

《公平交易季刊》
第九卷第四期(90/10)，頁 137-146
◎行政院公平交易委員會

市場人類學與全球貿易*

原作者：Wolfgang Fikentscher**

中文審定人：劉孔中、陳志民***

感謝貴單位的盛情邀請，讓我有機會在此與各位談談市場制度背後的人類學，以及這樣的人類學背景對今日全球貿易議題下市場制度的相關性。

貴國列居世界上重要貿易國家之林，本人深感榮幸能夠在此向公平交易委員會委員諸公闡釋這些觀念。在座幾位委員與我的友誼可追溯至多年前，當時中華民國剛頒布「公平交易法」，世界各國無不拭目以待，對此新法之實行成果寄予厚望。誠如我所言，無論對於東方國家或其他地區，台灣都具有相當的影響力。

第一節

經濟人類學將物品配置給人的模式區分成好幾種。這種分類是關於解釋稀有商品如何以及為何到達所需求之人的廣泛說明。在人類學上，有四種商品配置的方式，分別是分配、互惠、再分配、以及「市場」。分配是一種簡單的資源處理方式，例如將一隻獵得的鹿分配給一群捕獵者（有些只描述「交換」行為的人類學書籍往往並未提及分配，因其不屬於交換行為）。互惠意指交換，一方贈予某物，而另一方回報某物，例如以物易物

* 本文原係德國慕尼黑大學費侃修(Wolfgang Fikentscher)教授於 90 年 5 月 27 日在行政院公平交易委員會以英文所發表之專題演講，經原作者同意授權由行政院公平交易委員會委請齊麟國際法律事務所譯為中文，並經中文審定修正後刊登。

** 原作者現任德國慕尼黑大學法律系教授。

*** 劉孔中係台灣大學法學學士、碩士及德國慕尼黑大學法學博士，現任中央研究院社科所副研究員。陳志民係台灣大學法律系法學組學士、東吳大學法研所碩士、美國杜克大學法學碩士及美國西北大學法學博士，現任淡江大學公共行政系專任助理教授。

的交易。再分配牽涉較高的層級，例如酋長或國王先從臣民手中收取物品，然後再將收來的物品分配給自己、軍隊、以及有需要的臣民。而市場指的就是一個機制，許多人聚集在此以物易物或進行買賣以換取金錢。

這種經濟人類學配置模式的傳統架構需要進一步闡釋，尤其是市場的觀念。其實市場的種類遠多於現今人類學所預估者。到目前為止，大家唯一能接受的市場分類是把市場分為易貨市場與價格市場。

在此我想加入另一種分類法，那就是把市場分為客觀市場與主觀市場。客觀市場是以鳥瞰方式觀察的市場，例如某項特定商品的台灣市場或歐洲市場。客觀市場是靠貨物（例如電腦硬體）及地理區域（例如台灣）來界定的。大部分個體經濟的書籍並未提及客觀市場的時間範圍，這是正確的做法，因為現代個體經濟傾向不考慮時間因素。客觀市場未必是競爭的市場，舉例來說，花蓮的大理石工廠未必是澳洲大理石工廠的競爭對手，因為將極重的大理石運送那麼遠並不符合經濟效益。不過，花蓮與澳洲的大理石生產廠商都積極投入遠東地區與全球的大理石市場，這兩個市場都是客觀市場。雖然有一個歐洲麵包市場，但是沒有人會把麵包從歐洲的一端運送到另一端去賣，因為麵包必會腐壞。客觀市場在許多方面頗有益處，包括統計學、發展政策、「產業政策」、以及許多有別於競爭而稱為「貿易」的議題（貿易規章與競爭法不同）。

主觀市場則不是以鳥瞰的方式，而是以參與主體的眼光來觀察。所謂主體，通常是商人或消費者。他們自問：「我的市場在哪裡？」若有人問一位商人：「你的市場在哪裡？」那位商人會回答：「我至少得跟十家廠商競爭，競爭非常激烈。」細看之下，活躍於主觀市場的人就是回答下列兩個問題的人：我是誰的替代廠商？誰在跟我競爭取得市場的需求？換句話說，主觀市場是以競爭的激烈情勢來定義的，貨物、地區、時間雖說都是重要的決定因素，但仍嫌不足。真正的標準在於競爭，而非只在於貨物、地域、時間，因為這三者都只是指標而已。

還有另一種是人類學應該提及、但未提及的分類，一種是短期易貨市場無延展信用關係或價格市場，有時也稱為「常規」（*at arm's length*）市場。另一種則是長期信用市場與信託市場。以人類學的眼光來看，相較之下，長期信用與信託市場是比較新近的現象，就我們所知，最早可追溯到西元前 500 年的希臘聯邦時期，史學家與哲學家稱這段時期為「軸心時代」，因為在西元前 750 年至 400 年之間，宗教、道德、法律、經濟發生了許多變化。在此之前，長期信託市場並未開始發展。

然而，並非每一個「後軸心時代」的市場都是長期信託市場。後軸心時代也有「常規」市場，例如在阿拉伯地區的國家，有伊斯蘭教教法統治之下的典型市集。

因此，以經濟人類學的目的（但其效果遠不止於此），我們發現三組新的市場概念，分別為客觀市場與主觀市場，前軸心時代市場與後軸心時代市場，短期（易貨與價格）市場與長期信用與信託市場。

在這樣的人類學背景下，我們就可以為西方的自由市場制度下定義，一般認為此制度源自蘇格蘭哲學家亞當史密斯（1723-1790）的學說。在西方經濟學說中，所謂自由市場指的就是後軸心時代主觀而長期的信託市場。與經濟人類學論及的其他制度相比，亞當史密斯的制度（也就是西方的自由市場制度）顯得十分特殊。人類學還論及許多其他我們在此無法討論的市場形式，這些市場的確存在世界上，所以也需要法律的保護。

對反托拉斯政策與法律而言，上述的區別具有重大的意義。反托拉斯針對的是主觀市場，因為它要保護市場的競爭。長期信用市場裡的反托拉斯，應該與易貨或短期價格市場裡的反托拉斯有不同的面貌。至於在客觀市場及其他非市場的稀有物品配置形式，有其他的法律保護工具可資適用。

為何這種分類如此重要？如果我們能用人類學的眼光來觀察市場，那麼許多反對全球化的意見便尚有辯論的空間。只要主觀市場與客觀市場繼續區分不清，反對全球化的聲浪就會繼續。反托拉斯的政策與法律應該是在主觀市場建立、維護及恢復競爭。客觀市場並沒有競爭考驗，它需要的是統計數據或結構政策。

如果某個文化很重視自己特有的市場形式，或稀有物品之其他（非市場）經濟分配形式，原則上該文化就應該受到重視與尊重。整體而言，如果主觀市場是我們考慮的焦點，那麼反托拉斯法就必須處理極為狹小而且非全球性的單位¹。必須要有競爭關係，不論是實際的或潛在的，只是某項產品或某個地域是不夠的。

另外，既然人類學認為除了市場還有其他稀有商品配置形式，那麼競爭就不該以一視同仁的方式，自許為唯一的經濟正義標準。除了市場以外，商品配置模式包括分配（非市場形式）、互惠、再分配。於是，人類學讓我們了解到集合財貨的經濟性質。舉例來說，如果蒙古的一位代表對國際貨幣基金會說：「我們全國牛隻所需的牧草地為集體財

¹ 此論點細節可參閱Wolfgang Fikentscher, *Mehrzielige Marktwirtschaft auf subjektiven Märkten: Wieder das Europa- und das Weltmarktargument*, Festschrift Ernst-Joachim Mestmäcker, Baden-Baden 1996: Nomos, 567 - 578.

貨，我們要採用分配經濟。」那麼這些牧草地就不應私有化或做為私人財產，當然也不能有競爭。不過，到目前為止，國際貨幣基金會仍不太能接受這類論點。

我們發現，經濟人類學對稀有商品配置形式的區分可以幫助我們解決重要的經濟與法律議題。在反托拉斯中，客觀市場與主觀市場的區別縮小了相關市場的範圍。就一般經濟法來看，這種區別將貿易相關議題與競爭相關議題清楚區隔開來。現在我們可以清楚劃分，一邊是以財產或競爭定義的市場，另一邊則是與集體財貨有關的非市場經濟。就反托拉斯法的中心觀念而言，「限制競爭」及「競爭關係之要求」將去除「可感受性」之要求(*sensibilité, Spürbarkeit*)；因為在競爭關係下，必然造成可感受的限制競爭。同樣的，如果反托拉斯法背後的法律政策是為了要防止主觀市場(非客觀市場)不正當的企業聯合、排他性經銷、獨占租，而一旦有限制競爭之情形，便可推定行為已違反反托拉斯法，而被告就此限制之合理性負舉證責任。歐洲執行委員會在白皮書中所揭露之歐盟反托拉斯法藍圖中並非如此。會有這種基本錯誤是因為歐洲委員會並未區分出主觀市場與客觀市場。在主觀市場裡，只要有限制交易之行為，就必被推定為違法。

對新古典個體經濟和新自由個體經濟而言，引進主觀市場的概念具有另一層重要的影響。如同前面所言，個體經濟的市場定義建立在貨品與地域這兩個必要因素。時間的因素可以被忽略，因為現代個體經濟不考慮時間因素。主觀市場以競爭關係來定義，發生在某段時間、某個地區，流通的是某項貨品。因此，主觀市場的理論又重新把時間因素加入個體經濟學中。

主觀市場的觀念源自經濟人類學。經濟人類學通常被視為社會文化人類學的分科，而社會文化人類學又屬於文化人類學的範疇²。進一步觀察後，會發現這只呈現一半的事實，客觀市場也可以如此歸類。不過主觀市場包含了競爭行為，而行為研究在人類學中屬於動物行為學，因此便可歸類為生物(或生理)人類學。所以主觀市場需要同時研究文化與生物因素，而客觀市場只專注於文化人類學。

在第二節中，我將闡述國際反托拉斯法草案(DIAC)這個欲解決人們對世界經濟法之需求並追求所有成員經濟正義的民間計劃，如何滿足各文化與上述各文化特有市場形式的人類學需求。

² 可參閱Wolfgang Fikentscher, *Modes of Thought: A Study in the Anthropology of Law and Religion*, Tuebingen 1995: Mohr Siebeck, 92; 文中亦論及與動物行為學之關係。

第二節

DIAC 將一個實用的競爭觀念提供給世界貿易組織 (WTO) 或世界智慧財產權組織 (WIPO) 公約訂定之用 (任何公約都應以此觀念為基礎)，這個實用的競爭觀念與 WTO 1997 年度報告第一卷提出的完全競爭模型截然不同，後者已經過時，且有誤導之嫌，並嚴重妨礙以對抗為特色的競爭行為。如前所言，書本中所稱的「市場」實際上可分好幾種形式：

第一個區分是，「匿名」的客觀市場是以貨品、區域、時間來定義而無競爭對抗的統計實體，而主觀市場則是非匿名而具有競爭的市場，兩種市場之間壁壘分明。主觀市場是市場參與者對其供需替代廠商的各種看法的總合。

其次，前軸心時代市場以短期交換關係（如易貨市場或市集）為特色，而後軸心時代市場則源自後軸心時代的思想模式，其特色為長期交換關係，包括信用權、信託關係、會員權利義務。

於是這裡產生了六種可能的結果，但是實際上，前軸心時代主觀市場、後軸心時代客觀市場、以及後軸心時代主觀信託市場是經濟上較為重要的組合。

上述三種重要組合與 1994 年 WTO 眼中的現今世界經濟體制有何關係呢？從 WTO 的論文與報告中，用人類學的角度很容易可以看出 WTO 犯的錯誤就是認為世界經濟體制只有上述三種組合中的一種，即後軸心時代客觀市場。這個錯誤很顯然衍生出更嚴重的後果。WTO 眼中的市場經濟並非從經濟實際世界的實證經驗得來，世界銀行與國際貨幣基金會也有同樣的情形，從它們過去重大的發展錯誤可見一斑。DIAC 則試著要廣納所有類型的經濟體制。

主觀市場是以市場參與者的觀點來觀察的市場。如前所言，其相反的觀念就是客觀市場，由商品、地域、時間範圍來定義，但不包括競爭（舉歐洲麵包市場為例，歐洲的麵包不會從歐洲的這一端運送到另一端，因為麵包會腐壞）。客觀市場有益於統計與政治，其處理的議題如發展原則對競爭原則及貿易相關層面、創新發明、產業政策、以及貿易議題。

主觀市場的理論有一個影響深遠的後果尚未被論及³。所有個體經濟的書籍都描

³ 參閱第一節最後幾段。

述了完全競爭與獨占兩種模型。個體經濟學將完全競爭定義為一種市場活動，此活動的特色為同質產品、無限制的資訊、無限制的反應速度、以及因過於微小而無法從事策略行為的賣方與買方。

完全競爭否認市場參與者的策略行為。在完全的競爭市場裡，市場參與者之間是沒有對抗的，因為競爭被壓抑到接近零的地步，於是，完全的競爭在某方面來說就是沒有競爭。會有這樣的錯誤，是因為完全競爭的理論看的是客觀市場，而非著重在主觀市場及其可策略衍生的其他市場。

因為如此，一般將完全競爭與獨占視為兩種極端的市場行為的區別，對於反托拉斯和不公平交易行為法來說一點用處也沒有。正確的二分法應該一邊是以對抗競爭界定的主觀市場，另一邊則是不以對抗競爭界定之市場行為，其中有獨占與完全競爭兩種。不用說，除了前面提過的後果之外，主觀市場的觀念對許多基本而為人確信的個體經濟和總體經濟假說造成不小的震撼。

所以，以人類學眼光來比較所謂自由市場制度，包括從事各種經濟活動的各種可能性，會得到一個結論，那就是自由市場制度只是特定文化，也就是西方的概念；若應用到世界各地，則只不過是一個種族中心的觀念。我們所稱的「經濟體制」只包含了人類學各種變項之極小部分。

美國人有時候會以為自由市場制度將遍及全世界，許多歐洲人也這麼想。也許的確如此，而且應該因為促進全球民主化以及人人機會均等而受到歡迎。然而，也有證據顯示，有些文化對這種情形深具懼怕之心。回教國家對坦率直言的廣告並不苟同，大多數西伯利亞人視民主制度如洪水猛獸，因為民主制度在經濟上導致其棲息地瓦解。北美印第安人面對白人以經濟為主的生活方式感到恐慌，百思不得其解，許多傳統社會則擔憂被剝削與同化。

這個世界顯然還有許多其他的經濟形式。所以為了避免全世界在 WTO 與世界銀行制度保護下成為以種族為中心的西方世界，其他類型的經濟體制，以及其他經濟體，應該在 WTO 和世界銀行制度中也佔有一席之地，例如：

- 非競爭性的分配策略，
- 再分配制度，
- 前軸心時代主觀市場(例如以物易物或其他短期交換)，以及
- 銷售不同種類財產的市場(用人類學的術語來說，就是具有不同經濟範疇的

市場)。

第三節我要討論的是 DIAC 有關前述經濟人類學結果的其他特點。

第三節

基本上，處理跨國問題有四種法律途徑，分別是統一法、調和法、公約法、以及衝突法（「準據法」）。當案例牽涉不只一個法律制度時，這四種是最常用來解決問題的規範基準。

- 一、統一法是最完整但最不容易達成的途徑，例如 1930 年日內瓦統一匯票與支票法，還有旨在成立統一反托拉斯法卻未能生效的 1948 年哈瓦那憲章。另外 1980 年聯合國貿易暨發展會議（UNCTAD）的限制商業行為法則是統一的反托拉斯「軟法」（不具約束力）。
- 二、調和法尚不及統一。它雖然縮小各國家法之間的差異，但細節部分還是留讓各國立法者斟酌改變。歐洲執行委員會的指令促成會員國調和基本國家法。美國法律協會則研擬調和的州法。
- 三、公約法調和的效果又更差了些。公約法讓國家在運用國家法來解決跨國案件的同時，能避免國家主權受到嚴重的侵犯。1883 年保護工業財產權之巴黎公約以及保護著作權伯恩公約（美國加入此二公約的時間分別是 1887 年及 1989 年）是最典型的兩個例子。這兩個保護智慧財產的公約採用了以下的原則：
 - (一)適用國家法處理跨國案件；
 - (二)在尋求保護的國家內給予外國人國民待遇（避免國內歧視）；
 - (三)採用代表以矯正發生在尋求保護國家外之「一致認同之違法行為」（以避免會員國之間過大的差別）的共同立場與承諾之最低標準；本文最後結論中將列出各種最低標準⁴；
 - (四)採用「聯盟原則」，准許在公約之各修訂版中同時保有會員資格（在相關規定上允許彈性與不同程度之進展而不必喪失會員資格）；以及
 - (五)不包含最惠國條款（以容許上述之聯盟原則以及經常包括試驗性質改進保護的雙邊協議）。

⁴ 參閱第四節第四點。

四、第四種可用來處理跨國案件的途徑為衝突法，通常稱為「準據法」，因為某些時候當事人得以決定採用某國家法來解決跨國案件。不過許多跨國案件並不能讓當事人自由選擇國家法。相反的，國家的許多衝突法規必須強制應用。反托拉斯案件關注的是不公平之行為，相當於侵權行為。一般而言，救濟不公平交易行為的方式就是侵權行為訴訟。侵權案件與適用之國家法之間的聯結就是侵權行為地（*forum delicti commissi*）。本質上，侵權行為地原則乃強行規定。侵權行為地可能在反托拉斯或不公平交易行為地所在國之內或之外。如果在所在國之內，那麼便適用國家法。如果違法行為發生地位於訴訟地之國家境外，那麼便適用國外法（反托拉斯或不公平交易行為侵權法），並由國內法庭來執行，但不採用該法庭所在國之法律。

衝突法規則不但可能會導致選擇適用其他國家的實體法，也可能會適用國內衝突法規則，這使得情況變得複雜難解。以國內衝突法處理是一般國際標準作法。於是，必須決定反致（*renvoi*）與適用第三法等議題。因此，採用法律衝突途徑通常導致將各國衝突法規則做國際調和的呼聲。這時專家會比較傾向調和各個有意規範國內問題之國家的實體法，而不是調和他們的衝突法規則。

就是因為這種無法解決的困境，才促使利害關係國決定採取低階實體（非衝突法導向）的調和途徑（「最低標準」），在智慧財產權領域締結巴黎公約與伯恩公約。

DIAC 提供這類低階調和途徑的最低實體法標準，而將細節及各種量身訂做的規定留給各國立法者。它希望利用如英美普通法中之合理原則等一般法律原則，來捍衛各國傳統與經濟文化。反傾銷已進入不公平交易行為法的領域當中。

DIAC 想證明可採用公約法來處理反托拉斯事件，不公平交易行為法也可加入，尤其是反傾銷規則。DIAC 各節都提供了可供選擇的清單。

在研擬一套跨國競爭法之時，WIPO 與 WTO 的合作將有助於這套國際法的起草。WIPO 可貢獻其執行巴黎公約與伯恩公約的經驗，WTO 則可仰賴專業小組裁判權之類的程序機制實際執行本法。WIPO 與 WTO 之間現有制度機制都可加以採用。值得注意的是，WIPO 最近公佈的不公平行為模範法未處理不公平定價（例如獨占歧視）。

有關自由公平競爭的公約條款會與現正進行並擴展之雙邊反托拉斯協助條約及協議同時並存。這些條約及協議除了規範競爭交易雙邊議題與結合管制政策等特殊雙邊議題之外，也可說是建立並發展多邊國際公約前導者與模範。鑑於經濟關係愈來愈

全球化, 只仰賴雙邊主義運作顯然是有所不足的。

美國與歐洲執行委員會之間訂定的反托拉斯執行協議, 以及美國及歐洲執行委員會與澳洲、加拿大、德國各別訂定之反托拉斯執行協議, 都是可供參考的資料。

第四節

總而言之:

- 一、根據世界各國賦予WTO的任務, 必須建立超國家反托拉斯法與公平競爭制度。在此「自由」與「公平」指的是無差別待遇的競爭環境, 其中也包括反傾銷法。「超國家」則意指該法不只約束國家, 同時根據 Phillip Jessup 與 Stefan Riesenfeld 的說法, 也賦予這些國家之國民各種權利與義務。
- 二、欲建立超國家反托拉斯與公平競爭制度, 應該從有關專利國際保護與反不公平競爭的1883年巴黎公約, 以及類似的有關著作權國際保護的1886伯恩公約中尋找典範。大部分國家都是這兩個公約的會員國, 例如美國在1887年簽訂巴黎公約, 在1989年簽訂伯恩公約。
- 三、在此公約法則下, 應適用下列法律原則:

國家法(非國際法, 亦非如未生效之哈瓦那憲章所謂之世界法),

國民待遇, 防止會員國境內有跨國歧視之情事,

最低標準, 防止會員國之間跨國交易所犯「一致認同之違法行為」,

「聯盟原則」, 使得修正會議得以舉行, 並在少數會員國之內促進步與發展, 而同時維持所有會員國之資格。

為了開放包括特殊權利資格、義務、與一般合作的雙邊反托拉斯與公平競爭協議, 不應有最惠國條款。「最惠國」會妨礙這類的雙邊「試驗」, 也妨礙上述之聯盟原則及其修改機制。與貿易有關之智慧財產權協定(TRIPS)第四條提供之最惠國條款應予廢除或修改。

- 四、欲防止犯下「一致認同之違法行為」的最低標準應該包括:

(一)禁止交易限制之水平協議

(二)禁止經銷制度濫用

(三)對以保護智慧財產為前提而限制競爭之行為加以防範

(四)管制結合

(五)禁止濫用式的市場支配

(六)禁止迴避第 1 至 5 項之條款

(七)涵蓋足以豁免第 1 至 6 項之合理規則，並且要能適當考慮各文化獨特經濟形式

(八)最低制裁，包括對已完成之合併與獨占之解體規定

(九)最低程序規則，可借自 WTO 現有運作之專業小組裁判權

(十)根據巴黎公約第十條之一反不公平交易行為之規則

五、競爭的觀念應該務實，而非自限於理論。換言之，競爭包括對抗（主觀市場），因此競爭限制會減少此種對抗（重要而可感受的競爭限制）。同時，完全競爭的模式與其他非對抗（客觀市場）模式都不適用於超國家反托拉斯與公平競爭法。市場指的是在文化特有條件下，一家公司、買方、供應商、消費者的市場。

六、簡言之，我們需要的是一種國際保護競爭的公約，此公約類似於國際保護智慧財產的巴黎公約與伯恩公約。此超國家反托拉斯與公平競爭公約應該整合在 WTO 現有的專業小組制度之中。

七、為此目的，DIAC 小組成員已提出他們對「國際反托拉斯法」之提案，並建議各國應繼續努力。