

# 總經銷、總代理契約與結合之規範

羅 美 霞\*

## 目 次

問題緣起	二、總經銷、總代理與結合規範
一、總代理和總經銷關係在公平交易法 之適用關係	三、結論

## 問題緣起

我國公平交易法有關限制競爭行為之規範，包括事業之獨占、結合與聯合行為，其中單純之獨占為一種無競爭之「狀態」；單純之聯合行為則屬於一種「行為」，至於結合，第六條第一項規定本法所稱結合，謂事業有下列五種情形之一者而言：一、與他事業合併者。二、持有或取得他事業之股份或出資額，達到他事業有表決權股份或資本總額三分之一以上者。三、受讓或承租他事業全部或主要部分之營業或財產者。四、與他事業經常共同經營或受他事業委託經營者。五、直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免者。上述結合態樣除第一款合併外，原則上係指事業間組成相當於關係企業的組織上關係。至於同屬事業之產銷經營策略，而與單純之結合概念不同者為，事業間不具有組織上之連繫、合作關係，而僅經由單純之買賣關係將其商品傳遞到達需求者之「經銷」關係。關於經銷之上下游關係其與限制競爭規定有關者，原則上應為「垂直聯合」行為之規範形態（第十八條、第十九條第一、二、四、六款）。惟如具有相當市場地位之供應商事業意圖獨占，與其經銷

\*作者為行政院公平交易委員會第二處科員。

商所締結之交易條件已超越了一般平等的買賣合作關係，而進行若干控制手段時；從限制競爭法的規範目的論，對於此種未具獨占狀態，又無「水平聯合」之合意，是否可援引結合規範預為監督，不無疑義。

茲舉一例：甲公司為我國A產品之領導廠商，其一方面影響所屬同業公會向財政部申請對該進口貨物課徵反傾銷稅打擊A產品進口商等競爭者暨剝奪下游廠商乙公司之選擇機會，另一方面又以此反傾銷控訴壓迫國外A產品廠商內外國公司，聲稱如丙公司將其輸入台灣地區產品的百分之五十的總經銷權由乙公司轉換為甲公司，則同意撤銷反傾銷控訴，乙公司爰向公平會檢舉甲公司違反公平法第十條第一項第一款、第十九條第一款、第三款之規定，經公平會以甲公司未經公告為獨占事業不構成第十條；甲公司有權進行反傾銷救濟程序其向丙公司所為僅係爭取商業機會之要約行為，不構成第十九條第三款；另無事證顯示甲公司前述行為係以損害特定事業為目的，不構成第十九條第一款，而決議不處分之同時，公平會得否命甲公司，應於丙公司擬同意授予其台灣地區之總經銷權時，向公平會申請甲、丙二公司垂直結合之許可？又如甲公司向丙公司所爭取者非總經銷權，而是總代理權時，情形有無不同（註1）？

謹彙整外國立法例與學說意見，進行初步之分析，藉以拋磚引玉。

本文共分(1)總代理和總經銷關係在公平交易法之適用關係；(2)總經銷、總代理與結合規範與(3)結論三部分。首先，第一部分係分從(1)公平交易法對銷售關係之規範、(2)經銷與代銷之區別、(3)總代理和總經銷在公平交易法之意義等順序簡介總代理和總經銷關係在公平交易法之可能之適用關係；其次，進入本文之主題：總經銷、總代理與結合規範，介紹各國競爭法對於結合類型之規範情形，尋找問題之癥結點在於對「控制關係」之解釋，並於小結中予以歸納。最後於結論提出本文淺見。

## 一、總代理和總經銷關係在公平交易法之適用關係

註1：參考公平會第一六八次討論案六：「某鋼鐵公司被檢舉以反傾銷控訴為手段不當爭取鋼板進口代理權案」

### 1.公平交易法對銷售關係之規範

事業為推廣或銷售其所有或持有之商品，基於營業自由可自由選擇透過「經銷」、「代銷」與「直銷」（包括自銷）等行銷通路或方式為之，而與其銷售商成立經銷契約、代銷契約與參加（直銷商）契約關係。其中，有關「直銷」關係，我國公平交易法對於多層次傳銷制度設有規範。各國競爭法為確保市場自由、合理之競爭環境與維護事業公平、正當之競爭手段，則主要針對「經銷」關係予以規範（註2），蓋在經銷關係中產品之所有權已經從供應商移轉至經銷商，供應商不得妨礙經銷商之營業自由以及與經銷商從事交易之第三人之權益，然有關交易對象的選擇及交易條件的決定常涉及商業上之複雜考量，故美國最高法院早在一九一一年的Standard Oil v. U.S.，211 U.S. 1, 60, 66案中已表示，唯有「不合理」的交易限制才是休曼法欲加以規範者（註3）。

註2：例如我國公平交易法第十八條與第十九條第六款；美國休曼法第一、二條，克萊登法第三條，聯邦貿易委員會法第五條；日本獨占禁止法第二條第九項；德國限制競爭防制法第十五條、第十八條；韓國限制獨占及促進公平交易法第十九條。

註3：學者認此為競爭法上援引「合理原則」(Rule of reason)之濫觴，其後在一九一八年的Chicago Board of Trade v. U.S. 246U.S. 238案中，大法官Brandeis並提出「合理原則」的四點考量因素：(1)與被告業務有關的特殊環境；(2)限制實施前後的情況；(3)限制之性質與目的；(4)限制之競爭效應，目前美國實務為解決此種複雜之經濟分析問題，最普遍採用的是使用「市場分析門檻」來篩選(filter)許可之行為，此亦為原告之舉證責任。針對「合理原則」訴訟程序的無效率，美國法院針對一些「對競爭具有效影響」(pernicious effect on competition)，欠缺「任何補償性本質」(redeeming virtue)之案件，樹立了得逕行推定其違法，而不須探究其目的或市場效益的「當然違法原則」(illegal per se)(請參考范建得、莊春發共同主持研究之「公平交易法適用『合理原則』之經濟分析--以垂直非價格限制行為為中心」八十五年度研究計畫第十七頁)。

在我國公平交易法上供應商對其經銷商不得有濫用獨占市場地位之行為（第十條）、限制經銷商之銷售價格（第十八條）、妨礙公平競爭之虞的杯葛（第十九條第一款）、差別待遇（第十九條第二款）、促使經銷商不為價格之競爭、參與結合或聯合之行為（第十九條第四款）或非價格之限制行為（第十九條第六款），傳統之行銷通路上，雖以供應商相較於其經銷商具有「賣方優勢」為常見，惟近年來隨著大型流通業或量販業之發展，「買方優勢」之間題亦逐漸浮出檯面（註4），故同樣地從買方優勢之角度，經銷商對其供應商亦不得有濫用獨占市場地位之行為（第十條）、妨礙公平競爭之虞的杯葛（第十九條第一款）、差別待遇（第十九條第二款）、促使供應商不為價格之競爭、參與結合或聯合之行為（第十九條第四款）或其他限制供應商事業活動之行為（第十九條第六款）（註5）。至於供應商與經銷商間有結合情事，自應受結合規定之規範。

## 2. 經銷與代銷之區別

關於競爭法對於經銷關係之規範，實務上首先會遇到經銷關係與代銷關係應如何區別之間題。關於這個問題，公平會於其公研釋〇〇四號解釋表示「（一）是否為代銷契約，不能僅從其契約之字面『形式』，而應就其『實

註4：例如近年衍生之連鎖加盟店或大型販賣店向產品製造商或供貨商要求產品上架費、週年慶補助金或使其製造經銷商廠牌之競爭產品(此時製造商淪為經銷商之代工者)等等爭議，關於本問題之詳細討論，請參考黃茂榮主持研究之「大型流通業在公平法上管理之研究」公平交易委員會，八十五年度研究計畫。

註5：事業之上、下游間關於交易對象之限制，因該二事業無「競爭關係」，原則上非第七條限制交易對象之聯合行為，故總經銷或總代理契約中約定供應商不得直接對經銷商或消費者銷售的約款，為學說上「不正競業之禁止」約定，受法律(民法第五六二條、五六三條)的保障，不違反公平交易法第十四條。請參考黃茂榮著「公平交易法理論與實務」(一九九三年十月初版)第二〇一頁。

質」內容加以認定。（二）如確屬代銷契約，契約中約定有轉售價格者，因代銷之事業所獲得之利潤，並非購進商品再予轉售而賺取其間之差額，因此無轉售價格之問題，不適用公平交易法第十八條之規定。關於代銷契約中定有銷售地區之約款者，因代銷契約係由本人（按指委託或授權銷售產品之供應商）負擔銷售風險，本人之事業為自己利益而設之上開約款，不適用公平交易法第十九條第六款之規定。」等看法，可資贊同。學者黃茂榮教授進一步針對上開釋示所揭示之「實質」認定原則，闡釋其標準為：以銷售商是否自負經銷的風險，賺取銷售價格與進貨價格間之差價，或減除銷售費用後所可能帶來之利潤決定之。銷售商自冒銷售風險者為經銷商，銷售風險由供應商負擔者為代銷關係。所謂銷售風險，在此指最後銷售價格之決定權及可能之銷售費用及利潤來自於自己（銷售商）決定之加成或由供應商決定佣金之高低。申言之，在經銷關係供應商決定批發價格，經銷商決定加成後產生銷售價格。反之，在代銷關係則由供應商決定關於代銷商之交易相對人的銷售價格以及供應商應對代銷商給付之佣金。此外，在其他交易條件代銷商就商品之銷售，亦應接受供應商之指示。蓋在代銷關係，銷售商雖具有獨立之法律人格，但其所扮演之角色僅屬於供應商之「代理人」。就此種代理人，民法債編各論將之稱為「代辦商」（第五百五十八條以下），交易習慣上則將之稱為「代理商」。不過，在實務上即便供應商與銷售商間為一種代銷關係，依供應商及代銷商間之約定，代銷商可能被要求以自己之名義，亦即以「間接代理」的方式與交易相對人從事交易行為。民法上稱該受託人為行紀人（第五百七十六條以下），當其間有此種間接代理之要求，該代銷關係在代銷商與其交易相對人之交易關係的法律形式，與經銷關係中經銷商和其後手之交易關係的法律形式便無顯著區別。於間接代理之情形，在民事關係上，本人或代理人皆不得對交易相對人主張有代理關係，然而，相對於此種民事關係上基於交易安全之法律關係的歸屬考量，競爭法所關注者，為該交易關係之經濟利益實質上如何歸屬，因此間接代理的安排，仍不排除得將其與授權供應商間之關係論為代銷關係之可能。惟鑑於代銷關係容易引為公平交易法關於經銷關係之限制或禁制規定的規避方法。因此，關於代銷關係之認定尚不

能單純依銷售商與其交易相對人間所採取之法律形式為斷，一直必須考慮其實質內容。對公平會而言，原則上在供應商自己主張或安排為經銷關係時，即論為經銷關係；反之，在供應商自己主張或安排為代銷關係時，尚必須就其間關於銷售風險的安排如何而確定是否名為「代銷」，實為「經銷」（註6）。

### 3.總代理和總經銷在公平交易法之意義

顧名思義，總代理與供應商為代銷關係（代銷商），總經銷商與供應商為經銷關係（經銷商）。二者之所以稱之為「總」，係指依供應商與銷售商間之約定，在該銷售商所屬之層級，至少在約定之銷售地區，供應商僅得經由該經銷商或該代銷商銷售其商品。至於該總代理商或該總經銷商最後究竟自己銷售該商品，抑或再轉由下游銷售商以經銷或代銷的方式銷售之，則無礙其總代理或總經銷地位之認定。目前，公平會有關總代理與總經銷之案例中，除了前述因經銷或代銷關係之認定問題衍生出來的總代理、總經銷混用問題（例如自稱係某產品之總代理商，其實是取得該產品所有權且自負銷售風險之總經銷商）外，以冒名具有「總代理」關係之不實廣告案件最常見（註7）。

至於供應商對於總代理或總經銷之再銷售的組織，亦即對其銷售通路或體系是否有進一步之限制約定，屬於另一個為公平交易法所關切的問題。由於總代理或總經銷關係在行銷體系之某一環節，減少同一品牌內之競爭

註6：請參考王弓、黃茂榮主持研究之「大型流通業在公平法上管理之研究」合作研究計畫，公平交易委員會八十五年度研究計畫第五頁以下。

註7：例如一憶有限公司冒稱係「美國 B A L D O R 直流馬達台灣總代理」不實廣告案（(81)公處字第〇〇六號處分書）；日之美國際貿易有限公司及佛心堂包裝上偽標為「臺灣總代理：日之美國際貿易有限公司」（(81)公處字第〇二八號處分書）、「臺灣總代理：佛心堂」，及巨達國際貿易有限公司偽稱為「F O 減肥奶粉」之「遠東區總代理」（(81)公處字第〇二七號處分書）實際上二者皆非進口產品。

(intradbrand competition)，因此當該安排足以限制競爭時，特別是在不同品牌間之競爭 (interbrand competition) 顯不充分時，其在公平交易法上之合法性，便會受到質疑。蓋在銷售通路的建立上，一個事業（供應商）是否授與其銷售商以（獨家）總代理或總經銷權，原則上屬於其營業權的一部分，競爭法對之不加以限制，惟倘該供應商關於系爭商品基於法令而享有獨占地位，則該總代理或總經銷權之授與，便具有「私相授受」進入市場之機會的意義。不但對於其他事業有所不利，而且有礙於該商品在銷售階段之市場競爭機能。因此，原則上應予禁止。公平會於家用液化石油氣案，採取調整家用液化石油氣經銷權多家開放的行政指導做法，即是以此考慮為基礎。倘此種事業有前述利用總代理或總經銷權之授與進入市場的機會，其所為自有「以不公平之方法，直接或間接阻礙他事業參與競爭」（第十條第一項第一款）的情事。另該獨占事業因受總代理或總經銷約定之限制的結果，拒絕對其他事業為系爭商品或服務的提供，自亦可能構成無正當理由之差別待遇（註8）。

## 二、總經銷、總代理與結合規範

### 1. 總經銷商與供應商是否為公平法所稱之結合類型

競爭法之限制競爭或反托拉斯規定之所以對於事業之結合行為予以管制，乃因其一方面係形成壟斷之便捷途徑，一方面造成市場集中而損害市場競爭。

關於爭取總經銷之行為是否受公平交易法結合之規範，首先牽涉此種經銷契約僅係買賣契約、「單純之經營管理契約」，或已構成公平交易法所規範之結合。所謂「單純之經營管理契約」包括單純之委託經營契約及單純之共同經營契約，亦即不具有公平交易法第六條第一項第四款「經常」受他事業之委託經營或與他事業「經常」共同經營之「經常性」要件，而僅屬「暫

註8：請參考黃茂榮著「公平交易法理論與實務」（一九九三年十月初版）第一〇一頁至一〇九頁；王弓、黃茂榮主持研究之「大型流通業在公平法上管理之研究」合作研究計畫，公平交易委員會八十五年度研究計畫第九頁。

時性」者。委託或共同經營係源自公司法第一百八十五條，其中，事業之委託經營，係將事業全部營業委由受託人利用，惟受託事業係以委託事業之名義，並為其計算而經營，因此其營業上之損益概歸委託事業。此際，委託事業握有指揮權，得監視經營者，並對受託事業附有一定報酬之給付義務。至所謂與他人共同經營之契約，係指數事業間損益全部共同之契約，關係事業均需服從統一之指揮，並求經濟之一體化。

如總經銷商與供應商締結之總經銷契約，非僅單純之買賣或經營管理契約時，是否可將其論為結合，尤其是下游整合上游之「後進的垂直結合（backward vertical merger）」類型，則須視公平會對公平法第六條第一項第五款所稱「控制」之解釋而定。蓋該款所稱之直接或間接「控制」關係，為事業間之所以構成公平交易法上「結合事業」以及之所以構成公司法上「關係企業」之實質要件，故本款為結合類型之概括規定。從而，事業僅在其爭取總經銷關係，具有「控制」供應商之關係，始須進一步認定其結合所該當之類型，究係屬第六條第一項第四款之「事業」（總經銷商）經常受「他事業」（供應商）委託經營類型，或同條項第五款之「事業」（總經銷商）直接或間接控制「他事業」（供應商）之業務經營類型，並在其市場占有率或銷售金額達到管制門檻（第十一條）時，由公平會審查其結合對於整體經濟之利益是否大於限制競爭之不利益（第十二條），決定是否許可其結合（註9）。

---

註9：如事業應依第十一條申請結合許可，卻未經許可即訂立結合契約或經申請未獲許可而為結合者，該結合契約在民事上之效力是否受影響，從(1)公平交易法第十三條第一項之行政處分，係以系爭結合行為在民事上有效為前提，然後才有利用該等處分要求予以全部或部分回復原狀的餘地。(2)公平交易法在行政上既無自始以為無效或阻止其生效之意旨，在民事法上為確保交易安全，自無認定其無效或不生效力的必要等二個觀點，學者黃茂榮主張事業結合應申請許可而未申請，或經申請未獲許可而為結合者，其結合在民事法上仍為有效。參考氏著「公平交易法理論與實務」（一九九三年十月初版）第一七四頁。

總經銷契約如經認定為第六條第五款所稱「控制」契約形態，其屬垂直結合類型自不待言。關於垂直結合，吾人歸納美國反托拉斯法對於垂直兼併（Vertical Mergers）之管制情形可知，通常垂直兼併之正面效益為：(1)減低成本，(2)增加效率，(3)避免為上下游壟斷企業價格之受害人，(4)避免依賴上下游而成為差別待遇或不公平待遇之犧牲者。負面效果為：(1)閉不接納（Foreclosure）；(2)供應之榨取（Supply Squeeze）；(3)整合進入市場之需要（Need for Integrated Entry）增加規模障礙之因素及進入市場之障礙；(4)以產品之差異防止競爭；(5)對抗力量縮減（Contervailing Power Diminished），使超競爭定價之結構（Supra-Competitive Pricing Structure）在所難免；(6)終結潛在競爭（Ending Potential Competition）。判斷垂直兼併之個案有無影響競爭之可能性，Sullivan認為應斟酌下列十三個因素：(1)上游市場如何界定？(2)下游市場定義為何？(3)兼併企業持有股份若干？(4)企業在兼併前所持股份若干？兼併後所剩自由股份若干？(5)兼併目的為何？(6)在購併公司與被購併公司間有無可能造成排他性交易？(7)確有實質之成本節省否？(8)上游（或下游）市場上，因兼併而實際或潛在地閉不接納下游（或上游）購買人（或銷售人），其占兼併時未整合企業之百分比若干？(9)兼併有無抗辯理由？(10)兼併是否為市場上企業一連串之反應之一部份？(11)兼併有無可能發生其他企業之防禦性反應？(12)在兼併中一方市場或兩方面市場，有無重大之進入障礙？(13)關於掠奪行為（Predatory Conducts）之機會？如有機會，該掠奪是否為策略上之運用，等等十三個問題予以逐一分析（註10）。可做為公平會審理垂直結合許可申請案件評估限制競爭之不利益的參考。

如前所述，總經銷關係是否應受結合之規範，問題之癥結在於對「控制關係」之解釋，關於總經銷契約之締結是否足以使授權供應商之業務經營直

註10：參考Lawrence Anthony Sullivan，Antitrust (1990)658-661、666-667及陳祐治著「公平交易法比較研究」（台灣高等法院八十一年度研究發展項目研究報告）一四〇頁以下。

接或間接受總經銷商之「控制」，從而屬於第六條第一項所規範之結合類型，謹先分述各國規範情形：

(1)法國：

法國一九八六年八六一二四三號命令第三十九條規定：「結合，謂任何方式之行為，導致一企業全部或部分財產、權利及義務的所有權或使用收益權之移轉者，或以使一個企業或企業團體，直接或間接對一個或數個其他企業行使『決定性影響力』為目的，或產生此效果者。」係延續七七八〇六號舊法第四條採概括性立法，舊法雖未用「取得控制」一詞，惟究其規定，結合之概念仍係指一企業在法律上或事實上得對另一企業發揮影響力，企業之間存有經濟依賴的關係。換言之，所為結合即為市場決定（營運）力量之集中，其結果則為在特定市場上，決定經營力量之減少。從相反的方向觀察，若企業與企業間僅具平等性質的整合，雖共同分享利潤，分攤損失，仍難謂其為企業結合。新法則用『決定性影響力』，較舊法用『影響力』更接近企業間『控制』之概念（註11）。

法國一九七八年二月十四日行政通報（circulaire）雖曾規定公司間之財務聯繫、企業集團、轉包契約（註12）、整合性經銷契約及獨家經銷契

註11：請參考何之邁著，「企業經濟力集中之法律問題」（七十八年十二月出版）第五十二頁。

註12：所謂轉包契約可包括次承攬性質之轉包契約（指工程發包後，承包商因技術、經濟上的考慮，再將一部分的工程轉為分包給次承包商）、商情性的轉包（指某些大、中型企業接受訂單之後，預估無法如期交貨，將部分的生產、製造轉包給其他企業）及結構性的轉包（指大企業或企業集團將複雜產品的初級零件、配件部分，委由小企業製造，如汽車製造商將車燈、煞車部分發包給小企業製造。）三種意義，其中結構性的轉包最為反托拉斯法所關切，結構性的轉包契約具有代替性與從屬性之特徵，此種以大企業（定作企業）為中心，透過結構性的轉包契約建立中小企業衛星工廠的結合形態，在我國及其他工業先進國家皆相當普遍。總之，轉包契約發展至終極，事實上已非當初基於

約等亦為企業結合之類型（註13），惟此看法是否在新法仍有適用，尚不明瞭。如採肯定說，則本案所稱總經銷契約將可該當法國競爭法之結合類型。惟學者何之邁教授認為上述行政通報將通常不太認為是結合手段的轉包契約或獨家經銷契約，亦列入結合之範疇中，值得商榷。其落實於實際規範中，勢難免發生法規適用上的紛擾（註14）。

## (2)德國：

德國營業競爭限制防止法第二十三條第二項規定五種結合態樣，其中第三款及第五款分別規定「與他一企業訂立契約而產生左列情事者：(1)組成關係企業或擴大關係企業之層次範圍，或(2)使他一企業負有義務為該企業之計算而經營，或將其盈餘之全部或一部輸納於該企業，或(3)使他一企業之全部或重要部分租與或讓與該企業。」、「其他各種之企業結合，使單一或多數企業得直接或間接對他一企業施加控制性之影響力（Control Influence）者。」，一九九〇年新增第六款規定「未達到第五款所稱控制性之影響力時，其結合可使單一或多企業得直接或間接對他一企業施加競爭上之重大影響者」，亦屬結合。係從結合之結果考量，只要結合之結果，會使一企業對他企業在競爭上有直接或間接之影響，亦規定為結合之類型。此種控制性之影響力得以合意或其他方式建立，惟限於具有永久性質之法

---

技術或市場供應之需要，而轉變為經濟力集中的一個重要手段。詳細介紹，請參考何之邁著，「企業經濟力集中之法律問題」（七十八年十二月出版）第六十一頁至六十四頁。

註13：請參考何之邁著，「企業經濟力集中之法律問題」（七十八年十二月出版）第五十一頁以下及王連常福、何之邁、蕭富山共同主持研究之「歐美管制結合之研究暨我國對規範之檢討」公平交易委員會八十二年度研究計畫第四十六、四十七頁）

註14：請參考何之邁著，「企業經濟力集中之法律問題」（七十八年十二月出版）第五十一頁。

律上或事實上關係，若僅係個案情況之安排，則無此適用（註15）。又德國法將控制契約（Beherrschungsvertrag）、輸納盈餘契約（Gewinnabfuehrungsvertrag）部分輸納盈餘契約（Teilgewinnabfuehrungsvertrag）納入結合規範之範圍內（註17）。

(3)美國：

美國立法未直接對結合予以定義，關於結合之類型，主要規定在克萊登法第七條及第八條，其中第七條第一項規定「從事商業或從事其他影響商業之活動之人，不得以直接或間接方式，取得他人全部或一部之股票或股份資金。任何受聯邦交易委員會管轄之人，如取得其他從事商業或影響商業之活動者資產之全部或一部，對國內某一地區之商業活動造成實質減少競爭或有形成獨占之虞者，不得為之。」，第八條規定「私營金融業者或加入聯邦儲備系統會員之銀行或其分支機構之董事、幹事或職員，不得同時於依國家銀行法或州或哥倫比亞特區法律設立之其他銀行、銀行團體、儲蓄銀行、信託公司，或其分支機構擔任董事、幹事或職員。」前述二條規範重點僅在經由資產或取得股票後，再藉一定方法進行控制，造成實質減少競爭之情況以及禁止金融業董事或其他高級職員兼職之情形，並未就

註15：請參考何之邁著，「企業經濟力集中之法律問題」（七十八年十二月出版）第五十一頁。及王連常福、何之邁、蕭富山共同主持研究之「歐美管制結合之研究暨我國對規範之檢討」八十二年度研究計畫第四十五、四十六頁)。

註16：參照德國股份公司法第十八條，第二十九條及第二九二條。控制契約，係指企業得依約指揮他企業之經營，而他企業應受其指揮之契約。輸納盈餘契約或部分輸納盈餘契約，係指一企業約定將其盈餘之全部或一部移轉予他企業之契約。另依股份公司法第二十九條第一項之規定，企業約定為他企業之計算而經營者，視為訂有輸納盈餘契約。

註17：請參考何之邁著，「企業經濟力集中之法律問題」（七十八年十二月出版）第六十一頁。

其他契約結合態樣予以規定。惟其休曼法第一條規定任何以契約、托拉斯或其他方式作成之結合或共謀，用以限制貿易或商業者處罰之；第二條規定意圖就貿易或商業獨占者處罰之，故總經銷契約如該當上述限制競爭或意圖獨占之要件，似仍可援用休曼法第一條、第二條處置（註18）。

#### (4)歐洲共同體：

羅馬條約第八十五條及第八十六條未直接對結合予以管制，目前歐洲共同體關於結合之規範，主要係依據其部長理事會通過、一九九〇年生效之NO. 4064/89 規則。此項規則之前言提及「…僅包括引起參與企業結構之長期改變之營運行為，以此方式而定義『集中"concentration"』之概念，甚為恰當；因此，以獨立企業競爭行為之協調為目的或效果之營運行為，應排除於本規則之範圍，…。」而本規則定義結合（集中）之要件有二：(1)兩個或多個原先獨立之企業合併，或(2)已控制至少一家企業之一人或多個人，或一個或多個企業，經由證券或資產之購買，或以契約或其他方式，直接或間接控制一個或多個企業之全部或部分。由此推知，「控制」（control）乃判斷「集中」之標準。至於「控制」之意義，依本規則第三條第三項之定義，係指由權利、契約或其他方式所構成，而這些方式單獨或共同，且就相關事實或法律之因素而言，均給予企業執行上決定性影響力之可能（註19）。

#### (5)日本

日本「關於禁止私的獨占及確保公平交易之法律」第四章規定股份之

註18：請參考陳祐治著「公平交易法比較研究」（台灣高等法院八十一年度研究發展項目研究報告）一四〇頁以下；何之邁著，「公平交易法專論」（八十二年十月初版）第二七六頁。

註19：請參考何之邁著，「企業經濟力集中之法律問題」（七十八年十二月出版）第五十三頁；及氏著，「公平交易法專論」（八十二年十月初版）第二五七頁；王連常福、何之邁、蕭富山共同主持研究之「歐美管制結合之研究暨我國對規範之檢討」八十二年度研究計畫第五十三頁）。

持有、負責人之兼任、營業之合併及讓受。惟未對結合予以定義，其於第十六條規定營業受讓等之限制：「公司有左列各款行爲之一時，準用第十五條合併之限制規定：(1)受讓他公司在國內之全部或重要分營業。(2)受讓他公司在國內營業固定資產之全部或重要部分。(3)承租他公司在國內營業之全部或重要部分。(4)受任經營他公司在國內營業之全部或重要部分。(5)與他公司訂立契約，共同負擔國內營業之全部損益。」第十七條並規定「不得假借任何名義，從事免除前條所定禁止或限制之行爲」（註20）。

#### (7)小結：

有關結合之類型，一般雖以合併、股份收購、資產收購最為常見，惟各國競爭法對於結合類型之規範，除美國外，皆未排除事業間透過契約或其他控制關係，而構成限制競爭之可能，例如日本之委託經營契約與共同負擔損益契約；我國之經常共同經營契約、經常委託經營契約及控制業務經營契約；法國之轉包契約（*contrat de sous-traitance*）、整合性經銷契約、獨家經銷契約；德國之控制契約（*Beherrschungsvertrag*）、輸納盈餘契約（*Gewinnabfuhrungsvertrag*）、部分輸納盈餘契約（*Teilgewinnabfuhrungsvertrag*）是。法國、德國、歐市及我國並皆以「控制」作為結合類型之概括規定。即使是美國也可能對類似契約透過休曼法之意圖獨占等規定予以規範，並非完全不規範透過控制性契約而成立之結合類型。然類似我國第六條第一項第四款之「與他事業經常共同經營或受他事業委託經營」、第五款之「直接或間接控制他事業之業務經營」等廣泛的結合定義，在實際適用時標準何在，事業間各種合作或整合關係何時應注意結合之規範均有待澄清，國內學說關於本問題之介紹文獻尙不多見，僅何之邁教授認為法國將通常不太認為是結合手段的轉包契約或獨家經銷契約，亦列入結合之範疇中，難免發生法規適用上的紛擾，可資參考。據瞭解目前公平會除認為連鎖超商以加盟方式結合，該當第六條第一項第五款所稱業務控

---

註20：請參考何之邁著，「企業經濟力集中之法律問題」（七十八年十二月出版）第五十四頁。

制（第五十四、五十六次委員會議之統一超商加盟型態結合案、第一三六、一四九次委員會議之全家便利商店將分公司委託個人經營案、第一五〇次委員會議之三商行外食部三商巧幅開放員工內部創業委託經營業務案及第二二三次委員會議之台糖公司設立「台糖蜜鄰便利超市加盟店案」）外，其他有關「經常共同或委託經營」或「控制他事業之業務經營」具體類型究何所指，因無其他成例，尚不明瞭。惟本文以為本問題關鍵在於對於第六條第一項第五款「控制」之認定與瞭解，故總經銷或總代理契約是否應受結合之規範允宜從「控制」之解釋開始。

## 2. 總代理商與授權供應商是否為公平法所稱之結合類型

總代理契約與總經銷契約不同者為，代理人就該商品原則上並未授權供應商處取得所有權，其為授權供應商之「受任人」，受任人處理委任之事務，其結果無論利與害（賺與賠），均由委任人承擔，故民法第五百三十五條規定規定：「受任人處理委任事務，應依委任人之指示，並與處理自己事務為同一之注意。其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之。」從而，除非供應商委託總代理商銷售商品，具有第六條第一項第四款之「經常」性要件或其他市場因素（註21），造成供應商對經銷商之經濟依賴，而該當「經常」「委託經營」之要件，否則，原則上總代理商與總經銷商相較，通常更不足以左右授權供應商業務經營之情形，從而不具有第六條第一項第五款所稱「控制」力量，非公平法規範之結合態樣，而為單純企業間之委託經營契約。申言之，總代理商之力量相對於授權供應商通常不具影響力，在總代理商與其授權供應商間通常亦不因授權契約之訂定而影響總代理商之市場結構的變遷（Structure Change）或實質上增加總代理商之市場力量。惟如前所述須注意當總代理商對外雖非以自己之名義，而以授權供應商之代理人身分

註21：例如國內汽車商成立旗下所屬保險代理人公司，代理多家產險公司之招攬汽車險業務，挾其市場優勢地位限制產險公司不得招攬新車或新車前三年之汽車險業務，並為車險業務之分配，經公平會認為違反第十九條第六款、第二款予以行業導正。

自居，與交易相對人從事交易行爲，公平交易委員會仍可基於競爭法上經濟利益之實質歸屬的考量，以其間銷售風險如何安排之實質標準，認定其間實為總經銷關係自不待言。

### 三、結論

綜上可知，結合依其方式之不同，除包括常見之事業合併（包括民法第三〇六條之營業合併與公司法第七十二條、一一三條、三一六至三一九條之合併）、股份取得、資產取得、董監事兼充外，尚涵蓋其他各種契約類型，至於何種契約始受結合之規範，法國、德國、歐市及我國皆設有概括標準，然不論為法國及歐市之「決定性影響力（之可能）」、法國之「控制力影響力」或我國之「控制」，皆必須系爭事業間所訂契約，在法律上或事實上足以使一企業之業務經營直接或間接受他企業之控制，從而發生主從或依賴之關係或者其市場決定（營運）力量之「集中」，使特定市場產生決定經營力量之減少的結果者，始足認為構成結合。例如德國法將控制契約、輸納盈餘契約及部分輸納盈餘契約，法國法將轉包契約、整合性經銷契約及獨家經銷契約，納入事業結合規範之範圍內。至於僅對另一事業具有一般性影響力或不足左右他事業營業活動之影響力者之「平等」性質之整合，雖共同分享利潤，分攤損失，仍難謂其為企業結合。

惟基於以下四點理由，本文認為不宜一律排除總經銷商藉總經銷契約構成控制供應商之可能性：

(1)競爭法之管制往往不能受限於當事人契約之字面

「形式」約定，而常常須具體評估係爭行為對市場可能產生之效果。

(2)總經銷商與其供應商之買賣商品關係，在水平關係上如對市場結構有所影響而有意圖獨占之情形；在垂直關係上如實質上具有垂直兼併效果，造成下游市場價格歧視之情形，皆有透過結合規範之必要。

(3)我國結合規範本質上即屬預防事業獨占之(1)管制手段，既強調其「預防」性，對於第六條第一項第五款之契約類型允宜從寬認定，使意圖獨占之限制競爭契約，無法規避公平法之管制。

(4)第六條第一項第五款「控制」應如何具體認定才是問題關鍵所在，為避免過

度執法，公平會可逐步累積經驗後對外公佈認定準則（註22）。

故爭取總經銷權之行為，經個案具體評估(1)總經銷商締約意思有無控制供應商之意思或獨占之意圖，總經銷商有無計畫或僅屬偶然之具有控制關係；(2)總經銷契約之成立，是否將使供應商之主要營業活動（註23）受總經銷商控制，(3)總經銷契約之期間，即是否具有長久性質之法律上或事實上關係，以及(4)總經銷商與供應商各自之市場結構與市場地位等考量因素後，如可得出該總經銷商因該契約之於其授權供應商之業務經營，將產生直接或間接之「決定性之影響力」或「控制性之影響力」等市場集中效果者，自應該當本法第六條第一項所規範之結合態樣，反之，則可能只是單純之買賣關係或暫時性之委託經營關係。惟上稱原則，尚須個案具體認定，並注意合理的解釋原則，尤其是對第六條第一項第五款之「間接」控制的解釋，否則，事業所訂定的總經銷契約條款可能難免會被解釋為對授權供應商之業務經營間接產生影響力，或甚至將任何契約約定解釋被認定為對供應商已造成「限制」，而具有間接控制力，如此即不免招致法規適用紛擾與執法過嚴之批評。

總之，本文認為銷售商與其供應商究為總經銷關係或總代理關係，應就銷售風險的安排「實質」認定，總經銷商是否具有控制供應商之關係，亦應就締約之意思、受影響之業務範圍、是否具有經常性、長期性而「實質」認定，不宜逕以名為總經銷或總代理關係，即當然排除公平法上有關結合規定之適用性。

至於本文前述案例，總經銷商甲公司如與供應商丙公司除成立一般之商品買賣關係外，進一步具有控制丙公司之業務關係，結合規範始有適用性。亦即須依雙方之締約目的、契約期間、市場結構、權利義務之約定等情形，具體評估甲公司是否

註22：學者何之邁認為「控制」之概念上重點為：(1)控制企業控制從屬企業之意思；(2)控制從屬企業之主要營業活動；(3)控制須有計劃而繼續。請參考何之邁著，「公平交易法專論」(八十二年十月初版)第二七七、二七八頁。

註23：營業活動是否主要，其界限視各公司之營業及經營性質而不同，無法做概括性釋示，原則上可自營業項目或產品類別來判斷。（請參考經濟部針對公司法第一八五條第一款之釋示，57.11.1商38623號、69.2.23商05705號）

對丙公司取得「控制」地位，只有當甲公司被認為對丙公司取得控制地位，此二事業在台灣地區之A產品市場之市場占有率或銷售金額又達到第十一條之結合管制門檻時，甲公司始應向公平會提出結合申請，由公平會評估其對A產品市場競爭情況之限制程度，及對整體經濟之促進程度而決定是否許可其結合。