

公平交易法立法體例及目的之研究

張長樹*

目次

壹、總說	保護法
貳、美國反托拉斯法的立法目的	伍、結論：公平交易法的立法體例及立法目的
參、日本獨占禁止法的立法目的	
肆、反托拉斯法、不正競爭法與消費者	陸、餘論：公平交易法與經濟分析方法

壹、總說

從經濟的觀點來觀察，政府介入經濟活動的方法，除了總體的財政、貨幣政策之外，尚有直接扮演經濟活動參與者（公營事業）、及具體規制經濟活動之實行內容（經濟管制措施）二者，在人民可自由形成經濟活動的場合，政府則仍然必須以完善的法律制度，確保私經濟活動的順遂，例如制定民商法等架構，使得私人交易制度得以運作。公營事業及經濟管制，是過去政府遷臺以來，介入私經濟活動的主要手段。而近年來，經濟自由化的呼聲，日漸受到重視，並成為政府施政的主要目標。此種政策的落實，在於政府介入私經濟活動範圍的縮小或介入時改採間接、緩和之方式，亦即公營事業民營化、解除管制、擴大私經濟部門活動之自由。公平交易法的制定即在此種經濟背景下產生。政府對經濟事務將比過去更加倚重私人活動形成的市場機制（market mechanism），而公平交易法即係維護此一市場機制的政策工具。

* 作者為政治大學法律研究所博士班研究生。

由憲法 § 15及 § 22保障人民基本權利的規定，可以看出憲法保障人民的私有財產權、職業及營業自由、契約自由、從事企業活動之自由及競爭之自由，基於此等自由權利而形成之競爭秩序，當係憲法所認許之經濟秩序。廖義男教授並進一步認為，憲法 § 144規定，國家在性質上不能產生有效競爭之獨占性經濟領域，須以積極參與企業經營之方法，加以抗制（公營事業），對於原本存有競爭之經濟領域，如有限制競爭或不正當競爭之手段，即屬有害國計民生之平衡發展，國家依憲法 § 145，即應制定法律（公平交易法）加以限制與防範。（註1）

憲法 § 148有「中華民國領域內，一切貨物應許自由流通」的規定，故憲法的經濟國策當然是重視市場經濟的機能。但是憲法 § 142對國民經濟的原則性規定，係以民生主義為基本原則，實施平均地權、節制資本，「以謀國計民生之均足」。故而憲法上經濟國策的指導理念是社會財富的平均分配。為達此一理想，市場機制當然是一有效的手段，惟憲法 § 145所謂「國家對私人財富及私人事業，認為有妨害國計民生之平衡發展者，應以法律限制之。」可能僅能解為政府介入經濟活動的依據，而對於經濟基本體制的選擇，可以留給立法機關視當時情形，採用或左或右的組合，（如租稅政策、國有化或完全放任）以便達成憲法上國民經濟的理想目標。不過雖然如此，公平交易法在政府經濟自由化的宣示之下誕生，縱使無從認定公平交易法所表彰的市場競爭政策，是唯一奉為圭臬的經濟體制，但至少它佔有現今經濟政策重要的地位。

我國的經濟法規，對應過去政府介入經濟活動的歷程，主要是以大量管制性立法的形態出現，其中兼含有晚近扶植特定產業的政策法規。他們與最新立法的公平交易法之間，有時將處於對立或衝突的局面。例如鼓勵中小企業合縱連橫的產業政策，與公平交易法要求企業相互競爭的精神，便有所對立。因此，了解公平交易法本身立法目的及其保護之對象，是確認公平交易法在我國經濟法規中，與其他經濟法規如何調和共存的第一步。

其次，消費者保護與保障競爭的反托拉斯立法，究有何關係？亦係必須釐清之問題。公平交易法第一條的條文中，明文列入消費者利益之保護，但此處所謂消費

註1：廖義男，憲法與競爭秩序之維護，法學叢刊，26卷3期，民國70年。

者，究竟係經濟學上計算消費者福祉（經濟效率）時的消費者，或係晚近消費者運動中，與企業個別交易處於弱勢地位的消費者？從立法體例上看，要求企業相互競爭的反托拉斯立法，處罰企業從事違反商業上良善道德之行爲的不正競爭法，與保障個別與企業交易處於弱勢地位消費者之消費者保護立法，三者之間，原有其個別起源及立法目的，故而立法體例上常係分別立法。但在我國的情況，公平交易法同時包納了這三種不同性質的法律，而又另有消費者保護法在立法當中，公平交易法如何在該法本身尋得平衡點，並與將來的消費者保護法調和，將是一重要的課題。

最後本文將強調經濟分析方法，在處理公平交易法上問題的重要性。公平交易法所追求的，不僅是傳統法律規範中的「公平」，市場經濟的法律秩序更追求經濟理性的建立。沒有人願意公平交易法執行的結果，是使經濟的實況受到不正當的干擾，產生經濟上的惡果。故而，經濟分析方法，值得加以介紹，並應用在實際案例的分析上，使問題的處理更加清晰而具說服力。

貳、美國反托拉斯法的立法目的

一、概說

美國的反托拉斯立法已經超過百年，但是彼邦學者對反托拉斯的立法歷史及目的，並沒有完全一致的見解。目前的各家學說，約略可以區分爲 Chicago School 及 Populist（或稱 realist, traditionalist）二類。Chicago 以它獨特的經濟分析法學方法，大舉侵入傳統的法學研究領域，除了它的經濟分析方法之外，當然有其完整的一套規範理論（註2）。Populist 則是根基於美國建國之初，Jefferson 的政經哲學，強調滿足人們的公平理念、財富分配及保障民主的政治制度等目的。不過必須強調的是，經濟分析的方法並不是 Populist 攻擊的目標，兩派學者的歧見主要在於規範經濟（normative economics）的部分。Milton Friedman 下面的一段話，可說是最好的註腳：

實證經濟分析的結論和政策之間，並不存在一對一的關係。兩個人可能會同意

註2：請參考本節(二)之說明。

某一項立法的後果是什麼。但是其中一個人認為此一後果是值得追求的，故而贊同此立法；另一個人卻認為不值得追求，而反對此立法（註3）。

至於美國政府執行反托拉斯法的概況，約略可以說明如下：在 Sherman Act 通過立法之後，最高法院歷經了一段普通法上的摸索及造法時期，在1930年代經濟大恐慌時代，執法明顯的寬鬆。二次大戰之後，則逐漸加強其執法的嚴厲（註4）。Continental T.V.v. GTE Sylvania Inc, 433 U.S.36（1977）一案後則又漸驅寬鬆。在該案中，最高法院對非價格的垂直交易限制改採合理原則（rule of reason）。雷根主政之後的1980年代，反托拉斯法的執行更加寬鬆。許多大型的垂直或水平合併都在80年代發生。當然，對於這種發展，Chicago School 認為可喜，並且更進一步呼籲放寬所有的垂直交易安排。（註5）而 Populist，如著名的 Sullivan 教授卻認為反托拉斯法成了美國國內某些不敵外國競爭產業的代罪羔羊。（註6）

二、Chicago School 的目的觀

Chicago School 認為反托拉斯立法的目的，在於經濟效率的達成。法官 Robert Bork 為這個說法，為文辯護。他認為國會當初通過 Sherman Act 時的政策選擇，在於任由托拉斯宰制消費者，抑或授權法官保護消費者？最主要的目的是保護消費者免於過高價格；長期而言，消費者能夠從生產及配置效率的提高，獲益最多。這便是以效率為目的。當初參議員 Sherman 提出的草案內容第一條，將下述兩種交易安排、契約、協議、托拉斯或結合宣佈為違法：(1)其目的或傾向為阻礙完全自由

註3：M. Friedman, *The Methodology of Positive Economics*, in *Positive Economics* 5 (1953)

註4：Fox & Sullivan, *Autitrust - Retrospective and Prospective: where are we coming from? where are we going?*, 62 N.Y.U.L. Rev. 936 (1987)

註5：Posner, *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, 48 U.Chi.L.Rev.6 (1981)

註6：Fox & Sullivan, *Supra* note 4.

之競爭⁽²⁾其設計或傾向為增加商品消費者之成本。即可為證。(註7)

Areeda 及 Calvani 則分別從法院判決先例及個體經濟理論的觀點，主張反托拉斯法的目的，在於經濟效率的達成。(註8)

概略言之，Chicago 認為，市場自由競爭的結果，有充分的力量，足以提高經濟資源的生產及配置效率，各種財貨將以最經濟的方法產出，資源得以最有價值的方式投入生產。消費者剩餘及生產者剩餘的總和，將會達到最高境界，如此即為合乎效率 (efficiency)。反托拉斯法的目的即在達成效率，故而是否違法的判準，應該是以合乎效率的要求為尺度。如果廠商的行為，在於降低總產量，使價格高出競爭水準，則消費者剩餘及生產者剩餘的總和減少，社會福利淨損失增加，則此種廠商行為，即為違反效率，從而違法。反之，廠商的行為並不使產量減低，並未造成社會福利淨損失時，則此種行為並不違法。所謂社會福利或消費者福祉 (social welfare; consumer welfare) 即是經濟效率的同義字。

對於 Populist 提出的各種非效率的反托拉斯法目標，Chicago 都認為不可採。Areeda 認為所謂「公平」的理念，是一種人言言殊，沒有真正標準可循的訴求；所謂「經濟力量的分散」，在美國這個政治力量極端複雜的社會，並不必然有富商巨賈左右政策的情形，相反的，小廠商反而是最有力的遊說者 (意指管制價格歧視的 Robinson - Patman Act 的制定) (註9)。Calvani 也認為所謂「反托拉斯法應該矯正生產者從消費者手中獲取消費者剩餘」的說法，並不可取，因為我們無從決定生產者或消費者比較「應該」得到此一利益；生產奢侈商品的公司股權，可能掌握在某些退休基金或慈善團體手中；生產者投入更多資源，以保有其獨占租的同時，其利益可能又恢復到完全競爭下的水準；而縱使所得重分配的確是一個目標，反托拉斯法也不是一個有效的手段，政府課稅後支付給窮人，才是更好的辦法；所謂「小廠商的保護」，更是違反了規模經濟的原理；所謂「地方保持控制其經濟事務

註7：Bork, Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act, 9 J. L. & Econ. 7 (1966)

註8：Calvani & Siegfried, Economic Analysis and Antitrust Law, p.12 (1988)

註9：1 Areeda & Turner, Antitrust Law, π109 (1978)

」的說法，並不一定正確，因為廠商集中於大都市，使大都市更加繁榮所帶來的利益，並不一定比鄉村小鎮的小廠商的損失來得小。（註10）

基於以上的認識，Chicago 對傳統的反托拉斯法的規範標準提出質疑，另外提出一套反托拉斯政策，法官 Easterbrook 名之為有效的反托拉斯政策（Workable Antitrust Policy），他認為：

(1)反托拉斯政策不應該先入為主的認為激烈的小廠商競爭（atomistic competition）一定會比合作與競爭混用來得好。每一個市場有它不同的狀況。

(2)我們不該相信法官或其他政府機關能夠塑造出最好的市場結構，經濟管制的歷史證明了此種干預不會成功，且可能成為利益團體爭逐的場所。

(3)競爭較我們想像中的來得嚴酷。追求利益的動機使人們瓦解了獨占的行為。（註11）

(4)外表看似獨占的行為（因為他們包含了合作）可能是對社會有益的。在複雜的經濟行為裡，合作是重要的。合作到什麼程度才算太多，是一個難題。在尚未解答問題時，便加以處罰，將使得有益的行為一併遭到禁止。

(5)複雜的廠商行為之能夠長久存在，不能等閒視之。可能我們對此等行為的作用並不清楚，但是他們能與其它商品及行為共存，說明了他們有其作用。除非我們能有堅強的證據證明他們的害處，否則不應將之取代。

(6)沒有任何問題能夠在資料不足的情形下被回答。最好的資料及答案來自廠商行為的研究。次好的答案來自統計上的插置方法。（extrapolation）

(7)錯誤的禁令，其成本（及廠商為避免處罰而減低其競爭活力的損失）易於高過等待較好的資料及分析的成本。

(8)在確知各種管制的成本之前，我們應耐心等待。將現實可見的成本，和預測

註10：Calvani & Siegfried, *supra* note 8, pp.7-11

中文資料請參考劉紹樞，從意識型態和執行實務看公平交易法，政大法評44期，民國80年。

註11：意指 contestable market 及 cheating tendency 等理論。詳本文後述公平交易法與經濟方法。

中的百利無一害加以比較，是不正確的。每一個制度都有其成本，政府失靈（government failure）比市場失靈更令人困擾，因為沒有競爭壓力可以促使政府失靈得以改善。（註12）

三、Populist 的目的觀

反對 Chicago School 對反托拉斯法的解釋的學者，一般被泛稱為 Populist，不過這僅在於稱呼方便起見，並不表示這些學者間有完全相同的見解。

對於 Robert Bork 及其他 Chicago 學者提出的「Sherman Act 應該以經濟效率作為唯一目標」的說法，Populist 不能同意。

Sullivan 及 Fox 在研究過 Sherman Act 立法前的經濟情況之後，認為在當時由 John Rockefeller 帶頭的托拉斯風潮，致使農民、勞工、小企業家受害甚深，對托拉斯的敵意瀰漫全國，民主共和兩黨皆提出反托拉斯政策，而終於通過了 Sherman Act，其後立法通過的反托拉斯法案，也都一樣著重於控制大企業的力量濫用，保護小商人有合理參與的機會。1950年國會通過 Celler - Kefauver Amendment，嚴格控制企業結合，其價值考量也在於分散經濟力量。法院嚴格執法的時期，促進機會的平均、力量的分散、防杜市場力量集中及剝削。簡而言之，反托拉斯法傳統上有兩個重點，其一是政治的：對大企業及少數競爭者的不信任，重視市場力量的分散及弱勢者的機會。其二是社會經濟的：尤其是從小商人及消費者的立場觀察的競爭規則，重要的是作為一個企業家能否有公平競試的機會，作為一個消費者能否有機會取得一項公平的交易。資源的配置效率從未曾成為反托拉斯法的規範，亦非執法的先決條件，我們只須證明競爭的過程受到損害，即為已足。（註13）

持論較溫和的 Hovenkamp，雖然承認經濟效率是反托拉斯法的目的之一，但認為它並非唯一目的。他認為 Sherman Act 的立法過程，雖然勉強可以套上經濟效率的目標，但是後來的 FTC Act 及 Clayton Act 卻是要保護小廠商免受大企業不公平或排他性（unfair or exclusionary）措施的侵害；Robison - Patman Act 及 Celler-

註12：Easterbrook, *Workable Antitrust Policy*, 84 Mich. L. Rev. 1696 (1986)

註13：Fox & Sullivan, *supra* note 4.

Kefauver Amendment 的制定，也是要保護小廠商，雖然此種保護的後果可能是總產出減少且消費者價格上漲。而即便是 Sherman Act，也不可能在立法當時即明確的有經濟效率的考慮，因為 Chicago School 及其他經濟學界普遍採用的 Pareto Efficiency 是直到20世紀才發展出來的。因此，他的結論是，反托拉斯立法本身較諸其他立法而言，立法史的地位較不重要。反托拉斯法基本上是一種授權立法（enabling legislation），要求法院體察市場及廠商行爲，並發展出一套法則，使之有利於社會。法則的標準因此將不可避免的隨著意識形態、科技及美國的經濟環境而改變。（註14）

就法院的判決而言，顯然的並沒有依照 Chicago School 的規範經濟學，作為判決的唯一準繩。相反的，許多判決內容都明白的表示了反托拉斯法具有非經濟效率的政策目標，而且這些非效率的目標往往凌駕在效率目標之上。例如著名的 U.S. v. Aluminum Co. of America (Alcoa), 148 F.2d 416 (2nd Cir, 1945) 案，法官 Hand 有下列的判決：

除了上述經濟的理由，使我們應該禁止獨占之外，還有其他理由。我們相信龐大的產業結合本質上是不宜追求的（inherently undesirable），不管其經濟後果究竟如何。在參議院的法案討論過程中，Sherman 參議員的演說中顯示出，1890年的國會，其熱切期望即在於終止資本的龐大累積，因為每個人民面對它們時就變得軟弱無助…這些立法一貫的信念是爲了其本身的目的，不管其可能的成本如何，我們必須維護保存一個小廠商相互有效競爭的產業結構。

在反托拉斯法被嚴厲執行的1960年代，首席大法官 Warren 的判決，也是常爲 Populist 引以爲據的基礎。在 Brown Shoe Co. v. U.S., 370 U.S. 294 (1962) 案中，Warren 大法官說：

當然，大型合併或連鎖商店的某些後果是有利於消費者的。它們的擴展，並不單純因爲小型獨立商店將會受到影響，即被認爲違法。該法（指 Clayton Act § 7）保護競爭，而非競爭者。但是我們不能忽略國會意欲經由保護有活力的小型地區性商店而促進競爭之期望。國會預料到保持分散的產業市場可能導致偶發的高成本及

註14：Hovenkamp, Economics and Federal Antitrust Law, 50 - 53 (1985)

高價格。但是國會對此問題的解決是偏好分散市場（decentralization）。（註15）

雖然後來美國政府執行反托拉斯法的態度，已經轉趨緩和，但是法院對反托拉斯法的規範標準，並沒有因此轉而完全接受 Chicago School 的理念（註16）。1990年初，在 *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Association*, 110 S.ct. 768（1990）一案中，Stevens 大法官說：

當然，D.C.政府（在該案中 D.C.政府向被告律師公會購買律師勞務為貧窮的刑事被告辯護）提高出價，可能會改善律師服務品質，但是這不表示我們必須改變保障競爭的政策…我們不能同意被告們所謂他們是維持一個合理價格的說法…長久以來的法律判斷，某些反競爭行為必然有相當程度的損害效果…如果依照上訴法院的說法，必須具備市場力量，才能處罰集體杯葛，無疑的讓被告使用這樣的藉口：「實行集體杯葛的業者，雖然想要傷害大眾，但是他們錯估了自己的力量，無法造成傷害，所以不必處罰。」

（四）目的觀對違法判準的影響

Chicago 與 Populist 兩方人馬為反托拉斯法的政策目的之辯論，並不僅僅是只有理論上的意義。由於各自稟持的理念不同，便使得雙方在違法判準上產生歧異。這些歧異通常表現在實證資料的評估及效果的價值判斷上。

以搭售（tying）為例，傳統上將其違法性建立在不當阻礙他人進入搭售品的市場。而 Chicago School 對搭售的交易方式卻認為應該絕對合法，因為任何有關搭售行為的解釋，都不是違反效率法則的。相反的，還有一些解釋是合乎效率的。因為以價格歧視而言，它是搭售的解釋之一（變相的改變被搭售品的價格），而價格歧視的結果，只是產量增加，利潤增加，效率也增高。雖然這之中有一部分獨占利潤來自消費者剩餘的財富轉移，但未引起福利淨損，則價值判斷應該是中性的。對

註15：Areeda 認為本案判決有自相矛盾之處，並進而認為效率的目標才是反托拉斯法所應該追求者。1 Areeda & Turrer, *Antitrust Law*, π104（1978）

註16：Page, *The Chicago School and the Evolution of Antitrust*, 75 *Va.L.Rev.* 1221（1989）

於最後的這點推論，顯然不能讓 Populist 同意。(註17)

許多反對 Chicago School 立論的學者們，都認為 Chicago 的效率判斷標準，已經不是在尋求反托拉斯法的違法標準，而根本是在尋求一切私人行動的自由，而且沒有比此更高的社會價值。(註18)但是在一個民主社會裡，只有立法部門有權決定政策，如果立法部門的政策與法官的經濟分析模型不符，也只有聽從立法者的意思。再者，競爭所造成的社會福利與廠商追求利潤而產生私人財富，兩者之間並無必然的關係，雖然追求利潤的動機引導人們破壞獨占的行為，但是相同的動機也使人們走向破壞競爭運作之路。(註19)

下文是節譯 Lawrence A. Sullivan 及 Eleanor M. Fox 兩位教授對 Chicago School 與 Populist 之間不同看法的對照說明，從這之中可以看出目的取向的不同大大影響反托拉斯法的執法標準。(註20)

Chicago School

Traditionalist (Populist)

1. 為什麼反托拉斯？

反托拉斯法是爲了要增進市場效率。
禁止反競爭行爲是因爲這些行爲減低效率。
反托拉斯法應該只禁止非效率的行爲。

制定反托拉斯法是爲了保障競爭秩序，消除脅迫及剝削的市場行爲，維護一個競爭者得以對抗 (rival) 的環境…反托拉斯法促進分配效率及動態效率，並不禁止生產效率的提高，故而並無競爭與效率不能並存的情況

2. 什麼是效率？

幾乎所有的廠商行爲是合乎效率的。
廠商行爲是爲了利潤，利潤來自市場

效率是一個廣泛而有用的抽象形容，並非一個精確可辨的廠商特質，它表

註17：Id.

註18：Fox, Consumer Beware Chicago, 84 Mich.L.Rev. 1714 (1986)

註19：Hovenkamp, Rhetoric and Skepticism in Antitrust Argument, 84 Mich.L.Rev. 1721 (1986)

註20：Fox & Sullivan, supra note 4.

力的取得，降低成本或提供更好的產品。廠商只有在單純取得市場力時（如卡特爾）才是無效率的。效率可以測量，消費者剩餘及生產者剩餘總合增加時，效率即增加…因為消費者可以投資於生產者的相關產品而分享生產者剩餘…

3. 何謂掠奪？反托拉斯法應否禁止之？

掠奪是有市場力量的廠商將價格定於短期邊際成本之下，而期待其他競爭者退出市場後，獨占者能抬價超過過去的損失，理性的廠商不會如此選擇，因為成本太高，其他廠商可能於獨占者抬價時搶入市場…低價格是絕對有利於消費者的…當然合法。

4. 垂直交易限制是否會反競爭？

垂直交易限制很少會反競爭。製造者的目的是增加產品的銷售。縱使價格升高，經銷商將加強服務，因而提高生產者及消費者的共同利益，避免搭便車…絕無僅有的是經銷商或製造商的卡特爾，但機會很小…

5. 保護小企業的法律是否保護非效率並傷害美國的競爭力？

保護小廠商的法律必然給予貼補，滋生無效率並傷害最好的廠商。此種法律是對消費者及有效率的廠商課稅，

示成本控制、低價…尋求效率的最佳途徑是專注於可能產生效率的程序…最強的效率誘因是競爭，競爭限制經理人的選擇，迫使他們降低成本並找出滿足消費者的解決方法…現代的經濟理論…懷疑那種「健康市場」（robust-market）的假設

掠奪是任何非基於競爭功能的低價或產品策略。通常是用來增加競爭者的成本，阻嚇新進、阻礙他人增資…某些成本因素的考量可以避免處罰健康的價格競爭，但當然合法的說法將使廠商易於使用策略壓抑可能上升的挑戰。

通常他是違反競爭的…搭便車的情況並不如此明顯。價格及地域的垂直限制，若非卡特爾的強化，即為多種商品的經銷商剝削製造者及消費者，迫使邊緣消費者購買不想要的服務。排他經銷限制是製造商阻礙其他競爭者利用有效率的經銷商的方法…

保護小廠的機會是保障競爭的重要方法，因而增進效率及進步。固然大廠商的效率應該與小廠所受不利加以比

而傷害其國際競爭力。無效率的法律當然是不公正的法律，因為司法應該獎賞那些應該值得獎賞的人。

較，但是不能因此逕認大廠的行為都是效率的，小廠都是因不敵競爭的自然後果…約束有力者的行為並保護弱者的機會，可以提供更高程度的公平正義。

6. 非 Chicago 的反托拉斯法是否胡說 (mush) ?

加入任何非效率價值的反托拉斯法是無法完美的 (incoherent)。非效率基礎的反托拉斯法是行不通的反托拉斯法。

反托拉斯法並非 Chicago 的法。Chicago School 如果是立法者，則根本不會有反托拉斯法存在…Chicago 學人將努力…使廠商有最大活動自由，免於任何政府約束…經過世紀以來的演進，反托拉斯法平衡了其內在的相競爭之價值…

叁、日本獨占禁止法的立法目的

日本在二次大戰後，盟軍佔領期間的經濟民主化政策之下，制定了獨占禁止法（私的獨占之禁止及公正取引之確保之法律，昭和22年），其後經歷了三次修正（昭和24年、28年、52年）。原始的獨禁法，大底以美國法制為藍本，由於其目的在打破戰前日本經濟中的財閥結構，因此在制定之初曾遭到強烈反對。另一方面，由於戰後日本經濟正處於所謂「復興期」的重建階段，經濟統制有其必要性，故而強調競爭政策的獨占法在昭和24年及28年的修正中，大幅放寬其限制內容，舊財閥再度復活，卡特爾規制放寬，允許不景氣及合理化卡特爾的存在，結合規範亦大幅放寬。唯一例外的是不公正取引方法規制的範圍擴大。（註21）今村成和便稱呼此種發展是「獨占法的緩和及無力化」（註22）。此外，通產省行政指導，大量的適用

註21：汪渡村，反托拉斯法在經濟法上之地位，中興法研碩士論文，民國72年6月，第76-88頁。

註22：今村成和，獨占禁止法入門，有斐閣，1988年，第24頁。

除外立法（昭和27年至35年間，共有32件適用除外立法）及雪印、三菱、日產、富士等大型企業合併，都說明了扶植企業發展，政府與企業合作，企業與企業合作的產業政策，才是日本戰後至石油危機以前，最主要的經濟政策，在這種經濟政策之下，獨禁法自然只有退讓一途。（註23）

石油危機之後，獨禁法復權（今村成和語），這是由於石油危機之後，許多寡占企業操縱價格，致使物價劇烈上揚，卡特爾規制有強化運用的必要。同時，公取委首次使用刑事告發權，對石油業卡特爾追訴。（註24）昭和52年，通過修正案，加強獨禁法上的規制。其修正重點包括卡特爾課徵金制度的建立、對獨占狀態產業讓與一部分營業的構造規制、寡占產業價格報告制度等。（註25）

經濟法的定義及範圍，在彼邦學者之間，並無一致的定見，與其他國家的情形相似。松下滿雄認為，經濟法是保全及補充市場機制的法（市場機制の保全と補完の法としての經濟法），資本主義的經濟制度，是建立在充分尊重經濟參與單位的意思決定，並經由供需價格及數量的調整而形成的市場機制的基礎之上。獨占、寡占、卡特爾等競爭限制，威脅破壞了市場機制的健全，故而有完成此種競爭政策的獨禁法的必要。在市場機制出現失靈（market failure）的情形，國家政策的介入，補充市場機制的缺陷，即為產業政策法。這些產業政策法又可分為基礎技術開發法制、中小企業保護育成法制、不景氣對策法制、需給調整法制、對外經濟法制及公企業法制。（註26）

日本獨禁法既然作為其競爭政策的法律，故於其第一條規定：

本法依照

(A)禁止私的獨占，不當交易限制及不公正交易方法、

註23：松下滿雄，經濟法概說，東京大學出版會，1986年，第28－32頁。

村上政博，獨占禁止法の日米比較（中），弘文堂，1992年，第7頁。

註24：丹宗昭信，厚谷襄兒，獨占禁止法の基礎（新版），青林書院，1983年，第18頁。

註25：松下滿雄，註23書，第34頁。

註26：同上註，第15－24頁。

(B)防止事業支配力過度集中、

(C)排除以結合協定等方式不當限制生產、販賣、價格、技術或其他一切事業活動之不當拘束；

(D)促進公正且自由的競爭

(E)使事業者發揮其創意、興盛事業活動、

(F)雇傭及國民實質所得提高

因而

(G)確保一般消費者之利益

(H)同時促進國民經濟之民主健全的發達

爲本法之目的。

由於該條規定內容極廣，學說上便有各種不同的看法，各說之共通點爲上述ABC皆被認爲係獨禁法之手段，各說相異處在於D至H中何者爲獨禁法之直接目的。

(一)松下滿雄：獨禁法是競爭政策實現之法，係以維持市場機制爲其內容。在市場中多數競爭單位相互競爭，經由價格機能的發揮，使商品勞務生產販賣，而達到「資源最妥適配置」之狀態，此種狀態之維持，即爲獨禁法之目的。上述(H)爲其究極目的，DEFG不過是H的詳細表現。其中(D)公正自由競爭，固然是最有效的，但競爭的維持並非其本身的目的，而是以競爭機能的社會有用性爲其目的。此種社會有用性即資源的最妥適配置。(註27)

(二)今村成和：公正自由之競爭爲獨禁法之目的。因爲經由公正自由之競爭而形成的市場價格，供給良質廉價的商品勞務，經濟循環得以圓滑的進行，此爲資本主義經濟所期望的狀態。市場構造寡占化所帶來的競爭機能之低下，必須謀求確保之途，立足於有效競爭理論的獨占禁止政策，即以公正自由之競爭的促進爲其目的。(註28)

(三)丹宗昭信：公正自由之競爭，一般消費者利益之確保→國民經濟之民主健全

註27：同上註，第8頁。

註28：今村成和等編，註解經濟法，上卷，青林書院，1985年，第23頁。

發展，應該是獨禁法的全體目的。公正自由之競爭，固然為獨禁法之直接目的，不過此一直接目的又是獨禁法究極目的之達成（即一般消費者利益之確保→國民經濟之民主健全發展）的「手段的目的」。故而獨禁法並不單純以競爭秩序之維持為限，亦確保一般消費者之利益。此種消費者之主權的強調，亦可看出獨禁法的社會法性格。（註29）

（四）金澤良雄：公正自由的競爭之促進，乃獨禁法的重要之點（眼目），該法的基本立場係支持促進自由企業制度，透過此一階段，實現經濟上的機會均等及經濟平等的理想，完成經濟的民主主義。（註30）

肆、反托拉斯法、不正競爭法 與消費者保護法

消費者保護目前已經成為世界各國共通的趨勢，所謂消費者主權或消費者的四項權利（安全、知曉真相、選擇、反映意見）也被普遍的接受。一般所謂「消費者保護立法」，是希望在個別的消費者與企業的交易行為上，給予消費者更多的權利保障，故其對象乃特定個別之消費者，而非經濟學上討論消費者剩餘時，所指之概括的消費者。但是消費者的概念來自新經濟社會，並非傳統法律規範的主角。也因此各國面對此一問題時，有各種不同的方法，將之溶入自己的法律體系之中。至於不正競爭法的部分，通常係由民法侵權行為的規範演申而來，本有其保護個別企業財產權之原始目的，應予辨認。

美國雖然首先產生消費者運動，但是它並沒有一部單獨完整的消費者保護法。1960及1970年代，美國掀起一連串政府管制運動，對象是環境保護、安全及健康，並因此設立了許多管制委員會，後二種對象，顯然是受了消費者運動的影響。消費者產品安全委員會（Consumer Product Safety Commission 1972），國家公路交通安全局（National Highway Traffic Safety Administration 1970）、聯邦航空署（

註29：丹宗昭信，厚谷襄兒，註24書，第4頁。

註30：金澤良雄，經濟法，有斐閣，1980年，第148頁。

Federal Aviation Administration 1958)、核能管制局(Nuclear Regulatory Commission 1975)相繼建立。原先就已負擔食品藥物安全把關的食品藥物管理局(Food and Drug Administration 1906)則先後將化妝品安全及藥物療效納入管理範圍，而聯邦貿易委員會則自1938年起，管制虛偽誤導廣告。(註31)面對這許多管制的風潮，Chicago School 事實上是持懷疑態度的，他們並不贊同擴大政府管制範圍。因為管制通常不會太成功。他們認為就個別受害的消費者而言，普通法救濟程序可能更好，而就消費者整體(事實上已經等於國民全體)而言，競爭的自由市場制度，是最好的消費者保護。(註32)這種現象可能更突顯了消費者保護政策取向究竟應該是更多競爭，還是更多管制的問題。(註33)至於反托拉斯法與消費者保護之間的關係，則由於英美法系國家多半沒有「納入法律體系」的問題，而且反托拉斯法早於消費者運動甚久以前即以建立，因此我們應該無法說消費者保護運動是反托拉斯政策的指導理念。反托拉斯法從一開始便已承認私人起訴的利益，不過這種設計可能比較著眼於執法的有效及經濟性，倒是後來的消費者集體訴訟制度，有明顯的消費者保護色彩。至於不正競爭法的規範，則多半起源於普通法上的商譽侵權行為，後來雖有零散的國會立法，但是僅為普通法的強化，並未改變其根本性質。惟晚近亦將反托拉斯及消費者利益，列入其考量是否構成侵害的因素，值得注意。(註34)

北歐國家的立法經驗，可能是一個值得研究的對象。北歐各國原本都有保障商業善良風俗的不正競爭法，二次大戰後也都立法保障自由競爭制度，通過限制競爭

註31：Weiss & Klass, *Regulatory Reform: What Actuauly Happened?* (1986)

註32：Posner, *Economic Analysis of Law*, 3rd ed., 1986, pp.96-101, 346-348, 574, 636-7.

註33：蘇永欽，消費者保護法，收錄於氏著民法經濟法論文集，民國77年。

此處必須注意的是，Chicgao 所稱的消費者福祉(consumer welfare)並非消費者保護運動中的受益人。

註34：請參閱 Seth E. Lipner, *The Legal and Economic Aspects of Gray Market Goods*. ch4. (1990)

立法。消費者運動席捲北歐後，北歐各國經過深入研究，決定放棄保護個別企業的單獨不正競爭法，而以廣大消費者利益為中心重新整合國家、企業家、消費者利益的各種市場行為規範。整合之後的新法雖然仍保有各自法律的名稱，但是程序上，瑞典設置了市場法院，審理「市場法」案件，將傳統上保障營業自由、商業倫理、消費者利益三方面可能的衝突，透過程序上的處理加以消化。而冰島則乾脆以一部新法典，將限制競爭、不正競爭及保護消費者的法律全部規定在一起。（註35）

日本的經驗則又是另一種形式。日本早在昭和九年即制定了師法德國的不正競爭防止法，其原始目的是保障營業者不受背於公序良俗、信義衡平的競爭行為之侵害。戰後美軍佔領期間制定獨禁法，但是獨禁法制定不久便被打入冷宮，直到昭和40年代末期才又逐漸抬頭。在獨禁法復權之前不久，消費者保護基本法通過（昭和43年），宣示消費者保護的宗旨及途徑。基本法中規定要以標示之適正化及公正自由競爭之確保作為消費者保護的政策內容。但是由於基本法的性質僅為一種政策的宣示，並非權利義務的創設規定，（註36）因此是否立法者有意以消費者保護作為整合不正競爭法及限制競爭法的指導理念及途徑，仍有討論餘地。

正田彬教授從現代資本主義的經濟構造中，消費者業已處於獨占階段，市場控制從屬關係之底層的從屬者，而認為消費者應有排除其被置於從屬地位的權利，亦即排除獨占體之形成；另外消費者亦應有商品充分知識訊息獲悉的權利。他並進而解釋獨禁法上各種規定即為消費者排除被置從屬地位之權利的實現，而景品表示法等即為消費者獲悉知識訊息之權利的實現。（註37）

但是，彼邦仍有不少學者認為獨禁法對消費者而言，僅僅是一種獨禁政策實行後的結果，而非直接目的，甚至於該法第一條規定的「一般消費者利益之確保，國民經濟民主健全的發展」，也不過是民主主義社會中，經濟政策立法應有的形式，並非獨禁法所專有者。（註38）獨禁法在制度設計上，便是以公正取引委員會的行

註35：蘇永欽，論不正競爭和限制競爭的關係，收錄於註33書。

註36：北川善太郎，及川昭伍編，消費者保護法の基礎，青林書院，1977年，第28頁。

註37：賴源河，公平交易法與消費者保護之研究，收錄於氏著公司法問題研究(一)。

註38：今村成和等編，註28書，第24頁。

政執行爲中心，公取委有專屬的刑事告發權，被害者提起無過失損害賠償請求之前，必須公取委先有排除措置的審決。對於獨禁法第45條規定，「任何人皆得向公取委報告其認爲違反獨禁法之事實，並請求（求める）公取委適當的措置。」司法實務上，將之解釋爲該條僅爲公取委審查手續開始的發端，並非規定具體的請求採取適當措置的權利，故而公取委決定該事件並無違法時，報告之消費者不得聲明不服。（註39）

概略言之，日本的獨禁法雖然可以理解爲消費者保護政策之一，但是並非以個別消費者與企業之交易爲中心的設計，而多數說仍然認爲獨禁法保護的公共利益是競爭自體，（註40）。不正競爭防止法則至目前爲止，也尚未將起訴適格者擴展至消費者，不過該法已經逐漸脫離營業者保護的市民法色彩，逐漸加入消費者保護的觀點，作爲衡量違法性之參考。（註41）也許在消費者保護的價值理念下，不正競爭法及獨禁法將會有更進一步的整合。

伍、結論：

我國公平交易法的立法體例及立法目的

一、立法過程中的爭論

最早由廖義男教授所研擬之公平交易法草案第一條原規定爲：

爲維護有效之營業競爭秩序，確保營業競爭行爲之自由及正當，促進國民經濟之繁榮與安定，並保護市場上競爭之企業、交易之相對人、以及消費者大眾之利益，特制定本法。

其實體規範部分，分爲限制營業競爭之行爲（聯合、限制交易相對人活動自由、杯葛、差別待遇、拒絕入會、恐嚇、利誘爲限制競爭行爲、控制市場之企業）、不正當之營業競爭行爲（背於善良風俗、引人錯誤之廣告）兩大類。民事責任方面

註39：同上註，第578頁。

註40：松下滿雄，註23書，第58頁。

註41：今村成和等編，註28書，第827頁。

規定有消費者團體之集體訴訟。上述草案幾經修改後，成為行政院送請立法院審議之草案第一條：

為維護交易秩序，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法；本法未規定者，適用其他有關法律之規定。

至於實體規範方面，分為獨占、結合、聯合、不公平競爭（不當限制轉售價格、有妨害公平競爭之虞之行爲、仿冒、廣告、損害信譽、多層次傳銷）。而草案總說明則稱：

…凡此種種，不但嚴重影響國家形象、造成國際貿易之障礙，而且亦影響消費者權益。為維護交易秩序，確保公平競爭，建立良好之經濟環境，促使我國經濟朝向自由化及國際化發展…

兩份草案的條文第一條，規定內容有所不同，廖教授草案特別突顯其保護法益包括競爭之企業、交易之相對人及消費大眾。而行政院草案的第一條條文，已經看不出消費者保護的字眼。另外，行政院草案用「交易秩序」取代「競爭秩序」，用「公平競爭」取代「競爭行爲之自由及正當」，但是由於草案的實體規範，除了多層次傳銷外，涵蓋的事項大多相同，不容易看出此種文字改變的理由。

從字面上看，似乎廖教授有意將限制競爭、不正競爭及消費者保護三種保護法益，融於一法之中；而行政院草案則偏重經濟自由化的經濟政策，消費者保護則僅為一種反射利益。但是行政院草案對於被害人起訴請求賠償之規定，並未排除消費者訴權。而兩份草案都有待解決的問題是該法保護之各種法益之間，如何權衡取捨，孰先孰後。

立法院審議公平交易法時，當時的經濟部長李達海，對公平交易法的立法目的有下述陳述：

…競爭係公平交易法之核心…準此，執行公平交易法時，須體認公平交易法之任務在保障競爭，而非保障競爭者，更非保障低效率的競爭者…（註42）

不過在答覆立委質詢時，李部長卻又有下列陳述：

…立法必須有其事先防範之工作，本法對於獨占、寡占、聯合壟斷並不禁止，

註42：立法院公報，75卷76期，第2頁。

只有在影響消費者利益時，政府才予禁止…本人要再次強調：本法之制定施行旨在維護一個合理競爭環境，因為競爭才能促成進步，同時要限制一些非法的商業手段，保障合法經營與提倡適度的商業道德和經濟紀律。

另外當時的經濟部次長李模，亦在立法院答詢如下：

…第18條之規定，乃用以保護消費者利益…公平交易法的確是為保護消費者的權益而立法。至於是否加入保護消費者的字眼，本部沒有意見，但本法精神上是保護消費者利益，則是毋庸置疑的。（註44）

參與法案審查的立委，其發表之意見，則頗為分歧，朱高正委員有下列意見：

…公平交易法最重要的是保障中小企業在自由經濟市場具有競爭力，而不會被排除…由近代社會的經濟史來看，制定公平交易法就是要保障中小企業免於被合併。公平交易法是社會主義色彩很濃厚的經濟立法，我們不是一切企業均要保障。（註45）…有些委員主張增加維護消費者利益的規定，本席認為這簡直是胡鬧，本法的目的應是維持充分自由競爭的市場，雖然由此一功能可以產生保護消費者權益的效果，然而僅是附帶效果…（註46）

然而，另一方面，持「消費者保護」說的立委似乎占有多數，如黃主文委員，（註47）、林鈺祥委員（註48）、鄭余鎮委員（註49）、汪漁洋委員（註50），汪委員明白的說「本法的目的即在保護消費者，平均社會財富」。王令麟委員則是從相反的角度認定本法之目的在保護消費者：

…過去四十年來，雖然我們並沒有公平交易法以為規範，但是台灣消費者有誰

註43：同上註，第10頁。

註44：立法院公報，77卷13期，第10-11頁。

註45：立法院公報，79卷56期，第360-361頁。

註46：立法院公報，79卷96期，第267-268頁。

註47：立法院公報，77卷13期，第11頁。

註48：立法院公報，75卷76期，第6頁。

註49：立法院公報，79卷96期，第106頁。

註50：立法院公報，79卷96期，第280頁。

受到傷害，縱或有人遭受傷害，人數一定很少…（註51）

林憲宏委員之意見，似乎是採取「效率」說：

…公平交易法之本質為經濟憲法，其主要功能與目的在於維持市場競爭之活潑與公正，其可能產生之效果即為促使總體經濟因市場機能而充分發揮，使資源達到有效的分配。至於其他伴隨而來的立法，如使消費者有享受更多樣化的產品之選擇及更低廉之價格，使中小企業免於遭受大型企業強勢競爭之威脅等，並非本法之目的。（註52）

反對黨方面，似乎將弱勢者的保護列為優先目標，如陳水扁委員：

…由於這些行為往往是使消費者權益被剝奪，有志參與的中小企業面臨倒閉的危機。而這些失序的市場競爭，已使「富者益富，貧者益貧」的不正義社會。（註53）

盧修一委員等人組成的新國會研究室，提出一份相對草案，將其中第一條條文，加入「自由」二字，即將「確保公平競爭」改為「確保自由公平競爭」，餘同。而其說明為：…藉由公平交易法之規範，儘量恢復自由競爭市場之機能，自由競爭能回復時，才不會使獨占聯合行為等支配市場，而公平競爭方有可能。（註54）

從立法院審議過程中出現的意見來看，委員們並無一致的意見，行政部門的代表也沒有清楚的說明這幾個互相「競爭」的立法目的之間，孰先孰後。或許這種現象說明的並不是公平交易法在制定當時，立法者心中已經有了多元目標，齊頭並進的清楚立場；反而只是表示，代表全民各方利益的國會議員及行政部門，各自以不同的信念及政策取向，接受了相同的這部法律。

二、立法後應有的解釋

我國的公平交易法從研議到正式立法通過，歷經十年，與世界各國有關營業競

註51：立法院公報，79卷96期，第112頁。

註52：立法院公報，80卷4期，第310頁。

註53：立法院公報，80卷4期，第334頁。

註54：立法院公報，80卷4期，第317頁。

爭的立法過程相較，即使不是最久，也算是頗為「慎重其事」。雖然如此，這個法律仍然遭到不少來自學術界及產業界的批評。（註55）在這種情形下，本文回顧法律起草立法過程中各方面的意見，以及他們心目中所設想的立法目標，期望使公平交易法的政策得到進一步的澄清。但是顯然立法過程並不能提供清楚的答案。每個人可以因為不同理念而接受同一個法律。

但是這樣混沌不清的狀況，終究在執法時必須澄清。縱使執法者認為政策早已為立法者清晰的決定，但是仍然不可避免的，這個政策實際上是執法者心目中所詮釋的「立法者」意圖。

公平交易委員會主任委員王志剛，在一項研討會上談到了主管機關執行公平交易法的原則：

…一、配合經濟發展：公平交易法的實施必須配合整體經濟發展…二、符合社會公益…尤其公平交易法所建立的自由與法治的社會經濟體系，即是希望以個體行為的合理化為出發，以整體利益的極大化為依歸…（註56）

如果我們單純的以上面這段話來看，王主委所說的：「以整體利益的極大化為依歸，似乎可以解釋成 Chicago School 所說的經濟效率的追求。

事實上，這樣的意見，也可以在學界發現。劉紹樑教授就認為，「維護消費者利益」應解釋為透過維護市場的競爭，以發揮資源作最適配置的效率（註57）。如果透過市場機能使得生產者剩餘及消費者剩餘達到均衡，此時若不能再藉由資源投入或產出的配置，而增加消費者的福利，又不會減少生產者的福利，則已達到 Pareto Optimality。如果以「維持交易秩序」為指導原則，反而會予有意實施重商

註55：請參考公平交易法學術研討會會議記錄，行政院公平交易委員會籌備處、政治大學法律系所合辦，民國80年11月。

註56：王志剛，公平交易法的實施成效與檢討，公平交易法與產業發展學術研討會，中興大學、行政院公平交易委員會主辦，民國81年9月7日。

註57：劉紹樑，註10文。

劉紹樑，公平交易法除外規定之研究，經健會法規小組委託研究計劃報告書，民國81年5月。

主義者從事「產銷協議」的機會；如果也以「確保公平競爭」為規範指導原則，則亦可藉泛道德化之說辭，以及分配正義等空泛的理論，干預市場之運作；「促進經濟的安定及繁榮」只不過是一個空泛的目的；「維護交易秩序」、「確保公平競爭」必須附麗於「維護消費者利益」這個更重要、更明確的立法目的；執行上如果符合前三個立法目的，理應即可達成「經濟的安定及繁榮」。

這種效率說的看法，顯然已經不同於草案起草當時的設計，與多數立委的看法也頗有些差距。許多立委們字面上贊同消費者利益的保護，但恐怕絕大多數並非將消費者利益解釋為 Chicago School 的經濟效率。

起草公平交易法的廖教授在立法後認為，公平法保護之法益有多重性質，而以促進國民經濟之安定與繁榮為終極目標。在消費者利益與事業在市場上自由及公平競爭之利益不能兼顧，甚至兩者有所衝突時，必須從整體經濟利益之觀點予以衡量，何者利益應優先保護。例如大企業以低於成本之低價傾銷，縱對消費者短期有利，但為維護中小企業之公平競爭，仍須對該低價傾銷行為，加以干預。比較廣告，雖對被比較之事業有所不利，然為消費者利益，仍應容許之，排他性契約為確保商品之品質及安全，或為建立良好之售後服務，確有必要時，為消費者之利益，仍應容許之。(註58)劉紹樑教授形容為「空泛的目的」的「促進經濟之安定與繁榮」，廖教授認為係公平法的終極目標，可惜廖教授未能對效率的觀點與其所謂「整體經濟利益」之觀點，加以比較說明。但從其低價掠奪的違法性主張，或可推知其並不贊同效率的觀點。再者，何以有時保護中小企業才符合整體經濟利益之衡量，而有時卻又保護消費者利益才能符合？其判斷是否有利整體經濟利益之標準究竟為何？

從立法體例上而言，如果能將公平法的規範事項單純化，則立法目的及保護對象都較明確，執法上也會方便許多。立法過程中，蘇永欽教授曾建議將單純消費者保護問題單獨立法，所餘問題則以市場競爭為軸心概念，可稱之為防止限制競爭法，至於純粹營業間正當競爭規範，如商號、商譽、商業秘密的保護等，可考慮於修正民法、商標法時增列。(註59)

註58：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，公平交易季刊，第一期，81年9月。

註59：蘇永欽，關於防止限制競爭立法的基本問題，收錄於註35書。

但是這種將立法目的及體例單純化的構想，並未被立法時採納。現行公平法中關於仿冒、商譽侵害、欺罔顯失公平行為等規定，應係源於西德不正營業競爭法，而該法的原始目的又係補充民法規範的不足。多層次傳銷及廣告標示的規定，則又含有濃厚的消費者保護的行政管制色彩。故而現行的公平交易法，實為一涵蓋限制競爭、不正競爭、消費者保護三種性質的法律，但是顯然的它並沒有像北歐國家那樣將三種法律完全納入，目前尚有消費者保護法在審議當中。而且由於程序上設計的問題，這幾種性質的法律，將來可能在公平交易委員會、行政法院、民事法院及刑事法庭之間產生見解紛歧。

筆者認為執法的明確性，並顧及公平交易法本身具有多重法域，多元目的的背景，都是必須認真考量的因素。此外，主管機關的政策宣示也應加以重視。故而筆者建議，應該將公平交易法中關於限制競爭的條文，以經濟效率作為其主要追求目標，如果其效率之有無並不明顯時，始考量其他次要目標：如保護中小企業、財富分配、消費者利益（非經濟學上的消費者福祉）。在不正競爭部分，則仍然應該先以營業之善良風俗為考量之出發點，而以明顯的效率提升或消費者利益，作為阻卻違法的理由。在消費者保護之管制方面，則應以消費者利益為基本訴求，在重大的消費者利益，如安全、健康等情形，應可認為高於效率及營業者利益之考慮；而在較輕微的消費者利益之情形，應可認為管制的成本，必須低於因此而維護的消費者利益，始得加以管制處罰。而上述規範標準的採行，最需要的是經濟理性的思考及經濟分析的方法，故本文最後即對此一問題加以討論。

陸、餘論：

公平交易法與經濟分析方法

一、經濟分析的重要性

規範市場經濟的競爭秩序，不但是一個法律問題，更是一個經濟問題。經濟現象的掌握，不同於白紙黑字的法律條文。經濟運行的力量，本質上就有超出人為法律框架的潛能，例如各種新興交易方式（老鼠會），地下經濟活動等。故而以追求安定性的法律來規範不斷變動的經濟現象，本是一項極為困難的任務。正因為如此

，立法者往往在制定經濟法規時，使用的是「目的程式」（僅表示出立法者意欲追求的目標）而非一般傳統法律的「條件程式」（法律預先制定構成要件及法律效果）。換句話說，執法者在此時無疑的是在作成無數政策決定，需要大量的數據資料，以及分析數據資料的知識。經濟學的介入法律執行過程，無疑是這種不得不然的結果。（註60）

美國的 Hovenkamp 教授，雖然是反對 Chicago School 的大將之一，但是他明白肯定的說：沒有任何一個反托拉斯政策可以不需要一套完整的經濟理論為基礎。（註61）

許多反對經濟分析方法介入法律解釋及執行過程的人認為，如果反托拉斯法或其他法律的目的是非經濟的，那麼經濟分析便不再重要了。對於這種想法，也許在某些法律領域，例如殺人越貨的犯罪問題，為了「除惡務盡」，我們不去計較執法的利弊得失。（但實際上，刑事司法一樣也存在著經濟執法概念，例如簡易程序的推行）但是除此之外，其他的法律，特別是經濟法，我們必須謹慎的評估其經濟後果。對於擁護經濟法規中「非經濟目標」的人而言，至少經濟分析的評估可以幫助我們了解，非經濟目標的追求必須付出多大的代價，社會是否願意承擔這樣的社會成本？甚至某些經濟法規是否真能達成原先預期的那種效果？在1950及1960年代，美國法院打破了大啤酒廠和地區性小廠的許多合併計劃，原因是法院認為此種合併將消滅地區性小廠，判決後大廠以自行設廠的方式進入各地區市場，新廠憑藉其較高的生產效率及全國行銷網，使小廠紛紛關門大吉，而且小廠不能合法的將其營業轉賣給大廠。事實上，啤酒業的產業經濟學早已註定了小廠的命運，法院的判決只是徒然使小廠退出此一行業的過程更加痛苦而已。（註62）

有了經濟分析方法的加入，並不表示所有的問題都已迎刃而解。經濟學有它的侷限，正如同所有其他學科一樣。除了經濟模型不一定正確、完整、周延之外，數據資料的缺乏也往往是一項難題。這種情形，對我們而言，可能更加嚴重。此外，

註60：蘇永欽，經濟法——已開發國家的任務與難題，收錄於註35書。

註61：Hovenkamp, *supra* note 14, P.43

註62：Id., p.42

經濟學界也有百家爭鳴的難解之結。經濟學界流傳著一個笑話，如果你問同一個問題，十個經濟學家會告訴你十一個答案，凱因斯自己就有兩個答案。美國著名的產業經濟學教授 F.M.Scherer 在他「產業市場結構與經濟績效」(Industrial Market Structure and Economic Performance) 一書的二版自序中說：

該書雖未必如本人自我解嘲「本書內容一半有誤，但不知道是哪一半」…本人改寫本書，現在相信有四分之三是正確的了。

這種經濟效果的難以預測，並不表示我們應該完全摒棄這個工具，正如我們不會將充滿弊端的代議民主體制予以揚棄，用專制獨裁取而代之一樣。相反的，我們應該更謹慎的使用我們現有的工具及知識，作出最適當的政策決定。

二、經濟方法的簡介

反托拉斯法的中心概念在「競爭」，但令人驚異的是，競爭的概念並沒有在經濟學界有普遍的見解。目前個體經濟學中的完全競爭模型，事實上是描述市場處於「不再競爭」的狀態，亦即廠商為價格接受者 (freedom of entry and exit)、資源自由移動 (free mobility of resources)、充分訊息 (perfect knowledge) 等。這種完全競爭模型，是新古典經濟學，在數學描述介入經濟學之後的產物。但是這個模型卻使競爭失去動詞的意義，反而成爲一種靜態的描述。(註63)

新古典經濟學是完全競爭模型，在社會福利淨損失及無效率等的測定上，有其重要的功用。但是以之作為規範動態經濟運作的行為規範，則顯得格格不入。故而在1940年之後，有效競爭 (workable competition) 的概念乃被研究提出。概略言之，有效競爭理論以「市場結構—廠商行為—績效」為基本架構，而提出其於各該階段應具備的競爭準則 (norm)。例如市場交易人數不能低於規模經濟所允許的人數、價格波動的跟進應存有若干不確定性、廠商的生產沒有資源浪費等等。(註64) 由於這些競爭準則本身仍然有太多規範性質的判斷。因此，又有其他學者

註63：詳蕭峰雄譯，F.Scherer 著，產業市場結構與經濟績效，上冊，52頁，民國80年。

註64：莊春發，論競爭，中國經濟月刊，民國70年2月。

依據有效競爭的基本理念，分別以集中率、價格同質性及投資報酬率作為測定市場是否存在競爭有效的運件。（註65）當然這些測定方法也都有各自的問題，不過，有效競爭理論對各國的反托拉斯政策都有很深的影響。（註66）

某些經濟模型的提出，直接或間接的造成了反托拉斯法的政策重估。從經濟分析的觀點，獨占的產業之所以應該加以禁止，是因為獨占造成了社會福利淨損失（dead-weight loss），資源並未依照其最有效的方式加以利用。但是，這個福利淨損失究竟有多少？是否值得我們大張旗鼓的加以撻代？（執法本身也需要投入成本）Harberger 在1950年代對美國製造產業的研究結論是，清除壟斷後，消費者剩餘可增加約 GNP 的0.1%。Scherer 以1978年的產業水準推估 Harberger 的結論，足以使每人分配9美元，可以讓每個人在一家美好的（獨占性競爭）餐廳享用一客牛排。（註67）依照他這樣的結論，可能讓很多人覺得花費大筆政府預算是得不償失的。不過，如同 Calvani 所指出的，Harberger 的研究是在有反托拉斯法存在的環境下作成的，而且淨損失可能集中在某幾個產業部門，獨占產業為了追求獨占利潤的鑽營（rent-seeking）行爲，可能引發更高程度的福利淨損，所以反托拉斯法仍然有它執行的必要。（註68）

獨占還造成了其他的無效率，一般研究相信，免於競爭威脅的獨占廠商，沒有足夠的誘因（壓力）降低成本，雖然它可以用降低成本的方式增加其報償數額，但是壓力誘因遠比報償誘因來得有效。（註69）

法律未設置進入障礙的市場，獨占者為了保有其獨占地位，可能會花費獨占利潤尋求地位的確保。其結果，它的實質收益可能又回復到競爭的水準。但是獨占者如何花費其獨占利潤是值得探討的問題，其花費方式可能反而造成更多社會損失（

註65：莊春發，同前註文。

註66：H. de Jong & W. Shepherd eds., *Mainstream in Industrial Organization*. (1986)

註67：詳蕭峰雄譯，F. Scherer 著，註63書，799頁，民國80年。

註68：Calvani & Siegfried, *supre note 8*, p.14.

註69：詳蕭峰雄譯，F. Scherer 著，註63書，804 - 806頁。

如向政府官員行賄、運用黑道力量)。它也可能積極投入研究發展 (Research and Development, R & D), 造成社會福利的增加。但是這項增加必須加上一個條件, 即其 R & D 的成果, 超過其原來獨占損失及 R & D 之後另外取得獨占地位所生的福利淨損失之和。Joseph Schumpeter 認為競爭市場中的廠商無力負擔 R & D, 因為一旦失敗, 便可能瀕臨倒閉。反對者則認為競爭廠商不求長進的後果, 與投入 R & D 的危險並無區別。對於 R & D 可能比較正確的看法是, 獨占者面臨競爭威脅時會比較注意創新, 有許多小廠商控告大廠商以掠奪性的產品創新 (predatory product innovation) 驅逐小廠的案例, 應該是一個合理的說明。(註70)

規模經濟 (economies of scale) 是許多人對反托拉斯法上的結合規範提出質疑的經濟理論依據。規模經濟通常來自於科技的改變, 不過科技的改變也可能消滅規模經濟。前者例如農機、後者例如半導體晶片。為了達到規模經濟, 各種產業的廠商必須維持在最低程度生產規模之上 (minimum optimal scale, Mos), 廠商才能以最低的成本生產。如果某種產業的規模經濟, 只能允許兩家 Mos 廠商, 則強令該產業維持在三家甚至四家廠商的數量, 將會增加每一家廠商的生產成本, 該產業的產品價格也將提高。這種情況, 當然是反托拉斯政策所應該注意的。只不過判斷個別產業的 Mos 頗為困難。(註71)

自然獨占, 是規模經濟極端的例子, 在特定產業中, 廠商的平均成本在到達市場需求點之前, 是一路下降的, 所以在這個產業, Mos 可能只允許一家廠商存在, 但是這種產業特性的後果是, 無可避免的, 價格將偏高, 不管是因為一家獨占廠商收取獨占價格, 或是因為過多低於 Mos 的廠商, 以較高的成本生產。傳統的解決辦法是法律設置進入障礙, 並管制價格, 在歐洲及亞洲國家則更進一步將此產業收歸國營, 但是不管是價格管制或國營化, 都有其缺點, 甚至不能糾正我們原先意欲消除的問題。成本的難以估計, 管制本身的花費, X-無效率 (廠商疏於降低成本) 等問題, 只是它的問題中的一部分。可競性理論 (contestable theory) 的提出, 為自然獨占問題開拓了另一條解決之道。在某些具有自然獨占或規模經濟的產業

註70: Hovenkamp, supra note 14, pp.21 - 4

註71: Id., pp.25 - 31

，如果新加入市場投入耐久財或沈沒成本並不高，可以在退出時完全或大部分移至另一個市場有效的利用，此一產業便仍然會有競爭壓力存在，而無須過度的管制。各國航空業的解除管制是明顯的例子。（註72）

傳統上對垂直交易限制的非法性，是建立在經銷商的卡特爾，而由供應商參與「警戒」某些經銷商「偷跑」。在某些情況這種想法是成立的。例如所有的供應商聯合減量生產，爲了防止這些供應商中有人偷跑，故而要求全體經銷商參與此一垂直交易限制。但是這種情況，並不常常在反托拉斯訴訟中出現。另一種解釋是，垂直約價使供應商剝奪經銷商自由定價的權利。不過這種解釋可能只在垂直約價限定上限時，才能成立，因爲此時供應商必須控制大型經銷商運用其行銷能力減量抬價，以至於損及供應商的利益。但如果是垂直約價設定下限時，此時很難說是供應商佔經銷商便宜，因爲超過批發價格的部分都由經銷商自行取得利潤，設定下限對供應商沒有明顯的利益。也許，防止搭便車（free-riding）是垂直約價行爲比較合理的解釋。供應商限制經銷商的零售底價，使得經銷商必須投入非價格競爭（如產品說明、售後服務），使消費者對此產品增加好感，增加購買量，從而使各方都獲利。（註73）

經銷分區限制（或區分消費群）的違法性，可能在於供應商意欲差別取價，剝奪單一價格時的消費者剩餘，但供應商此時必須具有市場力量，否則受到高價剝削的消費者可能轉向其他替代品；更重要的，供應商必須能做到防止某些消費者轉賣賺取價差。（註74）電影放映業對不同類消費者收取不同的價格，是一個明顯的例子。

三、試析二則公平會處置之個案

公平會許可之第一件聯合行爲申請案，是台灣區麥粉工業同業公會及其關係會

註72：請參閱 G. Stigler, *The Theory of Regulation*, 1 *Bell J. Econ. & Man. Sci.* 3 (1971)；Weiss & Klass eds., *supra* note 31.

註73：Hovenkamp, *supra* note 14, pp. 248 - 252.

註74：Id. at 257.

員，申請聯合進口小麥案。（註75）申請事項為麥粉公會依據主管機關（農委會）核定之每年進口小麥預計量，研定進口船次順序，聯合標購、租船、保險，各會員進口數量容有多寡增減時，則經由會商協調解決。公平會認為，基於降低進口成本，解決倉容不足、減輕港口壅塞、避免內陸運輸調度失當、易於配合國內農糧與經貿政策等理由，業者聯合採購裝船保險，符合公平法§14但書⑤「為加強貿易效能而就國外商品之輸入採取共同行為者」之規定，應允許可。但「聯合分配全年進口量」，則因會員所獲配額，係經由會員會商協調，有失公平競爭原則，而限制非會員參與進口，不僅對他人設定不當進入障礙，抑且於法無據。又為顧及現行方式調整需要時間，故給予一年之期限，俟後不得對進口人資格有違反公平法之限制。

台灣地區由於地理環境影響，小麥必須依賴進口，無法自行生產。但農產品之進口涉及國家之農業政策，農業發展條例§40乃賦予農政主管機關，對農產品之進口同意權。農委會認為小麥製作之麵粉，與稻米有高度替代性，乃援用此一同意權，對小麥之進口加以數量限制，以便保護生產稻米之本地農民。姑且不論進口小麥與稻米是否存有如此強烈的替代性，足以構成管制進口之理由，此處須強調的是，雖然台灣地區小麥的總供給量有政府的數量限制，但是在有限的總供給量之下，仍可以儘量達成效率的增進，或公平的分配，例如由全體有意進口者標購配額，抽籤決定進口等方式。從經濟理性的角度而言，可能由有意進口之廠商相互競爭以決定配額，讓生產成本最低者得標，是比較好的選擇。如果限制進口人之資格，使少數特定廠商取得進口小麥之利益，便無法確保生產效率的提升。縱使這些少數特定廠商恰巧是最有效率之麵粉生產者，仍然無法滿足人們公平分配有限資源的程序正義之要求。故而公平會要求小麥公會不得限制進口人之資格，應值贊同。惟可惜並未說明何以調整現行方式之時間為一年，而非其他期限？

再就公平會許可之聯合採購裝船保險言，至少表面上業者所為，的確符合公平法上「為加強貿易效能而就外國商品之輸入採取共同行為」之規定，公平會所舉之理由亦多相符。惟值得注意的是，聯合採購之業者固然取得較有利之交易地位，降低成本，但並不必然意味消費者從中直接受益，亦不必然提升生產效率。業者成本

註75：公平交易委員會公報，一卷五期，民國81年6月30日。

降低後，是否會降低產品價格，使消費者同蒙其利，必須視其面臨之競爭環境而定。如業者並無對國內降價之壓力，則聯合對外採購之效果，僅係業者保留了其在國際市場上，因政府許可聯合行為而衍生的「消費者剩餘」，國內消費者，並不因此而在消費麵粉時受益。從 Chicago School 的觀點，如此已經足以成為合理化的基礎。如果希望更進一步將業者的「消費者剩餘」移轉給國內之麵粉消費者，必須從改變國內總供給（即進口量管制的解除）著手，較為有效。（此亦可看出管制進口數量，消費者所須負擔的成本。）至於業者的生產效率問題，固然進口成本是業者生產效率的一環，但是僅僅如此，仍無法確定進口小麥之業者即為國內生產效率最佳者，開放進口人之資格，使之相互競爭，才是解決之道。

中國石油公司銷售航空用油差別待遇案，是公平會第一次對國營事業處分之個案，（註76）中油是目前國內唯一供應航空用油者，它對國際線航空機在台加油價格為5元/公升，國內線為9元/公升。但本國的永興航空公司則收費10.6元/公升。永興航空之飛機修護基地為台中，當地並無中油之加油設備，無法直接加注飛機油料，必須由永興自行至高雄提油，再運至台中使用。永興因此增加購油及運輸成本，每年約需多花費480萬。中油則稱，為供應永興取油，須另設置油灌裝台設備，成本較高，且為防止自提油品流用於煤油市場，必須縮小其與煤油之價差，故定價為10.6元/公升；惟永興之自提油品，可從歷年購油量查考流向，不致造成政府稅收嚴重流失，故已於81年4月中旬起，向永興改收費為9元/公升；至於飛航國際線飛機，其燃油市場具國際競爭性，定價時參考鄰近國家及地區之價格，加計美金匯率變動等因素，縱有高低，亦無不合理之處。公平會調查後發現，中油之油灌台設備早於永興使用該設備前六年即已設置，且使用者非永興一家而已，中油亦自認並無流用之虞，則其不同價格即無正當理由，且永興與其他數家航空公司均有航線重疊之競爭情形，中油以其優勢市場地位所為差別待遇，已妨礙永興與其他航空公司之公平競爭，違反公平法§19②；至於國際線飛機供油價格不同一點，中油表示係因定價原則、銷售對象、計算幣別、稅捐、市場等不同而有差距，公平會認為尚屬有正當理由，且國際航線與國內航線並無競爭關係，故僅以價格差異，尚難認定有

註76：公平交易委員會公報，一卷七期，民國81年8月31日。

違法情事。

中油為供油之獨占者，公平會亦如此認定，但公平會未依規範獨占者的公平法§ 10論處，反以§ 19為依據，其道理何在？令人不解！處分書上未曾說明，難謂無憾。

從上述的事實可以發現，中油實際上是在對三個市場索取不同價格，一是國際航空用油，二是國內航空用油，三是國內非航空用油（即一般煤油市場）。前二種油品之品質相同，第三種油品則品質應較遜（中油稱航空用油為最好的煤油級油品）。但其價格則為第一種5元/公升、第二種9元/公升、第三種13元/公升，品質遜者反而較貴，表面上看已經屬於差別待遇。問題在於此差別待遇是否有合理的解釋。

獨占者的差別定價，通常有三種可能的原因：

(一)獨占者面對不同市場之成本不同

(二)獨占者進行交叉補貼，在一個市場從事掠奪，在另一市場抬價貼補前者的損失

(三)獨占者對需求彈性小的市場，索取較高的價格，對需求彈性較大的市場，索取較低的價格，以便在兩個市場中，盡量的奪取消費者剩餘，成為獨占者的利益，第一種情形構成差別定價的合理原因，應該沒有爭議，後兩種情形則尚有待討論。

獨占者從事交叉貼補時，理性的預期應該是他在掠奪的市場中，最後將一支獨秀，予取予求，否則應無此必要。獨占者低價掠奪的市場中之消費者，事實上是由獨占者高價剝削的市場中之消費者予以貼補，其結果可能使前一市場的消費超過平衡點，而後一市場的價格則又高出原先的均衡點，分別造成兩個市場的福利淨損失（social welfare deadweight loss）。中油對於國際航線與國內航線之供油，品質相同，價格卻不相同。公平會基於「定價原則、銷售對象、計算幣別、稅捐、市場等因素」，認屬有正當理由。其中除稅捐一項外，對中油的供油成本，實在難以看出有何成本不同的壓力。可惜處分書中未能詳細比對稅捐究竟占其成本之比例若干，無從了解其影響究有多大？如果此一因素並不足以說明定價的不同（相差近100%），則中油在國際航線上從事的，可能是一場沒有效率的競爭，而非掠奪，因為中油預期將來可以獨占國際航空用油市場的可能性，並不很大。如果認為中油必須以

此一定價方式，保有路經台灣的國際航線飛機的用油市場，「政策」上應加以配合，則吾人必須明瞭，此一「政策」背後，國內航線的消費者，甚至陸上煤油消費者，都已經付出了相當的成本。

獨占者對不同需求彈性的消費者，索取不同的價格，以便奪取消費者剩餘，實際上便是財富轉移的效果。從效率的觀點而言，此種作法，並不減低效率，從而並不違法。但是從財富平均分配的觀點，則足以成為非難的對象。中油對永興索價較高，對一般煤油索價更高，並非成本不同；但似乎亦非此處單純的需求彈性不同，就可以解釋。因為不論是永興、其他國內飛機及一般煤油消費者，都面對同一個獨占者，中油。是否國內飛機的用油需求彈性，大於一般煤油消費者之彈性，以致於前者之價格較低？恐怕很難如此認定。永興與其他國內航空公司用油價格不同，應該是其他國內航空公司集體的購買力量及其政經影響力的表現，而非需求彈性的作用。至少理論上可以說，中油設法將永興、其他國內飛機及一般煤油消費者加以區隔，不致於互相「流用」，形成「轉售」市場後，再加以「政策」上的理由，降低飛機油品（品質較好）之價格，而由一般煤油（品質較遜）的市場營收，負擔其「法定盈餘」的部分。此一「政策」，也許是鼓勵航空事業的發展，也可能是減少一般煤油的消費（假定污染程度較高），惟無論究竟是何種「政策」使然，吾人必須明瞭此種「政策」所包含的成本。

上述種種問題的解決之道，還是要放國內供油市場，使之產生真正的競爭，去除供應者恣意定價或配合種種吾人不甚明瞭之「政策」的可能性。透過競爭的力量，使生產效率達到最適水準，價格真正反應成本的不同，而不再有奪取消費者剩餘的爭議。

