《公平交易季刊》
第六卷第二期（87/4），pp.89－156
◎行政院公平交易委員會

論垂直性交易限制在競爭法上之規範*

顏廷棟**

摘　要

本文系以引發一九九〇年起美、日貿易談判之「日本市場閉鎖性」議題，爲研究之契機。要之，由於日本商場普遍存有「垂直性交易限制」現象，乃形成商品流通管道的複雜性與封閉性，導致其市場對外國企業形成非關稅貿易障礙。職是，日本於美方施壓下，爰即刻檢討其「獨占禁止法」規範，繼之公布相關之指導準則以求因應。究其實，「垂直性交易限制」尚可大別爲價格限制與非價格限制等兩類型，其中固有生限制市場競爭之嫌者；惟從垂直整合之觀點，亦有屬於市場行銷策略不可或缺之一環者，爰難謂該等交易限制全然欠缺經濟合理性。是以從競爭法規範之觀點，本文首先探討日、德兩國法制，藉以闡明何謂「公平競爭阻礙性」、「營業自由原則」，俾供我國公平法規範何謂「有妨礙公平競爭之虞者」、「應容許其自由決定價格」之參考。另爲衡量「垂直性交易限制」之違法性，爰由行銷統合與經濟分析等觀點，分別探究各類型垂直性交易限制之利弊得失；同時參酌美國判例法之「當然違法原則」、「合理原則」及日本獨占禁止所訂之指導準則，並藉由相關案例之探討，俾明確揭示垂直性交易限制違法性判斷基準，期於違法預見可能下，達成維護交易秩序與確保公平競爭之立法目的。

---

* 本文係由作者碩士論文「論垂直性交易限制在競爭法上之規範」所改寫，該碩士論文曾榮獲八十六年度「行政院公平交易委員會獎助研究生撰寫研究論文」獎助。

** 本文作者現任公平會第二處科員。

壹、緒論

一九九五年五月十日，美、日汽車零組件諮商破裂，美國貿易代表肯特表示，由於日本堅拒開放汽車市場，美方將根據貿易法三〇一條款，對日本實施嚴厲的貿易制裁，並決定向新成立之世界貿易組織（WTO）提出控訴，指控日本刻意排拒美國汽車產品；日方除峻拒美國要求外，亦訴請 WTO 仲裁、斡旋，期盼爭取歐體及開發中國家支持，共同對付美國種種之要求。

究此美、日貿易大戰之導火線，可謂溯自一九九〇年「美、日結構性貿易會談」美方所強烈指責之「日本市場閉鎖性」之問題。要之，此乃由於日本商場上由來已久之排他性交易習慣及其商品流通管道的複雜性與封閉性，導致其市場對外國企業形成非關稅貿易障礙所致。[1] 而所謂排他性商業習慣與流通管道之複雜、封閉性，倘進一步推究其原因，乃係出於上游商品供應商對下游經銷商所作之種種交易安排，藉此以限制事業間買賣、銷售之條件。由於其限制係存在於商品上、下游之垂直供需體系中，故稱此交易之安排爲「垂直性交易限制」。

上述「垂直性交易限制」（以下簡稱垂直性限制）雖有引發市場封閉之嫌，惟相對之下，其亦屬商品行銷上不可或缺之策略手段，故基於競爭法之評價立場，垂直性限制可謂利、弊兼具。易言之，探究垂直性限制違法性之標準何在？除審視其對市場競爭影響層面外，尚須從市場行銷之觀點深入分析其經濟上之利弊得失，所以於違法認定上究非易事。反觀目前國內多種產品之經銷合約中，諸如汽車、機車、飲料、藥品、化粧品、家電等不一而足，均可見有此垂直性限制約款之訂定，而其中構成違反公平交易法（以下簡稱公平法）之案件亦所在多有。雖然我國公平交易委員會（以下簡稱我國公平會），六年多來因而累積不少相關處分案例，惟誠如前述，衡量此垂直性限制之規範因素並非單純，且就國內相關之實例與學說終究不若美、日、德

1 柴田章平，「日米経済摩擦」，收錄於氏著「独占禁止法の解説（改訂版）」，大成出版社，一九九四年第二版，頁二四六～二五〇。

等國之豐富，故爲深入探究垂直性限制之規範基準以收他山之石可以攻錯之效，本文擬以相關之外國法制爲藍本，俾探討我國公平法現有規定之缺失，期能拋磚引玉，或對日後相關案件之處理有所助益。

貳、垂直性限制之基本概念

一、性質

由競爭法之規範體系而言，[2]水平性限制與垂直性限制同屬共同行爲之概念，其中水平性限制於學理上有稱其爲卡特爾（Cartel）者。此卡特爾之概念，是否包含至垂直性限制之範圍？各國情形不一；茲分述之：

㈠美國

美國休曼法（Sherman Act）第一條所謂之交易限制（restraint of trade），係指以契約（contract）、共謀（conspiracy）、聯合（combination）等共同行爲，爲箝制商業之競爭活動而言。因該條所禁止之共同行爲，於概念包括水平性限制與垂直性限制，故適用上並未加以區分。[3]準此，垂直性限制於美國，亦屬卡特爾之範疇。

㈡德國

德國營業競爭限制防止法（以下簡稱 GWB），其卡特爾契約主要有二，即第一條之一般卡特爾契約與第十五條、第十八條之其他契約（垂直性限制契約）。其間區別之標準，在於企業間有無「共同目的（gemeinsamer zweck）」，而非取決於水平或垂直之型態。要之，於德國法上，卡特爾成

---

2 有關競爭法之規範體系，得以簡圖表示如下：

- 事後規制
  - 共同行爲
    - 水平性限制（卡特爾）
    - 垂直性限制（本文探討對象）
  - 單獨行爲（獨占化行爲、濫用行爲）
- 事前規制—企業結合（許可主義、異議主義）

引自村上政博，「独占禁止法」，弘文堂，平成八（一九九六）年初版，頁三。

3 村上政博，「独占禁止法の日米比較（上）」，弘文堂，平成三（一九九一）年初版，頁三。

員不以隸屬於同一產銷階段之企業爲限，因此乃有所謂「垂直卡特爾（Vertikale Kartelle）」之概念。[4]

㈢**日本**

日本獨占禁止法上之卡特爾概念，係指該法第二條第六項有關對「不當之交易限制」之規定。惟其規定僅曰：「事業人……與他事業人共同……相互拘束或遂行其事業活動……」，並未明定該等事業人間是否須有競爭關係？因此導致學說與實務上均有不同之見解：

1.學說

限定說：此說以爲不當之交易限制，僅限於水平性限制始足當之。蓋法文既曰「相互拘束」，因此於垂直性限制之場合，僅係事業一方受有拘束，他方則不受拘束，故不符相互拘束之要件，從而即非屬不當之交易限制。[5]

非限定說（包括說）：該說將法律條文所定之「相互拘束」與「共同遂行」解爲兩獨立構成要件，僅具其一，即足成立不當之交易限制。申言之，由形式觀之，垂直性限制固非相互拘束，惟就其實質而言，一方之受拘束，恆係爲遂行雙方之「共同目的」，故亦屬不當交易限制中之「共同遂行」。[6]

2.實務

早期：在昭和二十八（一九五三）年之「朝日新聞事件」[7]一案，對於東京都內之五家報社與二十二家配銷商所締結之劃分報紙配銷區域協定，日本公平會於採非限定說之前提下，認爲五家報社與二十二家配銷商均成立不當之交易限制。反之，東京高等法院認爲，有關不當交易限制規定之文義，

---

4 廖義男，「卡特爾之概念」，收錄於氏著「企業與經濟法」，台灣大學法學叢書（18），六十九年初版，頁一〇一。

5 今村成和，「独占禁止法〔新版〕」，一九七八年，頁六五；田中誠二，「新版経済法概說（再全訂版）」，一九七八年，頁一三一。

6 福光家慶，「縱の結合による取引限制」，神戶法學雜誌五卷一、二號，一九五五年，頁八二以下；金子晃，「垂直的協定」，「独禁法審決、判例百選第二版」，別冊（ジュリスト第五三號），一九七七年。

7 東京高裁昭和二十八年三月九日判決，高裁民集六卷九號，頁四三五。

雖未言及事業人間之關係，惟依其性質，仍限於有競爭關係之事業人間始妥當。據此，顯係採限定說之結果。抑有進者，判決中進一步指出：一群事業人召集而爲限制事業活動之協定時，其間事業人有同屬一產銷階層，亦有分屬不同產銷階層者，依其情形應認爲，僅限於就自己之事業活動受有共通之限制者，始屬所謂之共同行爲。亦即，本件僅該二十二家配銷商間有相互拘束事業活動，故限於該部分成立不當交易限制；至於五家報社部分，因其未受有拘束，則此部分不成立。

近期：僅管就此問題法院仍堅持限定說之立場，惟現今日本學界之通說與其公平會仍持非限定說之看法。例如在平成三（一九九一）年，其公平會所發表有關獨占禁止法適用之指導準則，即認爲所謂「相互約束其事業活動」，不以各行爲人皆同受拘束爲必要，僅其中部分行爲人約束其事業活動，係爲達到排除特定事業人之共同目的，即爲已足。[8]

㈣我國

我國學者於此有採非限定說者，認爲垂直性限制即爲垂直聯合（卡特爾）行爲。[9]此於理論上或謂妥適，[10]惟從吾國公平法第七條之用語以觀，其規定爲「本法所稱聯合行爲，謂……與有競爭關係之他事業共同……」，亦即聯合行爲之事業間須有競爭關係。準此，採非限定說之結果，有否與法條文義相齟齬，不無疑問。

---

8 此係針對數上、下游事業人，共同對某特定廠商或經銷商爲杯葛（boycott），是否該當不當交易限制而爲之解釋。以上，參見山田昭雄等編著，「流通、取引慣行に関する独占禁止法ガイドライ解說」，商事法務研究会，一九九三年，頁五八。

9 范建得、莊春發合著，「公平交易法系列2（不公平競爭）」自版，八十一年初版，頁一五一；廖義男，「公平交易法之理論與立法－公平交易法論集（1）」，三民書局，八十四年十月初版，頁五。

10 蓋如採限定說，則在大型零售商（超市、量販店）倚其購買力強制上游廠商實施維持轉售價格時，事實上即有統一零售價格之功能。惟此時並無零售商聯合訂價之情形，即僅得依禁止維持轉售價格之規定規範上游廠商，然因非由其發動，對之處罰，不僅有失公平亦難有規範效果。以上，參見久保欣哉，「独占禁止法通論」，三嶺書房，一九九四年初版，頁八九。

二、行為類型[11]

垂直性限制，依其限制之事項係屬商品價格，或價格項目以外之其他事項，得大別爲垂直性價格限制與垂直性非價格限制。前者，又稱「維持轉售價格（Resale Price Maintenance）」；後者，復依其限制內容，通常分爲「專賣店制」、「地區授權制（territorial restrictions）」、「專屬批發商制」與「搭售（Tying）」等四類型，以下即依序說明之；

㈠**維持轉售價格**：所謂維持轉售價格，係指事業對於其交易相對人，就其所供給之商品設定轉售價格，並以配合措施確保交易相對人遵行之限制交易行爲。此交易相對人，可能爲直接交易相對人，抑可能爲間接交易相對人。例如，由廠商直接限制其批發商不得任意訂定批發價，此稱「直接限制轉售價格」；若由廠商直接或間接透過批發商，對零售商限制其不得任意訂定零售價者，則稱「間接限制轉售價格」。惟不論何者，其均屬對商品訂價自由之限制。

㈡**專賣店制**：專賣店制，本質上屬於學理上所謂「附排他性條件之交易（Exclusive Dealing）」（又稱獨家交易），係指於契約條件上，禁止買方與賣方之競爭者爲交易而言。由賣方之立場而言，屬於一種「排他性之供給契約」；申言之，即廠商限制其經銷商，僅得「專賣」該廠商之品牌商品，易言之，即不得販售其他競爭品牌商品，故又稱排他性特約店契約。[12]

㈢**地區授權制**：此爲廠商對經銷商銷售區域之限制，且通常附隨有顧客限制之效果（customer restriction）。究其實，於限制之程度與態樣上，其間仍有不同之情形者。以地區上經銷商之數目而言，有僅於同區內單設一經銷商者，此稱爲「閉鎖性地區授權制（closed territorial restriction）」；亦有於同區內設立數家經銷商者，此則爲「開放性地區授權制（open territori-

---

11 有關其分類與用語，本文乃參考昭和五十五（一九八〇）年、及平成三（一九九一）年日本相關之獨占禁止法指導準則，故名稱上或因翻譯問題而與美、德等國之用語些有出入，惟其意義則一。

12 釜萢正孝，「排他條件付取引」，收錄於「Q&A、独占禁止法ガイド」，東京弁護士会独占禁止法部編，商事法務研究会，平成五（一九九三）年初版，頁一六。

al restriction）」。此外，依其限制之程度，復有下列數型態可言：1.嚴格地區授權制（strict territorial restriction），即全面禁止越區銷售；2.排他性地區授權制（exclusive territorial restriction），即禁止在授權地區外，積極從事銷售；3.限制銷售據點制（location clause），乃限制其營業場所之設立地點；4.責任地區授權制（area of primary responsibility），即於授權區域上，課以其銷售量須達一定水準之義務。另由限制程度之強弱觀之，上述第1.類型最爲嚴厲，第3.、4.類型則較寬鬆。同時，亦有不限制其經銷區域；惟倘越區銷售時，即須與該區被侵權之經銷商分配利潤，此稱爲「利潤分配制（Profit Passover）」。[13]

㈣專屬批發商制：此制度於日文稱爲「一店一帳合制」，[14]店者乃指零售店（商），帳合則爲批發商之註冊號碼。詳言之，即廠商爲嚴密控制其商品流通管道，因此將各零售商分配並註冊於特定之批發商。亦即，各零售商僅得向特定之批發商進貨；反面言之，批發商亦不可供貨予非所配屬之零售商。如雙方欲變更配屬對象時，除須獲得相關批發商之同意外，且禁止在商品漲價後一定期間內請求變更。從限制交易對象之觀點，此制同於嚴格之地區授權制。蓋批發商僅得向數特定之零售商供貨，即如同在批發市場上嚴格限定其經銷地區。

㈤搭售：搭售，又稱搭售契約（tie-in contract），係指於買賣（或租賃）契約之成立上，賣方以要求欲購買某一商品（或勞務）之買方，以其須購買第二種不同之商品作爲完成第一項商品之交易條件，此第一項商品即稱爲搭售商品，第二項商品則稱爲被搭售商品。就買方而言，搭售商品與被搭售商品間，恆無經濟效用上之互補或輔助之功能；縱或有之，亦無同時購買之義務。

三、基本規範

13 実方謙二，「寡占体制と独禁法－第四章、流通系列化の規制」，有斐閣，一九八三年初版，頁二五九。

14 正田彬，「卸売業をめぐる競爭と法」，流通產業研究所編，一九八四年初版，頁一一五以下。

各國競爭法皆有其對垂直性限制之規範基準；例如美國休曼法第一條主要視其已否對商業活動造成不合理之限制，並由其最高法院累積歷年判例形成所謂「當然違法（Per se illegal）」與「合理原則（Rule of Reason）」俾爲具體判斷標準；又如日本獨占禁止法，則以其有無具備公平競爭阻礙性俾決定其是否該當該法所謂「不公平之交易方法」；至於德國之 GWB 則基於保護營業自由之原則，視其對交易內容自由之限制程度爲斷。以下，除美國法部分容後探討違法性判斷基準時再予說明外，乃先依序介紹日、德兩國法制。

㈠日本獨占禁止法之不公平交易方法

垂直性限制於日本，設其形式分別該當其公平會（公正取引委員会）就不公平交易方法所作之一般指定，[15]且實質上對市場具公平競爭阻礙性者，即屬不法之概念（獨占禁止法第十九條、第二條第九項）。茲有問題者，乃何謂公平競爭阻礙性？其內涵爲何？此於日本之學說與實務均有若干不同之見解，以下分述之：

1.效能競爭妨礙說：此說爲今村成和教授所倡，氏以爲理想之公平競爭模式，乃市場上存有多數相等規模之競爭者，其間悉從事純粹之效能競爭（

15 所謂日本公平會之指定，係指依其獨占禁止法第二條第九項之授權，委由公平會依告示之方式將不公平交易方法之具體內容予以指定。該制度係於昭和二十八（一九五三）年修正時所新設，依其是否適用於一般行業或特種行業，可分爲一般指定與特殊指定。其中與垂直性限制有關之一般指定分別爲：1.維持轉售價格，一般指定第十二項：無正當理由而於供應商品時，對交易相對人爲下列任一限制條件者；訂定該商品之銷售價格，令交易相對人維持之，並禁止其任意變更售價。他事業人購買交易相對人所銷售之商品，對商品之轉售價格代予訂定，並令交易相對人要求該事業人維持之，以及禁止其任意變更售價；2.專賣店制，一般指定第十一項（不當附排他性條件之交易）：不當的以禁止與其競爭者交易爲條件，而與交易相對人進行交易，致使競爭者之交易機會有減少之虞；3.地區授權制、專屬批發商制，一般指定第十三項（不當附限制性條件之交易）：前二項行爲之外，不當的以限制交易相對人與他人交易及限制交易相對人之事業活動爲條件，而與該交易相對人進行交易；4.搭售，一般指定第十項（強制交易）：供應商品或服務予交易相對人時，不當強迫對方同時購買自己或所指定事業人之其他商品或服務，或強制相對人須與自己或所指定之事業人進行交易。

即依價廉物美之商品、勞務，爲獲取顧客之唯一手段）。惟鑑於現實資本主義社會中存有諸多不確定因素（Variation），故不可能實現此一理想之競爭狀態，從而毋寧將公平競爭之理想側重於其消極面。易言之，即由防止一切足以破壞公平競爭條件之行爲著手，因此所謂公平競爭阻礙性之涵意有二，其一爲交易方法本身即有非難性，倘任其爲之將有損公平之競爭秩序；另一則係在市場結構上從根本陷自由競爭於困難之境地，例如市場上經濟力之集中現象或濫用經濟力將他事業人排斥於市場外。[16]

2.競爭機能抑制說：此說爲正田彬教授所主張，氏認爲所謂公平競爭阻礙性，即係對事業人競爭機能之抑制。蓋所謂公平競爭其條件有二：首先，參與競爭者皆得自主決定一切有關營業活動之事項，俾能自由發揮其競爭機能；其次，在保有企業自主性之前提下，得依其事業之效能、產品價格、品質等而自由從事競爭。因此，凡對上述之條件有破壞者，即具公平競爭阻礙性。[17]

3.經濟力濫用說：此說以舟田正之教授爲代表，氏認爲公平競爭阻礙性乃經濟力濫用之結果，亦即行爲人藉其經濟力之濫用，因而侵害各經濟主體之交易自由，其態樣包括對交易相對人交易自由之侵害與對競爭者交易自由之侵害。[18]

4.市場機制阻礙說：此說爲金子晃教授所採，氏以爲公平競爭之本身乃爲一連串市場機制形成之過程，藉此形成市場價格以維持經濟活動之秩序。因此，凡對此形成之過程有侵害者，即有公平競爭阻礙性。具體言之，其阻礙之情形有二：其一係藉不當之競爭手段或交易方法，以扭曲、限制市場價格之形成機能；另一則係居於市場控制地位之大企業，濫用其經濟力妨礙市

---

16 今村成和，前揭書（同註5），頁九四。

17 正田彬，「全訂独占禁止法」，日本評論社，一九八一年一版，頁三〇七～三一〇。

18 舟田正之，「不公正な取引方法と消費者保護」，收錄於「消費者法講座3、取引の公正Ⅰ」，日本評論社，一九八四年初版，頁一二五。

場之效能競爭，因而害於全體消費者之利益與整體國民經濟之健全發展。[19]

5.綜合考量說：此說爲昭和五十七（一九八二）年獨占禁止法研究會學者集體之見解，同時亦爲日本公平會實務之態度。其認爲所謂公平競爭狀態之實現，須具備以下三要件：[20]

(1)確保自由競爭之狀態：即事業人間得互爲自由之競爭，無相互干預或妨礙參與競爭之情事。

(2)確保競爭手段之公平性：即在競爭手段上，悉依價格、品質、服務之效能競爭方法從事自由競爭，以維繫市場之競爭秩序。

(3)確保自由競爭之根基：在上述兩條件具備之前提下，各交易主體就是否爲交易及交易之條件，得自由、自主加以判斷而進行交易。

準此，所謂公平競爭阻礙性，則爲對上述三條件之侵害，其情形如下：

(1)對自由競爭狀態之侵害：即抑制事業人之競爭機能。尙可分成兩類型，其一爲剝奪競爭者之交易機會，或直接抑制競爭者之競爭機能，例如間接拒絕交易（杯葛）、差別對價、不當廉售、附排他性條件之交易（專賣店制）等行爲；另一則爲對交易相對人在價格、爭取顧客等競爭上之侵害，如維持轉售價格、限制交易地區或對象（地區授權制、專屬批發商制）等行爲。

(2)競爭手段不當性：屬之者計有，欺瞞性之交易、不當利誘顧客、強制交易（搭售）、對競爭者交易之妨害與干涉其內部事務等行爲。

(3)對自由競爭根基之侵害：凡倚其優勢之交易地位，在交易對象選擇、交易條件合意、交易履行等交易自由原則上，對交易相對人有所壓抑時屬之。

㈡德國 GWB 之營業自由原則[21]

德國對垂直性限制，主要係依其 GWB 第十五條與第十八條規範之；前

---

19 金子晃、根岸哲、実方謙二、舟田正之合著，「新不公正な取引方法，〔金子晃執筆〕第一部第二章」，青林書院，一九八三年初版，頁二一。

20 公正取引，三八二號，頁三四～三五。

21 以下相關德國文獻，主要轉引自柴田潤子，「ドイツ競爭制限防止法におけるいわゆる『垂直的競爭制限』について」，公正取引，五三八號，頁五六～六三；五四〇號，頁五〇～五八。

者係有關對垂直性價格限制之規定，後者則係以非價格之限制爲規制對象。其間適用之區別在於，凡交易當事人於訂立「一次契約」(即限制者與被限制者間所訂之契約)時，約定當事人之一方(即被限制者)再與第三者所訂定之「二次契約」上，就有關價格或其他交易條件等契約內容須遵守一定之限制者，則適用第十五條之規定；反之，倘一次契約係限制有關被限制者得否自由締結二次契約，或限制須與何者訂約之情形時，則屬第十八條之範疇。

1.GWB 第十五條之規制

GWB 第十五條規定：「企業間就本法適用範圍內市場之商品或營業上給付所訂立之契約，如對契約當事人之一方限制其與第三人間有關供給之商品或其他商品或營業上給付締約時決定價格或交易條件之自由者，其契約無效。」本條之適用，以客觀上有一次契約與二次契約之存在爲前提。易言之，即係藉一次契約以限制二次契約中有關價格或其他交易條件之決定自由，其中以限制轉售價格之情形爲典型。[22]故一次契約可稱爲「限制營業之契約」，二次契約則謂之「營業受限制之契約」。

有關 GWB 第十五條所保護者爲何，依德國通說，[23]係以一次契約之被限制者爲保護對象，亦即以確保其得自由形成二次契約之內容爲立法宗旨。另外，亦有認爲本條兼及於對競爭制度之保護者，如學者中 Brüchl 主張 GWB 第十五條固係著重於契約內容形成自由之保障，惟其同時亦確保了競

---

22 德國 GWB 第十五條，除規範由賣方所實施之維持轉售價格之行爲外，尚包括：由買方限制賣方不得以較優惠之價格出售產品予他人；所限制之項目不以價格爲限，凡對一切契約條件決定自由加以限制者，均有適用；所限制相對人與第三人之行爲，除訂約之法律行爲外，亦包括經濟行爲，如禁止相對人實施廉售行爲其亦有本條之適用；所限制之對象除商品價格外，如限制對該商品之維修、售後服務等費用標準，亦有本條之適用。以上，請參閱金子晃，「諸外国の独禁法制と消費者保護(2)－西ドイツ」，收錄於前揭書，頁三二三。

23 Wofgang Straub「§15 GWB als Generalklausel des Rechts gegenvertagliche Wettbewerbsbeschränkungen」, 1986, s. 98; Langen「Kommentar zum Kartellgesetz」, 1982, 6. Aufl, s. 398; Hermann Koritzsch「Der Kommissionsvertrag in Kartellrechtlicher Sicht」Wirtschaft und Wettbewerb, 1981, s.691.

爭之有效性，故其立法目的兼具個人保護與制度之保護。[24]反之，Emmerich 教授則以為 GWB 第十五條之所以維持競爭有效性之目的，無非在確保各個經濟活動主體其活動自由不受阻礙，亦即係以第三者之訂約自由不受限制為保護目的。[25]甚至，亦有將本條之保護對象，解為同時包括被限制者、第三者與競爭之制度者。[26]

本文以為，營業競爭決策之自由（交易自由），乃公平競爭之前提要件，尤以價格決定自由更屬企業參與效能競爭所不可或缺，故 GWB 第十五條有關禁止限制轉售價格之規定，諒係以被限制者之營業自由為保護目的。至於競爭制度與二次契約之第三者，或屬整體競爭政策之問題，或僅為競爭法反射利益所保障，應非屬 GWB 第十五條保護之本旨。

再者，GWB 第十五條條文中並未列有市場效果之要件，惟限制轉售價格將有限制效能競爭之效果亦屬不可否認，因此本條之適用應否以有限制市場競爭之效果為要件，則不無疑問。就此，德國學者咸採消極性看法，惟其說理不一，歸納言之有二，其一認為維持轉售價格定有限制市場競爭之效果，故無庸於法律條文中列其為要件。例如，Schwartz 氏以為本條所保護之契約內容形成自由即係保障參與競爭之自由，故對之加以限制者即得謂有限制競爭，至於實際上對競爭有如何之影響，要非所問。[27]又如 Fikentscher 氏主張，限制轉售價格必降低被限制者所屬市場之競爭程度，因此基於規範之立場，凡形式上有轉售價格限制之情形，即同時具備市場效果要件，此乃無待乎明文。[28]其二，另一派學者則認為，凡對契約內容之形成自由有限制者，即具備違法性，不以實際上有限制競爭之效果為必要。如 Brüchl 氏基於「契約自由」為競爭法基本原則的理念，以為價格條件乃參與競爭最重要之「行動參數」（action parament），故限制轉售價格之行為本身，可謂於

24 Raimund Brühl「Das Kartellrechtliche Preis-und Konditionenbindungsverbot（§15 GWB), 1982, s.31.

25 Emmerich「GWB Kommentar」,1992, 2.Aufl, s.476.

26 OttoFriedrich v. Gamm「Kartellrecht」,1990, s.246.

27 Schwartz「Gemeinschaftskommentar」,2.Aufl, s.388.

28 Fikentscher「Recht und Wirtschaftliche Freiheit」, 1992, s.257.

根本上違反競爭法。[29]此外，Kirchhoff 氏、Möschel 氏等，以爲限制二次契約內容形成之自由，其本身即限制了同一品牌內之競爭，其違法性已堪認定，無進一步審視不同品牌競爭效果之必要。[30]

2.GWB 第十八條之規制

GWB 第十八條規定：企業間就商品或營業上給付所訂立契約，使當事人一方有下列情事之一者，卡特爾官署得宣告其即時或自其所指定之未來時點起不生效力，並禁止其施行同類之新限制：

1.對於供給之商品、其他商品或營業上給付之使用自由加以限制者（使用限制），或

2.限制其向第三人購買或對第三人販賣其他商品或營業上給付者（獨家交易安排），或

3.限制其將供給之商品讓與第三人者（販賣限制），或

4.使其負擔接受性質上或交易習慣上不相繫屬之商品或營業上給付之義務（搭售），並且有下列情形之一者：

(a)因而使市場上存有競爭之大多數企業，受到同樣限制，並使其營業競爭之自由受到不當之限制，或

(b)因而使其他企業加入市場受到不當之限制，或

(c)因該限制之範圍，致使該商品或其他商品或營業上給付之市場競爭受到實質之阻害。

對於其他企業仍有參與供給或需求之可能性加以比較，其限制不具實質性者，不視爲第一項第(b)款所稱之不當。

上述條款，其第一項之(a)～(c)款爲核心所在，屬市場效果要件，同時亦爲卡特爾官署據以判斷其垂直性非價格限制是否合理、應否介入規制之要件。易言之，凡相關之限制契約該當於(a)～(c)之任一款情形者，卡特爾官署即得介入宣告其不生效力。以下即分別探討說明之：

---

29 Brühl，前揭書（同註24），s.33.

30 Wolfgang Kirchhoff「Die kartellrechtliche Beurteilung vertikaler Vertriebsvertrage」, 1990, s.51; Wernhard Möschel「Recht der Wettbewerbsbeschränkung」, 1993, s.216.

(a)款，使市場上存有競爭之大多數企業，受到同樣限制，並使其營業競爭之自由受到不當之限制：本款乃係 GWB 於一九七三年第二次修正時所新設，其設立之目的，依修正理由書說明，係爲保護被限制之契約當事人。惟學者認爲，法文既謂「使……有競爭之大多數企業，受到同樣限制，……」，則理應屬保護市場競爭之問題。[31] 其次，如何判斷有無大多數之企業受到同樣之限制及其限制是否不當？在企業數之認定上，學說與實務咸依被限制者所合計之市場占有率爲準；[32] 惟在不當性之認定上，學者見解不同。如 Rolf Belke 以爲應從法目的所保護之自由競爭有否受限制爲準；[33] Emmerich 則認爲應比較行爲人因實施限制所得之利益與法目的所保護之自由競爭是否合致，倘所得利益是因違背法目的之限制競爭結果時，其利益則難謂正當。至於衡量比較之因素包括行爲人之市場地位、企業規模、數目、與限制競爭之程度。[34]

(b)款，使其他企業加入市場受到不當之限制：本款爲 GWB 於一九六五年第一次修正時所設，其目的依修正理由書以觀，係爲防止行爲人藉排他性約款（Ausschliesslichkeitsbindungen）以限制第三人加入市場。否則，行爲人可能依排他性約款禁止被限制者與第三人交易，第三人因而即無從加入市場進行產品銷售、供給等事業活動。與本款有密切之關係者爲第二項之規定，即「……，其限制不具實質性者，不視爲第一項第(b)款所稱之不當。」茲有疑義者，乃不具實質性之限制與本款之不當有何關係？依修正理由書說明，係指因市場上尚有供給或需求之可能性，故該排他性約款之限制，對於其他企業之參與競爭即無不公平可言。抑有進者，所謂「不具實質性之限制（unwesentlich）」究應如何判斷？對此，德國學說通常係以其他企業在供

31 「Entwurf der Bundesweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen Begründung」, WuW, 1971, s.550.

32 Volker Emmerich「Immenga / Mestmacker GWB Kommentar」, 1992, 2.Aufl, s.559.

33 Rolf Belke「Die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungsverbote nachder Kartellgesetznovelle 1973」, ZHR Bd.138, s.250.

34 Emmerich，前揭書（同註32），s.594。

給或需求之選擇交易對象可能性上，是否具「可感性（Spürbarkeit）」（即依據一般經濟生活之經驗，可感受到對市場參與者之行爲所發生之任何影響）的受到限制爲準。[35]至於不當性之認定基準，基本上仍採上述比較衡量說之見解，即在維護法目的所保障之自由競爭前提下，與行爲人因實施排他性約款所得之利益相衡量，在不違背自由競爭的原則下承認其利益爲正當。

(c)款，因該限制之範圍，致使該商品或其他商品或營業上給付之市場競爭受到實質之阻害：相對於(a)、(b)兩款皆以「不當之限制」爲市場效果要件，本款則曰：「使競爭受到實質之損害」，兩者究有何差異？學者有謂對競爭之實質阻害，等同於上述之不當性。[36]究其實，由本款所強調之「給付之市場競爭」受到實質之阻害以觀，應係專就供給市場之限制競爭而言。申言之，設供給市場上各企業普遍皆採行排他性約款時，由於供、需方皆形成固有之交易管道，固不生因該限制而顯然減少現有競爭者交易可能之「不當性」，惟其同時亦抑制了供給市場上爲獲取下游市場所從事之競爭，就此言之，本款應有其獨立之意義。另從排除潛在競爭者加入市場之角度觀之，本款則有與(b)款競合之可能。

綜觀上述，德國 GWB 有關垂直性限制之規範，可謂係以保障營業自由爲其基準，於價格限制之場合乃爲維護營業內容之價格形成自由，在非價格限制之情形則係保護營業對象之選擇自由。惟鑑於訂價自由乃市場機制運行之首要因素，職是對違反自由訂價原則之限制轉售價格，GWB 第十五條乃著眼於其行爲本身之違法性，故不以行爲有生一定之市場效果爲必要；反之，就非價格限制之排他性約款，因其違法性尚難一概而論，故 GWB 第十八條以衡量利害爲目的而設一定之市場效果要件。總之，兩法條在維護交易自由之原則上是其共通，惟對違法性之認定，則有其根本之差異。

㈢我國公平法對垂直性限制之規定

垂直性限制於我國，學者有稱其爲「限制第二手契約」者，就其法律對

35 Wolfgang Kirchhoff「Die Kartellrechtliche Beurteilung vertikaler Vertriebsverträge」, 1990, s.134.

36 Emmerich，前揭書（同註32），s.601；Klosterfelde / Metzlaff「Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht」, 1993, s.423.

策而言，基本上亦係基於營業自由之原則與市場公平競爭阻礙性考量。申言之，倘基於尊重當事人契約自由之原則，將承認此契約合法有效；惟爲防止濫用此約款，故當事人一方之營業自由受不公平之限制，或阻礙他事業加入市場參與競爭，即會賦與主管機關監督干預之權限，此即所謂「濫用原則」。反之倘認此種契約將嚴重侵害當事人營業自由與市場上公平之競爭時，將不承認其效力；但允許有正當理由而承認其效力，即所謂「原則禁止，例外許可」。[37]

1.「原則禁止，例外許可」

我國公平法對維持轉售價格之規範即採此一立法原則。該法第十八條規定：「事業對於其交易相對人，就供給之商品轉售與第三人或第三人再轉售時，應容許其自由決定價格，有相反之約定者，其約定無效。但一般消費者之日常用品，有同種類商品在市場上可爲自由競爭者，不在此限。前項之日常用品，由中央主管機關公告之。」倘由比較法之觀點，就其將違法效果定爲「其約定無效」，且條文中並未明訂市場效果要件，足見於立法例上係參照德國法制；亦即，本條與 GWB 第十五條均認爲維持轉售價格乃當然有限制市場競爭之效果。惟就同條但書有關日常用品之公告規定，則與日本獨占禁止法第二十四條之二所設「指定再販」制度相彷。至於其性質，依日本相關之見解則有「合法性確認說」與「純粹適用除外說」之分：前者係認爲此本來即不違法，予以適用除外規定即係確認其當然的合法性；後者則以爲此本來雖有公平競爭阻礙性之違法，惟基於特殊政策原因，而例外承認其不違法，此說亦爲其實務之見解。[38]就吾國該條之立法理由觀之，其認一般消費者日常用品之市場競爭性強，且有同種類商品在市場上可爲自由競爭，不易受到轉售價格限制之不良影響，顯採合法性確認說。

2.「濫用原則」

---

37 廖義男，「限制第二手契約之經濟評價與法律對策」，中國論壇第二〇六期，頁一七、一八。

38 惟此種容許再販制度，本質上有侵害一般消費者利益之虞，故其制度之存廢，實有檢討之必要。以上，參見菊地元一，「再販売価格維持制度と消費者の利益確保」，收錄於前揭書（同註18），頁一七〇～一八五。

我國有關垂直性非價格限制，乃規定於公平法第十九條第六款。第十九條之規定爲：「有左列各款行爲之一，而有妨礙公平競爭之虞者，事業不得爲之：……六、以不正當限制交易相對人之事業活動爲條件，而與其交易之行爲。」而上述所謂之限制，依同法之施行細則第二四條之例示，即包括搭售、獨家交易（專賣店制）、地域（地區授權制）及顧客（專屬批發商制）等限制事業活動之情形。次由該條之本文規定及同法第三六條之規定觀之，有關垂直非價格之限制本法乃採濫用原則，亦即原則上其相關行爲並非不法，僅於有妨礙公平競爭之虞者，始由主管機關命其停止之。至於判斷其行爲有無妨礙公平競爭之虞，因本條係倣自日本獨占禁止法第二條第九項不公平之交易方法規定，故可參照上述日本相關學說爲準。要言之，依上述日本綜合考量說之結果，其相關行爲有妨礙公平競爭之虞（公平競爭阻礙性）之情形係指：(1)於專賣店制乃係對競爭者競爭自由之妨礙時，有其公平競爭阻礙性；(2)於地區授權制、專屬批發商制，倘對交易相對人之競爭自由有侵害時，即有公平競爭阻礙性；(3)至於搭售，則可能因其手段之不當性，而具備公平競爭阻礙性。

上述之判斷原則，僅爲一抽象標準，蓋所謂妨礙公平競爭之「虞」，本質上即屬抽象的危險性概念，亦即所謂「蓋然性（probability）」、「可能性（possibility）」之問題。倘欲爲具體之認定，則須進一步就市場地位、市場結構、限制競爭程度等要素，由其整體在市場行銷上之評價與經濟分析，使得明確其違法性判斷基準所在。

參、垂直性限制在市場行銷上之概念

一、行銷統合行為之意義

垂直性限制於市場行銷上係屬所謂「統合式垂直行銷系統（Integration Vertical Marketing System）」，強調的是製造商、批發商、零售商彼此結爲一體、利害與共。此系統又稱「行銷統合行爲（Distribution Intergration）」，盛行於日本之產銷業界（日文稱「流通系列化」），其意係指，製造商爲有利銷售本身產品，確保、爭取經銷商之合作，俾實現本

身之行銷策略，乃藉各種垂直性之限制，對經銷商之銷售行爲，加以組織化、統合化之行爲。[39]

由定義觀之，形式上行銷統合行爲之主體固爲製造商，客體則爲批發商、零售商；其統合之手段則爲各種垂直性限制。惟其彼此之關係並非上下間之支配、從屬關係，毋寧認爲係基於爲追求共同最大利潤之目的，所形成之「利益共同體」。[40]由於其得充分發揮商品行銷之效率，故成爲日本戰後（一九四五年）經濟快速成長原因之一，但相對的亦引發若干競爭政策之問題。

二、行銷統合行為之評價[41]

㈠行銷統合之利

歸納言之如下：

1.於商品行銷過程中，因社會性分工而增進各階層之利益。

2.透過行銷管道之整備，排除交錯、重複之供輸管道，管制合理庫存量，因而節省成本。

3.有效傳達市場資訊，因應消費市場多變之需求，確保計劃性之生產銷售。

4.穩定銷路，提供良好之品質管理與完善之售後服務以確保商標信用。

㈡行銷統合之弊

---

39 「行銷統合」一語之使用，參照汪渡村，「論公平交易法對行銷統合行爲之規範」，收錄於氏著「產業經濟法研究（公平交易法系列）」，中華民國全國工業總會出版，八十三年初版，頁一一一；此外，日本独占禁止法研究会對「流通系列化」之定義，參見昭和五十五（一九八〇）年日本公正取引委員会發表之「流通系列化に関する独占禁止法上の取扱い」第一部総論、二，刊載於 NBL 第二六六號，頁二〇。

40 横川和博，「流通系列と法」，收錄於現代経済法講座第六部「流通産業と法」第三章，三省堂，一九九〇年初版，頁一五五。

41 野田実，「流通問題に対する独禁政策の新たな展開－流通系列化に関する研究会報告を中心として_」，公正取引第三五四號，頁七～一九；根岸哲，「流通系列化に対する独禁研報告書」，ジェリスト第七一六號，頁二六～三一；川越憲治，「流通系列化に関する報告書（独禁研）の読み方（上）、（下）」，NBL 第二〇六號、二〇九號，頁一四～三七、頁三〇～三八。

得分別由產銷業界與消費者之角度觀之：

1.對產銷業界之弊：

(1)限制品牌內競爭，導致經銷市場價格欠缺彈性；或因抑制價格競爭，易使商品價位固定（不易降價）甚或上揚。

(2)行銷統合若所涉之市場層面頗廣，因其排他效果作用，容易形成入場障礙；或阻礙中小企業之拓展銷售網。

(3)爲強調產品差別化，消耗過多之促銷費用，浪費社會資源。

(4)促使經銷商欠缺獨立性，妨礙其經營之合理化。容易形成或強化產銷業間之支配、從屬關係，導致廠商濫用其交易上優勢地位。

2.對消費者之弊：

(1)使零售價格趨於僵化；或因限制價格競爭，致使商品訂價居於高價位。

(2)因行銷統合所生之超額利潤由產銷業者分享，不易反應於價格上返還於消費者。

(3)因入場障礙之形成，阻礙新業者之加入，致可供選擇之商品種類相對減少。

(4)妨礙消費市場資訊之收集與選擇適當商品或勞務之機會。

三、行銷統合效果之評析

㈠正面評價分析

要言之，上述對行銷統合之正面評價，可謂係著眼於其有提振行銷效率之功能；亦即實施垂直性限制，在增進經濟效率上，可擴大產銷量，並與消費者之利益相合致。此可從下面三點分析之：

1.確保經銷商有一定之服務品質：垂直性限制在確保經銷商得享有一定利潤之前提下，是否有益於經銷商服務品質（dealer service）之提昇？持保留性看法之學者以爲，垂直性限制未必與服務品質之提昇相關聯，從消費者之立場而言，其亦無意在價格上額外負擔如廣告、宣傳等服務品質成本；另廠商在商品上附加服務品質之目的在於產品差別化，亦即在增加其價格支配力，因此即使調高價格，對於有偏好性之消費者仍會購買；況且過於強調服務品質之結果，等於迫使消費者須一併購買服務與商品，此於社會資源之觀

點，有錯誤分配（mis-allocation）之虞。惟一般以爲，從防止搭便車（free ride）之功能上，垂直性限制確有提昇服務品質之效果。[42]否則，可能 A 經銷商因強調服務品質而使其商品訂價較高（成本增加）；相對於未講究服務品質之 B 經銷商，其訂價自然低廉。其結果往往使消費者從 A 處獲得消費資訊後，基於價格考量乃轉往 B 處購買，對 A 而言，即失其加強服務品質之意願。

2.減低投資風險：對於新產品之銷售，就新進業者或經銷商而言，均有投資之風險；蓋於消費市場需求資訊全然欠缺之情況下，其所爲之促銷費用得否回收？尚未可知，因此在垂直性限制有產品差別化功能，藉以取代過多的促銷費用時，乃相對降低投資風險。

3.防止市場之爭奪：垂直性限制，一般而言亦有防止經銷商間互奪市場（market skimming）之功能。甚而，有經銷商爲防止其市場精華地帶

42 就此點而言，日本市場上著重品牌形象或講究售後服務之產品，大多實施有各類型之行銷統合行爲，茲以下圖說明之：

手段／業種	專賣店制	地區授權制	專屬批發商制	經銷商卡特爾	折扣政策	忠誠度折扣	高額利潤保管制
汽　車	△	△		△	△		
輪　胎	◇			○	○		
家庭電器	◇	◇	○	○	○		
牛　乳	△			○	○		
汽　油	△			○	○		
化粧品		◇		○	○		
合成洗劑	◇	◇	○	○	○		
奶　粉			○	○	○		◇
照像機			○	○	○		
醫藥品			○	○	○	◇	
樂　器				○	○		
報　紙	△	△		△	○		

○：表示於批發、零售市場皆有實施

△：僅實施於零售市場

◇：僅實施於批發市場

（引自中川政直，「流通問題と独占禁止政策」，公正取引第三三六號，頁九）。

（cream）被侵奪，因此主動要求廠商實施垂直性限制者。通常，透過將經銷地區統合安排下，確有使經銷商從相互惡性競爭轉而各自致力開拓其所屬市場之效果。

㈡負面評價分析

從競爭政策之觀點，行銷統合之弊端不僅限制經銷市場之競爭（品牌內競爭），同時亦及於製造市場之競爭關係（品牌間競爭）：

1.在限制經銷市場競爭方面：由於限制品牌內競爭之結果，乃相對保護非效率性之經銷商，此與競爭法旨在保護「競爭」而非「競爭者」之立場，不免有所扞格。蓋其不僅有損社會資源之公平分配，亦導致商品訂價高於充分競爭時之價位。其次，對於非統合系列內之經銷商或違反統合策略之經銷商，因廠商恆施之以拒絕交易、差別性交易條件等措施，其結果將有礙及其參與市場公平競爭之虞。

2.在影響製造市場之競爭方面：除導致廠商間過於強調產品差別化而忽略價格競爭外，主要者乃形成所謂進入市場障礙之問題。亦即，設若行銷統合廣泛及於市場達一定之程度時，對於欲加入市場之新進業者而言，則須建立其所屬之銷售管道，故若非本身亦實施行銷統合策略，否則即應擴大企業規模（自設門市部），其因而多出之資金成本或增加之投資風險，即對新業者形成絕對性的進入市場障礙。此外，從消費者主權之觀點分析行銷統合對消費者之弊端，[43]在限制零售市場價格競爭上，乃侵害了消費者選擇交易價

43 所謂「消費者主權（comsumer sovereignty）」，係指個個消費者，對於市場上供給之財貨與勞務，於需求上得依自主之判斷具有選擇自由，且依其需求之變化左右財貨與勞務之供給量，最終決定整體經濟資源之分配而言。要言之，即由消費者之需求主導市場機制之運行。以上，參見宮坂富之助，「現代の消費者問題と権利」，收錄於「消費生活と法」，三省堂，一九九〇年初版，頁四三、四四。另外，從競爭政策與消費者主權之關係言之，消費者主權之實現有二條件，即1.消費者得參與市場上價格及其他交易條件之形成，因此對於卡特爾與維持轉售價格等妨礙消費者價格選擇自由之行爲，皆不許其存在；2.爲確保消費者之選擇自由，對於妨礙消費者獲得正確消費資訊之行爲，如不當贈品、不當商品標示，亦應禁止。參見実方謙二，「公正競爭と消費者保護」，收錄於「消費者法講座（3）.取引の公正Ⅰ」，日本評論社，一九八四年初版，頁二～一〇。

格之權利；於排他性交易安排下，經銷商僅能提供一家商品資訊，此顯然侵害消費者知的權利；另有關反應意見之權利，亦由於市場價格之僵化，導致消費者無從透過市場價格之機能，將對商品價格之訊息傳達給生產者，凡此對消費者而言均屬不利。

四、行銷統合行為之限制競爭效果

從法規範之立場而言，行銷統合本身應屬「中性」（neutral）之價值評價。易言之，行銷統合行爲並不當然有引發限制市場競爭之效果，其應否受競爭法規範之必要，端視所實施之垂直性限制對品牌間競爭與品牌內競爭之影響關係而定。申言之，限制品牌內競爭與品牌間競爭之關係，抽象言之不外四種：[44] 1.行爲之效果同時限制品牌內、品牌間之競爭；2.因限制品牌內競爭致品牌間競爭亦受限制；3.品牌內競爭縱使有所限制，但品牌間之競爭不受影響；4.品牌內競爭之限制有促進品牌間競爭之功能。上述情形，規範之範圍應及於那一階段，應屬競爭政策之問題，惟就理論而言，1.與2.應有限制市場競爭之效果；例如在製造市場屬寡占結構下，如下游經銷市場價格競爭激烈導致廠商須採行降價行動時，依寡占協調性所生之「價格領導制（price leadership）」理論，一寡占企業降價必引起其他同業一起降價，則爲防止此現象發生而限制品牌內之價格競爭，亦必同時限制製造市場之品牌間價格競爭。至於3.與4.之情形，則應視具體情事而認定，如產品差別化之程度、行爲人之市場地位、品牌內限制競爭之程度、有無其他替代方法等。例如，在產品已呈高度差別化時，由於買方之偏好致需求之價格彈性極小，故廠商即無理由爲強化其品牌間價格競爭力而實施維持轉售價格行爲，亦即此時所應重視者乃品牌內是否充分競爭之問題。以下即以日本研究會報告書之見解爲據，[45] 進一步分析各類型行銷統合行爲之品牌競爭關係。

㈠維持轉售價格

44 汪渡村，前揭書（同註39），頁一二九。

45 「流通系列化に関する独占禁止法上の取扱い」；刊載於，NBL 第二〇六號，頁二一。

本報告書認爲維持轉售價格完全消滅了經銷市場之價格競爭，故本質上屬限制競爭之行爲。從品牌競爭之效果言之，其理由有二，其一在品牌間競爭方面，維持轉售價格通常均係廠商爲實施產品差別化之策略而實施，而於產品差別化達相當程度時，即無法期待品牌間有價格競爭；再者就品牌內競爭而言，不論行爲人之市場地位如何，均將促使該品牌於經銷市場上之價格競爭歸於平靜。

就上述第一點理由而言，可謂將具有差別化之產品視爲一特定品牌之獨立市場，於該市場上並無品牌間之競爭，所餘者僅品牌內競爭之問題。易言之，產品差別化程度愈高，其需求之價格彈性愈小，買方較不易因價格因素而影響其購買，因此並無限制品牌內價格競爭之必要。就此點理由，學者有認爲過於重視理論而忽略實際；蓋以日本產品差別化程度頗大之汽車與家電市場而言，「豐田」與「日產」汽車，「東芝」與「松下」電視機，其間仍存有激烈之價格競爭，故產品差別化與有無維持轉售價格之間並無必然關係；亦即，轉售價格未必皆係廠商爲差別化其產品而實施，事實上亦有經銷商爲自己利益而要求廠商實施者。[46]

其次，有關第二點理由，乃係強調品牌內價格競爭之重要性。蓋倘批發市場或零售市場上價格競爭趨於活絡，勢將導致廠商相繼降低其產品之出廠價以求因應，即連帶引發製造市場之價格競爭，故限制經銷市場之品牌內價格競爭，相對的將消滅製造市場品牌間之價格競爭。雖然，實務上曾有行爲人主張其產品市場占有率不高，對之實施轉售價格，亦對品牌內之價格競爭影響有限，且其目的係爲強化品牌間價格競爭云云，爲其合理性之抗辯，惟日本最高法院基於品牌內價格競爭之重要性，終究未予採納。[47]

㈡專屬批發商制

在專屬批發商制之情形，本報告書認爲藉此廠商得監控其產品在批發、零售市場之流向，具有穩定產品價格水準之功能，其雖未直接爲轉售價格之

46 川越憲治，前揭文（同註41）（中）部分，頁三二。

47 和光堂事件最高法院判決，昭和五十（一九七五）年，七月十日，民集二九卷六號八八八頁。

限制，然事實上亦有維持轉售價格之效果。同時，因其限制批發商與零售商交易對象之選擇自由，致經銷市場上爭取顧客之競爭完全消滅，故原則上爲限制競爭之行爲。惟例外情形，於新進業者或中小企業基於品質管理之目的所實施之專屬批發商制，則認爲有促進品牌間競爭之效果。

就上述論點，學者亦有異見。首先，其認爲此制僅限制該品牌內爭取顧客之競爭，因此並不影響不同品牌之顧客競爭，其結果將不致於如報告書中所言「使爭取顧客之競爭完全消滅」。其次，將品質管理之目的爲例外合理化之原因，其僅限於新進業者或中小企業所實施，亦有所不當；蓋倘承認品質管理有重大價值，於競爭促進問題外更應顧及國民之生命、健康之考量下，即使係既存業者或大企業所實施者，亦應承認其合理性。[48]

㈢地區授權制

有關地區授權制之限制競爭效果，本報告書依其限制之程度與態樣爲不同之認定。亦即，於閉鎖性地區授權制時，因其有效的限制經銷商間之顧客競爭，故原則屬限制競爭之行爲；惟例外於新進業者或中小企業爲充實售後服務、排除重覆之供輸管道而實施者，因有益於產品之銷售，則認定其有促進品牌間競爭之效果。反之，在開放性地區授權制與銷售據點制等情形，僅限於廠商之市場占有率大，或產品銷售量居於總銷售量之上位時，始承認其有限制競爭效果。

就上述之認定基準，前者可謂強調品牌內限制競爭之效果，惟因此忽略對整體品牌間競爭影響之評價；申言之，除由中小企業或新進業者實施之情形外，事實上閉鎖性地區授權制仍有其種種之目的與機能，且其對競爭效果之影響，亦因區域範圍與流通之市場階段而有異，例如限制之區域究爲一縣市或僅爲半徑五百公尺之範圍，實施之階段係屬批發市場抑或零售市場，在效果上皆有不同。其次，後者顯係依交易之「量」爲認定基準，然鑑於地區授權制有其合理之一面，故亦有必要斟酌交易「質」的因素。[49]

㈣專賣店制

---

48 川越憲治，前揭文（同註41）（中）部分，頁三四。

49 川越憲治，前揭文（同註41）（中）部分，頁三五。

在專賣店制之限制競爭效果上，報告書分兩層次認定之。即有關實施之方法，若係將向來採併賣制之經銷商轉換成自己之專賣店，依其手段之波及效果與反復性，倘因而排除原本利用此行銷通路之競爭廠商爲產品之銷售，致其營業難以存續，則應認爲其實施之手段具有不當性；另關於實施效果上，設由有市場力量之製造商實施，致行銷通路中重要部分對其他競爭廠商形成閉鎖狀態時，即有限制競爭之效果。惟例外情形，倘由新進業者或中小企業爲發揮售後服務與專業能力之目的而實施，因其有促進品牌間競爭之效果，故非屬限制競爭之行爲。對此部分，學者主要質疑之點，乃在於有無必要將實施之方法列爲獨立之違法類型？蓋不公平交易方法之違法性主要在於行爲阻礙市場公平競爭，非係求之於其手段之不當性，易言之，專賣店制之限制競爭效果僅著眼於其實施之效果即已足。[50]

肆、垂直性限制之經濟分析

以美國反托拉斯法而言，其立法目的究否爲所謂「經濟效率」之達成，固於反托拉斯法之兩大學派－芝加哥學派（Chicago School）與哈佛學派（Harvard School）間頗有爭議，惟就潮流趨勢以觀，大抵自一九七〇年代後半起，主張以追求經濟效率之達成應爲反托拉斯法唯一目標之芝加哥學派取得政策上的主導地位，學者有稱此現象爲“芝加哥學派之勝利”者。[51]芝加哥學派對反托拉斯法之經濟分析，基本上係著眼於所謂“社會福利或消費者福祉”（Social Welfare， Consumer Welfare）上，蓋其與反托拉斯法所追求“經濟效率”之立法目的，兩者實爲同義字。[52]

芝加哥學派之經濟分析論，不僅影響美國就反托拉斯法之實務走向，甚且左右了世界競爭法之理論，其中有關垂直性限制之見解更係明顯。職是，

---

50 川越憲治，前揭文（同註41）（中）部分，頁三七。

51 村上政博，「アメリカ独占禁止法－シカゴ学派の勝利－」，有斐閣，一九八七年初版，頁一。

52 張長樹，「美國反托拉斯法之立法目的」，收錄於「公平交易法新論（賴源河編審）」，第一章第二節，一九九四年初版，月旦出版社，頁二四。

以下即由芝加哥學派之學說出發，從經濟分析之角度探究垂直性限制之相關問題。

一、維持轉售價格之經濟分析

早於一九六〇年代前，美國學者已嘗試對維持轉售價格行爲分析其經濟效益之所在，例如 Silcock 及 Bowman 兩位學者，即認爲支持廠商實施轉售價格限制之理由爲提高零售商之銷售服務品質、保護商標信譽、建立完善銷售網、阻止零售商廉售、穩定商品售價等。[53]此相關理論，嗣經芝加哥大學 Telser 教授集其大成，其見解至今仍爲分析維持轉售價格原因主要之依據。氏認爲，理論上廠商任其商品價格自由競爭之結果，即可能因“薄利多銷”增加產量而受益，則何以其會藉維持轉售價格而抑制價格競爭？對此，氏從防止“搭便車”現象以確保銷售服務水準，與便於業者建立卡特爾等兩觀點加以解釋。[54]

依上所述，維持轉售價格之經濟分析，可分別從社會福利之正、負面效果言之：[55]

㈠正面效果

1.銷售網之建立：依地理市場之觀點，各零售商皆有其固定之顧客群，因此，理論上廠商苟能增加其零售商之數量時，即可增加其總銷售量。故不論各零售商營業績效之良窳，爲確保其皆可保有一定之利潤而願加入銷售網，即有實施維持轉售價格之必要。蓋此時各店之零售價皆爲一致，消費者將不致因價格因素而流動，各零售店即可保有其基本之顧客群。然從增加維持成本之觀點，此銷售網之建立可能有促使零售價上揚之負面效果；惟對廠商而言，確有因總銷售量、總產量之增加，因規模經濟因素而節約費用等正

---

53 T.H. Silcock, Some Problems of Price Maintenance, 43 Econ. J. 42～51(1938); W.S. Bowman, Jr., The Prerequisites and Effects of ResalePrice Maintenance, 22 U. Chi. L.Rev. 825～873(1955).

54 L. G. Telser, Why Should Manufacturers want fair trade? 3 J.L. & Econ. 1960. pp.87～93.

55 村上政博，前揭書（同註51），頁五〇、五一。

面效果。故就整體利益以觀，仍有增進社會福利之效果。

2.確保銷售服務品質：對某些銷售商標品之零售商，因致力加強售後服務、改善營業方針，故素來享有頗高之商店信譽（good will）。其對購買該商標品之消費者而言，即使欠缺充分之消費資訊，於信賴該商店信譽下，即可因而免除選購商品之「探索費用」（search cost）與不安全感。惟因成本因素，致有信譽之商店其訂價往往較不注重服務品質之商店爲高，故爲防止消費者於信譽商店參觀後轉往廉價店購買，亦即爲避免廉價店搭信譽商店服務品質之便車（free ride），即有實施維持轉售價格之必要。此防止搭便車理論，爲芝加哥學派支持轉售價格維持行爲有其合法性之主要依據，即聯邦最高法院之裁判中亦有承認者。[56]不過，此論點亦遭頗多學者質疑：其一，此一理論之適用，須自由市場體制係建立在以廉價業者（discounter）爲基礎之前提上；其二，僅依維持轉售價格制度，未必有提昇零售商服務品質之效果，蓋諸如飲料、酒類等消費性商品，消費者未必基於服務品質等因素考量而選購。[57]此外，學者 Bork 亦單純的從增加產量之觀點，認爲其原因乃轉售價格維持可促進經銷商致力銷售之結果。[58]對此，Gould、Yamey 兩學者認爲 Bork 氏之理論，於普遍適用性上有所疑問，蓋維持轉售制度與產量增加於實證上並無必然關係；再者，於有獨占地位之廠商實施維持轉售之目的，恆爲藉限制價格競爭以強化、保有其獨占地位，非基於增加產量之故。[59]

㈡負面效果

依一九八一至一九八三年任職美國反托拉斯署之 Baxter 署長之觀點，氏於回答美國零售商公會（The American Retail Federation）之質問時指

---

56 Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S.36(1977).

57 谷原修身，「米國の再販規制をめぐる最近の動向（上）」，公正取引第四六五號，頁七。

58 R. H. Bork, The Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself, 1978, pp.288～290.

59 J. R. Gould & B. S. Yamey, Professor Bork on Vertical Price Fixing, 76 Yale L. J. 723～726(1967).

出：維持轉售制度之反競爭（anti-competitive）效果有二，其一爲於高度集中之製造市場上，因廠商普遍實施維持轉售價格將易於促成水平價格卡特爾之出現；另一則爲，在潛在性經銷商數目不多之情況下，因行銷管道有限，將可促使經銷商間要求廠商實行維持轉售制度，以遂行其共謀分割市場之目的。[60]基此，維持轉售價格制度之負面效果，即得從以下兩方面觀察之：

1.助長廠商之共謀面：一般而言，維持轉售制度其促進廠商共謀之理由有二：

(1)動機說：因維持轉售制度有穩定市場零售價格之功能，故縱使其中一廠商欲破壞行情擬私自降價以增加其產銷量，惟因不足以引發零售價格之波動，勢必因而作罷。

(2)監視說：此說以爲，維持轉售制度有助於廠商價格卡特爾監視其成員是否遵守協定。蓋由零售市場價格波動之狀況，即易推知何成員廠商有秘密降價而違反協議者，故有維持價格卡特爾之功能。

2.助長經銷商之共謀面：某特定區域之經銷商間，亦可能基於聯合訂價之意圖，對特定廠商要求實施轉售價格維持制度，否則以“杯葛”威脅之，藉此達成其共謀之目的。惟前提上，學者有質疑其可能性者。蓋倘經銷商間得團結一致威脅廠商，何不因此逕爲聯合訂價之合意；且以潛在經銷商不多，製造商無從自行打入經銷市場、經銷商擁有對抗廠商之實力等爲其命題條件，於實際上恐不多見。[61]

二、垂直性非價格限制之經濟分析[62]

㈠經銷地區、顧客之限制

60 W.F.Baxter, op. cit., pp.15～25，轉引自谷原修身，前揭文（同註57）註10。

61 村上政博，前揭書（同註51），頁四八。

62 有關此部分之文獻，分別參見「全美國檢察總長協會垂直交易限制指導原則(Vertical Restraints Guidlines, as adopted by the National Association of Attorneys General)」第三章第三節、「美國聯邦司法部垂直交易限制指導原則(Department of Justic, Vertical Restraints Guidelines)」，第三章，收錄於「美國公平交易法相關法規彙編」，行政院公平會編印，八十四年版，頁一八三、頁九八～一〇二。

分析廠商實施經銷地區、顧客限制之經濟性動機，除有上述助長卡特爾、差別取價等因素外，尚有所謂將市場效果之外部性予以內部化問題。以下分別說明之：

1.助長卡特爾：理論上，廠商間藉限制經銷區域固可達成其分割市場協定之目的，惟實際上有其困難性；蓋限制經銷區域僅消滅批發商間之品牌內競爭，於零售市場上仍殘存有品牌間競爭之問題（設零售市場上品牌間競爭亦歸於消滅，此乃批發商或零售商共謀之結果，且此時廠商即無共謀之必要）。因此，爲達廠商共謀之目的，通常廠商寧可採行維持轉售價格之方式較具實效。其次在助長經銷商之共謀上，假設某產業之製造市場，其廠商普遍皆實施限制經銷地區時，則經銷市場之經銷商數目將大爲減少。如果係採閉鎖性地區授權制時，則某特定區域之經銷商數目即可能與廠商之數目相等；甚至如有同時經銷數品牌之情形時，經銷商之家數更可能因此少於廠商。於此情況下，乃樹立起有利經銷商間彼此共謀之絕佳環境。此共謀之蓋然性可能進一步表現如下：(1)爲塡補廠商因經銷商共謀所失之利益（即因經銷商共謀提高價格導致廠商減少總銷售量），可能由經銷商卡特爾提撥一部分利潤予廠商，俾換取其實施地區授權制；(2)因經銷市場較製造市場易達成共謀，故亦不排除由廠商發動藉地區授權制而爲之者。具體言之，上述(1)之情形，實際上可透過支付連鎖加盟契約金（franchise fare）之形式爲之；(2)之情形則或由數廠商同時授與一家經銷商獨家經銷權，以減少該特定區域之經銷商；或由廠商價格卡特爾藉地區授權制，以監視其成員有無私自降價者。

從政策性觀點言之，與其以限制經銷區域有助長卡特爾爲由而全面禁止之，毋寧由其構成因素解決之；例如應檢討經銷市場是否有寡占協調行動之問題，有無調整經銷市場之集中度、改善潛在競爭者加入之難易度等方向著手，始爲正辦。

2.助長差別取價：廠商或享有獨家經銷權之經銷商，亦可能藉實施地區授權制以實現其差別取價之策略者。其作法即係依限制區域（顧客）之方式以區隔消費市場，防止高價地區之顧客流向低價區域購買。

3.市場效果外部性之內部化：所謂市場效果之外部性（externality），

係指影響市場上對特定產品需求量增減之因素，包括促銷活動、賣場上提供消費資訊、售後服務之品質、庫存品之管制等因素。而將此等因素予以內部化之方式，則係經由獨家授權，使該經銷商於其經銷區域完全負擔營運成敗之責。申言之，倘經銷商致力於商品之促銷，即可因而享受銷售量增加之利益；反之若因怠於品管、售後服務導致品牌信譽低落，即需承擔銷售量銳減之危險。而透過此外部效果內部化之機能，將可促使各經銷區域之經銷商，自發的達成一定銷售水準。相對之，維持轉售價格制度雖亦有解決外部性問題之機能，惟其效果顯然遜於限制經銷區域。蓋受轉售價格限制之經銷商，於其區域從事如廣告等促銷活動之利益，將爲該區域全體經銷商共享，此可能導致其收入不敷廣告費用之支出，其結果將形成各經銷商怠於促銷僅伺機搭他人促銷之便車。如此，顯難以期待其有可觀的銷售水準。

綜觀上述限制經銷區域之經濟分析，外部性內部化之因素屬正面之社會福利效果；反之，助長卡特爾、差別取價則屬負面效果。惟助長卡特爾中，屬於廠商卡特爾之助長方面，因其可能性極微，故可姑且忽視之。又屬於差別取價之因素，誠如前述，其社會福利之效果不明，因此尚難據此論斷之。所餘者，其顯然有減少社會福利效果之因素者，乃爲助長經銷商卡特爾之問題；惟其須具備之前提條件，即製造市場集中度高，普遍廠商皆實行地區授權制；且各相關之經銷市場集中度亦高。滿足此等要件後，爲確認究有無經銷商卡特爾，則須進一步分析經銷市場之構造、行動因素，此外亦有檢視經銷商有無回饋利潤予廠商之現象。

㈡附排他性條件之交易

廠商訂立排他性約款實施專賣店制之動機，分析其經濟因素包括如下：

1.實施市場閉鎖：所謂市場閉鎖，係指廠商與多數經銷商訂立專賣店制契約，藉提高行銷成本之方式，以排斥既存之同業或阻止潛在之新競爭者加入市場。惟此市場閉鎖理論之現實化有其必要之條件，即該廠商於產品市場上有高市場占有率；該廠商於經銷市場上亦有高市場占有率；經銷市場存有相當之入場障礙。上述三要件於成立上頗爲不易，蓋廠商欲確保、維持衆多專賣店，即須單獨負擔莫大之費用，而爲回收此項投資於提高售價之同時，又須面臨產品市場上價格競爭之壓力，故前提上其須擁有絕對高度之市場占

有率始得爲之。

2.助長廠商間分割市場：專賣店制恆淪爲廠商分割市場之工具。因理論上全體廠商皆實施此制度時，即造成廠商與經銷商間交易對象固定之狀態，廠商之競爭直可視爲經銷商之競爭。如此在各廠商皆有其特定之行銷管道彼此互不重疊下，不啻爲分割市場之實行。惟究其實，此時專賣店制僅爲形式上之道具耳，其規範對象之所在，應屬分割市場之協定。

3.防止搭便車現象：倘廠商係經由併賣店銷售其商品時，難免有搭便車之問題發生，原因如下：(1)設 A 廠商對併賣店進行人員訓練、教育、供應設備等促銷投資活動，其利益可能爲未爲類似投資之 B 廠商所分享，因此 A 廠商輒失其促銷投資之意念。其因而導致銷售服務品質之低落，即可視爲社會福利之減損；(2)設 A 品牌爲建立其商標信譽，乃進行廣告、品管方面之投資，惟顧客於併賣店上可能因誤認而購買 B 品牌，即 B 品牌搭上 A 品牌投資活動之便車。而形成上述搭便車現象之起因，除由併賣店基於自身利益主動爲之外，亦不排除由競爭之廠商主導下進行。且相對於維持轉售價格僅係防止同品牌商品互搭便車，專賣店制則係針對不同品牌之搭便車問題，基此，更提高廠商實施專賣店制之動機。

上述三要素中，以實施市場閉鎖及助長分割市場爲社會福利之負面效果，惟其成就條件嚴苛，故實際上可能不生問題。因此，不妨視專賣店制在防止搭便車之問題上有其社會福利之正面效果，且爲此制度實施之主要動機。

㈢搭售契約

有關廠商實施搭售之動機，先前係以所謂槓桿理論（Leverage Theory）來解釋之；即廠商利用其在搭售商品市場之獨占地位，以獲取其在被搭售市場之二次性獨占地位，故又稱「二重的獨占理論」。惟現代理論認爲，搭售之實施，乃係賣方藉以實現市場閉鎖效果，俾強化、確保其在搭售商品市場之獨占地位。[63]此外，如 Bowman（一九五七），Posner（一九七六），Alchian and Allen（一九八三）及 Clark（一九八五）等發現，搭

63 村上政博，前揭書（同註51），頁五九、六〇。

售之動機中亦有差別取價之問題；其中包括在搭售商品市場有獨占地位之廠商，對被搭售商品採差別取價之策略，俾獲取其在搭售商品市場上之獨占利潤，甚至最極端的情況是剝削消費者剩餘。[64] 據此，對搭售之經濟分析，即可由市場閉銷之實施與差別取價策略兩方面著手之：

1.市場閉鎖之實施：此之市場閉鎖，係指廠商利用其在搭售商品之市場支配力，排斥被搭售產品之競爭者於市場外，以阻礙潛在競爭者加入搭售市場而言。此效果，於搭售與被搭售之商品間具有輔助關係時更爲顯著；例如，於中央處理機（CPU）之電腦市場具有獨占地位之 A 廠商，限定其購買者於購入 CPU 之同時，須一併購買 A 廠商所生產之終端機記憶卡（PUNCHED CARD，CPU 之輔助品）。如因此使生產同類終端機記憶卡之他廠商被迫退出市場時，對於欲打入 CPU 市場之潛在競爭者 B，即可能無法取得終端機記憶卡之供應管道，且如欲自行生產之，又受限於資金、技術等因素而不許，故 B 可能因而打消進入 CPU 市場之念頭。[65] 此市場閉鎖效果之發生，以行爲人俱於搭售、被搭售商品市場有高度市場占有率爲必要，且被搭售商品市場亦須存有相當程度之入場障礙。否則，如搭售、被搭售商品間無輔助性關係，或被搭售商品市場仍有其他充分之供應管道時，此市場閉鎖現象即不易出現。

2.差別取價策略：因實施差別取價策略而採行搭售者，其型態有四，以下分別分析說明之：[66]

(1)傳統的搭售型態：設有甲廠商同時生產 A、B 兩商品，茲有乙、丙兩買者，因價格彈性之不同，其可接受之價格分別爲：乙對 A 商品爲 $9、B 商品爲 $3；丙對 A 商品爲 $10、B 商品爲 $2。倘 A、B 商品間無輔助關係，故採統一訂價策略下將其分別出售，則對 A 商品訂價爲 $9、B 商品訂價爲 $2。因此，甲至多僅得分別自乙、丙收入 $11，合計 $22（如乙、丙

64 行政院研究發展考核委員會編印，「公平交易法制之建立及其經濟分析」（李文福、賴源河主持），民國八十三年初版，頁二四。

65 IBM v. United States, 298 U.S.131(1936).

66 大錄英一，「不当廉売、差別対価、抱き合わせ販売の公正競爭阻害性について（8）」，公正取引第五三一號，頁三九至五〇。

未同時購買 A、B，收入將少於此數目）。反之，倘甲採搭售策略，同時將 A、B 以 $ 12之訂價售出，則可確保其有 $ 24之收入。而實際上，此一搭售契約包括就 A 商品對乙 $ 9、對丙 $ 10之差別取價，及就 B 商品對乙 $ 3、對丙 $ 2之差別取價。此種搭售型態，在經濟效率上究否增大或減少消費者剩餘與生產者剩餘，尚不得一概而論。同理，此單純的搭售型態（pure bundling），較允許買者可選擇分別或同時購買之混合搭售（mixed bundling），固得使賣方有較大之利潤，惟其對經濟效率之影響仍不明確。

(2)依時間差別取價而搭售：例如某新型玩具初上市即爲暢銷（boom），另外廠商爲出清部分冷門之庫存玩具，乃於暢銷期依較高之價格將兩者搭售之；俟暢銷期過後則訂以較低之價格。通常由價格變動之觀點，應承認其有助於經濟效率。

(3)依贈品搭售而差別取價：贈品與搭售，其法律性質與規範依據雖然有異，惟經濟上有將贈品視爲搭售類型之一者。[67]例如，某商品對家庭主婦價格彈性高（須低價始願購買），對一般消費者價格彈性低（即使訂價稍高亦願購買）。現廠商針對主婦消費群展開附贈品促銷期，則實質上等於對主婦消費者降價，對於未因此而特別購買之其他消費者仍維持高價，故屬差別取價之運用策略。從經濟效率之眼光，此類型之搭售對總銷售量之增減難以評估，故其社會福利效果仍不明確。

(4)依補充財搭售而差別取價：此類型典型之例即爲影印機與影印紙（補充財）之關係。詳言之，於影印機廠商採搭售策略下，即會要求影印機承租客戶須使用其指定之影印紙（被搭售品），並且在獲取最大利潤考量下實施差別取價。亦即其依影印紙消耗量以測定各客戶對用紙之需求度；對需求度強者訂以較高之紙價，反之則訂以低價。上述之差別取價策略相較於採統一性的獨占價格策略（價位訂在高於邊際成本（marginal cost）之上），雖有超額利潤問題之發生，惟倘因而禁止差別取價，則在價位較高的獨占價格

67 性質上，搭售與贈品之差異，前者爲交易之強制性；後者爲交易之利誘性。兩者或於經濟上並無區別，惟搭售行爲足以萎縮被搭售商品市場之競爭，而贈品活動則不致於抑制贈獎商品之市場競爭，此乃競爭法上兩者最大之區別。參見大錄英一，前揭文（同註66），頁四一。

下，反而因用量少而有害經濟效率性。故綜合評價其社會福利效果，其利弊仍屬不明確。

綜合上述對搭售之經濟分析，在實施市場閉鎖方面，顯然有減少社會福利效果。至於在採行差別取價策略方面，就整體言之，其福利效果仍不明確，此乃導源於經濟學上對差別取價本身尚無一致性之評價。基此，從法規範之立場，即不能遽將差別取價視爲違法，毋寧依個案分析，視其有無市場閉鎖效果而定。

伍、垂直性限制之違法性判斷基準

就美國反托拉斯法對垂直性限制之規範而言，於「維持轉售價格」及「經銷區域、顧客之限制」，固係依休曼法第一條規制之；於「專賣店制」與「搭售」則是律之以休曼法第一條、克萊頓法第三條及聯邦貿易委員會法第五條。惟實際上供涉案案件違法與否之判斷基準者，除聯邦最高法院累積以往實例形成所謂「當然違法原則」（per se illegal）與「合理原則」（rule of reason）外，美國司法部亦曾於一九八五年一月二十三日公布一「垂直性限制指導原則（Vertical Restraints Guidelines）」俾爲具體違法性判斷基準。其次，日本獨占禁止法對垂直性限制，雖有相關之「不公平交易方法」之規定（第二條第九項、第十九條），然於“公平競爭阻礙性”有無之認定上，究嫌抽象。職是該國乃師法美國司法部指導原則之訂定，先後由其公平會頒布有關獨占禁止法之處置要點與指導準則，俾求明確。

一、美國相關判例法之形成

㈠維持轉售價格

美國於一九一〇至一九五〇年代中，有關其最高法院對維持轉售價格之判決，得以下列事件爲代表：

1.「Dr. 邁爾斯製藥廠事件」：[68]本件爲美國最高法院首就「維持轉售

68 Dr. Miles Medical Co. v. John D. Parks Sons Co., 220 U.S.373 (1911).

價格」適用「當然違法原則」判決。即最高法院認爲賣方於其產品交付、移轉所有權後，限制買方之轉售，因有違公益，故屬休曼法第一條中之當然違法。

2.「高露潔牙膏廠事件」：[69] 在確保交易自由之原則下，最高法院表示被告高露潔牙膏廠商事先公布其維持轉售價格之行銷策略，並宣布拒絕與不願配合此策略之經銷商訂約（交易）。最高法院認爲此乃被告行使其顧客選擇權，故不得謂其拒絕交易本身爲違法。

3.「奇異電子公司事件」：[70] 本件爲有關「委託販賣」適法性之問題。在最高法院認定奇異電子公司保留商品所有權，並承擔危險負擔及稅法上之義務下，以其受託人僅爲代理人耳，故對其爲銷售價格之指示行爲，與維持轉售價格之情形有異，即應無違法性之問題。

至一九六〇年代，屬於對維持轉售價格嚴厲規制之時期。蓋當時轉售價格之維持係屬組織性之實行，其有因當事人間協調合意而實施，有基於廠商單方支配爲之者，亦有因經銷商主動發起者，更有三者混然一體者，其原因不一而足。是時，最高法院較具代表性之判決如下：

1.「帕克·戴維斯藥廠事件」：[71] 爲維持其商品於零售市場之價格，被告戴維斯藥廠除宣布不與廉售業建立經銷關係外，並以拒絕供貨爲執行維持轉售價格之手段。訴訟中，被告雖援引上述一九一九年「高露潔案」之顧客選擇權以資抗辯，惟最高法院認爲一九一九年之該案，僅事業一人單純表明依拒絕交易方式以達成轉售價格維持之效果，此與本件被告係藉與其批發商協定停止供貨（共同杯葛）之情形有異，故本件應該當休曼法第一條之聯合或共謀之違法。

2.「新普森石油事件」：[72] 最高法院認爲，本件被告訂約之目的在於維持轉售價格，且該委託販賣契約中訂明保險費及商品之滅失、毀損危險均由原告負擔，因此由原告已具備市場上獨立之事業概念觀之，該被告對原告所

69 United States v. Colgate & Co., 250 U.S.300(1919).

70 United States v. General Electric Co., 272 U.S.476(1926).

71 United States v. Parke Davils & Co., 362 U.S.29(1960).

72 Simpson v. Union oil Co., 377 U.S.13(1964).

爲之價格指示，實際上已剝奪原告經銷商之價格決定權。因此，原告於契約上雖名爲「受託人」，實則其類似一般購入石油轉售之經銷商。從而由契約具實質違法性之觀點言之，反托拉斯法絕不許此種假借委託契約形式之脫法行爲，即本件仍屬違法之維持轉售價格行爲。

3.「亞伯雷克特公司新聞事件」：[73] 最高法院基於兩點理由，認爲本件之被告違法。其一爲，即使係最高轉售價格之限制，但在抑制經銷商之自由意思上，則同於限制最低轉售價格，故仍屬當然違法；其二，本件被告之所爲，非僅爲事業一方之行爲，蓋於其發動下，應認其與其他零售商共謀將原告逐出市場；依此，本件應屬休曼法第一條中所謂違法之聯合（combination）。

俟一九七〇年代後半起，主張經濟分析之芝加哥學派主導美國反托拉斯法風潮，強調依經濟理論探討垂直性限制之目的、效果，俾決定其違法性。實務上，就非價格限制部分雖受其影響，惟就維持轉售價格部分，最高法院仍秉持其一貫當然違法之原則；惟於若干判決如一九八四年之「莫山特化學藥廠事件」[74] 及一九八八年之「夏普電子公司事件」，[75] 因對於成立價格協定之證明採嚴格之證據法則，故實際上已縮小了當然違法原則對維持轉售價格之適用範圍。就此等判決，學者有認爲課以原告如此嚴苛之舉證責任，實有接近「合理原則」之意味。[76]

㈡垂直性非價格之限制

1.經銷區域、顧客之限制

美國最高法院，對此類案件之判例動向，主要得由下列三事件觀之：

(1)「懷特汽車公司事件」：[77] 一九六三年之懷特汽車公司事件，爲反托拉斯法上首宗有關垂直性區域、顧客限制之案件。本件，美國最高法院表明

---

73 Albrecht v. Herald Co., 390 U.S.145(1968).

74 Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp., 104 S.Ct. 1464(1984).

75 Business Electronics Inc. v. Sharp Electronics. Inc., 108 S.Ct. 1515(1988).

76 Michael Malind, Antitrust in the Supreme Court-1988, 57 Antitrust L. J. 290～291(1988).

77 White Motor Co. v. United Stated, 372 U.S.253(1963).

其合理原則之見解，認爲有關垂直性區域之限制，不能一概謂其有限制市場競爭或全然有促進市場競爭之效果。易言之，此類限制，有以資爲限制競爭之手段；有爲對抗侵略性競爭者所不得已採行之防衛措施；更有中小企業爲維繫其市場生存或用以打入市場之唯一手段，其原因不一而足，故不能依休曼法第一條適用當然違法之原則。

(2)「休威恩自行車公司事件」：[78]上述合理原則之判斷基準，旋於一九六七年之本案爲最高法院所捨棄，改採「當然違法原則」。即其認爲，廠商於買賣交付、移轉其商品所有權後，限制其經銷商之銷售區域，即當然有限制品牌內競爭之反競爭效果，故該限制之本身含有內在之違法性，所以當然違法。

(3)「索菲納電視機公司事件」：[79]於一九七〇年代芝加哥學派之影響下，美國最高法院在一九七七年之本案，復將垂直性區域限制之違法判斷標準回歸至合理原則之經濟分析下。詳言之，判斷區域限制之違法與否，應比較衡量其品牌內限制競爭與品牌間促進競爭之效果而定。亦即，美國最高法院認爲銷售據點之限制，或對零售商間品牌內競爭有所限制，惟相較於因此使被告在 RCA、GE 等大型電子公司之環視下仍得成長爲有力之競爭單位而言，毋寧認爲該限制有其合理面，故對之一律禁止顯非妥當。

2.專賣店制

在依克萊頓法第三條判斷專賣店制之排他性約款，有無實質性的限制市場競爭或導致獨占之情況下（substantially lessencompetition or tend to create a monopoly），美國最高法院先期之判例採「量的實質性（quantitative substantiality）原則」，後期則傾向「質的實質性（qualitative substantiality）原則」。[80]

所謂「量的實質性判斷原則」，係指依專賣店契約實際上所控制之經銷商比例程度，以及依此所獲取之交易數量之大小，爲違法判斷基準。申言

78 United Stated v. Amold Schwinn & Co., 388 U.S.365(1967).

79 Continental T.V. Inc. v. GTE Slylvania Inc., 433 U.S.36(1977).

80 実方謙二，「寡占体制と独禁法」，有斐閣，一九八三年初版，頁二九九～三一。

之，倘在某程度上肯定行爲人因實施專賣店制已實質的控制市場上之行銷管道及交易數量者，即可認定其限制市場競爭而無庸實際分析其有無反競爭之效果。至於「質的實質性判斷原則」，係指僅依專賣店制在市場上有相當交易量之支配力爲違法要件，尙有未足；須具體就其契約對市場效果有何影響予以綜合分析，俾決定其競爭阻礙性之有無，以爲違法性之認定基準。要之，此判斷標準，乃除量的實質性基準外，尙廣泛的包括其他實質性判斷要素。此等要素，歸納言之，計有如下數端：(1)專賣店經銷商其合計銷售量在市場上比例之高低；(2)實施專賣店制廠商之市場地位及該製造市場之競爭狀態；(3)其他競爭廠商有無實施專賣店制之情況；(4)專賣店契約期間之長短；(5)競爭廠商是否易於另循銷售管道或改採直銷方式紓困；(6)銷售成本節約效果；(7)專賣店制實施期間之市場占有率變化狀況；(8)對加入經銷市場有無促進或阻礙效果；(9)進貨成本之節省效果。

3.搭售

美國對搭售契約之規範，於學理上由早期之槓桿理論（leverage theory）進展至近代之經濟分析理論；致其違法判斷基準，亦由原則性當然違法演變成合理原則。申言之，依槓桿理論乃係審視行爲人是否倚其於搭售商品市場上之經濟力，藉搭售契約以獲取其在被搭售商品市場上之獨占地位。基此，早期判例倘肯定賣方於搭售商品市場上具有獨占性（monopolistic）、控制性（dominant）或充分經濟力（sufficient economic power）之市場地位；同時賣方已實質性的支配被搭售商品市場之交易數量（substantial volume of commerce）者，即構成休曼法第一條、克萊頓法第三條等規定之違法。惟自一九八〇年代起，美國最高法院因受芝加哥學派經濟分析理論之影響，故就搭售案件亦提出其合理原則之判斷標準。[81] 即先檢視賣方於搭售商品市場上有無相當程度之市場支配力、賣方在獲取被搭售商品市場支配力其蓋然性之高低；由是否具有同一經濟效率之觀點區別兩商品是否爲獨立之商品。倘皆爲肯定，則進一步比較衡量其對社會性福利與反競爭效果以定其違法性之有無。

81 Jefferson Parish Hospital Diosrict No. 2 v. Hyde, 104 S.Ct 1551 (1984).

二、美國司法部之垂直性限制指導原則

本指導原則乃揭示美國司法部在適用休曼法第一條、第二條及克萊頓法第三條以規範垂直性非價格限制之執法方針，期藉單純明確之標準俾減少反托拉斯法適用上之不確定性；否則，產業界於無法預期其行爲之法律效果下，恐遭長期訟累，致阻礙正常、效率之商業活動進行。要言之，該指導原則係依兩階段方式以檢視相關行爲有無阻礙競爭之效果；[82]

〈第一階段＝市場構造篩選（Market Structure Screen）〉

首先，大致決定爲分析對象之市場，其次依下列要件評價之，倘該當任一要件即無違法性之問題：㈠限制者於相關市場上，其占有率不足10％；㈡

82 該指導原則之全文，刊載於行政院公平會編印之前揭書（同註62），頁八九至一一八；此外，本指導原則之解說資料，分別參見日本公正取引委員会事務局、官房涉外室，「米國司法省の垂直的取引制限に関するガイドラインの概要」，公正取引第四一四號，頁四七至五〇；松下満雄，「米司法省の『垂直的ガイドライン』の檢討（上）、（下）」，NBL 第三二四、三二五號，頁八至一三、頁一八至二二；鶴田俊正，「米司法省の垂直的取引制限ガイドラインについて」，公正取引第四一四號，頁五一、五二。惟該指導原則被「全美檢察總長協會（National Association of Attorneys General）」批評爲標準過於寬鬆，依此指導原則所爲可能被指爲限制交易之違法。基此，該全美檢察總長協會（NAAG）隨後即於一九八五年十二月四日另行公布一垂直性限制指導原則，俾爲五十州檢察總長於執行州反托拉斯法之準繩。詳言之，其宗旨在於解釋五十州檢察總長於執行州反托拉斯法之態度，原則上雖不能影響聯邦政府反托拉斯政策，但因州檢察總長亦有執行休曼法第一條、第二條與克萊頓法第三條之權限，故實際上亦有其一定之影響力，尤其於一九九三年司法部停止適用其指導原則後，該檢察總長協會之指導原則已成爲美國唯一一般性之執行政策，茲簡介其目的與特色如次：(1)目的，爲揭示州當局一般性之執行方針，檢察總長於成文法或判例法之基礎下，得斟酌、補充此指導原則而配合運用。(2)其特色包括：①在範圍上包含對價格與非價格之垂直性限制之規範；②較純粹理論更重於事實與判例法之解釋；③除違法認定基準外，亦由州當局之立場衡量起訴必要性之基準；④在非價格限制方面，亦採用經濟分析法以斷定對州有無競爭阻礙性。以上，參見佐島史彥，「米國州司法長官会議（NAAG）の垂直的制限ガイドラインについて（1）」，公正取引第五四四號，頁四八至五三。

市場上之垂直性限制指數（Vertical Restraint Index）不足1,200，[83]且涵蓋比率（coverage ration）在60%以下者；[84]㈢供需雙方相關市場之垂直性制指數均不足1,200；㈣供需雙方相關市場之涵蓋比率均在60%以下。

上述㈠之要件，可謂以10%之市場占有率以內爲垂直性限制之安全地帶（safe harbor）；㈡、㈢及㈣則係確認其狀況不足以引起共謀或排除競爭者。亦即，㈡乃確定供應市場未有集中化現象，同時實施程度不普遍；㈢則表示兩方市場均無集中化，大部分企業亦未實施限制，故均無反競爭之可能；㈣則顯示雙方市場之實質部分未受限制，故亦無反競爭之可能。

㈠市場進入之難易度

倘供給或經銷之任一市場，對於新業者容易令其加入時，即無反競爭之可能。其衡量是否易於加入，通常依下列基準而定：1.特定之生產設施或經銷設備是否爲高額投資；2.進入市場所須之籌備期間；3.某製造產業倘須擁有高價之作業工場，且該工場不得易爲他用時，則該製造產業屬加入困難之市場；4.某經銷市場對新業者之加入，以經長期建立商店信譽爲必要者，則屬加入困難之市場。

㈡合理原則分析

倘不能依上述基準認定市場加入難易度時，即參考下列基準：1.再次確認計算其垂直性限制指數與涵蓋比例，倘前者低於1,200、後者低於60%，

83 垂直交易限制指數（Vertical Restraints Index），係指將自一市場中採行交易限制之當事人的市場占有率平方之總和。例如，如果在經銷商市場中祇有兩個經銷商彼此採行一個交易限制，其市場占有率分別爲5%及20%，則經銷商市場之垂直交易限制指數等於$5^2+20^2=25+400=425$。如果有四個供應商彼此採行垂直交易限制，其市場占有率各爲25%，則供應商市場垂直交易限制指數爲$25^2+25^2+25^2+25^2=625+625+625+625=2,500$。垂直交易限制指數最大的可能數值是10,000，即在市場上僅有一個廠商且該廠商採行垂直交易限制之情況下。垂直交易限制指數反應出採行垂直交易限制之事業間市場占有率的分配情形，以及在相關市場中該垂直交易限制被採用的程度。

84 涵蓋比例，係指採行交易限制之所有市場的百分比。例如，採行交易限制之十個供應商其市場占有率各爲5%，則涵蓋比例爲50%。如果兩個市場占有率各佔有25%之供應商（或是一個市場占有率爲50%之供應商）共同採行一垂直交易限制，則涵蓋比例爲50%。

則無反競爭之可能，否則數值、比例愈高，其反競爭之蓋然性愈高；2.相關市場之狀況，即產品有無同質性、過去有無共謀之記錄等；3.排他性效果之強弱，綜合考量其限制期間之長短、違約金金額之高低、有營業績效之基本設施規模大小，以上各項，凡程度愈高者，排他效果愈強；4.當事人之意圖，凡針對共謀之目的特地實施限制者，其排他效果愈強；5.行爲人之市場地位，限制者如爲中小企業或新業者，通常可認定其無排除或助長共謀之意圖，毋寧認爲有益其本身效率之提昇；6.效率性之證明，凡行爲人可證明該限制有益其企業經營效率者，反競爭之可能性即小。

惟應值注意者，上揭判斷標準係適用於經銷區域、顧客限制及排他性交易之場合，至於搭售則另有其判斷依據。申言之，本原則認爲除非賣方於搭售商品市場上，顯然非係居於「控制性」（dominant）地位外，否則仍應分析其市場競爭效果，俾決定是否予以起訴。亦即，倘賣方於搭售商品市場之占有率不足30%，則推定其無市場控制性地位。反之，設其市場占有率逾30%，則應檢視賣方是否有控制搭售商品市場之力量；倘其結果爲肯定，且實質性的引起被搭售商品市場反競爭之效果者，即認該搭售契約違法。因此，雖其市場占有率逾30%，惟實質上賣方並無市場控制地位時，應依合理原則分析是否因此引發被搭售商品市場之限制競爭效果。

三、日本實務之判斷基準

㈠有關行銷統合行為之獨占禁止法處置要點[85]

此一處置要點，乃參倣美國法之「當然違法原則」與「合理原則」之分類，就行銷統合行爲所實施之各種垂直性限制，依其公平競爭阻礙性之高低，區分爲「依行爲外形判斷原則」、「依行爲量的實質性判斷原則」及「依行爲質的實質性判斷原則」：[86]

85 有關對此處置要點之評論，參見今村成和，「流通系列化と独占禁止法－独占禁止法研究会報告の検討－」，收錄於氏著「私的独占禁止の研究（五）」第一章，有斐閣，一九八五年初版，頁二〇〇～二一〇。

86 有關此行爲類型之分類受美國「當然違法原則」及「合理原則」區別之影響，參見公正取引委員会事務局官房企劃課編「流通系列化に関する独占禁止法上の取扱い－独占禁止法研究会報告」，昭和五十五年三月，資料編部分，頁二三七。

1.依行爲外形判斷原則

此判斷原則如同美國之「當然違法原則」，因此凡證明有該當此一定類型之行爲存在時，主管機關即得推定其行爲具有公平競爭阻礙性之違法而無庸爲個案之經濟分析；至於其有無例外合法之情形，則歸屬於行爲人之反證責任。又依其性質，此一原則尙區分爲「行爲本身違法」與「行爲原則違法」兩類型：

(1)依行爲外形判斷行爲本身違法類型：此即所謂「維持轉售價格」之行爲。其理由則係認爲「維持轉售價格行爲乃製造商直接對經銷商訂定轉售價格之拘束，其結果將使品牌內之價格競爭完全趨於消滅，因其本質屬限制競爭之行爲，故該行爲之本身即爲違法」。另外從品牌競爭之角度觀之，「維持轉售價格恆基於產品差別化之目的而實施，惟產品既有差別化之程度，即無從期待品牌間有價格競爭之出現，故不論行爲人之市場占有率高低或市場地位如何，其所實施之維持轉售價格行爲本身，即具有公平競爭阻礙性。」。

(2)依行爲外形判斷行爲原則違法類型：此原則適用於「專屬批發商制」、「閉鎖性地區授權制」兩類型。於實施專屬批發商制之場合，係認爲「製造商藉由專屬批發商制將行銷通路置於自己之掌控下，其結果雖未對經銷商直接施以轉售價格之拘束，惟終究有安定價格水準之功能，此將形成維持轉售價格之效果。同時，由於專屬批發商制剝奪了批發商與零售商間交易對象之選擇權，導致其間獲取顧客之競爭全然歸於消滅。」故依其行爲外形判斷，乃原則違法。惟例外情形，「倘係由市場上之新進業者或中小企業，基於品管之目的而實施，且因此有助於品牌間競爭之促進者，因其尙無公平競爭阻礙性可言，故應認爲合法。」。

其次，於實施閉鎖性地區授權制之情形，則以爲「由其對經銷商經銷區域之拘束、限制程度觀之，此乃屬於藉品牌內之限制競爭以達有效抑制顧客競爭之型態，故從行爲外形判斷，原則上即具備違法性。」不過，「如係市場上之新進業者或中小企業，爲促進品牌間之競爭，於無其他替代性手段下所實施者，則應例外認爲其合法。」。

2.依行爲量的實質性判斷原則

此一判斷原則，乃係著眼於該行爲本質上所具有之限制競爭效果，依其所影響之範圍，在數量上是否實現限制競爭之目的，俾認定其公平競爭阻礙性之有無。其所適用之行爲類型，計有「專賣店制」、「開放性地區授權制」及「限制銷售據點制」。申言之，於專賣店制之場合，其公平競爭阻礙性之情形有二：即製造商以「拒絕交易」之威脅，迫使經銷商紛紛與其訂立排他性特約店契約，藉此將經銷市場上之併賣店改爲專賣店，俾排除競爭業者本得利用此行銷通路之可能，故依其手段之不當性而判斷其違法，此稱爲「手段不當性類型」；另一則爲「行銷通路閉鎖類型」，此係指有市場力量之製造商，藉由專賣店制之實施，將相關行銷通路之重要部分對競爭業者形成閉鎖狀態時，該專賣店制即有公平競爭阻礙性」。

其次，有關「開放性地區授權制」及「限制銷售據點制」：相對於「閉鎖性地區授權制」有效的拘束程度，此等類型之地區授權制，雖亦有經銷地區、顧客之限制效果，然其行爲未必「原則上違法」；亦即僅「實施該等地區授權制之製造商，其市場占有率高或其屬於大型企業時，始認定其有高度之公平競爭阻礙性」。

3.依行爲質的實質性判斷原則

此判斷原則，乃係具體的就各該行爲對市場上競爭之影響，予以認定其公平競爭阻礙性，主要適用於「委託販賣制」及「折扣」等場合；

(1)實施委託販賣之情形：倘委託人對受託者就委託商品之販賣，有施以價格拘束、交易對象限制或經銷地區約束等現象，而實際上該受託之經銷商仍具備市場上獨立競爭單位之機能並負擔其責任時，則其中之價格、交易對象、經銷地區等限制約款，仍應分別適用維持轉售價格、專屬批發商制、閉鎖性地區授權制等違法判斷原則。至於該受託者是否具備獨立競爭單位之機能並負擔其責任，則應具體的就買賣價金之回收、履行擔保責任、商品保管責任、存貨之危險負擔、報酬之算定方法等事項認定之。

(2)折扣：由於廠商實施折扣具有多重之目的與機能，故不得一概謂其有公平競爭阻礙性；具體言之，凡折扣額度或累進率極高、廠商未明示折扣基準而任意或爲差別性折扣、基於違反獨占禁止法之目的而實施或其折扣有違法效果等，均有高度之公平競爭阻礙性。其中，就「占有率折扣」、「累進

折扣」，如認其有促進、維持專賣店制之機能時，則應與專賣店制同適用於量的實質性判斷原則。

㈡有關行銷、交易習慣之獨占禁止法指導準則[87]

基於行爲類型具體化，俾違法判斷明確化之考量，該指導準則將垂直性限制之違法判斷，區分爲「原則違法之類型」、「市場閉鎖效果之違法類型」、「價格維持效果之違法類型」：

1.原則違法之類型

鑑於「事業人自主的決定其販賣價格以因應市場狀況，乃事業人經營事業活動之最根本事項，且爲確保事業人間之市場競爭與維護消費者之選擇自由所必須。」故限制經銷商訂價自由之維持轉售價格行爲，乃屬原則違法。至於是否構成轉售價格之維持，則係依其對轉售價格「拘束性」之有無以認定之；凡廠商以任何人爲之手段，令經銷商依其指示之價格販賣者，即屬拘束之概念。具體言之，此拘束之形態有二：

(1)依合意：不論係以書面或語詞之合意，其價格之約束通常對經銷商均有一定之拘束力，故即使當事人間未訂有違反時之制裁事項，亦屬對價格上之拘束。例如於經銷契約附有須依指示價格販賣之約款，令經銷商提出願配合指示價格販賣之同意書，廠商事前提示以遵守指示價格販賣爲經銷條件，約定滯銷商品僅可退貨而不得削價出售。

(2)依制裁、獎勵措施：對於未依指示價格販賣之經銷商，課以經濟上之不利益制裁，例如削減供貨量、提高進貨成本價格、削減折扣、拒絕供應其

87 基於美、日貿易談判上，日本商場之「行銷」、「排他性交易習慣」成爲議論之焦點，日本公平會乃於平成元（一九八九）年九月，設立「有關行銷、交易習慣等競爭政策之檢討委員會」（以東京大學名譽教授館龍一郎爲會長），廣泛就國內外對日本行銷市場上交易習慣之問題，從競爭政策之觀點徹底檢討。其間，揭示日後公平會之執行方針爲，第一、嚴格運用獨占禁止法，第二、建立符合競爭政策之市場環境。嗣於平成三（一九九一）年一月公布「有關行銷、交易習慣之獨占禁止法指導準則」草案，經向海內外廣徵意見並詳細、綿密予以檢討後，乃於平成三年七月十一日，正式公布此一指導準則。其詳，參見山田昭雄、大熊まさよ、楢崎憲安等編著，「流通、取引慣行に関する独占禁止法ガイドライン」，商事法務研究会，平成五年三月二日，初版第三刷。

他產品；或事前施以警告、監視措施，如派遣店員爲價格之監視、查閱帳冊、於商品上編註密碼俾查知流向等。此外，亦可能以降低進貨價格、提供優惠折扣等經濟利益，俾獎勵經銷商遵守指示價格。反面言之，倘廠商所爲之價格指示並無拘束性，或其拘束欠缺實質性概念時，即無違法性可言；例如，僅單純的表明「建議價格」、「希望零售價格」、「參考價格」等非拘束性用語；或於眞正委託販賣之場合，對受託人爲轉售價格之指示，亦即該交易之危險負擔與計算均歸屬委託人，受託人實際上並不承擔商品之毀損、滅失及滯銷等風險，因受託人欠缺市場上獨立競爭單位之機能，故非維持轉售價格之相對人；又如廠商與大型零售商直接議定進貨價格後，批發商僅單純的供貨並依指示價格收取貨款等，凡上述情形實際上均無轉售價格之拘束可言。

2.市場閉鎖效果之違法類型

此類型係指有市場力量之廠商實施專賣店制，致潛在競爭者與現有競爭者難以確保其他替代性行銷通路，因而引發市場閉鎖效果而言。準此，該類型之違法判斷基準乃繫於「行爲人市場力量」之認定與「行銷通路閉鎖效果」之有無等兩點上：

(1)行爲人市場力量：所謂「有市場力量之廠商」，係指於相關市場上，其市場占有率在百分之十以上，或企業規模排名業界前三名內之廠商而言。易言之，凡市場占有率不足百分之十，且企業規模排名在第四名以下者，其實施之專賣店制即視爲無引發閉鎖效果之違法。

(2)行銷通路閉鎖效果：於認定行銷通路對競爭者有無引發閉鎖效果時，應綜合考慮下列事項，即該商品之市場全體狀況，包括市場集中度、商品特性、產品差別化之程度、行銷通路之分布、市場加入之難易度、其他廠商實施專賣店制之情況；實施專賣店制廠商之市場地位，如市場占有率、企業規模排名、品牌競爭力等；專賣店經銷商之數目及市場地位；該專賣店制對經銷商之事業活動影響，即限制之程度、態樣等。

3.價格維持效果之違法類型

此類型乃係著眼於廠商對經銷區域、顧客之限制，有無產生商品價格維持之效果而定其違法性。要言之，責任地域制與限制銷售據點制，因未嚴格

限制其交易對象與區域，致無維持商品價格功能，故非違法行爲；反之，「嚴格的地區授權制」與「專屬批發商制」，於其產生價格維持之效果時，即屬違法行爲，其情形如下：

(1)嚴格的地區授權制：倘係由市場上有力量之廠商實施，因其相當程度限制了品牌內之競爭，致形成經銷商間有維持商品價格之虞者，即屬違法行爲（一般指定第十三項附限制性條件交易）。至於市場力量之判斷，則仍以百分之十之市場占有率或企業規模排名前三名爲基準。

(2)專屬批發商制：與上述之嚴格的地區授權制雖同有「地域外顧客販賣限制」之效果，惟就限制之程度觀之，專屬批發商制促使批發商對其所屬零售商形成獨占性地位，其結果易導致商品維持於高價位之局面，故與嚴格的地區授權所不同者，乃其違法要件不以行爲人具有相當的市場力量爲要件。不過，仍以行爲結果有形成商品價格維持之虞爲必要，就此點判斷基準，則與嚴格的地區授權制相同，仍須綜合上列各點要素，依個案認定之。

㈢具體案例

1.價格限制部分

日本有關維持轉售價格之案例，主要焦點在於就價格交易條件之拘束是否有「正當理由」，以及「拘束程度」如何認定等問題上，此可由下列代表性案例說明之：

〈明治商事事件〉[88]

本事件乃有關明治商事、森永商事、和光堂等三家嬰兒奶粉製造商實施維持轉售價格之行爲。於裁判過程中，此三家奶粉製造商分別主張其維持轉售價格乃有正當理由，其抗辯事由如下：

(1)社會通念、經營上的合理性：鑑於其奶粉產品對嬰兒成長健康之重要性，其維持轉售價格之目的在於防止經銷商間惡性削價競爭，俾確保產品之品質管制；(2)與第二十四條之二適用除外規定之關係：由於該奶粉產品屬於

88 有關明治商事部分，東京高判昭和四十六年七月十七日審決集一八卷一六七頁，最判昭和五十年七月十一日民集二九卷六號九五一頁，審決集二二卷一九八頁；和光堂部分，昭和四十六年七月十七日審決集一八卷二一四頁，最判昭和五十年七月十日民集二九卷六號八八八頁，審決集二二卷一七三頁。

一般消費者日常用品之商標品，且該類商品於市場上已有自由競爭，故符合獨占禁止法第二十四條之二適用除外規定之要件；(3)爲防止不當廉售之因應措施：爲避免大型量販店對其奶粉產品實施不當廉售，致其他一般零售店因滯銷而失其經銷意願，此不僅有礙品管之控制且形成消費上之不便，故有實施維持轉售價格之必要；(4)中小企業之對抗措施：三家奶粉製造商中之和光堂公司主張，其企業規模僅居於業界第四位，且市場占有率不過百分之十，因此其採行之轉售價格維持，乃係以市場上弱勢企業爲對抗其他大型企業亦實施維持轉售價格所不可避免之措施。同時，因其產品市場占有率低，故藉轉售價格之維持，乃可強化其於奶粉市場上之品牌間競爭力，此亦爲正當理由之一。

針對上述之主張，日本最高法院分別基於下列之理由，認爲此等主張非屬「正當理由」，故判決三家奶粉製造商仍構成維持轉售價格之違法：(1)就社會通念、經營上的合理性而言：所謂允許維持轉售價格之「正當理由」，應僅限於從公平競爭秩序維持之觀點判斷，認爲該價格上之拘束不致阻礙交易相對人從事自由競爭之事業活動而言；易言之，凡與競爭秩序維持未有直接關係，而僅爲一般事業經營或交易上之合理性或必要性者，並不該當於此之正當理由；(2)與第二十四條之二適用除外規定之關係而言：按獨占禁止法第二十四之二第一項有關適用除外之規定，係以維持轉售價格有競爭阻礙性爲前提，惟爲防止經銷商不當廉售致損及製造商商標信用或其他經銷商之利益，故於同條第一、二項所定要件下，由公平會綜合考量後，指定特定之商品，例外允許其得爲轉售價格之維持。故該條之立法目的，與一般指定（舊）第八項（即現行第十二項）有關維持轉售價格之規範旨在確保經銷商間之競爭，兩者於經濟政策上之觀點乃截然有異。準此，以第二十四條之二爲實施維持轉售價格有正當理由之依據，顯非妥當。且，該奶粉商品既不在公平會之「指定再販」商品之列，從而即不得主張其事實上符合該條第一、二項之要件而認爲屬有正當理由；(3)就防止不當廉售之因應措施而言：按指定再販之適用除外規定，乃屬公平會於指定程序中，應由公益之立場綜合考量之因素，該當商品既不在指定範圍中，即非屬所謂之正當理由；(4)就中小企業之對抗措施而言：獨占禁止法規範維持轉售價格之目的，主要在於排除

對交易相對人事業活動上競爭之限制；易言之，維持轉售價格縱使有強化品牌間競爭之關係，惟未必予相對人在品牌內之競爭上有同樣的經濟效果，故無可否認轉售價格之維持具有競爭阻礙性。

其次，乃有關價格拘束程度之問題。本件用以維持轉售價格之手段，並非於契約中訂有須遵守之義務，而係廠商預先通知經銷商，對於違反價格指示者將採取削減折扣之經濟制裁。對此，最高法院認爲，所謂「拘束」，不以將遵守維持轉售價格作爲交易條件而訂明於契約中爲必要；易言之，僅相對人因未依價格指示將伴隨有經濟上之不利益，於現實上具有確保維持轉售價格之實效即爲已足。要之，日本最高法院對所謂拘束之概念，不以實際上因違反拘束條件而蒙受任何不利益爲必要（不利益處分說）；而係觀察相對人之價格設定自由有無受到人爲的干涉，亦即在心理上形成壓迫，致實際上有維持轉售價格之實效者（實效性確保說）。大體言之，日本實務向來之見解，乃至平成三（一九九一）年之「有關行銷、交易習慣之獨占禁止法指導準則」，爲強化對維持轉售價格之規制，咸採此實效性確保說。[89]

茲有問題者，乃當事人間自發性的爲維持轉售價格之合意，是否該當所謂「拘束」之概念？就此，日本公平會因平成三（一九九一）年「有關行銷、交易習慣之獨占禁止法指導準則」之公布，致見解前後不一；此可由公布前之「山崎麵包廠事件」，及公布後之「松下電子公司事件」、「資生堂轉售價格維持事件」，一窺其端倪：

〈山崎麵包廠事件〉[90]

本件之被審人山崎麵包廠，其相關之行爲事實有二，即對於大型量販店，以其同意遵守「標準零售價格」爲販賣，作爲開始交易之條件；另對於實施廉售之中小型量販店，則警告其須遵守「標準零售價格」。針對上述事實，其公平會於昭和六〇（一九八五）年五月十五日之勸告審決中表示，就大型量販店部分，乃爲當事人間自發性的合意遵守轉售價格，因其僅係製造

89 村上政博，「独占禁止法」，弘文堂，一九九六年三月初版，頁一八〇、一八一。

90 公取委勧告審決昭和六十年五月十五日，審決集三七卷七頁；荒瀬壽彦，「パンの再販售価格拘束事件」，公正取引四一八號，頁五二。

商單純的要求爲標準零售價格之遵守，故尙未該當於轉售價格之「拘束」；反之，就中小型量販店部分，顯然已壓抑該經銷商訂價上自由意思之決定，因此已該當維持轉售價格之違法。

〈松下電子公司事件〉[91]

本件乃生產電子產品之松下股份有限公司，鑑於大型量販店所訂之量販價格每每左右電子產品零售市場價格，故從昭和六一（一九八六）年二月起，凡於新產品問市而與量販店間商訂批發價時，均請求依其「參考價格」（較其他一般希望零售價格低約百分之十）訂定量販價格。受此請求之量販店，認爲此舉對其有利無弊，故大抵應允之。嗣後，松下公司倘由廣告或店面價格中，得知該量販價格低於參考價格時，均立即要求量販店應調回參考價格，終使量販價位維持於參考價位水準。

就上述事實，由日本公平會於平成五（一九九三）年三月八日之勸告審決觀之，其認爲先前當事人間所爲參考價格之合意，業已該當價格拘束之概念，至於嗣後個別修正價格之請求，僅係用以證明當事人間存有合意之間接事實。

〈資生堂轉售價格維持事件〉[92]

本件爲經銷資生堂化粧品之兩家大型量販店，利用平成四（一九九二）年公平會縮小其指定轉售商品範圍之契機，擬對部分資生堂化粧品項目爲折價銷售之企劃。惟於事先徵詢資生堂公司之意見時，乃遭資生堂公司之拒絕。不過資生堂公司爲酬謝其未折價銷售，乃大幅提供促銷用之化粧品樣品及其他促銷支援活動。

對此，日本公平會於平成七（一九九五）年十二月之同意審決中認爲：資生堂公司對折價銷售之請求爲拒絕，被拒絕之兩家大型量販店亦遵照指示未爲折價銷售，此即該當價格拘束之合意；至於資生堂公司雖未採行警告措施，惟其提供利益之方式，亦屬以人爲之手段用以擔保維持轉售價格實效性

91 公取委勸告審決平成五年三月八日，審決集三九卷二三六頁。

92 村上政博，「化粧品流通をめぐる独占禁止違反事件の分析(1)～(5)」，NBL 五七五號六頁、五七八號三二頁、五七九號二八頁、五八〇號五三頁、五八一號三二頁（一九九五）參照。

之行爲。

就本事件之拘束概念，學者以爲資生堂公司雖未有不利益經濟制裁之警告，惟就主觀上觀察，應係兩家量販店基於倘貿然折價銷售，日後恐無法繼續維持順暢供需之心理壓力使然。[93]

2.非價格限制部分

(1)關於專賣店制

依上述，日本之專賣店制有所謂「手段不當性類型」及「市場閉鎖效果類型」等兩類型；前者屬昭和四〇（一九六五）年代前之案例類型；後者則屬於近代之案例型態。以下乃先後舉出代表性案例說明之：

〈北海道報社事件〉[94]

於北海道札幌市約有百分之四十五銷售率之「北海道報社」，要求該市之報紙配銷商，爾後不得再配銷其他報社之報紙，否則將停止提供「北海道新聞」。因此遂與該市之十七家報紙配銷商中十四家，建立排他性特約店契約，致另家報社「北海時代報社」因銷售無門而引發經營之危機。對此，東京高等法院認爲，「北海道報社」乃係倚其經濟力，藉將併賣店改爲專賣店之方式，迫使「北海時代報社」不得不考慮採行報紙直銷或亦成立專賣店；惟衡諸報紙之訂閱皆須經由配銷階段，及市場上實際可供經銷之報紙配銷商數目，此不啻使「北海代報社」，陷於猶如新業者欲加入市場般之困難。故「北海道報社」之行爲乃爲違法。

〈東洋碾米機事件〉

生產糧食加工機械之「東洋碾米機製造廠」，於昭和五十一（一九七六）年間，在「和歌山市」舉行“低躁音新型碾米機發表會”，席間並公布其經銷條件爲須與之訂立專賣店經銷契約，嗣全國約二百四十家經銷商中之七十九家與其訂約。對此，其公平會於昭和五十六（一九八一）年之審判審

93 村上政博，前揭書（同註89），頁一八五。

94 公取委審判審決昭和二八年五月十八日，審決集五卷五頁；東京高判昭和二九年十二月二十三日，審決集六卷八九頁；最判昭和三六年一月二十六日，民集一五卷一號一一六頁，審決集一〇卷九七頁。

決中，[95] 基於下列理由認定其專賣店制屬不當附排他條件交易之違法：被審人東洋碾米機製造廠，其所生產之各型糧食加工機械，如碾米機、混米機、選穀機其市場占有率分別爲百分之二十八、七十、五十二，均爲業界之首位，故其當屬市場上有力之廠商。因此被審人約與全國經銷商總數之三分之一訂立專賣店契約，乃對競爭者形成行銷通路之閉鎖狀態。

爲被審人之東洋碾米機製造廠就該審決，認爲公平會有關其市場地位之認定有所不當，此乃導源於其公平會僅劃定糧食加工零售商爲相關市場範圍，究其實，其產品亦有售予糧食加工批發商所使用，故相關市場亦應包括此部分；又縱使係以零售商爲相關市場範圍，惟於計算上亦應扣除售予批發商部分，否則實有過大誤算其產品市場占有率之嫌。其次，於認定有無公平競爭阻礙性上，公平會並未調查其他競爭者原有經銷商之數目、是否亦採行專賣店制等狀況資料，即斷言其專賣店制有公平競爭阻礙性，故此一審決實有欠缺實質性證據之違法。據此，請求東京高等法院撤銷該審決。

就此撤銷審決訴訟，東京高等法院於昭和五十九（一九八四）年二月十七日之判決中，[96] 基於下述理由，乃撤銷原審決，將本件發回公平會：就相關市場之劃定部分，公平會原認定並無不當，蓋零售商與批發商所使用之大型碾米裝置設備有別，故兩者非屬同一市場；惟就市場占有率之計算部分，誠如原告所言，確有過大誤算之不當。次就原告所主張之第二點理由，按專賣店制有無公平競爭阻礙性，其結果仍應視對競爭者所利用之行銷通路形成如何之閉鎖程度而定。一般而言，凡相關市場上有力之事業人，就其產品與相當數目之經銷商建立排他性之交易關係時，大抵可謂該交易有公平競爭阻礙性，故公平會以此爲違法認定基準尚值肯定。惟即使有上述情形，倘因市場構造之特殊性，各事業人皆有實施專賣店制現象，因各有其固有特定之行銷管道，故此時之附排他條件交易則不生公平競爭阻礙性問題。基此，被告公平會既未審酌其他競爭者行銷通路之相關狀態，即其認定究有欠缺實質證

95 公取委審判審決昭和五六年七月一日，審決集二八卷三八頁。

96 東京高判昭和五九年二月十七日，行裁例集三五卷二號一四四頁，審決集三〇卷一八六頁。

據之違法。

對本判決，學者間不乏有所批評者，[97]其理由係認爲與其謂市場占有率之誤算，毋寧認爲係相關市場劃定上有疏失。蓋從產品替代可能性之觀點，「大型碾米裝置」與「零售商用小型碾米機」應屬同一產品市場之概念；詳言之，所謂大型碾米裝置，無非是由數座五十匹馬力以下之小型碾米機連結組裝而成（事實上業界殆無產銷五十匹馬力以上之單體大型碾米機）。因此，東京高院與公平會皆將兩者劃歸於不同之相關市場，即顯有誤會。其次，東京高院認爲市場上倘有並列實施專賣店制之現象時，即無所謂公平競爭阻礙性，該見解顯然僅顧及顯在競爭者有無減少交易機會之虞而忽略尙有潛在競爭加入市場障礙之問題。蓋所謂專賣店制對競爭者造成違法之市場閉鎖狀態，應同時包含對顯在及潛在之競爭者而言。

(2)有關專屬批發商制、閉鎖性地區授權制

就日本歷來相關案例以觀，其專屬批發商制與閉鎖性地區授權制，於實際運作上有一特質，即其大多淪爲確保維持轉售價格具有實效之手段，故規範上鮮少因單獨實施而構成違法者。換言之，實務上就此情形，均認爲同時成立一般指定第十二項之維持轉售價格，與第十三項之附限制性條件交易之違法。例如，昭和四十七（一九七二）年之「日本光學工業事件」、昭和五十一（一九七六）年之「白元事件」、昭和五十三（一九七八）年之「竹屋味噌事件」、昭和五十八（一九八三）年之「大塚製藥事件」（以上事件均爲專屬批發商制），及昭和五十六（一九八一）年之「富士軟片事件」（閉鎖性地區授權制）等。[98]抑有進者，專屬批發商制即使非基於維持轉售價格

97 河村穰，「專売店制の公正競爭阻害性について－東洋判決の檢討－（上）、（中）、（下）」，公正取引，四五九號二九～三五頁，四六一號二八～三一頁，四六二號五八～六二頁；稗貫俊文，「專売店制による公正競爭阻害性」，收錄於「独禁法審決、判例百選」，有斐閣，一九九一年第四版，頁一六六。

98 分別參見公取委勸告審決昭和四七年六月三十日，審決集一九卷二五頁；公取委勸告審決昭和五一年十月八日，審決集二三卷六〇頁；公取委勸告審決昭和五四年二月十三日，審決集二五卷三二頁；公取委勸告審決昭和五八年三月三十一日，審決集二九卷九六頁；公取委勸告審決昭和五六年五月十一日，審決集二八卷一〇頁。

之目的而實施，惟實際上因市場結構之關係，故往往有轉售價格維持之效果，如昭和五十二（一九七七）年之「第二次嬰兒奶粉事件」即是。[99]

綜言之，此類案件之違法判斷要素分別爲行爲人之市場地位、市場集中度、商品特定、產品差別化之程度等。首先，由行爲人之市場地位及產品差別化之程度言之，倘行爲人係屬有力廠商，或其產品差別化程度愈高，則其違法性愈強。如上舉之白元公司、大塚製藥，其銷售量均爲其業界之第一位；而第二次嬰兒奶粉事件之三家乳業公司，其市場占有率亦分別爲乳業界之前三位廠商（明治乳業百分之四十六；雪印乳業百分之三十；森永乳業百分之十八）。其次，在日本光學事件與竹屋味噌事件中，則係考量其高度產品差別化之因素，因此認定其專屬批發商制乃爲維持轉售價格之手段。再者，從市場結構與商品特性等因素觀察，於富士軟片一案中，富士公司其產品銷售量占全體市場總銷售量之九成，顯然此種高集中度之市場結構乃其行爲違法性之主要判斷因素。至於所謂商品特性因素，係指第二次嬰兒奶粉事件中，鑑於消費習慣上，消費者恆對特定品牌之奶粉具有忠誠度，因此形成奶粉經銷商對廠商之高依存度，導致其不得不接受專屬批發商制之安排；同時該三家奶粉廠商合計之市場占有率高達百分之九十四，此種寡占性之市場結構，亦屬其行爲違法性之重要判斷因素。要言之，凡市場呈現高度集中化或寡占化之現象，其實施專屬批發商制與閉鎖性地區授權制，愈有抑制品牌內競爭之效果，尤其是限制價格競爭，故其違法性愈強。

(3)關於搭售

日本近年有關「搭售」之代表性案例，首推平成五（一九九三）年之「東芝電梯事件」。該事件之焦點在於行爲人所採之搭售策略，是否該當一般指定第十項所謂「不當」之強制性交易。其詳以下說明之：

〈東芝電梯事件〉

本件之行爲人爲生產、維修電梯設備之「東芝電梯股份有限公司」（下

99 明治乳業部分，公取委審判審決昭和五二年十一月二十八日，審決集二四卷八六頁；雪印乳業部分，公取委審判審決昭和五二年十一月二十八日，審決集二四卷六五頁。

稱東芝公司），其在東芝製之電梯維修市場上有百分之九十之市場占有率，同時就東芝製電梯零件亦爲獨占性之管理、銷售。茲於大阪市有裝置東芝電梯之「續木事務所」，某日其事務所之電梯故障，乃招徠另家「愛媛電梯維修公司」（以下簡稱愛媛公司）檢查故障原因，結果發現有部分零件耗損，必須更換新品與調整。因之，續木事務所乃向東芝公司請求出售該新品零件；東芝公司於接獲訂購單後，乃回函表示「除非將整件更換、調整電梯零件之工程交由東芝公司施工，否則拒絕單獨的出售零件。」據此，續木事務所乃起訴於法院，主張該東芝公司之搭售實已該當一般指定第十項不當強制交易之違法。於訴訟過程中，被告東芝公司乃主張其搭售策略，係基於確保商品安全性之考量，故不構成所謂「不當」之概念。就此抗辯，爲第一審之大阪地方法院則認爲「不公平交易方法上所謂『不當』之概念，應從公平競爭秩序維持之觀點出發；至於被告所主張之有安全性確保必要性，非屬不當性之考量因素，充其量僅得在原告依民法侵權行爲規定訴請賠償之場合，據以爲阻卻違法之事由。」。[100]

反之，爲第二審之大阪高等法院則表示「所謂『不當』，固然應依公平競爭阻礙之有無以判斷之，惟商品安全性之確保雖其本質非屬直接性競爭要素，然其間接亦攸關一般消費者之利益，廣義言之即與公益相關。因此，該交易方法有無安全確保之必要性，亦屬判斷該交易方法是否『不當』上應考慮之要素之一。」大阪高等法院雖肯定商品安全確保之必要性亦屬不當性之判斷要素，惟基於下列事實理由，並不認爲東芝公司之搭售在確保商品安全上有其必要性：觀察市面上其他電梯廠牌，於此情形皆有單獨出售零件之現象；東芝公司銷往海外之產品，乃皆委由當地之維修業保養維修；愛媛公司係屬具有合格昇降機檢查資格之維修業者，故於安全性上應肯定其電梯維修之技術與能力。且，縱使於相對技術能力上其略遜於東芝公司，亦不能全盤否定其在獲取正常零件供應下，得爲本件故障維修之技術水準；況且依東芝

100 本件，原告係依據日本民法第七〇九條有關侵權行爲之規定（相當於吾國民法第一八四條第一項），提起損害賠償訴訟；且該事件亦爲日本獨占禁止法實施以來，首宗原告損害賠償訴訟之勝訴判決；參見大阪地判平成二年七月三十日，判例時報一三六五號九一頁。

公司所提出之資料，亦不足以證明須由東芝公司承包此維修工程始能避免危險。依上述理由，大阪高等法院進一步認爲「本件之電梯零件與電梯維修工程，各有其獨立性且各爲獨立之交易客體」，因此「在不能明確認定有安全性確保之必要性下，本件有關商品與勞務之搭售交易，乃剝奪買方商品選擇之自由，應認其有阻礙事業人間爲公平效能競爭之不當。」。[101]

陸、結論

綜合本文先前各章所述，茲歸納其要，並就我國現行公平法相關規定附以若干修正建議說明如下：

一、基於規範之完整性，法制上宜承認有垂直卡特爾之概念

垂直性限制之實施，倘係由具有市場支配力之廠商基於單獨之意思，藉此支配下游經銷商以排除競爭者，俾不當的維持或強化其市場獨占地位時，固屬對獨占事業濫用其經濟力之規範範疇。惟從市場行銷統合之觀點，垂直性限制未必爲廠商與經銷商間之支配從屬關係，毋寧認爲係彼此基於追求共同最大利潤之目標所實施之共同行爲。而就競爭法之立場，如何區別此共同行爲俾予以規範，本文以爲應綜合當事人間主觀之意思與客觀之限制競爭程度而定。申言之，倘其共同行爲之實施，係當事人間基於限制競爭之合意，且實質上已礙及市場上公平、自由之競爭機能時，如仍依有妨礙公平競爭之虞之「不公平競爭」或「不公平交易方法」而僅處罰形式上實施限制之一方者，即未能達成規範競爭秩序之目的。從而，於此場合，實應依美、德法制乃致日本通說，承認該當事人間已成立「垂直卡特爾」。準此，我國現行公平法第七條及其施行細則第二條第一項，仍將聯合行爲之概念限於「水平聯合」之規定，似有未當。故本文建議，於公平法第七條部分，應刪除「有競爭關係之」等字眼而修正爲「本法所稱聯合行爲，謂事業以契約、協議或其

101 大阪高判平成五年七月三十日，判例時報一四七九號二一頁，判例タイムズ八三三號，六二頁。

他方式之合意，與他事業共同決定商品或服務之價格，或限制數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區等，相互約束事業活動之行爲而言。」在施行細則第二條第一項部分，亦應刪除「事業在同一產銷階段之水平聯合」等用語而修正爲「本法第七條之聯合行爲，以足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者爲限。」依此修法後，對垂直性限制之規範始得謂完整。亦即，於獨占事業藉垂直性限制以濫用其市場地位時，依公平法第五條與第十條規範之；於垂直性限制係屬共同行爲之場合，如當事人間主觀上具有合意，且客觀上已達實質限制市場競爭程度者，即應適用公平法第七條及第十四條之規定；反之，主觀上未認有合意或客觀上僅有公平競爭阻礙之高度蓋然性者，則分別適用公平法第十八條或第十九條第六款之規定。

二、基於維護消費者主權之觀點，法制上應刪除依公告得為維持轉售價格之規定

按我國公平法第十八條第一項但書及第二項規定例外允許就部分經公告之日常用品得實施轉售價格之維持，此於日本現行獨占禁止法第二十四條之二第一、二項雖亦設有類似規定，惟基於維護消費者主權之考量，該國正逐年廢止是項指定再販之適用除外規定。[102]準此，我國目前既尚未依相關規定公告得爲維持轉售價格之日常用品，前車之鑑，或宜適時廢除此相關之例外規定。是以依立法院審議中之「公平交易法部分條文修正草案」，[103]即擬刪除現行公平法第十八條第一項但書及第二項等規定；藉此修法後，期盼所有

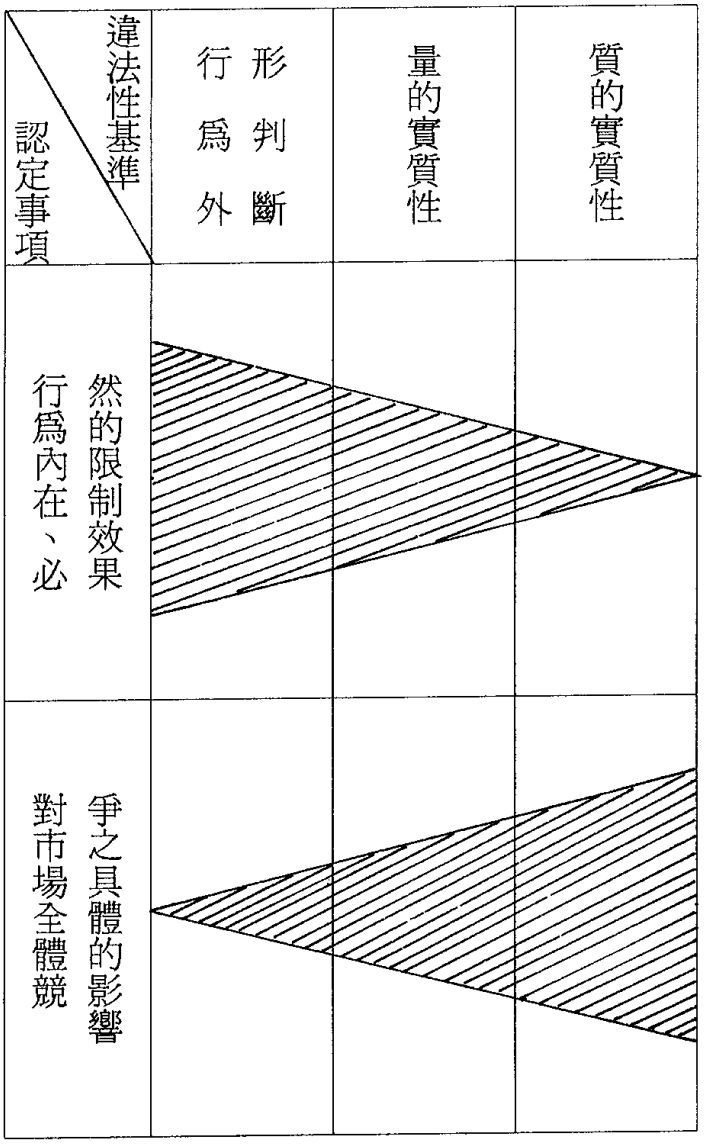
102 依照平成四（一九九二）年四月十五日，日本公平會所發布之「改正再販指定商品告示方針」，其擬分四個時期，階段性的廢除該再販指定商品制度，即①於平成五年四月，解除化粧品中「香水」等十三種項目、一般醫藥用品中「除蟲劑」等十種項目。②於平成七年一月，解除醫藥品中「維他命藥品」、「保健藥液劑」等項目。③於平成十年，再檢討未於平成五年被解除適用之化粧品項目部分。④於平成十年後數年，再檢討就 CD、書籍、報紙等適用項目，有無存續之必要。以上，參見谷原修身，「独占禁止法－いま問われる運用の眞価」，中央経済社，平成八年一月三十日第四刷，頁二一二、二一三。

103 按「公平交易法部分條文修正草案」業於八十五年十二月經立法院經濟、司法聯席審查會審查通過，目前正於排訂二讀議程中。

商品皆可回歸市場價格機能之自由競爭面。

三、基於違法預見可能性，垂直性限制宜有明確之違法判斷基準

就垂直性限制之違法性判斷基準，得以簡圖歸納說明如下：[104]



按上圖所謂「依行爲外形判斷原則」係認定該類型行爲定有內在、必然的限制競爭效果（以最大陰影部分表示），故凡該當此類型之行爲，即可推定其具違法性，即無庸具體評估其對市場全體競爭之影響（以最小陰影部分表示）。其次，「依量的實質性判斷原則」係認爲該類型之行爲亦有相當程

104 圖表引自實方謙二，前揭書（同註80），頁二七九。

度之內在限制競爭性質，尤以行爲人具有一定程度市場力時更爲顯然。因此凡認定行爲人具備市場力之要件，即判斷其行爲有高度限制競爭效果之蓋然性；至於有無實施之正當事由、經濟利益乃致對市場全體競爭之具體性影響等，則未加以考慮（以必然限制效果之陰影部分，大於對市場全體競爭具體影響之陰影部分表示）。再者，「依質的實質性判斷原則」則認爲該類型行爲未必內在的具備限制競爭效果，亦即其是否違法，應綜合行爲人之市場地位以及其他經濟因素，具體衡量其對市場全體競爭之影響而定（以必然的限制效果之陰影部分最小，對市場全體競爭之具體影響之陰影部分最大，表示之）。由美、日之法制大體觀之，在價格限制部分咸將維持轉售價格依行爲外形原則判斷之，認爲其乃當然違法或行爲本身違法；反之，於非價格限制部分，依合理原則之判斷，其認定標準乃由量的實質性原則演變爲質的實質性原則，即除考量行爲人之市場地位外尚須具體衡量其對市場競爭之影響。

至於我國公平法之判斷標準，在維持轉售價格部分，該法第十八條雖亦採「原則禁止」之立法原則，惟其第一項本文係以「應容許其自由決定價格」之用語，亦即並無明文有「不作爲義務」之禁止規定，加之同條項但書例外允許就部分日常用品得實施轉售價格之維持，故立法上似有悖於對價格限制採嚴格禁止之立法趨式。就此，上述立法院審議中之「公平交易法部分條文修正草案」雖擬刪除現行公平法第十八條第一項但書及第二項等例外規定，惟因其修正草案之條文仍維持「應容許其自由決定價格」之用語，即仍不足以顯示對維持轉售價格應採嚴格禁止之規範態度，故本文建議除應將該第十八條修正爲一項外，其內容亦應修正爲「事業對於其交易相對人，就供給之商品轉售與第三人或第三人再轉售時，不得爲限制轉售價格之約定；有相反之約定者，其約定無效。」其次，在非價格限制之違法判斷方面，公平法施行細則第二十四條，不僅於第一項中例示其行爲類型，更於第二項中列舉六項事由用以判斷前項限制是否「不正當」。倘分析此六項判斷要素，其當事人之意圖、目的、所屬市場結構、商品特性及履行情況對市場競爭之影響等五項要素，因其本質屬質的判斷要素，故究否違法，仍須依個案認定始得明確，此乃「合理原則類型」於違法判斷上所必然。惟另從違法預見可能性之角度言之，因違法判斷基準並非具體，致當事人於有觸法之虞之顧忌

下，每因躊躇而礙及行銷策略之靈活，即就中小企業而言，亦不敢貿然以之爲維繫或加入市場競爭之利器，此終究不利於品牌間競爭之促進。職是，爲避免上述缺失，本文以爲，似可倣傚日本獨占禁止法指導準則之明確揭示一量的違法認定基準（市場占有率百分之十以上，或企業規模排名業界前三名內）。亦即，由公平會實際調查市場實施經銷契約限制之情況，於認定顯然無妨礙公平競爭之虞之前提下，就所謂當事人之「市場地位」，預設一量的違法認定排除界限。即增列公平法施行細則第二十四條第三項規定爲「前項當事人之市場地位，其事業在特定市場之占有率未達幾分之幾或上一會計年度之銷售金額未達新台幣若干元者，於第一項之限制視爲正當」。

主要參考文獻

（按姓氏與字首筆劃、字母順序排列）

壹、中文部分

書籍：

何之邁，「公平交易法專論」，自版，民國八十二年十月初版。

汪渡村，「產業經濟法研究（公平交易法系列）」，中華民國全國工業總會出版，民國八十三年九月初版。

范建得、莊春發合著，「公平交易法系列2（不公平競爭）」自版，民國八十一年七月初版。

陳正男，「行銷學」，華視文化事業出版社，民國八十一年二月二版。

黃茂榮，「公平交易法理論與實務」，植根法學叢書，一九九三年十月初版。

黃宗羲，「產業經濟理論與日本實證分析」，經濟部產業發展諮詢委員會叢書之五八，民國八十二年一月。

廖義男，「企業與經濟法」，台灣大學法學叢書⒅，民國六十九年四月初版。

廖義男，「公平交易法之理論與立法—公平交易法論集(1)」，三民書局，民

國八十四年十月初版。
趙鳳培，「經濟學（全）」，華視出版社，民國八十年元月四版。
蔡炯燉，「違反公平交易法之民事責任」，台灣台北地院編印，民國八十二年五月。
樊志育，「市場學（marketing）」，三民書局，民國七十六年九月三版。
賴源河編審，「公平交易法新論」，月旦出版社，一九九四年十一月初版。
蘇永欽，「民法經濟法論文集」，自版，民國七十七年十月初版。

期刊：

君澤，「美日貿易大戰評析」，日本研究雜誌，第三六七期，一九九五年七月。
呂榮海，「公平交易法對經銷合約的影響」，萬國法律，第五六期，一九九一年四月。
胡光宇，「維持轉售價格行爲與『日常用品』認定之研究」，公平交易季刊，第一卷第二期，民國八十二年四月。
黃銘傑，「行政指導與日本獨占禁止法」，公平交易季刊，八十一年創刊號，民國八十一年十月。
黃美瑛，「美國反托拉斯執行組織與運作之研究」，經濟研究三一期，民國八十年六月。
張嘉眞，「行政院公平交易委員會之地位與職權」，萬國法律，第五六期，一九九一年四月。
曾世雄，「違反公平交易法之損害賠償」，政大法學評論，第四四期，民國八十年十二月。
廖義男，「限制第二手契約之經濟評價與法律對策」，中國論壇，第二〇六期，民國七十三年四月。
廖義男，「公平交易法修正之重點與理由」，公平交易季刊，第一卷第四期，民國八十二年十月。
廖義男，「公平交易法關於違反禁止行爲之處罰規定」，政大法學評論，第四十四期，民國八十年十二月。

蔡英文，「公平交易法與智慧財產權」，政大法學評論，第四四期，民國八十年十二月。

劉紹樑，「從意識型態及執行實務看公平交易法」，政大法學評論，第四四期，民國八十年十二月。

謝杞森，「中、日公平交易法行政程序及爭訟比較之淺淡」，公平交易法季刊，第一卷四期，民國八十二年十月。

博士論文：

汪渡村，「專利授權限制競爭條款之規範—以公平交易法草案爲中心—」，政大法研，民國七十九年。

其他：

日本文摘編譯中心譯，「流通事典」，一九九一年四月。

立法院經濟委員會編印，「審查公平交易法草案參考資料」，民國七十六年九月。

行政院公平交易委員會編印，「各國公平交易法相關法規彙編」，民國八十二年六月。

行政院公平交易委員會編印，「美國公平交易法規相關彙編」，民國八十四年。

行政公平交易委員會委託研究，「歐美管制結合之研究暨我國對結合規範之檢討」，民國八十二年六月。

行政公平交易委員會公報，第一卷第五期至第十一期，民國八十一年六月至十二月。

行政公平交易委員會公報，第二卷第二期、第六期，民國八十二年二月、六月。

行政院研究發展考核委員會編印，「公平交易法制之建立及其經濟分析」，民國八十三年初版。

貳、日文部分

書籍：

久保欣哉，「独占禁止法通論」，三嶺書房，一九九四年六月初版。

三輪芳朗，「日本の引取慣行」，有斐閣，一九九一年四月初版。

川越憲治，「独占禁止法—競爭社会のフエアネス、全訂版」，金融財政事情研究会，平成七（一九九五）年五月初版。

山田昭雄、大熊まさよ、檜崎憲安合編，「流通、取引慣行に関する独占禁止法ガイドライン解説」，商事法務研究会，一九九三年九月初版。

今村成和，「独占禁止法〔新版〕」，有斐閣，一九七八年。

今村成和、実方謙二、丹宗昭信、厚谷襄兒合編，「注解経済法（上）」，青林書院，一九九五年版。

今村成和，「私的独占禁止法の研究(5)」，有斐閣，一九八五年初版。

今村成和，「独占禁止法入門」，有斐閣双書，一九八八年改訂版。

W・フィケンチャー著/丹宗昭信監譯，「競爭と産業上の権利保護」，六法出版社，一九八〇初版。

丹宗昭信，「新・実務民事訴訟講座(10)、行政訴訟Ⅱ」，日本評論社，一九八三年三月第一版。

田中誠二，「新版経済法概説（再全訂版）」，千倉書房，一九七八年版。

田中寿，「不公正な取引方法—新一般指定の解説」，商事法務研究会，一九八二年九月初版。

田中誠二、久保欣哉合著，「新版経済法概説（三全訂版）」，千倉書房，一九九三年版。

田中英夫、竹内昭夫合著，「法の実現における私人の役割」，東京大学出版会，一九八七年。

加藤一郎、竹内昭夫合編，「消費者法講座3、取引の公正Ⅰ」，日本評論社，一九八四年六月初版。

布村勇二，「企業行動の法規制」，晃洋書房，一九八一年九月初版。

石井良三，「独占禁止法（改訂増補版）」，海口書店，一九八四年版。

正田彬，「全訂独占禁止法Ⅱ」，日本評論社，一九九三年版。

正田彬，「全訂独占禁止法」，日本評論社，一九八一年九月第一版。
正田彬，「卸売業をめぐる競爭と法」，流通產業研究所，一九八四年七月初版。
正田彬，「独占禁止法講座Ⅵ、不公正な取引方法（下）」，経済法学会，一九八七年七月初版。
正田彬、実方謙二合編，「独占禁止法を学ぶ（経済憲法入門）」，有斐閣選書，一九九五年三月第三版。
村上政博，「アメリカ独占禁止法—シカゴ学派の勝利—」，有斐閣，一九八七年六月初版。
村上政博，「独占禁止法の日米比較（上）」，弘文堂，一九九一年五月初版。
村上政博，「独占禁止法」，弘文堂，平成八（一九九六）年三月初版。
村上政博，「独占禁止法の日米比較（下）」，弘文堂，平成三（一九九一）年五月初版。
佐藤一雄，「市場経済と競爭法」，商事法務研究会，一九九四年九月初版。
谷原修身，「独占禁止法と消費者訴訟」，中央経済社，一九八三年版。
谷原修身，「独占禁止法—いま問われる運用の眞価」，中央経済社，平成八（一九九六）年一月初版。
服部育生，「経済法講義」，泉文堂，一九九五年十二月初版。
松下満雄，「独占禁止法と経済統制」，有斐閣，昭和五十一（一九七六）二月初版。
松下満雄，「アメリカ独占禁止法」，東京大学出版会，一九八七年七月初版。
松下満雄，「経済法概説」，東京大学出版会，一九九〇年八月初版。
金子晃、根岸哲、実方謙二、舟田正之合著，「新不公正な取引方法，」，青林書院，一九八三年六月初版。
厚谷襄兒，「独占禁止法入門〔新版〕」，日本経済新聞社，一九九三年二月第二版。

柴田章平，「独占禁止法の解説（改訂版）」，大成出版社，一九九四年九月第二版。

宮坂富之助、谷原修身、内田耕作、鈴木深雪合著，「消費生活と法」，三省堂，一九九〇年初版。

萩原稔，「競争と独占の基礎理論」，同友館，一九八五年六月初版。

実方謙二，「寡占体制と独禁法」，有斐閣，一九八三年五月初版。

実方謙二，「独占禁止法と現代経済」，成文堂，一九七七年版。

横川和博，「流通産業と法」，三省堂，一九九〇年初版。

期刊：

大録英一，「垂直的制限の公正競争阻害性について(3)」，刊載於公正取引第五〇三號，一九九二年九月。

大録英一，「不当廉売、差別対価、抱き合わせ販売の公正競争阻害性について(7)、(8)」，公正取引第五三〇號、第五三一號，一九九四年十二月、一九九五年一月。

川越憲治，「流通系化と独禁政策」，ジェリスト第六二八號，一九七七年一月。

川越憲治，「流通系列化に関する報告書（独禁研）の読み方（上）、（下）」，NBL 第二〇六號、二〇九號、一九八〇年四月、五月。

三輪芳朗，「独禁研報告書をめぐつてブランド内競争ブランド間競争との関係について」，公正取引第三五九號，一九八〇年九月。

中川政直，「流通問題と独占禁止政策」，公正取引第三三六號，一九七八年十月。

石田英遠，「米国独禁法民事訴訟の留意點（上）—損害賠償の認定をめぐって—」，公正取引第四八九號，一九九一年七月。

石井幸一，「独禁法違反による被害者の審決請求権について」，公正取引第一〇八號。

本城昇，「回帰分析による独占禁止法違反行爲損害賠償請求訴訟における損害額の算定（上）」，公正取引第四八九號，一九九一年七月。

田村正紀，「流通系列化と独禁政策」，公正取引第三四二號，一九七九年四月。

伊藤眞，「独占禁止法違反損害賠償訴訟—因果関係および損害額の立證（下）」，ジェリスト第九六五號，一九九〇年十月。

名尾良泰，流通系列化の行爲類型における「公正競爭阻害性」の考え方について，ジェリスト第七一七號，一九八〇年五月。

村上政博，「米国独禁政策における私人間の訴訟の役割（上）」，NBL第三二五號，一九八五年三月。

村上政博，「化粧品流通をめぐる独占禁止法違反事件の分析(1)～(5)」，NBL第五七五號至五八一號，一九九五年。

佐島史彦，「米国州司法長官会議（NAAG）の垂直的制限ガイドラインについて(1)」，公正取引第五四四號，一九九六年二月。

佐藤一雄，「流通、取引慣行等と競爭政策—公取委の取組狀況—」，公正取引第四六八號，一九八九年十月。

谷原修身，「反トラスト訴訟における消費者訴権（上）」，公正取引第三七八號，一九八二年四月。

谷原修身，「米国の再販規制をめぐる最近の動向（上）」，公正取引第四六五號，一九八九年七月。

赤松美登里，「西ドイツおける独禁法違反に基づく消費者訴訟の可能性」，公正取引，四七五號，一九九〇年五月。

河村穰，「専売店制の公正競爭阻害性について（上）—東洋判決の檢討—」，公正取引第四五九號，一九八九年一月。

松下満雄，「米司法省の『垂直的ガイドライン』の檢討（上）、（下）」，NBL第三二四、三二五號，一九八五年三月。

金子晃，「リベート（rebate）と独禁政策」，公正取引第三八三號，一九八二年九月。

荒瀨寿彦，「パンの再販価格拘束事件」，公正取引第四一八號，一九八五年。

高場俊光，「損害賠償請求訴訟制度について（上）」，公正取引第四七九

號，一九九〇年九月。
高橋省三，「独占禁止法違反事件の最近の狀況，法律のひろば（独禁法をめぐる今日的課題）」，一九九三年十一月。
栗田誠，「流通系列化に関する主要な審判決の分析(1)、(2)、(3)」，公正取引第三五五號、第三五六號、第三五七號，一九八〇年五～七月。
柴田潤子，「ドイツ競爭制限防止法におけるいわゆる『垂直的競爭制限』について」，公正取引第五三八號、第五四〇號，一九九五年八月、十月。
根岸哲，「流通系列化に対する独禁研報告書」，ジュリスト第七一六號，一九八〇年五月。
根岸哲，「流通系列化に対する独禁法の規制のあり方」，経済法学会年報一號，一九八〇年九月。
野田実，「流通問題に対する独禁政策の新たな展開—流通系列化に関する研究報告を中心として—」，公正取引第三五四號，一九八〇年四月。
野木村忠邦，「マーケティンゲ（MARKETING）活動と流通系列化」，ジェリスト第七一六號，一九八〇年五月。
実方謙二，「流通系列化の競爭制限效果と違法性の基準」，経済法学会年報一號，一九八〇年九月。
実方謙二，「独禁法違反に対する損害賠償請求と相当因果関係」，公正取引第三六八號，一九八一年六月。
福光家慶，「縦の結合による取引限制」，神戸法学雜誌五卷一、二號，一九五五年十月。
福光家慶，「独占禁止法違反の行爲效力」，国民経済雜誌八二卷六號、八三卷三號。
鶴田俊正，「米司法省の垂直的取引制限ガイドラインについて」，公正取引第四一四號，一九八五年四月。
江口公典，「流通系列化と独占禁止法」，法律時報—特集、市場開放と独禁法の課題，第六六卷七號，一九九四年六月。

其他

今村成和、厚谷襄兒合編，「独禁法審決、判例百選（第四版）」，有斐閣，一九九一年三月。

公正取引委員会事務局編，「独占禁止政策20年史」，大藏省印刷局，一九六八年。

公正取引委員会事務局編，「独占禁止政策の主要課題」，大藏省印刷局，一九七九年。

公正取引委員会事務局編，「経済理論から見た景品付販売」，景品研究会資料，一九九一年。

公正取引委員会事務局編，「流通系列化に関する独占禁止法上の取扱い—独占禁止法研究会報告」，大藏省印刷局，一九八〇年。

公正取引委員会事務局發布，「ガイドラインのポイント」，公正取引第四九〇號。

公正取引委員会事務局、官房涉外室，「米国司法省の垂直的取引制限に関するガイドラインの概要」，公正取引第四一四號。

公正取引委員会，「独占禁止法に関する損害賠償請求訴訟制度について（概要）」，公正取引第四七七號，一九九〇年七月。

公正取引委員会編印，「流通、取引慣行とこれからの競爭政策」，一九九〇年六月。

公正取引委員会編印，「貿易摩擦問題に対する公正取引委員会の対応」，独禁懇資料集Ⅷ，一九九〇年。

東京弁護士会独占禁止法部編，「Q&A、独占禁止法ガイド」，商事法務研究会，平成五（一九九三）年二月初版。

流通問題研究会，「独占禁止政策とリベート制度ー流通面からとらえてー」，公正取引第三八三號，一九八二年九月。

判例六法，有斐閣，平成五年版。

独占禁止法に関する損害賠償制度研究会，「独占禁止法第二十五條に基づく損害賠償請求訴訟における損害額の算定方法等について」，ジェリスト第九八三期，一九九一年七月。

独占禁止法研究会報告，「流通系列化に関する独占禁止法上の取扱い」，NBL 第二〇六號，一九八〇年四月。

參、英文部分

ABA Antitrust Section, Antitrust Law Developments (2d edition 1984).

Hon. Cecelia H. Goetz, The Basic Rules of Antitrust Damages, 49 Antitrust Law Journal 125, 136 (1980).

L. Pasahow, "Tying and The single－Product Issue"; J. Keys, "The Market Power Requirement in Franchise Tie－Ins", Antitrust Law Journal, Vol. 54 Issue 4 (1985).

Lockhart & Scaks, Releuance of Economic Factors in Determining Whether Arrangements Violate Section 3 of the Clayton Act, 65 HARV. L. Rew. 913 (1952).

Michael Maling, Antitrust in the Supreme court－1988, 57 Antitrust L. J. 290～291 (1988).

R. H. Bork, Keep Antitrust Pro－Consumer, fortune, July 4, 1988.