

杯葛（公平交易法第十九條第一款） 之研究

王銘勇*

目 次

壹、前言	3、主觀上須以損害特定事業為目的
貳、各國關於杯葛法規範之簡介	4、杯葛發起人須促使杯葛被發起人拒絕交易
一、美國	5、被杯葛發起人之拒絕交易須受杯葛發起人之影響
二、德國	6、須有妨礙公平競爭之虞
三、日本	二、杯葛行為與其他違反公平交易法行為之適用
參、我國法制之規範	肆、結論
一、要件	
1、杯葛發起人、杯葛被發起人、被杯葛人須為公平交易法所規定之事業。	
2、須有三方當事人，即杯葛發起人、杯葛被發起人、被杯葛人。	

壹、前言

公平交易法第十九條第一款規定，有左列各款行為之一，而有妨礙公平競爭

*作者現為台灣新竹地方法院法官

之虞者，事業不得爲之：一、以損害特定事業爲目的，促使他事業對該特定事業斷絕供給、購買或其他交易行爲。……。該規定所規範之行爲即爲杯葛（Boycotts）（註一），惟杯葛之違法性何在？何以須加以規範，即有究明之必要，而我國公平交易法係參考美、德、日、韓等國家之相關法制訂立，是各國法制，關於杯葛之規範及實際運作情況，對我國具有相當參考價值，本文試就相關國家之法制加以簡要說明，並與我國之規定相對照，可供我國相關法律解釋及實際運作之參酌，且縱他國此部分之法制與我國之規定有所不同，但其規範意義，仍有其參考價值。

貳、各國關於杯葛法規範之簡介

一、美國：

在美國所謂之杯葛（Boycotts），係指拒絕交易，即二以上之行爲人，協議不與特定第三人買賣（註二），每一個人在經濟活動中，固然有權去選擇交易對象，但若二以上之行爲人，透過協議方式爲該行爲者，即爲非法之杯葛（拒絕交易），其包括同業間之協議（即水平杯葛）及買賣雙方之協議（即垂直杯葛）（註三）。但就現有發生之個案觀察，水平杯葛發生情況較多。

杯葛之違法性主要在於限制被杯葛者之市場活動，即在市場上被杯葛者之經濟活動將因杯葛而益加困難，甚至到無法活動之程度，故杯葛者將因之將被杯葛者排除於該市場之外（註四）。亦即被杯葛者因被杯葛之結果，喪失了交易之對象，自然無法參與競爭，因此若杯葛之目的不是將競爭者逐出市場，而係有其他目的時，並無當然違法原則（*per se illegality*）之適用，即該類杯葛行爲並非當然違法（註五）。

按美國法制上關於杯葛行爲違法性之判斷，主要係適用當然違法原則，即其不須證明損害、市場占有率及市場影響力等因素即可認定爲違法，但有部分杯葛行爲，則須就其所造成之損害、所獲取之利益等綜合分析，以決定其反競爭效果，而

決定是否具違法性，即為合理原則（rule of reason），有學者認為杯葛行為，有其固有之反競爭性，是以當然具有不合理性，而違反美國之反托拉斯法即休曼法（Sherman Act）第一條之規定，不論該行為是強制或以說服所造成、亦不論該行為係明示或模糊（註六），適用當然違法原則，對被害人而言較為有利，且有訴訟經濟之效果（註七）。

因為適用當然違法原則之結果，法院在決定杯葛行為時，並未深究行為人之市場占有率及市場影響力（註八），但近來則稍有改變，美國最高法院在一九八六年之Federal Trade Commission v. Indiana Federation of centists 一案中，White 法官強調杯葛只有在以市場力影響競爭機會時，始適用當然違法原則，若有關社會福利之水平限制協議，則應適用合理原則（註九），且在一九八五年之Northwest Wholesale Stationary Inc. v. Pacific Stationary and Printing Co. 案件中，美國最高法院採取下級法院之見解，認並非所有之共同拒絕交易（group boycotts）均當然違法，只有某種共同拒絕交易始成為當然違法適用之標的，即被告之行為，若適用當然違法原則，須有市場支配力或獨占利用競爭所必要之要件（註十），惟就市場支配力之斟酌除適用本案之事實外，是否適用於其他杯葛情形，仍有疑義（註十一）。

二、德國：

德國關於公平交易之法規分為不正競爭防止法與限制競爭防止法，該二法均可為杯葛行為規範之基礎，在不正競爭防止法部分，該法並無明文規範杯葛行為，但學說及實務上均認杯葛行為構成該法第一條（註十二）所規範之行為，該法第一條規定：「於營業交易中，以競爭為目的而背於善良風俗之行為者，得請求其不作為及損害賠償。」依該規定杯葛行為須具備下列要件（註十三）：

- （一）、將被杯葛人排除於通常交易之外。
- （二）、杯葛發起人與被杯葛人間須具備競爭關係。

本規定之要件既係應以競爭為目的，則杯葛發起人與被杯葛人間自應

有競爭關係。

(三)、須有三方當事人之參與

即杯葛之構成須有杯葛發起人、杯葛被發起人及被杯葛人。

(四)、杯葛發起人之呼籲足以影響杯葛被發起人之決定

蓋杯葛發起人之呼籲若不足以影響杯葛被發起人決定是否杯葛，則杯葛被發起人決定杯葛，自難令杯葛發起人負責。

而在限制競爭防止法部分，該法第二十六條第一項規定：「企業或企業團體不得出於不當損害特定企業之意圖，而呼籲他企業或企業團體與其斷絕供給或斷絕購買。」（註十四）但有將該條文中之「特定企業」譯為「特定競爭者」（註十五），惟該規定曾於一九七三年第三次修正時，將「促使」（*veranlassen*）修改為「呼籲」（*auffordern*），於一九八〇修改時，以「事業」取代「競爭者」（註十六），該規定應以損害特定企業之翻譯為正確。就本規定言，其要件應為：

(一)、須有三方當事人之參與。

(二)、杯葛發起人之呼籲足以影響杯葛被發起人之決定。

(三)、杯葛發起人之呼籲他企業須基於不當損害特定企業之意圖。

(四)、杯葛發起人須呼籲杯葛被發起人為斷絕供給或斷絕購買杯葛被發起人呼籲杯葛被發起人所為之行為，若非斷絕供給或斷絕購買，則不在本規定規範之列。

而前揭二規範之不同在於依不正競爭防止法之規範，主觀係出於競爭目的，是以杯葛發起人與被杯葛人之間須有競爭關係，而在限制競爭防止法之規範，杯葛發起人所損害之對象，既係特定企業，而非為其他競爭者，故杯葛發起人與被杯葛人間不須有競爭關係，始符合該法一九八〇年修改之本旨，惟有認為杯葛發起人與被杯葛人間仍須有競爭關係（註十七）。

三、日本

日本關於杯葛之規範並無以法律明文規定，僅以「關於禁止私的獨占及確保

公平交易之法律」(以下簡稱獨占禁止法)第二條第九款之規定,授權公平交易委員會所公布之「不公平交易方法(一般指定)」(以下簡稱一般指定)中列入拒絕交易之規定加以規範,而在學說上所謂之杯葛(Boycotts)係指有共同利害關係之企業(通常指有競爭關係之同業)結合,對第三人拒絕交易,亦稱為共同拒絕交易(concerted refusal to deal)(註十八),且將杯葛列入事業橫的結合所造成之拒絕交易,如此之結果,排除了事業垂直結合所造成之對第三人之拒絕交易,但並不意味事業垂直結合所造成對第三人之拒絕交易為合法,蓋事業垂直結合對第三人拒絕交易所訂立之契約,主要係以樹立一定法律關係為目的,要求對第三人拒絕交易僅是附隨條件,單純作為一拒絕交易之類型,並不適當,可認為構成「獨占禁止法」第二條第九項第四款之「不當拘束對方事業活動做為條件而與之交易」(註十九),然依日本公平交易委員會在昭和五十七年(一九八二年)六月十八日修改之前揭「一般指定」不公正交易方法中所關於拒絕交易部分係:

第一項:無正當理由,與有競爭關係之事業共同為下列行為者

- 1、對某事業拒絕交易或限制商品、勞務或其他交易內容者。
- 2、使他事業為符合前款規定之行為。

第二項:

- 1、不當對某事業拒絕交易或限制商品、勞務或其他交易內容者。
- 2、使他事業為符合前款規定之行為。

依該指定之內容,日本法制上關於拒絕交易,依分類標準不同,可分為共同拒絕交易及其他拒絕交易、直接拒絕交易與間接拒絕交易(註二十),而前揭所稱之其他拒絕交易,即係單獨拒絕交易,前揭「一般指定」之第一項為共同拒絕交易,第二項為單獨拒絕交易(註二一),直接拒絕交易與間接拒絕交易之分類,係在共同拒絕交易下所有之分類,直接拒絕交易係指同業結合對特定第三人拒絕交易或與特定範圍以外之人拒絕交易。而間接拒絕交易係同業結合對交易之相對人要求與第三人(通常係同業之競爭者)拒絕交易,若該交易相對人不依該要求,則拒絕與該交易相對人交易(註二二),前開分類之實益在於日本法制就不同類型之杯

葛，因其有不同之違法性，而有相異之要件，如在共同拒絕交易因係事業共同拒絕交易，被拒絕之事業，其在市場繼續之事業活動，將非常困難，是以原則上係違法，此由前揭指定中明文「無正當理由」可明，而單獨交易拒絕，由交易自由行使此點觀，並非當然違法，故前開指定規定用語為「不當」（註二三）。

惟現行日本法制亦非毫無缺點，如前揭指定第一項限定於與有競爭關係之事業共同為該行為，始為該項規定所規範，此顯將聯合行為列入不公平交易方法之範籌中（註二四），如何適用即有疑義？且若係事業與無競爭關係之事業共同為該杯葛行為，究應係無前揭指定之適用或可適用前開指第二項第二款之規定，亦有待實務運作上相關案例之適用始得說明。

參、我國法制之規範

公平交易法第十九條第一款規定：「有左列各款行為之一，而有妨礙公平競爭之虞者，事業不得為之：一、以損害特定事業為目的，促使他事業對該特定事業斷絕供給、購買或其他交易之行為。……。」為關於杯葛之規定，本規定之立法理由，係認事業以損害特定事業為目的，促使他事業對該特定事業斷絕供給、購買或其他交易之杯葛行為，將阻礙該特定事業之營業活動，應予禁止（註二五）。對照前揭外國立法例，我國公平交易法第十九條第一款之規定，與德國限制競爭防止法第二十六條第一項之規定較為相近（註二六）。

一、要件

依我國公平交易法第十九條第一款之規定，有關杯葛行為之規範之要件如下：

1、杯葛發起人、杯葛被發起人、被杯葛人須為公平交易法所規定之事業。

關於事業之定義，依公平交易法第二條之規定，事業之內容包括：公司、獨資或合夥之工商行號、同業公會、其他提供商品或服務從事交易之人或團體。是以

杯葛行爲之杯葛發起人、被杯葛人、杯葛被發起人如非屬前揭規定之事業，即非公平交易法所稱之杯葛，例如消費者團體因某航空公司票價過高，發起消費者拒搭該公司班機之行動，此一行動就當事人部分之要件言，消費者團體非屬提供商品或服務從事交易之團體，是以並不是公平交易法第二條所稱之事業，該行爲在社會上雖通稱爲「杯葛」，但其並非公平交易法上所規範之杯葛。

2、須有三方當事人，即杯葛發起人、杯葛被發起人、被杯葛人。

公平交易法上杯葛行爲，須有杯葛發起人、杯葛被發起人、被杯葛人三方當事人，若杯葛發起人與杯葛被發起人係同一人時，則將成爲某一事業對他特定事業，斷絕供給、購買或其他交易之行爲，非屬公平交易法上之杯葛，但可能構成公平交易法第十九條第二款所稱無正當理由，對他事業給予差別待遇之行爲（註二七）。

3、主觀上須以損害特定事業為目的。

依公平交易法第十九條第一款之規定，杯葛行爲須以損害特事業為目的，即杯葛發起人促使他事業斷絕供給、購買或其他交易時，杯葛發起人主觀上須以損害該特定事業為目的，公平交易法前揭規定既以損害特定事業為目的，則杯葛發起人應以直接故意為限，即杯葛發起人為行爲時須知該行爲將損害特定事業，仍為該行爲，若僅有間接故意，則非公平交易法所規範之行爲（註二八）。

4、杯葛發起人須促使杯葛被發起人拒絕交易

杯葛發起人須促使杯葛被發起人其對被杯葛事業斷絕供給、購買或其他交易行爲後，杯葛發起人之行爲始為公平交易法第十九條第一款所規範，公平交易法將杯葛行爲之客體包括除供給、購買以外之其他交易行爲，與前揭德日立法例之規範相同，蓋影響事業在市場上之營業活動，並不僅只有商品與供給、買賣，尚包括其他一切相關之交易活動，是以將其他一切相關之交易活動包含於杯葛之客體中，始能充分保障事業在市場之活動。

但杯葛被發起人於杯葛發起人促使其為杯葛行爲後，是否須為該杯葛行爲，始符合公平交易法第十九條第一款之規定？行政院公平交易委員會於八十二年六月

二日第八十七次委員會議討論通過之公研釋字第0六九號解釋認：「事業以競爭者侵害其專利權為理由，發函競爭者之交易相對人勿與該競爭者從事交易者，在該函中如未明確表示其專利權之範圍及該競爭者所為之具體侵害事實，其發函行為『顯已損害特定事業為目的，促使他事業對該特定事業斷絕供給、購買或其他交易之行為』，有妨礙公平競爭之虞，違反公平交易法第十九條第一款之規定」，依該解釋杯葛發起人發函他事業促使為杯葛行為，即符合公平交易法第十九條第一款規定之要件，並未將杯葛被發起人為杯葛行為列為要件。

5、被杯葛發起人之拒絕交易須受杯葛發起人之影響。

公平交易法關於杯葛之立法，依前揭說明，其理由在於事業（杯葛發起人）以損害特定事業（被杯葛人）為目的，促使他事業（被杯葛發起人）為斷絕供給、購買或其他交易，是以應予禁止，故被杯葛發起人決定為杯葛行為，須係受杯葛發起人之「促使」所為，杯葛發起人之行為始為違法，倘杯葛被發起人決定為杯葛行為，係因其他因素而依其自由意思所為之決定，非受杯葛發起人之「促使」影響，則杯葛發起人即無違法性可言。

而杯葛發起人之「促使」行為影響被杯葛發起人之決定為杯葛行為上，不論係出於權威、業務關係或市場影響力均屬之（註二九），其中尤以市場影響力最為重要，是以有認為市場影響力為杯葛之先決要件（註三〇），而行政院公平交易會在82公處字第0四六號處分中，對被處分人所為促使他事業為斷絕供給之杯葛行為判定上，該會認為「被處分人於全省設有二十四家門市，銷售貨品除聖誕卡外，於圖書、禮品、卡片紙製品等文化事業用品之銷售亦占有重要地位。而與本案有關之耶誕卡供應商除製造耶誕卡及相關飾品外，平日透過被處分門市銷售生日卡、邀請卡、禮器與紙製品等亦占渠等銷售業績之重要比例，是足見渠等對被處分人行銷通路倚賴之程度與被處分人於聖誕卡、禮品等市場之重要影響力。……職是上開供應商迫於被處分人之壓力與市場地位而斷絕供應古今圖書集成文化事業有限公司聖誕卡之供應……。」（註三一）即是以被處分人在該特定產品之市場之銷售能力及杯葛被發起人依賴被處分人之程度，而判定被處分人之行為足以影響該卡片供應商

斷絕供給之決定，其次判斷市場影響力時，市場占有率亦為一重要參考之依據。

6、有妨礙公平競爭之虞：

杯葛行為為公平交易法第十九條所列之行爲，該行為依該條之規定，須有「妨礙公平競爭之虞」始為違法，亦即公平交易法所規範之杯葛行為並非當然違法，須有「妨礙公平競爭之虞」始為違法，是以公平交易法之規定顯非採取與前揭美國法上之「當然違法原則」，但有認為杯葛行為本身即具有高度非難性，自始即妨礙公平競爭，自無須再予以判斷是否有礙公平競爭之虞（註三二），然對杯葛行為另加以「妨礙公平競爭之虞」為判斷是否違法之要件，在適用上可具彈性。

惟何謂「妨礙公平競爭之虞」？依行政院公平交易委員會所制訂之「妨礙公平競爭之虞適用考量」所述，事業之競爭行為是否該當公平交易法第十九條「妨礙公平競爭之虞」的構成要件，應事業採取之「競爭手段」本身是否具有「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，構成「妨礙公平競爭之虞」的適用要件，相當於所謂「當然違法」。其競爭手段之「不公平」未達當然違法時，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」審酌有無構成「妨礙公平競爭之虞」。是以依現行實務上之處理，判定杯葛行為須先就該杯葛發起人所為行為之手段是否具有不公平性或競爭結果是否減損市場之自由競爭機能而定，行政院公平交易委員會於前揭適用考量制訂前所為前揭82公處字第0四六號處分書中亦認：「被處分人諸此促使耶誕卡供應商之杯葛行為，其手段由商業論理及公序良俗觀之已顯失公平，與公平交易法之精神自屬不合。」亦採與前揭適用考量同一論點。惟該適用考量雖謂，若競爭手段「顯已失公平性者，即具可非難性」即構成「妨礙公平競爭之虞」，相當於當然違法，但此所稱之當然違法須考量競爭手段之不公平性，與前揭美國法制上之當然違法原則顯非完全相同。

二、杯葛行爲與其他違反公平交易法行爲之適用

杯葛行爲依公平交易法之規定，係事業以損害特定事業爲目的，促使他事業對該特定事業斷絕供給、購買或其他交易之行爲，惟該行爲可能與公平交易法所規範之其他行爲發生競合，此時應如何處理？如杯葛發起人獨占事業，其利用其獨占地位促使他事業，對特定事業斷絕供給、購買或其他交易行爲，此時，該獨占事業可能另成立公平交易法第十條第一項第一款以不公平之方法直接或間接阻礙他事業參與競爭。或如日本前揭一般指定第一項所稱，杯葛發起人與杯葛被發起人係有競爭關係之事業或有競爭關係之事業聯合成爲杯葛發起人促使他事業爲杯葛行爲，此時可能另構成未經許可之聯合行爲，就前揭杯葛行爲同時構成其他公平交易法所禁止行爲之處理，吾人以爲應先適用其他公平交易法所禁止之行爲之規定（註三三），因公平交易法其他禁止規定，對杯葛行爲而言，應係特別規定，故應優先適用，是以前揭情形，應先適用獨占或聯合行爲之規定。

肆、結論

依前揭說明可知公平交易法關於杯葛之規範，在立法體例上與德國之立法例相近，採具體規範，與美國法制上之杯葛，係基於概括之規定而由實務上所形成，並不相同，但在行政院公平交易委員會之實務運作上，前揭適用考量，所採取之態度，似仍以美國法制上之當然違法原則與合理原則爲主要參酌依據，如何將二者加以調和妥善適用，實值吾人注意觀察。

註釋：

- 註一：關於Boycott之譯名，在公平交易法制訂前學者所使用並不一致，惟在公平交易法制訂後，該法第十九條項下立法理由，說明該條第一款之行為係杯葛，是以就該名詞之爭議應已確定。關於公平交易法制訂前杯葛用語之爭議，參見紀振清 水平交易限制之法律問題研究 東吳大學法律研究所碩士論文 七十六年十月出版 第一六三頁註一項下說明
- 註二：Julian O. von. Kalinowski Antitrust Law and Trade Regulation, V. 2 1983p. 6D-1
- 註三：同前註 p. 6D-2
- 註四：今村成和 私的獨占禁止法の研究（二） 昭和五十一年八月三十日初版 三刷 第一二六頁
- 註五：Lawrence Anthony Sullivan Handbook of the Law of Antitrust, 1977, p. 232
- 註六：Julian O. von. Kalinowski 註二前揭書 P. 6D-4至6D-5
- 註七：紀振清 註一前揭書 第一六八頁
- 註八：Lawrence Anthony Sullivan 註五前揭書 P. 233
- 註九：紀振清 註一前揭書 第一六二頁
- 註十：村上政博 アメリカ獨占禁止法 昭和六十二年六月二十日初版第二刷 第二〇一頁
- 註十一：D. M. Raybould and Alison Firth Law of Monopolies(Competition Law and Practice in the USA, EEC, Germany and the UK 1991 P. 43
- 註十二：德國不正競爭防止法第一條規定係概括規定。
- 註十三：莊朝榮等著 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分析 八十三年五月出版 第一〇八頁
- 註十四：此為學者劉孔中之譯文，見註十三前揭書 第一〇九頁
- 註十五：見行政院公平交易委員編 各國公平交易法相關法規彙編 八十二年六月發行 第四—八七頁
- 註十六：莊朝榮等著 註十三前揭書 第一三八頁註十三項下說明
- 註十七：D. M. Raybould and Alison Firth 註十一 前揭書 P. 406
- 註十八：今村和成 獨占禁止法 平成二年七月三十日新版第十一刷發行第一〇七頁
- 註十九：今村和成 註十八前揭書 第一〇七頁

- 註二十：獨占禁止法研究會 不公正な取引に関する基本的な考え方刊：公正取引 第三八三期一九八二年九月出版 第五十六頁
- 註二一：今村成和 不公正な取引方法（一般指定）改正の背景 刊：公正取引 第三八二期 一九八二年八月出版 第二十八頁
- 註二二：今村和成 註十八前掲書 第一〇七至第一〇八頁
- 註二三：此為日本學者奧村榮一之意見 見 座談會不公正な取引方法（一般指定）改正の意義 刊：公正取引 第三八二期 一九八二年八月出版 第八頁
- 註二四：此為日本學者奧村榮一之意見 見註二三前掲文 第八頁
- 註二五：行政院公平交易委員會籌備處編印 公平交易法立法目的與條文說明 八十年六月出版 第十六頁至十七頁
- 註二六：依前掲註二五前掲書立法說明所載，公平交易法第十九條第一款係參考日本獨占禁止法第二條第九項及韓國限制獨占法第十五條所訂。
- 註二七：莊朝榮等著 註十三前掲書 第一四九頁
- 註二八：莊朝榮等著 註十三前掲書 第一五一頁
- 註二九：莊朝榮等著 註十三前掲書 第一五〇頁
- 註三〇：湯明輝 公平交易研析 八十一年四月初版二刷 第一一七頁
- 註三一：該處分全文見 行政院公平交易委員會公報八十年七月號 第一二頁
- 註三二：莊朝榮等著 註十三前掲書 第一五二頁
- 註三三：湯有輝 註三〇前掲書 第一一九頁