

《公平交易季刊》
第 27 卷第 2 期（108/4），頁 1-42
©公平交易委員會

公平交易法第 20 條廢止之試論

黃銘傑*

摘要

本文從現行公平法第 20 條之立法沿革及其規範內容出發，探討該條規定「限制競爭之虞」、「無正當理由」等競爭效果要件及實質要件之規範意義，並認為「限制競爭之虞」之規範要件實已喪失其時代意義及支持，從而當有必要檢討公平法第 20 條規定本身的存廢問題。基於如此之問題意識及認知，本文遂仔細檢討該條各款規定之行為形式要件，對照、參酌前述競爭效果要件及實質要件之研析成果，並與公平法其他相關規定之內容詳加比較後，發現現行公平法第 20 條各款所規範的行為客體，實得藉由獨占地位濫用、聯合行為規定等，予以更為妥適之規範，如此結論更加強化公平法第 20 條應予廢止之論證。尤有甚者，於檢討公平會現行有關公平法第 20 條之具體實務運作後，發現現行公平法第 20 條規定已有被不當運用成為阻礙正常的競爭活動之虞，而可能危害公平法所欲確保之自由競爭及消費者利益，此種執法態勢已使得該條規定不單僅是處於「雞肋」境地，尚可能危害公平法確保自由競爭、保護消費者利益之立法目的。本文因此建議，應參酌歐盟競爭法、德國限制競爭防止法之規範理念及手法，廢止公平法第 20 條規定，同時配套以獨占地位認定所需市場占有率規範的修正、增加獨占地位濫用類型的例示，同時引進有關「強制」概念之新規定。

關鍵詞：公平交易法、垂直交易限制、限制競爭之虞、獨占地位、聯合行為

投稿日期：107 年 11 月 23 日

審查通過日期：108 年 3 月 26 日

* 黃銘傑為臺灣大學法律學院科際整合法律學研究所教授。本文初稿發表於 2018 年 3 月 17 日由台灣公平交易法學會主辦之「台灣公平交易法學會 107 年度會員大會暨垂直性交易限制學術研討會」，會中承蒙評論人莊春發教授及與會人員對本文多所指正，其後投稿過程中亦承蒙匿名審查人多所指正，於此謹致謝忱；惟一切文責仍由筆者自負，自不待言。

一、前言

現行公平交易法（下稱公平法）第 20 條規定如下¹：

「有下列各款行為之一，而有限制競爭之虞者，事業不得為之：

- 一、以損害特定事業為目的，促使他事業對該特定事業斷絕供給、購買或其他交易之行為。
- 二、無正當理由，對他事業給予差別待遇之行為。
- 三、以低價利誘或其他不正當方法，阻礙競爭者參與或從事競爭之行為。
- 四、以脅迫、利誘或其他不正當方法，使他事業不為價格之競爭、參與結合、聯合或為垂直限制競爭之行為。
- 五、以不正當限制交易相對人之事業活動為條件，而與其交易之行為。」

相對於公平法其他實體規定，多僅針對特定競爭行為（如獨占地位濫用、聯合、結合及維持轉售價格等）予以規範，公平法第 20 條的規範對象行為類型相當繁複，且於描述各該行為的客觀形式前，除該條本文中之「限制競爭之虞」的客觀競爭效果要件外，又有「無正當理由」、「不正當方法」、「不正當限制」等趨近主觀價值或判斷的實質要件存在，益加令人對其各款行為違法性所在，難以清楚認知。其規範內容繁複、難以理解之程度，僅同法第 25 條之「欺罔或顯失公平」，得以比擬。於此認知下，筆者過去曾對該條規定，有如下評論：公平法第 20 條之「規範方式，不僅導致其解釋、適用上的困難性，亦時而令人難能清楚理解其在整體公平法規範架構中之定位與定性。²」上開評論，雖是針對 2015 年 2 月 4 日公平法修正前的舊法第 19 條所為，但於該次法律修正後，其所指摘之問題點，並未有舒緩跡象，反而是隨著近年來各國競爭法愈來愈發強調競爭行為違法性應著眼於其競爭效果（Effects-Based）、而非拘泥於其行為形式（Form-Based）加以分析及判斷的發展趨勢³，而受到更大挑戰。

¹ 一般而言，垂直交易（競爭）限制行為，包含價格垂直交易限制（維持轉售價格）及非價格垂直交易限制二種類型。由於本文探討重心在於公平法第 20 條與同法第 9 條獨占地位濫用規範之關係，亦即一般所謂的排除（競爭者）行為（Exclusionary Practices），故僅就非價格垂直交易限制行為的規範議題，加以分析。

² 黃銘傑，「公平交易法第十九條之規範原理與架構」，收錄於：廖義男等，公平交易法施行九週年學術研討會論文集，初版，元照出版公司，312（2001）。

³ See generally Jacques Bourgeois & Denis Waelbroeck, *Ten Years of Effects-based Approach in EU Competition Law – State of Play and Perspectives*, 1st ed., Editions juridiques Bruylant (2012).

於此情勢發展下，當有必要再次思考、釐清現行公平法第 20 條之規範角色及定位，並基此而重新省思該條規定再次修正、甚或存廢的必要性。為此，不僅應從學理上探討其與公平法其他實體規定是否有重複規範、疊床架屋之疑慮，同時亦必須分析公平交易委員會（下稱公平會）實務運作可能蘊藏的問題點，其法律執行是否過當而傷害正常競爭行為，進而導致第 20 條的繼續存在喪失其正當性，因而有必要深入思考是否將該條規定加以廢止或進行徹底改頭換面的修正。

基於上述問題意識，本文以下於第二節中，簡述公平法第 20 條之立法沿革及其規範內容；之後的第三節，構成本文最重要的核心部分，探討該條規定之「限制競爭之虞」、「無正當理由」等競爭效果要件及實質要件之意義，並認為在「限制競爭之虞」的規範要件已喪失其時代意義及支持後，於今當有必要檢討公平法第 20 條規定本身的存廢問題；接著的第四節，則從各款規定的行為形式要件，配合第三節之競爭效果要件及實質要件的討論，與公平法其他相關規定加以比較，分析是否存在重複規範之可能，而得強化公平法第 20 條廢止之論證；第五節則基於前二節分析成果，對照、檢視公平會有關公平法第 20 條的實務運作案例，一方面藉以確認是否確實存在上述重複規範之情形，同時探討公平會實務運作是否有逾越該條規範意旨、甚或公平法立法目的之虞，致令該條規定不單僅是處於「雞肋」境地，尚可能危害公平法確保自由競爭、保護消費者利益之規範目的；最後第六節的結語，則就本文敘述做一個總結。

二、公平交易法第 20 條之立法沿革與規範內容

2015 年 2 月修正前之舊公平法第 19 條規定內容如下：

「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祕密之行為。

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。⁴」

依據 1991 年 2 月 4 日公平法制定時之立法說明，舊公平法第 19 條係參考日本獨占禁止法第 2 條第 9 項及韓國限制獨占法第 15 條等規定，蓋「維護交易秩序，確保公平競爭，為本法之立法目的，故事業有礙公平競爭之行為，應予禁止」⁵。相當弔詭地，當時立法理由不僅未就何謂「妨礙公平競爭之虞」有任何說明，亦未就該當要件與各款條文中之「無正當理由」或「不正當方法」等要件二者間的關係，有任何闡述，而係直接解釋：「所謂無正當理由或不正當方法，應從其阻礙公平競爭之性質加以解釋。通常應綜合行為人之意圖目的、市場地位、所屬市場結構、商品特性及履行狀況後，從維持公平競爭秩序之觀點，個別加以判斷。」此一論述，其後亦經常為公平會運用於其實務運作中⁶。

其後，因為營業秘密法已於 1996 年 1 月 17 日立法，該法對於營業秘密有更精緻、周延的保護，以及公平會對於贈品、贈獎的熱衷執法態度；故於 2015 年 2 月修正時，除刪除原第 5 款有關營業秘密之規定外，並將第 3 款中關於贈品、贈獎行為之規範，移至新增的第 23 條規定，將第 3 款規定修正為「以低價利誘或其他不正當方法，阻礙競爭者參與或從事競爭之行為」，原第 4 款中的行為形式則增加「垂直限制競爭」之行為類型，條次並變更移為第 20 條成為現行法之規範內容。然而，該次法律修正最重要者，當不在於各款規定的刪除或內容增減，而在於條文本文有關對市場競爭效果用語之修正，將舊法時代「有限制競爭或妨礙公平競爭之虞」的競爭效果要件，刪除 1991 年公平法成立之初時僅有的「妨礙公平競爭」用語，而僅留存「有限制競爭之虞」。對此，立法說明如此闡釋：「本條所規範違法行為屬限制競爭行為類型，爰刪除序文『或妨礙公平競爭』之文字。」由此立法理由可知，第 20 條規定當已不再是有關公平競爭或競爭手段公平性之規範，而是競

⁴ 該條規定自 1991 年 2 月公平法制定後迄至 2015 年 2 月修正前，並未有重大修正，僅於 1999 年 2 月之法律修正中，在本文中所有的「妨礙公平競爭之虞」外，追加「限制競爭」用語。當時立法理由說明，希冀藉此以謀規範之周延。

⁵ 參照立法院秘書處，立法院公報法律案專輯第 132 輯—公平交易法案，18-20（1992）。

⁶ 例如，現行公平法施行細則第 26 條第 2 項、第 27 條第 2 項、第 28 條第 2 項等規定皆有下列相同的規定內容：「是否有限制競爭之虞，應綜合當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品或服務特性及實施情況對市場競爭之影響等加以判斷。」

爭是否受到限制的自由競爭保護規範⁷。

然而，對此立法說明直觀的反應是，過去公平會「妨礙公平競爭之虞之適用考量」所強調「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」中，第4款行為於2015年2月修法前後，規定內容除增加「垂直限制競爭」之行為形式外，其他實質、形式要件皆未有所變更。為何僅因條文本中之「妨礙公平競爭」文字的刪除，即得立即令其從原本的「行為不法」或「競爭手段不法」，產生質變轉換為「市場不法」或「競爭結果不法」類型⁸。由上敘述，亦可窺知，2015年2月公平法第20條的修正，雖有意將原本規範定位、角色不明的舊第19條規定，藉由該次法律修正清楚定位為有關自由競爭保護或限制競爭行為規範的條文，從而亦將該條規定從原本屬第三章之「不公平競爭」規範條文，移至修正後的第二章「限制競爭」章節中，但卻因未能徹底檢視各款條文係屬「行為不法」、抑或「市場不法」之違法性所在，導致功虧一簣，致其規範定位與角色，依舊妾身未明。產生如此結果之原因，或在於，公平會對於現行公平法第20條規定之規範理念，仍然未能持有正確認識，誤以為只要條文中存在「不為價格之競爭」、「結合、聯合」或「垂直限制競爭」等行為形式，即可將其歸類為自由競爭保護或限制競爭行為規範之條文，而不問競爭秩序因該款規定所受到的真正破壞為何？此種依然拘泥於形式，而漠視實質或效果之修法、執法態度，令人難以苟同。

⁷ 過去，公平會於其「妨礙公平競爭之虞之適用考量」中，曾有如下敘述：「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。」

⁸ 有關此等「行為不法」、「競爭手段不法」及「市場不法」、「競爭結果不法」等用語及其與舊公平法第19條第4款間關係之討論，參照吳秀明，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司，123-135（2004）。

三、「限制競爭之虞」之規範理念及問題點

(一)「限制競爭之虞」與「不正當方法」等要件之關係

公平法第 20 條之競爭效果要件或實質要件，除條文本文中之「限制競爭之虞」外，尚有第 2 款的「無正當理由」、第 3 款的「不正當方法」⁹、第 4 款的「脅迫、利誘或其他不正當方法」以及第 5 款的「不正當」等。問題癥結在於，條文本文中之「限制競爭之虞」與各款的「無正當理由」、「不正當方法」、「不正當」等，其間關係應如何理解？

如同前述二，原始公平法之立法理由，並未就何謂「妨礙公平競爭之虞」加以解釋，反倒是對於各款中的「無正當理由」或「不正當方法」，予以相當詳細說明。然而，很弔詭地，於本條規定本文僅有「妨礙公平競爭之虞」的時代所為之有關「無正當理由」或「不正當方法」等的敘述，於 2015 年 2 月修法後，幾乎沒有變更其重要內容而直接用來解釋何謂「限制競爭之虞」之意義¹⁰。姑不論 2015 年 2 月的公平法修正，為強調其第 20 條係有關限制競爭行為規範，故刪除「妨礙公平競爭」用語，令人質疑過去「妨礙公平競爭之虞」產物下的「無正當理由」、「不正當方法」之說明，是否可以直接套用到「限制競爭之虞」的解釋？至少從現行公平法施行細則第 26 條第 2 項、第 27 條第 2 項、第 28 條第 2 項等規定內容來看，公平會實務運作似無意就公平法第 20 條本文「限制競爭之虞」之競爭效果要件與同條第 2 款「無正當理由」、第 3 款「不正當方法」及第 5 款「不正當」等實質要件，加以區別。與此同時，當公平會並未於公平法施行細則中論及「限制競爭之虞」之競爭效果要件與第 4 款「脅迫、利誘或其他不正當方法」的實質要件二者間之關係時，似亦可窺知，公平會對於該款係屬「市場不法」、抑或為「結果不法」

⁹ 公平法第 20 條第 3 款中之「低價利誘」若不能解釋為該「低價利誘」手段本身違法（亦即屬於一種「行為不法」類型），則所謂「低價利誘」不過就是一種行為形式，而非一種實質要件或效果要件。正如同廖義男教授針對 2015 年的修正草案之評析：「修正草案第 20 條第 3 款所規定：『以低價利誘或其他不正當方法，阻礙競爭者參與或從事競爭之行為。』，其實與現行公平交易法第 10 條第 1 款（修正草案變更其條次為第 9 條第 1 款，內容未變）規定：『以不公平之方法，直接或間接阻礙他事業參與競爭。』之意義相當」。參照廖義男，公平交易法之釋論與實務《第二冊》，初版，元照出版公司，226（2015）。

¹⁰ 參照前揭註 5-6 及其本文之敘述。

類型，仍無法有完全確信。

無論如何，對於公平會將「限制競爭之虞」的競爭效果要件與「無正當理由」、「不正當方法」等實質要件，二者等同視之，進而將後者之實質要件，融入前者的競爭效果要件之作法，應予肯定。蓋各款規定是否加上「無正當理由」、「不正當方法」或「不正當」等用語，皆不妨礙只要系爭行為結果滿足「限制競爭之虞」的競爭效果要件，即構成各款規定的違反。此際，「無正當理由」、「不正當方法」或「不正當」等用語所欲闡明者，就僅是其行為未能符合公平法第 4 條「以較有利之價格、數量、品質、服務或其他條件，爭取交易機會」之效能競爭的期待。反之，若系爭競爭行為係以符合效能競爭之方式，爭取交易機會，則不僅不會有「不正當」等問題的發生，甚至事業或競爭者因此退出市場，亦應認為係屬市場競爭機制發揮其淘汰功能之結果，而無任何限制競爭的苛責問題。另一方面，亦須注意，不能僅因事業取得競爭優勢非以上述符合效能競爭手段而來，即認定其間涉有不法情事。蓋事業可能因運氣亨通或市場客觀因素、局勢發生不可預料的變化，而碰巧取得競爭優勢（例如因流行感冒的蔓延，使得原本乏人問津而囤積於倉庫中的口罩突然大賣）。對如此蒙受上天眷顧之人，自不能以其非基於效能競爭手段逕行認定其違法。

由上可知，於競爭手段本身符合效能競爭的「以較有利之價格、數量、品質、服務或其他條件，爭取交易機會」之情形時，不可能發生限制競爭等違法情事；另一方面，當系爭競爭手段本身屬於前述「行為不法」或「競爭手段不法」之類型時，則毋庸探討其對市場競爭產生何種限制效果，而可直接認定其行為本身違法。惟於上開符合效能競爭的絕對合法與競爭手段不法的當然違法二者之外，尚有諸多競爭行為，其合法性實難能一概而論，而必須以「合理原則」（Rule of Reason）予以綜合認定、判斷。此當是公平法施行細則第 26 條第 2 項、第 27 條第 2 項、第 28 條第 2 項等規定，認為「是否有限制競爭之虞，應綜合當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品或服務特性及實施情況對市場競爭之影響等加以判斷」所欲闡明之真意。於此情形下，再就何謂「無正當理由」、「不正當方法」或「不正當」等加以討論，僅是套套邏輯的循環論證，對於「限制競爭之虞」內涵的釐清，實無任何具體助益。或者，更具體的說，所謂「無正當理由」、「不正當方法」或「不正當」乃是上開「限制競爭之虞」所闡述的各種考量因素中，相當於「意圖、目的」等因素，其他則為限制競爭效果有無的考量要素。

（二）「限制競爭之虞」之解釋

倘若肯定以上論述，則接下來必須澄清的問題，乃是市場競爭受到何種程度的影響，始可稱其有「限制競爭之虞」。當然，依照公平法施行細則第 26 條第 2 項等規定，於判斷該當競爭效果要件時，應考量者包括「市場地位、所屬市場結構、商品或服務特性及實施情況對市場競爭之影響」等要素。一般認為，此時的決定性因素，當是「市場地位」，亦即公平會實務運作上所稱之「相當市場地位」或「相當市場力量」¹¹。理由在於，事業之市場力量與其行為之限制競爭效果二者間，經常是存在著相對應的關係¹²，故可藉由事業所擁有之市場力量，瞭解其特定競爭行為對市場競爭可能帶來的影響。正如同廖義男教授之指摘：「實務及學說上，皆認為事業限制交易相對人之事業活動而有『限制競爭之虞』，必須該事業在相關市場上具有『相當市場力量或地位』，其對交易相對人事業活動所為之限制，才有足夠力量使他事業之參與競爭受到排擠或妨礙，而發生使市場上競爭減損之可能。¹³」究竟事業應擁有多少程度的市場力量並因此而對市場競爭產生相對應的限制競爭效果，方滿足公平法第 20 條本文所要求的「限制競爭之虞」？

此際，牽涉到該競爭效果要件中「之虞」的解釋問題。學說中，有認為：「本要件既曰有妨礙『之虞』，則依一般法律用語，應不以行為對市場競爭產生實質之妨害為必要，只要有妨礙之危險即為已足。¹⁴」公平會實務運作亦有贊同此說者，曰：「公平交易法第 20 條所稱『限制競爭之虞』之行為，係指行為具有限制競爭之傾向，或放任行為之持續實施，可合理預期將減損競爭，即已該當，並非以實際

¹¹ 公平會實務運作上，對此二者用語並不加以區別，經常交叉加以使用，例如，在大豐有線電視股份有限公司一案中（公處字第 106103 號處分書），認為被處分人等「市場占有率分別約為 34.2%、37.5%、10.6%及 17.6%，是得認被處分人於『新北市板橋區及土城區有線廣播電視服務市場』顯然具有相當市場地位。」而於金頻道有線電視股份有限公司一案（公處字第 106066 號處分書）中，則以「被處分人、長德公司及北都公司於臺北市中山區及松山區市場占有率分別約為 47.7%、43.3%及 9.0%，是得認被處分人於『臺北市中山區及松山區有線廣播電視系統服務市場』顯然具有相當市場力量。」

¹² “...the degree of dominance often goes hand in hand with the potential exclusionary effect of a given practice, all else equal.” Chiara Fumagalli, Massimo Motta & Claudio Calcagno, *Exclusionary Practices – The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance*, 1st ed., Cambridge University Press, 7-8 (2018).

¹³ 廖義男，公平交易法之釋論與實務《第三冊》，初版，元照出版公司，188（2017）。

¹⁴ 吳秀明，前揭註 8，133。

上已產生限制競爭效果為要件。¹⁵」此種解釋方法，以限制競爭效果是否具體發生為分界點，若已具體發生則為「限制競爭」，若尚未存在實際的限制競爭效果，但放任之將則有發生之可能時，即稱為「限制競爭之虞」。然而，此種解釋方法，並不妥適。蓋任何不當的限制競爭行為，只要預期其實施將對市場競爭帶來不當影響，理當不能等待其具體實施、對市場競爭實際發生不當影響後，方啟動公平法規定以規範之；而應於預期其行為未來將有可能帶來限制競爭效果時，即當立即介入管制、制止其實施或繼續施行。

基於同樣理解，縱使公平法第 14 條第 1 項聯合行為規範的競爭效果要件，並未有「之虞」用語，而係使用「足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能」之文字；但我國法院歷來關於該當競爭效果要件的解釋，並未要求其要件滿足以具體發生限制競爭效果為前提。例如，最高行政法院 104 年度判字第 212 號判決，即有如下闡明：「公平交易法第 7 條所規範之聯合行為，係以『足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能』為要件。而所謂『足以影響』市場功能，乃客觀上對競爭市場有發生影響生產、商品交易或服務供需市場功能之限制競爭效果之危險者，即屬之，並不以實際上發生限制競爭效果為必要。換言之，違反公平交易法第 14 條第 1 項前段所定事業不得為聯合行為禁止義務之行為，為危險犯，並非實害犯。」

由上可知，「之虞」並非指限制競爭效果尚未具體發生但於未來有發生可能之「危險犯」意義，而係指對競爭產生影響程度的問題。正如同論者所言：「From an economic perspective, dominance (that is, market power) does matter, but it is a question of degree rather than a binary concept.¹⁶」如同前述二，原始公平法第 19 條係參考日本獨占禁止法第 2 條第 9 項之規定而來，筆者過去曾檢討日本獨占禁止法該項條文，並說明該日本法項規定係參考美國克萊登法（The Clayton Act）及聯邦交易委員會法（The Federal Trade Commission Act）第 5 條規定制定。依據日本學者之解說，上述規定原始的立法目的，係鑑於僅依賴聯合行為或獨占地位濫用規範等，並無法有效抑制獨占事業的形成；特別是，當市場競爭漸形激烈，事業為贏取競爭時而不擇手段，此種不當競爭情事助長獨占事業的形成與茁壯，固有必要於此類獨占

¹⁵ 公平會公處字第 106085 號處分書。

¹⁶ Chiara Fumagalli, Massimo Motta & Claudio Calcagno, *supra* note 12, 8 n.12.

事業有可能萌芽階段，即加以規範，避免其正式形成。就此而言，公平法第 20 條規定，在相對於獨占地位濫用及聯合行為的規範上，乃係居於一種補充性、預防性的地位。

（三）「限制競爭之虞」的問題點及其改革方向與內容

1. 「限制競爭之虞」與「萌芽」理論

基此理解，「之虞」的規範意義，並不在於限制競爭效果是否已然具體發生或未來可能發生，而在於縱令事業單獨尚未擁有獨占地位，但為避免其系爭競爭行為的持續實施可能於未來助長其成為獨占事業，遂有必要於其萌芽階段即禁止其系爭競爭行為的續行，以達到預防獨占成形之目的，此即過去一般所稱之「萌芽」理論¹⁷。於此情況下，對於該事業競爭行為的介入與管制，自不以其擁有獨占地位為前提，只要滿足一定（低）程度的市場占有率（下稱市占率），即可規範之。對於美國反托拉斯法所謂哈佛學派、芝加哥學派、後芝加哥學派之發展及其主張內容¹⁸，有一定理解的人士，當可清楚得知，上開預防性、補充性的規範理念，實為哈佛學派強調市場結構規範影響下之產物。

然而，在經過芝加哥學派、後芝加哥學派洗禮後的美國反托拉斯法學說及判決，幾乎不再抱持該種預防性規範之見解。特別是，從交易成本經濟學之觀點而言，垂直交易限制擁有諸多可以減少交易成本、促進有益交易發生等優點，不應認定其當然存在限制競爭效果¹⁹。現今，美國反托拉斯法學說及見解幾乎皆認為，休曼法（Sherman Act）第 2 條（獨占地位濫用規範）與克萊登法有關垂直交易限制之規定，二者的違法性判斷標準本質及功能係屬一致，而無後者得適用更為輕微的違

¹⁷ 有關萌芽理論之內容及發展，參照黃銘傑，前揭註 2，317-320。

¹⁸ 有關哈佛學派、芝加哥學派、後芝加哥學派之發展沿革及其主張之內容，參照莊弘鈺，「美國反托拉斯法關於垂直性交易限制之規範沿革、現狀及展望」，台灣公平交易法學會 107 年度會員大會暨垂直性交易限制學術研討會論文，台灣公平交易法學會（2018）。

¹⁹ 有關交易成本經濟學對於垂直交易限制競爭效果的分析，可參照 2009 年諾貝爾經濟學獎得主 Oliver E. Williamson 氏的相關著作，如 *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, 1st ed., The Free Press (1975)、*The Economic Institutions of Capitalism*, 1st ed., The Free Press (1985) 等。

法性判斷標準之問題²⁰。同樣地，日本學說最近亦開始對其獨占禁止法第 2 條第 9 項基於預防性觀點所為之規範理念，產生質疑，而認為對於屬於限制競爭類型的不公平交易方法，是否應繼續基於預防性、萌芽概念進行管制，當有重新思考的必要²¹。

若此，則間接經由日本法繼受美國克萊登法規定的我國公平法第 20 條，現今亦當有必要重新省思其規範之適切性與必要性。倘若第 20 條關於垂直交易限制規範的行為類型，其實都可以被第 9 條、第 11 條、第 14 條等規定所吸收，則繼續以低度的 15%市占率作為其違法門檻²²，是否有其規範合理性與必要性，不無疑問。實際上，在對照歐盟競爭法對垂直限制交易協議的 30%違法適用門檻後，對於過去以 10%之低度市占率作為其違法性判斷標準的公平會實務運作，廖義男教授已有下列警惕之語：「垂直合意確實亦可提升事業生產或經營效率，因此要判斷事業限制交易相對人事業活動之行為違反公平交易法第 20 條第 5 款之禁止規定時，應審慎為之，避免誤判而阻礙事業之合理正當發展。尤其我國實務上對於適用該條款之事業，採取低標準，在系爭商品或服務之相關市場占有率達十分之一者，即可適用。因而於決定適用此條款之案件時，宜經聽證程序...²³」。

²⁰ See, e.g., Daniel A. Crane, *Antitrust*, 1st ed., Wolters Kluwer Law & Business, 105 (2014). 就此，Richard A. Posner 氏精闢點出，法條文言並不重要，問題癥結在於是否有反競爭效果，氏如此說明：「the specific statutory rubric is not important. The question in every case is whether the practice is anticompetitive...」Richard A. Posner, *Antitrust Law*, 2nd ed., University of Chicago Press, 193 (2001).

²¹ 參照村上政博，國際標準の競爭法へ—獨占禁止法の最前線，弘文堂，46-58、371-372（2013）；日本公正取引委員會競爭政策研究センター，「競爭者排除型行為に係る不公正な取引方法・私的獨占について—理論的整理—」，https://www.jftc.go.jp/cprc/reports/index_files/cr-0108.pdf，最後瀏覽日期：2018/11/20。

²² 迄至 2016 年 2 月中前，公平會實務運作關於現行公平法第 20 條之介入門檻，係參考日本獨占禁止法之實務運作，以系爭事業擁有 10%以上之市占率為基準（參照施錦村、溫永松，「限制競爭或妨礙公平競爭之虞及其法律效果關連性之評價—公平會案例之驗證」，公平交易季刊，第 21 卷第 2 期，89（2013））；惟於公平會 2016 年 2 月 17 日第 1267 次委員會決議中，將該當門檻提高至 15%，該次決議就其修正理由及適用方式說明如下：「1.公平交易法第 20 條所規範之垂直非價格交易限制行為，事業於相關市場之市場占有率未達 15%者，推定該事業不具有市場力量，原則上無限制競爭之虞。2.另考量市場運作實務，事業之市場占有率雖未達 15%，但若交易相對人對該事業不具有足夠且可期待之偏離可能性，應認事業間有依賴性存在，該事業具相對市場優勢地位，其限制競爭之行為仍得依公平交易法第 20 條予以規範。」後者以相對優勢地位及偏離可能性有無，作為調降市占率門檻之問題點，參照五（一）4 之敘述。

²³ 廖義男，前揭註 13，192-193。

2.10%或 15%市占率作為公平交易法第 20 條違法性判斷標準之問題點

欲瞭解 10%或 15%市占率作為違法性判斷標準是否得宜，當有必要回歸根本，探討垂直交易限制行為所帶來的限制競爭效果之本質究竟為何？毋庸贅言，垂直交易限制若有限制競爭效果，其類型並非如同聯合行為或維持轉售價格般是有關聯合行為參與者間或下游事業間停止（價格）競爭的問題，而係一種排除競爭或阻礙市場進入之減損競爭的「市場封鎖」（Market Foreclosure）問題。公平會公處字第 105120 號處分書，就此有下列描述：「被處分人…之差別待遇行為，已不當墊高前開系統經營者之經營成本…減損渠等與既有經營區之原系統經營者競爭之能力，嚴重損及效能競爭，益使有意參進市場競爭之其他系統經營者卻步而造成市場封鎖效果。」申言之，因此市場封鎖效應的存在，導致競爭事業無法與上游或下游業者從事交易而難以繼續為有效競爭、甚或必須被迫退出市場，或者是潛在競爭者因為進入市場後預期將無法與上游或下游業者產生交易行為，而被迫放棄進入該當市場。

於此認知下，就有必要檢討究竟有多少比例的市場遭到封鎖後，會導致既有或潛在競爭者因無法或難以另外覓得其他得以與之交易的事業，而喪失其競爭制衡效力或不得不退出市場或放棄進入市場。顯然，僅是 10%或 15%的市場遭到封鎖，當不致會有排除競爭者或阻礙新事業的市場進入；蓋尚有其他 90%或 85%的市場存在，競爭者或潛在競爭者理當可以輕易與此等未遭封鎖的上、下游事業從事交易，而無難能覓得其他交易對象、或退出市場或無法進入市場之問題。申言之，實施垂直交易限制的事業，其市場封鎖策略能否成功，取決於對其具備「牽制力」的事業之存在與否。倘若競爭者得以從此等具有牽制力的上、下游事業獲得其供給或銷售管道，則其競爭能力不會受到影響，亦不會產生重大的限制競爭效果，而無競爭法介入管制之餘地。正如同論者所言：「Competition law should not hinder the achievement of efficiencies through vertical agreements; only if there is a serious risk of anti-competitive consequences should antitrust authorities and judges intervene.²⁴」

實則，從上述牽制力、重大限制競爭效果等管制前提，已可窺知，得以成功藉由垂直交易限制封鎖市場、排除競爭者，實是公平法第 7 條所稱「在相關市場處於無競爭狀態，或具有壓倒性地位，可排除競爭」之獨占事業。正如同法律經濟分析

²⁴ Roger Van den Bergh, *Comparative Competition Law and Economics*, 1st ed., Edward Elgar Publishing, 295 (2017).

大家 Richard A. Posner 氏所言，未擁有獨占力量之事業，除非與其他事業共同為聯合行為或以物理力破壞或詐欺等非屬競爭法規範之不當手法為之，否則其將不具有排除競爭者之能力。氏如是說：「All the plausible cases of exclusionary practices involve defendants that have monopoly power.²⁵」於此，Posner 氏認為，一般以垂直交易限制實施者須具備「市場力」(Market Power)，其實是一種混淆及誤導的說法，令人誤認以為對於價格、產量不具備某種控制或操縱力量之事業，亦得成功實施限制交易限制、排除競爭者。實則，於垂直交易限制之情形，應受規範的對象，當為具有「獨占力」之事業，而非僅是擁有被誤解其意義的「市場力」之事業²⁶。

或許，爭議的重心並不在於「獨占力」或「市場力」之名詞用法，而在於究竟應擁有多少市占率，方使得事業得以藉由垂直交易限制成功排除競爭者，進而限制市場競爭。使用「市場力」一語之最大問題及弊端在於，縱使完全無法影響、左右市場價格、產量之事業，亦可能僅因其較其他競爭事業擁有稍多的市占率（例如公平會現行的 15% 門檻），即被認為其垂直交易限制行為得以有效排除競爭者、產生限制競爭效果。對於受過經濟學、經濟分析洗禮的現代競爭法學者而言，此種結果，令人難以接受。亦因此故，美國現今反托拉斯法學說及實務，方一致認為就單方垂直交易限制規範而言，休曼法第 2 條及克萊登法相關規定，二者有關市場力量的要求並無不同，休曼法第 2 條的獨占力於此統一適用。同樣地，歐盟運作條約 (Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU) 第 102 條對於單方垂直交易限制行為，以其實施事業擁有「市場支配」(Dominance) 為前提。德國限制競爭防止法第 19 條所禁止之垂直交易限制行為，亦以其實施事業擁有同法第 18 條規定之市場支配地位為前提。易言之，美、歐、德等國競爭法對於類似於我國公平法第 20 條中的單方垂直交易限制，並不存在僅以較低市占率即得介入管制之規範手法，而係以獨占或市場支配地位濫用規範，一以貫之。

該等國家或地區競爭法實務運作，針對應擁有多少市占率方得認定有排除競爭者、限制競爭之能力，多以 40% 為門檻²⁷。的確，倘若相關市場結構較為分散，則

²⁵ Richard A. Posner, *supra* note 20, 195.

²⁶ *Id.*, at 195-196.

²⁷ Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009/C 45/02), para. 14: "The Commission considers that low market shares are generally a good proxy for the absence of substantial market power. The Commission's experience suggests that dominance is not likely

擁有 40%以上市占率之甲事業，相對於其他事業理應享有「壓倒性地位」；另一方面，倘若相關市場集中度高，除該擁有 40%以上市占率之甲事業外，尚有其他足以與其匹敵的 30%或 40%左右市占率之乙事業存在的話，則該當事業雖不能稱為享有「壓倒性地位」，但卻有其他足以匹敵之他事業得以牽制其垂直交易限制行為，令其根本於一開始就無實施垂直交易限制之誘因。更何況，我國公平法獨占地位之規範，並非僅以一家獨占為其規範對象，尚包含寡占市場上其市占率合計達一定比例以上之數家事業，例如前述甲、乙二家事業，於我國公平法上皆得認定為獨占事業；其次，倘若因甲、乙彼此間存在激烈價格競爭而無法依公平法第 7 條第 2 項規定認定為獨占事業，則更不用公平法的介入，蓋其彼此間已有激烈競爭而相互牽制。

3. 獨占地位濫用規範替代公平法第 20 條規定之可行性

由上可知，倘若公平法對於自由競爭保護、限制競爭行為規範之目的，在於確保市場競爭機制免於受到人為扭曲並得恣意將其價格提升高於競爭價格水平的話，則此時應受規範之事業，就不應該是僅僅擁有 10%或 15%左右市占率的事業，而應如同美、歐、德等國所要求的 40%以上市占率之事業²⁸。若此，則我國公平法縱使廢止第 20 條規定，亦得藉由第 7 條至第 9 條獨占地位濫用規定，有效規範對

if the undertaking's market share is below 40% in the relevant market.” 德國限制競爭防止法第 18 條第 4 項規定：「一事業如有至少百分之四十的市占率時，推定該事業係屬支配市場。」（本文有關德國限制競爭防止法之中譯，係參考林易典「德國限制競爭防止法 2015 年最新翻譯」之譯文，參公平會網站，<https://www.ftc.gov.tw/upload/6488ee19-7b9a-4caf-b78a-f41ed39a5af5.pdf>，最後瀏覽日期：2018/11/20。）美國法院判決則多為 30-40%之間，see Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and Its Practice*, 5th ed., West Academic Publishing, 596-597 (2016). 此外，歐盟關於雙方性的垂直交易限制協議則以交易雙方皆擁有 30%市占率為其規範門檻。Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, para. (8)：「It can be presumed that, where the market share held by each of the undertakings party to the agreement on the relevant market does not exceed 30 %, vertical agreements which do not contain certain types of severe restrictions of competition generally lead to an improvement in production or distribution and allow consumers a fair share of the resulting benefits.”

²⁸ 論者引歐盟法院判決如此評釋：「In the EU, the Court of Justice defined dominance as a ‘position of economic strength...giving a firm the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers’...This legal definition relates to the economic concept of market power (the ability to set prices above marginal costs), in that the case-law will find dominance whenever the firm at issue enjoys substantial market power.」Chiara Fumagalli, Massimo Motta & Claudio Calcagno, *supra* note 12, 4 n.6.

市場產生重大限制競爭效果而有必要由主管機關介入、加以管制的垂直限制競爭行為。此時，較有問題者，在於我國公平法現行針對獨占地位濫用規範內容之妥當性。公平法第 7 條將獨占地位定義為「在相關市場處於無競爭狀態，或具有壓倒性地位，可排除競爭之能力」，此一定義並無重大疑義；有問題者在於，該法第 8 條第 1 項以市占率區分，一律、制式性地排除獨占事業之認定，而非以德國限制競爭防止法之「推定」方式為之，同條第 2 項後段更以營業金額一律、制式性地排除獨占事業之認定。是否為獨占事業，並非以其營業金額多寡為判斷依據，而是其於相關市場上擁有何種地位。此種以營業金額作為排除獨占事業認定之規範方式，對於該當相關市場上之其他競爭事業，造成法規範上不當的差別待遇，又不見其合理性說明。唯一可資作為其正當化事由者，乃是營業規模如此小之事業或市場，不值得公平會稀少人力、物力資源特地為其啟動調查，進而介入管制。惟此一說詞，乃是公平會內部人力、物力配置、調度、運用問題，與相關市場獨占地位存否的認定，根本沒有關係。更何況，如同後述五（一）2，公平會現行實務運作，對於此種營業額未達第 8 條第 2 項規定標準之獨占事業，仍藉由公平法第 20 條相關規定介入，所謂公平會稀少資源的有效運用說法，亦不成立。

或許，有認為違反獨占地位濫用規範之第 9 條規定，可依據公平法第 40 條第 2 項處該事業「上一會計年度銷售金額百分之十以下」之高額罰鍰，而第 20 條規定的違反，則僅能依據同條第 1 項處「新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰」之定額罰鍰，罰鍰程度不同，各該規定自有各自分別存在之必要，從而對於僅是對市場競爭帶來些許影響加以規範之公平法第 20 條規定，仍有其獨自的存在意義。然而，公平法係維護市場競爭機制健全運作之法規範，其得以介入事業競爭自由的正當化事由亦以此競爭機制不當遭受人為破壞而無法發揮其牽制、制衡事業恣意調高價格、限制產量等扭曲市場競爭機制等為前提，只要市場競爭機制受到此種人為扭曲，則即無所謂重大、輕微之分，競爭法主管機關胥有義務介入管制、恢復市場競爭機制的健全運作。

另一方面，倘若市場競爭機制並未因系爭事業的行為而受到人為扭曲、依舊可以健全運作，則不論相對人或主管機關主觀上認為其影響如何「重大」，皆無介入、禁止其行為實施之裁量空間。倘若公平法第 20 條的存在使得主管機關得以針對實際上對競爭機制並未帶來不當扭曲、其市占率僅有 10%或 15%的事業之合理、正常競爭行為，禁止其（繼續）實施，則其不當侵害事業營業、競爭自由之嫌疑重

大。再者，以因公平法第 40 條第 1 項、第 2 項罰鍰金額的不同，作為同法第 20 條應繼續維持之理由，亦難能自圓其說。蓋第 40 條第 2 項的罰鍰方式，係以該當競爭行為影響「情節重大」為前提，倘若一家事業因其營業規模過小而被同法第 8 條第 2 項制式性地排除於獨占事業認定範圍外，則其所為競爭行為的影響又如何可達「情節重大」之可能。縱令將此種事業依其市占率認定為獨占事業，並依據公平法第 9 條對其競爭行為予以規範，其罰鍰課處依據仍將與同法第 20 條規定的違反一樣，適用同法第 40 條第 1 項，而非同條第 2 項規定。

4. 獨占地位規範改革之雜議

綜上所述，現行公平法第 20 條及其「限制競爭之虞」競爭效果要件的存在，使得公平會及司法實務運作得以針對原則上根本無法成功封鎖市場、排除競爭事業、扭曲競爭機制運作之僅僅擁有 10%或 15%市占率的事業，禁止其絕大多數有可能是創新、促進品牌間競爭、事業策略規劃所需的正常交易限制行為的實施。此種作法，早已為美、歐、德各國（地區）競爭法制所不採，從而於今當有必要檢討廢止公平法第 20 條規定，回歸獨占地位濫用規範之原則。此際，有必要予以同時檢討者，厥為公平法第 8 條排除獨占事業認定之規範方式，現行以一律、制式性、僵化式的排除認定之規範手法，無法適應各種市場情勢變化、市場結構、進入障礙等的多樣性，德國限制競爭防止法採用的「推定」方式值得我國法借鏡及參考；特別是，其順應經濟學研究之發展，對於集體獨占的市占率重新調整為更符合市場現狀的規範內容，更值得我國法學習。茲將德國限制競爭防止法第 18 條規定摘錄如下，供讀者參考：

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

- a. 並無競爭者，
- b. 並未處於實質競爭，或
- c. 相較於其競爭者具有優越的市場地位。

(2)本法意義下之相關地理市場得超出本法之適用領域。

(3)於判斷一事業相較於其競爭者之市場地位時，應特別考慮下列事項：

- a. 其市占率，

- b. 其財力，
 - c. 其採買市場或銷售市場之進入，
 - d. 與其他事業間之連結，
 - e. 其他事業進入市場之法律上或事實上障礙，
 - f. 由位於本法適用領域之內或之外的事業所生之事實上或潛在之競爭，
 - g. 將其供給或其需求轉換至其他商品或營業上給付的能力，以及
 - h. 市場對造轉向至其他事業之能力。
- (4)一事業如有至少百分之四十的市占率時，推定該事業係屬支配市場。
- (5)二或以上事業，於符合下列情形時，其係屬支配市場：
- a. 於其之間就一特定種類商品或營業上給付並不存在實質競爭，且
 - b. 其事業全體係符合第 1 項之要件。
- (6)如有下列情形之一者，事業全體係屬支配市場：
- a. 其係由三或以下事業所組成，事業合計達到百分之五十的市占率，
 - b. 其係由五或以下事業所組成，事業合計達到三分之二的市占率。
- (7)如事業證明下列情形者，第 6 項之推定得加以推翻：
- a. 競爭條件能期待事業間之實質競爭，或
 - b. 事業全體其相較於其餘競爭者並不具有優越的市場地位。」

若能參考德國限制競爭防止法上開條文規定，重新修正我國公平法第 7 條、第 8 條關於獨占地位認定之規範，則我國公平法亦當能如同德國限制競爭防止法般，縱令無類似第 20 條規定，亦能對於得以成功封鎖市場、排除競爭（者）、破壞市場競爭機制之垂直交易限制行為，予以有效規範。

（四）「強制」行為的規範

依照前述之改革建議，當能大部分解決現行公平法第 20 條各款規定所欲規範、解決之問題；惟僅藉由上開建議修法，仍不免有漏網之魚，亦即向來被視為屬行為不法、競爭手段不法類型，而非屬於限制競爭類型的同條第 4 款規定。乍看之下，該款規定所指出之「不為價格之競爭、參與結合、聯合或為垂直限制競爭」等，形式上皆屬於限制競爭議題；或因此故，2015 年 2 月法律修正亦將其繼續留存於公平法第 20 條規定中。然而，問題在於該款「以脅迫、利誘或其他不正當方

法」之實質要件。吳秀明教授對此實質要件的解釋如下：「本款規定所著重者，乃是事業以具有高度不法內涵之手段，影響他事業獨立自主之意思決定，使他事業在自由意思被排除或限制之情形下，配合行為人限制競爭之要求…無論使用何種手段，均必須足以影響他事業之意思決定，妨礙他人之意思自由，使他事業無法依一般經濟理性從事市場行為之決定，或造成他人決定時之強大壓力或誘引，使其不由自主地配合行為人所要求之限制競爭措施。²⁹」由此可知，本款規定之核心，在於事業意思決定自由受到嚴重壓抑，無法依循己意自由從事競爭活動，而須遵照他人要求或指示行動。申言之，公平法第 20 條第 4 款之違法性認定，只須事業有此強制、壓抑行為即已足，不問實際上是否有不為價格競爭或加入聯合行為等結果³⁰。

倘若此類脅迫、利誘等行為，已構成刑法強制罪、賄賂罪等犯罪行為，自有其他法律予以規範，公平法根本毋庸介入、亦無介入之必要。問題在於，倘若此等脅迫、利誘程度尚不足以構成刑法等其他法規的違反，則其所謂「脅迫、利誘或其他不正當方法」只要將之融入第 20 條本文「限制競爭之虞」的「當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品或服務特性及實施情況對市場競爭之影響」等考量要素中之「意圖、目的」二者，一併加以考量即可，似無必要定要為此再創造出與其他各款規定不同的限制競爭之虞的解釋。若此，則於該款規範定位、類型仍屬限制競爭規範的情形下，直接就系爭聯合行為、結合行為及垂直交易限制行為等是否各自該當於公平法聯合行為、結合、垂直交易限制等規定，加以判斷即可，根本就沒有必要為此另為規定。蓋倘若系爭行為該當於該等規定之規範對象，則自應回歸各該條文加以禁止並依其規範意旨思考適當的矯正措施；另一方面，倘若系爭行為並不該當於聯合行為等之禁止規定，自無所謂限制競爭效果的發生，舉重明輕，更不會有本條違反所須「限制競爭之虞」要件的滿足。

然而，如同上述，公平法第 20 條第 4 款規定的違反，並不以實施事業擁有市場力或獨占力為前提，係因其行為或手段本身即具有高度的倫理可非難性而當然違法。此種當然違法行為，已超出前述「限制競爭之虞」的合理原則判斷框架外。於公平法第 20 條有關垂直交易限制相關規定，依本文前述應予廢止的見解下，以事

²⁹ 吳秀明，前揭註 8，123。

³⁰ 同上註，131-132。公平會實務運作亦持同樣見解，公處字第 100142 號處分書就此如是說明：「該條款規範之不公平競爭行為，於競爭法上之非難性，端在其使用之競爭手段違反商業倫理及效能競爭，因而對競爭秩序產生不良影響，且由於事業為本條款之不法行為即具有非難性，並非擁有相當市場力量始得為之，是以本條款之不公平競爭行為，自不以具有市場力量為限。」

業競爭自由受到不當強制或壓迫為其規範核心的同條第 4 款規定，若認為其仍有繼續存在必要，則應正視其應有的適當、合理規範原理，不當混雜在屬於合理原則判斷法則的限制競爭行為規範類型中。實則，此種以事業競爭、事業活動自由受到強制、壓迫之規範，並不僅限定於本款行為，例如公平法第 20 條第 1 款之間接杯葛，歷來即針對其違法性所在有所爭議，有認為該款規定之違法性重心應置於受話人其交易自由是否受到強制或壓迫，若有則其強制或壓迫行為本身即屬違法；另一方面，亦有認為該款之違法性應回歸「限制競爭之虞」的合理判斷法則，檢討是否因被杯葛人喪失其交易機會而於相關市場上產生限制競爭效果，進而有違法的可能³¹。同樣地，對於搭售行為，公平會雖然一再強調應以被搭售市場競爭是否受到嚴重限制，認定其違法性，但實務運作上，卻經常僅是以事業因受到不當壓抑而被迫（coercion）同時購買被搭售商品，逕行認定其搭售行為違法³²。

有鑑於此，德國限制競爭防止法第 21 條遂針對此種強制、壓迫行為，設立單獨條文加以規範。該條第 1 項規定禁止相當於我國公平法第 20 條第 1 款之間接杯葛行為，第 2 項規定禁止事業以脅迫、施加不利益或不當利誘之方式要求事業實施歐盟競爭法或德國限制競爭防止法禁止作為契約標的之行為，第 3 項則禁止事業或事業團體強制他事業參與聯合、結合及其他限制競爭行為等。由此可知，著重於「強制」本身之不法性的規範與限制競爭行為規範，二者於規範理念上存在著根本性的差異，不當魚目混珠、牛驥同一皂而將二者規範置於同一條文中，並認為其同屬限制競爭規範類型。依照本文見解，在將典型的垂直交易限制行為等回歸獨占地位濫用規範後，公平法第 20 條剩餘的第 4 款、甚或第 1 款行為，可以針對其所欲禁止之「強制」或「壓迫」核心概念，另外單獨成立一條規定，禁制此類不當的強制行為之實施，以維護事業自由、自主的競爭行動及意思決定，確保其得獨立成為市場有效競爭單位，促進市場競爭機制的健全發展。

³¹ 有關於此之說明，參照黃銘傑，前揭註 2，340，註 52。公平會公處字 092152 號處分書則同時將此二種面向列為其違法認定理由而謂：「被處分人之行為，亦已減損市場之自由競爭機能。此外，對交易相對人亦造成不當壓抑，有妨礙交易相對人自由決定交易對象之情形，已減損市場之自由競爭機能，自屬限制競爭之行為。」

³² 有關於此，參照黃銘傑，「公平交易委員會搭售規範之弔詭—論公平交易法第十九條第六款適用於搭售行為之合理性」，收錄於：黃銘傑，競爭法與智慧財產法之交會—相生與相剋之間，2 版，元照出版公司，163-165（2009）。

四、公平交易法第 20 條規定之行為類型與其他規定之關係

本節將以公平法第 20 條各款規定之行為類型，與該法其他實體規定之對象行為是否存在不必要的重複規範情形，加以檢討。倘若，該條各款規定之對象行為，已有該法其他實體規定可以規範，且該條「限制競爭之虞」的競爭效果要件潛藏前述可能導致過度不當介入的問題點，則該條各款規定應為該法其他實體規定所吸收，而無單獨、繼續存在之必要。

（一）第 1 款之間接杯葛

公平法第 20 條第 1 款規定之行為形式為：「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。」

對於本款規定之間接杯葛行為，若不論其前述三（四）「強制」要素本身之違法性問題，而僅就其限制競爭效果而言；通常，於此間接杯葛情形，杯葛發起人與被杯葛人處於同一相關市場，藉由受話人對該被杯葛人的斷絕供給、購買等拒絕交易之行為，產生前述市場封鎖效果，因此而減損被杯葛人之競爭能力或將其排除於該當相關市場。此種行為之實質，不啻就是公平法第 9 條第 1 款之「以不公平之方法，間接阻礙他事業參與競爭」之類型。公平會於其「認識公平交易法」一書中，針對第 9 條 1 款所舉下列事例，其實就是間接杯葛的翻版：「獨占廠商要求上游的原料供應商，不得供應原料給其他欲生產相同產品的事業，使該事業無法進入市場；或約束下游經銷商，只能賣獨占者生產的產品，而不得出售其競爭者所生產的競爭商品。³³」

不論如何，於此間接杯葛中，杯葛發起人之市占率直接反映至其下游市場封鎖效果上；倘若杯葛發起人僅有 10%或 15%或更多一點的市占率，被杯葛人尚有其他 90%、85%或更少一點的交易相對人可資選擇，難能據此謂渠於此無法覓得其他有效的交易相對人，致其競爭能力受損，進而無法再與杯葛發起人展開有效的競爭。另一方面，倘若有特別例外情事存在，導致被杯葛人並非與杯葛發起人處於同一相關市場，而是杯葛發起人的下下游或上上游市場之事業；則於此際，因無法直接以

³³ 公平交易委員會，認識公平交易法，17 版，公平交易委員會，40（2017）。

杯葛發起人之市占率直接反映到市場封鎖效果上，縱令繼續以本款規定加以規範，其市占率的計算亦無直接或具體意義。對此，或應藉由「強制」概念規範管制之，或直接以杯葛發起人係以不公平之方法間接阻礙他事業參與競爭繩之。後者規範方式，於獨占事業之關係企業處於下下游或上上游相關市場從事競爭時，特別有其規範意義。惟於此所遭遇之理論困難，依舊在於杯葛發起人之市占率於上上游或下下游市場難能認有直接或具體關連。

綜上敘述可知，本款行為形式實際上已為公平法第 9 條第 1 款所吸收，於揚棄「限制競爭之虞」得為公平法限制競爭行為違法性判斷標準後，本款規定理應回歸至第 9 條第 1 款規定中。

（二）第 2 款之差別待遇

公平法第 20 條第 2 款規定之行為形式為：「對他事業給予差別待遇之行為。」

本款行為包含拒絕交易及對上游或下游事業為價格或交易條件的差別待遇。就拒絕交易而言，公平會於中國石油公司一案處分中，如此說明：「被處分人於 88 年間藉其航空燃油供油市場獨占地位，無正當理由拒絕檢舉人之報價要求，阻礙其競爭之機會…核屬違反公平交易法第 10 條第 1 款規定。³⁴」由此可知，公平會實務運作認定拒絕交易行為屬公平法第 9 條第 1 款規範之對象。

其次，有關價格或交易條件差別待遇之行為類型。公平會於臺灣港務股份有限公司一案處分中，如此說明：「被處分人於臺中港『建物租金』之收取，就非合作興建者之建物租金採取建物之重置價值或現值作為租金計算基礎，惟就合作興建者則僅以建物原始造價作為計算基礎，而免除營造工程物價年增率之重估，為無正當理由對下游貨物裝卸承攬業者之必要性關鍵設施給予差別待遇之行為，屬獨占事業其他濫用市場地位之行為，違反公平交易法第 10 條第 4 款規定。」由此可知，非屬拒絕交易的價格或交易條件之差別待遇行為，屬於公平法第 9 條第 4 款之規範對象。

由上可知，本款規定之差別待遇行為，或為現行公平法第 9 條第 1 款之規範對

³⁴ 公平會(89)公處字第 170 號處分書。

象或為同條第 4 款之規範客體，於摒棄「限制競爭之虞」的競爭效果要件進而廢止公平法第 20 條規定後，本款行為自可回歸該法第 9 條加以規定，而無規範漏洞發生之弊端。

（三）第 3 款之不當阻礙競爭者參與競爭

公平法第 20 條第 3 款規定之行為形式為：「以低價利誘或其他不正當方法，阻礙競爭者參與或從事競爭之行為。」

本款規定 2015 年 2 月修正前，其條文內容為：「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之行為。」是次修正，除將有關贈品、贈獎部分之規範，單獨以現行法第 23 條規定繩之外，立法理由並說明：「參考德國限制競爭防止法第二十條禁止不公平阻礙競爭之規範意旨，修正第三款，就具有相當市場地位之事業從事不當低價競爭或其他阻礙競爭之行為，雖未構成掠奪性訂價，但對市場造成限制競爭效果者，予以明文規定，以維市場競爭秩序。」所謂參考德國限制競爭防止法規定云云，當係修正法案起草當時所參考之該法第 20 條第 4 項規定：「相對於中小企業規模之競爭者具有優勢市場力量之事業，不得利用其市場力量，直接或間接不公平阻礙此等競爭者。事業除有實質上正當理由外，非偶然性地以低於進貨之價格提供商品或營業服務者，尤構成本項第一句所稱之不公平阻礙。³⁵」

於此必須特別注意者，德國法該項規定之行為主體，並非泛指一般事業，而是限定於所謂「相對於中小企業規模之競爭者具有優勢市場力量之事業」。由此可知，該項規定，仍是著眼於本文前述三（三）2「牽制力」之獨占事業的特性。蓋當市場結構集中度低、其大部分事業型態為中小企業時，相對於此中小企業事業規範明顯更大而具有相對優勢之地位者，大多已可認其擁有相當於公平法第 7 條第 1 項之「壓倒性」地位，故得不受其他中小企業牽制而得恣意施展其競爭行為。其次，德國法上開規定關於價格之規定，並非是相對意義之高價、低價的用語，而係非偶然性、有意識地「以低於進貨之價格提供商品或營業服務」。

由上可知，本款規定其規範意旨，實際上就是公平法第 9 條第 1 款規定所欲禁

³⁵ 本項條文譯文，係參考吳秀明教授之翻譯。參照吳秀明，競爭法研究，初版，元照出版公司，376（2010）。

制之「以不公平之方法，直接阻礙他事業參與競爭」之行為類型。有鑑於此，廖義男教授於修正草案當時即有如下評析：「修正草案第 20 條第 3 款所規定：『以低價利誘或其他不正當方法，阻礙競爭者參與或從事競爭之行為』，其實與現行公平交易法第 10 條第 1 款（修正草案變更其條次為第 9 條第 1 款，內容未變）規定：『以不公平之方法，直接或間接阻礙他事業參與競爭』之意義相當，僅是後者適用於『獨占事業』，而前者適用於尚未達獨占，但在相關市場上已具有相當市場地位為之事業。³⁶」或許，此種關於「獨占地位」、「相當市場地位」二者之區分、甚至混淆，正是前述 Posner 氏所點出關於垂直交易限制規範之行為主體誤解的隱憂³⁷。若依照本文應揚棄「限制競爭之虞」相關規定之前述見解，則本款規定與第 9 條第 1 款二者完全重疊，而無單獨予以規範之意義。

（四）第 4 款之不當使他事業參與限制競爭

公平法第 20 條第 4 款規定之行為形式為：「以脅迫、利誘或其他不正當方法，使他事業不為價格之競爭、參與結合、聯合或為垂直限制競爭之行為。」

如同前述三（四），本款規定涉及脅迫等強制行為類型，當有必要參考德國限制競爭防止法第 21 條規定，另立條文單獨規範，以符合其規範理念並收規範之實效性。在其他未違反刑法等法律規定且其情節尚未達「強制」之程度者，所謂「不正當方法」之認定，其作法其實就如同本條其他各款規定中之「無正當理由」、「不正當方法」、「不正當」等判斷方式一樣，適用合理原則而「綜合當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品或服務特性及履行情況對市場競爭之影響等加以判斷。」

若此，則本款條文將不再是因涉及脅迫、強制等其行為或手段本身於商業倫理上即具有高度不法意涵的行為不法類型，而將變更其定位為限制競爭規範類型。於此情況下，當然無法再以其行為本身即認定違法，而須就其行為對於市場競爭所帶來的不當限制效果有無、程度多寡，判斷其違法性。然而，由於本款所稱「事業不為價格之競爭、參與結合、聯合」等行為，已有公平法第 10 條至第 13 條、第 14 條至第 15 條加以規範，由於該等條文對於市場競爭限制效果之要求，遠高於第 20

³⁶ 廖義男，前揭註 9，226。

³⁷ 參照前揭註 25-26 及其引述之本文。

條的「限制競爭之虞」；且事業只要不是被強制而無法依循己意自主決策，則縱令是所謂被利誘，亦係因該當利誘符合其本身利益故而加入聯合或結合。若此，則本款規定有關「不為價格之競爭、參與結合、聯合」等行為類型，應是回歸各該結合、聯合規範，判斷其違法性。若其行為所產生的限制競爭效果，符合各該結合、聯合行為規範之競爭效果要件，則自當依各該相關規定，認定其違法；而若其行為並未帶來各該結合、聯合規定所要求的限制競爭效果程度，則自不能認定其違法。此外，本款規定中之「垂直限制競爭」行為類型，在如同本文所述亦應回歸至公平法其他規定的情況下，亦喪失其存在意義。

由上可知，不僅本款規定原本預期的規範意旨及核心，在於脅迫或強制等行為或手段不法，並未以被脅迫或被強制事業是否確實因此參加結合、聯合而產生限制競爭效果為其違法性判斷前提，且縱使摒棄脅迫、強制等因素，回歸其限制競爭行為類型之規範時，因公平法有關結合、聯合等規定關於限制競爭效果程度的要求，遠高於本條規定之「限制競爭之虞」，舉重以明輕，本款各該行為類型自應被吸收至各該結合、聯合行為規定，以判斷其違法性有無，而無單獨存在的必要。

（五）第 5 款之不當限制交易相對人事業活動

公平法第 20 條第 5 款規定之行為形式為：「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。」

依據公平法施行細則第 28 條第 1 項規定：「本法第二十條第五款所稱限制，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。」毋庸贅言，該項規定所例示之搭售、獨家交易、地域、顧客限制等行為類型，胥皆出現於各國競爭法獨占地位濫用管制的規範對象中³⁸。如同前述三（二），原始公平法第 19 條之規範理念，係經由日本獨占禁止法繼受美國反托拉斯法過去的萌芽理論，希望在獨占地位可能成形的早期階段即對系爭行為加以管制，避免獨占的具體形成與茁壯，以收預防規範之效。若此，則本款規定例示的各類行為、甚至未例示的「其他限制事業活動」之開放性概念，皆得為公平法第 9 條第 1 款或第 4 款「其

³⁸ See generally Einer Elhauge & Damien Geradin, *Global Antitrust Law and Economics*, 3rd ed., Foundation Press, Chap. 3 (2018); Eleanor M. Fox & Daniel A. Crane, *Global Issues in Antitrust and Competition Law*, 2nd ed., West Academic Publishing, Chap. 2 (2017).

他濫用市場地位之行為」等規範對象類型所吸收，當無疑義。

當然，問題癥結依舊在於對於此類行為是繼續依照現行公平會實務運作以市占率 15%為門檻、配合以「限制競爭之虞」要件實施高度嚴格管制，抑或是在上開萌芽理論已呈明日黃花的現在，配合現在經濟學、特別是產業組織論對於競爭行為研究的現代理解，以市占率 40%（或 30%）為界線方有可能影響市場競爭機制之認知，介入禁止其行為實施的必要。

由以上敘述可知，公平法第 20 條各款規定之行為類型，除去其第 1 款、第 4 款涉及脅迫或強制之部分外，實則皆可藉由同法第 9 條禁止獨占地位濫用規範，予以接管、加以規範³⁹。倘若該條規定「限制競爭之虞」之競爭效果要件，作為競爭法主管機關或法院介入系爭競爭行為的標準已屬過份寬鬆而有產生不當介入管制之虞時，當有必要釁及履及廢止該條規定，同時參考德國限制競爭防止法第 18 條關於獨占地位認定之規範，修正我國公平法第 7、8 條獨占地位認定規定，現代化、合理化我國獨占地位濫用規範之正當性。

對於本文以上建議，或有認為，由於美、歐、德等國之聯合行為規範，同時包含水平及垂直二種聯合行為類型，而我國現行公平法第 14 條規定則僅涵蓋水平聯合行為，從而刪除包括本款在內之第 20 條整條規定後，是否可能發生規範漏洞之問題。如同後述（參照五之敘述），與此問題有關者，主要在於同條第 2 款及第 5 款二款規定。本文認為縱令刪除該二款規定，亦不致於發生前述之規範漏洞問題，理由如下：1.原本該二款規定所針對者，亦僅是擁有一定市場力之事業對上游或下游所為之不當限制競爭行為，並未如同美、歐、德等國，以二者間之合意存在為前提進行規範之作法，從而理應無發生該種規範漏洞之空間；2.如同本文一再強調，倘若公平法對於限制競爭行為的介入門檻應修正為如同美、歐、德等國之 40%市占率，而於所謂「垂直聯合」行為中，此種市占率之計算，並非如同「水平聯合」般係將所有參與合意之事業其市占率加總計算，而係僅針對擁有該當市場力之上游、下游事業予以計算時，則對此單一的上游或下游事業，究竟是以其與下游事業有「合意」對市場競爭產生限制而加以規範、抑或是直接以其因對下游事業所為不當

³⁹ 陳志民教授於公平法施行 20 週年研討會中，就公平會有關現行公平法第 9 條及第 20 條的二者運用關係，有如下敘述：「上述依第 19 條規定處分的案例中，從市場占有率來看，均有可能依第 10 條之規定來加以處理。」陳志民，「公平交易法關於濫用獨占力規定之執法檢討與展望」，公平交易委員會，公平交易法施行 20 週年一回顧與前瞻學術研討會論文集，初版，公平交易委員會，83（2012）。

限制而對市場競爭產生限制、進而加以規範，其間差異僅是立法政策的選擇，就規範該等行為所帶來不當限制市場競爭效果而言，二者規範實效性或實益，實無不同。

五、公平會關於公平法第 20 條規定實務運作之檢討

本節嘗試從過去公平會有關公平法第 20 條之違反行為處分案例中，檢討公平會關於該條規定運作之實際狀況，並試圖從其中觀察該條規定的實務運作是否妥適，檢討繼續維持其規範的必要性。本節所蒐集、分析的對象案例，係以 2001 年以後登載於公平會網站中之公平會處分案為中心，排除其中有關桶裝瓦斯業者等所為之第 20 條第 4 款的脅迫、強制行為類型，以及舊公平法第 19 條第 3 款之贈品、贈獎行為類型⁴⁰。經過本文分析，違反公平法第 20 條的案件，基本上可以區分為三大類：（一）獨占地位濫用的替代規範；（二）聯合行為的替代規範；（三）品牌內、品牌間競爭議題。

（一）獨占地位濫用的替代規範

屬於本類案件之數量相當多，可以藉由下列次分類加以討論。

1. 應屬符合公平交易法第 7 條、第 8 條定義之獨占事業

在一連串有關新北市板橋、土城區的有線電視系統業者等案之處分中⁴¹，公平會經調查得出涉案事業於相關市場之市占率分別為 34.2%、37.5%、10.6% 及 17.6%，明顯已超過於公平法第 8 條第 1 項第 2 款、第 3 款之門檻，且以有線電視系統業者其費率受到主管機關的嚴格管制及過去分區獨占的遺跡，實難能認為其間會存在所謂的激烈價格競爭；但公平會並不就該等業者間是否有「實際上不為價格之競爭」，而捨棄有關獨占事業之判定，直接認定涉案事業「顯然具有相當市場地位」，渠等所「實施系爭優惠方案之行為，已構成公平交易法第 20 條第 3 款所稱

⁴⁰ 本文蒐集、整理之案例迄至 2018 年 11 月 23 日為止，惟值得注意的是，自 2017 年 11 月 10 日以後至 2018 年 11 月 23 日止，公平會網站上並未有公平法第 20 條之行政決定案例。

⁴¹ 參照公平會公處字第 106103 號、第 106102 號、第 106082 號處分書。

以低價利誘方式阻礙競爭者參與或從事競爭之行為」。從前述可知四（三），公平法第 20 條第 3 款之行為類型，不外乎同法第 9 條第 1 款規定的翻版，倘若涉案事業得依同法第 7、8 條規定認定為獨占事業，則系爭行為將構成同法第 9 條第 1 款規定的違反。

在弘音多媒體科技公司一案處分中⁴²，公平會清楚認識到「弘音公司及瑞影公司於 MIDI 伴唱產品市場之市占率分別為 37%及 50%，合計超過 80%以上」，但未進一步就二者間是否有價格競爭一事作調查，而逕行認定各該事業具有「相當市場力量」。考量到本案被處分行為係二家事業同時對下游事業為「獨家交易」限制，且考量到二家事業皆對其「區域承包商及各層級經銷商要求不得同時經銷其他品牌伴唱產品之限制，除已載明於區域承包商契約內，並於『98 年度 MIDI 經銷商會議』中宣布，且更以書面公告方式發送各經銷商」等限制轉租價格、獨家交易等行為，二家事業皆共進共退，其間不為價格之競爭，亦非屬不可能情事。但處分書最後仍以「弘音公司及瑞影公司限制經銷商不得同時代理、仲介或經銷其他品牌 MIDI 伴唱產品，並限制經銷商轉租 MIDI 伴唱產品之價格，已構成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，且有限制競爭之虞，核已違反公平交易法第 19 條第 6 款規定。」

於香港商極進網路公司臺灣分公司（下稱 Extreme）一案處分中⁴³，公平會雖於相關市場界定上發生困擾，但最後仍以系爭案件為政府採購之招標行為，「故在原廠設備供應商層次之市場（即各廠牌網路交換器『品牌間競爭』發生之場域），Extreme 產品之占有率至少已達四分之三」；若此，則為何不將之認定為獨占事業，不得而知。僅於處分後其後說明：「儘管 Extreme 占國內所有網路交換器及路由器進口總值之比例很低，但在本案仍具有顯著之市場力。」是否因營業額因素而依公平法第 8 條第 2 項，將被處分人排除於獨占事業認定外，並未有任何說明。不論如何，處分書最後以「被處分人對於參與相同採購案之經銷商，只給予特定 1 家經銷商專案價格支援，藉以保障該經銷商得標之機會，為無正當理由之差別待遇行為，有限制競爭之虞，違反公平交易法第 20 條第 2 款規定」。如此差別待遇行為，若由獨占事業為之，則屬公平法第 9 條第 1 款或第 4 款之違反。

⁴² 公平會公處字第 099078 號處分書。

⁴³ 公平會公處字第 106085 號處分書。

2.因營業額低而被排除於獨占事業定義外

在弘音多媒體公司一案處分中⁴⁴，公平會確認「被處分人於 MIDI 伴唱產品市場之市占率，依營業額計算占比高達 90%以上」，但因「被處分人 103 年及 104 年之事業總銷售金額均未達公平交易法第 8 條第 2 項規定，主管機關公告之上一會計年度事業總銷售金額 20 億元，故本案被處分人尚未符合獨占事業之認定範圍」。該案之行為形式為被處分人「以不正當方法阻礙競爭者從事競爭行為，而有限制競爭之虞，違反公平交易法第 20 條第 3 款規定。」如同前述，公平法第 20 條第 3 款規定，實為同法第 9 條第 1 款之翻版，若非因營業額因素所致，則被處分人系爭行為將違反第 9 條第 1 款規定。

於中台資源科技公司一案處分中⁴⁵，公平會認定被處分人於相關市場之市占率達 66.24%，但因「被處分人 98 年至 102 年度之營業額每年僅約 2 億餘元，未達新臺幣 10 億元之門檻，難謂合致行為時公平交易法對於『獨占事業』之認定」，故僅認定其具有「相當市場力量」，最後並以被處分人「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，有限制競爭或妨礙公平競爭之虞，違反行為時公平交易法第 19 條第 6 款規定。」本案中，若被處分人被認定為獨占事業，則其所為將違反公平法第 9 條第 4 款規定。

於和安行股份有限公司一案處分中⁴⁶，公平會認定被處分人於相關市場之占有率高達 98.39%，「雖已達市占率之門檻規定，惟被處分人 96 年度事業總銷售金額預估僅 3 億餘元，故該公司上一會計年度之總銷售金額尚未達新台幣 10 億元之門檻規定」，故無法認定為獨占事業。最後以被處分人「以遠低於進貨成本之價格排除其他廠商參進競爭之行為，核已違反公平交易法第 19 條第 3 款之規定。」倘若被處分人被認定為獨占事業，則其所為行為將可能構成掠奪性定價，而違反公平法第 9 條第 1 款規定。

由以上敘述可知，倘若捨棄各該被處分人之營業額不論，皆可認定上開各被處分人為相關市場上之獨占事業，擁有獨占力，但處分書最後均以其營業額未達認定標準，故僅具有「相當市場力量」。此種因營業金額的「量變」所產生致獨占力量

⁴⁴ 公平會公處字第 106007 號處分書。

⁴⁵ 公平會公處字第 104056 號處分書。

⁴⁶ 公平會公處字第 100163 號處分書。

縮減為市場力量的「質變」，理論跳躍之距令人難以接受。

3.因進入障礙低而被排除於獨占事業認定外

於金頻道有線電視公司等案之處分中⁴⁷，公平會首先「被處分人、長德公司及北都公司於臺北市中山區及松山區市場占有率分別約為 47.7%、43.3%及 9.0%，是得認被處分人於『臺北市中山區及松山區有線廣播電視系統服務市場』顯然具有相當市場力量。」顯然，至少就前二者事業而言，已達公平法第 8 條規定之獨占事業認定門檻，但公平會卻以下列進入障礙低一事，否定得認定二者為獨占事業：「該二事業於相關市場之市場占有率達三分之二，得依公平交易法第 8 條規定將該二事業列入獨占事業認定範圍，惟考量長德公司於本案相關市場之占有率同逾 4 成，且被處分人及長德公司之市占率亦因新進業者北都公司之參進而逐月略減，則就本案相關市場競爭動態及該二事業於所屬市場全體之對外關係觀之，尚難合致公平交易法第 7 條第 1 項及第 2 項『事業在相關市場處於無競爭狀態，或具有壓倒性地位，可排除競爭之能力』、『二以上事業，實際上不為價格之競爭，而其全體之對外關係，具有前項規定之情形』有關獨占定義之構成要件」。

因為市占率有「略減」一事，即未擁有壓倒性地位，令人難以信服。以「市場競爭動態」一事否定系爭事業可能享有獨占地位，更是無稽之談。除法定獨占外，究竟於一般市場競爭上，縱令有強勢的獨占事業存在，哪一個市場不是隨時處於動態發展。「動態」一事所代表的意義，乃是潛在競爭者進入市場的容易度高，因此必須將此類潛在競爭者劃入相關市場的界定對象中。若此，則不是該等處分案相關市場界定錯誤，使得不應有此高市占率的事業，被錯誤計算其市占率；就是公平會關於本案獨占地位的認定錯誤，將應屬獨占事業者，排除於獨占事業認定外。

4.相對市場地位認知之「美麗的錯誤」

在荷蘭商戴爾企業一案處分中⁴⁸，依據公平會之見解，被處分人市占率雖未滿 10%，但因其相對人對其產品不具「偏離可能性」，從而其行為亦有「限制競爭之

⁴⁷ 參照公平會公處字第 106064 至 106066 號處分書。

⁴⁸ 公平會公處字第 104033 號處分書。

虞」，故而予以處分。處分書如此說明：「事業是否具有絕對之營業規模及市占率，並非判斷事業是否具有『相對市場優勢地位』之主要關鍵，對於市占率不高之事業，倘他事業之營運必須『不可偏離或無可取代地依賴』該事業，則該事業即具有相對市場優勢地位…雖然 SonicWALL 產品於國內整體防火牆等網路資訊安全設備市場之占有率未達 10%，但如前所述，臺南市環保局標案之採購規格業已指定 SonicWALL 產品，縱使市場上仍有 Juniper、Fortinet、Cisco 或 CheckPoint 等競爭性產品存在，但參與投標廠商為滿足標案之需求規格，也無法以競爭性產品取代 SonicWALL 產品，故參與臺南市環保局標案之投標廠商對 SonicWALL 產品不具有『偏離可能性』。」

同樣的說理，亦可見於和泰汽車公司一案處分中⁴⁹，該案中，公平會已認定被處分人「我國小型客車市場占有率或僅以國產汽車計算之市場占有率均高於 30%」，原本可依照公平會向來關於市占率 10%的標準，逕行認定被處分人擁有相對優勢地位即可。然而，處分書卻有些畫蛇添足繼續就其相對優勢地位加以討論，謂：被處分人之經銷商「與被處分人間相互依賴關係深切，且按汽車經銷業係一高度成熟市場，各廠牌汽車均有其完整的經銷體系，經銷商轉換交易管道不易。故計程車業者及經銷商對被處分人皆有其偏離不易之依賴性。綜上，以被處分人之市場占有率及交易相對人之偏離可能性，均足論被處分人有相當之市場力。」

此種以相對優勢地位認定公平法第 19 條所謂「相當市場力量」，廖義男教授稱之為「美麗的錯誤」，教授對此如是說明：「基於依賴關係而建立之『相對優勢之市場地位』之觀念及理論，是一個『美麗的錯誤』。『錯誤』是其市場地位之『相對優勢』係從比較其與交易相對人之地位而來，惟在垂直之交易關係中，上、下游廠商間並不處於同一產銷階段，乃分屬於不同之市場，從而既不在同一市場，如何去比較二者之市場地位何者較為優勢？因此論理方法上有錯誤。『美麗』是以此理論而使公平會得以公權力保護受不公平契約條款約束之契約他方當事人，而形塑其為維護正義之代表。惟公平會係在衡平當事人間權益關係以維護正義為其任務？抑或應以維護市場之自由及公平競爭秩序才是其原來任務，因而影響市場之競爭秩序涉及公益有關者才有介入之必要？值得三思。⁵⁰」

⁴⁹ 公平會公處字第 101031 號處分書。

⁵⁰ 廖義男，前揭註 9，146。

廖教授上述評論，擲地有聲，真的是值得公平會一思、再思、繼續「三思」。另一方面，如若依照「公平交易委員會對於相關市場界定之處理原則」第3點第1項規定：「需求替代為本會界定相關市場主要審酌之事項，本會並得視商品或服務特性考量供給替代。」當上述二件處分案之需求者對於其供給事業，皆已存在所謂「偏離不可能」的情況時，不僅「需求替代」於此灰飛湮滅，就連「供給替代」亦屬不能；若此，則市場界定至此為止，相關市場界定存在於此種具有「偏離不可能」的當事人間，而使得所謂「優勢」事業享有幾近100%的市占率。若此，則向來所謂的相對優勢地位，亦可能僅是市場界定認知上的另一種「美麗的錯誤」。

5. 雖不符合獨占事業定義之市占率，但應已具備「壓倒性」之地位者

在凱擘公司等案處分中⁵¹，被處分人於相關市場上各自擁有24.83%、25.41%、22.74%之市占率，其全體合計未達現行公平法第8條第1項第3款「三事業全體於相關市場之占有率達四分之三」之要求，而被制式排除於獨占事業認定外，並因此而被認定各該事業擁有「相當市場力量」，渠等「之差別待遇行為，已不當墊高前開系統經營者之經營成本，而限縮渠等提供較有利之價格、品質、服務等交易條件予交易相對人之空間，減損渠等與既有經營區之原系統經營者競爭之能力，嚴重損及效能競爭，益使有意參進市場競爭之其他系統經營者卻步而造成市場封鎖效果。」

對於該等處分案，首先應指出者，被處分人等係節目頻道之獨家代理業者，將所有節目頻道不分其種類、視聽者需求，而全部統合為一個「相關市場」，是否得宜，大有商榷餘地。蓋兒童節目與新聞節目、特別是國際新聞節目，二者間大概不會具有替代性而具有競爭關係吧！該等處分案之市場界定本身，是否妥適，有待深入檢討。其次應予檢討者，乃是現行公平法第8條第1項規定本身之妥當性。如同前述三（三），德國限制競爭防止法第18條第6項對於集體獨占之市占率規定分別是「三或以下事業所組成，事業合計達到百分之五十的市占率」、「五或以下事業所組成，事業合計達到三分之二的市占率」。我國現行公平法第8條第1項的標準是否過高，而不當將市場結構高度集中之寡占市場上應受規範的事業，排除於其

⁵¹ 參照公平會公處字第105118至105120號處分書。

規範對象外，實亦有深入檢討之空間。

（二）聯合行為的替代規範

有關本類案件出現最多者，除桶裝瓦斯業者所涉及之案件外，大概就是檳榔業者。例如，於較為近期的「○○○君於代理中埔鄉菁仔聯誼會會長」一案處分中⁵²，公平會以「被處分人於擔任中埔鄉菁仔聯誼會代理會長期間，持續蒐集市場供需資訊，自行訂定檳榔價格，並由中埔鄉菁仔聯誼會之幹部轉知所屬會員，核屬以不正當方法，使他事業不為價格競爭之行為，且有限制競爭之虞，已違反公平交易法第 19 條第 4 款規定。」本案中，並未見被處分人有脅迫、強制其會員必須依其所提供之價格銷售，反而是有下列為公平會所採認之事證，曰：「依被處分人到會陳述表示，倘大盤商間之收購價格不同，不但引起市場行情混亂，也會造成大盤商與產農間之爭議，故透過聯誼會訂定檳榔『進貨價』，以利市場穩定及大盤商與產農之和諧…故聯誼會開會時一併訂定檳榔『銷貨價』，以避免中盤商壓低檳榔銷售價格，亦維持大盤商間之和諧。」

在一片「和諧」聲中，當不會有脅迫、強制情形發生，若此則被處分人於此所扮演之角色，不啻正是公平會過去於有關聯合行為處分案中所提的「促進措施」⁵³；其真正的行為形式乃是，同為會員的競爭事業透過被處分人等進行意思聯絡，最後達成聯合行為之合意，實施聯合行為。同類的事例，亦可見於松濱企業一案處分⁵⁴，該案中，亦未見有脅迫、強制情事存在，而有下列事證的認定：「據本會調查協會會員收費之相關單據，渠等實際維修收費不乏與系爭價目表相當，且其中較少事業從事維修之機型如 EDC 與 STANADYNE，同業間更有與之相同價格者；另不乏受調查者表示，渠等定價或有參考系爭價目表，或以之為與客戶議價之基礎，既查○君為松濱公司代表人，松濱公司為案關柴油系統維修服務之提供者，並為柴油系統維修服務市場營收前幾名之事業，有相當市場占有率，○君自行編寫發送之系爭價目表內容，足為影響柴油引擎維修事業提供相關維修服務之價格，並促使其他競爭對手或潛在參進者不為價格競爭之事實甚明，渠所為已對我國柴油引擎

⁵² 公平會公處字第 103072 號處分書。

⁵³ 參照公平會公處字第 093102 號處分書。

⁵⁴ 公平會公處字第 102207 號處分書。

維修服務市場之價格競爭產生實質減損效果，足堪認定有限制競爭及妨礙公平競爭之虞。」此外，以被處分人「向其競爭者寄發價格表且聲稱將每週進行價格審查且希望受函者維持建議售價避免削價競爭之行為，核屬構成公平交易法第 19 條第 4 款所稱之「使他事業不為價格之競爭之行為」之立翊國際一案處分⁵⁵，亦屬同類案件。

另一方面，在新世紀廣告企業一案處分中⁵⁶，公平會認定：「本案垂直限制係基於朋分以獨家且共同代理方式，限制另一市場競爭所帶來之獨占租。被處分人於前述垂直限制後之市場占有率達 67.34%，而其垂直限制排除其他代理商之競爭，除限制同一個報別內各個代理商間的競爭，同時也限制甲○○報、乙○○報、丙○報等 3 報間之價格競爭，使各報有提高價格之動機、減低降價競爭之誘因、削弱彼此價格競爭的激烈程度，並形成相互監督機制以穩定價格…為以不正當方法使他事業不為價格之競爭或參與聯合，有限制競爭之虞，違反公平交易法第 19 條第 4 款規定。」由此處分理由中，可以清楚得知，本案除有屬獨占事業之被處分人的排除競爭者之行為外，尚有各報因此而有「提高價格之動機、減低降價競爭之誘因、削弱彼此價格競爭的激烈程度，並形成相互監督機制以穩定價格」的聯合行為，想來此種聯合行為既合乎各報利益，渠等自然不會浪費此等絕佳機會實施聯合。若此，則不啻又是另一種藉由第三方所為意思聯絡而得「形成相互監督機制以穩定價格」之聯合行為態樣。

在嘉聯影音等公司一案處分中⁵⁷，公平會認定：「查『討論內容』第 16 點確實記載『本討論內容各位機主如同意請簽名通過本討論案』，且依據嘉義、臺南、雲林放台主表示，○○○於產品說明會中『要求』與會放台主簽名，以表示同意，並將簽過名之『討論內容』（即振揚公司所稱會議紀錄）收回，甚至要求與會放台主不得將會中所散發之『討論內容』攜帶出會場，是故嘉聯公司及振揚公司除於會中討論、建議出租伴唱機價格等，尚要求同意者簽名，積極促使與會者不為競格競爭之意圖甚明」。處分理由中，公平會並未具體指出所謂「要求」，即是公平法第 20 條第 4 款規定之「脅迫」行為，似乎與會人士並不當然排除接受被「要求」之行為；最重要的是，參加該場會議的下游競爭業者，大家齊聚一堂，你看我、我看

⁵⁵ 公平會公處字第 102081 號處分書。

⁵⁶ 公平會公處字第 101009 號處分書。

⁵⁷ 公平會公處字第 100142 號處分書。

你，相互同意被處分人等所提出之建議價格，進而簽名。難道此種行為，不該當於公平法第 14 條第 1 項所規定之「其他方式之合意」嗎？

由上可知，除非涉及「脅迫」、「強制」等行為，導致事業意思決定的自主、自由受到戕害，而任人予取予求，對其行為不能加以苛責。否則，如同上述案件所述，涉案的競爭事業雖然不能說對聯合行為的參加「欣然接受」，但至少因其與自己利益一致，也沒有特意反對的必要。此種並未反於事業意思而間接形成的意思相互溝通、聯絡，實已可視為其間成立「合意」，而得對於此等事業逕行論處聯合行為規定。否則，未來可能會有類似競爭事業見此公平會處分理由，發現絕佳機會，要求其所屬公會等團體做出類似要求，違法責任由該團體承擔，利益卻由競爭事業共享，結果殊屬不當⁵⁸。另一方面，關於此類同業公會團體，公平法第 2 條第 2 項將其限定於「同業公會或其他依法設立、促進成員利益之團體」，使得非依法律成立的任意團體，得以因此規避同法第 14 條第 4 項聯合行為之規範，致其法律適用僅能依據公平法第 20 條第 4 款為之。對於此種具有同樣限制競爭效果之行為，卻適用以不同法律條文，若其處罰程度因此不同，實不無輕重失衡之虞，亦屬不當。未來當有必要修法將非依法設立、但實質扮演著聯絡、溝通會員意思之團體，亦納入公平法之規範對象中。

（三）品牌內、品牌間競爭議題

在代表我國自行車產業的二家著名事業巨大⁵⁹、美利達⁶⁰二案處分中，以二家事業市占率均於 10%以上，故具有「相當之市場力」。二家事業違反公平法第 20 條第 5 款之理由，在於公平會認定二家事業「既設有不同經銷商，且允許選擇性之經銷模式（selective distribution），經銷商以買斷方式購進被處分人產品，產品所有權已移轉予經銷商，本應允許經銷商依成本及供需狀況決定經銷管道並為自由價格競爭，然被處分人限制經銷商之網路銷售，經銷商將不得上網銷售，限制經銷商爭取

⁵⁸ 實則，公平會過去已有直接針對會員之競爭事業透過其公會團體之聯合行為，直接處以聯合行為規範之事例，參照公平會(89)公處字第 163 號處分書。關於該案之評釋，參照黃銘傑，「聯合行為成立與市場界定、影響市場功能認定間之理論與論理—評最高行政法院九十二年度判字第一三三六號判決」，收錄於：黃銘傑，競爭法與智慧財產法之交會—相生與相剋之間，2 版，元照出版公司，163-165（2009）。

⁵⁹ 公平會公處字第 101153 號處分書。

⁶⁰ 公平會公處字第 101063 號處分書。

交易之自由，亦限制經銷商對於不同品牌之銷售安排。而近來網路行銷蓬勃發展，消費者於傳統實體之交易模式外，網路購物為新興之交易模式，限制網路銷售將排除消費者交易選擇管道多樣性之機會。」達成此一結論之前提，在於公平會認為：「交易資訊透明係確保效能競爭之重要因素，而網路訊息流通迅速，資訊內容豐富，消費者常於實體購物前先於網路詢價，可降低交易成本，且因網路訊息多樣，消費者亦可藉此為實體與網路商品品質與價格之比較，而為交易決定。」

然而，倘若依照公平會因為網路可以降低交易成本並促進產品「品質與價格之比較」，則所有事業即使是自行銷售並未透過經銷商，也必須將其產品在網路上銷售，且每件產品之價格、品質皆須明確標示，否則只要其市占率超過 10%，渠等未於網路上為銷售之行為，就有限制競爭之虞而違法。此種論理架構，沒有學過公平法的一般人民，經由其日常消費行為即可知悉其非；更何況，倘若是經驗財，商品「品質」真的可以在網路上標明清楚嗎？一般自行車是否屬於經驗財，或有爭執，但就本件屬於高端、高價的自行車產品，其成為經驗財的可能性相當高。僅是透過網路標示，就可以讓消費者正確理解其品質高於其他自行車種，是否可能，不無疑問。此外，倘若系爭客體是「服務」，則其經驗財屬性更無疑義，真的可以透過網路就讓消費者體驗到其服務「品質」嗎？

於此認知下，上開二件處分其真正的違法性事由，就在於處分理由中所述：「經銷商以買斷方式購進被處分人產品，產品所有權已移轉予經銷商，本應允許經銷商依成本及供需狀況決定經銷管道並為自由價格競爭」，未料被處分人等卻依舊意欲維持渠等已喪失所有權之商品的銷售方式。對於此種以所有權移轉並確保後手之處分自由，作為競爭法違法性之判斷標準，陳志民教授引美國聯邦最高法院 *Continental Television v. GTE Sylvania*⁶¹ 判決，而有如下陳述：「至於判例中提及垂直限制有違習慣法中保護所有人有『讓與的權利』的精神，以及無法保護獨立經銷商價格決定自由等理由，大法官在 *Sylvania* 判決的註腳 21 中意有所批判。對於前者，聯邦最高法院引用 *Stewart* 大法官在 *Schiwinn* 案中的不同意見書認為，四百年或一百年前的習慣法如何規定，與反托拉斯法如何看待垂直經銷限制對今日美國經濟所生之負面效果，二者並無關聯。至於保護對市場產品或服務價格、品質、或數量全無影響力經銷商之營業自主權，將使反托拉斯政策因與市場考量分離，而喪失

⁶¹ *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

客觀的判準。⁶²」

該文中，陳教授認為，美國聯邦最高法院上開 *Sylvania* 判決對於後世競爭法發展之最重要啟示，在於其揚棄「形式」或「形式劃分」之違法性判斷法則，而開啟著重對市場競爭效果影響之「實質」分析。然而，很遺憾地，儘管有曾經擔任公平會委員之陳教授如此痛切呼籲，在上開美國法判決已經出現後的三十五年之巨大等案處分中，卻仍可見美國法四百多年前的遺志，為我國公平會所繼受！最後，還是要問，依據公平會於該等處分案中所認定，被處分人等之市占率均有 10%以上，究竟上到多少，吾人不得而知，但如果各家事業市占率均只有 10%、二家合計 20%，則相關市場上尚有其他 80%的自行車，其價格、品質資訊可以如同公平會之期待，於網路上迅速流通，消費者亦有此 80%的自行車可資選擇，究竟競爭所受影響為何？究竟有多少競爭公益的存在，必須逼迫巨大等事業，一定要容許經銷商將其產品置於網路上銷售？

於另外一件提及「品牌間」競爭之弘音多媒體科技公司一案處分中⁶³，公平會清楚認識到「弘音公司及瑞影公司於 MIDI 伴唱產品市場之市占率分別為 37%及 50%，合計超過 80%以上，是以弘音公司及瑞影公司於 MIDI 伴唱產品市場，具有相當市場力量」。惟二家事業皆以獨家交易限制「阻礙競爭對手擴張或取得銷售通路，具有形成市場封鎖之效果，削弱或甚至消滅『品牌間競爭』；足認弘音公司及瑞影公司獨家交易限制行為，對市場競爭產生實質減損，有限制競爭之效果，洵屬明確。」如同前述四（五），公平法第 20 條第 5 款規範類型之一的獨家交易，實際上亦為同法第 9 條第 4 款之「其他濫用市場地位」規定所囊括，以二家事業關於限制轉租價格、獨家交易等行為都共進共退，以其滿足公平法第 7、8 條之獨占事業認定，繩之以同法第 9 條第 4 款規定，亦非不可能。甚至可謂，以二家事業所擁有如此高的市占率、對市場競爭所產生限制效果之重大，適用以公平法第 9 條第 4 款方可稱為適當。

由以上敘述可知，公平會迄今關於公平法第 20 條之實務運作，經常發生吳秀明教授所稱「遁入第十九條之獨占管制」⁶⁴、「避難到不公平競爭的聯合行為管

⁶² 陳志民，「To *Sylvania* and Beyond!：一項分水嶺判決之理論建構及延伸觀點」，公平交易季刊，第 19 卷第 1 期，17-18（2011）。

⁶³ 前揭註 42。

⁶⁴ 參照吳秀明，前揭註 8，365-368。

制」⁶⁵等現象。倘若能正確釐清，究竟擁有多少程度的市占率、對市場競爭帶來何種程度的限制效果，方是競爭法主管機關得基於競爭公益受到不當侵害，而得介入一般人民、事業之交易、契約自由；且若能對獨占概念、聯合行為應有規範理念及作法，存在著正確認識，當不會頻繁發生此種「遁入」、「避難」現象，而得直接針對行為屬性，適用以合適的條款。此外，從巨大、美利達等案處分理由中，亦可窺知，公平會不僅對於品牌內競爭、品牌間競爭尚未能深切體會其規範真意，更且利用於競爭法上早已被揚棄的所有權概念之形式規範，作為其處分理由及理論基礎，不當限制事業選擇行銷方式之自由。凡此種種，皆可窺知，若不論脅迫、強制相關議題，公平會現行關於公平法第 20 條規定之實務運作，實蘊藏諸多重大缺失，該條規定的存在實有相當程度的可能不僅不會促進我國市場競爭之發展，尚有可能因此而危害事業合理、有效的競爭策略、行銷管道及創新自由，不可不對其戒慎恐懼以待之。

六、結語

從本文以上敘述，當可知悉，公平法第 20 條規定或許曾於競爭法發展的歷史過程中，於某一時期、在特定學派想法下，存在其規範意義。然而，經過其後經濟學、特別是產業組織論研究的深化、對於競爭機制的深入瞭解，該條規定所據以立足的「萌芽」理論，已不再為競爭法學理及實務所採。現今的競爭法學者亦幾乎未見再有以所謂「萌芽」理論，闡述其見解及主張者。對於此種已經成為明日黃花的規定，倘若只是食之無味、棄之可惜的話，則將之繼續留在我國公平法中，或許還可以增加條文數，作為美觀之用。

然而，從本文之敘述，當可窺知，公平法第 20 條規定，實已成為公平會「遁入」、「避難」的絕佳場所，其執法作為亦已扭曲公平法相關規定適用應有的正常作法，且於部分案件中，又以數百年前之理論，看待、處分現在經營、競爭策略，其危害不可不謂不深。展望未來，如果無法像美國反托拉斯法實務運作般，將休曼法第 2 條獨占濫用禁止規定與克萊登法垂直交易限制規定，二者違法性的解釋與認定合而為一；當有必要仿效歐盟競爭法、德國限制競爭防止法之規範，廢止公平法第 20 條規定，同時配套以獨占地位認定所需市占率規範的修正、增加獨占地位濫

⁶⁵ 同上註，79-142。

用類型的例示、甚或可考慮仿效德國法單獨為「強制」概念新增規範。

美國聯邦最高法院夙有盛名的已故大法官 Louis D. Brandeis 氏，早於 1916 年即已借用社會學家 Charles R. Henderson 教授之語，發出如下感嘆：「One can hardly escape from the conclusion that a lawyer who has not studied economics and sociology is very apt to become a public enemy.⁶⁶」公平會理當完全無意成為社會公眾的敵人，惟在尚未完全有效掌握經濟學發展對於競爭法規範與適用應有的意涵及啟示下，公平法第 20 條的繼續存在，或將使得具有強烈使命感的公平會，於未來自認繼續負有重大義務與責任積極適用該條各款規定，而於不知不覺中對於競爭機制的發展帶來負面效應，進而不自覺地成為社會公眾的敵人。為徹底消彌此一可能性，不要再有「美麗的錯誤」情事之發生，公平法第 20 條規定的廢止當是最為良善的選擇。

⁶⁶ Louis D. Brandeis, "The Living Law," *10(7) Illinois Law Review*, 461, 470 (1916).

參考文獻

中文部分

- 公平交易委員會，認識公平交易法，17版，公平交易委員會（2017）。
- 立法院秘書處，立法院公報法律案專輯第132輯—公平交易法案（1992）。
- 吳秀明，競爭法制之發軔與展開，初版，元照出版公司（2004）。
- 吳秀明，競爭法研究，初版，元照出版公司（2010）。
- 施錦村、溫永松，「限制競爭或妨礙公平競爭之虞及其法律效果關連性之評價—公平會案例之驗證」，公平交易季刊，第21卷第2期（2013）。
- 莊弘鈺，「美國反托拉斯法關於垂直性交易限制之規範沿革、現狀及展望」，台灣公平交易法學會107年度會員大會暨垂直性交易限制學術研討會論文，台灣公平交易法學會（2018）。
- 陳志民，「To Sylvania and Beyond!：一項分水嶺判決之理論建構及延伸觀點」，公平交易季刊，第19卷第1期（2011）。
- 陳志民，「公平交易法關於濫用獨占力規定之執法檢討與展望」，公平交易委員會，公平交易法施行20週年—回顧與前瞻學術研討會論文集，初版，公平交易委員會（2012）。
- 黃銘傑，「公平交易法第十九條之規範原理與架構」，收錄於：廖義男等，公平交易法施行九週年學術研討會論文集，初版，元照出版公司（2001）。
- 黃銘傑，「公平交易委員會搭售規範之弔詭—論公平交易法第十九條第六款適用於搭售行為之合理性」，收錄於：黃銘傑，競爭法與智慧財產法之交會—相生與相剋之間，2版，元照出版公司（2009）。
- 黃銘傑，「聯合行為成立與市場界定、影響市場功能認定間之理論與論理—評最高法院九十二年度判字第一三三六號判決」，收錄於：黃銘傑，競爭法與智慧財產法之交會—相生與相剋之間，2版，元照出版公司（2009）。
- 廖義男，公平交易法之釋論與實務《第二冊》，初版，元照出版公司（2015）。
- 廖義男，公平交易法之釋論與實務《第三冊》，初版，元照出版公司（2017）。

外文部分

- Brandeis, Louis D., “The Living Law,” *10(7) Illinois Law. Review* (1916).
- Bourgeois, Jacques & Waelbroeck, Denis, *Ten Years of Effects-based Approach in EU Competition Law – State of Play and Perspectives*, 1st ed., Editions juridiques Bruylant (2012).
- Crane, Daniel A., *Antitrust*, 1st ed., Wolters Kluwer Law & Business (2014).
- Elhauge, Einer & Geradin, Damien, *Global Antitrust Law and Economics*, 3rd ed., Foundation Press (2018).
- Fox, Eleanor M. & Crane, Daniel A., *Global Issues in Antitrust and Competition Law*, 2nd ed., West Academic Publishing (2017).
- Fumagalli, Chiara, Motta, Massimo & Calcagno, Claudio, *Exclusionary Practices – The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance*, 1st ed., Cambridge University Press (2018).
- Hovenkamp, Herbert, *Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and Its Practice*, 5th ed., West Academic Publishing (2016).
- Posner, Richard A., *Antitrust Law*, 2nd ed., University of Chicago Press (2001).
- Van den Bergh, Roger, *Comparative Competition Law and Economics*, 1st ed., Edward Elgar Publishing (2017).
- Williamson, Oliver E., *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, 1st ed., The Free Press (1975).
- Williamson, Oliver E., *The Economic Institutions of Capitalism*, 1st ed., The Free Press (1985).
- 村上政博，國際標準の競争法へー獨占禁止法の最前線，弘文堂（2013）。

On the Repeal of Article 20 of the Fair Trade Act of Taiwan

Huang, Ming-Jye*

Abstract

The current regulation of Article 20 of the Fair Trade Act of Taiwan (TFTA) originated from Paragraph 9, Article 2 of the Antimonopoly Act of Japan. Article 20's main focus is to regulate the so-called vertical restraints of competition. However, in comparison with the recent developments in economic analysis and enforcements of foreign competition agencies such as those in the US, the EU, Germany, and even Japan, the regulation of Section 20 of the TFTA has appeared to be obsolete and in need of being repealed in order to sustain effective and healthy competition in the Taiwan market. This paper seeks to explore the shortcomings and mistakes existing in Article 20 of the TFTA and to expose the erroneous enforcements made by the Fair Trade Commission of Taiwan (FTFC). The findings suggest that after repealing Article 20 of the TFTA, the FTFC can enforce anti-monopoly and anti-cartel regulations to take the place of Article 20 of the TFTA with necessary amendments to the current anti-monopoly regulation and by adding a new "coercion" regulation with reference to German competition law.

Keywords: Cartel Regulation, Fair Trade Act, Likelihood of Restraining Competition, Monopoly, Vertical Restraints.

