

論公平法上事業之功能性判斷的意義與功能(中)

■演講人：牛曰正副教授
(東吳大學法學院暨法律學系)

參、「獨立性」於公平法的適用與功能

獨立性在過去我國實務上的適用主要分成兩種，一種是處理「勞工」的問題，另一種是在處理涉及「靠行」的情形，本次主題會著重在「勞工」的獨立性討論上，值得注意的是，國外在討論獨立性時除了勞工之外，「事業團體」也是適用獨立性的客體，然我國卻不存在這種討論，其原因為我國公平法第2條第2項對於公司等工商行號是採當然事業的立場，依過去的實務見解是無法作其他認定的，意即被定性為當然事業者，縱使欠缺獨立性亦不會被免除其具有事業的地位(例如被百分之百控制的子公司)，此為我國公平法執法上一個蠻獨特的現象，故「獨立性」概念於我國只會用在「勞工」及「靠行」兩種情形。

一、「勞工」之獨立性判斷

首先，因勞工受雇主指揮決定，故不能認定其為事業，因此針對勞工的團結或聚集行為，過去少數論點認為具有「卡特爾」的性質，但該行為可基於勞工相關政策之目的而受正當化，而現今通說認為勞工並非事業，因此其行為不構成交易而當然不適用公平法，又從法規範角度，由於勞雇行為受到勞動法規的規範，因此不會受到公平法的規範。

近年來「零工經濟」以及「互不挖角協議」等新興勞工市場概念的出現，以及現今勞動工作的形式變化越來越多，特別是自營作業者或特殊工會(如計程車工會)等獨立於雇主的勞動型態，

其是否有適用公平法的可能性值得討論。另外，若勞雇行為因受勞動法的規範而不適用競爭法，這樣的論述可能使勞雇關係成為競爭法的真空地帶，以致相關可能涉及競爭議題的行為(如互不挖角協議)難以用公平法加以規範而生「偽陰性」的疑慮。

二、勞工與獨立性

勞工的行為可能存在勞動市場或商品市場中，勞工於勞動市場中提供勞力及服務給雇主，並參與商品市場的相關行為，同時基於自己意思與勞力參與勞動市場以爭取更好的雇用條件，然商品市場中實際的參與者是雇主及其交易相對人，因此勞工雖然於商品市場中有參與交易，但並非所謂的事業，其並未基於自己的意思參與競爭活動。綜上所述，在進行事業的認定時，須考量不同市場當中的不同行為來認定該勞工究竟是否為事業，進行相對性的討論。

又勞工於商品市場協助雇主參與交易的行為應如何定性？此時勞工的角色又是什麼？由於勞工的協助行為係受到雇主的指揮監督，而非得基於自己意志自由決定，因此縱使其形式上有提供服務，仍應認為此時勞工的行為欠缺「獨立性」而非真正的行為主體；此即「獨立性」於勞工行為上發揮的區別功能，其作用在於當勞工可能從事違法行為(如締結聯合行為合意)時，因雇主是負有監督及避免違法行為發生之人，勞工並不具獨立性，因此將其責任轉由雇主來承擔，以確定違法責任的歸屬。

然勞工於勞動市場所為之行為，需同樣以獨立性要件處理嗎？首先，須思考勞工在為集體行為以向雇主爭取更好的僱傭條件時，實際上是基於自己意志進行，因此不能認為其有受雇主之指揮監督而排除適用公平法的可能性；又過去我國透過事業要件將勞工定性不構成事業，將其排除於公平法的適用範圍，其原因在於許多聯合罷工行為未必會先申請聯合行為許可，而在我國原則禁止例外許可的立法下，其仍有可能受到裁罰¹。為避免這種現象發生，因此提前在事業要件判斷時，將勞工從適用範圍中排除，然而公研釋字109號解釋認為「自營作業聯合爭取交易機會」的行為「自與公平法無涉」，自營作業者形式上和勞工類似，且其亦受其委託人的指揮監督而不具獨立性，其聯合爭取更好工作條件的行為究否會落入公平法原則禁止例外許可的範圍內，該釋字認為其實與公平法無涉，但如此解釋的根據為何，既無法透過事業要件排除自營作業者適用公平法後，究竟要依公平法第46條還是其他規範目的予以排除，講者對此存疑²。

過去在歐盟法針對勞動市場當中的勞工行為，透過案例可以分成兩種類型進行討論：在涉及勞動市場時，如勞工與雇主達成協議，建立如年金機制等適用於所有勞工的團體協約，該協議確實會造成市場上一些競爭活動的停止，歐盟法院在針對類似案件時，僅認為該種團體協約行為並非TFEU第101條第1項的適用範疇(而非直接以事業要件排除競爭法適用)，但當勞工在商品市場中受雇主指揮監督而為協助交易行為時，則援引勞工非事業的功能性觀察理論來排除其行為適用競爭法。

美國法部分，則以「法定、法定外除外適用」控制相關勞動行為，需注意的是事先排除勞

工於勞動市場的自發性聯合行為於競爭法的適用範圍，其本意在於實踐勞工法保護勞工的根本目的，故倘今勞工團結聯合行為的真意在於為雇主取得更好的競爭條件或從事違法行為時，該行為仍當然須受到競爭法的規範，這是美國法在討論相關議題的精神所在。

日本法部分，在二戰後的獨禁法立法受到美國影響，曾有討論是否要參照美國以除外適用規定規範之，但多數學者認為獨禁法不應越俎代庖而規範到勞動法的範疇，故應無規範除外適用的必要性；又早期獨禁法對於事業的定義為「經營事業」，在這樣的概念下勞工當然排除在事業之外，但後來修法改為「從事事業」後，勞工是否構成從事事業不無疑問，因此學說有強調「獨立性」要件適用的必要，以「勞工從屬於雇主」的概念出發以排除勞工適用獨禁法的可能性，至於勞工自己發起的團結聯合行為時，則以「反射效果」的概念解釋而予以排除；值得討論的是，獨立性並非可以直接適用在所有的勞工行為上，過度強調獨立性而限縮事業要件的判斷，反而可能會限制到競爭法的適用範疇，故2018年日本公平會委託研究發表之「人力資源與競爭政策研究報告」指出，典型勞工的行為原則上仍不構成事業，但非典型勞工的行為則以除外適用的機制承認其行為應排除於獨禁法適用之外，然這樣的除外適用規範似乎欠缺充分的法源依據，或許回歸到行為正當理由的討論會是比較有邏輯一致性的討論。

三、獨立性的實質功能

獨立性的實質功能可以分成「責任歸屬」以及「正當理由有無」兩個層次，所謂責任歸屬意指勞工在受到雇主的指揮監督之下所參與的所有違法行為，由於雇主對於該違法行為的發生具有優先防止、為遵法行為的指導可能性，因而將勞

¹ 美國反托拉斯法在適用上，早期許多案件也是針對勞工的聯合罷工行為進行裁罰，形成一種諷刺的怪現象。

² 日本法針對自營作業者亦有產生類似解釋上的困境，但其透過創設除外適用的方式予以排除其聯合行為構成適用公平法的可能性。

工行為的違法責任全部轉嫁給雇主承擔而否定勞工的違法性，此即事業要件獨立性判斷所發生的規範功能。

相較於此，判斷勞工基於自身意志所為之團結聯合行為時，應同步考量勞動法規所保障的勞工權益內涵及競爭法間的關係，決定競爭法是否要介入管制或規範，總體而言應探討勞工行為背後有無正當理由而應否受到禁止，與其透過事業要件來判斷，不如全部回歸公平法第46條考量正當理由的有無，而不區分典型或非典型的勞動者，而以同一規定作相同處理，這樣或許可以讓整個執法流程更加精簡、明確。

肆、「繼續性」於公平法的應用與功能

一、「繼續性」的意義與疑問

學說上認為倘行為人的行為僅為偶爾為之，則不會構成事業，至於實務上認定繼續性的方法主要有兩種，第一是「具體認定過去交易次數」，例如透過網路商務的使用者評價件數來認定有無繼續性，第二是基於「行為人的行為模式」判斷，例如透過在交易相對人下單購買後再向上游訂貨的特定商業模式，認定該行為主體有意長期且繼續的銷貨與經營；有問題的是，有些違反競爭法的行為是行為人於創業初期所做，這些行為有無受競爭法規範的必要？例如創業初期販賣仿冒商品或為不實廣告，過去往往在此種情況時會把繼續性要件的標準放得比較低，因此只要有從事交易就會被認定有繼續性或未來繼續交易的意圖，然而此時繼續性的標準及意義似乎曖昧不明，甚至是否有存在的必要，值得思考與討論。

過去認為進行事業功能性判斷時須考量繼續性，其原因為在從事競爭活動的事業組織多半是「持續經營」的組織體，因而須滿足繼續性才會適用公平法，但功能性判斷的重點是「行為造成的影響」而非行為者，因此該組織體的形式或有

無繼續進行交易的意圖是否真的如此重要，值得省思。

二、應用「繼續性」要素的事業類型

過去實務在繼續性要素主要應用在以下三種案件：

(一) 不動產不實廣告

若只是「偶一換屋」的情形，該行為仍不會被認為具有繼續性，故不會認定為事業，過去亦無實務案例針對偶一換屋的不實廣告認定違反公平法。

若是個人購買土地，並將該土地分割成多筆後委託建商於土地上興建房屋，再由該個人將房屋出賣給其他人的銷售行為，雖然過去該個人無類似行為，然而該多屋轉售的行為實務上認為有繼續性³，甚至有案例中行為人僅於單筆土地上建造六屋並轉售，也被認為具有繼續性。

可以看出實務上於「偶一換屋」以及「多屋轉售」的案例上對於繼續性的應用與判斷截然不同，其標準何在值得深思。

(二) 網路拍賣

過去會透過「業餘」（例如零星出賣）及「非業餘」（例如網路書商）的標準來區分是否適用公平法，由於業餘賣家就算為不實廣告行為，亦不會對交易市場造成破壞或影響而被認為無需適用，但反面而言此時其他網路賣家的權益就不用保障嗎？單一業餘賣家的違法行為真的不會對市場造成實質影響嗎？該問題也值得反思。

(三) 限制競爭行為與繼續性：金門西樂隊案

該案中的金門西樂隊的組成模式，早期是由一般從事農漁業的農民組成，於

³ 公處字第105094號處分書，理由、二；頁4。

閒暇時過來幫忙其他人，大家發揮所長並分配工作以進行樂隊的服務，但後來從原本打零工模式轉變成由數家專門業者來從事並為競爭活動，然該些業者後來因相互間為勾結的聯合行為並約定價格，而被認定違反公平法。

該案件係因樂隊出隊模式及組成已發展成穩定的交易模式後始發生的聯合行為而被裁罰，但回溯至該種行為仍為打零工的模式時，打零工的組織間所為

的聯合行為是否會被認定具有繼續性？這種「打零工」的交易型態是否需要被繼續性要素檢驗？尤其這種模式在現今網路平台越來越發達的情形下越來越普及，這些提供服務之人的價格、行為受到限制時，是否還有必要堅持繼續性的標準？

(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)

