀卡向會員拜年，是關於林君曾致電或傳真予業者乙事，應為屬實。雖林君表示其在業者之詢問下，僅建議加倍收取清潔費用，至包廂費用之部分係請業者自行考量調整，然而此等說詞有避重就輕之嫌，況清潔費用亦為業者收費之一部，是建議業者加倍收取清潔費用之結果，仍將可能影響總收費價格之變動。

B. 本案系爭傳真通知之內容，係在指示、建議台南地區 KTV 業者於春節期間漲價為雙倍，促使業者為價格調整，洵堪認定。雖因各業者原本之定價即有差異，致加倍後之價格可能各有不同，但究其行為目的，不外企圖藉系爭通知，引起業者間為一致價格調漲幅度之合意、或實際上之配合調價行為。易言之，行為人欲藉此引發業者為聯合行為之合意、或造成市場上產生等同聯合行為之實際效應。按系爭通知內容固未附有強制力措施，表面上不具約束力，惟仍不無可能產生實質影響效果，令業者遵循漲價

雙倍之建議，有引發聯合行為之虞；且據調查結果，亦可知確有業者因此而為雙倍收費之決定。從而，可認為系爭行為已有干涉業者之價格決定過程、而使 KTV 市場之自由競爭機能受到妨礙之虞。

(3) 評析

- A. 公平交易法第十九條第四款規定，事業不得以脅迫、利誘或其他不正當之方法，促使他事業參予結合或聯合，經查公平會有關該條款之處分案，皆為促使他事業參予聯合行為之案例，尚乏促使他事業參予結合之案例。另本條款在實務運作上，與聯合行為之關係至為密切，在證據之認定上也易造成究竟要以公平交易法第十四條聯合行為加以規範，或以同法第十九條第四款加以規範之疑義。
- B. 但從二行為之構成要件以觀，事業與被促使事業間不論為水平競爭關係或垂直競爭關係，皆有公平交易法第十九條第四款規定之適用。在事業與被促使事業間具有水平競爭關係的情形，當發起聯合之事業使用脅迫、利誘或其他不正當之不公平競爭方法，企圖（意圖）達成（水平）聯合行為，即構成第十九條第四款之違反，惟單純之提議行為及通知合意內容之行為，尚不該當第十九條第四款之「不正當方法」。發起聯合行為之事業使用脅迫、利誘或其他不正當之不公平競爭之方法，企圖使其他具有水平競爭關係之事業達成聯合行為時，該發起事業應同時構成第十四條與第十九條第四款之違反。按「使他事業『不為』價格之競爭」，並非「使他事業『互不為』價格之競爭」，故該被促使之他事業間並無聯合行為之合意，否則，則屬促使聯合行為之類型。故對於同一被促使事業，理論上將無同時構成「使他事業不為價格之競爭」及「與他事業共同為聯合行為」之情形。至於「使他事業不為價格之競爭」，究何所指，不無疑義，依公平會目前處理案例，似已將其作為促使他事業參與聯合行為而未遂（尚未達成合意）之處罰規定，而未審酌被促使事業所處之市場地位，又第十九條第四款所指「聯合」，不限指第七條聯合行為之既遂犯，亦不論該聯合行為是否事後經許可等情形，事業以不正當方法促使他事業參與之，本身即值得非難，皆得課予第十九條第四款責任。第十四條與第十九條第四款行為人之主觀意圖與目的，應有不同。對於「其他不正當方法」之解釋，宜採較嚴格之具有高度商業倫理非難性之解釋方向，單純之提議及寄發通知，不屬之。而有關聯合行為之管制，仍應回到公平交易法第七條、第

十四條之適用。

(五) 不當獲取他事業營業秘密 (第五款)

在公平會七十九件有關公平交易法第十九條之處分案中，本款是唯一沒有處分案件之條款，故以下所摘二件案例係不處分案

1. 案例一：路透社檢舉國內廠商以不正當方法詐 (竊) 取路透社之資訊轉售並削價競爭案

(1) 案情概述

路透社係英國一經營國際金融資訊業之跨國企業，其營業項目包括發布一般新聞、財經新聞、金融報價、租售為接收資訊之必要設備與資訊系統，及電視新聞代理服務等，在本案中路透社係提供一種稱為「螢幕貨幣行情服務」(Monitor Money Rates Service "Money 2000")之商品，其透過電腦終端機螢幕提供客戶二十四小時最新的貨幣、貨幣商品及金銀交易價格。路透社發現有國內廠商竊取資訊並削價競爭之行為，路透社經查獲特定竊取其資訊之對象後，除發現渠有一些數據機及資訊傳播設備外，並藉進行中斷資訊及輸入錯誤資料之測試並予列印，在專家證人之前分別採用直接比較測試、中斷資訊測試、輸入錯誤資料測試等方式，查獲被測試對象出現相同或類似之資訊。

(2) 法律適用情形：不處分

本件檢舉人路透社所提供之人證物證如已足堪認定被檢舉公司以不正當方法取得路透社之金融資訊，並對外招攬客戶，而此一金融資訊係路透社花費鉅額蒐集取得，固然市場上銷售之商品具有公開性，但本案中當事人於契約中約定未經同意不得任意將該資訊轉給他人使用，從而第三人在未與路透社簽約之前即無從獲得該項經蒐集整理之資訊，亦無從知悉該資訊內容，此種特定人始能知悉及使用之商品即具有相對秘密性。況且是否具有秘密性本即為一種相對概念，因此本案中路透社所提供之金融資訊即屬事業產銷機密之範圍。被檢舉人未與路透社簽約而以不正當方法取得資訊，並以較低價格銷售，已妨礙金融資訊服務業之公平競爭，違反公平交易法第十九條第五款規定。但因在路透社所提供之人證物證證據力不充分之情形下，尚難認定違反公平交易法，故不予處分。

2. 案例二：某電腦公司販售美國進口商情資料，是否違反公平交易法案。

(1) 案情摘要

公平交易法第十九條第五款所規範者，係產銷機密及營業秘密資料。惟經查該電腦公司所販售之美國進口商情資料，係自美國 JOC 公司購得自海關進口提單磁帶。而該項磁帶係經美國政府公布，而查得進口商名稱、地址等資料之 Directory of American Importers And Exporters，亦屬一般公開書籍，故該電腦公司販售之商情資料，非屬公平交易法第十九條第一項第五款所規範之產銷機密、營業秘密。

(2) 評析

A. 公平交易法第十九條所規範之六種行為態樣中，僅本款沒有處分案例，檢舉案亦少，筆者以為有二主要因素，即營業秘密之認定有實質上之困難，以及以「不正當方法」獲取營業秘密的採證，在現行公平會的定位為行政機關，並無司法調查權之情形下，甚難取得直接證據。在路透社案中，雖然公平會已竭盡調查之能事，除一般之調查程序外，並邀集專家證人，提供專業鑑定意見，最後卻仍囿於無法破除沒有直接證據證明被檢舉人有竊取行為之狀況下，而未予處分。

B. 另有關營業秘密之範圍，在主管機關之實務認定上，如果過嚴，可能會肇致無法執行之窘境。事實上，營業秘密之定義，係指產銷機密、交易相對人資料、或其他有關技術秘密之行為。則該項秘密，在客觀上應對事業具有經濟上之價值，亦即事業由於擁有該項營業秘密，致較競爭者具有更強的競爭能力。在主觀上，事業之所有人必對該秘密有保密之意思，甚至更採取適當的保密措施，以防止他人獲悉該項秘密之內容。

(六) 不正當限制交易相對人事業活動 (第六款)

依公平交易法施行細則第二十五條規定，本款所稱限制，指搭售、獨家交易、地域、顧客或使用之限制及其他限制事業活動之情形，而在公平會就本款所處分 28 件處分案中，則以搭售之案例最多。

1. 案例一：得利影視股份有限公司銷售 VCD 搭售案 (89 公處字第○七八號處分書)

(1) 案情摘要

得利影視股份有限公司 (下稱被處分人) 銷售 VCD (影音光碟) 時，以套裝組合、甚至要求併予購買不同製片商影片之方式銷售而未提供交易相對人合理之單支選購機會。

(2) 法律適用情形

- A. 按 VCD、DVD、錄影帶等影音產品具有著作權物之不可替代之商品特性，且在現行實務上，影音產品發行業者多係取得上片商之獨家代理權，出租業者除與發行業者或其代理商、經銷商交易外，尚難透過其他合法管道取得完整充足之片源，因此發行業者相對於出租業者而言，係擁有排他之強勢經濟能力，雙方市場力量並不對等。若發行業者挾其優勢之競爭能力及市場地位，於出租業者欲購買某些影音產品時，要求必須同時購買其他產品、而禁止出租業者選擇影片內容或數量，否則即拒絕交易，可能造成出租業者在顧及片源完整性、迎合消費者需求之壓力下，被迫購買不需要之影片並增加營運成本負擔，不但剝奪出租業者之交易選擇自由，也對其他發行業者造成不公平競爭之情事，將構成妨礙公平競爭之虞之搭售行為，而違反公平交易法第十九條第六款之規定。
- B. 本案據調查結果，與被處分人有交易往來之十二家出租業者中，計有八家表示被處分人僅提供配套銷售方式、禁止單獨選購，而被處分人之相關契約書及片單上，亦均無單支 VCD 之銷售條款或價格，是被處分人辯稱有提供單支選購之交易機會等語，已有可疑。
- C. 被處分人獨家代理華納公司、福斯公司、哥倫比亞公司、米高梅公司及英國廣播公司等國內發行產品，出租業者尚難透過其他合法管道取得完整充足之片源，其市場力量對於出租業者而言已占有優勢；又被處分人為目前 VCD 發行市場上規模最大之發行業者，據向出租業者瞭解各發行業者影音產品所占進貨比率，被處分人所占比率明顯居於領先地位，可知被處分人發行影片之銷售數量及受消費者喜好程度，均居於領先地位，在發行市場擁有相當之競爭力，是被處分人系爭行為已有妨礙公平競爭之虞，而違反公平交易法第十九條第六款之規定。

(3) 評析

- A. 本件係典型的搭售案例，在錄影帶業中，公平會在該會成立的第一年（81年），即曾處分過學者有限公司在錄影帶的搭售行為，82年以後，計處分龍響影視公司、協和育樂公司、葳勝公司、年代網際公司等六件錄影帶搭售行為案，顯見搭售行為在錄影帶業乃習見之慣行。

B.按搭售在一般交易實務上，頗為常見，分析廠商進行搭售的原因，有時亦有其行銷上的正當考量。例如利用主要產品既有的市場地位，協助搭售之產品迅速進入市場與其他廠商競爭、或是基於成本節省的經濟考量，有時由於主要產品本身屬於較精密的商品，必須和搭售之產品一併使用，較能發揮其正常運作效用等，但業者仍需注意，因搭售行為之實施，如已對市場競爭產生不良影響時，即應受到規範。然而是否違法，則端視進行搭售之事業有無足夠的市場力量。

2. 案例二：中國石油股份有限公司限制獨家交易案（84公處字第○七九號處分書）

(1) 案情摘要

中國石油股份有限公司（下稱中油公司）限制民營連鎖加油站業者僅能販賣國光牌潤滑油，妨礙汽機車潤滑油脂市場之公平競爭。

(2) 法律適用情形

- A.中油公司為汽柴油市場唯一之供應廠商，本身又產製潤滑油脂，故其對加油站銷售潤滑油，施以須經其認可方得銷售之限制，核其意圖與目的在有效掌握潤滑油於加油站銷售之行銷管道，確保其於此銷售通路之優勢地位。
- B.就中油公司所屬市場結構及市場地位，根據82年10月底之資料，全國計有1,114座汽機車加油站，其中民營非連鎖加油站僅有5座，換言之，中油公司直營及民營連鎖加油站共占全部加油站之99.55%，民營非連鎖加油站所占比率極低；另據公平會市場調查，以82年販售量計，中油公司於潤滑油市場占63.15%、於汽機車用潤滑油市場占44.76%。次查，汽機車用潤滑油透過加油站管道販售之比例為20.47%，其他為各大車廠及台灣汽車客運公司等直營客戶，本案因中油公司之直營及民營連鎖加油站於加油站市場之比例達99%以上，是以，其於汽機車潤滑油之經銷市場顯具影響力。
- C.就商品特性及履行情況對市場競爭之影響，汽機車潤滑油脂係以不同之等級滿足消費者不同的需要，屬多樣少量之交易型態。即使中油公司以維護消費者權益，確保車用機油品質及貫徹企業形象為由，限制其民營連鎖加油站業者不得販售其他廠牌之潤滑油，但中油公司所指定之國光牌潤滑油脂並未一定能充分滿足所有汽機車使用者所需之等級；民營之連鎖加油站業者為拓展競爭空間，在無損於該連鎖體制之一致性下，銷售不亞於國光牌品質之潤滑油，以滿足更多消費者的需要，除更能發揮加油站之附

屬機能外，亦將有助於其汽、柴油品之銷售。是以中油公司所實施之限制除將使加油站之各項附屬機能無法充分發揮，阻礙加油站市場之效能競爭外，由於加油站管道幾為中油公司所獨有，致該管道幾無銷售其他廠牌之潤滑油，亦妨礙汽機車潤滑油脂市場之公平競爭，違反公平交易法第十九條第六款之規定。

3. 案例三：台灣山葉機車工業股份有限公司限制經銷商區域銷售案（88 公處字第一四一號處分書）

(1) 案情摘要

台南縣某山葉機車廠牌代銷商因於八十七年四月二十九日將山葉機車售予台南市某一般機車行，遭台南市代銷商通達機車行向台南市總經銷商達葉股份有限公司（下稱達葉公司）舉發，嗣經管理公司群山股份有限公司（下稱群山公司）及達葉股份有限公司以決議書方式認定該代銷商違反「跨縣市越區削價管理辦法」規定，並處以罰金新臺幣（下同）一萬元；另山葉機車雲嘉南地區之管理公司群山公司於八十七年六月總經銷商和葉公司之股東會，重申「跨縣市越區削價管理辦法」暨罰則規定，以限制和葉公司轄下代銷商之銷售區域，違反該辦法者第一次罰金一萬元、降資百分之十，第二次罰金一萬元、降資百分之二十，第三次則取消代銷商資格。

(2) 法律適用情形

A. 公平會於八十六年三月七日發布「機車行銷體系與銷售行為導正與警示原則」，規定具有一定市場地位之機車製造事業，不得以不正當方法（如對違反者採取罰款、限制配售新型車款或其他實質制裁措施）劃分或限制經銷商及區域經銷商之機車銷售區域或進銷貨對象等事業活動之不公平競爭行為。亦不得以派駐人員或以直接持股方式控制下游銷售事業之經營，並應自本處理原則發布日起六個月內完成撤回派駐人員之行為。

B. 本案山葉機車廠牌之行銷體系依序為製造商—縣市總經銷商—區域代銷商，並於製造商與縣市總經銷商間設置管理公司，且八十七年台灣山葉機車工業股份有限公司（下稱山葉機車公司）持有管理公司群山股份有限公司百分四十五的股份，另山葉機車公司並未持有縣市總經銷商達葉公司、和葉公司之股份，惟山葉機車公司之員工三人分別擔任群山公司之處長、執行長，及達葉公司與和葉公司之副理（或稱課長）等職務，

並實際負責該等事業之營業活動。準此，前揭行銷體系安排將使山葉機車公司得因機車產銷供需關係及人員派遣關係，而對該等總經銷商存有一定之業務輔導地位。

- C. 山葉機車公司所屬從業人員執行系爭管理辦法將限制代銷商之銷貨對象，使代銷商無法以價格、服務等方式爭取其他縣市區域之客源，復就代銷商之交易相對人論，一般機車行（或專賣店）之進貨對象（山葉機車）亦間接受到限制，致渠等僅面對單一縣市區域代銷商之供貨價格，而無法自其他縣市取得較優惠之進貨價格。按該等人為地理市場之劃分，將使各縣市間山葉機車之品牌內競爭，遭受不當壓抑，即該機車品牌之縣市代銷商間不復存有價格競爭與服務性競爭之關係，而生價格僵固性之疑義，且亦直接對下游一般機車行之進貨成本與商品競爭力產生不利益之限制因素，如一般機車行倘採行較低之山葉機車零售價格，則將被視為「破壞行情」之銷售方式，致遭山葉機車公司派駐於管理公司與總經銷商之所屬從業人員，依上揭管理辦法排除其跨縣市採購以爭取較低成本之交易機會，此情將進一步衍生對消費者福祉之負面影響。
- D. 國內機車市場係屬三大品牌分立之極端高度集中型的市場結構，八十六年度山葉機車廠牌之市場占有率約達百分之三一．〇，居市場第二位，再就縣市區域之地理市場而言，八十七年台南市山葉機車廠牌之市場占有率約達百分之三六．八，台南縣約達百分之三七．四；復據該廠牌之台南市、台南縣代銷商俱已知悉台南縣某代銷商因越區銷售而遭論處之事件以觀，應已生促使代銷商需確實遵守系爭管理辦法，俾避免受罰之警示作用，而對上稱人為地理市場產生一定程度之限制競爭效果。準此，山葉機車公司所屬從業人員執行限制代銷商事業活動之行為，對縣市代銷商間之品牌內競爭，及一般機車行（或專賣店）之貨源取得與市場競爭等方面，俱有生妨礙公平競爭之情事。

(3) 評析

- A. 案例二係中油公司限制獨家交易之行為，案例三係山葉機車公司限制經銷區域之行為，二事業之違法情事甚為明確，惟二事業均為獨占事業，公平會卻均以公平交易法第十九條第六款加以處分，頗值商榷。
- B. 公平交易法第十條規範獨占事業不得有濫用市場地位之行為，何謂『濫用市場地位之行為』，除該條有明文列舉之行為態樣（以不公平之方法直接或間接阻礙他事業參與

競爭、對商品價格或服務報酬為不當之決定維持或變更、無正當理由使交易相對人給予特別優惠)外,凡獨占事業有濫用其優勢地位之行為,影響到競爭秩序者,均應依該條規範,即使系爭行為與其他條文(第十九條)之構成要件競合,因公平交易法第十條已經針對獨占事業之違法行為特別明文規定,在法律之適用上,如有第十條與第十九條競合之情形,自應以第十條加以規範。

- C. 惟前述中油公司限制加油站僅能販售國光牌潤滑油,以及臺灣山業機車公司限制代銷商之經銷區域二案,應已構成公平交易法第十條之違反,公平會卻未以該條予以處分,究其主要原因,係與 88 年 2 月公平交易法修法前第十條的罰則規定有關,蓋修正前公平交易法第三十五條規定,違反第十條獨占之禁制規定者,得科處行為人三年以下之有期徒刑;在考量一旦冒然引用第十條加以規範,涉案之行為人立刻需面對刑責之處罰,公平會在實務上自然也就要再三思量了,此可由公平會在八十八年修法之前,並沒有獨占之處分案例,得到驗證。惟修法後,有關獨占事業濫用市場地位之處罰,已經改為「先行政後司法」,邇後應可避免有意適用其他條文來規避第十條之適用。

伍、結論與建議

綜觀公平交易法第十九條各款規範,可謂兼容涵蓋歐美、日本等先進國家對限制競爭與不公平競爭行為可能發生之類型,範圍至廣。至於前述公平會第三八二次委員會議決議之見解,雖援引「限制競爭」理論中之「當然違法原則」與「合理原則」作為處理分析依據,然卻又稱第十九條應區分為第三、四、五款屬於「不公平競爭」行為,第一、二、六款屬於「限制競爭」行為,概念上不無淆混之虞,因其與前述第十九條各款(第五款除外)立法時本質均屬「限制競爭」之基礎理論有違,似應予慎辨。或縱欲堅持上開研究之分類,概念上仍應加以澄清,即該分類所稱第十九條第三、四、五款係「不公平競爭」行為乙節,其涵義與公平法第二十條至第二十四條所定之「不公平競爭」行為,本質並不相同。前者仍屬法理上之「限制競爭」範疇,後者始為純粹不公平競爭行為之類型,允宜辨明。

其次就不法性,可大別為「行為不法」與「市場不法」二者。前者之違法性,主要表現於行為本身具有商業倫理之不法內涵,而與行為人之市場地位以及行為對於市場造成反競爭之效

果較無關聯；後者之違法性，則不在於行為本身之可非難性，而在其減損市場自由競爭之機能，故除應考察行為人之市場地位與行為所造成之市場效果外，尚應依「當然違法原則」或「合理原則」並參依賴性理論併酌。

另由前述公平會對於「妨礙公平競爭」之實務見解可知，公平法第十九條規定本質上即屬有關限制競爭之立法，現行條文雖將「限制競爭」與「妨礙公平競爭」併列為各款適用之前提要件，然公平會過去見解既已將「妨礙公平競爭」之涵義與「限制競爭」之概念等同視之，則修法後所增列之「限制競爭」要件，立法美意雖佳，惟不無畫蛇添足之弊，憑增適用上各款究應如何適用「限制競爭」及「妨礙公平競爭」之疑慮。該次修法增列「限制競爭」之主要目的，僅為將第十九條規定本身係屬限制競爭之規範意涵，予更進一步明確化爾，至於修法後所增列之「限制競爭」要件，與原修法前條文之適用標準，尚無不同。惟修正後，概念上仍不免抽象，增加適用上之困擾，蓋所謂「限制競爭或不公平競爭『之虞』」，本質上即屬抽象之危險概念，亦即所謂「蓋然性行為(probability)」、「可能性(possibility)」之問題。倘欲為具體之認定，除須相關之市場地位、市場結構、限制競爭程度等數據外，尚涉及其整體在市場行銷上之評價與經濟分析。此外，上開構成要件於具體適用時，尚應與第十九條各該款所主張之「正當與否」、「有無正當理由」配合觀察，以決定其有無「限制競爭或不公平競爭之虞」。至於「正當理由」之判斷要素，依公平交易法施行細則第二十四條規定，應綜合當事人意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品特性及履行情況對市場競爭之影響等實質違法要件外，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。公平會現行實務作法即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，亦可參考德國法院實務採行之「依賴性」理論，作為認定應受規範事業之門檻要件之一。

其次，公平交易法第十九條之規定確屬籠統抽象，涵蓋項目及範圍至廣，故有學者將其喻為該法之「地雷區」，顯見事業在經營交易行為之活動中，一不小心就會觸法；而由本文附錄所列 79 件處分案中，亦不難發現第十九條之涉案事業，並不限於特定少數產業。換言之，各個產業在經營事業活動中均極易觸犯該條規定，爰參照前述各款之構成違法應考量事項，加以整理提供下列拙見，俾供主管機關審理第十九條案件以及業界避免違法之參考：

(一) 第十九條第一款 (杯葛行為)、第二款 (無正當理由之差別待遇行為) 及第六款 (不正當限制交易相對人事業活動之行為) :

1. 首應檢視行為人是否符合門檻要件 :

- (1) 擁有該商品或服務相關市場占有率百分之十以上或
- (2) 交易相對人對其在營運上具有高度依賴性。

如行為人未符門檻要件，即不適用本款規定。

2. 符合前項門檻要件者，則將進一步審視是否構成實質違法，即系爭行為是否確屬杯葛行為、無正當理由之差別待遇行為及不正當限制交易相對人事業活動之行為，即為違法。

(二) 第十九條第三款 (不當脅迫誘使競爭者之交易相對人與其交易之行為)、第四款 (不當脅迫誘使他事業參與結合或聯合) 及第五款 (不當獲取營業秘密之行為):

1. 本款規定保護法益為一般倫理及同業競爭者之利益，甚少涉及競爭之限制，事業尚非須具市場力量始得為本款行為，故無門檻要件之限制，即任何事業，不論其市場力量多寡，均應受本款之規範。

2. 依本款規定之立法保護法益，本款所規範之不正當方法，應指違反一般倫理而非競爭倫理之不正當手段。

附錄 公平法第十九條處分案例彙整表

| 處分書號碼 | 處分書日期 | 處分書摘要 | 違法條文 |
|-------|---------|-------------------------------------|----------------|
| 81003 | 81/4/15 | 屏東地區砂石價格上漲及一律由特誠聯營公司銷售案 | 公平法第 19 條第 4 款 |
| 81004 | 81/5/25 | 為保生及保祥公司以總價零元及一角價格參加省衛生處採購 B 型肝炎疫苗案 | 公平法第 19 條第 3 款 |
| 81010 | 81/7/10 | 吉人行股份有限公司不當限制百貨公司進行促銷活動案 | 公平法第 19 條第 6 款 |
| 81011 | 81/7/10 | 誼麗股份有限公司不當限制百貨公司進行促銷活動案 | 公平法第 19 條第 6 款 |
| 81012 | 81/7/10 | 台灣保麗股份有限公司不當限制百貨公司進行促銷活動案 | 公平法第 19 條第 6 款 |
| 81013 | 81/7/10 | 美商怡佳股份有限公司不當限制百貨公司進行促銷活動案 | 公平法第 19 條第 6 款 |
| 81017 | 81/8/17 | 中國石油股份有限公司銷售航用油採差別待遇行為案 | 公平法第 19 條第 2 款 |
| 81021 | 81/9/5 | 學者有限公司於錄影帶節目之交易契約中為搭售行為案 | 公平法第 19 條第 6 款 |
| 82009 | 82/2/20 | 高昇出版社有限公司在合約上限制經銷區域案 | 公平法第 19 條第 6 款 |
| 82044 | 82/7/6 | 龍響影視有限公司於錄影帶節目之交易契約中為搭售行為案 | 公平法第 19 條第 6 款 |
| 82046 | 82/7/7 | 金石堂實業股份有限公司促使聖誕卡供應商對其競爭同業斷絕供給案 | 公平法第 19 條第 1 款 |
| 82056 | 82/8/25 | 台灣電視事業股份有限公司店電視廣告搭售案 | 公平法第 19 條第 6 款 |
| 82057 | 82/8/25 | 中國電視事業股份有限公司店電視廣告搭售案 | 公平法第 19 條第 6 款 |
| 82058 | 82/8/25 | 中華電視股份有限公司店電視廣告搭售案 | 公平法第 19 條第 6 款 |
| 82068 | 82/10/1 | 國內雷射唱片業者聯合漲價案 | 公平法第 19 條第 4 款 |

| | | | |
|-------|---------|--|----------------|
| 83025 | 83/3/16 | 台北市政府捷運工程局新店線 CH227 標招 標不當限制投標廠商資格案 | 公平法第 19 條第 2 款 |
| 83059 | 83/6/20 | 高雄市餐盒食品商業同業公會拒絕未遵照 其定價公司入會案 | 公平法第 19 條第 4 款 |
| 83081 | 83/8/3 | 瑩園電腦股份有限公司以不正當方法促使 競爭者之交易相對人與其交易案 | 公平法第 19 條第 3 款 |
| 84013 | 84/2/9 | 南投縣液化氣體燃料商業同業公會促使煤 氣分裝場斷絕分銷商取得分裝運輸之交易 機會案 | 公平法第 19 條第 1 款 |
| 84014 | 84/2/9 | 勁泰股份有限公司杯葛案 | 公平法第 19 條第 1 款 |
| 84018 | 84/2/25 | 台灣再生工業股份有限公司於廢保特瓶回 收為差別待遇案 | 公平法第 19 條第 2 款 |
| 84025 | 84/3/17 | 正統通訊股份有限公司以拒絕交易及不負 免費保固維修服務責任限制交易相對人之 事業活動 | 公平法第 19 條第 6 款 |
| 84034 | 84/3/31 | 三省堂書坊促使國中小學參考書出版業對 特定事業斷絕供給案 | 公平法第 19 條第 1 款 |
| 84035 | 84/3/31 | 文心書局促使國中小學參考書出版業對特 定事業斷絕供給案 | 公平法第 19 條第 1 款 |
| 84040 | 84/4/17 | 台北市建築師公會列具不友善技師名冊函 請所屬會員勿委託案 | 公平法第 19 條第 1 款 |
| 84061 | 84/6/21 | 標緻錄影帶股份有限公司以定型化加盟聯 營契約條款不正當限制交易相對人之事業 活動案 | 公平法第 19 條第 6 款 |
| 84074 | 84/7/15 | 中華音響發展協會促使雜誌社抵制刊登水 貨廣告之杯葛行為案 | 公平法第 19 條第 1 款 |
| 84079 | 84/7/21 | 中國石油股份有限公司限制民營連鎖加油 站業者僅能販賣國光牌潤滑油案 | 公平法第 19 條第 6 款 |
| 84082 | 84/7/27 | 偉志股份有限公司於行銷開飲機限制經銷 商之經銷區域案 | 公平法第 19 條第 6 款 |
| 84084 | 84/8/1 | 中國碳素化學股份有限公司販售無水焦粉 不當限制交易相對人之事業活動案 | 公平法第 19 條第 6 款 |

| | | | |
|-------|----------|--|----------------|
| 84102 | 84/8/18 | 中國石油股份有限公司汽電共生廠設備工程招標對投標廠商資格差別待遇案 | 公平法第 19 條第 2 款 |
| 84108 | 84/9/4 | 台北市公共汽車管理處標購冷氣大客車招標資格差別待遇案 | 公平法第 19 條第 2 款 |
| 84143 | 84/10/26 | 台灣省建築師公會限制會員受理省教育廳工程案 | 公平法第 19 條第 4 款 |
| 84149 | 84/11/6 | 美華影視股份有限公司伴唱錄影帶搭售行為案 | 公平法第 19 條第 6 款 |
| 84161 | 84/12/1 | 華豐鋼鐵鍛造廠股份有限公司於海軍陸戰隊採購案以不正當方法使他事業參與聯合行為案 | 公平法第 19 條第 4 款 |
| 84166 | 84/12/11 | 自立晚報社股份有限公司贈獎活動違反贈獎原則案 | 公平法第 19 條第 3 款 |
| 84167 | 84/12/13 | 高雄市中正文化中心管理處工程招標差別待遇案 | 公平法第 19 條第 2 款 |
| 85005 | 85/1/12 | 台灣區麥粉工業同業公會麵粉漲價案 | 公平法第 19 條第 4 款 |
| 85017 | 85/2/5 | 和成欣業股份有限公司設備公司限制經銷商越區報價簽約案 | 公平法第 19 條第 6 款 |
| 85065 | 85/5/13 | 高雄市建築師公會第六屆第三次會員大會暨第六屆理事會決議，並通函檢送「不友善技師」名冊請所屬會員審慎選任案 | 公平法第 19 條第 1 款 |
| 85068 | 85/5/20 | 高雄市文理補習教育事業協會以不正當方法使高屏地區補習業一致調高補習費案 | 公平法第 19 條第 4 款 |
| 85111 | 85/7/9 | 彰化縣中醫師公會以不正當方法統一全民健保門診掛號費案 | 公平法第 19 條第 4 款 |
| 85112 | 85/7/9 | 臺中縣牙醫師公會以不正當方法統一全民健保門診掛號費案 | 公平法第 19 條第 4 款 |
| 85133 | 85/9/16 | 協和育樂股份有限公司以定型化加盟合約條款不正當限制交易相對人之事業活動案 | 公平法第 19 條第 6 款 |
| 85166 | 85/10/17 | 台灣省物資局採購車輛綁標案 | 公平法第 19 條第 2 款 |
| 85181 | 85/11/19 | 飛寶企業有限公司促使他事業對特定事業斷絕供給案 | 公平法第 19 條第 1 款 |

| | | | |
|-------|----------|--|----------------|
| 85202 | 85/12/31 | 台灣區紙器工業同業公會利用座談會公布二級廠製造紙箱之工資損耗標準減損競爭案 | 公平法第 19 條第 4 款 |
| 86008 | 86/1/8 | 北誼興業股份有限公司促使新竹以北桶裝瓦斯零售價格聯合調漲案 | 公平法第 19 條第 4 款 |
| 86076 | 86/6/12 | 文山有線播送系統股份有限公司以利誘方法使競爭者之交易相對人與自己交易案 | 公平法第 19 條第 3 款 |
| 86106 | 86/7/23 | 高雄市液化氣體燃料商業同業公會以不正當方法使桶裝瓦斯價格暴漲案 | 公平法第 19 條第 4 款 |
| 86107 | 86/7/23 | 台東縣液化氣體燃料商業同業公會以不正當方法使桶裝瓦斯價格暴漲案當方法使桶裝瓦斯價格暴漲案 | 公平法第 19 條第 4 款 |
| 86168 | 86/10/1 | 家韻傳播製作有限公司伴唱帶搭售案 | 公平法第 19 條第 6 款 |
| 86187 | 86/10/27 | 台灣省交通處公路局辦理橋樑工程招標差別待遇案 | 公平法第 19 條第 2 款 |
| 86191 | 86/10/30 | 熊貓股份有限公司以利誘方法促銷案 | 公平法第 19 條第 3 款 |
| 87037 | 87/2/3 | 新視波有線播送系統股份有限公司不正當限制交易相對人之事業活動案 | 公平法第 19 條第 6 款 |
| 87038 | 87/2/3 | 木喬傳播事業股份有限公司對同區域有線播送系統業者給予差別待遇案 | 公平法第 19 條第 2 款 |
| 87053 | 87/2/9 | 新頻道有線播送系統有限公司不正當限制交易相對人之事業活動案 | 公平法第 19 條第 6 款 |
| 87054 | 87/2/9 | 豐盟視訊工程股份有限公司不正當限制交易相對人之事業活動案 | 公平法第 19 條第 6 款 |
| 87059 | 87/2/19 | 私立遠景文理短期補習班以利誘方法促使競爭者之交易相對人與其交易案 | 公平法第 19 條第 3 款 |
| 87087 | 87/4/13 | 南一書局股份有限公司供貨方式差別待遇案 | 公平法第 19 條第 2 款 |
| 87126 | 87/6/10 | 台北市會計師公會制定會員收取酬金標準違反公平法案 | 公平法第 19 條第 4 款 |
| 88002 | 88/1/4 | 洪玲喬君中國時報 1888 特惠訂報專案違反公平法案 | 公平法第 19 條第 3 款 |

| | | | |
|-------|----------|---|----------------|
| 88065 | 88/6/21 | 全家便利商店股份有限公司贈獎活動利誘案 | 公平法第 19 條第 3 款 |
| 88116 | 88/9/20 | 台北市政府捷運工程局不當限制投標廠商資格案 | 公平法第 19 條第 2 款 |
| 88119 | 88/9/29 | 蔡旺成君（即你會紅冷飲店）建議台南市 KTV 業者聯合漲價案 | 公平法第 19 條第 4 款 |
| 88133 | 88/10/22 | 自由時報企業股份有限公司訂定並重申分類廣告市場秩序管理辦法限制交易相對人事業活動案 | 公平法第 19 條第 6 款 |
| 88140 | 88/11/11 | 群山股份有限公司限制經銷商區域銷售案 | 公平法第 19 條第 6 款 |
| 88141 | 88/11/11 | 台灣山業機車股份有限公司限制經銷商區域銷售案 | 公平法第 19 條第 6 款 |
| 89026 | 89/3/2 | 台灣電力股份有限公司於吊臂工程車購置案中，規定投標者須出具車輛售後服務證明及底盤功能測試報告案 | 公平法第 19 條第 2 款 |
| 89038 | 89/3/29 | 樺陽車業股份有限公司銷售三陽機車搭售華南產物保險股份有限公司之二年機車之「強制汽車責任保險」案 | 公平法第 19 條第 6 款 |
| 89056 | 89/4/19 | 惠普科技股份有限公司於交通部管理資訊中心八十八年度電腦周邊耗材標購案不當出具證明書，阻礙競爭者行銷相關產品案 | 公平法第 19 條第 3 款 |
| 89078 | 89/5/22 | 得利影視股份有限公司於銷售 VCD（影音光碟）時，以套裝組合、甚至要求併予購買不同製片商影片之方式銷售，而未提供交易相對人合理之單支選購機會案 | 公平法第 19 條第 6 款 |
| 89079 | 89/5/22 | 葳勝國際股份有限公司於銷售 VCD（影音光碟）時，以配套方式銷售而未提供交易相對人合理之單支選購機會案 | 公平法第 19 條第 6 款 |
| 89108 | 89/6/27 | 年代網際事業股份有限公司銷售頻道節目，以不當之訂價組合為條件，限制交易相對人事業活動案 | 公平法第 19 條第 6 款 |

| | | | |
|-------|---------|--|----------------|
| 89141 | 89/8/29 | 鴻瞬國際有限公司以行為時不存在之德商 鴻瞬國際有限公司台灣分公司之名義，爭取 交易相對人與其交易案 | 公平法第 19 條第 3 款 |
| 89149 | 89/9/5 | 蔡哲明君於台南縣大內鄉公所垃圾掩埋場 第一期工程招標案，以每件三萬元代價向原 有意投標承攬該工程之領標廠商買回標單 案 | 公平法第 19 條第 4 款 |
| 90009 | 90/1/10 | 康軒文教事業股份有限公司藉由電話或派 員告知下游書局不得販售競爭對手所出版 之書籍案 | 公平法第 19 條第 3 款 |
| 90062 | 90/4/30 | 台南市政府辦公十一地下停車場委託公 辦民營招標不當限制投標廠商資格案 | 公平法第 19 條第 2 款 |
| 90118 | 90/8/29 | 國立編譯館辦理部編審定本國民小學教科 書印行作業，無正當理由限制出版事業印行 資格，排除其他具印行能力之書局案 | 公平法第 19 條第 2 款 |

參考書目

1. 廖義男，「論公平交易法第十九條之適用」，「競爭政策通訊」，一卷三期。
2. 莊朝榮、劉孔中、陳家駿、韓毓傑等著，「我國公平交易法第十九條與美、日、德與相關規定與執行狀況之比較分析」，行政院公平交易委員會八十三年度委託研究計畫一，1994年5月。
3. 廖義男，「公平交易法之理論與立法」 - 公平交易法論集(1)，1995年10月。
4. 廖義男，「公平交易法關於違反禁止行為之處罰規定」，政大法學評論第四十四期，1991年12月，頁333-35。
5. 林益裕、富瑩、游素素、顏廷棟等著，「我國公平交易法垂直限制行為執法實務之檢討 - 兼論歐盟、德、法、美、日垂直限制規範之檢討」，行政院公平交易委員會八十七年度研究發展報告，1998年6月，頁80-81。
6. 何之邁，「公平交易法專論」，1993年10月初版，頁546以下。
7. 單驥、何之邁、吳秀明，「由依賴性理論探討相對市場優勢地位——以公平法立場之研析適用」，八十八年度行政院公平交易委員會合作研究計畫六。
8. 何之邁，「公平交易法專論」，1993年10月初版，頁683。
9. 「認識公平交易法」，行政院公平交易委員會印，增訂八版，2001年8月，頁150。
10. 「公平交易法案」，立法院公報「法律案專輯」第一百三十二輯，經濟(二十六)，立法院秘書處編印，1992年6月初版。
11. 「公平交易法立法目的與條文說明」，行政院公平交易委員會編印，1996年1月。
12. 「德國營業競爭限制防止法」，行政院公平交易委員會印，1999年5月，頁12-13。
13. 「公平交易法相關法規、處理原則、行業導正彙編」，行政院公平交易會印，2001年6月。
14. 村上正博，「獨占禁止法」，弘文堂，平成八(1996)年3月初版。
15. Scherer(1978), *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 2d. Houghton Mifflin, New York.
16. I. Van Bael/J. Bellis(1994), *Competition Law of European Community*, 3ed.

評論

單教授驥 (中央大學產經所暨經濟系)

公平法第十九條是一個迷人而又重要的條文，其迷人之處在於它是處理介於限制競爭與不公平競爭之間的問題，而其重要之處是在於在有限制競爭的案件中，它占了一半。在本篇論文中，作者們對十九條就其適用問題、適用考量因素及實務執行狀況與檢討作了一個周詳而又有意義的討論，是一篇參考價值很高的條文。

我對本論文的討論可分成以下四點意見作討論：

首先，我先就本論文的結論開始談起，於本論文的第 62 頁中，作者們最後總結地認為，當有公平法第十九條第三、四及五款之違反時，由於上述各款所述之各種不法行為甚少涉及競爭之限制，事業尚非須具市場力量使得為本款行為，故無門檻要件之限制，如此一來，任何事業，不論其市場力量多寡，均應受本款之規範。若此，則第十九條第三、四及五款之適用，實即與公平法第三章所列各條款之適用無太大差異。若此，則基本上，除獨占事業者外，若其行為不涉及聯合及結合行為者，則事業違反第十九條第三、四、五款時其與事業違反諸如第二十一、二十二、二十四條之情形者，其適用門檻均相同，唯一所不同者，則是在於其所面對的處分不同，(因第三十六條之處分為先行政後司法)，因此實質上我們或可以把第十九條第三、四、五款自第十九條中抽離出來，將它們與第三章之其他條文平等視之即可，因為在公平會現行認定標準之下，上述各款之適用是毋須判斷行為人之行為是否有「限制競爭或妨礙公平競爭之虞」。

第二、若依此種思考邏輯推論，則以公平法第十九條第三款為例，該款之規定及其所對應三十六條之「先行政後司法」之處分是否合理？是否符合「比例原則」即有很大的斟酌空間。就十九 - 三的「使競爭者之交易相對人與自己交易之行為」而言，此種搶客戶的行為原係正常的商業行為，其所可非難者，僅在於手段是否恰當而已，若是屬「脅迫行為」者，則當屬刑法上之強制罪，而當發生此種不法行為時，自不宜以公平法處理，再者，此種原屬刑法規範之違法行為，更不宜以現行修正後第三十六條的規定，先以行政罰處分之，待其再犯或成累犯時再以刑責相繩。

另，相對而言，十九 - 三的利誘其可非難性當較上述脅迫者為低，因為利誘者至少有可能會對消費者有利，而脅迫之行為，則鮮少見其會對消費者有利。故就行為之非難性而言，利誘之非難性當較脅迫者為小，然此兩類截然不同之行為，卻同樣面對公平法第三十六條先「行政後司法」之處分，並不符合「比例原則」。

再者，既然十九-三的適用並不以事業在市場上的地位大小而定，(就如同論文第 13 頁附註 20 的「處理贈品贈獎促銷額度案件原則」所述者)，則如此一來，市場力量極大的大企業的促銷，其有關「利誘」之規範實與並無市場力量之小小企業者完全一致，且小小企業若再次違反上述促銷處理原則時亦將面對二年以下的刑責，則此情況是否允當？是否符合「比例原則」亦不無疑問。

此外，十九 - 三所稱「其他不正當方法」如論文 50 頁所示，亦可適用於「比較廣告」，此一情況之出現，將使廣告可能處理的條文將包括十九 - 三、二十一、二十二及二十四條。個人以為，以十九 - 三來涉入廣告行為，並以三十六條的「先行政後司法」的方法加以處理並不妥當。簡言之，在不論行為人其市場地位大或小的前題下，我們不去仔細去區隔、脅迫、利誘或「其他不正當行為法」其在本質上、程度上、手段上的差異，而一律逕以第三十六條「先行政後司法」的方式加以處理，實難謂妥適。

第三、上述的思考及邏輯論辯方式亦可適用於公平法第十九條第四款。十九 - 四的主要法意是在防止不法的聯合與結合行為的出現，而一但不法的聯合與結合行為完成之後，則當屬違法的聯合或結合行為，當依公平法第三十五條、第十三條及其他相關條文處理。同樣的，於十九-四的條文中，有關脅迫之強制行為應以刑法處理較為妥當，而不應以「先行政後司法」的方法為之。

第四、就公平法第十九條第一、二及六款而言，論文第 62 頁提出二階段作法，首先是要檢視行為人是否符合門檻要件，其次是要進一步審視是否構成實質違法，對於上述的處理，個人謹提以下三點意見：

以依賴性理論來補充機械式的百分之十的市場適用門檻，此一作法實具意義，但在操作上也應特別謹慎為之，此乃因，若是對「依賴關係」的判定過於寬鬆時，則很有可能將導致執法過於嚴苛，亦有違反「比例原則」之虞，因此，公平會既已決定以「依賴性理論」作為判定事

業是否已構成「有限制競爭或不公平競爭之虞」時，即須對「依賴性理論」之實際運作有週全的設計並對其判定方法作透明化的說明以昭社會公信。在論文 25-26 頁中，曾引述吳秀明教授之研究認為依賴性之判斷可依 1.是否為特定種類之商品或服務；2.被保護對象限於中小企業；3.是否欠缺足夠且可期待之偏離可能性；4.個案取向或一般化之考察方式。對於以上法律面的考量，個人認為十分精闢，而就經濟的觀點而言，此依賴性理論的應用，可以經濟學所討論的「替代彈性」作為總括，若商品或服務之需求者他對供給者的需求其價格替代彈性很小，然相對而言，該商品或服務之供給者，其對該特定的交易相對人的供給其價格替代彈性卻相對較大，如此一來，即需求者對供給者間即極有可能存在有相當程度的依賴性，若此，則可考慮有公平法第十九條的適用。為此，個人以為，公平會宜積極地發展出依賴性理論的經濟性、數據化之分析工具、分析方法及合理判斷是否違法的（例如彈性值大小）標準，以作為客觀執法依據。

上述經濟分析的重點，主要是在建立一套客觀的判斷標準，此外，亦值得注意的是，若商品或勞務的供給者與需求者間彼此已存在有十分密切的相互、（雙向）之依賴關係時，則在此情況下，倘發生爭議時，則是否仍可逕予非難供給者，亦須特別加以澄清、處理。

論文中 20-21 頁，對於十九 - 一、十九 - 二、十九 - 六各款之違法行為，認為均屬「市場不法」之限制競爭行為，應適用「合理原則」之分析，對此一「合理原則」之處理方法，個人認為是合理的，惟如此一來，對十九 - 三、十九 - 四、十九 - 五之「當然違法」之處理準則是否合理？是否合乎比例原則，殊值得討論。特別是，當我們把十九 - 三、四、五各款的「脅迫」法律規定抽離出來納入刑法之規範後，再把十九 - 五之規定納入營業秘密法後，或許我們可以再檢討，是否有必要將十九條各款之規定區隔為「行為不法」、「市場不法」兩大類，而分別以「當然違法」及「合理原則」分別作處理？事實上，我的看法是，在經過上述的處理之後，第十九條的各款規定中，應該只有十九 - 四「以利誘或其他不正當方法使他事業不為價格之競爭、參與結合或聯合」者較適用「當然違法」之判定準則。

最後，就有關十九條相關的案例分析上，我個人也要回應吳秀明教授的口頭報告中所談的，公平會應積極尋求支持，在訴願案的處理上能不再經行政院訴願會的程序，而直接進入高等行政法院，以使公平會的獨立性更為確認，並使公平會的決議能在訴願的過程中更能得到合

理的考量。

從相關案例論公平交易法上表徵之保護

- 以「事業名稱」與「商標」為研究對象

謝銘洋*

摘要

本文之目的在於對公平交易法(Fair Trade Law)第二十條第一項所保護之客體，特別是與事業名稱(business or corporate name)及商標保護有關之部分，以過去十年來公平交易委員會所處理過之案例為對象，予以整理、分析與檢討。

本文先就公平交易法第二十條第一項所規定之表徵之概念，以及其與商標法間之關係加以說明。其次對事業名稱之保護所產生之問題加以探討。多數與事業名稱有關之案例，主要是牽涉到事業於登記名稱時，主管機關並未為實體審查，如果因而與他人登記在先之事業名稱相同或近似，他人是否可以主張其違反公平交易法第二十條之規定。

在商標方面之案例相當多，牽涉之問題亦較為複雜，包括公平交易法第二十條第一項之規定是否對於未註冊商標亦有適用，以及該規定之適用範圍是否及於不類似之商品或服務。本文除整理公平交易委員會在案例中所表示之見解外，並依據相關理論，提出本文之看法。另外，公平交易委員會過去於處理商標案件時，由於傾向於儘量避免適用處罰較重之第二十條，轉而適用第二十四條，因而產生一些法律適用上之扭曲現象，亦值得檢討。

一、前言

表彰商品或服務之標識，不僅是事業於市場提供商品或服務時用以與他人所提供之商品或服務相區隔，而且也是消費者於選購商品或服務時，作為辨識其所需要之商品或服務之重要憑藉。可以用來作為表彰商品或服務之標識相當多，商標固然是其中最重要、最普遍者，藉由商標之註冊與使用，事業不僅取得專用該商標之權利，而且經由使用，商標也成為消費者所認識之對象。除商標之外，可以作為商品或服務標識者，例如商品之包裝容器外觀等，以及營業標

* 台大法律系暨法律研究所教授，德國慕尼黑大學法學博士。

識等。

就企業者而言，使用足以表彰商品或服務來源之標識，同時配合商品或服務之品質，可以塑造企業之經營形象，並累積商譽而獲得經濟利益；就消費者而言，不同標識所代表之產品品質與特性並不相同，經由對於商品或服務標識之辨認，得以區別各種不同之商品或服務，購得所欲購買之商品或服務，而不會發生錯誤。是以商品或服務來源標識之使用不僅涉及事業之競爭利益，並與消費者之利益息息相關。如果他人可以任意使用別人商品或服務之標識，不僅破壞該標識表彰商品或服務來源之功能，影響原來使用人應有之經濟利益與商譽，而且消費大眾會因受到混淆，而選購錯誤之商品或服務，甚至受到損害。

為保障事業之利益，並確保消費者之利益，同時維護正當之競爭秩序，有必要對於表彰商品或服務來源之標識予以保護。我國相關的保護規定，除商標法外，最重要者即為公平交易法。公平交易法（以下簡稱公平法）第二十條第一項是對「商品」之標識所為之規定，亦即事業就其營業所提供之商品，不得以相關事業或消費者普遍認知之他人姓名、商號或公司名稱、商標商品容器、包裝外觀或其他顯示他人商品之表徵，為相同或類似之使用，致與他人商品混淆，或販賣、運送、輸出或輸入使用該項表徵之商品；第二十條第二項則是對「營業、服務」之標識所為之規定，亦即事業就其營業所提供之服務，不得以相關事業或消費者所普遍認知之他人姓名、商號或公司名稱、標章或其他表示他人營業、服務之表徵，為相同或類似之使用，致與他人營業或服務之設施或活動混淆。另外，在我國實務上，第二十四條概括禁止事業有足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為，對於商品或服務表徵之保護，亦有重要之意義。

我國公平交易法實施迄今，實務上有關之案例非常多，所牽涉到之問題亦相當多。本文並無法就全部案例加以檢討分析，本文之目的僅在於對過去公平交易委員會（以下簡稱公平會）所處理過之案例中，與事業名稱以及商標有關之案例加以整理分析，同時並予以檢討，希望有助於釐清有關表徵保護之觀念與法律適用，並有助於公平會對未來案件之處理。

二、表徵之概念

公平法本身並未就表徵之概念加以定義，但從第二十條之例示規定仍可得知此稱之表徵是一上位概念，其涵蓋之範圍相當廣，包含姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀，以及其他顯示他人商品或服務之表徵，均屬此所稱表徵之範圍。依公平交易委員會所發布

之「處理公平交易法第二十條原則」，該法第二十條所稱之「表徵」，係指「某項具識別力或次要意義之特徵，其得以表彰商品或服務來源，使相關事業或消費者用以區別不同之商品或服務」，其中所謂之「識別力」，係指某項特徵特別顯著，使相關事業或消費者見諸該特徵，即得認知其表彰該商品或服務為某特定事業所產製或提供，而「次要意義」，則是指某項原本不具識別力之特徵，因長期繼續使用，使消費者認知並將之與商品或服務來源產生聯想，該特徵因而產生具區別商品或服務來源之另一意義¹。

由此觀之，公平法上表徵之概念範圍相當廣，凡是具有識別力或次要意義而足以表彰商品或服務來源之標識均屬之，至於該標識之存在形態是屬於平面或立體、該標識是否業經登記取得權利保護，均非所問，其範圍顯然較商標之概念廣（表徵與商標之區別詳見下述）。依公平會之見解，表徵包含：（一）姓名、（二）商號或公司名稱、（三）商標、（四）標章、（五）經特殊設計，具識別力之商品容器、包裝、外觀、（六）原不具識別力之商品容器、包裝、外觀，因長期間繼續使用，取得次要意義者²。

除表徵本身之概念外，公平法第二十條所保護之表徵，尚須具有一定程度之知名度，亦即達到「相關事業或消費者所普遍認知」程度。若未能達此程度，則不屬該條保護之範圍，然而並不排除其於必要時依第二十四條受保護之可能性，亦即我國公平法對表徵之保護，雖然主要是在第二十條，然而第二十四條仍具有補充之作用³。

三、公平法對表徵之保護與商標法在法律體系上之關係

從法律體系觀之，商標法與公平法都屬於不公平競爭之規範，兩者都與競爭秩序有密切之關係，都是屬於維護競爭秩序類之智慧財產權法中之一部分⁴，其規範之目的並不僅在於保障

¹ 見公平交易委員會處理公平交易法第二十條原則，第四點。

² 見公平交易委員會處理公平交易法第二十條原則，第八點，表徵之列示。

³ 公平法第二十四條為概括禁止之規定，對於公平法中所列舉禁止之不公平競爭行為，具有補充之作用，見黃茂榮著，公平交易法理論與實務，第 485 頁以下；蕭文生著，公平交易法第二十四條與公平交易法其他規定之關係，收於「公平交易法第二十四條相關問題之研究」，公平交易委員會八十三年度委託研究計畫，第 9 頁以下；Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 17. Aufl., 1, Rd. 1 ff.

⁴ 就此詳見拙著，「智慧財產權之基礎理論」1997 年二版，第 5 頁以下。

事業或消費者，而是在於維護正當之競爭秩序以促進產業之發展⁵。

公平法上之表徵與商標法上之商標，兩者都是屬於事業所使用之標識，其功能同樣都在於表彰商品或服務之來源。然而兩者不同之處則在於公平法上表徵之範圍遠比商標法上所保護之商標廣。我國商標法所保護之商標只限於經註冊之商標，亦即必須經過註冊才給予保護，如果未申請註冊，或是因不符合商標保護要件而無法取得註冊，縱使有使用且在市場上足以表彰商品或服務來源之實質商標，仍然無法取得商標權之保護，此實為我國商標制度上之一大漏洞與缺失。

美國商標之保護採取使用保護主義，德國商標法則兼採註冊保護主義與使用保護主義，對於使用之商標都給予高度之重視並加以保護，其原因在於一實際上被使用之商標，縱使其未為註冊，然而其業已經由使用而為消費者所認識，事實上已經產生表彰商品或服務來源之作用，在法律上有予以保護之必要。

由於我國商標法採取註冊保護主義之限制，且受保護者僅為平面商標，而不及於三度空間之立體標章⁶，使許多業經使用之實質商標無法取得商標權之保護，因此公平法有關表徵之保護就相當重要。因為公平法與商標法同屬不正競爭規範之一部分，特別是公平法是競爭秩序之基本規範，商標法所規範不足之處，公平法應具有補充規範之效力⁷。

此外，由於商標法採取註冊保護主義，因此一個商標圖樣只要具有識別力(以前稱之為「特別顯著性」)，縱使在註冊申請前並未使用過，不具有任何知名度，但仍然可以取得商標註冊而受到保護；然而公平交易法上所保護之表徵，則除必須具有識別性外，還必須是其在市場上具有一定之知名度，亦即達到「相關事業或消費者所普遍認知」之程度，此為兩者不同之處。

在保護之效果上，如果一標識完成商標註冊，則取得一個具有排他效力之商標權；然而公

5 商標法第一條規定：「為保障商標專用權及消費者利益，以促進工商企業之正常發展，特制定本法」，其最終之目的在於促進產業之正常發展，公平法第一條規定：「為維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法」。

6 雖然在 1998 年 11 月 1 日生效之商標法修正後，對顏色准予註冊保護，然而對於三度空間的立體標識，如商品之容器、包裝等外觀，或是營業場所之標識，則仍不在保護之列。

7 參閱劉孔中著，著名標章保護之個案研究—黑人牙膏與白人牙膏的戰爭，台大法學論叢，第 30 卷第 3 期，2001.5，第 228 頁。

平法對表徵之保護，並非賦予表徵使用人一個權利，表徵之使用人只是因公平法對交易秩序之維護而間接受到保護，就此而言，兩者亦不相同。

四、事業名稱之問題

商號和公司名稱都屬於公平法第二十條之表徵，甚至於其他團體名稱，包括社團或財團之名稱，只要具有識別性，且為相關事業或消費者所普遍認知者，亦應該屬於該規定保護之範圍。事業之名稱通常係依其他法律規定而為登記，然而如果其登記使用之事業名稱與他人之商標或事業名稱相同或近似，他人是否可以禁止之，其他法律並未為進一步之規定，因而只好訴諸公平法處理。這類案件為數不少。

(一) 現行事業名稱登記之規範

在公平會所處理過之有關事業名稱之案例中，比較常見的是利用他人知名之公司名稱或商標，依公司法或商業登記法登記取得事業名稱，因而被檢舉違反公平法。依公司法第十八條之規定，不同之公司使用相同之名稱，只要其業務種類不同或有可資區別之文字即可⁸，商業登記法亦容許使用相同或類似他人已登記之商號名稱，只要經營不同類之業務即可⁹。由於商業主管機關並不就事業之名稱進行實體審查，因而經常引起紛爭，特別是利用他人知名之公司名稱，登記使用於不同業務之事業。

(二) 公平會之見解

1. 認定不違反公平法之案例

從歷來之案例，可以發現公平會早期傾向於認為事業名稱只要使用經主管機關核准登記之事業名稱，便無違反公平法之問題。此從下述之「中泰賓館」案、「三商」案，一直到「雅虎」案，都可以看到公平會之傾向。

⁸ 公司法原先於第十八條第二項規定：「不同類業務之公司，使用相同名稱時，登記在後之公司應於名稱中加記可資區別之文字；二公司名稱中標明不同業務種類者，其公司名稱視為不相同或不類似。」，嗣後於民國九十年十月立法院三讀通過之新公司法第十八條第一項規定：「公司名稱，不得與他公司名稱相同，二公司名稱中標明不同業務種類或可資區別之文字者，視為不相同」。

⁹ 商業登記法第二十八條規定：「商業在同一直轄市或縣（市），不得使用相同或類似他人已登記之商號名稱，經營同類業務。但添設分支機構於他直轄市或縣（市），附記足以表示其為分支機構之明確字樣者，不在此限」。

在「中泰賓館」案¹⁰，檢舉人中泰賓館股份有限公司以基隆市中泰賓館違反公平法為由提出檢舉，公平會認為被檢舉人業於民國六十四年依商業登記法第二十八條第二項獲准設立登記，自可受該法之保護。且被檢舉人並未有任何使人誤認其為臺北市中泰賓館之關係企業或分店之行為，並未違反公平交法第二十條第一項第二款之規定。檢舉人不服提起訴願，仍然被駁回。訴願機關除認為被訴願人使用該商號之行為符合商業登記法外，亦認為訴願人所營中泰賓館為五星級國際觀光旅館，廣為臺北、基隆地區旅館業及一般消費民眾所共知，與關係人位於基隆而少為人知者不同及有所區隔，且訴願人所營業務為發展觀光條例所定之觀光旅遊業，其建築、設備、標準、監督管理，依觀光旅館業管理規則均有特別規定，此與關係人所營之一般旅館，兩者當有顯著差異。

在「三商」案¹¹，三商行股份有限公司檢舉「三商物流公司」與「三商廣告公司」認為其違反公平交易法第二十條之規定，公平會認為公司法第十八條第二項既就公司名稱是否相同或類似有明文之認定，為維持法規範目的不相衝突之法律間適用和諧性，就相關大眾所共知之公司名稱，是否被相同或類似之使用，以公司法第十八條第二項之規定為基礎，認以普通使用方法使用依公司法登記之公司名稱，若無積極行為使人與相關大眾所共知之他人營業混淆者，不違反前揭規定，應無不妥，本案被檢舉人三商物流公司及三商廣告公司依公司法向經濟部所申請核准設立，其公司名稱分別標有「物流」、「廣告」等區別其業務種類之文字，且與三商行公司之業務種類並不相同，依公司法第十八條第二項規定，兩者間之公司名稱即非屬相同或類似之使用。

另外，在「雅虎」案¹²，亦涉及利用他人之知名「商標」，取得公司名稱登記。檢舉人於西元一九九四年起，即設立「yahoo.com」網站，提供網站搜尋服務，並以「YAHOO!」為名經營電子郵件、廣告、電子商品、通訊、網站拍賣等網路業務，公平會認定其所使用之外文 YAHOO 及中文雅虎已為相關事業及消費者所普遍認知之著名表徵。被檢舉人以「台灣雅虎電子商務股份有限公司」及「Yahoomall Taiwan Corp.」作為其集團名稱，經營資訊軟體批發業及一般百貨業等，並使用「Yahoomall.com.tw」或「Yahoogroup.com.tw」作為網域名稱

10 公平會 82.03.26 公訴決字第〇一〇號訴願決定書。

11 公平會 84.6.19 公訴字第〇三六號訴願決定書，公平會公報八十四年第四卷第六期 137 頁。

12 公平會 89.11.10(89)公參字第八九〇〇九三〇 - 〇〇六號處分書。

經營網路電子商店業務，其所使用之外文 Yahoosmall 及中文雅虎與檢舉人使用之「YAHOO」及「雅虎」標章近似，原處分以台灣雅虎公司使用經主管機關核准登記之公司名稱，認應屬正當權利之行使，因而認定不違反公平法第二十條第一項第二款，並認為依檢舉人提供之台灣雅虎公司文宣資料及派員赴該公司營業場所取得之文宣資料，皆未有任何文字或敘述使人誤認係訴願人之在台分支機構或關係企業等攀附訴願人商譽之情事，因而認無違公平交易法第二十四條之規定。

值得注意者，在「雅虎」案，由於檢舉人不服公平會之處分提起訴願，訴願機關認為：台灣雅虎公司以「台灣雅虎電子商務股份有限公司」及「Yahoosmall Taiwan Corp.」作為其集團名稱，經營資訊軟體批發業及一般百貨業等，並使用「Yahoosmall.com.tw」或「Yahoogroup.com.tw」作為網域名稱經營網路電子商店業務，其外文 Yahoosmall 及中文雅虎與訴願人使用之「YAHOO」及「雅虎」標章近似或相同，異時異地隔離觀察，有無使人對其所表彰營業或服務之來源產生聯想而致混淆誤認之虞？原處分徒以台灣雅虎公司使用經主管機關核准登記之公司名稱，認應屬正當權利之行使，是否合於公平交易法第二十條第一項第二款規定之意旨？不無待酌之處，因而將原處分撤銷，由原處分機關另為適法之處理¹³。由此可知，行政院訴願審議委員會對於公平會處分之妥當性已經有所質疑。

2. 認定違反第二十條之案例

在公平會所處理之此類案例中，被認定違反公平法第二十條者，並不多見。例如公平會曾經在「悅氏」案中¹⁴，認定被檢舉人利用他人之知名商標，取得公司名稱登記之情形，違反公平法第二十條。在該案中被處分人以他人之知名之商標「悅氏」記取得公司名稱為「悅氏縱橫事業股份有限公司」，公平會認為被處分人在明知情況下，以「悅氏」登記為其公司名稱之特取部分，並向經濟部中央標準局取得墨色「曲線圖」圖案及「悅氏」商標之註冊，用於「飲水機、純水器、淨水器、...家庭用礦泉水製造機、軟水機」等及其他商品；再於報紙上以「悅氏健康事業集團」刊登廣告，將黑白圖案改為「綠天藍地」彩色圖，與檢舉人之圖案類似而顏色倒換，並使用「悅氏」於商品上，意圖造成消費者對商品來源之混淆，違反公平法第二十條第一項第一款。

¹³ 行政院決定書 90.05.09 台九十訴字第○二九五七二號。

¹⁴ 公平會 86.12.30 公處字第二三○號處分書。

3. 認定不違反第二十條但違反第二十四條之案例

利用他人知名事業名稱或商標，登記取得事業名稱之情形，目前公平會之處理方式，較傾向於不以公平法第二十條處理，而是適用第二十四條之規定。

在「蝙蝠俠」案¹⁵，「蝙蝠俠」為檢舉人美商 DC Comics 與華納兄弟公司所註冊之知名商標，被處分人以「蝙蝠俠」為其公司之特取名稱，其使用係依公司法規定申請登記，因而不違反公平法第二十條。雖然如此，被處分人使用「蝙蝠俠及圖」為其商品之表徵，其行為確有攀附他人商譽，顯失公平行為之情事，違反公平交易法第二十四條之規定。

在「全球寶島鐘錶有限公司」案¹⁶，公平會認為被檢舉人明知檢舉人「寶島鐘錶股份有限公司」為知名鐘錶公司，卻未積極彰顯彼我公司名稱之差異，於珠寶街設立與檢舉人公司名稱類似之「全球寶島鐘錶有限公司」，並經營同樣之鐘錶業。公平會認為「寶島」與「全球寶島」尚屬有別，且被檢舉人使用之招牌顏色、設計及服務標章與檢舉人慣用者有所不同，其所使用之橫式招牌亦有別於檢舉人及珠寶街制式橫式招牌，並未致與檢舉人之營業或服務之設施或活動相混淆，因而不違反公平法第二十條第一項第二款。但是公平會認為不論是否造成消費者混淆，亦不論對檢舉人營業是否造成實質影響，被檢舉人意圖攀附檢舉人公司名稱之行為，至為明顯，有悖於商業競爭倫理，且對市場效能競爭有所妨害，因而認定被檢舉人違法公平法第二十四條之規定。

在「台塑加油站股份有限公司」案¹⁷，公平會認為被檢舉人於其變更公司名稱為「台塑加油站股份有限公司」後，已積極建立本身營業場所獨特之企業識別標示，其與台塑石化股份有限公司兩者之整體營業形象顯有重大區別，應不致使消費者產生混淆誤認之情形，並不違反公平交易法第二十條第一項第二款，但是公平會認為被檢舉人明知台灣塑膠公司及台塑石化公司等著名公司，且台塑石化公司積極投入油品市場之際，卻變更原公司名稱，仿襲該著名公司名稱，經營加油站相關業務，顯有攀附檢舉人聲譽，榨取其努力成果，為足以影響交易秩序之顯失公平行為，因而認定其違反公平交易法第二十四條規定。

¹⁵ 公平會 87.04.29(87)公處字第○九七號處分書。

¹⁶ 公平會 90.07.25(90)公參字第八九○七三九三 - ○○六號處分書。

¹⁷ 公平會 90.08.31(90)公參字第八九○七九八四 - ○○七號處分書。

最近之「台灣田邊食品公司」案¹⁸，被處分人利用日商著名之「田邊」商標與公司名稱，取得「台灣田邊食品股份有限公司」之公司名稱登記。公平會認為被處分人使用與檢舉人相同之「田邊」為公司特取名稱，其所為雖有將檢舉人之表徵為相同或類似之使用，惟檢舉人所生產銷售之產品為「藥品類」，而被處分人主要生產銷售之產品為「食品類或其原料」，購買者無論購買動機或需求均有所不同，且被處分人已於產品包裝上標示「台灣田邊食品股份有限公司」，當不致與檢舉人就商品來源產生混淆，因而認定並不違反公平法第二十條第一項第一款之規定。但由於被處分人除使用「台灣田邊食品」及日語發音英文「TAIWAN TANABE」為公司中、英文特取名稱外，並復於其產品上使用「田邊聖品」字樣，其行為整體顯有以積極行為攀附檢舉人之商譽，為足以影響交易秩序之顯失公平行為，因而認定其違反公平交易法第二十四條。

(三) 事業名稱登記之正當性應受公平法規範

對於此類型之案件，由於商業主管機關對於事業名稱之登記並不為實體審查，因此縱使主管機關核准其登記，並不表示其登記就具有正當性。如果其登記之事業名稱有侵害他人權利或違反其他法律規範之情事，仍然應負其責任。就此，吾人可以利用有審查制度之商標之情形來比對說明。

在我國商標註冊須經實體審查，因此如果發生與上述事業名稱類似之情形，亦即以與他人相同或近似之商標申請註冊，縱使經過主管機關之實體審查而完成註冊，並不表示該註冊就絕對毫無問題，他人可以利用商標法中之異議或評定無效制度，將該商標之註冊除去，甚至已經註冊之商標如果侵害他人之著作權、新式樣專利權或其他權利，經判決確定者，商標主管機關亦應依職權或據利害關係人申請撤銷商標專用權（商標法第三十一條第一項第四款）。由此可知，在商標之情形，縱使經過實體審查，仍不確保其所取得者為終局有效之權利，如果嗣後發現其註冊有侵害他人權利，仍然可以被撤銷。此種情形，由於商標有完整之審查制度與救濟制度，因而公平會往往持較為謹慎之態度，而讓該糾紛循商標救濟制度處理（就此詳見後述）。

然而在事業名稱之情形，相關事業名稱登記之規範欠缺完整之審查與救濟制度，因而一旦發生爭議，其登記之正當性就應受到其他規範之檢證，包括公平法，因為其所為之登記如果有

¹⁸ 公平會 90.8.13(90)公參字第八九一二二二二 - ○○五號處分書。

問題而欠缺正當性，不僅會消費者受到混淆，同時也使市場上之競爭秩序受到影響。是以公平會於遇到此類案件時，並不適當以被檢舉人所使用者為業經登記之事業名稱，就不經檢視地一概承認其登記之正當性，而認為其無公平法之適用。近來公平會於遇到該類型之案件時，態度已經逐漸有所改變，從原先認為完全不違反公平法，轉而認為可能違反第二十條或第二十四條，採取較以往更為積極之態度，以補現行事業名稱登記制度之不全，並維護事業間之正當競爭秩序，此一積極之作法值得肯定。

(四) 事業名稱應為獨立受判斷之表徵

然而在法律適用上，從上述案例中，可以發現公平會基本上對於利用他人知名之事業名稱或商標取得事業名稱之登記者，往往並不願意正視該事業名稱之登記與使用是否違反公平法第二十條第一項之問題，而是迂迴地以其他相關之表徵之使用是否構成混淆，來作為判斷之依據。例如前述之「全球寶島鐘錶有限公司」案與「台塑加油站股份有限公司」案，可以看出公平會雖然肯定公平法對該類型案件之適用性，然而卻以其整體之營業形象有所區別未構成混淆為由，迴避公平法第二十條之規定，而以構成攀附為由適用第二十四條。此一觀點是否妥當，實有進一步檢討之餘地。

事業之整體營業形象，例如事業所使用之招牌、裝潢與商品之擺設方式，甚至服務生所穿之制服等，嚴格言之，亦屬於表徵之一種，亦即屬於公平法第二十條第一項第二款之「其他表示他人營業、服務之表徵」，其與他人之商號、公司名稱等表徵並不相同，不能混為一談，是否有違反公平法第二十條，應分別判斷之。縱使事業之整體營業標識並不相同而不會引起消費者混淆，然而如果其所使用之事業名稱會引起混淆，仍然會違反公平法第二十條之規定。在上述案件中，公平會僅以事業營業整體標識不構成混淆，而忽略事業名稱所可能產生之混淆，甚至於傾向於利用前者來否定事業名稱之混淆，並不妥當。

除此之外，從上述案例中可以看到公平會在公司名稱相同或近似之情形下，經常會以其業務種類不同，認定其非屬相同或類似之使用，不構成混淆，而排除第二十條之適用，並以攀附商譽為由適用第二十四條，例如前述之「三商」案與「台灣田邊食品公司」案。此涉及第二十條「相同或類似之使用」之概念應如何界定，以及其與混淆間之關係。不僅在事業名稱之表徵有此問題，在商標表徵之情形，亦有相同之問題，就此詳見後述。

五、商標之問題

商標亦為公平法所保護之表徵之一種，在公平會所處理過之案件中，許多是與商標有密切關係。由於商標同時屬於商標法與公平法所規範之對象，因此於具體案件，公平會究竟在哪種情形下應該介入？在哪種情形下，應讓由商標法規範而不宜介入？是否會發生法律適用上之競合情形？這些都有待釐清。

(一) 被檢舉者若為「已註冊」之商標公平會原則上不宜介入

公平法對商標表徵之保護，主要在於避免他人擅自仿冒使用知名之商標，然而如果被檢舉人所使用者為業經取得註冊之商標，雖然與知名之商標相同或近似，由於此時涉及不同商標權人間之紛爭，以及被檢舉人所註冊取得之商標是否有應被評定無效之事由，由於商標法就此紛爭之解決已經設有規範，應循商標法規定之救濟途徑尋求解決，而不適當依公平法尋求解決，公平法只是在商標法規範保護有所不足之處，才予以補充適用，因此原則上並不適當由公平會逕自介入處理此種糾紛，否則將會因公平會之介入而破壞原有之商標制度。

就此公平會曾於「CANOMATIC」案¹⁹，就明白表示訴願人所指稱之侵害商標，於民八十一年十月一日亦經中央標準局審查員審查通過，業已取得審定商標，依商標法第三章規定，申請人即有商標使用權，如利害關係人對審定商標有異議，應於公告期間內向商標主管機關提出異議，因而將該檢舉案，先移請經濟部主政。公平會所持之立場，對於單純商標註冊糾紛案件以及屬於商標法規範領域內之案件不為介入，以維持商標制度之正常運作，洵屬正確。

然而嗣後在「大黑松小倆口」案²⁰，公平會卻對於兩個註冊商標間之紛爭，進行實體處理。在該案檢舉人主張被檢舉人使用「大黑松小倆口及圖」作為廣告招牌、標章及商標，與訴願人之「黑松」商標近似，有違反公平交易法第二十條之規定。公平會認為被檢舉人「大黑松小倆口及圖」商標係由男女笑臉圖置於曲線上，下置「中文大黑松小倆口」所組成，其中文字部分「大黑松小倆口」整體而言不得割裂，與檢舉人之「黑松」商標圖樣顯然有別，不構成近似，檢舉人與被檢舉人之商標圖樣均經中央標準局商標註冊在案，兩商標併存使用多年並各具知名度，無致消費者產生混淆誤認之虞，故無公平交易法第二十條第一項之適用。行政法院亦認為

¹⁹ 公平會 82.9.3(82)公訴字第五三二二七號函。

²⁰ 公平會 85.7.6(85)公訴字第〇二一〇號訴願決定書。

「大黑松小倆口」與「黑松」商標既併存多年，而該商標系列產品經長期大量宣傳廣告又已具相當知名度，自無致消費者混淆誤認之虞，其使用於年曆卡、訂購單、廣告說明書及消費者通訊函，又係商標之正當行使，因而判定被告之行為並不違反公平交易法第二十條²¹。

姑且先不論其處理之結果是否正確，該案件主要涉及註冊在後之「大黑松小倆口」商標是否與註冊在先之「黑松」商標構成近似，此種案件應該是屬於商標評定無效之範圍，而且此種評定無效之案件並無申請時間之限制（見商標法第五十三條），因此當事人理應依商標法之規定，向智慧財產局請求評定無效，而非向公平會提出檢舉。縱使評定無效最後不成立，而當事人再向公平會提出檢舉，除非有其他不公平競爭之情事，否則公平會亦不應介入，以尊重商標主管機關與行政法院之職權與認定結果，尤其是如果評定無效經行政法院判決確定後公平會仍加以處理，萬一公平會做出不同之認定結果，無異於公平會可以否定行政法院之判決。是以公平會前揭處分直接涉及兩個註冊商標是否近似之判斷，嚴格言之，已經涉入智慧財產局與行政法院之職掌範圍，顯然並不妥當。

類似之情形，如果以和他人著名商標相同或近似之標識，使用於「不類似」之商品或服務，並且「取得商標註冊」，而著名商標所有人提出檢舉，此種情形究竟應該屬於智慧財產局或是公平會之職掌範圍？

對此問題，應視其是否屬於商標法所規範之範圍而定，如果依據商標法無法處理，公平會始有介入之必要。這種情形，依我國歷來實務上之見解，雖然註冊之商品或服務類別不類似，但原來著名商標所有人仍然可以主張後註冊者違反商標法第三十七條第七款之規定，請求智慧財產局將後註冊之商標評定無效²²。既然可以依商標法之規定處理，則公平會自無再介入之必要。是以對於此類紛爭，公平會應明白表示可由當事人依商標法尋求解決。

綜上所述，如果被檢舉人所使用之標識業經取得商標註冊，公平會原則上並不宜介入，而應讓當事人依商標法處理之。只有對於商標法所無法處理之範圍，如有涉及不正競爭之情事，公平法始有補充適用之餘地。

²¹ 行政法院八十六年度判字第二五〇一號判決。

²² 就此詳見拙著，「從商標法與競爭法之觀點論著名標章之保護」收錄於拙著「智慧財產權基本問題研究」，1999年初版，第270頁以下。

(二) 被檢舉者若為「未註冊」之商標會發生適用法律之競合

以上所述均為被檢舉人就其所被檢舉使用之標識，業經取得商標註冊之情形，這種情形由於屬於商標權與另一商標權間之糾紛，因此以依商標法之途徑解決為宜，公平會原則上並不適當介入。然而，如果被檢舉人就所使用之標識與他人註冊之商標相同或近似，而被檢舉人就該標識「並未取得商標註冊」，不享有商標權之保護，則處理之方式就有所不同。在這種情形，其行為可能會侵害他人之商標權，也可能同時違反公平法。此時究竟應該適用商標法或是公平法，應分別情形判斷之。

1. 與不被普遍認知之商標相同或近似

首先應就檢舉人被仿冒之商標之知名度加以判斷。如果其「未達」相關事業或消費者普遍認知之程度，則無公平法第二十條之適用，而應適用商標法有關商標侵害之一般規定處理之，亦即循一般民事或刑事程序處理即可。而且此種情形屬於單純之商標侵害案件，公平會並不適當再將其納入公平法第二十四條之適用範圍，一方面因為商標法即足以提供足夠之保護，公平法並無再介入之必要，另一方面，如果此種情形可以用公平法第二十四條處理，則所有之商標侵害案件都將一樣可以依該規定處理，不僅商標之保護規範會被架空，而且將使公平會之負擔大增，造成行政資源之浪費，並無必要。

2. 與被普遍認知之商標相同或近似

然而如果被仿冒之商標屬於「相關事業或消費者普遍認知之商標」，而且被檢舉人將其使用在相同或類似之商品或服務上，則被檢舉人所為之行為，不僅違反商標法，構成商標權之侵害，而且同時違反公平法第二十條，此時就構成法律規範上之競合。此種情形兩種法律所規定之效果並不相同。就民事責任而言，公平法第三十二條規定故意侵害之行為，被害人可請求法院酌定已證明損害額三倍以下之損害賠償，而商標法則無類似之規定；在刑事責任方面，侵害商標之最高刑度依其侵害之行為分別為三年以下或一年以下有期徒刑，罰金最高為新台幣二十萬元（商標法第六十二、六十三條，八十二年修正），而公平法之最高刑度一律為三年以下有期徒刑，罰金於民國八十八年修正後最高可達新台幣一億元（第三十五條）。由上可知，違反公平交易法之責任顯然較重，因為畢竟違反公平法所侵害者為正當之交易秩序與一般消費大眾之公共利益，相對地商標法則較強調對個別商標專用權人之權利保護。

對於這種競合之情形，應如何適用法律，可以分別為刑事責任與民事責任兩方面說明之。在「刑事責任」方面，由於商標法和公平法所規定之構成要件並不相同，應分別檢視其構成要件是否該當。就公平法而言，依第三十五條之規定，必須是經公平會限期命停止、改正或採取必要更正措施後而未為之者，始有刑責，因此刑罰之規定被適用到之機會並不多。然而如果仿冒者有欺騙他人之意圖，於同一商品或類似商品，使用相同或近似於他人註冊商標之圖樣，仍然有商標法第六十二條刑罰規定之適用。在這種情形，如果侵害人同時被公平會限期停止其行為，而侵害人不從，則可能同時該當商標法與公平法刑罰之構成要件，而發生競合之現象，此時應優先適用公平法第三十五條之規定，因為公平法係針對具有較高知名度之商標所為之特別規範，應優先被適用。在「民事責任」方面，商標法規定若干損害賠償額之計算方式，同時規定業務上信譽損害之賠償（第六十六條），此均為公平法所無者；然而公平法規定故意侵害之行為，被害人可請求法院酌定已證明損害額三倍以下之損害賠償，則為商標法所無者。如果一商標侵害行為被仿冒者為著名之商標，且行為人係故意，而同時符合商標法與公平法之民事責任要件，也會產生競合之現象，同樣地由於公平法係對高知名度之商標所為之特別規範，因此應被優先適用，而商標法則於公平法所未規定之處，有補充適用之餘地。是以被害人除得依公平法請求三倍以下之損害賠償外，對於損害額之計算，由於為公平法所無，應可援引商標法之規定計算之，甚至如有業務信譽上之損害，亦可援引商標法之規定請求之。

（三）未註冊商標亦應受公平法第二十條保護

屬於公平法第二十條表徵之商標，應包含已註冊與未註冊之商標。就已註冊之商標而言，並非所有之註冊商標都屬於公平法保護之表徵，必須是達到「相關事業或消費者所普遍認知」之註冊商標，始受公平法之保護，否則僅能受商標法之保護。

未註冊之商標，在我國現行商標制度下，並無法得到商標法之保護，縱使是經由長期使用而達到相關事業或消費者所普遍認知之程度者，亦同。此種情形顯然不合理，因為其既然已經具備一定程度之知名度，已經成為消費者選購商品時之憑藉，若無法受到保護，將使消費者因混淆而受損害，並對正當之交易秩序產生影響。因此對於未註冊之商標，實有必要透過公平法之補充適用，給予適當之保護。或許有人認為未註冊之商標並不適當納入公平法第二十條之保護範圍，因為如果予以保護，將使無法受商標法保護之標識竟然可以利用公平法而受到保護，

不啻是對商標註冊制度之破壞。本文認為由於商標制度只是屬於不正競爭規範之一環，商標法未能對未註冊商標予以保護，應屬商標制度上之缺失，公平法屬於競爭秩序之基本規範，於商標法規不足之時，援引適用公平法之規定以填補此一規範上之漏洞，以維護公平之競爭秩序，應無不妥。

況且實際上我國公平法，已經明文包含對未註冊商標之保護，例如第二十條第一項第一款之「商品容器、包裝、外觀或其他顯示他人商品之表徵」，以及第二款之「其他表示他人營業、服務之表徵」，這些具有標識作用之表徵，性質上都是屬於實質商標，其雖然未經註冊，但在公平法上都能受到保護，則對於未註冊然而有使用之實質商標，並無排除於公平法保護範圍之外之道理。此外，在公平法同條文第三款更是明文肯定「未經註冊」之外國著名商標亦受保護，基於內外國民平等原則，未註冊之外國著名商標都可以受到公平法保護，則未註冊之本國商標亦應能受到保護。

由此可知，公平法第二十條第一項所稱保護之商標，註冊與否並不重要，重要的是，必須是具有被相關事業與消費者普遍認知之知名度。

(四) 商標」與「商品外觀」之判斷應予區隔

值得注意者，如果檢舉人所訴求者，並非商標本體之近似，而是商品外觀之近似，此時由於其並非商標法所規範之範圍，當事人無從依商標法尋求救濟或得到保障，公平法就有補充適用之餘地，公平會即應予以處理。例如在「白人牙膏」案²³，涉及者不僅為「白人牙膏」與「黑人牙膏」兩者之商標是否近似，更重要者在於其商品之外觀是否是否近似，公平會與行政院²⁴之審理重點主要在於兩者之外觀是否構成近似，此部分確實應該屬於公平法會職掌之範圍，然而此時公平會應更明確表示有關兩者之商標是否近似之問題，應由當事人依商標法之規定解決，此部分不屬於公平會審理之範圍。

由於過去公平會對商標與商品外觀之處理未為明確區分，因此產生一些混淆之情形。例如在「BOSS」案²⁵，檢舉人與被檢舉人都分別取得商標註冊，其所檢舉者為商品之外觀設計近似，

²³ 行政院 88.05.28 臺八十八訴字第○三二號再訴願決定書。

²⁴ 最高行政法院 89.08.17，89 年度判字第 2549 號判決。

²⁵ 行政院 89.06.30 臺八十九訴字第一九五七七號再訴願決定書，檢舉人擁有「BOSS」及「HUGO Boss」商標圖樣，指定使用於服飾、香水、化粧品等商品，檢舉被檢舉人所製造、進口、販售

然而公平會卻以被檢舉人亦享有商標權，屬行使權利之正當行為為由，而認為其不違反第二十條，顯然將商標與商品外觀之判斷混為一談。

類似之情形亦發生在「長墩米」案²⁶，檢舉人銷售「金墩米」小包裝米，並取得「金墩及圖」商標及聯合商標之註冊，其檢舉被檢舉人產製之「長墩米」小包裝米商品包裝，與檢舉人前揭商品包裝極為相似，一般消費者如未經刻意辨別，即易產生混淆。經公平會審理後，認為檢舉人之「金墩米」包裝整體，尚難謂已構成公平交易法第二十條第一項第一款所稱之表徵。檢舉人不服提起訴願，仍遭駁回，乃提起再訴願，經行政院決定將原決定及原處分均撤銷，由原處分機關另為適法之處分，其理由為被處分人所註冊之「長墩及圖」商標圖樣與檢舉人所註冊之「金墩及圖」及「全墩及圖」構成近似，業經智慧財產局評定撤銷，與公平會之認定並不一致²⁷。

行政院在該案中尊重智慧財產局有關商標近似與撤銷「長墩米」商標之決定，固屬正確，然而其卻以「商標」近似為由，推翻原處分機關所為之是否屬「商品外觀」之表徵之認定，顯然也將二者混為一談。案經公平會重新審理後，公平會仍然認為該商品之外觀包裝不構成表徵，然而整體觀之，系爭二商品包裝在商標及上、下線條之位置、設色不僅相類似，其說明文字之位置、字義亦極為神似，被處分人產品包裝顯係抄襲自檢舉人外包裝設計，積極榨取他人努力成果，為足以影響交易秩序之顯失公平行為，違反公平交易法第二十四條之規定。同時公平會亦明確表示，經濟部智慧財產局所做之處分僅係就被處分人之「長墩及圖」商標與檢舉人之「金墩及圖」商標是否違反商標法規定做成決定，其與本會就本案檢舉人所稱「產品包裝」是否違反公平交易法第二十條第一項規定之考量並不相同，將「商標」與「商品外觀」之判斷明確加以區分，應屬較為進步之作法，值得肯定。

之 BOSS LIGHTS 及 BOSS VIRGINIA BLEND 香菸，其包裝之底色、BOSS 字體、顏色及整體設計，均酷似渠等 BOSS ElementsAqua 及 Boss NO.1 香水產品之包裝設計，然而公平會經過審理後，認為被檢舉人於香煙類商品包裝上雖亦使用 Boss 商標，惟其就香煙類商品享有該商標專用權，其使用該商標為依商標法行使權利之正當行為，難認關係人有違反行為時公平交易法第二十條規定情事，亦難謂關係人有積極攀附再訴願人等之商譽、抄襲再訴願人等商品外觀、榨取其努力成果情事，尚難認關係人等有違反行為時公平交易法第二十四條之規定。

²⁶ 公平會 90.05.16 (九十)公參字第八九〇六五八五—〇〇五號。

²⁷ 行政院決定書 89.05.16 台八十九訴字第一三七四八號。

(五) 申請商標註冊而被駁回不違反公平法

單純商標註冊之申請行為，如果該申請案被智慧財產局認定與他人商標近似而被駁回，而且申請人並無使用該商標之行為，則該單純之申請行為，並不能被當成違反公平法。在「CARTEL」案²⁸，公平會就明白表示不得逕以申請人申請註冊商標之行為，涉有與他人商標相同或近似，即認該申請商標註冊之行為涉有違反市場效能競爭或影響交易秩序而有違反公平法第二十條及第二十四條之情事。此一見解應屬正確。

六、使用相同或近似表徵於「不類似」商品或服務之處理

公平法第二十條第一項第一款規定：「...為相同或類似之使用，致與他人商品混淆」，第二款規定「...為相同或類似之使用，致與他人營業或服務之設施或活動混淆」，然而何謂「為相同或類似之使用」？何謂「混淆」？如果是使用他人之知名表徵於「不類似」之商品或服務，是否屬於公平法所規範之對象？

(一) 公平法對著名標章之保護有補充作用

在公平法第二十條所列之各種表徵中，商標由於另外又有商標法之規範，使得商標表徵所受之保護，較其他表徵更為周延。一個達到「相關事業或消費者所普遍認知」之註冊商標，與一般不具知名度之註冊商標，同樣都受到商標法之規範，也受到商標法之保護。理論上，如果商標法能對商標表徵提供完整而周延之保護，並無再以公平法規範之必要²⁹。然而在我國，現行商標法所保護者，縱使是著名商標，原則上³⁰亦僅及於使用相同或近似之商標於同一或「類似」之商品或服務上³¹，如果將他人之商標使用於「不類似」之商品或服務上，現行商標法並無法予以保護。至於其他表徵，不僅現行法欠缺保護之規範，如果該表徵被使用到不類似之商品或服務時，亦無法受到保護。

²⁸ 公平會 90.8.17(90)公參字第八九〇八四三七 - 〇〇九號處分書。

²⁹ 例如在德國，有關著名商標之保護，現已全部納入商標法之規範範圍，依商標法即能受到周延之保護。

³⁰ 例外之情形，必須是商標權人依商標法第二十二條申請註冊防護商標，將同一商標圖樣指定使用在非類似之商品上，始能擴張其保護範圍於非類似之商品上。

³¹ 此種情形，既然受商標法保護，公平法原無再重複規範之必要，是以公平法再將其納入規範之意義，在於對知名度達到相關事業或消費者所普遍認知之商標，提供比商標法更高度之保護，亦即對侵害者課以更重之民刑事責任，因為其為知名度較高之商標，一旦被仿冒，除影響商標權人之權益外，對於消費者之權益與交易秩序之影響遠較一般不知名之商標大。

然而就其他國家之規範觀之，不僅其所保護之商標範圍較我國廣，不論是平面或立體，不論是商品外觀、包裝或是事業名稱、營業標識，只要具有表彰商品來源之標識，都能受到商標法之保護³²。而且其對於著名標章之保護，也及於不類似之商品。他人將著名標章使用於「不類似」之商品或服務上，由於會造成對該著名標章識別力之弱化與淡化，亦為商標規範所禁止³³。由此觀之，我國現行商標法對於著名商標之保護顯有不足，未來實有必要修改商標法，加強對著名商標之保護，擴大其保護範圍，使其及不類似之商品，以配合國際發展趨勢。在商標法修改之前，由於商標法之保護範圍有限，且對於著名標章欠缺有效之保護，因此對於具有高知名度表徵之保護，公平法之補充適用便扮演極為重要之角色。

(二) 公平法第二十條之適用

然而此時究竟應依公平法第二十條，抑或是依第二十四條處理？此問題涉及第二十條第一項第一、二款所稱之「相同或類似之使用」，究竟是指「表徵本體」上之相同或近似，抑或包括該表徵所使用之「商品或服務」之相同或類似？

1. 相同或類似之使用係指「表徵本體」之相同或近似

就此公平會認為「本法第二十條所稱相同或類似之使用，相同係指文字、圖形、記號、商品容器、包裝、形狀、或其聯合式之外觀、排列、設色完全相同而言；類似則指因襲主要部分，使相關事業或消費者於購買時施以普通注意猶有混同誤認之虞者而言」³⁴。而在判斷是否構成相同或類似之使用時，應本於客觀之事實，以有普通知識經驗之相關大眾施以普通注意，為判斷標準，並依通體觀察、比較主要部分以及異時異地隔離觀察之方法加以判斷³⁵。根據公平會的解釋³⁶，其於訂定上述原則時，係參酌最高法院一五判字第九一一號判例：「商標圖樣之近似，係指具有普通知識經驗之商品購買人，於購買時施以普通所用之注意，猶有

³² 就此，請參閱拙著，德國商標制度之重大變革，收錄於拙著，智慧財產權基本問題研究，1999年版，第387頁以下。

³³ 參閱廖義男著，公平交易法關於違反禁止行為之處罰規定，收錄於氏著，公平交易法之釋論與實務，第68頁，註12；張澤平著，仿冒與公平交易法，81年3月版，第96頁以下；拙著，「從商標法與競爭法之觀點論著名標章之保護」收錄於拙著「智慧財產權基本問題研究」，1999年初版，第300頁以下。

³⁴ 見公平交易委員會處理公平交易法第二十條原則，第五點。

³⁵ 見公平交易委員會處理公平交易法第二十條原則，第十二點。

³⁶ 公平交易委員會 85.11.25 公研釋一〇五號。

混同誤認之虞者而言」。

由此觀之，該條所稱之「相同或類似之使用」，應該是指該商標等表徵本體上之相同或近似而言，特別是其認為「類似」係指「因襲主要部分」，表徵本體始有主要部分可言，商品或服務並無主要部分之可言。

2. 第二十條之適用應可及於「不類似」之商品或服務

既然公平法第二十條第一項第一、二款所規範之「相同或類似之使用」係指表徵本體之相同或近似，而非所使用之商品或服務，則將表徵使用商品或服務是否相同或類似，應非所問，縱使是使用於不類似之商品或服務，仍為該條所涵蓋適用之範圍，此亦為國內多數學者之看法³⁷。

由於公平法第二十條所規範者為「相關事業或消費者所普遍認知」之表徵，亦即具有高知名度之表徵，此一結論符合著名標章應受擴大保護之國際趨勢，對於避免著名標章之識別力因為被他人使用於不類似之商品而被弱化或淡化，有其積極之意義。

3. 公平會於具體案件之態度

雖然如此，公平會在實際案例之處理態度，似乎並不一致。有些案例公平會持肯定之看法，認為所使用之商品或服務類別不同，仍屬公平法第二十條之適用範圍；然而有時卻持否定之看法，而且持否定看法之案件似乎比較多。

(1) 肯定見解

持肯定看法之案件，例如在「企鵝」案³⁸，檢舉人擁有企鵝圖樣之商標，被檢舉人使用於其產製之錄音帶、雷射唱片商品包裝上，公平會認為企鵝商標為知名之商標，而被檢舉人使用之圖樣與檢舉人向來使用之企鵝商標圖樣完全相同，雖被檢舉人稱所使用之商品種類僅為錄音帶、雷射唱片，與檢舉人所使用為服飾類者有所不同，然被處分人以完全相同之商標使用於其商品上，縱不使人誤認其唱片、錄音帶係出自檢舉人，亦容易使人招致檢舉人對被處分人有授權或其他贊助關係之混淆，因而認定被檢舉人之行為

³⁷ 就此詳見拙著，「從商標法與競爭法之觀點論著名標章之保護」收錄於拙著「智慧財產權基本問題研究」，1999年初版，第300頁以下，特別是第302頁註115。

³⁸ 公平會85.4.1(85)公參字第八四〇四二〇三 - 〇〇二號處分書。

顯已違反公平交易法第二十條第一項第一款。

(2) 否定見解

持否定看法之案件，例如在前述之「三商」案³⁹，雖然是涉及事業名稱而非商標，然而均屬表徵，惟公平會就認為公司之業務種類並不相同，兩者間之公司名稱即非屬相同或類似之使用。另外，「蝙蝠俠」案⁴⁰，蝙蝠俠為檢舉人美商 DC Comics 與華納兄弟公司所註冊之知名商標，除用於其所製作之漫畫、電影及影集外，並用於衣服、運動遊戲器具、鞋、照相器材、床單被褥等多項產品及服務；被處分人則登記取得「蝙蝠俠國際貿易股份有限公司」之名稱，其營業項目為汽車零配件、汽材百貨買賣業務、各種汽車之倒車警示器、語音告知器及超速探測器買賣業務等，公平會認為其商品之特性與檢舉人所生產或授權生產之商品顯已有所區隔，故對一般相關大眾而言，尚不致造成對商品或服務來源有誤認誤信之虞，而構成本法中所謂之混淆之情事，因而不違反公平法第二十條。雖然如此，公平會認為被處分人使用「蝙蝠俠及圖」為其商品之表徵，其行為確有攀附他人商譽，顯失公平行為之情事，違反公平交易法第二十四條之規定。

持否定看法之案例中，值得進一步探究之觀點為，公平法第二十條第一項第一、二款均有「致與他人商品混淆」，或「致與他人營業或服務之設施或活動混淆」之規定，亦即必須因相同或類似之使用而發生混淆。因而公平會有時會認為如果所使用之商品或服務「不類似」，應不會產生混淆之問題，因此就無第二十條適用之餘地，如有必要應該適用第二十四條處理。在前述之「蝙蝠俠」案，即持此種看法。另外在前述「台灣田邊食品公司」案，公平會亦認為檢舉人所生產銷售之產品為「藥品類」，而被處分人主要生產銷售之產品為「食品類或其原料」，當不致與檢舉人就商品來源產生混淆，因而無第二十條之適用，而應其行為整體顯有以積極行為攀附檢舉人之商譽，而適用第二十四條。

4. 混淆應是指「表徵本體」所產生來源上之混淆

所謂混淆，依公平會之見解，是指「對商品或服務之來源有誤認誤信而言」⁴¹。亦即使表

³⁹ 公平會 84.6.19 公訴字第○三六號訴願決定書，公平會公報八十四年第四卷第六期 137 頁。

⁴⁰ 公平會 87.04.29(87)公處字第○九七號處分書。

⁴¹ 見公平交易委員會處理公平交易法第二十條原則，第六點。

徵表彰其來源之功能受到破壞，使消費者無法根據該表徵區別和選購其所要之商品或服務。將商標等表徵使用在不類似之商品或服務上，是否會構成混淆，應視情形而定。將表徵使用在不類似之商品上，對於「不具知名度」之表徵而言，固然不會使消費者受到混淆，此乃商標法容許他人以相同或近似之商標註冊於不類似之商品之原因；然而對於「高知名度」之表徵而言，由於現代大型事業多角化經營相當普遍，如果該表徵被他人使用於不類似之商品或服務，有時仍然可能會引起消費者對該商品或服務來源之混淆，或者縱使雖然未達到混淆之程度，但至少也會引起消費者對其來源產生聯想，而受到誤導。甚至在國際發展趨勢上，對著名商標之保護，不僅使其保護範圍及於不類似之商品或服務，而且並不以造成消費者之混淆為必要，只要足以引起其與商標所有人間之聯想，且商標所有人之利益可能因而受到損害，亦應受到保護⁴²，以避免該著名商標之識別力被弱化。

其實公平法第二十條第一項之「混淆」，應係指由於就表徵本體為相同或類似使用而產生之來源混淆，因為其條文內容：「...為相同或類似之使用，致與他人商品混淆」、「...為相同或類似之使用，致與他人營業或服務之設施或活動混淆」，其中之「相同或類似之使用」，如前所述，既係指表徵本體之相同或近似，則此所稱之「混淆」，當然係指就表徵本體為相同或類似之使用而造成來源上之混淆，至於所使用之商品或服務是否相同或類似，並非所問。因此縱使所使用之商品或服務不類似，只要所使用之表徵相同或近似，並因而讓消費者就商品或服務之來源產生混淆，仍為第二十條所規範之範圍。未來如果能透過修法，將該條規定得更為明確，將可避免法律適用上之疑慮。

換言之，公平法第二十條第一項第一、二款之適用，以就表徵本體為相同或類似使用而產生來源混淆為已足，並不以其混淆尚須因使用於相同或類似之商品或服務而引起為必要。否則不僅與國際趨勢不符，而且使該條文保護高知名度表徵之立法意旨大受影響，因為在使用於不類似商品或服務之情形，欲證明其會構成混淆，通常並不容易。例如前述之「蝙蝠俠」案與「台灣田邊食品公司」案即是如此，另外在「AVENT」案⁴³亦是如此，在該案檢舉人美商艾文特股

⁴² WTO 架構下之 TRIPS 協議第十六條第三項規定：「使用商標於與其所註冊之商品或服務不類似之商品或服務上，而會引起該等商品或服務與該註冊商標所有人間之聯想，且該註冊商標所有人之利益可能因該使用而受到損害，準用巴黎公約第六條之一（1967 年版）之規定」。

⁴³ 公平會 87.07.30(87)公參字第八六〇四七一六 - 〇〇四號處分書。

份有限公司(AVNET INC.)，在台灣先後取得多項商標註冊，為相關大眾所共知之商標，使用於電子、電腦相關產品，銷售對象主要為公司及廠商，而被檢舉人帝榮公司雖使用「AVNET」為其公司英文名稱之特取部分，惟其所生產銷售之商品為電腦軟體「林老師四合一多媒體電腦網路視聽教學系統」，主要客戶群為學校，公平會認為就中文名稱、商品之標示與表徵方式及其商品及服務之類別及客戶特性等市場之區隔為整體判斷，客觀上尚難謂有使一般相關大眾對二者商品之來源或產製主體發生混淆誤認之虞，故無公平法第二十條之適用。

嚴格言之，在這些案件中，公平會雖然都以不會構成混淆為由，排除第二十條之適用，轉而適用第二十四條之概括規定，然而公平會適用第二十四條之理由，則為被檢舉人之整體圖形或整體行為有攀附商譽、易使人誤認系爭字樣為被處分人產品之商標或誤認被處分人為檢舉人公司旗下之子公司或具有授權或贊助關係，其實這些理由都已經構成前述使消費者對其商品來源產生聯想之情形，從前述國際觀點而言，都應該屬於對具有高知名度表徵之保護範圍，亦即應該屬於第二十條第一項之適用範圍。

5. 公平會利用「混淆」之要件遁入第二十四條

其實在公平會處分之案件中，不僅是在前述「不類似」商品或服務之使用，在「類似」商品或服務之使用，甚至在表徵亦屬近似之情形，公平會也經常以不致構成混淆為理由，而排除第二十條之適用，並轉而適用第二十四條。例如在「統二麵包」案⁴⁴，公平會認為被檢處分人所使用之「統二麵包」表徵與「統一麵包」尚不致使人產生混淆，而不該當公平交易法第二十條第一項第二款之構成要件。然而公平會認為被處分人招牌上之三角仕女圖形之紅綠配色、中文名稱及字體、紅橘白色條紋暨三者之相對位置，與「統一麵包」表徵甚為相近，僅有少部分有些微不同，顯然襲用「統一麵包」之構想及圖形，被處分人在不需花費成本及風險之情況下，利用統一公司投注大量資金、心力、時間，所建立之著名服務表徵印象，達成吸引交易相對人進入消費之目的，進而取得競爭優勢，對統一公司顯失公平，被處分人基於承接原「統一麵包」客源之意圖，暨不思努力建立自有品牌之心態，其行為顯不符合商業倫理之要求，而以積極行為攀附統一企業股份有限公司之商譽，違反公平交易法第二十四條。

在「統二麵包」案，姑且不論公平會認為「統二麵包」與「統一麵包」兩個近似度極高

⁴⁴ 公平會 87.07.04(87)公處字第一四四號處分書。

之表徵不致構成混淆是否正確，其所論之招牌上之三角仕女圖形顏色、字體、條紋，嚴格言之，亦屬營業表徵之一種，公平會既然認為兩者極為近似，且被檢舉人又能因而達成吸引交易相對人進入消費之目的，亦即消費者會因而被吸引，顯然消費者會因而受到混淆，然而公平會卻仍然排除第二十條之適用。

或許過去公平法對於違反第二十條之效果，並未如現行法於民國八十八年修正後採取「先行政後司法」，嚴格之刑事處罰，使得公平會不敢輕易動用該規定，而第二十條有關「混淆」之高度抽象不確定法律概念，便成為公平會避開該規定而遁入第二十四條之最佳理由。在「統二麵包案」可以很清楚地看出，縱使表徵近似，且所使用之商品也類似，公平會仍然能輕易地以不構成混淆之主觀判斷，而迴避第二十條之適用。公平法修法後，違反第二十條之法律效果已經大為緩和，公平會應對該條之適用重新檢討，讓第二十條規定之適用回歸正常化，而不宜再處處迴避該規定之適用，否則不僅影響該規定規範功能之實現，同時也會使得第二十四條概括規定之適用過度膨脹。

七、結論

公平法實施迄今已經滿十周年，經由歷任公平會委員之努力，已經處理過相當多之案件，並已累積相當豐富之經驗。這些案例足以提供極為豐富之研究素材，從相關案例之研究，可以瞭解公平會對若干問題之處理態度，甚至可以發現公平會在不同案件上所表示見解之異同。本文由於篇幅有限，僅以事業名稱與商標這兩類表徵所牽涉之問題為範圍，嘗試從公平會過去所處理過之案件中，找出一些問題點，並就公平會之見解加以分析檢討。

在事業名稱方面，本文贊同公平會近來之見解，認為事業名稱之登記，仍應受公平法之規範，不能以其係依公司法或商業登記法取得名稱登記，就排除公平法之適用。

在商標方面，本文認為如果被檢舉者已經註冊取得商標權，則該商標是否侵害他人之表徵，而應該被評定無效或撤銷，應屬於商標主管機關之權責範圍，公平會不宜介入。然而如果被檢舉者並未取得商標註冊，而檢舉人之商標屬於「相關事業或消費者普遍認知」之商標，則應受公平法之規範。另外，本文認為公平法第二十條第一項第一款所稱之商標，應包括已註冊與未註冊之商標在內。至於公平法第二十條第一項之適用範圍，本文認為除類似之商品或服務外，亦應及於不類似之商品或服務。而且該條項所稱之混淆，應該係指表徵本體所致之混淆，

亦即以就表徵本體為相同或類似使用而產生來源混淆為已足，並不以其混淆尚須因使用於相同或類似之商品或服務而引起為必要。最後本文期待公平會在修法後，由於違反第二十條之法律效果已經大為緩和，應使該條之適用回歸正常化，而非如以往經常以第二十四條作為處理之依據，造成該條之過度膨脹。

評論

徐主任火明（臺北大學財經法學系）

黃主任委員、趙前主任委員、廖院長、蘇院長、各位先生女士：

我感到非常榮幸，有機會參加這麼盛大的研討會，也有機會拜讀謝教授之大作，感到非常高興。在公平法有兩個很重要之領域，一個是反托拉斯法，另一個是不正競爭防止法。兩個法域結合之結果，經過十幾年之實施，不正競爭這部分之案例已越來越多，因此在實務上之重要性也提高。在民國八十一年公平法實施前，就有一個非常有名之案例，即修正液 Pentel 這個案子，這個案子涉及的是外觀仿冒的問題，即表徵之仿冒，當時對表徵權非常陌生，因公平法還在草擬階段。這個案子，從台北地院打到高等法院，再打到最高法院，當時他們用不正競爭這個觀念，但當時法院不瞭解何謂不正競爭，所以這個官司幾乎被駁回。但當公平法在草擬階段，最高法院在民國七十七年將案子發回高等法院，最高法院提出不正競爭這個觀念，而高等法院也一反過去見解，在民國七十八年接受不正競爭之觀念(Unfair competition)，因為當時沒有公平法，因此法院用民法第一百八十四條第一項後段之侵權行為處理，把日本和德國不公平競爭之立法例，以及公平法草案之立法原則，當作法理而加以援用，接受外觀之仿冒在一定要件下構成仿冒。公平法在民國八十一年立法實施後，對於商品容器、包裝、外觀之法律保護，已有法律上之基礎。十幾年來有許多重要之案件，在謝教授論文中也提到許多案例。所謂仿冒，在現行法律體系中有四個網，第一，專利法之仿冒；第二，商標法之仿冒；第三，著作權法之仿冒，在我國現階段經濟發展過程中，擔任著舉足輕重之地位，尤其面對美國之三〇一條款，每年和我們諮商談判時，都列為重點，今年的重點是著作權法之電腦軟體和光碟。而公平法是第四個網，即表徵權之仿冒。在加入 WTO 之後，仿冒之問題在法律之架構中已相當完備。接下來是執行之問題。謝教授的論文提到一個很重要之觀念，尤其是在中泰賓館的案子和雅虎的案子，對中泰賓館這個案子，我提出一些建議，當在處理這類案子時，我們不能當然認為，其以根據商業登記法、公司法之規定登記，取得權利，就是所謂正當權利之行使。因為公平法之目的，和公司法、商業登記法之目的不同，公平法中表徵權之保護有所謂不正競爭之精神，所以在處理這種問題時，要注入不正競爭之精神去處理，這部分已被慢慢落實。另外，雅虎這個案子，雅虎是一個相當有名之網站名稱，但台灣有家公司設立台灣雅虎公司，這兩家公司就打起

來了，而涉及一個很重要之問題，可否以其公司名稱經主管機關登記，就認為當然可以，不會構成混淆，認為是權利正當行使。這個案子在行政院之訴願會，認為還是要把不正競爭之精神注入。公平會在悅氏這個案子已經接受這個觀念；另一個很重要之觀念，就是混淆，一個著名之標章的保護，會牽涉完全不同之商品，尤其是稀釋化理論，這個觀念在美國、德國已無爭議，但在我國還需進一步發展。在公平法第二十條有提到混淆，這個混淆，一般都是狹義之混淆，指同一商品或同類商品之混淆，但參考德國、日本之見解和法院之判決，我認為競爭法上之混淆，不是商標法上之混淆，商標法上之混淆，是以同一商品或同類商品為限，而競爭法上之混淆，傾向廣義之混淆，即仿冒和表徵權利人間，經濟上、組織上、企業上之關係，即企業關連性(Unternehmenszusammenhang)之混淆，而不是僅限於企業同一性(Unternehmensidentität)之混淆。行政院訴願會在雅虎這個案子，也提出這個看法，公平會也逐漸發現這些問題，我感到很欣慰，謝謝！

藥品之不實廣告

黃茂榮*

壹、藥品廣告的概念

所謂藥品廣告，指關於藥品之廣告。其中藥品，參酌藥事法（89.05.26修正）第六條，可將之定義為：為供診斷、治療、減輕或預防人類疾病，或為改變人類身體形貌（例如身高、體重或形狀）之目的，而生產、製造或配製可經由內服、外敷、注射或吸入，以影響人類身體結構及生理機能之物品¹。至於藥品廣告，藥事法第二十四條將之與醫療器材並稱為藥物後定義為：本法所稱藥物廣告，係指利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的之行為。解析之，藥品廣告含四要素：就藥品、以達招徠銷售為目的、利用傳播方法及宣傳醫療效能。其

* 國立台灣大學法律學院教授、德國杜賓根大學法學博士、教育部國家講座。

¹ 藥事法第六條「本法所稱藥品，係指左列各款之一之原料藥及製劑：一、載於中華藥典或經中央衛生主管機關認定之其他各國藥典、公定之國家處方集，或各該補充典籍之藥品。二、未載於前款，但使用於診斷、治療、減輕或預防人類疾病之藥品。三、其他足以影響人類身體結構及生理機能之藥品。四、用以配製前三款所列之藥品。」這是關於人用藥品之規定。此外，尚有供動物用之藥品、農業用及環境用之藥品。對於這些藥品亦分別定有專法加以規範。在各該法律中，就藥品亦有加以定義。其中動物用藥品之使用目的類似於人用者，在於經由預防、診斷、治療動物疾病以維護相關動物之健康。至於農藥及環境用藥則兼有除害的任務。例如動物用藥品管理法第三條「本法所稱動物用藥品，係指左列各款之一之原料藥、製劑及成藥：一、專供預防、診斷、治療動物疾病之血清、預防劑、診斷劑及其他具有生物藥品效能之藥品。二、專供預防、治療動物疾病之抗生素。三、前二款以外，專供預防、治療動物疾病，促進或調節其生理機能之藥品。」農藥管理法第四條「本法所稱成品農藥，係指左列各款之藥品或生物製劑：一、用於防除農林作物或其產物之病蟲鼠害、雜草者。二、用於調節農林作物生長或影響其生理作用者。三、用於調節有益昆蟲生長者。四、其他經主管機關核定，列為保護農林作物之用者（第一項）。農藥原體，可直接供前項使用，經主管機關核定公告者，視為成品農藥（第二項）。」環境用藥管理法第三條第一項第一款「一、環境用藥：指下列環境衛生、污染防治用藥品或微生物製劑，依其使用濃度及使用方式分為環境用藥原體、一般環境用藥、特殊環境用藥：（一）環境衛生用殺蟲劑、殺蟻劑、殺鼠劑、殺菌劑及其他防制有害環境衛生生物之藥品。（二）防治空氣污染、水污染、土壤污染或處理廢棄物之化學合成藥品。（三）利用天然或人工改造之微生物個體或其新陳代謝產物所製成，用以防治空氣污染、水污染、土壤污染、處理廢棄物或防制環境衛生病媒之微生物製劑。（四）其他經中央主管機關公告指定者。」

中廣告之特徵表現在傳播方法上，亦即傳播之媒體上。基於媒體上的要素要求，使廣告與附隨於藥品之標示有區別²。

貳、不正廣告

事業為促銷其藥品而從事廣告時，正像其他商品或服務之廣告一樣，不但容易發生因私害公的情事，而且一旦有此情事發生，藥品廣告可能危害更烈。是故，關於藥品廣告之管理，其特別法除禁止不實廣告外，為防範於未然，就廣告主之資格有限制，非藥商不得為藥物廣告(藥事法第六十五條)。就非藥品，例如食品禁止從事宣稱其有療效之廣告³。就廣告之內容及其播出規定應經事前審查(藥事法第六十六條)⁴。「須由醫師處方或經中央衛生主管機關公告指定

- 2 因在商品之促銷。其標示與廣告的作用類似，所以藥事法第六十九條規定「非本法所稱之藥物，不得為醫療效能之標示或宣傳。」關於藥品，因其標示至關使用安全，所以對其應標示之內容法律常有明文規定。例如農藥管理法第八條規定「本法所稱標示，係指標籤及仿單。」第十五條第一項規定「...農藥標示應記載事項，由中央主管機關定之。」第二十四條規定「農藥販賣業者，不得販賣未黏貼或未加印標示之農藥。」環境用藥管理法第二十五條規定「環境用藥之標示，其使用或變更，應先經中央主管機關核准(第一項)。前項標示、應於包裝、容器上之明顯處以中文為之，並包括廠商名稱、地址、許可證字號、品名、成分、製造日期、批號、有效期限、警語、使用方式與急救及解毒方法(第二項)。」由以上規定可見，現行法關於類似事項的規範，在體系上顯然沒有經過協調，而錯失互相參考優點的機會。
- 3 行政院 71.9.21.七十一年度判字第一一五七號判決「按對於食品、食品添加物，不得藉大眾傳播工具或他人名義，播載虛偽誇張、捏造事實或易生誤解之宣傳或廣告。違反前開規定者，處負責人三千元以上，一萬元以下罰鍰；情節重大或一年內再違反者，並得吊銷其營業或設廠之許可證照，為食品衛生管理法第十七條及第二十七條第三款所明定。而有醫療效果之廣告僅藥品始得為之，食品縱具有療效，依法仍不得為使人易誤認有醫藥效能之廣告標示，固不待言。」相同意旨，另請參見行政院七十三年判字第一一五七號、七十七年判字第四七四號、七十八年度判字第一九四八號、八十八年度判字第一七一號、八十八年度判字第四二〇七號判決。此為衛生署及行政院之一貫見解。其理由為「食品縱有某種療效，但其究非藥品，自不得為醫療效果之廣告。否則，食品與藥品，無法明確劃分，極易使人發生誤解」(行政院 73.9.27.七十三年判字第一二〇七號判決)。因此，「某種食品縱有文獻記載藥效功能，亦不得為涉及醫療效能之宣傳或廣告」(行政院 73.10.4.七十三年判字第一二二九號判決)。同理，亦禁止就非醫療器材為醫療效能之標示或宣傳。例如禁止宣稱銷售之內衣有使「胸部變得又豐滿又有彈性、使乳暈永保紅潤色澤」之作用。蓋這些作用屬於醫療效能(行政院八十九年度判字第四四一號判決)。
- 4 由之延伸，廣告內容亦不得與事前送審者不符(行政院八十八年度判字第一四號判決)。關於藥品廣告之事前審查是否違反憲法所保障之言論自由，司法院 85.11.08.大法官會議釋字第四一四號解釋採否定的見解：「藥物廣告係為獲得財產而從事之經濟活動，涉及財產權之保障，並具

之藥物，其廣告以登載於學術性醫療刊物為限」(藥事法第六十七條)。此外，「藥物廣告不得以左列方式為之：一、假借他人名義為宣傳者。二、利用書刊資料保證其效能或性能。三、藉採訪或報導為宣傳⁵。四、以其他不正當方式為宣傳」(藥事法第六十八條)⁶。其中第一款至第三款之特徵與推薦或見證廣告相近。

商業上意見表達之性質，惟因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，應受較嚴格之規範。藥事法第六十六條第一項規定：「藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省(市)衛生主管機關核准，旨在確保藥物廣告之真實，維護國民健康，為增進公共利益所必要，與憲法第十一條及第十五條尚屬相符。」其理由為：「藥物廣告係利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的，乃為獲得財產而從事之經濟活動，並具商業上意見表達之性質，應受憲法第十五條及第十一條之保障。言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範。」此為私人之基本權利與公共利益之衝突與協調的問題。惟即便藥品廣告應受監督，以防止其有不正當之內容出現，貽害國民健康，但是否必須以事前審查的方式，以及其審查之實際作業情形仍非無檢討餘地。關於商業廣告是否應受事前審查，該號解釋的不同意見書有深入的討論。

- 5 藥事法第七十條「採訪、報導或宣傳，其內容暗示或影射醫療效能者，視為藥物廣告。」
- 6 對於人用者以外之其他藥品，各該特別法亦有類似之規定。例如在動物用藥品方面，關於不實廣告及其處罰，動物用藥品管理法第三十九條規定「動物用藥品製造業或販賣業者，對其生產或販賣藥品之成分或效能，超越登記內容範圍，作虛偽誇張之廣告或宣播者，處二千元以上一萬元以下罰鍰。」在農藥方面，關於不實廣告之禁止及廣告之事前審查，農藥管理法第二十九條規定「農藥製造業或販賣業者，對其生產或販賣之農藥，不得超越登記內容範圍，從事虛偽誇張或不正當之宣傳或廣告(第一項)。農藥製造業或販賣業者，登載或宣播廣告時，應於事前將所有文字、畫面或言詞，申請省(市)主管機關核准，並向傳播機構繳驗核准之證明文件(第二項)」第二十九條之一規定「非本法所稱之農藥，不得為具有農藥藥效之標示、宣傳或廣告。」第五十三條規定「依本法查獲之偽農藥及製造、加工、分裝之器械、原料，依刑法第三十八條之規定沒收之。依本法查獲之劣農藥，沒入之(第一項)。違反第二十九條之一之規定者，其標示、宣傳或廣告具有農藥藥效之物品，沒入之(第二項)。依第一項沒收之偽農藥、器械、原料，依第二項沒入之劣農藥及依第三項沒入之物品；其處理辦法，由中央主管機關會同法務部定之(第三項)。」在環境用藥方面，關於廣告主之主體資格的限制，環境用藥管理法第三十條規定「非持有環境用藥許可證、環境用藥販賣業或病媒防治業許可執照者，不得為環境用藥廣告。」關於不實廣告之禁止及廣告內容之事前審查，同法第三十一條規定「環境用藥製造業、環境用藥販賣業或病媒防治業者，不得超越登記內容，登載或宣播虛偽誇張或不當之廣告(第一項)。環境用藥製造業、環境用藥販賣業或病媒防治業者，登載或宣播廣告時，應於事前將所有文字、畫面或言詞，申請中央主管機關核准，並向傳播機構繳驗核准之證明文件(第二項)。」

違反關於藥品廣告上述之禁止規定者，並定有罰則：「違反第七章規定之藥物廣告，除依本（第九）章規定處罰外，情節重大者，並得撤銷該藥物許可證；其原品名二年內亦不得申請使用（第一項）。前項經撤銷藥物許可證之違規藥物廣告，仍應由原核准之衛生主管機關責令該業者限期在原傳播媒體同一時段或相同篇幅刊播，聲明致歉。逾期未刊播者，翌日起停止該業者之全部藥物廣告，並不再受理其廣告之申請（第二項）」（藥事法第九十六條）。藥事法第九章規定之其他處罰內容為：「違反……第六十五條（非藥商而為藥物廣告）、第六十九條（非藥物而為醫療效能之標示或宣傳）規定之一……者，處新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰（第一項）。違反第六十九條規定者，其標示醫療效能之物品沒入銷燬之（第三項）」（第九十一條第一項）。「違反……第六十六條第一項（廣告人託播或刊登未經事前核准之廣告）、第六十七條（在不得刊登廣告之媒體刊登廣告）、第六十八條（違反廣告方式之禁止規定）……規定之一者……，處新臺幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰」（第九十二條第一項）。「傳播業者違反第六十六條第二項（媒體託播或刊登未經事前核准之廣告）規定者，處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰；其經衛生主管機關通知限期停止而仍繼續刊播者，處新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰，至其停止刊播為止」（第九十五條）⁷。

關於公平交易法所禁止之廣告雖然習稱為不實廣告，但違規廣告之內容事實上不一定皆涉

⁷ 「藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請中央或直轄市衛生主管機關核准，並向傳播業者送驗核准文件（第一項）。傳播業者不得刊播未經中央或直轄市衛生主管機關核准之藥物廣告（第二項）」（藥事法第六十六條）。配合該事前審查制，廣播電視法第三十四條並規定「廣告內容涉及藥品……者，應先送經衛生主管機關核准，取得證明文件。」違反第三十四條規定者，電視事業處五千元以上，二十萬元以下罰鍰；廣播事業處三千元以上、三萬元以下罰鍰。廣播電視事業因播送節目或廣告受前項規定處分者，並得停止該一節目或廣告之播送（廣播電視法第四十三條）。廣播電視法第四十三條對於傳播業者所定之處罰與藥事法第九十五條所定者互有輕重。就有線電視業者播送廣告前，對其播出之廣告是否應負審查監督之責，最高行政法院九十年度判字第六六九號判決採肯定的見解：「行為時有線電視法對於有線電視業者播送之廣告，規定無庸事前送審，係課以有線電視業者對其播出之廣告應負審查監督之責，有線電視業者對其所播送內容及名稱涉及藥品、食品、化粧品、醫療器材、醫療技術及醫療業務之廣告，不僅應注意是否檢附衛生主管機關核准之證明文件，並應審查廣告內容是否與衛生主管機關核准之廣告內容相符，原告疏於注意任令系爭違法廣告於其系統頻道播送，違反禁止規定，自難以無法審查監督作為免罰之理由，原告所稱授權富曜製作有限公司經營購物頻道，其對託播廣告內容無權決定，不應受罰之詞尚不足採。……（蓋該授權僅是）原告與託播業者間之合約，屬個人間之商業行為，尚不得據此規避法律上應負之責任。」

及不實，因此，其規範基礎也不一定皆為公平交易法第二十一條。是故，有必要在不實廣告之上，形成一個上位概念以概括之。鑑於這些廣告與不實廣告同具不正當性，所以當可概稱為「不正廣告」。在各種不正廣告中，危害最大者為不實廣告、最足以欺人者為推薦、見證廣告。

一、不實廣告

廣告之目的在於凸顯自己商品或服務的優點，以促進其銷售。在廣告中，廣告主固然免不了要稱讚自己的商品或服務，此為效能競爭所必須，但其稱讚仍不得背離真實(真實原則：der Wahrheitsgrundsatz)⁸。如果背離真實或引人錯誤，該廣告即屬不實廣告，為公平交易法第二十一條所禁止。不過，廣告主在廣告中並無彰顯自己商品或服務之缺點的義務。所以廣告中之表示原則上是主觀的，交易上並不能期待其中立、超然⁹。

公平交易法第二十一條明文所定之不實廣告的內容限於與廣告主及其商品、服務有關之事項，不包括與其競爭者有關之事項。在廣告中提及與其競爭者有關之事項時，如有損於競爭者之商譽依同法第二十二條之規定處罰，如無損於競爭者之商譽，但有攀附的情事，則應視具體情形論其是否違反同法第二十四條。

二、推薦、見證廣告

推薦、見證廣告可能指廣告主引用他人基於其經驗，為自己之商品或服務為推薦或見證，亦可能指自己為他人之商品或服務為推薦或見證。

在第一種情形，廣告主引用專家之鑑定報告、報刊之報導或其他第三人之意見支持自己在廣告中關於自己商品之訴求。在這種情形廣告主實際上等於將他人之意見當成自己之意見表示出來，所以，廣告主應對於其引述之他人意見的真實性負責，而不得以其僅是一種引述避免責任。是故，只要其引述之他人意見會誤導，其廣告即違背公平交易法第二十一條(在德國為違反不正競爭行為法第三條)。至於其引述之他人意見是否正確的判斷，以相關大眾對於該表示之理解為標準。為穩當計，廣告主應事先妥為審查。如要引用市場調查意見作為廣告之佐證，廣告主與市場調查機構間關於該調查不得有財務上之關聯(禁止利益衝突原則)。引用商品品

⁸ 關於真實原則請參考黃立，消保法有關廣告之規定在實務上之適用與評析，見於民國八十八年元月九日，在國立臺灣大學法學院國際會議廳發表之講稿，頁 5-3。

⁹ Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 16., Aufl., 1990, UWG §1 Rdn329.

質之市場調查報告作為廣告內容時，其調查時點與廣告時點間不得有過長之間隔。顧客使用後之見證意見或感謝信函的引用，亦同。在見證意見或感謝信函之引用，廣告主除同樣必須為其內容之真正負責外，廣告主將其意見或信函用來廣告，不但必須得到該顧客的同意，而且為該意見或信函的引用，廣告主與該顧客間不得有代價的授受。在廣告中雖不用將該顧客的姓名、地址刊出，但是如有查詢，廣告主還是有義務，對其告知該顧客之真實姓名與地址。無名氏之見證，不得作為見證廣告的基礎¹⁰。未依品質標章之權利人的規定接受其品管上的監督、檢查，而擅用其品質標章廣告之，亦類似於未經同意，主張經該權利人推薦其商品或服務之品質。另有一些產業或依法律，或依其自律公約不得刊登顧客之感謝信函，在該等產業如有利用顧客之感謝信函刊登見證廣告，亦構成不正競爭之行為¹¹。

在第二種情形，由於消費者通常期待廣告主為自己之商品或服務為廣告，因此，廣告主如係為他人之商品或服務而為廣告，為避免引起誤導，廣告主應將該廣告之目的係在於推薦他人之商品或服務，明白表示出來。否則，即構成誤導之廣告。以銷售商在其櫥窗標價陳列商品¹²為例，在這種廣告的場合，消費者固不能期待銷售商會以客觀、中立的立場介紹所廣告之商品，但其廣告無論如何必須站在自己，而非製造者或他事業之立場為之，以提供消費者，經由廣告認識其所廣告之商品的機會。是故，在櫥窗廣告，銷售商不得僅著眼於價差或銷售利潤，還必須注意到在櫥窗標價陳列商品，具有依其專業知識，對於消費者推薦商品的機能：這樣的品質與價格關係，對於消費者是有利的。基於該認識，一個銷售商在其櫥窗中做廣告時，如非為自己之商品廣告，不但必須將之明白表示出來，否則，其廣告即會被認定為有誤導。這在德國實務上認為係違反德國不正競爭行為法第一條及第三條（相當於公平交易法第二十四條）；而且

¹⁰ Baumbach/Hefermehl, aaO.(FN7), §3 Rdn83ff.

¹¹ Baumbach/Hefermehl, aaO.(FN7), 1990, UWG §3 Rdn86.

¹² 「在櫥窗標價商品陳列尚非為締結該商品之現金買賣契約的要約，原則上僅是要約誘引。這亦適用於自助商店之商品的陳列及型錄廣告」（Baumbach/Hefermehl, aaO.(FN7), UWG §1 Rdn13.）。在我國廣告雖非要約，但「貨物標定賣價陳列者，視為要約。但價目表之寄送，不視為要約」（民法第一百五十四條第二項）。惟在我國應注意消費者保護法第二十二條規定「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容」。依該規定企業經營者如與消費者締結與該廣告所促銷之商品有關之契約，該廣告之內容具有與「團體協約」之於勞動契約類似之意義。其有利於消費者之部分，效力與契約一般約款相似。在德國，構成契約內容之廣告因此有德國一般約款法的適用，其內容應受該法第九條至第十一條之管制（Wolfgang B. Schuenemann, Defiziere Garantien, NJW 1988, 1945）。

銷售商如將自己之櫥窗出租給供應商標價陳列商品做廣告，為維持銷售商不為廣告收益而扭曲其對於該商品的立場，就出租櫥窗之租金不得約定為按該商品在該商店之銷售額的一定比例計算之。蓋此種「租金」的計算方式會誘使銷售商對於消費者提供不實之推薦意見，妨礙效能競爭¹³。這便是使消費者誤以為銷售商是為自己之商品或服務廣告的問題。基於同樣的理由，在德國實務上也認為商人不得為將他事業之商品收錄於商品型錄中，而向該事業收取報償。蓋該收錄具有不公正之推薦廣告的作用¹⁴。

與推薦、見證廣告類似而不同者為「利用名人之廣告」(die Werbung mit Prominenten)。在此種廣告，名人之推薦作用主要置於：該名人也使用之形象，而非置於其對於系爭商品之專業知識。此種廣告在不正競爭法上之主要疑慮為：名人廣告的作用如不僅是在於利用名人，以引起對於該商品的注意，而可能進一步使消費者因此從事認同式或跟隨式之不理性的購買決定時，則該廣告有礙效能競爭，應考慮予以禁止¹⁵。

參、保護之利益

公平交易法保護之利益固包括交易相對人之交易利益、競爭者之競爭利益以及公共利益¹⁶。但該法每一個規定並不是皆以該三個利益為其保護對象。自該法第四十一條的規定觀之，固可認為每一個規定皆與市場競爭機能之維護的公共利益有關，但交易(消費)利益與競爭利益並不一定皆受每一個規定之保護。有些規定只保護競爭者之競爭利益，例如同法第二十二條；有些則還兼顧交易相對人之交易(消費)利益，例如同法第二十一條、同法第二十四條。由於各

¹³ 與之類似者為將燈箱、貨架出租於供應商，或供應商對於經銷商之業務員支付額外之促銷獎金。在這些情形，都會引起銷售商或業務員對於消費者之角色的衝突(Baumbach/Hefermehl, aaO.(FN7), §1 Rdn897f., 900)。

¹⁴ Baumbach/Hefermehl, aaO.(FN7), §1 Rdn19.

¹⁵ Dr. Frauke Henning Bodewig, Wettbewerbsrechtliche Probleme der Werbung mit Prominenten, Betrieb-Berater, 1983, 605ff.這種廣告方式正方興未艾，是否適當容許各行各業之名人跨業從事廣告工作，以獲得收入，涉及名人是否得非基於專業知識，而為獲取收入，利用其與商品無關之聲望，推薦他人之商品。值得探討。

¹⁶ 行政院公平交易委員會 85.4.15.公訴決字第○四一號訴願決定書「查公平交易法第一條明文揭示立法目的在於維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭並促進經濟之安定與繁榮，故所保護之法益包括同業競爭者及交易相對人之利益；而公平交易委員會對於違反公平交易法規定，危害公共利益之情事，得依檢舉或職權調查處理，亦為同法第二十六條所明定。」(行政院公平交易委員會公報八十四年第四卷第十二期 14 頁、八十五年第五卷第四期 130 頁)。

規定皆與公共利益的維護有關，因此，任何違反公平交易法的案件，每一個人皆得向公平交易委員會檢舉，公平交易委員會也皆得依職權辦理，但所涉案件如與檢舉人自己之利益無關，則其對於公平交易委員會之處分或不處分的決定，便不得提起訴願。

公平交易法所保護之利益，包括交易相對人之交易（消費）利益與競爭利益¹⁷，此與事業結合之管制規定單純以公共利益為保護客體者不同。該區別對於公平交易法與其他法律之競合的解決方法有重要的意義。在不以交易（消費）利益與競爭利益為保護對象的情形，其競合之處理的行政協調可置重於各該行政機關之任務的需要；反之，在其兼以交易（消費）利益與競爭利益為保護對象的情形，其行政協調必須兼顧私權保護的保障。亦即在這種情形既然開啟了行政機關介入私權爭議之門，便必須讓受害人有機會利用該救濟管道，不適宜以另有司法途徑為理由，經由行政協調關閉其向公平交易委員會聲請救濟的途徑。此外，如受害人向公平交易委員會檢舉，亦應容許其對公平交易委員會就該檢舉所作之處分提起行政救濟¹⁸。這猶如刑事

¹⁷ 與之相當的問題，在德國反不正競爭行為法第三條引起較多之爭議。該條規定保護之利益，除競爭者及大眾之利益外，是否包括消費者之利益，向有爭議。其否定說之論點建立在該法為競爭法，以競爭秩序之維持，而不以消費者利益之保護為其規範目的。否定說影響所及，甚至認為：關於消費者利益，該法第三條亦非德國民法第八百二十三條第二項（相當於我國民法第一百八十四條第二項）所稱之保護規定。從而縱使有消費者因不實廣告而受有損害，消費者亦不得依德國民法第八百二十三條第二項連結反不正競爭行為法第三條請求賠償（例如 Baumbach/Hefermehl, aaO.(FN7), Einl. UWG Rdn 342）。惟亦有採肯定說的想法，例如 Dr. Rolf Sack, Produzentenhaftung nach §823 Abs.2 BGB in Verbindung mit §3 UWG? Betriebs-Berater 1974, 1369ff.; ders., Deliktsrechtlicher Verbraucherschutz gegen unlauteren Wettbewerb, NJW 1975, 1303ff.; Schricker, Schadensersatzansprüche der Abnehmer wegen tauschender Werbung? GRuR 1975, 111/120.基於以上的緣故，在反不正競爭行為法之政策決定或適用上，應受保護之利益權衡的意義特別明顯(Hans-Guenther Borck, Die Interessenabwaegung bei Irrefuehrender Werbung)。

¹⁸ 就「對於檢舉人所發，檢舉無理由之認定的通知」，認為並非事實陳述或意思通知，應屬行政處分，得為訴願之客體，並准許檢舉人提起訴願者，例如行政院公平交易委員會 87.05.27.(87)公訴決字第○七六號訴願決定書「按人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當致損害其權利或利益者，得依法提起訴願，訴願法第一條定有明文。行政機關對人民請求之事項，雖未為具體准駁之表示，但由其敘述之事實及理由之說明內容，如已足認其有准駁之表示，而對人民發生法律上之效果者，自難謂非行政處分（行政院七十七年判字第二○五四號判決參照）。查公平交易法第一條明定立法目的在於維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭及促進經濟之安定與繁榮，因之公平交易法所保護之法益包括同業競爭者及交易相對人之利益。而公平交易委員會對於違反公平交易法規定，違反公共利益之情事者，得依檢舉或職權調查處理，亦為同法第二十六條所明定。本件訴願人主張關係人金龍保全股份有限公司以吸收溢繳服務費並免

案件之受害人提出告訴時，得對於檢察機關之不起訴處分「經原檢察官向直接上級法院首席檢察官或檢察長聲請再議」(刑事訴訟法第二百五十六條第一項)。關於檢舉人一律不得提起訴願的見解，自人民權利之保護的觀點論，似乎不宜¹⁹。至其不區分檢舉人的身分是否為受害人，一概以「將辦理結果通知檢舉人只是觀念通知，並非行政處分」為理由²⁰，認為檢舉人對於公

費延長服務之不當手段爭取客戶，涉嫌不當利誘，違反公平交易法事件，向本會提出檢舉，本會以八十七年二月三日(87)公壹字第八六一〇三九一 - 〇〇七號函復關係人尚無違反公平交易法第十九條第三款之規定。此函影響訴願人得受公平交易所保護之利益，參諸上揭法律規定及行政法院判決意旨，本會函復並非事實陳述或意思通知，應屬行政處分，得為訴願之客體」(行政院公平交易委員會公報第七卷第五期 147 頁)。行政院訴願委員會亦採此見解，例如行政院 87.03.11.臺八十七訴字第一〇一八二號決定書「公平交易委員會.....簡便行政表.....係就再訴願人之檢舉為事實之敘述及理由說明，難謂具行政處分性質，.....不得據以提起訴願。(然) 原決定以再訴願人所檢舉事項不屬公平交易法規範之範疇，.....該會前開簡便行文表 (即) 係對再訴願人請求依公平交易法救濟之拒絕，對其程序上之利益難謂不發生影響，認屬行政處分，非無研耐之餘地。爰將原決定撤銷，由原決定機關另為適法之決定。」(行政院公平交易委員會公報八十七年第七卷第三期 118 頁)

¹⁹ 就因「當事人不適格」，而不受理之處分案件，公平交易委員會受理其訴願者，例如行政院公平交易委員會 82.10.16.公訴決定字第〇三〇號訴願決定書：「按人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，固得依法提起訴願；惟所謂行政處分，係指中央或地方機關基於職權，就特定之具體事件所為發生公法上效果之單方行為，訴願法第一條及二條第一項定有明文。又訴願法第一條所謂「損害其權利或利益者」係指就原處分所生具體效果直接損害其自己之權利或利益而言 (參見行政法院二十四年判字第六十六號判例，行政法院五十六年度判字第二一八判例)。(是故，不因「原處分所生具體效果直接損害其自己之權利或利益」者，當事人不適格。而).....訴願權之存在與否，應以當事人是否適格為要件，若訴願人就其訴願標之法律關係無實施訴權者而提起訴願，當事人即非適格，其訴願權存在之要件即不能認為具備，對其訴願自無從受理 (行政法院六十九年度判字第七七二號判決)」(行政院公平交易委員會公報 82 年第二卷第十期第 46 頁)。當事人不適格之訴願案件的受理理由，首先在於提供關於該案件是否有「當事人不適格」之情事的救濟機會。

²⁰ 行政院公平交易委員會 82.9.3.公訴決字第〇二八號訴願決書「按訴願為人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，聲明不服而請求行政救濟之方法，故提起訴願，必以有行政處分之存在為前提，所謂行政處分，謂中央或地方機關基於職權，就特定之具體事件所為發生公法上效果之單方行政行為，分別為訴願法第一條及第二條第一項所明定。卷查本件訴願人據以提起訴願之本會(82)公參字六九三號函主旨略謂：「有關訴願人檢舉被檢舉人涉嫌仿冒商標乙案，謹依本會內部業務協商結論，移請主政」各等語，核其內容，係本會與經濟部間內部所為職務上之表示。雖以副本函知訴願人，該通知亦僅就該檢舉仿冒商標案移請該部處理事實告知訴願人，其性質係屬事實通知，並未就其請求有所准駁表示，於其權利或利益亦無損害，法律上不生任何具體之效果，消極或積極行政處分並不存在，與訴願人所舉行政法院五十五年判字第二二三號及五十四年判字第四四號判例中具有法律效果之拒絕人民請

平交易委員會之處理結果縱有意見亦不能提起訴願，亦有商榷餘地。蓋可能的處分內容之一，「限期命為停止、改正其行為或採取必要之更正措施」對於受害人不是了無切身之利益。其不處分較之刑事案件之不起訴處分對於受害人當更具利害關係。

肆、公平交易法與相關法令關於不實廣告之競合

關於不實廣告，公平交易法交易法所定之民事責任為：

1. 關於除去、防止侵害請求權，同法第三十條規定「事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，被害人得請求除去之；有侵害之虞者，並得請求防止之。」
2. 關於損害賠償責任，同法第三十一條規定「事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，應負損害賠償責任。」第三十二條規定「法院因前條被害人之請求，如為事業之故意行為，得依侵害情節，酌定損害額以上之賠償。但不得超過已證明損害額之三倍（第一項）。侵害人如因侵害行為受有利益者，被害人得請求專依該項利益計算損害額（第二項）。」第三十三條規定「本章所定之請求權，自請求權人知有行為及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅；自為行為時起，逾十年者亦同。」

所定之行政責任為：公平交易法第四十一條規定「公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新臺幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰；逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。」該責任首先以「停止、改正其行為或採取必要更正措施」「停止或改正」，亦即不作為及(或)除去為其內容，該內容與同法第三十條所定之民事責任的內容大致相同。所不同者為：在行政責任，於廣告主「逾期仍不停止、改正其行為或未採取

求致其權利有所損害者不同，自不能指該項通知為對訴願人之行政處分，遽以提起訴願（行政法院五十三年度判字第一一九號判例、六十二年裁字第四十一號判例參照）（行政院公平交易委員會公報合訂本 82 年 493 頁）。就檢舉事項對於檢舉人副知行政院公平交易委員會與他機關業務協商結論為「移請主政」，固非行政處分，而是事實通知或觀念通知，但還是必須從行政委託立論方始站得住腳。蓋非如是，無以說明為何行政院公平交易委員會就檢舉事項，不為受理時還不構成消極行政處分。在利用行政委託處理公平交易法與其他法律之競合尚無法律依據，而必須藉助於行政協調時，除非有「一事不再理」或「一事不二罰」的情事，否則，最後還是必須對於系爭案件為實體審查。

必要更正措施」時，公平交易委員會「得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新臺幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。」亦即得課以行政秩序罰，以間接強制其遵守該「限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施」之行政處分。由於對於不實廣告之行為，其他行政法規亦可能有禁止及處罰之規定，因此，會發生對於同一法律事實，有兩個以上之法律規定加以規範之競合的情形。於是引起規範競合、一事不二罰、行政職務之分工或行政協調之需要的問題。

一、規範競合

規範競合是一種法律的規範狀態，指對於一個法律事實有兩個以上之法律規定對之加以規範的狀態。當有這種狀態發生，其處理順序為：首先探討該等規定間在適用上有無排斥性，亦即其競合是否為「排斥性競合」。如其為排斥性競合，則受排斥之規定無適用性；如其中有「非排斥性競合」之法律規定，則在適用上應進一步視具體情形，就這些無排斥關係之規定之要件、效力再予協調，以消除其間可能存在的衝突。

因公平交易法的規定所保護之利益，除公共利益外還包括競爭利益與交易（消費）利益，所以違反公平交易法的案件莫不涉及私權爭議，而在權力區分的憲政體制底下，私權爭議之公力救濟的途徑首推司法途徑，亦即由司法機關以裁判的方式解決之。其他機關，特別是行政機關的介入不但應屬於例外的手段，而且不宜因行政機關之介入而阻斷其司法解決的途徑。在此認識下關於私權爭議，倘行政機關中有具有「準司法地位」者，其參與解決的機會自當特別予以保留。然觀諸消費者保護法、醫師法、醫療法、藥事法、化粧品衛生管理條例、食品衛生管理法、環境用藥管理法、農藥管理法、飼料管理法、動物用藥品管理法、就業服務法、獸醫師法、專利法、商標法等法律中關於不實廣告之規定，除消費者保護法外，並不直接賦予行政機關以職權，可以接受被害人之檢舉或申訴，而只是規定其主管機關得依所職掌之規定對於違規者課以行政處分，因此關於該等法律之執行，其主管機關並不具有「準司法地位」。是故，在公平交易法與前述法律競合時，公平交易委員會雖不一定必須是首先介入的機關，但其介入之機會應予保留，以避免剝奪受害人向，公平交易委員會聲請公力救濟，保護其私權的機會。

當交易相對人不是事業，而只是一般消費者，此種案件應依公平交易法或消費者保護法處理，在實務上與學說上尚有爭議。從公平交易法第一條規定「為維護交易秩序與消費者利益，

確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法；本法未規定者，適用其他有關法律之規定」出發，自同法第二十一條第二項至第四項規定「事業對於載有前項虛偽不實或引人錯誤表示之商品，不得販賣、運送、輸出或輸入（第二項）。前二項規定，於事業之服務準用之（第三項）。廣告代理業在明知或可得知情形下，仍製作或設計有引人錯誤之廣告，應與廣告主負連帶損害賠償責任。廣告媒體業在明知或可得知其所傳播或刊載之廣告有引人錯誤之虞，仍予傳播或刊載，亦應與廣告主負連帶損害賠償責任（第四項）」觀之，在不實廣告構成不公平競爭的情形，消費者當亦得依公平交易法第二十一條第四項請求賠償。在此情形下，公平交易法與消費者保護法可能發生競合。然公平交易委員會在不實廣告的情形是否一概皆應介入，以行政手段化解民事爭議，或嚇阻其再犯？還待視具體情形而定。鑑於不正競爭行為與消費者利益之保護息息相關，不適當認為在這種情形，公平交易法與消費者保護法之競合造成排斥適用的結果。所以，即便認為公平交易委員會不適當介入因不實廣告所引起之零星的私權爭議，只要系爭公平交易法之規定所保護之利益及於消費利益，消費者還是得引用公平交易法之規定請求損害賠償。

至於公平交易委員會是否適當介入因不實廣告所引起之零星的私權爭議，一直是實務與學說亟待澄清的問題。採否定說的見解以權力劃分、行政資源有限及零星的私權爭議無礙於市場競爭機能之維持為其立論依據。採肯定說的見解以廣告既然公然對於大眾為之，自有其超過個案範圍，破壞市場競爭秩序的能力，因此只要事業係為競爭目的而為之²¹，即應引用競爭法有關規定加以規制，否則，事業可能因迫不得已，競相模仿不正的競爭方法，以致劣幣驅逐良幣。是故，至少只要一定之不正競爭行為經常發生，難以戒絕，公平交易委員會即應採取適當之行政措施。

本於該認識，在與公平交易法之競合有關的行政協調中，公平交易委員會向來所採「先目的事業主管機關後公平交易委員會，但保留介入權」的立場與做法基本上堪稱允當。

二、一事不二罰

依「先目的事業主管機關後公平交易委員會，但保留介入權」的協調結果，雖然可以安排

²¹ 「為競爭之目的」為德國反不正競爭行為法之規定在適用的要件之一。該要件相當程度限制了該法對於不正競爭行為的適用。請參考 Dr. Hens Harmsen, Probleme der Aenderung des §3 UWG, Betriebs-Berater, 1969, 426ff.(429)); Baumbach/Hefermehl, aaO.(FN7), Einl. UWG Rdn214ff.

目的事業主管機關與公平交易委員會對於同一事件之介入順序，但不能避免一事二罰的問題。

一事不二罰，指對於同一法律事實同時或先後由同一或由不同一機關處以兩個以上之行政秩序罰，或並處以刑罰而言。至於在此之外並課以民事責任則與一事二罰無關。

在不法加害他人權利的情形，與之有關之民事責任的規定，其適用原則上無排斥關係，蓋保護規定間原則上是不排斥的，而只是分別基於不同之考量提供保護。惟這並無礙於從請求權規範競合說的觀點，調整互相競合之規定間的構成要件及法律效力。反之，在行政責任與刑事責任間則視情形而有排斥的情形。法律事實同一，而處罰在內容上有替代性時，原則上不得依不同規定併罰，例如有期徒刑、罰金與罰鍰間；處罰在內容上無替代性時，得併罰，例如前述處罰與「命令解散、停止營業或勒令歇業」等間²²。至於公平交易法第四十一條所定之行政處分：「公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新臺幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰；逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。」其內容屬於限期命令停止繼續從事違法行為（不實廣告）者，縱使再三命令限期「停止」從事違法行為，並課以罰鍰，亦只是對於相同，但非同一之反覆的違法行為重申限期停止的命令而已。因其違法行為各別，自無所謂重複處罰。反之，其內容屬於命經由改正其行為或採取必要更正措施的方法，以除去違法行為所造成之違法狀態者，學說傾向於認為應循行政強制執行之方式為之²³。

²² 司法院 81.8.司法業務研究會第二十期之三十二「依社會秩序維護法第三十八條規定，違反社會秩序維護法之行為，涉嫌違反刑事法律者，應移送檢察官依刑事法律規定辦理，避免「一事兩罰」，除有刑事法律之處罰不能達到社會秩序維護法相同或可代替之功能，如勒令歇業、停止營業或沒入等情形，可依社會秩序維護法第三十八條但書規定處理外，不得再移送簡易庭裁處。」（刑事法律專題研究（五）104 頁，〔座談機關〕司法院司法業務研究會第二十期）。

²³ 按違法行為之處罰，不論是課以刑罰或行政秩序罰皆以法律有明文規定者為限，無法律之明文依據而為處罰違反罪刑法定主義或依法行政原則。在刑罰或行政秩序罰之科罰，為認定有無一行為二罰的情事，行為之數的計算成為一件重要的問題。例如在數家報紙，或在同一家報紙數天登載同一內容之不實廣告，論為數行為。至於是否從連續犯的觀點將之論為裁判上或裁罰上之一罪或一違章行為，屬於刑事或裁罰政策的問題。在網際網路自己之網站上貼出不實廣告後，廣告主只要不將之清除，該不實廣告即無時無刻不被動的，在有人上其網站時發送相同的信息

(這與工廠不斷違規排放廢水相當) 類似者為在傳統的公告欄上張貼不實的廣告海報所造成之眾人可以閱覽的狀態。這些到底與妨害自由, 或與無權占有有所造成之情事類似? 這是不法行為之持續或不法狀態之繼續的區別問題。其區別點主要置於: 因其繼續, 法益所受之侵害是否不斷擴大。不斷擴大者, 論其加害行為在繼續中(典型者為妨害自由: 最高法院 87.01.22.八十七年度臺上字第二五一號刑事判決); 否則, 則只是不法行為造成之狀態在繼續中(典型者為竊盜、侵占: 最高法院二十八年上字第二六三四號判例)。當行政法上之違法行為在持續中或違法行為造成之狀態在繼續中, 為阻止其持續違法或除去違法狀態, 有必要限期命違規行為人停止或改正其違法行為, 或命其採取一定之措施以除去因其違法行為所造成之違法狀態。當行政機關做出這種命違規行為人為一定行為或不行為之行政處分時, 引起該行政處分之執行的問題。該執行應遵守的原則為: 先間接強制後直接強制(行政執行法第三十二條); 先代履行後怠金(同法第三十條)。依上述規定, 在行為能由他人代為履行時, 應以代履行的方法執行之, 不得逕行訴諸於怠金之課予。因怠金為執行罰, 與罰鍰之為秩序罰不同, 依同法第三十一條, 依前條規定處以怠金, 而仍不履行其義務者, 執行機關雖得連續處以怠金, 惟在反復處以怠金前, 仍應依第二十七條之規定以書面限期履行。但法律另有特別規定者, 不在此限。學說上認為, 現行法中關於「按日連續處罰」的規定即屬於第三十一條第二項但書所稱之特別規定。關於按日連續處罰的前提, 最高行政法院九十年度判字第2448號有下述重要之新見解:「按行政機關對於按日連續處罰之數個(每日)違法事實, 除法律明定視為有違法事實存在者外, 均應依職權調查證據, 並憑證據逐一認定, 不能僅憑其中一次(日)之違法事實, 作為處罰其他數個(數日)違法事實之基礎。……受處分人如未於水污染防治法第三十八條所為通知改善之期限屆滿前, 檢具符合放流水標準或其他規定之證明文件, 向主管機關報請查驗者, 依同法第五十四條規定, 視為未完成改善, 主管機關固得據以按日連續處罰。至於處分人於改善期限屆滿前, 已檢具符合放流水標準或其他規定之證明文件, 向主管機關報請查驗, 而經主管機關檢驗結果仍未符合放流水標準者, 法律既未明文規定視為未完成改善, 主管機關仍應逐日採樣檢驗, 須未符合標準始得按日連續處罰, 至完成改善之日為止。而水污染防治法施行細則第六十四條第二款為按日連續處罰起算日之規定; 同細則第六十五條第一項、第二項, 係暫停開具處分書、繼續按日連續處罰及停止按日連續處罰之規定, 並未明定主管機關於執行按日連續處罰之規定時, 可免除依職權調查證據, 未經逐一採樣檢驗, 即可自上開規定之起算日起推定受處分人仍有違法事實存在, 而可據以按日連續處罰。……惟查, 被告於八十八年四月十三日派員複查, 採樣檢驗結果仍未符合放流水標準, 認定原告未完成改善, 依法固應執行按日連續處罰。然揆諸首揭說明, 法條既明定為按「日」, 自須證明處罰之日確有違法事實存在, 始得作為裁罰之基礎。被告以八十八年四月十三日採樣檢驗未符合放流水標準之事實, 迨八十八年四月二十一日原告第二次報請查驗, 即據以推定原告自八十八年四月十三日至八十八年四月二十一日均未符合放流水標準, 其認定事實顯有未憑證據之違法, 原處分自有可議。」要之, 縱使法律有得按日處罰之規定, 但未明定主管機關執行按日連續處罰之規定, 可免除依職權調查證據者, 主管機關執行按日連續處罰時, 仍應證明在處罰之日確有違法事實存在, 以作為裁罰之基礎。否則, 其依推定而認定有違法事實, 即屬認定事實顯有未憑證據之違法。另在行政處分之執行, 為達到間接強制的目的, 怠金可反復課之, 而秩序罰基於一事或一行為不二罰的禁止規定, 則不可。又在執行罰之科處, 應先有(限期履行之)行政處分, 而在秩序罰則可有, 可無, 得直接因為有違反法令之行為而即依相關規定處以秩序罰。在以上觀點下應當導出, 在立法或執法上關於

值得注意者是：不同機關先後或同時對於同一違法行為下達「停止、改正其行為或採取必要更正措施」，而其所下停止、改正其行為或採取必要更正措施期間不一時，應以何為準？一個機關得否以該事業未遵守他機關所下之停止、改正其行為或採取必要更正措施之命令為理由，依自己職掌之法律課以行政秩序罰？第一個問題的答案應為各以各的行政處分中所載期間為準，從而第二個問題的答案應為否定。蓋一方面各行政機關各依其職掌之法規所下之行政處分，在其依據無排斥性時，應分別有其獨立的效力，另一方面以事業不遵守停止、改正其行為或採取必要更正措施之命令為理由所下行政處分具有警告的意義，其警告之內容包括所限之期間及逾期不停止或改正可能遭受之處罰。不過，在事業不遵守二個以上機關基於同一違法行為所下之停止、改正其行為或採取必要更正措施命令時，如各機關同時或先後依其職掌之法律處罰之，其處罰是否構成一事二罰？雖然可能認為在這種情形，其處罰要件已分別包括各該行政機關所下之停止或改正命令的違反，而各有不同，但抽象之，其共同要件仍為同一違法行為(不實廣告)之繼續。至其跨越由不同機關分別所限之停止、改正其行為或採取必要更正措施之期間，不當然增減其可罰性。是故，還是應該從各機關之行政職務上的分工及管理程序上的行政協調，緩和由之引起之重複處罰上的疑慮。

就應限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期不為停止、改正其行為或採取必要更正措施之處罰，其繼續處罰之當否²⁴，繫於是否附有限期，以及所附期限是否相當。只要所附期限相當，因公平交易法第四十一條容許對於「逾期仍不停止、改正其行為或未採取

怠金額度之相當性的要求，不得使怠金轉為重複課以秩序罰之禁止規定的脫法行為。為防止在立法上誤以怠金做為秩序罰之替代手段，宜要求在課以怠金的規定，應明文以怠金，不得以罰鍰稱之。認為應將怠金與秩序罰(行政罰)嚴格區分，以及不得以執行罰代替秩序罰，可謂是國內法學者通說上的看法。請參考吳庚，行政法之理論與實用，八十九年增訂六版，頁四八三至四八五；蔡震榮在翁岳生編行政法 - 二〇〇〇，頁一〇三〇以下。

²⁴ 這個問題涉及行為之數的問題。內政部 76.5.7.臺內營字第四九七六八〇號：「查建築法第九十條規定之「罰鍰」，係對於違反行政上之義務者，所加之制裁，從其處罰毋須經過預為告戒程序及對於處罰後，仍不履行其義務者，得分別依行政執行法有關規定執行或依建築法第九十條規定強制拆除等執行手段，以達執行目的觀之，性質上似屬「秩序罰」，除法律有連續處罰規定或再犯者，應再受處罰後，理論上應適用「一事不再理」原則。惟關於來函所載意旨對於違反建築法第七十三條規定，經依同法第九十條規定處以罰鍰，並勒令使止使用；勒令停止使用後仍不從，再依同法第九十四條規定移送法院依法辦理後，違規情形繼續存在者，究係違規情形繼續存在，抑或另有違規使用行為牽涉違規行為包括作為與不作為之個數問題，宜由貴府就具體事實予以認定。」

必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。」因此，在實務上一般說來容易避免關於一事二罰的問題。惟關於改正其行為或採取必要更正措施的部分，因違法行為單一，仍非無得否再予處罰的疑義。

三、行政職務上之分工或在管理程序上需要的行政協調

(一) 關於內容之審查：先目的事業主管機關後公平交易委員會

關於違反之事實的有無，雖然各該行政機關皆得依職權調查證據認定之，但鑑於行政資源之節約，及保留最大空間給予目的事業主管機關的考量，宜採先目的事業主管機關後公平交易委員會的安排。只要目的事業主管機關能夠依其職權圓滿解決因不實廣告引起之爭議，防止其妨礙公平競爭秩序，公平交易委員會大可不必介入此種爭議。惟為此種問題之解決公平交易委員會與目的事業主管機關之協議倘超出「先目的事業主管機關後公平交易委員會」²⁵，而捨棄

²⁵ 行政院公平交易委員會 82.9.3.公訴決字第○二八號訴願決書「按『事業就其營業所提供之商品或服務，不得有左列行為：一、以相關大眾所共知之他人姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀或其他顯示他人商品之表徵，為相同或類以之使用，至與他人商品混淆，或販賣、運送、輸出或輸入使用該項表徵之商品者。』為公平交易法第二十條第一項第一款所明定，又商標法第六十二條第一款規定『有左列情事之一者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或並科五萬元以下罰金：一、於同一商品或同類商品，使用相同或近似於他人註冊商標之圖樣者。』故如被侵害之商標為經中央標準局註冊之商標，公平交易法與商標法均有其適用。是本會乃依據公平交易法第九條第二項規定：「本法規定事項，涉及他部會之職掌者，由行政院公平交易委員會商同各部會辦理之。」於八十一年八月與經濟部就仿冒案件進行權責劃分並獲致結論，決定被仿冒之商標如為註冊商標，先由經濟部禁仿小組處理。惟禁仿小組於處理過程中，如認為該仿冒案件之惡性重大須及時予以處理，且其違法事實足以構成公平交易法第二十條之規定時，得將該仿冒案件一方面移送檢察機關，一方面移由本會處理。卷查訴願人日商加農股份有限公司之「CANON」商標於民國七十三年九月一日依商標法第三十五條、三十七條取得中央標準局之註冊商標，訴願人依法有商標專用權，除可依商標法第六十二條請求保護外，尚可依公平交易法請求救濟。然訴願人所指稱之侵害商標「CANOMATIC」商標，於民八十一年十月一日亦經中央標準局審查員審查通過，業已取得審定商標，依商標法第三章規定，申請人即有商標使用權，如利害關係人對審定商標有異議，應於公告期間內向商標主管機關提出異議，是本會（八二）公參字第六九三號函將訴願人檢舉新臺灣光學股份有限公司涉嫌仿冒「CANON」商標乙案，先移請經濟部主政，於法亦無不合。」該訴願決定書中所示，行政院公平交易委員會關於商標仿冒案件之管轄方面的意見，即採「先目的事業主管機關，後公平交易委員會」的見解。此因為該會對於與公平交易法之競合有關案件之職務管轄上的一貫見解。從行政一體立論，行政機關在行政職務競合的情形，推舉一個單位負責處理，尚不能說行政機關在這種情形棄守

自己之管轄權或審理權²⁶，其捨棄是否符合法制，似有疑問。

倘某一類型之不實廣告一直存在，久久不能經由目的事業主管機關之取締獲得嚇阻與矯正，則公平交易委員會有必要謀定而後，積極介入，以消弭該不正競爭行為，避免發生事業迫不得已競相仿倣，造成劣幣驅逐良幣的反淘汰結果。

為了使這樣一個努力成為可能，首先必須統計主要媒體中各行業之廣告費，並予排序，計算進入一定名次前之行業的產值。在其產值超出設定之數額而又有涉及不實廣告之虞的情形，應即密切注意其發展，採取必要之措施。

(二) 關於處罰：職務劃分與從一重處罰的權限

這個問題本來應該可以經由行政協調，透過行政機關間之「行政委託」單純的圓滿解決²⁷。

職務。惟倘不從行政機關間之委託的觀點，顯然不能說明，為何行政院公平交易委員會依該職務管轄上的協調，拒不處理檢舉案件，不構成消極的行政處分。

- 26 行政院公平交易委員會 84.8.18.公處字第一〇〇號處分書理由第三點：「三、有關電視廣告部分因曾經新聞局審查許可，依本會第一八五次委員會議決定：「公平會基於尊重新聞局審查許可之結果暨廣播電視法與公平法有關不實廣告之規範法規競合、一事不二罰之理由，不予處分，逕移請新聞局依法處理」之意旨，故有關電視廣告違法部分，本會不予處分，併予敘明」（行政院公平交易委員會公報八十四年第四卷第八期 80 頁）。同樣見解另見行政院公平交易委員會 85.1.5.公處字第〇〇一號處分書「另查被處分人亦在電視上以「十八週年慶」作廣告宣傳，惟有關電視廣告部分因曾經新聞局審查許可，依本會第一八五次委員會議決議：「公平會基於尊重新聞局審查許可之結果暨廣播電視法與公平法有關不實廣告之規範法規競合、一事不二罰之理由，不予處分，逕移請新聞局依法處理」之意旨，故有關電視廣告違法部分，本會不予處分，併予敘明」（行政院公平交易委員會公報八十五年第五卷第一期 2 頁四）。
- 27 如有法律依據，行政機關不但得將其業務委託其他行政機關，而且也得委託民間機構辦理。經由委託得授權受託機關或機構行使委託機關之公權力，以委託機關或受託機關的名義作成行政處分。延伸所及，在法律有特別規定的情形，甚至因此改變其行政爭訟的途徑，例如稅捐稽徵法第三條「稅捐由各級政府主管稅捐稽徵機關稽徵之，必要時得委託代徵，其辦法由行政院定之。」此為委託代徵稅捐之一般授權。其具體授權之規定另有：稅捐稽徵法第三十五條之一「國外輸入之貨物，由海關代徵之稅捐，其徵收及行政救濟程序，準用關稅法及海關緝私條例之規定辦理。」貨物稅條例第二十三條第二項「進口應稅貨物，納稅義務人應向海關申報，並由海關於徵收關稅時代徵之。」營業稅法第四十一條第一項「貨物進口時，應徵之營業稅，由海關代徵之。其徵收及行政救濟程序，準用關稅法及海關緝私條例之規定辦理。」契稅條例第二十九條「契稅由直轄市及縣（市）稅捐稽徵機關徵收或鄉、鎮、市、區公所代徵之。」使用牌照稅法第三條第三項「使用牌照稅之稽徵，由省（市）主管稽徵機關辦理；必要時，得由省（市）政府核定，委託當地交通管理機關，代徵稅款及統一發照。」其中稅捐稽徵法第三十五條之一、營業稅法第四十一條第一項進一步有隨同改變其訴願之管轄的規定。如無該改變訴願管轄的規

惟與之有關之「訴願管轄」使該問題轉為複雜。蓋現行訴願法第六條規定「對於二以上不同隸屬或不同層級之機關共為之行政處分，應向其共同之上級機關提起訴願」，而「無隸屬關係之機關辦理受託事件所為之行政處分，視為委託機關之行政處分，其訴願之管轄，比照第四條之規定，向原委託機關或其直接上級機關提起訴願」(同法第七條)²⁸。歸納之，關於訴願管轄，訴願人與原處分機關皆無選擇或指定權。其結果，在職務競合的情形，公平交易委員會如為行政委託，就受託機關適用委託機關與受託機關職掌之法規所為行政處分，是否能保留其訴願管轄權，不無疑問。其答案將繫於究將該處分認定係受託機關基於委託關係為委託機關所為，或認定係委託機關與受託機關共為之行政處分而定。如認定係公平交易委員會之行政處分應向該委員會，如認定係共為之行政處分應向主管院(行政院)提起訴願(訴願法第四條第六、七款)。鑑於公平交易委員會屬於中央部、會級之行政機關，且除具有準司法機能外，依目前實務該會還是關於公平交易法之最為專業的行政機關。是故，不讓公平交易委員會在前述行政委託的情形，可保留訴願管轄權顯不允妥。

按我國行政法規通常有關於該法規之主管機關的規定。該規定決定了各該主管機關所職掌之法規。因此，雖說「行政一體」，但各行政機關並不得適用其他行政機關職掌之法規，作成行政處分。即便在與行政處罰有關之規定的適用，亦然。於是，在與行政處罰有關之規定的競合，例如對於同一不實廣告有不同行政法規加以禁止²⁹時，相當於「高度行為吸收低度行為」、

定，行政委託不改變系爭案件之訴願管轄機關，應向原委託機關或其直接上級機關提起訴願(新訴願法第六條、第七條、第十條、第十三條；現行訴願法第六條「無隸屬關係之機關辦理受託事件所為之行政處分，應視同委託機關之行政處分，比照第三條之規定，向原委託機關或其直接上級機關提起訴願。」)詳請參考黃茂榮 / 張志銘，政府業務委託民間辦理相關法制之研究，行政院經濟建設委員會委託專案研究，八十七年一月。

²⁸ 行政法院 69.10.9.六十九年度判字第六八六號判決「按入出境之限制及管理，原屬國防部職權範圍內之事項，經委託內政部所屬即被告機關代辦，則依據訴願法第六條(按：修正後現為第七條)之規定被告機關辦理入出境事項所為之處分，應視為國防部所屬機關之處分，乃原告誤向內政部提起訴願，同部依法轉由有管轄權之國防部依訴願程序辦理，於法並無不合，應先予說明。」當將受託機關視為委託機關所屬機關，則其訴願機關應為委託機關。其結果，中央部、會將其事務委託他機關辦理，依訴願法第四條第六款有為自己保留訴願管轄權的作用。

²⁹ 可能競合之法規，如未為同一法律事實所滿足，則訴之於先之法律關係未成立，並不阻礙訴之於後而法律關係已成立者之訴權。行政院公平交易委員會認為在這種情形不生一事再理的問題：該會 85.12.10(85)公訴決字第一一九號訴願決定書「按行政法上所謂「一事不再理原則」，其判斷上仍不悖離民、刑事訴訟法上之標準〔民事訴訟法上係指當事人、訴訟標的、訴之聲明

「想像上競合」或「牽連犯」之原則在適用上皆會遭遇困難。蓋職掌各該行政法規之行政機關分別僅得依其職掌之法規對該違法行為課以處罰³⁰。其結果，倘各機關皆為處罰，便會發生一事二罰的情事。關於行政秩序罰，就一事二罰，過去實務上向採容許的見解³¹。惟一事二罰終究與基本權利之保障的思潮不符，近年已有漸趨否定之勢³²。是故，在一事不二罰的原則下，

皆為同一事件；刑事訴訟法上係指案件之刑罰權相同者，具案件之同一性（即包括被告同一及從訴之目的及侵害性行為之內容等犯罪事實同一）。本件生明公司前向台北地方法院檢察署提出訴願人違反公平交易法第二十二條之告訴，與後向本會檢舉訴願人違反公平交易法第二十一條及第二十四條規定係屬二事。至本會八十四年四月十三日(84)公參字第二四九一號函係依據檢察署提供之資料據以作成有無達到公平交易法第二十二條構成要件之鑑定報告，該報告性質係對卷附事實是否該當公平交易法規定特定構成要件或疑義提供意見，故訴願人指摘本會對同一案件作不同之認定，不僅前後矛盾並違反「一事不再理原則」顯屬誤解。」

- ³⁰ 這種問題其實不僅存在於所涉處罰依據分由不同機關職掌，也可發生在由同一機關職掌的情形，例如財政部 85.3.27.臺財稅字第八五一八九八〇四二號函「稅捐稽徵法令彙編（86年版）187頁豐商實業有限公司因違反營業稅法事件，經臺北市稅捐稽徵處分別依稅捐稽徵法第四十四條及營業稅法第五十一條第五款科處罰鍰。惟於訴願時，經臺北市政府訴願決定原處分及原復查決定關於按未依規定給與（應為取得之誤）憑證總額處百分之五罰鍰部分撤銷，其餘訴願駁回。臺北市政府訴願決定不論處稅捐稽徵法第四十四條行為罰，其理由係以本案論處營業稅法第五十一條第五款之漏稅罰，已足收儆戒之效，法規之目的已達成，無庸於漏稅罰之外，就先行違章行為併處之必要，對於該公司未依規定取得憑證之稅捐稽徵法第四十四條違章事實並未加以否定。準此，關於營業稅法第五十一條第五款之處罰，嗣復經本部再訴願決定撤銷重核，並經原處分機關臺北市稅捐稽徵處復查重核認無適用之餘地而予撤銷，其原經臺北市政府訴願委員會就稅捐稽徵法第四十四條規定裁罰部分，撤銷原處分及原復查決定之前提已不存在，如經查明該公司未依規定取得合法憑證應可再依該條規定論處行為罰」（財政部公報第三四卷第一六九三期 37147 頁）。
- ³¹ 財政部 57.5.21.臺財稅發第〇六二六五號令「稅捐稽徵法令彙編（86年版）214 頁查刑罰處罰之客體，為反社會反道德之犯罪行為，其目的為社會之防衛及犯人之感化；行政罰處罰之客體，為行政上義務之違反行為，其目的為行政秩序之維持，二者性質根本不同，當不發生從一重處斷或吸收之問題。故同一事實而同時構成犯罪行為及行政犯行為者，除法律有特別規定或性質上不能重複處分者（例如已由行政罰處分沒入之貨物不能再以刑事判決諭知沒收）外，當可分別依照規定施以刑罰及行政罰，並行不悖，經司法院五十四年十二月十日 54 院臺（參）字第八〇三號函解釋有案。本案×××經營賭具工廠製銷賭具漏稅，自仍應依照稅法規定補稅及移罰。」
- ³² 這個問題最為清楚的表現在稅捐罰則中關於行為罰與漏稅罰的科罰。例如司法院 83.07.08.大法官會議釋字第三五六號解釋「營業稅法第四十九條就營業人未依該法規定期限申報銷售額或統一發票明細表者，應加徵滯報金、怠報金之規定，旨在促使營業人履行其依法申報之義務，俾能確實掌握稅源資料，建立合理之查核制度。加徵滯報金、怠報金，係對營業人違反作為義務所為制裁，其性質為行為罰，此與逃漏稅捐之漏稅罰乃屬兩事。上開規定，為增進公共利益所必要，與憲法並無抵觸。惟在營業人已繳納其應納稅款情形下，行為罰乃依應納稅額固定之比

如何經由行政協調，讓目的事業主管機關與公平交易委員會分別可以達成其管理任務，至關重要。

關於不實廣告之管理的行政協調，與關於事業結合之管制的行政協調所涉問題不盡相同。在事業結合之管制所涉之衝突，僅限於不同行政機關之行政職務的達成與參與結合事業之結合利益，原則上與第三人之利益無直接關涉，第三人極其量只是反射的受到影響，或反射的受到保護而已。反之，在不實廣告，第三人之交易利益或競爭利益則直接受到衝擊。因此，依其職務接受不實廣告之申訴、檢舉的行政機關，便具有所謂之「準司法機關」的機能，從而其對於不實廣告之管轄，不能簡單以目的事業主管機關與公平交易委員會間之行政協調為依據，排除之，在主張其因此受害者不能從目的事業主管機關獲得圓滿之處理時，應使其一直有機會向公平交易委員會提出檢舉，公平交易委員會不得以「已有目的事業主管機關主政」為由，不予受理。總之，先目的事業主管機關並不能產生公平交易委員會得為不受理的結果。極其量只得緩一緩而已。

或謂如是見解將使公平交易委員會介入雖因不實廣告所引起，但與市場競爭機能並無大礙之私權爭議。這雖言之成理，然鑑於公平交易法第二十一條與第十九條不同，關於不實廣告之規範並不以「有妨礙公平競爭之虞」為其要件，且不實廣告之受害者眾，以及國內不實廣告確有失控的情勢，小題大做的疑慮一般說來尚不足慮。真正重要者為在公平交易委員會有不得不管的情勢下，應如何使目的事業主管機關與公平交易委員會間就不實廣告之管理有最好的分工。

按在行政法規競合下，其違規之處罰所以會引起如上的困擾，主要由於行政法規各有其主管機關，而關於行政處罰並不若刑罰，有由一個法院統合裁判的規範基礎。是故，為解開這個

例加徵滯報金與怠報金，又無合理最高之限制，依本院大法官釋字第三二七號解釋意旨，主管機關應注意檢討修正，併此說明。」司法院 89.04.20.大法官會議釋字第五〇三號解釋「納稅義務人違反作為義務而被處行為罰，僅須其有違反作為義務之行為即應受處罰；而逃漏稅捐之被處漏稅罰者，則須具有處罰法定要件之漏稅事實方得為之。二者處罰目的及處罰要件雖不相同，惟其行為如同時符合行為罰及漏稅罰之處罰要件時，除處罰之性質與種類不同，必須採用不同之處罰方法或手段，以達行政目的所必要者外，不得重複處罰，乃現代民主法治國家之基本原則。是違反作為義務之行為，同時構成漏稅行為之一部或係漏稅行為之方法而處罰種類相同者，如從其一重處罰已足達成行政目的時，即不得再就其他行為併予處罰，始符憲法保障人民權利之意旨。本院釋字第三五六號解釋，應予補充。」

結，首先必須安排出一個具有統合處理機能的方案，在關於行政處罰有法規競合的情形，協調由一個機關統合處理。然由於不同行政機關有不同之行政管理的需要及依法律所定之行政任務，以及人民有依據這些法律應有的保障，所以，該協調的結果不得全為行政機關的方便，而必須兼顧法律規定與人民的權益。基於以上的認識，適當的做法應當是：就一定之事務（不實廣告）協調，經由授權或委託，由一個機關以共同的名義，適用自己及委託機關職掌之法律，就違規行為統合為一次之處分。鑑於在不實廣告的管理，公平交易委員會具有準司法的機能，且當一個不實廣告遲遲不能獲得圓滿解決時，通常會影響到市場競爭機能，所以，關於不實廣告，其管理之行政協調的結果，如採前述安排委託一個機關會銜，以共同名義處理，宜指定公平交易委員會為該處分之訴願機關。

受理該訴願之訴願委員會同樣應基於委託，適用所有在該案競合之行政法規，不得只適用自己所屬機關職掌之法規，以達到一次解決之行政上的經濟目標。其間倘涉及行政專長的問題者，應經由協調解決。在一個機關經由相關機關之授權，而在不實廣告的處理上，得適用各該機關所職掌之法規的情形下，從一重處斷就不再成為問題。

然如不能依新訴願法第七條，將受託機關所為之行政處分視為委託機關之行政處分，使公平交易委員會取得訴願管轄權，以獲得解決，而將該行政處分認定為委託機關與受託機關共為之行政處分，則依新訴願法第六條，該訴願應向其共同之上級機關（行政院）提起，這未免小題大做。由此觀之，修正後之訴願法與舊訴願法同樣，並未考慮到因行政法規之競合可能引起之訴願管轄上的規範需要。

伍、公平交易委員會關於不實廣告之政策

在此擬探討之公平交易委員會關於不實廣告之政策皆與規範競合或由之延伸之行政職務的競合有關。其中首先受關注者為公平交易法與消費者保護法之競合，以及公平交易法是否保護消費者利益的問題；其次為公平交易法與其他法律之競合，以及因該競合所發生之行政職務上的競合。法規競合的問題主要必須在法制面，職務的競合主要必須在作業面經由協調尋求妥適的安排。此外，廣告代理業或廣告媒體業在不實廣告是否應負行政責任也是一個值得檢討的問題。茲分述之：

一、關於公平交易法與消費者保護法之競合

關於消費者(利益)之保護向為「不正競爭行為法」在法制規劃上的重要議題。其中包括不正競爭行為法是否應該與消費者保護法合併立法,或不正競爭行為法是否應該併以消費者(利益)為其保護對象。順應該潮流公平交易法第一條規定「為維護交易秩序與消費者利益,確保公平競爭,促進經濟之安定與繁榮,特制定本法;本法未規定者,適用其他有關法律之規定。」將「交易秩序與消費者利益」之維護並列為公平交易法之立法目的。然即便如此,公平交易委員會對於利用公平交易法保護消費者(利益)或多或少還是有一些猶疑。其中所關涉者比較不是消費者受害時,得否引用公平交易法向法院起訴,對事業請求賠償,而是得否向公平交易委員會檢舉,請求對於涉嫌違反公平交易法之事業展開調查,並於調查屬實時,給予行政處罰。這一方面行政權是否適當介入私權爭議的一般問題,另一方面是公平交易委員會是否適當依據公平交易法直接對於消費者提供行政上的保護?消費者保護法後來之單獨立法,在法制上看來雖似應將關於消費者保護之行政措施保留給消費者保護機關,然鑑於行政院消費者保護委員會之職掌依消費者保護法第四十一條之規定並不親自執行,而只是推動執行³³,且該法並規定其主管機關在「中央為目的事業主管機關;省(市)為省(市)政府;縣(市)為縣(市)政府」(消費者保護法第六條),使消費者保護之行政介入的問題,轉為不是根本不可,而是適當由哪一個機關為之³⁴。

³³ 消費者保護法第四十一條規定「消費者保護委員會之職掌如下:一、消費者保護基本政策及措施之研擬及審議。二、消費者保護計畫之研擬、修訂及執行成果檢討。三、消費者保護方案之審議及其執行之推動、連繫與考核。四、國內外消費者保護趨勢及其與經濟社會建設有關問題之研究。五、各部會局署關於消費者保護政策及措施之協調事項。六、監督消費者保護主管機關及指揮消費者保護官行使職權(第一項)。消費者保護委員會應將消費者保護之執行結果及有關資料定期公告(第二項)。」

³⁴ 對於這個問題,德國在其反不正競爭行為法施行後,在保護功能上也有一些變遷。「從該開始主要以互相競爭之事業的利益為保護對象,而漸把其他競爭者、大眾之利益的保護包括進來。從而該法已從單純的個別法(das reine Individualrecht)發展為社會法(das Sozialrecht)。該發展影響到對於競爭行為的評價。評價一個競爭行為時,所應考量之利益,不但應包括互相競爭之事業間的利益,而且也應包括其供應者、購買者,特別是消費者,以及大眾的利益。從而競爭行為之評價應在改變後的面相為之。這表現在兩個方向:一方面消費者的保護在反不正競爭行為法的架構內取得獨立的地位,另一方面大眾利益的保護也包括競爭的保護,以免其因無效率之運作而危害到其存在。這使反限制競爭行為法與反不正競爭行為法連結起來,成為一個維護自由競爭的法律體系。反限制競爭行為法不僅是片面的為互相競爭的事業,而且也為市場之全部的參

二、關於公平交易法與其他法律之競合

關於公平交易法與其他法律之競合的問題，在我國法制，其問題主要來自於我國行政法規通常各有其目的事業主管機關，從而就同一事務之行政管理常常發生行政職務之競合的情事，並在此基礎上進一步引發一事二罰的可能。此種來自於法規面，而非作業面的問題，在相關法律制度改變前，行政機關能夠著力之處在於行政協調。目前公平交易委員會傾向於利用「先目的事業主管機關，後公平交易委員會」，以及「介入保留」的方式來應對。

三、公平交易委員會與目的事業主管機關之介入的手順

在公平交易法與其他法律之競合時，公平交易委員會與目的事業主管機關之介入的手順應當為何，公平交易委員會之基本政策當前是：「先目的事業主管機關，後公平交易委員會」，以及「介入保留」。這個政策在過去之實踐基本上固尚稱良好，但在法制及成效上或仍有一些可以改進之處。例如將來或可試圖輔以「行政機關間之行政委託」、或配合公平交易法第四十一條修正後之新形勢，協調其他機關將處以「罰鍰」的處分機會保留給公平交易委員會，以避免公平交易委員會為消除一事二罰之議，而必須在罰鍰處分前，對於廣告主再為「限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施」的處分，以致延誤事機。此外，為避免一事二罰的爭議，並

與者和社會大眾的利益，而維護競爭」(Baumbach/Hefermehl, aaO.(FN7), Einl. UWG Rdn55)。然德國反不正競爭行為法第三條是否亦保護消費者利益，消費者得否直接依該法第三條、第十三條第六項第一款，或間接依德國民法第八百二十三條第二項連結德國反不正競爭行為法第三條，對於廣告主、期刊編輯、發行人、印刷者或散布者（廣告媒體業、廣告代理業）請求損害賠償，在德國其爭議依然存在。採肯定說者例如 Dr. Rolf Sack, aaO.(FN15), Betriebs- Berater 1974, 1369ff.; ders., aaO.(FN15), NJW 1975, 1303ff.; Schricker, aaO.(FN15), GRuR 1975, 111/120)。不同的見解，例如 Baumbach/Hefermehl, aaO.(FN7), Einl. UWG Rdn 342。在我國雖然因公平交易法第一條規定「為維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法；本法未規定者，適用其他有關法律之規定。」而無消費者利益是否亦為公平交易法所保護的疑義，但就公平交易法之個別條文，其保護之利益是否兼及消費者利益，仍不能一概而論。以不正廣告而論，該法第二十一條所禁止之不實廣告，因對於競爭者、競爭制度及消費者皆有不利益，從而賦予受害之競爭者、消費者以損害賠償請求權的**規範需要**。鑑於該法第一條兼以消費者利益之維護為其立法目的，所以同法第二十一條保護之客體應解釋包括競爭利益、公共利益及消費利益，以滿足該規範需要(請參考 Dr. Rolf Sack, aaO.(FN15), NJW 1975, 1303ff)。反之，不實廣告以外之不正廣告的禁止規定，依其規範意旨，所保護之客體則可能解釋為不包括消費利益。在此認識底下，關於消費利益，此種禁止規定亦不屬於民法第一百八十四條第二項意義下之保護規定。當有規範需要，而無與該需要對應之直接規定時，應考量相關規定之規範意旨，利用法律解釋或律漏洞予以補救。

應建立行政處罰在相關機關之通報制度，要求罰則較輕之法律的主管機關在處罰前，先諮商罰則較重之主管機關的意見，以協調究竟由哪一個機關依其職掌之法律處罰為妥。

四、廣告代理業或廣告媒體業之行政責任

關於廣告代理業或廣告媒體業在不實廣告所應負之責任，公平交易委員會目前採不包括公平交易法上之行政責任的看法³⁵。由於不實廣告的現象在國內一直難以有效消弭，顯見單純之民事責任難以達成規整的任務。是故，關於廣告代理業或廣告媒體業在不實廣告所應負之責任，是否應包括其行政責任及其責任要件為何，值得檢討³⁶。

陸、公平交易委員會往後處理不實廣告之建議

為有效規範不正或不實廣告，建議將來朝下述方向努力：

一、規範對象方面

在規範對象方面，於主體面宜經由溝通，使媒體同意經由訂立自律公約，禁止刊登不正或不實廣告，以便提供利用公平交易法第二十四條將之論為不公平競爭行為的規範基礎，其次應當也可以考量認為廣告代理業、廣告媒體業可以與事業構成同法第二十一條禁止之不實廣告的共同行為人或幫助人，負同法第四十一條所定之行政責任。將推薦或見證廣告之行為人納入該

³⁵ 行政院公平交易委員會 81.4.21.公研釋第○○二號「違反公平交易法第二十一條第四項規定時，廣告媒體業僅負民事連帶責任，並無刑事及行政責任，而民事連帶責任乃普通法院審理之權責，故廣告媒體業之適用範圍仍由法院認定。」

³⁶ 與之反向者為，廣告主不得以廣告內容係委託他人設計而主張免責。行政院 87.02.18.臺八十七年訴字第○七二五○號再訴願決定書「建築業者為參與市場競爭，從事交易之事業，自負有維護公平交易秩序及保障消費者利益之義務，是建設公司於委託他公司代為行銷廣告時，自應對其代為設計、製作之各類廣告及印刷品，負有管理及監督責任，以免造成消費大眾之錯誤認識及期待，不得以該業務委託他公司為之即排除其行政責任」(行政院公平交易委員會公報第七卷第二期 150 頁)。在公法義務之遵守，該處分所持見解相當於民法第二百二十四條關於債務人就履行輔助人之故意或過失行為應負之責任的規定。該條規定「債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失負同一責任。但當事人另有訂定者，不在此限。」然依該條規定之意旨，在該條規定之適用上，只要履行輔助人關於債務之履行，有故意或過失行為即已該當，不以債務人疏於「管理或監督」為要件。此與同法第一百八十八條就受僱人因執行職務而為之侵權行為所定僱用人之連帶責任的要件不同。依第一百八十八條第一項但書「選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任。」而第二百二十四條並無與該但書相當之免責規定。是故，該處分理由中不宜提及：被處分人對其委託之公司「負有管理及監督責任」。

條規範對象中，相對於公平交易委員會過去實務，同樣具有擴大公平交易法之適用對象的意義。

這樣的建議乍看之下，像是在主體上擴大了公平交易法的適用範圍，其實不然。蓋違法責任本來便應以行為人為歸責對象。是故，關於廣告代理業、廣告媒體業或推薦、見證廣告之廣告主的行政責任，其歸責的分際還是：他們是否為具體案件中的行為人³⁷。在這裡縱使認為關於不實廣告之處罰或管制規定，以「廣告主」為受該規定規範者，在構成要件上之必要的「身分」，且認為廣告代理業、廣告媒體業不具廣告主身分，廣告代理業、廣告媒體業等不具身分之行為人在「共同實施或教唆、幫助」的情形，還是可淪為該不實廣告之「共同行為人或幫助人」³⁸。

至於以公平交易法第二十一條第四項只就廣告代理業、廣告媒體業之民事責任加以規定，而未及於行政責任為理由，認為廣告代理業、廣告媒體業根本不必為其「在明知或可得知其製作或設計之廣告，或所傳播、刊載之廣告有引人錯誤之虞，而仍予製作或設計、傳播或刊載的情形」，負行政責任，與同法第四十一條之明文規定並不相符。蓋該條關於該條所定之行政責任的要件，僅規定「對於違反本法規定之事業」，得課以行政責任，此外，再無限制要件。而同法第二十一條第四項關於民事責任之規定顯然並無排除行政責任之效力³⁹。

³⁷ 公平交易法第三十五條規定違反第十條、第十四條、第二十條第一項或第二十三條之規定者，第三十六條規定違反第十九條規定，經中央主管機關依第四十一條規定限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，第三十七條規定違反第二十二條之規定者，得課以刑事責任。雖然該等課罰要件中所定之法條莫不以「事業」為其命令之對象。但第三十五條至第三十七條還是以「行為人」為其課罰對象。其中道理在於，除非有身分犯上之限制，否則參與犯罪行為者應就其行為負責。

³⁸ 刑法第三十一條第一項規定「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實施或教唆、幫助者，雖無特定關係，仍以共犯論。」該規定對於行政法上之不利處分或秩序罰應同有其適用。關於該條之適用，最高法院七十一年度臺上字第二〇〇七號刑事判決認為「公務員登載不實罪，為身分犯，犯罪主體須為公務員，無公務員身分者，必須有刑法第三十一條第一項規定之情形，始有其適用，原審判決既認定范賴香妹與有公務員身分之陳連升、崔伯良並無勾結，無共同犯罪行為，乃又論以公務員登載不實罪刑，致主文與事實理由，發生矛盾。」（最高法院民刑事裁判選輯三卷二期 593 頁）。

³⁹ 在二個以上之法律規定對於同一法律事實加以規定的情形，各該規定所定之法律效力如果互無排斥性，這些規定原則上可以併同適用。所謂排斥指效力依其內容不能並存。例如一個規定應罰、一個規定不罰。然當無排斥性，在制裁法上還必須處理重複處罰，在賠償或補償法上還必

二、規範手段方面

所謂規範手段，首先指究竟選取民事責任、行政責任或刑事責任作為規範的工具。其中民事責任或刑事責任之選取，不但只有在立法階段方有其意義，而且即便已選取，其執行對於公平交易委員會而言，還是不操諸在己。至於行政責任在公平交易法第四十一條的背景下，目前所涉者，在法源上極其量僅為解釋的問題，還不至於必須修法。只要經由行政解釋，將一些容易幫助，或甚至與事業共同從事不正或不實廣告者，明白宣示屬於公平交易法規範之範圍，有同法第四十一條之適用即可。以行政責任之課予做為規範不正或不實廣告的手段，在本次修法後將益見其重要性。

三、處理程序方面

關於不正或不實廣告，縱僅以法律有明文規定者而論，與公平交易法競合者，即有衛生、食品、藥品、醫療、勞工、智財、消費者保護等重要領域，從而在這些領域有行政職務之競合的情形。如何經由行政協調處理其競合關係，成為公平交易行政之處理程序上，比較棘手的問題。

這個問題之考量目標主要為：1.如何能一次處理完畢，以提高行政資源之經濟運用的目的，2.如何避免分次處理造成一事二罰的情事。歸納之，為達到該二目標皆必須一次處理。然依我國關於機關職務之行政法規，一次處理有法規適用上的障礙。蓋我國行政法規例有主管機關之規定，而在該種規定的基礎上，一個機關不得引用他機關職掌之法規，對於違反該法規者課以行政處罰。為克服該障礙在現行體制必須藉助於行政委託或行政協調。

行政委託的結果使受託機關在委託範圍內得行使委託機關之職權，適用其職掌之法規，處理受託機關與委託機關相競合之行政職務。此其優點，至其困難則為：行政委託涉及行政機關之職務的劃分，與機關組織有關，依中央法規標準法第五條第三款規定「應以法律定之」。換言之，該職務所依據之法規如無容許委託之規定，不得藉助於行政委託的安排。鑑於公平交易

須處理重複賠償或補償給付的問題。因此，在刑法利用想像競合、牽連犯的理論或規定，在民事法利用請求權競合或請求權規範競合解決這個問題。行政秩序罰與刑罰、行為罰與漏稅罰不併罰等，歸納之，都是屬於這一系列的問題。總括稱之，這便是「一事不二罰」的原則。該原則屬於憲法層次，關於基本權利的保障之一。惟行政責任或刑事責任分別與民事責任間並不存在這種競合的問題。所以，主張以公平交易法第二十一條第四項排除同法第四十一條之適用毫無理論與規範依據。

法就公平交易行政有關事項並無得委託其他行政機關辦理之明文規定，所以形式上直接以行政委託的方式克服一事不二罰之實質要求，容易引起規範基礎上的疑義，不宜列為優先的考慮。但經由行政協調，以達到實質之行政委託還是有其必要性。

行政協調的依據為：公平交易法第九條⁴⁰第二項規定「本法規定事項，涉及他部會之職掌者，由行政院公平交易委員會商同各該部會辦理之」⁴¹。其中「商同」意義為何，法律對之並

⁴⁰ 公平交易法第九條第一項雖然還規定「本法所稱主管機關：在中央為行政院公平交易委員會；在省（市）為建設廳（局）；在縣（市）為縣（市）政府。」但該項所定之地方主管機關，依同法公平交易法第二十五條第二款顯然無「審議本法有關公平交易事項」的職掌。

⁴¹ **與人事任命**有關者有：1.國民大會代表立法院立法委員選舉總事務所組織條例第十五條「國民大會代表及立法院立法委員選舉總事務所置參事六人至九人，由本所商同有關各機關長官，就高級職員中調充之。」2.鄉鎮組織暫行條例第五十七條第二項「前項幹事，若無相當人員時，得由一人兼任二職，在經費不充裕區域，得僅設幹事一人，均由保長延聘，或由鄉、鎮長商同保長延聘之。」3.合作金庫條例第十四條第一項「中央合作金庫置總經理一人，副總經理一人，由中央合作金庫理事長商同常務理事選定，提經理事會同意聘任，並呈報中央合作及金融主管機關核準備案。」4.典試法第四條第二項、第三項「典試委員由考選部商同典試委員長遴提人選，報請考試院院長核提考試院會議決定後聘用之（第二項）。典試委員得依考試類科或考試科目性質分為若干組，每組置召集人一人，由考選部商同典試委員長推請典試委員兼任之（第三項）。」5.第十三條「典試委員長之職責如左：一、召集並主持典試委員會議。二、指揮監督有關典試事宜。三、決定各科試題。四、抽閱試卷。五、簽署榜單。六、簽署考試及格證書（第一項）。前項第三款所定事項，得商同各組召集人為之；第四款所定事項，得商請各組召集人為之（第二項）。典試委員長因故不能行使職權時，由考試院院長指定典試委員一人代理之（第三項）。」**與財產支配**有關者有：1.土地法第二十六條「各級政府機關需用公有土地時，應商同該管市、縣政府層請行政院核准撥用。」2.私立學校法第四十九條第一項「私立學校因校務所需之公有或公營事業土地，得專案報請主管教育行政機關商同土地管理機關依法讓售或租用。」**與行政職務之行使**有關者有：1.第八十一條「市、縣地政機關得就管轄區內之土地，依國家經濟政策，地方需要情形及土地所能供使用之性質，分別商同有關機關，編為各種使用地。」2.第八十六條第一項「市、縣地政機關於管轄區內之農地，得依集體耕作方法，商同主管農林機關，為集體農場面積之規定。」3.建築法第四十七條「易受海潮、海嘯侵襲，供水泛濫及土地崩塌之地區，如無確保安全之防護設施者，直轄市、縣（市）（局）主管建築機關應商同有關機關劃定範圍予以發布，並豎立標誌，禁止在該地區範圍內建築。」4.國際合作發展基金會設置條例第三條「本基金會之主管機關為外交部。但業務涉及其他部會之職掌者，由外交部商同各該部會辦理之。」5.國庫券發行條例第十一條「國庫券之發行、買回及還本、付息等業務，均委由中央銀行經理；其經理辦法，由財政部商同中央銀行訂定之。」6.國有財產法第五十八條第二項「有價證券之售價，由財政部商同審計機關核定之。」7.鐵路法第七條第二項「鐵路規劃興建或拓寬時，應勘定路線寬度，商同當地地政機關編為鐵路使用地；該使用地在已實施都市計畫地區者，應先行辦理都市計畫之變更。其為私有土地者，得保留徵收；其保留期間，在都市計畫地區範圍內者，

無直接定義⁴²。其最密切之配合的態樣為「會商後共同辦理」。惟在實務上不盡然如此。與人事任命、財產支配有關者固然如此，但與行政職務之行使有關者，並不因有此種規定，而使系爭業務本來所屬單位之職權受到限制，只是不商同辦理可能使相關行政互相矛盾、窒礙難行而已。在此認識底下，公平交易法第九條第一項之意義僅止於注意規定，提醒在「本法規定事項，涉及他部會之職掌」時，由行政院公平交易委員會主動「商同各該部會辦理」，亦即為行政協調。在此行政協調雖然由該會主動，但基於其他部會之職掌的特徵為管理、服務特定行業，並因此稱為「目的事業主管機關」，所以公平交易委員會在行政協調時，在不影響公平競爭秩序之建立與維持的前提下，應多為其他部會保留管理、服務其所屬目的事業的迴旋空間。因此，先前之行政協調原則：「先目的事業主管機關，後公平交易委員會；介入保留」還是很適當的指導原則。惟該行政協調原則在理論上及程序上應賦予一些新意。在理論上該行政協調應定性為實質之行政委託，以「受託機關」的名義，依委託機關與受託機關商定之處理要點、處罰標準論斷；程序上加強系屬案件之連繫、初審決定之協商、審理結果，以及被處分人事後改正情形之通報，並將目的事業主管機關處理之時限，對內縮短在公平交易委員會應對於檢舉人回復之時限內，以便公平交易委員會可以引用目的事業主管機關之審理結果函覆檢舉人。如改正情形不理想，由於關於處罰，公平交易法第四十一條已無預警處分之要件的要求，公平交易委員會

依都市計畫法之規定；餘依土地法之規定辦理。」8.公路法第九條第二項「公路主管機關規劃、興建或拓寬公路時，應勘定路線寬度，商同當地地政機關編為公路用地；該地在實施都市計畫區者，應先行辦理都市計畫之變更。其為私有土地者，得保留徵收；保留期間，在都市計畫地區範圍內者，依都市計畫法之規定；餘依土地法之規定。」9.電信法第十條「主管機關為發展電信事業，得商同教育部設立電信學校或在高中(職)及大專院、校增設有關科、系、所，造就電信人才；並得要求電信事業自其營業額提撥一定比例金額從事研究發展。」10.民用航空法第二十七條第一項「交通部為造就民用航空人才，得商同教育部設立民用航空學校或商請教育部增設或調整有關科系所。」公平交易法第九條「本法所稱主管機關：在中央為行政院公平交易委員會；在省(市)為建設廳(局)；在縣(市)為縣(市)政府(第一項)。本法規定事項，涉及他部會之職掌者，由行政院公平交易委員會商同各該部會辦理之(第二項)。」

⁴² 土地法第二十六條規定「各級政府機關需用公有土地時，應商同該管市、縣政府層請行政院核准撥用。」自最高法院五十八年臺上字第三〇一二號判例要旨「公有土地之管理機關，固得因撥用而變更，但公有土地之撥用，依照土地法第二十六條規定，應由需用土地之政府機關，商同該管市縣政府層請行政院核准。本件系爭土地之撥用，既未完成此項手續，自不能謂被上訴人業已取得系爭土地之管理權」(最高法院判例要旨(上冊 72.5 版) 728 頁)觀之，「商同」有共同辦理的意義。

即可依同法該條規定予以處分。所以，由目的事業主管機關做第一線之處罰，公平交易委員會必要時之介入，在時程尚不致於有所延誤。此外，新台幣五萬元以上，二千五百萬元以下之第一次處罰的裁量幅度亦已足以因應各種取巧的情形。不過，在目的事業主管機關已為「罰鍰」處分之情形，為避免涉入一事二罰的爭議，還是以再為一次「限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施」之處分為妥，不宜即逕依該條規定「處新臺幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰」。倘顧慮如是會延緩事機，則在行政協調中可協議：目的事業主管機關對於從事不正廣告之事業僅課以「限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施」，避免直接處以「罰鍰」。以便受處分之事業不在目的事業主管機關所定期限內「停止、改正其行為或採取必要更正措施」時，公平交易委員會得即依公平交易法第四十一條對之課以罰鍰，而不引起一事二罰的疑義。

評論

朱教授雲鵬（中央研究院社科所）

主席、黃教授、各位同仁：

很高興有機會擔任黃教授大作之評論人。在還沒有進入公平會之前，我一直以為法律引用和執行間之界線，是一個不連續函數，天下的事情很簡單，因為法律已經劃了很清楚的一條線，在線之左邊，不違法，過了那條線，就違法。但進入公平會學習了四年以後，才發現是一個連續函數，而且其邊界不是一條線，而是一條很寬的帶子，即很明顯是違法，但並非百分之百違法；很明顯是合法，但其中還有很大一段距離。而誰來幫助我們判斷呢？所以才需要那麼多的法律學者。所以在這連續函數中，以依法行政涵蓋全部，可能不適當。因為依法行政「法」之界線，不是很清楚，對於公平法這個新的法律，更是如此，換言之，不論在法之解釋上，或者執行之哲學上，所有界線之灰色地帶，都有迴旋之空間，如何迴旋？就牽涉整個公平會對於執行公平法之哲學、心態、方法和態度，會有很大不同。設置越久之執法機關，越容易往法律最內圈來做，以比較保守的方式來執行法律。行政機關難免有一個特性，當它接近法律之外圈，曾經被挑戰過，行政機關會一直退讓到法律之內圈。我最近有機會參加研考會要制訂一個對行政機關績效評估之辦法，在這個辦法的討論過程中，大家爭辯的是，要用什麼指標來衡量一個機關是否有績效？通常各單位會提供其 OUTPUT 為績效指標，例如辦了多少宣導會、付出多少人力等。但是我們在討論過程中，希望能有所改變，而以 OUTCOME 為績效指標，例如戶政事務所，其原來之目的就是要服務人民，所以不能以辦多少件數為績效指標，而是要看民眾對其表現是否滿意。

最後，對於黃教授之見解，我非常贊同，因為民眾受到藥品不實廣告之侵害，日形增加，所以從 OUTCOME 的層面來看，如果藥品不實廣告之把關是政府之責任，顯然政府這方面之績效，有待加強。在加強過程中，政府之所作所為不能過度違法，但政府能不能從法律之內圈多跑三十公尺。我認為不要因為公平法第二十一條對廣告媒體特別指出有民事責任，而當然認為第四十一條不適用廣告媒體，而讓行政單位能由內圈多跑三十公尺，才能達到行政機關注重 OUTCOME 績效之要求。非常感謝有機會拜讀這篇文章，謝謝！

多層次傳銷之執法成效與檢討

鄭優*、陳紀元**、公平交易委員會第三處***

摘要

民國八十年公平交易法制定公布，將「多層次傳銷」列入我國法制規範，並授權中央主管機關—行政院公平交易委員會訂定多層次傳銷管理辦法，以加強管理並落實執法功能。本文旨在以多層次傳銷產業概況為背景，全盤回顧公平會近十年來對多層次傳銷事業之報備規範、檢查、調查及處分等執法作為，兼予闡明該會為強化執法效能所採行之各種行政措施，即修正多層次傳銷相關法規、訂定簡易作業處理原則、召開多層次傳銷專案小組會議、辦理多層次傳銷事業之普查、訂定監督監管計畫、專案檢查與調查，及加強法令宣導等項；最後，檢討公平會行政實務上所遭遇較重要之爭議問題，對多層次傳銷之定義、變質多層次傳銷之認定與查處、參加人退出退貨所衍生之紛擾、「無形商品」所製造的課題，及科技發展對外國多層次傳銷管理的困難等議題，予以分析探討，並提出建議解決方案，俾扮演更周延、更細膩之行政管理角色，進而促使傳銷市場的競爭環境得以在適法的前提下，更健全發展且富有活力。

壹、緒論

多層次傳銷為行銷通路的一種，係指事業透過一連串獨立之參加人銷售商品或勞務，每一參加人除可賺取零售利潤外，亦可自行招募、訓練下線參加人，建立具多層組織架構之銷售網，並由該銷售網銷售商品或勞務之利潤，分得多層佣金、獎金。我國自民國（下同）六十年代左右，由民間業者自國外引進多層次傳銷制度，當時民眾對此新型行銷型態多未接觸與了解，僅有少部分人持懷疑態度參與運作，政府基於尊重商業行為之原則，並未立法加以干預或管制。惜多層次傳銷制度被不肖商人變質設計，成為拉人頭賺取暴利之「老鼠會」，於七十年代爆發

* 現職行政院公平交易委員會副主任委員。

** 現職行政院公平交易委員會委員暨多層次傳銷專案小組召集人。

*** 處長郭淑貞、副處長吳自心、科長林慶堂、專員周百威、專員王宏炫、科員戚雪麗、科員郭安琪。

「台家事件」，台家公司以多層次傳銷方式銷售清潔劑用品，實際上採高額佣金誘使會員拉人頭入會以擴展業務，後期入會者因不易找得人頭、產品滯銷、公司不接受退貨等因素，控告公司詐欺，惟因缺乏法律依據，台家公司之總裁及傳銷人員皆於詐欺訴訟中獲不起訴或無罪之判定，參加人亦因公司倒閉造成利益損失，釀成重大社會事件。質言之，傳銷制度之利基，係將縮短行銷通路所撙節之費用分配予消費者及參加人，倘善加利用，尚無加以禁絕之理，惟應將傳銷制度納入立法規範，以防範多層次傳銷制度變質與脫序之弊害發生。

八十年公平法制定公布時，首次將「多層次傳銷」列入我國法制規範，其中第八條界定「多層次傳銷」，賦予規範多層次傳銷活動之法律地位，於同法第二十三條第一項將一般通稱「老鼠會」之違法多層次傳銷行為，予以明文定義，賦予刑事責任明示禁止，且於同條第二項授權中央主管機關—行政院公平交易委員會（以下簡稱公平會）訂定「多層次傳銷管理辦法」，一來將管理多層次傳銷活動透明化、法制化；二來可供業者及民眾辨別合法與非法之傳銷行為與態樣，達到防制不當多層次傳銷活動之功效，並可維護正當業者公平競爭的經營權益，以及確保加入傳銷組織之參加人及消費大眾利益的管理效果。基於執法經驗，為加強民眾權益之保障及多層次傳銷事業之管理，公平交易法於八十八年二月三日修正公布部分條文，並於八十八年六月十六日配合修正多層次傳銷管理辦法。

回顧將「多層次傳銷」列入我國法制規範迄今，公平會為落實執法功能，遂對多層次傳銷事業採取「預防」及「查處」併行的管理政策，對一般多層次傳銷事業採檢查及宣導為主之預防措施，對疑似從事不正當多層次傳銷事業則採查處措施，並對曾經被該會處分之業者加強列管，以防脫法再犯情事發生。經公平會嚴格執法以來，已普遍獲得社會上大多數合法經營多層次傳銷業者的肯定與支持，對傳銷組織體質改良及行為導正，業者、參加人與消費者間教育，及傳銷形象的維護等皆產生正面效果，亦對企圖矇混從事不正當多層次傳銷業者產生打擊與嚇阻作用。又公平會統計資料顯示，多層次傳銷事業總體營業額於八十四年達到新臺幣（下同）四百四十八億元之高峰，近年雖歷經亞洲金融風暴、健康食品管理法的施行及九二一震災等事件的影響，八十八年度該業之營運規模下降至三百五十七億元，惟八十九年國內外經濟處於不景氣階段，仍逆勢成長至三百八十億元，足見該業之活力與前景。

本文乃就公平會十年來對多層次傳銷之執法情形及成效，作一全盤之回顧與檢討，並提出

未來之改進方向及展望，期盼今後發揮更大執法機能，有效加以管理，進而促使傳銷市場發展更為健全。內容共分為六節。第一節為緒論；第二節介紹多層次傳銷產業之概況，藉以描述公平會執法背景；第三節說明執法之一般作為及成果；第四節說明為加強執法成效，於管理上之各項強化措施；第五節探討公平會行政實務上所遭遇之具體重要問題，並試擬改進解決之道；第六節提出結論及未來展望。

貳、產業概況

多層次傳銷制度於六十年代引進我國後，因國內並無法規加以規範，且一般社會大眾對傳銷活動的認知有限，再加上七十年代發生的「台家事件」及諸如鴻源、龍祥公司等「地下投資公司事件」，引發社會對於類此行銷活動之負面評價，不僅對多層次傳銷事業多所質疑（如安麗公司亦曾遭質疑為老鼠會），影響所及，參加人多存有不確定感及投機心態，致爭議頻生，業界之產銷規模及參加人數亦屬有限。八十一年公平法施行，將多層次傳銷活動納入管理，依法賦予是項行銷活動一個合法經營的空間，除改變社會大眾對多層次傳銷之認知與評價外，亦進而導引該業的良序發展。

一、多層次傳銷報備家數統計

依公平會建置之「多層次傳銷管理系統」資料顯示，截至九十一年一月底，我國多層次傳銷事業之歷年來累計報備家數計為二千一百零九家，然經扣除撤銷報備家數後，現階段報備家數計為六百零一家¹。另據八十九年公平會委請地方主管機關進行多層次傳銷事業普查結果獲悉²，五百六十二家已報備之多層次傳銷事業中，仍繼續多層次傳銷行為者僅二百五十四家，餘則多屬搬遷不明（160家）、現場無任何營業跡象（51家）、已停止多層次傳銷行為（53家）等。以上結果，足徵多層次傳銷事業之營運變遷頗為快速，且進出傳銷市場頻繁，此除業界基於實際營運之考量外，實與我國對於多層次傳銷活動係採低度管理之「報備制」，而無明顯之參進及退出障礙有關。

另值此經濟不景氣、失業人口增加時期，多層次傳銷之行銷通路或許提供了另一種選擇的機會，致傳銷市場仍屬熱絡，甚至有更多的事業陸續投入傳銷市場，如九十年度多層次傳銷事

1 行政院公平交易委員會 91 年 1 月 31 日多層次傳銷報備件數統計資料。

2 行政院公平交易委員會 90 年 2 月 9 日第 483 次委員會議報告案。

業之報備家數計二百一十七件，較八十九年度增加六十四件³。

二、經營概況調查報告

公平會為有效蒐集多層次傳銷事業之活動現況，以釐訂有關輔導措施及管理決策，特針對報備多層次傳銷事業之經營概況，自八十二年按年舉辦調查，並作成「多層次傳銷事業經營概況調查報告」，供作外界參考。前開調查對象為向公平會報備之多層次傳銷事業，調查項目分為三大部分：第一，事業基本資料，包含事業名稱、聯絡電話、事業成立時間、資本額、員工人數、營業據點分布、多層次傳銷實施情形、異業結盟概況等。第二，事業經營概況，包含參加人加入之條件、參加人總數、訂貨及領取佣金人數、銷售產品種類及來源、事業營業總額、商品或勞務成本、支付傳銷商佣金數額、退貨規定、續約條件及佣金計算制度等。第三，對未來經營概況之看法及管理上之意見。

依據公平會八十一年至八十九年「多層次傳銷事業經營概況調查報告」顯示，我國多層次傳銷業界之營運規模，由八十一年之二百二十九億元，提升至八十四年之四百四十八億元，而為前開調查期間之營運最高峰，又當（八十四）年度包括訂貨參加人比率（36.17%）、領佣金參加人比率（23.59%）、領佣金者之年平均佣金（35,302元）等重要指標，俱達一最高數值。其後，雖歷經亞洲金融風暴，然仍維持在四百億元上下，及至八十八年多層次傳銷業界因健康食品管理法的施行及九二一震災等事件的影響，當（八十八）年度該業之營運規模下降至三百五十七億元，復八十九年國內外經濟雖處於不景氣階段，仍逆勢成長至三百八十億元（表一），足見該業之活力與前景，尤者，大部分業者對於九十年營運狀況之預期，俱表示樂觀。

³ 行政院公平交易委員會 90 年 12 月 31 日多層次傳銷報備件數統計資料。

表一 多層次傳銷事業重要指標

| | 營業家數 | 參加人 總數 | 剔 除 重 複 數 | 加 入 傳 銷 率 | 平均參加 人 數 | 訂貨參加 人 數 | 訂貨參加 人 比 率 |
|---------|---------------|--------------|-----------------------|-----------------------|----------------|----------------|---------------------|
| 單 位 | 家 | 千人 | 千人 | % | 千人/家 | 千人 | % |
| 八十一年(底) | 139 | 1,186 | 947 | 4.56 | 8.53 | 332 | 27.99 |
| 八十二年(底) | 176 | 1,604 | 1,281 | 6.11 | 9.11 | 412 | 25.69 |
| 八十三年(底) | 183 | 2,028 | 1,619 | 7.66 | 11.08 | 680 | 33.53 |
| 八十四年(底) | 210 | 2,488 | 1,986 | 9.32 | 11.85 | 900 | 36.17 |
| 八十五年(底) | 275 | 2,961 | 2,364 | 11.01 | 10.77 | 887 | 29.96 |
| 八十六年(底) | 240 | 3,413 | 2,724 | 12.56 | 14.22 | 873 | 25.58 |
| 八十七年(底) | 242 | 3,484 | 2,781 | 12.72 | 14.40 | 979 | 28.10 |
| 八十八年(底) | 209 | 3,521 | 2,811 | 12.76 | 16.85 | 1,072 | 30.45 |
| 八十九年(底) | 191 | 3,550 | 2,834 | 12.76 | 18.59 | 1,125 | 31.69 |
| | 領 佣 金 參加人數 | 領佣金參 加人比率 | 營 業 額 | 平均營業額 | 進貨成本 比 率 | 佣金比率 | 領佣金者平 均 佣 金 |
| 單 位 | 千 人 | % | 百 萬 元 | 百萬元/家 | % | % | 元 / 人 年 |
| 八十一年(底) | - | - | 22,972 | 165.27 | 32.29 | 43.54 | - |
| 八十二年(底) | - | - | 29,175 | 165.77 | 32.70 | 46.89 | - |
| 八十三年(底) | - | - | 39,406 | 215.33 | 31.35 | 46.64 | - |
| 八十四年(底) | 587 | 23.59 | 44,845 | 213.55 | 33.04 | 46.21 | 35,302 |
| 八十五年(底) | 580 | 19.59 | 41,850 | 152.18 | 31.18 | 45.22 | 32,626 |
| 八十六年(底) | 582 | 17.05 | 40,119 | 167.16 | 27.79 | 45.36 | 31,265 |
| 八十七年(底) | 590 | 16.93 | 39,196 | 161.97 | 29.46 | 45.00 | 29,895 |
| 八十八年(底) | 646 | 18.35 | 35,734 | 170.98 | 29.83 | 44.83 | 24,799 |
| 八十九年(底) | 579 | 16.31 | 38,086 | 199.40 | 28.31 | 44.54 | 29,299 |

資料來源：八十九年多層次傳銷事業經營概況調查報告。

為明確勾勒多層次傳銷活動產業概況，茲節錄「八十九年多層次傳銷事業經營概況調查報告」⁴相關統計數據如次：

⁴ 行政院公平交易委員會，「中華民國八十九年台灣地區多層次傳銷事業經營概況調查報告」，90年6月。

(一) 多層次傳銷事業之營運狀態

截至八十九年底止向公平會報備之多層次傳銷事業計有 644 家，其中 37 家於調查實施前已撤回報備，實際調查家數為 607 家。在 607 家事業中，60 家於八十九年未從事多層次傳銷，另同期間高達 356 家已暫停從事多層次傳銷，然在八十九年底仍從事多層次傳銷者有 191 家事業，較八十八年底之 209 家，減少 18 家 (或 8.61%)。

各事業參加人數，以一千至未及一萬人者為最多計 77 家 (占 40.31%)，其次是未及一千人者計 69 家 (占 36.13%)，另一萬至未及五萬人者計 31 家 (占 16.23%) 再次之，而十萬人以上者有 6 家。

八十九年多層次傳銷之全年營業總額為 380.86 億元，較八十八年之 357.34 億元增加 23.52 億元 (或 6.58%)，若就營業規模觀之，以營業額在一千萬元至未及一億元者計 79 家 (占 41.36%) 為最多，其次為一億元至未及十億元者計 44 家 (占 23.04%)，一百萬元至未及一千萬元者計 43 家 (占 22.51%) 居第三，而十億元以上之事業則有 10 家。另營業額最高之十家事業其營業額即達 207.96 億元，占營業總額五成以上，足徵多層次傳銷事業間營業規模差距甚大。

八十九年多層次傳銷事業之佣金支出總計 169.64 億元，占總營業額 380.86 億元之 44.54%，較八十八年之 44.83%，減少 0.29 個百分點。如就各事業分別觀察，佣金支付比率以占營業額 40% 至 50% 者最多，計 55 家 (占 28.80%)，其次為 50% 至 60% 者，計 44 家 (占 23.04%)，第三為 30% 至 40% 者，計 35 家 (占 18.32%)。

就事業推廣或銷售之商品或勞務內容統計，若按銷售家數觀察，以販售營養保健食品者計 131 家 (占 68.59%) 居冠，販售美容保養品者計 114 家 (占 59.69%) 居第二，第三為清潔用品計 59 家 (占 30.89%)，第四為淨、濾飲水器材計 35 家 (占 18.32%)，而經衛生署許可之健康食品已由八十八年之 1 家增加至 6 家；若按各類商品之銷售額觀察，營養保健食品之銷售額最高，計 113.95 億元 (占 29.92%)，其次為美容保養品，計 103.01 億元 (占 27.05%)，第三位為衣著與飾品，計 61.82 億元 (占 16.23%)，第四則為清潔用品，計 23.10 億元 (占 6.07%)。

(二) 參加人概況

截至八十九年底止，計 355 萬人次曾參加報備之多層次傳銷事業，較八十八年底之 352 萬 1 千人次，增加 2 萬 9 千人次 (或 0.82%)，剔除同一人參加二個以上傳銷事業之重複計算後，

八十九年底參加人數為 283 萬 4 千人，較八十八年底之 281 萬 1 千人，增加 2 萬 3 千人（或 0.82%）。以八十九年底臺灣地區人口之 2,221 萬 6 千人換算，平均每百人中有 12.76 人曾參加多層次傳銷活動，與八十八年相同。

由於多層次傳銷事業對參加人資格並無嚴格之限制，部分消費型參加人並無實際從事傳銷活動，根據調查結果顯示，八十九年中曾向業者訂貨之參加人計 112 萬 5 千人，占參加人總數之 31.69%，曾領取獎金或佣金之參加人計 57 萬 9 千人，占參加人總數之 16.31%。又據調查結果統計八十九年領取佣（獎）金者平均每人獲得佣（獎）金 29,299 元，較八十八年之 24,799 元，增加 4,500 元。

參、多層次傳銷事業之管理與執法

一、審視報備資料

依多層次傳銷管理辦法第五條規定，多層次傳銷事業應於開始實施多層次傳銷行為三十日前，以書面據實載明規定事項，向公平會報備。按多層次傳銷係透過該事業之參加人本身或建立多層次組織銷售網從事推廣銷售商品或勞務，因此常有擴散迅速及參加者眾多之特色，一旦發生變質或不法之傳銷情形，對社會心理及經濟將發生深廣影響，而有特別立法加以管制之必要，並應由政府予以監督管理。另基於對事業營業自由之尊重、利於業者商機之掌握及節約行政成本等因素，多層次傳銷管理辦法在制訂時係採「報備制」（非核准制），屬於低度管理的「事前」管制措施。

截至九十一年一月三十一日止，歷年來多層次傳銷事業之累計報備家數計為二千一百零九家，公平會為掌握多層次傳銷事業之相關營運資料、傳銷方式及經營動態等，另鑑於多層次傳銷業界之經營方式及商品內容瞬息萬變，確有隨時予以注意與瞭解之必要，而於多層次傳銷事業陳送報備及變更報備資料時，俱予以詳細檢視，以期經由個別事業之傳銷制度、營運計畫、獎金發放方式及銷售商品之型態，掌握當前傳銷市場之動向，並主動要求報備事業就其間可能涉及違法之相關制度予以修正，以收事前防杜違法行為之效，另對報備資料已涉及違法事實部分，則依職權進行主動調查。

二、業務檢查

依多層次傳銷管理辦法第二十二條規定，多層次傳銷事業應於主要營業所備置相關書件，

其間多涉及事業營運狀況、參加人權利義務關係等項；次依同辦法第二十三條規定，公平會得隨時派員檢查該等應行備置之資料。按公平會鑑於傳銷事業尚未確實依規定辦理及備置相關資料，往往為重大違法事件之徵兆，爰為落實傳銷法令之相關規定，俾使傳銷市場得以良序發展，暨維護參加人權益，即透過各種行政管理措施，機動篩選受檢事業進行業務檢查。又多層次傳銷事業家數眾多，在考量人力資源的有效運用，並期能掌握各事業之營運情形，該會自八十二年即逐年辦理多層次傳銷事業經營概況調查；八十五年起每年均委請各地方政府辦理多層次傳銷事業經營狀況普查；九十年更建立多層次傳銷事業監督監管計畫，機動派員赴各傳銷事業進行業務檢查，派員檢查之選列標準如下：第一，報備資料遲未補齊者。第二，依多層次傳銷事業監督監管計畫查悉，傳銷事業之營業額暴增者。第三，傳銷事業雖未被列入監督監管機制之觀察範圍內，然銷售商品、勞務與獎金制度仍有異常之疑慮，或常接獲民眾電話反應者。第四，營業狀況不明之事業。第五，媒體披露涉及違反其他法令或爭議事項之傳銷事業。

截至九十一年一月底止，公平會不定期派員至各傳銷事業辦理業務檢查之總受檢家數，計為六五五家，其中不合一項以上規定者計七三家，均已依法處置。至業務檢查不合規定之原因約可分為⁵：對參加人未盡詳實告知義務（17家）、書面契約與報備文件不相符（6家）、退貨辦法未符合規定（28家）、主要營業所未備置（全）書面資料（11家）、違反公平交易法（11家）、未報備先營業（21家）、報備內容變更未於實施前報備（25家）、未依過渡條款辦理變更報備（6家）等。

三、不當多層次傳銷行為之管理

（一）案件調查與處理

公平法第二十六條規定，對於違反本法規定，危害公共利益之情事，公平會得依檢舉或依職權進行調查處理，復鑑於多層次傳銷之商品銷售係結合人際關係及獎金發放，具有迅速向下層層擴張等特質，加以多層次傳銷方式有時被不肖商人巧機設計，變相成為專以介紹他人加入獲取佣（獎）金等報酬之「變質多層次傳銷」，重者將產生社會、經濟問題，爰該會除受理民眾檢舉案件外，另為及早發現違法情事，即時掌握相關資訊、調查時效，避免違法多層次傳銷造成社會經濟秩序之嚴重傷害，亦對可能涉及違法疑慮之相關傳銷行為，主動列案進行查處，

⁵ 行政院公平交易委員會 91 年 1 月 31 日「業務檢查不合規定統計表」。

俾收遏止不法、確保參加人權益之效。公平會目前主動調查多層次傳銷事業之篩選標準如次：第一，報備及變更報備資料已涉有明顯違法事實者。第二，多層次傳銷事業普查結果，認有涉及違反傳銷法令之疑慮者。第三，依據多層次傳銷業務檢查結果，查悉涉有違反相關傳銷法令規定之情事者。第四，經多層次傳銷事業監督監管計畫之各單位聯繫窗口，主動通報事業涉有違反相關傳銷法令等情事者。第五，專案調查未依多層次傳銷管理辦法第七條規定辦理單位成本報備之事業。查自八十七年一月迄九十一年一月底，經公平會主動調查並發現違法事證遭處分之多層次傳銷事業，計四十家。公平會對於違反公平法第二十三條（修正前公平法第二十三條第一項）規定「變質傳銷行為」之多層次傳銷事業，依同法第三十五條規定尚須追究該等行為之刑事責任，故經認定違反該條規定，即依職權移送檢調單位辦理。迄九十一年一月底止，公平會已陸續查得有三十六家公司，是以拉人頭入會作為參加人主要收入，而違反公平法第二十三條（修正前公平法第二十三條第一項）規定，均予移送法辦。

另公平會對於傳銷事業違反公平法第二十三條之一至之三，及多層次傳銷管理辦法等規定之不當傳銷行為，依公平法第四十二條第二項、第三項規定，限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處以新臺幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰。截至九十一年一月底止，該會計處分一百八十二家多層次傳銷事業，違法類型包括：未依規定辦理解除或終止契約、未依規定事前報備從事傳銷行為、未依規定事前辦理變更報備、未告知參加人規定事項、未與參加人簽訂書面參加契約、收取不當的訓練費用、招募未成年參加人未事先取得法定代理人之書面同意、招募參加人未明示從事傳銷行為、宣稱不實之成功案例等。

又修正前公平法第四十二條規定，對於違反多層次傳銷管理辦法且情節重大者，並得命令解散、停止營業或勒令歇業。修正後同法第四十二條第三項對違反多層次傳銷管理辦法者已無命令解散等規定，但同條第一項及第二項對於拉人頭領獎金的變質多層次傳銷行為（公平法第二十三條），及未依規定辦理參加人解除契約或終止契約退貨之行為（公平法第二十三條之一至之三），且其情節重大者，仍得以命令解散、停止營業或勒令歇業。截至九十一年一月底止，該會對多層次傳銷事業違反上開法條規定者，計勒令歇業二十家，命停止營業七家。

（二）近三年違法多層次傳銷案件之處理情形

自八十七年一月迄九十一年一月底止，經公平會調查及認定違反公平法暨多層次傳銷管理

辦法之案件數共計一百一十一件⁶，主要違法行為類型如次：

1. 違反公平法第二十一條規定：於商品廣告文宣為虛偽不實及引人錯誤之表示。
2. 違反公平交易法第二十三條規定：變質多層次傳銷行為。
3. 違反公平法第二十三條之一規定（修正前多層次傳銷管理辦法第五條第一項第一款至第三款）：未依規定辦理解除契約。
4. 違反公平法第二十三條之二規定（修正前多層次傳銷管理辦法第五條第一項第四款、第五款）：未依規定辦理終止契約。
5. 違反公平法第二十三條之三規定：於參加人解除及終止契約時請求損害賠償。
6. 違反依據公平法第二十三條之四規定所訂定之多層次傳銷管理辦法者：類型包含多層次傳銷事業於開始營業或實施多層次傳銷行為前，未以書面據實載明規定應報備事項，向公平會報備；報備事項於營業中變更，未予報備更正；未與參加人締結書面參加契約，或契約書之內容不符多層次傳銷管理辦法規定；事業未於主要營業所所在地按月記載應備置書面資料；上線參加人要求其下線參加人，購買顯非一般人短期內所能售罄之商品數量；事業扣發參加人應得之佣金、獎金等利益；招募未成年人為參加，未事先取得其法定代理人之書面同意，並附於參加契約；事業招募參加人時，未表明係從事多層次傳銷行為；傳銷參加人以不實之成功案例宣稱介紹他人加入。
7. 違反公平法第二十四條規定者：類型包含隱匿徵募人員從事多層次傳銷業務之事實，卻以徵求職員之名義，誘使他人前往應徵，屬足以影響交易秩序之欺罔行為；上線參加人誘導下線參加人撕毀進貨發票，致令其於辦理退貨時造成困難及損失，核屬足以影響交易秩序之欺罔及顯失公平之行為；事業對於未符合特定位階資格之參加人賦予該特定位階，有損害傳銷獎金制度之公平、不當攫取參加人獎金利益之分配，及影響傳銷事業正常之營運等情事，核屬足以影響交易秩序之欺罔及顯失公平之行為。

肆、多層次傳銷管理之強化措施

公平會為更有效落實對多層次傳銷行為之管理，加強執法成效，特於執法過程中檢討修正多層次傳銷相關法規，訂定、修正調查作業處理原則，並透過定期召開多層次傳銷專案小組會

⁶ 行政院公平交易委員會 87 年 1 月至 91 年 1 月「多層次傳銷處分案件一覽表」。

議，委請地方主管機關進行多層次傳銷事業普查，訂定監督監管計畫，辦理專案檢查及調查等，以期掌握傳銷市場動態；另以多層次傳銷管理辦法之宣導、相關資料之印送及研習班之舉辦等作為，達導正及教育之目標。

一、公平交易法及多層次傳銷管理辦法之修正

(一) 背景

政府為有效規範多層次傳銷，於八十年制定公布之「公平交易法」中，首次將「多層次傳銷」列入我國法制規範，其中第八條界定「多層次傳銷」，賦予規範多層次傳銷活動之法律地位，並於同法第二十三條第一項將一般通稱「老鼠會」之違法多層次傳銷行為，予以明文定義，賦予刑事責任明示禁止，且於同條第二項授權中央主管機關—行政院公平交易委員會訂定「多層次傳銷管理辦法」(下稱原管理辦法)。惟有關參加人退出退貨之規定，僅訂定於原管理辦法中，對民眾權益之保障或嫌不足；且原管理辦法全文共計八條文，除第一條授權依據、第二條名詞定義及第八條施行日期外，僅餘五條文規範整體之多層次傳銷活動，包括第三條確立多層次傳銷之管理採行寬鬆之「報備制」、第四條多層次傳銷事業對參加人忠實告知義務及應締結書面參加契約之義務、第五條規範參加契約中有關參加人退出退貨之規定，第六條主管機關之業務檢查權及第七條不當傳銷行為之禁止等。考量我國對多層次傳銷之管理採取寬鬆之「報備制」，故凡欲從事多層次傳銷行為者，往往僅需片函告知即可對外實施，其開始或結束營業並無嚴格之相關規範，公平會歷經多次之多層次傳銷事業普查，發現報備事業實際從事者約僅三分之一，絕大部分搬遷不明。另傳銷事業之經營壽命，半數無法持續一年以上，顯示從事傳銷之事業，可能只是基於一時之熱情，匆匆投入傳銷市場，稍有不慎，極易造成參加人受害、傳銷形象受損，也造成主管機關管理上之困擾，實有強化管理規範之必要。且歷經七年多之執法過程，檢視原管理辦法之規定或有前後條文不相協調者、或有條文過於冗長不易理解者、或有對新型態傳銷活動缺乏管理機制者，爰應作更縝密之規範。

(二) 修正公平交易法相關條文⁷

自公平法於八十一年二月四日施行後，多層次傳銷正式納入法規規範，在公平法中，規範多層次傳銷的條文為第八條(多層次傳銷的定義)、第二十三條(變質多層次傳銷的禁止暨多

⁷ 行政院公平交易委員會，「認識公平交易法增訂八版」，90年8月，P270、P387~391。

層次傳銷管理辦法之授權依據)、第三十五條(違反第二十三條第一項之罰則規定)及第四十二條(違反多層次傳銷管理辦法之罰則依據)。公平法實施後,公平會基於實際執法有窒礙難行之處,且考量國內整體經濟環境之變遷,爰於八十八年二月三日修正公布。其修正重點如次:第一,將多層次傳銷管理辦法第五條於參加人解除契約及終止契約等退貨規定,提升至公平法第二十三條之一、第二十三條之二及第二十三條之三,以加強保障參加人權益。第二,對違反「公平交易法」及「多層次傳銷管理辦法」者,將罰金上限金額提高至一億元,罰鍰上限金額提高至五千萬元。第三,對違反第二十三條之非法多層次傳銷,除依第四十一條規定得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施,並得處罰鍰外,倘逾期未停止、改正其行為或採取必要更正措施,得連續處罰鍰;其情節重大者得依第四十二條第一項規定命令解散、停止營業或勒令歇業。違反第二十三條之一、第二十三條之二及第二十三條之三規定者,依第四十二條第二項規定,除與第四十一條相同部分外,倘違法情節重大時,主管機關得命令解散、停止營業或勒令歇業。違反管理辦法者,依第四十一條規定處分,刪除得命令解散、停止營業或勒令歇業之處分。

(三) 修正多層次傳銷管理辦法⁸

八十七年二月公平會成立多層次傳銷專案小組,除持續掌握傳銷市場之動態以機先防範不法外,其主要任務即在積極蒐集與修法有關之資料,著手研議相關條文,於召開八次專案小組會議後,八十七年十一月間擬具「多層次傳銷管理辦法修正草案」(初版),登載於本會網站,冀盼各界提供建議;同時函請各傳銷事業派員參與該會分別於台北、台中及高雄舉辦之公聽會,以廣納各界意見。經公平會專案小組第九次會議討論,並整理各界意見後,確定部分修正內容之調整,除先行召開記者會說明本會修法進度及重點外,隨即函請各部會主管機關、學者、專家、相關學(協)會及業界代表參加修法座談會,共同討論修正後之草案其妥適性、合法性及目的性。

在踐行徵詢外界意見之程序後,專案小組第十次會議將相關資料納入、確認,最後送請委員會審議之「多層次傳銷管理辦法修正草案」,經公平會八十八年五月二十六日第三九四次委員會議,審議通過多層次傳銷管理辦法修正案,並於八十八年六月十六日發布,同年七月一日

⁸ 行政院公平交易委員會,「多層次傳銷管理辦法修法資料彙編」,89年11月。

施行。

現行多層次傳銷管理辦法分為總則、報備程序、參加人之權利義務、傳銷行為、業務檢查及附則等六章計二十六條文，除第二十六條係原管理辦法第八條移列者外，另修正第一、二、三、四、五、六、七、十一、十二、十三、十七、二十二及二十三條等十三條文，同時增訂第八、九、十、十四、十五、十六、十八、十九、二十、二十一、二十四及二十五等十二條文，並刪除原第三條第三項及第四條第二項等過渡性規定，期使對多層次傳銷事業之管理能更具實益。其修正重點及影響如次⁹：

1. 參加人之定義更為周延

將實務上所謂「準參加人」之概念予以明文規定，納入管理，期使參加人之定義更為周延。(修正條文第四條第二款)

2. 報備事項及報備程序之完備

為避免原管理辦法規定經報備即可開始營業，而實務上可能報備資料不齊全，甚至報備內容抵觸管理辦法規定，而危害參加人的權利，爰修正在開始實施多層次傳銷行為三十日前，即須向中央主管機關報備；另增列報備事項應包括公司執照及營利事業登記證影本、其他營業場所、獎金發放占其營業總額之最高比例、關係企業所在地、持股關係及預估銷售商品的單位製造、進貨或勞務成本等，以使報備事項及報備程序臻於完備。(修正條文第五條)

修訂多層次傳銷事業報備事項變更時之報備程序，以掌握傳銷事業動態。(修正條文第七條)

增訂多層次傳銷事業應於停止實施多層次傳銷行為三十日前向中央主管機關報備並公告周知，以掌握傳銷事業動態並使參加人得主張其權益。(修正條文第八條)

3. 參加人退出退貨之修正

將當事人間訂定之書面參加契約中有關解除或終止契約退出退貨之強制規範，修正為傳銷事業處理參加人退出退貨之最低標準，以增加事業競爭之機制及參加人利益；另明訂本辦法之規定並不影響當事人間依民法相關法令本有之權義，以避免爭議。(修正條文第十三條)

⁹ 許淑幸、許宏仁，「新修公平交易法及多層次傳銷管理辦法之立法精神與規範內容」，全國律師，90年4月，P5~18。

增訂因可歸責於參加人之事由，致多層次傳銷事業提出解除或終止參加契約者，有關該參加人提出退貨之處理，得事先由當事人於參加契約中另行約定，排除第十三條強制退貨規範，以符公允。(修正條文第十四條)

4. 財務資訊之揭露

增訂具一定資格之參加人，得向多層次傳銷事業要求查閱經會計師簽證之財務報表，以促使多層次傳銷事業資訊透明化。(修正條文第十五條)

5. 禁止行為之內容

將實務曾發生之多層次傳銷事業以虛構位階方式參與領取獎金或以不正方式阻撓參加人辦理解除或終止契約退出退貨等情事，增訂為不當多層次傳銷行為，以茲防範類此事件復為發生。(修正條文第十七條)

6. 傳銷事業對參加人之義務

增列五款不當傳銷行為之態樣為例示，賦予多層次傳銷事業對其參加人為該等不當行為者，訂定處理方式加以規範，並要求事業者應確實執行之權利及義務。(修正條文第十八條)

增訂多層次傳銷事業或其參加人以廣告或其他媒體招募參加人者，應明白表示係多層次傳銷事業或從事多層次傳銷行為，且不得假藉徵用行政職員之名義。(修正條文第十九條)

增訂多層次傳銷事業或其參加人，以宣稱案例方式促使他人加入者，應就其進行期間、獲得利益及發展歷程等事實為具體說明，不得有虛偽不實或引人錯誤之表示。(修正條文第二十條)

7. 外國事業之規範

增訂外國傳銷事業於我國境內從事多層次傳銷行為，及其參加人或第三人引進該事業活動之管理。(修正條文第二十四條)

8. 其他應注意事項

增訂多層次傳銷事業招募未成年人為參加人者，該事業應取得該參加人之法定代理人之書面同意，並附於其參加契約中，以資保護未成年人之權益。(修正條文第十六條)

增訂多層次傳銷事業應於參加人加入其傳銷組織或計畫後，應施以法令之教育訓練，並

應於訓練中一併告知參加人事業違法之申訴途徑。(修正條文第二十一條)

綜上所述，管理辦法之修正，使傳銷事業自原本受八個條文之規範擴增至需受二十六個條文規範，不可諱言，事業於經營傳銷行為時將耗費更多之成本，惟這一切均係為打造一個健全傳銷市場所必要的法律規範。平心而論，倘未在傳銷事業事前報備事項及報備程序之門檻上予以嚴格之管制，並經由資訊揭露促使傳銷事業審慎執行其相關經營行為，同時透過法令規定對於參加契約進行監督，實在難以處理傳銷市場可能發生之失調情形，職是，自立法政策與行政目的觀之，規範嚴謹之管理辦法仍自有其存在價值。公平會自法令修訂發布之日起，即不斷省思，並檢討每一個條文所能發揮之規範功能，期盼管理辦法之修正，不僅提供主管機關管理之利器，同時亦可作為傳銷活動從事者之經營準繩，期在業界及主管機關之共同努力下，建立健全之傳銷環境，使事業、參加人及消費者均能共蒙其利。

二、訂定簡易作業處理原則

公平會為及早發現違法情事，即時掌握相關資訊、調查時效，避免違法多層次傳銷造成社會經濟秩序嚴重傷害，於八十六年二月二十六日第二七八次委員會議訂定「多層次傳銷案件調查作業處理原則」，其中第十一點、第十二點及第十三點特就部分多層次傳銷案件之處理，訂有簡易作業程序及簡式處分書格式，故舉凡事業未依法辦理報備、未具參加契約或契約內容未依規定訂定或未依規定備齊受檢資料者，鑑於該等違法事實均歷歷可稽、殊少爭議，爰依上開簡易作業程序，得逕擬簡式處分書，層送審查委員、副主任委員、主任委員核定，並於無不同意見時，將核定之簡式處分書先行繕發，並於次週提送委員會議報告（追認）。職是，多層次傳銷案件除涉及變質多層次傳銷行為者，需提請委員會實質審議外，對於違法事實已臻明確之上開案件，逕依簡易處分程序處理，得促進該等案件處理之行政效率，實有繼續採行之實益。

公平法於八十八年二月三日修正，將一般罰鍰上限額度大幅提高至五千萬元，鑑於罰鍰裁量額度之大幅提昇，往日公平會慣用之簡易處分罰鍰適用「習慣」（即每違反一個條文處五萬元罰鍰，惟未報備即擅行實施者，則處十萬元罰鍰），在未通盤考量前難再繼續適用，致使前開各點作業原則所示之「簡易作業程序」隨即停止適用。經累積一定數量案例後，公平會於九十年四月二十日第四九三次委員會議修正「多層次傳銷案件調查作業處理原則」¹⁰，將多層次

¹⁰ 行政院公平交易委員會，「公平交易法相關法規、處理原則、行業導正彙編」，90年6月，

傳銷事業未依法踐行報備程序、未與參加人締結參加契約、參加契約不完備、未依管理辦法第十三條訂定參加人退出傳銷組織或計畫退貨規定，或未於主營業所備置管理辦法第十五條規定之決算報表及第二十二條規定書面資料等案件，認得依簡易作業程序處理。另為符合行政程序法自九十年開始施行，鑑於「簡式處分」係因被處分人之違法事實業臻明確、殊無爭議，為使程序之進行迅速，爰將一定類型之案件以先行發送處分書，再經由委員會追認之方式處理，惟對於接獲處分書之被處分人而言，其應有之程序利益(如嗣後提起訴願之權利等)仍應予保障，準此，作為公平會對外為意思表示之處分書，縱係以簡式處分之案件，其製作方式亦應與一般案件之處分書製作方式相同，爰將原處理原則第十三點「簡式處分書格式化」之規定，以予刪除。

三、定期召開多層次傳銷專案小組會議

為對多層次傳銷產業進行研究、調查，並全面檢討多層傳銷相關法規及重大議題，同時密切掌握傳銷市場動態以機先防制不法傳銷行為，公平會於八十七年二月間成立「多層次傳銷專案小組」小組會議得視業務需要，由召集人隨時召開，目前實務係一季召開會議乙次。小組任務如次：第一，對多層次傳銷產業重大議題或案件進行研究及處理，加強與檢調單位及地方主管機關合作，查察不法多層次傳銷。第二，研擬修正多層次傳銷管理辦法及案件處理原則。第三，針對多層次傳銷產業舉辦公聽會、辦理委託研究計畫、蒐集其他國家相關法令，以利修改或形成政策加以推動實施。第四，其他奉委員會議或主任委員交辦事項之處理。

該小組迄九十年十月底已召開十九次小組會議，首次會議著重於小組編制及相關任務之確立，第二次至第十次會議主要工作即係修訂「多層次傳銷管理辦法」，爾後則多以具爭議案件、委員會議交辦案件或市場動態掌握等案件為主要研議內容。

四、委請地方主管機關進行多層次傳銷事業普查

公平會為瞭解報備從事多層次傳銷事業實際經營狀況，自八十五年起，每年均委由各地方主管機關派員赴轄內多層次傳銷事業營業處所實施查訪。並就查訪結果後續處理如次¹¹：第一，已辦理公司「解散」、「歇業」登記及被公告撤銷者，註銷其報備案，並自報備名單中刪除。第

P232~237。

11 行政院公平交易委員會 90 年 2 月 9 日第 483 次委員會議報告案。

二，就「搬遷不明」及「現場無任何營業跡象」者，函請地方主管機關逕依公司法或商業登記法規追蹤處理，報請命令解散或撤銷其登記，經法解散或撤銷登記後，再函知該會，俾予撤銷報備。已辦理「停業」登記者，仍請該地方主管機關於停業期限屆滿後，依上開程序追蹤辦理。第三，已停止從事多層次傳銷行為，而未向公平會註銷報備者，於報備名單中予以註記，並函告該事業倘無意以多層次傳銷方式經營，則請其儘速辦理撤銷報備。第四，遷移他縣市未依規定向公平會報備者，除依多層次傳銷管理辦法之規定，實施業務檢查外，並就主要營業所搬遷未辦理變更報備乙事，另立案調查。

五、專案檢查及調查

(一) 專案調查未依多層次傳銷管理辦法第二十五條定辦理之事業

依修正後多層次傳銷管理辦法第二十五條過渡條款規定：「多層次傳銷事業於本辦法修正施行前已報備者，第五條第一項第二款、第三款、第五款之報備及第七款之變更報備應於本辦法修正條文施行後二個月內為之。」爰若管理辦法修正前即向公平會報備從事多層次傳銷行為，並於管理辦法修正後仍續從事之事業，即應依前揭規定於期限內向該會辦理報備及變更報備。公平會於上開管理辦法修正後，將修正後條文寄發予各傳銷事業，並過各種管道宣導法令，期使各傳銷事業能瞭解法令規定，俾免觸法。

經彙整相關報備資料查悉，仍續行傳銷活動惟未依是條規定向本會報備者，計有十七家事業，爰主動調查，俾瞭解其確實營運情形及有無違法情事。經查其中六家事業確未於期限內依多層次傳銷管理辦法第二十五條辦理報備及變更報備，併查悉一家事業涉有未於變更主要營業所前向該會辦理變更報備，違反多層次傳銷管理辦法第七條第一項規定；一家事業於向該會報備前，即開始實施多層次傳銷行為，違反修正前多層次傳銷管理辦法第三條第一項之規定，經提八十九年十一月十六日第四七一次委員會議決處分在案。

(二) 專案檢查預估獎金發放最高比例異常及偏高之多層次傳銷事業

依多層次傳銷管理辦法第二十五條規定，該辦法修正施行前已報備之多層次傳銷事業，應依同辦法第五條第一項第五款規定，報備佣金、獎金及其他經濟利益之合計數占營業總收入之最高比例。公平會鑑於獎金比例偏高可能隱含傳銷事業之經營風險，及影響對參加人退出組織退貨之處理態度，爰選列預估獎金發放最高比例超過七十%之事業，及預估獎金發放比例較其

上年度實際發放率低於百分之十以上之事業計二十家，列為監管對象，其中十六家並列為八十九年優先檢查事業。公平會已於期限內完成各相關檢查作業，並處分經檢查發現違法情狀之事業。

六、監督監管計畫

八十九年「康蒼公司」以有線電視頻道大量播放廣告之方式招攬參加人，雖其傳銷組織及營業額急速擴張，惟因不堪大量廣告費用及疑遭「傳銷蟑螂」以「洗錢」方式惡意退貨，造成嚴重虧損而倒閉，致影響萬名參加人權益。公平會有鑑於此，訂定監督監管計畫，期透過嚴密監督監管在短期內營業額暴增及佣金、獎金過高之直銷公司，以保障參加人及消費者權益。本計畫之工作項目可分為¹²：

(一) 多層次傳銷事業營運資訊之掌握及列管

延續既有管理機制，對於佣金、獎金發放過高之事業，規劃辦理業務檢查；針對成立未滿二年，或有違法紀錄之多層次傳銷事業，商請財政部每二個月提供有關營業額之通報資料。

(二) 經營異常多層次傳銷事業之查察

就財政部所提供營業額等資料予以專案建檔列管，持續觀察，並配合參加人數、退貨比例、佣金或獎金發放情形或其他工商資訊，交叉分析，視情況對於異常經營之多層次傳銷事業安排業務檢查。

(三) 與他機關間聯繫窗口及通報系統之建立

與法務部調查局、內政部警政署、工商管理機關、稅捐機關等建立聯繫窗口及通報系統，做為資訊溝通及違法個案查處之交流管道。

七、多層次傳銷法令宣導

為使多層次傳銷事業能正常經營發展、參加人權益能獲得合理保障，並達導正及教育之目標，該會經常且持續地循多重途徑辦理法令宣導，茲以八十八年至九十年為例，略以：

(一) 編印書面宣導資料

含印製多層次傳銷管理辦法及公平法摺頁計三萬份，分寄各地方主管機關、報備事業並備置於服務中心供參；印製多層次傳銷案例彙集，分送各地方主管機關、法院、檢察署等，亦備

¹² 行政院公平交易委員會 89 年 1 月 15 日「如何建立及落實對直銷公司之監督監管機制座談會」會議結論。

供民眾洽購；編印多層次傳銷管理 Q&A 宣導手冊，寄送各地方主管機關、司法機關、各大專院校及報備事業等；編印多層次傳銷宣導摺頁二款，一為單張摺頁，說明「加入多層次傳銷停、看、聽」及「如何判斷多層次傳銷事業合不合法」，另為「認識多層次傳銷」系列摺頁計六子題；編印多層次傳銷管理辦法修法資料彙編，寄送法院、檢察署及圖書館等供參；印製多層次傳銷校園宣導海報，送全國大專院校。

(二) 舉辦說明會、研習班及配合民間團體進行法令宣導

於八十八年十月二十八日至八十九年一月十七日開辦公平法研習班第二十期「通路、傳銷及量販班」，計有五十四名學員結業；九十年三月至五月間分五梯次舉辦「南部大專院校公平交易法一日訓練營」；派員參加各縣市政府舉辦之宣導說明會、中華民國直銷協會及傳銷世紀雜誌社舉辦之「修法座談會」、「修法後之多層次傳銷管理辦法座談會」、「傳銷產業法務座談會」等；派員擔任「傳銷大學」課程之講師；派員赴各大專院校辦理專題演講。

(三) 製作宣導短片及廣告

於八十八年及八十九年間各製作多層次傳銷宣導短片委請四家無線電視台、公視電視台及有線電視台播放；製作公車車廂外宣導廣告張貼於台北縣市、台中縣市及高雄市之公車車體；製作捷運車站燈箱宣導廣告，擇捷運新店線及淡水線十個車站刊登；經常性委請行政院新聞局運用 LED 電子視訊牆播放多層次傳銷宣導內容。

(四) 建立便捷民眾查詢作業程序

八十八年八月間於本會網頁中建置「多層次傳銷事業相關事項」乙項，每月上載更新之多層次傳銷事業報備名單、案例彙集及各種宣導內容等。

伍、問題探討

公平法及多層次傳銷管理辦法實施迄今，已有十年。儘管國人對於多層次傳銷及相關法令的認識均已加深，然由於商業活動逐漸多元化，科技發展日新月異，且傳銷事業及參加人進出市場，流動頻仍，或未完全適應或熟悉法令規定，故在傳銷活動與行政管理或法令執行之間，仍不免衍生若干爭議或誤解，甚且一再重演，而有進一步探究的必要。本節擬就公平會行政實務上所遭遇較為重要且具體之要點，逐項指陳問題所在，並提出將來改進措施、修法建議等解決之道。

一、關於多層次傳銷定義所引起的爭議與困擾

(一) 問題說明

按公平法既將多層次傳銷納入規範，經由法律條文定其意涵，乃屬必然。依公平法第八條規定：「多層次傳銷，謂就推廣或銷售之計畫或組織，參加人給付一定代價，以取得推廣、銷售商品或勞務及介紹他人參加之權利，並因而獲得佣金、獎金或其他經濟利益者而言。」此定義是否該當，恆為適用公平法相關規範與否的前提，其妥適性亦將影響公平會介入管理的適當性與效率。因實務上行銷組織或計畫態樣繁多，變化無窮，上述規定在實務上，已浮現若干爭議，以下尤為顯著：

1. 「給付一定代價」應否做為多層次傳銷的要件

依公平法第八條規定文義，「給付一定代價」為多層次傳銷的要件之一。此規定看似明確，然則欠缺「給付一定代價」要件者，是否即非屬多層次傳銷，或無納入規範的必要，實不無商榷餘地。

就市場行銷而言，多層次傳銷的運作原理，在於利用人際網路推銷商品，以取代一般通路的經銷層級，並藉由發放佣金、獎金等方式以刺激通路發展及商品銷售，其所建立的人際網路及激勵制度，也因此具有多層級架構。以上行銷方式能否順利運作，與參加人是否必須「給付一定代價」換取加入權利，似無必然關係¹³。

「給付一定代價」之所以與多層次傳銷規範相關，考察外國立法例及管理實務，「給付一定代價」或類似概念多在於界定違法多層次傳銷，即相當於我國公平法第二十三條規定禁止之變質多層次傳銷行為¹⁴。其理由係因變質多層次傳銷，參加人主要收入來源是基於介紹

¹³ 劉邦典，「多層次傳銷業問題之探討與公平交易法相關條文之評估與建議」，行政院公平交易委員會委託臺灣經濟研究院研究計畫，81年12月，P7~8。

¹⁴ 按外國立法例有以「金字塔銷售術」(pyramid scheme)、「無限連鎖會」等名詞稱呼非以銷售商品為主的變質多層次傳銷行為。關於美、英、日等國立法例，參見劉邦典，「多層次傳銷業問題之探討與公平交易法相關條文之評估與建議」，行政院公平交易委員會委託臺灣經濟研究院研究計畫，81年12月，P8~9；劉世明，「多層次傳銷行為之規範」，公平交易法論述系列10，82年1月，P17~23；施俊吉、范建得，「參加多層次傳銷事業給付一定代價之研究」，行政院公平交易委員會八十七年度合作研究計畫四，87年5月，P10~28。另美國聯邦交易委員會(Federal Trade Commission)曾裁定著名傳銷事業安麗公司不是金字塔銷售計畫，主要理由即在於安麗公司並未要求參加人於加入時須購買商品，參見劉邦典，「多層次傳銷業問題之探討與公平交易法相關條

他人加入，傳銷事業往往藉由新加入者所帶來的營收，以支付介紹人或其他先加入者。故要求參加人「給付一定代價」，無疑是金字塔銷售術或變質多層次傳銷得以運行的重要機制。

然而現行公平法將「給付一定代價」做為多層次傳銷的一般要件之一，而非用以界定變質多層次傳銷。然「給付一定代價」原屬變質多層次傳銷的違法特徵之一，不肖業者可堂而皇之挾法律規定主張參加人必須「給付一定代價」，以遂行不法¹⁵。其次，傳銷事業縱於形式上未要求參加人「給付一定代價」以換取參加權利，實際上仍可透過人情壓力，或以產品適用、宣誓忠誠等理由，誘使參加人於加入時即有所付出，沿之成習，亦可能發生變質多層次傳銷的流弊。再者，在加入者無須「給付一定代價」的多層次傳銷組織，其獎金制度仍具吸引力，而可能促使加入者為求快速晉升、領取高額獎金而衝動進貨，若排除公平法之適用，則加入者將無從行使同法第二十三條之一以下之退出退貨權利，傳銷事業亦可藉此規避其責任，而有失周全。據此，「給付一定代價」於多層次傳銷法令上應如何定位，實有檢討必要。

2. 多層次傳銷與其他行銷組織或計畫的區分，存在灰色地帶

多層次傳銷最明顯的特徵，乃在於多層級組織架構及獎金發放制度。公平法第八條雖規定多層次傳銷為參加人可介紹他人加入、推銷商品或勞務、領取佣金、獎金的行銷計畫或組織，然則並未彰顯上述多層級特徵，從而若干組織層級或佣金、獎金分配方式僅止於單層的行銷組織或計畫，亦可能合致前開規定所謂多層次傳銷。

又上述多層級特徵雖為多層次傳銷所具備，但非專有。一般公司為管理上需要，內部具有層級組織，乃理所當然，以業務為導向的公司，為求績效，而實施業績獎金制度，亦屬尋常。坊間如保險、汽車、靈骨塔、健身器材等銷售業務組織或公司內部獎勵制度，常具有多層組織及佣金制度，因而易引人認為與多層次傳銷相同。

以上情形顯示在多層次傳銷與否之間，實存在若干灰色地帶，隨著商業活動日趨多元化，其模糊之處更形顯著，若未能清楚界定，恐將造成業者與民眾無所適從，影響商業活動的機動性。

文之評估與建議」，行政院公平交易委員會委託臺灣經濟研究院研究計畫，81年12月，P10~11；劉世明，「多層次傳銷行為之規範」，公平交易法論述系列10，82年1月，P17~23。

¹⁵ 劉邦典，「多層次傳銷業問題之探討與公平交易法相關條文之評估與建議」，行政院公平交易委員會委託臺灣經濟研究院研究計畫，81年12月，P39。

(二) 解決方式探討

上述爭議與困擾，可由研議調整公平法第八條關於多層次傳銷的定義，以正本清源。

首先，「給付一定代價」應研究是否自多層次傳銷的一般定義移除，以避免傳銷事業藉故要求參加人於加入時即先行支付金錢或勞力，或形式上免除「給付一定代價」，以規避相關法令。「給付一定代價」在規範上仍有其功能，可參照外國立法例，將要求參加人加入須「給付一定代價」，並以此做為其介紹人或上線參加人的獎金來源者，視為變質多層次傳銷的高危險群，於行政管理或查處上，特別予以關注¹⁶。

其次，多層次傳銷的一般定義，應增加對於組織層級及佣金、獎金分配結構的描述，以彰顯行銷通路之特性¹⁷。

再者，一般具有多層級組織及佣金、獎金發放方式的業務組織或公司內部獎勵制度，並非即屬多層次傳銷，其差別在於一般公司內部組織是由公司所建立，公司對其人事任免或業務推廣具有控制、監督之權，而多層次傳銷組織是任由參加人以其人際關係而拓展，傳銷事業與參加人各為自己的利益而經營。以上差別亦應於法規中予以辨明，否則一般業務組織均有構成多層次傳銷的可能，將造成對於公司經營自由的不當干預。

二、關於變質多層次傳銷之認定與查處

(一) 問題說明

公平法規範多層次傳銷的立法意旨，在於防止變質多層次傳銷，即避免傳銷淪為不肖人士利用拉人頭以分配佣金、獎金的媒介。依公平法第二十三條規定：「多層次傳銷，其參加人如取得佣金、獎金或其他經濟利益，主要係基於介紹他人加入，而非基於其所推廣或銷售商品或勞務之合理市價者，不得為之。」惟本條規定在適用上，常發生若干疑義¹⁸。蓋以本條規定將參加人收入來源劃分為二，一為來自介紹他人加入，另為來自推廣或銷售商品或勞務之價格。

¹⁶ 施俊吉、范建得，「參加多層次傳銷事業給付一定代價之研究」，行政院公平交易委員會八十七年度合作研究計畫四，87年5月，P63~65。

¹⁷ 劉邦典，「多層次傳銷業問題之探討與公平交易法相關條文之評估與建議」，行政院公平交易委員會委託臺灣經濟研究院研究計畫，81年12月，P61。

¹⁸ 劉邦典，「多層次傳銷業問題之探討與公平交易法相關條文之評估與建議」，行政院公平交易委員會委託臺灣經濟研究院研究計畫，81年12月，P47。

依據公平會公研釋○○八號解釋，若前者為主要，即構成違反本條規定；「主要」之判斷，則參酌美國法院曾採取的五○%作為參考。然而參加人收入來源常非可如此截然劃分，純粹「基於推廣、銷售商品或勞務」或「基於介紹他人加入」的情形，皆屬有限。其多數狀況，參加人的進貨額度即被推定為銷售業績，然而參加人是否再轉售商品以獲取利潤，尚難掌握。又傳銷事業於參加人介紹他人加入時，以被介紹人加入時購買商品或勞務所支付費用，而對介紹人撥發的佣金或獎金，亦屬常見，其性質兼含「基於介紹他人加入」與「基於推廣、銷售商品或勞務」，往往難以區隔。

若參加人收入來源難以定性，依公平會前開解釋，則需再藉助「合理市價」以為判斷，惟價格的合理與否，更屬複雜而難予釐清的問題。例如傳銷商品與市場上其他類似商品，通常並非同質，其些許差異即可能造成價格不同。又相同商品在不同通路販售，因市場區隔、經營成本不同，其定價的合理性，要難直接由價差而判斷。況且，商品價格本應歸由市場機能決定與調整，對於「合理市價」的認定若過於僵硬或草率，不無妨礙競爭效能之虞。

由公平會歷年來處理變質多層次傳銷的實務經驗以觀，多數案例並未以佣金、獎金發放結構，直接分析參加人收入來源比例，亦未以市場調查報告論究其價格合理性，而必須藉助自參加人陳述、傳銷事業異常經營行為等事證以為推論，未免迂迴，可見本條要件在實務上操作，確有其困難性。

(二) 解決方式探討

依公平法第二十三條規定，變質多層次傳銷的認定，關鍵在於參加人收入來源如何定性，至於「合理市價」要件，為輔助判斷要件，此於公平會前開解釋業已指陳。惟以現行條文結構仍易引人認為「合理市價」亦屬必要的構成要件，日後於修法時應予釐清。

其次，由於「合理市價」要件的操作困難度不亞於對參加人收入來源的定性，因此應著重於釐清參加人收入來源性質，以求具體明確解決上述執法困難。故可參酌歷來執法經驗，先就容易定性的佣金、獎金種類劃分其性質。至於難以區分性質者，應承認其確實無法處理，可另以擬制的方式加以解決。舉例而言，傳銷事業於參加人介紹他人加入時，以被介紹人加入時購買商品或勞務所支付費用，而對介紹人撥發的佣金或獎金，可擬制其全屬「基於介紹他人加入」的參加人收入來源，或可擬制為其僅有百分之五十具上述性質，其他部分仍屬「基於推廣、銷

售商品或勞務」的性質。要言之，擬制的目的僅在使法律要件容易操作，其標準可隨政策寬嚴而調整。至於如何決定擬制標準，似宜立法明訂，或由主管機關在不逾越現行法規情形下，透過聽證等方式，參酌業界意見而決定。

三、關於參加人退出退貨所衍生紛擾

(一) 問題說明

有關參加人退出傳銷組織及退貨權利，依公平法第二十三條之一、第二十三條之二規定，參加人得主張解除及終止契約退出傳銷組織，並請求返還加入時給付之費用或進貨價金。按參加人退出退貨的保障，咸為各國防範變質多層次傳銷的重要機制¹⁹。惟各國對於參加人退出退貨，多設有「猶豫期間」(或稱「冷卻期間」)。我國現行公平法除規定參加人在加入起十四天內可主張解除契約並退貨外，於十四天以後尚有終止契約的相關規定，兩者主要差別僅在於退貨款項計算是以原進貨價格之百分之百，抑或百分之九十。換言之，依現行公平法，參加人得隨時主張退出退貨，在時間上並無限制。此等保障固較國外更為充分，然亦往往成為國內傳銷紛擾的來源：

1. 退貨商品或勞務的價值減損認定不易

依公平法第二十三條之一及第二十三條之二規定，參加人退出退貨時，若商品價值有所減損，得於退款中予以扣除。其適用上較有爭議的情形在於訂有使用期限的商品，其退貨時縱未屆臨有效期限，商品本體亦仍完整，但交易價值已有所貶低，此等貶值如何認定，常無具體標準。其次，在以多層次傳銷方式推廣勞務的情形，實務上多利用「會員卡」方式進行推銷，會員享受勞務的頻率、數量並無限制，然而即使會員未曾享受其權利，傳銷事業為準備隨時提供勞務，亦有其經營成本，致退貨時「會員卡」的殘餘價值如何計算，於參加人與傳銷事業之間，常存有歧見。

2. 退出退貨相關規定遭到濫用

實務上有所謂「傳銷蟑螂」一詞，意指參加人以組織方式集體加入，再計劃性退出組織，利用法定退貨機制以榨取佣金、獎金，掏空傳銷事業，而後另尋其他傳銷事業以棲身，故計

¹⁹ 劉世明，「多層次傳銷行為之規範」，公平交易法論述系列 10，82 年 1 月，P17~23；鄭優、李仁芳、張愛華，「我國與各國多層次傳銷事業退貨條件與處理原則之比較」，行政院公平交易委員會八十七年度合作研究計畫五，87 年 4 月，P14~33。

重施，不斷營取利益，其流竄於傳銷事業之間，猶如螞蟻行徑。按參加人若已因該項商品之進貨而領取佣金、獎金等經濟利益，依公平法第二十三條之一、第二十三條之二規定，傳銷事業固可於退貨時加以扣除，惟以上述「傳銷螞蟻」的運作方式，係由上線先行退出，此時除其個人因原先進貨而領取的佣金或獎金應予扣除外，其因下線進貨而獲取的佣金、獎金，由於下線尚未退出退貨，不生扣款問題，於是其組織便由上而下逐一退出，導致下線參加人於退出時，上線已離開組織，事實上難以追討上線應繳回之佣金、獎金。按參加人退出退貨若有時間限制，傳銷事業得於參加人權利行使期間經過後，始發放佣金、獎金，以免遭到「傳銷螞蟻」掏空。

然而傳銷事業不可能無限期控留佣金、獎金，在無時間限制的退貨保障下，「傳銷螞蟻」仍可運行無礙，在短期間大量退貨的衝擊下，必然造成傳銷事業的經營危機，而影響一般參加人的權益。有鑑於此，部分傳銷事業乃加諸種種限制，甘冒規避退貨的違法風險，影響所及，一般參加人的權益亦受有損害。以上權利濫用所造成結果，似非當初立法者所樂見。

(二) 解決方式探討

上述紛擾的產生，除因無限時間的法定退出退貨保障以外，傳銷事業與參加人的立場與認知差異、參加人濫用退貨權利所致，因此，其解決之道，或可採取以下方式：

1. 調整目前終止契約相關規定

例如研究調整終止契約相關規定，或仍保留終止契約，但於退款金額上依時間經過予以遞減。按公平法實施之初，一般民眾對於傳銷的認識有限，故政策上予以參加人予以優厚保障，有其必要。然而公平交易法實施迄今，傳銷市場已趨成熟，對於參加人過度保障，可能使參加人喪失自我保護或風險意識，此對多層次傳銷市場的健全發展，未必有利，而不無檢討空間。若削減終止契約相關保障，另可採取延長解除契約「猶豫期間」的配套措施，以緩和其影響。

2. 就退貨商品或勞務價值減損的認定，應強化傳銷事業的告知義務

有關傳銷事業對於退貨商品或勞務價值減損認定，其明顯涉及規避退貨者，固可能構成違反公平法相關規定。然則亦有不少爭議源自傳銷事業與參加人的認知差異。為弭平歧見，傳銷事業除應於書面契約揭露其認定標準外，似應進一步特就此部分契約內容為特別告知，

例如以較大字體或另製成特定書面提供參加人審閱，並簽名確認受告知。

3. 「傳銷蟑螂」行為可於事前加以防範

按「傳銷蟑螂」多以新設傳銷事業為目標，利用其業主急於發展及擴張的心理，大舉進駐傳銷組織。是以傳銷事業若對於組織人數及業績成長異常快速的情形，特別予以留意，則可事先防範其惡害。再者，「傳銷蟑螂」遊走於傳銷事業之間，以套利為常業，其成員大抵固定，故業界之間，或業界與公平會之間，似可藉由資訊交流機會，就「傳銷蟑螂」的成員資料、運作方式等互通訊息，以期機先防止危害。

4. 對於「傳銷蟑螂」行為，傳銷事業可於契約中明訂其處置方式

按傳銷事業可將「傳銷蟑螂」行為列為違約事項。復依多層次傳銷管理辦法第十四條規定，多層次傳銷事業若因可歸責於參加人或其他違約事由而提出解除或終止契約者，應明訂其參加人提出退貨的處理方式，若傳銷事業規定此時不予退貨，亦無不可。故若傳銷事業自可於契約中與參加人約定「傳銷蟑螂」行為為違約，並不予退貨，以避免經營困難。

5. 對於「傳銷蟑螂」行為，可研議依現行法論處

公平會以往查處的對象，著重於多層次傳銷事業。然而實務經驗發現，若干不肖參加人常為傳銷活動亂源。按公平法第二十三條規定及多層次傳銷管理辦法部分條文，對於參加人亦有規範，因此加強對參加人不法行為的查處，已成為未來對多層次傳銷的管理重點之一。

關於「傳銷蟑螂」的行為，其動機在於套取佣金、獎金，其進貨行為不過為套利做準備，並非基於消費或再行轉售以求取利潤的目的。是以「傳銷蟑螂」行為，實質上是藉由集體加入，堆砌組織，以獲取利益，整體過程均非為推廣、銷售商品或勞務，其是否已經合致變質多層次傳銷行為，不無研究空間。

四、「無形商品」所製造的課題

(一) 問題說明

基於對商業自由的尊重，現行傳銷法令對於多層次傳銷的行銷客體並無限制，故無論一般商品，例如化妝品、保健食品、健康器材等，或者勞務，即一般所稱「無形商品」，均無不可利用多層次傳銷方式銷售。實務上多層次傳銷非以有形商品為行銷客體者，態樣繁多，包括健康諮詢服務、旅遊諮詢服務、生前契約、信用卡、網頁空間、網路撥接服務、通訊門號、汽車

租賃、理財課程、網路教學課程、國外渡假村會員卡等。

「無形商品」的銷售，由於其特性與交易方式均與有形商品不同，從而在多層次傳銷的管理上，造成若干困擾，例如參加人退出退貨時，即有前述關於價值減損認定的爭議。又「無形商品」常以「未來消費」方式進行推銷，即傳銷事業在實際提供「無形商品」前，往往須預先收取服務費用、權利金或會員費等，並以此撥發獎金，以致常招致「吸金」或「買空賣空」的疑慮。

在變質多層次傳銷的防控與查處上，「無形商品」尤其增加困擾。蓋就一般有形商品而言，由製造商、銷售商乃至參加人，其物流過程皆有明確交易憑證可以勾稽，若有交易行為而未確實出貨、提貨，即顯已涉及「買空賣空」、「商品虛化」，而可能構成變質多層次傳銷。然則「無形商品」在交易上多無上述物流程序，自無從由此監督或查證其傳銷行為是否流於非法。至於「無形商品」交易過程中雖可能有「會員卡」或相關契約文件的交付，然而該等「會員卡」或契約文件僅為形式上表彰權利的證明，尚非交易標的本身，因此亦無從以該等證件或文書的交付情形，逕行論斷是否構成變質多層次傳銷。

實務上每以觀察「無形商品」的實際使用情形是否偏低，做為認定變質多層次傳銷的重要指標，惟如何認定，似不易有明確標準。又使用情形的合理性，常因「無形商品」特性及時間因素而影響其判斷，例如「生前契約」以提供葬儀服務為內容，非至權利人亡故，並無使用可能性，故須經年累月始能充分觀察其使用情形。以上情形顯示，在「無形商品」開始以傳銷方式推廣，至其使用情形得以被充分觀察之間，即可能存在違法查處的死角。

(二) 解決方式探討

對於以傳銷方式推廣「無形商品」的管理，在規範上應貫徹要求「無形商品」的內容必須具體實現。舉例而言，可要求傳銷事業在確認「無形商品」已確實使用的情形下，始得依據其使用次數、金額發放相關佣金、獎金等經濟利益。如此一來，「無形商品」事實上較有形商品更易管理且減少爭議。蓋對於「有形商品」，要求傳銷事業必須於商品被使用或被轉售後，始得發放佣金、獎金，過於嚴苛，但對於「無形商品」的銷售而言，似無現實上困難。再者，有形商品雖經正常出貨與提領，若參加人為求快速晉升或領取高額獎金而不當囤貨，仍有變質多層次傳銷的疑慮，惟「無形商品」的使用，使用者通常必須耗費一定時間或勞力，顯難於短時

間大量消費或使用。又在「無形商品」已確實使用者，亦無退款爭議。

五、外國多層次傳銷管理的困難

(一) 問題說明

多層次傳銷係以人際網路所構築的行銷組織，較少地域限制，然而由於傳銷商品的製造與供應仍有其地理範圍，故往昔跨國經營的多層次傳銷事業，若於我國境內發展，多半派遣人員、提撥資金於我國設立分公司或營運據點，接受我國法令規範。然而隨著科技發展一日千里，交通運輸興盛蓬勃，資訊傳播四通八達，地理藩籬逐漸被打破，且交易成本降低，致使外國多層次傳銷事業更容易於我國發展，甚至並未在國內設置分支機構，又我國民眾引進國外傳銷制度與商品的機會也隨之增加。

依多層次傳銷管理辦法第二十四條規定，無論是外國傳銷事業，或引進外國傳銷制度之參加人或第三人，倘於我國境內從事多層次傳銷行為，皆應與我國多層次傳銷事業同受規範。然則外國事業若未於我國設立分支機構，但由於其營運場所、事證資料等多位於國外，在執法上即產生事實上的困難。此時引進該外國傳銷制度的參加人或第三人雖負有行政責任，但所謂「引進者」的界定，由於相關事證蒐集不易，亦有其困難。故如何有效規制於我國境內無分支機構的外國多層次傳銷，以落實我國法令，保護參加人權益，實屬科技發展所凸顯的新議題。

(二) 解決方式探討

按對於外國傳銷事業於國內無分支機構，而違反我國傳銷法令的情形，礙於公權力執行受疆域限制，其所衍生的管理障礙恐難完全排除。相對而言，從事於外國傳銷事業的我國參加人，亦受我國法令規範，對於該等參加人嚴加監督與查處，似較為可行。其次，若透過國際合作與資訊交流，可由外國事業的設籍地國家加以查處，亦不失為間接解決之道。再者，參加未於國內設立分支機構的外國多層次傳銷事業，參加人權益難受保障，若於宣導上提醒參加人加強自我保護及風險意識，亦可減少相關爭議。

陸、未來展望

公平會成立十年以來，儘管現行多層次傳銷管理制度均行之有年，且持續發揮一定成效，但從未以此感到自滿。隨著傳銷市場的演變，公平會也認知到在不同階段，管理措施與法令規章不應一成不變，故於傳銷市場漸趨成熟後，即在八十八年間參酌業界意見，修訂多層次傳銷

管理辦法，以進行更細膩、更適合當下市場狀況的管理，俾提升效能。

秉持著與時俱進的行政理念，以下將是公平會繼續努力的主要方向：

(一) 強化管理機制

為了加強及落實對於多層次傳銷事業的監督監管，公平會將嘗試結合其他行政機關與民間部門，多方獲取管理所需資訊，以強化事前監督效能，並於發生重大違法案件時，協調相關單位做出全面而充分的處置。再者，對於現行傳銷法令或管理措施是否有所欠缺，在執法過程中，將隨時檢討，以於適當時機提出修法或調整。

(二) 推動業界自律

業者如能夠自發性遵守法令，甚至在商業道德上加強自我要求，對於業界形象、參加人或消費者保障、減少爭議等，有直接的幫助。同時亦可分散公平會的管理壓力，從而將更多行政資源運用在查緝重大違法案件上。將來希望透過持續宣導或溝通，讓業界加深對法令政策的瞭解和形象意識。業界如果希望推動普遍性的自律規範或團體，公平會更可協助建立這樣的機制，甚至未來自律機制成熟後，可以評估把一些行政管理措施委託自律團體承辦的可行性。

(三) 落實宣導教育，充分揭露資訊

公平會除將嘗試以更多樣化的方式進行宣導外，並將針對不同宣導對象的需要，提供更實用的宣導服務，以強化各階層或族群民眾對正當傳銷的認識與法律素養。另多數傳銷糾紛的發生，常出於誤解或認知歧見，若使交易資訊或行政管理資訊適當揭露，其消除紛爭的效果，往往比事後查處更能促進市場效能，同時節省行政成本。因此未來如何善用所掌握的行政管理資訊，或如何督促傳銷事業落實告知義務，為公平會在將來可多加嘗試的管理方式。

展望未來，公平會將堅持既有執法立場，克服目前管理上難題，以稱職扮演管理者的角色，同時也希望促成業者、民眾對於法令或政策能有深刻的認識和配合，期待政府與民間部門的共同努力下，使多層次傳銷的競爭環境更加健全且富有活力。

評論

陳主任得發（中山大學直銷學術研發中心）

主席、黃主委、趙前主委、各位報告人、評論人、各位女士、先生：

我覺得我很適合評論這篇文章，因為我在民國 81 年就開始接觸多層次傳銷，這一路走來也有了十年的經驗。最初我們很害怕多層次傳銷是非法的，與他們接觸時都很猶豫；但之後接觸較多，而且有機會到英國做了一年研究之後，發現多層次傳銷應該是一個非常強有力的行銷通路。但因為其太過於強有力，如果被誤用，所造成之影響會很大，這也是為什麼公平法中，要特別規範多層次傳銷的道理，甚至還制定一個多層次傳銷管理辦法。

當我知道多層次傳銷這麼有影響力時，我就希望正派經營的傳銷公司能越來越多，讓那些想要利用傳銷之機制來非法牟利的公司能盡快消滅，因此我在中山大學成立了直銷學術研發中心。經過這四年，我可以感覺到公平會維持傳銷市場秩序已有了一些成效，第一，對直銷排斥的人減少了，因為我發現許多同仁的家人，都是傳銷產品之愛用者。第二，我和傳銷公司接觸後，也發現非法之傳銷公司越來越少了，大部分的傳銷公司都是正派經營的。其實這些都是因為公平法對傳銷事業有了規範，有多層次傳銷管理辦法，以及公平會第三處同仁努力之成果，為我們的市場建立良好之秩序。

對於這份報告，我給第三處同仁之建議是，可以按照年份，將每年發生之案件，分別統計出來，而不是將十年總共發生多少案件寫在一起，因為案件是最近才發生的，或者是十年前發生的，這兩者所代表之意義截然不同。

多層次傳銷事業想組織公會，但一直沒有辦法成立，雖然有一個直銷協會，是國際性組織，但其會員資格有一些限制，所以很多台灣直銷公司想加入但無法加入，因此沒有民間單位能提供整個傳銷產業的資訊。公平會每年都會作產業調查，這產業調查之結果應利用管道讓更多人知道，而非只是例行的年度調查報告而已。學術界想研究直銷，若沒有資料很難作深入之研究，所以我建議公平會能與學術界合作，一方面提供產業資料供學者研究，另一方面讓學術界分擔公平會一部分之工作，委託學術界進行正確直銷經營理念與方式之宣導。今天藉著這個機會呼應公平會之努力，也期望公平會能多和學術界合作，謝謝！

公平交易法第二十四條概括條款之檢討

陳櫻琴、李憲佐、蘇敏煌*

摘要

公平交易法第二十四條規定：「除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。」係以單一條文概括性規定其他無法一一列舉但足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為。本條規定用語屬不確定法律概念，檢討公平交易法施行十年來，適用本條概括性條款之個案，已累積相當多執法經驗，公平交易委員會不僅花費苦心，也創建許多新的案例類型，其間的執法成果，迭為各界有目共睹。為使其在適用上儘可能明確，界定其違法類型，除了本條的適用原則外，共計發布九項處理原則、六項規範說明及二十六項行業導正等，相信有助於奠定公平交易法匡正市場交易秩序的功能，對社會各行各業所慣用之欺罔及顯失公平的行為，發揮極大的導正績效，也兼顧保障消費者權益，有利於整體經濟利益。

但違反本條處分案占所有處分案比例高達三成二，為處理本條規定所因應訂定的相關行政規則及行業導正更占本會所有法令規定條文之六成以上，對於行政資源之分配，顯有失衡之處。復考量自政府採購法、消費者保護法相繼制定與民法債編修正以來，具市場優勢地位事業對消費者或交易相對人之顯失公平行為，已有明確規範，在現行法制已漸趨完備之際，公平交易委員會對於本條規定之適用方向，確有重新考量之必要。

本文研究回歸本條適用之基本精神、公平交易法與其他法律適用之釐清、本條規定與公平交易法其他條文適用之區隔等，提出本條規定之違法構成要件及主要行為態樣，希冀對本條規定之適用，加以釐清，期予提供本條規定在操作上能有更明確之規範目的、更清楚之執法視野，不但使事業容易觀察其行為面，並預判避免其行為之違法可能性，提供公平交易委員會執法時之明確判斷標準，目前已修正通過「公平交易法第二十四條案件處理原則」，相信假以時日，

* 陳櫻琴為行政院公平交易委員會委員、李憲佐為法務處處長、蘇敏煌為專員。「公平交易法施行十周年回顧與前瞻學術研討會」發表論文時，感謝評論人公平交易委員會第一屆委員呂榮海律師提供寶貴意見。

可以有效達成本條規定之理想規範目的。

一、前言

公平交易法第二十四條規定：「除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。」(以下簡稱本條規定)其立法目的，係在公平交易法無法以有限條文明確規範各種限制競爭及不公平競爭行為之態樣，故以單一條文概括性規定其他無法一一列舉但足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為。此一條文之性質為公平交易法各條款規定之「補漏條款」¹，亦即立法者在考量違法經濟行為型態不斷推陳出新下，授權執法之行政機關認定其行為態樣，依公平交易法之立法目的加以衡酌，為是否違法之判斷，各國經濟立法例均有類似規定²。

本條規定用語屬不確定法律概念，在執行及其適用時，從法律條文規定甚難瞭解明確的禁制內容，執法機關公平交易委員會對個案是否適用於本條規定，亦因時空環境不同而有不同見解。例如不動產預售買賣契約書之事先審閱權、瘦身美容業資訊透明化之要求或米酒等民生物品囤積居奇行為等，即有認屬民事私權爭議，公平交易委員會不宜以行政權介入；又如家庭代工、海外俱樂部會員證等案件，亦有認屬刑事詐欺或民事糾紛；甚至公平交易法與其他法律規定產生競合之情形，例如政府採購之圖標、智慧財產權之仿冒、授權及向對手之交易相對人不當發侵權警告函等案件，是否援引公平交易法介入，亦常有爭議。

公平交易法執行之初，民眾對於社會不公平交易現象有深切期待，加上相關法令規範並不齊備，由公平交易委員會引用本條規定介入規範，係本於行政一體及力求符合社會期許之考量，應是公平交易委員會引用本條規定適具體案例所隱涵之施政及執法心聲。但相對地也導致學者專家對於公平交易委員會未謹守競爭法分際，而有過度擴權，以政府公權力介入私權爭議之強烈質疑。因而造成外界對本條文常有「流刺網條款」或「帝王條款」之喻³。

¹ 參見劉孔中、王海南、吳綺雲、蕭文生：公平交易法第二十四條影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為執行標準之研究，公平交易委員會委託計畫，83年12月，8至9頁。

² 參見吳秀明教授在公平交易委員會競爭政策及資料中心發表專題演講：競爭法上的概括條款 - 公平交易法第二十四條規範功能之檢討，3頁。

³ 參見梁哲璋：足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之規範理論與實務檢討，台大法研所碩士論文，89年6月，24頁。

為具體適用本條規定，公平交易委員會特於 82 年間訂定之「公平交易法第二十四條之適用原則」，以作為處理相關案件參考。(參見附件)

持平而言，公平交易委員會十年來對於本條規定之適用，固然引起外界對於法理的疑慮，對於社會上若干肇因於事業強大市場力對弱勢民眾及事業所造成的不公平現象，確實在某種程度上發揮了「撥亂反正」的作用。但十年來，各相關法律已陸續制定施行與修正，對於前述商業行為得以有效明確規範，諸如：消費者保護法業於 83 年公布實施及民法債篇於 88 年重大修正等。另一方面言，公平交易委員會處理案件數量不斷增加，造成業務負擔過重，行政資源配置失衡(依統計，違反本條規定之處分案件占全部處分案件的比例為三成二，僅次於第 21 條不實廣告的四成五)⁴。又由於新商業行為類型不斷出現，前述 82 年所訂「公平交易法第二十四條之適用原則」，也出現不足以妥切規範之處。

值此公平交易法執行十周年之際，檢視過去適用本條規定之成果，並提出對往後執法方向之建議。另，公平交易委員會於 90 年 12 月 20 日第 528 次委員會議決議修正通過「公平交易法第二十四條案件處理原則」，於 91 年 1 月 9 日發布施行。本文乃就本條規定之立法目的及構成要件加以分析，次就公平交易委員會對本條規定之適用情形及執法成果加以分類檢討，另就修正後之「公平交易法第二十四條案例處理原則」加以介紹，供各界參考。

二、立法目的及構成要件之分析

(一) 本條規定之立法目的

公平交易法第二十四條規定：「除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。」其立法目的，係對於公平交易法其他條款規定無法適用於具體個案，但其行為足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平，故以此一概括條文為禁制性規定。其性質上屬公平交易法各條規定之補漏條款，立法授權執法機關有違法行為態樣判斷之權限，依立法目的為是否違法之認定。故公平交易委員會在實務執法時，應嚴格遵守本法「維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮」之立法目的，以力求本條規定不確定法律概念之違法構成要件可以明確化及類型化，不宜將與整體競爭交易秩序無關之欺罔或顯失

⁴ 依據公平交易委員會處分案件統計，自 81 年至 90 年 11 月為止，處分案件共計有 1,726 件，其中違反第二十一條不實廣告處分案有 776 件，占全部處分案的四成五；違反第二十四條規定處分案有 554 件，占三成二比例。

公平之商業行為納入本條規範。

(二) 本條規定之構成要件

本條規定之違法構成要件首須符合「足以影響交易秩序」之虞；其次則須有「欺罔」或「顯失公平」之行為。

1. 足以影響交易秩序

「交易秩序」，應指交易行為應符合善良風俗之社會倫理及效能競爭之商業競爭倫理，其具體內涵則為符合社會倫理及自由、公平競爭精神之交易秩序。

至「足以影響交易秩序」，則可以該行為是否有足以影響整體產業之交易秩序或有引起其他事業倣效之虞為考量。其審酌因素則參考美國聯邦交易委員會判斷「公共利益」之考量因素，包括：(一)受害人數之多寡、(二)造成損害之量及程度、(三)對其處分是否會對其他事業產生警惕效果及(四)是否為針對特定團體或組群所為之欺罔或顯失公平行為等。至單一個別非經常性之交易糾紛，則非本條規定之適用範圍。

另就系爭行為是否須有實際損害交易秩序，依本條規定之立法意旨在維護交易秩序、確保自由公平競爭，倘俟實際危害結果產生，始得論為違法，顯無法達成「維護交易秩序、確保自由公平競爭」之立法目的。為能達事前防範損害之發生及警惕事業，認定本條規定之構成要件不以該行為產生實害為必要，只要有「足以影響交易秩序」之虞為已足。

2. 欺罔

「欺罔」行為，應指事業對於交易相對人以積極欺瞞或消極隱匿重要交易資訊，致引人錯誤之方式與其從事交易之行為。

所謂重要交易資訊，以有影響交易決定之虞者為限；而引人錯誤，則應以客觀上是否會引起一般大眾之誤認為判斷之標準。其具體行為態樣可分為「主體」⁵、「商品或服務」、「重要交易資訊」⁶或「銷售手段」⁷之欺罔或引人誤認等類型。

⁵ 例如令人誤以為政府福利社、政府機構或公益團體名義屬之。

⁶ 例如公平交易委員會介入不動產房屋仲介契約、金融借貸契約等，多係其重要交易資訊未充分揭露。

⁷ 例如假瓦斯安全檢查為名，行銷售之實之瓦斯安全設備銷售處分案屬之。

3. 顯失公平

「顯失公平」行為，指「以顯失公平之方法從事競爭或商業交易」。由於本項要件並不明確，歷來在實務上處理的類型可分為三種：

(1) 不符商業競爭倫理之不公平競爭行為

榨取他人努力成果：如攀附他人商譽、高度抄襲、搶先登記註冊他人著名公司或商號名稱⁸、著名商標或網域名稱，屬於利用他人之努力，推展自己商品或服務等行為⁹。

以損害競爭對手為目的，阻礙公平競爭之行為：如不當比較廣告¹⁰、對競爭對手之交易相對人為侵害智慧財產權表示，或利用違法營運方式取得競爭優勢等行為。

(2) 不符合社會倫理手段從事交易之行為

如以不當脅迫或煩擾交易相對人方式，使交易相對人於決定是否交易之自由意志受到壓抑情形下，完成交易之行為¹¹。

(3) 濫用市場優勢地位，從事不公平交易行為

具相對市場力或市場資訊優勢地位之事業，利用交易相對人對其有高度依賴關係，從事不公平交易之行為。如優勢通路商對供應商不當收取附加費用¹²、利用市場供需機能失調，為不當調漲民生物資商品價格或搭售等行為。

三、本條規定之適用情形

據統計，依本條規定予以處分案件，自 81 年至 90 年 11 月為止，共計 554 件。本文為求簡明清楚介紹，以下依構成要件為分類之依據，包括公平交易委員會對於本條規定之處理原

⁸ 參見台塑加油站股份有限公司案，90 公處 122 號；全球寶島鐘錶公司案，90 公處 092 號；田邊食品公司案，90 公處 105 號等案例。

⁹ 有關榨取他人網站內容之搭便車行為，為近年來重要類型之一，如人力仲介業，一○四人力網，90 公處 008 號；不動產仲介業，房地天下案，90 公處 044 號；媒體業，鉅亨網案，90 公處 126 號，值得參考。

¹⁰ 不當比較廣告案，近年重要之案例，參見裕隆汽車公司安全廣告案，99 公處 096 號。

¹¹ 例如渡假村會員卡之疲勞轟炸推銷案。

¹² 近來重要之案例，如福客多案，90 公處 087 號；萊爾富案，90 公處 088 號；惠康案，90 公處 089 號等。

則、規範說明、行業導正，加以說明¹³，再輔以重要案例，以期呈現執行本條規定之全貌及具體作法。另鑒於案件類型繁多，並以前述本條規定之違法要件「欺罔」及「顯失公平」作為分類之基準，並予說明。

(一) 處理原則

查公平交易委員會十年來就本條規定所訂定之重要處理原則，除針對本條規定適用所訂之「公平交易法第二十四條之適用原則」外，尚有九項規範個別案件的處理原則，其主要規範略述如次：

1. 公平交易法第二十四條之適用原則（82年訂定）¹⁴

本項原則主要係就「不公平競爭」、「交易秩序」等名詞做出文義上之解釋，並就違法行為分為二階段認定法：先自交易行為觀察，次從市場效能競爭受到侵害，加以觀察認定。最後明列行為態樣，前者為對交易相對人為欺罔行為及顯失公平行為；後者為榨取他人努力成果及破壞市場行為。

2. 公平交易委員會審理非法委託家庭式代工案件處理原則（87年訂定）

本項處理原則主要係對招徠代工業者之欺騙或隱匿交易資訊或名為徵求代工實以販賣原料設備為主要收入之行為，認屬欺罔；對於利用應徵者輕率、急迫或無經驗而締約及基於契約優勢地位使代工者支付費用等行為，認屬顯失公平行為，而有違反本條規定之虞。例如：達鑫工藝社、詠鎮工藝社等登報應徵家庭代工案件，公平交易委員會即以其隱匿代工工作之高度技術性及初期高失敗率等重要資訊，其目的在販售顏料獲取暴利，意圖詐騙應徵代工者之財物，認定違反本條規定而予以處分¹⁵。

3. 公平交易委員會審理公共工程招標或公共採購受託單位指定廠牌或專利品案件處理原則（86年訂定，88年修正）；有關指定廠牌或參考廠牌及同等品使用時機之處理原則（87年訂定）

本二項處理原則主要係對政府採購之招標單位無正當理由指定廠牌或廠商相關行為，認屬顯失公平行為，而有違反本條規定之虞。例如：山耘工程顧問公司及安美設計顧問公司、

¹³ 以下所引處理原則、行業導正及規範說明等，引自公平交易委員會編輯：公平交易法相關法規、處理原則、行業導正彙編，90年6月。

¹⁴ 該適用原則之名稱及內容已修正，於91年1月9日發布，參見本文後述。

¹⁵ 參見86公處163號；86公處198號等案例。

交通部台灣區國道高速公路局等於公共工程招標或受委託設計公共工程時，指定或變相指定廠牌，公平交易委員會即以其妨礙市場公平競爭，為欺罔或顯失公平行為，認定違反本條規定而予以處分¹⁶。但相關政府採購法案例在該法施行後，移送行政院公共工程委員會處理¹⁷。

4. 公平交易委員會審理事業發侵害著作權、商標權或專利權警告函案件處理原則（86年訂定，90年修正）：

本項處理原則主要係針對智慧財產權人向競爭對手之交易相對人濫發警告函，造成不公平競爭之行為，認屬顯失公平行為，而有違反本條規定之虞。並就智慧財產權之正當行使，訂定明確之先行程序，用以釐清公平交易法與智慧財產權相關法律之適用爭議，並供承辦人員辦理案件及外界合法正當行使權利之參考。例如：林宏隆君於專利訴訟案件進入司法程序，尚未有確定判決之前，發函其競爭對手之經銷商指稱其競爭對手仿冒其專利，卻對其專利權之範圍即競爭對手所為之具體侵害事實未明確表示，致受信之客戶要求競爭對手開具保證未侵權之切結書，公平交易委員會以此種不當競爭手段已超出權利保護之必要程度，並造成不公平競爭，認定違反本條規定而予以處分¹⁸。

5. 公平交易委員會關於流通事業收取附加費用案件處理原則（89年訂定）

本項處理原則主要係對非獨占事業但具市場相對優勢地位之流通業者對相對弱勢之供貨商不當收取附加費用之行為，認屬顯失公平行為，而有違反本條規定之虞。並明訂市場優勢地位之審酌因素及不當收取附加費用之行為類型。例如：統一超商股份有限公司在店數滿百家時，收取「新開店」之附加費用外，並收取「百店」附加費用，公平交易委員會此種強制重複收費情形，屬對交易相對人為不當壓抑，強迫其接受不公平交易條款，認定違反本條規定而予以處分¹⁹。

6. 公平交易委員會瘦身美容業消費資訊透明化暨不當行銷行為處理原則（88年訂定）

本項處理原則主要係考量瘦身美容業所提供期間較長、內容較繁複之服務課程等之行業特性，要求瘦身美容業者明確且充分揭露相關交易之重要資訊，並對事業未於簽約前給予審

¹⁶ 參見 86 公處 032 號；84 公處 023 號等案例。

¹⁷ 參見公平交易委員會與公共工程委員會協調結論，88 年 1 月 25 日(88)公法字第 00248 號函。

¹⁸ 參見 86 公處 122 號案例。

¹⁹ 參見 86 公處 036 號案例。

閱時間、未充分揭露交易資訊或欺罔消費者及不當行銷之行為，認屬欺罔或顯失公平行為，而有違反本條規定之虞。例如：最佳女主角國際公司及媚婷峰美容股份有限公司之營養師於消費者參加課程後，以各種說詞強勸其增加許多額外課程並收取巨額費用，其變相加價行為，使弱勢消費者難以拒絕，並拒絕退費之行為，公平交易委員會即以其促銷方法係先引誘消費者參加，嗣另增名目加收消費者參加時無法預期之費用，認屬欺罔行為違反本條規定而予以處分²⁰。

7. 事業涉及銷售有線廣播電視頻道節目交易資訊透明化案件審理原則（87年訂定，88年修正）

本項處理原則主要係對頻道節目銷售業者從事交易時，無正當理由拒絕揭露授權價格或優惠計算方式之行為，認屬顯失公平行為，而有違反本條規定之虞。例如：木喬傳播事業股份有限公司給予其交易相對人即系統業者之戶數折扣與其頻道銷售辦法不符，且其給予之折扣與普及率回饋之落差從一折至二折不等，公平交易委員會以其無公開透明之交易條件，或公開之交易條件形同具文，不僅使交易相對人之系統業者無法據以評估，以合理分配其購片預算，增加交易成本，並易生交易糾紛，且極易隱藏差別待遇、不當搭售或其他妨礙競爭行為，認定違反本條規定而予以處分²¹。

8. 事業涉及共同購買有線廣播電視頻道節目案件審理原則（87年訂定，88年修正）

本項處理原則主要係對具一定市場力（可利用頻道數超過四分之一）頻道節目銷售業者要求不同營業區域間系統業者或具一定市場力（如訂戶數超過全國三分之一）之不同營業區域間系統業者自行、共同購買頻道節目行為認屬顯失公平行為，而有違反本條規定之虞。

9. 中衛制度實務作法與公平交易法之審度原則（88年訂定）

本項處理原則僅係一般性規定，即「對中衛制度之當事人倘有其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為，則依本條規定處理。」

綜觀上述處理原則，除政府採購指定品牌處理原則係於政府採購法施行後即回歸該專法管轄及中衛制度審度原則僅係一般性空白規定外，可歸納出違反本條違法要件之行為類型如次：（一）欺罔或隱匿資訊行為（家庭代工及瘦身美容業處理原則）；（二）以損害競爭對手為目的阻礙

²⁰ 參見 84 公處 173 號；85 公處 024 號等案例。

²¹ 參見 89 公處 109 號案例。

公平競爭行為(濫發智財權侵害警告函處理原則);(三)濫用優勢市場或資訊地位為不公平交易行為(流通業收取附加費用、共同購買有線廣播電視頻道節目、瘦身美容業及有線電視交易資訊透明化等處理原則)。

另檢視上述處理原則等,有涉及其他法律規範,分析本條規定與其他法律之關係如下:

1. 政府採購法

自87年5月政府採購法公布施行後,政府採購之招標相關事宜,包括圍標、指定品牌及借牌陪標等行為,宜由專法予以規範,是以公平交易委員會遂與政府採購法執法機關行政院公共工程委員會協商,此類案件由該會依政府採購法相關規定處理。

2. 消費者保護法

消費者保護法係於83年1月公布施行,該法第十二條及其施行細則第十一條對於定型化契約顯失公平者,已有無效及事先審閱期間之規定。第十七條規定:「中央主管機關得選擇特定行業,公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項。」按消費者保護法既對定型化契約顯失公平者有無效規定、契約審閱期甚至記載事項均有明文規定,可謂已由行政力基於公共利益(消費者權益)介入規範民事契約爭議,且其規範內容、效果均較公平交易法直接而有效(因公平交易法並無認定契約無效之規定,消費者遂無法直接得到民事上之救濟)。即便事涉產業管理或競爭秩序,亦應由目的事業主管機關及公平交易委員會透過與消費者保護委員會之行政協商,引用前揭第十七條規定予以規範。況民法債篇於88年修正後,民法第二四五條之一及第二四七條之一對於訂約重要事項之隱匿欺瞞及定型化契約顯失公平者之均有無效之規定。因此,在行政院消費者保護委員會與公平交易委員會及其他機關間得以良好溝通及協調合作的前提下,定型化契約行為,實無由不退讓給消費者保護法專法予以規範²²。

至於82年公平交易委員會創會初期所訂定之「公平交易法第二十四條之適用原則」,其明定適用範圍為「不公平競爭」行為²³,未對「足以影響交易秩序」要件為可操作之解釋及二階

²² 關於定型化契約規制之探討,參見梁哲璋,前揭文,同註3,96至98頁,有廣泛之討論,其結論與本文相同。

²³ 依該適用原則第一點謂,具有不公平競爭本質之行為,可檢視第24條之適用;但在前言,謂「第二章所規範之限制營業競爭行為,亦有可能涉及不公平競爭」,且實務上適用本條之案例,亦包

段違法判斷認定方法，已因時代演進、違法行為態樣不斷推陳出新，而明顯不敷應付。因此，檢視現今社會之經濟法制之現況，綜合歸納過去十年執法經驗，重新界定本條規定所規範事項範圍、修正違法要件之解釋並進而修正「公平交易法第二十四條之適用原則」，實有其必要性。關此重點部分，將於其後再詳述之。

(二) 規範說明

公平交易委員會所訂定之規範說明，多係針對特定行業之一般營業行為或某些特定行為於公平交易法適法性之說明，為其後所發展出來用以取代行業導正之作法，捨定義不清之「導正」而改採行為規範方式，使相關業者知所行止。該等規範說明共計有六項，僅就其中與本條規定相關之規範略述如次：

1. 比較廣告違反公平交易法一覽表（83年訂定，88年修正）

本項規範說明主要係就比較廣告中對被比較對象之商品有虛偽不實或引人錯誤之表示，認有違反本條規定之虞。例如：久陞企業公司在無任何證據資料下，對競爭對手之產品為極易斷裂之不實陳述，公平會以其貶抑競爭對手遂行自身產品行銷，造成顯失公平之情事，認定違反本條規定而予以處分²⁴。

2. 公平交易法對房屋仲介業之規範說明（90年訂定）

本項規範說明主要係針對個案交易中房屋仲介業者使用「欺騙」或「隱瞞重要事實」方法致使成交，或對客戶為不當壓抑妨礙其自由決定交易，認屬本條欺罔或顯失公平之行為。並列舉行為態樣為：未告知客戶斡旋金與內政部版「要約書」之區別或隱匿其選擇權、利用資訊不對等而賺取差價及不當多次收取服務費等行為。例如：房屋仲介業進行交易，提出斡旋金要求時，未告知消費者可選擇內政部訂定之「要約書」，公平會以其隱匿重要交易資訊，致使消費者與之交易，認定違反本條規定而予以處分。

3. 公平交易法對於審查合格之國民小學教科書出版事業銷售行為之規範說明（89年訂定）

本項規範說明主要係針對出版事業濫用優勢地位妨礙交易相對人自由決定是否交易及交易條款，如代保管經銷合約、或以干擾、糾纏或造成厭煩等方法，促使客戶與其交易之行

括第二章及第三章之補遺適用。

²⁴ 參見 83 公處 115 號案例。

為，認屬本條欺罔或顯失公平之行為。

4. 公平交易委員會對加盟業主資訊揭露之規範（88年訂定）

本項規範說明主要係針對加盟業之加盟業主應於訂立加盟契約訂立十日前向加盟店提供重要交易資訊，如有違反而涉有隱匿、遲延揭露重要交易資訊之情事，對加盟店顯失公平，足以影響加盟之交易秩序，認有違反本條規定之虞。

5. 公平交易法對電信事業之規範說明（89年訂定）

本項規範說明主要係針對電信事業於資費變更刊登廣告時及實際與用戶從事交易過程中，為充分揭露交易資訊，而有影響交易秩序之行為，認有違反本條規定之虞。

6. 公平交易法對於桶裝瓦斯勞務配送中心營業行為之規範說明（90年訂定）

本項規範說明對桶裝瓦斯勞務配送中心之分銷商以其他違反效能競爭或商業倫理方式，妨礙消費者自由交易之決定，且足以影響交易秩序之行為，認有違反本條規定之虞。

綜觀上述規範說明，除桶裝瓦斯勞務配送中心營業行為規範說明僅係一般空白授權規定外，其他亦可依上述違法行為分類方式，歸類為：(一)欺罔或隱匿資訊行為（比較廣告、房屋仲介業及電信事業之規範說明）；(二)以損害競爭對手為目的阻礙公平競爭行為（比較廣告之規範說明）；(三)濫用優勢市場或資訊地位為不公平交易行為（國民小學教科書出版事業銷售行為、房屋仲介業、電信事業及加盟業主資訊揭露等規範說明）。

至可能涉及之其他法律規範，就定型化契約之相關規範（如房屋仲介業、電信事業及加盟業主資訊揭露等），正如前述，宜改由消費者保護法及民法規範。

(三) 行業導正

「行業導正」是公平交易委員會針對原為相關業界所常見慣用，行之已久的營運行為，在公平交易法施行後被認定為屬違法，但因該行為行之已久，法律通過後斷然即予處分，對事業易造成重大衝擊，顯不符維護市場秩序之目的；又有些行為非短暫期間所得改正（例如不實廣告期刊或目錄之刊登），實務執行上亦有窒礙難行之處，公平交易委員會爰以「行業導正」之作法，一方面宣示該等行為之違法性，另一方面給予事業合理之緩衝期間，逾期不修正者，即認定違法，予以處分。此乃執法初期之作，後因施行時日已久、因應行政程序法施行之檢討等因素，爰停止「行業導正」，故類此行業導正之訂定大多是在83至85年間。其間對於各行業

之營運行為做適法性之釐清，並給予業者合理調整期間，非但對公平交易法深植經濟社會各產業，影響深遠；同時由於執法手段圓融，亦未見業界過大反彈，而深獲好評。

在公平交易委員會所作約四十餘項行業導正或類似性質之警示中，關於本條規定之導正即占六成，計有二十六項之多。其中建築業有八項、金融銀行業則占六項：

1. 建築業

- (1) 建商於預售屋未出售部分逕自變更隔間設計，已增加戶數之行為導正。
- (2) 建商要求購屋人繳回買賣契約書之行為導正。
- (3) 建商指定貸款銀行導正。
- (4) 不動產買賣契約中明定土地移轉時間導正。
- (5) 「於契約中明定土地移轉之年度或日期」相關決議之執行疑義。
- (6) 購屋人於預售屋買賣契約前充分審閱契約之權利導正。
- (7) 建商應於房地產買賣契約中載明各共有人所分配之公共設施面積或比例導正。
- (8) 「建商應於房地產買賣契約中載明各共有人所分配之公共設施面積或比例」之疑義及建議事項。

有關建築業之行業導正，多係以建商屬房地產買賣市場之市場力或資訊之優勢地位，對購屋之消費者為顯失公平交易行為，認定有違反本條規定之虞。其中除契約審閱權及明定指定貸款銀行合法性之審酌事項外，多係要求建商將交易相關資訊予以揭露、透明化。

2. 金融銀行業

- (1) 信用卡循環計息導正。
- (2) 金融機構設定抵押權登記規費轉嫁導正。
- (3) 銀行定期儲蓄存單逾期處理相關資訊揭露警示。
- (4) 銀行借貸契約七項約款建議修正方向導正。
- (5) 金融機關要求支票存款戶須留存定額餘款之資訊揭露問題導正。
- (6) 金融機構簽立借據或借貸契約於借款人簽章實應寫明利率，且原則上應簽立正本二份由雙方各執一份導正。

有關金融銀行業之行業導正，多係金融業者以其市場上之絕對優勢地位，對消費者為顯

失公平交易行為。其中除銀行借貸契約七項約款建議涉及以優勢市場力量訂定顯失公平之定型化契約條款外，其餘多僅係要求金融業者將交易相關資訊予以揭露，以符合透明化原則。

3. 瓦斯安全器材業者銷售行為導正（84年訂定）

本項導正主要係就瓦斯安全器材業者「以瓦斯安全檢查為名，行銷商品之實」、「以聲稱政府即將規定全面強制裝設，誘引消費者購買」及「隱匿重要交易資訊」等行為，認有違反本條規定之虞。

4. 公用事業章（規）程規定用戶變更名義時後用戶需負擔前用戶積欠費行為導正（84年訂定）

本項導正主要係就公用事業於章（規）程規定用戶變更名義時後用戶需負擔前用戶積欠費，係以其市場上之絕對優勢地位，對消費者為顯失公平交易行為，認有違反本條規定之虞，但因須修正章（規）程，爰給予其調整緩衝期間。

5. 機車業者限定車主應使用特定廠牌機油導正（85年訂定）

本項導正主要係就機車業者限定車主應使用特定廠牌潤滑油，違反即取消保證（保固）責任，或保證（保固）責任的免責範圍過當之行為，認屬「顯失公平」行為，有違反本條規定之虞。

6. 照相業者沖印軟片及照片，遇破損或遺失時之理賠導正（87年訂定）

本項導正主要係就照相業者對於非公會訂定之理賠標準，片面於單據上或對外宣稱「依公會訂定」之理賠標準之行為，認屬「欺罔」及「顯失公平」而有違反本條規定之虞。

7. 國內影印機售後服務行為適法性事宜警示（86年訂定）

本項導正主要係就國內影印機代理業者未取得影印機保養業務或無正當理由拒絕供應影印機零件之行為，認屬「顯失公平」行為，有違反本條規定之虞。

8. 國內電梯事業提供售後服務行為適法性事宜警示（86年訂定）

本項導正主要係就國內電梯事業經營業，濫用其電梯售後維修保養市場之優勢地位，拒絕提供相關零件緊急開啟鑰匙及為取得電梯售後維修保養業務或違反正常商業倫理而拒絕供應零件等行為，認屬「顯失公平」行為，有違反本條規定之虞。

9. 家電製造商等針對季節性商品先向經銷商收取票據適法性之警示（86年訂定）

本項導正主要係就家電製造商等針對季節性商品於實際出貨前先向經銷商收取預約或保證票據及為預約訂貨之目的以不正當方法禁止開立預約或保證票據時為禁止背書轉讓記載之行為，認有違反第十九條或本條規定之虞。

10. 有關事業以機票為獎品舉辦贈獎促銷活動，應充分揭露活動內容導正（85年訂定）

本項導正主要係就業者以機票為獎品舉辦贈獎促銷活動，實際僅給予機票費抵用券及在使用上予以限制卻未在文宣中詳加說明之行為，認有違反本條規定之虞。

11. 公平交易委員會對營業用單曲伴唱帶銷售行業警示原則（89年訂定）

本項導正主要係為導正伴唱帶代理經銷商長期以年度簽約購買方式進行套裝搭售或拒絕交易之行為，認若無正當理由，則有違反第十九條或本條規定之虞。

12. 公平交易委員會處理國外渡假村會員證銷售事業銷售行為導正原則（88年訂定）

本項導正主要係針對國外渡假村會員證銷售事業銷售行為為導正。對業者在銷售時應就交易內容及契約等相關資訊充分揭露，並不得對招徠消費者之贈獎活動或銷售內容為不實陳述，否則有違反本條規定之虞。

綜觀上述行業導正，除建築業及金融銀行業多屬定型化契約顯失公平約款外，其他多屬業者濫用其之市場或資訊優勢地位對交易相對人（大多數為消費者，少數為事業）為不公平交易行為之類型。其解決之方法，大多可以要求交易資訊充分揭露即可。惟須注意的是，若干導正（如家電製造商及伴唱帶代理經銷商）乃論以違反公平交易法第十九條或本條規定，似以該等行為倘不符第十九條構成要件，即落入本條規定範疇。此種作法向為學界所詬病，其不妥當性參見本文後述。

(四) 重要案例

除前述處理原則、規範說明及行業導正所彙整之行為類型以外，尚有其他重要案例，有助於本條規定適用之了解。由於案例繁多及篇幅所限，本報告僅擇可列為典型之案例，並試以違法構成要件為分類基準，加以論述。

1. 足以影響交易秩序之「欺罔」行為

足以影響交易秩序之「欺罔」行為，係指事業對於交易相對人，以積極欺瞞或消極隱匿重要交易資訊致引人錯誤之方式，從事交易之行為。合致本條規定之「欺罔」要件之行為類

型可分為：

(1) 依附或使人誤認為有信賴力之主體

代表案例：消防器材或瓦斯器材、醫療保健器材服務公司利用協會宣導講習名義或冒用協（學）會或瓦斯公司名義，遂行銷售商品服務之實²⁵。使人誤認為消費合作社或家電特約維修商，而與其交易²⁶。

(2) 欺罔不實之促銷手段

代表案例：謊稱「其他同學朋友已購買」、「產品為進口商品」或「贊助清寒獎學金」等不實宣稱，以招徠顧客，銷售商品²⁷。

2. 足以影響交易秩序之「顯失公平」行為

(1) 榨取他人努力成果

攀附：雖非抄襲仿冒，卻以攀附他人名稱或商品服務之方式，增加自身之交易機會。例如民間公司以民營郵局為其招牌名稱；以知名藝人林強為產品名稱；以 VOLVO 字樣為車牌框等²⁸。

高度抄襲：未付出相對等之努力及費用，直接剽竊他人努力創作之商品標示或外觀，作為自身商品之標示或外觀。

代表案例：飲料、餅乾、除濕劑等商品包裝設計、設色等外觀之抄襲²⁹。

搶先登記註冊他人著名商標或名稱為自身網域名稱：

代表案例：搶先登記註冊著名量販店表徵，為自身網域名稱³⁰。

(2) 利用違法營運方式取得競爭優勢

代表案例：消費合作社、福利中心違反合作社法規定，以其免繳營業稅之競爭優勢；

²⁵ 參見 83 公處 077 號；83 公處 092 號；83 公處 117 號；83 公處 127 號；86 公處 018 號等案例。

²⁶ 參見 84 公處 028 號；82 公處 028 號；88 公處 155 號等案例。

²⁷ 參見 82 公處 075 號；83 公處 062 號；86 公處 015 號等案例。

²⁸ 參見 82 公處 090 號；83 公處 046 號；86 公處 024 號等案例。

²⁹ 參見 83 公處 018 號；87 公處 085 號；88 公處 007 號等案例。

³⁰ 參見 89 公處 036 號，即家樂福公司檢舉奕昕電腦公司登記網域名稱「carrefour」案，為國內網域名稱爭議調處機制建立前的案例。

倉儲業者違反土地使用分區管制規定，以其在工業區內較低土地成本之競爭優勢，驗證不實，銷售商品給非社（會）員之一般大眾³¹。

(3) 濫用市場優勢地位，從事不公平交易行為

具相對市場力或市場資訊優勢地位之事業，利用交易相對人（事業或消費者）對其有高度依賴關係，從事不公平交易之行為。

代表案例：在市場機能失靈供需失調下米酒零售商囤積或調漲價格³²，「九二一地震」廠商趁需求恐急哄抬物價³³。

四、實務執行之利弊分析

(一) 成果

十年來執行本條規定之成果，為釋明條文規定之不確定法律概念之違法要件，累積了至少十項處理原則、六項規範說明、二十六項行業導正以及若干重要或典型案例，有利於將本條概括規定，明確適用於實務上個案，其努力與用心實為我國行政機關規範透明化之先驅。而其將整體經濟社會各種營業競爭行為納入規範，消弭產業間之欺罔及顯失公平行為，調整業者長久以來不當之心態、營運方式，進而維護整體交易秩序及消費者利益，促進公平競爭，其功效亦不容抹煞。

(二) 缺失

但以本條規定處理原則、規範說明、行業導正以及相關案例數量占整體公平交易法九種規範（此指獨占、結合、聯合、垂直限制競爭、商品表徵仿冒、不實廣告、營業毀謗、多層次傳銷及其他欺罔或顯失公平行為等）近半數之多，且實務發展有處分案件不斷增加之趨勢，顯已造成執法重點之偏差及行政資源之失衡。又公平交易委員會過度適用本條規定之結果，亦引起學界質疑為：公平交易委員會係以行政公權力介入非關競爭而屬民事私權爭議之顯失公平行為。

31 參見 83 公處 106 號；83 公處 101 號；84 公處 129 號等案例。

32 參見 88 公處 076 號；89 公處 021 號等案例。

33 參見 88 公處 128 號；88 公處 163 號等案例。

(三) 其他法律規定

現今社會法制已漸趨完備，例如政府採購法公布施行後，政府採購之招標相關事宜，包括圍標、陪標及指定品牌招標等等行為，已有專法予以規範。消費者保護法公布施行後，該法第十二條及施行細則第十一條對於定型化契約顯失公平者已有無效及事先審閱期間之規定。且第十七條規定：「中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項。」按消費者保護法既對定型化契約顯失公平者有無效規定、契約審閱期甚至記載事項均有明文規定，可謂利用公權力基於公共利益（消費者權益）介入規範民事契約爭議，且其規範內容、效果均較公平交易法直接而有效（因公平交易法並無認定契約無效之規定，消費者遂無法直接得到民事上之救濟）。即便事涉產業管理或競爭秩序，亦應由目的事業主管機關及公平交易委員會透過與消費者保護委員會之行政協商，引用前揭第十七條規定予以規範。又民法債篇修正後，民法第二四五條之一及第二四七條之一對於訂約重要事項之隱匿欺瞞及定型化契約顯失公平者均有無效之規定。

(四) 小結

鑑於以上擴大適用本條規定於民事及消保案件之疑慮、造成公平交易委員會行政資源錯置等缺失，復考量現今法制趨於完備，具市場優勢地位事業對消費者之顯失公平行為，消費者保護法與民法債篇已有明確規範保障，公平交易委員會對於本條規定之適用方向確有重新考量之必要。另一方面，由於原「公平交易法第二十四條之適用原則」係於 82 年所訂定，其違法認定方法及行為態樣，經過十年的經濟發展，顯不敷使用，該適用原則，亦有檢討修正之空間。

五、本條規定執法方向之檢討

公平交易法執法初期，或因相關法令未備，常涉入非屬競爭而屬其他法律應予規範之範疇；或本於社會期待匡正欺罔或顯失公平之交易行為，對於公平交易法其他條文無法規範之不公平行為，曾援引本條規定加以管理（諸如不符第十九條及第二十條要件者）。甚至由於本條規範之行為態樣不斷創新增加，對於本條規定之違法要件之認定及適用，益生爭議。本文檢討本條規定之執法方向，依（一）本條規定適用之基本精神；（二）本條規定與其他法律適用之釐清；（三）本條規定與公平交易法其他條文之區隔；（四）本條規定之違法構成要件及主要行為態樣，論述如下：

(一) 本條規定適用之基本精神

公平交易法施行初期因政府採購、消費者保護及民法等相關法令尚未完備，對於圖標、陪標及指定品牌招標等政府採購行為，或因其招標單位具有市場力，或因市場資訊優勢地位事業對弱勢之消費者所為無正當理由拒絕交易、片面決定不公平交易條件或對交易內容資訊為欺瞞或隱匿等行為，欠缺法律可以規範，加上社會民眾期待公平交易委員會能介入導正市場交易秩序，爰將本條規定擴大適用於政府採購、消費者保護及民法契約等範疇。惟現行法律制度已大為完備，對於前述行為已有其他相關法律可資規範，故對於個別交易行為之爭議，應由其專法加以規範保護，本條規定應僅適用於具公共利益、足以影響交易及競爭秩序之行為。

另本會在實務操作上亦常發生經檢視公平交易法其他條款，但未符合其構成要件，即概括以本條規範之情形。未來應通盤檢討本條規定之違法要件、適用範圍，對不符合其他條文違法要件之行為，不宜以其屬於一種不公平的情形，而逕適用本條規定予以處分。

公平交易委員會在處理步驟，應有邏輯順序上的思考，即首先檢視系爭行為是否有「足以影響交易秩序」之虞，其次再考量其是否構成「欺罔」或「顯失公平」之違法要件。

(二) 本條規定與其他法律適用之釐清

分析公平交易委員會歷來實務上案例，與本條規定之適用常有衝突或競合者，主要有：1. 民事契約與侵權行為（如內容約定顯失公平之契約行為）；2. 消費者保護法（如定型化契約、契約審閱權及市場優勢地位事業對消費者之顯失公平行為）；3. 智慧財產權相關法律（如智慧財產權人濫發侵害權利之警告函行為）。其法律適用之釐清應本諸下列原則：

1. 公平交易法與民事契約

按事業間或事業與消費者締結契約，係本於自由意志而決定交易條件，無論其內容是否顯不公平或事後有無依約履行，本質上契約行為應依契約自由原則而行。僅於系爭行為危及競爭秩序或市場交易秩序等公共利益時，始例外而有本條規定介入適用之餘地。例如在契約內容顯失公平部分，尚未合致「足以影響交易秩序」之要件，則應循民事途徑救濟解決；僅於合致前開要件時，始由本條介入規範。且公平交易委員會介入行政保護時，尚須考量其是否危及公共利益為前提要件。

2. 公平交易法與消費者保護法

消費者權益之保護固為公平交易法第一條所明定之立法目的，惟為與純從保護消費者權益之消費者保護法作一明確分工，本條對於消費者權益之介入，應以合致「足以影響交易秩序」之要件，且具有重大公共利益性質之行為為限，例如事業之於消費者，具有相對市場優勢地位，或屬該行業之普遍現象，致消費者高度依賴或無選擇餘地而有權益受損之情形。

以本文前述建築業、金融業等顯失公平之定型化契約條款約定、瘦身美容業重要交易資訊之欺罔或隱匿，以及預售屋契約與瘦身美容契約事先審閱權等案件為例，在消費者保護法第十二條及施行細則第十一條俱有規定「定型化契約顯失公平者之無效規定」及「事先審閱期間」等，同法第十七條規定：「中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項。」另民法第二四五條之一及第二四七條之一對於訂約重要事項之隱匿欺瞞及定型化契約顯失公平者亦有無效之規定。

其次公平交易法對於違反本條規定之事業，僅得命其改正或處以罰鍰，屬於違法行為之事後取締，一則無法防範違法行為於未然，二則無法提供受害者所預期之解約、還款等私權救濟³⁴，是以除非涉及競爭秩序或產業整體運作之情形，否則本條規定不宜介入該等私權爭議。

3. 公平交易法與智慧財產權相關法律

基於鼓勵創作發明，智慧財產權相關法律賦與智慧財產權人法定獨占權，以取得其不受侵害智慧創作之權利。智慧財產權人對於有侵害其權利之虞者，當得依法自行通知直接侵害人（製造商或進口代理商）及間接侵害人（如直接侵害人之下游經銷商）請求排除侵害。但常有智慧財產權人在未盡確認其權利是否受侵害之前，即逕向其競爭對手之經銷通路或消費者（交易相對人或潛在交易相對人），以行為或書面為對手侵害其權利之表示，造成交易相對人拒絕與其競爭對手交易之情形，此即涉有是否濫用智慧財產權而造成不公平競爭之情況，即有本條規定之適用，公平交易委員會援引本條規定介入此等利用智慧財產權之侵權警告函而干擾市場競爭之行為，迭為學者所肯認³⁵。總之，公平交易法之介入，係以其非權利

³⁴ 在若干具體案例，行使契約解除權一方向公平交易委員會提出檢舉，其目的係為對契約他方當事人為解除契約或損害賠償施壓之用。

³⁵ 參見謝銘洋、徐火明：公平交易法與智慧財產權法之關係，行政院公平交易委員會委託計畫，83年12月，192頁；梁哲璋，前揭文，同註3，17頁，持相同見解。

之正當行使，而有造成不公平競爭為前提要件。至於其是否違反公平交易法之判斷，應以其在形式上是否已踐行權利行使之正當程序為斷，不包括實質上是否侵權之事實認定。

(三) 本條規定與公平交易法其他條文之區隔

實務上公平交易委員會在處理個案時，常有以公平交易法其他條文檢視，發現未能合致構成要件，即援用本條之概括規定予以規範，諸如前述家電製造商及伴唱帶代理經銷商之導正，乃論以違反公平交易法第十九條或本條規定。更有於公平交易法第二十條處理原則，明定未符合本法第二十條規定之構成要件，得以違反本條規定處理之各款情形。實務案例，亦有因未符合第二十條「相關事業或消費者所普遍認知之表徵」之要件，而適用本條規定之情形。本條與第十九條各款間之適用關係更為複雜，依實務見解，事業市場力量未達相當市場力量者（如以市場占有率達百分之十以上為準），縱有第十九條各款之不公平交易行為，亦援以本條規定，例如大型流通業收取不當附加費用等案例。惟該等案件多未論及本條之適用要件，僅概以「顯失公平」一語帶過，爰引起外界諸多質疑。

為明確界定本條規定之適用範圍，應以前開「足以影響交易秩序」要件為前提，先檢視「限制競爭」之規範（獨占、結合、聯合及垂直限制競爭），再行檢視「不公平競爭」規範（如商業仿冒、不實廣告、營業誹謗），是否未窮盡系爭行為之不法內涵，而容有適用本條之餘地。是以本條與公平交易法其他條款適用之區隔，應有「補充原則」之適用，即「本條僅能適用於公平交易法其他規定所未涵蓋之行為，若公平交易法之其他規定對於某違法行為已涵蓋殆盡，即該個別規定已充分評價該行為之不法性，或該個別規定已窮盡規範該行為之不法內涵，則該行為僅有構成或不構成該個別規定的問題，而無法由本條加以補充規範。反之，如該個別規定評價該違法行為後仍具剩餘的不法內涵，始有以本條加以補充規範之餘地³⁶。」例如解決本條規定與第二十條之區隔問題時，一旦依公平交易法第二十條評價為一違法行為時，不宜以其非屬「相關事業或消費者所普遍認知之表徵」，而逕認屬本條規定之規範；而應以該行為是否合致本條規定違法構成要件之「攀附」或「高度抄襲」，否則，即無違反公平交易法。至以第十九條各款評價違法行為時，亦不宜以「該事業之市場力量未達相當市場力」，逕認落入本條規範；而應以該行為是否符合本條規定之違法行為要件及態樣，以為是否違反本條之準據。

³⁶ 參見吳秀明，前揭文，同註2，7至9頁。

(四) 本條規定之違法構成要件及主要行為態樣

公平交易委員會實務上所處理之案例及以市場上實際交易行為而言，事業所從事欺罔或顯失公平行為，並不以造成事業間不公平競爭為限，常有涉及優勢地位廠商對交易相對人所為不公平交易行為（如通路商對供應商強加顯不公平之交易條件）及優勢地位廠商或業界一致性對消費者所為不公平交易行為（如定型化契約顯失公平約款），類此行為實難歸類於「具有不公平競爭本質之行為」。參考美國實務上對此類案件之作法，係以美國聯邦交易委員會法第五條：事業不得以不公平競爭方法，不公平或欺罔行為從事或影響商業活動³⁷。並依據公平交易法第一條保障消費者權益之立法意旨，於「顯失公平」要件中，另立一行為態樣：「濫用市場優勢地位，從事不公平交易行為」，以涵蓋此類型行為。

因此未來長遠目標似可考量公平交易委員會所累積之執法經驗，再加以考量消費者法益保護。謹將適用本條規定判斷違法構成要件所應節制之範圍、應有之考量及主要行為類型臚列如次：本條規定構成要件，首須符合「足以影響交易秩序」之虞；其次則須有欺罔或顯失公平之事實。

一、足以影響交易秩序

「交易秩序」，係指交易行為應符合善良風俗之社會倫理及效能競爭之商業競爭倫理，其具體內涵則為符合社會倫理及自由、公平競爭精神之交易秩序。

至「足以影響交易秩序」，應以足以影響整體產業之交易秩序或有引起其他事業倣效之虞。其審酌因素則可參考美國聯邦交易委員會判斷「公共利益」之考量因素：（一）受害人數之多寡、（二）造成損害之量及程度、（三）對其處分是否會對其他事業產生警惕效果及（四）是否為針對特定團體或組群所為之欺罔或顯失公平行為等，綜合考量判斷之³⁸。至單一個別非經常性之交易糾紛，則應尋求民事救濟，而不適用本條之規定。另本要件之構成並不以產生實害為必要，只要有「足以影響交易秩序」之虞，即足當之。

³⁷ 15 U.S.C. SEC.45(a).

³⁸ 參見蘇敏煌：美國聯邦貿易委員會之行政權限及中央與地方之協調分工，公平交易委員會出國考察報告，87年6月，5至6頁。

二、欺罔

係指事業對於交易相對人，以積極欺瞞或消極隱匿重要交易資訊致引人錯誤之方式，從事交易之行為。

所謂重要交易資訊，係指足以影響交易決定之重要交易資訊；而引人錯誤，則應以客觀上是否會引起一般大眾誤認為判斷之標準。其常見行為類型如次：

(一) 依附或使人誤認為有信賴力之主體

1. 依附有公信力之團體（協會或學會）。
2. 冒用協（學）會或瓦斯公司名義。
3. 使人誤認為消費合作社或家電特約維修商（非屬不實廣告態樣者）。

(二) 欺罔不實之促銷手段

對於已交易客戶、促銷期限或原產地等資訊之不實宣稱。

(三) 重要交易資訊之隱匿欺瞞

金融機構有關貸款契約之利率等資訊之隱匿。

美容瘦身業另立名目或隱匿保養品、輔助儀器使用費價格而收取費用。

三、顯失公平

係指「以顯失公平之方法從事競爭或商業交易」者。其常見之具體內涵可分三類：

(一) 不符商業競爭倫理之不公平競爭行為

1. 榨取他人努力成果

事業於其商品或服務投注相當之成本及努力，而建立其品牌商譽或使其商品服務外觀成為與他事業區隔之表徵。按智慧財產權相關法律對其努力創作之成果，係以先使用或經申請許可，而享有一定期間不受仿冒抄襲之獨占權利之保障。而公平法對於利用或抄襲他人商品或服務上之品牌或表徵行為之規範，係以其不思創作及努力，逕以攀附或抄襲等方式為不當利用，則有害市場之公平競爭為考量。故公平法上對於未獲智財產權相關法律保護之努力成果抄襲行為之規範，與其說是對權利人提供不受攀附或抄襲之權利保護，毋寧是考量該等行為榨取他人努力成果造成不公平競爭之不正當競爭手段，進而予以禁制。惟於商業行為或多或少均會涉有抄襲仿冒，其違法認定應以手段之可非難性及市場上影響性為考量。是以，本

項行為構成違法之因素，原則上應考量(一)遭攀附或高度抄襲之標的，應係該事業已投入相當程度的努力，於市場上擁有一定之經濟利益，而已被系爭行為所榨取；或(二)其攀附或抄襲之結果，應有使交易相對人誤以為兩者屬同一來源或同系列產品之效果等。惟倘其榨取他人努力成果行為之手段，屬可非難性甚高(如完全一致之抄襲)之情形，則非屬前述二因素之情形，亦宜依實際個案情形，判別其違法性。其行為態樣主要有四：

(1) 攀附他人商譽

本項行為所保護之商譽，除該品牌於市場上具有相當之知名度外，尚須考量市場上之相關業者或消費者會產生一定品質之聯想。諸如上大「民營郵局」之攀附「郵局」。

(2) 高度抄襲

本項並須考量(一)該項抄襲是否達「完全一致」、「高度近似」之程度；(二)抄襲人所付出之努力成本與因而取得之競爭優勢或利益之關聯及相當性；或(三)遭抄襲之標的於市場競爭上之獨特性及占有狀態等因素。

(3) 搶先登記註冊他人著名商標或名稱為自身網域名稱

如：搶先登記註冊著名量販店表徵，為自身網域名稱。

(4) 利用他人努力，推展自己商品或服務之行為

目前主要形態為「真品平行輸入」卻以積極行為使人誤認係代理商進口者(俗稱「搭便車」行為)。

2. 以損害競爭對手為目的，阻礙公平競爭之行為

(1) 不當比較廣告

比較廣告中對自己商品或服務為不實陳述者，應屬不實廣告範疇；對他人商品或服務為不實陳述者，似屬不公平競爭中之「欺罔」手段；倘比較廣告中對自己及他人之商品或服務未為不實陳述，而係對相同產品採不同計測方法或標準之比較或於重要比較項目中僅彰顯自己較強項而故意忽略對方較強項目，造成整體印像上不公平之比較結果。系爭行為在未達公平交易法第二十二條構成要件之程度，而仍具不公平競爭之可責性時，因其未提供不實訊息，亦非隱匿其交易上有義務要提供之重要訊息，故宜以「阻礙公平競爭之行為」視之。

(2) 對競爭對手之交易相對人為侵害智慧財產權表示之行為

智慧財產權人原因受智慧財產權相關法律保護，對於涉嫌侵害其智慧財產權之侵害人有請求排除侵害之權利。惟侵害人尚有直接侵害人(即產品製造商)與間接侵害人(即產品販賣之經銷商及使用之消費者)之分。智慧財產權人如發現市場上有可能侵害其權利之產品之情形，其對直接侵害之製造商或立於相等地位之進口商品之進口商或代理商，為侵害之通知並請求排除，則為依法行使權利之正當行為，無論其內容真偽虛實，均屬智慧財產權爭議，不涉及不公平競爭，故無公平交易法之適用。倘其係對間接侵害之經銷商或消費者(即競爭對手之交易相對人或潛在交易相對人)為對手侵害其智財權之表示(不拘書面或口頭方式)，如未經確認及通知之先行程序，致對手之交易相對人心生疑慮，甚至拒絕交易，則將產生不公平競爭之結果，則屬本條所稱之「顯失公平行為」。

3. 利用違法營運方式取得競爭優勢

例如消費合作社、福利中心違反合作社法規定；倉儲業者違反土地使用分區管制規定，驗證不實，銷售商品給非社(會)員之一般大眾。

(二) 不符合社會倫理手段從事交易之行為

以不當脅迫或煩擾交易相對人方式，使交易相對人於決定是否交易之自由意志受到壓抑情形下，完成交易之行為。

(三) 濫用市場優勢地位，從事不公平交易行為

具相對市場力或市場資訊優勢地位之事業，利用交易相對人(事業或消費者)對其有高度依賴關係(可以遭拒絕交易是否仍有其他合理選擇為判斷準據)，從事不公平交易之行為。

例如流通業者對供貨商不當收取附加費用。又如在市場機能失靈或供需失調下之米酒零售商囤積或調漲價格行為，「九二一地震」廠商趁需求恐急而哄抬物價行為。

六、「公平交易法第二十四條案件處理原則」之新修正

第三屆公平交易委員會針對「重新檢討公平交易法第二十四條執法方向」交由法務處進行深入的研究，並於第四屆委員會(任期自90年2月起)正式提交委員會議審議，經多次研析討論才告定案，於同年12月20日第528次委員會議決議通過，修正「公平交易法第二十四條

案件處理原則」，於 91 年 1 月 9 日發布實施³⁹。茲將新修正條文抄錄如次：

公平交易法第二十四條案件處理原則

一、(目的)

鑒於公平交易法第二十四條(以下簡稱本條)為一概括性規定，為使其適用具體化明確化，特訂定本原則。

二、(公平交易法第二十四條適用之基本精神)

為釐清本條與民法、消費者保護法等其他法律相關規定之區隔，應以「足以影響交易秩序」之要件，作為篩選是否適用公平交易法或本條之準據，即於系爭行為對於市場交易秩序足生影響時，本會始依本條規定受理該案件；倘未合致「足以影響交易秩序」之要件，則應請其依民法、消費者保護法或其他法律請求救濟。

為確定本條之適用範圍，應以「足以影響交易秩序」之要件為前提，先檢視「限制競爭」之規範(獨占、結合、聯合行為及垂直限制競爭)，再行檢視「不公平競爭」規範(如商業仿冒、不實廣告、營業誹謗)是否未窮盡系爭行為之不法內涵，而容有適用本條之餘地。是以本條與公平交易法其他條文適用之區隔，應只有「補充原則」關係之適用，即本條僅能適用於公平交易法其他條文規定所未涵蓋之行為，若公平交易法之其他條文規定對於某違法行為已涵蓋殆盡，即該個別規定已充分評價該行為之不法性，或該個別規定已窮盡規範該行為之不法內涵，則該行為僅有構成或不構成該個別條文規定的問題，而無由再就本條加以補充規範之餘地。反之，如該個別條文規定評價該違法行為後仍具剩餘的不法內涵，始有以本條加以補充規範之餘地。

關於「維護消費者權益」方面，則應檢視系爭事業是否係以其相對優勢地位，利用「欺罔」或「顯失公平」之銷售手段，使消費者權益遭受損害，而合致「足以影響交易秩序」之要件，以為是否適用本條規定之判斷準據。

三、(與其他法律競合之釐清)

³⁹ 該處理原則於 91 年 1 月 9 日公法字第 0910000252 號函分行。

本條對事業之規範，常與其他法律有競合之疑義，應考量左列事項判斷之：

- (一) 按事業與事業或消費者間之契約約定，係本於自由意思簽定交易條件，無論其內容是否顯不公平或事後有無依約履行，此契約行為原則上應以契約法規範之。惟於系爭行為危及競爭秩序或市場交易秩序時，始例外有本條之適用。例如在契約內容顯失公平部分，倘未合致「足以影響交易秩序」之要件，則應循民事途徑救濟解決；僅於合致前開要件，考量公共利益時，始由本條介入規範之。
- (二) 消費者權益之保護固為公平交易法第一條所明定之立法目的，惟為區別兩者之保護法益重點，本條對於消費者權益之介入，應以合致「足以影響交易秩序」之要件且具有公共利益性質之行為為限，如廠商之於消費者具相對市場優勢地位，或屬該行業之普遍現象，致消費者高度依賴或無選擇餘地而權益受損之情形。
- (三) 智慧財產權人對於有侵害其智慧財產權之虞者，得依智慧財產權相關法律自行通知侵害人請求排除侵害。但履行確認及通知之先行程序前，逕向其競爭對手之經銷通路或消費者（交易相對人或潛在交易相對人），以口頭或書面逕為對手侵害其權利之表示，而受信者無法據以為合理判斷者，即屬濫用智慧財產權造成不公平競爭之情事，而有本條之適用。是以，公平交易法介入智慧財產權之口頭或書面警告行為，係以其權利之非正當行使，致造成不公平競爭為前提要件。又其是否違反公平交易法之判斷，應僅以其在形式上是否已踐行權利行使之正當程序為已足，尚不及於實質上是否已侵權之事實認定。

四、（與公平交易法其他條款規定之區隔適用）

適用本條之規定，應符合「補充原則」，即本條僅能適用於公平交易法其他條文規定所未涵蓋之行為，若公平交易法之其他條文規定對於某違法行為已涵蓋殆盡，即該個別條文規定已充分評價該行為之不法性，或該個別條文規定已窮盡規範該行為之不法內涵，則該行為僅有構成或不構成該個別條文規定的問題，而無由再依本條加以補充規範之餘地。反之，如該個別條文規定不能為該違法行為之評價規範者，始有以本條加以補充規範之餘地。

五、（判斷足以影響交易秩序應考量事項）

本條所稱交易秩序係指符合善良風俗之社會倫理及效能競爭之商業競爭倫理之交易行為，其具體內涵則為符合社會倫理及自由、公平競爭精神賴以維繫之交易秩序。

判斷「足以影響交易秩序」時，應考量是否足以影響整體交易秩序（諸如：受害人數之多寡、造成損害之量及程度、是否會對其他事業產生警惕效果及是否為針對特定團體或組群所為之欺罔或顯失公平行為等事項）或有影響將來潛在多數受害人效果之案件，且不以其對交易秩序已實際產生影響者為限，始有本條之適用。至單一個別非經常性之交易糾紛，則應尋求民事救濟，而不適用本條之規定。

六、(判斷欺罔應考量事項)

本條所稱欺罔係對於交易相對人，以積極欺瞞或消極隱匿重要交易資訊致引人錯誤之方式，從事交易之行為。

前項所稱之重要交易資訊，係指足以影響交易決定之重要交易資訊；所稱引人錯誤，則以客觀上是否會引起一般大眾所誤認或交易相對人受騙之合理可能性（而非僅為任何可能）為判斷標準，同時衡量交易相對人判斷能力之標準，以「合理判斷」為基準（不以極低之注意程度為判斷標準）。其常見行為類型如：

- (一) 冒充或依附有信賴力之主體。
- (二) 不實促銷手段。
- (三) 隱匿重要交易資訊。

七、(判斷顯失公平應考量事項)

本條所稱「顯失公平」：係指「以顯失公平之方法從事競爭或商業交易」者。其常見之具體內涵主要可分為三種類型：

(一) 不符合商業競爭倫理之不公平競爭行為

1. 榨取他人努力成果

判斷是否違法原則上應考量(1)遭攀附或高度抄襲之標的，應係該事業已投入相當程度之努力，於市場上擁有一定之經濟利益，而已被系爭行為所榨取；(2)其攀附或抄襲之結果，應有使交易相對人誤以為兩者屬同一來源、同系列產品或關係企業之效果等。惟倘其所採行手段可非難性甚高（如完全一致之抄襲）者，縱非屬前述二因素之情形，仍有違法之虞，應依個案實際情形，綜合判斷之。其常見行為態樣有：

(1) 攀附他人商譽

判斷是否為本條所保護之商譽，應考量該品牌是否於市場上具有相當之知名度，且市場上之相關業者或消費者會產生一定品質之聯想。

(2) 高度抄襲

判斷高度抄襲，應綜合考量該項抄襲是否達「完全一致」或「高度近似」之程度；(1)抄襲人所付出之努力成本與因而取得之競爭優勢或利益之關聯性及相當性；及(2)遭抄襲之標的於市場競爭上之獨特性及占有狀態。

(3) 利用他人努力，推展自己商品或服務之行為。

2. 以損害競爭對手為目的，阻礙公平競爭之行為

其常見行為類型如：

(1) 不當比較廣告

比較廣告中對自己及他人之商品或服務未為不實陳述，而係對相同產品採不同計測方法或標準之比較或於重要比較項目中僅彰顯自己較優項目而故意忽略對方較優項目，意圖在整體印象上造成不公平之比較結果，而未符合公平交易法第二十二條構成要件者。

(2) 對競爭對手之交易相對人為其競爭對手侵害其智慧財產權表示之行為

智慧財產權人發現市場上有可能侵害其權利產品，其對直接侵害之製造商或立於相等地位之進口商品之進口商或代理商，為侵害之通知請求排除，則為依法行使權利之正當行為，無論其內容真偽虛實，均屬智慧財產權爭議，而無本條之適用。其係對間接侵害之經銷商或消費者（即競爭對手之交易相對人或潛在交易相對人）為對手侵害其權利之表示（不拘書面或口頭方式），如未經確認及通知之先行程序，足致對手之交易相對人心生疑慮，甚至拒絕交易，則構成本條之顯失公平行為。

(二) 以不符合社會倫理手段從事交易之行為

常見行為類型如：以脅迫或煩擾交易相對人方式，使交易相對人於決定是否交易之自由意思受到壓抑情形下，完成交易之行為。

(三) 濫用市場相對優勢地位，從事不公平交易行為

具相對市場力或市場資訊優勢地位之事業，利用交易相對人（事業或消費者）之資

訊不對等或其他交易上相對弱勢地位，從事不公平交易之行為。

常見行為類型如：

1. 市場機能失靈供需失衡時，事業提供替代性低之民生必須品或服務，以悖於商業倫理或公序良俗之方式，從事交易之行為。
2. 資訊未透明化所造成之顯失公平行為。

七、結論與建議

檢討公平交易法施行十年來，公平交易委員會適用本條概括性條款之個案，已累積相當多執法經驗，不僅花費苦心，也創建許多新的案例類型，其間的執法成果，迭為各界有目共睹。為使其在適用上儘可能明確，界定其違法類型，除了本條的適用原則外，共計發布九項處理原則、六項規範說明及二十六項行業導正等，相信有助於奠定公平交易法匡正市場交易秩序的功能，對社會各行各業所慣用之欺罔及顯失公平的行為，發揮極大的導正績效，也兼顧保障消費者權益，有利於整體經濟利益。

但違反本條處分案占所有處分案比例高達三成二，為因應本條規定所需要的相關行政規則及行業導正更占本會所有規定條文之六成以上，對於行政資源之分配，顯有失衡之處。尤其社會各界期許公平交易委員會應發揮競爭法主管機關之職掌，亦即競爭法之執法重點應強調取締「限制營業競爭」，處分濫用獨占、違法結合及聯合等行為；但動用本條規定，迭被質疑為公平交易委員會取締的是零星不公平交易行為，公權力介入太多的私權爭議，在執法重點上似乎有偏重公平交易法第三章不公平競爭，而未能通盤顧及第二章限制營業競爭部分。加上考量到現行法律制度業已較周全齊備，本條規定適用之範圍，確有「瘦身」之必要。

累積歷來執法經驗，目前公平交易委員會就本條規定與其他法律及公平交易法其他條款之區隔釐清上，已漸有明確清楚之規範及可操作之判斷準據，惟執法尺度之判斷，仍有賴公平交易委員會依據時空環境及競爭政策之需要，在競爭法規範與社會期待之間作一最佳的公益衡酌。例如對於具體案件之適用，依其違法構成要件之研析並加以適用法條，對於事業或其相關交易行為之規範，亦較為明確。同時可達行政資源之最佳配置及符合案件處理之一致性要求。

本文研究回歸本條適用之基本精神、公平交易法與其他法律適用之釐清、本條規定與公平交易法其他條文適用之區隔等，提出本條規定之違法構成要件及主要行為態樣，希冀對本條規

定之適用，加以釐清，期予提供本條規定在操作上能有更明確之規範目的、更清楚之執法視野，不但使事業容易觀察其行為面，並預判避免其行為之違法可能性，提供公平交易委員會執法時之明確判斷標準，目前已通過「公平交易法第二十四條之適用原則」之新修正，相信假以時日，可以有效達成本條規定之理想規範目的。

附件：82年12月29日第117次委員會議通過公平交易法第二十四條之適用原則

公平交易法第二十四條係不公平競爭行為的概括規定，但是公平法第二章所規範之限制營業競爭行為，亦有可能涉及不公平競爭，因此公平法第二十四條之規範範圍非限制於必不包括分類上應屬第二章所規範之行為（即獨占、結合及聯合行為）。是以為處理涉及公平法第二十四條案件，本會乃研擬公平交易法第二十四條之適用原則如次：

- 一、具有不公平競爭本質之行為，如無法依公平法其他條文規定加以規範者，則可檢視有無公平交易法第二十四條之適用。
- 二、所謂不公平競爭，係指行為具有商業競爭倫理的非難性。也就是說，商業競爭行為違反社會倫理，或侵害以品質、價格、服務等效能競爭本質為中心之公平競爭。
- 三、公平交易法第二十四條之交易秩序，係指符合社會倫理及效能競爭原則之交易秩序，包括了交易相對人間不為欺罔及不當壓抑的交易秩序，以及不阻礙競爭者為公平競爭的交易秩序。
- 四、行為是否構成不公平競爭，可從交易相對人間之交易行為，以及從市場上之效能競爭是否受到侵害加以判斷。因此對於事業之行為是否構成公平交易法第二十四條之欺罔或顯失公平行為，可採以下二階段認定法：

（一）先自交易相對人間之交易行為觀察

1. 對交易相對人為欺罔行為：即以欺騙或隱瞞重要事實等引人錯誤之方法，致使交易相對人與其交易，或使競爭者喪失交易機會。至於行為是否構成欺罔，應以一般人之標準衡量，且無須以發生實際交易行為為要件，只須行為於客觀上構成「欺罔」即屬該當。
2. 對交易相對人為顯失公平行為：所謂對交易相對人為顯失公平行為，係指對交易相對人為不當壓抑，亦即妨礙交易相對人自由決定是否交易及交易條款。行為構成顯失公平者，同樣亦不必以發生實質交易行為為要件，只須在客觀上構成顯失公平即可。常見之行為類型包括：

- （1）強迫或煩擾交易相對人：所謂強迫係指以物理上強制力或造成心理上壓力使交易

相對人與其交易。所謂煩擾，係指以干擾、糾纏或造成厭煩等方法促使交易相對人與其交易。

(2) 對交易相對人濫用優勢地位：所謂對交易相對人濫用優勢地位係指強迫交易相對人接受不公平交易條款，例如不公平之定型化契約即為著例。

(二) 次從市場上之效能競爭是否受到侵害觀察

若無法或很難自交易相對人間之交易行為，觀察行為是否欺罔或顯失公平，則可以市場上效能競爭（公平競爭本質）是否受到侵害來判斷。申言之，雖然事業之行為對交易相對人而言，無從或很難認定構成欺罔或顯失公平，但若其行為已違反效能競爭的原則，對於其他遵守公平競爭本質的競爭者而言，已構成顯失公平，而使市場上公平競爭本質受到侵害，從而其行為具有商業競爭倫理非難性，構成公平法第二十四條之違反。此類行為大致可分為：

1. 榨取他人努力成果之行為：榨取他人努力成果行為，不符合商業競爭倫理，故屬於不公平競爭行為。惟於是否構成違法之判斷上，應衡量取榨取行為帶給社會大眾之利益以及損害被榨取者及競爭秩序之不利益，並考量榨取者其手段之不當程度，以及被榨取之標的是否著名等各種因素加以衡量。常見之榨取他人努力成果行為為下列幾種類型：

- (1) 依附他人聲譽。
- (2) 依附他人著名廣告。
- (3) 不當模仿他人商品或服務之外觀或表徵（但如其行為符合公平交易法第二十條之規定者，則適用該條之規定）。
- (4) 利用他人已投入廣告行銷之努力或成本，而推展自己商品之銷售（例如於真品平行輸入情形，貿易商對於商品之內容、來源、進口廠商名稱及地址等事項以積極行為使消費者誤認係代理商所進口銷售之商品）。

2. 破壞市場的行為：

- (1) 意圖消滅競爭者之大量分贈正式商品。
- (2) 意圖消滅競爭者之低價傾銷或高價購入行為。（2002年3月修正稿）

評論

呂律師榮海（蔚理法律事務所）

黃主委、趙前主委、在座之學者專家、公平會之同仁，大家好！

今天非常榮幸來參加，陳委員與其同仁這篇文章之評論，我讀了兩三遍，受益良多，這篇論文對公平會對第二十四條之執行做了蓋括之閱覽，可分成下列幾方面：第一，公平會處理了五百多個案例，佔公平會所有案例之三成；第二，公平會對這部分也做了二十六個指導原則，做了許多指針性之規定，當業界未充分認識公平法時，以這種指針性之規定指導業界，對行政資源之節省有其一定之功能。這篇論文也提到，回顧這十年來，對未來展望方面，要捨棄個別零星式的處理，避免行政資源之浪費，可以用消保法或民法處理的，就用該法條處理。因此處理原則強調「足以妨害、影響交易秩序」之要件要縮小，要縮小此要件主要要考慮公共利益。就此點，我個人提出幾點意見：第一點，公平法第二十四條是一條典型的蓋括條款，可以藉第二十四條開發一些新的案源，因為公平會之存在應針對新發生之問題，以第二十四條作一些規範，所謂新發生問題，例如人力網站、知識經濟下之競爭政策等問題，隨著社會之變遷，隨時都會有新的問題發生，因此第二十四條在這扮演很好之角色。在現在經濟成長中，亞洲是一重要市場，亞洲市場之特色是少量多樣之市場模式，台灣有許多企業是適合這種少量多樣的生產技術，這種技術我覺得也要用公平法第二十四條來保護。接著我認為第二十四條之案例很多，但這篇論文之案例偏重處理原則這方面，因此案例太少，最好能把具代表性之案例補充進去。謝謝！

公平交易法之發展

廖義男*

一、前言

關於公平交易法（以下簡稱公平法）之發展，本文擬從三方面不同之角度來討論，即：

1. 從違法行為處分案件之統計數據看公平法實務之發展。
2. 從其他法域之修訂或制定，觀察其對公平法適用之衝擊。
3. 從公平法之修正，看競爭理論及政策之發展。

二、從違法行為處分案件統計數據看公平法實務之發展

依據行政院公平交易委員會（以下簡稱公平會）統計室之案件統計報告¹，截至民國 90 年 9 月底止，公平會對違反公平法，處分案件計 1,691 件。其中，限制競爭行為部分共 203 件，包括：

第十條獨占行為 3 件

第十一條結合行為 19 件

第十四條聯合行為 77 件

第十八條約定轉售價格行為 25 件

第十九條妨礙公平競爭行為 79 件

不公平競爭行為部分則有 1,335 件，包括：

第二十條仿冒他人商品或服務表徵行為 22 件

第二十一條虛偽不實或引人錯誤廣告行為 764 件

第二十二條損害他人營業信譽行為 10 件

第二十四條欺罔或顯失公平行為 539 件

非法多層次傳銷行為及其他案件則有 224 件，包括：

* 台灣大學法律學院院長。

1 載於公平交易季刊，第 9 卷第 4 期，頁 150，表四（2001 年 10 月）。

第二十三條至第二十三條之四非法多層次傳銷行為 157 件

第四十一條、第四十三條等其他案件 67 件

上述數據中，特別值得注意者，即限制競爭行為案件中占全部處分案件 12%；而不公平競爭行為案件則占 78.95%；非法多層次傳銷行為案件則占有 9.28%。可見公平法自民國 81 年 2 月 4 日施行以來十年間，公平會對違反競爭秩序行為之調查及處分，偏重於不公平競爭行為部分，而限制競爭行為部分反而居於次要地位。其次，性質上屬公平法補充遺漏之概括條款第二十四條（欺罔或顯失公平行為）處分案件，竟占限制競爭行為及不公平競爭行為處分案件總數（203+1,335=1,535 件）之 35.11%，此種現象是否表示公平法其他條文規範結構有問題，不足以涵蓋常見及典型之限制競爭行為及不公平競爭行為，以致須尋求概括補遺條款作為其處分依據？或者第二十四條被當作「帝王條款」，廣泛及從寬適用於任何「交易不公」之案件，以致公平會之角色不僅是「競爭秩序之維護者」，並且也是「交易不公之取締者」？

按公平法所以設主管機關公平會者，乃鑑於限制營業競爭行為，如獨占、結合、聯合行為等是否產生實質影響或限制市場競爭之作用，須就市場競爭結構、商品之生產、銷售、存貨、輸入及輸出值（量）或服務供需情況等資料加以調查、統計與分析作為判斷之基礎，因而須有常設之行政主管機關，結合法律、經濟、財稅、會計或管理人才，從事該等資料之調查、分析與判斷。至於不公平競爭行為，如仿冒他人商品或服務表徵行為、虛偽不實或引人錯誤之廣告、損害他人營業信譽之行為等，本質上具有濃厚之違反商業倫理，傳統上即屬於私法上侵權行為領域及刑事法上之詐欺、妨害名譽及信用罪，原本即可由法院民事庭、刑事庭予以裁判，以維護被害人權益，而不須行政機關再介入保護。惟我國公平法之規範內容，為維護自由及公平之競爭秩序，包括限制競爭行為及不公平競爭行為兩部分，致使公平會對不公平競爭行為亦有介入監督之權責。然公平法實施十年以來之實務發展，依前述資料顯示，公平會對不公平競爭行為之處分案件，著力甚多，負荷嚴重，多少導致其分散對限制競爭行為應有之注意監督及管制。

不公平競爭行為處分案件占全部違法行為處分案件高達 78.95%，固然與虛偽不實或引人錯誤廣告行為處分案件多達 764 件（占全部違法行為處分案件 45.18%）有關，但虛偽不實或引人錯誤廣告行為處分案件，甚少係由同業競爭者以其為不公平競爭手段而向公平會檢舉，絕大多數係因廣告主事業之交易相對人，尤其消費者因廣告不實產生交易糾紛未獲妥善解決而向公平會檢舉。其實，因廣告不實所產生之交易糾紛，本即可依民法解決，撤銷意思表示（民法

第九十二條) 或主張侵權行為之損害賠償(民法第一八四條第一項後段) 或援引消費者保護法, 主張廣告主應負債務不履行之損害賠償(消費者保護法第二十二條), 而其仍向公平會檢舉者, 多半是藉此做為與廣告主談判解決交易糾紛之籌碼。在此情形, 係利用公平會行使公權力介入干預不實廣告行為, 做為解決私人權益糾紛之手段。此與公平法第二十六條規定:「公平交易委員會對於違反本法規定, 危害公共利益之情事, 得依檢舉或職權調查處理」之立法意旨顯然相違。換言之, 公平會對於凡不實廣告之案件, 並非皆有須介入干預取締之義務與必要, 必須該不實廣告確實符合「危害公共利益」之要件, 例如, 使甚為多數之消費者受騙上當, 並使其他同業競爭者因該不實廣告減損交易機會妨礙其公平競爭等, 始須調查處理。如僅單一或二、三消費者之檢舉, 未必即與危害公共利益之要件相符。

公平法第二十四條規定:「除本法另有規定者外, 事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」。亦即事業之行為, 如已滿足公平法其他條文之構成要件, 且其不法內涵, 已充分為其他條文所涵蓋者, 即無適用公平法第二十四條之餘地。反之, 如事業之欺罔或顯失公平之行為並不合致公平法其他條文所定之構成要件, 惟其行為違反商業倫理或效能競爭、妨礙市場競爭機能或濫用市場地位足以影響交易秩序者, 即應適用第二十四條予以處分。故公平法第二十四條在公平法之體系上, 係屬補遺性質之概括條款, 其得否適用, 首先必須判斷公平法之其他特定條文有無適用之可能。惟公平會如對其他特定條文規範之適用條件, 解釋過於嚴格, 增加法意所無之不必要之適用條件者, 則會導致適用公平法第二十四條處分案件之增加。例如, 誤認為杯葛行為之事業須具有一定市場地位, 而以該事業不具市場地位, 即不該當杯葛行為主體之要件, 因而不適用公平法第十九條第一款為處分; 或者忽略公平法第二十條第一項第一款及第二款之立法意旨, 以導致商品或服務之主體或來源混淆即為已足, 誤解仿冒他人商品或服務表徵之行為, 須商品或服務屬於「同類」, 始可能導致商品或服務之混淆, 因而不適用該條款予以處分; 或者欺罔之行為, 實已該當第二十一條就其商品或服務為虛偽不實或引人錯誤之廣告, 而竟未引用該條項予以處分等²。

公平法第二十四條係屬整部公平法之概括條款, 因此該條所稱「足以影響交易秩序」, 亦應與公平法所欲維護之自由及公平競爭秩序同其內容。換言之, 該條所稱「交易秩序」, 係指

² 對於實務上有關公平法第二十四條和公平法其他法條適用關係運用情形之批評, 詳見廖義男, 「從行政院裁判看公平交易法實務之發展」, 月旦法學第 70 期, 頁 36 以下 (2001 年 3 月)。

符合社會倫理及效能競爭原則之交易秩序，包括了交易相對人間不為欺罔及不當壓抑的交易秩序，以及不阻礙競爭者為公平競爭的交易秩序³。亦即其所稱「足以影響交易秩序之欺罔」，係指以積極的欺騙或消極的不告知交易上重要資訊，足以使交易相對人作出錯誤的交易判斷而與其交易之行為，並使同業競爭者因此喪失交易機會而言。「足以影響交易秩序之顯失公平之行為」，則包括(1)事業的競爭手段違反商業倫理或效能競爭之本質，對同業競爭者之顯失公平；(2)濫用其市場地位排除或阻礙其他同業競爭者，對同業競爭者之顯失公平；(3)濫用其市場地位訂定不公平交易條件，對交易相對人之顯失公平⁴。因此，如與爭取交易之競爭無關，亦與市場地位之運用無涉者，縱令事業與交易相對人發生「交易不公」之糾紛，應無公平法第二十四條之適用。當事人間有關交易不公之契約上糾紛，應依民事法規由法院解決⁵。換言之，公平會應嚴守其為「競爭秩序維護者」之身分，不應也不宜扮演「交易不公取締者」之角色。

總之，公平會要將調查、處理違反公平法案件之重心移轉至限制競爭行為部分以符合當時設置該機關之旨趣者，首要之務，即是妥善依據公平法第二十六條規定精神，依檢舉或職權調查處理違法案件時，尤其是不實廣告之案件，即應確實審查是否符合「危害公共利益之情事」之要件，始為介入。同時也應正確釐清公平法第二十四條之適用範圍，對於不涉及競爭及市場地位之運用，僅屬當事人對契約成立所形成權利義務關係不合理、不公平之交易爭執案件，不為介入，將可減少所謂不公平競爭案件之數量，舒緩公平會處理不公平競爭案件之負荷，而較有人力資源與時間，積極投入限制競爭行為之監督及管制上。

三、從其他法域之修訂或制定，觀察其對公平法適用之衝擊

公平法之適用，受到其他法域修訂或制定之影響者，可從三方面加以說明，一為受到在解除管制及開放市場政策下修正或制定法規之影響；二為受到為整頓金融秩序而新制定之金融法規之影響；三為受到新制定施行之行政程序法之影響。

1. 在解除管制及開放市場政策下所修正或制定之法規，對特定產業除開放市場外，對於如何促

³ 參照公平會所訂「公平交易法第二十四條之適用原則」第三點。載於公平交易委員會編，公平交易法相關法規、處理原則、行業導正彙編，頁 238 (2000 年)。

⁴ 參照廖義男，「從行政法院裁判看公平交易法實務之發展」，月旦法學第 69 期，頁 36、38 (2001 年 2 月)。

⁵ 有關公平法第二十四條適用情形之批評，並見蘇永欽，私法自治與公平法的管制，月旦法學第 70 期，頁 40 以下 (2001 年 3 月)。

進及維護該特定產業市場之自由及公平競爭，尤其如何防止既有業者或因擁有關鍵性技術、設備或通路而居於控制市場地位之事業，濫用其市場地位而妨礙其他業者之公平競爭或損害交易相對人之權益等，亦常有規範者。例如，電信法第十九條、第二十六條之一⁶；政府採購法第六、二十六、三十七條⁷。亦有對於特定產業之事業結合達一定規模以上而形成控制市場地位者，明文禁止者。例如，有線廣播電視法第二十一條⁸。此種規範，與維護自由及公平競爭秩序為立法目的之公平法實有重疊之處，因此，即產生法規及管轄競合之問題，從而須就其間如何適用法規之疑義加以解決。

按公平法第四十六條規定：「事業關於競爭之行為，另有其他法律規定者，於不牴觸本法立法意旨之範圍內，優先適用該其他法律之規定」，故產業法規有關促進及維護競爭秩序之規範，如與公平法意旨相符，即應優先適用，而排除公平法之適用，以免疊床架屋。惟產業規範中，如其促進與維護競爭秩序之規範原則，與公平法之規範原則有所出入者，則公平法仍有適用之餘地。例如，有線廣播電視法對於形成有控制市場地位之事業或關係企業集

-
- 6 電信法第十九條規定：「第一類電信事業應依其所經營業務項目，建立分別計算盈虧之會計制度，並不得有妨礙公平競爭之交叉補貼。第一類電信事業兼營第二類電信事業或其他非電信事業業務者，亦同」第二十六條之一規定：「第一類電信事業市場主導者，不得有下列行為：
- (1) 以專有技術直接或間接阻礙其他第一類電信事業提出網路互連之請求。
 - (2) 拒絕對其他第一類電信事業揭露其網路互連費用之計算方式及有關資料。
 - (3) 對所提供電信服務之價格或方式，為不當之決定，維持或變更。
 - (4) 無正當理由，拒絕其他第一類電信事業租用網路元件之請求。
 - (5) 無正當理由，拒絕其他電信事業或用戶承租電路之請求。
 - (6) 無正當理由，拒絕其他電信事業或用戶協商或測試之請求。
 - (7) 其他濫用市場地位或經主管機關認定之不公平競爭行為。
- 7 政府採購法第六條規定：「機關辦理採購，對廠商不得為無正當理由之差別待遇」。第二十六條第二項規定：「機關所擬定採用或適用之技術規格，其所標示之擬採購產品或服務之特性，諸如品質、性能、安全、尺寸、符號、術語、包裝、標誌及標示或生產程序、方法及評估之程序，在目的及效果上均不得限制競爭」。第三十七條第一項規定：「機關訂定前條投標廠商之資格，不得有不當限制競爭，並以確認廠商具備履行契約所必須之能力者為限」。
- 8 有線廣播電視法第二十一條規定：「系統經營者與其關係企業及直接、間接控制之系統經營者不得有下列情形之一：
- (1) 訂戶數合計超過全國總訂戶數三分之一。
 - (2) 超過同一行政區域系統經營者總家數二分之一。但同一行政區域只有一系統經營者，不在此限。
 - (3) 超過全國系統經營者總家數三分之一。

團，係採事後監督，即違反禁止規定之制裁原則（有線廣播電視法第二十一、四十二、六十八條），而公平法對於達一定規模而可能形成控制市場地位之事業結合，即事業因結合而使其市場占有率達三分之一者；或參與結合之一事業，其市場占有率達四分之一者，或其上一會計年度之銷售金額超過公平會所公告新台幣五十億元者，則採事前監督，即事前須申請許可（公平法第十一條），因此，有線電視系統經營者達公平法所定規模之事業結合，仍應向公平會申請許可，如該結合規模已達有線廣播電視法所禁止之規模時，公平會將認其限制競爭之不利益大於整體經濟之利益，而不予許可⁹。

此種法規與管轄競合之問題，事實上，公平會已注意及之，而訂有「公平交易法對有線電視相關產業規範說明」、「有線廣播電視頻道節目供應業者與有線廣播電視（播送）系統業者垂直結合申請案件審理原則」、「公平交易法對電信事業之規範說明」等¹⁰資為處理之依據。

值得討論者，為政府採購行為涉及競爭秩序者，例如，招標機關訂定招標文件時，無正當理由採用特定廠商之特有規格為技術規格而限制競爭；或對投標廠商之資格為不當限制競爭等，依公平會與公共工程委員會協商結論¹¹，其行為發生在政府採購法施行前者，依公平交易法處理；如其行為發生在政府採購法施行之後，而政府採購法已有規範者，由政府採購法主管機關或相關權責機關依政府採購法處理。按政府機關、公立學校、公營事業（即政府採購法所稱「機關」），辦理採購時（包括工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任等），其地位與性質，即屬公平法所稱事業¹²。如其採購金額龐大，使其在採購之商品或勞務之市場上擁有相當之市場地位，而對廠商為無正當理由之差別待遇，致妨礙公平競爭或限制競爭者，即應有公平交易法之適用。換言之，具有市場地位之招標機關，如對廠商為無正當理由之差別待遇行為致妨礙公平競爭或限制競爭者，公平會本即可依公平法第十九條第二

⁹ 參照公平交易委員會訂定之「有線廣播電視頻道節目供應業者與有線廣播電視系統業者垂直結合申請案件審理原則」第五點。載於公平交易委員會編，公平交易法相關法規、處理原則、行業導正彙編，頁 260 以下（2000 年）。

¹⁰ 見公平交易委員會編，公平交易法相關法規、處理原則、行業導正彙編，頁 251 以下；260 以下；276 以下（2000 年）。

¹¹ 載於公平交易委員會編，公平交易法相關法規、處理原則、行業導正彙編，頁 123 以下（2000 年）。

¹² 參照廖義男，公平交易法規範之事業概念，載於公平交易法之釋論與實務，第一冊，頁 27 以下（1996 年）。

款、第四十一條糾正及處罰之。然政府採購法對此別有處理原則之安排，即廠商對於機關辦理採購（包括招標、審標、決標、履約或驗收），認為違反法令，致損害其權利或利益者，得向招標機關提出異議，對於招標機關就異議之處理結果不服者，得向中央主管機關、直轄市或縣（市）政府所設之採購申訴審議委員會申訴。採購申訴審議委員會審議判斷指明原採購行為違反法令者，招標機關應另為適法之處置。採購申訴審議委員會並得建議招標機關處置之方式。但招標機關不依此建議辦理者，應報請上級機關核定，並由上級機關以書面向採購申訴審議委員會及廠商說明理由。於審議判斷指明原採購行為違反法令之情形，廠商並得向招標機關請求償付其準備投標、異議及申訴所支付之必要費用（參照政府採購法第七十四、七十五、七十六、八十二、八十五條）。換言之，依政府採購法之立法精神，認為在招標機關違反法令，對廠商為無正當理由之差別待遇行為而妨礙公平競爭或限制競爭者，該受害廠商得依異議及申訴程序獲得救濟，因而對於招標機關是否須再課予其他責任，則未有明文。但由於異議及申訴程序，僅是提供廠商與機關就採購行為有爭議時，得為救濟之管道之一，而非必須採行之救濟管道，因此，廠商捨棄此異議及申訴之救濟管道，逕以機關之採購行為違反公平法而向公平會檢舉者，公平會似無立場可以主張該爭議應依政府採購法有關異議及申訴程序解決，而不予處理。從而前述有關公平會與公共工程委員會之協商結論，就政府採購法施行後，與政府採購有關之行為涉及競爭秩序，政府採購法已有規範者，由政府採購法主管機關或相關權責機關依政府採購法處理，恐非的論，亦不夠明確，易生誤會。

2. 為整頓金融秩序而新制定之金融法規中，特別值得一提者，為「金融機構合併法」第十三條第三項第二款之規定，即農、漁會信用部因業務或財務狀況顯著惡化，不能支付其債務或調整後淨值為負數時，主管機關認為有緊急處理，命令農、漁會將其信用部及營業所必須之財產讓與銀行之必要，而股份有限公司組織之銀行因此受讓農、漁會信用部者，如其對金融市場競爭無重大不利影響時，免依公平交易法第十一條第一項規定向公平會申請許可。換言之，銀行受讓垂危之農、漁會信用部所為之結合行為，於對金融市場競爭無重大不利影響時，免受公平會之監督，無須向公平會申請許可。此項規定，固然係為緊急處理垂危金融事業之結合所為之特殊例外規定，但多少亦表示公平法對事業結合所規定之事前許可制度，對於尤須爭取時效之事業結合，構成負面影響。至於嗣後新訂之金融控股公司法方面，主管機關為許可設立金融控股公司時，除應審酌財務業務之健全性及經營管理之能力，以及資本適足性

外，並應審酌對金融市場競爭程度及增進公共利益之影響（第九條第一項）。即強調銀行之主管機關對金融控股公司之設立，應特別注意其對金融市場競爭所帶來之影響及增進公共利益之程度，做為是否許可之考量因素之一，此與公平會是否許可事業結合所應審酌之因素及衡量標準（參照公平法第十二條）應屬相同。雖然如此，但金融控股公司法並不因此使銀行主管機關所為金融控股公司設立之許可，即可取代公平會對事業結合之許可。蓋其又規定「主管機關對於金融控股公司之設立構成公平交易法第六條之事業結合行為，應經公平交易委員會許可；其審查辦法，由行政院公平交易委員會會同主管機關訂定」（第九條第二項），而為使兩個主管機關對事業結合得否許可之審查標準趨於一致，並規定由其彼此會同訂定審查辦法，以避免歧見之發生¹³。

3. 公平法第二十八條雖規定公平會依法獨立行使職權，但其乃行政院所設置者（公平法第二十五條），因此性質上仍為一行政機關，從而人民對公平會所為處分不服時，應依訴願及行政訴訟程序提起救濟。換言之，人民不服公平會處分者，應先依訴願程序向行政院提起訴願，由行政院訴願審議委員會審查公平會處分是否違法或不當。此固然符合一般行政機關藉由訴願程序而由上級機關監督下級機關是否依法行政之原則，但公平會之處分係由具有法律、經濟、財稅、會計或管理等相關專業人士，依公平法規定及競爭法理所作成，而行政院訴願審議委員會委員固然多為一般法律專家，但未必熟練於競爭法理，因此，由行政院訴願審議委員會審議公平會處分是否違法或不當，於專業判斷之理論上並非適當合理。而依新制定施行之行政程序法第一〇九條規定，不服行政機關依聽證程序作成之行政處分，其行政救濟程序，免依訴願及其先行程序。而是否舉行聽證，得由行政機關認為有舉行聽證之必要時為之（行政程序法第一〇七條第二款）。而有關公平法之處分案件，尤其涉及限制競爭行為之部分，無論是對濫用獨占行為或違法聯合行為之取締，或者對聯合行為為例外許可或對事業結合為准駁之決定，都涉及複雜之市場結構、產銷資料及經濟情況等資料之調查、分析，並且所牽涉之當事人及利害關係人，不僅為行為或申請之事業，並包括與該事業處於競爭狀態之同業以及與該事業為交易之交易相對人。因此，在作成有關限制競爭行為之處分時，為充分調查事實並確實保障當事人及利害關係人於程序中得提出證據、陳述意見及發言之權益，而舉行聽

¹³ 關於此項規定之評述，可參照顏雅倫，我國結合管制之檢討與前瞻 - 以金融產業之結合為例，（台灣大學法律學研究所碩士論文），頁 213 以下（2001 年）。

證，亦屬合理，並合乎正當法律程序之要求。從而公平會應儘量經聽證程序作成行政處分，當事人如有不服時，即可不必經訴願程序，得逕向高等行政法院提起行政訴訟，以求救濟，對當事人權益之維護而言，其救濟管道亦較捷便。

四、從公平法之修正，看競爭理論及政策之發展

公平法自民國 82 年 2 月 4 日施行以來，分別於民國 88 年 2 月及 89 年 4 月修正二次。惟民國 89 年第二次之修正，僅是配合精省，將主管機關在「省(市)為建設廳(局)」改為在「直轄市為直轄市政府」，並無重要意義。值得重視者為民國 88 年之第一次修正。修正之內容，計有：

1. 將獨占之事業及市場占有率達五分之一之事業定期公告制度廢止(第十條、第十一條)。
2. 將約定轉售價格行為得例外合法有效之規定刪除(第十八條)。
3. 於妨礙公平競爭之行為，並加上「限制競爭」之情形(第十九條)。
4. 將被仿冒之商品或服務表徵之要件「相關大眾所共知」之用語，改為「相關事業或消費者所普遍認知」(第二十條)。
5. 將原在於法規命令性質之多層次傳銷管理辦法之重要規定，包括參加人之契約解除權、終止權、損害賠償或違約金約定之禁止等規定，提升其法之位階，直接規定於公平法(第二十三條之一至第二十三條之三)。
6. 授權制定多層次傳銷管理辦法之內容，予以明確化，包括報備、業務檢查，及對參加人之告知、參加契約內容及與參加人權益保障等相關事項，以符合授權明確性之原則(第二十三條之四)。
7. 將原定性為犯罪行為之獨占濫用行為、聯合行為及仿冒他人商品或服務表徵之行為，改為「依附行政處分之犯罪行為」，即須經行政機關限期糾正而逾期仍未停止或改正其違法行為，或停止後再為相同或類似違反行為者，始構成犯罪(即所謂「先行政後司法」)(第三十五條)。
8. 將原即屬「依附行政處分之犯罪行為」性質之違反第十九條之妨礙公平競爭行為，構成其成為犯罪之前提要件之行政糾正內容，規定更為明確(第三十六條)。
9. 將損害他人營業信譽行為之罪，改為告訴乃論，並提高徒刑為二年，以配合刑法妨害名譽及信用罪章之規定(第三十七條)。
10. 賦予公平會對於違反公平法規定之事業，除原得限期糾正外，並得逕處以罰鍰，不再以逾

期不停止或改正為處罰條件，且將罰鍰金額提高至五十倍（第四十一條）。

11. 對於不正當多層次傳銷，明定處以刑罰外，並得限期糾正並處罰鍰，其情節重大者，並得命令解散、停止營業或勒令歇業。對於多層次傳銷事業於參加人解除契約或終止契約後，不返還其進貨價金及其他加入時給付之費用；或不買回參加人所持有之商品；或向參加人請求契約解除或終止所受之損害賠償或違約金者，明定得限期糾正並處罰鍰，其情節重大者，並得命令解散、停止營業或勒令歇業。對於違反多層次傳銷管理辦法者，與違反公平法母法之行為，同依相同條文（第四十一條）處分（第四十二條）。
12. 將原豁免規定之內容「事業依照其他法律規定之行為，不適用本法之規定」，改為「事業關於競爭之行為，另有其他法律規定者，於不抵觸本法立法意旨之範圍內，優先適用該其他法律之規定」，並刪除原有「公營事業、公用事業及交通運輸事業，經行政院許可之行為，於本法公布後五年內，不適用本法之規定」之規定（第四十六條）。

上述修正內容中，對競爭理論與政策之發展有深遠影響者，可分為下列六項說明：

1. 廢止獨占事業定期公告制度，不僅節省為定期公告而須就各種市場全面調查其產銷、輸出入值（量）等資料所花費之行政成本而已，更重要的意義，是使禁止獨占事業濫用其市場地位行為之規範條文（第十條），得不因該事業雖實質上已符合公平法第五條所稱獨占之定義，但因未被公告為獨占，而不能適用¹⁴。換言之，獨占事業公告制度廢止後，事業符合獨占之要件而有濫用其市場地位之行為者，即可以其違反公平法第十條予以處分。事實上，公平會亦在民國 88 年修正公平法廢止獨占事業公告制度以後，始對事業適用公平法第十條禁止獨占事業濫用市場地位規定而予以處分者。例如，大台北區瓦斯股份有限公司濫用市場地位對商品價格為不當決定案（89 公處字第 083 號處分）¹⁵；中國石油股份有限公司濫用市場地位，以不公平之方法直接阻礙他事業參與競爭案（89 公處字第 170 號處分）¹⁶。
2. 約定轉售價格行為在競爭理論及政策之評價上，本即有正面及負面之爭¹⁷。修正後之公平法

¹⁴ 獨占事業公告制度之批評，詳見廖義男，獨占法規與實務之檢討，公平交易季刊第 3 卷第 1 期，頁 1 以下（1995 年）。

¹⁵ 載於公平交易委員會公報第 9 卷第 6 期，頁 126 以下（2000 年）。

¹⁶ 載於公平交易委員會公報第 9 卷第 11 期，頁 62 以下（2000 年）。

¹⁷ 關於約定轉售價格之正面及負面評價，詳見廖義男，公平交易法應否制定之檢討及其草案之修正建議，載於公平交易法之理論與立法，頁 210 以下（1995 年）。

第十八條，將在有同種類商品在市場上可為自由競爭之一般消費者日常用品之轉售價格約定，原本可例外合法有效之規定刪除，顯示立法者對約定轉售價格行為之負面評價高於其正面評價，因而立法態度上，趨向更嚴格管理之立場。

3. 公平法第十九條規範六種破壞競爭秩序之類型。杯葛行為（第一款）、差別待遇行為（第二款）、不正當限制交易相對人事業活動之行為（第六款），除有妨礙公平競爭之作用外，亦會產生限制競爭之影響。而以不正當方法使他事業不為價格之競爭、參與結合或聯合之行為（第四款），即是在導致限制競爭，因此，規範該四款之行為，並加「限制競爭」之效果為其不法之要件，應屬正確。至於以不正當方法，使競爭者之交易相對人與自己交易之行為（第三款），以及以不正當之方法，獲取他事業之營業祕密（第五款），則重在其競爭手段違反商業倫理之可非難性，而屬妨礙公平競爭之類型，與「限制競爭」較無關連。故不應以「限制競爭」效果之有無，判斷其是否違法之基準。
4. 有重要指標意義者，係第三十五條將原定性為犯罪行為之獨占濫用行為、聯合行為及仿冒他人商品或服務表徵之行為，改為「依附行政處分之犯罪行為」，此並不表示公平法對之處罰減輕，而是更為尊重主管機關公平會之專業判斷，並避免專責主管行政機關與司法偵查機關在行為違法與否之判斷上，見解歧異之困擾。此外，以刑罰制裁為後盾，亦有強化事業遵從公平會之糾正處分而停止、改正其違法行為或採取必要更正措施之作用。
5. 公平法未修正前，公平會對於違反公平法規定之事業僅得先限期命其停止或改正其行為，逾期仍不停止或改正其行為者，始得處以罰鍰。而修正後之公平法第四十一條，則賦予公平會對違反公平法規定之事業，除得限期糾正外，並得逕處以罰鍰，且罰鍰金額提高五十倍，可高達新台幣二千五百萬元。且如逾期不停止、改正其行為或採取必要更正措施，並可按次連續處罰新台幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰。此種賦予主管機關對違法行為得逕處以高額罰鍰之規定，除使主管機關得強而有力執法，增強其執法效果以外，亦顯示立法者藉此宣示貫徹維護自由及公平競爭秩序之決心。
6. 較有爭論者，係公平法第四十六條之修正方向與內容。將原為豁免性質之除外適用規定，改為法規競合時之適用順序規定。且其他法律有關事業競爭行為之規定，得否較公平法優先適用，以該其他法律之規定不牴觸公平法之立法意旨為前提。換言之，如其他法律有關競爭行為之規定，與公平法立法意旨不合者，則該其他法律之規定並不適用，而仍須依公平法之規

定。但這並不表示公平法相較於其他法律之規定，係屬上位規範，而僅表示公平法立法意旨所標榜之自由及公平競爭之維護，應為首要尊重及遵守之重要原則。此為解除管制思潮影響下，特別重視維護市場競爭機能之結果。惟立法者如在法律中，因特殊政策目的之考量，明文排除公平法相關規定之適用者，例如金融機構合併法第十三條第三項第二款有關銀行受讓垂危農、漁會信用部之結合行為規定，即明定免依公平法規定向公平會申請許可。此種規定，如認為其與公平法立法意旨牴觸，主張不適用，而仍須依公平法規定申請許可者，顯與立法者特別明文排除公平法適用之立法意旨相違背而不可採。

行政院最近（民國 90 年 10 月 17 日）通過公平交易法部分條文修正草案，關於事業結合之規範，擬將現行之「事前許可」制度，改為「申報異議」制度，即達一定規模之事業結合須先向中央主管機關提出申報。而事業自中央主管機關受理其提出完整申報資料之日起三十日內，不得為結合。但中央主管機關認為必要時得將該期間縮短或延長。延長之期間不得逾三十日。上述期間屆滿而中央主管機關未為決定者，事業得逕行結合。對於事業結合之申報，如其結合，對整體經濟利益大於限制競爭之不利益者，中央主管機關不得禁止其結合。

按公平法制定之初，關於事業結合之規範原則，學者即有建議採「申報異議」之原則者¹⁸。然「申報異議」制度對主管機關有在期間內須為決定與否之時間壓力，當時惟恐建制之初，主管機關人力與經驗有限，責任過於重大，因此不採用之。現主管機關自認執法已有十年經驗，為提升事業結合之時效需求以便事業掌握商機，擬將現行「事前許可」改為「申報異議」制度，符合當前事業為因應貿易競爭趨向結合為企業集團之需求，從而對其緩和管制，應可支持。

至於聯合行為之規範方面，現行法仍有待改善之空間。公平法第七條對聯合行為之定義，並不週全，因此須透過施行細則第五條之規定加以補充。一方面補足聯合行為之要件，須足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能；另一方面擴大「合意」及「共同決定」之概念，包括以意思聯絡，事實上可導致共同行為在內。此項細則規定之補充，固然符合聯合行為之真諦，但因聯合行為原則上係屬禁止之行為（第十四條），違反此禁止規定之行為並應受處罰（第三十五條、第四十一條）。基於處罰法定原則，處罰之構成要件應明確由法律定之，始符合法

¹⁸ 事業結合之規範原則，宜採「申報異議」制度之建議，詳見廖義男，公平交易法應否制定之檢討及其草案之修正建議，載於公平交易法之理論與立法，頁 204 以下（1995 年）。

治國原則及保障人權，故應將施行細則第五條規定提升至公平法母法本身內為妥。此外，聯合行為之例外得為許可之規定，現行法僅列舉七種情形，並不足以涵蓋其他有益於整體經濟與公共利益，但不屬於七種例外情形之聯合行為。例如，同業公會為保護環境、防止公害，決議並要求其會員不再以會污染環境、產生公害之物質做為製造商品之原料，致使該商品之成本增加而價格提高者。又如，同業公會決議，以中央主管機關所擬定之公平合理之定型化契約範本，做為其會員與消費者顧客間交易成立契約時之權利義務關係內容。上述以同業公會決議所成立之聯合行為，依其內容，實應容許其得合法存在，但依現行公平法第十四條但書例外得為許可之規定條件，實難找出其得為許可之根據。故有關聯合行為之規範仍有待努力改善。

五、結語

公平法施行十年以來，建立並維護市場自由及公平競爭秩序之理念，已深植人心，而公平會對破壞競爭秩序之限制競爭行為及不公平競爭行為加以取締，不遺餘力，建立執法威信，亦獲得國人普遍之信賴。十年執法之績效顯著，應予肯定。惟愛深責切，仍期待公平會之執法，較多致力於限制競爭行為之規範上，對於不公平競爭行為之調查處理，尤其不實廣告之取締，應秉持公平法第二十六條規定之精神，審酌該行為是否符合「危害公共利益」之條件，始為介入干預。而適用公平法第二十四條補遺性質之概括條款時，應注意是否與爭取交易之競爭手段或與市場地位之運用有關，並非當事人間有關交易不公之契約上糾紛，皆認為係「足以影響交易秩序顯失公平之行為」而可依第二十四條處理。

在解除管制，開放市場政策下修正或制定之其他法域之法規，有關於特定產業或市場之競爭行為之規範者，與公平法發生法規競合時，應依公平法第四十六條之原則解決。在政府採購行為方面，招標機關如有違反公平法之行為，應仍有公平法之適用，不因政府採購法之施行而被排除。

公平法於民國 88 年之第一次修正，大大增強公平會執法之成效。最近之修正草案擬將事業結合之規範，從現行「事前許可」改為「申報異議」制度，緩和結合行為之管制，應可贊同。但現行法有關聯合行為之規範仍有缺陷，尚須一併修法加以改善。

總之，公平法規範之妥善及執法方向之正確，有助競爭理論及政策之健全發展，並可有效建立及維護自由及公平之競爭秩序。願大家共勉、共同努力。

電信產業之垂直整合與競爭政策

劉崇堅、莊懿妃*

摘要

本文探討電信事業垂直整合與競爭政策的調和問題。我國在電信自由化之後，對於電信事業之垂直整合與競爭政策調和的問題，基本上採取維持原獨占業者垂直整合之組織型態，而以行為管制構建公平合理競爭環境的政策方向。為因應全球化國際競爭加劇，以及數位科技進步所帶來的通信、傳播與網際網路匯流(convergence)趨勢，電信產業主管機關應全力建立公平競爭環境，信任市場機制，使所有業者均能以其自認最有利的組織形態在市場上公平競爭；而再將電信市場分割且不准互跨經營，既不符技術發展趨勢，又阻礙電信事業與市場之自然發展。

前言

電信自由化之目的，在於將競爭機制導入市場中，以求提升電信事業的經營效率及產業的整體績效。由於在自由化之前，電信產業都係以自然獨占之理由由政府或民間業者獨占經營；而在自由化之後，原先之獨占業者應採取何種方式來「融入」競爭市場，則是產業組織政策上極為重要的一項選擇。一般而言，有兩種選擇方式。第一種方式為採結構分離，將原獨占業者分割為數個單項業務的業者，來完備市場競爭條件，構建公平合理的競爭環境；亦即不再允許原獨占者維持原先整合型業者的組織型態，同時經營多種業務。第二種方式則為不採結構分離，允許原先之獨占者維持整合型的組織形態，但在配套措施上採行為管制來構建競爭環境。

在第一種方式之下，原先之獨占者分割後，不再有機會運用其剩餘的獨占力(residual monopoly power)來影響市場機能之運作。而在第二種方式之下，原先的獨占者挾其在技術、財務與其行銷上所累積的優勢，可以輕易地取得市場上主導業者(dominate carrier)的地位，進而影響市場機能之運作。如此，則競爭效果將大打折扣。因此，如何監督獨占者，慎防其濫用剩

* 劉崇堅為台北大學經濟學系教授、莊懿妃為銘傳大學企管學系副教授。作者感謝劉紹樑教授提供寶貴建議。惟文中疏誤應由作者負責。

餘的獨占力，是電信產業組織重新設計時的一項重要課題¹。

由產業經濟理論中企業整合的角度來看，此一課題實為整合與競爭政策的問題。首先就整合而言，產業內企業的整合依一般產業經濟學的分法大致可分為垂直整合、水平整合與跨業整合(conglomerate merger)三種類型。在電信產業中，由於終端用戶線不可欠缺的特性，以及網路互連接續條件嚴重影響下游業者在市場上的競爭條件，地區通信網路(市內電話)與長途通信網路之間的垂直整合在過去的電信產業發展過程中特別受到重視，本文亦以電信事業的垂直整合與競爭政策為討論的主題。

電信產業中之垂直整合，大致可區分為「通信服務」與「通信設備製造」間的整合、「設施基礎通信服務」(facility-based services)與「非設施基礎通信服務」(non-facility-based services)之間的整合，以及不同「設施基礎通信服務」之間的整合等各種不同的組合。過去數十年，美國從1949年司法部與Bell system之間的反托拉斯訴訟案起，到最近1996年電信法開放Bell地區通信公司提供長途通信服務的一序列案例，以及日本NTT組織結構問題，皆屬電信事業的垂直整合問題。其中探討的主要問題亦在於，針對電信業者申請垂直整合或要求維持垂直整合時，政府主管機關應採取結構管制，要求結構分離(即不同意垂直整合，或要求原垂直整合之組織解構)?亦或是在滿足市場競爭性條件下，核准其垂直整合之申請或維持?此即由選擇管制政策的組合來決定競爭政策的問題。

本文架構如下，第二節從文獻回顧的角度，探討垂直整合的誘因，瞭解電信業者期待進行垂直整合或維持垂直整合的原因，以及垂直整合所可能產生的問題。第三節第一小節首先以美國為對象概略介紹其電信產業之垂直整合簡史，其次以1996年電信法體制下Bell地區電話公司獲准經營長途通信服務為例，討論認可垂直整合所必須備妥的市場競爭條件。第二小節以NTT之組織結構為中心討論日本產業構造中垂直整合與競爭政策問題。第三小節就美日兩國之產業構造相關問題進行比較研究。第四節先回顧與展望我國電信產業組織結構與管制體制，再參考美日兩國之經驗，提出本文對此問題的分析結果。第五節總結。

¹ 交通部電信總局，電信自由化白皮書(1997)。

貳、垂直整合之誘因與問題

本節中首先由產業經濟理論的角度回顧相關文獻，分析垂直整合之誘因與所衍生之問題。第一小節討論垂直整合之優點，第二小節則討論垂直整合後實際上發生之問題。敘述上先回顧理論文獻，再檢討各種狀況之結論在電信產業之適用情形。

一、垂直整合之誘因

垂直整合對企業而言，不論是進行整合或是維持垂直整合的型態都是重大決策；而對政府主管當局而言，企業垂直整合亦有可能提昇資配置的效率性。垂直整合主要的優點有以下幾項²：1.成本結構之效率性，2.雙重邊際之避免，3.資費訂定之自由度，4.用戶便利性，5.管制制度之迴避。

(一) 成本結構之效率性

企業進行垂直整合，可以獲得規模經濟性(economies of scale)及範圍經濟性(economies of scope)。規模經濟產生的原因在於設備的不可分割特性。不論產量之多寡必須有一定的資本投入方得開始生產，因而形成固定成本，乃至於規模經濟性。範圍經濟產生的原因可分為共用素之投入或聯合生產(joint production)(Baumol et al. (1982)，以及生產技術與 knowhow 的存在(Teece(1980))。生產上具規模經濟或範圍經濟，將使企業得以(相對於多家分割生產)更低的成本來生產。除使得市場之效率性提高，消費者亦得以更低之價格享受服務。另一方面，企業本身的獲利能力與資金調配能力都可能提高。

就電信產業而言，由於交換機及其他傳輸設備皆具有不可分性，因此電信業者之成本結構具有規模經濟的特性。而由於市內電話部門可同時提供市內通信以及長途通信服務，共同使用生產技術以及帳務處理處之 knowhow，成本結構上應存在範圍經濟的特性。

對以上先驗的看法，相關之實証研究說明如下。在電信事業的規模經濟性方面，1980年代前半之成本函數分析，如 Denny, Fuss, Everson and Waverman (1983)，Evans and Heckman (1984)及 Nadiri and Schankerman (1981)等皆獲得 0.3 左右的規模經濟性實証結果。而到 1990 年代，Roller (1990)及 Shin and Ying (1992)等則發現亦有不具規模經濟之實証研究例。亦即發

² 有關垂直整合之誘因，詳見 Perry(1989)第 4 章, Tirole(1988)第 4 章, 淺井(2001)及伊藤·中島(1993)等。其中淺井(2001)指出「用戶便利性」與「管制制度之迴避」亦為企業整合之誘因。

現部分業者之生產規模已落於平均成本曲線之水平區段或右上揚階段。在範圍經濟性的實証研究方面，有部分研究，如 Seabra (1993)及 Roller (1990)顯示電信事業之成本結構具有範圍經濟性；但其他研究，如 Kiss, Karabadjian and Letebvre (1983)則棄卻具範圍經濟性之假設。中島，八田(1993)之實証結果則顯示，就 NTT 之成本結構而言，電話服務與其他服務項目之間範圍經濟性存在，但基本服務(basic services)與高級服務(enhanced services)之間則不存在。

以上之文獻回顧可以歸納出以下的結論。即，實証研究所得之成果不一定能做為明確的証據來支持電信事業之垂直整合；依實証對象之不同，檢驗之結果可能不同。因此，成本結構之規模經濟性與範圍經濟性是否成為垂直整合之誘因，需視案例分開討論，且可能隨實証方法之不同而得到不同的效果³。

(二) 雙重邊際之避免

所謂的雙重邊際(double marginalization)問題，依 Marvel (1982)的看法，係指要素投入市場與最終財市場雙邊獨占所產生之雙重價格偏離邊際成本的現象。對獨占企業而言，若能將獨占之下游業者垂直整合併入自己的體系內，則可避免遭下游業者剝削。為便於下文討論，本小節中先依一般產業經濟教科書之敘述方式，設立簡易之分析架構，以進行文獻回顧⁴。假設某產業上游之企業生產中間投入 X，下游企業整合 X 與其他生產要素生產最終產品 Y。上游企業生產 X 之邊際成本為 MC_X ，出售 X 所獲之邊際收益為 MR_X 。下游企業生產 Y 之邊際成本為 MC_Y ，出售 Y 之邊際收益為 MR_Y 。兩市場之間的關係，可以上、下游之價格與邊際成本之關係來連結，亦即上游產品的價格等於下游產品的邊際成本。另為求分析簡化起見，假設上、下游產業各只有完全競爭與獨占兩種市場，則可將市場分為如表一中之四種類型。

表中型I為上、下游雙方皆為獨占市場。上游企業以邊際成本等於邊際收益決定 X 之價格 P_1 ，並以此價格提供 X 給下游企業做為中間投入之用。下游企業生產 Y 之邊際成本為 $P_1 + MC_Y$ ，並以此邊際成本等於邊際收益 MC_Y 之數量決定 Y 之產量及其價格 P_2 。型II中上游為獨占市場，下游為完全競爭市場。型III中上游為完全競爭市場，下游為獨占市場。型IV中，上、下游皆為完全競爭市場，最終產品 Y 之價格即等於上、下游邊際成本 $MC_X + MC_Y$ ，如圖一中

³ 伊藤·中島 (1993)，亦持相同見解。

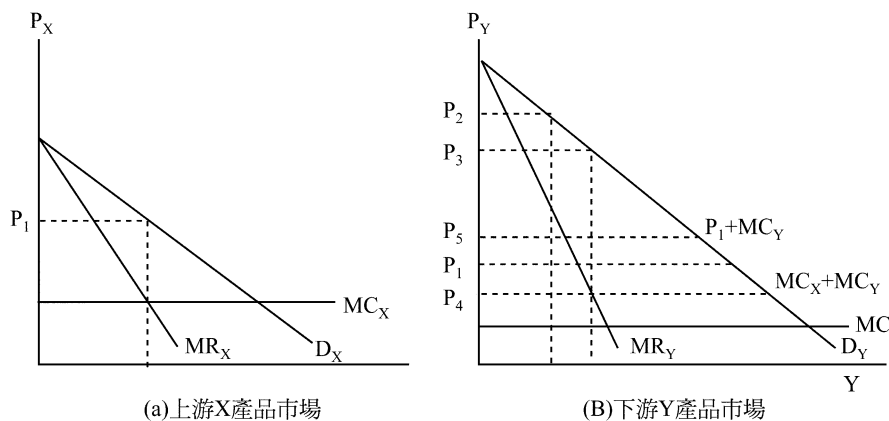
⁴ 例如 Tirole (1988)。

之 P_4 。

若上、下游原為獨占之兩企業，進行垂直整合後由同一企業同時提供 X 與 Y 產品，則最終產品 Y 之產量將會決定於 $MC_X + MC_Y$ 與最終產品 Y 之邊際收益 MR_Y 交點處。價格則決定於 P_3 。比較表一之內容可知， P_3 小於 P_4 ，亦即垂直整合比上、下游同時獨占更具效率性。文獻上最早論及垂直整合與競爭政策者為 Spengler (1950)。該文中上、下游均為獨占市場，即如表一中之型 I 市場。Spengler 之論述指出，垂直整合可以改善產業之效率。

表一 垂直整合與上、下游企業價格設定

| | 上游企業 | 下游企業 | 最終產品價格 |
|--------|--------------------|-----------|--------|
| 上下分離 I | $MC = MR$ | $MC = MR$ | P_2 |
| II | $MC = MR$ | $P = MC$ | P_5 |
| III | $P = MC$ | $MC = MR$ | P_3 |
| IV | $P = MC$ | $P = MC$ | P_4 |
| 垂直整合 | $MC_X + MC_Y = MR$ | | P_3 |



圖一 垂直整合與上、下游企業價格設定

電信產業中，適用 Spengler 模式的情況，僅在於沒有資費管制或互連管制的場合。大致可設想如以下兩例，一為長途通信業者向地區通信業者購買市內通話做為中間投入，生產並提供最終產品之長途通信服務。二為電信業者向通信設備製造業者購買設備做為中間投入，並提供

最終產品之通信服務。就第一例而言，目前電信產業管制之制度設計趨勢為採取資費管制以防止型I， $P = P^2$ 之高獨佔價格出現；或在業者已垂直整合的情況下，進行資費管制以防止 $P = P^3$ 之高價格出現。故電信業者目前並無法透過垂直整合長途通信與區域通信業務，來獲取更大的利益。

另就目前市場開放競爭的程度來看，長途通信市場幾已完全開放競爭，附加價值服務市場亦早已完全競爭。因此就第一例而言，並不適用 Spengler 之議論。就第二例而言，通信設備製造商通常非屬公用事業，即使獨占其價格亦不受管制。此時若電信業者亦為獨占則可能將設備之獨占價格，透過本身通信服務獨占價格之訂定，轉嫁給消費者。這種情況下，對電信業者課以資費管制，並無法發揮功效。原因在於管制當局與電信業者對業者成本結構上的資訊不對稱。對於這種垂直整合之業者政府管制機關必須進行結構管制方為有效，只以資費管制並無法達到目標⁵。

(三) 資費訂定之自由度

垂直整合之後，電信業者可在資費設定上獲得較大的自由度，進而有更大的可能性實施差別取價(price discrimination)。此處之差別取價係指成本相同的產品，由於需求者的價格彈性不同，在追求最大利潤的行為模式下，企業會將價格設定成與彈性呈反比的第三級差別取價(third degree price discrimination)。Perry(1978)及 Tirole(1988)都指出，當法令上不允許差別取價時，企業會利用垂直整合來做為實施第三級差別取價的手段。此種看法亦可以視為企業進行垂直整合之誘因。

在資費訂定的自由度上，電信業者垂直整合之後，得以實現多樣的資費體制爭取顧客，或者採取包圍特定客源的策略。例如日本電信公司(NTC)與日本國際通信公司(NIC)合併後，導入新的資費制度，允許用戶之國內通信費與國際通信費合併計算後，再進行折扣優惠。並且針對個別用戶提供契約年數折扣，以及特定電話號碼或用戶通話折扣等措施，此類之資費設定基本上可視為爭取用戶之第三種差別取價。

(四) 用戶的便利性

企業垂直整合之後，用戶在繳費、証照申請、諮詢等都可獲一次購足(one-stop-shopping)

⁵ 詳見下文「美國 1949 年 Bell system 反托拉斯法訴訟案」之討論。

的好處。Ware(1998)亦將多次通信服務的 one-stop-shopping 視為電信事業多角化的理由之一。電信產業中 one-stop-shopping 提供者的特異性與其他競爭者之間有明顯的區隔，容易獲得消費者的認同。電信事業垂直整合的另一項好處在於，與國外通信業者合作時，外國業者可以只與垂直整合業者進行交涉，不必針對個別業務項目與不同業者進行複數交涉，乃至於契約之簽定。垂直整合後之業者，不僅有利於用戶之消費，亦有利於其國際合作業務之推廣。

(五) 管制制度成本之迴避

當企業之垂直整合獲得認可時，亦即其多角化經營亦獲得認可，此時企業可不必再針對個別業務項目申請跨業務經營。以美國為例，地區電信業者申請經營長途通信服務時，必須經過繁複的手續，耗費龐大之資源與成本，同時亦需承擔申請不獲准之風險，影響企業整體之發展規劃(Rubin and Dezhbakhah (1995))。因此電信業者願意選擇垂直整合之經營型態。

由以上討論可知，電信業者選擇垂直整合的原因有以下幾項：

1. 可以改變成本結構，提升生產效率
2. 可以減輕或迴避個別業務申請過程中所遭遇的不確定性，以及所必需面對的管制成本。
3. 可以改變需求者的便利性，有利企業形象的提昇。
4. 可以實現多樣化的資費組合，爭取顧客或構建各種行銷策略。
5. 可以穩定掌控中間產品之來源，不必為中間產品之取得（例如網路互連）向競爭對手公開本身之投資計畫與發展策略。

對政府主管當局而言，垂直整合後規模經濟性與範圍性的產生有利生產成本結構的改變，可以提昇生產效率，另一方面，雙重邊際的消除亦可以改善配置效率，兩者皆有利於資源使用之效率性提昇。

二、垂直整合對市場公平競爭的影響

垂直整合雖有上小節所述之各項優點，然由公平交易的觀點來看，亦有以下之問題存在⁶：
1. 獨占價格轉嫁問題，2. 略奪性定價問題，及 3. 以拉高競爭對手成本，將對手逼出市場之不公平競爭問題。

⁶ 見淺井(2001)。另本小節中多處引用淺井(1999)之內容。

(一) 垂直整合後獨占價格轉嫁問題

上小節中已提及，垂直整合後之電信業者在上、下游皆具獨占地位時，可能透過本身在下游獨占價格之訂定，將上游之獨占利益轉嫁由消費者承擔。以下我們以美國電信產業相關訴訟案為例，說明此一問題。

1. 美國 1949 年 Bell system 反托拉斯法訴訟案

1949 年美國司法部以其違反反托拉斯法，起訴 Bell system。原因在於 Bell system 的成員之一的 Western Electric 公司以不當的高價將通信設備售予 AT&T。以 AT&T 當時為長途通信服務之獨占業者，其間或有將此價格不當轉嫁於電信服務之疑義。當時之 Western Electric 公司為 AT&T 100% 出資之子公司，AT&T 雖無義務必須以 Western Electric 公司之產品為購買對象，但以製品檢查或存貨管理條件為由，使得 Western Electric 公司成為 AT&T 之專屬設備供應商，Western Electric 公司在 AT&T 特別的要求下，生產並出貨給 AT&T。此等關係在長期契約的保障下，使得 Western Electric 投資風險極低。

美國司法部為使 AT&T 亦能無差異地從 Western Electric 公司以外的供應商採購通信設備，乃要求兩者之間的資本關係應切斷。另外，因涉及通信設備之規格與設計研發，亦要求兩者與各出資 50% 之 Bell 研究所之間的資金關係應切斷。

針對本案司法部蒐集了 Western Electric 公司與 AT&T 之成本資訊，並調查其通信設備之價格是否過高，以及 AT&T 是否將此價格轉嫁到通信服務上。結果以証據不足，雙方於 1956 年和解，和解之條件為(1)Bell system 公開其專利資訊；(2)Western Electric 公司之通信設備販賣對象，除政府機關外，只限定於 AT&T；(3)AT&T 所提供服務，只限於管制下之公眾通信服務及附帶業務。司法部此舉的主要用意有二、一是針對 Western Electric 公司防止其利用略奪性訂價，妨礙通信設備製造市場的公平競爭；二為限制 AT&T 之業務範圍於受管制之業務項目。藉由各管制業務項目的資費管制，來防止不當之通信設備價格設定轉嫁給最終產品（通信服務）之消費者。

本案上、下游雙方均為獨占業者，由前述 Spengler 模式來看，可知垂直整合反而有利於效率性的改善。惟這種結構下，電信服務之資費管制會因電信業者與管制當局之間存在對於業者成本資訊的不對稱性，而無法適切地發揮功能。對於上、下游皆為獨占的產業結構，要

提昇其效率性，一般而言有兩種處理方式，一為透過垂直整合將各獨占市場所形成的 mark-up 合併為一次；二為將其中某一獨占市場變更為競爭市場，使原先之獨占企業無法獲取獨占利潤。美國司法部 1956 年與 Bell system 之和解條件即立基於此兩論點。首先條件之(1)要求 AT&T 公開其專利資訊。此舉即在促使通信設備市場開放，使 Western Electric 公司與其他廠商形成競爭的局面，而無法訂定獨占價格，獲取獨占利潤。

另一方面，條件之(2)與(3)限定 AT&T 只能提供受管制之業務項目，具有查核 AT&T 之資費是否轉嫁通信設備價格之意義；限定 Western Electric 公司之產品只限於 AT&T 與政府部門，且 AT&T 之產品只限於受管制之業務項目，將使得 Western Electric，雖在資本關係上為 AT&T 100% 資金之子公司，但在經濟意義上實已促使 Western Electric 公司與 AT&T 形成一個垂直整合的結構，減少獨占市場 mark-up 出現的機會。

(二) 略奪性訂價問題

垂直整合後，企業資費設定的自由度提高，有可能產生以下兩種問題：一為最終產品資費設定的問題。垂直整合業者運用自身的價格操作，將競爭者逼出市場之外，即所謂的略奪性定價問題。二為業者之間中間投入資費設定的問題。垂直整合業者設法拉高競爭者的成本，或是抑制競爭者的產出，以改變市場的競爭狀況。

若企業將不同需求層面之消費者視為不同市場，而進行差別取價，雖有可能提高市場的效率性，但亦有可能出現略奪訂價的問題，逼使其他業者退出市場。(淺井，(1999)) 指出電信市場中出現略奪訂價的情形，約可歸納為以下三種：

1. 價格低於競爭業者的短期平均變動成本。垂直整合之電信業者必須將價格降低至成本以下，才可能迫使競爭者退出市場。因此，在一開始時，若垂直整合業者之成本並不比其他業者低很多，為了競爭而將自己的價格降低，即可能產生虧損。在電信產業中，一般而言，垂直整合之業者多為既存業者(incumbent)，競爭業者則多為新進業者。新進業者在進入市場時，係以最新的技術來生產，且多只在有利可圖之區域經營，因此即使有期初投資負擔，也不可能比既存業者的成本高出太多。因此，除非垂直整合業者採取先將競爭者逼退後，再以獨占價格回補先前略奪訂價所產生之虧損，否則垂直整合業者無誘進行略奪訂價。
2. 一般而言，電信產業主管機關都會對獨占性業務採取資費管制。資費管制通常包含內部交叉

補貼測試，以防止獨占之垂直整合業者利用內部交叉補貼，危害市場之公平競爭。也因此電信業者在資費管制之下，不太可能進行略奪性訂價。又當垂直整合業者之資費適用管制制度時，即使競爭業者退出市場後，資費調漲亦受到管制，因此不可能讓垂直整合業者利用漲價來補回先前略奪性訂價所產生的損失。

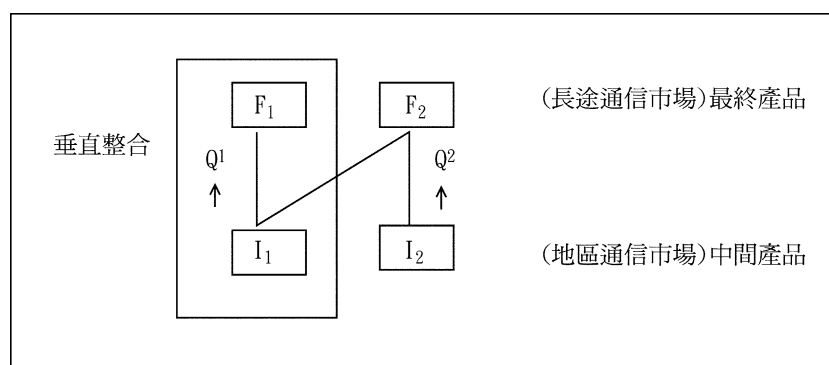
3. 市場開放後，沉沒成本較低之產業，隨時會有新業者以打跑戰術(hit and run)進入市場，奪取獨占利潤，因此，此等產業中業者不可能採略奪性訂價，先將競爭對手逼出市場後，再漲價以獲取獨占利潤。另就電信事業之沉沒成本而言，過去電信網路設備，除共同管溝之外，其用途都只限於電信事業使用，易形成沉沒成本，惟最近雖然網路設備之特性無重大變化，但因合併收購之活動頻繁，使得網路設備轉售的可能性提高，形成沉沒成本之可能性降低。

總而言之，電信服務市場中，最終產品的略奪性訂價發生的可能性很低。現實上，提高競爭對手成本的手法反有較大的可能性。

(三) 拉高競爭對手成本的不公平競爭問題

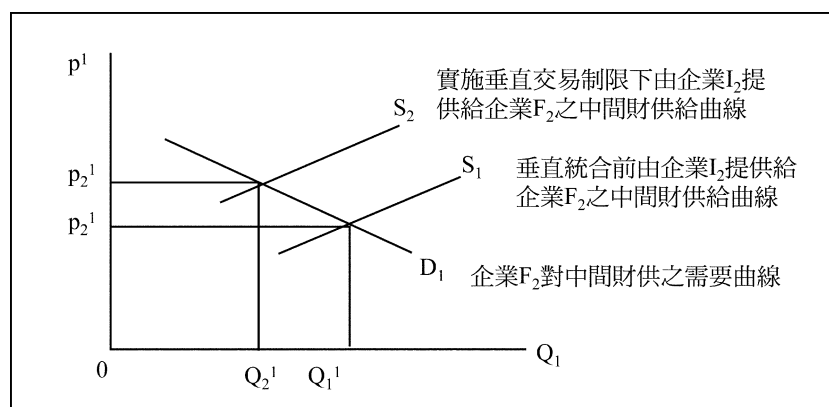
垂直整合可提高業者資費設定的自由度，業者可能利用提高競爭對手成本的方式，來增加自己的利潤，或者將競爭對手逼出市場。此類廠商之競爭行為，稱為 Raising Rival's Costs 模式，主要的文獻有 Salop and Scheffman, (1983)，Ordoover and Saloner (1989)，Soheffman (1992)，及 Krattenmaker and Salop (1986)等。

以下引用淺井(1999)之部分內容說明之。圖二中有兩家生產中間產品之企業， I_1 及 I_2 ，另有兩家企業 F_1 及 F_2 分別投入 I_1 及 I_2 所生產之中間產品來生產最終產品。假設 F_1 在垂直整合之前從 I_1 及 I_2 購買中間產品， F_2 亦同。現若企業 I_1 與 F_1 垂直整合，整合後之企業不再出售中間產品給競爭對手之 F_2 。此時 F_2 受限於垂直交易限制 (I_1 只售予自己人)，只能向未整合之中間產品企業 I_2 購入中間產品。中間產品之供給曲線如圖三所示，由 S_1 向左平移至 S_2 ，中間產品之價格由 P_1 上昇到 P_2 ，造成 F_2 之最終產品價格上漲，或者 F_2 因應供給曲線的平移，將自己對中間產品的需求曲線向左移動，使其最終產品之供給量減少。



圖二 垂直整合

F_1 將 F_2 之最終產品價格拉高後，即可提高自身產品的價格，以獲取更大的利潤；或者不調整價格，而取得 F_2 之最終產品市場。即使 F_2 不受 F_1 垂直交易限制的影響，仍得以向 I_1 取得中間產品 Q_1 ，若對 F_2 而言， Q_1 為其生產最終產品所不可或缺之中間投入，且 I_2 提供中間產品之能力相對較小於 I_1 時，則垂直整合業者 F_1 依然可透過其在中間產品市場之獨占力，以 $MR = MC$ 之產量向 F_2 收取獨占價格，獲收取獨占利潤。



圖三 拉高競爭對手之成本 (中間產品市場)

在電信產業中，生產中間產品之企業 I_1 及 I_2 相當於地區通信服務之提供者，最終產品之生產者 F_1 及 F_2 則相當於長途通信服務之提供者，地區通信服務為長途通信服務之中間產品。地區通信業者之用戶端迴線無法完全替代，稱為必要設備(essential facilities)。提供此必要設備之業者，舉例而言，如國內中華電信之市內電話部門；至於 I_2 則如專線出租業者或新固網業者

之電話網路部門。這種情況下，中華電信市話部門會有誘因，以比公司內部交易為高之價格向其競爭對手收取接續費。為避免此一中間產品價格設定過高之問題，必須進行網路互連接續費管制。

換言之，對電信事業而言，拉高競爭者成本的行為模式，顯示垂直整合業者與競爭者之間，必須藉由某種方式來確保競爭的公平性。目前為止各國電信產業主管當局所採取的措施大約可分兩類：一為垂直分割，二為允許垂直整合，但同時兼採行為管制。前者之代表為美國，後者則如日本及我國。

(四) 相關案例分析

以下以美國相關案例為例說明，如何防止電信業者之間以拉高競爭對手成本的方式，來進行不公平競爭。

1. 美國 1974 年 Bell system 反托拉斯法訴訟案⁷

1974 年美國司法部再以抵觸反托拉斯法為由起訴 Bell system，要求 AT&T、Western Electric 公司及 Bell 研究所分割獨立。訴訟的主要論點在於，除 AT&T 與 Western Electric 公司之間製造業與電信服務業的垂直關係外，AT&T 與 Bell system 地區電話公司(Regional Bell Operating Companies, RBOCs)之間的長途通信服務與市內通話服務亦形成垂直整合的關係。AT&T 當時擁有 22 家出資 100% 的地區電話子公司。雖為子公司，但實質上已形成共同提供長途通信服務與市話服務的垂直整合業者。當時長途通信市場之新進業者 MCI 等即曾質疑長途通信業務市場上競爭條件的公平性。

本案之結果為，AT&T 解構以切斷 AT&T 與地區電話公司之資本關係；又前述 1956 年和解條件中有關限制 AT&T 業務項目之規定解除，AT&T 得進入資訊處理的領域。本案為以結構分離來整備市場競爭條件的代表性案例。AT&T 之分割，使得 AT&T 與其他長途通信業者，在接續的技術條件與互連接續費負擔上皆可立於均等之基準上。

2. 美國三次電腦裁定⁸

美國聯邦通信委員會(Federal Communications Commission, FCC)在 1980 年代針對電信事

⁷ 見淺井(1999)。

⁸ 有關美國三次電腦裁定之詳細解說見古城、南部(1993)及 Temin(1987)。

業可否同時經營基本通信服務與高級服務之垂直整合問題，進行三次的電腦裁定。在認定基本通信服務為中間材的前提下，主要的爭議點在於(1)是否同意業者垂直整合，同時經營基本通信服務與高級服務？(2)若同意垂直整合，則垂直整合業者在高級服務市場上應附加那些條件，方得以確保高級服務市場上競爭條件之公平性？(3)基本通信服務與高級服務各應適用那些管制規定？

1971 年第一次電腦裁定主要的內容為，基本通信服務應受通信法之管制，而資訊處理則不適用通信法上有關基本通信服務之管制。1980 年第二次電腦裁定基本上維持第一次電腦裁定的管制架構。而對於 AT&T 之進入高級服務等非管制領域之業務市場，為確保該市場之競爭公平，規定 AT&T 必須以分離子公司之型態進入市場。1986 年第三次電腦裁定係在「AT&T 與地區電話公司能以與本身經營高級服務相同之條件提供基本服務給予其他高級服務業者」的前提下，FCC 同意 AT&T 以垂直整合的方式，同時提供基本通信服務與高級服務。但由於 RBOCs 為基本通信服務市場之獨占者，故於同意其提供高級服務時，應同時開放其網路，實現 Open Network Architecture, ONA。

參、電信產業垂直整合與競爭政策之國際比較

本節中以美日兩國電信產業，特別是長途通信與地區通信業者之間的垂直整合與分割為例，說明兩國在電信自由化過程中，電信產業組織調整與競爭政策之間搭配協調與演變的情形。

一、美國電信產業之垂直整合與競爭政策

(一) 1996 年電信法修正前的垂直整合與競爭政策

美國 1996 年電信法修正通過後，對電信產業之產業組織定義了新的設計方針，特別是對事業間之垂直整合採取更開放的態度。美國從 1974 年司法部的 Bell system 反托拉斯訴訟案確立 AT&T 分割，以結構分離來達成電信市場競爭的公平性的原則之後，1980 年第二次電腦裁定，亦規範電信業者提供高級服務時之事業組織型態方針，規定 AT&T 進入高級服務等非管制領域之業務市場時，必須以分離子公司之形態為之。到 1982 年的修正同意判決(Modified Final Judgement)，其基本的理念亦維持結構分離的管制方式。判決中指出，在地區通信市場中，Bell system 的獨占力仍存在，為防止 Bell system 運用此獨占力在其他市場中以不公平競爭的方式獲利，乃將長途通信市場與地區通信市場分離為兩個獨立之市場，並於 1984 年將 AT&T 與其

他地區通信公司分割，另又對分割後的 RBOCs 限制其業務之經營。另一方面，由於在競爭狀態較佳的長途通信市場中，AT&T 較無濫用獨占力之疑慮，乃將長途通信業者之州內通信服務申請委由各州政府來判斷，司法部不再管制。

到第二次電腦裁定時，美國電信主管當局對電信產業之垂直整合，基本上係採取結構分離的政策來維持競爭。然而另一方面，由於美國政府部門的介入不僅在結構上分割了 Bell system，在各項競爭條件的整備上亦對 RBOCs 與 AT&T 提出各種要求，以使長途通信業者與市話網路互連接續時，均能獲得公平合理的對待。經過前述的安排，美國長途通信市場的競爭條件漸趨完備⁹。

(二) 美國 1996 年電信法體制下的垂直整合與競爭政策

美國 1982 年修正同意判決的主要精神在於，以結構管制及部分行為管制的配套措施，來建立電信市場的公平競爭環境。而在公平競爭之規範構建成型之後，產業環境已為政策上再度開放垂直整合預留調整空間。美國 1996 年電信法大幅修正 1934 年之電信法，同時載明 1982 年之修正同意判決無效¹⁰。就美國之通信產業而言，垂直整合的兩種主要 Case 分別為 RBOCs 進入 LATA 間整合長途通信市場之案例，以及包含 AT&T 在內之長途通信業者為進入地區通信市場，先取得擁有用戶端迴線之電信事業之案例。對於後者，以長途通信市場之競爭條件已相當完備，1996 年電信法並未多予限制。在實際執行層面，對於長途通信業者之申請結合地區通信業者，係由 FCC 逐案審查，視其對市場競爭之影響程度判斷是否准予結合¹¹。對於前者，則規定第 271 條之內容以做為認定 Bell 系列地區電話公司進入長途通信市場提供 LATA 間長途通信服務之條件¹²。

⁹ 1982 年修正同意判決對於 RBOCs 除經營業務之管制外，另付予交換機改造之義務。另在 80 年代 FCC 也透過一系列的互連接續費(access charge)協定，以及市內電話交換機之調整與更新等技術層面問題的解決，使得美國國內長途通信市場上 AT&T 與其他長途電信業者之間立於相同的競爭條件上。有關 1996 年美國電信法修正前之垂直整合與競爭問題，詳見福家(2000)。

¹⁰ 依 1982 年的修正同意判決，以 RBOCs 擁有 bottle-neck 設施，惟恐其有濫用獨占力之虞，故禁止其提供跨 LATA 之通信服務。然之後，RBOCs 一方面向法院提出修正同意判決適用排除之申請，另外則提案修法，以爭取提供 LATA 間的通信服務。見淺井(1999)，p.233。

¹¹ 見淺井(2001)。

¹² RBOCs 所提供之 LATA 間長途通信服務大別可分兩類，一為由本身營業區域發話之 LATA 間通信，二為由本身營業區域以外之地區發話之 LATA 間通信。第二種類型的業務因係不在本身營

1996 年電信法第 271 條規定摘錄重點如下：

1. 必須有 RBOCs 以外具設施基礎(facility-based)之電信業者存在於地區電信市場之中，且須與 RBOCs 依電信法第 252 條之規定互連，當市場上競爭業者不存在時，則必須有州政府認可之接續條款。
2. 必須滿足確保競爭條件之 14 項檢查項目(check-list)。
3. 必須以分離子公司之形態提供服務。
4. 進入長途通信市場提供服務，必須經認定有益於公共利益。

本條文之內容，從競爭政策的角度來看，具有以下涵義：在電信法修正之後，各地區之 RBOCs 仍維持獨占地位，對其拉高對手成本等不利競爭之各種策略行為必須事先防患。一般而言，掌握上游中間產品的垂直整合廠商，通常對本身的下游產品收取相當於邊際成本之內部轉撥價格，而對競爭對手則收取獨占價格，以提高本身之利潤，或迫使對方處於不利的地位而退出市場。但若中間產品的市場為競爭市場，下游廠商即可不受垂直整合之 RBOCs 的牽制。此乃美國電信法 271 條規定市場上需存在 facility-based 之市話公司為要件之原因。有此規定，則即使同意 RBOCs 與長途通信業者之間垂直整合，也不致於發生整合後的業者採取「拉高競爭對手成本」的動作。

此外，為防止長途通信業者的生產成本為垂直整合後的業者所拉高，除上述中間產品市場（即地區通信服務）競爭業者的存在外，為維持市場的競爭性，另亦可透過網路接續相關管制手段，來達到垂直整合業者中間產出之「內部交易」與「市場交易」之間的公平性。執行上係透過網路互連會計與互連接續費設定等行為管制方式來達成。藉由互連接續的相關管制措施，即使地區通信市場為不完全競爭，仍可以將接續費設定於等同於競爭市場之價格水準。

美國 1996 年通信法第 271 條規定，在認可 RBOCs 提供長途通信服務時，須將地區電話公

業區域內發話，RBOCs 必須在其他營業地區架設新的網路或與既存業者互連以取得與用戶之接續。因此，在這種情況下，RBOCs 無法行使其獨占力，應不致於對市場競爭有不良影響。反而是因加入其他市場而促使各該市場競爭程度提高，因此 1996 年通信法第 271 條(b)之(2)規定，自通信法修正發布之日起，RBOCs 所提供在其營業區域以外地區發話之跨 LATA 通信，勿須申請即可自動核准。由競爭條件之影響來看，第一種類型整由 RBOCs 營業區內發話之跨 LATA 通信業務，反倒是在垂直整合之後有可能使 RBOCs 行使其市場獨占力，造成市場的不公平競爭。見郵政研究所(1997)。

司與其他長途通信業者之間的接續條件明文化，並先送請州公用事務委員會核定通過。此一制度設計的用意在於，以管制制度達成類似競爭市場中價格機能運作的結果。換言之，在實際的競爭市場尚未形成之前，以擬似的市場機能替代之，以達到相當於競爭市場資源配置的產業績效。

1996 年的電信法在上述兩項前提條件下，允許 RBOCs 與長途通信業者之間進行垂直整合。基本上宣示了以下的概念，即使中間產出之市場為獨占市場，只要存在其他 facility-based 之中間產出業者，再輔以與網路互連相關之接續費與接續會計之行為管制，則得核准垂直整合之申請。亦即在市場競爭條件可獲得確保的情況下，核准垂直整合，可收其降低生產成本消除雙重邊際與便利消費者之效益。

惟在執行層面上，地區通信市場中，RBOCs 以外之業者是否已形成 RBOCs 之競爭者，以及其與 RBOCs 之間的網路互連的均等性是否已達成，則有賴主管機關之判斷。對於美國新電信法通過後，FCC 與美國司法部的審查結果，整理如表一。

表一 美國通信法修正通過後垂直整合申請案之審查結果

| 申請人與所在州 | 申請結果公布時間 | 相關主管機關對申請案之審查意見 |
|--------------------------------|-------------|--|
| SBC Oklahoma 州 | 1997.6.25. | · FCC 認為 SBC 所舉証之 Brooks Fiber 公司不符電信法第 271 條(c)項所稱之競爭事業之條件，無法避免 SBC 於垂直整合後發生反競爭之行為，而予以否決。 |
| Ametech Michigan 州 | 1997.8.19. | · 州政府指出 OSS*無差別接續，911 之接續皆未滿足 check list 之條件。 · 司法部指出 OSS 及網路細分化後之接續仍有問題，乃向 FCC 建議否決。 · FCC 以 OSS 互連及 911 之無差別接續等條件未能滿足，而予以否決。 |
| Bell-south South Carolina 州 | 1997.12.24. | · 州政府判斷已滿足 check list 之條件。 · 司法部則指出網路細分化後之接續與 OSS 仍有問題，建議 FCC 予以否決。 · FCC 以 OSS 無差別接續，及轉售相關問題未滿足 check list |

| | | |
|------------------------------------|-------------|---|
| | | 之條件，予以否決。 |
| Bell-south Louisiana 州 (第一次) | 1998.2.3. | <ul style="list-style-type: none"> · 州政府意見不一，表決結果 3 比 2，判斷其申請條件已滿足 check list 之要求。 · 司法部則以網部細分化及 OSS 轉售問題，建議 FCC 予以否決。 · FCC 認為 OSS 與轉售有問題，check list 之條件未滿足，又三家 PCS，亦未滿足競爭事業之條件，予以否決。 |
| Bell-south Louisiana 州 (第二次) | 1998.10.13. | <ul style="list-style-type: none"> · 州政府表決結果 4 比 1，判定其申請條件已滿足 check list 之要求。 · 司法部以接續上仍有問題，建議 FCC 予以否決。 · FCC 以無差別接續仍有問題，以及申請者所提出之寬頻 PCS 並未滿足競爭事業之條件，而予以否決。 |
| Bell-Atlantic New york 州 | 1999.12.21. | <ul style="list-style-type: none"> · 州政府判定滿足 check list 之要求。 · 司法部認為 OSS 與 Local Loop 之接續雖仍有問題，但保留部分符合 check list 之判斷。 · FCC 以同意判決為條件，通過其申請。 |
| SBC Texas 州 | 2000.6.30. | <ul style="list-style-type: none"> · 州政府，判斷其申請案(第二次)滿足 check list 之要求。 · 司法部於 2000.6.13.建議 FCC 同意其第二次之申請。 · FCC 審查通過。 |
| SBC Kansas 州 Oklahoma 州 | 2001.1.19. | <ul style="list-style-type: none"> · 州政府判斷其申請案(經多次申請)滿足 check list 之要求。 · 司法部雖指出細分化後之網路接續費率水準有問題，以及 OSS 之無差別接續仍有問題，FCC 應獨自進行調查，但對於最後一次申請，給予正面的審查意見。 · FCC 通過其申請審查但要求州政府必須擬訂「成果補償計畫」做為附帶決意。 |
| Verizon Massachusetts 州 | 2001.4.16 | <ul style="list-style-type: none"> · 州政府判斷其申請案滿足 check list 之要求。 · 司法部認為其 DSL 之無差別接續有問題，建議 FCC 再檢討之後才審查。 · FCC，通過審查，但要求其必須每月向州政府提出成本報告。 |

*OSS 係 Operation Supporting System 之縮寫。

資料來源：淺井(2001) p.169。

二、日本電信產業之垂直整合與競爭政策

(一) 1996 年 NTT 組織調整前之垂直整合與競爭政策

自創設以來，日本電信產業即由國家獨占經營，而自 1980 年代日本為因應自由化、民營化之潮流，推動行政革新，建立「小而美」的政府，乃開始調整產業結構，開放市場，同時將電電公社等公營事業民營化，試圖藉由競爭來提昇資源配置的效率性。日本在 1984 年 4 月進行電信產業的制度改革¹³，由於係由獨占市場逐步開放競爭，因此日本此後的電信產業組織調整，基本上係圍繞在日本電信電話公司(Nippon Telegram and Telephone, NTT)組織結構變動對整體產業影響的問題上。此次改革完成「日本電信電話株式會社法」(NTT 法)及「電氣通信事業法」等相關法案之制定。主要政策的內容可以歸納為以下三點¹⁴：

1. 開放部份通信服務市場自由化。
2. 開放網路使用自由化，然只限於終端設備自由化。
3. 將電電公社整體民營化。

日本 1985 年電信產業組織調整，並未處理 NTT 之垂直整合問題，仍維持 NTT 為主導業者的型態，而僅開放部分通信服務市場。此一產業結構形成後，立刻產生相當多競爭公平性的問題。原因在於，民營化之前的電電公社本身擁市內電話網路與長途通信網路，為一垂直整合之業者，民營化之後的 NTT 繼承電電公社之硬體設備，仍維持垂直整合之架構。NTT 與新業者之間網路互連問題糾紛不斷。

原先 NTT 法中亦規定，NTT 成立五年後重新檢討其定位，並採取必要之措施。因此，郵政省之「電氣通信審議會」於評估 1985 年以後之市場競爭狀況、產業成長趨勢以及法規體制的完備性後，再次檢討 NTT 的定位問題。並於 1990 年 3 月提出報告供日本政府參考¹⁵。主要

¹³ 日本 1984 年電信產業制度的改革，基本上是依循 1982 年臨時行政調查會「行政改革之第 3 次答申(諮詢報告)」的規劃方向。臨時行政調查會主要的著眼點在於，日本當時的電信產業結構已面臨必須調查的局面。從需求面來看，用戶需求已由量的滿足(設備的充分提供)轉變為質的擴大(多樣化與高級化)，而供給方面也體認到獨占經營的多項問題，乃有將電信電話公社民營化，同時開放各項電信服務市場之議。其中針對市場競爭與垂直整合的問題，特別建議將電電公社之組織架構調整為掌管中繼幹線之中央公司與數個地區營運公司。見「郵政省電氣通信政策懇談會報告」(1981)及「第二次臨時行政調查會第三次答申」(1982)。

¹⁴ 有關日本電信產業產業結構與管制制度之演進，詳見木村(1999)，第二章。

¹⁵ 另見 1989 年郵政省「電氣通信審議會」中間答申。

建議內容如下：

1. NTT 分割；將長途通信與行動通信業務自 NTT 分離，成立子公司。
2. 分割後所餘之地區通信業務，暫時維持全國一家獨占經營，視環境變化再行檢討。

日本政府於 1990 年依 NTT 法檢討 NTT 之定位時，並未完全採納「電氣通信審議委員會」諮詢報告之內容，特別是對於 NTT 垂直分割之意見，僅以導入事業部制、促進網路順利互連以及確保網路公開化等措施來因應。主要內容如下：

1. NTT 之組織結構維持原狀不分割；但為求有效促成市場的公平競爭，提出 14 項相關措施，包括：NTT 中導入事業部制度、制定互連圓滑化及網路公開化相關規定等。
2. NTT 定位問題延至 1995 年討論後決定。
3. NTT 應進行組織調整以提昇效率。

在以上的處理方式之下，NTT 並未進行結構上的分割。雖採取了事業部制以使得各新進業者得與 NTT 之相關部門站在相同基礎上競爭，但由於 NTT 之內部重要決策係以 NTT 整體為單位來考量，郵政省對於其所進行之各項管制，乃至於外界對於 NTT 股價之評估亦皆以 NTT 整體為對象，因此各事業部之間並無橫向的競爭存在，亦即所謂的 yardstick competition 並未生效¹⁶。加以多項新增之通信服務，例如 VPN 與 Frame relay 服務等之互連接續風波，都顯示事業部制之設計不利於市場競爭公平性之建立。

郵政省的「電氣通信審議會」在 1996 年 2 月再次提出諮詢報告，報告中採取與過去一貫的立場，建議將 NTT 垂直分割。報告之相關內容如下¹⁷：

1. NTT 分割為長途通信公司與東、西兩家地區通信公司。
2. 地區通信公司定位為特殊公司，允許各公司在區域之間進出，以維持普及服務之執行。
3. 對於長途通信業者，除主導業者採誘因管制之資費管制方式外，其他業者採報備制，不受管制。另長途通信業者得進入國際通信有線電視以及 Contents 之市場。
4. 長途通信市場亦開放原先只限於經營國際通信業務之國際電信電話公司(Kokusai Denshi

¹⁶ Yardstick competition 係指，對同種的地區性獨占事業在不同地區之間，以管制規定進行成本結構，生產效率等的比較以導正管制當局與業者之間的資訊不對稱以及提昇業者效率誘因的管制方式。

¹⁷ 電氣通信審議會(1996)諮詢報告。

Denwa, KDD)進入競爭。

5. 為解決互連糾紛，設定網路互連之基本規則。

此次之諮詢報告，基本上希望藉由分割 NTT 來達成以下幾項目的。首先，可以確保長途通信市場的公平競爭，其次藉由地區通信公司的水平分割來提昇通信公司的經營效率。此外，本次諮詢報告亦建議設定基本互連規則，以及對長途通信服務市場採取不對管制，此兩項建議之主要目的亦在於提昇長途通信市場之競爭程度。

(二) 1996 年 NTT 組織調整及後續之產業競爭政策

日本政府於 1996 年 12 月公布電信產業組織之新政策方向，主要內容如下¹⁸：

1. NTT 變更為單純控股公司，其下擁有長途通信公司及東、西兩家地區通信公司。
2. 控股公司保有長途通信公司與地區通信公司全數之股份。控股公司主要的任務為推展電信產業相關之基礎研究。
3. 長途通信公司除得經營各縣之間的通信業務外，亦得進入國際通信市場。
4. 地區通信公司定位為經營縣內通信之特殊公司，負責提供電話服務之普及服務。
5. 電信產業主管機關必須採取必要的措施，以確保長途通信公司與地區通信公司間競爭條件的一致性。

依上述之政策方針，日本於 1997 年 6 月修改 NTT 法，決定 1999 年 12 月之前將 NTT 重新調整為控股公司，下轄長途通信公司及東、西兩家地區通信公司。另針對此次的產業組織調整，為求長途通信市場之公平競爭，特別於上述之新政策方針中再明確規定以下各項：

1. 地區通信公司與長途通信公司之間禁止董、監事相互兼任。
2. 地區通信公司與長途通信公司之間，禁止現職人員互派。
3. 地區通信公司與長途通信公司之間，禁止共同採購原材料。
4. 地區通信公司或長途通信公司與其他事業間之網路互連接續條件及交易條件必須一致。
5. 長途通信公司應設置獨立之營業部門。

以上規定主要的考慮在於建立通信服務市場的公平競爭機制。1990 年事業部制導入時，雖有其他行為管制上的配套措施，例如網路互連接續與公開化之規定，但並未能達成當初建

¹⁸ 福家(2000)。

立公平合理競爭環境的政策目標。因此，在此次調整中，將 NTT 改變為控股公司，在各子公司具獨立性的前提下，力求避免長途通信市場中出現地區通信公司「拉高競爭對手成本」的情形出現，有利於競爭環境之形成。

然而，控股公司所屬之子公司，畢竟不是獨立公司，若在長期資金的借貸與資本市場評價上，仍以控股公司全體為運作單位，則基本上各子公司很難脫離控股公司集團整體運作的影響。另一方面，單就地區通信公司而言，雖已分割為東、西兩家，但皆處於幾近獨占的狀態，市場上尚未出現替代品，因此若以 NTT 控股公司整體利益為主要考量，則亦可能出現「拉高競爭對手成本，有利 NTT 長途通信子公司之違反公平競爭行為。為此，日本電信產業主管當局，亦已導入長期遞增成本模式用來計算互連接續費，以在競爭市場尚未形成之前構建一個替代市場機能競爭之接續費決定機制。就此觀之，日本長途通信市場之競爭條件，在各業者之間，大體上已存在一個公平合理的基礎¹⁹。

致於地區通信業務市場，在控股公司的架構下，僅有東、西兩地區電信公司，若僅以國內市場的競爭為基礎來考量，則日本此次產業組織的調整並無法促成 yardstick competition。惟若採取廣義的觀點²⁰，則 yard stick competition 可定義，為當企業處於有被合併的環境中，即使在控股公司體制下的子公司，亦會有努力改善經營提昇效率的誘因。而日本自 1998 年 2 月起外資比例上限廢止之後，全外資之第 I 類電信事業已可在日本國內電信市場自由進出，電信產業與外國電信業者合作的可能性日強，故極有可能東、西兩家 NTT 地區通信公司各自尋求不同的合作對象，直接或間接的在市場上競爭²¹。

三、美國與日本垂直整合與競爭政策之比較

美日兩國在 1980 年代中期起，開始進行電信自由化的改革措施，到 1996 年止兩國新的電信產業組織架構調整，特別是有關垂直整合的政策方向大致底定。由上兩小節的敘述可知，美日兩國電信事業垂直整合與競爭政策目標相同，都是希望構建公平合理的競爭環境，充分發揮市場機能。然而為達成此政策目標，所選取的政策手段則有相當大的差異。

¹⁹ 福家(2000)。

²⁰ Littlechild (1986)。

²¹ 淺井(1999)。

單從地區電話公司提供長途通信服務的問題來看，美國 1996 年電信法規定 RBOCs 要提供長途通信服務時，必須滿足先設立 3 年獨立子公司之條件。先由獨立之子公司提供長途通信服務，之後才得進行垂直整合。同時為避免地區通信公司與子公司之長途通信公司之間過於緊密的關係，影響到市場競爭的公平性，另要求雙方之會計與資產必須相互獨立。而日本在 1996 年起採取控股公司體制，在控股公司下各公司之人員、會計、資產均分離獨立出來，但因同屬同一企業集團，具資本上的相依關係，故採取集團整體利益極大化的策略行為並非不可能。就此點而言，具有資本關係之業者之間共同追求利潤極大化的行為模式，美日之間差異不大。

美日兩國之間差異最大之處應在於，美國係先由 1984 年分割後的分離狀態，經由分離子公司之企業集團形態到最後允許垂直整合；而日本則是由單一公司體制逐步變更形成集團化之控股公司。此一差異主要原因可以歸著於美日兩國產業競爭歷史上的差別²²。美國從 1950 年代起，即對於 AT&T 之反競爭行為相當注意，甚至成為司法部反托拉斯法的象徵性訴訟案件。又長途通信市場上的各項競爭問題亦早在 1970 年代既已發生且廣受關注。針對這些問題，美國在 1980 年代初期提出的對應措施為，先將 AT&T 解構，再由 FCC 來設定市場的競爭規則。另一方面，日本則到 1985 年為止，整個電信產業都是由電電分社獨占經營，並沒有競爭市場的經驗，因此對於要選取何種產業結構，如何建構公平合理的競爭環境，在 1980 年初期尚未能有整體的理解與掌握。也因此，在 1985 年制度改革時，只得選擇不變動電電公社組織形態直接進行民營化的方式為之，再以行為管制來確保競爭條件的公平性。

美國在解構 AT&T 時，AT&T 及其子公司之地區電話公司在各該通信服務市場上皆擁有極大的市場占有率，幾近獨占狀態。而另一方面，市場競爭條件則仍尚未設置完備。以當時的情況來看，採結構分離應是最佳的選擇。日本在 1985 年並未將電電分社解構，而採取以行為管制來確保競爭條件公平性的政策。到 1990 年代隨著時間的經過與環境的變遷，採取結構分離的必要性已逐漸降低。美日兩國在此一問題上的差異，顯示市場競爭程度與競爭條件之完備程度充分影響政策之判斷與選擇。

從 1980 年代中期起的一連串政策選擇，使得美日兩國在電信產業結構上有明顯的差異。

²² 詳見淺井(1999)p.247。

美國雖然以長途通信市場為中心推動競爭，然部分學者如 Huber et al.(1992)則認為美國長途通信市場並非完全競爭，而仍停留在寡占競爭。為使長途通信市場更具競爭性，RBOCs 被視為潛在的競爭者，為促成 RBOCs 進入長途通信市場提昇其競爭水準，1982 年修正同意判決之廢止及 1996 年電信法的修正通過，皆可視為美國政府所採行的具體措施²³。在日本方面，1985 年電信產業體制改革以後，市場競爭問題一直環繞在 NTT 的各種競爭行為上。新進業者一方面由於規模較小，另一方面由於多數競爭問題多與 NTT 有關連且居於被動地位，因此在市場競爭議題上一直扮演被動的角色。一直到 1990 年代後半起，日本對於電信產業之競爭問題，隨著外資比例上限的取消等政策的轉變，以及全球化風潮的影響，才逐漸轉到日本電信產業的國際競爭力以及如何運用國際競爭壓力來提升國內電信市場競爭程度。美日兩國就此點而言，則具有相當的類似性質。美國為促進長途通信市場的競爭，以允許垂直整合的方式導入地區電信公司進入長途電信市場；而日本則以外力來促進國內的競爭。兩國皆以引進市場外的潛在競爭者來提升市場的競爭程度。

肆、我國電信產業之垂直整合與競爭政策

一、我國電信產業組織之演變與現狀

為推動電信自由化，我國於 1996 年完成「電信三法」之立法，電信三法主要藉由電信總局的改組與中華電信民營化、電信業務自由化等措施，逐步調整台灣電信產業的結構²⁴。我國電信產業在電信三法修正之前，係由電信總局以官署之行政組織獨占經營，電信三法通過後，才將電信總局改組為專司規劃電信政策與監理電信產業的電信總局，與國營事業單位的中華電信股份有限公司（以下簡稱為中華電信）。

中華電信之組織型態在公司化之始即維持整體不分割之結構，同時經營國內與國際電信業務²⁵。中華電信自始維持過去電信總局之業務經營架構，成為一提供多項通信業務之業者。從同時提供市話、長途、及國際電話的角度來看，亦為一垂直整合業者。

²³ 見前節討論。

²⁴ 電信三法係指「電信法」、「交通部電信總局組織條例」、及「中華電信股份有限公司條例」，相關討論詳見李煥仁(1997)。

²⁵ 「中華電信股份有限公司條例」第 2 條規定：「本公司以經營國內及國際電信事業為目的，並得投資或經營電信相關之業務，及其他經交通部核准之業務」。

我國電信自由化之推動，係參考先進國家開放之經驗，採取漸進式、階段性之開放策略，並遵循 WTO 入會中美雙邊協議有關電信之承諾，於 1995 年起，陸續開放行動通信、衛星通信及固定通信等多項電信業務，至 2001 年 7 月開放語音單純轉售業務後，我國電信市場已全面引入競爭機制²⁶。

由於我國之電信自由化係採「有秩序」、分階段的解除管制與自由化，在開放各種業務時先將業務分割後再發照，例如，行動通信業先被分為五種（行動電話、無線電叫人、行動數據通信、中繼式無線電業務及數位式低功率無線電話等業務），再將執照切割成北中南三區與全區數種²⁷，加以後續的數種業務亦循相同模式開放，使得我國電信產業組織，在場開放競爭之後，由獨占轉變為中華電信一家垂直整合之主導業者與多家單項業務業者併存的局面。直到固網綜合執照發放後，逐步形成多家垂直整合業者與單項業務者同台競爭的狀態。

二、我國電信產業管制體制之回顧與展望

我國電信管制制度在臺灣施行的前 40 餘年，因為是採國家獨占經營方式，所以並無太多變革。一直到民國 66 年研修電信法時，政府始有意藉此進行電信市場結構企業公司化及民營化，但卻未能通過立法程序。歷經 15 年之準備後，行政院於民國 81 年再次進行電信管制革新之工作。惟修法方向仍然不脫國家應獨占經營電信的傳統公用事業(public utilities)色彩，以致既限定第一類電信事業由國營之電信公司經營，復嚴格規定外國人經營第二類電信事業以能引進並移轉高科技軟硬體技術並經交通部特許為要件。此項草案「不但與時代及世界潮流脫節，尚且完全不符合公平交易法所反映的競爭政策²⁸」後為配合建立資訊化社會以落實總體經濟調整及發展臺灣成為區域電信中心之需以及行政院將（依「發展臺灣成為亞太營運中心計畫」）分三階段推動電信自由化之目標，並逐步開放電信增值網路、無線電信服務及電話服務等電信業務，行政院復於民國 84 年 10 月提出「電信法再修正草案」，打破第一類電信事業由國營電信公司獨家經營之局面，刪除對外國人經營第二類電信事業之高度管制；此外，對第一次草案簡略的市場行為規範（例如提供普及服務之義務與禁止交叉補貼）有些修正，並且增加第一六條規定第一類電信事業間網路接續之義務。此修正案於民國 85 年 1 月通過，並自同年 2 月 5

²⁶ 交通部電信總局「電信自由化諮詢文件」。

²⁷ 劉孔中(2001)，PP142-143。

²⁸ 見劉孔中(2001)、引自劉紹樑(1998)，p.101。

日起正式生效。至此，第一次電信管制革新宣告完成。

隨著行動通信業務之開放民間經營以及市場競爭之展開與激烈化，民國 85 年電信法已有做部分調整之必要，再加上固定網路業務之開放規劃工作的結論建議勢必修改電信法方能配合，所以行政院於民國 88 年再度提出電信法部分條文修正草案。此項草案於民國 88 年 11 月 3 日經總統公布生效。綜觀第二次電信革新的主要內容有：

1. 規定第一類電信事業之特許得採評審制、公開招標制或其他適當方式 (第 12 條)。
2. 放寬外資直接及間接持有第一類電信事業之股份總數為 60% (第 12 條)。
3. 詳細規定第一類電信事業網路互連之義務、安排以及爭議之裁決程序 (第 16 條)。
4. 明定第一類電信事業應採分離會計制度，並且不得從事有妨礙公平競爭之交叉補貼 (第 19 條)。
5. 修訂普及服務之機制 (第 20 條)。
6. 增定對第一類電信事業之資費採價格調整上限制 (第 26 條)。
7. 增定第一類電信事業市場主導者之行為規範 (第 26 條之 1)。
8. 增定第一類電信事業得請求有償共用其他第一類電信事業之固定網路管線基礎設施 (第 31 條)。
9. 增定專用電信經交通部核准得連接公共通信系統 (第 47 條第二項但書²⁹)。

第二次電信管制改革之後，主管當局復鑑於電信技術的快速進步與市場情況的瞬息萬變，乃於民國 90 年起進行電信自由化政策之檢討，並規劃未來發展方向，其中關於我國電信產業下階段之管制原則確認以下幾點方針³⁰：

1. 信任市場機制：以自由競爭為原則，管制為例外，並只有在保護消費者權益及防止反競爭情形下採取必要的管制。
2. 公開及合理之決策過程：管制者所作的任何決策、指示及採取的管制措施應經公開徵詢意見之程序，並避免對受管制者有不當的差別待遇。
3. 維持技術中立：管制者不強使用特定技術並確保相同服務均受到同樣程度的管制。

²⁹ 見劉孔中(2001)，pp.115-117。

³⁰ 交通部電信總局(2001)。

4. 建立定期檢討機制：管制者應定期檢視市場環境變化管制措施之適當性，當市場機制能夠充分發揮時，即應將相關管制措施移除。

三、美日經驗之省思與我國今後之政策方向

由上文之討論可以發現，我國電信自由化後，在垂直整合與競爭政策的方針上係採用較接近日本自由化初期的模式：不採結構分離，允許原先之獨占業者維持整合型的組織型態，但在配套措施上採行為管制來構建競爭環境。此種產業組織與競爭制度設計，在自由化初期確實充分發揮垂直整合之優點，穩定整個電信產業的供給面。之後隨著市場逐漸開放，雖有多起網路互連接續上的紛爭，然基本上由於行為管制制度設計架構完整，且如上小節所述，主管機關亦隨市場之衍變數次調整修正相關法令規章，故整體而言，並未產生太大影響市場競爭公平性之行為。由行動通信之蓬勃發展即可為証。

雖然如此，仍有學者認為應於下階段之管制革新中，解構國營電信事業，其理由之一為「故除了便於民營化的考慮外，為促進電信市場競爭之出現，將國營電信事業解組為幾個較小之公司，原本是個應該被嚴肅考慮的選擇」³¹。以及以下三點理由：1.比會計分離禁止交叉補貼更有效呈現電信服務之成本，2.提高電信網路之使用效率，3.避免過多的不對稱管制。

惟由目前國內電信產業的組織現況來看，如上文所述，固網綜合執照發放整合後，已非只存在唯一一家的垂直整合業者，而是呈現多家垂直整合業者與單項服務業者共同競爭之產業結構。此種結構之下，從實務層面來看，似已無必要再討論是否結構分離。同時，由美、日兩國的演變趨勢來看，都可發現只要市場競爭條件完備，並非一定不准垂直整合，美、日兩國如此，英國亦採取相同的做法。英國並未分割其原先之國營事業英國電信(British Telecommunication, BT)，而是以開放其他垂直整合業者進入市場，形成整合型業者之間相互競爭的情形³²。從學理上來看，如無影響市場公平競爭之問題出現，垂直整合的各項優點亦應使之充分發揮方為正確。單以成本節約的角度來看，整個電信產業在多家垂直整合業者競爭之下，業者充分運用規模經濟與範圍經濟的生產結構，必然較切割成眾多單項業者競爭之下有更大的生產效率，更低的生產成本。且在全球化的風潮下，競爭已不再侷限於國內市場，外資比例上限的放寬乃至於取消，都將使得業者必須面對來自國際的競爭。面對此一趨勢，其他產業如金融業，早已進行

³¹ 見劉孔中(2001)，引自 Liu(1998)，p.5。

³² 有關英國電信自由化之發展過程，詳見福家(2000)，及 OFTEL 相關文獻。

銀行間的合併來因應圖存。

因此，對於我國電信產業今後的垂直整合與競爭政策問題，本文的看法為，主管機關應全力構建公平合理的競爭環境，使所有業者均能以其自認為最有利的組織形態，站在均等的地位從事公平的競爭，提昇事業經營的效率，乃至於電信產業的整體績效。

伍、結論

電信自由化的目的在於，將競爭機制導入市場之中，以提昇電信事業的經營效率與產業的整體績效。在自由化進行過程中，產業結構重新設計與競爭環境規劃之完備與否影響自由化之成效至鉅，其中尤以原獨占者維持垂直整合與建立公平合理競爭環境的問題最受關注。一般而言，電信業者希望進行整合或維持垂直整合之組織型態，而電信產業主管機關則需決定是採結構管制方式強制將之分割解構，或在滿足競爭條件之下，同意其申請，允許電信事業進行垂直整合或維持垂直整合的組織型態。

本文回顧美、日兩國電信自由化相關文獻發現，對此問題美、日兩國在促進電信市場競爭建立公平合理競爭環境的目標相同，但在實現政策目標所選的政策手段則有相當大的差異。美國在 1980 年代先將 AT&T 解體，禁止 RBOCs 跨足長途通信市場，而在 1996 年電信法通過後則修正方向，朝向有條件核准 RBOCs 進入長途通信市場，進行垂直整合。日本則先採取 NTT 整體民營化配合行為管制建立競爭市場的方式為之。1997 年以後則以控股公司方式將地區通信與長途通信分由不同子公司獨立經營。兩國的經驗顯示，只要市場競爭環境的條件完備，允許垂直整合，將更有利於電信產業的發展與消費者福利。

我國在電信自由化之後，對於電信事業之垂直整合與競爭政策調和的問題，基本上採取維持原獨占業者垂直整合之組織型態，而以行為管制構建公平合理競爭環境的政策方向。為因應全球化國際競爭加劇，以及數位科技進步所帶來的通信、傳播與網際網路匯流(convergence)趨勢，電信產業主管機關應全力建立公平競爭環境，信任市場機制，使所有業者均能以其自認最有利的組織形態在市場上公平競爭；而再將電信市場分割且不准互跨經營，既不符技術發展趨勢，又阻礙電信事業與市場之自然發展。

參考文獻

中文文獻

1. 交通部電信總局，1997，電信自由化白皮書。
2. 李煥仁，1997，我國電信自由化面臨的重要課題，台灣經濟研究月刊，第 20 卷 1 期，頁 21-27。
3. 交通部電信總局，1998，電信法規彙編。
4. 交通部電信總局，2000，電信法規彙編。
5. 劉紹樑，1998，電信市場自由化之競爭政策與法律問題，公平交易季刊。
6. 交通部電信總局，2001，中華民國 89 年年報。
7. 交通部電信總局，2001，電信自由化諮詢文件。
8. 劉孔中，2001，電信管制革新與數位網路產業規範，太穎投資顧問股份有限公司。
9. 劉孔中，2001，電信管制革新政策與法規之檢討，劉孔中、施俊吉編，管制革新，pp.113-149，中央研究院中山人文社會科學研究所。
10. 劉孔中、施俊吉主編，2001，管制革新，中央研究院中山人文社會科學研究所。

英文文獻

1. Baumol, W., Pangar, J. and Willig R., 1982, Contestable Markets and the Theory of Industry Structure, Harcourt Brace Jovanovich, Inc.
2. Coll, S., 1986, The Deal of the Century : The Breakup of AT&T, Melanie Jackson.
3. Denny M., Fuss, C., Everson, C. and Waverman, L., 1981, Estimating the Effects of Diffusion of Technological Innovation in telecommunications: The Production Structure of Bell Canada, Canadian Economics Association, Vol. XIV, pp.24-43.
4. Evans, D. and Heckman, J., 1984, A Test for Subadditivity of the Cost Function with an Application to the Bell system, American Economic Review, Vol. 74, pp.615-623.
5. Kiss, F., Karabadjian, S. and Lefebvre, B., 1983, Economics of Scale and Scope in Bell Canada, in Courvill, L. Fontenay, A. and Dobell; R., eds., Economic Analysis of Telecommunications, North Holland.

6. Liu, L.S., 1998, Managing Telecom Market Liberalization and Privatization in Taiwan, Unpublished Manuscript Presented at Columbia Institute for Tele-information.
7. Marvel, H., 1982, Exclusive Dealing, *Journal of Law and Economics*, Vol.25, pp.1-25.
8. Perry, K., 1978, Price Discrimination and Forward Integration, *Bell Journal of Economics*, Vol. 9, pp.209-217.
9. Perry, M.K., 1989, Vertical Integration: Determinants and Effects, in Schmalensee, R. and Willig, R.D. eds., *Handbook of Industrial Organization*, Chapter 4.
10. Roller, L., 1990, Modelling Cost Structure: The Bell system Revisited, *Applied Economics*, Vol. 22, pp.1661-1674.
11. Rubin, P.H. and Dezhbakhah, H., 1995, Costs of Delay and Rent-Seeking Under the Modification of Final Judgement, in Higgins, R.S. and Rubin, P. eds., *Deregulating Telecommunications*, John Wiley and Sons.
12. Salop, S. and D. Scheffman, 1983, Raising Rivals' Costs, *American Economic Review, Papers and Proceedings*, Vol. 73, pp. 267-271.
13. Seabra, M., 1993, The Natural Monopoly in Portuguese Telecommunications, *Applied Economics*, Vol. 25, pp.489-494.
14. Shleifer, A., 1985, A Theory of Yardstick Competition, *RAND Journal of Economics*, Vol.16, pp.319-327.
15. Spengler, J., 1950, Vertical Integration and Antitrust Policy., *Journal of Political Economy*, Vol. 58, pp.347-352.
16. Teece, D., 1980, Economies of Scope and the Scope of the Enterprise, *Journal of Economic Behavior and Organization*, No. 1, pp.223-247.
17. Temin, P., 1987, *The Fall of the Bell System*, Cambridge University Press.
18. Tirole, J. 1988, *The Theory of Industrial Organization*, The MIT Press.
19. Ware, H., 1998, Competition and Diversification Trends in Telecommunications: Regulatory, Technological and Market Pressure, *Journal of Regulatory Economics*, Vol. 13, pp.59-94.

日文文獻 (中譯)

1. 電氣通信審議會，1989，「今後電氣通信產業之定位與方向」中間答申。根岸哲、舟田正之、石村善治、稷貫俊文，1991，通信、放送、情報與法，三省堂。
2. 中島隆信，八田惠子，1993，我國（日本）的電氣通信產業之經濟分析，郵政研究，第 4 號，pp.20-40.
3. 伊藤成康、中島隆信，1993，電氣通信產業之實証分析 - 成本構造分析之意義，奧野等編，1993，第七章。
4. 奧野正寬、鈴木興太郎、南部鶴彥編，1993，日本的電氣通信 - 競爭與管制之經濟學，日本經濟新聞社。
5. 林敏彥編，1994，電氣通信，NTT 出版社。
6. 西田達昭，1995，日美電話事業中之普及服務，法律文化社。
7. 情報通信總合研究所，1996，通信自由化 - 10 年的回顧與展望。
8. 電氣通信審議會，1996，「日本電信電話株式會社之定位與方向」答申。
9. 淺田澄子，1997，電氣通信事業之經濟分析，日本評論社。
10. 郵政省郵政研究所編，1997、1996 年米國電氣通信法解說，商事法務研究會。
11. 淺井澄子，1999，電氣通信事業之經濟分析，日本評論社。
12. 木村順吾，1999，情報政策法 - 網路社會之現狀與課題，東洋經濟新報社。
13. 福家秀記，2000，情報通信產業之構造與規制緩和 - 日美英比較研究，NTT 出版社。
14. 淺井澄子，2001，情報通信之政策評價，日本評論社。

評論

劉律師紹樑（理律法律事務所）

很高興回到母校，有機會來談公平交易法施行十周年。我想，十多年前，我們都跟很多人一樣，開始研究公平交易法，那時候剛從國外回來。我想，我對公平交易法草案的一個小小的貢獻，就是把第七條的聯合改成水平聯合。不然的話，公平會的聯合的統計數字可能會增加很多。所以至少水平跟垂直的概念，差不多到 1986 年草案提出來前的一段時間，有一些澄清。我當初的很多建議並沒有被採納，包括結合不要採取事前核准制。我想，這次配合企業併購法的修正，也有一個調整。所以來參加這個十周年的回顧跟前瞻，的確也跟廖老師一樣，感觸很多。不過我想應該有篇論文，把這個十年或者十幾年來公平交易法的學術的辯證，整理一下，包括法律跟經濟的。其實我看看，好像在座的有幾位學者，我想單驥兄跟志義兄算是經濟學界比較少數，當然劉教授、張教授也一樣。但是公平交易法，我覺得是法律為外衣，經濟為實質，經濟分析的成分，或許在未來十年，應該增加，我想這跟所謂的管制政策與競爭政策的調和非常相關。

我想先提一個概念。看劉教授這篇論文，我覺得是非常好的一篇論文，把當初美國、日本針對電信的一些從管制政策上的一個處理。當然，美國的部分，很濃厚的一個部分是受到當初 AT&T 這個所謂 Bell System 被告獨占的解體很有關係，做了一個很深入的整理。當然也包括一些英國制度的介紹，以及當初我們在 1990 年代中期有關電信部分的法制改革。

我也謝謝劉教授在第 28 頁提到我的一篇文章，我那時是在批評舊的電信法草案不符合競爭政策，也不符合公平交易法。那麼我想在這邊稍微做一個說明，我寫那篇文章的時候。發現那個版本就是劉教授講的 81 年提出來的，那是最早幾年前郭南宏校長後來到交通部任內所提的草案。基本上是在獨占之下，是不是就沒有競爭？我想，劉教授剛才在提的時候，我建議有一個思考的其他方向，在廖老師剛才的專題演講也提到，其實競爭法制都有競爭的，競爭法制中間未必都是指在公平交易法，廖老師舉到的例子，我們從金融的領域看到其他法律內有一些競爭法的機制，從法典來看不在公平交易法範圍，但是他們的內涵絕對是公平交易法的內涵。

在電信領域內，當然台灣的情形比較特殊，但是我舉另一個也還算特殊的情形，就是新加坡。前幾年，包括我那時候在政府推動電信三法的時候，有機會瞭解新加坡的電信市場。各位曉得新加坡那時是 Sintel 獨占，新加坡也沒有所謂的競爭法，但是新加坡一個學者告訴我說，新加坡電信跟我們中華電信一樣是國營的，他說，新加坡政府要求新加坡電信的定價，要採取區域定價。換句話說，他自己把市場設定在東南亞，雖然他是一個新加坡國內市場的獨占者。各位曉得，如果是國際電話，他市場一定會放大，所以就是在獨占的機制下，我覺得也是有可能競爭。我想在經濟學界，像當初 Robert Willig 等學者所提出來的 contestable market。所以我覺得在這個理論基礎上，或許再來看一下電信的競爭，他是 competition on fringe，就在邊緣往內環有一直競爭壓力。我想後來的電信三法修正，這是一個很重要的原因。

第二個，當初修正的一個很重要的口號，我們拿出來，我想跟公平會也很有關係。我想回顧一下，在 84 年 4 月我在行政院簡報，我那時跟薛琦副主委想一大堆原則，後來想了十幾個原則。我想，第一個原則叫做「競爭政策為主，產業政策為輔」。簡報完了第二天，王志剛主委就找我來說，因為他想知道我在搞什麼名堂。我說我的 idea 都從公平法來的，只不過我們現在要來改結構。所以，是要以競爭政策來督促結構的改變，就是市場的開放，主要的目標當然是包括電信。

我想公平交易法各位都熟悉，沒有所謂的結構制裁，除了針對結合有事前的阻擋以外，對於事後，沒有像 Microsoft、AT&T 這種所謂解體，所謂 structure remedy。我們有的只是行為的 conduct remedy。所以，因此從電信法這類的能源、電業法等等，他有一個結構跟行為管制的分工，所以提出來「競爭政策為主，產業政策為輔」，我們是覺得，應該把整個政策往競爭政策加重一些，這也是有助於推動電信三法。那麼對公平會來講，也是一個很好的機會互相來支援，然後提出來 AT&T 的 initiative。

最後一點我想提一下，就是劉教授提的幾點，我想或許要澄清。第一個，什麼叫做垂直整合？例如劉文所提的台灣固網跟台灣大哥大是否垂直結合。第一個，台灣固網與台灣大哥大雖然有轉投資，但是股權是不一樣的，這個是從整合面看。第二個，什麼叫垂直？如果我們說垂直，譬如說你做第一類你做第二類，我想經濟學者的垂直指的是這個。那麼行動電話的業者跟固網的業者，是不是待會要澄清一下是不是垂直？

再下面，我覺得要再澄清的是，這篇主要的立論是說，如果在競爭環境完備之下，可以讓業者垂直整合，包括既有的業者，像中華電信繼續維持他垂直的情形，我覺得這完全同意，唯一不太確定的是，競爭機制是不是完備？在電信市場是一個很標準競爭機制不完備的情形。從前一陣子，前幾年所謂的從電信總局當初的機制，到現在我們有一個國家電信委員會，或以前的國家資訊傳播委員會，就是想要仿美國的 FCC，到將來所謂的 NCC，就是政府再造，會不會有這個機會，這都很重要。我想公平會在 099 等其他案子都看得出衝擊，所以我覺得如果可以提一下，把這段交待比較清楚，我想像 95 年、96 年我們把法律修改以後，變更架構的情形。

最後，最重要的一點，我覺得所謂垂直整合可以讓業者來進行，到底是在講什麼？是 Hinet？或是所謂 Multimedia on demand 可能都一樣，這是目前大家在談的問題。電信法裡面有要求劃分會計，這其實是有要求分割的意思。換句話說，如果會計都算得很清楚，那電信是一個很標準的、有共同成本的 common cost，很容易 manipulate 的現象。但是，如果說價格透明化而且容許互聯的話，那垂直整合，fine。但是我覺得這裡前提比較欠缺的地方是，其實很多國家在開放時，為什麼要對 incumbent 有更多的限制。

另外一個就是因為台灣的情形，唯一的有 vertical integrated 的就是中華電信，中華電信又是國營的，所以就拿其他國家的例子來做舉例的話，我也可以拿反面的例子來。最近的例子就是中國大陸，把中國電信南北分割，跟 NTT 東西分割有異曲同工的感覺。這是中國大陸做得到，我們做不到的地方。我並沒有說中華電信要分割，但是我們來看一下，中華電信董事長毛治國董事長，大概是中華電信最近幾年來最好的一個董事長，而且是當初一起推動自由化的，可能也要看在毛董事長的領導下，中華電信因應競爭的策略，他自己有沒有在做分割的打算？包括業務的分割、分權。就是他法律上有沒有切割是另外一回事，但因為我們講垂直是一個經濟上的概念，他有沒有分割的比較清楚？

第二個，法律沒有逼你分割，你會不會有市場的壓力自己分割？台灣的資本市場不夠 efficient，所以沒辦法逼出來。我舉一個例子，AT&T 在 1980 年代被逼得解體分割以後，在 90 年代，據我曉得至少做了兩次分割，包括上一次把 Lucent 朗訊等等分割出來；這一次如果算 AT&T Wireless 把他 spin off 也算是一個分割，然後這次 Comcast 要買 AT&T 也是一個類似分割，所以要有市場的機制。

第三個，很容易來檢驗一下，你請投資銀行算一下，中華電信現在一個營運體，如果拆成三家，各家價值的總和，哪一個高？大概我所了解的投資銀行專家會說，你把他拆開，來各自的價值加總以後，比現在的高。道理很簡單，現在中華電信一家民營化的很難賣，市場已經證明了，我們不必很仔細的算。

所以若要繼續深談的話，我們可以從競爭政策所謂的 duopoly、以毒攻毒等理論來多談、可以從資本市場的制約談、也可以從跨業經營一個法規訂定的合理性，跟社會公平性來做一些談論。所以或許是說就這個部分在將來可以做一些簡單的整理，謝謝。

競爭政策與管制政策之調和

- 我國能源市場之回顧與展望

廖惠珠*

摘要

本文探討我國能源市場發展下，調和政策可著力方式。在回顧先進諸國調和政策之運用實例後，本文指出目前國際能源政策，以競爭為主，管制為輔的方向。其次，本文深入探索我國能源產業所面對的難題與經營危機，並建議公平會應以國際競爭角度來處理我國能源事業有關獨占、結合或聯合等行為。而在價格的約定上，亦需考慮能源產業龐大投資難以反應於競爭價格之事實，而應給予適度之調整空間，以充分展示調和競爭政策與管制政策之功效。

壹、導論

相較於其他產業，能源產業一直是受保護且由政府特別管制的事業。此一現象，可套用產業經濟學「結構、行為與表現」的理論來說明。就能源事業而言，能源事業絕大多數擁有龐大資本額需求、高度專業知識所引發之學習效果等自然壟斷的特徵。再加上能源為民生不可或缺之必須品，故在追求經濟效益目標的前提下，各國紛紛採取獨占且國營之經營方式，以確保能源的穩定供應。國營且獨占之產業結構方式，多年來確實保證了能源的穩定供應，但也產生服務態度欠佳、經營效率太差等諸多弊端。這些缺失引發了多數專家學者的懷疑，認為既然獨占所衍生之弊病無法去除，或許開放競爭所產生之次佳解，可得取更大的社會福利。另外今日瞬息萬變之時空背景，也指出政府多方制衡之遲緩決策，無法因應企業之快速變遷。於是能源事業自由化之呼聲越高。在英美多國率先採行下，許多成功之實例，更帶動全球能源產業自由化之風潮。唯成功範例的背後，也有不少失敗的例子，而使人們體會能源事業的特殊性，認同能源事業不該採取全面開放方式，仍需政府部分的管制，於是而有競爭與管制雙軌並行的規範現象。

* 作者為淡江大學經濟系暨產經所副教授。本文承蒙中央產經所張明宗教授，以及與會先進提出許多寶貴意見，修正而得本文，唯其中若有遺落或錯誤之處，皆乃作者之疏失。

一般人對於競爭政策與管制政策之了解，多侷限於互斥之論點。多數人認為，唯有解除管制措施，方得以落實競爭政策。事實上，隨著管理科技之發達，今日先進國家對於此兩政策都採相輔相成之作法。相互套用此兩政策之優勢，以尋求更具效率之政府管控方式。例如 APEC 會議所提出「高品質管制」¹、澳洲政府所強調的「專業管制」，甚或是紐西蘭所結合國際貿易、解除產業管制以及競爭政策等三者互動，彼此競合之作法²。這些論點強調，管制方法應立基於競爭精神。管制政策的制定應儘可能提供一個穩定、一致且公平的環境，以造就具競爭力的廠商，並提昇其產業競爭效率。換言之，透過競爭政策與管制政策之調和，產業往往可贏得更佳之經營成效，並回饋給全民。本文以「競爭政策與管制政策調和」之理念，充分探討我國能源產業發展之政策可行方向。不過礙於時間與篇幅限制，較深入之個案分析僅鎖定於公平交易法相關之實例。

無論是競爭政策或管制政策的訂定，政府之目的無非是提昇市場運作效率、維護社會公平、保持經濟穩定與促進經濟成長。雖然自由學派學者多強調自由開放之競爭政策，讓看不見的一隻手來推動，充分發揮人性之自利心以帶動繁榮之經濟社會，但規模經濟、保護幼稚工業與應付市場失靈等多個論點，也支撐起管制政策存在的必要性。其中能源產業，因為涉及規模經濟、高度能源安全與環境污染等外部效果之市場失靈現象，故需以管制政策干預之。既然競爭政策是我國政府規範產業行為的最大主軸，那麼便容易與約束能源產業之管制政策相衝突。如何拿捏得當，以化解兩者之矛盾與衝突，進而相互和諧套用此二政策，實有待深入探究，以確保能源市場之最適運作。

上述諸多說明指出國際能源產業有關競爭政策與管制政策配套運作之趨勢，頗值得我國相關部門之參考。以下於第二節將更進一步申述國際能源政策調和措施之應用。第三節則簡介我國能源產業相關之法令。其次依照我國能源產業開放之程度，分別於第四、五、六節探討能源產業之發展、目前與未來所面對之經營難題，並提出政策建議，以展現調和策略可發揮之空間。最後則為結論。

1 見趙揚清(1999)競爭政策與解除管制之分析。

2 見趙揚清(1997)有關亞太經濟合作會議，有關競爭政策及解除管制研討會之工作重點報告。

貳、『競爭政策為主，管制政策為輔』之國際趨勢

除了高品質管制之理念外，目前國際間處理能源問題時，有關競爭政策與管制政策之施行，大多採用「以競爭政策為主，管制政策為輔」之作法。以美國能源部所揭櫫五大能源政策目標為例(DOE, 2000)³，這些政策即強調以自由市場之運作為主要考量，當市場運作不良時，政府再介入干預。就其提高能源效率之目標而言，美國所採用之措施，乃是支持能源事業之競爭以追求效率之運作。至於其他目標的達成，也是盡量選用誘因政策以誘導民間部門之參與，並儘可能減少政府之管制動作。以加州電力事業之規劃而言⁴，該州把規模經濟之發揮鎖定於輸送業務，而幾乎全面的開放發電與配電事業。即使是輸送業務也盡量遵從市場自由運作法則，採取電力池運作方式，由喊出高價者，取得輸送電力之優先權。另外美國能源部為了抑制石化能源 CO₂ 之排放量，除了採部分管制措施外，也採取許多補貼方式鼓勵民間從事再生能源之發展。此一補貼方式，不僅可誘導民間努力從事再生能源之開發，亦可藉由民間之競爭而發揮經營效率。

除了規模經濟與市場失靈而需動用管制政策外，能源國家安全之考量，也是迫使政府不得不採取管制措施的重大理由。由於能源是現代生活的必需品。能源的匱乏，將導致人們食（烹調之電力與瓦斯）、衣（人造紡織布料）、住（電器品與空調設備）、行（汽車等）與育樂（電腦與電視）等基本生活之困難。尤其是高度電氣化之我國，絕大多數的人若缺乏能源，便難以生存。遺憾的是，我國是個自產能源極度匱乏的國家，97%之能源均仰賴進口，因此確保能源之穩定供給對我國經濟體之安全更是不可或缺的政策。OECD 各國在一、二次石油危機後，為了確保能源之穩定供給，規範了一系列管制政策，包括有能源節約與能源替代之政策、90 天以上之石油儲存與緊急時期市場管制措施。這樣的政策在 1991 年之波灣戰爭發揮了實質功效，而弭平一場可能爆發之能源危機⁵。不過此政策耗費先進諸國每年巨額之支出，也使得各

3 此五大目標為：提昇能源體系之效率、確保能源穩定供給、提昇能源生產與使用時之健康與環保價值、擴增未來能源產品之選擇，以及加強全球性議題之國際合作。

4 美國基本上是個聯邦之國家，相當尊重各州之主權，因此雖然美國能源部早在雷根政府時代已開始推動能源產業自由化，但至今中西部多州仍保有電力事業獨家經營之現象。其中電力事業自由化最徹底之加州近年來因配套措施之不得當引發全美繼波灣戰爭後之最大能源危機，而影響美國能源產業全面自由化之進展。加州危機之教訓可參見本文第六節之分析。

5 波灣危機時，美國、日本等多個 OECD 成員國均釋出原油，在供給增加下，原日趨飆漲之國際

國政府開始檢討儲油之必要性與儲油方式之改進(IEA, 2001)。雖然各國仍咸認確保能源穩定供給政策的必要性，但政府干預行為所降低經營效率之事實，也迫使各國政府往自由市場運作機制之方向來修正。以德國為例，德國相關法令規定，政府面對緊急時期需從事管制行為時，一定得確認下列二大原則後，方可採行緊急行動：

1. 確認現有之自由市場無法及時且適當之運作。
2. 政府干預行為的大小需配合緊急事件規模之大小（不可小題大作，也不可大題小作）。

很顯然的，此二原則重申了全球能源產業「以競爭政策為主，管制政策為輔」之理念。第一原則相當明顯地指出，只有在自由市場無法運作下，才採行管制方式；而第二原則強調，即使政府採用管制措施，亦應盡量遵行市場供需法則，依照市場需求規模的大小，提供適當的管制方式。

參、影響我國能源產業之相關法令與政策

影響我國能源產業之主要法令，除了規範一般產業運作之公平交易法外，最主要的是能源方面之相關法規。這些能源法規主要有能源管理法、石油管理法⁶、電業法，以及相關施行細則與管理辦法。另外在氣體燃料方面，由於瓦斯攸關大眾民生，因此其規範法條除了煤氣事業管理規則與相關作業要點外，尚包括有民營公用事業監督條例。而有關加油站之設立，因為涉及土地之使用與消防安全措施，因此這兩方面之相關法令也會約束加油站事業之發展。例如近年來，石油產業之全面性開放，在外資之競爭威脅下，國內加油站本身先激起價格戰，在免費洗車、附送衛生紙等多種行銷策略下，業者們的利潤已日趨微薄，而開始了多角化經營之訴求。然而礙於土地分區使用之規範，若加油站土地原為農業用地，則不可經營與油品不相關之商品買賣事業。此規定使得我國許多業者，無法採取國外常見之加油站結合便利商店的方式，而大大降低加油站之經營效率。

至於近年來因溫室效應，需抑制傳統化石能源使用量而制定之環保法規，對能源產業也深有影響。由於能源的轉換與使用乃是目前空氣污染之最主要來源，因此各大能源轉換（中油、

原油價格得以舒緩而平抑下來。至於我國因非屬 OECD 成員國，故並未配合釋油，反而買入更多原油，未發揮政府儲油之功效。

⁶ 石油管理法經過多年的努力，終於在 2001 年 9 月三讀通過。

台電⁷) 機構與能源使用單位(鋼鐵、塑化業者)莫不修正其能源運用方式,以符合空氣污染防治條例等相關法規。另外政府為了鼓勵再生能源之使用,也訂定了太陽能熱水、風力發電與太陽光電發電等多個相關獎勵條例。雖然再生能源之開發與使用,較符合多數環境保護法之要求,但因再生能源仍多少會造成環境破壞之現象,故仍受許多環保法令所約束。這些法令主要有環境影響評估法、噪音管制法(風力發電往往會產生大量之噪音)、空氣污染防治法、廢棄物清理法(沼氣與垃圾焚化等廢棄物的利用均會涉及此法)、海洋污染防治法(潮汐、海浪、溫差與洋流等海洋能之使用會影響海洋之環境),以及水污染防治法。

上述林林總總之環保相關法令,主要目的乃著眼於約束能源事業之經營方式以達到環境保護之目的。不過,先進諸國多年實施經驗發現,環境保護等諸多相關法規往往會扼殺能源事業之經營效率,徒增許多生產成本,並轉嫁給消費者。不恰當之環保法規不僅造成經濟成長之遲滯,也增加消費者的負擔。因此近年來,先進諸國亦將競爭政策與管制政策相調和之理念,納入環保政策之訂定。在環境保護之管制前提下,思索一個或多個可納入競爭精神之方案。例如過去環保政策經常採用罰款、課稅與補貼等方法,現在為了鼓勵廠商善用較有效率之環境保護方式,而有空氣污染排放權之交易與污染泡策略(Bubble Policy)⁸。前者准許同一區域內之業者相互買賣污染排放權。此一策略的好處是,不善於處理或礙於老舊設備難以處理污染排放問題之業者,可買取污染排放權,而避免關廠或耗費巨額之污染減量支出;而賣者則可善用其污染管控技術以賺取利潤。此政策乃三贏之策略。首先就企業界而言,買污染權之業者可選用一個較便宜的污染管控方法甚或避免關廠命運,而賣者可利用優越之污染防治技術謀取利益;其次政府可因廠商較高之接受性,而輕鬆的管控區域污染總量;最後,社會大眾則因電廠的持續經營,享受充足之電力。至於污染泡策略則更具經濟誘因,在原區域污染總量管制目標下,只要新蓋的廠房採行超標準之污染防治措施,以降低每廠房之平均污染排放量,而不超過原該區域之污染排放總量即可。很顯然的,此一污染泡策略,既可解決老舊設備污染減量實施之困難問題,更是一個誘使廠商投資新廠的好方法。以發電廠為例,礙於新環保政策,許多廠房已無

7 此二公司之全名分別為中國石油股份有限公司與台灣電力有限公司,為便於書寫,下述文章統稱中油、台電。

8 參見 Tom Tietenberg(2000), p375 有關 bubble policy 之說明。我國專家學者黃英傑(1996)與蔡辛慈等人(1994)亦曾著文分析介紹此一政策。

利可圖，如果政府堅持老舊廠房一定要符合污染管制標準，則廠商只好選擇關閉廠房，退出經營，形成區域缺電境況。但若政府採取污染泡策略，在總量管制下，鼓勵舊廠股東集資興建另一座超高污染防治標準之新廠房，而降低每廠之平均污染排放量，此法不僅可達到污染總量管制之目標，也可讓廠商選取便宜的污染控制方式，並增加發電容量，以帶動區域經濟之發展。

綜整而言，先進諸國為了保護環境而造成經濟遲滯之難題，在多年的摸索下，開始體會將環境保護等管制法令，納入競爭精神，尋求一個更省錢，對企業、政府與全體社會三贏的策略。此種充分融合競爭政策與管制政策之方式，頗值得國人借鏡。這些調和之策略不只提昇我國之自然環境，更能兼顧產業之競爭力。目前我國有關污染排放權之施行，尚在規劃宣導中，至於污染泡策略則仍屬專家學者建議中之腹案。未來透過更完善之規劃，或許也可充分結合競爭與管制政策相互調和之精神，以提昇全民福利。

除了上述諸多法令外，能源產業也受制於礦物法。礦物法第一章總則第二條即詳細明定所適用之各項礦物。能源產業中最主要之三大傳統能源：煤炭、石油與天然氣均羅列其中。因此礦業法也是規範能源產業的重要法令，主要影響能源產業之開採行為。再就能源產業之經營而言，能源產業之規模均相當龐大，又多具規模經濟之現象，所需投入之巨額資金遠高於一般民營事業。早年我國民間尚不富裕之年代，油品與電力等能源事業皆由國家經營。於是乎能源產業又需受國營事業管理條例等法令所管控。既為國營，各種管制防弊之措施皆一概適用，此種層層網綁之法令，使得擁有最多菁英之國營事業難以伸展，經營效率無法發揮。民營事業可馬上決定之決策，到了國營事業，因為各種規範公務人員與其行事之辦法而可拖個半載至數年之久。

綜整而言，規範我國能源產業運作之法令，起自能源開採之礦業法、能源經營之國營事業管理條例，以至於能源使用之種種相關法條，林林總總實在不少。若再考量管理位階更高之核能使用⁹，則更需考量原子能法、核子損害賠償法等相關法令，所涉及之法令更多，非區區本文所可探討。礙於時間與篇幅之限制，本文只探究與公平交易法較具密切關係之競爭與管制政策，其他之相關法令留待日後再作更深入之探討。以下就能源事業之發展與困境，探索公平會

⁹ 我國核能方面統歸原子能委員會所管理，此委員會與經濟部具相等之位階，而經濟部為主掌能源事務之能源委員會的頂頭上司，故原子能委員會較經濟部能源委員會具更高之位階。

在競爭與管制兩策略可發揮之空間。

肆、由開放時程回顧我國能源產業之發展

我國能源產業，若以能源產品差異來區分，可劃分為煤、油、氣與電等四大類別。其中煤礦業者，由於我國淺層煤源之枯竭，煤礦開採成本日益增加，無法與進口煤相競爭，近年來煤已全面進口，國煤已關閉不再生產，本文因而略之不談。

至於石油產業乃是一個單進料多產品之事業，雖然只使用原油這種原料，卻可生產出上千種之油品¹⁰。此行業隨著其產品與供給層面之差異，可進一步區分為上游之煉製業與中下游之各種油品行業。由於我國石油產業開放程度之差異，雖同為石油行業，但競爭之狀況卻明顯有別。例如潤滑油與溶劑油等多種油品，我國早已開放進口，消費者可自由選購各種品牌產品，因此這些油品的市場早已幾近完全競爭，不太可能違反公平交易法，也較無探討之必要性。至於近一、二十年來才開放之加油站事業與瓦斯販賣事業，因中油多年來獨占之事實，以及部分瓦斯業者規模較大，易形成不公平之競爭，所引發之糾紛也較多，故本文將針對此兩行業多所著墨。其中加油站的開放起自於民國七十六年六月二十八日「加油站管理規則」之生效實施。經濟部能源委員會（簡稱能源會）自該日起開始接受民間申請加油站之經營許可。第一座民營加油站於是在民國七十七年二月一日開始營業。開放初期，土地與經營之規範均相當嚴格，故民營加油站成長速度不快，直至民國七十九年四月國營會發布修訂「加油站管理規則」，大幅放寬加油站之經營規定，並大幅鬆綁加油站用地之相關法規，而加快加油站之成長。民國八十三年九月，國內民營加油站數目高達 577 站，凌駕於中油國營之 575 站。至今（民國九十年十一月），我國之民營加油站總計有 1,541 座，而中油加油站只有 585 座，市場占有率僅約四分之一強。隨著最近（民國九十年九月）石油管理法之通過，所有的油品即將在九十一年一月全面開放進口，我國石油產業也將步入全面自由化。可預期未來經營加油站，將面臨更白熱化之競爭狀態，屆時恐怕步入日本之後塵，經營不善的業者將面臨關門之命運。

嚴格而言，瓦斯行業應區分為桶裝瓦斯與管線瓦斯。其中我國之桶裝瓦斯均由液化石油氣（LPG）混合丙、丁烷而得，因屬石油煉製品，故使用時雖為氣狀，但一般都歸屬石油行業。至

¹⁰ 若再考慮石油腦(Naphthas)與各種烴、烷等再煉製品，則石化產品之衍生物更多，而跨至食衣住行等各大業別。一般而言，石化業均另行考量，不納入能源行業來討論，故本文亦略而不談。

於管線瓦斯則由我國所直接開採之天然氣或進口之液化天然氣還原為氣狀後，再傳輸到每個用戶端。無論是國內自產天然氣或進口液化天然氣均為天然氣，故乃屬氣體類別¹¹。不過石油與天然氣無論是開採或利用，往往有其密切之關係。世界各大石油公司多少均從事天然氣相關之事業經營，硬是把石油與天然氣區分為兩大業別，反而不易探討競爭與管制政策對這些業者之影響。事實上，過去數十年來，我國之石油與天然氣事業均統歸中油經營。早期中油內部之石油與天然氣部門相互共享資源，很難區分出各自之盈虧。基於這些理由。以下相關分析，不再強調此兩業別之差異，而依桶裝瓦斯與管線瓦斯之劃分，加以說明並比較。

再就石油煉製業而言，起自民國七十五年台塑企業提出六輕計畫獲政府核准，而於民國八十一年成立台塑石化股份有限公司（簡稱台塑石化），配合六輕計畫，負責興建煉油廠、輕油裂解廠、汽電共生廠等業務。其中煉油廠基於製程煉量最適化之考量而提高產能，每日煉油量可達 45 萬桶。加上中油高雄廠、桃園廠及大林埔之日煉油量 77 萬桶，我國未來總煉製量將可高達每日 122 萬桶。此一煉製容量高於我國目前之需求。屆時台塑石化若全面量產，中油與台塑石化等兩大石油公司又無大量之出口，則國內之煉製業勢必產量過多，或形成多餘產能之現象。尤其是石油管理法通過後，油品全面開放進口之狀況下，未來我國油品煉製業將呈高度競爭狀態，頗值得深入分析。

最後有關我國電力事業之發展。我國電力事業可說是國營事業民營化，敬陪末座的少數業別之一。目前台電民營化之時間表為民國九十四年十二月底。台電是否可在此限期內達成民營化，尚有待行政院之通盤考量。除了民營化外，台電所面對真正嚴苛的挑戰是自由化的落實。目前行政院已將電業法送至立法院審議，預計可在民國九十一年完成立法程序。屆時，台電將邁入新競爭時代，失卻過去長期獨占之角色。其中目前已進入發電業務的台塑、長生、和平亦將具備售電之權利，而與台電搶奪用電戶。電力事業自由化之推展，究竟是全民之福或禍尚有爭論。雖然西歐與紐澳多國均申言電力事業自由化乃是利多於弊之措施，但美國加州電力事業自由化所引發全國性乃至北美之能源危機，則相當發人深省，頗值得深入探討。

¹¹ 嚴格而言，雖同為管線瓦斯，但由液化天然氣所產生之管線瓦斯熱值較高，而自產天然氣因品質較差而含有較低之熱值。依據能源會所出版能源統計年報之數據顯示，前者之熱值為 9900 千卡，而後者自民國八十年起僅 8,900 千卡。

伍、已開放能源產業之發展

本節探討我國已開放能源產業：加油站產業與瓦斯產業。除了申述這兩產業目前與未來之發展概況外，亦指出其經營難題與潛在危機，最後再提出相關之政策建議。

一、加油站產業

(一) 目前與未來發展概況

我國加油站從民國七十六年開放至今，發展頗速，已有二千餘座，成長約四倍多。隨著加油站座數的增加，業者所分得之油品銷售量也日漸減少。為了爭取更好的銷售業績，各種競爭策略於焉形成。首先私營業者除了要求其工作人員保有良好加油態度外，也提供清洗汽車擋風玻璃之服務。在多數加油站跟進後，收益的減少，又促使廠商推出更具吸引力的策略。雖然經濟部與公平會都戮力於競爭環境之提昇¹²，唯多年來加油站仍只侷限於非價格競爭政策。消費者所得到之服務雖增加，但卻十分有限。李延禧將這樣的現象，歸諸於油品事業之部分開放¹³。由於加油站之油源供應僅只中油一家，業者競爭空間有限，故多年來加油站解除管制現象，並未達到理論上的成效。

上述論點印證了台塑加入陣營後之效果。自民國八十九年九月十一日台塑石化開始銷售汽油等油品後，油品價格戰開始形成。經濟部也正式廢除施行多年之油價公式，全部油品售價改由市場機制決定。這一年多來，汽油之售價多次調降。甚至於國際原油價格上漲之際，兩大陣營仍誓言，成本自己吸收，不轉嫁給消費者。依據今年（民國九十年）能源會，委託台灣綜合研究院之研究顯示，目前國內加油站近七成加入中油連鎖契約，而近三成參與台塑連鎖契約，僅只不到 3% 的加油站業者採取獨立經營方式¹⁴。可預期的，隨著石油管理法的通過，我國全面開放油品進口，未來加油站經營業者，除了中油與台塑外，可選擇之購油對象尚包括國外各大石油公司與一些進口業者。另外，外國石油公司也可在台灣設置加油站，屆時我國汽油銷售市場將進入全面競爭階段。

¹² 經濟部著重於修法以開放加油站事業；而公平會則偏向實際面之運作，取締違反公平交易法之廠商，以確保加油站事業之公平競爭。相關案例之發展可參見公平會所刊載之公平交易委員會公報。

¹³ 參見李延禧(1999)之論文。

¹⁴ 參見經濟部能源委員會報告(2001)。

(二) 問題與潛在危機

自由市場機制之運作，固然可藉由競爭之進行以達到降價目的，但往往也會伴隨一些副作用。經濟學中，藉由完全競爭以達到最大福利之理想，乃利基於四大假設：買賣雙方均是市場價格接受者、商品為齊質產品、完全流動性與完全訊息。雖然後期 Baumol 等人(1982)對這樣的論點，修正為只要有一個潛在的廠商得以進入該產業與既有廠商從事競爭，那麼既有廠商即使享有自然壟斷之市場，也會兢兢業業的經營，以避免潛在廠商之競爭。表面上此種論點，似乎只要市場具備有完全進入之自由，該產業即使只有一家廠商，也可達到完全競爭之目的。實際上則隱含完全訊息條件之不可或缺。很顯然的，潛在廠商需要有充分訊息以判定有否足夠能力取而代之，或至少與既有廠商相匹敵；同時消費者也必須有「辨識不同廠商產品之品質是否齊一」的能力，方得以判別不同廠商商品價格之高低。由於現實社會充斥著錯誤、無法辨識的訊息，因此理論上之完全競爭境界，也就難以藉由市場之完全競爭而達到目的。加油站事業的經營，不可豁免的，也會因為市場訊息之不完全而產生偏離完全競爭最大社會福利之境界，以下逐一說明之。

1. 品質確保問題

由於一般消費者並無能力辨識汽油等產品之品質，因此在激烈競爭行為下，不肖業者往往會貪取小便宜，摻雜一些劣質油，以降低汽油進料成本，謀取高利。類似的現象，在最近地方政府積極配合查緝下，方才較為停歇¹⁵。

2. 社會資源浪費

參與經營之業者，若判斷錯誤，高估自己經營能力，而慘遭淘汰，倘其經營設備又欠佳，乏人接手，便會產生閒置資產。目前我國之加油站仍值擴張階段，尚無關閉現象。但隨著競爭之激烈，未來加油站經營不善者，將難逃淘汰厄運，形成資源浪費現象。

3. 油品價格巨幅波動

市場高度競爭下，業者利潤遭壓縮，較難吸納成本變動所產生之衝擊，因此會將市場供需變化所產生之巨幅價格波動轉嫁給消費者，造成消費者難以適應現象。目前我國加油站經

¹⁵ 以民國八十九年為例，該年共取締 404 件，查扣加油基 245 台，涉嫌違法人員並送司法機關偵辦，起訴案件達 371 件。

營，因中油與台塑的力挺，尚未出現價格大幅波動現象。但未來隨著這兩大公司面對更大的競爭壓力，在利潤大幅衰退下，國際原油價格巨幅的波動，恐怕也會迅速且全面的反應在消費者價格上。

4. 與國際大石油公司競爭之困難

先進諸國加油站事業，早在我國加油站開放前，就已競爭激烈。以美國為例，加油站競爭行為早在多年前便已趨白熱化。近年來得以僥倖存活下來的業者無不戮力採行電子行銷策略，或與其他業者結合以降低經營成本等多種措施。試想，這般身經百戰之企業，若挾其雄厚資金與先進經營管理技術，進入我國加油站產業，只怕我國業者將有一番苦戰。

(三) 政策建議

由本文第二節中可觀得，先進諸國近年來約束能源產業之政策，多以競爭政策與管制政策相輔相成之方式進行。這樣的方式其實也可套用於我國加油站事業的管理。由上小節的分析可知，近一、二十年來，政府管理加油站事業，無論是主管機關之經濟部或是維護我國產業公平競爭之公平會，都側重於競爭環境之維護，以開放方式提昇此行業之競爭力。相信隨著民國九十一年，油品事業之全面開放進口，此行業的競爭狀態將更明顯。令人憂心的是，我國加油站恐怕很難與國際身經百戰之大石油商相匹敵¹⁶。上小節指出我國加油站事業群直至近一、二年，才開始面臨彼此真正的競爭。由於競爭期間有限，業者普遍缺乏加油站經營之國際觀，對於國外加油站業者所採行的許多競爭措施也都相當陌生。偏偏相關政府部門在本位主義下，無論是環保署或消防署對加油站業者的要求均有增無減，形成業者許多經營困擾。這樣的現象，使得我國加油站之經營未來越來越難以與國外業者競爭。在即將面對進口業者大幅衝擊下，或許主管公平交易之公平會，對此一產業需以更關懷之角度，在事業之結合與聯合方面，以更國際化之觀點來衡量。方不打擊我國之本土業者。

目前公平會在衡量事業體之結合標準時，以雙赫指數評判之。唯此指數所立基之產業基準頗值得思量。以加油站經營為例。若以我國國內市場之市場占有率為基準，則中油、台塑有相

¹⁶ 值得一提的是，產業之發展並非小規模便不具競爭力，而需依產業與廠商之特性而定，例如大型之食品業固然可享有品牌優勢而促進消費之優勢；小型手工製作之食品亦有其吸引人之特徵，仍可屹立於高度競爭之產業環境下。小加油站若能發揮鄰里相互照應，以區域認同感號召附近居民，則亦有其生存空間。

當高之市場占有率，但若思及國際市場，中油與台塑比起國際重量級之 EXXON-MOBIL 與 SHELL 則實在微不足道。目前 EXXON-MOBIL 已積極與我國部分業者合作，搶攻部分市場占有率¹⁷。很顯然的，這家 EXXON-MOBIL 擁有相當股份的公司，若以我國國內市場之占有率為基準來計算，則其比例仍相當小，但若以其國際加油站之市場占有率來計算，其比例則相當高。與這樣的廠商相競爭，即使全台灣所有的加油站都結合起來，所形成之總和實力都遠遠落後¹⁸。就此角度而言，公平會以後審核我國廠商之結合或聯合議案，可能有必要以「競爭精神」為重要之考量，而不需拘泥於現有雙赫指數等計算方式。只要我國該產業已有開放進口之事實，公平會於考量結合或聯合行為時，應思及國際產業之競爭狀態。

二、瓦斯產業

(一) 目前與未來發展概況

目前我國瓦斯行業分桶裝瓦斯與管線瓦斯，雖然其需求面呈替代現象，而早期供給源頭也都來自中油，但競爭生態頗不相同，故此處先介紹桶裝瓦斯業，其次再介紹管線瓦斯業。

1. 桶裝瓦斯業

我國桶裝瓦斯業在未開放前，中上游部分由中油獨家供應氣源、行政院退除役官兵輔導委員會（簡稱退輔會）的液化石油供應處（簡稱液供處）單獨掌控液化石油氣之經銷業務工作。液供處獨占經營之情形，於民國八十二年二月由公平會糾正之，並開放給八家合格廠商經營此分銷業務，初步解決中游獨占之現象¹⁹。至於較全面性之開放，則始於民國八十八年一月，能源會解除液化石油氣之進口管制。這第二波的開放，打破了上游中油獨占之優勢，整個桶裝瓦斯業正式進入激烈競爭狀態。

根據莊春發之研究，第一波開放所帶動的競爭效果，僅及於經銷商與分裝廠之價格競爭，所呈現的效益相當有限。相形之下，第二波開放促使上游業者如台塑、李長榮與民興等業者加入競爭行列，從此引發一系列液化石油氣價格的調降。這樣的演變過程頗類似加油站

¹⁷ 雖然暫時 EXXON-MOBIL 仍受油槽租用不足之限制，但國際油品市場過去高度競爭下所衍生之許多交換契約(swap)，新式競爭行為均可能重劃我國目前油品競爭市場之版圖。

¹⁸ 以 2000 年 EXXON-MOBIL 資產負債表所登載，該年之收入約值 7.4 兆台幣（以匯率一美元等於 32 元台幣計算），約中油該年度營業額之 18 倍（中油該年營業額為 4745 億台幣）。至於其資本額以 2000 年 3 月底為準，有 4.7 兆台幣，約中油之 36 倍（中油為 1300 億台幣）。

¹⁹ 詳見莊春發(2001)之論文。

開放的情形，初期部分開放時，成效有限，但隨著開放層面之加大，競爭效益越趨明顯，消費者得以享受更多利益。

2. 管線瓦斯業

管線瓦斯業者基於管線鋪設有自然壟斷情形，加上「民生必須品」之特性，故其配銷方式目前仍呈區域獨占。目前我國管線業者共計有 25 家，若平均劃分，則每一業者僅可分得七、八萬戶之用戶。區域劃分過於狹小是這一行業最受批判之處。狹小的營業區，使得業者規模太小，規模經濟無法發揮。以較正常經營之 23 家業者而言²⁰，其中最大之大台北瓦斯公司，也僅有五十多萬個用戶，多數業者的用戶數在 20 萬上下。3 家較小業者的用戶則都小於 10 萬戶。相較於日本東京瓦斯八、九百萬之用戶²¹，我國管線瓦斯之經營實在相當困窘。小規模經營使得每一用戶需攤提大量之固定成本。而居高不下之成本，轉而打擊新用戶之使用意願，從而大幅降低管線瓦斯使用之比例，形成惡性循環之現象²²。經濟部能源會早已注意到此一營業區域過小之現象，正研擬一些辦法以匡正此問題。例如鼓勵相鄰區域業者合併以擴大規模，提昇營運績效。

(二) 問題與潛在危機

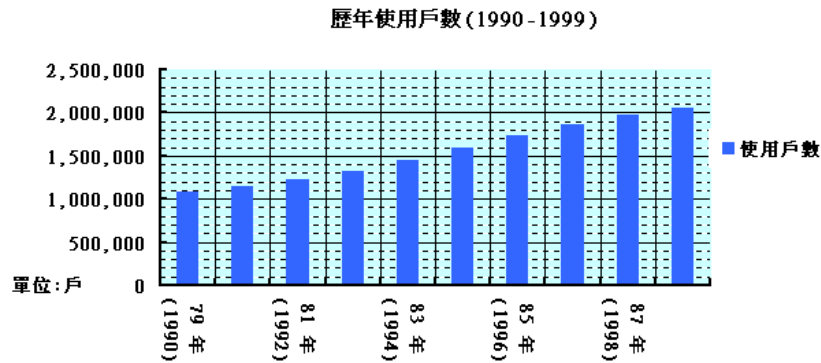
綜觀我國目前瓦斯業者之經營，桶裝瓦斯業者之競爭效益遠高於管線瓦斯業者。唯考諸先進諸國之瓦斯行業，桶裝瓦斯業者之優勢很可能日趨削減。一般先進國家之都會區居民，絕大多數使用管線瓦斯，只有較偏僻或不易鋪設管線之老舊社區，在不符成本效益之考量下，方才使用桶裝瓦斯。而我國雖屬高度人口密集區，但桶裝業者反而擁有較多之用戶²³。究其理由乃因管線瓦斯業者過多，無法發揮經濟效益，從而壓抑使用戶數之成長。不過這樣的現象，應會隨著都市的更新而逐次改善。

²⁰ 位於南投竹山最小規模之竹名瓦斯公司僅有百來位客戶，而位於淡水鎮、三芝鄉與石門鄉之欣芝亦只有兩百多戶。

²¹ 以 2001 年底之資料而言，東京瓦斯之用戶高達 8,900 千戶。

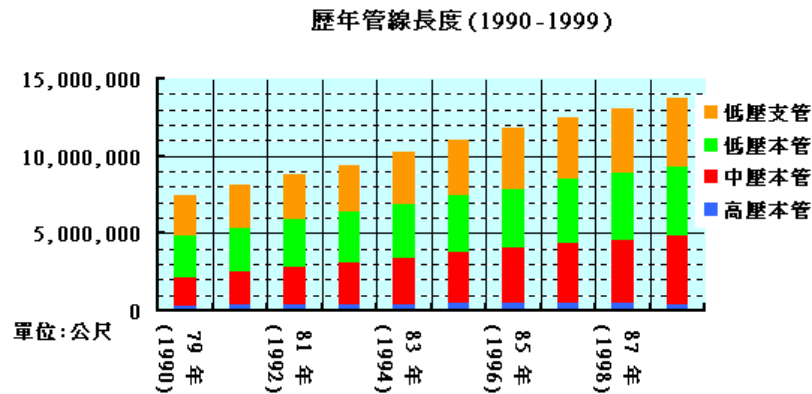
²² 詳見經濟部能源委員會(2000)年之研究報告。

²³ 以經濟部委託中興大學莊春發教授所從事之問卷調查顯示，桶裝瓦斯之用戶約占 60%，而管線瓦斯僅占 40%。其中低收入戶與南部區域明顯偏好桶裝瓦斯之使用。



圖一 我國管線瓦斯使用戶數之成長概況

來源：取自中華民國公用瓦斯協會



圖二 我國管線瓦斯管線長度之成長概況

來源：取自中華民國公用瓦斯協會

圖一與圖二顯示，我國管線瓦斯不論是用戶或管線之長度，都呈現明顯成長之現象。其中家庭用戶由民國七十九年至民國八十八年，共成長了將近 100 萬戶，其戶數之增長平均每年約十萬戶左右。相較於我國主計處所調查之家庭戶數成長狀況，民國七十九年家庭戶數有 502 萬戶，至民國八十八年則成長至 643 萬戶，共增加了約 140 萬戶。不管新增家戶是否為瓦斯用戶，這樣的數據顯示，管線瓦斯用戶數之增加量遠高於桶裝瓦斯之增加量。很顯然的，扣除管線瓦斯 100 萬戶之成長量後，桶裝瓦斯用戶只分得 40 萬戶之客戶。這樣的推論顯示，我國桶裝瓦斯之市場占有率正在消退中。設若能源會所推動管線瓦斯業者合併之動作加速，則在規模效益發揮下，管線瓦斯之成長速率將更快，屆時我國桶裝瓦斯業者便會形成供過於求現象，而免不

了一場液化石油氣削價之競爭。

(三) 政策建議

藉由桶裝瓦斯行業與管線瓦斯行業之競合變遷發展，可得取以下兩點政策啟示：

1. 切莫高估私人企業之經營能力

由我國管線瓦斯業者之經營歷史可觀得，許多業者之經營能力欠佳，雖然政府給予利潤之保證²⁴，但許多業者在用戶數之推展仍十分遲滯。此現象顯示，即使是具有自然獨占之產業，仍有必要引進競爭者。雖然競爭之引進，可能會使資源過度投資，但若競爭效益的發揮，而得取較原獨占業者為低之經營成本，則競爭反而是個較優越之選擇。

2. 洞燭先機，以調整競爭政策

隨著我國油品事業之全面自由化，未來類似桶裝瓦斯與管線瓦斯間之競爭與合併現象必將越趨明顯，甚至能源事業間之相互併購。公平會應洞燭此一未來趨勢，有關產業市場占有率之計算也應彈性調整，方得適當的管控能源事業。切莫拘泥於死法規而阻礙企業之發展。

陸、剛開放或即將開放能源產業之發展

依循上節方式，本節探討油品煉製業與電力事業之發展。首先申述產業目前與未來發展概況、其經營難題與潛在危機，最後再提出相關之政策建議。

一、油品煉製業

(一) 目前與未來發展概況

我國油品煉製事業，過去一直由中油所獨占經營。隨著台塑石化煉製部門的開始量產，中油開始面臨強烈之競爭對手。尤其是，起自民國九十一年一月一日油品之全面開放進口，整體產業更是面臨白熱化之競爭。

依第四節之說明，我國未來總煉製量將可高達每日 122 萬桶。根據能源會民國九十年七月份之報導，台塑石化煉製部門已由每日 15 萬桶提昇至 30 萬桶，可預期未來台塑石化全面發揮時，再加上進口商初估約一成之市場占有實力，我國煉製部門將呈極激烈競爭之現象。

²⁴ 管線瓦斯之計價乃依煤氣事業管理規則第 18 條之規定，該條文保證業者可得取實質資本額百分之六的合理利潤。

(二) 問題與潛在危機

油品煉製業是個固定資產設備相當龐大的產業，其平均固定成本占產品單位成本相當高之比例。這樣的現象隱含，油品煉製產能的高低將強力左右產品之單位生產成本。煉製產能使用率越高之廠商，其單位生產成本便越低。美國油品煉製業多年來之高度競爭，迫使許多煉製廠努力壓低產品之單位成本，除了積極從事電子商務化以降低經營成本外，亦戮力提昇產能至90%以上。在市場需求旺盛期，甚至可高達97%或98%。相形之下，過去中油之煉製產能大抵維持於80%左右。單純比較產品之煉製狀況，中油煉製成本恐怕偏高。未來台塑石化業加入油品煉製行列，若我國之油品需求成長有限，油品又無法出口至其他地區，則勢必產生惡性循環現象。屆時經營績效不佳之業者，將很可能被購併或淘汰。

煉製原料掌握不足，是我國煉油廠未來所面臨國際競爭力不足的另一重要考量。國際原油價格變化莫測，由1999年至2001年短短2年間，國際油價由每桶10美元左右漲至每桶35美元，後又跌回17美元附近。其大起大落之趨勢，使得未握有油源之煉製廠面臨相當大之經營壓力。雖然中油與台塑石化兩大公司均擁有大量原油槽，可在低價時期，購入油料並儲存之，而於高價時再使用儲油。但相較於國際握有大量油田之石油公司，我國煉製業者未來仍將面臨相當大之經營壓力。

(三) 政策建議

1. 以國際市場來思索我國油品煉製業之發展

過去公平會對中油許多獨占事實之處分均著眼於中油的「大」與「獨」。未來考量我國油品事業之開放，則中油公司將淪為國際上之小公司，面臨許多競爭壓力。上小節指出我國煉製業可能面對之困境。事實上，如何壓低經營成本，甚或透過其他優勢尋找企業經營之發展空間，已是中油與台塑石化的考量重點。就中油而言，除了尋求各種降低生產成本之方法外，多角化經營亦是其尋找契機的一大救命丹²⁵。至於台塑石化，除了繼續發揮其石化中下游產業之國際優勢外，也朝著橫向企業發展，並擴展其國際經營觸角。這些事實，指出我國公平會許多法條上的思維，都有必要往國際跨國企業與多角化經營之方向來思索。其實過去數年來，國際能源市場最值得注意的現象之一便是不斷的購併與業界間之策略聯盟。公平會

²⁵ 中油擬跨足之產業包括有電信、電力、土地開發、冷能事業等多種目前頗具競爭利基之事業。

應注意此趨勢，在強調我國國內之競爭現象時，對於業界結合與聯合行為之管制更應有所調整，以國際市場競爭力為思考方向，適度培育業者之競爭力。換言之，公平會可採取調和之措施，在強調競爭政策之同時，適度的修正管制方式。一方面利用競爭方式強化業者之競爭力，另一方面則提供協助，以更寬鬆的標準允許業界整合，增加國際競爭實力。

2. 鬆綁再鬆綁

上述諸多分析，指出我國油品煉製事業可能面對之危機，而努力尋求多角化經營之事實。面對這樣的現象，相關主管機構應著眼於未來競爭之考量，而給予應有之鬆綁，切莫因某些小企業之控訴而過度約束中油與台塑之發展，從而打擊此兩大企業競爭力之提昇。例如，中油與台塑競爭力若來自於經營效率的提昇，而非惡意之割喉式競價，則主管機關應加以肯定。切莫以照顧弱小之心態，遏止此兩公司之國際競爭力。

二、電力事業

(一) 目前與未來之發展概況

就電力事業之發、輸與配三層面而言。我國發電事業之自由化，起始於民國八十五年台電與麥寮汽電公司所簽定之 60 萬千瓦購售電合約。該發電廠於民國八十八年開始點火正式運轉，緊接著該廠之後，則為桃園之長生電廠。目前已開放且通過審查之電廠包括有，民國八十四年初第一階段通過申請案之長生、麥寮、苗栗、海渡、嘉惠、花東與和平方 7 家電廠，其裝置容量有 705 萬千瓦、該年底第二階段通過之新桃電力、富堡電力、長宏電力與富保和中等 4 家，計有 325 萬千瓦之裝置容量，以及民國八十九年以後之星能、森霸等多家電廠。其中富堡電力與富保和中因未依合約規定繳交「運轉前保證金」，已於八十七年九月十日經台電公司終止合約，其核準備案函亦已失效。雖然這些民營發電廠仍多礙於土地與環境影響評估問題，而尚未完成發電，但我國發電事業之競爭態勢已儼然成形，不具經濟效益之發電廠，遲早將遭受淘汰命運。

由於我國電業法修正草案目前仍在立法院審查階段，故除了發電部門外，我國未來電力事業之輸與配是否會走向全面自由化，仍有待立法部門之核定。本文且就目前草案之精神與重要條文簡述之。我國電業法修正草案於民國八十四年九月六日函送立法院審議，但因所涉及層面過廣，一直未能取得全面性之共識，故仍停滯於審查階段。

我國電業法修正草案之精神乃藉由獨立發電廠之加入，以提昇市場競爭力，並限制電業垂直整合經營，以增進市場競爭機制。嚴格而言，目前電業法修正草案之競爭設計仍相當之不足，尤其在輸電與配電方面，草案之規劃仍然採取管制措施。其中草案第四十四條規定「電價及各種收費率之計算公式，由中央主管擬定，報請行政院核定；變更時亦同」。由此條文可明顯看出，電力事業之中下游，仍相當程度的主導於政府。幸好這樣的規劃只是一個短中程之規劃，依據能源會之規劃²⁶，長程之時程規劃需在：電力供應充裕、輸配電線路調度無虞、健全之法律體系與市場交易條件成熟等四大前提下，方才報請行政院核定實施。

至於能源會所規劃之長程運作模式則深具競爭潛力。該會初步規劃於民國九十七年開始運作之模式，包括有²⁷：

1. 電力市場採強制電力池，發電業之裝置容量達一定標準時，均應經由電力交易所進行交易，並接受調度。
2. 電力池之電力交易採前一日競價制度。
3. 輸電業不得兼營發電業，但經中央主管機關特許者，不在此限。
4. 限制單一發電業之市場占比或限制既有綜合電業不得新增電廠。
5. 輸、配電業在同一營業區內以一家為限。
6. 開放特高壓用戶進入電力市場購電。
7. 視情況及市場需求，再考慮是否開放售電業或分割電業。
8. 配電業負售電義務。
9. 套牢成本由全體用戶分擔。
10. 依政策需要保障天然氣、再生能源、核能及水力機組。

由上面十點長程電力事業之規劃，可觀得其競爭機制已深入輸電部門，其中電力池之規劃，可充分發揮價格機制，任何願意出高價之發電業者得以優先使用輸送系統。雖然此一長程規劃大綱並未明定下游配電之自由競爭方式，但第七項則已指出售電開放與分割電業之可能性。

²⁶ 參見該局所編印八十七年版之能源政策白皮書第 180-182 頁。

²⁷ 以下 10 點取自八十七年版之能源政策白皮書第 181-182 頁。

(二) 問題與潛在危機

綜觀電力事業之發展，可觀得兩大潛在危機。首先是電力事業自由化推動之牛步化，其次則是長程規劃上可能面臨市場失靈之問題。

1. 電力事業推動牛步化

能源會原希望短中期電業法修正案通過後，即可進行初步電業自由化之推動，但立法院之延宕，使得此一修正案遲遲未通過。雖然目前草案所能發揮之競爭效益有限，但新法條之運作往往需透過經營之實況來修正改善。此一草案卡在立法院，則電力事業之輸送與配售部門始終維持台電獨占且國營之現象，無法藉由競爭機制來提昇整體電力事業之生產效率。僅只發電部門自由化所能發揮之競爭效益相當有限。能源會也因此無法觀測得市場競爭狀況之反應，而難以擬定合適之長程電力事業經營方式。

2. 長程規劃需注意電力市場之競爭價格往往未包含長期投資成本

就電力事業之長程規劃而言，雖然能源會初步之規劃仍侷限於大方向之制定，但可觀得此規劃案主要乃依循西方先進國家電力池之概念。目前西歐與紐澳雖有不錯之施行成效，但美國加州電力池運作則產生許多弊病。美國加州電力事業自由化運作失敗之成因相當多。其中最值得國人注意的是市場運作的失靈。

一般主張完全開放自由市場運作，讓看不見的一隻手操作市場之經濟學者，總認為市場供需失調可反應於價格，借由價格指標，人們可充分的調整供需狀況，而達到新平衡點。只要確認市場上無外部經濟或幼稚工業之現象，則政府應該盡量減少干預，以杜絕人為扭曲所引發資源誤用之現象。自由派經濟學者雖也認同市場運作可能產生訊息時間落差之現象。但這派學者認為只要時間夠長，人們自然會逐步調整至最佳資源運作點。以一般農產品為例，雖短期有供需失調之現象，但只要時間夠長，農民了解經濟社會對該商品之需求，自然會慢慢調配出最佳供給點。這樣的論點應用於農產品之供應尚稱適用，但對於投資金額龐大、產業關聯效果也相當大之電力事業則十分牽強，甚至可能引發整個經濟體之危機。此次加州能源危機的關鍵便在於電力供給之不足。

雖然多數人將加州電力供給不足，歸因於加州地區過於嚴苛之環保要求，但經濟理論也闡明足夠高之價格，可吸引投資人從事此產品之生產。換言之，加州地區無法吸引新電廠之

迅速設立，顯然代表市場上由供需所決定之電價無法充分反應電力供給所應有之價格。究其原因，乃因電力事業經營之複雜性。除了投資金額龐大、關聯性強與電力難以儲存²⁸，以及不易進行國際貿易²⁹等諸多要因外，電力事業之供給必須有大片土地、詳細之環境影響評估以及配套之輸送網路，故乃屬長期性之規劃。偏偏其供給之短缺往往只出現於用電之尖峰期。電廠大量資本之投入，卻僅能享受有限期間之高收入。尤其是加州政府動不動，便考慮選民之立場，套用價格上限措施，使得有意願之投資者更加卻步，在東拖西延下，終於越釀越劇烈，而引發加州電力危機甚至波及全美之經濟。

加州能源危機，給了全球能源自由化之推動者相當大的教訓。相較於西歐與紐澳成功之電力自由化經驗，目前之初步結論為：電力事業自由化較適用於電力供給過剩之經濟體，但較不適用於電力供給不足之區域。此乃電力交易所決定之自由市場定價往往低估長期電源開發之成本。偏低之價格無法誘使投資者從事大型之電源開發。相形之下，電力供給過剩之國家則可透過市場之競價，迅速有效率的把電售予需電較殷之客戶，從而大幅提昇電力事業之經營效率。

很顯然的，我國目前之處境應屬電力供給不充裕之國家，這幾年來開放民營電廠之設立，也清楚的揭露民營企業仍需公權力之協助。政府單位若不施以援手，只怕企業經營能力再強之業者都不易克服發電與輸電所面臨大片土地通過環評、地方抗爭等諸多極高難度之挑戰。部分經濟學者將這樣的挑戰歸類為市場失靈之現象。未來我國電力事業之長期規劃也必須注意此現象，以避免重蹈加州之覆轍。

(三) 政策建議

1. 繼續推動電力事業自由化不可停歇。

雖然美國加州能源危機以及最近安隆國際大能源公司之破產均是推動能源事業自由化的一些大教訓，但歐洲與紐澳之成功經驗也是有目共睹的。政府對電力事業自由化之推動應持續進行，不應輕易終止。公平會仍應努力推動電力事業之競爭經營方式。

2. 適度補充公平法第十八條「違反自由決定價格約定之無效」之內容

²⁸ 除一般小型電池外，日本等先進國家亦發展有大型之電力儲存槽。

²⁹ 西歐諸國因電力輸送網路之通暢，已有跨國電力買賣之交易行為。

自由市場之運作有其失靈之時，政府應認清過度強調競爭，可能使企業界忽視長期投資之重要性。因此除了競爭之考量，政府亦應適度的協調，輔導企業重視長期投資。倘若業者著眼於短期之競爭無無法顧及長期之投資時，公平法第十八條有關「違反自由決定價格約定之無效」的精神，或許應給予適度之補充。例如基於電力事業長期投資之必要性，經營業者得以採用高於市場自由決定之價格銷售電力產品，以儲備長期投資之基金。或者公平會亦可協調相關主管單位，類似石油基金之收取方式，儲備電力事業之長期投資經費。一方面以管制方式協助其長期之營運，另一方面仍強調業者間之競爭，以強化業者之競爭效率，並回饋給消費者，而充分的調和競爭政策與管制政策。

柒、結論

政府政策施行之終極目標，無論是競爭政策或管制政策，均在於提昇全民之福利。然而隨著資訊的發達與全球產業之自由化，國際經濟環境不斷的變化且加速，政府擬透過單純政策之制定以追求民眾福祉之方式，也因此變得更加的困難。如何因應瞬息萬變之外在環境已是各大企業最重要的議題之一。能源事業同樣不可豁免的，也需面對瞬息萬變之經營環境。更嚴苛的事實是，過去我國能源事業是個備受政府保護與照顧之行業，面對未來更開放、更具國際競爭之經營環境，各企業除了積極降低經營成本外，電子商務化與多角化經營都已是業界所必須採行的措施之一。面對此一大環境的改變，政府政策之思維方向，亦應走向國際化。公平會未來施行許多過去所慣於採行的政令時，應著眼於國際市場之競爭，而不應依循過去慣有「國內市場占有率計算」之方式，來審核獨占、結合或聯合等行為的恰當性。只要業者之經營行為有益於提昇其本身之國際競爭力，並適當的回饋給一般消費者，則公平會應少打壓，而多通融。同時亦應結合專家學者之認識，及早洞悉產業未來之經營困境，並擬定合適之競爭與管制的調和措施，以督促並協助企業從事最具效率之經營。尤其需注意「自由化」並不同於「競爭化」。無所約束之自由化可能帶來更大壟斷力之恣意橫行，而扼殺競爭力的本質。因此政府政策之擬定應著重於競爭化而非自由化。

參考文獻

1. 李延禧(1999), 加油站解除管制與公平競爭, 台灣油品自由化論壇研討會, 會議論文。
2. 莊春發(2001), 液化石油氣市場自由化經濟效果的研究, 中華民國能源經濟學會會議論文。
3. 陳澤義、許志義、許宏敏(2000), 台灣電業自由化下電力交易制度之探討, 能源季刊, 第三十卷, 第四期, 第 17~31 頁。
4. 黃英傑(1996), 空氣污染總量管制 - 一種加入經濟誘因的新污染管制策略, 化工資訊, 第十卷, 第二期, 第 64~65 頁。
5. 趙揚清(1997), 亞太經濟合作會議「競爭政策與解除管制研討會」各國解除管制工作重點報告, 公平交易季刊, 第五卷, 第四期, 第 161~171 頁。
6. 趙揚清(1999), 競爭政策與解除管制, 公平交易季刊, 第七卷, 第一期, 第 137~148 頁。
7. 經濟部能源委員會(1998), 能源政策白皮書。
8. 經濟部能源委員會(2000), 公用氣體燃料事業供氣義務與營業區域之規範及合理安全存量等問題之研究。
9. 經濟部能源委員會(2001), 加油站經營管理研究。
10. 蔡辛慈、黃大松、施宏典(1994), 污染泡策略應用研究 - NO_x 示例探討, 第十九卷, 第一期, 第 61~70 頁。
11. Baumol, J., J. Panzar and D. Willig (1982), Contestable Markets and the Theory of Industry Structure, Harcourt Brace Jovanovich, New York.
12. Department of Energy (2000), Strategic Petroleum Reserve Annual Report for Calendar Year 1999.
13. International Energy Agency (2001), Oil Supply Security: The Emergency Response Potential of IEA Countries in 2000.
14. Tietenberg, T., (2000), Environmental and Natural Resource Economics, 5ed., Addison Wesley Longman, Inc.

評論

張教授明宗 (中央大學產經所)

為了節省時間，所以贊成廖教授的部分就不多講，只提出一些不同的意見。首先，個人從這篇文章，瞭解到更多實務面的問題，學到蠻多的。底下先提一些大的問題，最後才進入細節去談。

主要的意見是，談競爭跟管制，還是要吾道一以貫之。廖教授是經濟學家，我也是學經濟的，所以從經濟學來說，依我的觀點而言，如果要談管制，無可避免的一定會用到產業經濟學中，所謂的「基本條件、結構、行為、績效」的架構。所以，這篇文章而言，應該始終堅持這個架構。當我們在研究一個產業時，會先看到它有什麼基本條件？屬性為何？結構如何？如何產生行為、績效？這四個面向的互動。

尤其在產業經濟學中，跟競爭與管制比較相關的兩門學問，就是管制經濟學跟反托拉斯經濟學。當然也有人把反托拉斯經濟學納入管制經濟學裡面。我們無可避免的要運用這幾門學問的思考架構與術語，進行一些分析。舉一個例子，廖教授在文中也提到，在能源產業，如果政府不加以管制介入，廠商可能會缺乏進行長期投資的誘因，可能在投資的時候，不會從長期投資的角度來思考。我一看到這個就有點納悶，因為管制經濟學與反托拉斯經濟學，從來沒有認為這是一種管制，在教科書上也翻不到。事實上，這是有點道理，用管制經濟學來講，廖教授也提到，有些能源相關產業的固定投資很高，所謂變動的邊際成本很低，所以產品價格在競爭時，可能會接近邊際成本。如果固定成本很高，邊際成本很低，則這種產業的屬性，在管制經濟學來說，就是具有所謂「自然獨占性」，或者粗略地說具有「規模經濟」。或者我們說這種行業，他的最小有效規模，相對於需求而言是很大的。所以就要管制，或是就是競爭機構要介入的理由。以上只是舉個例。在討論競爭管制時，一開始一定要用一個起碼在學界被廣為接受的分析架構跟術語進行分析，溝通起來會比較快。

另一個主要意見是，廖教授所談的「競爭政策與管制政策之間的調和 - 我國能源市場之回顧與展望」，我認為這個題目是一個蠻大的題目。因為對於「管制」，在管制經濟學中會提到管制公用事業，研究環境經濟學的，會討論外部性的管制，研究勞動經濟學的，會談到勞動市場

的管制，所以包括的範圍很廣。而能源市場包括的範圍就更廣。談這個東西，我是建議廖教授在導論就要先界定清楚，到底談能源產業包括哪一些範圍？管制又是哪一方面的管制？一些基本、很重要的術語，比如像管制啦，還有能源產業，我想一開始就應該界定範圍。

另外一個建議是，因為這個論文所談的是一些非常龐雜的東西，所以有兩種方式。第一種方式是一個產業、一個產業分析。比如說石油分析一下，再談瓦斯，再談電力等等，一個一個分析；另外一種方式，是從抽象化的角度去分析、組織這篇文章，從什麼會導致管制機構必須介入開始，先談一些抽象的理論，然後用這些理論把所有的產業貫穿在一起。比如：自然獨占性會使管制機構有介入的必要，有哪些產業具有這些屬性？這個問題要怎麼解決？要用抽象的角度，把整篇文章組織起來，才不會顯得零散。另外補充一下所謂用抽象化的角度是說，如果是我，我會在論文的第二節談基本理論，就是能源產業有一些基本的東西，先講清楚，比如說有自然獨占性，應該怎麼辦？最小效率規模相對於需求而言很大，應該怎麼辦？會產生哪些問題？有什麼措施要先做？先談基本理論，後面再談具體案例。

另外一個意見是，如果用基本性質、結構、行為、績效的架構談能源產業，一開始就不免提到能源產業，從抽象化的角度來講，到底有哪些特性？這些特性會導致什麼樣的一個難題？如何解決？從管制來看一個產業，大概有幾個屬性我們必須去注意。譬如說，這個產業的產品到底是不是貿易財？像電力是非貿易財，石油就是貿易財。貿易財基本上的問題不大，只需要開放進口，因為國內如果有人搞獨占，只要開放就可以把他打倒。這個理論上的解答很簡單，只是政府願不願意去做，這個理論是很清楚的。如果是非貿易財，就比較麻煩。比如說電力的配送，這方面就是非貿易財。尤其對台灣而言，我們是海島型國家，電力要跟鄰近國家進口電力的話比較困難。以石油的銷售而言，銷售較麻煩，又是服務業，屬非貿易財，可能需要競爭主管機關的介入。所以是否為貿易財，是個很重要的屬性。

第二個，是否具有不可儲存性？不可儲存性會造成問題，另外還包括自然獨占性，還有最小額規模相對於需求大小。廖教授的論文，應該要用一個章節仔細分析，能源產業的各個部門都有不同的屬性，需要好好的分析。譬如電力，從發電、輸電到配電，屬性都不太一樣，只有發電的地方可能比較可以用競爭的方式解決。

再接下來是我對一些具體政策的看法。廖教授的主張是要鬆綁，我有點質疑這個看法。好

幾年前我們在談自由化，這個政策目標並不是很理想。好的政策目標應該是將市場競爭化。競爭化與自由化有什麼不一樣？主要的區別在於，有時候為了促進競爭，必須對廠商的行為加以限制，譬如說最近 Microsoft 是一個最好的例子。如果 Microsoft 有自由把產品免費送給消費者，則其他廠商就沒有自由可以進來。例如，得知 Netscape 公司發展出一種軟體，廣受消費者喜愛，Microsoft 就發展類似的東西，免費送給大家。如果 Microsoft 有這個自由，廠商就不敢進入這個市場，就會削弱競爭的機制。

競爭化與自由化一個很大的差別是，促進競爭，必須對廠商壟斷的行為加以限制，否則小廠商根本沒有進來的自由，所以自由化與鬆綁不見得是一個金科玉律的政策目標。

我的另一個疑慮是，廖教授在文中談瓦斯產業時說，台灣相對日本很小、石油產業相對美國很小。小不見得不好。比如說，1999 年，很有名的 World Development 期刊中，一位日本學者 H. Fujiki 在寫台灣與日本的稻米生產，最後政策建議日本來學台灣的稻米生產體系。其主要論點是台灣、日本都是小農制，但是台灣可以透過代工的方式去實現規模經濟，日本則不行。就是說，小不見得不好，還是可以透過一些市場的交易機制，達成一些規模經濟。所以這邊要更小心一點。

我最後再用一分鐘的時間。我們在這裏談談展望。全球化的現象，對管制來講很重要。全球化有一個很重要的意涵，就是它使整個需求擴大，以全球為需求。意義就是使最小有效規模，相對於需求而言，變得很小，表示我們未來更可以用競爭政策去解決問題，而不需要依賴管制。另一個是技術的變遷。比如說，以前的電信，是非貿易財，現在回撥這種套利活動，則使其變成貿易財，有些產品屬性是會改變的。

以上意見提供參考，因為時間的限制，有一些小意見就不再繼續。謝謝！

公平會的再造

- 從國際比較與政府再造的角度觀察

蘇永欽*

摘要

九十年代新訂或重修的競爭法，幾乎都和民營化與管制革新放在一起思考和架構，用公共行政的語言來說，就是政府再造。向企業型政府轉變的國家，也都開始重視它在全球市場上的競爭力，競爭力的指標中，政府職能是公認最主要的一項，而評價政府職能非常關鍵的，就是介入經濟的程度和企業競爭法制的實效。過去十年公平會不僅在違反公平法行為的查處上相當稱職，而且對於不當管制的解除，擴大市場規模，也做出不小的貢獻。今後配合政府再造，公平會可以考慮的調整方向，是簡化它的功能，集中有限資源於公平法中反托拉斯的部分，而藉修法把不真正需要政府插手的公平競爭部分，交給人民自己執行。消費者保護委員會的併入，也不代表公平會將承擔個別消費者保護的功能，今後公平會在這兩個領域最好只扮演鑑定者和教育者的角色。至於加強各產業的競爭，公平會仍應積極參與相關政策的執行，透過結構的改善，使許多限制競爭的行為可以消弭於無形。

一、第三波競爭法與政府再造

檢討公平交易委員會（下稱公平會）的定位，當然不能離開公平交易法（下稱公平法），公平法所要落實的競爭政策如果調整，公平會的組織功能可能就有相應調整的必要。另外一個觀點，則是從整個政府體制來看，在政府再造的大政策之下，作為體制一個環節的公平會，也不能不作一些連動的改變。令人好奇的是，兩個觀點加在一起，會把公平會推移到什麼方向？

孕育於八十年代而通過於九十年代的公平交易法，在體系內容上大量參照了二次戰後的德、日立法，但執法者從一開始，就發現自己置身於第三波競爭法的洪流中¹。如果我們可以把十九世紀最後十年發生於北美的反托拉斯立法，也就是以勞工、農民和中小企業對托拉斯發

* 政治大學法律系教授。

¹ 拙文，自由化、解除管制與公平交易法，收於跨越自治與管制，民國八十八年，頁 1-12。

展的恐懼為社會基礎，而在法制上還未脫離英國普通法禁止交易限制的契約與侵權理念，只不過把非難性升高為一種可以由國家追訴的犯罪²，概稱之為第一波競爭法的話。二十世紀中期，在美國戰勝餘威下被迫輸入的德、日競爭法，已有了比較全面、功能取向的競爭政策，以及一個擁有高度管制權限的執法機關，就可以視為第二波競爭法的典範。二十世紀九十年代許多國家新訂和重修的競爭法，嚴格說並沒有在內容上大幅不同於第二波的競爭法，真正的不同毋寧在於競爭政策的提升，從消極的行為防制的競爭政策，擴大為積極的結構改善的競爭政策；而最根本的差異，則是政府角色的轉變，從兼為產業管制者與競爭維護者的雙重角色，逐漸混同為競爭導向的管制者，政府一面用行政來管制市場上的企業競爭，一面把競爭也引進了公共行政，把官僚型的政府改變成企業型的政府。換句話說，競爭的「規範」沒有太大的改變，但適用的「領域」擴大了，執法的「機關」調整了。第二波競爭法把廣大的管制產業當成「除外領域」，第三波競爭法則促使產業管制者用競爭的理念同步思考；第二波競爭法需要一個像大西部警長一樣的執法者，第三波競爭法的執法機關，則更像一個邊執法邊宣教的牧師³。

差不多在同一時間，另外一批學者津津樂道的是政府再造(Reengineering government)，特別是公共行政領域的學者對於它和傳統意義下的「行政革新」有著典範的變移，極力揄揚⁴。不容否認的事實是，改造的風潮從大西洋兩岸的雷根主義和柴契爾主義開始，很快的向歐亞大陸擴散，不僅改變了世界的思維，而且徹底改變了二戰以來東西對壘的世界局勢。今天回頭看這股風潮，政府再造的確不能簡化為組織的精簡(downsizing organization)，詹中原從一個宏觀的角度做了一個整理，強調要了解它和古典行政革新的差異，至少要分成三個面向來看，本質面包括定量(結構)和定質(績效)的創新，涵蓋面包括內向(管理)和外向(意識)的改善和重建，創導面則包括被動(器化)和主動(活化)的動能⁵。改造成功的明星國家，包括美、

2 Sullivan/Fikentscher, On the growth of the antitrust idea, in: Fikentscher, Die Freiheit als Aufgabe, 1997, 97; Shenefield/Stelzer, The antitrust laws, 4ed. 2001, 8.

3 Su, Yeong-chin, Competition authorities in competition, in: Chao, Yang-ching et al. (ed.), International and comparative competition law and policies, 2001, 171-72；同次研討會中巴西競爭法主管機關 The Administrative Council for Economic Defense (CADE)的主席 Gesner Oliveira 也談到該機關承擔的教育功能: Recent trends and prospects for Brazilian Antitrust, 29-30.

4 Hammer/Stanton, The reengineering revolution, 1995。

5 詹中原，政府再造 - 革新「行政革新」之理論建構，收於詹中原主編著，新公共管理，政府再造的理論與實務，民國八十八年，頁 17-20。

英、紐西蘭、瑞典等，其實各有各的優勢和包袱，切入點自然不可能一致，但幾乎都在同一的精神下達到驚人的成效。以美國從雷根延續到柯林頓政府的改革為例，Frederichsen 認為可以歸納為七個主要原則：

1. 導航替代操槳(steering → rowing)；
2. 授能替代服務(empowering → serving)；
3. 市場替代管制(market → regulation)；
4. 人民導向替代官僚需求(customers needs → bureaucratic needs)；
5. 節流兼顧開源(earning → spending)；
6. 預防重於治療(preventing → caring)；
7. 層級管制兼顧參與及團隊(hierarchy → participating and teamwork)。

據說聯邦政府因此在五年內省下了一千零八億美金。英國必須克服的官僚化問題比美國嚴重得多，故柴契爾總理的續階計畫(Next Steps)把重點放在劃分部會(departments)和機構(agency)的功能上，由部會先行決定業務執行的需要，如果可以民營化(privatization)或外包(contracting out)，就不另設執行機構，確定有例行性事務而不適合民營或外包，才考慮設置機構。部會基本上不再承擔執行工作，而把必要的執行交給由執行長(非公務員)領導的機構，部會和執行長之間則依多種架構契約互動，內容包括績效、人事、薪俸等，每年續約，執行長有獨立的薪俸、人事、誘因系統、甄選以及財政事務等等的設計規劃大權。紐西蘭改造的重心則放在公營事業的民營化，以解決財政上的沈痾，茲不贅述⁶。

這樣看起來，第三波競爭法和政府再造運動的同時出現，根本不是巧合，從競爭政策的角度看是自由化、民營化、解除管制，換成公共行政的角度看也就是政府再造。不同語言的背後，其實正是相同的思維。各國推動政府再造或「活化」的方向，幾乎都是引進更多的競爭，而在經濟領域，競爭政策更承擔了活化傳統管制產業的重任。這或許也可以說明，為什麼日本的改造使所有的國家機關都走向裁員，唯一增員的，就是公平交易委員會和法院。

⁶ Scott/Ball/Dale, "New Zealand's public sector management reform: Implications for the U.S.", *Journal of Policy Analysis and Management*, Vol.16, No.3 (1997)；陳正隆，紐西蘭政府之經濟改革 - 理論、系絡與學習，收於詹中原主編著，新公共管理，前註5，183-209。

二、公平會定位與國家競爭力

把競爭和政府連結在一起，另外一個自然導出的思考方向就是國家競爭力。當政府走向企業化後，它也有需要像市場上的企業一樣接受評比 - 不是單純產出的比較，如過去那樣排列 GNP 來論斷國力，而是像檢驗一個企業的體質一樣的，檢驗國家的體質。可以想像，在全球化加速發展的今天，國家競爭力的評比會如何的影響它的產業在全球市場上的定位。自從一九九〇年哈佛大學企管學院的教授 Michael Porter 以「國家競爭優勢」(The Competitive Advantage of Nations)一書帶動了國際間的討論後，我們的國家發展方向好像就不自覺的跟著發生位移，不論其理論的周延性如何，世界經濟論壇(World Economic Forum, WEF)的全球競爭力報告(The Global Competitiveness Report)，與國際管理學院(International Institute for Management Development, IMD)的世界競爭力年報(The World Competitiveness Yearbook)，實際上已經高度的左右了我國決策階層的思考和政治議程，因此在為公平會借箸代籌之際，也不妨從這個角度去做一點思考。

所謂國家競爭力，用 Porter 的定義，就是「國家為其產業創造良好的發展成長環境，進而使該國企業具備競爭優勢，產業也擁有國際競爭力的能力」，如何判斷競爭力？比較一下 WEF 與 IMD 的指標就會發現，兩機構都把「政府職能」放在首位，其他則是國內經濟、人力及生活素質、科技實力、企業管理、金融實力、國際化程度、基礎建設等。在政府職能的指標中，考慮的包括政府的債務、本身的支出、稅制的合理性、政府效率、政府介入經濟的程度、司法與治安等。這背後已經很清楚的顯示，大的政府不是好的政府，管得多的政府也不是好政府，剛好相反，這種大有為的政府反而會減少國家的競爭力。兩機構都精算政府支出占 GDP 的比例，以及政府雇用人數(含公務員與僱員)占總就業人數的比例。也都檢驗政府對經濟活動的干預有無減少，政府支出有多少是用於「提供私部門未提供之必須品及服務」，管制是否「精確而落實」，但於此同時，兩機構又都特別從有無「排除競爭限制，有效鼓勵競爭的能力」，來認定政府的效率，在法規制度上，競爭法的存在與有效執行，也都被列為重要的指標⁷。因此我們可以肯定的說，從提升國家競爭力的角度來看，公平會這樣一個排除競爭限制、促進市場競爭的機關絕對有它繼續存在的價值；但在一個理想的小而能的政府，一個儘可能導航而不自

⁷ 可參詹中原，國家競爭力與政府再造，收於詹中原編著，新公共管理，前註 5，頁 52-59。

已操槳的政府裡，這個競爭機關應以何種方式組織運用它的有限資源，發揮最大的行政效益，面對日益激烈的國際競爭，在成立十年的今天，確已成為一個迫切的問題。亞洲四小龍之中，到今天還沒有設置競爭機關的新加坡和香港，在政府職能項目反而一直遙遙領先設置了部會層級競爭機關的台灣和南韓，就是一個非常清楚的警訊。

三、為下一階段再出發而改造

公平會並非沒有意識到競爭法的新思潮，某些回應時代精神的功能調整，實際上也早已經在做。從第一屆開始，公平會就沒有把自己窄化為狹義的執法機關，民國八十三年成立的「四六一專案小組」，共完成檢討了二百十五種法規，計三百十四個條文，並和十多個部會協商修法。第二屆委員會也在民國八十五年成立「解除公營事業不公平競爭專案小組」與「解除管制促進市場競爭專案小組」，針對油品市場、基本電信業務等十二個製造業、服務業產業推定管制革新。足見公平會深知如何利用其部會層級，主任委員為行政院會議成員的地位，與公平法第二十五條第一款所定「政策與法規擬議者」的法定角色，參與廣義競爭政策的擬定與推動。在第三屆委員會任期中通過的公平法修正，使第四十六條從單純的公平法「除外條款」，變成由公平會主導「反排除」的除外條款，雖然在立法技術上爭議甚大，但無疑已更進一步體現了第三波競爭法的精神，即從「替代競爭的管制」走向「促進競爭的管制」⁸，適當操作，可使競爭政策更大程度的落實於管制產業。如果說在機關功能上有什麼值得檢討的地方，應該在於不公平競爭領域的過度介入，不僅嚴重扭曲了公平會行政資源的分配，而且違反了競爭管制的基本精神，介入應該由企業自己承擔的領域。

另外從政府再造的角度來看，公平會面臨的問題，一個是如何以更大的組織彈性，更有效的發揮所承擔的功能，其次則是如何與消費者保護委員會在組織功能上協調或整合。這兩個機關都是九十年代才設置的新機關，政府再造的口號在當時其實已經高唱入雲。但不僅因為兩機關的設置一直是依其作用法的制定分頭進行，並未對其功能的配合做過深入的斟酌。更因為整個憲政體制的重建，實際上推遲到九十年代才漸次完成，戒嚴與動員戡亂體制的結束已經是民國八十年的事，政府再造的思維要轉化為行動還有相當多體制上的障礙。在前三次繁重的修憲議程中，民國八十三年增修條文第九條增列公營金融機構企業化經營原則，算是唯一回應時代

⁸ 參閱洪禮卿、何之邁、單驥、蘇永欽、范建得主持，公平交易法第四十六條修正後之適用問題研究，民國八十九年，頁 79。

精神的一個最小幅度的調整。一直到了八十六年第四次修憲，省建制的凍結和政府組織、員額鬆綁(增修條文第三條第三、四項)，才為新世紀政府再造的推動奠定了重要的基礎。嚴格說，以後除了憲法規定的機關，包括五院和國安會、國安局、法院，依憲法仍屬法律保留外，其餘國家機關都不再需要個別的法律基礎，若非個別的作用法基於功能特殊性的考量而有特別規定外，都只在國家機關組織通則的一般基礎上，由主管院依其政策需要在總員額範圍內以命令定之，而由立法院透過預算控制其機關績效，不再受到「法定機關」在編制員額上的保障。拖延了十年，遲遲不決的行政院改造工程，總算回到了新的起跑點⁹，而公平會的組織功能，也可以在政府全面改造的宏觀格局下，基於十年執法的經驗，重新調整。

在未來全新的政府組織法制下，公平會仍應如大多數國家的競爭機關，基於獨立性保障的考量，在作用法的公平交易法中維持專章的規定，使其主管機關及職權有一明確的法律基礎，但詳細規定其組織、編制的現行公平交易委員會組織條例，已與組織鬆綁的憲法精神不符而應廢止，組織的鬆綁，一方面固然可使公平會內部資源的調整更具彈性 - 過去一、二處承辦三處不公平競爭的「違法」狀態可以排除；但另一方面，卻也將使公平會組織功能偏離立法意旨的發展，受到更嚴峻的國會預算監督。公平會對市場競爭的管制是否精確落實，政府每年在公平會投入大約三億台幣，是否確能對市場的競爭有一定程度的提升，公平會是否恰如其分的介入，而「提供私部門未提供之必須品及服務」？恐怕都會開始受到關注。

四、簡化功能成為競爭委員會

本屆公平會再度修法，把消耗過多行政資源，且多少造成商機延誤的結合許可管制，修改為申報異議制，便是一個值得喝采的功能面的改革。但就事後追懲的管制來看，公平會實際上仍把相當高比例的資源用在不公平競爭行為的處分，就受理和做成處分件數而言，第二十一條和二十四條始終高居第一、二位，加起來占全部件數的三分之二，而且沒有任何改變的跡象，已經是不爭的事實¹⁰。原因當然很多，公平會對公平法第二十六條「公共利益」的門檻未作嚴格的界定，或許是最重要的一個。我曾經針對第二十四條建議，嚴格區分行政機關與私法的執

⁹ 魏啟林，政府再造運動，民國八十九年，頁 68-80。

¹⁰ 以八十九年度的統計來看，在總共 224 件處分案中，違反第二十一條的有 77 件，違反第二十四條的有 87 件，第二十四條首度超越第二十一條，但由這兩條包辦前兩位的態勢不變，且與第三名的多層次傳銷違法行為 24 件有相當距離，參閱民國八十九年「公平交易統計年報」，頁 94。

行(第三十到三十四條),在主要涉及私益的競爭案件,公平會應依補充原則儘可能不介入¹¹,實務上卻一直沒有朝這個方向調整。而從成立之始,公平會對檢舉案件所作處理的法律定性¹²,造成人民就違反公平法案件有公法請求權的錯覺,也形成人民捨私法途徑而就行政程序的特殊誘因,獨立超然的公平會還沒有被大企業「俘擄」(captured),已經在程序上作繭自縛,被上千件應該由當事人循民事途徑解決的案件牢牢綁住。

因此公平會在功能上面臨的危機,已經很清楚,就是本應以管限制競爭行為,改善市場競爭結構為主要任務的競爭機關,實際上變成了商業風俗警察,其角色一如中古歐洲維持營業秩序的行會,似乎就怕競爭太多。這個印象隨實務運作的不斷強化,公平會將很難翻身。因此現在或許已不能再冀求實務的自制,而有必要正本清源的修法釐清功能,也就是把公平交易法修改為單純的競爭維護法,現行公平法第十九條中的第三、五款,以及第二十到二十四條都抽出,另定單純私法性質的「不當市場行為責任法」,不再由公平會執行。這樣的調整實際上只是回到正常的競爭法制,當初因為美方壓力而把不公平商業行為納入行政管制的背景,已經不復存在,現在應該到了讓公平會回復原貌的時候,也就是和大部分的競爭法機關一樣,只處理涉及市場競爭機制的行為與結構問題,而不越俎代庖的介入競爭者之間的公平問題,委員會的名稱也不妨藉此改為「競爭委員會」,以滌清其專就「交易」問題主持「公平」的印象¹³。

¹¹ 私法自治與公平法的管制 - 公平法第二十四條的功用與濫用, 月旦法學雜誌, 70 期, 2001 年 3 月, 頁 40-56。

¹² 極有爭議, 贊成把覆函定性為行政處分而在程序上以訴願、撤銷訴訟給予救濟的, 如廖義男, 行政法院裁判之評析 - 公平交易法實務與行政法院裁判之評析, 國科會專題研究計畫成果報告, 民國八十六年, 頁 369-70; 許宗力, 行政處分, 行政法 2000, 上冊, 頁 550, 註 37; 反對者則有蘇永欽, 檢舉人就公平會未為處分的覆函得否提起訴願, 收於跨越自治與管制, 民國八十八年, 頁 55-86, 黃銘傑, 論公平交易法上的檢舉與公平交易委員會之不作為, 人文及社會科學集刊, 十卷三期, 民國八十七年, 頁 421-450; 彭鳳至, 行政訴訟種類理論與適用問題之研究, 發表於第四屆東亞行政法學術研討會, 民國八十九年, 研討會論文集, 頁 20-23; 王立達, 司法審查之對向發展 - 再論公平會不作為檢舉覆函之行政爭訟, 政大法學評論, 六十四期, 民國八十九年, 頁 363-65。

¹³ 很多國家的競爭法主管機關都隨著法律的大幅調整而改名, 比如英國的「獨占與限制交易委員會」(The Monopolies and Restrictive Practices Commission)是依 1948 年制定的同名法案而設的, 到了 1973 年制定公平交易法, 又另設「獨占與結合委員會」(Monopolies and Mergers Commission, MMC), 到了 1998 年以歐盟競爭法為標竿制定競爭法後, 委員會也改稱「競爭委員會」(Competition Commission)。

把競爭自由的問題和競爭公平的問題交給同一個機關處理，當然不是全無是處。傷害效能競爭機制與競爭公平的市場行為不但可能競合，在一定情形也可能需要調和 - 把商業道德水平拉得太高時難免對競爭者產生一定的「寒蟬」或「月暈」效應¹⁴。因此不建立競爭規範則已，既要建立一套競爭行為規範，如果過多和過少的競爭都可能違法，而卻分別由行政機關（和行政法院）與民事法院，去就常常出入在一線之間的違法與否問題作成判斷，適當的調和可能就不易期待。此所以瑞典設置市場法院，把包括消費者保護在內的所有市場規範公私法案件，一體納入管轄¹⁵。我國的公平交易委員會在第一個十年統一管轄反托拉斯與不公平競爭事件，創造了另一種統合的模式，可以說發揮了導正和教育的功能。尤其是第二十四條概括條款的操作，公平會在過去十年作成的各種解釋、準則與導正，對於適當市場行為的拿捏，實際上給法院在解釋方法上提供了很好的參考，因此即使基於政府再造，儘可能導航而不操槳的理念，修法簡化公平會的功能，前一階段的努力仍可說是功不唐捐。

明確劃分反托拉斯和不公平競爭事件以後，公平會仍可以應法院委託提供鑑定意見，甚至如德國一度考慮的方式，針對涉及一定程度市場效應的不公平競爭行為，明定應知會公平會（競爭委員會），由其就可能的市場效應提出鑑定意見，以利法院做出適當調和競爭自由與公平的裁判¹⁶。另外一個可以引進的調和機制，就是在公平法中增設有利於團體自律的規定，使各工商團體得自定競爭規則，而由公平會審查有無減損效能競爭之虞，在一定條件下，可考慮賦予這類許可的競爭規則普遍的效力，不但可藉自律而減輕行政機關的負擔，符合「授權替代服務」的精神，也將提高市場規範的可預見性，減少法院裁判的不確定性，十分符合政府再造的精神¹⁷。性質上不屬於反托拉斯法，也無涉公平競爭的多層次傳銷行為，因為影響層面較廣，納入行政管制有較高的正當性，但公平會在過去十年的管制，已摸索出此類傳銷業風險控制的訣竅，主要還是要藉參加人之間的利益衝突，來及早發現及防杜惡化，因此改採私法自治，而輔以委員

¹⁴ 拙文，論不正競爭和限制競爭的關係，收於民法經濟法論文集，民國七十七年，頁 397-403；公平會實務最具代表性的就是警告信的管制，就此可參邱琦琰的分析，事業就智慧財產權事項寄發警告函之探討 - 以公平交易法為中心，民國八十七年政大碩士論文。

¹⁵ 手邊只有較早的介紹文章，Carstens, Gebhard, Marktgerichtshof und Verbraucherombudsmann, WuW 1973, 667ff.

¹⁶ 德國曾經有類似的立法構想，可參拙文，前註 14，頁 418。

¹⁷ 有關德國競爭規則(Wettbewerbsregel)的討論請參：「非正式程序」與「補充性規則」 - 簡介兩個落實公平交易法的重要機制，收於拙著，經濟法的挑戰，民國八十三年，頁 133-40。

會的鑑定，省下來的行政資源，應該還是大於行政管制創造的有限效益。前面建議制定「不當市場行為責任法」，即可同時納入不公平競爭行為，及此類特殊不當的市場行為。

五、單純執法或兼理競爭政策

另外一個功能問題，是要不要再把廣義競爭政策的研擬推動，也明確交出去，變成一個單純的反托拉斯執法機關，一個不具有政治任務的準司法機關，一如美國的聯邦交易委員會，日本的公平交易委員會或德國的聯邦卡特爾署。這就涉及公平會未來的組織和層級問題，可說茲事體大。

執行競爭法的機關在組織上多具有高度專業性與獨立性，但或為由公務員組成的傳統行政機關，如德、英、瑞典等，或為吸納民間專家，非純由公務員組成的行政委員會，後者又可分為專兼任委員混合組成，而在對違法事件作成處分時採對抗主義，一如準司法機關者，如法、瑞士，與由專任委員組成，而程序上採職權調查，一如一般行政機關者，如日本、義大利。就趨勢來說，委員會組織似乎已蔚為主流，以 APEC 二十一個會員體為例，參考公平會的資料庫，扣除還沒有競爭法的香港、新加坡、馬來西亞、越南（設置中）、汶萊、巴布新幾內亞外，設有行政委員會的就有美國、日本、南韓、台灣、澳洲、紐西蘭、智利、印尼、泰國、墨西哥、祕魯等十一個會員體，由傳統行政機關來執行的只有加拿大、中國大陸、俄羅斯、菲律賓等四個會員體。不論從競爭法的判斷特別需要能掌握產業狀態的經濟、法律專家，或者從政府「活化」的角度來看，這樣的發展毋寧都是非常自然的。比較值得注意的是，不論合議的委員會或首長領導的傳統機關，如果賦予一定的競爭政策決定權，則傾向於拉高到部會層級，否則就設於部會之下，由相關部會負責政策的擬定，競爭法執行機關在依法執行各種管制措施外，最多只有就個別市場結構、績效所掌握的資訊，對決策機關提出諮詢意見的權限。台灣和南韓是把競爭法主管機關設在部會層級而賦予擬定廣義競爭政策的兩例，俄羅斯於一九九八年十二月二十五日設置的「俄羅斯聯邦反獨占政策及輔助企業部」，則是最近的一例¹⁸。負有諮詢功能的法國、瑞士、瑞典等國競爭法執行機關，都是設在經貿部會之下。澳洲和紐西蘭在決定大幅提升競爭政策的優先次序，而對相關機關進行改造時，也曾經做過類似的考慮，但最後還是決定不由執法機關兼掌政策，澳洲的競爭暨消費者委員會(ACCC)和紐西蘭的商業委員會(Commerce

¹⁸ 參閱 www.apeccp.org.tw/doc/Russia/Organization/ruorg01.htm , 2001/11/29。

Commission, CC)都沒有參與政策擬定的權責¹⁹。

我國公平會目前的功能可說是集所有競爭機關的大成，除了執法範疇涵蓋限制競爭與消費者保護，一如美國的 FTC 與澳洲的 ACCC，並獨一無二的及於許多不正競爭案件，已如前述外。公平會也承擔了市場研究，狹義競爭政策規劃的功能，一如德國的獨占委員會 (Monopolkommission)。不僅如此，前面已經提到，公平會一直在積極推動不當管制的解除，扮演澳洲的國家競爭會議 (National Competition Council) 的角色，確實已呈現備多力分的窘境。除了不正競爭領域的退出外，再造之際是否還有調整其他功能的必要，也值得檢討。公平會企劃處自己曾經做過評估，認為同時扮演競爭秩序警察與競爭政策擬定者的角色的現制，優劣互見²⁰。優點是執法過程對於市場問題多源於國家不當管制，本即有較深的體會，且其委員不僅具有專業能力，相對於產業主管機關更因超然而能提出較有說服力的競爭政策。缺點則是正因為非各產業主管機關，制度上由其制定競爭政策而越過相關產業主管機關，直接在行政院作成決定，很難不引起機關間的權責爭議。故實務上行政院也都只把公平會所提政策當成建議，而先交各該機關衡酌，儘管公平會為行政院下一級機關，其主委與各部會首長同為院會成員，但迄今行政院從未明確肯定公平會「主管」競爭政策的地位，以避免衝突。基本上和我先前的評估是一致的²¹。胡祖舜科長在另一篇相關論文中²²，則比較了公平會與南韓公平會在制定競爭政策上的法律依據，認為後者顯然較為明確，故認為若要將公平會的理念挹注於國家基本經濟政策中，應將公平會主委列為經濟建設委員會委員之一，或由公平會在執法過程中形成市場行為準則，從而影響國家基本經濟政策。長期而言，則應如澳洲，另成立國家級的委員會職掌廣義的競爭政策，看法自亦有相當見地。

惟如公平會不再主動規劃廣義的國家競爭政策，而單純化為狹義競爭政策的研擬與執行者，則是否還需要在體制上設在部會層級，而且讓主任委員成為參贊行政院會議的閣員，即深值商榷。事實上公平會如果基本上只是執法機關，則讓主任委員入閣，反而有損其執法的獨立

¹⁹ 參閱 www.moc.govt.nz/about/comp_ent.html

²⁰ 公平會企劃處所作研究：「各國競爭政策與競爭法主管機關組織職掌之研究」，八十八年，頁 52-53。

²¹ 拙文，公平會的角色功能 - 現在與未來，收於跨越自治與管制，民國八十八年，頁 43-46。

²² 胡祖舜，從各國競爭法主管機關職掌探討公平會的組織調整，收於公平會出版，第八屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，民國九十年，頁 51。

性。是否需要九位專任的委員，恐怕也可再酌。像法國競爭委員會那樣以兼任委員為主的組織，實際上更可擴大民間參與，而使案件依其性質更容易找到適當的專家，並使委員與業務處在功能上作更好的區隔。從導航政府的觀點，個人仍傾向於由公平會兼理政策與執法的現制，甚至修法明確規定公平會的此一職權，以強化其導航的角色，落實「預防重於治療」的再造精神。經建會或未來與研考會合併的機關在規劃國家政策時，固然不可能不觸及競爭政策，但畢竟公平會在此一領域比起負責規劃一般政策的機關有其無可替代的專業優勢，與其完全移轉給經建會，實不如由公平會與經建會共同決策。如果決定簡化公平會的功能，則考量到我國政府體制的分權原則，公平會既不同於具有政策功能的大陸委員會、體育委員會或原住民委員會，屬於獨立的執法機關，就應該排除公平會主委的閣員身分，並考慮讓一定比例的委員由具有專業的教授或專家兼任，並修改案件處理流程，加重業務處的權責，使委員僅具審決的功能²³。

六、消費者保護溶入競爭政策

涉及公平會再造的另一個常常被提到的，是與消費者保護委員會合併的問題。原因很簡單，公平法本來就有保護消費者的目的（第一條），消費者保護法也明確宣示政府有立法維護「公平交易」的義務（消保法第三條第一項第八款，第二項）。公平法第二十四條構成要件的開放 - 欺罔或顯失公平行為的對象不限於事業 - ，更為創設消費者保護規範保留了很大的空間，彌補消保法沒有概括條款的不足。因此談到政府機關的精簡，既以功能接近者優先，把公平會和消保會合而為一的想法便應運而生。

歐洲國家的競爭機關兼理消費者保護的情形較不多見，過去瑞典及受其影響的其他北歐國家，相當長的時間是由同一機關處理這兩種問題，現在也跟著歐盟的發展，把兩個領域劃分得很清楚。義大利的競爭法把不實廣告的追究也交給競爭委員會，法國則在財經部下還維持一個「競爭、消費暨不正行為管制總署」，權限已因應管制革新而大幅縮減，算是例外。但 APEC 會員體中，如美、澳、紐、...等，就都賦予競爭法機關一定的消費者保護任務。消費者保護不同於不正競爭之處，在於其案件常常影響為數眾多的消費者，因此經由行政執行來落實，確有較高的正當性。不過從政府再造的角度來看，這裡畢竟涉及的是私人利益，只是消費事件往往同時造成許多個別消費者受害，而有數量上的「公共性」而已，和限制競爭行為被害的有時只

²³ 此一觀點的提出最早見於謝杞森，公平交易法之行政程序與爭訟 - 以我國實務探討為中心，政大八十七年博士論文。

是競爭機制、市場結構，未必有直接受害人，而具有事物本質上的公共性，不可並論。過去只因為考慮個別消費者尋求救濟的動機及對抗能力不足，才有借助於公權力的想法，實際上還是私法關係的公法化，和政府再造所推動的把公領域私法化、民營化，以引進民間活力，正好背道而馳。故細讀民國八十三年通過的消保法，其實已經寓有這樣的思考，才會把行政介入的程度降到最低，包括涉及層面甚廣的定型化契約，也沒有像許多國家那樣採取行政管制，而主要依賴契約法的事後司法救濟。消保法創設的最重要機制，就是團體訴訟（第五十、五十三條）和集體訴訟（第五十四條），其意旨即在藉程序的誘因調高消費者自求多福的意志，相當符合政府再造的理念。該法雖也設置了一個行政機關 - 消費者保護委員會，但是一個直隸行政院，層級甚高編制卻不大，基本上只管政策研議、協調，幾乎沒有什麼執行保護功能的機關，與 FTC、ACCC 或 CC 實不可同日而語。消保法其實已經有意排除了個案的行政介入。

有鑑於此，個人對於兩機關的合併，曾經建議²⁴：一、以公平會為存續機關，且在名稱上不作更易，以免「坐實」公平會為官方消基會的刻板印象；二、消保會的政策協調功能不移交公平會，而由行政院保留，可由副院長或政務委員掌理；三、消保會企劃與法制部門的人力可納編於公平會，即以現有的競爭政策資料及研究中心為基礎，擴編為競爭及消費者保護政策資料及研究中心。幾項建議都被公平會企劃處所接受²⁵。胡祖舜科長則進一步提出由擴編後的公平會，來掌理消保案件的調查、處分的想法²⁶。從政府再造的觀點來看，不但行政機關不應再擴張消費者案件介入的範圍²⁷，而且如果公平會不再主管廣義競爭政策的研擬，我想連前述中心有無存續必要都值得檢討，遑論擴編。立法技術上，前面提到的「不當市場行為責任法」，和主要內容為民事性質的消費者保護法，其實是可以合併的。消保法中屬於訓示性的「基本法」性質的條款，大可刪除，極具爭議的產品責任規定過於簡略，實有必要單獨立法，定型化契約亦同，諸如訪問販賣及郵購，則應納入民法的「特種買賣」。這些部分拿掉以後，即可把各種對消費者、競爭同業或直銷下線不公平的行為統攝於「不當市場行為」的概念下，而以「不當

²⁴ 前註 21，頁 46-51。

²⁵ 前註 20，頁 60-63。

²⁶ 胡祖舜，前註 22，頁 57。

²⁷ 消保官的功能主要在於調解消費爭議，如果檢討後仍有維持設置的必要，恐怕也以完全隸屬地方政府為宜，中央沒有設置的必要。

市場行為責任法」加以規範²⁸。如前所述，公平會在此一領域的行政管制基本上應該全部解除，效能競爭的維護已寓有消費者保護的目的，也可在法律中明定公平會在一定條件下的鑑定義務，但公平會不應再扮演「官方消基會」的角色。

結語

以上各種簡化公平會功能與組織的構想，都是植基於競爭法的國際趨勢與政府再造的基本理念，並不當然意味公平會的人員編制或預算都要隨之縮減，前面已經說過，再造不應該和組織縮編劃上等號。正確的理解，應該說在增修條文引進的新體制下，編制和預算大小本來就有相當大的彈性，重新定位後的公平會該如何組織，如何分配資源，將端視其實際表現的績效而定，公平會的組織編制也將和其他部會一樣，由行政院統籌決定，而由立法院作預算控制，這才是政府再造的精義所在。這裡講的「績效」，當然不等同於處罰違反公平法者所收到的罰鍰，這種單純財產的移轉，即使每年達到十億，也不能作為行政資源消耗的對價，恐怕不必等經濟學者告訴我們就很清楚。績效也不能僅從案件的統計來認定，不公平競爭業務的解除管制，必然使得公平會的業績在「帳面」上大幅縮水，正如結合管制的鬆綁。未來公平法（競爭法）期待於公平會的，顯然已經不是許多微觀的、行為的公平，而是宏觀的、結構的公平，是作一個更主動、前瞻的導航者，更符合資源效率的公平生產者；而不是一個被大量民眾檢舉信牽絆到動彈不得的官方消基會。想想民間消基會一年的預算，如果公平會同樣「只是」處理人民檢舉案，它有什麼理由不被全面民營化。故正如學者給經濟法下的定義，是一種「追求總體經濟的善」的法律，在小而能的政府中，公平會若能清楚的定位為市場競爭的維護者，包括行政障礙在內的競爭障礙排除者，則它必仍可用市場的肯定來證明它的不可或缺。

²⁸ 產品責任如單獨立法，而有以團體訴訟或集體訴訟強化消費者保護必要時，可以在該法中另行規定。

評論

廖院長義男 (臺灣大學法律學院)

要用有限的篇幅來談一個非常複雜的問題，是不太簡單的，但是對蘇教授來講，是很容易的事情。他在有限的篇幅裡面，提出一些具體的構想，值得大家去深思的問題，就如同一位美容師一樣，對公平會如何瘦身，他提出去運動的、節食的、服藥的、甚至更激烈的抽脂的方式，對一個評論人來講，對他所提出的藥方到底適不適合公平會的體質，符不符合社會對這個瘦身出來以後，到底是唐代的肥胖型的美人方式，或是現在目前的標準，與社會的期待有無落差，可行性如何等，表示看法，在談這些問題時，先從幾個小部分的問題先談，最後再談一些大方向。

第一個就是他在報告第 5 頁裡面，他認為在組織調整上，公平交易委員會，跟憲法的機關不同，不一定要用法律做基礎，公平交易委員會組織條例在那邊反而礙手礙腳，因此認為組織條例應廢止掉，這是第 5 頁上半段的部分。不過從另一個角度來談，我提供給蘇教授做參考，如果是機關可以用法規命令做基礎，那他會不會影響公平會所標榜，人家所期待的獨立依法行使職權？他的保障會不會因而受到影響？因為法律要廢止，要經過國會通過。如果組織法規用法規命令做基礎，那行政院政策一改，就把他拿掉了，會不會影響到他獨立行使職權的問題，這是第一個問題。

第二個是見仁見智的問題，就是公平會對所檢舉的案件所為之處理的法律定性，在蘇教授的報告裡面是對於檢舉人函復其所檢舉事項並不構成違法，是否屬於行政處分的問題，個人是比較採取規範性保護理論。公平法所要保護的對象，到底是什麼？除公共利益、自由及公平競爭秩序以外，是不是還有具體的利益，比如說同業競爭者、交易相對人的利益，應該都是公平會所要保護的利益，如果對該等利益有所影響，即可認為「對外直接發生法律效果」，而屬行政處分之概念。這些是比較細小的問題。

現在比較重要的問題就是，基本上，我跟蘇教授完全站在同一個立場，就是公平會不應該將太多的心力投注到不公平競爭的案件上，基本上我也很贊同，但問題是，蘇教授考慮把不公平競爭的部分抽出，純粹交給將來的民事法院去處理，在這裡我稍微補充一下。當時在立法時，

是基於幾種理由，為什麼把不公平競爭跟限制競爭的部分合在一起立法？第一個，當時不公平競爭的部分，是否可以由法院來處理，事實上我們並不能期待我們的法院用判例來形成所謂不正競爭的概念。昨天有報告裡面，好像有找到一個，但是很少很少，只有一個或兩個。現在公平交易法上已經實施那麼久了，是不是把公平會的這些成果提供給法院做參考，這是一個可以思考的方向，可是這樣的一個機制，能不能扮演？能不能期待？是要再三斟酌的問題。

第二個就是說，本來競爭的自由跟競爭的公平是一體的兩面，所以當時在起草的時候，既然限制競爭的行為也要取締，不公平的競爭也要加以管制，為什麼要立法建立及維護競爭秩序時，不把兩部分的規範合在一起？

第三個就是說，蘇教授的報告也提到，當時在立法的時候，公平交易法能夠推動立法，與美方的壓力，用三〇一條款，有點關聯。當時他所注意的是第二十條規範仿冒行為有沒有通過的問題，當然還有一個重要的精神，是美國除了可口可樂及美國的好萊塢的電影風行世界以外，他想推動還是反托拉斯法的法規能夠在戰後通行於世界各國。他強調的是自由競爭的精神，所以他也很期待台灣能制定這樣的公平交易法。第四個是，當時的考量是受到 1983 年德國不正競爭防止法修正草案影響，這在蘇教授的報告裡面也有提到，當時他們的修正草案是有考慮到不公平競爭的案件，卡特爾官署，得參與訴訟權限。當時在起草時，受到這樣的鼓舞，認為既然這樣，兩法應可融合一起。因為德國本來是將不正競爭防止法交給普通法院去審理，並且有民事責任跟刑法的問題，但限制競爭防止法的部分，即反托拉斯法的部分則設有所謂的卡特爾官署為主管機關，兩個是不同的領域，但是修正草案裡面要把不公平競爭部分也要求該主管機關介入，而有這樣的啟發。

另外，在不公平競爭的部分，學者的一些理論認為不正競爭的概念還包括意圖消滅或排擠同業競爭者的濫用市場地位的行為，這種觀點又是把限制競爭與不公平競爭連在一起。所以當時在起草的時候，就把這兩部分放在一起。因為時間的關係，我想提出一些個人的看法，如果要替公平會瘦身的話，我覺得還是跟蘇教授的概念一樣，從公平交易法第二十六條著手，就是要有危害到公共利益之情事，公平會才須調查處理，並不是所有交易不公平的問題都要去介入，如果能掌握這樣的精神，應可以減輕公平會的負荷，同時也使公平會的人力資源比較著重在限制競爭這部分。

最後，還有一點時間，蘇教授在第 7 頁裡面，希望有團體自律的規定，即在公平法裡面加入一些自治的團體的部分，來自律。事實上，公平會第一次修正草案裡面，曾有考慮，而且擬定了條文。當時行政院政務委員郭婉容主持協調會議時，不是很了解當時修法的目的，也不太了解公平法的精神，在協調會中經濟部又趁協調的機會主張合理化的聯合、專業化的聯合由經濟部主管。這樣的話，豈不是使公平會掌管聯合行為的重要機制被解職了嗎？所以我們當場堅持反對，反對的結果就是我們把聯合行為修正的部分撤回，因為有這樣的曲折過程，以致團體自律之部分尚無規範。今天因為看到蘇教授這樣的提議，說出一些當時在修法過程中的一點秘史，謝謝各位。

競爭法與競爭政策之國際合作(一)

我國經驗之回顧與前瞻

羅昌發*

摘要

競爭法與競爭政策涉及甚多國際層面。這些國際層面，大體多與國際合作有關。例如以積極禮讓方式協助其他國家執行法律；例如在多邊組織進行競爭政策或競爭法的合作；例如各國執法機關透過諮商、研討會、人員互訪，而進行互動，彼此獲取有用的資訊或知識與經驗，甚至協助對方建立執法能力。我國以往在此領域，均有相當參與及經驗。

國際合作的形式，有透過雙邊協定者。我國目前亦與澳洲及紐西蘭分別於一九九六年與一九九七年簽訂協定。二者為公平會與澳洲與紐西蘭競爭法主管機關互動，提供法律上的基礎。在區域組織方面，APEC 雖非以競爭政策為其成立的重心，然亦相當重視競爭政策；APEC 並於一九九九年通過不具拘束力的「APEC 促進競爭與管制革新原則：開放且競爭之市場乃經濟效率與消費者福祉關鍵動力」，揭示 APEC 經濟體將盡力：...發展在 APEC 經濟體管制機構(包括競爭法主管機關)間的有效合作方式，並確保此等事項將會獲得充分資源的分配。我國似可進一步推動將此一原則化為行動方案。

另我國與 OECD 在競爭法與競爭政策上，亦已經有相當互動；將來進一步合作的可能性亦有待推展。多邊方面，WTO 第四屆部長會議的宣言對於是否正式進行競爭議題的談判，仍有部分保留。我國在此議題的推動，應有相當可以著力之處。對此，我國應倡議以 WTO 進行全面性競爭政策談判，使 WTO 作為競爭政策合作的場合。

一、前言

競爭法與競爭政策涉及甚多國際層面。此等層面與其他法律或政策領域，有相同之處；亦有性質上相異者。並且此等國際層面多少均與國際合作有關。

* 台灣大學法律學院教授。

國際層面類型之一：一國執法機關執法對象可能係外國公司在外國的行為；此時涉及該國法律是否有域外適用的問題；此種問題屬於競爭法管轄領域的性質；各國基本上並不希望自己的競爭法管轄領域與其他國家競爭法的管轄領域產生衝突。而避免衝突的方式之一，常是透過自我限制的方式，節制執行自身的競爭法；此稱為「消極禮讓原則」。管轄領域之衝突在其他法律領域亦有類似問題，不過，在競爭法領域中，問題更為凸顯。

國際層面類型之二：一國執法機關在執行法律時，可能必須尋求其他國家的執法機關提供資訊等協助。此種協助，稱為「積極禮讓」。目前國際上有相當數量的國際協定納入此種積極禮讓的內容（雙邊協定為主，亦有多邊協定涉及積極禮讓者）。不同國家執法機關相互提供資訊以協助執法，在其他法律領域亦有類似問題，但在競爭法領域中，探討甚多。

國際層面類型之三：競爭法的執行與否，涉及國際經貿與投資活動。例如一國若對外國公司的專利授權行為予以規範或質疑，將影響該公司在該國的專利授權活動；又例如一國對跨國企業集團的併購行為予以介入，亦將影響該併購計畫。

國際層面類型之四：國際機構對於是否制定多邊的競爭規範，有甚多的辯論。此種問題由一九四〇年代的哈瓦那憲章草案(the draft 1948 Havana Charter for the International Trade Organization)開始已經有所探討。該草案第四十六條第一項已經要求每一會員國應採行適當措施並應與國際貿易組織合作，以對於生產或貿易的擴張有負面影響，及影響該憲章第一條目的的達成之私人或公營商業主體所進行的商業行為，防止其有妨礙競爭、限制市場進入、或增加獨占的控制，以影響國際貿易¹。該草案並將各種限制競爭的行為予以例示性的列舉。不過，該草案並未曾被實施。目前在 WTO 之下，針對如何處理國際競爭政策的問題，則有甚多辯論，而有可能於第五屆部長會議後展開競爭政策之談判。

國際層面類型之五：競爭法與競爭政策主管機關與其他國家可能透過諮商、研討會、人員

¹ Article 46, para. 1 of the draft 1948 Havana Charter for the International Trade Organization: "...each member shall take appropriate measures and shall cooperate with the Organization to prevent, on the part of private or public commercial enterprises, business practices affecting international trade which restrain competition, limit access to markets, or foster monopolistic control, whenever such practices have harmful effects on the expansion of production or trade and interfere with the achievement of any of the other objectives set forth in Article 1."

互訪，而有有甚多互動，彼此獲取有用的資訊或知識與經驗，甚至協助對方建立執法能力（所謂 capacity building）。

由於前述類型一、三個別屬於獨立的課題，故本文擬就第二、第四與第五類型所涉及的國際合作，由我國競爭法主管機關行政院公平交易委員會（以下簡稱公平會）以往經驗，以及往後發展方向，加以探討。

二、我國參與的雙邊合作回顧與前瞻

（一）雙邊協定及運作現況

競爭法執法機構透過訂定雙邊協定進行合作的情形，係由美國開始。美國自從一九七〇年代起，即陸續與若干重要的競爭法國家（包括德國、澳洲、歐盟及加拿大）訂定雙邊協定，藉由合作關係，達到相互協助執行法律，且避免執法衝突的結果。美國以外的其他國家，亦有相關的協定。類似協定，例如一九七六年六月美國與德國的 Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of the Federal Republic of Germany Relating to Mutual Cooperation Regarding Restrictive Business Practices、一九八二年六月美國與澳洲的 Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of Australia Relating to Cooperation on Antitrust Matters、一九九一年九月美國與歐體的 Agreement Between the Government of the United States of America and the Commission of European Communities Regarding the Application of Their Competition Laws、一九九四年七月澳洲與紐西蘭的 Cooperation and Coordination Agreement Between Australian Trade Practices Commission and New Zealand Commerce Commission、一九九五年八月美國與加拿大的 Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of Canada regarding the Application of Their Competition and Deceptive Marketing Practices Laws、一九九八年六月美國與歐體的 Agreement between the Government of the United States and the European Communities on the Application of Positive Comity Principles in the Enforcement of their Competition Laws、一九九九年六月歐體與加拿大簽訂的 Agreement between the European Community and the Government of Canada Regarding the Application of Their Competition Law 等等。

由於各國國內法對於機密資料的保護，仍受到法律限制，以致於此種雙邊協定仍無法超越

機密資料保護的規定。導致相互協助執法的效果未如預期。針對此一情形，美國乃於一九九四年通過「國際反托拉斯執行協助法」(International Antitrust Enforcement Assistance Act 1994 ; 簡稱 IAEEA)，授權美國司法部及聯邦交易委員會，與那些允許相互協助執行反托拉斯法之國家簽訂競爭法合作協定，且就案件調查的需要，在確保機密資料安全的情形下，相互協助取得對方境內之機密資料。第一項依照此一法律訂定的協定為美國與澳洲的「美國政府與澳洲政府相互協助執行反托拉斯協定」(Agreement between the Government of the United States and the Government of Australia on Mutual antitrust Enforcement Assistance)。

我國與其他國家亦訂有二項協定。其一為一九九七年十二月與紐西蘭訂定的競爭法合作協定(Cooperation and Coordination Agreement Between the Taipei Economic and Cultural Office and the New Zealand Commerce and Industry Office Regarding the Application of Competition and Fair Trading Laws)，另一為一九九六年九月與澳洲之間的競爭法合作協定(Cooperation and Coordination Arrangement Between the Taipei Economic and Cultural Office and the Australian Commerce and Industry office Regarding the Application of Competition and Fair Trading Laws)。此二協定為公平會與澳洲及紐西蘭競爭法主管機關互動，提供法律上的基礎。此二協定內容類似；以我與澳洲協定為例：

該協定第 2.1 條明確揭諸其簽訂之目的在於「促進兩委員會的合作及協調，以減少兩委員會間由於法律規範差異以外因素致競爭法及公平交易法發生不同施行結果的可能性。透過持續地資訊交流及在某些領域內的合作關係，將可使彼此的執法更迅速且有效。」²其涵蓋範圍及具體的合作內容，要點包括：

1. 有關合作範圍，第 3.1 條規定：「本協議牽涉到兩委員會所有下列的活動，包括執法、裁定、宣導教育、研究、人力資源的發展，以及管理。」³

² "2.1 The purpose of this Arrangement is to promote cooperation and coordination between the Agencies and to lessen the possibility of differences between the Agencies in the application of the competition and fair trading laws administered by the Agencies where these differences are not the result of statutory provisions. The ongoing exchange of information and cooperation in a number of areas will enable each agency to be more efficient and effective."

³ "3.1 This Arrangement relates to all the activities of the Agencies including enforcement, adjudication by the Agencies, compliance education, research, human resource development, and management."

2. 有關資訊或協助之要求，第 3.2 條規定：「當一委員會被要求提供資訊或協助時，除法律禁止或受要求方認為此一協助將損害其重要利益外，該委員會（受要求方）應提供所有資訊及允諾協助。」⁴但依照第 4.1 條：「無論本協議其他條款如何規範，在下列情形下，受要求方均無需向要求方提供所需資訊：-相關法律禁止提供，或有違受要求方司法權上的重大利益；-提供的機密性資訊有被揭露之虞。」⁵
3. 有關資訊交換，協定第 5.1.1 條規定：「兩委員會間資訊共享可獲致以下共同利益：-促使兩委員會更有效地施行競爭法及公平交易法；-避免不必要的重複；-促進調查、研究及宣導教育方面的相互協調；-促進雙方對於與各自競爭法及公平交易法的執行及其相關活動有關的經濟與法律的狀況和理論，有進一步的了解；-維持兩委員會彼此間或各該方企業發展情況的訊息暢通。」⁶第 5.1.2 條乃進一步規定：「為強化此共同利益，兩委員會將定期交換及提供與下列有關的資訊：-委員會所作的調查與研究；-演講、研究報告及期刊論文等；-宣

4 "3.2 The agency to whom a request for information or assistance is made (the Requested Agency) is to provide all information and grant assistance required unless the Requested Agency considers it is prejudicial to important interests or would be prevented from doing so by law. The agency seeking information or assistance (the Requesting Agency) is to seek such information as it is within its power and functions to do so."

5 "4.1 Notwithstanding other provisions of this Arrangement the Requested Agency is not required to provide information to the Requesting Agency if disclosure of that information to the Requesting Agency:

- . is prohibited by relevant laws, or is incompatible with the important interests of the jurisdiction of the Requested Agency;
- . would require disclosure of information which has been provided to the Requesting Agency on a confidential basis."

6 "5.1.1 It is in the common interests of the Agencies to share information that will:

- . facilitate effective application of their competition and fair trading laws administered by the respective Agencies;
- . avoid unnecessary duplication;
- . facilitate coordinated investigations, research and education;
- . promote a better understanding by each Party of economic and legal conditions and theories relevant to their respective competition and fair trading laws enforcement and related activities;
- . keep each other informed of developments in their respective jurisdictions or companies based in that jurisdiction."

導教育的計劃；-相關法規的修訂；-人力資源的發展與管理。」⁷

4. 有關執法及相關活動之告知，第 5.2.1 條規定：「就兩委員會所為的調查而言，當一方的調查、執法或其相關活動將影響另一方的重要利益時，該方委員會應告知他方委員會。就兩委員會以外的其他機關所為的調查而言，當瞭解到一方的調查、執法或其相關活動將影響另一方的重要利益時，該方委員會應告知他方委員會。任一方將對他方司法權內的人民進行詢問時，應告知他方。」⁸
5. 有關執法及相關活動之協助：協定第 5.3.1 條規定：「基於本協定，協助應及於：(一)受要求方檔案中的相關資訊，包括本協議第四條以外的機密性資料。(二)在關係人自願的基礎上，替要求方準備證詞，進行正式訪談及獲得資訊及文件。當受要求方因其法律規範無法提供該項協助時，受要求方應適當地提供建議。(三)當兩委員會同意執法活動上的協調將對某案件有助益時，則進行執法活動的協調。在決定一特定執法活動是否應被協調時，雙方應考量因素為：-對資源的影響；-執行上的效果；-聯合行動的效率與效果；-對委員會、經濟或國民的影響。在任何協調的安排中，各委員會應迅速完成負責事項，並應儘可能符合他方的目標。」⁹

7 5.1.2 In furtherance of this common interest the Agencies are to, on a regular basis, exchange and provide information in relation to:

- . investigations by the Agencies and research;
- . speeches, research papers, journal articles, etc.;
- . compliance education programs;
- . amendments to relevant legislation;
- . human resources development and management.

8 5.2.1 In respect of investigations by the Agencies, each of the Agencies is to notify the other whenever an investigation, enforcement or related activity of an agency may affect important interests of that other. In respect of investigations by agencies other than the Agencies, each of the Agencies is to notify the other whenever it becomes aware that an investigation, enforcement or related activity of an agency may affect important interests of that other. Each of the Agencies is to, in particular, notify the other when they make enquiries of persons located in the other's jurisdiction.

9 5.3.1 The assistance available under this Arrangement includes:

- (a) providing access to information in the files of the Requested Agency, including confidential files, except if provision of such information would breach Clause 4 of this Arrangement.
- (b) in respect of parties appearing on a voluntary basis, preparing witness statements, conducting formal interviews and obtaining information and documents on behalf of the Requesting Agency.

6. 其他合作事項，包括協定第 7.1 條所規定之人員互訪與交換、第 8.1 條所規定的有關人力開發與訓練、資訊科技（包括直接使用電子郵件系統及非屬共同的資料庫）、宣導教育、立法的相互協助、公文書送達的協助等。以及第 9.1 條所規定之避免衝突的緊急協商等。

我國在於澳洲、紐西蘭簽訂雙邊協定之後，亦確有更頻繁的往來。例如透過雙邊的諮商及人員互訪，雙方確實進行相當有用的資訊交換；此種資訊交流，對於協助公平會獲取甚多最新的執法訊息（諸如以 compliance program 協助執法的技巧；對電信、石油、電力等特定產業部門的管制革新方式等訊息）。對於減少公平會投入不必要的人力，重複從頭進行類似的研究，甚有助益。

在該協定之下，公平會與澳洲競爭與消費者委員會間每年進行人員交換。我方每年派遣人員至澳洲執法機關工作一定期間；澳洲每年亦派遣其執法人員至公平會工作一定期間。此對訓練我方人員執法專業，應有甚大助益。對於利用澳洲派來我國的專家進行相關研究或協助，亦可獲致甚大效益。

在實際執法方面，澳洲亦會依照協定規定，要求公平會針對某一我國業者在澳洲所進行的不當交易行為，提供公平會以往對該業者的執法情形，並提供相關資訊，協助澳洲競爭與消費者委員會在法院進行訴訟程序。

(二) 其他雙邊合作關係

我國參與的雙邊協定雖然有限，但透過非正式的方式與其他國家或地區進行的交往，亦為公平會推動的重點。例如公平會曾與包括美國司法部及聯邦交易委員會、加拿大競爭局、德國

Where that assistance cannot be provided because of the laws governing the Requested Agency, the Requested Agency is to advise accordingly.

- (c) coordination of enforcement activities when the Agencies agree that would be beneficial in a particular case. In determining whether a particular enforcement activity should be coordinated the parties are to take account of the following:
- . effect on resources;
 - . operational effects;
 - . efficiency and effectiveness of any joint action;
 - . impact on the Agencies, economies or citizens. In any coordination arrangement each agency is to conduct its activities expeditiously and insofar as possible consistent with the objectives of the other agency.

聯邦卡特爾總署、法國競爭審議委員會、英國公平交易局、瑞典、荷蘭、比利時等國之競爭法主管機構、歐盟的競爭總署等進行過一次或一次以上的雙邊諮商。

由公平會之角度而言，雙邊合作形式固然重要，但若可不拘形式進行實質問題的諮商，亦應有相當助益。透過非協定下的雙邊諮商，公平會確實也獲得甚多有用的執法經驗與訊息。此等經驗與訊息的質與量，相較於我國與澳洲、紐西蘭的協定下諮商，並未失色。

然在缺乏協定下所進行的雙邊互動，亦有明顯缺點。例如曾有某一國家競爭法執法機關由於執行其競爭法的需要，要求公平會提供執法協助。然基於法律限制，且基於無互惠協定的安排，公平會最後必須拒絕該國的要求。

(三) 展望

我國目前與其他國家簽訂的雙邊協定雖僅有二件。但在國際競爭主管機關而言，仍屬具有指標意義。蓋絕大多數的競爭法合作協定，均係存在於工業先進國家（或地區）之間。我國在某些領域（如參與 WTO）雖被歸類為已開發國家，然實際情形，則甚多指標仍與已開發國家有某程度差距；若由此觀點而言，我國與其他國家簽訂競爭法合作協定，應屬開發中國家的首例。正式的雙邊協定對於建立正式而定期的諮商與協助管道，以及對公平會開啟國際視窗，扮演極為重要的功能。公平會顯然應持續推動與競爭法對口單位簽訂合作協定。

不過，由於我國在國際政治上的處境較為特殊，故我國與其他國家簽訂雙邊協定的工作，推動較為困難，亦可預見。而依照以往經驗，在未簽訂合作協定的情形下，顯然有相當的不便。例如前述因無雙邊協定，導致我國無法協助其他國家在我國進行反托拉斯行為調查的協助之情形，並非雙方利益所在。又例如我國對於在其他國家發現的國際卡特爾組織，欲透過雙邊管道獲取資訊，以確定該組織究竟是否在我國亦有相關的卡特爾活動，或對我國市場是否造成影響；然對手國以其法令上不允許對我國提供相關資訊，拒絕我國的請求；此對打擊國際卡特爾，亦屬一種挫敗。

不過，此等需要進行法律上協助的事件，畢竟較少。依照公平會以往經驗，在無協定的情形下，進行「非執法」的合作或諮商，基本上並無困難。而公平會由該等雙邊活動所可獲得的相關實質協助，質與量均不可忽視。此亦應為公平會工作重點。

三、我國透過區域或複邊性質的國際組織所進行合作之回顧與前瞻

(一) 我國在 APEC 下合作之回顧與前瞻

APEC 雖非以競爭政策為其成立的重心，然亦相當重視競爭政策。在一九九四年茂物宣言中，APEC 除揭示已開發經濟體及開發中經濟體分別承諾在公元 2010 年及 2020 年之前，達成自由貿易與投資之程度外，並就競爭政策表示謂：「APEC 經濟體將在亞太地區強化競爭環境；而其方式為：透過引進及維持有效或適當的競爭政策及（或）競爭法以及相關的執行政策、確保前述事項的透明性、促進 APEC 經濟體的合作、並藉此擴大市場機制的有效運作加強生產者及交易商之競爭且擴大消費者利益。」¹⁰APEC 並於一九九九年通過不具拘束力的「APEC 促進競爭與管制革新原則：開放且競爭之市場乃經濟效率與消費者福祉關鍵動力」(APEC Principles to Enhance Competition and Regulatory Reform: Open and Competitive Markets are the Key Drivers of Economic Efficiency and Consumer Welfare，以下簡稱「競爭原則」)。針對國際合作部分，該「競爭原則」最末表示，APEC 經濟體將盡力：...發展在 APEC 經濟體管制機構（包括競爭法主管機關）間的有效合作方式，並確保此等事項將會獲得充分資源的分配(APEC Member Economies will make efforts to: ...Develop effective means of co-operation between APEC economy regulatory agencies, including competition authorities, and ensure that these are adequately resourced.)。

此一原則雖然與其他 APEC 原則相同，均不具拘束力，然卻提供 APEC 經濟體甚佳的基礎，以進行會員體之間的合作。惜在該「競爭原則」通過後，APEC 會員體似乎並未給予該原則所揭諸的方向，給予適當的重視。

公平會在該原則的制定過程積極參與提供意見；故該原則有相當的實質內容，均反映我國的意見。公平會積極參與 APEC 相關競爭政策活動，固然可以獲得各會員體認同，然進一步利用既有機制，則應為公平會可以思考者。前述 APEC「競爭原則」既然明確期待 APEC 會員體

¹⁰ "APEC economies will enhance the competitive environment in the Asia-Pacific Region by introducing and maintaining effective or adequate competition policy and/or laws and associated enforcement policies, ensuring the transparency of the above, and promoting cooperation among APEC economies, thereby maximizing, inter alia, the efficient operation of markets, competition among producers and traders, and consumer benefits."

致力於發展有效的合作機制，則我國似乎可以（且應該）順理成章推動進一步將此原則化為行動的方案。此有賴公平會之積極創意，提出方案及推動方向。

（二）我國在 OECD 下合作之回顧與前瞻

OECD 在競爭法與競爭政策活動上，佔有國際上領導地位。其不但有由三十個會員國專家組成的競爭委員會（並有阿根廷、巴西、以色列、立陶宛、俄國及我國等觀察員），負責各國有關競爭法與競爭政策的對話與政策協調，且制定各種有關競爭法及競爭政策的文件。例如 OECD 理事會於一九九五年公布「理事會關於加強合作因應影響國際貿易之反競爭行為建議書」（Revised Recommendation of the Council concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices affecting International Trade），建議各會員國競爭法主管機關就影響其他國家重要利益的調查或法律程序，通知相關國家；對於處理國際貿易的反競爭行為，建議各國努力協調（co-ordinate）其相關行動，甚至進行相互合作；並鼓勵進行諮商以解決其爭議。

另 OECD 在一九九八年公布「理事會關於有效行動打擊核心卡特爾建議書」（Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels）。在該建議書之下，OECD 會員國被期待對所謂「核心卡特爾」行為（hard core cartel）（即「競爭者之間的反競爭協議、反競爭的協調一致行為、或反競爭的安排，目的在固定價格、圍標、限制業者的產出或設置產出配額、或透過分配客戶、分配供應商、分配地理區域、或分配營業類別，以分享或瓜分市場」）¹¹採行該建議書所列之各項原則。例如其建議會員國確保其競爭法足以有效制止及嚇阻此類的卡特爾行為（Member countries should ensure that their competition laws effectively halt and deter hard core cartels）。又例如其建議會員國相互合作以執行其法律，打擊此種卡特爾（Member countries...should co-operate with each other in enforcing their laws against such cartels）。此外，該建議書亦明文邀請非會員參與並執行該建議書（to associate themselves with this Recommendation and to implement it）。目前已經有巴西表達願意參與並執行該建議

¹¹ 11 I.A.2. a) of the Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels: "a 'hard core cartel' is an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practices, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divided markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce."

書。且 OECD 已經發展出參與程序¹²。

OECD 會員曾於一九九二年十月，於英國簽訂「設立國際行銷監督網路及其運作備忘錄」(Memorandum on the Establishment and Operation of the International Marketing Supervisory Network)，以建立國際行銷資訊網路(IMSN)，藉此鼓勵成員之間採取行動，防止跨越邊境的不當行銷活動，以及就上述不當行為及各國處理方式交流資訊；IMSN 並每年舉辦國際網路掃蕩日(International Internet Sweep Day)，針對若干網路行銷行為(如快速致富)等可能涉及不當行銷行為，加以警示。我國亦曾參與此種合作活動。

此外 OECD 亦透過甚多方式與其他國家進行合作與互動。例如自 2001 年起 OECD 開始舉辦「全球競爭論壇」(The OECD Global Forum on Competition)，使三十個 OECD 會員以及觀察員與其他非會員的高層競爭官員共聚一堂，進行競爭法與競爭政策對話。又例如 OECD 經常在世界各「重點地區或國家」舉辦研討會，推廣競爭法的立法，使各國融入競爭政策的成員。

我國本來即與 OECD 有相當的互動與合作。多年來藉由參與 OECD 相關活動(包括 OECD 舉辦的競爭法或競爭政策研討會、前述的「全球論壇」等)，我國亦與 OECD 有相當的往來。甚至由一九九九年開始，公平會即與 OECD 每年共同舉辦研討會，藉由 OECD 相關會員國以及我國有關競爭法執法經驗的提供，希望對東南亞國家有所幫助；參與國家及地區包括菲律賓、馬來西亞、新加坡、泰國、印尼、香港、越南等。為使我國對國際社會做出更多回饋，並展現我國協助其他國家的意願，公平會與 OECD 共同舉辦的研討會，甚至可以考慮轉型為「兼具對話與研習」的會議。

另我國經過多年努力，目前已經成為 OECD 競爭政策觀察員。有機會參與 OECD 競爭委員會舉辦的內部會議。此對我國參與對外合作而言，應為十分重大的進展。其最重要意義不在於抽象的提升我國地位，而係在實質的使我國競爭法主管機關可以與世界上最進步的三十個競爭法國家的專家以及 OECD 本身的競爭法專家共聚一堂，進行最新問題的探討以及政策對話與辯論。對我國提升公平法的執法品質，有極大的幫助。OECD 會員國與觀察員甚至均可以要求自願接受「同儕審查」，由專家對自己的競爭法體制進行一次總體檢；由其對執法的缺失及有待改進之處進行客觀的評鑑與建議。此對相關國家亦甚為重要。

¹² 參與程序，見 http://www1.oecd.org/daf/clp/CLP_reports/hccass-e.pdf

我國若欲真正獲得參與 OECD 的實質利益，首先應立即進行「參與 OECD 核心卡特爾建議書」的程序。此一方面表明我國有打擊此種惡性卡特爾的決心，亦可顯示我國法律規範水準已經與世界同步；且可藉此種參與，而與其他 OECD 國家進行較為正式的合作。

其次，我國應及早表達願意自願接受同儕審查，使我國競爭法體制，由外來專家進行一次總體檢，並藉此對競爭體制進行必要的改革。其他國家的前例顯示，此種「同儕審查」對於革新一國的競爭法制，有極大的推動作用。

再者，我國既然已經成為 OECD 觀察員，即應積極參與競爭委員會。所謂積極參與，並非僅派員參加開會，而係對相關議題的周詳準備，以及提出我國的貢獻。參加此種會議，意義不但在顯示我國執法成效，更顯示我國可以對此組織作成重要而積極的貢獻，使我國在該組織中的存在，有其不可或缺的意義。

四、我國參與多邊國際組織就競爭法國際合作部分應有的思考與作為

(一) WTO 既有的競爭法合作規範

在 WTO 之下，已經有若干規範係處理競爭法執法合作的問題。典型的規定係在服務貿易總協定第九條第二項所規定之積極禮讓內容：「每一會員國應接受其他會員國之要求，與之進行諮商以消除第一項所稱之措施。被要求之會員國應對此種要求提供充分且認真之考量，並應透過提供非機密性且可公開獲得之關於係爭事件之資料，以相互合作。被要求之國家在國內法許可之範圍內，及在雙方對於由要求之會員國確保資料之機密性達成滿意之協議之前提下，應提供其已有之資料給要求之會員國。」¹³不過，此一相互合作的範圍甚為有限。

(二) 有關競爭法與競爭政策的談判問題

WTO 第四屆部長會議在 2001 年 11 月召開。部長會議宣言針對競爭政策是否在 WTO 之下

¹³ Article IX, para. 2 of the GATS: "Each Member shall, at the request of any other Member, enter into consultations with a view to eliminating practices referred to in paragraph 1. The Member addressed shall accord full and sympathetic consideration to such a request and shall cooperate through the supply of publicly available non-confidential information of relevance to the matter in question. The Member addressed shall also provide other information available to the requesting Member, subject to its domestic law and to the conclusion of satisfactory agreement concerning the safeguarding of its confidentiality by the requesting Member." 有關 GATS 相關說明，見羅昌發，「國際貿易法—世界貿易組之下之法律新秩序：國際經貿法研究(五)」(1996 年)，第三篇第四章。

進行談判，以及如何進行的問題，有三段宣示：「23.基於承認多邊架構對促進競爭政策對提供國際貿易與發展可以提供的貢獻，並承認第 24 段所提及在此領域內的更進一步技術協助與能力建制的需要，部長們因此同意，將在第五屆部長會議後，基於在該屆部長會議依照明白的共識所另行作成的決議，就將來談判的形式，展開談判。」「24.部長們承認開發中國家與低度開發國家在此領域中獲得進一步技術協助與能力建制的需要(包括政策分析與發展，使其更可以評估，更緊密的國際合作對其經濟發展之政策及目標、以及人力與機構發展，可能產生的含意)。為達此目的，吾等應與其他相關政府間組織(包括 UNCTAD)合作，並透過適當的區域性與雙邊管道，對此種需求，提供強化的、且提供相當資源的協助，以作為回應。」「25.在第五屆部長會議召開前的這段期間，貿易與競爭政策互動工作小組的進一步工作，將著重在澄清：核心原則(包括透明化、不歧視與程序的公平性、及核心卡特爾的規定)；自願性合作的形式；以及透過機構建制，支持開發中國家競爭機構的逐漸強化。就此，開發中國家與低度開發國家參與者的需求及處理此等問題的適當彈性，均應被納入考量。」¹⁴

此三段文字針對是否開啟競爭政策談判，顯然仍設有某些變數。蓋決議文字對於展開競爭政策談判，設有如下條件：第一項條件為必須在第五屆部長會議中，對展開競爭政策的談判另行作成決議；第二項條件為該項決議必須依照明白的共識作成；第三項條件為該項決議必須就

14 "23. Recognizing the case for a multilateral framework to enhance the contribution of competition policy to international trade and development, and the need for enhanced technical assistance and capacity-building in this area as referred to in paragraph 24, we agree that negotiations will take place after the Fifth Session of the Ministerial Conference on the basis of a decision to be taken, by explicit consensus, at that Session on modalities of negotiations." "24. We recognize the needs of developing and least-developed countries for enhanced support for technical assistance and capacity building in this area, including policy analysis and development so that they may better evaluate the implications of closer multilateral cooperation for their development policies and objectives, and human and institutional development. To this end, we shall work in cooperation with other relevant intergovernmental organizations, including UNCTAD, and through appropriate regional and bilateral channels, to provide strengthened and adequately resourced assistance to respond to these needs." "25. In the period until the Fifth Session, further work in the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy will focus on the clarification of: core principles, including transparency, non-discrimination and procedural fairness, and provisions on hardcore cartels; modalities for voluntary cooperation; and support for progressive reinforcement of competition institutions in developing countries through capacity building. Full account shall be taken of the needs of developing and least-developed country participants and appropriate flexibility provided to address them."

將來談判的形式進行談判。雖然存有此等變數，然第四屆部長會議之此一決議，仍應被視為競爭政策談判的相當重要進展。將來在 WTO 下進行較密切且較全面的合作互動，應不可避免。

(三) 我國觀點與展望

由我國角度而言，WTO 確應為全面性進行競爭政策合作的場合。蓋 APEC 基本上僅能進行對話及抽象的且非拘束性的文件討論；且參與國家數目有限。而與我國往來最多，且我國廠商活動較多者，除工業先進國家之外，其他中南美洲亦為重點；而這些國家多數為非 APEC 會員。另 OECD 雖然在競爭法上的討論與努力甚有成果，然其會員國甚為有限，與我國有重要往來的國家(包括東南亞國家)均非其成員。倘若與我國有經貿往來的國家均有完善的競爭法，且我國可以透過相互合作瞭解並影響對方或相互協調執法，則對我國廠商在該國的經濟活動或對於我國產品在該國的銷售，自然有較大的幫助。而使我國可以有正式根據與對方進行競爭法與競爭政策合作的有效方式方式，應為透過多邊協定，將競爭法與競爭政策的相互合作納入規範。

基於此等考量，我國應在 WTO 中主張於第五屆部長會議後，立即進行全面性的競爭政策談判，除將實體競爭法內容納入協定規定之內外，更應將競爭法與競爭政策相互合作的問題，納為協定重要一環¹⁵。

五、結語

我國在公平交易法實施十年以來，在執法努力上，有相當值得肯定的成果。在國際處境相當困難的情況下，公平會可以發展甚多的雙邊關係及與國際組織的合作關係，甚至以正式的身分參與國際組織的競爭法會議，亦屬甚值肯定的一面。

而如前所述，我國參與國際組織及發展雙邊與多邊合作關係，值得肯定之處，並非在於抽象的國際地位是否提升，而係在於實質上可以使我國競爭法的執法，與他國實際情形有所比較；使我國可以以最快的速度獲取最近的執法發展，改善我國的立法與執法品質，減少不必要的重複探討在國際上已經早有定論的問題；並使我國可以就我國特有的經驗，回饋國際社會，使國際競爭法制，注入我國的因素。就此，我國以往資源的投入，應已有超值的收穫。

¹⁵ 參見羅昌發、楊光華：「WTO 新回合談判我國關於競爭政策應有之立場研究」，公平交易委員會九十年度合作研究計畫報告，2001 年 12 月。

然往後亦有甚多有待推展之層面。就雙邊而言，公平會顯然應持續推動雙邊協定的簽署，使我國與他國的執法可以進一步彼此配合。除正式的雙邊協定之外，在無協定的情形下所進行的「非執法」的合作或諮商，亦可使公平會獲得相關實質協助，故公平會亦應持續推動。

就區域性或複邊性組織而言，如前所述，公平會應進一步利用 APEC「競爭原則」的既有規定，倡議發展在 APEC 下的有效合作機制，並具體提出方案，使我國可以在 APEC 下扮演倡議者甚至領導者角色。再者，我國應儘早要求在 OECD 下自願接受「同儕審查」，使我國競爭法制度及執法品質進一步提升。並應積極進行「參與 OECD 核心卡特爾建議書」的程序，以表明我國有打擊此種惡性卡特爾的決心，並顯示我國法律規範水準已經與世界同步，且藉此與其他 OECD 國家進行較為正式的合作。我國更應成為 OECD 的積極參與者，以對相關議題提出我國的貢獻。在多邊合作方面，我國應倡議以 WTO 進行全面性競爭政策談判，使 WTO 作為競爭政策的合作的場合。

競爭法與競爭政策之國際合作(二)

楊光華*

摘要

本文說明競爭法與競爭政策近來國際合作常見的幾個面向，即跨國結合審查、跨國核心卡特爾的處理及與國際貿易之關連。對於兩年後，世界貿易組織可能發展的多邊競爭規範架構，本文雖抱持樂觀審慎的看法，但亦建議主管機關繼續推動傳統的雙邊合作，以確保公平交易法的有效執行。同時，本文倡議積極利用經濟合作發展組織(OECD)「同儕檢視」的程序，促進國際合作契機，並密切觀察新成立之「國際競爭網」(ICN)在整合國際間與貿易無關之競爭執行可能之貢獻。

關鍵字：域外適用、跨國結合審查、核心卡特爾、國際競爭網。

壹、前言

百年前，只有美國訂有完整的競爭法制；今日，則已有超過八十個國家有競爭法之立法，且大部分是在九〇年代才制訂的（如我國的公平交易法，民國八十年才公布，次年公平會才正式成立）。競爭政策體制如雨後春筍般地出現，固然顯示各國均體認到競爭政策對經濟發展之重要性，但不意謂各體制之實體規則或機構之處理方法相同。在維持法律體系差異的範圍內各國競爭政策各有不同。

這樣的差異於各國之競爭法與政策僅適用於域內時，衝突並不明顯。可是今日，市場的區隔與藩籬隨著貿易自由化及全球化而逐漸消弭，物理上之分野又因網路及科技的發達而泯於無形，市場全球化已不可擋。鑑於競爭法之適用與市場之概念密不可分，市場全球化的必然結果也導致原本不具任何國際法色彩的競爭法與政策，無可避免地被推向全球化之路。

競爭法暨政策全球化所帶來的挑戰，便是如何調和各國競爭法之內容以及競爭法之執行，俾化解競爭法國際化對各國競爭政策主權可能之侵蝕、政府間有關競爭議題立場歧異可能引起

* 政治大學國際貿易學系副教授。

的摩擦、以及競爭法執行可能「溢出」域外之效果¹⁶。

本文先以美國為例，說明各國最普遍採用的域外適用原則，接著介紹因域外適用而需進行國際合作的幾種常被討論的課題，包括跨國結合審查、對國際卡特爾之執法行動、以及競爭與貿易政策之互動。合作的方式，則從傳統雙邊、區域或複邊以及多邊協定數種型態，分別進行探討。最後則以世界貿易組織第四屆部長會議有關競爭多邊架構之宣言為起點，預測未來國際競爭法之可能演進，並建議主管機關仍應善用雙邊合作機制以及經濟合作發展組織之同儕檢視程序，密切觀察新發起的國際競爭網(ICN)對促進全球競爭法趨於一致的可能影響。

貳、域外適用

競爭法是一國之國內立法，但該法律所適用之市場，卻可能延伸到一國疆界之外。假如市場較一國疆域為廣，則內國的法律與執行是否足以處理跨國市場所產生之問題？國際合作的途徑尚未開闢前，儘管在某些國家「域外適用」有違基本的管轄權規定，但不失為確保本國市場免於域外反競爭行為不利影響的簡單方法。事實上，有的國家（如美國），甚至在競爭法之立法上，即澈底以市場概念為中心，允許域外適用，而不以屬地原則劃地自限。

域外適用的標準，各國並不相同；不過目前最常被採用者為「效果原則」¹⁷。所謂的「效果原則」，其在各國所出現的態樣大同小異，故不一一予以介紹，僅以競爭法歷史最悠久之美國為例，以便說明域外適用所可能帶來的問題，並與我國現行相關規定比較。

一、效果原則 - 以美國為例

美國雖然在休曼法(Sherman Act)¹⁸、克萊登法 (Clayton Act)¹⁹等反托拉斯立法中均將適用的範圍涵蓋到外國之商業行為，但具體發揮此種「域外適用」的案例，則要遲到一九四五年 Alcoa 案²⁰才確立。在 Alcoa 案之前，由於關切到將競爭法適用到國際案件，不免對國際法、美國之外交政策及美國廠商在海外之商業活動等產生相當的衝擊，故法院均有所節制，要求至少

¹⁶ Simon J. Evenett, Alexander Lehmann, and Benn Steil, "Antitrust Policy in an Evolving Global Marketplace", in *Antitrust Goes Global - What Future for Transatlantic Cooperation?* 1 (2000).

¹⁷ 參看何朝棟，競爭法域外適用之相關法律問題研究，國立政治大學法律學系碩士班論文。

¹⁸ 15 U.S.C. §§1-2, 6a.

¹⁹ 15 U.S.C. §12 (1988 & Supp. 1993).

²⁰ *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F. 2d. 416, 443-44 (2d. Cir. 1945).

部分行為在美國境內，方得以建立管轄權。

(一) 司法案例

到了 Alcoa 案，Learned Hand 法官不再將焦點放在行為的屬地，反而放在廠商就價格與生產的決定，對美國市場所產生的效果上；Hand 法官認為對美國所產生的經濟效果與在美國境內的行為無異，故應予以規範²¹。Alcoa 案奠定了美國法院對於任何有意影響且後來確實影響美國市場之境外行為的管轄權基礎²²。

Alcoa 案之後，美國法院陸續擴張所謂「直接效果」標準(intended effects test)到了幾乎濫用的情形，境外行為是否「有意」影響美國甚至漸被忽略，舉凡會影響美國市場者，縱令影響之效果並不大，有不少美國法院仍認為足以對該境外行為適用美國的反托拉斯法²³。這樣的發展，當然導致其他各國的關切。

自一九四五年以降，至一九八〇年代，各國透過外交管道抗議美國反托拉斯法域外適用之事件，多達二十餘起，利用在美國涉訟之反托拉斯案件中，提出意見書者，也所在多有。不過這些都不若所謂的「防堵立法」(blocking legislation)來得強硬。所謂的防堵立法可以英國、澳洲、加拿大為代表，不外乎禁止美國的反托拉斯法對其國民執行²⁴。

到了一九八四年，Timberlane 案²⁵之法官以傳統的效果原則未考慮其他國家利益為由，不足以妥適地決定管轄權，而改採平衡美國與其他關係國利益之「禮讓」(comity)原則做為判定管轄權的基礎。不幸的是 Timberlane 之利益平衡原則並未獲得美國聯邦最高法院之背書，也未獲得其他巡迴法院之普遍支持。在後來有關國際保險的案例中，美國聯邦最高法院甚至闡述了最高法院對禮讓原則之不同看法，而使域外適用又重新回到了 Alcoa 案所建立之直接效果標準²⁶

²¹ Id. at 444.

²² Id.

²³ Spencer Weber Waller, *International Trade and U.S. Antitrust Law*, 5-4 (1992).

²⁴ 有關各國對於競爭法域外適用對抗立法之介紹，可參閱何朝棟，*競爭法域外適用之相關法律問題研究*，國立政治大學法律學系碩士班論文，80-86(1997)。

²⁵ *Timberlane Lumber Co. v Bank of America*, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976), on appeal following remand, 749 F.2d 1378 (9th Cir. 1984).

²⁶ *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 113 S. Ct. 2891 (1993).

(二) 行政原則

美國行政部門在執行競爭法時，基本上亦採取與上述相仿的效果原則。不過由於政府部門採取反托拉斯行動，與私人在法院提起反托拉斯訴訟之情形畢竟不同，政府在維持與外國之友好關係上，享有一定的利益，故不宜冒然採取可能傷害美國外交政策的反托拉斯執行行動，而應綜合考量包括外交關係在內的整體利益。

職是之故，一九七七年「反托拉斯國際執行準則」(Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations)，所採用之「直接效果原則」(direct or intended)，雖未含 Timberlane 案所揭櫫之利益平衡標準，但已在調查與起訴程序，融入「禮讓」之概念；一九八八年該準則修訂時，「禮讓」與「利益平衡」更進一步被列為是否行使管轄權之重要考量因素²⁷。

上述準則最近的一次修訂則是在一九九四年，反映聯邦最高法院在國際保險一案(Hartford Fire Insurance)的見解，亦即關於外國進口，只要外國行為意圖且確實對美國產生相當之影響者，即應受美國休曼法的管轄²⁸。該準則亦明白表示關於聯邦交易委員會法(FTC Act)²⁹，雖無相仿之案例，但委員會已對該法中所謂的外國商務採取相同解釋³⁰。

本版準則(即一九九五年四月版)對於非涉進口之外國商務，則仍依一九八二年外貿反托拉斯改善法(FTAIA)對休曼法及聯邦交易委員會法之修正規定³¹，即凡對美國商務會產生直接、相當且可合理預期影響的外國行為，均予以管轄³²。

一九九五年準則一方面如上述，重申「直接效果原則」，另一方面亦反映最高法院在 Hartford Fire Insurance 一案中有關「禮讓」之看法，即只要受兩國以上競爭法約束之當事人，得以符合兩國之競爭法，就無所謂的執行衝突可言，也就不需要禮讓³³。此外，該版準則為反映美國與

²⁷ Spencer Weber Waller, *supra* note 8, 5-19~5-21 (1992).

²⁸ U.S. Department of Justice & The Federal Trade Commission, *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*, available at <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/internat.htm> (1995).

²⁹ 15 U.S.C. 41-58.

³⁰ U.S. Department of Justice & The Federal Trade Commission, *supra* note 15.

³¹ Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982, 15 U.S.C. 6a (1988) (Sherman Act) and 45(a)(3) (1988) (FTC Act).

³² U.S. Department of Justice & The Federal Trade Commission, *supra* note 15.

³³ *Id.*

他國所簽訂之合作協議，對於「禮讓」分析應考慮之因素，亦較前版（一九八八年版）增列兩點，即一、考量他國對同一人執行效果受影響之程度，二、他國執行相較於美國執行的有效性³⁴。

二、我國相關規定

我國公平交易法對於涉外問題，雖未如美國立法明訂競爭法之域外適用³⁵；同時，基於我大陸法系的屬性，我國法院也未於一般的管轄原則下，發展出任何公平交易法域外適用之先例。不過公平交易委員會體認到競爭法案件之國際化趨勢，故在民國八十五年時即已頒訂「處理涉外案件原則」³⁶。

（一）處理涉外案件原則

根據民國八十七年最後修正的「處理涉外案件原則」第六條之規定，公平交易委員會對於域外的問題，僅於「檢舉人就被檢舉人在...『域外』之限制競爭或不公平競爭之行為或『其結果對我國競爭秩序產生影響之程度』，提出具體事實及證據，並釋明被檢舉人有違反公平交易法之虞」時，方予受理。

（二）域外結合案件處理原則

除了一般性的處理涉外案件原則外，公平交易委員會對於域外結合的管轄問題，也從早期的研釋○一四號函³⁷，後來的研釋○九五號函³⁸，以及一年多前出爐的「域外結合案件處理原則」³⁹，確立了對「域外結合」採取與美國制度相仿的「效果原則」。

³⁴ Id.

³⁵ 不過，公平交易法中倒是有一部分條文含有涉外因素，包括第十四條第四、五款但書之許可：「...四、為確保或促進輸出，而專就國外市場之競爭予以約定；五、為加強貿易效能，而就國外商品之輸入採取共同行為者。...」，以及第四十七條，規定：「未經認許之外國法人或團體，就本法規定之事項得為告訴、自訴或提起民事訴訟。但以依條約或其本國法令、慣例，中華民國人或團體得在該國享受同等權利者為限；其由團體或機構互訂保護之協議，經中央主管機關核准者亦同。」

³⁶ 公平交易委員會，行政院公平交易委員會處理涉外案件原則，民國 85.8.3.第二二七次委員會議通過，87.10.28.第三六四四委員會議修正，87.11.7.公（法）字第○四一○二號函分行。

³⁷ 公平交易委員會，公平交易委員會公報，第一卷，第五期(1992)。本解釋函自行政院公平交易委員會域外結合案件處理原則，於 89 年 9 月 15 日生效後，即失其效力。

³⁸ 公平交易委員會，公平交易委員會公報，第四卷，第六期(1995)。

³⁹ 公平交易委員會，行政院公平交易委員會域外結合案件處理原則，民國 89.8.3.第 457 次委員會議通過，89.8.18.(89)公法字第 02838 號函分行，自 89 年 9 月 15 日生效。

早期的研釋○一四號函認為「外國母公司於國外之合併行為雖非本會管轄之範圍，惟其於我國境內分公司之結合行為，對國內市場競爭環境可能造成影響，仍應受公平交易法之規範。本案兩家美商銀行總行在美國合併，消滅公司於國內分公司由存續公司承受繼續營業，係屬公平交易法第六條第一項第三款『受讓或承租其他事業全部分或主要部分之營業或財產者』之結合情形。」⁴⁰

後來的研釋○九五號函則以「跨國企業集團為調整組織結構，企業集團所屬之各關係企業於我國境外相互移轉股權，致其投資於我國境內之子公司持股比例因該境外結合而改變，並使集團內關係企業之一持有我國事業股份達三分之一以上，是否須依公平交易法第六條第一項第二款向本會提出結合申請，須視參與結合之一事業是否有符合本法第十一條各款，及該境外結合有無引發我國管轄境內該集團所屬企業間有本法第六條第一項各款所稱之結合情形而定。基此，本案尚不須依公平交易法之規定向本會提出申請。」

八十九年九月十五日生效的「域外結合案件處理原則」於第二條則是明確規定：「本原則所稱之域外結合案件，係指二以上外國事業在我國領域外之結合，符合公平交易法（以下簡稱本法）第六條第一項各款情形之一，其結合效果對我國市場有直接、實質且可合理預見之影響者。」正式確立了以「直接效果原則」為結合審查之管轄權依據。

關於決定管轄權應考量的因素，於第三條中則臚列：

- (一) 結合行為對本國與外國相關市場影響之相對重要性。
- (二) 結合事業之國籍、所在地及主要營業地。
- (三) 意圖影響我國市場競爭之明確性程度及其預見可能性。
- (四) 與結合事業所屬國法律或政策造成衝突之可能性程度。
- (五) 行政處分強制執行之可能性。
- (六) 對外國事業強制執行之影響。
- (七) 國際條約、協定或國際組織之規範情形。
- (八) 其他經公平會認為重要之因素。

顯然亦參考美國相關準則之設計，佐以「禮讓」原則，並為一定的利益平衡分析。

⁴⁰ 公平交易委員會，前揭註 22，頁 26。

參、常見之競爭法跨國問題

競爭法之跨國問題，依近年來國際間之發展可分成下列三個主要面向：一、涉及多國管轄之結合審查，二、貿易與競爭政策之介面議題，三、各國政府競爭法執行面之合作，特別是在打擊卡特爾(cartel)方面。以下分別析述之。

一、跨國結合審查

全球最近這一波的購併風潮，與八〇年代最大的不同之一，為跨國購併之規模，前所未見，自九五年全球二千億美金之規模，倍增到九九年底五千億美金之規模⁴¹，相對應的正是各國呈倍數增加之跨國結合審查案件。

從事業的角度來看，現在欲進行結合，理論上必須檢視可能遍達六十多國家（目前對結合規定需經審查之國家數）之銷售、資產、子公司及市場佔有率以判斷是否有必要通知各有關當局；實際上，必須通知十來個國家主管機關之跨國結合，亦有所聞。

固然結合管制有其正面之意義，蓋其賦與主管機關發現問題交易之可能，進而予以事先防制，以保護消費者利益，確保競爭。但是，由於愈來愈多國家設有結合之管制，並基於效果原則延伸到域外，使得結合之事業如上所述，在結合時面臨愈來愈多的不確定性，且交易成本劇增。更糟糕的是有時過重之負擔可能會迫使事業放棄原本有利競爭之結合案。

如何調和不同之結合審查體制，使之儘可能地趨於一致，俾降低對同一結合各國評價不同之風險，進而減少事業結合的法律不確定性，自然是改革跨國結合審查應持續努力者。

對於此一議題，或有建議應發展結合審查之共通規範，以便調和各國體制之差異者，包括確立審查時不應考慮非競爭因素的重要原則⁴²。不過共通規範之發展，有賴長期努力，非一蹴可成。而目前之跨國合作機制在確保當事人隱私及公平，以利資訊交換上，卻仍有不少值得努力的空間。

由於各國對於機密資訊都有或多或少的保護，此種法律上的義務常會妨礙各國跨國合作資訊交換的可能性及有效性，亟需解決。方法上，可在國際合作的法律架構協議中，明確約定合

⁴¹ Simon J. Evenett et al., supra note 1, at 3-4.

⁴² International Competition Policy Advisory Committee to the Attorney General and Assistant Attorney General for Antitrust (hereinafter "ICPAC"), Final Report 62-64 (2000).

作的主管機關在何種情形下得以交換機密資訊，以及與他國主管機關分享資訊時應儘可能告知當事人的義務。

當然資訊分享只是改善跨國結合審查的第一步而已，未來或許可以進一步發展工作上的分工，特別是當一國主管機關之執行努力已足以解決他國之反托拉斯關切時，他國似乎並無必要重複同樣的工作⁴³。

這方面的分工可先從救濟階段開始，因為目前已有成功的先例⁴⁴，譬如各國可先各自進行結合申請之審查，然後共同決定救濟的模式，最後或由各國共同與申請之事業就該救濟模式進行諮商，或由單一國家進行諮商，不過由單一國家進行諮商時，諮商之結果不只應處理本國的關切，亦需能滿足他國之利益⁴⁵。

更進一步的分工，則可擴張到調查程序，由單一國家負責協調一個結合申請案之所有調查程序。負責協調國於結合申請案向相關各國提出後，開始擔負資訊收集之集中功能，並評估申請案對所有國家及市場可能產生之所有反競爭效果，同時詢問各相關國對該申請案之關切重點，最後做成建議，該建議對其他相關國具有一定程度的拘束力⁴⁶。這樣高程度的合作勢必使得協調的主管機關需為其他國家競爭法的執行負責，所涉及的不僅是進行分工的諸國間信賴的程度，亦與各國結合審查制度在實體面與程序面的相仿程度有極大的關聯，乃是需要長時間努力才可能達成的願景。

二、違法的聯合行為

違法的聯合行為或卡特爾(cartel)，係指競爭者間限制彼此競爭的合意，且無任何可能有助競爭之理由。共同訂價，圍標，限制產出數量，分配客戶、供應商、交易區域或商業線以瓜分市場之反競爭協議，又稱為「核心卡特爾」(hard core cartel)⁴⁷。

⁴³ Id. at 75.

⁴⁴ 見美、歐的 Halliburton/Dresser 案，Federal Mogul/T&N 結合案。Id. at 76-77.

⁴⁵ Id. at 76.

⁴⁶ Id. at 79.

⁴⁷ OECD, Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartel, adopted by the Council at 921 Session on 25 March 1998 and by the Ministerial Meeting on 27-28 April 1998, Doc. C/M(98)35/Final.

全球化的發展以及因此所致之貿易與投資之增加，可能會從兩方面影響卡特爾之活動。當貿易障礙降低，外國業者較易進入過去屬各自分立之各國市場時，各國之國內廠商進行聯合行為以排除外國業者之誘因，如集體杯葛，可能會增加。同時，外國廠商與本國廠商為了保護彼此之獲利幅度，對於因貿易障礙降低所新增之競爭機會，協議不加以利用之誘因也可能增加。這樣看起來，廠商形成卡特爾之誘因似乎增加了。不過，更多的國際競爭亦使廠商遂行反競爭的困難度提高，因為愈來愈全球化的結果，需有更多廠商的加入才能發揮卡特爾預期的效果。

無論卡特爾活動是增是減，執行競爭法以打擊卡特爾的案件，在過去這十年倒是真地增加了⁴⁸，並在國際間引起關注。不少的國際卡特爾，係來自不同國家的廠商彼此約定不進入對方之國內市場。這樣的協議雖不見得造成市場進入之障礙，但其顯然限制競爭、扭曲貿易，而有害消費者利益⁴⁹。儘管此類行為有害經濟甚深，但由於卡特爾運作是祕密進行的，發現證據之困難，不言而喻，故不少國家設有恕宥(Leniency)制度，以便能從卡特爾內部突破⁵⁰。若是國際卡特爾案件，必需的證據甚至可能散佈在數個不同的國家，欲對之有效執行，不進行國際合作，實無以為功。

一九九八年經濟合作發展組織(OECD)有關核心卡特爾的建議⁵¹，即為此領域之重要發展。該建議鼓勵 OECD 會員國盡力確保其競爭法之有效執行以遏止核心卡特爾活動，並在其國內法令容許的範圍內儘量加強國際合作。該建議提到幾種可能的合作態樣，包括：積極禮讓原則以及資訊分享。

所謂「積極禮讓」(positive comity)依照 OECD 一九九五年有關國際合作的建議⁵²，係指一國對於他國要其展開或擴張執法行動的請求，應給予充分且體諒地考量，俾對他國因發生在其

48 A. Paul Victor, "The Growth of International Criminal Enforcement", 6 *George Mason Law Review* 493, 501. 惟增多的案件是否意謂著卡特爾有增多之趨勢，並沒有足夠的佐證。ICPA, *supra* note 27, at 164.

49 OECD, *Trade and Competition Policies - Exploring the Ways Forward* 9 (1999).

50 *Id.* at 40.

51 OECD, *supra* note 32.

52 OECD, *Recommendation of the Council concerning Cooperation between Member Countries on Anticompetitive Practices affecting International Trade*, adopted at Ministerial Meeting of 27-28 July 1995, C(95)130/Final (1995). 其實有關積極禮讓的部分，一九九五版的文字與一九八六年的建議並無不同。

(即前者)境內的反競爭行為所遭受之實質負面影響,得以獲得救濟,同時一國亦可在顧及自身合法利益的情形下,自發性地採取任何對他國係屬適當的救濟行動⁵³。此與常見的有關協助調查的請求,並不相同⁵⁴,雖然兩者均屬國際合作的範疇。

積極禮讓原則亦與傳統禮讓原則有間,後者是一種自願性限縮的法則,在積極禮讓原則出爐,或可稱為「消極禮讓」。積極禮讓是要展開程序以協助他國,消極禮讓卻是要在採取所有程序時均應避免有損他國。在消極禮讓的概念下,一國既要考慮防止本國的執法行動影響到他國的利益,故應通知因其執程序致重要利益受到衝擊之他國,同時應對能達到執行目的又不會損及他國利益之可能方式給予充分且優先的考量⁵⁵。

鑑於卡特爾的祕密特性,欲有效打擊之,資訊及證據的蒐集至為關鍵,故該建議所列的另一種關於卡特爾執法的合作方式,即為資訊分享。資訊分享於此所面臨的問題與前述跨國結合審查中所提及者相仿,亦即目前多數國家的競爭主管機關並不能與外國當局分享調查的資訊,儘管這種資訊的分享,已被有效地運用於執行其他法律的領域(如證券交易法)。是以 OECD 鼓勵各國競爭主管機關檢視可能有礙資訊交換的障礙,並以立法或其他途徑予以消弭,同時應確保機密資訊不致不當外洩,以便達到機密資訊亦能分享的境界。

三、貿易與競爭政策之關係

貿易政策與競爭政策本屬二互不隸屬的領域,但近年來兩者之互動頻繁,貿易與投資之自由化不但刺激了競爭,且由於貿易政策與競爭政策相同,均在尋求改善資源之有效分配,故彼此之間有一定的互補及互相增強之效果。欠缺有效的競爭政策,將會使自由貿易之好處盡為政

⁵³ "Positive comity may be described as the principle that a country should (1) give full and sympathetic consideration to another country's request that it open or expand a law enforcement proceeding in order to remedy conduct in its territory that is substantially and adversely affecting another country's interests, and (2) take whatever remedial action it deems appropriate on a voluntary basis and in considering its legitimate interests." OECD Committee on Competition Law and Policy (hereinafter "OECD CLP"), CLP Report on Positive Comity 17, Doc. DAFFE/CLP(99)19, 14 June 1999.

⁵⁴ Id. at 3, 18.

⁵⁵ "Negative comity may be described as the principle that a country should (i) notify other countries when its enforcement proceedings may have an effect on their important interests, and (ii) give full and sympathetic consideration to possible ways of fulfilling its enforcement needs without harming those interests." Id. at 18.

府或民間業者之限制競爭的行為所抵消。相反地，欠缺持續的自由化過程，促進市場有效競爭的競爭政策在效果上亦可能會受到限制，在某些情形，採取貿易保護措施的國內市場可能會使反競爭行為有更多滋長的空間。

OECD 貿易與競爭聯合小組在二千年的報告中指出貿易與競爭政策有三種關聯日益重要，且逐漸受到正視⁵⁶：

- (一) 當貿易及國際投資擴大，許多反托拉斯的案件開始具有重要的國際成份。
- (二) 當關稅逐漸降低後，境內扭曲貿易的政策及非政府所為之貿易障礙的影響力亦提高。
- (三) 當貿易與投資之正式障礙降低時，廠商會有較大的誘因從事反競爭行為以保護其市場，但較高的國際競爭也降低了彼等遂行此種行為之能力。

傳統上，上述三個面向的問題，向來被視為是競爭法主管機關的主要職責。譬如第一種關聯，需處理的就是如前所述之跨國結合審查、國際卡特案等問題，第三種關係則涉及到前述之國際卡特爾問題。至於第二種關聯，由於同時牽涉到政府的措施與事業的行為，貿易與競爭糾葛較深，原則上，關於政府的措施是屬於貿易法與政策所關切的範疇，私人的行為則是競爭法的領域。近年來，由於私人限制行為，對市場開放所造成的影響，並不遜於政府措施，故引起貿易主管機關的關切，也在 WTO 有相當的討論。

貿易法與競爭法所關切的重點，一為市場開放，一為阻礙市場進入之反競爭做法，本不衝突，且可相互支持。但是重疊的政策考量，無可避免地會導致某項特定限制的效果受到不同的判斷。如何調和兩者，一向是國際組織，如 OECD、WTO 之工作重點。OECD 並曾建議透過國際合作的方式以降低這種衝突可能導致的貿易糾紛⁵⁷。

肆、國際合作之方式

競爭主管機關之合作方式，除了傳統常見的雙邊方式外，無論是多邊、複邊及區域性的合作方式均曾在 OECD、WTO 以及 APEC 場合探討過。其實彼此之間，並不相互排斥，而是可

⁵⁶ OECD, Options for Trade and Competition Policy Coherence, 2000 Report of the Joint Group on Trade and Competition to the OECD Ministerial, reprinted in OECD, Trade and Competition Policies - Options for a Greater Coherence 9 (2001).

⁵⁷ Id, at 10-12.

以共存互補的選擇。

一、雙邊方式

OECD 最早呼籲各國合作執行反托拉斯法的建議是在一九六七年，最近之修正版本則在一九九五年採納，強調各國應協助彼此之執行情序（即調查之協助），同時在境內遏阻反競爭行為對他國所產生之負面影響（即所謂的「積極禮讓」）。這些有關國際合作的建議，促使不少國家締結有關執行合作的雙邊協議。於一九九八年所採納的關於核心卡特爾案件之有效合作的建議，則更進一步擴大了合作的範疇。

雙邊合作協議之經驗，一般而言，相當正面。可從其成長的趨勢及日愈加深的現象得證。成功的雙邊合作協議，大體上有下列類型⁵⁸：

- (一) 不具拘束力，自願性交換非機密資訊及技術專業。
- (二) 植基於傳統禮讓原則（即消極禮讓）之協議（藉自我調整以避免管轄衝突，譬如節制會影響他國之執法行動）。
- (三) 以積極禮讓為基礎者，如 OECD 之建議以及一九九八年歐、美間之協定。
- (四) 允許以個案方式交換機密資訊之雙邊協議，這通常需要特殊立法以免除祕密的義務。如美國與澳洲均有立法允許在民事案件上為此種協助⁵⁹，只要具有拘束力的協定中訂有必要的保密規定，故兩者間即訂有這樣的執行協議。
- (五) 允許在刑事案件上合作的相互法律協助條約(Mutual Legal Assistance Treaties, MLATs)。如美國與加拿大間之 MLAT，即是以條約方式來授權合作，該條約授權兩國採用強制程序為他國蒐集證據以遞送給該他國，並可交換機密資訊，這對涉及刑事的競爭案件自然相當有幫助，譬如在打擊卡特爾方面的合作行動。

由上述的類型可看出，雙邊合作的方式不外乎在資訊的交換以及實踐禮讓原則。唯其自願性的本質，亦使得其效果常被質疑。

⁵⁸ OECD, Trade and Competition Policies - Options for a Greater Coherence 41-42 (2001).

⁵⁹ 美國一九九四年的國際反托拉斯執行協助法 (International Antitrust Enforcement Assistance Act of 1994) 授權司法部與聯邦交易委員會可以與外國反托拉斯機關締結類似法律協助條約，但是專注在反托拉斯案件上。

二、區域或複邊方式

以區域協定的方式進行合作，通常與經濟整合協定的發展有關。如歐盟(EU)、澳紐緊密經濟關係貿易協定(ANZCERTA)皆為著例。

當區域協定將發展程度相仿，市場規模、文化及法律傳統相近的國家整合在一起時，以某些獨創的方式來促進貿易政策與競爭政策的調和，是有可能的。如歐盟的整合。

除了調和貿易與競爭政策外，區域協定也可加強競爭政策的整合，譬如某些歐盟的成員國先訂有競爭法，後來在經濟整合的過程中，為了符合在整個歐盟有效的競爭規則，必須對舊有的競爭法進行修正與調整，因此促進了歐盟各國的競爭政策統合。

複邊協定的方式，則是較上述區域協定為廣，但又較下述多邊協定為狹者。雖然複邊協定是另外一種合作的方式，但其與區域協定或多邊協定所涉及之要素在性質上並無太大不同。當其規模愈小時，其利弊就趨近區域協定的方式，當其規模愈大時，則愈趨近多邊之方式。目前倒沒有任何關於競爭之複邊協定。

三、多邊方式

多邊合作的方式，是在國際場合廣受爭議的一種，以 WTO 對此所生之論戰，可見一斑。不過由於 WTO 協定中本身就有些條文與競爭有關，如一九九四年關貿總協(GATT 1994)第二條第四項，第十七條；服務貿易總協定(GATS)第八條、第九條；以及與貿易有關之智慧財產權協定(TRIPs)的第四十條等，或可作為多邊競爭協定之代表。但是除了這些既有的條文外，是否應有更多新的多邊競爭規範，並無定論。

主張多邊合作可行者，認為多邊的架構較其他幾種選項，更能促進法律與執行之一致化，至於多邊架構之內容，或有以為可以訂定「核心原則」(core principle)的方式為之、也有主張訂定「共同處理方式」(common approach)、或「共同標準」者⁶⁰。三者之複雜程度與特定性遞增，彈性則是遞減，是以，目前在 WTO 的討論中，以第一種方式較受到支持。

此外，亦有主張仿效服務貿易總協定電信參考文件(Telecom. Reference Paper)，以部門別為基礎來發展多邊合作架構⁶¹。雖能針對特定部門的合作收到立竿見影之效，但可能造成競爭

⁶⁰ OECD, *supra* note 43, at 22-24.

⁶¹ *Id.* at 24-25.

政策割裂，甚至有礙長遠競爭法與政策之一致化的發展，卻是使其較難獲得支持。

伍、未來之發展與建議

甫結束不久的世界貿易組織(WTO)第四屆部長會議，對於「加強競爭政策對國際貿易與發展貢獻之多邊架構」，決議「於第五屆部長會議後，本於該屆部長會議對談判形式所達成之明確共識，進行談判」⁶²。儘管本決議並不能保證二年後確能展開競爭政策之多邊架構談判⁶³，但是回顧 WTO「貿易與競爭政策互動工作小組」(以下簡稱 WGTC)自一九九六年 WTO 第一屆(新加坡)部長會議後成立以來的工作進展，這已經算是相當巨大的一步。

相對於西雅圖部長會議(第三屆)的失敗，以及本屆部長會議前有關此議題宣言之兩個版本草案，其中一個所做的最壞打算：即繼續由 WGTC 進行分析工作，以便在下一次部長會議時提出報告(通常是 WTO 會議對無共識但又重要議題之標準處理模式)，這樣的發展，其實應該算是本議題對立陣營所能達到的最大妥協。若不是因為九一一事件後，全球反恐怖聯盟之確保為當務之急；同時，全球經濟亟需振興，WTO 部長會議圓滿達成，可彰顯全球對振興經濟之決心，否則，連這樣的妥協結果，可能都難以達成。

剛成為 WTO 正式會員的我國，對於這樣的發展，應該是樂見其成的。鑑於貿易對我國經濟之發展，向來不容小覷，而於貿易障礙因逐漸納入國際規範而漸被消弭之際，反競爭之企業手段，以及各國政府有礙競爭之非貿易措施，對貿易之衝擊，已普遍受到重視，能夠在多邊的架構下解決這樣的問題，對於依賴貿易甚深的我國，自有助益。公平交易委員會經過研議，也確立積極參與之原則，並已著手研議參與之立場⁶⁴。

⁶² "Regarding the case for a multilateral framework to enhance the contribution of competition policy to international trade and development ..., we agree that negotiations will take place after the Fifty Session of the Ministerial Conference on the basis of a decision to be taken, by explicit consensus, at that Session on modalities of negotiations." WTO 第四屆部長會議宣言第二十三段，可由 WTO 網站下載，<http://www.wto.org/>

⁶³ 參看羅昌發，楊光華，WTO 新回合談判我國關於競爭政策應有的立場研究，行政院公平交易委員會九十年年度合作研究報告，頁 19(2001)。

⁶⁴ 故於九十年年度合作研究案中，其中之一即為「WTO 新回合談判我國關於競爭政策應有的立場研究」。參看上註。

一、WTO 多邊架構發展之預期

儘管吾人樂見 WTO 發展競爭規範之多邊架構，但第四屆部長會議之成就，有其特殊之時事背景，在預測未來之發展時，不應忽略此因素。

鑑於第五屆部長會議之舉行，已是兩年之後的事，事過境遷之餘，若無其他新增之誘因與動力，相對陣營是否仍能繼續諒解、甚或支持對造對本議題之立場，不無疑問。現有之歧見，即⁶⁵：

- (一) 反對在 WTO 架構下談判此議題，可以美國為代表；
- (二) 支持在 WTO 下建立多邊之競爭規範架構，可以歐盟的「反托拉斯處理方式」(antitrust approach)為代表；以及
- (三) 主張優先以競爭為改革方向來強化 WTO 之原則與目標，即香港的「WTO 處理方式」(WTO approach)屆時恐又會充斥整個談判議程。

根據 WTO 過去之經驗，不少內建議題 (built-in agenda，即原來在協定中已訂有續行談判之議題)，光是討論如何進行之程序問題，即已曠日廢時，是以若欲於下屆部長會議時就競爭議題達成談判程序之協議，挑戰程度不可謂不高。主要對手國屆時縱因堅持其他更重要的議題，而願意在此議題妥協，也不意謂著如此妥協所展開的談判，能夠在可預期的未來獲致具體的內涵。以 WTO 有關服務貿易之內建議題為例⁶⁶，儘管當初訂有談判期限，但自 WTO 成立至今七年的時間，除了就該期限一再展延外，實質內容始終無法達成協議。

若是令人慶幸地，競爭架構之談判較上述預期順利，不但在第五屆部長會議即已對於談判之程序達成明確之協議，且因而展開之談判，最後亦獲致相當結論，則競爭法的跨國問題是否即可獲得全面之解決？答案恐怕是否定的。一來是因為許多競爭議題雖然相當國際化，但不見得是貿易問題，故 WTO 勢必不會處理；二來是因為在 WTO 這樣的多邊架構下，就算是屬於貿易的競爭問題，也不可能全盤納入，唯有屬於最大公因數的內容，才有辦法獲致共識決。本屆部長會議宣言草案中，關於競爭議題有兩個版本，以其中支持談判進行的版本來看，所臚列

⁶⁵ 羅昌發，楊光華，前揭註 48，頁 16，19。

⁶⁶ 如服務貿易總協定之「緊急防衛」談判。參看楊光華，WTO 新回合服務貿易談判對我國之影響與因應措施，行政院經濟建設委員會委託研究計畫，可自經建會網站下載，<http://www.cepd.gov.tw/service/plan/@index.htm> (2001.12)。

的實體內容僅有⁶⁷：一、核心原則，包括透明性、不歧視、程序公平性，以及核心卡特爾；二、自願性合作的形式；及三、透過能力建制支援開發中國家逐漸強化其競爭機構，顯然未涵蓋所有 WGTCP 過去曾探討應解決的課題。

如此務實的預期，並非希望我國在 WTO 此項議題之參與上消極，而是認為除了 WTO 合作機制外，其他國際合作的管道亦不應偏廢，特別是過去已行之有年的機制。

二、雙邊合作機制

雙邊合作的機制與多邊體制，與其說是相互取代，不如說是相輔相成。透過自願性的雙邊合作所增加之信賴，以及分析方式的趨於一致無疑地是有助於多邊協定之達成。因此，在我們支持 WTO 多邊方式的同時，亦不應揚棄傳統的雙邊合作模式。

儘管現存雙邊協議的柔性色彩（即不具強制性）使其執行效果大打折扣，蓋當事國若因自利心作祟而不願誠信履行時，雙邊協議形同虛設。但是衡諸前述數種合作方式，雙邊依然是最有彈性，可兼顧當事兩造利益，並有效執行的方式。克服雙邊合作方式現有的缺失，顯然要較展開多邊合作，須先在各國間就爭點獲取共識來得容易。

如前所述，雙邊合作的方式通常含有兩個部分，即個案上之合作以及資訊交換，此外能力建立上之支援，有時亦會成為雙邊合作的內容。

在個案的合作上，我應設法納入 OECD 所建議之積極禮讓原則，以便未來在個案上得以獲得他國之協助。不過由於雙邊協定的自願特質，是以在雙邊協定中若不加入某些足以產生拘束力的機制，則積極禮讓亦無功。換言之，積極禮讓欲有效，當事國需就競爭法與執行相互承諾，任何程序上之遲延與不透明，均會降低對積極禮讓之信心。

至於在資訊分享上，如前述，普遍面臨的問題是機密資訊分享之困難。由於此非單方得以解決，且有時涉及合作對象國內法令之限制，於未修法前亦無法與我國為資訊之分享，故我方能做的，僅是確保機密資訊不致被不當洩漏與使用；相對的，當我方提供資訊給合作對手國時，亦應確保獲得相同保障。

⁶⁷ 羅昌發，楊光華，前揭註 48，頁 17。此三點在最後通過的部長會議宣言中，置於第二十五段，成為 WGTCP 在第五屆部長會議前應集中澄清者。同前，頁 18-19 之註 34。

三、OECD 同儕檢視

各國自願性地將其競爭法或政策趨向一致(或向「最佳做法」, "best practice"看齊), 應該是解決跨國衝突最有效的方法。然而要往這方面發展, 首先必須要找出所謂的最佳做法為何, 即一致化的標竿。這也是 OECD 競爭委員會⁶⁸長久以來大部分的工作。一旦最佳做法確立, 第二階段則是在「同儕檢視」時, 建議各國儘可能將本國之法律與執行向這樣的最佳做法靠攏。

OECD 在過去所發展出來的一些建議, 如一九九八年關於有效制止核心卡特爾的建議, 以及同年所採納的關於跨國結合通知形式的架構等, 均是在找尋最佳做法的要素, 以便可以讓會員自願性地向之看齊。

至於所謂的「同儕檢視」, 即「管制革新國家檢討計畫」(OECD Regulatory Reform Country Review Programme), 係 OECD 大規模的管制革新案的一部分。根據該計畫, 競爭委員會, 自一九九八年起, 每年對四個國家的競爭政策體制, 進行審查。目前已完成捷克、丹麥、希臘、匈牙利、愛爾蘭、義大利、日本、韓國、墨西哥、荷蘭、西班牙, 以及美國; 加拿大、波蘭、土耳其及英國的審查報告也即將出爐⁶⁹。

檢討的內容涵蓋所有的競爭及管制的議題, 舉凡競爭法之健全, 執行的效力, 機構體制之架構及有效性, 甚至對競爭之倡導等, 皆包含在內⁷⁰。在檢討的過程中, 三十個會員國及歐盟, 還有企業及勞工界均可對受檢討之會員體提出問題及看法⁷¹。其他國際組織其實亦有類似的機制, 如 WTO 的貿易政策檢討機制(TPRM), APEC 的同儕檢視(Peer Review)程序等。在其他的檢討機制下, 反托拉斯政策及其對貿易的影響, 多少亦會討論到, 不過, 不像 OECD 競爭委員會的檢討機制是完全以競爭政策為中心。

同儕檢視機制的好處, 受到不少國家的肯定⁷²。該制度被認為不但對共識的凝聚甚有幫助,

⁶⁸ 即原來的競爭法暨政策委員會, 於二〇〇一年十月改為競爭委員會。

⁶⁹ OECD, "About Country Review", available at <http://www.oecd.org/oecd/pages/home/displaygeneral/0,3880,EN-about-111-3-4-no-no-0,FF.htm>

⁷⁰ Id.

⁷¹ OECD, "OECD Meets with Russian Officials to Launch Regulatory Reform Review, 19-20 November 2001, Moscow, Russian federation", OECD News, available at <http://www.oecd.org/oecd/pages>.

⁷² 包括美國、歐盟與加拿大。OECD, supra note 34, at 44.

亦可增進對不同國家競爭制度的了解，進而促使競爭法趨於一致⁷³。國際合作無論如何密切，若各國之制度仍存有相當之差異，則前述跨國執行的問題並不會獲得澈底的解決，是以促使競爭法趨於一致的整合運動並不會因國際合作之加強而失其意義。

我國已於去年十二月二十日成為 OECD 競爭委員會之觀察員⁷⁴。自然應該積極參與並充分利用 OECD 的這項機制，一方面使我國的制度與國際標準更加契合，另一方面亦可加強與他國合作的機會。尤其這項體檢包括所謂的管制革新，更有助於我國現正推動的解除管制及政府再造的運動。根據 OECD 過去的經驗，出爐的國家報告無論是該國政府、媒體或其他有影響力的評論者均會仔細分析，故往往很快就會在該會員國內引起公眾的討論，發揮一定的影響力。

去年十一月，OECD 宣佈將對俄羅斯展開為期兩年的管制革新檢討計畫，並以其政府程序、市場開放、競爭政策及總體經濟之改革為檢討重點⁷⁵。俄羅斯係第一個非 OECD 國家參與此檢討計畫者，但其與我國相同，均為競爭委員會的觀察員，故意謂著我國亦有資格接受此種檢視。

接受這樣的檢視，可預見的是當事國勢必得很辛苦地準備回答各種的指責與詢問，以我國過去所參加過的 APEC 同儕檢視為例，雖然規模較小，運作較鬆散，但也著實花了一番功夫，而以 OECD 出爐的國家報告來看，這項工程較為巨大。但衡諸其所能帶來之實質好處，我國絕無理由因此缺席。相反地，應更努力爭取。

透過同儕檢視，促使各國競爭政策與法律，以及相關之執行，漸趨一致，則可更進一步建立所謂的競爭文化，而有利競爭政策目的之達成。

四、國際競爭網

國際競爭網(ICN)其實是源自美國司法部於一九九七年所成立之「國際競爭政策諮詢委員會」成果報告中所提出的「全球競爭倡議」(Global Competition Initiative)概念⁷⁶。該份報告經採納後，美國司法部與聯邦交易委員會於去年(二〇〇一年)十月二十五日共同宣佈展開所謂

⁷³ OECD, supra note 43, at 17.

⁷⁴ 公平會，「我國加入經濟合作發展組織(OECD)競爭委員會觀察員案」，民國九十年十二月二十日新聞稿 <http://www.ftc.gov.tw/showframeweb.asp?menu=CONTENTTB&DisplayKey=會本部>

⁷⁵ OECD, supra note 56.

⁷⁶ ICPA, supra note 27, at 282

的「國際競爭網」⁷⁷。該網提供一個場合，讓已開發與開發中國家的競爭主管機關得以共同討論關於促進反托拉斯執行情序或實體趨向一致的提案，並藉討論形成共識。

今日的全球經濟需要全球競爭主管機關間之密切合作，以便解決多國管轄的問題，而上述之競爭網正提供一個這樣的平台。是以 ICN 概念的雛型雖是美國所提出，但同時得到歐盟、加拿大及墨西哥等國競爭主管機關之大力支持⁷⁸。

第一屆的正式會議將於今春（二〇〇二年）由義大利舉辦，在此之前，則由加拿大競爭局局長暫時擔任「指導小組」（Steering Group）的主席，指導小組的成員則暫為澳洲、加拿大、歐盟、法國、德國、以色列、義大利、日本、韓國、墨西哥、南非、英國、美國、尚比亞等，正式組成成員則待第一次正式會議後確定⁷⁹。指導小組的功能是每年集會，以討論進行之計畫案的情形，確保各工作小組的進展；第一屆年會在義大利舉行後，以後則按下列順序在下列國家舉辦：墨西哥、韓國、德國及南非⁸⁰。

ICN 所討論的是純反托拉斯法的議題，但不會處理貿易或其他非反托拉斯課題。初期的工作將專注在跨國結合之審查以及競爭主管機關（特別是新興國家之主管機關）鼓吹競爭的角色兩方面。雖然 ICN 主要是由各國的決策者組成，但亦會尋求其他國際組織及民間的聲音（包括法律與經濟之反托拉斯執業者、企業人士及學者）。未來將藉由會員共識形成建議案，以供各國自願性執行⁸¹。

ICN 顯然是繼 OECD、WTO 及 APEC 後，另外一個有關競爭議題多邊國際合作的場合，刻意地規避與貿易有關的問題，顯然是為了與上述組織相區隔，因此意謂著其將完全以競爭主管機關為中心。雖然未來如何與糾葛難分的貿易政策分離，仍有待觀察，不過倒是彌補了長期以來與市場開放無涉的某些競爭議題在國際合作上之空白。在我國積極尋求競爭法執行之國際

⁷⁷ U.S. Federal Trade Commission, "U.S. and Foreign Antitrust Officials Launch International Competition Network -- New International Venue Will Assist in Global Convergence on Important Antitrust Enforcement Issues", U.S. FTC News Release of Oct. 25, 2001, available at URL: <http://www.ftc.gov/opa/2001/10/icn.htm>

⁷⁸ Id.

⁷⁹ Id.

⁸⁰ Id.

⁸¹ Id.

合作時，自然應該密切觀察此論壇的發展，並把握參與的機會，以擴展國際合作的空間。

參考文獻

1. 行政院公平交易委員會(1998), 行政院公平交易委員會處理涉外案件原則, 民國 85.2.21.第二二七次委員會議通過, 87.10.28.第三六四次委員會議修正, 87.11.7.公(法)字第○四一○二號函分行。
2. _____ (2000), 行政院公平交易委員會域外結合案件處理原則, 民國 89.8.3.第 457 次委員會議通過, 89.8.18.(89)公法字第 02838 號函分行, 自 89 年 9 月 15 日生效。
3. 何朝棟(1997), 競爭法域外適用之相關法律問題研究, 國立政治大學法律學系碩士班論文。
4. 陳坤銘, 吳秀明(2000), 跨國事業結合競爭相關問題及其經濟影響之分析, 行政院公平交易委員會八十九年度合作研究報告。
5. 廖柏基(1994), 「反托拉斯法域外效力之研究」, 司法研究年報, 第十四輯。
6. 廖義男(1996), 「專利權人發函警告其競爭對手及競爭者之交易相對人應注意及尊重其專利權—兼評行政院公平交易委員會(85)公處第○四七號處分」, 月旦法學雜誌, 第十四期。
7. 黃立, 楊光華(1999), OECD 對競爭政策的處理及其對多邊體制之影響, 行政院公平交易委員會八十八年度合作研究報告。
9. 黃銘傑(1996), 「再評公平交易委員會(85)公處○四七號處分(上)—外國專利權人向國內事業及其交易相對人寄發敬告信函違反公平交易法第二十四條之禁制規定」, 月旦法學雜誌, 第二十期。
10. 羅昌發(1994), 貿易與競爭之法律互動: 國際經貿法研究(三), 月旦出版社股份有限公司。
11. 羅昌發, 楊光華(2001), WTO 新回合談判我國關於競爭政策應有的立場研究, 行政院公平交易委員會九十年度合作研究報告。
12. The Brooking Institution (2000), Antitrust Goes Global - What Future for Transatlantic Cooperation? Simon J. Evenett, Alexander Lehmann, & Benn Steil, ed.
13. Kerrin M. Vautier & Peter J. Lloyd (1997), International Trade and Competition Policy: CER, APEC and the WTO, Wellington, New Zealand: Institute of Policy Studies.
14. Organization for Economic Cooperation and Development (1995), Recommendation of the Council concerning Cooperation between Member Countries on Anticompetitive Practices

affecting International Trade, adopted at Ministerial Meeting of 27-28 July 1995, C(95)130/Final.

15. _____ (1998), Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartel, adopted the Ministerial Meeting on 27-28 April 1998, Doc. C/M(98)35/Final.
16. _____ (1999), Trade and Competition Policies - Exploring the Ways Forward, OECD Proceedings of 29-30 June 1999.
16. _____ (2001), Trade and Competition Policies - Options for a Greater Coherence.
17. OECD Committee on Competition Law and Policy, CLR Report on Positive Comity (1999).
18. U.S. Department of Justice & The Federal Trade Commission (April 1995), Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations, available at <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>.
19. International Competition Policy Advisory Committee to the Attorney General and Assistant Attorney General for Antitrust (2000), Final Report.
20. Waller, Spencer Weber, International Trade and U.S. Antitrust Law (2001), New York: Clark Boardman Callaghan, Ring-bound ed. 1992 & Suppl. 2001.

評論

蔡主任委員英文（行政院大陸委員會）

主席、各位貴賓：

今天到這裡，見到有我的老師、同學、同事，也有我的學生現在是老師了，感覺很溫暖。在過去的一年半，所想的問題主要是「一個中國」。今天在這裏，讓我在現在的生活和工作中，有一個純化的思考空間，暫時不去想政治問題。

我在陸委會所處理的事務，跟公平會的關係，大概是最小的。事實上，我們還是樓上樓下的鄰居，常常見到公平會的同事，所以也不至於那麼生疏，不過對公平交易法相關的討論與發展，是有一些生疏。在我家裡的書架上，大概還保留有半個書架關於公平法的書，一年半以來，因專心於陸委會的工作，我沒有去翻過它們。但在看過兩位教授的論文後，這一年半以來很少想的東西，突然一下子又回來了。

我想，主辦單位安排兩位教授的論文請我評論有其深意，其實是個蠻溫暖的安排。在過去有一段時間，兩位教授跟我是長期合作的關係，所以我知道主辦單位對我的期待是不能講太難聽的話。

兩位教授的論文，我有很深很深的感覺，非常體現美國專業法學的寫法，從論文的體例與註釋可以看得出來，美國的法學專業的期待都在裏面。不過，我想我大概是年紀越來越大、越來越像資深教授，評論時都從附註開始評論起，雖然比較資深的教授，寫文章都是不加附註的。

在兩篇論文的實質內容上，我實在找不出不同意的地方，因為過去一段時間我們養成的默契，在對國際事務、對競爭法的看法以及切入的角度，在程度與很多面向上是相同的。不過，在兩篇論文的基本架構與思維，以及論文的呈現以外，我提供一些個人的看法，或許在處理類似議題的時候，可以參考。

影響國家競爭法制與政策的因素

過去，我曾經參與處理競爭法在國際面向的事務，所以在相關問題的思考上，有一定的感受。基本上，我們在看各國的公平交易法時，或從實體法規、或從程序法規、或從後面顯現的

政策層面來看，都可發現有一定程度的落差，這個落差不是來自於各國政策制定者主觀的選擇，事實上是來自這個國家法規結構的影響、市場結構的影響、對於競爭問題的基本思考的影響，甚至於經濟發展程度，都會導致整體的競爭政策與競爭法律，有不同的考量層次與面向。

以下我試圖做一個小小的分類。第一，在很多國家中，所謂競爭，是一個政策形成的原則，在很多國家，所謂競爭的思考，它是法律，所以我們可以看到一個光譜，從一個政策考量原則一直到非常制式化的、或強力的法律的思維，它是有一連串比較廣幅的、不同程度的思考。

第二，有些國家比較重視結構面的調整，有些國家比較重視行為面的規範，這可能與其本身的市場結構有關係。換句話說，市場的大小也是影響因素，因為國家的市場不一定跟自然因素所產生的市場是相重疊的，我們常看到，一個市場跨越幾個國家，或一個國家有好幾個市場。所以，市場跟國家的觀念之間的相重疊或是被切割，會影響到競爭政策或競爭法律的思考。舉個明顯的例子，比如說，在一個大市場裏，注重平行的競爭，也對於垂直的制約行為，有一比較嚴格的規範；但是在一個比較小的市場，對於垂直的制約，反而會比較寬容。那麼，市場開放的程度，以及鄰近競爭者參與市場的可行性，也會影響其對競爭政策思考，與相關法律的形成。

另一個非常重要的，就是經濟發展的層次也不無關係。很多時候，在經濟發展的最早期，為了要凝結市場足夠的力量，或者要使經濟發展往前推動，但市場所凝聚的動力不足時，就必須鼓勵一定的壟斷或寡占。市場如果已經集結了一定的動力，其動力是來自於競爭，而不是來自於壟斷或寡占因素的時候，那思考方式又不同了。所以每一個國家所處的環境與所處經濟發展的階段的不同，都會影響其對競爭政策的思考跟作為。

競爭政策與法律的跨國合作

在這種情況下，很多國家雖然有競爭法，也有競爭政策，可是當面對其他國家，也就是當競爭法發生跨國界的意涵，各國競爭主管機關要相對或相互處理一個共同問題的時候，就有很多不同型態的合作方式產生。在過去的例子，有雙邊的合作、有複邊的合作、有多邊的合作等，兩位教授在論文中都有提到。但是在這種表象的雙邊、複邊或多邊的架構下，代表的是什麼意義？所做的事情是什麼？如果我們再仔細檢視，這些雙邊、複邊或者多邊的體系裡面，所處理的，也是一個廣大領域的事務，而從最核心，也就是司法性最強的部分，比如說，執法間的相

互合作、司法性問題的解決；到另一端很可能是立法的協助，或者是一個政策思考的相互協調。所以，我把它列出來，比如說，從司法性質最高的司法上的合作，到法律的實體規範的整合。而法律實體的規範整合，有最低標準的設定，換句話說，在各國的競爭法裡面，那些基本行為是一定要罰？處罰的方式為何？對個別行為評斷或判斷的標準為何？規範的方式為何？採刑事罰、民事罰或行政罰？採用報備制還是核可制等。換句話說，在實體法律的規範上，又出現不同的面向。事實上，在兩個不同的體制裡面，在短期內，無法發展出一種可以作為開始發展的共同基礎時，就必須考慮相容性的問題，也就是在兩個不同的法規制度下，一定要相互往來，就發生在雙邊、多邊、或複邊的基礎上，制度的相容的性質要能發揮一定的相容性。

再往這個方向走，把「競爭」從法律的思考再拿出來變成政策的層次時，可以發現有一種政策協調或政策討論的情況，這包括從法律政策到一般廣義的競爭政策的考慮。

總而言之，競爭政策，越來越像是一個經濟體裡面的一個總體因素，傳統上的總體因素，不外乎勞工的工資、利率、或匯價，事實上，在一個越趨於成熟的經濟體裡面，競爭的因素、競爭的政策、或者是競爭的法律，越來越像是一個國家經濟的總體因素，競爭政策滲透在每一個層次裡面。從競爭性的法律，到規範性的，比如說監理的法規，再到整體政策的走向等等，我們可以看到，在一個趨於成熟的經濟體裡面，競爭政策漸漸擴散到變成一個總體因素，當成為一個總體的因素，到了國際的面向的時候，整合有其困難，但是也有必須整合的必要性存在。

到目前，我們看到很多不同層次、不同範圍、不同架構處理公平法事務的國際面向，公平交易委員會或公平法在我們整個體系裡，將來扮演的將是一個重要的角色。至於公平會人員會不會增加這件事情，我倒是暫時持保留的意見，因為我們陸委會也需要增加人，謝謝。

公平交易法爭議與行政爭訟程序

蕭文生*

摘要

公平交易法之行政爭訟問題與公平交易法所保護的法益、公平交易委員會之組織設計、職權行使方式以及行政爭訟應有之功能與運作能力息息相關。本文之目的即在釐清公平交易法保護法益之範圍與公平交易委員會依法獨立行使職權之意義，並以此結果，討論公平交易法爭議於行政爭訟制度，亦即訴願程序與行政訴訟程序中之問題。

壹、前言

公平交易法自民國八十年二月一日公布，公布後一年施行，至今將屆滿十周年。經過十年來的努力，公平交易法已為建立自由公平合理之競爭秩序，維護市場正常運作打下良好之基礎。此項成果有許多原因，但公平交易委員會特殊之組織設計與專業化之要求以及職權行使獨立性之保障，提升了公平交易委員會決定之權威性，則屬重要之因素。但隨著我國行政爭訟制度之改革，尤其是訴願法與行政訴訟法之修正與施行，公平交易委員會之決定受到挑戰的情形逐漸增加，例如民國九十年一月至七月共有 7 件公平交易委員會的處分經過訴願程序遭行政院撤銷；民國八十五年以前，公平交易委員會處分遭行政院撤銷者更是寥寥可數，但新制行政訴訟法施行後，高等行政法院與最高行政法院撤銷公平交易委員會處分之判決明顯增加，甚至課予義務之訴以及一般給付之訴的判決亦出現在公平交易爭議中，尤其是爭論一時的檢舉函覆之救濟問題，又重新成為討論之課題。

本文之目的在處理公平交易爭議於行政爭訟上的問題，首先討論公平交易法保護法益之範圍，作為判斷何者能夠提出行政爭訟之依據。公平交易委員會特殊之組織設計與專業化之要求以及職權行使獨立性之保障，使其於行政體系內享有特殊之地位，此項特殊地位之意含究竟為何，公平交易委員會與行政院之關係為何，將是接下來必須加以釐清之點。雖然公平交易委員

* 德國慕尼黑大學法學博士，中正大學法律學系暨研究所教授。

會依法獨立行使職權，但其仍屬行政機關，因此其行政處分，除法律另有規定外，仍適用訴願法。惟公平交易委員會處分之高度專業性，在訴願程序中是否將影響受理訴願機關審查權之範圍與強度，一向有爭議，如何兼顧公平交易委員會依法獨立行使職權之保障以及訴願程序功能之發揮，將是第三個討論之問題。行政訴訟法之修正施行，究竟帶給公平交易爭議之處理何種衝擊，行政法學上所發展出來的判斷餘地理論，在公平交易爭議事件是否有其適用，則是最後必須加以關心的問題。為能確實反映訴願法與行政訴訟法修正施行後之實務見解，本文於將於適當地點介紹此類案例並作簡短必要之評論，至於詳細之實務見解評析，則非本文所能提供。

貳、公平交易法與法益保護

一、公平交易法立法目的與保護之法益

雖然依公平交易法第一條規定，其立法目的在於維護交易程序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮。但就公平交易法整體規範而言，制止不公平競爭行為與保障維護自由競爭乃是自由市場經濟體制下，賦予公平交易法的兩項重大任務¹。為保障所有參與競爭者皆能享有經濟行為自由，在競爭活動中必須共同遵守一定最低要求的準則。基於競爭目的並無法合法化任何競爭手段的使用。除維護競爭行為的公平正當外，仍必須保障競爭自由，蓋市場內所有供給與需求必須藉由自由競爭來調節，公平交易法之目的在於保障競爭功能的發揮，尤其是阻止透過人為方式排除競爭自由的行為，防止透過個別或集體式獨占破壞市場機能以及防止不公平競爭行為的出現。

公平交易法欲保護之法益為何，一向有所爭論，尤其在不公平競爭領域內更是複雜。首先在限制競爭方面，尤其在聯合行為，其任務在防止藉由私法自治原則來限制競爭自由，因此其所欲保護者乃是參與市場競爭者之經濟行為自由，具體而言乃是競爭行為（自由），聯合行為之禁止及聯合行為無效的法律效果並不在保護聯合行為契約的當事人，契約當事人利益之保障可透過民法上的一般條款，例如民法第一百十一條有關無效行為之效力以及民法第一百四十八條第二項之誠實信用原則，由當事人以私法自治原則加以解決²。聯合行為之禁止真正涉及乃

¹ 競爭依公平交易法第四條規定，係指二以上事業在市場上以較有利之價格、數量、品質、服務或其他條件，爭取交易機會之行為。有關競爭之功能，請見廖義男，公平交易法之釋論與實務，第3-4頁，民國八十三年。

² W.Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S.74, 1983.

是該項合意所產生對於第三人不利之影響，亦即聯合行為當事人是否對於第三人之經濟行為自由產生人為限制的結果。同理，杯葛行為之禁止亦是在保障第三人進入市場從事競爭之自由。

不公平競爭在本質上原屬於民法上侵權行為之一環，因此有學說主張，不公平競爭之規定係在保護競爭者之人格權³，亦即在保護競爭者免受不公平競爭行為之侵害。惟從不公平競爭之規定，可以發現有些條文在本質上並非主要在保護競爭者之權利，例如禁止事業對於交易相對人所為之虛偽不實或引人錯誤之廣告，主要是避免交易相對人誤信與之交易而遭受損害。惟基本上不公平競爭規定之主要目的乃在禁止不公平的競爭行為，競爭者之權利是否受到侵害並非絕對必要⁴，更何況部分不公平競爭行為通常不只針對個別特定或可得確定的競爭者，而係針對所有的競爭者與其他交易相對人。因此，不公平競爭之規定與限制競爭之規定相同，其所欲保護者為競爭行為，而且是自由公平競爭的行為。

二、公平交易法保護之主體

在確定公平交易法保護之法益後，另一項重要的課題在於，公平交易法所欲保護的主體為何？此乃公平法保護對象之範圍，抽象之法益，競爭自由與公平競爭必須附著於一定的主體上才能具體地呈現出來，雖然“競爭”原則上僅存在於相互競爭者之間，但競爭所造成的影響卻超出了相互競爭者間的利益領域，而影響到市場的交易相對人，甚而一般大眾之利益，因此公平交易法所欲保護之主體並非單一，而有下列幾種：

(一) 競爭者

競爭者係公平交易法所欲保護主體中最沒有爭議的。限制競爭之規定在政策上希望創造與維護一項自由市場之經濟制度，而自由競爭乃係國家所欲保護的一種制度與狀態，透過自由競爭可以使市場上的經濟主體得依據各種變化與訊息調整自己的行為。自由競爭功能的發揮必須有相互競爭存在，因此競爭者便不可或缺，例如聯合行為中有關交易地區限制之規定，則將使得該交易地區內喪失自由競爭的可能性。就不公平競爭而言，任一事業皆可自由選擇其競爭行為之方式，但此項自由之行使則不得侵害到他人之自由，任何人不得以不公平競爭之方式直接或間接阻礙或破壞其競爭者以公平競爭之方式爭取交易相對人，例如公平交易法第二十二條禁

³ 此處之人格權必須作廣義之解釋，係指經濟行為之自由，徐火明，公平交易法論—不正競爭防止法，第8頁，民國八十六年。

⁴ Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 19. Aufl., 1996, Allg Rdnr. 88.

止事業陳述或散布足以損害他人營業信譽之情事，即在保護競爭者之權益。

(二) 其他參與市場之交易相對人，尤其是消費者

公平交易法之目的在為所有參與自由市場運作之人創造及維護自由公平之競爭秩序，競爭提供了所有參與市場運作之人在許多可能性中選擇最適合自己需求的結果。透過聯合行為，將使得從事聯合行為事業之交易相對人喪失選擇以最適合之方式來滿足自己需要的自由，例如在限制交易地區的聯合行為，消費者僅能向單一或特定事業購買自己所需之商品而沒有其他選擇或必需支付顯不相當的費用才能滿足自己的真正選擇。此外，事業之交易相對人應於交易時，享有充分自由決定之權，以便能夠真正發揮競爭裁判者的角色，該自由決定權不得以欺罔或其他顯失公平之行為，例如以精神或物理上的強制力，加以侵害。事業不得以虛偽不實或引人錯誤之廣告誘導交易相對人，使其產生不自由的決定而使交易相對人因該交易而受到不利。綜上所述，公平交易法不僅在保護競爭者享有競爭自由及免受不公平競爭之侵害，並且在制裁限制競爭及不公平競爭行為同時兼具保護交易相對人之利益。公平交易法對於交易相對人所提供之保護並非保障競爭者所產生的反射利益⁵。

雖然消費者利益並非公平交易法主要直接保護的對象，但消費者除間接因為公平交易法之施行獲得利益外，亦即市場競爭機能在公平交易法施行下正常運作而使得市場內商品或服務之價格、品質或服務等因競爭而更趨於合理，消費者得以合理價格享有更好的商品或服務，在不公平競爭中亦有以保護交易相對人為出發點者，例如公平交易法第二十一條有關虛偽不實或引人錯誤的廣告，因此將消費者完全排除於公平交易法所保護的主體範圍並不恰當；當然亦非謂所有的公平交易法條文皆直接保護消費者利益，主要的問題點在於，消費者的保護如何實現，即在何種情形下受保護之主體得享有公平交易法上之請求權⁶。

(三) 一般大眾

公平交易法所保護之主體除競爭者、交易相對人外，另有一般大眾；一般大眾成為公平交易法保護之原因在於，公平交易法將“競爭”視為一項法制度來加以保護，此項制度使自由市場之機能得以充分發揮，一般大眾因而享有競爭所帶來的利益。因此公平交易法不僅在保護競爭

⁵ 張澤平，仿冒與公平交易法，第 26 頁，民國八十一年；Baumbach/Hefermehl，同註 4，Einl UWG Rdnr.43。

⁶ 此時必須針對個別規定之保護目的加以討論與判斷。

者及交易相對人，亦基於公益保護一般大眾免受不法競爭行為所帶來的弊害，例如結合管制之規定，其目的並不在直接保護競爭者及交易相對人，而是在防止因事業結合而減少競爭或甚而妨害市場機能，換句話說，事業結合之結果易致壟斷市場，足以影響交易秩序而有限制之必要；又如低價傾銷破壞市場機能的行為，不但損害競爭者的利益，一般大眾亦因為市場機制的失靈，自長期觀點而言，將受到不利益。

三、公平交易法上的主張權利之主體

雖然公平交易法所保護之主體不限於競爭者，亦包括消費者與一般大眾，但此並非謂消費者得主張所有公平交易法所規定之請求權。是否及何種請求權得由公平交易法保護之主體加以主張，則必須依相關受違反條文的保護目的而定⁷，例如公平交易法第十九條第一項規定之杯葛行為，消費者顯然並非該條保護之對象，因此並無法主張第十九條第一項之規定。其真正的權利人為“特定事業”，其得主張公平交易法第三十條之除去侵害及防止侵害請求權，在一定條件下，並得再主張損害賠償請求權。或如公平交易法第十條第一項禁止獨占事業以不公平方法直接或間接阻礙他事業參與競爭，得主張權利者則以他事業為限。因此是否能夠成為得主張權利之主體，必須在個案時，依具體條文內容之解釋而定，無法一概而論。

上述結果亦可適用於檢舉人是否得對於公平交易委員函覆提出救濟之爭議，蓋法律所提供之保障並不限於民事責任，行政責任亦是公平交易法維護自由公平競爭的一種手段，因此權利人當然可以主張其權利可經由公平交易委員對於違法事業所科處的行政責任而獲得確保。問題在於此項檢舉之性質為何、檢舉人是否因該函覆而受損害及應提出何種救濟程序。

參、公平交易委員會

一、組織法源與法律性質

為有效執行公平交易法以確保事業競爭行為之自由與公平，依公平交易法第二十五條規定，設置公平交易委員會，隸屬於行政院，處理公平交易有關事項。隸屬於行政院的機關主要係以行政院組織法作為組織法源，例如行政院組織法第三條規定的八部二會，第五條規定之主計處與新聞局，依第十四條為處理事務所設立之法規會與研考會以及第六條規定成立的退輔會、國科會、經建會及環保署等。行政院及其隸屬機關間之關係是否依組織法源之不同而有所

⁷ Baumbach/Hefermehl, 同註 4, Allg Rdnr.88。

差異乃是一項值得研究之問題，不過彼此間所存在的組織上下隸屬關係，倒無爭議。

公平交易委員會既然隸屬於行政院，本可依上述途徑成立並制訂組織法，惟公平交易法第二十九條卻特別規定，公平交易委員會之組織，另以法律定之，換句話說公平交易委員會組織法之法源並非來自行政院組織法，而係直接來自公平交易法，此項情形是否會使行政院和公平交易委員會間之關係與行政院和其他所隸屬機關間之關係有所差異？基本上公平交易委員會既然隸屬於行政院，其與行政院間存在者組織上下隸屬關係，應無疑義。惟以特別組織法源方式來成立公平交易委員會，亦應有其特別的意含而不容忽視⁸。

公平交易法第二十五條立法理由指出，按美國、德國、日本均設有公平交易委員會，賦予相當之權限，具有行政權、準司法權、及訂定行政命令之權，為有效執行本法，以確保事業競爭行為之自由與公平，爰參酌各該國家之立法例及我國實務狀況，明定應設置公平交易委員會，隸屬行政院，處理本法有關公平交易事項。公平交易委員會為一典型的行政機關，作為競爭秩序之守護者，行使公權力，執行法律所賦予之權限。

唯公平交易委員會究竟應設計成何種型態的行政機關，公平交易法並無明確規定。基於競爭政策的重要性及複雜性、競爭政策與其他經濟政策協調的重要性以及經濟事務專業性及中立性的要求下，公平交易法的執行有賴於各種相關專業人員的討論及評估後再做出決定，因此委員制與專業知識的考量成為設計公平交易委員會組織的基本原則，換句話說並非由獨任制下的機關首長而係由合議制下，職權平等的委員以合意多數決方式來行使公平交易委員會的職權⁹。

此外，公平交易委員會雖然隸屬於行政院，但其成員之變動與行政院副院長、各部會首長及不管部會之政務委員並不相同，依大法官釋字第三百八十七號解釋，上述首長應隨同行政院長一併向總統提出辭職以彰顯責任政治。不具政務委員身份的其他機關首長，則應依一般行政程序辦理辭職，但任期有法律明文規定者，不在此限。換句話說，在行政院所屬各機關中，除首長任期有法律明文規定外，皆應與行政院長同進退，所不同者是辭職之方式及程序而已。公

⁸ 例如中央銀行係依中央銀行法成立，中央銀行之獨立性於行政體系內占有相當特殊之地位，而被視為中央銀行履行其任務必要不可或缺之保障，有關此問題，蕭文生，中央銀行與金融監理——自法律觀點論起，第 42-63 頁，民國八十九年

⁹ 有關合議制與首長制之問題，喬育彬，行政組織法，第 53、70、71 頁，民國八十三年；張家洋等四人合著，行政組織與救濟法，第 52-54 頁，民國八十四年。

公平交易委員會委員三年任期均為法律所保障，此項任期保障係在確保公平交易委員會行使職權時的獨立性與中立性，避免外力不當干預，並凸顯了公平交易委員會在行政體系內的特別地位。

二、職權與組織

公平交易委員會之職權主要規定在公平交易法第二十五條，共有五項，1.關於公平交易政策及法規之擬定事項，例如公平交易法施行細則、多層次傳銷管理辦法之訂定等；2.關於審議本法有關公平交易事項，例如事業結合、聯合許可之審議等；3.關於事業活動及經濟情況的調查事項，例如中華民國、台灣地區新小客車車險市場交易狀況調查；4.關於違反本法案件之調查、處分事項，例如違反聯合行為禁止規定之處分、無正當理由拒絕接受調查之處分等；5.公平交易之其他事項。

此外由於公平交易法第二十五條立法理由中指出，我國公平交易委員會係參酌各國有關公平交易委員會之立法例及我國實務狀況所設置，惟美國、德國、日本皆賦予公平交易委員會行政權、準司法權、訂定行政命令之權，因此公平交易委員會之職權亦可依此觀點來分類。就訂定行政命令之權而言，不論是法規命令，例如公平交易法第二十三條之四就有關多層次傳銷事業之報備、業務檢查，及對參加人之告知、參加契約內容及與參加人權保障等相關事項，授權公平交易委員會訂定辦法管理之或行政規則，例如公平交易法第二十四條適用原則，公平交易委員會就此職權而言與其他行政機關並無不同。就行政權而言，可分為法律行為、調查行為與事實行為。法律行為中以行政處分及行政契約為主，行政處分可再分為授益處分及侵害（負擔）處分，前者，例如對事業聯合行為之申請給予許可；後者可分為對於申請許可之核駁、罰鍰處分及其他行為或不行為義務之賦予，例如命令解散、停止營業或命刊登更正廣告等。行政契約則依行政程序法第一百三十六條及公平交易委員會所發布之「行政院公平交易委員會締結行政和解契約的處理原則」作為適用之依據。調查行為為公平交易法第二十五條第三款有關事業活動及經濟情況之調查及第四款違反本法案件之調查，其中以第四款之調查為重點，其依公平交易法第二十六條規定，得依檢舉或職權調查處理，具體之調查程序則規定於公平交易法第二十七條。公平交易委員會為調查時，並無搜索權，當事人無正當理由拒絕接受調查時，公平交易委員會僅能依第四十三條規定連續處以罰鍰，至其接受調查為止，不得逕行搜索¹⁰。事實行

¹⁰ 公平交易法並未如水利法第七十五條規定主管機關得行使警察權，若有必要搜索時，僅能依照

為中以行政指導為主，行政程序法第一百六十五條以及「行政院公平交易委員會行政指導處理原則」作為實施依據，例如瓦斯安全器材業者銷售行為導正。比較有爭議的是，公平交易委員會究竟有無準司法權，這當中除了對於何謂準司法權有不同看法外，最主要的理由在於公平交易委員會為執行公平交易委員會之主體，其為公平交易法爭議事件中的當事人，且有關公平交易法爭議事件在公平交易委員會依循的情形處理程序，與司法程序並不相同，因此公平交易委員會並不具備準司法權。

公平交易委員會之組織並未在公平交易法中有所規定，而係另以法律定之，雖然在公平交易法中確立公平交易委員會之名稱，但其成員、運作方式為何，則有賴立法者具體之設計。行政院所屬機關中以委員會之名行之者，不在少數，委員會的性質亦不盡相同，公平交易委員會是否能夠確實完成其任務，除端賴有相符合、適當的權限規定外，正確妥適的組織設計亦是重要關鍵，公平交易委員會的組織法源則是「行政院公平交易委員會組織條例」。

公平交易委員會最重要的構成員則為公平交易委員會委員，依其組織條例第十一條第一項規定，共置委員九人，任期三年，任滿得連任，其中一人為主任委員，綜理會務，一人為副主任委員，襄助主任委員處理會務；其餘為七位委員，均由行政院長提請總統任命之。此外，公平交易委員會之任用，依組織條例第十二條規定，應具有法律、經濟、財稅、會計或管理等相關學術及經驗。自上述兩項規定可以得知公平交易委員會之政治任命性格十分強烈，其任命方式與行政院副院長、部會首長或政務委員的方式並無不同，主要差異在於任期制的保障，此乃藉由身份地位的強化來確保行使職權時的獨立性。至於成員專業性的要求，乃在確保處理公平交易事件所需的專門知識與經驗並提高決定的權威性。

公平交易委員會依組織條例第十五條第一項規定，每週舉行委員會議一次，委員會議之職權依第十四條規定則為 1.關於公平交易政策之審議；2.關於公平交易行政計畫方案之審議、考核；3.關於執行公平交易法之公告案、許可案、處分案之審核；4.關於公平交易法規之審議；5.委員會提案之審議；6.其他依法應由委員會議決議事項，換句話說，公平交易委員會委員會議乃是公平交易委員會最主要行使職權之重心，委員會議之決議依第十五條第三項規定，應有全體委員過半數之出席，及出席委員過半數之同意行之，依此規定，公平交易委員會乃依合議

刑事訴訟法相關規定為之。

制機關，主任委員並非獨任制或首長制意義下的領導者，其職權在於主持會議、執行公平交易委員會之決議、綜理機關日常事務，指揮監督所屬單位及人員等事項，其與其他委員間並無上下隸屬關係，雖有職等上的不同，但此僅指身份上的差異，並無職權上的不同。此項合議制的设计，能夠集思廣益提高決議的公平及正確性，透過委員間的相互制衡，避免思慮不週或專斷的決議產生，確實能夠使公平交易委員會更能夠履行其法律上的任務。

雖然公平交易委員會的委員皆是政治任命，但由於公平交易事項涉及經濟事務，因此在公平交易委員會執行任務時，希望能夠避免政治上的干預，因此組織條例第十三條規定，公平交易委員會委員需超出黨派以外，於任職期間不得參加政黨活動，並依法獨立行使職權¹¹。且為了減少政黨的影響力，另於第十一條第二項規定公平交易委員會委員具有同一黨籍者，不得超過委員總額二分之一，換句話說委員會之成員至少必須包含三種以上的政黨或無政黨成員，以確保其中立性。

除公平交易委員會委員、公平交易委員會委員會議外，依組織條例第四條規定另設第一處、第二處、第三處、企劃處、法務處及秘書室。一般行政機關皆有的人事室、會計室則依組織條例第十七、十八條規定設立，辦理有關人事管理及歲計、會計事項。此外依第十九條設統計室，辦理統計事項及公平交易委員會資訊系統之建立及維護事項。上述組織辦理各項業務之執行及一般行政事務。

三、依法獨立行使職權

(一) 意義

為保障公平交易委員會能夠確實完成公平交易法所賦予維護自由公平競爭秩序之任務而不受外來不當干預，公平交易法第二十八條規定，公平交易委員會依法獨立行使職權，處理有關公平交易案件所為之處分，得以委員會名義行之。就得以委員會名義對外行文而言，雖然可以突顯其機關之地位，但一般行政機關亦享有之，並無特別之處，重要的是所謂的“依法獨立行使職權”之意義為何¹²？公平交易委員會行使職權時與行政院的关系究竟為何？

¹¹ 公平交易法第二十八條之規定係保障公平會依法獨立行使職權，行政院公平交易委員會組織條例第十三條卻規定公平交易委員會委員依法獨立行使職權，用語上似乎並不一致。

¹² 憲法上保障司法權、考試權與監察權獨立行使職權，行政機關則適用行政一體之原則，因此行政機關與獨立行使職權在理論上及表面上似乎有所衝突。

首先此項獨立性的保障¹³並非指組織上的獨立，公平交易委員會在組織上隸屬於行政院並無爭議。所謂依法獨立行使職權，乃是指執行任務時的獨立，指公平交易委員會在執行任務時不受其他機關指揮，專業自主地做出合法適當的決定。當然在此並非指公平交易委員會可以採取任何其所認為適當的措施來執行其任務，其仍須受法律的規範及限制。但如何及何時來運用法律上所賦予的權限，則係由公平交易委員會以自我負責的方式來決定，並不用得到其他機關的同意或核可，其他機關亦無法以強制方法迫使公平交易委員會採行特定措施。

(二) 與行政院之關係

公平交易委員會依公平交易法第二十五條規定隸屬於行政院，此項組織上的隸屬與公平交易委員會依法獨立行使職權的保障是否互相矛盾，一向有所爭議¹⁴。國家設立不同層級機關之目的在於藉由分工及權限分配來共同完成國家之目的，各個行政機關之間各有職掌，彼此即應相互尊重，不得任意擴張或縮減自己的權限，亦不能侵害其他機關的權限範圍，以避免違反管轄權法定的原則。在機關間有組織上下隸屬的關係時，上級機關對於下級機關享有指揮監督權，所謂指揮係指得排除他人意志而得以全面指示特定行為之內容，可分為一般指示及個別指示；前者為抽象指示，例如以行政規則或解釋函令指示法令如何解釋，後者則針對具體個案指示如何處理。監督則指對於一項獨立自主的行為加以審查，原則上分為法律監督與專業監督，法律監督係審查下級機關所為行為之合法性，由於依法行政為法治國原則最基本之要求，因此上級機關之監督至少應包括法律監督，除非憲法或法律有明確排除的規定。專業監督則審查下級機關行為之合法性及合目的性，例如裁量決定是否合於法規授權及考量因素是否妥當。

公平交易委員會組織上隸屬於行政院，並不妨害其相對於行政院在職權行使上享有獨立性，但此項獨立性並未如同法官所享有的獨立性般強大。公平交易委員會本質上仍屬行政機關。惟為確保公平交易法第二十八條規範之目的，使下級機關，亦即公平交易委員會，能獨立行使職權無所偏頗，行政院不得行使指揮權¹⁵，行政院不得在個案中指示公平交易委員會做出

¹³ 有關公平交易委員會獨立性之探討，陳櫻琴，公平會獨立性之研究，公平交易季刊，第 7 卷 1 期，第 65-98 頁。

¹⁴ 此項爭議並非本文重點，有關此問題，呂榮海等三人合著，公平交易法解讀，第 205-207 頁，民國八十六年。

¹⁵ 陳敏，行政法總論，第 800 頁，第 2 版，民國八十八年。

特定的決定，亦不得頒布一般指示來影響公平交易委員會的決定。行政院雖無指揮權，但基於最高行政機關之地位及行政一體的觀點，在維護依法行政原則下，行政院得對公平交易委員會行使法律監督，以審查公平交易委員會行為之合法性。合法性的審查可分為形式合法性的審查，其涉及行為形式上的合法性，包含管轄、程序、書面、期限等規定的遵守，以及實質合法性的審查，其涉及行為實質上的合法性，包括構成要件是否該當、內容可能、確定與合法及有無遵守一般法律原則等。由於公平交易事項所涉及的乃是極專業與複雜性的問題，公平交易委員會亦被設計成為解決公平交易事項的專業機關，因此行政院的法律監督應限於形式合法性的審查，例如是否有過半數委員出席或決議是否有出席委員半數以上同意，至於實質上的合法性審查原則上並不包括在內，除非是有顯然違法的情形，否則應尊重公平交易委員會的專業決定。至於專業監督部分，涉及行為的合目的性、適當性與否的問題，則行政院在此並無干預之權，而應由公平交易委員會做最終的決定。如此作法，一方面行政院仍可擁有部分監督權，來確保其上級機關的地位，一方面亦可使公平交易委員會有充分依法獨立行使職權的空間，避免外來上級機關不當的干預¹⁶。

(三) 公平交易委員會與司法權

公平交易委員會屬行政機關，其行為為行政權的行使，因此與其他行政機關相同無法免除法院的監督，換句話說，公平交易委員會依法獨立行使職權的保障與法院審查公平交易委員會行為的合法性並不衝突。惟法院雖可依公平交易委員會行為類型的不同而適用不同的訴訟程序，但另一方面公平交易事項的執行極度專業且經濟性事務考量的因素十分複雜，法院是否有充足的能力對公平交易委員會的行為加以審查，不無疑問。此外，公平交易委員會的決定，尤其是對於許多不確定法律概念的解釋有高度的預測性，因此其享有的判斷餘地便十分廣泛，法院實際上可以審查的空間亦相當有限。雖然如此，現行實務上，行政法院對於公平交易委員的決定，並不吝於審查，此亦是公平交易委員會面臨的最大問題。

肆、公平交易法爭議與訴願制度

一、前言

公平交易法所規範之法律責任共分為民事責任、刑事責任與行政責任。民事責任並不以公

¹⁶ 行政院金融監督管理委員會組織條例草案第六條立法理由參照。

公平交易委員會之處分為前提，但基於訴訟技巧與訴訟勝訴的考量，在發生違反公平交易法之行為後，立即向普通法院主張民事責任者並不多見，蓋若能夠由公平交易事項的主管機關—公平交易委員會，事先對於該項違反行為加以處分，則勝訴的機會將大增，因此公平交易委員會的處分成為民事責任的重要前提，在民國八十八年修法後，由於「先行政後司法」原則的採行，刑事責任的追訴亦以公平交易委員會的處分為先決要件，是故行政責任的問題成為公平交易法爭議的核心問題。

行政責任的救濟主要可分為行政體系內救濟程序，包括訴願及其他先行程序，以及行政體系外部的救濟程序，主要是行政法院的訴訟程序。由於訴願法與行政訴訟法的大幅修正，行政爭訟程序呈現與以往大不相同的面貌，因此本章將先以公平交易法爭議與訴願制度為重心，在第五章再討論公平交易爭議與行政訴訟之關聯。

二、訴願程序

(一) 訴願程序之功能

依憲法第十六條「人民有請願、訴願及訴訟之權」的規定，訴願係憲法上所保障的人民基本權利，訴願係針對行政機關違法或不當的行為，透過行政體系內部的審查機制來達成權利救濟之目的。為何在行政法院訴訟程序外，另設訴願制度，主要理由如下¹⁷，1.權利保護功能，訴願程序所涉及的乃是依合法性及合目的性觀點對於行政機關之行為作全面性的審查，訴願受理機關係利用其專業能力及法律上所賦予的監督權來審查，此項審查並非在替代法院，而係提供另外一項保護人民權利的可能性。除少數特定具有高度專業判斷的決定及自治事項的執行外，訴願受理機關並不受任何審查標準的拘束。2.行政自我審查功能，訴願程序最原始的功能即在希望透過此項程序能夠使原處分機關或受理訴願機關再一次審查行政決定所依據的事實上及法律上基礎，並且即時變更其違法或不當之決定，確保依法行政之貫徹。3.減輕行政法院之功能，訴願程序中，可對於案件事實再進一步調查，補充不同的觀點，若能確定原處分有違法或不當，可立即撤銷該處分使人民獲得救濟而免除提出行政訴訟之必要。即使未撤銷原處分，亦可使所有爭點重新接受審查及評斷，對於未來行政法院的審查提供一定程度的協助。

¹⁷ 蕭文生，訴願法修正評析（上），軍法專刊，第45卷10期，第29-30頁。

(二) 訴願程序之性質

雖然訴願程序提供人民權利救濟的可能性，但其透過行政體系內部的審查程序來保障人民權利，其仍屬行政程序的一環而非訴訟程序。訴願程序係人民向行政機關提出訴願書而展開，其過程為事實說明、陳述意見（必要時言詞辯論），調查證據等如同一般行政程序，其目的係在做全面性的法律及目的性監督後，作出訴願決定。此項決定係行政處分而非法院之裁判，訴願受理機關與原處分機關間並非以外在監督或權力分立所設計，而係行政一體與內在控制，因此訴願程序中，除有法律明文規定排除或依其意義及目的顯然無法適用外，規範行政程序之規定皆可適用之¹⁸。

(三) 訴願之種類

訴願程序雖然是行政體系內部自我審查的重要制度，但並非行政機關所有的行政行為皆適用之。由於行政訴訟法的大幅修改，尤其是訴訟種類的增加，並非任何類型的行政訴訟皆以先提起訴願為前提，僅在依行政訴訟法第四條及第五條提出行政訴訟前，必須先行提起訴願。

1. 撤銷訴願

依訴願法第一條第一項規定，人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起訴願。行政訴訟法第四條第一項規定人民因中央或地方機關之違法行政處分認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向高等行政法院提起撤銷訴訟。依據上述兩項條文之規定，在提起撤銷訴訟之前應先行提出撤銷訴願，主張撤銷原行政處分，因此在撤銷訴願時必須存在行政處分。針對事實行為、非個案決定、不具外部效力的決定，不得提起訴願。此外，該項處分必須業已作成，對於尚未作成的行政處分並無所謂預防性訴願的存在。

2. 課予義務訴願¹⁹

訴願法第二條規定，人民因中央或地方行政機關對其依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為，認為損害其權利或利益者，亦得提起訴願。行政訴訟法第五條第一項規定，

¹⁸ 吳庚，行政爭訟法論，第 280 頁，初版，民國八十八年。

¹⁹ 有關課予義務訴願，李建良，論課予義務訴願，月旦法學，第 47 期，第 20-32 頁。

人民因中央或地方機關對其依法申請案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。上述兩項規定係處理行政機關消極不作為之情形²⁰，若行政機關以積極行為駁回人民之申請，則此項拒絕處分應屬訴願第一條第一項之情形；依行政訴訟法第五條第二項規定，人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。課予義務訴願係針對於人民依法申請行政機關作為，亦即請求行政機關作成授益處分時，行政機關以拒絕或不作為方式，損及人民權利或法益上利益的訴訟。因此陳情、建議等行為並非所謂依法申請案件；依法申請之標的必須是行政處分或特定內容之行政處分。若所請求不作為者並非行政處分，則非課予義務訴願。此觀諸訴願法第八十二條第一項規定，對於依第二條第一項提起之訴願，受理訴願機關認為有理由者，應指定相當期間，命應作為之機關速為一定之處分，自屬明確²¹。

(四) 訴願權人

訴願程序並非客觀非難行政處分不當或違法的程序，而係以防禦主觀權利為目的的權利保護程序，因此除法律另有規定者外，訴願人必須係有權提起訴願者。訴願權人係指得依訴願法第一條第一項規定主張其權利或利益因中央或地方機關之行政處分而遭受侵害者。此處所涉及的係權利或法律上利益，反射利益、經濟利益或營業機會不屬之，且該項權利或法律上利益必須歸屬於訴願人。原則上侵害處分之相對人皆是訴願權人。非行政處分相對人之第三人，若其權利或法律上利益因該行政處分而受到損害，特別是在不利第三人的行政處分，亦為訴願權人，但以其能夠主張其本身之權利或法律上利益正是基於對處分相對人有利的行政處分所損害。此在撤銷訴願中並無爭議。

在課予義務訴願，訴願人必須能夠主張，行政機關的拒絕行為或不作為損害其權利或利益，尤其是在不作為的情形，必須能夠主張目的至少亦在同時保護其利益之法規範受到違反，

²⁰ 行政機關消極不作為之情形，根本不存在行政處分，因此是否有必要先提起訴願再提起行政訴訟或直接提起行政訴訟，有不同看法，吳庚，同註 18，第 292-293 頁。

²¹ 針對行政機關積極拒絕或駁回之處分提起訴願而訴願有理由時，亦適用訴願法第八十二條第一項規定。

因此僅以保護公益為目的規定受到違反時，並不得提起課予義務訴願。

(五) 訴願程序之限制

訴願程序既然提供受理訴願機關全面性審查行政處分合法性及合目的性之權限，再加上行政一體的指揮監督體系，受理訴願機關在審查廣度與密度上應不受任何拘束，但有下列界限：

1. 自治事務之行政決定

為確保地方自治團體在辦理自治事項時，享有憲法上所保障的獨立自主權限以及考量受理訴願機關與自治行政機關間並非單純的上下隸屬關係，訴願法第七十九條第三項規定，訴願事件涉及地方自治團體之地方自治事務者，其受理訴願之上級機關僅就原行政處分之合法性進行審查決定，換句話說受理訴願機關僅能審查原處分的合法性，至於合目的性的審查則不得為之，因此受理訴願機關若逾越法律監督的範圍則將侵害地方自治團體之自治權。針對自治事項之處分，除法律另有規定外，亦僅有撤銷權，撤銷後如有重為處分之必要，亦只能發回由原處分機關，另為適法處分，而不得自行變更。

2. 具高度專業判斷的決定

受理訴願機關之權限，原則上包括該行政處分所涉及的合法性及合目的性，亦即包括所有法律上及事實上的相關問題，受理訴願機關可完全替代原處分機關並享有原處分機關所有的決定權限，當然亦包括裁量及判斷餘地的權限。判斷餘地係針對法院訴訟程序所發展出來的理論，並非適用於屬於行政程序的訴願程序，除非法律另有規定或自所涉及的行政處分本質，例如考試成績評量的無可替代性，受理訴願機關的審查權限並不受到任何限制。

除此之外，受理訴願機關的審查權限是否受到限制，則取決於受理訴願機關是否有能力及可能性重新全面審查原處分作成當時的各項事實因素，若涉及的乃是法律上事後可以完全重新理解的個別決定，例如對於公務員能力的判斷，則受理訴願機關亦可完全審查該項評價，即使對於法院而言應尊重該評價之判斷餘地。但若所涉及的乃是一項特別的考試或審查程序，立法者亦將最終決定權賦予主管該項程序之機關，而受理訴願機關並未參與該項程序時，則不得以本身之判斷來替代主管該項程序機關之判斷²²。在此類案例中，受理訴願機關不得為合目的性審查，就合法性審查部分則僅限於是否違反了程序規定、是否基於客觀上重大不正確的事實、

²² 尤其是考試決定，參照大法官釋字第三一九號解釋。

違反了一般所承認的審查標準或明顯違反論理及經驗法則²³。

(六) 訴願程序之排除

訴願程序基本上係行政體系內部審查行政行為的機制，除法律另有規定外，人民對行政處分不服時，皆可提出訴願。例外規定，例如行政程序法第一百零九條規定，不服經聽證程序做成之行政處分者，其行政救濟程序，免除訴願及先行程序，即可直接提起行政訴訟或依其他等同於訴願程序提起救濟者，例如依公務人員保障法之規定提出復審等。

除此之外，第三人因訴願始受不利益者，該第三人得逕向行政法院起訴²⁴。至於除上述情形外，是否仍得基於其他理由而排除訴願程序，例如訴願程序之進行根本沒有辦法提高行政決定的實質正確性、訴願程序之進行根本無法再達成訴願之目的，或原處分機關已詢問過受理訴願機關之意見並且依其指示作出該有爭議的處分等²⁵，則必須由行政法院透過實務上的運作來給予承認。

三、公平交易法爭議適用訴願程序之問題

(一) 前言

公平交易委員會為行政機關之一環，就其行政處分基本上應可提起訴願，因此公平交易委員會的行為是否屬於行政處分則係適用訴願法的前提。訴願的種類在公平交易爭議上並無太大的問題，無論是撤銷訴訟，例如撤銷罰鍰處分或課與義務訴願，例如要求給予聯合行為許可，皆存在公平交易爭議中。訴願權人原則上係行政處分的相對人；非行政處分相對人，亦得為訴願權人，但以其得主張本身權益因該行政處分受損為限，此點在公平交易爭議上並無特別之處。惟由於公平交易委員會在職權行使上被賦予依法獨立行使職權的地位，此項在行政機關組織體系內特別的保障對於訴願程序的限制與免除究竟產生何種影響，將是以下討論的重點。

(二) 何種爭議得提出訴願

為使公平交易委員會能夠完成法律所規定之任務，公平交易法針對不同類型的競爭事件賦予公平交易委員會採取不同行政措施之權限，針對此類措施，是否得提出訴願，則必須取決於

²³ BVerwGE57, 130/145; 70, 4/10; Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, 1994, S.117.

²⁴ 吳庚，同註 18，第 105-106 頁列舉四種例外之情形。

²⁵ 詳細案例，Eyermann, VwGO Kommentar, §68, Rdnr.28-35, 11.Aufl., 2000。

該類措施是否為行政處分以及法律上是否有另外特別的規定，公平交易法中並未有排除適用訴願法的特別規定，因此對於公平交易委員會所為之行政處分，基本上皆得向行政院提出訴願。

公平交易委員會所採取得措施中屬於行政處分最無疑義者則為罰鍰處分，例如第四十條違反事業結合規定之罰鍰、第四十一條違反公平交易法規定之罰鍰或第四十二條不法多層次傳銷的罰鍰。此外，其他不利之處分，例如第十三條違反結合規定之禁止結合、轉讓部分營業或勒令歇業等處分、第四十二條對不法多層次傳銷事業命解散或停止營業之處分或第四十一條對違反公平交易法規定之事業，限期命停止其行為或改正其行為之處分。事業於符合公平交易法所規定之要件，亦可申請解除許可之管制或禁止行為之例外，例如依第十四條申請聯合行為之例外許可，此類由事業依法申請之案件，無論公平交易委員會給予許可或駁回申請，皆屬於典型的行政處分。若公平交易委員會對於事業依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為時，則依訴願法第二條第一項規定亦得提起訴願。至於行政契約與屬事實行為的行政指導所產生的爭議，則非屬於訴願程序的適用範圍。在實務上值得討論的則是，調查權行使與檢舉函覆的問題。首先，調查權的行使可分為第二十六條的調查權發動與第二十七條的具體調查程序，此類權限行使之目的主要在協助公平交易委員會取得處理公平交易事項時所必須的資料或証物，通知陳述意見或要求提出文件之行為並非行政處分，派員為必要之調查基本上皆屬事實行為，況且公平交易委員會僅能對拒絕調查者處以罰鍰，並無法強制貫徹其調查權。至於是否發動調查權，則由公平交易委員會依第二十六條規定決定之，此項決定僅是公平交易委員會內部的決定，並未對外發佈任何法律效果，因此亦不屬於行政處分。

有關檢舉函覆的內容與性質已有許多討論²⁶，此處的重點在於公平交易委員會於接獲檢舉後，因為並未符合第二十六條之規定而未發動調查權或公平交易委員會雖發動調查權，但依據所得資料認為檢舉不成立而向檢舉人回覆表示其決定時，該項回覆是否為行政處分或僅是一項事實通知。至於其權利是否受損，則係另外一項問題。依行政程序法第三十四條規定，行政程

²⁶ 例如，王立達，司法審查之對向發展——再論公平會不作為檢舉覆函之行政爭訟，政大法學評論，第 64 期，第 343-369 頁；黃銘傑，論公平交易法上的檢舉與公平交易委員會之不作為，人文及社會科學集刊，第 10 卷 3 期，第 421-450 頁；黃茂榮，公平交易法理論與實務，第 557-571 頁，民國八十二年；蘇永欽，檢舉人就公平會未為處分之覆函得否提起訴願，公平交易季刊，第 5 卷 4 期，第 1-28 頁。

序之開始，由行政機關依職權定之，但依本法或其他法規之規定，有開始行政程序之義務，或當事人已依法規之規定提出申請者，不在此限。公平交易事項之調查程序本屬行政程序之一環，因此是否開始調查程序，原則上由公平交易委員會依職權決定。此處的依職權決定並非指由行政機關任意決定，而係必須考量行政程序之目的及其他法律規定，依合義性裁量決定之，換句話說程序是否進行及何時開始，原則上屬行政機關之裁量範圍，如此才能配合行政機關的機動性與效能性²⁷。因此人民是否有檢舉，並不會影響行政機關依職權去決定是否啟動行政程序，此須檢舉可視為對於行政機關之建議，即使事後檢舉人撤回檢舉，行政機關仍得依職權開啟行政程序。公平交易法第二十六條之立法理由指出，凡有違反本法規定危害公共利益之情事，公平交易委員會因發現事實真象之必要，得為調查處理，因此公平交易法第二十六條規定，公平交易委員會得依檢舉或職權調查處理。將“檢舉”或“職權”兩項方式並列，並非表示兩者地位與法律上意義相同，其僅在說明公平交易委會發動調查程序的可能原因，是否發動調查程序仍須由公平交易委員會依職權判斷該項違法行為是否危害公共利益，公平交易委員會是否有必要介入處理，並非謂一有檢舉，公平交易委員會即必須發動行政程序。因此檢舉之回覆僅是在說明公平交易委員會依職權所做之決定，其並無對外發生法律效果，故非屬行政處分。

惟若依行政程序法或其他法規規定有開始行政程序之義務或當事人已依法規之規定提出申請者，不在此限。換句話說，行政機關此時有開始行政程序之義務，並無任何裁量之餘地，因此拒絕此項程序之開展，無疑違反行政機關之作為義務，依訴願法第二條規定，自得提起訴願。行政機關是否依法規有開始行政程序之義務，乃係法律解釋之問題，必須探求法規之規範意旨，公平交易法第二十六條規定，公平交易委員會對於違反公平交易法規定，危害公共利益之情事，得依檢舉或職權調查處理。法條既然規定，公平會“得”依檢舉或職權調查處理，則是否調查處理乃屬公平交易委員會的裁量權²⁸，因此只有裁量萎縮至零的情況下，公平交易委員會才有義務開始調查程序。惟法條用語中雖有“得”字出現，但並非皆是表示賦予裁量權，不少情形，“得”字係表示賦予行政機關某種權限，而與裁量權無關²⁹。自公平交易法第二十六條立

²⁷ 蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏，行政程序法實用，第 75 頁，民國八十九年。

²⁸ 此項檢舉並非概括的請求權，可認為是請願權的一種行使方式。公平會對此僅有將處理結果通知之義務，無就其請求為具體准駁之義務，蘇永欽，同註 26，第 11 頁。

²⁹ 吳庚，行政法之理論與實用，第 114-115 頁，增訂 7 版，民國九十年；陳敏同註 15，第 159 頁。

法理由中得知，公平交易委員會因發現事實真象之必要，得為調查處理，換句話說，此處之“得”字並非在賦予公平交易委員會裁量權，而是在發現事實真象必要下，有權調查處理。因此第二十六條的重點並非公平交易委會是否有裁量權來決定是否調查處理，而是該項違反行為是否有危害公共利益，使得公平交易委員會有權調查處理。若該項行為危害公共利益，則公平交易委員會並無任何裁量權來決定是否調查處理，而是有義務發動調查處理程序。至於是否有危害公共利益之情事，則屬於不確定法律概念的解釋問題，公平交易委員會基於專業機關的立場，自有相當的判斷餘地。

此項檢舉是否可以認為是當事人已依法規規定提出申請而使得公平交易委員會有開始調查處理程序之義務？所謂已依法規規定提出申請，係指依法規規定請求行政機關為一定之許可、認可或其他行政行為之公法上意思表示，包括請求作成行政處分、提供資訊、締結行政契約或為一定之事實行為，例如請求核發建照或請求行政機關採取必要救災措施等³⁰。此時行政機關並無裁量餘地，必須開始進行行政程序，至於行政機關應如何核駁該項申請，則屬另一個問題。公平交易法第二十六條所規定之檢舉是否可被認為係賦予請求權呢？則有不同意見，反對者認為第二十六條之規定並未限制提出檢舉者之資格，任何人皆可提出檢舉，此項情形與公法上請求權之構成要件，亦即請求權人必須能夠確定，似乎有所不合。此項檢舉無寧是對於公平交易委員會提供資訊而促使公平交易委員會發動調查程序³¹。贊成者認為，檢舉行為是否僅在促使公平交易委員會發動調查權或調查程序之發動亦有兼顧相關之其他私益，則必須作體系上的判斷。若主管機關取締違法行為之職務行為，依規範該職務行為之法規目的，除保護公益外，並兼具保護該檢舉人之利益時，則此項檢舉行為無異於當事人依法提出保護之申請，行政機關自有開始調查程序之義務³²。

此項問題之爭議在於，檢舉人若無請求公平交易委員發動調查程序之權，則公平交易委員會對於檢舉人之函覆，則非屬行政處分，而僅是一項事實行為，因此針對此項函覆無法提出訴願。此在訴願法與行政訴訟法僅限於撤銷訴願與撤銷訴訟時，固有其重要性，但在訴願法與行政訴訟法大幅修改後，則有所改變。蓋即使行政機關的行為並非行政處分仍有爭訟的可能性，

³⁰ 蔡茂寅等四人合著，同註 27，第 76 頁。

³¹ 蘇永欽，同註 26，第 10 頁。

³² 廖義男，行政處分之概念，行政法爭議問題研究（上），第 405 頁，民國 89 年。

所不同者則為訴訟類型的選擇，因此重點應在於針對此項函覆應如何爭訟，而非是否得爭訟的問題。檢舉在一般法律上的意義在於，基於國民一份子的地位，為公共利益之目的，促成主管機關發動調查程序，防止違法行為發生或處罰違法行為，因此檢舉事項不成立的函覆，基本上對於檢舉人並不會發生任何權利義務上之影響，當然並非行政處分³³。但若檢舉所依據之實體法，非僅屬授與國家機關推行公共事務之權限，而其目的係為保護人民生命、身體、財產等法益且法律對主管機關應執行公權力之事項規定明確，該管機關公務員依此規定對可得特定之人所負作為義務已無不作為之裁量餘地³⁴，則必須承認立法者藉由此項規定賦予檢舉人有權請求國家保護其私益免受第三人侵害之權，此時檢舉之提出無異保護請求權之行使，檢舉事項不成立的函覆又無異係對檢舉人請求權之拒絕，自屬對於檢舉人產生不利的法律效果，應屬行政處分³⁵。惟公平交易法保護的目的往往兼及公益與私益，因此如何認定該項實體法究竟是否提供檢舉人請求保護之權，則十分困難。況且公平交易法並非僅以公平交易委員會所科處之行政責任為保護方法，公平交易法第三十條至第三十四條規定之民事責任提供了另一項救濟之管道，而民事責任之主張並不以公平交易委員會的處分為前提。惟在此並非謂國家已提供私法救濟途徑，人民公法上的請求權則屬多餘。民事救濟固然可以減少行政機關的負擔，但亦僅在提供私益的保護，並無法完全取代兼具保護公益與私益的行政爭訟功能，換句話說，在完全符合法律所規定而有開始調查程序之義務，但行政機關不為時，則其不但侵害檢舉人之法律地位亦違反了依法行政原則所追求的公益，因此以公平交易法尚有其它保護私益的救濟途徑來否定賦予公法上請求權之論點，似有再斟酌之必要³⁶。

本文以為公平交易法保護的法益雖然兼具公益與私益，但並非任何人皆可主張公平交易法任何之規定，只有檢舉人為得主張相關公平交易法規定之權利主體時，檢舉不成立之函覆才能認定為行政處分，才能對之提起訴願，因此必須針對個別條文規範之目的詳加討論後始能知悉，不得僅以法律文字為唯一之判斷依據。蓋公平交易法雖然區分成第二章有關獨占、結合、聯合的限制競爭規定與第三章不公平競爭之規定，但不得立即認為第二章全部皆僅涉及競爭制

³³ 許宗力，行政處分，行政法 2000，第 549 頁，民國 89 年。

³⁴ 大法官釋字第四百六十九號解釋。

³⁵ 許宗力，同註 33，第 550 頁。

³⁶ 黃銘傑，同註 26，第 439 頁；蘇永欽，同註 26，第 16 頁。

度此項公益而與私益無關，同樣亦不得毫不考慮地認為第三章直涉及私人之權益，而認檢舉人皆享有請求保護之權³⁷。

(三) 公平交易法爭議與訴願程序之限制

訴願程序係一項全面性審查行政處分合法性與合目的性之機制，受理訴願機關基於其組織上、專業上、及能力上的優勢以及行政一體的指揮監督體系，基本上在審查過程中並不受到任何限制，可以對原處分所依據的事實及證據加以審查，並得取代原行政機關變更原處分，亦可以自己之裁量或判斷代替原處分之所為³⁸。訴願程序此項特徵是否可毫無保留適用於公平交易爭議，尚非無商榷之餘地，尤其是公平交易法第二十八條保障公平交易委員會依法獨立行使職權以及公平交易委員會組織、成員與運作方式的特殊設計，再加上公平交易法所具有的鮮明政策目的，受理訴願機關是否有能力全面審查公平交易委員會的行政處分，不無疑問。此項問題可以自受理訴願機關的審查權限以及行政處分所涉及的内容來討論，首先就受理訴願機關審查權限而言，基本上應包含合法性與合目的性的審查，但此時是否因為公平交易委員會的高度專業決定，亦即就公平交易事件之處理，公平交易委員會所具有其他機關無法相比的配備，受理訴願機關並無能力及可能性來審查公平交易委員會處分的合目的性，換句話說，受理訴願機關不得以本身之判斷來代替公平交易委員會之判斷，在僅有合法性審查下，受理訴願機關對於公平交易委員會之處分僅有撤銷權，撤銷後如有重有處分之必要時，只能發回原處分機關，另為適法處分，而不得自行變更。就合法性審查部分，任何行政機關之行為皆必須符合依法行政原則，因此合法性的審查乃屬不可或缺。惟合法性之審查可分為形式合法性之審查與實質合法性之審查，前者並不涉及公平交易委員會處分之實質內容，係所有行政行為皆必須遵守的最低要求，因此並無免於審查的理由。至於實質合法性的審查，則取決於受理訴願機關是否有能力及可能性來重新審查原處分做成時的各項因素以及立法者是否將最終決定權賦予原處分機關。

雖然我國將所謂限制競爭與不公平競爭的規定集中於公平交易法，而非分成不同的法律規定，亦由公平交易委員會作為兩者的主管機關，但兩者本質上的差異並不因而消失³⁹。不公平

³⁷ 黃銘傑，同註 26，第 440-441 頁。

³⁸ 吳庚，同註 18，第 332 頁。

³⁹ 有關兩者之關係，蘇永欽，論不正競爭和限制競爭關係—試從德國現行法觀察，民法經濟法論文集(一)，第 285-430 頁，民國七十七年。

競爭行為的侵權行為本質與限制競爭規定的政策價值決定本質仍然主宰著公平交易法的規定與執行，例如典型的不公平競爭行為，如第二十二條妨害信譽的行為或第二十一條虛偽不實或引人錯誤的表示或表徵行為，只要事業行為符合法律所規定的要件，並無法律上例外合法化的情形，換句話說，此類行為的認定係純粹法律適用之問題；在此情況下，公平交易委員會雖然屬公平交易事項的專業執行機關，但並非謂其他組織沒有能力及可能性來重新審查原處分之合法性，蓋本質為侵權行為的違法性認定並不涉及其他政策目的考量或需要特殊配置與資源的組織才能完成此項任務。受理訴願機關，亦即行政院，相對於公平交易委員會，並不缺乏此方面的配置與資源，因此自可對於公平交易委員會此類處分的內容作實質合法性的審查。惟審查時仍必須考量公平交易委員會依法獨立行使職權之保障，以避免掏空了此項保障之意義，是故其實質審查應僅限於公平交易委員會於認定或判斷時有無顯然違法之情形，並且不得以自己之判斷代替公平交易委員會之判斷⁴⁰；而限制競爭之規定，除獨占事業濫用市場地位之禁止外⁴¹，皆須立法者作價值判斷與取捨，蓋結合之行為與結果雖然易導致市場壟斷，足以影響交易秩序，但對於加強國際競爭力亦有幫助，因此無法僅自構成要件該當上去評價此類行為而必須考慮整體經濟利益，因而並非純粹法律構成要件適用之問題；同樣的道理，聯合行為固然危害市場機能，嚴重影響消費者權益，但亦可能有其正當目的，因此在考量整體經濟利益與公共利益下，亦允許例外情形存在。在立法者決定採取何種基本態度後，具體個案之認定則由公平交易委員會作專業的決定。結合行為與聯合行為是否產生限制競爭之不利益以及其範圍，整體經濟利益與公共利益與限制競爭之不利益之比較，在我國現行行政組織之內，公平交易委員會的組織設計與資源配置應屬最能夠正確完成此項判斷的機關，立法者既然設置公平交易委員會來專門處理公平交易事項且賦予獨立行使職權的地位，顯見已將此項判斷的最終決定權交給公平交易委員會，則受理訴願機關對於公平交易委員會有關結合與聯合處分的內容，應不得再予以實質違法性的審查。

至於一向有爭議的公平交易法第十八條及第十九條究應如何處理，則並非單純以其本質上屬於限制競爭或形式上規定於不公平競爭來決定，而係以公平交易委員會處分之本質來決定⁴²。

⁴⁰ 大法官釋字第四百六十二號解釋有關教師升等資格審查之意見參照。

⁴¹ 獨占事業之存在並非公平交易法所禁止，其亦可能是自由競爭之結果。

⁴² 公平交易法第十九條常被認為是垂直限制競爭之類型，惟公平交易法第八條立法理由三指出，

公平交易法第十八條轉售價格約定禁止的規定在刪除例外規定後，其本質與一般不公平競爭規定已無重大不同，因此應做相同處理。但公平交易法第十九條所規範行為之態樣複雜，況且各款皆須有「限制競爭或妨礙公平競爭之虞」的實質構成要件，因此必須依事業該項行為究竟係有限制競爭之虞或妨礙公平交易之虞而定，前者則應與公平交易委員會針對聯合或結合行為之處分做相同處理，蓋是否限制競爭，則屬公平會專業判斷且享有最終決定權的領域。就後者而言，原則上應屬不公平競爭之行為，例如第十九條第三款、第四款中之脅迫性競爭行為，亦即在手段上已屬明確具有非難性或甚至違反刑法規定者，則其行為妨礙公平競爭應屬無疑，則應與公平交易委員會之處分涉及不公平競爭行為時做相同處理。惟若行為手段之不公平性格不明顯時，例如第十九條第三款中之利誘行為，則必須考量該行為所造成之結果是否減損市場之自由與公平競爭機能，再依合理原則審酌是否構成妨礙競爭之虞，此時公平交易委員的判斷則兼具不公平競爭行為與限制競爭行為的性質，則僅能依不同個案重點考量，決定究竟係以涉及不公平競爭或限制競爭的方式加以處理，無法一概而論。

除此之外，由於不公平競爭行為態樣繁多，並無法一一列舉，換句話說，立法者在法律規定上並未做出完全終局的規範，仍須仰賴行政機關或司法機關依照不同時期經濟發展的情況，不斷補充不公平競爭行為之類型，因此不公平競爭行為的認定並非專屬公平交易委員會的權限，受理訴願機關自可為實質合法性的審查。至於限制競爭，尤其是聯合與結合行為，立法者在立法時已依照當時的競爭政策做出終局決定，亦即結合原則上許可，管制為例外；聯合原則上禁止，例外許可，並無隨著不同經濟發展情況改變之可能，除非是透過修法手段。因此在具體個案中，公平交易委員會享有專屬認定的權限，受理訴願機關不得侵害此項專屬認定權限而為實質合法性的審查。

公平交易委員會訴願會對於檢舉函覆是否得成為訴願之標的，立場並不一致。早期對於檢舉函覆認為係行政處分，蓋對於檢舉人產生不利的法律效果，因此允許檢舉人提起訴願，例如在正烽實業股份有限公司因檢舉仿冒，不服公平交易委員會函覆之訴願決定中指出，「檢舉函

按所謂聯合，在學理上可分為水平聯合與垂直聯合兩種，目前各國趨勢，對於垂直聯合係採放寬之立法，本法初創，亦不宜過於嚴苛，除第十八條係就垂直聯合為規範外，本條僅就水平聯合加以規定。立法者之看法似乎與部分學界看法不盡相同。

覆並非單純之事實陳述或意思通知，應屬行政處分，得為訴願之客體」⁴³。公平交易委員會在公平交易法未明文規定請求權下，將檢舉行為視同人民之申請，並將函覆等同於否准請求之行政處分。但自民國八十年見解開始轉變，例如在海富食品股份有限公司檢舉他事業杯葛，不服公平交易委員會函覆之訴願決定中指出，公平交易法第二十六條規定係為促使公平交易委員會為調查之發動，任何人對於違反公平交易法規定危害公共利益之情事，均得為檢舉；惟此尚非賦予檢舉人公法上之權利，得請求公平交易委員會為特定之行為。檢舉函覆係就調查處理之結果予以說明，為單純之觀念通知，並不發生何種具體的公法上效果，非訴願法上之行政處分，此項函覆並未對於檢舉人之權益有何影響，因此不得提起訴願⁴⁴。

上述否定之見解在鴻海精密工業股份有限公司檢舉美商莫仕公司妨害營業信譽的行政院再訴願決定書中遭到挑戰，行政院訴願委員會認為公平交易委員會之函覆，已就鴻海公司檢舉莫仕公司於網路上刊登新聞稿，指稱其侵害莫仕公司之專利權，違反公平交易法規定之情事，認未違反公平交易法之規定，似難謂對再訴人之權益不生影響。訴願決定係將該項函覆視為單純之觀念通知，非行政處分，從程序上駁回其訴願，有重行審酌之必要，因此將原決定撤銷，由原決定機關另為適法之決定⁴⁵。

為回應此項不同見解，公平交委員會自第一六三次訴願委員會議開始改採區別處理方式，其認為檢舉案件經調查審理而明確認定不違法者，檢舉函覆雖僅係單純通知檢舉人公平交易委員會處理之結果，性質上屬觀念通知；惟由於此一認定不僅通知檢舉人，在實務上同時另函通知被檢舉人，故就被檢舉人收受不違法函文而言，該會即認為對被檢舉人另外構成一確認處分。此時檢舉人如果就該確認處分具有利害關係，且其得受公平交易法保護之法益，直接因該確認處分而受有損害，則檢舉人仍得就該函覆，向公平交易委員會提起訴願。亦即以檢舉人是否因該函覆受損為判斷依據。此項改變亦獲得行政院訴願會的支持，例如在蘇格蘭威士忌協會檢舉葉格公司標示不實案之再訴願決定中指出，檢舉人為一協會組織，非交易相對人亦非競爭之同業，未因公平交易委員會認定葉格公司不違法之函覆而使其應受公平交易法規定所得受保

⁴³ 八十二年二月十三日(82)公訴決字第 50456 號訴願決定書。

⁴⁴ 八十七年十一月十七日(87)公訴決字第 144 號與第 146 號訴願決定書。

⁴⁵ 行政院八十八年八月五日台 88 訴字第 30274 號決定書。

護之法律上利益受有損害，自不得對之提起訴願⁴⁶。

此項區別處理的方式，在新修正訴願法實施後，因為公平交易委員會不再是受理訴願機關，因此是否在實務上仍被遵循，則必須自行政院訴願會的運作中加以了解。行政院於台北市建築公會檢舉蘇喻哲與三寶建設股份有限公司廣告不實案之訴願決定中指出，訴願人為公會組織，非交易相對人亦非競爭同業，公平交易委員會之函覆係行政機關循其檢舉所為之答覆，僅屬意思通知之性質，非訴願法上之行政處分，且上開函覆並未使訴願人應受公平法規所得受保護之法律上利益受有損害，自不得對之提起訴願⁴⁷。基於此項見解，行政院於美商雅虎公司檢舉台灣雅虎電子商業股份有限公司違反公平交易法第二十條及第二十四條案之訴願決定中，根本未討論此項檢舉函覆之法律性質，而逕自作實質之審理，蓋美商雅虎與台灣雅虎電子商業股份有限公司互為競爭者，而公平交易法第二十條及第二十四條具有保護競爭者之目的，最後並認為公平交易法之規定是否完全無法適用，仍待究明而將原處分撤銷，命由原處分機關另為適法之處理⁴⁸。

現行訴願實務對於檢舉函覆的處理，在結果上並沒有值得非難之處，惟在論理上仍有待斟酌之處，首先確認處分係指對於法律關係存否之確認以及對人之地位或物之性質在法律上具有重要意義事項的認定，例如土地登記、自耕能力證明之發給或地價之估定等⁴⁹。確認處分是否可包括確認行為不違法，則不無疑問。況且基於無罪推定原則，人民行為除非有違法之情形否則本就合法，又何須行政機關函文告知其行為不違法，此項函文在法律上根本沒有任何意義，真正有意義的是違法行為的確認與處分。既無確認不違法處分的存在，檢舉人自無因該處分受有損害之結果。比較正確的解釋應係該項檢舉函覆是否係對於檢舉人請求之拒絕，亦即依保護規範理論去探求公平交易法個別條文的保護法益與得主張權利的主體為何？再判斷該項函覆是否為行政處分以及檢舉人之權益是否受有損害。此外，雖然公平交易法保障公益與私益，但並非每一條條文保護的法益皆相同，因此在個案中亦必須針對此項問題作明確說明，例如公平交易法第二十一條之規定究竟保護交易相對人或競爭者或甚至兩者兼具或公平交易法第二十

46 行政院八十九年二月十六日台 89 訴字第 04664 號決定書。

47 行政院九十年五月二日台 90 訴字第 013218 號決定書。

48 行政院台 90 訴字第 029572 號決定書。

49 吳庚，同註 29，第 320 頁。

條究竟保護競爭者、交易相對人或兩者兼具，皆可能影響檢舉函覆之性質。

在以往再訴願制度下，行政院訴願會對於公平會的訴願決定即使有作實質上的審查，但大都十分尊重公平交易委員會的專業判斷，僅有極少數遭行政院訴願會撤銷原處分。此項實務在再訴願制度廢除後，是否仍然繼續，值得觀察。首先在名翊汽車裝潢有限公司因違反公平交易法第二十四條案之訴願決定中，行政院訴願會認為，公平交易委員會處分訴願人之主要論據係依公平交易委員會訂定之「行政院公平交易委員會審理事業侵害著作權、商標權、或專利權警告函件處理原則」為依據。惟對於訴願人所發警告函是否違反公平交易法第二十四條之規定，應就警告函之內容是否足以影響交易秩序為斷，原處分機關僅就訴願人所發警告函未附具侵害鑑定報告、未載明具體受侵害之事實，使受信人無法據以合理判斷，即認有違反公平交易法第二十四條之規定，而未就警告函之內容何以認為足以影響交易之顯失公平行為為實質認定，尚難謂合法，因此原處分機關有重行審酌之必要，故將原處分撤銷⁵⁰。行政院訴願會在此並非以公平交易委員會處分形式上的瑕疵作為撤銷原處分之理由，而係以公平交易委員會之處分未對警告函之內容作實質認定，是否為足以影響交易之顯失公平行為，認為訴願有理由而撤銷原處分。行政院訴願會指摘公平交易委員會僅依其訂定之處理原則而未作實質認定，此項指摘是否合法適當，值得探討，蓋處理原則係公平交易委員會依其職權為處理相關事項所作一般抽象之規定，在符合處理原則下，作出專業之決定。行政院訴願會是否得指揮公平會在認定是否違反第二十四條時，必須針對特定的事項加以考量或提出不同的實質認定，不無疑問，蓋其已涉及實質合法性的審查。惟如上所述，不公平競爭部分，受理訴願機關並非不得為實質審查，因此可期待，行政院訴願會仍會繼續此項見解。

另外一件值得重視的是荷蘭商皇家飛利浦電子股份有限公司因違反公平交易法第十四條、第十條第二款及第四款規定案之訴願決定⁵¹，行政院訴願會以下列四項理由，撤銷原處分。首先質疑公平會以 CD-R 單一商品作為特定市場之範圍，認為有補強證據論證必要，特定市場範圍廣狹之界定會影響獨占事業是否存在的認定，因此特定市場範圍的擴大，事業成為獨占事業的可能性相對就會降低。惟獨占事實是否存在則屬公平交易委員會的專業判斷，行政院訴願會在此是否有能力作此項質疑，不無疑問。第二，其認為訴願人訴稱曾提供被授權人選擇聯合

⁵⁰ 行政院九十年五月二十一日台 90 訴字第 028198 號決定書。

⁵¹ 行政院九十年十一月十六日台 90 訴字第 067266 號決定書。

授權一次取得三專利權人授權或單獨取得訴願人授權之自由，因此此項聯合授權難對市場供需造成影響，並認為若本案檢舉人係自己選擇以聯合授權方式支付權利金是否仍屬公平交易法規範之範疇？換句話說本案是否適用公平交易法或僅是純粹民事爭議，行政院訴願會認有再詳查之必要。此項審查係以公平交易委員會之處分是否符合形式上的要件，亦即管轄權的問題，作為對象，原則上並無爭議，但行政院訴願會若無明顯理由，認為公平交易委員會之管轄有誤時，應尊重公平交易委員會之決定。第三，其認為，被授權人間是否確具水平競爭關係，必須再查証，蓋若無水平競爭關係，則無聯合行為之問題。此類聯合行為構成要件的判斷，則屬公平交易委員會專業判斷的一部，況且聯合行為水平關係的認定係存在於訴願人、日本新力股份有限公司及太陽誘電股份有限公司之間，此處乃供給的聯合行為，僅在需求的聯合行為才需要判斷被授權人間是否有水平競爭關係存在，行政院訴願會此點理由，令人不解。第四，其認為訴願人罰鍰八百萬元之裁量依據在原處分機關卷內尚無相關資料可稽，故應撤銷原處分。罰鍰裁量的問題原則上應屬於合目的性的考量，除非有裁量瑕疵的情形出現，因此對於罰鍰之額度，行政院訴願會應無審查之權。本案並非對於罰鍰額度之質疑，僅是認為裁量決定亦必須附理由，此項審查屬於形式上合法性的審查，行政院訴願會自得為之。惟若公平交易委員會事後附上裁量理由時，則不得對其內容為實質審查，此項訴願決定直接挑戰公平交易委員會於限制競爭領域內的決定，其影響值得密切觀察。

(四) 訴願程序之排除

雖然公平交易法第二十八條保障公平交易委員會依法獨立行使職權，但並未對於公平交易委員會所為之處分於訴願程序中有特別的規定。因此除了依照一般法律規定，例如行政程序法一百零九條規定，不服經聽証程序作成之行政處分，得免除訴願程序而直接得向行政法院提出訴訟外，原則上皆先須經由訴願程序。此項情形是否會侵害公平會之獨立性，則端賴受理訴願機關的審查範圍與密度為何，並不得因為有訴願制度即馬上認為有侵害獨立性之情形。惟若訴願制度此處無法發揮其應有之功能時，則必須審慎考慮是否修改相關法律，使人民能夠直接向行政法院提起訴訟，而不用再經過訴願程序，以俾能夠使糾紛解決更有效率。

伍、公平交易法爭議與行政訴訟

一、前言

公平交易委員會雖然有依法獨立行使職權的保障，但其行為並未享有不受司法審查之特權，由於具有行政機關的性質，因此有關公平交易爭議涉及公平交易委員會決定時，原則上係採取行政訴訟的途徑。由於我國行政訴訟制度已有重大變革，昔日處理公平交易委員會處分的方式已受到重大挑戰，因此以下預定先針對行政訴訟的訴訟種類作簡單介紹，以能夠尋求解決爭議的正確途徑。由於公平交易委員會的專業性質，司法機關是否以及在何種範圍內能夠審查其所為之處分，夙有爭議，一般行政法上對於「判斷餘地」的討論應可提供解決的參考。

二、行政訴訟之訴訟種類

各種訴訟類型之劃分與承認，具有避免司法資源不當被濫用以及提供人民有效之權利保護功能，換句話說，考量當事人間不同的爭議性質，原告藉由訴訟欲達成之目的以及法院可能的裁判方式，提供適當有效的權利保護途徑⁵²。各國行政訴訟制度所承認之訴訟類型並不相同，我國早期行政訴訟制度並不發達，僅提供一種訴訟類型，亦即撤銷訴訟，作為人民與國家間公法上爭議解決的途徑，因此為使爭議能夠獲得解決，有時把本質上公法之爭議，解釋成私法上之爭議，例如勞工保險條例之保險費欠繳爭議，或承認所謂的擬制行政處分（舊訴願法第二條第二項），以致於混亂了行政訴訟應有的功能，為改善此項缺失，充分保障人民之訴訟權，新修正的行政訴訟法，除保留撤銷訴訟外，另外增加請求為行政處分或為特定內容行政處分之訴訟（課予義務之訴）、確認訴訟、及一般給付訴訟等類型。撤銷訴訟與課予義務訴訟仍採訴願前置主義，其餘訴訟則可直接向高等行政法院提出訴訟，而不必先經訴願程序。對於不經訴願程序或根本無行政處分存在之各類訴訟，行政法院並無撤銷原處分發回重為適法處分之權限，而係必須自為判決，即使在須先經訴願程序之課予義務訴訟，亦得自為判決⁵³。此項新制對於司法機關與行政機關之關係，勢必產生重大影響。再加上以往僅能對於行政機關之行政處分提出救濟，但依新修正行政訴訟法第二條之規定，公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提出訴訟，亦即行政機關的公法行為，不論係行政處分、行政契約、事實行為或其他形式之公法行為，人民皆能對之表示不服，使得以往無法透過行政訴訟獲得救濟之爭議，能夠尋求行政

⁵² 劉宗德·彭鳳至，行政訴訟制度，行政法 2000，第 1143 頁，民國八十九年。

⁵³ 吳庚，同註 29，548-549 頁。

法院之保護。行政機關公法行為全面受行政法院審查之結果，亦將對於人民與行政機關間的關係產生重大影響。

撤銷訴訟在新舊行政訴訟法中皆有，基本上的處理方式變化不大，不過增加了許多更具體的規定，使得此類型訴訟之功能更加完整。比較值得一提的則是課予義務之訴⁵⁴與一般給付之訴⁵⁵，兩者雖然皆係由原告對被告主張一定給付請求權，並請求法院判令被告給付之訴訟，惟前者係原告請求作成行政處分或特定內容之行政處分，後者則請求財產上給付或行政處分外之非財產上給付。課予義務之訴可再分為行政訴訟法第五條第一項之怠為處分之訴及第五條第二項之拒絕申請之訴。怠為處分之訴之適法要件為：1.原告依法申請者為行政處分或特定內容之行政處分；2.行政機關於法定期間應作為而不作為；3.須先經訴願程序；4.原告須主張其權利或法律上利益受有損害。至於拒絕申請之訴其適法要件與怠為處分之訴幾乎相同，僅是在此行政機關係以駁回來處理原告依法之申請而已。為彌補撤銷訴訟功能之缺失，課予義務訴訟原告之訴有理由時，不僅是撤銷該駁回之原處分及決定（怠為處分之訴，根本無原處分存在，則無撤銷原處分之必要），依行政訴訟法第二百零條第三款之規定，原告之訴有理由，且案件事證明確者，應判令行政機關作成原告所申請內容之處分，或第四款規定，原告之訴雖有理由，惟案件事證尚未臻明確或涉及行政機關之行政裁量決定者，應判令行政機關遵照其判決之法律見解對原告作成決定。

一般給付之訴之適法要件為：1.須因公法上原因發生給付，例如基於法規、行政契約或事實行為，給付則包括作為、不作為或忍受等；2.請求者為財產上之給付或行政處分外之其他非財產上給付，例如請求行政機關為特定事實行為，如提供資訊或塗銷服務記錄等；3.給付義務之違反損害原告之權益（權利保護之必要）；4.須不屬於得在撤銷訴訟中併為請求之給付。一般給付訴訟是否有理由，主要決定於原告請求給付之權是否存在，至於原告之訴有理由時，法院應如何裁判，行政訴訟法未有明文，原則上應可類推適用行政訴訟法第二百零條第三款及第四款

⁵⁴ 有關課予義務之訴，黃錦堂，德國課以義務之訴之研究，行政訴訟論文彙編，第 287-319 頁，民國八十七年；蔡志方，論課予義務之訴，行政訴訟論文彙編第二輯，第 165-189 頁，民國八十八年。

⁵⁵ 有關一般給付之訴，吳綺雲，德國行政給付訴訟之研究，第 119-151 頁，民國八十四年。

之規定⁵⁶。

三、行政法院審查權之範圍

行政訴訟制度之目的係藉由設立行政法院、透過訴訟程序審查行政機關之行為是否合法，藉以保障人民權益並貫徹依法行政原則之實現，因此行政訴訟與訴願並不同，其僅作合法性審查而不及合目的性審查，當然此處係包括到形式上及實質上合法性的審查，蓋行政訴訟並非行政體系內部的審查程序而係外部的、司法機關的審查。行政法院為合法性審查時，不論係組織、管轄、程序、方式等問題或行政行為內容的可能、確定與合法，原則上皆享有無限制的事後審查權。比較有爭議的則是，行政法院對於裁量行為，特別是裁量處分，以及不確定法律概念適用的審查密度。

(一) 行政法院與裁量處分

行政法院對裁量處分之審查主要規定於行政訴訟法第二百零一條，其規定行政機關依裁量權所為之行政處分，以其作為或不作為逾越權限或濫用權力者為限，行政法院得予撤銷。此觀諸行政訴訟法第四條第二項規定，逾越權限或濫用權力之行政處分，以違法論，自明。行政程序法第十條規定，行政機關行使裁量權，不得逾越法定之裁量範圍，並應符合法規授權之目的。所謂逾越權限則指裁量逾越及裁量懈怠，濫用權力則屬於裁量濫用之情形。此類規定之目的乃在限制行政法院對於裁量權行使的審查權，亦即裁量處分僅限於有裁量瑕疵時，始得撤銷，其他情形，縱有不當，亦不得撤銷之。

除撤銷訴訟外，行政訴訟法第二百零一條之規定是否亦適用於涉及裁量問題之其他訴訟類型，規定不明確，參酌德國行政法院法第一一四條之規定，行政機關雖經授權依裁量而行為，行政法院仍得審查其所為行政處分或拒絕或怠為行政處分，是否因逾越了裁量的法定範圍或行使裁量與授權目的不符合而違法。行政機關就行政處分有關的裁量理由亦得在行政訴訟程序中加以補充，行政法院不僅對於已作成之裁量處分是否有瑕疵得加以審查，對於拒絕或怠為處分是否具有裁量瑕疵亦得加以審查⁵⁷，尤其是在裁量限縮的情況下，甚至在縮減至零的情況下，行政機關若仍以行政裁量權為由，拒絕或怠為處分，則乃屬法律義務之違反，自得提起課予義

⁵⁶ 劉宗德、彭鳳至，同註 52，第 1244 頁。

⁵⁷ 吳庚，同註 29，第 572 頁。

務之訴⁵⁸，換句話說無論係在選擇裁量或決定裁量，行政法院並非不得適當行使其審查權限，在拒絕或怠為處分之決定裁量時，原則上法院不得以判決命行政機關為一定之裁量處分，惟若該事件已達於可為裁判之程度，亦即在事實上及法律上，行政機關的裁量權已縮減至零時，行政法院仍得類推適用行政訴訟法第二百條第三款之規定。

(二) 不確定法律概念、判斷餘地與行政法院之審查密度

不確定法律概念主要係涉及具體生活事實是否能夠涵攝於法律規定的構成要件內，例如建築物是否有危害公共安全或行為是否顯失公平等。行政機關首先就具體事件適用法律，作成合法及正確的決定，人民對於行政機關依據不確定法律概念所作成的行政決定提起爭訟時，行政法院的審查重點在於該具體事件是否以充分的事實證據及經由正確論證而涵攝於不確定法律概念之中，此項法律適用過程的合法性審查，行政法院得為全面性的審查⁵⁹。惟不確定法律概念之適用，如必須超越法律考量，以評價方式作預見及指引方向的判斷，從而存有多數皆為可接受之決定可能性時，行政機關所具有之判斷標準，則非行政法院所能掌握⁶⁰。行政法院之功能在於審查行政行為是否合法，並非在替代行政機關作出判斷，行政法院若無能力推翻行政機關所為之判斷，則基本上應接受行政機關基於專業能力所為之決定。此類行政機關在針對不確定法律概念為判斷時，享有自主空間，不應受司法審查的領域，一般稱之為判斷餘地⁶¹。

此類判斷餘地之理由不外乎，立法者以不確定法律概念授權行政機關，目的在使其自我負責作成決定，因此行政法院對之僅能作有限度審查；對不確定法律概念得為不同之評價，法律邏輯上並非僅有一正確答案，行政機關具有較多之專業知識、經驗及能力；某些行政決定無法替代或無法重新為之，此類領域應由行政機關自我負責⁶²。一般承認行政機關適用不確定法律概念時，享有判斷餘地之情形約有下列幾項⁶³：1. 考試、檢定服務或學習成績之評量，例如國家考試、證照檢定、公務員考績及學生成績考核等，法院應尊重行政機關主管人員的判斷，其

⁵⁸ 李震山，行政法導論，修訂4版，第88頁，民國九十年。

⁵⁹ 李震山，同註58，第76頁；李惠宗，行政法要義，第204頁，民國八十九年；陳敏，同註15，第176頁。

⁶⁰ 陳敏，同註15，第176頁。

⁶¹ 李震山，同註58，第76頁；李惠宗，同註59，第204-205頁；陳敏，同註15，第178頁。

⁶² 陳敏，同註15，第179頁。

⁶³ 吳庚，同註29，第644-646頁。

理由為，事件產生之過程及實際情況，主管人員最為熟知，行政法院事後審查已無法重建判斷的現場，難以發現事實真象；維持考試之客觀與公平及尊重閱卷委員之決定，事後個別重新評量有欠公平⁶⁴；此類判斷往往基於行政機關專業能力所為，法院並無法勝任⁶⁵。2.基於組織法及程序法之特性所產生之判斷餘地，法律設置結構上為合議制機關，使其成員具有類似鑑定事實之專業能力、具備特殊領域的專業知識或能夠反映社會多元利益且能夠依照法定程序獨立行使職權，則此類委員會對法律解釋或涵攝所得具體化之結果，行政法院自應尊重，例如地價評議委員會所評定之地價或建築物價格，公平交易委員會對於事業聯合行為之許可等；3、行政機關預測性或評估性之決定，不確定法律概念除涉及價值判斷外，在有關環保、衛生、科技等理論以及經濟財政領域中並常常涉及對於未來事實之預估，特別是風險的評估與決定。此種專業性質的判斷，行政法院必須予以容忍而由行政機關作終局之決定，例如環境影響評估委員會對開發行為是否影響環境生態的評估，行政法院並無能力審查。惟行政法院在此仍得審查預估決定所依據之資料是否正確與完備及預估方法是否正確及合乎標準等⁶⁶。4.具有高度決策性的決定或計畫決定，行政決定若涉及政策性決定，為避免行政決策受司法之干涉，行政法院應尊重此類決定，例如外籍勞工引進國及名額之核定。

不確定法律概念主要係涉及事實之認定與法律之解釋，行政機關必須能夠證明其判斷係正確，因此若行政機關對於構成要件判斷錯誤，則事實誤認將導致適用法律不正確而違法，行政法院自可加以審查。即使承認有判斷餘地之空間，但此並非謂行政法院對於該項判斷完全不得予以審查，而僅係尊重其內容決定，因此若判斷具有相當於裁量瑕疵之錯誤時，行政法院自得加以審查，例如行政機關在行使判斷時，並未充分考量相關事項或以非屬判斷內容的事項作考量因素或其判斷基於不正確的事實關係等違法或顯然不當的情形⁶⁷。

四、公平交易法爭議適用行政訴訟之問題

(一) 不確定法律概念與判斷餘地之適用

公平交易法中藉由許多不確定法律概念，例如第五條第一項之壓倒性地位、第六條第一項

⁶⁴ 大法官釋字第 319、382 號解釋。

⁶⁵ 行政法院 85 年判字第 2621 號判決。

⁶⁶ 陳敏，同註 15，第 184 頁。

⁶⁷ 吳庚，同註 29，646-647 頁。

第三款之主要部分、第十四條之整體經濟與公共利益、第十九條第三款之不正當方法或第二十四條之顯失公平行為，來規範複雜多樣的經濟環境與競爭行為，公平交易委員會對於此類不確定法律概念的適用，行政法院是否應予以尊重，則涉及到此類決定是否為公平交易委員會享有判斷餘地的領域。若非屬該領域，則行政法院自可對之為合法性全面性審查，若屬該領域則行政法院的審查權限將受到重大限制。理論上公平交易委員會所為之決定，應屬於上述享有判斷餘地之情形，蓋公平交易委員會係依法獨立行使職權之行政機關，其不論在組織與成員設計上皆充分符合合議制機關所必要之結構且具備專業知識，行政法院對其決定應予以尊重；再加上公平交易事項，尤其在限制競爭部分，必須預估競爭行為所帶來之利益及不利益，此種專業性的判斷，行政法院必須予以容認，並由行政機關作最終決定。除非行政機關濫用此項判斷權限，否則法院不得以自己之判斷替代行政機關之判斷，蓋法院並無此類專業判斷的訓練，且不負競爭政策責任，應尊重有經驗、專業且須負政策責任之行政機關所為之決定⁶⁸。

惟在此仍必須進一步考量，是否所有公平交易事項之爭議，皆有此項特質而得享有判斷餘地，判斷餘地之問題係存在於行政機關與司法機關之間，因此若公平交易事項僅由法院處理者，並無此項問題。我國公平交易法區分獨占、結合、聯合行為與不公平競爭兩大部分且皆由公平交易委員會為主管機關，對違反公平交易法者處以行政責任，雖然如此，但兩者之性質仍有所不同。獨占、結合與聯合行為比較屬於競爭政策面之問題，換句話說立法者透過法律上不確定法律概念的規定授予行政機關作政策上的價值判斷並在個案中將立法者的意志具體化。立法者在此處顯然希望運用行政機關豐富及專業的人力與物力資源來貫徹其本身對於競爭政策的決定。公平交易委員會對於結合行為是否給予許可所考慮者，在於整體經濟利益與限制競爭利益之比較，此項判斷依行政法院編制之人力與物力並無法加以評價，換句話說僅有公平交易委員會才能充分貫徹立法者之意志，在此情況下，司法機關應尊重法律所授予行政機關的判斷授權，在具體化適用於個案時，不得以本身之判斷予以取代。因此公平交易委員會就獨占、結合、聯合等性質屬於限制競爭之競爭行為所為之判斷，應享有判斷餘地。但此絕非表示，行政法院完全不得加以審查，而係其審查權範圍及強度受到限縮，僅在該項判斷有類似裁量瑕疵之錯誤時，始得加以審查。

⁶⁸ 翁岳生，不確定法律概念、判斷餘地與獨占事業之認定，法治國家之行政法與司法，第104頁，民國八十三年。

至於不公平競爭之規定，立法者雖然追求確保公平競爭之目的，但卻無法以積極規定何謂「公平競爭行為」來完成其目標，反而必須以禁止不公平競爭之方式間接達成確保公平競爭之目的，就此點而言立法者並無法詳盡具體決定，亦無法完全列舉所欲禁止的不公平競爭行為類型，而係透過不確定法律概念之運用，先由行政機關作初步判定，再由法院作最終決定，換句話說此處所涉及的並非政策考量的問題，而是競爭行為公平與否的問題。公平與否的決定正是在組織、人員設計上充分追求審判獨立、職權行使上追求中立的法院的特長，立法者在此處顯然希望以法院裁判的特質來貫徹其確保公平競爭之目的。在此情況下，行政法院對於公平交易委員會有關不公平競爭事項所為之決定當然有能力作合法性之全面審查，惟此處仍必須考慮公平交易委員會依法獨立行使職權之保障以及部分不公平競爭行為之特性，例如第二十四條中是否足以影響交易秩序之判斷。雖然行政法院在此並不受公平交易委員會判斷餘地的權限所限制，但對公平交易委員會專業判斷的審查是否能夠如同審查一般行政機關的一般決定般完全無限制，則非無討論的餘地⁶⁹。

自行政法院的實務中亦可以發現，其所撤銷的公平交易委員會處分主要集中於公平交易法第二十條、第二十一條及第二十四條，亦即不公平競爭方面。

1. 在涉及公平交易法第二十一條方面，有行政處分之相對人，亦即被處分之事業提起撤銷訴訟者，例如鶴翔建設案⁷⁰、和昌建設案⁷¹、保你家國際事業股份有限公司案⁷²以及台灣糖業股份有限公司案⁷³等，行政法院撤銷原處分及原決定之理由主要是認為事業之行為是否為虛偽不實或引人錯誤，仍有再審酌之必要，蓋仍有許多事實不明瞭之處。值得重視的有保你家國際事業股份有限公司案中，最高行政法院認為，公平交易法第二十一條第一項規定之虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，僅限於「對商品之價格、數量、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地」等為虛偽不實或引人錯誤之表示，原處分並未認定符合第二十一條所列之項目，因此原處分機關以原告

⁶⁹ 公平交易法第十八及第十九條之處理，同第 18-19 頁之意見。

⁷⁰ 行政法院八十六年判字第 2599 號判決。

⁷¹ 行政法院八十七年判字第 619 號判決。

⁷² 最高行政法院判決八十九年度判字第 3441 號判決。

⁷³ 台北高等行政法院判決八十九年度溯自第 38 號判決。

於廣告上就「燃氣法令規定」為虛偽不實或引人錯誤之表示，據以引用公平交易法第二十一條第一項及同法第四十一條前段規定予以處分，其構成要件是否該當符合，難謂無商榷餘地。此案雖然係公平交易委員會函攝錯誤所致，原處分遭受撤銷並無不當。比較有問題的是鶴翔建設股份有限公司案中，行政法院指出公平交易法第二十一條第一項之立法目的係在預防消費者遭受損害，則事業在廣告上所刊載部分項目予以變更施作，該變更內容，如消費者未遭受損害，甚至更有利於消費者及公眾時，其變更即難謂有違反上開法條之責任而言，因此其認為原告所為之變更施作，是否足以使消費者遭受損害而違反公平交易法第二十一條第一項之規定，有再行斟酌之必要，因此撤銷原處分。行政法院此項目的性限縮的解釋，自消費者觀點固然無誤，惟是否虛偽不實或引人錯誤，並不取決於利益之大小，而係該表示或表徵究竟與事實相符與否以及是否足以引起錯誤之認知或決定，換句話說公平交易法第二十一條第一項之目的在禁止事業以虛偽不實或引人錯誤之行為從事不公平競爭，即使最後結果對消費者更為有利，並未改變虛偽不實或引人錯誤之事實，此客觀存在的事實，才是適用公平交易法第二十一條與否的關鍵。

由檢舉人所提出撤銷訴訟者，有林國卿與喬木建設案⁷⁴以及賴俊宇與太平洋建設案⁷⁵，兩項判決除撤銷再訴願決定、訴願決定及原處分外，皆要求被告（公平交易委員會）另為適法處分，以昭折服。其中賴俊宇與太平洋建設案，最高行政法院主要是以許多事實尚未完全究明，必須由被告查明待究明事項後，再另為適法處分。比較有爭議的是林國卿與喬木建設案，最高行政法院首先認為公平交易法所保護之法益包括保護同業競爭者及交易相對人之利益。行政院公平交易委員會對於違反公平交易法規定，危害公共利益之情事，得依檢舉或職權調查處理，亦為同法第二十六條所明定。公平交易法所保護法益之直接利害關係人，依同法第二十六條規定檢舉之案件，具有類似刑事訴訟告訴人之地位，對檢舉案不予處理之處分，得提起行政爭訟。原告向喬木建設購買建物，認其廣告有不實，向公平交易委員會提出檢舉，公平交易委員會以函覆原告謂，喬木建設並未違反公平交易法第二十一條。此項函覆影響原告得受公平交易法保護之利益，被告上開函覆並非單純陳述事實或意思通知，應屬行政處分，得為行政訴訟客體，亦即此項拒絕處分喬木建設的函覆為一行政處分。最高行政法

⁷⁴ 最高行政法院判決八十九年度判字第 3024 號判決。

⁷⁵ 最高行政法院判決九十年判字第 146 號判決。

院認為虛偽不實之廣告對於同時同區域依法從事銷售行為之同業，已造成不公平競爭，因屬違反第二十一條第一項之規定且公平交易法第二十一條第一項規定，係在禁止不公平競爭行為，非以保護實際交易相對人為其主要目的，因此認為公平交易委員會以原告是否因本件不實廣告受有重大損害仍有待論，並且認本案尚難認有違反公平交易法第二十一條第一項之規定，於法尚有誤會，而有適用法律不當之違法。此處之見解顯然與鶴翔案中的見解有所不同，公平交易法第二十一條第一項立法目的之問題是否為公平交易委員會的判斷餘地，而不允許最高行政法院加以審查，涉及到法律解釋之問題，就此點而言，公平交易委員會的見解相對於行政法院而言，應享有較高的地位。且依公平交易法第二十一條立法理由一指出，事業常為競爭之目的，...作虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，致他人誤信而與之交易遭受侵害，故明定禁止，最高行政法院在此應尊重立法者之意志。

2. 涉及第二十條仿冒行為，由行政處分相對人提出撤銷訴訟者為台灣帝納實業股份有限公司案⁷⁶，本案僅是命回收之處分已喪失其法律上之依據，亦即原處分（違法行為之制裁，停止違法行為）已被撤銷，命回收處分已無所附著，因而撤銷之，此並不涉及實體上的問題。另由檢舉人提出行政訴訟者為好來化工股份有限公司案⁷⁷，最高行政法院認為公平交易委員會於認定「黑人牙膏」與「白人牙膏」是否有混同誤認之虞時，應有再詳予調查之必要以及公平會對於原告所提出之市場調查報告並未妥善處理為由，認為公平交易委員會於證據取捨、認定事實及適用法律上似乎有欠允洽，因此撤銷再訴願決定、訴願決定及原處分，由被告再詳予查明後，另為適法處分。是否有混同誤認之虞，涉及專業之判斷，行政法院應尊重公平交易委員會之見解，惟如何改進訴訟證據之取捨與事實調查之技巧，以及如何面對當事人所提出之專業市場調查報告，將是未來行政訴訟中必須克服的難題。
3. 涉及第二十四條由行政處分相對人提出者有泰賀建設案、香港商·荷蘭營養女神台灣分公司案⁷⁸以及華康科技開發股份有限公司案⁷⁹。華康案中，公平交易委員會認定原告以不當告發

⁷⁶ 台北高等行政法院八十九年度訴字第 1689 號判決。

⁷⁷ 最高行政法院判決八十九年度判字第 2549 號判決。

⁷⁸ 台北高等行政法院八十九年度訴字第 638 號判決以及最高行政法院，八十九年度判字第 3830 號判決，有關此二判決之評論，蕭文生，公平交易法有關欺罔及顯失公平之裁判之評析，公平交易法裁判學術研討會，台北，民國九十年。

⁷⁹ 行政法院八十五年判字第 2891 號判決。

從事不公平競爭，已逾越保護專利其專利權必要之程度，核屬濫用權利之行為，對於建立及確保合理競爭環境確有妨礙，並足以影響其他事業之產銷活動，違反公平交易法第二十四條之規定。惟行政法院認為原告之行為係依照專利法行使權利之正當行為，且無行使權利過當之情形，依公平交易法第四十五條規定，應無該法之適用，公平交易委員會之決定尚有未洽，因而撤銷原處分有關公平交易法第二十四條部分。行為是否適用公平交易法與行為適否為行使權利之正當行為而得排除公平交易法之適用，公平交易委員會似乎較有專業能力來判斷之，行政法院於公平交易委員會之決定無顯然違法時，自應尊重之。惟此項觀點在本案在審之訴時⁸⁰，行政法院雖然亦認為，「關於行政機關對於不確定法律概念有判斷餘地，於我國固有理論及實務上所認同」，但認為本案公平交易委員會之決定顯然係基於錯誤事實之認定，因此自得審查且認為原告指原判決未尊重行政機關對於「正當行為」之判斷餘地，無非係法律上見解之歧異而已，因此駁回公平交易委員會所提出之再審之訴。

4. 此外涉及第二十條第一項及第二十四條而由檢舉人提出訴訟者為美商·寶鹼股份有限公司等案⁸¹，高等行政法院就此項爭議共有四個重要問題的論斷，首先是承認在一定情形下，檢舉人具有提起課予義務之訴之訴訟權能，換句話檢舉者若是以受不正競爭行為影響之事業主體身份為之，因其主張自身商業利益已因他人不正競爭行為而受到侵犯，此時公平交易委員會不僅有進行調查之作為義務，而且如果檢舉人檢舉之事實屬實，並有依檢舉人之請求，對不正競爭者進行制裁之義務。若公平交易委員會認定檢舉之事實不成立，而拒絕對遭指訴之不正競爭者作出規制性之制裁或管制時，此種拒絕即符合行政處分之要件，檢舉人可以提出行政爭訟及課予義務之訴。第二認為原處分之作成，雖未經合議程序，但該項瑕疵得以補正，不影響行政處分之效力；但未踐行證據調查程序，屬於不可補正之程序瑕疵。第三則是認為公平交易委員會於重行調查時，公平交易法第二十條之實體構成要件必須注意其所提出的事項。第四則係表示該院對於公平交易法第二十四條於本案適用性之看法。根據上述論點，該院認為本件原告之訴為一部有理由，一部無理由，撤銷再訴願決定、訴願決定及原處分，並判決命被告應就原告於八十八年五月五日檢舉參加人商真股份有限公司、三商行股份有限公司違反公平交易法第二十條第一項第一款及公平交易法第二十四條規定之事件，參照本判決

⁸⁰ 行政法院 86 年判字第 2660 號判決。

⁸¹ 台北高等行政法院八十九年度訴字第 1004 號判決。

所示之法律見解，另為處分。高等行政院所為的四個論斷中，第二項涉及原處分形式的合法性，無論係合議程序或調查程序之問題，應屬其得完全審查之領域⁸²。至於檢舉人是否有提起課予義務之訴之訴訟權能，則必須取決於是否符合行政訴訟法第五條第二項之規定，而重點在於此項檢舉是否可以等同該項所謂依法申請案件且申請公平會為行政處分、檢舉函覆是否為駁回處分，以及檢舉人是否因為公平交易委員會之不處分而權利或法律上利益受到違法損害。此時重點在於公平交易委員會依第二十六條規定調查處理後，認為事業行為違反公平交易法規定時，是否必須依第四十一條之規定予以處分或得依其裁量權決定是否及如何處分。公平交易法第四十一條之用語「公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處罰新台幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰...」與第四十條規定「事業結合應申請許可而為申請...，處新台幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰。」以及第四十三條規定「公平交易委員會依第二十七條規定進行調查時，...處新台幣二萬元以上二十五萬元以下罰鍰；...」相比較下，公平交易委員會於第四十一條之情形依字義上而言，似乎應享有決定裁量及選擇裁量，亦即先決定是否處分，再決定採取何種措施。在公平交易委員會實務上亦有對於違反公平交易法的行為並不立即處分，而係以行業導正的方式來替代處分的情形，因而是否有權申請公平交易委員會依公平交易法第四十一條作成處分，在公平交易委員會有決定裁量權下，不無疑問。當然若裁量限縮至零情形發生，則另當別論。因此是否適用行政訴訟法第五條二項之規定，應再斟酌。若非課予義務訴訟之類型，則是否得依行政訴訟法第二百零二條第四款規定命公平交易委員會依該判決所示之法律見解另為處分，不無疑問。即使係課予義務之訴的類型，行政法院是否在指摘公平交易委員會證據調查、程序缺失及要求公平交易委員會於重行調查事實、審酌相關因素時，必須參酌行政法院意見外，是否得以自己判斷替代公平交易委員會的判斷，例如「結論並非正確」或「顯不可採」的用語，而要求公平交易委員會依其見解作成處分，而不去侵害公平交易委員會依法獨立行使職權之保障，似乎有再考量之必要。

5. 涉及第十九條第三款、第二十一條及第二十四條者為博士倫股份有限公司案⁸³，本案有幾點

⁸² 若認為調查程序屬於無法補正之瑕疵，則行政處分已因程序瑕疵而成為違法，是否有必要再作實體審查，不無疑問。

⁸³ 台北高等行政法院八十九年度訴字第 956 號判決。

論點值得重視，首先博士倫公司係針對公平交易委員會八十八年十月十三日(88)公貳字第8802437-005號函提出訴願、再訴願皆被駁回，再向行政法院提起行政訴訟。惟行政法院認為原告請求被告續行調查愛爾康大藥廠股份有限公司之違反公平交易法行為，並依調查之結果另為處分，核屬請求被告為一定之事實行為，為給付訴訟，與公平交易委員會(88)公貳字第8802437-005號是否為行政處分之爭議已無涉，本院自無庸再就該函之性質為判斷。原告之請求究竟係續行調查、另為處分或續行調查並依調查之結果另為處分，應先究明，僅是要求續行調查，則屬公平交易法第二十六條之範圍，該項調查行為應屬事實行為，因此提出一般給付訴訟並無錯誤。但若要求公平交易委員會依公平交易法對於違反該法者，作出處分，則該項處分應否定性為事實行為而屬一般給付訴訟之範疇，不無討論之餘地，換句話說公平會該函究竟係拒絕調查處理或已調查處理但認為並無違反公平交易法而拒絕依檢舉人之意見處罰被檢舉人，涉及到檢舉人向法院請求的標的與判決之內容，而此與該函之法律性質息息相關，是否無庸判斷，應有再審酌之餘地。

至於藥事法與公平交易法之間是否存在特別法優先普通法之情形，行政法院自立法目的與規範對象均有所不同的觀點來認定二法之間並非存有「適用藥事法即排除公平交易法」之關係，兩者間並無中央法規標準法第十六條所定「特別規定優於普通規定」之情形，認為公平交易委員會中止檢舉案之調查並不足採。此項結論可資贊同，惟仍必須考慮的是該項違反藥事法規定之廣告行為，藥事法是否已作成終局的制裁，換句話說行為的違法性及影響，若已在藥事法中充分考量而由立法者提供排除其違法性所必要的措施時，則是否仍得再以其他相關法律對該行為為法律上之評價，不無疑問。

至於是否有續行調查的必要，應非如行政院所指，本件檢舉案公平交易委員會自不得因台北市衛生局已依藥事法相關規定裁處被檢舉人在案而中止被檢舉人涉有違反公平交易法相關規定之調查或逕將檢舉案移由衛生主管機關處理，況台北市政府衛生局對於廣告之有無貶損他事業以致影響公平競爭，並無認定，本件檢舉案公平交易委員會自有續行調查之必要。對於違反公平交易法規定之行為，公平交易委員會調查處理的主要考量點在於「危害公共利益之情事」是否存在。是否有續行調查之必要，應自此觀點論證，較為妥適，而此項認定，應屬公平交易委員會具有判斷餘地之領域，行政法院僅能在有判斷瑕疵下，才能審查並推翻公平交易委員會之認定。

(二) 公平交易法爭議與訴訟類型

由於修正後的行政訴訟法增加了新的訴訟類型，人民傳統上僅能以撤銷訴訟來保障權益的時期已經過去，行政訴訟法提供了更適當、能夠完全滿足人民權益保障的訴訟類型。雖然如此，撤銷訴訟的地位並不因而減弱，換句話說，人民因中央或地方機關違法行政處分而損害其權利或法律上之利益者，仍得於提出訴願未獲救濟時，向行政法院提出撤銷訴訟。因此對於公平交易委員會所為的不利處分，例如公平交易法第四十條至第四十三條之罰鍰或其他命改正、命解散或停止營業等，事業自可依法提起撤銷之訴。此外，針對於依法必須給予之授益處分，例如事業對於聯合行為許可之申請，事業於依法申請而被拒絕時，則不應再提起撤銷拒絕給予許可之訴訟，而係應依行政訴訟法第五條第二項規定提出課予義務之訴。相同情形亦適用於，依法申請而公平交易委員會於法定期間內不為許可與否之決定時。此外，對於公平交易委員會的事實行為，例如為行政指導或其他調查行為，事業如認為有爭議時自可依行政訴訟法第八條之規定提出一般給付之訴，請求不作為或不作為。至於有關行政和解契約之爭議，原則上應係提起一般給付之訴，僅在例外情形，提起確認訴訟。

比較有爭議的應該是檢舉人對於公平交易委員會的檢舉函覆不服時，應提出何種訴訟，此觀諸在美商寶鹼股份有限公司案，行政法院認為係課予義務之訴以及博士倫股份有限公司案認為係一般給付之訴之差異自明。兩類型訴訟之基本不同點在於，課予義務之訴係人民向行政法院請求行政機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分，而一般給付之訴則係人民請求行政機關作成行政處分以外之其他非財產上之給付或財產上的給付。至於是否可以獲得勝訴判決，亦即是否有理由，則屬另一項問題。因此訴訟類型的判斷必須考量檢舉人其檢舉內容以及公平交易委員會函覆的內容，並無法一概而論。例如檢舉人並未提出被檢舉人具體違法事由，公平交易委員會根本無法調查而逕以不予處理函覆或認為檢舉事件不屬公平交易委員會管轄，而函覆移請主管機關處理者，則此時必須考量其檢舉行為是否符合依法申請之案件或僅因該項函覆使得檢舉人與公平交易委員會發生公法上關係而使其有請求公平交易委員會為行政處分以外之其他行為之權。一般而言，若公平交易委員會根本未開始任何的調查行為，則檢舉人應針對公平交易法第二十六條規定請求公平交易委員會為調查行為，則此時一般給付之訴應是較適當之選擇；若公平交易委員會已有調查行為，但最後仍然認為被檢舉人並未違反公平交易法之規定或雖然有違法行為，但並未予以處罰時，則檢舉人應針對公平交易委員會並未正確適用其所

檢舉被違反的公平交易法規定及相關的制裁規定，請求公平交易委員會依上述規定對被檢舉人作出正確的行政處分，則此時，課予義務訴訟應是較適當的選擇。上述分類僅是提供思考的方向，正確的訴訟類型選擇仍必須斟酌個案的具體情況，才能確定。

陸、結語

公平交易法之行政爭訟問題與公平交易法所保護的法益、公平交易委員會之組織設計、職權行使方式以及行政爭訟應有之功能與運作能力息息相關。作為保障並促進自由及公平競爭制度，維護市場正常運作的公平交易法當然會涉及到競爭者、交易相對人與一般大眾之利益，但此並非謂公平交易法之個別條文皆有相同之保護對象，亦非謂公平交易法的個別條文皆同時保護三項法益。具體之保護對象與得主張權利之主體必須自個別條文中透過解釋來探求。為確保公平交易委員會於運作時，不受干預，故明定公平交易委員會依法獨立行使職權，並以合議制組織之設計及成員專業化之要求來強化公平交易委員會決定之權威性。此項保障使得公平交易委員會於行政體系內享有特殊地位，尤其在行政監督範圍內僅受合法性監督而不受合目的性監督，以充分尊重公平交易委員會之專業決定。

我國行政爭訟制度近年來有大幅之修正，公平交易爭議如何面對此項改變，成為適用公平交易法的重大課題之一。雖然公平交易委員會之決定係基於高度專業所為，惟在現行體制下，並無一般性例外免除訴願程序之規定，因此基本上仍適用訴願法。惟行政院於訴願程序中應僅能就公平交易委員會決定之合法性加以審查，而不為得合目的性審查，蓋公平交易委員會之組織及職權行使設計較能完成公平交易法之任務。此外由於我國公平交易法同時包含不公平競爭與限制競爭規定，而兩者之本質並不相同，因此在涉及不公平競爭時，行政院得審查公平交易委員會決定之實質合法性，但有關限制競爭事項時，則僅能審查公平交易委員會決定之形式合法性。行政訴訟訴訟類型之增加，改變了僅有撤銷訴訟之困境，提供人民對抗公權力措施更多之途徑。針對公平交易爭議應如何選擇正確訴訟類型，以有效保護權利，尤其是針對檢舉函覆之爭議，將牽動人民與公平交易委員會間之關係。此外行政法學所發展出來的不確定法律概念與判斷餘地之理論，亦將影響公平交易爭議於訴訟程序上之進行，尤其是課予義務之訴之結果，亦將牽動行政法院與公平交易委員會間之關係。雖然目前已有部分判決顯示，行政法院與公平交易委員會間意見不同之處，甚至公平交易委員會之處分亦有遭撤銷之情形，惟仍有待更

多的案例來釐清兩者間之權限差異與行政法院審查之界限，此亦是公平交易法下一個十年必須面對的挑戰。

參考文獻

一、中文部分

1. 王立達，司法審查之對向發展—再論公平會不作為檢舉函覆之行政爭訟，政大法學評論第 64 期，第 343-369 頁。
2. 李惠宗，行政法要義，民國八十九年。
3. 李震山，行政法導論，修訂 4 版，民國九十年。
4. 吳庚，行政爭訟法論，初版，民國八十八年。行政法之理論與實用，增訂 7 版，民國九十年。
5. 翁岳生，不確定法律概念、判斷餘地與獨占事業之認定，法治國家之行政法與司法，第 91-106 頁，民國八十三年。
6. 徐火明，公平交易法論—不正競爭防止法，民國八十六年。
7. 陳敏，行政法總論，第 2 版，民國八十八年。
8. 陳櫻琴，公平會獨立性之研究，公平交易季刊，第 7 卷 1 期，第 65-98 頁。
9. 許宗力，行政處分，翁岳生編，行政法 2000，第 539-629 頁。
10. 黃茂榮，公平交易法理論與實務，民國八十二年。
11. 黃銘傑，論公平交易法上的檢舉與公平交易委員會之不作為，人文及社會科學集刊，第 10 卷 3 期，第 421-450 頁。
12. 蔡茂寅．李建良．林明鏘．周志宏，行政程序法實用，民國八十九年。
13. 廖義男，公平交易法之釋論與實務，民國八十三年。行政處分之概念，行政法爭議問題研究（上），第 375-419 頁。
14. 劉宗德．彭鳳至，行政訴訟制度，翁岳生編，行政法 2000，第 1119-1323 頁。
15. 蕭文生，訴願法修正評析（上），軍法專刊，第 45 卷 10 期 25-31 頁。
16. 蘇永欽，檢舉人就公平會未為處分之覆函得否提起訴願，公平交易季刊，第 5 卷 4 期，第 1-28 頁。論不正競爭和限制競爭關係 - 試從德國現行法觀察，民法經濟法論文集（一），第 285-430 頁，民國七十七年。

二、外文部分

1. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 19. Aufl., 1996.
2. Eyermann, VwGO Kommentar, 11.Aufl., 2000.
3. Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, 1994.
4. W. Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1983.

評論

林次長錫堯（法務部）

主持人，各位先進，非常榮幸能參加這個研討會。

從早上到現在，我們談了產業政策、經濟政策、競爭政策，一會兒又是國際的，就好像飛機在空中飛一樣，現在突然間要著地了，要去談個案的，到底行政法院可不可以審查？審查範圍多大？到底訴願委員會可不可以審查？這的確是一個問題，我真希望今天在座有更多行政院訴願委員會的委員或工作人員，還有行政法院的法官，在座有最高行政法院的陳庭長，也可以做代表。

的確，這是一個很大的問題，我想時間也不是很夠，我希望不要超過時間，大概基本上面，這個問題點，最好的解決方法，在我看來應該透過立法解決。事實上，我們法務部在參與各部的法制作業時，就有一種感覺，就是，通常行政性的法律，大概都會注意到各個法律要規範的領域的相關問題，充其量實體解決了，再來一些是程序法上的考量，或救濟法方面偶爾再點綴一下。事實上，最理想的型態，還是從體系性的考量，在實體法上就要去考慮到總則性的體系問題。

在程序法上，現在有行政程序法，又有行政訴訟法，怎麼去配合？有沒有困難？就是因為平常缺乏這種體系性的考量，所以就產生了諸多的問題出來，包括現在健保引起執行的問題，公法、私法的區別問題，還有，權利怎樣去落實執行，訴訟救濟可能性的問題，統統會出來。

一個特別的行政法律是不是要排除這些原則性的法律規定？行政程序是有原則性的，行政訴訟法有原則性的，我們是不是應該排除他？像這些，老實說，都是立法上面沒有去注意到的，事實上也很難注意到的問題。因為各位如果有參與法制作業、立法過程的就知道，要通過這些法律已不容易，何況還有那麼多問題。可是就是因為這樣子，問題在實務運作上就跑出來了，不是只有公平會有這一類的問題，其他各機關也有相似型態的或同因素產生的問題。要解決這個問題，就變成要回溯到一般的行政法的原理原則去考量。我想，蕭教授這一篇文章的用意，也無非從這個行政法的一般原理原則的角度，再切進到公平交易法的規定和實務運作，然後在具體的個案獲得答案。

對於這種模式，還有層層的分析，我個人都表示贊同，基本上，他的問題呈現兩個行政法總則性的問題，而這兩個問題都是高難度的問題，就是剛剛提到的，像檢舉信函的答覆，是不是行政處分？這個涉及到人民公權利的問題，在什麼情況下，人民可以根據公平法，對公平交易委員會發生公法上的請求權，這是一個問題。

這個問題可以回溯到行政法總則的主觀公權利的理論問題。一般行政法教科書或老師都會去提，還有一些著作表現出來，但是，問題在，落實到具體的個案的時候，判斷就非常困難。尤其是採取所謂「規範保障目的說」這樣的理論做依據時，我們大法官會議第四六九號解釋也是採取這樣的見解，這樣子的觀點，是不是只要有一個法是保障私益的，哪怕是公益也有保障的成分，只要有私益的成分在裡頭，就認為人民有公法上的請求權，就可以要求公平會來做相關的處理？這樣子是不是會把國家的行政資源，乃至於司法資源過度浪費？可是，有沒有更好的解決方法？要不要進一步考慮、區分主要的利益或次要的利益？在利益衡量要不要有細膩的功夫？或乾脆在立法上就明明白白，像切豆腐一刀兩斷，這個都是可以再去考量的問題。

另外一個問題，就是不確定法律概念判斷餘地的問題。在這個，比如說行政法院來講，到底行政法院可以審查的範圍多大？我很佩服蕭教授，他把問題點，不是單純從公平會是獨立行使職權這樣子的邏輯，馬上就導出來一個結論，而是透過不確定法律概念到判斷餘地的理論來導出結論，並採用最近的規範授權說。從這個角度來切進來，可以找到答案，我個人是贊同這樣的做法。

至於訴願會，到底有沒有審查權？範圍多大？當然蕭教授的文章裡頭也簡單提到了，就是大概他有考慮到所謂不確定法律概念判斷餘地，這個專有名詞本來是處理行政法院與行政機關界限的問題，他現在另外提出一個標準，針對受理訴願機關與原處分機關的權限區分問題，我看那個標準大概也考慮到立法者的意志，所以我想，是不是也是一個不確定法律概念判斷餘地理論的修正與應用。

總而言之，這是一個未來還有待具體化的問題，我們承認，公平會對公平法上某些不確定法律概念有判斷餘地，但是怎樣來具體化？怎麼樣來判斷，倒是有待將來大家再去發展的課題。再來，我想另外再提出幾個小意見。

第一個，我認為所謂判斷餘地，是具體個案的判斷餘地，這必須要個案來認定的，是個案

要適用某些法規的時候，從這些法規來觀察，看看是不是公平會有判斷的餘地，因此，訴願委員會或行政法院不宜來加以審查，而且，也可能並不是整個案件，而是某一個案件裡的某一個因素，不是行政法院能審查的，或不是訴願會能審查的。

第二個觀點就是說，當行政機關享有判斷餘地的時候，行政法院或受理訴願機關是一種有限度的審查，並不是完全不審查。有限度的審查到底是界線在哪裡？通常觀念是指，當一個訴願委員會或行政法院能力所不及的，就是他的界限所在。

因此，當然蕭教授提出形式審查、實質審查，這個原則性的觀點，只能說是一種原則性的描述，可能內涵也容許有一些實質審查的可能性，我講的不只有公平會，比如說像考試院或其他機關的行政處分也可能有類似的問題。假如說大家已經客觀有標準存在，那時候已經是訴願會，或者行政法院可以用這個客觀標準來審查的時候，這就是他能力所及之處，就不發生界限的問題。大概以上我簡單做一個心得報告，最主要還有待實務的發展，還有立法的解決。以上簡單提供參考，希望不要影響大家的時間，謝謝。

論公平交易法與消費者保護法之交錯

朱柏松*

壹、序說

科學技術不斷地創新、突破，克服了自然加諸於人類生存上的障礙，自動化的生產手段，打破了手工製造的侷限，於是自第二次世界大戰以後，世界的大部地區就不斷地出現經濟榮景，大量生產、大量銷售以及大量消費的消費社會於是乎形成。台灣在這一波經濟發展社會演進的腳步，比起諸先進國家雖然晚了一些，但也在於一九八零年代脫掉農業社會的外衣，蛻化成不折不扣的工商業社會經濟高所得的國度。

由於經濟不斷地高度成長，人民的生活水準相對漸次提高，權利意識亦漸次高昂，因此，除在政治上要求完全民主、自由之外，消費者權利的保護的呼聲亦此起彼落，在市場經濟結構的前提下，自由公平的市場交易亦是從事生產行列者所追求的理想¹。影響所及，自民國七十年代開始，就展開一波波起草、頒行保護消費者權益，以及貫徹公平交易等法律的運動。

經濟之高度成長、市場的公平競爭，與消費者權益的獲得確保，二者之間原是居於相互因果、互相影響的關係，因此，在我國公平交易法以及消費者保護法兩法的立法過程當中，最初之公平交易法草案，是合併消費者權益之保護被加以草擬的²，只是後來由於行政院政策轉向，

* 台灣大學法律系教授。

1 公平交易法係在民國七十年五月由行政院以院會責成經濟部進行研究、起草，當時起草的背景，依所存在的資料顯示，由於我國經濟強勢的成長，美國方面以其新貿易法第三零一條作為要脅，要求我國必須促速公平交易法以求因應。不過，一九八零年代我國不公平交易的現象甚為嚴重，特別是欺罔、不實買賣，以及盜用、仿冒商品商標等。因此，公平交易法特別是關於不公平競爭方面之規範的制定與頒行，亦是為工商業者所期盼的。關於這方面的詳細，可參照立法院公平交易法案審查會之紀錄，載立法院秘書處編印之法律案專輯「公平交易法案」（第 132 輯，民國八十一年六月出版）第 44 頁周文勇委員、第 63 頁以下顧儉德顧問（全國工總顧問），第 87 頁以下王又曾理事（全國商總理事）發言。

2 依最初起草之公平交易法草案，係列有「消費者權益保護」的專章的，只是草案在民國七十五年五月送立法院審議前即被加以除去。參照前揭公平交易法案審查會紀錄（註 1）第 46 頁林鈺祥委員發言。

決議先行起草公平交易法，消費者保護法方面他日另行起草、頒行，從此走向兩法「各奔前途」的命運，尤其糟糕的是，民國七十五年行政院決議放棄制定消費者保護法，並指示內政部擬定「消費者保護方案」，思以行政命令推動消費者保護工作，於是民間團體消費者文教基金會，乃以極其積極而且堅定之態度，導入歐美極其先進之消費者保護之法理念，推動、起草消費者保護法案。民國八十年二月四日以及民國八十三年元月十一日公平交易法（以下簡稱公平法）及消費者保護法（以下簡稱消保法）³，分別完成立法，並公布、施行，從此確立消費者權益之保護分別受到兩個各自獨立的法典加以規範的命運。

如前段所分析者一般，儘管公平以及消保兩法其成立的終局目的都在於保護消費者之權益，不過，在方法上所採的並非完全相同；前者係透過由行政機關，亦即公平會對於企業經營者⁴的各種違反市場公平交易行為之強勢干預、介入為其主要之方法而達到目的，但後者則著重於消費者權益受害之預防以及事後之救濟。具體言之，前者對於事業之結合、連合等行為，採取許可制，於其違反許可時，則為處罰上之處分，例如對於獨占以及其他不公平競爭之行為，則課以為處罰之處分，以達到禁止或干預之目的，從而實現確保消費者權益之目的，不過，對於消費者受有損害時，亦容許消費者依司法方式進行救濟。反之，後者雖亦設有行政機關，亦即行政院消費者保護委員會，推動消費者權利保護之政策，但這個機關只是一個消費政策之研擬以及審議之機關而已（消保法第四十條、四十一條），具體違反消費權益保護之行為即取締、處罰，似乎力所未逮，因此，幾乎所有消費者權益之保護，都只能透過司法程序之進行始可獲得保護及救濟。

由於兩法在消費者權益保護的態度與做法有上述一般差異，因此，現實上在消費者權益維護的效果與程度自有其截然的差異，依公平會所統計的資料，屬於確保消費者權益最具直接作

³ 關於消保法之起草及完成立法，其詳細可參照，邱清華著，「消費者保護法誕生迎接消費新時代」，載「消費者保護法導讀」（民國八十三年消費者出版公司出版）第 29 頁以下。以及拙著「消費者保護法論（民國八十八年增訂版，著者自刊）」第 5 頁以下。

⁴ 不論是消保法或公平法，皆有所規範之行為或責任主體，只是前者稱之為企業經營者（二條二款），而後者稱之為事業（二條）而已，但儘管稱呼有異，但在意義之內涵上應無差別，蓋依消保法第二條第二款，以及同法施行細則第二條之規定，應可納入公平法第二條所規範的四個類型，即使是政府機關以及具公營色彩之財團法人，例如工研院等亦然。關於此，可參照公平會民國八十一年七月十一日研職第 29 號函及同年 25 號函。另外，尚可參照拙著「論日本行政機關適用公平交易法之範圍」一文。本於此，以下如責任主體涉及兩法時，即逕稱之為業者。

用之違法審決(處分),自民國八十一年至民國八十九年,九年間共有一千四百四十五件,如以事件之家數計算,則為二千二百七十六家,這其中當然包括限制競爭、不公平競爭以及非法多層次傳銷等各部分。不過,其屬於不公平競爭之件數及事業的家數,則分別各占其中百分之七十一及百分之六十六以上⁵。由此數字以觀,關於消費者權益之保護,公平法因有強力之行政行為之介入,在績效上無寧是甚為彰顯的。與此相反的,消保法雖然係完全以保護權益為其立法目的的法典,但由於法典對於消費者權益之保護,完全將之定位為以司法救濟為主,因此,雖亦容忍行政權力予以介入,但終究少見有足以讓人欣慰的績效⁶。這可從商品、服務責任實務上難有一個明確立場⁷,以及重大足以透過團體訴訟以獲解決的案件,迄今仍無一個具體成果見諸於世可供說明⁸。

關於消費者權利之意義與內涵,迄至目前仍以「國際消費者結構(Consumer International - IOCU)」所揭示之八大權利⁹為一般人所廣泛接受,而落實權利保護的法律亦大致也都繞著這

-
- 5 相關資料引自公平會民國九十年三月印行之民國八十九年「公平交易統計年報」第 94、95 頁。
- 6 關於消保法之實施難期充分確保消費者權益一點,除可參照拙著「消費者保護法施行滿一年總檢討」(載國家政策研究中心出版,第 109 期「國策」-一九九五年四月四日第 4 頁至第 6 頁)外,於此尚待補充提及者是,以各目的事業之中央機關為主管機關,去推動消保行政,由於會構成角色矛盾,自然甚難期待其會有具體之成效。
- 7 例如醫療糾紛究否屬於消費爭議之法律事實,而有否消保法之適用問題,不但在學說上意見甚為分歧,甚至在立法例上以及我國實務上之立場亦甚為不一致。就我國實務而言,屬於醫療行為有適用消保法之指標性案例之肩難產案,三審皆持肯定之立場(台北地院 85 年訴字第 5125 號判決、台灣高院 87 年上字第 151 號判決、最高法院 90 年台上字第 709 號判決)以外,早產兒視網膜病之士林地院 89 年訴字第 1185 號判決,椎間盤破裂突出合併神經根麻痺症之台中地院 89 年訴字第 1701 號判決案亦然。惟其持否定,並排除消保法之適用者,亦非少數。關於其詳細可參照黃立著「商品與服務責任實例與問題」(民國九十年十月二十二日法院與消費者保護適用座談會)第 3 頁至 47 頁。
- 8 迄至目前僅有由消保團體「消費者文教基金會」提出,因九二一震災建築物倒塌傷亡損害賠償之四個(台北博士的家、台中新坪生活公園、德昌新世界,以及東勢王朝)團體訴訟,但都只在第一審法院審理中。
- 9 所謂八大權利包括生活基本需要受到保障之權利(basic need)、安全的權利(safety)、被告知的權利(information)、選擇的權利(choice)、反映意見之權利(representation)、接受補償之權利(redress)、接受消費者教育之權利(consumer education)、以及在健全環境中生活之權利(healthy environment),係由國際消費者機構,摘取美國總統甘迺迪於其特別咨文所提四大消費者權利,於一九六三年加以補充而成的,另外,IOCU 在此同時,亦揭示消費者尚負有包括批判意識(critical awareness)、自己主張及行動(action and involvement)、關心社會(social responsibility)、對環境自

幾個權利的類型而被加以制定頒行，儘管這些法律因彼此應有其各自不同之立法目的，所被列為規範之內容自應有所不同，因此，在立法方式上，有時並不必然會將這一些法規網納為一，而單以的「消費者保護法」加以稱呼，反而毋寧多數之立法例皆各自以不同的法律漸次完成為各自獨立的法典¹⁰。不過，雖然如此，由於諸法之目的既皆在確保消費者權利，因此，立法上自宜要求相互配合而形成條理、系統，如此方不至於形成諸法間有所矛盾，以致在法律之解釋及適用上發生窒礙難行，甚至因相互矛盾而喪失保護消費者權利之目的，相反地唯有諸法之間有其共同的立法基礎與精神，上面所標榜的八大消費者權益，始可獲保落實、實現。

公平法以及消保法，依其各自關於立法目的的規定觀之，應是其一在於實現消費者選擇上的權利（公平法），另一則在於完成消費者安全的權利、被告知的權利以及反映意見的權利，而且，亦都透過法律成立各自之行政機關積極加以推動、落實消費者權利之保護的法典。不過，如吾人在上面所述者，由於兩法是分別由不同所屬加以推動而完成的立法，在意識南轅北轍的前提下，兩法間竟然是重複規定者有之，各行其事者有之，甚至更有相互矛盾而難期相互配合者。不過，兩法既業經公布，施行自應有一定強制的执行力，究應如何對兩法為合目的性而且使之具法規範作用之適用與解釋。自是研究兩法之法學者所必須面臨之課題。

如同在前面所述及者，公平與消保兩法在當初立法之時即有合一立法的倡議，但因政策上的中途改變，致由民間團體自行起草消保法並經立法程序完成立法，且公布施行之，基於立法背景下的差異，當然亦由於兩法在法適用上及解釋上面臨不少困難與瓶頸，因此，自兩法分別公布、施行之後，合併兩法為一法、整合兩行政機關為一機關的倡議即不絕如縷¹¹。最近，關於政府再造的發展，依行政院研考會所擬具之「行政院組織法草案」，已決定決議將公平會與

覺(ecological responsibility)、以及連帶(solidarity)等在內之五大責任。

- ¹⁰ 據本人所悉，關於消費者權益之保護，採取如我國消保法合併商品責任、定型化契約、特種買賣、公平交易甚至於消費訴訟等加以規定，而立法者似僅有新加坡、以色列、英國、比利時、奧地利以及韓國而已，絕大多數仍屬分別就上述各部分分別加以立法。至於日本之「消費者保護基本法」，則屬綱領性、政策宣示性的法律，性質上並不具實証法之作用。
- ¹¹ 行政院部會之全面改組的計畫，其實自民國八十二年連戰內閣時即已開始推動，不過，由於阻力甚大，最後竟至幾無所成。民國九十年，張俊雄內閣成立後，即由總統府成立「政府再造委員會」，責成行政院研考會研議「行政院組織法」修正草案，目前（至民國九十年十月一日）草案業已完成，待經政府再造委員討論後即可定案、通過，並送立法院審議。參照聯合報民國九十年十月一日第一版記載。

消保會合併為一(名稱未定),使之成為一特別機構¹²。公平以及消保兩會將來會如何合併、整合目前固無法確知,不過,可以肯定的是,即使兩機關必然整合,但公平以及消保兩法關於消費者權益之保護的相關規範,一時之間應難有更動,即或將來非加以變更不可,亦屬法律修正之問題。在兩法尚未有所修正之前,如吾人在前面所述之法適用上以及法解釋上之問題仍將持續發生。因此,以下即以公平以及消保兩法在其交錯之部分,針對究應如何適用以及解釋加以分析說明之。如前面所述及者,公平及消保兩法最終之立法目的既在於保護消費者權益,因兩法係屬由各自不同所屬機關於不同時間先後完成之立法,自甚多有其交錯之部分,本文既在對於各該交錯之部分予以分析、探討,本應全部對之加以臚列、分析以及說明,但由於礙於篇幅,僅以損害賠償、不作為請求以及不實廣告及表示三大部分為限加以探討。

貳、業者之損害賠償及妨害排除責任

關於事業或企業經營者(亦即業者)應負損害賠償,在公平法以及消保法皆設有明文,前者即指其第三十條至第三十四條所規定者,至於同法第二十三條之一至第二十三條之三所規定者,則屬於多層次傳銷契約參加人解約時損害賠償,與此處所提之問題互不關涉。不過,異於公平法者,消保法關於損害賠償之規定並不在少數,其中屬於法所明文規定且可供為消費者損害賠償權之請求基礎者,固為其第七條第三項所規定者,不過,包括定型化契約違反規定而被論斷不生效力,或特種買賣因債務不履行,可由消費者向企業經營者請求損害賠償者,由於並非在消保法中設有供消費者請求損害賠償之明文,被害人反而只能分別依締結契約過失等之理論,以及民法第二百六十條之規定請求損害賠償¹³。另外,消保法中關於企業經營者違反消費

¹² 依業已完成之「行政院組織法草案」,現有行政院三十六個部會簡併成二十五個,二十五部會即包括四個特別機關及一個總署(由警政署、消防署以及海巡署合併成公共安全總署),而這四個特別機關其中之一,即為由公平會及消保會所合併而成之機關。

¹³ 按定型化契約僅在成立方式上異於一般契約而已(消保法第二條第七款,民法第二百四十七條之一),但在本質上仍屬兩造當事人意思一致而生法律效力之契約,故在契約係屬於企業經營者與消費者間所締結之前提下,關於其契約之效力,固應先行適用消保法之規定以論斷其效力,至於其非為消保法所未加規定者,於性質不牴觸定型化契約之本質的前提下,自應有準用民法之規定之可能與必要。依消保法規定,定型化契約如違反平等互惠、誠實信用(第十一條、第十二條),或有不記載或未預留審閱期間或記載情況特異者(第十三條至第十六條、細則第十一條、第十二條),各該契約條款甚至或整個定型化契約皆會被論斷為無效或不成立,斯時,自契約法理論而言,消費者似非無理由本諸締約過失之原則,向企業經營者請求信賴利益損害賠償之餘地。至若特種買賣雖依消保法第十九條規定,賦予消費者不附理由之契約解除權,惟若消

資訊之規範所生之損害賠償責任(第二十三條至第二十四條),以及第五十一條所規定之懲罰性之賠償,則屬於與公平法規定之交錯部分自當於本段詳細述及。

比較要加以提及者是,消保法第三條規定,「政府為達成本法目的,『應』實施下列措施,並『應』就與下列事項有關之法規及其執行情形,定期檢討、協調、改進之」。同樣地第五條規定,「政府、企業經營者及消費者均『應』致力充實消費資訊,提供消費者運用,俾能採取正確合理之消費行為,以維護其安全與權益」等,在外形皆係屬一強行性的法律規定,則於主體有所違反並因而致消費者有所損害時,並應有生損害賠償之餘地。惟當類似此一種法律或法規範,其實都屬於政策性之聲明,或只具有指導規範之性質,在性質上甚類似日本現行之「消費者保護基本法」、「公害對策基本法」一般,實在甚難期待其對具體之消費行為、公害事實加以規範,而生實証法規範應有之效力¹⁴,因此,充其量亦只成立國會或地方議會向行政機關提出審議、質詢,或監察機關加以糾正糾舉的理由,尚難容許消費者引用為向國家請求損害賠償之請求權基礎。

商品或服務責任之法規範,係屬於針對商品或服務,具有致人完全性利益(Integritaetsinteresse)於損害時所生賠償責任之規範,而定型化契約之規定,則又係屬企業經營者與消費者針對特定之契約,生違反公平、誠信原則,致應否論斷其為無效的一種法典,本質上與公平法以規範市場公共競爭、交易為手段,而達到確保消費者權益之立法,在適用主體、對象、範圍乃至於法效力之論斷上,尚有相當之差異而得以各自互不相糾葛¹⁵,故關於此二部分之損害賠償問題,即略而不論,僅就以下各點予以說明分析之。

費者並未解除契約,則契約自當然生效,苟或其後企業經營者對消費者有債務不履行之原因事實,消費者在消保法第十八條所定解除契約條件喪失後,仍應無礙其依民法債務不履行之規定解除契約,則因解約而生之債務不履行之損害賠償請求權,仍應不能被加剝奪。關於其詳細尚可參照拙著前揭書(註3)第365頁以下說明。

14 參照今村成和著,「私的獨占禁止法 研究(四)」(第五冊)(1976年有斐閣出版)第316頁至第318頁說明。

15 不過,和我國立法例尚有不同者是,在德國包括不正競爭防止法(Gesetz gegen den unerlaubteren Wettbewerb - UWG)第十三條第一項,營業競爭限制法(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung - GWB)(相當於我國公平法第二章所規定之獨占、結合以及聯合行為)第三十五條第二項,以及一般契約條款法(Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen)第十三條皆容許由團體提出損害賠償以及不作為訴訟。

一、公平交易法損害賠償規定之適用

關於損害之排除及賠償，如前面所曾述及者，公平法統一將之規定於其第三十條至三十四條計五個條文之中，依次各為損害之防止及排除（三十條）、損害之賠償（三十一條）、懲罰性賠償責任（三十二條）、損害賠償請求權消滅時效（三十三條）、以及損害預防、賠償判決書之公開揭載（三十四條）。上述公平法關於因事業違反正常交易秩序所生之損害賠償責任，在性質上係被定位為侵權行為損害賠償責任，因此，在責任性質，以及其他相關聯之部分，包括損害賠償請求權消滅時效，還有具回復名譽性質之法院判決之揭載，一則因論述已多¹⁶，二則亦與本文所述無具關係，爰省略不述，茲僅就下列三點予以分析、說明。

（一）一般消費者之損害賠償請求權

一般所稱不公平交易，在概念上，實包括反托拉斯行為，以及不正競爭行為，前者大致包括獨占、寡占、結合以及聯合等行為，反托拉斯行為之所以應受到禁止或取締，乃是由於各該行為係在於透過人為的干預、支配，左右市場之自由競爭，而達到其商品或服務對市場絕對之占有率為其直接之目的，因此，可以說反托拉斯行為之目的，就是在市場之絕對占有。於此相反的是，不正競爭行為之所以應依法加以禁止或取締，在其原因上，當然亦與其行為足以妨害市場交易競爭之公平，從而危害市場交易秩序乃至於一般消費大眾的權益，不過，更重要的理由，乃在於著重各該不正競爭行為在交易上之不法性及可責性。基於兩種行為上述本質上以及目的上的差異，綜觀包括美國、德國以及日本等國之立法，幾乎是分別針對上述各不同行為，而分別成立不同之法規範，使之異其效力而規範之。此處所欲談及之損害賠償，反托拉斯法以及不正競爭法各自的規範，就有其明顯差異之所在¹⁷。

我國公平交易法在最初立法時，不論學界或工商業界，甚至於立法院之間，多有鑑於該兩

¹⁶ 關於此，可參照拙著「公平交易法賠償責任人與損害賠償責任之研究」（民國八十二年公平會委託研究案「公平交易法行為主體研析」之研究報告），以及「論侵權行為及損害賠償請求權消滅時效」（載法學叢刊第172期、第173期）。

¹⁷ 以日本法為例，關於反托拉斯之行為，係受其「獨占禁止法」（私的獨占禁止及公正取引確保關⁶法律）之規範，因此，關於損害賠償係屬於無過失賠償責任，且其主張應於公正交易委員會有所審決之後始得向法院主張之（第二十五、二十六條）。與之相反的，不正競爭行為則係受「不正競爭防止法」之規範，由於該法並未設有主管之行政機關，因此，容許被害人有妨害排除請求權（第三條）及損害賠償請求權（第四條），二請求權可以訴為之，但亦無妨對事業逕行為之，且關於損害賠償責任之成立，應以事業有過失、故意為要件（第四條）。

種不公平交易行為在本質上的差異，並基於當時我國現實工商業發展的情況，倡議應分別立法而為不同的規範¹⁸，不過，最後採取兩者合為一法而加以規範之立法例，本於此，關於損害賠償之效力，亦統而適用於反托拉斯及不公平競爭兩種不正當交易行為之領域。

關於公平法第三十一條損害賠償責任成立要件，由於本條責任之性質，如前面所曾提及者，屬侵權行為之規定。故解釋上當符合侵權行為責任之成立要件，不過，這中間關於歸責條件在學說上並非完全一致；有認為公平交易法上損害賠償責任，在本質上既為侵權行為上之損害賠償責任，在其第三十一條未對之設有明文之前提下，自只有回歸民法之規定，以故意過失為必要。但亦有以公平法第三十一條既只規定，「事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，應負損害賠償責任」，不特別明列故意過失之要件，即應屬無過失責任之規定。或以第三十一條既強調違反本法之規定，即應有負損害賠償責任之餘地，即屬以違法性之具備代替過責之無過失責任之規定。甚至於亦有主張以第三十一條之規定為該當民法第一百八十四條第二項之保護他人法律，一旦事業有因本法所規定之原因致他人於損害時，即應該當為民法第一百八十四條第二項類型之侵權行為損害賠償之類型¹⁹。

關於此，吾人甚願自公平法規內容之本質去加以檢討並導出結論。如上面所提及者，公平法其實所規範之不公平交易係分為反托拉斯行為及不公平競爭，前者，事業的直接目的在於市場占有率的操縱，其對市場交易秩序的破壞係屬整體性的、全面性的，行為上的價值非難性反較潛在，因此，吾人以為對於此部份應課以無過失責任。其實一旦事業有為獨占、結合或聯合行為而謂其無可責性，當非現實之論，因此，就此部分課以無過失責任應屬適當。不過，關於不公平競爭之部分，不論係第十九條所規定之價格決定自由之妨害，第二十條之限制競爭或妨害公平競爭行為，或第二十一條至第三十條，以及第三十四條等之詐欺不實表示行為，其實都具有行為本身之可責性，而且亦應僅在具有可責性的情況下，始具有課予損害賠償責任之理由，故就侵權行為歸責理論而言，依公平法第三章論以損害賠償責任時，自宜依過失理論為之，方屬允當。

¹⁸ 參照前揭「公平交易法案」法律案專輯（註1）第42至44頁、第62至65頁記載。

¹⁹ 關於這一連串學說之介紹與說明，可參照賴源河編，「公平交易法新論」（2000年元照出版）第447至449頁（汪渡村執筆），以及黃茂榮著，「公平交易法理論與實務」（民國八十二年著者自刊）第520頁說明。

其實，吾人之所以會有如此之主張，乃是鑒於公平法第二十一條第四項本身關於損害賠償責任之規定所使然。按足以對消費者或其他人造成損害者，並不獨本條項所列者之情形，屬於本法第三章任何條文規定之情形皆有可能，蓋從第十八條至第二十二條，以及第二十四條之規定，皆屬於強行規定，因此，苟事業有所違反，其所欲為之法律行為，自當依民法第七十一條規定被論斷為無效，而無效之行為如有因而致他人於損害時，當亦生損害賠償責任，此一損害賠償責任在發生之理由上，或有主張係本於民法第一百十三條²⁰，但說法上似多主張或為民法之侵權行為之規定，或屬於包括民法第二百四十五條之一或第二百四十七條關於締約過失賠償之規定。不過，不論是本於公平法第二十一條第四項之規定²¹或上引民法諸條文，在歸責條件之要件上當只有故意、過失，斷無以無過失論斷責任之必要與理由。

另外一個關於本法損害賠償之構成要件有待討論之問題，就是關於損害賠償請求權之適格的問題。關於這一點，其實如就本法最初之立法草案所提之立法趣旨所言，應只在「維護交易秩序、確保公平競爭、促進經濟之安定與繁榮」而已，消費者權益之保護應不是本法之立法目的，故應單獨立法以規範之。不過，在審查會以及院會進行審查以及討論時，甚多專家、學者以及委員皆主張公平交易與消費者權益係一體兩面，同時亦應是本法所應加以規範之對象²²，故均主張應加列「保護消費者權利」。

本來，純就市場交易結構而言，該當為事業之種類，依公平法之規定(第二條)固屬繁多，

²⁰ 關於民法第一百十三條之定位以及其法律適用上之疑義，自來學者多所論述，實務上亦多有判決，惟立場並非完全一致。關於其最近動態之詳細，可參照詹森林著，「再論『民法第一百十三條與其他規定之競合關係 - 最高法院八十九年台上字第 2102 號判決評釋』」。九十年六月十六日第二次裁判研究會報告。

²¹ 關於公平法第二十一條第四項，其實在行政院送立法院審議(民國七十五年五月二十一日)時之草案，以及由部分立法委員提出之相對案(民國七十九年十一月三十日第一屆第 86 會期，由盧修一等五位民進黨立委所提)，皆未見有所記載或相類之文字，立法院經濟及司法委員會所完成之「審查修正案」，亦未對行政院送審之本條條文有所更動。本草案在提報院會討論時，因委員間對第二十一條有所爭議，經決定保留由各政黨加以協商，不過，在民國八十一年一月十八日第一屆第 86 會期第 51 次會議，協商後之第二十一條，就成為今天公布、施行之本法第二十一條的樣子，至於何以會形成這個樣子。包括其過程、理由皆未見記載。

²² 公平法在立法過程中，至審查階段即已在原草案之第一條明白列入「確保消費者權益」。依提議為文字增列之周文勇委員之發言，「公平交易法既然是為保護消費者權益，因此，不妨於條文中明白規定...」。本段文字增列，當時(民國七十六年十月二十九日第 80 會期經濟、司法第三次聯席審查會)，因未有異議而獲通過，該段文字就成為現行法第一條現在的規定。

即使就其事業之內涵分類亦跨及製造（包括生產、設計等）、行銷以及提供服務，而且為使其產品或服務達到「無遠弗屆」、「服務到家」，即使在行銷結構亦是「層層相疊，環環相扣」²³，因此，既使消費者在商品之買受、使用或服務之被加以提供，都是直接的對象，但純就市場生產、行銷組織關係，反而都是「最終消費者」，這種消費者所處的地位，在依公平法主張權利時，特別是請求損害賠償時，究否有其適格，換言消費者之所以受到公平法之保護，究否僅是一個法律上之反射，並非是法律承認消費者確有其權利，而得有所主張。

關於此，純就學理而言，不但就我國公平法而言會有說理上之爭執²⁴，即或在外國立法上亦未有一個定說²⁵。不過，吾人肯定一般消費者得為依公平法請求損害賠償（第三十一條至第三十二條）以及不作為請求權（第三十條）之主體。吾人之所以採此立場，一方面固如前面所曾述及者一般，包括公平法以及消保法皆係屬於實踐消費者權利保護之法典，更何況公平法在立法院審議過程，一而再再而三由立法者強調，消費者權益之保護亦是公平法之直接立法目的，而列為其第一條所加以明文規定者。不過，另外一方面，吾人反而以公平交易之立法目的，從其實質而言，應只在消費者權利之保護而已，至於公平法所規定對反托拉斯行為及不公平競爭行為加以取締、處罰，都只不過公平法以保護消費者權益這個目的，所採取的一個手段而已，而公平法第一條所謂「交易秩序」之維護、「公平競爭」之確保、「經濟之安定與繁榮」，看來也都是本法之立法目的，不過，這些目的皆不是在於給予特定人，反而係在給予僅具抽象存在之國家、社會而已。從這個立場來認識公平交易法的立法目的，並非只在於維護交易秩序、確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，而消費者權益之保護，只不過是這些目的之「反射利益」²⁶，

23 關於現代生產、行銷關係及其結構，可參照拙著「商品製造人侵權行為責任論序說」（為拙著「商品製造人侵權行為責任法之比較研究」【民國八十年五南出版社出版】所收）第 19 至 23 頁說明。

24 參照汪渡村著前揭文（註 19）第 438 至 442 頁說明。

25 關於此，日本學者的見解亦頗不一致，大致有從屬說、結果說、間接目的說以及經濟的從屬關係規律說。關於其詳細除可參照今村成和前揭書（註 14）第 331 至 344 頁說明外，亦可參照汪渡村著前揭文（註 19）第 439 頁。其實，日本對此問題學說趨於分歧，係自其獨占禁止法在一九五三年全面修正，變更其立法目的以後的事，在此之前獨占禁止法主要目的係在於支解舊有日本財閥，以建立市場公平公正之交易秩序，與消費者權利之保護，似乎並不具有直接必然的關係。關於此，尚可參照拙著「日本公平交易法適用排除問題之研究」（「公平交易法第四十六條第一項之探討」研究案報告）第 44 至 45 頁說明。

26 反射利益(droit reglet, Reflexionsrecht)，係指因法令之適用間接反射所生之利益，由於係屬利益故不受法律所保護，亦無由他人所得主張。法院公開審判（法組第八十六條）時，人民得任意

反而應該是消費者權益之保護才是公平法立法之直接、具體之立法目的，維護交易秩序業則反而只是一個與消費者權益之保護相互並存的抽象目的而已。

不過，在現實損害賠償之請求方面，在不公平競爭方面其足以構成違法，主要原因係來自於具體之具可責性的不公平交易行為，因此，在損害與被害人之關係較為明確以及具體，不論其係為事業、事業以及消費者或甚至於只為消費者。因此，關於請求權人之判斷應屬簡單，不過，在第二章屬於事業者之獨占、寡占、結合以及聯合某行為所生之違反本法之行為，由於係屬基於維持或爭取其商品或服務之市場占有率所以形成，因此，如欲論被害之直接對象則通常應為其他事業以及市場秩序，而消費者固亦應有發生損害之可能，惟終究是屬難予確定之多數，而且在損害上之論斷亦多流於不確定，因此，對於此部份之法律規範，毋寧是取締處罰遠多於損害的填補²⁷。雖然如此，吾人仍將強調在反托拉斯行為方面，消費者並非不具有損害賠償主體之地位，甚至以之為消費者利益只是反射利益之表現，只是由於求償技術上尚有其難點，法律規範改以取締處罰方式予以替代而已。

關於損害賠償的效力，吾人在此尚有一言者是，在不實廣告，不當表示或其他不正當手段

旁聽，以及公園綠地開放市民得自由進入休憩，皆屬於反射利益，故一旦審判不公開或公園關閉，以致無法旁聽或進入休憩，即無由以之為權利受損而請求救濟。成立反射利益者，必須原法令立法目的具體、權利主體明確，而反射出去之利益主體不確定或不特定之情形始該當之，最主要者是該利益應完全係屬法令適用之反射，而非屬於法令適用之結果。故如新藥之輸入、製造、銷售，應得中央衛生主管機關之許可（藥事第三十九條），目的在維護國民健康，但如衛生署怠忽職責未對新藥販售嚴格把關，致人民生命、健康受害，當與藥商對病患成立共同侵權行為之損害賠償責任。關於此可參照亞急性脊椎視神經症日本各級法院之判決（判例時報 879 號 47 頁、899 號 312 頁、以及 910 號 114 至 115 頁），以及前揭拙著（註 23）第 177 至 182 頁，以及所引附註 108、109 之說明。

²⁷ 此可由公平法罰則方面之規定，以及現實判例上之表現而得之。亦即公平法對於事業有違反結合行為，逕於其第十三條第二項規定，「中央主管機關得命令解散、停止營業或勒令歇業」，此外，對於事業有違反第十條（禁止獨占）、第十四條（禁止聯合）時，所課予的責任亦遠較於違反不公平競爭行為所課予者為重（第三十五條與第三十六條、三十七條相互比較）。至於在損害賠償方面，依本文所蒐集到之判決，幾無例外地尚僅止於違反公平競爭之行為（例如最高法院九十年台上第 555 號判決、八十九年台上第 709 號判決、八十八年台上第 2655 號判決、八十八年台上第 1888 號判決、八十八年台上第 1723 號判決、八十八年台上第 623 號判決、八十八年台上第 507 號判決、八十八年台上第 255 號判決、八十七年台上第 1717 號判決、八十七年台上第 744 號判決、八十六年台上第 3760 號判決，以及八十六年台上第 1525 號判決，台灣高等法院八十七年上更(一)字第 46 號判決，以及八十六年上字第 1637 號判決等）。

之左右交易行為，公平法所規範者似較消保法所規範者為周延而且具體，亦即依公平法第二十一條以及第二十四條²⁸規定，消費者不但可以依同法第三十條以下有所主張，另外，依公平法第四十一條規定，「公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止、改正其行為或為採取必要更正之措施，並得處新台幣五萬元以上二千五百萬元以下之罰鍰」(以下略)。反之在消保法之領域，廣告不實之部分，除依同法第二十三條第一項規定，尚可有損害賠償責任請求之餘地，否則對於廣告主似只能依民法規定而有所救濟，至於表示不實方面，雖然依同法第五十六條可由主管機關課予少額之罰鍰外，損害賠償責任解釋上似應只能援引契約締結過失之理論等以尋求解決。因此，二者之間在法效力上之差別不能不算很大，其實公平法與消保法在此方面所規範者既屬同一事實，吾人認為二者在法規範圍屬於交錯，自應可容認許被害人選擇法律適用之權利，惟關於其詳細則留待下面再述。

(二) 懲罰性賠償請求權

公平法以及消保法都是參考美國法制的新法典²⁹，因此，兩法皆設有懲罰性賠償責任的規定，不過，兩者規範之內容以及效力出入甚大。在公平法方面，依第三十二條規定，「法院因前條被害人之請求，如為事業之故意行為，得依侵害情節，酌定損害額以上之賠償，但不得超過已證明損害之三倍。」(第一項)。「侵害人如因侵害行為受有利益者，被害人得請求專依該項利益計算損害額」(第二項)。與之相對的是消保法第五十一條規定，「依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害三倍以下之懲罰性賠償金，但因過失所致之損害，得請求一倍以下之懲罰性賠償金」。懲罰性之賠償原為英美法之賠償制度，完全是在對於具有惡意動機(evil motion)或非道德(outrageous)行為所加以懲罰，通常適用於不法行為

²⁸ 公平法第二十二條所規範者，為對於他事業所為之「以競爭為目的而陳述或散布足生他人於損害之不實情事」，其實係屬妨害他人商譽，故其被害人應僅限於具營業目的之事業，與消費者權益之保護無涉，但仍無礙於被害事業依同法第三十條至第三十四條間之規定有所救濟。

²⁹ 公平法方面，行政院於民國七十五年提出於立法院進行審議之「公平交易法草案」中，即明白指出，「爰斟酌我國目前之經濟政策與經濟環境，並參考美國、西德、日本以及韓國等國之立法例...擬定『公平交易法草案』」(參照前揭「公平交易法案」法律案專輯-註1)第3頁記載。至於消保法方面因我國消保法所規範者，甚多在諸外國係屬於單獨立法的法典，因此，在繼受方面並非單一。具體言之，關於商品、服務責任比較接近歐盟指針，而特種買賣則較接近日本法，定型化契約則多與西德一般契約條款法形似，至於消費訴訟更有美國、西德以及瑞典各國法律之精神。關於此可參照前揭拙著(註3)第1至52頁說明。

(torts), 商品責任之中亦被加以適用³⁰。我國現行諸經濟法中, 除公平法及消保法外, 包括證券交易法以及專利法等亦皆有之。

如吾人在上面對於兩法在這方面規定所加以引用者, 消保法關於懲罰性賠償金之規範, 似乎較公平法所規定所規定者來得嚴格深重, 因為前者除過失都應有課予懲罰性賠償金之外³¹, 由於消保法其實包括三、四個獨立單元之法規範, 連其中屬契約責任的定型化契約以及特種買賣, 如依消保法第五十一條規定之解釋, 其實亦皆應有課予懲罰性賠償金之餘地, 這對於消費者權益之保護固然或屬周到、優厚, 但絕對是對我國經濟的發展具負面的影響。不過公平法第三十一條第二項另規定有不同的懲罰性賠償金的計算方式, 亦即侵害人如因侵害行為受有利益時, 被害人可以請求以該利益來計算懲罰性賠償金, 其所以設此規定, 從立法理由觀之, 主要是在於免除因侵害行為致被害人所得之利益大於被害人所受損害之不公平現象³², 因此, 如果依本項規定參照, 第一項所規定之三倍的限度加以計算, 則被害人所得受之懲罰性賠償金額度, 無疑地將遠大於依消保法之規定加以計算之金額, 當然其因而對於事業所帶來的打擊自然也相對加大, 為國家經濟的發展自更添加阻力。

就公平法的立法目的而言, 如吾人在前面所述及者, 固然同時包括消費者權益之保護, 以

30 關於懲罰性賠償金問題, 近年出現頗多論著, 例如陳聰富著「美國懲罰性賠償金的發展趨勢 - 改革運動與實証研究的對待」, 法學叢刊第 43 卷 1 期 (民國八十七年一月)。林德瑞著「論懲罰性賠償金可保性之法律爭議」, 中正大學法律集刊第 2 期 (民國八十八年七月)。以及由陳聰富、陳忠五、許士宦以及沈冠伶等四人分別撰述, 在「美國懲罰性賠償金判決之承認及執行」研討會發表之論文 (載本土法學雜誌, 民國九十年六月九日)。另外, 亦可參照拙著前揭書 (註 3) 第 47 至 49 頁說明。

31 儘管學說上不斷強調基於企業經營者以及消費者雙方利益衡平之考量, 關於過失之概念宜限縮為重大過失, 但實務上仍以抽象輕過失為課以懲罰性賠償金之理由 (最高法院八十六年台上字第 1445 號判決)。不過, 行政院完成之消保法修正案第五十一條卻將之加以刪除, 而消費者文教基金會所提之修正版本則將之改為, 「依本法所提之訴訟, 因經營者之故意或重大過失所致之損害, 消費者得請求三倍以下之懲罰性賠償金」。

32 民國七十五年由行政院向立法院提出之公平交易法案第三十二條第二項之立法理由曰, 「侵害人因侵害行為受有利益, 其利益如超過被害人所受之損額時, 縱賠償被害人所受之損害後, 侵害人仍保有不法所得, 殊屬不當, 故本條第二項參考美國立法例, 視為被害人得請求專依侵害人因侵害行為所受之利益計算其損害額」。本條項規定在立法院審議時, 竟完全未被提出來加以討論, 當然亦不為政黨協商之對象, 其詳細可參照前揭本法法律案專輯 (註 1) 第 329 至 333 頁。

及在於維護交易秩序、確保公平競爭、促進經濟之安定與繁榮，不過，就公平法所規範的內容而言，包括第二章之反托拉斯以及第三章之不公平競爭，其實都是在規範市場交易行為，因此，連帶地損害賠償的主體關係，絕大部分應屬事業與事業之間，則關於懲罰性賠償金之規範主要亦適用於事業與事業間之賠償。儘管如此，消費者權益之保護仍為公平法立法之直接目的之一，因此，如前面所曾述及者，第三十條以下之損害賠償責任之規範，自亦於消費者損害之情形亦有其適用。然則，如吾人在前面針對公平法第三十一條以及消保法第五十一條兩條文之比較，二者關於懲罰性賠償金不但在成立要件上頗有差異，而且在效力上亦大有不同，特別是公平法第三十一條第二項加以計算之懲罰性賠償金額，往往非依消保法第五十一條規定加以計算者所難望其項背的。偏偏包括公平法上以及消保法上之消費者權益之損害竟有其同質性，特別是公平法第三章不公平競爭所規範者。

對於此種公平法以及消保法在這方面之法律交錯，在其法效力之論斷上，似只能任由請求救濟之被害人選擇依其有利之方法去為自己尋求解決自己損害之填補，蓋吾人並不認為公平法以及消保法並非係屬原則與特別，例外與普通等關係方面之法律，而得容由法院逕行依職權解決應適用之法律以論斷其效力的。

二、妨害排除及妨害預防請求權

關於妨害排除請求權以及妨害預防請求權，依個人所知，在我國現有法律體系中，僅在民法中有所規定，其他法似只有公平法第三十條以及消保法第五十三條而已。民法上之妨害排除以及妨害預防請求權的標的，依所規定似應僅於人格權、物權³³以及占有而已，其他包括債權或形成權皆不與焉。就民法第七百六十七條以及第十八條之規定而言，權利人如欲行使妨害排除及妨害預防之請求權，固非必須以訴為之，其應屬於以不作為為目的之債權請求權，故其逕以意思表示向不法加以侵害之人，或有侵害之虞之人加以請求，即足生效力，但請求權人行使請求權仍無法達成目的時，始須向法院以訴為之。不過，關於以訴向法院請求妨害排除以及妨

³³ 此即一般所稱之物上請求權，學說上泛指任何物權人，包括未現實占有標的物之抵押權人亦有之（詳細可參照謝在全著，「民法物權編【上】」民國七十八年十二月初版，第38至39頁）。不過，此說似未為實務所採（最高法院民國五十二年台上字第904號判例參照）。雖然如此，民國八十五年完成之民法物權編修正草案則另設第二項規定，「前項規定於所有權以外之物權，準用之」，此一修正雖符合現在的通說，但仍未將之擴及於有物權化的租賃契約。

害預防，由於人格權侵害具有立即性以及不可回復性，因此，究應如何行使始可達到排除及預防妨害之目的，須應有特別程序不可，然則，對於此，我國民法並未對之設有明文，即或民國七十一年修正時亦未對之有具體明文之規範³⁴，立法上似嫌不足。

不過，與民法不盡相同者，關於妨害排除與妨害預防，公平法及消保法則分設有明文，參酌各法之立法旨趣，其應受保護之權利解釋上應不必僅限於物權以及人格權，而且毋寧解釋上似多不為此兩種權，反而係市場獲益權，更具體言之，由於消保法所規定之內涵，包括商品、服務責任、定型化契約、特種買賣以及公平公正之交易（即廣告及表示責任，第二十二至二十六條），則被保護法益，除人格權、財產權之外，尚包括其他之契約公平、交易之公正等所顯現之利益。而在公平法中因所規範者為反托拉斯以及不公平之交易，則所謂妨害之排除以及預防，自屬於因獨占、寡占、結合以及聯合所倍加侵害之事業之公平競爭、合法交易秩序下之財產利益，以及消費者的財產利益。職是之故，公平法及消保法在妨害排除及妨害預防所應受保護的法益，自與民法第十八條以及第七百六十七條所規定者大有所異。

儘管如此，公平法及消保法所規定之妨害排除及妨害預防請求權，在行使方法上似屬迥異。亦即在消保法方面，由於第五十三條規定，「消費者保護官或消費保護團體，就企業經營者重大違反本法有關保護消費者規定之行為，得向法院訴請停止或禁止。」就法條文義而言，依消保法欲提出妨害排除或妨害預防³⁵之請求，似僅能由消費者保護官以及消費者保護團體，一般消費者似應無此權利，而且在提出不作為訴訟實體構成要件上，尚須以「企業經營者有重大違反本法有關保護消費者規定之行為」³⁶始足該當之³⁷。反之，在公平法之情形，依其第三

³⁴ 關於此，瑞士民法於其第二十八條在一九八三年加以修正時，曾做相當明白而且周延的修正及補充，其增列條文計十二條（28a~28l）。請參照拙著，「人格權概念之形成與發展」，載拙著，「民法第十六條至第二十四條注釋研究」（民國八十六年國科會委託研究）中。

³⁵ 消保法第五十三條在文字上雖未使用「妨害排除及妨害預防」之文字，但參酌消保法施行細則第四十條所使用文字，其所謂「確有損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞」，亦即在此情形下即有提出不作為訴訟之理由，查其意旨應與妨害排除及妨害預防相同（另亦可參照民法第七百六十七條所規定之文字）。

³⁶ 所謂「違反本法有關保護消費者規定之行為」，其意義消保法施行細則第四十條設有定義性之規定。

³⁷ 吾人以為施行細則本條規定應無意義，蓋所謂「違反本法有關保護消費者規定之行為，確有損害消費者」權益，「或確有損害之虞」，應屬不作為訴訟可否勝訴之問題，而不應是提出不作為訴訟之前提、必備條件問題。

十條法文字，以及第三十三條設有關於消滅時效規定之情形觀之，自應解為任何被害人，包括事業以及消費者皆得以提出之，雖然依公平法第四章所設公平交易委員會，依法得審議有關公平交易之事項，並得對事業違反本法案件加以調查、處分（第二十五條第一項第二、四款），而調查處分之結果，多有勒令停止行為或課予罰鍰。此在實質上，已具有停止侵害行為之作用，但在作用上並不與「除去侵害」完全同其趣旨，何況由公平會所為之審議或處分，終不外行政處分，究竟當否仍須以行政訴訟決之，其與不作為之訴係向法院提起，而為司法（民事）判決之情形自有所不同。

其實，吾人以為，關於妨害排除與妨害預防請求權，在消保法以及公平法係屬交錯之規定，這最重要之理由固然在於公平法以及消保法之立法目的皆在於保護消費者，更何況二者之間所規定者亦多有雷同、重疊，此點已在前面多所述及，茲不另贅。不過，吾人所亟欲加以提及者是，在消保法中，關於不作為訴訟，雖在第五十三條規定，應由消費者保護官或消保團體提出，其目的係指該案件具有對多數消費者發生既判力時之情形³⁸。如果案例係屬消費者僅就自己之權利有受侵害或有受侵害之虞，而提出不作為訴訟，其判決之效力僅及於自己，自應容許由該消費者，而且亦僅該消費者，始得提出之，消保法斷無否定消費者提出妨害排除及妨害預防請求之理，此與消保法雖於第四十九條及第五十條設有由消保團體提出集團訴訟³⁹，但亦不排除由一般消費者提出消費訴訟之情形完全相同。與此相反的，公平法雖於第三十條規定妨害排除請求權以及妨害預防請求權，於第三十一條規定一般損害賠償請求權，但卻完全未設有團體訴訟之規定，這在公平交易法係在規範反托拉斯及不公平競爭，往往有成千成百之受害人之情形，實在是個明顯的法律漏洞。本於此，吾人以為包括消保法所規定之集團訴訟及不作為訴訟皆應於公平法有適用之餘地。

³⁸ 消保法第五十三條之立法理由謂，「消費者保護團體以保護消費者為目的，保護官為推動保護事項之人員，為發揮其功能，應使其得以自己之名義獨立行使不作為訴訟之權」。既然消保團體、消保官不為自己行使權利，而謂其係在為特定消費者而為之，此自訴訟資源分配，以及公權力行使之目的觀之，皆屬於不當而且亦無可能。因此，第五十三條規定，係屬不作為之團體訴訟。

³⁹ 由於我國消保法所採之團體訴訟與一般所譯之團體訴訟(class action)頗有差異，反而與德國的集體訴訟(Verbandsklage)有若干雷同。另外，我國消保法尚於第五十四條規定「團體訴訟當事人之選定」，制度上頗為特殊，故為區別起見，特將消保法第四十九條至第五十條之訴訟稱之為集團訴訟，詳請參照前揭拙著（註3）第39至47頁說明。

由於妨害排除請求及妨害預防請求權，公平法及消保法所各規定者皆有其適用，則關於權利之行使以及時效方面之規定，即應各自相互有其延用之餘地，至於被害人欲行使妨害排除請求權及妨害預防請求權，因目的只在於排除及預防損害，而不是在課予加害人一定之賠償責任，故與物上請求權及人格上之妨害排除及妨害預防請求權相同，不以加害人有故意、過失為其行使權利之必要條件，此或許亦為諸國立法例所從同⁴⁰。

參、不實廣告及表示之責任

在公平法關於不公平競爭之法律規範上，第十八條至第二十條為價格決定之自由、違反限制競爭或妨礙公平競爭、混淆商品、商標等客觀外在之行為規範，而第二十三條以下又屬於獨特之多層次傳銷行為。此等法規範儘管法文中有些用語在概念界定上有時仍然不易，例如第十九條第四款之「不為價格之競爭」、第二十條第二款及第三款之「為相同或類似之使用，致與他人營業或服務之設施或活動混淆」等是。不過，由於規範之標的、對象尚屬明確，故適用上並非困難。另外，第二十二條所規定者，概念上雖或有可能與第十九條至第二十條所規定者重疊，不過，從二十二條之文字觀之，應可知悉其主要之目的係在於禁止損害他人營業信譽。第十九條及第二十條之行為，在結果上有時亦會害及他人營業，但既已在第十九條至第二十條另設明文，則第二十二條所規定者，自然要排除第十九條至第二十條所規定者。

不過，與此相反的是公平法第二十一條及第二十四條之關係。第二十一條所規定之被害人與第二十四條所規定者，應該都包括一般消費者（不限於特定，即使不特定之多數亦該當之，另外亦不必以直接受害者為限，間接受害者亦然）以及事業，不過在致生責任之原因事實上，第二十一條則以「不實或引人錯誤之廣告或表示、表徵」，而第二十四條所規定者為「其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」。就本法規範不公平競爭之原因事實而言，所謂「足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」，應屬極其抽象而且廣泛之概念，如未有第二十一條及第二十二條之另有規定，其實第二十一條及第二十二條所規定之原因事實行為皆應可以為第二十四條所規定者加以涵蓋，因此，應該說第二十四條所規定者為抽象之不公平競爭行為，而第二十一條及第二十二條所規定者，則屬於業以具體化並被加以限定的不公平競爭行為，是

⁴⁰ 參照日本「獨占禁止法」(註17)第七條以及「不正競爭防止法」第三條規定，以及田倉整、元木伸合編「實務相談．不正競爭防止法」(一九八九年商事法務研究會出版)第362頁以下。

以，僅於不該當為第二十一條、第二十二條所規定之情形，始有適用第二十四條規定論斷其效力之餘地⁴¹。

消保法之立法目的係直接在於保護消費者之權益（第一條），交易秩序之維護、公平競爭之確保，以及經濟安定與繁榮之促進，則並非該法之直接立法目的，因此，自不能也不必要有類似公平法第十八條至第二十四條一類之規定，對於企業經營者給予特定之保護，不過卻仍於其第二十二條至第二十四條中，設有基於保護消費者權益，但與公平法第二十一條，特別是消保法第二十三條第一項與公平法第四項有幾乎雷同之規定⁴²，這又是公平與消保二法規範相互交錯的具體表現，究竟對於二者在這方面應如何適用、解釋，自有探討之必要。

關於公平與消保兩法在不實廣告及表示規定交錯所生之關係，自來說法不一，有以之係屬請求權之競合者⁴³，但公平會之立場則以之係二者各自有不同之法律背景，故應分別情況而有所適用⁴⁴。不過，對於此，吾人的看法是，誠然兩法在所欲規範之事實上都是屬於針對不實之表示、表徵乃至於廣告所生之法律效力，不過，如果再就二者之立法精神以及內容來加以分析，除了消保法第二十三條第一項規定確實與公平法第二十一條第四項下段規定呈現重疊（法規競合），而容由當事人間或法院自由選定應依何規定以論斷其效力外⁴⁵，消保法第二十二條至第二

41 學者劉孔中認為，「公平法第二十一條與第二十四條二者間之關係既非請求權競合，亦非特別法優於普通法之法律競合關係，而是公平法第二十四條為上位抽象規定，可用來『網補該法第十八條至第二十三條之漏洞』（複引號為著者所引），而後者為前者之具體案例」，引自劉孔中著，「論欺罔與虛偽不實、引人錯誤之標示或廣告」（載公平交易季刊第8卷第2期89/4第5至6頁）。

42 消保法第二十三條第一項所規定者，為公平法第二十一條第四項下段之部分，但消保法所規定者為，「刊登或報導廣告之媒體經營者明知或可得而知廣告內容與事實不符者，就消費者因信賴該廣告所受之損害，與企業經營者負連帶責任」。其與公平法規定具有影響的差別，在於消保法規定為「廣告內容與事實不符」，而公平法所規定者為「有引人錯誤之虞」。

43 參照尤英夫著，「廣告法之理論與實務」（2000年增訂版，著者自刊）第284至286頁。

44 公平會在民國八十三年五月曾公布「公平法與消保法分工、處理原則」，其中關於廣告責任部分表示，「在不實廣告和定型化契約方面，今後公平會將會著重處理與公平利益、競爭秩序有關之案件，至於個別消費者的權益，由消保法保護」。參照民國八十三年六月一日經濟日報揭載。

45 在實務上之表現，類似違反公平法第二十一條第四項下段以及消保法第二十三條第一項之法律適用，最高法院歷來立場不一，其以二法皆有適用者，例如民國八十七年台上字第1691號判決，其以二者可選擇其一而加以適用者（包括法律事實發生時，因消保法尚未公布、施行，故只能適用公平法者），例如民國八十八年台上字第3018號判決，以及民國八十七年台上字第130號判決等是。

十四條所規範者，毋寧係在於規範法律行為之效力⁴⁶。反之，公平交易法由於如前面所述，其立法之目的，同時在於維持交易秩序、確保公平競爭、促進經濟之安定與繁榮，以及消費者權益之保護，因此，法律之規範多具強制、取締作用。故如事業有違反公平法第二十一條規定，並因而有致事業或消費者於損害，不論被害人是特定或不定之多數，造成損害之原因係屬直接或間接皆應有損害賠償請求權發生之餘地，如同時亦因適用消保法而生契約上之損害賠償之責任時，自應有成立損害賠償請求權競合之餘地。

或謂公平法第二十一條會與消保法發生損害賠償請求權競合者，應僅止於與消保法第二十三條第一項之情形而已，其他皆不與焉。其實對於此，吾人的看法是，公平法第二十一條第一項所規定者，其法文雖然甚長，但其意義應只在於「事業不得於其商品或服務為不實或引人錯誤之廣告⁴⁷、表示或表徵」⁴⁸而已，因為同條第一項所謂「或以其他使公眾得知之方法，對於商品之價格、數量、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地等」，皆屬於例示性之文字，全部皆可為「標示」或「表示」一語所涵蓋。因此，公平法第二十一條第一項以及第三項之全文，即與消保法第二十二條及第

⁴⁶ 關於消保法第二十四條規定之性質，究竟是單純為行政法上面之規範，或同時亦屬於民事權利義務之法規範，從整個消保法的立法論觀之，似難有個明確之論斷，因為消保法第二十四條第一項明文規定，企業經營者應依商品標示法等法令為商品或服務之表示，而商品標示法等皆屬行政法，而且企業經營者如違反本條規定，對商品或服務未加以標示或表示有錯誤、不足或故為虛偽之表示者，或逕依商品標示法或其他法令，甚或依消保法第五十六條規定課予一定數目之行政罰鍰，因此認定包括第二十四條、第二十六條規定，屬行政規範應無疑義。不過，由消保法第二章所規範者為「消費者權益」，所謂權益在通常所稱係指私法上權益，何況第二章所列各節亦皆在規範私法權利義務，因此，稱第二十四條之規定更具有私權益法規範之色彩，方屬適當。

⁴⁷ 究竟「虛偽不實」及「引人錯誤」二者之間是否得為各自獨立之概念而分別論斷其不同之意義，學者意見不一；有以為二者包括欺罔，皆屬於相互可以替代之概念，甚至於二者可為屬於欺罔這個概念之下的不法表示方法。參照劉孔中前揭論文（註41）第6至7頁說明。

⁴⁸ 公平法第二十一條第一項將虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，分別為三種方式規定之，其一為在商品上，其二為在廣告上，其三則為或以其他公眾得知之方法而為之。顯然，在公平法上並無所謂之不實廣告這個概念，反而只有在廣告上為不實之表示或表徵而已，否則如有所謂「不實廣告」，則將第二十一條將廣告與商品並列，亦應有所謂「不實商品」，然何謂「不實商品」顯無法被加以認識。不過，一般所謂不實廣告或不實表示，係指以不實之方式加以廣告及表示。廣告者，係指對一般不特定公眾之表示（參照消保法施行細則第二十三條），而表示則指對商品或服務本身之法效表示。惟不論是廣告或表示，皆應以公開方式為之。

二十四條兩條之法文同其趣旨⁴⁹。另外，有加以探討必要者是公平法第二十一條第二項關於，「事業對於載有前項虛偽不實或引人錯誤表示之商品，不得販賣、運送、輸出或輸入」，此一規定亦於消保法會有相同之結論，亦即消保法關於「企業經營者」，在概念上本就包括經銷商（第二條第二款），而經銷商在內涵上當然包括公平法第二十一條第二項所列舉者。只是公平法本條項規定之內容係在於禁止事業對於有不實或引人錯誤表示之商品⁵⁰加以販賣、運送、輸出或輸入而已，其與消保法第二十二條及第二十四條規定企業經營者，不得為不實之廣告或表示，否則其因而形成之法律行為，即有生被詐欺而得撤銷或債務不履行效果⁵¹者，自有所不同⁵²。

所成問題的是公平法第二十一條第四項上段所規定，「廣告代理業在明知或可得而知情形下，仍製作或設計有引人錯誤之廣告，與廣告主負連帶賠償責任」。本段文字並不為消保法所規定，但並不代表其情形即不在消費者與企業經營者之法律行為中間發生，不過，即使係屬於在消費者與企業經營者中間發生，例如明知瘦身美容藥品不具有任何效果，但事業（意即廣告主）仍要求廣告業者（即本條所指廣告代理業）⁵³代為製作廣告，並四處寄送、傳布，或將之刊載於新聞或於大眾媒體予以播出，使消費者聽信並加以購買、服用，但無任何療效甚或發生身體、健康上之損害時，自亦應有本條第二十一條第四項上段及下段之該當。斯時，由於消保法無類似公平法第二十一條第四項上段之規定，自只有逕自引用公平法本項上段之規定論斷其效力，事實上由於此時消費者，本身與廣告代理業者並無契約關係存在，本質上當亦只能適用公平法本項上段之規定以論斷其效力，若消保法再另設條文規定，反類似公平法本項下段與消

49 何以謂公平法第二十一條第三項之規定亦可為消保法第二十二條及第二十四條規定所吸收，因為在消保法規定內其法律規範之標的，皆涵蓋商品及服務，此既使在法條中未明列服務之情形（例如第十八條至第二十條），在解釋上亦均同時包括適用於服務（參照前揭拙著 - 註 3 - 第 319 至 321 頁說明）。因此，消保法第二十二條及第二十四條雖未明白規範如公平法第二十一條第三項之文字，解釋上仍具相同之結論的。

50 事業如不在其商品有不實或引人錯誤之表示，而係有以廣告或其他以公眾得知之方法為不實或引人錯誤之表示時，在參酌同條第一項之規定的情況下，是否意指無礙事業加以販賣、運送、輸出或輸入。顯見本條第一項規定之文字表達有其疑義。

51 台灣高等法院民國八十六年上字第 1314 號判決，及八十五年上字第 174 號判決參照。

52 不過，此處有一問題是，如果事業已就其商品以廣告或其他方法為不實或引人錯誤之表示時，經銷業不論是有無過失而加以販賣、輸出入時，於被害人（包括事業及消費者）是否生連帶損害賠償責任？

53 參照尤英夫著前揭書（註 43）第 56 頁，尤氏言，「從很久以來廣告公司就做報紙的媒體代理人，並收取其所支付之傭金，因此廣告公司被稱之為廣告代理業(advertising agency)」。

保法第二十三條第一項規定，形成法律競合，徒在法律適用與解釋上發生困擾。

肆、結論

儘管公平交易法，如其法律之名稱一樣係屬於以追求市場公平交易為目的的法典，而且現實上法典內所規範之內容亦多屬於關於獨占、寡占、結合、聯合以及不公平競爭之管制及取締處罰乃至其法效力之論斷，其與消費者保護法所規範者逕屬於消費者權益直接之保護者截然不同。不過，公平交易法的立法目的最終仍在保護消費者之權益，對於反托拉斯行為以及不公平競爭行為加以管制、取締、處罰至論斷其法律效力，充其量只是達到保護消費者權益此一最終目的的一個手段與方法而已，因此，若就此一個立場而言，包括公平交易法以及消費者保護法，應可稱之為廣義的消費者權益的保護法⁵⁴。正由於消保法與公平法有其「立法上的共同目的性」，因此，甚多地方的法條規範，其實係有其相互交錯的地方，本文所提出加以分析、探討之各點，包括損害賠償、妨害排除、懲罰性賠償以及不實廣告與表示之責任，甚至於包括團體訴訟等皆是具體之代表。

公平法及消保法既有「立法上之共同目的性」存在，則在兩法之中同時出現交錯之法律規定，其實應該是屬於「立法上的浪費」，此種現象，就結果而言在消極方面固可以說多餘的條文係屬於贅文，但就其積極面言，有時適足在法律的適用與解釋上發生困擾，不過，儘管如此，公平法及消保法仍在消費者權益保護這一個目的之達成，在方法上以及手段上有其明顯的不同，因此，兩法之間其實除了應有其各自完全不同分野之規範，例如公平法中間反托拉斯行為、不公平競爭行為，尤其是第十八條至二十條以及第二十二條至第二十三條四者外，其相互有交錯的規定，其實亦應有各法所獨自存在之立法本旨。針對後者，亦即屬有交錯之各該條文，其實若逕行以之為「立法之浪費」而論斷為法條之競合，或更斥諸為贅文者，究否屬於適當，自有待再予斟酌，毋寧以為在此時，更宜認為應仔細探討各法條之基礎立法精神之所在，而朝其更為切合立法目的之解釋與適用。

另外，對於具有「立法上之共同目的性」的數法典之間，其非具有交錯之各法獨自之規定，

⁵⁴ 此所以比利時之消費者保護(Consumer protection Act 1991)亦於其第七章，將「違反公平業務之行為(Acts Contrary to Fair Practice)」納而規範之理由。此亦為德國之團體訴訟亦同時運用於「不正競爭防止法」、「營業競爭限制法」以及「一般契約條款法」之理由。此又是瑞典之消費監察官(Consumer Ombudsman)亦同時行使其權利於市場交易之理由。

固然應首先去考慮其各自存在的立法理由與實際之意義，而容認該法律各自存在的價值，不過，既然數法之間係屬具「立法上之共同目的性」，則在不違背各法各自存在之條文的既有意義與價值，但又可以達成該「立法上之共同目的」的前提下，吾人以為，諸法間各自存在的法規範，自可作為他未有類似規定之法點之準用或類推。就公平法及消保法兩法為例，團體訴訟、不作為訴訟僅在消保法設有明文，但並未在公平法中有所規定，但公平法之最終立法目的既亦在於消費者權益之保護，特別是反托拉斯行為或不公平競爭行為所遭受損害的事業或消費者，毋寧係以多數為常態。因此，依吾人上面之所述在公平法的領域，自亦有準用或類推解釋於公平法之團體訴訟或不作為訴訟，蓋唯有如此，方可期法規範目的之實現。

最後有一言者是，如前面所提者，政府再造與重組恐怕是我國未來必須貫徹、執行的一項政策，儘管在執行、推廣過程仍將阻力重重，不過，將公平會及消保會合而一，除了是過去以來一直被人加以提及的老話題，而且迄至最近，似亦未見出現明顯的反對聲音，因此，除非出現重大的轉折因素，否則，二會合一恐將是必走的一條路⁵⁵。然而儘管二會可能合一，但二法卻難予完全合併，公平法以及消保法仍將有其各自繼續存在而且發生規範的空間與地位，不過，由於二會合一，將在兩法目的的實現上，更具助力以及作用，至少將來消費者保護官或消費者保護團體，在依照公平法之規定下，亦可發動團體訴訟或不作為訴訟，則兩法相互交錯之法規範部分，在法適用及解釋上更趨於適當、完美，這也將是吾人所加以期待的。

⁵⁵ 不過，公平會及消保會的合併應不是單純只是行政權力的運用而已，換言之並非單純只是中央權力機關發動政府再造，修改行政院組織法而完成立法程序即當然就發生部會合併或重組的結果。至少類似消保會這個機關由於係根據消保法之規定（第四十條第一項）加以組織成立的機關。因此，將來既使完成行政院組織法，但未對消保法、公平法為相對配合、修正，即對兩會加以合併，仍應不能謂合法進行政府之再造吧！

評論

李委員伸一（監察院）

主持人、林教授、本論文發表人朱教授、趙前主委、廖院長、各位先進，大家好。

今天非常高興來參與這個研討會。事實上，我跟朱教授曾在消基會共事很久。由於曾多次共同討論相關問題，所以我們之間共識性很強，基本上很同意朱教授的一些觀點，在此只做幾點補充。

第一點，是有關消保法與公平法立法的分分合合的情況，民國七十二年三月，內政部已草擬出消費者保護法三十條條文。是屬於基本法的性質，草擬完後，內政部就送到行政院，結果消費者保護法草案擱置在行政院，而在民國七十四年經濟部完成草擬公平交易法，並提送行政院。同年十月行政院將兩草案發交經建會，要求經建會研究公平交易法與消費者保護法合併立法的可行性。到民國七十五年間，經建會研究的結果，再斟酌各界的意見，認為公平法單獨立法較好，遂決定將兩法再行分開。關於消費者保護法的部分，就改以消費者保護方案替代。消費者文教基金會認為消費者保護方案沒有辦法達到保護消費者的目的，所以邀請廖義男教授領軍，成立一個起草小組，我們自己草擬消費者保護法草案，經過六十七位立法委員連署，並送立法院審議，經立法院於民國八十三年一月十四日通過，而公平交易法是在八十年二月四日通過，一年後施行。

基本上，公平交易法主要在規範有關競爭的自由跟競爭的公平，其最終目的還是在保護消費者，所以公平交易法對消費者的保護，我個人也認為，並不是法律上的反射利益，主要是為了維護交易秩序及市場競爭的自由，而達到保護消費者利益的目的。而消費者保護法立法的直接目的，是為了保護消費者，所以兩法可說都是廣義的消費者保護法。

既然兩法都是為了保護消費者的利益，但由於立法的時間以及提出的單位不同，因此其中所規定的，當然內容有所重疊或是重複，甚至交錯的地方在所難免，對公平交易法跟消費者保護法，個人認為並不是法條競合的關係，不是特別法與普通法的關係，兩法間具有互補性以及選擇性的作用。在互補關係方面，譬如說，在公平交易法裏，並沒有集團訴訟這個制度，也就是說，並沒有辦法利用消費者保護團體來提出訴訟，所以關於公平交易法對消費者權益的保

障，就可以利用消費者保護法的團體訴訟方式來進行。

第二，依消費者保護法之規定，提出不作為訴訟時，只限於消保官、消費者保護團體。但是對個別的消費者保護的話，則可以使用公平交易法第三十條有關妨害排除請求權跟損害預防請求權的規定，來提出權益的保護。

第三互補性的規定，關於公平交易法第二十一條第四項，對媒體及廣告代理業的連帶賠償責任部分。在消費者保護法，只規定媒體，並未規定廣告代理業者，但事實上，消費者常因為廣告代理業者不當的設計等等而受到損害，因此，對此部分，消費者應可利用公平交易法相關規定爭取權益的保障。

至於兩法間的選擇關係的情況有，對於懲罰性的損害賠償，以及對媒體責任的部分，在媒體明知或可得而知，而刊登引人錯誤的廣告的情況，兩法都有規定，可以由消費者自行選擇。另外，對於一般性的損害之賠償請求權，兩法也都有相關的規定。

第四點，是有關於懲罰性的損害賠償，剛剛朱教授提到，這是英美法的先進立法例。但事實上當初在與廖教授等學者專家，考慮到我國的消費者保護法以及公平交易法要將懲罰性賠償的規定，納入法條的時候，也有考慮到當時的國內社會現象。

記得在草擬相關法規時，正值葛樂禮颱風侵襲台灣，結果有一家汽車公司出產的車子泡過水，有一位消費者向此汽車公司銷售人員購買一部車。買了以後，發現車子裡面有一些沙粒，且好像有水漬的痕跡。他覺得奇怪，想要退貨，但公司不讓他退貨，後來向消基會申訴，消基會請台大機械系教授檢查後發現，確實是泡水車，因此就建議這位消費者，再去要求退貨，如果不退貨，就請銷售人員出具證明書，證明車子沒有泡過水。結果這個消費者依照消基會的建議，再去找這個銷售人員，但銷售人員還是不讓他退貨。於是他就要求銷售人員寫了未泡水的證明書。經消基會瞭解此公司明知自己出售泡水車有問題，還欺騙消費者，顯然是不可原諒的行為，因此就公布此事，同時告知消費者，如果發現所購車子有泡水的懷疑，消基會可幫忙鑑定。結果開來一百多部車，其中將近七十部是泡過水的。所以經過與此公司集體交涉的結果，此公司願意退貨還錢或更換新車。但是，消基會認為不能這樣就算了事，所以要求必須賠償每部車三十萬元的賠償金給購車者，最後汽車公司答應了。後來我們就把這個觀念再參酌國外立法例，而訂定懲罰性損害賠償的法條，在此做個補充報告。

最近陳總統成立的政府改造委員會，倡議消保會與公平會合併，目前反對的聲音不太多，我個人覺得，在目前雖有消保法這麼好的法規，但是若無法落實執行，兩者合一是一個很可行的方向。將來如何靈活運用這兩個具有互補性以及選擇性的法規來保護消費者，更是將來我們所期待的。謝謝。

論資料庫內容重製與不公平競爭

- 兼論公平法第二十四條之適用問題

馮震宇*

壹、前言

在網路商業化的推波助瀾之下，網站如雨後春筍般的出現。在這些多如繁星的網站中，許多網路都累積了一定的資料，並利用搜尋引擎協助網路使用人尋求所需要的資料，使得網站亦成為一個具體而微的資料庫。更值得注意的，就是為了追求生存的利基，各種不同網站或不同的商業模式亦發展出不同的資料庫，其目的則在滿足網路使用人的各種需求，並透過網路的連線，迅速的提供使用人所需要的資料。

而就資料庫的歷史而言，從過去紙本資料庫觀念的出現，到電子資料庫的產生，乃至於到電子商業環境中大量出現的線上資料庫，僅有短短的一段期間¹，但是隨著資料庫的普及與運用日趨廣泛，網路上之電子式資料庫不但呈現廣大的商機²，亦進而所衍生出諸多的法律問題。

例如，由於各種資料庫所蒐集的資料不一，若是資料庫所蒐集資料內容涉及個人資料與企業的營業秘密，亦可能涉及隱私權³與營業秘密之保護⁴等問題。另外，由於資料科技的進步，

* 政治大學法律系教授，美國康乃爾大學法律博士(J.D.)。

1 事實上，「資料庫」這個名詞最早出現於 1963 年由美國所舉辦、名為「電腦化資料庫發展與管理」的軍事研討會中，當時會中曾將資料庫定義為：(1)一個資料庫就是一個檔案；(2)一個檔案就是一套依序編集的登錄；(3)一個登錄就包含了一個鍵碼和資料。根據此等要件，一個檔案(資料庫)就是一套編集好的資料登錄(data entry)，而每一個資料登錄都可以用一個特別的鍵加以存取(access)。請參見 Robin Fairlie 著，李清祥譯，DM 與資料庫行銷-整合性行銷策略實用指南，遠流出版股份有限公司出版，82 年 10 月初版，頁 36。

2 根據統計，資料庫產業年產值雖於 1999 年已達約 160 億美元，但是到了 2004 年時，將更快速地躍升至 550 億美元。請參見

<http://www.find.org.tw/0105/focus/0105_focus_disp.asp?focus_id=124>。

3 有關資料庫與隱私權方面的問題，乃是因為透過資料倉儲(data warehouse)或資料採礦(data mining)等技術，可以很準確找出消費者的個人特質，並透過資料庫行銷的方式，而可能直接對消費者的隱私權構成侵害，例如美國著名的網路廣告公司 DoubleClick 就因為企圖利用資料庫行銷的方式，並結合實體與網路的資料庫，而遭到消保團體的反對而作罷。有關此方面的討論，

資料庫的內容非常容易被他人重製，而若不當的對資料庫之內容進行重製、散布或作其他的利用，則可能涉及不公平競爭、甚至違反資料庫使用契約，而涉及最基本的契約問題，而這些都是在處理資料庫相關問題時不可忽略的法律問題⁵。

而在資料庫所面臨的問題之中，最嚴重也最引發各方關切的，就是資料庫內容的保護與重製的問題⁶。此種問題在國內以人力仲介網站求才資料與不動產網站租售物件資料的重製最為嚴重，而在國外，則還包括了拍賣網站拍賣內容的資料。

一般而言，對資料庫與其所蒐集資料是否能夠獲得保護，不論是世界貿易組織 WTO 之「與貿易有關的智慧財產權協定」(TRIPS)或是世界智慧財產權組織(WIPO)之著作權條約(WCT)等國際條約，或是各國的著作權法已經對此有明文的規定，例如我國著作權法第七條雖然對資料庫等編輯著作加以保護，但是要求其必須具有創作性，至於其所蒐編的內容資料的保護，則並

請參見 Jennifer Bresnahan, Personalization, Privacy, and the First Amendment: A Look at the Law and Policy Behind Electronic Databases, 5 Va. J.L. & Tech. 8 (2000)。相反的，雖然我國對於與資料庫有關之隱私權立法上，有 88 年修正後的民法第一百九十五條第一項（增列侵害隱私權得請求非財產上的損害賠償慰撫金）與 84 年通過的電腦處理個人資料保護法，但是對於資料庫運用所可能產生的隱私權問題，則並無特別之規定。特別是個資法由於適用範圍僅限於公務機關與第三條所指定的特定行業，因此網路上普遍存在的電子式資料庫卻非規範範圍，反而減損個資法的效力。

- 4 有關營業秘密之保護，除營業秘密法外，公平法第十九條與其他法規亦有規定，相關之討論請參見馮震宇，了解營業秘密法 - 營業秘密法的理論與實務，永然文化出版股份有限公司出版，八十六年初版，頁 79。
- 5 就資料重製行為本身而言，雖然線上資料庫所可能牽涉之法律關係極為複雜，但是如果資料庫的內容並未涉及隱私權或是營業秘密所保護的標的者，則所有電子式資料庫所可能涉及的共通法律問題，就可以限縮在著作權法與公平交易法方面。
- 6 另一個關於資料庫較引人注目的問題是有關於資料數位化的問題。由於資料科技的進步，關於資料原所藉以紀錄、儲存與散布的媒介物紛紛由原來的報紙或雜誌等傳統紙本，演變成以電子化形式（如：磁碟、CD-ROM 光碟片或網路等形式）來記錄、儲存與散布，而就在此數位化過程中，即產生了對於以往報紙或雜誌已經刊載的著作物，如果要進行數位化，應否得到原來的著作人再行同意的問題。關於上開問題，美國就已經發生了許多件訴訟，其中最著名的就是 N.Y. Times Co. v. Tasini (533 U.S. 483, 150 L. Ed. 2d 500, 121 S. Ct. 2381)一案。相關該判決資料請參見 <<http://www.nwu.org/tvt/tvthome.htm>>，中文之介紹，請參見馮震宇，從 Tashini 案看網路著作權之保護，2001 年 7 月 25 日，APIPA 智權情報網 <http://www.apipa-ipr.org.tw/forum/nfm_replyshow.asp?fm_replyroot=55>。

不會因為被編輯或納入資料庫而受影響⁷。

由於各國著作權法與國際著作權公約對於資料庫與其內容資料的保護均有相當的規定，亦即資料庫若要成為著作權法所保護之標的，就必須具有創作性（或美國著作權法所要求之原創性 Originality），因此電子式資料庫，特別是電子式資料庫本身是否具有創作性，就有所疑義，因此亦有謂資料庫並不能受到著作權法之保護⁸。

雖然電子資料庫本身因為不見得具有創作性而可以成為著作權法所保護的標的，但是卻可能透過著作權法中新興保護機制的規範而間接的獲得著作權法的保護，特別是各國根據 WIPO1996 年所通過的 WIPO 著作權條約(WCT)與 WIPO 表演人暨錄音物製作人條約(WPPT)之規定⁹，而訂定反規避條款¹⁰與著作權管理資料¹¹等規定之保護¹²。目前，許多收費性質的資料

7 我國著作權法第七條規定，就資料的選擇及編排具有創作性者為編輯著作，以獨立之著作保護之。編輯著作之保護，對其所收編著作之著作權不生影響。

8 此處所稱的無法獲得著作權法的保護，僅指傳統著作權而言，並不包括各國根據 WIPO1996 年所通過的 WIPO 著作權條約(WCT)與 WIPO 表演人暨錄音物製作人條約(WPPT)中所規定的反規避條款與著作權管理資訊等規定在內。

9 WIPO 所通過的這兩個條約全名為「世界智慧財產權組織著作權條約」(WIPO Copyright Treaty, WCT)與「世界智慧財產權組織表演與錄音物條約」(WIPO Performances and Phonograms Treat, WPPT)。WIPO 此等條約全文，請參見 WIPO 網站，<<http://www.wipo.org/ent/>>。國內有關該等條約的介紹，請參見馮震宇，WIPO 著作權相關條約規範內容與其爭議問題之探討，智慧財產月刊，90 年 11 月與 12 月號。

10 WCT 第十一條（關於技術措施的義務）與 WPPT 第十八條即明白規定，締約國應規定適當的法律保護和有效的法律救濟，以制止規避著作人（或表演人及錄音物製作人）為行使本條約或伯恩公約所規定的權利而使用的有效技術措施，而對其著作（或表演及錄音物）進行未經該著作人（或表演人及錄音物製作人）許可或未由法律准許的限制行為。WCT Article 11 之原文如下：Obligations concerning Technological Measures Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law。至於我國著作權法修正草案第三條第十五款則定義科技保護措施為：「指著作權人為防止其權利被侵害所使用之科技方法。」

11 WCT 第十二條、WPPT 第十九條。我國著作權法修正草案第三條第十六款則定義電子化著作權權利管理資料為：「指附隨於著作原件或其複製物或於著作向公眾傳播時所附隨足以確認著作、著作權人、或利用該著作之期間或條件等之電子化資料，包括顯示該等資料之數字或數碼。」

12 這是因為使用人若有違反因 WIPO 條約技術保護措施而生的反規避條款規定，例如使用人未經同意而以其他各種方法迴避資料庫建置人所設置之科技保護措施，即會發生違反著作權法的法

庫則已經廣泛採行各種的技術保護措施以防止他人未經授權或許可之利用。其中最常見技術保護措施的就是 ID 與 Password。

除此之外，許多的商業性質資料庫還透過線上定型化契約（又稱按鍵合約 Clickwrap agreement）之方式¹³，以契約方式約定使用人就該資料庫內容所可以為或不得為之禁止行為，以防止或限制使用人不當擷取或是再利用該資料庫之資料內容¹⁴。透過這種契約約定的方式，資料庫設置人亦可以對資料庫的內容以及使用人利用該內容資料的方式，予以有效的控制。

不過，資料庫利用的問題，則往往發生在並無技術保護措施或是並未就利用該資料庫內容有所規定、或是縱有規定但規定不明的情形，特別是一些不需要支付費用就可以免費利用的網路上電子式資料庫，例如人力網站、房地產網站與拍賣網站。此等網站所常面對的問題，就是利用人將該資料庫之內容重製後轉而為其他的利用，或是擷取資料庫之資料並將其作其他的加值利用。由於此等類型之利用等於直接利用他人之努力成果，而資料庫之內容如果任由他人得不必付出任何代價、或僅付出不對等之代價即可經由重製或下載取得，則對於投入成本建置資料庫之經營者而言，即可能構成不公平競爭，特別是他人未經合法授權或違反使用契約所為之利用行為，是否構成不公平競爭；若符合不公平競爭的情事，則可採何種的救濟方式方為適當，特別是國內公平交易委員會目前對於此種情形都以公平交易法第二十四條加以處分是否適當的問題，更值得研究。

效，並可能會面臨侵害著作權的問題。目前已經有美國、日本、澳洲、歐體與大陸相繼修改著作權法，並將反規避條款與著作權管理資料的內容納入。有關各國對反規避條款規範的介紹，請參見馮震宇，網路著作權之保護與發展趨勢，研考雙月刊，25 卷 2 期，頁 54 至 61，90 年 4 月。

¹³ 由於違反者會有違約的問題，資料庫建置人可以對違反者根據契約之約定另行追訴，因此本研究不擬就此加以特別的討論。另外，利用定型化的按鍵合約是否具有法律的效力之問題，亦為極富爭議的問題，可以參見馮震宇，網路法基本問題研究(一)，88 年 7 月，頁 210 以下對網路定型化契約的探討。

¹⁴ 有關按鍵合約是否有效的規定，從美國第七巡迴上訴法院先後在 *ProCD v. Zeidenberg* (1996) 與 *Rich and Enza Hill v. Gateway 2000*, 105 F. 3d 1147 (1997) 肯定拆封合約(shrinkwrap agreement)之效力後，使得網路上的按鍵合約也隨之興起。最近美國麻州聯邦地方法院更在 2002 年 1 月 9 日於 *i.LAN Systems v. Net Scout* 的判決中，直接根據美國統一商法(UCC)第二篇之規定，肯定按鍵合約的效力，判決網路按鍵合約具有拘束力。有關該案的判決全文，請參見 <<http://pacer.mad.uscourts.gov/dc/cgi-bin/recentops.pl?filename=young/pdf/ilan%20systems.pdf>>。

因此本文除就國際間對資料庫保護的現況加以介紹外，亦特別就我國公平交易委員會所作的處分案件加以研究，以探討我國現行處理模式所衍生的問題¹⁵。

貳、資料庫與線上資料庫

一、資料庫之意義與類型

在電腦廣泛的被運用以前，將資料的蒐集、編輯、整理、甚至將建檔結果臚列出來，都是以紙本的方式進行，這是一種勞力密集的工作，因此乃有檔案系統或是圖書館所用的檢索卡片系統。到了 1960 年代，電腦的出現使得蒐集、編輯、整理、建檔等工作變得相對的容易。這是因為電子化的資料使得檔案或資料的存取變得更為快速，而大量增加的儲存能力也使得可以累積的資料更多。而其他技術的進步，例如掃描器(scanner)與轉換軟體(OCR)的出現，使得傳統紙本可以被掃描後以圖檔儲存或是轉換成文字檔。

而網路的出現更使得資料的傳遞與散布更為便捷。這種發展，更導致重製技術的不斷發展，反而使得資料量更形增加。透過網路快速傳輸能力與進步的軟硬體科技之結合，使得資料庫的觀念又有了新的變革。再加上商業化的應用，新興的資料庫利用模式也不斷增加，例如客戶關係管理(Customs Relation Management, CRM)就透過資料倉儲(data warehousing)或資料採礦(data mining)等技術而可將資料庫中所蒐集累積的資料予以增值利用，而搜尋引擎的運用更是擴大的資料庫的範疇，例如全球最大的搜尋引擎 Google 就有二千八百台 T1 專線、六千台以上的伺服器連結其資料庫。另外新興的資料倉儲(data storage)科技，也使得資料庫有飛躍的成長進步。

原則上，資料必須要編輯(compiled)，也就是蒐集(collect)與累積(accumulation)之後才能變成資料庫。而所謂的資料庫最早出現就是以紙本方式出現，例如電話號碼簿、通訊錄、同學錄等，甚至郵票商所編的郵票目錄、錢幣商所編的錢幣目錄等都屬之。雖然這些以傳統方式彙整的資料亦構成所謂「資料庫」(我國著作權法稱之為「編輯著作」)，但是若以使資料庫能夠真正發揮功能的角度言之，伴隨電腦科技發展而形成的電子式資料庫，才是資料庫應用上較具有實用價值的代表。也一直到電腦科技的發明，這才真正使人們了解到「資料庫」的效用與便利，

¹⁵ 由於對於違反技術保護措施之反規避行為與違反資料庫使用契約之限制的情形，由於有些國家已經有法律或是契約的約定，因此本文不加以探討，以便於集中於不公平競爭領域之探討。

藉由電子式資料庫概念的提出，人們才能將資料存取變得更快速而且更有效率。

而所謂電子資料庫其實就是藉由一套預先設計完成的電腦程式而將所收集來的各種可能資料，於各種電子化儲存媒體中(例如磁片、磁碟、光碟、伺服器)按預先設定的格式與欄位分門別類並加以儲存後，使其得以提供使用者透過檢索軟體或搜尋引擎利用或存取。因此，要成為電子資料庫，應該至少包含以下三項要素：(1)具有控制及管理資料庫存取的電腦程式¹⁶；(2)內容¹⁷；與(3)資料庫整體本身。

二、線上資料庫之保護與衍生問題

自從網路時代來臨後¹⁸，不管是區域網路 (Local Area Network ； 簡稱 LAN)¹⁹或是網際網路(Internet)²⁰，都有一個共通的特色，那就是資源共享，而資源共享也成為網路科技進步的重要原動力。也正因为網路具有無遠弗屆的特性，不但可使得資料傳播更為廣泛，也使得資料的可利用價值更加擴大，因此透過網路外部性效益，利用網路技術所建置並以 Web 為介面的網路「線上資料庫」，不但比傳統紙張存取的非電子資料庫具有效率高與環保的特色，比起以往

¹⁶ 資料庫的電腦程式一般應係指電腦資料庫管理系統(DBMS)，所謂資料庫管理系統(DBMS)是用來管理資料庫的一組系統程式，它可以用來在資料庫中進行資料排序、修改或搜尋等工作，可說是提供資料庫處理的介面。DBMS 有許多不同的類型，例如關聯式資料庫管理系統(RDBMS)、物件導向資料庫管理系統(OODBMS)、分散式資料庫管理系統(Distributed DBMS)等等，請參見電腦專有名詞寶典，電腦家庭文化事業股份有限公司出版發行，頁 103。就法律層面而言，控制及管理資料庫存取的電腦程式基本上原則上都應該是著作權法上所保護的電腦程式著作。

¹⁷ 資料庫的內容依照資料庫建置人的建置目的可能是包羅萬象，換言之，不論是非著作權法所保護之事實性資料，或是著作權法所保護的各種著作，均有可能成為資料庫的內容。

¹⁸ 截至目前為止推估全球已有近 4 億人口上網，而根據經濟部技術處委託資策會電子商務應用推廣中心 FIND 進行的「我國網際網路用戶數調查統計」，經彙整及分析國內主要網際網路服務業者(ISP)所回報的資料顯示，截至 90 年 6 月底為止，我國網際網路使用人口也已達 721 萬人，網際網路普及率為 32%。相關調查數據請參見

<<http://www.find.org.tw/0105/howmany/20010802.asp#ps>>。

¹⁹ 所謂區域網路是指在一個區域之內 (一般多是在一棟建築物內或是一個公司組織的內部網路)，多台電腦透過加裝網路卡利用網路線及集線器(Hub)所建構的一個小小網路，在這個小網路中，我們可以分享彼此檔案及其他硬體設備，例如光碟機或印表機等等。請參見圖解數位，電腦家庭文化事業股份有限公司出版發行，頁 72，

²⁰ 網際網路為一連結世界上各個不同規模電腦網路間的全球性網路，此全球性網錄透過 TCP/IP 的通信協定作為各個大小電腦網路間的連結標準，並提供使用者多樣的資料服務功能及許多網路應用工具，像是 WWW，FTP，BBS，ICQ 都是網際網路上常見的應用實例。請參見圖解數位，電腦家庭文化事業股份有限公司出版發行，頁 72，

電子資料庫而言，亦可以突破以往使用電子資料庫時，僅能於同一時間內提供單機存取，且有時間或空間上使用限制的缺失。

由於網際網路的興起與資源共享的觀念，以及網路普遍性、即時性與多樣性等特色，因此除非對於線上資料庫存取已經預先設定了一定條件的存取權限²¹，否則相較於以往的資料庫而言，線上資料庫的使用者已不再僅僅侷限於少數人，透過網路連線，其真正的使用者可能來自於全球每一個角落。另外，線上資料庫也能透過網路無遠弗屆與即時性(real time)的特色，將許多資料即時提供予使用者使用。更重要的，就是由於網路商業化的發展，線上資料庫的內容上更是包容萬象，舉凡新聞、財經、藝術、醫藥、生技、旅遊、房屋仲介或人力仲介等各類型資料庫紛紛出現，而這些包羅萬象的線上資料庫的紛紛出現，也更刺激網路使用人口的利用，也造成線上資料庫更形發展的情況。

除了收費的線上資料庫之外，許多網站更以免費的方式提供各種的資料，特別是許多國家的政府機構，例如美國專利商標局(USPTO)就提供美國專利商標的各種資料與檢索服務，而國際間由世界智慧財產權組織所架構的專利合作組織(PCT)網站，則提供全球申請 PCT 專利的相關資料，就是一個例證。

這種不論收費與非收費線上資料庫大量出現的情況，不但便利了一般網路利用人取得所需要的資料，也因為這些資料的取得與資料庫的建構，必須花費大量的時間與資源，因此也不可避免的會發生少數人士走捷徑，而以擷取他人線上資料庫之電子式資料，或是將他人於實體世界的資料轉為電子式資料而利用的情事，也因此引發資料庫保護的呼籲，更進而引發因利用資料庫資料而衍生的諸多爭議。

由於網路的普及與使用之便利，目前絕大多數供一般使用者利用的電子式資料庫都已經透過網路提供使用人利用，因此本文之主要研究內容，亦以此等可以透過網路搜尋檢索並下載資料的網路上電子式資料庫為主要的研究對象。

²¹ 所謂設定存取權限，通常是指需要有線上資料庫管理人員預先核發的帳號及密碼才能進入使用而言。

參、國際間對資料庫保護的法律規範

一、國際條約對資料庫之保護

由於電子式資料庫之建置需要投入大量的人力、技術及財力資源，但是在今日科技進步、重製技術發達的時代，資料庫建置所發費的龐大資源極可能被他人透過重製技術的利用，而輕易的加以重製或存取。為提供資料庫產業適當的保護以刺激該等產業的發展，世界智慧財產權組織於 1996 年 12 月 2 日到 12 月 20 日於日內瓦舉行的「著作權暨鄰接權問題的外交會議」(Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions)中，特別提出「世界智慧財產權組織資料庫智慧財產權條約」草案(Draft Treaty on Intellectual Property in Respect of Databases；以下簡稱「WIPO 資料庫條約草案」)²²，以建立資料庫建置投資回收(recover)的適當保護法制架構，並試圖建立一個統一的國際性保護準繩，以保護電子式資料庫建置²³。

不過，由於對資料庫應否加以保護、如何加以保護、保護之範疇與期間、保護應否有例外等問題均有爭議，再加上美國最高法院在 Feist v. Rural Telephone Co. 一案中，廢止了傳統的辛勤工作原則(industrial Principle)(詳後述美國法之討論)，因此各方對於 WIPO 資料庫條約草案之內容亦有相當的爭議，以致最後該條約草案並未通過。

不過，由於此資料庫條約乃係彙整各國對資料庫與其資料內容保護的共識，特別是資料庫設置人的權利與可能侵害資料庫設置人權利的類型，例如資料庫條約草案就要求資料庫建置人必須要具有重大投資²⁴，且他人必須將資料庫內容中的全部或重要部分(substantial part)加以擷取²⁵利用²⁶，方可發生侵害的問題。再加上 WIPO 已經表示將繼續進行資料庫保護之研究，並

²² 關於 WIPO 資料庫條約草案英文版全文，請參見

<http://www.wipo.int/eng/diplconf/6dc_all.htm#Annex>。

²³ 請參見 WIPO 資料庫條約草案前言(preamble)之內容。

²⁴ 至於何謂重大投資，依照 WIPO 資料庫條約草案第二條第四項之定義，係指在資料庫內容收集上、組合上、驗證上、組織上或表現上有人力、財力、技術或其他資源之任何質或量之重大投資(significant investment)者而言。"substantial investment" means any qualitatively or quantitatively significant investment of human, financial, technical or other resources in the collection, assembly, verification, organization or presentation of the contents of the database.

²⁵ 所謂的擷取，根據合約草案第二條第(ii)之定義，係指將資料庫內容中的全部或重要部分(substantial part)，以任何方法或任何形式，永久性或暫時性地移轉至其他媒介。

²⁶ 至於所謂利用，亦另依照 WIPO 資料庫條約草案第二條第(iv)之定義，係指以包括散布重製物(distribution of copies)、出租(renting)、線上(on-line)或其他形式之傳輸(transmission)在內之任何

將再提出保護資料庫的建議²⁷，因此未來仍有可能通過以特別法(sui generis)方式保護資料庫保護的條約。

雖然 WIPO 企圖針對電子式資料庫以訂定特別法 (WIPO 資料庫條約草案) 加以保護的努力並未成功，但是著作權相關的國際公約卻仍然對資料庫之保護有一般性的規定。例如世界智慧財產權組織所通過的著作權條約(WIPO Copyright Treaty, WCT)就於第五條規定，數據或其他資料的彙編，無論採用任何形式，只要因其內容的選擇或編排構成智慧創作，即受到保護。惟其保護並不及於數據或資料本身，亦不會損害彙編中的數據或資料已存在的任何著作權²⁸。因此，雖然資料庫條約並未通過，但是由於 WCT 已經通過，且有類似的技術保護措施的規定，因此資料庫建置人仍然可以透過技術保護措施的採行，而達到保護其資料庫的目的。

至於我國已經加入的世界貿易組織(WTO)所通過的「與貿易有關的智慧財產權協定」(TRIPS)亦於第十條第二項中明文規定，資料或其他素材之編輯(compilation)，不論係藉由機器認讀或其他形式，如其內容之選擇或編排構成智慧創作(intellectual creations)者，即應予以保護。但該保護不及於資料或素材本身，且對該資料或素材本身之著作權不生影響²⁹。

除了國際性條約之外，為了加強對電子式資料庫之保護，區域性組織 (例如歐體) 或是個別國家 (例如美國) 亦嘗試以立法的方式處理資料庫內容保護的問題，例如歐體通過了資料

方法，而將資料庫內容中之全部或重要部分對公眾提供使用者均屬之。

²⁷ 請參見 World Intellectual Property Organization Geneva Governing Bodies of WIPO and The Unions Administered by WIPO, Thirtieth Series of Meetings, Geneva, March 20 and 21, 1997, <http://www.wipo.int/eng/document/govbody/wo_gb_ab/pdf/ab30_3.pdf>。WIPO 並組成一個專家委員會進行後續的協商與研究。

²⁸ 第五條 WIPO 官方中文譯文為大陸之名詞，亦即「數據匯編」，本文將其做適當修正，以符合國內用語。而其原文則為：Article 5 Compilations of Data (Databases) Compilations of data or other material, in any form, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations, are protected as such. This protection does not extend to the data or the material itself and is without prejudice to any copyright subsisting in the data or material contained in the compilation.

²⁹ Compilations of data or other material, whether in machine readable or other form, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations shall be protected as such. Such protection, which shall not extend to the data or material itself, shall be without prejudice to any copyright subsisting in the data or material itself.

庫保護指令，而美國雖然提出數個草案，但是迄今尚未通過相關的法律，故仍以司法實務之見解為主。

二、歐體對資料庫之保護

由於在歐洲共同體（即歐盟前身）各會員國國內法中，對於資料庫與其內容資料的保護並無法有相同的見解，亦無法提供一致的保護，為提供資料庫保護一個共通的規範，也為了鼓勵歐洲共同體各會員國間資料庫市場的順利發展，而不致影響到歐洲共同體內商品或服務的自由流通(free movement of goods or services within the Community)，因此歐洲議會及理事會於 1996 年 3 月 11 日正式通過一項名為「資料庫法律保護指令」（簡稱「資料庫保護指令」）的法案³⁰。

綜觀歐體資料庫保護指令，大致上有兩項特色。第一，對於資料庫的保護採取「雙軌制」，詳言之，除著作權法所保護之資料庫外，對於未能符合著作權保護要件之資料庫，則另外創設一種特別權利(sui generis right)予以保護。第二，對於資料庫之保護採取互惠原則，換言之，如果歐體以外之其他國家未能提供與該指令相當之資料庫法律保護，則該國國民所建置之資料庫即無法在歐體取得該指令之保護³¹。

依照資料庫保護指令第一條之定義，所謂資料庫係指將獨立著作、資料或其他素材之收集，以有系統的(systematic)或一定方法的(methodical)編排，而得以提供個人以電子或其他方法加以使用者而言³²。至於第二條則規定資料庫可受著作權保護之要件為「藉由對其內含資料的選擇或安排，構成著作人自己的智慧創作」³³，方可符合該指令的保護要件而受到保護。

³⁰ 資料庫法律保護指令 (Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the Legal Protection of Database) 全文已於 1996 年 3 月 27 日公布於官方公報 77 卷，頁 20 至 28，至於其全文，可以從歐體之網站下載，其網址為 <<http://www2.echo.lu/legal/en/ipr/database/text.html>>。而有關歐體資料庫法律保護指令介紹，請參見 The Journal of Information, Law and Technology (JILT), special Features on the European Data Protection Directive, <<http://elj.warwick.ac.uk/elj/jilt/dp/>>。

³¹ 請參見該資料庫保護指令立法理由第五十六點，關於互惠原則類似的規定於歐盟所制定之法律是在所多見的，例如於歐體資料庫保護指令(The EU Data Protection Directive of 95/46/EC)中第二十五條規定即是。

³² [A] collection of independent works, data or other materials arranged in a systematic or methodical way and individually accessible by electronic or other means.

³³ [D]atabase which, by reason of the selection or arrangement of their contents, constitutes the author's

依照資料庫保護指令第二章第三條至第六條之規定，雖然要取得著作權保護之資料庫，其要件上仍然與各國著作權法相同，亦即要求在資料庫內容的選擇與編排上具有著作人的智慧創作(intellectual creation)³⁴，但依照資料庫保護指令第三章中第七條之規定，一個資料庫即使在其內容選擇與編排上尚未能被認定具有著作人的智慧創作，但是只要符合一定要件，各會員國即應賦予該資料庫建置人一項特別的權利，以禁止他人擷取(extraction)或再利用(re-utilization)該資料庫的全部或重要部分。

此項規定的重點，不但重申資料庫可於符合傳統著作權保護要件時直接獲得著作權之保護外，更特別的，就是在於創立一項賦予資料庫設置人之特殊權利。根據該指令第三章第七條第一項，若該資料庫建置人在質或 / 及量上有相當之投資以獲得、驗證或顯示其資料庫內容時³⁵，則會員國應給予其阻止他人在質及 / 或量上擷取或再利用該資料庫全部或主要部分(the whole or of a substantial part)內容之權利³⁶。由於此一權利與該資料庫及其內容資料是否得為著作權或其他權利保護之客體無關，而為一個獨立之權利(第七條第四項)，且得獨立為轉讓或授權(第七條第三項)，因此乃成為一種獨立於傳統智慧財產權之外的特殊的權利(sui generis right)。

至於歐體資料指令所稱之擷取，亦與 WIPO 資料庫條約草案的定義類似，係指永久或暫時將資料庫內容全部或重要部分以任何方法或形式移轉至其他媒介者而言。而所謂再利用，係指可以藉由散布重製品、出租、線上或其他形式之傳輸，而使資料庫之全部或重要內容得以提供予公眾使用而言³⁷。而為規範意圖不當利用該資料庫之人，或是以分次擷取方式進行第一項所禁止的行為，該指令第五條亦特別規定，若以持續且有系統的方式擷取或再利用資料庫非主要部分之內容，進而與該資料庫正常使用情形相抵觸或使資料庫建置人合法利益(legitimate

own intellectual creation。

³⁴ 依照資料庫法律保護指令第二章第五條之規定，取得著作權保護之資料庫，該資料庫之著作權人，就其資料庫之內容原則上可以享有專屬之重製權、改作權（包括翻譯、加工、編輯，以及其他任何形態之改作）、公開散佈權、公開傳輸權、公開上映權或公開演出權。

³⁵ [T]here has been qualitatively and/or quantitatively a substantial investment in either the obtaining, verification or presentation of the contents.

³⁶ [A] right to prevent extraction and/or re-utilization of the whole or of a substantial part, evaluated qualitatively and/or quantitatively, of the contents of that database.

³⁷ 由於美國最高法院在 Feist 一案中，要求資料庫之保護亦應具備創作性，因此在 WIPO 談判時與談判後，歐體都是最支持資料庫條約之通過，因此該條約許多內容亦與歐體的指令類似。

interests)受到不合理之損害(unreasonably prejudice)者，應推定為違反資料庫正常使用之行為，應予禁止。

依照資料庫保護指令中第十條之規定，資料庫建置人原則上依照該指令第七條所取得之特別權利，自該資料庫完成之日起，得享有 15 年的保護期間。但是如果在上述期間未滿前，不論以任何方式，使該資料庫提供予公眾使用者，則上述 15 年期間，則應再自該資料庫首次提供予公眾使用之日起起算。最後，如果資料庫在其內容上有任何質或量的重大改變，包括任何累積性的繼續增加、刪除或變更，只要可以被認定為另一個在質與量上的新重大投資，則該次投資仍可取得該重大質或量增加或變更本身應有之保護期間。

由於該指令明確規定，若資料庫內容在質或量上主要部分有增修改變，將被視為實質上之新投資，且權利期間可另行起算。因此在此規定下，透過此權利更新要件的資料庫，將可以有效的無限制延長其保護期間。雖然如此，透過規定必須對他人資料庫內容在質及/或量上擷取或再利用該資料庫全部或主要部分(the whole or of a substantial part)之限制，與提供使用人合理使用的空間，亦可平衡資料庫建置人與使用人雙方的權益，而不會有太過保護資料庫的嫌疑。

縱使歐體資料庫指令亦在第五條對非主要部份內容之侵害有所規定，但是卻仍要求必須使用人以「持續且有系統的方式」擷取或再利用資料庫非主要部分之內容，進而與該資料庫正常使用情形相牴觸、或使資料庫建置人合法利益受到不合理之損害者，才推定為違反資料庫正常使用之行為。此種區分不同利用型態、並根據不同利用型態而分別規定其要件的方式，則與我國公平會在處理人力網站與不動產網路之資料重製案件所採的標準有所不同，值得主管機關參酌。

三、美國對資料庫之保護

就資料庫之保護而言，美國著作權法第 101 條特別對編輯著作加以保護，也就是說，若將既存之素材或資料加以收集和組合而成之著作，並且在其選擇、整合、編排後，使該編輯著作整體具有創作性之著作物時，即可成為美國著作權法上所保護的標的而可受到保護³⁸。不過，

³⁸ 美國著作權法第 101 條關於編輯著作所下之定義，類似我國著作權法第 7 條的規定，其原文為 A "compilation" is a work formed by the collection and assembling of preexisting materials or of data that are selected, coordinated, or arranged in such a way that the resulting work as a whole constitutes an original work of authorship.

對於在資料的選擇、整合、編排方面若不具有創作性時，是否亦受到保護，則有所謂的辛勤原則 (industrial principle , 又稱揮汗原則 Sweat & Brow Principle) , 也就是對不屬於著作權法所保護的標的，例如單純的事實性資料等，只要辛勤的加以蒐集、整理，亦可就其所蒐集整理的非著作權標的取得保護。不過，此原則已經在美國最高法院於 1991 年在 Feist Publication, Inc. v. Rural Telephone Service Co.³⁹一案中所推翻，因此除非國會另立新法，推翻 Feist 的判決，否則縱使辛勤工作蒐集資料，若其並無創作性時，仍然無法受到法律的保護。也由於 Feist 判決的影響，亦導致美國國會遲遲未能通過對資料庫保護的特別立法。

對於資料庫保護與資料內容之重製問題，美國司法實務見解除了根據著作權法之外，亦積極的以不公平競爭 (unfair competition) 的方式加以處理。亦即，如果所重製的資料符合美國著作權法所規定的保護標的時，就根據著作權法加以保護，但是如果所重製的資料並不符合美國著作權法之保護要件，而非著作權法之保護標的時，美國法院亦會視重製的情況如何，而根據不公平競爭的法理加以判決。

另外，配合歐體資料庫保護指令的通過，美國國會從 1996 年起就開始提出許多保護資料庫的法案，但是因為牽涉到憲法保護的問題 (特別是美國憲法智慧財產權條款 Intellectual Property Clause 與商務條款 Commercerc Clause 之限制與衝突)，以及智慧財產權及消費者權益保護的爭議，迄今都未能通過任何立法推翻 Feist 判決⁴⁰，因此美國目前對資料庫的保護，仍以著作權法與 Feist 案為基礎。

由於並無相關立法，再加上美國司法判決對於資料庫與資料之重製有兩種不同的處理方式，因此本文特別就美國司法機關對資料庫應否受到著作權法保護的問題，以及法院和運用不公平競爭的法理處理資料重製問題分別加以說明如下：

(一) Feist 案與資料庫之保護

美國關於資料庫爭議的實務判決最有影響力者，莫過於 1991 年美國聯邦最高法院 Feist

³⁹ 499 U.S. 340 (1991)。關於本案美國聯邦最高法院判決全文可於

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=499&invol=340>>下載。

⁴⁰ 有關此兩個法案未能通過所涉及的各種法律爭議與憲法問題，請參見 Yochai Benkler, Constitutional Bounds of Database Protection: The Role of Judicial Review in the Creation and Definition of Private Rights in Information, 15 Berkeley Tech. L.J. 535 (2000)。

Publication, Inc. v. Rural Telephone Service Co. 一案。本案 Rural 原是一家位於美國堪薩斯州的電話服務公司，為了服務用戶，該公司分別出版電話號碼簿之住宅部（白頁，white page）與分類部（黃頁，yellow page）的電話簿（telephone directory），使用戶可以依照其電話用戶姓名與地址英文字母順序排列快速找到用戶電話號碼。而 Feist 出版公司在未取得 Rural 事前同意前，即將 Rural 所出版之住宅部電話號碼簿中之資料，重製後收錄於其本身所出版之電話號碼簿中，因此 Rural 即向法院提出著作權侵害的訴訟。

關於本案，美國聯邦最高法院首次否定了以往即已存在於英美著作權法的一種理論，即所謂的「辛勤蒐集原則」（Industrial Collecting Principle）。詳言之，美國聯邦最高法院認為即使 Rural 為了出版其電話號碼簿（本案為非電子式資料庫），確實投入了許多人力及財力上的投資。但是不論是原告所出版之電話號碼簿上的用戶姓名、住址乃至於電話號碼，均為無法取得著作權保護的事實性資料⁴¹；更甚者，Rural 就這些事實性資料之選擇及編排上，亦不符合美國著作權法第 101 條所要求之原創性（original）⁴²，因此既然該電話號碼簿並非美國著作權法所保護之編輯著作（compilation work），因此聯邦最高法院判決 Feist 重製這些並非著作權法保護標的之資料，亦不構成著作權侵害⁴³。

自從美國於 Feist 一案中認為不具原創性的資料庫即不能成為著作權法所保護之標的後，在往後許多類似的案件中，美國各級法院即將該判決結果奉為主臬。換言之，除非成為訴訟爭點的資料庫就其內容選擇或編排上已經具有所謂原創性⁴⁴，否則即使他人對資料庫中不屬於著

⁴¹ 聯邦最高法院對原告所選擇及編輯的住宅部電話號碼不具有創作性十分強調，因此一再的指出原告的選擇及編排是機械性的（mechanical）、例行性的（routine）、事實上難以避免（practically inevitable）、一個有長久歷史、奠基於傳統的實務（an age-old practice, firmly rooted in tradition）、明顯的（obvious）。請參見 Feist, 499 U.S. 362-363。

⁴² 美國聯邦最高法院特別指出，創作性（原創性）是美國憲法的基本要求，Feist, 499 U.S. at 346 ("Originality is a constitutional requirement.")。

⁴³ 關於本案於著作權法重要性詳細說明，請參見馮震宇，了解智慧財產權，永然文化出版股份有限公司出版，民國八十三年十二月一版，頁 177 至 182。

⁴⁴ 例如於 Feist 一案後隔年 Corsearch v. Thomson & Thomson, 792 F.Supp. 305(S.D.N.Y 1992) 一案中，法院即認為原告 Thomson & Thomson 所建置包括當時美國五十個州的商標資料庫，其於資料庫內容選擇及編排上即具有原創性，因為原告 Thomson & Thomson 不僅單純收集商標資料，而且為了區別個別的商標究為文字所組成或係圖樣，Thomson & Thomson 另外在所收集的商標資料中加上一個特別的標示以作區別，因此法院即認為此即充分滿足編輯著作所要求之原創性

作權保護標的之內容進行重製，仍然不會構成著作權侵害。

不過，由於 Feist 所要求的創作性之水準十分低⁴⁵，因此只要有最基本的創作就已足。故若要符合 Feist 的要求，亦即對資料的蒐集整理，在選擇、整合或編排中顯現任何的創作性，並非資料整合或資料庫建置人的主要困難，許多的案件都因為有顯現出少許的創作性而獲得保護。例如緊接著 Feist 之後所發生的有關紐約地區華人分類部（電話黃頁）的爭議案中，第二巡迴上訴法院就判決因為分類部有按行業所為的編排，即符合 Feist 所要求的最低創作性之要求，而可受到保護⁴⁶。嗣後，在 1994 年第二巡迴上訴法院又判決舊車（二手車）資料的蒐集彙整亦具有創作性⁴⁷，而第九巡迴上訴法院則在 1999 年判決錢幣資料之蒐集整理亦具有創作性而可受到著作權之保護⁴⁸。

而在 1997 年美國第十一巡迴上訴法院 Warren Publishing v. Microdos 一案⁴⁹，亦有類似的情形，但是其特殊之處，則在於上訴法院特別指出，若該最基本的創作性都並非資料庫建置人或資料蒐集整理者所創作時，由於其非創作人，因此就當然無法取得著作權的保護。

在該案中，原告 Warren 係出版專門收集美國各地有線電視經營者所擁有之用戶數、頻道數及其服務價格資料之「有線電視指南(cable television fact book)」，被告 Microdos 卻大量重製該有線電視指南的內容並加以銷售。本案於第一審判決時，地方法院認為，雖然 Warren 在其所出版之有線電視指南的編排上，是一種機械化的(mechanical)、例行性的(routine)內容，並不具有原創性，但是藉由 Warren 本身所發展的地區選擇系統(system for selecting communities)，卻可使得其所出版之有線電視指南在其地區的「選擇」上具有原創性，進而即應成為美國著作

要求。

⁴⁵ Feist, 499 U.S. at 345, 359。聯邦最高法院將其判決限縮於住宅部這個很狹隘的著作類型，因為其此種著作類型的創作性不是全然欠缺、就是微不足道以致幾乎都不存在。(narrow category of works in which the creative spark is utterly lacking or so trivial as to be virtually non-existent)。

⁴⁶ Key Publ'ns v. Chinatown Today Publ'g Enters., Inc., 945 F.2d 509, 514 (2d Cir. 1991)。

⁴⁷); CCC Info. Servs., Inc. v. Maclean Hunter Mkt. Reports, 44 F.3d 61 (2d Cir. 1994)。

⁴⁸ CDN, Inc. v. Kapes, 197 F.3d 1256 (9th Cir. 1999)。

⁴⁹ 115 F. 2d 1509(11TH Cir.)；關於本案判決全文可於

<<http://laws.lp.findlaw.com/getcase/11th/case/938474OP&exact=1>>下載。另外，關於本案說明文章請參見 David Mirchin，Putting An End to Database Piracy，刊載於

<<http://www.silverplatter.com/piracy.html>>。

權法所保護的編輯著作，因此判決被告因為侵害著作權而敗訴，且對被告發出暫時禁制令 (preliminary injunction)。

本案於被告上訴後，全案發生大逆轉，因為上訴法院認為被上訴人 Warren 所出版之有線電視指南雖然選擇上具有創作性，但是該創作性的原始提供者並非 Warren，亦即 Warren 並非原創者，真正的原創者應係那些有線電視的經營者(cable operators)。換言之，是有線電視經營者自己決定其要經營的地區，而非由 Warren 所決定，因此改判上訴人勝訴並撤銷地方法院的暫時禁制令⁵⁰。

值得注意的是，在一般資料編輯中，例如上述案件的分類部、二手車資料、錢幣資料、電視指南等，由於其係有最低的原創性，也就是在編輯或選擇上有基本的創作性，就可以受到保護。但是若改為電子式資料庫，也就是將所有的資料都放置於資料庫中，而利用搜尋引擎進行搜尋時，由於沒有一定的編排或選擇，就可能無法具有最低創作性的要求，而無法成為著作權保護的標的。例如在 1997 年美國紐約州地方法院 Hyperlaw Mathew Bender & Co. v. West Publishing 一案⁵¹中，法院即判決雖然被告 Hyperlaw 所製作之 CD-ROM 中約有百分之七十五的內容，是抄襲自原告 West 花費了許多投資所收集的美國各級法院判決之全文，但是由於原告 West 所為之選擇及編排並無所謂的原創性，因此對於本案，美國紐約州地方法院最後仍判決被告並無侵害著作權。

不過，除了創作性的要求之外，Feist 的另外一個判決的理由，卻是真正阻礙了資料庫獲得著作權法保護的可能，這就是聯邦最高法院明文在 Feist 案中拒絕對無法取得著作權保護的事實性資料加以保護，反而認為任何人都可以利用此等不受著作權保護的事實性資料。

在 Feist 判決中，聯邦最高法院特別明確的指出，沒有人可以將觀念或其所敘述的事實取

⁵⁰ 本案雖然 Warren 最後敗訴，但是從本案地方法院到上訴法院的判決中，卻至少有兩點是值得參考借鏡：一為所謂創作性（原創性，Original），不單單是要求著作物的本身需具有創作性 (creative)，而且該創作性亦必須由著作人親自所為者，方足當之。另一值得參考的是，關於我國著作權法第七條所稱之編輯著作在解釋時的一項疑義，由於該法條明文定為「就資料之選擇及編排具有創作性者為編輯著作，以獨立之著作保護之」，因此即產生如果要成為我國著作權法上的編輯著作，是否要同時在其資料選擇及編排上具有原創性，始足當之。上述爭議，依照上開美國法院的見解，顯然只要具備其一即可。

⁵¹ 94 Civ. 0589。關於本案判決全文可於<<http://www.jmls.edu/cyber/cases/bender1.html>>下載。

得著作權的保護(no author may copyright his ideas or the facts he narrates)⁵²，法院更進一步的指出，觀念與事實的自由利用是著作權法最基礎的原則⁵³，因此縱使資料的蒐集整理後，在選擇、整合或編排上有其創作性，但是由於事實並不能成為著作權保護的標的⁵⁴，且事實乃是屬於公眾領域的資料，可供任何人利用⁵⁵，因此使用人仍然可以自由的擷取或利用這些個別的事實，並不需要得要得到資料庫建置人或資料蒐集整理者的授權或同意。

法院還在判決書中明確指出，雖然一個著作可以受到著作權保護，並不代表該著作的每一個元素都可以受到保護。其他人仍然可以重製該出版物所利用的事實("The mere fact that a work is copyrighted does not mean that every element of the work may be protected.... Others may copy the underlying facts from the publication....")⁵⁶。另外，法院亦表示，原始事實可以自由的重製("raw facts may be copied at will")⁵⁷。

因此，聯邦最高法院在 Feist 案中，對事實資料不應給與著作權保護的堅持與明確的判決，才是資料庫建置人或是資料蒐集整理者所最擔心的問題，因為他們所建置或是蒐集整理的資料庫中，許多的資料都是屬於美國聯邦最高法院所謂的可以自由利用的事實資料，而其等並無法利用著作權法之規定，以防止使用人利用此等資料而損害其努力的成果。因此許多業者就開始尋求利用不公平競爭的保護，以保護其資料庫與其內容資料不被他人重製利用。

(二) 資料之重製與不公平競爭

對於資料庫的保護，原則上要符合 Feist 案所要求的原創性(originality)，相反的，縱使不受著作權法所保護的資料，也並不是就無法取得法律的保護。事實上，對於不符合著作權保護標的的資料，美國司法機關早就創造出私取(misappropriation)的理論，以不公平競爭法理來解決資料重製的問題。而對於此等不公平競爭的案件，早在 1918 年，美國聯邦最高法院就在

⁵² Feist, 499 U.S. at 344-45。

⁵³ Id. at 344。

⁵⁴ Id. at 344，聯邦最高法院特別指出"facts are not copyrightable"。

⁵⁵ 請參見聯邦最高法院引述 Miller v. Universal City Studios, Inc., 650 F.2d 1365, 1369 (5th Cir. 1981) 之判決文字([Facts] may not be copyrighted and are part of the public domain available to every person.), id. at 348。

⁵⁶ Id. at 348。

⁵⁷ id. at 350。

International News Service v. Associated Press⁵⁸一案中有所處理。

在該案中，當事人雙方為互有競爭關係的新聞媒體，各自提供其所報導之新聞予其簽約付費之新聞媒體客戶。不過，當時適逢第一次世界大戰，INS 並未派遣戰地記者至歐陸戰場採訪，但是為提供其客戶的需要，因此 INS 乃根據合眾社(AP)戰地記者所發回之歐陸戰地的新聞，在美國改寫後，轉發與其客戶。此事為 AP 知悉後，乃對 INS 提出侵害著作權與不公平競爭的訴訟。

由於新聞一般多為傳達事實之語文著作，並非著作權法所保護之標的，因此被告即使有抄襲原告所報導並已公開之新聞，亦不致違反著作權法。不過法院於審理後，認為雖然 INS 的行為並沒有違反美國著作權法，但是由於雙方當事人間具有同業競爭關係，而 INS 之行為亦不應鼓勵，因此美國聯邦最高法院乃創作出所謂的私取理論⁵⁹，判決被告之行為構成之不公平競爭(unfair competition in business)之情事，禁止被告 INS 繼續利用 AP 的新聞以獲取其私利。

雖然有關資料重製的不公平競爭問題早在 1918 年的 INS 一案中，就已經出現，但是後續的案例並不多，一直到聯邦最高法院在 Feist 明確的拒絕對事實等資料加以保護之後，許多事實性資料的擁有者乃開始尋求不公平競爭法的保護。例如在 1997 年美國第二巡迴法院於 National Basketball Association v. Motorola 一案⁶⁰中，法院就引用州法中關於不公平競爭的規定，而要求被告 Motorola 不得繼續重製原告 NBA 之即時(real time)球賽資料。

本案之起因，乃係因為被告 Motorola 自 1996 年起即生產及行銷一種名為 SportsTrax's pager 的產品，該產品可以透過 Motorola 另一個名為 Sports Team Analysis and Tracking Systems ("STATS")的系統，將 NBA 於電視或收音機裡現場立即轉播的 NBA 球賽資料收集後立即傳送

⁵⁸ 關於本案判決全文可於

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&court=US&case=/us/248/215.html>>
下載。另外關於其相關說明請參見 Peter K. Yu, Evolving Legal Protection for Databases, 刊載於
<<http://www.gigalaw.com/articles/yu-2000-12-p1.html>>。

⁵⁹ 這個私取(misappropriation)的理論，後來分別發展成為美國證券交易法與營業秘密保護的重要理論依據。

⁶⁰ 105 F. 3d 841(2d Cir. 1997)，關於本案判決全文可於

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&case=/data2/circs/2nd/967975.html>>
下載。

到使用該產品的訂戶手中，使得產品使用者得以立即查詢到最新的球賽資料。對於 Motorola 這種行為，NBA 即向法院提出此種資料重製之行為，已構成紐約州法上的不公平競爭以及 The Lanham Act 第 43 條(a)的不實廣告(false advertising)⁶¹等五項控訴，法院最後則認為被告利用原告資訊的行為構成紐約州法上的不公平競爭。

隨著電子商務的興起，各種線上資料庫亦如春筍般的出現，而這些線上資料庫中所蒐集的內容，卻有許多是屬於美國聯邦最高法院所稱屬於公眾領域(public domain)，且不受著作權保護的事實性資料，而透過網路科技例如搜尋引擎的運用，使用人可以輕易的尋找到所需要的資料，並利用網路下載或傳輸。這種發展，也更進一步強化了電子式資料庫尋求不公平競爭法保護的需要，也因此使得此種類型的案件也越來越多。其中最值得參考，且係直接與線上資料庫內容重製有關的案例，就是 eBay v. Bidder's Edge 一案⁶²。

本案原告 eBay 原為全球知名的線上拍賣網站，直接主持消費者對消費者(consumer to consumer, C2C)的線上拍賣服務。被告 Bidder's Edge 則是一家僅有二十二名員工的網路公司，專門利用網路搜尋軟體去自動收集網路上各個拍賣網站的資料，以提供其使用者所要的商品價格搜尋服務(即比價服務)，其中被收集的對象，包括了 eBay 網站上的各種商品拍賣資料。原告獲知被告的此種行為後，立即提出警告，但並未獲得友善的回應後，乃向北加州地方法院提起訴訟。

對於 eBay 的指控，法院認為 eBay 的伺服器(server)是屬於一種私人財產(private property)，即使開放公眾使用也必須依照 eBay 所定之存取條件加以使用。此外，被告 Bidder's Edge 每天對 eBay 的電腦系統發出將近十萬個回應請求(request)⁶³，此亦造成 eBay 頻寬及系統容量上的負擔和損害⁶⁴，因此判決被告未得 eBay 事前同意，卻利用網路搜尋軟體去自動搜尋 eBay 線上電子資料庫內的拍賣資料，構成非法侵入(trespass)的侵權行為，並對 Bidder's Edge 發出暫時禁制令。

⁶¹ 15 U.S.C 1125(a)。

⁶² Docket Nos. 6, 12。關於本案判決全文可於<<http://pub.bna.com/lw/21200.htm>>下載。

⁶³ eBay 就 Bidder's Edge 每日所發出的 request 數目上，主張經其統計後已佔其所有收到的回應需求總數的百分之一點五。

⁶⁴ 關於此種發出大量回應需求可能影響網站使用頻寬之問題，以我國法律觀之，即有可能構成我國刑法第三百五十四條第二項規定，即「干擾他人電磁紀錄之處理足以損害於公眾或他人」。

不過，就 eBay 主張被告重製其拍賣目錄的著作權侵害問題，eBay 後來卻自行撤回該項主張，或許 eBay 已知其網站內之各種拍賣商品資料，不但僅為描述商品特點或價格之事實性資料，且該等事實性資料均為利用 eBay 拍賣服務之使用者所創作的資料，並非 eBay 所創作。因此根據前述第十一巡迴上訴法院在 Warren Publishing Co. v. Microdos 的見解，eBay 根本無法主張任何權利，因此縱使有任何的創作性，但 eBay 仍無法成為該等著作的權利人，也因此無法主張任何的權利。

本案後來經 eBay 提起上訴，並且於上訴中另行主張 Bidder's Edge 未經許可而存取 eBay 的電腦系統的行為已經損害到 eBay 的電腦系統，並且其誤用 eBay 網站上的資料也構成對 eBay 商譽上的損害。對於 eBay 的上訴主張，上訴法院後來均予以駁回⁶⁵。

綜觀美國歷年來關於資料庫的相關判決上，基本上已經確立了一個原則，即不論是非電子或電子資料庫，除非在其選擇或編排上符合美國著作權法上第 101 條關於編輯著作所下之定義，方可引用著作權法加以保護。

值得注意的是，由於線上資料庫資料來源的不同，因此所可能面臨的問題也更形複雜。傳統上，資料庫的資料乃係資料庫建置人花費心血努力蒐集而來，但是隨著網路利用的普及與新型態電子商務應用模式的出現，許多線上資料庫之內容，已經不再是資料庫建置人所自行蒐集建構，而往往是由使用人所提供或創作，因此對於這些由使用人所提供資料是否可以由資料庫建置人主張權利就是一個問題。而在 INS 一案中，INS 所利用的新聞報導則是 AP 受雇人自行創作，因此法院認為被告構成不公平競爭，這也是一個值得注意的基本的差異。

另一方面，若是使用人所提供的資料是從其他資料庫而來時，接受使用人資料的資料庫是否會構成侵害原始資料庫之權利，也成為另外一個爭議的問題⁶⁶。而隨著電子商務應用模式的

⁶⁵ 關於其駁回理由，於判決文內並無特別之說明。

⁶⁶ 例如在 Costar Group Inc. v. LoopNet, DKC 99-2983 (D. Maryland, 2001) 一案中，Costar 主張被告 LoopNet 將其不動產網站上物件的照片張貼到其網站中，因此對 LoopNet 提起訴訟，主張被告侵害其著作權。但是 LoopNet 則抗辯指出，該等照片並非其所張貼到網路上，而是其會員自行張貼，而其會員之所以取得這些物件的照片，則是 CoStar 准許 Costar 會員利用此等照片。雖然本案涉及的是可以獲得著作權保護的照片，理論上應該較容易，但是實際上仍然引發許多新興的法律爭議，特別是網站是否可以符合美國 DMCA 所規定的 ISP，而可以適用 ISP 免責的安全港規定。

不斷出現，此等問題也將不斷的發生，究竟應該以何種方式處理資料庫重製的問題，可能會更趨向於事實的認定與技術的運用。

肆、我國關於資料庫保護之檢討

一、我國法對資料庫保護之規定

在 Feist 判決中，美國聯邦最高法院特別指出，觀念與事實的自由利用是著作權法最基礎的原則。因此就資料庫的保護而言，若資料庫的建置人對資料的選擇、整合或編排上有其創作性，雖然可以成為著作權保護之標的，但是由於事實並不能成為著作權保護的標的，故任何人皆可自由的擷取或利用這些個別的事實，並不需要得要得到資料庫建置人或資料蒐集整理者的授權。

事實上，美國最高法院的此種見解也在 TRIPS 與 WIPO 的著作權條約中有類似的規定。例如根據 TRIPS 第九條第二項，著作權之保護應僅及於表達，而不應及於諸如觀念、程序、操作方法、數理概念等類型⁶⁷。至於 WIPO 之著作權條約(WCT)第二條亦採與 TRIPS 相同之規定⁶⁸。

而就我國著作權法而言，亦採取與 TRIPS 及 WCT 相同的規定。依照我國著作權法第七條第一項規定：「就資料之選擇及編排具有創作性者為編輯著作，以獨立之著作保護之」。其中所謂創作性，通常係指具有人類精神智慧的投入，因此如果資料庫僅僅是依照一些如年月日、筆劃順序或數字大小等標準所依序建置完成者，即使於建置過程中已經投入了許多人力及物力成本，該資料庫本身仍非屬著作權法所稱之「編輯著作」，進而當然也不能取得著作權法的相關保護。

至於我國著作權法第七條所稱之編輯著作之創作性為何，是否與美國最高法院在 Feist 一案中所言，只要有最基本的創作性即以足。國內司法機關則見解不一。在衛視中文台控告有線電視台插播地方廣告蓋該台所排定播映廣告的案件中，衛視中文台主張其對該台電視頻道節

⁶⁷ 2. Copyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.

⁶⁸ WIPO WCT Article 2 Scope of Copyright Protection. Copyright protection extends to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.

目、廣告之選編享有編輯著作，而地方有線電視之蓋廣告行為構成侵害著作權。雖然法院都認為編輯著作必須具有「人格精神創作」，但是在地方法院審理時，有法院不認為電視節目的選編為人格精神創作，故無從主張著作權⁶⁹，但是亦有法院認為編輯著作以既存著作為限，為編輯人精神上勞動成果，故具有微量之創作性，表現一定創作的最少程度即可，與著作物「原創性」須表現具有個性的精神內涵，表達較告之創作程度不同⁷⁰。

不過，在上訴台灣高等法院後，高院似乎對創作性採取較高的標準，而非僅有微量的、最少程度的創作性即已足。高院指出，著作權乃保護構想之表達形式，而不在保護構想本身，是以著作須能表達一定之精神意涵。因此，該院認為，「經過選擇、編排之資料而能成為編輯著作，除有一定之表現形式外，尚須其表現形式能呈現或表達出作者在思想或感情上之一定精神內涵始可。同時該精神內涵又應具有原創性，而其原創性之程度，又須達足以表現作者之個性或獨特性之程度。」因此，凡是不能表達人類精神內涵的資料聯結，不論是否基於特定之動機而經過選擇、編排，僅能認係資料的收集、累積，不能認為具有「創作性」。因此判決衛視中文台敗訴⁷¹。

因此，就我國現行著作權法而言，資料庫本身要成為著作權法所保護的標的，固然不須在其可供利用的實用或文化價值上有任何程度上的要求，但是除非資料庫內的個別內容本身已成為著作權法所保護的著作，而可單獨就該個別內容取得其關於著作權法的相關保護，否則如僅從該資料庫整體觀之，如要取得著作權法的保護，最起碼仍然需具有所謂的創作性(原創性)，始能取得著作權法的保護，而這也是我國著作權法第七條第一項規定之原意⁷²。

⁶⁹ 請參見士林地方法院八十六年自字第二八六號判決。在於蕭雄淋編，著作權法判解、決議、令函、實務問題彙編，八十九年七月，頁一四六一至一四六五。

⁷⁰ 請參見台北地方法院八十六年自字第六六〇號；台北地方法院八十六年自字第一〇三二號判決。引自蕭雄淋前揭書，頁一四六五至一四六七。

⁷¹ 請參見台灣高等法院八十七上易字第三三八號判決。值得注意的是，該判決一方面要求原創性，一方面又要求原創性的程度，須足以表現作者之個性或獨特性之程度，似乎有將編輯著作誤認為原始創作之嫌，所要求的創作性甚高。若依照此判決，則編輯著作能符合著作權法保護的門檻顯然較美國為高。而台北地方法院的見解則類似美國最高法院在 Feist 案中所採取的立場。

⁷² 值得注意的是，我國著作權主管機關亦有一個與美國最高法院之 Feist 案類似的解釋函，根據該函，著作權法第七條第一項規定「就資料之選擇及編排具有創作性者為編輯著作，以獨立之著作保護之。」是依上述規定，編輯著作在資料之選擇及編排上必須具有創作性，始得稱之。是

由於資料庫在無法具有創作性的情況下，無法取得著作權的保護，另一方面，對於資料庫中所蒐集的事實性資料與其他無法成為著作權保護標的之內容，就國內著作權法規定與國際間著作權法的理論及實務而言，使用者當然可以自由下載利用，並無侵害著作權法的問題。

但是與國際間不同之處，就是國內業者並未普遍採用國外網路資料庫業者所利用的資料庫使用契約或是使用規定。而且縱使有，但是因為我國對線上契約的效力為何，迄今司法實務界都並無任何見解出現，並不像美國等國家，已經有非常明確的司法判決，承認線上契約的效力。再加上我國消費者保護法第十一條、第十二條⁷³與民法第二百四十七條之一⁷⁴都對定型化契約之效力有相當的規範，依照其規範內容，很有可能使現行業者所用的使用契約等發生無效的可能，因此與其他國家不同之處，就在於國內業者並不去法院尋求保護，反而向公平會請求就是否構成不公平競爭尋求救濟，也造成國際間類似案件有限，但是國內類似案件日增的情事。以下謹就公平會處理相關案件之情況加以分析說明。

「電話號碼簿」是否符合著作權法第七條第一項「編輯著作」之規定？應視該「電話號碼簿」在選擇及編排上是否具有創作性而定；因之，如該「電話號碼簿」所載資料係採用一般人通用之方法加以選擇及編排，即未具有創作性，則與上述「編輯著作」之規定尚有未何。請參見內政部 84 年 6 月 16 日台(84)內著字第八四一〇九七九號函。但是與 Feist 案不同之處，在於內政部之此項解釋並未如同美國最高法院在 Feist 案一般，對創作性的強度有任何的表示。

⁷³ 消費者保護法第十一條規定，企業經營者在定型化契約中所用之條款，應本平等互惠之原則。定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋。第十二條更明確規定，定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：(一)違反平等互惠原則者。(二)條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。(三)契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。除此之外，消保法施行細則第十四條更明確規定，定型化契約條款，有下列情事之一者，為違反平等互惠原則：(一)當事人間給付與對待給付顯不相當者。(二)消費者應負擔非其所能控制之危險者。(三)消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者。(四)其他顯有不利於消費者之情形者。由於有學者主張此等原則應適用於所有的定型化契約，因此此等規定對於網路業者所採行的按鍵合約可能不太有利。

⁷⁴ 民法第二百四十七條之一（附合契約）之規定如下：

依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：

- 一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。
- 二、加重他方當事人之責任者。
- 三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。
- 四、其他於他方當事人有重大不利益者。

二、資料庫業者與提供資料人之關係

在電子商務產業泡破破裂，網站業者轉而追求營收之後，資料庫業者也已經多轉為收費性質。例如法律網站法源資料，就以檢索一次五十元的方式收費⁷⁵，其他法律資料庫網站如法爾街則以下載文章計費。但是在競爭激烈的人力網站、房地產網站等，則亦產生不同的商業模式。

例如在人力網站方面，美國最大的人力網站 Monster.com 則是求職者可以免費登錄，但是卻向雇主收費，亦即雇主若是要利用該網站之求職資料，則應付費。而在國內，人力網站則與一般報紙人事廣告相同，會要求雇主付費，並簽訂「刊登求才啟事廣告委託單」或「網路徵才廣告契約」等定型化契約，向雇主收取提供求職者資料等服務之費用。而在付費刊登事求人的情況下，雇主還必須提供職位的空缺與需求的人數，並列出所需的條件（例如學經驗、資歷、工作經驗、待遇、工作地點、職位等）。

相對的，為吸引求職者提供求職資料，以擴充其資料庫的內容，人力網站則免費提供求職者登錄的服務。但是，人力網站亦要求求職者所登錄的資料，將「無償且不附帶任何條件供人力資源網站做為就業媒合及接收人力資源網站資料與活動之用」。

至於房地產網站，則有的採會員制，並須加入會員，並支付一定之費用後，即可在該網站張貼相關資料或是檢索相關資料。有些則對出賣人/出租人收取費用，然後由網站業者代為處理後續事宜，包括拍攝照片、填寫相關資料等。雖然商業模式不盡相同，但是皆逐漸朝向收費的機制發展。

但是有一點相同之處，就是不論是人力網站、還是房地產網站與拍賣網站，其資料庫的主要內容，除了房地產網站的照片或宣傳文字外，可能都是網路利用人（亦即這些網站的客戶）所為，而這些資料，例如求職者個人資料或是徵才企業的學經歷、工作經驗等要求，可能大多數都無法符合著作權的保護要件，而成為受著作權法保護的標的⁷⁶。但是，縱使符合著作權之要件，而成為可受著作權保護的標的，但是其著作權人亦為提供這些資料的網路使用人或企業，而非將這些資料納入資料庫提供大眾利用的資料庫業者。因此，縱使資料庫業者將這些有

⁷⁵ 請參見<<http://www.lawbank.com.tw>>。

⁷⁶ 著作權的保護要件，雖然國內學說尚不一致，但是一般皆要求下列要件：(1)應為人類之精神感情等創作；(2)應具有原創性（創作性）；(3)應為表達(expression)而非觀念(idea)；(4)應不具有著作權法第九條法定不予保護之情事；(5)應固著(affix)在一定媒體之上。

著作權的資料納入其資料庫，根據著作權法第七條之規定，也不會影響這些資料的著作權，亦即除非另有特別約定，否則資料庫業者並未因此而取得創作這些資料著作人之著作權⁷⁷。不過，對於這些網站所創作呈現的網頁、與不同的分類編排等，亦仍有可能會具有創作性，而可成為著作權保護的標的。

三、公平交易法之保護與資料庫內容複製

對於不符合我國著作權法第七條所稱之編輯著作之資料庫保護上，我國目前實務上幾乎多以公平交易法第二十四條加以處理之，雖然以公平法加以規範這類問題，仍有其侷限性，例如公平法所規範之主體為事業⁷⁸、當事人間需具有所謂競爭關係⁷⁹，以及被害人無法如其他智慧財產權法一般直接訴請法院，反而轉請案件負荷已然沉重的公平會來負責執法是否妥當等問題⁸⁰，惟上述問題，在目前我國並無計劃修改著作權法或是另定保護資料庫之特別法的情況下，再加上到法院訴訟有其風險，而公平會卻繼續針對此等問題加以處分的情況下，案件似將會陸續增加。

為了解以往我國公平會針對資料庫保護問題所為之相關處分，以下即為其相關案例，分別整理如下：

⁷⁷ 但是資料庫業者往往宣稱其對這些資料有著作權，例如 104 人力銀行在其首頁上就明確的指出，「本站內容享有著作權」，此等文字似乎亦有不實廣告的嫌疑。另外，值得特別注意的，就是這些網站往往利用利用定型化契約限制相對人之行為，例如 104 人力銀行就在其「網路徵才廣告刊登服務契約」第五點中，就明白的限制「刊登人一旦簽約成為 104 求才會員後所知悉或持有之求職者履歷，刊登人僅能供作自身徵才之用，不得將該履歷轉供其他關係企業或第三人利用（如關係企業或其他第三人有徵才需求者，刊登人應請其直接與 104 簽約成為求才會員）。...刊登人違反本款之約定時，除自負一切法律責任外，因已嚴重損及 104 對求職者隱私保護之努力付出與營業信譽，刊登人同意無條件賠償 104 相當於刊登費用一百倍之違約罰金，以彌補 104 所受之損害」。可見國內業者已經採取類似國外業者的契約模式，只是此等契約的效力仍有待釐清。

⁷⁸ 依照公平法第二條之定義，所謂之事業係指 1.公司。2.獨資或合夥之工商行號。3.同業工會。4.其他提供商品或服務從事交易之人或團體。

⁷⁹ 依照公平法第四條之定義，所謂競爭，係指二以上事業在市場上以較有利之價格、數量、品質、服務或其他條件，爭取交易機會之行為。

⁸⁰ 同樣的批判也在美國消費者及投資者存取資料法(Consumer and Investor Access to Information Act of 1999 : H.R. 1858)提出時被學者提及，請參見 Gary W. Smith, Legal protection for databases, The Journal of New England Technology, Volume 17, Issue 39, 全文可於 <http://www.b-1.com/publications/articles/mht_legal.html>下載。

1. 翰能人力資源案⁸¹

本件係扶華國際市場開發顧問股份有限公司(即「104人力銀行」網站,檢舉人)去函公平會檢舉翰能人力資源顧問有限公司(被處分人),涉嫌重製檢舉人公司設立之「104人力銀行」網站中企業求才資料,並置於被處分人公司設立之「三七人力銀行」網站。後經公平會調查後,即以被處分人以不當重製行為藉以擴充己身網站資料之行為,係對求才企業及求職者構成欺罔行為,復對檢舉人構成顯失公平行為,且足以影響交易秩序,已違反公平交易法第二十四條規定⁸²。

2. 展辰國際案⁸³

本件係因原從事於人事分類廣告及夾報業者,即展辰國際有限公司(以下稱被處分人),於其與交易相對人之廣告刊登合約書備註欄內載明「免費贈送一〇四人才庫」或「提供一〇四人力銀行資料」等字樣,經檢舉人「104人力銀行」提出檢舉。公平會認為,檢舉人網站每月除支付龐大之人事成本及行銷費用外,對於建構網路軟、硬體設備及通訊網路等基礎建設,培養人才及開發網頁技術等方面,亦投入大量的資金與努力,相對於此,被處分人並未作任何之努力與付出,復未徵得檢舉人之同意,即以免費贈送檢舉人所擁有「104人力銀行」求職者之個人資料予其交易相對人,來遂行增加自身之交易機會。故核其所為,當屬積極榨取他人之努力成果,並損害以價格、品質、服務等效能競爭本質為中心之交易秩序,對其他遵守公平競爭本質之競爭者而言,已構成顯失公平,從而具有商業競爭倫理之非難性,已屬違反公平交易法第二十四條之行為。

3. 凌亞資料案⁸⁴

⁸¹ 請參見 89 年 4 月 29 日(89)公處字第 063 號處分書。本件公平會依公平法第四十一條,除命被處分人應立即停止違法重製行為外,並同時對被處分人處新台幣八十萬元整之罰鍰。

⁸² 本案檢舉人復追加檢舉被處分人違反公平交易法第十九條第五款規定(該條款規定:「有左列各款行為之一,而有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者,事業不得為之...五、以脅迫、利誘或其他不正當方法,獲取他事業之產銷機密、交易相對人資料或其他有關技術秘密之行為。」)。但公平會審理後認為並未違反第十九條。

⁸³ 請參見 89 年 5 月 11 日(89)公處字第 072 號處分書。本件公平會依公平法第四十一條,除命被處分人應立即停止違法行為外,並同時對被處分人處新台幣十萬元整之罰鍰。

⁸⁴ 請參見八十九年七月六日(八九)公處第一一八號處分書。本件公平會依公平法第四十一條,除命被處分人應立即停止違法行為外,並同時對被處分人處新台幣二十五萬元整之罰鍰。本件

本件凌亞資料有限公司(以下稱被處分人)原為經營「汎亞人力銀行網站」,卻未得檢舉人即「104人力銀行」同意,即於其所經營之網站重製檢舉人「104人力銀行」網站內之求職者履歷資料,以提供予其本身之客戶求才之用。本件公平會最後以被處分人未以己力爭取客戶,而藉取自他人網站之求職者履歷資料方式,擴充己身網站資料,核有違反公平交易法第二十四條之不公平競爭行為。

4. 酷才網案⁸⁵

本件酷才網股份有限公司(以下稱被處分人)以購買其發行之「酷才週報」雜誌求才廣告版面,即贈送其所經營之「e498酷才網」網路求才版面行銷活動方式,使求才企業得於網站上免費刊登求才訊息以及企業本身資料。但卻遭檢舉人即「104人力銀行」發現於上述「e498酷才網」網站內,有四筆係重製其網站內之廠商求才資料。本案公平會後以被處分人由「104人力銀行」網站榨取企業求才資料,混充為自身網站之企業求才資料,藉以招攬更多求職者,以增加自身交易機會並增進廣告收益之行為,核屬榨取他人努力成果之行為,足以影響價格、品質、服務等效能競爭本質為中心之交易秩序,並對其他遵守公平競爭本質之競爭者而言,構成顯失公平,而具商業競爭倫理之非難性,業屬違反公平交易法第二十四條之行為。

5. 房地天下案⁸⁶

本件房地天下科技股份有限公司(以下稱被處分人),於其所經營之「家天下」網站宣稱擁有二十萬筆之房地產出售及出租資料,除有違反公平法第二十一條第三項準用同條第一項之「不實廣告」情事外,關於為混充自身網站資料,而重製中信房屋等四家仲介公司不動

被處分人於公平會處分後即又向行政院提出訴願(台八十九訴字第三五七七八號),惟後於八十九年十二月二十七日仍被以訴願無理由而遭駁回。

⁸⁵ 請參見八十九年十二月二十一日(八九)公處字第二一六號處分書。本件公平會依公平法第四十一條,除命被處分人應立即停止違法行為外,並同時對被處分人處新台幣二十五萬元整之罰鍰。

⁸⁶ 請參見九十年二月二十二日(九十)公處字第○四四號處分書。本件公平會對於被處分人所涉及不實廣告及榨取他事業所屬網站資料庫資料之違法行為,公平會依照公平法第四十一條,除命被處分人應立即停止此兩項違法行為外,並同時對被處分人處新台幣三十五萬元整之罰鍰。本件被處分人於公平會處分後即又向行政院提出訴願(台九十訴字第○三一三一六號),惟後於九十年六月十一日仍被以訴願之提起,已逾三十日之訴願不變期間,因此被裁定訴願不受理。

產租售資料庫內之資料部分，公平會則認為係榨取他人努力成果之行為，足以影響價格、品質、服務等效能競爭本質為中心之交易秩序，並對其他遵守公平競爭本質之競爭者而言，構成顯失公平，而具商業競爭倫理之非難性，業已違反公平交易法第二十四條之規定⁸⁷。

6. 鉅亨網案⁸⁸

本案係美商鉅亨網股份有限公司於八十九年二、三月間，以測試公司的電腦設備之運作能力及效能等為理由，每日摘取他事業所建構之新聞資料，置於其所屬之鉅亨網網站中，對外隨時供不特定人上網查詢。經被轉載之事業就前述行為以存證信函表示異議後，該公司雖隨即於表明其網站上資料之編排方式確有引人誤會之情事，並告知被轉載事業採取改正措施，另將存有爭議之資料予以全部刪除，惟仍遭到檢舉人提出檢舉。

公平會指出，鉅亨網未付出相當努力，逕自榨取他事業努力經營成果之資料，混充於自己所經營之網站中，其目的係藉以達成招攬更多造訪人數，增進其開始營業後自身廣告收益之目的，應係牟取不正當利益之行為，顯具有商業競爭倫理之可非難性。

此外，鉅亨網網站上版權為其所有之聲明⁸⁹，確實極易誤導不知情讀者，使其誤認為「鉅亨網」網站與其他媒體事業有合作關係，在該網站上均可獲得相關資料，而放棄瀏覽、閱讀

⁸⁷ 關於本案，由於被處分人所經營之「家天下網站」<<http://www.twproperty.com/twp/>>，僅係房屋租售資料服務的提供者，除未如被重製之網站經營者一樣經營實際的房屋仲介業務，且相關之房屋租售物件的聯絡人仍為各仲介公司，因此主張與被重製之資料庫經營者所經營之業務並不具有所謂競爭關係。關於上述被處分人所為之答辯，公平會於處分理由書內，係就消費者之立場認為，消費者仍可透過檢舉人等（仲介業者）或被處分人（資料服務業者）之途徑，達成買賣或租賃房屋之目的，兩者所屬市場雖有差異性，然仍存有某種程度之競爭性。上述公平會之結論，與發生於美國的 eBay v. Bidder's Edge 一案均有同樣之爭點，亦即『實際業務經營者』與該等業務『資料服務提供者』對於有無競爭關係認定上，是否應僅限於直接競爭關係，而不應包括間接競爭關係。對於此一爭點，於 eBay 一案，美國法院最後認為 eBay 所從事者乃係直接主持線上拍賣服務，而 Bidder's Edge 所經營者乃是拍賣資料的提供，雙方原則上並不具有直接競爭關係，從而 eBay 也不致構成對 Bidder's Edge 有妨礙競爭的反托拉斯行為。

⁸⁸ 行政院公平交易委員會於九十年八月三十日第五一二次委員會議決議。

⁸⁹ 公平會調查發現，鉅亨網網站轉載其他媒體新聞資料之刊載內容，雖於每則新聞之標題下方明確註明出處，惟仍載明「本站編發之新聞、圖片、資料等內容，版權均屬美商鉅亨網股份有限公司所有，任何人未經鉅亨網以書面授權同意，不得以任何形式予以轉載、散布、出版或傳播，違者本公司必依法追究責任。如欲訂閱本網站提供之新聞、圖片或資料庫內容，請以 E-mail:sales@cnyes.com 聯絡。」

其他媒體事業之網站；亦會使得不知情之社會大眾，易誤以為藉由鉅亨網網站即可獲得其他媒體刊載之資料，因而減少至其他媒體事業或網站上閱讀或瀏覽，降低事業於其他媒體事業刊登廣告之意願，致其減少商機。

因此，公平會以美商鉅亨網股份有限公司未付出相當努力，逕自榨取其他媒體事業努力經營成果之資料，混充為己身網站資料之行為，且記載相關版權為其所有等相關文字，為足以影響市場交易秩序之顯失公平行為，違反公平交易法第二十四條規定，依同法第四十一條規定，處新臺幣三十五萬元罰鍰。

7. 蕃薯藤與雅虎奇摩案⁹⁰

本案係蕃薯藤數位科技公司向公平會檢舉雅虎國際資料公司之 YAHOO!奇摩網站中「新奇」單元(<http://www.kimo.com.tw/home/whatsnew/>)，自九十年三月二十九日至四月十七日止，連續二十天抄襲檢舉人已刊載於「新站」單元上之內容。經公平交易委員會調查，蕃薯藤網站上「新站」單元，係從當日網站上新登錄之三、四百個網站中，一一觀覽後挑選出六個最佳網站加以介紹，提供網友瀏覽。被處分人於自身經營 YAHOO!奇摩網站中，亦有提供類似服務之「新奇」單元，每日介紹五個新網站。然於上開期間內，被處分人「新奇」單元所介紹六十則新網站中，竟有五十三則係檢舉人在當日稍早或以前曾在「新站」單元中介紹過之內容，雷同率竟高達九成，且文字介紹內容完全相同，確有異常。再加上被處分人自承有「參考」及「內容雷同」情事，並立即改正刪除，故公平會認為確有抄襲擷取檢舉人「新站」單元內容情事。

公平會指出，被處分人就其「新奇」單元之內容編撰，不思藉由自身努力，以正當方法蒐集編寫新興網站資料，反而未經檢舉人同意即抄襲其蕃薯藤網站上之內容，係藉由重製競爭對手之「新站」單元資料，藉此擴充自身網站內容，以達成招攬更多造訪人數，增進廣告收益，核屬榨取他人努力成果，並損害以價格、品質、服務等效能競爭本質為中心之交易秩序，對其他遵守公平競爭本質之競爭者而言，已構成顯失公平，從而具有商業競爭倫理之非難性，該當公平交易法第二十四條為足以影響交易秩序之顯失公平行為。

⁹⁰ 行政院公平交易委員會第五二〇次委員會議決議，全文請參見

<<http://www.ftc.gov.tw/showframeweb.asp?menu=CONTENTTB&DisplayKey=會本部>>。

從上述七件案例發現，雖然都涉及重製資料庫資料的行為，但是其所涉及的資料都十分有限，除蕃薯藤案外，都未出現大量重製的行為，對於少量的重製行為是否當然會發生「擴充自身網站內容，以達成招攬更多造訪人數，增進廣告收益，核屬榨取他人努力成果，並損害以價格、品質、服務等效能競爭本質為中心之交易秩序」，即有研究的價值。

伍、重製電子資料庫內容與違反公平法第二十四條之分析

由於資料庫一方面在其內容上多屬單純描述事實的事實性資料，因此就該內容本身並不能受到著作權保護，而另一方面就資料庫整體觀之，其於內容的選擇或編排上為了滿足大量資料建置及維護的需求，因此多半亦不具有著作權法中關於編輯著作所謂創作性(原創性)的要求，因此在尋求著作權保護不易的情況下，資料庫業者為保護其在資料庫建置與維護所投入的相關投資成本，乃轉而尋求公平法之保護。

而在上述的案件中可以發現，公平會在面對此等案件時，均以此等重製行為有「擴充自身網站內容，以達成招攬更多造訪人數，增進廣告收益，核屬榨取他人努力成果，並損害以價格、品質、服務等效能競爭本質為中心之交易秩序」等理由，認為違反第二十四條有關於防止不公平競爭的概括規定。

不過，就公平會過去的案例觀之，公平會對於涉及創作程度較高的著作權爭議的案件均未介入⁹¹，但是對於沒有創作、應該屬於公眾領域中的事實性資料，卻援引公平法第二十四條之規定加以保護，反而引發另外一種值得斟酌的問題，那就是若有資料庫業者先將屬於事實性或不受著作權法保護的資料納入其資料庫後，雖然不能獲得著作權之保護，卻可以獲得公平法的保護；雖然該資料並非資料庫業者之創作，但反而可以取得幾乎排他的權利，並可獲得實質上永久的保護。此種結果，相對於歐體對資料庫僅給與十五年之保護，與 WIPO 著作權條約草案亦只給十五年或二十五年的保護期間而言，保護似乎過於周延。

(一) 公平法第二十四條之規範內涵與新修正內容

就公平法第二十四條之規定而言，亦即「除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影

⁹¹ 雖然鉅亨網案的資料為新聞報導，但是根據著作權法第九條，單純報導事實的語文著作亦不受著作權法保護。

響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」⁹²，乃為一概括性規定。由於公平法在立法之初，係採取低度立法原則，故未對許多已被國外競爭法所禁止的行為加以規範，以致在公平法實施後，常常面臨無具體規定可供適用的情形，因此，為規範交易秩序、確保公平競爭，亦必須適用此具有補充公平法漏洞功能的第二十四條規定。因此，如何利用公平法第二十四條之「欺罔」或「顯失公平」等原則，以補充公平法的規範不足，並使公平法得以因應經濟發展而非揮其經濟憲法的功能，乃有其特殊的意義與重要性⁹³。

但是，由於公平法第二十四條僅為概括規定，所規範的原則又極為簡略，因此如何將該條之構成要件「欺罔」、「顯失公平」與「足以影響交易秩序」加以適用，例如欺罔的對象是消費者還是競爭者、顯失公平的對象是消費者或是競爭者、足以影響交易秩序應達到何種程度方始構成，而構成第二十四條之行為是否要具有可責性與倫理的非難性等問題，就成為必須要注意的問題⁹⁴。

由於第二十四條只是補公平法之不足，因此對於其他法律有保護者，例如智慧財產權法已經有保護者，公平法也就不再行介入。但是在資料庫保護與資料重製的案件中，公平法第二十四條應否介入、其對資料重製的保護廣度如何，卻不易從相關案件中得知，甚至在處分案件中有對僅重製少數資料者亦加以處罰的情事，因此對於資料重製的情事是否應該不分輕重與程度一併適用，其適用是否適當，是否應有一定的執法標準，即有探究之必要。

而為使公平法第二十四條適用更為明確，公平會特別就第二十四條適用原則進行研究，並

⁹² 公平交易法第二十四條係不公平競爭行為的概括規定，但是公平法第二章所規範之限制營業競爭行為，亦有可能涉及不公平競爭，因此公平法第二十四條之規範範圍非限制於必不包括分類上應屬第二章所規範之行為（即獨占、結合及聯合行為），始足當之。

⁹³ 請參見劉孔中教授主持，公平交易法第二十四條相關問題之研究，公平會八十三年委託研究計畫，八十三年六月，頁一八四至一八七該報告之期中與期末報告會議記錄中相關委員所提出之問題。

⁹⁴ 根據公平法第二十五條，公平會並無類似美國聯邦交易委員會之準立法權，但似可參酌美國聯邦交易委員會法第 18 條(a)(1)之規定，針對商業上或影響商業之欺罔或顯失公平之情事，制定解釋規則與一般的政策聲明，或是參考美國 FTC 活用行政指導的方式，制定各種行為準則 (Guidelines)，以發揮對公眾與產業界領導的功能。不過，後來公平會仍決定訂定第二十四條適用原則以為依據，請參見劉孔中教授前揭研究報告，頁一至二。

公布「公平交易法第二十四條之適用原則」⁹⁵以作為參酌的依據。

根據該適用原則，為釐清第二十四條與民法、消費者保護法等其他法律相關規定之區隔，該條之適用應以「足以影響交易秩序」之要件，作為篩選是否適用公平交易法或本條之準據，即於系爭行為對於市場交易秩序足生影響時，公平會始依該條規定受理該案件；倘未合致「足以影響交易秩序」之要件，則應依民法、消費者保護法或其他法律請求救濟⁹⁶。

另一方面，該條之適用範圍，該認定原則亦明確指出，應以「足以影響交易秩序」之要件為前提，先檢視「限制競爭」之規範(獨占、結合、聯合行為及垂直限制競爭)，再行檢視「不公平競爭」規範(如商業仿冒、不實廣告、營業誹謗)是否未窮盡系爭行為之不法內涵，而有適用該條之餘地。因此，根據新的適用原則，第二十四條與公平交易法其他條文適用之區隔，應只有「補充原則」關係之適用，即本條僅能適用於公平交易法其他條文規定所未涵蓋之行為，若公平交易法之其他條文規定對於某違法行為已涵蓋殆盡，即該個別規定已充分評價該行為之不法性，或該個別規定已窮盡規範該行為之不法內涵，則該行為僅有構成或不構成該個別條文規定的問題，而無由再就本條加以補充規範之餘地。反之，如該個別條文規定評價該違法行為後仍具剩餘的不法內涵，始有以本條加以補充規範之餘地⁹⁷。

至於適用第二十四條的重要判斷基礎，也就是「足以影響交易秩序」之認定，適用原則五點亦特別規定，應考量是否足以影響整體交易秩序(諸如：受害人數之多寡、造成損害之量及程度、是否會對其他事業產生警惕效果及是否為針對特定團體或組群所為之欺罔或顯失公平行為等事項)或有影響將來潛在多數受害人效果之案件，且不以其對交易秩序已實際產生影響者為限，始有本條之適用。至單一個別非經常性之交易糾紛，則應尋求民事救濟，而不適用本條之規定。而二十四條所稱的交易秩序，則是指符合善良風俗之社會倫理及效能競爭之商業競爭

⁹⁵ 公平會針對如何適用公平交易法第二十四條，特別於八十二年公布「公平交易法第二十四條之適用原則」，為因應國內經濟環境的變化，公平會已於九十年十二月二十日五二八次委員會將該適用原則大幅修正，並於該適用原則第一點明文指出：「鑒於公平交易法第二十四條為一概括性規定，為使其適用具體化明確化，特訂定本原則。」修正全文請參見

<<http://www.ftc.gov.tw/showframeweb.asp?menu=CONTENTTB&DisplayKey=會本部>>。

⁹⁶ 請參見適用原則第二點公平交易法適用的基本精神第一段之規定。

⁹⁷ 請參見適用原則第二點第二段與第四點之規定。

倫理之交易行為，其具體內涵則為符合社會倫理及自由、公平競爭精神賴以維繫之交易秩序⁹⁸。

而對於事業之行為是否構成二十四條之欺罔或顯失公平之行為，舊的適用原則原採兩階段認定法，分別從交易相對人間之交易行為與從市場上之效能競爭是否受到傷害加以判斷。首先在交易相對人之交易行為觀察是否違反第二十四條的判斷方面，還可以分別就是否有「對交易相對人為欺罔行為」與「對交易相對人為顯失公平行為」加以觀察。

其次，根據該適用原則，即應就市場上之效能競爭是否受到侵害加以觀察。若無法或很難自交易相對人間之交易行為，觀察行為是否欺罔或顯失公平，則可以市場上效能競爭（公平競爭本質）是否受到侵害來判斷。至於何謂「效能競爭」，舊的適用原則還特別加以類型化，並列出「榨取他人努力成果之行為」與「破壞市場的行為」兩種類型，而在其下還分為不同的類型以供參酌。

不過，新的適用原則已經不再特別強調兩階段認定法，而係特別強調「足以影響交易秩序」之基準，並進而就第二十四條所稱之「欺罔」與「顯失公平」等不公平交易行為加以定義性之規範。根據新原則，所謂「欺罔」係對於交易相對人，以積極欺瞞或消極隱匿重要交易資訊致引人錯誤之方式，從事交易之行為。而常見之類型包括：(1)冒充或依附有信賴力之主體；(2)不實促銷手段；(3)隱匿重要交易資訊⁹⁹。

至於「顯失公平」：係指「以顯失公平之方法從事競爭或商業交易」者。其常見之具體內涵主要可分為三種類型¹⁰⁰：(1)不符合商業競爭倫理之不公平競爭行為¹⁰¹；(2)以不符合社會倫理手段從事交易之行為¹⁰²；(3)濫用市場相對優勢地位，從事不公平交易行為¹⁰³。其中則以「不

⁹⁸ 至於原規定則為：「符合社會倫理及效能競爭原則之交易秩序，包括交易相對人間不為欺罔及不當壓抑的交易秩序，以及不阻礙競爭者為公平競爭的交易行為」。而有關於該條「不公平競爭」之規定，亦即指「事業所為之行為具有商業倫理之非難性。也就是說，事業所為之商業競爭行為違反社會倫理，或侵害以價格、品質、服務等效能競爭本質為中心之公平競爭」則已經被刪除。

⁹⁹ 請參見認定原則第六點。

¹⁰⁰ 請參見認定原則第七點。

¹⁰¹ 此種類型為第二十四條規範的主要類型，其又可以分為兩大次類，亦即(1)以損害競爭對手為目的，阻礙公平競爭之行為（例如攀附他人商譽、高度抄襲與利用他人努力，推展自己商品或服務之行為等三種類型）；與(2)以損害競爭對手為目的，阻礙公平競爭之行為（例如不當比較廣告與對競爭對手之交易相對人為其競爭對手侵害其智慧財產權表示之行為等兩類）。

¹⁰² 常見行為類型如：以脅迫或煩擾交易相對人方式，使交易相對人於決定是否交易之自由意思受

符合商業競爭倫理之不公平競爭行為」類型中的「利用他人努力，推展自己商品或服務之行為」與資料庫內容之重製關係較為密切。

(二) 資料庫內容重製與適用公平法第二十四條之問題

雖然有此適用原則，但是就重製他人資料庫中資料之類型而言，此適用原則是否足以適用，則應首先釐清。雖然就理論上而言，事業如未付出相當之對價，即重製他人已付出努力及成本之資料庫之內容，應屬榨取他人努力成果之行為，即俗稱「搭便車」(free riding)之行為，但此種行為是否即屬違反公平法第二十四條之行為，依照原有公平法第二十四條之適用原則之相關內容，即需衡量榨取行為帶給社會大眾之利益以及損害被榨取者及競爭秩序之不利益，並考量榨取者其手段之不當程度，以及被榨取之標的是否著名等各種因素加以衡量；但若根據新的適用原則，則應特別就「足以影響交易秩序」加以判斷。

就美國的案例觀察，從 INS 一案聯邦最高法院創造出 Misappropriation 的理論後，到 eBay v. Bidder's Edge，法院會對詐取他人努力成果的行為加以處分者，乃係其行為已經達到相當的程度（例如將 AP 的新聞有系統的大量改寫或勢將 NBA 的比賽資料大量利用），就社會公平觀念而言，已經不容忽視，方始構成類似二十四條之欺罔或顯失公平之行為，而非僅就一些支節細微的重製行為加以規範。

另一方面，就 eBay 案而言，則是由於其網站內容的資料，均為其用戶所提供，eBay 並不會當然取得其使用者的權利，故法院就 eBay 案的處理，並非基於不公平競爭，而係侵權行為中的非法侵入(Trespass)。同樣的，在 Motorola 一案中，法院對於 NBA 所主張的資料並未給與著作權的保護，但是也僅在此種有系統的大量利用 NBA 比賽資料達到一定程度才認為違反不公平競爭的法理而禁止 Motorola 之行為。

國外學者對資料庫與其資料的重製問題是否構成侵害的問題，則主張應視後來者(the second comer)利用資料庫是否非法而定。而其利用是否非法，則應就後來者之工作是否意圖去

到壓抑情形下，完成交易之行為。

- ¹⁰³ 具相對市場力或市場資訊優勢地位之事業，利用交易相對人（事業或消費者）之資訊不對等或其他交易上相對弱勢地位，從事不公平交易之行為。常見類型如：(1)市場機能失靈供需失衡時，事業提供替代性低之民生必需品或服務，以悖於商業倫理或公序良俗之方式，從事交易之行為；(2)資訊未透明化所造成之顯失公平行為。

取代或損害原著作之商業價值而定。因此基於現有著作而為之新著作應予以鼓勵，而且非相互競爭的利用應不構成侵害¹⁰⁴。不過，由於一般的資料庫所收錄的資料甚多，因此若要發生取代或損害原資料庫之商業價值，其利用的數量與程度均應該達到一定的程度，而非就少數幾筆資料的重製就足以構成侵害。

而在國內，主管機關之處理態度似乎截然不同。惟若就目前公平會所處分的案件觀察，特別是人力網站的案件中，104人力銀行所主張資料，均非該網站所自行創作，而是雇主或是欲找工作的求職人士所提供，該網站能否因為先獲得這些資料就取得這些資料的權利，並可進而根據這些資料主張侵害或不公平競爭，即有疑義。而且就雇主與求職人士而言，只要在沒有詐欺或其他不法情事之下，應該都不希望其所提供的資料成為某一家公司或網站的財產，而是希望其所提供的資料能夠儘量達到所有希望知悉該資料的人士。

縱使若有違反當事人意思的情事，則可以看其侵害的情事為隱私權、商業機密或其他情事，而分別適用其他法律，例如民法、營業秘密法、甚至電腦處理個人資料保護法。因此，若其他網站如果取得提供人士或雇主之同意而在該網站上提供，是否能夠因此構成不公平交易的情事，即有可議。因為若取得資料提供人之同意，不論從交易相對人間之交易行為，或是從市場上之效能競爭方面探討，均不易符合第二十四條適用原則所定之適用要件。

而且，就所有類似的案件而言，許多業者都大量重製報紙或是其他平面媒體的人事或房地產等相關資料，但是公平會卻均未有任何處分，可是單純的重製數量不多的電子式資料時，就有違反公平法第二十四條的情事，亦顯不公。其實就此等行為的本質而言，均為重製不受著作權保護的事實行為，為何重製非電子式的資料就不會有公平法第二十四條的問題，但是重製少數電子式資料就有詐取他人努力成果，而有欺罔或顯失公平之行為¹⁰⁵？似乎在保護上有所歧

¹⁰⁴ Infringement would be established only where a second comer's use of a work was illegitimate. Illegitimacy of use was determined by the extent to which the subsequent work was intended to substitute, or would prejudice the commercial value of, the original work。請參見 Paula Baron, Back to the Future: Learning from the Past in the Database Debate, 62 Ohio St. L.J. 879 (2001)。

¹⁰⁵ 對於此等問題，公平會委員陳志龍在雅虎國際案的不同意見書亦有類似的看法。陳委員指出，該案所涉及者乃「導覽文字」之抄襲，若換成在另外的場域，亦即在「紙面上的導覽文字」者，則將不會被認定是公平交易法違反的合致案例，通常也只會被認定是「民事侵權行為」或是「著作權法之違反」。但在不屬於「紙面上」的「網路上」之行為法規範，則情形竟全然丕變，而有

異。

更何況在人事與房地產網站中，平面媒體還要透過廣告 AE 或其他人士去收集彙整這些廣告、並排版編輯，可是電子式網站一般都是由行為人透過網路直接提供，電子式網站透過自動化的傳輸裝置將行為人所提供的資料存入資料庫以供他人搜尋利用，因此其不但投資較傳統平面媒體為低、成本亦低、且僅有機械化、自動化的「努力」，是否能符合第二十四條之「他人努力成果」？¹⁰⁶至於在鉅亨網所涉及新聞報導類型中，透過網路做一個簡單的搜尋，就可以發現許多的網站將平面媒體的新聞報導以原文或節錄的方式置於其網頁上，而且許多的網站在其首頁中亦有著作權的聲明，可是亦不見有所處理，亦可見似乎有不同之待遇。

由於重製平面媒體的資料與重製電子式資料庫中的資料，就法律觀點而言，都是屬於重製行為，且其重製的內容，有些是屬於受到著作權保護的標的，因此構成著作權法所稱之重製，例如蕃薯藤案中之新站內容說明或是圖形就有可能構成，可是依據公平會過去的處分原則，對於涉及著作權的案件均未涉入，可是在蕃薯藤案卻似並未維持此等原則¹⁰⁷。事實上，絕大多數的重製都是重製不符合著作權法保護要件的資料，例如人事與房地產廣告就是例證。而且這些資料在平面媒體往往還要經過編排與版面設計，但是電子式資料庫則只是設定一定的網頁選單

見仁見智問題。陳委員於不同意見書自問，為何會有如此懸殊之「差別待遇」？或許是本會在認定「電子資訊」、「網路」時，即對新科技之事務竟一概的予以特殊化，或許忽略了「電子資訊」、「網路」所具的本質，顯非公平交易法秩序的新保護客體。「電子資訊」、「網路」仍應只具「載體」的功能。斯種載體的功能，可謂和「紙張」並無不同，只是來作為意思表示之「附著體」而已。而重要點，並不在於「載體」本身，實應探討具體行為的內容。即不是凡涉及「網路」者，則必然和公平交易有關，對此不可不辯。作者對陳委員的觀點表示贊同。

¹⁰⁶ 有些網站亦有設置行銷人員，但是此並非網路上電子式資料庫運作的主要模式。本文係以電子式資料庫的主要運作模式進行討論。

¹⁰⁷ 至於蕃薯藤案件中，公平會僅就被檢舉的「新奇」單元所介紹六十則新網站中，竟有五十三則係檢舉人在當日稍早或以前曾在「新站」單元中介紹過之內容為由而加以認定，但是從決定書中，卻看不出公平會有無對此等內容究竟是蕃薯藤自行創作，還是被介紹的網站創作後提供給蕃薯藤與雅虎奇摩，或是單純的就網頁版面編輯形式有實質抄襲的情事進行了解。由於國內網站有限，因此介紹之網站有所雷同亦不足為其。但是，如果這些內容係蕃薯藤所自行創作，而雅虎奇摩又將之抄襲重製，則雅虎奇摩的行為當然可議，但是如果這些新網站介紹的內容係這些網站自行創作後提供這些入口網站時，則蕃薯藤是否可以對非屬其創作的他人著作主張權利，亦有疑問。若是其主張因為這些新奇網站的整體網頁版面構成近似，則由於網頁之創作若具有創作性，故亦可成為著作權保護之主體，因此根據公平會過去的原則，涉及著作權的案件不涉入，則在蕃薯藤案件中，就應該明確區分哪些內容有著作權，哪些沒有著作權，方能一致。

與欄位，由使用人自行填寫完成後送出就存入電子式資料庫中，因此平面媒體的創作性反而比電子式資料庫為高，但是保護反而遠遠不及，此種偏重保護電子式資料，卻不顧傳統平面媒體的做法，顯然有失公平原則。

(三) 對公平會處分案件之分析與建議

若從公平會之處分案件觀察，此等處分案件中所爭議的核心，都是一些不屬於著作權法保護的事實性資料，對於這些事實性的資料，有些提供人可能會來者不拒，有些則會對願意提供的對象有所選擇，因此如果提供人在提供一個資料庫（包括非電子式例如報紙，或是電子式資料庫）後，經其他資料庫業者徵詢後，亦同意將其資料置於後來者之資料庫中，縱使沒有付費，但是既然經過雙方當事人同意，公平會似乎不必介入此等私人間的協議之中。否則以目前的情況而言，則可能演變為只要在一個電子式資料庫登錄，則其他的資料庫（不論電子式或是非電子式資料庫）若有蒐集利用的情事，就有違反公平法第二十四條之虞。此種法律效果，將可能造成對不受著作權法保護的資料造成一種事實上(de facto)的壟斷現象，反而可能導致最先獲得資料登錄的資料庫業者取得事實上的市場力量，可能並非公平法主管機關的本意。

另一方面，雖然公平會已經對電子式資料庫之重製作出多件的處分案例，但是若就這些個案加以分析，則可見公平會在適用第二十四條適用原則上的模糊與不一致的現象。

例如，在凌亞資料案中，所涉及的問題，一為提供人隱私權保護的問題，一為 104 人力銀行與其使用人所簽訂的使用契約問題。就隱私權而言，應該屬於民法第一九五條之侵權行為保護與電腦處理個人資料保護法的範疇。既然其他法律已經有所規定，此時似可根據公平法第一條後段「本法未規定者，適用其他有關法律之規定」，或是根據新的適用原則判斷是否已致「足以影響交易秩序」，而不宜直接適用有補充性質之公平法第二十四條。故資料提供人若認為其隱私權有被侵害，應可依循民刑法之救濟規定處理，或尋求個人資料保護法主管機關法務部之處理。若欲根據公平法尋求救濟，也應該是這些提供個人資料的人士，並非 104 人力銀行。

其次就違反契約的規定而言，若凌亞資料確實如 104 人力銀行所言，利用關係企業登錄為 104 人力銀行 VIP 會員，而有違反其與 104 人力銀行之約定，將求職者的資料加以利用之行為，則 104 人力銀行即可根據其「網路徵才廣告刊登服務契約」第五點後段的規定處理，亦即「刊登人一旦簽約成為 104 求才會員後所知悉或持有之求職者履歷，...刊登人亦不得將之轉作為其

他商業或非商業之利用，例如作為課程招生、製作電腦名錄、寄發商業廣告、販賣商品或推銷服務、招攬保險、婚友介紹、靈骨塔銷售、從事獵人頭或人力派遣業務，或重製於其他人力網站或從事獵人頭、人力派遣業務者之資料庫或其他儲存媒介等。刊登人違反本款之約定時，除自負一切法律責任外，因已嚴重損及 104 對求職者隱私保護之努力付出與營業信譽，刊登人同意無條件賠償 104 相當於刊登費用一百倍之違約罰金，以彌補 104 所受之損害。」

事實上，就公平法與民法之關係為何，公平會早就委託進行研究，而根據學者研究，「公平交易法係由規範競爭秩序角度出發之行政管制法規，對因足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為而締結之契約其效力如何，似無充足之理由於民法一貫的評價之外另為特別規定。則自我國法律體系內在的評價標準觀之，該等契約應認為有效，惟宜使違法行為之相對人有機會再次考慮是否繼續維持契約效力，亦即賦予其終止或解除權為妥。」¹⁰⁸因此，公平會是否要介入當事人間的違約問題，並對此等違約問題適用公平法第二十四條，實值得深思。

至於在翰能人力資源顧問有限公司案中，被檢舉重製十筆資料，但是該公司提出九筆同意刊登的同意書，僅有資誠會計師事務所未出具同意書，但是資誠除了在 104 人力銀行外，還在 1111 人力銀行刊登，另外，雖然有部分業者表示有同意但是並未提供公司基本資料，但是這些公司基本資料可以輕易的從其他來源或是公司自己的網站獲得。若將相關有疑義的資料排除，本案等於對僅重製一筆資料就動用第二十四條，而且該筆資料有無可能從 1111 人力網站而非 104 人力網站而來亦不明¹⁰⁹。這種只有重製一筆資料的行為是否構成「欺罔或顯失公平」，即有可議。

另外，雖然可能會有論者主張，其他的九筆資料並未構成事前之同意，但是由於這些資料屬於這些提供人所創作，或是已經存在於其網站或其他可供公眾查尋利用之網站，因此縱使事後獲得同意，是否能就因此而否定其同意之效力？因此就本文意見而言，對於資料或個人資料的提供人之同意，不論於事前或是事後，都應有同意的效力，如此一來，方可避免不受著作權保護之事實性資料為少數事業或是最先登記之事業所壟斷。而至於是否資料提供人有所同意，則應由主張資料提供人已為同意的事業負責證明。不過，更重要的，就是這十筆資料都是由使

¹⁰⁸ 請參見前揭劉孔中教授主持之公平交易法第二十四條相關問題之研究，頁七十六。

¹⁰⁹ 當然，更值得研究的，就是這些公司是否有在平面媒體上刊登類似的廣告。但是從決定書中並無法得知。

用人所創作，並非 104 人力銀行所創作，但是公平會卻准許 104 人力銀行可主張此等他人所創作資料之權利，才是真正的問題。

另外，酷才網被檢舉僅有四筆資料，而其中只有兩筆資料由業者指稱未在酷才網刊登求才廣告。而在數萬筆的資料中，僅有兩筆係未自行主動刊登的情事，就構成「榨取檢舉人之努力成果，侵害市場效能競爭本質，而有欺罔或顯失公平的行為」，反而凸顯台灣商業市場之淺碟特性，也凸顯出公平法二十四條被過度利用的潛在問題。

因此就上述的處分中，似乎只有展辰國際案明確的利用「104 人力銀行」的名稱，而有「依附他人聲譽」與「榨取他人努力成果之行為」之情事，但是其他的案件則是單純的重製檢舉人資料庫中的少數資料，而這些資料甚至有可能是來自平面媒體，但是卻都會構成第二十四條的情事，其中更有單純的違反「網路徵才廣告刊登服務契約」的情事，但是公平會都予以處分，更可能造成少數電子式資料庫寡頭壟斷事實性資料的問題。

而在公平會就二十四條所委託進行的研究中，對於詐取競爭對手的行為類型，研究報告中就特別指出，「在經濟生活中，吾人以他人工作或努力之成果作為自己生產製造藍本而為競爭行為。人類若純粹僅依靠自己能力、經驗及發明是無法成就現代社會之進步與發展。因此利用他人成果在經濟生活中乃是慣常且被允許的、除非是法律賦予他人成果特殊的保護及專屬的權限。...但若行為人以值得非難之方式，利用他人成果來獲取較競爭者有利之競爭情勢時，則非競爭法規所允許。」¹¹⁰

根據該研究，「除非是法律賦予他人成果特殊的保護及專屬的權限」，或「行為人以值得非難之方式，利用他人成果來獲取較競爭者有利之競爭情勢時」，否則似可以利用他人努力的成果。但是在上述的處分案件中，原則上所有的案件所涉及者，可能都是非法律所賦予他人成果特殊的保護及專屬的權限，而且縱使有重製的情事，但是亦未能因利用他人成果而獲取「較競爭者有利」之競爭情勢，再加上有些重製資料的比數有限，是否即當然構成不公平競爭行為，顯然仍可加以討論。

當然，此種見解並不表示作者支持第二十四條之詐取他人努力行為的精神，只是目前就公

¹¹⁰ 請參見劉孔中教授主持前揭第二十四條研究，頁十五。

平會所為的決定觀之，其所要求的門檻與相關構成要件，都似乎極低，而非像歐體的資料庫保護指令，與 WIPO 的資料庫條約草案與美國的資料庫相關立法所要求的「重大投資」大相逕庭。而公平會若將第二十四條之適用的標準大幅的降低，不但可能使得首先取得這些資料的業者取得一種事實上的壟斷地位，更可能形成一種反向的不公平競爭，也就是透過公平法的合法保護，而排除其他業者的競爭，此種情形的出現，當非第二十四條之立法目的。

因此，若參酌目前國際間對資料庫保護保護的規範與實務，對於重製資料庫內容是否違反公平法第二十四條的問題上，主管機關似不宜不分輕重一律適用公平法第二十四條，而應根據個案事實並參酌一定的標準加以綜合判斷，以免將應屬於公眾領域的資料賦予最先收錄者一種事實上的排他權利，反而有礙達成公平法促進競爭的目的。當然，若可屬於違反契約、隱私權侵害、侵害營業秘密等其他法律已有特別規定的類型，在適用第二十四條時更應謹慎。

至於判斷的標準，作者則建議主管機關可以考慮下列因素以進行綜合判斷：(1)被重製之資料庫是否係由他人投入相當之人力或財力等重大投資所建置或維護¹¹¹；(2)行為人重製之目的為何，例如是否有直接或間接之營利目的，還是供研究或私人之利用；(3)重製之的方式與重製資料的質與量，亦即行為人是否有以持續且有系統的方式大量重製他人資料庫中的資料，其所重製之資料之重要性是否有所差別；(4)行為人與被重製之資料庫經營者間有無競爭關係，特別是其目的是否為取代相互競爭之事業從事重製行為；(5)對被重製之資料庫經營者是否已造成實質損害，或對其投資之回收機會是否造成重大威脅；(6)對於資料流通之公益或提供個人需求，是否大於對被重製資料庫建置者所造成之不利益；(7)被重製的資料是否已經獲得資料提供人的同意或許可，這些資料係提供人自行提供還是由事業自行重製？¹¹²

陸、結論

由於網路的利用，使得網路上電子式資料庫的保護也日趨重要，更重要的，就是某些特殊

¹¹¹ 投入之資源是否重大，因為產業的不同，不易有一定客觀的標準，但是可依個案分別認定。而由網路使用人自行提供資料所建構的資料庫而言，由於網站只是負責提供介面與架構網站，因此是否屬於有重大投資就應特別調查。但是於綜合判斷時亦不宜過於強調此考慮因素，這是因為歐體的資料庫保護指令與 WIPO 的資料庫保護條約草案等之所以強調重大投資，乃是因為賦予資料庫建置人一個特別的權利，故有特殊的要求，而在我國，由於並未賦予資料庫建置人特別權利之保護，故亦不宜過分強調重大投資的重要性。

¹¹² 若係提供人自行提供，則應可推定其已經有所同意。

類型的網站，例如拍賣網站、人力資源網站、不動產網站等，其之所以能夠在競爭激烈的電子商務環境中存活，就是透過不斷累積之資料所形成的資料庫。若他人將其資料庫中的資料以不正當的方式加以擷取利用，則不可避免的會對該資料庫的建置人造成一定的影響。因此，如何在目前無法運用著作權保護的環境中，尋求對資料庫建置人給與一定的保護，就成為資料庫建置人與使用人關切的重點。

也因為如此，美國司法機關乃嘗試用著作權以外的理論，例如不公平競爭，以解決因不當利用他人資料庫中著作所衍生的法律問題。但是雖然如此，仍無法突破 Feist 案中，美國最高法院明確判決，那就是事實性資料非屬著作權之保護標的，而屬於公眾領域，任何人都可以自由利用。由於許多電子式資料庫所蒐集的內容亦屬事實性資料，使得他人在利用或重製此等事實性內容資料時，不但無著作權侵害的問題，亦無不公平競爭的問題。

相反的，對於此等網路上新興的問題，我國公平會則採取極為積極的態度，不論利用人所重製的內容係事實性資料或是有著作權保護的內容，亦不論重製的數量與質量，皆處分行為人違反公平交易法第二十四條。公平會此種處理方式，雖然有助於對資料庫建置人的保護，但是卻亦可能帶來潛在的不公平問題，那就是若有電子式資料庫業者先將屬於事實性或不受著作權法保護的資料納入其資料庫後，雖然這些資料不能獲得著作權之保護，卻可以獲得公平法的保護；亦可能發生雖然該資料並非資料庫業者之創作，但反而可以代替創作人而透過公平法取得幾乎排他的權利。這兩種情形，都達到相似的結果，就是可透過公平法而對事實性資料獲得實質上永久的保護。

雖然第二十四條有補充公平法不足，且能配合經濟發展與產業變化之實際需求。但是在實際利用之際亦不應過於廣泛，反而應對不同的不公平競爭態樣設定適當地標準，特別是在電子式資料庫的部分，更應審慎為之，不宜過度擴張，特別是部分案件涉及隱私權、商業機密或民事爭議，似應優先就其情形分別適用其他法律，例如公平法第十九條、民法、營業秘密法、甚至電腦處理個人資料保護法。對於這些得適用其他法律規範的情形，是否仍然堅持繼續適用公平法第二十四條，亦值得探討。

值得注意的，就是公平會亦有感於第二十四條適用之氾濫，乃大幅修正第二十四條之適用原則，並強調第二十四條之補充性質，以及與其他法律的適用關係，透過該適用原則之修訂，

或可有助於釐清資料庫內容重製所涉及的不公平競爭疑義。

評論

羅教授昌發 (台灣大學法律學院)

主席、馮教授、以及諸位先進：

馮教授所處理的問題相當困難，不過我發現他每次處理這樣困難的問題，都有非常好的一個方向。馮教授所處理的這個問題，涉及的是公平交易法跟智慧財產權的交錯領域的問題。如何區分或者怎麼樣運用公平法跟智慧財產權的相關規範，在特定的案子上，長久以來公平會內部及外部很多教授、專家都有許多辯論；探討範圍包括諸如：智慧財產權有很嚴格的要件，不符合那麼嚴格的智慧財產權保護要件，卻反而用公平法去保護，而公平法有時保護的程度反而還更高一些，甚至沒有時間的限制；此種保護是否合適，甚有爭議。我們今天談的問題，其實也是這個問題的一環。馮教授所處理問題的困難之處，另外一點是在於公平法第二十四條。從昨天到今天，我們一直在談第二十四條，有關電子資料庫的保護的問題，第二十四條到底能不能用？以及如何適當的去應用？均甚值探討。

馮教授在報告裡頭，也附帶介紹很多新的觀念，在外國也算新，在我們國內，當然也是很新的觀念或問題。包括一些用科技來規避相關的保護措施、案件合約的問題、以及他介紹一些國際發展的新趨勢；馮教授甚至把一些草案都拿出來討論；馮教授把我們國內相關的案例加以介紹跟評論，所以無論在實務上與理論上，都非常有價值。

我們今天討論這個問題，很重要的一個基本的探討焦點，就是到底這些資料庫的內容，要不要給予某種程度的保護？這是一個很大的前提問題。這問題，我們從馮教授的報告中，可以看得出來，有些國家很積極想要給予保護，有些國家在國內還有不同的看法，所以保護是不是落實，恐怕還有一些問題。國內實務上的見解明確指出，要給予保護，要給予保護的基本理由是，有相當的努力在這些資料庫上，包括資本的投入。這些資料庫構成商業上很重要的競爭工具，若使用者是在商業上使用，且基本上就是靠這個東西來作為其競爭內容、競爭工具的話，其盜用的行為，應予以譴責、給予非難；這是我們國內實務上的基本看法。同樣的，馮教授對於這個基本看法並沒有太否定，不過他一些見解可能有不一定滿意的地方。

我覺得，針對這個大的前提問題，應該可以肯定。基本上，假設從事競爭者是完完全全利

用其他人的競爭工具，來當作自己的競爭工具，則在競爭上應給予非難。只是，這樣給予保護，會不會有一些額外的問題？比如說，馮教授提到他特別擔心的問題，就是會不會對於資料的內容，給予保護後，會產生事實上變成這些資料庫的擁有者，產生獨占的效果、產生排他使用的效果？這或許是大家可以思考的。不過，從馮教授文中的一些看法，其實也可以歸納到一個結論就是：假設我們對資料庫的保障，不是全面性、無條件的給予，而是設一些條件的話，應該不會產生因為給予資料庫某種的保障，導致資料庫的內容被排他性的使用，而使其他人不能使用的結果。我個人對於這個問題的看法，應該不至於太悲觀才對。至於到底要不要給這些資料保護？我個人的看法是，應該要給予某一種程度的保護。

接下來的問題就是，假設要給予保護的話，保護的程度如何？保護的方法又是如何？保護的程度的問題，馮教授援引外國的素材，也提出相當的看法，基本上我很同意他的看法，但他沒有講得很清楚，對資料庫的截取行為，到底會不會違反法律？其實是量的問題，也就是程度的問題，而不是本質的問題。意思就是對於資料庫某一種程度的使用，是合理的，也是合法的、應該的。本來資料庫在某種程度上，雖然有蒐集的功能，但是其散布的功能，也是其本質所在，關鍵在於使用程度的問題而已。要給予保護的話，到底界線要畫在哪裡？那是一條動的線，我們應該如何劃分的問題。至於保護的方法，馮教授其實沒有很否定用公平法來保護，只是他認為，主管機關特別是公平會，應該有一些執法的考量，我覺得這一點很有道理。我們從馮教授所引的這些案例，大概也可以體會，這些案例裏面顯示一些問題。這些問題就是，假設現在有一個廠商，他真的要引用其他人的資料庫，到底他是不是很明確的知道遊戲規則？遊戲規則是不是夠清楚的？我們從這些案例看起來，也許有一些不夠清楚的地方，也就是界線是完全都不能動呢？還是，動到某一個程度才算有問題呢？也許有一點不一致的地方，或者不見得是不一致，而是沒有講清楚的地方。譬如說馮教授談到平面媒體，事實上公平會針對平面媒體這些廣告內容的使用，到底有沒有違反公平法，有不同的看法，這跟電子媒體有一點不一樣。

本質上，我覺得是不一樣，只不過公平會針對這個問題是不是說得夠清楚？會不會讓外界誤以為執法標準不一？我針對保護的方法，倒是有一點看法。馮教授在論文第三十三頁最下面一段，對公平會有一個很重要的貢獻，他提到公平會應該考量這些因素，決定到底要不要用第二十四條來處理這種資料庫使用的問題。這些考量的因素也許可以再更精確地發展，主要是因為，這些考量的因素其實是參考很多外國的實務上的及草案的見解，假如要融入到我們的公平

法的話，其實還要考慮到公平法第二十四條的這些要件。因為公平法第二十四條這些要件，從公平會的一些案例看起來，有時候會用到欺罔，但是好像用的不一定很精確；有時候用到顯失公平，看看會不會導致交易秩序的破壞。馮教授所列的這些要件，到底是屬於哪一個要件的一部分？還有不夠清楚的地方。

我倒更進一步的感覺到，我們在國內制定相關的法律，跟歐體制定相關、類似的法律，一樣還不成熟。但是公平會似乎可以針對這個問題，來制定相關的準則，讓業界可以有比較明確的參考。這也許是一個考量的方向。

附帶提到一個問題，馮教授剛剛提到 TRIPS 的問題。馮教授有列舉 TRIPS 協定針對智慧財產權的問題；TRIPS 協定是完全列舉，除了列舉之外，並沒有另外的可能性。在 WTO 成立之前的談判，要談 TRIPS 協定的時候，其實有一個很大的爭論，就是到底除了那些列舉的智慧財產權之外，要不要有概括的規定，以便將來針對可能發展的新型態智慧財產權還是可以在不修改協定的情形之下，納入保障或納入規範。結果答案是否定的，也就是說，現在 TRIPS 協定是列舉的。我們看到馮教授介紹歐盟的草案，這個草案還沒有成真，將來假設成真的話，會出現一個新的問題，就是草案把這種保障看做是一個特別的權利，那是新的類型的智慧財產權；新類型的智慧財產權，按照歐體的規定，是以互惠的方式保護：你對我的這種權利保護的話，我歐體才對你同類的資料庫保護。這種互惠的要求，是違反 TRIPS 協定的；包括國民待遇、最惠國待遇可能都有某種程度的違反。但是由於這是新類型的智慧財產權，故不在 TRIPS 範圍內，看起來又不見得會違反 TRIPS 協定。這是將來一個新的課題，附帶跟各位做報告，謝謝。

公平交易法與科技產業的智慧財產權

授權問題初探：美國經驗的借鏡

劉靜怡*

摘要

在以科技為主導的市場上，出現頻率越來越頻繁的智慧財產權授權行為，這類行為在公平交易法上應該受到何種評價，正是近年來對公平交易法主管機關來說越來越顯困難的議題。在這方面，由於美國是個科技產業發展和科技產品向屬先進的國家，有關智慧財產權授權的議題，亦屬眾多，所以，美國法制過去多年來所累積的運作經驗，或有值得探討思考之處。本文說明美國法制針對智慧財產權授權行為的基本處理模式，以及其處理模式所衍生的問題，本文並且針對美國一九九五年授權處理準則或是智慧財產權授權處理準則中所涉及之市場分析做一初步探索，以便做為二〇〇一年一月制定「行政院公平交易委員會審理授權協議案件處理原則」的公平會未來處理關於專利和專門技術授權協議案件的參考。

壹、前言

從法律和科技的發展軌跡來看，以維護市場競爭為目標的反托拉斯法或公平交易法，經常被視為不利於科技創新，尤其是智慧財產權和根據公平交易法所進行的政府管制兩者，往往被認為具有緊張關係¹。然而，面對市場競爭越來越和科技發展無法脫離關係的趨勢²，公平交易法和智慧財產權法兩者之間的關係應該如何處理，方屬妥善，卻似乎是不該以「公平交易法不

* 美國芝加哥大學法學博士(J.S.D., March 1997)，哈佛大學法學碩士(LL.M., June 1994)，現任中央大學產業經濟研究所專任助理教授。

¹ See, e.g., David McGowan, Networks and Intention in Antitrust and Intellectual Property, 24 J. Corp. L. 485 (1999); Aaron Xavier Fellmeth, Copyright Misuse and the Limits of the Intellectual Property Monopoly, 6 J. Intell. Prop. L. 1, 3 (1998).

² 參見劉靜怡，從美國法制經驗看網際網路時代的反托拉斯法，政大法學評論，第六十七期，頁227至288。

該介入科技產業，以免阻礙科技創新」如此過於簡單的邏輯做為處理準繩。倘若以公平交易法和智慧財產權法兩者均以尋求資源和創新的最適分配和促進公共福祉為共同目標³的觀點來看，兩者之間或許應該具有互補作用才對。換言之，就科技產業所需的法制架構而言，公平交易法和智慧財產權法兩者的解釋適用，均應以促進市場競爭和科技創新為目的。然而，不可否認的是，在以科技為主導的市場上，出現頻率越來越頻繁的智慧財產權授權行為，這類行為在公平交易法上應該受到何種評價，正是近年來對於反托拉斯法或公平交易法主管機關來說越來越顯困難的議題。在這方面，由於美國是個科技產業發展和科技產品向屬先進的國家，有關智慧財產權授權的議題，亦屬眾多，所以，美國法制過去多年來所累積的運作經驗，或有值得探討思考之處。從公平交易法的觀點，說明美國法制針對智慧財產權授權行為的基本處理模式，以及其處理模式所衍生的問題，正是本文這篇介紹性文字的主要寫作目的。

基於上述認知，除了就公平交易法面對智慧財產權授權行為時，是否應該介入以及如何介入市場進行管制做一般性的觀察論述，鋪陳背景說明之外，本文將以一九九五年美國聯邦貿易委員會 (Federal Trade Commission, 簡稱 FTC) 和聯邦司法部 (Department of Justice, 簡稱 DOJ) 兩者所頒布的智慧財產權授權處理準則 (Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property)⁴ (以下簡稱為美國一九九五年授權處理準則或是智慧財產權授權處理準則)，做為主要的分析對象。換言之，科技產業的發展日益複雜的結果，智慧財產權授權行為亦將日益頻繁，而且樣態多元，各種授權條件之內容是否公平，尤其是在公平交易法上將受到何種評價，乃牽涉到法律確定性的問題，若法律不確定性過高，對於技術授權人和被授權人兩者均將形成相當高的困擾，造成授權關係不穩定的結果。這也是行政院公平交易委員會 (以下簡稱公平會) 在二〇〇一年一月制定「行政院公平交易委員會審理授權協議案件處理原則」(以下簡稱公平會處理原則)，以做為公平會未來處理關於專利和專門技術授權協議案件的依據之主要原因。由於公平會此一處理原則和美國一九九五年授權處理準則兩者之間具有相當程度的類似性和關連性，美國法制運作的經驗，應該能提供我國公平會某些啟示。所以，本文希望藉由針對美國一九九五年處理準則所進行的分析，釐清公平會處理原則在解釋適用方面可能遭遇

³ See generally Daniel J. Grifford & Leo J. Raskind, *Federal Antitrust Laws* 675-76 (1998).

⁴ See U.S. Dep't of Justice & Federal Trade Comm'n, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* (Apr. 6, 1995).

的相關問題，以便有利於公平會之執法。

貳、智慧財產權帶給公平交易法的挑戰：歷史發展的觀察

從美國過去至今的反托拉斯法運作經驗來看，法院並不是一直將反托拉斯法和智慧財產權法當做兩個具有互補性質的法律領域看待，甚至，在一九六〇年代之前，兩者還是被當做具有根本衝突的兩個法律領域處理。直到六〇年代，才真正出現對此一觀點的反省聲音⁵。不過，深究之下，我們可以發現早在 *United States v. Aluminum Co. of Am. (Alcoa)*⁶一案中，法院主張未濫用獨占力量的廠商不該受到譴責的推理，便已經透露出反托拉斯法和智慧財產權法兩者之間的互補可能性⁷，而此一立場在 *United States v. Grinnell Corp.*⁸一案中，又再次獲得肯認，換言之，在雪曼法(Sherman Act)第二條之下，具有獨占力量本身從未直接被當做非法行為，具有獨占力量的廠商必須另外符合濫用獨占力量的要件，方構成雪曼法此一規範處罰的對象⁹。不過，從另一方面來看，美國法院對於廠商不得濫用某一特定市場上所享有的法定獨占地位(例如智慧財產權)，做為另一市場上的競爭手段的立場，也是相當清楚而明確¹⁰。

歸納過去至今美國法制的運作經驗，就規範廠商濫用智慧財產權此一本質上為法定獨占的市場獨占力量的反托拉斯法原則來說，或許有以下幾個法律原則可資考慮適用。首先，從 *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*¹¹此一判決所立下的原則來看，雖然法院並非賦予廠商一般性的交易義務(general duty to deal)，然而，某一廠商一旦取得市場力量(market power)，那麼，除非有正當理由，否則通常會被判定為具有交易義務。至於在 *Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationery and Printing Co.*¹²一案中，法院除了以上述交易義務為依據之外，還援用「樞紐設施」或「關鍵設備」原則(essential facilities doctrine)，做為判定標準。再者，

⁵ See generally William F. Baxter, *Legal Restrictions on the Exploitation of Patent Monopoly: An Economic Analysis*, 76 *Yale L. J.* 267 (1966).

⁶ 148 F.2d 416 (2d Cir 1945).

⁷ *Id.* at 427.

⁸ 384 U.S. 563 (1966).

⁹ *Id.* at 570-71.

¹⁰ See, e.g., *Eastman Kodak v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992); *United States v. Microsoft Corp.* 147 F.3d. 935 (D. C. Cir. 1998).

¹¹ 472 U.S.585 (1985).

¹² 472 U.S. 284 (1985).

在一個和智慧財產權直接相關的最近判決 *In re Independent Service Organizations*¹³中，法院指出：掌握著作權或專利權的廠商，若有正當理由，對於出售或授權的要求，得加以拒絕而不觸犯反托拉斯法。簡言之，具有獨占地位的廠商，其交易義務並非絕對性的義務，在具有正當理由的情況下，廠商仍得拒絕之。其次，具有獨占地位的廠商不得從事會降低消費者福祉的行為。例如，廠商不得以將受智慧財產權保護的產品和不受智慧財產權的產品兩者搭售起來的方式，擴張其智慧財產權¹⁴，以免對市場競爭者造成市場競爭障礙，以及影響消費者的選擇自由。最後，針對受智慧財產權保護的產品之售後修護零件市場(aftermarket)進行獨占的企圖，法院也認為應該採取負面的處理態度¹⁵。

究其實際，在智慧財產權法的領域裡，美國法院也陸續透過判決發展出某些作法，用來防止智慧財產權的濫用，藉以和反托拉斯法取得協調一致的處理結果。例如，智慧財產權人若有濫用智慧財產權的情形出現，在針對涉入其智慧財產權侵權行為者所提起的侵權訴訟中，便極可能會遭致無法獲得勝訴的結果¹⁶；同時，對手濫用智慧財產權的主張，也經常是以反托拉斯法為依據提起反訴時，可以阻止對手提起智慧財產權侵權訴訟的主要手段¹⁷。總而言之，從上述美國法制的運作經驗中，我們可以發現反托拉斯法和智慧財產權法兩者之間的關係並非絕對對立，在實務操作上，則經常會出現互為補充的關係，以發揮上述防止阻礙市場競爭和科技創新的行為的功效。至於在具體的制度落實方面，則以一九九五年美國聯邦貿易委員會和聯邦司法部兩者所頒布的智慧財產權授權處理準則，以及相關的討論，最值得做為深入分析探討的對象。

相對地，依照公平會處理原則之制定說明，我們也可以看出公平會在制定此一處理原則

¹³ 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000).

¹⁴ See, e.g., *Times-Picayune Publ'g Co. v. United States*, 345 U.S.594, 597, 605 (1953). See also Thomas M. Susman, *Tying, Refusal to License, and Copyright Misuse: The Patent Misuse Model*, 6 J. Copyright Soc. U.S.A. 300 (1989).

¹⁵ See *Kodak*, 504 U.S. at 483.

¹⁶ See, e.g., *John Mills, Possible Defenses to Complaints for Copyright Infringement and Reverse Engineering of Computer Software: Implications for Antitrust and IP Law*, 80 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 101 (1998); Comment, *Is the Patent Misuse Doctrine Obsolete?*, 110 Harv. L. Rev. 1922 (1997).

¹⁷ See, e.g., *James Gould & James Langenfeld, Antitrust and Intellectual Property: Landing on Patent Avenue in the Game of Monopoly*, 37 *Idea: J.L.& Tech.* 449, 452 (1997).

時，亦是抱持和上述論述類似的立場，以便能夠鼓勵授權意願，促進技術之擴散和利用，避免授權爭議阻礙技術之運用和產業之發展：公平會一方面體認到技術授權就技術之充分利用與增加競爭機會而言，具有促進競爭之效果，他方面也認為如就技術授權訂有限制條款，可能帶來限制競爭或不公平競爭之反效果，反而對市場競爭有害，有違反公平交易法之虞。由於規範意旨接近，本文以下針對美國一九九五年智慧財產權授權處理準則所做的分析，亦應有助於釐清公平會的處理原則。

參、美國一九九五年智慧財產權授權處理準則之主要內容

美國聯邦司法部和聯邦貿易委員會於一九九五年所發布的智慧財產權授權處理準則，乃是美國聯邦政府反托拉斯法管制機關在處理反托拉斯法案件時，針對具有爭議性的智慧財產權授權行為，將以何種分析取向和標準做為處理準則的依據，此一處理準則對於預測何種涉及智慧財產權行使的行為會導致反托拉斯法的控訴出現，具有相當重要的澄清意義，同時，對於反托拉斯法和智慧財產權法兩者具有互補關係的主張，亦是重要佐證¹⁸。

美國在一九九五年所頒布的這個智慧財產權授權處理準則，針對美國反托拉斯法和智慧財產權法兩者之間的互動關係所提出的看法，具有相當程度的澄清作用。首先，此一處理準則分析了美國反托拉斯法的一般性原則在智慧財產權契約上的適用樣態¹⁹；其次，此一處理準則明確指出智慧財產權的掌握本身並不直接等於市場力量²⁰；接著，此一處理準則更進一步地指出，一般而言，智慧財產權具有促進市場競爭的功能，而且，某些智慧財產權授權契約內的限制條款，也具有促進市場競爭的目的²¹。

詳言之，此一智慧財產權授權處理準則承認智慧財產權授權有助於提昇效率，所以，反托拉斯法管制機關在處理這類案件時，除非從經驗上來看某一智慧財產權授權契約的限制規定本身被歸類為法院以「本質違法」原則(per se rule)處理的案件類型，否則，管制機關原則上會審視市場情況，遵循「合理原則」(rule of reason)，評估某一智慧財產權授權契約的限制規定是

¹⁸ See generally Azam H. Aziz, *Defining Technology and Innovation Markets: The DOJ's Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, 24 Hofstra L. Rev. 475 (1995).

¹⁹ See supra note 4, §2.0.

²⁰ See supra note 4, §2.2.

²¹ See supra note 4, §3.4.

否可能具有反競爭效果，如果其具有反競爭效果的話，該限制所欲達成的市場競爭效益，是否合理而必要²²。在適用反托拉斯法的合理原則時，掌握智慧財產權的廠商究竟市場力量 (market power) 如何，是判斷廠商有無能力在不損失市場銷售率的情況下、將價格提高到超乎競爭水準之上的關鍵之一，系爭廠商市場力量越強，對該廠商的反競爭行為所做的審查也越加嚴格。再者，根據此一智慧財產權授權處理準則，當某一智慧財產權授權契約的限制規定，降低原本在沒有授權關係的情況下乃是處於水平關係的廠商之間的競爭程度時，就會出現反托拉斯法的爭議。此時管制機關的處理方式，便是探究假設此一授權契約規定在任何相關市場上都未引發反競爭效果的話，是否有可能會創造出更高的市場競爭。最後，由於此一處理準則並不將智慧財產權和市場力量直接畫上等號，所以，在處理具有反競爭疑慮的具體個案時，管制機關必須調查某一智慧財產權授權契約在特定市場上所產生的實際效果。至於市場力量應該如何定義，此一處理準則則是區分三種市場類型：亦即以商品市場 (goods markets)、技術市場 (technology markets) 和研究發展 (創新) 市場 (research and development (innovation) markets，簡稱創新市場) 三種市場類型，分別評估特定廠商的市場力量。

上述智慧財產權授權處理準則在定義市場力量時，明確指出「市場力量是在相當時間內以可獲利的方式將價格維持在競爭水準之上，或者將產出維持在競爭水準之下。雖然智慧財產權往往賦予排除特定產品、製程或作品的權利，但是管制機關不自動假設專利權、著作權和營業祕密的所有人具備市場力量，通常，市場上會有事實上性質相近或者具有此種潛在特質的替代品，防止市場力量的行使」²³。其次，此一處理準則明白指出在智慧財產權領域的問題時，有必要以不同模式界定相關市場，除了傳統的商品市場界定模式之外，此一處理準則還另外加入「技術市場」和「創新市場」兩種市場類型。換言之，在進行反托拉斯法的調查時，管制機關應該先決定市場類型，但是，值得一併注意的是，在做此一決定時，分析重點應該在於某一智慧財產權授權契約的實際效果，而非根據其表面用語決定市場類型²⁴。本文以下將針對此一處理準則就上述三種市場類型的界定，進行簡要說明。

22 Id.

23 See supra note 44, §2.2.

24 See supra note 44, §3.1.

一、商品市場

根據美國一九九五年處理準則之規定，無論是在產出層面抑或是在投入層面，凡是以實際上的商品或財貨(actual goods)構成的市場，便定義為商品市場。針對此種市場類型，管制機關使用的是水平結合處理準則(Horizontal Merger Guidelines)²⁵中的原則，評估商品市場和地理市場，以及市場占有率。究其實際，此一商品市場的分析，其實相當接近於傳統商品市場的分析。

二、技術市場

根據美國一九九五年處理準則之規定，所謂的技術市場(technology markets)，其涵蓋範圍包括「透過授權契約授權之智慧財產權，以及其相近替代品在內」²⁶，根據本智慧財產權授權處理準則的界定，凡是某特定之「智慧財產權和使用該智慧財產權的產品兩者乃是分開銷售」，管制機關便援用此一技術市場的原則分析系爭智慧財產權授權契約的競爭效果²⁷。在針對某一特定技術市場上可能引發反競爭效果的行為進行分析時，管制機關首先必須確定系爭商品市場，接著，則必須確定在此一技術市場上，和系爭科技具有可以互相比較的相當關係的科技，包括哪些科技在內。就經濟分析的角度來看，當符合以下四種標準時，就可能構成相關技術市場：(一)使用該科技的產品，其需求相對而言比較不具有彈性；(二)在使用該科技的市場上，授權該科技的權利金就產品的全部成本或價格而言所占比例甚小；(三)相對於系爭科技而言，替代性科技並不存在，抑或並不如可能成該相關技術市場的系爭科技來得有效率；(四)因為針對該科技的使用已經投入相當多的特定因素，所以，轉換到其他科技的使用上，將導致高昂的成本出現²⁸。簡言之，此一技術市場的界定，乃是以過去美國反托拉斯法在相關市場界定方面所累積起來的經驗為基礎，而其界定架構則是以需求面可能的替代如何回應市場力量的行使而來。

換言之，在決定某一科技有那些替代品，並且進而界定相關市場時，管制機關檢視所有可得的數據，確認哪些可能形成獨占的科技或產品，有可能行使市場力量，至於此處所謂的「科

²⁵ U.S. Dep't of Justice & Federal Trade Comm'n, Horizontal Merger Guidelines (Apr. 2, 1992).

²⁶ See supra note 4, §3.2.2.

²⁷ See Id.

²⁸ See generally Joshua A. Newberg, Antitrust for the Economy of Ideas: The Logic of Technology Markets, 14 Harv. J. L. & Tech. 83, 103-110 (2000).

技」，則不僅限於受智慧財產權授權保護的科技在內，還包括不受智慧財產權保護，但是性質相近、具有可替代性的產品或科技在內。值得注意的是，此一處理準則指出，倘若沒有獨立出另一個使用在產品上的特定科技的市場的話，那麼就不論此一技術市場的有無，只分析某一授權契約在商品市場上的競爭效果²⁹。此種處理方式，多少會混淆掉不同市場類型之間的差異。而且，將另外獨立授權的科技和使用於產品中的科技分開處理時，也會引發對於目前並非獨立授權契約所規範的科技，但是的確可以做為被授權對象的科技而言，到底應該如何處理，就不無疑問了；因為，廠商有可能決定將某一先前未經授權的科技授權出去，而此種授權決定往往會增加該技術市場的競爭性，以及以授權科技從事產品生產製造的下游市場的競爭性。此時便不見得可以立即確認出技術市場。

三、創新市場

根據美國一九九五年處理準則之規定，當某一特定授權契約可能發揮阻礙未來創新的影響力時，管制機關便以創新市場的模式，針對其影響力進行分析³⁰。更進一步言之，當智慧財產權授權契約的內容會影響到目前市場上尚未出現的產品的發展，而且符合沒有任何潛在的市場競爭的條件時，管制機關便適用創新市場的準則³¹。在新興產品或新興科技的情況下，最容易出現創新研發市場，而就運作現況來看，管制機關在製藥和醫學科技相關的產業上，最常援用創新市場的分析模式，尤其是在該市場上系爭授權行為發生之後可以預見的數年內，不會有產品上市銷售，而且，這些因授權行為而被創造出來的產品，會進而創造出另外一個新市場時，便適用創新市場的模式³²。不過，同時值得注意的是，針對創新市場下定義，相當困難，因為，確定哪一個廠商是該創新研發市場上既有能力又有誘因的廠商，本身便極端困難。

值得注意的是，自從此一處理準則頒布之後，相對於涉及研究發展的競爭的創新市場分析受到不少討論³³，技術市場的分析則是未見受到重視。然而，持平而論，直接涉及研究發展的

²⁹ See supra note 4, §3.2.2. n.20.

³⁰ See supra note 4, §3.2.3.

³¹ Id.

³² See, e.g., Joseph Kattan, After the IP Guidelines: Trends in Intellectual Property Enforcement, 11 Antitrust 26 (1997).

³³ See, e.g., Thomas N. Danhdouh & James F. Mongoven, The Shape of Things to Come: Innovation Market Analysis in Merger Cases, 64 Antitrust L.J. 405 (1996); Richard M. Brunell, A Critical

創新市場固然應該受到重視，但是，直接涉及現有市場上的智慧財產權授權行為的技術市場分析，似乎也該受到更多的重視才對。因為，究諸實際，相關市場的界定，是分析廠商行為對於市場競爭所造成的影響究竟如何的重要前提之一，而目前市場上和科技授權有關的案件越來越多、逐漸成為公平交易法上重要議題的趨勢，都是我們應該正視技術市場分析的理由。

無論如何，透過這個智慧財產權授權處理準則所表現出來的，固然是美國聯邦政府的反托拉斯法管制機關維護市場競爭的決心，但是，其更為重要的意義，則在於讓反托拉斯法和智慧財產權法兩者之間的適用關係更為清晰、更具有可預測性。同樣值得一提的是，此一智慧財產權授權處理準則的出現，也等於是為智慧財產權授權行為提供了一個安全港(safe harbor)：根據此一智慧財產權授權處理準則內所謂的安全港條款規定，除非有極端重要的例外情況出現，否則，如果系爭智慧財產權授權契約表面上不具有反競爭性質，而且授權者和被授權者的總和在各該相關市場上占據百分之二十以上時，管制機關便不會質疑挑戰系爭智慧財產權授權約定³⁴，可以想見的是，此一安全港條款的目的是在於當反競爭效果不可能發生時，提供給智慧財產權人一定程度的可預測性。通常，此一安全港條款在財貨市場的情況下適用較多，就技術市場和創新市場兩者而言，適用餘地則相對有限得多³⁵。

相對地，就公平會處理原則而言，該處理原則在處理步驟上乃是遵循傳統反托拉斯分析的步驟，將授權人在特定市場是否具有市場力量，做為第一個分析步驟。該處理原則清楚指出，市場力量之有無，乃是以界定授權人在其第三點規定本會審理技術授權協議案件，並不因授權人擁有專利或專門技術即推定其在特定市場（亦即 relevant market）具有市場力量。此一規定和上述美國一九九五年授權處理準則的內容相符。其次，公平會處理原則第四點進一步明確指出，公平會審理技術授權協議案件時，不受協議之形式或用語拘束，而是著重於系爭授權協議在特定案件中是否對「商品市場」、「技術市場」和「創新市場」等特定市場可能或真正產生限制競爭或不公平競爭之影響。換言之，公平會處理原則所重視者乃實質協議內容，而非拘泥於授權協議之形式。附帶一提者，公平會之處理原則第四點的規定中，同樣值得注意的是，公平會在審理技術授權協議案件時，將先依公平交易法第四十五條規定進行檢視，形式上雖為專利

Appraisal of the "Innovation Market" Approach, 64 Antitrust L.J. 1 (1995).

³⁴ See supra note 4, §4.3.

³⁵ Id.

法等行使權利之正當行為，但若事實上逾越專利權等正當權利之行使範圍，違反專利法等保障發明創作之立法意旨者，仍應依照公平交易法及本原則處理之。

同時，就市場類型的劃分，公平會處理原則所採取的區分模式，乃是遵循美國一九九五年處理準則所採取之模式。換言之，公平會處理原則亦和美國一九九五年處理準則採取相同的模式，將特定市場區分成「商品市場」、「技術市場」和「創新市場」三種類型來處理。根據美國一九九五年處理準則的界定，凡是在產出層面或投入層面，以實際上的商品所構成的市場，便定義為商品市場，而公平會處理原則亦同樣在其第四點中將商品市場定義為「利用授權技術而製造或提供之商品所構成」者。其次，美國一九九五年之處理準則，將技術市場的涵蓋範圍定義為包括「透過授權契約授權之智慧財產權，以及其相近替代品在內」，以利管制機關援用此一技術市場的原則，分析系爭智慧財產權授權契約的競爭效果，而公平會處理原則將技術市場界定為「與該特定技術具有替代性」者，亦屬相近。最後，根據美國一九九五年處理準則，當某一特定授權契約可能發揮阻礙未來創新的影響力時，管制機關便以創新市場的模式，針對其影響力進行分析。更進一步言之，當智慧財產權授權契約的內容會影響到目前市場上尚未出現的產品的發展，而且符合沒有任何潛在的市場競爭的條件時，管制機關便適用創新市場的準則。這種處理模式，應該也是公平會處理原則中「以可能從事商品之研究發展」為界定範圍之創新市場的規範主旨所在。由於公平會處理原則和美國一九九五年智慧財產權授權處理準則兩者，具有以上在特定市場界定方面的相似性，因此，美國自上述處理準則頒布以來所累積的管制經驗，應該具有參考價值可言。

肆、美國一九九五年智慧財產權授權處理準則頒布之後：特定市場的界定和其他相關發展的檢驗

自從上述一九九五年智慧財產權授權處理準則頒布以來，美國聯邦司法部和聯邦貿易委員會都處理了不少和這個處理準則息息相關的案件，這些案件的處理模式和結果，或許可以為我們就上述智慧財產權授權處理準則的理解，帶來一些澄清和啟示作用。尤其，本文以下的論述將比較偏重於以此一處理準則內所界定的「技術市場」(technology markets)為核心，來理解此一處理準則在公平交易法和智慧財產權法兩者界面上所發揮的功能，應該更能彰顯出公平交易法在面對和智慧財產權有關的市場時，應該如何妥適處理的問題，也因而更能看出這些案例的

深層意義。在透過上述智慧財產權授權處理準則的架構說明這些案例之外，本文也將同時論述這些案例各自所涉及的科技爭議，引發哪些公平交易法管制者可以深思的問題。

一、從現在產品技術市場到未來產品技術市場：從 U.S.v.Microsoft 談起

最近幾年喧騰一時的美國政府控告微軟(Microsoft)公司案，比較為人熟知的部分乃是美國政府司法部主張因為微軟將其「瀏覽器」(browser)產品「搭售」(tying)到該公司前後各種不同版本的視窗作業系統中，而違反了雪曼法(Sherman Act)第一條(Section 1)的規定。就此一案件而言，不法搭售的判斷是否成立，固然值得深究，其所涉及的公平交易法和智慧財產權法兩者交錯的問題，同樣值得探討，本文以下則準備一一分析。

就本文前述智慧財產權授權處理準則的規範架構而論，我們可以發現：涉及技術市場分析的案件，根據學者的區分，至少可以分成三種類型，一為涉及現有產品技術市場(current-goods technology market)的案件，一為涉及未來產品技術市場(future-goods technology market)的案件，另一則為同時涉及現有產品技術市場和未來產品技術市場的案件³⁶。有關技術市場的分析，在微軟案裡其實有值得討論的必要性，而且，以微軟案所涉及的科技產品市場來說，則是現有產品技術市場。其實，在微軟案出現之前，美國聯邦司法部其實便曾處理過一個起訴 American National Can Co. (簡稱 ANC) 和 KMK Maschinen AG (簡稱 KMK) 的案件，主張兩家公司之間一系列以包裝牙膏和藥品的鋁箔管為核心的授權行為具有反競爭效果³⁷。司法部當時指出，在此一案件中，所涉及的相關市場共有三個：一為鋁箔管市場，一為鋁箔管的製造設備市場，另一則為鋁箔管製造科技的市場³⁸；更重要的是，司法部指出：使用受有專利保護或不受專利保護的鋁箔管製造科技，對於鋁箔管製造廠商和鋁箔管製造設備而言，都具有關鍵性，而 ANC 透過 KMK 的授權，則是掌握住世界上四種主要鋁箔管製造科技當中的三種的權利。從以上主張來看，這個案件裡面的鋁箔管製造科技對於兩種未來產品，亦即鋁箔管製造設備和鋁箔管兩者的製造，都是關鍵性的投入因素，此一科技所涉及的智慧財產權市場，具有相當高的集中度，甚至，就此種特定類型的智慧財產權而言，也沒有相近的替代品可言，所以便有將授權技術市

³⁶ See generally Joshua A. Newberg, Antitrust for the Economy of Ideas: The Logic of Technology Markets, 14 Harv. J. L. & Tech. 83 (2000).

³⁷ See Complaint, United States v. American Nat'l Can Co., No. 96-1458 (D.D.C. 1996).

³⁸ Id.

場獨立出來討論的必要性。

同樣地，追本溯源，美國聯邦政府之所以控訴微軟公司，並不是因為銷售視窗作業系統的微軟公司具有獨占地位，而是將審查焦點集中在其所取得的市場獨占地位，是不是透過反競爭手段達成的，以及微軟公司從事任何反競爭行為，藉以擴展或維持其在市場上的主導力量。此一案件的地方法院，其實便是遵循上述智慧財產權授權處理準則所建立的分析架構，做成判決：首先，法院確定此一案件的產品市場乃是和 Intel 相容的作業系統市場³⁹，其次，根據網路效應(network effects)⁴⁰的理論，法院認為在考量微軟公司在此一市場上的地位如何時，應該考量使用微軟作業系統的消費者所享受到的網路效應利益，此一效應對消費者所造成的吸引力，以及此一效應對潛在的市場競爭者所形成的市場進入障礙等因素⁴¹。無論如何，此一案件所涉及之科技，應屬現有產品的技術市場，而且，雖然不管是法院或者美國聯邦司法部都未曾明確指出作業系統市場和網路瀏覽器市場是否屬於上述處理原則內所界定的技術市場，但是兩者的確都涉及智慧財產權授權行為，而且兩者也都是市場上現有產品必要的投入因素，也就是個人電腦的必要投入因素。換言之，市場上對於作業系統和網路瀏覽器兩者的需求，究其實際都是來自於對個人電腦的需求。更重要的是，雖然微軟公司在市場上所從事的反競爭行為可能嚴重影響個人電腦市場，一般的產品市場分析模式，似乎仍不足以衡量上述行為在市場上到底發揮何種反競爭效果。然而，就本案事實來看，的確有必要針對作業系統和網路瀏覽器兩者區分不同的相關市場，衡量其對市場競爭所發揮的效果。

再者，此處除了現有產品技術市場之外，亦有針對「未來產品技術市場」做一簡要分析的必要。如前所述，如果對於授權科技的需求是來自於目前仍未出現在市場上的未來產品的預期需求，便是所謂的未來產品技術市場。以一九九七年 FTC 針對 Ciba-Geigy Ltd.和 Sandoz Ltd 兩家廠商預定進行結合的案件提出的質疑挑戰為例，FTC 主張當時的「基因治療科技」市場和其他幾個新興的創新市場上的市場競爭，將會因為此一結合而受到相當程度的負面影響，因為上述兩個廠商結合的結果，將導致當時在研究和臨床試驗發展階段的基因科技重要領域內的兩

³⁹ United States v. Microsoft, 65 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. Nov. 5, 1999), at 5-6.

⁴⁰ See Carl Shapiro & Hal R. Varian, Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy 173-75 (1999).

⁴¹ United States v. Microsoft, 65 F. Supp. 2d 1, at 10, 12.

個重要主要的專利檔案所在結合起來。詳言之，在一九九七年當時，美國 FDA 尚未核准任何基因治療科技進行商業化銷售，該市場在當時本質上仍是屬於未來產品技術市場；同時，當時預計在二〇〇〇年之前，都不會出現 FDA 正式核准基因治療科技商業化銷售的案件，FTC 仍然認為上述兩家廠商各自所掌握的專利所衍生出來的基因治療科技，可以被用來排除市場上的競爭者發展未來的基因治療產品，使得該產業內的科技創新受到壓抑。換言之，上述兩家廠商控制的是基因治療科技的發展所需的關鍵投入因素，兩家廠商結合之後，將導致兩者原先各自掌握的智慧財產資產結合起來，具有該市場上無與倫比的專利控制力量，更重要的是，這些智慧財產資產是基因治療科技商業化（此即所謂未來產品）之必須所在，而且，就上述兩家廠商所掌握的專利權而言，亦有針對不同的基因治療專利權分別授權的需求和必要性。

其次，有關電腦軟體產品搭售這個領域的法律原則，嚴格來說美國法制並未完全定案。雖然美國聯邦最高法院在 *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*⁴²（以下簡稱 *Jefferson Parish*）一案中，便曾經對兩項產品「搭售」的問題做過討論和處理。在這個案件中，被告主張其所提供的是「在功能上互相整合在一起的產品」（a functionally integrated package of services），亦即「單一產品」（a single product），不是兩項產品，因此禁止搭售原則所要預防的市場競爭傷害無從發生，無不法搭售可言。並且，在 *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Service, Inc.* 一案中，承審法院也再次肯定 *Jefferson Parish* 案中所立下的基本原則，亦即從消費者的觀點出發，兩項原本由廠商組合在一起的產品是否能夠有意義地被分離開來（meaningfully separable）出售，而不至於影響其運作功能，而且可以定義出互相獨立的消費者需求，就應該是兩項獨立分離的產品。究諸實際，無論是判斷消費者針對兩項具有不法搭售關係嫌疑的產品是否具有互相獨立的消費需求，或者判斷兩項產品究竟是屬於在功能上互相整合在一起的單一產品，抑或屬於能夠有意義地被分離開來出售的產品，無非均涉及探討各個產品本身的設計架構，以及兩個產品之間的設計關係，不管是執法者或者司法者，除非具有相當具有說服力的理由，否則似乎均無法推卸此一責任。

然而，此處同時值得注意的是，*Jefferson Parish* 案所處理的是兩種服務產品組合起來的搭售問題，而 *Eastman Kodak* 案所處理的，則是實體產品與服務產品兩種性質不同的產品兩者組

⁴² 466 U. S. 2 (1984).

合起來的搭售問題。至於兩項軟體產品組合而產生的搭售問題，則未有明確處理原則可言。雖然在 Jefferson Parish 之後，美國某些法院已經在某些涉及科技問題⁴³的案例上，適用 Jefferson Parish 所確立的原則，但是，一般而言，法院對於軟體產品之間的互相結合，是否應該直接適用反托拉斯法的搭售原則來處理，則是有相當程度的猶豫⁴⁴。

可以想見的是，諸如此類的猶豫之所以會出現，大致上是因為法院不願或者認為自己沒有能力介入錯綜複雜的電腦軟體設計架構所導致的結果。深究之下，其實美國法院在其他類型的案件中，也曾經審查過和科技設計架構有關的問題，例如，在 Kumho Tire Co., Ltd. v. Carmichael⁴⁵一案中，法院審查了輪胎設計的問題，在 Castrignano v. E.R. Squibb & Sons, Inc.⁴⁶一案中，則針對藥物的設計問題，予以審查。然而，如同前述，法院似乎很明顯地感到電腦軟體程式碼和上述同樣涉及科技設計架構的案件是有所不同，而且認為評估與科技產品有關的設計，已經超過法院的理解範圍之外⁴⁷。然而，本文認為，既然從法院處理和科技相關的案件中，不難找到反托拉斯法介入的經驗，而且，就反托拉斯政策的長遠發展而言，盲目崇拜電腦程式碼也可能是一種錯誤。換言之，作者固然同意反托拉斯法過度介入科技領域會扼殺科技創新，但是，反托拉斯法執法者和司法者理解電腦軟體功能和電腦軟體程式碼的能力，卻不應被預先低估，同時，一味地預設電腦軟體程式碼本身乃是中性或者良性的科技產物，所以反托拉斯法執法者或司法者可以不理會或不處理電腦程式碼所帶來的市場競爭衝擊，也是相當不智而難以服人的說法。此外，我們或許可以從搭售處理原則在美國反托拉斯法上的發展軌跡，探索出搭售原則在新經濟時代中應該朝何種方向發展。

自從 United Shoe Mach. Corp. v. United States⁴⁸一案以來，美國聯邦最高法院便將反托拉斯法闡釋為禁止某些「搭售」契約。此一解釋的理論依據，主要乃是將這些搭售契約的本質視為

⁴³ See cases cited in *United States v. Microsoft*, 147 F.3d 935, 960 (D.C. Cir. 1998) (Wald, J. concurring). See also *Data Gen. Corp. v. Grumman Sys. Support Corp.*, 36 F.3d 1147 (1st Cir. 1994); *Advanced Computer Servs. v. MAI Sys. Corp.*, 845 F. Supp. 356, 367-70 (E.D. Va. 1994).

⁴⁴ *Cal-dera, Inc. v. Microsoft Corp.*, 72 F. Supp.2d 1295 (D. Utah 1999).

⁴⁵ 119 S.Ct. 1167 (1999).

⁴⁶ 546 A.2d 775, 781-83 (R.I. 1988).

⁴⁷ See also Alan Meese, *Monopoly Bundling in Cyberspace: How Many Products Does Microsoft Sell*, *Antitrust Bulletin* 106 (Spring 1999).

⁴⁸ 258 U.S. 451, 457 (1922).

具有反競爭(anticompetitive)的特質，而此一理論的主要主張如下：如果消費者想購買搭售的產品(tied product)，那麼就沒有理由透過搭售的方式去銷售該產品，亦即即使沒有搭售的形態，該產品應該依然具有市場競爭力，能夠受到消費者的青睞；再者，從尊重消費者自主決定的觀點來看，倘若消費者不想購買搭售的產品，那麼也應該沒有理由准許出售該搭售產品的廠商利用其在被搭售產品(tying product)市場上的強勢力量，「強迫」消費者接受該搭售產品⁴⁹。

美國聯邦最高法院早期在搭售法律原則方面，基本上乃是採取不進一步區分搭售契約的具體類型，均判定為違法的態度⁵⁰。目前無論是法院或者學說見解，則是都將這段搭售法律原則的歷史，視為錯誤的示範。就目前的法院和學說見解而言，乃是認為將搭售契約全然歸為會導致市場競爭傷害，相對而言應該較為罕見的例子，同時，透過搭售的型態而獲致的效率，通常也遭到不該遭遇到的忽略態度⁵¹。儘管在法律原則方面，搭售契約一直是適用「本質違法」(per se illegal)的原則，但是針對此一原則的適用，其實長久以來卻也一直有相當程度的質疑。

深究之下，批評者所持的基本見解是認為搭售契約的「本質違法」，具有相當獨特⁵²的性質，其實美國聯邦最高法院並未宣告所有的搭售契約均屬違法，其基本態度只是限定在當賣方在被搭售產品市場(tying market)上握有優勢力量甚至市場力量，以及經由此一搭售行為，導致搭售產品的市場(tied market)上的商業活動受到相當實質的影響此一條件符合時，這類契約才有被判斷為違法的可能⁵³。不僅如此，同時值得注意的是，聯邦最高法院 O'Connor 法官和其他三位法官在 Jefferson Parish 當中，還進一步指出他們會捨棄此一本質違法原則，轉而適用「合理」

⁴⁹ Times-Picayune Publishing Co. v. United States, 345 U.S. 594 (1953).

⁵⁰ 有關這段判決歷史的說明和分析，參見 Victor H. Kramer, The Supreme Court and Tying Arrangements: Antitrust as History, 69 Minn. L. Rev. 1013 (1985).

⁵¹ See, e.g., Fortner Enters. v. United States Steel Corp., 394 U.S. 495, 514 n.9 (1969) (White, J., dissenting); Herbert Hovenkamp, Federal Antitrust Policy 403-04 (1999); Richard A. Posner, Antitrust Law 171-84 (1976); Frank H. Easterbrook, Vertical Arrangements and The Rule of Reason, 53 Antitrust L. J. 135, 143-46 (1984); Benjamin Klein and Lester Saft, The Law and Economics of Franchise Tying Contracts, 28 J. L. & Econ. 345 (1985); Alan Meese, Tying Meets the New Institutional Economics, 146 U. Penn. L. Rev. 1, 59-86 (1997); Keith Wollenberg, Note, An Economic Analysis of Tie-in Sales: Re-examining the Leverage Theory, 39 Stan. L. Rev. 737 (1987).

⁵² See, e.g., Herbert H. Hovenkamp, Federal Antitrust Policy 426 (1999).

⁵³ Eastman Kodak, 504 U.S., at 461-62.

原則(rule of reason)，才會判斷搭售契約是否違法⁵⁴。

從上述搭售契約法律原則的發展歷史切入，觀察軟體產品的搭售問題，應該是有幫助的。相對於反托拉斯法長遠的發展歷史，在電腦軟體這個新興的市場上，採取任何禁止市場活動的行為之前稍有遲疑，應該是合理的謹慎態度，至少要等到事實證明該項行為具有反競爭性質之後，才應該下判斷⁵⁵。而且，究竟針對電腦軟體產品的搭售行為類型，應該適用「本質違法」原則，還是應該適用「合理」原則，據以判斷是否違反反托拉斯法，也不無討論的空間。

就微軟案來說，Windows 95 或 Windows 98 應該定位為「被搭售產品」(tying product)，而網際網路探險家 (Internet Explorer，即俗稱之 IE) 即是所謂的「搭售產品」。在討論微軟將兩者組合在一起出售的行為是否違反反托拉斯法時，最大的爭執焦點便與 IE 這個瀏覽器產品相關的功能(functionalities)，是否應該被視為是與 Windows 95 或 Windows 98 分離的產品，抑或應該將整體當做一個「整合性產品」(integrated product)來看待。在一九九八年的第一回合微軟案判決裡，法院即指出此處所謂的「整合性產品」，雖然是同指可以分開銷售但搭配在一起運作的產品，然而其特色之所在，應該是多種產品功能組合起來之後，和這些功能分別銷售然後再由消費者自行組合的情況相較之下，可以提供後者所無法提供的優勢，方屬之；同時，銷售該整合性產品者所提供者，也應該不同於消費者自行用不同產品組合起來的產品⁵⁶。再者，同樣重要的是，在這個判決裡，該案法院也指出：所謂的整合，並不是廠商在概念上將兩項產品機械化地拴在一起即可，在整合動作的背後，還應該隱含科技方面的價值，才算符合整合性產品的條件⁵⁷。即使組合在一起出售的兩項產品是被認定為可以分離的(separable)，從過去學者有關搭售產品的討論分析中，我們甚至還發現不乏美國反托拉斯法的重要學者進一步提出以下的見解：兩項組合搭配在一起出售的產品，是否「可以」被設計成即使是消費者本身親自進行該兩項產品的組合，也可能將兩者組合得與出售者所做的組合一樣好，如果答案是否定的話，那

⁵⁴ 466 U.S., at 32.

⁵⁵ 在實際操作上，這當然不是件容易的事。就某些搭售契約的樣態來說，有時候美國法院可能要花十年左右的時間才能達到如何適用反托拉斯法的結論。See, e.g. Frank H. Easterbrook, Allocating Antitrust Decisionmaking Tasks, 76 Geo. L. J. 305, 308 (1987).

⁵⁶ 147 F. 3d. 935, 947 (1998).

⁵⁷ 147 F. 3d., at 947.

麼就不應將其當做整合性產品來處理⁵⁸；換言之，在處理搭售行為時，某一經過組合的產品，是否應該被當做整合性產品，消費者對於該產品設計架構的理解和處理能力，也是重要的判斷環節。根據上述學者的見解，如果消費者無法將兩項產品組合得與被告一樣好，的確是有正當理由可言，例如組合動作本身對於消費者來說的確過於麻煩，或者組合動作必須在產品生產的初期階段就應該完成者，那麼，根據美國聯邦最高法院在 Jefferson Parish 案中所確定下來的「新產品理論」(New Product Rationale)原則⁵⁹，就會把兩種「可分離的」產品視為是「單一產品」。但是，相反地，倘若把產品設計到無法讓消費者選擇無論是否安裝該產品，都可以保持同等產品效能的地步，而且又沒有正當理由可言的話，那麼就會被當做是兩項分開的產品來處理反托拉斯法上的搭售問題。無論上述法院判決或者學者見解是否值得贊同，固然可以有討論空間，但是此處值得注意的是，探究 IE 瀏覽器究竟是 Windows 95 或 Windows 98 的一部分功能，抑或屬於另一個獨立產品，或者，換句話說，從電腦軟體所發揮的功能來看，如何定義單一產品，以及審酌瀏覽器和作業系統兩者，是不是應該被定位為獨立分離的產品，其實都是在進行檢視電腦軟體此一科技產品的設計架構的工作，應該是毋庸置疑的。

二、市場分類困境的開端：以 Intel 案為例

在探討智慧財產權和反托拉斯法互動關係的領域裡，除了上述 Microsoft 的作業系統和網路瀏覽器案之外，最近幾年來另外一個最受矚目的案件，可以說是非 Intel 公司受美國 FTC 調查的案件莫屬了。換言之，針對專利權人是否可以全然掌握授權與否的決定權，在 Intel 一案中可以說是出現了討論焦點相當集中的辯論。在 Microsoft 遭受美國政府聯邦司法部提起反托拉斯訴訟挑戰的同時，美國聯邦貿易委員會 FTC 也對資訊產業界重要的微處理器 (microprocessor) 廠商 Intel 提起 Intel 利用不公平競爭手段，以維護其在微處理器市場上的獨占地位的控訴⁶⁰；FTC 的主要指控內容，乃是以 Intel 本身接近百分之八十的市場占有率來看，等

⁵⁸ Philip E. Areeda, Einer Elhauge & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law* 192-94 (Vol. 5, 1996).

⁵⁹ 此一原則乃是用以決定兩項產品以一種新的方式組合起來之後，是否應該被當做另一個新的單一產品來處理，如果被當做另一個新的單一產品，則無非法搭售之問題可言。此一原則之討論首見於 *United States v. Jerrold Electronics Corp.*, 187 F. Supp. 545 (E.D. Pa. 1960), *aff'd*, 365 U.S. 567 (1961)，在 Jefferson Parish 一案中可以說是正式確立下來。

⁶⁰ See FTC Complaint, *In re Intel Corp.*, No. 9288 (filed June 8, 1998), available at 1999 F.T.C.Lexis 145 (August 3, 1999).

於掌握微處理器科技技術標準的實質制定權，其透過此一科技掌握權力的運用，亦即以不釋出關鍵技術資訊作為籌碼，要求其他相關廠商同意將本於 Intel 微處理器科技此一基礎所研發出來的專利，授權給 Intel。

就微處理器這個市場來說，雖然市場上產品代際時差乃是以「月」計，而非以「年」計，然而，由於設計和製造成本高昂、經濟規模顯著、消費者變換意願、軟體工程師的技術支援等種種因素使然，所以市場進入障礙相當高。同時，電腦製造其實涉及各種不同領域之間的知識和技術整合，例如，為了確保產品的整合程度，電腦製造商必須自 Intel 處取得各種資訊，包括每一個單一組件的產品特性和其他相關技術資訊在內。同時，電腦製造商必須在設計電腦之前便取得這些資訊，才能夠針對其電腦進行各種檢驗和修正工作，確保該電腦運作的可信賴程度。於是，廠商之間的資訊分享，便成為最關鍵的合作因素之一，而這些資訊分享行為通常有正式的不揭露契約(nondisclosure agreement)做為規範依據，換言之，這些不揭露契約的內容，經常涉及當事人雙方的重大商業利益。

FTC 對於 Intel 所提出的控訴，基本上乃是針對上述的資訊分享行為而來，亦即要求 Intel 廢止其和三家廠商（也就是 Intel 的三個消費者）----Digital Equipment Corporation、Intergraph Corporation、Compaq Computer Corporation----的資訊分享契約。Intel 和以上三家廠商簽訂的這種資訊分享契約的主要目的，在於想要解決 Intel 和三家廠商之間有關智慧財產權的糾紛，並且希望藉此讓上述廠商願意將其具有專利權保護的技術授權給 Intel。Digital 和 Compaq 兩家廠商在這種威脅下很快地便向 Intel 屈服，與 Intel 進行交叉授權。至於另一家廠商 Intergraph，則是透過向聯邦法院取得禁制令的管道，禁止 Intel 此一行為。換言之，Intel 的行為，具有排他性，而此一排他性行為，乃是在上述幾家廠商同意將自己的科技授權給 Intel，以及同意以和平方式解決專利權糾紛之後才停止。

究諸實際，Intel 是透過以下幾種方式維持與擴張其在微處理器市場版圖：首先，Intel 的作為讓自己可以取得該產業中其他廠商所研發出來的科技，讓其他微處理器市場競爭者處於不利的競爭地位。其次，強迫其他廠商針對其具有智慧財產權保護的科技進行授權，會壓抑其他廠商的創新誘因，甚至壓抑其他相關市場上的競爭。再者，電腦製造商（例如 Compaq 這個 OEM 廠商）在面臨不得不將自己的技術授權給 Intel 的情況下，勢將大幅降低電腦製造商支援

其他非 Intel 微處理器平台的能力。換言之，由於 Intel 已經強迫 Compaq 進行授權，而 Intel 又可以進而授權給其他支援 Intel 的微處理器平台的電腦 OEM 廠商，那麼 Compaq 將會比較無法擴充自己在非微處理器技術方面的版圖，支援 AMD 或 Digital 的微處理器系統。

整體來看，透過保護智慧財產權此一制度確保科技創新之可能，以增進公共利益，是智慧財產權制度的主要目的之一，殆無疑問⁶¹。不過，饒富興味的是，Microsoft 和 Intel 兩個廠商在反托拉斯法訴訟下的處境，其實頗有類似之處：兩個廠商所遭的反托拉斯法指控，均和其在掌握市場技術標準的前提下所採取的智慧財產權契約模式有關⁶²。例如，Microsoft 便在反托拉斯訴訟針對其 Windows 作業系統的授權契約，辯稱乃為著作權法所保護的權利之行使⁶³。不過，即使此涉及軟體著作權保護的範疇，到底 Microsoft 的授權契約是否構成無違背市場公平競爭的濫用著作權行為，似乎有待深究，這也是本案法院在作成簡式判決時所持的見解⁶⁴。同樣地，如果 FTC 處理 Intel 案時所持之促進科技創新，必須從反托拉斯法著手，限制智慧財產權人某些權利之行使的主張，某種程度而言有理，那麼我們必須進一步思考的問題，至少應該包括：Intel 究竟應該如何維護其市場獨占地位？如果 Intel 必須受到強制授權或者類似的拘束，那麼其何以有動機投注大量資源研發生產微處理器科技？甚至，類似 Intel 的案件所關注的，究竟是如何保護專利權制度的整體規範意旨，還是限制特定權人濫用專利權的行為⁶⁵？回答這些 Intel 案所引發的智慧財產權和反托拉斯法交錯領域的問題，正如同回答 Microsoft 案內的類似問題一般，相當困難⁶⁶。換言之，智慧財產權人固然有不同意授權的權利，但是，在何種情況下，智慧財產權人可能必須擔負針對其智慧財產權進行授權的積極義務？或者，在何種條件下，廠商不能強制要求智慧財產權人授權？反托拉斯法又該從哪個角度來關切上述問題？

經過若干周折，FTC 和 Intel 雙方在一九九九年八月六日簽訂了一份最終協議命令(final

⁶¹ Id. at 1143.

⁶² See Mark A. Lemley & David McGowan, *Could Java Change Everything?: The Competitive Propriety of a Proprietary Standard*, 520 PLI/Pat. 453, 498-99 (1998).

⁶³ *United States v. Microsoft Corp.*, No. 98-1232, ? 24 (D.D.C. filed May 18, 1998).

⁶⁴ Microsoft, 1998 WL 614485, at *17, *15.

⁶⁵ See Richard H. Stern, *Refusals to License Intellectual Property Rights and Monopoly "Leverage"*, 20 *Eur. Intell. Prop. Rev.* 390, 395 (1998).

⁶⁶ See generally David McGowan, *Networks and Intention in Antitrust and Intellectual Property*, 24 *Iowa J. Corp. L.* 485 (1999).

consent order)。FTC 在這份協議中命令 Intel 不得從事不將技術資訊揭露給其客戶，或者威脅不將其技術資訊揭露給其客戶的行為，同時，也不得拒絕出售微處理器給既有客戶，或者威脅拒絕繼續出售微處理器給既有客戶。但是，根據這個協議的內容，卻有幾個特別值得注意之處：首先，FTC 在本協議中，並未加諸 Intel 任何一般性的強制授權(compulsory licensing)義務，Intel 還是可以自由決定授權對象，以及自由決定授權與否，然而，Intel 一旦授權，而電腦製造商又本於該授權以 Intel 的微處理器為基礎設計電腦時，就不得挾其在微處理器市場上的主導地位，脅迫其客戶對自己進行智慧財產權的授權。換言之，FTC 在這個協議中的命令內容，乃是以保護 Intel 的客戶得以避開無法取得 Intel 微處理器此一產品以及無法取得該產品必要關鍵技術資訊的風險，同時也能夠充分發揮自己所掌握的智慧財產權之完整市場價值。值得注意的是，這份協議列有一項例外，亦即當某一 Intel 客戶保有針對 Intel 微處理器的製造、銷售和進口等事宜提起禁制令(injunction)的權利時，便不受本協議命令的保護。究諸實際，此一例外乃是要讓 Intel 的利益和 Intel 客戶的利益兩者之間可以取得適當的平衡，同時也間接證明了 FTC 的確認 Intel 在就自己的智慧財產權進行保護和商業化方面，和其客戶一樣具有正當的利益可言，而此一正當利益，即使是在主張反托拉斯法執法機關不應該視網際網路時代的科技發展為禁區的觀點下，相當程度而言仍然是可以與反托拉斯法共存的。

雖然美國 FTC 處理 Intel 這個案件的方式，是否明智，有見仁見智的說法⁶⁷，但是我們卻不能否認這個案件其實觸及了一個網路產業中相當困難的反托拉斯法問題：到底，對於像 Intel 這種在美國的市場占有率高達百分之八十的獨占廠商來說，可以使用哪些策略，去維護其獨占地位，在反托拉斯法的評價下才是合法的？

我們或許可以從以下幾個觀點來檢視 FTC 和 Intel 之間的協議內容，以便能夠澄清對反托拉斯法和智慧財產權法兩者關係的一些不必要的誤解：首先，此份協議禁止 Intel 日後因為任何和上述三家廠商（亦即 Intel 的消費者）之間的智慧財產權糾紛，採取保留或者威脅保留某些先進技術資訊的作法；亦即除非上述廠商選擇取得禁止 Intel 進行製造、使用、銷售或輸出其微處理器之禁制令，此一處分內容保障和 Intel 之間有任何糾紛的廠商，仍然可以取得必要的技術資訊。其次，此一要求的範圍，仍然尊重 Intel 的智慧財產權，亦即僅限於 Intel 一般來

⁶⁷ See generally Randal C. Picker, *Regulating Network Industries: A Look at Intel*, 23 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 159 (1999).

說會交給消費者，以便其使用 Intel 微處理器的資訊。但是，Intel 可以基於正當的商業理由，例如廠商違背不揭露契約中所規定的義務時，保留其技術資訊。Intel 案後來在和解中收場，此一和解具有幾個重要的意義：首先，強迫潛在競爭者提供具有智慧財產權保護的權利，應該被當做市場獨占力量的濫用行為。若不採取此一觀點，極可能出現的結果，便是在某一高技術市場上占有主導地位的廠商，可以透過上述市場力量的運用方式，將其主導地位延伸到附屬市場上，甚至下一代產品的市場上。

FTC 的作法，當然也不是沒有值得深究之處。首先，不少批評認為 FTC 不應該在智慧財產權的領域裡，透過反托拉斯法的工具，介入如此之深。此一主張看來有理，但是這些批評，卻可能忽略了一個重點：FTC 在這個案件裡所採取的態度，正顯示出 FTC 想要釐清的爭議點，乃是市場獨占者是否可以剝奪其他市場競爭者或消費者的智慧財產權，或者是否可以限制其智慧財產權行使權利此一問題。換言之，這個案件所處理的，乃是 Intel 這樣的獨占廠商，可否運用商業報復手段，或者揚言報復的作法，強迫其他廠商放棄其專利權的問題，其實有相當正面的意義可言。

再者，值得注意的是，在這個案件裡所涉及的 Intel 拒絕提供給上述三家廠商的技術資訊，乃是 Intel「通常」會提供給其消費者，以便這些消費者能夠順利設計和製造出其使用 Intel 微處理器的電腦之資訊，也就是所謂的關鍵技術資訊(how-to information)而不是可以用來幫助 Intel 在微處理器市場上的競爭對手的技術資訊，嚴格上來說不涉及任何科技交換或者專利交互授權的問題。然而，拒絕提供這些具有關鍵技術意義的資訊，實際上所發揮的功能，幾乎等於切斷上述廠商使用微處理器本身的可能性。

如前所述，Intel 的排他性行為，乃是在上述幾家廠商同意將自己的科技授權給 Intel 之後才停止。這樣的行為其實格外具有威脅性，因為對於科技創新來說，專利權的保護占據相當程度的重要性，亦即市場競爭者或潛在競爭者有必要透過專利權的保護來保護他們的科技，免於市場獨占廠商的掠奪，如果可以容許專利權在 Intel 的行為模式下被強迫授權出去的話，進而強化獨占廠商的市場主導力量的話，無異於傳遞出一個相當強烈的訊息，告訴廠商或許不值得花費時間和資源進行科技的研發。

同時，有人認為 FTC 的作法，無異於強迫 Intel 將自己的技術授權出去給競爭者，不無強

智慧財產權人之難的嫌疑。此一解讀恐怕過於廣泛，就像 Posner 法官在另外一個判決中所強調的，FTC 在 Intel 這個案件裡，其實只是要求市場主導者不能「因為其他廠商具有和其從事市場競爭的武器，便阻其生路」⁶⁸而已。甚至，從另一個角度來看，我們還可以發現 FTC 在 Intel 這個案件的和解模式下，其實不乏以下考慮：為了避免諸如強制授權之類的制度對科技創新形成負面作用，所以 FTC 採取了一個 Intel 和其他當事人都可以到法院去主張自己的權利的處理模式，而不是放任像 Intel 這樣的市場強勢競爭者可以訴諸自助、其他相對處於弱勢的當事人則訴諸一系列禁制令程序以延滯阻撓 Intel 商業活動的方式，解決涉及市場競爭的糾紛，這種處理模式應該是值得肯定的。同時，FTC 在此一案件中所採取的處理模式，也可以說是在深入理解科技產品設計架構以及智慧財產權制度真義之後，以傳統的反托拉斯法執法模式嘗試立下類似案件處理準則的重要努力之一。

更進一步言之，雖然有批評者認為除非 Intel 這個獨占廠商的行為進一步影響到價格或產量的結果，否則 FTC 的作法有欠周延。然而，正如同 Scalia 大法官所說的，反托拉斯法乃是「讓我們透過一面特殊的鏡子，去觀察獨占廠商的行為」⁶⁹，而在美國聯邦法院有關反托拉斯法的判決歷史上，也不乏在沒有出現明顯的價格或產量影響結果的情況下，認定排他性行為違反反托拉斯法的實例⁷⁰。換言之，只要獨占廠商的行為有助於進一步維護其獨占地位，其行為便應受到嚴格的檢驗⁷¹。

Intel 就其晶片架構所掌握的專利權，究竟可以做何種程度與形式的運用，過去幾年來不僅是 FTC 的調查重點之一，也曾經是法院所關切的對象。在 *Intergraph Corp. v. Intel Corp.*⁷² 這個判決裡，Intergraph 向地方法院所取得的禁制令內容，乃是要求 Intel 必須繼續履行其和 Intergraph 之間長期的商業往來關係，除了繼續提供 Intergraph 其晶片和技術資訊，還必須在

⁶⁸ *Olympia Equipment Leasing Co. v. Western Union Tel. Co.*, 797 F. 2d 370, 376 (7th Cir. 1986).

⁶⁹ *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 488 (1992)(J. Scalia, dissenting).
Lorain Journal Co. v. United States, 342 U.S. 143, 153 (1951); *United States v. Otter Trail Power Co.*, 417 U.S. 901 (1974).

⁷⁰ *Lorain Journal Co. v. United States*, 342 U.S. 143, 153 (1951); *United States v. Otter Trail Power Co.*, 417 U.S. 901 (1974).

⁷¹ Philip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law* 77-78 (rev. ed. 1996).

⁷² 3 F. Supp. 2d 1255 (N.D. Ala. 1998).

其所生產的 Pentium II 晶片推出之前，提供和該新晶片架構有關的資訊和協助。法院同樣承認 Intel 針對該晶片的架構具有智慧財產權等正當權利，但是此處的智慧財產權保護，卻不賦予 Intel 拒絕和 Intergraph 繼續其長期商業往來關係的權利。尤其值得注意的是，該地方法院同時認定 Intel 尚未發表推出的 Pentium II 晶片架構，在性質上應該屬於所謂的「必要設施」(或者稱為「樞紐設施」)(essential facilities)⁷³，其理由即在於 Intel 是電腦微處理器產業裡具有市場主導力量的廠商，而電腦產業內的硬體廠商和周邊設備廠商必須在 Intel 提供上述協助的前提下，才能製造出與 Intel 所出售的晶片架構相容的產品；因此，法院下令 Intel 必須將產品資訊和技術支援提供給原告廠商 Intergraph，而且必須確保晶片之供應。不過，值得注意的是，在本案上訴到聯邦巡迴法院之後，聯邦巡迴法院則採取不同的態度，認為本家中關於濫用壟斷地位行為(monopolization)此一主張，無法成立，其主要理由則是 Intel 與 Intergraph 兩者之間不具有市場競爭關係；然而，仔細觀之，聯邦巡迴法院此一判決結果，似乎並未直接回答 Intel 行使其專利權究竟有無限制以及其界限何在的問題，也沒有回答倘若 Intel 的 Pentium II 晶片架構果真具有類似「必要設施」的性質的話，那麼到底是否便意味著 Intel 必須負擔必要設施的法律義務，甚至負擔強制授權的義務此一問題⁷⁴。

總之，如果我們從 FTC 和相關法院判決處理 Intel 這類案件的過程中可以得到某些啟示的

⁷³ 根據美國司法判決的歸納，必要設施的認定，包括下列幾個因素：(一)某一產業的必要設施乃是為一獨占廠商所控制；(二)競爭者事實上沒有能力，或者以合理的代價，另外為自己建立相同的必要設施；(三)獨占廠商拒絕競爭者使用必要設施；以及(四)獨占廠商有能力提供該設施給競爭者使用。See, e.g. MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel. Co., 708 F. 2d 1081, 1132-33(7th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 891 (1983); United States v. Terminal Railroad R.R. Assn., 224 U.S. 383(1912); Consolidated Gas Co. of Fla. v. City Gas Co. of Fla., 665 F. Supp. 1493 (S.D. Fla. 1987), affirmed, 880 F.2d 297(11th Cir. 1989), on rehearing, 912 F.2d 1262(11th Cir. 1990), vacated and dismissed on nonantitrust grounds, 499 U.S. 915 (1991); Bellsouth Advertising v. Donneley Inc. Pub., 719 F.Supp. 1551 (S.D. Fla. 1988), affirmed, 933 F. 2d 952 (11th Cir. 1991). See also generally Philip Areeda, Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles, 58 Antitrust L.J. 841(1990).有關此一原則在反托拉斯法或競爭法方面的發展，國內相關法學論述中具有詳盡說明與分析者，請參閱，張長樹，「樞紐設施原則之研究」(國立政治大學法律學研究所博士論文，民國八十九年四月二十八日)。

⁷⁴ 論者有謂即使是在網際網路市場上，也不應該針對這類智慧財產權人賦予強制授權義務者，see David McGowan, Networks and Intention in Antitrust and Intellectual Property, 24 J. Corp. L. 485 (1999); David McGowan, Regulating Competition in the Information Age: Computer Software as an Essential Facility Under the Sherman Act, 18 Hastings Comm. & Ent. L. J. 771 (1996).

話，那麼至少應該是：在高科技產業裡，反托拉斯法應該在避免獨占廠商不當擴張其獨占力量方面，扮演重要的角色。尤其，當獨占廠商是處在一個以科技創新定義市場競爭的市場上，而其行為又是以壓抑市場上其他獨立廠商或競爭者的科技創新為目的時，反托拉斯法的角色更見明顯。在這個邏輯下，我們其實多少可以找到透過反托拉斯法所賦予的管制措施，介入科技運用脈絡的正當性基礎。

除了上述公平交易法是否應該介入科技架構的一般性問題外，FTC 在 Intel 一案中所使用的界定市場的分析方式，也是一個可以說明在高科技產業中定義市場可能遭遇哪些困難的分類問題之極佳實例。如前所述，現有產品技術市場和未來產品技術市場兩者之間的差異，往往並不是非常明確，同樣地，技術市場的分析也經常同時涉及現有產品、潛在的未來產品、以及相關科技等⁷⁵：在 Intel 這個案件裡，FTC 認為 Intel 的行為，乃是企圖達成下列目的：(一)透過使競爭者處於不利地位的方式，維持其在一般性目的微處理器市場上的獨占地位；(二)在目前這一代和未來的一般性目的微處理器市場上，以及可能包含在一般性目的微處理器市場內的範圍比較狹窄的市場上，取得獨占地位⁷⁶。不過，值得注意的是，到底是哪些微處理器科技有可能構成相關商品市場，FTC 則並未明確指出其樣態。之所以如此，原因之一或許是 FTC 可能是單純將目前這一代和未來的一般性目的微處理器科技，單純當做使用科技的產品來處理，所以才沒有特別指出另一個獨立分開的技術市場。另外一個可能的原因，則是 FTC 的控訴內容，原本便已經包含獨立的微處理器商品市場、以及目前這一代和未來的微處理器市場，從 FTC 的控訴內容看來，似乎以上兩種解釋都可以說得通。

三、標準制定和智慧財產權的界面問題：以 Dell 案為例

例如，在美國 FTC 數年前所處理的 Dell Computer 案⁷⁷中，便涉及是否濫用技術標準制定的問題。此一案件所涉及的技術標準 VL-Bus Standard，為 Video Electronics Standards Association (VESA)所訂定者，其乃透過一 local bus 發揮功能，該 local bus 之主要功能在於為電腦的 CPU 和其周邊設備傳送指令。在 VESA 這個組織內，乃是透過投票方式決定技術標準的採用，而且，

⁷⁵ See generally William J. Baer & David A. Balto, *Antitrust Enforcement and High-Technology Markets*, 5 Mich. Telecomm. Tech. L. Rev. 73 (1999).

⁷⁶ Complaint §41, Intel Corp., No. 9288, 1999 FTC Lexis 38, at *20 (F.T.C. 1999).

⁷⁷ In the Matter of Dell Computer Co., C-3658 (May 20, 1996).

根據 VESA 的運作規則，在投票時各個成員均須確認自己針對系爭技術標準即 VL-Bus Standard，不掌握任何專利權⁷⁸，在這個案件裡，投票者也包括 Dell 電腦公司的代表在內，同時該公司代表也的確做出此一該公司不掌握該技術標準之專利權的陳述。但是，在八個月之後，也就是 VL-Bus Standard 此一技術標準被廣泛採用之後，Dell 卻針對使用 VL-Bus Standard 的其他 VESA 成員，主張專利權。對於電腦和周邊設備製造商來說，知道如何讓產品相容，可以說是具有相當高的效率增進作用。此一技術標準的協議，乃是以任何一家廠商均不能掌握有杯葛或阻礙其他廠商以該技術標準為目標進行研發行為的智慧財產權為前提，然而，當 Dell 主張該技術標準侵害其專利權時，此類技術標準制定活動具有反競爭潛力的事實也就表露無遺了。由於 Dell 一直等到此一技術標準相當成功之後，才提出專利權遭到侵害的主張，所以參與該技術標準制定的廠商，根本無從及時知悉，而 Dell 提出專利權遭到侵害主張的時間點，似乎也有企圖利用專利權所賦予的市場獨占力量，妨礙市場競爭秩序之嫌⁷⁹。尤其，由於其他廠商在擔心侵犯 Dell 的專利權的情況下，可能會避免使用此一技術，因而延遲了此一技術成為產業標準的時間，甚至大幅阻礙了廠商參與此一技術標準制定的意願，反而提高了新技術出現和運用的成本。所以，本案最後雖然以協議收場，但是在 FTC 和 Dell 所簽訂的協議內容中，Dell 的確同意 FTC 所要求的 Dell 不得對任何在其產品中使用此一新型設計的廠商主張專利權，並且在日後的技術標準制定過程中，也不准再出現類似的行為⁸⁰。此一處理模式的特色，在於一方面維護 Dell 的專利權，以免壓抑科技創新的誘因，他方面也不至於讓上述公開的產業標準制定程序遭到濫用。這個案件的處理結果，不無值得我們思考之處，因為，這個案件不但觸動了表面上看來純屬科技運用事務的技術標準制定過程，如果有濫用之嫌，在反托拉斯法上應該受到何種評價的問題；也觸動了智慧財產權的行使應該符合哪些條件，才能被視為正當的問題。本文以下將針對後者做進一步的說明。而以下的分析，主要目的則在於說明雖然國際網路產業具有相當濃厚的科技特性，但是為了避免技術標準遭到不當的操縱，政府管制以反托

⁷⁸ 在此特別值得一提的是，國際上許多類似的技術標準制定組織，包括美國國家標準機構（American National Standards Institute，簡稱 ANSI）和國際半導體設備與材料組織（SEMI）在內，都有類似的規則。

⁷⁹ See also *Wang Lab v. Mitsubishi Elec. Am., Inc.*, 103 F. 3d 1571 (Fed. Cir. 1997); *Hewlett-Packard Co. v. Pitney Bowes Corp.*, No. 95-1806-Jo, 1998 U.S. Dist. Lexis (D. Or. Mar. 23, 1998).

⁸⁰ See in re *Dell Computer Corp.*, No. 931-0097 (FTC 1995).

拉斯法的型態介入網際網路產業，仍有一定的空間可言，而此種必要的介入其實仍然可以自過去至今所歸納下來的反托拉斯法原則中獲得相當實質的支持，毋需另闢蹊徑。

類似本案 Dell 公司所為的俘虜技術標準制定組織的作法，對於市場競爭可能造成一定程度以上的傷害。首先，Dell 透過這樣的作法，將上述集體化的技術標準制定結果轉化成事實上的技術標準，可以取得市場上通用技術標準的排他性控制地位，其次，還可以更進一步地運用此一技術標準，取得在公開標準競爭的情況下無從獲致的市場主導地位。而且，究諸實際，如果 Dell 在參與該技術標準制定程序之初，便宣布自己掌握有該技術標準智慧財產權的事實的話，那麼該產業很可能不會採取這種受智慧財產權保護的技術標準，或者這類標準在市場上也可能會遭遇比較激烈的競爭。

至於類似 Dell 公司在本案中的作法的市場行為，在反托拉斯法上會受到的規範評價為何，則可能是休曼法第二條的濫用獨占地位行為。一般而言，休曼法第二條所禁止的濫用獨占地位行為，有三個要件：(一)濫用獨占地位的主觀意圖；(二)以實現該主觀意圖為目的的反市場競爭行為；(三)該反市場競爭行為成功的可能性⁸¹。根據上述要件，倘若某一廠商在標準制定過程中未曾揭露其掌握某特定技術標準智慧財產權的事實是出於故意掩飾，而非無意疏忽，應該便可以判斷為符合具有濫用獨占地位的主觀意圖此一條件。再者，在標準制定過程中從事類似 Dell 所為之「俘虜」產業標準行為，幾乎便可以判定構成反市場競爭的行為，而且這種行為通常容易導致市場獨占地位濫用的結果。雖然，Dell 公司掌有智慧財產權此一事實，的確應該讓反托拉斯法介入技術標準制定過程時採取比較謹慎的態度，以免過度壓縮智慧財產權人行使其智慧財產權的空間，可是，掌有智慧財產權此一事實，卻無從豁免智慧財產權人不當延伸其智慧財產權以達成壟斷市場目標的責任。而政府管制介入此種涉及智慧財產權的技術標準制定過程，也說明了反托拉斯法在面對技術標準制定這種網際網路產業十分普遍常見的行為時，應該採取怎樣的態度，重新檢視政府管制介入科技架構此一問題。

此處同時應該說明的是，並不是所有牽涉到技術標準的智慧財產權均有反市場競爭的性質。以目前主要國際組織所採行的規則來看，其中固然不乏如向來身居網際網路各種技術標準制定核心組織的網際網路工程特別小組 (Internet Engineering Task Force , 簡稱 IETF) , 傳統上

⁸¹ Spectrum Sports v. McQuillen, 506 U.S. 970 (1993).

乃是要求參與者應該開放或者智慧財產權者，然而，究諸實際，智慧財產權也可能和有助於市場競爭的技術標準制定共存，有些標準制定組織便是抱持這種態度，而不要求開放或者放棄智慧財產權，代之以要求智慧財產權人必須基於合理的基礎和條件，進行智慧財產權的授權。

最後，值得附帶一提的是，由於網際網路產業和所有的高科技產業一樣，往往需要有相當多的研究發展工作做為後援。在這種情況下，協調合作進行研發工作，便成為網際網路產業內常見的現象，其中最常見的型態便是所謂的合資(joint venture)或者策略聯盟(strategic alliance)。這類合作型態基本上乃是一方面集合市場上的競爭者，在研究發展、製造和行銷等方面進行合作，然而在銷售和定價等方面則從事競爭。由於這類合資或策略聯盟具有促進經濟效率的作用，而且對於創新需求頗高的網際網路產業來說，因為科技創新非高昂的研發成本和集思廣益往往不足以為功，因而以研發為目的之合資和策略聯盟，格外具有重要性，所以不乏論者主張反托拉斯法在面對這類合資和策略聯盟時必須特別謹慎者⁸²。同樣地，這類合資或策略聯盟形成之後所從事的各種協力行為，是否可能出現類似前述濫用技術標準制定程序的情形，也不無注意的必要，值得網際網路時代的反托拉斯法執法機關視特定個案的具體事實審慎檢驗之。

伍、市場分析困境的初步觀察：以技術市場和創新市場的分析為中心

透過市場分析界定特定市場，是討論系爭授權行為是否違犯之前必經的步驟，這也是美國一九九五年處理準則和我國公平會處理原則兩者共同肯認的原則。然而，特定市場的界定往往並不容易，已如前述，尤其是技術市場和創新市場，一直是美國法制的相關討論中，認為最可能引起困擾的市場分析類型。舉例來說，將技術市場和創新市場兩者分成兩種特定市場的類型，分開處理，是否恰當，便是極受關注的議題。或者，從另一個角度來看這個問題，技術市場和創新市場兩種市場類型的出現，其目的應該是為了處理傳統商品市場分析之下無法處理的限制競爭行為。換言之，之所以需要自傳統的商品市場分析中另行區分出技術市場和創新市場，是為了讓管制機關不必等到實際商品市場受到影響的結果出現，便可以處理某些限制競爭

⁸² See, e.g., Thomas M. Jorde & David Teece, Innovation, Cooperation, and Antitrust: Balancing Cooperation and Competition, 4 High Tech. L. J. 1 (1989); Gene Grossman & Carl Shapiro, Research Joint Ventures: An Antitrust Analysis, 2 J. L. Econ. & Org. 315 (1986).

的行為。無論美國一九九五年處理準則所採取的市場區分類型是否為明智之舉，未來的觀察重點似乎都應該在於主管機關是否有充足的能力定義技術市場和創新市場，以及在特定案件中能否精確衡量這類市場上實際上所產生的限制競爭效果。

從另一個角度來看，另行區分出技術市場和創新市場的理由之一，極可能是為了讓管制機關便於介入在傳統的商品市場分析下無從介入的行為態樣。換言之，技術市場和創新市場的分析，或許可以讓市場力量的分析更具有前瞻效果，在合理的範圍內更能觸及未來可能出現的市場力量，更適合科技產業的市場分析需求。

不過，在界定創新市場時，卻極可能必須面對一些潛在的問題。例如，美國一九九五年處理準則所賴以界定「研究與發展」市場的占有率標準，似乎有流於武斷之嫌，不見得合理；而即使將研究發展經費當做衡量標準，同樣也不見得公允。尤其是美國一九九五年處理準則賴以界定獨占力量的模型，似乎也難以充分說明獨占廠商在研究發展上的投入決策和其在商品市場和創新市場上等各個不同市場上的市場力量消長兩者之間的關係。這些都是值得未來進一步澄清探討的問題。

專就技術市場而言，在美國一九九五年處理準則的界定下，技術市場包括智慧財產權和其他性質相近的替代品，包括消費者在市場力量發揮影響的情況下可能轉而購買的替代科技在內。因此，當我們討論技術市場的界定問題時，不可避免地必須討論系爭主要科技和其他可能已經或者尚未包括在此一相關市場上的科技兩者之間，到底具有怎樣的關係此一議題。首先，如果特定市場上並無性質相近、和系爭科技之間具有合理可互換性的替代品，那麼，這些科技應該都被當做一個相關市場來處理。例如聯邦司法部在 *United States v. Primestar Inc.*⁸³此一案件中便指出：Primestar 是個由五家有線電視所控制的公司，Primestar 準備購買直播衛星(direct broadcast satellite，簡稱 DBS) 科技，因為 Primestar 此一收購行動而受到影響的，乃是透過各種不同的方式，包括有線電視、衛星和其他科技在內，傳送到收視戶家中的多頻道影視節目，因此有線電視科技和直播衛星科技兩者，乃是在提供多頻道影視節目傳輸服務此一相關市場上具有互相競爭的關係，是以聯邦司法部認為此一收購行動將出現反競爭影響力⁸⁴。

⁸³ No.1: 98CV01193 (D.D.C. filed May 12, 1998).

⁸⁴ See id. §76-78, 83.

Primestar 此一案件似乎爭議不大，然而，以前述 Microsoft 一案而言，是否在單一相關市場上出現彼此性質相近的科技之間的互相競爭，則具有爭議。根據該案地方法院的分析，Microsoft 一案涉及兩個相關市場：一為針對和 Intel 相容的個人電腦作業系統進行的全球性智慧財產權授權市場，一為網路瀏覽器功能的市場。接著，該案地方法院認為，由於高昂的轉換成本所引發的鎖定(lock-in)問題，以及個人電腦本身的特質所致，因此，作業系統市場實際上僅僅限於 Microsoft 的視窗作業系統而已。由於高昂的購買成本和學習成本之故，使用者也很難輕易地從以 Intel 處理器為基礎的個人電腦轉換非以 Intel 處理器為基礎的個人電腦。其次，由於以其他種類的作業系統為對象而寫作設計的軟體相當稀少，所以消費者也不會從和 Intel 相容的視窗作業系統，轉換到和 Intel 不相容的作業系統。再者，在一般個人電腦之外，在可見的未來，也很難找到可以和以 Intel 處理器為基礎的個人電腦互相競爭的產品⁸⁵。針對上述說法，被告微軟公司所提出的反擊，則是認為蘋果電腦所使用的系統、使用各種不同 UNIX 作業系統的工作站、以及諸如 JAVA 這類跨越平台的作業系統，都是和視窗作業軟體處於競爭關係的產品。

綜上所述，本案地方法院界定相關市場的方式，乃是在超乎市場競爭水準的價格提高的情形下，短期內需求面重要替代品出現的可能性，做一評估。本案法院之所以排除將其他替代性科技放在同一相關市場內進行考量，主要理由在於法院認為就個人電腦而言，這些科技仍非性質相近、和系爭視窗作業系統科技之間具有合理可互換性的替代品，即使退一步而言，某些替代性科技有朝一日成為性質相近、和系爭科技之間具有合理可互換性的替代品，短期之內仍然不見得會出現此一結果。當然，細究之下，本案法院此種分析模式，並非全無問題。尤其，從法院的事實認定來看，更可能引發爭議。尤其是法院對消費者轉換其所使用的科技所做的評估，可能不無遭致質疑的可能性。

更重要的是，在上述智慧財產權授權處理原則中，雖然針對三種市場分別界定，但是在實際操作上，彼此之間的區分並非如此清晰明確。例如，以改進產品和製程為目標的研究發展，乃是創新市場的核心，但是研究發展經常會涉及相當程度的智慧財產權考量，尤其是研究發展過程中若是涉及以該研發過程所使用的智慧財產權進行授權時，這些現有的授權，就有可能會

⁸⁵ Microsoft, 65 F.Supp.2d, at 16, 5, 9-10.

出現必須界定技術市場的議題；換言之，在創新市場和未來產品技術市場兩者之間，會出現重疊的現象。再者，公平交易法管制機關，甚或法院，是否有能力區分研究發展過程中究竟有哪些市場競爭的意義值得深究，恐怕也是必須斟酌再三的問題。同樣地，此一問題是否也出現在技術市場的分析上，同樣值得關心⁸⁶。

再者，針對近年來發展迅速、強調科技領導地位、深受網路效應影響的高科技產業，是否應該適用傳統反托拉斯法的市場分析方式，備受討論⁸⁷。同時，偏於靜態的相關市場分析，是否能夠因應高科技產業，也不無疑問⁸⁸。同樣地，以高科技產業的複雜程度而言，在進行技術市場的分析時，是否應該針對不同產業別的市場競爭特質賦予特別的考量，也似乎不無討論空間。接著，在實際操作上，由於專利範圍並無標準化範圍可言，而且，針對未來產品的市場競爭進行預測，亦屬極端困難之事，所以，在界定技術市場時，不免困難重重，似乎有待美國法制未來發展狀況，進一步予以精緻化。而我國公平會在處理類似案件時，似乎也應該將上述可能遭遇的潛在問題，在可能的範圍內做一妥適的處理。

陸、結論

本文除了分析美國在智慧財產權所涉及的反托拉斯法議題方面所出現的論述外，也以美國一九九五年所頒布的智慧財產權授權處理準則為主軸，說明公平交易法和智慧財產權法兩者之間的關係可能的界定和處理模式，希望對我國公平交易法處理複雜的智慧財產權授權問題，帶來些許助益。本文雖以介紹性文字自我定位，但是，本文仍要強調的是，以上論述至少說明了，從長期的眼光來看，公平交易法和智慧財產權法兩者均以促進市場上的科技創新和消費者福祉為目的。以公平交易法目前及未來不免必須積極面對、以科技為主導因而變化速度極快的市場趨勢而言，對於此一議題進行比較法上的檢視和澄清，仍有其必要性。最後，值得一提的是，公平交易法和智慧財產權法兩者均係本質上技術性相當高的法律，然而，卻是行政管制機關、

⁸⁶ See generally George A. Hay, Innovation in Antitrust Enforcement, 64 Antitrust L.J.7 (1995); Lawrence B. Landman, Did Congress Actually Create Innovation Markets?, 13 Berkeley Tech. L.J. 721 (1998).

⁸⁷ See generally Dwight R. Lee & Richard B. McKenzie, Technology, Market Changes, and Antitrust Enforcement (2000).

⁸⁸ David J. Teece & Mary Coleman, The Meaning of Monopoly: Antitrust Analysis in High-Technology Industries, 43 Antitrust Bull. 801, 826-28 (1998).

甚至立法機關和司法機關必須面對的迫切議題；同時，此一檢視和澄清工作，無法因為規範面的制度內容和運作經驗介紹而竟全功，絕大部分仍須仰賴我國公平交易法執法機關進一步的討論思索和經驗累積。從此一觀點來看，公平會在操作適用其處理原則時，似亦應抱持相同的態度，謹慎執法，以便引導授權行為在有利市場競爭之前提下發展：除了公平會處理原則第六點所規定之「違反公平交易法事項例示」⁸⁹的確定性相對而言較高之外，公平會處理原則中雖然於第五點中揭示十一種原則上「不違反公平交易法事項之例示」⁹⁰，以及在第七點中標舉出「可能違反公平交易法事項之例示」⁹¹，然而，以上兩點所列之各種情形，究竟是否構成公平交易法之違反，似仍具有相當高的不確定性，仍然有待公平會在具體案件中的適用，和相關案件的累積，予以澄清，而這也是公平會處理原則第八點所規定之「技術授權協議之內容非屬本原則所例示之行為態樣者，依公平交易法之規定，於具體個案判斷之」之相同規範意旨所在，以便逐漸形成技術授權人和被授權人得以遵循之遊戲規則。

⁸⁹ 公平會處理原則第六點所例示之「違反公平交易法事項之技術授權協議」，乃是分成聯合行為之禁止和不公平競爭行為之禁止兩種態樣，不公平競爭行為之禁止此一部分，則進一步包括禁止競爭約款，限制技術使用範圍或交易相對人之約款，強制搭售約款，強制以專屬方式回饋授權，專利消滅後或專門技術因非可歸責被授權人之事由被公開後、對使用之限制及支付授權實施費用之義務，授權協議期滿後限制競爭商品之製造、使用、銷售或限制採用競爭技術，價格限制約款，禁止爭執授權技術之有效性，拒絕提供授權協議重要資訊等九種情形。

⁹⁰ 歸納公平會處理原則第五點所例示之十一種「不違反公平交易法」之技術授權協議，包括以下各端：對授權實施範圍所為之限制，授權期間之限制，依一定商品之製造數量等做為計算授權實施費用之基礎之義務，專利期滿後或專門技術因非可歸責於授權人之事由而被公開後被授權人支付授權實施費用之義務，以非專屬之方式回饋授權，最大努力條款，對仍具營業秘密性之專門技術之保密義務，最低製造數量、使用次數或銷售數量之限制，對授權技術之商品、原材料、零件等品質之限制，禁止讓與或再授權，授權協議期滿後不得再使用之限制。

⁹¹ 歸納公平會處理原則第七點所例示之「可能違反公平交易法事項之技術授權協議」，包括以下情形：授權區域之限制，銷售範圍或交易對象之限制、應用領域及範圍之限制，最高製造數量、銷售數量或使用次數之限制，限制必須透過授權人或其指定之人銷售，依照某一商品之製造或銷售數量支付授權實施費用之義務。然而，同時值得注意者為第七點第二項進一步規定「技術授權協議授權人要求被授權人向授權人或其所指定之人購買原材料、零件等，而非為使授權技術達到一定效用，維持授權商品之商標信譽或維護專門技術秘密性之合理必要範圍內，如在特定市場具有限制競爭或妨礙公平競爭之虞，將可能違反公平交易法第十九條第一款或第六款規定」，第三項亦規定「技術授權協議無正當理由，就交易條件、授權實施費用等，對被授權人給予差別待遇之行為，如在特定市場具有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，將可能違反公平交易法第十九條第二款規定」。

評論

范所長建得（清華大學科技法律研究所）

主持人林院長、吳院長、許委員、劉教授、在座各位貴賓：

其實有機會拜讀劉教授的這篇大作，我想，跟大家一樣，會有耳目一新的感覺。我想，其實以最近發展來講，台灣，包括我們公平會一直在面臨許多有關於新興科技帶來衝擊的問題。譬如像公平會在現有整個四 C 產業的規範部分，就投注了相當大的心力。

劉教授的這篇論文所提出的是一個很基礎性的探討。首先，在他整個文章的掌握上面，我們可以看到他掌握三個很重要的美國 leading cases 的發展，再從這邊銜接到美國過去對於整個科技發展當中的發展經驗。我想這個對公平會或是在座各位先進來講，都是在研究規範的發展過程中能夠去參考或者引用的一個很重要的 academic source。其次我們看到這篇論文，主要應該是有兩個很重要而交錯進行的主軸，一個是針對美國法律發展的過程加以剖析，另外一個則是重要的案例所牽涉到，對於新興產品，還有對發展創新市場概念的探討。在國內，我是第一次看到用這樣的角度來做一個區分。但是我認為，這是非常有意義的區分。

那麼，回到論文的本身來探討，我覺得它有幾個特點，首先，我覺得第一個特點應該就呈現在第 1 頁，誠如剛才劉教授所言，我們不應該認為公平交易法介入科技產業如何如何，用這種微觀的角度來看它；我非常同意。其次，則是在第 6 頁這裡，劉教授有特別提到從產品市場、科技市場到研發創新市場的概念。我感覺到，雖然說劉教授剛剛提到，他是匆忙之間所寫，可是我認為仔細去閱讀的話，你可以感覺到他的脈絡和他所指出的差異性。我們想想看，這個發展，大概就跟我們在過去從傳統的商品經濟或從 WTO 的發展經驗來看，也就是從 goods 到 services，再發展到一般的智慧財產，甚至現在的知識經濟；我相信各位可以看到這樣的一個脈絡。至於公平法則通常被定位在市場的管制，先針對 goods、services 到 intangible goods 再到 knowledge based 的 transaction；準此，我們可以發現到，公平法的 rule 也是從市場的角度、產業的規範、到市場的競爭行為，應該同樣有這樣的一個脈絡。這正是我剛才所提到，閱讀這篇文章令人覺得很有意義的地方。可能當我們在說思考問題、分析問題往往就代表你用什麼角度去看問題，我覺得劉教授這個角度的觀察是非常有意義的。當然，除了這此之外，我們也都

發現，像微軟的這個案子應有一個很大的比重，尤其是 Jackson 他在 challenge 微軟的時候，就對於搭售的部分，用力很重；因為他認為那個部分跟消費者密切相關。這個部分在劉教授論文從第 15 頁過來有詳細的探討，算是對於在科技領域中談搭售，一個十分詳盡的介紹，此部分的内容既廣也深，個人認為這也是這篇論文一個蠻重要的貢獻。

再者，個人以為在 17 頁這裡，談到了 Intel 這個例子，我不知道大家會不會同意，但是自己在接觸一些科技的議題、和科技法律的發展以後，就一直認為，在知識經濟的時代去探討反壟斷問題，除了去思考商品、勞務以外，還有什麼東西可以掌握去做為分析的對象？我想那應該是訊息。在 17 頁最底下開始，我覺得劉教授抓住了這個案子的一個重點，因為他所探討的正是一個 information sharing 的問題。實際上，已經有很多人在研究知識經濟的過程中發現到，知識最重要的就在於如何界定它的價值，這是與商品或勞務相對的工作，在這個概念下面，我們可以看到，在 Intel 的案例中，表面上所呈現出來雖是有關於交叉授權或者是拒絕交易的概念，可是在實質上必須要去分析探討的内容卻是在於資訊，資訊的掌握和資訊的意義在哪裡？我覺得這個案例應該是我們後續在處理知識經濟案件當中，非常值得我們去重視的。而這也是我覺得在拜讀這篇論文後，個人受益很大的一個部分。

當然今天我們在這裡是參與討論，所以我也想提出幾點問題來，就教於在座先進，一方面也是給劉教授做參考。首先可能因為在整個問題的探討上，劉教授試圖掌握的是一個非常大的架構，是以當論及搭售的問題時，他雖然正確的直接掌握了 case 及 case law 的發展。（我認為這是一個正確的作法，因為有很多的文章都是直接跳進一些美國 guideline 的探討，那是屬於行政指導的範圍，可是在美國，在案例法的系統，真正重點應該在 case law。）但是我仍感到必須要特別提一下，也就是美國最近對於搭售的分析，可能有一些比較有定見的想法，尤其是在搭售之管制上區隔獨占者或非獨占者之間，可能也有一些看法，這些或許可供劉教授在後續研究時加以考慮，像這點劉教授或許可以在第 14 頁的分析中，把它帶進去。其次，在這篇論文中一再提到的就是獨占力濫用與搭售或其他行為間的關係，這自然也涉及到了構成要件的分析，可是我覺得，在從事反壟斷分析時，有關意圖或是不是有 abuse market power 的現象，是必須高度依賴實證分析(positive analysis)的。例如在微軟案件中，Jackson 便花了很大的功夫去調查市場的結構和微軟在過去做過的一些「惡行」，所以可能劉教授可以考慮在要件分析上將這部分納進去。當然這涉及到主觀上，文章重點是不是要放在這裡的取捨。

再其次，在 19 頁這裡，劉教授透過他一向非常細膩的分析，提出了非常多的關鍵問題。但是我個人有一個感覺，就是問題非常非常多，是以我也會期待劉教授有沒有可能去理出一些方向，讓我們可能從一些方向去尋求解答？或從什麼方向去嘗試處理。這點，我可以舉出一個例子，譬如在 19 頁這裡，劉教授就提出許多很精闢的問題，但是否也有可能讓我們也有一些去思考答案的方向？

再來，最後一點我想要提到的是在第 6 頁這裡，正如我們在前面曾經提到關於科技市場的定義，而在這裡，因為劉教授的論文非常多次提到授權的問題，依我個人的淺見，在進一步談到授權交易市場時，(譬如在第 6 頁，note 26 這裡就提到的授權交易)，科技市場的定義，其實某種程度上面，跟美國的專利法的定義會有點關係。如果劉教授願意的話，可以在有關於科技市場，尤其是涉及到專利授權的時候，同時參考一下美國專利法的規定，這應會對於科技市場或是科技專利市場的定義，有很好的一個補強作用，我相信這也可以是這個論文所談到的主軸，也就是公平法和智慧財產權交互之間的互動關係，落下一個很好的註腳。

整體來說，我覺得這篇文章的原創性很高，學術性很高，而且在實用性上面，參考價值也很高。至於個人所提出來的一些觀點，只不過是我自己的一些想法，也是個人的一些淺見，供大家參考。以上是我個人的一些看法。謝謝。

知識經濟體制下競爭政策面臨之挑戰及其因應方向

許志義¹、公平交易委員會「知識經濟小組」同仁^{**}

摘要

本文探討知識經濟體制下競爭政策面臨之挑戰及其因應方向。蓋知識經濟體制下，生產規模報酬遞增、產品週期極短，驅使企業從事合併及大型化經營，或以策略聯盟聯合研發等方式因應市場激烈的競爭；再者，因知識與技術創新所衍生之智慧財產權與競爭法的競合及互補等問題，均使競爭法主管機關面臨嚴峻的考驗與挑戰。面對此一「變」與「快」的知識經濟時代，本文認為身為競爭法主管機關之公平會亟須：建立 4C 產業之競爭規範、確保樞紐設施之公平接取、對管制型產業進行解除管制、揭示審理技術授權協議案件之原則、採「技術中立」態度面對科技迅速發展下的標準形成、建立智慧財產權的公平法規範、建構激勵創新之競爭法制。

壹、前言

傳統經濟理論中，生產的主要因素是土地、資本設備、勞動力及其他自然資源。農業社會所講求的是如何追求上述有形資源的極大化，其經濟成長所依賴的是土地資源及人口的增加，勞動力及資源的競奪便成為國家圖存的關鍵及戰爭之目的。十九世紀工業革命後，人力、資本設備的運用受到更進一步的重視，經濟成長所依賴的是資本的累積，人口及自然資源加上資金與設備，為經濟持續不斷躍進的動力。

追根究底，傳統農業經濟或工業經濟時代，經濟成長潛力的發揮主要係透過資源的最適分配。而亞當斯密(Adam Smith)早在 18 世紀即提出，資源的最適分配有賴一隻看不見的手加以導引，也就是讓市場自由競爭，則價格機能可以調節物品供需，充分反應資源利用的市場價格，從而引導資源移動，直至各自的邊際貢獻相當為止。價格機能的運作基於許多的前提，其中最

¹ 現職行政院公平交易委員會委員。

^{**} 本文得以順利完成，必須特別感謝企劃處、第一、二、三處、法務處參與「建構知識經濟之公平競爭環境專案小組」各處處長、副處長暨同仁們之協助。

重要的是穩定(well behaved)的需求及報酬遞減法則(law of diminishing returns)所呈現的正向供給函數。在此一背景下，經濟政策講求的是維護市場自由競爭，政府只有在市場失靈(market failure)、外部性(externality)及公共財(public goods)的提供等少數例外狀況發生時，才介入經濟活動事務。特別是一國的財政、金融、貿易等種種法制架構的建立，也悉數以工業經濟之市場經濟法則為主臬，這一龐大的體系確實也為 20 世紀的世界經濟帶來史無前例的繁榮。

邁入 21 世紀，資訊、通信與電腦科技的快速發展與普及應用，巨幅改變了人類的生活型態及經濟結構。網路虛擬空間非同步時間的利用，配合電子交易與金流體制的變革，導致產業傳統生產流程與經營模式的解構。「數位革命」引發典範移轉(paradigm shift)，使得生產要素、商品及勞務的提供，包括研發、設計、製造、行銷及交易，均可「不受平台之限制」，甚至企業場所(平台)與員工亦可實體分離而仍存在主雇關係²。不但企業實體與市場範圍的界線模糊難以界定，製造業與服務業之藩籬亦已不復存在，許多廠商甚至呈現規模報酬遞增(increasing returns to scale)之經濟現象。「知識經濟」的最關鍵生產要素 - 知識，經由人類文明演進累積迄今，爆發出從所未有的能量與商業價值。隨著先進國家實驗室的科學新知發展，不僅生化、航太、國防、材料及奈米技術有日新月異的突破，即如行為科學與經營管理領域之學說創新及實際應用，在資訊、通信、電腦科技之搭配下，亦有極為驚人之發展，致使企業家精神可淋漓盡致發揮，能擴及組織運作的每一個細項環節。科技應用與知識創新帶來市場新的遊戲規則及企業新的競合行為，也因此帶動新一波政府管制措施與競爭政策的革新³。

資訊通信科技發達的另一特色是商品的生命週期變短，商品的創新與突破成為產業競爭的關鍵成功要素。而商品的創新與突破，主要則來自於知識的累積與應用。商品在市場上競爭的比較利益因此從過去的資本密集轉變成現今的知識密集，生產因素也從對資本、勞力、資源的需求轉變為對知識(尤其是有知識能力的專業技術人才)的需求。當前，電腦、資訊與通信科技的突飛猛進，促使經濟全球化的速度加快，生產活動國際化，貿易投資自由化，知識、資訊及科技的傳播利用一日千里，這些因素激化了全球市場的競爭態勢。

準此，知識、資訊的累積與應用乃成為在知識經濟時代經濟成長的最重要因素。此與古典

² 就教育體制而言，學校與學生、教師的關係亦然。

³ 參見許志義(2001)。

或新古典成長理論中所強調的資本累積(capital accumulation)、最適資本量(optimal capital stock)等學說截然不同。在全球化競爭趨勢下,「知識」所扮演的角色益加重要。早在 1992 年教宗若望保祿二世(John Paul II)在其文告中所提到的:「人類生產的決定因素,先是土地,然後是資本,至今已移轉到人類與生俱來的知識。」便是此一演進過程的最佳描述。知識化所隱含的意義為傳統工業經濟下有關商品、勞務、廠商、消費者、供給、需求、交易、市場、價格等概念的趨於模糊或難以界定,以及依照傳統經濟所制定的政策及遊戲規則逐漸失效。探索知識經濟時代的特性以及建立適宜的經濟規範架構,乃為知識經濟時代政府無可旁貸的責任,許多國家政府已針對知識經濟提出因應策略,例如:英國於 1998 年公布「競爭力白皮書」,日本於 1999 年公布「日本新千禧年大計畫架構」,韓國於 1999 年公布「21 世紀韓國網路發展計畫」,顯見各國政府皆期望以「知識」作為提升經濟發展的驅動力⁴。而知識經濟也就成為 21 世紀國際社會發展的主流價值。

此一趨勢特別值得當前台灣政府財經政策規劃者關注。蓋台灣已在 2002 年元旦加入世界貿易組織(WTO),將進一步開放國內市場,業界面臨國際上外來的更強烈競爭,國內產業能否維持相對競爭力,不僅將決定個別企業的生存,也是我國經濟能否持續成長的關鍵因素。而台灣在天然資源缺乏,工資節節高升,投資仍有不足,又面臨中國大陸的武力威脅下,廉價資源已非我國所具有的競爭優勢,我們必需靠知識與技術提升資源之效率來強化國家競爭力,促進經濟的穩定成長。為此,我政府乃以發展知識經濟作為當前施政重點,行政院已於 2000 年 8 月通過「知識經濟發展方案」,並由各相關機關研訂具體實施計畫,於 2001 年元月核定實施⁵。

4 參見黃宗樂(2001)於台灣法學會第 31 屆年會暨「知識經濟與法制改造」研討會開幕致詞。

5 依據「知識經濟發展方案」,我國知識經濟發展策略如下(參見行政院經建會「知識經濟發展方案」,89 年 8 月 30 日提經行政院第 2696 次院會通過):

- (1) 產業發展由民間主導,政府著重於建立發展環境與排除營運障礙。
- (2) 以「建立創新與創業機制」及「推廣資訊科技與網際網路應用」為動力,加速將知識轉變成為實際運用的過程,使成熟之研發成果可迅速商品化,建立新興產業;使既有產業因降低成本、提高附加價值而提升競爭力;使推動知識運用而創造之新市場需求,成為孕育新興產業的溫床,以帶動知識密集型產業之發展。
- (3) 從基礎建設面、法制面、人才供應面及政府行政面,同時進行檢討,以建構知識經濟優良發展環境。
- (4) 政府再造應與企業再造同步進行,以產生相輔相成效果。
- (5) 採取措施消弭知識差距,以使全民共享知識經濟成果。

鑒於知識經濟政府最主要的任務，在於建構一個鼓勵研發創新、促進競爭、適合知識型產業發展的環境，而其中競爭政策對於創新與市場競爭極具影響力。在知識經濟體制下，競爭政策面臨的挑戰及其因應方向，乃特別值得深入探討。

本文將從知識經濟時代的經濟行為特色，探討競爭法主管機關制定及執行政策時面臨之挑戰及因應對策。第一節為前言；第二節將先從知識的定義、知識經濟時代產品勞務屬性、以及產業發展與市場競爭型態，予以討論知識經濟之特色；第三節分別從獨占、結合、聯合、不公平競爭等各個面向，探討競爭政策面臨之挑戰；第四節研析知識經濟時代競爭政策應有的因應方向；第五節為結語。

貳、知識經濟的特色

一、何謂知識經濟

所謂「知識經濟」(knowledge-based economy)，較狹義的說法，係指 1990 年代以來，以知識與資訊通信科技為本的美國新經濟(new economy)；而較廣義的說法，則是指以知識的生產、擴散與應用為本的經濟，其迥異於以土地資源為基礎的傳統農業經濟，以及以原材料和能源為基礎的工業經濟，且常與網路經濟(internet economy)、資訊經濟(information economy)及數位經濟(digital economy)視為同義詞。1996 年經濟合作發展組織(OECD)在「知識經濟報告」中將知識經濟定義為：「直接以知識與資訊的生產、擴散與運用為本的經濟」⁶。2000 年亞太經濟合作會議(APEC)領袖高峰會議所通過的「APEC 邁向知識經濟」(Towards Knowledge-based Economies in APEC)報告中，則定義知識經濟為：「在一經濟體中，知識的創造、擴散與運用為促進所有產業成長、財富創造與就業之主要動力」⁷。換言之，知識經濟指的是二十世紀末，與新科技（尤其是資訊通信科技）的急速發展息息相關的「新經濟」或「資訊經濟」。

事實上，知識創新及使用對經濟活動的正面作用，並非在晚近才被提出。早在 18 世紀亞當斯密在其「國富論」一書即已提出相似之觀點，他說：技術進步（代表知識的創新累積）對促進經濟成長具有貢獻。至 19 世紀末馬夏爾(A. Marshall)也說：知識的擴散與進步，可促進新

⁶ 原文為："economies which are directly based on production, distribution and use of knowledge and information."

⁷ 原文為："an economy in which the production, distribution, and use of knowledge is the main driver of growth, wealth creation and employment across all industries."

方法與新設備的使用，致提高勞動和資本的應用效率。1957年梭羅(R. Solow)研究美國1909至1949年間的經濟成長，發現每人產出的成長中，有80%是來自技術進步⁸。1966年顧志耐(S. Kuznets)也說，人類技術與知識的不斷創新、累積與應用，是勞動生產力持續提升，以及經濟持續成長的重要來源。2000年亞羅(K. Arrow)更說：「知識」作為一項生產要素由來已久，知識的創新與應用為早已存在的事實，並非是一個新創的名詞，人類社會的演化，可以說是一部知識發展史。就技術進步正式納入經濟成長模型研究言，早在1950及1960年代以梭羅為代表之新古典成長模型即已將技術進步視為外在促進經濟成長的因素。1986年柏克萊加州大學的羅莫(Paul Romer)及1988年芝加哥大學的盧卡斯(Robert Lucas)更開啟了內生成長理論(endogenous growth theory)，其主要論點為一國經濟(長期穩定)成長率係由經濟體系內生決定的，其泉源則來自兩方面，其一為技術進步及其所賴以完成的資源投入研發比率；其二為生產因素累積所帶來之報酬。在此模型中，知識分別透過促進技術進步及知識累積兩個途徑加速經濟成長⁹。

知識之所以能提高國家經濟成長率，主要係其有助建構一個更有效的生產結構，進一步創新並改良產品及服務的品質，而資訊及通信科技知識的擴張，更產生了外溢效果(spill-over effect)，從一個產業影響到另一個產業，新觀念新知識可以不斷地在各個產業中傳播複製，產生不同的效用而再次被創新利用及擴散。各產業對勞動力的教育及訓練、對研究及發展的投資及對新管理架構與工作組織的創新，更透過職工流動而產生互相學習效果，這些都是促進技術創新，提高資本邊際生產力的主要因素。

知識是一種藉由蒐集整理、分析資訊來掌握先機的能力，也是創造價值的最直接元素，而學習則是建構知識的最佳驅動力。把破碎零散的資料(data)轉化成片段的資訊(information)，再加以系統化整理、消化、融會貫通，吸收成為自己的知識(knowledge)。利用自己所吸收的知識，結合自己的才智(intelligence)與經驗(experience)，便成為智慧(wisdom)。

資料、資訊及知識是無窮盡的，但如何加以吸收運用則有賴於教育訓練與學習。但由於知識的內容包括可譯成電碼的編碼型知識(codified knowledge)及難以直接言傳的隱含經驗類知識

⁸ 「技術」實為知識的產出端。

⁹ 有關內生成長理論可參閱一般中級或進階總體經濟學教科書。

(tacit knowledge)，故「教育」、「學習」在知識經濟中的角色極為重要。惟不論是編碼型知識或隱含經驗類知識，知識都是一種性質特殊的商品或投入要素。這些知識傳播，透過教育與學習，可以廣為散布。教育與學習，是所謂準公共財(quasi-public good)。因此，羅莫(Paul M. Romer)認為，知識的提供具有非敵對性和部分排他性的特質。亦即，知識在一般情況下並不需競爭或競價即能擁有，而知識的傳播也不會如有限量商品的消費一般，多一個人消費就排擠另一個人消費的機會。知識的傳播與取得可無限量散布，它可在複製成本不斷降低(甚至為零)的情況下，無限擴張生產其數量，且不會「折舊」。知識創新愈快、愈為普及、交換愈快，就愈容易擴散，發揮的外溢效果就愈大。在知識經濟時代，凡捷足先登擁有知識，並付諸商業應用，轉為利潤者，就是市場的贏家。

二、產品及勞務特色

就知識經濟時代的生產而言，其範圍遠超出工業經濟刻板的產品形式或勞務的內涵。過去人們將任何一項產品或勞務的名稱，與其認知的製造產品或服務的外觀、功能劃上等號。在知識經濟時代，這一連結將被打破，不但產品的成分、外觀、功能迥異於前，產品及名稱也不斷推陳出新，甚至同樣產品名稱所指涉的產品內涵也和以往大異其趣。由於知識大量注入商品，致使知識經濟時代的產品及勞務至少將呈現以下特色：

(一) 個別化、去大眾化

在工業經濟時代，成功的廠商必須提供許多具比較利益的產品，也就是將其主力產品的生產成本降至最低，以參與國際市場的競爭。為此，企業必須能從事大量生產。而為進行大量生產，首先必須將產品依照大部分消費者的需要加以標準化、規格化。在此情況下，消費者在市場上能買到的產品多屬於少數幾種規格或尺寸，也就是所謂「大眾化商品」。然而在知識經濟時代，產品服務注入密集知識與資訊，生產者與消費者均擁有充分訊息，且互動頻繁，知識化廠商可依個別消費者的特殊尺寸或需要，量身訂作，致使產品或服務趨向個別化或去大眾化。

(二) 標準化、規格化

工業經濟的成功在於產品的標準化、規格化與大量生產。在知識經濟體制下，產品固然趨向個性化與除眾化，但其基礎是商品的細分與可任意重組。為了成就產品的任意重組，以滿足個性化需求，組成產品之細部成分仍然必須具備標準化及規格化。此一要求除了能持續保有大

量生產帶來之低成本效能外，對於知識經濟時代產品生產之外包(outsourcing)，以及全球運籌生產(global logistic production)方式更具有特別的意義。因此，知識經濟時代產品之標準化、規格化與工業經濟時代之情況有些許差異，其所指的是產品組成部分細緻化後的標準化及規格化。

(三) 去物質化

在工業經濟時代，生產的要素為土地、勞動、資本及生產技術。生產者僱用這些生產要素，將原材物料轉換為物品，這些商品的內涵主要是物質的。反之，在知識經濟時代，商品的生產及勞務的提供，均注入大量的知識成分，商品勞務價值或其在市場呈現的價格，主要是顯現其功能或創意。這些功能的良窳或創意的有無，則是依所注入的知識成分而定。這包括它的困難度以及知識注入量的多寡。而這些是與生產者僱用生產要素，特別是知識，從事生產時極大化利潤行為是相一致的。質言之，在知識經濟時代，商品的知識成分提高，物質成分相對降低；也就是說商品呈現了去物質化(dematerialization)現象。

(四) 全球區域化

在工業經濟時代，生產活動主要侷限在一國領域之內。生產的商品主要亦在滿足國內住民之所需。國家政策對國內經濟活動具有相當程度的影響力，此時的經濟型態可以說是國家型經濟。當然，在工業經濟之國家型經濟下，各國間或因比較利益或比較成本之優勢，或因資源秉賦之理由，或因產業競爭及互補之關係，在國際間從事或多或少的貿易，但由於商品的屬性、生產技術、市場距離、及運輸等問題，致製造品的貿易多侷限在特定開發程度較高之地區。開發中國家出口則多限於天然生產的農工原料，而飽受出口價格波動、貿易入超、經濟成長緩慢以及國民所得低落之苦。在知識經濟時代，這些問題與壓力將有機會獲得紓緩。一方面，由於商品的物質成分降低，勞務的提供亦見多樣化，使商品生產及勞務提供，不再受制於一國全面性的經濟條件及市場的地理位置；另一方面，受到科技創新以及經濟自由化，特別是電信自由化的雙重影響，網際網路的發展與運用一日千里，追求利潤極大化的廠商，得以將商品之各組成部分或零件的生產，移到具有特殊條件或成本最低的地區¹⁰，並在組裝成本最低的地點組裝產品，再以最快的速度將產品送達消費者手中。在此情況下，世界經濟已逐漸呈現生產的區域

¹⁰ 例如住在印度的電腦工程師替全球各大公司生產軟體程式。

化，此種在經濟全球化下呈現的生產區域化，或可稱為全球化下的區域化¹¹。

三、產業發展及市場競爭特色

知識經濟最顯著的特色，為生產之規模報酬遞增(increasing returns to scale)現象。由於國際網路的快速發展，以及知識的大量注入商品勞務及生產，透過學習與生產的外部性(externality)效果，以及產品的不斷創新，致將原來生產之投入加倍時，呈現產出超過加倍增長的現象。其次，由於全球運籌的競爭態勢發展，以及科技研發與創新的快速進行，工業經濟時代企業「做好」事情(do the things right)即可存活成功的原則受到嚴厲的挑戰。在知識經濟時代，企業必須「做對的」事情(do the right things)，而且必須隨時做對「新事情」。在這一情況下，企業為求生存及發展，必須調整心態、生產方式與策略，而產業發展、市場形式與競爭型態，亦將相應調整。

(一) 企業型態的兩極化發展

規模報酬遞增的生產技術所隱含的實質意義為，在其他條件相同之下，生產量越大的廠商，生產成本越低，也就是該產業為平均成本遞減的產業。在這一壓力之下，企業將不斷進行大額投資或進行企業併購(merger and acquisition)，朝向大型化發展。近年來國際間企業併購行為如火如荼的展開¹²，已充分說明這一發展趨勢。另一方面，知識經濟時代企業成長的動力為研發與創新，無論從資金、人才、設備等各個角度觀察，也只有規模龐大的企業較有能力進行此一活動，更提升大型企業在整體經濟活動的角色。然而，這並不表示中小型企業已沒有生存的空間。知識經濟時代最重要的生產要素為知識，而知識的載體是「人」，基於此一理由，擁有特殊技術人才或擁有專利權的中小企業，仍有其市場利基(niche)。因此，在知識經濟時代，只有鎖定全球市場的「大鯨魚」或擁有特殊利基的「小蝦米」才有機會成長。企業若不在全球舞台與人競爭，就必須走特殊利基路線。若僅在國內市場發展的中型「國家企業」，將越來越難以生存¹³。換言之，企業將朝向兩極化發展。

¹¹ 這種全球化下的區域化問題出現在許多領域，例如，科技帶來之風險不但具有全球性，也因個別地區的條件而同時具有在地性，即所謂的全球在地化(globalization)。請參閱周桂田(2001)。

¹² 參見行政院公平交易委員會(2000)。

¹³ 參見大前研一(2001)。

(二) 企業的協同發展

在工業經濟時代，企業雖亦進行必要的研究創新，但因產品週期較長，企業經營著重在提高內部管理效率。在知識經濟時代，研發與創新為企業發展與經濟成長之動力。然而，由於研發係立基於前人的研究成果，即所謂的「站在別人的肩膀上」從事研發，再加上資訊取得容易，研發工作較以往更為普及，故而簡易的創新很快就開發殆盡，能夠商業化的創新往往須具備在產品功能、產銷成本等方面的突破，致使企業投入較具競爭力的研發業務乃不可避免地需要龐大資金，並承擔極大的風險。為分攤風險增強研發效果，企業往往須透過併購、垂直分工、異業結合、或進行水平合作、共同研發，甚或制訂產品標準及共同生產。另一方面，由於經濟全球化的發展，為了在全球成本最低的地方生產配件、組裝及運送，以滿足散佈在全球各地的消費者需求，廠商必須結合上下游企業進行垂直合作，共同生產、運銷。因此，在知識經濟時代，自給自足的企業體或組織已經不易在全球甚至國內從事競爭。為了在全球市場競爭，企業必須不斷改變組織，生產廠商必須與同業、運輸業、經銷商甚至政府部門，組成合作網路，協同發展、策略聯盟，以因應快速變遷的經濟環境¹⁴。

(三) 企業的無實體發展

網際網路幾乎無排他性、無敵對性、無疆界性，而具互動性及擴散性，且有漸次增強的外部性效果。事實上，網際網路的普及與無遠弗屆，乃為知識經濟得以快速發展的重要因素之一。網路的外部性不但發生在生產者活動，也發生在消費者行為；消費者的網路外部性源於網路上提供的訊息和消費者的選擇，隨著上網消費者的增加而益增上網者彼此之間的知識及資訊交換、分享，內容益加豐富。此種網路效應(network effect)的外部性能吸引更多消費者加入相對多數的網路群集，造成所謂正向回饋(positive feedback)或需求面的規模經濟。質言之，每增加最後一單位的邊際上網者（或系統使用者），他所能連網（或共享、相容）的對象往往較過去上網者（或系統使用者）連網的規模更大更多，內容不斷豐富，也因此邊際效益不減反增。在生產者方面，不但可從網路上的訊息研判消費者的偏好及市場所在，也從網路上獲得新的生產及行銷知識，更從網路上獲知便宜的原料及上游供貨者。因此，知識經濟時代的企業不必再打製樣品、報價尋求顧客、接獲訂單、集中生產、裝運配銷，而是在網路上揭示產品圖樣，在接

¹⁴ 麥可波特一再強調協同電子商務(collaborative e-commerce; CEC)或協同產品商務(collaborative products commerce; CPC)，即此之謂。

獲訂單後，直接委由（全球）生產成本最低的廠商生產，並交由物流公司在最短時間內運送至消費者手中。當然企業也可依消費者需要，提供量身訂作(tailor-made)的服務。企業僅保留核心競爭力的協調工作。至於生產、運送與管理等各部分，則透過轉包(subcontracting)或外包(outsourcing)的方式，由其他專業而有效率的廠商來執行，企業呈現無實體化發展或朝向虛擬企業(virtual firm)¹⁵發展。

(四) 產業週期縮短

知識經濟的核心價值為研發及創新。由於知識的外部性效果，使得研發及創新較以往更容易、更普遍，並受到企業界及政府的重視。在資訊通信技術快速發展，以及電腦軟硬體功能倍增下，產品不斷推陳出新，此一發展趨勢更因消費者資訊取得較前容易，配合其求新求變的心理而受到鼓舞。換言之，知識產品因得到消費者需求的支持，以及生產者求生存的競爭壓力，簇擁著科技的發展共同前進，而源源不斷地推向市場。不但產品較前精密，樣式較前新穎，功能較前強大，價格更往往因新產品的不斷加入競爭，而無法長期支撐。知識經濟時代的內外環境特色，使得消費者需求面的拉力維持著科技研發及創新的不斷進行，致使產品生命週期及產業循環週期均越來越短。依據麻省理工學院(MIT)媒體實驗室「數位生活(digital life)」主持人 Andrew Lippman 的說法，進步快速的科技，使產業週期從過去之 40 年大幅縮短為 4 年，而創新則是其中最主要的原動力¹⁶。

(五) 市場模糊化（或無界線化）與競爭

知識經濟時代，生產技術創新、產品推陳出新與消費者消費型態變換之間，互相作用，不但生產過程遭到切割，產品各組成亦儘可能移至全球最低成本區域生產，將比較成本法則推至極點，消費品及勞務的提供也不斷附加知識成分，甚至附加了消費者需求所體現的創意。因此，生產之產品與勞務彼此間已不易劃分，製造業與服務業之間，生產與消費之間的界線也漸趨模糊化。例如，許多產品零件的生產、組裝、運送，是結合許多設在全球各地的跨國公司及區域公司同步協力完成的；許多軟體程式的開發，也是在供需雙方互動、24 小時連續不斷合作下完成的¹⁷；而專門職業技師透過網際網路，可以合作為全球各地的客戶服務。由此可見，知識

¹⁵ 參見黃仁德、姜樹翰(2001)。

¹⁶ 陳碧芬報導(2001)。

¹⁷ 例如美國的需求公司可透過兩地之「時差」，與印度的軟體供應公司連線 24 小時日以繼夜地在

經濟的發展，來自科學、教育及資訊等的推動力量，也來自市場本身的拉力。全球化與市場滲透加深市場競爭的激烈與不確定性，而市場的模糊及無界線化，則迫使企業在競爭過程中必須建立合作關係。而這些現象，均對競爭政策帶來新的挑戰。

參、競爭政策面臨之挑戰

在知識經濟時代，知識為主要的生產因素；研發創新則為知識的最主要來源。惟研發活動有賴龐大的資金援助，即以藥品的研發而言，大約每 4000 種研究案中僅 1 種藥品可能上市，而這一項上市藥品獲利的機會，大約只有 20%~30%¹⁸。依據估計，研究一種藥品上市的平均成本大約為 8.2 億美元，而隨著臨床試驗的成本不斷上升，這一成本持續在提高中。這樣的資金門檻，絕非一般企業所可以負擔的。熊彼得(Joseph Schumpeter)早在 1934 年即認為，創新為經濟成長的動力，經濟成長的過程並不是在穩定的環境中追求資源使用最適化達成的，而是在技術創新不斷衝擊的不均衡環境中完成的。但創新有賴龐大資金而研發資金的來源則是企業內部的利潤及累積盈餘，這是具有獨占地位的廠商較易辦到的¹⁹。但波特(Michael E. Porter)則以實證資料證明，競爭優勢在於廠商彼此為求發展所作之不斷創新²⁰。在知識經濟時代，此一問題將會愈趨複雜。蓋知識經濟體制下，生產呈現規模報酬遞增，而產品及產業生命週期則明顯縮短，在在誘使企業從事合併及大型化經營。企業克服資金門檻的另一項選擇，為中小型企業集資，進行聯合研發，共同生產，甚至分配市場，以透過市場劃分取得另一型式的獨占力，並獲取超額利潤。尤其在市場競爭激烈的情況下，各種型態的協同合作亦將紛紛出籠。上述企業的合併、大型化、聯合等牽涉到的限制競爭或不公平競爭行為，均使競爭政策的制定及競爭法的執行受到嚴峻的考驗。其次，在知識經濟體制下，由於商品服務內涵較不具體，交易及交易相對人趨於模糊，市場競爭的態樣趨於複雜，傳統認定市場、市場力量、及限制競爭或不公平競爭之要件合致，亦須加以檢討。最後也是最重要的，由於知識經濟源於知識的創新、傳播及運用，智慧財產權在促進知識發展上遭遇到更大的挑戰：一方面，知識的創新有賴賦予創新者智慧財產權之排除使用權力；另一方面，知識的傳播及大量使用，則有賴智慧財產權人之充分廣

最短時間內完成軟體物件之開發。

18 參見李德彼得著，李振昌譯(2001)。

19 Schumpeter(1942)。

20 參見波特著，李明軒、邱如美譯(1996)。

泛授權。在此情況下，競爭法及智慧財產權法的競合及互補，亦有待吾人省思。為此，本節將討論知識經濟體制下競爭政策可能面臨之挑戰，同時選擇國內外幾個重大案例，從獨占、結合、聯合及不公平競爭等四大項，擇要論析。

一、獨占

(一) 微軟案

知識經濟時代涉及獨占力濫用最有名的限制競爭案件，允為美國司法部對微軟公司 (Microsoft Corporation) 的訴訟案。微軟公司成立於現代知識經濟發軔的 1980 年代，由於微軟公司在個人電腦作業系統獨占力量不斷的擴張，幾乎壟斷了全球的 PC 作業系統市場，早在 1990 年，美國聯邦交易委員會 (Federal Trade Commission; FTC) 已對微軟公司進行調查 (惟美國政府迄未證實此事)，主要是針對微軟公司一般的交易實務，但 FTC 始終無法通過對微軟公司提起訴訟之決議。直至 1993 年末，FTC 終以 2 對 2 之比數中止了微軟公司之調查行動。

在 FTC 中止對微軟公司之調查後，美國司法部反托拉斯署 (the Antitrust Division) 決定恢復調查程序。於 1994 年 7 月 15 日，司法部向聯邦地方法院提出訴訟，指控微軟公司與 OEMs 廠商之授權條款，及其與個別軟體研發商 (Independent Software Developers, ISVs) 之保密協定 (Non-Disclosure Agreement, NDAs)，違反休曼法 (Sherman Act) 第一條及第二條之規定²¹。

相較於司法部提出之訴訟請求，雙方達成之同意判決提案 (proposed decree)，僅限制微軟公司關於作業系統契約及 NDAs 部分，但產品範圍不包括工作站 (workstation) 及應用軟體部分。及至 1995 年 2 月 14 日，哥倫比亞地區聯邦地方法院認為該同意判決提案內容不符合公共利益，駁回了該同意判決的請求。但司法部及微軟公司均表示不服而提起上訴。最後，於 1995 年 6 月 16 日上訴法院做出了裁判，認為上訴有理由，廢棄了地方法院之駁回命令，並發回判

²¹ 休曼法 (Sherman Act) 第一條 (抑制交易之非法行為及其處罰): 「任何以契約、托拉斯、或其他方法作成之結合或共謀，用以抑制各州間之交易或商業，或抑制州與外國間之交易或商業者，均屬違法。任何人締結上述違法之契約或從事尚涉違法之結合或共謀者，視為觸犯重罪，若經定罪，處法人一百萬元以下罰金；其為自然人者，由法院裁量，處自然人三年以下有期徒刑，或併科十萬元以下罰金。

休曼法第二條 (獨占交易之不法行為及處罰): 「任何人獨占或意圖獨占州際間或與外國間之交易或商業，或與他人結合或共謀為一部或全部之獨占州際間或與外國間之交易或商業者，視為觸犯重罪，若經定罪，處法人一百萬元以下罰金；其為自然人者，由法院裁量，處自然人三年以下有期徒刑，或科或併科十萬元以下罰金。」

決做出同意判決的最終裁定，司法部對微軟案也暫告一段落。

迨至 1997 年，康柏克(Compaq)電腦公司與網景(Netscape)公司協議於出廠的電腦安裝「旅行家」(Navigator)瀏覽器，要求微軟公司能夠移除微軟公司利用 Window 95 授權契約要求 PC 廠商安裝的「探險家」(Internet Explorer)軟體，但遭微軟公司拒絕。1997 年 10 月 20 日司法部乃再度對微軟公司提出反托拉斯訴訟，認為微軟公司藐視該法院 1995 年 8 月 21 日所達成的同意判決，並請求法院判處微軟公司每日 100 萬元之罰金，直到微軟公司改善其行為為止。

微軟公司於 1997 年 11 月 10 日針對司法部的指控提出了答辯，主張政府無權干涉業者設計產品的權利；並且司法部早在數年前就知道微軟公司將整合網路程式到作業系統內，顯示微軟公司並無刻意侵害網景公司權益之企圖。哥倫比亞地區聯邦地方法院於 1997 年 12 月 11 日做出初審判決(preliminary decision)如下：駁回原告對微軟公司違反 1995 年 8 月 21 日同意判決之藐視法庭的指控；駁回原告請求判令系爭保密契約的文字無效；並指定特別專家認定本案事實及爭點；令微軟公司在法院尚未做出最終判決(final decision)之前，自本判決生效後，不得以明示或默示之作業系統授權條件，附帶授權及預先安裝任何微軟公司的瀏覽器轉體至 OEMs 的個人電腦上²²。

1998 年 1 月司法部對微軟網際網路商業策略展開調查。1998 年 5 月 18 日美國聯邦政府與 20 個州對微軟提出反托拉斯訴訟，指控微軟使用違法手段破壞競爭秩序。1998 年 10 月 19 日 Jackson 法官開始審訊微軟被控告觸犯反托拉斯法案。1999 年 2 月 27 日微軟案第一階段審訊終結，接著 3 月微軟與政府商議庭外和解，1999 年 11 月 5 日 Jackson 法官做出「事實裁定」，認定微軟在英代爾相容個人桌上型電腦系統有獨占力量，濫用作業系統獨占力量，致阻礙競爭，損及消費者權益。本案司法部提出控訴中包括 26 項違法事實，經認定 23 項成立，最主要的重點有二：一是涉及排他性交易；另一為搭售安排(tying arrangement)。1999 年 11 月 20 日 Jackson 法官指派芝加哥上訴法院首席法官 Richard A. Posner 擔任調停人。2000 年 2 月 22 日 Jackson 法官聽取本案兩造最後辯詞，3 月 24 日微軟提出和解案。由於司法部及 19 個州政府與微軟間歧異甚多，Posner 只好退出，調停任務至此終了。4 月 3 日 Jackson 法官做出「法律判決」，判定微軟在英代爾相容個人電腦擁有獨占力量，並透過各種反競爭手段維持其市場獨

²² 參見張向昕(1998)。

占力量，以及採取搭售行為強迫經銷商接受其網路瀏覽器與作業系統一併出售等行為，違反休曼法(Sherman Act)第一條及第二條規定。

在經過聽證程序後，決定處分微軟，建議將微軟切割。2000年5月27日司法部提出矯正措施，將微軟一分為二，一家負責視窗作業系統，一家專營視窗應用軟體和網路事業。2000年5月31日微軟公司對司法部最後議案提出最後答辯，譴責政府將微軟一分為二的做法「有瑕疵而且含糊不清」。2000年6月5日司法部對微軟答辯書提出修正意見，最後於6月7日Jackson法官宣判「最後裁決」，將微軟一分為二，一個是作業系統公司，一個是應用軟體公司。當天司法部反托拉斯的主管發表聲明，讚許法院的判決，而比爾蓋茲則誓言提出上訴²³。惟6月28日上訴法院撤銷分割微軟公司的判決，並將訴訟案發回地方法院更審，交由新法官負責審理；9月6日司法部表示不再要求分割微軟公司；9月28日聯邦地方法院法官下令，雙方必須即日起就如何達成和解進行密集談判；司法部在11月雖與微軟公司就反托拉斯案達成和解，但該案至今仍未取得十八州原告的全數背書，加州、麻州等九州表示反對，並提出一連串更為嚴重的矯正措施方案，哥倫比亞特區也簽署了這項提案。

由本案可以看出科技及知識資訊軟體系統應用的發展，已對反托拉斯法造成新的衝擊。由於商品界線模糊，產品及產業生命週期縮短，使得反托拉斯法界定市場及廠商市場地位的認定標準日趨困難。例如，在本案雙方陳述的證詞中顯示，微軟的辯護策略強調「現代科技創新的特質，應可庇護微軟於反托拉斯的規範」；而司法部的立論則強調「現代科技的特質仍須受反托拉斯的監督與檢驗。」

值得注意的，為微軟做證的經濟學者試圖從兩個面向辯正獨占的行為認定：一是從傳統的獨占定價模型推估視窗(window)產品的邊際成本應趨近於零，故微軟非獨占。二是試圖證明本案所定義的市場(market definition)有所偏差，即視窗與瀏覽器應分屬不同市場，不應合併處理。而為司法部作證的法律與經濟學者卻認為因網路外部性(或網路效應)所產生的市場關連，仍能使微軟具有獨占地位²⁴。此案目前仍在發展中，聯邦上訴法院業於2001年駁回傑克遜法官擬將微軟公司一分為二的命令，其理由包括下級法院應重新審理有關微軟公司將其瀏覽器與作

²³ 參見紀振清(2001)。

²⁴ 參見周德宇(2001)。

業系統搭售是否涉及違反休曼法第一條及第二條部分等。故此案迄今尚未有最終定論。惟由此案可知當前知識經濟體制下，電腦、資訊、通信科技市場出現的前所未有的爭議，對競爭法主管機關之執法工作無疑是一鉅大挑戰。

(二) 荷蘭皇家飛利浦等三家公司 CD-R 專利授權案

本案緣於民國 88 年 6 月間國內光碟(CD-R)製造商陸續向公平交易委員會檢舉荷蘭商飛利浦、日本新力及太陽誘電，分別擁有數項與可錄式光碟產品規格相關專利，渠等採行聯合包裹授權，且於 CD-R 光碟產品專利技術市場中具有獨占地位，其不當維持授權金價格之行為，已損及光碟產品生產廠商權益，涉嫌違反公平交易法第十條、第十四條等規定。

該案經於 90 年 1 月 11 日公平交易委員會第 480 次委員會議決議，飛利浦、日本新力及太陽誘電透過共同決定授權金價格之合意，以聯合授權方式，取得渠等在台之 CD-R 專利技術市場之獨占地位，不當維持授權金之價格，拒絕提供被授權人有關授權協議之重要交易資訊，禁止對專利有效性之異議，為濫用市場地位之行為，違反公平交易法第十四條、第十條第二款及第十條第四款規定，處飛利浦新臺幣(下同)八百萬元、日本新力四百萬元及太陽誘電二百萬元之罰鍰，並命被處分人等自處分書送達之次日起，應立即停止前項違法行為。惟被處分人等不服前揭處分，分別於 90 年 2 月 27 日向行政院訴願會提起訴願，並經行政院於 90 年 11 月 16 日及同年 12 月 26 日分別撤銷原處分，由原處分機關補充資料後另為適法之處分。其理由主要為：

1. 原處分機關卷附資料似無與現階段市場上其他類似儲存媒介產品之比較，足以支持其推論 CD-R 光碟產品與其他光學儲存產品間，在目前市場供需、價格及技術功能上，為唯一具市場地位之可錄一次型光碟產品，並以 CD-R 可錄式光碟授權技術市場界定為特定市場之資料，本部分證據論證容有補強之必要。
2. 訴願人訴稱曾提供被授權人單獨授權之要約及條件供被授權人選擇，被授權人有選擇聯合授權(一次取得三專利權人授權或單獨取得訴願人授權)之自由。渠等聯合授權雖對市場供需造成影響，約定權利金縱使過高亦屬契約自由，為應訴諸民事法院之問題。所稱曾提供被授權人單獨授權之要約及條件供其選擇，是否實情？若本案檢舉人等係自行選擇以聯合授權方式支付權利金，是否仍屬公平交易法規範之範疇。

3. CD-R 技術之所有重要專利為飛利浦等三家廠商所擁有，全球任何 CD-R 之製造、銷售均須取得該等廠商對於 CD-R 擁有技術之授權，取得其一專利權人之專利尚無法製造 CD-R，則渠等間是否具有水平競爭關係。

本案被撤銷突顯出執行競爭法的難度包括：

1. 特定市場界定看法不一

市場界定或可謂人類智慧的黑洞，爭議頗多。尤其高科技產品生命週期短，生產技術日新月異，對市場之界定更加困難。惟另一方面，市場界定並非全無可遵循的準則，諸如考量需求替代性、供給替代性、價格彈性以及消費者偏好等。若前述條件愈相近，則共同形成一個市場之機會愈大。惟就該案之特定市場之界定，究屬光儲存媒介市場，主要包括 CD-R、CD-RW、DVD 等項產品。另尚有 DCC 及 MD。前列產品，因其物理特性、技術功能、價格彈性及消費者偏好等均屬有異，是否可個別視其為一個次級市場，尚有不同看法。

2. 專利之互補性或替代性看法不一

按公平交易法第四條有關競爭之定義謂：「本法所稱競爭，謂二以上事業在市場上以較有利之價格、數量、品質、服務或其他條件，爭取交易機會之行為。」同法施行細則第五條第一項有關聯合行為之意義謂：「本法第七條之聯合行為，以事業在同一產銷階段之水平聯合，足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者為限。」故本案系爭專利間是否具有替代性成為關鍵點，惟此點雙方意見差異頗大，公平會遂將兩造意見速送工研院光電所提供客觀專業意見。該所建議考量各專利之替代性時，不能僅就技術觀點視之，而應就管理經濟及產製過程整體來看。是以，依該所建議，該等專利應屬可替代性之範疇。總之，此案雖尚在補充資料，另為適法處理之中，惟知識經濟時代類似此種高度科技導向之爭議問題，將帶給競爭法執行機關極大的挑戰。

(三) 關鍵知識獨占

前述兩個案子主要突顯知識經濟時代具有市場力的廠商基於外部性建立的市場關聯對相關市場的操控力，以及擁有專利廠商在授權時可能涉及濫用市場力之問題。追根究底，問題均緣於這些廠商擁有特殊技能或對關鍵知識的擁有獨占力。一般而言，在知識經濟時代，擁有生物科技、基因、軟體、資料與科學資訊等無形資產，就能掌握致勝的關鍵。如果這些無形資產，

能進而獲得法律上的權源，亦即智慧財產權的保障，則凡須使用各該知識者，均須支付相對之代價以獲得合法授權，則依法擁有知識資產者其市場經濟力便會擴大，甚或擁有獨占力。

在知識經濟體制下，國際間對於智慧財產權之保護，只會不斷加強。惟在保護智慧財產權的同時，如何不去侵害與生俱來的知識傳播或資源，則是一個值得重視的問題。例如，最近非洲國家在 2001 年的 WTO 談判中，回過頭來檢視 TRIPs 三十一條強制授權的規定。它的理由很簡單，防治愛滋病及其他一些對他們而言很致命的傳染病的藥價太貴，他們負擔不起。而 TRIPs 第三十一條關於強制授權的規定又太嚴格，造成先進國家因為有專利權的壟斷，無法將好的資源提供給迫切需要卻付不起費用的人利用。

我國專利法第二十一條是全世界最嚴格的。雖然條文規定動植物新品種不予保護，但是實務上只要是品種就不給保護，並不是「新」才不給保護。至於基因圖譜專利給予的問題，事實上美國政府也發現其之前所授予的基因專利太寬鬆，所以在 2001 年 1 月公布了一個新的指導原則。在此基因實用性的指導原則中說，申請專利者必須說明找到的 DNA 序列是用來做什麼用的，比如是高血壓或糖尿病的遺傳基因且可用來治療這些疾病者，方得申請專利，而不是發現基因圖譜就可以申請專利。這個結論在美日歐三邊會談中早就承認的，故美國政府認為已經限縮基因知識過度授予專利的問題，也去除了外界對「美國會單純就發現基因給予專利」之疑慮。假設某人發現一個 DNA 序列是有功能性的，大概沒有一個國家敢不給專利，也就是標的部分不可限縮得太小；惟可透過專利審查委員對新穎性、進步性、產業利用性的個案判斷，突顯每個國家不同的寬嚴標準。事實上，電腦軟體也有此種類似的問題。

新的商業方法(Business Model)專利也是一個值得探討的問題。比如在美國 Double Clicks 已申請專利。又比如說某人肚子餓了，透過 Internet 可以找到離家第一近的餐店，這也可以申請到專利。此時，某人如果要為他的客戶提供類似服務，他只能找離家第二近的餐店，因為如果找第一近的，就侵犯到別人的專利。事實上這部分是一個「發現」，不是發明。應該是保護某人寫出什麼樣的軟體來處理這個事情，而不是「找到第一家」就是侵犯他的商業方法。據瞭解，美國有很多廠商例如花旗銀行，在有關電子商務及電子銀行的商業方法在台灣已經登記了不少專利，此舉是否將限縮台灣電子商務及資訊化社會之市場競爭及其健全發展，將是競爭法主管機關及智慧財產權主管機關之未來挑戰。

此外，生物醫療科技關鍵知識的發展，其智慧財產權的適度保護也是一個重要的議題。因為它不僅是賦與權利人有排他性的效力，同時也因此取得龐大的潛在經濟利益；從另一個角度看，對業者提出專利權之誘因鼓勵從事研發，其實不應該是智慧財產權的最終目的，其最終目的應該是增進公共利益的。換言之，在生物醫療科技議題上，除了單純考慮智慧財產權保護的問題，還要從公共利益的角度去探究在特定領域有沒有保護的必要。賦予關鍵知識專利權保護，在公共領域(public domain)意涵中的公共知識是否准予授權壟斷，是競爭法主管機關必須探究的課題。例如有關防癌抗老的醫療保健知識及方法，應如何避免過度授權專利，致影響一般人（尤其是弱勢貧困者）獲得妥適且公平合理價格之醫療服務，實值得深思。

二、結合

(一) MCI 與 World Com 結合案

在知識經濟體系發展下，資訊財(information goods)創造、蒐集與流通將成為整個市場價值鏈中最重要的一环。就需求面言，資訊財是一種經驗式的消費活動，消費者在接觸到資訊財之前，並無法瞭解其所能產生的效用；就供給面言，資訊財的生產成本很高，但複製和流通的成本極低，且因其具有規模報酬遞增(increasing returns of scale)的特性，因此亦可說資訊財先天具有自然獨占傾向²⁵。資訊財的另一個特性就是具有網路效應(network effect)，其財貨的消費價值，隨著其使用者人數的增加而遞增，電話的快速普及就是網路效應的具體實例。這類網路效應被稱為「溝通網路」(communications networks)。另外產品間的互補關係，如電腦作業系統和應用系統、錄影機和錄影帶，也會有網路效應的情形，當某種電腦作業系統的使用者越多，就會有越多的廠商投入開發與該作業系統相容的應用系統，進而提升該作業系統的使用價值。同理當某種規格的錄影機越普及，則市場上會有越多與其相容的錄影帶，這類的網路效應被稱為「硬體 - 軟體網路」(hardware-software networks)或「虛擬網路」(virtual networks)。

造成網路效應的原因，係來自於網路產業特有的消費報酬遞增(increasing returns to consumption)或稱為需求面的規模經濟(demand-side scale economics)，網路效應的結果通常造成「大者恆大」的市場結構：某個網路的使用者越多，連結到該網路所產生的效用即越大，因此有更多的使用者選擇連結到該網路，這個現象被稱為正向回饋(positive feedback)。網路效應

²⁵ 參見 Rubinfeld (1998)。

和正向回饋交互運作的結果，通常會造成市場最後只剩下一家主導廠商。當某家廠商一旦取得關鍵數量(critical mass)的安裝基礎(installed base)或客戶群(customer base)，很快地就造成市場的傾覆(tipping)並且獨占整個市場，VHS 和 Beta 的戰爭就是市場傾覆之實例。

網路效應對於市場競爭有非常複雜的影響。一方面市場傾覆的結果通常是反映某個網路相較於其他網路的優越性，特別是在規模經濟相當顯著，或為讓多個網路彼此能夠相容運作(compatibility or interoperability)所須投入的互連或相容成本相當高的情形下，市場傾覆及獨家經營其實符合經濟效率的條件；然而另一方面，網路效應也會造成市場的參進障礙，致限制市場競爭。這是由於轉換其他的網路必須重新投資並學習新的使用方法，這種轉換成本(switch costs)造成使用者的慣性與定性，導致他們習慣停留在目前所使用的網路或系統中，亦即產生所謂的鎖定(locked-in)效果。在此情況下，一旦某個網路取得市場主導權，即便後來有其他性能更優異或價格更便宜的網路或系統出現，也很難取而代之。

網路效應對於傳統的結合管制帶來很大的挑戰。一般來說，當市場上各個網路的規模或安裝率相當，且相較於網路效應所能帶來的經濟利益，發展相容性所需投入的成本較低的情形下，各個網路即有充分的經濟誘因而發展相容性，並且共享網路效應所帶來的利益；然而，當市場上各個網路的規模或安裝率差異很顯著，也就是市場上只有少數幾個主導網路存在時，他們便沒有誘因和規模較小或安裝率較低的網路發展相容性。因為透過拒絕相容，主導網路就可以獨享因為網路效應所帶來的全部利益。因此，發展相容性的誘因是取決於各個網路的相互依賴性，而其相互的依賴性則是取決於各個網路規模及安裝率的差異程度。在此情況下，網路事業的水平結合會使得市場中各個網路的規模及安裝率差異程度增加，影響各個網路彼此間的相互依賴性，最後則影響網路發展相容性的誘因。

以 MCI 與 WorldCom 結合案為例，美國司法部認為 MCI/WorldCom 結合後，在骨幹網路市場之占有率高達七成，將會使各個骨幹網路的規模及占有率失去均勢，進而影響彼此間的相互依賴性。MCI/WorldCom 本身因為網路規模很大，故缺乏與其他骨幹網路業者互連的誘因。儘管在很多情形下，發展相容性或互連性未必一定是符合經濟效率的，但司法部認為在網際網路產業發展過程中，網網相連有絕對的必要性，因此司法部要求 MCI/WorldCom 應將旗下經營骨幹網路的 MCI 業務部門讓售給其他電信業者，藉由維持各個網路的均勢，確保各個網路間

的互連性²⁶。

從上述 MCI/WorldCom 案例可以看出結合管制政策與網路效應的互動關係。從經濟分析的角度，結合管制的目的是在生產效率與分配效率間求取平衡，如同 Robert H. Bork 教授在 *The Antitrust Paradox* 書中所述：事業透過內部的成長而規模變大，並不是競爭法應該挑戰的對象，競爭法應該挑戰的是透過併購、掠奪行為或其他不公平競爭的方式而取得市場規模。在網路產業中，事業因為網路效應運作結果而造成市場傾覆及獨占的結果，不一定遭到競爭法的挑戰；然而，如果事業利用網路效應，透過購併其他事業或掠奪行為而造成市場傾覆及獨占地位，則是競爭法應謹慎處理的。

(二) Sandoz 與 Ciba-Geigy 結合案

競爭法主管機關審理申請結合許可案時，往往就該案能形成之「整體經濟利益」與「限制競爭之不利益」進行衡量。如前者大於後者，依法得予許可；反之，則予以駁回。進行此項實質審查時，通常考量以下因素予以審酌：在整體經濟利益方面，考量規模經濟效益（水平及垂直結合）、垂直因素價格及產品售價降低程度、產品品質提升程度、是否為垂危事業等因素；在限制競爭之不利益方面，會考量市場進入障礙增加程度、市場競爭者數目、產品特性、市場集中度變化情形、企業過去是否曾有違反公平交易法相關規定等，並視個案特殊性質酌量增減考量因素，以契合實際需要。在知識經濟體制下，此一原即不易拿捏的原則面臨了新的挑戰。在「整體經濟利益」方面，必須將長期動態利益計入；在「限制競爭不利益」方面，在產品週期縮短趨勢下，如何準確的評估，並非難事。在另一方面，企業大型化及經濟全球化下，市場力量的認定及國家企業競爭力的效果也是一個重點。因此，知識經濟趨勢下企業競爭驅使企業透過併購而趨於大型化，這種企業併購行為正是公平交易法所規範的結合行為面臨的新挑戰。其中最著名的結合案例之一，厥為 1996 年初瑞士一個大型藥廠山德士(Sandoz)與對手瑞士汽巴嘉基(Ciba-Geigy)的結合案。該案兩造在結合之前，已各自分別買下美國馬里蘭州的基因治療公司(GTI)及加州一擁有基因及治療技術的公司其隆公司(Chiron Corp.)。山德士與汽巴嘉機都認為這些技術很快地就會轉化成一個能夠大幅獲利的醫療保健市場。根據美國聯邦交易委員會(FTC)估計，至 2010 年時，整個基因產品的市場將會成長至 450 億美元。山德士與汽巴嘉基這

²⁶ 參見 Robinson(1999)。

一項 630 億美元的併購案，創造出一個大型的跨國公司，規模足以干預相關市場。這個新的公司名為諾華(Novartis)，現在是全球最大的農業化學公司，第二大的種子公司，第三大的製藥公司，以及第四大的獸醫醫學公司。

為了獲得美國 FTC 的許可，諾華公司準備了成堆的文件，證明沒有違反反托拉斯法。經考量汽巴嘉機與山德士所有的專利組合，FTC 在幾經辯論後，仍決定許可諾華公司的營業，惟附有但書警告。其中之一，是一項關於人體基因治療領域的授權，規定即使是面對市場的競爭對手，諾華公司也必須給予專利使用執照。FTC 規定，「在廣大的基因治療市場中」，諾華公司被要求「對於任何使用執照的個體……以低廉的特許費給予『安德森體外基因治療』的專利權。」如果少了這樣的安排，FTC 認為，人體基因治療過度強力的專利「將會完全被合併後的公司所控制」²⁷。由此案例可知競爭法與專利權之間，對知識經濟體制下醫療保健相關之知識壟斷及公共利益兩者間，必須求取平衡點，而此一挑戰是高難度的決策課題。

三、聯合

知識經濟時代競爭法主管機關面臨之另一個嚴峻挑戰為企業間的聯合或聯盟行為。這一行為源於兩個面向的壓力：其一為研發創新及市場開拓需要龐大的資金，並非一般中小型企業所負擔得起，企業被迫進行集資合作(joint venture)；另一壓力則來自市場激烈的競爭，企業為降低成本所作的扁平化工作，例如外包建立的供應鏈管理(Supply-Chain Management; SCM)。聯合或聯盟協定的範圍雖超過一般正常的交易活動，但尚未到達合併程度，且其種類繁多，舉如：合作投資(joint venture)、收付權利金、相互授權、銷售協議、供應協議等都是。主要因這類活動可以加速企業的全球化，享受規模經濟、獲得所需的市場或技術，但企業本身卻無須喪失獨立自主性或付出大筆購併經費，近年來在國際競爭中乃蔚為一股風潮²⁸。

聯合與結合最大的不同，在於後者參與結合之企業通常將業務交予成本最低者經營，市場呈現的是低成本的生產者或供給者；前者則是聯合所有水平競爭企業包括經營不善企業一起作業，市場呈現出較高的成本，通常在聯合情形下，企業彼此間的合作、一致行動、抵禦共同競爭對手、放棄部分利潤等情形，勢必會墊高成本。

²⁷ 摘自休曼著、吳書榆譯(2001)。

²⁸ 依我國「公平交易法」施行細則第五條，聯合行為係指：事業在同一產銷階段之水平聯合足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者。本段論述與這一定義規範者或不完全一致。

就具體個案言，近年來較有名的企業合作案是美國思科(Cisco)公司建立的企業營運網路。思科是經由 120 多家公司構成盤根錯節的網路來銷售產品。日本作家大前研一稱這種網路狀、以網際網路做連接的企業關係為「價值集團」，以與麥可波特(Michael Porter)「價值鏈」的傳統觀念區別，也有人將其稱為「價值衛星」(value constellation)。思科在網際網路設備生產方面有逾百家合作夥伴，這些公司都直接參與採購、生產、船運及修繕零件供應，就像是個實質單一企業。顧客在網際網路上直接下單，這個系統提供一系列規格、電腦軟硬體設備的選擇，一旦確定了訂單，該系統會針對每一項零件來找供應商，且安排一家思科的協力廠商處理次組裝工作。這種合作模式，在後勤及遞送、生產及收費、工程設計、維修業務、電腦系統與人事等重要內部組織功能的管理中，扮演著決定性的角色。訂購單可能經由美國線上進來，而組裝及遞送業務，則可能在聯邦及優比速維護的平台上進行，這些外部企業身分不純粹只是同盟或供應商，它們已經和企業結構結合，成為其中一部分²⁹。

由此案可以看出，知識經濟時代市場的嚴酷競爭迫使企業不得不進行細分工與專業化生產，將生產到銷售甚至服務的每一個階段交給全球最有效率的地區生產，企業間既競爭又合作，這種關係與競爭法的聯合界限何在？在面對企業全球化及大型化下，競爭法主管機關的立場如何？在執法時有無必要考量本國經濟規模及企業特性，都是值得探究的問題。

四、不公平競爭

網際網路的蓬勃發展，不僅帶動新的商業契機與新的交易型態，更對公平交易法的執行帶來新的衝突與挑戰。民國 86 年初公平會接獲首例網際網路案件：網域名稱爭議案。該案係商貿股份有限公司檢舉文啟社傳播股份有限公司不當使用其「LOVEMATCH」網站名稱為網際網路網域名稱，涉嫌違反公平交易法第二十條及第二十四條規定。接案當時，正是網際網路剛在國內開始起步不久，國外雖有數起網域名稱紛爭之案例，但對公平會而言卻是全新類型。公平會在接獲該案之初，除了就「網域名稱與公平交易法」廣為蒐集資料外，並邀請對該主題有研究之學者到會演講及發表論著。另外，亦就該案廣邀學者、業者及相關政府單位舉辦公聽會，以瞭解網路可能對公平交易法產生之影響。該案嗣經民國 87 年 6 月 24 日第 346 次委員會議決議不處分，惟已為本會涉入網際網路不公平競爭行為案件之開端。

²⁹ 大前研一著，王德玲、蔣雪芬譯(2001)。

嗣後，公平會即陸續不斷接獲有關利用網際網路為不公平競爭行為之案件。民國 88 年 5 月 26 日第 394 次委員會議，通過對好好品保專業搬家於網站上宣稱其為「崔媽媽服務中心推薦優良搬家公司」之字樣，為虛偽不實及引人錯誤之行為，違反公平交易法第二十一條之規定，除命其停止該行為外，並處行為人五萬元罰鍰。該案除為公平會處分之第一件網路不實廣告案例外，亦為公平會對網際網路不公平競爭行為之第一件處分案。

在「LOVEMATCH」案後，公平會亦處理了數件網域名稱紛爭案件。民國 89 年 2 月 23 日第 433 次委員會議，通過奕昕電腦股份有限公司以家福股份有限公司之相關事業或消費者所普遍認知之表徵「CARREFOUR」登記為網域名稱，阻礙原表徵所有人以相關事業及消費者所普遍認知之名稱進入網際網路市場爭取交易之機會，為足以影響交易秩序之顯失公平行為，違反公平交易法第二十四條規定而決議予以處分。該案為公平會首宗成立之網域名稱不公平競爭案件。

另外，利用網際網路散布新聞稿或為不實之陳述，而致損害他人營業信譽可能造成違反公平交易法第二十二條規定。鴻海精密股份有限公司曾向公平會檢舉美商莫仕股份有限公司(Molex Inc.)於其美國公司網站內散布不實之新聞稿，宣稱鴻海公司及其美國子公司富士康公司(Foxconn International Inc.)侵害莫仕公司專利，涉嫌違反公平交易法第十九條第一款、第三款、第二十二條及第二十四條之規定。該案雖經民國 87 年 10 月 7 日第 361 次委員會議決議不處分，但該案亦立下公平會處理網際網路不公平競爭首件跨國紛爭之先例。該案被檢舉人美商莫仕股份有限公司係美國公司，其所為亦於美國發生。惟公平會認為，外國事業在外國所為之反競爭行為，若對我國市場之交易秩序產生影響，除基於國際禮讓之考慮而不行使管轄權之外，公平交易法本即可對之加以規範。而外國事業在其網路上刊登廣告或進行相關商務活動之行為，若係積極針對我國市場所為，或其進而透過網路之設計，可供其與我國個人或團體有互動性的往來，則應認為其對我國市場之競爭秩序產生影響，進而有公平交易法之適用，而其行為若有違反公平交易法，自應受公平交易法之處分。

此外，公平會亦接獲多起利用網際網路進行多層次傳銷行為案件。民國 90 年 9 月 6 日第 513 次委員會議通過對美商 SKYBIZ 公司於我國境內實施多層次傳銷行為，未向本會報備，且未與參加人締結書面契約，違反依公平交易法第二十三條之四所定之多層次傳銷管理辦法第五

條第一項及第十二條規定，公平會依公平交易法第四十二條第三項及同法第四十一條規定，命其應停止前述違法行為外，併處新臺幣三百五十萬元罰鍰。該案為本會第一件對未向本會報備即利用網際網路吸收多層次傳銷參加人而為本會處分之案例。公平會認為，外國網路傳銷事業擴張組織至我國，時有所聞，且類似案件在查處上，有其困難。惟該案經訪查參加人及被處分人答辯，事證及程序應已充分。公平會實需做成處分，以明確宣示執法立場，並可避免再有民眾加入，同時提醒民眾於加入類似國外傳銷組織時，應小心謹慎。

從上開案例中不難得知，公平會於處理網際網路所面臨之不公平競爭案件中，最大之挑戰即為如何面對管轄權之界定。網際網路之應用本即無國界之分，其影響亦無遠弗屆。在維護交易秩序之前提下，如何界定是對我國市場交易秩序產生影響，如何蒐證等，實為公平會面臨之一大挑戰。而如何再加強與其他國家合作，於網路世界中維護市場交易秩序，且又不損及網路科技蓬勃之發展，殆為公平會未來之一大課題。

此外，前已述及，知識經濟時代之經濟全球化及網路化發展，使網路交易跨越國境。交易相對人來自世界各國，一旦發生實質問題，如何解決爭議之困難度因而倍增。特別是網路交易而衍生的法律問題，可能跨及民事、商事、智慧財產，也可能有刑事問題，如何適用該當的準據法以及適用哪一個國家的法律，也是一個亟須重視與解決的問題。若未就管轄法院加以約定，則可能會使從事電子商務的業者，面臨在全球每一個國家的法院涉訟的危險。當然相對地，也可能發生某一嚴重違法行為，卻無任何國家管轄，導致受害者申訴無門的窘境³⁰。

對於此問題，許多國外業者，特別是美國業者往往透過定型化契約的方式，與客戶就管轄法院與準據法等基本問題加以約定，以降低其經營的風險。是故，為了避免面對世界各國不同的法律規定所導致的法律風險問題，業者除了必須針對其業務內容與主要客戶來源國之相關法律有所了解，以避免違反其他國家之刑事法律規範外，並可考慮採用美國以定型化契約的方式，就管轄權、準據法等基本問題加以規範，或是利用免責聲明(disclaim)的方式，對可能會發生法律問題的國家或地區，限制其可能的法律責任，方可維繫住電子商務發展的契機。

³⁰ 參見經建會之委託研究期末報告初稿「電子交易法制相關議題之研究」(2002)。

肆、競爭政策之因應方向

鑑於知識經濟時代，快速且頻繁的資訊交換是創新、促進競爭的主要原動力，科技所帶來沛然莫之可禦的強大力量，嚴重衝擊產業之生態及競爭環境，以科技知識發展為利基之創新產業也就應運而生。由於影響層面既深且廣，與整體社會政經文化環境息息相關，所涉問題又錯綜複雜，其所衍生新興之競爭議題，已非傳統競爭法所能規範及單一主管機關所能因應。鑒於知識經濟時代資訊通信科技與知識的創新、傳播及整體經濟活動等各方面均有舉足輕重的地位，知識經濟的發展過程與資訊通信產業有密不可分的關係，該產業相關的事業行為態樣、市場結構等，均為競爭主管機關所須預為規範者。其次，知識經濟時代科技加速創新，而知識的創新係立基於前人知識的累積，加以產品分割及專業化，關鍵知識或關鍵設施的接取成為產業及經濟發展的一大課題。同時，類此問題也是傳統管制之公用事業(public utility)所普遍存在的，這些都是競爭主管機關在研擬政策時必須因應、調整者。此外，知識經濟時代，一個國家或地區的成功與否，在於知識創新、傳播與應用的能力，智慧財產權在此面臨了兩難的困境已如前述，另一個兩難問題為標準的建立問題，亦即存在網路效應下，是否將標準交由市場決定，抑或由科技面著眼？惟無論如何，建構一個適合知識經濟發展的法規環境才是根本解決之道。為此，行政院公平交易委員會已於 2001 年 4 月成立專案小組，研擬「建構知識經濟之公平競爭環境專案計畫」³¹，希望藉由檢視內部組織運作及塑造外部公平競爭環境著手，建構一個適合「知識型」產業的競爭環境。我們期許公平會研擬的競爭政策能充分考量產業、科技、經濟及國際思潮的變化趨勢，研訂出產業的公平競爭規範。

另公平會有鑒於知識經濟體制下，產業競爭與市場發展的最大特色即在於「變」與「快」。對企業家來說，如何迅速掌握稍縱即逝的商機係市場競爭之致勝關鍵，也是企業主最期望政府

³¹ 「建構知識經濟之公平競爭環境專案計畫」包含八項子計畫：

- (1) 知識經濟發展，檢討公平交易法相關規定，提供清晰、可預測、激勵創新之競爭法規環境。
- (2) 建立傳統產業知識化之公平競爭規範。
- (3) 建立知識型新興產業之公平競爭規範。
- (4) 管制型產業（瓦斯、油品、電力）知識化趨勢下解除管制之競爭規範。
- (5) 建立知識經濟體系相關樞紐設施之競爭規範。
- (6) 建立知識經濟智慧財產權的公平交易規範。
- (7) 配合知識經濟 e 化政府，建立公平競爭相關領域知識管理系統。
- (8) 知識經濟之人才培訓、推廣課程及研討會。

相關政策與措施能積極與之接軌配合者。準此，公平會業已因應外在環境之需求，在 2001 年 11 月間擬定公平交易法修法草案，對事業結合的規範，由現行「申請許可制」，改為「申報異議制」，期限也由兩個月縮短為 30 天，同時大幅放寬事業申報門檻的銷售金額標準。此一修改對於提升我國產業競爭力，以肆應知識經濟時代國際企業的激烈競爭，應有所助益。本節將針對知識經濟體制下競爭法主管機關亟須處理的問題及因應方向，擇要予以論述。

一、建立四 C 產業相關規範

拜數位化技術突飛猛進之賜，所謂四 C 產業(telecommunication, cable TV, computer network, e-commerce)有數位整合(digital convergence)之發展趨勢，亦即有線電話網路、地面與衛星的無線網路以及有線電視網路均可提供相同或類似之服務，使得四 C 產業匯流(即整合寬頻服務，業者可同時提供用戶有線電視、電信、電腦、資訊之整合服務)，致使以往之產業界限日趨模糊。而現行規範交易秩序之建立，係以傳統各個傳輸網路或平台，適用不同法律規範及受不同主管機關管轄；惟在此分割之管制環境下，易產生“規範迴避”(regulation by-pass)及競爭者間因不均等之競爭條件而扭曲市場競爭(例如造成不同部門間之交叉補貼)、損害技術與商業創新以及剝奪消費者福利(例如資費的不當調整)等問題；凡此，均需要大幅度的管制革新，俾建立科技、產業匯流之競爭政策與競爭規範之原則。

(一) 因應四 C 產業匯流之積極作為

為規範「四 C」產業的競爭問題，公平交易委員會早於 1996 年即針對有線電視相關產業研訂規範說明，其後並陸續公布「事業涉及銷售有線廣播電視頻道節目交易資訊透明化案件審理原則」、「有線廣播電視頻道節目供應業者與有線廣播電視系統業者垂直結合申請案件審理原則」、「事業涉及共同購買有線廣播電視頻道節目案件審理原則」以及「有線廣播電視頻道節目供應業者聯賣頻道節目案件審理原則」等四項審理原則；並有鑒於電信市場的解除管制與開放競爭，另於 2000 年 6 月亦公布「公平交易法對電信事業之規範說明」，俾使相關業者知所行止。儘管如此，針對四 C 產業跨業經營及結合的趨勢，競爭法主管機關刻正具體提出之對策尚有：

1. 制訂「四 C 產業跨業經營之公平競爭指針」：主要包括四 C 產業競爭規範架構、分析四 C 產業中部分專屬管制法規(sector-specific regulation)與一般競爭法規(general competition rule)的關係、目的事業主管機關與競爭法主管機關間的協調，及在規劃競爭政策或執行競爭行為規

範時，所應共同遵守的管制原則等。

2. 研擬訂定審查四 C 產業跨業結合之審查原則：其內容係針對國內四 C 產業經營現況及跨業整合情形、國外四 C 產業跨業結合案例、國外競爭法主管機關之審查與核駁重點等進行研究，並予歸納整理，以加強執法效能。

(二) 隨時掌控網路新興產業之競爭動態

有鑒於網路新興產業為一動態之發展過程，競爭法主管機關有必要持續且密切地注意此發展走向，以進一步彙整分析反競爭行為態樣，期能訂定新興網路產業之相關規範，廣向社會大眾宣導，俾利業者遵循辦理，並作為消費者主張自身權利及與其他行政機關分工合作處理相關案件之參考。

就產業狀況言，包含電子交易市集及資訊休閒服務業等，其中正蓬勃發展之網路咖啡店(簡稱網咖)產業，其業者除提供基本上網服務外，尚按其經營策略與顧客需求之不同，分別提供「線上遊戲」、「餐飲服務」、「軟體租賃服務」、「書籍資訊服務」等，故似可將網咖產業，定位為複合經營的資訊服務通路產業。查於民國 89 年全國約有七百餘家以提供上網服務為訴求的網咖，惟在網路連線遊戲的推波助瀾下，網咖已快速成長。根據中華民國網路咖啡發展協會表示，截至民國 90 年底，台灣網咖約為四千多家左右。其產業價值鏈，包括：

1. 網路遊戲內容業者：拜網路遊戲的殺手級應用之賜，網咖得以風靡台灣。網咖所提供高速的「頻寬」與「互動空間」，使顧客在其中享受高品質的網路遊戲，兩者可說是息息相關，具有相輔相成的效果。
2. 網路服務業者(ISP)：網咖主要提供上網服務，故為提供高品質的網路頻寬，網咖業者紛紛與網路服務業者(ISP)合作，向各 ISP 租用各種上網頻寬，如：ADSL、T1 等。以 T1 為例，目前台灣網咖業者，約使用 1000 多條 T1 專線，其餘為 ADSL 上網。
3. 軟體產業：網咖產業的出現，現階段除「線上遊戲」軟體業者將直接受益外，對軟體產業也將有相當助益，例如網咖的電腦設備須加裝合法授權的作業軟體及一般性的商用軟體。又因網咖業者經營策略不同，未來其經營方式將更具彈性，使得網咖成為一般網路軟體的重要通路。

(三) 樹立促進科技發展之執法原則

競爭法主管機關介入新興產業時，應秉持以下執法態度，以促進科技發展，達到確保公平

競爭，維護消費者利益之立法目的：

1. 靜觀其變：面對新興的科技與產業，競爭法主管機關應持續觀察其發展之動態與市場之反應，不宜貿然套用舊有管制模式逕行加以規範，以避免扼殺新科技與產業。
2. 回歸市場機制：當新型態的服務取代傳統服務時，與其著手進行管制新型態之服務，不如解除對既有服務之管制。亦即競爭法主管機關宜以回歸市場機制為優先，並且以進一步解除既有管制為政策目標。
3. 比例原則：競爭法主管機關在決定是否介入市場之前（即便是檢舉案件，亦有權決定是否介入），應先衡量其介入的總社會成本是否低於所得之效益。亦即，任何介入措施都必須符合比例原則 - 介入手段必須維持在最低必要限度內，且介入手段所耗費的成本不應超過介入所欲達成目的之效益。

二、確保樞紐設施之公平接取

（一）科技變革下競爭法運用「樞紐設施」概念之難題

「管制革新」與「民營化」不僅是 1980 年代以來，西方先進國家體現「解除管制促進競爭」之經濟政策的兩大主軸，亦為我國公平交易法所肩負之競爭政策任務。惟單純的私有化，已非提高經濟效率的充分或必要條件，當國營事業之獨占力隨著私有化進入民間部門後，由於其掌握上、下游市場新競爭者營業所需之樞紐設施(essential facilities)，更提高其驅逐新進企業或從事掠奪性行為的誘因及成功機會，而此將斬喪整體產業的正常發展，使整個國家、社會蒙受巨大損失。

尤其在知識經濟體系下，因科技不斷推陳出新，產業間的界線逐漸模糊、各產業樞紐設施的定義也隨著科技的變革而有不同的範圍，其濫用樞紐設施之獨占力行為勢必因主管機關疏於防範或無法預知，而使整體產業的發展受限，並使科技創新提升人民生活水準的願景無法達成，例如新開台營運的電信固網業者與中華電信間因樞紐設施之接續問題，一再發生爭議，影響相關產業之發展契機，已成為相關主管機關亟思擘劃與解決的問題。

（二）具體因應思維及作為

為塑造知識經濟有利的發展環境，競爭法主管機關允宜針對相關產業所擁有之樞紐設施制定一套公平競爭之規範，並因應科技變革隨時予以增修刪補，以建構產業永續發展的合理環

境，並進一步提升我國整體產業的競爭力。就具體作法上，可取採多重面向且具層次之積極作為如下：

1. 界定相關產業樞紐設施之原則、方式及範圍

按競爭法上「樞紐設施原則」(essential facilities doctrine; EFD)之概念係起源於美國反托拉斯法的判例法，發展至今「樞紐設施原則」演變為具有多重概念的抽象定義，所指的「樞紐設施」也不再侷限於有形的鐵路、橋樑、電力傳輸線或電信網路等傳統的「設施」概念，而逐漸包含無形的服務，甚至是智慧財產權。此外，各國的競爭法執行機關，對於「樞紐設施原則」之意涵亦有不同的解讀，惟基本精神仍為透過「命令接取」(mandating access)方式，允許事業得以在合理交易條件下，接取其競爭者的某種設施或服務，俾利下游市場之競爭機制得以發揮。

2. 汲取先進國家執法經驗

為避免損及產業之正常發展，相關主管機關亦可師法他國經驗，參考美國、澳洲、歐盟等先進國家對於電信、交通運輸及網際網路樞紐設施之競爭規範及實際案例。茲以美國及澳洲為例，要舉其對於「樞紐設施」之規範內涵如下：

美國有關「樞紐設施」最著名之案例，係於 1983 年作成判決的「MCI 控告 AT&T 案」(MCI Communications v. AT&T)，MCI 於 1969 年經過聯邦通信委員會的許可，開始經營「點對點專線出租」、「共同控制交換協定」及「國際網路業務」，這三種業務都必須利用到區域網路的路由才能提供，而當時區域網路均由 AT&T 獨占經營，AT&T 拒絕與 MCI 網路互連，因此引發爭訟。第七巡迴上訴法院在此案判決中指出，適用「樞紐設施原則」必須符合以下要件：

- (1) 「樞紐設施」係由獨占事業所控制(control of the essential facilities by a monopolist)。
- (2) 競爭者實際不能或無法以合理的方式複製該「樞紐設施」(a competitor inability practically or reasonably to duplicate the essential facilities)。
- (3) 拒絕將「樞紐設施」提供給競爭者(the denial of the use of the facilities to a competitor)。
- (4) 掌握「樞紐設施」的事業有能力將該設施提供給其競爭者(the feasibility of providing the facility)。

事業有前揭情形可能會被認為違反「休曼法」(Sherman Act)第二條規定，因此獨占事業倘拒絕其他競爭者接取「樞紐設施」的請求，而該設施確實會影響市場競爭的情形下，則會被視為以反競爭的方法「壟斷市場」或「意圖壟斷市場」。此外，多個廠商間若以訂定協議方式，共同排拒其他的競爭者接取「樞紐設施」的請求，也會被認為是構成違反「休曼法」第一條有關聯合行為的禁止規定。

美國 1996 年修正的「電信法」(the Telecommunications Act of 1996)也繼受「樞紐設施原則」的觀念，在「電信法」第 251 條訂定有關「電信業者」(telecommunications carrier)「市內網路業者」(local exchange carriers; LECs)及「既有市內網路業者」(incumbent local exchange carriers; ILEC)間網路互連(interconnect)及設施共用(facility sharing)的規定。第 251 條(a)項規定所有的電信業者均負有與其他電信業者直接或間接互連的義務，第 251 條(b)項規定「市內網路業者」有義務提供批發轉售服務、號碼可攜性、平等選接、開放路權、管道及電桿，以及與其他市內網路業者建立互惠補償協議(reciprocal compensation)的規定。此外，基於「不對稱管制」的精神，第 251 條(c)項對於既有市內網路業者課以更高度的義務，要求其開放本身的網路架構(open network architecture; ONA)，允許其他的競爭者可以在任何「技術可行點」與其網路介接，並且要求「既有市內網路業者」將網路元件細分化(unbundled network element; UNE)提供給其他電信業者接取，其互連費用並需依照具「前瞻性的經濟成本」(forward-looking based economic costs)計算。另外，「既有市內網路業者」應提供競爭者於交換機房「實體共置」(physical collocation)的服務，倘若「既有市內網路業者」的交換機房空間不足，亦應提供「虛擬共置」(virtual collocation)服務。

3. 針對樞紐設施市場競爭秩序之維持，加強競爭法主管機關與目的事業主管機關之協調與合作

以固定網路之樞紐設施言，交通部已於民國 89 年 7 月 12 日公告「橋樑、隧道、大樓引進管及電信室」為通信瓶頸所在設施。由於目前綜合網路業務經營者之骨幹及寬頻接取網路，仍在積極建設中，而寬頻網路係推動知識經濟發展所需基礎應用環境中之重要項目，未來固定網路業務亦將有進一步開放之措施，故未來瓶頸基礎設施之認定是否有調整及追加之必要，交通部係抱持開放之態度。再以國外電信先進國家實施多年之用戶迴路細分化(Local Loop Unbundling)為例，若未來用戶迴路之寬頻化已達幾乎普及之程度，而部分迴路之重複施工又遭遇類似網路瓶頸設施之障礙時，為根本解決類此議題，交通部宜將用戶迴路納入瓶

頸基礎設施之規範，以瓶頸設施共用之方式，解決用戶迴路細分化之議題，俾平衡各電信事業共同互惠使用之權利與義務。又為促使電信樞紐設施的公平競用規則更細緻化與知識化，避免不同機關法律見解不一致時所引發的不安定性與社會成本，競爭法主管機關應可援引公平交易法第九條第二項之規定，於研究樞紐設施期間主動致力與電信主管機關交通部進行政策協商，以使樞紐設施的定義更為透明化，共同營造電信產業公平競爭之環境。

三、管制型產業之解除管制

管制型產業多係源於產業特性屬自然獨占，具有外部性或公共財等屬性，致放任市場競爭無法確保國民最大福祉，因此在產業政策上，各國政府多以目的事業主管機關對各該產業的供給、價格及品質等進行管制。這些市場特性及管制方式，向為競爭法所不易觸及或介入規範者。惟隨著科技的進展，許多事業管制的合理化已受到挑戰。其次，縱然管制的理由仍然存在，但「市場結構面」問題相較於「市場行為面」問題所造成的效益損失或社會無謂損失更為龐大，卻往往被忽略，管制型產業「市場結構面」之競爭措施若規劃得當，可以創造龐大的國家利益。即以台灣電力部門的自由化為例，「電業法」修正草案已研擬十餘年而未能獲突破性之進展，使台灣電力市場仍居於壟斷局面。證諸先進國家電業自由化之經驗，舉凡電力交易所、開放聯通即時資訊系統(Open Access Sametime Information System; OASIS)、配電自動化、智慧型電表等各相關之軟硬體設施，均與資訊通信科技息息相關，技術早已成熟，若能適時引進，不但與我國整體「綠色矽島」之科技發展方向完全一致，且可大幅提昇電力部門之生產力與競爭力。甚至，電力事業亦可跨足電信通訊之業務(尤其藉諸藍芽無線通信後)，更能增進相互競爭之效果。故管制型產業之市場行為面固應受競爭法的規範，其結構面問題也是競爭主管機關必須加以關注，並與目的事業主管機關共謀解決者。就我國而言，公平會可按「公平交易法」第九條、第二十五條第一款、及第四十六條與各相關目的事業主管機關相互協商，在產業政策與競爭政策間尋求雙方均可接受的調和方案。惟就實際運作層面而言，公平會實屬相對欠缺主導力量與行政資源者，故有賴更高層決策機關進行協調工作。事實上，公平會在行政體系中依法所賦予特有的地位，與其累積的專業能力，應可提出更為客觀且具有更強說服力的競爭政策觀點供決策之參考。同時，公平會委員不必赴立法院備詢(除主任委員之外)，亦非產業主管機關，

且委員會屬合議制，凡此種種制度上之設計，均使公平會可大幅降低被產業「俘虜」的可能性³²。

另一種可行的方式是由公平會主委兼任經建會委員，實際參與各項重大經濟政策與相關法案之審議，就市場結構面的調整，提出競爭機制之相關意見，共同致力於符合時代需求之「市場結構面」調整，針對當前與知識經濟發展密切相關的產業競爭政策，如電力、瓦斯、自來水等管制型產業、油品市場開放後的結構性問題、四 C 產業匯流、金融市場“Big Bang”與智慧財產權之合理化等，落實競爭政策及相關措施，俾國家處於國際競爭激流中，公平會能有更具全面性與開創性之作為與貢獻。

四、技術授權灰白黑條款

近年來隨著科技發展與進步，國際性技術交易及技術授權之糾紛案件亦隨之增加，公平交易委員會為處理有關技術授權協議案件之爭議，爰參考以往相關案例之經驗，及我國目前產業發展之現況，並參酌美國、日本及歐盟有關技術授權之相關規定，於民國 90 年 1 月 18 日第 481 次委員會議決議通過「行政院公平交易委員會審理技術授權協議案件處理原則」，除揭示審理技術授權協議案件之適用範圍、基本原則、審查分析步驟及審酌事項外，並將技術授權協議內容常見之行為類型，區分為不違反公平交易法（白條款）、違反公平交易法（黑條款）及可能有違反之虞（灰條款）三種，以例示方式，加以規範³³。惟為免掛一而漏萬，並於該處理原則中，對於非屬該原則所例示之行為態樣，明示仍得按公平交易法之相關規定，依具體個案判斷之。

公平會在審理技術授權協議案件時，將先依公平交易法第四十五條規定檢視是否為依照專利法等行使權利之正當行為。在檢視類此案件時，將不受授權協議之形式或用語所拘束，而將著重於技術授權協議，對授權技術於特定市場(relevant markets)可能或真正產生限制競爭或不公平競爭之影響，並就授權人及授權技術所具有之市場力量、授權協議當事人於特定市場之市場地位及市場狀況、授權協議所增加技術之利用機會與排除競爭效果之影響程度、特定市場進出之難易程度、授權協議限制期間之長短及特定授權技術市場之國際或產業慣例等因素進行分析審酌。

³² 參見蘇永欽(1999)。

³³ 黑灰白條款之具體內容，詳參「行政院公平交易委員會審理技術授權協議案件處理原則」第五、六、七點。

進而言之，智慧財產權之授權行為，通常對消費者福祉具有正面的效果。惟技術授權協議當事人間若藉由授權協議之安排，以遂行瓜分市場之意圖，減少授權當事人間之競爭，或控制被授權人取得第三人之技術來源，則有限制競爭之可能，因此公平會在檢視技術授權協議案件之適法性，多會考量授權協議對特定市場所產生限制競爭之效果，故特定市場之界定乃判斷授權協議適法性所不可或缺之要素。本原則所認定之特定市場，除傳統商品市場(goods markets)之外，針對智慧財產權之特性，亦考量技術授權協議對於技術市場(technology markets)與創新市場(innovation markets)可能或真正產生限制競爭或不公平競爭之影響。

所謂「商品市場」係指不僅包括功能相同、相似之各項產品，且包括授權協議所涉及之商品的上、下游商品，及與各該商品有關之智慧財產權。「技術市場」之範圍應包括被授權使用、予以轉讓或購買取得之智慧財產，及與該種智慧財產密切相關之其他技術、知識。如果以某項製程專利生產之某種產品，在考量「技術市場」之範圍，必須納入考量者包括：其他生產同類產品、消費者認為功能相同之其他產品之智慧財產或技術；與該項產品競爭之其他產品，以及用以生產該產品之智慧財產或技術。如因相關資訊不易取得以致無法界定「技術市場」之範圍，參考美國執行實務，將分析本項授權協議對於其他各項相關產品之影響，如本項相關技術(可用以生產使消費者認為具有替代作用的產品)均具有相同之經濟效益，則認為相關技術歸屬於同一個「技術市場」。「創新市場」係針對研究、發展之活動而規劃出來的一個特定市場，倘研究發展之資源、能力有限，而有能力從事此種活動之事業家數少，其研究發展之設備、能力又易於確定，可就這些具競爭關係或潛在競爭關係之事業間所從事之研發活動，另行界定為一個特定市場。如果可以正確、合理界定，在判斷各個事業之競爭力，應依據下述之各項標準加以斷判：從事研發所需要之各項特別資產或特性的比例、研發經費之比例、相關產品之比例、足以反映研究相同度之比例；同時在評估相關授權協議可能帶來之競爭效果時，亦會綜合評估因本項授權協議之限制，而取消替代性研究所造成之損害，及因二以上企業合併其研究所產生之經濟效益。

該處理原則第三點明訂公平會在處理技術授權協議案件時，並不因為授權人擁有專利或專門技術即推定其在特定市場具有市場力量(market power)。美國在 1995 年反托拉斯法執行準則及日本在 1999 年獨占禁止法上有關專利、專門技術授權協議之執行準則都採取類似之基本原則。此外，該原則並揭示技術授權協議內容常見之行為類型，如搭售、包裹授權、回饋授權等

問題，讓公平交易法相關規範更具體化。

值得注意的，公平會目前雖然訂有「審理技術授權協議案件處理原則」，不過對於(1)具體個案如何適用，(2)「共同授權」(patent pool，或稱「專利池」)應如何加以規範，仍然有進一步深究的空間。就具體個案的適用而言，公平會前述處理原則對於技術授權的相關市場，雖然仿照美國政府的作法，將之區分為「商品市場」、「技術市場」及「創新市場」三種。惟對於「創新市場」應該如何加以界定，那些創新活動應該被劃歸為同一個創新市場，以及創新市場的市場範圍如何避免因過於模糊，致無法作為執法標準等，在先進國家也引起廣泛討論，值得公平會深入瞭解。另外就「共同授權」而言，在公平會前揭處理原則中，對於這種行為似未直接加以規定，而知識經濟體制下，知識型產業及高科技業界習以此種共同授權之智慧財產策略聯盟，從事全球性的知識競爭。惟業者之此種行為十分顧忌是否有觸犯公平交易法之虞，因此公平會如何處理「共同授權」的問題，即成為業界關注的焦點。就此而論，先進國家政府主管機關(例如美國司法部)也曾處理過此類案件(例如MPEG2以及DVD等共同授權案)，值得密切注意其發展，俾為適用之參考。

五、標準制定與科技中立

工業標準的制定往往能主導整個市場競爭的趨勢，特別是在網路產業中，因為網路效應的影響，一旦某項標準成為市場上的主流後，廠商就只會發展與該項標準相容的產品。儘管如此，這並不意謂市場競爭及消費者的利益就必然會受到損害：首先，工業標準的制定，有助於擴張「網路外部性」(network externality)的效果，當所有的產品都因為遵守相同的標準而能相容運作時，則該網路的價值就會顯著增加。其次，制定共同標準有助於降低消費者對於產品選擇的不確定性，消費者不用擔心所選用的產品因無法和其他產品相容運作而成為「孤兒用戶」，同時也增加消費者接受新產品的意願。另外，經由制定共同的標準，可以降低消費者因為所使用的產品無法與其他產品相容，而被特定廠商「鎖定」(locked-in)的風險，所以也有促進市場競爭的效果。

然而，制定共同標準的利益也並非放諸四海皆準。首先，「標準」本身就是有其供給與需求的一個市場，而各種不同標準間的競爭同樣也是競爭政策下應該予以鼓勵的。共同標準的制定顯然抑制標準的競爭機制之發揮，從電腦遊戲的戰爭中，我們看到Sega、Nintendo、

Playstation、X-box 等不同系統的電腦遊戲並存競爭，沒有一種系統的電腦遊戲具有壓倒性的地位。相同的，未來在第三代行動電話系統也會有 UMTS、CDMA2000、W-CDMA 多種系統並存。其次，共同標準的開發工作，究竟係由民間廠商或政府主導？如果由民間廠商主導，則所開發之標準賦有專屬性(proprietary)，則該擁有標準的廠商可能會利用其標準的專屬權，限制其他的廠商在下游市場的競爭。如果係由多家廠商共同開發標準(joint standard setting)，則會形成典型的「聯合授權」(patent pool)，廠商可能利用聯合授權的機會進行勾結行為。如果由政府主導，固然可以解決因為標準專屬權及聯合授權所引發的反競爭問題，但是政府是否有足夠的資訊、能否正確掌握產業未來的發展趨勢，制定符合市場需求及長期利益的標準，則又是另一個具爭議性的問題。

準此，競爭政策是否需要介入共同標準，應該視個別產業及市場的實際情形而定，如果在科技進步迅速的市場、用戶的轉換成本較低，且發展共同標準或系統相容性的成本較高的情形下，則應該採取「科技中立」(technology neutrality)的態度，將標準形成的工作交給市場。相反的，如果在科技較為成熟、用戶的轉換成本較高，且發展共同標準或系統相容性成本較低的情形下，就需要發展共同標準。這是競爭法主管機關對於此一議題應有的因應方向。

六、建立智慧財產權的公平法規範

知識及資訊的掌握是知識經濟時代的決勝關鍵，而智慧財產權制度又經常與知識的掌握息息相關。近年來由於國內產業環境的改變，產業之交易型態除傳統有形商品之買賣及服務之提供外，更有以智慧財產權之授權作為交易之內容者。透過智慧財產權之授權實施，授權人藉由授權獲得一定之經濟利益，被授權人亦得藉此利用授權技術開發新的商品市場。以技術交易為代表之專利、專門技術授權協議對於授權技術之充分利用及擴散，具有促進競爭之效果。惟技術授權協議之授權人為增加其市場之影響力，或授權協議當事人間為避免相互競爭，常於技術授權協議中附加某些限制約款，以提高其市場地位，獲取較高的經濟利益。該等限制約款若不當運用，不僅對於授權技術造成壟斷，甚或造成限制競爭或不公平競爭，而有違反公平交易法之虞。面對經濟全球化的趨勢，技術授權協議對於特定市場之界定、違法態樣是否因而有所影響？此外，在智慧財產權之議題下，智慧財產權人是否有逾越正當權利行使之範圍從事不公平競爭之情形？皆是競爭法主關機關必須予以關注者。

為因應知識經濟時代的需要，釐清智慧財產權行使之界限，避免因其過度擴張權利之範圍而對競爭秩序造成不利之影響，公平交易委員會似宜建構一套具體明確的執法標準，俾業者遵循，以強化我國產業未來競爭力。

有關公平交易法與智慧財產權之關係，公平交易法第四十五條規定：「依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為，不適用本法之規定。」惟上開規定，界面非常模糊且不易確定，實務上本會目前雖已累積多年執法經驗，且訂有「本會審理事業發侵害著作權、商標權或專利權警告函案件處理原則」及「本會審理技術授權協議案件處理原則」，讓產業界在智慧財產權合理行使之界限與限制競爭及不公平競爭之範疇上，能有一個更清晰的判斷標準。惟新的科技與新的知識不斷湧現，有限的法令能否滿足知識經濟時代所帶來之智慧財產權爭議問題，則須隨時檢視法令規定與大環境之契合度，故上開二處理原則應適時加以檢討，而目前已發生之問題有：

1. 面對與日俱增之新興智慧財產權，如商業方法之專利性，電腦軟體或硬體之規格統一，是否造成智慧財產權人濫用獨占力，已成為競爭法上的新議題。
2. 目前我國專利法第二十一條對於動、植物新品種及人體或動物疾病之診斷、治療或手術方法不予發明專利，惟若干先進國家則對基因圖譜賦予專利。面對西方國家專利權「過度」與「過量」授與已限縮公共知識平台的基盤之趨勢，我國競爭法主管機關在審視有關智慧財產權正當權利之行使，是否有必要在智慧財產權的領域中定義出公共領域，確保公眾能獲得公共概念的優先性與公平性，均值得繼續深入探討。
3. 著作權之取得係採創作主義，有關事業發侵害著作權之警告函案件之處理，未若專利權有明確之專利證書及範圍，以及客觀公正之鑑定機構辦理鑑定，故在實務之處理，著作權警告函案件與專利權警告函案件之處理，應有不同，但「本會審理事業發侵害著作權、商標權或專利權警告函案件處理原則」並未加以區分，顯有未洽，故該處理原則有關著作權之相關規範應予修正。

七、建構激勵創新之競爭法制

「競爭」是促進企業經營效率，使經濟不斷發展的最主要因素。隨著自由化與全球化之國際發展趨勢，各國政府莫不以建立體質良好且競爭力強之企業體，以期能在國際間占有一席之地為首要任務，故近年來屢見購併風潮、以及企業為增加國際競爭力所為合理之策略聯盟與聯

合行為等，對企業之經營及整體經濟之永續發展均有相當重大之影響，已如前文所述。而如何建立公平的競爭機制，更關係整體國家競爭力之提昇。民國 81 年公平交易法的施行，已為規範公平競爭的市場結構及經濟行為提供法律依據，該法明文禁止獨占事業濫用市場地位行為、對達一定規模企業之結合採事先許可制度、嚴格禁止聯合壟斷行為等，皆能達成促進市場公平競爭的目標。

惟近年來，因科技之快速發展，利用網際網路之便利性來處理企業之各類申請事項，以減省政府與企業間之成本與時效，亦為知識經濟之國際發展趨勢。為肆應此一潮流所引發之科技與制度上之變革，各先進國家已不斷在調整相關法規，以配合當前管制革新之需要。我國為因應 e 化政府及科技不斷創新之趨勢，自應檢討增修公平交易法之相關法令，俾提供事業明確清晰、可預測、激勵創新之競爭環境，建構符合知識經濟發展之競爭法體系。其具體措施舉如：

1. 在跨國性大型企業之競爭優勢及國內經濟環境之生態結構下，將廣泛蒐集各國競爭政策主管機關近年來之管制革新趨勢，進行國際比較，研擬我國相應發展之本土策略。
2. 基於企業結合（購併）風潮為知識經濟發展之結果，為符合各國管制革新之趨勢，將檢討修正公平交易法現行規定並提供便捷之申報方式，以減省本會行政資源及企業成本，提升整體產業之競爭力³⁴。
3. 為使本會對聯合行為之管制更為合理及配合國際潮流，將研議增修公平交易法有關聯合行為例外許可之規範（例如事業之自律規範），俾降低公共工程聯合承攬之困難度。
4. TRIP 通過後，美、德等先進國家已改變其以不公平競爭保護未經註冊著名商標之規定，而改以商標法對未經註冊之著名商標加以保護。故應研擬修正公平交易法第二十條規定，回歸以商標法保護未經註冊之著名商標，以肆應此一國際趨勢。
5. 現行公平交易法未如民法、刑法設有時效之規定，造成法律關係之不確定性，對本會與涉案

³⁴ 日前為配合「經濟發展諮詢委員會」產業分組會議結論，公平會已草擬修正現行公平交易法有關事業結合之規範如下：

- (1) 將公平交易法第十一條事業結合之「事前申請許可制」改為「事前申報異議制」，並增訂中央主管機關對於同條第一項第三款之銷售金額公告得就金融機構事業與非金融機構事業分別為之。
- (2) 增訂對市場競爭機能並無減損之事業結合除外適用條款。
- (3) 增訂中央主管機關對於事業結合得附加附款之法律明文及違反附款之法律效果。

事業均係相當大之負擔。如能修法解決，將增加執法之明確性，使企業與民眾得以更理性預期，並減少行政資源之浪費。故應研擬修法定違反公平交易法之追訴時效規定，俾公平會更有效運用行政資源。

伍、結語

知識經濟時代，科技與知識創新的速度遠較過去任何時期更為快速，透過資訊通信技術(ICT)的應用，產品研發與創新已不再需要依賴實體模型，只要透過三維(3D)虛擬模型即可進行模擬評估，大幅縮短創新研發的時間(如航太、無線通訊、半導體等產業)。尤其可藉由專家系統與人工智慧等相關知識軟體之發展與應用，將消費者或客戶之概念與偏好融入產品設計與產銷過程中，藉由產銷知識與ICT之應用，提高精確度，落實產品與服務個性化(tailor-made)特質之競爭優勢。各產業在其產品由創意發想、設計製造、存貨管理至銷售服務之時間壓縮下，產品界限趨於模糊，產品生命週期亦隨之縮短。在此情況下，業者必須積極開創新技術、新產品和新服務，藉由商品和勞務之「差異化」以獲取相對較高之利潤，並增加市場占有率。其次，由於市場競爭較前激烈，其態樣也較過往大異其趣，此一情勢更因經濟全球化而趨於複雜嚴峻。所謂「交易」已不以一特定方式或在一固定區域內完成，如何界定其交易是否「公平」，將隨其市場及範圍之模糊而更加難以定義。再者，知識經濟最大的特色為知識複製成本趨近於零以及需求外部性所創造的規模報酬遞增，加上與其相對應的企業大型化及全球，致使傳統工業經濟的市場機能或經濟法則已無法充分有效地調節市場供需，致政府介入市場的空間較前更為擴大。值得注意的，知識經濟體制下，產業及市場「自由化」與「國際化」的趨勢使得原本散處全球各區域的個別市場緊密接合，跨國企業藉上游「供應鏈管理(SCM)」及下游「客戶關係管理(CRM)」，透過貿易開放協定，得與世界各國境內的其他業者相互競爭。由於跨國集團能夠利用電腦資訊通信網路，有效迅速整合全球生產資源，掌握市場需求動向，因此能席捲各國境內業者多年辛勤耕耘的本土市場。如果競爭法主管機關未能有效防範大企業以不公平競爭手段，掠奪市場不當利益，勢將造成「大者恆大、贏者通拿」的後果，擴大「數位落差」之不公平現象。本文在研析知識經濟體制下競爭法主管機關面臨的諸多挑戰之後，亦提出若干因應之道。歸納前文所述，我們認為當前台灣的產業發展及其相應的競爭政策重點應包括：

—配合產業知識化，規劃組織變革

產、官、學、研各界均必須加強研發，提高產業關聯附加價值，配合當前及未來台灣主流產業所需（如半導體、光電通訊、資訊家電、軟體產業、生技產業及奈米技術等），建立符合知識經濟環境之研發支援體系。蓋產業必須「知識化」才能落實產品差異化。同時，目前政府與民間有關單位已構建 TIM (Taiwan Industrial Marketplace) 電子市集交易平台，其他企業亦已開建 e2open 電子交易市集，未來市場供需雙方透過此類網路洽詢、簽約、付款、完成交易等，可大幅降低交易成本與企業的行政管理成本，提昇台灣整體產業競爭力。舉凡國內各行各業經營者均需及早針對此種知識經濟時代無可迴避之 ICT 應用交易方式，及早規劃，並進行必要之組織變革。

—因應競爭情勢轉變，激勵創新並擴大知識應用

台灣受限於本身市場太小，不能鎖國自限，宜善用先天位居亞太樞紐位置之優勢，充分對外開放競爭，發揮全球運籌及資源整合者之關鍵角色。同時，傳統及新興產業必須藉由經濟自由化與國際化所帶來知識交換與擴散之效果而遂行自然調整，將不符合市場比較利益之產業讓其逐步外移，形成與其他國家（如中國大陸與東南亞）之產業進行「垂直分工」狀態。然而，隨著知識快速擴散而逐漸拉近雙方技術水平，很容易彼此轉為「水平競爭」之關係，因此尤須藉持續「創新」以維持技術與知識領先之地位。其中，藉由不同領域的專業知識與經驗、策略聯盟與企業合併，可擴大知識的縱深及其密度，以保有市場優勢地位。同時，彈性運用企業外部資源，將企業資源規劃(ERP)擴展為整體資源管理(TRM)，建構全球化之供應鏈體系，提供客戶「接單後生產與組配服務」(BTO)。

—調和產業政策與競爭政策，建構競爭與創新環境

有鑒於「競爭」與「創新」乃載動知識經濟發展，相輔相成的雙輪，因此政府相關產業政策與競爭政策必須妥為調適，交互運用。在產業競爭白熱化的全球市場中，落實競爭政策之革新與推動，亦即針對舊有不必要的法規鬆綁，並研擬傳統及新興科技產業之新的市場遊戲規則，實為當務之急。政府決策者宜更重視競爭政策與產業政策相關部會之間的協調與整合，發揮政府整體運作的綜效，加強各部會間之對話、協調與互動機制，針對當前許多不符知識經濟時代需求的舊有法規予以鬆綁或修訂，落實「法制再造」、「政府再造」，提升政府效能，積極建構知識經濟賴以發展的競爭與創新環境，提升我政府及民間企業在全球市場上的競爭力。

—落實效能競爭，促進知識經濟發展

知識經濟的核心價值在於「創新」；創新的原動力則來自於「競爭」；而「公平」、「法制」乃是效能競爭的基礎。因此，公平交易法的落實推動能為台灣知識經濟發展的命脈奠下穩固的磐石。再者，當前產業競爭與市場發展的最大特色即在於「變」與「快」。對企業家來說，如何迅速掌握稍縱即逝的商機係市場競爭之致勝關鍵，也是企業主最期望政府相關政策與措施能積極與之接軌配合者。準此，公平會業已因應外在環境之需求，將結合申請許可之相關法規研擬修訂為事前申報異議制，且將原來的兩個月期限縮短為 30 天，並大幅放寬申報結合的事業銷售金額門檻限制，大抵能符合企業界之寄望及知識經濟時代之要求。

—調和競爭法與智財權法之競合，確保關鍵知識之公平運用

知識經濟體制下，生產技術與專業知識之規模經濟性往往較傳統市場更高，其市場進入障礙高度發展之結果，配合政府公權力所賦予之智慧財產權保障，排除其他競爭者之存在，凸顯出知識獨占的影響尤較有形商品的獨占更為深遠，且與過去傳統市場智慧財產權對於「有形物權」之權利客體不同。尤其各種以軟體系統設計為主之新型專利權登記，包括財務規劃與金流服務、語音影像傳輸軟體程式、顧問諮詢程序方式、工作流程、事業經營模式等，在先進國家均呈幾何級數增加。由於這些以先進知識及電腦軟體為主之事業方法論專利權，有可能「過度」、「過量」授與，壓縮其他競爭者之存在空間與彈性。同時基於專利權註冊後，仍有事後遭撤除之不確定性，在知識經濟時代，商品生命週期甚短之情況下，對於競爭者之權益以及消費者之福祉，其影響遠較過去為大。因此如何確保智慧財產權之「平均正義」與「分配正義」，如何提供必要的「誘因」(如財產權或排他特許權)給知識創新者而又不使之濫用市場力，亦成為先進國家競爭政策與知識經濟發展之關切議題。此外，奈米技術、生物科技、基因改造與利用等之專利，涉及問題之層面則更為廣泛，因此未來「公平交易法」第 45 條有關與著作權法、商標權法、專利法彼此間之競合關係，於修正後「公平交易法」第 46 條規定之適用問題，亦值得考量。

—推動科際整合，加強人力培訓

由於「人」是知識的載體(carrier)，如何強化其意識力及行動力為知識發展的主要決定因素。就競爭政策制定及執行的層面而言，由於產品、產業、市場等範圍認定的模糊化，以及新技術不斷推陳出新，已漸非單一行政組織所能掌控，此時惟有藉知識管理、科際分工及科際整

合，以及持續不斷的學習訓練，甚至有計畫地選擇特定產業與科技領域，派遣公平會同仁至業界定期受訓深造，才有可能面對知識經濟所帶來的重重挑戰。同時，競爭法主管機關亦宜擴大進用與競爭政策相關之現代科技、產業及市場分析人才，以研擬適切的競爭政策，並快速有效地處理知識經濟時代新科技產業相關之競爭法案件，俾回應產業界爭取時效商機之期望。另我國已為 WTO 會員及 OECD 競爭委員會觀察員，宜強化處理國際事務人才，研析國際競爭法趨勢，汲取先進國家因應知識經濟之競爭法革新經驗。

—順應產業規模報酬遞增，加強維護市場公平競爭

知識經濟時代雖然網路效應造成產業規模報酬遞增現象，不但關鍵知識處處浮現，傳統經濟之市場供需法則也漸無法滿足資源最適分配之要求。惟市場競爭較前更為激烈，消費者既享有知識經濟的果實，也蒙受知識經濟時代資訊不對稱及資訊不完全的交易風險，這些都是競爭法主管機關介入市場的理由及空間。亦即，儘管知識經濟時代產品、產業、科技的推陳出新，以及市場競爭的態勢大異從前，惟競爭法維護企業公平競爭及市場交易秩序的原則是不變的，甚至是更應予以加強的。因為知識經濟限制競爭及不公平競爭行為之後果，往往較前更為嚴重，影響層面更為廣泛。另由於產品、產業、市場及競爭的界限趨於模糊，事業所涉及公平交易法規案件均將呈差異化現象。在此情況下，宜避免於處理案件時僅以類型化方式研判相關規範的合致程度，而須兼顧「個案差異」及「通案指導原則」做為案件處理的合理性考量。另亦應避免落入為執法而執法的窠臼，即於執法時應探求行為之適法性及追求本案行為之適法性，力避陷入工具理性。蓋現代競爭法主管機關的首要原則，厥為落實執法之「價值理性」。

—擴大社會基礎建設，深化知識經濟發展

知識經濟並非僅限於高科技或新興產業。傳統產業面臨資源競用、成本增加的壓力，亟需結合創新知識，以提高傳統產業的生產力與競爭力。在企業面臨嚴峻挑戰的同時，政府也必須相應做好配套的工作，包括有效整合生產要素資源，也就是將有知識或有技術的人、有資金的人、有冒險精神的人，即使他們分散在不同地方，亦能以比較有效能、或相對較低成本的方式，讓他們有效結合，發揮企業家精神，創造綜效(synergy)更高的附加價值。要做到這種境界的先決條件是政府必須提供充分的基礎建設(包括水、電、運輸、通信、乃至於環保、公園、休閒設施等)，使資訊流、物流、金流、人流匯合，降低整體經濟社會活動的交易成本。同時，政府各部門更需要運用資訊科技，提供服務及配合企業之需求，運用新技術改變作業方法，以提

升行政效能。另外政府相關部門為因應電子商務發展，應提供寬頻網際網路之基礎建設、健全相關法制建置及應用內涵。總之，為落實政府所擬「知識經濟發展方案」，宜儘速檢討修訂兼具效能與公義的市場競爭規則，特別是研擬知識經濟時代的公平交易規範，建構知識經濟的公平競爭環境，藉由發揮市場機能，創造社會財富，使我國的競爭政策及公平交易制度邁向新的里程碑！

參考書目

1. 大前研一著，王德玲、蔣雪芬譯(2001)，看不見的新大陸—知識經濟的四大策略，天下雜誌，台北。
2. 休曼著，吳書榆譯(2001)，知識的戰爭，聯經出版事業公司，台北。
3. 行政院經濟建設委員會(2000)，知識經濟發展方案，台北。
4. 行政院公平交易委員會(2000)，跨國事業結合競爭相關問題及其經濟影響之分析，台北。
5. 李德彼特著，李振昌譯(2001)，知識經濟大趨勢，時報出版公司，台北。
6. 吳榮義(2001)，公平交易法在知識經濟發展中的角色，公平交易委員會委託研究報告，台北。
7. 波特著，李明軒、邱如美譯(1996)，國家競爭優勢，天下文化，台北。
8. 周桂田(2001)，「生物科技(知識)經濟與風險社會—遲滯型高科技風險社會」，收錄於 2001 知識經濟社會與國家發展學術研討會，國立台灣大學國家發展研究所，台北。
9. 周德宇(2001)，「新經濟？新智慧財產權？—兼論最適財產權」，收錄在「2001 國家發展學術研討會」—知識經濟社會與國家發展，國立台灣大學國家發展研究所，台北。
10. 紀振清(2001)，「Microsoft Case 之多元介面法律問題」，競爭政策通訊，行政院公平交易委員會，台北。
11. 高希均、李誠主編(2000)，知識經濟之路，天下文化書坊，台北。
12. 張向昕(1998)，「美國司法部與微軟公司論戰」，公平交易季刊，第六卷第一期，台北。
13. 許志義(2001)，「知識經濟與競爭政策—兼論台灣產業自由化與國際化之發展策略」，公平交易季刊，第九卷第四期，台北。
14. 陳碧芬報導(2001)，「李普曼：創新驅動科技突飛猛進」，工商時報，11月6日，台北。

15. 黃仁德、姜樹翰(2001),「網路與電子化政府」,收錄於 2001 知識經濟社會與國家發展學術研討會,國立台灣大學國家發展研究所,台北。
16. 蘇永欽(1999),「公平會的角色-現在與未來」,88 年競爭中心專題演講彙編,行政院公平交易委員會,台北。
17. APEC Economic Committee (2000), Towards Knowledge-Based Economies in APEC.
18. Neef, D., A. Siesfeld and J. Cefola (2001), The Economic Impact of Knowledge 邱東輝、范建軍譯,知書房出版社。
19. OECD (1996), The Knowledge-Based Economy, Paris.
20. Robinson, C.K. (1999), "Network Effect in Telecommunications Mergers--MCI WorldCom Merger: Protecting the Future of the Internet," Practicing Law Institute, San Francisco, California.
21. Rubinfeld, D.L. (1998), "Competition, Innovation, and Antitrust Enforcement in Dynamic Network Industries," Software Publishers Association Spring Symposium, San Jose, California.
22. Schumpeter, J. A. (1934), The Theory of Economic Development, Cambridge, Harvard University Press.
23. Schumpeter, J. A. (1942), Capitalism, Socialism and Democracy, New York: Harperk & Row.
24. Shapiro, C. and H. R. Varian (1998), Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy, Boston: Harvard Business School Press.
25. Thurow, L. C. (1999), Building Wealth: The New Rules for Individuals, Companies and Nations in a Knowledge-Based Economy, New York: Harper Collins Publishers.

評論

吳院長榮義 (台灣經濟研究院)

主席、各位女士、各位先生：

今天非常榮幸應邀來擔任許志義委員跟公平會同仁所提出這樣一篇非常有挑戰性的著作，我想這篇文章範圍真的很廣，剛才許委員報告的時間一再延長，表示他實在有很多的內容要跟大家說明，時間實在是非常的不夠。

我看了這篇文章以後，其實也發現這篇文章的題目也很明白的表現出來，它的確是一個挑戰，挑戰的意思就是說，可能有很多問題在裡面，才有挑戰。所以看了以後發現，他雖然提出一些看法，不過可能問題更多，因為在這麼短時間要處理這麼大的問題，我想也是一個挑戰，也很不容易。因此所提出因應的方向，大概也只能選擇一些他覺得比較重要的。

不過我個人覺得公平交易委員會最大的挑戰，就是隨著經濟情況的改變，除了執行公平法規定的工作以外，就是提出一些新的法律的修正來修法。因為我覺得經濟的環境實在變化太快，特別是在一個新經濟時代，大家都知道，可能問題更多。我看黃主委的報告裡面，說我們公平交易法已實施十年了。政策修正大方向大概沒有，我個人覺得可能是一個實施公平法裡面碰到的問題，當然裡面有一些也是像四十六條是一個比較大的方向，不過那個可能不是我們這裡所謂經濟環境的改變，來提出一些新的法律的修正案。

可是，假設我們談實施十年後修正條文，在一般的法律裡面，應該算修的很多了，不過對於處理公平交易的法來講，我覺得還是修的太少，應該還是隨時提出修正案。從這樣的一個觀念來看，我們這篇文章當然就是要對這方面提出一些建議。我個人覺得，這個經濟底下最重要的觀念，事實上作者也提到，是一個全球化的大的轉變，換句話說，我們也了解，雖然過去一段時間，全球化已在積極進行，而且知識經濟也不是今天才開始有的，不過有時候人的觀念在轉變很慢的時候，可能不知道，總要到一個階段，說這是新的時代的開始，大家才會被喚醒。那現在廿一世紀是一個知識經濟時代，是一個全球化的時代，事實上這個老早就在做了。從這樣的一個觀念的喚醒，再讓大家了解，提出一個政策的改變，那政策方向的改變，再提出法律修正，可能都幾十年以後的事情。

我想，我提出這樣一個想法，就是覺得我們對於公平交易法裡，關於競爭政策所面對的一個新的情勢，其實已經有一點慢了，我們看到剛才劉教授提到美國的案例，還有許委員的文章裡面提出的案例，都表示很多新的知識經濟底下所發生的問題，都已經在發生了。但是我們到底用原來的法律來處理大的、劇烈的轉變，還是在法律上需要配合來修訂呢？當然，在座很多法家，不過我覺得可能還是要盡量配合新的經濟情況，盡量做出一些修正，這樣對業者來講也好，對執法者來講，可能是一個比較合適的做法。如果法律不能夠適時修正，我想公平會當然還是可以處理，不過可能在觀念上、或至少在處理上，還是會遭遇到困難，甚至會遭遇到比較大的挑戰。有人就會問你為什麼要做這樣的決定？法律上有沒有規定存在？

所以我也聽到公平會裡面已經有一個四 C 小組在處理，也提出很多問題，但是我覺得更重要的可能還是要儘速的進行研究工作，把整個新的競爭環境，能夠根據新的競爭環境提出一個法律的修正建議。就從這個觀點來講，當然這可能不是許委員原來的意思，我提這個只是覺得不是這樣的話，後面的因應方向還是太粗略了。

我這樣的建議、這樣的批評也許是不公正，因為可能不是作者原來的意思，但是我覺得，在目前這樣的情況，已經有這麼多例子了，無論是國內或國外，我覺得仍然應該儘快對問題提出一些想法。比如在文章中也提出，市場及市場力的界定，覺得這個很難，但是要怎麼去處理？可能還是要儘速有一些想法提出來，這樣才能使競爭環境裡面，能夠讓大家可以遵守的法律或案例，我想這一點非常重要的。

還有一點，就是我記得我們第一屆在定義獨占廠商的時候，我們經過很長的研究跟討論，最後把市場定義為凡是透過國際貿易進出口的產品，應該適用全球市場來做一個市場範圍，那麼，這當然是以一個全球化的市場的觀點來看這個問題，但是，以今天來看知識經濟，恐怕這樣的觀念已經不合適了，不僅是只有商品的進出口，服務現在也是全球化的，透過網際網路交易時，到底怎麼樣來處理獨占的問題？跟過去已經不一樣了。意思就是說，在一個知識經濟體制下，你應該還是從裡面提出一個非常重要的觀念，就是網際網路是一個全球化市場的概念，現在幾乎所有，特別是服務業，商品以外也是有全球市場的概念，這樣的觀念底下，我們來處理公平競爭，應該怎麼來看這個問題？恐怕這裡面很多的原來的想法就要重新加以界定。

還有一點，就是廠商，國內國外之間也不一樣了。現在一方面是多國及公司的發展，一方面我們的廠商不論規模大小，透過 Internet 交易，其實他面對的市場也跟傳統的不一樣，所以把這些因素全部考慮在裡面的話，到底我們在處理新的競爭市場時，應該怎樣來面對？我覺得這些都要重新去討論。

這篇文章主要還是對新體制底下的挑戰因應方向，提出一個思考的方向。我覺得這裡面，雖然我認為提出的問題比解決的更多，但是未來本來是一個非常難以處理的，我覺得這篇文章提供我們很多思考的方向，提出很多的問題，把問題提出來，雖然不一定能夠把解決的答案都研究出來，我想，這已經有很大的貢獻了。今天非常高興來擔任這篇文章的評論，也學習很多，謝謝。

閉幕式

致謝詞：黃主任委員宗樂（公平交易委員會現任主任委員）

各位貴賓、各位先進、各位同仁、各位女士、各位先生：

公平交易法十周年研討會在經過兩天來的熱烈討論，至此即將圓滿結束。感謝各位來賓、先進的參與，特別是這兩天研討會中，擔任主持人、論文發表人及評論人的學者專家，由於各位的辛勞與付出，讓這場研討會能夠順利舉辦完成，並在掌聲中落幕。

在這次研討會中，有多位學者專家發表論文，對於本會過去十年在限制競爭及不公平競爭的執法上，提出深入的見解與建設性的建議，同時透過與會人士的研討與檢視，集思廣益，對未來本會的執法必有很大的幫助。此外，有關競爭政策與管制政策的調和，以及競爭政策與公平交易法未來的發展方向等議題，都是當前非常重要的課題，十分感謝諸位學者專家，為公平交易法的發展，提出可能面臨的問題與因應之道。而在國際合作之議題上，諸位學者先進的寶貴意見，對當前我國加入 WTO 會員、OECD 競爭委員會觀察員後，所面臨有關國際經貿組織在競爭法議題上的討論，提供多層面的觀察與注意。也相信在座本會業務單位同仁，在聽取各位學者、專家的意見後，一定有深刻的領悟及豐富的收穫。

公平交易法已經施行十年了，迄今業已累積了很多學說和實務見解，我想「註釋公平交易法」的時機已經成熟了，在此我要宣布，本會將推動「註釋公平交易法」的工作。推動這項工作，第一要有經費；第二要集結國內學者專家共同參與。關於經費，本會可以編列，第二點懇請各位貴賓、各位先進支持、協助。屆時，可能還是要拜託廖院長義男教授擔任計畫總主持人。「註釋公平交易法」當然是一大盛事！

今天是公平會十歲生日，十年前的今天，公平會在各界的鼓勵與期待中誕生，十年來，在社會各界的支持，與全體同仁的努力下，今天站在這裡，我們可以很欣慰地說，我們沒有辜負大家的期望。「凡所走過，必留下痕跡」，公平會公僕團隊未來仍將秉持一貫的精神，繼續努力打拼，相信下一個十年會更好！懇請各位貴賓、各位先進繼續鞭策、指教！

最後，再度感謝各位嘉賓的熱烈參與，以及本會同仁的辛勞，謝謝大家的協助，敬祝各位身體健康，萬事如意。