

《公平交易季刊》
第七卷第四期(88/10)，pp.1-48
◎行政院公平交易委員會

淺析公平會「例外許可中小企業聯合定價行為審查原則」*

林易典**

摘要

本文將就行政院公平交易委員會於83年11月2日援引公平交易法第十四條第七款「中小企業聯合條款」所通過之「例外許可中小企業聯合定價行為審查原則」加以介紹及討論。作者首先就「審查原則」之制定背景、規範目的、實體要件如：交易穩定化原則或資訊透明化原則、例外許可聯合定價方式加以介紹。

其次本文所加以檢討者，為「交易穩定化原則」、「資訊透明化原則」，諸如其設計上將使第十四條第七款要件成為具文、二原則之內涵與第十四條第七款「增進經營效率，或加強競爭能力」法定要件毫不相涉、其破棄卡特爾禁止原則，創造出法所未明文之第十四條第八款等。本文緊接著並就「例外許可聯合定價」之本身來加以檢討，如：(1)市場價格結構僵化，趨近齊一；(2)合理價格之認定不易；(3)價格聯合之範圍涵蓋全體同業，將重大妨害市場功能；(4)「效能競爭」之促進與聯合定價及消費者保護間未必有

*本文係由作者民國87年6月於國立政治大學法律學研究所之碩士論文「中小企業聯合於公平交易法之探討」第七章第三節所改寫。該論文曾榮獲88年度「行政院公平交易委員會獎助研究生撰寫研究論文」之獎助。關於學位論文之完成，作者要特別感謝指導教授蘇永欽老師，以及口試委員廖義男教授、吳秀明副教授三位老師之悉心指正及建言。而本文之完成，作者還要感謝匿名審查人提供諸多寶貴之審查意見，使作者能就疏漏之處加以改正及補充。

**國立政治大學法律學研究所碩士，現任海軍陸戰隊少尉排長。

直接之關連；(5)自律公約之功能並非在進行卡特爾（聯合定價）之情事等。此外本文並檢討「當事人適格要件」，如：(6)賦予同業公會專屬之申請權，將使事業不得越過同業公會層級共同申請；及(7)無理由將大事業排除在外，蓋其市場對造亦有避免受宰割及受有資訊公開之保護需求；(8)對於中小企業範圍之認定，「審查原則」及公平法施行細則逕行準用「中小企業發展條例」下之「硬性標準」：經濟部之「中小企業認定標準」，而忽略其與公平法在性質上，建構理念上均有顯著之不同。

最後本文嘗試對此窘境提出解決之道及立法芻議，首先介紹其他學說上、比較法上之嘗試及經驗，並討論公平法下應有的中小企業認定標準，增訂自律公約（競爭規則）條款，將其納入公平會之事前管制監督，以及增訂概括例外事由之可行性。以期經此修正，使身為市場競爭自由及聯合行為禁止規定「守護者」之公平會於許可聯合行為時，可避免在現行法制下產生逕曲現行法規範目的及忽視法定要件之情事，強行攀附於第十四條第七款之上，而還給中小企業聯合條款原本應有之面貌，致力於提升中小企業之經營效率或競爭能力，而不再被用來從事不在其規範目的內之「消費者保護工作」。

關鍵詞：中小企業、聯合行為（卡特爾）、聯合定價行為、中小企業聯合條款、例外許可中小企業聯合定價行為審查原則、交易穩定化原則、資訊透明化原則、效能競爭、消費者保護、自律公約、概括例外事由。

壹、概說

行政院公平交易委員會於 83 年 11 月 2 日第 160 次委員會議所通過之「例外許可中小企業聯合定價行為審查原則」（以下簡稱「審查原則」），其依據為公平交易法第十四條第七款「中小企業聯合條款」¹。此亦為公平會於第十四條各款之許可實務上，唯一的「行政命令」²。

在相關之法事實(Rechtstatsachen)及過去之經驗中，公平會實務上根據第十四條第七款來加以許可准駁之案例，迄今僅有一案。此即台灣省橡膠製品商業同業公會聯合會代所屬縣市同業公會暨其會員申請「營業客貨四輪車輛輪胎修補訂定價格」聯合行為案（以下簡稱「輪胎修補聯合定價許可案」）^{3,4}。在本案之許可理由中，

¹ 見「審查原則」第四點。收錄於公平交易委員會，公平交易法相關行為處理原則，84 年 4 月、85 年 12 月、86 年 12 月（增訂二版），第 5 頁以下。公平交易委員會，行政院公平交易委員會執行公平交易法之內規及解釋，86 年 3 月，123 頁以下。

² 應注意者，其使用「審查原則」字眼，並不在中央法規標準法第三條所列的七種名稱之中。惟無論如何，即便「審查原則」並未採用法定名稱，然其已具體限制人民之權利（如當事人適格等申請許可之條件），故已非單純行政機關內部之行政規則，而屬行政命令。其是否有意藉此逃避立法院對於法規之監督（中央法規標準法第七條），則不得而知。此外，此「審查原則」是否可認已有公平法之授權，而構成「法規命令」？抑或是無法律授權之「職權命令」？尚有待進一步之研究！

並請參見，董保城(1994)，行政法講義（上下合訂本），175。有認為未採取中央法規標準法第三條七種名稱者，僅係「行政規則」，不宜解為職權命令者，呂榮海(1993)，「公平交易法法源及其適用關係」，公平交易季刊，1:2，42（氏係針對公研釋此等行政解釋來加以討論）。對於「審查原則」之性質的相關討論參見，魏杏芳(1998)，論歐洲共同體對聯合行為的管制—從群體除外(Block Exemption)制度看超國家體制執行經濟管制的方法與困境，國立政治大學法律學研究所博士論文，299。

³ 在本案中，公平會僅許可營業用「中客貨車」及「大客貨車」部分，營業用「小客貨車」部分則未予許可。公平會指出，蓋為避免僅許可「營業用小客貨車」部分之聯合定價，仍有影響未經交易相對人團體同意之「自用小客貨車」補胎價格之虞，核不予許可。（值得注意者，公平會是否認為「營業用小客貨車補胎市場」與「自用小客貨車補胎市場」係兩個不同的「產品市場」？尚不得而知。）

本案於初審作業時，申請標的為「客貨運四輪車輛」，並未限定於「營業用」之四輪車輛。惟後因「小客貨車」之交易相對人團體中華民國消費者文教基金會不同意由同業公會聯合會所提出之上限價格，故本案申請人僅就「營業用」之四輪車輛（包括大、中、小客貨車）部分先行提出複審，而未就「自用」四輪車輛部分提出申請。

載於，行政院公平交易委員會公報，6:2，86 年 2 月 28 日，10 頁以下。並參見，第 270 次委員會討論資料，討論案二，85 年 12 月 31 日，7,13；及其附件 3，台灣省橡膠製品同業公會聯合會函；附件 15，消基會函，(85) 消總秘字第 139 號。

⁴ 在過去公平會審理之案例中，惟迄今尚未准駁、未刊載於公報上之類似申請案，尚有台中縣針車商業同業公會申請制訂縫衣機價格及工資表案，台灣省電器公會聯合會申請准予以自律行為訂定

係直接及於中小企業，若採原則所稱以同業公會為聯合行為主體，則適用第十四條第七款在法理上將有所牽強。因此，公平會遂將本原則更名為「例外許可中小企業聯合定價行為審查原則」草案，使本審查原則之適用，僅限於中小企業為聯合行為主體，大企業則不在允許之列¹³。其內容再經列出具體適用標準¹⁴，並經修正，遂成今日之面貌。

參、規範目的

在「審查原則」第一點中，對於其「目的」有以下之說明：『為提昇中小企業從事效能競爭，並維護交易秩序與消費者利益，裨益整體經濟與公共利益，爰訂定本審查原則。』此外，在第三點「適用客體」中，亦將其限定於『有益於整體經濟與公共利益之中小企業聯合定價（或稱中小企業統一定價）行為』¹⁵。

依據，究係：依本法施行細則第二條來探討，其是否合致「供需層面影響」的實質構成要件；或係應援引本法第十四條第七款「促進中小企業經營效率」的例外許可規範二者間之爭論
引自，公平會第157次委員會議討論資料，討論案三，同前註9，5,8。

此外，並有論者指出，公平會援引第十四條第七款制訂「審查原則」之原因為：特別考量到第七款其構成要件之彈性，可彌補(Milderung)聯合規範過於嚴格的缺陷。在沒有概括條款(Generalklausel)以彈性納入更多「正當事由」(weitere vernünftige Gründe)的情形下，構成要件較為寬鬆的第七款「中小企業聯合條款」將可能成為常用的例外規定。Yeong-Chin Su (蘇永欽), Wettbewerbsrecht als ein neues Element in Taiwans Rechtssystem und Wirtschaftsleben, in : Festschrift fur Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag, hrsg. von Großfeld/Sack/Möllers/Drexel/ Heinemann, 1998, S.1047f.,1038, 中譯本，蘇永欽(1999)，「競爭法—台灣法律體系與經濟生活的新生事物」，收錄於氏著，跨越自治與管制，23,19。

¹³ 此外，為考量中小企業申請作業便利，同時核允之聯合定價行為須有管理組織，另兼顧公平法第十七條之一修正草案之精神（業經公平會自行政院撤回），研究報告審查結論認為：聯合定價行為之申請應經同業公會會員大會決議通過代為申請，並由同業公會按公平法施行細則第十一條由同業公會代為申請，方予受理。引自，公平會第157次委員會議討論資料，討論案三，同前註9，9。

¹⁴ 在「例外許可中小企業聯合定價行為審查原則」草案中，「交易穩定化原則」及「資訊透明化原則」原本之面貌如下（畫線部分後經修正，始為現行版本之面貌）：

『(一)「交易穩定化原則」：同質性高、交易金額細微的商品或勞務的偶發性交易行為，若預見交易價格，可減輕交易成本，同時有助於提供消費者急難時的衡平救助，經認聯合定價行為有益於公共利益與整體經濟發展者。

(二)「資訊透明化原則」：對於商品或勞務的交易，聯合定價行為的實現目的與效果，不在於影響市場供需，或市場上已有標準價格，另或其計價方式、計價項目及相關計算參數等資訊公開結果，有助於促進資訊透明化，減輕社會交易成本，亦有助交易機會的實現，經認有利於公共利益與整體經濟者。』

¹⁵ 在本原則第二、三、四點指出，其「適用主體」、「適用客體」、「法律依據」分別為：

得為之⁸。

然於前揭統一訂定輪胎修補價格的處分案例中，同業公會曾抗辯：統一訂定價格可免不肖業者遇有消費者偶發性的急迫需求發生時，趁人急難不當收取高額修補費用，而有訂定該價格以自治自律之必要。對於公會此項主張，公平會於內部研究報告中曾指出：在公平法分析上，類此交易性質係屬偶發性，同時消費者於進行交易時，若預見價格，可以使市場交易安定，對於社會交易成本亦有節省的統一定價行為，寓有以「交易穩定化」實現公平法第一條立法目的所稱「為維護交易秩序與消費者利益」之宗旨。因此，該報告認為，對統一訂定輪胎修補價格是否宜逕採禁制立場予以規範，殊值檢討⁹。

再者，對於公會統一訂定黃（白）金飾金牌告價格行為，或電器修理統一價格行為，其牌告或統一價格之標示，公平會內部研究報告亦曾指出：其將促進資訊透明化，有助於交易的促成，同時亦有節省消費者詢價議價所需之交易成本。因此，前揭報告認為，此種「資訊透明化」的聯合定價行為，其對於消費者權益未必生不利之影響，似亦不宜逕予禁制¹⁰。

職是之故，公平會在考量到同業公會上述態樣之聯合定價行為，其有助於公共利益或無損市場競爭秩序，遂有研擬「例外許可同業公會聯合定價行為試行參考原則」之舉，對其予以有限度之例外許可¹¹。惟在審查時考慮到，在「交易穩定化原則」及「資訊透明化原則」的法律適用基礎上，唯有公平法第十四條第七款中小企業經營效率化之聯合行為可為依據¹²。然公平會另考慮到，聯合定價行為許可效力

⁸ 行政院公平交易委員會公報，3:5，83年5月31日，91。

⁹ 引自，公平會第157次委員會議討論資料，討論案三，83年10月12日，3。

¹⁰ 引自，公平會第157次委員會議討論資料，討論案三，同前註9，3。

¹¹ 公平會內部研究報告特別指出其研擬背景：

『一、同業公會所依據的團體法規在立法設計時，並未考量競爭政策，爰於公平法實行後，同業公會在實施若干與競爭秩序有關行為，即顯得無所依據。職是，自治自律團體行為如何適應競爭法規，即值檢討。按公平法第十四條訂有「聯合行為不得為之」之禁制規範，爰本會立場，目前係採取當然違法的執行政策。』

二、基於本會執法二年多經驗瞭解，公會聯合定價行為，未必即當然損害消費者權益，或妨礙市場競爭秩序情事，對於特定之聯合定價行為，若能以「管制」一即透過聯合行為申請程序，在相關團體或主管機關監督下訂出合理價格一替代「禁止」，則公平法在立法目的之實現上，或將更符合各界期望。』

引自，公平會第157次委員會議討論資料，討論案三，同前註9，2以下。

¹² 公平會內部研究報告中曾有討論，對於公會申請聯合定價行為之案件，公平會例外許可之法律

係直接及於中小企業，若採原則所稱以同業公會為聯合行為主體，則適用第十四條第七款在法理上將有所牽強。因此，公平會遂將本原則更名為「例外許可中小企業聯合定價行為審查原則」草案，使本審查原則之適用，僅限於中小企業為聯合行為主體，大企業則不在允許之列¹³。其內容再經列出具體適用標準¹⁴，並經修正，遂成今日之面貌。

參、規範目的

在「審查原則」第一點中，對於其「目的」有以下之說明：『為提昇中小企業從事效能競爭，並維護交易秩序與消費者利益，裨益整體經濟與公共利益，爰訂定本審查原則。』此外，在第三點「適用客體」中，亦將其限定於『有益於整體經濟與公共利益之中小企業聯合定價（或稱中小企業統一定價）行為』¹⁵。

依據，究係：依本法施行細則第二條來探討，其是否合致「供需層面影響」的實質構成要件；或係應援引本法第十四條第七款「促進中小企業經營效率」的例外許可規範二者間之爭論
引自，公平會第157次委員會議討論資料，討論案三，同前註9，5,8。

此外，並有論者指出，公平會援引第十四條第七款制訂「審查原則」之原因為：特別考量到第七款其構成要件之彈性，可彌補(Milderung)聯合規範過於嚴格的缺陷。在沒有概括條款(Generalklausel)以彈性納入更多「正當事由」(weitere vernünftige Gründe)的情形下，構成要件較為寬鬆的第七款「中小企業聯合條款」將可能成為常用的例外規定。Yeong-Chin Su（蘇永欽），Wettbewerbsrecht als ein neues Element in Taiwans Rechtssystem und Wirtschaftsleben, in : Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag, hrsg. von Großfeld/Sack/Möllers/Drexel/ Heinemann, 1998, S.1047f.,1038, 中譯本，蘇永欽(1999)，「競爭法—台灣法律體系與經濟生活的新生事物」，收錄於氏著，跨越自治與管制，23,19。

¹³ 此外，為考量中小企業申請作業便利，同時核允之聯合定價行為須有管理組織，另兼顧公平法第十七條之一修正草案之精神（業經公平會自行政院撤回），研究報告審查結論認為：聯合定價行為之申請應經同業公會會員大會決議通過代為申請，並由同業公會按公平法施行細則第十一條由同業公會代為申請，方予受理。引自，公平會第157次委員會議討論資料，討論案三，同前註9，9。

¹⁴ 在「例外許可中小企業聯合定價行為審查原則」草案中，「交易穩定化原則」及「資訊透明化原則」原本之面貌如下（畫線部分後經修正，始為現行版本之面貌）：

『(一)「交易穩定化原則」：同質性高、交易金額細微的商品或勞務的偶發性交易行為，若預見交易價格，可減輕交易成本，同時有助於提供消費者急難時的衝平救助，經認聯合定價行為有益於公共利益與整體經濟發展者。』

（二）「資訊透明化原則」：對於商品或勞務的交易，聯合定價行為的實現目的與效果，不在於影響市場供需，或市場上已有標準價格，另或其計價方式、計價項目及相關計算參數等資訊公開結果，有助於促進資訊透明化，減輕社會交易成本，亦有助交易機會的實現，經認有利於公共利益與整體經濟者。』

¹⁵ 在本原則第二、三、四點指出，其「適用主體」、「適用客體」、「法律依據」分別為：

在官方之制定緣由說明中，其曾指出：對於事業間之聯合定價行為，與其完全加以禁止，不如在公平會及交易相對人之管制、監督程序下，於一定之情形仍得依公平法來例外加以許可，以達成公平法第一條「為維護交易秩序與消費者利益」之目的¹⁶。

職是之故，公平會在前述「消費者保護」¹⁷考量之背景下，對於本質上具有同業公會「自律公約」性格，而觸犯聯合行為禁止規範之聯合定價行為者，援引公平法第十四條第七款制定此「例外許可中小企業聯合定價行為審查原則」，來使其除外於第十四條聯合行為禁止規範。公平會審查統一價格是否為「合理價格」之同時

『二、適用主體：公平交易法第十四條第七款所稱之「中小企業」。按依公平交易法施行細則第二十一條規定「本法第十四條第七款所稱中小企業，依中小企業發展條例規定之標準認定之。』

三、適用客體：有益於整體經濟與公共利益之中小企業聯合定價（或稱中小企業統一定價）行為。

四、法律依據：公平交易法第十四條（第七款）「為增進中小企業之經營效率，或加強其競爭能力所為之共同行為者。」得向行政院公平交易委員會（以下簡稱公平交易委員會）申請許可。』

¹⁶ 關於「中小企業聯合定價原則」之制定緣由，公平會於「三年施政成果工作報告」中之說明如下：

『依據公平法第十四條有關事業不得為聯合行為之規定，凡事業有統一價格之行為，均將違反公平法。惟自本會執法三年來之經驗瞭解，事業之聯合定價行為，未必即當然損害消費者權益，或妨礙市場競爭秩序情事。且在實行效果上，亦未必對於特定市場之供需功能產生直接干擾。同時就經濟層面分析，有些聯合定價行為，不在於控制市場，而在謀求交易之穩定化及資訊之透明化，有助於交易之實現，就整體經濟之利益觀之，有其正面之意義，不宜逕予禁制。故對於特定之聯合定價行為，若能以「管制」一即透過聯合行為申請程序，在相關團體或主管機關監督下訂出合理價格—替代「禁止」，則公平法在立法目的之實現上，或將更符合各界期望。準此，本會乃研擬「例外許可中小企業聯合定價行為審查原則」，俾作為處理此類案件之依據。』

公平交易委員會(1995)，行政院公平交易委員會三年施政成果工作報告，125,42 以下。

¹⁷ 參見前揭之制訂背景，審查原則所欲維護之「消費者利益」，係指一般消費大眾之利益，即「終局消費者」(Letztverbraucher)之利益，而非行銷過程中間階段之購買者（即「中間消費者」）之利益！另外，睽諸公平法之制訂過程，立法院在審議行政院所提出草案第一條中，執意加入原草案所無之「消費者利益」字眼之時，似在「一般消費大眾」之前提下進行討論，並無將「中間消費者」納入第一條「消費者」(consumers; Verbraucher)概念的意旨。學者間亦肯認公平法第一條之「消費者」，係指為其個人或家庭生活購取、使用商品或接受服務而與事業交易者。而基於生產或基於經銷（再販賣）而接受商品或服務者，雖在經濟學上，因生產而消費者為消費之概念所吸收，然在法學上，則不被納入「消費」或「消費者」應有之概念範疇內。關於公平法在立法院之審議過程，參見，立法院秘書處，立法院公報，法律案專輯，第 132 輯，公平交易法案，81 年 6 月初版，129 以下，143。關於消費者之概念，參見廖義男(1994)，「公平交易法之立法目的與保護之法益—第一條之詮釋」，收錄於氏著，公平交易法之釋論與實務，第一冊，83 年 2 月，7 以下；朱柏松(1998)，「適用消保法論斷醫師之責任」，收錄於氏著，消費者保護法論，232 以下。

應注意者，前揭台灣省橡膠製品商業同業公會聯合會代所屬縣市同業公會暨其會員申請『「營業」客貨四輪車輛輪胎修補訂定價格』聯合行為案（以下簡稱「輪胎修補聯合定價許可案」，行政院

¹⁸，其實際上已介入市場交易之「價格管制」、「監督」的工作。

肆、實體要件

一、適用主體及申請條件

在公平法中，立法者並未對於第十四條第七款之「中小企業」規定一「硬性標準」¹⁹。而「中小企業」此一概念於公平法中，亦僅在第十四條第七款曾出現。公平會於 81 年 6 月 24 日所訂定發布之公平交易法施行細則（舊條號）第二十一條中規定：『公平法第十四條第七款之中小企業，依中小企業發展條例規定之標準認定之』。88 年 8 月 30 日修正發布之施行細則（現行法）中，則將其改列於第二十一條。故而，公平會在其「審查原則」第二點中，援引此一規定來界定「中小企業」之範圍²⁰。亦即，公平會係逕行準用中小企業發展條例下之標準，來認定「審查原

公平交易委員會公報，6:2，10 以下。），其市場對造（營業用大中型客貨車為「汽車貨運業者」；營業用小型客貨車為「計程車客運業者」）之輪胎修補所涉者僅係「營業性消費」，其為「中間消費者」。亦即，其係因生產而消費，並非公平法及審查原則之規範目的所欲保護的「終局消費者」、「一般消費大眾」！在消費者保護之觀點下，本案之例外許可是否有助於消費者利益維護之達成？殊值疑慮！

本文認為，依審查原則其保護消費者之「規範目的」，本案在進入複審階段前既然已確定無法取得中華民國消費者文教基金會的「同意函」之時（參見前註 3 所揭之附件 15，消基會拒絕同意函），公平會根本不應准許申請人其將原初審申請標的中之「自用車輛」部分撤回，僅以「營業用車輛」來申請複審程序之進行。此時，公平會即應將全案駁回。蓋倘真正需要保護之「終局消費者」（自用小客貨車車主）既不在聯合定價之保護範圍內時，則其他為保護營業性消費之「附隨限制競爭」（營業用大中小客貨車補胎聯合定價）的申請亦失其正當性。

本文並認為，營業性消費之營業人，如汽車貨運業者（營業用中大貨車）、計程車客運業者（營業用小客車），其個別之談判地位本較一般終局之消費者為強，本可透過垂直合作之方式與補胎業者訂立長期性服務供給契約，而避免了遇突發性補胎時受市場對造剝削之可能。且補胎業者若非「具市場支配地位」之事業，無濫用市場地位之情事時（參見公平法第十條第二項），並無必要透過物價管制、允許價格聯合之方式來保護營業性消費之營業人。此外，本案係針對營業人自行前往店內補胎之情形來進行許可，然其似難謂其有急迫情事之存在。退一萬步而言，即便政府要介入價格管制，真正有保護需求之案型者，係那些必須外出修補、於道路上真正陷於急難的營業性消費，始堪足當。

¹⁸ 本原則第九點「審查基準」，(二)。

¹⁹ 在立法過程中，不乏有討論如何認定中小企業者，如立法委員朱高正，於第十次聯席會議（第 84 會期）發言，78 年 12 月 6 日，立法院公報，法律案專輯，第 132 輯，公平交易法案，81 年 6 月初版，292；於第十二次聯席會議發言（86 會期），79 年 10 月 27 日，同前，350 頁。王令麟委員，於第十二次聯席會議發言，同前，346,350。

²⁰ 在本審查原則第二點指出，其「適用主體」為：

則」之「適用主體」。

因此，經濟部根據中小企業發展條例第二條第二項之授權²¹，於84年9月27日經(84)企29087號令所修正發布之「中小企業認定標準」²²，其為公平交易法施行細則及「審查原則」所準用，且此為目前相關法律及法規命令中，唯一詳細界定中小企業之範圍者。其第二條之規定如下：

中小企業認定標準第二條

「本標準所稱中小企業，係指依法辦理公司登記或商業登記²³，並合於左列標準之事業：

一、製造業、營造業、礦石業與土石採取業實收資本額在新臺幣六千萬元以下

「公平交易法第十四條第七款所稱之「中小企業」。按依公平交易法施行細則第二十一條規定「本法第十四條第七款所稱中小企業，依中小企業發展條例規定之標準認定之。」」

迄今公平會實務上，依第十四條第七款來加以許可准駁之案例，僅有之案例為前揭「輪胎修補聯合訂價許可案」。在本案許可決定書中，公平會並未敘明該同業公會聯合會其所屬縣市同業公會之會員是否均為中小企業。故而，本案中公平會是否準用經濟部之「中小企業認定標準」來判斷？如何準用（是否要求公司登記或商業登記）？抑或另行判斷？至少在官方公報上無從得知。刊載於，行政院公平交易委員會公報，6:2，同前註6，10以下。

²¹80年2月4日公布實施之中小企業發展條例第二條第二項，其原規定為『前項認定標準，由中央主管機關按事業種類、資本額、營業額、資產總值等之擬訂，定期報請行政院核定之』。

惟86年5月修正中小企業發展條例時有鑒於「資產總值」其尚未見於國際立法中，認定不易，為使認定標準單純化，並考慮到另大多數國家均以「經常雇用員工數」為認定標準，其標準易於認定，且不因幣值之變動而受影響，故將第二條修正為現行法：『前項認定標準，由中央主管機關按事業種類、資本額、營業額、經常雇用員工數等之擬定，定期報請行政院核定之』之規定。其於86年5月21日經總統公布。參見，立法院公報，第86卷第21期（上），86年5月3日，102,104頁。

²²我國之中小企業認定標準，其起初係配合輔導中小企業之需要，於民國56年9月14日由行政院核定實施「中小企業輔導準則」中第五條明文規定中小企業之標準，其後為配合環境變遷另經民國62年3月、民國66年3月、民國68年2月、民國71年7月共計四次修正。而後為配合「中小企業發展條例」之實施，「中小企業輔導準則」於80年1月廢止。

依「中小企業發展條例」第二條第二項之授權，經濟部經行政院之核定，於80年11月25日以經80企字第059364號函發布之「中小企業認定標準」，並經84年9月27日經84企字第84029087號函加以修正發布，即為現今之面貌。該標準載於，經濟部中小企業處(1998)，中華民國八十七年中小企業白皮書。

值得注意者，近來經濟部有放寬認定中小企業範圍的腹案，惟至本文定稿前，尚未完成「中小企業認定標準」之修訂。參見，工商時報，88年3月1日，第2版，呂曼文專訪，「黎昌意：中小企業認定標準將放寬，製造業資本額一億、員工三百人以下，服務業營業額二至三億元等中型企業，將納入協助範圍」。

²³獨資、合夥事業，除商業登記法第四條得免登記之小規模事業外，須依商業登記法登記，並發給登記證後，始得開業。參見商業登記法第二條。

者。

二、農林漁牧業、水電燃氣業、商業、運輸、倉儲及通信業、金融保險不動產業工商服務業、社會服務業及個人服務業前一年營業額在新臺幣八千萬元以下者。各機關基於輔導業務之性質，就該特定業務得以下列經常雇用員工數為中小企業認定之標準，不受前項規定之限制：

- 一、製造業、營造業、礦石業與土石採取業經常雇用員工數未滿二百人者。
- 二、農林漁牧業、水電燃氣業、商業、運輸、倉儲及通信業、金融保險不動產業工商服務業、社會服務業及個人服務業經常雇用員工數未滿五十人者。」²⁴

此外，在「審查原則」第六點「申請條件」中，其規定：

- (一)中小企業聯合定價行為，應提請所屬同業公會會員大會決議通過，由同業公會代為申請²⁵。
- (二)中小企業聯合定價行為，應由同業公會與交易相對人團體協商，取得聯合定價行為及合理價格的共識及同意函件²⁶。
- (三)為配合聯合定價行為的有效施行，同業公會代為申請時，應提具與公平交易法精神不相抵觸之自律性公約或執行辦法²⁷。」

除上述「適用主體」、「申請條件」外，最重要之實體要件，當屬第五點「交

²⁴「中小企業認定標準」其他重要之規定如：中小企業認定標準第三條為小規模企業認定標準，第四條為營業額之認定標準，第五條為經常雇用員工數之認定標準，第六條為經輔導擴充合併後及有併同輔導必要之大企業視為中小企業的規定。

²⁵在本原則第七點並規定，其「申請人」為：

『中小企業聯合定價行為，應按公平交易法施行細則第十一條規定之精神，由同業公會代為提出申請，並應附具同業公會會員大會決議同意代為申請之證明文件。』

亦即，本原則第七點認為須由同業公會代理申請，始具「當事人適格」，即係逕對於公平法施行細則第十一條之規定加諸法所未明文之限制，使事業不得跨越過同業公會層級，直接共同提出申請（複審）。事業間其僅得依第八點，於準備程序中，擬具書面理由送請公平交易委員會進行初審。

²⁶在本原則第八點並規定，其「申請程序之準備程序」為：

『(一)中小企業若認聯合定價行為符合前稱適用範圍所訂之原則，同時有益整體經濟與公共利益，應擬具書面理由送請公平交易委員會進行初審。』

（二）經公平交易委員會審查初步認定符合前揭原則時，中小企業即得申請同業公會代為申請統一價格之許可，同業公會為前項申請作業前，應與相關交易相對人團體協商，取得統一價格行為及合理價格的共識。』

²⁷在本原則第八點並規定，其「申請程序及應備書件」為：

『(一)聯合定價行為經公平交易委員會初審通過，並與交易相對人團體完成協商後，中小企業應由所屬同業公會向公平交易委員會提出申請。』

易穩定化或資訊透明化」原則及第十一點「例外許可聯合定價方式」，分述如下：

二、交易穩定化與資訊透明化原則

在「審查原則」第五點「適用範圍」中，其規定：

「按中小企業聯合定價行為，將限制價格競爭，惟該聯合定價行為符合下列原則之一，而有益於整體經濟與公共利益者，得向公平交易委員會申請聯合行為許可：

(一)『交易穩定化原則』：同質性高、交易金額細微的商品或勞務的偶發性交易行為，若預見交易價格，可減輕如詢（議）價等交易成本，同時有促進提供商品或勞務之一方從事效能競爭，並防制其乘交易相對人之急迫為顯失公平之行為，經認聯合定價行為有益於公共利益與整體經濟發展者。

(二)『資訊透明化原則』：對於商品或勞務的交易，聯合定價行為的實現目的與效果，不在於影響市場供需，或市場上已有國際行情，另或其計價方式、計價項目及相關計算參數等資訊公開結果，有助於交易資訊的取得，減輕社會交易成本，且有益於交易機會的實現，經認有利於公共利益與整體經濟者^{28,29,30}。」

(二)申請書件準備，除應按公平交易法施行細則第十二、十三、十九條相關規定辦理外，並應備書件如次：中小企業證明、同業公會會員大會決議同意代為申請聯合定價之相關會議紀錄、統一價格表（或計價公式等）、符合中小企業聯合定價行為原則之總體意見報告書、與交易相對人團體協商紀錄文件及同意函、同業公會自律性公約或執行辦法及其他經公平交易委員會指定之文件。」

²⁸如金銀珠寶商業公會為所屬會員提供每日黃（白）金飾金牌價行情，一般民眾據以買賣飾金，已形成坊間黃金買賣之交易習慣。由於黃金為國際性商品，有國際金價之即時行情，經由匯率轉換，並依一定之計價方式、計價項目及相關計算參數等換算黃金價格並加以公開，將有助於交易資訊的取得，減輕社會交易成本，且有益於交易機會的實現，故可適用此原則。

參見，公平會第178次委員會議討論資料，討論案十。

²⁹在本原則第九點並指出其「審查基準」為：

『(一)聯合定價行為是否與交易相對人團體完成協商與共識。

(二)聯合定價行為是否符合「交易穩定化」或「資訊透明化」原則。

(三)統一價格是否為「合理價格」。

(四)聯合定價行為是否有益整體經濟及公共利益。』

³⁰本文作者在「消費者保護」之觀點之下，充分肯定「審查原則」其本身制訂之動機及目的，特別是「交易穩定化」原則。一如實務上不肖搬家公司惡形惡狀，於載運途中提高數倍之運費或擅自增加各種收費名目，來坑殺消費者；及偏遠地區之計程車亂喊價，兇殘地剝削急欲放假外出之現役軍人。在上述契約當事人協商地位不平等、訊息不對稱下所訂定之市場價格，往往未能反映市場供需之真實情況，自然便有必要透過政府干預之手段，容許某種形式卡特爾之存在，扭正此一「市場失靈」之情形，彌補市場機能之不足。這也是在「公共利益」(Gemeinwohl, allgemeine öffentliche Interesse)（如消費者利益(Verbraucherinteressen)）與「競爭自由」、「資源最有效率之配置」間進行利益衡量(Interessenabwägung)後之選擇，其具有濃厚的「社會政策」上之考量。

三、例外許可聯合定價方式—許可上限價格為原則，許可分別訂定上下限價格或計價方式為例外，且僅具「參考價」性質

在「審查原則」第十一點「例外許可聯合定價方式」中，其規定：

「符合前稱適用範圍所訂原則，並有益整體經濟與公共利益之聯合定價行為，以許可申請人所主張的合理價格為上限價格（即申請人不得要求以所提出之合理價格為齊一價格，要求成員遵守）為原則；若交易型態特殊者，定價包含買進、賣出價格時，或係為資訊透明必要者，以許可分別訂定上下限價格，或對於計價方式予以許可³¹，許可期間由公平交易委員會視個案情形審酌。」

值得注意的是，公平會於第 195 次委員會議中曾決議：「本會許可中小企業之聯合定價乃係參考價性質，若有申請許可之中小企業未遵循該價格時，尚不至違反本會許可內容，惟是否違反公平法相關規定，仍須視個案情形而定³²。」

伍、檢討

一、關於「交易穩定化原則」與「資訊透明化原則」原則之檢討

(一) 將使第十四條第七款要件成為具文

吾等不難看出公平會「審查原則」其制度設計上之用心，即公平會認為：中小企業聯合定價行為，只要合乎「交易穩定化原則」或「資訊透明化原則」（以下簡

惟一如其他形式卡特爾之存在，吾等不能排除其發展可能：就是整個市場將逐漸地充斥各種普遍的合作形式，而發展出惡性循環。倘若聯合行為真的發展到這樣的步驟，其在利益衡量後是否還能居於較優先地位，使競爭政策對於社會政策讓步，便有重新檢討之餘地。

³¹ 如由各地區公會為會員提供每日黃（白）金飾金牌價行情之賣出價為上限價，買進價為下限價，該牌告價並非固定價格，交易相對人彼此間依市場供需情形，在該上下限價格內自由交易。參見，公平會第 178 次委員會議討論資料，討論案十。

此外，有關黃（白）金飾金牌價行情之計算方式，可分為前、後段。前段係指國際黃白金現貨價格換算為國內黃白金價格；後段為加計該項商品管銷費用及營業稅部分。以高雄市金銀珠寶商業同業公會之國際黃金換算成國內飾金價格之計算方式為例，前段為國際現貨金價（英兩／美元）×匯率（美元／新台幣）×重量比率（英兩／台錢），後段為加計管銷費用（10%）及營業稅（5%）。兩段加起來即為現行台北市及高雄市金銀珠寶商業同業公會每日提供所屬會員飾金牌價行情。參見，公平會第 170 次委員會議討論資料，討論案五。

³² 本決議收錄於，行政院公平交易委員會執行公平交易法之內規及解釋，同前註 1，126。

稱「二原則」)之一，而「有益於整體經濟與公共利益」者，公平會即得援第十四條第七款例外加以許可，而無庸檢視該款法文中「為增進中小企業之經營效率，或加強其競爭能力」之法定要求。

申言之，公平會透過「審查原則」此一紙行政命令，將法律明文「增進經營效率，或加強競爭能力」之要件於特定案例事實上，逕以「交易穩定化原則」與「資訊透明化原則」取代、改寫(umdeuten)之，而不去檢驗其是否與法定要件之內涵一致。公平會此舉無異將使第十四條第七款要件成為具文，此是否為文法解釋(grammatikalische Auslegung)上所容許，抑或將導致執法者自己進行「規避法律」、「脫法行為」(Gesetzungehung)之效果，殊值疑慮。

(二)二原則之內涵其本身與「增進經營效率，或加強競爭能力」毫不相涉

即便「審查原則」規定事業符合其所要求之二原則時，無庸進一步審查「增進經營效率，或加強競爭能力」之要求，事業即得依公平法第十四條第七款取得許可，然吾等仍應檢驗：所謂之「交易穩定化原則」或「資訊透明化原則」，其本身是否有可能滿足第十四條第七款「增進經營效率，或加強競爭能力」法定要件要求之內涵？蓋倘滿足之，本「審查原則」之制定其仍有現行法上之依據。

首先，「聯合定價」於符合「交易穩定化」、「資訊透明化」原則時，其固然可防止事業利用交易相對人急迫，而任意抬高售價來加以宰割之行徑，或可減輕社會交易成本(議價成本)，然其卻似乎無助於聯合之事業其「企業營運上之合理化」(betriebswirtschaftliche Rationalisierung)。亦即，聯合定價其並無涉參與聯合之事業其在個別事業營運上內部關係其「費用」(Aufwand)及「收益」(Ertrag)之改善³³。準此，聯合定價其並無法被理解為具有「增進經營效率」之內涵。我國公平法第十四條第七款繼受之對象，德國限制競爭防止法(GWB ;Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)1998年前之舊法第五條之二³⁴的實務及學說咸認為：僅

³³ 縱退萬步而言，即便產生「費用」及「收益」之改善、增進效能之合理化結果，然相較於價格聯合所生之價格僵化此重大限制市場功能的效果，前者顯微不足道，即違背「狹義比例原則」之要求。關於例外許可中小企業聯合時，狹義比例原則之要求，參見拙著(1998)，中小企業聯合於公平交易法之探討，國立政治大學法律學研究所碩士論文，7.2.6.1.3.3.。

³⁴ 德國GWB第六次修正於1998年5月7日、29日經聯邦眾、參議院審查通過，自1999年元旦開始實施(BGBI. I S.2512ff.)。此次修正，為GWB自1957年制定以來最大幅度之修正，幾近全面翻

「單純就價格」來進行協議(isolierte Preisabreden; bloße Preisabreden)者，尚難謂符合法條中「促進效能」(Leistungsfähigkeit)之要求（相當於我國法「增進

修。GWB新法條文可取自德國聯邦卡特爾署網站<http://www.bundeskartellamt.de/novelle-ue.htm>。

關於中小企業聯合之規範，1999年起實施的新法將舊法第五條之二「中小企業合作之放寬」、第五條之三「不具強制購買之共同採買」兩條規定合併並改列於第四條第一、二項，簡稱「中小企業聯合」(Mittelstandskartelle)。在程序規範上，新法第四條第一項仍維持舊法第五條之二所採之「異議制」(Widerspruchskartelle)，即自收受申報之日起，於三個月之期限內未經卡特爾署提出異議者，卡特爾契約或決議始生效力而除外於第一條（新法第九條第三項）。惟新法第四條第二項則改採「立即申報制」(unverzüglich anzumelden)，即須完成提供申報所需之文件、資訊後該申報始生效力（新法第九條第四項），而不同於舊法第五條之三於卡特爾契約滿足構成要件時即生效力(ohne weiters wirksam)（即無須申報自動依法除外）之「簡陋控制之規範」(schlichtkontrollierte Kartelle)。

GWB1999年起實施的新法第四條[中小企業聯合]

『(1)倘協議及決議之標的為，以第三條（譯註：即專業化聯合(Spezialisierungskartelle)）規定以外的事業間合作之方式來達到經濟過程合理化，如符合下述情形，可將其除外於第一條之禁止規定：

- 1.市場上之競爭未因此受到重大妨害，
- 2.而該協議或決議有助於改善中小企業之競爭能力(Wettbewerbsfähigkeit)者。

（2)倘協議及決議之標的為，共同採買商品或共同購買營業上之給付，如符合第一項第一、二款之要件，而在超越個案之情形下其對於參與事業並不構成強制購買者，不適用第一條之規定。』

值得注意者，為配合新法之施行，聯邦卡特爾署1999年公布了「聯邦卡特爾署對於中小企業依照卡特爾法所可能進行的合作之說明須知」(Merkblatt des Bundeskartellamtes über die Kooperationsmöglichkeiten für kleine und mittlere Unternehmen nach dem Kartellgesetz)（以下簡稱「聯邦卡特爾署說明須知」），將是未來第四條及第二十二條第二項（中小企業建議(Mittelstandsempfehlung)）實務運行之重要依據。1999年3月25五日德國聯邦卡特爾署將其刊載於網站 <http://www.bundeskartellamt.de/merkblatm.htm>。

GWB1998年前之舊法第五條之二[中小企業合作之放寬]

『(1)倘契約及決議之標的為，以第五條之一（譯註：即專業化聯合）規定以外的事業間合作之方式來達到經濟過程合理化，如市場上之競爭未因此受到重大妨害，而該契約或決議有助於促進中小企業效能者，不適用第一條之規定。

（2)第五條之一第二項及第三項之規定，準用之。』

GWB1998年前之舊法第五條之三[不具強制購買之共同採買]

『倘契約及決議之標的為，共同採買商品或共同購買營業上之給付，而其對參與事業不構成強制購買，如市場上之競爭未因此受到重大妨害，而該契約或決議有助於改善中小企業競爭能力者，不適用第一條之規定。』

GWB1998年前舊法第五條之二、第五條之三過去的實行成效的統計，可參見OECD於1998年出版的Competition Policy In OECD Countries 1995-1996, Germany部分之論述，p.129-130，（並刊載於OECD網站<http://www.oecd.org/daf/clp/ar-eng.htm>）。德國聯邦卡特爾署曾於1999年6月網路上更新刊載之Aufgaben des Bundeskartellamtes中指出，迄至當時仍在運作之近340個經合法化之卡特爾中，有將近180個係依中小企業條款來合法化，而1958年以來才780個經合法的卡特爾（刊載於www.bundeskartellamt.de/kartelle.htm）。德國學者Emmerich曾於氏著Kartellrecht, 7.Aufl., 1994, S.115中指出，GWB舊法第五條之二已成為第一條卡特爾禁止規範最重要之例外類型。

經營效率」之要件），其因而往往無法除外於禁止聯合行為的規定^{35,36}。

³⁵ Immenga in Immenga /Mestmäcker (以下簡稱 I /M) , Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB; Kommentar , 2. Aufl., 1992, § 5b(a.F.), Rdnr.26; Emmerich, Kartellrecht, 7.Aufl., 1994, S.119; OECD, Background Note(by the German Delegation), in: Competition Policy Roundtables No.10(April 19 96): General Cartel Bans: Criteria for Exemption for Small and Medium-Sized Enterprises, Paris, 1997, IV .2.,取自OECD網站, http://www.oecd.org/daf/ccp/cartel_01.htm, 並參見拙著論文，同前註 33, 6.2.3. 1.2. GWB (1998 年前之舊法) 第五條之二經濟過程合理化，及 7.2.6.2.2.增進經營效率要件中之討論。

德國聯邦經濟部於 1975 年所公布之「對於GWB (1998 年前之舊法) 第五條之二中小企業合作之放寬規定之說明須知」(Kooperationserleichterungen für kleine und mittele Unternehmen nach § 5b GWB , Merkblatt des BMWi vom 15.4.1975) (以下簡稱「聯邦經濟部說明須知」，本說明須知聯邦卡特爾署曾於 1996 年七月一日重新公布)，第一點，b)即指出：

『單純就價格來進行協議(bloße Preisabreden)係不被許可的。價格或價格要素之協議，其只有於整體上與針對效能提升之合作具有直接內在之關連，而其有助於合理化時，始為法所容許。』

聯邦卡特爾署於 1999 年「聯邦卡特爾署說明須知」，同前註 34, Teil I.I.中亦重申相同之意旨。

³⁶GWB 關於聯合行為禁止原則之規定，1998 年前之舊法規定於第一條及第二十五條第一項，19 99 年起實施的新法仍規定於第一條。新法仿照歐洲聯盟（簡稱歐盟）羅馬條約（歐洲經濟共同體設立條約(EEC Treaty; EWGV)）（舊條號）第八十五條第一項前段加以修正，與舊法規範在要件上有所出入，惟精神上仍一致。

GWB1999 年起實施的新法第一條[卡特爾禁止]

『彼此間存有競爭關係(im Wettbewerb)的事業間其協議、事業團體之決議，及互為一致之行為方式，其出於妨礙(Verhinderung)、限制(Einschränkung)、或扭曲(Verfälschung)競爭之目的，或生此等效果者(bezwecken oder bewirken)，禁止之。』

GWB1998 年前之舊法第一條[不生效力之限制競爭協議]

『(1)事業或事業團體基於共同目的所締結之契約，及事業團體之決議，係透過限制競爭之方法，而足以影響商品或營業上給付其交易之生產，或足以影響商品或營業上給付其交易之市場關係者，不生效力(unwirksam)。惟本法另有規定者，不在此限。

(2)法人之成員為事業時，該法人之會員大會決議視為事業團體之決議。』

GWB1998 年前之舊法第二十五條第一項[互為一致行為之禁止]

『(1)事業或事業團體之互為一致之行為，其依本法不得為契約上定之標的者，禁止之。』

歐盟羅馬條約（舊條號）第八十五條第一項、第二項[被禁止之協議]

『(1)一切可影響會員國間貿易之事業間之協議、事業團體之決議，及一致行為，其標的係在於，妨礙、限制、扭曲共同市場內之競爭，或生此等效果者，其將與共同市場不相容，而應被禁止，此特別是：

- (a)直接或間接規定(fix; Festsetzung)購買或出售價格或其他交易條件;
- (b)限制或管制生產、行銷、技術發展及投資;
- (c)劃分市場及原料來源(sources of supply; Versorgungsgquellen);
- (d)就相同之交易，對於其他交易夥伴適用不同之交易條件，而使其在競爭上受有不利益;
- (e)就契約之締結，取決於他造是否接受附帶義務而定，而該附帶義務就本質或商業習慣而言，均與契約之標的無涉。

(2)[無效性]依本條所禁止之協議或決議，其當然無效(automatically void; nichtig)。』

應注意者，於歐盟各國在 1997 年 10 月 2 日所締結，1999 年 5 月 1 日生效之「阿姆斯特丹條約」(Treaty of Amsterdam)第十二條中，其將前揭之歐盟羅馬條約條號重新編碼，舊條號第八十五條關於卡特爾禁止的規範改列至第八十一條，惟本文仍援用舊條號，以方便說明。關於新舊條號之對照

再者，就「加強競爭能力」要件而言，事業聯合定價不僅無涉「事業體質之強化」來改善其競爭力，且將壓縮事業價格決定空間。即使僅是上限價格之訂定，然其實上將導致事業均對齊該上限來定價，而產生齊一價格或縮小價差之效果。亦即，聯合定價將使競爭之空間、手段縮小，更遑論競爭能力之加強。

因此，本文以為，價格或價格要素（如計價方式）之聯合行為，縱符合公平會「交易穩定化原則」或「資訊透明化原則」下之內涵，惟只有當其出於「增進經營效率，或加強競爭能力」之目的（即目的上的要求），且客觀上足生此等效果（須具有「直接內在」之關連(unmittelbarer innerer Zusammenhang)，即適合性原則之要求、效果上的要件）、非以價格聯合無以達成上開目的（必要性原則之要求），同時該聯合行為所增進經營效率或所加強競爭能力，與所造成之限制競爭間，具有適當之比例（沒有極端不相稱情形，即狹義比例原則之要求），而「未重大妨害市場競爭」或「市場仍存有實質之競爭」時（即市場危險要件之要求）³⁷，公平會於檢驗「有益於整體經濟與公共利益」要件後，始得援引第十四條第七款來加以許可。

本文強調，也唯有「交易穩定化」、「資訊透明化」原則其具有更堅實之內涵，可滿足「增進經營效率，或加強競爭能力」之法定要求時，吾人始可將此二原則視為上開法定要件之補充、具體化，而可援引第十四條第七款為其實體法上之根據。更確切的說，第十四條第七款中小企業聯合行為例外許可之規定，其規範目的並非在從事消費者保護工作³⁸。而現行「審查原則」第二點雖援引第十四條第七款之名，然卻無第十四條第七款之實³⁹。「審查原則」所要處理的標的實無法為公平法第十四條第七款之文義及立法目的所涵蓋。

³⁷ 可參見歐盟網站http://www.europa.eu.int/comm/dg04/amsterdam_treaty_art12.htm。

³⁸ 參見拙著論文，同前註 33，7.2.6.1.可加以例外許可中小企業聯合其內在限制的討論，如「適合性」原則、「必要性」原則（「最小侵害原則」），及「市場危險要件」、「狹義比例原則」之導出及要求。

³⁹ 關於第十四條第七款之規範目的，可參見拙著論文，同前註 33，7.2.3.，並參見 4.3.及 6.2.1.2.關於GWB（1998 年前之舊法）第五條之二的討論。

³⁹ 關於二原則之內涵其本身與「增進經營效率，或加強競爭能力」毫不相涉之質疑，並請參見，黃銘傑(1998)，「中小企業保護與競爭政策—從憲法增修『中小企業保障條款』的問題提起」，臺大法學論叢，27:3，64 以下。

(三)破棄卡特爾禁止原則，創造出法所未明文之第十四條第八款

公平會以「交易穩定化原則」或「資訊透明化原則」，來許可法所未明文聯合行為態樣之作法，其或許可改善「市場失靈」(market failure)之現象，使「訊息不對稱」(asymmetric information)之交易雙方可因資訊公開、交易相對人團體之事前介入（「事前」之「相對抗市場力量」(gegengewichtete Marktmacht; countervailing power)!）⁴⁰，使市場對造之協商地位獲得平衡，而達到消費者保護及交易秩序維護之目的。

然應注意者，「審查原則」卻也同時以「交易穩定化原則」或「資訊透明化原則」，創造出「法所未明文之第十四條第八款」，即「超法規例外許可事由」。公平會此一作法，無啻是在「破棄」(Durchbrechungen)、「軟化」(Abschwächungen)聯合行為禁止規範，即使第十四條但書各款成為例示規定，而在法制上大開倒車(Umlenkungen)、自毀長城。此舉使公平法立法過程中，立法者所擔心「增進經營效率，或加強競爭能力」要件其概念過於抽象，而遭行政機關在判斷「不確定法律概念」(unbestimmter Rechtsbegriff)時加以濫用的「不祥的預感」終究發生了⁴¹！

二、關於「例外許可聯合定價」之檢討

(一)市場價格結構僵化，趨近齊一

公平會例外許可聯合定價方式，其係以「上限價格」(Höchstpreisen; price ceiling)為原則，「分別訂定上下限價格或計價方式」為例外，且申請人不得要求以所提出之合理價格為齊一價格，要求成員遵守。

在理論上或有認為，在此最高價格界限下，或上下限價格間，此種卡特爾之契約當事人仍得自由依其自身之成本，來決定商品銷售之價格。然事實上，此係一廂情願之想法。蓋最高價格之約定往往可被契約當事人拿來當作「價格標竿」(Preis-

⁴⁰ 參見拙著論文，同前註 33，4.3.3.例外許可中小企業聯合之理由中，關於建立相對抗之市場力量學說的討論。並參見，J.K. Galbraith, American Capitalism : The Concept of Countervailing Power, 1962, Sentry Edition, Houghton Mifflin Company, Boston, p.111; Salja, Die mittelständische Kooperation zwischen Wettbewerbspolitik und Kartellrecht: Theorie und Praxis des § 5b GWB, 1981, S.35ff.

⁴¹ 參見拙著論文，同前註 33，7.2.2.4.關於公平法第十四條第七款於立法院審議過程之討論。

richtschnur) ⁴², 除整個價格競爭之寬帶(Bandbreite)將被窄化外，其事實上將導致事業間均「對準」該上限來定價之危險。亦即，事業間往往藉上限價格合意之名，來達成固定價格協議(Festpreisvereinbarungen)之實，市場價格將因此結構之僵化而趨近齊一⁴³。

此外，依公平會於第 195 次委員會議所決議，其所許可中小企業之聯合定價乃係「參考價性質」，若有申請許可之中小企業未遵循該價格時，定價在該上限價格以上者，其並不被認為違反公平會之許可內容。因此，倘同業公會對於不遵守上限價格之會員，不確實執行曾向公平會提出之「自律性公約」或「執行辦法」時，公平會所允許之上限價格，將可能進一步「質變量變」，成為業者間之「下限價格」⁴⁴。此將使市場價格更加提高，重大危害市場績效，自不待言。

(二)合理價格之認定不易

無論政府欲以任何形式之價格管制、控制⁴⁵，來一部或全部取代市場價格機能時，其所面對最大之課題為：如何確定其所欲許可之價格為市場失靈前之「適當價格」（「均衡價格」）⁴⁶？蓋吾等不能排除，在訊息不對稱之情形下，縱係由聯合行為當事人所提出，並經「交易相對人團體」同意之上限價格，仍有偏高之嫌疑，而容有再下降之空間。亦即，倘價格上限訂在均衡價格之上，此時之管制仍為「無效之管制」，其充其量只是將市場對造被剝削之範圍降低（即「損害控制」(damage control)之思想！），未必能達到使消費者完全免於被剝削之目的。

此外，若因「交易相對人團體」力量強大，而定於了較「均衡價格」為低之上

⁴²Immenga in I /M , a.a.O., § 1(a.F.), Rdnr.247.

⁴³關於最高價格協議，參見拙著論文，同前註 33，3.3.2.2.之討論

⁴⁴類似質疑，參見，黃銘傑，同前註 39，66。

⁴⁵關於國家干預價格之方式及種類，特別是以最高價格之限制、及議價之概念，參見，廖義男(1980)，「國家對於價格之管制」，收錄於氏著，企業與經濟法，164,169,188。

⁴⁶在更前階之競爭理論、競爭政策上的質疑為：競爭法之主管機關，其任務係在於維護競爭、制定市場競爭之遊戲規則，而不作為一個價格之制定者、預設市場行為之結果。否則，公平會一方面致力於要求其他目的事業主管機關「解除管制」回歸競爭法，另一方面自己卻在進行市場之價格管制（特別是市場尚未失靈前），干預市場價格運作，此將產生自我矛盾之窘境。

並請參見，吳秀明、莊春發(1997)，獨占事業濫用市場地位價格行為認定方法之研究，公平會八十六年度合作研究計畫，31。類似質疑，參見，黃銘傑，同前註 39，67。

限價格水平，其將可能阻礙聯合行為當事人進行必要投資之能力及意願⁴⁷。也由於價格上限之存在，長久以觀，廠商在追求利潤之目的(Gewinnerzielungsabsicht)下，其將使所提供之商品服務之品質降低，或減少供給量而產生超額需求。甚至是，往往在市場尚未失靈前，即市場對造並無因急迫受有顯失公平對待之虞時，政府即依事業之申請許可其聯合定價，迫不及待介入市場，進行價格管制⁴⁸。

或許公平會也考慮到，價格管制可能造成市場資源配置失當的危險，故公平會在審查原則中，將例外許可之範圍加諸嚴格的要件上之限制，如交易穩定化原則中，其被限定為「同質性高、交易金額細微的商品或勞務的偶發性交易行為」等。

(三)價格聯合之範圍涵蓋全體同業，將重大妨害市場功能

「審查原則」其「當事人適格要件」之要求為：即應提請所屬同業公會會員大會決議通過，由同業公會代為申請之條件下，始得提出申請。因而，在貫徹「業必歸會」（商業團體法第十二條、第六十三條）之案例情形中，其所進行者往往是全體同業之合作(Branchenkooperation)（整個產業部門(Zweig)之合作）。其所涉及之參與者為同一產業部門中、同一相關地理市場中所有中小企業，且其所限制之競爭參數（即價格）極為重大，無疑的，此將重大妨害市場功能⁴⁹。

然為達保護交易相對人之目的，而採取對整個市場之價格競爭上限加以限制的手段，在考慮到其足以導致整個市場價格齊一危險下，其是否滿足「最小侵害原則」，亦即，是否除進行價格聯合外，並無其他傷害市場更小之方式，來達成「交易相對人」保護之目的？此外，價格聯合所帶來之限制競爭效果，是否與所增進之利益（消費者保護）間合乎比例？此均仍深究之餘地。

⁴⁷Immenga in I/M, a.a.O., § 1, Rdnr.246.

⁴⁸在前述之「輪胎修補聯合定價許可案」中，公平會於其許可內容指出：許可之『本價格表係在店內修補價格，如外出修補，由交易者雙方議訂外加出車費。』交易相對人既就外加出車費尚有議價之能力，其是否暗示者：市場尚未失靈，交易相對人尚未處於被剝削之地位？！許可內容載於，行政院公平交易委員會公報，6:2，同前註6, 11。

⁴⁹關於重大妨害競爭之判斷，參見拙著論文，同前註33, 7.2.8.2.2.; 關於德國法上之判斷，參見拙著論文，同前註33, 6.2.5.3. (GWB舊法第五條之二) 6.3.7.3 (GWB舊法第五條之三) 之討論。

四「效能競爭」之促進與聯合定價及消費者保護間未必有直接之關連

審查原則在第一點「目的」中指出，例外許可中小企業聯合定價行為，其係為提升中小企業從事「效能競爭」等，而第五點交易穩定化原則亦指出，預見交易價格有促進提供商品或勞務之一方從事「效能競爭」。

惟查，「效能競爭」(Leistungswettbewerb ; leistungsgerechter Wettbewerb)係指：市場上之競爭者間，以提出較佳之品質、較低廉之價格或服務，較優厚之交易條件等「較優越之給付」(bessere Leistung)方式來超越(überflügeln)其競爭者，即其從事競爭時，並非透過濫用其強大之市場地位(marktstarke Stellung)、經濟霸力(wirtschaftliche Macht)之方式，將其競爭者逐出於市場外；亦非以不正當之競爭方式打擊同業、爭取顧客，來取得或強化其市場地位⁵⁰。

對於事業為何會因事前已預見價格而進行「效能競爭」？公平會並未於交易穩定化原則中闡明。聯合定價，無論是上限、上下限或計價方式，其首當其衝者，為價格競爭範圍之減少，然事業是否將因「價格競爭」之範圍減小，而移轉致力於進行「非價格」之效能競爭？此雖不無可能，但未必有直接之關連⁵¹。本文認為，效能競爭之促進非自限制價格競爭而來，其係自事業是否有誠意致力於增進其經營效率，以改善競爭能力，而不使用不正競爭之手段或濫用市場地位來妨礙同業競爭者而生。

申言之，聯合定價即便有助於交易相對人（消費者）之保護，免於需求急迫時受到剝削，然「交易兩造間」因急迫或資訊、契約協商地位不對等所生榨取剝削之

⁵⁰Baumbach/Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, 16.Aufl., 1990, Allg.Rdnr.22; Kellermann in I/M ,a.a.O., § 28(a.F.), Rdnr.40,56.並參見，廖義男，「公平交易法之立法目的與保護之法益—第一條之詮釋」，收錄於氏著，公平交易法之釋論及實務，第一冊，同前註 17, 3; 徐火明(1997)，「論不正競爭防止法及其在我國之法典化」，收錄於氏著，公平交易法論—不正競爭防止法，23; 吳秀明(1986)，論卡特爾之法律規範，國立政治大學法律學研究碩士論文，102。

德國法下對「效能競爭」概念之批評，認為其與「可運作競爭」(funktionsfähiger Wettbewerb; Workable Competition)概念一樣，在規範上並不具有具體堅實之內涵者，Emmerich, a.a.O., S.134。對於「效能競爭」及「競爭規則」在德國法上之相關質疑，並請參見，蘇永欽、陳榮傳、魏杏芳、何君豪、楊富強(1994)，「『非正式程序』與『補充性規則』」，收錄於，蘇永欽，經濟法的挑戰，174 頁註 134, 139。

⁵¹值得注意的是，長期而言，事業可能會因有上限價格管制之存在，無法根據自身之成本訂定高於上限之價格，而在供給之提出、研發投資上有所卻步，改善經濟效率、加強競爭能力之動力將因之銳減。

情事，與「相互競爭之事業間」是否利用不正競爭手段、或濫用市場地位而從事違反「效能競爭」本旨之競爭行為，顯屬二事，不宜混為一談。前者所涉者，僅為契約當事人間之「內部關係」（「交換關係」(Austauschbeziehungen)）。縱事業係乘人急迫使交易相對人接受顯失公平之交易條件，倘事業未濫用其市場地位或不正競爭手段時，其未涉及市場上競爭者間之「競爭關係」，更遑論會有妨礙「效能競爭」之疑慮，從而也不會產生「改善此等剝削交易相對人之情事即得促進效能競爭」之效果⁵²。職是之故，吾等應注意「效能競爭」之概念被公平會濫用，在此概念下進行一切假設之危險。

(五)自律公約之功能並非在進行或維持卡特爾（聯合定價）之情事

本審查原則第六點「申請條件」中，其（三）規定：『為配合聯合定價行為的有效施行，同業公會代為申請時，應提具與公平交易法精神不相抵觸之自律性公約或執行辦法。』雖公平會並未指稱「聯合定價行為」係事業間之「自律公約」，然後者仍是配合聯合定價執行之規定。因此，二者在概念上仍有加以澄清之必要。

由同業公會制定之事業間「自律公約」（即「競爭規則」(Wettbewerbsregeln)），其係以防止違反「正當競爭」(lauterer Wettbewerb)或「效能競爭」原則之行為，及激勵競爭行為符合前述原則為目的，規範事業競爭行為之規定⁵³。

⁵² 在公平會依公平法第二十四條處分之實務案例（履約過程未予交易相對人充足閱讀契約書之時間）中，論者曾有一針見血指出：公平會係將「契約當事人地位不平等」與「市場優勢地位濫用」混為一談，而其亦與是否合乎「效能競爭」本旨之營業競爭手段無關。其與此處之問題有幾分相似。廖義男，於公平會訴願決定書中之所發表之不同意見，行政院公平交易委員會公報，2:5，82年5月31日，58。

或有認為，同業競爭者間以決議訂定規則，共同放棄使用某種不當之榨取或剝削交易手段時，仍將與效能競爭與競爭關係產生牽連。然本文所強調者為：事業間這樣的自律公約或協議之標的、目的或效果，並未涉及放棄濫用市場地位、經濟霸力之競爭手段，也未涉及放棄以不正當之競爭方式打擊同業、爭取顧客而取得或強化其市場地位、將其競爭者逐出於市場外。故而，此等競爭者間之協議，並未涉及效能競爭之促進。此外，相競爭之事業彼此間也未就「競爭參數」來進行協議（參見公平法第四條對於「競爭」之定義）。因此，此等協議仍與事業間之競爭關係無涉。

⁵³ 參照GWB1998年前之舊法第二十八條第一、二項，1999年起實施之新法第二十四條第一、二項，及經公平會撤回之公平法修正草案第十七條之一（參見註76）的規定。

GWB關於競爭規則之規範，於1985年2月將「登記制」(Eintragung)修改為「認許制」(Anerkennung)。1998年前之舊法第二十八條第二項（1999年起實施之新法改列第二十四條第二項）中「效能競爭」的字眼，係於1973年修正時所加入的，並為1999年起實施之新法所沿襲。藉此以保護中小企業，防止大企業利用其財力之優勢與方便，而非基於優良效能之提供，取得競爭之勝利。參見

在此定義下，自律公約之功能並非在進行或維繫卡特爾，其僅能就防止「不正競爭」、「非法競爭」，或就無涉限制競爭之事項來加以約定。此諸如就保護消費者、使其免於被剝削之事項加以約定，惟在程度上僅能約定不「榨取」、「剝削」(Ausbeutung ; exploitation)市場對造，而不得涉及競爭參數⁵⁴。倘「自律公約」中就上限價格來加以約定，其本質上已不再是「自律公約」，而進入了「卡特爾」（聯合行為）之範疇。

，廖義男(1983)，「西德營業競爭法」，臺大法學論叢，13:1，115。

GWB1999年起實施之新法第二十四條[競爭規則之概念；認許之申請]（摘要）

『(1)經濟同業團體及職業團體得就其行業制定競爭規則。

(2)競爭規則係指，以防範違反正當競爭之原則、或效能競爭之效用原則為目的，及促使(anregen)競爭行為符合上述原則為目的，而規範事業競爭行為之規定。

(3)經濟同業團體及職業團體得向卡特爾署申請競爭規則之認許(Anerkennung)。

(4)…』。

GWB1998年前之舊法第二十九條尚有規定經卡特爾署「認許」過的競爭規則其效果，即其將不構成第一條所禁止之契約或決議。1999年之新法第二十六條第二項則規定，卡特爾署可將構成第一條或是第二十二條第一項（被禁止的建議(Empfehlungsverbot)）的競爭規則，依合義務的裁量(nach pflichtgemäßem Ermessen)，在認許之處分中將其除外(freistellen)於前述之禁止規定。

GWB1998年前之舊法第二十九條[認許的效果]

『參與者負有義務遵守，經認許的第二十八條意義下競爭規則之協議者，該協議將不構成本法第一條意義下之契約或決議。』

GWB1999年起實施之新法第二十六條[認許]（摘要）

『(1)認許以卡特爾署之處分(Verfügung)行之。

(2)卡特爾署可將構成第一條或是第二十二條第一項（譯註：被禁止的建議）的競爭規則，依合義務的裁量，以第一項之處分，除外於此等禁止規定。倘此等規則觸犯本法之規定、不正競爭防止法或其他法律規定者，卡特爾署須拒絕認許之申請。

(3)…』。

⁵⁴ 事業係針對放棄此等「不正競爭」加以協議時，其並不構成聯合行為。蓋卡特爾禁止之規定，其所保護為「正當競爭」(lauterer Wettbewerb)，故而「不正競爭」(unlauter Wettbewerb)或「非法的競爭」(unerlaubter Wettbewerb)（二者合稱「違法競爭」(rechtswidriger Wettbewerb)）並無法獲得卡特爾禁止規定的保護，對其加以限制並不構成「限制競爭」之情事。參照Emmerich, a.a.O., S.69f; Immenga in I/M , a.a.O., § 1, Rdnr.216ff ; Huber/Baums in Frankfurter Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (以下簡稱FK) , Lfg. 30, 1993, § 1(a.F.), Tz.204ff並參見拙著論文，同前註33, 3.2.3.。

無疑的，自律公約（競爭規則）約定之事項，往往有許多是在「法律禁止與否」模稜兩可之間者（如約定禁止售價殺到成本以下）。倘所約定之事項係法律本所允許事業為之者，此時自律公約之約定即對正當競爭加以限制，仍將構成限制競爭之情事，而觸犯禁止聯合行為之規定。毋寧，判斷上之重點在於，其所限制之標的是否為「不正競爭」或「非法競爭」。

關於自律公約之性質及效力，並請參見，蘇永欽(1991)，「事業團體之聯合行為」，政大法學評論，第44期，222以下；德國法下之討論，並請參照，蘇永欽、陳榮傳、魏杏芳、何君豪、楊富強，「『非正式程序』與『補充性規則』」，收錄於蘇永欽，經濟法的挑戰，同前註50, 133以下。

因此，事業或事業團體不得假「自律公約」之名，濫用此一概念，來遂行限制競爭之情事，更遑論進行聯合定價之行為。即便聯合定價（上限價格）其或有助於交易相對人利益之保護，然此種價格上之界限所可能帶來之利益(Nützlichkeit)並非重點⁵⁵。職是之故，事業或事業團體倘欲進行限制競爭之情事時，仍應回歸禁止聯合行為之規範下，尋求例外許可規定來加以除外，而不能逕行避難到「自律公約」中⁵⁶。

三、關於「當事人適格要件」之檢討

(一) 同業公會專屬之申請權，事業不得越過同業公會層級共同申請

如先前於制定背景中所述，「審查規則」原係為規範同業公會之定價行為而訂立，適用主體本當限於同業公會本身，自不待言。然因在現行法例外許可事由中，找不到此種聯合定價適當的之除外根據，而不得不援引第十四條第七款中小企業聯合條款為其依據，並將其名稱改為現行法之面貌，以資配合。

惟「審查原則」在適用主體上，或為行政上之便宜，或考慮到其自律公約之本質應由「全體同業」共同配合，因此，「審查原則」第六點「申請條件」及第七點「申請人」規定中，其僅賦予同業公會「專屬之申請權」，而剝奪事業本身其申請之適格。亦即，事業間之聯合行為應由同業公會代為提出申請，並應附具同業公會會員大會決議同意代為申請之證明文件。故而，事業間不得越過同業公會層級逕行

⁵⁵ 此外，即便下限價格或有助於避免割喉、嗜血競爭(cut-throat competition ; ruinous competition)，然在判斷上亦同。

事業以自律公約（競爭規則）之名，至多只能約定「不進行割喉、嗜血競爭」、「不進行掠奪性定價」(predatory pricing)、「不進行不正當之低價競爭」(Preisunterbietung)，事業仍不得約定下限價格，否則將逾越了「自律公約」本質上應有之界限，而觸犯卡特爾禁止之規定。

關於「不正當之低價競爭」之概念，參見，廖義男(1995)，論不正當之低價競爭、卡特爾之概念，二文分別收錄於氏著，公平交易法之理論與立法，164以下、124以下。

⁵⁶ 對此，我國公平會於「公平交易法對同業公會規範說明」第五點同此意旨。其指出：『同業公會之自律公約如涉及公平交易法之聯合行為規定，仍須向公平會申請解釋或許可，茲舉例如次：

- (一)為提高經營效率及便利消費者之選購，建立一套非強制性之「規格或品質」之自我規範標準。
- (二)為避免不公平競爭之行為，例如過度贈獎或獎品、誇大不實之廣告等。
- (三)說明中第二項所稱之行為。』

本說明收錄於公平交易法相關行為處理原則，公平交易委員會，84年4月、85年12月、86年12月（增訂二版），2以下。

提出申請，更遑論「部分會員間」逕依本原則來申請進行聯合行為。事業間僅能透過同業公會出面，來進行「全體同業之合作」。

亦即，「審查原則」排除了「部分會員」間同出於「交易穩定化」、「資訊透明化」之目的，跨越同業公會之層級所進行的價格聯合，其在程序上之受理可能性。這樣的規定，即在公平法施行細則外第十一條外，做了法未明文之限制，且將與第十四條第七款之規範目的不符。此一現象也凸顯出，「審查原則」與第十四條第七款在本質上之「不相容性」。

(二)無理由將大事業排除在外，其市場對造亦有避免宰割及受有資訊公開之保護需求

「審查原則」援引第十四條第七款為其法律依據（第四點），且將其適用之主體限於中小企業（第二點）。故而，同為同業公會會員之大企業，其交易相對人縱有受到剝削榨取之危險，且有取得公開交易資訊之保護需求，然因前述之規定，大企業並無法參與該聯合行為。

然究竟有何理由將大事業排除在外？本文以為，並無理由對於大企業與中小企業做不同之處理，蓋大事業之市場對造亦有避免受宰割及受有資訊公開之保護需求⁵⁷。在現行法制下，大事業之市場對造或許只有期待大企業善盡社會責任，愛惜其企業形象而不榨取之，或主動比照其他中小企業間所約定之上限價格或上下限牌價來加以定價。

⁵⁷ 本文認為，將大企業排除在適用範圍外，無疑亦係對於整個「審查原則」制度的批判。首先，大事業既可排除在自律公約之適用主體外，則「審查原則」焉有理由要求其他中小企業會員全體須一併參與聯合定價行為（蓋由同業公會大會決議通過，其效力自然及於全體會員）？即賦予同業公會獨占申請權之正當性基礎（使全體同業相配合），將因此動搖！同有被剝削可能之大企業的交易相對人，規範上竟遭受不同對待，是否認為，大企業不會剝削其交易相對人（而只有中小企業會？！），故其交易相對人並無保護需求？倘真如此，是否真正能阻止事業不為敲竹槓之行為者，並非透過外造的「聯合定價行為」，而係內塑的「商業道德」、「企業之社會責任」？亦即，「聯合定價行為」應被認為不僅不足以達成消費者保護之目的，且非必要？倘事業真有「商業道德」，是否無庸為上限價格約定，只須於自律公約中約定「不得敲顧客竹槓」即已足？倘事業真有意有違背「商業道德」去剝削交易相對人，即便有上限價格之約定及相配合之自律公約，在商業團體法第十四條有退會限制之規定的前提下，對其又有何奈呢？！

(三) 「審查原則」及公平法施行細則逕行準用「中小企業發展條例」下之「硬性標準」：經濟部之「中小企業認定標準」，而忽略其與公平法在性質上，建構理念上均有顯著之不同

中小企業(*kleine und mittelere Unternehmen; KMU; mittelständische Unternehmen; Mittelstand; small and medium enterprises; SME*)，顧名思義就是經營規模比較「小」之企業，其只有在與「大」比較時，始具有意義。然所言之「大、小」，係相對之概念，要找出一適切之區隔標準，並不容易。且區別企業規模時，往往因「目的因素」、「環境因素」、「事業類別因素」之不同，而有不同之標準⁵⁸。

在公平法施行細則第二十二條及「審查原則」第二點中，公平會係逕行準用中小企業發展條例下之標準—經濟部之「中小企業認定標準」，來界定「中小企業」之範圍。公平會此舉究竟係經過深思後，認中小企業發展條例下之標準、所劃出之中小企業範圍真的切合實用於公平法中，或另有避免法律秩序間價值上矛盾之考量，抑或僅係行政機關「立法」上之便宜，尚不得而知。「施行細則」之立法說明中僅指出：「經濟部已依中小企業發展條例第二條第二項，訂定發布『中小企業認定標準』，本條爰明訂『中小企業』之範圍，依該標準認定，俾避免滋生疑義⁵⁹。」

對於公平法第十四條第七款意義下之中小企業概念其界定，學說上普遍質疑公平會實務逕行準用中小企業發展條例下標準其妥當性⁶⁰。蓋中小企業判斷標準之擬

⁵⁸「目的因素」如政府為給予「融資」目的下所擬定之中小企業資格，自與「政府採購」目的下所擬定之中小企業資格有間。「環境因素」如地區上、國別上、時間上、甚至銷售對象上（內銷或外銷）之不同，將影響事業大小之標準。如大型內銷成衣工廠，其規模可能僅相當於中型外銷成衣工廠。「事業類別因素」如由於產業部門之不同，事業大小之標準自容有歧異。

關於中小企業之定義其相關問題，參見拙著論文，同前註33, 2.1.1.;7.2.7（我國法第十四條第七款）;6.2.6（德國法GWB舊法第五條之二）。

⁵⁹行政院公平交易委員會，公平交易法施行細則總說明，81年6月，19。施行細於則88年修正時，其總說明僅提到『調次變更，內容未修正』亦未加以闡釋。行政院公平交易委員會，公平交易法施行細則修正總說明，88年8月，11。

⁶⁰且不乏要求將施行細則第二十二條加以廢除(Aufheben)者，如吳秀明氏。參見Shiow-Ming Wu (吳秀明)，*Die Ausnahmeregelungen vom Kartellverbot im Fair Trade Gesetz der Republik China auf Taiwan in vergleichender Betrachtung mit dem deutschen Kartellrecht*（中華民國在台灣之公平交易法中禁止聯合行為的例外規定，與德國卡特爾法之比較研究），Diss. München, 1995, S.206.

吳秀明氏認為公平法施行細則（舊條號）第二十一條準用中小企業發展條例為一場「災難」(Un-glück)。氏首先指出，中小企業發展條例與公平法第十四條第七款二法間之規範目的不同，前者僅在以國家之資助方式來保護中小企業，然後者除中小企業保護外，卻尚須著眼於維持一「可運作之

定，實有其「實用之目的」。中小企業發展條例係在規範國家對於企業採取輔導、協助、獎勵等措施，自有國家財政力之下經費、人力、預算之基本考量、本質上的限制。故而，在中小企業發展條例下所擬定之中小企業認定標準，係主管機關基於管理、輔導、融資、租稅獎勵之任務，在考慮到經濟輔助行為國家財政上之負擔，⁶¹ 以及輔導政策如何能對於輔導資源作有效率之配置之下⁶²，所畫出之界限，以便決定哪些企業為「適格」之輔導對象，以配合國家整體目標，此即所謂之中小企業「行政(administrative)定義」、「輔導性定義」⁶³。

而公平法例外許可中小企業聯合，並非在於直接對中小企業予以輔導、規劃等實質、財產價值之幫助；其毋寧係以放寬卡特爾禁止規範，給予中小企業更多之除外可能性，以方便並鼓勵中小企業進行合作。職是之故，二法間在性質上，建構理念上均有顯著之不同。故就不同法領域、政策下之中小企業規範，往往有必要採取不同之判別標準，以配合不同之制度目的。公平會實務宜有其「自己的」中小企業判斷標準，本者公平法之精神，獨立於中小企業發展條例之外，來界定公平法第十四條第七款意義下之中小企業範圍^{64,65}。

競爭秩序」(funktionsfähige Wettbewerbsordnung)。此外，中小企業認定標準下將大事業視為中小企業之規定（現行規定第六條）亦將明顯的完全背離公平法第十四條第七款之文義及目的。氏並質疑中小企業認定標準下之「絕對量的規模標準」(absolut quantifizierte Größenkriterien)將與公平法第十四條第七款立法理由(retio legis)相矛盾。氏援引1973年德國聯邦眾議院經濟委員會報告書(Bericht)之見解，認為公平法第十四條第七款採取特定市場中之「相對規模大小」標準較為妥適(angemessener)。氏最後強調，施行細則準用中小企業發展條例將造成施行細則大大的逾越公平法第十四條第七款之除外目的，違背授權之法律，故公平法施行細則第二十一條之正當性(Legitimität)將生疑慮。參見Shiow-Ming Wu（吳秀明），a.a.O., S.203ff.,211。

⁶¹ 關於「經濟輔助」之概念，參見，廖義男(1994)，「公平交易法規範之事業概念—第二條之詮釋」，收錄於氏著，公平交易法之釋論與實務，第一冊，33以下。並參見氏著(1980)，「從法學上論經濟輔助之概念」、「經濟輔助之主要類型及輔助行為之法基礎」，二文分別收錄於氏著，企業與經濟法，191以下，215以下。

⁶² 輔導政策上之選擇，如：究竟採取寬鬆之中小企業之認定標準，然後進行選擇性或功能性之輔導，抑或直接壓低中小企業之門檻（採取嚴格之標準），使定義內之中小企業雨露均沾。參見，顏吉利、陳忠榮(1994)，促進中小企業產業升級之研究，行政院研考會，14。該文並認為，近年輔導對象一再放寬，反使輔導之照顧面更加不週。

⁶³ 故其往往遷就於輔導機關之性質，當時之輔導政策，及輔導單位之人力物力，而不太重視中小企業其「實質上之意義」。胡名斐(1991)，臺灣製造業中小企業之研究，國立臺灣大學經濟研究所博士論文，1；林志源(1988)，台灣中小型製造業產品銷售之研究，經濟部77年度研究發展專題，8；張鈞(1974)，中小企業發展方向，聯經，23,27。

⁶⁴ 黃錦堂、劉華美，公平交易法第十四條第七款中小企業概念之界定，收錄於，林子儀等(1993)，公平交易法行為主體之研析，行政院公平交易委員會委託台大法學基金會，82年度委託研究計

陸、窘境解決之道及立法芻議

一、概說—其他學說上之嘗試

綜上所述，吾等不難發現，「例外許可中小企業聯合定價行為審查原則」於現行法制下種種有疑慮之處，如僅賦予同業公會專屬的申請權、無實質理由將大企業排除在合意之主體外、忽略大企業其交易相對人有相同的保護需求、利用中小企業條款之名，來行進消費者保護工作之實等等，追根究底，均可歸因於公平會將制定「審查原則」之實體法依據，削足適履置於公平法第十四條第七款下所致。

亦即，「交易穩定化原則」或「資訊透明化原則」意義下之價格協議，縱在立法政策上或許有例外許可之必要，吾人也不否認消費者於急迫時有免於被剝削之保護需求，然基於前述原則所為之事業聯合定價行為，實無法在公平法第十四條第一款至第七款事由中，尋得除外之依據。即便審查原則援引第十四條第七款為其訂定之依據，然根據前述之檢驗，依上述二原則所為之價格聯合，其根本不具備第十四條第七款所要求之「增進經營效率」或「加強競爭能力」之內涵。在現行法制下，似乎除曲解第十四條第七款之規範目的、架空其法定要件外⁶⁶，根本找不到其他例外許可之依據可將前述之事業聯合定價行為合法化。

對於「交易穩定化原則」或「資訊透明化原則」意義下之聯合定價，其在公平法第十四條中找不到例外許可依據之窘境，學說上或有認為，可逕將其視為「非聯

畫案四，131以下，228。劉華美(1994)，聯合行為例外範圍之探討，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，146頁以下。並參見拙著論文，同前註33，2.1.1。

⁶⁵ 此外，「中小企業認定標準」第六條，其將『經輔導擴充、合併而產生之大企業，及有併同輔導必要之大企業「視為」中小企業』之「擬制之中小企業」規定，是否亦在公平交易法施行細則第二十一條所準用之範圍？此亦不無疑問。詳見拙著論文，同前註33，7.2.7.1.1。

其他有疑義的是：「中小企業發展條例」第二條及「中小企業認定標準」第二條中，所使用『本條例（標準）所稱中小企業，係指依法辦理公司登記或商業登記』之文字，其是否亦在公平交易法施行細則第二十一條之準用之範圍？亦即，此時之準用係「完全準用」或「不完全準用」？特別是，公平法第二條第四款「功能性之事業概念」(funktionaler Unternehmensbegriff)之精神是否能貫徹於第十四條第七款「中小企業」概念中（即「功能性之中小企業概念」），並兼顧公平法第二條第一、二款形式上判斷標準之要求（「組織上之事業概念」(institutioneller Unternehmensbegriff)），使二條文之事（企）業概念能保持「同一性」(Identität)之課題。詳見拙著論文，同前註33，7.2.7.1.1。

⁶⁶ 關於第十四條第七款之規範目的、其「增進經營效率」或「加強競爭能力」法定要件之內涵，參見拙著論文，同前註33，7.2.3.及7.2.6.2.之討論。

合行為」(kartellfreie Kooperation)。就合乎交易穩定化原則中，為避免榨取交易相對人所為之「上限價格約定」，曾有學說指出：其可自是否該當於公平法施行細則第二條第一項「影響市場功能」之解釋，來加以解決。其認為：蓋「影響市場功能」當指「妨礙性」之影響，而前述「上限價格約定」係「對於市場關係無妨礙性影響」，故可逕將其排除在聯合行為之規範外，認為其根本不構成聯合行為。惟即便學說上將前述之聯合約定上限價格認係「非聯合行為」，然上述學說提出者均不排除，公平會仍應將其納入「事前管制」⁶⁷。

然即便只訂立上限價格，本文以為，尚難在聯合行為禁止規範其構層要件合致之層次上，進行「利益衡量」(Interessenabwägung)，逕將「有助於消費者保護之聯合定價」，視為「非聯合行為」⁶⁸。此外，一旦將該聯合定價行為認定為「非聯合行為」，在沒有法律特別明文下⁶⁹，公平會何來之事前監督管制權限？！無疑的，

⁶⁷ 黃茂榮氏及劉華美氏對於已構成限制競爭之協議，其是否該當於公平法施行細則第二條第一項之「影響市場功能」要件判斷上，於傳統見解之外，在解釋上另闢蹊徑。

黃茂榮氏主張：「影響市場功能」當指「妨礙性」之影響而言。氏似將「影響市場功能」作「限縮解釋」。劉華美氏亦指出：可以「對於市場關係無妨礙性影響」來排除聯合行為之規範，即對於聯合行為第七條之要件在增加一「超法規構成要件限制」（超法規阻卻違法事由），來「目的性限縮」第七條「隱藏之漏洞」。（本文以為，其實際上係針對公平法施行細則第二條第二項「影響市場功能」要件作「目的性限縮」！）

黃茂榮氏指出：同業為維護交易對價之公正性，而就「費率標準」加以協議，則論其實際，該協議「目的」在於矯正在特殊情況中，由於一方突然陷於困境急需脫困，而難以為合理之議價所造成市場公正機能的失效（乘人之危獲取暴利）。此種協議之「機能」，正在回復市場功能，使其交易相對人雖處於窘境，而猶能以合理價格購得所需之服務，而非在使生產、商品交易或服務供需之市場功能受到妨礙性之影響。故而，氏認為「影響市場功能」當指「妨礙性」之影響而言。

從而，黃茂榮氏認為，服務業為防止同業趁人之危來漫天要價，而議定統一收費標準供同業採行者，其行為依公平法施行細則第二條第一項，當不屬於公平法第七條所定之聯合行為。惟協議行為對於市場機能是否具有妨礙性之影響，必須一客觀標準，而非依協議者之主觀意思認定。即審查公會之統一定價其實質內容是否達到濫用，對於市場機能具有妨礙性之影響的程度。而所謂濫用之有無，在此，以其費率是否合理為斷。氏並指出：由於還必須作是否「合理」的判斷，所以其聯合行為依現行法便有申請許可之必要。

而劉華美氏亦主張，惟為免訂定統一價格此種在本質上屬較重大限制競爭之行為有脫法之虞，公平會仍應將其納入事前管制。

參見，黃茂榮(1993)，公平交易法理論與實務，215以下；劉華美，同前註64，45,65。並參見拙著論文，同前註33，3.1.5.關於「足以影響市場功能」要件之討論。

⁶⁸ 在德國法上之討論，Immenga指出，GWB第一條卡特爾禁止規定，其並未區別「好的」(„gut“)或「壞的」(„schlecht“)卡特爾。此種價格上之界限所可能帶來的利益(Nützlichkeit)並非重點。氏並認為，不應於「限制競爭」構成要件合致上進行利益衡量，Immenga in I/M, a.a.O., § 1, Rdnr.247,25.並參見拙著論文，同前註33，3.2.2.及3.3.2.2.之討論。

⁶⁹ 如下述（註73）經公平會撤回之公平法修正草案第十七條之一。

上限價格合意其已限制事業其經濟上之行動自由，將構成限制競爭之情事，而幾近全體同業（除大企業外）之限制競爭協議，無疑將嚴重影響市場功能。此外，上限價格協議並非不可能造成市場「妨礙性」之影響，例如：其事實上將導致所有的參與事業均對齊該上限來定價。毫無疑問的，此將構成聯合行為，觸犯第十四條禁止聯合行為的規範。故而，吾人自然無法迴避，上限價格協議其根本無法根據第十四條各款來加以除外之事實。

現行公平會實務將制定「例外許可中小企業聯合定價行為審查原則」的根據置於公平法第十四條第七款下（或曰「攀附」亦不為過），固有其不得已之苦衷，然此等作法終究非長久之計。這樣的方式，雖能暫時解決有如燃眉之急的消費者保護工作，然倘他日遭遇到其他亦是在現行法制下無法例外許可，但在公益上值得去追求之聯合行為時，吾等將無法再容忍行政權一再逕自「目的性擴張」法定例外許可要件，或自行創設出「超法規例外事由」，透過法所未明文之第八款來「破棄」(Durchbrechungen)嚴密的聯合行為禁止規範。本文認為，解決此一窘境的治本之道，唯有透過修法一途！分述如下。

二、增訂自律公約（競爭規則）條款，將其納入公平會之事前管制監督

同業公會為其會員所訂立之自律公約，本係在防止事業進行不正競爭。倘若無涉限制競爭之情事時，其本質上為「非聯合行為」，並未觸犯公平法第十四條聯合行為禁止規定。蓋公平法所保障之競爭係指「正當競爭」，對於不正競爭加以限制之約定，其並非公平法第七條意義下之「限制競爭」⁷⁰。因此，同業公會或事業本

⁷⁰ 並參照Emmerich, a.a.O., S.69f.; Immenga in I/M, a.a.O., § 1, Rdnr.216ff.; Huber/Baums in FK, Lfg. 30,1993, § 1,Tz.204ff.

值得注意的是，在德國GWB舊法時代之討論上，對於競爭規則條款與GWB第一條卡特爾禁止規範間的關係存在著重大爭論。雖有學說指出，無可忽視的，GWB（舊法）第二十八條競爭規則其係針對「不合法」(unzulässig)、「不正當」(ununlauter)的行為方式而來，故其並未觸犯第一條禁止聯合行為的規定。然也有學說質疑，這樣的見解在考慮到，GWB（舊法）第三十一條第一項規範有卡特爾署其裁量權的行使(Ermessensausübung)（即拒絕認可之規定）時，上述之見解將毫無意義。且多數見解一致同意，競爭規則並不限於在對抗如UWG（不正競爭防止法）、其附屬法規、以及其他法律規定所禁止之事項。因此，競爭規則仍可能觸及第一條所保護之競爭。故而，遵守競爭規則之協議仍可能吻合第一條禁止聯合行為的要件。職是之故，GWB（舊法）第二十九條之規定將被評價為第一條卡特爾禁止規定的除外規範(Freistellungsvorschrift)、例外規定(Ausnahmever-

無待任何法律規定，亦無庸取得公平會任何形式之許可，即得逕行為上開自律公約之訂定、約定⁷¹。

雖自律公約其本質上並不構成「限制競爭」之情事，然事業間所約定的自律公約往往卻會被濫用。蓋同業公會常假自律公約之名，對於正當之競爭活動一併加以限制，而成為脫法變相之聯合行為。有鑒於此，在比較法上亦不乏將同業公會、事業團體之自律公約納入競爭法之事前管制、審查，由競爭主管機關「認許」(Anerkennen)或「核准」後，始得執行之。「認許制」之立法例如德國GWB 1998年前之舊法第二十八條至第三十三條，GWB 1999年起實施之新法第二十四條至第二十七條也沿襲這樣的規範⁷²，「核准制」之立法例如過去公平會一度提出之修正草案第十七條之一⁷³。

schrift)。參見，Kellermann in I/M, a.a.O., § 29(a.F), Rdnr.1.

惟本文以為，上述爭議並未影響到本文前述對於「自律公約」（競爭規則）其本質上當為「非聯合行為」的認知。蓋也只有當涉及到，自律公約是否構成聯合行為模稜兩可之爭議時（如協議不得為誇大不實之廣告，其目的在排除第一條所「不保護」的不當競爭，然所限制之標的或效果作用之對象「廣告」卻又是重要的競爭參數），透過卡特爾署之「認許」、合義務的裁量，德國GWB舊法第二十九條中「非第一條之契約或決議」、新法第二十六條「除外於第一條GWB」之字眼始具有意義。倘若以自律公約之名，來進行如價格卡特爾等「核心卡特爾」("hard core" cartel)之情事，就其本質，仍是脫法行為，在我國法下，仍應回到第十四條聯合行為「原則禁止，例外許可」之規範中尋求除外，否則仍不得為之。

關於「核心卡特爾」之概念，可參見OECD於1998年所公布之「理事會關於有效防止核心型卡特爾的建議」(Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels)，可取自OECD網站<http://www.oecd.org/daf/clp/rec9com.htm>）。

⁷¹ 廖義男氏亦指出：自律公約之內容係在防止事業為不公平競爭，目的乃在淨化競爭手段，以提升公平及效能競爭，因而有助於競爭功能之發揮。其本質上並非公平法所要禁止之聯合行為，故不能適用規範聯合行為之「原則禁止，例外許可」的規範。申言之，自律公約，基本上應容許其存在。參見，廖義男(1995)，「公平交易法修正之重點與理由」，收錄於氏著，公平交易法之理論與立法，310以下。

⁷² 條文參見前註53。

⁷³ 本條文後經公平會撤回，故未見於經行政院核准送立法院審議之公平交易法修正條文中，也未增訂在88年2月3日由總統公布的修正條文中，甚為可惜。關於本條文之相關說明，參見廖義男，公平交易法修正之重點與理由，收錄於氏著，同前註71，310以下。

原修正草案第十七條之一（82年12月30日）（經撤回）

『同業公會或其他以事業為會員依法組織之團體，為促使所屬會員從事公平、效能競爭或為防止不公平競爭行為，所議訂之自律公約或其他共同行為，報經中央主管機關核准者，不適用本法關於禁止聯合行為之規定。

前項公會或團體議訂之自律公約或其他共同行為內容，有違反本法規定，或對交易相對人或消費者利益有重大損害之虞者，中央主管機關應予核駁。

第十五條第一項、第十六條及第十七條之規定，於中央主管機關為第一項之核准，準用之。』

惟無論如何，即便未來在公平法內增修有關於自律公約納入事前管制之條文，事業仍只能協議不去剝削消費者，並無法據以對於價格等競爭參數來作更進一步之約定。亦即，即便透過修法，將自律公約納入公平會之事前管制，事業並不因此即可對於前述之「交易穩定化原則」或「資訊透明化原則」意義下之價格聯合行為，據以提出申請，公平會亦不得據以逕加「核准」，蓋此時其已構成限制競爭之情事，觸犯第十四條禁止聯合行為之規範，而不再是「自律公約」了。

職是之故，「交易穩定化」或「資訊透明化」原則意義下之價格聯合，公平會並不因「自律公約」已納入其事前管制，而得據以例外加以「許可」。吾等仍應另行增訂其他例外許可事由，援為除外之依據。

三、增訂概括例外事由

值得注意的是，公平會曾一度提出之修正草案中（後經撤回⁷⁴），曾仿德國GWB 1998 年前之舊法第八條「特別卡特爾」(Sonderkartelle)之規定⁷⁵，增訂一

⁷⁴ 行政院於審查公平法修正草案時，會議中採納經濟部工業局之建議，擬一併修正第十四條（公平會並未就此條文提出修正草案），將現行法中之第一款（規格化、形式化聯合）、第二款（研發聯合）、第四款（輸出聯合）、第七款（中小企業聯合）之規定，改列只須經目的事業主管機關（如經濟部）之核准，即得除外。無疑的，此舉將排除了公平會對於此四款聯合行為之事前監督權限，特別是第七款之改列，在我國中小企業占事業總數百分之九十五以上，且該條款之行為態樣解釋空間相當大時，這樣的修正將大幅消減公平會之權限。

由於上述修正將可能造成機關間之權限衝突、難以認定事業間之合作態樣是否構成聯合行為及是否可加以許可等疑慮，以及其他目的事業主管機關所核准之聯合行為乃限制競爭妨礙市場機能之典型，將使公平法維護自由及公平競爭之立法目的大受影響。故而，公平會認為此等修正茲事體大，宜從長計議，經溝通協調後，公平會將有關聯合行為之修正案撤回，使該概括例外許可事由條款（第十四條之一），及前述事業團體之自律公約（第十七條之一）納入事前管制的條款，均未見於後來之行政院送立法院審議之版本中。

參見，行政院秘書處函，台 83 經字第 06053 號，83 年 2 月 18 日，公平交易法部分條文修正草案第一次會議記錄，83 年 2 月 2 日。廖義男，公平交易法修正重點與理由，後記，收錄於氏著，同前註 71，341 以下。

或許是由於公平會一時間無法將內容上「不限定特定類型」之「概括條款」納入修正草案中，使立法機關據以增訂，而導致後來的實務面對現行法無法加以除外，但有除外必要之聯合行為申請案例時，不是不引用任何款項即逕加許可（如銀行間約定金融卡持卡人遺失被竊免責生效條件，實即「交易條件」之聯合。參見行政院公平交易委員會公報，3:6，83 年 6 月 30 日，64），就是逕行曲解現行法列舉各款之法訂要件及規範目的來加以許可（如以第七款許可補胎業者間聯合定訂上限價格，進行消費者保護工作。或以第二款研發條款來許可聯合開採砂石。後者實為「環境保護之聯合」，參見行政院公平交易委員會公報，7:3，87 年 3 月 31 日，55）等法制上乖常現象之出現。

⁷⁵ GWB 1999 年起實施之新法仍將其列於第八條，實體要件大致相同，惟措辭略經修正，並改稱

在事業聯合行為內容上「不限定特定類型」之「概括條款」(Generalklausel)，來適應事業之需要，以捕捉各種可能之合作態樣，避免掛一漏萬。即欲透過修正草案第十四條之一的增訂⁷⁶，來許可諸如「交易條件之聯合」(Konditionenkartelle)⁷⁷、「環境保護之聯合」⁷⁸等等對於整體經濟與公共利益有益、且有必要加以除外，

「聯邦經濟部長之許可」(Ministererlaubnis)。

GWB1999 年起實施之新法第八條[聯邦經濟部長之許可]

『(1)於不具備第二條至第七條之要件時，聯邦經濟部長得將協議及決議除外於第一條之禁止規定，但以其限制競爭係基於整體經濟及公共利益之重大理由(überwiegende Gründen)，例外的係屬必要者為限。

(2)對於某一經濟部門中大部分事業之存續，構成直接之危險時，以其他法律措施或經濟政策措施不能或不能及時採取，且限制競爭足以制止(abwenden)該危險者為限，始得加以除外。除外僅限於特別嚴重之個案中，始得為之。』

GWB1998 年前之舊法第八條[特別卡特爾]

『(1)於不具備第二條至第七條之要件時，聯邦經濟部長得依聲請許可第一條之契約及決議，但以其限制競爭係基於整體經濟及公共利益之重大理由，例外的係屬必要者為限。

(2)對於某一經濟部門中大部分事業之存續，構成直接之危險時，對於依第一項許可之授與，以其他法律措施或經濟政策措施不能或不能及時採取，且限制競爭足以制止該危險者為限。許可之授與，僅限於特別嚴重之個案中，始得為之。

(3)第六條第二項第三句之規定，準用之。』

⁷⁶ 原公平會提出修正草案第十四條之一（82年12月30日）（經撤回）

『事業以契約、協議及其他方式之合意，與有競爭關係之他事業相互約束之事業活動，雖不具備前條各款之要件，但顯然有益於整體經濟及公共利益，而屬必要及正當者，得申請中央主管機關許可之。』

其相關說明，可參見，廖義男，公平交易法修正重點與理由，收錄於氏著，同前註 71，308 以下。

值得注意的是，立法院於審查公平法第十四條修正草案時，立法委員陳傑儒曾提案，將第十四條修正為：『事業不得為聯合行為，但有益於整體經濟利益與公共利益或有左列情形之一，並經中央主管機關許可者，不在此限：…』。此等將現行法文字對調，以及將「而」改為「或」的修正，即是在現行法中納入了「概括條款」。然因公平會仍希望有時間再行對於第十四條整體進行評估（其諸如顏錦福委員提案中所改採之「濫用原則」(Misbrauchsprinzip)、黃國鍾委員提案中將現行法第一、四款改採「異議制」(Widerspruchskartelle)），故於一讀審查會中並未就第十四條進行修正。因此，在 88 年 2 月 3 日由總統公布的公平交易法修正條文中，有關禁止聯合行為及例外許可的規範仍未修正而維持原有的面貌。

參見 85 年 11 月 6 日，立法院第三屆第二會期經濟、司法兩委員會第三次聯席會議，立法院公報，第 85 卷第 59 期，85 年 11 月 20 日，395 以下，立法委員陳傑儒發言，同前，397,400，公平會副主任委員蘇永欽發言，同前，398 以下。

⁷⁷ 「交易條件之聯合」(Konditionenkartelle)係指，事業基於產業之特性，為確保整個產業之健全發展及維護交易相對人之正當權益，統一訂定定型化契約條款，就該產業所屬事業與其大量交易相對人為交易時，針對商品或服務之提供方法，擔保或責任範圍等交易條件（不包括價格）為統一之規定（並參見GWB舊法第二條，新法第二條第二項）。其將對與交易相對人之正當權益給予適度之保障，節省交易過程個別磋商之行銷成本，同時交易條件之統一，可以使行業市場情況與條件明

然現行法列舉事由下無法加以許可之限制競爭合作行為態樣⁷⁹。

此等概括條款之增訂，固可使例外許可事由在個案中更具彈性，以濟現行法制列舉式立法僵化之窮，然為避免聯合行為禁止規定受到過度「侵蝕」、遭到破壞，

朗化，而使事業較能集中於價格及品質之競爭。廖義男，公平交易法修正重點與理由，收錄於氏著，同前註 71，308。

⁷⁸「環境保護之聯合」係指，事業為了避免環境之繼續惡化，共同約定不在製造成本低廉、負有競爭力，但卻會嚴重污染環境之商品。例如，共同放棄使用會破壞臭氧層之傳統之冷煤，改用環保冷煤。廖義男，公平交易法修正重點與理由，收錄於氏著，同前註 71，308。

此外，諸如砂石事業者間共同開採砂石，分配得開採之砂石數量，以遏止非法盜採，避免危害公共安全及自然生態，亦當以此一概括條款來加以許可，而非如公平會現行實務濫用「開發商品」之概念，逕援引第十四條第二款研發條款來加以除外。（公報 73，87 年 3 月 31 日，55）

⁷⁹最值得注意的是，GWB 其仿照歐盟羅馬條約（舊條號）第八十五條（阿姆斯特丹條約將其改列至第八十一條）第三項，於 1999 年起實施之新法中，增訂了 1998 年前舊法中所無的第七條「其他種類之卡特爾」(sonstige Kartelle)，學者將其稱為「補充性的除外條款」(eine ergänzende Freistellungsklausel)、「概括的卡特爾除外」(a general cartel exemption)。Joachim Rudo 指出，由於羅馬條約（舊條號）第八十五條第三項「促進技術上或經濟上之進步」(promoting technical or economic progress)之要件並未見於 GWB 第七條，故本條之立法目的明顯的在於：其欲將各種出於產業政策上之目的或公共利益上之考量等凌駕 override)於競爭上之措施加以除外，並使卡特爾署及事業在適應不同之市場條件及市場發展時能更具有彈性。Joachim Rudo, The 1999 Amendments to the German Act Against Restraints of Competition, 1998 年十一月刊載於網站 <http://members.alo.com/RudoLaw/GWBA2.htm> 及 <http://www.antitrust.de>。並參見，Michael Baron, Meinungen zur 6. GWB-Novelle, WuW 7 u. 8 /1998, S.651f.; Friedrich Kretschmer, Meinungen zur 6. GWB-Novelle, WuW 7 u. 8 /1998, S.654.

GWB1999 年起實施之新法第七條[其他種類之卡特爾]

『(1)協議或決議，其有助於改善(Verbesserung)商品或服務之發展、生產、配銷(Verteilung)、採買、回收或廢棄物處理(Entsorgung)，於消費者能適當的分享(angemessene Beteiligung)所產生之利益時，得除外於第一條之禁止規定，惟以參與事業無法以其他方式來達成改善，且其與因此所伴隨之限制競爭間存在著適當之比例，而限制競爭並不導致市場支配地位(marktbeherrschende Stellung)之形成或強化者為限。

(2)協議或決議之標的為，透過專業化或基於其他方式之經濟過程的合理化，共同採買商品或共同購買營業上之給付或適用統一之交易條件(Konditionen)者，其僅得依第二條第二項（譯註：交易條件之聯合）、第三條至第五條（譯註：分別為專業化聯合、中小企業聯合、合理化卡特爾(Rationalisierungskartelle)）之規定，來除外於第一條之禁止規定。』

歐盟羅馬條約（舊條號）第八十五條第三項

『(3)[例外]第一項之規定，在下列情形，得被宣告不適用之：

- 事業間之協議或協議之類型
- 事業團體之決議或決議之類型
- 一致行為或一致行為之類型

其有助於改善商品之生產或配銷(distribution; Warenverteilung)，或者是促進技術上或經濟上之進步，且同時使消費者(consumers; Verbraucher)能適當分享所產生之利益，且參與事業並未：

- (a)對與事業課以，達成上述目標非必要(not indispensable; nicht unerlässlich)之相關限制，或
- (b)使事業有可能消除涉案產品重要部分(substantial part; wesentlicher Teil)之競爭。』

而失去「原則禁止、例外許可」之規範原意，故而，對於此種在行為態樣上概括規定之條款，有必要在許可之條件上較第十四條但書規定更為嚴謹⁸⁰。如前述之草案第十四條之一中，其即要求事業間之合作須有「不得不為之必要性」（必要性之要求）⁸¹，且有「合理之理由」（正當性之要求）⁸²，且須於「整體經濟與公共利益之利益」「顯然」大於「限制競爭之不利益」（「狹義比例原則」之要求、「高度性」(Höhe)之要求）時，始可認為係正當的聯合行為，而加以例外許可，除外於卡特爾禁止規範⁸³。

由於概括條款之立法方式，不僅前揭「交易穩定化原則」或「資訊透明化原則」意義下之價格聯合行為，及其他於現行法制下有除外需求而無法依第十四條取得許可之合作行為態樣，亦有可能因之獲得許可，惟以在個案中能通過前述「必要性」、「正當性」，及「顯然有益」之「高度性」要件檢驗者為限。值得注意的是，其對於交易相對人、消費者利益之促進、保護，亦係「公共利益」此一概念具體化後之一種態樣。

四、公平法下中小企業認定標準之立法芻議

如前所述，面對公平法與中小企業發展條例二法間在性質上，建構理念上均有顯著之不同，公平會實務宜有「自己的」中小企業判斷標準。論者曾有參照德國法上之經驗，輔以具體市場結構中事業規模「相對比較」之觀點，來界定第十四條第七款意義下之中小企業概念，而無須設置絕對之上界及下界⁸⁴。主張此說者認為，依上述之界定方式下，凡符合中小企業發展條例者，固可該當第十四條第七款之中小企業。惟縱超過中小企業發展條例下的資本額或營業額之標準者，在特殊情形下，

⁸⁰ 廖義男，公平交易法修正重點與理由，收錄於氏著，同前註 71，309 以下。

⁸¹ 所謂之「必要性」，廖義男氏指出：即事業所追求之共同目的，以他方式難以達成，而須以聯合行為之方法始得將之實現。廖義男，公平交易法修正重點與理由，收錄於氏著，同前註 71，309 以下。

⁸² 所謂之「正當性」，廖義男氏指出：即事業相互約束事業活動之限制競爭，作為其達成目的之手段可認為具有相當之理由者。廖義男，公平交易法修正重點與理由，收錄於氏著，同前註 71，3 10。

⁸³ 廖義男氏指出：因限制競爭而影響之不利益，顯小於因其約束事業活動而對整體經濟與公共利益所帶來之利益者，始可認為合理及正當。廖義男，公平交易法修正重點與理由，收錄於氏著，同前註 71，310。

⁸⁴ 劉華美，同前註 64，147。並參見，Shiow-Ming Wu (吳秀明)，a.a.O.,S.204.

從相關市場界定後之具體市場結構中，各競爭事業間之經營規模相對比較之結果，其仍可能該當公平法上之中小企業。如國內工程召開國際標時，國內大型廠商之競爭力往往不及來自國外之競爭者，相較之下其即成為中小企業，而可依本款來進行聯合⁸⁵。

在德國法GWB 1998年前之舊法第五條之二、之三中，其判斷受規範(Normadressaten)之中小企業的範圍，係採取「事業相對規模上大小」之標準，即透過在個案中現存之參與市場「競爭者之間」⁸⁶其「相對規模上大小」(die relative Größe der Markteilnehmer)，即以相對關係來加以思考(Relationalbetrachtung)⁸⁷。也由於中小企業之概念係透過與其競爭者相比較之下來具體化，故在不同之市場中，大企業與中小企業間之界線將有所不同⁸⁸。

雖德國多數學者及實務上亦不乏嘗試考量以一「絕對之界限」、「絕對之規模大小」（硬性標準）(absolute Grenzen; absolute Größe)來為判別標準⁸⁹，然卻

⁸⁵ 劉華美，同前註 64，147 以下。

此外尚有認為：第十四條第七款中小企業之實質標準為：倘事業之聯合行為係在促進製造業產業升級、保障零售業最低限度經濟生存空間，或經吾人加以評價的普遍性事業困難之排除，即便是大企業間之聯合，或甚至在大企業實質上並未受到政府應有之照顧時，其仍得直接該當第十四條第七款之中小企業。黃錦堂、劉華美，同前註 64，162,156,160,169 以下。

惟此等實質判斷中小企業之標準，似有與「增進經營效率或加強競爭能力」與「有益於整體經濟與公共利益」二要件混淆之嫌。

⁸⁶ 於GWB（1998年前之舊法）第五條之二中，在文獻上尚有一併考慮，事業在與「市場對造」(Marktgegenseite)比較下之相對規模的大小者。如Bunte in FK, Lfg.27,1991, § 5b(a.F.),Tz.48.

惟Immenga嚴拒此種想法，其認為（1998年前之舊法）第五條之二其並未直接顯示出對抗力量之想法(Gegengewichtsgedanken)，且此想法亦未與第五條之二首要之規範目的—即創造均衡之產業結構(ausgewogene Branchenstruktur)—相一致。Immenga in I/M, a.a.O., § 5b, Rdnr. 65.並參見拙著論文，同前註 33，6.2.6.1.的討論。

⁸⁷ 德國學說上認為，可用來確定事業間相對大小之標準，除營業額(Umsatz)外，尚可考慮到諸如：員工數(Zahl der Beschäftigten)，產能(Kapazität)，自有資本(Eigenkapital)，投入之原料(Werkstoffeinsatz)等來加以判斷。Immenga in I/M, a.a.O., § 5b, Rdnr. 67.並參見拙著論文，同前註 33，6.2.6.2.

應注意者，由於GWB所採取者，為「單一之事業」概念 ((einheitliche Unternehmensbegriff)，或譯為「事業一體」)，事業地位並無法被割裂視之，故就營業額而言：依事業間「相對規模大小」並非僅以進行合作之商品在該相關市場中的營業額來加以比較，而應以事業所有商品之「總營業額」(Gesamtumsatz)來比較之。更重要的是，合理化之利益其往往有助於事業整體。Immenga in I/M, a.a.O., § 5b, Rdnr. 68.並參見拙著論文，同前註 33，6.2.6.2.

⁸⁸Kiecker in Langen/Bunte , Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht , 7. Aufl., 1994, § 5c(a.F.), Rdnr. 23.

⁸⁹ 惟學者間在劃定（年）營業額之具體界限上搖擺不定，尚無定論。參見Immenga in I/M, a.a.O., § 5b, Rdnr. 70.並參見拙著論文，同前註 33，6.2.6.3.

也有如Immenga所指出，「中小企業」此一構成要件在本質上之特色即為：其「僅能」(allein)透過「市場結構」來加以決定，即僅能採取「事業相對規模上大小」之標準⁹⁰。

惟對於德國法學說及實務上「相對規模上大小關係」之判斷方式，值得注意者，一如學者 Emmerich 所承認：中小企業之概念僅能由逐案依含糊毫不明確(ganz vage)之標準來判斷之作法，其將伴隨者「法安定性」(Rechtssicherheit)之損失及浪費⁹¹。

當然，公平法施行細則準用「中小企業發展條例」下之「中小企業認定標準」來判別事業是否為中小企業，固然有可議之處。然如學者 Immenga 認為：「僅」

此外，德國聯邦經濟部於 1975 年「聯邦經濟部說明須知」，同前註 35，第二點、b)亦指出：『倘在考慮事業間相對大小關係上並未能得出明確之結果時，則可由 GWB (註：舊法) 第二十二條以下所提到之營業額數額來導出判斷上進一步之依據。例如 GWB (註：舊法) 第二十四條第八項第二款所謂的「中小企業條款」(Mittelstandsklausen) (年營業額不超過五千萬馬克之事業其與大事業結合時，其不受結合管制) 其暗示者：年營業額不超過五千萬馬克者，縱然在相關之產業部門中，並無顯著地較高之營業額之事業存在，惟其無論如何根本談不上是大事業。』

此外，聯邦眾議院經濟委員會對於GWB (1998 年前之舊法) 第五條之二「中小企業」此一非常具有彈性之概念，在草案階段之報告書中指出：不僅可由涉案事業與其競爭者間地位「比較之下所得出之關係」來加以決定，且「亦應」(sollen)由一「絕對之界限」(absolute Grenzen)來加以決定，即以GWB (1998 年前之舊法) 第二十二條以下之規定為其考慮之依據。Bericht 1973 ,S.3, zit. von Immenga in I/M, a.a.O., § 5b, Rdnr. 64.

然 1975 年「聯邦經濟部說明須知」，同前註 35，第二點、b) 中卻又有以下之說明：
『「中小企業」之概念，一如 GWB (註：舊法) 第三十八條第二項第一款的中小企業之建議，其只有(nur)在個案中，依各該市場結構來加以決定。倘僅根據絕對的數值規模大小(absolute Größenzahlen)之基礎 (例如年營業額、雇用員工數) 來加以界定，此將違背第五條之二其平衡在競爭中結構上之不利益的目標；蓋這種不利益之存在，其首先須取決於：在各該經濟部門中，事業間規模大小之關係。基於此等理由，中小企業之概念，主要(vor allem)係依其與各產業部門中之大企業間的關係來加以決定。例如年營業額兩億馬克之事業，倘其所在之市場都是營業額十億級者在活動，在此情形下其可因此被視為中型企業；相對於此，同樣營業額之事業在其他經濟部門中，倘其競爭者並不具有顯著地較高之營業額時，則其將不再是中小企業。…』此外，聯邦卡特爾署於 1999 年「聯邦卡特爾署說明須知」，同前註 34，Der "Mittelstand" als Adressat dieses Informationsblatts 一節中亦重申相同之意旨。

因此，到了 1989 年制訂GWB (1998 年前之舊法) 第五條之三中小企業採買合作的規定時，其立法說明拒絕根據一絕對之界限，來掌握受規範事業之規模大小標準。其一如在文字上相同的第五條之二規定，僅取決於參與市場之事業間其「相對規模大小」。相對於此，其認為「絕對規模」之特徵(absolute Grosmerkmale)並不具重要性。Begr.1989, S.16, zit. von Immenga in I/M, a.a.O., § 5b, Rdnr . 67 ; § 5c(a.F.), Rdnr.39.並參見拙著論文，同前註 33, 6.3.5.1.

⁹⁰ BKartA ,TB 76,13, zit. von Immenga in I/M , a.a.O., § 5b, Rdnr. 71.

⁹¹ Emmerich , a.a.O.,S.117.亦是從安定性出發之類似見解，參見 Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 5.Aufl., 1995, S.220.

能透過在個案中競爭者之間其「相對規模上大小」，來得出中小企業範圍的方式，卻又顯的矯枉過正。無可否認的，一個「絕對之界限」（硬性標準），雖有適用上僵化之缺點，然其將大幅提高執法之透明度，使人民依第十四條第七款申請許可時有足夠之「可預見性」(Vorhersehbarkeit)及「信賴保護」的優點，亦絕非三言兩語所能抹煞的⁹²。相對於此，完全依賴「相對規模上大小」來判斷，其「彈性」之背後所帶來之「法不安定性」，並非吾人所能迴避之課題⁹³。

本文以為，基於二法間本質上、建構理念上之異質性，公平會只須費點心力，仿「中小企業認定標準」訂定獨立於經濟部外之認定標準，並採取「推定」(vermuten)方式之立法技術（如一定之數值⁹⁴[上/下]，推定[非/是]中小企業）⁹⁵，且規定於有疑義時得審酌個案中之市場競爭者間之相對關係，由[事業/公平會]舉反證證明其[是/非]中小企業，即得解決「通案標準之法安定性」及「個案認定之彈性」二者間取捨上之矛盾。

⁹²「絕對規模標準」此等可預見性及法安定性下之優點，亦為採取「相對規模標準」者所承認。Shiow-Ming Wu（吳秀明），a.a.O.,S.204.

論者或有質疑中小企業認定標準下之「絕對量的規模標準」將與第十四條第七款立法理由(retio legis)相矛盾，而認為第十四條第七款採取特定市場中之「相對規模大小」較為妥適(angemessener)。（Shiow-Ming Wu, a.a.O.,S.204,211.)然值得注意者，我國第十四條第七款的立法過程中，立委間對於中小企業概念認定標準之討論，並未在排斥「絕對規模標準」之想法下加以進行，更未有採取「相對規模大小」之想法。

參見，立法委員朱高正、王令麟，於第十二次聯席會議（第 86 會期）發言，79 年 10 月 27 日，立法院公報，法律案專輯，第 132 輯，公平交易法案，81 年 6 月初版，350 以下。並參見朱高正委員於第十次聯席會議發言（第 84 會期），78 年 12 月 6 日，同前，292。

⁹³此觀之我國及德國對於結合管制之規範（公平法第十二條；GWB1998 年前之舊法第二十三條以下，1999 年起實施的新法第三十五條以下），以及對於獨占防濫監督之規範（公平法施行細則第四條；GWB 舊法第二十二條，新法第十九條），都有一定之絕對數額門檻界限以供判斷，吾等即可得知：僅單憑個案中「相對規模大小」為「中小企業」之判別標準，其毫無可預見性可言，將造成法律適用上之不安定性。

職是之故，本文以為，德國法聯邦卡特爾署及聯邦經濟部實務上，其專僅以在個案中競爭者之間其「相對規模上大小」來判斷中小企業範圍，而未訂立「絕對數額判斷標準」來輔助判斷中小企業範圍的失敗經驗，吾等無必要模仿之。

⁹⁴如現行「中小企業發展條例」及「中小企業認定標準」中區別事業種類分別訂定不同之營業額、實收資本額、經常雇用員工數。

⁹⁵此外，有必要時，甚至可再訂定一更[高/低]數額，於事業[超過/低於]該門檻時，其無論如何將[不被/被]視為中小企業，即無從以反證推翻。即「擬制」(Fiktion)、「視為」(ansehen als)方式之立法。

關於「推定」方式之立法技術，可參照GWB舊法第二十二條第三項對於「市場支配地位」推定之規定。「擬制」方式之立法技術，參見公平法施行細則第四條獨占事業認定之規定。

申言之，前述之建議，在規範上並非全盤採德國法之個案中「相對規模上大小」標準，亦非全盤採現行「中小企業認定標準」一刀兩斷式(*clear-cut criteria*)之[是/不是]中小企業此一「絕對界限」、「硬性標準」的立法技術。而是以一通案「推定式」之判別標準為主，輔以個案中「相對規模上大小關係」反證推翻，來判斷涉案事業是否為公平法，相信應是較合理的立法模式。

此外，在判斷中小企業之概念時，其他關係事業之營業額是否必須一併計入一「從屬事業」內之問題，宜一併訂定「關係企業條款」(*Konzernklausel*)，以杜解釋上之爭議⁹⁶。

⁹⁶ 應注意者，我國公司法對於關係企業、從屬公司之定義、控制從屬關係之推定，於第三百六十九條之一至第三百六十九條之三中有加以規範。

德國法GWB舊法第五條之二上之爭論，參見Emmerich ,a.a.O.,S.117; Immenga in I/M , a.a.O., § 5 b, Rdnr. 69; Bunte in FK, Lfg.27,1991, § 5b,Tz.545 ; FK, Lfg.18, 1975, § 5b(a.F), Tz.33。「聯邦經濟部說明須知」，同前註 35，第二點、b); Bundesminister für Wirtschaft(BMWi), Zwischenbetriebliche Zusammenarbeit im Rahmen des Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (簡稱聯邦經濟部「合作指南」(*Kooperationsfibel*), Neuauflage, 3.1976, S.48f.。拙著論文，同前註 33, 6.2.6.2.

與此有關者，並參見：於判斷GWB舊法第五條之二中是否「重大妨害市場」要件上，在計算市場佔有率時，是否應將整個關係企業之佔有率一併算入問題之討論。Immenga in I/M , a.a.O., § 5b , Rdnr. 63; Bunte in FK, Lfg.27, 1991, § 5b, Tz.52 ; FK, Lfg.18, 1975, § 5b, Tz.40. 拙著論文，同前註 33, 6.2.5.3.4.

德國法GWB舊法第五條之二下，學說實務對於其他關係事業之營業額是否必須一併計入一「從屬事業」內之爭論如下：

或有認為：GWB 舊法第五條之二中並未如 GWB 其他規定中，規定有「關係企業條款」(*Konzernklausel*)，故不應將整個關係企業之營業額一併算入。然Emmerich及Immenga認為，整個關係企業之營業額仍應計入從屬事業內。蓋企業集團所建立者，為「競爭上之單一體」(*wettbewerbliche Einheit*)，且在一關係企業中由提升效能所生之利益，其終將有益於控制事業。亦即，舊法第五條之二立法意旨其所欲促進者，為中小企業之效能，而非相反的在促進具市場力量之關係企業其給付能力。否則將造成具有市場力量之關係企業將透過旗下之子公司，以第五條之二其簡易之程序，來腐蝕瓦解GWB第一條卡特爾禁止原則之危險。

折衷之見解，如聯邦經濟部在其 1975 年「聯邦經濟部說明須知」，同前註 35，認為：在大事業旗下之子公司參與卡特爾之案例中，須根據子公司其與母公司間之「事實上之關係」(*tatsächliche Beziehung*)而定，以達到必要的彈性，不可一概而論。（此外，聯邦卡特爾署於 1999 年「聯邦卡特爾署說明須知」，同前註 34，Der "Mittelstand" als Adressat dieses Informationsblatts一節中亦重申相同之意旨。）否則將如Bunte對於GWB舊法第五條之二「重大妨害市場關係」的要件上，在計算市場佔有率之間題中所述：對於組織鬆散之關係企業(*lockere Konzernorganisation*)亦須作相同之處理時，將導致不當之結果。

柒、結論

首先為公平會須費點心力，本者公平法之精神，仿經濟部「中小企業認定標準」，訂定屬於公平法第十四條第七款自己的中小企業判別標準，以獨立於與公平法在性質上、建構理念上均有顯著不同的中小企業發展條例之外，來界定公平法第十四條第七款意義下之中小企業範圍。此外，最重要的是，未來公平法若能參考德國 GWB 1999 年新法第七條「其他種類之卡特爾」、第八條「聯邦經濟部長之許可」之比較法上的經驗，朝前揭經撤回草案第十四條之一所擬定的方向，重新提出該草案來修正現行法規範，增訂一在例外行為態樣上完全未限制之「捕捉性」構成要件、「攔截性」標準(Auffangstatbestand；Aufgreifkriterien)的概括條款，惟以必要性、正當性、高度性等要件來控制可例外加以許可之範圍，則事業間依「例外許可中小企業聯合定價行為審查原則」中「交易穩定化原則」或「資訊透明化原則」所進行之價格聯合，始有申請例外許可之依據，而除外於第十四條聯合行為禁止規範。經此修正，當可避免公平會於許可聯合行為時，強行攀附第十四條第七款，在現行法制下產生逕行扭曲現行法規範目的及忽視法定要件之情事，以期還給中小企業聯合條款原本應有的面貌，致力於提升中小企業之經營效率或競爭能力，而不再被用來從事不在其規範目的內的消費者保護工作。

參考文獻

中文文獻

工商時報，88年3月1日，第二版，呂曼文專訪，「黎昌意：中小企業認定標準將放寬」。

立法院秘書處(1992)，立法院公報，法律案專輯，第132輯，公平交易法案。

立法院秘書處，立法院公報，第85卷第59期，85年11月20日。

立法院秘書處，立法院公報，第86卷第21期（上），86年5月3日。

朱柏松(1998)，「適用消保法論斷醫師之責任」，收錄於氏著，消費者保護法論。

朱雲鵬(1993)，競爭與合作，由價格資訊之提供與使用，論聯合行為之例外規定，公平交易季刊，第1:3期。

行政院公平交易委員會(1992)，公平交易法施行細則總說明。

行政院公平交易委員會(1995)，行政院公平交易委員會三年施政成果工作報告。

行政院公平交易委員會，公平交易法相關行為處理原則，84年4月、85年12月、86年12月（增訂二版）。

行政院公平交易委員會(1997)，行政院公平交易委員會執行公平交易法之內規及解釋。

行政院公平交易委員會(1997)，德國公平交易法相關法規彙編。

行政院公平交易委員會(1999)，德國營業競爭限制防止法。

行政院公平交易委員會，行政院公平交易委員會公報，第1:9期，81年10月30日；第3:5期，83年5月31日；第3:6期，83年6月30日；第6:2期，86年2月27日；第7:3期，87年3月31日。

呂榮海(1993)，「公平交易法法源及其適用關係」，公平交易季刊，第1:2期。

范建得、莊春發(1994)，「水平價格聯合行為例外許可之研究」，公平交易季刊，第2:3期。

吳秀明(1986)，論卡特爾之法律規範，國立政治大學法律學研究碩士論文。

吳秀明、莊春發(1997)，獨占事業濫用市場地位價格行為認定方法之研究，公平會86年度合作研究計畫。

林易典(1998)，中小企業聯合於公平交易法之探討，國立政治大學法律學研究所碩

士論文。

胡名斐(1991), 臺灣製造業中小企業之研究, 國立臺灣大學經濟研究所博士論文。

徐火明(1997), 「論不正競爭防止法及其在我國之法典化」, 收錄於氏著, 公平交易法論—不正競爭防止法。

黃立（譯）(1993), 「德國競爭限制防止法與不正競爭防止法」, 政大法學評論, 4:17。

黃茂榮(1993), 公平交易法理論與實務。

黃銘傑(1998), 「中小企業保護與競爭政策—從憲法增修『中小企業保障條款』的問題提起」, 臺大法學論叢, 27:3。

黃錦堂、劉華美, 「公平交易法第十四條第七款中小企業概念之界定」, 收錄於, 林子儀等(1993), 公平交易法行為主體之研析, 行政院公平交易委員會委託台大法學基金會, 八十二年度委託研究計畫案四。

游素素、卓秋容(1993), 「聯合行為例外許可准駁標準及監督管理之探討」, 收錄於公平交易法論述系列, 第二輯, 行政院公平交易委員會。

董保城(1994), 行政法講義（上下合訂本）。

張鈞(1974), 中小企業發展方向。

經濟部中小企業處(1998), 中華民國八十七年中小企業白皮書。

廖義男(1980), 「國家對於價格之管制」; 「從法學上論經濟輔助之概念」; 「經濟輔助之主要類型及輔助行為之法基礎」, 三文收錄於, 企業與經濟法。

廖義男(1983), 「西德營業競爭法」, 臺大法學論叢, 13:1。

廖義男(1993), 於公平會訴願決定書中之所發表之不同意見, 行政院公平交易委員會公報, 第2:5期。

廖義男(1994), 「公平交易法之立法目的與保護之法益—第一條之詮釋」; 「公平交易法規範之事業概念—第二條之詮釋」, 二文收錄於氏著, 公平交易法之釋論與實務, 第一冊。

廖義男(1995), 「公平交易法修正之重點與理由（含後記）」; 「論不正當之低價競爭」; 「卡特爾之概念」, 三文收錄於氏著, 公平交易法之理論與立法。

廖義男（譯）(1981), 「西德營業競爭限制防止法」, 臺大法學論叢, 10:2。

劉華美(1994), 聯合行為例外範圍之探討, 國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

魏杏芳(1998), 論歐洲共同體對聯合行為的管制—從群體除外(Block Exemption)

制度看超國家體制執行經濟管制的方法與困境, 國立政治大學法律學研究所博士論文。

顏吉利、陳忠榮(1994), 促進中小企業產業升級之研究, 行政院研考會。

蘇永欽(1991), 「事業團體之聯合行為」, 政大法學評論, 第 44 期。

蘇永欽(1999), 「競爭法—台灣法律體系與經濟生活的新生事物」, 收錄於氏著,
跨越自治與管制。

蘇永欽、陳榮傳、魏杏芳、何君豪、楊富強(1994), 「『非正式程序』與『補充性規則』」, 收錄於, 蘇永欽, 經濟法的挑戰。

德文文献

Baron, Michael: Meinungen zur 6. GWB-Novelle, WuW 7 u. 8 /1998, S. 651f.

Baumbach/Hefermehl: Wettbewerbsrecht, 16.Aufl., 1990.

Bundeskartellamt (BKartA): Merkblatt des Bundeskartellamtes über die Kooperationsmöglichkeiten für kleine und mittlere Unternehmen nach dem Kartellgesetz, 1999.

BKartA: Aufgaben des Bundeskartellamtes, 1999, im Internet: <http://www.bundeskartellamt.de/kartelle.htm>

Bundesministerium für Wirtschaft (BMWi): Zwischenbetriebliche Zusammenarbeit im Rahmen des Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (zitiert: Kooperationsfibel), Neuauflage, 3.1976.

BMWi: Kooperationserleichterungen für kleine und mittlere Unternehmen nach § 5b GWB, Merkblatt, 15.4.1975.

Deutscher Taschenbuch Verlag: Wettbewerbsrecht und Kartellrecht, 18. Aufl., 1997.

Emmerich, Volker: Kartellrecht, 7.Aufl., 1994.

Gassen, Helmut (Hrsg.): Frankfurter Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (zitiert: FK), 2.Aufl., 1982ff.: Lfg.27, 1991;

Lfg.30, 1993.

Immenga/Mestmäcker (Hrsg.) (zitiert:I/M): Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB; Kommentar, 2.Aufl., 1992.

Kaufmanns, Heinz (Hrsg.): Frankfurter Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (zitiert: FK), 1.Aufl.,1957ff.: Lfg.18, 1975.

Kretschmer, Friedrich: Meinungen zur 6. GWB-Novelle, WuW 7 u. 8 /1998, S.654.

Langen/Bunte (Hrsg.): Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 7.Aufl., 1994.

Rittner, Fritz: Wettbewerbs- und Kartellrecht, 5.Aufl., 1995.

Salja, Peter: Die mittelständische Kooperation zwischen Wettbewerbspolitik und Kartellrecht: Theorie und Praxis des § 5b GWB, 1981.

Su, Yeong-Chin (蘇永欽) : Wettbewerbsrecht als ein neues Element in Taiwans Rechtssystem und Wirtschaftsleben, in: Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag, hrsg. von Großfeld/Sack/Möllers/Drexl/Heinemann, 1998.

Wu, Shiow-Ming (吳秀明) : Die Ausnahmeregelungen vom Kartellverbot im Fair Trade Gesetz der Republik China auf Taiwan in vergleichender Betrachtung mit dem deutschen Kartellrecht, Diss. München, 1995.

英文文獻

Galbraith, J.K.(1962): American Capitalism: The Concept of Countervailing Power, 1962, Sentry Edition, Boston: Houghton Mifflin Company.

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD): Background Note (by the German Delegation), in: Competition Policy Roundtables No.10(April 1996): General Cartel Bans: Criteria for Exemption for Small and Medium-Sized Enterprises, Paris, 1997, available on: http://www.oecd.org/daf/ccp/cartel_01.htm

OECD: Competition Policy In OECD Countries 1995-1996, Paris, 1998,

available on: <http://www.oecd.org/daf/clp/ar-eng.htm>

OECD: Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, 1998, available on: <http://www.oecd.org/daf/clp/rec9com.htm>

Rudo, Joachim: The 1999 Amendments to the German Act Against Restraints of Competition, available on: <http://members.alo.com/RudoLaw/GWBA2.htm>; <http://www.antitrust.de>.

A Commentary on FTC's Guideline on Exemption for the Co-ordination on Pricing behavior of SMEs from General Cartel Ban

Lin, Yi-Tien

L.L.M., National Chengchi University, Graduate School of Law

A minimum number of small and medium-sized enterprises(hereinafter referred as SME)is considered not only a guarantee, but also a constituent part of a market economy system. We also recognize that SME are not necessarily the most efficient mode of production or distribution in the relevant sectors, particularly in the face of changing international economic environment. Therefore, the survival of SME may be threatened *inter alia* by intensifying competition based on efficiency and anti-competitive practices or abusive conduct by large firms, whether competitors, suppliers or buyers. By co-operating rather than merging, SME remain in the market as legally and economically independent actors. In this respect, co-operation agreements among SME tend to be assessed positively in certain circumstances. Co-operation agreements intended to help SME offset some or all of the economies of scale of competing large firms, e.g. by increasing the SME's efficiency or competitiveness, are of great importance to economic(or industrial)and competition policy.

To help SME compensate for the structural-size-related disadvantages vis-à-vis their powerful larger competitors, suppliers or buyers, and therefore in the long term to improving the preconditions for competition, the Fair Trade Law(FTL)provides possibilities of exemption from general ban on cartels for co-operation agreements of SME. Specifically co-operation facilities under Section 14 No 7, collective practices of SME for purposes of improving their efficiency or strengthening their competitiveness are permissible. This shows that the FTL and the Fair Trade Commission(FTC) are distinctly pro-small business.

Section 14 No 7 of the FTL covers all areas of inter-enterprise co-operation. However, only such forms of co-operation, which are connected with restriction of competition and therefore fall under the prohibition of cartels in Section 14, will be challenged and need to be legalized by way of the FTC's approval. Thus, the forms of co-operation devoid of any restriction of competition(i.e. "cartel-free co-operation")have to be commented in detail. Besides, even though the co-operation of SME constitutes cartel, if there is any exemption rule("exempted areas")in other laws, still the co-operation won't be in the prohibition scope of the FTL in accordance with Section 46(1)of the FTL. But the explanation of the terms "other laws" under Section 46(1)still have controversies, especially the relation between the FTL and the "Act in Relation to the Development of SME".

Above all, the concrete legal requirements under Section 14 No 7 of the FTL to exempt from general cartel ban, such as: "improving SME's operational efficiency", "strengthening their competitiveness", "concerted practices" and "the benefits that will be brought to the economy as a whole, and public interest" , will be discussed in detail in the author's thesis in National Chengchi University Graduate School of Law—Small And Medium-Sized Enterprises' Cartel in the Fair Trade Law. But in this article, only "The Examination Principles on Approval for the Exemption for the Coordination on Pricing Behavior of SME from General Cartel Ban" (hereinafter referred as "Examination Principles")decreed by the FTC in 1994 in accordance with Section 14 No 7, such as its background , retio legis , the concrete legal requirements, will be commented.

In this article, the author finds the "Two Principles" in the "Examination Principles" ? "The Principle on the Stabilization of Transactions" and "The Principle on the Transparency of Information" ? are not relevant to the legal requirements in Section 14 No 7 of the FTL. The existence of the "Two Principles" will totally destroy the general cartel ban under Section 14.

Besides, by means of approval for the mere price agreements of SME in accordance with the "Examination Principles", the author emphasizes that :(1)The market structure tends to be petrified.(2)A reasonable price is not easy to find.(3)The membership of SME's cartel covers almost all the enterprises in the relevant industrial sectors, therefore the competition and the market function will be substantially impaired.(4)The so-called "self-restraint convention" shouldn't serve as the proceeding of cartel.(5)The chief goal in the "Examination Principles" ? "to promote the efficiency competition among SME" ? is not relevant to the price cartel and the work of consumer protection. The author also stresses that :(6)The "Examination Principles" add the restriction on qualification of the applicant that the FTL and its Enforcement Rules don't restrict, and there is no sufficient reason to exclude large firms from such kind of co-operation.(7)The criteria of SME in Section 14 No 7 shouldn't follow the standard under the "Act in Relation to the Development of SME".

Finally, the author tries to make some suggestions to solve the embarrassing circumstances above mentioned, such as:(1)The FTC should enact its own SME criteria independent of the standard of the Ministry of Economic Affairs.(2)The Congress should amend the "self-restraint convention clause" in the FTL and take the conventions under the FTC's supervision ex ante. Above all, the author emphasizes that, the amendment of the "general clause" to exempt the essential co-ordination from general cartel ban, is the decisive way to avoid the FTC's misuse and abuse on Section 14 No 7 of the FTL.

Keywords:small and medium-sized enterprises, SME, cartel, general cartel ban, the Fair Trade Law, the Principle on the Stabilization of Transactions, the Principle on the Transparency of Information, The Examination Principles on Approval

for the Exemption for the Coordination on Pricing Behavior of SME from General Cartel Ban, self-restraint convention clause, consumer protection, efficiency competition, general clause.