從基點定價（Basing-Point Pricing）論平行行爲與聯合行爲—以美國反托辣斯法爲中心

陳志民*

目　次

論文摘要
壹、導　言
貳、BPP之經濟分析
參、美國反托辣斯法規對BPP之規範
肆、BPP對我國執行公平交易法之啓示
伍、總結

論文摘要

自「基點定價」(Basing-Point Pricing)方式於美國產業界出現以來，由於其特殊之價格決定模式與廠商間之聯合行爲極爲類似，多數學者與司法機構皆認爲其乃當然違反反托辣斯法(Antitrust Laws）之反競爭行爲。爾等所持之理由乃透過基點定價，位於寡占市場中之廠商得藉由「運費吸收」(Freight Absorption)與獲取「幽靈運費」(Phantom Freight)等方式以監控彼此之行爲，進而鞏固業者間之聯合協議。

* 台灣大學法學士; 東吳大學法學碩士; 美國杜克大學(Duke University)法學碩士(LL. M.); 美國西北大學(Northwestern University)法學博士(SJD)候選人.

筆者感謝波士頓大學(Boston University)法學院教授Dr. Keith N. Hylton、西北大學法學院教授Dr. David D. Haddock與商學院教授Dr. Kate Rockett對本文英文初稿提供寶貴之意見與指正並鼓勵筆者發表本文。另公平會一匿名審稿委員對本文之詳細審核與建議，在此一併致謝。惟文中所有錯誤由筆者自負。

美國西北大學(Northwestern University)法學院教授David D. Haddock於1982年發表於「美國經濟評論」(American Economic Review)之一篇重要論文中對此見解提出質疑。其從經濟分析之角度廣泛且深入探討基點定價之促進競爭效果，並認爲基點定價多數乃市場競爭下之產物。因此，執法機構欲以反托辣斯法禁止之，結果恐將適得其反! 本文擬從法律與經濟分析之觀點探討此一議題。並藉此檢討我國公平交易法對平行行爲與聯合行爲認定之相關問題。

壹、導 言

對經濟學與反托辣斯法學者而言，寡占市場複雜之價格決定模式一直是個難以解開的謎。與完全競爭市場相較，寡占市場由於競爭者相對減少，廠商於市場上之一舉一動皆可迅速爲其對手所掌握與倣尤。因此，個別廠商往往需於考量其它業者之價格、產量決定，以及整體市場需求後，方能做出最理性(rational)之商業決策。此種動態(dynamic)之經濟分析模式被經濟學家統稱爲廠商追求“納許均衡”(Nash Equilibrium; 依1994年諾貝爾經濟學獎得獎人John Nash而命名)之過程（註1）。然而，此項理論基礎似乎無法解釋寡占市場所有之經濟現象。一旦所有廠商皆遵循相同之決策過程，市場均衡價格之決定也將變得更爲複雜。

再者，由於每一競爭者均是透過其對手之成本資訊調整其競爭策略，寡占市場常出現較爲“黏稠”(sticky)之價格結構，鮮見大幅波動。而價格一旦有趨於一致之傾向，勢將引起反托辣斯法執法機關之關切。然而於適用反托辣斯法以對抗此類因市場結構所導致之疑似聯合行爲時，法律人所面臨之挑戰比起經濟學家可能有過之而無不及。執法機關首先需證明廠商具有反競爭之意圖。再者，縱使業者具有該意圖，其必充份利用該市場特性，透過彼此間之了解或默契，以及各類同業公會居間協調，以避免因任何白紙黑字協議落入執法者手中而百口莫辯! 因此，撇開艱澀之經濟學理論不論，執法者如何利用法令之解釋與法理之援用以求勿枉勿縱，實屬一

註 1：ROBERT S. PINDYCK & DANIEL L. RUBINFELD, MICROECONOMICS 431 - 32 (2nd ed. 1992).

大難題。

「自發性平行行爲原則」(the Conscious Parallelism Doctrine)之出現或可視爲對此項議題之回應。依該理論，法院得在缺乏明示或默示意思合致之情形下，依「情況證據」推論(infer)聯合協議之存在（註2）。其背後之基礎乃法院相信寡占市場由於「市場集中度」(ratio of market concentration)較完全競爭市場爲高，業者共謀並藉此提高競爭者進入市場障礙之誘因(incentive)也相對提高（註3）。如果市場中再存有各類「便利機制」(facilitating mechanisms)與制裁規定以監督業者彼此對聯合協議之忠誠度，執法機關將可更加肯定反競爭行爲之真實性。

持平而論，「自發性平行行爲原則」乃司法便宜下之產物。於訴訟經濟之考量外，該原則卻也降低法院對疑似聯合行爲之平行行爲作深入調查分析之意願。其結果可能將具有促進市場競爭之行爲誤爲聯合行爲，影響所及，不可謂不巨！本文擬藉美國反托辣斯法對基點定價(Basing-Point Pricing; BPP)之規範爲例，探討平行行爲與聯合行爲之關係。自BPP於美國產業界出現後，多數學者與法院普遍認爲其乃結合平行行爲與聯合行爲之橋樑。此項觀點直至80年代才有所改變。本文第II節首先從經濟分析之角度概要介紹BPP對市場競爭之影響。第III節檢討美國法院針對BPP所作之判決以及學者對平行行爲與聯合行爲關係之見解。第IV節探討美國執法經驗對我國公平交易法法規解釋與政策制定值得參考之處。第V節總結本文。

本文希望借助較淺顯之經濟模型與理論說明，於不失其真義之前題下，結合經濟學者於此領域內之精闢見解與法學理論，重新檢討此一問題。在此需強調者乃本文並非主張所有之平行行爲皆應視爲合法。惟於未經檢視之前，率將價格走向之一致認爲是聯合行爲，亦非妥適。而於判斷之過程中，經濟理論提供執法者一強有力之分析工具。與美國相較，國內有關公平交易法之跨領域研究，似仍處方興未艾之階段。有鑑於其重要性，筆者不揣淺露，希望本文能收拋磚引玉之效，而於未來激發更多結合法律與經濟理論之優秀研究作品。

註2：Interstate Circuit v. United States, 306 U.S. 208 (1939).

註3：參閱George J. Stigler, A Theory of Oligopoly, 22 J. POL. ECON. 44 (1964).

貳、BPP之經濟分析

A.BPP之定義

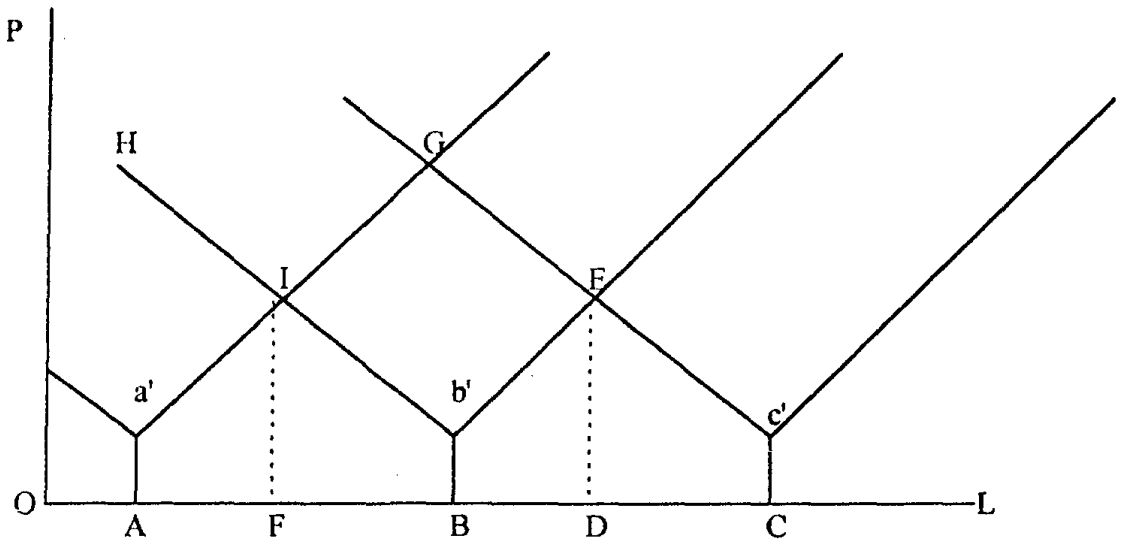
基點定價乃業者以同一地點作爲計算產品運費之起點，並從而決定其售價之計價方式（註4）。舉例而言，假設所有鋼鐵業者皆以匹茲堡(Pittsburgh)作爲BPP之定價基點。位於芝加哥(Chicago)之買者，不論其是否向位於匹茲堡之業者購買鋼鐵，皆需支付匹茲堡當地之鋼鐵價格加上由匹茲堡至芝加哥之運費。更具體而言，假設每噸鋼鐵於匹茲堡與芝加哥之價格分別爲美金100與90元; 由匹茲堡至芝加哥之每噸鋼鐵運費爲美金50元。於BPP下，芝加哥之買者如果向當地廠商購買鋼鐵 (假設運費爲零)，其所需支付之每噸鋼鐵價格爲美金150元而非90元。反之，倘若紐約(New York)之鋼鐵價格亦爲美金90元，但其至芝加哥之運費爲210元。則位於芝加哥之買者仍只需支付位於紐約之鋼鐵業者150元。相對於BPP，「FOB定價」(FOB Pricing)則以實際賣方所在地之價格（註5）以及實際運費決定最終售價。於上舉二例，買方所需支付之價格分別爲美金90元 (購自芝加哥)及300元(購自紐約)。二者之差別，可藉由圖1來加以說明。

假設A，B，C,三家廠商沿直線L一字排開，而每一家廠商之「工廠淨價」(mill net price)皆相同（註6），買方則平均分佈於L線上。對買方而言，距離之遠近乃決

註 4：F.M. SCHERER & DAVID ROSS, INDUSTRIAL MARKET STRUCTURE AND ECONOMIC PERFORMANCE 505 (3rd ed. 1990). BPP為美國鋼鐵及水泥業者所廣泛採行。有關BPP於美國產業中之歷史演變，請參閱 FRITZ MACHLUP, THE BASING-POINT SYSTEM (1949)。

註 5：包括賣方將貨物運上運送工具之free-on-board價格。DENNIS W. CARLTON & JEFFREY M. PERLOFF, MODERN INDUSTRIAL ORGANIZATION 419 (2nd ed. 1994).

註 6：此處所指之「工廠淨價」乃指貨物出廠後運送前之價格。MACHLUP, supra note 4, at 4.



L：地點　　P：價格

圖 1

定其向何廠商購買貨物之唯一考量因素。進一步假設A，B，及C對於貨物運送皆無「規模經濟」(economies of scale); 換言之，A，B，C均面對線形(linear)之運送成本線。於FOB定價模式，基於成本考量，A，B，C 各有其銷售之自然市場 (natural market)。以圖1爲例，位於C右方及CD之間之消費者將向C購買貨物; 同理，A,B 將分別擁有OF與FD間之顧客群。反之，在BPP下，業者因地理位置接近消費者所具有之競爭優勢，將消弭於無形。假定B點乃業者所採行之計價基點，位於BD間之消費者，無論向何廠商購買產品，其所需支付之價格皆相同（註7）。同樣情形亦發生於當A或C爲基點時。簡言之，FOB定價與BPP二者之差別在於於FOB下，不同業者，對位於不同區域之消費者，收取不同價格（註8）；而BPP將使位於不同區域之消費者對不同業者支付相同價格（註9）。

註 7：按消費者距離之遠近，其可能支付之價格可以直線b' E來代表。

註 8：除位於I, E, 及G點之消費者外。

註 9：Carlton, A Reexamination of Delivered Pricing System, 26 J. L. & ECON. 51, 53 (1983)。

B.BPP與共謀理論

於完全競爭市場中，價格反應廠商之邊際成本，包括運送成本在內，因此,FOB定價應爲競爭市場下之常態:消費者依據工廠淨價以及實際運費付費。基此，一旦BPP出現，而相關市場之價格也有趨於一致之傾向時，經濟學家即推測業者間必存有聯合從事反競爭行爲之共謀。因爲BPP使部份業者受利，而其它業者卻需自願承擔損失。如圖1中，A，C需自行承擔銷售予位於BD間消費者之多餘運費（註10）；反之，對位於C右方之顧客而言，C將可獲取多餘之利潤。此現象，若非業者彼此就未來市場分割及利潤共享存有協議，實無法長期持續。綜言之，主張BPP爲聯合行爲之表徵者，其理論乃建立在BPP以下二項特徵。

1.「運費吸收」(freight absorption);「幽靈運費」(phantom freight)

如上所述，於BPP定價方式下，廠商或負擔多餘之成本(「運費吸收」)，或獲取多餘利潤(「幽靈運費」)。據此，Stigler認爲BPP可作爲穩定業者聯合協議之機制（註11）。當市場需求波動極大時，不穩定之市場狀態給與業者尋求聯合行爲極大之限制。業者需隨時調整其售價以反應需求變動，也無法正確預測工廠淨價。類此之不確定性，使位於同一地理市場內之業者很難有效監控聯合行爲，遑論居於廣大不同地理市場之眾多廠商，將如何尋求共識，以建立共謀之共識？（註12）BPP解決上述業者所面臨之難題。位於市場需求降低區域之廠商，可藉BPP進入其它業者之自然市場，以彌補因價格波動所受之部份損失（註13）。換言之，業者利用BPP相互〝補貼〞對方，

註10：就C而言,此乃b'E與EG間之差距.

註11：George J. Stigler, A Theory of Delivered Price System, 39 AM. ECON. REV. 1143 (1949).

註12：Stigler之論點乃建立在產品無法儲藏(non-storable)之前提下。然而，如果市場需求波動無法迅速與存貨相抵銷，則產品之可儲藏與否，並不影響此論點之有效性。Id., at 1148.

註13：受限於增加之運費,業者之損失並無法完全藉BPP來加以彌補.

以因應市場衝擊並穩定價格。Stigler認爲，廠商類此之“善行義舉”，除聯合爲反競爭行爲外，實無從加以解釋（註14）。

2.「交叉運送」(cross-hauling)

「交叉運送」乃指不同產品生產地間銷貨市場之重疊。由於在BPP下，產品價格趨於一致，其同質性也相對提高。對位於非定價基點之買者，如圖1之C而言，無論產品來自A或B，對爾等並無差異。同理，位於A點之消費者亦可能捨該市場而就B，C。於是，裝載相同貨物之列車，於運送途中彼此擦身而過! 從社會整體而言，此現象實爲資源之浪費，如不必要之之運送成本與運送模式（註15）。對此，Machlup曾有生動之描述：「貨物如兜風般旅行全國，而非經濟上必要之移動。」（註16）

總之，主張BPP與聯合行爲乃一體兩面者認爲，前者乃後者之充分條件。BPP之成敗有賴業者相互保證依循BPP之定價方式，並允諾不爲價格競爭。因此，一旦BPP長期存在於市場，共謀也成爲邏輯上必然之推論。

C.促進競爭理論與「毀滅式競爭」(Ruinous Competition)理論

相對於共謀理論，主張BPP對市場競爭無害甚或有利者認爲，BPP多數乃個別廠商追求利潤極大化(profit maximization)下之產物。而當產業出現高固定成本，低邊際成本結構時，BPP可抑止業者從事「毀滅式競爭」之行爲。

1.「空間差別定價」(Spatial Discriminatory Pricing)之基本模型：（註17）

註14：Stigler, supra note 11, at 1149。

註15：如買方可能要求以較昂貴之運送工具來運送貨物。

註16：MACHLUP, supra note 4, at 191-92。

註17：以下之分析及圖形乃參考David D. Haddock, Basing-Point Pricing: Competitive vs. Collusive Theories, 72 Am. ECON. REV. 289 (1982); Christian et al., An Analytical History of Delivered Price Litigation: Do Courts Properly Distinguish Rivalrous from Collusive Instances? 30 ECON. INQUIRY 307, 312-15 (1992).

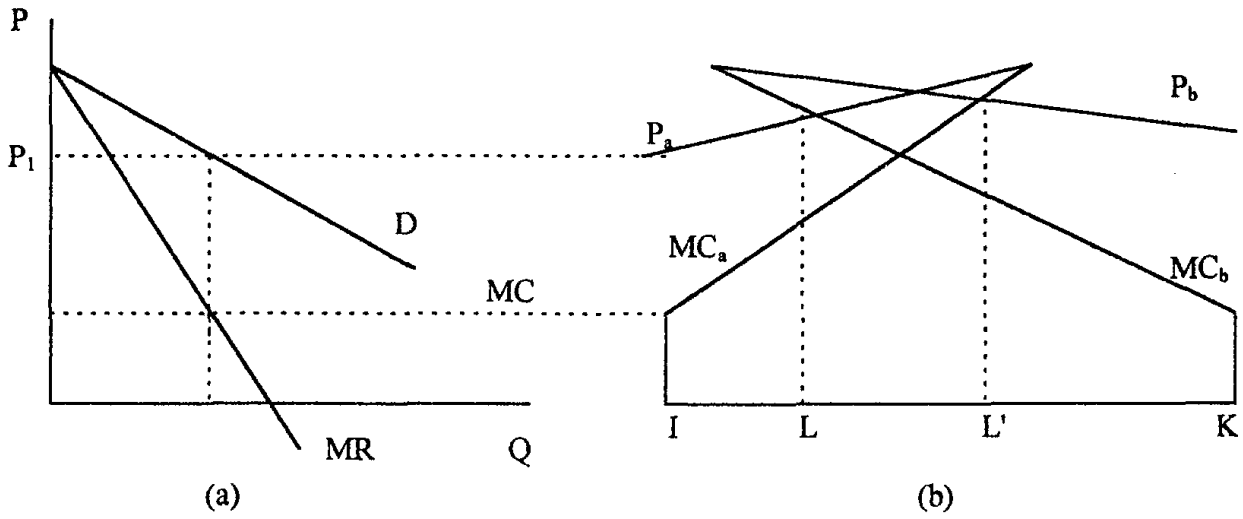


圖 2

早期經濟學文獻即已指出，當處於競爭市場中之廠商與遠方獨占者互相競爭時，「空間差別定價」乃市場之常態（註18）。假設A廠商於I地設有工廠1。圖2(a)顯示A於I地所面對之需求曲線、邊際收益（marginal revenue; MR)區線與邊際成本（marginal cost; MC)區線。圖2(b)中之MCa代表A之生產及運送邊際成本將隨運送距離之拉遠而增加。依邊際收益等於邊際成本法則，P_a曲線代表A於不同地點之最適價格（註19）。如P_1乃A於I地依MR=MC所決定之價格。同理，若B於K地設立工廠2，圖2(b)中之MC_b與P_b分別代表B於各地之邊際成本與最適價格。

業者是否於某地銷售貨物乃取決於業者於該地之邊際成本而非最適價格。只要其競爭對手之價格在其邊際成本之上，對業者而言，即提供其進入市場之誘因。因此，從圖2中，吾人可推出以下三點結論：

(1)位於L左方之市場，屬於A之自然市場。因爲$P_b > MC_b > P_a > MC_a$;

註 18 ： 參 閱 A. Smithies, Monopolistic Price Policy in a Spatial Market, 9 ECONOMETRICA 63 (1941).

註19：本模型假設線形（linear）之需求及邊際曲線。然改變該項假設並不影響模型之有效性。

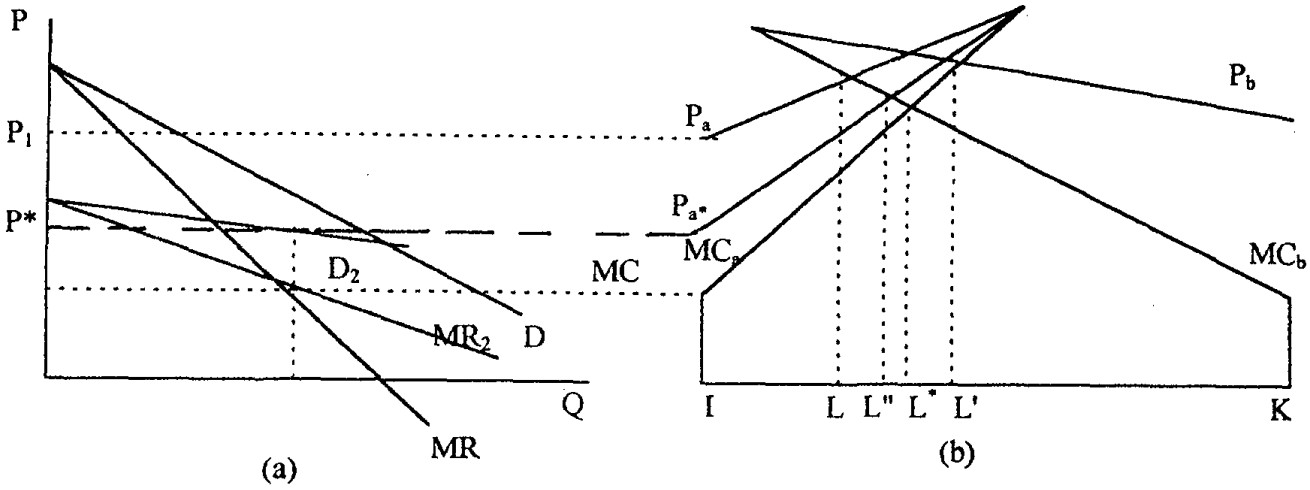


圖 3

(2)B對L' 右方之市場享有絕對競爭優勢。因於此區域內$P_a > MC_a > P_b > MC_b$;

(3)A與B分享位於L與L' 間之市場。（註20）

假設規模較小之廠商陸續進入I市場使A不再是該地之獨占者。市場競爭將迫使A降低其最適價格。對A而言，競爭對手之產量決定，也將成爲其競爭策略之重要考量因素。圖3(a)中之D_2代表A之「剩餘需求曲線」（residual demand curve)（註21）。MR_2乃相對於D_2之邊際收益曲線。從圖3吾人不難窺知，最適價格曲線P_{a*}與MC_b相交於L右方;而原本A，B所共享之市場也將縮小至L"L'。事實上，L"L' 內之價格亦將趨於穩定甚或歸於一致（註22）。

註20：該區域內之均衡價格端視個別廠商對其對手之策略回應。Christian G. Cabou et al., supra note 17, at 313.

註21：所謂「剩餘需求曲線」，乃指A於衡量整體市場需求及扣除其它廠商之總產量後，其所面對之需求曲線。

註22：與LL' 相較，B於L"I' 內並無太多決定價格之自由，假設A依P_{a*}定價，B之最佳競爭策略乃追隨A所決定之價格，B固然可依Pb或MCb定價；然就其與P_{a*}之差距而言已不若其與Pa之差距來得大，隨著I市場競爭轉趨激烈，價格差距也將逐漸縮小。

2.非共謀BPP理論

由上述模型可知，業者可能在毫無共謀之情況下採取相同之價格。但BPP是否吻合該模型，乃吾人進一步所需思考之問題。歸納而言，主張BPP具促進競爭效果者認爲不應單從「交叉運送」及「運費吸收」等現象而將業者採行相同定價方式之行爲與聯合行爲劃上等號。另外，BPP之整體福利效果仍有深入探討之必要。

(1)「交叉運送」與「運費吸收」之再檢討

就市場實際運作而言，分散貨源乃廠商常用之避險策略。就買方而言，如果增加之運費遠低於其所可避免之損失，則類似BPP之捨近求遠購買模式，未嘗不是業者追求個別利潤之理性行爲（註23）。另外，如果廠商之地理位置較其他業者接近要素生產地，或廠商於貨物運送具有規模經濟，皆可能使某一廠商之所在地成爲較具優勢之生產中心（註24）。

再者，誠如上述模型所示，當一地市場處於獨占狀態，而另一市場由獨占轉趨競爭時，廠商之加入市場將迫使位於另一市場之獨占者依競爭市場之價格定價。於此情形下，廠商個別而一致採BPP之平行行爲實乃受制於市場競爭轉趨激烈之結果，而與聯合行爲無涉。此論點可由圖4來加以說明。D_b乃B廠商所面對之市場需求曲線. 水平部分代表足以吸引I地業者從事競爭之價格P_{a*}。倘B能將其價格降至略低於P_{a*}時，B將獨享所有之市場需求。就圖形而言，市場需求曲線將呈現折拗狀（kinked）而於MR_b與D_b間存有一段間距（註25）。只要MCb落於XY這段間距內，A與B之最適價格皆爲P_{a*}。（註26）

註23：Haddock, supra note 17, at 292.

註24：Id.

註25：關於此點, 請參閱附註之簡要說明.

註26：此乃比較MCb與MRb後所得之結果。假使B之產量低於Qb，增加產量對B而言有利，因為在此範圍內MRb (需求曲線之水平部份)大於MCb。反之，若B之產量高於Qb，則B應減產。因此，最終之最適價格將趨近Pa*。

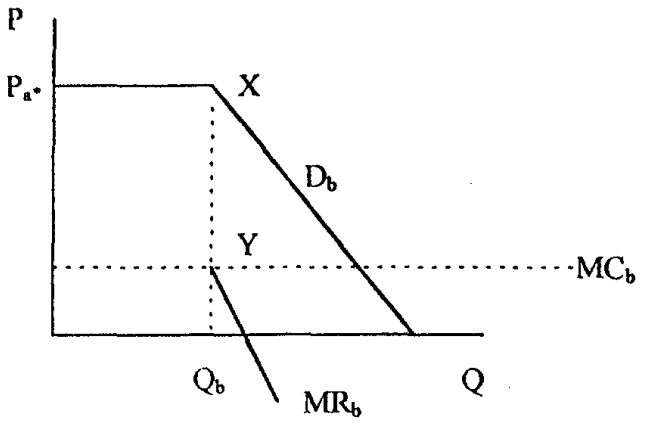


圖 4

(2)藉BPP遂行共謀之可行性

缺乏監督與制裁之機制，個別寡占業者皆有違背聯合協議之誘因。至於如何監督，Stigler 認爲可由賣方之價格變動加以觀察。一旦BPP爲業者所採行，則任何價格之偏離，證明部份業者已有違背聯合協議之行爲。Stigler進一步認爲，業者欲藉由秘密折扣以從中獲利，亦將迅速被察覺。換言之，BPP使聯合行爲更加鞏固。

對此見解，學者有不同意見。首先，價格資訊通常是經由消費者散佈。於多數情形，消費者往往就其實際所支付之價格爲不實陳述以求取較優惠之交易條件。業者間若無其它機制(如公會)以確認資訊之真假，聯合協議之忠實擁護者，或將因此被視爲叛徒。此外，就察覺違背聯合協議而言，FOB定價實比BPP更爲有效。於FOB中，由於業者具有競爭優勢之市場區隔較爲明顯，倘業者企圖以秘密降價之方式擴大其銷售市場，其降幅必需大於其在BPP中之幅度（註27）。換言之，業者任何“企圖不軌”之一舉一動，將更難逃過同業間之監督。倘若法院要求業者放棄BPP而改採

註27：此項論點可由圖1加以說明。於FOB下，倘A企圖以秘密降價之方式吸引位於FB間之顧客，其必需將價格由IG降至Ib' 以下，反之，於BPP下，由於A於FB間本即依Ib' 定價，其所需之降價幅度將遠低於FOB。Carlton, supra note 9, at 57.

FOB之定價方式，實無異於將其推向共謀之途！（註28）

(3)BPP之福利效果（welfare effect)

由於「運費吸收」及「交叉運送」並存於BPP中，BPP之福利效果將很難估算。對消費者而言，「交叉運送」由於所需支付之成本較低，或許較FOB定價更爲有利。再者，由上述之非共謀BPP理論可知，當遠方獨占者是較具效率之生產者時，其因此所獲取之「生產者剩餘」(producer's surplus)也應列入福利效果之計算當中。此外，諸如較個人化之服務、較迅速之交貨日期、以及較具彈性之付款約定等，對消費者而言，皆是不容忽視之利益。然而，有關BPP之福利效果仍待更多之實證研究支持。

(4)「毀滅式競爭」理論與BPP

當產業具有高「平均固定成本」(average fixed cost)，與隨著生產規模擴大而下降之邊際成本曲線時，毫無限制之市場競爭將導致產業之自我毀滅。美國政府對鐵路運送業之規範即是此項理論於實務上之體現。鐵路運送需要極高之固定成本如鐵軌之鋪設、購買車廂等。而一旦此類設施完成後，運送之邊際成本將隨著運送貨物之增加而下降（註29）。如果市場競爭不加以規範，由於業者無法於短期內改變其營業規模，競爭之結果，將使價格過低而無法彌補因固定資產折舊所生之成本（註30）。從此項理論觀之，BPP可以是業者爲避免「毀滅式競爭」之合作協議（註31）。儘管「毀滅式競爭」仍具爭議性，經濟學家已逐漸重視該理論與聯合定價行爲

註28：Haddock, On the Basing-Point System: Comment, 80 Am. Econ. Rev. 957, 960 (1990).

註29：在此，假設運送之貨物為一般貨物。舉例言之，運送多一單位的炸藥將大量減少其他貨物的運送數量，從而增加運送之邊際成本。

註30：George Bittlingmayer, Decreasing Average Cost and Competition: A New Look at the Addyston Pipe Case, 25 J. L. & ECON. 201, 208 (1982).

註31：許多採行BPP之產業，如水泥或鋼鐵業皆具有高固定成本之特性。Id., at 207-08; SCHERER & ROSS, supra note 4, at 291-92.

之關係（註32）。

D.小結

綜合言之，經濟分析對BPP之合法性有正反二派意見。持反對論者認爲BPP乃寡占市場促進聯合定價之便利機制。一旦BPP出現，廠商反競爭意圖已昭然若揭。反之，持肯定態度者則認爲，BPP是市場競爭下之產物。因此，執法機構不應貿然地譴責BPP，而應就採行BPP產業之市場結構爲深入之分析。另外，正反二面亦有相關之實證研究（註33）。惟其詳細之介紹已超出本文範圍。而隨著對BPP經濟本質之研究更趨複雜與成熟，美國司法界對運用反托辣斯法歸範BPP及平行定價之態度亦更加謹慎。有關美國司法判決之演變將於下節詳述之。

參、美國反托辣斯法規對BPP之規範

爲眾人寄予厚望並被喻爲自由經濟「大憲章」(Magna Carta)之美國反托辣斯法規，自1890年修曼法(Sherman Act)制定以來，即擔負起防止非法壟斷以及維護市場競爭之重責。因此，類似BPP之定價方式，自然成爲執法機構注意之焦點。本節介紹與BPP相關之反托辣斯法規。並以BPP爲例，探討法院如何於判決中反應經濟分

註32：參閱Bittlingmayer, supra note 30.; Pirrong Stephen Craig, An Application of Core Theory to the Analysis of Ocean Shipping Markets, 35 J. L. & ECON. 89 (1992).

註33：參閱Thomas W. Gilligan, Imperfect Competition and Basing-Point Pricing: Evidence from the Softwood Plywood Industry, 82 AM. ECON. REV. 1106 (1992) ; Stephen H. Karlson, Competition and Cement Basing Points: F.O.B. Destination, Delivered from Where? , 30 J. REGIONAL SCIENCE 75 (1990).

註34：除聯合行為外，BPP亦涉及差別取價(price discrimination)。惟除於相關部份提及外，本文並不就後者為深入之探討。

析理論之變遷，並進而修正平行行爲與聯合行爲之認定標準（註34）。

A.相關法規介紹

與BPP相關之反托辣斯法規爲修曼法、克雷頓法（Clayton Act)以及聯邦貿易委員會法（Federal Trade Commission Act）。

1.修曼法（註35）

該法第一條禁止任何以契約、托辣斯、或共謀等方式，限制州與州或與外國間貿易之聯合行爲。違反者，係屬刑法上之重罪（felony），可處以罰金或最高三年之有期徒刑（註36）。第二條禁止業者獨占、意圖獨占或聯合獨占之行爲。與第一條相較，前者爲共謀條款。於適用時需符合以下三項要件：首先，被告間需有爲聯合行爲之意思合致。再者，需有證據顯示至少有二個以上之個別企業體涉及該項共謀。因此，同一企業體內之個人，或企業與個人間之協議，並不構成修曼法上之聯合行爲。至於母子公司間之聯合行爲，早期美國司法判例著重於法律形式上之解釋，而將其視爲係法律上獨立之個體，從而亦在該條之規範範圍內（註37）。美國最高法院於1984年Copperweld一案中，推翻該項見解; 轉而將母公司與由其完全控制之子公司視爲單一經濟體。也因此，其彼此間之共謀，並不屬於修曼法第一條之聯合行爲（註38）。最後，法院無需調查聯合協議之可行性，或業者是否具有能力將該協議付諸實現。一旦共謀協議存在，即屬當然違法。

相對於第一條之規定，修曼法第二條乃針對企業單方商業行爲所爲之規

註35：15 U. S. C. A. § § 1-7 (1987).

註36：AREEDA & KAPLOW, ANTITRUST ANALYSIS: PROBLEMS, TEXTS, CASES 1(4th ed. 1994 supplement).

註37：AREEDA & KAPLOW, ANTITRUST ANALYSIS: PROBLEMS, TEXTS, CASES 315 (4th ed., 1988).

註38：Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752 (1984).

範。法院於適用該條規定時，需調查被告有無運用不當之排他手段，於相關市場中獲取或維持其獨占地位及市場力量。另外，法院於審理意圖獨占之案例時，需調查以下三項要件: 壹、被告是否已從事掠奪性或反競爭行爲; 貳、被告是否具有獨占之意圖; 參、被告之行爲具有“成功之危險可能性”(a dangerous probability to succeed)（註39）。惟法院需於衡量業者於相關市場中之市場力量(market power)後，方能決定該危險可能性是否存在。業者從事掠奪性或反競爭行爲本身並不能作爲判斷之唯一依據（註40）。

2.克雷頓法（註41）

於修曼法通過後二十五年，美國國會於1914年通過克雷頓法。於1936年，美國國會再度修正該法第二條成爲規範差別取價之「羅賓森—派特曼」法案(the Robinson-Patman Act)。依該法規定，任何廠商或個人於銷售相同等級及品質之貨物時，不得對不同之買方收取不同之價格，除非賣方之行爲乃基於正當之成本考量。另第二條b項規定，倘被告證明差別取價乃因應市場競爭所爲之善意行爲，即可豁免於該條規定之外。第十六條則附予當事人對任何違反反托辣斯法之行爲，得要求法院簽發「禁制令」(Injunction)之 權利。

3.聯邦貿易委員會法（註42）

與BPP息息相關者，乃該法第五條就不公平競爭、不公平或欺罔行爲所爲之規定。美國聯邦貿易委員會對此等行爲得宣告其違法。再者，委員會對本法有專屬之管轄權並與司法部（Department of Justice)共同分擔執行克雷頓法之責任。

B.判決之演變

註39：Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan, 113 S. Ct. 884 (1993).

註40：Id., at 892.

註41：15 U.S.C.A. § § 12-27 (1987).

註42：15 U.S.C.A. § § 41-58 (1987).

BPP自被業者採行以來，即受到美國法院與貿易委員會之嚴格監督。歸納言之，其原因有二：壹、於BPP訂價系統下，買方所支付之不同價格，並未真正反應業者之運送成本，從而該行爲已購成差別取價；貳、BPP乃業者彼此共謀限制市場交易之不公平競爭手段。其行爲已違反修曼法第一條及聯邦貿易委員會法第五條之規定。以下僅就實務上判決之演變作一簡要介紹。

1.FTC v. A.E. Staley MFG. Co.（註43）。

Staley 乃採行BPP銷售葡萄糖(glucose)與糖漿(syrup)之廠商。其定價方式乃以芝加哥爲基點，加上由芝加哥至買方之運費。美國聯邦貿易委員會認爲，該計價方式對實際運費低於芝加哥運費之買方，顯失公平。再加上Staley透過運費吸收方式偏惠實際運費高於芝加哥運費之業者，該行爲已構成差別取價從而應受克雷頓法第二條之規範（註44）。

該案於上訴聯邦最高法院後，仍維持聯邦貿易委員會之見解。針對Staley所提，BPP乃因應市場競爭之善意行爲，法院則不予採信。法院認定之理由在於Staley並未嘗試建立其個別之定價方式，並適時降價以因應需求變動所生之市場競爭。反之，於進入該市場後， Staley一直是BPP之擁護者（註45）。於調整其售價之過程中，Staley所仰仗者乃售貨員、經紀人、或買者所告知之價格;對於該價格是否確爲其對手之真正售價，Staley從未加以調查確認。據此，法院認爲Staley並非因“善意”因應對手之競爭而採行BPP並藉此從事差別取價之行爲（註46）。

2.FTC v. Cement Institute（註47）

註43：324 U.S. 746 (1945)

註44：Id., at 749.

註45：Id., at 754-55.

註46：Id., at 758-60. 然而，在其後之Gypsum一案中，法院放寬了此項判斷標準。法院認為只要對手之價格資訊有相當之可信度，被告即可提出善意抗辯。參閱U.S. v. United States Gypsum Co., 438 U.S. 422(1978).

本案被告包含七十四家水泥製造商所組成之同業公會，並依BPP作爲統一之計價方式。證據顯示，業者於多項競標中，彼此所開出之價格與條件完全一致（註48）。特別是於1936年之一項競標中，十一家參與業者所開出之價格，至小數點以下六位數完全相同！（註49）

聯邦貿易委員會據此提起訴訟。該會認爲市場水泥價格一致，乃業者間存有聯合定價協議或默契之指標。該行爲已限制或阻礙水泥銷售市場之競爭，從而應依聯邦貿易委員會法第五條之規定處罰。再者，委員會亦認爲，水泥業者之行爲同時亦違反克雷頓法第二條之規定（註50）。被告則認爲，若BPP限制或妨礙市場競爭，則應依修曼法第一條加以論處，而非聯邦貿易委員會法（註51）。此外，被告辯稱，BPP乃市場競爭下之自然產物，其係基於消費者之需求而產生，而非如委員會所稱，係用以消弭市場競爭。簡言之，被告認爲BPP乃〝長期競爭下所不可避免之結果〞（註52）。

美國聯邦最高法院基於下述理由，再度支持貿易委員會之見解：（註53）

壹、市場中超過半數之工廠，由十家水泥製造商所控制。集中之市場結構，使業者共謀成功之機率相對提高;

貳、業者集體採行BPP與業者於各地之水泥價格一致互相吻合;

參、公會不僅拒絕以卡車或駁船(barge)之方式運送水泥，並散發各業者相關資訊予其它業者，作爲計算運費之基礎。

註47：333 U.S. 683 (1948).

註48：Id., 713.

註49：Id. n. 15.

註50：Id., at 688.

註51：Id., at 690.

註52：Id., at 705.

註53：Id., at 713-14.

肆、對於不遵守BPP之業者，其它業者即聯合杯葛(boycott)加以制裁。其方式乃以違反BPP業者之所在地作爲基點，使其因而蒙受重大損失。

伍、聯邦貿易委員會法第五條所謂之〝不公平手段〞包括違反修曼法之行爲在內。反之，不違反修曼法之行爲，仍可能受該法第五條之規範。委員會對何謂〝不公平競爭〞具有解釋權。而於行使該項解釋權時，業者間聯合之協議，並非必要之條件（註54）。

陸、被告所主張之〝基於善意競爭〞抗辯，仍不爲法院所採（註55）

最高法院據此要求被告放棄BPP之定價方式。

3.Triangle Conduit Cable v. FTC（註56）

Cement一案大幅減輕委員會證明聯合協議存在之舉證責任。而該案所確立之適用聯邦貿易委員會法以規範BPP之原則，也理所當然爲下級法院所遵循。本案被告乃硬鐵導管(rigid steel conduit)製造商並以BPP作爲業者計價之方式。委員會認爲，被告之行爲已構成聯合行爲，縱使業者間並無任何形式之協議存在，由於被告間使用相同之公式計算運費，而業者間對共同採用BPP亦皆有所了解，故被告之行爲已觸犯聯邦貿易委員會法第五條之規定（註57）。

被告對於委員會未能提出證據證明爾等確有利用BPP從事聯合定價之協議存在，向上訴法院提起上訴。其並主張BPP乃業者因應市場競爭下之產物（註58）。然而，被告之抗辯並未爲聯邦第七巡迴上訴法院所採。法院依「自發性平行行爲」理論認爲，一致之價格再加上人爲之價格操作，可視爲聯合協議存在之證據（註59）。換言之，委員會於行使其裁量權時，類此之情況

註54：Id., at 708-09.

註55：Id., at 721-26.

註56：168 F.2d 175 (7th Cir., 1948)

註57：Id., 176.

註58：Id., at 180-81.

證據，皆可作爲判斷之標準（註60）。

4.Boise Cascade Corp. v. FTC（註61）

Cement及Triangle Conduit兩案引發來自產業界及美國國會強烈之抗議。法院之判決似已將BPP視爲是當然違反反托辣斯法之行爲；而「自發性平行行爲」理論之運用，更間接宣示任何BPP所可能具有之促進競爭效果,將不爲法院所採以作爲判決之基礎。因此，自1980年代開始，美國法院與貿易委員會開始於個案中重新檢討BPP法律原則適用之妥適性。

本案涉及位於美國南方之軟木合板（softwood plywood)製造商以位於西北部太平洋岸之市場作爲定價之基點（註62）。美國聯邦第九巡迴上訴法院於其判決中指出，BPP並不當然違反聯邦貿易委員會法第五條之規定。法院認爲，於認定BPP違法之前，委員會需有證據證明，被告間存有共謀之明示協議，或所指控之行爲確實具有固定或穩定市場價格之效果。假使業者之行爲缺乏此等效果，則單純業者間之平行行爲，並不符合該條之要件（註63）。此外，法院亦指出，當本地製造商無法完全供應當地需求時，BPP使位於美國西北部之製造商保有進入南方市場之誘因;而消費者亦可因而節省比價之成本（註64）。

雖然於其後針對相同案件所提起之損害賠償案中，聯邦第五巡迴上訴法院認爲，依據業者間彼此接觸之情形判斷，若足以認爲業者有達成聯合協議之機會，則BPP應已違反修曼法第一條之規定（註65）。然而，美國司法部

註59：Id., at 179.

註60：Id., at 180.

註61：637 F.2d 573 (9th Cir., 1980).

註62：Id., at 577.

註63：Id..

註64：Id., at 574.

註65：In re Plywood Antitrust Litigation, 655 F. 2d. 627 (5th Cir., 1981).

於提供予最高法院之意見書中認爲，共謀機會是否存在仍需有更充分之證據支持（註66）。因此，第五巡迴法院之判決於實務上之運用仍受到相當之限制。

5.E.I. du Pont de Nemours v. FTC（註67）

於1974至1979年間，Ethyl、du Pont、PPG以及Nalco是美國市場中唯一生產含鉛抗爆化合物(antiknock compounds)之廠商。雖然並無技術或財務上之進入市場障礙，但由於美國聯邦政府於1971至1974年凍結該化合物之價格，加上環保署(Environmental Protection Agency; EPA)對美製汽車之環保要求（註68），使得市場對該產品之需求大幅減少，而相對地廠商進入該市場之意願也隨之降低（註69）。也因此，該產業之市場集中度極高。針對BPP定價，聯邦貿易委員會於1979年對這四家業者提起訴訟。委員會認爲，BPP具有降低價格競爭之不確定性，穩定市場價格水平，並從而妨礙市場競爭之負面效果（註70）。其進一步指出，雖然反托辣斯法並不禁止寡占廠商從事單方(unilateral)之定價行爲; 然而一旦市場結構具有便利價格合作之傾向時(如本案之高市場集中度), 縱使業者彼此並無聯合協議存在，類似BPP此種單方但互賴(interdependent)之行爲仍可能對市場競爭產生極大之傷害。據此，委員會主張應擴大聯邦貿易委員會法第五條之解釋，將BPP列入該條不公平競爭之規範範圍內（註71）。

註66：ERNEST GELLHORN & WILLIAM KOVACIC, ANTITRUST LAW AND ECONOOMICS 281 (4th ed., 1994).

註67：729 F. 2d 128 (2nd Cir., 1984)

註68：EPA於1975年開始要求所有美製汽車需安裝觸媒轉換器(catalytic converter)並嚴格限制汽油中之含鉛量。Id., at 131.

註69：Id.

註70：Id., at 133.

註71：Id., at 135.

美國聯邦第二巡迴上訴法院駁回聯邦貿易委員會之決議。法院首先指出，市場競爭程度之降低，並不當然表示廠商之競爭手段不公平。而當寡占市場出現自發性之平行定價行爲，寡占廠商也不因此而當然違反反托辣斯法。其所反應者乃市場狀態(condition)而非競爭手段(method); 事實上，其亦可能反應廠商正從事激烈之市場競爭（註72）。歸納言之，法院認爲於寡占市場中，執法機構於未能證明業者間具有共謀、脅迫、掠奪或排他之行爲時，需有其它證據證明業者之行爲具有〝壓制性〞(oppressiveness)方可附以不公平競爭之標籤。而依據法院之見解，所謂〝壓制性〞包括(1)被控之廠商具有反競爭之意圖或目的；或(2)該行爲缺乏獨立合法之商業理由（註73）。

依此標準，本案被告並未具有反競爭之意圖。法院發現，買方於此產業中具有相當之市場力量，BPP乃業者應買方之要求所統一採用（註74）。再者，市場上之實際價格並未如預期般趨於一致。業者給與買方秘密折扣之情形極爲普遍。整體而言，市場之需求乃操縱在買方非賣方。而對於一逐漸沒落之產業而言，業者了解，價格競爭並未能創造需求。而非價格競爭，如提供更廣泛的服務，至少可保有現有之顧客（註75）。總而言之，法院認爲市場競爭並未減弱而係以另一型態出現。BPP之採行乃被告個別於考量市場狀況後所爲之獨立商業決定，並非不公平競爭。

6.小結

綜合美國法院之見解，BPP於反托辣斯法上之地位，已由全然否定其促進市場競爭之可能性，轉而強調證據調查之重要性。諸如買方市場結構、交

註72：Id., at 138, 139.

註73：Id., at 139-40.

註74：本案事實顯示，市場中唯一之買者乃大型煉油公司，就契約條件之談判而言，買方實占有絕對之優勢。BPP條款使賣方於貨物運達目的地前仍保有所有權，並負擔所有之風險。而買方亦可節省相當之運費及稅捐。Id., at 131, 133.

註75：Id., at 132-33, 141.

易成本之節省、以及BPP是否具有穩定聯合行爲之功能（如採行BPP之市場是否仍存有秘密降價之情形)等，皆會影響市場競爭是否已受限制之認定。於證據未能充份證明BPP之反競爭效果前，執法機構不能單依市場價格之趨於一致即斷定業者之自發性平行行爲即爲聯合行爲。

就法律觀點而言，美國法院此種趨向以「合理原則」（rule of reason)（註76）處理BPP案件之司法走向，殊值肯定。究言之，BPP之法律爭議點在於法院如何發現聯合行爲協議之存在。Cement及Triangle Conduit二案不當地擴大法律適用範圍，並藉由「自發性平行行爲」理論，賦予調查機關極具彈性之證據認定標準，其結果很可能使BPP之合法性完全操控於爾等之主觀認定。由Boise Cascade與du Pont可以得知法院已察覺不當適用「自發性平行行爲」理論將降低執法機構探求BPP促進競爭效果之意願。雖然「自發性平行行爲」理論仍爲美國下級法院所適用，但多數法院已陸續於其判決中加入適用該理論之限制條件（註77）。

而從法院之判決理由，吾人亦可清楚看出經濟理論已對反托辣斯法之解釋產生重大影響。從被告之角度而言，BPP具有促進市場競爭功能理論提供其有利之防禦方法。被告可據此主張BPP乃自由競爭下之善意行爲，與差別取價無涉，也非聯合或不公平競爭行爲。而法院也可適時地於判決中引用經

註76：相對於「視為違法」(per se illegal)原則，「合理原則」強調反托辣斯法所禁止者乃“不合理”(unreasonable)之商業行為。法院於判斷行為是否合理時，需考量該行為之本質、限制程度、以及對市場競爭之影響等因素。參閱Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1(1911)及Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231(1918).

註77：這類限制條件被學者統稱為「自發性平行行為」理論之〝附加要素〞(plus factors)。相關之討論，請參閱William E. Kovacic, The identification and Proof of Horizotal Agreement Under The Antitrust Laws, 38 ANTITRUST BULL. 5, 37-57(1993).

濟理論作爲其從事「合理原則」分析之基礎，擴大案件考量之廣度與深度。兩相激盪之結果將使判決更具妥適性與說服力。

C.學理分析--「單方契約」與「可行禁制令」理論

由於何謂〝不公平競爭〞乃不確定之法律概念，爲避免濫權，美國部份學者主張聯邦貿易委員會法第五條之適用應加以限制，若無相當充份之證據，應盡可能依修曼法來規範反競爭之聯合行爲。據此，Richard Posner提出「單方契約」理論(unilateral contract theory)，另外Donald Turner亦提出「可行禁制令」(feasible injunction)理論，嘗試依修曼法第一條來規範BPP 。

1.Richard Posner

Posner認爲自發性平行行爲可視爲傳統契約法下之單方契約。舉例言之，懸賞廣告於行爲人完成該行爲後，契約即視爲成立。同理，當BPP爲業者所採行時，其同時也對其它業者發出要約。一旦其它業者亦採行BPP時，縱使彼此間並無意思聯絡，聯合定價協議即可視爲成立。

2.Donald Turner

相對於Posner，Turner主張於適用修曼法第一條時，需有證據證明業者間確有協議存在且該協議確屬非法。Turner認爲自發性平行行爲並不符合此二要件，其乃業者對相同之商業事實所爲之獨立商業行爲。除非證據顯示業者之獨立行爲與其自身利益相違背，否則，平行行爲本身並不構成協議（註79）。

Turner與其它理論之最大不同處在於其提出以法院能否擬具可行之禁制令作爲平行行爲是否違法之標準（註80）。首先，假設法院發現疑似違法之

註78：Richard A. Posner, Oligopoly and The Antitrust Laws: A Suggested Approach, 21 STAN. L. REV. 1562, 1576 (1969).

註79：Donald Turner, The Definition of Agreement Under the Sherman Act, 75 HARV. L.REV. 655, 681 (1962).

平行行爲時，法院該如何以禁制令來遏止業者繼續從事該行爲？法院如果僅於禁制令中要求業者“不得從事聯合定價行爲”，對於業者而言，該禁制令並未提供具體之標準說明業者之何種類型行爲將違反反托辣斯法（註81）。爲避免平行行爲產生，法院或可要求業者於決定其售價時，不得將其它業者之可能售價列入考慮；或要求業者依照邊際成本來決定其價格或產量（註82）。此等禁制令其窒礙難行之處不言可喻。商業競爭本即包含策略性之考量。要求業者漠視其競爭對手之市場反應，實無異強迫其作出非理性之商業決定。而要求業者依邊際成本定價，法院首先需決定業者之邊際成本爲何。在經濟學上成本概念不同於會計上「歷史成本」之前題下，此項任務，實屬艱鉅。縱使法院可以得知邊際成本爲何，或以「平均變動成本」(average variable costs)替代之，市場需求之波動，將迫使其需定期檢試業者成本之合理性。以法院有限之時間與人力，此目標幾乎不可能達成。基於此現實因素之考量，Turner主張，一旦法院無法以合理可行之禁制令制裁某一特定平行行爲時，該行爲即應豁免於反托辣斯法之規範外（註83）。

但就BPP而言，Turner相信其乃廠商藉以從事共謀之工具。Turner認爲，在缺乏默契與協議之情形下，廠商不可能“獨立”選擇相同之運送及計價模式（註84）。BPP不僅剝奪消費者選擇運送方式之權利，並使業者得以分享壟斷利潤（註85）。而就BPP協議之違法性而言，Turner指出法院可以禁止業者單依BPP定價及採行固定之運送方式而擬一可行之禁制令（註8

註80：Id., at 669

註81：Id.

註82：Id., at 670.

註83：Id.

註84：Id., at 674.

註85：Id., at 675-76.

註86：Id., at 676.

.6）。

3.BPP與修曼法第二條

Posner與Turner皆認爲修曼法第二條可適用於BPP。Posner認爲，第二條之立法目的乃在於禁止廠商利用不當手段獲取獨占市場力量，或藉由該市場力量建立進入市場障礙。一旦BPP被視爲業者間聯合定價之契約，且業者具有相當之市場力量時，業者之採行BPP即可視爲聯合獨占之行爲（註87）。Turner也主張對採行BPP之寡占廠商個別依第二條“意圖獨占”之規定加以規範將較第一條更爲妥適（註88）。

採行修曼法第二條，特別是〝意圖獨占〞之規定規範BPP之優點在於法院可因此減輕調查聯合協議是否存在之負擔，例如於United States v. American Airline（註89）一案中，美國航空公司（American Airline Inc.）總裁以電話向Braniff航空公司總裁要求聯合統一航空票價，此項建議爲Braniff所拒絕，並將彼此交談之電話錄音送交美國司法部進行調查，司法部隨後以美國航空公司意圖獨占航空市場爲由向法院提起訴訟，美國聯邦第一巡迴上訴法院認爲，聯合定價協議於意圖獨占訴訟中並非必要之要件，縱使美國航空之要約爲Braniff所拒，倘證據證明美國航空具有藉此獨占市場之意圖即符合該條之要件。

4.評析

Posner與Turner之理論固然提供執法機構另一法理基礎，但仍有再行斟酌之處。舉例言之，假設二家加油站對街而立且具有相同之成本結構。在無共謀之情況下，市場價格將驅於一致--接近業者之邊際成本。如果價格高於邊際成本，業者可藉由降價而吸引更多之顧客。由於雙方皆作同樣之考量，因此市場價格將停留在相同水平。法院若依「單方契約」理論將所有平行行

註87：Posner, supra note 78, at 1596.

註88：Turner, supra note 79, at 682.

註89：743 F. 2d 1114 (5th Cir., 1984)

爲視爲共謀契約，則很可能將業者間之競爭行爲誤爲聯合行爲。

此外，基於「單方契約」理論，進而由平行行爲推論聯合行爲之存在，將忽略其它可能進入市場之業者對市場競爭之影響。舉美國聯邦最高法院最近之名案Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.（註90）爲例。美國電視製造商向美國政府控告日本廠商聯合以低於成本之價格企圖迫使美國廠商退出美國市場。最高法院於其判決理由中間接否定了「單方契約」理論。法院首先指出，在缺乏更充分證據前，法院不能單從疑似聯合行爲之平行行爲推論業者具有反競爭之意思合致存在（註91）。再者，原告需有證據排除被告之行爲乃獨立商業行爲之可能性（註92）。最重要者，乃原告需證明由被告之行爲推論出聯合行爲乃合理之推論。法院認爲本案事實並不符合此一要件。於20年之低價傾銷後，美國製造商仍佔有40%之國內市場。何以日本廠商願意“聯合”忍受長達20年之損失以期待未來能壟斷美國市場（註93）？縱使日本廠商能藉此將其對手逐出市場，其並無法排除新廠商加入角逐。而一旦新廠商加入競爭，日本廠商是否需再利用低價傾銷將爾等排除於市場競爭之外？於實務上，有多少廠商能夠承受此一龐大之財務損失實令人懷疑。除此之外，一旦美國廠商退出市場，受利者將是所有參與聯合行爲之日本業者。二問題於焉產生。壹、每一廠商皆可搭其它廠商之便車。由其它廠商從事降價行爲，而後享受其因此所生之利益。換言之，利用低價傾銷從事聯合行爲將產生「外部性」（externality）問題。貳、一旦業者壟斷市場，任一廠商只需調整其售價略低於壟斷價格即可獲取更多之利潤。而一旦所有廠商皆具有悖離壟斷價格之意圖，聯合行爲將難逃瓦解之命運（註94）。

另外，Turner之理論亦未能對主張BPP具有促進競爭效果理論作出適當

註90：475 U. S. 574 (1986).

註91：Id., at 588.

註92：Id.

註93：Id., at 592-93.

回應。事實上，從本文第II節之分析可知，BPP對市場競爭之影響極其複雜，業者並非不可能獨立選擇相同之運送方式及定價模式。欲以單一理論規範BPP所有之經濟效果，恐將掛一漏萬。而依Haddock之見解，業者之所以剝奪顧客選擇運送方式之權利乃基於「規模經濟」之考量（註95）。以禁制令禁止業者以BPP爲唯一之運送方式，也恐將與市場效率相背。主張適用「意圖獨占」規定者亦將面臨類似之問題。除非有相當充份之證據(如書面證據或電話錄音等)，單從BPP本身推斷獨占「意圖」之存在，於論理上亦嫌倉促。

綜上述之分析可知，BPP之實質經濟效果並非如法院所預期般單純。適當之執法有賴相關單位藉經濟分析理論於個案中就BPP之促進競爭與反競爭效果爲妥適之權衡。「直覺式」地先將業者之平行行爲歸類爲反競爭行爲，而後再嘗試以法理將其合理化，實無法解釋大部份之平行行爲，而法律適用之普遍性原則亦將因此受到大幅限制。

肆、BPP對我國執行公平交易法之啓示

公平交易法於我國實施只有短短數年，實務上亦尚未出現類似BPP之案件。但從美國法院與其它執法機關對BPP超過半世紀之執法經驗，筆者淺見認爲其對我國

註94：Id., at 594-95. 早於本案訴訟前，學界即已質疑此類利用「掠奪性定價」(predatory pricing)方式聯合壟斷市場之可行性。參閱John S. McGee, Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case, 1 J. L. & ECON. 137 (1958); McGee, Predatory Pricing Revisted, 23 J. L. & ECON. 289 (1980); Frank Easterbrook, Predatory Strategies and Counterstrategies, 49 U. CHI. L. Rev. 263 (1981).

註95：假設廠商具有生產之規模經濟。其可藉由「運費吸收」以較低之價格將產品售至價格彈性較高之市場而增加其銷售量。業者可因此實現其規模經濟並彌補其吸收運費之損失。Haddock, supra note 17, at 295-96.

公平交易法之解釋與執行有二點值得參考之處。

一、BPP之定價模式對公平交易法最重要之啓示在於聯合行爲之定義與解釋。公平交易法第七條對聯合行爲之定義乃事業以契約、協議或其他方式之合意與其競爭對手就產品之價格或數量等相互約定事業活動之行爲。因此，假使實務上出現BPP或類似之平行行爲，其關鍵將在於公平會如何解釋“其他方式之合意”。雖然公平交易法施行細則第二條第二項明定，所謂其他方式之合意乃指“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爲者”，而學者亦主張“卡特爾，重在當事人間有意思聯絡，達成合意而爲共同行爲爲必要，至於該合意有無法律拘束力以及形式如何，並非關鍵所在”（註96），惟筆者對此持保留態度。首先，從本文第II及III節之分析可知，廠商間之平行行爲並非完全出自彼此間企圖壟斷市場之意圖，過於廣泛地將平行行爲與聯合行爲劃上等號，恐將迫使業者採行非理性之商業策略並進而斲喪市場競爭與整體效率。筆者淺見認爲，於認定平行行爲時，公平會似可參酌美國法院於Boise Cascade與du Pont二案中所提之原則，調查業者是否具有壓制市場競爭之意圖、平行行爲之經濟效果、市場及廠商之成本結構、其他競爭者進入市場之難易、以及是否有監督及制裁機構以穩固聯合協議後方能建立該平行行爲之可責性。

再者，公平會似亦僅能透過上述之功能性分析方能避免法條解釋上之難題。從公平交易法施行細則第二條第二項之立法結構觀之，業者間有別於契約、協議之“意思聯絡”乃建立共同行爲與聯合行爲間因果關係之前題。此可從條文字義“事實上可導致共同行爲”推知。然而，在欠缺明示或默示之意思合致下，何種事實得以被採爲業者有意思聯絡之證據? 從上述美國司法案例可知，多數爲法院所採爲情況證據並推論聯合協議存在之事實，皆可被歸類爲業者間之共同行爲，如共同以BPP定價或採行相同之運送方式。因此，公平會若單純依價格之同起同落或外觀上相互一致之行爲作爲“意思聯絡”之證據，而未能輔以更具說服力之理由，恐將產生法律適用上之矛盾：以“共同行爲”本身解釋何謂“意思聯絡”！

註96：廖義男著，公平交易法之理論與立法，頁137 (民國84年10月初版)。

二、就法律效果而言，我國公平交易法第十四條明文禁止聯合行爲。因此業者間之聯合約定乃當然無效;除非聯合約定有該條但書各款之情形並有益於整體經濟與公共利益時，公平會得例外許可之。該但書之立法目的乃在平衡因全面禁止聯合行爲而犧牲具有促進整體效率之聯合行爲。惟該規定乃列舉規定，不符合該但書七款規定者，仍屬非法，因此，平行行爲之促進競爭效果並不當然能因此項但書之規定而得以保存。再者，倘使吾人承認類似BPP之平行行爲有可能係廠商自由競爭下之產物而有利於整體經濟利益，則要求業者向公平會申請准許爲聯合行爲，長期而言，恐將對市場競爭產生負面影響。蓋依施行細則第十一條至第十九之規定，參與聯合行爲之業者需共同向公平會提出申請許可（第十一條），並需備妥聯合行爲之契約或協議、實施聯合行爲之具體內容及實施方法（第十二條）、以及詳細之評估報告書（第十三條至第十九條）。此等資訊，縱使業者間事先具有爲聯合行爲之協議亦往往無從得悉。而由於施行細則之規定，使業者得以事先討論並共同擬具聯合契約之“具體內容與實施方法”，並於準備評估報告過程中充份了解彼此間諸如成本結構、產能以及個別供需狀況等高度商業機密。一旦許可期限屆滿或被撤銷（公平交易法第十五條與第十六條），業者將因此掌握更多之資訊使聯合行爲更容易達成!

此問題之產生乃在於我國公平交易法對聯合行爲採取「原則禁止」、「例外許可」之立法例（註97）。換言之，所有之聯合行爲基本上都屬違法行爲，公平會毋需主動調查聯合行爲之競爭效果。再加上公平交易法第七條及施行細則第二條對聯合行爲之定義極爲廣泛，使得所有之平行行爲，不論其經濟本質爲何，皆有可能被列入當然違法之列。因此，建議公平會於未來處理類似案件時，不妨考慮於認定平行行爲違法性之初即採較具彈性之「合理原則」。此項建議，乃基於以下二項考量。其一，固然防止廠商聯合定價維持市場價格機能是公平交易法最重要之立法目的;但其並不表示在執行手段上需先入爲主地將其視爲當然違法。「原則禁止」之立法例乃建立在“絕大多數聯合行爲皆對市場競爭有害”之假設上。但隨著科技之進步與

註97：此立法精神與美國法上之「視為違法」類似。惟美國法上並無「例外許可」之明文規定。

商業交易型態之日趨複雜，自發性平行行爲與聯合行爲關聯性之建立亦將漸趨困難，遑論決定其是否對市場競爭有害。其二，從執法成本之角度來看，「原則禁止」、「例外許可」之立法例並不當然能節省公平會之執法成本。一旦聯合行爲對業者有利，爾等必竭盡所能合理化其行爲。公平會勢必得花費相當之時間與人力審查業者之申請是否屬實（註98）。與於調查之初即由公平會進行「合理原則」之審查相較，現行法律之規定或將導致更多成本之浪費。

基於上述理由，筆者個人淺見認爲，就聯合行爲，尤其是自發性平行行爲而言，「合理原則」似爲較妥適之立法與執法方式。而在其運用之內涵上應以「天平式」之考量作爲判斷之基準（註99）。所謂「天平式」之考量，乃指聯合行爲之違法性判斷應如天平稱物般游離於「當然違法」與「當然合法」之間。執法機構以「合理原則」之各項考量因素作爲法碼進而歸納出何種類型之聯合行爲較“趨近”(approximate)於違法或合法行爲。而在此立法原則下，公平會勢將承擔大部份之證據調查與舉證責任，以避免業者借申報之機會，使未來爾等從事聯合行爲更加便利。

伍、總結

綜合本文對BPP經濟面與法律面之分析，吾人可以得知平行行爲與聯合行爲之關係遠比其表象更爲複雜。立法者於制定公平交易法之初即已考慮到部份聯合行爲具有提升整體社會福利之功能，並於法條中明文將其排除於違法行爲之外。此項立法考量殊值肯定。惟從平行行爲與聯合行爲之關係來看，其立法結構與內容似仍有改進之餘地。本文建議公平會於未來運用公平交易法及相關法規制裁平行行爲時，似可與企業間利用明示契約或協議以達成聯合行爲在違法程度上相區別。而隨著我國產業國際化、自由化程度之增高，未來市場出現少數大型企業因規模經濟或多角

註98：以公平交易法施行細則第十三條第一項第五款之規定為例，公平會將如何期待事業就其聯合行為對整體經濟與公共利益之“不利影響”為誠實之陳述?

註99：筆者感謝Hylton教授提供此一寶貴意見。

化經營而握有優勢競爭地位之情形也將增加。公平會如何妥適結合經濟理論與法理以因應其所可能產生之策略性平行行爲，將是未來執法所面臨之最大挑戰之一！ 美國執法機構運用反托辣斯法規範BPP之經驗，或可提供我國於未來執法或修法之一項參考指標。

附 註

表5代表位於I地與K地間之某一市場m其需求價格與數量表。假設從I地及K地至m市場之生產及運送邊際成本分別爲$4與$3。由於I地處於完全競爭狀態，其貨物於m地之售價將等於廠商之邊際成本，即每單位$4。於市場需求低於3單位時，B之價格亦將等於每單位$4。對B而言，倘使其價格高於$4，則B將無法進入m市場; 反之，B亦無法藉降低其售價至$4以下而吸引更多之顧客 (完全競爭市場之基本特性)。因此, 在市場需求低於3單位時，B將面對水平之市場需求曲線。然而，當市場需求高於3單位時，由於市場均衡價格低於I地廠商之邊際成本，B將取代I地廠商成爲m市場之唯一供給者，市場之需求曲線亦等於B所面對之需求曲線。

P	1	2	3	4	5	6
Q	6	5	4	3	2	1

表 5

表6代表B廠商於m市場之總收益（Total Revenue)與邊際收益。圖7爲B所面對之市場需求曲線。由圖表中吾人可以得知，當市場需求由3單位增加爲4單位（邊際收益由$4降爲$0)時，將出現類似XY之間距。

P	Q	Total Revenue	Marginal Revenue
4	0	0	0
4	1	4	4
4	2	8	4
4	3	12	4
3	4	12	0
2	5	10	-2
1	6	6	-4

表 6

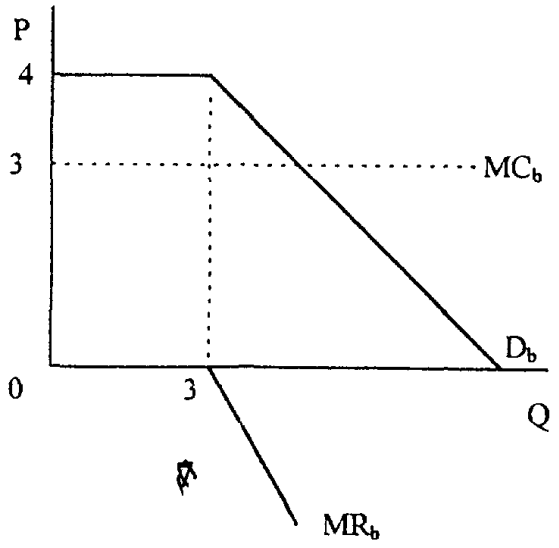


圖 7