

《公平交易季刊》
第 26 卷第 1 期 (107/1)，頁 1-48
◎公平交易委員會

競爭法與經濟管制

楊忠霖*

摘要

競爭法與經濟管制為兩個政府可資運用以監督市場的工具，競爭法透過禁止特定限制競爭行為、或是避免廠商濫用優勢地位，以促進市場機制的運作；經濟管制通常牽涉在特定產業部門中，國家直接、強制的改變，特別是針對市場失靈問題加以解決。本文欲處理的議題為競爭政策與產業政策調和之問題，尤其透過比較美國最高法院的 *Trinko* 案以及歐盟聯邦法院的 *Deutsche Telekom* 案與 *Telefónica* 案，似可從法院的論理過程中觀察其背後隱藏的政策選擇與思潮演變的進程。

在這樣的脈絡下，競爭法做為一跨產業、一般性維護市場秩序的法律架構，如何在進入各產業時，與各產業法規之互動做調和，為本文的宗旨。而關於我國表明此問題意識的具體條文展現於公平交易法第 46 條，該條從原本尊重各產業主管機關的管制措施，漸漸過渡到競爭法應優先適用的原則，若從實然面上作觀察，競爭政策確實亦扮演愈來愈重要的角色。然而，本文主張應避免以「經濟基本法」與「特別法優於普通法」等傳統形式法位階理論為建構論理之基礎，同樣地僅探究本法立法意旨亦無法真正觸及問題的核心。相反地，本文認為應回歸競爭法與經濟管制的實質理論分析，方為適當的解決之道。

關鍵詞：競爭政策、公平交易法、經濟管制、併行適用、反托拉斯豁免

投稿日期：106 年 7 月 20 日

審查通過日期：106 年 12 月 29 日

* 楊忠霖畢業於臺灣大學法律研究所經濟法學組。此篇文章感謝黃銘傑教授之指導、口試委員謝國廉教授與顏雅倫助理教授之指教。另外，兩位審查委員亦給予拙著相當寶貴之修正意見。

一、緒論

競爭政策與產業政策間之取捨為一國制定政策將面臨之難題。正值 2015 年我國公平交易法(以下簡稱公平法)第 46 條做第二次的修正,似賦予公平法前所未有「太上法律」之優越地位,該條文清楚宣示公平法原則上應優先適用¹。此次修正固然為我國做出的政策選擇,並清楚表明立法者的意圖,其適當性卻引發國內學者產生分歧的看法。然而,此議題非我國所獨有,如細較美國與歐盟在司法實務上的發展,其背後隱含的旨趣似可提供我國法制借鏡參考;另外,傳統上採取發展主義的東亞各國在面臨解除管制、私有化的過程亦常常會面臨競爭法與經濟管制雙管齊下的情況,我國應採取如何之立法方式值得思考。

本文欲處理之問題為「在個別產業中已有產業法規範²、並形成一套管制架構的情形下,競爭法在進入個別產業時究竟應加以適用、或者應為豁免適用。」此議題之主軸關乎兩部法律之規範衝突,相關之問題意識可能包括競爭理念是否應高於其他價值、將公平法定位為「經濟基本法」是否能導出公平法的優位性、受管制產業是否將因其產業特性而得以在部分領域豁免一般競爭法的適用、競爭法的適用是否將破壞原先經濟管制所預想的架構等等。文內將比較競爭法與經濟管制等兩項政府監督市場時可資運用的工具,闡述其差異、關係與互動方式,接著將焦點拉回競爭法與經濟管制如何併行適用之議題,以美國與歐盟司法實務的發展脈絡作為主軸,細較兩者反托拉斯政策、意識型態與法制背景的差異,同時分析競爭法與經濟管制併行適用下將產生的利弊得失。接下來回到我國的法制脈絡下進行討論,透過分析競爭法的立法目的、我國公平法第 46 條之修正方向,觀察我國競爭政策與產業政策間之調和;同時檢驗「經濟基本法」的概念與「特別法優於普通法」之法理,說明我國所面臨的困境爭議,同時輔以案例說明。最後試總結全文內容,並提出個人看法。

¹ 雖然關於但書之條文內容仍有解釋空間,此留待後文詳述之。

² 此處雖稱「產業法規範」,實質上即為「經濟管制」展現的樣態之一。經濟管制為較廣義之概念,凡國家對於市場運作的干預均可包含在內;而政府透過各種手段與措施介入經濟活動,所產生形形色色的產業法規,即為各種經濟管制之手段。在文中將有更為詳盡之說明。

二、市場失靈、競爭法與經濟管制

(一) 市場機制與市場失靈

雖然並非舉世皆然，市場經濟（Market-based economies）為現行世界各國存在的一般性制度，經濟活動在由「價格」引導的情況下，最終結果卻能使資源在無形中達到最適分配的狀態。由於市場機制的運作具自我調節功能，政府即不應對市場進行過度之干預；另一方面，歷史告訴我們市場亦非永無錯誤（infallible），實際上自由市場中的市場機制是要透過法律原則來維護，政府亦常常為改善市場失靈的情形，或是為促進非經濟之目標而介入市場。舉例言之，新古典理論（neo-classic theory）的學者即主張自由市場是資源最有效率的分配者³，政府僅有在市場失靈、或是市場不存在的情況下才有加以介入的正當性，關於介入的方法或工具可能係以競爭法、或是其他管制手段的形式進行。現實世界中常受到許多因素影響，使自由競爭市場無法達到最適分配的結果，或是未達經濟效率，此乃所謂「市場失靈」現象。市場失靈的類型包括資訊不對稱（information asymmetry）、公共財（public good）、道德風險（moral hazard）、外部性（externality）以及獨占（monopoly）⁴，這些現象的發生即成為政府干預市場的充分正當理由。

競爭法與經濟管制即是為解決市場失靈現象所衍生之工具，供政府監督市場之用。從學理角度分析，可以觀察兩者存在的主要差異為一競爭法（competition law）係透過禁止特定限制競爭行為、或是避免廠商濫用市場力，以促進市場機制的運作；經濟管制（economic regulation）通常牽涉對特定產業部門國家直接或是強制的改變，特別是針對市場失靈現象加以解決⁵。以下將以競爭法與其背後隱含的競爭政策、經濟管制與其所形塑的產業政策，從兩者之內涵進行更為深入之探討。

³ Federic M. Scherer, "Conservative Economics and Antitrust: A Variety of Influences," in: Robert Pitofsky (ed.), *How the Chicago School Overshot the Mark*, 1st ed., Oxford University Press, 31 (2008).

⁴ Stephen G. Breyer, *Regulation and Its Reform*, 1st ed., Harvard University Press, 15-37 (1982).

⁵ Niamh Dunne, *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets*, 1st ed., Cambridge University Press, 3 (2015). 本書中對競爭法與經濟管制間之關係有非常詳盡的說明，特別是在做基礎理論分析之餘，均輔以豐富的實務案件予以說明，且就外國法制最新發展與學說思潮演變亦有所著墨，對本文深具啟示性。本文基礎理論說明之部分架構亦是參考本書體系，綜合其他文獻整合而成。

（二）競爭法與競爭政策

競爭法可被理解為一項解決特定類型市場失靈（例如獨占）問題的工具。其基本假設為市場是自由競爭的，但市場上如存在具有獨占力量的廠商，市場結果將不會是最適狀態（suboptimal），而競爭法的目標乃是禁止特定違法行為，像是非法取得市場力量、或是濫用市場力量之行為，以維護競爭機制⁶。

1. 獨占理論、有效競爭與競爭法

由於競爭法係針對獨占現象等市場失靈問題所發展出來之政策工具，故有必要對「獨占理論」進行更為詳細的說明。首先，獨占市場與完全競爭市場相比，僅有單一生產者，不但銷售量下降、價格提高、收入由消費者轉移到生產者，使消費者「補貼」生產者⁷，且獨占的市場結構將產生無效率的分配狀態。然而，關於競爭法對市場上存在的獨占現象進行干預的正當性，在學理上並非沒有存在任何爭議。特別是獨占常具有「自我毀滅」（self-destruction）的性質；換句話說，由於獨占的高額利潤將吸引新的競爭廠商進入市場、瓜分利潤，直到超額利潤消失為止，具市場自我修正（self-correct）的功能，因此採行新古典主義理論者往往認為政府如針對獨占現象進行監督是沒有必要的，甚至認為政府的干預有時反而更有害於自由市場的運作。但關於獨自在市場上的自我修正功能之所以得順暢運作，係建立在市場上容許新廠商自由進出市場的基礎之上，因此若市場中存在進入障礙（barriers to entry），常成為競爭法加以檢視、或是制訂其他管制規範的正當化基礎⁸。因此，並非所有的獨占行為，政府均應加以介入或是監督；競爭法的目的是要防止廠商不當取得市場力量，並防止其濫用，以維護競爭帶來的利益，間接促成產品價格低廉、選擇多樣、品質較高的目標。雖然各立法例對於獨占事業之實際規範禁止內容有所差異，但獨占（monopolies）、聯合（collusion）與結合（mergers）等三種限制競爭行為，為多數競爭法立法例之規範焦點。

另一方面，競爭法適用之可行性與「可運作競爭」（workable competition）等學說具有密不可分的關聯，此概念為 1940 年哥倫比亞大學經濟學家 J.M. Clark 所提出，

⁶ *Id.*, 14.

⁷ Ernest Gellhorn, "An Introduction To Antitrust Economics," *1975 Duke Law Journal*, 6 (1975).

⁸ Niamh Dunne, *supra* note 5, 17.

隨後重新定義為「有效競爭」(effective competition)⁹，說明競爭雖然不完美，但若政府願意介入市場上的限制競爭行為，縱使在高度不完善的市場，競爭依舊可行，在此概念下競爭法得以成為規範競爭的主要工具¹⁰；並在此為基礎上，以下將探討美國學說對於競爭法作為一規制工具之態度演變。

2. 美國學說發展

美國國會於 1890 年通過制定聯邦休曼法 (Sherman Act)，當時促成立法的目的原是要對抗藉聯合信託 (trust) 以行使不當之商業壟斷行為¹¹，同時休曼法法條僅針對特定違法行為，即特定反競爭的合意或是單方面的行為加以禁止。接著，美國國會於 1914 年通過聯邦交易委員會法 (Federal Trade Commission Act)，設立聯邦交易委員會，針對不公平競爭予以處罰；同年亦通過克萊頓法 (Clayton Act)，針對當時大量增長的結合行為案件予以規範。休曼法的條文較為簡潔，存在多種詮釋的模糊空間，學者 Easterbrook 更形容美國反托拉斯法為一張「空白支票」(blank check)¹²，法條實質內容大多留待經濟學概念、司法實務與學說加以填充。自整體觀之，美國司法實務對於休曼法條文實質內容的解釋，可說是從「當然違法」(illegal per se)，漸漸過渡到「合理原則」(rule of reason) 的一段漸進過程。競爭法雖然表面上適用範圍非常大，幾乎包含所有經濟生活必要的活動；然而，競爭（或反競爭）的概念比較像是一層「過濾網」(filter)，僅篩選出特定損及競爭過程的活動予以適用法條。

學說上有認為，美國反托拉斯法有別於其他立法例、較為特殊的地方在於私人執行為較偏向原告的制度，包含證據開示規則 (discovery rules)、民事陪審制度 (civil jury trials)、三倍損害賠償 (treble damages) 等均為適例¹³，導致美國私人執行較公眾執行更為盛行；另一方面，公眾執行的部分主要是由美國司法部反托拉斯署 (The Antitrust Division of the US Department of Justice, DOJ) 以及聯邦貿易委員會 (Fair Trade Commission, FTC) 負責。

然而，現今美國反托拉斯法接受許多個體經濟學的理論與方法，是 1890 年反托

⁹ Niamh Dunne, *supra* note 5, 18.

¹⁰ Herbert Hovemkamp, "United States Competition Policy in Crisis: 1890-1955," *94 Minnesota Law Review*, 321-322 (2009).

¹¹ Niamh Dunne, *supra* note 5, 19.

¹² Frank H. Easterbrook, "Workable Antitrust Policy," *84 Michigan Law Review*, 1702 (1986).

¹³ Niamh Dunne, *supra* note 5, 24.

拉斯法制定時尚無法預料的¹⁴，隨著學說發展亦逐漸產生改變，其中影響深遠的三個美國學派包括哈佛學派（the Harvard School）、芝加哥學派（Chicago School）與後芝加哥學派（post-Chicago School）。發軔於 1950-1960 年代的哈佛學派（或稱結構學派）較重視市場結構議題，關注於集中化、市場進入障礙、市場結構及寡占之間的聯結等議題，認為若直接規範結構，則不必有行為規範，因為針對市場結構加以規範應可改善市場績效；若直接規範廠商之行為可能徒勞無功¹⁵。而開展於 1970 年代的芝加哥學派從純粹經濟觀點對經濟行為進行檢驗，並排除任何政治與社會價值的考量，認為反托拉斯法是一個不完美的規制工具，對競爭機制應如何維護所知有限，不論是法官或是陪審團均不是特別擅長處理複雜的經濟主張¹⁶，手段上較為結果取向（outcome-focused），故對政府干預與競爭法存在質疑與不信任。芝加哥學派傳統上認為「經濟效率」（efficiency）為反托拉斯法唯一值得追求的目標，並以整體福利最大化為依歸。在經濟分析的導引之下，「公平」（equity）的考量並不被重視。知名的芝加哥學者兼法官 Robert Bork 即認為所謂效率應以「消費者福利」（consumer welfare）作為衡量標準¹⁷，而國會通過的休曼法乃是「消費者福利的處方籤」（consumer welfare prescription）¹⁸。緊接著，1980 年代起漸漸有人認為市場比芝加哥學派所理解的更為多變且複雜，於是有「後芝加哥學派」的興起，其與芝加哥學派最大的不同之處在於，後芝加哥學派傾向恢復對政府干預效率的信任¹⁹，並引發賽局理論（game theory）與行為經濟學（behavioral economics）的論述與主張，重新挑戰古典經濟學中「人是理性」的假設。雖然美國各學派均曾試圖對其理論弱點做一些澄清與回應，彼此間產生許多互動、甚至於產生匯流的現象；但總括而言，美國學界與實務傾向接受「經濟效率」為反托拉斯最大的目標，且應以「消費者福利」作為衡量標準。

¹⁴ 像是休曼法的立法者在立法過程中並未考慮到帕雷托效率（Pareto efficiency），因為 Pareto 於 1909 年才發表此一概念。

¹⁵ 顏雅倫，臺灣金融產業的競爭政策—以競爭法的觀點出發，國立臺灣大學法律學系博士論文，27（2014）。

¹⁶ 同上註，39。

¹⁷ Niamh Dunne, *supra* note 5, 28. 此處所謂「消費者」並非限指相對生產者的消費者，而是泛指所有社會的成員而言，參照 Competition Blog，<http://competitionblog.blogspot.tw>，最後瀏覽日期：2017/8/31。

¹⁸ Robert H. Bork, *Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself*, 1st ed., Free Press, 66 (1978).

¹⁹ 顏雅倫，前揭註 15，45。

3. 德國新自由主義的發展

歐盟競爭法主要的法律規範為歐盟運作條約 (Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU) 第 101 與 102 條、以及結合管制規則 (Merger Control Regulation)。依照 Regulation 1/2003 指令²⁰，各國競爭法主管機關得直接適用歐盟競爭法，歐盟執委會亦得直接對違反歐盟競爭法的行為處以罰鍰。至於衍生的民事損害賠償與刑罰權限，則交由各歐盟會員國去執行。

同樣地，歐盟競爭法條文亦未十分具體，相當仰賴學說或實務的發展。舉例言之，德國的新自由主義 (Ordo-liberalism) 可以說是影響歐盟競爭法最為深遠的理論基礎之一，主要是從弗萊堡學派 (Freiburg School) 開始發展，其目的原是要防止私經濟權力濫用，並宣揚競爭政策需要強力國家介入的概念。德國新自由主義者從憲法文字觀察競爭政策，認為應該有一個憲法層次的法律架構，避免競爭程序受到扭曲，「經濟憲法」(Wirtschaftsverfassung) 便是一個整體性關於國家經濟應如何架構的政治決定，並且透過法律與經濟的思潮加以整合，引導國家政府及立法者的決定²¹。

新自由主義認為，競爭法的目的本來就是在保護競爭機制過程、避免因經濟力量行使造成危害，競爭法於是成為新自由主義者規劃的基石²²。相對於美國芝加哥學派，新自由主義採取較為過程取向 (process-focused) 的觀點，認為競爭法應保護競爭的過程，強調個人經濟行為自由本身的重要性，故對競爭的限制概念上即等同對市場參與者為商業自由的限制²³，競爭法的目的即是為保障所有個體參加經濟的權利。歐盟競爭法作為公共政策工具之色彩相當濃厚，條約中對「不受扭曲的競爭」(undistorted competition) 的承諾亦包含多面向的概念。例如歐盟的「單一市場整合」(market integration) 為歐盟競爭法相當重要的目標²⁴，特別是在早期欲建立共同市場 (common market) 與提升各會員國的經濟整合，以消除阻礙共同市場創建與整合的私人行為。另外，亦有認為歐盟競爭法的主要經濟目標是「保護競爭公平」(fairness in competition)；歐洲聯盟法院 (Court of Justice of the European Union, CJEU) 亦曾強

²⁰ Council Regulation 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (OJ L1/1, 4.1.2003).

²¹ 顏雅倫，前揭註 15，56。

²² David J. Gerber, "Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the 'New' Europe," *42 American Journal of Comparative Law*, 44-45 (1994).

²³ Andre Fiebig, "Modernization of European Competition Law as a Form of Convergence," *19 Temple International and Comparative Law Journal*, 86 (2005).

²⁴ Giorgio Monti, *EC Competition Law*, 1st ed., Cambridge University Press, 39-44 (2007).

調經濟效率之追求並非歐盟競爭法的唯一目標²⁵。歐盟採取的多目標取向之模式，可能包括經濟效率、經濟公平、市場整合、社會凝聚等目標，甚至是其他無關乎競爭的其他政策均包含在內，究竟要將重心放在哪一個目標上往往隨著時間而有所變動，亦會受到整體經濟情事變化、或是執委會的政治背景等外在因素影響²⁶。

（三）經濟管制²⁷與產業政策

競爭法並非政府對於市場進行干預的唯一方式，其他尚包括國家為達特定目的之非市場性目標（non-market objectives），政府可透過其他手段與措施來介入經濟活動，因而產生形形色色的產業法規管制。相較於競爭法，「管制」的概念更為廣泛、且本質上實難以定型²⁸。與競爭法僅禁止特定的反競爭行為不同，經濟管制係針對特定產業部門的需求，積極提供一套解決市場問題的處方。如探究管制存在背後的正當性基礎，可能存在以下兩種說法：「利益說」（interest theory）著重於管制背後的政治動機與成因，主張管制所隱含的動機因素將影響管制架構的結構與效率，尤其是把特定利益置於一般利益之前的情況。換句話說，管制係為特定利益而存在，管制則為利益之間彼此相互角逐後所生之結果。因此管制可能受惠於社會上特定利益族群，而非整體社會。為了矯正這樣的分配結果，競爭法可能於事後予以適用以解決管制失靈的現象²⁹。另一個解釋管制成因的說法為「規範正當說」（normative justificatory viewpoint），強調管制可以糾正市場失靈導致的無效率；雖然效率常常不是唯一、或者甚至不是管制最首要的目的³⁰。

相對於競爭法，管制更被期待達到許多分配正義、與其他非經濟目標，以改善市場結構未具效率之問題，這些目標縱使在競爭市場運作下亦無法達成。同樣地政府之經濟政策除了追求效率外，亦常以社會公平、安全、穩定為目標，管制應為政

²⁵ Niamh Dunne, *supra* note 5, 32.

²⁶ 顏雅倫，前揭註 15，75。

²⁷ 國內文獻於探討管制概念時，大致上會區分成經濟管制（economic regulation）、社會管制（social regulation）以及行政管制（administrative regulation），本文研究重心將聚焦於與競爭法可能產生重疊的部分，即關於上述經濟管制的部分。施俊吉，「台灣政府管制革新的原則與方向」，台灣經濟戰略研討會論文，台灣智庫（2003）。

²⁸ 本文的討論限縮在「國家對於市場運作的干預」（state intervention into the operation of markets），或是「國家對於市場失靈或缺陷的救濟行為」（state activity to remedy market failures or defects）。Niamh Dunne, *supra* note 5, 34.

²⁹ Niamh Dunne, *supra* note 5, 36-37.

³⁰ Niamh Dunne, *supra* note 5, 37.

府可資解決問題之工具。然而，管制工具本身並非完全沒有缺陷，有研究報告指出管制遲延將造成相當大的社會成本，是為「管制失靈」(regulatory failure) 現象³¹。

(四) 兩者比較

競爭法與經濟管制在市場監督功能上可視為相互獨立的機制，但在適用上亦可能有部分重疊的範圍，兩者並無明顯、絕對的區分。以下分類為學說傳統上關於競爭法與經濟管制概念的比較³²，雖然以下六種分類的適當性可能存在爭議，但不失為一可供比較、分析的切入觀點。

1. 干涉範圍

一般而言，除非法規有明確排除競爭法、或是存在默示豁免的情形，競爭法適用於所有市場；經濟管制則著重產業的特殊性質，會因應各產業部門的需求而有所差異³³。從管制者所具備之能力與資源的角度出發，競爭法主管機關具有競爭法、經濟視野的專業；部門主管機關則有較高的產業專業知識和機構資源。

2. 執行時機

一般而言，管制常被視為一種對未來展望性³⁴ (prospective) 的解決工具，常常事前 (ex-ante) 便已提供一套結構性的指導方針，規則亦已事先訂明，具有較高的整合性，能預先有效防免市場失靈情況的發生；另一方面，競爭法通常僅能就事後 (ex post) 的角度檢視一行為的反競爭效果，手段上較為追溯性 (retrospective)，且較為零碎³⁵。

³¹ Howard A. Shelanski, "Justice Breyer, Professor Kahn, and Antitrust Enforcement in Regulated Industries," *100(2) California Law Review*, 490-491 (2012).

³² 以下分類係參考 Niamh Dunne, *supra* note 5 一書之體系，41-48。

³³ Pierre Larouche, *Competition and Regulation in European Telecommunications*, 1st ed., Hart Publishing, 401 (2000).

³⁴ 然而，所謂「管制的展望性」也常成為學說上被攻擊的標的，特別是芝加哥學派往往認為管制常無法即時反應市場動態特性的需求，常造成管制捕獲，並促成沒有必要、或是不具正當性的立法；競爭法的執行則可駕馭市場自發的力量，僅在必要範圍內對競爭機制進行干預。Niamh Dunne, *supra* note 5, 44.

³⁵ Niamh Dunne, *supra* note 5, 43.

3.對於效率與分配正義之考量

競爭法首重效率，而重新分配通常不是競爭法所需考量的目標；管制亦追求效率，然而除了效率的考量之外，更有重新分配的考量，透過對現有或是未來的資源配置改變，以達到特定的政策目的。

4.對於經濟行為者的干涉方法

競爭法屬於一種間接的管制方式，所追求的為競爭過程的保障，而非預測市場行為的結果³⁶。因此競爭法僅針對特定種類的反競爭行為加以禁止，避免市場參與者濫用市場力量，同時維護市場機制運作不受到妨礙，手段上較為消極（negative）、被動（reactive），違法性與否的判斷上亦具有模糊空間³⁷；相對而言，管制則有較為明確的政策目標，手段上較為積極（positive）、主動（proactive），往往超越市場機制的考量。一方面管制機關可透過監控與制裁以確保法令實際上被遵行，同時若管制產業跟管制者間關係過於緊密，可能會產生管制捕獲（regulatory capture）的現象³⁸。

5.動態與靜態的本質

競爭法係透過市場機制的維護，以解決市場缺陷的一項動態工具，在競爭過程中促使市場參與者提供創新的誘因。相對而言，管制在傳統上被視為較為靜態的手段，提供具體的方法以處理特定問題，缺點是不具彈性，且無法實際上因應市場需求，實證上似難以促成創新之目標³⁹。換句話說，競爭法為較為間接的手段，協助市場過程達到最有效率的結果；管制往往跳過市場過程本身，直接針對產業問題提供解決方式，以達特定目的。

6.自然犯與法定犯

競爭法屬於「自然犯」（*mala in se*）的型態。由於反競爭行為普遍而言被認為是一項犯罪行為，且競爭法的違反常伴隨嚴重的後果，例如歐盟執委會的高額罰鍰或

³⁶ 王以國，公平交易中調和競爭政策及產業管制之機制—以四十六條之修正為中心，國立臺灣大學法律學系碩士論文，179（2003）。

³⁷ Niamh Dunne, *supra* note 5, 46.

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.*

是美國法下的三倍懲罰性損害賠償，故往往需檢討被告的主觀要件（*moral element*）。另外，競爭法的執行通常不僅只有在行政上予以制裁，更強調的是反托拉斯法的司法程序⁴⁰。而管制往往是「法定犯」（*mala prohibita*）的類型，並非本質上就是不法的，違法性的認定受政策因素影響甚深，是故在管制架構下嚴格責任（*strict liability*）是相當常見的，往往並不需要檢討主觀要素。相較於競爭法的執行，管制更容易受主觀政治力量的操控，管制者的政策決定往往是關鍵因素⁴¹。

（五）兩者關係

1. 替代說（*substitutionary perspective*）

替代說認為，競爭法與經濟管制為完全不同、相互分離的市場監督機制。雖然就廣義層次而言均為經濟政策工具，但仍存在很大的區別⁴²。至於區分兩者的方式，係以市場機制本身構成兩概念之界線，即競爭法是在「市場體制內」（*within the market system*）促進競爭機制，其功能為糾正市場存在的瑕疵（*flaws*）以維護競爭，特別是禁止廠商濫用獨占力，使市場更有效率地運作。相對而言，管制本質上即帶有國家不信任市場機制的想法，認為市場無法解決特定的市場失靈現象，在「市場體制外」（*outside the market system*），超越市場運作的範圍以解決特定問題。管制可以被延伸於存在市場機制的活動範圍，並排除競爭法的適用；另一方面，解除管制、或是重新引進市場機制亦可開啟競爭法執行的空間⁴³。此觀點與「競爭法應僅包含以經濟為主的目標」之看法一致，認為競爭法既然與競爭機制同進退，僅需維護市場分配資源的效率性；相反地，管制則被賦予達成社會或是分配功能的期待，某些情況下甚至會明白促成反競爭行為⁴⁴。更精確地說，競爭法本質上較為一般性，可視為一種監督市場的預設機制；管制只有在國家有意將產業移除於市場機制的範圍時，才得以被適用，並成為首要的監督市場機制，也因此被管制的產業會自成一格（*sui generis*）。只有當解除管制發生時，競爭法方有重新適用的可能⁴⁵。

⁴⁰ Niamh Dunne, *supra* note 5, 47-48.

⁴¹ Niamh Dunne, *supra* note 5, 48.

⁴² Niamh Dunne, *supra* note 5, 49.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ Niamh Dunne, *supra* note 5, 52-53.

⁴⁵ *Id.*

然而關於此學說建立在市場體制內或外的二元假設，存在一個很大的挑戰，亦即一個經濟活動或產業部門常常並非是完全競爭或是完全不競爭的⁴⁶。很多時候產業常常是部分管制（partially regulated）的，或是雖聲稱是競爭的，但卻存在各式各樣的政府管制，是故這樣的分類基準常遭致批評，認為操作上不切實際。

2. 互補說（complementary perspective）

互補說認為，經濟系統的干預存在不同的光譜強度，光譜的兩端分別為個人主義為基礎的自由放任主義（laissez faire）與全部交由中央統籌、分配資源的干預主義（interventionist），而競爭法與經濟管制本質上應為同一現象，僅是干預程度不同而已；兩者之目的均在解決市場失靈與監督經濟活動，廣義而言均為政府操縱、干預經濟的手段⁴⁷。而競爭法一般而言被認為是一種強度較弱的管制形式，為禁止特定行為之法律規範，目的在於增強市場機制。然若競爭法無法處理市場失靈問題、或是市場機制亦無法解決問題，國家便需提高管制強度的形式⁴⁸；若從以市場為基礎的觀點，互補說傾向認為競爭法會是優先順位較為前面的手段、其次是管制，最後才是全面性的中央計畫（central planning），是故有學者將競爭法放入管制的廣義概念下做討論⁴⁹。然有關於競爭法與經濟管制同時併行適用的議題，互補說傾向得出肯定的見解，由於競爭法與經濟管制係針對特定問題提供不同強度的干預形式，是故縱使其中一項機制已實際上被運用，並不排除另一機制的適用可能性⁵⁰。在很多情況下競爭法與經濟管制的區分已不再明顯，一者的適用與另一者的適用彼此間互相關聯、補充彼此的不足之處。

在互補說的脈絡下，芝加哥學派主張最小程度的政府干預（minimal State intervention），由於競爭法與經濟管制本質上都是干預，是故無論是何者都被認為干預程度要愈低愈好⁵¹；相較之下，現代自由主義者（modern liberals）傾向不信任私人權力的聚集，並認為政府介入某種程度上是必要的，以避免毫無節制的市場產生不

⁴⁶ Niamh Dunne, *supra* note 5, 53.

⁴⁷ Niamh Dunne, *supra* note 5, 54.

⁴⁸ Niamh Dunne, *supra* note 5, 55.

⁴⁹ Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, 1st ed., Harvard University Press, 7-13 (2005).

⁵⁰ Niamh Dunne, *supra* note 5, 193.

⁵¹ Niamh Dunne, *supra* note 5, 57.

當影響，因而較可接受競爭法執行，認為是相對而言干預程度較為輕微的政策工具⁵²。

（六）兩者互動

學說上除了以上兩者關係之討論外，亦存在以下兩個說法，增添競爭法與管制概念上的複雜性；事實上競爭法與管制兩者的概念非絕對可截然二分，實際運用上可能呈現光譜的現象而使一方具有另一方的特徵：

1. 競爭法作為一種管制

管制性競爭法（regulatory competition law）是一個脫離典型競爭法的概念，更加朝向干預、管制的特徵⁵³，通常出現在當管制體系尚未建立完全時，競爭法作為一個一般性規範得率先提供救濟的方式，以避免管制漏洞產生。若從競爭法與管制本質上均屬政府干預形式的角度出發（即互補說的想法），競爭法作為一種低度管制，可以做為替代各部門管制的手段（the competition law as a substitute for regulation），尤其是當管制無法制定、或是既存的管制有漏洞時，競爭法可以提供空隙填補（gap-filling）的功能，類似準管制措施（quasi-regulatory manner）⁵⁴，提供一個相對於傳統競爭法更為聚焦、效果更強的工具，以解決市場缺陷。另外，若從實質的角度出發，競爭法中納入管制的元素，脫離既有的反托拉斯法理論，係從既有的事後、聚焦於不法行為的手段，轉變成一個干預性更強的概念⁵⁵。典型的例子如和解履行方案（negotiated settlement）的使用，在美國稱為「協議裁決」（consent decree）、在歐盟則稱為「承諾決定」（commitment decision），可提供更為即時的公共執行手段達成非競爭法目標的實現。有認為協議裁決等和解履行方案讓競爭主管機關的角色從原本較為消極的「檢調者」邁向積極的「管制者」，特別是原最終決策係交由法院定奪，到主管機關可有自主、彈性的空間，使行政機關角色發生根本性的改變⁵⁶。另外，像是關鍵設施理論（essential facilities doctrine）與過高價格管制（excessive price）

⁵² Eleanor M. Fox, “Modernization of Antitrust: A New Equilibrium,” *66 Cornell Law Review*, 1156-1157 (1981).

⁵³ Niamh Dunne, *supra* note 5, 69.

⁵⁴ Niamh Dunne, *supra* note 5, 70-73.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ 謝佩芬，「行政管制走向下反托拉斯法規範手段之研究—以『協議裁決』為中心」，公平交易季刊，第13卷第1期，114（2005）。

可以說是競爭法規則與經濟管制的綜合，均涉及相當高的政策決定^{57 58}。

2. 管制、解除管制、與競爭法的適用

現實上，「管制」似為無法避免的現象。一方面部門管制機關可以透過管制的制定，更為直接、持續性地處理市場上的特定問題；但同時管制亦非萬靈丹，本身亦存在許多問題，像是管制機關可能不具備充分的專業知識、管制與被管制者資訊上的不對稱、或是管制捕獲、管制者的錯誤決定造成的嚴重後果等，均為傳統上所認為的缺失⁵⁹。正因為管制存在很多缺失，因此催生新自由主義（neo-liberalism）下解除管制運動，提倡廢除管制。同時，自由主義邏輯下的「促進競爭的管制」（regulation for competition），主張使用管制手段積極重組市場，以邁向競爭；與「更佳管制運動」（better regulation movement）試圖尋求好的管制手段，並改進管制的有效性⁶⁰，均為學說上提出以改善管制失靈的嘗試。尤其管制並不是先驗上就是一件壞事，有效的管制常常可以深遠地改善社會福祉。然真正的難題在於應如何設計、執行並實施管制。而所謂更佳管制（better regulation, BR）的目標即是要改善管制的品質，在理論上並非僅是法規鬆綁或是移除管制而已，而是要制定成功的管制。然而何謂「好」的管制如何定義實際上相當困難，雖可透過實效（effectiveness）或是效率（efficiency）等作為衡量標準，但仍相當模糊，故需仰賴法規影響評估以量化數據，例如透過成本效益分析（cost-benefit analysis, CBA）等工具評估社會效益與機會成本，以決定法規是否應制定或維持⁶¹；國內亦有法規政策影響評估制度（Regulatory Impact Analysis, RIA）的相關討論，可協助政策決定透明化、實踐政府資訊公開，確保政策的一致性，並進行公共監督⁶²。

⁵⁷ Niamh Dunne, *supra* note 5, 136-137.

⁵⁸ 學者 Weber Waller 為管制性競爭法的概念提供兩個註解。若從法律程序的觀點切入，行政機關似乎比法院更具有能力平衡多方價值，並處理競爭法的多中心的議題；從公共選擇的角度出發，競爭法機關權力的增長與其經濟上確立、受尊重的地位吻合。然 Weber 亦認為此趨勢無可避免地會造成一定的政治化（politicisation）現象。Spencer Weber Waller, “Prosecution by Regulation: The Changing Nature of Antitrust Enforcement,” *77 Oregon Law Review*, 1418-1425 (1998).

⁵⁹ Niamh Dunne, *supra* note 5, 139-140.

⁶⁰ Niamh Dunne, *supra* note 5, 140-141, 185.

⁶¹ Niamh Dunne, *supra* note 5, 161-168. 雖然 CBA 亦存在所費不貲、過於複雜以致現實生活中難以操作、無法涵蓋非經濟價值等缺陷，但其評估機制已廣為各國所採用，以利於各國進行管制革新。

⁶² 戴貝宜，我國競爭政策推行體系之研究，國立臺灣大學政治學系碩士論文，55-63（2013）。

（七）併行適用的議題

本文關心的焦點在於當立法者已有一套管制架構存在時，競爭法是否能事後介入已受事前管制的市場，學說上有稱此為競爭法與經濟管制「併行適用」(concurrent application)問題。該議題與前述提及的學說基礎息息相關，像是解除管制的過程讓先前不具競爭的市場邁向競爭，因此創造出競爭法可能適用的空間，同時亦增加許多反競爭的私人行為，產生競爭法與經濟管制併行適用之現象。尤其是市場自由化通常是一個漸進式的過程，競爭法與經濟管制常常在市場上一起被搭配適用，特別是在半管制市場 (partially regulated markets) 併行適用的現象更是無所不在。另外，當競爭法欲於已管制的市場中被適用時，可能會具有前述提及的「管制競爭法」的若干特徵⁶³。

關於競爭法與經濟管制併行適用的議題，有許多學說嘗試以不同角度切入，提出若干判斷基準，以決定最終適用之結果⁶⁴。其中一種判斷方式正是著眼於兩者間之關係：如認為競爭法與經濟管制彼此之間具替代性者，因為兩者為分離獨立的機制，既有管制的存在將排除競爭法的適用；但若採互補說觀點者則會認為競爭法與經濟管制彼此間應為相容、兩者應相互增強，並提供全面性的整合。故持替代性觀點的學者基本上會反對併行適用；互補說則是會傾向贊同之⁶⁵。第二種判斷方法係遵照「特別法優於普通法」(lex specialis derogat legi generali) 的原則，即當兩個規範針對同一問題所得出的結論彼此衝突時，特別法應優先適用⁶⁶；因此原則上競爭法均應予以適用，只有在競爭法與經濟管制產生「衝突」的情況，此時特別的法規應優先適用。然而，如何界定何謂「衝突」實相當困難，且究竟何者較為「特別」亦無從判斷，因此有學者認為該原則通常無法提供一套清楚的指導方針⁶⁷。第三種方式是從管制者的目的 (regulator's intent) 切入，探討管制者的原意究竟是否已經預見競爭法將予以介入；如當初管制者已經可以預見競爭法將與各部會的管制交互作用時，則併行適用的可能性就越高 (即互補說)。而若採取替代說觀點者則會認為政策制定者不該因為反托拉斯法的執行，而對既存立法者規劃的管制架構造成減損，因為某些具有特

⁶³ Niamh Dunne, *supra* note 5, 189-190.

⁶⁴ Niamh Dunne, *supra* note 5, 193.

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ Niamh Dunne, *supra* note 5, 193-194.

定目的之政策就是要低度執行(under-enforcement),以避免過度嚇阻(over-deterrence)的情形發生⁶⁸。

三、外國法制發展介紹

承襲併行適用議題之討論,以下將以美國、歐盟立法例與司法判決為例說明⁶⁹。

(一) 美國法制

1. 早期案例發展(2004年以前): 盡量排除反托拉斯法豁免的可能

若在聯邦法規未明確表達反托拉斯法是否應適用的情況,美國的司法實務於2004年以前多採取默示豁免理論(implied immunity doctrine),亦即除非存在明顯的牴觸(plain repugnancy),否則反托拉斯法應予以適用,甚至是在介入性比較強的管制措施亦是如此。尤其是在1963年Philadelphia案⁷⁰與Silver案⁷¹之後確立了反托拉斯法僅有在為使管制架構能有效運作、並且在必要的最小範圍內才會被視為得豁免(Repeal is to be regarded as implied only if necessary to make the [regulatory statute] work, and even then only to the minimum extent necessary)⁷²。此種不樂見反托拉斯法退守的想法,其背後可能反映的意識型態為「反托拉斯法代表了國家根本的經濟政策」([t]he antitrust laws represent a fundamental national economic policy)⁷³,默示豁免原則特別是適用在對於某些按照反托拉斯法為違法,但根據管制規範卻是合法的案例。另外,若聯邦管制者強迫行為者從事該行為通常會得到豁免反托拉斯法的結論⁷⁴。此時期的代表案例為1973年最高法院的Otter案⁷⁵;另外,1975年的兩個金融案

⁶⁸ Niamh Dunne, *supra* note 5, 195.

⁶⁹ 以下本文擇定主要外國法案例之介紹「恰巧」以電信產業居多,恐有過於集中於單一產業之嫌。然此現象可能係基於電信產業本身特性所致,如較易產生價格擠壓(price squeeze)現象,並發生競爭法與其他管制法規併行適用之問題;特別是本文認為歐盟與美國均同樣面對價格擠壓案型的併行適用議題,兩立法例卻採取截然不同的因應模式,其異同應可作為我國法政策上之參考。本文將焦點聚焦於整體反托拉斯法制與管制政策的發展,並未刻意偏重於單一電信產業案例為介紹,故亦有參考其他產業(如金融業等)之案例,合先敘明。

⁷⁰ *United States v. Philadelphia Nat'l Bank*, 374 U.S. 321 (1963).

⁷¹ *Silver v. New York Stock Exchange*, 373 U.S. 341 (1963).

⁷² *Id.*

⁷³ Richard M. Brunell, "In Regulators We Trust: The Supreme Court's New Approach to Implied Antitrust Immunity," *78(2) Antitrust Law Journal*, 2 (2012).

⁷⁴ *Id.*

件，Gordon 案⁷⁶與 NASD 案⁷⁷為採取應默示豁免結論的案例。

2.2004 年 Verizon v. Trinko 案⁷⁸：轉變之始

2004 年 Trinko 案可以說是法院立場發生轉變的開端。本案被告 Verizon 的前身為大西洋貝爾公司（Bell Atlantic），為紐約州的區域電話業者（local exchange carrier, LEC），控制紐約州的用戶迴路（local loop）；由於新進區域電話業者重新建設用戶迴路的成本高昂，因此必須向 Verizon 承租用戶迴路。案情事實為 Curtis v. Trinko 等 AT&T 用戶，控告被告 Verizon 以差別待遇的方式，處理來自競爭對手的用戶需求，使其無法得到與 Verizon 用戶相同品質的電話服務，故違反 1996 年電信法（The 1996 Telecommunication Act）第 251 條「公正、合理且無差別待遇地提供細分化網絡元件給競爭者租用的義務」，同時主張被告 Verizon 之行為應構成拒絕交易（refusal to deal），違反休曼法第 2 條。本案的爭點為：在聯邦管制機關；即聯邦通訊委員會（Federal Communication Commission, FCC）、與州法管制機關；即紐約州公共服務委員會（New York State Public Service Commission, NYSPSC）均已依電信法對 Verizon 進行裁罰的情況下，反托拉斯法是否得豁免適用之問題。美國聯邦第二巡迴上訴法院（the Second Circuit Court of Appeals）認為，反托拉斯法與 1996 年電信法並無衝突，繼續援用美國早期判例建立的標準，認為本案反托拉斯法與管制法規彼此間並無發生衝突，且彼此關係應具互補性。

2004 年，聯邦最高法院改變見解。首先認為獨占者通常並無義務與對手合作；雖然本案因為有反托拉斯保留條款（saving clause），因而無法適用默示豁免原則，但電信法同樣地亦未擴張既有的反托拉斯法標準。本案為拒絕交易（refusal to deal）行為的案例，法院首先檢驗休曼法第 2 條，認為一般情形下，休曼法並未要求獨占事

⁷⁵ Otter Tail Power Co. v. United States, 410 U.S. 366 (1973). 被告 Otter Tail 是一個垂直整合的電力事業，其拒絕交易的行為被控違反休曼法第 2 條，雖然 Otter Tail 抗辯聯邦能源法（Federal Power Act）已經賦予聯邦電力委員會（Federal Power Commission）充分的管制權限，反托拉斯法不應再行介入。然而，法院認為聯邦能源法就跨州能源分配上偏好自願性商業關係，而未採取全面性的管制架構，聯邦電力委員會僅有部分的主管權限，再加上反托拉斯法與管制目前尚未產生衝突的情況，故本案無法豁免反托拉斯法的適用。

⁷⁶ Gordon v. New York Stock Exchange, Inc., et al. 422 U.S. 659 (1975).

⁷⁷ United States v. Nat'l Ass'n of Sec. Dealers, Inc., 422 U.S. 694 (1975). 以反托拉斯法的適用與證券法規管制不相容為理由，認為此時若不以默示的方式排除反托拉斯法的適用，將使證券法規中的監管條文形同具文，進而得到應豁免的結論。

⁷⁸ Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 412 (2004).

業有協助競爭者的義務，只有在像 *Aspen*⁷⁹案等少數案例構成此原則的例外，然本案不屬之。法院認為，反托拉斯法需考量特定產業或市場結構的狀況，而本案既存的電信管制架構成為法院做出決定的關鍵，尤其是「在管制架構本身已經有提供嚇阻、與救濟方式的情況下，額外執行反托拉斯法的利益將會相對變小」（the additional benefit to competition provided by antitrust enforcement will tend to be small）亦即本案在聯邦與州法管制機關已有處罰、並課予其義務的情況下，應排除反托拉斯法的適用。另外，對於反托拉斯法法院而言，要正確判斷是否構成休曼法第 2 條義務之違反實為相當困難的工作；特別是欲判斷既有區域電話業者是否違反電信法第 251 條的義務對於法院是相當困難的，不但涉及高度技術性知識，且極其繁複、複雜、並且須持續性的監督，均是法院難以達成的任務，若按照休曼法以司法審查的方式審查類似本案之競爭爭議，只是在管制機制規定之外再創造一條多餘的救濟途徑，造成法院不必要的訟源⁸⁰。更有甚者，當誤判成本（false positive）發生時，將付出極大的代價，特別是法院之不當決定將打擊原本反托拉斯法欲保護的行為，進而產生寒蟬效應。

總括而言，本案著重於反托拉斯法執行的成本，認為法院並非適當角色，而應交由專業的管制機關來評估與矯正某些潛在限制競爭行為⁸¹。從法院的論理模式似可看出美國從原本互補說過渡到替代說的趨勢，特別是在有保留條款的情況下仍傾向拒絕併行適用的結論。

3.2007 年 Credit Suisse 案⁸²

本案涉及當一行為同時構成反托拉斯法與聯邦證券法之違反時，反托拉斯法是否應豁免之問題。2002 年 Billing 等 60 位新發行證券之購買者控告 Credit Suisse 在內的 10 家華爾街投資銀行違反休曼法第 1 條，認為這些銀行的證券承銷公司（underwriting firms）在從事首次公開發行（the Initial Public Offering, IPO）協助擬籌資的新公司將股票分散到投資人手上，並且於舉辦巡迴說明會（road shows）以及

⁷⁹ *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).

⁸⁰ 廖賢洲，「從 *Verizon v. Trinko* 案看電信市場之管制與競爭」，*公平交易季刊*，第 13 卷第 3 期，161-162（2005）。

⁸¹ Howard A. Shelanski, "The Case for Rebalancing Antitrust Regulation," *109 Michigan Law Review*, 705 (2011).

⁸² *Credit Suisse Sec. (USA) LLC v. Billing*, 551 U.S. 264, 267 (2007).

建立相關紀錄努力時，彼此合意不賣首次公開發行的股票，除非消費者已承諾以高價購買其他二級市場（*aftermarket*）的股票，以利於其從事價格抬升（*laddering*）行為、或是要求消費者購買其他銷售不太理想的股票（搭售），是故構成聯合行為之違反。被訴的證券承銷公司則主張聯邦證券法隱含著排除反托拉斯法之適用於本案。

雖然本案被告之行為同時違反反托拉斯法與聯邦證券法，但最高法院提出四項標準，認定反托拉斯法與聯邦證券法實「明顯無法相容」（*clearly incompatible*）：

- (1)系爭行為確實落入證券交易法的管制核心範圍內（*an area of conduct squarely within the heartland of securities regulations*）。
- (2)證券交易委員會具明確與適當的法定權力予以管制（*clear and adequate SEC authority to regulate*）。
- (3)積極且持續的機關管制（*active and ongoing agency regulation*）。
- (4)反托拉斯法與管制之間存在嚴重衝突（*a serious conflict between the antitrust and regulatory regimes*）。

法院見解認為聯邦證券法已賦予證券管制機關相當完整的權限、聯邦證券交易委員會（*Securities Exchange Commission*）亦積極執行規則，以禁止被告違法行為，且管制機關亦被要求須將競爭因素納入考量；另外，本案原告亦可透過證券法提起訴訟、請求損害賠償，是故執行反托拉斯法的需要將會變小。事實上，美國國會為避免證券訴訟遭原告濫訴，對於起訴要件已有設計較為嚴格的要件，此時若允許原告另外提起反托拉斯法訴訟，將可能造成「原告以反托拉斯訴訟的外觀包裝一個實際上為證券爭議問題」（*permitting plaintiffs to dress what is essentially a securities complaint in antitrust clothing*）之疑慮。另外，併行適用將存在相當大的衝突，尤其在證券訴訟領域中，合法與違法的界線實難以界定，高度仰賴專業知識，這樣複雜的工作應交由證券主管機關監督方足以勝任；反之，如交由反托拉斯法院來處理，誤判成本的風險將非常高，尤其是可能導致美國各地不同法院出現許多非專業法官、與陪審團負責審理之訴訟案件，將打擊許多合法的聯合承銷活動；再加上承銷商不僅須避免證券法令禁止的行為，更要面臨反托拉斯法訴訟及三倍賠償的風險，可能會放棄許多證券法令許可或鼓勵的聯合行為，進而造成寒蟬效應，影響第一次公開發行的行銷與資本市場的有效運作。

4.2009 年 Linkline 案⁸³

本案涉及 DSL (digital subscriber line) 服務的競爭，DSL 為一種以電話線提供高速網路連結服務的方法。美國 FCC 要求本案被告 AT&T⁸⁴ 必須販賣 DSL 批發 (wholesale) 服務給獨立營運業者，且該批發價格不得高於其銷售予消費者之零售價格；本案原告 Linkline 為網路服務供應商 (ISPs) 業者，與 AT&T 同於加州的下游零售 (retail) 市場競爭。本案被告 AT&T 具有上游設施提供者、與下游競爭者的雙重身分。原告 Linkline 認為 AT&T 獨占 DSL 網路服務的區域零售市場，收取 DSL 服務的批發價格過高，且對消費者的零售價格過低、並且無法提供適當的服務予原告消費者，是為價格擠壓行為 (price squeeze)，藉以維持 DSL 服務市場之獨占地位，故提出對 AT&T 的反托拉斯法第 2 條訴訟。

最高法院推翻下級法院的見解，認為本案被告義務的產生完全係基於 FCC 管制而生，原告關於反托拉斯法的主張均不成立，因為原告並無反托拉斯法上的交易義務 (no antitrust duty to deal)。論理方法上，最高法院係將價格擠壓行為，拆分成上游的拒絕交易行為、與下游的掠奪性定價行為，並各自檢討行為的違法性。關於上游市場批發價過高的部分，法院參考 2004 年同為拒絕交易案型的 *Trinko* 案，認為 AT&T 在反托拉斯法下沒有義務在競爭者偏好條件與要求下進行交易；關於下游零售價過低的部分，法院認為一般而言零售價低是件好事，是故只要能通過 *Brook Group* 案⁸⁵ 所立下的「掠奪性定價標準」，亦即只有零售價格訂在低於成本、或是符合其他嚴格的條件下，才會有違反反托拉斯法的疑慮，而本案原告並未如此主張。

然而本案協同意見書中，*Breyer* 法官與其他三位法官同意多數意見中認為本案從事價格擠壓之被告應無反托拉斯法上之義務，因為管制架構本身已經有提供嚇阻、與救濟方式的情況下，反托拉斯法的執行成本可能大於利益，且既然已存在高度管制透過價格擠壓限制競爭的疑慮亦會下降。但是 *Breyer* 法官認為未受政府高度管制的產業，仍有可能出現違反競爭法的情事，在這樣的情況下價格擠壓並不應視為當然合法⁸⁶。

⁸³ *Pac. Bell Tel. Co. v. linkLine Commc'ns, Inc.*, 555 U.S. 438 (2009).

⁸⁴ 本案被告已經過公司重整與更名，本文以 AT&T 稱之。

⁸⁵ *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

⁸⁶ 林心印，競爭法上價格擠壓違法性之再省思：美歐新近案例發展與理論探討，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，11 (2012)。

從美國近期司法實務案例的發展來看，有論者認為美國法院的判斷標準已經從實質分析「管制法令是否與反托拉斯法有所衝突」，朝向「反托拉斯法執行是否將提供實質效益」之分析⁸⁷。且可以觀察到法院似乎對反托拉斯法執行愈來愈懷疑，並認為管制機關已能適當地解決市場失靈問題。

（二）歐盟法制

相較於美國傾向以管制措施取代競爭法的發展，歐陸傳統上被認為對於產業政策與部門管制措施採取較為友善的態度，但卻將反托拉斯的擴大適用當作市場自由化與解除管制的工具⁸⁸，以下將介紹歐盟司法實務的發展。

1. Deutsche Telekom 案⁸⁹

德國電信（Deutsche Telekom）為德國經營固網的垂直整合事業，同時在上游批發市場及下游零售市場提供通訊網路寬頻接取（local loop access）服務，依照德國電信主管機關－德國郵電管制局（Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, RegTP⁹⁰）的管制架構規定，上游批發接續費（wholesale prices）須由管制機關核可；至於下游端對用戶所訂的零售價（retail prices）雖然業者有自行決定的空間，但須受限於一定的管制上限（price cap）。2003 年德國電信訂定的零售價卻比上游的批發接續費還要來得低，致使下游的競爭者在支付批發接續費後出現無利可圖的情況，以至於無法與德國電信競爭，為價格擠壓之行為。2003 年歐盟執委會（EU commission）以德國電信濫用市場地位為由，對其裁處 1,260 萬歐元罰款，2008 年歐盟初審法院（Court of First Instance；2009 年更名為普通法院 General Court）⁹¹支持此見解。2010 年歐盟法院⁹²作出判決，亦維持初審法院關於「同等效率競爭者測試標準」（as efficient competitor test）之見解，認為德國電信從事價格擠壓行為，對競爭者收取接的批發接續費高於零售價格，係濫用市場支配地位（dominant position），違反歐盟競爭法第

⁸⁷ Howard A. Shelanski, *supra* note 31, 508.

⁸⁸ Richard M. Brunell, *supra* note 73, 1.

⁸⁹ Case C-280/08, *Deutsche Telekom AG v. Comm'n*, 2010 ECJ EUR-Lex LEXIS 882 (Oct. 14, 2010).

⁹⁰ 德國電信產業主管機關，成立於 1998 年，2006 年 1 月正式更名為 Bundesnetzagentur, BNetzA。

⁹¹ 歐盟初審法院在 2009 年里斯本條約生效後已更名為普通法院（General Court）。

⁹² 2009 年之前稱作歐洲法院（European Court of Justice, ECJ），里斯本條約後更名為歐盟法院（Court of Justice of the European Union, CJEU）。

102 條 (Article TFEU 102)。

雖然本案德國電信主張德國郵電管制局已經認可其批發與零售率，惟歐盟法院認為國家管制機關先前的決定，並不能免除德國電信對於歐盟競爭法第 102 條所應負之責任，因為德國電信仍然有決定價格的彈性空間，雖然被告過失程度於制訂罰鍰數額時，將納入考量作為參考因素。此案宣示了歐盟競爭法基本上仍須遵守，具有基礎性。學說上有進一步認為此案說明了歐盟對於競爭法與部門管制間之關係，係較偏向互補性 (complement) 關係⁹³，而非互相排除。

2. Telefónica 案⁹⁴

2007 年歐盟執委會在 Telefónica 案亦以近似的理由，認為西班牙現存的電話通訊營運者－西班牙電信 (Telefónica) 於寬頻市場 (broadband market) 中透過批發、零售價格費用的收取差額，從事價格擠壓行為，對於競爭者進入市場與消費者造成負面的影響，係濫用市場支配地位，違反歐盟競爭法第 102 條，罰鍰高達 1.51 億歐元。2012 年普通法院 (General Court) 支持該決定，2014 年，歐盟法院亦維持執委會的見解。法院認為，雖然西班牙管制機關曾介入認可了這項服務的費率，並降低批發價格，惟同 Deutsche Telekom 案，執委會認為西班牙電信對於價格具有決定裁量空間；歐盟競爭法之執行並非西班牙管制機關的責任，且該國管制機關對於價格擠壓之認定可能並不完全精確。是故管制機關的介入並無法免除被告應負的競爭法責任。

3. 針對歐盟判決之學說討論

上述實務見解在學說上有幾點回應討論。首先是在歐盟法制下縱使管制機關實質上已進行介入並為罰鍰處分，仍無法免除被告應負之競爭法責任，其結果將可能衍生關於「合理期待原則」(principle of protection for legitimate expectations) 或是「法律明確性」(legal certainty) 違反之問題。合理期待原則要求歐盟與各國家機構在一段時間內施展權力時，對於依照歐盟法創造的情況或是關係，不能在一個「勤奮的

⁹³ Niamh Dunne, *supra* note 5, 220. See also Alexandre de Streel, “The Antitrust Activism of the European Commission in the Telecommunications Sector,” in: Philip Lowe & Mel Marquis (ed.), *European Competition Law Annual 2012: Competition, Regulation and Public Policies*, 1st ed., Hart Publishing, 196 (2014).

⁹⁴ C-295/12 P, Telefónica SA v. European Commission, EU:C:2014:2062.

人」(diligent person) 無法預見的情形下使其受到影響。因此被告之行為若已依照管制上的要求為合法、但卻被另外課予競爭法之違法責任，將可能違反合理期待原則⁹⁵。然而，歐盟實務認為，被國家管制機關容許之行為通常並不足以構成「合理期待」(legitimate expectations)，進而豁免競爭法的適用；同時歐盟法院認為歐盟在法治上關於明確性原則之要求，已經在採用「同等效率競爭」(as-efficient competitor analysis) 分析時即已受確保，此時事業被期待可以去評估遵照法律的成本以及利益，以符合競爭法的要求⁹⁶。

除了以上關於法治之議題，對於歐盟幾乎毫無保留地在各個管制產業中適用競爭法的現象，學說上有幾點回應批評。首先是歐盟傾向將競爭法當作是協助市場自由化的工具 (competition as a tool to assist market liberalisation)⁹⁷，進而產生「管制競爭法」的性質，可能脫離競爭法的原貌而帶有特定社會政策目的，因此為達特定管制目的競爭法可能扭曲固有的基本原則，進而產生難以預測的情形，甚至是在遵守國家管制機關指示的情形下亦會受到處罰⁹⁸。另外是批評歐盟將競爭理念置於相當高的位置，並超越其他公益價值；縱使在管制存在或是管制具明確性、且是有益處的情況下，歐盟仍傾向認為競爭法應介入⁹⁹。第三，有時針對違反競爭法的情形，執委會選擇去追究被告的競爭法責任，但卻忽略了有時國家管制機關亦應負部分責任，像是依照 TFEU 第 258 條會員國有促進歐盟立法執行的義務¹⁰⁰、TFEU 第 106 條¹⁰¹亦明白課予會員國不能制定與歐盟競爭法相衝突的國內管制的義務，尤其是在國家管制機關與執委會在政策上有意見不一致的情形，此時被告違反競爭法是否可完全歸責於被管制者係有疑問¹⁰²。最後，歐盟私人執行的重要性有愈來愈高的趨勢，

⁹⁵ Niamh Dunne, *supra* note 5, 238-239.

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ Giorgio Monti, *supra* note 24, 240.

⁹⁸ Niamh Dunne, *supra* note 5, 221-223.

⁹⁹ Giorgio Monti, "Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law," 4 *Competition Law Review*, 127 (2008).

¹⁰⁰ Article 258 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU): "If the Commission considers that a Member State has failed to fulfil an obligation under the Treaties, it shall deliver a reasoned opinion on the matter after giving the State concerned the opportunity to submit its observations. If the State concerned does not comply with the opinion within the period laid down by the Commission, the latter may bring the matter before the Court of Justice of the European Union."

¹⁰¹ Article 106(1) TFEU: "[i]n the case of public undertakings and undertakings to which Member States grant special or exclusive rights, Member States shall neither enact nor maintain in force any measure contrary to the rules contained in the Treaties, in particular to those rules provided for in Article 18 and Articles 101 to 109."

¹⁰² Niamh Dunne, *supra* note 5, 225.

若是在歐盟競爭法併行適用日趨普遍的情況下，將可能導致以追求私益為主的私人執行數量攀升，其現象亦值得思量¹⁰³。

4. 延伸討論：美國與歐盟法制之比較分析¹⁰⁴

細較美國與歐盟司法實務的發展，尤其是 *Linkline* 案與 *Deutsch Teleom* 案同樣為價格擠壓的案例，卻有截然不同的結果，反映了不同立法例對於競爭法與部門管制間關係不同觀點的想像。有學者認為可以從國家經濟的意識型態去分析其中旨趣¹⁰⁵，如美國已從反托拉斯法作為維護經濟自由（*charter of economic liberty*）的政策，轉變為視反托拉斯法僅為一種管制的形式¹⁰⁶，且伴隨著過度嚇阻（*over-deterrence*）、以及對交由不具專業能力的司法機關決定的恐懼，是故在併行適用的議題上採取否定的看法；歐盟則傾向認為競爭法為一種自由市場意識型態的體現（*competition law as the embodiment of free-market ideals*）¹⁰⁷，並將競爭法視為是自由化的過程中維護競爭機制的一項工具，故將競爭法擢升至優於其他會員國國內管制之地位；縱使已存在清楚的管制架構、架構管制機關亦已積極執行，歐盟法制下仍肯定競爭法加以適用的可能性。以下將歸納上述討論，並參考學說理論，從經濟觀點、法治、制度面向¹⁰⁸切入探討在既存的管制架構下，競爭法併行適用產生的問題點。

(1) 從經濟觀點切入（*analytical and economic concerns*）

a. 管制對市場和行為的影響

在管制架構存在的情況下，由於該管制可能改變固有的競爭機制過程之功能，該事業之行為實質上可能不必然會削弱經濟效率¹⁰⁹，是故可以思考的是在管制架構在實然面上已造成市場參與者互動之改變下，傳統的反托拉斯法分析是否在管制、或是半管制的市場中亦能成立¹¹⁰。另外，管制亦可能會限縮事業從事獨立行為的空間或是直接控制事業之行為，因此若事業遵照產業法規以致於促使其為一違反競爭

¹⁰³ Niamh Dunne, *supra* note 5, 226-227.

¹⁰⁴ 當然在進行本項討論時，實不能忽略歐洲聯盟與各會員國之關係終究與美國或我國屬單一內國法之情形，有著根本性之不同。故於分析歐盟法制時不能將之當作是單一國家看待，特別是歐盟有著建立單一市場整合之政策目標，故賦予歐盟競爭法具基礎性之地位應有其考量。

¹⁰⁵ Richard M. Brunell, *supra* note 73, 11.

¹⁰⁶ *Id.* 但此說法似乎與部分學者認為美國現行觀點傾向替代說之觀點不完全相符。

¹⁰⁷ Richard M. Brunell, *supra* note 73, 11.

¹⁰⁸ 以下分類係參考 Niamh Dunne, *supra* note 5 一書之體系，228-251。

¹⁰⁹ Niamh Dunne, *supra* note 5, 229.

¹¹⁰ Howard A. Shelanski, *supra* note 81, 700.

法之行為，似不能完全歸責於事業¹¹¹。

b. 競爭法介入所致誤判成本與無效率的結果

如同管制可能產生失靈的情況，競爭法作為一項工具亦有可能存在缺陷、產生誤判成本的擔憂。特別是在美國 *Trinko*、*Credit Suisse* 等案所揭示的，錯誤的反托拉斯決定將打擊具效率的市場安排、導致整體消費者福利遭削弱，進而造成寒蟬效應，打擊投資與創新。

c. 雙重執行問題

學說上亦常見競爭法與經濟管制在併行適用下造成市場監督功能被重複使用（duplication）的討論，即兩套程序對同一事件雙重適用，如此行政機關判斷重複造成的資源浪費可能產生無效率的情形；另外亦可能存在因雙重程序適用或判斷結果上的不一致所導致的間接成本（indirect costs）。

(2) 法治觀點（rule-of-law concerns）

在法治層面上首要須檢討者為法律合理性（legitimacy）之問題。由於反托拉斯法不僅僅是促進市場競爭的機制，同時亦會對私人行為進行干預，故其干預應符合正當程序；從合理性的角度競爭法必須是具有效率（efficient）、且健全（sound）的。競爭法係針對減損效率或妨礙競爭等造成反競爭效果之行為加以監督，但除非已有將被告權利適度納入考量，否則競爭法不應在干預私人行為的同時，被賦予達到其他政策目的之功能¹¹²。另外，有認為併行適用在法治上將引發兩個擔憂：其一，當競爭法與經濟管制在規範上產生衝突時，由於被告將面臨兩個結論相反的法律義務，勢必產生義務衝突¹¹³。若從公平的觀點來看，由於此時競爭法的運用具有很大的政策性，若僅因被告是「不具效率市場的經濟參與者」即對被告處罰，並不甚公平¹¹⁴，因為反競爭行為效果同時可能是由主管機關的政策所引起的，部分應可歸咎於國家¹¹⁵，但在 *Deutsch Telekom* 案與 *Telefónica* 案中，歐盟執委會選擇論被告的競爭法責任，卻不追究各會員國管制者的責任，有使被告成為代罪羔羊之嫌。其二，併行適用亦須討論「一行為不二罰」（rule against double jeopardy; ne bis in idem）之

¹¹¹ *Id.*

¹¹² Niamh Dunne, *supra* note 5, 237-238.

¹¹³ Damien Geradin & Robert O'Donoghue, "The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector," *1(2) Journal of Competition Law & Economics*, 409 (2005).

¹¹⁴ Robert O'Donoghue, "Regulating the Regulated: Deutsche Telekom v. European Commission," *2008(1) Global Competition Policy*, 1-2 (2008).

¹¹⁵ Niamh Dunne, *supra* note 5, 240.

議題，特別是當管制機關有權限直接介入以解決特定問題時，增加額外的反托拉斯法救濟對被告是否公平¹¹⁶。

(3)制度面問題 (institutional concerns)

a.反托拉斯私人訴訟過於盛行的隱憂

在美國，法制設計上使原告偏好提起私人訴訟之方式救濟，甚至有造成濫訴的情況，是故在併行適用議題的討論上也常常以此作為採取否定見解的理由。特別是相較於公共執行著重公共利益的追求，私人執行 (private enforcement) 在法律上的正當性基礎稍顯薄弱，且競爭法的公共執行機關通常具有專業知識，得與部門管制機關相互協調如何執行，私人訴訟則無此情況¹¹⁷。

b.以反托拉斯為救濟方式的缺陷

除了私人訴訟盛行造成的隱憂之外，可以檢討的是在原管制架構已提供救濟方式的情況之下，額外的競爭法執行是否有必要。議題與既存的管制架構息息相關，雖然管制提供的救濟方式通常較為迅速，且可針對特定市場缺陷予以救濟，但同時會產生管制捕獲等缺點、或是傾向選擇雖然無效率，卻可促進其他非經濟目標的方式，為與反托拉斯法作為維護效率的執行工具有根本性的不同¹¹⁸。另一個議題係針對在管制市場中，「反托拉斯執行」本身是否提供有效、運作良好的救濟方法。例如有學者認為現行法制下課予三倍懲罰性損害賠償，對於依照管制架構而從事違反競爭法行為之被告是相當不恰當的，並有認為最公平、適切的方式解決反托拉斯法問題是透過展望性命令之救濟方式¹¹⁹。

四、我國競爭政策與產業政策間的調和

1970 年代開始，東亞地區的許多國家均經歷經濟高度成長的現象，被稱為「東亞經濟奇蹟」(The East Asia Miracle)。許多學者認為這些東亞國家經濟成就的背後係強而有力的政府干預，選擇採取「發展主義」(developmentalism) 的意識型態，由國家產業政策主導的模式，不論於日本、南韓、臺灣、中國大陸，均可見嘗試透過產業結構的改變以促成更為快速的經濟成長，且各國政府在該發展歷程中均扮演資源

¹¹⁶ Niamh Dunne, *supra* note 5, 240-242.

¹¹⁷ Howard A. Shelanski, *supra* note 81, 713-714.

¹¹⁸ Niamh Dunne, *supra* note 5, 246.

¹¹⁹ Niamh Dunne, *supra* note 5, 247-248. 此為 Hovenkamp 與 Areeda 教授所提出的觀點，轉引自 Phillip Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law*, 3rd ed., Aspen Publishers, 285 (2006).

分配的重要角色¹²⁰。1980年代後期隨著東亞國家經濟與政治的轉型，各國均面臨引入市場機制的挑戰，同時政府亦面臨角色的撤退¹²¹。此時期各國面對的共同議題為產業政策與競爭政策的平衡¹²²，如何基於不同的政策思考，經濟管制與競爭法兩套工具如何交互運用、如何訂定競爭政策、國家介入市場的程度，為本文所欲探討的重心。特別是隨著競爭政策愈趨重要，競爭政策與產業政策所面臨的衝突將更加嚴峻。

（一）公平法第 1 條：思考的起手式

由於我國公平法第 46 條在判斷其他法律是否優先適用的問題時，往往和是否與「本法立法意旨」¹²³相牴觸之問題互相聯結，是故在確認競爭政策與產業政策彼此間的關係之前，自有必要先詳加分析我國公平法的立法目的。

1. 立法目的之探求

我國公平法第 1 條揭示本法立法意旨為「維護交易秩序與消費者利益，確保自由與公平競爭，促進經濟之安定與繁榮」，其中較為爭議者為「確保自由與公平競爭」與「經濟之安定與繁榮」兩項立法目的之間應具有如何之手段與目的關係¹²⁴。特別是「經濟之安定與繁榮」為所有經濟法規所欲實現之經濟公共利益。若自整體角度探求公平法之立法意旨，可能存在兩種解釋方式¹²⁵，一是著眼於公平法相對於其他法律的特殊意義，認為其立法目的應是「確保自由與公平競爭」，唯有如此才能區別在眾多經濟公益的法規中，公平法具有之特殊地位；另外一種為較重視結果面的說法，以「促進經濟之安定與繁榮」等經濟公益之實現為本法之宗旨，並認為欲實現

¹²⁰ 顏雅倫，前揭註 15，179-181。

¹²¹ 顏雅倫，前揭註 15，184。

¹²² 顏雅倫，前揭註 15，194-195。

¹²³ 如 1999 年 2 月修正公平法第 46 條條文：「事業關於競爭之行為，另有其他法律規定者，於不牴觸本法立法意旨之範圍內，優先適用該其他法律之規定」。

¹²⁴ 黃銘傑，「第四十六條 本法與其他法律競合適用之情形」，廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（三）第二十五至第四十九條，公平交易委員會 94 年度委託研究報告，609（2005）。至於「消費者利益」，通說認為並非是個別消費者權益之意涵，而係指「消費者剩餘」、「一般消費者利益」或「消費者整體利益」。有論者認為法條所稱「消費者利益」之概念應脫離個別消費者主觀權利之問題，而應趨近於客觀整體的公共利益，因此公平法之立法目的應排除與競爭無關之單純的消費者保護目標。

¹²⁵ 同上註，610-611。

所有經濟法規的共同目標時，其手段是多樣性的，公平法僅是該手段的其中之一¹²⁶。因此如將本法立法意旨定位為「確保自由與公平競爭」，由於許多產業法規或管制手段其目的並非是要促進競爭，有時反而係為促成其他公益目的而造成限制競爭的效果，因此牴觸本法立法意旨的可能性將大為增加；但若將本法立法意旨定位成「經濟之安定與繁榮」，由於其他經濟法規目的亦是在促進經濟之安定與繁榮，因此將不易產生與本法立法意旨相牴觸之情形。如自實務上「公平會第 46 條之判斷準則與適用流程¹²⁷」中所列因素觀之，所謂「本法立法意旨」似比較偏向「確保自由與公平競爭」的面相。然而本文傾向認為，「經濟之安定與繁榮」是所有經濟法規所欲實現之經濟公共利益¹²⁸，應為最終目標，手段本身不能被目的化。除了競爭政策之外，國家尚須採用景氣政策、繁榮政策、結構政策、貿易平衡政策等，競爭法與經濟管制無論如何僅能視為是達成特定目標的一項工具。

本文認為如欲判斷競爭法與其他業法的適用關係，似應避免單純以「是否牴觸本法立法意旨」作為判斷的唯一依據。此概念看似提供了一個明確的判斷基準，但有認為此基準無法讓執法者與政策制定者知悉究竟何者才是解決市場失靈問題的最適法律規範¹²⁹。再者，究竟「牴觸」的意涵為何，亦留待解釋空間。

2. 效率為主的考量或是更多？

另一個與本法立法意旨探求相關聯之議題為，究竟我國公平法係較趨近於美國

¹²⁶ 同上註，611。

¹²⁷ 公平會曾於 2002 年 2 月 21 日第 537 次委員會議通過，揭示於實務上適用公平法第 46 條時，就判斷有無牴觸本法立法意旨方面，自以本法第 1 條之立法宗旨為準，而對於是否合於「公平法立法意旨」之判斷，應就個別情形依判斷準則所列因素綜合判斷：

- (1) 競爭手段：應以價格、數量、品質、服務等作為競爭手段。
- (2) 市場範圍：市場範圍應以擴大為佳。
- (3) 參與競爭者之家數與市場績效：參與的競爭者原則上應有相當之家數，且應將市場績效納入考量。
- (4) 市場集中度：相關市場的集中度、愈低愈有利於競爭。
- (5) 市場進入障礙：市場進入障礙愈少、程度愈低，愈有利於競爭。
- (6) 經濟效率（生產效率、配置效率及動態效率）：若能提高經濟效率，且不致於對競爭造成負面影響時，亦較佳。
- (7) 消費者利益：若能提高整體消費者福利，且不致對競爭造成負面影響時，亦較佳。
- (8) 交易成本：若能降低交易成本，且不致對競爭造成負面影響時，亦較佳。
- (9) 其他與立法意旨有關之各種情形。

¹²⁸ 黃銘傑，前揭註 124，610。

¹²⁹ 陳志民、陳和全、葉智良，管制型產業行為在競爭法抗辯之研究，公平交易委員會 101 年度委託研究報告，8（2012）。

學界和實務界、以經濟效率為主並以消費者福利為衡量標準的考量；或是較貼近歐盟、帶有相當強烈的公共政策工具色彩、且執行具有多目標取向？如是後者可能更加貼近管制競爭法、準管制措施的概念。特別是若從公平法第 12 條「對整體經濟利益大於限制競爭不利益」、第 14 條但書「有益於整體經濟與公共利益」等構成要件觀之，公平法似未排除經濟效率以外其他公共利益之追求¹³⁰。但有學者認為於操作上開條文時，宜單純考量「經濟效率」即已足，因產業政策而影響或變更反托拉斯法的決定應為例外情況，特別是若將經濟利益以外的公共利益在我國公平法執行階段與經濟利益納入同一線考量，並不是適當的作法¹³¹；更精確而言，對於競爭法的執法傾向與態度，背後實隱含著各國對政府、市場、及其相對位置想像之價值判斷；我國為一法律繼受國，缺乏本土自生的學派，因此在參考比較外國法制的同時，應思考的不僅僅是學說的相容性，更需考量我國本土脈絡下如何建構合理的論理模式。舉例言之，有論者即從我國身為東北亞地區的相對小型經濟體的觀點，分析經濟體規模越小，競爭政策越有必要以經濟效率為優先，尤其是小型經濟體在諸多互相競逐的目的間求取平衡，將面臨高度的不確定性，且小型經濟體無法為承擔其他更為廣泛之政策目的，而犧牲以經濟效率為主的競爭政策，因此有必要清楚界定以「效率」為競爭政策的主要目標，避免其受到其他社會目標之滲入¹³²。雖然我國立法過程較偏向歐陸模式，但是政策理論上於執行公平法時應將小型經濟體競爭政策理論作為一個切入點，政策上不宜讓競爭政策同時肩負財富分散與保護中、小型企業的任務¹³³，如此解釋不但得就公平法體系解釋有相當圓滿的說法，亦與我國法制環境相容，本文認為其不失為一適當的解決之道。

（二）公平法第 46 條歷年修法

公平法第 46 條可以說是我國具體化競爭政策與產業政策關係的條文，觀察我國歷次修法對法條文字上的修正，可見政策抉擇上係不斷更迭、消長，以下將詳加研析之。

¹³⁰ 王以國，前揭註 36，180。

¹³¹ 顏雅倫，前揭註 15，415。

¹³² 顏雅倫，前揭註 15，204。

¹³³ 顏雅倫，前揭註 15，414。

1.1991 年立法

公平法第 46 條於 1991 年制定時，原規定：「事業依照其他法律規定之行為，不適用本法之規定（1 項）。公營事業、公用事業及交通運輸事業，經行政院許可之行為，於本法公布後 5 年內，不適用本法之規定（2 項）。」依本條規定，當事業涉及限制競爭行為時應受本法之規範，但若依照其他法律之規定，得排除公平法之適用並適用其他法律，學說上稱之為公平法之「除外適用領域」（Ausnahmebereiche）。另外，從本條文字可見當初立法者相當尊重管制機關所做的政策決定，得基於特殊經濟或社會政策的考量，對既存之管制法規維持適用，此時公平法即需退讓¹³⁴。針對此時期對公平法與其他法規之適用定位，有學者引介公平法第 1 條的立法目的，認為公平法僅為促進「經濟之安定與繁榮」等終極目的的一種手段，其他政策亦有必要予以尊重，彼此間應無高低之分¹³⁵。

2.1999 年修法

1999 年 2 月我國修正公平法第 46 條為「事業關於競爭之行為，另有其他法律規定者，於不牴觸本法立法意旨之範圍內，優先適用該其他法律之規定。」使原本為豁免性質之除外適用規定，改為法規競合時適用順序之規定¹³⁶。此次修正最重要之內容，應在於對「不牴觸本法立法意旨之範圍」之解釋¹³⁷。學說上有認為本條用語係允許公平會擁有檢視其與公平法立法目的是否相容的審查權限，並藉由此一法律適用次序之調整，落實競爭政策優於產業政策之理念¹³⁸。然而，本條之適用在實務與學說討論上引起相當大的爭議。首先，若自整體角度觀察，1999 年的修法似有意強化我國公平交易法成為「經濟憲法」之地位、確立「基本的經濟體制」之理念，並藉由此次修正確立競爭政策應優於其他產業政策。針對此想法，確實競爭機制在經濟資源分配一事上扮演著愈來愈重要的角色，若從實然面的角度觀察之，經過解除管制政策洗禮的國家，幾乎都已朝向「競爭為主、管制為輔」之經濟體制模式¹³⁹，

¹³⁴ 王以國，前揭註 36，76。

¹³⁵ 廖義男，公平交易法之釋論與實務（第一冊），初版，作者自刊，12-14（1994）。

¹³⁶ 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，31（2015）。

¹³⁷ 蘇永欽、范建得，公平交易法第四十六條修正後之適用問題研究，公平交易委員會 89 年度合作研究計畫，28-29（2000）。

¹³⁸ 王以國，前揭註 36，76。

¹³⁹ 黃銘傑，公平交易法之理論與實際：不同意見書，初版，新學林出版公司，23-26（2002）。

因此將公平法定位為經濟憲法或許能反映部分我國現行經濟體制的實際狀況。然而學者亦質疑這樣是否代表「競爭為主、管制為輔」之想法可立即提升為應然面的法律規範，並具體化為公平法之條文，存在相當大的疑問¹⁴⁰。

另外，就本次修法的內在邏輯而言亦可能衍生出相當大的問題。尤其在確立我國公平法為「經濟基本法」的同時，本條修正提案之立法委員於立法理由中卻矛盾地提到：「(一)、當法規發生競合時，同屬競爭行為之規範，由其他專責機構依各該特別法優先管轄，以符合特別法優於一般法之法理。(二)、公平法就規範競爭行為之事務，屬於一般法，至於其他基於特定目的而訂定之法律，其中涉及競爭行為事務者，在該特別法之規範範圍內，自屬競爭行為事務之特別法¹⁴¹。」究竟公平法作為經濟基本法的定位，如何與中央法規標準法第 16 條關於特別法優於普通法適用之原則互相調和，係有疑問。在本次立法過程中公平會本身亦表示此次修正方向「不合普通法及特別法法律位階之適用次序，於法制上恐不宜」，且擔憂若定位為經濟基本法，「倘獲通過，將使行政部門各部會主管法律未能優先適用，致特殊性政策任務，無法執行。況因其難以判斷是否牴觸公平法之意旨將會造成執行上之困擾；並亦造成事業無所適從，妨礙產業發展，不利整體經濟利益」¹⁴²。

關於以上的衝突，有論者提出兩種可能的解決之道¹⁴³。第一是參照立法理由之說明，以中央法規標準法第 16 條特別法優於普通法適用之原則，認為本條雖可定位為經濟憲法或經濟基本法，但做如此定位的規範功能僅是立法機關的自我約束，揭示未來於其他立法時應盡量避免牴觸公平法的立法意旨，或是應依據公平法立法意旨修正其他與公平法規範有所牴觸之現行法規¹⁴⁴；另一種思考方式係以經濟憲法、基本的經濟體制相關論述為基礎，強調競爭政策優於其他政策，因此公平會依照公平法的立法意旨，得對其他法律關於競爭行為之規定是否牴觸公平法具有審查權，以確立起公平法作為原則法、基礎法的優先性¹⁴⁵。

以上相互衝突的見解於我國實務上均有案例可循。然本文認為自本法立法目的之旨趣而言，如將公平法之終極目的理解為「促進經濟之安定與繁榮」，則公平法應

¹⁴⁰ 黃銘傑，前揭註 124，601。

¹⁴¹ 立法院公報處，立法院公報，第 88 卷第 6 期，898-899（1999）。

¹⁴² 黃銘傑，前揭註 124，615。

¹⁴³ 黃銘傑，前揭註 124，602。

¹⁴⁴ 黃銘傑，前揭註 124，605。

¹⁴⁵ 王以國，前揭註 36，76。

與其他所有可以促進經濟之安定與繁榮的法律立於同等定位，彼此間應無優劣關係；固然現實上競爭政策的重要性可以說是逐漸上升，但不代表在應然面上要存在相關之應然規範。甚至有學者駁斥將公平法定位為經濟憲法的見解，認為「競爭法僅係反映時代之精神，不應斷然將其定位為『經濟憲法』」¹⁴⁶。

另外，本條修正理由第二項提到「所謂『不牴觸本法立法意旨』，應考慮特別法與普通法之法律適用原則、其他法律之立法時間與立法目的，以調和競爭政策與產業政策，促進整體經濟利益。」學者一般以為，應以「不牴觸本法立法意旨之範圍內」作為其他法律優先適用的前提，但當其他法律關於競爭行為之規定「牴觸」公平法的立法意旨時，意見則產生分歧，有認為產業法規中若與公平法之規範原則有所出入者公平法仍有適用餘地¹⁴⁷；亦有論者認為並非因此即可導出應優先適用公平法之規定，亦即在修正後公平法第 46 條的解釋下，當發生牴觸時僅是「不優先」適用該其他法律規定，不代表即應「優先」適用公平法。尤其學界普遍的共識認為此次修正並非賦予公平法在實體法上優先於其他經濟管制法規，更有論者甚至認為本次修法反而對公平法第 46 條採取「公平法裂後適用」的觀點，認為法條規定本身並未進一步提及或要求當其他法律規定牴觸公平法立法意旨時，兩者法律間應如何適用的問題，是故若發生牴觸之情形，基於特別法優於普通法之原則，兩法律間即產生應如何適用之問題¹⁴⁸。

自實務角度觀之，可觀察到我國競爭主管機關的態度似傾向強調本條規定確立了公平法作為「經濟基本法」之地位，然針對特定案件，公平會似未堅持經濟基本法之地位，認為應不適用公平法規定。「臺灣省、台北市及高雄市建築師公會統一訂定業務酬金標準案¹⁴⁹」為應適用公平法之案例、「多家經營太平洋航線之國際海運業

¹⁴⁶ 吳秀明、楊坤樵，「憲法與我國經濟部門之基本秩序」，蘇永欽（編），部門憲法，初版，元照出版公司，73（2010）。

¹⁴⁷ 廖義男，前揭註 136，48。

¹⁴⁸ 黃銘傑，前揭註 124，614。

¹⁴⁹ 台北市建築師公會（公平會公處字第 0920027 號處分書）；臺灣省建築師公會（公平會公處字第 0920028 號處分書）；高雄市建築師公會（公平會公處字第 0920029 號處分書）。本案中公平會認為民國 58 年起草建築師法時，當時立法者之考量「僅為建築師酬金收受之高低是否影響國民經濟生活，並未考量市場之競爭及是否會影響市場供需功能」，法律之適用必須因地制宜、與時俱進，且「時至今日，當被處分人統一訂定酬金標準，已然阻礙競爭之自由性與公平性，扭曲價格競爭機能，徒增社會成本時，公平交易法之介入即有其必要，亦符立法者於 88 年主動提案修正公平交易法第 46 條規定之目的」；另外，尚無實證研究證明建築師酬金標準與公共安全之確保兩者間具有充分、必要之關係。因此公平會認為本案因未合於公平法之立法意旨，「依據現行公平

者被檢舉共同調漲海運費率案¹⁵⁰」則為其他法律優先適用之案例。比較兩案件，同樣是經主管機關「備查」之案件，公平會選擇採取不同見解的適當性值得檢討¹⁵¹。

最後，關於公平法第 46 條的審查密度高低，有學者認為公平會於具體審查時，應基於四點因素考量，包含除外是否基於經濟因素、立法時點是否先於或後於公平法、立法原則有無維護競爭秩序之原則宣示、決策協商是否有公平會之參與諮詢，以決定應採取低密度或高密度之審查¹⁵²。另外，亦有認為應納入管制機關之能力與管制有效性因素做通盤考量。假設管制機關在人員、知識經驗、經費等管制資源以及管制成本、管制效率均較公平會為佳時，審查密度即以降低為宜；反之若主管機關無足夠之資源管制、管制成本過高、或是有管制懈怠的情形，公平會仍得認為該管制法之存在並不排除公平法之適用¹⁵³。

3.2015 年修法

2015 年，我國再度修正公平法第 46 條，此次修正可以說是建立在 1999 年版本的基礎上為變動，將條文修正為「事業關於競爭之行為，優先適用本法之規定。但其他法律另有規定且不牴觸本法立法意旨者，不在此限。」自法條用語觀之，似乎更加提高公平法在與其他法規競合適用時被「優先適用」之可能性，可說已賦予公平法「太上法律」之地位。尤其本次修正清楚揭示關於競爭之行為原則上應優先適用公平法之規定，再加上本條修法理由之參照，可得知本次修法係「為確立本法為經濟之基本法，就事業競爭之行為，優先適用本法之規定，其他法律另有規定者，

交易法第 46 條規定即優先適用公平交易法規定，核無建築師法是否為公平交易法之普通法或特別法之問題」。

¹⁵⁰ 公平會第 00669 次委員會議。公平會認為本案所涉國際聯營組織雖僅經交通部備查，但在航運法規範結構下，對於海運同盟等國際聯營組織已有監理機制，「考量航業法之立法目的、海運產業之特性、國際海運聯營組織對經濟效率之影響、本會過去對聯營組織之政策、國際間普遍給予『海運同盟』或類似協議『反托拉斯豁免』之國際禮讓等因素」，是故符合公平法第 46 條規定「另有其他法律規定者」，應優先適用航業法相關規定。

¹⁵¹ 我國相關案例中，另有臺灣證券交易所股份有限公司濫用獨占地位案可供參酌，此案建立了以其他法律主管機關是否已進行「實質監督」，作為公平法是否再介入的標準。如公平會公處字第 091133 號處分書：「證期會僅係依其權責，就證券交易等相關規定範圍予以備查，未為『實質審查』，至該內容是否會影響市場競爭秩序，因非其主管機關業務而未加以衡量，被處分人自不得主張其交易資訊管理辦法及收費方式經證期會核備，已有行政屏障，因此亦不得排除公平法之適用。」然而，整體而言，關於我國公平法第 46 條之案件數量並未非常之多，亦未有足夠明朗的政策方針可供參考，是故操作上似難勾勒出清楚之法政策輪廓。

¹⁵² 蘇永欽，走入新世紀的私法自治，初版，元照出版公司，247-248（2002）。

¹⁵³ 吳秀明、楊宏暉，「十年來公平法上之獨占管制」，公平交易法實施十週年回顧與前瞻學術研討會論文集，公平交易委員會，94-95（2002）。

僅於不牴觸本法立法意旨時，始得優先適用，爰酌作文字修正。」由此可見，本次修正似有意確立當其他法律「牴觸」本法立法意旨時，應優先適用公平法之規定，以消弭 1999 年版本衍生之爭議。同樣地對於此次修正在學理上亦可能存在兩極的看法，有認為 2015 年修法後公平法作為經濟憲法的角色更為明顯，亦有學者批評如此規定的結果可能造成產業法等特別法將被扼殺。

關於此次修法產生的疑義，公平會曾於 2016 年 5 月 12 日頒布「公平交易委員會令」¹⁵⁴，針對目的事業主管機關以立法或依法律明確授權訂頒法規命令之方式，「訂定定價公式或其他定價審酌因素、或為其他限制事業競爭之行政行為，得否排除公平交易法之適用問題」，做出幾點澄清。該令尤其針對何謂「不牴觸本法立法意旨」之解釋有具體的闡述，由於 2015 年修正後公平法第 46 條但書仍沿用此用語，解釋上仍然存在很大的空間，即前述關於本法意旨範圍大小探求之爭議；如將公平法之立法意旨定位為促進經濟之安定與繁榮，則幾乎所有的法規均落入本條但書之規定。舉例言之，「具有自然獨占特性之產業，已無法透過市場競爭之運作引導資源作最有效率之配置，故可認依其他法律規定所實施之價格管制，不牴觸公平交易法之立法目的。此外，當社會普遍認為對於特定經濟活動，在競爭之外有更重要之目標，而市場競爭運作結果會妨礙此社會目標之實現時，透過法律限制競爭亦應認不牴觸公平交易法立法意旨，如菸害防制法禁止以折扣或贈品方式銷售菸品即為適例。」由此可見該令似將本法立法意旨定位為「促進經濟之安定與繁榮」，認為市場競爭運作會妨礙其他社會目標之實現時，應認為並「不牴觸」公平法之立法意旨。

另外，該「公平交易委員會令」亦舉兩例以說明公平法適用與否的判斷。首先公平會認為交通運輸業主管機關依公路法及汽車運輸業管理規則相關規定，「基於職權審酌產業政策、公共運輸整體效率、商品或服務特性及消費者利益，核准聯合排班，各業者依據核准路線執行聯合排班措施，得依公平交易法第 46 條規定，優先適用公路法及汽車運輸業管理規則相關規定。」似乎認為此等法律並「不牴觸」公平法之立法意旨。但在同業公會的定價公式中，公平會卻採取相反的見解，認為「至定價公式或其他定價審酌因素倘係由同業公會在無法律依據下自行訂定於會員自律規範中，縱經主管機關備查或核定，惟因同業公會為公平交易法第 2 條所規範之事業主體，其行為屬公平交易法第 14 條第 4 項所稱『同業公會或其他團體藉章程或會員大

¹⁵⁴ 公平會公法字第 10515602813 號令。

會、理、監事會議決議或其他方法所為約束事業活動』之聯合行為型態，仍有違反公平交易法第 15 條第 1 項聯合行為禁止規定之虞。」此時又似認為「牴觸」本法立法意旨。本文認為單純以兩段文字敘述實無法推知公平會究竟如何操作「不牴觸本法立法意旨」這項要件。尤其同樣是其他法律另有規定、且均經過主管機關核准或核定，為何在交通運輸的聯合排班行為「不牴觸」本法立法意旨而適用但書之規定；但卻在聯合定價公式案中認為「牴觸」本法立法意旨，適用前段之規定？本文認為似有恣意判斷之嫌。

除此之外，本文認為此次修法仍有幾點疑義須予以澄清。其一，2015 年修法後，公平法第 46 條所謂「不牴觸本法立法意旨者，不在此限」，是否能依照先前 1999 年部分學者所採之解釋，認為不代表「優先適用特別法」，只是「不優先適用公平法」，仍為爭議；雖然自延續 1999 年的立法精神以及本次修法理由看來立法者似傾向此時特別法應優先適用。其二，當兩法規體系產生「牴觸」時，縱使在美國法 2004 年之前採取競爭法原則上不豁免適用之見解，亦認為應在牴觸時轉向以產業法規為優先，並未有以競爭法為優先者；同時我國競爭法似又未若歐盟競爭法兼有其他社會政策之目的，若按照前述我國公平法應以效率為導向為宜之見解，則在與其他法律相互「牴觸」時完全以競爭法為優先適用之安排，在立法上值得檢討。

4. 小結

我國公平法第 46 條之用語為「優先適用」，概念上似以一法規之適用排除另一法規，恐無雙重適用法規的空間，是故似無像美國存在兩法雙重執行對被告過度嚇阻的問題；然實務運作上卻非如此，縱然優先適用但實務上公平會仍認為當其他法律之優先適用時，並不排除個案行為於符合公平法要件時以公平法加以介入。然而，其他立法例的規定均為豁免性質之除外適用規定，獨獨我國以法規競合之規範方式規範兩者之關係，應有檢討空間。本文認為至少就政策思考上應回歸競爭法是否得豁免之分析判斷方式，以除外適用模式為法制規範建立架構，方為正途。

其二，對於法條構成要件中所謂「不牴觸本法立法意旨」究竟應作如何之解釋，向來為最具爭議性之議題，不但涉及本法之規範目的解釋，且我國實務於操作此概念時似難提供一套具說服力之說理。是否應依此概念法學之方式作為判斷反托拉斯法豁免的唯一思考面向，本文認為有檢討餘地。尤其從 1999 年到 2015 年之版本，

最大的不同似乎僅是確立當其他法律「牴觸」本法立法意旨時，應優先適用公平法之規定，但其以「牴觸本法立法意旨」與否作為唯一判斷之基準恐怕未有根本性之轉變，就此角度而言，本文認為公平法第 46 條即有修正之必要，特別是應存在其他更為細緻化之理由以決定公平法與其他業法如何適用之問題。另外，在現行法條文義解釋上，「本法立法意旨」似更應指向結果面較為適當，即以「促進經濟之安定與繁榮」為解釋依歸，避免適用前段之情形過於膨脹，造成產業法規遭扼殺之結果。

（三）從法位階的觀點能否提供最終解答？

1. 經濟憲法與經濟基本法

自我國公平法立法以來，「經濟憲法」、「基本的經濟體制」、或是「經濟基本法」的想法就一直揮之不散，尤其在宣示「競爭政策為主、產業政策為輔」的推波助瀾下，這些想法可以說是推動近年修法背後的重重大引線之一。以下將檢討這些概念在我國被運用的可能性。

首先應檢視公平法是否屬於「經濟憲法」之範疇。如按照我國學者的通說見解認為，經濟憲法係指「狹義、形式意義的經濟憲法」，因此在受限於「法律」位階地位之情況下，公平法無論如何不應屬於經濟憲法的範疇，尤其是同位階的其他管制法律不應退居劣後之地位，產業政策與競爭政策相比亦難保不會因為經濟變遷而重新回到經濟政策的主流¹⁵⁵ ¹⁵⁶。

有論者認為在德國有諸多學者將限制競爭法列為經濟憲法，因為公平法肩負保護市場競爭機制之任務，且相對於計畫經濟之管制干預，為競爭所調控之自由經濟秩序，應具有優先性，縱然市場經濟並非放諸四海的鐵則，但至少是比較自然、符合人性的作法，故兩者具有原則與例外之關係，有疑問者應採取後者之想法¹⁵⁷；雖然其亦同意國家除了競爭政策外，尚有其他公益目的的追求，但是市場經濟不應僅為時代精神（Zeitgeist）而已，更應積極賦予其「法制度」（Rechtsinstitut）之性質，並以此作為在解釋公平法第 46 條時，公平會具有對適用個案是否與公平法之立法目的相容與否審查時，賦予公平法原則法、基本法的優先地位。換句話說，公平法具

¹⁵⁵ 參照蘇永欽，前揭註 152，155 以下。

¹⁵⁶ 吳秀明、楊坤樵，前揭註 146，273。

¹⁵⁷ 吳秀明、楊坤樵，前揭註 146，274。

有對一般性經濟事務而為基礎規範之意義，國家對於市場競爭秩序之維護屬於原則性的任務；如應追求其他更重要之國家任務時，方例外地將其自市場中抽離¹⁵⁸，以其他政策手段完全或部分替代。

上述見解本質上即帶有國家不信任市場機制的想法，實隱含替代說之想法；然而，如分析競爭法與經濟管制兩者間之關係時，替代說僅以市場體制內、外作為區分兩者之適用範圍，但是否確實可推導出某工具優於另外一種工具之結論，似難以一概而論，例如許多產業市場現今仍存在高度管制、或是不存在市場的情況，此時依照替代說的說法，部門管制即有強力介入的必要；另外若是對兩者關係採取互補說的觀點，由於競爭法可能就是一種低度的管制，故在工具選擇上從以市場為基礎的觀點，競爭法會是優先順位較為前面的手段，其次才是管制，但是否應以「經濟憲法」的想法在應然面上賦予法制度的性質並加以定型，可能有討論之空間。

本文認為「經濟憲法」或「經濟體制基本法」等概念確實反映了我國競爭政策在實然面上日趨重要的事實，且在某些產業亦有強烈導入競爭機制之需求，可以讓立法機關在立法時以此為應尊重之行為準則；惟不應進一步賦予此等概念在實定法上規範之效力，特別是在我國未具一套足夠明朗、強力的政策之下，逕將競爭政策法制化、確立其優於其他產業政策之結果，將使特別法遭到扼殺，如探究各業法，在某些產業領域中立法者原本的意圖可能就是反對競爭法之事後介入。再加上產業政策傳統上一直為東亞各國所運用，亦為促成經濟高度成長的原因，其重要性不容否認，故不應賦予公平法「經濟憲法」之地位。

在檢驗經濟憲法之概念後，本文接著檢驗經濟基本法¹⁵⁹的相關論述。若某經濟法律與基本法（即我國公平法）相衝突時，應適用何者？從法位階來看，基本法與相關法律位階相同，修改程序與一般法律無異，彼此間亦無母法與子法的關係，是故基本法之效力似不當然優於相關其他法律。其二，基本法的概念意涵、立法模式、規範功能等仍不明確，學者認為此類基本法立法的最大問題，在於其形式上法的位階效力難以實質突破¹⁶⁰，基本法的確立仍無法改變公平法做為普通法的本質¹⁶¹，在

¹⁵⁸ 王以國，前揭註 36，48。

¹⁵⁹ 我國自 1991 年來，法制上出現不少以「基本法」立法模式，實際上係仿效日本戰後立法所採行的模式，針對個別領域制定政策性、綱要性的立法或基本規範。其優點為可發揮立法及政策統合功能，敦促國家或政府制定法律或政策；惟規範對象通常為政府，缺乏對個案之直接規範效力。參照王以國，前揭註 36，140。

¹⁶⁰ 王以國，前揭註 36，143。

¹⁶¹ 蘇永欽，前揭註 152，156-157。

此情況下仍可能會依照「特別法優於普通法」，或者是「後法優於前法」之原則處理。綜上，基本法應非具實際上的作用性，僅具政策的宣示與立法機關的自我節制，本文贊同之。

2.特別法優於普通法、後法優於前法

同樣地，中央法規標準法第 16 條¹⁶²「特別法優於普通法」原則亦難作為論述的基礎，其爭議乃在於如何定義其他法律為「特別法」，且此法律原則難以提供一套明確的清楚方針¹⁶³，另外亦有論者指出不適合以產業的「特殊性」、或僅以已有的法規授權為由而擬排除受競爭法適用的可能，更恰當的做法是透過評估管制事業或是主管機關所採行之管制措施，在解決市場失靈問題時究竟具有哪些功能，以決定業法或公平法的適用與否¹⁶⁴。另外，關於「後法優於前法」之原則係指當系爭法規屬於同一位階時，適用優先順序應以新法為先，因為人們可以假定立法者在制定新法時有意廢止與新法牴觸的舊法¹⁶⁵。然此原則並非能作為絕對之原則，尤其不能認為修正或制定於基本法後的法律均代表立法者有意廢止與新法不相容的基本法規範¹⁶⁶。

有論者提出對於國內研究關於公平法第 46 條解釋上的一些侷限，包括過於重視形式與法體系的思維，過度重視公平法與管制法的位階關係，或探討管制法規與制定機關之法律屬性，這樣概念法學的方法實質上無法觸及問題的核心¹⁶⁷。本文亦認為以上法位階的探討固然可提供某種角度的思考，但不管是哪一種理論均難以提供絕對的答案，故應從實質論述內容予以填充之。

（四）公平法第 6 條第 2 項：管制機關間之分權

權限賦予與組織定位將影響實質上公平法與其他產業法間之適用關係。我國公平法第 6 條第 2 項謂：「本法規定事項，涉及其他部會之職掌者，由主管機關商同各該部會辦理之。」學說上有認為公平法第 46 條係針對實體規範之規範選擇，公平

¹⁶² 中央法規標準法第 16 條規定：「法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者，應優先適用之。其他法規修正後，仍應優先適用」。

¹⁶³ Niamh Dunne, *supra* note 5, 193-194.

¹⁶⁴ 陳志民、陳和全、葉智良，前揭註 129，178。

¹⁶⁵ 王以國，前揭註 36，142-143。

¹⁶⁶ 王以國，前揭註 36，143。

¹⁶⁷ 陳志民、陳和全、葉智良，前揭註 129，8。

法第 6 條第 2 項則是關於如何決定行政管理權分配之問題¹⁶⁸，同時由於實體法規範均是由主管機關執行之，故本條之解釋與公平法第 46 條關係密切，即有學者主張第 46 條的規範選擇具有先決性¹⁶⁹。本條之適用須建立在明確的實體法適用關係上，方能運作得宜，然目前我國公平法第 6 條第 2 項條文仍屬空泛，似應採取更為明確的立法方式。程序的併行適用議題雖然涉及機關間之衝突、與權限分配問題，但是與實體法適用上的成效密不可分，因此若能建立在良好的機關組織設計、或是充分溝通的協商平台，應能對競爭政策與產業政策之調和有所助益。

（五）對我國規範建議與清單提出

1. 從我國本土法制需求之角度出發

本文認為選擇以競爭法或是經濟管制作為處理市場問題的工具，應是從實質觀點進行判斷，而不應淪為管制機關之間彼此責任的推託，因此我國需重新檢視當各產業早已有業法規範時，應以何種實質標準來決定競爭法之適用與否。然而，如欲從實質觀點進行判斷，似有必要回歸我國本土法制的建制需求，並且以外國法制之發展脈絡為借鏡，思考我國欲採行之模式。自政策觀點分析，我國公平法並未像歐盟般具有管制競爭法之性質，特別是如參照前揭關於我國為小型經濟體因而認為公平法應採取以「效率」為主之觀點，亦不適合將我國公平法導向為一個帶有其他政策目的之分析工具；另一方面，雖然我國公平法第 29 條承認私人訴權、按照公平法第 31 條亦有不得超過損害額三倍的懲罰性賠償之規定，但在實然面運作上我國私人訴訟尚非十分盛行，與美國存在私人訴訟過於氾濫的情況應不相同，無法逕而導出競爭法應予豁免適用之結論。我國對競爭法制之思考上應回歸「公平法作為一項解決市場的工具」之目的導向思考，試想我國公平法應如何定位、公平法應為我國處理如何之市場問題，並分析其介入究竟對既存管制架構之運作是否有所牴觸。本文認為我國作為一法律繼受國一直以來並未有一套足夠強力且明朗的競爭法政策以決定競爭法之適用與否，在這樣的情況下，由於經濟管制本身具有多樣化的特點、各業法吸納競爭法概念的情形亦有所不同，實無必要對所有的產業中均採取完全一致

¹⁶⁸ 黃銘傑，前揭註 124，625。

¹⁶⁹ 蘇永欽、范建得，前揭註 137，11。

的標準¹⁷⁰。

2.清單判斷：七項因素之說明

基於此想法，本文回顧學說、「行政院公平交易委員會與其他行政機關業務協調作業要點¹⁷¹」、我國實務案例曾提出的標準與外國法制曾面臨的議題，提出一份判斷我國公平法第 46 條如何操作的檢視清單，嘗試分析適用我國公平法時應考量之因素，並將外國法特殊環境因素加以抽離之後，以適合我國經濟環境、政策運用的背景，嘗試說明一些建構實質關係的理由，供我國立法與行政機關參考。由於產業管制往往十分多樣，本身具有不同之目的，實難建構出一套絕對、唯一的具體操作原則，僅能以因素清單的方式呈現出來，以下即為本文認為可能導出「排除競爭法適用」的要件：

- (1)首要考量者為市場機制實際上的運作成效為何，亦即市場機制在個別產業中是否並不存在？若參照學說上關於替代說之觀點，當市場機制或是競爭典範不存在時，我國公平法介入的正當性將大為降低。
- (2)公平法的適用是否將牴觸其他業法的立法意旨，使各業法特殊性政策任務無法執行，造成事業無所適從。特別是某些業法於制定之始，立法者的意圖很可能即是要維護管制架構完整、避免公平法事後涉入。此時競爭法應尊重該業法的管制架構。

¹⁷⁰ 除了考量產業環境因素之外，亦需討論外國法移植於我國時應考量國情差異以及我國法制如何對應之問題，本文即主張在不同的產業可能會得到不同的答案。舉例言之，在電信產業部分，有學者認為公平會應參照歐盟電信法規與實務，在「市場主導者」定義、相關市場界定、加強競爭法執行等三方面，採取積極的作為，以利於我國電信競爭環境的長遠發展，參照魏杏芳，「以歐盟規範與實踐論電信業價格擠壓的管制」，公平交易季刊，第 22 卷第 4 期，26-28（2014）。另一方面，在金融領域則有學者主張，由於我國獨占事業的相關金融管制法規多是出於其他管制理由，少有競爭因素之考量，是故公平法在我國應被積極適用，以彌補金融管制的空缺，參照顏雅倫，前揭註 15，387。另外，在電業部分，由於現階段我國電力市場尚未真正邁向自由化，是否存在實質上具有供需功能的發電市場，或是競爭法的適用是否允妥，均值得進一步檢視，參閱王文字，「正本清源－評台電與民營電廠紛爭涉及的多重法律議題」，月旦法學雜誌，第 217 期，86（2013）。

¹⁷¹ 公平會於民國 89 年訂有「行政院公平交易委員會與其他行政機關業務協調作業要點」，處理同一行為同受公平法及其他法律規範，及其他機關制定或修正法律涉及公平法時，本會與其他行政機關間之業務協調分工事宜。作業要點第 3 點便提到，當兩機關進行業務分工協商時應衡量下列因素決定公平會是否介入：「（一）、各產業法規管制密度之高低。（二）、各產業法規競爭秩序規範之有無。（三）、對公共利益影響之程度。（四）、主管機關所具有之管理資源及手段。」本文認為這些因素對於「公平法是否應適用」或是「公平會是否應介入」之問題提供了一套良好的判斷因素。

- (3) 個別管制法規有多元的考量，是否已將競爭因素納入考量？如是一個經過競爭因素衡量過後的產業政策則可豁免競爭法之適用。但亦牽涉到管制的健全性與否，個別管制有無進行管制革新或是法規影響評估？其成效如何？如業法管制已相當健全，競爭法介入可能性亦可降低。
- (4) 產業主管機關是否已對特定限制競爭行為進行實質監督，其他法律對特定產業之管制較公平法是否更為嚴密而具體，且就市場競爭機制有更為完整的規範？業法是否有針對違反限制競爭行為者為處罰之規定？須比較業法與公平法的處罰機制斟酌之。
- (5) 我國公平法是否有類似歐盟競爭法兼有其他社會目標、具填充管制 (gap-filling)、或管制競爭法的功能。若無此性質，公平法應不適合過度介入。
- (6) 公平法第 46 條實質的法條操作亦與主管機關之權限劃分有強烈關聯性，是故於思考本議題時應同時考量管制機關的能力，特別是其具有之管理資源與手段。
- (7) 最後從法治觀點來看，檢討公平法之介入是否將違反合理預期原則或法明確性、對於特定事業與市場參與者是否有干預過甚之情形。

本文認為競爭法作為各產業普遍面臨的一般性規範，故競爭法在進入各個特定產業、並判斷其是否適用時，管制架構本身的背景為重要因素，正是因為各部門採行不同的管制思維，因此有分析不同部門領域特殊性的必要性。雖然本文認為在各個產業中可以基於各業法不同的管制思維，分別對競爭法與經濟管制間之關係有不一樣的想像藍圖；但由於競爭法亦涉及對人民權益的干預，在各個產業中亦應有清楚的政策宣示，以利人民預測，避免法規上之衝突¹⁷²。

五、結論

競爭政策與產業政策之優劣分析涉及高度意識型態，固然每個國家基於反托拉斯法政策可以為不同的立法安排，但終究須回歸我國對於反托拉斯法終極目的之思

¹⁷² 如採本文觀點，雖然將存在人民無法預測競爭法是否適用之問題，然本文認為其並非不能透過其他配套措施加以解決，例如我國可以考慮引入「非正式檢視程序」針對此問題予以改善。非正式檢視程序在美國為「商業審查函」(business review letter)；歐盟則稱為「同意函」(comfort letter)，分別須向美國法務部與歐盟執委會申請。以歐盟為例，同意函為一種簡易的臨時結案，以除去業者的風險與心中可能觸法的疑慮；雖然同意函之發送不等於執委會認定其行為為合法或給予豁免，應不具法律上之效力，但執委會原則上不會對發送同意函的企業進行干預。陳志民、陳和全、葉智良，前揭註 129，65。

考，方能得到最終答案。牽動我國歷次修法的引線—經濟憲法或是經濟基本法等概念，形式上似乎直截了當地提供我們一套明確的標準答案，即原則上競爭法應優於經濟管制。然而，本文從理論層次分別分析競爭法與經濟管制作為一種政策工具的比較、關係與互動後發現，兩者既然同為追求經濟安定與繁榮之手段，該「原則、例外」關係實難以被清楚確立；本文認為應透過實質的論述以架構兩者之間的關係，尤其兩者間的互動相當錯綜複雜，無論是「特別法優於普通法」、「經濟憲法、經濟基本法」、或是單就公平法立法目的之探求，均為法位階理論與概念法學之形式操作，雖然亦有可參考之處，惟僅能作為思考的起手式，無法提供我國在操作公平法第 46 條之最終解答。

固然解除管制、自由化或是民營化的趨勢將伴隨著競爭政策重要性的提升，但思考上我們必須承認競爭法並非萬靈丹。本文認為應回歸實質政策選擇面，拋開無謂基本法或特別法的形式枷鎖，重新加強分析理論層次的思考以架構公平法第 46 條的立法政策。因此惟有透過重新檢視競爭法之立法目的，並了解究竟競爭法能為我們解決怎麼樣的問題，方能一舉而竟全功。

如回到競爭法與經濟管制的實質關係下重新思考，由於兩者均為政府監督市場的工具，若採取替代說，係以市場機制存在與否作為區別業法或是競爭法適用的依據，亦即競爭法適用的前提是市場上存在競爭典範，因此當市場機制不存在且產業在已受管制介入的情形下，競爭法將不予適用。然而若是採取互補說之觀點，競爭法與經濟管制在本質上均為國家干預市場的方法，但若從以市場為基礎的觀點，競爭法會是優先順位較為前面的手段，其次才是管制。由於一個國家對於競爭法與經濟管制的想像將影響適用法規上的最終結論，這些學說實有必要加以釐清，例如目前美國實務的主流見解傾向認為反托拉斯法應避免干涉既有的經濟管制，以維護管制架構；而歐盟競爭法傾向視兩者為互補關係，並且將競爭法視為一協助市場自由化之工具。

本文的焦點聚焦於競爭法與經濟管制併行適用的問題點上，尤其近年來各個產業在面臨自由化、私有化、解除管制的趨勢下更滋生問題的複雜性，且各產業的管制架構基於管制手段多樣化，在本質上均有所不同，競爭法在面對此潮流時應如何適用為一大難題，從本文分析我們可以看到各種併行適用導致的成本與利益分析，不論從經濟、法治與制度等觀點切入，應各有利弊。

不可否認地競爭政策在實然面的重要性確實與日俱增，但在從管制邁向競爭的

進程中，並非所有的產業均適合一體適用或是豁免適用競爭法，本文認為我國公平法未有像歐盟競爭法般沾染濃厚的管制性色彩，亦未具公共執行多目標取向之特性；同時也未若美國法制下存在嚴重的三倍懲罰性損害賠償、私人訴訟盛行之問題、或者具有單憑管制架構即可無須仰賴反托拉斯法之傳統。雖然我國競爭法制可以說承襲了歐陸法的色彩，但仍缺乏一套足夠明確且穩定的競爭政策，再加上我國各產業競爭機制的發展情況不一之情形，尤其是產業政策往往也同等重要時，應容許在各業法中有不同對競爭法與經濟管制的想像藍圖。

本文主張對於此議題的思考上應可更加細緻化，特別是應容許在各個產業領域中分別加以檢視競爭法的適用可能。既然管制具有多樣化的特性，且又依照各產業部門而異，競爭法究竟適用與否似應在各個管制架構下做思考方有其意義，非能一概而論。最後本文試提出一份清單以供判斷各產業管制架構下競爭法之適用與否，需考量之因素可能包括市場機制在個別產業中是否存在、管制法規是否已將競爭因素納入考量、管制機關的資源與管理方式、是否已對特定限制競爭行為進行實質監督、原管制架構是否具健全性、有無進行管制革新或是法規影響評估、公平法的適用是否將抵觸其他業法的立法意旨、立法者的意圖是否即是要維護管制架構、業法處罰機制為何、是否會引發信賴保護之問題或是法明確性之疑慮與對被告是否有干預過甚之情形，綜合判斷之。無論最終適用結果是公平法適用或是豁免，應以考量競爭因素過後的產業政策為終極目標。

參考文獻

中文部分

- 王文字，「正本清源－評台電與民營電廠紛爭涉及的多重法律議題」，月旦法學雜誌，第 217 期（2013）。
- 王以國，公平交易法中調和競爭政策及產業管制之機制－以四十六條之修正為中心，國立臺灣大學法律學系碩士論文（2003）。
- 立法院公報處，立法院公報，第 88 卷第 6 期（1999）。
- 吳秀明、楊宏暉，「十年來公平法上之獨占管制」，公平交易法實施十週年回顧與前瞻學術研討會論文集，公平交易委員會（2002）。
- 吳秀明、楊坤樵，「憲法與我國經濟部門之基本秩序」，蘇永欽（編），部門憲法，初版，元照出版公司（2010）。
- 林心印，競爭法上價格擠壓違法性之再省思：美歐新近案例發展與理論探討，國立交通大學科技法律研究所碩士論文（2012）。
- 施俊吉，「台灣政府管制革新的的原則與方向」，台灣經濟戰略研討會論文，台灣智庫（2003）。
- 陳志民、陳和全、葉智良，管制型產業行為在競爭法抗辯之研究，公平交易委員會 101 年度委託研究報告（2012）。
- 黃銘傑，公平交易法之理論與實際：不同意見書，初版，新學林出版公司（2002）。
- 黃銘傑，「第四十六條 本法與其他法律競合適用之情形」，廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列（三）第二十五至第四十九條，公平交易委員會 94 年度委託研究報告（2005）。
- 廖義男，公平交易法之釋論與實務（第一冊），初版，作者自刊（1994）。
- 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）。
- 廖賢洲，「從 Verizon v. Trinko 案看電信市場之管制與競爭」，公平交易季刊，第 13 卷第 3 期（2005）。
- 戴貝宜，我國競爭政策推行體系之研究，國立臺灣大學政治學系碩士論文（2013）。
- 謝佩芬，「行政管制走向下反托拉斯法規範手段之研究－以『協議裁決』為中心」，公平交易季刊，第 13 卷第 1 期（2005）。

顏雅倫，臺灣金融產業的競爭政策—以競爭法的觀點出發，國立臺灣大學法律學系博士論文（2014）。

魏杏芳，「以歐盟規範與實踐論電信業價格擠壓的管制」，公平交易季刊，第 22 卷第 4 期（2014）。

蘇永欽，走入新世紀的私法自治，初版，元照出版公司（2002）。

蘇永欽、范建得，公平交易法第四十六條修正後之適用問題研究，公平交易委員會 89 年度合作研究計畫（2000）。

外文部分

Areeda, Phillip & Hovenkamp, Herbert, *Antitrust Law*, 3rd ed., Aspen Publishers (2006).

Bork, Robert H., *Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself*, 1st ed., Free Press (1978).

Breyer, Stephen G., *Regulation and Its Reform*, 1st ed., Harvard University Press (1982).

Brunell, Richard M., “In Regulators We Trust: The Supreme Court's New Approach to Implied Antitrust Immunity,” *78(2) Antitrust Law Journal* (2012).

de Stree, Alexandre, “The Antitrust Activism of the European Commission in the Telecommunications Sector,” in: Lowe, Philip & Marquis, Mel (ed.), *European Competition Law Annual 2012: Competition, Regulation and Public Policies*, 1st ed., Hart Publishing (2014).

Dunne, Niamh, *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets*, 1st ed., Cambridge University Press (2015).

Easterbrook, Frank H., “Workable Antitrust Policy,” *84 Michigan Law Review* (1986).

Fiebig, Andre, “Modernization of European Competition Law as a Form of Convergence,” *19 Temple International and Comparative Law Journal* (2005).

Fox, Eleanor M., “Modernization of Antitrust: A New Equilibrium,” *66 Cornell Law Review* (1981).

Gellhorn, Ernest, “An Introduction To Antitrust Economics,” *1975 Duke Law Journal* (1975).

Geradin, Damien & O’Donoghue, Robert, “The Concurrent Application of Competition

- Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector,” *1(2) Journal of Competition Law & Economics* (2005).
- Gerber, David J., “Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the ‘New’ Europe,” *42 American Journal of Comparative Law* (1994).
- Hovenkamp, Herbert, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, 1st ed., Harvard University Press (2005).
- Hovenkamp, Herbert, “United States Competition Policy in Crisis: 1890-1955,” *94 Minnesota Law Review* (2009).
- Larouche, Pierre, *Competition and Regulation in European Telecommunications*, 1st ed., Hart Publishing (2000).
- Monti, Giorgio, *EC Competition Law*, 1st ed., Cambridge University Press (2007).
- Monti, Giorgio, “Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law,” *4 Competition Law Review* (2008).
- O’Donoghue, Robert, “Regulating the Regulated: Deutsche Telekom v. European Commission,” *2008(1) Global Competition Policy* (2008).
- Scherer, Federic M., “Conservative Economics and Antitrust: A Variety of Influences,” in: Pitofsky, Robert (ed.), *How the Chicago School Overshot the Mark*, 1st ed., Oxford University Press (2008).
- Shelanski, Howard A., “The Case for Rebalancing Antitrust Regulation,” *109 Michigan Law Review* (2011).
- Shelanski, Howard A., “Justice Breyer, Professor Kahn, and Antitrust Enforcement in Regulated Industries,” *100(2) California Law Review* (2012).
- Waller, Spencer Weber, “Prosecution by Regulation: The Changing Nature of Antitrust Enforcement,” *77 Oregon Law Review* (1998).

Competition Law and Economic Regulation

Yang, Chung-lin *

Abstract

Competition law and economic regulation are two legal tools the government can utilize to supervise the market. Competition law seeks to reinforce the operation of the market mechanism by proscribing certain anticompetitive behaviors and preventing firms from abusing their dominant position. Economic regulation, on the other hand, usually involves direct and coercive changes from the government in certain industrial sectors, especially to resolve problems regarding market failure. The main issue addressed in this paper is the conflict between competition policy and regulatory policy. In particular, in the 1980s, many traditionally highly-regulated industries were faced with the trend of deregulation and liberalization. Many East Asian countries, having adopted developmentalism in the past, are notably challenged by the concurrent application of competition law and economic regulation. In fact, Taiwan itself is one of these nations. By comparing the decision of *Trinko v. Verizon* of the United States Supreme Court with the holdings of *Deutsche Telekom* as well as *Telefónica* of the Court of Justice of the European Union, the underlying policy decision and the discourse shift can be seen by analyzing the reasoning of both courts.

Under such circumstances, competition law serves as a cross-industrial and overarching legal framework to maintain the market mechanism. The main focus of this paper is therefore to discuss how competition law interacts with other regulatory tools when entering each industry. The concrete legal representation reflecting such an issue in Taiwan is present in Article 46 of the Fair Trade Act, having gradually transitioned from respecting the regulatory framework of each industrial authority to adopting the principle of prioritizing the Fair Trade Act. In fact, the competition policy plays a more important role than ever. Nevertheless, this paper argues that basing the discussion on the traditional legal system rules such as the “economic basic act” and “*lex specialis derogat legi generali*” should be avoided. Similarly, it is not adequate to reach the core of this issue by solely looking at the legislative purpose of the Fair Trade Act. Instead, this study urges that

the appropriate solution can only be found by returning to the analysis of the actual theory between competitive law and economic regulation.

Keywords: Competition Policy, Fair Trade Act, Economic Regulation, Concurrent Application, Antitrust Immunity.