

學術活動

企劃處

公平交易法實施迄今已逾兩年，兩年多來本會對公平交易政策之研擬及法規之執行已初具成效，國內對公平交易法之研究亦已蔚為一股新的研究領域。惟為提昇本會執法效能及積極進行各項國際交流活動，本會爰於本（八十三）年三月十二日至十四日假台北國際會議中心舉辦「公平交易法國際學術研討會」，並期能透過本次研討會之召開，達到以下幾項目標：

- (一)增進國內外官員、學者專家在公平交易法執行實務經驗上及學術領域方面之交流。
- (二)探討競爭法在不同市場經濟體系下所扮演之角色，藉以訂定國際競爭法調合策略，並供各國擬訂公平交易政策之參考。
- (三)宣導我國實施公平法現況，促進各國瞭解我國不僅致力於經濟發展，更將推動競爭法列為國家主要政策。

本次研討會邀請美國、德國、英國、歐市、義大利、瑞典、日本、澳洲等國及我國之官員、學者、專家、學術界及產業界代表約二百餘人參加。外賓計有二十位，包括：

(一)美國方面

- 1.美國聯邦交易委員會委員 Dennis A. Yao
- 2.美國康乃爾大學法學教授 George Hay
- 3.美國史丹福大學教授 Thomas C. Heller
- 4.美國密西根大學法學教授 Thomas Kauper
- 5.美國前法務部次長現任史丹福大學教授 William Baxter

(二)澳洲地區方面：

澳洲公平交易委員會主任委員 Allan Fels

(三)歐洲地區方面：

- 1.歐體執委會第四局國際業務主管 Auke Haagsma

2. 義大利杜林大學教授 Avv. Aldo Frignani
3. 德國馬克斯布朗研究所法學教授 E. J. Mestmaecker
4. 德國馬克斯布朗研究所所長 Gerhard Schricker
5. 歐體執委會榮譽暨特別顧問 Ivo E. Schwartz
6. 英國公平交易局前任局長 Sir Gorden Borrie
7. 瑞典斯德哥爾摩大學教授 Ulf Bernitz
8. 德國哥德大學教授 Ulrich Loewenheim
9. 德國慕尼黑大學教授 W. Fikentscher

(四)日本方面

1. 日本公正取引委員會監查室長 Makoto Kurita
2. 日本西南大學教授 Kazutake Okuma
3. 日本一橋大學教授 Kinya Kubo
4. 日本東京大學教授 Mitsuo Matsushita
5. 日本名古屋經濟大學教授 Yoshikazu Kawai

爲歡迎參加本次國際學術研討會之與會國內、外官員、學者、專家，本會並於三月十一日晚上六時三十分假凱悅飯店舉行歡迎酒會，三月十二日至十四日之研討會則分別就獨占與結合、聯合行爲、不公平競爭、國際調合與執法合作及專題討論等議題進行五場討論（合計發表廿八篇論文），並特別恭請 連院長蒞臨開幕式致詞，以及由德國馬克斯布朗研究所法學教授 E. J. Mestmaecker 及美國前法務部次長現任史丹福大學教授 William Baxter 於開幕式及閉幕式做專題演講，題目分別是「競爭之維持」及「論現代化面積較小國家對市場力之管制」。

爲使本次研討會各篇論文及專題演講內容重點供社會各界人士參考，本會同仁特將主要論文摘譯，並分二次刊登於本季刊，本期刊登各篇摘譯內容如下：

壹、競爭之維持 (Maintaining competition)

作者：E.J.Mestmaecker (德國馬克斯布朗研究所法學教授)

摘譯：第三處 龔欽龍

今天我的演講目的主要是爲了感念競爭政策領域中的一位偉大先進，Corwin

Edward，其一九四九年於紐約出版之「競爭之維持」一書中提出一個社會發展之架構，即透過產業競爭將社會上寶貴的資源及活動能力轉到最有用及最有效率之地方及職業上。在此，我將引用其對產業競爭之分析及產業競爭政策之論點，以解析該書出版逾半世紀後此領域內仍存之爭議。

我們看到計畫性社會主義經濟制度及依附其所生政治制度的興起與衰敗過程，或許因為我們身在其中，致而無法充份了解這種制度破產之原因，但社會主義制度將追求平等置於自由競爭之前，從而完全忽略效率因素，應是主要的原因。

過去三十年間，世界經濟乃是社會主義與資本主義的競技場，此一戰爭一直延續到九〇年代才告終止，且到破敗之計畫性社會主義經濟制度轉變成競爭性之市場經濟制度時，勝負才見分曉。我們從此教訓中所學到的不是社會主義計畫經濟的缺點，而是如何正確的去瞭解資本主義下競爭的本質。

在我們談競爭政策之維持前，我首先引用「競爭之維持」書中的一段話：產業之競爭必須在法律及習慣的限制範圍內進行，這個原則對現行的商業交易，提供了一個全新的交易環境及思考模式。此社會，不僅對有體財產權有所定義，對於無體財產權諸如商標權、公司名稱姓名權及因履行契約所產生之利益等權利亦有所定義。同時也規範財產及權利交易之契約方法，也對商業交易、商業關係、商業組織形態等專有名稱加以定義，對虛偽不實及詐欺等行為加以懲罰。

近日談及競爭時，競爭已是全球性的。社會主義及資本主義間之競爭已由全球各區域間競爭所取代。自從一九八五年日本學者 Keniche Ohmae 出版之「貿易實力—全球之競爭模式」一書後，此種概念即主宰政治思潮及工業政策。對競爭及競爭性觀念上最大的改變不在於市場全球化，不在於億萬消費者之想法，甚至也不在於最新科技之迷人，而是在於全球競爭者及參與者們觀念上之改變，現今全球市場領導地位在美洲大陸為美國，東亞市場在於日本，歐洲市場則在於歐洲共同市場。

許許多原因促成了全球各地區域性經貿區域之形成，其中最新及最重要的則是屬北美自由貿易區之形成。然而最初之影響促成了全球各地區域性經貿區域形成之因素卻是歐洲共同市場之成立。當歐洲共同市場之角色扮演從單純的共同單一關稅組織，進而由經濟成長躍升為全球經濟競爭中之要角，原因除其強大之市場力量外，其組織架構自始即是設計成為全球競爭中之一重要力量。此設計簡單的說便是

以計劃性的競爭或產業政策幫助共同市場內之成員在國際上更具競爭力。以上此種觀念不只是在歐洲共同市場，同樣政策也存在於北美自由貿易區。

對此違反競爭原則政策尋求合理解釋時，通常的答案是：日本成功的故事，透過 MITI (Ministry of International Trade and Industry)，達成業者與政府間之合作共同尋求一平衡點。在決定工業、科技、投資等事項時，均透過政府與私人間運作，而非僅有單方之利益考量，MITI 其政策簡單的歸納即是「提昇贏家，幫助輸家」，此種政策除引用於國際亦引用於日本國內之競爭政策，另此制度意摧毀競爭法則中最重要之原則之一，市場之交易中並無法找出一重要之競爭法則，因為重要之競爭法則必須經由政府力量與民營事業利益調合，方能訂出產業競爭原則。

另可由修正之寡占市場理論幫助我們了解此一新形態之策略聯盟理論用於全球競爭中實際競爭者與潛在競爭者之合作關係。此論點即是如欲獲得利潤最大時，在一特定時段內使全球競爭中實際競爭者與潛在競爭者中，所有角色者中最有競爭性者主導，以實踐利潤最大化，今日此論點已導致國際合作範圍及實行之重要轉變。直到第二次世界大戰後，全球最重要之卡特爾乃基於「市場區域分隔」(Territorial separation of Market) 理論。

根據 Orwin Edward 看法，策略聯盟是與自由及開放競爭原則不相容的。但今日商業策略聯盟卻是全球競爭所必需。新的商業策略聯盟可依行業別區分以發展及生產高科技產品，而最常被提到的是半導體、生物科技、及通訊類產品。我們可以以一種修正的寡占市場理論幫助我們以全球性的角度去了解此一介於實際與潛在競爭者間新型態之合作。

在所有幫助我們了解競爭理論之工具中，我認為以 Hayek 所著之「競爭為發覺結果之過程」一書最有價值，我們經由競爭過程去了解結果，僅由經營績效即測得獨占行為不宜是受懷疑的。舊觀念中認為獨占市場造成高價格，新觀念上認為透過競爭，才能發現如何節省成本，獨占剝奪我們瞭解情況以訂定合宜政策之機會，此一理由即足以促使我們開放市場並讓市場儘量競爭。

貳、單方行為與協同行為之比較：執行方向的抉擇 (Unilateral V. Collaborative Behavior: The Choice Between Lines of Attack)

作者：William F. Baxter

摘譯：第一處 謝金玫

在執行競爭法（Competition Law）方面，台灣是非常幸運的，因為台灣可以參考許多國家執行多年競爭法的經驗，並且從他們的錯誤中學習。

當我們開始討論反獨占法（anti-monopoly law）時，我們應該瞭解，反獨占法的目的到底是甚麼？為什麼我們不喜歡獨占？我們想要避免甚麼結果？對於這些問題，美國最高法院已經努力了一百多年，然而許多人對這個問題仍有不同的看法。

我相信競爭法的目的主要在保護大眾，尤其是在保護大眾的一般生活水準。此外，競爭法對廠商（賣者）及消費者（買者）都是有益的，他能保護他們避免受到價格與邊際成本間差異所造成之影響。

競爭法仍有其他的目的，但我認為競爭法並不是達成這些目的最好、最有效的方法，我們可以採用其他更方便、更直接的方式達到上述的目的，例如對於規模大且對市場功能影響極高的廠商而言，對其採取累進的營業稅或累進的加值稅等都遠比對其實施競爭法有效。又例如我們認為某些集團對政策形成有不良的影響，那麼採取限制政治獻金將是很有效的防止方式。如果我們關心市場的力量有可能使得財富的分配有富者愈富的傾向，那麼改變稅率結構，將是較有可能達成我們理想的方式。

經濟學上贊成競爭的理由非常簡單，這是因為價格的高低影響了消費的數量，一般人在產品價格低的時候會比價格高的時候購買更多的產品，而獨占廠商往往藉由控制價格的方式，來獲取利益，獨占廠商控制價格的結果，往往使得大眾的總體利益因而減少，這主要是因為①購買者往往會因此而追求無效率的替代品②消費者面對高價產品或預期產品價格會愈來愈高時，往往致力於資源的消費（consumption of resources）③其他潛在的競爭廠商，發現市場有利可圖時，往往為了貪圖利潤而有不當的投資。

競爭法所規範的對象是「優勢廠商」（dominant firm），所謂優勢廠商其意義類似於獨占廠商，而沒有特定的型式或大小，因此在一個很小的市場中，優勢廠商可能只是一家小廠商。一般而言，廠商影響市場的能力與其在市場中之規模大小有直接相關，但是一個規模大的獨占廠商並不一定比規模小的獨占廠商更能（或更

不能)控制市場。

任何的活動，我們都可以「規模經濟」(economies of scale)來衡量他的特性，若一個廠商能有效提供產品，滿足消費者的需求，並且其成本遠低於其他廠商時，這個廠商就有明顯的規模經濟存在，如果反壟斷法的目的在保護大眾，防止資源的濫用、誤用，那麼針對一個有效率、且具有規模經濟的廠商而言，應該盡量不要去干擾他的活動。但如何去判定這個廠商是否能有效率的提供所需，則應該仔細的觀察不同規模市場中其他競爭者的存在情形便可明瞭。

我們幾乎沒有資訊讓我們知道，到底我們執行的策略對整體而言是有利還是有害的，如果我們不知道是有利還是有害，就徒然花費相當高的成本去執行，我認為那些花費都是不應該的。

對於具有獨占地位的廠商而言，是否應該力行競爭法？在美國有一個廣為人知的案例—Alcoa (1945)，法官 Hand 以 Alcoa 採用擴充產能的手段，囊 獲每一個需求增加後的擴充機會，藉此排擠他人進入市場的可能，因而認為其濫用市場獨占力量。如果我們思考一下這個案子的內容，我想大家會同意 Hand 法官的決議是非常奇怪的，那麼 Alcoa 到底該怎麼做？拒絕擴充產出嗎？如果面對日益增加的需求而不增加產出會造成什麼樣的結果？我們將面對不斷升高的價格，而如果 Alcoa 被允許擴充產能，那麼產品的價格將會降低。由此可看出，我們對於獨占地位廠商實施之對應策略，其所產生的困境並不是似非而是的。

當前判定獨占的案例必須證明獨占廠商有“不良行為”(bad act)，例如一家乾洗店企圖燒毀另外一家唯一與他競爭的乾洗店，則他不但被認為是一個縱火者外，同時也可能是一個壟斷者。我們可以用美國實行反托拉斯行為的一個著名案例—IBM 案例，作簡單的比喻，說明何者為不良行為。IBM 主要生產電腦主機及其他電腦週邊設備，在主機方面的市場競爭者很少，但在生產電腦週邊設備方面則有許多競爭者，假設 IBM 公司決定改變磁碟機的規格，這項改變將會引起生產其他週邊設備的廠商必須跟著改變，才能與 IBM 的中央處理系統相容，IBM 公司的這項改變若對其本身沒有什麼(或很少)效益，但其結果卻造成其他生產週邊設備廠商成本的劇增，則 IBM 公司的這種行為，就可稱為“不良行為”。

我們可以對“不良行為”作一定義：即任何廠商的行為，對其本身並沒有降低

成本或改善產品的效果，然對其競爭者卻可預期的造成成本增加，這種行為即可視為“不良行為”是違反競爭法的。在同樣的例子中若 IBM 公司的改變使其產品本身有顯著的改善，即使造成其他週邊設備廠商增加生產成本、甚至無法生存，那 IBM 公司的這種行為還是沒有構成“不良行為”的條件，因為任何廠商在追求利潤最大的目標時，並沒有責任去保護任何的競爭者。

我建議對於獨占事業違法之認定，應就其事實行為加以觀察，而非單就其在該特定市場中所占有之地位加以論斷。

另外，美國的法院也面臨一種難題，即對於獨占廠商到底應採取什麼策略？在“United Shoe Machinery”的案例中法官 Wysanski 判定 United Shoe 公司具有市場壟斷力，並且命令該公司改變機器設備的租約，但是這種方式實際上並不能替該公司的客戶帶來任何好處，除此之外，就這種產業的資產特性而言，並不容許其將本身分離成小部份，並產生其他更多的競爭者。

由於處理獨占廠商的問題是既嚴重又具挫折感，故對於結合法（Merger Law）而言，適當的修正將是非常重要的。

參、結合管制立法中之「結合」概念 (The Concept Of Merger in Merger Control Legislation)

作者：E. J. Mestmacker

摘譯：第一處 鄭鵬基

一、公司法中之「結合」與競爭法中之「結合」

在比較不同之「結合」管制制度時，我們往往可發現各種制度隨著對應受管制之交易（Transaction）之定義之不同而有所差異。以公司法及競爭法為例，其「結合」概念即有所不同。公司法所稱之結合係指由二個以上（含本數）之事業合組一新公司或由某一公司購買他公司之全部資產，而被購公司之原股東成為新公司之股東。雖然公司法中之結合大多含蓋在結合管制之範疇內，但並非意謂著公司法中之結合即係結合管制中唯一且最重要之規範客體。由於結合管制尚須作整體競爭效果之衡量，因此結合並非即應完全禁止；而必須衡諸以「合理原則」。事實上，結合一經完成，原公司即難以回復，若欲事後補救其成本必過高，因此目前結合管

制之立法多採事前通知及預防之措施，而不採事後矯正之手段。大部部分受管制之結合，係涉及公司間股份及其他財產權之取得。因此若不對結合管制之客體加以界定，勢必使須受管制之經濟上結合，與其他公司間之有益關係產生混淆，現階段各國競爭法皆儘可能使結合管制之範疇確定，以尋求法之確定性與可預測性。但各國在實踐上仍有其不同，德國儘可能地以公司法及其他事業之組織法中概念為其結合管制之客體；惟實務上法院對於可能形成或強化獨占之交易行為仍認應依法預為通知。至於美國，則儘可能地在相關反托拉斯法（克萊登法）中加以明定、規範。

有關結合管制中常見之用語，諸如“取得”及“資產”等，美國及歐體皆無統一之定義。在歐體結合規則（EMR）中，並不使用「交易」（Transaction），而代之以「集中」（Concentration）一詞。歐體結合規則對結合之相關定義作明確之規範，其目的在避免一集中行為，同時因符合歐體羅馬條約第八十五、八十六條之規定，而形成法適用上之不確定性。

二、有關歐體及其會員國國內結合管制立法中之「集中」及「控制」

當一行為同時涉及歐體之規定與其會員國國內法時，通常二法同時適用；但涉及結合案件時，不是由歐體法律就是由會員國法律規範。然而，其中可能有所衝突，即當事業之行為係遵守其母國法為之，但同時卻違反歐體之法律時，如何解決。事實上「歐體結合規則」對於應受管制之集中設有門檻，即「所有與事之事業其營業額之總合，須超過五十億 ECU（歐市貨幣），而於歐市內，其中須至少有二家以上之事業其營業總額超過二億五千萬 ECU」。低於此一標準者，則由母國自行處理。惟實際運作上，由於歐體與會員國間常因法律或 概念之不同而產生執法上之衝突，針對此一情事學者提出二個建議（一）修改歐體法律，以配合各會員國之概念。（二）依歐體法修改各會員國之相關規範。依分析，後者較可行，否則歐體之法律無法一體適用於各會員國。

三、自由競爭體制下之集中與控制

歐體採行「結合規則」後，使得原有之競爭體係更加完整。按歐體羅馬條約第八十五條禁止限制性行為，第八十六條禁止獨占地位之濫用，而結合管制則係源自羅馬條約之精神，管制集中行為，以維護市場之競爭結構。歐市執委會目前對於集中交易行為之認定，採取從寬之態度。實務上，事業之行為若被認定為集中，其適

用之法律即為「結合規則」，而不適用歐體羅馬條約之相關規定。惟若該項集中行為將促成或強化事業之獨占地位時，仍適用羅馬條約第八十六條有關獨占地位濫用之禁制規定。為進一步調合「結合規則」與羅馬條約有關競爭法之規定，歐市執委會正試圖擴大群體豁免之範圍，並同時擴大對集中之認定。

四、救濟

結合案件為何不以羅馬條約第八十五條規範，主係因違反其規定將導致係爭協議行為歸於無效。此一規定並無法有效解決結合案件所帶來之衝擊及影響。如前所述，結合一經完成，其事後補救成本將極高，因此目前結合管制之立法多採事前通知及預防之措施，而不採事後矯正之手段。歐市亦不例外，其結合規則即採此一制度。實際上，歐市執委會基於經濟上之考量，除了認定少數結合行為應被禁止外，大致上會允許結合行為之存在；惟其間可能配合事前通知及預防之制度，針對相關集中行為進行修正（附條件或負擔），俾使其不違反結合規則，而為執委會所能接受。

除了平行之結合行為可能造成參進障礙外，此外各國之政治態度，例如各國是否開放市場使之自由競爭亦可能嚴重造成參進之障礙。基於國際自由貿易之長期利益作者教授認為，學者有責任使為政者認知到國際經濟衝突之政治化將使各國蒙其害。因此在面對此一情事時，最好能由專業獨立之部門依法處理。

肆、日本的競爭政策及產業政策 (Competition Policy and Industrial Policy in Japan)

作者：Yoshikazu Kawai

譯者：企劃處 周作姍

一、日本獨占禁止法的制定

在第二次世界大戰以前，日本的經濟體制，呈現相當濃厚的管制色彩。不但容許卡特爾的存在，並且透過各式的管制機構，控制其國內重要的經濟活動。在此一階段，立基於自由經濟體制之競爭政策，幾乎是不存在的。戰後，盟軍統治日本，為避免軍國主義之死灰復燃，乃揭橥經濟自由化、民主化及非軍事化等三項原則，並引入獨占禁止法（下稱獨禁法）作為其占領政策之一部分，俾達成「在民主的基

礎上，消除或避免私的獨占、限制交易及法人機構不當相互持股，以提供工商業界、金融服務業、農業之交易廠商及個人公平競爭之機會。」之目的。

由於日本獨禁法在制定之初，即帶有消除並避免極端國家主義之政治色彩。因此雖然其內容主要係以美國反托拉斯法為藍本，惟其實際上之規範卻更為嚴厲。主要內容包括：(1)規範獨占及市場力量集中，包括禁止私的獨占、規範議價能力顯不相當情形、限制事業結合等；(2)規範卡特爾，包括禁止顯著妨礙市場競爭之聯合行為及參與國際卡特爾；(3)禁止不公平交易方法等。此外，一九四八年七月，日本並實施事業者團體法，嚴格規範可能形成卡特爾之事業者團體行為，俾以強化獨禁法之執行。

二、獨占禁止法的修訂

日本獨禁法自一九四七年制訂以來迄目前為止，經歷過多次的修訂。而就其內容的演變，大致上均與其當時的政經環境相契合。以下將簡單介紹之：

(一)一九四九年之修訂

一九四〇年代末期，韓戰爆發加以美蘇關係趨於緊張，美國資金及技術大量流入日本。為因應此一情況，日本獨禁法乃於一九四九年首次修訂，放寬對於國際契約以及企業合併的限制規定。

(二)一九五三年之修訂

一九五二年盟國占領軍撤出日本，自此開始，日本獨禁法之運用方才擺脫占領政策，而溶入其本身經濟及產業政策之考量。彼時受韓戰結束，軍需減少，以及全球供需失衡之影響，日本經濟面臨嚴重衝擊。為因應此一情況，日本獨禁法二度修訂。此次修訂的特色在於獨禁法中所有防制卡特爾及托拉斯之條文，均遭刪除，並且增訂有關不景氣及合理化卡特爾的規定；另事業者團體法亦遭廢止。此次修正重點包括：

- 1.新設不景氣卡特爾、合理化卡特爾之規定。
- 2.刪除特定共同行為之禁止規定。
- 3.刪除私的統制團體之禁止規定。
- 4.放寬金融公司持有股份的限制。
- 5.廢止事業者團體法。

6.新設維持轉售價格之除外適用規定。

經由此次修訂後，日本各式以限制產出為目的之卡特爾組織漸次出現。而通產省更藉由分配外匯及進口原物料之權限，指導如綿織、化學纖維、輪胎、石灰、燒鹼等業成立卡特爾組織。更有甚者，許多新訂法律如中小企業穩定法及出口貿易法等，更明文規定可排除獨禁法之適用。因此，日本學者均批評此一時期為獨禁法施行的後退。

(三)一九六〇年代高度成長時期競爭政策之重新評估

自一九五〇年代起，日本經濟即開啓高度成長的紀元。隨著經濟的快速成長，所得的增加，大量消費時期逐漸屆臨。在此一環境下，消費者的保護乃愈形重要，加以假牛肉罐頭事件的爆發（以馬肉或鯨魚肉假冒牛肉罐頭出售），為有效處理企業不當的表示及贈品活動，日本政府乃於一九六二年制定「不當贈品與不當表示防止法」予以規範。從而更進一步強化獨禁法在消費者保護問題上所扮演的角色。

此外，經濟的高度成長，亦帶動業界的大量投資。為追求市場占有率的提高，業界不斷地擴充產能。但由於缺乏合理的競爭環境，因此在其後的經濟趨緩，需求減弱時期，即或是產能利用率偏低，業者仍能以提高價格的方式，以吸收其龐大的固定成本，從而帶動物價的波動。因此重新檢討競爭政策，消除卡特爾及其他不利市場競爭因素，以恢復市場價格機能，追求穩固經濟成長基礎的呼聲逐漸興起。

(四)一九七七年之修訂

一九七三年爆發的石油危機，促成日本國內非法卡特爾的興起。該年經由日本公正取引委員會處分的違反獨禁法案件達六十九件，不但較前年的三十四件大幅增加，且其中有六十五件即為非法的卡特爾案件。在這些案件中，大都均係以生產基本原料如石油、石化製品、鋁、水泥等大企業所主導之全國性卡特爾。至一九七四年，公取會更對於十三家石油配銷公司的價格及產量限制卡特爾，經由檢察官提起刑事控訴，此為日本獨禁法自一九四七年制訂以來首宗的刑事案件，自然對於業界造成極大的衝擊。

一九七三年的石油危機，對於日本競爭政策的執行，毋寧是項極重要的轉捩點。當時日本對於物價問題的處理，面臨兩種抉擇；究係應透過競爭政策的強化，抑或由政府直接運用各項管制措施，來平抑物價的急速上揚。最後日本政府決定採取強

化獨禁法執行，以構建合理經濟基礎的基本方向。而此一九七七年獨禁法的再度修訂，嚴格各項規範內容，即係此一基本方向的具體回應。該次修訂之主要内容包括：

- 1.增訂對於獨占狀態的定義規定。
- 2.增訂對於大企業股份持有之限制。
- 3.強化金融公司持有股份之限制。
- 4.引入對於不法卡特爾徵收課徵金的處罰制度。
- 5.建立公取會應對價格同步上漲對國會提出報告之制度。
- 6.強化違反獨禁法之罰則規定。
- 7.增訂對於違法行爲的排除措施規定。

(五)經濟國際化及競爭政策的強化

進入八〇年代以後，日本經由出口擴張，所累積的鉅額貿易順差，逐漸成為其與主要貿易對手國間的貿易摩擦。有鑑於此，日本於一九八五年成立「追求國際協調之經濟結構調整研究會」，並於次年發表前川報告 (Maekawa Report)，建議日本設府應建立以國立需求為主導的經濟結構，藉以紓解日本的對外貿易順差問題，俾加強國際協調。此一報告內容雖獲致極佳的肯定，但卻面臨日本國內極大的保護壓力，因此其實際內容付諸實現者極少。

為進一步達成開放日本市場的目的，各國政府乃透過貿易談判施壓。而自一九八九年起所進行的美日構造問題談判 (Structural Impediments Initiative, SII) 即起源於此。較前川報告者不同者，在於美日構造問題談判中，更深入探討競爭政策的問題。在 SII 的六項主要議題中，即有四項涉及日本競爭政策的討論，分別是價格機能、配銷體系、關係企業及排他性的交易行為。而經由此項談判，除了導致日本國內對於其競爭政策的再檢討外，為進一步宣示執行獨禁法的決心，日本政府乃修法以提高罰則方式，藉以嚇阻獨禁法違法行為，例如一九九一年大幅提高課徵金的徵收比例，次年更進一步提高法人的罰金上限，由原先之五百萬日圓提高至一億日圓等。

另一方面，長久以來日本政府重產業輕競爭的政策方向，亦有極顯著的改變。也就是說，競爭政策的重要性，已逐漸為日本政府所強調。即或是以扶植特定產業為其主要任務之通產省，在其釐訂產業政策之同時，亦納入促進競爭之考量。例如

在一九八八年通產省已廢止特定產業不景氣安定臨時措置法，而排除適用獨禁法之卡特爾數目亦已逐漸減少，至一九八八年，可依相關法規排除獨禁法適用之中小企業卡特爾數計有三一二個，較之一九六五年之八二〇個已大幅減少。

此外，過去日本政府介入頗深之財務金融、運輸、農業等業（即受管制產業），亦面臨極大的開放壓力。依據日本學者的估計，該等產業數約占全體產業的百分之二十（另一種估算，此一比例更高達百分之四十）。而現在，解除管制的趨勢亦逐漸影響到該等產業，例如金融業的利率自由化，以及銀行、保險、證券等業的進入障礙降低；在運輸業，國鐵及 NTT 的開放民營以及航空航線的複線經營；農業方面，稻米的開放進口等均是。再如營造業以及流通業等長久以來，即被評為極具排他性及不具透明性的產業，亦重新調整其產業結構，以吻合競爭政策的要求。此外，過去該等產業大都可排除在獨禁法的適用之外，而目前競爭的精神及原則亦已為其所普遍接受並成為共識。

三、結語

日本競爭以及產業政策間的互動關係，深受其國內資本主義發展的影響。

日本自明治維新以後，引入西方的資本主義制度。為了迎頭趕上美、歐等先進國家，日本採取的是「由上而下」之產業發展模式。也就是在幾個重點產業，先由政府投資經營，而至該等公營企業能夠獨立營運時方移轉民營。因此所謂事業間的競爭，即必須俟民營企業出現時方才開始。此與西方國家由小企業出發，透過優勝劣敗的競爭程序，成就所謂大企業的發展模式迥異。再加上日本社會根深蒂固的集體主義及政府萬能之觀念，因此在日本，無論企業界，甚或社會大眾對於競爭的觀念，均相當的模糊。

二次大戰後，日本的經濟及社會制度有了極大的改變，而反壟斷法的引入，即是此項改變的一環。但是法令的引入，並不必然代表觀念的改變。事實上，自從明治維新以來，「富國強兵」產業政策的重要性，一直都凌駕於競爭政策之上，而戰後經濟重建的迫切性，更加重了產業政策所扮演的角色。此種政策取向，隨著日本經濟規模之日益擴張，亦加深了其與貿易對手國間的摩擦。

近年來，隨著日本經濟規模占全球比例之日益提高，與其他貿易對手國之互動關係漸次密切，日本國內的競爭政策業已因應國際社會之壓力，而日趨活潑。展望

未來，日本的產業政策將呈現另一個嶄新的面貌。非但不會再與競爭政策背道而馳，相反的，更將以促進競爭為其基本前提。在此一大原則下，產業政策所扮演的角色，將是如何在現況下，協助產業界解決競爭政策所無法克服的問題。

註：在本文中所稱的競爭政策，主要係指由日本公正取引委員會所主管之獨占禁止法，而產業政策主要係指由日本通產省及其他省廳，為達成保護及扶植特定產業所推動的政策。

伍、日本反獨占法下之卡特爾 (Cartels Under the Japanese Antimonopoly Law)

作者：Mitsuo Matsushita

摘譯：第二處 陳盈儒

一、日本反獨占法禁止卡特爾之重點：

(一) 簡介：

日本反獨占法（以下簡稱 A M L ）主要規範下列各項行為(1)私的獨占（第二條(5)、第三條），(2)卡特爾（第二條(6)、第三條），以及(3)不公平企業行為（第二條(9)、第十九條）。A M L 主要由日本公平交易委員會（以下簡稱 F T C J ）所管轄。F T C J 為一獨立行使職權之委員會組織，其所作之決定僅受東京高等法院及最高法院之約束。

「卡特爾」在A M L 第二條(6)被定義為「無正當理由之交易限制」。於該定義之下，無正當理由之交易限制（卡特爾）係指公開或非公開之協議行為、或企業間對相互限制競爭之瞭解，該瞭解並足以導致實質限制競爭效果，則被A M L 第三條禁止。

第二條(6)說明當卡特爾與「公共利益」相衝突時則違法，惟如同本文所即將討論者「公共利益」之確切涵意頗有爭論。

A M L 第八條(i) - - (iii) 禁止工商團體從事實質限制競爭行為或限制會員活動之行為。由於工商團體在日本經濟體系中扮演相當重要角色，且該類團體經常涉及限制性的活動，故針對禁止卡特爾之觀點，第八條係一重要條款。亦有部分法律可排除A M L 中禁止卡特爾條款之規定。認識該類法律及禁止規定，有助於瞭解日本

卡特爾之法律面。因此，本文也將討論此一主題。

其實 A M L 中上有許多禁止卡特爾之相關規定，包括卡特爾之證據、情況證據中類似有意識平行行爲等之角色、可允許之損害賠償範圍等。事實上 A M L 之規定與美國或歐體之相關法律並無太多不同，因此本文中將仔細探討幾個比較大之法律原則及其重要性。

(二) 卡特爾與公共利益

A M L 第二條(6)將卡特爾定義為實質上與公共利益相衝突者則違反第三條之禁止規定。專家學者們對「公共利益」的見解各不相同，原則上可分為三大派：第一類觀點係出自於 F T C J 及大部分的學者，此派觀點認為「與公共利益相衝突」其實就是「限制競爭」之同義字，只要實質上達到限制競爭的效果，即毋須自行證明該卡特爾行為是否與公共利益相衝突；惟此看法太過僵硬，將無法解決像化工廠共同決定禁產造成環境污染產品等之限制競爭協議之問題。

第二類觀點出自於代表企業界之經濟組織聯盟。此派認為公共利益代表國家經濟之穩定及消費者利益等相關事項。在此一觀點下，卡特爾行為縱成實質限制競爭，但只要符合某些經濟利益亦可能被允許。惟此一公共利益定義仍過於模糊，以致於無法提供具體的準則，以判斷企業間之協議是否確與公共利益相違背。

第三類觀點則由最高法院於處理石油卡特爾（價格僵化）案時闡釋。此觀點認為只要協議所造成之利益大於協議所造成限制競爭之不利益，則該協議與公共利益不相衝突，且不違法。實際上最高法院並未對公共利益此一名詞下定義，定義的問題還是留給 F T C J 、法院及學者們去解決，原則上只要企業間之協議可避免公共風險達到社會利益則得屬例外許可之範圍。然而此一觀點亦引起部分爭議，因為像禁產具公害之化學物這一類的社會目標應可藉由適當的立法達成，而不需要靠企業間之協議，因沒有該類法律而推說企業間為達成某類具社會正義之協議並不違反公共利益之說法略見牽強。惟實際上，法律的規範有時並不足以解決所有的問題，在某些情況下，透過協議方式以謀求社會利益的方式，未必會與公共利益相違背。

(三) 卡特爾與行政指導

由通產省（以下簡稱 M I T I ）行政指導之下形成之卡特爾是否得享例外許可，亦為本文之討論重點，因產業政策與 A M L 常有相衝突之處。

簡言之，M I T I 之行政指導係藉組織工商團體從事限制競爭活動、或進行限制競爭之協議，此類有確切事證證明係由M I T I 發啓之事業活動，被F T C J 認定為違法之卡特爾。

近年來M I T I 之產業政策已逐漸改變，且M I T I 亦逐漸不再運用該類限制競爭之活動實施其產業政策。然而在財政部（以下簡稱MO F）管理下的金融市場中仍然存在此類潛在問題。舉例來說，當MO F 操控市場利率，使得各銀行間之利率一致時，即可能違反 A M L 。

基此，本文中將探討相關案例及其運用法則。案例之一係一九五二年F T C J 決定處分之化纖產品減產乙案，該案係由M I T I 指示化纖工業團體從事減產計畫。韓戰期間，由於日本經濟不景氣，化纖需求量減少，M I T I 遂決定有必要減產。

M I T I 指示化纖主要業者組成之公會發動影響力從事減產，公會在考量該政策後，擬定減產計畫，設定每年之化纖生產總量及限制每一會員之生產配額。F T C J 認為該計畫違反 A M L ，惟公會不服，並主張公會執行該計畫係基於政府之行政指導，應排除 A M L 之適用。

F T C J 反駁，只要不是F T C J 之其他政府單位，就無權解釋或行使 A M L ，且公會主張其行為合法之唯一理由為受政府行政指導，遂要求 A M L 之例外許可，似已過於擴張政府行政指導之法律效力，甚或使其與司法具同等效力，故F T C J 認為化纖公會之抗辯無理由。

上揭案例在釐清 A M L 與行政指導之關係上代表性極高，並沿用至今。

案例之二是1980年東京高等法院對石油卡特爾（產量協定）案。該案係由日本所有煉油業者所組成之石油公會會員限制石油產品產量、分配會員配額而成立。依石油事業法之規定，M I T I 在必要時有權公布並減少石油產品之產量，因制定該法之目的及公會減產計畫係屬同一性質，故M I T I 默許該計畫之存在；亦欲藉該計畫達成石油事業法之規定。惟石油事業法中並無任何條款規定該類計畫可以排除 A M L 之適用，故F T C J 認為該計畫違法，並建議檢察總長起訴該公會及涉及訂定計畫之個人。

被告於被審判時主張該計畫之擬訂係基於M I T I 之行政指導，應可排除 A M L 之適用。東京高等法院主張，公會之行為是否係為M I T I 之行政指導所引發尚

有可議之處，故被告之主張應屬無效。另公會基於私人動機遂行減產協議在前，獲M I T I 之默許在後，藉以促使該計畫更有效執行，亦尚難遽爾認定可排除A M L之適用。

然而，經東京高等法院判定，事業由政府機關所允許之行為、或事業基於政府為實現政策之行為可視為合法。故雖然因行政指導可排除適用之範圍極小，東京高等法院仍接受以行政指導做為違法行為排除適用準則之一。

(四)卡特爾之例外許可

過去二十五年來，例外許可之卡特爾已急遽減少，一九九一年在F T C J 已出版之報告中共有四十二條法律申請通過A M L 卡特爾之例外許可。

例外許可之卡特爾有下列六種：

- (1)經濟蕭條時之卡特爾。
- (2)穩定企業運作之卡特爾：有許多法律允許企業從事具有穩定企業運作之聯合活動，像「中小企業組織法」、「環境衛生法」、「酒稅與酒商組織法」等皆是，該類法律特許中小企業共同決定包括產量及價格等之營運。
- (3)具制衡力量之卡特爾：依中小企業合作法之規定，中小企業得組織團體以作為與大企業談判之籌碼。
- (4)促進企業合理化經營之卡特爾：依A M L第二十四條&9.之規定，受中小企業組織法、酒稅與酒商組織法所約束之企業得成立以促進企業合理化經營之組織，例如設定產品製造標準、促進產品專業化等皆是。
- (5)規避風險之卡特爾：依保險業法、航空法、航運法之規定，企業為降低經營風險得成立組織共同決定價格。
- (6)輸出及輸入卡特爾：為達成日本與他國間之自願輸出限制協議，輸出輸入交易法同意輸出入業者共同決定價格或產量。

另「促進行政表現諮詢會」之臨時機構一九九二年第三次報告中指出，由於日本經濟在國際競爭舞台上扮演重要角色，所以日本開放市場及與其他交易國之相互配合就十分必需且重要。為達到上述目標，該報告建議日本政府應重新審視卡特爾例外許可原則之法律體系，並嘗試降低刪除例外許可之可能性。

一九九三年，行政表現委員會正式成立後，亦發表報告建議特刪除A M L 中對

卡特爾之所有例外許可規定。

減少或刪除所有卡特爾例外許可之相關規定對達成競爭法之國際一致性相當重要，因世界主要貿易國有多採取儘量減少特許卡特爾競爭政策之趨勢，所以顯而易見的，日本經濟體系中大量排除適用之法律及例外許可之卡特爾，將造成世界競爭法追求之一致性之障礙。

(五) 輸入卡特爾

日本之輸入卡特爾長期以來已成為日本與其貿易國間之重要議題。案例之一係美國司法部控訴日本之螃蟹輸入業者於美國生產後再回銷日本之黃蟹案。該案日本之輸入業者組織輸入公會改變價格資訊，以造成降低輸入價格之事實。

案例之二係一美國輸出公會控訴日本輸入業者從事杯葛活動 (Daishowa Case)，美國法院認為本案中之美國輸出公會及日本輸入公會都不能免除美國反托拉斯法之規範，即使 Webb-Pomerene 法案排除美國輸出公會之適用。

美國司法部於一九九二年宣判上述二案時表示，外國或外國事業體所從事之活動若以阻礙美國事業進入該國市場為目的，則視同向該國法律挑戰。

然而 F T C J 亦聲明，美國司法部之宣判可能已侵犯該國之主權，且日本境內之反競爭活動應由日本之 A M L 規範。

在其他案例中，美國政府亦曾提醒 F T C J 某些日本境內之日本企業行為已對他國產品進入日本市場造成阻礙。案例之一為蘇打粉案，該案係日本之蘇打粉製造業者聯合禁止其他業者自美國進口蘇打粉，F T C J 因受美國政府通知，判定業者違法。

案例之二係 F T C J 處理日本營造商營建美國海軍基地案。美國政府宣稱，在美國反托拉斯法之下，日本營造廠之行為須負擔三倍之損害賠償責任，日本公司遂進行私下和解，並繳交巨額賠償費給美國政府。

綜上案例所述，日本之輸入卡特爾對相對輸出國顯有一定影響，從反托拉斯之角度視之，本文建議日本政府應增加 A M L 對輸入卡特爾之限制。

另一值得注意的是，輸出輸入交易法准許國內輸入業者從事輸入協議，只要相對國之輸出業者為一卡特爾組織，雖然該保護條款很少被業者使用，然而在該觀點下，日本之輸入卡特爾可視為具制衡力之卡特爾。因此，如果日本之輸入卡特爾必須

減少或禁止，則相對上外國之輸出卡特爾亦不能存在。

(六)工商團體之活動

在日本，卡特爾之活動多半是透過工商團體完成，本節將討論工商團體之活動。

日本之工商團體主司企業資訊交換中心、生產及管理研發、為政府部門提供各別產業產品檢驗之服務等工作。更進一步的說，一事業是否經營成功須視其是否參與工商團體而定。AML第八條(1)(i) -- (v) 規範工商團體活動。

一九九三年三月五日FTCJ發表一篇有關工商團體活動之調查報告，該報告指出，工商團體之活動必須達到下列各點：

- (1)開放性：必須允許企業得自由進出工商團體，尤其若事業必須藉由參與工商團體方能經營者，工商團體就更必須保持其開放性。
- (2)非歧視：若工商團體所蒐集之資訊對非會員亦會產生重要影響，則工商團體得向非會員索取合理費用，不應採取差別待遇。
- (3)自由度：允許會員自由決定其活動。
- (4)舉辦活動時須考慮消費者及外部團體之權益。
- (5)保持決策決定過程之透明度。
- (6)服從國際標準：在舉辦任何活動時，須考慮該活動之國際一致性。
- (7)確定不舉辦任何反競爭之活動。

基於上述原則，如果一工商團體拒絕外國企業入會，則其行為違反AML之相關規定。

二、卡特爾之損害賠償

(一)簡介

當FTCJ發現確有卡特爾存在時，它同時亦會做消滅卡特爾組織之決定。消滅方式有許多種，主要目的即為恢復市場競爭力，舉價格卡特爾為例，FTCJ之消滅方式通常為解散價格協議並禁止其繼續存在。

一九七七年AML之修正條文中，將課徵金視為違反禁止卡特爾規定處分方式之一。

AML第八十九條(1)規定從事獨占或交易限制之個人得被處五百萬日圓以下之罰金或三年以下有期徒刑。一九九二年之修正條文中則增加對公司之刑事罰。

上揭一九九二年之修正條文於一九九三年一月一日起生效，對公司組織之刑事罰最高可處十億日圓。AML第八十九條(2)規定違反同法第八條(1)之實際上在特定市場從事限制競爭活動之工商團體亦得被處五百萬日圓以下之罰金。

AML第九十六條規定，FTCJ對違反AML之告發係公共檢察官提起刑事訴訟之先決條件。

另外，因卡特爾亦可能使個人受損，故本文亦將討論損害賠償問題。

AML第二十五、二十六條規定私有財產受獨占、無正當理由之交易限制、或不公平競爭而受損害之被害人得向東京高等法院提起損害賠償訴訟。AML第二十五、二十六條之要件為，原告所提出之損害賠償必須俟FTCJ審決確定後方可提出，且被告不能主張無故意或過失；亦即，被告須負無過失損害賠償責任。

日本民法第七〇九條規範民事侵權行為。在民法之規範下，民眾可逕行提出損害賠償訴訟，只要原告能證明被告之不法意圖或疏失。

基此，不論依AML或民法之規定，原告都必須證明其損失與被告行為間之關聯。

(二)課徵金

日本課徵金之定義與EEC對行政規費之定義不盡相同，雖然二者皆是由行政單位處理，然而因為日本課徵金之訂定係針對參與卡特爾組織之企業所賺取之超額利潤為額度，而EEC除該筆超額利潤之外，更多徵收部分罰鍰，故EEC之行政規費有較濃之刑事罰意味。AML課徵金之計算係以卡特爾已獲得之超額利潤為基礎，而非以實際應收超額利潤為基礎，因計算實質超額利潤有一定困難。

如前所述，日本之課徵金性質與刑事罰不同，雖然美國政府要求日本必須提高其課徵金額度到卡特爾總銷售額之百分之十，然而因為在AML中亦有刑事罰，為免違反日本憲法第三十九條一事不二罰之規定，課徵金額度之計算方式並未提高至美方要求之標準。

(三)刑事罰

日本FTCJ是該國唯一有權力向檢察總長提起違反AML之個人或公司訴訟之單位。

直至目前為止，一九八〇年東京高等法院判定之石油卡特爾（產量協定）案，

及一九八四年最高法院判定之石油卡特爾（價格僵化）案等二案，係有關刑事罰之重要案例。在產量協定案中，石油公會因受M I T I 之行政鼓勵而減產，東京高等法院認為雖然其聯合減產行為違法，然在缺乏犯罪動機之下，判定其無罪。在價格僵化案中，由於大部分之石油公司皆涉及從事提高價格之協議，最高法院遂判定其違法。

依日本刑事法原則，公司不得獨立於行為人之外，獨立受負刑事責任。因此AML第八十九條規定，除非公司代表人或公司員工承認違反AML第八十九條，該公司法人不得以刑事罰議處。在此原則之下，刑事罰對公司之處分不得超過對個人之處分。

(四)消費者個人所受之損害

日本之反托拉斯司法當局並未確認間接消費者是否得向卡特爾提起損害賠償，因此，間接消費者應得提起損害賠償。

案例之一是有關石油卡特爾（價格僵化）案，該案因煉油廠提高售價給批發商，批發商只好提高售價給零售業者，間接提高了消費者之購買價格。因此，消費者提出損害賠償。

最高法院裁定消費者須能證明其損失與價格僵化間之關聯；即消費者必須證明以下三點：

- (1)確實存有價格僵化現象，
- (2)零售價格之提高係在煉油價格提高之後發生，
- (3)價格僵化及消費者購買之時間區間中，並無其它因素足以影響產品之價格結構。

在此情形之下，FTCJ表示可代原告提出各項證明，例如價格之時間序列變化等。

然而可確定的是，在美國，消費者個人之損害賠償若要成立，須有大量數據資料之支持方才可行。日本之立法並非屬同一典型，然損害賠償案要成立最好先經AML之處分或規範較保險。

(五)非正式規範

FTCJ本身設有諮詢機構以必免企業觸法，企業可依循申請程序獲得FTCJ之正式建議以符合AML之規範。除此之外，日本亦有許多非官方組織替企業做

避免違反 A M L 之評估。

一九九一年共有九百六十件欲涉卡特爾行爲之案件向 F T C J 申請評估，該九六〇案中，共有百分之三十六係屬計畫本身已違反 A M L ，百分之十七屬於須進一步分析者，百分之四十七則屬不違法。可見非法卡特爾活動藉由該非正式體系之運作是可以減少的。

三、結 論

日本就像第二次世界大戰前之德國，曾經是蘊育卡特爾的溫床。戰前日本政府之規範有時反而迫使企業進入卡特爾協議。由於 A M L 之實施，這種現象已經產生巨大的變化。正如我們所瞭解， A M L 原則禁止卡特爾組織，雖然仍存在一些經特別許可之卡特爾，我們期望這類例外許可之卡特爾數量在未來幾年中能大量縮減；若真能達到此一目標，日本將成爲執行 A M L 最嚴格的國家之一。

陸、美國反托拉斯法對卡特爾之規範 (The Treatment of Cartel Under the Antitrust Laws of the United States)

作者： Thomas E. Kauper

摘譯：第一處 施錦燕

美國反托拉斯法係以保障並增進競爭爲目的，休曼法第一條明定任何以契約、結合或共謀等方式，對各州間或與外國間之貿易或商業予以抑制者，均屬違法。從某方面而言，論述美國反托拉斯法對卡特爾之規範並不需要長篇大論；一言以蔽之，除非是依法律規定特別豁免於反托拉斯法之適用，否則根據休曼法第一條，卡特爾是違法且被嚴格禁止的。

基於美國反托拉斯法對卡特爾所採取的嚴格法律標準，本文討論之重點略分爲下列四部分：

- 一、卡特爾被強烈禁止之原因及當然違法原則 (per se rule) 之考量；
- 二、反托拉斯法之域外效力問題；
- 三、反托拉斯法之除外適用；
- 四、美國反托拉斯法對卡特爾之規範與中華民國公平交易法之比較。

有關卡特爾之定義，通說採美國教授 Areeda 及 Turner 之見解：有競爭關係

之事業彼此間之協議，協議之內容包含商品或服務之價格、產能、或事業本身可獨立決定之事項。依此見解，卡特爾主要即為對生產及價格之限制。隨著合資（Joint Venture）而來的一些反競爭行為，如限定價格、市場瓜分、限制交易對象等類的水平契約，無論該行為之目的是否合理，亦不問其競爭效果之影響大小，均被法院認為是對休曼法第一條的當然違反（*a per se violation*）。

在一個完全競爭的市場，價格與生產機能可以自然地運作；卡特爾經由限制生產及價格之協議，或許有助於穩定市場或降低風險，然而其對市場之負面影響，例如價格壟斷、產量減少、經濟資源無法有效利用與配置...等，卻近似獨占（monopoly）利益之取得，這也就是卡特爾被嚴格禁止之最大原因。卡特爾不應被允許容忍（tolerated），是美國法院審判此類案件的主要前提。

至於美國域外之協議或限制行為，凡是對美國的商業產生直接或明顯可預見之反競爭效果者（多見於影響美國國內市場或進、出口方面之案例），最高法院均認其有休曼法之適用。

除了休曼法及其他反拉斯法規外，美國政府基於公共利益（Social, political or economic reason）之大前提，並考量產業特性，或以立法，或以判例方式，將特定事業或產業組織排除在聯邦反托拉斯法的適用範圍之外。主要目的係使各產業或組織不受反托拉斯法的管制，俾得以最有利的方式，促使各該市場的資源做最有效的運用與配置，進而獲得最大利益。除外適用的範圍非常廣，包含了工會、銀行、保險、運輸事業、通訊、電力、農業及漁業合作社組織、輸出貿易組織、職業運動、州政府及地方政府行為等，不勝枚舉。以輸出貿易者為例，1918年通過的韋伯波門法（Webb-Pomerene Act）對於為從事集體出口貿易而成立之公會（associations），即豁免其反托拉斯法的適用。1982年制定之出口貿易公司法（Export Trading Company Act）更規定倘出口公會已取得商業部長（Secretary of Commerce）之「審查證明」（Certificate of Review），即豁免其依州或聯邦反托拉斯法之刑事起訴及受害人要求之三倍損害性金額賠償。

較之於美國反托拉斯法的嚴格禁止，中華民國於1991年公布的公平交易法對卡特爾採取了更為彈性的管制措施。依照該法第十四條，事業不得為聯合行為，但若有益於整體經濟與公共利益，並經中央主管機關許可者，則不在此限；法條列舉七

種例外許可之規範：統一規格或型式之聯合、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。公平交易法主管機關公平交易委員會對事業申請聯合行為所擁有之准駁權力是美國相關主管機關所欠缺的；同時，公平交易委員會得對申請獲許可之聯合行為附加條件、限制或負擔。以上情形說明了卡特爾在公平交易法規範下是較有彈性、也較能被容忍的。由此觀之，公平交易法的立法意旨除了確保公平競爭與消費者利益外，亦包含了「維護交易秩序」及「促進經濟之安定與繁榮」，而後二者卻原非美國反托拉斯法制定時所考慮之重點。

柒、歐洲共同體之跨國反托拉斯法 (The International Antitrust Law of the European IVO E. Schwartz community)

作者：IVO E. SCHWARTZ

摘譯：第二處 沈崇廉

一、概述

每一個有跨國性影響之限制競爭行為將會使法院或掌理反托拉斯之行政機關面臨以下三個疑問。第一，一個法官或反托拉斯當局之官員是否有能力去進行這種有涉外影響的案件？第二，本國實體上之反托拉斯法是否能適用在這種特定的案件上？第三，在本國法能適用的前提下，這種適用是否會受限於國際公法？

第一個疑問包含人的管轄（或稱可執行之管轄）的問題。在有涉外因素的案件中，法院或反托拉斯當局在可執行「人的管轄」的前題下，是可以進行各種反托拉斯行為的，意即，可以適用本國法之各種程序。在管轄權存在的前提下，這個問題的答案取決個別國家或多國團體（如歐體）的「國際程序法」（釋註：即決定民、刑、行政法之準據法的國內法）。

第二個疑問的答案取決於個別國家或多國團體之實體上之國際反托拉斯法。英美法稱之為 "Jurisdiction over the Subject Matter"，或者在立法上稱之為「規範性的管轄權」(Prescriptive Jurisdiction)；在德國稱之為 "Internationale Materiell-rechtliche Zuständigkeit"（國際實體法上之管轄權）。當法院或反托拉斯當局依據「法律衝突」的原則在特定事件上有管轄權時，該法院或當局即必須適用實體上之反托拉斯法。

相對於上述兩個問題，第三個疑問涉及國際公法。就像實體上之管轄以及其執行受限於國際法一樣，本問題的核心在於「人的管轄」是否存在。

本文以下將嘗試用歐體法的角度去詮釋以上諸問題，並把焦點放在實體上的管轄。

二、成文之歐體法律衝突法

歐體競爭法中有關管轄權原則一項並未單獨立法，而係總結在歐體實體法之中。

歐體創立條約第三條(g)項規定歐體的運作將包含一個能保障歐體內市場競爭不受扭曲之體系。這個原則已經明白宣示在歐體羅馬條約（以下簡稱歐體條約）第八十五條及第八十六條。

(一)歐體條約第八十五條及第八十六條

該二條隱含著兩個管轄權的概念，首先，這兩個條文只有在限制商業活動可能會影響到歐體成員國間之貿易始有適用。這個觀念將使歐體內之管轄問題限縮在儘可能適用個別會員國之競爭法，且同時並未解決歐體法律對外國或外國公司之管轄問題。

第二個概念是：第八十五條第一項係規定，所有能有效影響到歐體之以避免、限制或扭曲競爭為目的之合意，決定及協同一致行為均應受歐體法律之規範。第八十六條禁止在共同市場上之全部或一部有濫用市場優越地位之行為，這一點暗示濫用市場力量之行為將會有害共同市場內之競爭。

思考以下陳述，協同一致行為之本國籍或其發生地，以及法律能確實有效執行之地在此並不重要。反之，在歐體內所產生之反競爭效應才是應被考慮的問題。

以下是最常被媒體所引述之觀點：歐體競爭法以「效應原則」作為其決定其適用涉外因素之範圍之基礎，並且第八十五條及第八十六條必須被適用在範圍廣及非成員國之限制競爭行為。然而以上觀點在歐體及其法院實際運作上並不如此單純。

(二)購併管制規則

假使有一組事實與歐體之間產生關連，則歐體購併管制規則將可適用在所有涉外（非成員國）之市場集中化之各種行為。第一，購併必須要具有所謂「歐體面」(The Community Dimension，管制規則第一條)。申言之，購併雙方在歐體內之總和銷售量超出一定數量（但不包含歐體內購併者之銷售量），且該等購併行為會

產生市場集中化的影響；即使在歐體內無主要的購併行為，只要有實質影響即可適用歐體法律（管制規則第一條第一項）。

回到上一節管轄權之觀念，購併雙方之國籍、發生地、或能有效執行法律之地並不重要，甚且購併雙方之國籍既非屬歐體成員國，在歐體內亦無分公司、營業所等其他外在之形式，卻可能有所謂「歐體面」。而依管制規則第一條第二項之定義，所謂具有「歐體面」，係指能從對歐體之銷售獲得利潤，且其總銷售超過該條項所定之數額，故銷售額在此才是應被考慮之重點。

第二，當某一個市場集中化具有「歐體面」，且該集中化行為能產生或加強市場優越地位，以致侵害共同市場之一部或全部之效能競爭，則將被宣告為違法（管制規則第二條第三項）。這個觀念也在管制規則第二條第二項(a)款中被確定：歐市執委會 (The European Commission) 應在評估市場集中化時應考慮「維持並發展共同市場內之實際或可能之效能競爭……」。

三、歐市執委會之實際運作

(一) 購併管制規則

歐市購併管制規則生效於一九九〇年九月二十一日，截至一九九三年六月，歐市執委會正式作成一百五十九件案例。九三年底前曾否決一個購併案，十五件有條件准許。但是沒有一個案例涉及管轄權衝突。

執委會對管轄權的觀點可以從其副總裁 Sir Leon Brittan 對併購管制規則的摘要中視出端睨：「歐體法律對競爭法案件之管轄權應一體適用在購併問題上。任何市場集中化的行為，不論是繼受或原創，不論發生於何地，假使合於既存要件，均應受歐市管轄。」假使在歐體內有相當數量之貿易，將視為已達到既存要件，而由歐市管轄。任何執委會依管制規則下達之命令，依歐體原則將會考慮到外國的利益。然而，法院在適用管轄權時，毫無疑問購併雙方必須要有實質影響到歐體之競爭結構，且必須在歐體領域內實行。在這種情況下，執委會將行使管轄權以維持歐體市場之競爭。

(二) 歐體條約第八十五條及第八十六條

過去執委會在執行對從非會員國之反競爭行為所課以之罰鍰或在下達命令終止限制競爭行為係依據「效應原則」。這就是說第八十五條之適用僅依據該等行為之

目的或效應是否在於妨礙、限制或扭曲共同市場之競爭。通常效應必須是可感受到的，但有一些案例僅要求該等限制商業活動之行為對共同市場之競爭具有可被察覺之效應即可。且在該等案例中，只要有影響到共同市場中供需關係之效應，其要件即已充分，而該等行為之發生地、契約之簽定地或貿易進行是否在歐體內則概所不論。

執委會利用上述標準以禁止限制競爭行為（第八十五條）以及禁止濫用市場地位行為（第八十六條）。至於以行為發生在歐體為連結因素之原則早已被廢棄不用。晚近有更多的案例執委會著眼在效應的特徵上。在 "Wood Pulp" 一案中，執委會認為：「所謂對歐體之效應，不單是實質的、故意的，而且是主要又直接的效應。」在 "Zinc Producer Group" 一案中：「將第八十五條適用在某些試圖直接操縱競爭之行為是適切的。」綜合最近的許多案例，效應原則可定義如下：「直接、實質、且故意對歐體競爭所產生之效應，其導源於第八十五條與第八十六條所適用之特定行為。」雖然可預見的以及可感受的效應對執委會而言似乎已經足夠，但理論上似乎並不充分。

執委會對反托拉斯法之適用早已無甚限制，並且不理會國際公法對直接適用第八十五條第一項於那些非屬於歐體但又直接銷售於歐體之事業所作成之限制；另一方面歐體又未排除日後在適用反托拉斯法時會優先考量歐體本身之利益（相對於非歐體成員國之利益）之可能性，然而那些利益必然重要到直接關係到歐市之競爭不受扭曲之最基本的利益（歐體條約第三條(f)款）。

歐體條約第八十五條第一項所採用之效應原則明白表示，該條並不能適用於效應只能發生在歐體以外之行為，比方說，執委會過去曾經認為一個日本與法國的專賣合約，因實質上只在日本及其鄰國製造與銷售，不適用第八十五條第一項，主要原因係其生產與銷售專屬權之授予並不影響到歐市的競爭關係。此外，第八十五條第一項也不適用在禁止銷售於非成員國之契約條款，即使該契約之雙方均在成員國內。然而執委會強調，行為是否在歐體內所主導並不是重點，反而因該行為所產生之效應是否在歐市內才是關鍵因素。基於某些產品之特性，該等效應必須包含使輸入與再輸入更加困難的情形。總之，不論協議行為係在歐市或非成員國，歐體反托拉斯法均有適用。混合出口卡特爾也是被第八十五條第一項所禁止的，但是單純出

口卡特爾只有在對歐市產生次級影響時才有第八十五條第一項之適用。

四、歐體法院之案例法：經濟個體理論

歐體法院通常已經接受歐體執委會對歐體條約第八十五條、第八十六條在地理上之觀點，並且事實上已將效應原則採為其裁判之基礎。在日本供應商與一比利時經銷商間之總經銷契約之裁判中表示，只要效應係發生在歐市，不論協議之一方是否在第三國，均不能排除第八十五條第一項之適用，在 "The Commercial Solvent" 一案中，一個生產用來製造抗肺結核藥之原料之美國廠商以拒絕供應原料之手段使某一義大利競爭者退出某些特定市場，歐體法院認為：「當某一廠商在歐市濫用其優越市場地位而使歐市中之某一競爭者被排除在市場之外，不論後者係專業內銷或外銷，只要這種退出市場有影響到歐市之競爭結構，第八十六條之要件即已充分」。然而上述這種純文辭上對效應原則之認知，並不能否認法院從未於適用歐體競爭法時只基於「在歐體中有限制商業活動之效應」之事實。一些與歐市之連結因素也會被考慮，但有以下兩個額外考慮因素從不斷地辯論以及擴張解釋中逐漸形成，其一是「經濟個體理論」，另一是「執行地理理論」。

在一九七二年 *The Dyestuffs* 一案中，法院第一次引用到經濟個體理論。一九七六年間部分歐市之染料廠商在瑞士集會並協議共同提高某些產品在歐市的價格。英國的 ICI (Imperial Chemical Industries) 公司也參與此次協議。當時英國尚未加入歐體，ICI 本身也未曾在歐體內抬高售價，它僅是利用子公司來完成該行為。稍後執委會據此對 ICI (母公司) 課以罰鍰。ICI 不服，訴之於歐體法院，並辯稱執委會不能將其子公司之行為作為其決定之基礎。

法院最後駁回其訴：「子公司作為一分離法人格之事實並不能充分排除母公司主導該行為之可能性」。假使子公司對其商業行為不能有獨立的決策權，而單純地僅是執行指令，母子公司應合併視為一經濟個體。在這種情形下，子公司的行為應視為母公司自體之行為。稍後法院在 "Commercial Solvents" 一案中更明確地表示，上述命題反之亦成立，亦即在歐體之子公司必須承擔非在歐體之母公司之行為。是以非在歐體之母公司不能再主張在歐體無任何商業行為，故執委會對其任何依據反托拉斯法之行政作為均不適法。在這個案例中，兩個先決條件先於判決而成立：第一，母公司必須有能力控制子公司之行為；第二，母子公司必須同時有一致之商業

行為而外觀上使人理解到子公司之決策係取決於母公司之決策。

Sir Leon Brittan 曾說過「現階段經濟個體原則最重要的結論係將屬於該個體而位於國外的部分納入歐體管轄權中，並且將個體中一部之行為視為其餘部分之共同行為……」以這種形態在歐體從事商業行為者不能再以此作為脫法之手段，整個集團應視為一事業。

至此歐體競爭法被擴張適用到許多不在歐體內而有子公司在歐體內之企業集團。甚且，在程序法上而言，經濟個體理論提供對於歐體內之子公司之制裁以替代對非於歐體內之母公司制裁之基礎；也就是可利用這種方式對非於歐體內之公司達到執行第八十五條以及第八十六條之目的。綜合言之，執委會之對執行上管轄權之行使可適用在所有具有規範性管轄權之案例。然而執委會仍須受限於對外國政府之通知並接受其所可能之回應；否則執委會原則上不可能派員赴歐體以外調查並課以罰鍰。

五、歐體法院之案例法：執行地理論

有時候將經濟個體理論再加以擴張解釋也不能完全符合現實需要。當限制競爭行為形成在歐市之外，且在歐體也沒有子公司或貿易代表，其他法律衝突的理論就格外重要。在一九八八年的一個案例中，歐體法院即強調限制競爭行為之執行地。位於斯堪地那維亞、加拿大、及美國的紙漿製造廠形成一個對歐體的出口卡特爾，執委會將其視為違反歐體條約第八十五條之行為並課以罰鍰。這個決定大部分經法院肯定，然而法院並非依據經濟個體理論，法院認為不論該卡特爾以子公司或其他方式在歐市銷售，引用該理論並不適當，甚且，和執委會與總檢察長之論調均不同，法院也沒有引用效應原則。相反的，法院把違反第八十五條的行為區分為「協議的形成」與「協議的執行」兩部分。協議之形成地並不能在此被引為依據，因為參與協議之事實很容易規避第八十五條的限制。決定性的因素應指協議執行地而言，而該連結因素是普遍為國際公法所承認的。

「Wood Pulp」（木漿）一案之決定在某些評論員眼中看來像是依循「效應原則」而已，這取決於如何去解釋行為執行地理論。一種可能是將行為執行地與其他與卡特爾有關係的因素連結起來。歐體某一法官曾將協議執行的事實解釋成協議價格確實發生在歐市即可，這種解釋直說就是「執行地即為付款地或零售地」。

但歐體法院從未如此解釋，僅認為直接以歐體外的市場集中化行為以及在歐體

內的執行，即已符合第八十五條所定義的「在歐體內具有目的及實質效應之限制競爭行為。」從而「執行」相較於「效應」即為一種完全不同之理論或連結因素。

依總檢察長 Van Gerven 的說法，法院在定義執行行為以及在定義歐體內仲介人之行為是正確的。易言之，在外國公司介入歐體之風險下，擴張解釋執行理論使得代辦商、分公司或子公司之行為能視為外國公司本體之行為，這點是正確的。然而法院擴張解釋到所有直接銷售於歐體，或直接向外國公司之採購行為均適用歐體競爭法，則顯有不當，因為這並未充分具有與歐體之連結因素。綜合來說，法院並未積極接受效應原則，但同時也未完全排斥這個理論。

在某些案例中，在歐體內雖有反競爭效應卻不一定在歐體內任何執行行為。假使限制競爭行為本身是一種不作為行為，例如專屬總經銷協定包含對某一地區不從事銷售的條款，或一種智慧財產權之授予行為包含不與原權利人競爭之條款，則執行地理論可說是完全無意義。這就如同執委會副總裁曾表示：「一個不作為 行為或符合第八十六條之有市場力量廠商之拒絕交易行為，就不能適當地被描述成為執行行為。」比方說，在 Wood Pulp 一案中，參與協議之各方既同意瓜分全球市場，則協議中必定包含某些廠商不對歐體進行銷售之條款。假定執行地理論變成是一種完全效應理論，則這二者只不過是地域原則的一種正當化的理由而已，並且不能保證來日有案例非得要符合完全效應原則才能適用歐體競爭法之情形。歐體法院屆時才會再思考過去看法之妥當性。

直到那時候去接受歐體法院案例法的結論比現在僅就純理論之探討來得有意義。作為一個結論，法院其實已經接受了執委會的決定，並含蓄地接受了效應原則。就像法院長期未限縮對歐體條約第八十五條及第八十六條之解釋，就不得不令人連想這種案例形成是不是一種妥協，而意欲牽就部分法官對國際公法的懷疑，卻無意去限縮歐體反托拉斯法之範圍。

六、出口卡特爾

法院含蓄地承認效應原則是可以從其對國外市場反競爭行為之案例中察覺出來。在以下的內容中，法院仍大量採用執委會的觀點，並已於本文三之 B 中討論過了。故協議若特別針對出口至非會員國市場，似乎不像是在限制或扭曲歐市的競爭，並且也不像是違反歐體條約第八十五條。但當協議對歐體競爭有反射效果時，不論是

否為故意，結論就不大一樣。在歐洲糖業卡特爾 (The European Sugar Cartel) 一案中，參與協議之各廠商共同決定對非會員國輸出之價格與數量，是為求取歐體所保證的出口補貼，法院認為，若沒有這種協議之存在，廠商將會致力內銷以促進歐體本身的競爭，是以該案也有第八十五條第一項之適用。

捌、「產業競爭者間合作行為之探討」(Collaborative Activities Among Industrial Competitors)

作者：Wolfgang Fikentscher

摘譯：第二處 賈偉琳

本論著探討的主題為競爭者間，合作行為之探討，或稱為水平協議行為，或稱有以事業團體行為的型態出現。在題綱上並以下列三點為討論綱要：(1)在學理上，規範水平限制行為立法上的可行性，在此部分將對台灣、德國、歐洲及美國的相關法律作一比較；(2)在水平協議方面，產業政策與競爭政策是否存在對立與衝突關係？抑或產業政策的角色應輕於競爭政策？或係具有互補性關係，(3)第三部分將論及去年七月一群民間專業人士提交予 GATT 縘書長的一份國際反托拉斯法草案中，有關「產業競爭者間合作行為」規範的內容。

一、禁止原則與濫用原則；當然違法與合理原則

(一) 禁止與濫用的基本原則

現今立法者為了保護自由競爭以防止聯合限制行為，或防止具有市場力量的事業採行濫用地位的行為，立法上係分別採用禁止原則或濫用原則為法律規範的設計。根據禁止原則，對於競爭的限制行為是為法所禁止的，同時該項限制競爭的協議是無效的。反之，根據濫用原則，事業間彼此限制活動的協議是有效的，除非被反托拉斯法主管機關認定對於競爭或公共利益具有負面效果，自當宣示該項協議無效。目前大多數的法制體系對於水平限制交易的行為是採用禁止原則的立法管制方式，在此管制的立法架構下，競爭者間彼此限制交易的共同行為是被禁止的，且係違法的，所訂的協議為無效。此二種原則之不同，不僅在於前述實體法上的差異，亦及於程序法及舉證責任問題。簡言之，在適用禁止原則時，產業競爭者間從事限制交易的共同行為，自始即被認定為違法的，此際行為人負有蒐集事證以舉證該行為係

屬例外，而主張應屬合法。反之，在濫用原則下，產業競爭者對於限制交易的協議行爲可逕爲之，舉證該行爲係屬不法的責任在於反托拉斯法主管機關或原告。

(二)當然違法 (Per Se Rule) 與合理原則 (Rule of Reason)

禁止及濫用原則與當然違法與合理原則間並不具對應性，當然違法與合理原則有其特殊的歷史背景，各國由於程序法體系的不同，適用的情形及區野的程度亦未便一概而論，其間尤涉及到舉證責任的問題。

一八九〇年美國史爾曼法立法通過時，對於限制交易的協議，係援用英國普遍法的傳統，於該法第一條予以禁止。迨至一九一一年美國聯邦最高法院在 U.S. V. Standard Oil 及 U.S. V. American Tobacco 兩案中，援用英國的合理原則來解釋史爾曼法第一條的適用。爰自一九一一年起合理原則的抗辯是被允許的，惟在舉證責任上，美國聯邦最高法院主張仍應由被告負擔。此後，美國聯邦最高法院更繼而加重合理原則的適用。目前在史爾曼法第一條的運用上，係移轉由原告負擔舉證所訴稱之限制交易的協議爲不合理的。此項舉證責任移轉由原告負擔的變更，使得史爾曼法第一條對於限制交易協議的認定，已由禁止原則變革爲濫用原則。

在西德反卡特爾法而言，二次世界大戰後，限制交易的協議行爲是被禁止的，惟合理原則得以適用爲實體法與程序法的例外情形，此際，被告即負有舉證協議合理性之責任。在其時，西德反卡特爾法並無當然違法原則的認識。當然違法的禁止在適用上，係在合理原則的抗辯不被接受爲抗辯時，方屬存在。此際主張合理原則的抗辯係不存在的舉證責任，在於反托拉斯法主管機關、公平交易委員會或原告。由於德國在合理原則抗辯相當不清楚，故在一九五八年修法時已棄置了當然違法與合理原則的適用，並於德國法中明示限制競爭的協議爲禁止的，惟創設了一些特殊的例外規定。

中華民國公平交易法第十四條及第七條的規範與德國法律規範大致相同，對於限制交易的協議視爲禁制，惟亦創設了一些特殊的例外規定。

在一九九三年國際反托拉斯法草案，係採用當然違法與合理原則併存的規範方式，惟明訂主張適用合理原則的舉證責任在於被告。

(三)歐市羅馬條約 (EEG Treaty) 及歐體十二會員國對於事業聯合行爲的規範

歐市羅馬條約第八十五條對於事業聯合行爲係採禁止原則，惟於第八十五條第

三款訂定了一些例外案例。在歐體十二個會員國而言，對於如何保護市場競爭，並無統一的立法規範。保護競爭功能的立法規範類型相當多，有悉數採禁止原則的，亦有同時採用禁止原則與濫用原則的。目前法制體系沿用禁止原則的會員國計有比利時、希臘、愛爾蘭、義大利、法國等。法制體系兼採禁止原則與濫用原則者計有德國與葡萄牙。法制體系採濫用原則者計為丹麥、盧森堡、英國及荷蘭等。

二、產業政策與競爭政策

再來值得關切的是政府主管機關為了增進國內事業的競爭力，往往有促使競爭者採行合作行為的情形。此際，將可能造成競爭政策與產業政策的衝突。當競爭政策與產業政策發生衝突時，反托拉斯法所應扮演的角色為何，最明顯的例子為策略聯盟。策略聯盟涉及合資行為 (Joint Venture) 時，其行為是否可議，過去已爭執不休。其中另衍生一特殊的爭議點，在於當政府本身或國營企業亦參與策略聯盟享有股份時，反托拉斯法如何置處。

基本上，產業政策與競爭政策的衝突，僅係為優先權衝突的問題而已，抑或者是在於國內或國際經濟的考量下，規範經濟政策相互關聯性時，二種基本主張的相互衝突而已。有一派主張支持自由貿易論者認為，快速及連續的國際貿易自由化行為，為促進世界及一國經濟成長與全民福祉的必要行為。反對自由貿易論者認為，惟有一國的經濟實力健全，方足以開啓世界市場之端。這派支持者認為，當一國經濟體質不健全時，只有靠政府的介入，並採行對抗國際競爭的措施，方足以達到國際經濟活動的健全。

問題的爭點即在於究竟應以採行或維護自由市場的競爭為優先或係以增進一國產業或特定產業部門為優先？這個問題有待對於競爭過程及該過程對於社會整體的關係，有一本質性的認識為斷。

自由貿易論者表示反對政府介入之立場，認為政府介入的行為將阻礙經濟成長與效率的追求。同時認為經濟成果的實現，惟有透過一看不見的手一方足竟其功。

事實上，要決定產業政策（換言之，即經濟效率）是否優先於競爭政策的考量，有待以更深入的分析與實證方式來探討。

三、國際反托拉斯法草案的介紹

本份草案是由一群國際反托拉斯法的專家共同訂定，以提供 GATT 作為簽訂多

邊協定之參考，該項草案並已於一九九三年七月提交 GATT 紘書長。

本草案的訂定採取了一些原則：草案的第一個原則為國際反托拉斯法應以一國國內法為基礎。第二個原則是國際反托拉斯法內容將取自於大憲章、巴黎公約及修正後的波恩公約的精神。同時國民平等待遇原理的精神亦適用於國際反托拉斯法中，亦即國內競爭與國際競爭應不容有不同待遇。第三個原則是建立最低標準的適用基準；亦即在符合某種條件下應適用國際反托拉斯法，否則即適用國內法。第四個原則是自動執行（即適用）原則，亦即當一會員國國內並無國內法足以規範特定行為時，國際反托拉斯法將直接適用。接下來要談國際反托拉斯法草案的主要內容：

(一) 水平及垂直協議

草案第一部分包含三條款，在於說明對於有意接受本項多邊協定的 GATT 會員國而言，接受本法應視為一種義務。第二部分明訂水平限制交易行為係受禁止原則的規範，同時亦明申在某些情形下該些行為當然違法。在所謂的當然違法行為之外，適用合理原則，同時由被告負舉證責任。在當然違法的情節，將在不接受反證的狀況下，直接推定違法。其中草案第四條明訂競爭者間有關統一價格、區隔客戶或市場、配額限制等的協議、諒解或聯合行為為不法的，同時不接受合理原則的主張。第四條第二款明訂其他得屬主張合理原則的水平協議行為態樣，主要在規範不合理的交易行為，此際舉證責任在被告，由其舉證行為合理性。第四條第二款第二項明訂當競爭者協議目的在於抑制競爭，即可視該項協議係限制競爭的協議行為。第五條則係專對垂直限制訂定規範，如明定在行銷策略上，有阻止或限制商品或勞務於國度間自由流通的狀況，或對商品或勞務的交易有歧視性行為之發生，或拒絕折價及轉運事時的限制行為，應視為不法。

(二) 與智慧財產權有關之限制行為

草案第六條規範與智慧財產權有關之水平與垂直限制行為。歷來，對於智慧財產權涉及反托拉斯法的問題係採二分法，即對於享有專利權、著作權、商標權者，視為合法的獨占，若逾越此範圍即應受反托拉斯法規範。

晚近，美國對於智慧財產權及反托拉斯法的衝突問題，有了新的看法，認為如專利權的濫用未必即違反反托拉斯法，即出現三分法之現象—合法獨占、濫用及違反反托拉斯法三種狀況。本草案則係採四分法—即①屬智慧財產權範圍的行為，但

未違反反托拉斯法，②屬智慧財產權範圍的行為，但違反反托拉斯法，③逾越智慧財產權範圍，但未違反托拉斯法，④逾越智慧財產權範圍，但違反反托拉斯法等四類行為態樣。

另外，草案第六條第二款係規範有關智慧財產權交易時，對於排他性或非排他性及地域限制授權的行為。第六條第二款規範 Know — how 授權的行為，其他條款尚有訂定行銷時產業據點設定集中度的規範。

四、結語

若論產業及貿易行為的發生，是否必然增進全民福祉（包含消費者），答案應非肯定。全民福祉的追求尚有賴政府以非常公正的立場調和各種政策間的衝突與對立，如果一個政府能成功的為整體經濟與市場供需提供一穩定的競爭環境，同時國際社會成員亦能以同樣的旨趣從事國際貿易活動，相信經濟的正義性及社會福祉政策的目標方得以實現。

玖、論不正競爭法的國際觀 (International Aspects of The Laws of Unfair Competition)

作者：Gerhard Schricker

譯者：第三處 劉紹貞

自從去年關稅暨貿易總協定烏拉圭回合談判之後，吾人可預見未來國際貿易之發展將益形重要。然而伴隨各國經濟發展所產生的國際不公平競爭行為亦將更為明顯，是以如何解決各國間對不公平競爭行為的不同規範與法律衝突，勢將成為不正競爭法的重要課題。有關「不正競爭法的國際觀」之討論，重點如下：

一、「不正競爭防止法」之內涵。

現代不正競爭防止法起源於十九世紀中期的法國判例法（French Case law）中關於民法一般條款之侵權行為。其中矇騙、商業毀謗、營業秘密之侵害及其他經濟自由之誤用，開始被視為是「不正競爭」（Concurrence d'loyale）。此後，不正競爭的觀念在散播世界各地的過程中亦不斷地修正。

各個國家對不公平競爭行為的規範之所以有所衝突，主要源於「不公平競爭」一詞的定義不明。不公平競爭行為中的欺罔、商業誹謗、竊取營業秘密等，原先受

民法侵權行為的規範，然而在法律發展過程中，基於防止不公平競爭的觀念，所以較具體的智慧財產權已被特別立法保護，而將不公平競爭法僅視為智慧財產權法的補充法，惟其補充的功效又因各國國情、法律架構、保護法益而有不同；如未經註冊之外國著名商標，有些國家是於商標法中保護，但有些國家則於不正競爭法中予以規範。

另外各國對不正競爭行為規範的法律效果亦不相同，對於違反不正競爭法之行為，有課以民事責任者，或加強行政管制者（如美國聯邦交易委員會較注重行政管理、日本、臺灣、義大利亦同）。現今，各國多將民事、刑事、行政管制三者合而為一，以規範不正競爭行為，但因各國著重不法之程度不同，故對不正競爭行為之規範互異。

在法條的結構與法益的保護上，不正競爭法的傳統見解在於保護製造商或零售商間競爭者之利益，及競爭團體的共同利益。然其困難之處在於個別利益的區分，例如引人錯誤廣告或產品原產地之標示。從消費者的立場來看，在本世紀的六〇至七〇年代的十年間，消費者保護運動蓬勃發展，然消費者保護的範圍與不公平競爭並無太大關係，如定型化契約及產品責任。而今，在很多國家，不正競爭法已被賦予保護消費者及公共利益的任務。

二、內國不正競爭防止法對外國人之保護。

各國不正競爭法對外國人保護之規定不盡相同。一般而言，大部分的法律關於外國人保護之規定多採「互惠原則」，亦即只有本國人民在他國受到保護的情況下，本國法律始保護他國人民。在不正競爭法之領域，對外國人保護的問題各國從早期的「巴黎公約」到近年的 TRIPS 協定，均可見到對外國人的保護已從「互惠原則」發展到「國民待遇原則」，即外國人與本國人民受同等保護，但巴黎公約或 TRIPS 協定主要是規定智慧財產權的保護，至於未明確規範之不公平競爭行為是否仍採用「國民待遇原則」，各國尚未有一致的看法。

三、從互惠主義到國民待遇原則（Principle of National Treatment）的發展趨勢，可以瞭解不正競爭領域中有關巴黎公約對工業財產權保護的國際統一法律。

巴黎公約經過不斷的修改，才建立了不正競爭的國際保護原則，而國民待遇原則之應用亦始見於巴黎公約。除此之外，會員國更著重不正競爭的有效保護。巴黎

公約第十條之一（Art. 10bis）規定，凡違反工商業務上誠實習慣之任何競爭行為，均構成不正競爭行為。一般條款更列舉三類不正競爭行為作為補充說明，包括：混淆的行為、損害他人信譽的行為以及引人錯誤之說明或陳述。巴黎公約條款對於全世界採用不正競爭法的國家有重要的影響。有些國家，例如比利時和義大利在本世紀的二〇和三〇年代，已將巴黎公約第十條之一納入其國內法中有關不正競爭之規定，其結果不僅外國人受益，本國人民亦同樣受到保護。

巴黎公約第十條之一的實際用語來自一九五八年的里斯本修正版（Libon Revision）。如果我們觀察現代不正競爭法的發展趨勢，並將之與第十條之一的實際用語比較，將發現第十條之一的內容較保守。巴黎公約的基礎建立於工商業者權益保護的概念上，而非在於消費者及公眾利益的保護。惟第十條之一的規定僅限於競爭衝突上，故將難以擴大成為規範市場的工具。

四、最新的關稅暨貿易總協定與貿易有關之智慧財產權協議（Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights）均已採用國民待遇原則；惟TRIPS對不正競爭事件卻少有貢獻，因此，國內法仍然負有取締不正競爭行為之重責，換言之，國內法應用於國際貿易上將會日益重要。

國際法統一的欠缺意謂著預防不正競爭的行為仍是國內法主要的任務，但各國內法間的規範並不同，故了解國內法如何適用於國際貿易極為重要。譬如，在美國刊登比較性廣告，是合法的行為，法國、英國亦同；然而在比利時、義大利、德國，比較性廣告基本上是違法的。大部份的國家，在侵權法（Torts）下規範國際衝突的法規亦適用於不正競爭，依該準據法此行為發生地的國內法將有其適用性。在不正競爭之案例中，經常是數個行為發生在不同國家，例如，涉及不實廣告的雜誌在美國出版，而在英國、法國、德國或其他國家銷售。在侵權法下，原告通常被賦予在數國中選擇對其最有利的法律來適用。如果此一選擇權同等地適用在含有消費者及公共利益的不正競爭案例中，則有疑義。

在德國，已有處理重大相關利益衝突之規則，該規則與法律具有同等效力。在大部分的案件中，該規則已有效地導引法律規範廣告或促銷行為。如果一個行為以同樣之方法在各地為之，則產生所謂多數州競爭的複數效果，而該不公平之行為在各地各自依其規範之法規加以裁判。以誤導性廣告為例，德國出版的報紙，若在德

國、奧地利、瑞士銷售，則應遵守各該國之法律。但有一例外，即溢出效果在實質上並未對市場產生影響時，將被忽視，因此少數雜誌之銷售或外國電視節目偶爾出現在邊境區域之情形，即不應適用該國法律。

整體言之，每一地方法律對於有利益衝突的狀況已制定規則，其結果造成國際性的廣告活動，必須遵守所有國家對於廣告最嚴厲的規範。電視廣播活動在歐體執委會有一完全不同解決的方式，其基礎是建立在電視廣播產生的控制原則。根據執委會，各會員國應確保所有的電視廣播透過傳播裝置，在其會員國的管轄下，遵守該會員國的法律；其它會員國則必須確保接收的自由，並不得限制從其他會員國再傳播電視廣播。因此電視廣告必須遵守擁有第一手傳播會員國的法律，其他會員國，亦應允許該傳播方式。無論如何，這個原則有利於國際性廣告，似乎可被各國接受，而達到相當程度的法律統一。然而，在歐體該原則卻被執委會侷限在既經協調之個案。是以，最初國家法律的原則是將電視廣告與其他節目分開，並非以規則去管理比較性廣告的許可；後來仍然以會員國的法律來裁判，僅在允許與禁止之間有其不同之程度。

五、介紹歐體在調和各國不正競爭法律衝突的經驗及努力。

歐體對不正競爭法的協調工作已進行逾三十年，至今仍有極大的困難仍待克服。例如引人錯誤廣告方面，歐體指導原則定義「引人錯誤廣告」為「廣告以任何形式欺騙或類似欺騙方式向他人說明或表達」。「引人錯誤」因此被定義為「欺罔」；這個定義致使法官形成確信有關引人錯誤的欺罔本質，尤其是一定百分比的相關大眾受到誤導。在德國只要能證明受調查之相關大眾已達百分之十受欺騙，即構成欺罔，此一結論對引人錯誤廣告的管制是非常嚴格的，經常受到批判。在義大利正好相反，欺罔的特性是依法官個人的經驗來判斷，此係基於義大利消費者的天性不易受騙的考量。

在歐洲我們依然期待歐體的審判法院能藉由指導原則下的定義和解釋，進一步提升協調的地位。即使該指導原則允許各國法律作更嚴格的管制，歐洲法院仍必須決定如此的管制對於在歐體中自由流通的商品不會造成過渡的障礙。一般的趨勢顯示，歐洲法院的目標在自由化，而歐體的目標，尤其是消費者保護方面，則在於更嚴格標準的協調工作。

六、結論：有關不正競爭防止法國際協商的展望。

歐洲經驗在不正競爭法協商的展望方面，所給予我們的啓示是什麼呢？在法院運作上，面對不正競爭法領域中法律制度的不同及欠缺統一，我們應該了解保護目標搖擺不定的困難。如果我們考慮將保護消費者及公共利益的實際需要，透過防止不正競爭對市場行為規範的工具，那麼不正競爭在巴黎公約的傳統定義下，將不再適合被當作一般國際標準。在新的關稅貿易總協定中有關貿易上智慧財產權協定（TRIPS），係建立在與巴黎公約相同的個人主義的途徑，且僅處理不正競爭的邊際範疇。如今，最佳途徑——無論如何是最謹慎妥適——已由區域性協調所達成。

最後，如何調合各國不正競爭法間的法律衝突，進而尋求國際統一法典的可能性，是許多國家所共同努力的方向。歐洲共同市場之會員國即曾努力以各種理論或協定等方式尋求解決，但因各國之國內法、經濟政策或對法律事實認定之不同及各國執法之尺度寬嚴不一，所產生的差異等因素，致無法達成共識，故仍有待學者、專家在此次國際學術研討會中提出因應之道。

拾、日本的流通系列與競爭政策 (Distribution Keiretsu and Competition Policy in Japan)

作者：Kinya Kubo

譯者：法務處 曾惠卿

在日本廣泛被實施的流通系列，係指製造業者為了尋求或確保中下游販賣業者對於自己商品販賣的合作，及企圖對能幫助其實現販賣政策的販賣業者為掌握、控制所為的一連串的行為，並成為一個組織化、系統化的型態及構造。

排他性之交易契約是流通系列化中最基本的類型及最有力的手段之一，排他性之交易有二個基本類型，一是排他性之購入契約，另一是排他性之供給契約。當一個企業藉由排他性的交易行為建立其流通管道後，它將可能繼續實行如維持或限制轉售價格、市場分割、杯葛等反競爭行為，以建立起在其控制下一個更完整之流通管道。

就企業經營的觀點而言，流通系列本身具有經濟上之合理性，這也就是為什麼排他性的交易契約在競爭政策上將其視為原則上合法之原因。排他性之交易契約本

身並不立即違反獨占禁止法，根據獨占禁止法第二條第九項之規定必須該排他性之交易行為對公平競爭有妨礙之虞，始為違法。要探討一個排他性之交易契約，是否已造成公平競爭之妨礙性，應考量下列要素：

1. 相關事業之市場占有率（如為排他性交易之製造業者 A 與之訂約之販賣業者 B 在其相關市場之占有率）。
2. 可能成為 A 之交易相對人 B、B₁ 乃至 B_N 之數量及其於相關市場中之地位。
3. A 之競爭者 A₁ 乃至 A_N 有無可能去經由另一個流通管道取得交易。
4. A 之市場占有率於為排他性交易契約前後之變化。
5. 該排他性契約實施之期間的長短。
6. 有無新的市場進入者。
7. A 之競爭者是否同樣實施排他性之交易契約。

關於排他性之交易行為與獨占禁止法之關係，日本實務上之見解，於早期丸金醬油事件中並沒有探討排他性之交易契約是否有造成公平競爭之妨礙，惟於日本光學公司事件中其見解已經修正變更。

當然，企業為了組織或鞏固其流通系列，除了排他性之交易行為外所為的其他反競爭行為在獨占禁止法都有其規範，如轉售價格之維持行為原則上違法，轉售價格維持以外之垂直限制行為則應考量其促進競爭及反競爭性之平衡等。

日本企業之所以能成功的組織成流通系列，其乃由於日本地理市場之特殊性、排他的社會性、一個製造業者對流通業者之強勢支配力及流通業者對有力之製造業者的忠誠等因素。今日日本企業會傾向於採行組織一個流通系列，固然有如上述之特有市場因素；惟如果我們深信消費者的福利必須藉由一個開放的市場及競爭來確保，則除了加強獨占禁止法的執行外，日本企業亦不得不對參加流通系列所得多餘利潤之享受作一割捨。

拾壹、瑞典競爭法與消費者保護法 (Swedish Competition and Consumer Law)

作者：Ulf Bernitz

摘譯：第三處 吳翠鳳

瑞典是一個以高度工業化聞名的國家，和奧地利、芬蘭、冰島、挪威及瑞士，

同屬於歐洲自由貿易聯盟（the European Free Trade Association）的成員，近來歐洲自由貿易聯盟以及歐洲共同體（The European Community）計劃成立一個EEA（European Economic Area）即歐洲經濟區，這對國際利益而言係非常重要的一个新組織，這個組織的形成，是希望能夠把所有消費者保護及有關貿易自由的相關法規，做一些調合的工作。基本上歐洲自由貿易聯盟國家的法令與歐體國家的法令是非常接近的，就連歐洲共同體有歐市執委會以及歐市法庭等機構，在歐洲自由貿易聯盟裡也有相同之機構，有著同樣的功能。自由貿易聯盟所訂定之實體法係適用於所有所屬會員國，談到競爭法的話，原則上歐體的競爭法也可適用於自由貿易聯盟的會員國，而更重要的是，所有建立於歐市法庭的判例法，也就因此成為自由貿易聯盟國家援引適用之依據。不過大部分的自由貿易聯盟國家都覺得雖然有這樣一個非常廣泛的聯合協議，但是還是有不足夠的地方，所以有些自由貿易聯盟的國家也相繼尋求加入歐洲共同體，包括像挪威、瑞典等國家。目前這些加入歐洲共同體的談判也已接近結束，大概今年稍後的時期談判可告完成，當然公民付決的結果會是如何還很難說，但是我們可以從歷史的經驗了解到，我們不應該把這個視為理所當然，就是說公民一定會同意加入歐洲共同體，但是我們當然是儘量樂觀，希望明年能夠加入。

很多歐洲國家在制定自己國家的競爭法時，都常以歐體競爭法做為依據，但是可能沒有一個國家在採行歐體競爭法時，會像瑞典這麼徹底，值得一提的是近年來瑞典政府在競爭法的領域有相當重要的整合立法，也就是市場法的建立。

市場法顧名思義就是指企業在市場上運作的一種基本原則，主要包括企業與企業的競爭、價格管制、市場交易、商品安全以及消費者保護等，在這個概念下，瑞典政府摒棄了以德國法為藍本所制定的不正競爭法以及規範限制競爭的立法，主張以廣大消費者利益為中心的市場行為法。因而其規範對象也就包括企業家及消費者暨國家的利益。經過整合後的市場法，包含限制競爭的競爭法、規範不正競爭的行銷行為法、以及其他消費者保護的若干單行法規三大部分。

一、競爭法

瑞典的競爭法是從一九九三年七月一日開始生效實施，它幾乎完全以歐體競爭法為藍本，所制定之原則與歐體競爭法大致相同。在瑞典競爭法第一條中明白規定

競爭法的立法目的就是在促進競爭，排除競爭的障礙，在第六條至第八條對於獨占事業的行為有明白規定，第十九條更揭露不得濫用市場地位的原則，另外瑞典競爭法中另一個重要的規範就是對於結合的管制，對於有意結合的企業，在未取得瑞典政府核准前，不得有結合的行為，然瑞典政府必須於三十天內通知是否同意，但如結合後增加市場力量的結果會對競爭造成妨礙者，則不予同意。

瑞典競爭法的主管機關握有像歐體一樣的權力，所以跟歐體的制度很像。但是這裏還是要特別指出幾個條款來比較瑞典競爭法與歐體競爭法些許不同的地方，也就是一些行政措施以及集體豁免的條款。首先，在瑞典的競爭法有關限制協議條款裡面是採用概括性條款，就是採用細則的方式，如果說限制的協議會對市場造成一個能夠感受的相當程度，即明顯影響程度的時候，才會受到禁止。在禁止的條款之外，會被容許的限制性行為，指的可能就是影響不大的行為，通常組成協議的所有成員，其所占的市場占有率不到百分之十五的時候，就不會受到禁止。這是瑞典的情形，如果是歐體，百分之十五，可能會太高。

另外，有關豁免適用的不同，如果從商業的眼光來看，為了要貿易活動更加順利的話，瑞典規定擬申請豁免的業者，應向主管機關提出申請，在三個月內主管機關沒有提出質疑的話，就表示這個申請者可以在申請過三個月後，有五年的豁免期間，規定三個月的期限，主要是希望能夠給申請者一個申請機會，另外也能夠限制主管機關研究這個問題的時間。

就歐體競爭法來講，有關求償權利的條文，還是相當特殊的一個條文，根據瑞典法律，不論是競爭者或者是其他的業者，都有求償的權利，當然前提是他們的商業活動受到了結合行為的妨礙或影響。在其他歐洲國家的競爭法對於這個問題並沒有規範，但是瑞典的競爭法有明文規定相互競爭之事業也有求償的權利。

就有關合併方面，在瑞典國內的層次上有合併管制，如果說合併有相當大的一個規模，根據歐體的規定，歐體的規模相當於五十億歐洲貨幣的話算是一個相當規模的合併，瑞典設的是一個比較低的門檻金額，而且也規定合併的事業必須向主管機關登記，我們定的門檻金額是八億歐洲貨幣，所以比歐體所規定的五十億要低很多，但是在管制的機制上與歐體是一樣的，這和歐體其他國家非常相似，這個合併的管制，在歐體來講，不僅由布魯賽爾的歐體委員會來主導這個管制，而且在自由

貿易聯盟裡面也有這樣的主管機關來管制。

二、行銷行為法和不公平競爭

另外，有關不公平競爭以及行銷措施方面的問題，在這方面斯堪地那維亞國家在過去發展出一種特殊的模式，筆者知道在其他國家裡面也非常注重所謂消費者投訴調查委員會的問題，瑞典更是如此。瑞典的不正競爭營業法是於一九七〇年制定，其主要的特色在於其把消費者和營業者同列為保護的對象，其將消費者列入保護對象，當然是基於六十年代以後消費者意識的抬頭，原來在一九三一年制定的不正競爭法並沒有完全被廢止，仍保留了部分對同業競爭者的規範，如營業秘密的保護、仿冒的禁止等。

瑞典在一九七〇年通過的不正競爭法－行銷行為法，希望能夠來保護消費者，這個行銷行為法主要是由消費者投訴調查委員來執行，這是過去的情形。現在還有所謂的消費者委員會，但現在調查委員的制度和消費者委員會合併起來成為一個相當大的中央級的主管機關，調查委員本人並不審理消費者投訴的案件，但是他可以主動的採取行動，從這個法的名字－行銷行為法，可知其規範範圍包括所有的促銷活動，另外有關於不當行為促銷方面，有一個概括性的條款，在斯堪地那維亞國家裡面，非常重視國際商會所採行的標準，因為這也是廣泛被接受的正當的商業行為，所以在決定某個行銷行為是否正當的時候，我們會以這樣的國際標準做為審核的依據。

另外，在行銷行為法第二條中，明白要求廣告主的真實責任，也就是說消費者經由廣告所提供的訊息是真實的，如果有被誤認的情形，或有無法查證的情形，就是一個不公平的競爭，是違法的。同時在引人錯誤的廣告方面，瑞典和國際商會的標準有一點非常接近，也就是要求廣告主自己來提供證據證明他的廣告屬實，不是要求原告或申訴者來證明廣告有引人錯誤。有關比較型的廣告，現在是歐體常見的一種廣告方式，在斯堪地那維亞國家裡面，也是符合國際商會的原則，瑞典是完全准許比較型的廣告，只要廣告的內容完全屬實，而且不對競爭者造成損害就可以。

三、消費者保護法

瑞典消費者保護法所稱之「消費者」係指商品之需求者而言，係將商品供自己合理的使用，並非將商品予以販賣者。瑞典所訂定的各種消費者保護法規中，有一

個比較明白的原則，那就是對於單憑消費者個人力量所無法於契約中 約定的事項予以保護，一九七三年所制定的消費者販賣法是瑞典最早所制定保護消費者的法律。一九八一年所制定的沿街販賣法規之消費者有一週的猶豫期間，這一週猶豫期間的計算是自消費者收到商品開始。在一九八六年訂定的消 費者服務法中，對消費者的保護更加強了，該法實現了工作契約的簽訂，包括動產、不動產、及珍貴財產等。

消費者投訴調查委員及消費者委員會也有權來執行像食品安全法的權利，在斯堪地那維亞國家裡面，整個法條的執行，主要是消費者投訴調查委員及消費者委員會共同來執行，這指的是行政上的。