

國家經濟行為與公平交易法

蕭文生*

目 次

壹、前言	三、國家企業營利行為
貳、國家與經濟活動	四、行政輔助行為
一、概說	伍、國家經濟行為是否適用公
二、國家直接參與市場活動之 歷史發展	平交易法
參、國家從事經濟活動之目的	一、國家經濟行為之合憲性
一、概說	二、公平交易法與國家經
二、營利目的	濟行為之規範
三、貫徹國家政策之目的	陸、國家經濟行為與可能違反
四、經濟及社會政策目的	公平交易法之類型
肆、國家經濟行為之分類	一、國家經濟行為適用公
一、國家經濟行為之意義	平交易法之標準
二、以私法形式出現之給付 行政行為	二、違反公平交易法之類型
	柒、結語

壹、前 言

自民國七十六年六月二十八日起國內出現了首家民營加油站，打破了四十多年來中油獨占經營加油站之情形，緊接著民國七十九年中央政府出售其所擁有的彰化、華南及第一商業銀行股票，在民國八十年四月中央政府亦釋出其所擁有的部份中鋼股票；同年六月四日立法院修正了公營事業移轉民營條例並於六月十九

*作者為國立中正大學法律學系副教授

日由總統公布施行，自此公營事業民營化的推行有了更好的法律基礎。民國八十一年中華工程成爲首家國營事業移轉民營化股票上市的公司，緊接中石化、中鋼公司亦進行民營化之工作¹，除此之外經濟部亦將台電、中油等事業列入另一波民營化的名單。這些一連串的措施皆在顯示國家逐漸放棄以往直接參與經濟活動之政策，而改採市場開放、鼓勵競爭之方式來促進經濟發展及自由化的目標。

惟不可否認的是國家的經濟活動仍在整體經濟生活中扮演著相當重要的角色，並不因民營化之推行而失去影響力²。在制定公平交易法時，是否應將國家之經濟行為納入，產生不同的看法。若認爲國家之經濟行為不適用公平交易法，則目的在全面維護自由公平競爭秩序之公平交易法，顯然無法達成目的，蓋其遺漏了整體經濟生活中重大的部份；另一方面國家之經濟行為與私人經濟行為所追求的目的並不盡相同，且作爲行使統治權主體之國家，是否應受到規範屬於私法性質之競爭行為的公平交易法所拘束，則不無疑問。公平法於民國八十一年二月四日生效施行後，對於國家經濟行為是否適用公平交易法之疑義並未採取明確的規定，除了在第四十六條第一項規定公營事業經行政院許可之行為，於本法公布後五年內，不適用本法之規定外，並未有其他例外之規定。實務上公平交易委員會對於中國石油股份公司在航空用油銷售上無正當理由採行差別待遇之行為，認定其違反公平法第十九條第二款之規定³。本文之目的在於釐清國家經濟行為與公平交易法間之關係，在達成維護自由公平競爭之立法目的下，同時確認公平交易法之適用範圍，並確立國家經濟行為所應遵守之規則；另一方面由於國家參與經濟活動之方式及態樣十分複雜，我國因施行公平交易法之時間不久，有必要參酌其

1 中國石油化學公司及中華工程公司已先後於民國八十三年六月二十日及六月二十二日完成民營化。

2 目前各級政府所經營之事業及事業轉投資之事業，詳見，彭百顯主持，新社會基金會出版，透視民營化瓶頸，民國八十三年，第 5-6 頁及 62-68 頁。

3 (81)公處字第 017 號處分書，公平交易委員會公報一卷七期第 11-14 頁。

他外國之經驗，提供可能的行爲類型，除可供公平交易委員會日後處理有關案例參考外，亦可做爲國家從事經濟行爲時之依循，避免違法行爲出現。

本文共分爲七部份，除前言外，第貳部份介紹國家與經濟活動間之關係，藉以明瞭國家經濟行爲之發展及在今日經濟生活中所扮演的角色，對於國家經濟行爲之本質能有更清楚之認識。第參部份則說明國家從事經濟活動之目的。第肆部份則將國家之經濟行爲加以分類，作爲判斷是否適用公平交易法之基礎。國家經濟行爲在憲法上之問題則在第伍部份加以探討，除此之外該行爲是否適用公平交易法亦在本部份討論，並以中德兩國之規定及實務見解相互比較驗證。第陸部份則探討國家經濟行爲在公平交易法適用上之特質並將可能違反公平交易法之行爲類型化。第柒部份爲結語，檢討國家經濟行爲之種類及範圍和公平交易法有關之規定。

貳、國家與經濟活動

一、概說

國家與經濟活動間的相互關係在人類生活發展中並非一成不變或有一定可遵循的模式，而係由當時盛行的抽象或具體的經濟及政治思潮所決定，因此每個國家皆有不同的面貌。即使在同一國家內，亦會因國家發展過程的演變而有所差異，在所謂的重商主義時代，國家對經濟活動的介入相較在自由主義時代則更深更廣；現代國家在經濟活動中所扮演的角色，相較於農業經濟之國家則更爲複雜多樣。此種複雜多樣的性格，可自國家各種不同參與或影響經濟活動之行爲方表現出來。除傳統的命令或禁止性的強制措施外，透過計畫性、引導性、輔助性或監督性的手段對於經濟活動產生不同程度的影響，例如爲完成特定目的給予經濟輔助(Subvention)或爲促進特定產業升級給予特定的賦稅優惠。另外一種不可忽視的類型即是國家以本身所經營之事業參與市場交易，以影響經濟活動，例如經營鋼鐵公司，提供基本工業所需或開辦瓷器工廠，促進產業之競爭與升級。究竟以何種方式來影響經濟活動，達成特定之目的，乃屬妥當性，即合目的性之問題，

並不存在絕對先後順序的問題。以下則僅就國家直接參與市場活動之行為加以介紹。

二、國家直接參與市場活動之歷史發展

為能確切明瞭國家經濟行為在現行法秩序下之定位及存在理由，必須對其歷史之發展有所認識，蓋現存的國家經濟行為乃是長久以來各種不同經濟政策及現實政治環境之反映，若無此項事實做基礎則無法提供充分的判斷依據。雖然國家經濟行為早已存在，但以下簡介則以國家經濟行為已能成為政策工具且在整體經濟生活中扮演一定角色時為限。

1. 民國建立前

中國在清朝前，國家對於經濟活動之發展並沒有重大的介入。中國自古為農業國家，國家財政之需求大都由稅賦、規費及獨占收入來滿足。特別值得注意的是，國家自古以來即主張享有某些特定物品之獨占權，例如春秋時代之齊國出現了最早的國有鹽鐵獨占，自漢朝以降又增加了酒及鑄造貨幣之獨占權；到了唐朝，國家獨占之獲利達到高峰，自鹽專賣所得的獨占收入大約為國家所有收入的一半，除上述獨占外，國家創設了金融事業及茶的獨占專賣。宋朝時國家開始涉足商業活動，設立了新的香料及明礬的專賣制度；礦冶及航運則自明朝起由國家優先開辦及經營⁴。

幾乎與中國工業現代化同時，國家本身之經濟行為亦開始蓬勃發展。基於防禦西方國家之考量，清政府決定利用國家之力量來設立武器製造廠，最早成立者為江南製造廠及漢陽鋼鐵場，緊接著陸續設立了馬尾造船廠及天津製造廠等，此類經濟活動背後所代表的乃是軍事及國家政策的考量。除此之外，國家尚經營鐵路、郵局、電話及電報等事業，許多今日尚在繼續營運的金融機構前身皆在此一階段成立，如 1904 年設立之戶部銀行。清朝奠定了日後國家得以本身經濟行為影

4 詳見李玉彬，國營實業思想研究，第 66-67 頁；侯家駒，中國經濟思想史，第 273-274，343-346 頁；陳秀夔，中國財政制度史，第 71 頁，428 頁，440-466 頁。

響整體活動之基礎。

2. 民國建立後之發展

中華民國建立後，國民政府依循所謂的三民主義原則來建設國家，除此項理念外，國家經濟活動受到三項重要的現實因素所影響。首先中華民國為清朝之繼承人，因此也承接了許多事業及工廠，例如 1904 年所設立的戶部銀行於 1911 年後改稱為中國銀行。第二乃是為防禦日本之侵略，國民政府於民國二十一年成立國防設計委員會，其任務在於開發自然資源及經營軍事和工礦事業。民國二十六年至民國三十四年間該委員會⁵ 建造了許多發電廠，開發了石油、煤、鉛、鋁、錫、銻及鎢等礦產。日本軍政府為強化其侵略能力及剝削中國自然資源亦在其佔領區開辦許多事業，二次世界大戰結束後，此些事業則由國民政府接收，其大部份屬於工礦事業，此乃第三項因素⁶。民國三十七年時，資源委員會掌握了九十六家直接及二百九十一家間接的國營事業⁷。

3. 在臺發展

在日本佔臺五十年期間，日本政府及其國民控制了臺灣大多數重要的工業、商社、金融機構、交通及通訊事業。二次世界大戰期間許多設備受到戰火的損害，戰後日本經理及技術人才亦被遣送回國，鑑於私人資本、技術及經營能力之不足，國民政府為加速重建臺灣經濟的腳步，決定接收日人所留下來的事業⁸，在能源供給部門設立了臺灣電力公司及中國石油公司。在民國三十六年至三十八年

5 國防設計委員會於民國二十四年改稱為資源委員會。

6 抗戰勝利前之國營事業，其組織多為“廠、礦、局或處”，由主管機關直接派員經營，在法律上為行政機關之附屬組織。勝利後所接收之日產，多屬公司組織且有我國人民股份，故無法悉數列為公產，多以公司組織復員。

7 高晴宏，從民生主義觀點對我國公營事業經營之研究，第 53 頁。

8 劉鳳文及左洪濤合著，公營事業之發展，第 5-7 頁詳盡介紹接收之原則及所接收之事業。國民政府接收日人產業時採取兩項基本原則，（一）依國家基本政策應由公營者，由政府各部門接管經營，（二）事業性質雖可不必公營，但若民間無力或不願經營者，亦由政府經營。

間由於大陸發生戰亂，許多國營事業相繼遷移至臺灣，如中國紡織、中華機械及招商局等。基於上述兩項原因使得臺灣初期的經濟體系充滿了國家經濟行為之色彩⁹。

自民國三十八年至民國五十九年，公營事業仍是臺灣經濟發展最重要的推動者。民國三十八年，公營事業之生產值佔所有工業生產值的三分之二，在四十年代初期仍佔有百分之五十五。惟隨著私人經濟活動的興盛，此項比重日趨下降，在五十年代初期尚佔有百分之四十七，但到了五十年代末期則降為百分之二十七點七¹⁰。在此期間內公營事業之任務在於提供人民重要的日常生活必需品及強化臺灣整體之經濟力量。自民國六十年代開始，臺灣經濟轉變成爲出口經濟，特別是在紡織、塑膠及電子工業方面成爲出口之大宗。鑑於業界強烈之需要及缺乏民間意願和資金下，爲能自己生產石化產品，政府成立了中國石油化學工業開發公司及中臺化工公司。除此之外，爲轉換臺灣經濟及工業結構，國家亦積極的涉入經濟活動，現代化的中國鋼鐵公司及中國造船公司即是此項目下的產物。

雖然國家目前仍大量地參與經濟活動，但其在整體經濟中之占有率卻已顯著降低，在民國六十年代平均佔所有工業產值之比例已降為百分之十八點七¹¹，惟不可忽視的是，國家仍在許多經濟部門內佔有相當重要的地位，在民國七十年代，國家尚製造百分之九十八點七的水、電、瓦斯及超過一半以上的銀行及金融機構仍由國家加以控制¹²。目前公營事業之數目爲 109 家，其中中央政府擁有 24 家，退輔會所屬 35 家，臺灣省政府經營 34 家，台北市經營 6 家，高雄市經營 2 家

9 陳師孟、林忠正、朱敬一、張清溪、施俊吉及劉錦添合著，解構黨國資本主義，第 53-60 頁詳盡列表介紹公營事業之沿革，頗值參考。

10 周添成，公營事業之地位變化，中國論壇第 234 期，第 17 頁。

11 林東清，我國公營事業績效之分析及論其在經濟發展中之地位，政大碩士論文，民國 69 年，第 33 頁。

12 周添成，同註 10。銀行開放設立後，國家所佔之比率已降低，惟不容否認的是公營銀行仍佔有舉足輕重的領導地位。

以及各縣市政府經營 8 家¹³。除基本民生工業及金融保險業外，國家仍未放棄參與其他工商事業。在政治自由化與民主化後，經濟自由化的呼聲日益增強，公營事業民營化的實行成爲除了開放民營競爭外，另外一項經濟自由化的指標¹⁴。

在臺灣地區，國家自其本身經濟活動所獲得之利潤在國家整體預算中扮演著相當重要的角色。在歷年來的預算中，若缺乏此項收入，是很難達成收支平衡的。在民國四十年至六十二年間，只有四十一年、四十二年及四十四年所佔之比率低於國家總收入之百分之二十，在民國五十一年，此項比率甚至達到百分之二十八。自民國六十三年起，則在百分之十五至十九間流動，其間雖在民國七十四年衝破百分之二十關卡，但在民國七十九年又恢復到百分之十五。隨著民營化的腳步，此項比率可預期地將逐年下降¹⁵。

如上所述，臺灣地區的國家經濟行爲，不論範圍及種類皆呈現出與眾不同的現象。許多事業並未直接擔負任何公共任務而係歷史發展的偶然產物，在經濟自由化之前提下，有必要對此類事業重新加以定位。此外如何將如此龐大的國家經濟力量納入一般經濟秩序體系，使其受到一般經濟法規，尤其是公平交易法之規範，更是另一個重要的課題。

參、國家從事經濟活動之目的

一、概說

國家之經濟行爲雖直接或間接由行使統治高權之行爲主體爲之，但其本質上

13 參照，彭百顯，同註 1，第 4-6 頁。中石化與中工已成爲民營事業，此外中央銀行本身屬行政機關，故不應列入。

14 民營化推動之情形，請參閱，彭百顯，同註 1，第 43-53 頁。

15 詳細的數字，請見每年出版的中華民國財政統計年報，本文係將獨占利益及事業盈餘合併計算。至國家經濟行爲所獲取之利潤究應在國家整體收入體系內扮演何種角色，並無一定的數據比例可供遵循。惟我國如此高的比例恐將影響財政收入之穩定性，蓋經濟活動必有風險存在且景氣之好壞亦將影響盈餘的多寡。此項情形，值得深思。

並非行使公權力之行為；另一方面其雖然如同私人般供需商品或服務，但與私人經濟行為卻亦非完全相同。此項複雜的特質特別是反映在其所追求之目的上，相對於私人經濟活動主要是在追求獲得最大的利潤，國家經濟行為另外還追求不同的目標。在不考慮當今法律制度下是否仍然允許或在何種條件下得允許國家追求特定之目的，國家經濟行為所達成及可達成之目標可說是包羅萬象。在說明可能之目的之前，必須首先說明兩點，第一，國家經濟行為之目的並非一直皆是明確清楚地表現出來，因此有時必須自其設立或產生理由及行為種類和方式加以探求；另一方面國家經濟活動所追求的往往並非僅侷限於單一之目的，而是常常同時追求許多不同的目的。如果再考量追求目的的可變性時，則就更加複雜。以下則以行為之主要目的為分類之標準。

二、營利目的

藉由國家經濟活動所獲得之利潤來直接提供或強化政府預算收入之想法即是國家經濟行為之營利目的，換句話說其乃是以增加國庫之收入為目的¹⁶。事實上此項目的可能是國家從事經濟活動最原始的動機。在所謂重商主義的時代，本項目標乃是最重要及最優先追求者。今日在臺灣此項目標仍舊在國家經濟活動中扮演重要之角色。不論僅以達成國家財政收入之目的是否可以合法化國家之經濟行為，國家經濟行為之此項目的，即使在理論上得與其他公共目的相區離，但實際上彼此間又卻非相互排斥毫無交集，而係被隱藏或包含在其他目的之內，換句話說營利目的並非消失不見而是被視為次要目的，被其他目的所掩蓋。典型的國家此類行為乃是國家對於工商事業之持股或設立。自歷史的發展過程中，國家所擁有的財政獨占，例如菸酒公賣獨占，基本上亦是追求營利之目的。

16 江孟貞，公營事業應否受公平交易法規範問題之研究，東吳大學碩士論文，民國81年，第11頁；管歐，中國行政法總論，第26版，第357頁；書國雲，實業國營與民營孰優？，第130頁。Backhaus, Öffentliche Unternehmen, 2. Aufl. 1980, S. 25ff.

三、貫徹國家政策之目的

自重商主義時代以降，國家本身的發展便成為國家政策之目標，國家如同一般自然人亦必須成長茁壯。因此今日國家之經濟行為若有助於保護國家機密或支援行政作用時，則乃屬於貫徹國家政策之目的，例如基於維護國家安全及軍事機密保密之需要，國家自行從事軍事裝備之製造或基於行政任務完成之必要性，設立專屬之印刷廠。除此之外，對大眾可能產生之危害，如爆裂物或核能亦在國家政策考量下，由國家親自生產製造¹⁷。

四、經濟及社會政策目的

上述兩項的目的雖十分明確，但卻非大多數國家經濟行為所欲追求之目的。大多數國家經濟行為所欲追求之目的乃是所謂經濟及社會政策之目的，相較前兩項目的，本項目的則顯得複雜多樣且不明確，連最常被提出的防止獨占濫用之目的，亦是充滿爭論¹⁸。該目的係希望透過公營事業—因其由國家經營得負有一定公共任務，而非如私人企業般以追求最大利潤為目的—在獨占及寡占市場內扮演供給者的角色，使一般大眾皆能以合理之價格獲得所需之商品或服務而排除私人企業藉其經濟力獲得不當利益之可能。惟依經驗顯示，在國家具有獨占地位時，亦無法完全排除其亦可有濫用獨占地位之可能¹⁹。事實上開放市場及強化獨占管制應該才是防止獨占濫用較佳的方法。

17 管歐，前揭書，第 357 頁；書國雲，前揭書，第 94 頁；蔡英文，公營企業與公平交易法，中國論壇第 234 期，第 27 頁；Horak, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der BRD und ihre Problem, 1964, S.5；Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, 3. Aufl. 1985, S.55-56.

18 江孟貞，前揭書，第 10 頁；陳水逢，中華民國憲法論，第三版，第 856 頁；張家洋，行政法論，第四版，第 484 頁；楊俊友，論公營事業，台灣經濟金融，第 14 卷 3 期，第 6 頁；Backhaus, a.a.O., S.27-29；Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, 1969, S.73-76.

19 例如，廖義男，企業與經濟法，第 53 頁，註 7 所舉中國石油以公司超高利潤販售液化石油氣之行為。

除此之外，國家經濟活動亦能有助於完成結構政策或景氣政策之任務，基於促進工業化程度較低地區或特定產業之發展，國家常利用經營國營事業之方式，尤其是對開發中國家而言，此乃是利用國家資源促進經濟發展及改善產業結構之最有效途徑²⁰。比較沒有爭議的目的是，國家在特殊情況下為挽救私人事業，保障就業機會或國家之重要工業遭受困難，為挽救其營運避免破壞經濟穩定，暫時性地接收私人事業加以經營。

往日在許多經濟部門內，國家常扮演示範或領導作用之角色，此或基於私人資本之不足或因事業之經營具有高度風險性。惟在今日經濟發展下，此種功能已經很少見了²¹。許多國營事業之設立目的在以儘可能優惠之價格提供現代生活不可或缺之商品或服務，使該類民生用品不虞匱乏，國家從事此類經濟行為時，除在履行本身對國民之照養責任外，亦兼有財富分配之功能²²。

肆、國家經濟行為之分類

一、國家經濟行為之意義

傳統上國家之行為被分類為行使公權力之行為及從事經濟活動之行為，前者係指國家立於統治地位所為之高權行為，後者則指國家立於如同私法主體之地位從事一般私法上之經濟活動而言。行使公權力之行為可分為兩種，一是所謂行使統治高權之行為，其係指公權力主體適用公法法規所為之行政行為，其常透過命令、禁止或強制等手段來干涉或侵犯人民之自由權利，例如警察權之行使或課稅處分，其方式主要為命令、行政處分、章程或行政強制等。另一種則是所謂的單

20 李玉彬，前揭書，第 349 及 364 頁；Backhaus, a.a.O., S.25-26, 29-30；Horak, a.a.O., S.47-52；亦有學者對於國家經濟行為是否長期對產業結構之改善有所助益持懷疑的態度，Emmerich, a.a.O., S.72-73；Püttner, a.a.O., S.56-57.

21 蔡英文，前揭文，第 27 頁；Emmerich, a.a.O., S.71.

22 江孟貞，前揭書，第 11 頁；楊俊友，前揭文，第 6 頁；Emmerich, a.a.O., S.76-77；Horak, a.a.O., S.54-57.

純高權行政行爲(*Schlicht-hoheitliche Verwaltung*)，其亦是基於公法規定所發動之行爲，但並非如命令、處分或其他強制手段直接對人民產生拘束力，而係以透過給付、服務、修建道路、設立營造物、提供資訊或經濟輔助等行爲方式呈現。其與人民之間可能發生公法關係、私法關係或根本不發生任何外部之法律效果²³。

所謂的經濟行爲係指有償地參與經濟價值創造之行爲，而國家之經濟行爲則係國家在市場上如同私人事業作為商品或服務之生產者、供給者或需求者而從事交易活動之行爲²⁴。鑑於國家經濟行爲之複雜多樣，其一方面表現在行爲主體之法律方式上，一方面存在於所追求之目的上，為能進一步對國家經濟行爲有更正確之認識，則必須依一定之標準來加以分類。有主張以行爲所欲達成之目的或任務來作為決定性之區分標準，如區分國家經濟行爲為企業（營利）行爲及公共行政給付行爲²⁵。前者主要在追求國庫目的，後者則在完成公共任務，所謂的獲利意圖(*Gewinnabsicht*)並非扮演決定性之角色，蓋所有之經濟活動至少皆應能涵蓋本身之成本及求取本身資產適當之生息。亦有主張以競爭之態勢區分營利經濟行爲及民生供養行爲²⁶。一般而言係將國家之經濟行爲區分為三種類型，即以私法形式出現之給付行政行爲、國家企業營利行爲及行政輔助行爲²⁷。

二、以私法形式出現之給付行政行爲

國家負有提供人民生存照養給付之責任乃是基於十九世紀末來的社會發展。

-
- 23 吳庚，在其所著“行政法之理論與實用”，民國 81 年，第 10-11 頁對此項分類有所批評。
- 24 廖義男，公平交易法規範之事業概念，公平交易季刊，第一卷二期，第 12 頁。
- 25 Badura, *Staatsrecht*, 1986, S.548 ; Grupp, *ZHR*, 1976, S.370/372 ; Rinck/Schwarz, *Wirtschaftsrecht*, 6. Aufl., 1986, S.55.
- 26 Klein, *Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb*, 1968, S.18/22.
- 27 吳庚，前揭書，第 12-14 頁；陳新民，行政法學總論，修訂三版，民國 81 年，第 29-31 頁；許宗力，法與國家權力，民國 81 年，第 4-10 頁；廖義男，同註 24，第 12-15 頁。

生存照養的給付係指國家基於特定之行政任務或公共目的，為保障人民生存、滿足人民生活需要提供特定商品或給付之行爲，如提供自來水、電力、處理廢棄物或經營交通事業提供交通服務等。此類行爲具有兩項特徵，第一，本項行爲具有特定之公共目的，因此並非國家所提供之任何商品或服務皆屬之。雖然公共目的是一項開放且可變之概念，但除少數情形外，皆可獲致共同承認之標準²⁸。第二，該項公共目的在於該行爲乃有償且直接地給予人民利益及服務，重要的是必須直接帶給個人利益²⁹。該類行爲可能以公法或私法形式出現，本文所處理者僅以私法形式出現之行爲為限。

三、國家企業營利行爲

國家企業營利行爲係指國家如同私法上之行爲主體，在經濟交易秩序中提供商品或服務或以公司股份持有人之身分出現在市場上。此類行爲以私法組織方式，如國家依特別法或公司法之規定成立具獨立法律主體資格之公司從事製造或銷售商品或服務，或以公法組織之形式，如透過行政機關內部不具獨立法律人格主體之單位或組織或附屬組織從事營業行爲，皆不影響該行爲之本質。與上述以私法形式出現之給付行政行爲不同，其並未追求特定之公共目的。此類行爲依其本質大多數皆可由其他私人為之，因此國家並未享有專屬之權利，但另一方面而言，亦不意味著國家自始絕對不得從事本項行爲。雖然在企業營利行爲中獲取利潤乃是相當重要的因素，但非必要之特徵，蓋其乃是經濟行爲所內含的要素，且事實上給付行政行爲與企業營利行爲皆為國家帶來財政上之收入。最原始的國家企業營利行爲為利用本身財產的行爲，例如出租港口或販賣國有林木之行爲³⁰，此類行爲在現代國家所佔之比重已逐漸縮小。目前較重要的國家經營企業行爲則

28 例如開辦保險業是否可將之歸類於此，則頗有爭論。

29 Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrecht, 10. Aufl., 1973, S. 372; BGHZ 52, 325/328f.

30 比較有經濟價值的是，將行政機關所擁有的房舍或其他設施之平面面積出租供廣告之用。

是國家直接參與市場競爭之行爲，其或以商品或服務之製造者或提供者或以投資者之身分出現，例如經營鋼鐵廠、銀行或紙廠等。

四、行政輔助行爲

日益受到重視的行政輔助行爲爲國家經濟行爲的第三種類型。行政輔助行爲係指國家爲完成其任務而以需求者之身分購買物品或需求服務之行爲³¹。最典型之例子爲行政機關每日所需辦公文具之購買或租賃民宅充當辦公場所等。國家對商品或服務之需求通常皆係透過私法形式來加以滿足。今日行政輔助行爲之所以受到重視並非僅在於其購買日常所需之用品，而係國家需求在整體經濟需求中所佔的比例日益增加，所謂大型公共工程計畫，如六年國建幾千億之規模更是私人事業無法比較的。行政輔助行爲因而在相當可觀之範圍內被用來追求經濟且/或社會政策目的，並進而影響整個市場經濟及競爭秩序之運作。在許多特定之經濟部門，如軍火工業，實際上幾乎是依賴國家需求而生存的³²。

伍、國家經濟行爲是否適用 公平交易法

一、國家經濟行爲之合憲性³³

我國憲法在第十三章基本國策第二節國民經濟規定中明確指出，國家經濟秩序之基本原則。雖然該類原則規定究應視爲具有法律拘束力或僅是方針性之規定

31 行政機關內部人員之需求不屬於行政輔助行爲之範圍，而係組織法，即公務人員法之領域。

32 行政輔助行爲在公法上之討論，詳見，Pietzcker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 1978; ders., AöR 1982, S. 107; Gusy, JA 1989, S. 26.

33 以下主要是討論國家經濟行爲中之企業營利行爲及以私法形式出現之給付行政行爲之合憲性。行政輔助行爲依事物自然之理，國家自得爲之，僅在行爲方式上必須受到法令限制而已。

仍有爭論³⁴，但國家在採取經濟政策時，皆須考量此項基本原則則是沒有爭議的。該基本原則特別強調國家在經濟發展中所應扮演的角色。此外在憲法中有部份條文亦明確地規範有關國家之經濟行為，憲法明文允許在一定範圍內及追求特定目標下，國家得從事經濟行為。以下僅就此類條文加以說明。

1. 國民經濟之基本原則

憲法第一百四十二條規定，國民經濟應以民生主義為原則，實施平均地權節制資本，以謀國計民生之均足。至於自民生主義中可得出何種法律上國家行為應遵循之方針，並沒有進一步說明，因此亦無法自該規定中得出絕對必須遵守、一成不變之標準，無寧是依歷史之發展及現實之情勢，做合乎時代需要且符合民生主義精神之解釋。國家一方面必須保障人民之經濟自由，另一方面亦擁有運用不同工具來影響經濟活動發展之權限。違反此項原則之國家行為在憲法上將無法合法化，將被視為違憲之行為³⁵。惟賦與內容如此不確定之原則如此強的拘束力，在現代經濟關係錯綜複雜下是相當有疑問的。達成憲法第一百四十二條目的之方法有二，一為實施平均地權，一為節制資本。

(1) 實施平均地權

土地乃是最重要之生產工具，土地分配之不均及其濫用乃是經濟生活中不平等的最大原因³⁶。中國自古以來以農立國，且全國百分之八十以上之人為農民，

34 江孟貞，前揭書，第 30-31 頁；林子儀，國家從事公營事業之憲法基礎及界限，台大碩士論文，民國 72 年，第 60-68 頁。

35 即使此類規定之法律性質仍有爭議，但違反此類規定之行為仍被視為違憲行為。林紀東，中華民國憲法逐條釋義（四），第 4 版，民國 77 年，第 273 頁；陳水逢，中華民國憲法論，第 3 版，民國 71 年，第 851 頁；蕭新民，憲法關於國民經濟規定之研究，中國憲政，第 22 卷 7 期，第 18 頁。

36 雖然現代經濟社會中依附土地從事經濟活動之比重日益降低，但土地不論在價值及感情上仍居人民心中之首位。觀諸目前臺灣社會，土地仍是造成財富不均的主因，更可為這古老的命題提供鮮活之例證。

土地便成爲最重要且最不易解決之難題³⁷。自歷史之經驗中得知，以限制土地之取得及使用方式來保障每個國民皆能夠獲得合理使用土地乃是最好的方法，因此憲法在第一百四十三條詳盡規範了平均地權之具體內容及措施³⁸。

(2) 節制資本

節制資本分爲兩種，自消極方面而言，乃在實現經濟上之平等，自積極方面而言，乃在增進人民之福利。前者又稱直接之節制資本，係指國家爲避免妨害國計民生之平衡發展得對私人財富及事業之集中以法律加以限制。此項規定乃基於純粹資本主義所內含之弱點及所引起之損害，認爲財富必須公平合理分配，因此必須阻止私人資本之集中。實現此項目標之首要步驟則在於正確地劃分公私經濟活動之領域，區分的標準則依所涉及之行爲本質而定，例如公用事業基本上劃入公經濟領域而以公營爲原則。積極地節制資本又稱間接節制資本，其係指國家直接參與經濟活動發達國家資本，自該活動中所獲得之利潤基於人民之利益加以運用。此時國家本身成爲經濟發展的一項工具，此種經濟思想僅能自歷史的原因獲得說明³⁹。國家自身涉入經濟發展之目的不僅是在創造利潤，亦在藉由國家的力量幫助中國工業化並建立一個現代的中國。

37 林紀東，前揭書，第 270 頁；管歐，中華民國憲法論，民國 77 年，第 306-307 頁。

38 憲法第一百四十三條共有四項規定，1. 中華民國領土內之土地屬於國民全體。人民依法取得之土地所有權應受到法律之保障及限制。私有土地應照價納稅，政府並得照價收買。2. 附著於土地之礦及經濟上可供公眾利用之天然力屬於國家所有，不因人民取得土地所有權而受影響。3. 土地價值非因施以勞力資本而增加者，應由國家徵收土地增值稅，歸人民共享之。4. 國家對於土地之分配與整理，應以扶植自耕農及自行使用土地人爲原則，並規定其適當經營面積。

39 民國草創時，中國仍是一個極度貧窮落後的國家，國父孫中山先生認爲，國家憑藉本身之資源，若能投入經濟發展，將能加快中國工業化的腳步，蓋單純限制私人資本並無法使中國脫離困境。中華民國憲法既依孫文學說制定，自然對於發達國家資本特別重視。

2. 憲法第一百四十四條

鑑於國家在民生主義所具有之功能及所肩負之任務，國家經濟行為自始即無違憲的疑義。就發達國家資本而言，經營公營事業乃是最佳的方式。依憲法第一百四十四條之規定，公用事業及其他有獨占性之事業以公營為原則，其經由法律許可得由國民經營之。國家並不僅限於經營民生供養之公用事業，亦得經營具獨占性質之事業。

較有爭論的是，此類事業是否必須追求特定之公共目的或亦允許僅基於追求利潤之目的而為之。大多數的學說皆認為利潤之追求與公共目的之達成間並非絕對不相容⁴⁰。更何況國營事業在發達國家資本所扮演之角色，就在創造利潤，蓋公營事業依其本質應較接近經濟組織而非政治機關。若單純基於追求利潤之目的並無法合法化公營事業之經營，則其原因並非公營事業不得追求利潤，而係公營事業在民生主義經濟體制下之功能並非在於與私人競爭求取利潤，而係有助於公共利益之組織⁴¹。雖然公營事業得追求利潤且實際上亦獲取利潤，但此僅是維持事業生存之前提，與將利潤追求視為最終及最主要目的之私人企業有所不同。

通說認為憲法第一百四十四條乃是實施節制資本具體措施之依據，基於節制資本之目的，國家經營公用及獨占性事業。在經濟競爭政策中，公營事業防止獨占濫用之功能一再地被強調，為阻止私人資本之集中，某些特定之經濟活動，特別是對於人民日常生活十分重要且實際上有導致獨占之虞之經濟活動，應由國家親自經營。民生主義之經濟制度乃在充分保障人民之經濟自由，因此原則上禁止國家以強迫性之命令或強制性之措施來妨害人民之自由決定權。若國家欲實現其經濟政策，則可選用制定經濟計畫或其他性質類似之引導行為，如制定獎勵措施

40 林紀東，行政法各論，民國 50 年，第 166 頁；張家洋，前揭書，第 487 頁；廖義男，企業與經濟法，民國 69 年，第 53 頁，指出國營事業管理法第四條及第十三條之規定，並不排除國營事業追求利潤。

41 反對公營事業僅追求利潤者，林紀東，前揭書，第 187 頁；高晴宏，前揭書，第 32 頁；許宗力，基本權利對國庫行為之限制，輔仁法學，民國 77 年，第 210 頁；贊成者，書國雲，前揭書，第 130 頁。

或提供經濟輔助。除此之外亦可經營公營事業直接參與經濟發展，此項方式在市場上可立即有效地影響私經濟行爲，例如以公營事業之價格政策影響私人事業價格之形成。

國家以公營事業直接參與經濟發展亦能促進工業發達，其因而所得之利潤—若仔細觀察此兩類事業，尤其是獨占事業，其利潤之獲得實際上是不成問題的一—必須基於公共利益，換句話說以有利於全體國民之方式來加以運用，此亦直接實現了發達國家資本之目標⁴²。

立憲者於制憲時認爲公用事業所提供之商品及服務對人民日常生活而言是十分重要的。爲保障此類商品及服務之供給及改善一般大眾之生活條件，此類事業基本上應以公營爲原則。惟何謂公用事業並未明確加以定義。一般抽象地認爲，公用事業係指提供大眾日常生活必需商品或服務之事業，例如提供水、電及經營郵局等⁴³。對人民而言，許多商品及服務之生活必要性常隨著社會發展而改變，因此依上述定義，公用事業之範圍則無法客觀明確地加以確定。因憲法第一百四十四條基本上不允許私人經營公用事業，則此項客觀上無法明確認定具體範圍之規定，基於其對人民基本權利之重大限制及法律明確性之要求，則有賴於一般法律加以明確及具體化。在民營公用事業監督管理法第二條列舉了一系列此類事業之名單，例如電力公司、電車、飲用水、瓦斯、汽車、船舶及空運等。因此國家若欲經營公用事業，則必須遵守一般法律之限制，而不得任意擴大解釋憲法第一百四十四條之規定。至於公用事業採用何種組織形式及行爲方式，則非所問。

更有爭議的是，何謂獨占性事業。獨占事業因缺乏競爭者，因而有儘量獲取極大獨占利益之傾向，此種傾向將帶給交易相對人及一般社會大眾不利益，並進

42 林子儀，前揭書，第 76 頁以下；周開慶，論公營制度之建立與改進，國民大會憲政研討會年刊，民國 56 年，第 129 頁。

43 林子儀，前揭書，第 93 頁；林紀東，前揭書，第 284 頁；書國雲，前揭書，第 105 頁；陳櫻琴，從行政法觀點論我國經濟管制及經濟輔助，台大碩士論文，民國 72 年，第 174 頁；廖義男，憲法與競爭秩序之維護，法學叢刊第 103 期，第 34 頁。

而導致社會財富的分配不均。基於此項理由立憲者認為具有獨占性之事業基本上以公營為原則⁴⁴。所謂獨占性事業常被定義為，需要大量資本、缺乏實質競爭者且實際上有獨占性格之事業⁴⁵。如此定義並無法提供明確之解釋，且僅是反覆運用同義詞，殊難贊同⁴⁶。為能正確釐清獨占事業之範圍，首先必須明瞭何謂獨占。所謂獨占係指專屬的、排外的從事特定行為之權利、可能性或狀態，此項概念主要運用在經濟領域。在法律與經濟學上對獨占概念並非一定採取相同之解釋⁴⁷。自獨占之範圍而言，可分為全部獨占及部份獨占，前者乃指特定商品之所有生產及分配過程由唯一的經濟主體來控制，即由其操縱商品之供給或需求。後者則指在一定市場內，由一經濟主體享有部份特定商品之獨占權利。自獨占發生原因可分為法律獨占及事實獨占，前者係指基於法律規定本身或基於法律授權之高權行為所形成之獨占⁴⁸；事實上之獨占則呈現多樣的形式，依獨占形成係基於個別行為（人）或多數行為（人）所致，區分為自然獨占及集體獨占。基於自然生產條件所引起之自然獨占可能是自由競爭或是基於自然資源稀少或產地集中之結果。較常見的可能基於客觀技術及經濟規模之因素，例如依照目前之技術水準，基於重要設備之不可分性，要求投入者必須具有一定最小之規模，且所有之需求皆可由單一事業加以滿足，因此再加入生產於經濟上不值得且不理智（真正的自

44 防止獨占濫用之方法並非僅限於運用公營事業一途。透過反托拉斯法（卡特爾法）或行政上之管制，如獨占事業價格之訂定須應事業主管機關同意，亦可達到防止獨占濫用之目的。

45 林紀東，前揭書，第 284 頁；黃隆豐，反壟斷與限制營業競爭法規對交通事業應否適用之探討，法學叢刊，第二十五卷二期，第 79 頁；蕭新民，前揭文，第 21 頁。

46 林子儀，前揭書，第 98 頁對此亦加以批評。

47 武永生，論企業獨占之法律問題，民國 71 年，第 70 頁以下。我國公平交易法所規定之獨占則較經濟學上之獨占之範圍為廣，包括獨占及寡占之情形，此乃兩種學科目的不同之故。

48 基於法律規定者，如菸酒公賣之獨占；基於法律授權之高權行為者，如專利權之授與。

然獨占)，一般而言電力事業具有此類傾向。

解釋憲法第一百四十四條之獨占概念，除考量本身之立法目的外，亦不能忽略其與其他憲法條文之關係。憲法第一百四十四條最主要之目的在阻止導致財富不均私人獨占之形成，因此應包括全部及部份獨占在內；但憲法第一百四十四條禁止私人經營具有獨占性之事業，即使仍得依法律例外許可經營，但仍然是對於人民經濟自由，尤其是職業自由最嚴重的侵害，因此在考慮比例原則下，應係僅指全部獨占而言。至於部份獨占之情形，則國家可利用憲法第一百四十五條之規定來防止獨占濫用，並不需要限制人民而本身親自經營該項事業。至法律獨占當然不包括在憲法第一百四十四條，蓋其所擁有之獨占性格是由法律本身或其他高權行為所賦與。所謂的集體獨占亦不包括在內，蓋國家基本上被視為一個整體—即使在對外出現時，呈現多樣性的形式及角色—而且原則上亦不允許與其他私經濟主體共同追求及享有獨占利潤⁴⁹。事實獨占若是自由競爭之結果時，則國家根本無法預知此類情況何時將會出現。綜上所述憲法第一百四十四條意義下之獨占應僅指完全獨占且真正獨占之事業。

3. 憲法上其他規定

憲法雖在第一百四十四條明確規定國家得從事經濟活動之類型，此是否意味著國家除此類型之外，不得再從事任何經濟活動呢？換句話說，憲法第一百四十四條是否為國家經濟活動憲法上唯一之依據呢？依憲法第一百四十四條之表面字義而言，除公用及獨占性事業外，人民基本上得自由從事及經營其他之經濟活動及事業。但此絕非謂，若已有人民從事特定類型之經濟活動時，國家即不得再從事相同之經濟活動。一般認為國家除依憲法第一百四十四條規定經營公用及獨占性事業外，亦得從事其他經濟活動，但理由各有不同。一方面有認為，憲法第一百四十四條規定之目的僅在節制私人資本，並未涉及到發達國家資本的問題，因此國家自得基於發達國家資本之必要經營其他工商業⁵⁰。亦有認為，憲法第一百

49 因此可否以公民合營之方式來經營獨占性事業則不無疑問。

50 例如王虞輔，論我國憲法關於國民經濟之規定，憲法論文集（二），

四十四條之規定不僅在規範節制個人資本，同時包括了發達國家資本。惟國家在採取發達國家資本行為時，並不侷限於在憲法第一百四十四條之類型。除此之外，憲法其他條文亦有賦與國家從事經濟活動之權限，例如依憲法第一百五十條之規定，國家應普設平民金融機構以救濟失業。憲法既未對公營事業之範圍明確限制，國家基於發達國家資本或經濟發展之必要，基本上應可從事其他類型之經濟活動⁵¹。

在憲法上另有許多規範中央與地方權限之條款，例如憲法第一百零七條第八款之規定，國營事業由中央立法並執行之，第一百零九條第四款規定，省公營事業由省立法並執行之或交由縣執行之及第一百一十條第三款規定，縣公營事業由縣立法並執行之。基於這些權限規定，有學說主張各級政府自得依此從事各項經濟活動⁵²。蓋若國家不得從事經濟行為時，此類規定將毫無意義。惟此處所涉及的僅是是否許可國家從事經濟行為之問題，至其範圍、內容及界限憲法並未明文規定，因此屬於立法者之任務。

4. 本文見解

國家得否從事經濟活動在憲法及實際生活上並未有太多的爭論，主要原因在於國家建立時之特殊情勢及歷史發展所致。不論國家是否真如當初立憲者所期望般完成其所肩負之任務，亦不論今日國家直接涉入經濟生活是否仍然符合當前之經濟思潮及發展，在判斷此類行為在憲法上之意義時，不得僅以個別條文為依據，而須考量憲法上所有相關規定。憲法第一百四十二條指出基於發達國家資本之必要並不排除國家經營事業，甚至是完成該項目的之重要方式。憲法第一百四十四條則特別指出兩項國家經濟活動之特定領域，該條究應擁有何種功能，則依公用及獨占性事業之概念如何解釋及國家是否除公用及獨占性事業外仍可從事其

國民大會秘書處，民國 51 年，第 693 頁。

51 任卓宣，憲法規定公營事業之研究，政治評論第 39 卷 5 期，第 30 頁。

52 林子儀，前揭書，第 76-77 頁；書國雲，前揭書，第 99-101 頁；廖義男，前揭書，第 52 頁。

他經濟活動而定。

若將公用及獨占性事業之概念作儘量廣義之解釋，其結果將使得保留給國家從事的活動領域相對變廣，則同時亦意味人民不得從事經濟活動之範圍變大。因憲法第一百四十四條禁止私人經營公用及獨占性事業，只在法律例外允許下始得為之，因此人民之職業自由在此項領域內受到嚴重之限制。依憲法第二十三條之規定，人民之自由權利僅能在基於防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序及增進公共利益所必要時，始得以法律限制之。

對人民而言，國家究竟依憲法第一百四十四條或依第二十三條來限制其職業自由並非重要。憲法第一百四十四條一般而言乃被視為第二十三條之特別規定，因此只要國家將特定經濟行為視為公用或獨占性事業時，則人民基本上不得再從事該項行為。為能更妥善保障人民之自由權利及排除憲法第一百四十四條規定本身不明確所帶來的缺失，其概念應做狹義之解釋，其僅限於法律所規定之特定公用事業⁵³及全部獨占且真正的自然獨占，且必須有法律作為經營之依據。蓋憲法第一百四十四條僅給予國家經營公用及獨占性事業之理由，並未免除法律保留之適用。至於國家從事其他經濟活動而妨礙人民自由時，則必須有特別合法之理由，是否具備合法理由，則依據憲法第二十三條之規定加以審查。如此解釋，一方面保障人民之自由權利不受國家恣意之侵害，另一方面亦不妨害國家經濟發展之權限。國家得直接參與經濟生活，但並非得任意為之而必須通過憲法第二十三條之審查。

至於是否可自劃分中央與地方權限之規定導出國家經濟行為之合憲性，則並非無疑問。蓋大多數之權限條文並不在於合法化其所包含之行為，而僅係賦與制定實現該行為必要之組織及程序法之權限，其得作為許可該行為之間接證據，作為唯一理由則似乎不夠充分。

53 此並非表示立法者可恣意決定公用事業之範圍，而僅係表明立法者在考量歷史發展及生活條件變遷下得制定合乎現代國家所需之公用事業範圍。

二、公平交易法與國家經濟行為之規範

1. 概說

公平交易法第一條明白揭示了制定該法的目的，即在維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭及促進經濟之安定與繁榮。公平交易法係針對在競爭中之營業行為加以規範，以維護自由公平之競爭秩序，透過市場機能之運作，使經濟活動獲致最大的福利效果。因此凡是所有有助於促進或完成營業競爭目的之行為皆應受到全面保護自由公平競爭之公平交易法的規範，換句話說公平交易法所欲規範的最終對象應是具體個別之營業競爭行為，而非形式上的事業組織，其所規範的目的並非僅在懲罰行為人，而主要係防止出現危害自由公平競爭秩序之行為。

惟在法律上必須使行為有所歸屬，因此在立法技術上設計一定之組織概念來作為該行為之主體，換句話說行為主體之目的在使該行為有所依附。蓋行為之發動僅限於具有法律上主體地位之人或團體始具法律上之意義，因此在解釋行為主體之概念時必須考慮此項背景，以免不當限制了公平交易法適用之範圍。依公平交易法第二條之規定，事業（公平交易法之行為主體）之種類共有四種，分別為公司、獨資或合夥之工商行號、同業公會及其他提供商品或服務從事交易之人或團體。前兩者適用公平交易法乃屬自然之理，蓋其設立之目的就在從事營業競爭行為。第三類將基本上不從事營業競爭行為之同業公會納入事業之概念而受到公平交易法之規範，則可顯示公平交易法所欲直接規範的並非同業公會之組織運作或特別法所賦予類似自治組織權限之行使，蓋其已有各別之法規規範，而係其所發動足以影響市場競爭秩序之行為⁵⁴。第四類規定更明顯指出，並非其他之人或團體之所有行為皆須受公平交易法之拘束，而係提供商品或服務從事交易之行為才是公平交易法欲直接規範的對象。

除此之外，公平法所欲規範的乃是事業與事業間之私法關係，換句話說若形成之法律關係為公法關係，則不適用公平交易法。公平交易法雖然帶有公法上之

⁵⁴ 廖義男，公平交易法規範之事業概念，公平交易季刊，第一卷二期，第5頁。

色彩，例如所規定之管制措施、許可及罰鍰處分等，但其所針對的乃是營業競爭行爲，其所規範的以私法關係爲限。

我國公平交易法之制定，依立法目的之總說明，係參考美、德、日、韓等國之立法例，因此在討論公平交易法之適用範圍，特別是公平交易法是否適用於國家經濟行爲時，自可參考外國立法例及實務，作爲本國解釋時之借鏡。惟各國之國家經濟行爲在整體經濟中所扮演的角色不同，再加上筆者資料有限，故僅能選擇德國作爲介紹之對象，其餘則期待有更多有志之士投入研究。

2. 德國法上之規定

德國與我國不同，並非由單一之法律來保障及維護競爭秩序及制度，而係透過不同之法規對於競爭行爲之自由及競爭行爲之公平加以規範。前者爲制定於一九五七年之限制競爭防止法，後者則爲制定於一九〇九年之不正競爭防止法。國家在其經濟活動中原則上乃是使用私法上之形式及手段，因此若認爲私人之經濟活動皆須受限制競爭防止法及不正競爭防止法之拘束，則兩法是否適用於國家經濟行爲之問題，應予以積極肯定之回答⁵⁵。

(1) 限制競爭防止法(Das Gesetz gegen Wettbewerbsbesch ränkung, GWB)⁵⁶

依限制競爭防止法第九十八條第一項之規定，該法適用於所有權全部或部份屬於公法人或由公法人所經營或管理之事業⁵⁷。依通說之見解，本項規定之功能

55 除本國競爭法規外，若涉及德國與其他歐體會員國間之經濟行爲亦適用歐體之競爭法規(Art.85ff. EWGV)。就公營事業而言，則必須受到歐體條約第九十條之限制。

56 限制競爭防止法制定於一九五七年七月二十七日，詳見，BGBI. I, S.1081；最近一次修正於一九九〇年二月二十日，詳見，BGBI. I, S.235。

57 限制競爭防止法另在第九十九條至第一百零三條之一規定了以公營事業為主之除外領域(Ausnahmebereich)，排除該法之適用。有關除外領域之介紹，請見拙著，德國法上除外領域之探討，收錄於公平交易委員會委託台大法學基金會完成之「公平交易法第四十六條第一項之探討」研究案報告，民國八十二年四月，第5-42頁。

在於明確指出事業不得僅因其為公法人所有或經營即可免除適用限制競爭防止法，因此本項具有宣示之目的⁵⁸。限制競爭防止法不應考慮事業所有或經營權之歸屬，而應適用於任何在營業交易中參與提供或需求商品或服務之事業。有關事業之概念，通說認其並非事先依一定模式存在，而是依限制競爭防止法之意義及目的，即確保競爭自由來解釋，在具體個案中首先則必須確認是否具有事業之特質⁵⁹。

限制競爭防止法是以功能性—行為導向的(*funktions-und tätigkeitsbezogen*)事業概念為出發點。所有基於市場經濟給付交換之目的，以供給者或需求者身份出現在市場上從事競爭者，皆屬於本法所稱之事業⁶⁰。就公營事業而言，是否適用限制競爭防止法之關鍵在於，其在市場上是否與其他事業處於競爭狀態⁶¹且需求者可否在兩者之間自由選擇⁶²。國家經濟行為之目的及組織上之型態，公法或私法、獨立自主或非獨立自主，並非重要⁶³。

比較有爭論的是，國家本身自為經濟行為時，即並非透過私法上之公司型態

58 Autenriech, in: Müller-Henneberg/Schwartz (Hrsg.), *Gemeinschafts kommentar zu GWB*, 4. Aufl., 10. Lieferung, 1985, § 98 I, Rdnr. 23; Becker, *DöV* 1984, S. 320; Rittner, *Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl., 1987, S. 241; Ulmer, *ZHR* 1982, S. 475.

59 BGHZ 36, 91/103; 67, 81/84; BGH, NJW 1980, S. 1046.

60 BGH, NJW 1980, S. 1046; Lange/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, *Kommentar zum Kartellgesetz*, 6. Aufl., 1982, § 98 Rdnr. 1; Müller-Henneberg, NJW 1971, S. 116; Ulmer, *ZHR* 1982, S. 475.

61 Emmerich, *Kartellrecht*, 7. Aufl., 1994, S. 45.

62 若公法人得依使用或連接強制 (*Benutzung-und Anschlußzwang*) 排除競爭者，則因需求者無法自由選擇，不再適用限制競爭防止法。因此若公法人之需求及供給行為受到特別法律之拘束，例如價格命令之拘束，則在此範圍內不再受到本法規範。Badura, in *v. Münch, BesVerw*, 8. Aufl., 1988, S. 348; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB Kommentar*, 2. Aufl., 1992, § 98 I, Rdnr. 35f.

63 Autenrieth, a. a. O., Rdnr. 25; Rinck/Schwark, *Wirtschaftsrecht*, 6. Aufl., 1986, S. 116; Scholz, *ZHR* 1969, S. 127.

或公法上具有法律人格之組織，是否亦適用限制競爭防止法。有認為立法者在限制競爭防止法第九十八條第一項已明確區分公法人及其所經營之事業，因此公法人不應受到該法之拘束⁶⁴。惟大多數學說認為，國家只要在經營交易中提供或需求商品或服務而與其他私人供給或需求者處於競爭關係時，則國家本身之經濟行為自應適用限制競爭防止法⁶⁵。依限制競爭防止法第九十八條第一項制定之意義及目的，並不允許對國家直接參與競爭之經濟行為採取與國家透過公營事業間接所為之經濟行為差異如此大之處理方式。將先天上具有競爭優勢、有能力強烈影響競爭自由正常發展以及足以帶給整個市場經濟特別震撼的國家本身之經濟行為排除適用限制競爭防止法，則顯然違背了該法全面保護競爭自由之目的亦與該法的發展趨勢不相符合⁶⁶。另一方面自功能性一行為導向之事業概念亦可得出國家本身之經濟行為必須適用限制競爭防止法之結果，蓋該法之適用與否並非取決於發動行為主體之法律性質，而係行為本身之性質⁶⁷。

(2)不正競爭防止法(Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb,UWB)⁶⁸

相較於限制競爭防止法，不正競爭防止法並未對於整體國家經濟行為是否受到拘束，提供明確之答案。適用該法之對象，依不正競爭防止法第一條之規定，乃指基於競爭目的於營業交易中從事有背於善良風俗之行為人。該條以“誰(Wer)”來表示行為人，因此在實際上，任何國內之自然人及法人皆可能受到不正

⁶⁴ Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 361.

⁶⁵ Autenrieth, a.a.O., Rdnr. 25; Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., 1994, S. 47; Wilde, in: Gloy, Handbuch des Wettbewerbs, 1989, S. 38; Püttner, a.a.O., S. 267; Rittner, a.a.O., S. 242; BGHZ 97, 312; 102, 280.

⁶⁶ BGHZ 36, 91/102.

⁶⁷ 在具體案件中，鑑於國家本身之特性，基於客觀合理之理由並不排除適度修正或限制限制競爭防止法之規定。

⁶⁸ 不正競爭防止法制定於一九〇九年六月七日，詳見，RGBI, S. 499；最近一次修正於一九九四年，詳見 BGBI. I, S. 1688。

競爭防止法的拘束。自然人不論其是否本身經營事業或於他人事業工作而為有助於他人競爭之行為皆不得違反不正競爭防止法之規定。私法人不論其是否具有獨立對外之組織，只要其行為符合第一條之規定亦適用不正競爭防止法，同樣地公法人之營業競爭行為亦受該法之拘束。公法人與其競爭者處於相互平等之地位從事營業競爭行為，且兩者間無公法上之特別關係而顧客得在兩者間自由選擇時，不得僅因其具公法人之性質即排除不正競爭防止法之適用⁶⁹。公法人之營業行為究竟附著於何種行為主體，以私法形式之公司或公法上之特別組織之方式出現並非所問。

適用不正競爭防止法之關鍵在於，系爭行為是否基於競爭目的而在營業交易所為，行為主體並非適用的要件。所謂營業交易行為係指任何有助於促進或完成他人或自己經濟營業目的之行為，換句話說所有自主參與經濟交易之行為⁷⁰。基於競爭目的所為之行為係指，客觀上得帶給第三人不利益且得增進自己或他人銷售或購買可能之行為且行為人在主觀上具有幫助自己或他人營業之競爭意圖存在。競爭意圖無須是行為人唯一之動機，只要其同時被追求即可，因此一行為可能同時具有促進公益及促進自己或他人競爭之意圖⁷¹。競爭意圖雖不須為行為人之唯一動機，但在個案中若被認為僅是附帶的且相對於主要動機為微不足道時，則可能被視為缺乏競爭意圖⁷²。組織之方式及營利意圖並不影響不正競爭防止法

69 Bürger, Über die Rechtsstellung öffentlicher Unternehmen im Pri-vatrechtsverkehr, Diss. Tübingen, 1966, S. 102; Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 4. Aufl., 1995, S. 35; Hubmann, WiVerw 1982, S. 41; Piper, GRUR 1986, S. 375; Pöpel, JA 1988, S. 132; v. Gamm, WRP 1984, S. 306.

70 Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 16. Aufl., 1990, Ein. UWG, Rdnr. 208; Pöpel, JA 1988, S. 132; Ulmer, ZHR 1982, S. 474. 本項要件將純私人及純高權之行為排除。

71 BGH, GRUR 1968, S. 44; GRUR 1978, S. 699.

72 BGHZ 107, 40/42; Schricker, Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb, 2. Aufl., 1987, S. 75-76; Ulmer,

之適用，該法之目標在於防止參與競爭者之不正行爲，因此符合上述要件之行爲皆應受到不正競爭防止法之拘束⁷³。

通說認爲，國家經濟行爲包括透過公營事業及本身直接參與之行爲，皆須適用不正競爭防止法。追求公共利益或公共目的並無法給予公法人在競爭秩序中享有特權，將國家之營業競爭行爲納入不正競爭防止法之規範領域將有助於創造真正的效能競爭環境，同時避免國家以完成公共任務必要爲理由，來合法化不正之營業競爭行爲⁷⁴。將公法人之營業行爲排除於不正競爭防止法規範之範圍外，並非完全不可能，但絕非透過行政機關任意公共利益或公共目的之追求即可，僅能以法律明文規定之方式爲之⁷⁵。

3.我國公平交易法之規定

經過長達五年之立法過程，公平交易法終於在民國八十年一月由立法院通過，並於同年二月四日由總統公布。依該法第四十九條之規定，公平交易法則於民國八十一年二月四日開始施行。公平交易法之制定與施行，最重要的在於建立公平自由之競爭秩序、維護市場制度之正常運作、消除有礙正常交易之阻力，使競爭與市場之功能能夠充分發揮，達成促進經濟安定與繁榮之目標。

與德國立法例不同，我國公平交易法在第二條以立法之方式明確定義了公平交易法規範之對象，即對於“事業”給予法定之定義。徵諸公平交易法中之禁止、許可、監督及處分條文，例如聯合行爲、結合行爲、不公平競爭行爲、濫用

ZHR 1982,S.474.

73 上述要件之詳細說明，請見，拙著，德國不正競爭防止法第一條，總論部份，第16-21頁。收錄於，公平交易委員會委託中央研究院中山人文社會科學研究所「公平交易法第二十四條影響交易秩序之欺罔或顯失公平行爲之研究」研究案報告，民國八十二年六月。

74 Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, 1968, S.243; Ronellenfitsch, Wirtschaftliche Betätigung des Staates, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht III, 1988, S.1023; Schricker, a.a.O., S.83.

75 Backhaus, Öffentliche Unternehmen, 2. Aufl., 1980, S.323.

獨占地位之行為及公平交易委員會處分行爲之規定，皆以行為主體爲事業爲前提。因此就文字及形式上而言，行為主體若被認爲非事業時，則不適用公平交易法。但如本章概說中所說明，公平交易法所真正欲規範者應爲營業競爭行為，其最主要之目的並非僅在懲罰行為人，而係防止對競爭自由及公平產生危害的行為。因此具體有形的事業概念，固可提供明確之依循方針，以利適用；但另一方面亦無法完全包括所有可能影響交易秩序的營業競爭行為，因此在解釋事業之概念時，不能完全拘泥於文義上之理解，而必須以行為爲導向對事業之概念作合理之解釋⁷⁶。

公平交易法第二條雖明確地指出其所欲規範之行為主體範圍，但並不表示該條所稱事業之所有行為皆應適用公平交易法，舉例言之，公司股東大會之決議不涉及營業行為者、獨資人撤銷登記之行為或同業公會開辦增進會員知識以配合新式科技之講習會，皆與公平交易法無關⁷⁷。

從公平交易法第二條第四款之規定來看，亦可得出行為人並非必須一直且於任何關係中皆是參與市場交易、營業競爭之主體，而是在系爭案件爲提供商品或服務從事交易之人或團體爲已足。第四款之功能並非僅在補充第一款至第三款規定可能之不完備，更在明確地宣示任何提供商品或服務從事交易之人或團體，不論該商品或服務是否自己製造或僅是單純地承銷，亦不論其是否爲營利組織，只要具備上述行為皆應適用公平交易法。解釋公平交易法上之事業概念時，必須以該法全面保護競爭自由及公平之目的爲基本之出發點。

公平交易法第二條第四款僅規定提供商品或服務從事交易之人或團體適用公平交易法，但卻未提及需求者，此是否意謂只有供給者才是公平交易法所欲規範

76 廖義男，公平交易法規範之事業概念，公平交易季刊，第一卷二期，第5頁。

77 公平交易法乃是規範營業競爭行為，因此純粹私人之行為，如個人之消費行為及國家行使公權力之行為，如警察命令解散之行為，自不適用公平交易法。公平交易委員會在許多解釋中亦強調公法行為不適用公平交易法，例如公研釋001號、038號、041號及055號。

之對象呢？公平交易法既在規範市場之營業競爭行爲，因此凡是足以影響競爭秩序及市場功能之經濟行爲，皆應適用公平交易法。公平交易法第二條第一款及第二款之規定並未區分公司或工商行號之供給或需求行爲，只要是公司或工商行號之營業競爭行爲自屬公平交易法規範之對象，需求行爲當然亦包括在內。何況市場機能之運作及競爭秩序之維持乃是依賴供給面及需求面之互動，若謂公平交易法所愈規範者僅爲供給行爲時，則無異將市場重要的另一半活動排除，公平交易法是否能達成其全面維護競爭自由及公平之目的，則大有疑問。因此凡是得影響市場競爭關係之行爲，無論是供給或需求行爲，皆應適用公平交易法⁷⁸，僅以需求者之身分出現於市場上之人或團體亦得爲公平交易法所稱之事業⁷⁹。

至於國家之經濟行爲是否適用公平交易法，則端賴該行爲之性質是否符合公平交易法所欲規範的營業競爭行爲而定。比較沒有爭議的是國家企業營利行爲，不論其以私法形式之公司或公法組織型態出現，基本上皆是基於競爭目的所爲之營業交易行爲，其或爲第二條第一款之公司或第四款之其他提供商品或服務從事交易之人或團體，皆是公平交易法所稱之事業，自有公平交易法之適用⁸⁰。

國家以私法形式或手段直接完成公共任務或行政目的而提供給付之行爲，若以私法形式出現，例如臺灣電力股份有限公司，則自依第二條第一款之規定適用公平交易法；至若以其他方式出現者，則因其乃是提供人民重要之生活必需品或服務而符合第二條第四款之規定，亦適用公平交易法。此類給付行爲之公共目的

78 公平交易委員會在公研釋 075 號解釋中亦強調，辦理採購時，若係以私法行爲提供具市場經濟價值之商品或服務為業務或目的，所引起之需求行爲，則該主體即為公平交易法規範之事業，不得排除公平交易法之適用。其他如公研釋 058 號解釋、072 號解釋及 077 號解釋，皆採相同之看法。

79 廖義男，同註 76，第 11 頁中亦認為僅以需求之身分參與市場亦應適用公平交易法。為避免不必要之紛爭，應透過修法之方式解決之。另見，黃茂榮，公平交易法理論與實務，民國 82 年，第 57 頁。

80 例如 81 年公處字 017 處分書對於中國石油股份有限公司違反公平交易法第十九條第二款之規定所為之處分。

並不能排除公平交易法之適用。上述兩類經濟活動，依公平交易法第四十六條第二項之規定，若經行政院許可，在該法公布後五年內不適用公平交易法。此項五年的時間限制在行政院之草案中並不存在，而係在立法院審議時所增加的。立法者在此明確地表示公平交易法之適用基本上不應依事業是否為公營事業或公用事業而有所不同，換句話說兩類事業原則上亦受到公平交易法之拘束。惟鑑於公營及公用事業負有經濟政策之之任務，一時之間，在營運上恐難適應，故給予五年之緩衝期，俾能調整經營結構適應新法⁸¹。何況在五年內並非公營及公用之事業之所有營業競爭行為皆不適用公平交易法，而僅係特定的，經行政院許可之行為才可免除公平交易法之拘束，其他營業競爭行為仍受公平交易法之規範⁸²。

國家為行政輔助行為時是否應適用公平交易法則有所爭論。今日國家不但在許多商品或服務領域內是重要的供給者，同時也是許多商品或服務重要之需求者，國家作為供給或需求者，對於競爭秩序與整體經濟具有重大的影響力。國家利用此項經濟力量，一方面以損害交易相對人之方式，獲取本身不正當之利益，此在國家為需求獨占者時更為明顯；另一方面亦可能以妨害公平自由競爭之方式，給予特定事業優惠或其他不正當之利益⁸³。若謂國家此種行為不受維護自由公平競爭之公平交易法所規範，則無異將一大部份之經濟活動免除市場及競爭功能之規範，則明顯違反公平交易法制定之目的，實不足採。德國在早期亦對國家

81 若立法者認為公營或公用事業自始不適用公平交易法，則公平交易法第四十六條第二項之規定毫無意義。立法者之所以在第四十六條第二項規定免除適用之情形，即充分證明原則上應適用的結果。

82 行政院曾核可中油以供應優惠價格供應台鐵柴油，以優惠價格供應軍用油及台糖以優惠價格供應軍用糖等行為不適用公平交易法。

83 最常見的是在採購行為時所出現的綁標行為，例如限制投標廠商資格或限定設備器材之尺寸等。公平交易委員會在(83)公處字 025 號處分書中對於台北市捷運局不當限制投標廠商資格，違反公平交易法第十九條第二款之行為予以處分；國立高雄餐旅管理專科學校籌備處違反公平交易法第二十四條一案，84 公處字 055 號，公平會公報第四卷五期。另見公研釋 058 號、067 號、075 號及 077 號解釋。

需求行為是否適用限制競爭防止法有所爭論，但至今日國家需求行為皆一致地被認為是一種營業競爭行為，完全適用限制競爭防止法⁸⁴。此項轉變主要是基於限制競爭防止法全面保護競爭秩序之法律目的。因此若認為公平交易法之目的在於維護市場交易秩序及保障自由公平之競爭，則其所包含的不應僅是市場之供給面，亦應包括市場之需求面。國家之給付行為既屬影響市場功能及競爭秩序之行為，則應適用公平交易法。至於行政輔助行為另外應行遵守的其他法規，例如審計法或各機關所制定之招標或採購注意事項，並不影響公平交易法之適用⁸⁵。

陸、國家經濟行為與可能違反 公平交易法之類型

一、國家經濟行為適用公平交易法之標準

1. 概說

自由公平競爭之主要依循原則為效能競爭，競爭之所以能發揮功能主要在於，競爭者所提供之商品或服務在市場上能充分地被比較，消費者能在自由意志決定下，以選擇特定商品或服務之方式來完成其作為裁判者之任務。因此只有在有利之供給能夠獲得消費者優先選擇時，競爭才能發揮支持及促進較有利給付之功能。基於上述理由，在整體競爭過程中，應使消費者能夠儘量依客觀實質之觀點來判斷市場上所提商品或服務之優劣。惟若市場上根本沒有可供比較之相關產品時，則消費者所擁有之裁判功能即無法發揮。因此如何維持市場上存在儘可能多數的相關產品或服務，則是維護競爭秩序之首要任務。公平交易法第二章有

84 詳見，Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB Kommentar*, 2. Aufl., 1992, § 98 I Rdnr. 50.

85 行政輔助行為是否適用公平交易法之討論，廖義男，同註 76，第 12-13 頁；許宗力，行政院公平交易委員會委託台大法學基金會「公平交易法行為主體研析」研究案報告，民國 82 年，第 47-50 頁。另見公研釋 090 號有關行政機關私法行為是否適用公平交易法之解釋。

關獨占、結合及聯合行為之規定，即在保障進出市場之自由以維持市場之開放性；除對獨占事業採取嚴格的行為規範外，另對於可能形成獨占效果之情形，從組織結構及行為類型上預先加以防範，因此產生了結合管制及聯合行為禁止的基本規範。自由之競爭環境雖足以維持市場之開放性，但若參與市場競爭者不以公平之手段，而另以違反競爭本質之方法，無論其為欺罔、不公平或其他違反交易善良風俗之行為，使消費者無法客觀判斷市場上商品或服務之優劣，則將使得競爭之功能無法發揮，甚至產生劣幣驅逐良幣之情形，最後導致市場機能之失靈，消費者受到最終不利之結果。因此為防止在競爭過程中出現不符合競爭本質之行為，公平交易法在第三章規定了不公平競爭行為之類型，以禁止此類行為出現之方式，使得所有之競爭皆能在公平環境中進行。

公平交易法所揭示之自由及公平競爭原則，不但拘束參與競爭之私人，上所述國家之經濟行為亦受其規範。惟無法完全否認的，國家經營公營事業或本身親自參與經濟之行為，與其他參與經濟競爭者之行為仍有所不同。此項差異之根源在於國家擁有之雙重地位，一方面作為公權力主體，另一方面作為市場參與者⁸⁶。基於此項原因，國家從事經濟行為時擁有實際上交互運用兩種不同地位所具有的機會及資源的可能，從而獲得其他競爭者不可能擁有的特定優勢。此項競爭優勢之取得則非基於國家經濟行為為較佳之給付，而係其利用特有的資源和機會，因此並非以符合競爭本質之方式所獲致。在允許公私企業並存的經濟體制內，國家應僅能使用私人事業亦得利用之方法，否則兩者之間不可能存在真正的競爭；公私企業若無法在平等條件下相互競爭，則將嚴重破壞競爭秩序、妨礙市場機能之發揮，最後將可能造成私經濟行為部份部門無法生存而被消滅或併吞之結果。

⁸⁶ Klein, a.a.O., S. 243; Ulmer, ZHR 1982, S. 481; v. Gamm, a.a.O., 20. Kapitel, Rdnr. 14; 也就是因為具有雙重地位，國家之經濟行為不但受到公平交易法之拘束，其他公法上之規定及原則亦能影響國家經濟行為之適法性。

惟國家在競爭中可能擁有之優勢，乃是無法完全排除的，此項先天上之差異是否能以競爭法規來加以平衡，換句話說以較嚴格之適用標準來規範，便成為值得討論之課題。另一方面，國家經濟行為常追求特定之公共目的，因此為完成此項公共目的，國家可否因而享有更大的行為空間，亦是值得研究的問題。

2. 適用較嚴格或寬鬆之標準

相較於其他經濟主體之行為，國家經濟行為之特性則自國家兼具公權力主體及市場參與者之雙重角色中表現出來。基於此項雙重角色，如何來適用競爭法規，便有所爭議，一方面國家經濟行為所追求公共目的不得因為適用競爭法規而受到妨害，另一方面公共目的的追求亦不能毫無限制地立即合法化任何方式之競爭行為⁸⁷。

國家經濟行為一般所追求之公共目的，特別是社會或經濟政策之目的，雖可在審查該行為是否基於競爭目的所為，及是否適用競爭法規時加以考量。但對於該項經濟行為之實質判斷，亦即是否符合競爭法之規定，則其背後所隱藏的社會或經濟政策之目的並非考量之重點。因此公共目的之追求並不能使得國家經濟行為適用較寬鬆之標準⁸⁸。

國家經濟行為與私人經濟行為存在許多差異，不但在經濟面，例如資金雄厚與否，在心裡面，例如國營事業較值得信賴，皆有不同之處。因此有人即認為，基於國家事實上所擁有之優勢地位，為能使所有參與競爭者皆能有相同之經濟機會，國家經濟行為應適用較嚴格之標準⁸⁹。除此之外，國家經濟行為在維護國家威信及引導私人經濟行為考量下具有示範之功能，因此應受到更嚴格之限制⁹⁰；

87 Harms, B B Beilage Nr.17, 1986, S.8.

88 Baumbach/Hefermehl, a.a.O., § 1 UWG Rdnr.920; v.Gamm, a.a.O., 20. Kapitel, Rdnr.10.

89 Emmerich, Das Recht des unlautern Wettbewerbs, 4. Aufl., 1995, S.37.

90 Schricker, Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb, 2. Aufl., 1987, S.138.

國家之經濟行為並非在追求本身之利益且國家行為基本上皆須受到基本權利之拘束，因此基於保護人民自由權利之立場，國家經濟行為應適用較嚴格之標準⁹¹。惟反對者認為，具有事實上優勢地位並非國家經濟行為之特色，在私營事業中亦有大小事業之區分。事業經濟力量之大小對於市場及競爭秩序所產生之影響，在自由競爭領域中固有其重要性；但在公平競爭領域，不同經濟力量之大小原則上並不會導致對相同行為做不同判斷。競爭行為是否公平，基本上並非取決於行為人本身之特質，而係取決於行為本身⁹²。至於希望國家經濟行為具有示範之功能，無疑是一種正當之期待，但卻非法律規定；賦予較高要求之義務，則可能導致在相同給付下，公營事業因為無法使用相當有效之廣告方法而落居私營企業之後的結果⁹³。

通說認為，國家作為私人企業之競爭者並不適用較嚴格或寬鬆之標準，在參與營業競爭過程中，國家與私人相同適用規範所有競爭者行為之法規，此乃競爭法上平等對待國家與私人經濟行為之必然結果⁹⁴。因此不得賦予公營事業超過其私人競爭者之義務，私人事業所得使用之方法，原則上公營事業亦得適用之。至於國家經濟行為必須受基本權利之拘束，並不違反競爭法上之平等原則，此乃基於雙重身份而來。

3. 國家經濟行為之違法行為與公平交易法

國家從事經濟行為時，除了必須遵守競爭法之規定外，因其另具有高權主體之身分，仍須遵守其他相關法令，例如國營事業另有國營事業管理法之適用，國

91 Ulmer, ZHR 1982, S. 484/490.

92 Schricker, a. a. O., S. 139.

93 Schricker, a. a. O., S. 141.

94 BGH, GRUR 1965, S. 373/375; GRUR 1973, S. 530/531; NJW 1981, S. 2186; Backhaus, a. a. O., S. 331; Piper, GRUR 1986, S. 576; Pöpel, JA 1988, S. 133; v. Gamm, WRP 1984; 自 Art. 90 EWGV 亦可得出公私營事業平等之結果。

家本身為經濟行為時，另須受憲法及其他行政法規之規範。因此若國家從事經濟行為時，違反了競爭法以外之法律規定，是否即可認為此項違法行為至少符合了公平交易法第二十四條影響公平交易秩序之顯失公平行為，而須予以禁止，則成為值得討論之問題。

針對此項問題，德國不正競爭防止法第一條之發展提供了寶貴之經驗⁹⁵。違法行為與違反善良風俗之行為之間存在相當複雜之關係。自帝國法院至聯邦最高法院，德國實務界一向拒絕將所謂的違法及違反善良風俗等視，換句話說並非任何的違法行為，即使基於競爭目的及在競爭關係中所為，皆可同時認為是違反善良風俗之行為⁹⁶。大多數之法規範並非基於道德基礎而是保護特定之法益或基於管制合目的性之考量所制定，因此適用不正競爭防止法第一條之關鍵在於所違反之法規為何。若所違反之法規乃是道德風俗之體現，則此項違法行為基本上即可認為是違反善良風俗之行為；若所違反之法規乃是基於國家合目的性之考量，在防止可能對公共利益產生危害時，則必須該違法行為具有競爭法上之重要意義時，才有必要對其為競爭法上之判斷。依法院之看法，僅在行為人基於此項違法行為相較其他競爭者獲致客觀上無法合理化之競爭優勢，換句話說，即利用其他競爭者對法律之忠誠，行為人有計畫違反適用全體競爭參與者之法律時，才承認違法行為同時是違反善良風俗之行為⁹⁷。

國家經濟行為違反法律時，基本上亦應作相同之處理。惟國家基於其雙重地

95 德國不正競爭防止法第一條：基於競爭目的而於營業交易中從事有背於善良風俗之行為者，得請求其停止該行為及賠償損害。

96 RGZ 166,315/319;115,319/325;BGH,GRUR 1975,S.588;1960,S.193/195; NJW 1982,S.2127;Baumbach/Hefermehl,a.a.O., § 1 UWG Rdnr. 608; Scholz,ZHR 1969,S.140;Schricker,a.a.O.,S.154.

97 BGH,GRUR 1957,S.558-559;GRUR 1960,S.240/243;GRUR 1973, S.144/146;聯邦最高法院在違反保護特別重要的公共法益時，例外地並不要求必須有競爭優勢存在，例如保護國民健康之法規範。實務見解請參考，違反藥物法之行為，BGHZ 44,208/209;81,130;86,277；違反食品法之行為，BGHZ 46,305/306f.;BGH,GRUR 1984,S.376.

位，另外必須受到公法法規之規範，若國家經濟行為逾越了法律上所規定之權限範圍，究應如何處理，則有不同看法。有認為違反界定權限規定之行為並非就是不正當之競爭行為，蓋此類並非以規範競爭行為為目的，亦非以保護國家之競爭者為目的⁹⁸。競爭優勢之觀點亦無法採用，蓋此類規定並非所有競爭者皆應遵守，僅是國家有遵守之義務。有認為，國家違反任何公法或私法之行為，只要該法律適用所有事業，則該行為即為不正當，該國家違反自己所制定之法律乃是相當值得非難的⁹⁹。

國家經濟行為違反之公法法規可分為僅是以保護公法人為目的之規定及同時保護其他競爭者之規定。前者如違反僅規範公法人內部領域之法律，例如是否及在何種範圍內公法人得參與競爭，其不屬於競爭法判斷之範圍，尤其是所違反之規範目的主要在阻止不符合目的之經費使用或避免公法人因從事競爭行為帶來巨大風險之條文¹⁰⁰，此類違法行為雖可間接帶給競爭者不利益，但不得因此即謂其違反競爭法之規定。在競爭訴訟程序中，並非由法院來決定公法人是否及在何種範圍內得從事競爭行為，而係立法者及行政機關之任務。除此之外，此類條文僅適用於公法人而不拘束私人，因此公法人亦無法利用私法人對法律之忠誠而以違法行為取得競爭優勢¹⁰¹。若公法法規不僅在規範公法人競爭行為之許可與否及其界限，而係亦具有保護其他競爭者之目的時，則違反此類規定之行為同時亦是違反競爭法規之行為。該項公法法規雖然僅拘束公法人，但依其目的卻具有對外效力，例如在聯邦法院“*Möbelauszeichnung*”判決中指出，違反保護私人經濟、限

⁹⁸ Heckelmann, Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, 1984, S. 256; 另見 BGH, GRUR 1986, S. 823.

⁹⁹ Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 4. Aufl., 1995, S. 37.

¹⁰⁰ 例如違反預算法之行為。

¹⁰¹ Baumbach/Hefermehl, a. a. O., § 1 UWG Rdnr. 932.

制鄉鎮經濟行為規定之行為，即是不正當之經濟行為¹⁰²。

二、違反公平交易法之類型

國家經濟行為違反公平交易法之行為可分為兩種類型，第一種是國家所採取之行為，私人事業亦得為之者，例如從事虛偽不實之廣告；第二種則為國家特有之違反行為，其原因在於國家一方面作為高權主體，另一方面作為市場競爭者之雙重地位。前者則與私人事業違反時作相同處理，並無特別之處，後者才是本文重心所在。由於我國實施公平交易法之時間不久，尚未累積足夠之實務經驗，因此本文以下的介紹則以德國法為主，分析可能之類型以提供我國日後運作之參考¹⁰³。

1. 不公平競爭行為¹⁰⁴

(1) 濫用官方權威之行為

效能競爭之運作必須以需求者能在眾多供給者間自由選擇為前提。因此若需求者因欺罔或其他不公平方法之影響，以至於無法自由判斷時，則無法真正落實效能競爭。公法人具有特別之權力地位且在人民間享有特別之信賴，此項其他競爭主體未擁有之競爭優勢並非公法人努力之結果，而僅係自其作為維護公共利益之代言人或作為高權主體而來。雖然如此，此類特別信賴之享有，並無法立即可認為國家經濟行為即是不正當之競爭行為。但若公法人依據其所擁有之強制力或信賴地位，為促進公營事業之營運，主動介入競爭活動時，則將造成其基於公法地位所享有之利益不當地移轉到公營事業，此種行為在競爭活動中是不尋常的。如同強制或欺罔行為，基於競爭目的之濫用官方權威之行為亦是不正當營業行

¹⁰² BGH, GRUR 1973, S. 655.

¹⁰³ 由於兩國規定不同，因此並非所介紹之類型皆可適用在我國。惟透過比較，除可提供實務運作之參考外，若發現公平交易法之規定不盡完善，亦可提供修法之方向。

¹⁰⁴ 如何來設計類型並無一定之標準，以下所介紹者僅是眾多可能中之一種，並無排斥其他分類之功能。

為，而應受到禁止¹⁰⁵。自許多判決中可以得知權威濫用乃是公法人違反競爭法之常見之類型且具有多樣之濫用形式¹⁰⁶。以下則以公法人利用不正方法影響交易相對人之競爭行為加以介紹¹⁰⁷。

a.濫用高權之命令權限

基於競爭之目的，濫用高權命令權限乃屬於最嚴重違反競爭法之行為。最常見的高權命令行使則是行政處分及特別權力關係中之指示行為，例如在拆除違建時，指示所有人必須委託特定之公營事業負責，縱然法律上並無強制利用之規定。雖然在此種案例，行政處分依一般行政法之原則及建築法上之規定已因裁量濫用而具有瑕疵，並不需考量競爭法之規定，當事人自得主張撤銷該處分。但若當事人不願主張其權利時，則應考量給予受到不利益的競爭者法律上的保護，蓋此時該項處分可能因違反競爭法而違法¹⁰⁸。

具有公法使用關係之營造物亦常會出現不正當的指令。在公立學校常會指示學生必須向特定之公營出版社購買上課用之書籍，此項指示基本上之正當的，蓋基於授課之目的有必要採用相同之教材。惟若公立學校指定學生所有之學校用品，例如書包或文具等皆必須向特定之公營事業購買時，則此項指示行為已超越了學校設立之目的，該項行為之目的在增進公營事業之銷售量，乃是基於競爭目的之權威濫用¹⁰⁹。

¹⁰⁵ Baumbach/Hefermehl, a.a.O., § 1UWG Rdnr.937ff.; Schricker, a.a.O., S. 177ff.

¹⁰⁶ 例如 BGH, GRUR 1964, S.210/213; 1971, 168/170; 1985, S.1063; 1991, S.381; 1993, S.125; BGH, NJW 1993, S.2680; BGHZ 119, 237.

¹⁰⁷ 此類型之案例常常同時涉及到私法與公法行為，惟基於行為之不可分性，其合法性與否皆應以競爭法作為判斷基礎，而無法分離處理。

¹⁰⁸ Schricker, a.a.O., S.178.; 又如法院指定必須由特定翻譯社翻譯文件始能獲得採用之行為，亦屬於濫用權限之行為。

¹⁰⁹ 不正競爭法並不因為指令接受人與行政機關或營造物間為公法關係而被排除，其所處理的是該項指令對於公營事業與公營事業競爭者間所產生之不當影響，只要該行為符合不正競爭防止法第一條之要件，自

b. 提出不合理、不客觀的利益與不利益之承諾以影響交易相對人

行政機關以承諾給予不合理之利益或不利益之方式來影響交易相對人，促進公營事業競爭能力之行爲亦屬於嚴重違反競爭法之類型。交易相對人雖然知道並無接受公營事業給付之義務，但若其與其他私人事業從事交易，則可能必須忍受不利益或失去已享有之利益。此時交易相對人主觀上陷於一種強制狀態，其自由及客觀之決定受到嚴重之妨害或甚至完全被排除。此項強制狀態之利用，則是一種違反競爭法之行爲¹¹⁰。例如建築主管機關，依建造人是否向公營銀行貸款來加快或延緩審查之時間。

c. 濫用信賴地位

濫用信賴地位亦屬於不當影響交易相對人自由意志之競爭行爲，行政機關以建議、勸告、推薦等行爲方式介入事業間之競爭，惟其並未透過承諾任何形式之利益或不利益而給予交易相對人壓力。行政機關此時大都並不明示具有幫助他人競爭之意圖，而是隱藏在幕後幫助公營事業。一般而言幫助公營事業最有效的方法，是強調其追求公共利益之任務，除此之外，公開地爲公營事業宣傳亦是相當有效之方式。即使人民知悉行政機關並非客觀地判斷，而是基於競爭目的推薦特定之事業，但相對於其他私人，其意見在人民心目中仍具有一定之份量。利用此種因信賴地位所產生之利益，在競爭法是值得非難的，例如市立瓦斯公司以配戴具有審查瓦斯器材權限標章之人推銷本身之器材時，則爲不正當之營業行爲。同時爲審查及爭取交易之行爲，將使得交易相對人產生該員所安裝之機器乃是官方保證而不必再審查之錯覺¹¹¹。國家觀光主管機關於觀光客詢問相關資訊時，片面僅推薦國家所經營之旅館，若此項推薦客觀上合理且符合觀光客特別之希望時，

有適用該法之必要。

¹¹⁰ BGHZ 26,87.

¹¹¹ BGH Der Wettbewerb, 1961, S.2.; 1964, S.38.; 類似的情形亦可能發生於私人事業依附公益團體活動，利用一般人民對公益團體之信賴，從事營業競爭行爲。83年公處字第077號，新品瓦斯安全設備案，公平交易委員會公報第三卷七期。

則該項行為並不違反競爭法之規定¹¹²。惟若此項建議不正確或基於不合理之理由追求本身之競爭目的時，例如有許多旅館皆符合觀光客客觀上之需求時，則單方面推薦國營旅館之行為違反了競爭法之規定。觀光主管機關並非特定旅館之利益代表，而係在促進國家觀光業之形象及經濟利益，觀光客自主管機關所期待的是獲得客觀公平之建議，因此觀光主管機關必須維持其中立之地位，否則即屬濫用信賴地位之行為¹¹³。

在此類案件中無可避免的是必須首先審查，行政機關之行政行為實際上依照交易習慣是否得認為是一種推薦特定事業之行為。在許多官方刊物、公共運輸工具、行政機關辦公建築物或其他類似地點皆會出現不少的廣告行為，此種現象在今日是相當普遍且在經濟上亦具有一定之意義¹¹⁴。行政機關允許他人此種廣告行為，在大眾眼光下，一般而言並不會認為行政機關在推薦從事廣告之事業。惟此項廣告機會必須對所有事業開放且必須避免與官方文書產生混淆，例如在官方刊物之廣告必須經由特殊之印刷方式及空間上之編排，有必要時甚至應明確地註明，使其與官方文書清楚地隔離。

d. 利用官方之象徵、頭銜或標誌

國家從事經濟行為時，在何種情況下得使用官方之象徵、頭銜或標誌亦屬於權威濫用之問題。公營事業之所有人為國家或省（縣），因此自可稱為國營或省（縣）營事業，此項稱謂在交易市場中具有特定之意義。公營事業在市場上常易獲得較多的信賴，蓋民眾認為其能提供較多之保障，此種心理上的認定，將帶給公營事業某種程度上的競爭利益。雖然如此，因為此項稱謂與公營事業之本質不可分，且在經濟生活中正確指出事業所有人之身分亦是基於交易秩序中重視真實性

¹¹² BGHZ 19, 299/304ff.

¹¹³ BGH, GRUR 1956, S. 216; WRP 1985, S. 696.

¹¹⁴ Hubmann, WiVerw 1982, S. 53; OLG München, WRP 1976, S. 395; 此項利用本身設備或建物之行為，另稱為“Randnutzung”，其係在履行公共任務時所附帶產生之效果。詳見，Hidien, GewArch 1983, S. 178; BVerwGE 82, 29/33f.

之要求，亦即不僅是商品或服務之內容必須真實，事業主或事業其他相關資料亦應真實，因此正確指出事業與公法人關係之行爲並不違反競爭法¹¹⁵。

除此之外，國家在從事經濟行爲時，是否得利用官方所使用之象徵或高權標誌，亦值得探討。在不具獨立法人資格而直屬於國家之事業機構，因其在組織上與行政機關不可分，因此即使要禁止其使用，在實際上亦無法執行；在具獨立法人資格之公營事業，在不引起交易上之混淆時，應可允許其利用之¹¹⁶。

(2)濫用行政權限阻礙競爭

在本類型中權威濫用行爲所針對的並非是公營事業之交易相對人而係直接針對其競爭者。國家若以行政處分之方式來阻礙競爭時，競爭者自可向行政法院提起撤銷之訴來保障權利，例如爲避免公營事業面臨競爭者，拒絕發給營業許可之處分。競爭法上比較重要的是，行政機關以所謂單純高權行政行爲阻礙私人事業從事競爭。例如地方自治機關以內部指令規定，在其所經營之公立醫院內所發生之傷患運送，僅能由地方上的救護單位承運時，即使地方救護單位因而獲得競爭上之優勢，該指定並未違反競爭法；但若傷患明確表示希望由特定之私人運送事業承運時，若仍將傷患運送委由地方救護單位爲之，則屬一項違法阻礙私人競爭之行爲¹¹⁷。手工業工會在致函會員的信中要求會員不得與郵購公司簽訂任何供給契約，此項公法人之行爲逾越了法律所賦予之權限，亦不當地阻礙了郵購公司之競爭¹¹⁸。與阻礙私人競爭行爲等價的是，行政機關給予公營事業不當之優惠，例如基於競爭目的給予所謂稅法上的衡平免除¹¹⁹。

115 惟若國家僅持有百分之五之股份時，則不得使用公營事業之稱謂，BGH, GRUR 1986, S.316.

116 依德國商標法第四條第二項第二款及第四項之規定，有關國家徽章、國旗或其他國家高權標誌等，不得登記為商標。

117 BGH, GRUR 1987, S.829/830; 1989, S.430.

118 OLG Stuttgart, NJW 1955, S.389.

119 v. Gamm, GRUR 1959, S.303.; 所謂的“Billigkeitserlaß”（衡平免除），係指依稅法通則(Abgabenordnung)第二百七十七條之規定，在

(3)在競爭中濫用官方關係

事業在銷售商品或提供服務時，一般而言所面對的是不確定的多數大眾，因此若事業能夠縮小潛在交易相對人之範圍或利用特定之管道與潛在交易相對人建立關係，則不但能省下一筆可觀的廣告支出，更能使其所提供之給付在市場上獲得青睞。透過行政機關之行爲，公法人與可能需求公營事業給付之交易相對人間產生各式各樣的接觸，例如基於書信往來或個人爲完成本身事物親自到行政機關洽公。濫用此類官方關係之行爲，原則上屬於不正競爭防止法第一條所欲禁止的非效能競爭方式，蓋此時公營事業利用僅是其可擁有而非其他競爭者亦可擁有之方式及可能性。因此若利用人民基於洽公之必要必須親自到行政機關之機會，從事廣告行爲或甚至從事交易行爲，則屬於不正當之競爭行爲。例如掌管喪葬事宜之行政機關在調查發生於醫院之死亡事件後，立即將所獲得之資料提供給公營事業，以便搶得商機與死者遺屬簽訂有關喪葬之契約。調查行爲在此並非不正當，蓋該行爲並不具備競爭意圖且其乃基於簡化死亡報備手續之公共目的而爲。值得非難的是行政機關將所獲得之資料作爲商業使用，且公營事業濫用了行政機關利用高權行爲與死者遺屬間所建立之關係¹²⁰。同理，死者遺屬到行政機關報備時，行政機關亦不得藉此機會爲公營事業作廣告或甚至居間簽訂契約，否則公營事業將獲得非基於其效能而係基於其雙重身份之不合理競爭優勢¹²¹。

(4)濫用官方資訊及機密

國家從事行政行爲時，常會知悉許多對於經濟活動有重大意義之事實，特別是有關於可能交易相對人之資訊，例如住居所之資料可作爲有效廣告之基礎；戶籍資料可知悉出生、死亡或結婚等重大事件，而此類婚喪喜慶勢必帶來一定之商機。此外行政機關在提供經濟輔助時，當然亦知悉受輔助人之身分及所需之特定

個案中得全部或部份免除租稅或其他基於稅法債務關係所發生之請求權，若其收取依個案之情況顯示不公平時。

¹²⁰ OLG München, WRP 1956, S. 15.

¹²¹ Schutz-Süchting, GRUR 1974, S. 703; VGH Baden-Württemberg, GRUR 1973, S. 82; 另見 BGH, NJW 1987, S. 60 及 S. 62.

商品或服務。另外一種類型則是行政機關透過經濟行政上之措施亦能知悉公營事業競爭者之營業情況，如競爭力、客戶往來情形、財務狀況等。最後行政機關亦能預先知悉即將採行之經濟政策措施，如進出口配額之增減，經濟輔助金額之高低、可能的國際契約或金融及貨幣政策上之措施，如幣值之升降等。上述其他事業無法或僅知悉部份之事實，對公營事業提供了許多競爭上之優勢，蓋其能及時適應變遷之環境且正確做出決定減少風險。

濫用此類並非任何事業皆可獲得之特殊資訊違反了競爭法上效能競爭之原則¹²²，即使公營事業並無採取任何積極行為來獲取此類資訊，例如僅基於同時為行政機關人員及公營事業人員之提供，此項利用仍是不許可的，蓋此類兼職人員必須遵守一般之沈默義務外，亦負有避免造成不正競爭之義務。當然國營事業更不能試圖利用其與國家間之特殊關係，來獲取機密或他人無法取得之資訊¹²³。

(5)利用國家資源從事低價競爭

價格競爭雖不是唯一的競爭方式，但卻是競爭上最主要之動力，因此以低價從事競爭不但原則上許可，從整體經濟發展之眼光來看亦是值得鼓勵的。因此公營事業基於本身營運效能之結果所從事之低價競爭，並無問題。

在何種情況下低價競爭會變質為值得非難之低價傾銷，法院已發展出一套判斷之標準，其區分為對於特定事業個別阻礙及破壞市場之低價傾銷¹²⁴。兩類型之審查重點及程序雖有不同，但共同之要件在於此種低價傾銷之行為乃是基於整體（非僅個別單一之行為）不正當之陰謀所為，且主觀上具有消滅或排擠競爭者之惡

¹²² v. Gamm, GRUR 1959, S. 303; Hubmann, WiVerw 1982, S. 60; Piper, GRUR 1986, S. 579.

¹²³ Schricker, a. a. O., S. 205.

¹²⁴ 詳見，公平交易委員會委託中央研究院中山人文社會科學研究所「公平交易法第二十四條影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為執行標準之研究」研究案報告，民國八十二年六月，第 101-104 頁及 147-150 頁。

意¹²⁵。最具代表性的是利用違法行為，例如漏稅或給付低於最低法定工資之方式來從事傾銷¹²⁶。

公營事業原則上亦適用相同之標準，比較有爭議的是以低於成本價之方式銷售商品或提供服務，是否違反競爭法之規定。原則上，價格之決定乃屬於事業最基本的經濟自由，因此其可自由決定其所生產或銷售之商品以何種價格出售。在特定商品因時尚流行成爲過氣時，以低於成本價格出售，在經濟上不但是合理的且是理智的表現；此外，事業爲了特定目的，例如提高市場占有率或打開市場，亦可能以其他營業項目之盈餘來補貼低價競爭。故單純以低於成本價出售商品之客觀事實並無法顯現出行爲之不正當性¹²⁷。惟若此項低於成本之競爭乃基於消滅其他競爭者之意圖所爲時，則此項行爲即成爲值得非難之低價傾銷¹²⁸。所謂毀滅性的競爭不僅指利用經濟霸力完全排除他人之競爭，在可能造成其他競爭者生存危險時，即應受到限制。聯邦最高法院亦指出，利用國家資源所爲低於成本價格之傾銷是不許可的，若整體競爭制度因而受到重大危害、競爭者受到不當阻礙或競爭者被完全排除時¹²⁹。

對公營事業而言，除上述適用所有競爭者之情形外，另存在特別之類型，即公營事業得以國家資金、行政機關之人、物、配備或利用基於完成公共任務所獲得稅法上之優惠，從事值得非難之價格傾銷¹³⁰。利用基於公法地位所獲得之利益

¹²⁵ Baumbach/Hefermehl, a.a.O., § 1 UWG Rdnr.255; Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 4. Aufl., 1995, S.76ff.; BGHZ 85, 84/95; 96, 337; 111, 188.

¹²⁶ RGZ 117, 16; OLG Hamburg, NJW 1987, S.1651.

¹²⁷ 對事業而言，最重要的並非是個別商品可獲得多少個別利潤，而係整個事業之經營成果如何獲得最佳之利潤。惟不能否認的是，在缺乏客觀合理理由下，持續或重覆以虧損方式之價格從事競爭，並非正常經營之方式。BGH, GRUR 1984, S.204/206; Scholz, WRP 1983, S.373/375.

¹²⁸ BGHZ 116, 47; BGH, GRUR 1985, S.883.

¹²⁹ BGH, GRUR 1979, S.321.

¹³⁰ Schricker, a.a.O., S.208; 適用所有事業之稅法上優惠在此並不討

持續性地從事低價傾銷乃是違反競爭法的。

何時存在所謂的“低價”傾銷，並無法單純以數字來比較不同價格後得知，價格必須與所提供給付之品質來衡量，而給付之價值則依大眾對於給付內容之評價而定。例如官方出版之節稅書籍，自一般人民眼光來看，一定較私人出版之節稅書籍不具參考價值，蓋官方出版品原則上比較不會去注意納稅人之利益。因此官方節稅書籍之價格縱使低於私人出版書籍甚多時，亦難謂其為低價傾銷¹³¹。

為競爭目的使用國家資金基本上是許可的，競爭法並非規範公營事業之價格政策。但若資金之利用違反了經費使用目的，而被作為低價傾銷之用時，則違反競爭法。例如法定健康保險機構與私人保險事業競爭時，違法使用投保義務人所繳交之費用以降低自由投保者之費用，利用此種低價方式來爭取顧客。聯邦最高法院認為，法定保險機構將具有目的限制之國家經費使用於非為達成該目的所必要之行為，此種利用國家資金從事不當價格競爭之行為是值得非難的¹³²。

在判斷個案中，公營事業之低價行為是否值得非難，首先必須確定此項低價究竟是因為成本較低之生產程序或營運方式較有效之結果或是僅基於濫用國家之資金。至於是長期或僅以單次獲得國家資金並非重要。在有疑問的案件中，公營事業應公開其成本計算之方式¹³³。

論，詳見，Hubmann, WiVerw 1982, S.56.

131 Schricker, a.a.O., S.209.

132 BGH, GRUR 1982, S.433/436.

133 BGHZ 96, 350. 目前所發生兩件有關公營事業與私人事業之爭執，即台糖建屋及省立醫院免收掛號費，皆可能涉及到本類型。因此首先必須確定相較於私人給付，此項低價甚至是免費的行為究竟是基於何種原因。若其乃是基於生產成本較低之故，例如台糖所擁有之國土資源，則基於該原因推出售價較低之房屋，自無值得非難之處，惟若其以違法使用土地之方式，例如非法變更地目，則屬違法從事競爭且因而獲得無法合理化之競爭優勢，乃屬違反競爭法之行為。同理，省立醫院與一般私人診所在爭取顧客時乃處於競爭關係，此並不會受病患與兩者或病患與健保局處於何種關係而有所影響。掛號費與自付額乃目前民眾看病時的兩大支出，因此掛號費之免除自可帶給省立醫院競爭上

2. 限制競爭行為¹³⁴

國家在今日不但是許多商品或服務重要之提供者，同時亦是許多商品或服務重要之需求者，在許多特定之市場，國家甚至是獨占需求者，例如國防工業。此外在建築工程，不論是道路、房舍或其他設施，國家之需求亦占有重要之地位。整體而言，作為私經濟供給者與需求者之國家，其力量在市場及競爭秩序內是不容忽視的，國家利用依此方式所獲得日益增加的市場力量，有時不免會給予個別事業優惠或為謀求本身不正當之利益而犧牲個別事業之利益；例如基於有利特定事業之考慮，違反公開招標之原則或公法人招標採購單位間共同為價格及條件之約定以向投標人爭取利益。在適用限制競爭防止法時，國家與私人並無不同。惟基於國家經濟行為之特殊性，其仍呈現不同之風貌與重點，以下的介紹則著重於國家特別的違法類型。

(1) 卡特爾（聯合行為）禁止

國家或公營事業常與其他公營或私人事業組成卡特爾，主要是涵蓋公營事業的限制競爭防止法第九十九條至第一百零三條之一有關除外領域之規定作了最好之證明¹³⁵。

之強大優勢。基於省立醫院營運良好，而欲以免除掛號費方式回饋顧客者，此種價格競爭自是效能競爭之表現；惟若另以省府預算專案補貼，則無疑是利用國家資金從事不正當之競爭，應屬違反競爭法之行為。

¹³⁴ 以下所採用之類型乃以德國限制競爭防止法之規定為依據，在涉及我國之案例，將會另以公平交易法之規定補充之。

¹³⁵ 有關我國部份，請見公平交易委員會委託台大法學基金會「公平交易法第四十六條第一項之探討」研究案報告，民國八十二年四月，第131頁以下，其中有不少涉及聯合行為除外之態樣，例如合作社法第六十六條第一項之規定。

較常見的聯合行爲是公營事業協調彼此市場行爲之嘗試，不同公法人或其事業透過採購單位間相互之約定，以影響或排除彼此間之需求競爭，使其在與供給事業從事交易時能夠獲得優勢，此項採購單位相互間之約定，以限制營業競爭之方法，影響商品交易之市場關係必須加以禁止。例如公立醫院基於成本考量所設置的共同對外採購組織¹³⁶或聯邦鐵路局與其他交通事業分割交通市場之協議¹³⁷。除此之外，國家一些建議行爲或行政機關所頒佈之方針、準則、契約範本等，其目的在協調行政機關在需求特定商品或服務時之行爲者，亦受到卡特爾禁止之規範¹³⁸。

(2)其他契約類型

限制競爭防止法第十五條至第二十一條另外規定許多受到禁止之契約類型，此類規定亦適用在國家之經濟行爲，其中以第十五條¹³⁹及第十八條¹⁴⁰最爲重

¹³⁶ Schultes, WuW 1981, S. 731, 749.

¹³⁷ LG Köln, BB 1964, S. 852.

¹³⁸ Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, 2. Aufl., 1992, S. 98 I Rdnr. 71.

¹³⁹ 限制競爭防止法第十五條：事業間於本法適用範圍之市場內有關商品或服務所簽訂之契約，如其限制契約當事人一方與第三人就所供給之商品或服務簽訂契約時之價格或其他交易條件之形成自由時，無效。我國公平交易法第十八條與第十九條第六款之規定類似之。

¹⁴⁰ 限制競爭防止法第十八條第一項：事業間就商品或服務所簽訂之契約，使當事人一方有下列情形之一者，卡特爾官署得隨時或自其所指定將來時點起宣佈該契約不生效力，並禁止適用相同種類之新限制：

1. 使用供給之商品、其他商品或服務之自由受到限制，或
2. 限制向第三人取得其他商品或服務或限制將其他商品或服務讓與第三人，或
3. 限制將所供給之商品讓與第三人，或
4. 有義務購買客觀事物上或交易習慣上不相繫屬之商品或服務，並具有下列情形者：
 - a) 因而使得在市場上競爭之多數企業受到同樣限制，並使其競爭自由受到不公平限制，或

要。第十五條之目的在保護事業之契約內容自由權，而所有與公法人簽訂具有限制價格之約定皆違反第十五條，例如聯邦與聯邦軍隊餐廳承包人所簽訂具有價格限制之契約¹⁴¹。第十八條之目的主要係在保護事業之契約對象選擇之自由權，因此所有限制公營事業交易相對人簽訂契約之約定，皆違反第十八條之規定，例如實務上常見的，保險機構與藥劑師間所簽訂單方或雙方專屬限制之契約¹⁴²。

(3) 結合管制

結合管制之規定毫無例外地適用於國家之經濟行為¹⁴³，因此原則上適用與私人相同之標準，並無特別之處。國家經濟行為適用結合管制規定時必須面臨的問題乃是如何去計算公營事業參與之範圍，特別是得否逕自認為公營事業具有特別之市場優越地位。若認為公營事業皆具有市場控制地位，則所有公營事業參與之結合皆須受到限制。實務上亦具有此種傾向，尤其在理由中特別強調公營事業資本之雄厚，例如在有關德航(Lufthansa)之市場地位，必須考量聯邦是多數股東，自國家參與內國航空公司之事實可以期待，基於該公司對於內國經濟之重要性及對外國關係，國家在其營運艱困期，將會全力支持或協助其度過難關¹⁴⁴。結合管

b) 因而使他事業進入市場時受到不公平之限制，或

c) 因限制範圍，使該商品或服務或其他商品在市場上之競爭受到重大妨害。

類似的規定則為我國公平交易法第十九條第六款。

¹⁴¹ BGH, WuW/E 1581, 1584.

¹⁴² OLG Stuttgart, WuW/E OLG 1557, 1558f. 中油強制民營加油站專賣國光牌潤滑油之行為，亦屬於專屬限制之一種，公平交易委員會認為該行為違反了公平交易法第十九條第六款之規定。84公處字第079號，公平交易委員會公報第四卷七期，第43頁以下。

¹⁴³ KG, AG 1982, S. 74; AG 1983, S. 191; Autenrieth, in Gemeinschaftskommentar, 4. Aufl., 1985, § 98 I Rdnr. 88; Emmerich, 同註 138, Rdnr. 104.

¹⁴⁴ KG, AG 1983, S. 191, 193; 在我國公營事業之規模皆十分龐大，因此大都皆可滿足公平交易法第十一條之規定。除有特別情形存在外，皆應向公平交易委員會申請許可。有關個別公營事業之情況，請見，解構

制之規定不僅適用於公營事業所參與之結合，亦包括任何公法人本身取得私人事業股份、營業或財產之行爲；公法人以承讓目前屬於私營事業以擴大公經濟部門之行爲亦必須接受競爭法之管制。至今尚未完全解決之問題在於，此時是否必須將該公法人所有事業之資源皆計算在內¹⁴⁵，或僅於該公法人所有事業之資源在競爭上被視爲一個整體時，才計算在內¹⁴⁶。

(4)濫用禁止（監督）

限制競爭防止法第二十二條所規定之濫用監督乃是除第二十六條歧視（差別待遇禁止）外，在實務上對公營事業最重要之條文。適用之前提在於事業是否具有市場優勢地位。是否具有優勢市場地位，在公私營事業間基本上是採用相同之標準。一般而言法院是十分注重市場之占有率，若占有率低，則基本上認爲並不具優勢市場地位，公營事業之特性僅附帶加以考慮¹⁴⁷。實務上承認具優勢市場地位者，例如聯邦郵政局在電話機之需求市場、聯邦鐵路局在鐵路器材之需求市場或高速公路局在所有休息站之加油站出租供給市場¹⁴⁸。

公營事業重要之優勢在於其原則上可以獲得國庫幾乎無限制之資助，此項優勢使公營事業在例外情形下亦能利用長期虧損（低價）之策略來開拓市場。因此公營事業享有任何私人事業無法相比的巨大潛在資源。除此之外，公營事業亦有能力動員整個國家機器幫助其從事競爭行爲，最常見也是重要的例子，則是公營事業透過立法行爲獲取不同的特權，如除外領域之規定。因此國家經濟行爲在大多數之情形下，實際上皆享有特別的、透過競爭無法完全規制之行爲空間，而此正是可能危害競爭者或交易相對人之原因。因此有學者建議，基本上將國家經濟

黨國資本主義，澄社報告，民國八十年，第 35-50 頁。

¹⁴⁵ 贊成者，Emmerich, in: 2. Festschrift für Franz Böhm, S. 119/129.

¹⁴⁶ Autenrieth, a. a. O., Rdnr. 89.

¹⁴⁷ OLG Stuttgart, WuW/E OLG 1421, 1425; Autenrieth, a. a. O., Rdnr. 82f.; Harms, a. a. O., S. 21ff.; Ulmer, ZHR 1982, S. 492ff.

¹⁴⁸ 詳見，Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, 2. Aufl., 1992, § 98 I Rdnr. 76.

行為皆視為具有控制或優勢市場地位，除非其例外地被認為是與其他競爭者處於平等之地位¹⁴⁹。

在此當然無法完全詳列公營事業可能之濫用行為，而僅提出在實務上重要之類型，最主要的是需求獨占之濫用及基於技術發展之必要，國家將其獨占地位擴及至其他市場之行為。需求力量之濫用主要是發生在國家經濟行為，蓋在許多市場內，國家具有法律或事實上之需求獨占，而且國家亦往往不吝惜公開利用此項力量，帶給交易相對人不利益，例如提出單方面限制供給者事業活動之契約條款，明顯違反工程招標所必須注意之法令，濫用對於供給者特別不利益之委託條款、基於政治考量，在公共工程發包時，放棄公開招標的方式或其他恣意排除特定供給者之行為¹⁵⁰。至於利用其獨占地位，將其影響力擴及至其他市場者，例如聯邦郵政局基於郵務及電信之獨占權，將獨占情形擴充至電話簿市場及共同天線市場等¹⁵¹。適用濫用禁止規定時，事業控制市場之程度愈強，則對於濫用程度之要求則愈寬鬆。此項原則對於公營事業特別重要，蓋其基於公營事業一般所具有之獨占地位或強大之市場占有率，其所為之濫用行為則十分容易被認定為符合濫用禁止規定之行為¹⁵²。

(5) 歧視（差別待遇）禁止

限制競爭防止法第二十六條第二項差別待遇禁止之規定在實務上是最常適用在公營事業之規定。本項規定所呈現的乃是昔日法院判決自一般法律原則中所導出締約強制在國家經濟行為之具體化。差別待遇禁止之要求更精確地說明了憲法上平等原則之要求，如同基本法第三條第一項對於國家從事公法行為之全面規範，限制競爭防止法第二十六條第二項對於國家經濟行為亦有相同之效力。本項

¹⁴⁹ Emmerich, 同上註, Rdnr. 81; 拒絕此項推定者, Autenrieth, a.a.O., Rdnr. 82; Harms, a.a.O., S. 21f.; Ulmer, ZHR 1982, S. 492f..

¹⁵⁰ Emmerich, 同註 148, Rdnr. 85; 公研釋字 058 號、067 號、075 號、076 號、082 號、089 號、092 號。

¹⁵¹ 詳見 Emmerich, 同註 148, Rdnr. 83.

¹⁵² Autenrieth, a.a.O., Rdnr. 87.

規定最主要之任務在於阻止從事經濟活動之國家利用給予個別競爭者或交易相對人不合理之優惠或不利益，來濫用其市場力量。善用差別待遇禁止之規範能正確地將國家經濟行為導入競爭秩序，並同時預防國家經濟行為危害到基於私人財產及契約自由所建立之競爭制度¹⁵³。

差別待遇禁止規定所適用的乃是具控制市場地位之事業，如上所述，國家之經濟行為在許多市場皆具有控制市場之地位，因此適用上並無問題。國家在許多市場內即使並非獨占需求者亦是最大的需求者，同樣地也有許多商品或服務僅或大部份由國家所提供。在此類情形下，不論是供給者或需求者皆必須依賴國家生存，蓋其並無其他充分且可期待的其他選擇可能，因此國家不得恣意排除特定之供給者或需求者。例如大多數之製藥廠皆必須依賴社會保險機構生存¹⁵⁴ 或彩券發行機關與經營彩券業者所簽訂之代銷契約¹⁵⁵。

差別待遇禁止規定最主要的適用範圍乃是國家以需求者之身分出現時，其與濫用監督之規定同時負有排除濫用需求力量之任務。自差別待遇禁止規定中可以推論出國家必須遵守相關招標法規之義務及平等對待所有供給者之義務。國家原則上必須向所有供給者開放其需求，不得恣意將需求集中在特定的事業而排除其他事業。基於國家負有禁止差別待遇之義務，可以導出，國家需求之滿足基本上皆應採行公開招標之方式，蓋只有在此種情況下，才能使所有事業皆能獲得參與國家需求之機會。換句話說，限制公開招標、限制事業參與競爭之條件或甚至以議價方式，則只有在基於客觀必要之實質理由時，才例外許可之；若缺乏此項理由，則此類行為違反了禁止差別待遇之規定¹⁵⁶。

153 Autenrieth, a. a. O., Rdnr. 95ff.; Emmerich, JuS 1970, S. 332; ders., 同註 148, Rndr. 90-91.

154 BGH, NJW 1976, S. 2302.

155 BGHZ 107, 273/277f.

156 詳見 Emmerich, 同註 148, Rndr. 94; 公研釋 048 號解釋認為招標採購限定正字標記廠商，乃係配合推行國家標準及正字標記政策，並不違反公平交易法相關之禁制條文。同理由亦在 074 號解釋招標採購限定

公開招標義務並非同時意味著國家有強制購買之義務，而僅係表示國家在滿足其需求時，基本上應給予所有可能參與之事業相同公平之機會，即不得恣意排除個別事業。在判斷究竟應由誰得標時，行政機關擁有廣泛的裁量餘地，法院或競爭法之主管機關僅在明顯濫用此項裁量時，才能加以管制¹⁵⁷。例如招標機關以承包事業是否亦為對待給付為準決定得標者或因為投標者與招標者尚有法律糾紛未解決，招標者因而全面禁止投標者參加投標，皆是違反差別待遇禁止之規定¹⁵⁸。

除作為需求者為，國家作為供給者時亦可能違反禁止差別待遇之規定，例如公營事業在制定費率表時，無理由地給予個別購買特定之優惠或不利益¹⁵⁹。

「純羊毛標誌」及「防縮羊毛證明」中提出。因不當限制交易相對人資格或交易條件而被認為違反公平交易法有關差別待遇禁止之規定者，例如（83）公處字第025號，台北捷運局不當限制投標廠商資格，公平會公報第三卷三期，第24頁；中油阻礙捷克蒸汽渦輪發電機廠商斯柯達（SKODA）參與汽電共生設備蒸汽渦輪機市場，84年公處字第102號，公平交易委員會公報第四卷八期，第88頁。

¹⁵⁷ BGHZ 101, 72/81ff. 有關公共工程與公平交易法間之關係，請見，游素素，公共工程發包與公平交易法，第二卷三期，第77頁以下；黃茂榮，公平交易法實務之回顧與前瞻，公平交易季刊，第三卷一期，第12-14頁。

¹⁵⁸ Emmerich, 同註 148, Rndr. 95; 公平會於公研釋 076 號解釋中認為，因法律糾紛案由萬端，未必全與工程有關，縱屬有關，亦未必與工程品質或履約能力有關，故招標者不得以其與投標者有法律糾紛尚未解決，全面禁止投標者參加投標，而必須考量該法律案件性質之正當性後才決定。

¹⁵⁹ Emmerich, JuS 1970, S. 332. 公平會於（81）公處字第017號對於中國石油公司銷售航空用油給永興公司之價格，認為無正當理由給予差別待遇，為違反公平交易法第十九條第二款之規定。詳見，公平交易委員會公報，第一卷七期，第11頁。

柒、結 語

現代國家利用不同的經濟政策措施來引導及促進經濟之發展，國家透過公營事業或本身經濟行為參與市場競爭自屬最古老的方式之一。除憲法上明定特定事業以公營為原則外，由於歷史的演變，使得我國國家經濟行為所包括的領域十分寬廣，在整個經濟生活中扮演重要的角色。國家經濟行為之範圍及種類究竟要如何才能同時兼顧保障人民經濟自由及完成憲法上第一百四十二條規定之任務，並無法獲得一成不變之標準。國家經濟行為所必須遵守之限制，可自憲法中之權限規定、基本人權之保護及法律保留原則中得出。除此之外在考量國家經濟行為，尤其是經營公營事業時，必須將當時所經營之理由與現代的經濟環境做比較，以判斷是否有必要繼續由國家經營。原則上公用與獨占性事業因憲法第一百四十四條之規定，由國家經營，故其種類及範圍若能依照第五章之說明嚴加界定，則在憲法上並無問題，更何況目前許多公用事業，例如電力，已允許由私人興建電廠，國家不再獨占市場。至於其他國家所經營之事業，基於經濟自由化之潮流，公營事業民營化之呼聲日高，政府雖然順應時代潮流亦開始將公營事業民營化，惟其所採取的方式則以出售或標售股權為主，此項方式是否能完全解決公營事業之問題不無疑問，蓋公營事業民營化並非如同私營事業相互間以取得股票方式獲取控制權或甚至變換經營主體。其所涉及的許多社會、政治、經濟、勞工政策問題皆有待努力克服¹⁶⁰。

國家經濟行為既然在整體經濟生活中扮演重要的角色，則以維護市場制度與保障競爭秩序之公平交易法，自無排除適用國家經濟行為之理。為謀求適用上之方便，我國公平交易法特別於第二條將規範的對象，即事業加以定義。依該條之規定，凡是提供商品或服務從事交易之人或團體，不論其組織為公司或獨資或合

¹⁶⁰ 有關公營事業民營化之問題，請見，公營事業民營化問題與對策之研究，研考會，民國八十三年九月；透視民營化瓶頸，新社會基金會，民國八十三年七月。

夥之工商行號，不論其行為方式為何，契約或決議，皆適用公平交易法之規定。基於此項規定，公平交易委員會於許多解釋中對於非提供商品或服務從事交易之行為，認為不適用公平交易法，例如公法行為¹⁶¹ 或公會決議公休日之行為¹⁶²。事實上對於市場競爭秩序會產生影響的並非僅限於提供或需求商品或服務之人或團體所為之營業競爭行為，為能完成公平交易法全面維護自由公平競爭秩序之目的，任何對於競爭秩序產生直接影響且主觀上具有競爭意圖之行為皆應受到公平交易法之規範。如此才能避免不當地將應受到公平交易法規範之行為排除適用。就國家經濟活動而言，因國家具有雙重身份，同時為高權主體與經濟參與者，上述之理由更為突顯，在第六章所列舉之不公平交易類型，不論是濫用官方權威之行為或利用國家資源從事低價傾銷，都可以顯示出國家非提供或需求商品或服務之行為對於競爭可以產生何種巨大之影響，若僅謂其屬於公法行為而不論及該行為對於競爭者或其他市場參與者之影響，則無疑賦與公法人利用其特殊地位所產生之“特權”來從事不受公平交易法拘束之競爭行為，此項結果明顯違反了公平交易法全面維護自由公平競爭之目的¹⁶³。因此在涉及國家之經濟行為時，必須對於個案之整體情勢作詳細之判斷而不應侷限於公法行為不受規範、私法行為適用公平交易法的簡單二分法，如此才能真正建立公平合理之競爭秩序與環境。

161 公研釋 001 號政府對公立醫院之補助行為； 038 號臺灣省學生團體保險之保險行為。

162 公研釋 011 號解釋：同業公會以決議方式決定會員之公休日，其目的不在影響生產、商品交易或服務供需之市場關係，而係基於會員員工之福利與休閒需求，該行為不致妨礙市場功能，應無公平交易法之適用。

163 此處並非指所有的公法行為皆應受到公平法之規範，而僅係強調在適用公平法時，必須考量行為對於競爭秩序之影響，而非僅著眼於行為之性質，在特定案件中，若一個營業競爭行為之發動以先前的公法行為為依據，而兩行為被視為一體而不可分時，則兩種行為之合法性與否，不宜作分離處理，而係應以競爭法作為判斷之依據，較為妥適。