

美國對差別待遇之規範及執行情形

李 昭 賢*

目 次

壹、前言	三、擔任廠商代理人
貳、美國有關差別待遇之執法機關	四、洩漏採購案件內情
一、聯邦交易委員會	五、處理涉及個人利益之事務，未予迴避
二、法務部反托拉斯局	六、訂約對象為國會議員
參、美國對差別待遇之規範及執行情形	伍、我國對差別待遇之規範及執行情形
一、美國對差別待遇之相關規範	陸、結論與建議
二、美國就差別待遇之構成要件及其執行情形	一、加強經濟分析
肆、美國招標採購制度之規範及執行情形	二、指定專責單位負責經濟分析相關事宜
一、收受賄賂	三、訂定差別待遇指導原則
二、圖利他人	

壹、前 言

按反托拉斯法中，限制水平競爭與限制垂直競爭為其兩大類型，而違反差別待遇之行爲尤爲限制垂直競爭中主要課題，亦爲本會亟待解決之問題，惟因其規定涉不確定概念，故在法律適用及認定標準上仍有爭議，茲爲汲取美國實務經驗，俾供本會未來執法及修法之參考，此爲此次赴美考查「美國對差別待遇之規範及執行情形」之主因。按美國有關差別待遇之規範主要係克來登法第二條（羅賓森一派特曼

* 本文作者為行政院公平交易委員會法務處科員

法)就價格歧視(price discrimination)所做之規定(至於非商品買賣契約中之價格歧視行為,則有適用聯邦交易委員會法第五條之可能),本次出國訪問及報告即係針對克來登法第二條(羅賓森—派特曼法)之相關法律規範及實務作法完成,另不當限制招標採購資格亦為本會亟待解決之問題,亦擬參考美國相關法律規範及執行情形,一併納入本報告,供本會執法之參考。

本人此次赴美拜會考察共計十四天行程,計拜訪美國聯邦交易委員會 Jacques Feuillan, Esq.及相關官員、經濟局科長Norman Familant 及相關官員、法務部反托拉斯局副處長Rebecca P. Dick 及相關官員,並至美國國會圖書館、喬治城大學圖書館及華盛頓大學圖書館蒐集相關資料,經就美國對差別待遇之規範及執行情形相關問題訪問前開執法機關及教授後,謹就訪問結果及其所提供之書面資料整理撰述如后。

本報告除前言外,依序介紹美國就差別待遇之執法機關、美國對差別待遇之規範及執行情形、我國對差別待遇之規範及執行情形,最後並研提相關建議,俾供本會未來執法及修法之參考。

貳、美國有關差別待遇之執法機關

美國聯邦政府就差別待遇之執法機關主要有二,一為美國聯邦交易委員會,一為法務部反托拉斯局,以下就此二機關之負責單位擇要說明如次:

一、聯邦交易委員會:

美國聯邦交易委員會內設五位委員(係經總統提名參議院同意後任命惟不得有三位以上委員隸屬相同政黨,每委員任期七年)、一執行長、若干行政法官及長任法律顧問,另有三個主要業務局(競爭局、經濟局及消費者保護局)、十個地方辦事處(亞特蘭大、波斯頓、芝加哥、克利福蘭、達拉斯、丹佛,洛杉磯、舊金山、紐約、西雅圖)。

二、法務部反托拉斯局

下設次長一人，副次長四人，分別掌理訴訟、管制事務、經濟分析及政策立法四部門，其下再依事務性質分科辦事。

參、美國對差別待遇之規範及執行情形

一、美國對差別待遇之相關規範

美國有關差別待遇之規範主要係克來登法第二條（羅賓森—派特曼法）就價格歧視（price discrimination）所做之規定（註一），其規定如次：

- (一)禁止賣主對於購買相同品質、等級貨物之買主，給予不同之價格，如果此種作法可能導致嚴重之反競爭效果。
- (二)禁止買方或賣方支付不實之佣金，除非對方確會提供一定之服務。
- (三)禁止對於互相競爭之經銷商提供不同內容之宣傳品或折扣。
- (四)禁止買主在知情狀況下，接受由賣方所提供對其他買主不公平之價格優待。

依據美國聯邦最高法院之判決，本法條制定之目的係為防止下述二種情況之發生：

- (一)阻止市場占有率較大之賣方，利用不公平之價格政策，消滅與其競爭之其他小型企業。
- (二)阻止市場占有率較大之買方，運用其龐大之購買力迫使賣方提供較佳之價格，使與其競爭之小型企業無法繼續經營。

本法條同時由聯邦交易委員會與法務部反托拉斯局負責執行，而事業違反本法條之規定，被害人可請求相當於實際損失額三倍之賠償金並向法院申請頒佈禁止令。

二、美國就差別待遇之構成要件及其執行情形

- (一)差別待遇行爲（價格歧視行爲），必須發生在商業（commerce）交易行爲，

註1：克來登法第二條（羅賓森—派特曼法）暨公平交易委員會編印之各國公平交易法規彙編第二一五頁及第二一九十三頁。

而所謂之商業交易，必須包括下述各項要件：

- 1.被指控價格歧視之賣方，必須從事商業活動，故已排除一般私人銷售行爲。
- 2.被指控涉及價格歧視之銷售行爲，必須在被告所從事之商業活動中發生。
- 3.此種商業行爲係指單純之買賣行爲，而不包括授權、代理、租賃等行爲，且必須爲已發生之買賣行爲，如果仍在要約、報價之階段，即使價格不同，亦無本條之適用。同時由於本條要求此種行爲必須爲對於不同之買主，因此如果被告對其子公司給予較爲優待之價格，美國法院亦不認其行爲違反本法條。

(二)適用範圍限於商品 (commodity) 之買賣，而不及於不動產、資訊或其他非實體物質之買賣，雖然本法之適用範圍有所限制，但對於非商品買賣契約中之價格歧視行爲，仍有可能適用其他反托拉斯法之規定（如聯邦交易委員會法第五條）。另，本法條除必須涉及商品之買賣外，尚必須就同一種商品之相同或相似品質與等級，爲不同之買賣契約，始有本法條之適用，惟法院對相同品質與等級之要求，採取較爲寬鬆之解釋；因此在下述狀況之下，相關之商品被視爲具有相同品質與等級者：

- 1.在外型與功能上相同者，雖然有不同之廠商生產，且消費者偏好某一廠牌時，依然被判定爲品質與等級相同之商品。
- 2.外型與功能相似者，即使有稍許之不同，仍然被視爲品質與等級相同之商品。

(三)賣主對於不同之買主給予「價格歧視」：

而所謂「價格歧視」，在此僅須爲不同之售價即可，至於售價差異多少，不會影響「價格歧視」之成立。

(四)原告必須證明被告之行爲對於市場競爭有不利之影響，且被告無法提出有效之抗辯：

由於本法條立法目的在防止有害市場競爭行爲之發生，故原告在舉證時，無須證明實際損害確已發生，僅須證明有發生之可能；而且此種可能性不須爲必然可能，僅須爲合理可能 (reason-able probability)。惟如原告提起訴訟之目的在要求損害賠償，則必須證明被告之行爲所造成之實際損害——包括

對於市場競爭與原告本身之損害。依據美國法院判決，此種對市場競爭之損害可以表現於下述二種狀況：1.對賣方競爭者造成之損害 2.對與受到價格優待之賣方的競爭者造成之損害。於1.對賣方競爭者造成損害之相關案件中，因原告通常為與被告賣方競爭之企業，因此在證明被告之行爲對於其競爭者有所損害時，原告可以採用分析市場之方式，分析被告賣方在市場中之占有率、其價格歧視行爲之範圍與期間，以及被告之競爭者的市場占有率等項目，以證明被告行爲所可能或實際造成之損害。

(五)價格歧視行爲須無正當理由：

由於在商業行爲中，賣方會因爲正當之商業理由而對購買相同等級、品質貨物者，給予不同之售價，故在此狀況下，賣方可以提出其行爲有正當理由之抗辯，而主張其行爲不構成不法之價格歧視。依據克來登法第二條及法院在相關判決中所承認者，此正當理由（被告之抗辯事由）包括1.成本不同給予不同售價 2.市場狀況變更給予不同售價 3.基於市場競爭給予不同售價 4.普遍性售價折扣 5.功能性不同售價（註二），茲分述如次：

1.成本不同之抗辯

所謂因成本不同而給予不同之售價，被告賣方必須證明，其所以給予不同買主不同的售價，係因爲各買主所購買之貨物的數量或運送方式不同，導致生產、銷售或運送成本之不同，惟售價之高低與成本差異之幅度必須合理。

2.市場變更之抗辯

所謂因市場變化所產生之不同售價，被告賣方必須證明其所以提供不同售價，係因市場之變化影響產品之銷售，其內容包括：季節性產品之行銷、易腐壞產品之行銷、訴訟影響產品行銷或因結束部份、全部營業所造成者。依照以往判決，本項抗辯主要集中在水果、肉類、蔬菜等易於腐壞之產品，或爲某些節日所特別設計之產品（例如：聖誕節禮品）。

註2：公平交易委員會八十三年度委託研究計畫—我國公平交易法第十九條與美、日、德相關規定與執行狀況之比較研究一書第二十九頁以下。

3.市場競爭之抗辯

被告賣方爲了應付競爭，可以給予不同買主不同售價。如賣方可以做此證明，則即使其所給予之不同售價確有損害市場競爭之結果，仍可免責。惟本項抗辯之成立，必須賣方所採行之行爲係基於善意（good faith）；亦即任何一個合理且謹慎之企業，在遇到相同之狀況下，均會採行降低售價之方式，以便應付競爭者之競爭手段。在決定被告賣方是否基於善意時，法院不會採行過於嚴格之態度，而會考量下述之因素：買方之請求、其他競爭者所提供之售價、市場價格變化分析、客戶證明如不降低售價便轉與競爭業者交易等。

4.普遍性折扣之抗辯

美國法院在判決中發展出普遍性折扣抗辯。即如被告賣方提供二種不同之售價，而且較低之一項係合理且公平地適用於其所有的客戶，則其中便無不法價格歧視行爲。而本項抗辯之所以成立，係因爲本條所禁止者爲「歧視」行爲，故如並無歧視，反而一視同仁，則本條自不應適用。惟如賣方在制度設計上，未能使所有客戶均合理、公平地享受折扣，則本項抗辯無法適用。

5.功能性折扣之抗辯

另一項由法院判決中所承認之抗辯爲功能性折扣（functional discounts）。此種折扣係基於不同客戶、不同營業性質，將客戶予以分類，對於業務性質相同之客戶給予相同之折扣；例如，賣方可以對批發商與零售商提供不同之折扣，亦可以對自行取貨之客戶給予特別之折扣，但其重點在於必須爲所有業務性質相同之客戶提供相同之折扣。

惟法院在判斷被告賣方對不同買主所提供之不同售價時，不會僅以受優待之客戶爲批發商而其他客戶爲零售商爲標準，而會以該等受優待之批發商，是否在營業方式上確實與零售商有所不同。因此，在Texaco, Inc. v. Hasbrouck案中，雖然受到價格優待者爲批發商，但彼等並未因而自行負責儲存、分裝等服務，僅是直接將產品由賣方處分送各零售商；法院乃認爲在此種狀況下，賣方不應給予其價格優待，因爲該等賣方之營業性質並不具備給予優待之條

件。

肆、美國招標採購制度之規範及執行情形

美國競爭法對於政府機關及事業單位不當限制招標採購資格並無明確規範，於實務上亦無適用美國競爭法之相關案例，惟於聯邦採購規則針對美國政府公務員於採購時可能涉及之不法行為作詳細之規定（註三），茲舉其重要項目簡要說明如次：

一、收受賄賂：

採購人員不可向任何與服務單位有利害關係者收取賄賂，各機關應各自明訂準則供本機關人員遵行，但為顧及一般無賄賂犯意之社交行為，諸如廠商商場推廣業務之公關用途贈品，價值在五至十美元以下者，一般允許收受。

二、圖利他人：

任何圖利他人詐騙國家財物之行為可處十年以下徒刑或併科一萬美元以下罰金。

三、擔任廠商代理人：

禁止代表廠商處理任何事務，違反者將被處以二年以下徒刑或併科一萬美元以下罰金。其禁止事項包括：

- 1.離職人員於離職後二年內不得代表廠商處理離職前一年內與職務有關之事務。
- 2.離職人員不得代表廠商處理離職前直接經辦之業務。

四、洩漏採購案件內情：

採購人員於正式分送招標單予廠商前，不得將有關資料先行提供予任何廠商或不相干之第三者。但發標前向大眾公開舉行之說明會、招標簡訊或徵求廠商提供資

註3：中央信託局購料處蘇明通先生所著「美國政府採購制度研習報告」第八十二頁以下。

料之情形則在允許之列。

五、處理涉及個人利益之事務，未予迴避：

某一事務之決定與本人或親屬有利害關係時，應予迴避，否則可處二年以下徒刑或併科一萬美元以下罰金。

六、訂約對象為國會議員：

訂約對象涉及國會議員或與國會議員利益相關時，不得簽約。

另聯邦採購規則亦規定，廠商與採購機關於各個採購階段（舉凡與招標、投標、決標有關者）所發生之爭議，均可循該規則訂定之申訴制度向有關機關申訴，廠商如對招標文件之內容有意見，必須於投標期限前提出申訴，開標後不能再有意見，廠商如對開標後之審標決標有意見，則可於決標前或決標後提出申訴。

綜上，美國競爭法等相關法律規範及其實務運作上，均認為基於契約自由原則，就政府機關及事業單位不當限制招標採購資格並無明確規範，應無美國競爭法等相關法規之適用，惟於聯邦採購規則就廠商與採購機關於各個採購階段所發生之爭議，設有申訴制度，並就美國政府公務員於採購時可能涉及之不法行為設有刑事責任及行政責任之規定。按國內目前雖有政府採購條例草案，惟尚未完成立法程序，而我國目前亦尚未加入WTO等國際經貿組織，故我國實務上對於不當招標資格之限制，目前係以公平交易法第十九條第二款無正當理由對他事業給予差別待遇之行為加以規範，惟俟我國加入WTO等國際經貿組織，且於政府採購條例就上述不當限制招標資格之行為加以規範，並完成立法成序後，則上述行為已有專法加以規範，公平交易法是否仍須介入上述行為，似值商榷。

伍、我國對差別待遇之規範及執行情形

我國公平交易法第十九條第二款規定，事業不得無正當理由，對他事業給予有妨礙公平競爭之虞的差別待遇行為。而依公平交易法施行細則第二十三條規定，本法第十九條所稱正當理由應審酌：一市場供需狀況二成本差異三交易數額四信用風

險五其他合理事由。茲就上開規定，分析其構成要件如次：

差別待遇之構成要件

(一)對他事業為差別待遇之行爲：

差別待遇行爲常見之類型如次：

1. 拒絕交易

事業在與其他同種類事業進行交易的情形下，若斷絕與特定事業現有之業務關係，或拒絕與其締結新的業務關係，是常見的差別待遇。原則上，拒絕交易對系爭事業利益之影響要大於在業務關係進行的差別待遇。

2. 差別取價

差別取價的方式或是表現在比較高的價格（包括手續費等）上，或是表現在比較低的價格上，即給予折扣或贈品。常見的折扣有忠誠折扣、數量折扣、因為支付現金之折扣、功能折扣，以及因為產品之特性（不易保存或隨季節而更替）而提供折扣。贈品則是在主要商品以外並未另行計價而免費贈與之附隨商品或服務。

3. 招標規範之限制

我國政府採購招標實務上不乏差別待遇之作法，而以採購地區的限制或設立莫須有之招標規範，最為常見，而使得只有特定廠商才能參與招標（即綁標）。

4. 拒絕讓事業加入團體組織

同業公會或品質標誌共同組織，不僅維護個別成員之利益，並且促進團體之共同利益，在現代經濟生活中扮演極為吃重的角色，尤其某些公會或團體往往亦為其成員之計算而從事商品服務之交易（例如著作權人團體向使用人收費之行爲），故若拒絕事業加入，對系爭事業競爭力之影響很大。

(二)無正當理由：

依據公平交易法施行細則第二十三條之規定，認定有無正當理由時，應審酌：市場供需情況、成本差異、交易數額、信用風險，以及其他合理事由（註四）

註4：公平交易委員會編印之「認識公平交易法」一書。

。茲分述如次：

- 1.市場供需情況：如某項產品係屬於有季節性或易腐敗之產品，基於出清存貨或儘速變賣商品之考量，而對即將下市之產品予以特別優待之情形。
- 2.成本差異：例如廠商基於運輸、行銷、包裝等成本不同，而給予不同折扣或交易條件之情形。
- 3.交易數額：例如對訂貨量大或購買金額較大者，給予較高訂貨折扣之情形。
- 4.信用風險：例如對於往來較久信用評選等級較佳之客戶，給予較佳之價格或付款條件之情形。
- 5.其他合理事由：例如對慈善機構基於公益原因給予較低之供應價，或視廠商配合程度之好壞，給予不同待遇之情況。

惟在具體認定上，依據公平交易委員會之見解，下列事由為正當理由（註五）：

- 1.依據法令之行爲（公研釋○五一解釋）
- 2.配合國家標準之行爲（公研釋○七四解釋）
- 3.配合推行正字標記政策（公研釋○四八解釋）
- 4.為獎勵銷售業績達某一標準以上者（公研釋○二三解釋）
- 5.出於公益原因者（公研釋○二三解釋）
- 6.為符合自己之需要（公研釋○四八及○七四解釋）

(三)妨礙公平競爭之虞：

依本會公平交易法相關行爲處理原則（註六），妨礙公平競爭之虞應就事業採取之競爭手段，是否具有不公平性，或其競爭結果是否減損市場之自由競爭機能，分別或綜合加以判斷，其競爭手段本身顯已失公平性者，即具可非難性，該當妨礙公平競爭之虞之適用要件，相當於所謂「當然違法」（按公平交易法第十九條第三、四、五款均係以脅迫、利誘或其他不正當之方法，原則上為刑法所禁止之行爲，即屬之）；惟如其競爭手段之不公平性未達當

註5：同註三第一五五頁。

註6：公平交易委員會編印之公平交易法處理原則第十頁。

然違法時（按公平交易法第十九條第一、二、六款，包含本案無正當理由之差別待遇行為，即屬之），應進一步從其競爭結果是否增加或減損市場之自由競爭機能併同認定之。減損之者，必須再從「合理原則」審酌有無妨礙公平競爭之虞。

一、競爭手段

第十九條各款明訂已具非難性之不公平競爭手段者如第三款、第四款脅迫性競爭行為，及第五款以脅迫、利誘或其他不正當方法，獲取他事業之產銷機密、交易相對人資料或其他有關技術秘密之行為。上開行為原則為刑法禁止之行為，故其市場行為之違法性或違反公平性應無疑義（刑法第三百十七條洩漏業務上知悉工商秘密罪、第三百零四條強制罪）。至於其他情形，其競爭手段是否已因有失公平而當然違法，尚須自具體個案中，考量對於商業倫理及公序良俗的違反程度為斷。

二、競爭結果

當競爭手段之「不公平」性格不明顯，從而不能逕認其競爭手段為當然違法者，必須從其競爭結果是否有增加或減損市場之自由競爭並同加以認定。在此並不以市場之競爭機能已實際受到影響為必要，只要認其實施，將可能減損市場之競爭機能即具可非難性。惟倘經其實施之結果，對於市場不生影響，則反之。須經認定其競爭手段能減損市場之自由競爭機能，才再依「合理原則」的經驗分析觀點加以審酌是否構成妨礙公平競爭之虞的要件。

惟在此並不以市場之競爭機能已實際受到影響為必要，只要認其實施，將可能減損市場之競爭機能即具可非難性，惟如其實施結果，對於市場不生影響，則反之。

陸、結論與建議

按反托拉斯法中，限制水平競爭與限制垂直競爭為其二十大類型，而限制投標廠商資格及其他違反差別待遇等行為尤為限制垂直競爭中主要課題，亦為本會亟待解決之問題，按我國規範差別待遇之行為係公平交易法第十九條第二款規定，惟因其

規定涉不確定法律概念，故在法律適用及認定標準上仍有爭議，美國執行反托拉斯法迄今已有一〇三年歷史，其執法經驗頗為豐富，雖然該國執法機關組織建制與我國未必相同，其產業結構亦有所差異，執法措施非可全面適用於我國，惟仍有部分制度措施可為借鏡。

另經由本次考察得知，美國執行反托拉斯機關均設有負責經濟分析之單位，在聯邦交易委員會為經濟局，其主要任務係提供委員會相關經濟訊息，並針對該會中競爭局及消費者保護局進行個案調查所需，提供經濟與統計上之協助。至法務部反托拉斯局中負責經濟分析之單位即為經濟分析部門，其中並組成經濟分析小組，針對該局中反托拉斯實務操作者有興趣之主題撰寫研究報告。

此外，美國於執法過程中對於經濟因素之考量逐年增加，對經濟分析之重視程度亦逐漸提高，而觀諸歷年來影響反托拉斯決策之經濟模式可知，美國對於反托拉斯規範會隨時代之演變而運用不同之經濟模式分析，而反托拉斯政策隨之有寬鬆不同程度之別，另若就美國處理各涉法行為所採之經濟分析模式觀之，則除針對合併行為及垂直限制行為訂有指導準則，俾茲遵循外，其他行為態樣則遇案採行個別經濟理論判定法則或一般經濟分析方式為之。

謹參考美國上述執行差別待遇之經驗，建議如次：

一、加強經濟分析：

觀諸美國聯邦交易委員會及法務部反托拉斯局在執行反托拉斯法過程中，對經濟分析之重視程度已逐漸提高，鑑於國內公平交易法蔚為經濟憲法，所規範者係市場上之各項經濟性行為，亦應加強經濟分析工作，俾使法律執行與經濟之發展相輔相成，達成促進整體經濟繁榮之立法目的，進而於競爭秩序之維護與產業利益之增進間，取得一合理之平衡點。

二、指定專責單位負責經濟分析相關事宜：

美國聯邦交易委員會及法務部反托拉斯局均設有經濟分析專責單位，負責經濟相關事務，因此，本會亦宜指定專責單位掌握國內經濟情勢、產業發展政策等相關經濟資訊，加強產業發展之研究並負責經濟分析事宜，俾針對業務單位進行個案調

查所需，提供相關經濟分析協助，同時，該專責單位亦可針對業務單位需要撰寫相關經濟研究報告供參。

三、訂定差別待遇指導原則：

美國有關差別待遇之規範主要係克來登法第二條（羅賓森一派特曼法）就價格歧視（price discrimination）所做之規定，並透過法院之判決及判例充實其內涵，輔以百年之執法經驗，已有一明確之標準作為其判斷基準，反觀我國規範差別待遇之行爲僅有公平交易法第十九條第二款及其施行細則第二十三條之規定，惟因其規定涉不確定法律概念，故在法律適用及認定標準上易滋爭議，又美國對於此等行爲之規範係以垂直限制指導準則為執行參據，雖然近年來聯邦交易委員會方面以過於經濟理論為由而暫予凍結，然亦應有其參考價值，準此，為使本款規範有較為明確之標準，本會於短期間宜可先行參酌國外類似指導準則研擬內部參考基準，再依個案處理經驗之累積逐步予以修正，俟時機成熟即可完成指導準則之訂定，正式對外發布，俾使業界有所遵循，且於訂定上開基準或準則時，宜兼顧理論與實務。

此外，公平交易法第十九條第二款及其施行細則第二十三條涉不確定法律概念及不明確經濟名詞，為使本會執法有明確之法律依據，並使業界有所依循，短期內除應訂定內部參考基準外，就長期法制制度之建立而言，似宜擬訂具體考量因素並考量納入施行細則之可行性。

