

# 論公平法上事業之功能性判斷的意義與功能(上)

■演講人：牛曰正副教授  
(東吳大學法學院暨法律學系)

## 壹、前言

### 一、概說

本次主題主要講述公平法第2條第1項的定義「事業」的類型當中，在透過功能性判斷標準之下所認定的「功能性事業」。針對這議題，過去有關討論公平法事業判斷的文獻屈指可數，雖如廖義男老師、黃銘傑老師都曾針對公平法第2條的事業要件作相關討論，然而整體而言學說界對該主題的討論仍是非常少的。又該主題問題意識的緣起，除了講者以往觀察到歐盟法將正當理由的討論一部分置於事業要件中進行處理的執法態度有關外，講者的公平法啟蒙恩師吳秀明教授在以往的授課以及他的藏書眉批中也都曾指出「獨立性」要件其實是沒有必要的。因此，作者多年來一直思考著這個問題，包含「獨立性」在內的功能性事業判斷真的是競爭法上不可或缺的存在嗎？以下將從功能事業三要素出發分別進行討論，省思這三個要素在競爭法上的意義。由於時間有限，沒辦法完整說明的部分，請參考講者在政大法學評論所發表之論文。

根據現行公平法第2條第1項第1款和第2款可以將事業分成「公司」以及「獨資或合夥之工商行號」兩種，學說上統稱為「當然事業」；相較於當然事業的概念，公平法第2條第1項第3款的「功能性事業」，包含如同業公會的「事業團體」及公司間為結合行為時產生的「事業集團」等，係透過功能性三要件去判斷是否為公平法所

需規範的行為主體，故在問題設定上亦會著重在「功能性事業」的判斷。

又這樣的事業判斷基準並非只有我國獨創，例如歐盟競爭法也同樣採取類似的判斷基準來探討，然此亦非放諸四海皆準的判斷標準，也有外國法不以功能性判斷為基準，因此下面也會探討這些國家是如何操作功能性判斷以及針對問題處理方式的異同。

總而言之，我國公平法在功能性判斷中承載了實質規範的功能，因此是有可能將其導入公平法中相關的規範領域來適用，例如將其適用在限制競爭效果、行為正當理由的判斷體系當中，但當然也有無法適用的規範領域，因此也會延伸討論有無其他解方或處理分配之方法。

### 二、事業之功能性判斷

承前所述，歐盟在競爭法上也採取類似功能性判斷的判斷標準，在實務與學說中我們可以發現他們試著針對事業要件所承載規範功能進行說明，例如先前的Albany案中Jacobs佐審官曾經提到，事業要件可以發揮兩種功能，第一是對於競爭法所能適用的範圍進行分類，其作用在扮演篩選、排除公權力行使的角色，例如在經濟活動的標準下將行使公權力之行為，排除競爭法之適用，其二是可以確認責任歸屬的實體，意即究竟由誰來承擔競爭法的違法責任。另外，歐盟競爭法學說也有指出，事業要件具有功能在於界定競爭法適用的實質範疇的功能，例如針對單一經濟

實體(如同一集團內部完全控制之兩家子公司之間)的聯合行為是否違反競爭法規，透過事業要件檢驗應認為排除於競爭法管制之外。除此之外，事業要件也有違法責任歸屬的判斷功能。此種學說見解，其實與前述實務案例之見解相當類似，不同的地方僅在於「適用範圍分類」以及「實質範疇」兩者之間的規範功能是否一致。

若進一步來看，**Jacobs**佐審官所說的適用範疇分類，是透過事業要件排除公權力行使，學說主張的實質範疇則是排除單一經濟實體內的二事業行為，這兩者其實具有一共通特性，前者主要探討政府的公權力行為是否具正當理由，後者本質上係探討同一集團內部二事業間本不具競爭關係，因此其行為也不存在受競爭法評價的意義，故其規範功能在於否定案件涉及的限制競爭效果。從講者對於限制競爭行為的實質違法性的判斷基準的觀點來看，「限制競爭效果」以及「正當理由」的有無，乃是一項限制競爭行為是否具有違法性的核心判斷。而相當巧合的，事業要件的功能性要素判斷，在此正好分別包含了限制競爭效果有無以及行為背後有無正當理由的判斷在其中。

接著回到我國公平法，在過去30年的執法經驗中，在運用功能性判斷上究竟有無類似的規範功能存在，透過過去的實踐觀察我國公平法事業功能性判斷三要素是否有發揮違法性判斷及責任歸屬認定的機能；再者要來討論功能性判斷的「相對性」，因為在探討事業行為違法性及功能性判斷時，係以事業主體的「行為」(而非事業主體)作為檢驗標的，因此國外許多理論認為事業要件的分析，歐盟及日本學說均認為應將重點擺在「相對性」，意即縱為同一事業主體所為之行為，亦可能產生不同的行為結果評價，因此在事業要件功能性判斷上須個案針對其行為本身進行

判斷，舉例而言在分析甲在 $\alpha$ 市場中和A從事交易時之a行為是否違反競爭法時，必須從a行為評價甲是否構成事業、分析甲在 $\beta$ 市場和B從事交易時之b行為是否違反競爭法時，則必須基於b行為評價甲是否構成事業，故基於相對性原則的內涵，功能性判斷重視的是「何種行為」適用競爭法，而不是「何人」適用競爭法，並在與功能性判斷的合作下，考量違法責任歸屬以及是否實質上具有違法性(包含是否產生限制競爭效果、是否具有正當理由)。

補充一點，雖然本演講主要分析事業功能性判斷三要素的功能並主張應將這些功能回歸到其他競爭法領域的構成要件中，但這樣的批判基礎都是仰賴先賢的智慧累積，本人才能以現在的後見之明加以評價。因此，雖然本人抱持著強烈質疑與批判，但對於功能性判斷三要素帶領公平法走過的筆路藍縷之路的貢獻，仍是抱持著高度敬意。

## 貳、「經濟活動」於公平法之應用與功能

接著進入事業功能性判斷三要素在實務案例中具體的應用與功能，大致上可以分成兩種形式來討論，第一是經濟活動可以發揮「正面認定」的功能，意即所有涉及經濟活動的行為皆涉及公平法的規範，第二是相較之下經濟活動也會產生「反面排除」的功能，顯現某些行為不應被歸納為經濟活動而受公平法的規範；故此部分將針對這些經濟活動要素的機能進行釐清討論。

首先有關經濟活動「正面認定」部分，在過去執法經驗中可看出，只要從事營業交易或智慧財產授權者，皆會被認為有接觸到經濟活動的本質而不用進行更進一步的檢驗，但正面認定的機能便在於強調公平法所重視者為「該行為對市場

競爭所生之影響」，而非基於單純形式或組織的判斷(但會和後述學說上具體適用該三要件有些許矛盾)，因此該機能將所有會對市場競爭產生影響的行為都納入公平法評價範圍，具有重要的規範功能意義。

再者有關經濟活動「反面排除」部分，其發生以下兩種效果：

### 一、排除「政府行為」適用公平法

在過去有許多公平會的相關函釋有說明有關政府的公權力行為、公法行為、經濟輔助行為等，皆不會受到公平法的規範，又如果是政府主導的輔助企業行為，由於其背後的「無償性」，亦不會將其歸類在公平法的適用範圍內。

然而該部分將產生兩種爭議，首先同前述在正面認定時公平法在經濟行為認定上係採「行為影響」而非「行為者」，但反面排除時卻又以無償性之政府輔助行為來排除公平法的適用，故將產生應選擇何行為標準來認定行為主體的問題；再者針對政府的需求行為是否適用公平法，過去曾發生中正文化中心跟上游廠商間的政府採購案是否適用公平法的討論，由於公平法第2條第1項第3款規定「其他提供商品或服務從事交易之人或團體」，意即依此條文政府需求行為實際上不構成「事業」的概念，然過去有論述認為中正文化中心亦會以出租場地等方式向其他主體收取對價，因此應為事業，不過承前有關「相對性」的介紹，中正文化中心就採購及收租的行為應分別討論在個別市場產生的影響，而不能以單一行為定性該行為主體為事業。

比較另一實務案例，過去在中正國際航空站涉及廣告空間出租的案件中，雖然中正國際航空站確實有出租廣告空間給業者的行為，但實務的理由卻是中正國際航空站有提供客貨機起降的服

務給航空業者並提供場地使用，因此中正國際航空站為「事業」，但這邊明顯不符合功能性判斷上「相對性」的基本原則，這也能看出過去執法原則上的特別現象。

### 二、排除「消費行為」適用公平法

以往認為消費行為應排除公平法適用主要基於兩個觀點，第一是因為消費行為係滿足個人家庭生活的需要而不具營業目的，第二是因為公平法第2條第1項第3款只規定「提供商品或服務」之人，因此可將個人消費行為排除在外；值得注意的是，第2條第1項第3款的設計雖然可達成排除消費行為的目的，然而卻也導致政府需求行為無法同樣以該條排除，進而造成前述的論述困境。

接著若從「實質違法性」觀點論述經濟活動發揮的實際功能，究其承載何種規範功能，以下解讀之：

#### 一、消費行為

首先可以先從「消費行為」觀點來看其和限制競爭行為間有何種連結，討論為何要將消費行為排除在公平法適用範圍之外，我們常說的「聯合行為」，其原理在於事業間的勾結、聯合以創造更大的利益，但當這種勾結合意行為的規模或參與者越龐大時，該聯合行為往往越無法成為一個鞏固或穩定的勾結架構，在這個大前提下回到消費行為，「消費者」基本上是消費市場上最龐大、人數最多的存在，因此我們常看到每當消費者群體意欲發起聯合杯葛、抵制活動時，該種活動往往無法成功，其原因便在於龐大的參與者規模容易發生不合群、背叛等情形以至於該聯合行為無法產生實際功效。

從這便可看出，我們將消費行為排除公平法的適用，其原因在於就算消費者從事相關競爭行

為，其實實際上並不會對市場產生實際破壞或影響競爭的效果，同時消費者也不可能成為獨占事業或取得相當的市場地位，故不存在以競爭法評價的必要。

綜上所述，其實消費者所為的消費行為根本上並不會對市場競爭產生實質影響或破壞的可能性，因此究竟有無必要將其提前至行為主體層次作預先排除，不無討論空間。

## 二、政府行為

政府行為也是經濟行為反面排除的行為之一，然而在歐盟競爭法的傳統執法觀點中，他們分析行為主體時曾把重點放在「供給」，但在後來實務案例中更把行為主體擴張到「需求」，但學說對此提出質疑，認為在判斷多階段的市場行為時，要如何將前階段市場的需求行為及後階段市場的供給行為，認定為具有一個充分密切關係的連結，該連結的建立、認定標準即為學說對於實務的質疑，而這也跟過去我國公平法執法情形相類似。

同樣的在日本法上也有類似的執法觀點，在其《獨占禁止法》(下稱獨禁法)中對於事業要件是以「經營事業」標準來排除政府行為適用獨禁法，然該條文後被修改成「從事事業」，而使得在排除政府行為產生依據標準上的模糊。

美國《反托拉斯法》對於該問題的討論，主要將行為主體聚焦在「人」(person)的概念上，並在這樣的體系下作進一步細分，針對政府的行為，倘基於「主權豁免」(sovereign immunity)概念的話便不以反托拉斯法加以追究，但若政府願意主動讓反托拉斯法介入時，實務認為仍要考

量「人」的要件，意即若並非人，則不能成為反托拉斯法的被告；又對於由政府成立的組織或國營事業是否適用反托拉斯法的問題，必須考量該事業與政府間是否具「獨立性」及其獨立程度，意即若沒有完全獨立於政府時，亦無反托拉斯法的適用，因此判斷上要考量該組織或事業所依據的法律究竟給予其多少獨立自主的空間；最後，學說認為反托拉斯法不適用於政府行為的最大原因，在於當政府依法從事如此行為，是一種在民主制度影響下產生的一種不完美結果(從經濟學角度)，應尊重制定法律的民意代表或國會並由他們來承擔相關政治責任，故此非反托拉斯法主要去規範或打擊的對象。

綜上，政府行為能否適用競爭法，主要須檢視其背後所依據的法律或規定，若其行為已有他法支撐，競爭法即無置喙的餘地，反之則應有競爭法適用以維持市場競爭的秩序；一個行為是否要適用競爭法，首先要探討行為背後有無其他法律規範，得以支持該行為並使其具有正當性及正當理由並阻卻違法性；在討論經濟活動要素時，其一可以從限制競爭效果的面向來排除消費行為適用競爭法，其二可以從行為具正當理由面向討論其他法律規範與競爭法的關係進行功能分配，而這些都「並非」需要透過事業要件來積極處理的議題，該部分可以單純回歸到實質違法性判斷層次討論即可。

(本文係講座民國112年6月16日於公平會發表之演講內容，經東吳大學法律學系劉紹丞摘要整理並經講座審訂)

